

مجلة العلوم القانونية

Journal of Legal Sciences

E-mail: lawmagazine@ajman.ac.ae

السنة الرابعة- العدد السابع - يناير 2018

Fourth year - 7th issue - January 2018

E-mail: lawmagazine@ajman.ac.ae

مجلة دورية علمية محكمة تعنى بالدراسات الشرعية والقانونية والاقتصادية

A scientific journal that deals with Sharia. legal and economic studies

التقديم الدولي
1073 - 2707
1081 - 2707

ISSN: 2707 - 1073
E - ISSN: 2707 - 1081

المسؤولية المدنية للمصرف عن غسل الأموال

The civil liability of the bank for money laundering

افتراض رابطة السببية في المسؤولية المدنية

Assuming a causal link in civil liability

طرق دفع مسؤولية الناقل الجوي عن الأعمال الإرهابية

Methods of payment of liability of the air carrier for terrorist acts

التمييز الوراثي في التأمين على الحياة ومدى كفاية التدابير الحامية

Genetic discrimination in life insurance and the adequacy of protective measures for it

إرهاب الدولة .. بين الإقرار والإنكار

State terrorism .. Between acknowledgment and denial

المحكمة الدستورية العليا وترسيم الحدود المصرية السعودية

The Constitutional court & the "Egyptian-Saudi border demarcation agreement"

أثر نظرية عمل الأمير في إعادة التوازن المالي في نطاق العقود الإدارية

The effect of the emir's business theory on rebalancing the balance in the scope of administrative contract

النظام القانوني للاستثمار الأجنبي
في ضوء مشروع قانون اتحادي في شأن الاستثمار الأجنبي

The legal system for foreign investment
In light of a federal draft law regarding foreign investment

تصدر عن كلية القانون - جامعة عجمان - دولة الإمارات العربية المتحدة

Issued by the College of Law - Ajman University - the United Arab Emirates

ص.ب. 346 عجمان، الإمارات العربية المتحدة، هاتف: 0097167056131 أو 0097167056325 فاكس: 0097167056270

P.O Box: 346 Ajman, United Arab Emirates, Tel: 0097167056131 or 0097167056325. Fax: 0097167056270

مجلة العلوم القانونية

السنة الرابعة- العدد السابع - يناير 2018

قال تعالى:

﴿ إِنَّ اللَّهَ يَأْمُرُكُمْ أَنْ تُؤَدُّوا الْأَمَانَاتِ إِلَىٰ أَهْلِهَا وَإِذَا حَكَمْتُمْ
بَيْنَ النَّاسِ أَنْ تَحْكُمُوا بِالْعَدْلِ إِنَّ اللَّهَ نِعِمَّا يَعِظُكُمْ بِهِ ۗ إِنَّ اللَّهَ كَانَ
سَمِيعًا بَصِيرًا ﴾

صدق الله العظيم

(سورة النساء: 58)

كلية القانون
جامعة عجمان
دولة الإمارات العربية المتحدة

تهتم بنشر العلوم القانونية
والشرعية والاقتصادية

مجلة
العلوم القانونية

مجلة علمية مُحَكَّمة تصدر
نصف سنوية

السنة الرابعة - العدد السابع - يناير 2018م

الترقيم الدولي: 2707 - 1073 / 2707 - 1081

توجه جميع المراسلات والبحوث على العنوان التالي:

أمين تحرير مجلة العلوم القانونية

جامعة عجمان - دولة الإمارات العربية المتحدة

ص، ب، 346 عجمان - دولة الإمارات العربية المتحدة

الهاتف: 00971-6-7056331

الفاكس: 00971-6-7056270

البريد الإلكتروني: lawmagazine@ajman.ac.ae

موقع المجلة على شبكة الانترنت: law. ajman.ac.ae

الهيئة الاستشارية للمجلة

معالي الأستاذ الدكتور / أحمد جمال الدين موسى
وزير التعليم المصري السابق - وأستاذ الاقتصاد
بكلية الحقوق -
جامعة المنصورة - مصر

القاضي الدكتور / عبد الوهاب عبدول
رئيس المحكمة الاتحادية العليا السابق -
دولة الإمارات العربية المتحدة

الأستاذ الدكتور / محمد المرسي زهرة
العميد السابق لكلية الشريعة والقانون - جامعة
الإمارات العربية المتحدة - وأستاذ القانون المدني
بكلية الحقوق - جامعة عين شمس - مصر

الأستاذ الدكتور / رفعت العوضي
رئيس مكتب هيئة الإعجاز العلمي بالقاهرة التابع
لمنظمة المؤتمر الإسلامي
أستاذ الاقتصاد بكلية التجارة - جامعة الأزهر -
مصر

القاضي الدكتور / جمال السميطي
مدير عام معهد دبي القضائي

الأستاذ الدكتور / جاسم الشامسي
العميد السابق لكلية الشريعة والقانون - جامعة
الإمارات العربية المتحدة - وأستاذ قانون المعاملات
المدنية بكلية الشريعة والقانون - جامعة الإمارات

هيئة التحرير

أمين التحرير
د. محمد ولي الله عبد الرحمن

نائب رئيس التحرير
أ. د. حسني محمود عبد الدايم

رئيس التحرير:
د. لطيفة حميد محمد

أعضاء هيئة التحرير

د. قيس عبد الوهاب
د. أحمد شاكر
د. محمد سامر القطان
د. عيسى الرضي

أهداف المجلة:

- 1- تسعى مجلة العلوم القانونية إلى تحقيق عدة أهداف، أهمها:
1- تعميق المعرفة بأحكام الشريعة الإسلامية والتشريعات القانونية والاقتصادية على المستويين المحلي والإقليمي.
- 2- تنمية القدرة على البحث القانوني لدى المشتغلين بالقانون داخل الدولة وخارجها.
- 3- التعاون مع كليات القانون والشريعة والحقوق على المستوى المحلي والإقليمي والدولي.
- 4- تدعيم التواصل مع كافة الأجهزة الحكومية والهيئات والمؤسسات العامة والخاصة العاملة في المجال القانوني.
- 5- تقديم العون للجهات القضائية من خلال التعليق على الأحكام والمبادئ القضائية وتحليلها.

اهتمامات المجلة: تعنى المجلة بنشر ما يلي:

- 1- البحوث العلمية الرصينة في مجالات التخصص.
- 2- البحوث والدراسات المعنية بالفقه الإسلامي.
- 3- البحوث والدراسات النقدية التي تتصل بالإصدارات في مجالات التخصص التي تعنى بها المجلة.
- 4- البحوث والدراسات العلمية المعنية بمعالجة المشكلات المعاصرة والقضايا المستجدة في مجال الشريعة والقانون والاقتصاد.
- 5- البحوث والدراسات العلمية التي تسهم في رقي المجتمع حضارياً والمحافظة على هويته العربية والإسلامية.

قواعد النشر في المجلة:

- 1- تعهد من الباحث بأن البحث لم يسبق نشره وأنه يلتزم بالمبادرة بإخطار المجلة في حالة تقديم البحث للنشر في مجلة أخرى طالما لم تبد المجلة رأيها - بعد - في البحث.
- 2- لا يجوز نشر البحث في مجلة أخرى (أو مؤتمر أو ندوة علمية أو بأي وسيلة أخرى) بعد قبوله للنشر في المجلة إلا بعد الحصول على إذن كتابي من مدير التحرير.
- 3- أن يلتزم الباحث المنهجية العلمية والتوثيق العلمي لمادة البحث، وأن يتسم البحث بالأصالة والإضافة للمعرفة القانونية.

- 4- ألا يكون البحث مستلاً من رسالة علمية (ماجستير أو دكتوراه) نال بها الباحث درجة علمية، أو منشوراً من قبل على أي صورة من صور النشر.
- 5- ألا يتجاوز حجم البحث خمسين صفحة، إلا إذا اقتضى ذلك الحفاظ على وحدة البحث.
- 6- تقدم البحوث مطبوعة بخط Simplified Arabic وتكتب العناوين الرئيسة والفرعية بالخط الأسود العريض بحجم (16)، وحجم (14) للنصوص في المتن، وبحجم (12) للهوامش في أسفل كل صفحة، ويكتب البحث على وجه واحد، مع ترك مسافة 1.5 بين السطور. وينبغي مراعاة التصحيح الدقيق في جميع النسخ.
- 7- تكون الحواشي 2.5 سم على جوانب الصفحة الأربعة.
- 8- أن يراعي في التمهيش والترقيم والتواريخ وذكر المراجع والمؤلفين الآتي:
 - أ. أن تكون الإشارة إلى صفحات المصادر والمراجع في الهامش وليس في صلب البحث.
 - ب. أن ترقم هوامش كل صفحة على حده، ويراعي في الترقيم الأرقام المتعارف عليها في الأسلوب العربي.
 - ت. عند ذكر الأعلام والمؤلفين يذكر اسم الشخص أولاً ثم اسم أبيه وجده ثم لقبه.
 - ث. تثبت المصادر والمراجع العلمية ومؤلفوها في نهاية البحث بالترتيب الهجائي، مع بيانات الطباعة والنشر.
- 9- يقدم البحث مطبوعاً على الحاسوب، وتُرَوَّدُ هيئة التحرير بثلاث نسخ منها نسخة إلكترونية (CD)، مع مراعاة التدقيق اللغوي. ويُفضل إرساله عن طريق البريد الإلكتروني، أن تكون إحدى نسخ البحث بصيغ (word2000)، والأخرى بصيغة Pdf
- 10- يُقدّم الباحث موجزاً لسيرته العلمية في حدود عشرة سطور في صفحة مستقلة، تتضمن: الاسم، وجهة عمله، ورتبته العلمية، وأهم أبحاثه، مع صورة شخصية حديثة، وملخص للبحث في حدود صفحة واحدة باللغتين العربية والإنجليزية.
- 11- يتم عرض البحث - على نحو سري - على محكمين من ذوي الكفاءة ممن يقع عليهم اختيار المجلة.
- 12- تخطر المجلة أصحاب البحوث المقدمة بموقفها من نشر بحوثهم على النحو التالي:
 - أ. يخطر أصحاب البحوث الواردة بوصولها إلى المجلة خلال أسبوع من تاريخ الوصول.
 - ب. يخطر أصحاب البحوث المقبولة بإجازة بحوثهم للنشر.

- ت. في حالة وجود ملاحظات على البحث، يعاد البحث لصاحبه لاستيفاء هذه الملاحظات ليكون صالحاً للنشر.
- 13- يعتذر للباحث الذي لم توافق لجنة المحكمين على نشر بحثه دون الالتزام بإبداء الأسباب.
- 14- أصول البحوث المقدمة للمجلة لا ترد سواء نشرت أو لم تنشر.
- 15- ما ينشر في المجلة من آراء تعبر عن أفكار أصحابها ولا تمثل بالضرورة رأي المجلة أو الجامعة.
- 16- أن يكون البحث متعلقاً بمجال العلوم القانونية والشرعية.
- 17- تحتفظ المجلة بكافة حقوق النشر، وفي حالة رغبة المجلة في إعادة نشر البحث فإن عليها أن تحصل على موافقة مكتوبة من صاحبه.
- 18- تقدّم البحوث بإحدى اللغات الآتية: العربية، الإنجليزية، الفرنسية.
- 19- يجب ضبط النصوص الشرعية بالشكل الكامل.

بِسْمِ اللَّهِ الرَّحْمَنِ الرَّحِيمِ

كلمة العدد

الحمد لله رب العالمين، نحمده سبحانه، بَيَّنَّ في كتابه العزيز، الذي لا يأتيه الباطل من بين يديه ولا من خلفه، فضل العلم ومنزلته، ومكانة العلماء الأتقياء وشرفهم، فقال ﴿يَرْفَعُ اللَّهُ الَّذِينَ ءَامَنُوا مِنْكُمْ وَالَّذِينَ أُوتُوا الْعِلْمَ دَرَجَاتٍ وَاللَّهُ بِمَا تَعْمَلُونَ خَبِيرٌ﴾ [١١] [المجادلة: 11]. وقال تعالى: ﴿إِنَّمَا يَخْشَى اللَّهَ مِنْ عِبَادِهِ الْعُلَمَاءُ إِنَّ اللَّهَ عَزِيزٌ غَفُورٌ﴾ [٢٨] [فاطر: 28].

والصلاة والسلام على أشرف الخلق وسيد المرسلين، سيدنا محمد بن عبد الله، الصادق الأمين، أوضح في حديثه النبوي الشريف، أنه لا خير في عبادة لا علم فيها، ولا علم لا فقه فيه، ولا قراءة لا تدبر فيها، فقال صل الله عليه وسلم: «فَضَّلُ الْعَالِمَ عَلَى الْعَابِدِ كَفَضْلِي عَلَى أَدْنَاكُمْ».

اللهم صلّ وسلم وبارك وأنعم عليه، وعلى آله الأطهار، وأصحابه الأخيار، ومن تبعهم بإحسان إلى يوم الدين..

ثم أما يعد..

فإنه ليسعدنا أن نضع - بعون من الله وتوفيقه - بين يدي الباحثين والباحثات، والمهتمين بالدراسات القانونية والشرعية والاقتصادية، العدد السابع من مجلة العلوم القانونية، لنخطو به خطوة جديدة في مجال النشر العلمي، ونُعالج فيه نخبة مختارة من الأبحاث والدراسات العلمية المحكمة في القانون العام والخاص، والتي أبدعتها عقول أساتذة وباحثين من عصارة أفكارهم، وخلاصة تجاربهم، والتي نتطلع أن تكون إضافة جديدة للبحث العلمي، وحصيلة مفيدة للقارئ الكريم، راجين من الله تعالى أن تنال إعجابه ورضاه، وأن تتوافق مع رغبته ومبتغاه.

ويأتي هذا العدد مع بداية السنة الرابعة من عمر المجلة، وقد نالت ثقة الجميع بعد أن أصبحت معين علم لكل قارئ يُنْقَبُ عن المعرفة شغوفاً بها، وَمُنْبَرّاً لكل عالم يرغب في نشر علمه ونتاج فكره. ومما يزيد من القيمة العلمية لمجلة العلوم القانونية، أنها تتمتع بسمعة طيبة في الوسط العلمي والأكاديمي، وتصنف ضمن المجالات القانونية والشرعية الأولى المحررة باللغة العربية. كما حصلت المجلة مؤخراً على تصنيف A، من قِبَلِ عمادة البحث العلمي بجامعة عجمان، متفوقة بذلك على الكثير من المجالات التي تصدر عن جامعات تليدة، وكليات عريقة ومتخصصة.

هذا فضلاً، عن أن أعداد المجلة أصبحت الآن متاحة إلكترونياً في قواعد البيانات العربية، حيث قامت دار المنظومة بإضافة أعداد المجلة ضمن محتواها الرقمي.

ولقد احتوى هذا العدد، كسابقه، رصيداً كبيراً من الدراسات والأبحاث المتخصصة، تناولت مواضيع قيّمة في تخصصات مختلفة في القانون بفرعيه العام والخاص. جاء البحث الأول منها موضوع بعنوان: (المسؤولية المدنية للمصرف عن غسل الأموال) للدكتورة سميرة عبد الله مصطفى. ثم جاء البحث الثاني بعنوان: (افتراض رابطة السببية في المسؤولية المدنية دراسة تحليلية مقارنة)، وهو بحث مشترك بين الأستاذ الدكتور محمد سليمان الأحمد، والدكتور عبد الكريم صالح عبد الكريم. وتلاه البحث الثالث بعنوان: (طرق دفع مسؤولية الناقل الجوي عن الأعمال الإرهابية) للدكتور عمر فارس. ويأتي البحث الرابع بعنوان: (التمييز الوراثي في التأمين على الحياة ومدى كفاية التدابير الحامية له) للدكتورة رنا إبراهيم العطور. وجاء البحث الخامس بعنوان: (إرهاب الدولة بين الإقرار والإنكار) للدكتور محمد الخشن. وأما البحث السادس، فقد جاء تحت عنوان: (المحكمة الدستورية العليا وترسيم الحدود المصرية السعودية) للدكتور إكرامي بسيوني عبد الهي خطاب. وجاء البحث السابع بعنوان: (أثر نظرية عمل الأمير في إعادة التوازن المالي في نطاق العقود الإدارية دراسة تحليلية مقارنة) للدكتور جهاد ضيف الله الجازي. وأما البحث الثامن والأخير، فقد جاء تحت عنوان: (النظام القانوني للاستثمار الأجنبي في ضوء مشروع اتحادي في شأن الاستثمار الأجنبي دراسة مقارنة) للباحثة إسراء المطوع.

هذا، ولما كان النقص شيمة أي مجهود إنساني، فإني على يقين كامل، أن القارئ الكريم تتملكه الرغبة الأكيدة، في التجاوز عن كل ما قد يعتري كُتَابُنَا من هنّاتٍ محتملة، أو هفواتٍ حتماً ما هي مقصودة.

وأخيراً، نلفت النظر، إلى أن كل ما تقدمه المجلة من خدمات، يتم بصورة مجانية، إذ لا تتقاضى المجلة أية مبالغ مالية ممن تُنشر بحوثهم بها، أو ممن يستفيدون من أعداد المجلة المختلفة. كما أنه لا يفوتنا أن نذكر، أن هذا العدد هو ثمرة الجهود المتواصلة لأعضاء هيئة التحرير واللجنة الاستشارية لهذا العدد، وللمدققين اللغويين، فلهم منا أسى آيات الشكر والتقدير والثناء، ولهم من الله المغفرة والمثوبة والعطاء.

والله من وراء القصد، وهو موفق والهادي إلى سواء السبيل،،،

الأستاذ الدكتور

حسني محمود عبد الدايم

نائب رئيس تحرير المجلة

المحتويات

الموضوع	الصفحة
المسؤولية المدنية للمصرف عن غسل الأموال د. سميرة عبد الله مصطفى	1
افتراض رابطة السببية في المسؤولية المدنية دراسة تحليلية مقارنة الأستاذ الدكتور / محمد سليمان الاحمد ، الأستاذ الدكتور المساعد / عبد الكريم صالح عبد الكريم	53
طرق دفع مسؤولية الناقل الجوي عن الأعمال الإرهابية د. عمر فارس	95
التمييز الوراثي في التأمين على الحياة ومدى كفاية التدابير الحامية له د. رنا إبراهيم العطور	125
إرهاب الدولة بين الإقرار والإنكار د. محمد الخشن	183
المحكمة الدستورية العليا وترسيم الحدود المصرية السعودية د. إكرامي بسيوني عبد الحفي خطاب	213
أثر نظرية عمل الأمير في إعادة التوازن المالي في نطاق العقود الإدارية دراسة تحليلية مقارنة د. جهاد ضيف الله الجازي	269
النظام القانوني للاستثمار الأجنبي الباحثة / إسراء المطوع	301

المسؤولية المدنية للمصرف عن غسل الأموال دراسة مقارنة

إعداد

د. سميرة عبد الله مصطفى

أستاذ القانون التجاري المساعد

جامعة صلاح الدين - أربيل - كلية القانون والسياسة - قسم السياسة

المسؤولية المدنية للمصرف عن غسل الأموال دراسة مقارنة

الملخص

تقوم فكرة غسل الأموال على تغيير مآل الأموال غير المشروعة والمتأتية من مصادر أو تجارة غير مشروعة كتجارة المخدرات أو الأسلحة وغيرها -إلى مصادر مشروعة، والمصارف تعد القناة الأولى والرئيسة التي يعتمد إليها غاسلوا الأموال لغسل الأموال لما تهيئ لهم من وسائل آمنة ومشروعة لخزن وتوظيف الأموال غير المشروعة من خلال سلسلة من العمليات المصرفية المشروعة، والتي يكون مآلها تغيير صفة الأموال غير المشروعة إلى أموال مشروعة، هذا من جهة، ومن جهة أخرى، فإن المصارف هي الوسيلة التي تتم بها مكافحة عمليات غسل الأموال، ولكي يتمكن المصرف من تنفيذ هذه المهمة، فإن المشرع فرض عليه جملة من الالتزامات. وهذا البحث يسلط الضوء على مفهوم غسل الأموال والالتزامات ذات العلاقة بمكافحته التي فرضها المشرع على المصرف، وكذلك سنبحث المسؤولية المدنية للمصرف الناجمة عن غسل الأموال وإمكانية تعويض العميل المتضرر فيما لو ثبت عدم صحة إبلاغ المصرف للجهات ذات العلاقة عن عملياته المشتبهة بشبهة غسل أموال وفقاً للقانون العراقي ومقارنته مع القانون اللبناني، وتوصلنا إلى مقترحات عدة تخدم هذا الموضوع.

Abstract

Money laundering is based on the idea of changing the destiny of the illegal money, procured from illegal sources or trades, like trading in drugs, weapon and others, to legal sources. Banks are the initial and main channel to which the money launderers attend, as banks provide them with secure and legal means to deposit and invest their illegal moneys. Such processes might involve dealing with a chain of bank and the end result will be changing the designation of the money from 'illegal' to 'legal'.

However, the banking systems can also be employed in the fight against money laundering. In order for the banks to carry out their roles, the legislators have made them bound by a number of commitments. Yet, a customer of a bank might suffer losses as a consequence of banks carrying out their obligations.

This paper highlights the concept of Money Laundering, the responsibility of banks toward money laundering, as set out by Iraqi legislators, and to compare them with their counterparts, as set out by the Lebanese legislators. Accordingly, we arrived at a number of suggestions that can serve this issue.

مقدمة:

أولاً: موضوع البحث وأهميته

إن غسل الأموال مصطلح حديث بديل للاقتصاد الخفي واقتصاديات الظل، وهو ينطوي على كسب الأموال من مصادر غير مشروعة واستثمارها في أنشطة مشروعة لإخفاء مصدرها الأصلي، وهو يرتبط عادة بالجريمة المنظمة وبالتحديد بجرائم الإرهاب والأسلحة والمخدرات وغيرها من الجرائم، الأمر الذي يعني أهمية هذا الموضوع من كافة النواحي الاجتماعية والاقتصادية والسياسية، هذه الأهمية أدت إلى اعتبار غسل الأموال ظاهرة إجرامية مستحدثة تؤرق مختلف دول العالم المتقدمة والنامية على السواء خاصة في ضوء العلاقة الوثيقة بين غسل الأموال وتمويل الجريمة الإرهابية، لأنها تشكل عرقلة حقيقية لإجراءات تعقب وضبط ومصادرة الأموال ذات المصدر الجرمي، كما أنها تتيح فرصاً أوسع لإعادة استخدام عائدات الجريمة في تعزيز الأنشطة الإجرامية وخاصة الإرهابية منها.

كما أن ثمة علاقة وطيدة أخرى بين عمليات غسل الأموال والفساد حيث يتدرج الفساد من الرشوة إلى غسيل الأموال، ويزداد ذلك في الدول النامية، لذلك أصبح موضوع غسل الأموال ومكافحته موضوعاً حيوياً وواقعياً خاصة بالنسبة للبلدان النامية التي تتميز بارتفاع معدلات الفساد المالي والإداري والسياسي، فضلاً عن أنه يعد موضوعاً حيوياً في المصارف والمؤسسات المالية وتحديداً مصيرياً لعملها خاصة مع تطور وسائل الاتصالات الحديثة التي تستخدمها المصارف بدءاً من الصراف الآلي والبنوك الافتراضية وانتهاءً بالنقود الإلكترونية، فضلاً عن سهولة انتقال رؤوس الأموال عبر الدول المختلفة في ظل تحرير التجارة وجعلها تجارة دولية أكثر مما هي وطنية، وزاد الموضوع اهتماماً بعد أحداث 11 أيلول عام 2001 حتى أصبح انتقال الأموال واستخدامها من قبل المنظمات الإرهابية معضلة عالمية دفعت بالعديد من الدول لسن العديد من القوانين لوقفها والحد منها.

ولذلك تعد المصارف العنصر الرئيس في عمليات غسل الأموال من جهتين؛ الجهة الأولى، باعتبارها الحلقة التي تدور بها عمليات غسل الأموال، أي أن المصارف هي التي تستخدم في عمليات غسل الأموال وبالتالي فإن المصرف يشكل إحدى الدعائم الرئيسة في عمليات غسل الأموال مما يؤكد على دورها الرئيس في إبعاد الأموال غير المشروعة عن مصادرها الموصوفة بهذه الصفة، هذا من جهة، ومن جهة ثانية فإن المصارف أيضاً لها دور رئيس في مكافحة عمليات غسل المال؛ ذلك أن

عمل المصرف يتعلق أساساً بإيداع الأموال أو تحويلها أو منح القروض، ومن ثم وجب على المصرف معرفة هوية المتعامل معه ومصدر الأموال، إضافة إلى مجموعة من الالتزامات تفرض عليه في سبيل مكافحة غسل الأموال.

ويعتمد غاسلوا الأموال أساليب عديدة بقصد تغيير صفة عائدات أو متحصلات الأموال غير المشروعة إلى أموال مشروعة، وهذه الأساليب قد تكون عن طريق المصارف، إذ يقومون بإيداع أموالهم وتحويلها إلى الخارج عن طريق مجموعة من العمليات المصرفية، وقد تكون من خلال وسائل تكنولوجية حديثة وعليه فإن هذه الأساليب تتراوح بين بين الأساليب التقليدية والأساليب الحديثة، مثال ذلك إنشاء الشركات وإصدار بطاقات ائتمان أو التعامل بالأوراق المالية أو التحويل الإلكتروني للأموال وغيرها.

ويعد العراق من ضمن قائمة الدول الأكثر فساداً إدارياً ومالياً، الأمر الذي دفع المشرع العراقي لإيجاد الحلول الناجمة للحد من عمليات غسل الأموال باعتبارها أحد مظاهر الفساد الإداري والمالي، وذلك بتشريع قانون مكافحة غسل الأموال وتمويل الإرهاب رقم (39) لسنة 2015. ولذلك فرض المشرع العراقي وكذلك التشريعات المقارنة على المصرف مجموعة من الالتزامات في معرض معالجتها لعمليات غسل الأموال. وفي سبيل ضمان تحقيق الغاية من القانون، فإن المشرع بسط حمايته على المصرف في حالة اشتباهه بكون العملية المزمع القيام بها لمصلحة عميله، الدائم أو العابر، مشبوهة بشبهة غسل الأموال، وألزمه بالإبلاغ عنها لمكتب مكافحة غسل الأموال، رغم ما يصيب العميل من ضرر في حال عدم صحة مضمون هذا الإبلاغ، وتتجلى هذه الحماية من المشرع في إعفاء المبلغ من المسؤولية القانونية في هذه الحالة. ذلك فضلاً أنه قد يصاب عميل آخر بالضرر المعنوي والإساءة إلى سمعته التجارية من جراء اختلاط أمواله مع الأموال غير المشروعة، فمن يتحمل المسؤولية في هذه الحالة؟ ومن يلزم بالتعويض للعميل المتضرر؟ لذلك سيثار موضوع مسؤولية المصرف المدنية في معرض مكافحته لغسل الأموال والأحكام التي تنظم مسؤوليته.

في بحثنا هذا سنتناول موضوع المسؤولية المدنية للمصرف، وفقاً لقانون مكافحة غسل الأموال وتمويل الإرهاب العراقي رقم (39) لسنة 2015، الناجمة عن عمليات غسل الأموال في حالة ثبوت عدم صحة الإبلاغ بوجود شبهة بغسل الأموال في العملية أو الخدمة التي يطلبها العميل، على أننا استخدمنا مصطلح "غسل الأموال" باعتباره المصطلح الذي أخذ به المشرع العراقي في القانون.

ثانياً: إشكالية البحث:

تكمن إشكالية البحث في:

- 1- مدى كفاية تحديد المشرع العراقي للأموال التي تكون محلاً للغسل.
- 2- وضوح موقف المشرع من عدمه بشأن قيام مسؤولية المصرف المدنية في حالة إصابة العميل بضرر من جراء ثبوت عدم صحة الإبلاغ الصادر منه بخصوص العملية المشبوهة بغسل أموال.
- 3- إمكانية مطالبة العميل الآخر المصرف بالتعويض من المصرف عن الضرر الذي أصابه في سمعته أو اعتباره التجاري في حالة ثبوت صحة الإبلاغ وتورط المصرف في عمليات مشبوهة بغسل أموال.

ثالثاً: أهمية البحث:

تكمن أهمية البحث في:

- 1- بيان مفهوم غسل الأموال باعتباره مفهوماً جديداً على الساحة القانونية، فضلاً عن بيان مفهوم المال الذي يكون محلاً للغسل.
- 2- تحديد حالات قيام مسؤولية المصرف المدنية عن الضرر الذي يصيب العميل من جراء عدم صحة الإبلاغ بكون العملية مشبوهة بشبهة غسل أموال.
- 3- بيان ما إذا كانت معالجة المشرع العراقي لموضوع المسؤولية المدنية للمصرف عن غسل الأموال أثرت على تحقيق الغاية المرجوة من إصدار القانون ألا وهي مكافحة غسل الأموال في المصارف العراقية أو القضاء عليه في العراق ككل.

رابعاً: منهجية البحث:

اعتمدنا المنهج القانوني التحليلي حيث قمنا بتحليل النصوص؛ سواء في القانون العراقي وهو قانون مكافحة غسل الأموال وتمويل الإرهاب رقم (39) لسنة 2015⁽¹⁾ أو الضوابط الرقابية للمصارف والمؤسسات المالية غير المصرفية بخصوص مكافحة غسل الأموال وتمويل الإرهاب

(1) المنشور في الوقائع العراقية عدد 4387 في 2015/11/16.

الصادرة عن البنك المركزي العراقي سنة 2016، ومقارنته مع قانون تبييض الأموال اللبناني رقم (318) لسنة 2001 (المعدل) ونظام المراقبة المالية والمصرفية لمكافحة تبييض الأموال الصادر بالقرار رقم 7818 في 18/5/2001 والذي صدر على إثر ورود اسم لبنان بين 15 دولة على لائحة الدول غير المتعاونة في مجال مكافحة غسل الأموال، وتعرضها لضغوط من قبل مجموعة الدول الصناعية، والتي لجأت خلال العامين الماضيين إلى إصدار ما يسمى بـ (قائمة الدول غير المتعاونة)، والقائمة الأولى شملت بعض دول الخليج والدول العربية، والقائمة الجديدة شملت دولتين عربيتين هما مصر ولبنان، ومن ثم اعتمدنا المنهج المقارن من خلال المقارنة بين النصوص المتضمنة معالجة موضوع غسل الأموال في كلا القانونين العراقي واللبناني.

خامساً: هيكلية البحث:

بحثنا في هذا الموضوع وفق خطة مكونة من ثلاثة مباحث، خصصنا المبحث الأول للبحث للتعريف بغسيل الأموال في مطلبين، والمبحث الثاني كرسناه للبحث في التزامات المصرف القانونية التي لها علاقة بمكافحة غسل الأموال في مطلبين، أما المبحث الثالث فقد خصصناه للبحث في مسؤولية المصرف المدنية عن غسل الأموال وأركانها في مطلبين، وفي الخاتمة سطرنا أهم ما توصلنا إليه من استنتاجات ومقترحات.

المبحث الأول

التعريف بغسل الأموال

يستلزم التعريف بغسل الأموال البحث في تعريف غسل الأموال، وكذلك البحث في مفهوم محل غسل الأموال في مطلبين وكالاتي:

المطلب الأول

تعريف غسل الأموال

إن تعريف غسل الأموال⁽¹⁾، يختلف من تشريع لآخر من حيث الأخذ بالمفهوم الضيق لغسل

(1) يرجع تاريخ غسل الأموال إلى العمليات التي قام بها رجال العصابات في الصين القديمة حيث كانت التجارة تستخدم كطريقة لإخفاء أموال الجريمة في بلاط الحكام، ولإبعاد أعين الشرطة والسلطات عن الوصول إلى حقيقة الثروات لدى بعض القوافل التجارية والأرباح الناتجة من العائدات التي كانت تتخذ من التجارة ستارا لإخفاء أموال الجريمة خاصة جرائم السطو والاستيلاء على أموال الفلاحين. عبد الفتاح سليمان، مكافحة غسيل الأموال، دار علاء للطباعة والنشر، القاهرة، ط1، 2004، ص7. وهناك من يرى أن غسل الأموال يرجع تأصيله إلى جرائم القرصنة البحرية ومن أشهرها أعمال القرصنة التي قام بها القرصان (هنري ثيفاري) وعصابته في المحيطين الأطلسي والهندي ثم أثر الاعتزال عن أعمال القرصنة وعاش في إحدى المناطق باسم مستعار وحاول الاتجار بأمواله، إلا أن أسلوبه في غسل أمواله لم يكن موفقاً إذ رفض المتعاملون معه تسديد ما عليهم من ديون له، إلا أنه خشية اكتشاف أمره لم يستطع إبلاغ الشرطة وبالتالي خسر أمواله التي جناها بطرق غير مشروعة. خالد سليمان، تبييض الأموال، جريمة بلا حدود، المؤسسة الحديثة للكتاب، لبنان، 2004، ص71. أما غسل الأموال بالوسائل الفنية المتطورة فهناك من يرجعه إلى الفترة بين 1920-1930 وبالتحديد في الولايات المتحدة الأمريكية، حيث قامت عصابات الجريمة المنظمة بإخفاء الأموال المتحصلة من الجرائم واهضاء الشرعية عليها عن طريق تشغيلها في أعمال مشروعة فقاموا بإنشاء محلات لغسل الملابس الأوتوماتيكية من أجل استثمار الأموال التي تم الحصول عليها من تجارة المخدرات غير المشروعة، وبالتالي تم دمج وخطط الإيرادات اليومية لعمل المحل مع الدخل الناشئ عن تجارة المخدرات، ومن ثم تم إخضاعه إلى الضرائب، وبالتالي فإن الأموال أصبحت نظيفة وصالحة للتداول الاقتصادي من دون وجود أي مخاطر. على أن أبرز مثال على ذلك ما قام به عصابة (آل كابوني) إذ أخذ الحديث عن غسيل الأموال ينتشر خاصة في أثناء محاكمته ومحاكمة محاسبه لقيامه بالبحث عن طرق لإخفاء الأموال غير المشروعة وبعد ما قام به هذا المحاسب هو أبرز وسائل غسل الأموال وهي تحويل نقود إلى مصارف وإعادة الحصول عليها عن طريق القروض. نبيه صالح، جريمة غسل الأموال في ضوء الاجرام المنظم والمخاطر المترتبة عليها، منشأة المعارف، 2006، ص30. على أن ظهور عمليات غسيل الأموال سنة 1932 بشكل منظم ظهرت بواسطة شخص يدعى ==

الأموال، أو بالمفهوم الواسع له، وهذا ما سنبينه في هذا المطلب وفق فرعين وكالآتي:

الفرع الأول

المفهوم الضيق لغسل الأموال

بموجب المفهوم الضيق لغسل الأموال فإن المشرع يقوم بتحديد فعل أو جريمة واحدة ويعد كل ما يستحصل من هذه الجريمة من مال أو مردودات من قبيل غسل الأموال، أو يقوم بتحديد لائحة -على سبيل الحصر- بالأفعال أو الجرائم التي تدخل مردوداتها أو متحصلاتها في نطاق غسيل الأموال، ومن بين المشرعين الذين انتهجوا هذا المنهج المشرع المصري، وذلك في المادة (1) من قانون مكافحة غسيل الأموال المصري رقم 80 لسنة 2002 والمادة (2) اللتين حددتا جرائم

==

(mayer lanaly) وكان يمثل حلقة الوصل بين المافيا الأمريكية والمافيا الإيطالية خلال الحرب العالمية الثانية وذلك لتسهيل دخول القوات الجوية البحرية للحلفاء لجزيرة صقلية ومن أجل ذلك كان يتم اللجوء إلى السرية من أجل إخراج النقود من الولايات المتحدة الأمريكية وإيداعها في البنوك السويسرية من خلال قروض وهمية وبفضل هذه الأموال تمكن من إقامة مدينة الألعاب في لاس فيكاس الأمريكية. دانا حمة باق، السرية المصرفية في إطار تشريعات غسيل الأموال، دراسة تحليلية مقارنة، للطبع والنشر، السليمانية، 2006.. وترجع فكرة تجريم غسل الأموال إلى تقرير لجنة الجريمة المنظمة التي شكلها الرئيس الأمريكي لبحت الجريمة المنظمة في عام 1983، وبالتالي تم إقرار أول قانون أمريكي لتجريم غسيل الأموال في سنة 1986 تحت عنوان قانون الرقابة على غسيل الأموال ثم أجريت تعديلات عديدة بموجب قوانين متعاقبة ومنها قانون مكافحة إساءة استعمال المواد المخدرة سنة 1988 والذي عالج موضوع العمليات السرية المتضمنة غسلًا للأموال، وقانون مكافحة غسيل الأموال سنة 1992، والذي وسع من تعريف مصطلح التعامل المالي، وعالج فعل التآمر، وكذلك قانون قمع غسيل الأموال سنة 1994 لتعديل أحكام التآمر، وقانون قمع الإرهاب سنة 1996 الذي أضاف الإرهاب إلى مجموعة الجرائم الأصلية التي يتم تحصيل الأموال غير المشروعة منها. إلا أن أول دعوى قضائية كان موضوعها غسل الأموال في القضاء الأمريكي، هي قضية أو فضيحة (ووتر كيت) والتي كانت سبباً مباشراً لظهور مصطلح غسل الأموال إذ تعدت كونها فضيحة سياسية خلال 1982، فهي حالة نموذجية لغسل الأموال إذ تمكن المحققون من تتبع كميات كبيرة من الدولارات التي تحمل أرقاماً متسلسلة مما أفضى في النهاية إلى التعرف على مبالغ كبيرة يتم غسلها بالتدوير والنقل مصدرها أموال غير مشروعة متحصلة من المخدرات (الكوكائين الكولومبي) إلى أن وصلت إلى لجنة انتخاب الرئيس الأمريكي المهتم في القضية. رمزي نجيب قسقسوس، جريمة غسل الأموال، جريمة العصر، دراسة مقارنة، دار وائل للنشر، عمان، ط2، 2001، ص16. مخلص إبراهيم مبارك، غسل الأموال، التجريم والمكافحة، مؤسسة النوري للطباعة والنشر والتوزيع، دمشق، سوريا، ط1، 2003، ص17.

معينة تعد متحصلاتها من ضمن غسيل الأموال، وهي (17) جريمة⁽¹⁾، وكذلك المشرع الإماراتي⁽²⁾. وكذلك فإن التشريع اللبناني من التشريعات التي اعتمدت هذا المفهوم في المادة (1) من قانون مكافحة تبيض الأموال رقم (318) لسنة 2004 (المعدل)، إذ عدت الأفعال التي تعد غسلًا للمال وهي جرائم المخدرات إضافة إلى جرائم أخرى⁽³⁾.

(1) المادة (1) من القانون عرّفت غسيل الأموال بأنه (كل سلوك ينطوي على اكتساب أموال أو حيازتها أو التصرف فيها أو ادارتها أو حفظها أو استبدالها أو ايداعها أو استثمارها أو نقلها أو تحويلها أو التلاعب في قيمتها إذا كانت متحصلة من جريمة من الجرائم المنصوص عليها في المادة (2) من هذا القانون إلا أن القضاء المصري قد خرق مبدأين أساسيين من التشريع الجنائي وهما لاجرمية ولاعقوبة إلا بنص، ومبدأ التفسير الضيق للنصوص العقابية وذلك بالتوسع في مفهوم هذه الجرائم بحيث تشمل كل كل الجنايات والجنح المنصوص عليها في قانون العقوبات المصري.

(2) المادة (20) من القانون حيث تضمنت الجرائم التي تدخل عائداتها في نطاق جريمة غسل الأموال من قبيل المخدرات والقرصنة والارهاب والاتجار غير المشروع في الأسلحة والاتجار غير المشروع في البشر.

(3) نصت المادة الأولى على: يقصد بالأموال غير المشروعة، بمفهوم هذا القانون، الأموال كافة الناتجة من ارتكاب إحدى الجرائم الآتية:

- 1- زراعة المخدرات أو تصنيعها أو الإتجار بها.
- 2- الأفعال التي تقدم عليها جمعيات الأشرار المنصوص عليها في المادتين 335 و336 من قانون العقوبات والمعتبرة دولياً جرائم منظمة.
- 3- جرائم الإرهاب المنصوص عليها في المواد 314 و315 و316 من قانون العقوبات.
- 4- تمويل أو المساهمة بتمويل الإرهاب أو الأعمال الإرهابية أو المنظمات الإرهابية بحسب مفهوم الإرهاب كما هو منصوص عليه في قانون العقوبات اللبناني.
- 5- الإتجار غير المشروع بالأسلحة.
- 6- جرائم سرقة أو اختلاس الأموال العامة أو الخاصة أو الإستيلاء عليها بوسائل احتيالية أو بالتزوير أو بإساءة الأمانة الواقعة على المصارف والمؤسسات المالية والمؤسسات المعددة في المادة 4 من هذا القانون أو في نطاق عملها.
- 7- تزوير العملة وبطاقات الإئتمان والدفع والإيفاء أو السندات العامة أو السندات التجارية بما فيها الشيكات.
- 8- المادة الثانية: يعتبر تبيض أموال كل فعل يقصد منه:
 1. إخفاء المصدر الحقيقي للأموال غير المشروعة أو إعطاء تبرير كاذب لهذا المصدر، بأي وسيلة كانت.
 2. تحويل الأموال أو استبدالها مع العلم بأنها أموال غير مشروعة لغرض إخفاء أو تمويه مصدرها أو مساعدة شخص ضالع في ارتكاب الجرم على الإفلات من المسؤولية.
 3. تملك الأموال غير المشروعة أو حيازتها أو استخدامها أو توظيفها لشراء أموال منقولة أو غير منقولة أو للقيام بعمليات مالية مع العلم بأنها أموال غير مشروعة.

الفرع الثاني

المفهوم الواسع لغسل الأموال

يعني هذا المفهوم عدم تعداد أو عدم وضع قائمة محددة للأفعال أو الجرائم التي تدخل مردوداتها أو متحصلاتها في نطاق غسيل الأموال، وبالتالي يشمل غسيل الأموال كل الأموال الناجمة عن الأعمال غير المشروعة، فبالنسبة للقانون الأمريكي لعام 1996 فقد اعتبر غسيل الأموال "كل عمل يهدف لإخفاء طبيعة أو مصدر الأموال الناتجة عن النشاطات الجرمية" أي أنه أخذ بالمفهوم الواسع لغسل الأموال⁽¹⁾. وكذلك أخذ القانون النموذجي للأمم المتحدة لعام 2005 بالمفهوم الواسع لغسل الأموال ويظهر ذلك من خلال عبارة "عائدات إجرامية" ويقصد بها "أي أموال أو ممتلكات متحصل عليها بصورة مباشرة أو غير مباشرة، من أي جرم..⁽²⁾".

أما بالنسبة للمشرع العراقي⁽³⁾، فإنه في المادة (2) من قانون مكافحة غسل الأموال وتمويل

(1) نقلا عن محمد بن أحمد صالح، غسل الأموال في النظم الوضعية، رؤية إسلامية، بدون ذكر سنة الطبع ودار النشر، ص31.

(2) المادة (6) من القانون النموذجي لغسيل الأموال وتمويل الإرهاب للأمم المتحدة ونصت على:

تجريم غسل عائدات الجرائم

1- تعتمد كل دولة طرف، وفقا للمبادئ الأساسية لقانونها الداخلي، ما قد يلزم من تدابير تشريعية وتدابير أخرى لتجريم الأفعال التالية جنائيا عندما ترتكب عمدا:

(أ) 1'، تحويل الممتلكات أو نقلها، مع العلم بأنها عائدات جرائم، بغرض إخفاء أو تمويه المصدر غير المشروع لتلك الممتلكات أو مساعدة أي شخص ضالع في ارتكاب الجرم الأصلي الذي تأتت منه على الإفلات من العواقب القانونية لفعلة؛

2'، إخفاء أو تمويه الطبيعة الحقيقية للممتلكات أو مصدرها أو مكانها أو كيفية التصرف فيها أو حراتها أو ملكيتها أو الحقوق المتعلقة بها، مع العلم بأنها عائدات جرائم؛

(ب) ورهنا بالمفاهيم الأساسية لنظامها القانوني:

1'، اكتساب الممتلكات أو حيازتها أو استخدامها مع العلم، وقت تلقيها، بأنها عائدات جرائم؛

2'، المشاركة في ارتكاب أي من الجرائم المنصوص عليها في هذه المادة، أو التواطؤ أو التآمر على ارتكابها، ومحاولة ارتكابها والمساعدة والتحريض على ذلك وتسهيله وإسداء المشورة بشأنه، القانون بالنسخة العربية متاح على الموقع الإلكتروني التالي:

<http://www.sama.gov.sa/ar-sa/AntiMoney/AntiDocuments> تاريخ اخر زيارة (2018/6/22)

11 نصت على أنه "يعد مرتكبا لجريمة غسل الأموال كل من قام باحد الافعال الاتية:
أولاً: تحويل الأموال أو نقلها أو استبدالها من شخص يعلم أو كان عليه ان يعلم انها مستحصلات جريمة
==

الإرهاب رقم (39) لسنة 2015، قد أخذ بالمفهوم الواسع لغسل الأموال اذ عمد إلى تحديد الأفعال - لا الجرائم- التي تعد مصدراً للأموال غير المشروعة، التي فيما لو ارتكبت فإنه يعد الشخص مرتكباً لجريمة غسل الأموال، بدليل أنه عند تحديد الأفعال أورد عبارة "لغرض إخفاء أو تمويه مصدرها غير المشروع.." بعد تحديد الأفعال في المادة المذكورة.

ولدى المقارنة بين التشريع العراقي واللبناني نجد أنه لا يوجد اختلاف يذكر بشأن الأفعال التي عدّها المشرع العراقي غسلًا للأموال إلا أنه تحسب حسنة للمشرع العراقي باعتماده المفهوم الواسع لغسل الأموال على عكس المشرع اللبناني الذي اعتمد المفهوم الضيق لغسل الأموال. إن مسلك المشرع العراقي باعتماده التوسع وعدم اعتماد الحصر في تحديد الجريمة الأولية يكون قد تفادى ما يمكن أن يقع فيه من مأزق قانوني يجبره على تعديل القانون في كل مرة تظهر فيها جريمة جديدة لم تكن موجودة وقت تشريع القانون، ويمكن أن تصلح كمصدر لمال غير مشروع خاصة في ضوء التطور التكنولوجي الذي يصاحبه تطور إجرامي، فضلاً عما أفرزه تنظيم داعش من إحيائه لجرائم كانت قد اندثرت في التاريخ السحيق، كما أن المشرع في تجريم عمليات غسل الأموال يهدف إلى حماية مصدر الأموال من أن تكون أموالاً قذرة، ومن ثم يكون اتباع الأسلوب الحصري في الجرائم التي هي مصدر الأموال غير مبرر، لأنه بذلك يكون قد ميز في المعاقبة على غسل الأموال الناتجة من جرائم معينة ولا يعاقب على نفس المال ذي المصدر غير المشروع إذا أتى من جرائم أخرى مستحدثة بعد صدور القانون.

ومما يميز مسلك أو منهج المشرع العراقي في تحديده للمعيار الذي يعتمد عليه لمعرفة إذا ما كان الفعل المرتكب من قبل الشخص يعد أو يشكل جريمة غسل أموال، فهو اعتمد بدءاً معيار العلم أي علم الشخص الذي يقوم بتحويل الأموال أو حيازتها أو نقلها أو اكتسابها أو استخدامها بمصدر هذه الأموال غير المشروع. أي أن يكون عالماً بأن هذه الأموال هي من مردودات أو

==

لغرض إخفاء أو تمويه مصدرها غير المشروع أو مساعدة مرتكبها أو مرتكب الجريمة الأصلية أو من ساهم في ارتكابها أو ارتكاب الجريمة الأصلية أو الإفلات من المسؤولية عنها.
ثانياً إخفاء الأموال أو تمويه حقيقتها أو مكانها أو أحوالها أو طريقة التصرف فيها أو انتقالها أو ملكيتها أو الحقوق المتعلقة بها من شخص يعلم أو كان عليه أن يعلم أنها مستحصلات من جريمة.
ثالثاً: اكتساب الأموال أو حيازتها أو استخدامها من شخص يعلم أو كان عليه أن يعلم وقت تلقاها أنها مستحصلات جريمة.

متحصلات جريمة، إلا أنه لم يقف عند هذا الحد بل شدّد على مرتكب أو من يقوم بهذه الأفعال؛ إذ يكفي أن يكون في موقف يفترض فيه العلم بأن هذه الأموال من مستحصلات أو مردودات جريمة. وهذا الموقف ينفرد به المشرع العراقي، ولعله كان مدفوعاً بالظروف الأمنية غير المستقرة التي يمر بها العراق في هذه المرحلة الخطرة من تاريخه، لذا نجد أنه اعتمد معيار الرجل الحريص، وافترض أن الشخص يكون أحياناً في موقف يفترض به العلم بأن هذه الأموال هي من مردودات جريمة أو نشاط غير مشروع، وبالتالي فإنه يكون معرضاً للمسؤولية، ويعد فعله جريمة غسل أموال. ولابد من الإشارة هنا إلى أن المشرع اعتمد مصطلح الجريمة الأصلية كناية عن الجريمة التي ينتج عنها المردود المالي غير المشروع، والذي بدوره يتم غسله عبر الأفعال المحددة في المادة المذكورة والتي تكوّن جريمة غسل أموال.

وحسناً فعل المشرع العراقي بأخذه بالمفهوم الواسع لجريمة غسل الأموال أو الأفعال التي تشكل غسلًا للأموال، إذ أن من الصعوبة بمكان أن يتم تحديد كل الجرائم التي ينتج عنها المردود المالي غير المشروع؛ أي الجريمة الأصلية، نظراً لازدياد العمليات التجارية وتعقدها خاصة في ضوء الأوضاع السياسية والاقتصادية غير المستقرة والذي نتج عنه استحداث جرائم لم تكن موجودة أصلاً، أو أعاد إلى الحياة جرائم كان كل الظن أنها اندثرت وانتهت، فضلاً عن شيوع استخدام الشبكة العنكبوتية ومن ثم استخدام الوسائل الالكترونية في إضفاء الصفة المشروعية على الأموال غير المشروعة⁽¹⁾.

(1) على أن هناك أساليب عدة يلجأ إليها غاسلوا الأموال لإضفاء الصفة الشرعية على أموالهم إذ يقومون بتهريب الأموال إلى الخارج ويعتبر من أبسط الأساليب التي يعتمد عليها غاسلوا الأموال، إذ يتم تهريب الأموال غير المشروعة عبر الحدود أو الشاحنات أو الطائرات وبيعها هناك، أو وضعها في حساب جار في أحد المصارف ثم نقلها إلى حساب آخر. مباركي دليّة، غسيل الأموال، اطروحة دكتوراه، جامعة الحاج خضر، كلية الحقوق والعلوم السياسية، الجزائر، 2007، ص 26. مناهل مصطفى ود. افتخار محمد الرفيعي، دور المصارف لمواجهة عمليات الاحتيال المالي وغسل الأموال، بدون ذكر مكان الطبع، 2008، ص 5. وغيرها من الوسائل أو أن يلجأوا إلى إنشاء الشركات الوهمية أو الصورية إذ يعتمد غاسلوا الأموال على تأسيس شركات وهمية أي دون أن تمارس في الواقع أي نشاط فعلي من بيع أو شراء أو استيراد أو غيرها من النشاطات. أو أن يقوموا باختلاق منازعات قضائية وهمية بين شركتين وهميتين ثم إنشاءهما من قبلهم، وبعد أن يصدر الحكم القضائي يتم تحويل المبلغ المحكوم به لحساب إحدى الشركتين إلى حساب مصرفي في دولة أخرى. مناهل مصطفى ود. افتخار محمد الرفيعي، مصدر سابق، ص 6. أو أن يقوموا بأعداد القوائم المزورة والصفقات الوهمية وتتضمن هذه الطريقة أعداد قوائم أو فواتير مالية مزيفة لصفقات وهمية أو قد تكون فواتير حقيقية ولكن يعتمد غاسلوا الأموال على

==

تضخيم أو زيادة الاسعار الحقيقية لعمليات فعلية أو حقيقية. رمزي نجيب القشقوش، مصدر سابق، ص97. ناهيك عن اعتماد صكوك المسافرين؛ إذ تقوم المصارف الكبرى باصدار بطاقات المسافرين، ثم تقوم بقية المصارف الاخرى بتسويقها لزيائنها. خالد وهيب الندوي، ادارة العمليات المصرفية، دار المناهج للنشر والتوزيع، عمان، ط2، 2003، ص365. عبد الفتاح سليمان، مصدر سابق، ص154. وكذلك فانه بواسطة بنوك الانترنت خاصة في ظل عدم خضوع هذه المصارف لرقابة التشريعات والقوانين المتعلقة بالمصارف التجارية والضرائب نتيجة لعدم وجود مادي لها على الواقع، لقد انتشر استخدام هذه البنوك عبر الانترنت في العمليات المالية والتجارية اذ يقوم العملاء أو غاسلوا الأموال بعمليات التحويل أو الاتصال بالانترنت بالمصرف الذي يتعامل معه اذ يقومون بنقل الأموال من حساب لآخر عبر الدول ومن ثم الاستفادة من الخدمات المصرفية الالكترونية في غسل الأموال في ظل السرية التامة وعدم الكشف عن اسم المتعامل أو هويته، وخاصة في مرحلة التوظيف ومرحلة الدمج كالتحويل الالكتروني للأموال ودفع الفواتير. د. ذكري عبد الرزاق محمد، النظام القانوني للبنوك الالكترونية، المزايا _ التحديات _ الافاق، دار الجامعة الجديدة، 2010، ص22 ومابعدها.

عمر ناطق يحيى، دور المصارف في غسيل الأموال وطرق مواجهتها (دراسة قانونية مقارنة) مجلة الكوفة، كلية القانون، جامعة ميسان، العدد21، ص253. د. نعيم سلامة ود. ايمن ابو الحاج وموسى سعيد ود. مشهور هذلول، البنوك وعمليات غسيل الأموال، مجلة كلية بغداد للعلوم الاقتصادية، العدد الثالث والثلاثون، 2012، ص357... د. محمد محمود سعيغان، تحليل وتقييم دور البنوك في مكافحة غسيل الأموال، دار الثقافة للنشر والتوزيع، عمان، 2008، ص49. وفي الوقت نفسه فإن لبطاقات الائتمان دور كبير في عملية غسل الأموال، اذ يقوم الزبون أو من يريد غسل امواله بايداع امواله في المصرف ومن ثم يقوم المصرف باصدار البطاقة التي تمكنه من التعامل بها عبر منافذ الصرف الآلي أو مع المنشآت التجارية. منير الجنبهي وممدوح الجنبهي البنوك الالكترونية، دار الفكر الجامعي، الاسكندرية، 2005، ص241. وكذلك الحال اذ يتم استخدام النقود الالكترونية كاسلوب لغسل الأموال حيث يقوم غاسلوا الأموال بايداع اموالهم غير المشروعة في احد المصارف مقابل اصداره لنقود الكترونية ويقوم البنك بتحويلها الى وحدات الكترونية يتم شحنها على الكارت الذكي أو تخزين (على سيدي) ويتم تخزينها في ذاكرة الكمبيوتر الشخصي للزبون، ومن ثم في نهاية التعاملات يقبض مايعادلها من النقود وبالعملة المطلوبة، وهذا يعني استخدام النقود الالكترونية لتحويل الأموال بحرية ودون عوائق د. نعيم سلامة ود. ايمن ابو الحاج وموسى سعيد ود. مشهور هذلول، مصدر سابق، ص358. السيد عبد الوهاب عرفة، الوجيز في مكافحة غسيل الأموال، دراسة مقارنة، دار المطبوعات الجامعية، الاسكندرية، 2005، ص28. وللمزيد عن بطاقات الائتمان المصرفية حسام باقر جواد، بطاقة الائتمان المصرفية، رسالة ماجستير، جامعة بغداد، 2000، ص1 ومابعدها، وهناك وسائل اخرى منها القروض الوهمية ونوادي القمار والتعامل بالاوراق المالية والايداع والتحويل، وانشاء شركات التأمين والتعاملات النقدية الصغيرة وشركات الصيرفة. عوض عبدالله القضاة، مسؤولية البنوك الاردنية عن غسيل الأموال، رسالة ماجستير، جامعة الشرق الاوسط، كلية الحقوق، 2010، ص58. شريف سيد كامل، المسؤولية الجنائية للأشخاص المعنوية (دراسة قانونية)، ط1، دار النهضة العربية، القاهرة، 1997. زينب اسكندر داغر، التزامات المصارف في مكافحة غسيل الأموال، دراسة مقارنة، رسالة ماجستير، جامعة النهدين،

==

إلا أننا من جانب آخر نرى أن المشرع العراقي قد جانب الصواب بتشدده في معيار افتراض العلم بمصدر الأموال غير المشروعة؛ إذ من الصعوبة بمكان أن يتم التوصل إلى أنه كان يفترض في الشخص الذي تعامل أو اكتسب أو حاز الأموال غير المشروعة أن يكون عالماً بمصدرها وربما يستلزم ذلك الخوض في النوايا الكامنة في النفس البشرية.

ومن خلال استقراءنا لمفهوم غسل الأموال بإمكاننا أن نعرّف غسل الأموال بأنه "العملية التي يقوم بها أصحاب العمل غير المشروع (الجريمة الأصلية) بقصد تغيير صفة الأموال التي يحصلون عليها بطرق غير مشروعة إلى أموال مشروعة، أي إلى أشكال أخرى من الأصول أو وسائل نقدية أخرى بوسائل مشروعة بهدف إخفاء المصادر المتأتية منها، من دون وجود مخاطر التحقيق أو المصادرة من السلطات الحكومية".

المطلب الثاني

مفهوم محل غسل الأموال

ويقصد به المحل الذي يرد عليه الغسل أي العائدات أو المتحصلات، أي الأموال غير المشروعة المتأتية بطريق مباشر أو غير مباشر من الجريمة الأصلية والتي تكون محلاً لإحدى عمليات غسيل الأموال، والذي أطلق عليها المشرع العراقي تسمية "متحصلات الجريمة" في الفقرة: سادساً من المادة (1) من القانون والتي عرّفها بأنها "الأموال الناتجة أو المتحصلة بصورة مباشرة أو غير مباشرة كلياً أو جزئياً من ارتكاب إحدى الجرائم الأصلية"⁽¹⁾. وهذا المحل قد يتسع وقد يضيق حسب إرادة المشرع والذي يختلف من تشريع لآخر.

فبالنسبة للمشرع اللبناني فإنه لجأ إلى تحديد المؤسسات - لا الأموال - الخاضعة لأحكام قانون

==

كلية الحقوق، 2010، ص33. اروي الفاعوري، وايناس قطيشات، جريمة غسل الأموال (المدلول العام والطبيعة القانونية)، ط1، دار وائل عمان، الأردن، 2002، ص83. أحمد بن محمد العمري، جريمة غسل الأموال (نظرة دولية لجوانبها الاجتماعية والنظامية والاقتصادية)، ط1، مكتبة العكيان، الرياض، 2000، ص285.

(1) وعرف المشرع العراقي الجريمة الأصلية في الفقرة: سابعاً من المادة نفسها بأنها (كل جريمة في القانون العراقي من جرائم الجنايات والجناح.

تبييض الأموال في المادة (4) منه⁽¹⁾. ومنه يفهم أن محل غسل الأموال هو الأموال التي تتعامل بها المؤسسات المالية وهي مؤسسات الصرافة والشركات التي تتعاطى الوساطة المالية وشركات الإيجار التمويلي والاستثمار الجماعي وشركات التأمين وشركات ترويج وبناء وبيع العقارات وتجار السلع ذات القيمة المرتفعة حلي وأحجار كريمة وذهب وتحف فنية وأثار قيمة.

أما بالنسبة للمشرع العراقي فإنه قد حدد المحل بشكل تفصيلي ودقيق محاولاً أن يلم بكافة أنواع المال الذي يكون محلاً للغسل في الفقرة: خامساً من المادة (1) والذي أطلق عليه متحصلات الجريمة وحدده بـ "الأصول أو الممتلكات التي يتم الحصول عليها بأي وسيلة كانت كالعملة الوطنية والعملة الأجنبية والأوراق المالية والصكوك والمحركات أياً كان شكلها بما فيها الالكترونية أو الرقمية والمعادن النفيسة والأحجار الكريمة والسلع وكل ذي قيمة مالية من عقار أو منقول والحقوق المتعلقة بها، وما يتأتى من تلك الأموال من فوائد وأرباح سواء أكانت داخل العراق أم خارجه، وأي نوع آخر من الأموال يقررها المجلس لأغراض هذا القانون ببيان ينشر في الجريدة الرسمية). على أن كلمة المحركات الواردة في المادة المذكورة، تشمل بطاقات الائتمان أيضاً وبطاقات الخصم وشهادات الإيداع ووثائق التأمين وخطابات الضمان، ومن ناحية أخرى فإن عبارة "وكل ذي قيمة من منقول" تشمل الحصص في رأس مال الشركات والمحافظ المالية؛ فردية كانت أم جماعية. ونستخلص من هذه المادة أن المشرع قد وسع من مفهوم المال ليشمل النقود الوطنية والأجنبية والأوراق المالية وكذلك الأوراق التجارية فضلاً عن الودائع بأنواعها والحسابات الجارية والاستثمارات المالية أياً كان نوعها والمحركات التقليدية أو الالكترونية، وشمل أيضاً الأحجار الكريمة والمعادن النفيسة والسلع وكل ذي قيمة من منقول وعقار كالمواد الخام ومشتقاتها، ولم يقف عند هذا الحد، بل تعدى ذلك إلى الأرباح والفوائد التي تنتجها هذه الأموال، إلا أنه لدينا ملاحظتان على هذه المادة وهي:

(1) المادة الرابعة: على المؤسسات غير الخاضعة لقانون سرية المصارف الصادر بتاريخ 1956/9/3 بما فيها المؤسسات الفردية، لا سيما مؤسسات الصرافة والشركات التي تتعاطى الوساطة المالية وشركات الإيجار التمويلي وهيئات الاستثمار الجماعي وشركات التأمين وشركات ترويج وبناء وبيع العقارات وتجار السلع ذات القيمة المرتفعة (حلي، أحجار كريمة، ذهب، تحف فنية، آثار قديمة)، أن تمسك سجلات خاصة بالعمليات التي تفوق قيمتها المبلغ الذي يحدده مصرف لبنان في النظام الذي سيضعه استناداً إلى أحكام المادة الخامسة من هذا القانون.

أ: أشار المشرع إلى الأوراق التجارية الالكترونية كالشيك الالكتروني إلا أنه من ناحية أخرى لم يشير إلى النقود الالكترونية (أو النقود التي تسمى (بيتكوين)، في حين أن هذه العملة في الوقت الحاضر لها دور كبير في عمليات غسل الأموال؛ إذ بالإمكان عن طريقها أن يتم غسل الأموال بكل بساطة وسلاسة ودون أية تعقيدات، خاصة أنها لا تحتاج لفتح الحساب باسم المالك لدى البنك⁽¹⁾ وعلى الرغم من أن القانون أعطى صلاحية لمجلس مكافحة غسل الأموال وتمويل الإرهاب لتقرير وإضافة أموال أخرى لأغراض هذا القانون، إلا أنه لحد كتابة بحثنا هذا لم يصدر المجلس أي بيان يضيف بموجبه نوعاً آخر من الأموال لتكون محلاً لغسل الأموال.

ب: لم يشير المشرع العراقي إلى حقوق الملكية الفكرية والتي يمكن أن تكون محلاً لغسل الأموال؛ إذ بإمكان غاسلي الأموال أن يعمدوا إلى شراء شركات إنتاج أفلام أو حقوق نشر كتاب؛ رواية كان أم ديوان شعر أو مذكرات وغيرها. لذلك نقترح أن يتم تعديل الفقرة: خامساً، من المادة (1) من القانون وتضاف عبارتا النقود الالكترونية وحقوق الملكية الفكرية إلى الفقرة المذكورة وتكون الفقرة بالشكل الآتي: "الأصول والممتلكات التي يتم الحصول عليها بأي وسيلة كانت كالعملة الوطنية والعملات الأجنبية والعملة الالكترونية و..... وحقوق الملكية الفكرية وما يتأتى من تلك الأموال.." إلى نهاية الفقرة.

على أننا نرى أن المشرع العراقي قد عمد في المادة نفسها وفي البند: ثامناً أيضاً إلى تحديد المقصود بالمؤسسات المالية لأغراض القانون، وحدد الأموال التي تتعامل بها هذه المؤسسات والتي بدورها يفهم ضمناً منها أنه بالإمكان أن تكون محلاً لغسل الأموال، وهي لا تختلف عن التي ذكرها في البند: خامساً من المادة (2)، فضلاً عن أننا نؤيد مسلك المشرع اللبناني في تحديده للمؤسسات

(1) بيتكوين عبارة عن عملة تشفيرية cryptocurrency. هدف العملات التشفيرية هي السماح للمستخدمين بإرسال مبالغ مالية لبعضهم البعض على الإنترنت عبر شبكة الند للند دون الحاجة إلى سلطة مركزية لمراقبة عمليات الدفع والتحويل وهذا مع المحافظة على مجهوليته anonymity. لا تشترط العملات التشفيرية فتح أي نوع من الحسابات، فكل ما تحتاجه هو تنصيب تطبيق خاص بالعملية التي ترغب في استخدامها يتولى مهمة توليد "عنوان" يتم استخدامه لإرسال واستقبال التحويلات. بطبيعة الحال لن تظهر لديك أية عملات تشفيرية بمجرد أن تقوم بتنصيب هذا التطبيق، وعليه فإنك ستحتاج إلى أن تُقنع من يملكها بأن يُعطيك أو يبيعك بعضاً من العملات التي بحوزته، قبل أن يُصبح بمقدورك القيام بعمليات دفع عبر هذه العملات.

<https://www.arageek.com/2014/07/11/everything-you-need-to-know-bitcoin.html>

تاريخ اخر زيارة (2018 7\32)

والأعمال التي تحترف القيام بها لا الأموال التي تتعامل بها والتي تكون خاضعة لأحكام القانون، وبالتالي تكون محلاً للغسل بها ودون الحاجة إلى تحديد الأموال التي تكون محلاً لغسل الأموال. وقبل التعرض لموضوع المبحث الثاني، لابد لنا من الإشارة إلى أن المشرع العراقي بإلغائه لـ "قانون بول برايمر"، قانون مكافحة غسيل الأموال لسنة 2004، يكون قد خطا خطوة حسنة إلى الأمام وبالذات في موضوع الصياغة الركيكة والمصطلحات الأجنبية القانونية الغريبة عن قانوننا التي تضمنها القانون الملغي، إلا أن ما يثير الاهتمام أن المشرع لم يتخل نهائياً عن هذه المصطلحات والأعمال، إذ ذكر من ضمن الأعمال والمهن غير المالية وفي المادة (1) الفقرة: تاسعاً، البند (د)، رقم (4) عمل "التصرف أو الترتيب لشخص آخر يتصرف كوصي لصندوق ائتماني، أو القيام بعمل مماثل لصالح ترتيب قانوني"، وهذا العمل أو العقد غير معروف في نظامنا القانوني أو الواقعي، وينفرد به القانون الإنكليزي،⁽¹⁾ وكذلك حال المصطلح "ترتيب قانوني".

(1) ويقصد به: العلاقة التي تتم بها إدارة الأملاك من قبل طرف واحد لمصلحة الطرف الآخر. والتوكيل يُنشأ من قبل المكلّف الذي يحوّل بعض أو كل أملاكه للوكيل، والوكيل يحتفظ بالأملاك من أجل مصلحة موكله. التوكيلات تطورت منذ عهد الروم وأصبحت من أهم الاختراعات في قانون الممتلكات. يضع المالك ثروته بصناديق ائتمانية لتحويل جزء من حقوقه أو حقوقها إلى الوصي وفصلاً ملكيته القانونية وتحكمه بممتلكاته من ملكيته وفوائدها. وربما يحدث ذلك بسبب الضرائب أو للتحكم بالأملاك وفوائدها إذا كان الموصي غائباً أو عاجزاً أو متوفى وغالباً يتم وضع الصناديق الائتمانية بالوصايا لتوضيح وتعريف كم من المبالغ والممتلكات ستسلم إلى الأطفال أو إلى المستفيدين الآخرين. يُعطى الوصي الملكية المشتركة القانونية للملكية التي عليها وصاية، وهو مُلزم بالأداء الجيد للمستفيدين. وقد يُعوّض الوصي وتعاد نفقاته، ولكن لا بد أن يعيد كل الأرباح التي تسلمها من الملكية التي عليها وصاية. الأوصياء الذين يخالفون واجب العلاقة القانونية هم يعملون من أجل مصلحتهم الخاصة. المحاكم لها الصلاحيات بأن تعكس أفعال الأعمال التي تكون من أجل المصلحة الخاصة وإعادة الأرباح إلى أصحابها وفرض العقوبات الأخرى. الوصي يمكن أن يكون فرداً أو شركة أو تحت غطاء حكومي. وقد يكون هناك وصي واحد أو أكثر من وصي مشترك. الوصاية تكون خاضعة للشروط التي تم الاتفاق عليها. في معظم السلطات القضائية هذا يتطلب عقد وصاية اتفاقية أو صك. انظر الموقع الإلكتروني التالي: <https://ar.talkingofmoney.com/fiduciary> تاريخ اخر زيارة (2018.6.19)

المبحث الثاني

الالتزامات المفروضة على المصرف في إطار مكافحة غسل الأموال

طالما أن المصارف تسهم إسهاماً كبيراً في تمرير الأموال المشبوهة والمتحصلة من الطرق غير المشروعة إلى الاقتصاد وعبر آليات عديدة، وبالتالي فإن لها الدور البارز في إبعاد الأموال غير المشروعة عن مصادرها غير المشروعة وإضفاء صفة المشروعية عليها، ولذلك فإن المشرع فرض جملة التزامات على المصارف في معرض قيامها بمكافحة غسل الأموال لكي تقوم بدورها المرسوم لها من قبل المشرع بصدد مكافحة هذه العمليات.

إن المشرع العراقي قد ألقى مهمة مكافحة غسل الأموال وتمويل الإرهاب على البنك المركزي العراقي عبر تشكيكين مهمين يتم تأسيسهما في البنك وهما: مجلس مكافحة غسل الأموال وتمويل الإرهاب، ومكتب مكافحة غسل الأموال وتمويل الإرهاب، هذا من ناحية، ومن ناحية أخرى فإن الثقل الأكبر في عملية مكافحة غسل الأموال يقع على المكتب المشكل في البنك المركزي العراقي، ناهيك عن أن المشرع حدد أو نظم آلية لمكافحة غسيل الأموال عبر تحديده للجهات التي تتولى تنفيذ القانون، ومن ثم رتب التزامات عدة عليها ضماناً لمكافحة غسل الأموال، وهي مكتب غسيل الأموال الذي يؤسس في البنك المركزي العراقي ويتولى مهام عدة رتبها المشرع في المادة (9) من القانون، ونظم كذلك ما يتعلق بالمؤسسات المالية والمهن غير المالية في المادة (10) منه، وفرض جملة التزامات نص عليها في المادة (12) منه، فضلاً عن إلزامه المؤسسات المالية ومنها المصارف باستحداث تشكيك إداري خاص لمكافحة غسل الأموال وتمويل الإرهاب في المادة (14) منه، إضافة إلى فرض التزامات أخرى على الجهات الرقابية التي حددها في القانون وهي (وزارة التجارة ووزارة الصناعة والبنك المركزي وهيئة الأوراق المالية وديوان التامين وأية جهة أخرى تحدد بقرار من مجلس الوزراء) وذلك في المادة (26) منه ومنحها صلاحيات عدة في المادة (26) منه. وأخيراً أوجب تأسيس مجلس في البنك المركزي العراقي تحت تسمية مجلس مكافحة غسل الأموال وتمويل الإرهاب في المادة (5) منه ومنحه صلاحيات ومهام فصل فيها في المادة (7) من القانون.

إن المؤسسات المالية مؤسسات تقدم خدمات مالية وتباشر المعاملات المالية لعملائها، وأهم المؤسسات المالية التي تساهم بدور كبير في تنشيط سوق المال نظراً لدورها في تجميع المدخرات وعمليات الاستثمار، هي البنوك وصناديق الاستثمار وشركات التأمين. وفرض المشرع العراقي والمشرع اللبناني على المؤسسات المالية -ومن ضمنها المصارف- جملة من الالتزامات التي لها علاقة

بمكافحة غسل الأموال، لضمان مكافحة عمليات غسل الأموال الذي يكون محوره وملاذه المصارف. ومن هذه الالتزامات التحري عن هوية العميل والالتزام بالإبلاغ أو الإخطار عن أية عملية يشتبه في أنها غسل أموال. وهذه الالتزامات ستكون محلاً للبحث في هذا المبحث وفق مطلبين وعلى النحو الآتي:

المطلب الأول

الالتزام بالتحري عن هوية العميل⁽¹⁾

لقد استقر العرف المصرفي على مبدأ هام يحكم تعامل المصرف مع عملائه وهو مبدأ عدم التدخل في شؤون العميل؛ أي أن المصرف ليس له ولا عليه أن يتدخل في أمور وأعمال عملائه، إلا أن استفحال ظاهرة غسل الأموال دفعت بالمصارف إلى تغيير سياساتها ومبادئها تجاه عملائها، وبالتالي حل محله مبدأ آخر للتعامل المصرفي وهو مبدأ "اعرف عميلك". وأما عن مفهوم هذا الالتزام فإنه ينصرف إلى ضرورة معرفة المصرف بالشخصية الحقيقية لعميلها، وما إن كان مستتراً وراء شخصية أخرى، وبالنتيجة التوصل إلى التعامل فقط مع الشخص الطبيعي أو المعنوي الذي يكون معلوماً أو معروفاً لديها، ويترتب على هذا الالتزام قيام المصرف بالتثبت من الهوية الحقيقية للعميل عند الدخول في أي تعامل مصرفي؛ كأن يطلب العميل فتح حساب جار له، أو يطلب تحويلاً مالياً، أو يطلب أن يستأجر خزانة حديدية أو يودع وديعة لدى المصرف، ويجب كذلك أن يتعرف أو يستعلم عن طبيعة مصادر دخله وأمواله، أو ممتلكاته وهل هناك أية شبهة حول عدم مشروعية أعماله، وصولاً للتأكد مما إذا كانت هناك عملية غسل للأموال أم لا⁽²⁾.

وستتناول موقف التشريع اللبناني والتشريع العراقي من هذا الالتزام في فرعين وكالاتي:

(1) عرّفت الفقرة (22) من المادة (1) من قانون مكافحة غسل الأموال وتمويل الإرهاب العراقي العميل بأنه (أي شخص يقوم أو يشرع بأي من الأعمال التالية مع إحدى المؤسسات المالية والأعمال والمهنة غير المالية المحددة: أ- ترتيب أو فتح معاملة أو علاقة عمل أو حساب، ب- المشاركة في التوقيع على معاملة أو علاقة عمل أو حساب، ج- تخصيص أو تحويل حساب أو حقوق أو التزامات بموجب معاملة، د- الاذن بإجراء معاملة أو السيطرة على علاقة عمل أو حساب).

(2) حمزة فائق وهيب الندوي، الالتزام بالتقصي والإبلاغ بموجب مكافحة غسل الأموال، مجلة دراسات قانونية، بغداد، عدد 33، 2008، ص 80.

الفرع الأول

موقف التشريع اللبناني

فرض المشرع اللبناني على المصارف عند قيامها بأعمالها أو تقديم خدماتها المصرفية أن تقوم بإجراءات محددة للتحقق من هوية العميل الذي تتعامل معه، وكذلك تحديد هوية المستفيد الفعلي من الخدمة أو العملية المصرفية المزمع تقديمها لتجنب أو لتلافي القيام أو التورط في عمليات تتضمن غسلا للأموال⁽¹⁾. إلا أن المشرع اللبناني لم يترك هذا الالتزام دون وضع ضوابط لتنفيذه بل حدد الحالات أو العمليات التي يكون فيها التحري واجبا مفروضاً أو التزاماً على البنك، وعمليات أخرى يكون التحري واجباً فيها بغض النظر عن قيمة العملية، وسنوضحها فيما يلي:

1- عمليات يكون التحري واجباً أو التزاماً مفروضاً على المصرف: هذه العمليات نظمها وعالجها المشرع اللبناني في نظام المراقبة المالية والمصرفية لمكافحة تبييض الأموال الصادر بالقرار رقم 7818 في 2001/5/18، وحددها على سبيل المثال، وذلك بإيراده عبارة (...ولاسيما في الحالات الآتية:...) في المادة (1/3) من القانون⁽²⁾، ومنها فتح الحسابات في حال طلب العميل فتح حساب، أياً كان نوعه، حساباً جارياً أم حساباً ائتمانياً⁽³⁾، أو حسابات مرقمة، أي الحسابات التي لا يعرف أصحابها إلا المدير القائم على إدارة المصرف⁽⁴⁾، وغيرها من الحسابات فلا بد للمصرف من أن

(1) المادة (5\أ و ب) من قانون مكافحة تبييض الأموال اللبناني ويقصد بالمستفيد الفعلي أو صاحب الحق الاقتصادي هو: أ- مالك أو صاحب الأموال المودعة في حساب شخص آخر. ب- كل شخص لا حساب له وإنما تجري عمليات على شبائيك المصرف نيابة عنه في مقابل مبالغ نقدية كالشخص المهاجر الذي يقوم بتحويل أمواله إلى بلده ولكن باسم شقيقه لعدم وجود حساب باسمه، وفي هذه الحال المهاجر صاحب الحق الاقتصادي أو المستفيد الفعلي من العملية المصرفية وشقيقه صاحب الحق القانوني. د. احمد سفر، المصارف وتبييض الأموال، تجارب عربية واجنبية، اتحاد المصارف العربية، 2001، ص 73.

(2) نص المادة (على المصارف والمؤسسات المالية كل فيما يخصها ان تعتمد اجراءات واضحة لفتح الحسابات ولاسيما لجهة تحديد صاحب الحق الاقتصادي وان تتحقق من هوية عملائها الدائمين والعابرين والمقيمين وغير المقيمين..)

(3) عرّفت المادة (3) من قانون العقود الائتمانية رقم (520) لعام 1996 عقد الائتمان بأنه (عقد يولي بموجبه شخص طبيعى أو معنوي يدعى المنشئ أو صاحب الحق الاقتصادي شخصا يدعى المؤتمن صاحب الحق القانوني -حق الادارة والتصرف لاجل محدد بحقوق أو اموال منقولة تدعى الذمة الائتمانية)

(4) المادة (3) من قانون سرية المصارف اللبنانية لعام 1956.

يتحقق من الهوية الحقيقية لعملائه الدائمين، ومن ثم تحديد هوية صاحب الحق الاقتصادي (ويقابله مصطلح المستفيد الحقيقي في قانون غسيل الأموال العراقي) وما إذا كان تعامل العميل عن طريق الوكالة أو باسم مستعار لشخص طبيعي أو معنوي، وذلك بخصوص الأشخاص المعرضين للشبهات، وكذلك عمليات الصندوق، والتي يقصد بها المدفوعات النقدية التي يقوم بها العميل على شبائيك المصارف، وتشمل إيداع الأموال، وصرفها، وشراء المعادن الثمينة، وشراء الصكوك المالية نقداً، وشراء شيكات المسافرين، وأوامر التحويل المدفوعة نقداً وغيرها⁽¹⁾. ففي هذه العمليات فرض المشرع اللبناني على المصرف التحقق من هوية العميل وصاحب الحق الاقتصادي من عملية الصندوق إذا ما زادت قيمتها عن عشرة آلاف دولار أمريكي أو ما يعادلها من أية عملة أخرى وكذلك حالات أخرى كعمليات التسليف أو عمليات إبرام عقود إيجار لصناديق أو خزائن حديدية⁽²⁾.

2- عمليات يكون التحري فيها واجبا أو التزاماً مفروضاً على البنك بغض النظر عن قيمة العملية، وهي العمليات التي تكون قيمتها أقل من عشرة آلاف دولار أو ما يعادلها بأية عملة أخرى أو أكثر، وسواء كان محلها حساب واحد أو حسابات متعددة لشخص واحد، والعمليات التي تثير الشك لدى الموظف المختص في المصرف في أنها تنطوي على محاولة لغسل للأموال⁽³⁾.

على أنه يلاحظ على المشرع اللبناني في معرض معالجته لهذا الالتزام أنه حدد نطاق هذا الالتزام من ناحية الأشخاص الذين يجب التحري عنهم ومن ثم التحقق من هوياتهم الحقيقية وبالتالي شمل به العميل سواء كان شخصاً طبيعياً أو معنوياً، وسواء أكان من العملاء الذين لديهم تعاملات سابقة مع المصرف أم من العملاء الجدد الذين لا تتوفر للبنك معلومات عنهم، أم من الزبائن العرضيين الذين يتعاملون مع المصرف بشكل غير مباشر كأن يراجع المستفيد (العميل العرضي) لصرف مبلغ شيك، وسواء كان العميل من المقيمين أو غير المقيمين في لبنان.

فضلاً عن أن المشرع اللبناني توسع في فرض هذا الالتزام من ناحية الزمان، إذ ألزم المصارف بتكرار وإعادة التحري عن الهوية الحقيقية للعميل أو صاحب الحق الاقتصادي لأصحاب

(1) المادة (2\3) من النظام

(2) المادة نفسها من النظام

(3) المادة نفسها من النظام

الحسابات المفتوحة قبل نفاذ القانون أيضاً، فضلاً عن أنه ألزمها بإجراء التحري بشكل دوري في حالة حدوث تغييرات لاحقة في هويته أو هوية صاحب الحق الاقتصادي فيها، أو إذا ما حدث وظهر شك في صحة المعلومات المقدمة سابقاً من العميل، أو من المستفيد الفعلي من العملية أو الخدمة المصرفية، وكذلك عند إجراء تغيير أو تعديل أو إضافة على نموذج معرفة العميل المعتمد لدى المصارف⁽¹⁾.

أما إجراءات التحري عن هوية العميل فإن المشرع اللبناني تطرق إليها ونظمها بشكل يكفل التوصل لمعرفة هوية العميل الحقيقي وهي تختلف فيما إذا كان العميل شخصاً طبيعياً أو معنوياً أو كان تعامله عن طريق وكيل أو عن طريق المراسلة، وكذلك حدد إجراءات لمعرفة هوية صاحب الحق الاقتصادي فيها وهي كالآتي:

- 1- إجراءات التحري عن هوية العميل: إذا كان العميل شخصاً طبيعياً، على المصرف أن يتأكد بأن من يقوم بالعملية المصرفية هو نفسه من تقدم للمصرف شخصياً، ومن ثم على الموظف المختص أن يتأكد من هويته بأي وثيقة كانت، كأن تكون بطاقة الهوية أو جواز سفر أو إجازة الإقامة أو أي وثيقة رسمية أخرى، فضلاً عن وجوب كتابة اسم العميل الكامل وعنوانه ومكان إقامته ومهنته ومعلومات عن وضعه المالي، على أن يقوم بنسخ الوثائق التي اعتمد عليها في التعرف على هوية العميل والمعلومات الأخرى⁽²⁾، أما إذا كان العميل شخصاً معنوياً، فعلى الموظف المختص أن يطلب مستندات ووثائق من شهادة التأسيس والمفوض الموقع أو ممثله القانوني وتقديم هويات كل منهم⁽³⁾. أما إذا كانت العملية المصرفية تتم عن طريق وكيل فعلى المصرف أن يطلب إبراز النسخة الأصلية من الوكالة فضلاً عن الأوراق المتعلقة بهوية الوكيل وكذلك الموكل، تخوفاً من أن يتم استغلال الوكيل من قبل الموكل في عملية تشكل غسلاً للاموال عن طريق إخفاء اسم وشخصية الأصيل وإظهار اسم وشخصية الوكيل فقط⁽⁴⁾.
- 2- إجراءات التحري عن هوية صاحب الحق الاقتصادي في العملية المصرفية أي كيفية تحديد

(1) المادة (7) من النظام

(2) المادة (3\1\3\أ) من النظام

(3) المادة (3\1\3\ب) من النظام

(4) المادة (3\1\3\ج) من النظام

هوية صاحب الحق الاقتصادي: أوجب المشرع اللبناني على المصرف أن يطلب من العميل دليلاً أو تصريحاً خطياً يكتب فيه بدقة اسم صاحب الحق الاقتصادي في العملية المصرفية المزمع إبرامها أي ذكر اسمه وشهرته ومكان إقامته ومهنته ومعلومات عن مركزه المالي، أو اسم المؤسسة ومقرها الرئيس. وعلى المصرف الاحتفاظ بهذا الدليل أو المستند في سجلاته الخاصة⁽¹⁾. أما بخصوص حالات تحديد هوية صاحب الحق الاقتصادي فهناك حالتان فقط فرض المشرع اللبناني فيهما على المصرف القيام بالتحقق من هوية صاحب الحق الاقتصادي في العملية المصرفية وهما:⁽²⁾ الأولى: إذا صرح العميل أن صاحب الحق الاقتصادي في العملية، طرف ثالث، أما الثانية فهي ما إذا شك المصرف في أن العميل ليس هو صاحب الحق الاقتصادي. ولغرض مساعدة المصرف فقد وضع المشرع حالات يقوم الشك معها لدى المصرف بأن العميل ليس هو صاحب الحق الاقتصادي؛ مثال ذلك حالة منح الوكالة من قبل العميل لشخص غير مهني، أي ليس بمحام أو وسيط مالي أو وكيل، وليست هناك من علاقة تربط بين العميل والوكيل تبرر توكيله. ومثل أن تكون قيمة العملية أو الخدمة المصرفية المزمع القيام بها لا تتناسب مع الوضع المالي للعميل، وكأن يكون المركز المالي للعميل معروفاً للموظف المختص في المصرف. وكأن تحدث ظروف أو أمور أخرى استدعت انتباه المصرف من خلال تعامله مع العميل⁽³⁾.

الفرع الثاني

موقف المشرع العراقي

استناداً إلى قانون مكافحة غسل الأموال والضوابط الرقابية للمصارف والمؤسسات المالية غير المصرفية بخصوص مكافحة غسل الأموال وتمويل الإرهاب لعام 2016، فإن على المصرف التحري عن هوية العميل وفق الإجراءات الآتية:

(1) المادة (3\3\1د) من النظام

(2) المادة (4) من النظام

(3) المادة (5) من النظام

إجراءات التحري عن هوية العميل (مبدأ اعرف عميلك)⁽¹⁾

أ- إذا كان العميل شخصاً طبيعياً: يجب التعرف والتحقق من هوية العميل، والمستفيد الحقيقي⁽²⁾، عن طريق وثائق أو بيانات من مصادر موثوقة ومستقلة، وهذه الوثائق وضحت الضوابط في المادة (1) من القانون⁽³⁾. وكذلك يجب فهم الغرض وطبيعة علاقة العمل⁽⁴⁾، والحصول على أسماء وبيانات الأشخاص المصرح لهم بالتعامل على الحساب وجنسياتهم، والحصول على أسماء وعناوين الممثلين القانونيين للأشخاص عديدي الأهلية والاحتفاظ بصورة من المستندات الدالة أوية وثائق أخرى يراها المصرف ضرورية. واتخاذ الإجراءات الكافية للتأكد من المستفيد الحقيقي من الحساب. وعلى المصرف الاطلاع على المستندات الأصلية المقدمة، إضافة إلى أية بيانات أخرى، ولو لم تذكر في الضوابط، يراها المصرف ضرورية⁽⁵⁾.

ب- إذا كان العميل شخصاً معنوياً أو اعتبارياً فإنه يجب اتخاذ الإجراءات الآتية:

1- التعرف عليه عن طريق استيفاء البيانات والوثائق المثبتة لطبيعته وكيانه القانوني

(1) تمت الإشارة إلى هذا المبدأ تحت هذه التسمية في المادة (1) من الفصل الثاني من الضوابط الصادرة عن البنك المركزي الصادرة 2016

(2) عرفت الضوابط الصادرة عن البنك المركزي لعام 2016 المستفيد الحقيقي بأنه (هو الشخص الطبيعي صاحب الملكية أو السيطرة الفعلية على العميل أو الذي تتم العملية لمصلحته أو وفقاً لإرادته) وعلى الرغم من أن قانون مكافحة غسل الأموال وتمويل الإرهاب عرف المستفيد الحقيقي في المادة (9) البند (الرابع عشر) بأنه (هو الشخص الطبيعي الذي يمتلك أو يمارس سيطرة نهائية مباشرة أو غير مباشرة على العميل أو الشخص الطبيعي الذي تتم المعاملة نيابة عنه كذلك الشخص الذي يمارس سيطرة فعلية نهائية على شخص معنوي أو ترتيب قانوني) ولا يرى أية فائدة من تكرار التعاريف الواردة في القانون. على أن هذا النهج من البنك المركزي العراقي قد تكرر في أكثر من موضع في الضوابط؛ إذ عرف أيضاً مصطلح الأموال والعمل العابر والمصرف السوري والعلاقة المستمرة في البند (3 و 5 و 8 و 9 و 10) ولانعلم ما الفائدة من تكرار التعاريف التي سبق وأن حددها المشرع العراقي في القانون.

(3) وهي صورة من البطاقة الشخصية، العائلية، أو جواز السفر والمستمسكات الأخرى. أما بالنسبة لغير العراقيين، فصورة من جواز السفر بشرط أن تكون لديه إقامة سارية المفعول. المادة (1) من الفصل الأول و(الفقرة أوب) من الضوابط.

(4) الفقرات (أ إلى هـ) من المادة (10) من القانون.

(5) المادة (10) من القانون، والفقرات (أ إلى ك) من المادة (1) من الضوابط.

واسمه وموطنه وتكوينه المالي وأوجه نشاطه، وبيانات الأشخاص المفوضين بالتعامل على الحساب بموجب تفويض رسمي، وكذلك أسماء وعناوين المساهمين الرئيسيين وأعضاء مجلس الإدارة.

2- المطالبة بتزويده بصورة طبق الأصل من عقد التأسيس، وشهادة التأسيس، والسجل التجاري، واسم وعنوان وأسماء وعناوين الشركاء والمدراء المفوضين بالتوقيع عن الشخص المعنوي، ونموذج من توقيعاتهم، وإقرار خطي من العميل يبين فيه هوية المستفيد الحقيقي من الحساب أو صاحب الحق الاقتصادي للعملية المراد إجراؤها، إضافة إلى معلومات ووثائق أخرى⁽¹⁾.

أما إذا تعامل شخص مع مصرف بالوكالة عن العميل، سواء كان العميل شخصاً طبيعياً أم معنوياً، فيجب على المصرف التأكد من وجود وكالة قانونية أو تخويل قانوني معتمد من الجهات المختصة، مع ضرورة الاحتفاظ بالوكالة وبالتخويل أو بنسخة طبق الأصل منه، بالإضافة على ضرورة التعرف على هوية الوكيل والموكل والتحقق منها طبقاً لإجراءات التعرف على العميل المطبقة في حالة كون الشخص طبيعياً أو معنوياً⁽²⁾.

على أن المشرع العراقي أوجب اتخاذ تدابير العناية الواجبة تجاه العملاء في المادة (10) البند: ثانياً من القانون (تدابير تجاه عملاء المصرف) استكمالاً لمبدأ "اعرف عميلك"، وقد عرفت الضوابط بأنها "بذل الجهد للتعرف على هوية العميل، والمستفيد الحقيقي والتحقق منها والمتابعة المتواصلة للعمليات التي تتم في إطار علاقة مستمرة، بالإضافة إلى التعرف على طبيعة العلاقة المستقبلية بين المؤسسة المالية أو غير المالية أو المهن المعينة والعميل والغرض منها)⁽³⁾.

في الوقت نفسه فإن هذه الضوابط قد أضافت التزامات أخرى على المصرف كتدابير العناية الواجبة تجاه العملاء ويمكن إجمال أهمها كما يأتي⁽⁴⁾:

(1) المادة (10) من القانون والمادة (1) من الفصل الأول، الفقرة (2 / البند أ الى ق) من الضوابط. وكذلك اوجبت الضوابط التحري عن هوية المنظمات غير الهادفة للربح، المادة (1) الفقرات (أ الى ك).

(2) البند (6) من المادة (1) من الضوابط.

(3) الفقرة (7) من الضوابط الرقابية الصادرة عام 2016

(4) الفصل الخامس، المادة (1) من الضوابط.

أ. يجب على المصرف عدم إقامة أية علاقة مع العميل ما لم يتم التأكد من هوية هذا العميل وذوي العلاقة.

ب- إذا لم يحصل المصرف على إثبات مُرض حول الهوية عليه النظر في إمكانية رفع تقرير بخصوص المعاملات المشتبه بها إلى المكتب.

على أن الضوابط ألزمت المصرف بوضع أنظمة خاصة للتعرف على الهوية، والأوضاع القانونية للعملاء والمستفيدين الحقيقيين من الأشخاص الطبيعية والمعنوية في الحالات الآتية⁽¹⁾:

أ- عند إقامة علاقة عمل مستمرة عند فتح الحساب أو بدء التعامل.

ب- في حالة ظهور شكوك بشأن التعامل أو الحساب مع العميل أو المستفيد الحقيقي.

ت- عند القيام بأية عملية من العمليات العرضية والتي تبدو مترابطة فيما بينها إذا تجاوزت قيمتها (12) مليون دينار عراقي أو ما يعادلها بالعملة الأخرى.

ث- في حالة إجراء عمليات عرضية بشكل تحويلات برقية تزيد قيمتها على (12) مليون دينار عراقي أو ما يعادلها. ويطبق الإجراء نفسه على المستفيدين من التحويل.

ج- عند وجود شك أو اشتباه بحدوث عملية غسل أموال.

ويمكن تقسيم التدابير التي ألزم المشرع البنوك باتباعها إلى أنواع أو درجات:

1- تدابير العناية المشددة: أوجب المشرع على المصرف اتخاذ تدابير العناية المشددة وتشديد المراقبة وذلك في حالة إدراك درجة كبيرة من مخاطر غسل الأموال أو تمويل الإرهاب، ووضع إجراءات مشددة على الفئات ذات المخاطر العالية⁽²⁾.

2- تدابير العناية المبسطة: بالإمكان أن يطبق المصرف تدابير عناية مبسطة إذا كانت هناك ظروف تكون فيها مخاطر غسل الأموال منخفضة، وهي الوزارات والهيئات والمؤسسات الحكومية، والعمليات العارضة التي يقل فيها حجم المعاملة عن (1) مليون دينار عراقي أو ما يعادلها، أو معاملات عرضية لعميل عارض في صورة تحويلات برقية تقل عن (1) مليون دينار عراقي أو ما يعادلها⁽³⁾.

(1) المادة (1) الفقرة (2) من الضوابط.

(2) المادة (2) الفقرة (2) من الضوابط.

(3) المادة (3) من الضوابط.

- 3- تدابير العناية المحددة تطبق على العملاء الذين لا يتم التعامل معهم وجها لوجه⁽¹⁾.
- 4- أشارت الضوابط إلى حالة مهمة وهي عدم تمكن المصرف إتمام إجراءات العناية اللازمة للتحقق من هوية العميل أو المستفيد الحقيقي؛ فللمصرف أن يستكمل الإجراءات بعد إقامة علاقة العمل أو التعامل المالي بشرطين مهمين وهما: أن تكون مخاطر غسل الأموال وتمويل الإرهاب منعدمة، أو أن تكون شبه منعدمة بحيث يمكن السيطرة عليها بفاعلية واستكمال إجراءات التحقق بأسرع وقت ممكن خلال مدة أقصاها أسبوع واحد.

كذلك فإن هناك التزامات أخرى فرضها المشرع على المصارف لها علاقة بغسل الأموال وهي:

1. عدم فتح حساب مجهول الهوية أو باسماء وهمية أو الاحتفاظ بها.
 2. التقيد بما ورد إلى المصرف من أسماء محظور التعامل معها سواء أكانوا اشخاصاً طبيعياً أو معنوية والصادرة بحقهم قرارات من الجهات المحلية أو الدولية ذات العلاقة بغسل الأموال.
 3. عدم الإفصاح للعميل أو المستفيد بأية عملية يشتبه في أنها تتضمن غسل أموال أو تمويل إرهاب، سواء تمت أو لم تتم.
 4. عدم التعامل مع المصارف الصورية.
 5. عدم التعامل مع أية مؤسسة تقدم خدماتها للمؤسسات المحظورة عالمياً.
- بعد هذا العرض لموقف كل من المشرعين نرى أن كليهما حاول جهد الامكان فرض التزامات، الغاية منها التعرف على هوية العميل أو المستفيد الحقيقي من العملية المالية أو المصرفية المزمع إبرامها معه أيأ كان شخصاً طبيعياً أو معنوياً، ووضعاً ضوابط أو قيوداً للتثبت فيما إذا كانت هناك شبهة غسل أموال من عدمه.

ونثبت الملاحظات الآتية بعد المقارنة وهي:

- 1- أن الضوابط التي أصدرها البنك المركزي والمطبقة على المصارف والمؤسسات المالية ليس لها سند قانوني، ذلك أن المادة (56) من القانون أعطت للمحافظ صلاحية إصدار تعليمات أو أنظمة داخلية لتسهيل تنفيذ القانون؛ أي بخصوص مكافحة غسل الأموال، إلا أن المحافظ أصدر ضوابط تحت تسمية الضوابط الرقابية للمصارف وللمؤسسات المالية غير المصرفية لسنة 2016 بخصوص الموضوع نفسه، وهذه مخالفة صريحة للقانون. في حين أن مصرف

(1) المادة (2) من الضوابط

لبنان المركزي هو من أصدر نظام المراقبة المالية والمصرفية لمكافحة تبييض الأموال الصادر بالقرار رقم 7818 في 18/5/2001 تسهيلاً لتنفيذ قانون مكافحة تبييض الأموال اللبناني، وهذا يعني أن بالإمكان، وببساطة وفقاً للتشريع العراقي، الطعن في أي إجراء تتخذه المصارف وكذلك المؤسسات المالية على حد سواء أمام المحاكم، وذلك بعدم شرعية أو قانونية الضوابط الصادرة عن البنك المركزي، وهذا مؤداه عدم تحقيق الغاية التي من أجلها شرع قانون مكافحة غسل الأموال وتمويل الإرهاب، بل على العكس سيكون العراق بؤرة وملاذاً لغاسلي الأموال من كل حذب وصوب، وهذه نتيجة خطيرة لعدم مشروعية الضوابط لابد للمشرع العراقي من تلافئها بأسرع وقت. لذلك نقترح إلغاء هذه الضوابط وإصدارها بشكل نظام تحقيقاً للغاية التي وضعناها آنفاً.

2- منح القانون مجلس مكافحة الإرهاب صلاحيات محددة في المادة (7) منه، ومن هذه الصلاحيات إصدار ضوابط تتضمن حدود المبالغ النقدية والصكوك القابلة للتداول لغرض شمولها بمراقبة غسل الأموال، إلا أن محافظ البنك المركزي قام بإصدار هذه الضوابط وحدد فيها حدود المبالغ النقدية لغرض شمولها بمراقبة غسل الأموال، ومن ذلك وجوب قيام المصرف بتحديد أنظمة خاصة للتعامل مع العميل أو المستفيد الحقيقي في حالة قيامه بأية عملية من العمليات العرضية التي تبدو مترابطة فيما بينها إذا تجاوزت قيمتها (12) مليون دينار عراقي أو مايعادلها بالعملات الأخرى. وكذلك في حالة إجراء عمليات عرضية بشكل تحويلات برقية تزيد قيمتها على (12) مليون دينار عراقي أو مايعادلها. ويطبق الإجراء نفسه على المستفيدين من التحويل. وفي هذا مخالفة صريحة للقانون. في حين أن مصرف لبنان المركزي أصدر نظام المراقبة المالية والمصرفية لمكافحة تبييض الأموال الصادر بالقرار رقم 7818 في 18/5/2001 تسهيلاً لتنفيذ قانون مكافحة تبييض الأموال اللبناني وثبت فيها حدود المبالغ المشمولة بإجراءات مافحة غسل الأموال. ونؤيد مسلك المشرع اللبناني هذا. غير أن العلة التي تكمن في أهمية تحديد الحدود للمبالغ النقدية محل التعامل المالي أو الخدمة، أن الجهة التي تقوم بهذا التحديد لابد أن تكون هي ذاتها الجهة العليا التي أوكل إليها المشرع دون غيرها مهمة رسم سياسات وبرامج لمكافحة غسل الأموال. لذلك نقترح إلغاءها من الضوابط وبالتحديد إلغاء الفقرة (2) من المادة (1) من الفصل الخامس من الضوابط وتشريعها بشكل نظام تنفيذاً للمادة (56) من القانون.

3- أن القانون حدد التدابير بتدابير العناية الواجبة التي يبذلها المصرف في التحري عن هوية

العميل أو المستفيد الحقيقي من العملية، ويبدو ذلك جلياً في المادة (10) أولاً، منه، إلا أن الضوابط قد أضافت إلى هذه التدابير تدابير العناية المشددة وتدابير العناية المبسطة، وحددت الحالات التي يفرض فيها على المصرف اتباع هذه التدابير كل على حدة. وهذه أيضاً مخالفة قانونية إذ لا يجوز للضوابط أو التعليمات الصادرة تسهياً لتنفيذ القانون أن توسع أو تضيق من نطاق الالتزامات التي فرضها وحددها القانون على الرغم من أن وجود هذه التدابير يعد عاملاً مهماً لغرض مساعدة المصرف على نجاح سياسته في مكافحة عمليات غسل الأموال. ولذلك نقترح إلغاء المادة (2) الفقر (2) والمادة (3) والمادة (4) من الفصل الخامس من الضوابط⁽¹⁾ وتشريعها بشكل نظام تنفيذاً للمادة (56) من القانون.

المطلب الثاني

الالتزام بالإبلاغ أو بالإخطار عن العمليات المشبوهة

يعد هذا الالتزام من الالتزامات المهمة، بل يكاد يكون أهمها، فهو الحلقة المهمة في سبيل مكافحة غسل الأموال، ولذلك نرى أن التشريع العراقي والبناني حددا بدقة الجهات التي يتم إبلاغها في حال الشك بوجود عملية فيها غسل أموال، وكذلك حددا المؤشرات أو الحالات التي تستدعي الشك في العميل أو في العملية المزعم إبرامها مع المصرف. وسنتناول موقف المشرعين العراقي والبناني من هذا الالتزام في فرعين كما يأتي:

(1) وهنا نثبت ملاحظات أخرى على الضوابط المذكورة وهي:

- 1- عمدت الضوابط أحياناً إلى تكرار التعاريف أو التوضيحات ذاتها في القانون ومنها توضيح المقصود بالقانون والمكتب والأموال والمستفيد الحقيقي، ولا نعلم ما الفائدة من التكرار، مع أنه لم يأت بشي جديد من الناحية القانونية.
- 2- هناك مخالفة قانونية صريحة في الضوابط الصادرة عن البنك المركزي العراقي لقانون مكافحة غسل الأموال وتمويل الإرهاب، ويتضح ذلك في الفقرة (أ) من المادة (4) من الضوابط والتي أعطت المصرف صلاحية رسم ووضع برامج تدريب ملائمة للموظفين المعنيين بمكافحة غسل الأموال، في حين أن القانون أوكل هذه الصلاحية لمجلس مكافحة غسل الأموال وتمويل الإرهاب بالمادة (7) الفقرة (خامساً) منه. وفي السياق نفسه تكررت المخالفة ذاتها في الضوابط ذاتها، إذ منحت المصرف صلاحية تحديد وتقييم مخاطر غسل الأموال، في حين أن القانون أوكل هذه الصلاحية للمجلس بموجب المادة (7) الفقرة سادساً منه. ولذلك نقترح إلغاء الفقرة (أ) من (المادة (4) من الضوابط

الفرع الأول

موقف المشرع اللبناني

أوجب المشرع اللبناني في قانون مكافحة تبييض الأموال -على المصارف القيام بالإبلاغ عن العمليات المصرفية المشبوهة، أي التي يشتبه في كونها تتضمن أو تنطوي على تبييض أموال وفق آلية محددة في القانون كالآتي:

أنشأ المشرع اللبناني تشكياً خاصاً لمكافحة غسل الأموال تحت تسمية هيئة التحقيق الخاصة في المادة (السادسة) من القانون، وأوكل إليه مهام رئيسة تتجلى في التحقيق في العمليات التي يشتبه في أنها تشكل جرائم غسل أموال. وتقوم "الهيئة" بالاجتماع فور تلقيها المعلومات من المصارف أو فور تلقيها المعلومات من السلطات الرسمية اللبنانية أو الأجنبية، وبعد تدقيق المعلومات، تتخذ "الهيئة" ضمن مهلة ثلاثة أيام عمل، قراراً مؤقتاً بتجميد الحساب أو الحسابات المشبوهة لمدة خمسة أيام قابلة للتجديد مرة واحدة إذا كان مصدر الأموال لا يزال مجهولاً أو إذا اشتبه بأنه ناجم عن جرم تبييض أموال. وخلال المهلة المذكورة تقوم "الهيئة" بتحقيقاتها بشأن الحساب أو الحسابات المشبوهة إما مباشرة أو بواسطة من تنتدبه من أعضائها أو المسؤولين المعنيين لديها أو بواسطة أمين السر لديها أو من تعينه من بين مفوضي المراقبة، ويقوم كل من هؤلاء بمهامه شرط التقيد بالسرية ودون أن يعتد تجاهه بأحكام القانون الصادر بتاريخ 1956/9/3 المتعلق بسرية المصارف.

