



# مجلة العلوم القانونية

E-mail: lawmagazine@ajman.ac.ae

السنة الرابعة - العدد السابع - يناير 2018

مجلة دورية علمية محكمة تعنى بالدراسات الشرعية والقانونية والاقتصادية

النظام الدولي  
1073 - 2707  
1081 - 2707

المسؤولية المدنية للمصرف عن غسل الأموال

افتراض رابطة السببية في المسؤولية المدنية

طرق دفع مسؤولية الناقل الجوي عن الأعمال الإرهابية

التمييز الوراثي في التأمين على الحياة ومدى كفاية التدابير الحامية

إرهاب الدولة .. بين الإقرار والإنكار

المحكمة الدستورية العليا وترسيم الحدود المصرية السعودية

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

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



السنة الرابعة - العدد السابع - يناير 2018

Fourth year - 7th issue - January 2018

E-mail: lawmagazine@ajman.ac.ae

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

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

The civil liability of the bank for money laundering

Assuming a causal link in civil liability

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

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

State terrorism .. Between acknowledgment and denial

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

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

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

قال تعالى:

﴿إِنَّ اللَّهَ يَأْمُرُكُمْ أَنْ تُؤْدُوا الْأَمْنَاتِ إِلَى أَهْلِهَا وَإِذَا حَكَمْتُمْ  
بَيْنَ النَّاسِ أَنْ تَحْكُمُوا بِالْعَدْلِ إِنَّ اللَّهَ يُعِظُّكُمْ بِهِ إِنَّ اللَّهَ كَانَ  
سَمِيعًا بَصِيرًا﴾

صدق الله العظيم

(سورة النساء: 58)



كلية القانون  
جامعة عجمان  
دولة الإمارات العربية المتحدة

هتم بنشر العلوم القانونية  
والشرعية والاقتصادية

مجلة  
العلوم القانونية

مجلة علمية محكمة تصدر  
نصف سنوية

السنة الرابعة - العدد السابع - يناير 2018م

الترقيم الدولي: 1081 - 2707 - 1073 / 2707

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

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

القاضي الدكتور / جمال السميطي  
مدير عام معهد دبي القضائي

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

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

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

هيئة التحرير  
رئيس التحرير: د. طيبة حميد محمد  
نائب رئيس التحرير: أ. د. حسني محمود عبد الدايم  
أمين التحرير: د. محمد ولی الله عبد الرحمن

### أعضاء هيئة التحرير

د. قيس عبد الوهاب  
د. أحمد شاكر  
د. محمد سامر القحطان  
د. عيسى الريضي

## أهداف المجلة:

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 بإخبار 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 وإضافة للمعرفة القانونية.

- 4- لا يكون البحث مستلأً من رسالة علمية (ماجستير أو دكتوراه) نال بها الباحث درجة علمية، أو منشورة من قبل على أي صورة من صور النشر.
- 5- لا يتجاوز حجم البحث خمسين صفحة، إلا إذا اقتضى ذلك الحفاظ على وحدة البحث.
- 6- تقدم البحوث مطبوعة بخط Simplified Arabic وتنكتب العناوين الرئيسية والفرعية بالخط الأسود العريض بحجم (16)، وحجم (14) للنصوص في المتن، وبحجم (12) للهواش 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 الأربع.
- 8- أن يراعي في التمييز والتقويم والتاريخ ذكر المراجع والمؤلفين الآتي:
- أ. أن تكون الإشارة إلى صفحات المصادر والمراجع في الهاشم وليس في صلب البحث.
- ب. أن ترقم هواش كل صفحة على حده، ويراعي في التقويم 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، وتزود هيئة التحرير بثلاث نسخ منها نسخة إلكترونية (CD)، مع مراعاة التدقيق اللغوي. ويُفضل إرساله عن طريق البريد الإلكتروني، أن تكون إحدى نسخ البحث بصيغة (word2000)، والأخرى بصيغة Pdf.
- 10- يقدم الباحث موجزاً لسيرته العلمية في حدود عشرة سطور في صفحة مستقلة، تتضمن: الاسم، وجةة 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 من 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 لصاحبها لاستيفاء هذه الملاحظات ليكون صالحاً للنشر.
- 13- يعتذر للباحث الذي لم تتوافق لجنة المحكمين على نشر بحثه دون الالتزام بإبداء الأسباب.
- 14- أصول البحث المقدمة للمجلة لا ترد سواءً نشرت أو لم تنشر.
- 15- ما ينشر في المجلة من آراء تعبّر عن أفكار أصحابها ولا تمثل بالضرورة رأي المجلة أو الجامعة.
- 16- أن يكون البحث متعلقاً بـمجال العلوم القانونية والشرعية.
- 17- تحفظ المجلة بكلّة حقوق النشر، وفي حالة رغبة المجلة في إعادة نشر البحث فإن عليها أن تحصل على موافقة مكتوبة من صاحبه.
- 18- تقدّم البحث بإحدى اللغات الآتية: العربية، الإنجليزية، الفرنسية.
- 19- يجب ضبط النصوص الشرعية بالشكل الكامل.



## كلمة العدد

الحمد لله رب العالمين، نحمده سبحانه، يَعْلَمُ في كتابه العزيز، الذي لا يأتيه الباطل من بين يديه ولا من خلفه، فضل العلم ومنزلته، ومكانة العلماء الأتقياء وشرفهم، فقال ﴿يَرْفَعُ اللَّهُ أَلَّاَذِينَ أَمَنُوا مِنْكُمْ وَالَّذِينَ أُوتُوا الْعِلْمَ دَرَجَاتٍ وَاللَّهُ يَعْلَمُ مَا تَعْمَلُونَ حَسْنٌ ۝ ۱۱﴾ [المجادلة: 11]. وقال تعالى: ﴿إِنَّمَا يَخْشَىُ اللَّهَ مِنْ عِبَادِهِ الْعَلَمَاءُ إِنَّ اللَّهَ عَزِيزٌ غَفُورٌ ۝ ۲۸﴾ [فاطر: 28].

والصلوة والسلام علي أشرف الخلق وسيد المرسلين، سيدنا محمد بن عبد الله، الصادق الأمين، أوضح في حديثه النبوى الشريف، أنه لا خير في عبادة لا علم فيها، ولا علم لا فقه فيه، ولا قراءة لا تدبر فيها، فقال صل الله عليه وسلم: «فَضْلُ الْعَالَمِ عَلَى الْعَابِدِ كَفَضْلِي عَلَى أَدْنَاكُمْ». اللهم صل وسلم وبارك وأنعم عليه، وعلى آل الأطهار، وأصحابه الأحبار، 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 أبدعها عقول أساتذة وباحثين من عصارة أفكارهم، وخلاصة تجاربهم، والتي تتطلع أن تكون إضافة جديدة للبحث العلمي، وحصيلة مفيدة للقارئ الكريم، راجين من الله تعالى أن تناول إعجابه ورضاه، وأن تتوافق مع رغبته ومتبتاه.

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

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

ولقد احتوى هذا العدد، كسابقية، رصيداً كبيراً من الدراسات والأبحاث المتخصصة، تناولت مواضيع قيمة 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 والإإنكار) للدكتور محمد الخشن. وأما البحث السادس، فقد جاء تحت عنوان: (المحكمة الدستورية العليا وترسيم الحدود المصرية السعودية) للدكتور إكرامي بسيوني عبد العي 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 النص شيمة أي مجهد إنساني، فإني على يقين كامل، أن القارئ الكريم تتملكه الرغبة الأكيدة، في التجاوز عن كل ما قد يعتري كتابنا من هناتٍ 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 مِمَّن تُتَشَّرِّبُ بحوثهم بها، أو مِمَّن يستفيدون من أعداد المجلة المختلفة. كما أنه لا يفوتنا أن نذكر، أن هذا العدد هو ثمرة الجهد المتواصل لأعضاء هيئة التحرير واللجنة الاستشارية لهذا العدد، وللمدققين اللغويين، فلهم منا أسمى آيات الشكر والتقدير والثناء، ولهم من الله المغفرة والمثوبة والعطاء.

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

الأستاذ الدكتور

حسني محمود عبد الدايم

نائب رئيس تحرير المجلة

# المحتويات

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



# 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

## المؤولية 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 يعمد إليها خاسلو الأموال لغسل الأموال لما تتيح 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، ولكن يمكن 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 المشتبه بشبهة غسل أموال وفقاً للقانون العراقي ومقارنته مع القانون اللبناني، وتوصلنا إلى مقترنات 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:

### أولاًً: 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 تورق مختلف دول العالم المتقدمة والنامية على السواء خاصة في ضوء العلاقة الوطيدة بين غسل الأموال وتمويل الجريمة الإرهابية، لأنها تشكل عرقلة حقيقة لإجراءات تعقب وضبط ومصادرة الأموال ذات المصدر الجريمي، 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 وواقعاً خاصة بالنسبة للبلدان النامية التي تتميز بارتفاع معدلات الفساد المالي والإداري والسياسي، فضلاً عن أنه يعد موضوعاً حيوياً في المصارف والمؤسسات المالية وتحديداً مصيراً لعملها خاصة مع تطور وسائل الاتصالات الحديثة التي تستخدمها المصارف بدءاً من الصرف 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 الرئيسية 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.

يعتمد غسل 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 تراوح بين بين الأساليب التقليدية والأساليب الحديثة، مثل 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 ل采يادة الحلول الناجعة 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 المزعزع القيام بها لمصلحة عميله، الدائن 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 إفاءة المبلغ من المسئولية 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 يتتحمل المسئولية في هذه الحالة؟ ومن يلزم بالتعويض للعميل المتضرر؟ لذلك سيثار موضوع مسؤولية المصرف المدنية في معرض مكافحته لغسل الأموال والآحكام 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:

تكمّن إشكالية البحث في:

- 1- مدى كفاية تحديد المشرع العراقي للأموال التي تكون محلّاً 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:

تكمّن أهمية البحث في:

- 1- بيان مفهوم غسل الأموال باعتباره مفهوماً جديداً على الساحة القانونية، فضلاً عن بيان مفهوم المال الذي يكون محلّاً للغسل.
- 2- تحديد حالات قيام مسؤولية المصرف المدنية عن الضرر الذي يصيب العميل من جراء عدم صحة الإبلاغ بكون العملية مشبوهة بشّمّة غسل أموال.
- 3- بيان ما إذا كانت معالجة المشرع العراقي لموضوع المسؤولية المدنية للمصرف عن غسل الأموال أثّرت 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<sup>(1)</sup> أو الضوابط الرقابية للمصارف والمؤسسات المالية غير المصرفية بخصوص مكافحة غسل الأموال وتمويل الإرهاب

---

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

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 5/18/2001 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 للتعرف بغسل 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 ومقترنات.

## 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<sup>(1)</sup>، يختلف من تشريع لأخر 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 الحكم، ولإبعاد أعين الشرطة والسلطات عن الوصول إلى حقيقة الثروات لدى بعض القوافل التجارية والأرباح الناتجة من العائدات التي كانت تتخذ من التجارة ستاراً لإخفاء أموال الجريمة خاصة جرائم السطو والاستيلاء على أموال الفلاحين. عبد الفتاح سليمان، مكافحة غسل الأموال، دار علاء للطباعة والنشر، القاهرة، ط 1، 2004، ص.7. وهناك من يرى ان غسل الأموال يرجع تأصيله إلى جرائم القرصنة البحرية ومن أشهرها أعمال القرصنة التي قام بها القرصان (هنري ثيفاري) وعصابته في المحيطين الأطلسي والميدندي ثم أثر الاعتزال عن أعمال القرصنة وعاش في أحدى المناطق باسم مستعار وحاول الاتجار بامواله، إلا ان اسلوبه في غسل امواله لم يكن موفقاً اذ رفض المتعاملون معه تسديد ماعليهم من ديون له، الا انه خشية اكتشاف امره لم يستطع ابلاغ الشرطة وبالتالي خسر امواله التي جناها بطرق غير مشروعة. خالد سليمان، تبييض الأموال، جريمة بلا حدود، المؤسسة الحديثة للكتاب، لبنان، 2004، ص.71. أما غسل الأموال بالوسائل الفنية المتطورة فيناك من يرجعه إلى الفترة بين 1920- 1930 وبالتالي في الولايات المتحدة الأمريكية، حيث قامت عصابات الجريمة المنظمة بإخفاء الأموال المتحصلة من الجرائم واضفاء الشرعية عليها عن طريق تشغيلها في أعمال مشروعة فقاموا بإنشاء محلات لغسل الملابس الاتوماتيكية من اجل استثمار الأموال التي تم الحصول عليها من تجارة المخدرات غير المشروعة، وبالتالي تم دمج وخلط الابرادات اليومية لعمل محل مع الدخل الناشئ عن تجارة المخدرات، ومن ثم تم اخضاعه إلى الضرائب، وبالتالي فان الأموال اصبحت نظيفة وصالحة للتداول الاقتصادي من دون وجود اي مخاطر. على ان ابرز مثال على ذلك ماقام به عصابة (آل كابوني) اذ اخذ الحديث عن غسل الأموال ينتشر خاصة في اثناء محكمته ومحاكمة محاسبه لقيمه بالبحث عن طرق لاخفاء الأموال غير المشروعة وبعد ماقام به هذا المحاسب هو ابرز وسائل غسل الأموال وهي تحويل نقود الى مصارف واعادة الحصول عليها عن طريق القروض. نبيه صالح، جريمة غسل الأموال في ضوء الاجرام المنظم والمخاطر المرتبة عليها، منشأة المعارف، 2006، ص.30. على ان ظهور عمليات غسل 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 وبعد 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 وايداعها في البنوك السويسرية من خلال قروض وهمية وبفضل هذه الأموال تمكّن من إقامة مدينة الالعاب في لاس فيغاس الأمريكية. دانا حمة باقى، 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 لبحث الجريمة المنظمة في عام 1983، وبالتالي تم اقرار أول قانون أمريكي لتجريم غسيل الأموال في سنة 1986 تحت عنوان قانون الرقابة على غسيل الأموال ثم اجريت تعديلات عديدة بموجب قوانين متعاقبة ومنها قانون مكافحة اساءة استعمال المواد المخدرة سنة 1988 والذي عالج موضوع العمليات السرية المتضمنة غالباً لالأموال، وقانون مكافحة غسيل الأموال سنة 1992، والذي وسع من تعريف مصطلح التعامل المالي، وعالج فعل التآمر، وكذلك قانون قمع غسيل الأموال سنة 1994 لتعديل احكام التآمر، وقانون قمع الارهاب سنة 1996 الذي اضاف الارهاب الى مجموعة الجرائم الاصلية التي يتم تحصيل الأموال غير المشروعة منها. الا ان اول دعوى قضائية كان موضوعها غسل الأموال في القضاء الأمريكي، هي قضية أو فضيحة (ووتر كيت) والتي كانت سبباً مباشراً لظهور مصطلح غسل الأموال اذ تعدد كونها فضيحة سياسية خلال 1982، فهي حالة نموذجية لغسل الأموال اذ تمكّن المحقّقون من تتبع كميات كبيرة من الدولارات التي تحمل ارقاماً متسلسلة مما افضى في النهاية الى التعرّف على مبالغ كبيرة يتم غسلها بالتدوير والنقل مصدرها اموال غير مشروعة متحصلة من المخدرات (الكوكائين الكولومبي ) الى ان وصلت الى لجنة انتخاب الرئيس الأمريكي المهم في القضية. رمزي نجيب قسقوس، جريمة غسل الأموال، جريمة العصر، دراسة مقارنة، دار وائل للنشر، عمان، ط.2، 2001، ص 16. مخلص ابراهيم مبارك، غسل الأموال، التجريم والمكافحة، مؤسسة النوري للطباعة والنشر والتوزيع، دمشق، سوريا، ط 1، 2003، ص 17.

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

(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 ان القضاء المصري قد خرق مبدأين أساسيين من التشريع الجنائي وهما لاجريمة ولعقوبة لا بنص، ومبدأ التفسير الضيق للنصوص العقابية وذلك بالتوسيع في مفهوم هذه الجرائم بحيث تشمل كل كل الجنائيات والجناح المنصوص عليهما 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 الاسلحة والاتجار غير المشروع في البشر.

(3) نصت المادة الأولى على: يقصد بالأموال غير المشروع، بمفهوم هذا القانون، الأموال كافة الناتجة من إرتكاب أحدى 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 المساعدة 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 إختلاس الأموال العامة أو الخاصة أو الإستيلاء عليها بوسائل احتيالية أو بالتزوير أو بإساءة الأمانة الواقعية على المصارف والمؤسسات المالية والمؤسسات المعددة في المادة 4 من هذا القانون أو في نطاق عملها.

7- تزوير العملة وبطاقات الائتمان والدفع والإيفاء أو السندات العامة أو السندات التجارية بما فيها الشيكات.»

8- المادة الثانية: يعتبر تبييض أموال كل فعل يقصد منه:

1. إخفاء المصدر الحقيقي للأموال غير المشروع أو إعطاء تبرير كاذب لهذا المصدر، بأي وسيلة كانت.

2. تحويل الأموال أو استبدالها مع العلم بأنها أموال غير مشروعه لغرض إخفاء أو تمويه مصدرها أو مساعدة شخص ضالع في ارتكاب الجرم على الإفلات من المسؤولية.

3. تملك الأموال غير المشروع أو حيازتها أو استخدامها أو توظيفها لشراء أموال منقوله أو غير منقوله أو للقيام بعمليات مالية مع العلم بأنها أموال غير مشروعه.

## 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 غسل الأموال، وبالتالي يشمل غسل الأموال كل الأموال الناجمة عن الأعمال غير المشروعة، وبالنسبة للقانون الأمريكي لعام 1996 فقد اعتبر غسل الأموال "كل عمل يهدف لإخفاء طبيعة أو مصدر الأموال الناجمة عن النشاطات الجرمية" أي أنه أخذ بالمفهوم الواسع لغسل الأموال<sup>(1)</sup>. 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 متاحصل عليها بصورة مباشرة أو غير مباشرة، من أي جرم.."<sup>(2)</sup>.

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

(1) نقلًا عن محمد بن أحمد صالح، غسل الأموال في النظم الوضعية، رؤية إسلامية، بدون ذكر سنة الطبع ودار النشر، ص 31.

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

تجريم غسل عائدات الجرائم

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

(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 تأتى منه على الإفلات من العواقب القانونية لفعلته؛

2، إخفاء أو تمويه الطبيعة الحقيقة للممتلكات أو مصدرها أو مكانها أو كيفية التصرف فيها أو حرأتها 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:

2018/6/22 تاريخ آخر زيارة <http://www.sama.gov.sa/AntiMoney/AntiDocuments>

11 نصت على أنه "يعد مرتکباً لجريمة غسل الأموال كل من قام باحد الأفعال الآتية: أولاً: تحويل الأموال أو نقلها أو استبدالها من شخص يعلم أو كان عليه أن يعلم أنها مستحصلات جريمة ==

الإرهاب رقم (39) لسنة 2015، قد أخذ بالمفهوم الواسع لغسل الأموال اذ عمد إلى تحديد الأفعال - لا الجرائم- التي تعد مصدراً للاموال غير المشروعة، التي فيما لو ارتكبت فإنه يعد الشخص مرتكباً لجريمة غسل الأموال، بدليل أنه عند تحديد الأفعال أورد عبارة "لفرض 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 عدتها المشرع العراقي غسلاً للاموال 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 التوسيع 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 تشكيل القانون، ويمكن أن تصلح كمصدر لمال غير مشروع خاصة في ضوء التطور التكنولوجي الذي يصاحبه تطور إجرامي، فضلاً عما أفرزه تنظيم داعش من إحياءه 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 الافلات من المسؤولية عنها.  
ثانياً إخفاء الأموال أو تمويه حقيقتها أو مكانها أو حالتها 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 تلقيها 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 الخطيرة من تاريخه، لذا نجد أنه اعتمد معيار الرجل الحريص، وافتراض 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 كنهاية عن الجريمة التي ينتج عنها المردود المالي غير المشروع، والذي بدوره يتم غسله عبر الأفعال المحددة في المادة المذكورة والتي تكون جريمة غسل أموال.

وحسناً فعل المشرع العراقي بأخذة بالمفهوم الواسع لجريمة غسل الأموال أو الأفعال التي تشكل غسلاً للأموال، إذ أن من الصعوبة بمكان أن يتم تحديد كل الجرائم التي ينتج عنها المردود المالي غير المشروع؛ أي الجريمة الأصلية، نظراً لزدياد العمليات التجارية وتعقدتها 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 شيوخ استخدام الشبكة العنكبوتية ومن ثم استخدام الوسائل الالكترونية في إضفاء الصفة المشروعة على الأموال غير المشروعة<sup>(1)</sup>.

(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 يعتمدها 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 دليلة، غسل 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 ان يلجأوا إلى إنشاء الشركات الوهمية أو الصورية اذ يعمد غاسلوا الأموال إلى تأسيس شركات وهمية أي دون ان 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 تم إنشاءهما من قبلهما، وبعد أن يصدر الحكم القضائي يتم تحويل المبلغ المحكوم به لحساب احدى الشركات إلى حساب مصرفي في دولة أخرى. مناهل مصطفى ود. افتخار محمد الرفيعي، مصدر سابق، ص.6. أو ان يقوموا باعداد القوائم المزورة والصفقات الوهمية وتتضمن هذه الطريقة اعداد قوائم أو فواتير مالية مزيفة لصفقات وهمية أو قد تكون فواتير حقيقة ولكن يعمد غاسلوا الأموال إلى ==

==

تضخيم أو زيادة الأسعار الحقيقة لعمليات فعلية أو حقيقة رمزي نجيب القشقوش، مصدر سابق، ص.97. ناهيك عن اعتماد صكوك المسافرين؛ اذ تقوم المصارف الكبرى باصدار بطاقات المسافرين، ثم تقوم بقية المصارف الأخرى بتسييقها لزيائتها. خالد وهيب النداوي، ادارة العمليات المصرفية، دار المناهج للنشر والتوزيع، عمان، ط.2، 2003، ص.365. عبد الفتاح سليمان، مصدر سابق، ص.154. وكذلك فإنه بواسطة بنوك الانترنت خاصة في ظل عدم خضوع هذه المصارف لرقابة التشریعات والقوانين المتعلقة بالمصارف التجارية والضرائب نتيجة لعدم وجود مادي لها على الواقع، لقد انتشر استخدام هذه البنوك عبر الانترنت في العمليات المالية التجارية اذ يقوم العملاء أو غاسلوا الأموال بعمليات التحويل أو الاتصال بالانترنت بالصرف 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 الدفع كالتحويل الالكتروني للأموال ودفع الفواتير. د. ذكري عبد الرزاق محمد، النظام القانوني للبنوك الالكترونية، المزايا \_ التحديات \_ الافق، دار الجامعة الجديدة، 2010، ص22 وما بعدها.

عمر ناطق يحيى، دور المصارف في غسل الأموال وطرق مواجهتها (دراسة قانونية مقارنة) مجلة الكوفة، كلية القانون، جامعة ميسان، العدد 21، 2008، ص.253. د. نعيم سلامة ود. ايمان ابو الحاج وموسى سعيد ود. مشهور هذلول، البنوك وعمليات غسل الأموال، مجلة كلية بغداد للعلوم الاقتصادية، العدد الثالث والثلاثون، 2012، ص.357... د. محمد محمود سعيفان، تحليل وتقيم دور البنوك في مكافحة غسل الأموال، دار الثقافة للنشر والتوزيع، عمان، 2008، ص.49. وفي الوقت نفسه فإن بطاقات الائتمان دور كبير في عملية غسل الأموال، اذ يقوم الزبائن أو من يريد غسل امواله بابداع امواله في المصرف ومن ثم يقوم المصرف باصدار البطاقة التي تمكنه من التعامل بها عبر منافذ الصرف الآلي أو مع المنشآت التجارية. منير الجنبي ومدحود الجنبي البنوك الالكترونية، دار الفكر الجامعي، الاسكندرية، 2005، ص.241. وكذلك الحال اذ يتم استخدام النقود الالكترونية كاسلوب لغسل الأموال حيث يقوم غاسلوا الأموال بابداع اموالهم غير المشروعة في احد المصارف مقابل اصداره لنقود الالكترونية ويقوم البنك بتحويلها الى وحدات الالكترونية يتم شحتها على الكارت الذكي أو تخزن (على سيدى) ويتم تخزينها في ذاكرة الكمبيوتر الشخصي للزبائن، ومن ثم في نهاية التعاملات يقبض ما يعادلها من النقود وبالعملة المطلوبة. وهذا يعني استخدام النقود الالكترونية لتحويل الأموال بحرية دون عوائق د. نعيم سلامة ود. ايمان ابو الحاج وموسى سعيد ود. مشهور هذلول، مصدر سابق، ص.358. السيد عبد الوهاب عرفة، الوجيز في مكافحة غسل الأموال، دراسة مقارنة، دار المطبوعات الجامعية، الاسكندرية، 2005، ص.28. وللمزيد عن بطاقات الائتمان المصرفية حسام باقر جواد، بطاقة الائتمان المصرفية، رسالة ماجستير، جامعة بغداد، 2000، ص 1 وما بعدها، وهناك وسائل اخرى منها القروض الوهمية ونوادي القمار والتعامل بالوراق المالية والإيداع والتحويل، وانشاء شركات التأمين والتعاملات النقدية الصغيرة وشركات الصيرفة. عوض عبدالله القضاة، مسؤولية البنوك الاردنية عن غسل الأموال، رسالة ماجستير، جامعة الشرق الاوسط، كلية الحقوق، 2010، ص.58. شريف سيد كامل، المسؤلية الجنائية للاشخاص المعنوية (دراسة قانونية) ، ط.1، دار النهضة العربية، القاهرة، 1997. زينب اسكندر داغر، التزامات المصارف في مكافحة غسل الأموال، دراسة مقارنة، رسالة ماجستير، جامعة البحرين، ==

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 يامكاننا أن نعرف 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 المصادرية من السلطات الحكومية".

## المطلب الثاني

### مفهوم محل غسل الأموال

ويقصد به المحل الذي يرد عليه الغسل أي العائدات أو المتصولات، أي الأموال غير المشروعة المتأتية بطريق مباشر أو غير مباشر من الجريمة الأصلية والتي تكون محلاً لإحدى عمليات غسل الأموال، والذي أطلق عليها المشرع العراقي تسمية "متصولات الجريمة" في الفقرة: سادساً من المادة (1) من القانون والتي عرفها ب أنها "الأموال الناتجة أو المتصولة بصورة مباشرة أو غير مباشرة كلياً أو جزئياً من ارتكاب إحدى الجرائم الأصلية"<sup>(1)</sup>. 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، ص.33. اروى الفاعوري، وايناس قطيشات، جريمة غسل الأموال (المدلول العام والطبيعة القانونية)، ط1، دار وائل عمان،الأردن، 2002، ص.83. أحمد بن محمد العمري، جريمة غسل الأموال (نظرة دولية لجوانبها الاجتماعية والنظمية والاقتصادية)، ط1، مكتبة العكيبان، الرياض، 2000، ص.285.

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

تبسيط الأموال في المادة (4) منه<sup>(1)</sup>. 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 قيمية.

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 والstocks والمحررات أيًّا 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 المحررات 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 والأوراق المالية وكذلك الأوراق التجارية فضلاً عن الودائع بأنواعها والحسابات الجارية والاستثمارات المالية أيًّا كان نوعها والمحررات التقليدية أو الالكترونية، وشمل أيضاً الأحجار الكريمة والمعادن النفيسة والسلع وكل ذي قيمة من منقول وعقار كل المواد الخام ومشتقاتها، ولم يقف عند هذا الحد، بل تعدى ذلك إلى الأرباح والفوائد التي تنتجهما هذه الأموال، إلا أنه لدينا ملاحظتان على هذه المادة وهي:

(1) المادة الرابعة: على المؤسسات غير الخاضعة لقانون سرية المصارف الصادر بتاريخ 9/3/1956 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 فيميتها 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 يشر إلى النقود الالكترونية (أو النقود التي تسمى (بيتكوين)، في حين أن هذه العملة في الوقت الحاضر لها دور كبير في عمليات غسل الأموال؛ اذ بالإمكان عن طريقها أن يتم غسل الأموال بكل بساطة وسلامة ودون أية تعقيدات، خاصة أنها لاتحتاج لفتح الحساب باسم المالك لدى البنك.<sup>(1)</sup> وعلى الرغم من أن القانون أعطى صلاحية مجلس 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 يشر 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 خامسأً، 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 ..... وحقوق الملكية الفكرية وما يتاتي 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 لاتختلف عن التي ذكرها في البند: خامساً من المادة (2)، فضلاً عن أننا نؤيد مسلك المشرع اللبناني في تحديد المؤسسات

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

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

تاریخ اخر زیارة (32/7/2018)

والأعمال التي تحترف القيام بها لا الأموال التي تتعامل بها والتي تكون خاضعة لأحكام القانون، وبالتالي تكون مهلاً للغسل بها دون الحاجة إلى تحديد الأموال التي تكون مهلاً لغسل الأموال.