وبعد إجراء التحقيقات وخلال مهلة التجميد المؤقت للحساب أو للحسابات المشبوهة تصدر "الهيئة" قراراً نهائياً إما بتحرير هذا الحساب إذا لم يتبين لها أن مصدر الأموال غير مشروع، وإما برفع السرية المصرفية عن الحساب أو الحسابات المشتبه بها ومواصلة تجميدها. وفي حال عدم إصدار الهيئة أي قرار بعد انقضاء المهلة كما هو منصوص عليها في الفقرة الثانية أعلاه يعتبر الحساب محرراً حكماً. ولا تقبل قرارات "الهيئة" أي طريق من طرق المراجعة العادية الإدارية أو القضائية بما في ذلك المراجعة لتجاوز حد السلطة. وعند الموافقة على رفع السرية المصرفية، على "الهيئة" أن ترسل نسخة طبق الأصل عن قرارها النهائي المعلن إلى كل من النائب العام التمييزي وإلى الهيئة المصرفية العليا بشخص رئيسها وإلى أصحاب العلاقة، وإلى المصرف المعني، وإلى الجهة الخارجية المعنية إما مباشرة أو بواسطة المرجع الذي وردت المعلومات عن طريقه⁽¹⁾.

(1) المادة (الثامنة) من القانون.

الفرع الثاني موقف المشرع العراقي

لقد نظم المشرع العراقي في القانون آلية إبلاغ واضحة ومتسلسلة في حالة اشتباه المصرف بأن العملية التي ستتم أو تمت فيها شبهة غسل الأموال، والآلية تتلخص في:

1- قيام المصرف أو العاملين فيه أو في الفروع التابعة للمصرف بإبلاغ قسم مكافحة غسل الأموال وتمويل الإرهاب الذي يشكل أو يؤسس في كل مصرف استناداً إلى المادة (14) من القانون، -بالعملية المشبوهة⁽¹⁾، أو بأية عملية يشتبه في أنها تتضمن غسلاً للأموال سواء تمت أم لم تتم.

2- يتم الإبلاغ الفوري لمكتب غسل الأموال ومكافحة تمويل الإرهاب الذي يشكل في البنك استناداً إلى المادة (8 - أولاً) من القانون بالعملية المشبوهة، والذي بدوره يقوم بأحد الإجراءات التالية:

- أ- تلقي الإبلاغات عن العمليات المشبوهة.
- ب- تحليل الإبلاغات أو المعلومات. وللمكتب في سبيل أداء مهامه أن يحصل من جهات الإبلاغ على أية معلومات إضافية يعدها مفيدة لإجراء التحليل خلال المدة التي يحددها.
- ت- إيقاف تنفيذ العملية المالية أو العمليات مدة لا تزيد على (7) أيام عمل في حال الخشية من تهريب المتحصلات أو الإضرار بسير التحليل.
- ث- إحالة الإبلاغات التي تقوم على أسس معقولة للاشتباه في عملية غسل الأموال أو تمويل الإرهاب أو جرائم أصلية إلى رئاسة الادعاء العام لاتخاذ الإجراءات القانونية بشأنها، وإشعار الجهات ذات العلاقة.

وهناك حالة أخرى أضافتها يجب على المصرف التقيدها، وهي في حالة الإخفاق في استكمال تدابير العناية الواجبة، أي عندما يتعذر التحقق من هوية العميل أو المستفيد الحقيقي للعميل؛ شخصاً طبيعياً كان أم شخصاً معنوياً، فإنه عليه عدم فتح حساب للعميل أو مباشرة أي تعامل مالي معه، وعند الاقتضاء يتم إخطار مكتب مكافحة غسل الأموال.

(1) عرّفت الفقرة (ثامن عشر) من المادة (1) من القانون العملية المشبوهة بأنها (أي عملية يعتقد بأنها تتضمن جزئياً أو كلياً أموالاً متحصلة من جريمة أصلية)

كما فرض القانون التزامات مهمة وحيوية على المصرف في معرض سبيله لمكافحة غسل الأموال في المادة (12) الفقرة (خامساً) منه وهي:

أ- إلزام المصرف بإبلاغ المكتب بأية عملية يشتبه في أنها تتضمن غسل أموال؛ سواء تمت هذه العملية أم لم تتم.

ب- تزويد المكتب بالمعلومات والمستندات التي يطلبها، وعلى وجه السرعة.

ت- تقديم السجلات كافة إلى المحاكم والجهات المختصة عند طلبها.

ث- كذلك فإن الضوابط قد أوجبت على المصرف وضع آلية فعالة للإبلاغ في أي وقت يتم الكشف فيه عن عملية يوجد اشتباه في ارتباطها بغسل الأموال، إذ أوجبت على المصرف إعداد السياسات والإجراءات من أجل الإخطار عن جميع العمليات المشتبه بها - بغض النظر عن حجم العملية- إلى مكتب غسيل الأموال على وجه السرعة، ومرفقا به الأولويات والأسانيد المتعلقة بالعملية.

ونظراً لأن المصرف هو نقطة البداية في عمليات غسل الأموال فإن الضوابط فرضت على المسؤولين والموظفين داخل المصرف، وعليهم على وجه السرعة رفع تقرير داخلي بالعملية المشتبه بها إلى مسؤول قسم مكافحة غسل الأموال في المصرف، وهو يقوم بدوره بالنظر في التقرير واتخاذ قرار فيما إذا كانت العملية فيها شبهة غسل أموال من عدمه⁽¹⁾.

في نهاية عرضنا وبعد المقارنة بين التشريعين نثبت الملاحظات الآتية:

1- لم يتطرق القانون العراقي إلى تحصين القرارات الصادرة عن مكتب غسل الأموال من الطعن فيها أمام المحاكم أو من الطعن فيها أمام جهات أخرى، في حين أن المشرع اللبناني عمد إلى تحصين القرارات الصادرة عن هيئة التحقيق الخاصة من الطعن في قراراتها عن أي طريق من طرق الطعن الإداري والقضائي⁽²⁾، ونرى أنه كان لزاماً على المشرع العراقي، وفي سبيل قطع أي طريق للالتفاف على القانون أو عدم ترك مجال للمحسوبية والرشاوي وتأثيرات الأحزاب السياسية، أن ينص بشكل صريح على تحصين القرارات الصادرة عن مكتب غسيل الأموال في البنك المركزي العراقي بخصوص العمليات المشتبه في أن بها غسل أموال، في حين أنه أجاز

(1) المادة (3) البند (6) من الفصل الثاني من الضوابط.

(2) الفقرة (3) من المادة (الثامنة) من قانون تبيض الأموال اللبناني.

الاعتراض والطعن بقرار تجميد الأموال المحلية المتحصلة من غسل الأموال⁽¹⁾، ونقترح أن تضاف مادة إلى القانون وتكون بالشكل الآتي:

(تعد القرارات الصادرة عن مكتب مكافحة غسل الأموال وتمويل الإرهاب والمتعلقة بالعمليات المشبوهة بغسل الأموال، قطعية لايجوز الطعن الإداري أو القضائي فيها).

2- على الرغم من أن الضوابط الصادرة عن البنك المركزي تشكل مخالفة للقانون، إلا أنه يعاب عليها، خلافاً للمشرع اللبناني، أنها أوجبت اعتماد تدابير العناية المبسطة إذا وجدت ظروف تكون فيها مخاطر غسل الأموال منخفضة، وهي الوزارات والهيئات والمؤسسات الحكومية، وكأن واضعي الضوابط من كوكب آخر غير العراق ولا علم لهم بالفساد الذي طال الوزارات والمسؤولين بل الوزراء أنفسهم والتي وصل صداها إلى الانترنت وبول أيضاً، خاصة في هذه المرحلة الخطيرة التي يمر بها العراق عامة، وإقليم كوردستان بشكل خاص، والتي أصبحت من سماتها الفساد الإداري والمالي في دوائر الدولة ومؤسساتها. ولكي لا يكون العراق الملاذ الآمن لغاسلي الأموال من أناس عاديين أو ممن هم من أصحاب النفوذ والسلطة في العراق -وهم كثر- نقترح إلغاء الفقرة (أ) من المادة (3) من الفصل الخامس من الضوابط.

(1) المادة (17) أولاً من القانون.

المبحث الثالث

مسؤولية المصرف المدنية عن غسل الأموال وأركانها وفقاً للقواعد العامة

إن المشرع العراقي ألزم المصارف بمراقبة التعاملات المصرفية، وكذلك بالإبلاغ عن العمليات المصرفية المشبوهة التي يقوم بها غاسلوا الأموال من العملاء قبل أو بعد فتح الحساب أو القيام بالعملية المالية، ومن هنا فإن المصرف، من ناحية، وعند قيامه بالإبلاغ عن العملية التي يشتبه بها بشبهة غسل أموال فإنه قد يتسبب في إصابة العميل بضرر نتيجة إيقاف التعامل المصرفي معه في حالة عدم حصول المصرف على إثبات مُرض حول الهوية، ومن ثم قيامه بالإبلاغ عنها إلى المكتب. وبعد قيام المكتب بالتحقيق قد يتضح عدم صحة البلاغ أو عدم صحة المعلومات التي رفعها المصرف للمكتب، فضلاً عن حالات أخرى يتصور معها إصابة العميل بضرر نتيجة عدم صحة المعلومات أو عدم صحة البلاغ. فهل عندئذ تتحقق مسؤوليته التقصيرية أو العقدية؟ وكيف عالج المشرع اللبناني والعراقي موضوع المسؤولية المدنية للمصرف في هذه الحالة؟ سنبحث في هذين الموضوعين في مطلبين، خصصنا المطلب الأول للبحث في المسؤولية التقصيرية والعقدية للمصرف، أما الثاني فنتناول فيه المسؤولية المدنية للمصرف وفق قانون تبيض الأموال اللبناني وقانون غسل الأموال العراقي كما يأتي.

المطلب الأول

المسؤولية التقصيرية والعقدية للمصرف

قد تتحقق مسؤولية المصرف عقدية كانت أم تقصيرية، ولكن لا بد عندئذ من توفر أركانها المتمثلة بالخطأ والضرر والعلاقة السببية بين الخطأ والضرر، وسنحاول أن نفصل في هذه الأركان في الفروع الآتية:

الفرع الأول

الخطأ

يعرف الخطأ كركن في المسؤولية التقصيرية، فقهاً وقضاً، بأنه إخلال بالتزام سابق يصدر عن إدراك وتمييز، وهذا الالتزام يفرضه القانون على كل فرد بعدم الإضرار بالآخرين، ودائماً يكون

الالتزام هذا هو بذل عناية، والعناية المقصودة هنا هي اتخاذ الحيطة اللازمة لتجنب الإضرار بالآخرين، أو هي انحراف في السلوك، ويقع هذا الانحراف إذا تعمد الإضرار، بل ودون أن يتعمد الإضرار بالغير بأن أهمل أو قصر. ووفقاً للقواعد العامة للمسؤولية التقصيرية فإن للخطأ ركنان هما: التعدي، والإدراك، ويتمثل ركن التعدي في قيام الشخص بتصرف لا يقره القانون، والتصرف قد يكون إيجابياً وقد يكون سلبياً، فمن الناحية الإيجابية في حالة قيام الشخص بعمل مادي وتجاوز الحدود التي كان يجب عليه التزامها عند قيامه بالعمل، وقد يكون سلبياً كأن لا يقوم بعمل مادي كان يجب القيام به. والمعيار المعتمد لضبط الخطأ هو معيار الشخص المعتاد، وهو ما يقال له رب الأسرة الحريص. أما بخصوص الركن الثاني للخطأ فهو الإدراك، ولأن الإدراك أو التمييز ركن في الخطأ ولا وجود للخطأ بدونه، ولذلك لا يمكن أن تتقرر مسؤولية المجنون والصبي والمعتوه والسكران ومن في حكمهم. والإدراك يتمثل في قيام الشخص بالتصرف وهو عالم لما ينتج عنه من ضرر.

وأما الخطأ كركن في المسؤولية العقدية فإنه يتمثل بعدم تنفيذ الالتزامات التي يربتها العقد بالذمة أو التأخر في تنفيذها، عليه قد يصدر خطأ من المصرف متمثلاً في مديره أو الموظف المختص. ويمكن تصور عدة حالات للخطأ التقصيري الصادر من المصرف أو ممن يمثله عند تنفيذه للالتزامات التي فرضها قانون غسل الأموال، ومنها الإهمال أو التقصير وعدم الانتباه، أو عدم بذل العناية اللازمة، وكذلك يتصور أن يكون الخطأ عقدياً.

على أن هناك حالات يتصور فيها حدوث الضرر للعميل ويمكن أن تقوم معه مسؤولية المصرف المدنية:

- 1- تقصير المصرف في تبني سياسة واضحة لتدريب الموظفين العاملين في مجال مكافحة غسل الأموال، ومن ثم قد يقع الضرر على العميل أو المالك المستفيد من الأموال من جراء الإبلاغ غير الصحيح إلى مكتب غسل الأموال وهنا تتحقق مسؤوليته التقصيرية.
- 2- طلب العميل فتح حساب جار له أو إيداع وديعة نقود أو أوراق مالية أو تحويل مالي، وقبل أن يتم إبرام العقد معه يقوم المصرف بأخذ المعلومات المطلوبة منه وخاصة عن مصدر المبالغ والغرض والطبيعة المقصودة من طلب فتح الحساب أو من الوديعة. ولاشتباه المصرف وفقاً لمقالات منشورة في الصحف الرائجة أو المرموقة أو المعارضة بأن الأموال أو الموجودات هي عائدات جريمة أو القصد منها تمويل الجريمة أو أن التنظيم الإجرامي له سلطة التصرف

فيها، يقوم المصرف بإبلاغ مكتب مكافحة غسل الأموال، وبعد أن يقوم المكتب بالتحقيق والتحليل للتأكد من سلامة العملية من الاشتباه يتضح سلامتها من هذه الشبهة، ويصاب العميل بضرر من جراء تأخر التحويل المالي، وهنا تتحقق مسؤوليته التقصيرية.

3- قيام المصرف بإبلاغ مكتب الإبلاغ عن غسل الأموال في حالة اعتقاده أن العملية مشبوهة بشبهة غسل أموال، ويقوم المكتب بإيقاف تنفيذ العملية أو العقد بناء على الإبلاغ المصرفي، إلا أنه بعد التحقيق والتحليل يتضح عكس ذلك، ويصاب العميل بضرر من جراء إيقاف تنفيذ العملية. وهنا تتحقق مسؤوليته العقدية.

4- قيام المصرف، بعد انقضاء العقد أو انتهاء العملية المصرفية وتنفيذها، بإبلاغ مكتب غسل الأموال بأن تعاملًا مشبوهًا قد حصل أو تم تنفيذه لمصلحة الزبون أو المالك المستفيد من الأموال، إلا أنه يتضح عدم صحة تصور المصرف. وهنا تتحقق مسؤوليته التقصيرية⁽¹⁾.

وعلى افتراض أن أغلب المتعاملين مع المصرف هم من فئة التجار، وأن إلغاء التعامل قد يؤدي إلى الإضرار بهم وبمركزهم المالي أو سمعتهم التجارية⁽²⁾.

-
- (1) هناك اختلاف في الآراء حول تحقق أي من المسؤوليتين العقدية أم التقصيرية في حال انتهاء العقد المبرم؟
- (2) قد تقوم مسؤولية المصرف عن أخطاء أو أفعال الغير في حالة كون الغير وهو الموظف المختص تابعاً للمصرف، وبالتالي يكون هذا الأخير مسؤولاً عن أعمال تابعه. وتسمى هذه المسؤولية بمسؤولية المتبوع عن أعمال تابعه، ولتحققها لا بد من وجود علاقة تبعية بين من يحدث الضرر (الموظف المختص) وبين من يسأل التعويض منه (المصرف)، وهذه التبعية تتحقق في حالة وجود سلطة للمتبوع على تابعه، أي سلطة فعلية للمصرف تخوله الرقابة على الموظف المختص وتوجيهه وإصدار الأوامر إليه، ولا يهم مصدر هذه السلطة، غير أن أغلب حالات التبعية تنشأ عن عقد بين التابع والمتبوع. وكذلك لا بد من صدور خطأ من التابع، (الموظف) ولا كيف تتحقق مسؤولية المتبوع بدون صدور خطأ من تابعه، وبخلافه إذا لم يكن الفعل الصادر عنه خطأ فإنه لا تتقرر مسؤوليته ومن ثم لا مسؤولية على المتبوع أي المصرف أيضاً، فضلاً عن اشتراط صدور الخطأ عن الموظف أثناء قيامه بعمله، كما أن الدولة تسأل عن الأضرار التي تصدر عن الذين يعملون لمصلحتها سواء أكانوا موظفين أم عمالاً على العقد الدائم أو المؤقت، وطالما كانت هناك علاقة تبعية بين الشخص والمصرف فإن المصرف يكون مسؤولاً عن الأضرار التي تصدر عنهم أثناء قيامهم بمهام وظيفتهم. وعليه يمكن تصور قيام مسؤولية المصرف عن أعمال موظفيه استناداً إلى قواعد مسؤولية المتبوع عن أعمال تابعه، طالما هناك عقد يبرم بين البنك والموظفين وطالما أن الخطأ صدر منهم أثناء قيامهم بتنفيذ الالتزامات المفروضة على البنك بخصوص غسل الأموال. د. عبد المجيد الحكيم، د. عبد الباقي البكري، د. محمد طه البشير، الوجيز في نظرية الالتزام في القانون المدني العراقي، ج 1 في مصادر الالتزام، الجمهورية العراقية، وزارة التعليم العالي والبحث العلمي، 1980م، ص 435.

الفرع الثاني

الضرر

لابد أن يصاب العميل بالضرر، أي الطرف الآخر في العملية المالية أو طالب العملية المالية، ولا مسؤولية بدون الضرر وهو الذي يعطي الحق في التعويض، ومن ثم لا يكفي لقيام المسؤولية صدور الخطأ بأي صورة من صوره، بل لابد أن ينشأ عنه ضرر، والضرر الذي يستوجب المساءلة عنه في المسؤولية التقصيرية يمكن أن يكون ضرراً مادياً، وكذلك يمكن أن يكون ضرراً معنوياً، بخلاف الضرر الذي يكون موجبا للتعويض في المسؤولية العقدية فإنه يجب ان يكون مادياً، والضرر المادي هو الضرر الذي يصيب الشخص في في ماله أو في شخصه، أو في حق من حقوقه أو في مصلحة مشروعة له. وبعبارة أخرى فإن الضرر المادي هو الضرر الذي يصيب الشخص في حق من حقوقه المالية، وبعبارة أخرى فإن الضرر الأدبي الذي يصيب الشخص في الأمور ذات الأهمية المعنوية أو الأدبية؛ كأن يصيبه في كرامته أو شعوره أو عاطفته أو عرضه أو مركزه الاجتماعي. وبعبارة أخرى هو الضرر الذي يصيب الشخص في حق غير مالي. على أن هناك شروطاً لابد منها لكي يكون التعويض واجباً وهي أن يكون الضرر محققاً، أي أن يكون قد وقع فعلاً. وهذا هو الضرر الحال، وكذلك الضرر المؤكد وقوعه في المستقبل فهو أيضاً يجب التعويض عنه. أما الضرر الاحتمالي فلا يجوز التعويض عنه.

وبالإمكان تصور أشكال للضرر الواقع على العميل أو المستفيد المالك للأموال وكالاتي:

- 1- عدم فتح الحساب الجاري أو تأجيل فتحه من قبل المصرف بناءً على اشتباه خاطئ منه، يترتب عليه عدم تمكنه من الإيفاء بالتزامه بدفع المبلغ لدائنه.
- 2- عدم قبول المصرف تقديم العملية المصرفية (وديعة مجوهرات أو أوراقاً مالية) مما فوت عليه فرصة استثمارها أو طلب القرض بضمائها.
- 3- الإساءة إلى سمعة العميل المهنية بعد أن اتضح عدم صحة الاشتباه.
- 4- عدم تصريفه للعملة التي يطلب العميل تصريفها أو تحويلها إلكترونياً، مما أدى إلى التأخر في صرفها ومن ثم إنفاص قيمتها وإصابته بضرر من جراء ذلك.
- 5- وكذلك بالإمكان تصور صورة أخرى للضرر تستوجب البحث، وهي تحدث نتيجة لتورط المصرف في عمليات غسل الأموال؛ كان يصاب بالضرر عميل آخر، أودع أمواله في المصرف أو أقرضه المال أو وكل المصرف على إدارة محفظته للأوراق المالية العائدة له، وهذا الضرر أدبي،

وهو الإساءة إلى سمعته المهنية بأن ينسب إليه أنه تعامل مع مصرف مشبوه بالتعامل بأموال غير مشروعة أي بعمليات غسل أموال، وقد يكون هناك مجال لتحقيق الضرر المادي، وذلك بأن يمتنع الطرف الآخر المتعامل مع العميل عن الاستمرار في التعامل بالحساب الجاري المفتوح له من قبل المصرف أو توقفه عن تحويل المبلغ لحسابه الجاري أو رفضه للقرض المقدم له من قبل هذا العميل على اعتبار أن مصدره غير مشروع، وفي هذه الحالة نسأل هل بإمكان العميل أن يطلب التعويض من المصرف؟ وسنجيب عن ذلك لاحقاً.

الفرع الثالث علاقة السببية

لابد من وجود علاقة السببية بين الخطأ وبين الضرر المادي والمعنوي الذي أصاب العميل، إذ لا يكفي أن يكون هناك خطأ صادر من المصرف ممثلاً بالموظف المختص، وضرر، بل لابد من أن تتحقق علاقة السببية بين الخطأ والضرر، وذلك بأن يكون الضرر الحاصل ناشئاً عن الخطأ الصادر عن المصرف، وأن يكون الخطأ هو السبب في حدوث الضرر، إذ لا يمكن أن يطالب المتضرر المصرف بتعويض عن ضرر لم يكن سبباً في حدوثه. والسببية تعد ركناً مستقلاً عن ركن الخطأ وركن الضرر، وعليه إذا انقطعت السببية فلا مسؤولية على المصرف ⁽¹⁾.

(1) قد تنقطع السببية في صورتين وهما:

- إذا تدخل سبب أجنبي فأحدث الضرر، والسبب الأجنبي يتمثل بالالفة السماوية وكذلك يتمثل بالقوة القاهرة والحادث الفجائي والمقصود بهما أمران غير متوقعي الحصول ولا ممكني الدفع، وإذا وقعا وكانا السبب في حدوث الضرر عندئذ تنقطع علاقة السببية، أي أن أثرهما واحد وهو عدم تحقق المسؤولية. وايضاً يتمثل بفعل الغير وخطأ المتضرر، إلا أنه يجب لكي يعد خطأ الغير سبباً اجنبياً يقطع السببية أن يستغرق خطأ المسؤول وبخلافه تتحقق المسؤولية ولا تنقطع السببية، أما خطأ المتضرر فلن يعد سبباً اجنبياً فإنه لابد أن يستغرق خطأ المتضرر خطأ المسؤول، أما إذا اشترك الخطآن: خطأ المسؤول وخطأ المتضرر فإن المسؤولية تنوزع بينهم فإذا أمكن تعيين مقدار جسامه خطأ كل منهما حكم على المسؤول بنسبة جسامه خطئه ولا وزعت المسؤولية بينهما على التساوي
- إذا لم يكن الضرر نتيجة مباشرة للخطأ والمقصود به الحالة التي يحدث فيها الضرر إلا أنه يكون ضرر غير مباشر للخطأ في حين يشترط لتحقيق المسؤولية أن يكون الضرر نتيجة مباشرة للخطأ، ويعد الضرر مباشراً إذا كان نتيجة طبيعية لخطأ المسؤول. د. عبد المجيد الحكيم، عبد الباقي البكري، محمد طه البشير، المصدر السابق، ص 345.

عليه إذا توفرت أركان المسؤولية التقصيرية تقررر مسؤولية المصرف وترتب حكمها وهو التعويض، إذ أن حكم المسؤولية التقصيرية واحد وهو التعويض، والأصل في التعويض في هذه المسؤولية أن يكون نقدياً، وللمحكمة أن تحكم بمبلغ إجمالي يعوض المضرور عن الضرر الذي أصيب به، وكذلك التعويض عن الضرر الأدبي قد يكون نقدياً. وكذلك الحال في المسؤولية العقدية فإن التعويض عن الأضرار في هذه الحالة يكون بالنقد. ومؤدى ذلك أنه قد يحدث في الفترة التي تقع بين قيام المصرف بالإبلاغ وبين الانتظار لحين ورود جواب مكتب الإبلاغ، أن يصاب العميل بضرر، وهذا الضرر يتم تعويضه بالنقد بالإضافة إلى استئناف العقد أو الاستمرار في تنفيذه في حالة وجود العقد.

وعليه فإن بالإمكان تحقق مسؤولية المصرف المدنية من جانب المصرف عن الضرر الذي أصاب عميله، نتيجة خطأ المصرف في تقديره لشبهة غسل الأموال في المال أو العملية المصرفية، وكذلك يكون مسؤولاً عن الضرر الذي يحدثه الأشخاص الذين يستخدمهم أو يستعين بهم أو يحلهم محله في تنفيذ الالتزامات الملقاة على عاتقه بموجب القانون، وفي حالة المصرف فإنه يعهد إلى موظفيه أو العاملين فيه أو المدير بالقيام بالمهام أو الالتزامات التي فرضها القانون عليه أو التي يفرضها عقد العملية أو الخدمة المصرفية الذي أبرمه مع العميل فيصدر الخطأ عنهم ويصيب العميل بالضرر مما تتحقق معه مسؤولية المصرف بسبب مسؤوليته التقصيرية عن خطأ الغير من العاملين لديه.

وهذه هي النتيجة القانونية والقضائية في حال تطبيق القواعد العامة في المسؤولية المدنية على المصرف في حالة صدور خطأ منه عند قيامه بتنفيذ الالتزامات المقررة بقانون غسل الأموال، وهذا الخطأ يتخذ شكل أو صورة إهمال أو عدم تدقيق المعلومات في حال اشتباه الموظف بكون العملية مشبوهة بغسل أموال، وإصابة العميل بضرر من جراء هذا الخطأ. ووفقاً لقانون تبييض الأموال اللبناني، ووفقاً لقانون غسل الأموال العراقي فإننا سنبحث في هذين الموضوعين في المطلبين الآتيين:

المطلب الثاني

المسؤولية المدنية للمصرف وفقاً لقانون تبييض الأموال اللبناني

نصت المادة الثانية عشرة من قانون تبييض الأموال على أنه "يتمتع كل من رئيس وأعضاء الهيئة والعاملين لديها أو المنتديين من قبلها بالحصانة ضمن نطاق عملهم وفقاً لأحكام هذا القانون بحيث لا يجوز الادعاء على كلهم أو على أحدهم أو ملاحقتهم بأية مسؤولية مدنية أو جزائية تتعلق بقيام أي منهم بمهامه".

يتضح لنا من هذه المادة ما يأتي:

- 1- لم يرتب المشرع اللبناني المسؤولية المدنية على المصرف متمثلاً بالموظف العامل فيه أو المدير في حالة تحقق أركانها، وبالتالي إذا ما أصاب العميل ضرر من جراء الإبلاغ الكاذب من المصرف أو غير المستند إلى أدلة عن العملية المزعم إبرامها أو التي تم إبرامها معه، وتحقق الخطأ الصادر من البنك والمتمثل في إهماله وتقصيره في التحري لمعرفة ما إذا كانت العملية بها شبهة غسل أموال من عدمه فضلاً عن تحقق علاقة السببية بين الخطأ والضرر، رغم تحقق كل الشروط لم يرتب المسؤولية.
- 2- على العكس ذهب إلى أبعد من ذلك بتقريره حكماً جديداً، وهو إعفاء المبلغين من المسؤولية المدنية ومنحهم الحصانة إن تحققت أركانها، دون تعليق الإعفاء على أي شرط آخر مثل حسن النية أو وجود أسباب معقولة أو مبررات مقبولة للاشتباه في كون العملية التي تم الإبلاغ عنها مشتبهاً بشبهة غسل أموال.
- 3- عمد المشرع إلى التوسع من نطاق الإعفاء من حمايته من المسؤولية من حيث الموضوع، إذ استبعد مسؤولية المبلغ المدنية والجزائية في حالة قيامه بالتبليغ ضمن نطاق عمله في مكافحة غسل الأموال.
- 4- وكذلك عمد إلى التوسع من نطاق حمايته من المسؤولية من ناحية الأشخاص أيضاً، إذ شمل بحمايته وتحصينه القانوني كلا من رئيس وأعضاء الهيئة والعاملين لديها أو المنتديين من قبلها. عليه فإن العميل المتضرر - سواء دائماً أم عابراً - أيّاً كان نوع الضرر - مادياً أم معنوياً - من جراء الإبلاغ غير الصحيح الصادر من البنك - متمثلاً بالمدير أو أحد العاملين فيه - فإنه يعفى من المسؤولية بنوعها العقدية أو التقصيرية.

5- أما إذا كان المبلغ من غير العاملين بالمصرف فإنه لم يحظ بحماية المشرع، وبالتالي فإنه في حالة تحقق أركان المسؤولية بنوعها العقدية والتقصيرية، فإن مسؤوليته تتحقق ويكون مسؤولاً عن تعويض الضرر الذي أصاب عميل المصرف طالما ثبت عدم صحة البلاغ الصادر منه بحق العميل.

الفرع الثاني

المسؤولية المدنية للمصرف وفقاً لقانون غسل الأموال العراقي

نصت المادة (48) من قانون غسل الأموال وتمويل الإرهاب على أن "لايسال جزائياً أو انضباطياً كل من قام بحسن نية بالإبلاغ عن أي من العمليات المشتبه بها الخاضعة لأحكام هذا القانون أو يقدم معلومات أو بيانات عنها ولو ثبت أنها غير صحيحة)
يتضح لنا من هذه المادة ما يأتي:

1- لم يرتب المشرع المسؤولية الجزائية على المصرف المبلغ في حال ثبوت عدم صحة المعلومات المتعلقة باشتباه العملية المالية بشبهة غسل أموال إذا كان حسن النية، بل على العكس من ذلك أعفى المبلغ من المسؤولية الجزائية وكذلك الإدارية أو الانضباطية.

2- اشترط المشرع لعدم مسؤولية المبلغ الجزائية وشمول المبلغ بحمايته القانونية وإعفائه من المسؤولية الإدارية والجنائية توفر ضابط معين وهو أن يكون حسن النية، أي لا يقصد الإضرار بالعميل، على أن حسن النية وسوءها شيء كامن في النفس ولا يمكن التوصل إليه بسهولة.

ولنا أن نتساءل هل بالإمكان الاستناد إلى مفهوم المخالفة من النص الوارد في المادة (48) من القانون والقول بجواز إلزام المصرف المبلغ عن العملية المشبوهة بشبهة غسل أموال، ومن ثم يتضح بعد التحليل والتحقيق سلامتها من هذه الشبهة - بالتعويض عن الضرر الذي أصاب عميل البنك في ذمته المالية أو في سمعته أو اعتباره التجاري في السوق التجارية؟ على أنه يمكن تصور أنواع من الضرر في تأخر المصرف في فتح الحساب الجاري الذي طلبه العميل، أو طلب قرض ورفض طلبه أو تأخر في منحه، أو تأخر البنك في إجراء صرف العملة، أو تأخر في تنفيذ العملية المصرفية أو الخدمة المصرفية على الرغم من سريان العقد، وفي هذه الأحوال فإن الضرر مفترض طالما أن العمل أو العملية المصرفية تعد تجارية بغض النظر عن من يطلبها باعتبار أن المصرف يقوم بالأعمال التجارية على وجه الاحتراف.

وهل يحق للعميل الآخر المطالبة بالتعويض عن الضرر الذي أصابه في ذمته المالية أو سمعته أو اعتباره التجاري في حالة ثبوت صحة الإبلاغ وتورط المصرف بعمليات أو عملياته لغسل أموال؟ وهل معالجة المشرع العراقي لموضوع المسؤولية المدنية للمصرف عن غسل الأموال أثرت على تحقيق الغاية المرجوة من إصدار القانون ألا وهي مكافحة غسل الأموال أو القضاء عليها في المصارف العراقية أو في العراق ككل؟

ومن يتحمل تبعات الأضرار التي تصيب العميل في حال ثبوت عدم صحة البلاغ؟ بخصوص التساؤل الأول واستناداً إلى مفهوم المخالفة للمادة المذكورة، بإمكان العميل المتضرر من البلاغ في حال ثبوت عم صحته، اللجوء إلى القضاء في حال تحقق أحكام المسؤولية العقدية أو التقصيرية وبالتالي قيام مسؤوليته المدنية، ومن ثم رفع الدعوى للمطالبة بالتعويض عن الأضرار التي أصابته في ذمته المالية أو في سمعته واعتباره التجاري، بغض النظر عما إذا كان المبلغ هو المصرف أو من غير المصرف.

أما بشأن التساؤل الثاني فإنه كذلك استناداً إلى أحكام المسؤولية التقصيرية في حال تحقق أركانها، بإمكان العميل الآخر الذي تضررت سمعته التجارية أو ذمته المالية من جراء ثبوت صحة البلاغ وثبوت تورط المصرف بعمليات فيها شبهة غسل أموال -أن يطالب بتعويضه عن الأضرار الأدبية والمادية التي أصابته.

والغاية من توجه المشرع العراقي لترتيب المسؤولية المدنية على المبلغ، وإعفاؤه من المسؤولية الجزائية غير واضحة ومهمة فما هي الغاية من وراء مسلك المشرع العراقي في ترتيب المسؤولية المدنية دون الجزائية والإدارية على المبلغ في حالة ثبوت عدم صحة الإبلاغ الصادر منه؟ خاصة وأنه يحدث أحياناً ألا يقصد المبلغ الإضرار بالعميل بل قد يكون حسن النية إلا أنه أهمل أو قصر في اتخاذ العناية أو الحيلة الواجبة لدى الإبلاغ عن العملية المشبوهة، فمن يكون مسؤولاً عن دفع التعويض إلى العميل المتضرر؟ ثم ألا يؤثر ذلك على حجم المعاملات المالية المبرمة مع المصرف؟ وهل يترتب على ذلك إحجام التجار وعملاء المصرف عن التعامل معه طالما لا يتم تعويضهم في هذه الحالة؟

وهذا يجزنا للإجابة على التساؤل الثالث؛ فمن الناحية القانونية نرى أن معالجة المشرع لمسؤولية المصرف المدنية عن عمليات غسل الأموال لم تكن موفقة، إذ حاول جاهداً في معرض فرضه للالتزامات على المصرف أن يبدأ من المصرف باعتباره المركز أو المحور الذي يستند إليه

غاسلوا الأموال في غسل أموالهم وتغيير طبيعتها غير المشروعة إلى أموال مشروعة دون رقابة أو رصد، إلا أنه فات على المشرع أنه في معرض ترتيب المسؤولية المدنية على المبلغ فإنه أعطى المبلغ حسن النية من المسؤولية الإدارية والجزائية دون المسؤولية المدنية، وهذا يشكل خطورة كبيرة على مسألة التبليغ التي تعد مكملية لمسألتين أو موضوعين مهمين وهما الالتزامات التي ألزم المصرف بها، ومسؤولية المصرف المدنية فيما لو ثبت عدم صحة البلاغ المقدم من قبله لمكتب غسل الأموال في حالة كونه حسن النية أي لم يكن يقصد الإضرار بالعميل. فمن يكون مسؤولاً عن تعويضه عن هذه الأضرار؟ وعليه نتوصل إلى أن هذه المعالجة سوف تدفع العملاء إلى عدم التعامل مع المصرف، ولا شك أن هذه النتيجة لها تأثير على التجارة وحجم التعاملات المالية وحركة السوق بشكل خاص.

هذا فضلاً عن أن تطبيق معيار حسن النية أو قصد الإضرار بالغير أي العميل من عدمه وفي إطار المسؤولية المدنية يقتضي البحث عن ركن الخطأ والتعدي بصوره المختلفة، والبحث في القصد سوف يدخلنا في تعقيدات المسؤولية المدنية، لذلك نرى من الأفضل والأصح قانوناً أن نلجأ إلى معيار آخر وهو الأسباب المعقولة للاشتباه، ومنح القضاء سلطة تقديرية للتوصل فيما إذا كانت هناك أسباب معقولة للاشتباه بكون العملية مشبوهة بشبهة غسل أموال لقيام مسؤوليته المدنية، وإلزامه بدفع التعويض إلى العميل المتضرر، وذلك على غرار القوانين المقارنة. وعليه نقترح أن يتم تعديل المادة (48) من القانون وتكون بالشكل الآتي: (لايسأل مدنياً أوجزائياً أو انضباطياً كل من قام بالإبلاغ عن أي من العمليات المشتبه بها الخاضعة لأحكام هذا القانون أو بتقديم معلومات أو بيانات عنها ولو ثبت عدم صحته إذا كان استناد المبلغ في إبلاغه إلى أسباب معقولة).

وللإجابة على التساؤل الأخير بخصوص من يتحمل تبعه الأضرار التي أصابت العميل إذا استند المصرف المبلغ في إبلاغه إلى أسباب معقولة أو كان حسن النية؟ للإجابة نقول إن القوانين المقارنة تعترف بنوع آخر من المسؤولية وهي المسؤولية الاجتماعية، إلا أن المشرع العراقي لم يعالج هذا الموضوع وبالتالي فإن أساس التزام الدولة بالتعويض عن الأضرار التي تصيب العميل من جراء ثبوت عدم صحة الإبلاغ عن العمليات المشبوهة بشبهة غسيل أموال، في القوانين المقارنة هو المسؤولية الاجتماعية⁽¹⁾، وقد انفرد التشريع الفرنسي رقم (90) لسنة 1990 والمعدل سنة 1998

(1) وهناك أمثلة على مسؤولية الدولة الاجتماعية بشأن التعويض عن الأضرار التي تصيب المتضررين ومنها قانون

بإلزام الدولة بتعويض العميل الذي أصابه ضرر من جراء الإبلاغ عن عمليات غسل الأموال، وحسناً فعل، ولاشك أن هذا التوجه من المشرع الفرنسي مؤداه تشجيع كل من يصل لعلمه معلومات عن شبهة غسل أموال أن يبلغ الجهات المختصة من غير خوف، ولعله أي المشرع الفرنسي كان محكوماً باعتبارات الأمن القومي والمصلحة الوطنية التي تقتضي الإبلاغ عن أي عملية مشبوهة نظراً للربط بين جريمة غسل الأموال وجريمة الإرهاب التي باتت شبحاً مخيفاً للدول وللمواطنين على حد سواء. لذلك نرى أن يحذو المشرع العراقي حذو المشرع الفرنسي وينص على هذا الحكم ويتقدم بهذا الحكم على التشريعات العربية. وبالتالي نقترح إضافة مادة أخرى إلى القانون وتكون بتسلسل (49) من القانون وتكون بالشكل الآتي: (تتولى الدولة تعويض المتضرر عن الأضرار التي تصيبه من جراء التبليغ عن أي تعامل مشبوه إلى مكتب غسل الأموال أو إلى الادعاء العام، في حالة ثبوت عدم صحته إذا كان استناد المبلغ في إبلاغه إلى أسباب معقولة)

إن القضاء على مشكلة غسل الأموال تتطلب تضافر الجهود المحلية مع الجهود الدولية، لذلك نقترح أن ينضم العراق إلى مجموعة (Egmont) وذلك ضماناً لفعالية القانون في مكافحة عمليات غسل الأموال، وكذلك مكافحة تمويل الإرهاب بغية تطوير القدرات الفنية لهذا المكتب وتزويده بالمعلومات المطلوبة وتبادلها، خاصة في ظل تحرير التجارة وإزالة العوائق أمام انتقال الأموال والبضائع بين الدول وعبر الحدود أو عبر شبكة الانترنت، وكذلك تزويد المكتب بالسبل الكفيلة برصد ومتابعة عمليات غسل الأموال خاصة في إطار الاستخدام الكثير للوسائل المصرفية وبالذات الإلكترونية من قبل غاسلي الأموال. وكذلك لابد من إصدار قانون إنفاذ قانون مكافحة غسل الأموال في إقليم كردستان العراق وصولاً للقضاء على مشكلة غسل الأموال التي تكاد تكون ظاهرة في جميع أنحاء العراق، وضماناً لوحدة المعالجة للمسؤولية المدنية للمصرف عن غسل الأموال.

==

تعويض المتضررين جراء العمليات الحربية والأخطاء العسكرية والعمليات الإرهابية رقم (20) لسنة 2009 (المعدل) وكذلك قانون تعويض ضحايا الايدز رقم (33) لسنة 2005.

الخاتمة

في نهاية بحثنا توصلنا إلى جملة من الاستنتاجات والمقترحات ندرج أهمها:

أولاً: الاستنتاجات:

- 1- أخذ المشرع العراقي بالمفهوم الواسع لغسل الأموال بدليل ذكره لعبارة (النشاط غير القانوني) للتعبير عن الأفعال غير المشروعة التي ينجم عنها المردود أو المال أو العائد غير المشروع أي غير القانوني، إلا أنه في الوقت نفسه لم يشمل النقود الالكترونية وبالذات (البيتكوين) كما لم يشمل حقوق الملكية الفكرية بمفهوم الأموال التي تكون محلاً لجريمة غسل الأموال.
- 2- لم يتطرق القانون إلى تحصين القرارات الصادرة عن مكتب غسل الأموال من الطعن فيها أمام المحاكم أو من الطعن فيها أمام جهات أخرى غير المصرف أو المكتب، في حين أنه أجاز الاعتراض والطعن أيضاً في قرار تجميد الأموال المحلية المتحصلة من غسل الأموال.
- 3- لم يرتب المشرع اللبناني المسؤولية المدنية؛ تقصيرية كانت أم عقدية، على المصرف متمثلاً بالموظف العامل فيه أو المدير في حالة تحقق أركانها بل ذهب إلى أبعد من ذلك بتقريره حكماً جديداً وهو إعفاء المبلغين من المسؤولية المدنية ومنحهم الحصانة إن تحققت أركانها وإن ثبت عدم صحة الإبلاغ، ودون تعليق الإعفاء على أي شرط. أما إذا كان المبلغ من غير العاملين بالمصرف فإنه لم يحظ بحماية المشرع، وبالتالي فإنه في حالة تحقق أركان المسؤولية بنوعها العقدية والتقصيرية، فإن مسؤوليته تتحقق ويكون مسؤولاً عن تعويض الضرر الذي أصاب عميل المصرف طالما ثبت عدم صحة البلاغ الصادر منه بحق العميل.
- 4- استناداً إلى مفهوم المخالفة للمادة (48) من قانون غسل الأموال العراقي، نتوصل إلى أن المشرع العراقي رتب المسؤولية المدنية على المبلغ مصرفاً كان أم غيره في حال ثبوت عدم صحة البلاغ أو المعلومات المقدمة إلى مكتب غسل الأموال عن اشتباه العملية بشبهة غسل أموال، ولم يعفه من المسؤولية، وبالتالي بإمكان من تضرر اللجوء إلى القضاء في حال تحقق أحكام المسؤولية العقدية أو التقصيرية للمطالبة بالتعويض عن الأضرار التي أصابته في ذمته المالية أو في سمعته واعتباره التجاريين، وهذا يدخلنا في تعقيدات المسؤولية المدنية وإثبات الخطأ بصوره المختلفة وإثبات قصد الضرر بالعميل.
- 5- بإمكان العميل الآخر الذي تضررت سمعته التجارية أو ذمته المالية من جراء ثبوت صحة

البلاغ في حال ثبوت تورط المصرف في عمليات مشبوهة بغسل أموال استناداً إلى أحكام المسؤولية التقصيرية، أو استناداً إلى أحكام المسؤولية العقدية في حال تحقق أركانها -أن يطلب تعويضه عن الأضرار التي أصابته.

6- أن أساس التزام الدولة بالتعويض عن الأضرار التي تصيب العميل من جراء الإبلاغ عن العمليات المشبوهة بشبهة غسل أموال، ثم ثبت عدم صحته إلا أنه استند إلى أسباب معقولة -هو المسؤولية الاجتماعية، وبالإمكان الأخذ بهذه المسؤولية لتعويض العميل المتضرر من البلاغ الصادر من المصرف بكون العملية مشبوهة بشبهة غسل أموال، فيما لو ثبت عدم صحته.

ثانياً: المقترحات

1- تعديل الفقرة (خامساً) من المادة (1) من القانون وإضافة عبارتي "النقد الإلكتروني" و"حقوق الملكية الفكرية" إلى الفقرة المذكورة، وتكون الفقرة بالشكل الآتي: (الأصول والممتلكات التي يتم الحصول عليها بأي وسيلة كانت كالعملة الوطنية والعملات الأجنبية والعملة الإلكترونية و..... وحقوق الملكية الفكرية ومايتأتى من تلك الأموال.. إلى نهاية الفقرة).

2- إضافة مادة إلى القانون ونقترح أن تكون بالصيغة الآتية:

(تعد القرارات الصادرة عن مكتب غسل الأموال وتمويل الإرهاب والمتعلقة بالعمليات المشبوهة قطعية لايجوز الطعن الإداري أو القضائي فيها).

3- تعديل المادة (48) من القانون لتكون بالشكل الآتي:

(لايسأل مدنياً أو جزائياً أو انضباطياً كل من قام بالإبلاغ عن أي من العمليات المشتبه بها الخاضعة لأحكام هذا القانون أو بتقديم معلومات أو بيانات عنها ولو ثبت عدم صحته إذا كان استناد المبلغ في إبلاغه إلى أسباب معقولة) وذلك لكي تكون معالجة المشرع العراقي واضحة للمسؤولية المدنية للمصرف المبلغ في حال ثبوت عدم صحة الإبلاغ والابتعاد عن تعقيدات المسؤولية المدنية وإثبات الخطأ وقصد الإضرار بالعمل.

4- إضافة مادة أخرى إلى القانون وتكون بتسلسل (49) من القانون وتكون بالشكل الآتي:

(تتولى الدولة تعويض المتضرر عن الأضرار التي تصيبه من جراء التبليغ عن أي تعامل مشبوه إلى مكتب غسل الأموال أو إلى الادعاء العام، في حالة ثبوت عدم صحته إذا كان استناد المبلغ في

إبلاغه إلى أسباب معقولة) أي الاستناد إلى أحكام المسؤولية الاجتماعية ضمانا لتعويض العميل المتضرر من الإبلاغ في حال ثبوت عدم صحته.

5- أن يصدر برلمان إقليم كردستان العراق، قانون إنفاذ قانون مكافحة غسيل الأموال وتمويل الإرهاب رقم (39) لسنة 2015، ضمانا لوحدة المعالجة بخصوص المسؤولية المدنية للمصرف عن غسل الأموال.

المصادر:

أولاً: المصادر غير الالكترونية

- 1- د. إبراهيم اسماعيل الوهب، القاموس القانوني، انكليزي - عربي، ط1، الصبع والنشر الاهلية، بغداد، 1963.
- 2- أحمد بن محمد العمري، جريمة غسل الأموال (نظرة دولية لجوانبها الاجتماعية والنظامية والاقتصادية) ط1، مكتبة العبيكان، الرياض، 2000.
- 3- د. أحمد سفر، المصارف وتبييض الأموال، تجارب عربية وأجنبية، اتحاد المصارف العربية 2001. 4- أروى الفاعوري وايناس قطيشات، جريمة غسل الأموال (المدلول العام والطبيعة القانونية)، ط1، دار وائل عمان / الاردن، 2002.
- 4- السيد عبد الوهاب عرفة، الوجيز في مكافحة غسيل الأموال، دراسة مقارنة، دار المطبوعات الجامعية، الاسكندرية، 2005.
- 5- أمجد سعود قطيفان الخرابشة، جريمة غسل الأموال، دراسة مقارنة، دار الثقافة، الأردن، ط1.
- 6- أوزدن حسين دزه بي، جريمة غسل الأموال في القانون العراقي، (دراسة مقارنة)، اربيل، 2011.
- 7- حمزة فائق وهيب الزبيدي، الالتزام بالتقصي والإبلاغ بموجب مكافحة غسيل الأموال، مجلة دراسات قانونية، بيت الحكمة، بغداد، عدد (33)، 2008.
- 8- حسام باقر جواد، بطاقة الائتمان المصرفية، رسالة ماجستير، جامعة بغداد، 2001.
- 9- خالد سليمان، تبييض الأموال جريمة بلا حدود، المؤسسة الحديثة للكتاب، لبنان، 2004.
- 10- خالد وهيب النداوي، إدارة العمليات المصرفية، دار المناهج للنشر والمناهج، عمان، ط2، 2003.
- 11- دانا حمة باقي، السرية المصرفية في إطار تشريعات غسيل الأموال، دراسة تحليلية مقارنة، مديرية الطبع والنشر، السلیمانية، 2006.
- 12- د. ذكري عبد الرازق محمد، النظام القانوني للبنوك الالكترونية، المزايا - التحديات - الآفاق، دار الجامعة الجديدة 2010.
- 13- رمزي نجيب القسوس، جريمة غسل الأموال جريمة العصر، دراسة مقارنة، دار وائل للنشر، عمان، ط1، 2002.

- 14- زينب اسكندر داغر، التزامات المصارف في مكافحة غسيل الأموال (دراسة مقارنة)، رسالة ماجستير، جامعة النهرين، كلية الحقوق، 2010.
- 15- شريف سيد كامل، المسؤولية الجنائية للأشخاص المعنوية (دراسة قانونية)، ط1، دار النهضة العربية، القاهرة، 1997.
- 16- د. شريف محمد غنام، رؤية مستقبلية، دار الجامعة الجديدة، 2007.
- 17- عبد الفتاح سليمان، مكافحة غسيل الأموال، دار علاء الدين للطباعة والنشر، القاهرة، ط1، 2004.
- 18- د. عبد المجيد الحكيم، عبد الباقي البكري، محمد طه البشير، الوجيز في نظرية الالتزام في القانون المدني العراقي، ج1 في مصادر الالتزام، الجمهورية العراقية، وزارة التعليم العالي والبحث العلمي، 1980م.
- 19- د. عبد الرحمن السيد قرمان، مساهمة البنوك في مكافحة غسل الأموال، دار النهضة العربية، القاهرة، ط2، بدون ذكر سنة النشر.
- 20- عوض عبدالله القضاة، مسؤولية البنوك الأردنية عن غسل الأموال، رسالة ماجستير، جامعة الشرق الأوسط، كلية الحقوق، 2010.
- 21- عمر ناطق يحيى، دور المصارف في غسيل الأموال وطرق مواجهتها (دراسة قانونية مقارنة)، مجلة الكوفة، كلية القانون، جامعة ميسان، العدد 21، 2008.
- 22- د. فتيحة محمد قوراري، السياسة الجنائية في مكافحة ظاهرة غسيل الأموال، مجلة الشريعة والقانون، العدد السابع عشر، ربيع الثاني، 1423هـ - يونيو 2002.
- 23- مباركي دليلة، غسيل الأموال، أطروحة دكتوراه، جامعة الحاج الخضر- باتنة، كلية الحقوق والعلوم السياسية، الجزائر، 2007.
- 24- مخلص ابراهيم المبارك، غسل الأموال: التجريم والمكافحة، مؤسسة النوري للطباعة والنشر والتوزيع، دمشق - سوريا، ط1، 2003.
- 25- مناهل مصطفى ود. افتخار محمد الرفيعي، دور المصارف لمواجهة عمليات الاحتيال المالي وغسيل الأموال، بدون ذكر مكان الطبع، 2008.
- 26- د. محمود محمد سعيافان، تحليل وتقييم دور البنوك في مكافحة غسيل الأموال، دار الثقافة للنشر والتوزيع، عمان، 2008.

27- د. محمد نجيب القشقوش، غسيل الأموال، جريمة العصر، ط1، دار وائل، عمان، الاردن، 2002.

28- منير الجنبهي وممدوح الجنبهي، البنوك الالكترونية، دار الفكر الجامعي، الاسكندرية، 2005.

29- ماجد عبد الحميد عمار، مشكلة غسيل الأموال، دا النهضة العربية، القاهرة، 2002.

30- نبيه صالح، جريمة غسل الأموال في ضوء الإجرام المنظم والمخاطر المترتبة عليها، منشأة المعارف، 2006.

31- نعيم سلامة، د. ايمن ابو الحاج، و سعيد مشهور هذوال، البنوك وعمليات غسيل الأموال، مجلة كلية بغداد للعلوم الاقتصادية الجامعة، العدد الثالث والثلاثون، 2012.

ثانياً:- المصادر الالكترونية:

1- القانون النموذجي لغسيل الأموال وتمويل الإرهاب للامم المتحدة، القانون بالنسخة العربية متاح على الموقع الالكتروني التالي:

<http://www.sama.gov.sa/ar-sa/AntiMoney/AntiDocuments>

2- <https://ar.talkingofmoney.com/fiduciary> تاريخ اخر زيارة (2017.6.19)

3- مسرد مصطلحات مكافحة غسيل الأموال، جمعية الاختصاصيين المعتمدين في مكافحة غسيل الأموال (ACAMS) بالولايات المتحدة الامريكية، ص296، منشورة على الموقع الالكتروني التالي:

<http://www.qfba.edu.qa/ar-qa/programs/open-programs/current-course-calendar/course?Id=657>

تاريخ اخر زيارة (2018_6-22)

اقتراض رابطة السببية في المسؤولية المدنية دراسة تحليلية مقارنة

إعداد

الأستاذ الدكتور المساعد

عبد الكريم صالح عبد الكريم

أستاذ القانون المدني المساعد

جامعة دهوك /
كوردستان العراق

الأستاذ الدكتور

محمد سليمان الاحمد

أستاذ القانون المدني / جامعة
السليمانية / كوردستان العراق
أستاذ زائر / جامعة الشارقة /
الإمارات العربية المتحدة

افتراض رابطة السببية في المسؤولية المدنية دراسة تحليلية مقارنة

الملخص

إن إثبات رابطة السببية بوصفها ركناً في المسؤولية المدنية يلاقي صعوبات عديدة، من بينها عدم معرفة الفاعل فيما لو كان من بين مجموعة من الأشخاص (تعدد الفاعلين دون معرفة فعل أي منهم أدى لحدوث الضرر)، وكذلك عدم استطاعة المتضرر إثبات رابطة السببية بسبب عدم وجود يقين علمي في كون أن نشاطاً ما يمكن أن يؤدي إلى إلحاق الضرر بالغير، ومثل ذلك الأخطاء الطبية، والأضرار التي تصيب البيئة والتي هي أضرار غير مباشرة. وإزاء هذه الصعوبات فقد بدأت المحاكم بإعادة قراءة القواعد التي تحكم رابطة السببية وذلك بافتراض وجودها من خلال الاستعانة بالقرائن مع ترك المجال للفاعل لنفي القرينة. وفي فرنسا صدر القانون الخاص بحوادث السيارات لسنة 1985 الذي لا يعتمد في التعويض على إثبات وجود رابطة سببية بين الخطأ والضرر، بل يكفي لذلك إثبات أن السيارة أو المركبة قد ساهمت بطريقة أو بأخرى في إحداث الضرر، وهذا فيه معنى مغاير لرابطة السببية بمفهومها التقليدي. وأصبح القضاء كذلك -بدلاً من الاستناد إلى التأكيد المطلق بوجود رابطة سببية بين الخطأ والضرر، -يعتمد على احتمالية رابطة السببية أو شبه احتمالية تجعله يفترض وجودها. وهذا كله عبارة عن دور يقوم به القاضي ليس في وسعه القيام به في ظل المفاهيم التقليدية للمسؤولية المدنية.

Abstract

has responsibility civil of elements the of one as relation causality of proving The of prove as such difficulties, manycasuality relation by the victim when there is no scientific evidence that one act can make a damage, also the difficult of that prove when the defendant is unknown between a group of persons, and finally the nature of some damages like environment damages and medical damages make from this prove very difficult.

In this research, we try to show the solution of this subject by analysis the France courts decisions, which assumed the causality relation instead of proving it according to the traditional rules of civil responsibility. The research was divided into three parts; the first part is to study of causation relation according the general principles of civil responsibility, while the second part is to study the basis of assumption causation relation. Finally the third part of this research is about the effect of assumption causation realation.

مقدمة

1- التعريف بموضوع البحث:

تركزت بحوث الفقهاء قديماً حول الخوض في الخطأ والضرر كركنين في المسؤولية المدنية، لكن- كما يقول أحدهم- موضوع رابطة السببية بين الخطأ والضرر لم ينل القسط الكافي من البحث، بل إن الكثير من الشراح وعند تعرضهم لأركان المسؤولية المدنية في تطبيقاتها المختلفة، لم يكونوا يتطرقون بالشرح الوافي لرابطة السببية، وإذا كان بعض الفقه قد بحث في رابطة السببية، من حيث مفهوم السببية في مجال المسؤولية المدنية، والتمسك بها وضرورة إثباتها وأثارها على وفق القواعد العامة، فإن الدراسات الحديثة وفي ضوء أحدث القضايا الصادرة عن المحاكم الأجنبية تذهب إلى أبعد من ذلك، وذلك بسبب التطورات العلمية، والتي ركزت في نقل عبء إثبات رابطة السببية من المدعي إلى المدعى عليه، وافتراض وجود رابطة السببية بين الخطأ والضرر.

2- أهمية البحث في افتراض رابطة السببية:

يعد افتراض رابطة السببية أو الرابطة السببية المفترضة استثناءً من الأصل العام للنظرية العامة للمسؤولية المدنية، فالأخيرة تتطلب من المتضرر إثبات أن الخطأ المنسوب لشخص ما هو الذي كان سبباً في إلحاق الضرر به، أو أن الضرر كان نتيجة الخطأ الصادر من الفاعل، غير أن هناك حالات قد يكون فيها من الصعوبة بمكان أن يثبت تلك الرابطة، إما لخصوصية نوعية الأضرار، أو لعدم وجود اليقين العلمي في كون نشاط ما يسبب الضرر، أو لصعوبة تحديد الفاعل من بين مجموعة أشخاص، مثل المسؤولية الطبية على وجه خاص، وكذلك الحال في حوادث السيارات، وبالطبع فإن هذا الاستثناء اختلف فيه الفقه والقضاء بين مؤيد ومعارض.

ولما كانت العدالة تقضي بعدم إلزام شخص ما بتعويض ضرر لم يثبت أنه نتيجة خطأ صدر منه، بعبارة أخرى ليس من العدل تحميل شخص نتائج ضرر لم يكن سبباً في حدوثه، فالعدالة تتطلب أيضاً عدم حرمان المتضرر من حقه في التعويض لمجرد أنه أخفق -لصعوبة- في إثبات أن خطأ ما هو السبب في إلحاق الضرر به.

3- منهجية البحث:

تقوم الدراسة في هذا الموضوع على الأسلوب التحليلي لأهم آراء الفقهاء وأحكام القضاء في إطار من الدراسة المقارنة أينما تيسرت بين مواقف القوانين المدنية، العراقي والمصري والفرنسي،

مع التركيز على موقف القانون والقضاء الفرنسيين، لما فهمنا من معلومات غنية للبحث.

4- خطة البحث:

يشتمل هذا البحث على الخطة الآتية:

- **المبحث الأول:** ونعالج فيه ماهية رابطة السببية وصعوبات ثبوتها وفق القواعد العامة للمسؤولية المدنية، وسيتضمن هذا المبحث مطلبين:
المطلب الأول: ماهية رابطة السببية.
المطلب الثاني: صعوبات ثبوت رابطة السببية.
- **المبحث الثاني:** أساس افتراض رابطة السببية، ويتضمن مطلبين:
المطلب الأول: فكرة السببية المفترضة.
المطلب الثاني: عوامل افتراض رابطة السببية.
- **المبحث الثالث:** أثر افتراض رابطة السببية، ويتضمن مطلبين أيضاً:
المطلب الأول: تيسير عبء الإثبات ونقله.
المطلب الثاني: الأثر المقتصر لافتراض رابطة السببية.
وسنختم البحث بخاتمة نوضح فيها أهم النتائج والتوصيات، ومن الله التوفيق.

المبحث الأول

ماهية رابطة السببية وصعوبات ثبوتها

نعرض في هذا المبحث لمفهوم موجز لرابطة السببية في المطلب الأول، وأهم الصعوبات التي تعترض ثبوتها في مطلب ثان.

المطلب الأول

ماهية رابطة السببية

ذهب البعض⁽¹⁾ إلى أن معنى رابطة السببية هو وجود علاقة مباشرة بين الخطأ الذي ارتكبه المسؤول والضرر الذي أصاب الغير. ولرابطة السببية أهمية كبيرة في مجال المسؤولية المدنية، فبواسطتها يتم تحديد الفعل الذي سبب الضرر فيما لو كانت هناك أفعال عديدة محاطة بالضرر، كما تكتسب رابطة السببية أهميتها كذلك عند البحث في أسباب الاعفاء من المسؤولية، ذلك لأن قطع هذه الرابطة بين الخطأ والضرر- لسبب أجنبي أو فعل الغير أو فعل المتضرر- معناه التخلص من المسؤولية، وبالطبع تثار أهمية رابطة السببية حينما يحدث فعل ترتب عليه عدة أضرار، فوجب حينها البحث عن الضرر المباشر للتعويض عنه، فهو الذي يكون نتيجة طبيعية لمخالفة التزام ما، أما غيره من الأضرار فالراجع فيها عدم ثبوت رابطة بينها وبين فعل المسؤول. وعلى هذا فإن قيام رابطة السببية بين الخطأ والضرر تجسّد للعدالة والمنطق في عدم تحميل أي شخص المسؤولية عن ضرر معين لم يكن نتيجة خطأ صدر منه بل هو راجع لخطأ شخص آخر أو عامل خارجي.

وتقوم قواعد المسؤولية المدنية التقليدية على اشتراط صفة التأكيد في الضرر الموجب للتعويض، الأمر الذي يثير صعوبة كبيرة بالنسبة لرابطة السببية بين الفعل المنتج والضرر الكامل. فإذا ما أصاب المدعي ضرر لخطأ من المدعى عليه، فإن هذا لا يكفي لتوافر المسؤولية المدنية، وإنما يشترط أن تقوم ثمة علاقة سببية بين الخطأ والضرر، أي أن يكون الضرر نتيجة للخطأ وتلك هي رابطة

(1) د. عبد الرزاق السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني، نظرية الالتزام بوجه عام، مصادر الالتزام بوجه عام، ج 1، دار النهضة العربية، القاهرة، 1981، ص 154.

السببية، ولا شك أنه إذا انعدمت هذه العلاقة بين الخطأ والضرر فلا محل للمساءلة⁽¹⁾.

وتؤكد أغلبية القوانين على ضرورة توافر رابطة السببية بين الخطأ والضرر، وإن لم يكن ذلك بنصوص صريحة، بل يمكن استخلاصه بطريقة ضمنية، بعبارة أخرى، فالتشريعات تكاد تكون متفقة على تكليف المدعي بإقامة الدليل على ما يدعيه وإلا أصبح ادعاؤه غير ذي جدوى، ويكون سبباً في رد دعواه، فلو تضرر شخص من نشاط ما أو منتج وأراد الحصول على التعويض، فإنه ينبغي عليه أن يثبت أن ذلك النشاط أو المنتج كان سبباً في إلحاق الضرر به، فمن المبادئ العامة للقانون أن البيئة على المدعي واليمين على من أنكر. وتنص المادة: (207) من القانون المدني العراقي رقم (40) لسنة 1951 المعدل على أنه: (1- تقدر المحكمة التعويض في جميع الأحوال بقدر ما لحق المتضرر من ضرر وما فاتته من كسب بشرط أن يكون هذا نتيجة طبيعية للعمل غير المشروع). ونصّ المشرع العراقي كذلك في المادة (211) على أنه: (إذا أثبت الشخص أن الضرر قد نشأ عن سبب أجنبي لا يد له فيه كآفة سماوية أو حادث فجائي أو قوة قاهرة أو فعل الغير أو خطأ المتضرر كان غير ملزم بالضمان ما لم يوجد نص أو اتفاق على غير ذلك). وجاء في الفقرة الأولى من المادة (186) مدني عراقي أنه: (إذا أُلّف أحد مال غيره أو أنقص قيمته مباشرة أو تسبباً يكون ضامناً إذا كان في إحداثه هذا الضرر قد تعمد أو تعدى). وكذلك نص المادة (204) التي تقضي بأنه: (كل تعد يصيب الغير بأي ضرر آخر... يستوجب التعويض) أما المشرع المصري فذهب في المادة (163) إلى أنه: (كل خطأ سبب ضرراً للغير يلزم من ارتكبه بالتعويض). ويستفاد من هذه النصوص أنه يشترط لكي يحصل المتضرر على التعويض أن يكون الخطأ قد سبب ضرراً، بمعنى ضرورة توافر رابطة السببية بين الخطأ والضرر⁽²⁾.

وبالنسبة للمشرع الفرنسي فقد ذهب هو الآخر إلى وجوب ثبوت رابطة السببية لقيام المسؤولية، على سبيل المثال المادة (1382) التي تمثل المبدأ العام في المسؤولية عن الأعمال الشخصية والمادة (1384) الخاصة بالمسؤولية عن فعل الغير، والمادة (1385) الخاصة بالمسؤولية عن فعل الحيوان.

(1) لاحظ: حسين عامر وعبد الرحيم عامر، المسؤولية المدنية التقصيرية والعقدية، ط2، دار المعارف، دون مكان نشر، 1979، ص350.

(2) ومثل هذه النصوص، نص المواد (168، 170، 210، 217) مدني عراقي، و (165، 169، 215، 216) من القانون المدني المصري رقم (131) لسنة 1948.

والقاعدة أن التعويض في المسؤولية المدنية، عقدية كانت أو تقصيرية لا يكون إلا عن الضرر المباشر، وهو الضرر الذي يكون نتيجة طبيعية لعدم تنفيذ الالتزام، وفي هذا تنص المادة (221) مدني مصري على أنه: (1-إذا لم يكن التعويض مقدراً في العقد أو بنص القانون، فالقاضي هو الذي يقدره، ويشمل التعويض ما لحق المتضرر من ضرر وما فاتته من كسب، بشرط أن يكون هذا نتيجة طبيعية لعدم الوفاء بالالتزام أو التأخير في الوفاء به، ويعتبر الضرر نتيجة طبيعية إذا لم يكن في استطاعة الدائن أن يتوقاه ببذل جهد معقول). وعلى هذا يقتصر التعويض على الضرر المباشر ويكون لارتباط الأخير برابطة سببية أكيدة، بعكس الضرر غير المباشر الذي لا تعويض عنه لعدم ارتباطه مع فعل المسؤول برابطة سببية، بل هو يرتبط مع الفعل برابطة ما دون أن يكون نتيجة حقيقية لهذا الفعل.

ولقد أظهرت العديد من الدراسات أن المفهوم التقليدي للمسؤولية المدنية-عقدية كانت أم تقصيرية-تستلزم إثبات الخطأ والضرر والرابطة السببية بينهما للحصول على التعويض. وفي هذا تنص المادة (1315) من القانون المدني الفرنسي على أنه: (من يطالب بتنفيذ التزام يجب عليه إثباته، كذلك من يدعي التخلص من التزامه يجب عليه إثبات الوفاء به أو يثبت الواقعة التي أدت إلى انقضائه). وتنص المادة (1) من قانون الإثبات المصري رقم 25 لسنة 1968 على أنه: (على الدائن إثبات الالتزام وعلى المدين إثبات التخلص منه). أما بشأن قانون الإثبات العراقي رقم (107) لسنة 1979 المعدل، فنصت المادة (7/أولاً) منه على أنه: (البينة على المدعي واليمين على من أنكر). إن استخلاص رابطة السببية بين الخطأ والضرر يعد من مسائل الواقع التي تستقل بها محكمة الموضوع، ولا رقابة لمحكمة التمييز أو النقض عليها، بشرط أن تورد الأسباب المؤدية إلى ما انتهت إليه⁽¹⁾.

(1) وهذا ما أكدته محكمة النقض المصرية. لاحظ نقض مدني في 21 كانون الأول من العام 1981 المجموعة س 32 ص 160. وكذلك 13 كانون الأول 1983 المجموعة س 34 ص 202 ح 28-12-1988، مجلة قضايا الدولة، 3/1989، ص 202. نقلاً عن: د. ثروت عبد الحميد، الأضرار الصحية الناشئة عن الغذاء الفاسد أو الملوث، دار الجامعة الجديدة للنشر، الإسكندرية، 2007، ص 141 من الهامش.

المطلب الثاني

صعوبات ثبوت رابطة السببية

من الصعوبات التي تعترى إثبات رابطة السببية، مسألة تعدد الأسباب في إحداث الضرر، وكذلك وجود فاصل زمني بين حدوث الضرر والفعل الضار⁽¹⁾، وأخيراً وبسبب التطورات العلمية الحديثة وغياب اليقين العلمي في أن نشاطاً ما يمكن أن يؤدي إلى إحداث ضرر معين. وقد وجدت في الفقه نظريتان لمواجهة بعض تلك الصعوبات، هما نظرية تكافؤ أو تعادل الأسباب التي نادى بها (جون ستيوارت ميل) وفيها يكون السبب مجموعة الظروف اللازمة لتحقيق النتيجة وعدم التفرقة في محيط تلك الظروف بين ظرف وآخر، وعلى هذا لو اشتركت مجموعة من الوقائع في إحداث الضرر بحيث لا نستطيع الاستغناء عن إحداها عدت متكافئة في إحداث الضرر. وهذه النظرية قد تكون مجحفة بحق أحد الفاعلين لأن من شأنها توسيع المجال أمام المتضرر بالنسبة لإثبات خطأ المسؤول، ويصعب تطبيقها أمام حالة تعدد المسؤولين في ذاتها، كما في تعدد الملوثين للبيئة، كأضرار جماعية⁽²⁾. ويصعب تطبيق هذه النظرية كذلك في مجال الأضرار المتمثلة بتفويت الفرصة، حيث المشكلة في ظل هذه الأضرار هي عدم التحقق من ثبوت السببية، فضلاً عن ذلك فإن استبعاد أي من الأسباب مؤداه انتفاء الضرر كله، تطبيقاً لفكرة كون الضرر لا يتجزأ فالأسباب أيضاً لا تتجزأ. أما النظرية الأخرى فهي نظرية السبب المنتج أو الفاعل ل (هانس فون كريس)، وبمقتضاها يتم التمييز بين الأسباب المؤدية للضرر مع الاكتفاء بالاعتداد بالسبب المنتج والاستغناء عن الأسباب الثانوية. وبحسب رأينا فإن هذه النظرية وإن كانت مقبولة⁽³⁾ من الناحية

(1) لاحظ: د. فواز صالح وزوزان إبراهيم محمد، الرابطة السببية وصعوبة إثباتها في الأضرار البيئية، بحث منشور في مجلة جامعة تشرين، مجلد (36) العدد (6)، 2014، ص 134.

(2) د. أنور جمعة علي الطويل، دعوى المسؤولية المدنية عن الأضرار البيئية، دار الفكر والقانون، المنصورة، 2014، ص 97.

(3) تعد هذه النظرية هي الراجحة في الوقت الحاضر في الفقه والقضاء، من الفقه الفرنسي تانك وروديير، ومن الفقه العراقي د. حسن علي الذنون، المبسوط في شرح القانون المدني، المبسوط في المسؤولية المدنية، 3، الرابطة السببية، دار وائل للنشر، ط 1، عمان، 2006، ص 23. وفي مصر، د. عبد الرشيد مأمون، علاقة السببية في المسؤولية المدنية، بحث منشور في مجلة القانون والاقتصاد للبحوث القانونية والاقتصادية، العدد 2 و 3، السنة التاسعة والأربعون، 1979، ص 630، د. محمد لبيب شنب، دروس في نظرية الالتزام، مصادر الالتزام، دار النهضة العربية، القاهرة، 1976-1977، ص 362. د. حسام الدين الأهواني، النظرية العامة للالتزام، الجزء ==

الفقهية وقريبة من السببية المفترضة، فإن تطبيقها يلاقي صعوبات متمثلة في صعوبة قيام المحكمة بالبحث عن السبب المنتج في الكثير من الأحيان، وكذلك غموض المعايير التي يتم من خلالها التمييز بين ما هو فعال وثانوي من الأسباب.

والملاحظ أنه بسبب خصوصية الأضرار في الوقت الحاضر (كالضرر البيئي مثلاً) والذي يصعب معها الاعتماد على النظريتين السابقتين، أن الضرر يكون غير مباشر في أغلب الأحيان، مما يستتبع صعوبة في إثبات رابطة السببية بين النشاط القائم والضرر الحادث، كالأضرار اللاحقة بالبيئة بسبب التلوث الناتج من الانبعاثات. ففي هذه الحالة لو سلمنا أن المتضرر سيرجع على الملوئين المتعددين كل على حدة فمعناه أنه يتوجب عليه إثبات رابطة السببية بين النشاط أو الخطأ والضرر الذي أصابه، وهذا أمر فيه صعوبة. كما أن الاعتماد على تضامن المسؤولين في إحداث الضرر لا يعفي المتضرر من إثبات الخطأ في جانب كل مسؤول ورابطة السببية بينه وبين الضرر⁽¹⁾، وفيه حلول تأبأها العدالة، ذلك لأن التضامن سيؤدي إلى تخفيف مسؤولية الفاعل إذا اشترك مع غيره في إحداث الضرر عما سيكون عليه الوضع فيما لو أحدثه وحده، كما سيؤدي بالإضرار بالمتضررين لأنه يعرضهم لخطر إعسار أحد الفاعلين، وهي أمور تأبأها العدالة التي تقتضي، عند تعدد المسؤولين، أن يحصل المتضرر على تعويضه كاملاً من أي منهم، ليتحملوا هم بعد ذلك مخاطر إعسار أحدهم وليس المتضرر⁽²⁾. وهذا ما دفع الفقه للدعوة إلى ضرورة تبني الدليل الاحتمالي في إثبات رابطة السببية، أي الاكتفاء بالاحتمال الراجح في إحداث الضرر أو الإعفاء من ضرورة إثبات رابطة السببية وافتراض وجودها، وبخاصة في أضرار التلوث البيئي، وأضرار حوادث السيارات، وغيرها.

==

الأول، مصادر الالتزام، المجلد الثاني، المصادر غير الإرادية، 1997-1998، ص 143. وبالنسبة للقضاء، على سبيل المثال، نقض مدني مصري 24-6-1982، ونقض مدني 12-2-1981، المجموعة ص 818 قاعدة 146، المرجع نفسه، ص 143. أما على صعيد القوانين، فيبدو أن المشرع العراقي قد أخذ بنظرية تعادل الأسباب، وذلك في المواد 217، 211، بخلاف المشرع المصري الذي أخذ بنظرية السبب المنتج أو الفاعل وذلك في المادة 1/221. (للتفصيل لاحظ: د. محمد سليمان الأحمد، تعدد الأسباب في المسؤولية المدنية، بحث منشور في مجلة الرافدين للحقوق، تصدرها جامعة الموصل، المجلد، 1، السنة العاشرة، العدد 24، 2005، ص 80 والتي تليها).

(1) لاحظ: يوسف نور الدين، جبر ضرر التلوث البيئي، أطروحة دكتوراه قدمت لكلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة محمد خيضر، بسكرة، 2011-2012، ص 299.

(2) لاحظ: د. جلال محمد إبراهيم، الرجوع بين المسؤولين المتعددين، دراسة مقارنة بين القانونين المصري والكويتي والقانون الفرنسي، دار النهضة العربية، القاهرة، 2011، ص 29.

المبحث الثاني

أساس افتراض رابطة السببية

(قرينة السببية)

إن افتراض رابطة السببية يجعل منها قرينة، وإن لم ترق لتصبح قانونية، لكنها جسدت وبلورت فكرة جديدة للسببية المفترضة، ساهمت عوامل في تكوينها، مما جعلها مرتبطة بأساس الافتراض ذاته، عليه سوف نعالج فكرة السببية المفترضة في مطلب أول، ونخصص المطلب الثاني للعوامل التي ساهمت في افتراض رابطة السببية.

المطلب الأول

فكرة السببية المفترضة

يذهب البعض⁽¹⁾ إلى أن السببية المفترضة تعني مجموعة القرائن المحددة والمتطابقة التي تساعد قاضي الموضوع في تكوين عقيدته بما له من سلطة في استخلاص ركن الخطأ الذي سبب الضرر. وفي شأن قبول القرائن القضائية لاستخلاص السببية القانونية، ذهب القضاء الفرنسي إلى تطبيق نظرية السببية المفترضة في مجال إصابة المريض بفيروس مرض الإيدز، بسبب عملية نقل دم ملوث إليه، حيث أخذ القضاء بقرينة لصالح المريض على أن العدوى تنسب إلى واقعة نقل الدم سواء تعلق الأمر بالدم الطبيعي أو مشتقاته الصناعية، وكل ما يُتطلب من المتضرر هو إثبات أن واقعة نقل الدم حدثت في الفترة من 1980 إلى عام 1985 وهي فترة انتشار عدوى الإيدز وهو ما يؤهله لأن يحكم له بالتعويض بناءً على توافر رابطة السببية بين نقل الدم وحدث العدوى. وقد استند القضاء كذلك إلى ضرورة معرفة عدم وجود أحد الأسباب أو الطرق الأخرى التي تؤدي إلى إصابة المريض بفيروس مرض الإيدز غير الدم الملوث، مثال ذلك أن يكون المصاب من مدمني المخدرات عن طريق الإبر، أو أن تكون له علاقة جنسية مع شخص يحمل الفيروس. وبذلك يكون

(1) Lambert-Faiver (y.) De la poursuite a la contributions, p. 311, cats. civ. 16 mai 1979, Bull, civ, I no 144
مشار اليه لدى: د. عاطف عبد الحميد حسن، المسؤولية المدنية الناشئة عن عملية نقل دم ملوث بفيروس مرض الايدز، دار النهضة العربية، القاهرة، 1998 ص 193.

الضرر الذي حصل هو نتيجة مباشرة لنقل دم ملوث⁽¹⁾. وهذا ما يسمى بالإسناد القانوني أو السببية القانونية.

ولقد بدأ القضاء الفرنسي في مجال المسؤولية المدنية، بالتخلي تدريجياً عن تطبيق مبدأ إثبات رابطة السببية بين الخطأ والضرر، وكذلك الحال بالنسبة للمشرع الفرنسي، حيث صدرت قوانين عديدة بموجبها لا يُعتمد في تعويض الأضرار على وجود أو إثبات رابطة السببية، كما هو الحال في قانون التعويضات عن الأضرار الناشئة عن حوادث السيارات الصادر في فرنسا عام 1985 والذي يطلق عليه قانون BADINTER، بموجب هذا القانون، فإن الشخص المتضرر من حادث مركبة آلية له أن يُطالب ويحصل على تعويض للأضرار البدنية التي لحقت به دون أن يقوم بتقديم الدليل على وجود رابطة السببية بين خطأ سائق السيارة والأضرار التي أصيب بها. وبموجب المادة الأولى من القانون المذكور أعلاه، يكفي أن تكون المركبة الآلية ساهمت بطريقة أو بأخرى في الحادث، وبذلك قصد المشرع الفرنسي من تدخل المركبة في الحادث غير ما يقصد برابطة السببية بمعناها التقليدي⁽²⁾.

ومن القضايا الأخرى التي تم الابتعاد فيها عن السببية، الاكتفاء بتدخل المركبة في الحادث على وفق قانون 1985، ما عرض على محكمة النقض الفرنسية عام 1995 من الطعن في حكم محكمة الموضوع على سند من أن الحكم المطعون فيه قضى بالتعويض على حارس سيارة كانت قد احترقت في الطريق وامتد منها الحريق إلى مبنى المدعي، فطالب الطاعن بعدم تطبيق قانون 1985 لكون الحادث ليس مرورياً وإنما وقع بسبب حريق في الطريق العام، وقد قضت محكمة النقض برفض الطعن على سند من أن السيارة - وهي واقفة في الطريق العام - إنما تكون في حالة مروية وفقاً للمادة الأولى من قانون 1985، وبالتالي تكون المحكمة قد تبنت معنى واسعاً لحادث المرور⁽³⁾.

ومن هذا الحكم يتضح لنا أن محكمة النقض الفرنسية قد توسعت في مفهوم السببية، فاعتمدت المحكمة على تعبير التدخل بدلاً من تعبير السبب المنتج أو الفعل، حماية لمصلحة

(1) د. حمد سلمان سليمان الزبيد، المسؤولية المدنية عن عملية نقل الدم الملوث، دار النهضة العربية، القاهرة، 2009، ص 547.

(2) لاحظ: د. فواز صالح وزوزان ابراهيم محمد، المرجع السابق، ص 134.

(3) لاحظ: د. خالد حمدي حمدي عبد الرحمن، رابطة السببية، بحث منشور في مجلة البحوث القانونية والاقتصادية، كلية الحقوق، جامعة المنوفية، العدد 25، السنة الثانية، 2013، ص 23.

المتضررين من المركبات الذين غالباً ما تنقطع رابطة السببية في قضايا التعويض الخاصة بهم. كما لجأ القضاء الفرنسي الى السببية المفترضة في الحكم الصادر في 9 آذار من عام 2007 وأقر للمرة الأولى بوجود رابطة سببية بين مصهل ضد الالتهاب الكبدي ومرض تصلب الأنسجة المتعدد على الرغم من عدم وجود يقين علمي بشأن تسبب ذلك المصهل في مرض تصلب الأنسجة، حيث اتخذ القضاء تفكيراً مبتكراً في تقييم رابطة السببية وذلك من خلال اللجوء للقرائن. وفي هذه القضية لم يضع القاضي على عاتق المدعي إثبات رابطة السببية، ولكن فقط تقديم أدلة ظاهرية تستخلص من الظروف الخاصة للحالة. وقرر القاضي أن مرض تصلب الأنسجة الذي تعاني منه المريضة (المدعية) ينسب للقسم الاستشفائي حيث أخذت المحكمة في اعتبارها الوقائع وعدم وجود سوابق مرضية لدى المدعية، وأوضحت أنه حينما لا يكون من الممكن إثبات أي رابطة سببية من الناحية العلمية، فإن تلك الرابطة يمكن اعتبارها موجودة ومؤكدة من الناحية القانونية في حال عدم وجود إثبات مخالف، بالاعتماد على دلائل ومؤشرات متعلقة بالموضوع، وحينها يمكن إذاً افتراض رابطة السببية تلك⁽¹⁾.

المطلب الثاني

عوامل افتراض رابطة السببية

دفعت عوامل عديدة القضاء إلى افتراض رابطة السببية، وقد ارتبطت جُلّ هذه العوامل بالتطور العلمي الكبير في جميع المجالات، لا سيما المجال الطبي، مما أدى إلى ظهور أضرار مستحدثة تتمثل، معظمها، في أمراض لم تكن مألوفة في الماضي؛ لكن ظهور مفهوم جديد للحيطة والحذر كان عاملاً فعالاً في افتراض رابطة السببية. ونعالج هذين الموضوعين في فرعين مستقلين.

(1) لاحظ: د. محمد سادات، دور القضاء في مواكبة المتغيرات المستحدثة في الإثبات، دراسة تحليلية في ضوء توجهات القضاء الفرنسي، بحث منشور في المجلة القانونية والقضائية، يصدرها مركز الدراسات القانونية والقضائية بوزارة العدل القطرية، العدد الأول، السنة العاشرة، 2016، ص 296. ولاحظ كذلك في افتراض رابطة السببية قرار محكمة رينيه في 23-10-1990 ومحكمة تولوز في 5-11-1991، مشار إليها لدى: د. صالح بكر الطيار، مفهوم المسؤولية المدنية، مقال منشور على شبكة الانترنت، متاح على الموقع الإلكتروني، www.com-consultants-altayar.com. تاريخ الزيارة 12-7-2017.

الفرع الأول

التطور العلمي والأضرار المستحدثة

نتيجة التطور العلمي، وازدياد الأضرار التي تلحق ليس بالفرد وحده، وإنما بالجماعة، ولكون تلك الأضرار عبارة عن مخاطر مستحدثة غير مؤكدة (أخطار ايكولوجية⁽¹⁾) ولا يوجد يقين وإثبات علمي بين الفعل الذي يقوم به الشخص والضرر الذي يلحق بالغير، وصعوبة إثبات المتضرر لخطأ الفاعل في الكثير من الأحيان، وبخاصة فيما لو كان مهنياً محترفاً، وتعذر تحديد المسؤول عن الضرر بين مجموعة من الأشخاص، لجأ الفقه والقضاء في الأنظمة القانونية المقارنة وبتأثير من الاتفاقيات الدولية إلى الدعوة لتطبيق مبدأ الحيطة والحذر بمفهومه الحديث لمنع الأضرار التي لا يوجد يقين علمي بشأن حدوثها والوقاية منها. ذلك لأنه إذا كانت القاعدة العامة بحسب المذهب التقليدي في مواجهة الأضرار التي تلحق بالغير عبارة عن جبر الضرر بالتعويض، ومنع الأنشطة ذات المخاطر المؤكدة، والتي يكون هناك دليل علمي مؤكد على وجود هذا الخطر من نشاط أو منتج ما، فإن المذهب المتبع إزاء هذا النوع من المخاطر غير المؤكدة والمستحدثة هو الوقاية منها⁽²⁾، واتخاذ كافة الاحتياطات والتدابير اللازمة للحماية والوقاية من أضرارها، وإن لم يوجد يقين علمي بشأن حدوثها.

إذاً، لو كانت هناك صعوبة في إثبات رابطة السببية في مجال الأضرار التقليدية، خاصة لو تم الأخذ بنظرية (السبب المنتج)، فلا شك في أن ذلك يعد من العوائق في تحقق المسؤولية في مجالات عديدة، كأمراض نقل الدم وأضرار البيئة، وأضرار أبراج الهواتف النقالة، وتأثيرات الإشعاعات النووية والأضرار الناجمة عن تشوهات الجنين. فمثلاً يعد الضرر البيئي ناتجاً عن مواد ملوثة تتسرب للبيئة بشكل خفي، كانبعاثات الغازات السامة من مصنع ما، ولا يمكن الكشف عن التلوث إلا بوسائل تكنولوجية حديثة تحتاج إلى تكاليف باهظة، وقد لا يكون من الممكن تدارك

(1) يُقصد بالأخطار ايكولوجية كل ما يهدد المحيط البيئي، والتي لها تأثير مباشر على صحة الإنسان، كخطر الطاقة النووية والنفايات والأدوية الفاسدة وتلوث المياه وانبعثات الدخان وغيرها.

(لاحظ: الموقع www.who.int/globalchange/ecosystems/ar تاريخ الزيارة 2018/1/2).

(2) عمارة نعيمة، الاتجاه نحو تأسيس المسؤولية المدنية على مبدأ الحيطة، مقال منشور على الانترنت متاح على الموقع الإلكتروني: manifest.univ.ouragla.dz، 2013، ص2 وما بعدها.

الخطر إلا بعد أن يكون التلوث قد نال من الإنسان أو البيئة بضرر جسيم. ومن هنا لن يكون في مقدور المتضرر إقامة الدليل على وجود ربط بين التلوث والضرر الذي لحق به.

وقد لا يستطيع المتضرر كذلك على وفق نظرية السبب المنتج أو الفعال من أن يسند الفعل الضار بشكل حاسم إلى أحد الفاعلين إذا تعددوا (تعدد الأسباب في إحداث الضرر دون معرفة الفاعل على وجه الدقة)، بسبب عدم توافر الإمكانية العلمية لكشف رابطة السببية بين الضرر والفعل الضار⁽¹⁾. وبمناسبة مشكلة تعدد الأسباب في إحداث الضرر دون معرفة الفاعل هناك دعوى شهيرة تتعلق بأتنين من الصيادين أطلقا النار بالتزامن مما أدى إلى إصابة صبي في التاسعة من عمره بعدة طلقات، استحال تحديد أيهما بالذات هو الذي أطلقها، حيث كان عم الصبي الذي غادر مكان الصيد قد عهد رعايته لهذين الصيادين. في هذه الدعوى انتقدت محكمة النقض الفرنسية، حكم محكمة استئناف (أورليان) الذي رفض إلزام الصيادين بتعويض الضرر بحجة عدم ثبوت سببية مباشرة بين الخطأ المنسوب للصيادين والضرر وصعوبة تحديد الفاعل من بينهما، ووضحت محكمة النقض أن الصيادين قد امتنعا عن اتخاذ الاحتياطات اللازمة لمنع المخاطر وهو خطأ يرتبط بالضرر وكان على الصيادين تعديل خطة الصيد بالتنظيم بما يتناسب مع رعاية الصبي بعد رحيل عمه، وعلى هذا الأساس قالت المحكمة إن الصيادين لم يتخذوا ما كان ينبغي عليهما أن يتخذاه من الاحتياطات بغية تأمين السلامة الكاملة للصبي، وإن مثل هذا الامتناع الخاطئ هو إهمال خطير يمكن معه إعمال مسؤوليتهم التضامنية⁽²⁾.

ويظهر من الحكم السابق أن حالة عدم المعرفة اليقينية لمصدر الضرر، لم يمنع القضاء من افتراض السببية والحكم بالمسؤولية التضامنية⁽³⁾ على كلا الصيادين، وهذا وسيلة القضاء لعدم ترك المتضرر بلا تعويض وتطبيق لروح القانون وليس حرفيته.

(1) Remond-Gouilloud (Martin), Prejudice ecologique, responsibility civil ou civil code art, 1382 a 1386, Fas. 112. 26 No. 1992 CL-J

(2) Bourges 5/2/1957 330 et la note, et en meme sens:

مشار اليه لدى: د. محمد شكري سرور، مشكلة تعويض الضرر الذي يسببه شخص غير محدد من بين مجموعة محددة من الأشخاص، دار الفكر العربي مشكلة تعويض الضرر، 1983، ص 52.

(3) في التعريف بالمسؤولية التضامنية، لاحظ: د. محمد سليمان الأحمد وهيثم حامد المصاروة، المسؤولية التضامنية، بحث منشور في مجلة المحامين تصدرها نقابة المحامين الأردنيين، العددان (11-12)، تشرين الثاني - كانون الأول، 2000، ص 4.

وعلى الأساس ذاته انتقد الفقه الأمريكي - كما يذهب البعض⁽¹⁾ - الصعوبات التي تواجه المدعي في إثبات رابطة السببية، موضحاً أن الدعاوى المتعلقة بالأضرار الأيكولوجية، والأضرار المصاحبة للتعرض للإشعاع أو المواد السامة الصناعية، لا تتلاءم مع المفاهيم الثابتة التقليدية حول رابطة السببية كركن واجب الإثبات في المسؤولية المدنية.

كما أن كثرة أضرار المنتجات المعيبة دفعت بالمشرع الفرنسي في القانون الصادر في 19- أيار 1998 والخاص بالمسؤولية عن أضرار المنتجات المعيبة، وتعديل المادة (1386) من التقنين المدني، إلى افتراض السببية بين المنتج المعيب والضرر الذي يلحق بالمستهلك. وجاء في المادة المشار إليها أعلاه: (يعد المنتج معيباً إذا لم يوفر السلامة أو الأمان المنتظر منه قانوناً)، ونظراً لكون المنتج مهيناً محترفاً، فقد لا يكون بمقدور المستهلك إثبات خطئه والربط بينه وبين الضرر الذي لحق به، لهذا عدَّ المشرع أن مجرد نقص السلامة في المنتج قرينة على الخطأ (فيعد عيباً)، وأنه السبب في إحداث الضرر كقرينة قانونية، ولا يطلب من المستهلك المتضرر سوى مجرد إثبات وجود العيب والضرر الذي لحق به، وهذا يسمى بـ (نسبية الخطأ)⁽²⁾، تلك النظرية المعروفة في كل من القانونين الألماني والسويسري⁽³⁾، ذلك لأن كل هذا يدخل فيما يسمى بالمسؤولية الموضوعية أو المستحدثة التي تهدف تيسير قيام المتضرر بإثبات الخطأ⁽⁴⁾. وهنا يذهب البعض⁽⁵⁾ إلى أن المشرعين الفرنسي والأوروبي قد تخلوا عن الأسس التقليدية لرابطة السببية، المتمثلة في كل من نظرية السبب المنتج ونظرية تعادل الأسباب واستبدالها بأساس جديد افتراضاً على أساسه نشوء رابطة سببية بين السلعة المعيبة وبين الضرر الحادث، كل ذلك كتجسيد للغاية الموضوعية من القاعدة القانونية. وهكذا يكفي مجرد إثبات التدخل المادي للشيء في إحداث الضرر حتى يفترض قيام رابطة

(1) د. أنور جمعة علي الطويل، المرجع السابق، ص 102.

(2) **Mariève Lacroix** La ,relativité aquilienne en droit de la responsabilité civile - analyse comparée des systèmes germanique, canadien et québécois available paper , [https:// www.orgerudit.2016-3-29](https://www.orgerudit.2016-3-29) access, last ,

(3) آمال بكوش، نحو مسؤولية موضوعية عن التبعات الطبية، دار الجامعة الجديدة، الاسكندرية، 2011، ص 149.

(4) للتفصيل: د. عبد الكريم صالح عبد الكريم، مسؤولية المنتج عن أضرار منتجاته الخطرة والمعيبة، محاضرات أُلقيت على طلبة الماجستير، قسم القانون الخاص، الكورس الأول، للسنة الدراسية 2015-2016، غير منشورة.

(5) آمال بكوش، مرجع سابق، ص 149.

السببية، وهذا الافتراض ليس إلا قرينة قانونية يمكن إثبات عكسها.

وحيثما نقول بضرورة الأخذ بنظرية السببية المفترضة، فلا يعني هذا أننا نقوم بهدر قيمة المبادئ العامة التقليدية التي تأسست عليها المسؤولية المدنية، من ضرورة إثبات كون فعل الفاعل هو السبب في إحداث الضرر، بل نقصد من هذا أن هناك من الأضرار التي يصعب على المتضرر- والذي غالباً ما يكون في موضع الطرف الضعيف الذي يستوجب حمايته- إثبات خطأ طرف آخر فيها، إما لتعقد وسائل الإثبات أو لحدثة تلك الأضرار وطبيعتها الخاصة. لهذا ينبغي على القاضي العمل على وفق غائية القانون وروحه، وليس بالاعتماد على حرفية القانون أو القاعدة القانونية.

الفرع الثاني

ظهور مبدأ الحيطة والحذر بمفهومه الجديد في القضاء

برزت فكرة افتراض رابطة السببية بشكل واضح من خلال ظهور مبدأ الحيطة والحذر أو ما يسمى بمبدأ الاحتياط. وقد ظهر مبدأ الحيطة في ألمانيا في بداية السبعينيات ضمن سياسة الحكومة الألمانية في مجال حماية البيئة من خطر التلوث، ثم انتقلت فكرة هذا المبدأ إلى القوانين والاتفاقيات الدولية، فقد عرف إعلان ريو دي جانيرو، مبدأ الحيطة في قمة الأرض سنة 1992 على أنه يتمثل في التدابير المتخذة لمواجهة الخطر الجسيم الذي إذا أنتج ضرراً فممن الصعب جبره والتعويض عنه. فيما عرفه البعض بأنه: غياب التأكد العلمي أو المعرفة العلمية (اليقين العلمي) لا يعني عدم اتخاذ التدابير الفعالة لمواجهة خطر أضرار خطيرة وغير قابلة للإصلاح⁽¹⁾. وفي التشريع الفرنسي نُص لأول مرة في قانون⁽²⁾ BARNIER سنة 1995، في المادة 2000/1 من القانون رقم 95-101 من شهر شباط 1995 بشأن حماية البيئة حيث نص هذا القانون على أنه: (غياب اليقين العلمي لا يجب أن يؤخر اتخاذ الإجراءات الفعالة أو المناسبة المسبقة لتفادي خطر يحدث ضرراً كبيراً بالبيئة...)⁽²⁾.

إن مبدأ الاحتياط من خلال دعمه وتطعيمه لقواعد المسؤولية المدنية يهدف إلى تحقيق

(1) حمزة أنوي، مبدأ الاحتياط في عقود الرحلات السياحية، بحث منشور على شبكة الانترنت، متاح على الموقع الإلكتروني، <http://www.droitentreprise.com> تاريخ الزيارة 10-7-2017.

(2) لاحظ: بن معروف فوضيل، تأثير مبدأ الحيطة في توزيع إثبات الخطأ الطبي في مجال المسؤولية المدنية، رسالة ماجستير، جامعة ابوبكر بلقايد، الجزائر، 2012، ص 110.

مسؤولية وقائية عن أضرار لم تنتج بعد، كما أنها ليست مخاطر مؤكدة، وإنما تعد مجرد أضرار محتملة الوقوع، لذلك فإن إقامة رابطة السببية بين الفعل كالنشاط الملوّث مثلاً، واحتمال وقوع أضرار خطيرة وجسيمة؛ وبغض النظر عن كونها صعبة ومعقدة وتحتاج إلى خبرات علمية كبيرة، فإنها غير ممكنة في إطار القواعد الحالية للمسؤولية المدنية، الأمر الذي يستوجب ابتداء تغيير شرط الضرر المؤكد في المسؤولية المدنية.

ويعرف البعض مبدأ الحيطة بأنه: اتخاذ التدابير اللازمة عند قيام أسباب جدية توحى بأن نشاطاً أو منتجاً يهدّد بأضرار جسيمة غير مقبولة أخلاقياً على الصحة أو البيئة، ثم إن من طبيعة هذه التدابير تقليص أو وضع حد للنشاط أو المنتج من التداول، حتى في غياب الدليل المؤكد على رابطة السببية بين النشاط أو المنتج والآثار السلبية التي يقوم التخوّف منها⁽¹⁾. وعرف كذلك بأنه اتخاذ التدابير الوقائية لإدارة مخاطر محتملة وإن لم يوجد يقين علمي بشأن حدوثها⁽²⁾.

يرى الفقه أن المسؤولية على أساس الحيطة، ليست مسؤولية بمفهوم القانون المدني، بل هي مجرد أخلاقيات جديدة للمسؤولية، لأنها تختلف في أسسها عن المسؤولية التقليدية التي تقوم على رابطة السببية، في أنها مسؤولية لا تتناول ما ارتكب من أخطاء، وإنما تتضمن ما ينبغي فعله في حدود المقدرة، لذا أعيد النظر في القواعد العامة للمسؤولية لجعلها متناسب مع التطور الحاصل على مستوى المسؤولية بالانتقال من المسؤولية المدنية التدخلية أو الجبرية إلى المسؤولية المدنية الوقائية، وهذه هي الوظيفة الاحتياطية الجديدة للمسؤولية المدنية. ومن شروط تطبيق مبدأ الحيطة بالنسبة لأضرار التلوث البيئي: هي أن يكون الخطر مشبوهاً، بمعنى وجود شك حول إمكانية تسبب نشاط إنساني ما بأضرار بيئية أو صحية، وعجز المعرفة العلمية القائمة عن تأكيد هذا الشك أو نفيه، ومن جهة أخرى لا بد من إجراء دراسات لتقييم أثر النشاط المقترح على البيئة، بحيث يخصص بتطبيق المبدأ إذا برهنت الدراسات على أن إقامة هذا النشاط يشكل خطراً ينذر حال وقوعه بحدوث أضرار بيئية جسيمة لا يمكن مقاومتها⁽³⁾.

(1) لاحظ: عمارة نعيمة، مبدأ الحيطة ومسؤولية المهنيين، اطروحة دكتوراه قدمت لكلية الحقوق، جامعة ابوبكر بلقايد، 2013-2014، ص108.

(2) Pascal van Griethuysen, principe de précaution: quelques éléments de base, paper available at, www.org.ribios.org, 2016-7-13 visiting, last ,

(3) عمارة نعيمة الاتجاه نحو التأسيس للمسؤولية المدنية على مبدأ الحيطة، مرجع سابق، ص2.

وعلى هذا فإذا كنا بصدد أنشطة و خدمات ذات مخاطر غير مؤكدة والتي لم يثبت العلم كونها تسبب أضراراً أم لا، فإن إلزام المتضرر على وفق القواعد التقليدية بإثبات أن هذه الأنشطة والخدمات -غير مؤكدة المخاطر- قد سببت له ضرراً، على الرغم من أنه لا يوجد إثبات أو يقين علمي يدعم إثباته فإنه سوف يخفق في ذلك، بمعنى أنه قد توجد مجرد شكوك في وجود رابطة سببية بين النشاط والضرر الذي يلحق بالمتضرر، ولكون زيادة المخاطر الناشئة عن التطور العلمي تهدد صحة الانسان، كان لا بد من الحاجة لإجراء تعديل في قواعد الإثبات كإجراء استباقي لمنع أضرار قد تحدث في المستقبل، وإن وقعت فانه لا رجعة فيها. فإذا تم التمسك بالقواعد التقليدية فإنه من الممكن لنشاط ما أن يلحق ضرراً بالغير كان يمكن منعه، فلا بد من عدم حرمان الشخص من حقه في جبر الضرر الذي لحق به لمجرد عجزه عن إثبات رابطة السببية بين الضرر الذي لحق به والنشاط الخطر الذي لم يثبت علمياً أو عملياً أنه يسبب أضراراً. وللتوازن بين ضرورات الحيطة والحذر لمنع الأضرار غير المؤكدة علمياً، وإثبات رابطة السببية بين نشاط المدعي عليه والضرر الذي يلحق بالمدعي، يتجه القضاء الآن إلى ما يسمى بالاحتمال الراجح أو الشك المعقول في كون نشاط ما هو السبب في إحداث الضرر أكثر احتمالية من كونه لا يسبب ذلك الضرر، وفيما يتعلق بالإثبات فإنه وبخلاف القواعد العامة، يعد النشاط الذي يمارسه منتج أو صانع ما يحوي مخاطر ايكولوجية غير مؤكدة هو السبب في الضرر الذي يلحق بالمتضرر، طالما لا يوجد سبب آخر أدى للإلحاق الضرر به، حتى وإن لم يثبت علمياً أن ذلك النشاط هو المؤدي للضرر، ويقع عبء الإثبات على ممارس النشاط بأن يبين أن النشاط القائم به ليس السبب في إحداث الضرر⁽¹⁾. فعدم وجود سببية علمية لا ينفي وجود السببية القانونية، خاصة إذا ما أمكن الاعتماد على دلائل خطيرة ومؤكدة ومؤشرات أو عدم وجود تفسيرات أخرى للضرر. وهذا هو الدور الإيجابي الذي يتمتع به القاضي بما له من سلطة تقديرية.