و قبل التعرض لموضوع المبحث الثاني، لابد لنا من الإشارة إلى أن المشرع العراقي بإلغائه لـ"قانون بول برايمير"، قانون مكافحة غسيل الأموال لسنة 2004، يكون قد خطأ خطوة حسنة إلى الأمام وبالذات في موضوع الصياغة الركيكة والمصطلحات الأجنبية القانونية الغربية عن قانوننا التي تضمنها القانون الملغى، 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،<sup>(1)</sup> وكذلك حال المصطلح "ترتيب قانوني".

---

(1) ويقصد به: العلاقة التي تتم بها إدارة الأموال من قبل طرف واحد لمصلحة الطرف الآخر. والتوكيل ينشأ من قبل المكلّف الذي يحول بعض أوكل أملاكه للوكيل، والوكيل يحتفظ بالأموال 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 وفاصلاً ملكيته القانونية وتحكمه بممتلكاته من ملكيته وفوائدها. وربما يحدث ذلك بسبب الضرائب أو للتحكم بالأموال وفوائدها إذا كان الوصي غائباً أو عاجزاً أو متوفياً 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 علمها وصاية، وهو مُلزم بالأداء الجيد للمستفيدين. وقد يُعَوَّض الوصي وتعاد نفقاته، ولكن لا بد أن يعيد كل الأرباح التي تسلمها من الملكية التي علمها وصاية. الأووصياء الذين يخالفون واجب العلاقة القانونية هم يعانون من أجل مصلحتهم الخاصة. المحاكم لها الصالحيات 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 مشارك. الوصاية تكون خاضعة للشروط التي تم الاتفاق عليها. في معظم السلطات القضائية هنا يتطلب عقد وصاية اتفاقية أو صك. انظر الموقع الإلكتروني التالي: <https://ar.talkingofmoney.com/fiduciary> تاريخ آخر زيارة (19.6.2018)

## البحث الثاني

### الالتزامات المفروضة على المصرف في إطار مكافحة غسل الأموال

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

إن المشرع العراقي قد ألقى مهمة مكافحة غسل الأموال وتمويل الإرهاب على البنك المركزي العراقي عبر تشكيلين 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 غسل الأموال عبر تحديده للجهات التي تتولى تنفيذ القانون، ومن ثم رتب التزامات عدة عليها ضماناً لمكافحة غسل الأموال، وهي مكتب غسيل الأموال الذي يُؤسّس في البنك المركزي العراقي ويتوالى مهام عدة رتها 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 تشكيل إداري خاص لمكافحة غسل الأموال وتمويل الإرهاب في المادة (14) منه، إضافة إلى فرض التزامات أخرى على الجهات الرقابية التي حددتها في القانون وهي (وزارة التجارة ووزارة الصناعة والبنك المركزي وهيئة الأوراق المالية وديوان التأمين 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 وتبادر 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 غسيل الأموال الذي يكون محوره وملاذة المصارف. ومن هذه الالتزامات التحري عن هوية العميل والالتزام بالإبلاغ أو الإخبار عن أية عملية يشتبه في أنها غسل أموال. وهذه الالتزامات ستكون محلًا للبحث في هذا المبحث وفق مطلبين وعلى النحو الآتي:

## المطلب الأول

### الالتزام بالتحري عن هوية العميل<sup>(1)</sup>

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 مستترًا وراء شخصية أخرى، وبالتالي التوصل إلى التعامل فقط مع الشخص الطبيعي أو المعنوي الذي يكون معلوماً أو معروفاً لديها، ويتربى على هذا الالتزام قيام المصرف بالثبت من الهوية الحقيقية للعميل عند الدخول في أي تعامل مصرفي؛ لأن 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<sup>(2)</sup>.

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

(1) عرفت 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 والإعمال والمهن 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 النداوي، الالتزام بالتحصي 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 المزعزع تقديمها لتجنب أو لتلافي القيام أو التورط في عمليات تتضمن غسل الأموال<sup>(1)</sup>. إلا أن المشرع اللبناني لم يترك هذا الالتزام دون وضع ضوابط لتنفيذ هذه بل حدد الحالات أو العمليات التي يكون فيها التحري واجباً 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 العملياتنظمها وعالجها المشرع اللبناني في نظام المراقبة المالية والمصرفية لمكافحة تبييض الأموال الصادر بالقرار رقم 7818 في 18/5/2001، وحددها على سبيل المثال، وذلك بإيراده عبارة (...ولاسيما في الحالات الآتية...): في المادة (1/3) من القانون<sup>(2)</sup>، ومنها فتح الحسابات في حال طلب العميل فتح حساب، أيًّا كان نوعه، حساباً جارياً أم حساباً ائتمانياً<sup>(3)</sup>، أو حسابات مرقمة، أيًّا الحسابات التي لا يعرف أصحابها إلا المدير القائم على إدارة المصرف<sup>(4)</sup>، وغيرها من الحسابات فلا بد للمصرف من أن

(1) المادة (أ)5 (أ) 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 شبابيك المصرف نيابة عنه في مقابل مبالغ نقدية كالشخص المهاجر الذي يقوم بتحويل أمواله إلى بلدته 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 والعربين والذين يقيمون وغير المقيمين..).

(3) عرفت المادة (3) من قانون العقود الائتمانية رقم (520) لعام 1996 عقد الائتمان بأنه (عقد يولي بموجبه شخص طبيعي أو معنوي يدعى المنشئ أو صاحب الحق الاقتصادي شخصاً يدعى المؤمن صاحب الحق القانوني - حق الادارة والتصرف لاجل محدد بحقوق أو أموال منقوله تدعى الذمة الائتمانية)

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

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

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

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 التتحقق من هوياتهم الحقيقة وبالتالي شمل به العميل سواء كان شخصاً طبيعياً أو معنواً، 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 لأن 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 الحقيقة للعميل أو صاحب الحق الاقتصادي لأصحاب

(1) المادة (213) من النظام

(2) المادة نفسها من النظام

(3) المادة نفسها من النظام

الحسابات المفتوحة قبل نفاذ القانون أيضاً، فضلاً عن أنه ألمتها 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<sup>(1)</sup>.

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 كالتالي:

- 1- إجراءات التحري عن هوية العميل: إذا كان العميل شخصاً طبيعياً، على المصرف أن يتتأكد بأن من يقوم بالعملية المصرفية هو نفسه من تقدم للمصرف شخصياً، ومن ثم على الموظف المختص أن يتتأكد من هويته بأي وثيقة كانت، لأن 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<sup>(2)</sup>، أما إذا كان العميل شخصاً معنوياً، فعلى الموظف المختص أن يطلب مستندات ووثائق من شهادة التأسيس والمفوض الموقع أو مثله القانوني وتقديم هويات كل منهم<sup>(3)</sup>. 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 تشكيل غسيلاء للأموال عن طريق إخفاء اسم وشخصية الأصل وإظهار اسم وشخصية الوكيل فقط<sup>(4)</sup>.
- 2- إجراءات التحري عن هوية صاحب الحق الاقتصادي في العملية المصرفية أي كيفية تحديد

(1) المادة (7) من النظام

(2) المادة (1\3\3) من النظام

(3) المادة (1\3\3\أ) من النظام

(4) المادة (1\3\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 مرکذه المالي، أو اسم المؤسسة ومقرها الرئيس. وعلى المصرف الاحتفاظ بهذا الدليل أو المستند في سجلاته الخاصة<sup>(1)</sup>. أما بخصوص حالات تحديد هوية صاحب الحق الاقتصادي فهناك حالاتان فقط فرض المشرع اللبناني فيما على المصرف القيام بالتحقق من هوية صاحب الحق الاقتصادي في العملية المصرفية وهما:<sup>(2)</sup> الأولى: إذا صرّح 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، وليس هناك من علاقة تربط بين العميل والوكيل تبرر توكيلاً. ومثل أن تكون قيمة العملية أو الخدمة المصرفية المزمع القيام بها لا تناسب مع الوضع المالي للعميل، وكان يكون المركز المالي للعميل معروفاً للموظف المختص في المصرف. وكان تحدث ظروف أو أمور أخرى استدعت انتباه المصرف من خلال تعامله مع العميل<sup>(3)</sup>.

## 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\13) من النظام

(2) المادة (4) من النظام

(3) المادة (5) من النظام

## إجراءات التحري عن هوية العميل (مبدأ اعرف عميلك)<sup>(1)</sup>

أ- إذا كان العميل شخصاً طبيعياً: يجب التعرف والتحقق من هوية العميل، والمستفيد الحقيقي<sup>(2)</sup>، عن طريق وثائق أو بيانات من مصادر موثوقة ومستقلة، وهذه الوثائق وضحتها الضوابط في المادة (1) من القانون<sup>(3)</sup>. وكذلك يجب فهم الغرض وطبيعة علاقة العمل<sup>(4)</sup>، والحصول على أسماء وبيانات الأشخاص المصرح لهم بالتعامل على الحساب وجنسياتهم، والحصول على أسماء وعناوين الممثلين القانونيين للأشخاص عديمي 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<sup>(5)</sup>.

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 لصالحه 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 مهنية مباشرة أو غير مباشرة على العميل أو الشخص الطبيعي الذي تتم المعاملة نيابة عنه كذلك الشخص الذي يمارس سيطرة فعلية مهنية على شخص معنوي أو ترتيب قانوني) ولأنه، إية فائدة من تكرار التعريف الواردة في القانون، على أن هذا النهج من البنك المركزي العراقي قد تكرر في أكثر من موضع في الضوابط؛ إذ عرف أيضاً مصطلح الأموال والعميل العابر والمصرف الصوري والعلاقة المستمرة في البند (3 و 5 و 8 و 9 و 10) ولأنعلم ما الفائدة من تكرار التعريف التي سبق وان 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 اقامة 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 كـ) 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 خطى من العميل يبين فيه هوية المستفيد الحقيقي من الحساب أو صاحب الحق الاقتصادي للعملية المراد إجراؤها، إضافة إلى معلومات ووثائق أخرى<sup>(1)</sup>.

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 توكيل قانوني معتمد من الجهات المختصة، مع ضرورة الاحتفاظ بالوكالة وبالتالي توكيل 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<sup>(2)</sup>.

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 عرفتها 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".<sup>(3)</sup>

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

(1) المادة (10) من القانون والمادة (1) من الفصل الأول، الفقرة (2 / البند أ إلى ق) من الضوابط. وكذلك أوجبت الضوابط التحري عن هوية المنظمات غير الهدافة للربح، المادة (1) الفقرات (أ إلى 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 مالم يتم التأكد من هوية هذا العميل وذوي العلاقة.
- ب- إذا لم يحصل المصرف على إثباتات مُرض حول الهوية عليه النظر في إمكانية رفع تقرير بخصوص المعاملات المشتبه بها إلى المكتب.
- على أن الضوابط ألزت المصرف بوضع أنظمة خاصة للتعرف على الهوية، والأوضاع القانونية للعملاء والمستفيدين الحقيقيين من الأشخاص الطبيعية والمعنوية في الحالات الآتية<sup>(1)</sup>:
- 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 بالعملات 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<sup>(2)</sup>.
- 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، والعملية 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<sup>(3)</sup>.

(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 وجهاً لوجه<sup>(1)</sup>.
- 4- أشارت الضوابط إلى حالة مهمة وهي عدم تمكّن المصرف إتمام إجراءات العناية الالزامية للتحقق من هوية العميل أو المستفيد الحقيقي؛ فللمصرف أن يستكمل الإجراءات بعد إقامة علاقة العمل أو التعامل المالي بشروطين 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. التقييد بما ورد إلى المصرف من أسماء محظوظ التعامل معها سواء أكانوا أشخاصاً طبيعية أو معنوية والصادرة بحقهم قرارات من الجهات المحلية أو الدولية ذات العلاقة بغسل الأموال.
3. عدم إفصاح 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 كلهما حاول جهد الامكان فرض التزامات، الغاية منها التعرف على هوية العميل أو المستفيد الحقيقي من العملية المالية أو المصرفية المزعزع إبرامها معه أيًّا 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 للمحافظة 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 5/18/2001 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 مفاده عدم تحقيق الغاية التي من أجلها شرع قانون مكافحة غسل الأموال وتمويل الإرهاب، بل على العكس سيكون العراق بؤرة ولماذا لغاسلي الأموال من كل حدب وصوب، وهذه نتيجة خطيرة لعدم مشروعية الضوابط لابد للمشرع العراقي من تلافيها بأسرع وقت. لذلك نقترح إلغاء هذه الضوابط وإصدارها بشكل نظام تحققياً للغاية التي وضحتها 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 ما يعادلها بالعملات الأخرى. وكذلك في حالة إجراء عمليات عرضية بشكل تحويلات برؤية تزيد قيمتها على (12) مليون دينار عراقي أو ما يعادلها. 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 5/18/2001 تسهيلاً لتنفيذ قانون مكافحة تبييض الأموال اللبناني وثبت فيها حدود المبالغ المشموله بإجراءات مكافحة 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 الغاءها 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، ويندو 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 تسهيلاً لتنفيذ القانون أن توسع أو تضيق من نطاق الالتزامات التي فرضها وحدتها القانون على الرغم من أن وجود هذه التدابير يعد عاملاً مهماً لغرض مساعدة المصرف على نجاح سياساته في مكافحة عمليات غسل الأموال. ولذلك نقترح الغاء المادة (2) الفقرة (أ) والمادة (3) والمادة (4) من الفصل الخامس من الضوابط<sup>(1)</sup> وتشريعها بشكل نظام تنفيذاً للمادة (56) من القانون.

## المطلب الثاني

### الالتزام بالإبلاغ أو بالإخطار عن العمليات المشبوهة

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

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

1- عمدت الضوابط أحياناً إلى تكرار التعريف أو التوضيحات ذاتها في القانون ومنها توضيح المقصود بالقانون والمكتب والأموال المستفيد الحقيقي، ولا نعلم ما الفائدة من التكرار، مع أنه لم يأت بشيء جديد من الناحية القانونية.

2- هناك مخالفة قانونية صريحة في الضوابط الصادرة عن البنك المركزي العراقي لقانون مكافحة غسل الأموال وتمويل الإرهاب، ويتبين ذلك في الفقرة (أ) من المادة (4) من الضوابط والتي أعطت المصرف صلاحية رسم ووضع برنامج 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 كالتالي:

أنشأ المشرع اللبناني تشكيلاً 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" بتحقيقها بشأن الحساب أو الحسابات المشبوهة إما مباشرة أو بواسطة من تنتدبه من أعضائها أو المسؤولين المعينين لديها أو بواسطة أمين السر لديها أو من تعينه من بين مفوضي المراقبة، ويقوم كل من هؤلاء بمهامه شرط التقيد بالسرية دون أن يعتد تجاهه بأحكام القانون الصادر بتاريخ 3/9/1956 المتعلق بسريّة المصارف.

وبعد إجراء التحقيقات وخلال مهل 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 محراً حكماً. ولا تقبل قرارات "الهيئة" أي طريق من طرق المراجعة العادلة 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 المعدل 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<sup>(1)</sup>.

(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، والأالية 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 استنادا إلى المادة (14) من القانون، بالعملية المشبوهة<sup>(1)</sup>، أو بأية عملية يشتبه في أنها تتضمن غسلا للأموال سواء تمت أم لم تتم.
- 2- يتم الإبلاغ الفوري لمكتب غسل الأموال ومكافحة تمويل الإرهاب الذي يشكل في البنك استنادا إلى المادة (8 - أولا) 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 أساس معقوله 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 التقييد بها، وهي في حالة الإخفاق في استكمال تدابير العناية الواجبة، أي عندما يتعدر التتحقق 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 التزاماً تمهيداً 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 يطلباها، 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 الإخبار عن جميع العمليات المشتبه بها - بغض النظر عن حجم العملية- إلى مكتب غسل الأموال على وجه السرعة، ومرفقاً به الأوليات 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<sup>(1)</sup>.

في نهاية عرضنا وبعد المقارنة بين التشريعين ثبتت 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<sup>(2)</sup>، 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 غسل 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 (الثانية) من قانون تبييض الأموال اللبناني.

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

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

2- على الرغم من أن الضوابط الصادرة عن البنك المركزي تشكل مخالفة للقانون، إلا أنه يعبّر عنها، خلافاً للمشرع اللبناني، أنها أوجبت اعتماد تدابير العناية المبسطة إذا وجدت ظروف تكون فيها مخاطر غسل الأموال منخفضة، وهي الوزارات والهيئات والمؤسسات الحكومية، وكأن واصعي الضوابط من كوكب آخر غير العراق ولا علم لهم بالفساد الذي طال الوزارات والمسؤولين بل الوزراء أنفسهم والتي وصل صداتها إلى الانترربول أيضاً، خاصة في هذه المرحلة الخطيرة التي يمر بها العراق عامة، وإقليم كورستان بشكل خاص، والتي أصبحت من سمّاتها الفساد الإداري والمالي في دوائر الدولة ومؤسساتها. ولكي لا يكون العراق الملاذ الآمن لغاصلي الأموال من أناس عاديين أو من هم من أصحاب النفوذ والسلطة في العراق -وهم كثيرون- 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 لقواعد 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 إثباتات مرض 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 والعربي موضوع المسؤولية المدنية للمصرف في هذه الحالة؟ سنبحث في هذين الموضوعين في مطلبين، خصصنا المطلب الأول للبحث في المسؤولية التقصيرية والعقدية للمصرف، أما الثاني فتناول فيه المسؤولية المدنية للمصرف وفق قانون تبييض الأموال اللبناني وقانون غسل الأموال العراقي كما يأتي.

### المطلب الأول

#### المسؤولية التقصيرية والعقدية للمصرف

قد تتحقق مسؤولية المصرف عقدية كانت أم تقصيرية، ولكن لابد 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، فقهأً وقضاءً، 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، والعنابة المقصودة هنا هي اتخاذ الحيطنة الازمة 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 للمؤهلية التقديرية فإن للخطأ ركناً 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 لأن لا يقوم بعمل مادي كان يجب القيام به. والمعيار المعتمد لضبط الخطأ هو معيار الشخص المعتمد، 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 والسكنان 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 يرتديها العقد بالذمة أو التأخر في تنفيذها، عليه قد يصدر خطأ من المصرف متمثلاً في مديره أو الموظف المختص. ويمكن تصور عدة حالات للخطأ التقديرية الصادر من المصرف أو من يمثله عند تنفيذه للالتزامات التي فرضها قانون غسل الأموال، ومنها الإهمال أو التقصير وعدم الانتباه، أو عدم بذل العناية الازمة، 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 مكتب غسل الأموال وهنا تتحقق مسؤوليته التقديرية.
- 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 المصرفى، 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<sup>(1)</sup>.

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

(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 افعال الغير في حالة كون الغير وهو الموظف المختص تابعاً للمصرف، وبالتالي يكون هذا الاخير مسؤولاً عن اعمال تابعه. وتسمى هذه المسؤولية بمسؤولية المتبوع عن اعمال تابعه، ولتحقيقها لابد من وجود علاقة تبعية بين من يحدث الضرر (الموظفي المختص) وبين من يسأل التبعيض منه (المصرف)، وهذه التبعية تتحقق في حالة وجود سلطة للمتبوع على تابعه، اي سلطة فعلية للمصرف تخلو الرقابة على الموظف المختص وتوجهه واصدار الاوامر اليه، ولا بهم مصدر هذه السلطة، غير ان اغلب حالات التبعية تنشأ عن عقد بين التابع والمتبوع، وكذلك لابد من صدور خطأ من التابع، (الموظفي) ولا كيف تتحقق مسؤولية المتبوع بدون صدور خطأ من تابعه، وبخلافه اذا لم يكن الفعل الصادر عنه خطأ فانه لا تترتب مسؤوليته ومن ثم لا مسؤولية على المتبوع اي المصرف ايضاً، فضلاً عن اشتراط صدور الخطأ عن الموظف اثناء قيامه بعمله، كما ان الدولة تسأل عن الاضرار التي تصدر عن الذين يعملون لمصلحتها سواء أكانوا موظفين ام عمالة على العقد الدائم أو المؤقت، وطالما كانت هناك علاقة تبعية بين الشخص والمصرف فان المصرف يكون مسؤولاً عن الاضرار التي تصدر عنهم اثناء قيامهم بمهام وظيفتهم، وعليه يمكن تصور قيام مسؤولية المصرف عن اعمال موظفيه استناداً الى قواعد مسؤولية المتبوع عن اعمال تابعه، طالما هناك عقد يرمي بين البنك والموظفيين وطالما ان الخطأ صدر منهم اثناء قيامهم بتنفيذ الالتزامات المفروضة على البنك بخصوص غسل الأموال. د. عبد المجيد الحكيم، د. عبد الباقى البكري، د. محمد طه البشير، الوجيز في نظرية الالتزام في القانون المدنى العراقى، ج 1 في مصادر الالتزام، الجمهورية العراقية، وزارة التعليم العالى والبحث العلمي، 1980 م، 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 موجباً للتعويض في المسؤولية العقدية فإنه يجب أن يكون مادياً، والضرر المادي هو الضرر الذي يصيب الشخص 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، وبعكسه الضرر الأدبي الذي يصيب الشخص في الأمور ذات الأهمية المعنوية أو الأدبية؛ لأن 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 شرطاً 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 وكالآتي:

- 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 بضمها.
- 3- الإساءة إلى سمعة العميل المهنية بعد أن اتضح عدم صحة الاشتباه.
- 4- عدم تصريفه للعملة التي يطلب العميل تصريفها أو تحويلها الكترونياً، مما أدى إلى التأخر في صرفها ومن ثم إنفاس 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، أو دفع 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 مشروعية أي بعمليات غسل أموال، وقد يكون هناك مجال لتحقق الضرر المادي، وذلك بأن يمتنع الطرف الآخر المتعامل مع العميل عن الاستمرار في التعامل بالحساب الجاري المفتوح له من قبل المصرف أو توقيه 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 مثلاً بالموظفي 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<sup>(1)</sup>.

(1) قد تنقطع السببية في صورتين وهما:

- إذا تدخل سبب أجنبي فأحدث الضرر، والسبب الأجنبي يتمثل بالافلة السماوية وكذلك يتمثل بالقوة القاهرة والحادث الفجائي والمقصود بهما أمران غير متوقعي الحصول ولا ممكni الدفع، وإذا وقعا وكانا السبب في حدوث الضرر عندئذ تنقطع علاقة السببية، اي ان أثراهما واحد وهو عدم تحقق المسؤولية. وايضاً يتمثل بفعل الغير وخطأ المتضرر، الا انه يجب لكي يعد خطأ الغير سبباً اجنبياً يقطع السببية ان يستغرق خطأ المسؤول وبخلافه تتحقق المسؤولية ولا تنقطع السببية، اما خطأ المتضرر فلكي يعد سبباً اجنبياً فانه لابد ان يستغرق خطأ المتضرر خطأ المسؤول، اما اذا اشترك الخطأ: خطأ المسؤول وخطأ المتضرر فإن المسؤولية توزع بينهم فاذا امكن تعين مقدار جسامنة خطأ كل منهما حكم على المسؤول بنسبة جسامنة خطئه ولا وزعت المسؤولية بينهما على التساوي
- اذا لم يكن الضرر نتيجة مباشرة للخطأ والمقصود به الحالة التي يحدث فيها الضرر الا انه يكون ضرر غير مباشر للخطأ في حين يشترط لتحقق المسؤولية ان يكون الضرر نتيجة مباشرة للخطأ، وبعد الضرر مباشرأ اذا كان نتيجة طبيعية لخطأ المسؤول. د. عبد المجيد الحكيم، عبد الباقي البكري، محمد طه البشير، المصدر السابق، ص345.

عليه إذا توفرت أركان المسؤولية التقصيرية تقررت مسؤولية المصرف وترتبط 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. ومؤدي ذلك أنه قد يحدث في الفترة التي تقع بين قيام المصرف بالإبلاغ وبين الانتظار لحين ورود جواب مكتب الإبلاغ، أن يصاب العميل بضرر، وهذاضرر يتم تعويضه بالنقد بالإضافة إلى استئناف العقد أو الاستمرار في تنفيذه في حالة وجود العقد.

وعليه فإن بالإمكان تتحقق مسؤولية المصرف المدنية من جانب المصرف عن الضرر الذي أصاب عميله، نتيجة خطأ المصرف في تقديم لشهادة 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 يتخد 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 غسل الأموال العراقي فاننا سنبحث في هذين الموضوعين في المطلبين الآتيين:

## المطلب الثاني

### المسؤولية المدنية للمصرف وفقا لقانون تبييض الأموال اللبناني

نصت المادة الثانية عشرة من قانون تبييض الأموال على أنه "يتمتع كل من رئيس وأعضاء الهيئة والعاملين لديها أو المنتدبين من قبلها بالحصانة ضمن نطاق عملهم وفقا 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 متمثلا بالموظفي 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 المزعزع 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 فضلا عن تتحقق 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 مشتبهه بشبهة غسل أموال.
- 3- عمد المشرع إلى التوسيع 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 التوسيع من نطاق حمايته من المسؤولية من ناحية الأشخاص أيضا، إذ شمل بحمايته وتحصينه القانوني كلا من رئيس وأعضاء الهيئة والعاملين لديها أو المنتدبين من قبلها. عليه فإن العميل المتضرر - سواء دائماً أم عابراً - أيًّا 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 والتصريرية، فإن مسؤوليته تتحقق ويكون مسؤولاً عن تعويض الضرر الذي أصاب عميل المصرف طالما ثبت عدم صحة البلاغ الصادر منه بحق العميل.

## الفرع الثاني

### المؤهلية المدنية للمصرف وفقاً لقانون غسل الأموال العراقي

نصت المادة (48) من قانون غسل الأموال وتمويل الإرهاب على أن "لaisال 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 بحماية 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 المخالفه 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 يطالها 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 عمله 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 تبعه الأضرار التي تصيب العميل في حال ثبوت عدم صحة البلاغ؟

بخصوص التساؤل الأول واستناداً إلى مفهوم المخالفه للمادة المذكورة، بإمكان العميل المتضرر من البلاغ في حال ثبوت عدم 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 فها شهادة غسل أموال -أن يطالب بتعويضه عن الأضرار الأدبية والمادية التي أصابته.

والغاية من توجيه المشرع العراقي لترتيب المسؤولية المدنية على المبلغ، وإعفاؤه من المسؤولية الجزائية غير واضحة ومهمة فما هي الغاية من وراء مسلك المشرع العراق 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 الحيطة 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 يجرنا 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

غاسلو 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 أعنف المبلغ حسن النية من المسؤولية الإدارية والجزائية دون المسؤولية المدنية، وهذا يشكل خطورة كبيرة على مسألة التبليغ التي تعد مكملة لمسئوليَّن 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 الإضرار؟ 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 نلجم إلى معيار آخر وهو الأسباب المعقولة للاشتباه، ومنح القضاء سلطة تقديرية للتوصيل 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: (السؤال مدنياً أو جزائياً أو انتصاطياً 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 تبعية الأضرار التي أصابت العميل إذا استند المصرف المبلغ في إبلاغه إلى أسباب معقولة أو كان حسن النية؟ للإجابة نقول إن القوانين المقارنة تعرف 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 غسل أموال، في القوانين المقارنة هو المسؤولية الاجتماعية<sup>(1)</sup>، وقد انفرد التشريع الفرنسي رقم (90) لسنة 1990 والمعدل سنة 1998

(1) وهناك أمثله على مسؤولية الدولة الاجتماعية بشأن التعويض عن الأضرار التي تصيب المتضررين ومهمها قانون ==

بإلزام الدولة بتعويض العميل الذي أصابه ضرر من جراء الإبلاغ عن عمليات غسيل الأموال، وحسناً فعل، ولاشك أن هذا التوجه من المشرع الفرنسي مؤداته 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 والمصالحة الوطنية التي تقتضي الإبلاغ عن أي عملية مشبوهة نظراً للربط بين جريمة غسل الأموال وجريمة الإرهاب التي باتت شبحاً مخيفاً للدول ولمواطنيها 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 غسيل 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 ضمناً لفعالية القانون في مكافحة عمليات غسيل 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 تزويذ المكتب بالسبل الكفيلة برصد ومتابعة عمليات غسيل الأموال خاصة في إطار الاستخدام الكبير للوسائل المصرفية وبالذات الإلكترونية من قبل غاسلي الأموال. وكذلك لابد من إصدار قانون إنفاذ قانون مكافحة غسل الأموال في إقليم كوردستان العراق وصولاً للقضاء على مشكلة غسل الأموال التي تكاد تكون ظاهرة في جميع أنحاء العراق، وضمناً 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 الأيدز رقم (33) لسنة 2005.