وفي أحدث قضية تتعلق بتطبيق مبدأ الحيطة وافترض رابطة السببية، وتحديدًا بتاريخ

(1) لم يقتصر أثر الحيطة والحذر على نقل عبء الإثبات من عاتق المدعي للمدعى عليه في القضاء حينما ترفع دعوى بالضرر، بل إن الإدارة حينما تكون بصدد تراخيص لممارسة نشاط ما يحوي مخاطر غير مؤكدة علمياً لمنتج أو صانع أو مقدم خدمة، قد تمنع منح الترخيص، استناداً إلى كون النشاط محاطاً بأضرار أو مخاطر غير مؤكدة، ولكن من الصعب إثبات ذلك، ومعنى ذلك أن عبء الإثبات ينتقل بالتبعية لممارس النشاط بأن يثبت خلوه من أية مخاطر. (لاحظ: د. محمد سادات، مرجع سابق، ص 290).

2015/6/2 أصدر قاضي بالمحكمة الابتدائية بمكناس (المغرب)، أمراً استعجالياً برفع الضرر المرتبط بأجهزة تقوية إرسال الهواتف الخلوية التي يتم تنصيبها فوق سطوح المنازل. وتتلخص القضية في أن ساكني إحدى العمارات السكنية تقدموا بدعوى ضد مالك العمارة وشركة الاتصالات، وعرضوا فيها أن مالك العمارة وبالاشتراك مع شركة الاتصالات عمدوا إلى تركيب الجهاز اللاقط بالهواتف الخلوية، وطلبوا وقف العمل بالجهاز وتفكيكه لوجود ضرر وشيك الوقوع على صحة سكنة العمارة بسبب الإشعاع المغناطيسي المنبعث من الجهاز. ردت شركة الاتصالات (المدعى عليها) بأن المدعين لم يثبتوا وجود الضرر، وأنها ملتزمة بتقنين الاتصالات ومعتمدة على تقرير وزير الصحة الذي يؤكد أن المعلومات العلمية المتوفرة لدى الوزارة لا تقدم أي دليل قاطع على وجود أضرار صحية أو تأثير على صحة الإنسان داخل الحقل الكهرومغناطيسي. لكن القاضي أصدر القرار بناءً على مبدأ الحيطة والحذر الذي يقتضي اتخاذ التدابير الاحترازية اللازمة كلما توفر سبب كاف للاعتقاد بأن نشاطاً ما قد يسبب أضراراً جسيمة بصحة الإنسان، وقرر أنه وإن كانت الأبحاث العلمية المتوفرة حالياً لا يوجد فيها يقين علمي بوجود أضرار في الإشعاعات الكهرومغناطيسية، فإنها لم تحسم مقابل ذلك (عدم اليقين العلمي) مدى سلامتها على صحة الإنسان خاصة على المدى البعيد، مما يوجب اعتماد مبدأ الحيطة والحذر في التعامل معها. وحيث إن مبدأ الحيطة والحذر يقتضي اتخاذ التدابير عند الاقتضاء بأن أي نشاط أو منتج قد يسبب أضراراً جسيمة بشكل غير قابل للتدارك على صحة الإنسان (أضرار لا رجعة فيها أو غير قابلة للإصلاح) دونما الحاجة إلى إقامة الدليل القاطع والملموس على وجود رابطة السببية بين هذا النشاط أو المنتج والأضرار التي قد تترتب عليه مستقبلاً. عليه قرر إزالة برج التقوية من فوق سطح العمارة⁽¹⁾.

إذاً يهدف مبدأ الحيطة لمنع حدوث الخطر أو الضرر الذي لا يمكن التنبؤ به، أو لا يوجد يقين علمي حوله، بمعنى ألا يثبت علمياً بأن نشاطاً ما من الممكن أن يحدث ضرراً، أو أن لا يكون من الممكن الجزم بأن هناك علاقة سببية بين حدث ما والضرر، وفي هذه الحالات فإن الفقهاء الفرنسيين ذهبوا إلى أن من يخل بمبدأ الحيطة والحذر فانه يرتكب خطأ احترازياً، بعدم اتخاذه التدابير اللازمة لمنع حدوث الضرر، وهذا من شأنه بالطبع أن يخفف من عبء إثبات رابطة

(1) أمر عدد 2015/612 في الملف الاستعجالي عدد 209 / 2015/1101 منشور في مجلة المفكرة القانونية، تونس 2015. www.amassapress.com 2015-8-11.

السببية بين الخطأ والضرر، بل يؤدي مبدأ الحيطة الى افتراض رابطة السببية بين عدم اتخاذ التدابير اللازمة لمنع الضرر، والضرر الملحق بالمصاب، طالما أنه لا يوجد سبب آخر أدى لحدوث الضرر. وقد لا يكون القضاة على استعداد لقبول افتراض السببية، لكن ينبغي عليهم الالتفات لما صدر من الشعبة المدنية الثالثة للمحكمة العليا الفرنسية، بتاريخ 2011/6/18 حيث رفعت جمعية زراعية تدعى ((GAES Marcouyoux للحصول على التعويضات ضد شبكة النقل الكهربائي باسم ((SATEN وادعت الجمعية بأن الحقول الكهرومغناطيسية ذات الضغط العالي التي تمر في أرض تابعة لها هي سبب الاضطرابات الصحية في المزارع التي تقع بالقرب من الخطوط، فقررت المحكمة إلزام شبكة النقل الكهربائي بالتعويض عن الأضرار المادية والاقتصادية بافتراض أنه مادام لا يوجد سبب آخر مقنع يمكن أن يؤدي للضرر، فإن الخطوط الكهربائية وموجاتها هي التي تسبب الضرر وإن لم يوجد يقين علمي بشأن ذلك⁽¹⁾.

من القضايا الأخرى في مجال الحيطة والحذر والاكتفاء بالاحتمال الراجح في ثبوت رابطة السببية وإن لم يوجد يقين علمي بشأن المخاطر من نشاط معين، ما ذهبت إليه المحكمة العليا في لندن من أنه وفقاً لمبدأ توازن الاحتمالات فإن تعرض الأمهات لتفاعل النفايات الملوثة المحتوية على مزيج من حلقات الديوكسين وبعض المعادن الثقيلة مع وسائط البيئة، هو السبب في نمو الخلايا الشاذة في جسد الأجنة في مرحلة النمو التي أدت بدورها لتشوهات وعيوب خلقية. وذهبت المحكمة أنه وإن كان يمكن استبعاد احتمال أن حالة أو أكثر من الحالات المصابة بالعيوب الخلقية قد نتجت عن تعرض بعض الأمهات لمواد ملوثة ليس لها علاقة بموقع هيئة الحديد والصلب التابع للمجلس المحلي لبلدة (كوبري) إلا أن الاحتمال الأول هو الراجح. وانتهت المحكمة بعد تطبيق توازن الاحتمالات إلى مسؤولية إدارة المجلس البلدي للنفايات عن التشوهات على أساس الإهمال في مراقبة مواقع الاستصلاح والتجديد، وذلك بثبوت السببية في النشاط الخطر والأضرار التي لحقت بالمدعين⁽²⁾.

وعلى هذا فمن حلول القضاء في مواجهة مشكلة عدم ثبوت السببية وكون الضرر غير مباشر، الاعتداد بما يسمى بـ (الخطأ الاحتمالي أو المقدر) الذي يستنتج من مجرد وقوع الضرر، ومن ثم

(1) Mathilde Boutonnet, L'incidence du principe de précaution sur la responsabilité civile en droit français: un bilan en demi-teinte, paper available at: www.mcgill.ca, last visiting, 14-2-2016 .

(2) د. خالد حمدي عبد الرحمن مرجع سابق، ص 281.

تفترض السببية بينهما، خلافاً للقواعد العامة في الالتزام ببذل عناية التي تتطلب إثبات خطأ المدعى به، فبموجب فكرة الخطأ الاحتمالي والسببية المفترضة، نقول: إن الضرر -على سبيل المثال- ما كان ليقع لو لا وقوع خطأ من الطبيب، حتى لو لم يثبت بوجه قاطع إهمال الطبيب أو عدم اتخاذه الاحتياطات التي يوجبها عليه التزامه بالحيلة. ولقد قضي في هذا الشأن بأن تأخر الطبيب في فحص المريضة المتوفية حرمها من تلقي العلاج المناسب الذي كان لها الحق فيه، والذي أودعت ثقتها في الطبيب لبذله لها، مما فوت عليها فرصاً حقيقية في الشفاء⁽¹⁾.

ومن الجدير بالذكر أن الخطأ الاحتمالي أو القائم على الشك والظن والراجح يختلف عن الالتزام بنتيجة، فوفقاً لفكرة الخطأ الاحتمالي يتم افتراض خطأ المدعى عليه حينما تقع نتائج سيئة للمتضرر، وبإمكان المدعى عليه التخلص من المسؤولية بإثبات السبب الأجنبي أو بإثبات الظرف الأجنبي-كما يقول البعض- الذي هو مفهوم أكثر مرونة من السبب الأجنبي. أما في الالتزام بنتيجة فيعد الشخص مخطئاً بمجرد تخلف هذه النتيجة، ولا يستطيع المدعى عليه دفع مسؤوليته إلا بإثبات السبب الأجنبي⁽²⁾.

ومن الحلول الأخرى التي ساعدت المحاكم في افتراض وجود السببية القانونية فكرة (خلق الخطر) التي سهلت عملية البرهان بوجود علاقة بين الفعل أو الحادث وبين الضرر المتولد - كما هو الحال عندما يقوم فرد ما بصورة متعمدة أو بإهمال منه - بخلق حالة - موضوعياً-خطرة، في مثل هذه الحالة، تميل المحاكم دائماً إلى الأخذ بمسؤولية هذا الفرد مستندة إلى احتمالية أو توقعية وقوع الخطر بدلاً من الاعتماد على إثبات وجود رابطة السببية. في هذا الخصوص نشير إلى الحكم الصادر من محكمة (نانتير) الفرنسية 1998/6/5 والذي بموجبه اعتبر المختبر الصانع لللقاح ضد مرض التهاب الكبد الفيروسي مسؤولاً عن البقع في الجلد، اعتماداً على وجود أدلة تسمح بالاستنتاج بشكل كافٍ بأن اللقاح هو السبب في ظهور المرض. كما أن المساهمة الخاطئة في

(1) Cass. 1ere civ. 25 mars 1968, Bull. civ, I n 109.

(2) د. أشرف جابر سيد، التعويض عن تفويت فرصة الشفاء أو الحياة، دراسة مقارنة في القانونين المصري والفرنسي، دار النهضة العربية، القاهرة، 2010، ص21. (وذاً الحل أخذت به المحكمة العليا في السويد وذلك في 21-4-1981 في دعوى تتعلق بضرر موت الأسماك، حيث استبان لها صعوبة الوقوف على السبب المؤدي لذلك، ومن ثم اقتنعت بالسبب الذي ساقه المدعي ما دام أن احتمال صدقه أكبر من احتمالات صدق ما ساقه المدعى عليه من أسباب. (للمزيد: د. أحمد محمود سعد، استقراء لقواعد المسؤولية المدنية في منازعات التلوث البيئي، دار النهضة العربية، القاهرة، 1994، ص232.

خلق الخطر والتعرض إلى خطر غير اعتيادي هي تصرفات تؤدي إلى احتمال اعتبار القائم بها مسؤولاً وملزماً بالتعويض كما هو الحال في مجال الطب: الطبيب الذي ساهم بسبب خطئه في فقدان مريضه لفرصة تفادي الأضرار يكون معرضاً للحكم عليه بتعويض مريضه عن كافة الأضرار دون الرجوع إلى إثبات وجود رابطة سببية بين فعله وبين الأضرار التي تعرض لها المريض. ويذهب البعض⁽¹⁾ إلى أن القضاء الأمريكي يقرر أنه إذا لم يتم إثبات وجود رابطة السببية بين سلوك أو عمل المدعى عليه وبين نتيجة لاحقة غير محددة كمرض السرطان أو اللوكيميا، فإن الحقيقة تقول بأن الضرر المتزايد يتبع السلوك المتسم بالخطر للمدعى عليه، وبالتالي تكون تلك قرينة كافية للتخمين بوجود رابطة سببية بين ذلك السلوك وتزايد الضرر.

(1) نقلاً عن: د. أنور جمعة علي الطويل، المرجع السابق، ص 107.

المبحث الثالث

أثر افتراض رابطة السببية

يترتب على افتراض رابطة السببية تسهيل عبء الإثبات على عاتق المدعي ونقله إلى المدعى عليه، لكن الافتراض يترك قرينة بسيطة يمكن إثبات عكسها بالسبب الأجنبي. عليه سنعالج في هذا المبحث تسهيل عبء الإثبات ونقله في مطلب، ونخصص مطلباً آخر للأثر المقتصر لافتراض رابطة السببية.

المطلب الأول

تسهيل عبء الإثبات ونقله

الغاية من افتراض السببية هي حماية حق المتضرر من خلال تسهيل عبء الإثبات وتسهيل الحصول على التعويض، وكذلك حماية المتضرر في حال كون مصدر الضرر غير محدد من بين مجموعة محددة من الأشخاص، كما في أضرار الألعاب الجماعية والصيد الجماعي، حيث يلزم الجميع بتعويض الضحية بالتضامن⁽¹⁾.

إن بعض الأضرار تواجه صعوبات تتعلق بإثبات رابطة السببية مثلما سبق القول، فالضرر البيئي مثلاً غالباً ما يكون بطبيعته ضرراً غير مباشر، وحينها إذا ما تم تحديد أن أحد أنواع التلوث قد ألحق ضرراً بالبيئة، فقد يكون متعذراً إثبات أن الضرر قد لحق بأحد الأشخاص بطريقة مباشرة. ولتمسك القضاء - عادة - بمفهوم الرابطة السببية المباشرة بين الفعل الضار والضرر، فإنه قد يكون من المستحيل تحديد الشخص المسؤول، لكن مع هذا استطاع القضاء تذليل هذه الصعوبات من خلال الاعتماد على فكرة (خلق الخطر، أو التعريض للمخاطر) وهو مفهوم مطابق لما يسعى بـ (فوات الفرصة)، والتي من شأنها تسهيل إثبات رابطة السببية بين النشاط الخطير والأضرار الواقعة، فبموجب هذه الفكرة يعد الضرر مباشراً في كل حالة تقع فيها مخاطر لا تترتب عادة على حالة المتضرر، فيتم مثلاً افتراض رابطة السببية في فوات فرصة شفاء المريض أو الحياة

(1) للتفصيل: د. محمد شكري سرور، مرجع سابق، ص 128 والتي تليها.

وخطأ الطبيب الجراحي؛ فقد درج القضاء على اعتبار الضرر مباشراً طالما ثبت أن التدخل الجراحي كان من الممكن أن ينجح لو أنه تم صحيحاً وفقاً للأصول الطبية الصحيحة، أي كان من الممكن تفاديه، ولذا تتوافر السببية في حالة اختيار الطبيب طريقة توليد غير مناسبة، ترتب عليها تعريض حياة المريضة للخطر، لأنه كان من الممكن تفاديه، كذلك الحال لو كان الطبيب قد حقن المريضة بحقنة أثناء عمل أشعة حقناً سليماً لما وقع الضرر الذي أصابها، حتى ولو لم يثبت مدى الأثر الضار الذي ساهمت هذه الحقنة في إحداثه⁽¹⁾.

وفي بعض الحالات اعتمدت المحاكم على حجة أنه لا يوجد أي سبب آخر من شأنه أن يفسر وقوع الضرر⁽²⁾. كما سمح القضاء للمتضررين بتقديم القرائن كأدلة إثبات، فكما تقدم القول قد يجد المتضرر صعوبة في إثبات رابطة السببية بفعل تعقد الفعل الضار (الحادث)، أو انقضاء فترة بين وقوع الفعل واكتشاف وجود الضرر ونطاقه، كما في حالة اكتشاف فيروس معين بعد فترة حضانة، كالإيدز والتهاب الكبد الفيروسي أو غيرهما، فيلجأ القضاء بنقل الأمر المشكوك فيه أو المحتمل إلى دائرة اليقين القانوني، فالمضطر يستطيع إثبات وجود رابطة السببية في الحالات التي يستحيل فيها توافر يقين مطلق. وفي حالات معينة يعطي القضاء تفسيراً واسعاً بقبول القرائن كوسيلة إثبات، فيتم قبول إثبات رابطة السببية إذا كان بإمكان الشخص أن يثبت الغياب لأي سبب أو ظرف آخر من شأنه أن يفسر حدوث الضرر، بمعنى أنه يقبل الدليل السلبي على رابطة السببية⁽³⁾، وهذا يعني الاكتفاء بالاحتمال الراجح بدلاً من الإثبات المطلق أو اليقيني لرابطة السببية، ويطلق على هذا النوع: الإثبات السلبي لرابطة السببية.

ومن التطبيقات القضائية في هذا الشأن، ما ذهبت إليه محكمة النقض الفرنسية بخصوص الأضرار الناجمة من الانفجارات الصوتية والاهتزازات الناتجة عن الطائرات التي تسير بسرعة تفوق سرعة الصوت والتي تصيب الغير على السطح، حيث اكتفت بإثبات رابطة السببية

(1) Isabelle Souplet, La pert de chance dans le droit de la responsabilite medical, mem. , 2002, p. 15 .

أشار له: د. أشرف جابر سيد، مرجع سابق، ص 30.

(2) د. عطا سعد محمد حواس، شروط المسؤولية عن أضرار التلوث، دار الجامعة الجديدة، الاسكندرية، 2012، ص 254 ولاحظ: د. نبيلة اسماعيل رسلان، المسؤولية المدنية عن الإضرار بالبيئة، دار الجامعة الجديدة، الاسكندرية، 2007، ص 106.

(3) لاحظ: د. أحمد محمد الرفاعي، التعويض عن الكوارث التكنولوجية، دار النهضة العربية، القاهرة، 2007، ص 88.

بالاحتمالات، من خلال الإثبات السلبي بانتفاء أي سبب آخر يبرر حدوث الضرر، حيث جاء في قرار المحكمة أن العلاقة المباشرة بين الأصوات المزعجة والاهتزازات الناتجة عن الطائرات الأسرع من الصوت، والضرر الذي أصاب العقارات على السطح تكون محكمة بإثبات عدم وجود أي سبب آخر من شأنه أن يؤدي إلى حدوث ذلك الضرر⁽¹⁾. كما قضت المحكمة العليا في السويد بتاريخ 21-4-1981 بالاكْتفاء في إثبات رابطة السببية بين التلوث والضرر بمجرد الاحتمال، فالدليل الاحتمالي على وجود السببية بين الخطأ والضرر كاف للقول بالمسؤولية، وذلك في الدعوى التي تتعلق بضرر موت أسماك⁽²⁾.

ويذهب البعض إلى أن الإثبات للسببية يقوم بالاستنتاج أكثر من الإثبات العلمي، فبالنسبة لمرض نقص المناعة المكتسبة بعد عملية نقل الدم، فإنها أوجدت قرينة إسناد (للسببية) لنقل الدم أقر بها القضاء، ومثل ذلك لم تتردد المحاكم في افتراض رابطة السببية بشأن مرض التهاب الكبد الفيروسي بين النقل الثابت (الذي تم إثباته) والمرض الثابت، فقد اعتبر القضاة أن العدوى التي أصابت المتضرر بالفيروس إنما ترجع لعمليات نقل الدم بكثافة، وأنه توجد رابطة سببية مباشرة بين المرض والنقل⁽³⁾. وبالطبع فإن هذه القرينة هي قرينة بسيطة يمكن إثبات عكسها بأن هناك عوامل أخرى وراء العدوى.

إذاً في ظل التطور القضائي - خاصة في مجال الأضرار التي تصيب جماعات- فإنه لا يشترط أن يقدم المتضرر الدليل الإيجابي على توافر الرابطة السببية بين الخطأ والضرر الذي لحق به، بل يكفي أن يثبت أنه تعرض للخطر، وهذا الدليل يجب أن يسمح بافتراض وجود رابطة السببية كقرينة بسيطة يمكن إثبات عكسها من جانب المدعى عليه. كما توجد بعض النصوص التشريعية التي افترض فيها المشرعون رابطة السببية، مثال ذلك

(1) civ,2e,13 oct 1971,Bull. civ,11,no 274

مشار إليها لدى: د. عطا سعد محمد حواس، المرجع السابق، ص 254.

(2) لاحظ: د. أحمد محمود سعد، المرجع السابق، ص 232. وفي المعنى نفسه لاحظ قرار محكمة النقض الفرنسية بتاريخ 1992/4/2 بشأن فيروس (SIDAS) متاح على الموقع الإلكتروني: www.cours-de-droit.net

(3) TGI de bayonne du 4 mass 1993 et apear de rennes de 17 nov. 192. tai montpellier,2 join 1991-dchranc. p. 292 precise.

مشار إليها لدى: د. محمد أحمد الرفاعي، المرجع السابق، ص 93.

ما جاء في المادة العاشرة من القانون الفرنسي رقم 30 لسنة 1968 والخاص بالمسؤولية المدنية في مجال الطاقة النووية، فقد أقامت قرينة بالنسبة للمتضررين من الحوادث النووية، فافترض المشرع رابطة السببية بالنسبة للأضرار الجسدية التي تحدث عقب وقوع حادثة نووية. كذلك افترض المشرع الياباني رابطة السببية في القانون الصادر في 1973 الخاص بتعويض الأضرار الجسدية الراجعة للتلوث والذي دخل حيز التنفيذ في عام 1973، فقرر قرينة سببية لمصلحة المتضررين المقيمين في منطقة ملوثة وأعفاهم من إثبات رابطة السببية بين الضرر الذي لحق بهم والنشاط مصدر التلوث في البيئة⁽¹⁾. وعلى التوجه نفسه ذهب المشرع الألماني في القانون الصادر في 1990 بشأن المسؤولية البيئية، حيث قرر في المادة السادسة منه قرينة لصالح المتضرر، فقد افترض رابطة السببية بين نشاط المنشأة الملوثة وبين الأضرار التي تحدث للمتضررين إذا كان من شأن هذه المنشأة أن تحدث مثل هذه الأضرار⁽²⁾. كذلك نصت المادة الرابعة من القانون السويدي لعام 1986 بشأن المسؤولية المدنية البيئية بأنه: (لقيام المسؤولية المدنية على المدعي أن يثبت أن إطلاق الملوثات هو الذي يسبب هذه الأضرار ويكفي لقيام ذلك تقديم دليل احتمالي...)⁽³⁾.

وقد نصت بعض الاتفاقيات الدولية صراحة على نقل عبء الإثبات، فقد نصت اتفاقية ((Wingspread)) أنه عندما تثير ممارسة النشاط تهديدات بحدوث ضرر على صحة الإنسان أو البيئة فإنه يتعين اتخاذ التدابير الوقائية اللازمة حتى في حال غياب اليقين العلمي بشأن رابطة السببية، وفي ذلك الخصوص يتعين على أصحاب النشاط بدلاً من الجمهور تحمل عبء الإثبات⁽⁴⁾. وتأكيداً لهذا تطلبت المادة الخامسة من التوجيه الأوروبي الخاص باستخدام الكائنات المعدلة

(1) نقلاً عن: د. عطا سعد محمد، المرجع السابق، ص 259.

(2) لاحظ: د. أنور جمعة علي الطويل، المرجع السابق، ص 110.

(3) نقلاً عن: عباد قادة، المسؤولية المدنية عن الأضرار البيئية، دار الجامعة الجديدة، 2016، ص 96. وهذا هو ذات موقف القانون الفنلندي الخاص بتعويض الأضرار البيئية لسنة 1994، حيث يكفي بتقديم المدعي دليلاً احتمالياً لرابطة السببية يتجاوز نسبة 50٪ مع الأخذ بالاعتبار معيار طبيعة النشاط المسبب للضرر، وكل المسببات المحتملة الأخرى للضرر، فإن تزامنت الاحتمالات حينها يؤخذ بالاحتمال الأكثر ترجيحاً في التسبب بالضرر. المصدر نفسه والصفحة نفسها.

(4) ومثلها نص المادة (10) من اتفاقية (لوجانو Lugano) حيث نصت على أنه: (يجب على القاضي عند إثبات رابطة السببية بين الحادث والضرر أن يأخذ في حسابه الخطر المتزايد من حدوث الضرر الملازم للنشاط الخطر). لاحظ: د. عطا سعد محمد حواس، المرجع السابق، ص 266. وكذلك: صالح بكر الطيار، المرجع السابق، ص 3.

وراثياً رقم 81-98 والصادر في 26-10-1998 من الدول الأعضاء في الاتحاد الأوروبي ضمان أن كافة التدابير قد تم اتخاذها لتجنب الآثار السلبية على صحة الإنسان والبيئة التي قد تنجم عن الاستخدام المتواصل للجينات المعدلة وراثياً، كما أوجبت المادة نفسها ضرورة اتخاذ تدابير وقائية صارمة في حال توافر الشك أو الريبة بشأن المخاطر المترتبة على استخدامها⁽¹⁾.

وذهب القضاء الأمريكي كذلك إلى قبول القرائن القانونية على الخطأ، وتحديدًا في الأضرار الناجمة عن التصادم البحري، ويطلق على تلك القرينة (بنسيلفانيا)⁽²⁾ وهي قرينة على السببية، تطبق في الحالات التي يتم فيها مخالفة إحدى القواعد الخاصة بمنع التصادم في البحر.

وتنص المادة (1349) من التقنين المدني الفرنسي على أن: (القرائن هي ما يستخلصه المشرع أو القاضي من أمر معلوم للدلالة على أمر مجهول). ويلاحظ هنا أنه وإن لم ينص المشرع بموجب قاعدة قانونية نستدل فيها على افتراض رابطة السببية، غير أن القضاء -خاصة في دول القانون العام- بإمكانه إصدار قرارات فيها قرائن قضائية بمثابة مبدأ قانوني أو قاعدة قانونية⁽³⁾. وتطبيقاً لما سبق جاء في حكم محكمة Dijon الاستئنافية، الصادر في 7-10-1990 الخاص بتلوث ينبوع مياه مقاطعة (سان اتيان) الفرنسية بالمواد البترولية بأن تقرير الخبرة أوضح مجموعة القرائن الخطيرة والمطابقة التي يستخلص منها ثبوت رابطة السببية الذي يقع في الأصل على عاتق المدعي، بين تصريف الزيوت المنسوب لشركة Moreau والأضرار التي لحقت بالمدعي⁽⁴⁾.

وبناءً على ما تقدم فإن الشخص الذي تثبت مخالفته لإحدى القواعد الخاصة بمنع الضرر،

(1) عمارة نعيمة، الاتجاه نحو تأسيس المسؤولية المدنية على مبدأ الحيطة، مرجع سابق، ص 4.

(2) (بنسيلفانيا) هو اسم سفينة بريطانية تصادمت مع سفينة بريطانية أخرى تسمى (ماري تروب) بالقرب من السواحل الأمريكية، ويعرض القضية على المحكمة العليا الأمريكية، وجدت أن التصادم حدث بسبب خطأ السفينة بنسيلفانيا، بسبب إبحارها بسرعة عالية وسط الضباب الكثيف، ولكن في نفس الوقت وجدت المحكمة أن السفينة تروب هي الأخرى مرتكبة لخطأ متمثل في مخالفة قواعد منع التصادم في البحر بقيامها بقرع الجرس بدلاً من الطبل، وقضت المحكمة بتقسيم المسؤولية بين السفينتين على أساس افتراض السببية في جانب السفينة تروب. لاحظ: د. راوي محمد عبد الفتاح، المسؤولية عن الأضرار الناشئة عن التصادم البحري في النظام الانجلو أمريكي، مطابع كلية الحقوق، اسبوط، 2009، ص 100 وهامشها.

(3) لاحظ في هذا المعنى: د. عبد الكريم صالح عبد الكريم، قيمة المبادئ العامة للقانون في التشريع والقضاء، بحث منشور في مجلة جامعة رابره رين، العدد 3، 2015، ص 112.

(4) نقلاً عن: د. عطا سعد محمد حواس، مرجع سابق، ص 258.

أو أصول المهنة أو المبادئ العامة للقانون، يعد مرتكباً لخطأ وإن لم يكن هو السبب الوحيد للضرر، فهو على الأقل يعد سبباً مساهماً في حدوث الضرر، وفي هذه الحالة يقع عليه أن يثبت أن خطأه ليس واحداً من الأسباب التي أدت للضرر ولا يحتمل أن يكون، وأن يثبت كذلك عدم إمكانية حدوث الضرر بسبب ذلك الخطأ للتخلص من المسؤولية. وبالطبع هذا من قبيل القرينة القانونية البسيطة التي تقبل إثبات العكس.

ونظراً لوجود أحكام كثيرة من القضاء الفرنسي تؤكد التمسك بالسببية المفترضة، ولكون هذا الشيء استثناء من الأصل العام الذي يقتضي من المتضرر إثبات كون الفعل الضار هو السبب في الضرر الذي لحق به، ونظراً لعدم وجود يقين علمي في الحالة المعروضة، فلا بد من ضرورة مراعاة المحاكم لبعض المعايير عند قبولها للقرائن وافترض رابطة السببية⁽¹⁾، ومنها:

1- أن يواجه القاضي حالة من الأضرار (مخاطر غير مؤكدة) ليس فيها يقين علمي، بعبارة أخرى من الصعوبة إسنادها لنشاط شخص معين، ولكن في الوقت نفسه لا يوجد دليل علمي على استبعاد تلك المخاطر وإمكانية وقوعها من نشاط ما، وأن يلجأ القاضي للقرينة للتدليل على وجود رابطة السببية.

2- أن تكون غاية القاضي في اللجوء للقرائن⁽²⁾ هي صحة الإنسان والمحافظة على سلامته، ذلك لأن الحيطة والحذر عبارة عن مبدأ جاء مكماً لدور الالتزام بضمان السلامة وبخاصة من جانب المهنيين.

3- يجب أن يكون هناك اتصال مادي قد وقع، كما في حالة الإصابة بمرض الايدز بعد أن تم نقل الدم للمصاب، فالاتصال المباشر ينتج بين نقل الدم الملوث ومراكز نقل الدم.

(1) د. محمد محمد سادات، مرجع سابق، ص 309. وفي ذات المعنى: د. عاطف عبد الحميد حسن، مرجع سابق، ص 195.

(2) نقصد بالقرائن، القرائن القضائية، وهي تلك التي يترك أمر استنباطها للقاضي، يستنبطها من ظروف القضية وملابساتها، حيث يستدل القاضي بواقعة ما من بين وقائع الدعوى على الأمر المراد إثباته، وللقاضي أن يستنبط القرينة حتى بالاستناد على وقائع وظروف خارج النزاع المطروح أمامه بما يتسنى له من الوسائل العلمية والعملية. للتفصيل: د. عبد الحميد الشواربي، القرائن القانونية والقضائية، منشأة المعارف، الاسكندرية، 2003، ص 18-19. وكذلك حسين رجب محمد مخلف الزبيدي: قواعد الترجيح بين أدلة الإثبات المتعارضة في الدعوى المدنية، منشورات زين الحقوقية، ط 1، 2011، ص 108 من الهامش. وجاء في المادة (102/ أولاً) من قانون الإثبات العراقي: (القرينة القضائية هي استنباط القاضي أمراً غير ثابت من أمر ثابت لديه في الدعوى المنظورة).

4- على القاضي التمييز بين السببية القانونية والسببية العلمية، وأن يأخذ في الاعتبار ما إذا كانت هناك عوامل للخطر خاصة بالمضرور، وأن يكون اللجوء الى القرائن محدداً، بمعنى إبقاء تطبيق المبدأ في حدود المعقول. وفي هذا الصدد، ينبغي النظر هل أن هناك أسباب معقولة للقلق من نشاط ما، إذ أن مبدأ الحيطة والحذر وافتراض السببية، يمكن تطبيقهما حالما توجد أسباب جادة دون انتظار الأدلة القاطعة⁽¹⁾. وأخيراً يجب على القاضي التأكد من وجود علاقة ضرورية وحتمية للمتضرر مع المدعى عليه⁽²⁾.

و إذا كان من غير المعقول اشتراط يقين مطلق بغياب ضرر محتمل قبل الترخيص لمزاولة نشاط ملوث، فإنه لا يقبل بعد ذلك اشتراط يقين مطلق في رابطة السببية، لذلك يقترح تخفيف طرق تقدير رابطة السببية من خلال توسع القاضي في قبول المؤشرات والقرائن المادية، وأن يكتفي بإقامة احتمال كافٍ للسببية، وبذلك يصبح اليقين المشترط في رابطة السببية نسبياً، أو أن يذهب القاضي إلى أبعد من ذلك من خلال تقبل القرينة السلبية والمستوحاة من غياب تسبب آخر من طبيعته أن يفسر وقوع الضرر. هذه الطريقة المتعلقة باعتماد القرينة السلبية سمحت بإدانة صاحب مصنع يشتغل في مجال الكيمياء، لتعويض الأضرار التي أصابت فلاحاً يربي النحل، إذ اعتبر القضاء أنه لا يوجد سبب آخر لوفاة النحل، وأنه لا يمكن تفسير ذلك إلا بتسمم ناتج عن استقرار مادة الفليور على الأزهار⁽³⁾.

ويطبق الحل السابق -ونقص افتراض رابطة السببية- بالنسبة للأضرار الجسدية التي يتم ملاحظتها عقب وقوع حادثة نووية، فإذا وقعت حادثة من هذا النوع فجأة بسبب المخلفات النووية، فإنه يتعين على الحكومة أن تصدر مرسوماً يتضمن قائمة بالأمراض المتوقعة حدوثها بسبب الحادث، على أن يعطى المسؤول عن الضرر بإثبات عكس رابطة السببية⁽⁴⁾.

كذلك الحال في مجال البيئة، فتعرض البيئة للضرر، كإهمال ما يمكن أن يبرهن أو يعلل

(1) لاحظ: فريدة تكارلي، مبدأ الحيطة في القانون الدولي للبيئة، رسالة ماجستير، كلية القانون-بن عكنون، جامعة الجزائر، 2005، ص 41.

(2) لاحظ، د. محمد محمد سادات، مرجع سابق، ص 308.

(3) وناس يحيى، الآليات القانونية لحماية البيئة في الجزائر، أطروحة دكتوراه، جامعة أبو بكر بلقايد-تلمسان، 2007، ص 314.

(4) د. نبيلة إسماعيل رسلان، المرجع السابق، ص 107.

وجود سببية بين هذا الإهمال وبين الأضرار التي تصيب البيئة عندما تكون هذه الأضرار نتيجة طبيعية ومتوقعة لهذا الخطر والمتمثل بالإهمال. وبهذا الخصوص، نشير إلى القرار الصادر في 10 آذار 1976⁽¹⁾، فالمحكمة الفرنسية استطاعت إيجاد رابطة سببية بين النشاطات التجارية أو العمل التجاري وبين الأضرار التي أصيب بها مستثمر لثروة سمكية، حيث أن المحكمة وبالا اعتماد على آراء الخبراء استنتجت وجود علاقة كافية بين ما قام به التاجر وهو تاجر ورق يرمي كميات كبيرة من الورق في النهر بالقرب من المكان المستغل من قبل صائد الأسماك وبين النسبة العالية لموت الأسماك⁽²⁾.

وهناك أمثلة أخرى على افتراض رابطة السببية بين الخطأ والضرر، منها حكم المحكمة الابتدائية في مدينة Rennes في 23-10-1991، فبدلاً من أن يكون قرار القاضي مستنداً إلى التأكيد المطلق على وجود رابطة السببية بين الخطأ والضرر، لجأ إلى احتمالية وجود تلك الرابطة أو افتراض وجودها، ومضمون هذا القرار نفسه ورد في حكم محكمة تولوز الابتدائية في الحكم الصادر في 5-11-1990⁽³⁾.

المطلب الثاني

الأثر المقتصر لافتراض رابطة السببية

نقصد بالأثر المقتصر لافتراض رابطة السببية، عدم تعديده لغيره من أركان المسؤولية، ولا سيما الخطأ، وانعدام جدواه في حالة وجود السبب الأجنبي الذي يقطع رابطة السببية ويشل تأثيرها. ونتناول هاتين المسألتين في فرعين منفصلين:

(1) د. أنور جمعة الطويل، المرجع السابق، ص 110. د. عطا سعد محمد حواس، المرجع السابق، ص 255.

(2) لاحظ: د. صالح بكر الطيار، المرجع السابق، ص 10.

(3) للتفاصيل: د. فواز صالح وآخرون، المرجع السابق، ص 135.

الفرع الأول نوع الافتراض في السببية

إن رابطة السببية تنعدم متى ثبت أن الضرر قد وقع لسبب أجنبي لا يد للمدين فيه، فإن لم يستطع المسؤول نفي هذه القرينة البسيطة فإن السببية تكون حقيقية، أي يكون قد ثبت بطريقة يقينية أن نشاط المسؤول هو مصدر الضرر الذي لحق بالمتضرر، فمن شأن قرينة السببية أن تقلب عبء الإثبات بأن يقع على عاتق المسؤول نفي هذه القرينة بدلاً من أن يقع على عاتق المتضرر عبء إثبات رابطة السببية⁽¹⁾.

وعند تحليل فكرة السببية المفترضة نجدها تقف وسطاً بين نظرية تعادل الأسباب ونظرية السبب المنتج أو الفعال، فهي أوسع من نظرية تعادل الأسباب، وأقل اتساعاً من نظرية السبب المنتج، حيث تعتمد فكرة السببية المفترضة على الاكتفاء بوجود تدخل مادي للشيء في إحداث الضرر حتى يفترض قيام تلك الرابطة؛ فمثلاً في مجال أضرار المنتجات يكفي لقيام الرابطة إثبات كون المنتج معيباً مع وجود الضرر. وفي مجال مسؤولية المنتج عن مضار منتجاته المعيبة، ولتسهيل عبء الإثبات على عاتق المستهلك، افترض المشرع الفرنسي كذلك في القانون الخاص بالمسؤولية عن أضرار المنتجات المعيبة لسنة 1998 أن المنتجات قد خرجت للتداول بإرادة المنتج، غير أن كل ما تقدم ليس إلا افتراضاً قابلاً لإثبات العكس، وهو ما يعني انقطاع رابطة السببية، وبالتالي انتفاء المسؤولية. بعبارة أخرى إن افتراض السببية ليس سوى قرينة بسيطة يمكن إثبات عكسها بكافة الطرق، وبشكل أدق فإن هذا الافتراض يؤدي بنقل عبء الإثبات تخفيفاً على المتضرر لأغراض العدالة، بحيث يكلف المدعى عليه بإثبات انقطاع رابطة السببية إذا ما رغب في نفي مسؤوليته، بوصفه ذا دراية ومهنية تسمح له بذلك⁽²⁾.

ولكل ما تقدم فإن واجهت المحكمة نزاعاً يتعلق بضرر يصعب على المدعي إثباته بسبب غياب

(1) لاحظ: د. عطا سعد محمد حواس، المرجع السابق، ص 257.

(2) **Marieve Lacroix**, *Relativite Aquilinne en Droit de la Responsibility civil - Analays Comparee Des Systemes Germanique, Canadien ET Quebecques*, paper published in McGill Law Journal - Revue de droit de McGill, (2013) 59:2 McGill LJ 425 — Reference: (2013) 59: 2 RD McGill 425, p. 13. last access, 30-3-2016.

اليقين العلمي بشأن حدوثه، فعلى القاضي ألا يغفل الرجوع إلى التفسير المتطور للقانون، والتعامل مع روح القانون بدلاً من التضييق على مصالح الأفراد بالتفسير الحرفي للنصوص، وتصديقاً لذلك فقد نصت المادة (3) من قانون الإثبات العراقي رقم (107) لسنة 1979 على: (إلزام القاضي باتباع التفسير المتطور للقانون ومراعاة الحكمة من التشريع عند تطبيقه). وكذلك المادة الثانية من القانون نفسه حيث جاء فيها: (إلزام القاضي بتحري الوقائع لاستكمال قناعته).

الفرع الثاني

افتراض رابطة السببية وافتراض الخطأ

قد يتساءل البعض، هل هناك افتراض للخطأ، أم افتراض لرابطة السببية؟ وسنحاول الآن أن نستعرض بالتحليل معنى الخطأ المفترض في المسؤولية المدنية، وفكرة افتراض رابطة السببية والاختلاف بينهما.

إن فكرة السببية المفترضة تعني مجموعة القرائن المحددة التي تساعد قاضي الموضوع في تكوين عقيدته بما له من سلطة في استخلاص ركن الخطأ الذي سبب الضرر، وهذا يعني كذلك أن هناك سلوكاً أو نشاطاً صادراً من شخص هو في الواقع سلوك يتسم بالغموض ويصعب إسناد الضرر إليه، هل أنه هو المحدث للضرر أم لا؟ فيأتي القاضي -حينما لا يجد سبباً آخر للضرر- ليفترض أن هذا النشاط المخالف للقانون هو السبب في إلحاق الضرر بالمدعي، ويترك للمدعي عليه إثبات عدم صحة ذلك.

بينما تنطلق فكرة الخطأ المفترض في أن المدعي يصعب عليه إثبات وجود خطأ الفاعل، فيفترض المشرع هذا الخطأ بحيث قد يكون بمقدور المدعي عليه إثبات نفي الخطأ أو إثبات السبب الأجنبي في إحداث الضرر. إذن الفكرة الأولى تكون من عمل القاضي في الغالب (ذلك لأن هناك افتراضاً لرابطة السببية، بالقانون كذلك كما سبقت الإشارة) بخلاف الأولى التي هي من عمل المشرع.

ومع هذا فإن افتراض الخطأ في أحيان عديدة يقتضي بالضرورة افتراض رابطة السببية، ويكون افتراض السببية نتيجة منطقية لافتراض الخطأ، مثال ذلك افتراض المشرع للخطأ في مسؤولية الشخص عن فعل من هم تحت رعايته أو مسؤولية متولي الرقابة المنصوص عليها في المادة (218) مدني عراقي، لأن القانون لو أعفى المتضرر من إثبات الخطأ وكلفه بإثبات رابطة

السببية لاضطر المتضرر -وهو في سبيل إثبات رابطة السببية بين الخطأ والضرر- إلى أن يثبت الخطأ، ولكن هذا الافتراض ليس قاطعاً بل يقبل إثبات العكس⁽¹⁾. بعبارة أخرى إذا اشترط المشرع إثبات السببية أصبح المتضرر ملزماً بتعيين الخطأ الذي ينسب لمتولي الرقابة، وبإثبات هذا الخطأ تمهيداً لإثبات السببية بينه وبين الضرر، لكن الحقيقة هي أن المتضرر يعفى من إثبات السببية أيضاً بناءً على قرينة قانونية، ويكلف متولي الرقابة بالدليل العكسي إن أراد أن يدفع المسؤولية عن نفسه⁽²⁾.

خلاصة القول، إن افتراض رابطة السببية معناه أن هناك خطأ أو فعلاً ضاراً معيناً هو الذي أدى إلى إلحاق الضرر بالغير نتيجة للاستناد للاحتمال الراجح ودون أن يتوافر اليقين في ذلك، مع ترك المجال للمدعى عليه للتخلص من المسؤولية بإثبات السبب الأجنبي. في حين أن افتراض الخطأ يعني إضافة وصف الخطأ لنشاط أو فعل معين مع إتاحة الفرصة للمدعى عليه للتخلص من المسؤولية بنفي وصف الخطأ عن هذا الفعل أو بإثبات السبب الأجنبي.

ولكن في أحوال استثنائية قد يستنتج من موقف المشرع افتراضه لرابطة السببية كذلك، مثال ذلك المادة (171) مدني عراقي التي جاء فيها: (إذا كان محل الالتزام مبلغاً من النقود وكان معلوم المقدار وقت نشوء الالتزام وتأخر المدين في الوفاء به كان ملزماً أن يدفع للدائن على سبيل التعويض عن التأخير فوائد قانونية) وبخصوص شرح هذه المادة يتفق الفقه العراقي على أن الخطأ مفترض ومتمثل في مجرد تأخر المدين في الوفاء، وافترض المشرع كذلك الضرر بمجرد التأخر، لكون النقد عنصراً من عناصر الإنتاج وهو مال مثمر بطبيعته، وإذا كان كل من الخطأ والضرر مفترضين فإن رابطة السببية تكون مفترضة كذلك⁽³⁾. ومن الأمثلة الأخرى على ذلك ما اتجه إليه المشرع الفرنسي في قانون 1967 وقانون التشييد والإسكان، وحكم محكمة النقض الفرنسية في 1993 من أن دعوى عدم المطابقة في بيع العقارات تحت التشييد لا تستلزم إثبات أي

(1) لاحظ: د. صديقي محمد أمين عيسى، التعويض عن الضرر ومدى انتقاله للورثة، ط1، المركز القومي للاصدارات القانونية، القاهرة، 2014، ص179.

(2) لاحظ: د. سليمان مرقس، بحوث وتعليقات على الأحكام في المسؤولية المدنية وغيرها من موضوعات القانون المدني، ايرين للطباعة، مطبعة السلام، القاهرة، 1987، ص342.

(3) لاحظ: د. حسن علي الذنون، أصول الالتزام، الكتاب الأول، مصادر الالتزام، ص360. و د. عبد المجيد الحكيم وعبد الباقي البكري و محمد طه البشير، القانون المدني وأحكام الالتزام، ج2، ص77-78.

ضرر، بمعنى لا يشترط أن تكون عدم المطابقة مؤثرة في قيمة الشيء أو في منفعته، كذلك لا يشترط صدور أي خطأ من جانب البائع، لأن الالتزام بالتسليم ما هو إلا التزام أساسي وجوهرياً لعقد البيع، وهو في الوقت نفسه التزام بعمل والالتزام بتحقيق نتيجة. وهذا يعني أن قيام البائع بتسليم مبيع غير مطابق للمواصفات المتفق عليها هو الذي يسبب الضرر المحتوم، وفي هذا افتراض للسببية⁽¹⁾.

وتجدر الإشارة إلى أن افتراض رابطة السببية لا يعني - قطعاً - عدم أهميتها بوصفها ركناً من أركان المسؤولية المدنية، وهذا القول يصدق على افتراض كل من ركني الخطأ والضرر، إذ لا يصح أن يُفسر افتراض ركن ما بأنه دليل على عدم أهميته، وهذا ما قام به أنصار النظرية المادية في تأسيسهم المسؤولية على عنصر الضرر، إذ قللوا من أهمية ركن الخطأ لكثرة افتراضه في القوانين المدنية، إلا أن الأمر ليس كذلك. كل ما في الأمر أن المشرع شاء أن يخفف على المتضرر عبء إثبات الخطأ.

وللتقليل من الأعباء على كاهل المتضرر الذي وقع عليه عبء الإثبات هذا، فإن المشرع أحياناً ما يفترض الضرر⁽²⁾، وأحياناً يفترض رابطة السببية، وأحياناً أخرى يفترض الخطأ في جانب الشخص الذي يطالبه المتضرر بالتعويض⁽³⁾. ومثل ذلك أيضاً لجوء المشرع أحياناً، أو قيام القضاء بافتراض رابطة السببية بقرائن بسيطة.

(1) لاحظ: د. السيد محمد السيد عمران، المجموعة العملية للأبحاث القانونية، عدم المطابقة في بيع العقار تحت التشديد، دار المطبوعات الجامعية، الاسكندرية، 1999، ص 37.

(2) كما في العقود الإدارية والفوائد التأخيرية والشرط الجزائي.

(3) لاحظ: د. محمد سليمان الأحمد، الخطأ وحقيقة أساس المسؤولية في التشريع العراقي، مكتب التفسير، أربيل، 2009، ص 43 والتي تليها.

الخاتمة

أولاً: الاستنتاجات

- 1- هناك تمييز بين السببية العلمية والسببية القانونية. فإذا كان القضاء يحكم بالتعويض عندما تكون هناك سببية مؤكدة بين الخطأ والضرر المحتمل، كما في التعويض عن فوات الفرصة، فعلى القضاء كذلك الأخذ بذات الحل إذا كان الضرر محققاً، وكانت السببية بينه وبين الخطأ محتملة. فقد لجأ القضاء الفرنسي إلى افتراض السببية عن طريق استخدام القرائن وذلك لمواجهة غياب اليقين العلمي بشأن خطر معين أو لوجود شك حول تسبب أحد الأنشطة في إحداث ضرر معين.
- 2- لجأ القضاء المقارن إلى فكرتين رئيسيتين لافتراض السببية، أولهما فكرة خلق الخطر والتي بموجها - وإن لم يثبت الخطأ لدى المدعى عليه- فإن نشاطاً ما يخلق خطراً للمدعي من شأنه أن يرتب المسؤولية على صاحب هذا النشاط، أما الثانية فهي فكرة الخطأ الاحتمالي، أو الاكتفاء بالراجع من الأسباب في إحداث الضرر، وبموجها تذهب المحاكم إلى أنه لولا خطأ المدعى عليه لما حدث الضرر للمدعي، بصرف النظر عما إذا كان الضرر مباشراً أم غير مباشر. وقريباً من هذا لجأ القضاء إلى تبني الأدلة الراجعة أو الاكتفاء بالسبب الراجع في إحداث الضرر لقيام السببية، كما في حالة تعدد المسؤولين عن الضرر.
- 3- من أهم العوامل التي ساعدت على الأخذ بفكرة السببية المفترضة هو مبدأ الحيطة بمفهومه الجديد وبخاصة في مجال الأضرار البيئية والطبية، بسبب تنوع الأضرار التي تصيب الجماعات، وكذلك صعوبة تحديد الفاعل إذا ما وجدت عدة أسباب في إحداث الضرر مع عدم معرفة المسؤول عنه، وهذا المبدأ لم يكن إلا كأساس جديد تبنى عليه المسؤولية الموضوعية أو اللاخطئية.
- 4- إن أسباب الافتراض في الرابطة السببية تتمثل في صعوبة الإثبات لعدم وجود يقين علمي على وجود أضرار مؤكدة ومباشرة أحياناً.
- 5- ليس في افتراض رابطة السببية خروج وهدر للقواعد العامة في المسؤولية المدنية، بل لا تزال هناك ضرورة لإثبات أن الضرر كان نتيجة خطأ معين لاستحقاق التعويض، وكل ما في الأمر أن الافتراض يحول عبء الإثبات من عاتق المدعي إلى المدعى عليه. كما أن هذا الافتراض ليس إلا قرينة بسيطة يمكن نفها بالسبب الأجنبي. بمعنى آخر أن مفهوم رابطة السببية ينبغي أن

يتسم بالمرونة؛ فقد تكون رابطة السببية مباشرة أو غير مباشرة ورابطة قريبة أو ملائمة وهكذا.

6- افتراض السببية يكون استثناءً من الأصل العام في القواعد العامة للمسؤولية المدنية، وهو يكون في الحالات التي يصعب فيها على المتضرر تحديد شخص المسؤول فيما لو كان المتسببون المحتملون متعددين، وصعوبة إثبات أن خطأ ما هو السبب في إحداث الضرر، وفي الحالات التي يعجز فيها مستهلك ما عن إثبات السببية بين خطأ المنتج لسلعة معيبة والضرر الذي لحق به، وكذلك في حالة الأضرار الناجمة عن حوادث السيارات، وكل حالة يخل فيها أحد ما بنشاطه الخطر بمبدأ الحيطة والحذر واحتمال حدوث أضرار غير مؤكدة.

7- لا يقتصر افتراض رابطة السببية على القاضي فقط، بل هناك افتراض تشريعي كذلك، ومن ذلك افتراض معظم القوانين المقارنة الخاصة بالمسؤولية البيئية -القانون الألماني لعام 1990 مثلاً- قرينة قانونية لصالح المتضررين، بافتراض رابطة السببية بين نشاط المنشأة الملوثة وبين الأضرار التي تلحق المتضررين، فأصبح على عاتق صاحب هذا النشاط إثبات أن نشاطه لم يسبب الضرر، بدلاً من تحمل المتضرر لعبء الإثبات.

ثانياً: التوصيات

1- إلزام القاضي باتباع التفسير المتطور للنصوص القانونية، وتطبيقه لروح القانون، وعدم إهمال المبادئ العامة للقانون. وتخويل القاضي الدور في استخلاص الخطأ من الظروف والملازمات حتى ولو كانت غير قاطعة في الدلالة عليه على غرار موقف المشرع الفرنسي في المادة (1353) من التقنين المدني، والتي تقضي بأنه في حالة صعوبة إثبات رابطة السببية يكون جائزاً للقاضي أن يستند إلى القرائن القوية الواضحة والمطابقة. فبدلاً من أن يكون قرار القاضي مستنداً إلى وجود رابطة سببية مؤكدة بين الفعل والضرر فيمكن الركون إلى احتمالية كافية بوجودها، وكل ذلك حمايةً للمتضرر الذي يتعذر عليه أحياناً إثبات وجود رابطة سببية بين فعل أو نشاط ما والضرر الذي لحق به.

2- دعوة المشرع للنص صراحة على مبدأ الحيطة والحذر، وبخاصة في مجال المسؤولية عن أضرار التلوث البيئي، وأضرار المنتجات المعيبة، والأضرار الناشئة عن أبراج الهواتف النقالة، والإشعاعات وغيرها، بشكل يلزم فيها كل شخص أو جهة معينة باتخاذ التدابير اللازمة لمنع وقوع الأضرار السابقة الذكر، حتى وإن لم يوجد يقين علمي بشأن حدوثها.

3- دعوة المشرع لتحويل القضاة صلاحية التوسع في تقدير رابطة السببية، بشكل يهدف لتسهيل حصول المتضرر على التعويض عن الأخطار والأضرار غير المؤكدة، وذلك بقلب عبء الإثبات من على عاتق المدعي وافتراض أن الخطأ المتمثل بعيب منتج معين، أو نشاط خطر، أو إهمال، هو الذي أدى إلى إحداث الضرر. مع الأخذ بنظر الاعتبار أن منح هذه الصلاحية للقاضي لا يكون سبباً في أن يصدر حكمه بناءً على تخمينات بل على وفق ضوابط ومعايير معينة حسب كل حالة.

المراجع باللغة العربية

أولاً: الكتب

- 1- د. أحمد محمد الرفاعي، التعويض عن الكوارث التكنولوجية، دار النهضة العربية، القاهرة، 2007.
- 2- د. أحمد محمود سعد، استقرار لقواعد المسؤولية المدنية في منازعات التلوث البيئي، دار النهضة العربية، القاهرة، 1994.
- 3- د. أشرف جابر سيد، التعويض عن تفويت فرصة الشفاء أو الحياة، دراسة مقارنة في القانونين المصري والفرنسي، دار النهضة العربية، القاهرة، 2010.
- 4- السيد محمد السيد عمران، المجموعة العملية للأبحاث القانونية، عدم المطابقة في بيع العقار تحت التشييد، دار المطبوعات الجامعية، الإسكندرية، 1999.
- 5- آمال بكوش، نحو مسؤولية موضوعية عن التبعات الطبية، دار الجامعة الجديدة، الإسكندرية، 2011.
- 6- د. أنور جمعة علي الطويل، دعوى المسؤولية المدنية عن الأضرار البيئية، دار الفكر والقانون، المنصورة، 2014.
- 7- د. ثروت عبد الحميد، الأضرار الصحية الناشئة عن الغذاء الفاسد أو الملوث، دار الجامعة الجديدة للنشر، الإسكندرية، 2007.
- 8- د. جلال محمد إبراهيم، الرجوع بين المسؤولين المتعددين، دراسة مقارنة بين القانونين المصري والكويتي والقانون الفرنسي، دار النهضة العربية، القاهرة، 2011.
- 9- د. حسام الدين الأهواني، النظرية العامة للالتزام، الجزء الأول، مصادر الالتزام، المجلد الثاني، المصادر غير الإرادية، 1997-1998.
- 10- د. حسن علي الذنون، المبسوط في شرح القانون المدني، المسؤولية المدنية، 3، الرابطة السببية، دار وائل للنشر، ط1، عمان، 2006.
- 11- حسين رجب محمد مخلف الزيدي، قواعد الترجيح بين أدلة الإثبات المتعارضة في الدعوى المدنية، منشورات زين الحقوقية، ط1، 2011.
- 12- حسين عامر وعبد الرحيم عامر، المسؤولية المدنية التقصيرية والعقدية، ط2، دار المعارف، دون مكان نشر، 1979.

- 13- د. حمد سلمان سليمان الزبود، المسؤولية المدنية عن عملية نقل الدم الملوث، دار النهضة العربية، القاهرة، 2009.
- 14- د. راوي محمد عبد الفتاح، المسؤولية عن الأضرار الناشئة عن التصادم البحري في النظام الانجلو امريكي، مطابع كلية الحقوق، اسيوط، 2009.
- 15- د. سليمان مرقس، بحوث وتعليقات على الأحكام في المسؤولية المدنية وغيرها من موضوعات القانون المدني، ايرين للطباعة، مطبعة السلام، القاهرة، 1987.
- 16- د. صديقي محمد أمين عيسى، التعويض عن الضرر ومدى انتقاله للورثة، ط1، المركز القومي للإصدارات القانونية، القاهرة، 2014.
- 17- د. عاطف عبد الحميد حسن، المسؤولية المدنية الناشئة عن عملية نقل دم ملوث بفيروس مرض الايدز، دار النهضة العربية، القاهرة، 1998.
- 18- د. عباد قادة، المسؤولية المدنية عن الأضرار البيئية، دار الجامعة الجديدة، 2016.
- 19- د. عبد الرزاق السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني، نظرية الالتزام بوجه عام، مصادر الالتزام بوجه عام، ج1، دار النهضة العربية، القاهرة، 1981.
- 20- د. عبد الحميد الشواربي، القرائن القانونية والقضائية، منشأة المعارف، الاسكندرية، 2003.
- 21- د. عطا سعد محمد حواس، شروط المسؤولية عن أضرار التلوث، دار الجامعة الجديدة، الاسكندرية، 2012.
- 22- د. محمد سليمان الأحمد، الخطأ وحقيقة أساس المسؤولية في التشريع العراقي، مكتب التفسير، أربيل، 2009.
- 23- د. محمد شكري سرور، مشكلة تعويض الضرر الذي يسببه شخص غير محدد من بين مجموعة من الأشخاص، دار الفكر العربي مشكلة تعويض الضرر، 1983.
- 24- د. محمد لبيب شنب، دروس في نظرية الالتزام، مصادر الالتزام، دار النهضة العربية، القاهرة، 1976-1977.
- 25- د. نبيلة إسماعيل رسلان، المسؤولية المدنية عن الإضرار بالبيئة، دار الجامعة الجديدة، الاسكندرية، 2007.

ثانياً: الرسائل الجامعية

- 1- بن معروف فوضيل، تأثير مبدأ الحيطة في توزيع إثبات الخطأ الطبي في مجال المسؤولية المدنية، رسالة ماجستير، جامعة "أبوبكر بلقايد"، الجزائر، 2012.
- 2- عمارة نعيمة، مبدأ الحيطة ومسؤولية المهنيين، أطروحة دكتوراه قدمت لكلية الحقوق، جامعة "أبوبكر بلقايد"، 2013-2014.
- 3- فريدة تكارلي، مبدأ الحيطة في القانون الدولي للبيئة، رسالة ماجستير، كلية القانون-بن عكنون، جامعة الجزائر، 2005.
- 4- وناس يحيى، الآليات القانونية لحماية البيئة في الجزائر، أطروحة دكتوراه، جامعة "أبوبكر بلقايد" - تلمسان، 2007.
- 5- يوسف نور الدين، جبر ضرر التلوث البيئي، أطروحة دكتوراه قدمت لكلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة محمد خيضر، بسكرة، 2011-2012.

ثالثاً: البحوث

- 1- حمزة أنوي، مبدأ الاحتياط في عقود الرحلات السياحية، بحث منشور على شبكة الانترنت، متاح على الموقع الإلكتروني، <http://www.droitentreprise.com>
- 2- د. خالد حمدي عبد الرحمن، رابطة السببية، بحث منشور في مجلة البحوث القانونية والاقتصادية، كلية الحقوق، جامعة المنوفية، العدد 25، السنة الثانية، 2013.
- 3- د. صالح بكر الطيار، مفهوم المسؤولية المدنية، مقال منشور على شبكة الانترنت، متاح على الموقع الإلكتروني، www.altayar.com-consultants.com.
- 4- د. عبد الرشيد مأمون، علاقة السببية في المسؤولية المدنية، بحث منشور في مجلة القانون والاقتصاد للبحوث القانونية والاقتصادية، العدد 2 و 3، السنة التاسعة والأربعون، 1. 979.
- 5- د. عبد الكريم صالح عبد الكريم، قيمة المبادئ العامة للقانون في التشريع والقضاء، بحث منشور في مجلة جامعة رابه رين، العدد 3، 2015.
- 6- عمارة نعيمة، الاتجاه نحو تأسيس المسؤولية المدنية على مبدأ الحيطة، مقال منشور على الانترنت متاح على الموقع الإلكتروني: manifest.univ.ouragla.dz، 2013.
- 7- د. فواز صالح وزوزان ابراهيم محمد، العلاقة السببية وصعوبات إثباتها في الاضرار البيئية، بحث منشور في مجلة جامعة تشرين للبحوث والدراسات العلمية، سلسلة العلوم الاقتصادية والقانونية، مجلد 36، العدد 6، 2014.

- 8- د. محمد سليمان الأحمد، تعدد الاسباب في المسؤولية المدنية، بحث منشور في مجلة الرافدين للحقوق، المجلد 1، السنة العاشرة، العدد 24، 2005.
- 9- د. محمد سليمان الأحمد و هيثم حامد المصاروة، المسؤولية التضاممية، بحث منشور في مجلة المحامين تصدرها نقابة المحامين الأردنيين، العددان (11-12)، تشرين الثاني - كانون الأول، 2000.
- 10- د. محمد محمد سادات، دور القضاء في مواكبة المتغيرات المستحدثة في الإثبات، دراسة تحليلية في ضوء توجُّهات القضاء الفرنسي، بحث منشور في المجلة القانونية والقضائية، يصدرها مركز الدراسات القانونية والقضائية بوزارة العدل القطرية، العدد الأول، السنة العاشرة، 2016.

رابعاً: القوانين

- القانون المدني العراقي رقم (40) لسنة 1951 المعدل.
- القانون المدني المصري رقم (131) لسنة 1948.
- القانون المدني الفرنسي لسنة 1804 المعدل.

باللغة الفرنسية : كتب وبحوث ومقالات

- 1- Remond-Gouilloud (Martin), Prejudice ecologique, responsibility civil ou civil code art, 1382 a 1386, Fas.112.J-CL.1992.No.26.
- 2- Mariève Lacroix, La relativité aquilienne en droit de la responsabilité civile analyse comparée des systèmes germanique, canadien et québécois, paper available at: <https://www.erudit.org>, last access, 29-3-2016.
- 3- Mathilde Boutonnet, L'absence du principe de précaution sur la responsabilité civile en droit français: un bilan en demi-teinte, paper available at: www.mcgill.ca, last visiting, 14-2-2016.
- 4- Mariève Lacroix, Relativité Aquilienne en Droit de la Responsabilité civile — Analyse Comparée des Systèmes Germanique, Canadien ET Québécois, paper published in McGill Law Journal — Revue de droit de McGill, (425 LJ McGill 59:2 (2013—Reference: (2013) 59: 2 RD McGill 425, p.13. last access, 30-3-2016.
- 5- Pascal van Griethuysen, principe de précaution: quelques éléments de base, paper available at, www.ribios.org, last visiting, 13-7-2016.

طرق دفع مسؤولية الناقل الجوي عن الأعمال الإرهابية

إعداد
الدكتور
عمر فارس

أستاذ القانون التجاري المشارك
عضو هيئة تدريس في جامعة الجزيرة بدبي

طرق دفع مسؤولية الناقل الجوي عن الأعمال الإرهابية

الملخص

كثرت في الآونة الأخيرة - للأسف - الأعمال الإرهابية، وليس النقل الجوي بمنأى عن هذه الأعمال الإجرامية والالانسانية، والتي إذا اعترضته تسببت بأضرار هائلة مادية وبشرية. والمتتبع للأحكام القضائية يلاحظ أن المحاكم تميل إلى إقرار مسؤولية الناقل الجوي عن الأضرار التي تنجم عن الأعمال الإرهابية في حال وقوعها خلال فترة تنفيذ عملية النقل الجوي، وذلك ليس فقط عندما تكون مسؤولية الناقل الجوي مسؤولية موضوعية، وإنما أيضاً في حال كانت قائمة على الخطأ المفترض، كما ترفض أيّ دفع يتقدّم به الناقل الجوي لدفع مسؤوليته عن الأعمال الإرهابية، ولذلك خصصنا هذا البحث لدراسة الطرق الممكنة لدفع مسؤولية الناقل الجوي عن الأعمال الإرهابية.

ومن المتفق عليه أن تحديد الوسائل المقبولة قانوناً لدفع مسؤولية الناقل الجوي عن هذه الأعمال يرتبط بالأساس القانوني الذي تقوم عليه المسؤولية، ولما كانت اتفاقية وارسو لعام 1929 والبروتوكولات اللاحقة والمعدّلة لها وكذلك اتفاقية مونتريال لعام 1999، جميعها تقيم مسؤولية الناقل الجوي على الخطأ المفترض أو مبدأ المسؤولية الموضوعية، فإننا وضحنا في بداية البحث طرق دفع مسؤولية الناقل الجوي عن الأعمال الإرهابية عندما تكون مسؤوليته قائمة على الخطأ المفترض، ثم عرضنا وسائل دفع مسؤوليته تلك في حال كانت مسؤوليته موضوعية، وختمنا البحث بمجموعة من النتائج والتوصيات ركزت على ضرورة نفي مسؤولية الناقل الجوي عن الأعمال الإرهابية وتحميلها للدول.

الكلمات الدالة: الأعمال الإرهابية - مسؤولية الناقل الجوي - طرق دفع المسؤولية - المسؤولية القائمة على الخطأ المفترض - المسؤولية الشخصية - المسؤولية الموضوعية - التدابير الضرورية والمعقولة - الحادث الجوي - الرحلة الجوية - عمليات الصعود والهبوط.

Abstract

transport air no and acts, terrorist many been recently have there Unfortunately, would intercepted, if which, acts, inhumane and criminal these from spared been has note rulings judicial of followers And damage. nhuma and material enormous cause that damages for responsibility carrier's air the acknowledge to tend courts the that the of period the during occur they event the in acts terrorist from result carrier's air the when only not and ,operation transport air the of implementation rejects also It error, assumed the on based is it if also but objective, is responsibility and acts, terrorist for responsibility its pay to carrier air the by made payment any carrier air the pay to ways possible dyingstu to research this devoted we therefore .acts terrorist for responsibility

carrier's the paying of means acceptable legally the determining that agreed is It the since and liability, for basis legal the to related is actions these for responsibility as well as protocols, amended and subsequent its and 1929 of Convention Warsaw assumed the on liability carrier's the evaluate all ,1999 of Convention Montreal the research the of beginning the at explained we Objectivity, liability of principle or error is responsibility its when acts terrorist for responsibility carrier's air the pay to aysw responsibility that pay to means the presented we then error, supposed the on based a ithw research the concluded we and objective, is responsibility its that event the in carrier the of responsibility the deny to need the on focused Yat just and results of set .States the to them upload and acts terrorist for air

- liability the denial to Ways – liability carrier Air - acts Terrorist :**words Key**
and Essential - liability Objective - liability Personal - fault umedpres on based Liability
.operations landing and Boarding - Flight - incident Air - measures reasonable

مقدمة

يؤكد الفقه أن تحديد الطرق الممكنة للناقل الجوي لدفع المسؤولية عنه يرتبط عموماً بالأساس القانوني الذي تقوم عليه هذه المسؤولية⁽¹⁾، وقد اختلفت الاتفاقيات الدولية والقوانين الوطنية للنقل الجوي - كثيراً - حول الأساس القانوني الذي تقوم عليه مسؤولية الناقل الجوي، كما خضعت الاتفاقيات الدولية ذات الصلة بالنقل الجوي لتعديلات كثيرة بهذا الخصوص⁽²⁾.

فالبداية كانت في اتفاقية وارسو لعام 1929 الخاصة بتوحيد بعض القواعد القانونية المتعلقة بالنقل الجوي الدولي⁽³⁾، والتي تقرر فيها تأسيس مسؤولية الناقل الجوي على الخطأ المفترض⁽⁴⁾ في جميع حالات الإضرار بالركاب والبضائع. ثم جاء بروتوكول لاهاي لعام 1955 ليؤكد على طبيعة مسؤولية الناقل الجوي القائمة على الخطأ المفترض، مع إقرار بعض التعديلات الطفيفة على اتفاقية وارسو لعام 1929، لاسيما تعديل المادة 1/23 من الاتفاقية المذكورة بالنص فيها على جواز الاتفاق على إعفاء الناقل الجوي من المسؤولية، وذلك فقط بالنسبة للضرر الناتج عن طبيعة البضاعة أو عيب ذاتي فيها، كما تم إلغاء الفقرة الثانية من المادة 20، والتي كانت تعفي الناقل من المسؤولية عن الخطأ الملاحي بخصوص نقل البضائع والأمتعة.

وبعد ذلك جاء بروتوكول مونتريال لعام 1966 ليتبنى مبدأ المسؤولية الموضوعية للناقل

(1) طالب حسن موسى، القانون الجوي الدولي، دار الثقافة للنشر والتوزيع، عمان - الأردن، الطبعة الرابعة، 2013، ص195.

(2) أماني أحمد عبد الله موسى، تطور طرق دفع مسؤولية الناقل الجوي ما بين اتفاقية وارسو 1929 واتفاقية مونتريال 1999، مؤتمر "الطيران المدني في ظل التشريعات الوطنية والاتفاقيات الدولية"، جامعة الإمارات العربية المتحدة، دبي 23-25/4/2012، ص71.

(3) هذه الاتفاقية دخلت حيز التنفيذ بتاريخ 13/2/1933.

(4) يقصد بالمسؤولية القائمة على الخطأ المفترض مساءلة الناقل الجوي عن جميع الأضرار التي تلحق الركاب أو الأمتعة أو البضائع، دون الحاجة إلى قيام الركاب أو الشاحن بإثبات خطأ الناقل أو أحد تابعيه. وبالتالي لا يكلف الركاب أو الشاحن للحصول على التعويض إلا بإثبات الضرر وعلاقة السببية بينه وبين الحادث الجوي. راجع بهذا الخصوص: فايز نعيم رضوان، قانون الطيران التجاري، مطابع البيان التجارية، دبي - الإمارات العربية المتحدة، الطبعة الثانية، 1990، ص188.

الجوي⁽¹⁾، والتي تقوم على المخاطر وتحمل التبعة في جميع حالات الأضرار الناجمة عن تنفيذ عقد النقل الجوي، ثم تبعه بروتوكول غواتيمالا لعام 1971 ليعترف بالمسؤولية الموضوعية بالنسبة لوفاة الركاب أو إصابتهم بأضرار جسدية أو فقدان أمتعتهم أو تلفها فقط، في حين بقيت مسؤولية الناقل قائمة على الخطأ المفترض بخصوص الأضرار التي تصيب البضائع أو تأخر إيصالها، وكذلك الحال بالنسبة لتأخر الركاب و/أو أمتعتهم.

ولاحقاً لذلك جاء بروتوكول مونتريال لعام 1975 ليعدل بروتوكول غواتيمالا المذكور، وليوسع نطاق المسؤولية الموضوعية للناقل الجوي لتشمل هلاك البضائع وتلفها. ومؤخراً تم إقرار اتفاقية مونتريال لعام 1999⁽²⁾، والتي ألغت - بنص صريح في المادة 55 منها - اتفاقية وارسو لعام 1929 وجميع البروتوكولات المعدلة لها، وتبنت مبدأ المسؤولية الموضوعية كقاعدة عامة، ولكنها - في ذات الوقت - احتفظت بقاعدة المسؤولية القائمة على الخطأ المفترض بخصوص حالات محددة في نصوص الاتفاقية.

فبخصوص المسؤولية عن وفاة الراكب والأضرار الجسدية، فرقت اتفاقية مونتريال لعام 1999 بين حالتين: ففي حال كان التعويض المستحق للراكب لا يتجاوز 100000 وحدة حقوق سحب خاصة⁽³⁾، تكون مسؤولية الناقل مسؤولية موضوعية، أما في حال كان التعويض المستحق للراكب يتجاوز 100000 وحدة حقوق سحب خاصة، فعندها تكون مسؤولية الناقل قائمة على الخطأ المفترض (المادة 17). وبخصوص الأضرار التي تصيب البضائع فقد تبنت الاتفاقية المذكورة بشأنها مبدأ المسؤولية الموضوعية (المادة 18)، في حين أن المسؤولية عن الأضرار الناجمة عن التأخير في تنفيذ عملية النقل بقيت مسؤولية قائمة على الخطأ المفترض من جانب الناقل الجوي (المادة 19).

(1) تقوم المسؤولية الموضوعية على فكرة المخاطر وتحمل التبعة، وهذا يعني اعتبار الناقل الجوي مسؤولاً عن الأضرار التي تلحق بالركاب أو الأمتعة أو البضائع متى ثبت أن هذه الأضرار وقعت أثناء تنفيذ عملية النقل، وذلك دون الحاجة لإثبات وجود خطأ من جانب الناقل أو أحد تابعيه من عدمه. راجع بهذا المعنى: محمد فريد العريبي، القانون الجوي: النقل الجوي الداخلي والدولي، دار الجامعة الجديدة، الإسكندرية - مصر، 2004، ص 180.

(2) هذه الاتفاقية لم تدخل حيز التنفيذ إلا بتاريخ 2003/9/5، وهو تاريخ تجاوز الحد الأدنى لعدد الدول المطلوب انضمامهم إليها (30 دولة).

(3) وحدة نقدية افتراضية ابتدعها صندوق النقد الدولي، وحددت قيمتها على أساس متوسط قيمة خمسة عملات رئيسية، هي: الدولار واليورو والجنيه الإسترليني والين الياباني والايوان الصيني.

إشكالية البحث: من الملاحظ أن المحاكم تظهر تعطشاً كبيراً في حماية ضحايا الأعمال الإرهابية التي تقع على الطائرات وأثناء الرحلات الجوية، وهذا الأمر يجعلها لا تتردد في القفز على أحكام الاتفاقيات الدولية والقوانين الوطنية، لتقرّ بمسؤولية الناقل الجوي عن الأعمال الإرهابية، وتحكم بإلزامه بتعويض الضحايا رغم أنه في معظم الحالات - إن لم نقل جلّها - "لا ناقة له ولا جمل"! ولذلك نتساءل هنا: ما هي الطرق الممكنة لدفع مسؤولية الناقل الجوي عن الأضرار التي تلحق بالركاب والبضائع من جراء الأعمال الإرهابية، بشكل خاص في ظل أحكام اتفاقية وارسو لعام 1929 واتفاقية مونتريال لعام 1999؟

وبما أن طرق دفع مسؤولية الناقل الجوي تختلف بحسب الأساس القانوني الذي تقوم عليه المسؤولية، وعلى اعتبار أن الأسس القانونية المعتمدة في اتفاقية وارسو لعام 1929 والبروتوكولات المعدلة لها وفي اتفاقية مونتريال لعام 1999 لا تخرج عن المسؤولية القائمة عن الخطأ المفترض والمسؤولية الموضوعية، لذلك سنبحث أولاً طرق دفع مسؤولية الناقل الجوي القائمة على الخطأ المفترض (المبحث الأول)، ثم نوضح طرق دفع مسؤوليته عندما تكون مسؤولية موضوعية (المبحث الثاني).

المبحث الأول

إمكانية دفع مسؤولية الناقل الجوي القائمة على الخطأ المفترض

بخصوص إمكانية دفع مسؤولية الناقل الجوي القائمة على الخطأ المفترض، تنص المادة 1/20 من اتفاقية وارسو لعام 1929 على أنه: "لا يكون الناقل مسؤولاً إذا أثبت أنه وتابعوه اتخذوا كل التدابير الضرورية لتفادي الضرر، أو أنه كان يستحيل عليهم اتخاذها". أما الفقرة 2 من المادة 20 من الاتفاقية المذكورة فجاء فيها: "الناقل لا يكون مسؤولاً في حالة نقل البضائع والأمتعة إذا أثبت أن الضرر تولد عن خطأ في القيادة أو تسيير الطائرة أو في الملاحه، وأنه هو وتابعوه قد اتخذوا من كافة الوجوه الأخرى كل التدابير الضرورية لتفادي الضرر". وكذلك تنص المادة 21 من ذات الاتفاقية على أنه: "إذا أثبت الناقل أن خطأ الشخص المضرور تسبب في الضرر، أو ساهم في وقوعه جاز للمحكمة طبقاً لقانونها أن تستبعد مسؤولية الناقل أو تخفف منها".

وورد أيضاً في اتفاقية مونتريال لعام 1999 بشأن طرق دفع مسؤولية الناقل الجوي عن التأخير في نقل الركاب أو الأمتعة أو البضائع، والتي تقوم على الخطأ المفترض: "... غير أن الناقل لا يكون مسؤولاً عن الضرر الذي ينشأ عن التأخير إذا أثبت أنه اتخذ هو وتابعوه ووكلاؤه كافة التدابير المعقولة اللازمة لتفادي الضرر، أو أنه استحال عليه أو عليهم اتخاذ مثل هذه التدابير".

استناداً لما جاء في النصوص المذكورة أعلاه والواردة في اتفاقية وارسو 1929 واتفاقية مونتريال لعام 1999، وتقييداً بموضوع البحث نلاحظ أنه عندما تكون مسؤولية الناقل الجوي قائمة على الخطأ المفترض يستطيع دفع المسؤولية عنه في حالة وقوع أعمال إرهابية بنفي الخطأ من جانبه، وذلك بوسيلتين رئيسيتين: اتخاذ الناقل الجوي وتابعوه كل التدابير الضرورية أو المعقولة لتفادي الضرر (المطلب الأول)، أو أنه استحال عليه وعلى تابعيه اتخاذ مثل هذه التدابير (المطلب الثاني).

المطلب الأول

اتخاذ الناقل أو تابعيه التدابير الضرورية أو المعقولة لتجنب الأعمال الإرهابية

عندما يكون الأساس القانوني لمسؤولية الناقل الجوي هو الخطأ المفترض، فلا فرق بين اتفاقية وارسو لعام 1929 واتفاقية مونتريال لعام 1999 في أن إثبات الناقل الجوي اتخاذه هو وتابعيه كل التدابير الضرورية أو المعقولة لتفادي الضرر ينفي عنه المسؤولية. فما هو المقصود بالتدابير الضرورية أو المعقولة (أولاً)، وماهي طبيعة هذه التدابير في الواقع (ثانياً).

أولاً- ماهية التدابير الضرورية أو المعقولة المطلوبة لتجنب الأعمال الإرهابية

استناداً إلى ما جاء في المادة 20 من الاتفاقية الأولى والمادة 19 من الاتفاقية الثانية، يمكن للناقل الجوي أن يتملص من المسؤولية بإثبات أنه هو وتابعيه اتخذوا كل التدابير الضرورية أو المعقولة لتفادي الضرر. والحقيقة أن كلا الاتفاقيتين لم يوضح ماهية التدابير الضرورية أو المعقولة الواجب على الناقل وتابعيه اتخاذها لتفادي الضرر، وقد اختلفت الآراء في توضيح المقصود بالتدابير الضرورية أو المعقولة، بين ثلاثة اتجاهات:

الاتجاه الأول: اتجه بعض الفقهاء إلى تفسير عبارة "التدابير الضرورية" تفسيراً حرفياً، ورأوا أنه يقصد بها تلك التدابير التي من شأنها أن تؤدي موضوعياً إلى منع حدوث الضرر، أو تلك التي لو تم اتخاذها لما وقع الضرر⁽¹⁾. وقد تم نقد هذا الاتجاه بشكل خاص لأنه يؤدي إلى حرمان الناقل الجوي من الاستفادة من الوسيلة الأساسية لنفي المسؤولية عنه، وهي إثباته أنه اتخذ هو وتابعيه كل التدابير الضرورية لمنع الضرر، وتحمله - بالتالي - تبعة السبب المجهول للضرر نتيجة صعوبة تحديد التدابير الضرورية التي يمكن للناقل إثباتها لنفي الخطأ المفترض من جانبه⁽²⁾.

الاتجاه الثاني: اتجه فريق آخر من الفقهاء إلى تفسير عبارة "التدابير الضرورية" تفسير ضيقاً، واعتبر المقصود بالتدابير الضرورية تلك التي ترتبط بسبب الحادث الذي نتج عنه الضرر

(1) عاطف محمد الفقي، تطور مسؤولية الناقل الجوي وفقاً لاتفاقية مونتريال 1999، دار النهضة العربية، 2004، ص144.

(2) محمود مختار بريري، قانون الطيران وقت السلم، دار الفكر العربي، 1985، ص122.

ارتباطاً وثيقاً ومباشراً، بمعنى أنه حتى تنتفي المسؤولية عن الناقل الجوي عليه أن يثبت أنه اتخذ التدابير الضرورية المتعلقة بالحادث الجوي الذي وقع فعلاً⁽¹⁾. فعلى سبيل المثال: إذا كان سبب الحادث تعطل جهاز ما في الطائرة فعلى الناقل الجوي إثبات أنه جرى الكشف على هذا الجهاز، وتم التأكد من أنه يعمل بشكل جيد قبل إقلاع الطائرة. ولكن هذا الاتجاه تعرض للنقد أيضاً، لأنه يفترض في الناقل أن يتكهن مسبقاً سبب الحادث على وجه التحديد واتخاذ التدابير الضرورية بشأنه، الأمر الذي يبدو مستحيلاً في معظم الأحيان⁽²⁾.

الاتجاه الثالث: وهذا الاتجاه يمثل الرأي الراجح في الفقه، وهو يتبنى تفسيراً واسعاً لعبارة "التدابير الضرورية"، فبحسب هذا الاتجاه يلزم الناقل الجوي لإعفائه من المسؤولية إثبات أنه اتخذ كل التدابير الضرورية أو المعقولة التي يتخذها عادة الناقل الجوي الحريص، خاصة وأن التزام الناقل الجوي بسلامة الركاب وحفظ البضائع هو التزام بعناية وليس بغاية⁽³⁾.

ثانياً- طبيعة التدابير الضرورية أو المعقولة المطلوبة لتجنب الأعمال الإرهابية

لا شك أن تقدير اتخاذ الناقل الجوي وتابعيه للتدابير الضرورية أو المعقولة، وبذلك في ذلك عناية الناقل الحريص من عدمه، يعدّ من المسائل الموضوعية والتي يعود تقديرها لقاضي الموضوع⁽⁴⁾. وبناءً عليه، يجب على الناقل الجوي حتى ينفي المسؤولية عنه أن يثبت على سبيل المثال لا الحصر:

- 1- أن الطائرة كانت صالحة للطيران تماماً، وروعي قبل إقلاعها توفر جميع معايير السلامة.
- 2- أن الطائرة كانت مزودة بالأجهزة الضرورية والخرائط اللازمة للملاحة.
- 3- أن جميع أفراد الطاقم حائزون على الشهادات التي يطلبها القانون والاتفاقيات الدولية.
- 4- أن الأحوال الجوية كانت تسمح بإقلاع الطائرة.

(1) عاشور عبد الجواد عبد الحميد، موجز القانون الجوي، مكتبة النصر، القاهرة - مصر، 1992، ص 136.

(2) محمود مختار بري، قانون الطيران وقت السلم، مرجع سابق، ص 122.

(3) شريف غنام، قانون الطيران المدني، مطبعة الفجيرة الوطنية، الفجيرة - الإمارات العربية المتحدة، الطبعة الثانية، 2011، ص 388.

(4) عاطف محمد الفقي، مرجع سابق، ص 146.

5- أن الناقل الجوي وتابعيه استمروا باتخاذ التدابير الضرورية طيلة فترة الرحلة الجوية، حتى لحظة وقوع الحادث الجوي.

بالرغم من كل ما تقدّم، يبدو أن القضاء لا يتّقبل من الناقل الجوي أيّ حجة تعفيه من المسؤولية في حال وقوع عمل إرهابي أثناء عملية النقل الجوي. وكمثال على ذلك: قضية ساليرنو ضد شركة الطيران بان أمريكان (Salerno v. pan American World Airway)⁽¹⁾، والتي تتلخص وقائعها بأن السيدة ساليرنو استقلت الطائرة التابعة لشركة بان أمريكان من ميامي إلى أرغواي ذهاباً وإياباً، وأثناء رحلة العودة علم طاقم الطائرة بوجود قنبلة على متن الطائرة، فتم التفيتيش عنها حتى تم العثور عليها، وفي أثناء ذلك أصاب الركاب زعر شديد، مما تسبب للسيدة ساليرنو بانهييار عصبي أدى إلى إجهاض حملها.

وعلى إثر ذلك رفعت السيدة ساليرنو الدعوى ضد الشركة مطالبة إياها بالتعويض، وعند نظر الدعوى من قبل محكمة جنوب نيويورك قررت بأن الحادث الذي أصاب السيدة ساليرنو بالإجهاض غير متوقع ويخلّ بالسير العادي للرحلة، ومن ثم هو من قبيل الحوادث الجوية التي يسأل عنها الناقل الجوي، رغم أن التهديد بوجود قنبلة هو أمر خارج عن إرادة وناطق مسؤولية الناقل الجوي، وكان يُفترض اقتناع المحكمة بقيام الناقل بواجبه في اتخاذ التدابير الضرورية، وتقدير عدم مسؤوليته من حيث النتيجة.

المطلب الثاني

استحالة اتخاذ الناقل أو تابعيه التدابير الضرورية أو المعقولة لتجنب الأعمال الإرهابية

لم يرد أي نص في اتفاقية وارسو لعام 1929 ولا في اتفاقية مونتريال لعام 1999، يعفي الناقل الجوي صراحةً من المسؤولية في حالة القوة القاهرة أو الحادث المفاجئ وغيرها من الأسباب المعفية من المسؤولية، وإنما استدل على هذه الأسباب من عبارة: "... أو أنه كان من المستحيل عليهم اتخاذها"، والتي وردت في المادة 20 من الاتفاقية الأولى والمادة 19 من الاتفاقية الثانية. ومفاد ذلك

(1) IRENE LARSEN, Regime of Liability in Private International Air Law - with Focus on the Warsaw System and the Montreal Convention of 28 May 1999, 2002, p28 .

أن الناقل الجوي يعفى من المسؤولية إذا أثبت أنه هو وتابعيه استحال عليهم اتخاذ التدابير الضرورية أو المعقولة لتفادي الضرر، وأن الضرر يعود لقوة القاهرة (أولاً) أو فعل الغير (ثانياً) أو فعل المضرور نفسه، ولكن هذا السبب الأخير لن يكون محل دراستنا لأنه من غير المتصور أن يطالب الإرهابي المتسبب بأضرار الرحلة الجوية بالتعويض أو بأي حق آخر.

أولاً- إمكانية اعتبار العمل الإرهابي من قبيل القوة القاهرة

يعرّف البعض القوة القاهرة على أنها: "تلك الحوادث المفاجئة التي تخرج عن نشاط الناقل الجوي، ولا يمكنه توقعها ولا تلافي خطرها"⁽¹⁾، كما تمّ تعريفها أيضاً بأنها: "كل حادث أو واقعة لا يمكن توقعها أو دفعها، وتكون مستقلة عن إرادة الناقل الجوي"⁽²⁾. ومن هذين التعريفين نستنتج أنه يشترط توفر عدة شروط في الحادث الجوي حتى يعتبر من قبيل القوة القاهرة وتنتفي - بالتالي - مسؤولية الناقل الجوي، وهذه الشروط هي:

- 1- أن يقع الحادث دون أن يكون للناقل أو تابعيه يد فيه.
- 2- أن يكون الحادث غير متوقع من قبل الناقل أو تابعيه.
- 3- ألا يكون بإمكان الناقل أو تابعيه دفع الحادث وتلافي خطره.

ومثال ذلك: أن تدخل الطائرة أثناء تحليقها في مطب هوائي فيختل توازنها وتسقط وتتحطم، أو أن تكون إصابة الطائرة ناتجة عن صاعقة أو عواصف رملية أو ثلجية الخ. وننوه هنا إلى أنه في حالة القوة القاهرة لا يكلف الناقل الجوي بإثباتها، وإنما الإثبات المطلوب منه دائماً هو اتخاذه هو وتابعيه كل التدابير الضرورية أو المعقولة لتلافي الضرر أو استحالة اتخاذه، وبذلك في ذلك عناية الناقل الحريص.

ويقسم بعض الفقه الحوادث الجوية إلى حوادث داخلية وأخرى خارجية⁽³⁾. أما الحوادث الداخلية فيقصد بها تلك الحوادث التي ترتبط بنشاط النقل الجوي ولا يمكن توقعها ولا دفعها، وهذا النوع من الحوادث مستبعد من نطاق القوة القاهرة، ومثال هذه الحوادث انفجار إحدى

(1) فايز نعيم رضوان، مرجع سابق، ص 191.

(2) شريف غنام، مرجع سابق، ص 390.

(3) محمود مختار البريري وعمر فؤاد عمر، القانون الجوي، دار النهضة العربية، القاهرة - مصر، 2003، ص 160.

عجلات الطائرة، أو تعطل إحدى محركاتها، أو غير ذلك. فمع مثل هذه الحوادث لا يجوز دفع مسؤولية الناقل الجوي بها لأنها ترتبط بنشاطه، كما تعطي قرينة على إهمال الناقل الجوي لأعمال الصيانة الدورية والكشف الفني الدوري على الطائرة⁽¹⁾. وبالمقابل، يقصد بالحوادث الخارجية تلك التي لا ترتبط بنشاط النقل الجوي ولا يمكن توقعها ولا دفعها، وهذه الحوادث تعتبر من قبيل القوة القاهرة ويجوز للناقل الجوي دفع المسؤولية عنه بها، ومثالها: تغير الظروف الجوية، وتعرض الطائرة للقصف العسكري، وغير ذلك. وما القصف العسكري إلا صورة من صور الأعمال الإرهابية التي يفترض أن تعتبر من قبيل الحوادث الخارجية وتدخل ضمن مفهوم القوة القاهرة.

أما غالبية الفقه فلا تؤيد تقسيم الحوادث الجوية إلى حوادث داخلية وأخرى خارجية، فبالنسبة لهؤلاء كلا النوعين من الحوادث يعتبر من قبيل القوة القاهرة متى كان مستقلاً عن إرادة الناقل وتابعيه ولم يكن بالإمكان توقعه أو تفاديه من قبلهم⁽²⁾. وهذا يعني أنه بإمكان الناقل الجوي دفع المسؤولية عنه سواء أكان الحادث الذي تسبب بالأضرار مرتبطاً بنشاط النقل الجوي أم لا، فالأحوال الجوية السيئة وتعطل محركات الطائرة كلاهما يعدّ من قبيل القوة القاهرة وينفي المسؤولية عن الناقل الجوي. وبخصوص الأعمال الإرهابية نرى أنها غالباً ما تقع بشكل مستقل عن إرادة الناقل وتابعيه ولا يمكن توقعها أو تفاديه من قبلهم، ولذلك هي تدخل - استناداً إلى رأي هذا الاتجاه الفقهي أيضاً - ضمن مفهوم القوة القاهرة.

ثانياً- إمكانية اعتبار العمل الإرهابي من قبيل فعل الغير

لم تنص اتفاقية وارسو لعام 1929 ولا اتفاقية مونتريال لعام 1999 على فعل الغير كسبب من أسباب دفع مسؤولية الناقل الجوي، ولكن إذا كانت الأضرار - في الواقع - ناجمة فعلاً عن فعل الغير فإن الناقل الجوي يستطيع أن ينفي المسؤولية عنه بأن يثبت أنه هو وتابعيه اتخذوا كل التدابير الضرورية أو المعقولة لتفادي الضرر الذي جاء نتيجة فعل الغير، والذي لا تربطه بالناقل أي علاقة. وبناءً عليه، يجب أن يتوفر شرطان ليكون فعل الغير وسيلة مقبولة من وسائل دفع مسؤولية الناقل الجوي:

أما الشرط الأول: فيتمثل في عدم وجود أي علاقة تعاقدية تربط الغير محدث الضرر

(1) فايز نعيم رضوان، مرجع سابق، ص 192.

(2) شريف غنام، مرجع سابق، ص 391.

بالناقل، وهذا يعني أنه إذا كان الضرر يرجع إلى خطأ قائد الطائرة أو أحد أفراد الطاقم فلا يستطيع الناقل نفي المسؤولية عنه، لأنه يُعدّ مسؤولاً عن أفعال وأخطاء تابعيه الذين لا يمكن اعتبارهم من الغير. وبالمقابل، إذا أمكن نسبة الضرر إلى خطأ أحد موظفي برج المراقبة أو الإدارة العامة للمطار، فإن الناقل الجوي يمكنه في هذه الحالة نفي مسؤوليته باعتبار أن الضرر نجم عن فعل الغير (أحد تابعي إدارة المطار).

وأما الشرط الثاني: فيتجلى في ثبوت أن فعل الغير يمثل خطأ بالمعنى القانوني وليس مجرد فعل يقع من أي شخص عادي، وأن هذا الخطأ هو السبب الوحيد في إحداث الأضرار الواقعة. ويضرب الفقه مثلاً على ذلك، قيام أحد ركاب الطائرة وتحت تهديد السلاح بإجبار قائد الطائرة على تغيير مسارها والتسبب بأضرار للركاب والبضائع، فهنا يمكن للناقل الجوي دفع المسؤولية عنه بإثبات أنه اتخذ وتابعيه جميع التدابير الضرورية، وأن الأضرار إنما نجمت عن فعل الغير خاطف الطائرة⁽¹⁾.

مع ذلك لا يعتبر القضاء عموماً خطف الطائرة لا من فعل الغير ولا من قبيل القوة القاهرة، ولا يقبله كسبب لإعفاء الناقل الجوي من المسؤولية. وينسب البعض ذلك إلى شيوع حوادث خطف الطائرات، بحيث أصبح يعتبر من الحوادث المتوقعة في دائرة نشاط الناقل الجوي⁽²⁾، فعلى سبيل المثال حكم بمسؤولية الناقل الجوي عن حادث خطف الطائرة الذي وقع في الأردن عام 1970⁽³⁾، وتم إلزامه بدفع التعويضات للمضرورين.

(1) أبو زيد رضوان، القانون الجوي: قانون الطيران، دار الفكر العربي، القاهرة - مصر، الطبعة الثانية، 1982، ص 369.

(2) طالب حسن موسى، مرجع سابق، ص 201.

(3) مشار إليه لدى: أبو زيد رضوان، مرجع سابق، ص 327، هامش 119.

المبحث الثاني

إمكانية دفع مسؤولية الناقل الجوي المستندة إلى المسؤولية الموضوعية

لم تتبنَّ اتفاقية وارسو لعام 1929 مبدأ المسؤولية الموضوعية للناقل الجوي ولا في أي حالة من حالات الضرر الذي يقع أثناء الرحلة الجوية، وإنما تقرر هذا المبدأ في البروتوكولات المعدلة لها، حيث تم تبني المسؤولية الموضوعية في جميع حالات الإضرار في بروتوكول مونتريال لعام 1966، وفي حالات محددة في بروتوكول غواتيمالا لعام 1971، وتبع ذلك بروتوكول مونتريال 1975 الذي عاد ووسَّع نطاق تطبيق المسؤولية الموضوعية مقارنة مع ما تم إقراره في بروتوكول غواتيمالا. وبالمقابل، تقرر في اتفاقية مونتريال 1999 - كما ذكرنا آنفاً - تبني مبدأ المسؤولية الموضوعية كقاعدة عامة، ولكن أبقى على المسؤولية القائمة على الخطأ المفترض بخصوص حالات معينة، وفق ما تمّ التنويه عنه أعلاه.

وتنص المادة 17 من اتفاقية مونتريال لعام 1999 على أن: "يكون الناقل مسؤولاً عن الضرر الذي ينشأ في حالة وفاة الراكب أو تعرضه لإصابة جسيمة، بشرط أن تكون الحادثة التي سببت الوفاة أو الإصابة قد وقعت فقط على متن الطائرة أو أثناء أي عملية من عمليات صعود الركاب أو نزولهم". وفي صياغة مشابهة بخصوص الضرر الذي يلحق بالبضائع، نصت المادة 18 من ذات الاتفاقية على أن: "يكون الناقل مسؤولاً عن الضرر الذي ينشأ في حالة تلف البضائع أو ضياعها أو تعييبها، بشرط أن يكون الحادث الذي ألحق الضرر على هذا النحو قد وقع فقط خلال النقل الجوي". ويستفاد من هذه النصوص أن الناقل الجوي عندما تكون مسؤوليته موضوعية لا يمكنه نفي المسؤولية عنه إلا إذا أثبت انتفاء صفة الحادث الجوي عن العمل الإرهابي الذي تسبب بالأضرار (المطلب الأول)، أو أن العمل الإرهابي وقع خارج فترة النقل الجوي (المطلب الثاني).

المطلب الأول

نفي صفة الحادث الجوي عن العمل الإرهابي

تشتط جميع التشريعات الدولية والوطنية المتعلقة بالنقل الجوي ضرورة أن تكون الأضرار الجسدية والمادية التي تلحق بالركاب والأمتعة والبضائع ناشئة عن "حادث". ففي المادة 17 من اتفاقية وارسو لعام 1929، وكذلك المادة 17 من اتفاقية مونتريال لعام 1999، تم النص صراحةً على مسؤولية الناقل الجوي عن الأضرار التي تصيب الركاب والأمتعة والبضائع متى كانت هذه

الأضرار ناجمة عن حادث وقع خلال عملية النقل الجوي. وفي قانون المعاملات التجارية الإماراتي لعام 1993 تم النص أيضاً في المادة 1/356 منه على أن: "يكون الناقل الجوي مسؤولاً عن الأضرار التي تحدث نتيجة لهلاك أو فقدان أو تلف الأمتعة المسجلة والبضائع إذا وقع الحادث الذي ترتب عليه الضرر أثناء النقل الجوي".

وبالرغم من صراحة النصوص سأل في اشتراط وقوع حادث لقيام مسؤولية الناقل الجوي عن الأضرار الناجمة عن الحادث، إلا أنها لم تهتم لتوضيح ما المقصود بالحادث الجوي (أولاً)، ولا لإمكانية نفي الناقل الجوي المسؤولية عنه بإثبات عدم وقوع حادث أو عدم ارتباط الحادث بعملية النقل (ثانياً).

أولاً- المقصود بالحادث الجوي

لم يرد أي تعريف للحادث الجوي لا في اتفاقية وارسو لعام 1929 ولا في اتفاقية مونتريال لعام 1999، كما أن هاتين الاتفاقيتين لم تبينا المقصود بمصطلح "الحادث" الذي يرتب المسؤولية على الناقل الجوي، فتركت هذا الأمر للأراء الفقهية والاجتهادات القضائية. وهناك خلاف كبير في الفقه والقضاء حول تحديد المقصود بـ "الحادث"، ويمكن حصر هذا الخلاف في اتجاهين:

الاتجاه المضيق: يرى هذا الاتجاه ضرورة التضييق في تفسير المقصود بالحادث الجوي، بحيث لا نكون أمام حادث إلا إذا كان مرتبطاً بالاستغلال الجوي⁽¹⁾، وهذا يعني أن الحادث هو فقط تلك الواقعة الفجائية التي تنتج عن عملية النقل الجوي وترتبط بعملية استغلال الطائرة، كتحطم الطائرة كلياً أو جزئياً نتيجة خلل فني في بعض أجهزتها أو عطل في أحد محركاتها.

الاتجاه الموسع: يذهب هذا الاتجاه إلى التوسّع في تفسير المقصود بالحادث الجوي، ويرى أن الحادث الجوي هو كل واقعة يترتب عليها المساس بشخص الراكب، سواء كانت ناتجة عن عملية النقل ومرتبطة بها، أم متأتية من عامل خارجي كفعل الطبيعة أو فعل الغير⁽²⁾. ويبرر أصحاب هذا الاتجاه وجهة نظرهم بأنه لا يوجد في نص المادة 17 من اتفاقية وارسو لعام 1929 ما يوحي بقصر مفهوم الحادث على الوقائع الناتجة عن الاستغلال الجوي.

(1) عاطف محمد الفقي، مرجع سابق، ص 74.

(2) هشام فضلي، مسؤولية الناقل الجوي على الصعيدين الداخلي والدولي: دراسة في اتفاقية مونتريال لعام 1999 وقانون التجارة الجديد، دار الجامعة الجديدة، 2005، ص 17.

وفي الواقع، يبدو أن اتفاقية مونتريال لعام 1999 تبنت المفهوم الموسع للحدث الجوي، ذلك أنها جعلت مسؤولية الناقل الجوي في معظم الحالات مسؤولية موضوعية، وفي حالات محددة مسؤولية قائمة على الخطأ المفترض، وهذا يؤكد على رغبة المشرع الدولية في تقرير مسؤولية الناقل الجوي عن جميع الأضرار التي تصيب الركاب والأمتعة والبضائع أياً كان سبب أو مصدر الضرر، بما في ذلك الأعمال الإرهابية.

والقضاء - بدوره - يميل أيضاً إلى تبني المفهوم الموسع للحدث الجوي في العديد من أحكامه، فعلى سبيل المثال في قضية ساكس ضد الخطوط الجوية الفرنسية، عرّفت المحكمة العليا الأمريكية في حكمها الصادر بتاريخ 1985/3/4 الحدث الجوي على أنه: "كل واقعة غير معتادة خارجية عن الشخص المضروب"⁽¹⁾، ولاشك أنه مع هكذا تعريف يشمل الحدث الجوي القصف العسكري للطائرات وعمليات خطفها وسائر الأعمال التي تعدّ إرهابية.

وبناءً على ما تقدم، إن تبني مفهوم موسع للحدث الجوي أمر يفرض نفسه، مما يجعل الناقل الجوي مسؤولاً عن التعويض أياً كانت أسباب وقوع الحوادث: أحوال جوية أو ملاحية أو أمنية أو حتى إرهابية، فالناقل الجوي مسؤولاً عن التعويض عن جميع الحوادث التي تلحق الضرر بالركاب والأمتعة والبضائع، بغض النظر عن وقت وقوعها خلال فترة تنفيذ عملية النقل الجوي، أو الأسباب التي تقف وراءها، أو الأشخاص المتسببين فيها. وبناءً عليه، يمكن تعريف الحدث الجوي بأنه: "كل واقعة ترتبط باستغلال الطائرة أو بمناسبة ذلك، وتلحق الضرر بالركاب أو الأمتعة أو البضائع".

ولعلّ تبني التفسير الموسع للحدث الجوي يسمح باعتبار العمل الإرهابي التي قد تتعرض له الطائرة من قبيل الحدث الجوي، وبالتالي يسأل عنه الناقل الجوي، ذلك أن العمل الإرهابي لا يخرج عن كونه واقعة تخل بالسير العادي للرحلة الجوية وتلحق الضرر بالركاب والأمتعة والبضائع.

ثانياً- إمكانية نفي صفة الحدث الجوي عن الأعمال الإرهابية

في السابق كان نظام مسؤولية الناقل الجوي يقوم على الخطأ واجب الإثبات، ثم تحول إلى نظام قائم على الخطأ المفترض، ومؤخراً تم تبني نظام المسؤولية الموضوعية، وهذا النظام الأخير يقترب جداً من نظام المسؤولية القائمة على "الضرر الموجب للضمان". والحقيقة أن هذا التطور

(1) حكم مشار إليه لدى: محمد فريد العريفي، القانون الجوي: النقل الجوي وحوادث الطيران، دار الجامعة الجديدة، 2007، ص 191.