## الخاتمة

في نهاية بحثنا توصلنا إلى جملة من الاستنتاجات والمقترنات 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 محلًا 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 أيضًا في قرار تجميد الأموال المحلية المتحصلة من غسل الأموال.
- 3- لم يرتب المشرع اللبناني المسؤولية المدنية؛ تقصيرية كانت أم عقدية، على المصرف متىًلا بالموظفي العامل فيه أو المدير في حالة تحقق أركانها بل ذهب إلى أبعد من ذلك بتقريره حكمًا جديداً وهو إعفاء المبلغين من المسؤولية المدنية ومنهم الحصانة إن تحققت أركانها وإن ثبت عدم صحة الإبلاغ، دون تعليق الإعفاء على أي شرط. أما إذا كان المبلغ من غير العاملين بالصرف فإنه لم يحظ بحماية المشرع، وبالتالي فإنه في حالة تتحقق 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 المخالفات للمادة (48) من قانون غسل الأموال العراقي، نتوصل إلى أن المشرع العراقي رتب المسؤولية المدنية على المبلغ مصروفًا 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 أحکام 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 بصورة المختلفة وإثبات قصد الضرر بالعميل.
- 5- بامكان 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.

- 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: المقترنات

- 1- تعديل الفقرة (خامساً) من المادة (1) من القانون وإضافة عبارتي "النقود الإلكترونية" 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 وما يتأتى من تلك الأموال.. إلى همامة الفقرة).
- 2- إضافة مادة إلى القانون ونقتصر أن تكون بالصيغة الآتية:  
(تعد القرارات الصادرة عن مكتب غسل الأموال وتمويل الإرهاب وال المتعلقة بالعمليات المشبوهة قطعية لا يجوز الطعن الإداري أو القضائي فيها).
- 3- تعديل المادة (48) من القانون لتكون بالشكل الآتي:  
(لا يسأل 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 تعقيبات المسؤولية المدنية وإثبات الخطأ وقصد الإضرار بالعميل.
- 4- إضافة مادة أخرى إلى القانون وتكون بتسلسل (49) من القانون وتكون بالشكل الآتي:  
(تنول 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 ضماناً لتعويض العميل المتضرر من الإبلاغ في حال ثبوت عدم صحته.

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

## المصادر:

### أولاًً 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 لجوائزها الاجتماعية والنظمية والاقتصادية) ط1، مكتبة العبيكان، الرياض، 2000.
- 3- د. أحمد سفر، المصارف وتبييض الأموال، تجارب عربية وأجنبية، اتحاد المصارف العربية 2001.
- 4- أروى الفاعوري وainas قطيشات، جريمة غسل الأموال (المدلول العام والطبيعة القانونية)، ط1، دار وائل عمان /الأردن، 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 ذهبي، جريمة غسل الأموال في القانون العراقي، (دراسة مقارنة)، اربيل، 2011.
- 7- حمزة فائق وهيب الزبيدي، الالتزام بالتقسي والإبلاغ بموجب مكافحة غسيل الأموال، مجلة دراسات قانونية، بيت الحكمة، بغداد، عدد (33)، 2008.
- 8- حسام باقر جواد، بطاقة الائتمان المصرافية، رسالة ماجستير، جامعة بغداد، 2001.
- 9- خالد سليمان، تبييض الأموال جريمة بلا حدود، المؤسسة الحديثة للكتاب، لبنان، 2004.
- 10- خالد وهيب النداوي، إدارة العمليات المصرافية، دار المناهج للنشر والمناهج، عمان، ط2، 2003.
- 11- دانا حمة باقي، السرية المصرافية في إطار تشريعات غسيل الأموال، دراسة تحليلية مقارنة، مديرية الطبع والنشر، السليمانية، 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 غسل الأموال (دراسة مقارنة)، رسالة ماجستير، جامعة الهراء، 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 غسل 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 غسل 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 غسل الأموال، مجلة الشريعة والقانون، العدد السابع عشر، ربى الثاني، 1423هـ - يونيو 2002.
- 23- مباركي دليلة، غسل الأموال، أطروحة دكتوراه، جامعة الحاج الحضر- 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 وغسل الأموال، بدون ذكر مكان الطبع، 2008.
- 26- د. محمود محمد سعيفان، تحليل وتقدير دور البنوك في مكافحة غسل الأموال، دار الثقافة للنشر والتوزيع، عمان، 2008

- 27- د. محمد نجيب القشقوش، غسيل الأموال، جريمة العصر، ط1، دار وائل، عمان، الأردن، 2002.
- 28- منير الجنبي وممدوح الجنبي، البنوك الالكترونية، دار الفكر الجامعي، الاسكندرية، 2005.
- 29- ماجد عبد الحميد عمار، مشكلة غسيل الأموال، دار الهضبة العربية، القاهرة، 2002.
- 30- نبيه صالح، جريمة غسل الأموال في ضوء الإجرام المنظم والمخاطر المرتبة عليها، منشأة المعارف، 2006.
- 31- نعيم سالمة، د. ايمن ابو الحاج، و سعيد مشهور هذوال، البنوك وعمليات غسيل الأموال، مجلة كلية بغداد للعلوم الاقتصادية الجامعية، 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>

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

- 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>

(2018\_6-22) تاريخ اخر زيارة



# افتراض رابطة السبيبة في المسؤولية المدنية

## دراسة تحليلية مقارنة

## اعداد

# الأستاذ الدكتور محمد سليمان الأحمد والأستاذ الدكتور عبد الكريم صالح عبد الكريم

أستاذ القانون المدني المساعد  
جامعة دهوك /  
كوردستان العراق

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 على في كون أن نشاطاً ما يمكن أن يؤدي إلى إلحاق الضرر بالغير، ومثل ذلك الأخطاء الطبيعية، 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 معنىًّا مغايراً 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, manycausality 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. Finaly 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 كركين في المسؤولية المدنية، لكنــ كما يقول أحدهمــ موضوع رابطة السببية بين الخطأ والضرر لم ينل القسط الكافي من البحث، بل إنــ الكثــير من الشرــاح وعند تعرــضــهم لأركــان المسؤولية المدنــية في تطبيقاتــها المختلفةــ، لمــ يكونــوا يتــطرقــون بالــشرح الــوافي لــرابــطةــ الســبــبيةــ، وإذاــ كانــ بعضــ الفــقهــ قدــ بــحــثــ فيــ رــابــطةــ الســبــبيةــ، منــ حيثــ مــفــهــومــ الســبــبيةــ فيــ مــجــالــ المســؤــولــيــةــ المــدــنــيــةــ، والتــمــســكــ بــهــاــ وــضــرــورــةــ إــثــابــهــاــ وــأــثــارــهــاــ عــلــىــ وــفــقــ القــوــاــعــدــ الــعــامــةــ، فــانــ الــدــرــاســاتــ الــحــدــيــثــةــ وــفــيــ ضــوــءــ أــحــدــثــ الــقــضــاــيــاــ الصــادــرــةــ عــنــ الــمــحــاــكــمــ الــأــجــنــبــيــةــ تــذــهــبــ إــلــىــ أــبــعــدــ مــنــ ذــلــكــ، وــذــلــكــ بــســبــبــ التــطــوــرــاتــ الــعــلــمــيــةــ، وــالــتــيــ رــكــزــتــ فــيــ نــقــلــ عــبــءــ إــثــابــ رــابــطةــ الســبــبيةــ مــنــ الــمــدــعــيــ عــلــيــهــ، وــافــتــرــاضــ وــجــودــ رــابــطةــ الســبــبيةــ بــيــنــ الــخــطــأــ وــالــضــرــرــ.

### 2- أهمية البحث في افتراض رابطة السببية:

يعد افتراض رابطة السببية أو الرابطة السببية المفترضة استثناءً من الأصل العام للنظيرية العامة لــ المسؤولية المدنــيةــ، فالــأخــيرــةــ تــتــطــلــبــ مــنــ الــمــتــضــرــ مــاــ إــثــابــهــ أــنــ الــخــطــأــ الــمــنــســوــبــ لــشــخــصــ مــاــ هــوــ الــذــيــ كــانــ ســبــبــاــ فــيــ الــحــاــقــ الــضــرــبــ بــهــ، أــوــ أــنــ الــضــرــرــ كــانــ نــتــيــجــةــ الــخــطــأــ الــصــادــرــ مــنــ الــفــاعــلــ، غــيرــ أــنــ هــنــاكــ حــاــلــاتــ قــدــ يــكــوــنــ فــيهــ مــنــ الصــعــوبــةــ بــمــكــانــ أــنــ يــثــبــتــ تــلــكــ الــرــابــطةــ، إــمــاــ لــخــصــوصــيــةــ نــوــعــيــةــ الــأــضــرــارــ، أــوــ لــعــدــمــ وــجــودــ الــيــقــيــنــ الــعــلــمــيــ فــيــ كــوــنــ نــشــاطــ مــاــ يــســبــبــ الــضــرــرــ، أــوــ لــصــعــوبــةــ تــحــدــيــدــ الــفــاعــلــ مــنــ بــيــنــ مــجــمــوــعــةــ أــشــخــاصــ، مــثــلــ الــمــســؤــولــيــةــ الــطــبــيــةــ عــلــىــ وــجــهــ خــاصــ، وــكــذــلــكــ الــحــاــلــ فــيــ حــوــادــثــ الــســيــارــاتــ، وــبــالــطــبــعــ فــإــنــ هــذــاــ اــســتــثــنــاءــ اــخــلــفــ فــيــ الــفــقــهــ وــالــقــضــاءــ بــيــنــ مــؤــيــدــ وــمــعــارــضــ.

ولــاــ كــانــ الــعــدــالــةــ تــقــضــيــ بــعــدــ إــلــزــامــ شــخــصــ مــاــ بــتــعــوــيــضــ ضــرــرــ لــمــ يــثــبــتــ أــنــ نــتــيــجــةــ خــطــأــ صــدــرــ مــنــهــ، بــعــبــارــةــ أــخــرــىــ لــيــســ مــنــ الــعــدــلــ تــحــمــيلــ شــخــصــ نــتــائــجــ ضــرــرــ لــمــ يــكــنــ ســبــبــاــ فــيــ حــدــوــثــهــ، فــالــعــدــالــةــ تــتــطــلــبــ أــيــضــاــ عــدــمــ حــرــمــانــ الــمــتــضــرــ مــنــ حــقــهــ فــيــ التــعــوــيــضــ مــجــرــدــ أــنــ هــوــ أــخــفــ لــلــصــعــوبــةــ فــيــ إــثــابــ أــنــ خــطــأــ مــاــ هــوــ الســبــبــ فــيــ الــحــاــقــ الــضــرــبــ بــهــ.

### 3- منهجية البحث:

تــقــومــ الــدــرــاســةــ فــيــ هــذــاــ الــمــوــضــوــعــ عــلــىــ الــأــســلــوــبــ التــحــلــلــيــ لــأــهــمــ آــرــاءــ الــفــقــهــاءــ وــأــحــكــامــ الــقــضــاءــ فــيــ إــطــارــ الــدــرــاســةــ الــمــقــارــنــةــ أــيــنــاــ تــيــســرــتــ بــيــنــ مــوــاــقــفــ الــقــوــاــنــيــنــ الــمــدــنــيــةــ، الــعــرــاقــيــ وــالــمــصــرــيــ وــالــفــرــنــســيــ،

مع التركيز على موقف القانون والقضاء الفرنسيين، لما فيهما 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.
- وستختتم 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 تتعارض ثبوتها في مطلب ثان.

## المطلب الأول

### ماهية رابطة السببية

ذهب البعض<sup>(1)</sup> 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، فب بواسطتها 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 أجنبى أو فعل الغير أو فعل المتضرر- معناه التخلص من المسؤولية، وبالطبع تثار أهمية رابطة السببية حينما يحدث فعل تترتب عليه عدة أضرار، فوجب حينها البحث عن الضرر المباشر للتعويض عنه، فهو الذي يكون نتيجة طبيعية لمخالفة التزام ما، أما غيره من الأضرار فالراجح فيها عدم ثبوت رابطة بينها وبين فعل المسؤول. وعلى هذا فإن قيام رابطة السببية بين الخطأ والضرر تجسيد للعدالة والمنطق في عدم تحميم 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 المدعي 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 السنوري، الوسيط في شرح القانون المدني، نظرية الالتزام بوجه عام، مصادر الالتزام بوجه عام، ج 1، دار الهبة العربية، القاهرة، 1981، ص 154.

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

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 يدعوه 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 البينة 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 فاته من كسب بشرط أن يكون هذا نتيجة طبيعية للعمل غير المشروع). ونص المشرع العراقي كذلك في المادة (211) على أنه: (إذا ثبت الشخص أن الضرر قد نشأ عن سبب أجنبي لا يدل له فيه كافة 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 أتلف 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 ت قضي 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<sup>(2)</sup>.

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 التصصيرية والعقدية، ط.2، دار المعرفة، دون مكان نشر، 1979، ص 350.

(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: (إذا لم يكن التعويض مقدراً في العقد أو بنص القانون، فالقاضي هو الذي يقدرها، ويشمل التعويض ما لحق المتضرر من ضرر وما فاته 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 يتوقف 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 حقيقة 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 يدعى التخلص من التزامه يجب عليه إثبات الوفاء به أو يثبت الواقعية 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 المعديل، 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<sup>(1)</sup>.

(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، 1989/3، ص 202. نقلًا عن: د. ثروت عبد الحميد، الأضرار الصحية الناشئة عن الغذاء الفاسد أو الملوث، دار الجامعة الجديدة للنشر، الإسكندرية، 2007، ص 141 من المباحث.

## 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<sup>(1)</sup>، 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 ستيفورت ميل) وفيها يكون السبب مجموعة الظروف الالزمة لتحقق النتيجة وعدم التفرقة في محيط تلك الظروف بين ظرف وآخر، وعلى هذا لو اشتراك مجموعة من الواقع في إحداث الضرر بحيث لا نستطيع الاستغناء عن إحداثها عدّت 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<sup>(2)</sup>. 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 مؤهلاً انتفاء الضرر كله، تطبيقاً لفكرة كون الضرر لا يتجرأ فالأسباب أيضاً لا تتجزأ. أما النظرية الأخرى فهي نظرية السبب المنتج أو الفعال لـ (هانس فون كريس)، وبمقتضها يتم التمييز بين الأسباب المؤدية للضرر مع الاكتفاء بالاعتداد بالسبب المنتج والاستغناء عن الأسباب الثانوية. وبحسب رأينا فإن هذه النظرية وإن كانت مقبولة<sup>(3)</sup> من الناحية

(1) لاحظ: د. فواز صالح وزوزان إبراهيم محمد، الرابطة السببية وصعوبية 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 الرحيم 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 الهضبة العربية، القاهرة، 1976-1977. ص 362. د. حسام الدين الأهواني، النظرية العامة للالتزام، الجزء ==

الفقية وقريبة من السببية المفترضة، فإن تطبيقها يلاقى 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 (الضرر 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 الابتعاثات. ففي هذه الحالة لو سلمنا أن المتضرر سيرجع على الملوثين المتعددين كل على حدة فمعنى ذلك 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<sup>(1)</sup>، وفيه حلول تأباه العدالة، ذلك لأن التضامن سيؤدي إلى تخفيف مسؤولية الفاعل إذا اشترك مع غيره في إحداث الضرر عما سيكون عليه الوضع فيما لو أحدهه وحده، كما سيؤدي بالإضرار بالمتضررين لأنه يعرضهم لخطر إعسار أحد الفاعلين، وهي أمور تأباه العدالة التي تقتضي، عند تعدد المسؤولين، أن يحصل المتضرر على تعويضه كاملاً من أي منهم، ليتحملوا هم بعد ذلك مخاطر إعسار أحدهم وليس المتضرر<sup>(2)</sup>. 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 مدنى مصري 24-6-1982، ونقض مدنى 12-2-1981، المجموعة ص 818 قاعدة 146، المرجع نفسه، ص 143. أما على صعيد القوانين، فيبيدو أن المشرع العراقي قد أخذ بنظرية تعادل الأسباب، وذلك في المواد 211، 217، بخلاف المشرع المصري الذي أخذ بنظرية السبب المنتج أو الفعال وذلك في المادة 1/221. (للتفصيل لاحظ: د. محمد سليمان الاحمد، تعدد الأسباب في المسؤولية المدنية، بحث منشور في مجلة الرافدين للحقوق، تصدرها جامعة الموصل، المجلد، 1، السنة العاشرة، العدد 24، 2005، ص 80 والتي تلتها).

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

(2) لاحظ: د. جلال محمد ابراهيم، الرجوع بين المسؤولين المتعددين، دراسة مقارنة بين القانونين المصري والكويتي والقانون الفرنسي، دار الهبة 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 جسّدت ببلورت فكرة جديدة للسببية المفترضة، ساهمت عوامل في تكوينها، مما جعلها مرتبطة بأساس الافتراض ذاته، عليه سوف تعالج فكرة السببية المفترضة في مطلب أول، ونخصص المطلب الثاني للعوامل التي ساهمت في افتراض رابطة السببية.

### المطلب الأول

#### فكرة السببية المفترضة

يذهب البعض<sup>(1)</sup> إلى أن السببية المفترضة تعني مجموعة القرائن المحددة والمتطابقة التي تساعد قاضي الموضوع في تكوين عقidiته 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 يتطلب 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 وحدوث 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 إليه لدى: د. عاطف عبد الحميد حسن، المسؤولية المدنية الناشئة عن عملية نقل دم ملوث بفيروس مرض الإيدز، دار الهبة العربية، القاهرة، 1998 ص 193.

الضرر الذي حصل هو نتيجة مباشرة لنقل دم ملوث<sup>(1)</sup>. وهذا ما يسعى بالإسناد القانوني أو السببية القانونية.

ولقد بدأ القضاء الفرنسي في مجال المسؤولية المدنية، بالتخلص تدريجياً عن تطبيق مبدأ إثبات رابطة السببية بين الخطأ والضرر، وكذلك الحال بالنسبة للمشرع الفرنسي، حيث صدرت قوانين عديدة بموجها لا يعتمد 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 يطالب 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<sup>(2)</sup>.

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 مبني 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 مرورية وفقاً للمادة الأولى من قانون 1985، وبالتالي تكون المحكمة قد تبنت معنى واسعاً لحادث المرور<sup>(3)</sup>.

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

(1) د. محمد سليمان سليمان الزبيود، المسؤولية المدنية عن عملية نقل الدم الملوث، دار الهبة العربية، القاهرة، 2009، ص 547.

(2) لاحظ: د. فواز صالح وززان 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.

المتضاربين من المركبات الذين غالباً ما تنقطع رابطة السببية في قضايا التعويض الخاصة بهم. كما لجأ القضاء الفرنسي إلى السببية المفترضة في الحكم الصادر في 9 آذار من عام 2007 وأقر للمرة الأولى بوجود رابطة سببية بين مصل ضد الالهاب الكبدي ومرض تصلب الأنسجة المتعدد على الرغم من عدم وجود يقين على بشأن تسبب ذلك المصل في مرض تصلب الأنسجة، حيث اتخذ القضاء تفكيراً مبتकراً 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 المريضية (المدعية) يناسب 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<sup>(1)</sup>.

## المطلب الثاني

### عوامل افتراض رابطة السببية

دفعت عوامل عديدة القضاء إلى افتراض رابطة السببية، وقد ارتبطت جلًّا هذه العوامل بالتطور العلمي الكبير في جميع المجالات، لا سيما المجال الطبي، مما أدى إلى ظهور أضرار مستحدثة تمثل، معظمها، في أمراض لم تكن مألوفة في الماضي؛ لكن ظهور مفهوم جديد للحبيطة والحدر 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 توجّهات 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 بكير الطيار، مفهوم المسؤولية المدنية، مقال منشور على شبكة الانترنت، متاح على الموقع الإلكتروني، [www.consultants-altayar.com](http://www.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 بالجامعة، ولكون تلك الأضرار عبارة عن مخاطر مستحدثة غير مؤكدة (أخطار ايكولوجية<sup>(1)</sup>) 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 مؤكّد على وجود هذا الخطر من نشاط أو منتج ما، فإن المذهب المتبّع إزاء هذا النوع من المخاطر غير المؤكدة والمستحدثة هو الوقاية منها<sup>(2)</sup>، واتخاذ كافة الاحتياطات والتدابير الالزامية 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 تشوّهات الجنين. فمثلاً يعد الضرر البيئي ناتجاً عن مواد ملوثة تتسرب للبيئة بشكل خفي، كأنبعاثات 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) يقصد بالأخطار الایكولوجية كل ما يهدد المحيط البيئي، والتي لها تأثير مباشر على صحة الإنسان، كخطر الطاقة النووية والنفايات والأدوية الفاسدة وتلوث المياه وانبعاث الدخان وغيرها.

(لاحظ: الموقع [www.who.int/globalchange/ecosystems/ar](http://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 الالكتروني: 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<sup>(1)</sup>. وبمناسبة مشكلة تعدد الأسباب في إحداث الضرر دون معرفة الفاعل هناك دعوى شهيرة تتعلق باثنين من الصيادين أطلقوا 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 لمذين الصيادين. في هذه الدعوى انتقدت محكمة النقض الفرنسية، حكم محكمة استئناف (أورياني) الذي رفض إلزام الصيادين بتعويض الضرر بحجج عدم ثبوت سببية مباشرة بين الخطأ المنسوب للصيادين والضرر وصعوبة تحديد الفاعل من بينهما، ووضحت محكمة النقض أن الصيادين قد امتنعوا عن اتخاذ الاحتياطات الالزمة 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 عليهم أن يتخذوا من الاحتياطات بغية تأمين السلامة الكاملة للصبي، وإن مثل هذا الامتناع الخاطئ هو إهمال خطير يمكن معه إعمال مسؤوليتهم التضامنية<sup>(2)</sup>.

ويظهر من الحكم السابق أن حالة عدم المعرفة اليقينية لمصدر الضرر، لم يمنع القضاء من افتراض السببية والحكم بالمسؤولية التضامنية<sup>(3)</sup> 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.-]

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

مشار إليه 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<sup>(1)</sup> - 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 بالمشروع 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 مهنياً محترفاً، فقد لا يكون بمقدور المستهلك إثبات خطئه والربط بينه وبين الضرر الذي لحق به، لهذا عَدَّ 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(نسبة الخطأ)<sup>(2)</sup>، تلك النظرية المعروفة في كل من القانونين الألماني والسويسري<sup>(3)</sup>، ذلك لأن كل هذا يدخل فيما يسمى بالمسؤولية الموضوعية أو المستحدثة التي تهدف تيسير قيام المتضرر بإثبات الخطأ<sup>(4)</sup>. وهنا يذهب البعض<sup>(5)</sup> إلى أن المشرعين الفرنسي والأوكراني قد تخليا عن الأساس التقليدية لرابطة السببية، المتمثلة في كل من نظرية السبب المنتج ونظرية تعادل الأسباب واستبدالها بأساس جديد افتراضياً 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، ص102.

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

(3) آمال بکوش، نحو مسؤولية موضوعية عن التبعات الطبية، دار الجامعة الجديدة، الإسكندرية، 2011، ص149.

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

(5) آمال بکوش، مرجع سابق، ص149.

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 المسئولية 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 فيما، إما لتعقد وسائل الإثبات أو لحداثة 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 دييجانورو، مبدأ الحيطة في قمة الأرض سنة 1992 على أنه يتمثل في التدابير المتخذة لمواجهة الخطر الجسيم الذي إذا أنتج ضرراً فمن الصعب جره والتعويض عنه. فيما عرفه البعض بأنه: غياب التأكيد العلمي أو المعرفة العلمية (اليقين العلمي) لا يعني عدم اتخاذ التدابير الفعالة لمواجهة خطر أضرار خطيرة وغير قابلة للإصلاح<sup>(1)</sup>. وفي التشريع الفرنسي نص لأول مرة في قانون سنة 1995 BARNIER، في المادة 1/2000 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...)<sup>(2)</sup>.

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

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

(2) لاحظ: بن معروف فوضيل، تأثير مبدأ الحيطة في توزيع إثبات الخطأ الطبي في مجال المسئولية 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 الوجود، لذلك فإن إقامة رابطة السببية بين الفعل كالنشاط الملوث مثلاً، واحتمال وقوع أضرار خطيرة وجسمية؛ 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 المؤكدة في المسؤولية المدنية.

ويعرف البعض مبدأ الحيطة بأنه: اتخاذ التدابير الالزمة عند قيام أسباب جدية توحى بأن نشاطاً أو منتجًا يهدد بأضرار جسمية غير مقبولة أخلاقياً على الصحة أو البيئة، ثم إن من طبيعة هذه التدابير تقليل أو وضع حد للنشاط أو المنتج من التداول، حتى في غياب الدليل المؤكّد على رابطة السببية بين النشاط أو المنتج والآثار السلبية التي يقوم التّحّوّف منها<sup>(1)</sup>. وعرف كذلك بأنه اتخاذ التدابير الوقائية لإدارة مخاطر محتملة وإن لم يوجد يقين علمي بشأن حدوثها<sup>(2)</sup>.

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 تتناسب مع التطور الحاصل على مستوى المسؤولية بالانتقال من المسؤولية المدنية التدخلية أو الجبرية إلى المسؤولية المدنية الوقائية، و هذه 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 لتقدير أثر النشاط المقترن على البيئة، بحيث يرخص بتطبيق المبدأ إذا برأت الدراسات على أن إقامة هذا النشاط يشكل خطراً ينذر حال وقوعه بحدوث أضرار بيئية جسمية لا يمكن مقاومتها<sup>(3)</sup>.

(1) لاحظ: عمارة نعيمة، مبدأ الحيطة ومسؤولية المهنيين، اطروحة دكتوراه قدمت لكلية الحقوق، جامعة أبوظبي بلقايد، 2013-2014، ص 108.

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

(3) عمارة نعيمة الاتجاه نحو التأسيس للمسؤولية المدنية على مبدأ الحيطة، مرجع سابق، ص 2.

وعلى هذا فإذا كنا بصدّد أنشطة وخدمات ذات مخاطر غير مؤكدة والتي لم يثبت العلم كونها تسبّب 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، ولكن زبادة المخاطر الناشئة عن التطور العلمي تهدّد صحة الإنسان، كان لا بد من الحاجة لإجراء تعديل في قواعد الإثبات كإجراء استباقي لمنع أضرار قد تحدث في المستقبل، وإن وقعت فإنه 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 مجرد 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 والحدّر لمنع الأضرار غير المؤكدة علمياً، وإثبات رابطة السببية بين نشاط المدعى عليه والضرر الذي يلحق بالمدعى، يتوجه القضاء الآن إلى ما يسمى بالاحتمال الراجح أو الشك المعمول 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 للاحق 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<sup>(1)</sup>. 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 وافتراض رابطة السببية، وتحديدًا بتاريخ

(1) لم يقتصر أثر الحيطة والحدّر على نقل عبء الإثبات من عاتق المدعى للمدعى عليه في القضاء حينما ترفع دعوى بالضرر، بل إن الادارة حينما تكون بصدّد 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 خلو نشاطه من أية مخاطر. (لاحظ: د. محمد مهد 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 تنصيمها فوق سطوح المنازل. وتلخص القضية في أن ساكني إحدى العمارت السكنية تقدموا بدعوى ضد مالك العماره وشركة الاتصالات، وعرضوا فيها أن مالك العماره وبالاشتراك مع شركة الاتصالات عمدوا إلى تركيب الجهاز اللاقط بالهواتف الخلوية، وطلبا وقف العمل بالجهاز وتفكيكه لوجود ضرر وشيك الواقع على صحة سكنا العماره 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 الازمة 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 تحسس مقابل ذلك (عدم اليقين العلمي) مدى سلامتها على صحة الإنسان خاصة على المدى البعيد، مما يوجب اعتماد مبدأ الحيطة والحذر في التعامل معها. وحيث إنَّ 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 سببية بين هذا النشاط أو المنتج والأضرار التي قد تترتب عليه مستقبلاً. عليه قرر إزالة برج التقوية من فوق سطح العماره<sup>(1)</sup>.

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 فإنه يرتكب خطأ احترازياً، بعدم اتخاذ التدابير الازمة لمنع حدوث الضرر، وهذا من شأنه بالطبع أن يخفف من عبء إثبات رابطة

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

السببية بين الخطأ والضرر، بل يؤدي مبدأ الحيطة إلى 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 استعدادٍ لقبول افتراض السببية، لكن ينبغي عليهم الالتفات لما صدر من الشعبة المدنية الثالثة للمحكمة العليا الفرنسية، بتاريخ 18/6/2011 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 الانقطاعات 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 ومحاجتها هي التي تسبب الضرر وإن لم يوجد يقين علمي بشأن ذلك<sup>(1)</sup>.

من القضايا الأخرى في مجال الحيطة والحذر والإكفاء 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 الأهميات لتفاعل النفايات الملوثة المحتوية على مزيج من حلقات الديوكسین 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 نتجمت عن تعرض بعض الأهميات 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 موقع الاستصلاح والتجديد، وذلك بثبوت السببية في النشاط الخطر والأضرار التي لحقت بالمدعين<sup>(2)</sup>.

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'incertitude du principe de précaution sur la responsabilité civile en droit français: un bilan en demi-teinte, paper available at: [www.mcill.ca](http://www.mcill.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 عناءة التي تتطلب إثبات الخطأ المدعي 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 اتخاذ الاحتياطات التي يوجها عليه التزامه بالحبيطة. ولقد قضي في هذا الشأن بأن تأخر الطبيب في فحص المريضة المتوفاة حرمتها من تلقي العلاج المناسب الذي كان لها الحق فيه، والذي أودعه ثقتها في الطبيب لبذهله لها، مما فوت عليها فرصاً حقيقة في الشفاء<sup>(1)</sup>.

ومن الجدير بالذكر أن الخطأ الاحتمالي أو القائم على الشك والظن والراجح يختلف عن الالتزام بنتيجة، فوفقاً لفكرة الخطأ الاحتمالي يتم افتراض خطأ المدعي عليه حينما تقع نتائج سيئة للمتضرر، وبإمكان المدعي 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 فيبعد الشخص مخطئاً بمجرد تخلف هذه النتيجة، ولا يستطيع المدعي عليه دفع مسؤوليته إلا بإثبات السبب الأجنبي<sup>(2)</sup>.

ومن الحلول الأخرى التي ساعدت المحاكم في افتراض وجود السببية القانونية فكرة (خلق الخطير) التي سهلت عملية البرهان بوجود علاقة بين الفعل أو الحادث وبين الضرر المترولد - كما هو الحال عندما يقوم فرد ما بصورة متعمدة أو بإهمال منه - بخلق حالة - موضوعياً- خطيرة، في مثل هذه الحالة، تميل المحاكم دائمًا إلى الأخذ بمسؤولية هذا الفرد مستندة إلى احتمالية أو توقعية وقوع الخطير بدلاً من الاعتماد على إثبات وجود رابطة السببية. في هذا الخصوص نشير إلى الحكم الصادر من محكمة (نانتير) الفرنسية 1998/6/5 والتي بموجبها اعتبر المختبر الصانع للقاح 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، ص 21. (وذات الحل أخذت به المحكمة العليا في السويد وذلك في 21-4-1981 في دعوى تتعلق بضرر موت الأسمالك، 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 المدعي عليه من أسباب.) للمزيد: د. أحمد محمود سعد، استقراء لقواعد المسؤولية المدنية في منازعات التلوث البيئي، دار النهضة العربية، القاهرة، 1994، ص 232.

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. وينذهب البعض<sup>(1)</sup> 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 للتتخمين بوجود رابطة سببية بين ذلك السلوك وتزايد الضرر.

---

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

### المبحث الثالث

#### أثر افتراض رابطة السببية

يتربّ على افتراض رابطة السببية تسهيل عبء الإثبات على عاتق المدعي ونقله إلى المدعى عليه، لكن الافتراض يترك فرصة بسيطة يمكن إثبات عكسها بالسبب الأجنبي. عليه سنعالج في هذا المبحث تسهيل عبء الإثبات ونقله في مطلب، ونخصص مطلب 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<sup>(1)</sup>.

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 أحق ضرراً بالبيئة، فقد يكون متعدراً 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 الخطأ، أو التعريض للمخاطر) وهو مفهوم مطابق لما يسمى بـ (فوات الفرصة)، والتي من شأنها تسهيل إثبات رابطة السببية بين النشاط الخطير والأضرار الواقعية، فبموجب هذه الفكرة يعد الضرر مباشرأً 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 تلتها.

وخطأ الطبيب الجراحي؛ فقد درج القضاء على اعتبارضرر مباشرأ 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 المريض للخطر، لأنه كان من الممكن تفاديه، كذلك الحال لو كان الطبيب قد حقن المريض بحقنة اثناء عملأشعة حقنأ سليماً مـا وقع الضرر الذي أصابها، حتى ولو لم يثبت مدى الأثر الضار الذي ساهمت هذه الحقنة في إحداثه<sup>(1)</sup>.

وفي بعض الحالات اعتمدت المحاكم على حجة أنه لا يوجد أي سبب آخر من شأنه أن يفسر وقوع الضرر<sup>(2)</sup>. كما سمح القضاء للمتضررين بتقديم القرائن كأدلة إثبات، فكما تقدم القول قد يجد المتضرر صعوبة في إثبات رابطة السببية بفعل تعدد الفعل الضار (الحادث)، أو انقضاء فترة بين وقوع الفعل واكتشاف وجود الضرر ونطافه، كما في حالة اكتشاف فيروس معين بعد فترة حضانة، كالإيدز والتهاب الكبد الفيروسي أو غيرهما، فيليجاً القضاء بنقل الأمر المشكوك فيه أو المحمـل إلى دائرة اليقين القانوني، فالمضرور يستطيع إثبات وجود رابطة السببية في الحالـات 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 لأـي سبب أو ظرف آخر من شأنه أن يفسـر حدوث الضرر، بمعنى أنه يقبل الدليل السـلبي على رابطة السببية<sup>(3)</sup>، وهذا يعني الـاكتفاء بالاحتمال الـراـجـع بدلاً من الإثبات المـطـلـق أو اليـقـيـنـي لـرابـطـة السـبـبـيـة، ويـطـلـقـ علىـ هـذـاـ النـوـعـ: الإـثـبـاتـ السـلـبـيـ لـرابـطـةـ السـبـبـيـةـ.

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 responsabilité médicale*, mem. , 2002, p. 15.

اـشارـ لهـ دـ.ـ أـشـرفـ جـابرـ سـيدـ،ـ مـرـجـعـ سـابـقـ،ـ صـ30ـ.

(2) دـ.ـ عـطـاـ سـعـدـ مـحـمـدـ حـوـاسـ،ـ شـرـوطـ الـمـسـؤـلـيـةـ عـنـ أـضـرـارـ التـلـوـثـ،ـ دـارـ الجـامـعـةـ الـجـدـيـدـةـ،ـ الـاسـكـنـدـرـيـةـ،ـ 2012ـ،ـ صـ254ـ.  
وـلـاحـظـ دـ.ـ نـبـيـلـةـ اـسـمـاعـيـلـ رـسـلـانـ،ـ الـمـسـؤـلـيـةـ الـمـدـنـيـةـ عـنـ الإـضـرـارـ بـالـبيـئـةـ،ـ دـارـ الجـامـعـةـ الـجـدـيـدـةـ،ـ الـاسـكـنـدـرـيـةـ،ـ 2007ـ،ـ صـ106ـ.

(3) لـاحـظـ دـ.ـ أـحـمـدـ مـحـمـدـ الرـفـاعـيـ،ـ التـعـوـيـضـ عـنـ الـكـوـاـرـثـ الـتـكـنـوـلـوـجـيـةـ،ـ دـارـ الـهـضـمـةـ الـعـرـبـيـةـ،ـ الـقـاهـرـةـ،ـ 2007ـ،ـ صـ88ـ.

بالاحتمالات، من خلال الإثباتات 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 محكومة بإثبات عدم وجود أي سبب آخر من شأنه أن يؤدي إلى حدوث ذلك الضرر<sup>(1)</sup>. كما قضت المحكمة العليا في السويد بتاريخ 21-4-1981 بالاكتفاء 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<sup>(2)</sup>.

ويذهب البعض إلى أن الإثباتات 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 (الذى 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<sup>(3)</sup>. 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 يكفيه أن يثبت أنه تعرض للخطر، وهذا الدليل يجب أن يسمح بافتراض وجود رابطة السببية قرينة بسيطة يمكن إثبات عكسها من جانب المدعى عليه.

كما توجد بعض النصوص التشريعية التي افترض فيها المشرعون رابطة السببية، مثل ذلك

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

مشار لها 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 2/4/1992 بشأن فيروس (SIDAS) متاح على الموقع الإلكتروني: [www.cours-de-droit.net](http://www.cours-de-droit.net)

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

مشار لها 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، فافتراض 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 النفاذ في عام 1973، فقرر قرينة سببية لصلاحة المتضررين المقيمين في منطقة ملوثة وأعفاهم من إثبات رابطة السببية بين الضرر الذي لحق بهم والنشاط مصدر التلوث في البيئة<sup>(1)</sup>. 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<sup>(2)</sup>. كذلك نصت المادة الرابعة من القانون السويدي لعام 1986 بشأن المسؤولية المدنية البيئية بأنه: (القيام المسؤولية المدنية على المدعي أن يثبت أن إطلاق الملوثات هو الذي يسبب هذه الأضرار ويكفي لقيام ذلك تقديم دليل احتمالي...)<sup>(3)</sup>.

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

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

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

(3) نقلأً 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 يكتفي بتقديم المدعي دليلاً احتمالياً لرابطة السببية يتجاوز نسبة 50% مع الأخذ بالاعتبار معيار طبيعة النشاط المسبب للضرر، وكل المسببات المحتملة الأخرى للضرر، فإن تزاحمت 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 98-81 وال الصادر 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 المرتبطة على استخدامها<sup>(1)</sup>.

وذهب القضاء الأمريكي كذلك إلى قبول القرائن القانونية على الخطأ، وتحديداً في الأضرار الناجمة عن التصادم البحري، ويطلق على تلك القرينة (بنسيلفينيا)<sup>(2)</sup> 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 - يامكانه إصدار قرارات فيها قرائن قضائية بمثابة مبدأ قانوني أو قاعدة قانونية<sup>(3)</sup>. وتطبيقاً لما سبق جاء في حكم محكمة Dijon الاستئنافية، الصادر في 7-10-1990 الخاص بتلوث ينبع 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<sup>(4)</sup>.

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

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

(2) (بنسيلفينيا) هو اسم سفينة بريطانية تصادمت مع سفينة بريطانية أخرى تسمى (ماري تروب) بالقرب من السواحل الأمريكية، وعرض القضية على المحكمة العليا الأمريكية، وجدت أن التصادم حدث بسبب خطأ السفينة بنسيلفينيا، بسبب إبحارها بسرعة عالية وسط الضباب الكثيف، ولكن في نفس الوقت وجدت المحكمة أن السفينة تروب هي الأخرى مرتكبة لخطأً مماثلاً في مخالفة قواعد منع التصادم في البحر بقيامها بقوع الجرس بدلاً من الطلبة، 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، اسيوط، 2009، ص100 وهاشمها.

(3) لاحظ في هذا المعنى: د. عبد الكريم صالح عبد الكريم، قيمة المبادئ العامة للقانون في التشريع والقضاء، بحث منشور في مجلة جامعة رابه رين، العدد 3، 2015، ص112.

(4) نقلأً عن: د. عطا سعد محدث حواس، مرجع سابق، ص258.

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، ولكن 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 القرائن وافتراض رابطة السببية<sup>(1)</sup>، 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<sup>(2)</sup> هي صحة الإنسان والمحافظة على سلامته، ذلك لأن الحيطة والحذر عبارة عن مبدأ جاء مكملاً لدور الالتزام بضمان السلامة وبخاصة من جانب المهنيين.
- 3- يجب أن يكون هناك اتصال مادي قد وقع، كما في حالة الإصابة بمرض الإيدز بعد أن تم نقل الدم للمصاب، فالاتصال المباشر ينبع بين نقل الدم الملوث ومتراكيز نقل الدم.

(1) د. محمد سادات، مرجع سابق، ص309. وفي ذات المعنى: د. عاطف عبد الحميد حسن، مرجع سابق، ص195.

(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 التزاع المطروح أمامه بما يتسمى له من الوسائل العلمية والعملية. للتفصيل: د. عبد الحميد الشواريبي، القرائن القانونية والقضائية، منشأة المعارف، الاسكندرية، 2003، ص18-19. وكذلك حسين رجب محمد مخلف الزيدي: قواعد الترجيح بين أدلة الإثبات المتعارضة في الدعوى المدنية، منشورات زين الحقوقية، ط1، 2011، ص108 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 بالضرر، وأن يكون اللجوء إلى القرائن محدوداً، 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<sup>(1)</sup>. وأخيراً يجب على القاضي التأكد من وجود علاقة ضرورية وحتمية للمتضرر مع المدعي عليه<sup>(2)</sup>.

وإذا كان من غير المعقول اشتراط يقين مطلق بغياب ضرر محتمل قبل الترخيص لزاولة نشاط ملوث، فإنه لا يقبل بعد ذلك اشتراط يقين مطلق في رابطة السببية، لذلك يقترح تخفيف طرق تقدير رابطة السببية من خلال توسيع القاضي في قبول المؤشرات والقرائن المادية، وأن يكتفي بإقامة احتمال كافٍ للسببية، وبذلك يصبح اليقين المنشط في رابطة السببية نسبياً، أو أن يذهب القاضي إلى أبعد من ذلك من خلال تقبل القرينة السلبية والمستوحة 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 يربى النحل، إذ اعتبر القضاء أنه لا يوجد سبب آخر لوفاة النحل، وأنه لا يمكن تفسير ذلك إلا بتسنم ناتج عن استقرار مادة الفليور على الأزهار<sup>(3)</sup>.

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

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

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

(2) لاحظ، د. محمد مهد سادات، مرجع سابق، ص308.

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

(4) د. نبيلة إسماعيل رسنان، المرجع السابق، ص107.

وجود سببية بين هذا الإهمال وبين الأضرار التي تصيب البيئة عندما تكون هذه الأضرار نتيجة طبيعية متوقعة لهذا الخطر والمتمثل بالإهمال. وبهذا الخصوص، نشير إلى القرار الصادر في 10 آذار 1976<sup>(1)</sup>، فالمحكمة الفرنسية استطاعت إيجاد رابطة سببية بين النشاطات التجارية أو العمل التجاري وبين الأضرار التي أصيّب بها مستثمر لثروة سمكية، حيث أن المحكمة وبالاعتماد 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<sup>(2)</sup>.

وهنالك أمثلة أخرى على افتراض رابطة السببية بين الخطأ والضرر، منها حكم المحكمة الابتدائية في مدينة Rennes في 10-1991، فبدلاً من أن يكون قرار القاضي مستندًا 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<sup>(3)</sup>.

## المطلب الثاني

### الأثر المقتصر لافتراض رابطة السببية

نقصد بالأثر المقتصر لافتراض رابطة السببية، عدم تعديه لغيره من أركان المسؤولية، ولا سيما الخطأ، وانعدام جدواه في حالة وجود السبب الأجنبي الذي يقطع رابطة السببية ويشل تأثيرها. وتناول 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 وأخرون، المرجع السابق، ص 135.

## الفرع الأول

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 حقيقة، أي يكون قد ثبت بطريقة يقينية أن نشاط المسؤول هو مصدر الضرر الذي لحق بالمتضرر، فمن شأن قرينة السببية أن تقلب عباء الإثبات بأن يقع على عاتق المسؤول نفي هذه القرينة بدلاً من أن يقع على عاتق المتضرر عباء إثبات رابطة السببية<sup>(1)</sup>.

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 معييناً 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 بارادة 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 بكافية الطرق، وبشكل أدق فإن هذا الافتراض يؤدي بنقل عبء الإثبات تخفيفاً على المتضرر لأغراض العدالة، بحيث يكفي المدعي عليه بإثبات انقطاع رابطة السببية إذا ما رغب في نفي مسؤوليته، بوصفه ذا دراية ومهنية تسمح له بذلك<sup>(2)</sup>.

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

<sup>1)</sup> 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, Canadian ET Quebec, 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 بالتفسيير 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 الواقع لاستكمال قناعته).

## افتراض رابطة السبيبة 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 عقیدته 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 يتسنم 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 المتصدر - وهو في سبيل إثبات رابطة السببية بين الخطأ والضرر- إلى أن يثبت الخطأ، ولكن هذا الافتراض ليس قاطعاً بل يقبل إثبات العكس<sup>(1)</sup>. بعبارة أخرى إذا اشترط المشرع إثبات السببية أصبح المتصدر ملزماً بتعيين الخطأ الذي ينسب لمتولي الرقابة، وبإثبات هذا الخطأ تمهدأ لإثبات السببية بينه وبين الضرر، لكن الحقيقة هي أن المتصدر يعفى من إثبات السببية أيضاً بناء على قرينة قانونية، ويكلف متولي الرقابة بالدليل العكسي إن أراد أن يدفع المسؤولية عن نفسه<sup>(2)</sup>.

خلاصة القول، إن افتراض رابطة السببية معناه أن هناك خطأ أو فعل ضاراً معيناً هو الذي أدى إلى إلقاء الضرب بالغير نتيجة للاستناد للاحتمال الراجح دون أن يتوافر اليقين في ذلك، مع ترك المجال للمدعي عليه للتخلص من المسؤولية بإثبات السبب الأجنبي. في حين أن افتراض الخطأ يعني إضافة وصف الخطأ لنشاط أو فعل معين مع إتاحة الفرصة للمدعي 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، وافتراض المشرع كذلك الضرر بمجرد التأخير، لكون النقد عنصراً من عناصر الإنتاج وهو مال مثمر بطبيعته، وإذا كان كل من الخطأ والضرر مفترضين فإن رابطة السببية تكون مفترضة كذلك<sup>(3)</sup>. 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. صديق محمد أمين عيسى، التعويض عن الضرر ومدى انتقاله للورثة، ط1، المركز القومي للإصدارات القانونية، القاهرة، 2014، ص 179.

(2) لاحظ: د. سليمان مرقس، بحوث وتعليقات على الأحكام في المسؤولية المدنية وغيرها من موضوعات القانون المدني، ايرين للطباعة، مطبعة السلام، القاهرة، 1987، ص 342.

(3) لاحظ: د. حسن علي الذنون، أصول الالتزام، الكتاب الأول، مصادر الالتزام، ص 360. و. د. عبد المجيد الحكيم وعبدالباقي البكري و محمد طه البشير، القانون المدني وأحكام الالتزام، ج 2، ص 77-78.

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 والتزام بتحقيق نتيجة. وهذا يعني أن قيام البائع بتسليم مبيع غير مطابق للمواصفات المتفق عليها هو الذي يسبب الضرر المحتوم، وفي هذا افتراض للسببية<sup>(1)</sup>.

وتتجدر 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 يصحُّ أن يفسر افتراض ركِّن ما بأنه دليل على عدم أهميته، وهذا ما قام به أنصار النظرية المادية في تأسيسهم المسؤولية على عنصر الضرر، إذ قللوا من أهمية ركِّن الخطأ لكثره 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<sup>(2)</sup>، وأحياناً يفترض رابطة السببية، وأحياناً أخرى يفترض الخطأ في جانب الشخص الذي يطالبه المتضرر بالتعويض<sup>(3)</sup>. 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 التشيد، دار المطبوعات الجامعية، الاسكندرية، 1999، ص 37.

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

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

## الخاتمة

### اولاً: 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 فكريتين 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 بالراجح 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 الراجحة أو الاكتفاء بالسبب الراجح 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 تبني عليه المسؤولية الموضوعية أو الالخطئية.
- 4- إن أسباب الافتراض في الرابطة السببية تمثل في صعوبة الإثبات لعدم وجود يقين علمي على وجود أضرار مؤكدة و مباشرة 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 المدعى إلى المدعى عليه. كما أن هذا الافتراض ليس إلا قرينة بسيطة يمكن نفهمها 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.

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

## ثانياً: التوصيات

- إلزام القاضي باتباع التفسير المتطور للنصوص القانونية، وتطبيقه لروح القانون، وعدم إهمال المبادئ العامة للقانون. وتحويل القاضي الدور في استخلاص الخطأ من الظروف والملابسات 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 جائزًا للقاضي أن يستند إلى القرائن القوية الواضحة والمطابقة. فبدلاً من أن يكون قرار القاضي مستندًا إلى وجود رابطة سببية مؤكدة بين الفعل والضرر فيمكن الركون إلى احتمالية كافية بوجودها، وكل ذلك حمايةً للمتضرر الذي يتذرع عليه أحياناً إثبات وجود رابطة سببية بين فعل أو نشاط ما والضرر الذي لحق به.
- 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 الالزمة لمنع وقوع الأضرار السابقة الذكر، حتى وإن لم يوجد يقين على بشأن حدوثها.

3- دعوة المشرع لتخويل 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 بعيوب 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 الهضبة العربية، القاهرة، 2007.
- 2- د. أحمد محمود سعد، استقراء لقواعد المسؤولية المدنية في منازعات التلوث البيئي، دار الهضبة العربية، القاهرة، 1994.
- 3- د. أشرف جابر سيد، التعويض عن تفويت فرصة الشفاء أو الحياة، دراسة مقارنة في القانونين المصري والفرنسي، دار الهضبة 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 الهضبة العربية، القاهرة، 2011.
- 9- د. حسام الدين الأهوانى، النظرية العامة للالتزام، الجزء الأول، مصادر الالتزام، المجلد الثاني، المصادر غير الإرادية، 1997-1998.
- 10- د. حسن علي الذنون، المسوط في شرح القانون المدني، المسؤولية المدنية، 3، الرابطة السippية، دار وائل للنشر، ط1، عمان، 2006.
- 11- حسين رجب محمد مخلف الزيدى، قواعد الترجيح بين أدلة الإثبات المتعارضة في الدعوى المدنية، منشورات زين الحقوقية، ط1، 2011.
- 12- حسين عامر وعبد الرحيم عامر، المسؤولية المدنية التقتصيرية والعقدية، ط2، دار المعارف، دون مكان نشر، 1979.

- 13- د. حمد سليمان سليمان الزيود، 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. صدقي 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- عباد قادة، المسؤولية المدنية عن الأضرار البيئية، دار الجامعة الجديدة، 2016.
- 19- د. عبد الرزاق السنوري، الوسيط في شرح القانون المدني، نظرية الالتزام بوجه عام، مصادر الالتزام بوجه عام، ج 1، 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 الطي 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 تكاري، مبدأ الحيطة في القانون الدولي للبيئة، رسالة ماجستير، كلية القانون-بن عكnon، جامعة الجزائر، 2005.
- 4 وناس يحيى، الآليات القانونية لحماية البيئة في الجزائر، أطروحة دكتوراه، جامعة "أبوبكر بلقايد" - تلمسان، 2007.
- 5 يوسفى 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 الالكتروني، <http://www.droitetentreprise.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 الالكتروني، [www.altayar.consultants.com](http://www.altayar.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 رابهرين، العدد 3، 2015.
- 6 عمارة نعيمة، الاتجاه نحو تأسيس المسؤولية المدنية على مبدأ الحيطة، مقال منشور على الانترنت متاح على الموقع الالكتروني: [manifest.univ.ouragla.dz](http://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 الأسباب 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 التضامنية، بحث منشور في مجلة المحامين تصدرها نقابة المحامين الأردنيين، العددان (11-12)، تشرين الثاني - كانون الأول، 2000.
- 10 د. محمد سادات، دور القضاء في مواكبة المتغيرات المستحدثة في الإثبات، دراسة تحليلية في ضوء توجّهات 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-Gouililloud (Martin), *Prejudice écologique, responsabilité civil ou civil code art, 1382 à 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'influence du principe de précaution sur la responsabilité civile en droit français: un bilan en demi-teinte*, paper available at: [www.mcgill.ca](http://www.mcgill.ca), last visiting, 14-2-2016.
- 4- Marieve Lacroix, *Relativité Aquilinne en droit de la Responsibility civil — Analyses Comparées 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](http://www.ribios.org), last visiting, 13-7-2016.

# طرق دفع مسؤولية الناقل الجوي عن الأفعال 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

كثُرت في الآونة الأخيرة - للأسف - الأعمال الإرهابية، وليس النقل الجوي بمنأى عن هذه الأعمال الإجرامية واللانسانية، والتي إذا اعترضته تسببت بأضرار هائلة مادية وبشرية. والمتابع 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 موضعية، وإنما أيضاً في حال كانت قائمة على الخطأ المفترض، كما ترفض أي 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 والمعدلة لها وكذلك اتفاقية مونتريال لعام 1999، جميعها تقيم مسؤولية الناقل الجوي على الخطأ المفترض أو مبدأ المسؤولية الموضوعية، فإننا وضمنا 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<sup>(1)</sup>، وقد اختلفت الاتفاقيات الدولية والقوانين الوطنية للنقل الجوي - كثيراً - حول الأسس القانوني الذي تقوم عليه مسؤولية الناقل الجوي، كما خضعت الاتفاقيات الدولية ذات الصلة بالنقل الجوي لتعديلات كثيرة بهذا الخصوص<sup>(2)</sup>.

فالبداية كانت في اتفاقية وارسو لعام 1929 الخاصة بتوحيد بعض القواعد القانونية المتعلقة بالنقل الجوي الدولي<sup>(3)</sup>، والتي تقرر فيها تأسيس مسؤولية الناقل الجوي على الخطأ المفترض<sup>(4)</sup> في جميع حالات الإضرار بالركاب والبضائع. ثم جاء بروتوكول لاهي 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 ليتبني مبدأ المسؤولية الموضوعية للنقل

(1) طالب حسن موسى، القانون الجوي الدولي، دار الثقافة للنشر والتوزيع، عمان - الأردن، الطبعة الرابعة، 2013، ص 195.

(2) أمانى 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.

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

(4) يقصد بالمسؤولية القائمة على الخطأ المفترض مسألة الناقل الجوي عن جميع الأضرار التي تلحق الركاب أو الأمتعة أو البضائع، دون الحاجة إلى قيام الراكب أو الشاحن بإثبات خطأ الناقل أو أحد تابعيه، وبالتالي لا يكفل الراكب أو الشاحن للحصول على التعويض إلا بإثبات الضرر وعلاقة السببية بينه وبين الحادث الجوي. راجع بهذا الخصوص: فايز نعيم رضوان، قانون الطيران التجاري، مطبع البيان التجارية، دبي - الإمارات العربية المتحدة، الطبعة الثانية، 1990، ص 188.

الجوي<sup>(1)</sup>، والتي تقوم على المخاطر وتحمل التبعة في جميع حالات الأضرار الناجمة عن تنفيذ عقد النقل الجوي، ثم تبعه بروتوكول غواتيمالا لعام 1971 ليعرف 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 تأثر إيصالها، وكذلك الحال بالنسبة لتأخر الركاب وأمتعتهم.

ولاحقاً لذلك جاء بروتوكول مونتريال لعام 1975 ليعدل بروتوكول غواتيمالا المذكور، وليوسّع نطاق المسؤولية الموضوعية للناقل الجوي لتشمل هلاك البضائع وتلفها. ومؤخراً تم إقرار اتفاقية مونتريال لعام 1999<sup>(2)</sup>، 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.

فيخصوص المسؤولية عن وفاة الركاب والأضرار الجسدية، فرقت اتفاقية مونتريال لعام 1999 بين حالتين: في حال كان التعويض المستحق للراكب لا يتجاوز 100000 وحدة حقوق سحب خاصة<sup>(3)</sup>، تكون مسؤولية الناقل مسؤولية موضوعية، أما في حال كان التعويض المستحق للراكب يتجاوز 100000 وحدة حقوق سحب خاصة، فعندما 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 فبقيت 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 بالراكب 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 العربي، القانون الجوي: النقل الجوي الداخلي والدولي، دار الجامعة الجديدة، الإسكندرية، 2004، ص 180.

(2) هذه الاتفاقية لم تدخل حيز التنفيذ إلا بتاريخ 5/9/2003، 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 الاسترليني والين الياباني والإيوان الصيني.

إشكالية البحث: من الملاحظ أن المحاكم تظفر 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 الأساس 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 أثبتت 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 الملاحة، وأنه هو وتابعوه قد اتخذوا من كافة الوجوه الأخرى كل التدابير الضرورية لتفادي الضرر". وكذلك تنص المادة 21 من ذات الاتفاقية على أنه: "إذا أثبتت 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 ووكلاه كافة التدابير المعقولة الالزمة 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، وتقيداً بموضوع البحث نلاحظ أنه عندما تكون مسؤولية الناقل الجوي قائمة على الخطأ المفترض يستطيع دفع المسؤولية عنه في حالة وقوع أعمال إرهابية بمنفي الخطأ من جانبه، وذلك بوسائلتين 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 اتخاذ هو وتابعه كل التدابير الضرورية أو المعقولة لتفادي الضرر ينفي عنه المسؤولية. فما هو المقصود بالتدابير الضرورية أو المعقولة (أولاً)، وما هي 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 يتخلص من المسؤولية بإثبات أنه هو وتابعه اتخذوا كل التدابير الضرورية أو المعقولة لتفادي الضرر. والحقيقة أن كلا الاتفاقيتين لم يوضح ماهية التدابير الضرورية أو المعقولة الواجب على الناقل وتابعه 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 حرفيأً، ورأوا أنه يقصد بها تلك التدابير التي من شأنها أن تؤدي موضعياً إلى منع حدوث الضرر، أو تلك التي لو تم اتخاذها لما وقع الضرر<sup>(1)</sup>. وقد تم نقد هذا الاتجاه بشكل خاص لأنه يؤدي إلى حرمان الناقل الجوي من الاستفادة من الوسيلة الأساسية لتفادي المسؤولية عنه، وهي إثباته أنه اتخذ هو وتابعه كل التدابير الضرورية لمنع الضرر، وتحميله - وبالتالي - تبعية السبب المجهول للضرر نتيجة صعوبة تحديد التدابير الضرورية التي يمكن للناقل إثباتها لتفادي الخطأ المفترض من جانبه<sup>(2)</sup>.