في نظم المسؤولية أدى إلى توسيع نطاق مسؤولية الناقل الجوي، وقصر طرق دفع المسؤولية عنه على طريقة واحدة وهي خطأ المضرور، الأمر الذي دفع الناقل الجوي للبحث عن طرق أخرى لدفع المسؤولية عنه، لاسيما نفي صفة الحادث عن الواقعة التي تسببت بالأضرار، وخاصة في حال كانت عملاً من الأعمال الإرهابية.

فعندما تكون مسؤولية الناقل الجوي مسؤولية موضوعية لا يمكنه التنصل من المسؤولية في حال كان الضرر بفعل الغير. فعلى سبيل المثال: في حالة إصابة أحد الركاب على متن الطائرة نتيجة الاعتداء عليه من راكب آخر، فإن هذا الاعتداء لا يعدّ حادثاً جويّاً بالمعنى المقصود في اتفاقية وارسو لعام 1929 لأنه وقع بفعل الغير ولا يرتبط بعملية النقل⁽¹⁾، وبالتالي لا يكون الناقل الجوي مسؤولاً عن الضرر الجسدي الذي وقع للراكب. مع ذلك فإن هذا الموقف لا يتماشى مع اتفاقية مونترال لعام 1999 التي تبنت المسؤولية الموضوعية، فبالنسبة لهذه الاتفاقية يدخل في مفهوم الحادث كل واقعة تسبب بالضرر للركاب والبضائع سواء كانت مرتبطة بعملية النقل الجوي أم لا، ولا يمكن للناقل التملص من المسؤولية إلا لسبب وحيد وهو إثبات أن الضرر نجم عن خطأ المضرور نفسه. وهذا ينطبق على الأعمال الإرهابية التي تكون من فعل الغير، وبالتالي يعتذر على الناقل الجوي دفع مسؤوليته عنها متى كانت مسؤوليته موضوعية.

ومن المعروف أن اتفاقية مونترال لعام 1999 أخذت بنظام المسؤولية الموضوعية بالنسبة للأضرار التي تصيب الركاب والأمتعة والبضائع، وبنظام المسؤولية القائمة على الخطأ المفترض بالنسبة للأضرار الناجمة عن التأخير في إيصال الركاب والأمتعة والبضائع، مع ذلك فإن صياغة المادة 17 من الاتفاقية المذكورة توجي بضرورة إثبات وقوع الحادث الذي نجم عنه وقوع الأضرار، ولكن دون الحاجة لإثبات نسبة الحادث إلى الناقل الجوي. كما أنه في الحالات التي اعتبرت فيها اتفاقية مونترال لعام 1999 مسؤولية الناقل الجوي قائمة على الخطأ المفترض، يبقى بإمكان الناقل الجوي دفع المسؤولية عنه بإثبات أن الضرر يعود لقوة قاهرة أو خطأ الغير أو خطأ المضرور نفسه.

(1) محمود مختار بريري، قانون الطيران وقت السلم، مرجع سابق، ص 114.

المطلب الثاني

وقوع العمل الإرهابي خارج مدة تنفيذ عملية النقل

لقد جاء نص المادة 1/17 من اتفاقية مونتريال لعام 1999 مطابقاً لنص المادة 17 من اتفاقية وارسو لعام 1929، حيث ذكر صراحةً: "يكون الناقل مسؤولاً عن الضرر الذي ينشأ في حالة وفاة الركاب أو تعرضه لإصابة جسدية، بشرط أن تكون الحادثة التي سببت الوفاة أو الإصابة قد وقعت فقط على متن الطائرة أو أثناء أي عملية من عمليات صعود الركاب أو نزولهم". ويستدل من هذا النص على أنه يشترط لانعقاد مسؤولية الناقل الجوي أن يقع الحادث خلال فترة تنفيذ عملية النقل، أي خلال الفترة التي يضع الركاب نفسه تحت رقابة وإشراف الناقل الجوي إلى حين تحرره منها، وهذا يعني أن الناقل الجوي يكون مسؤولاً عن الأعمال الإرهابية التي تقع خلال فترة تنفيذ عملية النقل، أما ما يقع من حوادث خارجها أي قبل بدء عمليات الصعود للطائرة أو بعد انتهاء الهبوط منها، فلا يسأل عنها طبقاً لأحكام الاتفاقيتين وارسو 1929 ومونتريال 1999. وبناءً عليه، سنبحث في إمكانية نفي مسؤولية الناقل الجوي عن العمل الإرهابي الذي يعق أثناء الرحلة الجوية، ثم إمكانية نفي هذه المسؤولية خلال عمليات الصعود والهبوط.

أولاً- إمكانية نفي مسؤولية الناقل الجوي عن العمل الإرهابي الذي يقع أثناء الرحلة الجوية

تقضي القاعدة العامة بأن الناقل الجوي يكون مسؤولاً عن الأضرار التي تلحق بالركاب وهم على متن الطائرة أثناء الرحلة الجوية، وقد ذهب البعض إلى القول بأن تفسير عبارة "على متن الطائرة" يقتضي وقوع الحادثة أثناء عملية النقل الجوي الفعلية وفق ما هو متفق عليه في عقد النقل، وهذه العملية تبدأ من اللحظة التي تطفأ فيها قدم الركاب الطائرة وإقلاعها من مطار القيام، وتنتهي لحظة هبوط الطائرة ومغادرة الركاب بابها ووضع قدمه على سلم النزول منها في مطار الوصول⁽¹⁾.

ومثال الحوادث الإرهابية التي وقعت على متن الطائرة: قضية ساليرنو ضد شركة الطيران بان أمريكان (Salerno v. pan American world Airway)، والتي تتلخص وقائعها بأن السيدة ساليرنو

(1) عاطف محمد الفقي، مرجع سابق، ص 18.

استقلت الطائرة التابعة لشركة بان أمريكان من ميامي إلى أرغواي ذهاباً وإياباً، وأثناء رحلة العودة علم طاقم الطائرة بوجود قنبلة على متن الطائرة، فتم التفتيش عنها حتى تم العثور عليها، وفي أثناء ذلك أصاب الركاب زعر شديد، مما تسبب للسيدة ساليرنو بانهييار عصبي أدى إلى إجهاض حملها. وعلى إثر ذلك رفعت السيدة ساليرنو الدعوى ضد الشركة مطالبة إياها بالتعويض، وعند نظر الدعوى من قبل محكمة جنوب نيويورك قررت بأن الحادث الذي أصاب السيدة ساليرنو بالإجهاض غير متوقع ويخلّ بالسير العادي للرحلة، ومن ثم هو من قبيل الحوادث الجوية التي يسأل عنها الناقل الجوي، رغم أن التهديد بوجود قنبلة هو أمر خارج عن إرادة ونطاق مسؤولية الناقل الجوي⁽¹⁾.

والسؤال الذي يطرح نفسه هنا: ماذا لو أرغمت الطائرة على إجراء هبوط اضطراري أثناء رحلتها الجوية، هل يكون الناقل مسؤولاً عن الراكب إذا نزل من الطائرة وابتعد عن مشارفها؟ بعض الأحكام القضائية قضت بمسؤولية الناقل الجوي في مثل هذه الحالة، ومثال ذلك قضية سيسيليا ضد شركة الطيران أميركان أوفرسيز (Cecelia Szigeti v. American Overseas Airlines)، والتي تتلخص وقائعها في أن الطائرة التابعة للشركة المذكورة وخلال تنفيذها لرحلتها من مطار فرانكفورت إلى مطار بتسبرج، اضرتت للهبوط في مطار نيويورك، وفي هذه الأثناء اصطحب أحد العمال التابعين للنقل الجوي أحد الركاب إلى الإدارة الصحية، وإذ يختفي الراكب فجأة، وبعد مرور عشرة أيام يعثر على جثة هذا الراكب ملقاة على ضفة خليج مومباي. ولدى عرض القضية على المحكمة العليا في نيويورك تقرر عدم مسؤولية الناقل الجوي عما لحق الراكب من أضرار على أساس أن ما أصاب الراكب لا علاقة له بالمخاطر الجوية للطيران، ولأن الحادث لم يقع على الراكب وهو على متن الطائرة.

ويفترض أن عبارة "على متن الطائرة" يقصد بها عملية النقل الجوي الفعلية التي تمتد من لحظة إقلاع الطائرة إلى لحظة هبوطها، بما في ذلك الحالات التي تضطر فيها الطائرة للهبوط القسري في منطقة ما، وهذا يعني أن الناقل الجوي يكون مسؤولاً عن الحوادث التي يتعرض لها الراكب أثناء عملية النقل الجوي الفعلية، وذلك حتى في الحالات التي يتواجد فيها الراكب بعيداً

(1) IRENE LARSEN, Regime of Liability in Private International Air Law - with Focus on the Warsaw System and the Montreal Convention of 28 May 1999, 2002, p28 .

عن مشارف الطائرة، لأنه يفترض أن هذا الراكب مازال تحت رقابته ومسؤوليته، وهو مسؤول عن سلامته إلى لحظة تحرر الراكب من سلطة الناقل الجوي في مطار الوصول. وبناءً عليه، إذا تعرض الراكب للخطف أو تم اقتياده بعيداً عن الطائرة أثناء تنفيذها لهبوط اضطراري فإن الناقل الجوي يسأل عما يصيبه من أضرار، طالما أن الحادث حصل ضمن فترة تنفيذ عملية النقل الجوي.

ثانياً- إمكانية نفي مسؤولية الناقل الجوي عن العمل الإرهابي الذي يقع أثناء عمليات الصعود والهبوط

لا شك أن استخدام لفظ "عمليات" مسبقاً بالصعود والهبوط، يجعلنا نعتقد بعدم قصر مسؤولية الناقل الجوي عن الحوادث التي تصيب الركاب أثناء صعودهم على سلم الطائرة ونزولهم عليه فقط، وإنما القصد من ذلك توسيع نطاق مسؤولية الناقل الجوي لتشمل جميع العمليات التي يكون الغرض منها استقلال الطائرة عند الإقلاع ومغادرتها بعد الهبوط. ولهذا كان لابد من توضيح المقصود بعمليات الصعود والهبوط، قبل الشروع في تحديد لحظة بدء وانتهاء هذه العمليات.

أ- المقصود بعمليات الصعود والهبوط

التفسير الضيق لعمليات الصعود والهبوط: يفسر البعض المقصود بـ "عمليات الصعود والهبوط" صعود الراكب إلى الطائرة في مطار القيام استعداداً للطيران، ونزوله منها بعد هبوطها وتوقفها تماماً في مطار الوصول⁽¹⁾. واستناداً إلى ما ذكر، لا يُعدّ حادثاً جواً الحادث الذي يقع قبل صعود الركاب إلى الطائرة أو بعد نزولهم منها، ذلك أنه يفترض ألا يسأل الناقل الجوي إلا عن مخاطر عملية النقل الجوي الفعلية، أي تلك التي تحدث للركاب أثناء صعودهم إلى الطائرة وتواجدهم على متنها وعند نزولهم منها. ولا شك أن هذا التفسير يتماشى مع نصوص اتفاقية وارسو لعام 1929 والتي كانت تقصر الحوادث الجوية على الوقائع المرتبطة بتشغيل الطائرة وتحليقها، وتربط التزام الناقل الجوي بسلامة الركاب ببدء ونهاية عملية النقل الجوي الفعلية. والحقيقة أن تلك النظرة الضيقة لاتفاقية وارسو لعام 1929 بخصوص مخاطر النقل الجوي

(1) هاني دويدار، النقل البحري والجوي، منشورات الحلبي الحقوقية، 2008، ص 384.

كانت تتماشى مع الزمن الذي أقرت فيه، حيث كانت حوادث النقل الجوي تقليدية تنجم إما عن أعطال ميكانيكية في الطائرة أو سوء الأحوال الجوية. إلا أن هذه النظرة الضيقة لمخاطر النقل الجوي لاتفاقية وارسو لعام 1929 لم تعد تتماشى مع عصرنا الراهن، نظراً لتضاءل احتمال حصول أعطال ميكانيكية في الطائرات نتيجة التطور المذهل الحاصل في صناعة الطيران والملاحة الجوية عموماً هذا من جهة، ولظهور مخاطر جديدة يتعرض لها النقل الجوي ليست مرتبطة بتشغيل الطائرة وتحليقها ولكنه يؤثر بشدة على نشاط النقل الجوي من جهة أخرى، ونقصد هنا بشكل خاص تعدد حوادث الإرهاب التي تتعرض لها الطائرات.

التفسير الموسع لعمليات الصعود والهبوط: مؤخراً بدأ تبني مفهوم موسع لعمليات الصعود والهبوط، بحيث أصبحت تشمل فترة تواجد الركاب في مبنى المطار وساحاته استعداداً للصعود إلى الطائرة في مطار القيام، وأيضاً فترة تواجدهم في مبنى المطار وساحاته بعد هبوط الطائرة في ميناء الوصول، بما في ذلك تواجدهم في مطارات الترانزيت، ولا تنتهي مسؤولية الناقل الجوي عنهم إلا لحظة تحررهم من سلطته وسلطة تابعيه⁽¹⁾. أما العمليات السابقة لعمليات الصعود إلى الطائرة والعمليات اللاحقة لعمليات النزول من الطائرة، فلا يكون الناقل الجوي مسؤولاً عن الركاب خلالها، ولا تخضع لأحكام اتفاقية وارسو 1929 أو اتفاقية مونتريال 1999، ونقصد بذلك عمليات تسليم الأمتعة إلى تابعي الناقل وإجراءات الجمارك والشرطة، فأية حوادث تقع خلال هذه العمليات والإجراءات تخضع لأحكام القانون الوطني الواجب التطبيق.

وقد تبني القضاء التفسير الموسع لعمليات الصعود والهبوط في العديد من أحكامه، كما هو الحال في قضية (Evangelinos v. Trans World Airlines Inc.)، حيث أقرت المحكمة بمسؤولية الناقل الجوي عن الأعمال الإرهابية التي حدثت في مطار أثينا عام 1978، رغم أن المسافرين كانوا في "صالة الانتظار" ولم يكونوا على متن الطائرة كما دفعت الشركة⁽²⁾. وكان رأي المحكمة يستند إلى قاعدة مفادها أن تقرير مسؤولية الناقل الجوي في مثل هذه المواقف سوف يدفع الشركات إلى تشديد الإجراءات الأمنية في المطارات، مما يساهم - و"بشكل فعال" حسب زعمها - في تقليل مخاطر الحوادث الإرهابية، ذلك أن شركات الطيران لها قوة تأثير أكبر في إقناع سلطات المطار

(1) عاشور عبد الجواد عبد الحميد، موجز القانون البحري والجوي، مكتبة سيد عبد الله وهبة، 1971، ص126.

(2) Adejoke O. Adediran, Current Regulation of Air Carriers' Liability and Compensation Issues in Domestic Air Carriage in Nigeria, Journal of Air Law and Commerce, Volume 81, 2016, p11 .

بتشديد الأمن، كما أن ملائمتها المالية تسمح لها بتوظيف عمال أمن وشراء معدات متطورة، وبالتالي تخفيض احتمال وقوع الأعمال الإرهابية⁽¹⁾.

إلا أننا نرى أن توسع المحكمة في تقرير مسؤولية الناقل الجوي في مثل هذه الحالات هو أمر غير مبرر، فنحن لا نؤيد تقرير مسؤولية الناقل الجوي فقط لأن لديه ملاءة مالية أكبر تمكنه من تحمل تبعات هذه المسؤولية. كما أن القول بأن فرض المسؤولية على الناقل الجوي سوف يدفعه إلى زيادة إجراءات الأمن والحماية، هو أمر ينكره الواقع، إذ لا يأبه أصحاب "العقول الإرهابية" إلى هذه الإجراءات التي لا يرونها عائقاً أمام تنفيذ جرائمهم. فمن غير المقبول وضع شركات الطيران بمثابة "كبش فداء" من أجل حماية الدول من خطر الحوادث والأعمال الإرهابية، فهذه تبقى مسؤولية الدول وليست مسؤولية الناقل الجوي.

وبخصوص مدى مسؤولية الناقل الجوي عن الركاب أثناء تواجدهم في مطار الترانزيت، سبق أن عرضت قضية على القضاء تتلخص وقائعها في أن مجموعة من الإرهابيين - وأثناء عملية تفيتشهم من قبل السلطات اليونانية - قاموا بإلقاء ثلاث قنابل يدوية في صالة الترانزيت بمطار هلنكون في أثينا، مما أدى إلى سقوط العديد من القتلى والجرحى. وقد تمت مطالبة شركة الطيران بالتعويض، إلا أن الشركة دفعت بعدم مسؤوليتها عن الأضرار التي أصابت الركاب، استناداً إلى أنهم كانوا متواجدين خارج عمليات الصعود والهبوط وفق مفهوم نصوص اتفاقية واسو لعام 1929 الواجبة التطبيق. مع ذلك، رفضت المحكمة هذا الدفع وأكدت بأنه لا يمكن قصر عمليات الصعود والهبوط على صعود الركاب على سلم الطائرة ونزولهم من عليه، وإنما يجب أن تمتد هذه العمليات لتشمل كافة العمليات اللازمة لتوجه الركاب إلى الطائرة وصعودهم إليها، وكذلك الأمر بالنسبة لعمليات الهبوط، مما يعني أن الحادث الإرهابي في القضية المذكورة وقع أثناء عمليات الصعود والهبوط.

ب- تحديد لحظة بدء عمليات الصعود وانتهاء عمليات الهبوط

لا يكون الناقل مسؤولاً عن الركاب قبل بدء عمليات الصعود إلى الطائرة، لاسيما مرحلة تواجد الركاب في مباني المطار والمقاهي والأسواق التي تكون فيه، لأنه لا يكون في هذه المرحلة تحت

(1) Blanca I. Rodriguez, Recent Developments in Aviation Liability Law, Journal of Air Law and Commerce, Volume 66, 2001. P66 .

حراسة الناقل وسلطته. بمعنى آخر، لا يكون الناقل الجوي مسؤولاً عن الراكب إلا إذا خضع لأمرته أو أمرة أحد تابعيه، وهذا لا يتحقق إلا عندما يترك الراكب أماكن الانتظار ويتوجه إلى الطائرة، ففي هذه الفترة تحديداً يكون الناقل الجوي مسؤولاً عنه⁽¹⁾. وفي ذات السياق، يكون الناقل الجوي مسؤولاً عن الراكب أثناء تنفيذ عمليات الهبوط أو النزول من الطائرة، بدءاً من مغادرة باب الطائرة، ونزولاً على سلمها، واستقلالهم الحافلات المعدة لنقلهم إلى مبنى المطار، ومن ثم سيرهم على الأقدام داخل مبنى المطار واستلامهم أمتعتهم، حتى وصولهم إلى صالة الاستقبال وتحرّركم من أمرة الناقل وتابعيه⁽²⁾.

وبناءً على ما تقدم، تبدأ عمليات الصعود التي يسأل عنها الناقل الجوي من لحظة تقديم الراكب تذكرة السفر إلى تابعي الناقل الجوي، وبالتالي تشمل هذه العمليات النقاط التالية:

- 1- تقديم تذاكر السفر لتابعي شركة الطيران.
 - 2- تسليم الحقائب والأمتعة لتابعي شركة الطيران ووزنها وفحصها.
 - 3- التفتيش الذاتي للبحث عن الأسلحة والمواد الممنوعة.
 - 4- التقدم للموظف المسؤول عن فحص الجوازات وتأشيرها.
 - 5- التواجد في قاعة الانتظار استعداداً للذهاب إلى الطائرة.
 - 6- ركوب الحافلة المعدة لنقل الركاب إلى سلم الطائرة.
 - 7- الصعود على سلم الطائرة والدخول إليها والجلوس على المقعد المخصص.
- أما عمليات الهبوط من الطائرة فلا تنتهي إلا بعد استلام الراكب أمتعته وحقائبه وتحرره من سلطة الناقل الجوي، ولهذا فإن عمليات الهبوط تشمل ما يلي:
- 1- مغادرة الطائرة والنزول على سلمها.
 - 2- ركوب الحافلة المعدة لنقل الركاب إلى مبنى المطار.
 - 3- التقدم للموظف المسؤول عن فحص الجوازات وتأشيرها.
 - 4- تسلم الأمتعة والحقائب والتحرر من سلطة إدارة المطار.

(1) سميحة القليوبي، القانون الجوي، دار النهضة العربية، القاهرة، 1989، ص 194.

(2) عبد المجيد خلف العنزي، أساس مسؤولية الناقل الجوي وحالاتها، مؤتمر "الطيران المدني في ظل التشريعات الوطنية والاتفاقيات الدولية"، جامعة الإمارات العربية المتحدة، دبي 23-25/4/2012، ص 31.

أخيراً، نحن نؤيد من يقول بأن وقوع الأعمال الإرهابية ما هو إلا انعكاس لتداعيات اقتصادية واجتماعية وسياسية ترافق مثل هذا النوع من الأعمال⁽¹⁾، ولذلك يجب تبني مبدأ عام يقضي بمسؤولية الدول عن الأعمال الإرهابية، بما في ذلك تلك التي تقع أثناء الرحلات الجوية على متن الطائرات وأثناء عمليات الصعود والهبوط.

ولو أخذنا كمثال تعويض ضحايا الطائرتين اللتين اصطدمتا ببرجي التجارة العالمي والمعروفة بأحداث سبتمبر 2011، نلاحظ أن التعويض الذي منح للمتضررين من هذه الأحداث مؤله صندوق حكومي، وقد تجاوزت مبالغه مليار ونصف المليار دولار عن كل طائرة. وهذا التعويض لم يمنح بناءً على أساس قانوني ما، وإنما تقرّر لتخفيف حدة النقمة التي انتابت المجتمع نتيجة هول تلك الأحداث.

وبالمقابل نلاحظ أن الحكومة الأمريكية لم تهتم لتداعيات إعصار كاترينا مثلاً، والذي ضرب الولايات المتحدة وتسبب بمقتل ما يزيد عن 1000 شخص في نيو أورلينز، ولم تقرّر لضحايا الإعصار المذكور - كما فعلت بالنسبة لضحايا أحداث سبتمبر 2011 - أي تعويض أو مساعدة مالية. ومن السذاجة القول: أن هؤلاء الناس يعيشون في مكان خطر ويفترض أنهم يعلمون مسبقاً باحتمال تعرضهم لمثل هذا النوع من الأخطار.

(1) Robert L. Rabin* and Stephen D. Sugarman, The Case for Specially Compensating the Victims of Terrorist Acts: An Assessment. Berkeley Law Scholarship Repository, 1-1-2006, P912 .

الخاتمة

تناولنا في هذا البحث الطرق الممكنة لدفع مسؤولية الناقل الجوي عن الأعمال الإرهابية، وقد تبين لنا أنه في حال كانت مسؤولية الناقل الجوي قائمة على الخطأ المفترض يمكن للناقل نفي مسؤوليته عن الأعمال الإرهابية بإثبات أنه هو وتابعوه اتخذوا كل التدابير الضرورية أو المعقولة، أو استحال عليهم اتخاذها لتجنب حدوث هذه الأعمال ووقوع الأضرار، وكان يفترض في حالات كثيرة اعتبار العمل الإرهابي من قبيل القوة القاهرة أو فعل الغير، وتقرير عدم مسؤولية الناقل الجوي.

وبالمقابل، عندما تكون مسؤولية الناقل الجوي مسؤولية موضوعية، فإن طرق دفع مسؤولية الناقل الجوي تتقلص كثيراً مقارنة بحالات مسؤوليته القائمة على الخطأ المفترض، ويبقى أنه بإمكانه نفي المسؤولية عنه إن استطاع نفي صفة الحادث الجوي عن العمل الإرهابي، ولن يكون هذا بالأمر السهل عليه، كما أن مسؤوليته تنتفي أيضاً فيما لو ثبت أن العمل الإرهابي وقع خارج مدة تنفيذ عملية النقل، ولكنه أيضاً سيصدم بتبني الفقه والقضاء للمفهوم الموسع لمصطلحات "متن الطائرة وعمليات الصعود والهبوط".

وقد خلصت الدراسة إلى مجموعة من النتائج والتوصيات، أهمها:

أولاً- النتائج

- 1- سجلت اتفاقية وارسو لعام 1929 نجاحاً خاصاً في تبني أساس قانوني وحيد لمسؤولية الناقل الجوي وهو الخطأ المفترض، بينما اتفاقية مونتريال لعام 1999 خيبت الآمال بهذا الخصوص - على الأقل من وجهة نظرنا - لأنها تبنت مبدأ المسؤولية الموضوعية كقاعدة عامة، ووضعت استثناءات عديدة على هذا المبدأ تنعقد فيها مسؤولية الناقل الجوي على أساس الخطأ المفترض، وأحياناً على أساس الخطأ واجب الإثبات.
- 2- حددت اتفاقية وارسو لعام 1929 - وبشكل واضح - الوسائل التي بإمكان الناقل الجوي دفع المسؤولية عنه، وحصرتها بإثبات الناقل أنه اتخذ هو وتابعوه التدابير الضرورية لمنع الضرر أو استحال عليهم اتخاذها، وذلك لكون الضرر ناجم عن قوة القاهرة أو فعل الغير أو فعل المضرور نفسه.
- 3- على اعتبار أن اتفاقية مونتريال لعام 1999 أقامت مسؤولية الناقل الجوي على مجموعة

- متنوعة من الأسس القانونية، فإنها منحت الناقل طرقاً متعددة لدفع المسؤولية عنه، نظراً لارتباط هذه الطرق بالأساس القانوني الذي تقوم عليه المسؤولية في كل حالة على حدة.
- 4- عندما تكون مسؤولية الناقل الجوي قائمة على مبدأ المسؤولية الموضوعية، فلا يمكنه نفي المسؤولية عنه إلا بوسيلة وحيدة، هي: إثبات أن الضرر ناتج عن خطأ المضرور نفسه.
- 5- ترفض المحاكم عموماً من الناقل الجوي نفي مسؤوليته عن الأعمال الإرهابية بإثبات أنه اتخذ هو وتابعيه كل التدابير الضرورية لتفادي الضرر، بالرغم من أنها وسيلة مقبولة ومنصوص عنها في اتفاقية وارسو 1929 واتفاقية مونتريال 1999 بنص صريح، وذلك عندما تكون مسؤولية الناقل الجوي قائمة على الخطأ المفترض.
- 6- ترفض المحاكم أيضاً اعتبار الأعمال الإرهابية من قبيل القوة القاهرة أو من فعل الغير، وتحكم بمسؤولية الناقل الجوي عنها حتى عندما تكون مسؤولية الناقل الجوي قائمة على الخطأ المفترض، على الرغم من أنه في مثل هذه الحوادث يستحيل على الناقل وتابعيه اتخاذ أية تدابير للحيلولة دون وقوع العمل الإرهابي.
- 7- يحكم القضاء بمسؤولية الناقل الجوي عن خطف الطائرات، بالرغم من أن مثل هذا الحادث يعتبر من فعل الغير، ويفترض أن الناقل معفى من المسؤولية في حال كانت مسؤوليته قائمة على الخطأ المفترض، وثبت أن الضرر المادي أو النفسي الذي وقع على الراكب سببه الغير "خاطف الطائرة".
- 8- يميل الفقه والقضاء عموماً إلى تبني مفهوم موسّع لمصطلح "الحادث"، سواء في حال كانت مسؤولية الناقل الجوي موضوعية أم قائمة على الخطأ المفترض، ولذلك انطبق على الأعمال الإرهابية بكافة أشكالها صفة الحادث الجوي، وانعقدت مسؤولية الناقل الجوي عنها.
- 9- صحيح أن الراجح في الفقه والقضاء مسؤولية الناقل الجوي عن الركاب من لحظة كونهم أصبحوا تحت سلطة وأمره إلى لحظة تحررهم من هذه السلطة، ولكن من الواضح أن المحاكم لا تفرق بين الفترات التي يكون الراكب تحت سلطة وإشراف الناقل الجوي، وبين الفترات التي يكون فيها خاضعاً لسلطات وتعليمات إدارة المطار وتابعيه!
- ثانياً- التوصيات
- 1- نوصي بتعديل نصوص اتفاقية مونتريال لعام 1999، بحيث يتم تبني أساساً قانونياً وحيداً

لمسؤولية الناقل الجوي يعتمد على مبدأ المسؤولية الموضوعية، وذلك في جميع الأحوال التي يتقرر فيها مسؤولية الناقل الجوي عن الأضرار التي تصيب الركاب والأمتعة والبضائع، وكذلك الأمر بالنسبة إلى مسؤوليته عن التأخير في تنفيذ عملية النقل.

2- عندما تكون مسؤولية الناقل الجوي قائمة على الخطأ المفترض الاستناداً إلى أحكام اتفاقية وارسو لعام 1929 أو اتفاقية مونتريال 1999، يجب إعفاؤه من المسؤولية عن الأعمال الإرهابية وحوادث خطف الطائرات وتحطم الطائرات نتيجة القصف العسكري، لأن الفاعل في كل هذه الحالات من الغير، وفعل الغير - هنا - هو سبب معفي من المسؤولية.

3- نوصي بإقرار نص خاص يقضي صراحةً بعدم مسؤولية الناقل الجوي عن الأعمال الإرهابية، لأن هذه الأعمال مستقلة عن إرادته ولا ترتبط باستغلال الطائرة، كما أنها لا ترتبط بمخاطر النقل الجوية الاعتيادية كالمطبات الهوائية والعواصف الثلجية.

4- نوصي بعدم مسؤولية الناقل الجوي عن الأعمال الإرهابية وسائر الحوادث الأخرى التي تتسبب بالضرر للركاب وهم تحت سلطة وإشراف إدارة المطار والسلطات الجمركية والشرطية التابعة لها.

5- نوصي بمسؤولية إدارة المطار عن الركاب في الفترة التي يكونون فيها تحت سلطتهم، لاسيما في فترة تفتيشهم وتدقيق أوراقهم من قبل الشرطة والجمارك، وأثناء تواجدهم في قاعات الانتظار وركوبهم الحافلات حتى صعودهم الطائرة، وكذلك الأمر عند نزولهم من الطائرة حتى استلام حقائبهم وتحررهم من سلطات إدارة المطار.

6- وأخيراً، لطالما أن الأعمال الإرهابية - في معظم الحالات - تأتي نتيجة تداعيات اقتصادية واجتماعية وسياسية وكرّد فعل على نهج وسياسات خاصة في الدول، لذلك يجب على الدول أن تتحمل المسؤولية عن الأعمال الإرهابية، وأن تنهض بتعويض ضحايا الأعمال الإرهابية، بما في ذلك تلك التي تقع أثناء الرحلات الجوية.

المراجع

- 1- أبو زيد رضوان، القانون الجوي: قانون الطيران، دار الفكر العربي، القاهرة - مصر، الطبعة الثانية، 1982.
- 2- أماني أحمد عبد الله موسى، تطور طرق دفع مسؤولية الناقل الجوي ما بين اتفاقية وارسو 1929 واتفاقية مونتريال 1999، مؤتمر "الطيران المدني في ظل التشريعات الوطنية والاتفاقيات الدولية"، جامعة الإمارات العربية المتحدة، دبي 23-25/4/2012، ص 71 وما بعد.
- 3- سميحة القليوبي، القانون الجوي، دار النهضة العربية، القاهرة، 1989، ص 194.
- 4- شريف غنام، قانون الطيران المدني، مطبعة الفجيرة الوطنية، الفجيرة - الإمارات العربية المتحدة، الطبعة الثانية، 2011.
- 5- طالب حسن موسى، القانون الجوي الدولي، دار الثقافة للنشر والتوزيع، عمان - الأردن، الطبعة الرابعة، 2013.
- 6- عاشور عبد الجواد عبد الحميد، موجز القانون الجوي، مكتبة النصر، القاهرة - مصر، 1992.
- 7- عاشور عبد الجواد عبد الحميد، موجز القانون البحري والجوي، مكتبة سيد عبد الله وهبة، 1971،
- 8- عاطف محمد الفقي، تطور مسؤولية الناقل الجوي وفقاً لاتفاقية مونتريال 1999، دار النهضة العربية، 2004.
- 9- عبد المجيد خلف العنزي، أساس مسؤولية الناقل الجوي وحالاتها، مؤتمر "الطيران المدني في ظل التشريعات الوطنية والاتفاقيات الدولية"، جامعة الإمارات العربية المتحدة، دبي 23-25/4/2012، ص 15 وما بعد.
- 10- فايز نعيم رضوان، قانون الطيران التجاري، مطابع البيان التجارية، دبي - الإمارات العربية المتحدة، الطبعة الثانية، 1990.
- 11- محمد فريد العريني ومحمد السيد الفقي، القانون البحري والجوي، منشورات الحلبي الحقوقية، 2003.

- 12- محمد فريد العريني، القانون الجوي: النقل الجوي الداخلي والدولي، دار الجامعة الجديدة، الإسكندرية - مصر، 2004.
- 13- محمد فريد العريني، القانون الجوي: النقل الجوي وحوادث الطيران، دار الجامعة الجديدة، 2007.
- 14- محمود سمير الشرقاوي، محاضرات في القانون الجوي، دار النهضة العربية، 1989.
- 15- محمود مختار البريري وعمر فؤاد عمر، القانون الجوي، دار النهضة العربية، القاهرة - مصر، 2003.
- 16- محمود مختار بريري، قانون الطيران وقت السلم، دار الفكر العربي، 1985.
- 17- هاني دويدار، النقل البحري والجوي، منشورات الحلبي الحقوقية، 2008.
- 18- هشام فضلي، مسؤولية الناقل الجوي على الصعيدين الدولي والداخلي: دراسة في اتفاقية مونتريال 1999 وقانون التجارة الجديد، دار الجامعة الجديدة، 2005.
- 19- Adejoke O. Adediran, Current Regulation of Air Carriers' Liability and Compensation Issues in Domestic Air Carriage in Nigeria, Journal of Air Law and Commerce, Volume 81, 2016, p11 and follow.
- 20- Blanca I. Rodriguez, Recent Developments in Aviation Liability Law, Journal of Air Law and Commerce, Volume 66, 2001. P66 and follow.
- 21- IRENE LARSEN, Regime of Liability in Private International Air Law - with Focus on the Warsaw System and the Montreal Convention of 28 May 1999, 2002, p28 and follow.
- 22- Robert L. Rabin* and Stephen D. Sugarman, The Case for Specially Compensating the Victims of Terrorist Acts: An Assessment. Berkeley Law Scholarship Repository, 1-1-2006, P912 and follow.

التمييز الوراثي في التأمين على الحياة ومدى كفاية التدابير الحامية له

إعداد

الدكتور

رنا إبراهيم العطور

أستاذ القانون الجنائي المشارك بكلية القانون
جامعة الشارقة

التمييز الوراثي في التأمين على الحياة ومدى كفاية التدابير الحامية له

الملخص

ما تزال البحوث الوراثية متأخرة نوعا ما في تحديد الطفرات الوراثية التي تعرض حاملها للأمراض المعقدة، لا سيما وأن هذا النوع من البحوث يسعى أيضا إلى إقامة ترابط بين تطور هذه الأمراض لدى بعض حاملها بالنسبة للظروف الاجتماعية والاقتصادية وتفاعلها مع البيئة. ونظرا لهذه العوامل العديدة للتحليل، يبدو أن تفسير الخصائص الوراثية لفرد ما والمخاطر التي تترتب عليها تنسم بالتعقيد على وجه الخصوص. ومع ذلك، يظهر هذا التعقيد المتزايد بجلاء حينما أصبح الوصول إلى البيانات الوراثية أمرا مألوفًا إذ أصبح بإمكان أي شخص الآن أن يحصل على تحليل شخصي لبياناته الوراثية المحفوظة عبر الانترنت. هذا وعلى الرغم من عدم تعريف التمييز الوراثي في التشريعات الوطنية؛ إلا أنه من المقبول عموما، احتمالية أن تترتب عليه عواقب وخيمة، لا سيما في مجال التأمين على الحياة، ومع ذلك، نرى أن المعلومات الوراثية ينبغي أن لا تكون موضع نهج استثنائي مغاير للقواعد العامة في التأمين. وعلاوة على ذلك، يبدو أن النتائج المترتبة على خطورة التمييز الوراثي أكثر إثارة للمخاوف من ممارسة تمييز فعلي، ومن هنا ظهرت ضرورة تقييم التدابير الحامية ضد التمييز الوراثي في مجال التأمين على الحياة. وللقيام بهذا، كان لا بد من معالجة القواعد العامة من جهة في مجال الحماية ضد التمييز؛ تلك القواعد التي توفر لها الدساتير أو موثيق الحقوق والحريات تغطية مثيرة للاهتمام، بالإضافة إلى معالجة القواعد المتصلة بالتمييز الوراثي بشكل خاص من جهة أخرى، بما في ذلك قانون عدم التمييز في الجينات الوراثية الجديد والتطبيقات القضائية في هذا المجال، إلى جانب معالجة الحد الأدنى من التدابير التي يمكن أن تكون مفيدة حفاظا على توازن تام بين المصالح المختلفة.

Abstract

Genetic research is still late in the identification of genetic mutations that put its holders into complex diseases. the between link a establish to seeks also Research context economic-socio the on based holders certain in diseases these of development for factors numerous these of view In environment. the with interaction their nda individual an of characteristics genetic the of interpretation the that seems it analysis, increasing this However, particular. in complex are entail they risks the and possible now is it commonplace, become has data genetic to access where xitycomplete not is discrimination Genetic online. analysis data genetic personal a get to anyone for life of context the in accepted, generally Canada; and Jordan of both in defined not do we However, consequences. disastrous of probability is there ,insurance approach, extraordinary an of subject the be should information genetic that believe the that appears it Furthermore, insurance. on rules General the to damage causing In discrimination. than fear more discrimination genetic of risk eth of consequences genetic against protection of measures evaluate to necessary is it context, this on rules General the address will we this, do To insurance. life in discrimination rights of Charter the or Constitution the with those mination;discri against protection genetic to relating rules the hand, other the on we As interesting. cover freedoms and and act genetic discrimination-non new the including particular, in discrimination a keep to useful be can which measures minimum suggest Finally .applications judicial .balance perfect

المقدمة

حتى يومنا هذا، ساعدت البحوث الوراثية على تطوير آلاف التجارب القادرة على الكشف عن الشخص الحامل لطفرة وراثية معينة عن غيره من الأشخاص⁽¹⁾، فقد أفلحت البحوث الوراثية بداية في تحديد الجينات المرتبطة بأمراض وراثية شتى، والتي تسمى (المونوجينيك)، مثل التليف الكيسي أو الأنيميا المنجلية أو مرض هونغتينجتون⁽²⁾. وبعد تحديد هذه الجينات والطفرات الكبرى⁽³⁾، تستطيع بعض الفحوصات أو الاختبارات تحديد حالة الشخص الحامل لها، والأمراض التي تصيب الإنسان إما ان تكون بشكل مؤكد (تخلل تام) أو بشكل محتمل (تخلل متغير). فعندما يتم تطور المرض لدى مجموع الحاملين لجين معين يكون من السهل التنبؤ بالأثر السريري لحالة الشخص الحامل، ونحدث حينها عن مرض ذي تخلل تام. ومع ذلك، قد لا تسبب بعض الطفرات بالمرض إلا لدى نسبة معينة من حاملها، فنحدث حينها عن جين ذي تخلل متغير، وهذا هو الحال على سبيل المثال في الطفرات الجينية (BRCA 1, 2) المسؤولة في بعض الأحيان عن ظهور بعض أنواع السرطانات النسائية⁽⁴⁾؛ إذ تقتصر نسبة الإصابة بالمرض لدى بعض الحاملين لهذا الجين (البعض فقط وليس الجميع)، وبالتالي فإن التأثير السريري والأخذ بالاعتبار الأمثل من الصعب تحديده لدى هذا النوع من الحاملين⁽⁵⁾.

(1) يوجد في سوق الولايات المتحدة ما يزيد عن 1100 من الاختبارات الجينية؛ فعلى سبيل المثال، ان اكتشاف الطفرات في جينات (BRCA1) و (BRCA2) قد سمح بالمضي قدما في فرز الناقلين وتحديد احتمال أن يطور أحد الناقلين أحد أنواع السرطانات النسائية المرتبطة بهذه الطفرات.

<http://site.ebrary.com/lib/excellence/doc?id=10302823>.

(2) سبب وراثي لأكثر من 2100 مرض مونوجينيك قد تم تحديده..

(3) الطفرة الوراثية (mutation) تطلق على الاختلافات الوراثية النادرة، والتي عادة ما تؤدي إلى ظهور مرض وراثي محدد.

(4) C. R. Huizenga: "Evolving perspectives on genetic discrimination in health insurance among health care providers", familial cancer, 2010, Springer.

(5) فليس كل حامل للمرض مريض، ولا كل مرض متوقع يتحتم وقوعه. نظرا لكون بعض الأمراض (كالتليف الكيسي ومرض القلب واضطرابات المناعة الذاتية والتصلب المتعدد وحالات أخرى) تنشأ نتيجة التقاء عوامل جينية وبيئية، وبالتالي فإن الاختبارات الجينية لتلك العلل لا تستطيع التنبؤ بمفردها على الإطلاق، بمستقبل فرد ما، بوضوح تام؛ فكثير من الأمراض الشائعة (كمرض السكري وارتفاع ضغط الدم والربو والبدانة) لا

بالإضافة إلى ذلك، يجري حالياً تحول نموذجي في موضوع البحوث الوراثية، ما يضيف مستوى من التعقيد في تفسير النتائج، إذ تتجه البحوث حالياً من البحث عن الجينات المسببة للأمراض نحو البحث عن الجينات التي قد تعرّض للأمراض، بما في ذلك السعي إلى تحديد مجموعة من الطفرات الجينية المهيئة لظروف معقدة مثل مرض التهاب الأمعاء ومرض السكري أو ارتفاع ضغط الدم. كما تحاول أيضاً إقامة الصلة بين ظهور بعض الأمراض الوراثية لدى بعض الحاملين لبعض الطفرات استناداً إلى تفاعلها مع البيئة والظروف الاجتماعية والاقتصادية والديموغرافية المحيطة بها⁽¹⁾، فهذه المعايير الأخرى المساهمة في ظهور مرض وراثي تعقد تحليل نتائج الاختبارات الجينية. كما أن هذه الاختبارات الجينية المؤدية إلى مجموعات بين بعض الجينات في امكانية الظهور في ظرف معين لم يثبت التحقق من صحتها بعد، لذلك يسهل رؤية مدى ضرورة تفسير هذه البيانات البحثية بعناية.

أهمية الدراسة: على الرغم من صفاتها غير المؤكدة في بعض الأحيان، إلا أن المعلومات الوراثية الناجمة عن هذه التجارب المختلفة يمكن أن تعطي مؤشراً بشأن مخاطر تعرض فرد لمرض وراثي ما. لذلك، فإن هذه المعلومات الوراثية تتسم بالخصوصية، سواء كانت عائلية او جماعية، تماماً كغيرها من المعلومات الصحية⁽²⁾. ومن هنا تظهر أهمية تقييم المخاطر المتعلقة بالحصول على المعلومات الوراثية لشخص معين، والحماية القانونية التي تكفل سرية هذه المعلومات، لا سيما في المجال الذي يصعب فيه تقييم أثر حالة الشخص الحامل السريّة، بعد ان أصبح من الممكن الآن الحصول على تحليل شخصي للجينوم الخاص بالشخص⁽³⁾.

اشكالية الدراسة: تلخص اشكالية هذه الدراسة في ان شركات التأمين عادة ما تحدد مقدار التزامات المؤمن بناء على المخاطر التي قد يتعرض لها، وقد يؤدي هذا بالتالي الى امكانية التمييز بين

==

يمكن تفسيرها بتغيرات وراثية بحتة وإنما بالتفاعل الذي يتم بين البنية الوراثية للفرد - بما يحويه من طفرات وتغيرات - وبين العوامل البيئية (كالغذاء والضغط النفسية واللياقة البدنية والتدخين).

(1) انظر في الموضوع الموقع الالكتروني لمشروع (CARTaGENE): www.cartagene.qc.ca.

(2) اليونيسكو: الاعلان العالمي للجينات البشرية وحقوق الانسان (1997)، م4.

(3) من الممكن الآن، الطلب خلال شبكة الانترنت، الحصول على تحليل شخصي للجينوم الخاص بالفرد، خلال

8-6 أسابيع، مقابل مبلغ يزيد عن ألف دولار: www.23andme.com؛

الأشخاص بناء على صفاتهم الوراثية، حتى ولو كانوا مجرد حاملين لطفرة وراثية قد لا تتطور لديهم في يوم من الأيام (تخلل متغير)، ما يشكل اخلالاً للحق في المساواة وتعدياً على الكرامة الانسانية.

أهداف الدراسة: تهدف هذه الدراسة الى تحليل المخاطر المحتملة الناجمة عن نتائج الاختبارات الوراثية والحماية القانونية القائمة لضمان سرية هذه المعلومات في حقل معين، أي في مجال التأمين على الحياة⁽¹⁾، كما لا بد من التحديد أيضاً فيما إذا كانت الخشية من المعلومات الوراثية للعامة تقوم على أساس⁽²⁾، لا سيما وأن استخدام البيانات الوراثية ليست ممارسة جديدة لدى شركات التأمين إذ تتطلب هذه الأخيرة ومنذ فترة طويلة وصفاً للتاريخ العائلي للشخص في سبيل وضعه في درجة المخاطر المناسبة⁽³⁾.

منهج الدراسة: تجمع هذه الدراسة بين المنهج الوصفي والتحليلي والمقارن.

خطة البحث: لتحديد مدى خطر التمييز الوراثي في إطار التأمين على الحياة، سنحاول بداية تحديد مفهوم التمييز الوراثي، والقيم والمخاطر المرتبطة به (مبحث أول)، ومن ثم، تحديد التدابير المناسبة للحماية ضد التمييز بشكل عام، وضد التمييز الوراثي بشكل خاص (مبحث ثان)، قبل اختتام الدراسة ببضعة توصيات.

(1) بهرام محمد عطا الله: "التأمين وشريعة الاسلام"، أعمال المؤتمر العلمي السنوي لكلية الحقوق بجامعة بيروت العربية تحت عنوان الجديد في أعمال المصارف من الوجهتين القانونية والاقتصادية، لبنان، ج 1، 2007، ص 133.

(2) A. R. WIN: "Beyond the business: social and cultural aspects on the atlant a life insurance company", university of south florida, proquest, UMI, 2010; B. M. KNOPPERS, Y. JOLY: "Physicians, Genetics, and life insurance", CMAJ, vol. 170, n9, 2004, p. 1421;

حكومة كندا، بحوث حول الرأي العام بالنسبة للمعلومات الجينية وحمايتها، أوتاوا، 2003؛ مجلس أوروبا: التقرير التفسيري للاتفاقية المتعلقة بحقوق الانسان والطب الحيوي، 1998، المادة (11).

(3) M. J. WOLF: "The money value risk: life insurance and the transformation of public health", Columbia university, proquest, UMI, 2002.; T. LEMMENS: "Selective Justice, Genetic Discrimination and Insurance: Should we single out genes in our laws?", McGill L. J. , vol. 45, 2000, p. 347. ; Richard Ericson, Dean Barry & Aaron Doyle, "The Moral Hazards of Neo-Liberalism: Lessons From the Private Insurance Industry" (2000) 29 .

المبحث الأول

التمييز الوراثي والمخاطر المرتبطة به

يُعد التمييز، سواء كان على أساس الدين أو الميول الجنسية أو المعتقدات السياسية أو الخصائص الفيزيائية.. إلخ، ظاهرة اجتماعية قديمة حديثة⁽¹⁾. لذا لا بد من القيام بتعريف المفهوم العام للتمييز والتمييز الوراثي الأكثر حداثة (مطلب أول)، ولا بد من تحليل الخلاف المحتمل الذي قد ينشأ عن التمييز الوراثي في مجال التأمين على الحياة (مطلب ثان). وفي الواقع، وعلى الرغم من حقيقة أن هناك الكثير من الفوائد المترتبة على الحصول على نتائج الاختبارات الوراثية⁽²⁾، إلا أن هذه النتائج من الممكن أن تؤثر سلباً على الحق في التأمين على الحياة بسعر معقول⁽³⁾، ما يمثل عقبة كبيرة، ومن هذا المنطلق، لا بد من تقييم مختلف المخاطر المرتبطة بهذا النوع من التمييز⁽⁴⁾ وخشية الأشخاص الناجمة عن ذلك (مطلب ثالث).

(1) L. L. VERDON: "Why do rich people buy life insurance", the florida state university, proquest, UMI, 2010; G. BECKER: "La discrimination envers les minorités", Journal des Economistes et des études humaines, vol. 4, n2, 1993, p. 10.

طوني بينيت ولورنس غرو سبيرغ وميغان موريس: "مفاتيح اصطلاحية جديدة"، ترجمة سعيد الغاني، المنظمة العربية للترجمة، بيروت، لبنان، 2010، ص 31.

(2) Y. K. Lee: "Evidence-based Entry of genetic testing", journal of Korean Medical association, 2006, synapse. Koreamed. org

(3) محمد زهرة: "أحكام عقد التأمين"، دار النهضة العربية، ط1، 2006، ص 32. د. محمد شكري سرور: "شرح أحكام عقد التأمين"، دار النهضة العربية، 2004، ص 43.

(4) رشا محمد تيسير حطاب ونسرين محاسنة: "المصلحة في عقد التأمين: دراسة قانونية في ظل القانون المدني الأردني"، مجلة الشريعة والقانون، جامعة الامارات العربية، 2011.

المطلب الأول

تعريف مفهوم التمييز الوراثي

من وجهة نظر حقوق الإنسان، يعد التمييز انتهاكاً للحق في المساواة، ونتيجة لذلك، فإنه يعد تعدياً على كرامة الإنسان⁽¹⁾. وقد عرف المشرع الإماراتي التمييز بشكل عام في المادة (1) من قانون مكافحة التمييز والكرهية رقم (2) لسنة 2015 بأنه "كل تفرقة أو تقييد أو استثناء أو تفضيل بين الأفراد أو الجماعات على أساس الدين أو العقيدة أو المذهب أو الملة أو الطائفة أو العرق أو اللون أو الأصل الإثني"⁽²⁾. فالتمييز، سواء كان مقصوداً بحد ذاته أم لا، استناداً إلى أسباب تتعلق بالخصائص الشخصية لفرد أو مجموعة من الأفراد، بما يؤدي إلى الفرض على هذا الشخص أو هذه المجموعة أعباء أو التزامات أو عيوب لا تفرض على الآخرين، أو حجب أو الحد من إمكانية الوصول إلى الفرص والمنافع والمزايا المتاحة لغيرهم من أفراد المجتمع. وتجدر الإشارة إلى أن حالات التمييز القائمة استناداً إلى الخصائص الشخصية للفرد بسبب انتمائه إلى مجموعة هي تقريباً دائماً من الصور التمييزية السلبية كما لو كان التمييز بسبب الانتماء لعرق أو دين معين، أما التمييز القائم على أساس مزايا الفرد وقدراته فنادرًا ما يشكل تمييزاً⁽³⁾ سلبياً وهذا ما يسمى التمييز الإيجابي كما هو الشأن في التمييز لصالح المرأة أو القصر كعدم جواز تشغيلهم ليلاً من حيث المبدأ.

وبهذا، فإن التمييز هو تفريق غير مقبول على أساس السمة التي يختص بها شخص. كما أن مفهوم التمييز الوراثي، من جانبه، غير معرف في التشريعات الوطنية⁽⁴⁾. ومع ذلك، فإنه يمكن أن يتطور من زاوية الفرد والمجتمع وذلك بسبب الصفة الخاصة الفردية والجماعية، في الوقت ذاته،

(1) Law c. Canada, 1999, IRCS. 497;

منظمة الأمم المتحدة، الاعلان العالمي لحقوق الانسان، نيويورك، 1948. ؛ نوفل علي عبد الله الصفو: "الإخلال بمبدأ المساواة في القانون"، مجلة الرافيدين للحقوق، كلية الحقوق، جامعة الموصل، العراق، العدد 28، 2006، ص265.

(2) وعاقب عليه: بالسجن (5-15) سنة، و/أو الغرامة (500 ألف-1 مليون) درهم.

(3) وفق تعريف القضاء الكندي (في قضية أندروز ضد قانون مجتمع كولومبيا البريطانية Andrews c. Law society of british Columbia, 1989, IRCS 143.

(4) U. S. Library of discrimination: <https://ghr.nlm.nih.gov/primer/testing/discrimination>

للمعلومة الوراثية⁽¹⁾. فالتمييز إما أن يكون فرديا (فرع أول) أو جماعيا (فرع ثاني).

الفرع الأول التمييز الفردي

يعد التمييز الوراثي، عموما، معاملة تفضيلية بسبب الخصائص الوراثية للفرد، وعادة ما يكون في مجال التوظيف والتأمين⁽²⁾، فبعد الحصول على نتائج الاختبارات الوراثية، يمكن أن يكون الفرد الحامل لطفرة وراثية عندئذ ضحية للتمييز⁽³⁾. وتكمن خصوصية التمييز الوراثي في حقيقة أن الفرد الحامل للطفرة، قد لا تتطور لديه تلك الطفرة التي يحملها (تخلل متغير)، أو أن الظرف الذي يؤهب الجينات التي يحملها قد لا يتطور أبدا، سواء كانت تلك الطفرة ذات تخلل تام أم متغير. بيد أنه من ناحية عملية يُفترض في الفرد الحامل للطفرة كما لو كان فردا مصابا ويُصور وتُسند إليه إعاقات ليست متحققة في الواقع⁽⁴⁾. وبذلك، يعاني الحامل لتلك الطفرات حينها من عيوب مختلفة، كما هو الشأن في مجال التأمين على الحياة، على الرغم من عدم حدوث أدنى تطور للمرض لديه.

صحيح أن شركات التأمين غالبا ما تؤسس حساباتها للمخاطر بناء على التاريخ العائلي، بيد

-
- (1) D. M. HAUSMAN: "Group Risks, Risks to groups, and Group engagement in genetics research", Kennedy institute of Ethics Journal, vol. 17, n 4, 2008, p. 351 .
 - (2) L. T. T. BOUERS: "Minorities without health insurance: a matter of life and death", State university of new york, empire state college, 2008; N. I. PEEFFER, P. McCARTHY VEACH, B. S. LeROY: "An investigation of genetic counselors, discussions of genetic discrimination with cancer risk patients", Journal of genetic counseling, vol. 11, n5, p. 120 .
 - (3) P. R. Billings: "Lessons from genetic discrimination", 2000, nature, nature. com
 - (4) T. POTEAT: "The role of stigma and discrimination in health care utilization and HIV risk among transgender adults", the Johns Hopkins university, 2012; Y. BOMBARD, E. PENZINER, O. SUCHOWERSKY: "Engagement with genetic discrimination concerns and experiences in the context of huntingdon disease", European Journal of Human Genetics, vol. 16, 2008, p. 279; M. OTLOWSKI: "Exploring the concept of genetic discrimination ", Journal of Bioethical Inquiry, vol. 2, n3, 2005, p. 165;

أن التمييز استناداً إلى النتائج الوراثية يختلف اختلافاً تاماً باختلاف نوع الطفرات التي يحملها الفرد⁽¹⁾. في الواقع، وفقاً لنوع الطفرات التي تم تحديدها، ونوع الأمراض الناشئة عنها، يختلف مدى قدرة شركة التأمين على احتساب المخاطر المرتبطة بالحالة الصحية للفرد الحامل، فإما أن تتم بدقة متناهية على أساس الحسابات الإحصائية الناجمة عن تاريخ العائلة أو الإطار الاجتماعي أو الاقتصادي. إلخ، (في حال التخلل التام)؛ أو تكون غير قادرة تماماً على التنبؤ بمدى تأثير طفرة ما⁽²⁾ (في حال التخلل المتغير)، إذ أن بعض الاختبارات الوراثية، في الواقع، تنطوي على إمكانية لليقين أو لتحديد دقيق جداً لتطور مرض ما، إذا كان ذا تخلل تام، في حين أنها مع مختلف القياسات الإحصائية الأخرى، ليس لدى شركات التأمين سوى احتمالات بسيطة لقياس مدى الخطر لدى فرد ما إذا كان ذا تخلل متغير.

وعليه، تنشأ الاشكالية المعاكسة ضمن إطار وجود طفرة في أحد الجينات قد ينشأ عنها مرض ذي تخلل متغير، فالطبيعة المعقدة وغير الواضحة للمعلومات الوراثية الناجمة عن هذا النوع من الطفرات تجعل من الاستحالة بمكان نقل أي من هذه البيانات إلى البيانات الاكتوارية الفعلية للحسابات الإحصائية⁽³⁾. فالطبيعة التي غالباً ما تكون معقدة وغير دقيقة، والاحتمالية والغامضة للمعلومات الوراثية، ذات الموثوقية القليلة والكفاءة النسبية في بعض الأحيان، بالنسبة لاختبارات التنبؤ، واستحالة التنبؤ في هذه الاختبارات بلحظة بداية المرض بالضبط وعوارضه وجسامته تشكل مع ذلك صعوبات بذات حجم تلك المتعلقة باستخدام تلك المعلومات في قطاع التأمين على الحياة والعجز⁽⁴⁾. ونظراً لاستحالة قيام العديد من شركات التأمين بتقدير الخطر المتمثل لدى

(1) T. LEMMENS, op. cit., note 13, p. 349. ; P. J. Malpas: « Is genetic information relevantly different from other kinds of non-genetic information in the life insurance context? », journal of medical ethics, 2008, jme. bmj. com

(2) A. DUPUY. N. DUPY: "Examen des caractéristiques génétiques d'une personne à des fins médicales: Information des tiers"; Centre de documentation multimédia en droit médical; 2006 :.

ويمكن الاطلاع عليه على الموقع الإلكتروني التالي:

<http://www.droit.univ-paris5.fr/cddm/modules.php?name=News&file=article&sid=80> .

(3) جمعة محمود عباد، وعمر محمد شديفات: "دور الدراسات الاكتوارية في تحديد الأقساط وتقييم المخاطر لتأمين الحياة في الأردن"، مجلة المنارة للبحوث والدراسات، الأردن، المجلد 18، العدد 1، 2012، ص 177.

(4) وفق رأي مجلس الصحة والرفاه - في كندا بشأن الصحة والرفاه في عصر علم الوراثة، وهو مجلس يهتم

بعض الأفراد، فإنه يخشى أن يواجه هؤلاء الأخيرون إما رفض تغطيتهم بالتأمين أو يجدون أنفسهم مضطرين إلى دفع أقساط كبيرة⁽¹⁾.

وبالتالي، يمكن أن يقع الفرد الحامل لطفرة وراثية (ذات تخلل متغير) ضحية للتمييز الوراثي ويرى نفسه محروما من الحق في التأمين على الحياة بسعر معقول⁽²⁾. هذا ويبدو أن النتائج الضارة المترتبة على التمييز الوراثي لا تقتصر على التمييز ضد الأفراد بل قد تشمل أيضا الجماعات.

الفرع الثاني

التمييز الجماعي

هنالك نتائج ضارة أخرى مرتبطة بالحصول على نتائج الاختبارات الوراثية قد يكون لها تأثير على جماعة معينة أو على الأفراد الذين ينتمون إليها⁽³⁾. في الواقع، هناك خصائص وراثية مشتركة لدى جماعة معينة، يخشى معها تعميم هذا النوع من التمييز ليشمل كافة الأفراد الذين ينتمون إلى تلك الجماعة، فالربط بين جماعة عرقية والاستعداد الوراثي لأحد الأمراض يمكن أن يمد المساء إلى جميع أعضاء هذه الجماعة المحددة اجتماعيا، فارتفاع حالات (سرطان الثدي لدى

==

بتوفير الرعاية الصحية ورفاه الأسرة (لا سيما في سن الشيخوخة)؛

Trudo Lemmens, Daryl Pullman & Rebecca Rodal, Genome Canada Policy Brief no 2, Revisiting Genetic Discrimination Issues in 2010: Policy Options for Canada (15 June 2010) at 3 .

(1) Conseil de la santé et du bien-etre: "La santé et le bien-etre de l'information génétique: enjeux individuels et sociaux à gérer"; Montréal, 2001, p. 23. ; Henry T Greely, "Genotype Discrimination: The Complex Case for Some Legislative Protection" (2001) 149:5 Univ Pa L Rev 1483 at 1484

(2) سلمى بنت محمد بن صالح هوساوي: "عقود التأمين وأحكامها"، حولية مركز البحوث والدراسات الإسلامية، كلية دار العلوم، جامعة القاهرة، مصر، مجلد 7، العدد 24، 2011، ص 379؛ محمد بن حسين بن عبد العزيز آل الشيخ: "عقد التأمين التجاري للتعويض عن الضرر، حقيقته وحكمه"، مجلة الجمعية الفقهية السعودية، السعودية، العدد 8، 2011، ص 255.

(3) P. K. GUPTA: "Fundamentals of insurance, Globalmedia, Mumbai, Ind, 2008. 24; D. M. HQUSMAN, op. cit. , note 18, p. 351 .

اليهود الأشكناز) على سبيل المثال⁽¹⁾، أو الحامض اللبني لدى سكان جاويبي في أمريكا اللاتينية والكاريبي، يمكن أن يؤدي إلى تعديل تقدير نسبة المخاطر من قبل شركات التأمين. وهذه الصورة من التمييز الوراثي هي أوسع نطاقاً ولا تتطلب اختبارات وراثية، ولذلك، ليس هنالك أي تأكيد مباشر لكل فرد من الجماعة. ومع ذلك، نظراً لوجود احتمال كبير لدى هؤلاء الحاملين للطفرة في مدى تطور المرض لديهم والاصابة به، فإن شركات التأمين تحكم عليهم بأنهم معرضون لخطر أكبر وفقاً لنسبة الاحتمالات⁽²⁾. لذلك، فإن هذا الشكل من التمييز يقترب من ذلك المتخذ من قبل شركات التأمين على مستوى التاريخ العائلي.

الردود القانونية للتمييز الوراثي تهتم أساساً بالمكونات الفردية لهذه الظاهرة، نظراً لطابعها الأكثر مباشرة والأكثر خاصية⁽³⁾. ومع ذلك، العديد من المنظمات الدولية والاقليمية تعرب عن قلقها إزاء هذا العنصر الجماعي واعتماد القواعد فيما يتصل بالجانب الجماعي للتمييز الوراثي⁽⁴⁾. وعلى الرغم من هذه العيوب المرتبطة بهذه الأنواع من التمييز الوراثي، لا سيما في مجال التأمين، هنالك العديد من المزايا الناشئة عن هذه التطورات العلمية. وفي المطلب التالي سوف يعكس هذه المزايا والعيوب في تقييم النزاع بين المصالح ذات الصلة.

(1) N. F. Niermeijer: "Cancer genetics and insurance", American journal of human genetics, 1999, ncbi. nlm. nih. gov

(2) المجلس الاقتصادي والاجتماعي للأمم المتحدة، القرار 2004/9، سرية البيانات الوراثية وعدم التمييز، الرابطة الطبية العالمية، اتخاذ موقف الرابطة الطبية في علم الوراثة والطب، سانتياغو، 2005، المادة (19).

(3) A. M. M. COTTER: "Race matters: an international analysis of race discrimination", Ashgate publishing group, Abingdon, Oxon, GBR, 2006. 2; K. ELTIS: "Genetic determinism and discrimination: a call to re-orient prevailing human rights discourse to better comport with the public implications of individual genetic testing", Journal of law, Medecin ðics, 2007, p. 282 .

(4) المجلس الاقتصادي والاجتماعي للأمم المتحدة، القرار 2004/9، سرية البيانات الوراثية وعدم التمييز؛ الرابطة الطبية العالمية، اتخاذ موقف الرابطة الطبية في علم الوراثة والطب، سانتياغو، 2005، المادة (19)، ويمكن الاطلاع عليها على الرابط التالي:

<http://209.44.124.200/-catagene/images/stories/pdf/rmga-pop-fran.pdf>

المطلب الثاني تنازع المصالح

يبدو ان التكهن بما تتضمنه الجينات الوراثية والتعرف على الخلفية الوراثية من شأنه أن ينطوي على العديد من المزايا ليس لمجرد الوقاية من المرض فحسب، بل أيضاً للحصول على تشخيص دقيق لمرض ما أو تأكيد الأعراض⁽¹⁾. هذا، وتكون المعلومات المتعلقة بوضع الحامل لطفرة ما مفيدة بشكل خاص في حالتين: ويظهر ذلك عندما تسمح بالعمل على تحديد عوامل خطورة الأمراض ومنع تطورها، إذ يمكن أن تعمل إما من خلال التشخيص المبكر أو بالعلاج الهادف على الحد من الإصابة بالأمراض أو من الوفيات⁽²⁾. وهذه القدرة على التنبؤ بالمخاطر⁽³⁾ انطلاقاً من المعلومات الوراثية يجعلها مثيرة للاهتمام لكل من المرضى وأسرهم والمتخصصين في الرعاية الصحية وكذلك لمجموع الوسط الصحي⁽⁴⁾.

بالمقابل، وعلى الصعيد الانساني، يمكن أن تشكل هذه النتائج أيضاً مصدرراً للتوتر والقلق لدى فرد يتلقى نبأ حالته كحامل لطفرة جينية ما يمكن أن يسبب له مرضاً شديداً أو حتى مميتاً، لا سيما إذا لم يتوافر هنالك أي علاج متاح، أو وسيلة وقاية، أو حتى إبطاء ظهور المرض. في هذه

(1) W. K. CHUNG, op. cit., note 4, p. 250;

حيث امكانية تصنيع أدوية لأمراض ترجع أسبابها إلى خلل في الجينات الوراثية. فالاختبار الوراثي يمكن أن يحسن بلا حدود نوعية حياة الأفراد، وحتى عائلات بكاملها.

E. APPETT, M. JAROSCH: "Combating racial discrimination", Berg Publishers, Oxford, CBR, 2000. (2) 32; U. S. Preventive services task forces, op. cit, note 4, p. 257; N. KASS, A. MEDLAY: "Genetic screening and disability insurance: what can we learn from the health insurance experience?", Journal of law, medicine & ethics, vol. 35, 2007, p. 11

(3) ويندرج هذا تحت ما يسمى بالطب التنبؤي الذي يهتم بتوقع الأمراض ووضع تدابير وقائية من أجل منع المرض أو الانخفاض الملحوظ في تأثيره على المريض، لمزيد من التفصيل راجع موقع ويكيبيديا (ar.wikipedia.org).

(4) F. CALLARD: "Mental illness, discrimination and the law: fighting for social justice", Somerset, NJ, USA, 2012. 47; W. K. CHUNG, op. cit., note 4, p. 256; K. A. SCHNEIDER: "Ethical issues in cancer genetics: 1) whose information is it?", Journal of genetic counseling, vol. 15, n6, 2006, p. 491; B. M. KNOPPERS: "Genetic information and the family: are we our brother's keeper?", Trends in biotechnology, vol. 20, n2, 2002, p. 85.

الحالات، التي يكون فيها المرض لا مفر منه، يمكن أن يكون التأثير السلبي على الفرد معتبراً⁽¹⁾. وهناك عيب ثان متصل بالوصول إلى تأمين الأشخاص، بما في ذلك التأمين على الحياة. فالفرد الحامل لطفرة تتسبب بأحد الأمراض، سواء كانت بتخلل تام أم لا، يمكن التمييز ضده من قبل شركة التأمين، نظراً لخصائصه الوراثية. ولذلك، يمكن أن يكون قسط التأمين المطلوب منه مرتفع جداً، أو قد يحرم الشخص ببساطة من التأمين على الحياة على أساس المخاطر العالية جداً جراء إصابته بمرض وراثي⁽²⁾. ومع ذلك، يعد التأمين على الحياة سلعة اجتماعية واقتصادية ضرورية⁽³⁾. في الواقع، يعد الاشتراك في التأمين على الحياة مطلباً أساسياً - في بعض التشريعات - وذلك للحصول على قرض الرهن العقاري لشراء مبنى أو لإطلاق شركة وما إلى ذلك⁽⁴⁾. ومما لا شك فيه أن حرمان بعض الأفراد من الحصول على التأمين بأسعار معقولة يمكن أن يكون له عواقب وخيمة عليهم، لا سيما وأن التمييز على أساس العوامل الوراثية هو أمر شائع ناهيك عن كونه واسع الانتشار⁽⁵⁾. علاوة على ذلك، يتطلب القانون المدني⁽⁶⁾ تعاقد الأطراف بحسن نية⁽⁷⁾، ما يلقي على عاتق

(1) G. BUNNER: "Private voluntary health insurance regulation: consumer protection and prudential regulation", World Bank publications, Washington, DC, USA, 2012. 5; K. ELTIS, op. cit., note 27, p. 285.

(2) Fannie Chen: "Genetic discrimination and insurance", 2004 - cmgm. stanford. edu <http://citeseerx.ist.psu.edu/viewdoc/download?doi=10.1.1.525.737&rep=rep1&type=pdf>

(3) European society of human genetics: "Genetic information and testing in insurance and employment: technical, social and ethical issues", European journal of human genetics, 2003, vol. 11, suppl. 2, 200, p. 11s.

(4) ففي الأردن على سبيل المثال يعتبر اشتراك المقترض في الضمان الاجتماعي أحد أسباب التقييم الإيجابي للحصول على قرض من البنك، فضمانات الاقتراض قد تكون عينية أو شخصية وفق الأحوال؛

(5) A. NELSON: "Body and soul: the black panther party and the fight against medical discrimination", University of Minnesota press, Minneapolis, MN, USA, 2011, 63; B. M. KNOPPERS, Y. JOLY, op. cit., note 12, p. 1461.

(6) راجع القانون المدني الأردني رقم 43 لسنة 1976؛ ونظام التأمين الإلزامي الأردني من المسؤولية الناجمة عن استخدام المركبات رقم (32) لسنة 2001.

(7) راجع خصائص عقد التأمين، على شبكة قانوني الأردن (www.Lawjo.net).

الفرد الحامل لإحدى الطفرات التزام بالكشف عنها للمؤمن المحتمل⁽¹⁾. هذه القاعدة من حسن النية، والالتزام بالكشف المترتب عليها⁽²⁾ يهدف إلى الوقاية من سوء الاختيار، بمعنى أن الظاهرة التي يخفي فيها طالب التأمين المعلومات غير المواتية في سبيل دفع مبلغ أقل من الذي يحدد لمجموعته -المشتركة معه بذات الخطر، فانه يتسبب في ذلك بتكاليف إضافية لشركة التأمين⁽³⁾ إن تحقق المرض الوراثي.

ثم، وفقا لهذه المزايا والعيوب المتعلقة بنتائج الاختبارات الوراثية، يلاحظ أنه من الممكن أن تتعارض مفاهيم قانونية مختلفة كمبادئ التضامن والانصاف وحسن النية والعدل⁽⁴⁾. وعلاوة على ذلك، من منظور العدالة التوزيعية، من الصعب تبرير تحمل بعض الأفراد فقط الآثار المترتبة على تركهم الوراثية ما يخشى معه حرمانهم من السلع الاجتماعية الاقتصادية الأساسية⁽⁵⁾.

(1) Art. 2408, C. c. Q;

انظر أيضا القسم (2 ج) من هذا العمل المتعلق بشرط الكشف هذا.

(2) علي مصباح ابراهيم: "التزام المضمون بإعلام الضامن في ضمان الحياة"، أعمال المؤتمر العلمي السنوي لكلية الحقوق بجامعة بيروت العربية تحت عنوان الجديد في أعمال المصارف من الوجهتين القانونية والاقتصادية، لبنان، ج1، ص 321.

(3) W. E. WILLIAMS: "Race and economics: how much can we blame on discrimination", Hoover institution press, Stanford, CA, USA, 2011. 32; M. OTLOWSKI, op. cit. , note 20, p. 165s.

(4) D. FOX: "Luck, genes and equality", Journal of law, medicine & ethics, vol. 35, n4, 2007, p. 721; D. FOX: "Silver spoons and golden genes: genetic engineering and the egalitarian ethos", American journal of law& medicine, vol. 33, n4, 2007, p. 567

(5) J. JASIAK, C. GOURIEROUX: "Econometrics of individual risk: credit, insurance, and marketing", Princeton university press, Princeton, NJ, USA, 2011. 12; W. K. CHUNG, op. cit. , note 4, p. 260 .

المطلب الثالث

المخاطر المرتبطة بالتمييز الوراثي

إن المخاوف المعرب عنها فيما يتعلق بالتمييز الوراثي يمكن أن تقع على عدة مستويات: ومن ذلك العمالة والتمويل والتأمين والتعليم⁽¹⁾، وإمكانية التمييز الوراثي في مجال التأمين تولد مخاوف هامة⁽²⁾ بشكل خاص.

إن وصول شركات التأمين إلى نتائج الاختبارات الوراثية، عادة ما يتم نتيجة الكشف عنها من قبل طبيب الفرد المشارك في الاختبارات الوراثية (بموافقة هذا الأخير، ومن خلال السجلات الطبية)، أو بواسطة المشارك نفسه⁽³⁾. في الواقع، على الرغم من أن السياسة الحالية لشركات التأمين لا تخضع المتقدمين للتأمين لاختبارات وراثية⁽⁴⁾، ولكنها تتطلب منهم نتائج اختبارات كانت قد أجريت سابقاً⁽⁵⁾، سواء كانت هذه الاختبارات قد أجريت في سياق سريري، أو ضمن إطار مشروع بحث، أو بمبادرة من الفرد نفسه أيضاً⁽⁶⁾. وتجدر الإشارة إلى أنه، في معظم الحالات، لا يستفيد المشاركون في البحوث من فوائد هذه البحوث، ولا يحصلون بالتالي على أية نتيجة في كثير من الأحيان⁽⁷⁾.

ومع ذلك، قد يحصل أن يتلقى بعض المشاركون ردوداً فردية في بعض الأحيان؛ إذ قد يتلقون

(1) M. A. HALL, J. E. McWEN, J. C. BARTON: "Concerns in a primary care population about genetic discrimination in insurers", Genetics in medicine, vol. 7, n5, 2005, p. 311;

معظم الأشخاص يخشون استخدام معلوماتهم الوراثية لحرمهم من الوظائف أو التغطية الطبية.
(2) المصدر السابق.

(3) KK Steinberg: "Risks associated with genetic testing: health insurance discrimination or simply business as usual?", Journal of the American Medical Women's, 2000, europemc. org .

(4) د. عبد القادر عطير: "التأمين البري في التشريع الأردني"، دار الثقافة للنشر والتوزيع، عمان، الأردن، 1995، ص 25.

(5) الرابطة الكندية للتأمين على الأشخاص، والموقف الذي تم اتخاذه حول الاختبارات الجينية، 2003، ويمكن الاطلاع عليه من خلال الرابط التالي:

http://www.clhia.ca/download/postion_ACCAP_tests_genetiques.pdf

(6) انظر الاعلان الدولي حول البيانات الوراثية البشرية، المشار اليه سابقاً، المادة (4).

(7) R. J. Pokorski: "A test for the insurance industry", nature, 1998, nature. com

النتائج المتعلقة بالتركة الوراثية الخاصة بهم، فيتم إعلام هؤلاء المشاركين عن خصوصيات الجينوم الخاص بهم وفيما إن كانوا حاملين لطفرات يمكن أن تحرك أمراضا وراثية. وتنظر شركات التأمين في هذه النتائج للتنبؤ بمستوى المخاطر المتعلقة بالفرد، ما قد يؤدي بالشخص إلى أن يكون ضحية للتمييز الوراثي⁽¹⁾.

ومع ذلك، يبدو أن عدد الحالات التي كان فيها الأفراد محل تمييز وراثي أقل أهمية مما كان متوقعا في الأساس⁽²⁾، بالإضافة إلى أنه في الولايات المتحدة على الأقل، تتم تسوية النزاعات لصالح المشتكين⁽³⁾. وعلاوة على ذلك، وفقا لبرامج فرز واسعة النطاق، كما هو الشأن في هولندا على سبيل المثال، فيما يتعلق بالمرضى الذين يعانون من "الكوليسترول العائلي"، لم يكن من شأن ذلك أن يؤدي إلى انخفاض في الحصول على التأمين⁽⁴⁾.

ومع ذلك، فإن مجرد الخشية من التمييز الوراثي بحد ذاتها قد يكون لها تأثير، إذ يمكن كبح البحوث الطبية أو إبطاء تقدمها من خلال رفض المشاركة فيها خشية التعرض للتمييز⁽⁵⁾، ففي

(1) وتجدر الإشارة في هذا المجال الى ان المشرع الاردني قد ألزم المؤمن له في المادة (3/927) من القانون المدني في "أن يخطر المؤمن بما يطرأ أثناء مدة العقد من أمور تؤدي إلى زيادة هذه المخاطر": كما أجاز في المادة (1/924) سقوط الحق في الضمان إذا... تأخر المؤمن له في الاعلان عن تحقق الخطر دون عذر مقبول؛ وهذا ما أخذ به المشرع المصري في المادة (1/750) من القانون المدني المصري.

(2) A. STANGLE: "Taking HIV related stigma and discrimination in south asia", World Bank publications, Herndon, VA, USA, 2010. 23; H. T. GREELY: "Banning genetic discrimination", New England journal of medicine, vol. 353, n9, 2005, p. 865; D. C. WERTZ: "Genetic discrimination - an overblown fear?", Nature reviews genetics, vol. 3, n7, 2002, p. 496 .

(3) Theresa Boyle, "Young woman faces insurance hoops due to father with Huntington's" (18 May 2011), online: Health Zone <www.healthzone.ca/health/newsfeatures/article/992995--young-woman-faces-insurance-hoops-due-to-father-with-huntington-s?bn=1>; W. K. CHUNG, op. cit. , note 4, p. 260 .

(4) C. ULMER: "Perspectives on essential health benefits: workshop report", National academics press, Washington, DC, USA, 2011. 17; S. J. M. HOMSMAN, R. HUIJGEN, S. MIDDLEDORP: "Molecular Screening for familial hypercholesterolemia: consequences for life and disability insurance", European journal of human genetics, vol. 16, 2008, p. 14 .

(5) M. Mossialos & others: "Genetic testing and insurance: opportunities and challenges for society", Trends in Molecular Medicine, 2001, Elsevier.

دراسة عن سرطان الثدي عام 2001 في الولايات المتحدة، على سبيل المثال، رفض ما يصل إلى ثلث النساء المباشرة في القيام بالاختبارات الوراثية بسبب مخاوف تتعلق بالتوظيف أو التأمين⁽¹⁾.

وفي الآونة الأخيرة، أخذت الأسباب لتبرير الرفض المهيمنة ترتيباً مختلفاً: كالخوف من الخضوع لاختبار طبي، والحق في عدم المعرفة، والافتقار إلى الموارد الاقتصادية، والافتقار إلى الوقت، وما إلى ذلك⁽²⁾.

بالإضافة إلى ما تقدم، تدخل معظم المشرعين لمواجهة أو الحد من هذا التهديد. في الواقع، هناك عدة أنواع من التمييز الوراثي من خلال نوعين من القواعد؛ تلك المتعلقة بالتمييز بصورة عامة، وتلك المتعلقة بالتمييز الوراثي على وجه الخصوص. لذلك سوف نعالج في المبحث التالي القواعد الدولية والوطنية التي تتعامل مع التمييز، فضلاً عن القانون الأمريكي بشأن عدم التمييز في مجال المعلومات الوراثية لعام 2008⁽³⁾، ثم نشير إلى قرار قضائي في الكيبك بشأن التمييز الوراثي من قبل إحدى شركات التأمين.

(1) D. MARTINDALE: "Pink slip in your genes", Scientific American, vol. 1, n19, 2001, p. 386;

ان الأبحاث حول وجود عوامل وراثية لمرض السرطان عند الأشخاص تجعلهم يمتنعون عن الاستمرار في الأبحاث التي تجري عليهم وتجعلهم يخافون من استغلالهم من قبل مؤسسات التأمين الصحية.

(2) K. J. SCHLICH-BAKKER: "Barriers of participating in genetic counseling and BRCA: testing during primary treatment for breast cancer", Genetics in medicine, vol. 9, n11, 2007, p. 766 .

(3) Genetic Information Nondiscrimination Act of 2007, H. R. 493 GINA .

المبحث الثاني

تدابير الحماية المقدمة ضد التمييز الوراثي

يعرف الفقه نوعين من المخاطر التي قد تواجه المشاركين في البحث: تلك المتعلقة بالإجراء وتلك المتعلقة بالموضوع⁽¹⁾. يمكن التصنيف في الفئة الأولى القواعد المتعلقة بالكشف عن المخاطر للحصول على الرضاء المستنير، فضلاً عن مجموعة القواعد المتعلقة بالسرية. والتصنيف ضمن الفئة الثانية قواعد الحماية ضد التمييز؛ وهذه الفئة الثانية من القواعد هي التي تهمنا هنا. وتحقيقاً لهذه الغاية، ينبغي أولاً مناقشة قواعد التمييز بشكل عام (مطلب أول)، ومن ثم القواعد التي تتصل بالتمييز الوراثي على وجه الخصوص (مطلب ثان)، وانتهاءً بنموذج من التطبيقات القضائية⁽²⁾ (مطلب ثالث).

المطلب الأول

القواعد المتعلقة بالتمييز بشكل عام

للتعرف على القواعد المتعلقة بالتمييز بشكل عام لا بد من التطرق لكل من القواعد الدولية والقواعد الوطنية.

الفرع الأول

القواعد الدولية

يسير مفهوم المساواة بين الأفراد جنباً إلى جنب مع حظر التمييز، وهذان المبدآن متداخلان ومتكرران في العديد من النصوص الأساسية في مجال حقوق الإنسان⁽³⁾. وعادة ما تكون الصياغة

(1) J. YORTE: "Right to life and value of life: orientations in law, politics and ethics", Ashgate publishing group, Franhanm, Surrey, GBR, 2010. 7; D. M. HAUSMAN, op. cit., note 18, p. 351.

(2) Audet c. Industrielle-Alliance, 1990, R. R. A. 500 .

(3) الاعلان العالمي لحقوق الانسان، المادة (7)؛ المفوض السامي لحقوق الانسان، العهد الدولي لحقوق الانسان المدنية والسياسية، 1966، المادة (26)؛ المفوض السامي لحقوق الانسان، العهد الدولي الخاص بالحقوق

التي أدخلت هذه المبادئ عامة جداً⁽¹⁾، لناخذ على سبيل المثال الإعلان العالمي لحقوق الإنسان والعهد الدولي الخاص بالحقوق الاقتصادية والاجتماعية والثقافية: "كل الناس سواسية أمام القانون، ولهم الحق في التمتع بحماية متكافئة عنه دون أية تفرقة، كما أن لهم جميعاً الحق في حماية متساوية ضد أي تمييز يخل بهذا الاعلان وضد أي تحريض على تمييز كهذا"⁽²⁾؛ "تتعهد الدول الأطراف في هذا العهد بأن تضمن جعل ممارسة الحقوق المنصوص عليها في هذا العهد بريئة من 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"⁽³⁾.

هذان النصان الأساسيان، بفرضهما التزامات على الدول الموقعة عليهما، توضح الأهمية التي تعلقها على مبادئ عدم التمييز والمساواة. ومع ذلك، رهنأ بإدماجها في القانون المحلي، هذه الدول لا توفر عموماً طرق طعن للأفراد الذين يقعون ضحايا لانتهاك حقهم في المساواة في العلاقات الخاصة بهم.

الاعلان العالمي لأخلاقيات البيولوجيا وحقوق الانسان، الذي اعتمدته اليونسكو عام 2005، يتناول مفهوم التمييز في سياق أخلاقيات علم الأحياء، وعلى الرغم من أن صيغة البيان الذي أدلى به واسعة كما هو شأن النصوص التأسيسية التي قمنا بمناقشتها، إلا أن نطاقه يقتصر على المسائل الأخلاقية التي يثيرها الطب وعلم الحياة والتكنولوجيات المرتبطة بها، المطبقة على البشر، مع مراعاة أبعادها الاجتماعية والقانونية والبيئية⁽⁴⁾. فهو ينص على أنه "يتعين احترام المساواة

==

الاقتصادية والاجتماعية والثقافية، المادة (2/2): المؤتمر الأمريكي الدولي التاسع، الاعلان الأمريكي لحقوق وواجبات الانسان، بوغوتا، 1948، المادة (2): الاتفاقية الأوروبية لحقوق الانسان، 1950، المادة (14): منظمة الوحدة الافريقية، الميثاق الافريقي لحقوق الانسان والشعوب، نيروبي، 1981، المادة (3).

(1) عمر عبد النافع خليل: "نظرة سريعة على أهم اتفاقيات الدولية لحقوق الانسان"، مجلة الجنان لحقوق الانسان، لبنان، العدد 1، 2010، ص 7.

(2) الاعلان العالمي لحقوق الانسان، المادة (7). ويمكن الاطلاع عليه من خلال الرابط التالي: www.un.org/ar/documents/udhr

(3) العهد الدولي المتعلق بالحقوق الاقتصادية والاجتماعية والثقافية، المادة (2/2). ويمكن الاطلاع عليه من خلال الرابط التالي: www1.umn.edu/humanrts/arab/b002.html

(4) اليونسكو، الاعلان العالمي لأخلاقيات البيولوجيا وحقوق الانسان، 2005، المادة (2/1). ويمكن الاطلاع عليه

==

الأساسية بين جميع البشر في الكرامة والحقوق بما يكفل معاملتهم معاملة عادلة ومنصفة"⁽¹⁾، و" لا يجوز ممارسة التمييز أو الوصم إزاء أي فرد أو جماعة لأي أسباب كانت بوصف ذلك انتهاكاً للكرامة الانسانية وحقوق الانسان والحريات الأساسية"⁽²⁾. كما وردت أحكام مماثلة في كافة الوثائق الدولية الصادرة عن اليونسكو في هذا المجال كالإعلان العالمي بشأن الجينوم البشري وحقوق الانسان، إلى جانب الاعلان العالمي بشأن أخلاقيات علم الأحياء وحقوق الانسان المشار اليه أعلاه.

الفرع الثاني القواعد الوطنية

كما نجد هذه العلاقة بين المساواة والتمييز ضمن إطار القانون الوطني. في الواقع، تنص العديد من النصوص الدستورية إلى مبدأ المساواة، كما هو الشأن في الدستور الاماراتي⁽³⁾ والأردني⁽⁴⁾. كما أن المادة (1/15) من الميثاق الكندي الاتحادي للحقوق والحريات⁽⁵⁾ تعرف الحق في المساواة على النحو التالي: "القانون لا يعمل على استثناء أي شخص ويطبق أيضاً بالتساوي على

==

من خلال الرابط التالي:

unesdoc. unesco. org/images/0014/001461/146180a. pdf ؛E. R. Winslow: "Ethics and genetic testing", 2004, seminarscolorectalsurgery. com

(1) المصدر السابق، المادة (10).

(2) المصدر السابق، المادة (11).

(3) المادة 25 من الدستور الإماراتي والتي تنص على أن "جميع الأفراد لدى القانون سواء، ولا تمييز بين مواطني الاتحاد بسبب الأصل أو الموطن أو العقيدة الدينية أو المركز الاجتماعي".

(4) وضع الدستور الأردني أساساً ومنطلقاً للنظرة إلى الأردنيين جميعاً، باعتبارهم سواء لا تمييز بينهم بالحقوق والواجبات وإن اختلفوا بالعرق أو اللغة. فقد كرس الدستور الأردني مبدأ المساواة وعدم التمييز أيًا كانت الأسس التي يستند عليها سواء على أساس العرق أو اللغة أو الدين حيث نص على أن "الأردنيون أمام القانون سواء لا تمييز بينهم في الحقوق والواجبات وإن اختلفوا في العرق أو اللغة أو الدين". وقد دعم الميثاق الوطني ما جاء به الدستور حيث أكد على تحقيق المساواة والعدالة وتكافؤ الفرص بين المواطنين رجالاً ونساء دون تمييز.

(5) الميثاق الكندي للحقوق والحريات، الجزء الأول من القانون الدستوري لعام 1982، الملحق الأول من قانون 1982، (R. -U. , 1982 c. 11).

الجميع، وللجميع الحق في الحماية المتساوية والاستفادة المتساوية من القانون، دون تمييز، بما في ذلك التمييز على أساس العرق أو الأصل القومي أو العرقي أو اللون أو الدين أو الجنس أو العمر أو الإعاقة العقلية أو البدنية"⁽¹⁾.

بيد أن نصوص هذه التشريعات تبدو قليلة الفائدة بعض الشيء ضد التمييز الوراثي في التأمين على الحياة، نظراً للنطاق المحدود لهذه النصوص الدستورية. والواقع أن الميثاق الكندي للحقوق والحريات لا ينطبق سوى على علاقات القانون العام ولا ينطبق على فرد في إطار عقد خاص للتأمين على الحياة⁽²⁾، في حين أن القانون الكندي حول حقوق الإنسان⁽³⁾ يطبق من جانبه على العلاقات القانونية الخاصة، ولكن على تلك التي تقع ضمن الاختصاص الاتحادي والتشريع الاتحادي؛ ولذلك، فهو لا ينطبق على مجال عقود التأمين. وأخيراً، ان الشرعة الكندية للحقوق⁽⁴⁾ لا تطبق سوى على الدولة الاتحادية.

المقاطعات في مجال اختصاصها، قامت أيضاً بسن قوانين تهدف إلى حماية الحق في المساواة وحظر التمييز. ففي الكيبك، على سبيل المثال، يتمتع ميثاق الحقوق والحريات⁽⁵⁾ (وسنشير له لاحقاً بميثاق الكيبك) بنطاق واسع من التطبيق، فهو ينطبق على كل من الاجراءات الحكومية والعلاقات الخاصة بين الأفراد، كما يمكن أن ينطبق بالتالي على التمييز الوراثي في مجال التأمين على الحياة. وينص ميثاق الكيبك في المادة (10) منه على أنه "لكل فرد الحق في الاعتراف والممارسة، في المساواة التامة، للحقوق والحريات، دون تمييز أو استبعاد أو تفضيل على أساس العرق أو اللون أو الجنس أو الحمل أو الميول الجنسية أو الحالة المدنية أو العمر ما عدا المنصوص عليها في القانون أو الدين أو القناعات السياسية أو اللغة أو الأصل العرقي أو الوطني أو الوضع الاجتماعي أو الاعاقة أو استخدام وسيلة للتخفيف من هذه الاعاقة. هناك تمييز عندما يكون من شأن مثل

(1) المرجع السابق، المادة (1/15).

(2) S. D. G. M. R. c. Dolphin Delivery Ltd. , 1986, 2, R. C. S. , 573. 603

(3) القانون الكندي حول حقوق الإنسان، (L. R. C. , 1985, c. H-6).

(4) الاعلان الكندي للحقوق، 1960، الفصل 44.

ميثاق الحقوق والحريات، (L. R. Q. , c. C-12).

(5) ميثاق الحقوق والحريات، (L. R. Q. , c. C-12).

هذه التفرقة أو الاستبعاد أو التفضيل أن تؤدي إلى تدمير أو إضعاف هذا الحق⁽¹⁾.

وبهذا، يمنح ميثاق الكيبك الحق في المساواة، ويقوم بتحديد المعايير المؤدية إلى التمييز التي تخالف القانون. وبشكل أكثر تحديداً، عرفت المحكمة العليا لكندا⁽²⁾ طريقة لتحليل هذه المادة في مرحلتين وذلك لتحديد الظروف التي يمكن أن تقوم فيها التفرقة أو الاستبعاد أو التفضيل الذي يمكن وصفه بالتمييزي. وفقاً لهذه المقاربة، يجب تحديد تطبيق الحق في المساواة، بموجب المادة (10) بداية عبر تقييم الشروط التالية: 1. وجود تفرقة أو استبعاد أو تفضيل؛ 2. أن يركز على أحد الأسباب المدونة في المادة (10)؛ 3. أن تكون للتفرقة أو الاستبعاد أو التفضيل تأثير في التدمير أو المساس بالحق في ممارسة الشخص لحقوقه وحياته بمساواة تامة⁽³⁾. ثم ينبغي بعد ذلك، في مرحلة ثانية، تقييم مدى أهمية الدفاع استناداً إلى المادة (1-20) من ميثاق الكيبك، المادة التي تنص ضمن سياقات معينة، بأن حالات التفريق هذه أو الاستبعاد أو التفضيل يمكن أن تكون غير تمييزية.

إذن، وفقاً لهذه المقاربة على خطوتين، سنقوم بالتقييم فيما إن كانت التشريعات تمنح حماية ضد التمييز الوراثي في إطار التأمين على الحياة، وفيما إن كان هذا النوع من التمييز تمييزي بالمعنى المقصود فيها.

أولاً: الحق في المساواة

الخطوة الأولى في التحليل لتحديد فيما إن كانت التشريعات (كقانون منع التمييز والكرهية الاماراتي والمادة (10) من ميثاق الكيبك) تنطبق ضمن إطار التمييز الوراثي في مجال التأمين على الحياة.

1. وجود تفرقة أو استبعاد أو تفضيل

يفسر هذا المعيار على أساس الوقائع المشكوك فيها، ويبدو ان درجة تطبيقه منخفضة جداً لأنها تتطلب وجود تمييز أو استبعاد أو شكل من أشكال التفضيل لأي كان. وبالإضافة إلى ذلك

(1) Québec, Commission des droits de la personne et des droits de la jeunesse du Québec, c. Montréal; ville; 2000, I. R. C. S. 665 .

(2) المصدر السابق، المادة (10).

(3) المصدر السابق.

يفسر هذا المعيار بطريقة واسعة وشاملة⁽¹⁾. ثم، وفقاً لأسباب الرفض المعلنة من شركة التأمين، عموماً من السهل جدا التحديد فيما إن كان هناك تفرقة أو استبعاد أو تفضيل؛ فكل شكل من أشكال التمييز يصل إذن إلى هذه الدرجة التي تفي بهذا المعيار الأول.

2. تفرقة أو استبعاد أو تفضيل على أساس أحد الأسباب المعددة.

في المادة (10) من ميثاق كيبك، هناك قائمة بالأسباب التي يحظر إقامة تفرقة أو استبعاد أو تفضيل. ان تعداد هذه الأسس للتمييز المحرم مغلق ولذلك فهو محدد⁽²⁾ على سبيل الحصر. وعلى الرغم من أن الوراثة ليست من الأسباب المذكورة صراحة، الا أنه من المتوقع الآن أن مفهوم الإعاقة يمكن أن يشمل الاختلالات الوراثية⁽³⁾.

في الواقع، في قرار كيبك (لجنة حقوق الانسان وحقوق الشباب في كيبك) ضد مدينة مونتريال⁽⁴⁾، تعتمد المحكمة العليا تعريف العيب الذي اعتمدته منظمة الصحة العالمية: "في مجال

(1) Abdullah Daar & Jean-François Mattei, Draft World Health Organization (WHO) Guidelines on Bioethics (1999) at s 7, online: Rechtswissenschaftliche Fakultät <www. rewi. uni-jena. de/rewimedia/Downloads/LS-Ruffert/Ethical_Codes/WHO_Draft+World+HealthOrganization+Guidelines+on+Bioethics. pdf>; L. LAPLANTE: "Les nouvelles frontières de l'accommodement raisonnable: un casse-tête insoluble?", Développements récents en droit du travail de l'école du bureau du quebec, vol: 293, 2008, p. 216 .

(2) Québec c. Montréal, préc. , note 63; Mode Cohoes Inc. c. Procureur général du Québec, 1993, R. J. Q. 2801,2806, C. A .

(3) Québec c. Montréal, id;

جون هيلز، وجوليان لوغرمان، وديفيد بيلشو: "الاستبعاد الاجتماعي، ترجمة د. محمد الجوهري، عالم المعرفة، المجلس الوطني للثقافة والفنون والآداب، الكويت، 2007، ص20. : انظر اتفاقية حقوق الأشخاص وذوي الاعاقات وبروتوكولها الاختياري على الموقع التالي:

http://www.unicef.org/voy/arabic/exolore/explor_1828.html+1829.html;

علما بأن هناك من يرى بأن الأصحاء الحاملة للأمراض الوراثية لا يعتبرون ممن يتصفون بالاعاقة أو عدم الأهلية (disability).

(4) المصدر السابق.

Department of Health, "Agreement extended on predictive genetic tests and insurance" (26 June ==

الصحة، الحرمان الاجتماعي للفرد هو الأضرار التي نتجت عن الإعاقة أو العجز، والذي يحد أو يمنع من إنجاز دور يعتبر طبيعي بالنسبة للعمر والجنس والعوامل الاجتماعية والثقافية"⁽¹⁾.

في هذا الحكم المجمع عليه، قامت القاضية بتفسير واسع لمصطلح الإعاقة، دون اشتراط للقيود الوظيفية⁽²⁾، والتأكيد على عنصر شخصي⁽³⁾ للتمييز القائم على هذا السبب. وتحيل على وجه التحديد إلى النهوض السريع بتكنولوجيا الجينات الوراثية لتبرير عدم وضع تعريف ضيق لمصطلح "الإعاقة". كما دعمت رأيها بأن الإعاقة قد تنشأ تماماً عن تقييد جسدي أو بناء اجتماعي أو من تصور قيد، أو مزيج من هذه العوامل. وبتأثير مجمل هذه الظروف يتحدد فيما إذا كان الفرد مصاباً بإعاقة أم لا، لغايات الميثاق⁽⁴⁾.

وهكذا، فقد لوحظ بأن تشريع الكيبك وإن كان لا يتناول المفهوم المحدد للتمييز الوراثي على وجه الخصوص، إلا أن تفسير المحكمة العليا يوحي بأن ذلك ليس ضرورياً، حيث التعريف الواسع لمصطلح "الإعاقة"، واسع بما فيه الكفاية ليشمل الصفات الوراثية كسبب محظور للتمييز وفق ميثاق الكيبك⁽⁵⁾. ومن الجدير بالذكر أن المشرع الإماراتي وإن كان قد نص على بعض صور

==

2012), online: Department of Health <www. dh. gov. uk/health/2012/06/genetics/>; Edward Hockings, "Moratorium on Insurers' use of Genetic Tests" (8 February 2013), online: Ethics and Genetics <www. ethicsandgenetics. org/Blog/Moratorium-on-Insurers-use-of-Genetic-Tests>;

(1) المنظمة العالمية للصحة: التصنيف الدولي للعاهات، العاهات والإعاقة، دليل لتصنيف النتائج المترتبة على الأمراض، 1988.

(2) للمزيد حول هذا المفهوم راجع: عصام سعيد عبد أحمد: "حقوق الأشخاص ذوي الإعاقات"، مجلة الرافدين للحقوق، كلية الحقوق، جامعة الموصل، العراق، العدد 54، 2012، ص 313.

(3) سامي عبد الله الدريعي: "التنفيذ العيني للالتزام المؤمن له دفع القسط في التأمين على الحياة، دراسة تحليلية وتأصيلية في القانون الفرنسي والمصري والكويتي، مجلة الحقوق، الكويت، المجلد 32، العدد 2، 2008، ص 197.

(4) Québec c. Montréal, op. cit. , note 63 : Richard Walsh & Sandy Raeburn, A Review of the Genetics Moratorium and What Might Replace It (Newbury: St Andrews Management Institute, 2009) at para 55, online: SAMI Consulting <www. samiconsulting. co. uk/4geneticismoratorium. pdf> .

(5) Institute of medicine: "Living well with Chronic illness: a call for a public health action", National academic press, Washington, DC, USA, 201221 ; E. LEVESQUE: "La discrimination génétique

==

للأساس الذي قد يقوم عليه التمييز، إذ نجد: كل من الدين؛ العقيدة؛ المذهب؛ الملة؛ الطائفة؛ العرق؛ اللون؛ والأصل الإثني. إلا أنه لم ينص صراحة على بعض الأسس الأخرى التي قد يقوم عليها التمييز كالوراثة والجنس؛ والسن؛ والإعاقة؛ والمركز الاجتماعي (على الرغم من النص عليها في المادة (25) / الدستور)؛ والتوجه. والتساؤل الذي يثور في هذا الصدد، هل يدخل "التمييز الوراثي" ضمن أساس "العرق" أو "اللون" أم يقوم على أسس أخرى؟

3. الحق في ممارسة حقوق الشخص وحرياته في مساواة تامة⁽¹⁾

لأغراض دراستنا، نشير إلى أن التمييز في إطار فعل قانوني⁽²⁾ هو محظور على وجه التحديد. وبالتالي فإن التمييز في مجال عقد التأمين على الحياة محظور بالنتيجة بالنظر إلى أن عقد التأمين على الحياة هو عمل قانوني بالمعنى الوارد في القانون دون شك⁽³⁾.

ثانياً: الدفاع استناداً إلى القانون

الخطوة الثانية لهذا التحليل لانتهاك الحق في المساواة تتمثل في التحقق فيما إذا كان هناك دفاع يجعل من التفرقة أو الاستبعاد أو التفضيل غير تمييزي، حتى ولو قام على أحد الأسباب السابقة.

أورد المشرع الإماراتي "أحكام ختامية" في نهاية قانون حظر التمييز والكرهية لسنة 2015 صورة من صور "التمييز الايجابي"، وفق المادة (20) منه بقوله "لا يعد تمييزاً محظوراً.. كل ميزة أو أفضلية أو منفعة، تتقرر بموجب أحكام أي تشريع آخر في الدولة، للمرأة، أو الطفل، أو لذوي الإعاقة أو لكبار السن أو لغيرهم". ويمكن الاستدلال من خلال هذا النص بأنه إذا كان التمييز

==

dans l'emploi: une étude des protections offertes par les chartes canadiennes et québécoise",
thèse de maîtrise, Université de Montréal, 2004 .

(1) د. أحمد سليم سعيان: "الحريات العامة وحقوق الإنسان"، ج 1، ط 1، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت، لبنان، 2010، ص 14.

(2) ميثاق الحقوق والحريات المشار اليه سابقاً، ملاحظة 60، المادة (12) "لا يستطيع أحد، من خلال التمييز، أن يرفض ابرام عمل قانوني محل أموال أو خدمات تقدم عادة للجمهور"؛ المادة (13) "لا يستطيع أحد، في عمل قانوني، أن ينص على شرط ينطوي على التمييز، فمثل هذا الشرط ليس له تأثير".

(3) كالمادتين (12) و(13) من ميثاق الكيبك، والمادة (2389)، (Q. c. c.).

الاجباي جائزا فإن التمييز السلبي -بمعنى المخالفة- غير جائز. وفي ذات السياق. ويبدو أن ميثاق الكيبك أكثر تحديداً بشأن الدفاع في مجال التأمين؛ إذ تنص المادة (20-1)، في الواقع، على ما يلي: "1. في عقد تأمين، أو تأجير، أو نظام فوائد اجتماعية أو المعاشات التقاعدية أو نظام عالي للإيجارات أو التأمين، فإن التفرقة أو الاستبعاد أو التفضيل القائم على أساس السن أو الجنس أو الحالة المدنية يعتبر غير تمييزي عندما يكون استخدامه مشروعاً، وأن السبب الذي يقوم عليه يشكل عاملاً في تحديد الخطر، استناداً إلى البيانات الاكتوارية. 2. في مثل هذه العقود أو الأنظمة فإن استخدام الحالة الصحية لتحديد عامل الخطر لا يشكل تمييزاً بالمعنى الوارد في المادة (10)".

وفي الفقرة الثانية من هذه المادة ينص المشرع صراحة على أن تقييم الحالة الصحية يمكن أن يخدم كمعيار لتحديد مستوى المخاطر المرتبطة بفرد دون أن يشكل ذلك تمييزاً. وفي هذا الصدد يعد التمييز بناءً على الحالة الصحية في مجال التأمين غير تمييزي إذا اتفق مع المعيارين المشار إليهما في الفقرة الأولى من هذه المادة⁽¹⁾.