الاتجاه الثاني: اتجه فريق آخر من الفقهاء إلى تفسير عبارة "التدابير الضرورية" تفسيراً 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 المهمة العربية، 2004، ص 144.

(2) محمود مختار بيري، قانون الطيران وقت السلم، دار الفكر العربي، 1985، ص 122.

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

الاتجاه الثالث: وهذا الاتجاه يمثل الرأي الراجح في الفقه، وهو يتبنى تفسيراً واسعاً لعبارة "التدابير الضرورية"، فبحسب هذا الاتجاه يلزم الناقل الجوي لإعفائه من المسئولية 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 بعنابة وليس بغایة<sup>(3)</sup>.

### ثانياً- طبيعة التدابير الضرورية أو المعقولة المطلوبة لتجنب الأعمال الإرهابية

لا شك أن تقدير اتخاذ الناقل الجوي وتابعه للتدابير الضرورية أو المعقولة، وبذلهم في ذلك عنابة الناقل الحريص من عدمه، يعدّ من المسائل الموضوعية والتي يعود تقديرها لقاضي الموضوع<sup>(4)</sup>. وبناءً عليه، يجب على الناقل الجوي حتى ينفي المسئولية 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 الالزامية للملائحة.
- 3- أن جميع أفراد الطاقم حائزون على الشهادات التي يطلبها القانون والاتفاقيات الدولية.
- 4- أن الأحوال الجوية كانت تسمح بإقلاع الطائرة.

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

(2) محمود مختار بربيري، 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 وتابعه استمروا باتخاذ التدابير الضرورية طيلة فترة الرحلة الجوية، حتى لحظة وقوع الحادث الجوي.

بالرغم من كل ما تقدم، يبدو أن القضاء لا يتقبل من الناقل الجوي أي 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)<sup>(1)</sup>، والتي تلخص وقائعها بأن السيدة ساليرنو استقلت الطائرة التابعة لشركة بان أمريكان من ميامي إلى أرغواي ذهاباً وإياباً، وأنباء رحلة العودة علم طاقم الطائرة بوجود قنبلة على متن الطائرة، فتم التفتيش عنها حتى تم العثور عليها، وفي أثناء ذلك أصاب الركاب ذعر شديد، مما تسبب للسيدة ساليرنو بانهيار 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 ويخل 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، وكان يفترض اكتناع المحكمة بقيام الناقل بواجبه في اتخاذ التدابير الضرورية، وتقرير 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 المغفية 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 وتابعه استحال عليهم اتخاذ التدابير الضرورية أو المعقولة لتفادي الضرر، وأن الضرر يعود لقوة قاهرة (أولاً) أو فعل الغير (ثانياً) أو فعل المضرور نفسه، ولكن هذا السبب الأخير لن يكون محل دراستنا لأنه من غير المتصور أن يطالب الإرهابي المتسبد بأضرار الرحلة الجوية بالتعويض أو بأي حق آخر.

### أولاً- إمكانية اعتبار العمل الإرهابي من قبيل القوة القاهرة

يعرف البعض القوة القاهرة على أنها: "تلك الحوادث المفاجئة التي تخرج عن نشاط الناقل الجوي، ولا يمكنه توقعها ولا تلقي خططها"<sup>(1)</sup>، كما تم تعريفها أيضاً بأنها: "كل حادث أو واقعة لا يمكن توقعها أو دفعها، وتكون مستقلة عن إرادة الناقل الجوي"<sup>(2)</sup>. ومن هذين التعريفين نستنتج أنه يشترط توفر عدة شروط في الحادث الجوي حتى يعتبر من قبيل القوة القاهرة وتنتفي - وبالتالي - 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- لا يكون بإمكان الناقل أو تابعيه دفع الحادث وتلقي خططه.

ومثال ذلك: أن تدخل الطائرة أثناء تحليقها في مطب هوائي فيختل توازنها وتسقط وتحطم، أو أن تكون إصابة الطائرة ناتجة عن صاعقة أو عواصف رملية أو ثلوجية الخ. وننوه هنا إلى أنه في حالة القوة القاهرة لا يكلف الناقل الجوي بإثباتها، وإنما الإثبات المطلوب منه دائمًا هو اتخاذه هو وتابعه كل التدابير الضرورية أو المعقولة لتفادي الضرر أو استحالة اتخاذها، وبذلك في ذلك عنابة الناقل الحريص.

ويقسم بعض الفقهاء الحوادث الجوية إلى حوادث داخلية وأخرى خارجية<sup>(3)</sup>. 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، ص191.

(2) شريف غنام، مرجع سابق، ص390.

(3) محمود مختار البريري وعمر فؤاد عمر، القانون الجوي، دار النهضة العربية، القاهرة - مصر، 2003، ص160.

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<sup>(1)</sup>. 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 لرؤساء كلا النوعين من الحوادث يعتبر من قبيل القوة القاهرة متى كان مستقلًا عن إرادة الناقل وتابعه ولم يكن بالإمكان توقعه أو تفاديه من قبلهم<sup>(2)</sup>. وهذا يعني أنه بإمكان الناقل الجوي دفع المسؤولية عنه سواء أكان الحادث الذي تسبب بالأضرار مرتبطًا بنشاط النقل الجوي أم لا، فالحالات الجوية السيئة وتعطل محركات الطائرة كلاهما يعد من قبيل القوة القاهرة وينفي المسؤولية عن الناقل الجوي. وبخصوص الأعمال الإرهابية نرى أنها غالباً ما تقع بشكل مستقل عن إرادة الناقل وتابعه ولا يمكن توقعها أو تفاديهما 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 وتابعه اتخذوا كل التدابير الضرورية أو المعقولة لتفادي الضرر الذي جاء نتيجة فعل الغير، والذي لا تربطه بالناقل أي علاقة. وبناءً عليه، يجب أن يتتوفر 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، ص192.

(2) شريف غنام، مرجع سابق، ص391.

بالناقل، وهذا يعني أنه إذا كان الضرر يرجع إلى خطأ قائد الطائرة أو أحد أفراد الطاقم فلا يستطيع الناقل نفي المسؤولية عنه، لأنه يُعد 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 خطأً بالمعنى القانوني وليس مجرد فعل يقع من أي شخص عادي، وأن هذا الخطأ هو السبب الوحيد في إحداث الأضرار الواقعية. ويضرب الفقه مثالاً على ذلك، قيام أحد ركاب الطائرة تحت تهديد السلاح بإجبار قائد الطائرة على تغيير مسارها والتسبب بأضرار للركاب والبضائع، فهنا يمكن للناقل الجوي دفع المسئولية عنه بإثبات أنه اتخذ وتابعيه جميع التدابير الضرورية، وأن الأضرار إنما نجمت عن فعل الغير خاطف الطائرة<sup>(1)</sup>.

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

(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.

## البحث الثاني

### إمكانية دفع مسؤولية الناقل الجوي المستندة إلى المسؤولية الموضوعية

لم تتبّن 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، وتبّع ذلك بروتوكول مونتريال 1975 الذي عاد ووسع نطاق تطبيق المسؤولية الموضوعية مقارنة مع ما تم إقراره في بروتوكول غواتيمالا. وبالمقابل، تقرر في اتفاقية مونتريال 1999 - كما ذكرنا آنفًا - تبني مبدأ المسؤولية الموضوعية كقاعدة عامة، ولكن أبقى على المسؤولية القائمة على الخطأ المفترض بخصوص حالات معينة، وفق ما تم 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 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". 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 تعيمها، 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 تسبّب بالأضرار (المطلب الأول)، أو أن العمل الإرهابي وقع خارج فترة النقل الجوي (المطلب الثاني).

## المطلب الأول

### نفي صفة الحادث الجوي عن العمل الإرهابي

تشترط جميع التشريعات الدولية والوطنية المتعلقة بالنقل الجوي ضرورة أن تكون الأضرار الجسدية والمادية التي تلحق بالركاب والأمتعة والبضائع ناشئة عن "حادث". وفي 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 الإماراتية 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 سالفة الذكر 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 للآراء 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 تكون أمام حادث إلا إذا كان مرتبطاً بالاستغلال الجوي<sup>(1)</sup>، 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 في بعض أجهزتها أو عطل في أحد محركاتها.

الاتجاه الموسّع: يذهب هذا الاتجاه إلى التوسيع 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<sup>(2)</sup>. ويبعد أصحاب هذا الاتجاه وجهة نظرهم بأنه لا يوجد في نص المادة 17 من اتفاقية وارسو لعام 1929 ما يوحي بقصر مفهوم الحادث على الواقع 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 تبني المفهوم الموسع للحادث 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 الدولي في تقرير مسؤولية الناقل الجوي عن جميع الأضرار التي تصيب الركاب والأمتنة والبضائع أيًّا كان سبب أو مصدر الضرر، بما في ذلك الأعمال الإرهابية.

والقضاء - بدوره - يميل أيضًا إلى تبني المفهوم الموسع للحادث الجوي في العديد من أحكامه، فعلى سبيل المثال في قضية ساكس ضد الخطوط الجوية الفرنسية، عرفت المحكمة العليا الأمريكية في حكمها الصادر بتاريخ 4/3/1985 الحادث الجوي على أنه: "كل واقعة غير معتادة خارجية عن الشخص المضرور"<sup>(1)</sup>، ولاشك أنَّه مع هذا تعريف يشمل الحادث الجوي القصف العسكري للطائرات وعمليات خطفها وسائر الأعمال التي تعدَّ إرهابية.

وبناءً على ما تقدم، إن تبني مفهوم موسع للحادث الجوي أمر يفرض نفسه، مما يجعل الناقل الجوي مسؤولاً عن التعويض أيًّا 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 والأمتنة والبضائع، بغض النظر عن وقت وقوعها خلال فترة تنفيذ عملية النقل الجوي، أو الأسباب التي تقف وراءها، أو الأشخاص المتسبِّبين فيها. وبناءً عليه، يمكن تعريف الحادث الجوي بأنه: "كل واقعة ترتبط باستغلال الطائرة أو مناسبة ذلك، وتلحق الضرر بالركاب أو الأمتنة أو البضائع".

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

### ثانيًّا- إمكانية نفي صفة الحادث الجوي عن الأعمال الإرهابية

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

(1) حكم مشار إليه لدى: محمد فريد العربي، 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 المஸرور، الأمر الذي دفع الناقل الجوي للبحث عن طرق أخرى لدفع المسؤولية عنه، لاسيما نفي صفة الحادث عن الواقعه التي تسببت بالأضرار، وخاصة في حال كانت عملاً من الأعمال الإرهابية.

فعندما تكون مسؤولية الناقل الجوي مسؤولية موضوعية لا يمكنه التخلص 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 جوياً بالمعنى المقصود في اتفاقية وارسو لعام 1929 لأنّه وقع بفعل الغير ولا يرتبط بعملية النقل<sup>(1)</sup>، وبالتالي لا يكون الناقل الجوي مسؤولاً عن الضرر الجسدي الذي وقع للراكب. مع ذلك فإن هذا الموقف لا يتماشى مع اتفاقية مونتريال لعام 1999 التي بنت المسؤولية الموضوعية، فبالنسبة لهذه الاتفاقية يدخل في مفهوم الحادث كل واقعة تسبب بالضرر للراكب والبضائع سواء كانت مرتبطة بعملية النقل الجوي أم لا، ولا يمكن للناقل التخلص من المسؤولية إلا لسبب وحيد وهو إثبات أن الضرر نجم عن خطأ المஸرور 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 مونتريال لعام 1999 أخذت بنظام المسؤولية الموضوعية بالنسبة للأضرار التي تصيب الركاب والأمتنة والبضائع، وبنظام المسؤولية القائمة على الخطأ المفترض بالنسبة للأضرار الناجمة عن التأخير في إيصال الركاب والأمتنة والبضائع، مع ذلك فإن صياغة المادة 17 من الاتفاقية المذكورة توحى 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 مونتريال 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 المஸرور نفسه.

(1) محمود مختار بيريري، 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 الراكب 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 الراكب 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 الراكب 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 لـأحكام الاتفاقيتين وارسو 1929 ومونتريال 1999. وبناءً عليه، سنبحث في إمكانية نفي مسؤولية الناقل الجوي عن العمل الإرهابي الذي يقع أثناء الرحلة الجوية، ثم إمكانية نفي هذه المسئولية خلال عمليات الصعود والهبوط.

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

#### الرحلة الجوية

تفصي القاعدة العامة بأن الناقل الجوي يكون مسؤولاً عن الأضرار التي تلحق بالراكب 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 تطأ فيها قدم الراكب الطائرة وإقلاعها من مطار القيام، وتنتهي لحظة هبوط الطائرة ومغادرة الراكب بها ووضع قدمه على سلم النزول منها في مطار الوصول<sup>(1)</sup>.

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

(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 بجود قنبلة على متن الطائرة، فتم التفتيش عنها حتى تم العثور عليها، وفي أثناء ذلك أصاب الركاب ذعر شديد، مما تسبب للسيدة ساليرنو باهيار 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 ويخل 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<sup>(1)</sup>.

والسؤال الذي يطرح نفسه هنا: ماذا لو أرغمت الطائرة على إجراء هبوط اضطراري أثناء رحلتها الجوية، هل يكون الناقل مسؤولاً عن الركاب 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 تلخص وقائعها في أن الطائرة التابعة للشركة المذكورة وخلال تنفيذها لرحلتها من مطار فرانكفورت إلى مطار بتسبرج، اضررت للهبوط في مطار نيويورك، وفي هذه الأثناء اصطحب أحد العمال التابعين للنقل الجوي أحد الركاب إلى الإدارة الصحية، وإذ يختفي الركاب فجأة، وبعد مرور عشرة أيام يعثر على جثة هذا الركاب ملقاة على ضفة خليج مومباي. ولدى عرض القضية على المحكمة العليا في نيويورك تقرر عدم مسؤولية الناقل الجوي عما لحق الركاب من أضرار على أساس أن ما أصاب الركاب لا علاقة له بالمخاطر الجوية للطيران، ولأن الحادث لم يقع على الركاب 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 الركاب أثناء عملية النقل الجوي الفعلية، وذلك حتى في الحالات التي يتواجد فيها الركاب 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" مسبوقةً بالصعود والهبوط، يجعلنا نعتقد بعدم قصر مسؤولية الناقل الجوي عن الحوادث التي تصيب الركاب أثناء صعودهم على سلم الطائرة ونزولهم عليه فقط، وإنماقصد 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 ونهاية 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<sup>(1)</sup>. واستناداً إلى ما ذكر، لا يُعد حادثاً جوياً 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 تصرح بالحوادث الجوية على الوقائع المرتبطة بتشغيل الطائرة وتحليلها، وترتبط 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 الحبشي الحقوقية، 2008، ص384.

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 وتحليلها 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<sup>(1)</sup>. أما العمليات السابقة لعمليات الصعود إلى الطائرة والعمليات اللاحقة لعمليات التزول من الطائرة، فلا يكون الناقل الجوي مسؤولاً عن الركاب خلالها، ولا تخضع لاحكام اتفاقية وارسو 1929 أو اتفاقية مونتريال 1999، ونقصد بذلك عمليات تسليم الأمتعة إلى تابعي الناقل وإجراءات الجمارك والشرطة، فآية حوادث تقع خلال هذه العمليات والإجراءات تخضع لاحكام القانون الوطني الواجب التطبيق.

وقد تبني القضاء التفسير الموسع لعمليات الصعود والهبوط في العديد من أحکامه، 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<sup>(2)</sup>. وكان رأي المحكمة يستند إلى قاعدة مفادها أن تقرير مسؤولية الناقل الجوي في مثل هذه المواقف سوف يدفع الشركات إلى تشديد إجراءات الأمانة في المطارات، مما يساهم - وبشكل فعال "حسب زعمها - في تقليل مخاطر الحوادث الإرهابية، ذلك أن شركات الطيران لها قوة تأثير أكبر في إقناع سلطات المطار

(1) عاشر عبد الجود عبد الحميد، موجز القانون البحري والجوي، مكتبة سيد عبد الله وهبة، 1971، ص 126.

(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 الأمان، كما أن ملاعتها المالية تسمح لها بتوظيف عمال أمن وشراء معدات متطرفة، وبالتالي تخفيض احتمال وقوع الأعمال الإرهابية<sup>(1)</sup>.

إلا أنها نرى أن توسيع المحكمة في تقرير مسؤولية الناقل الجوي في مثل هذه الحالات هو أمر غير مبرر، فنحن لا نؤيد تقرير مسؤولية الناقل الجوي فقط لأن لديه ملاعة مالية أكبر تمكنه من تحمل تبعات هذه المسؤولية. كما أن القول بأن فرض المسؤولية على الناقل الجوي سوف يدفعه إلى زيادة إجراءات الأمان والحماية، هو أمر ينكره الواقع، إذ لا يأبه أصحاب "العقل 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 وليس 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 تفتيشهم من قبل السلطات اليونانية - قاموا بإلقاء ثلاثة 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 وأكددت 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 الالزمة 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<sup>(1)</sup>. 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 الحالات المعدة لنقلهم إلى مبني المطار، ومن ثم سيرهم على الأقدام داخل مبني المطار واستلامهم أمتعتهم، حتى وصولهم إلى صالة الاستقبال وتحررهم من أمرة الناقل وتابعه<sup>(2)</sup>.

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 تذكرة السفر لتابعٍ لشركة الطيران.
- 2- تسليم الحقائب والأمتعة لتابعٍ لشركة الطيران وزنها 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 مبني المطار.
- 3- التقدم للموظف المسؤول عن فحص الجوازات وتأشيرها.
- 4- تسلم الأمتعة والحقائب والتحرر من سلطة إدارة المطار.

(1) سمحة القليوبي، القانون الجوي، دار الهضبة العربية، القاهرة، 1989. ص 194.

(2) عبد المجيد خلف العزzi، 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<sup>(1)</sup>، 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 موله صندوق حكومي، وقد تجاوزت مبالغه مليار ونصف المليار دولار عن كل طائرة. وهذا التعويض لم يمنع بناءً على أساس قانوني ما، وإنما تقرر لتخفييف حدة النكمة 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 تقرر 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 تنفي أيضاً فيما لو ثبت أن العمل الإرهابي وقع خارج مدة تنفيذ عملية النقل، ولكنه أيضاً سيقصد بتبني الفقه والقضاء للمفهوم الموسّع لمصطلحات "من الطائرة وعمليات الصعود والهبوط".

وقد خلصت الدراسة إلى مجموعة من النتائج والتوصيات، أهمها:

### أولاًً- 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 خلصت الآمال بهذا الخصوص - على الأقل من وجهة نظرنا - لأنها تبنت مبدأ المسؤولية الموضوعية كقاعدة عامة، ووضعت استثناءات عديدة على هذا المبدأ تتعقد 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 قاهرة 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 اتّخذ هو وتابعه 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 وتابعه اتّخاذ 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 مسؤولية موضوعية أم قائمة على الخطأ المفترض، ولذلك انطبق على الأعمال الإرهابية بكلها 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 الركاب تحت سلطة وإشراف الناقل الجوي، وبين الفترات التي يكون فيها خاضعاً لسلطات وتعليمات إدارة المطار وتابعه!
- 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 والأمتنة 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 وسائل الحوادث الأخرى التي تتسرب 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، وأنباء تواجدهم في قاعات الانتظار وركوبهم الحافلات حتى صعودهم الطائرة، وكذلك الأمر عند نزولهم من الطائرة حتى استلام حقائصهم وتحريرهم من سلطات إدارة المطار.
- 6- وأخيراً، لطالما أن الأعمال الإرهابية - في معظم الحالات - تأتي نتيجة تداعيات اقتصادية واجتماعية وسياسية وكرد فعل على نهج وسياسات خاصة في الدول، لذلك يجب على الدول أن تتحمل المسؤولية عن الأعمال الإرهابية، وأن تهض 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 أمانى 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 بعده.
- 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 الجود عبد الحميد، موجز القانون الجوي، مكتبة النصر، القاهرة - مصر، 1992.
- 7 عاشور عبد الجود 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 العزzi، 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 بعده.
- 10 فايز نعيم رضوان، قانون الطيران التجاري، مطبع البيان التجارية، دبي - الإمارات العربية المتحدة، الطبعة الثانية، 1990.
- 11 محمد فريد العريني ومحمد السيد الفقي، القانون البحري والجوي، منشورات الحلي الحقوقية، 2003.

- 12- محمد فريد العربي، القانون الجوي: النقل الجوي الداخلي والدولي، دار الجامعة الجديدة، الإسكندرية - مصر، 2004.
- 13- محمد فريد العربي، القانون 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 نوعاً ما في تحديد الطرفات الوراثية التي ت تعرض حاملها للأمراض المعقدة، لا سيما وأن هذا النوع من البحوث يسعى أيضاً إلى إقامة ترابط بين تطور هذه الأمراض لدى بعض حاملها بالنسبة للظروف الاجتماعية والاقتصادية وتفاعلها مع البيئة. ونظراً لهذه العوامل العديدة للتحليل، يبدو أن تفسير الخصائص الوراثية لفرد ما والمخاطر التي تترتب عليها تتسم بالتعقيد على وجه الخصوص. ومع ذلك، يظهر هنا التعقيد المتزايد بجلاء حينما أصبح الوصول إلى البيانات الوراثية أمراً مألوفاً 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 عموماً، 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 مواثيق الحقوق والحربيات 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 حفاظاً 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 xitycomple 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<sup>(1)</sup>، فقد أفلحت البحوث الوراثية بداية في تحديد الجينات المرتبطة بأمراض وراثية شتى، والتي تسمى (المونوجينيك)، مثل التليف الكيسي أو الأنئميا المنجلية أو مرض هونغتينجتون<sup>(2)</sup>. وبعد تحديد هذه الجينات والطفرات الكبرى<sup>(3)</sup>، تستطيع بعض الفحوصات أو الاختبارات تحديد حالة الشخص الحامل لها، والأمراض التي تصيب الإنسان إما أن تكون بشكل مؤكد (تخلل تام) أو بشكل محتمل (تخلل متغير). فعندما يتم تطور المرض لدى مجموعة الحاملين لجين معين يكون من السهل التنبؤ بالأثر السريري لحالة الشخص الحامل، ونتحدث حينها عن مرض ذي تخلل تام. ومع ذلك، قد لا تسبب بعض الطفرات بالمرض إلا لدى نسبة معينة من حامليها، فنتحدث 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<sup>(4)</sup>؛ 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<sup>(5)</sup>.

(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 يتطور 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.

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

(5) فليس كل حامل للمرض مريض، ولا كل مرض متوقع يتحتم وقوفه. نظرا لكون بعض الامراض (كالتليف الكيسي ومرض القلب واضطرابات المثانة الذاتية والتصلب المتعدد وحالات أخرى) تنشأ نتيجة التقاء عوامل جينية وبيئية. وبالتالي فإن الاختبارات الجينية لتلك العلل لا تستطيع التنبؤ بمفرداتها على الاطلاق، 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 المهيأة 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<sup>(1)</sup>، فهذه المعايير الأخرى المساهمة في ظهور مرض وراثي تعقد تحليل نتائج الاختبارات الجينية. كما أن هذه الاختبارات الجينية المؤدية إلىمجموعات 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 اوجتماعية، تماماً كغيرها من المعلومات الصحية<sup>(2)</sup>. 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 السريرية، بعد أن أصبح من الممكن الآن الحصول على تحليل شخصي للجينوم الخاص بالشخص<sup>(3)</sup>.

**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 إلى امكانية التمييز بين

---

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

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

(2) اليونسكو: الإعلان العالمي للجينات البشرية وحقوق الإنسان (1997)، م.4.

(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](http://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 اخلالا للحق في المساواة وتعديا على الكرامة الإنسانية.

**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<sup>(1)</sup>، كما لا بد من التحديد أيضا فيما إذا كانت الخصية من المعلومات الوراثية للعامة تقوم على أساس<sup>(2)</sup>، 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<sup>(3)</sup>.

**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 اول)، ومن ثم، تحديد التدابير المناسبة للحماية ضد التمييز بشكل عام، وضد التمييز الوراثي بشكل خاص (مبحث ثان)، قبل اختتام الدراسة بجموعة توصيات.

(1) برهام محمد عطا الله: "التأمين وشريعة الإسلام"، أعمال المؤتمر العلمي السنوي لكلية الحقوق بجامعة بيروت العربية تحت عنوان الجديد في أعمال المصارف من الوجهين 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 لاتفاقية المتعلقة بحقوق الإنسان والطب الجيني، 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<sup>(1)</sup>. لذا لا بد من القيام بتعريف المفهوم العام للتمييز والتمييز الوراثي الأكثر حداة (مطلوب أول)، ولا بد من تحليل الخلاف المحتمل الذي قد ينشأ عن التمييز الوراثي في مجال التأمين على الحياة (مطلوب ثان). وفي الواقع، وعلى الرغم من حقيقة أن هناك الكثير من الفوائد المترتبة على الحصول على نتائج الاختبارات الوراثية<sup>(2)</sup>، إلا أن هذه النتائج من الممكن أن تؤثر سلبا على الحق في التأمين على الحياة بسعر معقول<sup>(3)</sup>، ما يمثل عقبة كبيرة، ومن هذا المنطلق، لا بد من تقييم مختلف المخاطر المرتبطة بهذا النوع من التمييز<sup>(4)</sup> وخشية الأشخاص الناجمة عن ذلك (مطلوب 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 ولوتنس غرو سبيرغ وميغان موريس: "مفاتيح اصطلاحية جديدة"، ترجمة سعيد الغانمي، 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 الهبة العربية، ط.1، 2006، ص.32 : د. محمد شكري سرور: "شرح أحكام عقد التأمين"، دار الهبة 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 الإمارات 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<sup>(1)</sup>. وقد عرف المشرع الإماراتي التمييز بشكل عام في المادة (1) من قانون مكافحة التمييز والكراهية رقم (2) لسنة 2015 بأنه " كل تفرقة أو تقيد 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"<sup>(2)</sup>. 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. وتتجدر الإشارة إلى أن حالات التمييز القائمة استناداً إلى الخصائص الشخصية للفرد بسبب انتتمائه إلى مجموعة هي تقريراً دائماً من الصور التمييزية السلبية كما لو كان التمييز بسبب الانتماء لعرق أو دين معين، أما التمييز القائم على أساس مزايا الفرد وقدراته فنادراً ما يشكل تمييزاً<sup>(3)</sup> سلبياً وهذا ما يسمى التمييز الإيجابي كما هو شأن 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 معروف في التشريعات الوطنية<sup>(4)</sup>. ومع ذلك، فإنه يمكن أن يتطور من زاوية الفرد والمجتمع وذلك بسبب الصفة الخاصة الفردية والجماعية، في الوقت ذاته،

(1) Law c. Canada, 1999, I RCS. 497;

منظمة الأمم المتحدة، الإعلان العالمي لحقوق الإنسان، نيويورك، 1948. ؛ نوبل علي عبد الله الصفو: "الإخلال بمبدأ المساواة في القانون". مجلة الرافدين لحقوق، كلية الحقوق، جامعة الموصل، العراق، العدد 28، 2006، ص. 265.

(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 Law society of british Columbia, 1989, I RCS 143

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

للمعلومة الوراثية<sup>(1)</sup>. فالتمييز إما أن يكون فرديا (فرع أول) أو جماعيا (فرع ثانٍ).