لذلك، يبدو أن استخدام البيانات الوراثية كعامل في تحديد الخطر أمر مشروع وذلك في الحالة التي يسمح فيها التركيب الوراثي للفرد بتحديد حالته الصحية الحالية و/أو المستقبلية⁽²⁾. وفقاً للحالة الراهنة للقانون يمكن لشركة التأمين الحصول على المعلومات الوراثية للحالة الصحية للفرد من خلال استشارة ملفه الطبي، واستخدام الاستبيانات، وتاريخ العائلة، والفحوص الطبية، واختبارات الدم،... إلخ⁽³⁾. ثم يتم تحويل البيانات التي تم الحصول عليها إلى بيانات اكتوارية لحساب مقدار المخاطر لدى فرد⁽⁴⁾. حالياً، تقوم شركات التأمين باستخدام الحالة الصحية، بشكل مشروع، في تحديد المخاطر وبالتالي القيام بالتمييز الذي لا يخالف القانون⁽⁵⁾.

(1) مجلس الصحة والرعاية الاجتماعية، المشار إليه سابقاً، ص23.

(2) المصدر السابق، ص22.

(3) المصدر السابق، ص22.

(4) هشام البساط: "صيرفة التأمين"، أعمال المؤتمر العلمي السنوي لكلية الحقوق بجامعة بيروت العربية تحت عنوان الجديد في أعمال المصارف من الوجهتين القانوني والاقتصادية، لبنان، ج2، 2007، ص455.

(5) كالمادة (20) من قانون حظر التمييز والكرهية الاماراتي أو المادة (10) من ميثاق الكيبك.

في الواقع، ان التمييز على أساس الحالة الصحية لا يعد تمييزاً⁽¹⁾ إذا 1. تم استخدامه بشكل مشروع؛ و2. إذا كانت الأسباب التي يقوم عليها استناداً إلى بيانات إكتوارية بمعنى في حال التخلل التام فالاختلاف في المعاملة لا يعبر تمييزاً غير قانوني لأنه مستند إلى بيانات إكتوارية على درجة عالية من الدقة والصحة بخلاف التخلل المتغير الذي لا يمكن معه الحصول على بيانات إكتوارية دقيقة وصحيحة وهنا يكمن الفرق. القسم التالي سيقوم بالتالي فيما إذا كان استخدام البيانات من نتائج الاختبارات الوراثية سوف يفي بهذين المعيارين ويمكن أن يخدم كدفاع لشركة التأمين، ويكون بهذا مسموحاً به قانوناً.

1. الاستخدام المشروع

شركة زيورخ للتأمين ضد أونتاريو (لجنة حقوق الانسان)

يقدم لنا القضاء الكندي⁽²⁾ دلائل بشأن مفهوم التمييز المشروع، ففي قضية، حاول المؤمن له الاستفادة من الدفاع الوارد في مدونة حقوق الانسان في أونتاريو⁽³⁾ والذي يبدو مماثلاً للمادة (1-20) من ميثاق الكيبك، للتحقق من صحة طريقة حساب أقساط التأمين على السيارات حيث يتوجب تلقائياً على الشبان العازبين دفع أقساط أعلى. وكان على المحكمة أن تقرر فيما إن كانت أسباب التمييز تقوم على أساس "أسباب تبرير معقولة وبحسن نية"⁽⁴⁾. وقد ذهبت المحكمة بالأغلبية إلى أن تحديد أسعار وفوائد التأمين لا ترتبط بسهولة بالمفاهيم التقليدية لحقوق الانسان، فالفلسفة التي تقوم عليها التشريعات المتعلقة بحقوق الانسان أن أي شخص له الحق في أن يعامل وفقاً لمزاياه الخاصة وليس على أساس خصائص مجموعة. وعلى العكس من ذلك، يتم حساب معدلات التأمين من الإحصاءات المتعلقة بدرجة المخاطر المقدمة من فئة أو مجموعة من الناس⁽⁵⁾. وعرض بعد ذلك رأيه بأن الممارسة التمييزية تعد "معقولة" بالمعنى الوارد في المادة

(1) بمعنى أن التمييز القائم على الحالة الصحية مسموح ولا يعد انتهاكاً لمبدأ المساواة بين الأفراد في الحالات المشار إليها.

(2) Zurich Insurance Co. c. Ontario (Commission des droits de la personne), 1992, 2 R. C. S. 321.

(3) Code des droits de la personne, L. R. O. 1990, ch. H. 19, art. 22.

(4) المصدر السابق.

(5) المصدر السابق، فقرة 24.

(21) من القانون أ) إذا كانت تستند إلى ممارسة قائمة بشدة ومعترف بها في مجال التأمين؛ وب) إذا لم يكن هناك أي حل عملي آخر... وللوفاء بمعيار "حسن النية" ينبغي أن تكون هذه الممارسة قد تم تبنيها بصدق، بما يتوافق مع ممارسات الأعمال التجارية السليمة والمقبولة بحزم، وليس بغرض انتهاك الحقوق والحريات المكفولة في القانون⁽¹⁾.

وعلى الرغم من أن النصين يبدوان متشابهين بما يكفي لتبرير وضع تفسير مماثل، يبقى أن نرى فيما إذا كان هذا يصبح حقيقة واقعة. وبالإضافة إلى ذلك، ونظراً لظهور علم الوراثة، هل يمكن أن يصبح التمييز القائم على أساس الخصائص الوراثية ممارسة راسخة ومعترفاً بها؟ إضافة إلى ما هي المعايير التي ستستخدم لتحديد فيما إن كان هناك حلول عملية أخرى؟ وباختصار، نخلص إلى أن مسألة معرفة فيما إن كان التمييز يعتبر مشروعاً لم تكتمل بعد.

2. استناد الأسباب إلى بيانات اكتوارية

الفرق الأساسي مع المعطيات المستخلصة عن نتائج الاختبارات الوراثية أنه من المستحيل في الوضع الراهن تحويل بعضها إلى معطيات اكتوارية⁽²⁾، لا سيما فيما يتعلق بالطفرات ذات تخلق متغير، إذ إن العواقب المترتبة على الفرد الحامل للطفرة غير دقيقة جداً، في الواقع، للسماح بتقييم المخاطر، وعليه فإن الحرمان من التأمين على الحياة أو طلب أقساط باهظة ومغالي فيها بسبب حمل هذه الطفرة الوراثية ذات المخاطر غير المؤكدة يشكل تمييزاً سلبياً بمواجهة هذه الفئة من الأشخاص، بخلاف الفرد الذي يحمل طفرة ذات تخلق تام والذي سيحرم حتماً من الحصول على أي شكل من أشكال التأمين على الحياة؛ بالنظر للارتفاع الملموس لمستوى المخاطر المحددة بالتأكد.

لذلك، يمكن القول بأن البحث عن الجينات القابلة للتعرض لمرض وراثي ما زال مبكر جداً لربطها بقيم إحصائية، كما أن الآثار السريية للنتائج الإيجابية في بعض الطفرات لا تزال غير مؤكدة جداً. وبالتالي، من الواضح أنه ليس هناك، في الوقت الراهن أي أساس اكتواري يبرر

(1) المصدر السابق، فقرة 31.

(2) مجلس الصحة والرعاية، المشار إليه سابقاً، ص 23؛

A. Campbell: "Implications of genetic discrimination: who should know what?", 2002, mgm.stanford.edu .

استخدام القانون⁽¹⁾ في الدفاع عن ملاحقة بسبب التمييز⁽²⁾.

يلاحظ من هذه النظرة العامة، أن قواعد التطبيق العام، من خلال القانون الاتحادي لحظر التمييز والكراهية وميثاق الكيبك، توفر حماية كافية، حتى هذه اللحظة، ضد تمييز على أساس الخصائص الوراثية. وتظل حقيقة أن البيانات الاكتوارية التي تسمح بالدفاع من جانب شركات التأمين ستتطور في السنوات القادمة. سيتم بعد ذلك تحديد فيما إن كان هذا التمييز يمكن اعتباره مشروعاً، وفق ما يظهر عليه الحال. إذ لا يوجد أي نص قانوني يمنع شركة التأمين أن تتطلب من الفرد في التأمين على الحياة الخضوع لاختبارات وراثية مختلفة.

ونظراً لأن قواعد الحماية ضد التمييز عموماً تترك الباب مفتوحاً لاحتمالات تمييز وراثي مشروعة، من المهم تحليل ما إذا كان هناك قواعد حامية بشكل خاص للأفراد الحاملين لطفرات وراثية⁽³⁾.

المطلب الثاني

القواعد التي تستهدف التمييز الوراثي على وجه الخصوص

للقوف على القواعد التي تستهدف التمييز الوراثي على وجه الخصوص، لا بد من استعراض كل من القواعد الدولية، وقانون منع التمييز الوراثي للمعلومات الوراثية، والقواعد الوطنية⁽⁴⁾.

(1) كالمادة (1-20).

(2) B. BILLINGSLEY: "Insurance law introduction", 2013, 50:3 Alta Rev. 535, issue coordinator Alberta Law review; T. LEMMENS, op. cit., note 13, p. 401.

(3) N. L. Fisher: "Genetic testing and health insurance: can they coexist?", Cleveland clinic journal of medicine, 2004, repository. library. georgetown. edu

(4) H. T. Greely: "Banning genetic discrimination", New englan journal of medicine, 2005, Mas Medical Soc.

الفرع الأول القواعد الدولية

قامت العديد من المنظمات الدولية باعتماد صكوك تحظر التمييز الوراثي، كالنصوص الأساسية لحقوق الإنسان إذ تعتمد هذه الوثائق صيغة واسعة⁽¹⁾، كما هو الشأن في الإعلان العالمي بشأن المجين البشري وحقوق الإنسان⁽²⁾ على سبيل المثال والذي ينص على أنه " لا يجوز أن يعرض أي شخص لأي شكل من أشكال التمييز القائم على صفاته الوراثية، والذي يكون غرضه أو نتيجته النيل من حقوق الإنسان وحياته الأساسية والمساس بكرامته"⁽³⁾.

لاحظنا سابقاً أن المخاوف بشأن خطر التمييز ضد مجموعات كانت حية، وبالتوازي نجد العديد من النصوص الرامية إلى حظر التمييز أو الوصم الاجتماعي لا تقتصر في حمايتها على الأفراد فحسب، وإنما أيضاً للجماعات. وهكذا يحدد الإعلان الدولي في شأن البيانات الوراثية البشرية⁽⁴⁾ واللجنة الدولية لأخلاقيات علم الأحياء لليونسكو أنه "ينبغي بذل قصارى الجهد وتطبيقه لضمان عدم استخدام البيانات الوراثية البشرية والبيانات المتعلقة بالبروتينات البشرية في أغراض تنطوي على تمييز بطريقة يُقصد بها، أو يترتب عليها، انتهاك لحقوق الإنسان وللحريات الأساسية وللكرامة الانسانية للفرد، أو في أغراض تؤدي إلى وصم فرد أو أسرة أو مجموع أو جماعات"⁽⁵⁾.

وبالمثل، يتطلب المجلس الاقتصادي والاجتماعي للأمم المتحدة من الدول الأعضاء كفالة

(1) د. سهيل حسين الفتلاوي: "قبول التنوع والاختلاف ومناهضة العنصرية، دراسة مقارنة في القانون الدولي لحقوق الإنسان، مجلة العلوم القانونية والسياسية، الجمعية العلمية للبحوث والدراسات الاستراتيجية، العراق، مجلد 3، العدد 5، 2013، ص 7.

(2) اليونسكو: الإعلان العالمي بشأن الجينوم البشري وحقوق الإنسان، 1997. ويمكن الاطلاع عليه من خلال الرابط التالي:

unesdoc.unesco.org/images/0011/001102/110220ab.pdf#page=50

(3) المصدر السابق، المادة (6).

(4) الإعلان الدولي بشأن البيانات الوراثية البشرية، السابق، 10.

(5) المصدر السابق، المادة (7).

حماية مواطنيها من التمييز الوراثي⁽¹⁾، كما يطلب منهم أيضاً اتخاذ التدابير اللازمة لمنع التمييز ضد الجماعات⁽²⁾.

كما أن بعض الجماعات المهنية "كالرابطة الطبية العالمية" تهتم بتشجيع الأطباء لدعم اعتماد قوانين ضد التمييز الوراثي ومنع التمييز الجماعي⁽³⁾.

هذا، والاتفاقية بشأن حقوق الإنسان والطب الحيوي⁽⁴⁾ تقدم لنا نموذجاً جديراً بالاهتمام، كونها تحظر كافة أشكال التمييز على أساس وراثي، بشكل ملزم للدول التي صادقت عليها؛ بيد أن الامارات والأردن وكندا ليست جزءاً منها. وإذا كان بروتوكولها الإضافي عاماً⁽⁵⁾، تؤكد الاتفاقية تحديداً في المادة (11) بأنه "يحظر أي شكل من أشكال التمييز ضد الشخص بسبب تراثه الجيني"؛ المادة (12) "لا يمكن إجراء الاختبارات التنبؤية للأمراض الوراثية أو السماح بتحديد المحل إما كحامل للجينات المسؤولة عن مرض أو لكشف استعداد وراثي أو من استعداد وراثي لمرض لأغراض طبية أو للبحوث الطبية، ورهنأ بالمشورة الوراثية المناسبة"⁽⁶⁾.

(1) القرار 2004/9: الخصوصية الجينية وعدم التمييز، السابق، ملاحظة 28، المادة (3): "تحت الدول على عدم إضرار أي شخص للتمييز على أساس المعلومات الجينية".

(2) المصدر السابق، المادة (5): "تطلب إلى الدول أن تتخذ التدابير المحددة المناسبة، بما في ذلك عن طريق التشريع، لمنع إساءة استخدام المعلومات الجينية التي تؤدي إلى التمييز ضدهم، أو وصمهم بالعار، للأفراد، أو أفراد أسرهم، أو المجموعات في جميع المجالات، لا سيما في مجال التأمين والعمالة، والتعليم والمجالات الأخرى من الحياة الاجتماعية، سواء في القطاع العام أو الخاص، وفي هذا الصدد تدعو الدول إلى اتخاذ كافة التدابير المناسبة لضمان عدم استخدام نتائج وتفسيرات الدراسات الوراثية المستندة إلى السكان للأغراض التي تنطوي على تمييز ضد الفرد أو المجموعة المعنية".

(3) الرابطة الطبية العالمية، السابق الإشارة إليها، ملاحظة (28)، المادة (19): "ينبغي على الأطباء دعم اعتماد القوانين التي تضمن لكل فرد غياب التمييز على أساس البيانات الجينية في المجالات بما في ذلك العمالة والتأمين"؛ المادة (23): "فيما يتعلق بالدراسات الجينية التي تقوم على مجموعات سكانية، يجدر أن تفعل ما في وسعها لتجنب أية وصمة عار ممكنة".

(4) مجلس أوروبا، اتفاقية حقوق الإنسان والطب الحيوي، أوفبيدو، 4 نيسان (أبريل) 1997.

(5) مجلس أوروبا، البروتوكول الإضافي لاتفاقية حقوق الإنسان والطب الحيوي المتعلق بالبحوث الطبية الحيوية، ستراسبورغ، 2005. المادة (1) "الأطراف في هذا البروتوكول تحمي الإنسان في كرامته وهويته، وتضمن لكل شخص، دون تمييز، واحترام سلامته، وغيرها من الحقوق والحريات الأساسية فيما يتعلق بأي من البحوث في مجال الطب الحيوي التي تنطوي على تدخل على الإنسان".

(6) اتفاقية حول حقوق الإنسان والطب الحيوي، السابق، ملاحظة (91)، المادة (11) و (12).

وعلاوة على ذلك، تحدد المذكرة التفسيرية لهذه الاتفاقية بأن الاختبارات التنبئية لأسباب غير طبية أو البحوث، حتى برضاء الشخص المعني، محظورة وأنها، في مجال العمل⁽¹⁾ والتأمين، تمثل تدخلاً غير متناسب مع حقوق الفرد أو احترام الحياة الخاصة⁽²⁾. ولذلك، تمنح الاتفاقية الحماية في ثلاثة محاور: من جهة، فهي تحظر التمييز على أساس التمييز الوراثي؛ ومن جهة أخرى، فهي تحظر الاختبارات التنبئية في مجال التأمين، مع أو دون رضاه؛ كما أنها تنص أخيراً على حظر تطلب نتائج مثل هذه الاختبارات، ويبدو أن الأمر يتعلق هنا بحماية خاصة واسعة النطاق⁽³⁾. ويمكن الاستدلال مما تقدم أن القواعد الدولية تعتبر دليلاً استرشادياً للتعاقد داخلياً بمنع أو الحد من التمييز على أساس وراثي، لا سيما عندما تكون النتائج تنبئية وغير مؤكدة (تخلل متغير). وهذا ما جاء به القانون الأمريكي لعام 2008 بشأن عدم التمييز في المعلومات الوراثية لتأكيد.

الفرع الثاني

قانون عدم التمييز في المعلومات الوراثية لعام 2008⁽⁴⁾

مقاربة ثانية مثيرة للاهتمام، تمت الدعوة إليها إلى حد كبير في الولايات المتحدة الأمريكية، تستند إلى مفهوم الصفة الوراثية⁽⁵⁾.

(1) للاطلاع على التمييز في مجال العمل انظر: د. محمد عرفان الخطيب: "مبدأ عدم التمييز في تشريع العمل المقارن: نطاق التطبيق والاثبات"، مجلة جامعة دمشق للعلوم الاقتصادية والقانون، سوريا، مجلد 25، العدد 1، 2009، ص 7؛ محمد عرفان الخطيب: "مبدأ عدم التمييز في تشريع العمل المقارن، المفهوم"، مجلة جامعة دمشق للعلوم الاقتصادية والقانون، سوريا، مجلد 24، 2008، ص 57.

(2) المذكرة التفسيرية للاتفاقية حول حقوق الإنسان والطب الحيوي، السابق، الملاحظة (12)، المادة (12).

(3) R. kitzman: "Exclusion of genetic information from the medical record: ethical and medical dilemmas", Jama, 2010, jamanetwork.com

(4) قانون عدم التمييز في المعلومات الوراثية، السابق، الملاحظة (48)، المادة (104).؛ ويسعى أيضاً بقانون حصانة المعلومات الوراثية (GINA)؛ ويمنح الاطلاع على القانون من خلال الرابط التالي: (genom.gov) ((542/15891).

(5) Special issue:E. ADJIN " Insurance law potencial for genetic discrimination in Acess to insurance: Is there a dark side to increased avaiability of genetic information?", 2013, 50:3 Alta L rev. 577, Telly Alberta Law Review;E. LEVESQUE, op. cit. , note 71

على الرغم من أن العديد من القوانين⁽¹⁾ تتناول على وجه التحديد مسألة التمييز الوراثي إلا أننا سوف نركز على الصيغة الجديدة لقانون عدم التمييز للمعلومات الوراثية المعتمد في 21 أيار (مايو) 2008⁽²⁾.

تم اعتماد هذا القانون بعد مرور أكثر من ثلاثة عشرة سنة على عرضه الأول على الكونغرس الأمريكي⁽³⁾، وهو قانون اتحادي يسعى إلى وضع معايير وطنية موحدة ضد التمييز في العمالة وقطاع التأمين الصحي⁽⁴⁾. وعلى الرغم من عدم انطباقه بالتالي لا على التأمين على الحياة ولا على التأمين ضد العجز، إلا أن أهميته تبرز للنظر في مدى اعتباره نموذجاً تشريعياً لكل من الامارات والأردن⁽⁵⁾ وكندا والكيك. في الواقع حتى ولو كان النظام الصحي في الكيك له صفة عالمية وعامة⁽⁶⁾ والذي يختلف تماماً عن نظام الضمان الاجتماعي الأمريكي⁽⁷⁾ والاماراتي والأردني، إلا أن بعض المخاوف الأمريكية بشأن استخدام المعلومات الجينية في التأمين الصحي مماثلة لتلك الموجودة حالياً في كل من الامارات والأردن وكندا والكيك⁽⁸⁾. لذلك من المناسب تحليل هذا النهج بشأن الصفة الوراثية للتحقق فيما إن كان سيكون مناسباً أن ينضم اليه المشرع الاماراتي والأردني والكندي وفي الكيك.

لتنظيم التمييز الوراثي، عمل قانون عدم التمييز في المعلومات الوراثية على تعديل العديد

(1) H. T. GREELY, op. cit. , note 43, p. 865; S. HOFFMAN: "Legislation and genetic discrimination", Journal of law and health, vol. 16, n47, 2001, p. 47 .

(2) قانون عدم التمييز في المعلومات الوراثية، السابق، ملاحظة 48.

(3) J. COUZIN: "How to get genetic protection law through congress? Keep trying", Science, 2008, p. 596. ; National Institute of Health, "Promoting Safe and Effective Genetic Testing in the United States: Introduction," online: United States National Human Genome Research Institute <www.genome.gov/10002405> .

(4) قانون منع التمييز للبيانات الوراثية، السابق، ملاحظة 48.

(5) حول التشريعات النازمة للتأمين في الاردن راجع: (www. jof. org).

(6) القانون الكندي حول الصحة، (L. R. C. , 1985, ch. C-6)، المادة (10).

(7) قانون منع التمييز للبيانات الوراثية، السابق، ملاحظة (48)، المادة (104).

(8) M. W. ALANA: "Everyday discrimination, diabetes related distress, and depressive symptoms", Journal of immigration and minority health, 2013; E. LEVESQUE, op. cit. , note 71 .

من التشريعات⁽¹⁾، بهدف منع أي شكل من أشكال التمييز القائم على البيانات الوراثية على مستوى التأمينات الجماعية كالفردية.

أولاً: التأمينات الجماعية

يحظر قانون منع التمييز للجينات الوراثية على شركات التأمين الصحي انكار التغطية أو التفرقة في أقساط التأمين أو ضبط أقساط التأمين الجماعي بناء على المعلومات الوراثية⁽²⁾. وعلى الرغم من تحديده حق المؤمن في ضبط الأقساط وفقاً للظروف التي يعرب عنها الفرد، ومع ذلك، لا يمكن استخدام هذا الظرف كمعلومة وراثية بالنسبة للأعضاء الآخرين في مجموعة⁽³⁾. وبالتالي يترتب على ذلك هنا، على سبيل المثال، أن الأفراد من نفس الأسرة أو المجموعة العرقية نفسها لا يمكن معاقبتهم من خلال مرض أحد أفرادها الذي تكون عوامل الاستعداد لديه وراثية جزئياً⁽⁴⁾.

وبالإضافة إلى ذلك، إذا كان المؤمن لا يستطيع أن يتطلب إخضاع الفرد لاختبارات وراثية، إلا أنه يستطيع طلب نتائج الفحوصات التي كان الفرد قد قام بها⁽⁵⁾ سابقاً. ومع ذلك هناك استثناء في هذا المجال، إذ يمكن للمؤمن أن يطلب من الفرد الخضوع إلى اختبار وراثي، وفق معايير معينة.

(1) قانون منع التمييز للبيانات الوراثية، السابق، ملاحظة (48)، المواد من (101) إلى (104).

(2) المصدر السابق، المواد (2/1/101)، (2/1/102)، (2/1/103)؛ لتعريف المعلومة الجينية انظر المادة (101/د)، (3/1/102)؛ كما يحظر هذا القانون على أرباب العمل وضع العقبات أمام التوظيف أو الاستئجار أو إطلاق قرارات معينة بناء على الاستعداد الجيني للأفراد. : Cheraskin and others: "Biochemical profile in predictive medicine"/ "Instrumentation and prospects for predictive medicine", Pubmed. gov, U. S. National library of medicine National institutes of health ويمكن الاطلاع عليه من خلال الرابط التالي: (www.ncbi.nlm.nih.gov). ؛ وقد جاء هذا التعديل تفادياً لبعض السلبيات التي كانت سائدة عام 1970 عندما حرم الكثير من الأمريكيين السود من الحصول على وظائف أو فرص التعليم والتأمينات الصحية بسبب اعتبار أنهم يحملون عوامل الوراثة لأمراض مثل فقر الدم.

(3) المصدر السابق، المواد (2/1/101)، و(2/1/102)، و(2/1/103).

(4) وجيه عبد الله فهمي مصطفى: "استخدام الدوال غير الخطية في تسعير عقد التأمين على الحياة الجماعي: مدخل إكتواري جديد، مجلة مركز صالح عبد الله كامل للاقتصاد الإسلامي، مصر، مجلد 15، عدد 30، 2006، ص 15.

(5) المصدر السابق، المواد (101/ب)، و(2/1/102)، و(103/ب).

كأن يخضع لها طوعاً⁽¹⁾ وألا تخدم تلك المعلومات التي تم الحصول عليها في تحديد مقدار القسط⁽²⁾. وأخيراً، لا يجوز للمؤمن أن يتطلب المعلومات الوراثية لأغراض تسوية القسط⁽³⁾، وعادة ما تكون هذه القيود مصحوبة بشروط عقابية في شكل غرامات⁽⁴⁾.

ثانياً: التأمينات الفردية

لا يجوز للمؤمن وضع معايير للأهلية على أساس المعلومات الوراثية أو ضبط قسط التأمين للفرد بسبب المعلومات الوراثية المتعلقة به أو بعائلته⁽⁵⁾، ومع ذلك يجوز للمؤمن أن يؤسس معايير الأهلية وتعديل الأقساط وفقاً لأعراض المرض لدى المريض نفسه أو أحد أفراد أسرته المغطى ببوليصة التأمين ذاتها⁽⁶⁾. ومن ناحية أخرى، تنطبق ذات المعايير بالنسبة للتأمين الفردي والجماعي، وعليه، لا يجوز للمؤمن أن يتطلب من فرد الخضوع لاختبار وراثي، ولكن يمكن استخدام النتائج السابقة⁽⁷⁾، وينطبق الاستثناء للبحث مع المعايير ذاتها. وأخيراً، لا يجوز للمؤمن أن يتطلب المعلومات الوراثية لأغراض تسوية الأقساط⁽⁸⁾.

باختصار، نلاحظ إذن أن قانون منع التمييز للمعلومات الوراثية له نطاق متواضع، ويقتصر

(1) وقد جاء هذا الشرط بعدما تبين قيام بعض مراكز الأبحاث بإجراء فحوصات وراثية لأشخاص يعملون لديها دون علمهم ودون موافقتهم الشخصية.

(2) المعايير الأخرى هي أن يكون الطلب مكتوباً وأن يحدد بأن الأمر يتعلق بتدبير طوعي لا يؤثر على الإدراج وأن يتم إعلام السكرتير. المصدر السابق، المواد (101/ب)، و(102/أ)، و(103/ب).

(3) المصدر السابق.

(4) المصدر السابق، المادة (101/ي/3)، (103/ي).

(5) المصدر السابق، المادة (102/ب/1/ب). فهذا لقانون لا يسمح لأصحاب مؤسسات التأمين الصحية برفض وضع الغطاء الطبي أو التعويضات للأشخاص الأصحاء بناء على افتراضات وراثية شخصية أو عائلية لأمراض معينة مثل السرطان أو مرض السكري.

(6) المصدر السابق.

(7) على الرغم من أن شركات التأمين لن تشترط إجراء اختبارات وراثية في المستقبل المنظور، إلا أنها مخولة حق معرفة نتائج أي اختبار وراثي سابق، أو أي دليل آخر على مرض محتمل يحويه سجل صاحب شهادة التأمين. ويصر المؤمنون على أنهم محتاجون إلى هذه المعلومات ليس من أجل تمييز جيني ولكن من أجل وضع رسوم عادلة تشمل جميع حاملي شهادات التأمين.

(8) المصدر السابق.

على مجال محدد من التأمين الصحي الأمريكي. وبالإضافة إلى ذلك، فإن الحماية الممنوحة ما زالت محدودة في السياق الذي يعيننا، لأن شركة التأمين قد تتطلب النتائج الوراثية لاختبار تم إجراؤه قبل طلب التأمين، أو حتى قد تطلب من فرد أن يخضع لاختبار وراثي. وبالتالي يبدو أن هذا النموذج لن يوفر حماية مناسبة في القانون الإماراتي والأردني والكندي والكيبيك، ولن يستخدم كنموذج لتغطية أوجه القصور الموجودة.

الفرع الثالث

القواعد الوطنية

في الواقع، لا يوجد أي قانون إماراتي أو أردني كما لا يوجد أي قانون كندي سواء على مستوى الاتحاد أو المقاطعات، يتناول التمييز الوراثي على وجه التحديد. ومع ذلك، في كندا، كما ذكر سابقاً، يمكن أن يساوى بين الاستعداد لمرض وراثي وبين الإعاقة⁽¹⁾. وبهذا، بعض الحماية ضد التمييز الوراثي يمكن أن تقدم في تشريعات الكيبك مع مراعاة الحظر العام لأي شكل من أشكال التمييز بسبب إعاقة فرد⁽²⁾.

ومع ذلك، قامت العديد من المنظمات بالتعليق على مسألة التمييز الوراثي، على أن هذه التصريحات لا تشكل في الواقع سوى قواعد عادة ما تكون غير ملزمة⁽³⁾. ولا يتجه الهدف هنا نحو

(1) Québec c. Montréal, préc. , note 63. ; CLHIA, "Life and Health Insurance Industry Fact Sheet: Industry Overview -- A Canadian Success Story" (July 2012), online: CLHIA <[www.clhia.ca/domino/html/clhia/clhia_lp4w_ind_webstationns.fpage/AB25493245D55DFB85257964006A9E80/\\$file/CLHIA_Submission_to_Alberta_2012.pdf](http://www.clhia.ca/domino/html/clhia/clhia_lp4w_ind_webstationns.fpage/AB25493245D55DFB85257964006A9E80/$file/CLHIA_Submission_to_Alberta_2012.pdf)> at 7 .

(2) ميثاق الحقوق والحريات، السابق، ملاحظة (61)، المادة (10).

(3) الصحة في كندا، المسائل القانونية التي تثيرها التجارب الوراثية: أثرها على حقوق الإنسان، أوتاوا، 2001، التوصيات 3 و4: دعم البحوث الصحية في الكيبك، التقرير النهائي للفريق الاستشاري المعني بإدارة البيانات والمصارف من المواد البيولوجية للبحوث في مجال الصحة، كيبك، 2006، ص31؛ شبكة الطب الوراثي

تحديد كافة هذه المواقف، بل نحو مجرد ذكر بعض الأمثلة ببساطة، كما هو الشأن في توصية لجنة الأخلاقيات والعلوم والتكنولوجيا المتعلقة بالوقف الاختياري لمدة خمس سنوات عن استخدام نتائج الاختبارات الوراثية في مجال التأمين والعمالة⁽¹⁾، وتلك الصادرة عن مجلس الصحة والرعاية بشأن حظر استخدام الاختبارات الوراثية من جانب أرباب العمل وشركات التأمين، وإنشاء نظام للتأمين الأساسي، أي توفير الحد الأدنى من الحماية دون المسألة المتعلقة بالصحة⁽²⁾.

ونشير أخيراً، إلى مساهمة الشبكة التطبيقية للطب الوراثي التي تركز على حماية المشاركين في البحث. ويستند بيانها إلى مبدأ التضامن "في الحماية ضد التمييز والوصم بالعار"⁽³⁾ بقوله "يتطلب مبدأ التضامن من المسؤولين عن نظام التأمين الصحي الشامل ضمان حماية الأفراد والأسر التي تم تحديدها بالتالي ضد أي شكل من أشكال التمييز الناجمة عن مشاركتها في الأبحاث، وينبغي على الباحث أن يناقش بالمشاركين في كل مناسبة عن أي تمييز محتمل"⁽⁴⁾.

باختصار، على مستوى الحماية الخاصة ضد التمييز الوراثي، نلاحظ أن هناك تنوعاً كبيراً في النهج الموصى به على الصعيدين الدولي والوطني. وفي الواقع، توفر اتفاقية حقوق الإنسان والطب الحيوي حماية واسعة النطاق، كما يوفر قانون عدم التمييز للمعلومات الوراثية حماية محدودة، ولا تزال كل من الإمارات والأردن وكندا ملتزمة الصمت فيما يتعلق بالتمييز على أساس وراثي بشكل خاص.

وعلى الرغم مما تقدم، يلاحظ أن الافتقار إلى قواعد محددة لم يمنع العديد من المنظمات من معالجة هذه المسألة، وهذا ما يظهر في قضية أودي ضد التحالف الاقتصادي.

==

التطبيقي، بيان المبادئ المتعلقة بالسلوك الأخلاقي للأبحاث الجينية البشرية فيما يتعلق بالسكان، السابق، ملاحظة (28).

(1) اللجنة المعنية بالأخلاقيات والعلوم والتكنولوجيا: "القضايا الأخلاقية لبنوك المعلومات الوراثية: إطار ديمقراطي مسؤول"، سينتفوي، 2003، ص 52.

(2) مجلس الصحة والرعاية، السابق، ملاحظة 23، ص 81.

(3) شبكة الطب الوراثي التطبيقي، بيان المبادئ المتعلقة بالسلوك الأخلاقي للأبحاث الجينية البشرية فيما يتعلق بالسكان، السابق، ملاحظة (28).

(4) شبكة الطب الوراثي التطبيقي، بيان المبادئ، بحوث الجينوم البشري، 2000.

المطلب الثالث

قضية أودي ضد التحالف الاقتصادي

إن النقاش بشأن الحماية ضد التمييز الوراثي في إطار التأمين على الحياة⁽¹⁾ لا يمكن أن يكتمل دون معالجة قضية أودي ضد التحالف الصناعي⁽²⁾.

في هذه القضية، وقت عقد التأمين، كان المؤمن له يعرف نفسه بأنه يحمل طفرة في جين مسؤول عن الضمور في العضلات، كمرض مهيمن ذي تخلل متغير⁽³⁾، وقد تأكد هذا التشخيص بالتصوير الكهربائي. بالمقابل، لم يكن المعني نفسه يشعر بأية أعراض؛ فتصوره الشخصي يفيد بأنه لا يعاني من أعراض هذا المرض، الأمر الذي كان ممكناً بالنظر إلى درجة التخلل المتغيرة لهذا المرض. وفي لحظة التعاقد على التأمين، عندما سئل فيما إن كان يعاني من تشوهات جسدية أو عقلية فأجاب بالنفي. وعندما توفي بشكل عرضي بعد مرور أقل من عامين على إبرام العقد، رفضت شركة التأمين دفع أقساط التأمين على الحياة. وقد أثارت شركة التحالف الصناعي سبب تبريرها بأنها كانت سترفض عقد التأمين مع أودي لو كانت تعرف من قبل حالته الصحية، وأن المؤمن لم يف بالتزاماته بالكشف عنها وبحسن نية⁽⁴⁾. والمحكمة بدورها أيدت شركة التأمين وألغت العقد الذي كان سارياً لمدة تقل عن سنتين مقررة أن المؤمن كان يعلم بالإعاقة البدنية التي كان ينبغي عليه الكشف عنها.

(1) محمد عبد الرسول بهباني: "الطبيعة القانونية لعقود التأمين على الحياة"، مجلة العلوم القانونية والاقتصادية، كلية الحقوق، جامعة عين شمس، مصر، مجلد 45، عدد 2، 2003، ص 61.

(2) Audet c. Industrielle-Alliance, préc. , note 50 .

(3) E. A. FELDMAN: "Health Insurance, employment and human genome: genetic discrimination and bio banks in the united states", comparative issues in the governance of research biobanks, 2013; R. J. BAROHN: "Muscles diseases", in Goldman Cecil Medecine, 23 2d. , Saunders, 2007.

(4) لمزيد من التفصيل حول هذا الالتزام راجع: مالك حمد أبو نصير، ومحمد خير محمود العدوان: "الخطأ العمدي للمؤمن له كسبب لإعفاء المؤمن من مسؤوليته في القانون المدني الأردني، دراسة مقارنة"، المجلة الأردنية في القانون والعلوم السياسية، الأردن، المجلد 4، العدد 1، 2012، ص 155. ؛ د. نوري حمد خاطر: "تحديد فكرة الخطأ الجسيم في المسؤولية المدنية"، بحث منشور في مجلة المنارة، جامعة آل البيت، الأردن، المجلد السابع، العدد الأول، 2001.

في الواقع، لنذكر أن طرفي عقد التأمين ينبغي أن يثبت لديهم حسن النية⁽¹⁾. والجزاء المترتب على الإخلال بواجب حسن النية هو بطلان العقد، وهذا ما حدث في هذه القضية⁽²⁾. ومع ذلك، وفي غياب التحايل، لا يستطيع المؤمن الاعتماد على هذه الأسباب من الإعلان الكاذب لتقليص إلتزاماته، عندما يكون العقد سارياً لمدة سنتين أو أكثر⁽³⁾.

وإذا كان هذا القرار يعطينا بعض المؤشرات بشأن الالتزام في الكشف عن الحالة الصحية، بيد أن العديد من المسائل لا تزال دون إجابة. فالطفرة الوراثية، على سبيل المثال، غير المترافقة مع أية علامات سريرية، وبخاصة في الأمراض الوراثية ذات التخلل الضعيف، هل تُعدّ إعاقة بدنية؟ وهل يُعد عدم الإفصاح عنها تحايلاً؟

بناءً على ما تقدم، نلاحظ أن هناك العديد من الصكوك الدولية تحظر التمييز الوراثي على وجه التحديد⁽⁴⁾، وأن المشرعين الإماراتي والأردني والكندي، الاتحادي وفي الكيبك رفضوا اعتماد نهج قائم على مفهوم الاستثناء الوراثي، مفضلين تطبيق القواعد العامة⁽⁵⁾. وأخيراً، لم تحدد قضية أودي ضد التحالف الصناعي⁽⁶⁾ أثر المظاهر السريرية لأحد المعطيات تفسيراً لمقتضيات حسن النية.

(1) Art. 2408 C. c. Q.

(2) Art. 2410 C. c. Q.

(3) Art. 2424, C. c. Q.

(4) F. Chen: "Genetic discrimination and insurance" 2004; "Risks associated with genetic testing: health insurance discrimination or simply business as usual?", journal of American medical women's, 2000, europemc. org

(5) K. ELTIS, op. cit. , note 27, p. 282;

د. عبيد أحمد الحسبان: "فعالية مبدأ المساواة في تقييد عمل السلطة التشريعية، دراسة تحليلية مقارنة، مجلة المنارة للبحوث والدراسات، الأردن، مجلد 16، العدد 6، 2010، ص 37.

(6) Audet c. Industrielle-Alliance, préc. , note 50 .

الخاتمة

يتبين لنا من خلال هذه الدراسة بأن التقدم العلمي الحديث في علم الوراثة البشرية، وتحديد الطفرات التي من شأنها أن تعرض حاملها للإصابة بمرض وراثي، تزيد من المخاطر التي يتعرض لها هؤلاء الأفراد في أن يكونوا ضحية لشكل جديد من أشكال التمييز، ألا وهو التمييز الوراثي. في الواقع، حتى وإن كانت المعطيات الناجمة عن اختبار وراثي يمكن أن تمثل العديد من الفوائد الطبية بالنسبة لفرد حامل لطفرة، إلا أن هناك عواقب سلبية أخرى يمكن التنبؤ بها أيضاً، بالمخاطر والمنافع المتصلة بمعرفة بعض المعلومات الوراثية توضح وجود تنازع معين بين القيم والمصالح. ومع ذلك، يلاحظ امكانية عدم تحقق الخطر كما كان يخشى منه في البداية.

في الواقع، على المستوى التشريعي، يوفر قانون منع التمييز والكراهية الإماراتي وميثاق كيبيك حماية عامة ضد التمييز، والذي يبدو أيضاً أنه قادر الآن على تقديم حماية مثيرة للاهتمام ضد التمييز الوراثي استناداً إلى البيانات المستمدة من الاختبارات الوراثية. بيد أن نطاق الدفاع الذي تتيحه تلك التشريعات لشركات التأمين، في الوقت الحاضر، مقيد جداً للسماح باستخدام النتائج من الاختبارات الوراثية كأساس للتمييز أو الاستبعاد أو التفضيل، حالياً، نظراً إلى أساس اكتواري يمنع التمييز؛ ومع ذلك، قد يتغير هذا الوضع خلال السنوات القادمة مع التقدم العلمي. كما ينبغي أيضاً تعيين الصفة الشرعية لاستخدام هذه البيانات لتحديد الحالة الصحية للفرد.

وإذا كان كل من المشرعين الإماراتي والأردني والكندي، الاتحادي وفي الكيبك، ملتزمين بالصمت بشأن مسألة التمييز الوراثي بشكل خاص، فإن العديد من المنظمات الدولية، فضلاً عن مجلس الشيوخ الأمريكي تهتم بذلك بالمقابل. ويمكن أن تكون الوثائق الدولية المعتمدة مفيدة في تفسير التشريعات الخاصة في حال فشل الدفاع استناداً إلى التشريعات الوطنية. ومع ذلك، فإن التطبيق المحدود لقانون حظر التمييز للمعلومات الوراثية في قطاع التأمين الصحي يجعل من مقارنة الاستثناء الوراثي قليل الأهمية بالنسبة لكل من الامارات والأردن وكندا.

وبالإضافة إلى ذلك، على المستوى القضائي، فإن صدور حكم أودي ضد التحالف الصناعي لا يزال يتعين النظر في آثاره، فعلى الرغم من أن هذا الحكم يخلص إلى أن الفرد الذي يعلم بأنه يحمل طفرة وراثية ينبغي عليه الإفصاح عن هذه الطفرة الطبية للمؤمن. إلا أن جانباً من

الفقه⁽¹⁾ قد ذهب في الواقع إلى اعتبار أن هذا النوع من الكشف ينطوي على إشكالية سواء بالنسبة إلى المؤمن الذي لا يملك حالياً أي بيان إكتواري لينشئ بشكل صحيح المخاطر المرتبطة بهذه الحالة للحامل، أو للمؤمن عليه، الذي يعلم أن لديه استعداد خطير لمرض، وسيلتزم بسياسة التأمين على الحياة دون إعلام شركة التأمين.

في الختام، على الرغم من أن البيانات الوراثية يمكن أن تتسم بالخصوصية، إلا أن المخاوف التي تثيرها بين العامة في تناقص كما يبدو، لا سيما وأنه لا توجد على الأقل أية معطيات لا تبرر اتخاذ تدابير تحظر التمييز الوراثي على وجه الخصوص. ومع ذلك، تلبية للحاجة إلى التضامن، وحفاظاً على مبدأ حسن النية في العلاقات التعاقدية، نرى ضرورة التأكيد على أن يكون الحد الأدنى للتأمين على الحياة والتأمين ضد العجز متاحاً للجميع، حتى لحاملي الطفرات، ودون الحاجة إلى على أي سؤال على الإطلاق. وأخيراً، وتوخياً للأنصاف والعدالة، نقترح إنشاء لجنة تكون مسؤولة عن وضع قائمة بالشروط التي سيشكل فيها مجموعة من المعطيات أساساً إكتواريّاً كافياً لاستخدامها⁽²⁾، ما يسمح بتجنب الاستخدام السابق للألوان لمعطيات من الاختبارات الوراثية، ضماناً لاحترام الحق في المساواة وعدم التمييز.

وبناء على ما تقدم وبالنظر إلى السابقة القضائية في قضية أودي المذكورة فإننا نرى أن المحكمة لم يستعج انتباهها ضرورة التمييز بين من يحمل طفرة وراثية ذات تخلص تام وما يترتب عليه من بيانات إكتوارية تؤدي إلى تمييز قانوني مشروع بمواجهته، وبين من يحمل طفرة وراثية ذات تخلص متغير لا يمكن ترجمتها إلى بيانات إكتوارية دقيقة مؤدية بالنتيجة إلى تمييز غير مشروع. وهذا برأينا يستوجب تدخل تشريعي لمنع التمييز الوراثي في حالة التخلص المتغير.

(1) T. caultfield: "The bioethics debate", الموقع التالي: <http://www.canada.com/vancouver/news/editorial/story.html>

(2) B. M. KNOPPERS, op. cit. , note 36 : Elizabeth Adjin-Tettey, "Rethinking the Materiality Requirement for Non-Disclosure and Misrepresentation in Insurance Contracts" (2011) 89:2 Can Bar Rev 241 at 245-48. ; G. GREGORIE, R. QLE?DJRODO, A. CHAGNON: "La discrimination génétique et l'assurance-vie: les mesures de protection actuelles suffisent-elles?", Lex electronic, vol. 14, n1, 2009.

النتائج والتوصيات

النتائج

- ان التطورات العلمية تتسارع بشكل كبير. وقد تمكن الأطباء من التعرف على الجينات التي من الممكن أن تسبب مختلف الحالات المرضية. ومع العديد من هذه الاكتشافات ظهرت اختبارات جديدة يمكنها تحديد من يحمل جينا ذا طفرة ومن لا يحمله.
- ان هذه البنية التحتية من المعلومات ستبني تطوير آليات للوقاية من المرض، وتحسين أساليب تقليدية للعلاج، وإحداث طرق مبتكرة كالعلاج بالخلايا الجذعية وعلاج المورثات. كما أنها أنتجت قواعد بيانات ضخمة جعلتها الثورة الرقمية - في تقنيات الحاسوب والشبكة العنكبوتية- ميسرة بين أيدي الباحثين والأطباء خدمة لصحة الانسان.
- ان المعلومات الضخمة التي تنتج عن أبحاث المجين تغير من فهمنا حول كثير من القضايا البيولوجية والطبية وتطبيقاتها على صحة الانسان والأبحاث العلمية، كطبيعة المرض وآلية الإصابة به، وأساليب العلاج والوقاية، والعلاقة بين الوراثة والبيئة.
- ان الحتمية الوراثية مجرد وهم راجح لدى أغلبية الأشخاص الذين يجهلون بطبيعة الحال علم الوراثة وما يحدث من عمليات في نماء الشخصية.
- ان جهل معنى وجود طفرة وراثية قد يؤدي إلى تحميلها ما لا تحتل. فالطفرات الوراثية المكتشفة قد تحمل دلالات مختلفة، فالطفرات الوراثية اما ان تكون حتمية ذات تخلق تام، وإما أن تكون تنبئية محتملة ذات تخلق متغير، فوجود طفرة من مورثات سرطان الثدي قد لا يعني بالضرورة الإصابة بهذا المرض.
- ان عدم وجود الخصوصية والسرية والحماية للمعلومات الوراثية قد يؤدي الى التفريق والتمييز بين الأفراد. وقد يؤدي سوء استخدامها أو فهمها إلى آثار سلبية سيئة على الفرد المصاب وأفراد أسرته أو المجموعة العرقية التي ينتمي إليها.
- ان استخدام التقانات العلمية بتعقل سيتطلب سياسات اجتماعية وتشريعية ثاقبة البصيرة.
- ان ما يثير مخاوف الدول في عصرنا الحاضر هو إمكانية إساءة استخدام المعلومات الوراثية بما يتعارض مع حقوق الانسان كالتفرقة في التعامل من قبل شركات التأمين اعتمادا على المعلومات الوراثية، وكربط الفرص الوظيفية بالمعلومات الوراثية للشخص.

- ان التمييز على أساس العوامل الوراثية هو أمر شائع ناهيك عن كونه واسع الانتشار.
- معظم الأشخاص يخشون استخدام معلوماتهم الوراثية لحرمانهم من الوظائف أو التغطية الطبية. فاتخاذ قرار باجراء اختبار جيني من عدمه يتضمن خيارات شديدة الشخصية، كما أنه يطرح كذلك مسائل أخلاقية واجتماعية.
- أمام تردد الناس في الخضوع لاختبارات وراثية قد تكون مفيدة لصحتهم ورفاههم، ظهرت تشريعات تحظر التمييز الوراثي صراحة.
- في أمريكا حظر القانون الفدرالي بداية التمييز بين الناس الذين يشتركون في برامج التأمين جماعيا على أساس وراثي، كما حظر القانون أيضا (قانون عدم التمييز بناء على المعلومات الوراثية لعام 2008) على شركات التأمين الطلب من عملائها فحصا وراثيا باعتباره شرطا مسبقا لتوفير تغطية النفقات على الرغم من امكانية الشركات في الواقع الحصول على نتائج الاختبارات، إضافة إلى حظر التمييز الوراثي في الوظائف وحماية الخصوصية الشخصية للمعلومات الوراثية في السجلات الطبية.
- الأهمية الأولى من القانون هي منع استخدام المعلومات الوراثية من قبل مؤسسات التأمين أو أصحاب المؤسسات الخاصة لاستغلال مستخدميه.

التوصيات

1. المزيد من التوعية في مجال العلوم البيوتكنولوجية.
2. الاستفادة من خبرات الدول الأخرى.
3. حث الدول على مواصلة دعم البحوث في مجال علم الوراثة البشرية وفقا للمعايير العلمية والأخلاقية المقبولة وللفائدة المحتملة لجميع الناس.
4. التأكيد على أن تراعي البحوث وتطبيقاتها مراعاة تامة الحقوق والحريات الأساسية وكرامة الانسان.
5. بذل جهد مضاعف للاستفادة من هذه المعلومات الصحية وكيفية التعامل معها بصورة سليمة، مع مراعاة احترام حقوق الانسان على الوجه الصحيح.
6. تشجيع استمرار البحث العلمي، والأنشطة البحثية والإنمائية في مجال علم الوراثة، دون شعور المواطن بالخوف من استغلال المعلومات الخاصة به ضده.

7. سن قوانين تتعلق بقضية الاختبارات الوراثية ووضعها ضمن أطر وضوابط محددة، بحيث تحفظ الحقوق لأطراف العلاقة في الاختبارات البيولوجية.
8. تحديد العلاقة بين التأمين الصحي والاختبارات الوراثية للأفراد تشجيعاً للمواطنين للحصول على معلومات تتعلق بالوراثة كجزء من الرعاية الصحية المتاحة لهم دون خوف من استغلالهم.
9. سن التشريعات الكفيلة بالقضاء على التمييز المستند إلى صفات الأفراد الوراثية، بحيث تحظر جميع أشكال التمييز القائم على الخصائص الوراثية، ووضع ضمانات تحول دون ذلك التمييز.
10. إيجاد لجنة وطنية لعلم الوراثة، تقوم برسم السياسات في مجال الموارد الوراثية ووضع الخطط والقواعد الناظمة لطرق تسجيل الموارد الوراثية، وطرق تخزين وتبادل المعلومات الوراثية، واعداد التوصيات في كيفية حماية المعارف الوراثية.
11. الاشتراك في العمل مع ذوي الصلة من السلطات الحكومية والقطاع الخاص والوسط الأكاديمي والمجتمع المدني والجمهور من أجل وضع سياسات لحماية الخصوصية الفردية.
12. مواصلة الجهود المبذولة على الصعيد الدولي من أجل كفالة عدم التمييز على أساس المعلومات الوراثية.
13. ضرورة التفات القضاء إلى التمييز بين الطفرات الوراثية ذات التخلل التام والتي يعد التمييز بشأنها مشروعاً، وبين الطفرات ذات التخلل المتغير والتي يعد التمييز بشأنها غير مشروع، كونها غير مؤكدة.

المراجع

أولاً: المراجع العربية

1. د. أحمد سليم سعيقان: "الحريات العامة وحقوق الانسان"، ج1، ط1، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت، لبنان، 2010.
2. برهام محمد عطا الله: "التأمين وشريعة الاسلام"، أعمال المؤتمر العلمي السنوي لكلية الحقوق بجامعة بيروت العربية تحت عنوان الجديد في أعمال المصارف من الوجهتين القانونية والاقتصادية، لبنان، ج1، 2007، ص 133.
3. جمعة محمود عباد، وعمر محمد شديفات: "دور الدراسات الاكتوارية في تحديد الأقساط وتقييم المخاطر لتأمين الحياة في الأردن"، مجلة المنارة للبحوث والدراسات، الأردن، المجلد 18، العدد 1، 2012، ص 177.
4. جون هيلز، وجوليان لوگران، وديفيد بيلشو: "الاستبعاد الاجتماعي، ترجمة د. محمد الجوهري، عالم المعرفة، المجلس الوطني للثقافة والفنون والآداب، الكويت، 2007،
5. سامي عبد الله الدريعي: "التنفيذ العيني لالتزام المؤمن له دفع القسط في التأمين على الحياة، دراسة تحليلية وأصلية في القانون الفرنسي والمصري والكويتي، مجلة الحقوق، الكويت، المجلد 32، العدد 2، 2008، ص 197.
6. سلمى بنت محمد بن صالح هوساوي: "عقود التأمين وأحكامها"، حولية مركز البحوث والدراسات الاسلامية، كلية دار العلوم، جامعة القاهرة، مصر، مجلد 7، العدد 24، 2011، ص 379؛
7. د. سهيل حسين الفتلاوي: "قبول التنوع والاختلاف ومناهضة العنصرية، دراسة مقارنة في القانون الدولي لحقوق الانسان، مجلة العلوم القانونية والسياسية، الجمعية العلمية للبحوث والدراسات الاستراتيجية، العراق، مجلد 3، العدد 5، 2013، ص 7.
8. د. عبد القادر عطير: "التأمين البري في التشريع الأردني"، دار الثقافة للنشر والتوزيع، عمان، الأردن، 1995.
9. عصام سعيد عبد أحمد: "حقوق الأشخاص ذوي الإعاقات"، مجلة الرافدين للحقوق، كلية الحقوق، جامعة الموصل، العراق، العدد 54، 2012، ص 313.

10. علي مصباح ابراهيم: "التزام المضمون بإعلام الضامن في ضمان الحياة"، أعمال المؤتمر العلمي السنوي لكلية الحقوق بجامعة بيروت العربية تحت عنوان الجديد في أعمال المصارف من الوجهتين القانونية والاقتصادية، لبنان، ج1، ص 321.
11. عمر عبد النافع خليل: "نظرة سريعة على أهم الاتفاقيات الدولية لحقوق الانسان"، مجلة الجنان لحقوق الانسان، لبنان، العدد 1، 2010.
12. د. عيد أحمد الحسان: "فعالية مبدأ المساواة في تقييد عمل السلطة التشريعية، دراسة تحليلية مقارنة، مجلة المنارة للبحوث والدراسات، الأردن، مجلد 16، العدد 6، 2010، ص37.
13. د. مالك حمد أبو نصير، ومحمد خير محمود العدوان: "الخطأ العمدي للمؤمن له كسبب لإعفاء المؤمن من مسؤوليته في القانون المدني الأردني، دراسة مقارنة"، المجلة الأردنية في القانون والعلوم السياسية، الأردن، المجلد 4، العدد 1، 2012، ص 155؛
14. د. محمد عبد الرسول بهياني: "الطبيعة القانونية لعقود التأمين على الحياة"، مجلة العلوم القانونية والاقتصادية، كلية الحقوق، جامعة عين شمس، مصر، مجلد 45، عدد 2، 2003، ص61.
15. د. محمد بن حسين بن عبد العزيز آل الشيخ: "عقد التأمين التجاري للتعويض عن الضرر، حقيقته وحكمه"، مجلة الجمعية الفقهية السعودية، السعودية، العدد 8، 2011، ص 255.
16. د. محمد عرفان الخطيب: "مبدأ عدم التمييز في تشريع العمل المقارن: نطاق التطبيق والاثبات"، مجلة جامعة دمشق للعلوم الاقتصادية والقانون، سوريا، مجلد 25، العدد 1، 2009، ص7.
- د. محمد عرفان الخطيب: "مبدأ عدم التمييز في تشريع العمل المقارن، المفهوم"، مجلة جامعة دمشق للعلوم الاقتصادية والقانون، سوريا، مجلد 24، 2008، ص 57.
17. د. محمد زهرة: "أحكام عقد التأمين"، دار النهضة العربية، ط1، 2006؛
18. د. محمد شكري سرور: "شرح أحكام عقد التأمين"، دار النهضة العربية، 2004،
19. د. نوري حمد خاطر: "تحديد فكرة الخطأ الجسيم في المسؤولية المدنية"، بحث منشور في مجلة المنارة، جامعة آل البيت، الأردن، المجلد السابع، العدد الأول، 2001.
20. طوني بينيت ولورنس غرو سبيرغ وميغان موريس: "مفاتيح اصطلاحية جديدة"، ترجمة سعيد الغانمي، المنظمة العربية للترجمة، بيروت، لبنان، 2010، ص31.

21. هشام البساط: "صيرفة التأمين"، أعمال المؤتمر العلمي السنوي لكلية الحقوق بجامعة بيروت العربية تحت عنوان الجديد في أعمال المصارف من الوجهتين القانونية والاقتصادية، لبنان، ج2، 2007
22. د. وائل أحمد علام: "نظام الشكاوى الفردية إلى اللجان الدولية لحقوق الإنسان، دراسة في إطار منظمة الأمم المتحدة"، المؤتمر السنوي الدولي الخامس لكلية الحقوق بجامعة الاسكندرية تحت عنوان: العدالة بين الواقع والمأمول، مصر، المجلد الأول، 2012، ص 401.
23. د. وجيه عبد الله فهد مصطفی: "استخدام الدوال غير الخطية في تسعير عقد التأمين على الحياة الجماعي: مدخل إكتواري جديد، مجلة مركز صالح عبد الله كامل للاقتصاد الاسلامي، مصر، مجلد 15، عدد 30، 2006، ص 15.
24. رشا محمد تيسير خطاب ونسرين محاسنة: "المصلحة في عقد التأمين: دراسة قانونية في ظل القانون المدني الأردني"، مجلة الشريعة والقانون، جامعة الامارات العربية، 2011

ثانيا: المراجع الإنجليزية

1. W.K. CHUNG: "Implementation of Genetics of Personalize Medicine", Gender medicine, vol.4, n 3, 2007, p. 248.
2. Y. MIKI: "A strong candidate for the breast and ovarian cancer susceptibility gene BRCA1", Science, vol. 266, n 5182, 1994, p. 66; R. WOOSTER: "Identification of the Breast Cancer Susceptibility Gene (BRCA2), Nature, vol. 378, n 6559, 1995, p.789;
3. U.S. Preventive Services Task Forces: "Genetic Risk Assessment and BRCA Mutation Testing for Breast and Ovarian Cancer Susceptibility: Recommendation Statement", Annals of Internal Medicine, vol. 143, n 5, 2005, p. 355.
4. I.V. HOYWEGHEN: "Risks in the making travels in life insurance and genetics, care & welfare", Amsterdam University press, 2007;
5. Chris Armstrong, "Equality, Risk and Responsibility: Dworkin on the Insurance Market" (2005) 34:3 Economy & Society 451 at 452;
6. Michael Hoy & Julia Witt, "Welfare Effects of Banning Genetic Information in the

- Life Insurance Market: The Case of BRCA 1/2 Genes," (2007) 74:3 The Journal of Risk and Insurance 523 at 523.;
7. N.D. KAUFF, S.M. DOMCHEK, T.M. FRIEBELF: "Risk-reducing salpingo-oophorectomy for the prevention of BRCA1 and BRCA2 associated breast and gynecologic cancer: a multicenter, prospective study", Journal of Disease, Curr Drug Targets, vol. 9, n 5, 2008, p. 1331;
 8. D. B. BOUK: "The science of difference: developing tools for discrimination in the american life insurance industry", Princeton university, ProQuest, UMI, 2009.;
 9. H Wilkinson, "The Single Equality Bill: A Missed Opportunity to Legislate on Genetic Discrimination," (2009) 3:1 Studies in Ethics, Law, and Technology 1 at 7
 10. T. MIYATA: "Large-Scale Candidate Gene Approach ti Identifying Hypertension-Susceptible Genes", Hypertens Res, vol. 21, n 2, 2008, p. 203;
 11. S. CAUCHI, P. FROUGUEL: "TCF7L2 Genetic Defect and Type 2 Diabetes", Cur Diab Rep vol. 8, n 2, 2008, p.149;
 12. L. HENCKAERTS, C. FIGUEROA, S. VERMEIRE: "The role of genetics in Inflammatory Bowel Disease", Cur Drug Targets, vol.9m n5, 2008, p. 361;
 13. Samia A Temtamy, Mona S Aglan & Nagwa A Meguid, "Genetic Disorders in Egypt" in Ahmad S Teebi, ed, Genetic Disorders Among Arab Populations, 2d ed (Heidelberg: Springer-Verlag, 2010) 219 at 223;
 14. Samia A Temtamy, Mona S Aglan & Nagwa A Meguid, "Genetic Disorders in Egypt" in Ahmad S Teebi, ed, Genetic Disorders Among Arab Populations, 2d ed (Heidelberg: Springer-Verlag, 2010) 219 at 223;
 15. Jennifer L Gold, "To Warn or Not to Warn? Genetic Information, Families, and Physician Liability" (2004) 8:1 McGill J Med 72.16 See Insurance Act, SBC 2012, c 37, ss 51,
 16. S.A. MURPHY: "Security in an uncertain word life insurance and the emergence of modern America", university of Virginia, 2005.

17. A.R. WIN: "Beyond the business: social and cultural aspects on the atlant a life insurance company", university of south Florida, ProQuest, UMI, 2010;
18. B.M. KNOPPERS, Y. JOLY: "Physicians, Genetics, and life insurance", CMAJ, vol. 170, n9, 2004,
19. M.J. WOLF: "The money value risk: life insurance and the transformation of public health", Columbia university, ProQuest, UMI, 2002.;
20. T. LEMMENS: "Selective Justice, Genetic Discrimination and Insurance: Should we single out genes in our laws?» McGill L.J., vol. 45, 2000, p. 347.; Richard Ericson, Dean Barry & Aaron Doyle, "The Moral Hazards of Neo-Liberalism: Lessons From the Private Insurance Industry" (2000) 29.
21. L.L. VERDON: "Why do rich people buy life insurance", the Florida state university, ProQuest, UMI, 2010; G. BECKER: "La discrimination envers les minorités", Journal des Economistes et des études humaines, vol.4, n2, 1993, p.10
22. Andrews c. Law society of British Columbia, 1989, I RCS 143.
23. S. GEETTER: "The Power of the human genome to transform the American insurance system", American Journal of Law and Medicine, vol. 28, 2002, p. 1-76;
24. T. LEMMENS, Y. JOLY, B.M. KNOPPERS: "Génétique et assurance vie: analyse comparative", GenEdit,
25. D.M. HAUSMAN: "Group Risks, Risks to groups, and Group engagement in genetics research", Kennedy institute of Ethics Journal, vol. 17, n 4, 2008, p. 351.
26. L.T.T. BOUERS: "Minorities without health insurance: a matter of life and death", State university of new York, empire state college, 2008;
27. N.I. PEEFFER, P. MCCARTHY VEACH, B.S. LeROY: "An investigation of genetic councelors, discussions of genetic discrimination with cancer risk patients", Journal of genetic counseling, vol. 11, n5, p. 120.
28. T. POTEAT: "The role of stigma and discrimination in health care utilization and HIV risk among transgender adults", the Johns Hopkins university, 2012;

29. Y. BOMBARD, E. PENZINER, O. SUCHOWERSKY: "Engagement with genetic discrimination concerns and experiences in the context of huntingdon disease", European Journal of Human Genetics, vol. 16, 2008, p. 279;
30. M. OTLOWSKI: "Exploring the concept of genetic discrimination ", Journal of Bioethical Inquiry, vol.2, n3, 2005, p. 165;
31. Trudo Lemmens, Daryl Pullman & Rebecca Rodal, Genome Canada Policy Brief no 2, Revisiting Genetic Discrimination Issues in 2010: Policy Options for Canada (15 June 2010) at 3.
32. P.K. GUPTA: "Fundamentals of insurance, Globalmedia, Mumbai, Ind, 2008
33. F. DALAL: "Though paralysis: the virtues of discrimination", Karnak books, London, GBR, 2011.30; M.W. FOSTER, R.R. SHARP,: "Genetic research and culturally specific risks: one size does not fit all", Trends of genetics, vol. 16m 2000m p. 94.
34. I.V. HOYWEGHEN: "Risks in making: travels in life insurance and genetics", Amsterdam university press, Amsterdam, NLD, 2006;
35. P. HAMET, E. MERLO, O. SEDA: "Quantitative founder effect analysis of French Canadian families identifies specific loci contributing to metabolic phenotypes of hypertension", ;
36. D. HUO, O.I. SEDA: "Genetic testing in diverse populations: are researchers doing enough to get out the correct message?", Journal of American medical association vol. 298, n24, 2007, p. 2890.
37. A.M.M. COTTER: "Race matters: an international analysis of race discrimination", Ashgate publishing group, Abingdon, Oxen, GBR, 2006.2;
38. K. ELTIS: "Genetic determinism and discrimination: a call to re-orient prevailing human rights discourse to better comport with the public implications of individual genetic testing", Journal of law, Medicine ðics, 2007, p. 282.
39. E. APPETT, M. JAROSCH: "Combating racial discrimination", Berg Publishers, Oxford, CBR, 2000.32; U.S. Preventive services task forces, op, cit, note 4, p. 257;

40. N. KASS, A. MEDLAY: "Genetic screening and disability insurance: what can we learn from the health insurance experience?", Journal of law, medicine & ethics, vol. 35, 2007, p.11
41. F. CALLARD: "Mental illness, discrimination and the law: fighting for social justice", Somerset, NJ, USA, 2012.47; W.K. CHUNG, op. cit., note 4, p.256;
42. K.A. SCHNEIDER: "Ethical issues in cancer genetics:1) whose information is it?", Journal of genetic counseling, vol. 15, n6, 2006, p.491;
43. B.M. KNOPPERS: "Genetic information and the family: are we our brother's keeper?", Trends in biotechnology, vol. 20, n2, 2002, p.85.
44. G. BUNNER: "Private voluntary health insurance regulation: consumer protection and prudential regulation", World Bank publications, Washington, DC, USA, 2012.5;
45. European society of human genetics: "Genetic information and testing in insurance and employment: technical, social and ethical issues", European journal of human genetics, 2003, vol. 11, suppl. 2,200, p. 11s.
46. A. NELSON: "Body and soul: the black panther party and the fight against medical discrimination", University of Minnesota press, Minneapolis, MN, USA, 2011, 63
47. W.E. WILLIAMS: "Race and economics: how much can we blame on discrimination", Hoover institution press, Stanford, CA, USA, 2011.32; M. OTLOWSKI, op. cit., note 20, p. 165s.
48. D. FOX: "Luck, genes and equality", Journal of law, medicine & ethics, vol. 35, n4, 2007, p. 721; D. FOX: "Silver spoons and golden genes: genetic engineering and the egalitarian ethos", American journal of law& medicine, vol. 33, n4, 2007, p. 567
49. J. JASIAK, C. GOURIEROUX: "Econometrics of individual risk: credit, insurance, and marketing", Princeton university press, Princeton, NJ, USA, 2011.12; W.K. CHUNG, op. cit., note 4, p.260.
50. M.A. HALL, J.E. McWEN, J.C. BARTON: "Concerns in a primary care population

- about genetic discrimination in insurers", *Genetics in medicine*, vol. 7, n5, 2005, p. 311.
51. STANGLE: "Taking HIV related stigma and discrimination in south Asia", World Bank publications, Herndon, VA, USA, 2010.23; H.T. GREELY: "Banning genetic discrimination", *New England journal of medicine*, vol. 353, n9, 2005, p. 865;
 52. D.C. WERTZ: "Genetic discrimination - an overblown fear?", *Nature reviews genetics*, vol. 3, n7, 2002, p. 496.
 53. Theresa Boyle, "Young woman faces insurance hoops due to father with Huntington's" (18 May 2011),
 54. C. ULMER: "Perspectives on essential health benefits: workshop report", National academics press, Washington, DC, USA, 2011.17;
 55. S.J.M. HOMSMAN, R. HUIJGEN, S. MIDDLDORP: "Molecular Screening for familial hypercholesterolemia: consequences for life and disability insurance", *European journal of human genetics*, vol. 16, 2008, p. 14.
 56. D. MARTINDALE: "Pink slip in your genes", *Scientific American*, vol. 1, n19, 2001, p. 386.
 57. K.J. SCHLICH-BAKKER: "Barriers of participating in genetic counseling and BRCA: testing during primary treatment for breast cancer", *Genetics in medicine*, vol. 9, n11, 2007, p. 766.
 58. J. YORTE: "Right to life and value of life: orientations in law, politics and ethics", Ashgate publishing group, Franham, Surrey, GBR, 2010.
 59. Abdullah Daar & Jean-François Mattei, Draft World Health Organization (WHO) Guidelines on Bioethics (1999) at s 7,
 60. Institute of medicine: "Living well with Chronic illness: a call for a public health action", National academic press, Washington, DC, USA, 2012.21
 61. B. BILLINGSLEY: "Insurance law introduction", 2013, 50:3 *Alta Rev.* 535, issue coordinator Alberta Law review; T.

62. E. ADJIN " Insurance law potencial for genetic discrimination in Access to insurance: Is there a dark side to increased availability of genetic information?", 2013, 50:3 Alta L rrev.577, Telly Alberta Law Review
63. S. HOFFFMAN: "Legislation and genetic discrimination", Journal of law and health, vol. 16, n47, 2001, p. 47.
64. J. COUZIN: "How to get genetic protection law through congress? Keep trying", Science, 2008, p. 596.; National Institute of Health, "Promoting Safe and Effective Genetic Testing in the United States
65. M.W. ALANA: "Everyday discrimination, diabetes related distress, and depressive symptoms", Journal of immigration and minority health, 2013
66. E.A. FELDMAN: "Health Insurance, employment and human genome: genetic discrimination and bio banks in the united states", comparative issues in the governance of research biobanks, 2013;
67. R.J. BAROHN: "Muscles diseases", in Goldman Cecil Medicine, 23 2d., Saunders, 2007.
68. R. HODGIN: "Insurance law, text and material", 2nd ed., 2002, published by Routledge Cavendish.
69. Natinal Corn Grozers' Association c. Canada; Tribunal des importations; 1990; 2 R/C/S/ 1324; P.A/ COTE: "Interprétations des lois", 3e éd., Thémis, 1999
70. Elizabeth Adjin-Tettey, "Rethinking the Materiality Requirement for Non-Disclosure and Misrepresentation in Insurance Contracts" (2011) 89:2 Can Bar Rev 241 at 245-48.;
71. Cheraskin and others: "Biochemical profile in predictive medicine"/ " Instrumentation and prospects for predictive medicine", Pubmed.gov, U.S. National library of medicine National institutes of health.

ثالثاً: المراجع الفرنسية.

1. S. LANCTOT: "L'utile et la juste de la discrimination dans la sélection, la classification et la tarification des risques assuranciers", Mc. Gill university, Canada, proquest, UMI, 2008;
2. A. DUPUY. N. DUPY: "Examen des caractéristiques génétiques d'une personne à des fins médicales: Information des tiers"; Centre de documentation multimédia en droit médical; 2006.
3. Conseil de la santé et du bien-être: "La santé et le bien-être de l'information génétique: enjeux individuels et sociaux à gérer"; Montréal, 2001,
4. Henry T Greely, "Genotype Discrimination: The Complex Case for Some Legislative Protection" (2001) 149:5 Univ Pa L Rev 1483 at 1484
5. L. LAPLANTE: "Les nouvelles frontières de l'accommodement raisonnable: un casse-tête insoluble?", Développements récents en droit du travail de l'école du bureau du Québec, vol: 293, 2008, p. 216.
6. E. LEVESQUE: "La discrimination génétique dans l'emploi: une étude des protections offertes par les chartes canadiennes et québécoise", thèse de maitrise, Université de Montréal, 2004.
7. G. GREGORIE, R. QLE?DJRODO, A. CHAGNON: "La discrimination génétique et l'assurance-vie: les mesures de protection actuelles suffisent-elles?", Lex electronic, vol. 14, n1, 2009.

رابعاً: المراجع الالكترونية:

1. <http://site.ebrary.com/lib/excellence/doc?id-10302823>.
2. www.cartagene.qc.ca.
3. www.23andme.com.
4. <http://www.humgen.umontreal.ca/GenConsult/editoriaux/4.pdf>
5. <http://www.droit.univ->

- paris5.fr/cddm/modules.php?name=News&file=article&sid=80.
6. <http://209.44.124.200/-catagene/images/stories/pdf/rmga-pop-fran.pdf>
 7. http://www.clhia.ca/download/postion_ACCAP_tests_genetiques.pdf
 8. www.healthzone.ca/health/newsfeatures/article/992995--young-woman-faces-insurance-hoops-due-to-father-with-huntington-s?bn=1
 9. Rechtswissenschaftliche Fakultät www.rewi.uni-jena.de/rewimedia/Downloads/LS-Ruffert/Ethical_Codes/WHO_Draft+World+HealthOrganization+Guidelines+on+Bioethics.pdf;
 10. http://www.unicef.org/voy/arabic/exolore/explor_1828.html+1829.html
 11. www.dh.gov.uk/health/2012/06/genetics/;
 12. www.ethicsandgenetics.org/Blog/Moratorium-on-Insurers-use-of-Genetic-Tests;
 13. www.samiconsulting.co.uk/4geneticsmoratorium.pdf.
 14. www.genome.gov/10002405.
 15. [www.clhia.ca/domino/html/clhia/clhia_lp4w_Ind_webstation.hsf/resources/Industry+Fact+Sheet+PDF/\\$file/Industry_Overview_Success_EN.pdf](http://www.clhia.ca/domino/html/clhia/clhia_lp4w_Ind_webstation.hsf/resources/Industry+Fact+Sheet+PDF/$file/Industry_Overview_Success_EN.pdf)
 16. [www.clhia.ca/domino/html/clhia/clhia_lp4w_Ind_webstationns.fpage/AB25493245D55DFB85257964006A9E80/\\$file/CLHIA_Submission_to_Alberta_2012.pdf](http://www.clhia.ca/domino/html/clhia/clhia_lp4w_Ind_webstationns.fpage/AB25493245D55DFB85257964006A9E80/$file/CLHIA_Submission_to_Alberta_2012.pdf)
 17. <http://www.canada.com/vancouver/news/editorial/story.html>
 18. [www.clhia.ca/domino/html/clhia/clhia_lp4w_Ind_webstation.nsf/page/DDE5760D748C0374852579F900508835/\\$file/CE_Consult_on_Predictivity.pdf](http://www.clhia.ca/domino/html/clhia/clhia_lp4w_Ind_webstation.nsf/page/DDE5760D748C0374852579F900508835/$file/CE_Consult_on_Predictivity.pdf)
 19. www.jof.org
 20. www.Lawjo.net
 21. www.ar.wikipedia.org
 22. www.ncbi.nlm.nih.gov

خامساً: الاتفاقيات والوثائق الدولية:

1. اليونسكو: الاعلان العالمي للجينات البشرية وحقوق الانسان (1997).
2. مجلس أوروبا: التقرير التفسيري للاتفاقية المتعلقة بحقوق الانسان والطب الحيوي، 1998.
3. منظمة الأمم المتحدة، الاعلان العالمي لحقوق الانسان، نيويورك، 1948؛ نوفل علي عبد الله الصفو: "الإخلال بمبدأ المساواة في القانون"، مجلة الراافدين للحقوق، كلية الحقوق، جامعة الموصل، العراق، العدد 28، 2006، ص 265.
4. المجلس الاقتصادي والاجتماعي للأمم المتحدة، القرار 2004/9، سرية البيانات الوراثية وعدم التمييز؛
5. الرابطة الطبية العالمية، اتخاذ موقف الرابطة الطبية في علم الوراثة والطب، سانتياغو، 2005
6. الاعلان الدولي حول البيانات الوراثية البشرية.
7. الاعلان العالمي لحقوق الانسان، المادة (7)؛
8. المفوض السامي لحقوق الانسان، العهد الدولي للحقوق المدنية والسياسية، 1966، المادة (26)؛
9. المفوض السامي لحقوق الانسان، العهد الدولي الخاص بالحقوق الاقتصادية والاجتماعية والثقافية، المادة (2/2)؛
10. المؤتمر الأمريكي الدولي التاسع، الاعلان الأمريكي لحقوق وواجبات الانسان، بوغوتا، 1948، المادة (2)؛
11. اتفاقية الأوروبية لحقوق الانسان، 1950، المادة (14)؛
12. منظمة الوحدة الافريقية، الميثاق الافريقي لحقوق الانسان والشعوب، نيروبي، 1981، المادة (3).
13. الاعلان العالمي لحقوق الانسان، المادة (7).
14. العهد الدولي المتعلق بالحقوق الاقتصادية والاجتماعية والثقافية، المادة (2/2).
15. اليونسكو، الاعلان العالمي بشأن الأخلاقيات الحيوية وحقوق الانسان، 2005، المادة (2/1).

16. الميثاق الكندي للحقوق والحريات. الاعلان الكندي للحقوق، 1960.
17. اتفاقية حقوق الأشخاص وذوي الاعاقات وبروتوكولها الاختياري.
18. المنظمة العالمية للصحة: التصنيف الدولي للعاهات، العاهات والاعاقة، دليل لتصنيف النتائج المترتبة على الأمراض، 1988.
19. اليونسكو: الإعلان العالمي بشأن الجينوم البشري وحقوق الإنسان، 1997.
20. مجلس أوروبا، اتفاقية حقوق الانسان والطب الحيوي، أوفيبدو، 4 نيسان (ابريل) 1997.
21. مجلس أوروبا، البروتوكول الإضافي لاتفاقية حقوق الانسان والطب الحيوي المتعلق بالبحوث الطبية الحيوية، ستراسبورغ، 2005.
22. المذكرة التفسيرية للاتفاقية حول حقوق الانسان والطب الحيوي.

سادسا: التشريعات الوطنية:

1. القانون المدني الأردني رقم 43 لسنة 1976؛
2. نظام التأمين الإلزامي الأردني من المسؤولية الناجمة عن استخدام المركبات رقم (32) لسنة 2001.
3. Genetic Information Nondiscrimination Act of 2007, H.R. 493 GINA: قانون عدم التمييز في المعلومات الوراثية
4. القانون الكندي حول حقوق الانسان، (L.R.C., 1985, c. H-6).

إرهاب الدولة بين الإقرار والإنكار

إعداد

الدكتور

محمد الخشن

أستاذ القانون الدولي العام المساعد

كلية العلوم والدراسات الإنسانية - جامعة شقراء - الرياض

إرهاب الدولة بين الإقرار والإنكار

الملخص

ما زال الخلاف مستمراً بين الفقه الدولي حول تعريف للإرهاب، كما أنّ الدول لم تتفق حول نظرة موحدة أو حتى قريبة من هذه القضية؛ وذلك بسبب تغليب بعض الدول لاعتباراتهما السياسية ومصالحهما على الاعتبارات الموضوعية وقيم العدالة. وقد تعالت الأصوات بين فقهاء القانون والساسة - في السنوات الأخيرة - مطالبة بالاتفاق على كلمة سواء عند تعريف الإرهاب حتى تتوحد الرؤى، ومن ثمّ المواجهة لهذه الظاهرة. ونحن من جانبنا استعرضنا رأي القائلين بجريمة "إرهاب الدولة"، وذلك بعد إطلالة على معنى الإرهاب عموماً وتطوّره وما قيل بشأن تعريفه. وقد تطرقنا حجج القائلين بإرهاب الدولة ولكننا لم نجد - في نظرنا - الحجّة الدامغة للتسليم بهذه الفكرة. ومع صدور قرار الجمعية العامة للأمم المتحدة في ديسمبر 1974م، الذي تضمّن تعريفاً للعدوان لم يعد مقبولاً القول بمسألة "إرهاب الدولة"؛ لما في ذلك من تكرار لتجريم سلوك معين تم تجريمه من قبل تحت وصف آخر، وهو الأمر الذي لا يصح في نظرنا.

Abstract

The dispute continues between the international jurisprudence on the definition of terrorism, and states have not agreed on a unified view, or even close to this issue, because some countries prioritize their political considerations and interests over objective considerations and values of justice.

Voices have arisen between jurists and politicians - in recent years - calling for agreement on a common word when defining terrorism so that visions unite, and then confront this phenomenon.

For our part, we reviewed the opinion of those who say about the crime of "state terrorism", after looking at the meaning of terrorism in general and its development and what was said about its definition. The arguments of those who say state terrorism have been touched upon, but we have not found - in our view - the compelling argument for accepting this idea.

And with the issuance of the resolution of the United Nations General Assembly in December 1974, which included a definition of aggression, it is no longer acceptable to say the issue of "state terrorism" because of the repetition of the criminalization of a specific behavior that was previously criminalized under another description, which is not true in our view.

المقدمة

ربّما لم تنل مسألة في القانون الدولي والمحلي - على السواء - باهتمام كبير كما نالت مسألة الإرهاب، ولم تحظَ مسألة فكرية بتباين في الآراء كما حظيت فكرة تعريف الإرهاب فلم يستقر الفقه، كما لم تتفق الدول على تعريف له.

وقد تعالت الأصوات بين فقهاء القانون والسياسة - في السنوات الأخيرة - مطالبة بالاتفاق على كلمة سواء عند تعريف الإرهاب حتى تتوحد الرؤى، ومن ثمّ المواجهة لهذه الظاهرة.

هذا، وقد حال تغليب الاعتبارات السياسية من جانب بعض الدول - عند تعاطيها مع ظاهرة الإرهاب - على الاعتبارات الموضوعية، دون التوصل إلى تعريف موضوعي محدّد وواضح للإرهاب.

ولا خلاف أنّ الأعمال الإرهابية الصادرة عن الأفراد تعدّ إرهاباً بالمعنى الفني للكلمة، ولكن هل من المتصور صدور أعمال إجرامية عن الدولة يمكن تكييفها بأنّها إرهاب؟

تكاد الآراء تجمع على أنّ المقصود بالفاعل في جريمة الإرهاب الدولي، هو الفرد أو الأفراد العاديون الذين لا يمثلون الدولة في تصرفاتها والمنسوب إليهم القيام بالسلوك الإجرامي المكوّن للركن المادي لجريمة الإرهاب. ونقصد بالأفراد العاديين، هؤلاء الأشخاص الذين لا يتمتّعون بصفة الموظفين الحكوميين، وليسوا مكلفين بأعمال مدنيّة من قبل الدولة.

وإرهاب الدولة State Terrorism واحد من المصطلحات الحديثة التداول من جانب بعض الفقهاء في القانون الدولي. وقد تبني هؤلاء الفقهاء هذا المصطلح، بعد استعماله في أدبيات بعض الكتاب والسياسة تحت وطأة تصرفات شديدة الإجرام من جانب بعض الدول في حق شعوب أو دول أخرى. وقد ساهم في زيادة هذه الإشكالية غموض فكرة الإرهاب، وعدم اتفاق الفقه أو العمل الدولي على تعريف محدّد وواضح لجريمة الإرهاب عموماً.

ويذهب جانب آخر من الفقه إلى القول أنّ الأعمال الإرهابية التي ترتكب من قبل دولة ما ضد دولة أخرى، تعدّ بمثابة صورة من صور العدوان ولا تشكل ما يسمى "إرهاب الدولة".

مشكلة الدراسة:

تتمثّل في معرفة حقيقة ما يسمّى بجريمة "إرهاب الدولة"، فقد ظهر من الفقه والعمل الدوليين اتجاهان: أحدهما يذهب إلى وجود هذه الجريمة، ويذهب اتجاه آخر إلى إنكار وجود هذه

الجريمة، وأن السلوكيات الإجرامية للدول - التي يذكرها أصحاب الاتجاه الأول - ما هي إلا صور للعدوان أو الجرائم الدولية الأخرى.

أهمية الدراسة:

إنّ البحث في موضوع إقرار جريمة الإرهاب في حق الدولة أو إنكارها، يكتسب أهمية خاصة، لما يلي:

أولاً: ندرة الأبحاث التي استطلعت إلى هذا الموضوع، خصوصاً مع الأخذ في الاعتبار أنّ مصطلح "إرهاب الدولة" من المصطلحات الحديثة في الفقه والإعلام الدوليين، الأمر الذي زاد من غموض هذا الموضوع.

ثانياً: مع ازدياد السلوك الإجرامي لبعض الدول والذي قد يوصف بأنه "إرهاب دولة"، كان من الأهمية بمكان، وضع هذا السلوك في إطاره القانوني الصحيح، وهو ما يتحقق بالإجابة عن سؤال البحث: هل يوجد سلوك إجرامي للدولة يصح وصفه بأنه جريمة "إرهاب دولة" أم أنّ للمسألة تقديراً آخر؟

خطة البحث:

المقدمة.

المبحث الأول: تعريف الإرهاب.

المطلب الأول: التطور التاريخي للإرهاب.

المطلب الثاني: التعريف الموضوعي للإرهاب.

المبحث الثاني: الفاعل في جريمة الإرهاب.

المطلب الأول: الفاعل الفردي "إرهاب الأفراد".

المطلب الثاني: الفاعل الجماعي "إرهاب التنظيمات".

المبحث الثالث: الرأي القائل بجريمة "إرهاب الدولة".

المبحث الرابع: إنكار ما يسمى بإرهاب الدولة.

المطلب الأول: الجرائم التي ترتكبها الدولة.

الفرع الأول: مفهوم الجريمة الدولية.

الفرع الثاني: جريمة العدوان.

المطلب الثاني: "إرهاب الدولة" تكرار التجريم لذات الفعل.

خاتمة.

ثبت المراجع.

المبحث الأول تعريف الإرهاب

ما زال الخلاف مستمراً بين الفقه الدولي حول تعريف للإرهاب، كما أنّ الدول لم تتفق حول نظرة موحّدة أو حتى قريبة من هذه القضية؛ وذلك بسبب تغليب بعض الدول لاعتباراتهما السياسية ومصالحهما على الاعتبارات الموضوعية وقيم العدالة. ونحن من جانبنا سنحاول التوصل إلى تعريف موضوعي وعادل للإرهاب.

لذا سنقسم هذا المبحث إلى مطلبين: يتناول الأول منهما تطوّر مسألة الإرهاب، والثاني نقدّم فيه محاولة إلى تعريف موضوعي للإرهاب.

المطلب الأول تطور ظاهرة الإرهاب

على الرغم من أنّ المجتمعات القديمة لم تعرف جريمة الإرهاب بمفهومها الشائع في العصر الحديث، إلا أننا نجد أنّ هذه الجريمة لها جذور ممتدة عبر التاريخ الإنساني⁽¹⁾. فقد عرف الآشوريون والفراعنة هذه الجريمة، وكذلك كان الحال بالنسبة للرومان واليونانيين، ولم تغب هذه الجريمة بشكل مطلق عن فترة معيّنة من التاريخ الإنساني⁽²⁾.

وقد بدأ المجتمع الدولي المعاناة من العمليات الإرهابية، مع بداية الستينات من القرن العشرين، وهي تلك العمليات التي كانت تمارس في مواجهة الطائرات المدنية التي تستخدم في نقل الركاب عبر دول العالم⁽³⁾. ثمّ بدأت العمليات الإرهابية تزداد خطورة وكثافة على الصعيد الدولي والداخلي، وهو الذي أدّى إلى أن تتبوأ قضية الإرهاب، المكانة الأعلى في الخطاب الرسمي والإعلامي -

(1) للمزيد أنظر: د صوفي أبو طالب، تاريخ النظم القانونية والاجتماعية، دار النهضة العربية، 1988، ص 84 وما بعدها.

(2) د عبد الوهاب حومد، الإجرام السياسي، دار المعارف، لبنان، 1963، ص 13.

(3) د يحيى البنا، الاتفاقية العربية لمكافحة الإرهاب، دراسة تحليلية، كتاب الأهرام الاقتصادي، العدد 129، 1998، ص 5.

المحلى و الدولي على السواء.

وكانت السنوات الأخيرة من القرن العشرين والسنوات الأولى من القرن الحادي والعشرين، قد شهدت أكبر وأسوأ موجة من العمليات الإرهابية على مدار التاريخ الإنساني كله⁽¹⁾.

فقد تصاعد الإرهاب خلال السنوات الأخيرة باستخدام العنف وتوظيفه في ممارسة ضغط معنوي على جهة أو دولة معينة، ولم تقتصر آثاره على دولة بعينها، بل انتشر ليشمل دولاً متعددة وتزايد خطره ليمهد الأمن العام الدولي⁽²⁾.

ويمكن القول أنّ جريمة الإرهاب أصبحت - في معظم أحوالها - ذات صبغة دولية، بحيث لا يكاد يصح وصف جرائم الإرهاب بأنها إرهاب محلي؛ لأنّ الأمر لا يكاد يخلو من أحد هذه الأمور:

- 1- ضحايا أو فاعلين أو شركاء ينتمون إلى أكثر من دولة.
- 2- تقديم بعض الدول مساندة مادية أو لوجستية لبعض الجماعات المنقّذة لعمليات إرهابية.
- 3- تأثر العلاقات الدولية بالإرهاب بدرجة أو بأخرى، في ظل تشابك العلاقات والمصالح الدولية، وفي ظل ثورة المواصلات والاتصالات في العصر الحديث.

هذا، بالإضافة للتوجه الحديث لقواعد القانون الدولي نحو تدويل كثير من المسائل أو القضايا الداخلية، بسبب الترابط والتداخل الشديدين بين مصالح الدول في العصر الحديث.

وبالمخالفة للواقع، حاول كثير من الساسة ورجال الفكر إلصاق ظاهرة الإرهاب بالإسلام كدين وحضارة. ولا تخفى مصلحة بعض الدول والقوى الفكرية في وصم الإسلام بالإرهاب. وقد حملت الأحداث المتعلقة بظاهرة الإرهاب - في السنوات الأخيرة - إشارات واضحة في هذا الاتجاه.

وعلى الرغم من ارتباط كثير من الجرائم الإرهابية بعناصر أو جماعات محسوبة على الإسلام إلا أنّه من الخطأ وعدم الموضوعية ربط ظاهرة الإرهاب بالإسلام. فالتاريخ والواقع يثبتان أنّ الإرهاب ظاهرة عالمية لا ترتبط بدين أو حضارة بعينها، بل إنّ العالم الغربي هو أول من شهد

(1) من البلاد العربية التي شهدت عمليات إرهابية كبيرة: مصر، والمملكة العربية السعودية، والأردن، ومن الدول الإسلامية: باكستان وإندونيسيا، ومن الدول الأوروبية التي شهدت عمليات إرهابية: بريطانيا، والولايات المتحدة - وإسبانيا للمزيد أنظر مؤلفنا: تعريف الإرهاب الدولي بين الاعتبارات السياسية والموضوعية، دار الجامعة الجديدة، الإسكندرية، 2007، ص 5 وما بعدها.

(2) اللواء خضر الدهشوري، انتشار الإرهاب الدولي، مجلة السياسة الدولية، يوليو 1984، العدد 77، ص 144.

الجرائم الإرهابية بالمعنى المعاصر لها.

ومن الأسباب - العامة - التي تقف خلف اللجوء إلى الإرهاب:

- الرغبة في تحقيق أهداف سياسية.
- انتهاك حقوق الأفراد والشعوب من جانب بعض الدول.
- عدم اهتمام المجتمع الدولي (أو المحلي) بالظلم الواقع على بعض الفئات أو الشعوب⁽¹⁾.

المطلب الثاني

التعريف الموضوعي للإرهاب

أقرّ مجمع اللغة العربية كلمة "إرهاب" كلمة حديثة في اللغة العربية، ومادتها الأساس "رهب" أي خاف، وكلمة "إرهاب" هي مصدر الفعل الرباعي "أرهب".

كما عرّف مجمع اللغة العربية في معجمه الوسيط الإرهابيين، بأنّهم الذين يسلكون سبيل العنف والإرهاب من أجل تحقيق أهداف سياسية⁽²⁾.

وتعريف الإرهاب - ولاسيما الدولي منه - يعتبر نقطة أساسية عند التعامل الفكري مع ظاهرة الإرهاب. ونعني بالتعريف وضع ملامح وحدود موضوعية واضحة للإرهاب. وربّما لم تحظْ مسألة فكرية بتباين في الآراء كما حظيت فكرة تعريف الإرهاب، فلم يستقرّ الفقه على تعريف له، كما لم تتفق الدول على تعريف للإرهاب الدولي. وقد تعالت الأصوات - في السنوات الأخيرة - مطالبة بالاتفاق على كلمة سواء عند تعريف الإرهاب.

ولا شك أن الاتفاق على كلمة سواء حول تعريف الإرهاب، من شأنه أن يوحد الرؤى، ومن ثمّ الجهود في مواجهة وعلاج هذه الظاهرة.

وقد تعدّدت المحاولات الخاصة بتعريف الإرهاب من جانب الفقهاء والمنظّمات الدولية وتشريعات الدول.

(1) د أحمد أبو الوفا، ظاهرة الإرهاب الدولي في ضوء أحكام القانون الدولي العام، مجلة البحوث والدراسات العربية، العدد 17 - 18، 1990، ص 71.

(2) د نبيل حلي، الإرهاب الدولي وفقا لقواعد القانون الدولي العام، دار النهضة العربية، القاهرة، 1988، ص 27.

ففي مؤتمر "مدريد" 1976، قدّمت اللجنة الخاصة بالإرهاب مشروع اتفاقية، عرّفت فيه الإرهاب بأنّه "كل أعمال العنف أو التهديد به التي ينفذها فرد أو مجموعة من الأفراد ضد أفراد يتمتعون بحماية القوانين الدولية. وكذلك ضد الأماكن ووسائل النقل وطرق المواصلات، والتأمر بقصد تنفيذ العمل الإرهابي والاشتراك فيه". وقد ورد في المشروع أنّ الإرهاب تهديد لعلاقات حسن الجوار بين الدول ولمواطني الدول المختلفة، كما أنّه تهديد لفاعليات المنظمات الدولية وأنظمة النقل والمواصلات⁽¹⁾.

كما عرّف المشرّع المصري الإرهاب في القانون رقم 92 لسنة 1992 بأنّه: "كل استخدام للقوة أو العنف أو التهديد أو الترويع، يلجأ إليه الجاني تنفيذاً لمشروع إجرامي فردي أو جماعي بهدف الإخلال بالنظام العام أو تعريض سلامة المجتمع وأمنه للخطر...."⁽²⁾.

وقد تبني المشرّع البريطاني تعريفاً للإرهاب في قانون مكافحة الإرهاب لعام 1976، حيث عرف الإرهاب بأنّه: "استخدام العنف لتحقيق غايات سياسية، بما في ذلك كل استخدام للعنف بغرض إشاعة أو خلق الخوف لدى العامة أو لدى جزء منهم"⁽³⁾.

وقد عرّف الفقيه Sottile الإرهاب بأنّه: "العمل الإجرامي المقترب عن طريق العنف أو تحقيق الفزع من أجل تحقيق هدف معيّن محدّد بذاته"⁽⁴⁾.

أما Lemkin فيعرّف الإرهاب بأنّه: "تخويف الأفراد باستخدام أعمال العنف"، بينما يعرّفه Gunzburg بأنّه: "الاستعمال العمدي للوسائل القادرة على إحداث خطر عام تتعرّض له الحياة أو السلامة الجسدية أو الصحية أو الأموال العامة"⁽⁵⁾.

ويرى الدكتور عبد العزيز سرحان الإرهاب أنّه: "الاستعمال غير المشروع للقوة، وهو كلّ

(1) للمزيد انظر كتابنا: "تعريف الإرهاب الدولي بين الاعتبارات السياسية والاعتبارات الموضوعية" - دار الجامعة الجديدة - الإسكندرية - 2007 - ص 64 وما بعدها.

(2) د نور الدين هنداوين السياسة الجنائية للمشرع المصري في مواجهة جرائم الإرهاب، دار النهضة العربية، القاهرة، 1993، ص 24.

(3) د هيثم حسن، التفرقة بين الإرهاب الدولي ومقاومة الاحتلال في العلاقات الدولية، رسالة دكتوراه، جامعة عين شمس، 1999، ص 169.

(4) كتابنا: "تعريف الإرهاب..." المرجع السابق، ص 81.

(5) د عبد الرحيم صديقي، الإرهاب السياسي والقانون الجنائي، دار الثقافة العربية، 1985، ص 79.

اعتداء على الأرواح والأموال والممتلكات العامة والخاصة بالمخالفة لأحكام القانون الدولي العام بمصادره المختلفة، بما في ذلك المبادئ الأساسية لمحكمة العدل الدولية⁽¹⁾.

ويعرّف الدكتور صلاح الدين عامر الإرهاب بأنه: "الاستخدام المنظم للعنف لتحقيق هدف سياسي تقوم به منظمة سياسية بممارستها على المواطنين وخلق جوٍّ من عدم الأمن"⁽²⁾.

وحتى هذه اللحظة لم يفلح المجتمع الدولي (وكثير من الأنظمة الداخلية) في الوصول إلى تعريف للإرهاب تتفق عليه أغلب الآراء، على الرغم من الأهمية الشديدة لهذا التعريف. ولا صعوبة في التوصل إلى سبب هذه المشكلة، فممارسات بعض الدول وبعض الأنظمة الداخلية تؤكد أنّ السبب يكمن في غلبة الاعتبارات السياسية - لدى هذه الأطراف - على الاعتبارات القانونية أو الموضوعية عند التعامل مع القضايا المحسوبة على الإرهاب.

وعلى ذلك يتحتّم على المجتمع الدولي الالتزام بمعيار موضوعي عند تعريف الإرهاب الدولي. وفي سبيل هذا الهدف أيضاً يجب على المجتمع الدولي أن يتحلّى بمسحة أخلاقية على صعيد العلاقات الدولية يستبرئ فيها من الخضوع للاعتبارات السياسية الضيقة.

ويمكن أن نستنتج صياغة مختصرة لتعريف الإرهاب، نحاول فيها الموازنة بين الموضوعية من جانب، وعدم إغفال أيٍّ من عناصر التعريف الوافي من جانب آخر.

هذا التعريف - المقترح - للإرهاب، لاشكّ جاء مبنياً على المجهودات الفقهية والعملية السابقة ومتمماً لها. والتعريف عبارة عن مجموعة من المحاور التي يكمل بعضها بعضاً، والتي ترصد العناصر الموضوعية لتعريف الإرهاب كما سبق وفصلنا في هذا البحث.

وعلى ذلك، فإننا نعرف الإرهاب بأنه:

"- الاستخدام العمدى للعنف أو التهديد به،

- بقصد الاعتداء على مصلحة يحميها القانون، وذلك باستهداف الأرواح أو الأموال،

- في غير حالة المقاومة المسلحة من أجل التحرر أو تقرير المصير، التي تبيح استخدام القوة ضد

(1) د عبدالعزيز سرحان، حول تعريفات الإرهاب الدولي وتحديد مضمونه من واقع قواعد القانون الدولي وقرارات المنظمات الدولية، المجلة المصرية للقانون الدولي، المجلد 39، 1973، ص173.

(2) د صلاح الدين عامر، المقاومة الشعبية المسلحة في القانون الدولي العام، دار الفكر العربي، 1977، ص 486.

- أفراد الدولة المعتدية ومصالحها داخل الأراضي المحتلة، فيما عدا المدنيين غير أصحاب
الصفة العسكرية،
- بهدف إحداث فزع أو رعب عام في دولة أو مجموعة من الدول من أجل بلوغ أهداف
سياسية⁽¹⁾.

(1) انظر بحثنا بعنوان "التعريف الموضوعي للإرهاب"، المجلة المصرية للقانون الدولي، القاهرة، العدد 67، 2011، ص 231.

المبحث الثاني

الفاعل في جريمة الإرهاب

”إرهاب الأفراد وإرهاب التنظيمات”

عند حديثنا عن الفاعل في جريمة الإرهاب الدولي، تكاد الآراء تجمع على أنّ المقصود به الفرد أو الأفراد العاديون - الذين لا يمثلون الدولة في تصرفاتها - والمنسوب إليهم القيام بالسلوك الإجرامي المكوّن للركن المادي لجريمة الإرهاب.

ونقصد بالأفراد العاديين، هؤلاء الأشخاص الذين لا يتمتعون بصفة الموظفين الحكوميين وليسوا مكلفين بأعمال مدنيّة من قبل الدولة.

فإذا قام فرد أو مجموعة أفراد من المنتمين إلى حكومة دولة معيّنة أو أحد أجهزتها الأمنيّة بتنفيذ عمل من الأعمال الإرهابية لحساب هذه الدولة أو بتحريض منها، فإنّنا نكون هنا بصدد فرضية مختلفة يصنّفها البعض - كما سنفصل لاحقاً - على أنّها ”إرهاب دولة“ أو يعتبرها آخرون أنّها تشكّل جريمة دولية أخرى.

ولم تشترط اتفاقية ”جنيف“ عند تعريفها للإرهاب أن تكون الأفعال الإرهابية من تخطيط أو تدبير أو تحريض دولة، فقد نصّت المادة الأولى والثانية من الاتفاقية على أنّ هذه الأفعال الإرهابية هي أفعال موجّهة من أفراد أو مجموعة من الأفراد إلى دولة ما⁽¹⁾.

وتأتي الوقائع المتعلقة بحوادث الإرهاب الدولي؛ لتثبت أنّ جلّ هذه الجرائم كان الفاعل فيها فرداً أو أفراداً أو تنظيمًا جماعياً لا يمثّل دولة معيّنة. وعلى ذلك، فالفاعل في هذه الحالات الإرهابية هو إما فاعل فردي - بالمعنى الذي سنحدّده - أو فاعل جماعي.

(1) www.wdl.org/ar/item/11579

المطلب الأول الفاعل الفردي

ونقصد به الفرد - أو مجموعة قليلة من الأفراد الذين لا يشكلون تنظيمًا جماعيًا - الذي ينفذ العمل أو الأعمال الإرهابية المكونة لجريمة الإرهاب. ومن ناحية أخرى قد تقوم مجموعة من الأفراد بالعمل الإرهابي بتوافق فيما بينها دون أن تكون مرتبطة تنظيميًا بجماعة معينة، في هذه الحالة أيضًا نكون بصدد فاعل فردي لجريمة الإرهاب.

المطلب الثاني الفاعل الجماعي

الأمر الأكثر حدوثًا هو قيام مجموعة أو جماعة - تملك تنظيمًا فكريًا وهيكلًا - بالجريمة الإرهابية. وقد يكون لهذه الجماعات وجودٌ في أكثر من دولة، وقد تموّل هذه الجماعات من بعض الدول التي ترى فيها ذراعًا لتنفيذ مصالحها الإقليمية أو الدولية. وهناك نماذج لبعض الجماعات التي تُتهم بالإرهاب لعلّ أشهرها - في هذا العصر - تنظيم الدولة وتنظيم القاعدة. وقد نُسبت أشهر العمليات الإرهابية في العصر الحديث لهذا التنظيم الأخير، مثل أحداث سبتمبر 2001 في الولايات المتحدة.

مسألة إرهاب الدولة - بفرض صحتها - لا تندرج تحت أيّ من النوعين السابقين (إرهاب الأفراد أو إرهاب التنظيمات)، وإنّما تستقلّ بذاتها كفرضية ثالثة للفاعل في جريمة الإرهاب.

في إطار جهود الأمم المتحدة لتعريف الإرهاب، اجتمعت اللجنة الفرعية المعنية ببحث الأسباب الكامنة وراء الإرهاب الدولي خلال الفترة من 3 إلى 6 أغسطس 1973، وناقشت الأسباب الكامنة وراء الإرهاب الدولي والعلاقة بين هذه الأسباب وضرورة اتخاذ تدابير لمنع أعمال الإرهاب التي تعرض حياة الأبرياء للخطر، حيث تقدمت مجموعة دول عدم الانحياز باقتراح للجنة يفرّق بين الإرهاب الفردي وإرهاب الدول والإرهاب الموجّه ضد الدول.