## الفرع الأول

### التمييز الفردي

يعد التمييز الوراثي، عموما، معاملة تفضيلية بسبب الخصائص الوراثية للفرد، وعادة ما يكون في مجال التوظيف والتأمين<sup>(2)</sup>، وبعد الحصول على نتائج الاختبارات الوراثية، يمكن أن يكون الفرد الحامل لطفرة وراثية عندئذ ضحية للتمييز<sup>(3)</sup>. وتكون خصوصية التمييز الوراثي في حقيقة أن الفرد الحامل للطفرة، قد لا تتطور لديه تلك الطفرة التي يحملها (تخلل متغير)، أو أن الظرف الذي يؤهّب الجينات التي يحملها قد لا يتتطور أبدا، سواء كانت تلك الطفرة ذات تخلل تام أم متغير. بيد أنه من ناحية عملية يفترض في الفرد الحامل للطفرة كما لو كان فردا مصابا ويصور وُتُسند إليه إعاقات ليست متحققة في الواقع<sup>(4)</sup>. وبذلك، يعني الحامل لتلك الطفرات حينها من عيوب مختلفة، كما هو الحال 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 VEAH, B. S. LeROY: "An investigation of genetic counselors, discussions of genetic discrimination with cancer risk patients", Journal of genetic counceling, 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<sup>(1)</sup>. في الواقع، وفقاً لنوع الطفرات التي تم تحديدها، ونوع الأمراض الناشئة عنها، يختلف مدى قدرة شركة التأمين على احتساب المخاطر المرتبطة بالحالة الصحية لفرد الحامل، فإما أن يتم بدقة متناهية على أساس الحسابات الإحصائية الناجمة عن تاريخ العائلة أو الاطار الاجتماعي أو الاقتصادي. إلخ، (في حال التخلل التام)؛ أو تكون غير قادرة تماماً على التنبؤ بمدى تأثير طفرة ما<sup>(2)</sup> في حال التخلل المتغير، إذ أن بعض الاختبارات الوراثية، في الواقع، تنتهي على إمكانية للبيتين 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 الخطير 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<sup>(3)</sup>. فالطبيعة التي غالباً ما تكون معقدة وغير دقيقة، والاحتمالية والغامضة للمعلومات الوراثية، ذات المؤوثية 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<sup>(4)</sup>. ونظراً لاستحالة قيام العديد من شركات التأمين بتقدير الخطير 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 الالكتروني 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 وتقدير 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 بهم ==

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

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<sup>(2)</sup>. هذا ويدو أن النتائج الضارة المتربطة على التمييز الوراثي لا تقتصر على التمييز ضد الأفراد بل قد تشمل أيضا الجماعات.

## الفرع الثاني

### التمييز الجماعي

هناك نتائج ضارة أخرى مرتبطة بالحصول على نتائج الاختبارات الوراثية قد يكون لها تأثير على جماعة معينة أو على الأفراد الذين ينتمون إليها<sup>(3)</sup>. 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 واستعداد الوراثي لأحد الأمراض يمكن أن يمتد المساوى إلى جميع أعضاء هذه الجماعة المحددة اجتماعيا، فارتفاع حالات (سرطان الثدي لدى

==  
بتفويير 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-être: "La santé et le bien-être 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<sup>(1)</sup>، أو الحامض اللبناني لدى سكان جاوي 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<sup>(2)</sup>. لذلك، فإن هذا الشكل من التمييز يقترب من ذلك المتخد من قبل شركات التأمين على مستوى التاريخ العائلي.

الردود القانونية للتمييز الوراثي تهتم أساساً بالمكونات الفردية لهذه الظاهرة، نظراً لطابعها الأكثر مباشرة والأكثر خاصية<sup>(3)</sup>. ومع ذلك، العديد من المنظمات الدولية والإقليمية تعرب عن قلقها إزاء هذا العنصر الجماعي واعتماد القواعد فيما يتصل بالجانب الجماعي للتمييز الوراثي<sup>(4)</sup>. 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 9/2004، سérie 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, Oxan, 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 & ethics, 2007, p. 282 .

(4) المجلس الاقتصادي والاجتماعي للأمم المتحدة، القرار 9/2004، سérie 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 مجرد الوقاية من المرض فحسب، بل أيضاً للحصول على تشخيص دقيق لمرض ما أو تأكيد الأعراض<sup>(1)</sup>. هذا، وتكون المعلومات المتعلقة بوضع الحامل لطفرة ما مفيدة بشكل خاص في حالتين: ويفتهر ذلك عندما تسمح بالعمل على تحديد عوامل خطورة الأمراض ومنع تطورها، إذ يمكن أن تعمل إما من خلال التشخيص المبكر أو بالعلاج<sup>(2)</sup> الهدف على الحد من الإصابة بالأمراض أو من الوفيات<sup>(3)</sup>. وهذه القدرة على التنبؤ بالمخاطر<sup>(4)</sup> انطلاقاً من المعلومات الوراثية يجعلها مثيرة للاهتمام لكل من المرضى وأسرهم والمتخصصين في الرعاية الصحية وكذلك لمجموع الوسط الصحي<sup>(4)</sup>.

بالمقابل، وعلى الصعيد الإنساني، يمكن أن تشكل هذه النتائج أيضاً مصدراً للتوتر والقلق لدى فرد يتلقى نبأ حالته كحامل لطفرة جينية ما يمكن أن يسبب له مرضًا 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 بكمالها.

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 بالطلب التنبؤي الذي یهتم بتوقع الأمراض ووضع تدابير وقائية من أجل منع المرض أو الانخفاض الملاحظ 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<sup>(1)</sup>. وهنالك عيب ثان متصل بالوصول إلى تأمين الأشخاص، بما في ذلك التأمين على الحياة. فالفرد الحامل لطفرة تسبب 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<sup>(2)</sup>. ومع ذلك، يعد التأمين على الحياة سلعة اجتماعية واقتصادية ضرورية<sup>(3)</sup>. في الواقع، يعد الاشتراك في التأمين على الحياة مطلباً أساسياً - في بعض التشريعات - وذلك للحصول على قرض الرهن العقاري لشراء مبني أو لإطلاق شركة وما إلى ذلك<sup>(4)</sup>. 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<sup>(5)</sup>.

علاوة على ذلك، يتطلب القانون المدني<sup>(6)</sup> تعاقد الأطراف بحسن نية<sup>(7)</sup>، 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 المقرض 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](http://www. Lawjo. net)).

الفرد الحامل لإحدى الطفرات التزام بالكشف عنها للمؤمن المحتمل<sup>(1)</sup>. هذه القاعدة من حسن النية، والالتزام بالكشف المترتب عليها<sup>(2)</sup> 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، فإنه يتسبب في ذلك بتكاليف إضافية لشركة التأمين<sup>(3)</sup> إن تحقق المرض الوراثي.

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

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

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

(2) علي مصباح ابراهيم: "الالتزام المضمن بإعلام الضامن في ضمان الحياة"، أعمال المؤتمر العلمي السنوي لكلية الحقوق بجامعة بيروت العربية تحت عنوان الجديد في أعمال المصارف من الوجهين القانونية والاقتصادية، لبنان، ج 1، 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

ان المخاوف العرب عنها فيما يتعلق بالتمييز الوراثي يمكن أن تقع على عدة مستويات: ومن ذلك العمالقة والتمويل والتأمين والتعليم<sup>(1)</sup>، وإمكانية التمييز الوراثي في مجال التأمين تولد مخاوف هامة<sup>(2)</sup> 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<sup>(3)</sup>. في الواقع، على الرغم من ان السياسة الحالية لشركات التأمين لا تخضع المتقدمين للتأمين لاختبارات وراثية<sup>(4)</sup>، ولكنها تتطلب منهم نتائج اختبارات كانت قد أجريت سابقا<sup>(5)</sup>، سواء كانت هذه الاختبارات قد أجريت في سياق سريري، أو ضمن إطار مشروع بحث، أو بمبادرة من الفرد نفسه أيضا<sup>(6)</sup>. وتتجدر الإشارة إلى أنه، في معظم الحالات، لا يستفيد المشاركون في البحوث من فوائد هذه البحوث، ولا يحصلون وبالتالي على أية نتيجة في كثير من الأحيان<sup>(7)</sup>.

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 لحرمانهم 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 الري في التشريع الأردني"، دار الثقافة للنشر والتوزيع، عمان، الأردن، 1995، ص.25.

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

[http://www.clhia.ca/download/postion\\_ACCAP\\_tests\\_genetiques.pdf](http://www.clhia.ca/download/postion_ACCAP_tests_genetiques.pdf)

(6) انظر الإعلان الدولي حول البيانات الوراثية البشرية، المشار إليه سابقا، المادة (4).

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

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

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

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

(1) وتجدر الإشارة في هذا المجال إلى أن المشرع الأردني قد ألزم المؤمن له في المادة (3) 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...، تأخير المؤمن له في الإعلان عن تحقق الخطر دون عنبر 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](http://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. HOMSMA, R. HUIJGEN, S. MIDDLENDORP: "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<sup>(1)</sup>.

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

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 البحث التالي القواعد الدولية والوطنية التي تعامل مع التمييز، فضلاً عن القانون الأمريكي بشأن عدم التمييز في مجال المعلومات الوراثية لعام 2008<sup>(3)</sup>، 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 يجعلهم 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<sup>(1)</sup>. يمكن التصنيف في الفئة الأولى القواعد المتعلقة بالكشف عن المخاطر للحصول على الرضاء المستثير، 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 (مطلوب أول)، ومن ثم القواعد التي تتصل بالتمييز الوراثي على وجه الخصوص (مطلوب ثان)، وانتهاء بنموذج من التطبيقات القضائية<sup>(2)</sup> (مطلوب 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، وهذا المبدأ متداخlan ومتكرران في العديد من النصوص الأساسية في مجال حقوق الإنسان<sup>(3)</sup>. 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) الإعلان العالمي لحقوق الإنسان، المادة (7): المفهوم السامي لحقوق الإنسان، العهد الدولي للحقوق المدنية والسياسية، 1966، المادة (26): المفهوم السامي لحقوق الإنسان، العهد الدولي الخاص بالحقوق

التي أدخلت هذه المبادئ عامة جدأ<sup>(1)</sup>، لتأخذ 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 جميعا الحق في حماية متساوية ضد أي تمييز يخل بهذا الإعلان وضد أي تحريض على تمييز لهذا"<sup>(2)</sup>; "تعهد 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 السياسي أو غير السياسي، أو الأصل القومي أو الاجتماعي، أو الثروة، أو النسب، أو غير ذلك من الأسباب"<sup>(3)</sup>.

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

الإعلان العالمي لأخلاقيات البيولوجيا وحقوق الإنسان، الذي اعتمدته اليونسكو عام 2005، يتناول مفهوم التمييز في سياق أخلاقيات علم الأحياء، وعلى الرغم من أن صيغة البيان الذي أدى 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<sup>(4)</sup>. فهو ينص على أنه "يتعين احترام المساواة

==

الاقتصادية والاجتماعية والثقافية، المادة (2/2): المؤتمر الأمريكي الدولي التاسع، الإعلان الأمريكي لحقوق وواجبات الإنسان، بوجوتا، 1948، المادة (2): الاتفاقية الأوروبية لحقوق الإنسان، 1950، المادة (14): منظمة الوحدة الأفريقية، الميثاق الأفريقي لحقوق الإنسان والشعوب، نيروبي، 1981، المادة (3).

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

(2) الإعلان العالمي لحقوق الإنسان، المادة (7). ويمكن الاطلاع عليه من خلال الرابط التالي: [www.un.org/ar/documents/udhr](http://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](http://www1.umn.edu.humanrts/arab/b002.html)

(4) اليونسكو، الإعلان العالمي لأخلاقيات البيولوجيا وحقوق الإنسان، 2005، المادة (1/2). ويمكن الاطلاع عليه ==

الأساسية بين جميع البشر في الكرامة والحقوق بما يكفل معاملتهم معاملة عادلة ومنصفة"<sup>(1)</sup> ، و لا يجوز ممارسة التمييز أو الوصم إزاء أي فرد أو جماعة لأي أسباب كانت بوصف ذلك انتهاكاً للكرامة الإنسانية وحقوق الإنسان والحربيات الأساسية"<sup>(2)</sup> . كما وردت أحكام مماثلة في كافة الوثائق الدولية الصادرة عن اليونسكو في هذا المجال كالإعلان العالمي بشأن الجينوم البشري وحقوق الإنسان، إلى جانب الإعلان العالمي بشأن أخلاقيات علم الأحياء وحقوق الإنسان المشار إليه 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 الإماراتي<sup>(3)</sup> والأردني<sup>(4)</sup>. كما أن المادة (15/1) من الميثاق الكندي الاتحادي للحقوق والحربيات<sup>(5)</sup> 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, seminarscolonrectalsurgery.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 للنظرية إلى الأردنيين جميعاً، باعتبارهم سواء لا تمييز بينهم بالحقوق والواجبات وإن اختلفوا بالعرق أو اللغة. فقد كرس الدستور الأردني مبدأ المساواة وعدم التمييز آياً 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 والحربيات، الجزء الأول من القانون الدستوري لعام 1982، الملحق الأول من قانون 1982، (11)، (R.-U., 1982).

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

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 ميثاق الكندي للحقوق والحربيات لا ينطبق سوى على علاقات القانون العام ولا ينطبق على فرد في إطار عقد خاص للتأمين على الحياة<sup>(2)</sup>، في حين أن القانون الكندي حول حقوق الإنسان<sup>(3)</sup> يطبق من جانبه على العلاقات القانونية الخاصة، ولكن على تلك التي تقع ضمن اختصاص الاتحادي والتشريع الاتحادي؛ ولذلك، فهو لا ينطبق على مجال عقود التأمين. وأخيراً، ان الشريعة الكندية للحقوق<sup>(4)</sup> 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 والحربيات<sup>(5)</sup> (وسنshire له لاحقاً بميثاق الكيبك) بنطاق واسع من التطبيق، فهو ينطبق على كل من الاجراءات الحكومية والعلاقات الخاصة بين الأفراد، كما يمكن أن ينطبق وبالتالي 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 والحربيات، دون تمييز أو استبعاد أو تفضيل على أساس العرق أو اللون أو الجنس أو الحمل أو الميل الجنسي أو الحالة المدنية أو العمر ما عدا المتصوص عليها في القانون أو الدين أو القناعات السياسية أو اللغة أو الأصل العرقي أو الوطني أو الوضع الاجتماعي أو الإعاقة أو استخدام وسيلة للتخفيف من هذه الإعاقة. 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، (1985, c. H-6).

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

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

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

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

وبهذا، يمنح ميثاق الكيبك الحق في المساواة، ويقوم بتحديد المعايير المؤدية إلى التمييز التي تخالف القانون. وبشكل أكثر تحديدًا، عرفت المحكمة العليا لكندا<sup>(2)</sup> طريقة لتحليل هذه المادة في مرتبتين وذلك لتحديد الظروف التي يمكن أن تقوم فيها التفرقة أو الاستبعاد أو التفضيل الذي يمكن وصفه بالتميizi. وفقاً لهذه المقاربة، يجب تحديد تطبيق الحق في المساواة، بموجب المادة (10) بدايةً عبر تقييم الشروط التالية: 1. وجود تفرقة أو استبعاد أو تفضيل؛ 2. أن يرتكز على أحد الأسباب المعدودة في المادة (10)؛ 3. أن تكون للتفرقة أو الاستبعاد أو التفضيل تأثير في التدمير أو المساس بالحق في ممارسة الشخص لحقوقه وحرياته بمساواة تامة<sup>(3)</sup>. ثم ينبغي بعد ذلك، في مرحلة ثانية، تقييم مدى أهمية الدفاع استناداً إلى المادة (20-1) 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 تمنع حماية ضد التمييز الوراثي في إطار التأمين على الحياة، وفيما إن كان هذا النوع من التمييز تمييز بالمعنى المقصود فيها.

## أولاً: الحق في المساواة

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

### 1. وجود تفرقة أو استبعاد أو تفضيل

يفسر هذا المعيار على أساس الواقع المشكوك فيها، ويبعد أن 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<sup>(1)</sup>. ثم، وفقاً لأسباب الرفض المعلنة من شركة التأمين، عموماً من السهل جداً 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. إن تعداد هذه الأسس للتمييز المحرم مغلق ولذلك فهو محدد<sup>(2)</sup> على سبيل الحصر. وعلى الرغم من أن الوراثة ليست من الأسباب المذكورة صراحة، إلا أنه من المتوقع الآن أن مفهوم الإعاقة يمكن أن يشمل الاختلالات الوراثية<sup>(3)</sup>.

في الواقع، في قرار كيبك (لجنة حقوق الإنسان وحقوق الشباب في كيبك) ضد مدينة مونتريال<sup>(4)</sup>، 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 Fakultat <[www.rewi.uni-jena.de/rewimedia/Downloads/LS-Ruffert/Ethical\\_Codes/WHO\\_Draft+World+HealthOrganization+Guidelines+on+Bioethics.pdf](http://www.rewi.uni-jena.de/rewimedia/Downloads/LS-Ruffert/Ethical_Codes/WHO_Draft+World+HealthOrganization+Guidelines+on+Bioethics.pdf)>; L. LAPLANTE: "Les nouvelles frontiers 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، وجليان لوغران، وديفيد بيلشو: "الاستبعاد الاجتماعي، ترجمة د. محمد الجوهري، عالم المعرفة، المجلس الوطني للثقافة والفنون والآداب، الكويت، 2007، ص20.؛ انظر اتفاقية حقوق الأشخاص ذوي الاعاقات وبروتوكولها الاختياري على الموقع التالي:

[http://www.unicef.org/voy/arabic/exolore/explor\\_1828.html+1829.Html](http://www.unicef.org/voy/arabic/exolore/explor_1828.html+1829.Html)

علماً بأن هناك من يرى بأن الأصحاب الحاملة للأمراض الوراثية لا يعتبرون من 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 نتجل عن الإعاقة أو العجز، والذي يحد أو يمنع من انجاز دور يتعبر طبيعياً بالنسبة للعمر والجنس والعوامل الاجتماعية والثقافية"<sup>(1)</sup>.

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

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 ضروريا، حيث التعريف الواسع لمصطلح "الإعاقة"، واسع بما فيه الكفاية ليشمل الصفات الوراثية كسبب محظوظ للتمييز وفق ميثاق الكيبك<sup>(5)</sup>. ومن الجدير بالذكر أن المشرع الإماراتي وإن كان قد نص على بعض صور

三

2012), online: Department of Health <[www.dh.gov.uk/health/2012/06/genetics/](http://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](http://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 الدرعي: "التنفيذ العيني لالتزام 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/4geneticsmoratorium.pdf](http://www.samiconsulting.co.uk/4geneticsmoratorium.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

二二

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 أساس آخر؟

### 3. الحق في ممارسة حقوق الشخص وحرياته في مساواة تامة<sup>(1)</sup>

لأغراض دراستنا، نشير إلى أن التمييز في إطار فعل قانوني<sup>(2)</sup> 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<sup>(3)</sup>.

#### ثانياً: الدفاع استناداً إلى القانون

الخطوة الثانية لهذا التحليل لاتهامك الحق في المساواة تمثل في التتحقق 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 والكراء لسنة 2015 صورة من صور "التمييز الایجابي"، وفق المادة (20) منه بقوله "لا يعد تمييزاً محظوراً.. كل ميزة أو أفضليّة أو منفعة، تقرر بموجب أحكام أي تشريع آخر في الدولة، للمرأة، أو الطفل، أو لذوي الإعاقة أو لكتاب 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 سعيفان: "الحريات العامة وحقوق الإنسان" ، ج 1، ط 1، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت، لبنان، 2010، ص 14.

(2) ميثاق الحقوق والحريات المشار إليه سابقاً، ملاحظة 60، المادة (12) "لا يستطيع أحد، من خلال التمييز، أن يرفض إبرام 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. Q.).

الإيجابي جائزًا فإن التمييز السلبي -بمعنى المخالفة- غير جائز. وفي ذات السياق. ويبدو أن ميثاق الكيبيك أكثر تحديدًا بشأن الدفاع في مجال التأمين؛ إذ تنص المادة (1-20)، في الواقع، على ما يلي: "1. في عقد تأمين، أو تأجير، أو نظام فوائد اجتماعية أو المعاشات التقاعدية أو نظام عالمي للإيجارات أو التأمين، فإن التفرقة أو الاستبعاد أو التفضيل القائم على أساس السن أو الجنس أو الحالة المدنية يعتبر غير تميزي عندما يكون استخدامه مشروعًا، وأن السبب الذي يقوم عليه يشكل عاملًا في تحديد الخطر، استنادًا إلى البيانات الاكتوارية. 2. في مثل هذه العقود أو الأنظمة فإن استخدام الحالة الصحية لتحديد عامل الخطر لا يشكل تمييزًا 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 تمييزًا. وفي هذا الصدد يعد التمييز بناء على الحالة الصحية في مجال التأمين غير تمييزًا إذا اتفق مع المعيارين المشار إليهما في الفقرة الأولى من هذه المادة<sup>(1)</sup>.

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<sup>(2)</sup>. وفقًا 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<sup>(3)</sup>. ثم يتم تحويل البيانات التي تم الحصول عليها إلى بيانات اكتوارية لحساب مقدار المخاطر لدى فرد<sup>(4)</sup>. حاليا، تقوم شركات التأمين باستخدام الحالة الصحية، بشكل مشروع، في تحديد المخاطر وبالتالي القيام بالتمييز الذي لا يخالف القانون<sup>(5)</sup>.

(1) مجلس الصحة والرعاية الاجتماعية، المشار إليه سابقًا، ص.23.

(2) المصدر السابق، ص.22.

(3) المصدر السابق، ص.22.

(4) هشام البساط: "صيغة التأمين"، أعمال المؤتمر العلمي السنوي لكلية الحقوق بجامعة بيروت العربية تحت عنوان الجديد في أعمال المصادر من الوجهين القانوني والاقتصادي، لبنان، ج.2، 2007، ص.455.

(5) كلامًا (20) من قانون حظر التمييز والكراء في الإمارات أو المادة (10) من ميثاق الكيبيك.

في الواقع، ان التمييز على أساس الحالة الصحية لا يعد تمييزا<sup>(1)</sup> إذا 1. تم استخدامه بشكل مشروع؛ 2. إذا كانت الأسباب التي يقوم علمها استنادا إلى بيانات اكتوارية بمعنى في حال التخلل التام فالاختلاف في المعاملة لا يعبر تميزا 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 سيقيم وبالتالي فيما إذا كان استخدام البيانات من نتائج الاختبارات الوراثية سوف يفي بهذين المعيارين ويمكن أن يخدم كدفاع لشركة التأمين، ويكون بهذا مسماحاً به قانوناً.

## 1. الاستخدام المشروع

### شركة زبورخ للتأمين ضد أونتاريو (لجنة حقوق الإنسان)

يقدم لنا القضاء الكندي<sup>(2)</sup> دلائل بشأن مفهوم التمييز المشروع، ففي قضية، حاول المؤمن له الاستفادة من الدفاع الوارد في مدونة حقوق الإنسان في أونتاريو<sup>(3)</sup> والذي يبدو مماثلاً للمادة (1-20) من ميثاق الكيبيك، 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"<sup>(4)</sup>. وقد ذهبت المحكمة بالأغلبية إلى أن تحديد أسعار وفوائد التأمين لا ترتبط بسهولة بالمفاهيم التقليدية لحقوق الإنسان، فالفلسفة التي تقوم علمها التشريعات المتعلقة بحقوق الإنسان أن أي شخص له الحق في أن يعامل وفقاً لزياده 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<sup>(5)</sup>. وعرض بعد ذلك رأيه بأن الممارسة التمييزية تعد "معقولة" بمعنى الوارد في المادة

(1) يمعنى أن التمييز القائم على الحالة الصحية مسموح و لا 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 يتواافق مع ممارسات الأعمال التجارية السليمة والمقبولة بحزم، وليس بغرض انتهاك الحقوق والحربيات المكفولة في القانون<sup>(1)</sup>.

وعلى الرغم من أن النصين يبدوان متشابهين بما يكفي لتبير 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 ومعترف 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 مشروعًا 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<sup>(2)</sup>، لا سيما فيما يتعلق بالطفرات ذات تخلل متغير، إذ ان العواقب المرتبطة على الفرد الحامل للطفرة غير دقيقة جداً، في الواقع، للسماح بتقييم المخاطر، وعليه فإن الحرمان من التأمين على الحياة أو طلب أقساط باهظة ومحال فيها بسبب حمل هذه الطفرة الوراثية ذات المخاطر غير المؤكدة يشكل تمييزاً سلبياً بمواجهة هذه الفتنة من الأشخاص، بخلاف الفرد الذي يحمل طفرة ذات تخلل تام والذي سيحرم حتماً من الحصول على أي شكل من أشكال التأمين على الحياة؛ بالنظر للارتفاع الملحوظ لمستوى المخاطر المحددة بالتأكيد.

لذلك، يمكن القول بأن البحث عن الجينات القابلة للتعريض لمرض وراثي ما زال مبكر جداً لربطها بقيم إحصائية، كما أن الآثار السريرية 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، ص23;

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

استخدام القانون<sup>(1)</sup> في الدفاع عن ملاحة بسبب التمييز<sup>(2)</sup>.

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 عن جانب شركات التأمين ستتطور في السنوات القادمة. سيتم بعد ذلك تحديد فيما إن كان هنا التمييز يمكن اعتباره مشروعًا، 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.

ونظرًا لأن قواعد الحماية ضد التمييز عمومًا تترك الباب مفتوحًا لاحتمالات تمييز وراثي مشروعة، من المهم تحليل ما إذا كان هناك قواعد حامية بشكل خاص للأفراد العاملين لطفرات وراثية<sup>(3)</sup>.

## المطلب الثاني

### القواعد التي تستهدف التمييز الوراثي على وجه الخصوص

للوقوف 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<sup>(4)</sup>.

.(1) كلماذا (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 .

## الفروع الأولى

### القواعد الدولية

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

لاحظنا سابقاً أن المخاوف بشأن خطر التمييز ضد مجموعات كانت حية، وبالتوالي 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<sup>(4)</sup> واللجنة الدولية لأخلاقيات علم الأحياء لليونسكو أنه "ينبغي بذل قصارى الجهد وتطبيقه لضمان عدم استخدام البيانات الوراثية البشرية والبيانات المتعلقة بالبروتينات البشرية في أغراض تتنطوي على تمييز بطريقة يُقصد بها، أو يترتب عليها، انتهاك لحقوق الإنسان وللحريات الأساسية وللكرامة الإنسانية للفرد، أو في أغراض تؤدي إلى وصم فرد أو أسرة أو مجموع أو جماعات"<sup>(5)</sup>.

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](http://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 مواطنها من التمييز الوراثي<sup>(1)</sup>، كما يطلب منهم أيضاً اتخاذ التدابير الالزمة لمنع التمييز ضد الجماعات<sup>(2)</sup>.

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

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

---

(1) القرار 9/2004: الخصوصية الجينية وعدم التمييز، السابق، ملاحظة 28، المادة (3): "تحث الدول على عدم إخضار 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 والعملة، والتعليم والمجالات الأخرى من الحياة الاجتماعية، سواء في القطاع العام أو الخاص، وفي هذا الصدد تدعوا الدول إلى اتخاذ كافة التدابير المناسبة لضمان عدم استخدام نتائج وتقنيات الدراسات الوراثية المستندة إلى السكان للأغراض التي تنطوي على تمييز ضد الفرد أو المجموعة المعنية".

(3) الرابطة 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 العملة 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، أوفيفيدو، 4 نيسان (أبريل) 1997.

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

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

وعلاوة على ذلك، تحدد المذكورة التفسيرية لهذه الاتفاقية بأن الاختبارات التنبئية لأسباب غير طيبة أو البحث، حتى برضاء الشخص المعنى، محظورة وأنها، في مجال العمل<sup>(1)</sup> والتأمين، تمثل تدخلاً غير مناسب مع حقوق الفرد أو احترام الحياة الخاصة<sup>(2)</sup>. ولذلك، تمنع 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<sup>(3)</sup>. 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 لتأكيده.

## الفرع الثاني

### قانون عدم التمييز في المعلومات الوراثية لعام 2008<sup>(4)</sup>

مقاربة ثانية مثيرة للاهتمام، تمت الدعوة لها إلى حد كبير في الولايات المتحدة الأمريكية، تستند إلى مفهوم الصفة الوراثية<sup>(5)</sup>.

(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) المذكورة التفسيرية لاتفاقية 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)؛ ويمثل 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 avaibility of genetic information?", 2013, 50:3 Alta L rrev. 577, Telly Alberta Law Review;E. LEVESQUE, op. cit. , note 71

على الرغم من أن العديد من القوانين<sup>(1)</sup> 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<sup>(2)</sup>.

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

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 الناظمة للتأمين في الأردن 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<sup>(1)</sup>، 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<sup>(2)</sup>. 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<sup>(3)</sup>. 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<sup>(4)</sup>.

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<sup>(5)</sup> 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 (101/أ/2)، (102/أ/1، ب)، (103/أ/1، ب)؛ لتعريف المعلومة الجينية انظر المادة (101/د)، (3/أ/102)؛ كما يحظر هذا القانون على أرباب العمل وضع العقبات أمام التوظيف أو الاستئجار أو اطلاق قرارات معينة بناء على الاستعداد الجيني الوراثي 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 من خلال الرابط التالي: [www.ncbi.nlm.nih.gov](http://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 لبعض مرض مثل فقر الدم.