وذكرت أنّ الإرهاب الفردي يجد مصدره في عوامل اجتماعية ونفسية ووراثية، وأنّ بحث هذه الأسباب لا يدخل في نطاق عمل اللجنة. أمّا إرهاب الدول والذي يتمثّل في السجن الجماعي

وممارسة التعذيب و المذابح الجماعية، وأعمال الثأر ومهاجمة السكان المدنيين، وتدمير البنية الاقتصادية، فتلجأ إليه الدول بهدف تحقيق السيطرة الاستعمارية، وممارسة التمييز العنصري، أو الاحتلال الأجنبي، أو لسحق إرادة شعب، أو لإخضاعه لسياسة معيّنة، أو استغلال موارده بشكل يتعارض مع مصالحه الخاصة. وأمّا الإرهاب الموجّه ضد الدول فتمارسه فئة اجتماعية عندما تحرم من حقوقها، أو عندما تكون ضحيّة أنظمة اقتصادية أو اجتماعية أو سياسية غير عادلة، أو عندما تفشل الوسائل القانونية القائمة في تحقيق العدالة⁽¹⁾.

وقد فشلت نقاشات وفود الدول في الأمم المتحدة عندما أرادت التوصل إلى تعريف محدّد للإرهاب بسبب اختلاف وجهات نظر الدول الغربية، وعلى رأسها الولايات المتحدة التي تركّز على الإرهاب الفردي بينما تنظر الدول العربية والأفرو-آسيوية... إلى الإرهاب بنظرة شمولية وتدرج إرهاب الدولة في التعريف، كذلك أعمال العنف التي تمارسها بعض الدول حيال شعوب بأكملها بهدف السيطرة عليها والتدخّل في شئونها الداخلية⁽²⁾.

(1) د سامي واصل، المرجع السابق، ص 77.

(2) عائشة محمد طلس، الإرهاب الدولي والحصانة الدبلوماسية - رسالة دكتوراه، كلية الحقوق، جامعة القاهرة 1998، ص 54.

المبحث الثالث

الرأي القائل بجريمة "إرهاب الدولة"

إرهاب الدولة State Terrorism واحد من المصطلحات الحديثة التداول من جانب بعض الفقهاء في القانون الدولي. وقد تبني هؤلاء هذا المصطلح، بعد استعماله في أدبيات بعض الكتب والساسة تحت وطأة تصرفات شديدة الإجرام من جانب بعض الدول في حق شعوب أو دول أخرى. وقد ساهم في زيادة هذه الإشكالية، غموض فكرة الإرهاب، وعدم اتفاق الفقه أو العمل الدولي علي تعريف محدد وواضح لجريمة الإرهاب عموماً.

ويري البعض⁽¹⁾ أنّ الدول الاستعمارية ظلت وفيّة للمنطق الذي يرى أنّ الإرهاب الواجب دراسته والتعامل معه هو الإرهاب الفردي أو الجماعي الموجّه من قبل دولة ما، لا إرهاب الدولة نفسها.

وقد تمت الإشارة إلى إرهاب الدولة للمرة الأولى في "مشروع" القانون الخاص بالجرائم المخلة بسلم الإنسانية وأمنها الذي تبنته لجنة القانون الدولي عام⁽²⁾ 1954، حيث اعتبرت اللجنة إرهاب الدولة من قبيل هذه الجرائم، ويتمثل في "قيام سلطات الدولة بأنشطة إرهابية أو بالتشجيع علي القيام بأنشطة إرهابية داخل إقليم دولة أخرى أو تغاضي سلطات الدولة عن أنشطة منظمة ترمي إلي القيام بأعمال إرهابية داخل إقليم دولة أخرى".

وفي عام 1970م، أشار "إعلان مبادئ" القانون الدولي المتعلقة بعلاقات الصداقة والتعاون بين الدول، الصادر عن الجمعية العامة للأمم المتحدة⁽³⁾ إلى جريمة "إرهاب الدولة"، حيث دعي الدول إلي ضرورة الامتناع عن استخدام القوة أو القيام بأعمال انتقامية ضد دولة أخرى، وكذلك الامتناع عن كل عمل قسري لحرمان الشعوب من حقوقها الشرعية وخاصة حقّها في تقرير المصير، والامتناع عن تنظيم أو تشجيع تنظيم القوات غير النظامية أو العصابات المسلحة للإغارة

(1) د عبدالله سليمان، ظاهرة الإرهاب والقانون، المجلة الجزائرية للعلوم القانونية والاقتصادية والسياسية العدد الرابع، ديسمبر 1990.

(2) legal.un.org/avl/pdf/ha/da/da_ph_a.pdf

(3) www2.ohchr.org/english/bodies/hrcouncil/.../docs/session8/A.HRC.AC.8.3_Ar.doc

علي إقليم دولة أخرى، والامتناع عن تنظيم أعمال الحرب الأهلية أو الأعمال الإرهابية في دول أخرى، أو التحريض عليها، أو المساعدة أو المشاركة فيها، أو قبول تنظيم أنشطة داخل إقليمها تكون موجّهة إلى ارتكاب مثل هذه الأعمال⁽¹⁾.

ونظراً لأنّ مصطلح "إرهاب الدولة" يعدّ من المصطلحات الحديثة من القانون الدولي، فإنّه لم يحظَ بالدراسة الكافية، ممّا يجعله مصطلحاً غامضاً غير واضح المعالم، وبالرغم من ذلك فقد بذلت بعض المحاولات الفقهية لتعريف إرهاب الدولة وتمييزه عن الإرهاب الفردي، حيث ذهب بعض الفقهاء إلى القول بأنّ إرهاب الدولة يتمثل في ارتكاب بعض أعمال العنف المحظور ارتكابها وفقاً لقانون النزاعات المسلحة، والقانون الإنساني المطبق في وقت الحرب حين يتمّ ارتكابها في وقت السلم، كما يتمثل في انتهاكات الحد الأدنى من القواعد الواردة في المادة الثالثة من اتفاقية جنيف الرابعة المبرمة في عام 1949م⁽²⁾.

وقد عرّف بعض الفقهاء⁽³⁾ إرهاب الدولة بأنّه: "الإرهاب الذي تقوده الدولة من خلال مجموعة الأعمال والسياسات الحكومية التي تستهدف بثّ الرعب بين الناس بهدف تحقيق بعض الأهداف، لا تستطيع تحقيقها بالوسائل والأساليب المشروعة".

ويذهب الفقيه Turk إلى أنّ إرهاب الدولة يشمل، في نطاق القانون الدولي، أعمال التدخل والعدوان غير المشروعين⁽⁴⁾.

ويعرّف البعض الآخر إرهاب الدولة بأنّه: "استخدام العنف العمدي غير المشروع أو التهديد باستخدامه من قبل سلطات دولة ما أو أحد أجهزتها أو بعض الأشخاص الذين يعملون لمصلحتها، ضد رعايا أو ممتلكات دولة أخرى؛ لخلق حالة من الرعب والفرع، بغية تحقيق أهداف محددة. وكذلك قيام سلطات دولة ما بمشاركة أو تشجيع أو حثّ أو تحريض أو التستر على إيواء أو تقديم

(1) د ابراهيم العناني، المنظمات الدولية العالمية، القاهرة، 1997، ص 37-38.

(3) د سامي واصل، المرجع السابق، ص 77.

(3) انظر:

Gal-or, Noemi, International Co-operation To Suppress Terrorism, Croom Helm, 1985, p. 2

(4) انظر:

Turk, Danilo: International Law and Terrorism, S. T. P, July - October, 1989, p. 36- .

العون والإمداد إلى جماعات - نظامية أو غير نظامية - أو عصابات مسلحة، أو تسهيل تواجدهم على أراضيها أو تغاضيها عن أنشطتهم التي ترمي إلى القيام بأعمال عنف وتخريب ضد دولة أخرى⁽¹⁾.

كما عرّفه Eric David بأنّه: "كلّ عمل من أعمال العنف المسلح يرتكب من أجل هدف سياسي أو اجتماعي أو مذهبي أو ديني، بالانتهاك لقواعد القانون الدولي الإنساني التي تحظر استخدام الوسائل الوحشية والبربرية، أو مهاجمة الضحايا الأبرياء، أو مهاجمة أهداف معينة دون أية ضرورة عسكرية"⁽²⁾.

وذهب آخرون إلى تعريف إرهاب الدولة بأنّه: "ذلك الإرهاب الذي تقوده الدولة من خلال مجموعة الأعمال والسياسات الحكومية التي تستهدف نشر الرعب بين المواطنين في الداخل وصولاً إلى ضمان خضوعهم لرغبات الحكومة، أو في الخارج بغرض تحقيق بعض الأهداف التي لا تستطيع الدولة ولا تتمكن من تحقيقها بالوسائل والأساليب المشروعة"⁽³⁾.

وقد حاول بعض الفقهاء تعريف إرهاب الدولة من خلال التمييز بينه وبين الإرهاب الفردي حيث ذهبوا إلى القول بأنّ الإرهاب الفردي يرتكب بصفة عامة من قبل فرد أو مجموعة من الأفراد ضد الدولة أو أحد أجهزتها، بينما إرهاب الدولة يتمثل في قيام أجهزة أنشأتها الدولة ذاتها بارتكاب أعمال إجرامية ضد دولة أخرى⁽⁴⁾.

بعض الفقه يقرّ بوجود جريمة إرهاب الدولة ولكن على اعتبار أنّها أقل خطورة من جرائم الإرهاب التي يرتكبها الأفراد، وتتمثل هذه الجريمة في قيام أجهزة المخابرات التابعة للدولة بوضع ألغام أو قنابل داخل إقليم دولة أخرى ممّا يؤدي إلى موت عدد من الأشخاص، أو قيام الدولة بارتكاب هذه الجريمة بطريقة غير مباشرة مثل تمويل الأشخاص أو توجيههم لارتكاب أعمال

(1) د سامي جاد واصل، إرهاب الدولة في إطار قواعد القانون الدولي العام، الإسكندرية، دار الجامعة الجديدة 2008، ص 80.

(2) د سامي واصل، إرهاب الدولة، المرجع السابق، ص 78.

(3) انظر

Gal-or, Noemi, International Co-operation to Suppress Terrorism, Croom Helm, London, 1985, p. 2.

(4) د سامي واصل، إرهاب الدولة، المرجع السابق، ص 80.

إرهابية داخل إقليم دولة معينة أو ضد أشخاص معينين⁽¹⁾.

ويذهب جانب آخر من الفقه إلى ضرورة النظر إلى إرهاب الدولة باعتباره من أكثر صور الإرهاب خطورة⁽²⁾.

ويؤيد البعض⁽³⁾ القول الأخير الذي يعتبر إرهاب الدولة من أخطر صور الإرهاب؛ لأنه يتوافق مع الواقع الدولي الذي يشهد تزايد الأعمال الإرهابية التي تمارسها الدول على نطاق واسع وبشكل لم يسبق له مثيل، مما دعى الجمعية العامة للأمم المتحدة إلى إدانة سياسات وممارسات الإرهاب التي تباشرها بعض الدول كأسلوب في التعامل مع الدول والشعوب الأخرى.

ويؤيد صاحب القول الأخير رأيه ببعض الحجج:

1- باستعراض تعريف العدوان الوارد في القرار رقم 3314 الصادر عن الجمعية العامة للأمم المتحدة في 14 ديسمبر 1974⁽⁴⁾، وكذلك التعريفات الفقهية لإرهاب الدولة نجد أنّ تعريف العدوان قاصر عن استيعاب كافة صور وأشكال إرهاب الدولة مما يشجّع الدول على ارتكاب جرائم الإرهاب التي لا تدخل ضمن التعريف السابق للعدوان، قاصدة بذلك تحقيق هدفين أساسيين أولهما: تحقيق أهدافها السياسية المبتغاة من وراء الإرهاب، وثانيهما: تجنب الوقوع تحت طائلة التدابير التي قد يقرّها مجلس الأمن وفقاً لأحكام الفصل السابع من الميثاق في حالة ارتكاب الدولة لأيّ عمل من أعمال العدوان.

ولكنّا - رداً على هذه الحجة - نرى أنّ صور السلوك الإجرامي الذي جعله القائلون بمسألة إرهاب الدولة ركناً مادياً لها، يتضمّن تعريف الأمم المتحدة للعدوان - كما سنوضح - أو التي تستوعبها الجرائم الدولية الأخرى التي سيتم الإشارة إليها.

2- أنّ هناك اختلافاً واضحاً بين العدوان وإرهاب الدولة من حيث الأهداف المبتغاة في كلّ منها، فبينما يهدف العدوان - في أغلب الحالات - إلى غزو أو احتلال أو تغيير أو ضم إقليم ما، فإنّ

(1) الدكتور أحمد أبو الوفا، ظاهرة الإرهاب الدولي في ضوء أحكام القانون الدولي العام، مجلة البحوث والدراسات العربية، العدد 17-18، 1990، ص 71.

(2) د أحمد أبو الوفا، المرجع السابق، ص 74.

(3) د سامي واصل، المرجع السابق، ص 95 وما بعدها.

(4) legal.un.org/avl/pdf/ha/da/da_a.pdf

إرهاب الدولة يهدف إلى الترويع و التخويف لإجبار الآخرين على اتخاذ موقف معيّن. أيضاً لا يعتبر هذا الكلام حجّة للقول بإرهاب الدولة؛ لأنّ العدوان قد يقف عن حدّ تهديد دولة ما أو تخويفها من أجل اتخاذ موقف معيّن.

3- بمراجعة تاريخ الأمم المتحدة منذ تعريف العدوان في عام 1974م حتى الآن، نجد أنّ مجلس الأمن لم يتخذ أية تدابير وفقاً لأحكام الفصل السابع من الميثاق ضدّ أية دولة قامت بارتكاب أعمال إرهابية بشكل غير مسبوق. نظراً لأنّ المجلس مازال على مستوى خطورة جريمة العدوان؛ إذ أنّه في أعقاب قيام الطيران الحربي الإسرائيلي بشنّ هجوم إرهابي على المفاعل الذري العراقي وتدميره في 7 يونيو 1981م، ثمّ عرض الأمر على مجلس الأمن الذي لم يشر إلى اعتبار هذا الهجوم من قبيل أعمال العدوان، واكتفي بإدانته واعتبره انتهاكاً واضحاً لميثاق الأمم المتحدة وقواعد السلوك الدولي.

ولكنّنا نرى أنّ عدم اتخاذ مجلس الأمن للتدابير التي أعطاه إياها ميثاق الأمم المتحدة يرجع لموازنة سياسية للدول الكبرى، وليس لقصور القانون في حكم تصرفات الدول العدائية. فسواء تمّ تكييف الأمر على أنّه عدوان أو إرهاب دولة يظلّ قيام مجلس الأمن بمسؤولياته - للأسف - مرهوناً بالاعتبارات السياسية للدول الكبرى بالأساس.

4- ثمّ إنّ القول باعتبار جريمة إرهاب الدولة مجرد صورة من صور العدوان، يؤدّي إلى إفراغ هذه الجريمة من مضمونها؛ لأنّها بذلك سوف تظلّ خارج دائرة التجريم والعقاب؛ لأنّ هذه الجريمة فضلاً عن أنّها قد لا ترقى إلى مستوى الأعمال العدوانية، فإنّها غالباً ما تكون جريمة الدول الكبرى ممّا يفسح المجال لاستخدام حق الفيتو وإحباط محاولات مجلس الأمن لفرض أية تدابير ضدّ الدول الإرهابية.

ونردّ على ذلك بأنّ المشكلة - بالأساس - ليست في شمول دائرة التجريم للسلوك فهو ضمن الجريمة الدولية الأشهر للدول وهي العدوان، وأنّما المشكلة في الوضع القيمي والأخلاقي الحالي للمجتمع الدولي الذي يعلي الاعتبارات السياسية والمصالح على قيم العدالة والقانون.

المبحث الرابع

إنكار جريمة "إرهاب الدولة"

يذهب جانب آخر من الفقه إلى القول أنّ الأعمال الإرهابية التي ترتكب من قبل دولة ما ضد دولة أخرى تعد بمثابة صورة من صور العدوان ولا تشكل ما يسمّى "إرهاب الدولة".

وقد استند بعض من قال بهذا الرأي إلى أنّ الدولة بما لها من سيادة لا يجوز إسناد صفة الإرهاب إليها. هذا بالإضافة إلى أنّ جريمة الإرهاب لا يرتكها إلا الأفراد، ومن غير المتصور ارتكاب الدولة لهذه الجريمة، وبالتالي ليس هناك ما يسمّى "إرهاب الدولة". فالدولة طبقاً لهذا الرأي لا تكون إلا دولة معتدية⁽¹⁾.

والحقيقة أنّه حتى بداية الستينات لم يعرف المجتمع أو الفقه الدوليان جريمة يصحّ نسبتهما للدول تحت مسمّى إرهاب الدولة، على خلاف الجرائم الدولية الأخرى التي قد ترتكها الدولة.

المطلب الأول

الجرائم التي ترتكها الدولة

لما كان موضوع البحث - وإشكاليته - يدور حول نسبة أو إنكار جريمة الإرهاب في حقّ الدولة، فقد كان محتّماً علينا أن نعرض لسلوكيات الدولة المشكّلة للجرائم التي يمكن أن ترتكها الدولة، وفقاً لما استقرّ عليه التشريع والعمل الدوليان، ونبحث بالتالي في صحّة الجريمة التي يطلق عليها البعض "إرهاب الدولة".

وعليه فإنّنا سنعرض - بإيجاز - في فرع أوّل لمفهوم الجريمة الدولية وأهمّ الجرائم التي يمكن أن تصدق في حقّ الدول، وفي فرع ثانٍ نعرض لجريمة العدوان بصورة خاصة نظراً لارتباطها الشديد بموضوع بحثنا.

(1) د أحمد رفعت، الإرهاب الدولي، مركز الدراسات العربي الأوربي، الطبعة الأولى، فبراير 1998، ص 205.

الفرع الأول

الجريمة الدولية

تعددت الآراء التي قيل بها في تعريف الجريمة، وذلك لاختلاف العلوم التي تعنى بها، وكذلك اختلاف وجهات النظر إليها، حيث يعرفها علماء الاجتماع بأنها: "كل سلوك يستحق العقاب من وجهة النظر الاجتماعية بغض النظر عن تقنين العقاب عليه من عدمه"⁽¹⁾.

ويعرف البعض الآخر⁽²⁾ الجريمة بأنها: "عدوان على مصلحة يحميها القانون ويختص القانون الجنائي بالنصّ عليها وبيان أركانها والعقوبة المقررة لفاعلها".

وكما كانت الاجتهادات في تعريف الجريمة - بصفة عامة - كانت الاجتهادات في تعريف الجريمة الدولية. فقد عرفها الفقيه Pella بأنها: "الفعل أو الامتناع عن الفعل المعاقب عليه باسم المجموعة الدولية".

ويرى Plawski "أنّ الجريمة الدولية تمثّل سلوكاً غير مشروع، معاقباً عليه وفقاً لقواعد القانون الدولي، نظراً لإضراره بالعلاقات الإنسانية في الجماعة الدولية"⁽³⁾.

وفي الفقه العربي عرفها الدكتور محي الدين عوض بأنها: "كلّ مخالفة للقانون الدولي تقع بفعل أو ترك من فرد، يحتفظ بحريته في الاختيار ومسؤول أخلاقياً، إضراراً بالأفراد أو المجتمع الدولي"⁽⁴⁾.

فالجريمة سواء كانت داخلية أو دولية تمثّل عدواناً على مصلحة يحميها القانون. غاية ما في الأمر أنّه في مجال الجريمة الداخلية يتولى حماية المصلحة فيه، القانون الجنائي الداخلي بينما في مجال الجريمة الدولية يتولى القانون الدولي الجنائي، حماية المصلحة التي تهّم المجتمع الدولي، كما يتكفل ببيان الجريمة والعقوبات المقررة لها⁽⁵⁾.

(1) د ابراهيم العناني، النظام الدولي الأممي، القاهرة، 1997، ص113.

(2) د حسنين عبيد، الجريمة الدولية، دراسة تحليلية تطبيقية، الطبعة الثانية، دار النهضة العربية القاهرة، 1992م، ص5.

(3) د سامي واصل، المرجع السابق، ص 24.

(4) د محي الدين عوض، دراسات في القانون الجنائي الدولي، مجلة القانون والاقتصاد، العدد الأول، السنة الخامسة والثلاثون، 1965، ص 632.

(5) د محمد عبد المنعم عبد الخالق، الجرائم الدولية، ط1، القاهرة، دار النهضة العربية، ص85.

- وقد استقر العمل (المعاهدات الدولية) والفقهاء الدوليان على مجموعة من الجرائم التي يمكن أن ترتكبها الدول بالإضافة لجريمة العدوان التي سنفرد لها موضعاً خاصاً. من هذه الجرائم:
- 1- جرائم الحرب: وهي الجرائم الخطيرة التي وردت في اتفاقيات جنيف الأربعة، وتشمل مخالفة قوانين الحرب وأعرافها التي تشمل الاغتيالات وسوء معاملة الأسرى أو قتل الرهائن أو تدمير المدن... الخ.
 - 2- الجرائم ضد الإنسانية: وتشمل القتل العمد مع الإصرار، وإفناء الأشخاص والاسترقاق والإقصاء عن البلد وكل عمل غير إنساني يرتكب ضد السكان المدنيين قبل الحرب أو أثناءها، أو الاضطهاد لأسباب سياسية أو عرقية أو دينية، متى كانت هذه الأفعال أو الاضطهادات مُرتكبة تبعاً لجريمة ضد السلام أو جريمة حرب أو كانت ذات صلة بها.
 - 3- الجرائم ضد السلام: وتشمل إدارة حرب عدوانية وتحضيرها وشبّها ومتابعتها أو إدارة حرب خرقاً للمعاهدات والتأكيدات والاتفاقيات الدولية أو المشاركة في مخطط مدروس أو في مؤامرة؛ لارتكاب أحد الأفعال السابقة.
 - 4- جريمة الإبادة الجماعية: الإبادة الجماعية تعني ارتكاب أي عمل من الأعمال الآتية، بنية الإبادة الكلية أو الجزئية لجماعة ما، على أساس القومية أو العرق أو الجنس أو الدين، مثل:
 - (أ) قتل أعضاء الجماعة.
 - (ب) إلحاق الأذى الجسدي أو النفسي الخطير بأعضاء الجماعة.
 - (ج) إلحاق الأضرار بالأوضاع المعيشية للجماعة بشكل متعمد بهدف التدمير الفعلي للجماعة كلياً أو جزئياً.
 - (د) فرض إجراءات تهدف إلى منع المواليد داخل الجماعة.
 - (هـ) نقل الأطفال بالإكراه من جماعة إلى أخرى.
- وقد تطور القانون الدولي نحو اعتبار الجرائم - السابق الإشارة إليها - التي ترتكبها الأنظمة القمعية ضد شعوبها من الجرائم الدولية التي يمكن محاسبتها عليها؛ وذلك لما لهذه الجرائم من تأثير على أمن المجتمع الدولي بآثره وسلّمه. مثال ذلك الجرائم التي يرتكبها نظام بشار الأسد ضد الشعب السوري.

الفرع الثاني

جريمة العدوان

منذ بدأت بوادر التنظيم الدولي، فكّرت الدول في تركيز سلطة القمع في يد المنظمات الدولية المكلفة بحفظ السلم والأمن الدوليين أو إعادته إلى نصابه في حالة الإخلال به، وفقاً لنظام محكم للأمن الجماعي. ومن هنا أتت أهمية تعريف العدوان أو الاستخدام غير المشروع للقوة في العلاقات الدولية، وأضحى تعريف العدوان مرتبطاً ارتباطاً وثيقاً بفاعلية نظام الأمن الجماعي الذي يعني الإقلاع عن سياسة القوة التقليدية إلى سياسة الخضوع للقانون⁽¹⁾.

وقد بُدلت منذ أوائل القرن التاسع عشر محاولات كثيرة لتعريف العدوان وبيان عناصره من جانب الفقه والدول والمنظمات الدولية، وثار جدل كبير بين الفقهاء والدول حول هذا الأمر إلى أن صدر قرار هام من الجمعية العامة للأمم المتحدة في ديسمبر 1974 م - أنهى هذا الخلاف الفقهي والعمل - وهو قرار تعريف العدوان.

وقد جاء في المادة الأولى من هذا القرار تعريف عام للعدوان بأنه: "استخدام القوة من جانب إحدى الدول ضد سيادة الأراضي ووحدةها أو الاستقلال السياسي لدولة أخرى، أو بأية صورة أخرى تتنافى مع ميثاق الأمم المتحدة".

- وأضاف القرار أنّ صفة العدوان تنطبق على الأعمال الآتية سواء تمّ إعلان الحرب أو لم يتمّ:
- 1- قيام القوات المسلحة لدولة ما بغزو أو شنّ هجوم على أراضي دولة أخرى، أو أي احتلال عسكري - ولو بصورة مؤقتة - ينجم عن مثل هذا الهجوم، أو ضمّ لإقليم دولة أخرى أو لجزء منه عن طريق استخدام القوة.
 - 2- قيام القوات المسلحة لدولة ما بقصف أراضي دولة أخرى، أو استخدام دولة لأية أسلحة ضد دولة أخرى.
 - 3- قيام القوات المسلحة لدولة ما بفرض حصار على موانئ أو سواحل دولة أخرى.
 - 4- قيام القوات المسلحة لدولة ما، بشنّ هجوم على القوات البرية أو البحرية أو الجوية أو مهاجمة السفن البحرية التجارية والطيران المدني لدولة أخرى.

(1) د سمعان بطرس فرج الله، تعريف العدوان، المجلة المصرية للقانون الدولي، المجلد 24، 1968، ص 187.

- 5- استخدام القوات المسلحة لدولة ما، استخداماً يتعارض مع الشروط المنصوص عليها في الاتفاق، أو تجديد بقائها في إقليم الدولة المضيفة بعد انتهاء المدة المحددة في هذا الاتفاق.
- 6- سماح دولة ما لدولة أخرى باستخدام إقليمها؛ لارتكاب عمل عدواني ضد دولة ثالثة.
- 7- قيام دولة بإرسال عصابات أو جماعات مسلحة أو قوات غير نظامية أو مرتزقة لارتكاب عمل من أعمال القوة ضد دولة أخرى، بصورة تكون على درجة من الخطورة تعادل الأعمال السابق ذكرها أو اشترك الدولة بدور ملموس في ذلك.

المطلب الثاني

"إرهاب الدولة" تكرار التجريم لذات الفعل

الواقع أنه مع تنامي الحديث عن الإرهاب الدولي والجماعات الإرهابية والدول التي تدعم الإرهاب، ذهب نفر من الفقهاء والسياسيين - تحت وطأة الممارسات الإجرامية للدول - إلى وصف بعض الممارسات الإجرامية للدول بأنها جريمة "إرهاب دولة".

بل وصل الأمر بالأستاذ Turk إلى حدّ القول: إنّ مصطلح "إرهاب الدولة" يشمل في نطاق القانون الدولي أعمال التدخّل غير المشروع والعدوان، وهو ما يعني الإلغاء الكلي لجريمة العدوان وغيرها من الجرائم التي قد تثبت في حق الدولة لحساب جريمة إرهاب الدولة.

وكما ذكرنا من قبل تمّت الإشارة إلى إرهاب الدولة للمرة الأولى، من جانب الأمم المتحدة في "مشروع" القانون الخاص بالجرائم المخلة بسلم الإنسانية وأمنها الذي تبنته لجنة القانون الدولي عام 1954م، حيث اعتبرت اللجنة إرهاب الدولة من قبيل هذه الجرائم. وذكر المشروع أنّ إرهاب الدولة يتمثل في "قيام سلطات الدولة بأنشطة إرهابية أو بالتشجيع علي القيام بأنشطة إرهابية داخل إقليم دولة أخرى أو تغاضي سلطات الدولة عن أنشطة منظمة ترمي إلى القيام بأعمال إرهابية داخل إقليم دولة أخرى".

والواقع أنّه منذ هذا التاريخ كان من المقبول - على صعيد منظمة الأمم المتحدة والمجتمع الدولي بالتالي - القول بصحة انتساب جريمة الإرهاب إلى الدول، على الرغم من ذكر هذه المسألة في مشروع قانوني من جانب لجنة القانون الدولي، وليس في معاهدة أو اتفاقية دولية.

وفي عام 1970م، تأكّد هذا التوجّه النظري للمنظمة الدولية، فأشار إعلان مبادئ القانون الدولي المتعلقة بعلاقات الصداقة والتعاون بين الدول، الصادر عن الجمعية العامة للأمم

المتحدة، إلى جريمة إرهاب الدولة.

فقد دعى هذا الإعلان الدول إلى ضرورة الامتناع عن استخدام القوة أو القيام بأعمال انتقامية ضد دولة أخرى، وكذلك الامتناع عن كل عمل قسري لحرمان الشعوب من حقوقها الشرعية وخاصة حقها في تقرير المصير، والامتناع عن تنظيم أو تشجيع تنظيم القوات غير النظامية أو العصابات المسلحة للإغارة على إقليم دولة أخرى، والامتناع عن تنظيم أعمال الحرب الأهلية أو الأعمال الإرهابية في دول أخرى، أو التحريض عليها، أو المساعدة أو المشاركة فيها، أو قبول تنظيم أنشطة داخل إقليمها تكون موجهة إلى ارتكاب مثل هذه الأعمال⁽¹⁾.

ونحن من جانبنا نتفق مع الرأي القائل بإنكار إرهاب الدولة، دون الأسباب التي احتج بها. فالأعمال الإرهابية التي ترتكب من قبل دولة ما ضد دولة أخرى تعدّ صورة من صور العدوان - أو الجرائم الدولية الأخرى - ولا تشكّل ما يسمّى إرهاب الدولة.

وليس السبب في ذلك ما ذكره أصحاب هذا الرأي من أنّ الدولة بما لها من سيادة لا يجوز إسناد صفة الإرهاب إليها، أو لأنّ جريمة الإرهاب لا يرتكبها إلا أفراد. ومن غير المتصور ارتكاب الدولة لهذه الجريمة، ولكن السبب - في رأينا - أنّ القانون الدولي قد وضع أوصافاً لهذه الأنشطة الإجرامية ليس من بينها جريمة إرهاب الدولة، بل وضع أوصافاً أخرى (العدوان) لتجريم هذه الأنشطة.

بعد تعريف العدوان وتحديد صوره - بما يشمل السلوكيات التي يؤسس عليها البعض للقول بوجود جريمة إرهاب دولة - لم يعد مقبولاً تعدد التوصيف القانوني لنفس السلوك. فإذا رجعنا إلى تعريفات إرهاب الدولة نجد أنّ السلوكيات التي وضعها هؤلاء كأساس لإرهاب الدولة هي ذاتها الصور التي حدّدها تعريف العدوان وخاصة الصورة الأخيرة (قيام دولة بإرسال عصابات أو جماعات مسلحة أو قوات غير نظامية أو مرتزقة لارتكاب عمل من أعمال القوة ضد دولة أخرى، بصورة تكون على درجة من الخطورة تعادل الأعمال السابق ذكرها أو اشترك الدولة بدور ملموس في ذلك).

بالإضافة إلى أنّ الحجج التي قال بها القائلون بوجود جريمة إرهاب الدولة قد قمنا بتفنيدها من قبل.

(1) د إبراهيم العناني، المنظمات الدولية العالمية، القاهرة، 1997م، ص 37-38.

وكما أنّه ليس من المتصوّر القول بثبوت جريمة العدوان - كما عرّفه قرار الأمم المتحدة- في حق الأفراد، فإنّه أيضاً ليس من الصحيح نسبة جريمة الإرهاب في حق الدول. وهذا لا يعني أبداً التساهل مع السلوكيات الإجرامية للدول، ولكن طالما جرّمها القانون الدولي بأوصاف محددة، فلا ينبغي وصفها بأوصاف أخرى، وإلا كنّا بصدد تكرار لتجريم نفس الفعل بأكثر من وصف تجريم، وهو ما لا يقبل من الوجهة القانونية الصحيحة.

فالآراء التي قالت بجريمة إرهاب الدولة، نرى أنّها قد ذهبت إلى هذا المسلك مدفوعة برغبة قوية في تجريم بعض الأنشطة غير المشروعة للدول تحت مسعى الإرهاب. ولا شك أنّ الرأي الذي يلتزم حدود القانون الدولي هو الأولى بالتأييد.

الخاتمة

استعرضنا في هذا البحث رأى القائلين بجريمة "إرهاب الدولة"، وذلك بعد إطلالة على معنى الإرهاب عموماً وتطوّره وما قيل بشأن تعريفه. وقد استعرضنا حجج القائلين بإرهاب الدولة ولكننا لم نجد - في نظرنا - الحجّة الدامغة للتسليم بهذه الفكرة.

وقد لاقى القول بنسبة جريمة الإرهاب إلى الدولة بعض القبول على مستوى الفقه الدولي وتبنّته بعض "مشاريع" القانون الدولي، ولكن لم تصدر أية أعمال دولية نهائية - كالمعاهدات - متبنّية لهذه الفكرة.

ومع صدور قرار الجمعية العامة للأمم المتحدة في ديسمبر 1974م، الذي تضمّن تعريفاً للعدوان لم يعد مقبولاً القول بمسألة "إرهاب الدولة"؛ لما في ذلك من تكرار لتجريم سلوك معين تم تجريمه من قبل تحت وصف آخر، وهو الأمر الذي لا يصح في نظرنا. ولا تكفي الرغبة في وصم أفعال الدول الإجرامية بوصف الإرهاب، بهدف تشديد الإدانة لهذه الأعمال، على حساب الأحكام التي أصبحت مستقرة في القانون الدولي.

المراجع العلمية

أولاً: الكتب والمؤلفات

- 1- د ابراهيم العناني، النظام الدولي الأمني، القاهرة، 1997م.
- 2- د ابراهيم العناني، المنظمات الدولية العالمية، القاهرة، 1997م.
- 3- د حسنين عبيد، الجريمة الدولية، دراسة تحليلية تطبيقية، الطبعة الثانية، دار النهضة العربية، القاهرة، 1992م.
- 4- د سامي جاد واصل، إرهاب الدولة في إطار قواعد القانون الدولي العام، الإسكندرية، دار الجامعة الجديدة، 2008م.
- 5- د صلاح الدين عامر، المقاومة الشعبية المسلحة في القانون الدولي العام، دار الفكر العربي، 1977م.
- 6- د صوفي أبو طالب، تاريخ النظم القانونية والاجتماعية، دار النهضة العربية، 1988م.
- 7- عائشة محمد طلس - الإرهاب الدولي والحصانة الدبلوماسية - رسالة دكتوراه - كلية الحقوق جامعة القاهرة - 1998م.
- 8- د عبد الوهاب حومد، الإجرام السياسي، دار المعارف، لبنان، 1963م.
- 9- د عبدالرحيم صدقي، الإرهاب السياسي والقانون الجنائي، دار الثقافة العربية، 1985م.
- 10- د محمد عبد المنعم عبد الخالق، الجرائم الدولية، ط1، القاهرة، دار النهضة العربية.
- 11- تعريف الإرهاب الدولي بين الاعتبارات السياسية والموضوعية، دار الجامعة الجديدة الإسكندرية، 2007م.
- 12- د نبيل حلمي، الإرهاب الدولي وفقاً لقواعد القانون الدولي العام، دار النهضة العربية القاهرة، 1988م.
- 13- د نور الدين هنداي، السياسة الجنائية للمشرع المصري في مواجهة جرائم الإرهاب، دار النهضة العربية، القاهرة، 1993م.
- 14- د هيثم حسن، التفرقة بين الإرهاب الدولي ومقاومة الاحتلال في العلاقات الدولية، رسالة دكتوراه، جامعة عين شمس، 1999م.

Gal-or, Noemi, International Co-operation To Suppress Terrorism, Croom Helm, 1985.

Morris, Eric: Terrorism, Threat and Response, McMillan Press, Houndmills, 1987.

ثانياً: الدوريات

- 1- د أحمد أبو الوفا، ظاهرة الإرهاب الدولي ضوء أحكام القانون الدولي العام، مجلة البحوث والدراسات العربية، العدد 17 - 18، 1990م.
- 2- اللواء خضر الدهشوري، انتشار الإرهاب الدولي، مجلة السياسة الدولية، يوليو 1984م العدد 77.
- 3- د سمعان بطرس فرج الله، تعريف العدوان، المجلة المصرية للقانون الدولي، المجلد 24 1968م.
- 4- د عبدالله سليمان، ظاهرة الإرهاب والقانون، المجلة الجزائرية للعلوم القانونية والاقتصادية والسياسية، العدد الرابع، ديسمبر 1990م.
- 5- د عبدالعزيز سرحان، حول تعريفات الإرهاب الدولي وتحديد مضمونه من واقع قواعد القانون الدولي وقرارات المنظمات الدولية، المجلة المصرية للقانون الدولي، المجلد 39 1973م.
- 6- د محمد الخشن "التعريف الموضوعي للإرهاب"، المجلة المصرية للقانون الدولي، القاهرة العدد 67، 2011م.
- 7- د محي الدين عوض، دراسات في القانون الجنائي الدولي، مجلة القانون والاقتصاد العدد الأول، السنة الخامسة والثلاثون، 1965م.
- 8- د أحمد رفعت، الإرهاب الدولي، مركز الدراسات العربي الأوربي، الطبعة الأولى فبراير 1998م.
- 9- د يحيى البنا، الاتفاقية العربية لمكافحة الإرهاب، دراسة تحليلية، كتاب الأهرام الاقتصادي العدد 129، 1998م.
- 10- Turk, Danilo: International Law and Terrorism, S.T.P, July - October, 1989.

المحكمة الدستورية العليا وترسيم الحدود المصرية السعودية

إعداد

دكتور

إكرامي بسيوني عبد الحي خطاب

أستاذ القانون العام المشارك - قسم القانون - كلية العلوم والدراسات
الإنسانية حريملاء - جامعة شقراء، المملكة العربية السعودية

المحكمة الدستورية العليا وترسيم الحدود المصرية السعودية

الملخص

تسعى دول العالم المطلة على البحار إلى ترسيم حدودها البحرية مع الدول المجاورة؛ من أجل تعظيم الاستفادة من الثروات الموجودة داخل مياهها الاقتصادية، وهذا هو ما دفع جمهورية مصر العربية والمملكة العربية السعودية للقيام بتوقيع اتفاق لترسيم حدودهما البحرية.

وقد أثار إعلان الحكومة المصرية عقب التوقيع على هذا الاتفاق بما يفيد أن ترسيم الحدود البحرية بين البلدين ترتب عليه وقوع جزيرتي تيران وصنافير داخل الحدود الإقليمية للمملكة العربية السعودية خلافاً وجدلاً عميقاً، ثم انتقل الخلاف إلى ساحات القضاء فأصدرت محكمة القضاء الإداري حكمها المؤيد بحكم بات من المحكمة الإدارية العليا ببطان توقيع ممثل الحكومة المصرية على الاتفاق، وفي المقابل أصدرت محكمة الأمور المستعجلة حكماً مؤيداً من محكمة الاستئناف المستعجلة بوقف تنفيذ حكمي محكمة القضاء الإدارية والإدارية العليا.

ولما كان جوهر الخلاف القانوني يدور حول تفسير نصوص الدستور المصري الحالي المنظم لسريان وتنفيذ الاتفاقيات الدولية، كان لابد أن يكون للمحكمة الدستورية العليا المصرية الدور الحاسم في فض هذا النزاع، ولقد دعت المحكمة لممارسة هذا الدور من خلال منازعتي تنفيذ تقدمت بهما هيئة قضايا الدولة بصفتها ممثلة عن الحكومة المصرية، وكذلك دعوى أخرى لفض تنازع الأحكام بين القضاءين العادي والإداري.

وأثناء هذا الجدل وافق مجلس النواب المصري على هذا الاتفاق في انتظار تصديق رئيس الجمهورية عليه، ثم قررت هيئة مفوضي المحكمة الدستورية العليا في منازعتي التنفيذ رفض الدعوى لانعدام وجود مخالفة من قبل القضاء الإداري لأحكام الدستورية العليا المتعلقة بالسيادة، وبعدها ببضعة أيام أصدرت نفس الهيئة تقريراً آخر أستاذ إليه رئيس المحكمة الدستورية في قراره بوقف تنفيذ الحكمين المتناقضين، وحول هذه المسائل القانونية تدور جزئيات هذا البحث وصولاً إلى نتيجة حاسمة لمصير هذه الاتفاقية.

Abstract

The countries of the world overlooking the seas seek to demarcate their maritime borders with the neighboring countries in order to maximize the benefit from the wealth found within their economic waters.

The announcement of the Egyptian government after signing this agreement stating that the demarcation of the maritime borders between the two countries has resulted in the occurrence of Tiran and Sanafir islands within the territorial borders of the Kingdom of Saudi Arabia, a dispute and deep controversy, then the dispute moved to the courts, so the Administrative Judicial Court issued its ruling in support of a final ruling from the court The Supreme Administrative Court invalidated the signature of the representative of the Egyptian government on the agreement, and in return, the Court of Urgent Matters issued a favorable ruling from the Urgent Appeal Court to suspend the implementation of the rulings of the Supreme Administrative and Administrative Court

As the essence of the legal dispute revolves around the interpretation of the provisions of the current Egyptian constitution regulating the validity and implementation of international agreements, the Egyptian Supreme Constitutional Court must have a decisive role in resolving this conflict, and the court was called upon to exercise this role through two implementation disputes submitted by the State Cases Authority in its capacity as representative On behalf of the Egyptian government, as well as another lawsuit to resolve the conflict of rulings between the ordinary and administrative courts.

During this debate, the Egyptian parliament approved this agreement pending ratification by the President of the Republic, then the Supreme Constitutional Court Commissioners 'Committee in my implementation disputes decided to reject the lawsuit because there was no violation by the administrative judiciary of the Supreme Constitutional provisions related to sovereignty, and a few days later the same commission issued another report The President of the Constitutional Court relied on him in his decision to stop the implementation of the two contradictory rulings, and on these legal issues the particles of this research revolve to reach a decisive result for the fate of this agreement.

المقدمة :

تحتل العلاقة بين الاتفاقيات الدولية وقواعد القانون الداخلي أهمية بالغة، ويرجع السبب في ذلك - في رأينا- إلى وجود رابطة حقيقية بين قواعد القانون الدولي وقواعد القانون الداخلي؛ فالقانون الدولي يتعامل ظاهريا مع الدول والمنظمات الدولية التي تتمتع بالشخصية الاعتبارية، وموضوع هذا القانون يتجسد فيما تبرمه الدول من اتفاقات دولية تنفذ واقعا على أراضي الدول الأعضاء وتتلاقى بل وتتعارض أحيانا مع قواعدهما الداخلية وعلى رأسها الدستور.

ومن ناحية أخرى فإن الدستور في كل دولة يعد بمثابة بوابة الدخول الذي من خلاله تستطيع قواعد القانون الدولي أن تمر عبر الإجراءات التي يرسمها لتدخل داخل النطاق القانوني الداخلي لإقليم الدولة، من هنا تظهر العلاقة الوثيقة بين المعاهدة والدستور الوطني للدولة، فلا يتم الاعتراف بالمعاهدة الدولية إلا من خلال القواعد والإجراءات الدستورية التي من خلالها يسمح لها بالنفوذ داخل القواعد القانونية الداخلية.

وتمر الاتفاقية الدولية بمراحل متعددة تبدأ بالتفاوض ثم التوقيع فالإقرار ثم التصديق، وهنا يثار التساؤل هل الدستور لا يتصل بالاتفاقية الدولية إلا بعد الوفاء بمراحلها وفق قواعده، أم أنه يستطيع إخضاعها لأحكامه في كافة مراحلها؟ وما يهمنا في هذا الموضع هو موقف الدستور من الاتفاقية الدولية بعد التوقيع وقبل التصديق عليها.

وتعد اتفاقية ترسيم الحدود البحرية المصرية السعودية مثلا واقعا وعمليا على هذا التصارع والتنازع الذي يحدث بين الاتفاقية الدولية والمؤسسات القانونية الدستورية الداخلية، ولقد بدأت أولى حلقات هذا الصراع بين المحاكم الإدارية ممثلة في محكمتي القضاء الإداري المصرية والمحكمة الإدارية العليا من جهة، ومحكمة الأمور المستعجلة ممثلة للقضاء العادي من جهة أخرى.

ولقد وضحت معالم هذا الصراع من خلال ما أصدرته الدائرة الأولى لمحكمة القضاء الإداري، بجلسة 2016/6/21م في الدعوى رقم 43709 لسنة 70 ق، ببطالان توقيع ممثل الحكومة المصرية على اتفاقية ترسيم الحدود البحرية بين جمهورية مصر العربية والمملكة العربية السعودية الموقعة في ابريل سنة 2016م المتضمنة التنازل عن جزيرتي تيران وصنافير للمملكة العربية السعودية مع ما يترتب على ذلك من آثار أخصها استمرار هاتين الجزيرتين ضمن الإقليم البري المصري، وضمن حدود الدولة المصرية، واستمرار السيادة المصرية عليهما، وحظر تغيير وصفهما

بأي شكل لصالح أية دولة أخرى، وذلك على النحو المبين بالأسباب وألزمت جهة الإدارة المصاريف. كما أكدت على الحكم السابق المحكمة الإدارية العليا في حكمها الصادر في الطعن رقم 13583 لسنة 63 قضائية عليا، جلسة 2017/1/16م؛ إذ قضت بإجماع الآراء: برفض الطعن، وألزمت الجهة الإدارية الطاعنة المصروفات.

إلا أن الحكومة المصرية أثبت أن تلتزم بهذا الحكم البات ورفعت دعوى مستعجلة أمام قاضي الأمور المستعجلة طالبة وقف تنفيذ حكم محكمة القضاء الإداري، والمحكمة الإدارية العليا وحصلت على حكم من هذا القضاء بجلسة 2016/9/29م يقضى بوقف تنفيذ حكم محكمة القضاء الإداري فيما تضمنه من بطلان توقيع ممثل الحكومة المصرية على اتفاقية تعيين الحدود البحرية بين مصر والمملكة العربية السعودية، وكذلك بالتبعية وقف تنفيذ ما يترتب على ذلك من آثار.

كما تم تأييد هذا الحكم المستعجل استئنافيا في الدعويين رقمي 373، 391 لسنة 2016م ليحكم هذا الأخير بعدم الاعتداد بالحكم الصادر في الدعويين 43709، 43866 لسنة 70 ق الصادر من محكمة القضاء الإداري، وكذا الحكم الصادر في الطعن 74236 لسنة 62 ق عليا، والصادر عن المحكمة الإدارية العليا واعتبارهما منعدمي الأثر وألزمت المدعى عليهم عدد من السادس للعاشر بالمصروفات وأتعاب المحاماة⁽¹⁾.

ومن خلال التنازع والتعارض السابق فإننا نكون أمام حكمين متناقضين أحدهما صادر عن القضاء العادي والآخر صادر عن القضاء الإداري، وهنا يتعين أن تنهض المحكمة الدستورية العليا لحسم هذا التعارض في الأحكام، كما يتعين عليها أن تفصل في مدى دستورية توقيع هذا الاتفاق.

ويعالج هذا البحث دور المحكمة الدستورية العليا في حسم هذا التنازع، والوصول بهذا الاتفاق إلى مراحله النهائية التي لا رجعة فيها سواء بتأييد موقف القضاء الإداري أو العكس. وقبل الشروع في الحديث عن موضوعات هذا البحث، سوف نعرض بإيجاز لأهم التساؤلات التي تثيرها هذه الدراسة، وأهميتها، وأهدافها، والمنهج العلمي المستخدم في تناول جوانبها المختلفة، ومن ثم نعرض لأهم النتائج والتوصيات التي خلص إليها الباحث، وأخيرا نعرض لقائمة من المراجع، وذلك على النحو الآتي:

(1) جريدة الدستور، عدد الإثنين 03/أبريل/2017 - <http://www.dostor.org/1355294>

تساؤلات الدراسة

تتمثل مشكلة الدراسة في الإجابة على التساؤلات الآتية:

- 1- ما هو المقصود باتفاق ترسيم الحدود البحرية؟
- 2- ما هي الوسائل المتاحة واقعيًا أمام المحكمة الدستورية العليا لفرض رقابتها الدستورية على الاتفاقية؟
- 3- ما هو مصير منازعة التنفيذ المرفوعة أمام المحكمة الدستورية العليا؟
- 4- ما هو الدور المتوقع من المحكمة الدستورية العليا في حسم التعارض بين حكي القضاء الإداري والقضاء العادي حول الاتفاقية؟
- 5- هل يحق للمحكمة الدستورية العليا أن تتصدى تلقائيًا لبحث مدى دستورية اتفاقية ترسيم الحدود البحرية المصرية السعودية؟
- 6- كيف تستطيع المحكمة الدستورية العليا حسم مصير الاتفاقية حسمًا باتًا لا رجعة فيه، وما هو المصير المتوقع لهذه الاتفاقية؟

أهمية الدراسة

- 1- تمس هذه الدراسة أحد الموضوعات الشائكة في العلاقة بين قواعد القانون الدولي والقانون الداخلي والمطروحة الآن وبقوة على الساحة السياسية، والقانونية والشعبية المصرية.
- 2- تحدد هذه الدراسة مصير هذه الاتفاقية الدولية في ظل وجود حكمين قضائيين متعارضين.
- 3- تقدم هذه الدراسة مثالًا واقعيًا للتعارض بين قواعد القانون الدولي والداخلي للداخلية للدول.
- 4- تضع هذه الدراسة تصورًا مستقبليًا لموقف المحكمة الدستورية العليا إزاء هذه الاتفاقية.

أهداف الدراسة

- 1- وضع حلول قانونية لمشكلات واقعية تمس الدولة المصرية.
- 2- تحديد ضوابط الرقابة الدستورية على الاتفاقيات الدولية في ظل الدستور المصري الحالي.

3- إيضاح دور المحكمة الدستورية العليا الحاسم لتعارض الأحكام.

4- إيضاح مآل هذه الاتفاقية في ضوء الموقف المحتمل للمحكمة الدستورية العليا.

منهج الدراسة

1- المنهج الوصفي التحليلي: من خلال وصف القواعد القانونية المنظمة لموضوع البحث وتحليلها تحليلًا دقيقًا.

2- المنهج النقدي المقارن: من خلال عرض كافة الآراء القانونية المطروحة في مجالات البحث المختلفة مع إجراء مقارنة نقدية بينها، مع عرض الباحث لوجه نظره في حسم هذا الاختلاف. وتحقيقًا للأهداف المبتغاة من وراء هذا العمل البحثي يمكننا تقسيمه إلى مبحثين رئيسيين على النحو الآتي:

المبحث الأول: التعريف باتفاق ترسيم الحدود والمحكمة الدستورية العليا.

المبحث الثاني: المحكمة الدستورية ومصير الاتفاقية.

المبحث الأول

التعريف بترسيم الحدود البحرية والمحكمة الدستورية العليا

وقعت كل من مصر والمملكة العربية السعودية اتفاق ترسيم الحدود البحرية⁽¹⁾ بينهما في القاهرة بتاريخ 2016/4/8م، وأعلنت الحكومة المصرية عقب هذا التوقيع أن هذا الترسيم ترتب عليه وقوع جزيرتي تيران وصنافير داخل الحدود الإقليمية للمملكة العربية السعودية.

ولما كان موضوع البحث يتعلق بترسيم الحدود البحرية، ومصيرها المتوقع من قبل المحكمة الدستورية العليا؛ لذا فإنه يتعين علينا أن نبين التعريف بمصطلح ترسيم الحدود البحرية والتميز بينه وبين ما يختلط به من مصطلحات، ثم نعرض للتعريف بالمحكمة الدستورية العليا المصرية وموقفها من الرقابة على الاتفاقيات الدولية.

المطلب الأول: ترسيم الحدود البحرية

المطلب الثاني: المحكمة الدستورية العليا والاتفاقية الدولية

المطلب الأول

ترسيم الحدود البحرية

ثار الخلاف والجدل العميق حول مصطلحي ترسيم وتعيين أو تحديد الحدود، كما يثير أيضا مصطلح الحدود البحرية العديد من التساؤلات حول المقصود بالبحر الإقليمي، والمياه الاقتصادية... الخ، لذا سوف نبين مفهوم هذه المصطلحات في فرعين على النحو الآتي:

(1) لقد ثار خلاف حول مسعى هذه الاتفاقية إذ نشرت بجريدة اليوم السابع في عدد يوم الثلاثاء الموافق 21 يونيو 2016 بعنوان "اتفاقية تعيين الحدود البحرية بين مصر والمملكة العربية السعودية"، ولكنها وردت في حكم محكمة القضاء الإداري في الدعوى رقم 43709 لسنة 70 ق، جلسة 2016/6/21م، بعنوان "اتفاقية ترسيم الحدود البحرية بين مصر والمملكة العربية السعودية"، ونرى اعتماد التسمية الواردة من محكمة القضاء الإداري لكونها صادرة عن جهة قضائية من المفترض أنها تحققت من المسعى الصحيح للاتفاقية أو أطلعت على الوثيقة الأصلية.

<http://www.youm7.com/story/2016/6/25/%D8%A7%D9%86%D9%81%D8%B1%D8%A7%D8%>

الفرع الأول: ترسيم الحدود وتعيين الحدود

الفرع الثاني: الحدود البحرية

الفرع الأول

ترسيم الحدود وتعيين الحدود

اختلف الفقه القانوني في تحديد المقصود بمصطلح "ترسيم الحدود" وانقسم - في رأينا - إلى ثلاثة اتجاهات: فمنهم من هجر مصطلح الترسيم واستخدم مصطلح تحديد الحدود فقط، ومنهم من ذهب إلى استخدام المصطلحين معا كمترادفين، ومنهم - وهو الغالب - من ميز بينهما، وذلك على النحو الآتي:

- 1- استخدام مصطلح " تحديد الحدود"، ويقصد به: الحد الإقليمي الذي تمارس عليه الدولة سيادتها المانعة⁽¹⁾، أو الخط الذي يعين حدود المنطقة التي تستطيع الدولة أن تمارس سيادتها عليها⁽²⁾، أو هي خطوط ترسم على الخرائط لتبين الأرض التي تمارس فيها الدولة سيادتها والتي تخضع لسلطانها والتي تكفل لها -وحدها- حق الانتفاع بها واستغلالها، فعندها تبدأ سيادة الدولة صاحبة الإقليم وتنتهي سيادة غيرها، ووراءها تنتهي سيادتها وتبدأ سيادة غيرها⁽³⁾.
- 2- استخدام المصطلحين كمترادفين: تبنى هذا الاتجاه الاجتهاد القضائي الدولي -حتى عهد قريب - إذ لم تكن التفرقة بين مصطلحي التحديد والترسيم قائمة، وهذا ما أكدته الممارسات القضائية الدولية إذ درجت على استخدام المصطلحين كمترادفين⁽⁴⁾.

(1) Boychez (L. J.):The Fixing Of Boundaries in International Boundary Rivers, The International and Comparative Law Quartly,Londone,Vol. 12,1963,p. 789 .

(2) Vittorio(Adami):National Frontier in Relation to International Law,1919,Translated by Beren(T. T), London, Oxford University Press,1927 .

مشار إليه في: جابر إبراهيم الراوي، الحدود الدولية ومشكلة الحدود العراقية الإيرانية رسالة دكتوراه، كلية الحقوق، جامعة القاهرة، 1970م، ص15.

(3) راجع: على صادق أبو هيف، القانون الدولي العام، دار المعارف، الإسكندرية، مصر، ط12، 2004م، ص 287.

(4) مثال ذلك الفقرتين (ثانيا وخامسا) من بروتوكول القسطنطينية لسنة 1913م لتعريف الحدود بين تركيا ==

3- التمييز بين المصطلحين: اتجه غالبية الفقه القانوني إلى أهمية ضرورة التمييز بين مصطلحي "ترسيم" و"تحديد" الحدود واتفق غالبيتهم على أن الترسيم "Demarcation" يأتي لاحقاً لعملية تحديد الحدود "Delimitation"⁽¹⁾.

ومن ثم فإن تحديد الحدود إنما هو عملية قانونية يتم بموجبها بيان الوصف الدقيق لخط الحدود في السند القانوني المنشئ له، وقد يتخذ شكل معاهدة حدودية، أو بروتوكول، أو قرار تحكيمي، أو قرار لجنة مشتركة لتعيين الحدود، أما الترسيم فهو عملية فنية خالصة تعقب عملية التحديد يتم من خلالها وضع خط الحدود الذي تم وصفه في السند القانوني المنشئ له على الطبيعة، وتعريفه بواسطة العلامات الحدودية المادية، أو أي علامات أخرى تدل عليه⁽²⁾.

وأتفق مع غالبية الفقه الذي أكد على ضرورة التمييز بين مصطلح ترسيم الحدود ومصطلح تحديد الحدود، وكون الترسيم عملية فنية تالية لعملية تحديد الحدود، إلا أنني أختلف معهم في

==

وإيران. يراجع عباس عبود عباس: أزمة شط العرب، المؤسسة العربية للدراسات والنشر، بيروت، لبنان 1972م، ص 134-136، والمادة الأولى من اتفاق إحالة النزاع الحدودي بين إمارتي دبي والشارقة عام 1976م، إذ ثار الخلاف بشأن موضوع التحكيم هل هو ترسيم الحدود أم تحديدها، وقد انتهت محكمة التحكيم إلى أن المقصود بالمصطلح هو تحديد الحدود البرية بين الطرفين وليس ترسيمها، يراجع عمر أبو بكر باخشب: تسوية الخلافات الحدودية بين إمارتي دبي والشارقة من خلال التحكيم الدولي، مجلة الحقوق، ع 1، 2004م، ص 5.

(1) طه بن عثمان الفراء: الحدود الدولية بين التحديد والترسيم، ندوة مهام حرس الحدود في الدول العربية، أكاديمية نايف للعلوم الأمنية، 1999م، الرياض المملكة العربية السعودية، ص 135، أحمد عبد الونيس شتا: مبدأ ثبات الحدود واستمراريتها في القانون الدولي الدبلوماسي، الرياض، معهد الدراسات الدبلوماسية، العدد 18، شعبان، 1417هـ، ديسمبر 1996م، ص 59. فيصل عبد الرحمن على طه، القانون الدولي ومنازعات الحدود، ط 2، دار الأمين للنشر والتوزيع، القاهرة، 1999م، ص 62-73، صدام الفتلاوي، وهاني عبد الله عمران، عملية ترسيم الحدود الدولية والمنازعات الناجمة عنها، مجلة جامعة بابل للعلوم الإنسانية، العراق، المجلد 17، العدد 1، 2009، ص 35، حازم محمد عتلم، أصول القانون الدولي العام، القسم الثاني، دار النهضة العربية، القاهرة، 2001، ص 63، 65.

- Boggs: International boundaries, American Journal of international law, Vol, 1951, P. 242.

(2) Rousseau (Charles), droit international public, Tami (1), Paris, 1970, pp. 269-270; Cuckwurah (A. Q): The Settlement of boundary disputes in international law, Mancher University Press, 1967, pp. 78-80.

النظر إلى كون الترسيم مجرد عملية فنية لاحقة لعملية تحديد الحدود، ذلك أن كلا الإجراءين (تحديد الحدود وترسيم الحدود) يلزم اتخاذهما وفق إجراءات قانونية سليمة، والتي يمكن أن تضيف عليها وصف الشرعية، فلا يمكن النظر إلى الترسيم كإجراء تنفيذي لا حق على اتفاق تحديد الحدود بين بلدين؛ بل - في رأينا - إن هذا الإجراء التنفيذي اللاحق (الترسيم) يحتاج إلى سند قانوني لإنشائه لا يقل درجة وأهمية عن اتفاق تحديد الحدود السابق عليه، ومن ثم يتعين أن يتم التحديد والترسيم بما لا يخالف الإجراءات الدستورية الداخلية لكل دولة طرف في هذا الاتفاق، وإلا كان الاتفاقان معا باطلين.

وترتبا على ما سبق فإن المقصود بـ "ترسيم الحدود" - في رأينا - "اتفاق بين دولتين أو أكثر يتم من خلاله تحديد الحدود الإقليمية الفاصلة بينهما، ثم وضع علامات مميزة لهذه الحدود بما لا يخالف القواعد الدستورية الداخلية لأطرافه"⁽¹⁾.

الفرع الثاني الحدود البحرية

يميز الفقه القانوني الدولي في مجال التعريف بالبحار بين أربعة مصطلحات أساسية على النحو الآتي:

1- **البحر الإقليمي:** ويقصد به المنطقة التي تمتد بين نقطتين؛ خط بداية ويسمى خط الأساس، وخط نهاية يمثل الحد الخارجي لهذا البحر⁽²⁾، أو المنطقة الواقعة بين إقليم الدولة والبحر

(1) قصدت من هذا التعريف التأكيد على أن الاتفاقية الدولية لا يجوز بحال من الأحوال أن تكون مخالفة للقواعد الدستورية المعمول بها داخل الدولة، إذ أن هذه المخالفة ستؤدي لا محالة لاستحالة تنفيذ الاتفاقية الدولية، لأن الاتفاقية الدولية لن يتم الاعتراف لها بقيمة قانونية توازي قيمة القانون الداخلي، أو تعلق عليه إلا إذا استوفت شروط مشروعيتها الدستورية، كما قصدت التأكيد على أن الترسيم كإجراء لا حق للتحديد يتعين أن يكون امتداداً لاتفاق تحديد الحدود ومكملاً له، وليس مجرد إجراء منفصل عنه، لذا يتعين أن يتم هذا الأخير باتفاق دولي وبنفس الإجراءات الدستورية.

(2) يراجع: محمد راشد ناصر النعيمي، مشاكل قياس البحر الإقليمي في ضوء القانون الدولي، رسالة ماجستير، كلية العلوم القانونية، جامعة الشرق الأوسط للدراسات العليا، الكويت، 2010م، ص 7 وما بعدها.

العالي الذي تمارس عليه الدولة سيادتها⁽¹⁾.

واكتفت اتفاقية قانون البحار 1982م بتحديد حدود البحر الإقليمي دون وضع تعريف له، مقررة أن البحر الإقليمي يمثل امتداداً لمياه الدولة خارج إقليمها البري ومياهها الداخلية أو الأرخبيلية⁽²⁾، وحتى الحزام البحري الملاصق، وذلك لمسافة (12) ميلاً بحرياً⁽³⁾ تقاس من خط الأساس الذي يوازي ساحل الدولة. وفي حال وجود دولتين متلاصقتين فإن حدود البحر الإقليمي بينهما تكون في منتصف المسافة بينهما، مع جواز تعديلها بالاتفاق بينهما⁽⁴⁾.

2- "المنطقة المتاخمة": هي ذلك الجزء الذي يقع مباشرة بعد البحر الإقليمي للدول الساحلية ويمتد (24) ميلاً بحرياً من خط الأساس، أو (12) ميلاً بحرياً من الحد الخارجي للبحر الإقليمي⁽⁵⁾.

3- "المناطق الاقتصادية الخالصة"⁽⁶⁾: هي تلك المنطقة الواسعة من البحر التي لا تمارس عليها

(1) يراجع: د. محمد الحاج حمود، القانون الدولي للبحار، مطبعة الأدرية، بغداد، العراق، 1990م، ص 106.

(2) المياه الأرخبيلية هي المياه الخاصة بالدولة التي تتكون من مجموعة جزر.

(3) نصت م/3 من اتفاقية قانون البحار 1982م على أنه "لكل دولة الحق في تحديد عرض بحريها الإقليمي بمسافة لا تتجاوز 13 ميلاً بحرياً معينة من خطوط الأساس المقررة لهذه الاتفاقية".

(4) يراجع م/15 من اتفاقية قانون البحار 1982م.

(5) الفقرة الثانية من م/33 من قانون البحار 1982م.

(6) بدأ الحديث عن هذه المناطق في أوائل خمسينات القرن العشرين، ولقد كانت مثاراً للصراع بين الدول الساحلية الكبرى والدول النامية، إذ دأبت الدول الكبرى على بسط سيطرتها وولايتها الإقليمية على مساحات كبيرة من هذه المناطق من أعالي البحار للانفراد بثرواتها وحماية بيئتها البحرية، وأمنها، أما الدول النامية فلقد حاولت الصمود أمام هذه الرغبة التوسعية استناداً إلى فكرة قانونية تقوم على مبدأ المحافظة على التراث المشترك للإنسانية، وتوج هذا الصمود بنص م/47 من اتفاقية الأمم المتحدة لقانون البحار عام 1982م والتي حددت هذه المناطق بحد أقصى 200 ميل بحري، راجع: د. أحمد محمد رفعت، الأوقاف الدولية في القانون الدولي الجديد للبحار، التأصيل القانوني لمبدأ التراث المشترك للإنسانية في اتفاقية الأمم المتحدة لقانون البحار عام 1982م، المعهد العالي للدراسات الإسلامية، القاهرة، مصر، 2013م، ص 105 وما بعدها. د. أحمد أبو الوفاء، القانون الدولي للبحار في ضوء أحكام المحاكم الدولية والوطنية وسلوك الدول واتفاقية 1982م، ط2، دار النهضة العربية، القاهرة، مصر، 2006م، ص 396-398، أحمد نبيل حسن العسال، ترسيم حدود المنطقة الاقتصادية الخالصة بين مصر واليونان وتركيا في ضوء اتفاقية الأمم المتحدة لقانون البحار عام 1982م، رسالة ماجستير، كلية الاقتصاد والعلوم السياسية، 2013م، جامعة القاهرة، مصر، ص 40-53.

الدولة الساحلية سيادتها إلا في المجال الاقتصادي فقط، ومن هنا جاءت تسميتها بهذا الاسم، وفيما عدا هذا الاستغلال الاقتصادي تبقى هذه المياه جزءاً من أعالي البحار، إذ يتعين السماح فيها بحرية الملاحة، ولا تستطيع أي دولة أن تمنع سفن دولة أخرى من العبور منها⁽¹⁾، وتمتد إلى مسافة لا تتجاوز (200) ميل بحري تقاس من خط الأساس باتجاه البحر، وتعد هذه المناطق من أخطر المناطق وأهمها لذا يتم ترسيمها بالاتفاق بين الدول بواسطة خرائط أو قوائم إحدائية مع الأخذ بعين الاعتبار المحددات الجغرافية، والاعتبارات القانونية المتفق عليها، والتي يتعين أن تتم في ضوء قواعد القوانين الدولية ذات الصلة⁽²⁾.

4- "أعالي البحار": وهي المياه الواقعة بعد المناطق الاقتصادية وتسمى "بالمياه الدولية" لكونها لا تخضع لسيادة دولة معينة، ولا تستطيع أي دولة أن تدعي حق مباشرة أي اختصاص إقليمي عليها أو إخضاع أي جزء منها لسيطرتها⁽³⁾.

ويتضح مما سبق أن أغلب المصطلحات القانونية المتعلقة بالحدود البحرية للدولة هي معلومة في فقه ومنطق القانون الدولي ما عدا المياه الاقتصادية، وهذا ما يبرر قيام الدول بإبرام الاتفاقيات الدولية لترسيم هذه المناطق للاستفادة مما تحويه من ثروات لا يمكن للدولة استغلالها إلا بعد إبرام مثل هذه الاتفاقيات، ومن ثم فاتفق ترسيم الحدود البحرية المصرية السعودية، الغرض الأساسي منه هو تمكين كلا البلدين من استغلال المياه الاقتصادية الخاصة بكل منهما.

ولكن التساؤل الذي يطرح نفسه بقوة في هذا الشأن هل جزيرتا تيران وصنافير -والتي أعلنت الحكومة المصرية عن وقوعهما ضمن الحدود الإقليمية للمملكة العربية السعودية كأثر من آثار ترسيم الحدود بينهما - تدخل ضمن الحدود البحرية أم الحدود البرية؟

(1) راجع: د. محمد شوقي عبد العال، ترسيم حدود المنطقة الاقتصادية الخالصة بين مصر وقبرص وأثرها على ثروات مصر في المنطقة، مجلة آفاق سياسية، المركز العربي للبحوث والدراسات، مصر، ع11، نوفمبر، 2014م، ص7، د. صلاح الدين عامر، القانون الدولي للبحار، دراسة لأهم أحكام اتفاقية الأمم المتحدة لقانون البحار لعام 1982م، دار النهضة العربية، 2008م، القاهرة، مصر، ص13-25.

(2) يراجع: د. عبد المعز عبد الغفار نجم، تحديد الحدود البحرية وفقاً للاتفاقية الجديدة لقانون البحار، ط2، دار النهضة العربية، القاهرة، مصر، 2007م، ص14.

(3) م/86 - م/89 من اتفاقية قانون البحار 1982م.

مما لا شك فيه أن الجزيرة هي جزء من اليابسة تحيط به المياه من جميع الجهات، ومن ثم فالجزيرة هي جزء من الإقليم البري للدولة، وليس من الإقليم البحري لكونها لا تتعلق من قريب أو بعيد بالمياه الإقليمية أو الاقتصادية أو أعالي البحار على التفصيل المتقدم، وهو الأمر الذي يثير الشك والريبة الشديدة من ارتباط الجزر كجزء من إقليم بري باتفاق لترسيم الحدود البحرية؟!

المطلب الثاني

المحكمة الدستورية العليا والاتفاقية الدولية

أسند المؤسس الدستوري المصري مهمة الرقابة على دستورية القوانين واللوائح في مصر لجهة قضائية متخصصة تمثلت في المحكمة الدستورية العليا لتمارس -وحدّها- هذه المهمة باعتبارها حامية الدستور والمدافعة عن سياج الحقوق والحريات. ولما كانت المعاهدة أو الاتفاقية الدولية لا يصدق عليها وصف القانون حقيقة، إلا أنها قد تأخذ هذا الوصف حكماً بعد استيفاء إجراءات دستورية محددة.

وترتيباً على ما سبق يتعين علينا أن نناقش في هذا المطلب التعريف بالمحكمة الدستورية العليا، ثم آلية اتصال المحكمة الدستورية العليا بالاتفاقية الدولية، وذلك في فرعين على النحو الآتي:

الفرع الأول: المحكمة الدستورية العليا

الفرع الثاني: الرقابة الدستورية على الاتفاقية الدولية

الفرع الأول

المحكمة الدستورية العليا

لقد عرف الدستور المصري الحالي -الصادر في 18 يناير 2014م⁽¹⁾- المحكمة الدستورية العليا في م/191 منه بأنها "جهة قضائية مستقلة، قائمة بذاتها، مقرها مدينة القاهرة، ويجوز في حالة الضرورة انعقادها في أي مكان آخر داخل البلاد، بموافقة الجمعية العمومية للمحكمة، ويكون لها

(1) نشر بالجريدة الرسمية العدد 3 مكرر(أ) في 18 يناير 2014م

موازنة مستقلة، يناقشها مجلس النواب بكامل عناصرها، وتدرج بعد إقرارها في الموازنة العامة للدولة رقما واحدا، وتقوم الجمعية العامة للمحكمة على شؤونها، ويؤخذ رأيها في مشروعات القوانين المتعلقة بشؤون المحكمة".

ويتضح من النص السابق أن المحكمة الدستورية العليا لا تتبع أيا من جهتي القضاء العادي أو الإداري بل هي جهة قضائية مستقلة عنهما، وقد تفادي الدستور المصري الحالي النقد الموجه إلى النص المقابل له في الدستور الصادر عام (1971م)⁽¹⁾، فسمح الدستور الحالي للمحكمة الدستورية العليا أن تعقد جلساتها خارج القاهرة بقرار من الجمعية العمومية للمحكمة وبشرط توافر حالة الضرورة، وهو الأمر الذي يمهد لإمكانية انتقال مقر المحكمة من مدينة القاهرة إلى أي مدينة أخرى.

وحرصًا من المشرع الدستوري على استقلال هذه الهيئة أكد على منح المحكمة موازنة مالية مستقلة، ومنع مجلس النواب من مناقشة بنودها التفصيلية، وهنا يثار تساؤل على قدر كبير من الأهمية حول مدى تعارض استقلال المحكمة الدستورية العليا مع مناقشة مجلس النواب للبنود التفصيلية لميزانيتها؟

وفي رأينا أنه لا تعارض بين مناقشة مجلس النواب للبنود التفصيلية لميزانية المحكمة الدستورية العليا واستقلال هذه الهيئة القضائية؛ بل على العكس فإن هذه المناقشة التفصيلية، ستدعم هذا الاستقلال، فالمحكمة هي حامية الدستور والمحافظة على حقوق الأفراد وحرياتهم، ولا بد أن تكون ميزانيتها واضحة وشفافة، فالدولة القانونية ينبغي أن يخضع فيها الجميع بما فهم المحكمة الدستورية العليا للدستور والقانون دون مجاملة ومحاباة لأحد، فإذا كانت الدولة بكافة مؤسساتها تخضع موازنتها العامة لرقابة تفصيلية من جانب مجلس النواب، فلماذا تكون المحكمة الدستورية العليا بمنأى عن هذه الرقابة؟! ولا يمكن القول بأن تلك الرقابة تتعارض مع مبدأ الفصل بين السلطتين القضائية والتشريعية؛ ذلك أن هذا المبدأ لم يعد مبدأ جامدًا بل مرنا يسمح للسلطات الثلاث بالتعاون فيما بينها، فهو فصل مع التعاون، وليس فصلا مطلقًا.

(1) حيث نصت م/174 من الدستور المصري الصادر عام 1971م في م/174 منه على أنه " المحكمة الدستورية العليا هيئة قضائية مستقلة قائمة بذاتها، في جمهورية مصر العربية، مقرها مدينة القاهرة"، ويترب على هذا النص بطلان أحكام المحكمة الدستورية عند انعقادها خارج مدينة القاهرة، وهذا ما تداركه النص الحالي.

ولقد حددت م/192 من الدستور الحالي (2014م) مهام واختصاصات المحكمة الدستورية العليا مقررّة أنها "تتولى -دون غيرها- الرقابة القضائية على دستورية القوانين واللوائح، وتفسير النصوص التشريعية، والفصل في المنازعات المتعلقة بشؤون أعضائها، وفي تنازع الاختصاص بين جهات القضاء والهيئات ذات الاختصاص القضائي، والفصل في النزاع الذي يقوم بشأن تنفيذ حكمين نهائيين متناقضين، صادر أحدهما من أية جهة من جهات القضاء أو هيئة ذات اختصاص قضائي، والآخر من جهة أخرى منها، والمنازعات المتعلقة بتنفيذ أحكامها والقرارات الصادرة عنها. ويعين القانون الاختصاصات الأخرى للمحكمة وينظم الإجراءات التي تتبع أمامها".

ويتضح من النص السابق أن الاختصاصات الرئيسية للمحكمة الدستورية العليا يمكن حصرها بوضوح في: الرقابة على دستورية القوانين واللوائح، تفسير النصوص التشريعية، الفصل في المنازعات المتعلقة بشؤون أعضائها، تنازع اختصاص بين جهات القضاء والهيئات ذات الاختصاص القضائي، الفصل في تعارض الأحكام، ومنازعات التنفيذ المتعلقة بأحكامها وقراراتها.

وأما عن تشكيل هذه المحكمة فقد جاء بنص المادة /193 من الدستور الحالي مقررّة أن "تشكيل المحكمة من رئيس، وعدد كاف من نواب الرئيس، وتؤلف هيئة المفوضين بالمحكمة من رئيس، وعدد كاف من الرؤساء بالهيئة، والمستشارين، والمستشارين المساعدين. وتختار الجمعية العامة رئيس المحكمة من بين أقدم ثلاثة نواب لرئيس المحكمة، كما تختار نواب الرئيس، وأعضاء هيئة المفوضين بها، ويصدر بتعيينهم قرار من رئيس الجمهورية، وذلك كله على النحو المبين بالقانون".

وأول ما يلاحظ على تشكيل المحكمة أن عدد أعضائها غير محدد، وقد كان ذلك محلاً للانتقاد - في رأينا - في ظل النص الدستوري السابق (1971م)⁽¹⁾؛ حيث كان أعضاء المحكمة ورئيسها يتم

(1) أحالت م/176 من الدستور المصري 1971م أمر تشكيل المحكمة الدستورية العليا لقانون المحكمة الدستورية العليا نفسها مقررّة أنه "ينظم القانون كيفية تشكيل المحكمة الدستورية العليا، ويبين الشروط الواجب توافرها في أعضائها وحقوقهم وحصاناتهم"، ولقد نصت م/7 من القرار بقانون رقم 81 لسنة 1969 «يعين رئيس المحكمة بقرار من رئيس الجمهورية، من بين أعضاء المحكمة أو من غيرهم.. ويكون تعيين نواب رئيس المحكمة ومستشاريها بقرار من رئيس الجمهورية بعد أخذ رأي المجلس الأعلى للهيئات القضائية...»، ويتضح من هذا النص أن رئيس الجمهورية هو صاحب الحق في التعيين وما أخذ رأي المجلس الأعلى للهيئات القضائية إلا إجراء شكلي فقط غير ملزم لرئيس الجمهورية، لمزيد من التفاصيل يراجع مؤلفنا: القضاء الدستوري، دراسة تحليلية نقدية مقارنة، دار الجامعة الجديدة، الإسكندرية، مصر، 2012م، ص 10 وما بعدها.

تعينهم من قبل رئيس الجمهورية، وهو الأمر الذي كان يسمح بتدخل السلطة التنفيذية وتحكمها في عدد أعضاء المحكمة، ولكن هذا الانتقاد قد تم تداركه في ظل الدستور الحالي إذ أصبحت الجمعية العامة للمحكمة هي التي تختار رئيس المحكمة من بين أقدم نواب الرئيس كما أنها هي التي تختار نواب الرئيس وأعضاء هيئة المفوضين، ويقتصر دور رئيس الجمهورية فقط على إصدار قرار التعيين.

كما حددت م/194 ضمانة الاستقلال وعدم القابلية للعزل مقررته أن "رئيس ونواب المحكمة الدستورية العليا، ورئيس وأعضاء هيئة المفوضين بها مستقلون وغير قابلين للعزل، ولا سلطان عليهم في عملهم لغير القانون"، ويبين القانون الشروط الواجب توافرها فيهم على أن "تتولى المحكمة مساءلتهم تأديبيا على الوجه المبين بالقانون، وتسري بشأنهم جميع الحقوق والواجبات والضمانات المقررة لأعضاء السلطة القضائية".

ويثير النص السابق التساؤلات حول ضمانة عدم القابلية للعزل هل هي مقررته فقط لرئيس ونواب المحكمة ورئيس وأعضاء هيئة المفوضين، ومن ثم فإن باقي الأعضاء من غير هؤلاء يجوز عزلهم قانونا؟

وقبل الإجابة على التساؤل السابق نبين أن نص م/177 من دستور 1971م السابق كان يقرر أن "أعضاء المحكمة الدستورية العليا غير قابلين للعزل....." ويتضح من هذا النص أن عدم القابلية للعزل كانت ضمانة لكل الأعضاء بمن فيهم الرئيس ونواب الرئيس فيما عدا مفوضي المحكمة الذين كان هناك جدال حول كونهم ضمن الأعضاء من عدمه.

وفي - رأينا - أن المشرع الدستوري اهتم في النص الدستوري الحالي بإدراج رئيس المفوضين والمفوضين بهذه الحصانة منعا للجدل، أما باقي الأعضاء فهم غير قابلين للعزل أيضا استنادا لنص م/11 من قانون المحكمة الدستورية العليا الصادر بالقرار بقانون رقم 81 لسنة 1969م والتي قررت أن "أعضاء المحكمة غير قابلين للعزل ولا ينقلون إلى وظائف أخرى إلا بموافقتهم".

وفي نفس السياق نصت م/186 من الدستور المصري الحالي 2014م على أن "القضاة مستقلون غير قابلين للعزل....."، ونظرا لكون المحكمة الدستورية العليا هيئة قضائية مستقلة؛ لذا فإن أعضاءها يصدق عليهم وصف القضاة، ومن ثم يسري بشأنهم ضمانة عدم القابلية للعزل؛ وإن كنا نرى أيضًا أنه كان بالإمكان صياغة النص الدستوري الحالي السابق (م/194) بصورة أكثر وضوحًا لتشمل عدم القابلية للعزل كل أعضاء المحكمة وكذلك رئيس وأعضاء هيئة مفوضي المحكمة.

وتتمتع أحكام وقرارات المحكمة الدستورية العليا بالحجية المطلقة في مواجهة الكافة؛ إذ نصت م/195 من الدستور الحالي 2014م على أنه "تنشر في الجريدة الرسمية الأحكام والقرارات الصادرة من المحكمة الدستورية العليا، وهي ملزمة للكافة وجميع سلطات الدولة، وتكون لها حجية مطلقة بالنسبة لهم. وينظم القانون ما يترتب على الحكم بعدم دستورية نص تشريعي من آثار".

الفرع الثاني

الرقابة الدستورية على الاتفاقية الدولية

لا تثير الاتفاقية الدولية الخلاف القانوني إلا إذا كانت مخالفة للدستور؛ أي غير متفقه مع نصوصه وأحكامه، وهنا يمكن أن نطلق على هذا الخلاف مصطلح "التنازع بين الدستور والاتفاقية الدولية"، ولكن عندما تنهض المحكمة الدستورية العليا لتراقب المعاهدة الدولية هل يجوز لها أن تراقب كافة مراحل الاتفاقية الدولية، أم تنتظر بعد التصديق عليها، وما هي الوسيلة القانونية التي يمكن من خلالها الطعن في الاتفاقية الدولية أمام المحكمة الدستورية العليا، وسوف أناقش ذلك من خلال الغصنين الآتيين:

الغصن الأول: الرقابة الدستورية السابقة واللاحقة على المعاهدات الدولية

الغصن الثاني: وسيلة الرقابة الدستورية على المعاهدات الدولية

الغصن الأول

الرقابة الدستورية السابقة واللاحقة على المعاهدات الدولية

تعني الرقابة الدستورية السابقة تلك الرقابة التي تسبق إصدار القوانين واللوائح، ومن بين الدول التي تعتنق هذا المذهب فرنسا⁽¹⁾، وتعد هذه الوسيلة من الوسائل الوقائية باعتبارها تمنع إصدار القوانين غير الدستورية من السلطة المختصة، ولا تنتظر حتى تنفيذها لكي تمارس عليها

(1) Poulain: Remarques sur le modèle Français du contrôle de constitutionnalité' des lois pouvoir no. 3, 1994 ; p. 126 .

الرقابة، ولكن يؤخذ على هذا النوع من الرقابة أنها رقابة في الغرف المظلمة ذلك أن التشريع لا تظهر مخالفته الحقيقية للدستور إلا عند تطبيق النصوص القانونية واللائحية على أرض الواقع. والنوع الآخر من الرقابة يسمى "الرقابة اللاحقة"، وهي عكس سابقتها تفرض بعد إصدار النصوص التشريعية واللائحية ووضعها موضع التطبيق.

وإذا كان ذلك هو حال الرقابة على دستورية القوانين فما هو موقف النظم القانونية من الرقابة على المعاهدات الدولية؟ هناك بعض الدول تكتفي بالرقابة السابقة مثل فرنسا وموريتانيا، وأخرى تجمع بين وسيلتي الرقابة السابقة واللاحقة ومنها الكونغو والبرتغال وإسبانيا والجزائر وألمانيا، وكل دول أوروبا الشرقية ما عدا بولندا، وأما الفريق الثالث فإنه يذهب إلى فرض رقابة لاحقة فقط على المعاهدات الدولية. وهنا لا يراقب القاضي الدستوري المعاهدة الدولية بوصفها معاهدة دولية، وإنما لكونها أصبحت -بعد التوقيع عليها- قانوناً داخلياً من قوانين الدولة تنبسط عليه ولاية الجهة القائمة على أمر الرقابة الدستورية⁽¹⁾، ومن بين هذه الأنظمة القانونية مصر في ظل دستور 1971م.⁽²⁾

وإذا كان الدستور المصري السابق (1971م) قد اعتنق فكرة الرقابة الدستورية اللاحقة على المعاهدات الدولية، فما هو موقف الدستور المصري الحالي (2014م) من هذه المسألة؟ في - رأينا - أن الدستور المصري الحالي قد انتهج طريقتين للتحقق من مدى دستورية المعاهدات الدولية، إحداهما: وقائية، والأخرى: علاجية على النحو الآتي:

أولاً: الوسيلة الوقائية: وضع الدستور المصري الحالي ضوابط دستورية تحكم إبرام الاتفاقيات الدولية وذلك من خلال نص م/151 منه والتي قررت أنه "يمثل رئيس الجمهورية الدولة في علاقاتها الخارجية، ويبرم المعاهدات، ويصدق عليها بعد موافقة مجلس النواب، وتكون لها قوة القانون بعد نشرها وفقاً لأحكام الدستور. وتجب دعوة الناهخين للاستفتاء على معاهدات

(1) يراجع د. عيد أحمد الغفلول: الرقابة القضائية السابقة على دستورية المعاهدات الدولية، دراسة مقارنة، دار النهضة العربية، مصر، دون تاريخ، ص 12 وما بعدها.

(2) يراجع نص م/151 من دستور 1971م والتي تنص على أن "رئيس الجمهورية يبرم المعاهدات ويبلغها مجلس الشعب مشفوعة بما يناسب من البيان، وتكون لها قوة القانون بعد إبرامها والتصديق عليها ونشرها وفقاً للأوضاع المقررة"، ومن ثم كان من حق القاضي الدستوري أن يراقب دستورية هذه المعاهدات بعد التصديق عليها لكونها أصبحت منذ تلك اللحظة قانوناً من قوانين الدولة.

الصلح والتحالف وما يتعلق بحقوق السيادة، ولا يتم التصديق عليها إلا بعد إعلان نتيجة الاستفتاء بالموافقة. وفي جميع الأحوال لا يجوز إبرام أية معاهدة تخالف أحكام الدستور، أو يترتب عليها التنازل عن أي جزء من إقليم الدولة."

في ضوء النص السابق وضع الدستور المصري الحالي ضوابط دستورية لثلاث أنواع من المعاهدات الدولية على النحو الآتي:

1- الاتفاقيات قليلة الأهمية: أي التي لا تتعلق بمعاهدات الصلح والتحالف أو حقوق السيادة، فهذه يلزم فيها موافقة مجلس النواب قبل تصديق رئيس الجمهورية عليها، أي أن مجلس النواب يمارس في هذه الحالة سلطة الرقابة الكاملة فمن حقه قبولها أو رفضها أو التشاور حول تعديل بنودها مع السلطة المختصة.

2- معاهدات بالغة الأهمية: أي تتعلق بمعاهدات الصلح والتحالف أو حقوق السيادة، فهذا النوع لا يملك مجلس النواب رفضه أو قبوله؛ بل إن السلطة المخولة بذلك تتمثل في سلطة الشعب عن طريق الاستفتاء، وهنا تنحسر سلطة الرقابة عن مجلس النواب، وتنتقل إلى صاحبها الأصلي الشعب.

3- معاهدات منعدمة: لمخالفتها لأحكام الدستور، وهي المعاهدات التي يترتب عليها التنازل عن أي جزء من إقليم الدولة، فهذا النوع من المعاهدات هو والعدم سواء، ومن ثم فلا مجال للحديث عن رقابة برلمانية بشأنها، كما لا يملك الشعب الموافقة عليها في استفتاء، فهذا النوع من المعاهدات باطل بطلانا مطلقا.

ومما سبق يتضح أن المشرع الدستوري المصري الحالي قد وضع ضوابط دستورية يتعين مراعاتها من قبل كافة السلطات المختصة قبل التصديق على الاتفاقيات الدولية، لذا فهي مجموعة من الضوابط الدستورية الجديدة التي تمثل وسيلة وقائية يتعين على كافة الالتزام بها، ولكن هذه الوسيلة الوقائية لا ترقى إلى مرتبة الرقابة القضائية السابقة على المعاهدات الدولية، بل يمكن أن نطلق عليها "رقابة دستورية ذاتية على دستورية المعاهدات الدولية" فتستطيع كل سلطة أن تراقب ما تقوم به بشأن المعاهدات لتتحقق من دستورية أو عدم دستورية ما تقوم به من إجراءات بشأن الاتفاقيات الدولية.

أولاً: الوسيلة العلاجية: وردت هذه الوسيلة في نص م/192 من الدستور الحالي (2014م) فيما قرره من أنه "تتولى المحكمة الدستورية العليا -دون غيرها- الرقابة القضائية على دستورية

القوانين واللوائح....."، ولما كانت المعاهدات الدولية تحتل قوة القانون بعد التصديق عليها واستيفاء الضوابط الدستورية لذلك وفق نص م/194 من الدستور الحالي، لذا فهي تخضع بعد التصديق عليها لرقابة المحكمة الدستورية العليا.

الفصل الثاني

وسيلة الرقابة الدستورية على المعاهدات الدولية

أحالت م/192 من الدستور المصري الحالي 2014م إلى قانون المحكمة الدستورية العليا ليحدد الإجراءات المتبعة أمام هذه الأخيرة، مقررته أنه "..... ويعين القانون الاختصاصات الأخرى للمحكمة وينظم الإجراءات التي تتبع أمامها".

وقد حددت المادتان 27، 29 من قانون المحكمة الدستورية العليا وسائل تحريك الرقابة القضائية على الدستورية؛ إذ نصت المادة 27 على أنه "يجوز للمحكمة في جميع الحالات أن تقضى بعدم دستورية أي نص في قانون أو لائحة يعرض لها بمناسبة ممارسة اختصاصاتها ويتصل بالنزاع المطروح عليها وذلك بعد اتباع الإجراءات المقررة لتحضير الدعاوى الدستورية" كما نصت المادة 29 على أن تتولى المحكمة الرقابة القضائية على دستورية القوانين واللوائح على الوجه التالي:

- أ- إذا تراءى لإحدى المحاكم أو الهيئات ذات الاختصاص القضائي أثناء نظر إحدى القضايا عدم دستورية نص في قانون أو لائحة لازم للفصل في النزاع أوقفت الدعوى وأحالت الأوراق بغير رسوم إلى المحكمة الدستورية العليا للفصل في المسألة الدستورية.
 - ب- إذا دفع أحد الخصوم أثناء نظر دعوى أمام إحدى المحاكم أو الهيئات ذات الاختصاص القضائي بعدم دستورية نص في قانون أو لائحة، ورأت المحكمة أو الهيئة أن الدفع جدي أجلت نظر الدعوى وحددت لمن أثار الدفع ميعاداً لا يجاوز ثلاثة أشهر لرفع الدعوى بذلك أمام المحكمة الدستورية العليا، فإذا لم ترفع الدعوى في الميعاد اعتبر الدفع كأن لم يكن.
- والمستفاد من هذين النصين أن أسلوب الرقابة يتنوع إلى طرق ثلاثة؛ أي أن هناك أساليب ثلاثة يمكن بأحدها أن تمارس المحكمة رقابتها على دستورية القوانين وهذه الطرق هي:

1- الدفع بعدم الدستورية أمام محكمة الموضوع.

2- الإحالة من محكمة الموضوع.

3- حق التصدي المقرر للمحكمة الدستورية العليا.

وبتطبيق الوسائل الثلاث على الاتفاقية محل الدراسة، نجد أن هذه الاتفاقية كانت محلاً للنظر أمام محكمة القضاء الإداري، ومن بعدها المحكمة الإدارية العليا، ثم محكمة الأمور المستعجلة ابتدئاً واستثنائياً، ولم يدفع بعدم دستورية هذه الاتفاقية لسبب منطقي، وهو أن الاتفاقية لم يتم التصديق عليها بعد، ولم يتم نشرها بالإجراءات الدستورية حتى تحظى بمرتبة القانون، ومن ثم فلم يكن من المنطقي أن يدفع بعدم دستورية هذه الاتفاقية، رغم أن محكمة القضاء الإداري ومن بعدها المحكمة الإدارية العليا قد أصدرتا حكميهما ببطالان توقيع ممثل الحكومة المصرية على الاتفاقية في إطار مخالفة هذا التوقيع للدستور، فalcضاء الإداري هنا مارس دوره كقاضي مشروعية يتحقق من مشروعية ما تمارسه الحكومة من أعمال في إطار القانون بمعناه العام والذي يتضمن بلا شك الدستور، وليس بصفته قاضي دستورية يفصل في دستورية نص قانوني أو معاهدة دولية استكملت أركانها وشروطها التي تجعلها في مصاف القواعد القانونية الخاضعة للرقابة الدستورية.

وترتيباً على ما سبق فإن وسيلتي الدفع والإحالة يخرجان واقعيًا عن مجال ممارسة المحكمة الدستورية العليا لدورها الرقابي على دستورية هذه الاتفاقية، ولما كانت الحكومة المصرية قد قامت بتحريك دعوى "منازعة تنفيذ" أمام المحكمة الدستورية العليا على سند من القول بأن محكمة القضاء الإداري ومن بعدها المحكمة الإدارية العليا قد خالفتا ما استقر عليه قضاء المحكمة الدستورية العليا من عدم جواز التعرض بطريق مباشر أو غير مباشر للاتفاقيات الدولية باعتبارها من أعمال السيادة، لذا فإن الاتصال الحادث الآن بين المحكمة الدستورية العليا والاتفاقية موضوع البحث ينحصر في "منازعة التنفيذ".

وفي رأينا أن هناك اختصاصين قد ينكشف عنهما الستار في المستقبل، أحدهما: اختصاص المحكمة الدستورية العليا بفض تعارض حكمين قضائيين؛ أحدهما صادر من المحكمة الإدارية العليا ببطالان توقيع ممثل الحكومة المصرية على الاتفاقية وما يترتب على ذلك من آثار أخصها استمرار تبعية جزيرتي تيران وصنافير للدولة المصرية، والحكم الآخر نهائي صادر من محكمة الأمور المستعجلة الاستثنائية بوقف تنفيذ حكمي محكمة القضاء الإداري والإدارية العليا، ومن ثم الاستمرار في تنفيذ الاتفاقية وما يترتب عليها من تسليم الجزر إلى المملكة العربية السعودية.

وأما الاختصاص الآخر الذي نتوقعه فهو مرتبط بالاختصاص السابق؛ إذ يحق للمحكمة

الدستورية العليا أن تتصدى تلقائياً لبحث دستورية إبرام الحكومة المصرية لهذا الاتفاق، وقد يكون ذلك سابقة قانونية من خلالها تستطيع المحكمة الدستورية العليا المصرية أن تمنح لنفسها الاختصاص بالرقابة السابقة على دستورية المعاهدات الدولية التي لم يتم التصديق عليها بعد. ومما يدعم إمكانية اللجوء إلى الاختصاص الأخير (التصدي التلقائي)، ما حدث منذ بضعة أيام⁽¹⁾ من إقرار مجلس النواب المصري لهذه الاتفاقية، ومن ثم لم يتبق سوى التصديق عليها من قبل رئيس الجمهورية وتنشر في الجريدة الرسمية، حتى تكتسب قوة القانون دستورياً، وفي تلك الحالة تستطيع المحكمة الدستورية العليا أن تتصدى تلقائياً لبحث دستورية هذه الاتفاقية من منطلق دورها التقليدي في الرقابة اللاحقة على دستورية المعاهدات الدولية، وهذا هو ما سوف أناقشه تفصيلاً عند الحديث عن موضوعات المبحث الثاني من هذه الدراسة والذي جاء بعنوان "المحكمة الدستورية وحسم مصير الاتفاقية".

(1) أقر مجلس النواب المصري اتفاقية ترسيم الحدود البحرية مع السعودية والمعروفة إعلامياً باتفاقية تيران وصنافير، بجلسة الأربعاء الموافق 2017/6/14م

المبحث الثاني

المحكمة الدستورية وحسم مصير الاتفاقية

ما زالت اتفاقية ترسيم الحدود البحرية المصرية السعودية - حتى تاريخ كتابة هذه السطور- محلًا للخلاف والجدال، وإذا كان هذا الخلاف قد ظهر في مشهده الأول بين القضاة العادي والإداري، ومشهده الثاني في إقرار مجلس النواب لهذه الاتفاقية -رغم وجود حكم قضائي بات ببطالان الاتفاقية من المحكمة الإدارية العليا-، فإن المشهد الأخير والحاسم -في رأينا- يتعين أن يكون بطله الوحيد المحكمة الدستورية العليا لما تتمتع به أحكام تلك الأخيرة من حجية مطلقة في مواجهة الكافة من جهة، ولكون الخلاف الحقيقي حول مشروعية هذه الاتفاقية إنما يرجع إلى الفصل في مسألة دستوريته من عدمه في ظل نصوص الدستور المصري الحالي لعام 2014م.

ولما كانت المحكمة الدستورية العليا تتصل حاليًا بالاتفاقية محل الدراسة من خلال ما رفعته هيئة قضايا الدولة -بصفتها الممثل القانوني للحكومة المصرية- من دعوى "منازعة تنفيذ" أمامها، ووجود حكيمين متعارضين أحدهما صادر عن المحكمة الإدارية العليا والآخر عن المحكمة الاستئنافية المستعجلة، ومن ثم يتعين علينا مناقشة هذين الاختصاصين لنصل إلى قول حاسم لمصير هذه الاتفاقية وذلك في مطلبين على النحو الآتي:

المطلب الأول: الاتفاقية ومنازعة التنفيذ

المطلب الثاني: الاتفاقية وتعارض الأحكام

المطلب الأول

منازعة التنفيذ

رفعت هيئة قضايا الدولة منازعتي تنفيذ برقم 37، 49 لسنة 38 ق أمام المحكمة الدستورية العليا⁽¹⁾، وقد تمسكت الهيئة بعدد من الأسانيد القانونية في هذه المنازعة، لذا سوف نناقش في هذا المطلب الأسانيد القانونية لمنازعة التنفيذ، ونعرض بعد ذلك للتعليق على تلك الأسانيد وذلك

(1) نشرت صحيفة هذه الدعوى بجريدة اليوم السابع عدد السبت، 20 أغسطس 2016م

<http://www.youm7.com/story/2016/8/20>

في فرعين على النحو الآتي:

الفرع الأول: أسانيد منازعتي التنفيذ

الفرع الثاني: التعليق على أسانيد منازعتي التنفيذ

الفرع الأول

أسانيد منازعتي التنفيذ

اختصاص المحكمة الدستورية العليا بالفصل في منازعات التنفيذ الخاصة بأحكامها هو اختصاص وارد بنص دستوري جامد لا يمكن تعديله إلا بإجراءات مشددة وهو نص م/192 من الدستور المصري الحالي لسنة 2014م والتي قررت أنه "تتولى المحكمة الدستورية العليا -دون غيرها- الرقابة القضائية على دستورية القوانين واللوائح،..... والمنازعات المتعلقة بتنفيذ أحكامها والقرارات الصادرة عنها.....".

وموضوع الدعوى يتلخص في أن الهيئة تطلب من المحكمة الدستورية العليا وقف تنفيذ الأحكام الصادرة من القضاء الإداري ببطالان توقيع ممثل الحكومة المصرية على اتفاقية ترسيم الحدود البحرية المصرية السعودية، باعتبار أن هذين الحكمين يمثلان عقبة أمام تنفيذ أحكام المحكمة الدستورية العليا التي تواترت -من وجه نظر الهيئة- على منع المحاكم من التعرض بصورة مباشرة أو غير مباشرة للنظر في أعمال السيادة ومن بينها الاتفاقيات الدولية.

وقد استندت الهيئة في هذه الدعوى إلى عدد من الأسانيد القانونية نوجزها على النحو الآتي:

- 1- الاتفاقية الحالية هي عمل مبدئي غير مكتمل: ذلك أن الاتفاق الذي أبرم في 2016/4/9م أوقف تنفيذه على ضرورة موافقة مجلس النواب كشرط لازم لإعماله قبل تصديق رئيس الجمهورية عليه للبدء في سريانه وتطبيقه.
- 2- انعدام وجود فكرة التنازل عن أي جزء من الإقليم المصري ضمن أحكام الاتفاقية محل الدعوى؛ إذ لم تشر الاتفاقية إلى التنازل عن جزء من إقليم الدولة المصرية.
- 3- مخالفة القضاء الإداري لأحكام المحكمة الدستورية العليا بشأن تحصين أعمال السيادة ضد رقابة القضاء، فالخصومة أمام القاضي الإداري قد انعقدت على خلاف ما يوجبه القانون من شروط لقبول دعوى الإلغاء أمام مجلس الدولة، فضلا عن تعلقها بعمل من

أعمال السيادة التي تخرج من دائرة الاختصاص الولائي للمحكمة التي أقيمت الدعوى أمامها، واستشهدت هيئة قضايا الدولة بحكم مماثل صادر عن ذات الدائرة (محكمة القضاء الإداري) في الدعوى رقم 7039 لسنة 67 ق بجلسة 2015/2/17م في الدعوى المقامة أمامها طعنا على اتفاقية ترسيم الحدود بين مصر وقبرص، وقضت محكمة القضاء الإداري بأن محاكم القضاء قد استقرت على أن أعمال السيادة هي تلك الأعمال التي تباشرها الحكومة باعتبارها سلطة حكم في نطاق وظيفتها السياسية، وهذه الأعمال لا تمتد إليها الرقابة القضائية لأن ضوابط ومعايير الفصل في مشروعيتها لا تخضع للسلطة القضائية، ولما كان هذا الاتفاق إنما ينظم علاقة جمهورية مصر العربية بالجمهورية القبرصية الأمر الذي يندرج في عداد أعمال السيادة التي استقر عليها القضاء فلا ينعقد له الاختصاص بنظر المنازعات المتعلقة بها، وبذلك فإن النزاع المائل يخرج من نطاق الاختصاص الولائي لهذه المحكمة مما يتعين معه القضاء بعدم اختصاص المحكمة ولائيًا بنظر الدعوى.

4- سلامة الاتفاق الدولي من عدمه هو أمر معقود لمجلس النواب؛ ذلك أن البرلمان هو القاضي الطبيعي للاتفاقية أو للمعاهدة، ويمنع اختصاصه بنظر أي منهما تدخل أي سلطة قضائية في شأنهما.

5- حكم القضاء الإداري يمثل عقبة في تنفيذ أحكام المحكمة الدستورية العليا طبقًا لنص م/50 من قانونها، إذ قررت هيئة قضايا الدولة أن حكم محكمة القضاء الإداري ببطالان توقيع ممثل الحكومة المصرية على الاتفاق يحول دون تنفيذ أحكام المحكمة الدستورية العليا⁽¹⁾.

(1) من بينها حكمها في الطعن رقم 6 لسنة 12 ق دستورية، جلسة 1994/5/7م، مكتب فني 6، ج 1، ص 862، القضية رقم 34 لسنة 27 ق "منازعة تنفيذ، جلسة 2016/6/4م، منشور بالجريدة الرسمية بالعدد رقم 23 مكرر د"، في 2016/6/15م

الفرع الثاني

التعليق على أسانيد منازعة التنفيذ

رغم أن حجج هيئة قضايا الدولة قد تبدو منطقية، إلا أن المتعمق فيها يجدها قد انطوت على العديد من التناقضات القانونية، وهذا ما ننفده على النحو الآتي:

1- الاتفاقية الحالية هي عمل مبدئي غير مكتمل: هذا القول، وإن صح في ظاهره تأسيساً على كون الاتفاقية لم يتم التصديق عليها من مجلس النواب، إلا أن الحقيقة الدستورية تجافي وتنافي هذه الصحة الظاهرة تماماً، إذ أن توقيع ممثل الحكومة المصرية على هذا الاتفاق يعد مرحلة من مراحل الاعتراف القانوني بالاتفاقية الدولية، وهذا الاعتراف لا بد أن يستكمل مشروعيته الدستورية، فإذا كان التوقيع على الاتفاقية الدولية عمل مبدئي إلا أنه يتعين أن يكون هذا العمل المبدئي مشروعاً دستورياً، ومن ثم فإذا كان إبرام الاتفاقية الدولية محظوراً بنص الدستور فلا مناص من إبطال هذا العمل المبدئي تجنباً لمزيد من الإجراءات الباطلة، ووأدًا لهذا الإجراء الباطل في مهده، ليحكم عليه بالانعدام منذ مولده.