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

(4) وحى عبد الله فهوى 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/أ/ب)، و (102/أ/2)، و (103/أ/ب).

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

## 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<sup>(5)</sup>، ومع ذلك يجوز للمؤمن أن يؤسس معايير الأهلية وتعديل الأقساط وفقاً لأعراض المرض لدى المريض نفسه أو أحد أفراد أسرته المغطى ببوليصة التأمين ذاتها<sup>(6)</sup>. ومن ناحية أخرى، تنطبق ذات المعايير بالنسبة للتأمين الفردي والجماعي، وعليه، لا يجوز للمؤمن أن يتطلب من فرد الخصوص لاختبار وراثي، ولكن يمكنه استخدام النتائج السابقة<sup>(7)</sup>، وينطبق الاستثناء للبحث مع المعايير ذاتها. وأخيراً، لا يجوز للمؤمن أن يتطلب المعلومات الوراثية لأغراض تسوية الأقساط<sup>(8)</sup>.

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 الادراج وأن يتم إعلام السكريتير: المصدر السابق، المواد (101/ب)، و(102/أ)، و(103/ب).

(3) المصدر السابق.

(4) المصدر السابق، المادة (101/ي)، (103/ي).

(5) المصدر السابق، المادة (102/ب)، فهذا لقانون لا يسمح للأصحاب ممؤسسات التأمين الصحية بفرض 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 ان شركات التأمين لن تشترط اجراء 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 يعنينا، 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 يساوي بين الاستعداد لمرض وراثي وبين الإعاقة<sup>(1)</sup>. وهذا، بعض الحماية ضد التمييز الوراثي يمكن أن تقدم في تشريعات الكيبيك مع مراعاة الحظر العام لأي شكل من أشكال التمييز بسبب إعاقة فرد<sup>(2)</sup>.

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<sup>(3)</sup>. 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\\_lnd\\_webstation](http://www.clhia.ca/domino/html/clhia/clhia_lp4w_lnd_webstation)> ; CLHIA, "hsf/resources/Industry+Fact+Sheet+PDF/\$file/Industry\_Overview\_Succes\_EN.pdf"; CLHIA, "2102 Alberta Budget Submission to the Honourable Ronald Liepert, Minister of Finance, Government of Alberta" (12 December 2012), online: CLHIA <[www.clhia.ca/domino/html/clhia/clhia\\_lp4w\\_lnd\\_webstationnsfpage/AB25493245D55DFB85257964006A9E80/\\$file/CLHIA\\_Submission\\_to\\_Alberta\\_2012.pdf](http://www.clhia.ca/domino/html/clhia/clhia_lp4w_lnd_webstationnsfpage/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: أثراها على حقوق الإنسان، أوتاوا، 2001، التوصيات 3 و4: دعم البحوث الصحية في الكيبيك، التقرير النهائي للفريق الاستشاري المعنى بإدارة البيانات والمصارف من المواد البيولوجية للبحوث في مجال الصحة، كيبيك، 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 والعملة<sup>(1)</sup>، 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<sup>(2)</sup>.

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"<sup>(3)</sup> بقوله " يتطلب مبدأ التضامن من المسؤولين عن نظام التأمين الصحي الشامل ضمان حماية الأفراد والأسر التي تم تحديدها وبالتالي ضد أي شكل من أشكال التمييز الناجمة عن مشاركتها في الأبحاث، وينبغي على الباحث أن ينأى بالمشاركين في كل مناسبة عن أي تمييز محتمل"<sup>(4)</sup>.

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 الحيوى حماية واسعة النطاق، كما يوفر قانون عدم التمييز للمعلومات الوراثية حماية محددة، 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<sup>(1)</sup> لا يمكن أن يكتمل دون معالجة قضية أودي ضد التحالف الصناعي<sup>(2)</sup>.

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<sup>(3)</sup>، وقد تأكّد هذا التشخيص بالتصوير الكهربائي. بالمقابل، لم يكن المعنى 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 سُئل فيما إن كان يعاني من تشوّهات 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<sup>(4)</sup>. 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 بهمانى: "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 نصیر، محمد خير محمود العدوان: "الخطأ العددي 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، لنتذكر أن طرفي عقد التأمين ينبغي أن يثبتا لديهما حسن النية<sup>(1)</sup>. والجزاء المترتب على الإخلال بواجب حسن النية هو بطلان العقد، وهذا ما حدث في هذه القضية<sup>(2)</sup>. ومع ذلك، وفي غياب التحايل، لا يستطيع المؤمن الاعتماد على هذه الأسباب من الإعلان الكاذب لتقليل التزاماته، عندما يكون العقد سارياً لمدة سنتين أو أكثر<sup>(3)</sup>.

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 المترافق مع أية علامات سريرية، وبخاصة في الأمراض الوراثية ذات التخلل الضعيف، هل تُعد إعاقة بدنية؟ وهل يُعد عدم الإفصاح عنها تحايل؟

بناء على ما تقدم، نلاحظ أن هناك العديد من الصكوك الدولية تحظر التمييز الوراثي على وجه التحديد<sup>(4)</sup>، وإن المشرعين الإماراتي والأردني والكندي، الاتحادي وفي الكيبك رفضوا اعتماد نهج قائم على مفهوم الاستثناء الوراثي، مفضلين تطبيق القواعد العامة<sup>(5)</sup>. وأخيراً، لم تحدد قضية أودي ضد التحالف الصناعي<sup>(6)</sup> 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. عيد أحمد الحسbian: "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

يتبيّن لنا من خلال هذه الدراسة بأن التقدّم العلمي الحديث في علم الوراثة البشرية، وتحديد الطفرات التي من شأنها أن تعرّض حاملها للإصابة بمرض وراثي، تزيد من المخاطر التي يتعرّض لها هؤلاء الأفراد في أن يكونوا ضحية لشكل جديد من أشكال التمييز، لا وهو التمييز الوراثي. في الواقع، حتى وإن كانت المعطيات الناجمة عن اختبار وراثي يمكن أن تمثل العديد من الفوائد الطبية بالنسبة لفرد حامل لطفرة، لا أن هناك عواقب سلبية أخرى يمكن التنبؤ بها أيضاً، فالمخاطر والمنافع المتصلة بمعرفة بعض المعلومات الوراثية توضح وجود تنازع معين بين القيم والمصالح. ومع ذلك، يلاحظ امكانية عدم تحقّق الخطر كما كان يخشى منه في البداية.

في الواقع، على المستوى التشريعي، يوفر قانون منع التمييز والكراء في إماراتي وميثاق كيبيك حماية عامة ضد التمييز، والذي يbedo أيضاً أنه قادر لأن على تقديم حماية مثيرة للاهتمام ضد التمييز الوراثي استناداً إلى البيانات المستمدّة 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 يتغيّر هذا الوضع خلال السنوات القادمة مع التقدّم العلمي. كما ينبغي أيضاً تعين الصفة الشرعية لاستخدام هذه البيانات لتحديد الحالة الصحية لفرد.

إذا كان كل من المشرعين الإماراتي والأردني والكندي، الاتحادي وفي الكيبيك، ملتزمين الصمت بشأن مسألة التمييز الوراثي بشكل خاص، فإن العديد من المنظمات الدوليّة، فضلاً عن مجلس الشيوخ الأمريكي تهتم بذلك بالمقابل. ويمكن أن تكون الوثائق الدوليّة 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 مقاربة الاستثناء الوراثي قليل الأهمية بالنسبة لكل من الإمارات 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<sup>(1)</sup> قد ذهب في الواقع إلى اعتبار أن هذا النوع من الكشف ينطوي على اشكالية سواء بالنسبة إلى المؤمن الذي لا يملك حالياً أي بيان اكتواري لي nisi بشكل صحيح المخاطر المرتبطة بهذه الحالة للحاملي، 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 تناقض كما يبدو، لا سيما وأنه لا توجد على الأقل أية معطيات لا تبرر اتخاذ تدابير تحظر التمييز الوراثي على وجه الخصوص. ومع ذلك، تلبية الحاجة 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 الاطلاق. وأخيراً، وتوخياً للأنصاف والعدالة، نقترح إنشاء لجنة تكون مسؤولة عن وضع قائمة بالشروط التي سيشكل فيها مجموعة من المعطيات أساساً اكتوارياً كافياً لاستخدامها<sup>(2)</sup>، ما يسمح بتجنب الاستخدام السابق للأوان 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 يستطع انتباها ضرورة التمييز بين من يحمل طفرة وراثية ذات تخلل تام وما يتربّ عليه من بيانات إكتوارية تؤدي إلى تمييز قانوني مشروع بمواجهته، وبين من يحمل طفرة وراثية ذات تخلل متغير لا يمكن ترجمتها إلى بيانات إكتوارية دقيقة مؤدية بالنتيجة إلى تمييز غير مشروع. وهذا برأينا يستوجب تدخل تشريعي لمنع التمييز الوراثي في حالة التخلل المتغير.

(1) T. caultfield: "The bioethics debate", متاح على 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 تتسرع بشكل كبير. وقد تمكّن الأطباء من التعرّف على الجينات التي من الممكّن أن تسبّب مختلف الحالات المرضية. ومع العديد من هذه الاكتشافات ظهرت اختبارات جديدة يمكنها تحديد من يحمل جيناً ذا طفرة ومن لا يحمله.
- ان هذه البنية التحتية من المعلومات ستؤيّد 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 الإنسان.
- ان المعلومات الضخمة التي تنتج عن أبحاث المجين تغيّر من فهمنا حول كثير من القضايا البيولوجية والطبية وتطبيقاتها على صحة الإنسان والأبحاث العلمية، كطبيعة المرض وأليّة 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 تحمّلها ما لا تحتمل. فالطفرات الوراثية المكتشفة قد تحمل دلالات مختلفة، فالطفرات الوراثية اما ان تكون حتمية ذات تخلّل تام، وإنما أن تكون تنبئية محتملة ذات تخلّل متغيّر، فوجود طفرة من مورثات سرطان الثدي قد لا يعني بالضرورة الإصابة بهذا المرض.
- ان عدم وجود الخصوصية والسرية والحماية للمعلومات الوراثية قد يؤدي إلى التفريغ والتمييز بين الأفراد. وقد يؤدي سوء استخدامها أو فهّمها إلى آثار سلبية سيئة على الفرد المصاب وأفراد أسرته أو المجموعة العرقية التي ينتمي إليها.
- ان استخدام التقانات العلمية يتطلّب سياستاً اجتماعية وتشريعية ثاقبة البصيرة.
- ان ما يثير مخاوف الدول في عصمنا الحاضر هو إمكانية إساءة استخدام المعلومات الوراثية بما يتعارض مع حقوق الإنسان كالتفرقة في التعامل من قبل شركات التأمين اعتماداً على المعلومات الوراثية، وكيرط الفرق 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 بإجراء 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 يشترون 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 الشخصية الشخصية للمعلومات الوراثية في السجلات الطبية.
- الأهمية الأولى من القانون هي منع استخدام المعلومات الوراثية من قبل مؤسسات التأمين أو أصحاب المؤسسات الخاصة لاستغلال مستخدمها.

## التوصيات

1. المزيد من التوعية في مجال العلوم البيوتكنولوجية.
2. الاستفادة من خبرات الدول الأخرى.
3. حث الدول علىمواصلة دعم البحث في مجال علم الوراثة البشرية وفقا للمعايير العلمية والأخلاقية المقبولة وللفائدة المحتملة لجميع الناس.
4. التأكيد على أن تراعي البحوث وتطبيقاتها مراقبة تامة الحقوق والحريات الأساسية وكرامة الإنسان.
5. بذل جهد مضاعف للاستفادة من هذه المعلومات الصحية وكيفية التعامل معها بصورة سلية، مع مراعاة احترام حقوق الإنسان على الوجه الصحيح.
6. تشجيع استمرار البحث العلمي، والأنشطة البحثية والإنسانية في مجال علم الوراثة، دون شعور المواطن بالخوف من استغلال المعلومات الخاصة به ضده.

7. سن قوانين تتعلق بقضية الاختبارات الوراثية ووضعها ضمن إطار 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 الخوف 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. ايجاد 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 مشروعًا، وبين الطفرات ذات التخلل المتغير والتي يعد التمييز بشأنها غير مشروع، كونها غير مؤكدة.

## المراجع

### أولاً: المراجع العربية

- د. أحمد سليم سعيفان: "الحريات العامة وحقوق الانسان"، ج 1، ط 1، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت، لبنان، 2010
- برهان 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.
- جامعة محمود عباد، وعمر محمد شديفات: "دور الدراسات الاكاديمية في تحديد الأقساط وتقدير المخاطر لتأمين الحياة في الأردن"، مجلة المنارة للبحوث والدراسات، الأردن، المجلد 18، العدد 1، 2012، ص 177.
- جون هيلز، وجولييان لوغران، وديفيد بيلشو: "الاستبعاد الاجتماعي"، ترجمة د. محمد الجوهرى، عالم المعرفة، المجلس الوطني للثقافة والفنون والآداب، الكويت، 2007.
- سامي عبد الله الدريري: "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.
- سلوى بنت محمد بن صالح هوساوي: "عقود التأمين وأحكامها"، حولية مركز البحث والدراسات الإسلامية، كلية دار العلوم، جامعة القاهرة، مصر، مجلد 7، العدد 24، 2011، ص 379.
- د. سهيل حسين الفتلاوى: "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.
- د. عبد القادر عطير: "التأمين البري في التشريع الأردني"، دار الثقافة للنشر والتوزيع، عمان، الأردن، 1995.
- 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 المصادر من الوجهتين القانونية والاقتصادية، لبنان، ج 1، ص 321.
11. عمر عبد النافع خليل: "نظرة سريعة على أهم الاتفاقيات الدولية لحقوق الإنسان"، مجلة الجنان لحقوق الإنسان، لبنان، العدد 1، 2010.
12. د. عيد أحمد الحسبيان: "فعالية مبدأ المساواة في تقييد عمل السلطة التشريعية، دراسة تحليلية مقارنة، مجلة المنارة للبحوث والدراسات، الأردن، مجلد 16، العدد 6، 2010، ص 37.
13. د. مالك حمد أبو نصیر، محمد خير محمود العدوان: "الخطأ العمدي للمؤمن له كسب 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 بهباني: "الطبيعة القانونية لعقود التأمين على الحياة"، مجلة العلوم القانونية والاقتصادية، كلية الحقوق، جامعة عين شمس، مصر، مجلد 45، عدد 2، 2003، ص 61.
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، ص 7.
- 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، ط 1، 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 ولوئنس غرو سيرغ وميغان موريس: "مفاتيح اصطلاحية جديدة"، ترجمة سعيد الغانبي، المنظمة العربية للترجمة، بيروت، لبنان، 2010، ص 31.

21. هشام البساط: "صيغة التأمين"، أعمال المؤتمر العلمي السنوي لكلية الحقوق بجامعة بيروت العربية تحت عنوان الجديد في أعمال المصارف من الوجهين القانونية والاقتصادية، لبنان، ج 2، 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 فهيمي 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.

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

#### ثانياً: المراجع الإنجليزية

1. W.K. CHUNG: "Implementation of Genetics of Personalized 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 VEAH, 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.
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 &ethics, 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 engeneering 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. HOMSMA, 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, 201221
  61. B. BILLNGSLEY: "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 avaibility of genetic information?", 2013, 50:3 Alta L rrev.577, Telly Alberta Law Review
63. S. HOFFMAN: "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.

### ثالثا: المراجع الفرنسية.

1. S. LANCTOT: "L'utile et la juste de la discrimination dans la sélection, la classification et la tarification des risques assuranciels", 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 maîtrise, 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.

### رابعا: المراجع الالكترونية:

1. <http://site.ebrary.com/lib/excellence/doc?id=10302823>.
2. [www.cartagene.qc.ca](http://www.cartagene.qc.ca).
3. [www.23andme.com](http://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](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](http://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](http://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](http://www.unicef.org/voy/arabic/exolore/explor_1828.html+1829.html)
  11. [www.dh.gov.uk/health/2012/06/genetics/](http://www.dh.gov.uk/health/2012/06/genetics/);
  12. [www.ethicsandgenetics.org/Blog/Moratorium-on-Insurers-use-of-Genetic-Tests](http://www.ethicsandgenetics.org/Blog/Moratorium-on-Insurers-use-of-Genetic-Tests);
  13. [www.samiconsulting.co.uk/4geneticsmoratorium.pdf](http://www.samiconsulting.co.uk/4geneticsmoratorium.pdf).
  14. [www.genome.gov/10002405](http://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/$file/CLHIA_Submission_to_Alberta_2012.pdf)
  17. <http://www.vancouversun.com/news/editorial/story.html>
  18. [www.clhia.ca/domino/html/clhia/clhia\\_lp4w\\_Ind\\_webstation.nsf/page/DDE5760D748C0374852579F900508835/\\$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](http://www.jof.org)
  20. [www.Lawjo.net](http://www.Lawjo.net)
  21. [www.ar.wikipedia.org](http://www.ar.wikipedia.org)
  22. [www.ncbi.nlm.nih.gov](http://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.: نovel على عبد الله الصفو: "الإخلال بمبدأ المساواة في القانون" ، مجلة الرافدين لحقوق، كلية الحقوق، جامعة الموصل، العراق، العدد 28، 2006، ص 265.
4. المجلس الاقتصادي والاجتماعي للأمم المتحدة، القرار 9/2004، سérie 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. المفهوض السامي لحقوق الانسان، العهد الدولي للحقوق المدنية والسياسية، 1966، المادة (26):
9. المفهوض 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. الاتفاقية الأوروبية لحقوق الانسان، 1950، المادة (14):
12. منظمة الوحدة الأفريقية، الميثاق الأفريقي لحقوق الانسان والشعوب، نايروبى، 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 والحریات. الإعلان الكندي للحقوق، 1960.
17. اتفاقية حقوق الأشخاص ذوي 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 الإنسان والطب الحيوي، أوفينيدو، 4 نيسان (أبريل) 1997.
21. مجلس أوروبا، البروتوكول الإضافي لاتفاقية حقوق الإنسان والطب الحيوي المتعلق بالبحوث الطبية الحيوية، ستراسبورغ، 2005.
22. المذكرة التفسيرية لاتفاقية حقوق الإنسان والطب الحيوي.

**سادساً: 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. قانون عدم Genetic Information Nondiscrimination Act of 2007, H.R. 493 GINA.
4. القانون الكندي حول حقوق الإنسان، (L.R.C., 1985, c. H-6.) التمييز في المعلومات الوراثية

# 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 أن الدول لم تتفق حول نظرة موحدة أو حتى قريبة من هذه القضية؛ وذلك بسبب تغليب بعض الدول لاعتباراتها السياسية ومصالحها على الاعتبارات الموضوعية وقيم العدالة.

وقد تualaت الأصوات بين فقهاء القانون والسياسة - في السنوات الأخيرة - مطالبة بالاتفاق على كلمة سواء عند تعريف الإرهاب حتى توحد الرؤى، ومن ثم المواجهة لهذه الظاهرة. ونحن من جانبنا استعرضنا رأي القائلين بجريمة "إرهاب الدولة" ، وذلك بعد إطلالة على معنى الإرهاب عموماً وتطوره وما قيل بشأن تعريفه. وقد تطرقنا حجج القائلين بإرهاب الدولة ولكننا لم نجد - في نظرنا - الحجّة الدامغة للتسلّيم بهذه الفكرة.

ومع صدور قرار الجمعية العامة للأمم المتحدة في ديسمبر 1974م، الذي تضمن تعريفاً للعدوان لم يعد مقبولاً القول بمسألة "إرهاب الدولة"؛ لما في ذلك من تكرار لجرائم 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

رَبَّمَا لَمْ تَنلْ مَسَأْلَةً فِي الْقَانُونِ الدُّولِيِّ وَالْمَحْلِيِّ - عَلَى السَّوَاءِ - بِاهْتِمَامٍ كَبِيرٍ كَمَا نَالَتْ مَسَأْلَةُ الْإِرْهَابِ، وَلَمْ تَحْظَ مَسَأْلَةً فَكِيرَةً بِتَبَابِينِ فِي الْآرَاءِ كَمَا حَظِيتْ فَكْرَةُ تَعْرِيفِ الْإِرْهَابِ فَلَمْ يَسْتَقِرْ فِيْهِ، كَمَّا لَمْ تَتَقْنَقِ الدُّولَ عَلَى تَعْرِيفِهِ.

وَقَدْ تَعَالَتْ الأَصْوَاتُ بَيْنَ فَقَهَاءِ الْقَانُونِ وَالسَّاسَةِ - فِي السَّنَوَاتِ الْأَخِيرَةِ - مَطَالِبَ بِالْاِتَّفَاقِ عَلَى كَلْمَةٍ سَوَاءً عَنْدَ تَعْرِيفِ الْإِرْهَابِ حَتَّى تَتَوَحِّدَ الرَّؤْيَ، وَمِنْ ثُمَّ الْمَوَاجِهَةُ لِهَذِهِ الظَّاهِرَةِ.

هَذَا، وَقَدْ حَالَ تَغْلِيبُ الْاِعْتِبَارَاتِ السِّيَاسِيَّةِ مِنْ جَانِبِ بَعْضِ الدُّولِ - عَنْدَ تَعَاطِّهَا مَعَ ظَاهِرَةِ الْإِرْهَابِ - عَلَى الْاِعْتِبَارَاتِ الْمُوْضِوَعِيَّةِ، دُونَ التَّوَصِّلِ إِلَى تَعْرِيفٍ مُوْضِوَعِيٍّ مُحَدَّدٍ وَوَاضِعٍ لِلْإِرْهَابِ.

وَلَا خَلَفَ أَنَّ الْأَعْمَالَ الْإِرْهَابِيَّةَ الصَّادِرَةَ عَنِ الْأَفْرَادِ تَعْدُ إِرْهَابًا بِالْمَعْنَى الْفَنِيِّ لِلْكَلْمَةِ، وَلَكِنَّ هَلْ مِنَ الْمُتَصَوِّرِ صُورَ أَعْمَالٍ إِجْرَامِيَّةٍ عَنِ الدُّولَةِ يُمْكِنُ تَكِيِيفُهَا بِأَنَّهَا إِرْهَاب؟

تَكَادُ الْآرَاءُ تَجْمَعُ عَلَى أَنَّ الْمَقْصُودَ بِالْفَاعِلِ فِي جَرِيمَةِ الْإِرْهَابِ الدُّولِيِّ، هُوَ الْفَرَدُ أَوَّلَ الْأَفْرَادِ الْعَادِيُّونَ الَّذِينَ لَا يَمْثُلُونَ الدُّولَةَ فِي تَصْرِفَاتِهَا وَالْمُنْسُوبُ إِلَيْهِمُ الْقِيَامُ بِالسُّلُوكِ الْإِجْرَامِيِّ الْمَكْوَنِ لِلرَّكْنِ الْمَادِيِّ لِجَرِيمَةِ الْإِرْهَابِ. وَنَقْصُدُ بِالْأَفْرَادِ الْعَادِيُّونَ، هُؤُلَاءِ الْأَشْخَاصِ الَّذِينَ لَا يَتَمَمُّونَ بِصَفَّةِ الْمُوْظَفِينَ الْحُكُومِيِّينَ، وَلَيَسُوا مَكْفِيْنَ بِأَعْمَالٍ مَدْنِيَّةٍ مِنْ قَبْلِ الدُّولَةِ.

وَإِرْهَابُ الدُّولَةِ State Terrorism وَاحِدُ مِنَ الْمُصْطَلَحَاتِ الْحَدِيثَةِ التَّدَاوِلِ مِنْ جَانِبِ بَعْضِ الْفَقَهَاءِ فِي الْقَانُونِ الدُّولِيِّ. وَقَدْ تَبَيَّنَ هُؤُلَاءِ الْفَقَهَاءِ هَذَا الْمُصْطَلَحُ، بَعْدَ اسْتِعْمَالِهِ فِي أَدْبِيَاتِ بَعْضِ الْكُتُبِ وَالسَّاسَةِ تَحْتَ وَطَأَةِ تَصْرِفَاتٍ شَدِيدَةِ الْإِجْرَامِ مِنْ جَانِبِ بَعْضِ الدُّولِ فِي حَقِّ شَعُوبِ أَوْ دُولٍ أُخْرَى. وَقَدْ سَاهَمَ فِي زِيَادَةِ هَذِهِ الْإِشْكَالِيَّةِ غَمْوُضُ فَكْرَةِ الْإِرْهَابِ، وَعَدَمُ اتْفَاقِ الْفَقَهِ أَوِ الْعَمَلِ الدُّولِيِّ عَلَى تَعْرِيفٍ مُحَدَّدٍ وَوَاضِعٍ لِجَرِيمَةِ الْإِرْهَابِ عَوْمَمًا.

وَيَذَهَّبُ جَانِبُ آخَرُ مِنَ الْفَقَهِ إِلَى القَوْلِ أَنَّ الْأَعْمَالَ الْإِرْهَابِيَّةَ الَّتِي تَرْتَكَبُ مِنْ قَبْلِ دُولَةٍ مَا ضَدَ دُولَةً أُخْرَى، تَعْدُ بِمَثَابَةِ صُورَةِ صُورِ الْعَدُوَانِ وَلَا تَشَكِّلُ مَا يُسَمَّى "إِرْهَابَ الدُّولَةَ".

## مشكلة الدراسة :

تَتَمَثَّلُ فِي مَعْرِفَةِ حَقِيقَةِ مَا يُسَمَّى بِجَرِيمَةِ "إِرْهَابِ الدُّولَةِ" ، فَقَدْ ظَهَرَ مِنَ الْفَقَهِ وَالْعَمَلِ الدُّولِيِّيْنِ اتِّجَاهَانِ: أَحَدُهُمَا يَذَهَّبُ إِلَى وَجْهَ هَذِهِ الْجَرِيمَةِ، وَيَذَهَّبُ اتِّجَاهٌ آخَرٌ إِلَى إِنْكَارِ وَجْهَ هَذِهِ

الجريمة، وأنّ السلوكات 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:

أولاًً: ندرة الأبحاث التي استطالت 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 يصحّ 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.

ث بت المراجع.

## المبحث الأول

### تعريف الإرهاب

ما زال الخلاف مستمراً بين الفقه الدولي حول تعريف للإرهاب، كما أن الدول لم تتفق حول نظرة موحدة أو حتى قريبة من هذه القضية؛ وذلك بسبب تغليب بعض الدول لاعتباراتها السياسية ومصالحها على الاعتبارات الموضوعية وقيم العدالة. ونحن من جانبنا سنحاول التوصل إلى تعريف موضوعي وعادل للإرهاب.

لذا سنقسم هذا المبحث إلى مطلبين: يتناول الأول منها تطور مسألة الإرهاب، والثاني نقدم فيه محاولة إلى تعريف موضوعي للإرهاب.

## المطلب الأول

### تطور ظاهرة الإرهاب

على الرغم من أن المجتمعات القديمة لم تعرف جريمة الإرهاب بمفهومها الشائع في العصر الحديث، إلا أننا نجد أن هذه الجريمة لها جذور متعددة عبر التاريخ الإنساني<sup>(1)</sup>. فقد عرف الآشوريون والفراعنة هذه الجريمة، وكذلك كان الحال بالنسبة للرومان واليونانيين، ولم تغب هذه الجريمة بشكل مطلق عن فترة معينة من التاريخ الإنساني<sup>(2)</sup>.

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<sup>(3)</sup>. ثم بدأت العمليات الإرهابية تزداد خطورة وكثافة على الصعيد الدولي والداخلي، وهو الذي أدى إلى أن تتبأ 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 المعرفة، لبنان، 1963، ص 13.

(3) د يحيى البناء، الاتفاقية العربية لمكافحة الإرهاب، دراسة تحليلية، كتاب الأهرام الاقتصادي، العدد 129، 1998، ص 5.

## المحل والدولي 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<sup>(1)</sup>. 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 ليهدّد الأمن العام الدولي<sup>(2)</sup>.

ويمكن القول أنّ جريمة الإرهاب أصبحت - في معظم أحوالها - ذات صبغة دولية، بحيث لا يكاد يصحّ وصف جرائم الإرهاب بـ"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 المنفذة 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 تخفي 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 أنه من الخطأ وعدم الموضوعية ربط ظاهرة الإرهاب بالإسلام. فال التاريخ 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، والملكة العربية السعودية، والأردن، ومن الدول الإسلامية: باكستان واندونيسيا، ومن الدول الأوروبية التي شهدت عمليات إرهابية: بريطانيا، والولايات المتحدة - واسبانيا 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<sup>(1)</sup>.

- عدم اهتمام المجتمع الدولي (أو المحلي) بالظلم الواقع على بعض الفئات أو الشعوب<sup>(1)</sup>.

## المطلب الثاني

### التعريف الموضوعي للإرهاب

كما عرف مجمع اللغة العربية في معجمه الوسيط الإرهابيين، بأنهم الذين يسلكون سبيل العنف والإرهاب من أجل تحقيق أهداف سياسية<sup>(2)</sup>.