وهذا ما أوضحته م/151 من الدستور المصري الحالي لسنة 2014م مقررته أنه "..... وفي جميع الأحوال لا يجوز إبرام أية معاهدة تخالف أحكام الدستور، أو يترتب عليها التنازل عن أي جزء من إقليم الدولة"، ومما لا شك فيه أن مصطلح الإبرام يشمل كافة مراحل الاتفاقية من المفاوضات وحتى التوقيع والإقرار وحتى التصديق، فكل هذه الإجراءات هي والعدم سواء، لذا فلا مناص من تدخل القضاء لحسم هذا التغول من جانب السلطة التنفيذية على أحكام الدستور.

2- انعدام وجود فكرة التنازل عن أي جزء من الإقليم المصري: هذا القول ينافيه الواقع؛ إذ لم تمنح الحكومة لنفسها فرصة في التأيي، بل أعلنت في نفس اللحظة التي تم فيها التوقيع على الاتفاق أن الترسيم ترتب عليه وقوع جزيرتي تيران وصنافير ضمن الحدود الإقليمية للمملكة العربية السعودية، وهنا نجد أنفسنا أمام تناقض حكومي واضح، فإذا كانت الجزر لم تكن يوماً مصرية، فلماذا التصريح بانتقالها لدولة أخرى؟!، كما أن هيئة قضايا الدولة نفسها صرحت في مذكرتها المقدمة للمحكمة الدستورية العليا نصاً بما يناقض ذلك إذ قررت أنه "....وبذات التاريخ (أي تاريخ التوقيع) أُعلن عن إعادة جمهورية مصر العربية للمملكة العربية السعودية جزيرتي تيران وصنافير.....".

3- مخالفة القضاء الإداري لأحكام المحكمة الدستورية العليا بتحسين أعمال السيادة من

الرقابة القضائية: لقد تكفلت محكمة القضاء الإداري بدحض هذه الحجة من أساسها على النحو الآتي:

(أ) مرونة نظرية أعمال السيادة: فأعمال السيادة ليست نظرية جامدة وإنما تتسم بالمرونة وتتناسب عكسياً مع الحرية والديمقراطية؛ فيتسع نطاقها في النظم الديكتاتورية ويضيق كلما ارتقت الدولة في مدارج الديمقراطية⁽¹⁾.

(ب) الاستثناء لا يقاس عليه: ذلك أن عدم اختصاص القضاء بنظر الأعمال أو القرارات السيادية هو محض استثناء من الحظر المشار إليه بنص م/97 من الدستور، وأن الأصل في تفسير النصوص أن الاستثناء لا يقاس عليه ولا يتوسع في تفسيره.

(ج) أعمال السيادة لا تسمو على الدستور والقانون: استقر قضاء مجلس الدولة المصري على أن أعمال السيادة هي: تلك الأعمال التي تباشرها الحكومة باعتبارها سلطة حكم في نطاق وظيفتها السياسية، وليس مرد ذلك أن هذه الأعمال فوق الدستور والقانون وإنما لأن ضوابط ومعايير الفصل في مشروعيتها لا تنهياً للقضاء، بالإضافة إلى عدم ملائمة طرح هذه المسائل علناً في ساحات القضاء، وإذا انتفى هذا المناط وجب الالتزام بالأصل العام المتمثل في اختصاص القضاء بنظر الطعون على تلك الأعمال. والثابت من الأوراق أن موضوع الدعويين مسألة قانونية خالصة تدور حول صحيح تطبيق نص م/151 من الدستور ومدى مشروعية التوقيع على الاتفاق المطعون عليه بما يتضمنه من التنازل عن جزيرتي تيران وصنافير في ضوء النصوص القانونية واللائحية والاتفاقيات التي تحكم وضعهما، والظروف التاريخية والواقعية المحيطة بهما.

(د) انتفاء الشروط القانونية للتمسك بأعمال السيادة: إذ أن هناك شروطاً لتمسك الحكومة بأن عملاً من أعمالها يتعلق بالسيادة، ومن هذه الشروط: أن يكون العمل القانوني داخلاً في اختصاصها، وأن يكون هذا العمل مستوفياً للاشتراطات التي يقرها الدستور ومتجنباً المحظورات التي يفرضها.

ومن ثم فإذا ثبت أن جهة الإدارة غير مختصة به، أو أنها أهدرت الشروط التي يقرها الدستور، أو وقعت في الحظر الذي يفرضه فلا يجوز لها أن تستتر خلف ستر أعمال السيادة لمنع القضاء من

(1) حكم المحكمة الإدارية العليا في الطعن رقم 13846 لسنة 59 ق ع جلسة 2013/4/21م.

بسط رقابة المشروعية على عملها ولما كان الدستور في الفقرة الأخيرة من المادة (151) قد حظر على السلطة التنفيذية إبرام اتفاقيات من شأنها التنازل عن أي جزء من إقليم الدولة، فإن قيام الحكومة المصرية بالتوقيع على ذلك الاتفاق لا يعد عملاً من أعمال السيادة، وإنما هو عمل من أعمال الإدارة مما يجعل القضاء مختصاً بنظر الطعن عليه التزاماً بحكم المادة (97) من الدستور الحالي 2014م. ويعد توقيع الحكومة المصرية على الاتفاقية المشار إليها، بما ينطوي عليه من التنازل عن الجزيرتين سالفتي الذكر، عملاً قانونياً إدارياً تنبسط إليه ولاية محاكم مجلس الدولة إعمالاً لحكم المادة (190) من الدستور، ونص البند (14) من المادة العاشرة من قانون مجلس الدولة.

(هـ) الشعب هو وحده صاحب السيادة: ما يتعلق بأرض الوطن والسيادة الثابتة عليها هو شأن كل مواطن في مصر، والشعب وحده هو صاحب السيادة يمارسها ويحميها، وهو مصدر السلطات ويصون وحدته الوطنية طبقاً لنص م/4 من الدستور⁽¹⁾.

(و) أحكام القضاء ليست جامدة: ردت محكمة القضاء الإداري على ما استشهدت به هيئة قضايا الدولة من حكم صادر عن نفس الدائرة التي أصدرت حكم بطلان توقيع ممثل الحكومة المصرية -على التفصيل السابق- مقرر أن أحكام القضاء ليست جامدة، وتتغير بتغير الموضوع والزمان والقانون الحاكم للنزاع، فمن حيث الموضوع فإن الاتفاقية محل هذه الدعوى (اتفاقية ترسيم الحدود المصرية القبرصية) تغاير في موضوعها الاتفاقية محل النزاع (ترسيم الحدود المصرية السعودية)، إذ لم يثبت انطواء الاتفاقية الأولى على التنازل عن أي جزء من أراضي الدولة، هذا فضلاً عن اختلاف النظام القانوني الذي تخضع له، لأن الدستور الحالي استحدث حكماً جديداً حظر بموجبه حظراً مطلقاً التنازل عن أي جزء من إقليم الدولة بحكم خاص.

(ز) انعدام وجود مبدأ قضائي مستقر في قضاء مجلس الدولة المصري بشأن عدم الاختصاص الولائي بنظر كافة المنازعات المتعلقة بالاتفاقية الدولية: إذ لم تقض في جميع الدعاوى الخاصة بالاتفاقيات الدولية بعدم اختصاصها ولائياً بنظرها؛ فعلى سبيل

(1) نصت م/4 من الدستور المصري 2014م على أن "السيادة للشعب وحده يمارسها ويحميها، وهو مصدر السلطات، ويصون وحدته الوطنية التي تقوم على مبادئ المساواة والعدل وتكافؤ الفرض بين جميع المواطنين، وذلك على الوجه المبين في الدستور".

المثال قضت بجلسة 2013/5/28 في الدعوى رقم 12300 لسنة 67 بشأن نص في الاتفاق الأوربي المتوسطي لتأسيس مشاركة بين حكومة جمهورية مصر العربية والجماعات الأوربية والتي صارت لها قوة القانون -بالإحالة إلى المحكمة الدستورية العليا للفصل في مدى دستورية ما تضمنه من إبرام اتفاقيات لإعادة توطين مواطني دولة ثالثة في مصر؛ ومن ثم فإن الاستناد إلى سوابق الأحكام غير مفيد لجهة الإدارة في هذا الشأن.

4- سلامة الاتفاق الدولي من عدمه هو أمر معقود لمجلس النواب: ردًا على تلك الحجة يمكن القول إن مجلس النواب لا يقر ولا ينظر إلا الاتفاقيات الدولية التي تم التوقيع عليها بما يتفق مع أحكام الدستور، فالدستور هو الذي ينشئ وينظم كافة السلطات داخل الدولة، ويرسم لها اختصاصها وآلية ممارسة أعمالها، ومن ثم فإن الدستور إذا حظر على الشعب والسلطات كافة إبرام اتفاق يترتب عليه التنازل عن جزء من إقليم الدولة، فيتعين على هذه السلطات بما فيها مجلس النواب الالتزام بأحكام الدستور. ومن جهة أخرى فإنه لا يخفى على مجلس النواب أنه قد صدر حكم بات من المحكمة الإدارية العليا ببطالان توقيع ممثل الحكومة المصرية على هذه الاتفاقية، ومن ثم فإن مناقشة مجلس النواب لاتفاقية منعدمه بحكم قضائي بات حائزا للحجية المطلقة يكون قد خالف نصوص الدستور، وضرب عرض الحائط بمفهوم دولة القانون التي يخضع فيها الكافة لسلطة القانون التي تفرض على الكافة احترام أحكام القضاء كافة بصفة عامة، والباتة منها بصفة خاصة.

5- حكم القضاء الإداري يمثل عقبة في تنفيذ أحكام المحكمة الدستورية العليا، وردا على تلك الحجة يمكن القول إن أحكام المحكمة الدستورية العليا التي تواترت على تحصين أعمال السيادة من رقابة القضاء هي أحكام صادرة في ظل نظام دستوري سابق، ولا شك أننا أمام نظام دستوري جديد وضع حظرا دستوريا على السلطات كافة بإبرام أي اتفاق يترتب عليه التنازل عن جزء من إقليم الدولة المصرية، ومن ثم فلا عبرة بأحكام دستورية صادرة في ظل دستور أصبح منعدما، وحل محله نظام دستوري آخر.

ومن ناحية أخرى فإن عقبة التنفيذ لا بد أن تكون سابقة لأحكام المحكمة الدستورية لكي تتحقق الحكمة من إلزائها، لذا يمكن القول - في رأينا - وبكل وضوح- إن الحكمة من رفع منازعة التنفيذ ليست سوى طعن بغير الطريق الذي رسمه القانون في حكم قضائي صادر عن المحكمة الإدارية العليا. وقد تبرأت المحكمة الدستورية العليا ذاتها من مثل هذه الطعون مقررّة "أن اختصاصها لا يمتد إلى الفصل في منازعات تنفيذ الأحكام الصادرة من جهات قضائية أخرى"،

فأحكام الدستورية المستشهد بها، وأحكام القضاء الإداري مختلفة في الموضوع؛ حيث تتحدث أحكام الدستورية عن أعمال السيادة في ظل واقع دستوري قديم، بينما موضوع حكمي القضاء الإداري هنا توقيع ممثل الحكومة المصرية على اتفاقية دولية محظور إبرامها وهذا الاختصاص للقاضي الإداري يرتبط باختصاصه كقاضي مشروعية يراقب ما تمارسه الحكومة من أعمال في إطار وضع دستوري جديد.

وتجدر الإشارة في هذا الصدد إلى أن تقرير مفوضي المحكمة الدستورية العليا بشأن منازعتي التنفيذ سالفتي الذكر قد صدر بتاريخ اليوم 15 يوليو 2017م⁽¹⁾ -وهو نفس اليوم الذي صوت فيه مجلس النواب المصري لصالح الاتفاقية- مقررًا رفض منازعتي التنفيذ، واستند التقرير إلى عدم وجود مخالفة من قبل حكمي محكمة القضاء الإداري والمحكمة الإدارية العليا لأحكام المحكمة الدستورية العليا بشأن عدم ولاية القضاء لنظر اتفاقيات ترسيم الحدود، وإلى أن الحكم فصل في مسائل دستورية ولا علاقة له باتفاقيات ترسيم الحدود، لافتًا إلى أن المحكمة الدستورية قد حددت جلسة 30 يوليو القادم لنظر منازعتي التنفيذ المقامة من الحكومة.

ورغم أن تقرير هيئة المفوضين لا يلزم المحكمة الدستورية العليا إلا أن ما يملكه أعضاء الهيئة من خبرة قانونية طويلة تمكنهم من مراجعة مبادئ المحكمة الدستورية العليا وأحكامها يجعل هذا القرار يحوز مكانة أدبية كبيرة، ويصب في اتجاه تدعيم الموقف المؤيد لحكم المحكمة الإدارية العليا.

لذا فإنه يمكن القول -وبوضوح- إن المحكمة الدستورية العليا -في ضوء ما سبق عرضه - في طريقها إلى رفض دعوى منازعة التنفيذ، ومن ثم حسم مصير الاتفاقية في هذا الاتجاه بما يسمح باستمرار تنفيذ حكم محكمة القضاء الإداري، ومن بعده حكم المحكمة الإدارية العليا ليؤكد بطلان حجج الحكومة، وانعدام الاتفاقية لمخالفتها لأحكام الدستور والقانون.

(1) نشر بجريدة المصريون في 15 يوليو 2017م

المطلب الثاني

الاتفاقية وتعارض الأحكام⁽¹⁾

يحدث تعارض الأحكام⁽²⁾ نتيجة صدور حكمين نهائيين متناقضين من جهتين قضائيتين

(1) في الحقيقة وأثناء كتابة هذه السطور كان تناولي لهذا الموضوع مجرد رؤية مستقبلية لما ستقدم عليه الحكومة في المستقبل إلا أن هذه الرؤية قد تحققت من خلال ما استنبطته من تصريح المتحدث الرسمي باسم المحكمة الدستورية العليا المستشار رجب سليم تعليقا على قرار مفوضي المحكمة الدستورية العليا برفض منازعتي التنفيذ ضد حكمي القضاء الإداري بقوله "إن الرأي الاستشاري للمحكمة لم يتناول اختصاص أي من جهتي القضاء الإداري أو القضاء العادي (المستعجل) حول ما إذا كان التوقيع يخضع للرقابة القضائية من عدمه بوصفه عملا من أعمال السيادة أو غير ذلك، إذ إن موضوع تناقض الأحكام لم ينته تحضيره بعد ولم يصدر فيه تقرير عن هيئة المفوضين، في حين أن منازعتي التنفيذ المشار إليهما تدوران حول الفصل في ما إذا كان حكم القضاء الإداري يناقض أحكام المحكمة الدستورية العليا في شأن الاتفاقيات الدولية أم لا والمحكمة الدستورية العليا ترفع أن يزج باسمها في أي نزاع ذي طابع سياسي وتباشر اختصاصاتها المسندة لها بالدستور والقانون ولا تتعداها إلى ما يجاوزها"، ولقد ورد بالحديث نصا أن هناك دعوى لفض تناقض الأحكام لم يتم الانتهاء من تحضيرها بعد ولم يصدر فيها تقرير من مفوضي الدستورية بعد. جريدة الشروق في عددها الصادر 16 يوليو 2017م

(2) كان لقضية (Rosay) - في فرنسا - الفضل في تجسيد صورة التناقض أو التعارض في الأحكام أمام جهتي القضاء العادي والإداري في فرنسا والتي على إثرها صدر قانون 20 إبريل 1932م ليضيف صورة ثالثة إلى حالات التنازع في الاختصاص التي تنظرها محكمة التنازع الفرنسية، وتتلخص وقائع هذه القضية في أن شخصا يدعى "Rosay" كان يستقل إحدى السيارات الخاصة عندما وقع حادث تصادم بينها وبين إحدى السيارات العسكرية التابعة للجيش الفرنسي، الأمر الذي نتج عنه إصابات بالغة له، فرفع دعوى أمام القضاء العادي ضد سائق السيارة العسكرية طالبا التعويض عن الأضرار التي أصابته، ولكن المحكمة رفضت دعواه على أساس أنه لم يقع خطأ من سائق السيارة الخاصة، فكان طبيعيا بعد ذلك أن يتجه إلى القضاء الإداري يطلب من الإدارة تعويضاً على أساس أن الخطأ قد وقع من سائق السيارة العسكرية، ولكن القضاء الإداري الفرنسي رفض دعواه أيضا على أساس انتفاء الخطأ من جانب هذا السائق، وبذلك نكون أمام حكمين متعارضين أحدهما من القضاء العادي والآخر من القضاء الإداري ونتج عن هذا التعارض أن أصبح المدعي المضروب في حالة إنكار للعدالة لعدم جبر الضرر الذي حدث له بالتعويض المناسب، ذلك أن حادث التصادم (ولم يقل أحد الحكمين أنه حدث بقوة القاهرة) لابد أن يكون قد حدث بخطأ أحد السائقين، والقضاء العادي يقول بطريقة ضمنية إن الخطأ يرجع إلى سائق السيارة العسكرية، والقضاء الإداري يقول بنفس الطريقة إن الخطأ يرجع إلى سائق السيارة الخاصة، والتنازع هنا ليس إيجابيا كما أنه ليس سلبيا، ولذلك صدر قانون 1932م.

Auby(Jean- Mrie) et Drago(Ronald):Traité de Contentieux Administratif , L. G. D. J,3eédition ,Paris, France,1984,P. 12

مختلفتين حول ذات الموضوع⁽¹⁾، وقد أُسندت مهمة فصل هذا التناقض للمحكمة الدستورية العليا بمقتضى نص م/192 من الدستور الحالي لسنة 2014م -السابق الإشارة إليها- ونص الفقرة ثالثاً من م/25 من قانون المحكمة الدستورية العليا الحالي (48 لسنة 1979م)، إذ قررت الأخيرة اختصاص المحكمة دون غيرها في "..... الفصل في النزاع الذي يقوم بشأن تنفيذ حكمين نهائيين متناقضين صادر أحدهما من أية جهة من جهات القضاء أو هيئة ذات اختصاص قضائي والآخر من جهة أخرى منها"⁽²⁾.

ولما كانت الدائرة الأولى لمحكمة القضاء الإداري قد أصدرت حكمها بجلسة 2016/6/21م في الدعوى رقم 43709 لسنة 70 ق، ببطلان توقيع ممثل الحكومة المصرية على اتفاقية ترسيم الحدود البحرية بين جمهورية مصر العربية والمملكة العربية السعودية الموقعة في إبريل سنة 2016م المتضمنة التنازل عن جزيرتي تيران وصنافير للمملكة العربية السعودية مع ما يترتب على

(1) د. فتحي والي: الوسيط في قانون القضاء المدني، دار النهضة العربية، القاهرة، مصر، 1993م، ص 204، د. إبراهيم نجيب سعد، القانون القضائي الخاص، ج 1، منشأة المعارف بالإسكندرية، مصر، 1974م ص 390.

(2) يلاحظ على هذا النص أنه يفتقر للدقة المطلوبة؛ حيث ورد النص على اختصاص المحكمة الدستورية العليا بالفصل في "النزاع الذي يقوم بشأن تنفيذ حكمين نهائيين متناقضين صادر أحدهما من أية جهة من جهات القضاء أو هيئة ذات اختصاص قضائي..."، وهنا يثار التساؤل حول استخدام مصطلح "الحكم" للدلالة على القرارات الصادرة عن الهيئات ذات الاختصاص القضائي، فالأصل أن الهيئات ذات الاختصاص القضائي لا تصدر أحكاماً بل تصدر قرارات قد يمنحها القانون صفة الإلزام إلا أن ذلك لا يعنى بحال من الأحوال أن يطلق عليها مصطلح "الحكم".

وأياً ما كان الأمر فلقد تكفل نص م/192 من الدستور المصري الحالي (2014م) بتصويب اللبس في شقه الأول باستخدام حرف الجر "و" للتأكيد على اختصاص المحكمة بالفصل في التنازع الذي يحدث بين جهتين قضائيتين وجهة أو جهات أخرى ذات اختصاص قضائي، وهنا يتعين على المشرع تعديل نص هذه المادة بما يتفق مع النص الدستوري الحالي.

أما ما لاحظته الباحث من إطلاق مصطلح "حكم" على ما يصدر عن اللجان ذات الاختصاص القضائي فلقد تم التأكيد على استخدامه في نص م/192 من الدستور المصري الحالي (2014م) وهنا يؤكد الباحث على ضرورة تعديل هذا النص الدستوري، لأنه وإن كان الغرض منه التأكيد على أن القرارات الصادرة عن تلك اللجان أصبحت نهائية وغير قابلة للطعن فيها بأي طريق وهو الأمر الذي يصعب معه تصحيح تلك القرارات بالطعن فيها - وهنا يكمن جوهر التعارض - إلا أن الباحث يرى أن استخدام هذا المصطلح جاء في غير محله فكان من الممكن استخدام مصطلح "القرارات غير القابلة للطعن الصادرة عن الهيئات القضائية ذات الاختصاص القضائي" بدلاً من إطلاق مصطلح "الحكم" على تلك القرارات.

ذلك من آثار أخصها استمرار هاتين الجزيرتين ضمن الإقليم البري المصري وضمن حدود الدولة المصرية، واستمرار السيادة المصرية عليهما، وحظر تغيير وصفهما بأي شكل لصالح أية دولة أخرى وذلك على النحو المبين بالأسباب. وألزمت جهة الإدارة المصاريف، وأكدت على الحكم السابق للمحكمة الإدارية العليا في حكمها الصادر في الطعن رقم 13583 لسنة 63 قضائية العليا، جلسة 2017/1/16م؛ إذ قضت بإجماع الآراء: برفض الطعن، وألزمت الجهة الإدارية الطاعنة المصروفات.

ولما كان القضاء العادي، ممثلاً في قاضي الأمور المستعجلة، قد أصدر حكمه بجلسة 2016/9/29م بوقف تنفيذ حكم محكمة القضاء الإداري فيما تضمنه من بطلان توقيع ممثل الحكومة المصرية على اتفاقية تعيين الحدود البحرية بين مصر والمملكة العربية السعودية، وكذلك بالتبعية وقف تنفيذ ما يترتب على ذلك من آثار، وتم تأييد هذا الحكم المستعجل استئنافياً في الدعويين رقمي 373، 391 لسنة 2016م ليحكم هذا الأخير بعدم الاعتداد بالحكم الصادر في الدعويين 43709، 43866 لسنة 70 ق الصادر من محكمة القضاء الإداري، وكذا الحكم الصادر في الطعن 74236 لسنة 62 ق العليا، والصادر عن المحكمة الإدارية العليا واعتبارهما منعدمي الأثر وألزمت المدعى عليهم عدد من السادس للعاشر بالمصروفات وأتعاب المحاماة.

ومما سبق يتضح أننا أمام حكمين قضائيين متناقضين؛ أحدهما صادر عن القضاء الإداري والآخر صادر عن القضاء العادي، وهو الأمر الذي يستوجب تدخل المحكمة الدستورية العليا لفض هذا التناقض بين هذين الحكمين، لذا يتعين علينا أن نتحقق من توافر شروط هذا الاختصاص، ثم نعرض للرأي المتوقع من المحكمة الدستورية العليا في هذا الشأن وذلك في فرعين على النحو الآتي:

الفرع الأول: شروط دعوى فض تناقض الأحكام

الفرع الثاني: الحكم المتوقع للمحكمة الدستورية

الفرع الأول

شروط دعوى فض تناقض الأحكام

نصت المادة (32) من قانون المحكمة الدستورية الحالي على أن "لكل ذي شأن أن يطلب إلى المحكمة الدستورية العليا الفصل في النزاع القائم بشأن تنفيذ حكمين نهائيين متناقضين في الحالة المشار إليها في البند ثالثاً من المادة (25)، ويجب أن يبين في الطلب النزاع القائم حول التنفيذ، ووجه التناقض بين الحكمين. ولرئيس المحكمة أن يأمر بناء على طلب ذوي الشأن بوقف تنفيذ الحكمين أو أحدهما حتى الفصل في النزاع".

ولقد أسفر التطبيق العملي لهذا الاختصاص عن عدة ضوابط وضعتها المحكمة الدستورية العليا، لذا سوف نعرض للشروط المستمدة من نصوص قانون المحكمة الدستورية، ثم نعرض للضوابط العملية الواردة في أحكام المحكمة الدستورية العليا على النحو الآتي:

أولاً: الشروط القانونية لاختصاص المحكمة الدستورية بدعوى فض تناقض الأحكام:

استناداً إلى نصي م/25 و32 من قانون المحكمة الدستورية العليا الحالي فإنه يمكن استنباط الشروط الآتية:

1- نهائية الأحكام محل التنازع، والنهائية هنا لها وجهان: أحدهما ألا يقبل فض التنازع بين حكم قضائي وعمل ولائي، ولو كان العمل الولائي صادراً من جهة قضائية، والآخر: أن يكون الحكم محل التنازع نهائين وقت تقديم طلب فض التنازع في تنفيذهما؛ فإذا كان أحد الحكمين يقبل الطعن بالاستئناف فيجب أولاً استنفاد طريق الطعن إذ قد يلغى الحكم وينعدم التنازع.

2- أن يكون الحكمان قد فصلتا في دعوى واحدة على نحو مختلف بحيث يتعذر تنفيذ الحكمين معاً.

3- أن يكون الحكمان قائمين حتى تقديم طلب فض التنازع في تنفيذهما.

وبتطبيق الشروط السابقة على تعارض الأحكام حول اتفاقية ترسيم الحدود محل الدراسة، نجد أن حكم القضاء العادي هو حكم نهائي ولكنه ليس باتاً، ومن ثم فهو يقبل الطعن فيه أمام محكمة النقض، أما حكم المحكمة الإدارية العليا فهو بات غير قابل للطعن عليه بأي طريق، وهنا

يثار التساؤل حول شرط النهائية هل المقصود به أن يكون الحكمان قد استنفدا طرق الطعن العادية ومنها الاستئناف، أم أن المقصود بها أن يكون الحكمان قد استنفدا كافة طرق الطعن العادية (كالاستئناف)، وغير العادية (النقض أو الطعن أمام المحكمة الإدارية العليا بالنسبة لأحكام القضاء الإداري)؟

في - رأينا - أن المقصود بالنهائية هنا أن يكون كل من الحكمين غير قابل للطعن فيه بأي طريق، والسبب في ذلك يرجع إلى الحكمة من تدخل المحكمة الدستورية العليا لفض تعارض الأحكام، فلو أن أحدهما قابل للطعن فيه بالنقض فقد تلغي محكمة النقض هذا الحكم، ومن ثم يزول التعارض والتناقض، ونصبح أمام حكم قضائي واحد، لذا لو رفع الاتجاه المعارض للاتفاقية دعوى أمام محكمة النقض طعنًا في حكم قاضي الاستئناف المستعجل، فهنا يتعين على الحكومة أن تبرص قضاء محكمة النقض لحين الفصل فيه قبل رفع دعوى فض التعارض.

وقد يعترض البعض على منطقنا السابق، وسندهم في ذلك صريح نص م/25، م/32 إذ ورد اللفظ "نهائيين"، والمعروف أن الأحكام النهائية هي الأحكام التي تقبل الطعن فيها بطرق الطعن غير العادية ولا تقبل الطعن فيها بطرق الطعن العادية كالاستئناف، فضلاً عن كون محكمة النقض أو الإدارية العليا ليستا محكمتا موضوع بل هما محكمتا قانون، يتأكدان من استيفاء الأحكام المطعون فيهما أمامهما لصحيح القانون.

ورغم منطقية الاعتراض السابق إلا أن الرد عليه سهل بسيط من وجهين؛ أحدهما: أن العبرة هي بالمقاصد والمعاني وليست بالألفاظ والمباني؛ فالحكمة من تدخل المحكمة الدستورية هي فض التعارض بين الحكمين؛ فلو كان أحدهما يحتمل إلغاؤه فلا مجال إذن لوجود التعارض، وهنا يجوز للمحكمة الدستورية أن تتفادي إمكانية تنفيذ الحكم القابل للطعن فيه بالنقض فتوقف نظر دعوى فض التعارض لحين الفصل في دعوى النقض.

والآخر: يتمثل في أن الحكمة من الانتظار حتى يصبح الحكم غير البات باتا هي التخفيف عن كاهل المحكمة الدستورية العليا في كم هائل من الدعاوى من ناحية، ومن ناحية أخرى تتفادي المحكمة إمكانية تعارض حكم محكمة النقض مع حكم المحكمة الدستورية العليا واعتبار الأول عقبة في تنفيذ أحكام الثانية إذا ما حدث تعارض بينهما.

كما يثير شرط وحدة الموضوع بالنسبة للحكمين المتناقضين الصادرين حول موضوع الاتفاقية شبهة الانعدام - في رأينا - إذ أن حكم المحكمة الإدارية العليا موضوعه "بطلان توقيع

ممثل الحكومة المصرية على الاتفاق"، أما موضوع حكم القضاء المستعجل فهو "وقف تنفيذ حكمي محكمة القضاء الإداري والإدارية العليا"، لذا فإن الدعويين مختلفتين في موضوعهما، فضلاً عن كون القضاء المستعجل قضاء وقتي وليس قضاء موضوعياً، وهو الأمر الذي يجسد الصورة لدينا في ضرورة القضاء برفض دعوى فض التعارض من قبل المحكمة الدستورية العليا، لعدم تطابق الشروط القانونية لقبول دعوى فض التعارض على النحو السابق بيانه.

ثانياً: الضوابط المستمدة من أحكام المحكمة الدستورية العليا.

وضعت المحكمة الدستورية العديد من الضوابط والقيود العملية عند ممارسة اختصاصها في فض تعارض الأحكام، وتتمثل أهم هذه الضوابط والقيود في الآتي:

1- المحكمة الدستورية العليا ليست جهة طعن في الأحكام محل التعارض، فقد استقر قضاؤها على أن "اختصاص المحكمة الدستورية العليا بالفصل في التناقض بين حكمين نهائيين وفقاً للبند "ثالثاً" من المادة (25) من قانونها ليس مقررراً لها بوصفها جهة طعن، إذ أن النزاع الموضوعي لا ينتقل إليها لتمحيص العناصر التي قام عليها واقعية كانت أو قانونية، ولكنها -وأياً كانت الأخطاء التي تكون قد نسبت إلى أي من الحكمين المدعى تناقضهما- تتأكد ابتداء من قيام التناقض، وذلك بتوافر أركانه وشروطه وتحقق مناطه، ومتى ثبت لديها ذلك فإنها تتطرق إلى موضوعه فتفصل في شأن التناقض بينهما على ضوء قواعد الاختصاص الولائي التي ضبطها المشرع ليحدد بها لكل هيئة قضائية نصيبها من المنازعات التي خصها بالفصل فيها⁽¹⁾.

وبتطبيق الضابط السابق على دعوى فض التعارض الخاص بالاتفاقية -محل الدراسة- نجد أن هيئة قضايا الدولة لم تجد أمامها من سبيل للتنصل من تنفيذ حكم نهائي بات صادر من المحكمة الإدارية العليا لا يقبل الطعن فيه سوى اللجوء إلى رفع منازعة تنفيذ، ومن بعدها دعوى فض التعارض لأن الأصل أن الأحكام الباتة ملزمة للكافة، فلا يجوز مع هذا الإلزام المطلق لأي جهة ولو كانت قضائية أن تنازع في تنفيذ هذا الحكم البات، لذا - في رأينا- أن هذه الدعوى ليست في حقيقتها سوى طعن في حكم المحكمة الإدارية العليا، ومن ثم ينتفى وجود هذا الضابط في دعوى فض التعارض.

(1) الحكم في الدعوى رقم 2 لسنة 14 قضائية دستورية "تنازع" جلسة 1997/1/14.

2- المحكمة الدستورية العليا ليست طرفاً في التناقض: إنما هي التي تعين أي الحكّمين أولاً بالتنفيذ؛ فقد قضت المحكمة "وحيث أن مناط قبول طلب الفصل في النزاع الذي يقوم بشأن تنفيذ حكمين نهائيين ومتناقضين طبقاً للبند ثالثاً من المادة (25) من قانون المحكمة الدستورية العليا هو أن يكون أحد الحكمين صادراً من أي جهة من جهات القضاء أو هيئة ذات اختصاص قضائي والآخر من جهة أخرى منها، وأن يكونا قد حسما النزاع في موضوعه، وتناقضا بحيث يتعذر تنفيذهما معاً، وليس من بين هاتين الجهتين المحكمة الدستورية العليا، ذلك أن هذه المحكمة - بوصفها الهيئة القضائية العليا - هي التي تفصل بأحكامها النهائية التي لا يجوز الطعن فيها في حالة التناقض بين حكمين نهائيين، وهي التي تعين أحقهما بالتنفيذ. واعتبارها طرفاً في هذا التناقض أو إقحامها على النزاع المتعلق به مردود أولاً: بأن ولايتها في المسائل التي تدخل في اختصاصها هي ولاية منفردة لا مزاحمة فيها، وقولها في شأنه هو القول الفصل، وليس لها بالتالي أن تنقض قضاء صادراً عنها، ولا أن تراجعها فيه أي جهة ولو كانت قضائية، ومن ثم تصبح أحكامها عسوية على الرجوع عنها بما لا يجوز معه اعتبارها حداً للتناقض المنصوص عليه في البند ثالثاً من المادة (25) من قانونها، وإلا ساع غليب قضاء لجهة أخرى عليها. ومردود ثانياً: بأن هذه المحكمة حين تباشر اختصاصها بالفصل في التناقض المدعى به بين حكمين نهائيين صادرين عن جهتين قضائيتين، فإنها تقوم بدور الحكم بينهما، وهو ما يفترض لزوماً حيديتها ونظرتها الموضوعية حين تقول كلمتها في هذا النزاع، وشرط ذلك ألا تكون أحكامها طرفاً فيه. ومردود ثالثاً بأن المشرع خص هذه المحكمة بالفصل في دعوى التناقض المنصوص عليها في البند ثالثاً من المادة 25 من قانونها، ولو صح القول بأن أحكامها يمكن أن يقوم بها هذا التناقض، لاستحال أن يكون تشكيلها - عند الفصل فيه - مقصوراً على قضاتها صوتاً لأحكام الدستور التي ينافيها أن تكون الجهة التي أسند إليها المشرع ولاية الفصل في نزاع معين فصلاً قضائياً هي ذاتها المعتبرة خصماً فيه، ولأضحى متعيناً بالتالي أن يكون الفصل في التناقض المدعى به موكولاً إلى محكمة قائمة بذاتها تستقل بتشكيلها عن المحكمة الدستورية، أو على الأقل ألا تكون الغلبة فيه لقضاتها. ومردود رابعاً: بأن هذه المحكمة حين تفصل في النزاع القائم في شأن تنفيذ حكمين نهائيين، فإنها تفاضل بينهما طبقاً لقواعد الاختصاص التي قام المشرع بتوزيعها بين الجهات القضائية المختلفة تحديداً لولاية كل منها، وليس من بين هذه الجهات، المحكمة الدستورية العليا التي تخرج عن محيطها بعد أن أفرد لها الدستور فصلاً مستقلاً عن السلطة القضائية هيئاتها المختلفة ومحاكمها

المتعددة، بما مؤداه عدم جواز اعتبار هذه المحكمة جهة قضاء في تطبيق أحكام البند ثالثاً من المادة (25) من قانونها⁽¹⁾.

وبتطبيق الضابط السابق نجده متحققاً في الدعوى الماثلة، إذ أن المحكمة الدستورية العليا بالفعل ليست طرفاً في النزاع بين الحكّمين المدعى بتناقضهما، بل هي جهة محايدة مستقلة تفصل في نزاع قائم بين جهتين من جهات القضاء في حدود ولايتهما المسندة إليهما بمقتضى الدستور والقانون.

3- دعوى فض تناقض الأحكام لا تتقيد بميعاد: وقد قضت المحكمة في هذا الشأن بأنه "وحيث إن اختصاص المحكمة الدستورية العليا بالفصل في التناقض بين حكّمين نهائيين وفقاً للبند ثالثاً من المادة 25 من قانونها، ليس مقررّاً لها بوصفها جهة طعن تفصل فيما يعرض من الطعون خلال ميعاد محدد بقاعدة أمرة لا تجوز مخالفتها، ذلك أن النزاع الموضوعي لا ينتقل إليهما لتجليل بصرها في العناصر التي قام عليهما -واقعية كانت أم قانونية- ولكنها -وأياً كانت الأخطاء التي يمكن نسبتها إلى الحكّمين المدعى تناقضهما أو أحدهما- لا تفصل في شأن التناقض بينهما إلا على ضوء قواعد الاختصاص الولائي التي ضبطها المشرع ليحدد بها لكل هيئة قضائية قسطها أو نصيبها من المنازعات التي اختصها بالفصل فيها، وهي قواعد أرساها المشرع إعمالاً للتفويض المقرر بمقتضى المادة 167 من الدستور التي تنص على أن "يحدد القانون الهيئات القضائية، ويبين اختصاصاتها، وطريقة تشكيلها" وحيث إنه فضلاً عما تقدم، فإن الأصل في المواعيد التي يضررها المشرع لرفع الدعوى أو الطعن، أنها لا تفترض؛ ذلك أن قوامها قواعد أمرة لا يجوز التحلل منها، وهي بطبيعتها وبالنظر إلى خصائصها، مواعيد سقوط يزول بفواتها الحق في الخصومة، أيّاً كانت المرحلة التي قطعها. كذلك فإن إعمال المحكمة الدستورية العليا للقواعد المنصوص عليها في قانون المرافعات المدنية والتجارية في شأن ما يعرض عليها من الدعاوى والطلبات، مشروط بالألا يكون قانونها متضمناً لنص خاص يحكمها، وأن يكون تطبيقها في شأن غير مناقض لطبيعة المسائل التي تدخل في ولايتها، والأوضاع المقررة أمامها"⁽²⁾.

(1) أشار إليه المستشار الدكتور/ عبد العزيز محمد السلمان: ولاية المحكمة الدستورية العليا في فض التعارض في تنفيذ الأحكام النهائية وأثر تنفيذ أحد الحكّمين، مجلة الدستورية المصرية، العدد الرابع والعشرين.

(2) الحكم في الدعوى رقم 4 لسنة 14 قضائية "تنازع" جلسة 1995/1/21 م.

وبتطبيق الضابط السابق على دعوى فض التناقض الماثلة نجد أن هيئة قضايا الدولة لها الحق في رفع دعاوها دون التقيد بمواعيد محددة، وهو ما يؤكد نظرنا السابق بضرورة التريص لحين الفصل من قبل محكمة النقض في قضاء المحكمة الاستئنافية المستعجلة.

4- التناقض بين أسباب حكمين نهائيين دون المنطوق: فلا يقوم التناقض - بالمعنى الذي تقصده المادة 25/ ثانياً من قانون المحكمة الدستورية العليا- إلا بتعارض منطوق حكمين نهائيين، ولا عبرة في التناقض بين حيثيات الحكمين المدعى قيام التناقض بينهما، فقد قضت المحكمة الدستورية العليا أنه "وحيث إن مناط قبول طلب الفصل في النزاع الذي يقوم بشأن تنفيذ حكمين نهائيين متناقضين والذي تنعقد للمحكمة الدستورية العليا ولاية الفصل فيه طبقاً للبند ثالثاً من المادة 25 من قانونها الصادر بالقانون رقم 48 لسنة 1979 -هو أن يكون النزاع قائماً بشأن تنفيذ حكمين نهائيين حسم النزاع وتناقضا بحيث يتعذر تنفيذهما معاً⁽¹⁾.

ولعل الضابط السابق -في رأينا- هو القول الفصل في انعدام الجدوى من وراء تحريك مثل هذه الدعوى من قبل الحكومة، ذلك أن التعارض المعترف به من قبل المحكمة الدستورية العليا، إنما هو التعارض في المنطوق؛ بمعنى أن تصدر محكمة قضائية عادية حكماً بصحة اتفاق ترسيم الحدود البحرية المصرية السعودية، بينما تصدر محكمة القضاء الإداري حكماً ببطالان هذه الاتفاقية، فهنا نكون أمام حكمين موضوعيين متعارضين في منطوقهما، أما أن يكون الحكم الصادر من القاضي العادي ذي الطبيعة المؤقتة -قضاء مستعجل- بوقف تنفيذ حكمي محكمتي القضاء الإداري والإدارية العليا، والحكم الصادر من الأخيرتين منطوقه بطلان توقيع ممثل الحكومة المصرية على اتفاق ترسيم الحدود المصرية السعودية، فهذا التعارض ليس في منطوق الحكم بل في موضوعه وأسبابه، ولذا فإن هذا الضابط -يقينا- غير متحقق، وهو ما سيؤدي بلا جدال لرفض دعوى الفض المقامة حالياً أمام المحكمة الدستورية العليا.

5- اتحاد المحل واتحاد النطاق وتعذر تنفيذ الحكمين معاً: وهذا الشرط هو الأساس الأول في مسألة فض التناقض، ذلك أنه إذا اختلف المحل، أو حتى اختلف النطاق فلا محل للقول بوجود تناقض، وفي ذلك تؤكد المحكمة الدستورية العليا أن "التناقض الذي يستنهض ولاية المحكمة الدستورية العليا للفصل فيه، وفقاً للبند ثالثاً من المادة 25 من قانونها، هو ذلك

(1) الحكم في الدعوى رقم 2 لسنة 4 تنازع قضائية جلسة 1983/1/1

الذي يقوم بين حكّمين نهائيين صادرين من جهتين قضائيتين مختلفتين، إذا كان متعامدين على محل واحد، وتعذر تنفيذهما معاً، فإذا كانا غير متّحدين محلاً، أو مختلفين نطاقاً، فلا تناقض، وكذلك الأمر كلما كان التعارض بينهما ظاهرياً لا يتعمق الحقائق القانونية، أو كان مما تزول الشبهة فيه من خلال التوفيق بين دلالة ما رميا إليه⁽¹⁾.

وبتطبيق الضابط السابق نجد أنه يتعذر تنفيذ الحكمين الصادرين حول الاتفاقية محل الدراسة معاً، وهو شرط مكمل لشرط اتحاد المحل والنطاق، ومن ثم فلا ينبغي النظر-في رأينا-إلى أحدهما دون الآخر، فرغم تعذر تنفيذ الحكمين معاً، إلا أن محل القضاءين مختلف تماماً، إذ أن محل حكم القاضي العادي هو "وقف تنفيذ حكم قضائي صادر عن محاكم القضاء الإداري"، والآخر الصادر عن القاضي الإداري محلة "بطلان توقيع ممثل الدولة على اتفاقية بين دولتين"، فحكم القاضي العادي يدور حول مشروعية ولاية القاضي الإداري في نظر ما يتعلق بأعمال السيادة، أما القاضي الإداري فحكمه يدور حول رقابته لمشروعية أعمال جهة الإدارة بمعناها العام في إطار الدستور والقانون، فمحل حكم القاضي الإداري إذن هو عمل من أعمال الحكومة، أما محل حكم القاضي المستعجل فهو "وقف تنفيذ حكم قضائي"، وليس البحث في مدى مشروعية قيام الحكومة بإبرام الاتفاقية محل الدراسة.

6- الهدف من الدعوى هو رد الاعتداء على الولاية: فقد استقر قضاء المحكمة على أن "الأصل في النزاع القائم حول التناقض، هو أن مداره حكمان نهائيان صادران عن جهتين قضائيتين مختلفتين، ويتعذر تنفيذهما معاً، فإن هذا النزاع يثير بالضرورة صعوبة قانونية لا دخل لأطراف الخصومة فيها، ولا يزيلها إلا أعمال القواعد التي ينبغي أن تدار العدالة في نطاقها إدارة فعالة، صوناً لمرامها. وتتحصل هذه القواعد -إذا كان التنازع على الاختصاص سلبياً- في أن يكون لكل خصومة قضائية قاض يكون هو مرجعها وإليه يعود أمر الفصل فيها. فإذا كان التنازع إيجابياً، تعين ألا تتزاحم جهتان قضائيتان على الفصل في عين الخصومة المرددة أمامهما توكيلاً لاحتمال تناقض الحكمين الصادرين عنهما، فإن وقع هذا التناقض بينهما، وكان تنفيذهما توكيلاً لاحتمال تناقض الحكمين الصادرين عنهما، فإن وقع هذا التناقض بينهما، وكان تنفيذهما معاً متعذراً، فإن هذين الحكمين يكونان متصادمين في مفهوم أحكام قانون المحكمة الدستورية العليا، وليس أمامها -إذا ما رفع الأمر إليها- إلا أن تتدخل لفض هذه

(1) الحكم في الدعوى رقم 5 لسنة 16 تنازع جلسة 1995/4/15

الصعوبة التي أثارها تنازع جهتين قضائيتين على الفصل في موضوع واحد، وهي صعوبة مردها إلى عدوان إحداهما على الولاية التي أثبتتها المشرع للأخرى، بما يناقض مبدأ خضوع الدولة للقانون، وينتقص من مهابة الأحكام القضائية واحترامها، ويعرض الحقوق التي تناولتها للضياع".⁽¹⁾

والضابط السابق هو الهدف الحقيقي المبتغى من وراء فض التعارض بين الأحكام المبني على تنازع الاختصاص بين جهتين من جهات القضاء، ولكن في حالة ما إذا كانت إحدى جهتي القضاء- وهي في حالتنا هذه القضاء العادي- قد جعلت من نفسها جهة طعن في أحكام جهة قضائية أخرى حائزة لقوة الأمر المقضي به وغير قابلة للطعن فيه، فإننا حقيقة لسنا أمام تنازع في الاختصاص، بل أمام اغتصاب للسلطة وتغول من سلطة قضائية على سلطة قضائية أخرى.

7- العبرة في فض التناقض هي بوقت رفع الدعوى إلى المحكمة الدستورية العليا ولا يعتد بأي إجراء لا حق أو أية أوراق تقدم: وقد استقرت على ذلك أحكام المحكمة الدستورية العليا مقررته في إحداها أنه "وحيث إن المادة (34) من قانون المحكمة الدستورية العليا الصادر بالقانون رقم 48 لسنة 1979 تنص على أنه "يجب أن تكون الطلبات وصحف الدعاوى التي تقدم إلى المحكمة الدستورية العليا موقعاً عليها من محام مقبول للحضور أمامها أو عضو بهيئة قضايا الدولة بدرجة مستشار على الأقل حسب الأحوال، وأن يرفق بالطلب المنصوص عليه في المادتين (31، 32) صورة رسمية من الحكمين اللذين وقع في شأنهما التنازع والتناقض، وإلا كان الطلب غير مقبول"، وكان من المقرر في قضاء هذه المحكمة أن هاتين الصورتين لا بد أن تشتملا على عناصر الحكمين موضوع التنازع أو التناقض، وأن يقدماً معاً عند رفع الدعوى إلى المحكمة الدستورية العليا باعتبار أن ذلك يعد إجراءً جوهرياً غايته مصلحة عامة حتى ينتظم التداعي في المسائل التي حددها قانون المحكمة الدستورية العليا وفقاً لأحكامه، لما كان ذلك، وكان المدعي لم يقدم رفقة طلبه إلا صورة رسمية من الحكم الصادر من محكمة القضاء الإداري أحد طرفي التناقض، بينما لم يقدم صورة رسمية من الحكم الصادر من محكمة جناح النزاهة، الحد الآخر للتناقض، ولا يقدح في ذلك تقديمه صورة رسمية من الحكم الصادر في المعارضة عن هذا الحكم، إذ خلت تلك الصورة من بيان

(1) الحكم في الدعوى رقم 4 لسنة 14 تنازع جلسة 1995/1/21م

واقعة الاتهام وأسباب حكم الإدانة، كما لم يقدم صورة رسمية من الحكم الصادر في استئناف هذا الحكم، ومن ثم فإن الطلب المائل يكون قد تخلف عن شرائط قبوله، أحد الشروط الجوهرية التي استلزمته المادة (34) سالفه الذكر، بما يتعين معه القضاء بعدم قبوله⁽¹⁾.

ويؤكد منطق الحكم السابق على ما سبق قوله من ضرورة التأيي لحين الفصل في قانونية حكم محكمة القضاء المستعجل، مادام رفع دعوى التعارض غير مرتبط بموعد ينتهي بفواته حق الجهة الطاعنة في الطعن.

9- إلغاء إحدى الجهتين التي أصدرت أحد الحكمين يعني اعتبار الحكمين صادرين من جهة قضائية واحدة، وقد جرى قضاء المحكمة على أن: "المحكمة الدستورية العليا -وهي بصدد الفصل في تنازع الاختصاص أو في النزاع حول تنفيذ الأحكام المتناقضة- لا تعتبر جهة طعن في هذه الأحكام ولا تمتد ولايتها بالتالي إلى بحث مطابقة تلك الأحكام للقانون أو تصحيحها، بل يقتصر بحثها على تحديد أي الجهات القضائية المتنازعة هي المختصة بالفصل في النزاع، أو أي الحكمين المتناقضين صدر من الجهة التي لها ولاية الحكم في النزاع فيكون أولى بالتنفيذ.....، ولا يشمل ذلك التناقض بين الأحكام الصادرة من المحاكم التابعة لجهة واحدة منها لأن الإجراءات القضائية في الجهة القضائية الواحدة كقيلة بفض مثل هذا التناقض إذا صدر حكمان متناقضان من محاكمها، ومقتضى ذلك أنه إذا ألغيت جهة قضائية أصدرت أحد الحكمين المتناقضين وأسند اختصاصها إلى الجهة الأخرى صار الحكمان بمثابة حكمين صادرين من جهة قضائية واحدة، ويتخلف بذلك شرط قبول الدعوى لدى المحكمة الدستورية العليا وفقاً لما تتطلبه المادة 25 من قانون المحكمة سالفه الذكر."⁽²⁾

ويتضح من الحكم السابق أنه إذا كان أحد الحكمين المتناقضين نهائياً غير بات صادر عن القاضي العادي وطعن فيه أمام المحكمة الأعلى كمحكمة النقض، فهنا قد تلغي الأخيرة حكم الأولى، ونكون بصدد حكم قضائي واحد يحظر قبول التنازع بشأنه أمام المحكمة الدستورية لكونها ليست جهة طعن في أحكام أية جهة قضائية أخرى.

(1) الحكم في الدعوى رقم 11 لسنة 25 قضائية تنازع جلسة 2004/11/7م

(2) الحكم في الدعوى رقم 4 لسنة 6 قضائية "تنازع" جلسة 1988/3/5م.

ومن جملة الضوابط السابقة المستمدة من قضاء المحكمة الدستورية العليا التي نجدها غير متوافرة في غالبيتها مع دعوى فض التعارض بين أحكام القضاء العادي والإداري المتعلقة بالاتفاقية محل الدراسة، يستنتج أن حسم مصير الاتفاقية في ضوء الضوابط القانونية والقضائية السابقة نجده يقترب حثيثاً نحو رفض الدعويين وتأكيد حكمي محكمة القضاء الإداري والإدارية العليا.

ويبدو أن التطورات بشأن موضوعات هذا البحث جاءت متسارعة فبتاريخ اليوم الأربعاء الموافق 2017/6/21م أصدر المستشار عبد الوهاب عبد الرازق رئيس المحكمة الدستورية العليا أمراً وقتياً في الطلب العاجل في الدعوى رقم 12 لسنة 39 قضائية "تنازع" بوقف تنفيذ كل من الحكم الصادر في الدعويين رقمي 43709 و 43866 لسنة 70 ق قضاء إداري ببطلان اتفاقية تعيين الحدود البحرية بين مصر والمملكة العربية السعودية، والمؤيد بالحكم الصادر من دائرة الطعون بالمحكمة الإدارية العليا في الطعن رقم 74236 لسنة 62 قضائية عليا.

كما أصدر أيضاً رئيس المحكمة الدستورية العليا أمراً مؤقتاً مماثلاً في شأن الدعوى رقم 121 لسنة 2017م مستعجل القاهرة المؤيد بالحكم الصادر في الاستئناف رقم 157 لسنة 2017م مستأنف تنفيذ موضوعي جنوب القاهرة، والتي كانت قد تضمنت حكماً بوقف تنفيذ حكم محكمة القضاء الإداري بمجلس الدولة، ولحين الفصل في تنازع الأحكام القضائية.

ورغم أن هذا الأمر يتصف بالصفة المؤقتة، إلا أنه يتعين علينا أن نناقش ما جاء بحجتياته على النحو الآتي:

- 1- استند رئيس المحكمة لعجز م/32 من قانونها فيما قرره "..... ولرئيس المحكمة أن يأمر بناء على طلب ذوي الشأن بوقف تنفيذ الحكمين أو أحدهما حتى الفصل في النزاع".
- 2- استند رئيس المحكمة لتقرير هيئة مفوضي المحكمة فيما قرره من توافر ركني الجدية والاستعجال في الطلب العاجل المقدم من هيئة قضايا الدولة ممثلة عن الحكومة المصرية.
- 3- يتمثل ركن الاستعجال في مظنة الافتيات على سلطي الموافقة والتصديق على الاتفاقية من ممارسة وظيفتها الدستورية في مراقبة وتقييم أعمال وإجراءات إبرام الاتفاقية وموضوعها، على النحو الذي عينته م/151 من الدستور المصري الحالي؛ تغولا على هذه السلطة وشبهة العدوان على الاختصاص المنفرد للمحكمة الدستورية العليا.
- 4- يتمثل ركن الجدية فيما أفصح عنه ظاهر أوراق الدعوى من رجحان أن تقضي المحكمة الدستورية العليا بعدم الاعتداد بالحكمين المتناقضين، حال أنهما خالفا قواعد الاختصاص

الولائي بأن قضى أولهما باختصاص القضاء الإداري بنظر صحة توقيع ممثل الدولة المصرية على اتفاقية تعيين الحدود البحرية المصرية السعودية، حال كونه ممنوعاً من ذلك بحسبان التوقيع على المعاهدات الدولية من أعمال السيادة الخارجة عن رقابة القضاء، في حين قضى الثاني (حكم القضاء المستعجل) في منازعة تنفيذ موضوعية بعدم الاعتداء بحكم صادر من جهة القضاء الإداري، وهو الأمر المحظور عليه دستورياً بنص م/190 من الدستور.

وتعليقاً على هذا القرار المؤقت يمكننا القول إنه يحمل في طياته بعض الجوانب الإيجابية وأخرى سلبية، فأما عن الجوانب الإيجابية فالتقرير يفسح الطريق أمام رئيس الجمهورية نحو التصديق على الاتفاقية ونشرها، ومن ثم تستطيع المحكمة الدستورية أن تتصدى لبحث دستورية المعاهدة من الناحية الدستورية فإن أقرتها أصبحت نافذة، وإن قررت عدم دستورتها أصبحت كأن لم تكن من تاريخ التوقيع عليها.

وأما عن الجوانب السلبية فهي في نظرنا متعددة، ومن أهمها ما يلي:

- 1- وقف تنفيذ الحكم القضائي البات للمحكمة الإدارية العليا ينطوي على إهدار كامل لحجية الأحكام القضائية، ويجعل من المحكمة الدستورية العليا جهة طعن في أحكام المحكمة الدستورية العليا بما يخالف أحكام الدستور.
- 2- إفساح المجال أمام رئيس الجمهورية في التصديق الآمن على الاتفاقية دون خشية وجود أحكام قضائية تعوق هذا التوقيع، وبما يحميه مستقبلاً من مغبة الخضوع للجزاءات الدستورية المترتبة على ذلك، يعكس بظلاله السيئة على ما تمارسه المحكمة الدستورية العليا من دور سياسي إلى جانب دورها القانوني⁽¹⁾.
- 3- أخطأ التقرير في مسمى الاتفاقية إذ ذكر أنها "اتفاقية تعيين الحدود" في حين أن الحقيقة أنها "اتفاقية ترسيم الحدود"، كما أخطأ في منطوق حكم الإدارية العليا وذكر أنه "بطلان الاتفاقية"، في حين أن منطوق الحكم هو "بطلان توقيع ممثل الحكومة المصرية على الاتفاقية"، وهذه الأخطاء -في رأينا- ليست مجرد أخطاء مادية بل هي مقصودة، لأن الحكم ببطلان الاتفاقية الدولية لا شك محظور على القاضي الإداري ومن ثم فهو خطأ متعمد يصب

(1) يراجع مؤلفنا: آثار الحكم الصادر بعدم دستورية القانون الضريبي وانعكاسه على تحقيق مبدأ المساواة "عند الحديث عن الدور السياسي للمحكمة الدستورية العليا، مكتبة القانون والاقتصاد، الرياض، المملكة العربية السعودية، 2007 م، ص 217 وما بعدها.

ويدعم هذا القرار المؤقت على خلاف الواقع والحقيقة، وكان من المتعين ألا تقع المحكمة في مثل هذه المواءمات التي تجعل هيبتها واحترامها القانوني والدستوري في مهب الريح.

4- ذكر التقرير أن تصدي جمعي القضاء لموضوع الاتفاقية يمثل افتياتا على سلطة الموافقة والتصديق وفق نص م/151 من الدستور، ويمثل شبهة العدوان على الاختصاص المنفرد للمحكمة الدستورية العليا، وواضح أن هيئة مفوضي المحكمة لم تقرأ عجز م/151 من الدستور والتي قررت صراحة حظر إبرام أي اتفاق دولي يترتب عليه التنازل عن جزء من إقليم الدولة، وقد تيقنت محكمة القضاء الإداري ومن بعدها المحكمة الإدارية العليا بأن هذا الجزء يتبع الدولة المصرية وتمارس عليه السيادة، وعجزت الحكومة طوال فترة المحاكمة والتي امتدت شهورا طويلة على أن تقدم مستندا أو دليلا واحدا على ما تدعيه. أما عن الإشارة لشبهة الاعتداء على الاختصاص المنفرد للمحكمة الدستورية العليا فهنا الإشارة واضحة إلى الاعتداء على الاختصاص المنفرد للمحكمة بالرقابة على الدستورية، وتناست المحكمة أو نسيت أن الاتفاقية لم تدخل حيز التنفيذ إلى الآن، كما نسيت أن رقابة المشروعية الإدارية تستلزم مراقبة أعمال الحكومة في إطار القانون بمعناه الواسع، والذي يشمل -بلا شك - الدستور كأعلى قاعدة قانونية في الدولة.

5- إننا أمام تقريرين متناقضين تماما لهيئة مفوضي المحكمة الدستورية العليا؛ أحدهما صادر بخصوص رفض منازعة التنفيذ التي تدعي فيها الحكومة مخالفة أحكام القضاء الإداري للأحكام المستقرة للمحكمة الدستورية العليا فيما يتعلق بأعمال السيادة، والآخر قرار بوقف تنفيذ الحكمين القضائيين المتناقضين الصادرين من القضاء الإداري والعادي لوجود شبهة من ظاهر الأوراق ترجح قضاء المحكمة الدستورية العليا بإلغاء الحكمين المتناقضين معا باعتبار أن التوقيع على المعاهدات الدولية يعد من قبيل أعمال السيادة، ورغم صدور التقريرين عن منازعتين قضائيتين مختلفتين إلا أنهما يدوران حول موضوع واحد، ومن ثم فالتناقض بينهما واضح وبين.

ويجدر بي أن أطرح هنا -بعد مناقشة دعوى منازعة التنفيذ وتعارض الأحكام على النحو السابق- تساؤلا هاما نراه مفيدا في حسم مصير هذه الاتفاقية، وهو هل يجوز للمحكمة الدستورية العليا أن تتصدى لبحث مدى دستورية اتفاقية ترسيم الحدود البحرية المصرية أم لا؟ في رأينا أنه يجوز للمحكمة الدستورية العليا أن تتصدى تلقائيا لبحث دستورية اتفاقية

ترسيم الحدود البحرية المصرية السعودية، وذلك حسما وفصلا نهائيا في أمرها، لعدة أسباب وبتوافر بعض الفروض نوجزها فيما يلي:

1- يجوز للمحكمة الدستورية العليا أن تتصدى لتقائيا لبحث مدى دستورية نص قانوني أو لائحي طبقا لنص م/ (27) من قانونها والتي قررت أنه "يجوز للمحكمة في جميع الحالات أن تقضى بعدم دستورية أي نص في قانون أو لائحة يعرض لها بمناسبة ممارسة اختصاصاتها ويتصل بالنزاع المطروح عليها وذلك بعد اتباع الإجراءات المقررة لتحضير الدعاوى الدستورية".

والعقبة الظاهرة أمام تطبيق النص السابق تتمثل في كون الاتفاقية الدولية إلى الآن لم تصبح قانوناً بالمعنى الدستوري لكونها لم يتم التصديق عليها بعد، ومن ثم فإن ممارسة هذا الاختصاص يصبح معلقا على التصديق عليها بعدما أقرها مجلس النواب بالفعل ونشرها بالجريدة الرسمية، والذي نراه أصبح أمرا وشيك الحدوث، فموافقة مجلس النواب هي بوابة الحكومة المصرية نحو مرور هذه الاتفاقية سريعا لمرحلة التصديق ثم النشر، ومن ثم تصبح واقعا قانونيا بعيدا عن النزاع القانوني والقضائي الدائر حولها، وهنا فقط يأتي دور المحكمة الدستورية العليا لوضع هذه الاتفاقية في مكانها القانوني والدستوري الصحيح.

2- التصدي التلقائي يحقق ميزة هامة في حسم الصراع الدستوري بين الاتفاقيات الدولية وكل من القضاء العادي والإداري من جهة، ووضع مبدأ قضائي دستوري جديد بشأن المقصود بأعمال السيادة في ظل الدستور المصري الحالي لسنة 2014م.

3- التصدي التلقائي يمنح المحكمة الحق في أن تضع تفسيراً دستورياً ملزماً لنصوص الدستور التي تتعلق بالاتفاقيات الدولية في ظل الدستور المصري الحالي.

وقد يعارض البعض حق المحكمة الدستورية في وضع تفسير دستوري ملزم لنصوص الدستور على سند من القول بأن نص م/ 192 يصرح بحق المحكمة فقط في تفسير النصوص التشريعية، والمعنى المباشر أن المقصود بالنص التشريعي هو ذلك النص الصادر عن مجلس النواب؛ أي القانون بمعناه الدقيق الصادر عن السلطة المختصة. وقد يطلق مجازا على اللائحة، ولكننا نرى أنه لا يوجد ما يمنع من قيام المحكمة الدستورية بتفسير نصوص الدستور لعدة أسباب نوجزها فيما يلي:

1- النصوص الدستورية تعد من قبيل النصوص التشريعية، ذلك أن الدستور يعد تشريعا وقانونا بالمعنى الدقيق والفني.

2- إذا كان من حق المحكمة الدستورية العليا تفسير النصوص التشريعية واللائحية الصادرة من مجلس النواب والسلطة التنفيذية على الترتيب، فإنها من باب أولى لها الحق في تفسير النصوص الدستورية كشرط لازم وضروري لممارستها لدورها الرقابي للتحقق من مدى دستورية نص قانوني أو لائحي.

النتائج والتوصيات

أولاً: النتائج

- 1- اتفاق ترسيم الحدود هو: (اتفاق بين دولتين أو أكثر يتم من خلاله تحديد الحدود الإقليمية الفاصلة بينهما، ثم وضع علامات مميزة لهذه الحدود بما لا يخالف القواعد الدستورية الداخلية لأطرافه).
- 2- وضع الدستور المصري الحالي لسنة 2014م، وسيلتين للرقابة على المعاهدات والاتفاقيات الدولية، إحداهما: وقائية تتمثل فيما وضعه الدستور من إجراءات وضوابط لإبرام ونفاذ الاتفاقيات الدولية، والأخرى: علاجية تمارسها المحكمة الدستورية العليا كجهة مركزية تتولى وحدها سلطة الرقابة الدستورية على القوانين واللوائح والمعاهدات الدولية بعد التصديق عليها ونشرها بالجريدة الرسمية.
- 3- اتفاقية ترسيم الحدود البحرية المصرية السعودية تنتمي لطائفة الاتفاقيات الدولية المنعدمة بحكم نص م/151 من الدستور المصري الحالي لسنة 2014م، إذ يترتب على إبرامها التنازل عن جزء من إقليم الدولة المصرية.
- 4- منازعتا التنفيذ المقامتان أمام المحكمة الدستورية العليا من قبل الحكومة، لم يستندا إلى حجج وإسناد قانونية صحيحة قانوناً ودستوراً، وهو الأمر الذي سيفضي -لا محالة- إلى حكم المحكمة الدستورية العليا برفضهما. ولعل قرار مفوضي المحكمة الدستورية العليا برفض هاتين المنازعتين -رغم كونه غير ملزم للمحكمة- بمثابة خطوة نحو السير في هذا الاتجاه لملاقاة هذا المصير.
- 5- لم يتبين توافر غالب الشروط القانونية والضوابط القضائية المستمدة من أحكام المحكمة الدستورية العليا لقبول دعوى فض تعارض الأحكام القضائية بين حكمي القضاء الإداري من جهة، وحكم القضاء المستعجل ممثلاً للقضاء العادي من طرف آخر، ومن ثم يتعين الحكم برفض هذه الدعوى، ومنع غلو القاضي العادي على اختصاص قاضي المشروعية الإدارية المختص دستورياً بمراقبة أعمال الحكومة للتحقق من موافقة أعمالها للدستور بمعناه العام الذي يتضمن الدستور.
- 6- قرار رئيس المحكمة الدستورية العليا بوقف حكمي القضاء الإداري والقضاء العادي بشأن

الاتفاقية مؤقتاً لحين نظر الدعوى ينطوي على العديد من الأخطاء والمخالفات القانونية، فضلاً عن كونه صدر متعارضاً ومناقضاً لتقرير مفوضي الدولة في شأن منازعتي التنفيذ؛ إذ قرر هذا الأخير انعدام وجود مخالفة من قبل القضاء الإداري لأحكام المحكمة الدستورية العليا بشأن أعمال السيادة، وهو عكس ما توصل إليه تقرير مفوضي المحكمة في شأن دعوى فض تعارض الأحكام، وهو التقرير الذي اعتمد عليه رئيس المحكمة لوقف تنفيذ الحكمين مؤقتاً لحين الفصل في النزاع.

7- قرار رئيس المحكمة الدستورية العليا بوقف تنفيذ حكم القضاء المستعجل، وإن كان له ما يبرره، إلا أن قراره بوقف تنفيذ الحكم البات غير القابل للطعن فيه بأي طريق، الصادر من المحكمة الإدارية العليا يجعل من المحكمة الدستورية العليا سلطة عليا فوق القانون والدستور، كما يجعلها جهة طعن في الأحكام القضائية الباتة، كما أن هذا القرار يفسح المجال أمام الإسراع بالتصديق على الاتفاقية ونشرها لتصبح نافذة رغم وجود حكم بات ببطالان التوقيع عليها.

8- قرار رئيس المحكمة الدستورية العليا بوقف تنفيذ حكمي القضاء الإداري والعادي يعكس ما تمارسه المحكمة الدستورية العليا من دور سياسي إلى جانب دورها القانوني.

ثانياً: التوصيات

- 1- أوصي الحكومة المصرية بعدم اللهث وراء هدم مفهوم الدولة القانونية لحساب الأهداف السياسية، والزج بالمحكمة الدستورية العليا في أتون نزاعات قانونية لا طائل من ورائها.
- 2- أوصي مجلس النواب المصري بإعادة مناقشة هذه الاتفاقية، لكونه قد خالف حكماً قضائياً باتاً صادراً من المحكمة الإدارية العليا، إذ أن تعديده على أحكام القضاء والجهر بعصيانها مؤشر خطير على إهانة سلطة القضاء، وتغول سافر على أحكام الدستور التي أكدت م/94 منه على أن احترام استقلال القضاء وحصانته وحيدته ضمانات أساسية لحماية حقوق الأفراد وحياتهم.
- 3- أوصي المحكمة الدستورية العليا بضرورة التصدي التلقائي لنظر مدى دستورية الاتفاقية سواء عند نظرها لمنازعتي التنفيذ، أو عند فحصها لدعوى فض تعارض الأحكام، لعدم وجود ما يمنعها قانوناً من التصدي - في حال التصديق على هذه الاتفاقية ونشرها بالجريدة الرسمية-، إذ سيحقق هذا التصدي أهمية بالغة في تحديد المصير النهائي لمدي مشروعية هذه

الاتفاقية دستوريا، كما أوصيها بضرورة إصدار تفسير لنصوص الدستور المتعلقة بالاتفاقيات الدولية لتصبح دليلا هاديا للكافة في ظل نصوص الدستور الحالي لسنة 2014م.

4- أوصي المحكمة الدستورية العليا بإقرار مبدأ جديد حول "نظرية أعمال السيادة" يضيق من نطاق التمسك بتحصيلها ضد رقابة القضاء العادي والإداري في ضوء الواقع الدستوري الجديد للدستور المصري الحالي.

5- أوصي رئيس الجمهورية بعدم التصديق على الاتفاقية وإعادتها مرة أخرى لمجلس النواب لدراستها دراسة متأنية والترص لحين قضاء المحكمة الدستورية العليا في شأن هذه الاتفاقية، إذ يتعين الانتظار لحين صدور حكم من القضاء الدستوري يفصل نهائيا في مصير هذه الاتفاقية، إذ أن صدور حكم بعدم دستورية الاتفاقية على خلاف اتجاه الحكومة ومجلس النواب، سوف تترتب عليه مستقبلا نتائج يتعذر تداركها لعل أهمها استحالة استعادة الجزر المصرية بعد تسليمها للملكة العربية السعودية.

المراجع

أولاً: المؤلفات العربية

- 1- إبراهيم نجيب سعد، القانون القضائي الخاص، ج1، منشأة المعارف بالإسكندرية، مصر، 1974م.
- 2- أحمد أبو الوفا، القانون الدولي للبحار في ضوء أحكام المحاكم الدولية والوطنية وسلوك الدول واتفاقية 1982م، ط2، دار النهضة العربية، القاهرة، مصر، 2006م.
- 3- أحمد محمد رفعت، الأوقاف الدولية في القانون الدولي الجديد للبحار، التأصيل القانوني لمبدأ التراث المشترك للإنسانية في اتفاقية الأمم المتحدة لقانون البحار عام 1982م، المعهد العالي للدراسات الإسلامية، القاهرة، مصر، 2013م.
- 4- أحمد نبيل حسن العسال، ترسيم حدود المنطقة الاقتصادية الخالصة بين مصر واليونان وتركيا في ضوء اتفاقية الأمم المتحدة لقانون البحار عام 1982م، رسالة ماجستير، كلية الاقتصاد والعلوم السياسية، 2013م، جامعة القاهرة، مصر.
- 5- إكرامي بسيوني عبد الحي خطاب:
 - آثار الحكم الصادر بعدم دستورية القانون الضريبي وانعكاسه على تحقيق مبدأ المساواة، مكتبة القانون والاقتصاد، 2007م.
 - القضاء الدستوري، دراسة تحليلية نقدية مقارنة، دار الجامعة الجديدة، الإسكندرية، مصر، 2012م.
- 6- جابر إبراهيم الراوي، الحدود الدولية ومشكلة الحدود العراقية الإيرانية رسالة دكتوراه، كلية الحقوق، جامعة القاهرة، 1970م.
- 7- حازم محمد عتلم، أصول القانون الدولي العام، القسم الثاني، دار النهضة العربية، القاهرة، 2001م.
- 8- صلاح الدين عامر، القانون الدولي للبحار، دراسة لأهم أحكام اتفاقية الأمم المتحدة لقانون البحار لعام 1982م، دار النهضة العربية، القاهرة، مصر، 2008م.
- 9- عباس عبود عباس، أزمة شط العرب، المؤسسة العربية للدراسات والنشر، بيروت، لبنان، 1972م.

- 10- عبد العزيز محمد السلمان، ولاية المحكمة الدستورية العليا في فض التعارض في تنفيذ الأحكام النهائية وأثر تنفيذ أحد الحكمين، مجلة الدستورية المصرية، العدد الرابع والعشرين.
- 11- عبد المعز عبد الغفار نجم، تحديد الحدود البحرية وفقا للاتفاقية الجديدة لقانون البحار، ط2، دار النهضة العربية، القاهرة، مصر، 2007م.
- 12- علي صادق أبوهيف، القانون الدولي العام، دار المعارف، الإسكندرية، مصر، ط12، 2004م.
- 13- عيد أحمد الغفلول: الرقابة القضائية السابقة على دستورية المعاهدات الدولية، دراسة مقارنة، دار النهضة العربية، مصر، دون تاريخ.
- 14- فتحي والي، الوسيط في قانون القضاء المدني، دار النهضة العربية، القاهرة، مصر، 1993م.
- 15- فيصل عبد الرحمن على طه، القانون الدولي ومنازعات الحدود، ط2، دار الأمين للنشر والتوزيع، القاهرة، 1999م.
- 16- محمد الحاج حمود، القانون الدولي للبحار، مطبعة الأدرية، بغداد، العراق، 1990م.
- 17- محمد راشد ناصر النعيمي، مشاكل قياس البحر الإقليمي في ضوء القانون الدولي، رسالة ماجستير، كلية العلوم القانونية، جامعة الشرق الأوسط للدراسات العليا، الكويت، 2010م.

ثانيا: المؤلفات الأجنبية:

1. Auby (Jean- Mrie) et Drago (Ronald): Traité de Contentieux Administratif , L.G.D.J, 3e édition , Paris, France, 1984, P.12
2. Boggss: International boundaries , American Journal of international law , Vol, 1951.
3. Boychez (L.): The Fixing Of Boundaries in International Boundary Rivers, The International and Comparative Law, Quartly, London, Vol.12, 1963.
4. Poulain: Remarques sur le modèle Français du contrôle de constitutionnalité' des lois pouvoir no.3, 1994 ; p.126.
5. Rousseau (Sharlès), droit international public, Tami (1), Paris, 1970, pp.269-270; Cuckwurah (A.Q): The Settlement of boundary disputes in international law, Mancher University Press, 1967.
6. Vittorio (Adami): National Frontier in Relation to International Law, 1919,

Translated by Beren (T.T), London, Oxford University Press, 1927.

ثالثاً: المقالات والبحوث

- 1- أحمد عبد الونيس شتا، مبدأ ثبات الحدود واستمراريتها في القانون الدولي الدبلوماسي، الرياض، معهد الدراسات الدبلوماسية، العدد 18، شعبان، 1417هـ، ديسمبر 1996م.
- 2- صدام الفتلاوي، وهاني عبد الله عمران، عملية ترسيم الحدود الدولية والمنازعات الناجمة عنها، مجلة جامعة بابل للعلوم الإنسانية، العراق، المجلد 17، العدد 1، 2009.
- 3- طه بن عثمان الفرا، الحدود الدولية بين التحديد والترسيم، ندوة مهام حرس الحدود في الدول العربية، أكاديمية نايف للعلوم الأمنية، 1999م، الرياض المملكة العربية السعودية.
- 4- عمر أبو بكر باخشوب: تسوية الخلافات الحدودية بين إمارتي دبي والشارقة من خلال التحكيم الدولي، مجلة الحقوق، ع1، 2004م.
- 5- محمد شوقي عبد العال، ترسيم حدود المنطقة الاقتصادية الخالصة بين مصر وقبرص وأثرها على ثروات مصر في المنطقة، مجلة آفاق سياسية، المركز العربي للبحوث والدراسات، مصر، ع11، نوفمبر، 2014م.

رابعاً: الدساتير والقوانين

1. الدستور المصري الصادر عام 2014م.
2. القرار بقانون رقم 81 لسنة 1969

خامساً: الأحكام القضائية

1. الحكم في الدعوى رقم 2 لسنة 4 تنازع قضائية جلسة 1983/1/1
2. الحكم في الدعوى رقم 4 لسنة 6 قضائية "تنازع" جلسة 1988/3/5م.
3. الحكم في الدعوى رقم 4 لسنة 14 قضائية "تنازع" جلسة 1995/1/21م.
4. الحكم في الدعوى رقم 4 لسنة 14 تنازع جلسة 1995/1/21م
5. الحكم في الدعوى رقم 5 لسنة 16 تنازع جلسة 1995/4/15
6. الحكم في الدعوى رقم 11 لسنة 25 قضائية تنازع جلسة 2004/11/7م

7. حكم المحكمة الإدارية العليا في الطعن رقم 13846 لسنة 59 ق ع جلسة 2013/4/21م.
8. حكم الدستورية في الطعن رقم 6 لسنة 12 ق دستورية، جلسة 1994/5/7م، مكتب في 6، ج1، ص 862، القضية رقم 34 لسنة 27 ق "منازعة تنفيذ، جلسة 2016/6/4م،
9. حكم محكمة القضاء الإداري في الدعوى رقم 43709 لسنة 70 ق، جلسة 2016/6/21م.
10. الحكم في الدعوى رقم 2 لسنة 14 قضائية دستورية "تنازع" جلسة 1997/1/14

سادسا: اتفاقيات والمواثيق الدولية

1. اتفاق إحالة النزاع الحدودي بين إمارة دبي والشارقة عام 1976م،
2. اتفاقية قانون البحار 1982م
3. بروتوكول القسطنطينية لسنة 1913م لتعريف الحدود بين تركيا وإيران.

سابعا: الجرائد اليومية والاسبوعية

- الجريدة الرسمية بالعدد رقم 23 مكرر "د"، في 15/6/2016م
 جريدة المصريون في 15 يوليو 20
 جريدة الشروق في عددها الصادر 16 يوليو 2017م
 جريدة اليوم السابع عدد السبت، 20 أغسطس 2016 م
 جريدة الدستور، عدد الإثنين 03/أبريل/2017.
 جريدة اليوم السابع المصرية في العدد الصادر يوم الثلاثاء الموافق 21 يونيو 2016م.
 الجريدة الرسمية العدد 3 مكرر (أ) في 18 يناير 2014م

ثامنا: المواقع الإلكترونية

1. <http://www.dostor.org/1355294>
2. <http://www.youm7.com/story/2016/6/25/%D8%A7%D9%86%D9%81%D8%B1%D8%A7%D8%>
3. <http://www.youm7.com/story/2016/8/2>

أثر نظرية عمل الأمير في إعادة التوازن المالي في نطاق العقود الإدارية

دراسة تحليلية مقارنة

إعداد

الدكتور

جهاد ضيف الله الجازي

أستاذ القانون الإداري المساعد - كلية القانون،
جامعة عمان العربية - الأردن

أثر نظرية عمل الأمير في إعادة التوازن المالي في نطاق العقود الإدارية

الملخص

تقوم الدعوى الإدارية، شأنها في ذلك شأن الدعاوى الأخرى، على وجود طرفين فيها، إلا أن ما يميز الدعوى الإدارية أن الإدارة تكون طرفاً فيها بكل ما تملكه من سلطات وامتيازات باعتبارها المسؤولة عن تحقيق الصالح العام وضمان سير المرافق العامة في الدولة بانتظام واطراد، وبالمقابل يكون الفرد -وهو الطرف الثاني في الدعوى- الطرف الضعيف في مواجهته للإدارة، الأمر الذي ينشأ عنه غالباً وجود علاقة قانونية غير متوازنة واختلاف واضح في المراكز القانونية لطرفي الدعوى.

وتناقش هذه الدراسة المتواضعة نظرية عمل الأمير كإحدى نظريات إعادة التوازن المالي بين طرفي الدعوى الإدارية في القانون الأردني والقضاء المقارن، إذ تهدف هذه النظرية إلى تحقيق التوازن المالي وتعويض المتعاقد عن الأعباء التي تحملها نتيجة الإجراءات المشروعة التي قامت بها الإدارة، وحتى يتسنى له الاستمرار في تنفيذ التزاماته التعاقدية اتجاه الإدارة.

وقد خلصت الدراسة إلى مجموعة من النتائج والتوصيات لعل أهمها عدم قيام القضاء الإداري في الأردن بالدور المأمول منه في إعادة التوازن المالي بين طرفي الدعوى الإدارية في نطاق العقود الإدارية؛ حيث لا زال القضاء العادي في الأردن -وليس القضاء الإداري- هو المختص بالفصل في منازعات العقود الإدارية، وهو الأمر الذي يعيق الأخذ بنظرية عمل الأمير التي أخذ بها القضاء الإداري المقارن في فرنسا ومصر في هذا المجال.

الكلمات المفتاحية: التوازن المالي، العقود الإدارية، القضاء المقارن، القانون الأردني.

ABSTRACT

Such as any lawsuit, an administrative lawsuit has two parties, however, what distinguishes the administrative proceedings is that the administration is a party with all its powers and privileges, due to it is responsible for the public interest and to ensure the functioning of public utilities regularly and steadily. In contrast, the individual, the second party in the suit is weak in facing the administration, which often result in an imbalance legal relationship and clear differences in the legal positions of the parties to the lawsuit.

This paper addresses the Theory Prince work on the Financial Rebalance of the Administrative Contracts between administrative suit under the Jordan law and comparison Judiciary. This theory aims to achieve the financial balance and compensate the contracting party of the burdens resulting from lawful procedures which the administration has done in order to force the other party to comply with his/her commitments towards the administration.

The study concluded set of findings and recommendations perhaps the most important among them the failure of the Jordanian administrative judiciary to create a balance between the parties to the administrative suits in the scope of administrative contracts. Whereas, the regular courts still competent to held the disputes of administrative contracts and not the administrative courts which would be an obstacle to implement the Prince Theory were created and adopted in France and Egypt.

Keywords: financial balance, administrative contracts, comparison judiciary, Jordan law.

المقدمة

تعتبر الرقابة القضائية على أعمال الجهات الإدارية من أهم ضمانات مبدأ المشروعية، فالقضاء الإداري يدرك أن الإدارة تتمتع بالعديد من الامتيازات والسلطات باعتبارها المسؤولة عن تحقيق المصلحة العامة، وهي المسؤولة عن ضمان سير المرافق العامة في البلاد بانتظام واطراد، ولكنه -في الوقت ذاته- يسهر على حماية حقوق وحريات الأفراد في مواجهة الإدارة صوناً لمبدأ المشروعية الذي يتمحور حول فكرة خضوع الجميع حكماً ومحكومين للقانون.

وبالنظر إلى حجم الامتيازات التي تملكها الإدارة فإن القاضي الإداري يتوقع دوماً وجود خلل في العلاقة بينها وبين من يقف أمامها في الدعاوى الإدارية في العديد من المجالات، ومن بينها مسألة التوازن المالي للعقود الإدارية، ولذا فإنه يسعى جاهداً لأن يلعب دوراً ايجابياً يعيد من خلاله التوازن بين طرفي الدعاوى الإدارية من خلال العديد من الوسائل من بينها نظرية عمل الأمير التي تهدف هذه الدراسة إلى مناقشتها والوقوف عندها بالوصف والتحليل والمقارنة في هذا السياق بين القانون الأردني من جهة، والقانون الفرنسي والمصري من جهة أخرى.

وفي مجال العقود الإدارية نجد أنه في حالة من عدم التوازن بين الإدارة ومن يتعاقد معها؛ فالإدارة تمتلك امتيازات وسلطات لا يملكها الأفراد، فهي تملك سلطة الرقابة والتوجيه لضمان تنفيذ العقد الإداري، وكذلك سلطة تعديل العقد الإداري بإرادتها المنفردة، كما أن تنفيذ العقد من طرف المتعاقد مع الإدارة قد تعترضه عقبات بتصرفات مشروعة من جانب الإدارة مما يخل بالنتيجة بالتوازن المالي للعقد الإداري، وهذا يوجب على القاضي الإداري التدخل لمصلحة الطرف الأضعف وتطبيق نظرية عمل الأمير التي يمكن أن تساهم في إعادة التوازن المالي للعقد.

وقد يترتب على ممارسة الإدارة المتعاقدة لسلطاتها اختلال التوازن المالي للعقد الإداري، مما يجعل تنفيذ المتعاقد لهذا العقد أكثر إرهاقاً، فحتى لو كانت الإدارة تهدف عند إبرامها العقد الإداري إلى تحقيق المصلحة العامة إلا أنه يجب عدم إلحاق الضرر بمصالح المتعاقد معها في مقابل تحقيق المصلحة العامة، فالمتعاقد إنما يساعد ويساهم في تسيير المرفق العام، لذا كان لزاماً على القضاء الإداري إيجاد وسيلة لتعويض المتعاقد عما يصيبه من ضرر ناجم عن تصرفات الإدارة المشروعة، وذلك لتحقيق التوازن بين أطراف العقد الإداري.

مشكلة البحث

تكمن مشكلة الدراسة في وجود اختلال واضح في المراكز القانونية بين أطراف الدعوى الإدارية، وبخاصة فيما يتعلق بالعقود الإدارية، فالدعوى الإدارية -بطبيعتها وبالنظر إلى مراكز أطرافها- تقوم على علاقة غير متوازنة بين طرفيها، فتعتبر الإدارة الطرف الأقوى بما تملكه من امتيازات وسلطات لا يتمتع بها الأفراد وهم الطرف الآخر.

كما تتفرع عن مشكلة الدراسة إشكالية أخرى وهي أن القضاء الإداري في الأردن لا يمارس ذلك الدور المأمول منه في إعادة التوازن بين أطراف الدعوى الإدارية كما هو حال القضاء الإداري المقارن وبخاصة في فرنسا؛ ففيما يتعلق بمسألة إعادة التوازن المالي في نطاق العقود الإدارية، لا زال القضاء العادي في الأردن وليس القضاء الإداري هو المختص بالفصل في منازعات العقود الإدارية، مما يعيق الأخذ بهذه النظرية التي أخذ بها القضاء الإداري المقارن.

أهمية البحث

تبرز أهمية البحث من أهمية الموضوع ذاته، فموضوع التوازن المالي بين أطراف الدعوى الإدارية في نطاق العقود الإدارية يعد -بلا شك- من أهم الموضوعات التي ينظمها القانون الإداري، كما أنه من المهم الحديث عن الدور الإيجابي للقاضي الإداري وضرورة استخدامه للعديد من الوسائل القانونية التي من شأنها إعادة التوازن المالي بين طرفي الدعوى الإدارية وعلى نحو يكفل تحقيق العدل والحد من سلطة الإدارة تجاه الأفراد.

أهداف البحث

يهدف هذا البحث إلى بيان وتحليل نظرية عمل الأمير باعتبارها إحدى الوسائل المتاحة للقضاء الإداري من أجل إعادة التوازن المالي بين الطرفين في كل من القانون المقارن والقانون الأردني، والاستفادة من تجربة القضاء الإداري الفرنسي والمصري في هذا المجال.

منهج البحث

سنتبع في هذا البحث المنهج الوصفي التحليلي المقارن، من خلال استعراض نظرية عمل الأمير باعتبارها إحدى وسائل إعادة التوازن المالي للعقود الإدارية، وذلك في كل من القانون الأردني والقانون المقارن، مع ضرورة الإشارة هنا إلى أن نطاق المقارنة في هذه الدراسة سيكون مع القانون الفرنسي والقانون المصري لعمق تجربة القضاء الإداري الفرنسي والمصري.

محتويات الدراسة

في ضوء الهدف من الدراسة، وفي ضوء المنهجية التي سيتبعها الباحث والتي أشرنا إليها للتو فإنه سيتم تقسيم موضوعات البحث حسب الخطوة التالية:

المطلب الأول: ماهية نظرية عمل الأمير

المطلب الثاني: الأساس القانوني لنظرية عمل الأمير والآثار المترتبة على تطبيقها

المطلب الثالث: تطبيقات نظرية عمل الأمير في القانون الأردني

المطلب الأول

ماهية نظرية عمل الأمير

قد يترتب على التدخل المشروع من جانب الإدارة إخلال بالتوازن المالي للعقد الإداري، وهو ما يعطي المتعاقد الحق في المطالبة بالتعويض استناداً لما يعرف بنظرية عمل الأمير التي ابتدعها مجلس الدولة الفرنسي ووضع لها ضوابط.

وسوف يكون حديث الباحث في هذا المطلب عن مفهوم نظرية عمل الأمير وشروط تطبيقها على النحو التالي.

الفرع الأول

مفهوم نظرية عمل الأمير ونطاق تطبيقها

تعد نظرية عمل الأمير من أقدم النظريات التي ابتدعها مجلس الدولة الفرنسي في نطاق العقود الإدارية، وقد تم تعريف عمل الأمير بأنه "كل تصرف مشروع يصدر عن السلطة العامة المتعاقدة مع الغير، يؤثر على تنفيذ الالتزام من جانب المتعاقد ويجعله أكثر صعوبة ويرهق المتعاقد مالياً أثناء تنفيذه، لدرجة لا يكون معها التنفيذ مستحيلاً وإلا كنا أمام قوة القاهرة"⁽¹⁾، وكذلك تم تعريفه بأنه "عمل يصدر عن سلطه عامة دون خطأ من جانبها ينجم عنه تغير في مركز المتعاقد في عقد إداري، ويؤدي إلى التزام جهة الإدارة المتعاقدة بتعويض المتعاقد المضروب عن كفه الأضرار التي تلحقه من جراء ذلك بما يعيد التوازن المالي للعقد"⁽²⁾، وتم تعريفه من قبل الفقه الفرنسي بأنه "كل تصرف من السلطة العامة الإدارية يؤدي -دون خطأ منها- إلى زيادة أعباء المتعاقد معها، وتؤدي إلى إلزام جهة الإدارة المتعاقدة تعويض المتضرر عن سائر الأضرار التي تصيبه من جراء ذلك"⁽³⁾.

(1) عزيزة الشريف، دراسات في نظرية العقد الإداري، دار النهضة العربية، القاهرة، (1981)، ص 177.

(2) سليمان الطماوي، الأسس العامة للعقود الإدارية، دراسة مقارنة، القاهرة، دار الفكر العربي، (2011)، ص 598.

(3) Jean Waline, Droit Administratif, Dalloz, 24e édition, (2012), p475 .

وعلى الصعيد القضائي عرف القضاء الإداري الفرنسي هذه النظرية بأنها "كل عمل مشروع يصدر من إحدى السلطات العامة، ويترتب عليه صعوبة في تنفيذ التزامات المتعاقد، ويلزم جهة الإدارة بتعويضه لإعادة التوازن المالي للعقد"⁽¹⁾.

وفي مصر عرفت محكمة القضاء الإداري نظرية عمل الأمير بأنها "كل إجراء تتخذه السلطات العامة ويكون من شأنه زيادة الأعباء المالية للمتعاقد مع الإدارة أو في الالتزامات التي ينص عليها العقد مما يطلق عليه بصفة عامة المخاطر الإدارية، وهذه الإجراءات التي تصدر عن السلطة العامة قد تكون من الجهة التي أبرمت العقد وقد تتخذ شكل قرار فردي خاص وقد تكون بقواعد تنظيمية عامة"⁽²⁾.

وفي الأردن عرفت محكمة التمييز الأردنية هذه النظرية بقولها "يقصد بنظرية عمل الأمير أن السلطة العامة بوصفها سلطة أمرة إذا سبق تعاقدها مع أحد الأفراد بعقد إداري للتوريد أو الأشغال العامة أو غير ذلك، ثم أصدرت عملاً مشروعاً يمس عناصر العقد الذي ارتبط به ويقلب اقتصادياته ويحمل المتعاقد الأخير أعباء وتكاليف جديدة تزيد في الأعباء التي التزم في مواجهتها تكون السلطة ملزمة بالتعويض عما لحقه من ضرر من جراء عملها المشروع"⁽³⁾.

يستفاد مما تقدم من تعريفات الفقه والقضاء أن جميع هذه التعريفات تدور حول فكرة واحدة رغم الاختلاف في الألفاظ والعبارات، فجميعها تتعلق بصور إجراءات مشروعة من جانب الإدارة المتعاقدة، تؤثر بشكل فعلي على المتعاقد مما يؤدي إلى اختلال التوازن المالي للعقد الإداري الذي بدوره يؤدي إلى إرهاب المتعاقد مالياً عند تنفيذه العقد الإداري.

أما فيما يتعلق بنطاق تطبيق هذه النظرية فإنه ينحصر في تلك الإجراءات الصادرة عن السلطة العامة والتي قد تكون بصورة إجراءات عامة، وقد تكون على صورة إجراءات خاصة كاتخاذ قرار إداري فردي أو إجراءات خاصة تتعلق بظروف العقد ذاته، ويقصد بالإجراءات العامة في هذا السياق تلك القواعد التنظيمية التي تصدر عن السلطة العامة في صورة تشريعات أصلية كالقوانين أو الأنظمة، التي يترتب عليها تعديل مباشر في شروط العقد؛ إما بتعطيل بعضها أو

(1) André De laubadère, traité élémentaire de droit administratif, L. G. D. J, 4e édition, Tom, (1966), p24

(2) محكمة القضاء الإداري المصرية، القضية رقم 295 لسنة 15 ق، جلسة 1964/12/27.

(3) تمييز حقوق، قرار رقم 117/1979، هيئة خماسية، تاريخ 1979/4/10، منشورات مركز عدالة الالكتروني.

بتعديل مضمونها أو انتهاء العقد قبل انتهاء مدته، مما يؤثر على تنفيذ العقد ويجعله أشد عسراً أو أكثر نفقات أو أقل ربحاً حيث يتم تعويض المتعاقد على أساس نظرية عمل الأمير⁽¹⁾.

ومن الأمثلة على الإجراءات العامة صدور تشريعات عن السلطة العامة ذات أثر مالي كزيادة الرسوم أو الضرائب على الإنتاج، أو صدور تشريعات عمالية من شأنها زيادة الحد الأدنى للأجور، أو زياده بدل غلاء المعيشة للعمال، أو منحهم إجازة بأجر، أو زيادة نسبة الاشتراكات للعمال في الضمان الاجتماعي..

وقد اختلف الفقه في تعويض المتعاقد مع الإدارة على أساس نظرية عمل الأمير إذا كان مستنداً لإجراء عام، فذهب جانب من الفقه إلى القول إن المتعاقد مع الإدارة لا يعوض في هذه الحالة على أساس فعل الأمير لكونه لم يكن المقصود بذاته بهذه الإجراءات بل إنها تصيب الجميع، لذا ينكر أصحاب هذا الرأي تطبيق النظرية في هذه الحالة لكي تكون أساساً في التعويض، ومن هؤلاء الفقهاء المفوض الفرنسي لاتور فيري الذي قدم تقريراً إلى مجلس الدولة الفرنسي في قضية Cie des séries africaines فالفقيه لاتور يرى أن الإجراء العام غير الموجه إلى المتعاقد ذاته ومباشرة له فإنه لا يعوض عنه إلا في حالتين: الحالة الأولى هي حالة النص صراحة على ذلك في العقد، أما الحالة الثانية فهي أن يكون هذا الإجراء غير متوقع⁽²⁾. ويذهب جانب آخر من الفقه إلى القول بتعويض المتعاقد مع الإدارة على أساس نظرية عمل الأمير في حالة اتخاذ الإدارة إجراء عاماً، واستند هذا الجانب في رأيه إلى أن أغلب أحكام محكمة القضاء الإداري قضت بالتعويض على أساس هذه النظرية⁽³⁾.

ونميل إلى الرأي الذي يقول بتعويض المتعاقد مع الإدارة عندما تقوم بإجراء عام قد يرتب ضرراً للمتعاقد معها، فذلك يتماشى مع متطلبات العدالة وتحقيق التوازن المالي للعقد الإداري

(1) نواف كنعان، القانون الإداري، الكتاب الثاني، دار الثقافة، عمان، (2001) ص372-373؛ محمود المغربي، المشكلات التي تواجه تنفيذ العقود الإدارية، دراسة مقارنة في النظرية والتطبيق، المؤسسة الحديثة للكتاب، طرابلس، (1998)، ص92.

(2) C. E 9 mar 1928, compagnie des séries africaines, R. D. P. 1928 P 326.

مشار إليه لدى علي الفحام، سلطة الإدارة في تعديل العقد، دراسة مقارنة، القاهرة، دار الفكر العربي، (1976)، ص356.

(3) سليمان الطماوي، الأسس العامة للعقود الإدارية، مرجع سابق، ص612.

الذي يعد حقاً للمتعاقد، وعندما يتم تعويض المتعاقدين بسبب إجراء عام صادر من جانب الإدارة لا دخل للمتعاقد فيه، فهذا يعد دافعاً للأفراد للتعاقد مع الإدارة في عقود مستقبلية باعتبارهم يساهمون بشكل فعال في تسيير المرفق العام والعمل على تقديم الخدمات للمواطنين. أما الإجراءات الخاصة فيقصد بها تلك الإجراءات التي تقوم بها الإدارة لا بغرض المساس بأحد شروط العقد وإنما من شأنها تدخل الإدارة في التأثير على ظروف التنفيذ بما يؤدي لتحميل المتعاقد أعباء جديدة لم يتوقعها عند إبرام العقد⁽¹⁾، ومن الأمثلة على الإجراءات الخاصة تلك الإجراءات التي تعمل على تعديل الرسوم المطلوب تحصيلها من المنتفعين بخدمات المرفق العام محل العقد، أو زيادة نطاق الأعمال التي عهد بها للمتعاقد مع الإدارة، أو إدخال تعديلات على تنظيم المرفق العام محل الامتياز تجعله مختلفاً تماماً عما كان عليه وقت إبرام عقد الامتياز⁽²⁾. ولا خلاف بين الفقهاء في حق المتعاقد مع الإدارة في المطالبة بالتعويض إذا صدر إجراء خاص من قبل الإدارة، وأن أساس هذا التعويض هو نظرية فعل الأمير⁽³⁾.

الفرع الثاني

شروط تطبيق نظرية عمل الأمير

يجمع الفقه والقضاء الإداريان على ضرورة توفر مجموعة من الشروط لتطبيق نظرية عمل الأمير في ميدان العقود الإدارية وتمثل هذه الشروط بما يلي:

أولاً: أن ترتبط نظرية عمل الأمير بعقد من العقود الإدارية "أن نكون بصدد عقد إداري"

فلا مجال لتطبيق هذه النظرية على عقود القانون الخاص، فقد ترم الإدارة في بعض الأحيان عقوداً تندرج ضمن دائرة العقود المدنية باعتبارها شخصاً من أشخاص القانون

(1) حمد الشلثماني، امتيازات السلطة العامة في العقد الإداري، دار المطبوعات الجامعية، الاسكندرية، (2007)، ص298؛ محمد إبراهيم، المخاطر التي تواجه تنفيذ العقد الإداري، رساله دكتوراه، جامعه عمان العربية، عمان، (2005)، ص108.

(2) نواف كنعان، القانون الإداري، الكتاب الثاني، مرجع سابق، ص383.

(3) محمد إبراهيم، المخاطر التي تواجه تنفيذ العقد الإداري، مرجع سابق، ص107.

الخاص،⁽¹⁾ ومن البديهي أن يكون العقد المبرم بين الإدارة والمتعاقد هو عقد إداري، لكوننا بصدد نظرية خاصة بعقود القانون العام، فقد أرسى مجلس الدولة الفرنسي هذه النظرية لتعزيز روابط القانون العام واحتياجات المرفق العام ومقتضيات سير المرفق العام بانتظام واطراد، لذا لا يستفيد المتعاقد مع الإدارة من تطبيق هذه النظرية إلا عند وجود رابطة تعاقدية إدارية بينهما

ثانياً: أن يكون الفعل الضار الذي أدى إلى الإخلال بالتوازن المالي للعقد الإداري صادراً من جهة الإدارة المتعاقدة ذاتها

فإذا صدر فعل ضار من سلطة عامة أخرى أو جهة إدارية غير جهة الإدارة المتعاقدة فلا مجال لتطبيق نظرية عمل الأمير، لكونه قد تخلف أحد شروط هذه النظرية وامتنع بالتالي تطبيق أحكامها⁽²⁾. وكان القضاء الإداري في فرنسا يطبق نظرية عمل الأمير على جميع الأعمال الإدارية التي تصدر عن السلطات العامة، إلا أن مجلس الدولة الفرنسي قد عدل عن ذلك وقضى بأن تكون الإجراءات التي رتب ضرراً للمتعاقد والتي تستوجب التعويض يجب أن تكون صادرة من الجهة الإدارية المتعاقدة، ومن ثم ضيق من نطاق هذه النظرية وحصرها في الأعمال الصادرة عن السلطة الإدارية التي أبرمت العقد، ابتداءً من حكمها في قضية Ville de Toulon⁽³⁾.

ونجد أن أحكام القضاء الإداري المصرية تشترط صدور الفعل أو الإجراء من الإدارة المتعاقدة نفسها، لكي نطبق نظرية عمل الأمير في هذا المجال، فقضت المحكمة الإدارية العليا في حكم لها بـ"تدخل القضاء الإداري لتحقيق التوازن المالي للعقد الإداري تطبيقاً لنظرية فعل الأمير الذي مناطه توافر شروط هذه النظرية ومن بينها شرط أن يكون الفعل الضار صادراً من جهة الإدارة المتعاقدة، فإذا ما صدر هذا الفعل عن شخص معنوي عام غير الذي أبرم العقد فقد تخلف أحد شروط نظرية فعل الأمير وامتنع بذلك تطبيقها، ولكن ذلك الامتناع لا يحول دون تطبيق نظرية

(1) حمدي القبيلات، القانون الإداري، الجزء الثاني، (ط1)، عمان، دار وائل للنشر والتوزيع، (2010) مرجع سابق، ص166.

(2) رمضان بطيخ، ونوفان العجارمة، مبادئ القانون الإداري في المملكة الأردنية الهاشمية، الكتاب الثاني، الطبعة الأولى، دار إثراء للنشر والتوزيع، عمان، (2011)، ص525.

Bergère, François et Bezançon, Xavier et Deruy, Laurent et Goulard, Guillaume et Fornacciari, Marc, Le guide opérationnel des ppp, édition du moniteur, paris, (2010), p214.

(3) C. E. 4 Mars 1949, Ville de Toulon, Rec, p 197.

الحوادث الطارئة إذا ما توافرت شروطها"⁽¹⁾.

وقضت محكمة التمييز الأردنية في أحد أحكامها بضرورة توافر هذا الشرط حيث قضت أنه "يشترط لتطبيق نظرية فعل الأمير على العقود الإدارية أن يصدر عن السلطة العامة المتعاقدة تصرف أو فعل من شأنه أن يجعل تنفيذ العقد من المتعاقد أكثر صعوبة ويحمله أعباء وتكاليف تزيد عن الأعباء التي التزم بها في مواجهتها...."⁽²⁾.

ثالثاً: أن يترتب على الإجراء ضرر فعلي وخاص للمتعاقد

ومن أجل إعمال هذه النظرية يجب أن يترتب على تصرف الإدارة المشروع ضرر فعلي للمتعاقد معها، وأن يكون الضرر مؤكداً ومباشراً دون أن تشترط في هذا الضرر درجة معينة من الجسامة؛ فقد يكون جسيماً أو يسيراً⁽³⁾، ويشترط في هذا الضرر أن يكون خاصاً أي أنه أصاب المتعاقد وحده، وهذا ما أكدته مجلس الدولة الفرنسي في العديد من أحكامه، فقضى برفض التعويض عن قرار إقامة موقف سيارات الأجرة على سطح أرض موقف السيارات، وذلك لعدم ترتيبه ضرراً خاصاً للمتعاقد مع الإدارة على استغلال موقف سيارات مدينة باريس⁽⁴⁾.

وهذا ما قضت به المحكمة الإدارية العليا المصرية في حكم لها بـ "أن الثابت من الأوراق أن الظروف التي طرأت على أسعار مواد البناء لم تتولد عن الجهة الإدارية المتعاقدة وهي مديرية الإسكان بمدينة سوهاج، هذا فضلاً عن أن الضرر الذي تدعيه الشركة بحسبان أن تلك الزيادة قد تم سرعانها على جميع التعاقدات، سواء في النطاق الإداري أو نطاق تعاملات الأفراد، وبالتالي فلا تكون شروط ومحل انطباق نظرية عمل الأمير متحققة بالنسبة إلى النزاع المائل، الأمر الذي يتعين معه القضاء برفض الطلب"⁽⁵⁾.

ويستفاد من هذا الحكم أنه لم يطبق نظرية عمل الأمير على هذه الحالة لكون الضرر الذي لحق بالمتعاقد ليس ضرراً خاصاً، وإن كان بالإمكان تطبيق نظرية أخرى متى ما توافرت شروطها.

(1) المحكمة الإدارية العليا المصرية، الطعن رقم 1562 لسنة 10 ق. ع. جلسة بتاريخ 1968/5/11

(2) تمييز حقوق، قرار رقم 1994/34، منشورات مركز عدالة الالكتروني.

(3) تمييز حقوق، قرار رقم 1979/117، تاريخ 1979/4/10، منشورات مركز عدالة الالكتروني.

(4) C. E 2 mai 1982 Société paris parking, R. D. P. 1983. P445 .

(5) المحكمة الإدارية العليا المصرية، الطعن رقم 1749 لسنة 37 ق. ع. جلسة 1997/12/16.

رابعاً: عدم وقوع خطأ من جانب الإدارة

يجب على الإدارة المتعاقدة أن تتخذ إجراءات سليمة يفرضها الصالح العام وفي حدود سلطتها المعترف بها لها، فإذا كان إجراؤها قائماً على خطأ فإنها تسأل في هذه الحالة عن الخطأ الذي ارتكبته⁽¹⁾، وأكدت على هذا الشرط المحكمة الإدارية العليا المصرية في حكم لها جاء فيه "...من شروط نظرية فعل الأمير.. افتراض أن الإدارة المتعاقدة لم تخطئ حين اتخذت عملها الضار..."⁽²⁾.

خامساً: أن يكون الإجراء الضار الصادر عن الإدارة غير متوقع عند إبرام العقد الإداري

يجب لإعمال هذه النظرية أن يكون الإجراء الصادر عن الجهات الإدارية المتعاقدة مفاجئاً للمتعاقد، وألا يكون قد توقعه وقت إبرام العقد الإداري، وهذا ما اشترطه القضاء الإداري في فرنسا ومصر، أما إذا توقع المتعاقد هذا الإجراء وقت إبرام العقد، فيفترض أنه أدخله في حساباته حين قبل المقابل المالي للعقد المتفق عليه، الأمر الذي يتعذر معه الاستناد إلى نظرية عمل الأمير⁽³⁾.

وقد أبرزت محكمة القضاء الإداري المصرية هذا الشرط عندما قضت في حكم لها بأن "من شروط تطبيق نظرية عمل الأمير أن يكون الإجراء أو التشريع الجديد غير متوقع الصدور وقت التعاقد، فإذا ما توقعته نصوص العقد فإن المتعاقد مع الإدارة يكون قد أبرم العقد وهو مقدر لهذه الظروف، الأمر الذي يترتب عليه تعذر الاستناد إلى تلك النظرية..."⁽⁴⁾.

(1) سيد احمد جادالله،، سلطة القاضي إزاء العقد الإداري، دراسة مقارنة، رسالة دكتوراه غير منشورة، جامعة القاهرة، القاهرة، مصر، (2007)، ص387.

(2) المحكمة الإدارية العليا المصرية، حكمها الصادر لسنة 6 ق.ع. بتاريخ 1961/5/20.

(3) عبدالعزيز خليفة، الأسس العامة في العقود الإدارية، الاسكندرية، المركز القومي للإصدارات القانونية، (2008)، ص215.

(4) محكمة القضاء الإداري المصرية، القضية رقم 983، لسنة 9 ق، جلسة 1957/2/30.

المطلب الثاني

الأساس القانوني لنظرية عمل الأمير والآثار المترتبة على تطبيقها

سوف نتناول في هذا المطلب الأساس القانوني لنظرية عمل الأمير، والآثار المترتبة على تطبيق هذه النظرية على النحو التالي:

الفرع الأول

الأساس القانوني لنظرية عمل الأمير

لقد أوضحنا سابقاً أن نظرية عمل الأمير هي من خلق القضاء الإداري الفرنسي، ثم أخذ بها القضاء الإداري المصري. ونظراً لعدم تكريس هذه النظرية ضمن النصوص القانونية فقد ثار جدل فقهي حول الأساس القانوني الذي يعطي المتعاقد المطالبة بالتعويض، فاجتهد الفقه والقضاء المقارن في إيجاد أساس سليم يمكن الاستناد عليه عند التعويض؛ فذهب جانب من الفقه إلى تأسيس تعويض المتعاقد مع الإدارة وفقاً لنظرية عمل الأمير إلى فكرة المسؤولية التعاقدية للإدارة، ويستندون في ذلك إلى أن المتعاقد مع الإدارة لم يقبل ويتحمل الالتزامات التعاقدية إلا بعد حصوله على المقابل المالي لهذا العمل، لذا عند زيادة الالتزامات على المتعاقد من جانب الإدارة المتعاقدة فإنه يستحق زيادة المقابل المالي الذي حصل عليه، وطبيعة العقد الإداري تلزم الإدارة بتعويض المتعاقد معها كلما تدخلت تدخلاً من شأنه الإخلال بالتوازن المالي للعقد، فهذا التدخل المشروع الصادر من جانب الإدارة يكون الهدف منه تحقيق المصلحة العامة، وتنفيذ العقد بشكل يكون أكثر ملاءمة للمرفق العام فيرتب أعباء ونفقات غير متوقعة لحظة إبرام العقد، وما يترتب عليه من تعويض للمتعاقد لتحقيق التوازن المالي لكي يستطيع الاستمرار في تنفيذ العقد الإداري⁽¹⁾.

فوفقاً لهذا الرأي الفقهي فإن التعويض يقوم على أساس العقد الإداري، فالمتعاقد عندما تعاقد مع الإدارة إنما تعاقد معها على محل ثابت للعقد، وعندما اضطرت الإدارة إلى زيادة التزامات المتعاقد لتحقيق المصلحة العامة وتسيير المرفق العام بانتظام واطراد، فإنه من واجبه زيادة

(1) جابر جاد نصار، العقود الإدارية، القاهرة، دار النهضة العربية، (2005)، ص 275

Badaoui,Sarait, Le fait du prince dans les contrats administratifs en droit français et en droit égyptien,thèse,paris, (1954) ,p 108

المقابل المالي للمتعاقد بدل الضرر الذي لحق به نتيجة هذه الالتزامات المستحدثة، فسلطة الإدارة في التعديل التي تستمدّها من القانون العام يتطلب منها تعديل المقابل المالي، وأقر مجلس الدولة الفرنسي في بعض أحكامه تعويض المتعاقد مع الإدارة عن نظرية فعل الأمير استناداً للمسؤولية التعاقدية⁽¹⁾.

وتعرض هذا الأساس للنقد؛ إذ أن فكرة المسؤولية التعاقدية هي فكرة غير منسجمة في هذا المجال لأن المسؤولية التعاقدية في القانون المدني تفترض إخلال أحد المتعاقدين بالتزاماته المتولدة عن العقد في حين أن فعل الأمير لا يتضمن من جانب الإدارة أي إخلال بالتزاماته التعاقدية⁽²⁾. ويؤخذ على هذه النظرية أيضاً أنها تحدد أساس التعويض نتيجة الإخلال ببنود العقد ذاته، في حين أنه لم يخل أي من المتعاقدين بالتزاماته لكي يترتب ضرر لأي منهما ليتسنى المطالبة بالتعويض على أساس الخطأ، فالمسؤولية العقدية تقوم على ثلاثة عناصر: الإخلال بالالتزام (الإضرار)، والضرر، وعلاقة السببية بينهما، وما قامت به الإدارة هو اتخاذها لإجراءات مشروعة دون إخلالها بالتزامها التعاقدية مع المتعاقد، وتقوم الإدارة بهذه التصرفات خارج نطاق العقد الإداري، لذا لا يمكن التسليم بأن العقد هو أساس التعويض لنظرية عمل الأمير.

وذهب جانب آخر من الفقه إلى تأسيس التعويض وفقاً لنظرية عمل الأمير على فكرة التوازن المالي للعقد الإداري، فحصول المتعاقد على التعويض يحقق التوازن المالي العادل بين الحقوق والالتزامات العقدية له، ويعيد التوازن لحالته التي رضي بها المتعاقد وقت إبرام العقد لتمكين المتعاقد من الاستمرار في تنفيذ العقد⁽³⁾.

ويرتبط العقد الإداري بنشاط المرفق العام فهو الذي يبرر ويسمح للإدارة بالتدخل لتعديل العقد لزيادة الالتزامات لمقتضيات تسيير المرفق العام وتحقيق الصالح العام، وضرورة استمرار تنفيذ العقد الإداري هو الذي يبرر وجود فكرة التوازن المالي لتحقيق التوازن الشريف والعادل بين طرفي العقد الإداري⁽⁴⁾.

(1) C. E 22 octobre 1937, Compagnie générale des îles kerguelen, Saint-Paul et Amstredam, Rec,p 839 .

(2) سليمان الطماوي، الأسس العامة للعقود الإدارية، مرجع سابق، ص 628.

(3) علي الفحام، سلطة الإدارة في تعديل العقد الإداري، مرجع سابق، ص 311؛ الطماوي، سليمان، الأسس العامة للعقود الإدارية، مرجع سابق، ص 654.

(4) جابر جاد نصار، العقود الإدارية، مرجع سابق 258.

وأخذ مجلس الدولة الفرنسي بفكرة التوازن المالي للعقد كأساس لتعويض المتعاقد وفقاً لنظرية عمل الأمير، وأكد على أن هذه الفكرة هي أساس التعويض للمتعاقد مع الإدارة وهي ملازمة لحق الإدارة في التدخل أثناء تنفيذ العقد الإداري⁽¹⁾، وأخذت به المحكمة الإدارية العليا المصرية في أحد أحكامها فقضت بأن "تدخل القضاء لتحقيق التوازن المالي للعقد الإداري تطبيقاً لنظرية فعل الأمير مناطه توافر شروط هذه النظرية...."⁽²⁾.

وتم انتقاد هذه الفكرة أيضاً؛ فقد ذهب جانب من الفقه إلى القول بأن فكرة التوازن المالي للعقد الإداري فكرة خطيرة وغير صحيحة؛ فالطابع العام لهذه الفكرة يجعلها أساساً عاماً لكل تعويض يحصل عليه المتعاقد حتى لو كان اختلال التوازن المالي راجعاً لغير جهة الإدارة المتعاقدة مما يجعلها فكرة خطيرة تحمل الإدارة أعباء لا دخل لها فيها، وهذه الفكرة لا توجد حاجة لها لتفسير حق المتعاقد في التعويض وذلك لأن التعويض ما هو إلا نتيجة لازمة لسلطة التعديل التي تملكها الإدارة⁽³⁾.

بينما ذهب جانب ثالث من الفقه إلى تأسيس التعويض الذي يحصل عليه المتعاقد من الإدارة عن الضرر الذي أصابه نتيجة اتخاذ الإدارة لبعض الإجراءات الإدارية وفقاً لنظرية عمل الأمير - على فكرة الإثراء بلا سبب والتي تعد من النظريات المستقرة في القانون الخاص، ويستندون في رأيهم إلى قيام الإدارة بإنقاص المزايا المالية للمتعاقد معها باتخاذها إجراء صادراً من جانبها بإرادتها المنفردة، وعند قيامها بتعويض المتعاقد فإنها تكون قد أثرت المتعاقد دون أن يستند هذا الإثراء إلى سبب معين في العقد، ويكون إثراء الإدارة من خلال تخفيض النفقات التي كان يتعين على الإدارة إنفاقها، وهو ما أدى إلى افتقار المتعاقد، لإجراءات الإدارة التي تهدف من وراءها لتحقيق المصلحة العامة دون خطأ من جانبها ترتب عليها تغييراً في مركز المتعاقد بإنقاص المزايا المقررة في العقد⁽⁴⁾.

ونجد أن هذه الفكرة، وإن كان بالإمكان تطبيقها في نطاق القانون الخاص، إلا أنه لا يمكن تطبيقها في مجال العقود الإدارية لطبيعتها الخاصة، وفكرة الإثراء بلا سبب يمكن تطبيقها في ضوء عدم وجود علاقة تعاقدية يمكن الاعتداد بها في مواجهة الإدارة، لذا لا يمكن القول بأن هذه

(1) C. E 2 février 1983, Union de transports publics urbains régionaux, Rec, p 33.

(2) المحكمة الإدارية العليا المصرية، الطعن رقم 1562 لسنة 10 ق.ع. جلسة 1968/5/11.

(3) Saroit Badaoui, Le fait du prince dans les contrats administratifs en droit français et en droit égyptien, op.cit, p133.

(4) عزيزة الشريف، دراسات في نظرية العقد الإداري، مرجع سابق، ص122.

الفكرة تصلح لتكون أساساً للتعويض عن نظرية عمل الأمير في ظل وجود علاقة تعاقدية.

كما ذهب جانب رابع من الفقه إلى تأسيس هذه النظرية على مبدأ المساواة أمام الأعباء العامة، فتعد هذه النظرية من المبادئ التي استحدثها القانون الإداري والذي يقضي بمساهمة الأفراد في تحمل التكاليف العامة كل بقدر يتناسب مع مركزه وقدراته وامكانياته الخاصة، فقيام الإدارة بإرادتها المنفردة بزيادة أعباء المتعاقد معها دون أن تعيد توازناً مالياً للعقد ودون تعويض المتعاقد فإن الإدارة تكون قد فرضت ضريبة شخصية أو استثنائية على المتعاقد دون غيره من المواطنين، وهذا يعد مخالفاً لمبدأ المساواة أمام الأعباء العامة⁽¹⁾.

ولم يسلم هذا الاتجاه من النقد أيضاً، فيعد هذا المبدأ واسع النطاق، ولا يوجد تحديد واضح لمعالمه، وهذه الفكرة هي فكرة فضفاضة واسعة مما يصعب معها تبرير حق المتعاقد في التعويض وفقاً لهذه الفكرة⁽²⁾، فضلاً عن أن أحكام القضاء الإداري في فرنسا ومصر قد استقرت على رفض تطبيق نظرية عمل الأمير إذا كان الإجراء غير صادر من الجهة المتعاقدة حتى يتم التعويض استناداً لهذه النظرية، مما يتضح منه أنه لا يأخذ بفكرة المساواة أمام الأعباء العامة كأساس للتعويض، نظراً لكون تلك الفكرة تبرر التعويض سواء أكان الإجراء صادراً من الإدارة المتعاقدة أو من غيرها.

ونحن نؤيد الرأي الذي يقول إن الأساس القانوني للتعويض استناداً لنظرية عمل الأمير هو أساس مزدوج، أي أنه يقوم على الأساس التعاقدي وفكرة التوازن المالي، فيشترط لقيام هذه النظرية أن يكون الإجراء المشروع صادراً من الجهة المتعاقدة، وبخلاف ذلك نكون أمام تطبيق نظرية أخرى إذا توافرت شروطها، فضلاً عن أن الإدارة تحمي المتعاقد معها بإعادة التوازن المالي للعقد الإداري حتى يتسنى للمتعاقد المساهمة في تسيير المرفق العام، وتعويض المتعاقد يكون بسبب الإجراءات التي لم يكن توقعها وقت إبرام العقد مما أدى إلى إثقال كاهل المتعاقد بأعباء إضافية⁽³⁾.

(1) أحمد سلامة بدر، العقود الإدارية وعقد البوت، الطبعة الثانية، دار النهضة العربية، القاهرة، (2010)، ص 255؛ علي الفحام، سلطة الإدارة في تعديل العقد الإداري، مرجع سابق، ص 384-385.

(2) حمدي علي عمر، المسؤولية التعاقدية للإدارة، دراسة مقارنة، دار النهضة العربية، (2006)، ص 200.

(3) علي عبد المولى، الظروف التي تطرأ أثناء تنفيذ العقد الإداري، دراسة مقارنة، رسالة دكتوراه، جامعة عين شمس، القاهرة، (1991)، ص 501.

الفرع الثاني آثار نظرية عمل الأمير

يترتب على توافر شروط نظرية عمل الأمير عدة آثار، فعلى الإدارة إعادة التوازن المالي للعقد الإداري عن طريق تعويض المتعاقد معها عن كافة الأضرار التي لحقت به من جراء فعل الإدارة تعويضاً كاملاً، ويستطيع المتعاقد المطالبة بفسخ العقد عند استحالة تنفيذ العقد، كما يعفى المتعاقد من الغرامات ذات الصلة بالإجراءات التي اتخذتها الجهة الإدارية المتعاقدة معه، ونعرض أهم الآثار المترتبة على هذه النظرية كما يلي:

أولاً: إعادة التوازن المالي للعقد الإداري

إعادة التوازن المالي للعقد الإداري هو الأثر الأساسي لتطبيق نظرية عمل الأمير وذلك عن طريق تعويض المتعاقد عن الأضرار التي لحقت به نتيجة الأعمال التي قامت بها الإدارة تعويضاً كاملاً، ويتم التعويض عن كافة الأضرار التي تلحق بالمتعاقد بسبب ممارسة الإدارة لسلطتها المشروعة في هذا المجال وذلك للحفاظ على التوازن المالي للعقد الإداري وإعادة الحال إلى ما كان عليه لحظة إبرام العقد، ويتم منح التعويض للمتعاقد من قبل القاضي الإداري الذي يباشر رقابته بدقة لمعرفة الفرق بين التزامات المتعاقد قبل صدور الإجراء المكون لفعل الأمير وبعده، والمبدأ المستقر في قضاء مجلس الدولة الفرنسي هو التعويض الكامل عن عمل الأمير⁽¹⁾.

وبينت محكمه القضاء الإداري المصرية العناصر التي تشمل التعويض عندما قضت في حكم لها بـ "أن القاعدة بالنسبة للتعويض أنه إذا لم يكن مقداره متفقاً عليه في العقد فإن جهة الإدارة لا تملك أن تستقل بتقديره بل يقدره القاضي اعتباراً بأنه ينشأ عن تكاليف غير متوقعة... والمحكمة إنما تقدم هذا التعويض طبقاً للقواعد المقررة في القانون الإداري في هذا الشأن وهو يشمل عنصرين: الأول: ما لحق المتعاقدين من خسارة ويتضمن هذا العنصر المصروفات الفعلية التي أنفقها المتعاقد، والعنصر الثاني: ما فات المتعاقد مع الإدارة من كسب على اعتبار أن من حقه أن يعوض عن ربحه الحلال من عمله ورأس ماله...."⁽²⁾.

(1) علي عبد المولى، الظروف التي تطرأ أثناء تنفيذ العقد الإداري، مرجع سابق، 544.

Pierre Laurent Frier, précis de droit administratif, 3e édition, Montchrestien, (2004), p349.

(2) محكمة القضاء الإداري المصرية، القضية رقم 983 لسنة 9 ق، جلسة 1957/6/30.

ومما يتعلق بالعنصر الأول، وهو ما لحق المتعاقد من خسارة بسبب تصرف الإدارة المشروع، كافة المصروفات الفعلية التي أنفقها المتعاقد، وهذه المصروفات تختلف باختلاف الأحوال وطبيعة التعديل ونتائجه، كما أنه قد يترتب على تعديل العقد أثناء تنفيذه خسائر متنوعة وفي هذه الحالة يجب تقدير الخسائر ما دامت علاقة السببية قائمة بينهما وبين الإجراء الذي طلبت جهة الإدارة من المتعاقد معها اتخاذه.⁽¹⁾ ولا يدخل في حساب الخسارة تلك الخسارة التي لحقت بالمتعاقد قبل قيام الإدارة باتخاذ الإجراء المشروع الذي ألحق ضرراً بالمتعاقد، وإنما يتحمل تلك الخسارة المتعاقد وحده.

أما العنصر الثاني وهو ما فات المتعاقد من كسب فيشمل المبالغ المعقولة التي كان المتعاقد يعول عليها باعتبارها ربحاً مشروعاً له قبل اختلال التوازن المالي للعقد من جراء تعديله من جانب الإدارة، حيث لا تستطيع الإدارة أن تجعل المتعاقد معها يعمل بدون مقابل، فهو لم يقدم على التعاقد معها إلا بهدف تحقيق بعض الربح، ويجب أن يكون التعويض عادلاً ويحقق التوازن المالي للعقد في المقام الأول؛ فلا يجوز أن يتجاوز التعويض حجم الضرر الفعلي، ولا يستطيع أحد أن يغفل واقعة أن المتعاقد لم يؤد العمل الذي كان سيحقق له الكسب المفقود، ويخضع هذا العنصر لقيد أساسي يتمثل في الكسب المعقول وهو الذي يؤخذ بعين الاعتبار عند تقدير التعويض المستحق للمتعاقد.⁽²⁾

والتعويض الذي يحصل عليه المتعاقد بعنصره، وفقاً لهذه النظرية، يجب أن لا يتجاوز حجم الضرر الحقيقي سواء أكان هذا الضرر يتمثل في الخسارة التي لحقت بالمتعاقد أو الكسب الذي كان يرنو لتحقيقه عند تمام تنفيذ العقد، ويستعين القاضي بالخبراء والفنيين خصوصاً في المنازعات الدقيقة من أجل تقدير التعويض بشكل عادل ومنصف للمتعاقد. ويشترط لحصول المتعاقد على التعويض عدم مساهمته في إحداث الضرر المترتب على فعل الأمير، وعدم تضمين العقد الإداري نصاً يعفي الإدارة المتعاقدة من المسؤولية، وأن يستمر المتعاقد مع الإدارة في تنفيذ العقد قدر استطاعته⁽³⁾، واستمرار المتعاقد في التنفيذ يعد أمراً بديهياً ويتوافق مع مبدأ حسن

(1) حمد الشلحاني، امتيازات السلطة العامة في العقد الإداري، ص 303؛ محمد إبراهيم، المخاطر التي تواجه تنفيذ العقد الإداري، مرجع سابق، ص 115.

(2) حمد الشلحاني، امتيازات السلطة العامة في العقد الإداري، ص 303.

(3) علي عبدالمولى، الظروف التي تطرأ أثناء تنفيذ العقد الإداري، مرجع سابق، ص 551.

النية في العقود الإدارية، الذي يجب أن يسود تصرفات الجهات الإدارية، فالعقد الإداري وسيلة لإدارة المرفق العام، والمتعاقد يعتبر معاوناً للإدارة، لذا يتطلب منه الاستمرار في تنفيذ التزاماته التعاقدية حتى لو كان تنفيذه أصبح مرهقاً ما دام القضاء الإداري يعمل على إعادة التوازن المالي للعقد⁽¹⁾.

ثانياً: فسخ العقد لاستحالة التنفيذ

يحق للمتعاقد المطالبة بفسخ العقد إذا أدى فعل الإدارة إلى زيادة الأعباء على المتعاقد لدرجة كبيرة لا يستطيع تحملها كزيادة كمية ومقدار الأشغال المتفق عليها على المتعاقد معها زيادة كبيرة، أو تأخر الإدارة تأخراً كبيراً في البدء في تنفيذ العقد، أو وقف الإدارة للعمل بموضوع العقد لمدة طويلة دون مبرر معقول، أو توقيع الإدارة عقوبات بالغة الجسامة على المتعاقد دون ارتكابه خطأ يبرر تلك العقوبات، أو كانت الزيادة في التزاماته تفوق إمكانياته الفنية والمالية، وكان تنفيذ العقد مستحيلاً، جاز له طلب فسخ العقد، وفي حال عدم استجابة الإدارة جاز له اللجوء للقضاء للمطالبة بالفسخ⁽²⁾.

وتترتب آثار فسخ العقد الإداري كأثر لنظرية عمل الأمير من تاريخ طلب المتعاقد فسخ العقد، وليس من تاريخ إقراره من جانب الإدارة أو صدور حكم بفسخ العقد من قبل القاضي الإداري، ويكون فسخ العقد في هذه الحالة قد حقق توازناً بين المصلحة العامة للمرفق العام، وبين حق المتعاقد معها إذا حدثت زيادة في الأعباء على المتعاقد لا تتناسب مع قدراته وإمكانياته، إذ أن توقف المتعاقد عن التنفيذ قد يعرضه لفرض جزاءات عليه من قبل الإدارة، وفي ذات الوقت استمراره في التنفيذ في ظل الإجراءات الجديدة لا يتوافق مع إمكانياته وقدراته مما قد يجعله يتوقف جبراً عن التنفيذ، ثم إهدار حقه في التوازن المالي، لذا فإن التوفيق بين المصالح المشروعة للمتعاقد تتمثل في حقه أن يفسخ العقد ويعطي وقتاً للإدارة لتبحث عن متعاقد آخر تسمح قدراته وإمكانياته بتنفيذ العقد في ظل الظروف الجديدة. ولا شك أن فسخ العقد تطبيقاً لهذه النظرية لا يؤثر على مفهومها لكونها تعد إحدى آليات القاضي الإداري في إعادة التوازن المالي للعقد، فالهدف

(1) Martine Lombard et Gilles Dumont et Jean Sirinelli, Droit Administratif, 10e édition, Dalloz, (2013), p.291.

(2) محمود المغربي، المشكلات التي تواجه تنفيذ العقود الإدارية، مرجع سابق، ص 92.

من هذه النظرية هو الحفاظ على استمرار تنفيذ العقد للحفاظ على توازنه المالي⁽¹⁾.

ويثار تساؤل في هذا المجال هل يستطيع المتعاقد المطالبة بالتعويض الكامل ليغطي ما لحقه من خسارة وما فاتته من كسب إذا ما تم فسخ العقد بناءً على طلبه؟

إن قيام الإدارة باتخاذها إجراءات مشروعة لتحقيق المصلحة العامة أدت إلى إلحاق الضرر بالمتعاقد دون ارتكابه أي خطأ من جانبه مما أدى إلى طلب المتعاقد فسخ العقد، وهذا لا يؤدي إلى خروج هذه الإجراءات عن نطاق المشروعية، ومن غير المعقول ومما يتنافى مع المنطق والمصلحة العامة استمرار الإدارة في تعاقد إداري أصبح مفتقراً لتحقيق المصلحة العامة، لأن ذلك يعتبر خسارة اقتصادية على المرفق العام لا مبرر لها، ويجب تغليب المصلحة العامة على مصلحة المتعاقد الخاصة، علماً أن المتعاقد لا يملك إلا الخضوع لأوامر الإدارة. ولكون المتعاقد لا دخل له في الأسباب التي دفعته للفسخ الانفرادي للعقد من جانب الإدارة، فيجب أن لا يحرم من المكاسب التي كان يسعى لتحقيقها من وراء هذا التعاقد، لذا فإن التعويض الذي يستحقه يشمل كلا العنصرين ما لحقه من خسارة وما فاتته من كسب.

ومع أن الفسخ في هذه الحال تم بناءً على طلب من المتعاقد ذاته، إلا أنه لم يطلب ذلك إلا بعد أن تدخلت الإدارة بما صدر عنها من إجراءات مشروعة، أدت إلى كون تنفيذ العقد بهذه الظروف مرهقاً للمتعاقد ولا يستطيع المتعاقد تحملها لعدم قدرته على الاستمرار في التنفيذ بتوافر هذه الظروف، ففعل الإدارة المشروع هو السبب المباشر لطلب المتعاقد فسخ العقد، وهذا ما أكدته المحكمة الإدارية العليا المصرية في حكم لها بأن "للإدارة حق تغيير شروط العقد وإضافة شروط جديدة بما قد يترأى لها أنه أكثر اتفاقاً مع الصالح العام..... كل ذلك بشرط ألا يصل التعديل إلى حد فسخ العقد كلياً، وإلا جاز للطرف الآخر طلب فسخه، وبشرط أن يكون له الحق في التعويضات إذا اختلت الموازنة في الشروط المالية، والتعويض بوجه عام مقايضة بالضرر المباشر، وهو يشتمل على عنصرين جوهريين هما الخسارة التي لحقت بالضرر، والكسب الذي فاتته"⁽²⁾.

(1) علي عبد المولى، الظروف التي تطرأ أثناء تنفيذ العقد الإداري، مرجع سابق، 422-424.

(2) المحكمة الإدارية العليا المصرية، القضية رقم 1520، لسنة 2 ق. ع. جلسة 1957/4/20.

ثالثاً: الإعفاء من غرامة التأخير

تم تعريف غرامة التأخير بأنها "مبلغ جزافي كتعويض اتفريقي منصوب عليه في العقد يؤخذ من المتعاقد المتراخي في تنفيذ التزاماته"⁽¹⁾، وعرفها آخر بأنها "تعويضات مالية إجمالية يتم النص عليها في العقد إذا تأخر المتعاقد مع الإدارة في التنفيذ أو إذا أخل بالتزام عليه".

وتتميز غرامة التأخير بأنها اتفاقية؛ فالعقد الإداري أو القانون يتضمن مقدار الغرامة التي تستطيع الإدارة فرضها على المتعاقد معها، فإذا لم يتضمن القانون أو العقد هذه الغرامة فلا تستطيع الإدارة فرضها خلاف الجزاءات الأخرى كمصادرة الكفالة أو التأمين، وتتميز أيضاً بأنها مرنة انطلاقاً من صلاحية الإدارة العامة بفرضها وفقاً لقرار إداري دون حاجة لاستصدار حكم قضائي بها، لكون هذه الجزاءات نابعة من امتيازات السلطة العامة التي تهدف لتحقيق المصلحة العامة، لا سيما أنها تتسم بالتلقائية حيث تملك الإدارة هذه السلطة بمجرد التأخر في تنفيذ الالتزامات دون حاجة إلى إثبات الضرر من قبل الإدارة. وتمتاز بأنها محددة الأسباب، فالإدارة العامة تلتزم عند فرضها غرامة التأخير أن يكون المتعاقد معها قد تأخر عن المواعيد المحددة لتنفيذ العقد الإداري⁽²⁾، وهذا ما نصت عليه التشريعات النازمة للعقود الإدارية فنصت المادة 81 من تعليمات اللانحة التنفيذية لقانون المناقصات والمزايدات المصري رقم 89 لسنة 1998 أنه "توقع غرامة التأخير ولو لم يترتب عليه أي ضرر"، ونصت المادة 86 من تعليمات العطاءات الأردني رقم (1) لسنة 2008 تعليمات تنظيم إجراءات العطاءات وشروط الاشتراك فيها أنه "إذا تأخر المتعهد في تنفيذ ما التزم به في الموعد المحدد بالعقد فتفرض عليه غرامة مالية بنسبة لا تقل عن نصف بالمائة من قيمة اللوازم التي تأخر المتعهد في توريدها عن كل أسبوع أو جزء من الأسبوع بصرف النظر عن الضرر الناشئ عن التأخير في التنفيذ".

كما أقر القضاء فرض غرامة التأخير على المتعاقد فقضى مجلس الدولة الفرنسي في حكم له

(1) حسان عبدالسميع هاشم، الجزاءات المالية في العقود الإدارية، دار النهضة العربية، القاهرة، (2002)، ص60.

(2) منصور العتوم، النظام القانوني لغرامة التأخير في العقود الإدارية (دراسة تحليلية مقارنة)، مجلة الشريعة والقانون، كلية القانون، جامعة الامارات العربية المتحدة، العدد 53 يناير، (2013)، ص349-553؛ علي خطار شطناوي، صلاحية الإدارة في فرض غرامات التأخير بحق المتعاقد معها، بحث منشور، مجلة الحقوق، جامعة الكويت، مجلد 24، عدد 1، (2000)، ص79-86.

أن فسخ العقد على حساب ومسؤولية المفاوض لا يمنع من إيقاع غرامات التأخير⁽¹⁾، وكذلك أقرت المحكمة الإدارية العليا المصرية هذه السلطة عندما أشارت في حكم لها بأن توقيع الجزاءات الإدارية على العموم بما فيها غرامات التأخير هو من سلطة الإدارة التقديرية⁽²⁾. بينما قضت محكمة التمييز الأردنية في حكم لها جاء فيه "إذا لم يتضمن العقد اعتبار جزء اليوم يوماً لغايات غرامة التأخير، فلا يعد اليوم الذي تم فيه الوفاء من أيام التأخير لأنه لم يكتمل قبل الوفاء"⁽³⁾.

ولا تستطيع الإدارة فرض غرامة التأخير على المتعاقد معها إلا إذا أخل الأخير بشروط العقد، فإذا أخل بالشروط وتأخر عن تنفيذ العقد في المواعيد المحددة والمتفق عليها بموجب العقد استوجب ذلك فرض غرامة التأخير عليه، لما يترتب على هذا التأخير في مدة تنفيذ العقد من إخلال جسيم بمبدأ دوام سير المرفق العام بانتظام واطراد⁽⁴⁾.

ويجوز للإدارة العامة إعفاء المتعاقد معها من غرامة التأخير كلياً أو جزئياً، وإذا كان مبرر أعمال الإدارة لسلطتها التقديرية في مجال الإعفاء من الغرامة يجد أساساً له في كون الإدارة هي الأقدر على تقدير احتياجات المرفق العام لضمان حسن سيره بانتظام واطراد، فإن عدم تحقق الضرر جراء التأخير أو التراخي في تنفيذ العقد يمكن اعتباره سبباً آخر للإعفاء من الغرامة⁽⁵⁾، وهذا ما قرره المشرع المصري في قانون المناقصات والمزايدات فجعل عدم تحقق الضرر سبباً للإعفاء من الغرامة⁽⁶⁾. وخلت التشريعات الأردنية من نص كهذا -على حدود علمي- بينما قضت المحكمة الإدارية العليا المصرية في حكم لها جاء فيه "من المسلم كذلك أن اقتضاء الغرامات منوط بتقدير الجهة الإدارية المتعاقدة باعتبارها القوامة على حسن سير المرافق العامة والقائمة تبعاً لذلك على تنفيذ شروط العقد، ولذا فلها أن تقدر الظروف التي يتم فيها تنفيذ العقد، وظروف المتعاقد فتعفيه من تطبيق الجزاءات المنصوص عليها في العقد كلها أو بعضها بما في ذلك غرامة

(1) C. E. 10 novembre 1965, Société parna, Rec, p 596 .

(2) المحكمة الإدارية العليا المصرية، دعوى رقم 37 لسنة 15 ق. ع. جلسة 1970/3/21.

(3) محكمة التمييز الأردنية، قرارها رقم 1987/391، تاريخ 1987/6/16، مجلة نقابة المحامين العدد 2+1، 1990، ص 234.

(4) علي خطار شطناوي، صلاحية الإدارة في فرض غرامات التأخير بحق المتعاقد معها، مرجع سابق، ص 90-93.

(5) منصور العتوم، النظام القانوني لغرامة التأخير في العقود الإدارية، مرجع سابق، ص 369.

(6) المادة 23 من قانون المناقصات والمزايدات رقم 89 لسنة 1998 المصري.

التأخير إذا هي قدرت أن لذلك محلاً، كما لو قدرت أنه لم يلحق المصلحة العامة أي ضرر من جراء التأخير أو غير ذلك من الظروف، وقياساً على هذا النظر، فإن الإدارة إذا أقرت -صراحة أو ضمناً- بأنها لم تحرص على تنفيذ العقد في المواعيد المتفق عليها ترتيباً على أن تنفيذ العقد في هذه المواعيد كان غير لازم، فيعتبر ذلك بمثابة إعفاء ضمني للمتعاقد من تنفيذ الغرامة عليه، مما لا يكون معه محل لتوقيع غرامة التأخير.⁽¹⁾

بينما يتحقق الإعفاء وجوباً عند صدور فعل مشروع من الإدارة ذاتها، فتقتضي قواعد العدالة والإنصاف إعفاء المتعاقد مع الإدارة إذا كان سبب التأخير هو الفعل المشروع الصادر من الإدارة العامة، فالمتعاقد في هذه الحالة يستفيد من الإعفاء من غرامة التأخير⁽²⁾، ويعتبر هذا من آثار تطبيق نظرية عمل الأمير، فمراعاة الجهات الإدارية لحق المتعاقد في التوازن المالي إذا زادت التزاماته تجعل من واجبه المحافظة على التوازن المالي بحصول المتعاقد على تعويض كامل مقابل الزيادة في التزاماته، وهذا هو الأثر المباشر لنظرية عمل الأمير الذي تحدثنا عنه سالفاً، وكذلك يتم إعفاؤه من غرامة التأخير نتيجة التأخر الناشئ عن تلك الإجراءات الصادرة عن عمل الأمير.

ويتم الإعفاء وجوباً أيضاً نتيجة القوة القاهرة حيث يشترط لتطبيقها أن يكون الحادث غير متوقع ولا يمكن توقعه أو التنبؤ به، وأن يكون هذا الحادث مستقلاً عن إرادة الطرف الذي يحتج به، وأن يكون تنفيذ العقد مستحيلًا بوجوده⁽³⁾. ونص المشرع المصري في قانون المناقصات والمزايدات في المادة 23 منه على أنه "يعفى المتعاقد من الغرامة، بعد أخذ رأي إدارة الفتوى المختصة بمجلس الدولة، إذا ثبت أن التأخير لأسباب خارجة عن إرادته" ونص المشرع الأردني في الفقرة (أ) من المادة 82 من تعليمات العطاءات رقم 1 لسنة 2008 على أنه "يكون من المتفق عليه أن المتعهد لا يتحمل الأضرار المترتبة على التأخير في تنفيذ العقد أو عدم الوفاء به إذا كان التأخير أو عدم الوفاء بسبب القوة القاهرة".

(1) المحكمة الإدارية العليا، طعن رقم 260، 267 لسنة 12 ق. ع جلسة 21-3-1970؛ انظر في ذات المضمون طعنها رقم 13737 لسنة 50 ق. ع - جلسة 27-5-2008.

(2) CAA Marseille, 30 mars 2004, Buromag-Ugolini, Contrats et Marchés publics 2004, n 130.

(3) علي خطار شطناوي، صلاحية الإدارة في فرض غرامات التأخير بحق المتعاقد معها، مرجع سابق، ص 102-111.

المطلب الثالث

تطبيقات نظرية عمل الأمير في القانون الأردني

لقد بينا سابقاً أن نظرية عمل الأمير هي نظرية قضائية النشأة ابتدعها القضاء الإداري الفرنسي، ثم أخذ بها القضاء الإداري المصري وذلك للحفاظ على التوازن المالي للعقد الإداري، وتبعاً لما يبتدعه هذا القضاء من نظريات وقواعد لفض النزاعات الإدارية، فإن المشرع قد يلتقطها ويعمل على صياغتها بموجب قواعد قانونية مكتوبة، فإن الواجب يتطلب منا البحث في التشريعات الأردنية عن صدى هذه النظرية، فعلى الرغم أن التشريعات الأردنية ذات الصلة بالعقود الإدارية تطرقت إلى سلطات الإدارة المتعاقدة التي تملكها إزاء المتعاقد معها، وأهم هذه السلطات هي سلطاتها في تعديل العقد الإداري⁽¹⁾، إلا أنها لم تتطرق إلى الآثار القانونية المترتبة على التعديلات خصوصاً حقوق المتعاقد في مواجهة الإدارة إذا أُلحقت هذه التعديلات خسارة بالمتعاقد أو فوتت عليه ربحاً، ولم تبين كذلك الأثر الذي ترتب على تدخل الإدارة المتعاقدة تحت أي مظهر من مظاهر فعل الأمير عند اتخاذ الإدارة المتعاقدة إجراءات مشروعة تزيد من أعباء المتعاقد معها.

ولم يتطرق كذلك القانون المدني الأردني إلى نظرية عمل الأمير باعتباره الشريعة العامة لكافة العقود وإن كانت العقود الإدارية ليست عقوداً مدنية حسب الأصل إلا أن القضاء العادي في الأردن يتعامل معها باعتبارها عقوداً مدنية لأن الاختصاص بنظر منازعات العقود الإدارية ما يزال يخضع لاختصاص القضاء العادي والذي يطبق أحكام القانون المدني على العقود الإدارية في بعض الحالات كما هو الحال في نظرية الظروف الطارئة.

ومما تجدر الإشارة إليه أن القضاء الإداري الأردني غير مختص بالنظر في منازعات العقود الإدارية، إنما المختص بها هو القضاء النظامي خلافاً لما هو الحال في فرنسا ومصر، وقضت محكمة العدل العليا الأردنية في حكم لها جاء فيه "لا تختص محكمة العدل العليا بالنظر في العقود الإدارية وفسخها لأن اختصاص محكمة العدل العليا بالمادة التاسعة من قانونها رقم 12 لسنة 1992 والتي حدثت من صلاحيتها برؤية الطعون المتعلقة بالعقود الإدارية أو فسخها"⁽²⁾. ويلاحظ على هذا

(1) انظر المادة 55 من نظام اللوازم رقم 32 لسنة 1993، والمادة 22 من نظام الأشغال الحكومية رقم 71 لسنة 1986.

(2) محكمة العدل العليا الأردنية، حكمها رقم 304/2001، تاريخ 2002/9/4، منشورات مركز عدالة الإلكتروني.

الحكم أنه بين عدم اختصاص محكمة العدل العليا بالنظر في منازعات العقود الإدارية، كما أن قانون القضاء الإداري الأردني رقم 27 لسنة 2014 لم يشر في مواده إلى اختصاص العقود الإدارية أيضاً⁽¹⁾، لذا فإن النظر في منازعات العقود الإدارية هي من اختصاص المحاكم النظامية، فضلاً أنها تتعامل معها -شأنها شأن العقود المدنية الأخرى- دون مراعاة الخصوصية التي تتمتع بها هذه العقود باعتبارها تحقق المصلحة العامة وليس الخاصة.

وقد أعلنت محكمة التمييز الأردنية عدم أخذها بنظرية عمل الأمير من خلال حكمها عندما قضت أنه "يقصد بنظرية عمل الأمير أن السلطة العامة بوصفها سلطة أمرة إذا سبق تعاقدها مع أحد الأفراد بعقد إداري للتوريد أو الأشغال العامة أو غير ذلك، ثم أصدرت عملاً مشروعاً يمس عناصر العقد الذي ارتبط به ويقلب اقتصادياته ويحمل المتعاقد الأخير أعباء وتكاليف جديدة تزيد في الأعباء التي التزم بها في مواجهتها تكون السلطة مسؤولة بالتعويض عليه عما لحقه من ضرر من جراء عملها المشروع، وأنه مهما يكن من عدالة ومرونة نظرية عمل الأمير، إلا أن مجلة الأحكام العدلية والقانون المدني لسنة 1977 لم يأخذاً بها. كما لم تجد محكمة التمييز في النصوص ما يجيز الأخذ بها، وكذلك لم يأبه لها القضاء في البلاد العربية الأخرى التي لديها قانون مدني سابق للقانون المدني الأردني، مع أن الفقه والقضاء قد استقرا على أنه يشترط لتطبيق نظرية عمل الأمير توفر الشروط التالية: الشرط الأول: أن يكون التشريع الجديد الصادر بعد العقد الذي ارتبطت به الحكومة مع أحد الأفراد والذي زاد التكاليف المالي غير متوقع الصدور. الشرط الثاني: أن يكون التشريع الجديد قد ألحق بالمتعاقد مع الحكومة ضرراً خاصاً من شأنه أن يقلب اقتصاديات العقد وأن يصيب هذا الضرر طائفة خاصة أو افراداً محددين، فإن كان التشريع عاماً شاملاً لجميع السكان أو لعدد غير محدود منهم فلا تنطبق النظرية المذكورة. ولا يصح الاستناد إلى أساس القول بأن "نظرية عمل الأمير لا تخرج عن كونها تطبيقاً لنظرية الحوادث الطارئة المنصوص عليها في المادة 205 من القانون المدني، ذلك أن نظرية الحوادث الطارئة نظرية مستقلة لا تدخل تحت مفهوم نظرية عمل الأمير لوجود اختلاف أساسي وجوهري بين النظريتين من حيث شروط تكوينهما."⁽²⁾

(1) انظر المادة 5 من قانون القضاء الإداري الأردني رقم 27 لسنة 2014.

(2) تمييز حقوق رقم 117/1979، تاريخ 10/4/1979، منشورات مركز عدالة الإلكتروني.

ويلاحظ على الحكم السابق أن قضاة محكمة التمييز لم يتداركوا ويوضحوا أن العقد الإداري له خصوصية وطبيعة مختلفة عن العقود المدنية، وأن القانون الإداري يستمد معظم مبادئه وقواعده من الاجتهادات القضائية، ويعتمد غالباً على قواعد غير مكتوبة، فضلاً عن القاضي الإداري هو قاض إنشائي وليس مقيداً بالنصوص القانونية كالقاضي المدني، وعلى عكس ذلك نجد أن محكمة التمييز قد بنت قرارها بعدم الأخذ بهذه النظرية على أن القانون المدني ومجلة الأحكام العدلية والنصوص القانونية الأخرى لم تأخذ بها، كما أن محكمة التمييز قصرت نطاق تطبيق هذه النظرية على التشريعات الجديدة الصادرة بعد إبرام العقد، وهذا الأمر منتقد لأن نظرية عمل الأمير أشمل من التشريعات ويدخل في نطاقها كل عمل مشروع صادر عن الإدارة يخل باقتصاديات العقد، وهي بذلك تكون قد ضيقت من نطاق تطبيق هذه النظرية خلافاً للواقع المستقر لدى الفقه والقضاء.

وفي حكم آخر لمحكمة التمييز الأردنية نجد أنها طبقت نظرية عمل الأمير تطبيقاً سلبياً بعدم الأخذ بها لتخلف شروطها في الواقعة المعروضة على المحكمة حيث جاء في حكم المحكمة "يشترط لتطبيق نظرية فعل الأمير على العقود الإدارية أن يصدر عن السلطة العامة المتعاقدة تصرف أو فعل من شأنه أن يجعل تنفيذ العقد من جانب المتعاقد أكثر صعوبة ويحمله أعباء وتكاليف تزيد على الأعباء التي التزم بها في مواجهتها، وأن ينشأ عن الفعل ضرر خاص للمتعاقد، وأن لا يكون هذا الفعل متوقعاً، وعليه ولما كانت زيادة الرسوم الجمركية ليس من شأنها أن تلحق ضرراً خاصاً بالمدعية لوحدها بل إنه إجراء عام شامل لجميع السكان، ولا ينحصر مفعوله بطائفة معينة أو أفراد معينين، إضافة إلى أن تعديل الرسوم الجمركية من قبل السلطة العامة بالزيادة أو النقصان هو أمر متوقع في كل حين لمجاراة التغيرات الاقتصادية السريعة فلا مجال لتطبيق النظرية على موضوع الدعوى لتخلف هذين الشرطين"⁽¹⁾.

وخلاصة القول إن القضاء الأردني ممثلاً بمحكمة التمييز لم يأخذ بنظرية عمل الأمير باعتبارها تطبيقاً للتصرفات المشروعة الصادرة عن الإدارة وألحقت ضرراً بالمتعاقد معها، فتعامل المحكمة الموقرة مع العقود الإدارية باعتبارها نوعاً من العقود المدنية التي تقوم على قاعدة العقد شريعة المتعاقدين دون النظر إلى خصوصية هذا النوع من العقود باعتبارها تهدف إلى تحقيق المصلحة العامة.

(1) قرار محكمة التمييز الأردنية (حقوق) رقم 34/1994 (هيئة خماسية) تاريخ 10/9/1994 منشورات مركز عدالة.

ومعنى ذلك أن القضاء العادي الأردني وبخلاف القضاء المقارن لا يمارس دوراً حقيقياً في إعادة التوازن المالي للعقد الإداري استناداً لهذه النظرية، الأمر الذي قد يؤثر بشكل مباشر على المتعاقدين مع الإدارة ويلحق بهم ضرراً، أخذاً بعين الاعتبار حقيقة أن القضاء النظامي الأردني يعتمد على النصوص القانونية في تطبيق مختلف النظريات، وهذا ما أكدته محكمة التمييز في حكم لها بقولها "إذا كانت خدمة المدعي قد أنهيت بناء على صدور القانون الذي ألغى المؤسسة الصحفية فإنه لا يستحق أي تعويض عن أي ضرر يدعي بأنه قد أصابه من جراء صدور هذا التشريع، لأن القضاء مقيد بالنصوص المدنية التي لم تشتمل على (نظرية الأمير) التي تجعل الدولة مسؤولة عن أعمالها المشروعة"⁽¹⁾، وأكدت على هذا النهج في أحكام أخرى عندما قضت بـ"أن القول بأن على الحكومة أن تعوض المدعية نتيجة تحميلها أعباء جديدة بزيادة الرسوم الجمركية، وهو ما يعرف بنظرية الأمير، فإن المقصود من هذه النظرية أن السلطة العامة تكون مسؤولة عن التعويض إذا لحق ضرر بالمتعاقدين معها من جراء عملها المشروع، إلا أن نظرية الأمير غير معمول بها في قوانين المملكة الأردنية الهاشمية، وقد خلا القانون المدني من أي نص يجيز تطبيق هذه النظرية، وعليه فإن دعوى الجهة المدعية لا تقوم على أساس صحيح للمطالبة بالمبلغ المدعى به وتستحق الرد"⁽²⁾.

(1) قرار محكمة التمييز الأردنية بصفتها الحقوقية رقم 1977/216 (هيئة خماسية) تاريخ 1977/6/18، منشورات مركز عدالة الإلكتروني.

(2) قرار محكمة التمييز الأردنية بصفتها الحقوقية رقم 2005/4017 (هيئة خماسية) تاريخ 2006/5/16، منشورات مركز عدالة.

الخاتمة:

ناقشت هذه الدراسة والتي تكونت من ثلاثة مطالب نظرية عمل الأمير كأحد نظريات إعادة التوازن المالي بين طرفي الدعوى الإدارية في القانون الأردني والقانون المقارن، وقد خلص الباحث إلى مجموعة من النتائج والتوصيات وعلى النحو التالي:

النتائج:

- 1- أن تنفيذ العقد بالنسبة للمتعاقد مع الإدارة قد تعترضه عقبات تتمثل بتصرفات مشروعة من جانب الإدارة تخل بالنتيجة بالتوازن المالي للعقد الإداري، ويجب على القاضي الإداري مرة أخرى التدخل لمصلحة الطرف الأضعف وتطبيق نظرية عمل الأمير التي يمكن أن تساهم في إعادة التوازن المالي للعقد.
- 2- أخذ القضاء الإداري المقارن بالعديد من النظريات لإعادة التوازن المالي في العقود الإدارية، وكان لها دور كبير في إعادة التوازن للعلاقة القانونية بين المتقاضي والإدارة، كنظرية عمل الأمير.
- 3- أن هذه النظرية لا توجد لها تطبيقات مقننة وحقيقية في القانون الأردني، لأن القضاء العادي في الأردن وليس القضاء الإداري هو الذي لا زال يختص بالفصل في منازعات العقود الإدارية، مما يعيق الأخذ بهذه النظرية التي أخذ بها القضاء الإداري المقارن، ومما يعيق بالنتيجة مسألة إعادة التوازن بين المتقاضي والإدارة.
- 4- عدم قيام القضاء الإداري في الأردن بالدور المأمول منه في تحقيق التوازن بين الخصوم في نطاق العقود الإدارية، حيث لا يزال القضاء العادي هو المختص بالنظر في منازعات العقود الادارية خلافاً لما هو موجود في القانون المقارن ممثلاً بالقضاء الإداري الفرنسي والمصري والذي يختص بالنظر في منازعات العقود الإدارية.

التوصيات:

- 1- نوصي بأن يكون القضاء الإداري في الأردن، وبعد أن أصبح على درجتين، هو القضاء المختص بالفصل في منازعات العقود الإدارية بدلا من القضاء العادي، لأنه في اعتقادنا، وكما دلت على ذلك تجربتنا القضاء الإداري في كل من فرنسا ومصر، هو الأقدر على تطبيق النظريات التي يمكن أن تساهم في إعادة التوازن المالي للعقود الإدارية، وبالنتيجة إعادة التوازن بين طرفي الدعوى الإدارية.
- 2- إعادة النظر في واقع تطبيق نظرية عمل الأمير من خلال تقنينها في التشريعات الإدارية التي تحكم نظام العقود الإدارية، لما لهذه النظرية من أهمية من ناحية إعادة التوازن المالي بين طرفي العقد الإداري.
- 3- تبعاً للتوصيات السابقة نجد ضرورة تبني القضاء الإداري الأردني لهذه النظرية حتى مع عدم وجود نصوص قانونية تعالجها، لا سيما أن القضاء الإداري هو قضاء إنشائي اجتهادي خلافاً للقضاء المدني الأسير للنصوص القانونية.

المراجع باللغة العربية

أولاً: المراجع القانونية العامة:

- حمدي القبيلات، القانون الإداري، (ط1)، الجزء الثاني، عمان: دار وائل للنشر والتوزيع، (2010).
- رمضان بطيخ ونوفان العجارمة، مبادئ القانون الإداري في المملكة الأردنية الهاشمية، الكتاب الثاني، (ط1)، عمان: دار إثراء للنشر والتوزيع، (2011).
- نواف كنعان، القانون الإداري، الكتاب الثاني، عمان: دار الثقافة للنشر والتوزيع، (2001).

ثانياً: المراجع القانونية المتخصصة:

- أحمد سلامة بدر، العقود الإدارية وعقد البوت، (ط2)، القاهرة: دار النهضة العربية، (2010).
- جابر جاد نصار، العقود الإدارية، (ط2)، القاهرة: دار النهضة العربية، (2005).
- حسان عبدالسميع هاشم، الجزاءات المالية في العقود الإدارية، القاهرة: دار النهضة العربية، (2002).
- حمد محمد الشلماني، امتيازات السلطة العامة في العقد الإداري، الإسكندرية: دار المطبوعات الجامعية، (2007).
- سليمان الطماوي، الأسس العامة للعقود الإدارية، دراسة مقارنة، القاهرة: دار الفكر العربي، (2011).
- عبدالعزيز خليفة، الأسس العامة في العقود الإدارية، الاسكندرية: المركز القومي للإصدارات القانونية، (2008).
- عزيزة الشريف، دراسات في نظرية العقد الإداري، القاهرة: دار النهضة العربية، (1981).
- علي الفحام، سلطة الإدارة في تعديل العقد الإداري، دراسة مقارنة، القاهرة: دار الفكر العربي، (1976).
- علي عمر حمدي، المسؤولية التعاقدية للإدارة، دراسة مقارنة، دار النهضة العربية، (2006).
- محمود المغربي، المشكلات التي تواجه تنفيذ العقود الإدارية، دراسة مقارنة في النظرية والتطبيق، طرابلس: المؤسسة الحديثة للكتاب، (1998).

ثالثاً: الرسائل الجامعية:

- سيد احمد جاد الله، سلطة القاضي ازاء العقد الإداري، دراسة مقارنة، اطروحة دكتوراه غير

- منشورة، جامعة القاهرة، القاهرة، مصر، (2007).
- علي عبد المولى، الظروف التي تطرأ أثناء تنفيذ العقد الإداري، دراسة مقارنة، أطروحة دكتوراه غير منشورة، جامعة عين شمس، القاهرة، (1991).
- محمد إبراهيم، المخاطر التي تواجه تنفيذ العقد الإداري، أطروحة دكتوراه غير منشورة، جامعة عمان العربية، عمان، الأردن، (2005).

رابعاً: الأبحاث العلمية:

- علي خطار شطناوي، صلاحية الإدارة في فرض غرامات التأخير بحق المتعاقد معها، بحث منشور، مجلة الحقوق، جامعة الكويت، مجلد 24، عدد 1، (2000).
- منصور العتوم، النظام القانوني لغرامة التأخير في العقود الإدارية (دراسة تحليلية مقارنة)، مجلة الشريعة والقانون، كلية القانون، جامعة الامارات العربية المتحدة، العدد 53 يناير، (2013).

المراجع باللغة الفرنسية:

Ouvrage Généraux:

- Pierre Laurent Frier ,précis de droit administratif, 3^e édition, Montchrestien., (2004).
- Martine Lombard et Gilles Dumont et Jean Sirinelli, Droit Administratif, 10^e édition, Dalloz, (2013).
- Jean Waline ,Droit Administratif, Dalloz, 24^e édition, (2012).

Ouvrages Spéciaux:

- François Bergère et Xavier Bezançon et Laurent Deruy et Guillaume Goulard et Marc Fornaciari, Le guide opérationnel des ppp, éditions du moniteur, paris, (2010).
- André De laubadère, traité élémentaire de droit administratif, L.G.D.J, 4^e édition, Tom, (1966)

Thésés:

- Saroit Badaoui, Le fait du prince dans les contrats administratifs en droit français et en droit égyptien, thèse, Paris, (1954).

النظام القانوني للاستثمار الأجنبي في ضوء مشروع قانون اتحادي في شأن الاستثمار الأجنبي دراسة مقارنة

إعداد

الباحثة

إسراء المطوع

النظام القانوني للاستثمار الأجنبي في ضوء مشروع قانون اتحادي في شأن الاستثمار الأجنبي

الملخص

يُعد الاستثمار عاملاً هاماً في سباق التنمية. من هذا المنطلق، تعمل الدول على جذب رؤوس الأموال الأجنبية عن طريق تحسين المناخ الاستثماري بطرق مختلفة من ضمنها منح ضمانات وحوافز يحميها القانون. فإلى جانب القواعد القانونية الحاكمة للاستثمار في القوانين المحلية المتفرقة، أعد المشرع الإماراتي مشروع قانون اتحادي بشأن الاستثمار.

أتناول في هذا البحث - من جانب قانوني - عنواناً ذا أثر كبير على التنمية والاقتصاد. فأبحث في مشروع القانون المعد مقارناً بقانون حوافز وضمانات الاستثمار المصري (قانون رقم 8 لسنة 1997).

أسعى هنا إلى التعريف بماهية الاستثمار الأجنبي عن طريق تناول مفهومه وأنواعه ومجالاته وأهميته. كما أتناول محددات الاستثمار الأجنبي، ابتداءً بالمناخ الاستثماري والقواعد الحاكمة للاستثمار الأجنبي وحوافز جذب الاستثمار الأجنبي ومن ثم ضمانات الاستثمار.

Abstract

Investment is an important factor in the development race. For this, countries seek to attract foreign capital by improving the investment climate in various ways, including granting guarantees and incentives protected by law. Apart from the legal rules governing investment in several federal laws, the UAE legislator has prepared a federal investment law.

In this paper, I study a title that has a great impact on development and economy from a legal aspect. I shall research the draft of the federal investment law prepared in comparison to the Egyptian Investment Incentives and Guarantees Law (law No. 8 for the year 1997).

I seek here to define what foreign investment is by addressing its concept, types, areas and importance. I also deal with the determinants of foreign investment, starting with the investment climate, rules governing foreign investment, incentives to attract foreign investment, and the investment guarantees.

مقدمة

تزايد حاجات الفرد في المجتمع مع مرور الوقت فلم تعد تكفيه مدخراته، فيضطر للجوء إلى توظيف هذه المدخرات في نشاط معين بهدف تحقيق الربح فينشئ مشروع استثماري، لكن بسبب ضعف الحوافز وكثرة الحواجز في بعض المجتمعات وقلة الفرص في بعض الدول يضطر الفرد للتوجه إلى دول أخرى مجاورة ليصبح استثماره أجنبياً. إلا أنه قد يحتار في اختيار الدولة المضيفة فيبدأ بمقارنة الأوضاع السياسية والاجتماعية والاقتصادية لتلك الدول، فيقرر بناءً على المناخ الاستثماري في هذه الدول.

وقد يكون الفرد الطامح للاستثمار شركة أو مشروع يسعى لزيادة أرباحه بتوجهه إلى اقتصاد آخر. لا يكون الأشخاص الطبيعيين والاعتباريين وحدهم المستفيدين من هذا الاستثمار بل يمتد الأثر الإيجابي ليشمل الدول المستضيفة والمصدرة والاقتصاد الدولي ككل. لما للاستثمار من آثار إيجابية على اقتصاد الدول المضيفة، تتسابق الدول فيما بينها لجذب رؤوس أموال الأجنبية فتمنح الحوافز وتنص على ضمانات لجذبهم.

مشكلة البحث:

العالم اليوم يشهد سباقاً في التنمية بشتى جوانبها بما فيها التنمية الاقتصادية، ويعد الاستثمار أحد مفاتيح الفوز في هذا السباق، فلا بد للدول السعي للحصول عليه. فالاستثمار يفتح أبواباً عديدة، بما فيه من توظيف للموارد المادية والبشرية لا سيما الاستثمارات الأجنبية التي تأتي برؤوس الأموال والفرص من خارج الحدود. من هذا المنطلق تبرز إشكالية الدراسة فتمثل بالتساؤلات التالية:

- ما هو الاستثمار بصورة عامة وأنواعه وما هو الاستثمار الأجنبي بالأخص؟
- ما هي أشكال الاستثمار الأجنبي وماهي مجالاته؟
- ما هي محددات الاستثمار؟

أهمية الموضوع:

- مع تطورات العصر اقتربت المسافات وأصبح من السهل التنقل عبر القارات، ومع تطور الفكر الاقتصادي أصبحت رؤوس الأموال تتناقل من اقتصاد إلى آخر، فيجب مواكبة هذا التطور والتنافس مع الدول المتقدمة في جذب الاستثمارات.

منهجية البحث:

أعتمد في بحثي هذا المنهج الوصفي التحليلي لتحليل قواعد مشروع القانون الاتحادي في شأن الاستثمار الأجنبي للتوصل إلى الفهم الدقيق لما جاء فيه واستيعاب ما يقدم مشروع القانون للمجال الاستثماري من حوافز وحماية. كما أتي ألجأ إلى المنهج المقارن للمقارنة بين قواعد مشروع القانون الاتحادي في شأن الاستثمار الأجنبي وقانون حوافز وضمانات الاستثمار المصري.

تقسيم البحث:

قُسم البحث إلى مطلبين، مطلب أول في ماهية الاستثمار ومطلب ثاني في محددات الاستثمار الأجنبي وفقاً لما يلي:

• المطلب الأول: ماهية الاستثمار الأجنبي

- الفرع الأول: مفهوم الاستثمار
- الفرع الثاني: أنواع الاستثمار
- الفرع الثالث: مجالات الاستثمار
- الفرع الرابع: أهمية الاستثمار الأجنبي

• المطلب الثاني: محددات الاستثمار الأجنبي

- الفرع الأول: المناخ الاستثماري
- الفرع الثاني: القواعد الحاكمة للاستثمار الأجنبي
- الفرع الثالث: حوافز جذب الاستثمار الأجنبي
- الفرع الرابع: ضمانات الاستثمار

لمحة تاريخية

أثناء الثورة الصناعية، توجهت رؤوس الأموال في الدول الصناعية إلى المستعمرات المحيطة. فهيمنت بريطانيا بصفتها دولة صناعية رأسمالية على الاقتصاد الدولي، وكانت بريطانيا قد لجأت إلى الاستثمار في إنتاج مواد الخام والزراعة واستخراج المعادن إلى جانب الاستثمارات في البنوك وتوليد الطاقة. في بدايات القرن التاسع عشر توجهت بريطانيا برؤوس الأموال إلى أوروبا والأمريكيتين. وفي النصف الثاني من نفس القرن وجهت رؤوس أموالها إلى مستعمراتها. في نهاية القرن التاسع عشر زادت القيود على الاستثمارات الأجنبية بسبب صراع الرأس المال الروسي والألماني مع البريطاني والفرنسي فلم يكن لتلك الدول سوى الاستثمار في مستعمراتها.

بعد الحرب العالمية الأولى لجأت الدول إلى الاستثمارات الأجنبية في محاولة التعويض عن بعض الخسائر التي لحقت بها من جراء الحرب. ذلك حتى قدوم مرحلة الكساد الكبير والتي فيها تدهورت الاستثمارات الأجنبية وظلت كذلك حتى بعد الحرب العالمية الثانية.

ظفرت أمريكا من الحرب العالمية الثانية باقتصاد قوي على خلاف أوروبا التي تدمر اقتصادها، وجهت أمريكا استثماراتها وإعانتها إلى أوروبا والدول النامية. فبعد الحرب العالمية الثانية برزت أمريكا باستثماراتها الأجنبية ومازالت متميزة ليومنا الحالي.⁽¹⁾

(1) د. نشأت علي عبدالعال، الاستثمار والترابط الاقتصادي الدولي، دار الفكر الجامعي، الإسكندرية، مصر، 2012، ص210-214.

المطلب الأول

ماهية الاستثمار الأجنبي

أتناول في هذا المطلب مفهوم الاستثمار وأنواعه بصورة عامة لتسهيل فهم طبيعة الاستثمار الأجنبي، ومن ثم أتناول أشكال الاستثمار الأجنبي ومجالات الاستثمار وأهمية الاستثمار الأجنبي كلٌّ في فرع منفصل:

الفرع الأول

مفهوم الاستثمار

الاستثمار لغةً: الاستثمار على وزن استفعال أصلها ثمر والثمر هو المحصول المتحصل من الشجر، ومصدرها تثير التي تعني تكثير فيمكن القول بأن استثمار هو استكثار.⁽¹⁾ أما اصطلاحاً فيمكن تعريف الاستثمار بصورة عامة على أنه توظيف للموجودات المادية أو المالية بهدف تحقيق الربح.

يختلف مفهوم الاستثمار عند الاقتصاديين عن مفهومه في علوم الإدارة المالية. فالاستثمار وفقاً لمفهومه الاقتصادي يمكن تعريفه على أنه توظيف للمال بهدف زيادة الإنتاجية إما من خلال الحصول على وسائل إنتاجية جديدة أو من خلال توسعة الوسائل الموجودة. أما الاستثمار وفقاً للإدارة المالية فيمكن تعريفه على أنه توظيف للمال في الأوراق المالية كالأسهم والسندات.⁽²⁾

تعرف المادة (1) - من مشروع القانون الاتحادي في شأن الاستثمار الأجنبي - الاستثمار الأجنبي بأنه: "قيام مستثمر أجنبي بتوظيف رأس المال الأجنبي في أي مشروع استثماري داخل الدولة". يُفهم من هذا التعريف أنه حتى يُعد الاستثمار أجنبياً يجب أن يكون رأس ماله أجنبياً مملوكاً لمستثمر أجنبي دون تحديد لمقدار ملكيته من المشروع، فيعتبر كذلك سواء كانت ملكيته للمشروع جزئية أم كلية.

(1) د. مرتضى حسين السعدي، النظام القانوني لشركات الاستثمار المالي، منشورات الحلبي، بيروت، لبنان، 2011، ص 27-28.

(2) طاهر حيدر حردان، مبادئ الاستثمار، دار المستقبل للنشر والتوزيع، عمان، الأردن، 1997، ص 13-14.

الفرع الثاني أنواع الاستثمار

أتناول في هذا الفرع تقسيم الاستثمار بصورة عامة ومن ثم أشكال الاستثمار الأجنبي بصفة خاصة.

يمكن تقسيم الاستثمار بصفة عامة من حيث معيار الجنسية إلى استثمارات داخلية واستثمارات أجنبية، ووفقاً لمعيار المشاركة في الإدارة إلى استثمارات مباشرة واستثمارات غير مباشرة، ووفقاً للناحية المالية إلى توظيف مالي وشراء سلع رأس مالية قديمة، وفقاً للجهة القائمة بها إلى استثمارات خاصة واستثمارات حكومية، كما يلي:

• استثمارات بحسب الجنسية:

■ الاستثمارات داخلية: هي تلك الاستثمارات التي تكون فيها جميع القيم مملوكة لوطنين وتتم بداخلها⁽¹⁾.

■ الاستثمارات الأجنبية: هي الاستثمارات التي تكون فيها القيم مملوكة كلياً أو جزئياً لأجنبي، ويكون الاستثمار أجنبياً إن كان مملوكة لمواطن وتقام خارج حدود الدولة.⁽²⁾ لا يعد كل انتقال لرأس المال عبر الحدود استثماراً ما لم يكن الانتقال بهدف تحقيق عائد سواء كان نقدي أو عيني.⁽³⁾

• الاستثمارات وفقاً لمعيار المشاركة في الإدارة:

■ الاستثمار المباشر: هو الاستثمار الذي يملكه المستثمر كاملاً أو جزئياً على أن يحتفظ لنفسه حق التدخل والإدارة.⁽⁴⁾

■ الاستثمار غير المباشر: يقتصر على التوظيف المالي دون إعطاء المستثمر الحق في التدخل

(1) د. عبدالله عبد الكريم عبدالله، ضمانات الاستثمار في الدول العربية دراسة قانونية مقارنة لأهم التشريعات العربية والمعاهدات الدولية مع الإشارة إلى منظمة التجارة العالمية ودورها في هذا المجال، دار الثقافة للنشر والتوزيع، عمان، الأردن، 2008، ص 19-20.

(2) د. عبدالله عبد الكريم عبدالله، مرجع سابق، ص 19-20.

(3) د. نشأت علي عبدالعال، مرجع سابق، ص 199.

(4) د. عبدالله عبد الكريم عبدالله، مرجع سابق، ص 20.

والإدارة، وتعتبر استثمارات غير المباشرة تلك الاستثمارات من مثل الاستثمار في الأسهم والسندات.⁽¹⁾

• الاستثمارات من الناحية المالية:

- التوظيف المالي: هو الاستثمار عن طريق شراء الأصول المالية كالأسهم والسندات.
- شراء سلع رأس مالية قديمة: هو الاستثمار المتمثل بشراء آلات أو أجهزة إنتاجية لتحقيق عائد على الفرد المستثمر دون أن يزيد هذا الاستثمار على رأس المال القومي، لأنه لا يكون سوى انتقال للسلع محل الاستثمار من مالك إلى آخر في الاقتصاد.⁽²⁾

• الاستثمارات وفقاً للجهة القائمة بها:

- الاستثمار الخاص: هو الاستثمار الذي تقوم به الجهات الخاصة سواء أفراد أو شركات.
- الاستثمار الحكومي: هو الاستثمار الذي تموله الدولة من ميزانيتها العامة.⁽³⁾

أشكال الاستثمار الأجنبي:

بعد بيان أنواع الاستثمار الأجنبي يمكننا الآن تناول أشكال الاستثمار الأجنبي بشكل خاص وأكثر تفصيلاً كما يلي:

- الاستثمار الأجنبي غير المباشر: كما وقد سبق وأن بينت في أنواع الاستثمار بصورة عامة، فالاستثمار الأجنبي الغير مباشر هو الاستثمار في اقتصاد أجنبي دون أن يكون المستثمر مالئاً للاستثمار فلا يكون له التدخل ولا الإدارة، مثل: شراء أسهم في شركة أجنبية محلها دولة أجنبية.

وغالباً ما يُلجأ إلى الاستثمار الأجنبي غير المباشر قبل الاستثمار الأجنبي المباشر للتعرف على طبيعة هذه الاقتصادات الأجنبية وفرص الربح فيها مما يساعد في اتخاذ قرار الاستثمار في هذا البلد الأجنبي.

وقد يكون الاستثمار الأجنبي غير مباشر في مجال الإنتاج كالتراخيص (الامتيازات) والتصنيع

(1) د. عبدالله عبدالكريم عبدالله، مرجع سابق، ص 21.

(2) د. نشأت علي عبدالعال، مرجع سابق، ص 197-198.

(3) د. عبدالله عبدالكريم عبدالله، مرجع سابق، ص 22.

التعاقدية وقد يكون الاستثمار في مجال التجارة كالوكالات والتوزيع.

قد يخضع الاستثمار الأجنبي غير المباشر لقيود مختلفة، قد تكون هذه القيود جمركية تحد من الواردات. كما أنه قد تكون القيود على الاستثمارات الأجنبية القادمة إلى الدولة للحد من تأثيراتها السلبية على الجوانب السياسية والاجتماعية والاقتصادية. وفي المقابل، إلى جانب ما سبق من قيود، قد تفرض بعض الحكومات المصدرة بعض القيود على مستثمريها عند اتجاههم للاستثمار الأجنبي في بعض الدول في بعض النشاطات، من مثل تصدير التكنولوجيا المتطورة والحديثة.⁽¹⁾

• الاستثمار الأجنبي المباشر: كما تناولنا مسبقاً، يكون الاستثمار مباشراً إذا ما كان المستثمر يملك المشروع الاستثماري كلياً أو جزئياً مع حقه في السيطرة على المشروع إدارياً.

لأن تمتاز غالبية الاستثمارات الأجنبية بالطابع الدولي أي صعوبة خضوعها لعوامل الاقتصادات الوطنية مفردة، فتأثر وتتأثر بالاقتصاد الدولي، ولما لإدارة المشاريع من متطلبات ملحة كالتركيز والإدارة عن قرب، منحت بعض الدول تسهيلات في الاستثمار، حيث تسهل الدول المضيفة من إجراءات تمكين المستثمر من إدارة أعماله مباشرة.

تختلف صور الاستثمار الأجنبي المباشر فإما يكون الاستثمار الأجنبي مملوفاً بالكامل لأجنبي أو على شكل استثمار مشترك حيث يشترك مستثمر وطني مع مستثمر أجنبي في رأس المال أو بالأجهزة أو الخبرات. وقد يكون هذا الاستثمار المشترك قد نشأ مشتركاً بالأصل وقد يكون المستثمر الأجنبي قد اشترى أو شارك في استثمار قائم.

تعتبر مشروعات أو عمليات التجميع شكلاً آخر للاستثمار الأجنبي المباشر، حيث يقوم الأجنبي بتزويد الوطني بالقطع على أن يقوم بتجميعها الوطني، وقد يتدخل الأجنبي عن طريق تقديم الخبرات للوطني.⁽²⁾

• الاستثمارات المالية: كما قد بينا مسبقاً، قد يأخذ الاستثمار شكل التوظيف المالي، فالاستثمار الأجنبي قد يكون بصورة توظيف الأموال بهدف تحقيق عائد عن طريق الاستثمار بالأوراق المالية دون التدخل بإدارة المشروع.

(1) د. نشأت علي عبدالعال، مرجع سابق، ص 200-202.

(2) د. نشأت علي عبدالعال، مرجع سابق، ص 202-206.

غالبًا ما يلجأ المستثمر إلى الاستثمار المالي الأجنبي عند عدم توافر هذه الفرصة في الاقتصاد المحلي أو لعدم توافر ضمانات لها في الاقتصاد الوطني أو لتقديم الاقتصاد الأجنبي حوافز للقيام بهذه المشروعات.

كما قد تكون الاستثمارات المالية فردية أو متعددة، يكون فرديًا في حالة الاستثمار بصنف واحد من الأصول ويكون متعددًا عند الاستثمار بعدة أصناف. عادةً ما يلجأ المستثمرون إلى الاستثمار المتعدد لتجنب أخطار تركيز الاستثمار على نوع واحد من الأصول.

تختلف الأخطار التي قد يتعرض لها المستثمر المالي، فقد تكون هذه الأخطار نظامية تؤثر على جميع أنواع الأسهم والسندات، وقد تكون غير نظامية وهي جميع تلك الأخطار التي تؤثر على مؤسسة أو شركة معينة، قد تكون أخطار متعلقة بالسوق نفسه ومخاطر عدم القدرة على المنافسة في السوق، وقد تكون المخاطر متعلقة بأسعار الفائدة لما للفائدة من تأثير على أسعار الأسهم أو متعلقة بالتضخم والتي بدورها تؤثر على قوة النقود الشرائية.⁽¹⁾

الفرع الثالث

مجالات الاستثمار

حصرت بعض التشريعات المجالات التي تجوز فيها الاستثمارات الأجنبية تجنبًا لمخاطر السيطرة على الاقتصاد الوطني، وحصر نطاق الاستثمار في بعض المجالات للحكومة نفسها. لم يورد المشرع الإماراتي في مشروع القانون في شأن الاستثمار الأجنبي حصر ولا تعداد للمجالات الجائز الاستثمار فيها، لكن من خلال النظر في القوانين الاتحادية يمكن الاستخلاص أن المشرع سمح الاستثمار في مجالات عديدة ومنها المتعلقة بالبيئة والمعدات الطبية.⁽²⁾ أما المشرع المصري فقد حدد مجالات الاستثمار في المادة (1) من قانون ضمانات وحوافز الاستثمار لسنة (1997).⁽³⁾

(1) د. نشأت علي عبدالعال، مرجع سابق، ص 206-209.

(2) د. عبدالله عبدالكريم عبدالله، مرجع سابق، ص 105.

(3) تنص المادة (1) من قانون ضمانات وحوافز الاستثمار لسنة (1997) على أنه:

"تسرى أحكام هذا القانون على جميع الشركات والمنشآت أيًا كان النظام القانوني الخاضع له تنشأ بعد تاريخ العمل به لمزاولة نشاطها في أي من المجالات الآتية:

الفرع الرابع أهمية الاستثمار الأجنبي

تتمثل أهمية الاستثمار الأجنبي في أثره البارز على الاقتصاد الدولي والاقتصادات المحلية للدول المصدرة والدول المستضيفة. فالدولة المستضيفة تستفيد من جوانب مختلفة، فالاستثمار الأجنبي يجلب رؤوس أموال إلى الدولة، كما أن هذا الاستثمار بحسب نوعه قد يزيد من إنتاجية سلع معينة في السوق فيسد النقص مما قد يساهم في وقف أو حل التضخم، بالإضافة إلى أنه قد يفتح شواغر وظيفية جديدة فيساهم في حل مشكلة البطالة. وتستفيد الدولة المصدرة بعودة أرباح الاستثمار إليها.

==

- استصلاح واستزراع الأراضي البور والصحراوية أو أحدهما.
- الإنتاج الحيواني والداجني والسمكي.
- الصناعة والتعدين.
- الفنادق والموتيلات والشقق الفندقية والقرى السياحية والنقل السياحي.
- النقل المبرد للبضائع والثلاجات الخاصة بحفظ الحاصلات الزراعية والمنتجات الصناعية والمواد الغذائية ومحطات الحاويات وصوامع الغلال.
- النقل الجوي والخدمات المرتبطة به بطريق مباشر.
- النقل البحري لأعالي البحار.
- الخدمات البترولية المساندة لعمليات الحفر والاستكشاف ونقل وتوصيل الغاز.
- الإسكان الذي تؤجر وحداته بالكامل خالية لأغراض السكن غير الإداري.
- البنية الأساسية من مياه شرب وصرف وكهرباء وطرق اتصالات.
- المستشفيات والمراكز الطبية والعلاجية التي تقدم 10% من طاقتها بالمجان.
- التأجير التمويلي.
- ضمان الاكتتاب في الأوراق المالية.
- رأس المال المخاطر.
- إنتاج برامج وأنظمة الحاسبات الآلية.
- المشروعات الممولة من الصندوق الاجتماعي للتنمية. ويجوز لمجلس الوزراء إضافة مجالات أخرى تتطلبها حاجة البلاد.
- وتحدد اللائحة التنفيذية لهذا القانون شروط وحدود المجالات المشار إليها

ويمكن اعتبار الاستثمارات الأجنبية جسور تواصل بين هذه الدول، حيث تنتقل من خلالها الخبرات والتأثيرات الإيجابية على تطورات ونمو جوانب عديدة من المجتمع أهمها التبادل الثقافي ونقل أحدث وسائل التكنولوجيا.⁽¹⁾

المطلب الثاني

محددات الاستثمار الأجنبي

بعد استيعاب ماهية الاستثمار الأجنبي يصبح من الممكن تناوله بعمق أكثر. فأتناول في هذا المطلب المناخ الاستثماري الذي بناءً عليه يقرر المستثمر التوجه إلى الدولة الأجنبية للقيام باستثماراته ومن ثم أتناول القواعد التي تحكم هذا الاستثمار والحوافز والضمانات التي تجذب المستثمر الأجنبي، كلٌّ في فرع منفصل:

الفرع الأول

المناخ الاستثماري

يمكن تعريف المناخ الاستثماري بأنه مجموع العوامل السياسية والاجتماعية والاقتصادية المؤثرة في استقطاب الاستثمار في الدول. من خلال هذا التعريف يمكن استخلاص جوانب المناخ والتي هي:

أ- الجانب السياسي: يعتبر الجانب السياسي مؤثرًا بصورة كبيرة على قدرة الحصول على ثقة المستثمر لما للعوامل السياسية من تأثيرات على الادخار، فبتزعزع الاستقرار السياسي والأمني تقل نسبة الادخار وبذلك تقل الاستثمارات.

يتمثل الجانب السياسي بالنظام السياسي المتبع في الدولة والأحزاب السياسية ويؤثر في المناخ الاستثماري بمدى تقبل السياسيين لفكرة الاستثمار الأجنبي.⁽²⁾

(1) د. نشأت علي عبدالعال، مرجع سابق، ص 233.

(2) أ. د. محمد أحمد زيدان، حوافز جذب الاستثمارات الأجنبية إلى دولة الإمارات العربية المتحدة، ورقة مقدمة لمؤتمر الاستثمار بين التشريعات الوطنية والاتفاقات الدولية وأثرها في التنمية الاقتصادية في دولة الإمارات العربية المتحدة، جامعة الإمارات العربية المتحدة، الإمارات، 2011، ص 299.

ب- الجانب الاجتماعي: مما لا شك فيه، تؤثر العوامل الاجتماعية في ثقة المستثمرين الأجانب، فتؤثر المؤهلات العلمية والخبرات ومؤهلات القوى العاملة على مدى تطور الفكر الاقتصادي وعلى جذب المستثمرين.⁽¹⁾

ج- الجانب الاقتصادي: برأيي يكون الجانب الاقتصادي من أهم العوامل المؤثرة على المناخ الاستثماري. تشمل هذه العوامل الموارد الطبيعية والبنية التحتية والمنافسة والسياسة المالية والقواعد الحاكمة للاستثمار والضمانات والحوافز والسياسات المالية ومعدلات التضخم.⁽²⁾

في الإمارات يمكن استخلاص أبرز ملامح جوانب المناخ الاستثماري بالقول إنه يمتاز بالجاذبية، فالجانب السياسي يتمتع بالثبات والاستقرار والحكومة داعمة للاستثمارات الأجنبية. ويشهد المجتمع في الإمارات تطوراً في شتى الجوانب. والجانب الاقتصادي كذلك يشهد تطورات متتالية في جوانب عديدة ومنها التطور التشريعي في مجال الاقتصاد، فالدولة قد شرعت قوانين عديدة وأعدت مشروعات قوانين أبرزها مشروع قانون في شأن الاستثمار الأجنبي.⁽³⁾

وفي مصر يعتبر المناخ الاستثماري جاذباً للمستثمرين لعدة عوامل، لعل موقعها الجغرافي الممتاز من أبرزها، إلى جانب ذلك يعتبر اقتصادها الحر وثبات سعر صرف عملتها نسبياً من عوامل الجذب الأخرى. بالإضافة إلى ما سبق، نظم المشرع المصري الاستثمار في قانون ضمانات وحوافز الاستثمار الذي أعطى المستثمرين ضمانات وحوافز عديدة، وقد أبرمت الحكومة اتفاقيات دولية في شأن الاستثمار الأجنبي.⁽⁴⁾

(1) أ.د. محمد أحمد زيدان، مرجع سابق، ص 299-300.

(2) أ.د. محمد أحمد زيدان، مرجع سابق، ص 300.

(3) أ.د. محمد أحمد زيدان، مرجع سابق، ص 317-318.

(4) د. محمد السيد عرفة، ضمانات الاستثمار الأجنبي وحوافزه في القانون المصري دراسة تحليلية مقارنة، ورقة مقدمة لمؤتمر الاستثمار بين التشريعات الوطنية والاتفاقات الدولية وأثرها في التنمية الاقتصادية في دولة الإمارات العربية المتحدة، جامعة الإمارات العربية المتحدة، الإمارات، 2011، ص 557-558.

الفرع الثاني

القواعد القانونية المنظمة للاستثمار الأجنبي

كما قد سبق وأن بينت، تؤثر التشريعات والقوانين المنظمة للاستثمار في الدول على مدى جاذبية المناخ الاستثماري فيها. من هذا المنطلق تحرص الدول على حسن تنظيم هذا الجانب لأهميته.

في الإمارات، أعد المشرع مشروع قانون في شأن الاستثمار الأجنبي إلا أن هذا القانون لم يصدر بعد، كما أنه يمكن الاستخلاص من القوانين الأخرى المتفرقة بعض القواعد الحاكمة للاستثمار، من ضمن هذه القوانين قانون المعاملات التجارية وقانون الشركات التجارية وقانون العمل والقوانين الحاكمة للملكية الفكرية والوكالات وغيرها من قوانين. إلى جانب القوانين المحلية، وقعت دولة الإمارات على اتفاقيات دولية تتعلق بالاستثمار الأجنبي.⁽¹⁾

وفي الكفة الأخرى، نظم المشرع المصري الاستثمار في قانون حوافز وضمانات الاستثمار رقم (8) لسنة (1997).⁽²⁾

الفرع الثالث

حوافز جذب الاستثمار الأجنبي

ينص مشروع القانون الإماراتي في شأن الاستثمار الأجنبي على حوافز للاستثمار الأجنبي، نصت فقرة (أ) من المادة (16) على أنه لمجلس الوزراء رفع القيود عن ملكية المستثمر الأجنبي وله أيضًا منح المستثمر الملكية الكاملة لمشروعه، وتنص الفقرة (ب) من ذات المادة على إعفاء الموجودات لإنشاء المشروع من الضرائب والرسوم على أن يكون المشروع صناعيًا وتكون هذه الموجودات ثابتة ولازمة لإنشاء هذا المشروع وفقًا للحدود الموضحة في مشروع القانون ذاته. كما منحت الفقرة (ج) من ذات القانون مجلس الوزراء سلطة تقديم أية حوافز يراها المجلس مناسبة

(1) د. عبدالله عبدالكريم عبدالله، مرجع سابق، ص 102-104.

(2) المحامي وسيم حسام الدين الأحمد، قوانين الاستثمار العربية، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت، لبنان، 2011، ص 67.

على أن على أن تتوافق مع المعايير المنصوص عليها في المادة⁽¹⁾.

إلى جانب الحوافز المنصوص عليها في مشروع القانون قدمت الحكومة حوافز كثيرة للاستثمارات الأجنبية، منها تخفيض أسعار الأراضي للمشروعات الصناعية والإسهام في البحوث لدعم الاستثمارات الأجنبية وتسهيل شروط دخول الاستثمار الأجنبي وغيرها الكثير⁽²⁾.

نص القانون في مصر على العديد من الحوافز لجذب الاستثمارات، ويمكن تقسيمها إلى إعفاءات من ضرائب ورسوم والإعفاءات الجمركية والتسهيلات الإدارية وإعفاءات من بعض القوانين والحوافز التجارية والربحية، أتناول كل منها في بند منفصل:

البند الأول: إعفاءات من الضرائب والرسوم

نص القانون في جمهورية مصر على إعفاءات من الضرائب لثلاث مدد مختلفة، تعفى المشروعات التجارية والصناعية الاستثمارية من الضرائب لمدة خمس سنوات على إيراداتها وأموالها وأرباح شركات الأموال، وتعفى تلك من الضرائب لمدة عشرة سنوات إن كانت تلك المشاريع في المناطق العمرانية والصناعية الجديدة أو في أحد المناطق النائية التي يحددها رئيس مجلس

(1) الفقرة (ج) من المادة (16) من مشروع قانون اتحادي في شأن الاستثمارات الأجنبية: "ج. يجوز لمجلس الوزراء بناء على توصية اللجنة بعد تنسيقها مع السلطة المحلية المختصة إصدار قرار بالموافقة على تقديم مزايا وحوافز وإعفاءات أخرى للمشروع استثماري أجنبي محدد إضافة إلى ما هو مقرر في الفقرة (أ) من هذه المادة، على أن يراعى في المشروع الاستثماري الأجنبي المعايير الآتية:

1. الانسجام مع خطط التنمية الإستراتيجية في الدولة.
2. تحقيق العائد الأفضل للموارد المحلية.
3. قيمة مضافة عالية.
4. زيادة فرص العمل.
5. نقل التقنية والتكنولوجيا الحديثة.
6. أثر مزاولة النشاط الاستثماري على الشركات الوطنية التي تزاوّل نشاطاً مماثلاً أو مكملًا.
7. أن لا يقل حجم رأس المال الأجنبي المستثمر عن خمسين مليون درهم.
8. درجة الكفاءة والخبرة والشهرة العالمية للمستثمر الأجنبي.
9. المشاريع الصديقة للبيئة."

(2) د. عبدالله عبد الكريم عبدالله، مرجع سابق، ص 105-106.

الوزراء.⁽¹⁾ تعفى المشروعات التجارية والصناعية من الضرائب على إيراداتها، كما تعفى شركات الأموال من الضرائب على أرباحها لمدة 20 سنة على أن تكون هذه المشروعات مقامة خارج الوادي القديم، أي أن المشرع أعفى المشروعات الاستثمارية المقامة في المناطق النائية لمدة 20 سنة بهدف جذب المستثمرين.⁽²⁾

كما يعفي المشرع المصري المشاريع الاستثمارية من رسوم الدمغة والتوثيق والإعلان في عقود التأسيس والقرض والرهن لمدة ثلاثة سنوات بالإضافة إلى رسوم تسجيل الأراضي. وتعفى أرباح شركات الأموال التي تأخذ شكل شركات المساهمة بنسبة تساوي قيمة رأس مالها على أن تكون هذه الشركات مقيدة في البورصة. وتعفى إيرادات رؤوس الأموال المنقولة وعوائد الأوراق المالية لهذه المشروعات من الضريبة، على أن تكون شركة مساهمة عامة ستطرح للاكتتاب العام وتكون مقيدة في البورصة. وتعفى الشركات المندمجة أو المنفصلة أو تلك المغيرة لشكلها من الضريبة والرسوم المستحقة بسبب هذا التغيير.⁽³⁾

البند الثاني: الإعفاءات الجمركية

تمنح المادة 23 من قانون ضمانات وحوافز الاستثمار إعفاء جمركي حيث لا يكون لهذه المشاريع الاستثمارية سوى دفع 5٪ من قيمة إيراداتها من أجهزة ومعدات على أن تكون هذه المنقولات ضرورية لإنشائها.⁽⁴⁾

البند الثالث: التسهيلات الإدارية

أنشأت جمهورية مصر مكاتب في محافظاتها تختص بالمعاملات الإدارية المتعلقة بالاستثمارات،

(1) د. محمد السيد عرفة، مرجع سابق، ص 583.

(2) المستشار رجب عبدالحكيم السليم، شرح أحكام قانون ضمانات وحوافز الاستثمار رقم 8 لسنة 1997 ولائحته التنفيذية طبقاً لآخر التعديلات في ضوء أحدث المبادئ التي قررتها المحكمة الدستورية العليا ومحكمة النقض والمحكمة الإدارية العليا والجمعية العمومية لقسي الفتوى والتشريع بمجلس الدولة مع بيان النصوص القانونية المرتبطة وحلول أهم المشكلات العملية التي تعترض المستثمرين، موسوعة الشركات والاستثمار، القاهرة، مصر، 2007، ص 450.

(3) د. محمد السيد عرفة، مرجع سابق، ص 583-585.

(4) د. محمد السيد عرفة، مرجع سابق، ص 585.

وتقدم تلك خدماتها مجاناً. إلى جانب ذلك، تمنح مصر المستثمر الأجنبي إقامة لمدة خمس سنوات قابلة للتجديد لتسهيل عملية إدارة المشروعات الاستثمارية مباشرة⁽¹⁾.

البند الرابع: عدم الخضوع لبعض القوانين

يعني المشرع بعض المشروعات الاستثمارية من الالتزام بتطبيق بعض مواد قانون الشركات وبعض أحكام قانون العمل وبعض القوانين المتعلقة بإجراءات الإيراد والتصدير.⁽²⁾

البند الخامس: حوافز ربحية وتجارية

لجذب الاستثمارات الأجنبية إلى مصر قرر المشرع إعطاء المستثمرين حق تملك الأراضي والمباني وأعطى المشروعات الاستثمارية بعض الأراضي في مناطق محددة بالمجان، كما أنه قد أعفى هذه المشروعات من إخضاع منتجاتها للتسعير الجبري ولا يحق للسلطة التدخل في تحديد أرباح هذه المشروعات.⁽³⁾

الفرع الرابع ضمانات الاستثمار

إلى جانب الحوافز الممنوحة للمستثمر تعتبر الضمانات الممنوحة للمستثمر ومشروعاته من عوامل الرئيسية لجذب للاستثمارات الأجنبية.

من هذا المنطلق، تضمن مشروع القانون في شأن الاستثمارات الأجنبية ضمانات للمستثمر والمشروع الاستثماري، فقد نصت المادة (11) منه على عدم جواز نزع ملكية مشروع بأية صورة إلا إن كان ذلك للمصلحة العامة على أن يدفع تعويض مناسب مساوٍ للقيمة السوقية للمشروع في وقت نزع الملكية منه. وتنص المادة (12) من مشروع القانون ذاته على الضمان للمستثمر الأجنبي تحويل عوائده المالية خارج الدولة بشرط أن يكون قد أوفى بالتزاماته. وتنص المادة (13) على ذلك

(1) د. محمد السيد عرفة، مرجع سابق، ص 587.

(2) د. محمد السيد عرفة، مرجع سابق، ص 588-590.

(3) د. محمد السيد عرفة، مرجع سابق، ص 591-593.

الحق للعاملين في مشروعات الاستثمار الأجنبية. وتعطي المادة (14) للمستثمر حق إدارة مشروعاته الاستثمارية بحرية تامة دون إخلال بالقيود والالتزامات المنصوص عليها في هذا المشروع.⁽¹⁾ تمنح المادة (15) من مشروع القانون حق ضمان الحفاظ على سرية معلومات المشروع المتعلقة بالشؤون الفنية والاقتصادية والمالية والمبادرات المقدمة للسلطة العامة مالم ينص قانون على خلاف ذلك.⁽²⁾

ينص المشرع المصري في قانون ضمانات وحوافز الاستثمار على ضمانات لهذه الاستثمارات. فيحظر القانون تأمين أو مصادرة المشاريع الاستثمارية، إلا إذا استوجبت المصلحة العامة ذلك بشرط أن يكون نزع الملكية مقابل تعويض معقول.⁽³⁾ تنص المادة (9) من قانون ضمانات وحوافز الاستثمار على أنه: "لا يجوز بالطريق الإداري فرض الحراسة على الشركات والمنشآت أو حجز

(1) تنص المادة (22) مشروع قانون اتحادي في شأن الاستثمار الأجنبي على أنه: "يلتزم المستثمر الأجنبي بما يلي:

1. الالتزام بأحكام التشريعات النافذة في الدولة.
2. الالتزام بممارسة النشاط المحدد في الترخيص الصادر عن السلطة المختصة.
3. العمل على تدريب العمالة الوطنية وإكسابها المهارات اللازمة.
4. مسلك حسابات منتظمة للمشروع الاستشاري الأجنبي.
5. تعيين مدقق حسابات قانوني مرخص في الدولة.
6. عدم التصرف بالموجودات الثابتة التي تم إعفاؤها والمزايا الممنوحة للمشروع الاستثماري الأجنبي وفقاً لأحكام هذا القانون إلا بموافقة السلطة المختصة.
7. الالتزام بتقديم المعلومات والبيانات الإحصائية والوثائق التي تطلبها اللجنة أو الإدارة أو السلطة المختصة المتعلقة بالمشروع الاستثماري الأجنبي والسماح لأي موظف له صفة الضبطية القضائية وفقاً لأحكام المادة (35) من هذا القانون أن يدخل موقع المشروع الاستثماري الأجنبي لأداء المهام المكلف بها ومطابقة البيانات والمعلومات على الواقع.
8. إعلام السلطة المختصة خطياً فور الانتهاء من تركيب الموجودات الثابتة وتجهيزها لغايات المشروع وتاريخ بدء العمل أو الإنتاج الفعلي.
9. نقل المعرفة والتكنولوجيا إلى الدولة.
10. المحافظة على سلامة البيئة من التلوث، والالتزام بكل ما يتعلق بالمحافظة على الصحة العامة والأمن."

(2) مشروع قانون اتحادي في شأن الاستثمار الأجنبي.

(3) د. عبدالله عبدالكريم عبدالله، مرجع سابق، ص 40-41.

على أموالها أو استيلاء أو التحفظ عليها أو تجميدها أو مصادرتها." مما سبق نستخلص أن المشرع يهدف جذب المستثمرين الأجانب يحميهم من مخاطر تعسف السلطة، فلا يجوز بناءً على قرار إداري فرض حراسة أو الحجز أو الاستيلاء أو التجميد أو المصادرة على المشروعات الاستثمارية وممتلكاتها.⁽¹⁾

كما يحظر المشرع في مصر تدخل الإدارة بفرض التسعير الجبري أو تحديد ربح المشروعات في المنتجات، فيتمتع المستثمر بحرية تقدير ثمن السلعة ومقدار الربح. ويحظر القانون نفسه إلغاء تراخيص العقارات التي تنتفع منها المشروعات الاستثمارية ما لم تخالف أحد شروط الترخيص. ويمنح القانون حق تملك الأراضي والعقارات لأهداف الاستثمار بالإضافة إلى حرية الإيراد والتصدير.⁽²⁾

(1) المستشار رجب عبد الحكيم السليم، مرجع سابق، ص 289.

(2) د. عبد الله عبد الكريم عبد الله، مرجع سابق، ص 42.

الخاتمة

الاستثمارات الأجنبية تشكل محورًا هامًا في عجلة التنمية، وتطور الاقتصاد. من خلال البحث في الاستثمار الأجنبي ومجالاته ومن خلال الاستطلاع على المناخ الاستثماري في دولة الإمارات وجمهورية مصر والبحث في القواعد القانونية المنظمة للاستثمار الأجنبي والحوافز والضمانات التي تمنحها هذه القوانين، يمكنني استخلاص بعض النتائج والتوصيات:

النتائج:

- 1- نظم المشرع المصري للضمانات والحوافز في قانون مستقل. أما المشرع الإماراتي فلم يصدر قانونًا خاصًا بالاستثمار إلا أنه إلى جانب القواعد المتناثرة في القوانين المختلفة التي تطبق على المشروعات الاستثمارية قد أعد مشروع قانون لم يصدر بعد.
من ذلك يتبين لنا كم الجهود المبذولة في الإمارات للتنافس على جذب المستثمرين الأجانب والعمل على زيادة جاذبية المناخ الاستثماري في الدولة.
- 2- على خلاف المشرع المصري الذي حدد مجالات الاستثمار ترك المشرع الإماراتي مجالات الاستثمار مفتوحة في وجه المستثمر الأجنبي إلا أنه حصر فئتين من المشروعات من الخضوع لأحكام مشروع القانون في شأن الاستثمارات الأجنبية وهي المشاريع المتعلقة بالنفط والغاز والماء والكهرباء والمشاريع في المناطق الحرة لخضوعها لقوانين خاصة تنظمها.
من وجهة نظري، حسناً فعل المشرع الإماراتي عندما ترك مجالات الاستثمار مفتوحة ما عدا تلك المحظورة، لأن العالم اليوم يشهد سباقاً في الابتكار مما يجعل حصر مجالات الاستثمار الأجنبي مضيعة لمشاريع متجددة ذات المنفعة الكبيرة.
- 3- تبين من خلال البحث أن المشرع المصري قد توسع في منح الحوافز لجذب المستثمرين، وبالأخص الإعفاء الضريبي الممنوح للمشاريع المقامة في المناطق النائية. فهذه الإعفاءات ستجلب إلى هذه المناطق المشروعات التي ستعود على البلاد بالنفع من خلال استغلال مناطق نائية.

وبالمقابل، حسناً فعل المشرع الإماراتي عندما منح مجلس الوزراء الحق في منح الحوافز على ألا يخالف ذلك القانون بالإضافة إلى الحوافز المنصوص عليها في مشروع القانون. لأنه في أية لحظة قد تستحدث التزامات على المشاريع، فمذهب المشرع يعطي مجلس الوزراء الحق بإعفاء

الاستثمارات الأجنبية من صنف من هذه الالتزامات المستحدثة متى ما ارتأت ذلك مناسبا، فلولا هذه الصلاحية لوجب تعديل القانون بالإجراءات المعتادة لمنح حوافز جديدة.

التوصيات:

- 1- من خلال النظر في مشروع القانون المعد وممارسات الحكومة يتبين لنا حرص السلطات الإماراتية على توفير الحوافز والضمانات لجذب المستثمر الأجنبي ما هو إيجابي وفي الطريق الصحيح مما يجعلنا نتأمل إصدار المشروع ودخوله حيّز النفاذ.
- 2- كما قد أشدت بموقف المشرع عندما منح مجلس الوزراء الحق بزيادة الحوافز، أوصي بزيادة الحوافز المنصوص عليها في القانون المعد. فحسناً يكون إن منح المشرع حوافز لمشروعات جديدة لا تتوافر في السوق المحلية خصوصاً تلك التي تساهم في التنمية وتحقق المنفعة للبلاد. فنصه على هذه الحوافز في القانون يساعدها في جذب هذا النوع من الاستثمارات.

قائمة المصادر

الكتب:

- المستشار رجب عبدالحكيم السليم، شرح أحكام قانون ضمانات وحوافز الاستثمار رقم 8 لسنة 1997 ولائحته التنفيذية طبقاً لآخر التعديلات في ضوء أحدث المبادئ التي قررتها المحكمة الدستورية العليا ومحكمة النقض والمحكمة الإدارية العليا والجمعية العمومية لقسمي الفتوى والتشريع بمجلس الدولة مع بيان النصوص القانونية المرتبطة وحلول أهم المشكلات العملية التي تعترض المستثمرين، موسوعة الشركات والاستثمار، القاهرة، مصر، 2007.
- طاهر حيدر حردان، مبادئ الاستثمار، دار المستقبل للنشر والتوزيع، عمان، الأردن، 1997.
- د. عبدالله عبدالكريم عبدالله، ضمانات الاستثمار في الدول العربية دراسة قانونية مقارنة لأهم التشريعات العربية والمعاهدات الدولية مع الإشارة إلى منظمة التجارة العالمية ودورها في هذا المجال، دار الثقافة للنشر والتوزيع، عمان، الأردن، 2008.
- د. مرتضى حسين السعدي، النظام القانوني لشركات الاستثمار المالي، منشورات الحلبي، بيروت، لبنان، 2011.
- د. نشأت علي عبدالعال، الاستثمار والترابط الاقتصادي الدولي، دار الفكر الجامعي، الإسكندرية، مصر، 2012.
- المحامي وسيم حسام الدين الأحمد، قوانين الاستثمار العربية، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت، لبنان، 2011.

بحوث منشورة في مؤتمرات:

- أ. د. محمد أحمد زيدان، حوافز جذب الاستثمارات الأجنبية إلى دولة الإمارات العربية المتحدة، ورقة مقدمة لمؤتمر الاستثمار بين التشريعات الوطنية والاتفاقات الدولية وأثرها في التنمية الاقتصادية في دولة الإمارات العربية المتحدة، جامعة الإمارات العربية المتحدة، الإمارات، 2011.
- د. محمد السيد عرفة، ضمانات الاستثمار الأجنبي وحوافزه في القانون المصري دراسة تحليلية مقارنة، ورقة مقدمة لمؤتمر الاستثمار بين التشريعات الوطنية والاتفاقات الدولية وأثرها في التنمية الاقتصادية في دولة الإمارات العربية المتحدة، جامعة الإمارات العربية المتحدة، الإمارات، 2011.

رسوم الاشتراك

ثمن العدد:

داخل الإمارات: عشرون درهما

في دول الخليج:

السعودية: عشرون ريالاً، قطر: عشرون ريالاً، الكويت: ديناران، البحرين: ديناران،

عمان: ريالان

الوطن العربي:

سبع (7) دولارات أمريكية أو ما يعادلها

الدول الأجنبية:

عشر (10) دولارات أمريكية أو ما يعادلها

الاشتراك السنوي للمجلة:

نوع الاشتراك	الإمارات	الدول العربية	الدول الأجنبية	مدة الاشتراك
أفراد	35 درهما	40 درهما	20 دولار	سنة (عددان)
مؤسسات	60 درهما	50 درهما	25 دولار	سنة (عددان)

تدفع الاشتراك بإحدى الطرق الآتية:

1- شيك مصرفي لصالح مجلة العلوم القانونية مسحوب على أحد المصارف العاملة في دولة الإمارات العربية المتحدة.

2 - تحويل مصرفي لحساب كلية القانون - جامعة عجمان - دولة الإمارات العربية المتحدة

▪ اسم الحساب: جامعة عجمان الفرع: فرع الرقة - دبي

رقم الحساب: IBAN: AE170330000010493141592

سويفت كود: BOMLAEAD ويرسل صورة من إيصال التحويل إلى المجلة.