وتعريف الإرهاب - ولاسيما الدولي منه - يعتبر نقطة أساسية عند التعامل الفكري مع ظاهرة الإرهاب. ونعني بالتعريف وضع ملامح وحدود موضوعية واضحة للإرهاب. وربما لم تحظَ مسألة فكرية بتباين في الآراء كما حظيت فكرة تعريف الإرهاب، فلم يستقر 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 ثم الجهود في مواجهة وعلاج هذه الظاهرة.

وقد تعددت المحاولات الخاصة بتعريف الإرهاب من جانب الفقهاء والمنظمات الدولية وتشريعات الدول.

(1) د.أحمد أبوالوفا، ظاهرة الإرهاب الدولي في ضوء أحكام القانون الدولي العام، مجلة البحوث والدراسات العربية، العدد 17 - 18، 1990، ص. 71.

(2) د نبيل حلمي، الإرهاب الدولي وفقاً لقواعد القانون الدولي العام، دار النهضة العربية، القاهرة، 1988، ص 27.

وفي مؤتمر "مدريد" 1976، قدّمت اللجنة الخاصة بالإرهاب مشروع اتفاقية، عرّفت فيه الإرهاب بأنه "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 أن الإرهاب تهديد لعلاقات حسن الجوار بين الدول ومواطني الدول المختلفة، كما أنه تهديد لفاعليات المنظمات الدولية وأنظمة النقل والمواصلات<sup>(1)</sup>.

كما عرّف المشروع المصري الإرهاب في القانون رقم 92 لسنة 1992 بأنه: "كل استخدام للقوة أو العنف أو التهديد أو الترويع، يلجأ إليه الجاني تنفيذاً لمشروع إجرامي فردي أو جماعي بهدف الإخلال بالنظام العام أو تعريض سلامة المجتمع وأمنه للخطر..."<sup>(2)</sup>

وقد تبّنى المشروع البريطاني تعريفاً للإرهاب في قانون مكافحة الإرهاب لعام 1976، حيث عرّف الإرهاب بأنه: "استخدام العنف لتحقيق غايات سياسية، بما في ذلك كل استخدام للعنف بغرض إشاعة أو خلق الخوف لدى العامة أو لدى جزء منهم".<sup>(3)</sup>

وقد عرّف الفقيه Sottile الإرهاب بأنه: "العمل الإجرامي المترافق عن طريق العنف أو تحقيق الفزع من أجل تحقيق هدف معين محدد بذاته".<sup>(4)</sup>

أما Lemkin فيعرّف الإرهاب بأنه: "تخويف الأفراد باستخدام أعمال العنف"، بينما يعرّفه Gunzburg بأنه: "الاستعمال العمدي للوسائل القادرة على إحداث خطر عام تتعرّض له الحياة أو السلامة الجسدية أو الصحية أو الأموال العامة".<sup>(5)</sup>

ويرى الدكتور عبد العزيز سرحان الإرهاب أنه: "الاستعمال غير المشروع للقوة، وهو كل

(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 للمشروع 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 صديق، 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"<sup>(1)</sup>.

ويعرف الدكتور صلاح الدين عامر الإرهاب بأنه: "الاستخدام المنظم للعنف لتحقيق هدف سياسي تقوم به منظمة سياسية بمارستها على المواطنين وخلق جوًّ من عدم الأمن"<sup>(2)</sup>.

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 يتحتم على المجتمع الدولي الالتزام بمعايير موضوعي عند تعريف الإرهاب الدولي. وفي سبيل هذا الهدف أيضاً يجب على المجتمع الدولي أن يتحلى بمسحة أخلاقية على صعيد العلاقات الدولية يستبرئ فيها من الخضوع لاعتبارات السياسية الضيقة.

ويمكن أن نستنتج صياغة مختصرة لتعريف الإرهاب، تناول فيها الموازنة بين الموضوعية من جانب، وعدم إغفال أيّ من عناصر التعريف الوافي من جانب آخر.

هذا التعريف - المقترن - للإرهاب، لاشك جاء مبنياً على المجهودات الفقهية والعملية السابقة ومتّماً لها. والتعريف عبارة عن مجموعة من المحاور التي يكمل بعضها بعضًا، 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 تحرير المصير، التي تبيح استخدام القوة ضد

(1) د عبد العزيز سرحان، حول تعريفات الإرهاب الدولي وتحديد مضمونه من واقع قواعد القانون الدولي وقرارات المنظمات الدولية، المجلة المصرية للفانون الدولي، المجلد 39، 1973، ص 173.

(2) د صلاح الدين عامر، المقاومة الشعبية المسلحة في القانون الدولي العام، دار الفكر العربي، 1977، ص 486.

- أفراد الدولة المعادية ومصالحها داخل الأراضي المحتلة، فيما عدا المدنيين غير أصحاب الصفة العسكرية،
- هدف إحداث فزع أو رعب عام في دولة أو مجموعة من الدول من أجل بلوغ أهداف سياسية<sup>(1)</sup>.

---

(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 المكون للركن المادي لجريمة الإرهاب.

ونقصد بالأفراد العاديين، هؤلاء الأشخاص الذين لا يتمتعون بصفة الموظفين الحكوميين وليسوا مكلفين بأعمال مدنية من قبل الدولة.

فإذا قام فرد أو مجموعة أفراد من المنتسبين إلى حكومة دولة معينة أو أحد أجهزتها الأمنية بتنفيذ عمل من الأعمال الإرهابية لحساب هذه الدولة أو بتحريض منها، فإننا نكون هنا بصدّ فرضية مختلفة يصنّفها البعض - كما ستفصل لاحقاً - على أنها ”إرهاب دولة“ أو يعتبرها آخرون أنها تشكّل جريمة دولية أخرى.

ولم تشرّط اتفاقية ”جينيف“ 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<sup>(1)</sup>.

وتأتي الواقع المتعلقة بحوادث الإرهاب الدولي؛ لتبّت أنّ جلّ هذه الجرائم كان الفاعل فيها فرداً أو أفراداً أو تنظيمياً جماعياً لا يمثل دولة معينة. وعلى ذلك، فالفاعل في هذه الحالات الإرهابية هو إما فاعل فردي - بمعنى الذي سنحدّد - أو فاعل جماعي.

---

(1) [www.wdl.org/ar/item/11579](http://www.wdl.org/ar/item/11579)

## المطلب الأول الفاعل الفردي

ونقصد به الفرد - أو مجموعة قليلة من الأفراد الذين لا يشكلون تنظيمياً جماعياً - 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 مرتقبة تنظيمياً بجماعة معينة، في هذه الحالة أيضاً تكون بصفة فاعل فردي لجريمة الإرهاب.

## المطلب الثاني الفاعل الجماعي

الأمر الأكثر حدوثاً هو قيام مجموعة أو جماعة- تملك تنظيمياً فكرياً وهيكلياً - بالجريمة الإرهابية. وقد يكون لهذه الجماعات وجود في أكثر من دولة، وقد تموّل هذه الجماعات من بعض الدول التي ترى فيها ذراعاً لتنفيذ مصالحهاإقليمية أو دولية.

وهناك نماذج لبعض الجماعات التي تُتهم بالإرهاب لعل أشهرها - في هذا العصر - تنظيم الدولة وتنظيم القاعدة. وقد نسبت أشهر العمليات الإرهابية في العصر الحديث لهذا التنظيم الأخير، مثل أحداث سبتمبر 2001 في الولايات المتحدة.

مسألة إرهاب الدولة - بفرض صحتها - لا تندرج تحت أيّاً من النوعين السابقين (إرهاب الأفراد أو إرهاب التنظيمات)، وإنما تستقلّ بذاتها كفرضية ثالثة لفاعل 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 و العلاقة بين هذه الأسباب و ضرورة اتخاذ تدابير لمنع أعمال الإرهاب التي تعرض حياة الأبرياء للخطر، حيث تقدّمت مجموعة دول عدم الانحياز باقتراح للجنة يفرق بين الإرهاب الفردي وإرهاب الدول والإرهاب الموجه 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 الذي يتمثّل في السجن الجماعي

وممارسة التعذيب و المذابح الجماعية، وأعمال الثأر و مهاجمة السكان المدنيين، و تدمير البنية الاقتصادية، فتراجعاً إليه الدول بهدف تحقيق السيطرة الاستعمارية، وممارسة التمييز العنصري، أو الاحتلال الأجنبي، أو لسحق إرادة شعب، أو لخضاعه لسياسة معينة، أو استغلال موارده بشكل يتعارض مع مصالحه الخاصة. وأماماً الإرهاب الموجه ضد الدول فتمارسه فئة اجتماعية عندما تحرم من حقوقها، أو عندما تكون ضحية انظمة اقتصادية أو اجتماعية أو سياسية غير عادلة، أو عندما تفشل الوسائل القانونية القائمة في تحقيق العدالة<sup>(1)</sup>.

وقد فشلت نقاشات وفود الدول في الأمم المتحدة عندما أرادت التوصل إلى تعريف محدد للإرهاب بسبب اختلاف وجهات نظر الدول الغربية، وعلى رأسها الولايات المتحدة التي ترکز على الإرهاب الفردي بينما تنظر الدول العربية والأفرو-آسيوية... إلى الإرهاب بنظرة شاملة و تدرج إرهاب الدولة في التعريف، كذلك أعمال العنف التي تمارسها بعض الدول حيال شعوب بأكملها بهدف السيطرة عليها والتدخل في شئونها الداخلية<sup>(2)</sup>.

(1) د سامي واصل، المرجع السابق، ص 77.

(2) عائشة محمد طلس، الإرهاب الدولي والحضانة 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 الكُتاب 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 على تعريف محدد واضح لجريمة الإرهاب عموماً.

ويرى البعض<sup>(1)</sup> أن الدول الاستعمارية ظلت وفيّة للمنطق الذي يرى أن الإرهاب الواجب دراسته والتعامل معه هو الإرهاب الفردي أو الجماعي الموجه 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<sup>(2)</sup> 1954، حيث اعتبرت اللجنة إرهاب الدولة من قبيل هذه الجرائم، ويتمثل في "قيام سلطات الدولة بأنشطة إرهابية أو بالتشجيع على القيام بأنشطة إرهابية داخل إقليم دولة أخرى أو تغاضي سلطات الدولة عن أنشطة منظمة ترمي إلى 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<sup>(3)</sup> إلى جريمة "إرهاب الدولة"، حيث دعى 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 حقوقها في تقرير المصير، والامتناع عن تنظيم القوات غير النظامية أو العصابات المسلحة للإغارة

(1) د عبد الله 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](http://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](http://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 التحرير من علهم، أو المساعدة أو المشاركة فيها، أو قبول تنظيم أنشطة داخل إقليمها تكون موجّهة إلى ارتكاب مثل هذه الأفعال<sup>(1)</sup>.

ونظراً لأنّ مصطلح "إرهاب الدولة" يعدّ من المصطلحات الحديثة من القانون الدولي، فإنه لم يحظ بالدراسة الكافية، مما يجعله مصطلحاً عاملاً 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 المحظوظ ارتكابها وفقاً لقانون النزاعات المسلحة، والقانون الإنساني المطبق في وقت الحرب حين يتم ارتكابها في وقت السلم، كما يتمثل في انتهاكاً الحد الأدنى من القواعد الواردة في المادة الثالثة من اتفاقية جنيف الرابعة المبرمة في عام 1949 م<sup>(2)</sup>.

وقد عرّف بعض الفقهاء<sup>(3)</sup> إرهاب الدولة بأنه: "الإرهاب الذي تقوده الدولة من خلال مجموعة الأعمال والسياسات الحكومية التي تستهدف بث 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<sup>(4)</sup>.

ويعرف البعض الآخر إرهاب الدولة بأنه: "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 والفزع، 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 أراضها أو تغاضيها عن أنشطتهم التي ترمي إلى القيام بأعمال عنف وتخريب ضد دولة أخرى<sup>(1)</sup>.

كما عرّفه Eric David بأنه: "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"<sup>(2)</sup>.

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 خصوصهم لرغبات الحكومة، أو في الخارج بغضّ تحقيق بعض الأهداف التي لا تستطيع الدولة ولا تتمكن من تحقيقها بالوسائل والأساليب المشروعة"<sup>(3)</sup>.

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<sup>(4)</sup>.

بعض الفقه يقرّ بوجود جريمة إرهاب الدولة ولكن على اعتبار أنها أقل خطورة من جرائم الإرهاب التي يرتكبها الأفراد، وتمثل هذه الجريمة في قيام أجهزة المخابرات التابعة للدولة بوضع ألغام أو قنابل داخل إقليم دولة أخرى مما 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<sup>(1)</sup>.

ويذهب جانب آخر من الفقه إلى ضرورة النظر إلى إرهاب الدولة باعتباره من أكثر صور الإرهاب خطورة<sup>(2)</sup>.

ويؤيد البعض<sup>(3)</sup> القول الأخير الذي يعتبر إرهاب الدولة من أخطر صور الإرهاب؛ لأنّه يتواافق 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 تبادرها 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<sup>(4)</sup>، 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 أساسين أولهما: تحقيق أهدافها السياسية المبتغاة من وراء الإرهاب، وثانهما: تجنب الوقوع تحت طائلة التدابير التي قد يقرّرها مجلس الأمن وفقاً لأحكام الفصل السابع من الميثاق في حالة ارتكاب الدولة لأيّ عمل من أعمال العدوان.

ولكننا - ردّاً على هذه الحجّة - نرى أنّ صور السلوك الإجرامي الذي جعله القائلون بمسألة إرهاب الدولة ركناً مادياً لها، يتضمنها 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، فيبينما 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](http://legal.un.org/avl/pdf/ha/da/da_a.pdf)

إرهاب الدولة يهدف إلى التروع و التخويف لإجبار الآخرين على اتخاذ موقف معين. أيضاً لا يعتبر هذا الكلام حجة للقول بإرهاب الدولة؛ لأن العدوان قد يقف عن حد تهديد دولة ما أو تخويفها من أجل اتخاذ موقف معين.

3- بمراجعة تاريخ الأمم المتحدة منذ تعریف العدوان في عام 1974م حتى الآن، نجد أن مجلس الأمن لم يتخذ أية تدابير وفقاً لأحكام الفصل السابع من الميثاق ضد أية دولة قامت بارتكاب أعمال إرهابية بشكل غير مسبوق. نظراً لأن المجلس ما زال على مستوى خطورة جريمة العدوان؛ إذ أنه في أعقاب قيام الطيران العربي الإسرائيلي بشن هجوم إرهابي على المفاعل النووي العراقي وتدميره في 7 يونيو 1981م، ثم 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.

ولكننا نرى أن عدم اتخاذ مجلس الأمن للتدابير التي أعطاه إياها ميثاق الأمم المتحدة يرجع لموازنات سياسية للدول الكبرى، وليس لقصور القانون في حكم تصرفات الدول العدائية. فسواء تم تكييف الأمر على أنه عدوان أو إرهاب دولة يظل قيام مجلس الأمن بمسؤولياته - للأسف - مرهوناً بالاعتبارات السياسية للدول الكبرى بالأساس.

4- ثم إن القول باعتبار جريمة إرهاب الدولة مجرد صورة من صور العدوان، يؤدي إلى إفراط هذه الجريمة من مضمونها؛ لأنها بذلك سوف تظل خارج دائرة التجريم والعقاب؛ لأن هذه الجريمة فضلاً عن أنها قد لا ترقى إلى مستوى الأعمال العدوانية، فإنها غالباً ما تكون جريمة الدول الكبرى مما يفسح المجال لاستخدام حق الفيتو وإحباط محاولات مجلس الأمن لفرض أية تدابير ضد الدول الإرهابية.

ونرد على ذلك بأن المشكلة - بالأسماء - ليست في شمول دائرة التجريم للسلوك فهو ضمن الجريمة الدولية الأشهر للدول وهي العدوان، وإنما 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 أنَّ الأفعال الإرهابية التي ترتكب من قبل دولة ما ضد دولة أخرى تعد بمثابة صورة من صور العدوان ولا تشكل ما يسمى "إرهاب الدولة".

وقد استند بعض من قال بهذا الرأي إلى أنَّ الدولة بما لها من سيادة لا يجوز إسناد صفة الإرهاب إليها. هذا بالإضافة إلى أنَّ جريمة الإرهاب لا يرتكبها إلا الأفراد، ومن غير المتصور ارتكاب الدولة لهذه الجريمة، وبالتالي ليس هناك ما يسمى "إرهاب الدولة". فالدولة طبقاً لهذا الرأي لا تكون إلا دولة معادية<sup>(1)</sup>.

والحقيقة أنَّه حتى بداية السبعينيات لم يعرف المجتمع أو الفقه الدوليان جريمة يصح نسبتها للدول تحت مسمى إرهاب الدولة، على خلاف الجرائم الدولية الأخرى التي قد ترتكبها الدولة.

## المطلب الأول

### الجرائم التي ترتكبها الدولة

لما كان موضوع البحث - وإشكاليته - يدور حول نسبة أو إنكار جريمة الإرهاب في حق الدولة، فقد كان محتملاً علينا أن نعرض لسلوكيات الدولة المشكلة للجرائم التي يمكن أن ترتكبها الدولة، وفقاً لما استقرَّ عليه التشريع والعمل الدوليان، ونبحث وبالتالي في صحة الجريمة التي يطلق عليها البعض "إرهاب الدولة".

وعليه فإنَّا سنعرض - بإيجاز - في فرع أول لمفهوم الجريمة الدولية وأهمَّ الجرائم التي يمكن أن تصدق في حق الدولة، وفي فرع ثانٍ نعرض لجريمة العدوان بصورة خاصة نظراً لارتباطها الشديد بموضوع بحثنا.

---

(1) د.أحمد رفعت، الإرهاب الدولي، مركز الدراسات العربي الأوروبي، 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 تقويم العقاب عليه من عدمه"<sup>(1)</sup>.

ويعرف البعض الآخر<sup>(2)</sup> الجريمة بأنها: "عدوان على مصلحة يحمها القانون ويختص القانون الجنائي بالنفع عليها وبيان أركانها والعقوبة المقررة لفاعليها".

وكما كانت الاجهادات في تعريف الجريمة - بصفة عامة - كانت الاجهادات في تعريف الجريمة الدولية. فقد عرفها الفقيه Pella بأنها: "ال فعل أو الامتناع عن الفعل المعقاب عليه باسم المجموعة الدولية".

ويرى Plawski أن الجريمة الدولية تمثل سلوكاً غير مشروع، معاقباً عليه وفقاً لقواعد القانون الدولي، نظراً لإضراره بالعلاقات الإنسانية في الجماعة الدولية<sup>(3)</sup>.

وفي الفقه العربي عرّفها الدكتور محي الدين عوض بأنها: "كل مخالفة للقانون الدولي تقع بفعل أو ترك من فرد، يحتفظ بحرفيته في الاختيار ومسؤول أخلاقياً، إضراراً بالأفراد أو المجتمع الدولي.."<sup>(4)</sup>.

فالجريمة سواءً كانت داخلية أو دولية تمثل عدواناً على مصلحة يحمها القانون. غاية ما في الأمر أنه في مجال الجريمة الداخلية يتولى حماية المصلحة فيه، القانون الجنائي الداخلي بينما في مجال الجريمة الدولية يتولى القانون الدولي الجنائي، حماية المصلحة التي تهم المجتمع الدولي، كما يتکفل ببيان الجريمة والعقوبات المقررة لها<sup>(5)</sup>.

(1) د. ابراهيم العناني، النظام الدولي الأمني، القاهرة، 1997، ص 113.

(2) د. حسين عبيد، الجريمة الدولية، دراسة تحليلية تطبيقية، الطبعة الثانية، دار النهضة العربية القاهرة، 1992م، ص 5.

(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، ط 1، القاهرة، دار النهضة العربية، ص 85.

وقد استقر العمل (المعاهدات الدولية) والفقه الدوليان على مجموعة من الجرائم التي يمكن أن ترتكبها الدول بالإضافة لجريمة العدوان التي سنفرد لها موضعًا خاصًا. من هذه الجرائم:

- 1- **جرائم الحرب:** وهي الجرائم الخطيرة التي وردت في اتفاقيات جنيف الأربع، وتشمل مخالفات 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، وإفشاء الأشخاص والاسترافق 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 تبعًا لجريمة ضد السلام أو جريمة حرب أو كانت ذات صلة بها.
- 3- **الجرائم ضد السلام:** وتشمل إدارة حرب عدوانية وتحضيرها وشتمها ومتابعتها أو إدارة حرب خرقاً للمعاهدات والتآكيدات 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 القمية ضد شعوبها من الجرائم الدولية التي يمكن محاسبتها عليها؛ وذلك لما لهذه الجرائم من تأثير على أمن المجتمع الدولي بأثره وسلامه. مثال ذلك الجرائم التي يرتكبها نظام بشار الأسد ضد الشعب السوري.

## الفرع الثاني

### جريمة العدوان

منذ بدأت بواحد التنظيم الدولي، فَكَرِّرت 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 الإلقاء عن سياسة القوة التقليدية إلى سياسة الخصوص للقانون<sup>(1)</sup>.

وقد بُذلت 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 قراراً هاماً من الجمعية العامة للأمم المتحدة في ديسمبر 1974 م - أنهى هذا الخلاف الفقهي والعملي - وهو قرار تعريف العدوان.

وقد جاء في المادة الأولى من هذا القرار تعريفاً عاماً للعدوان بآئته: "استخدام القوة من جانب إحدى الدول ضد سيادة الأراضي ووحدتها أو الاستقلال السياسي لدولة أخرى، أو بأية صورة أخرى تتنافي مع ميثاق الأمم المتحدة".

- وأضاف القرار أنّ صفة العدوان تُنطبق على الأعمال الآتية سواء تم إعلان الحرب أو لم يتم:
- 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 بتصف 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 عدوانى 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 اشتراك 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 بأنّها جريمة "إرهاب دولة".

بل وصل الأمر بالأستاذ Turk إلى حد القول: إن مصطلح "إرهاب الدولة" يشمل في نطاق القانون الدولي أعمال التدخل 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 تمت 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 أن إرهاب الدولة يتمثل في "قيام سلطات الدولة بأنشطة إرهابية أو بالتشجيع على القيام بأنشطة إرهابية داخل إقليم دولة أخرى أو تغاضي سلطات الدولة عن أنشطة منظمة ترمي إلى القيام بأعمال إرهابية داخل إقليم دولة أخرى".

والواقع أنه منذ هذا التاريخ كان من المقبول - على صعيد منظمة الأمم المتحدة والمجتمع الدولي وبالتالي - 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 التحرير علها، أو المساعدة أو المشاركة فيها، أو قبول تنظيم أنشطة داخل إقليمها تكون موجهة إلى ارتكاب مثل هذه الأعمال<sup>(1)</sup>.

ونحن من جانبنا نتفق مع الرأي القائل بإنكار إرهاب الدولة، دون الأسباب التي احتج بها. فالاعمال الإرهابية التي ترتكب من قبل دولة ما ضد دولة أخرى تعد صورة من صور العدوان - أو الجرائم الدولية الأخرى - ولا تشكل ما يسمى إرهاب الدولة.

وليس السبب في ذلك ما ذكره أصحاب هذا الرأي من أن الدولة بما لها من سيادة لا يجوز إسناد صفة الإرهاب إليها، أو لأن جريمة الإرهاب لا يرتكبها إلا أفراد. ومن غير المتصور ارتكاب الدولة لهذه الجريمة، ولكن السبب - في رأينا - أن 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 يُؤسس عليها البعض للقول بوجود جريمة إرهاب دولة - لم يعد مقبولاً تعدد التوصيف القانوني لنفس السلوك. فإذا رجعنا إلى تعريفات إرهاب الدولة نجد أن السلوكيات التي وضعها هؤلاء كأساس لإرهاب الدولة هي ذاتها الصور التي حددتها 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 اشتراك الدولة بدور ملموس في ذلك).

بالإضافة إلى أن 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 أنه ليس من المتصور القول بثبوت جريمة العدوان - كما عرّفه قرار الأمم المتحدة- في حق الأفراد، فإنه أيضاً ليس من الصحيح نسبة جريمة الإرهاب في حق الدول. وهذا لا يعني أبداً التساهل مع السلوكيات الإجرامية للدول، ولكن طالما جرمها القانون الدولي بأوصاف محددة، فلا ينبغي وصفها بأوصاف أخرى، وإلا كنا بصدّ تكرار لجرائم نفس الفعل بأكثر من وصف تجريم، وهو ما لا يقبل من الوجهة القانونية الصحيحة.

فالآراء التي قالت بجريمة إرهاب الدولة، نرى أنها قد ذهبت إلى هذا المسلك مدفوعة برغبة قوية في تجريم بعض الأنشطة غير المشروعة للدول تحت مسمى الإرهاب. ولا شك أنّ الرأي الذي يلتزم حدود القانون الدولي هو الأولي بالتأييد.

## الخاتمة

استعرضنا في هذا البحث رأي القائلين بجريمة "إرهاب الدولة"، وذلك بعد إطلالة على معنى الإرهاب عموماً وتطوره وما قيل بشأن تعريفه. وقد استعرضنا حجج القائلين بإرهاب الدولة ولكننا لم نجد - في نظرنا - الحجج الدامغة للتسلیم بهذه الفكرة.

وقد لاق القول بنسبة جريمة الإرهاب إلى الدولة بعض القبول على مستوى الفقه الدولي وتبنته بعض "مشاريع" القانون الدولي، ولكن لم تصدر أية أعمال دولية نهائية - كالمعاهدات - متبليّة لهذه الفكرة.

ومع صدور قرار الجمعية العامة للأمم المتحدة في ديسمبر 1974م، الذي تضمن 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 الأفعال، على حساب الأحكام التي أصبحت مستقرة في القانون الدولي.

## المراجع العلمية

### أولاًً: 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 وال حصانة الدبلوماسية - رسالة دكتوراه - كلية الحقوق جامعة القاهرة - 1998م.
- 8- د عبد الوهاب حومد، الإجرام السياسي، دار المعرفة، لبنان، 1963م.
- 9- د عبد الرحيم صدقى، الإرهاب السياسي والقانون الجنائى، دار الثقافة العربية، 1985م.
- 10- د محمد عبد المنعم عبدالخالق، الجرائم الدولية، ط 1، 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 هنداوي، 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, -15  
1985.

Morris, Eric: Terrorism, Threat and Response, McMillan Press, Hounds Mills, 1987. -16

### ثانياً: الدوريات

- 1- د أحمد أبو الوفا، ظاهرة الإرهاب الدولي ضوء أحكام القانون الدولي العام، مجلة البحوث والدراسات العربية، العدد 17 - 18، 1990 م.
- 2- اللواء خضر الدهشوري، انتشار الإرهاب الدولي، مجلة السياسة الدولية، يوليو 1984 م. العدد 77.
- 3- د سمعان بطرس فرج الله، تعريف العدوان، المجلة المصرية للقانون الدولي، المجلد 24 1968 م.
- 4- د عبدالله سليمان، ظاهرة الإرهاب والقانون، المجلة الجزائرية للعلوم القانونية والاقتصادية والسياسية، العدد الرابع، ديسمبر 1990 م.
- 5- د عبدالعزيز سرحان، حول تعريفات الإرهاب الدولي وتحديد مضمونه من واقع قواعد القانون الدولي وقرارات المنظمات الدولية، المجلة المصرية للقانون الدولي، المجلد 39 1973 م.
- 6- د محمد الخشن "التعريف الموضوعي للإرهاب"، المجلة المصرية للقانون الدولي، القاهرة العدد 67، 2011 م.
- 7- د مجى الدين عوض، دراسات في القانون الجنائي الدولي، مجلة القانون والاقتصاد العدد الأول، السنة الخامسة والثلاثون، 1965 م.
- 8- د أحمد رفعت، الإرهاب الدولي، مركز الدراسات العربي الأوروبي، الطبعة الأولى فبراير 1998 م.
- 9- د يحيى البناء، الاتفاقيات العربية لمكافحة الإرهاب، دراسة تحليلية، كتاب الأهرام الاقتصادي العدد 129، 1998 م.
- 10- Turk, Danilo: International Law and Terrorism, S.T.P, July - October, 1989.

# المحكمة الدستورية العليا وترسيم الحدود المصرية ال سعودية

إعداد

دكتور

إكرامي بسيونى عبد الحي خطاب

أستاذ القانون العام المشارك - قسم القانون - كلية العلوم والدراسات الإنسانية حريملاع - جامعة شقراء، المملكة العربية السعودية

## المحكمة الدستورية العليا وترسيم الحدود المصرية السعودية

### الملخص

تسعى دول العالم المطلة على البحار إلى ترسيم حدودها البحريّة مع الدول المجاورة؛ من أجل تعظيم الاستفادة من الثروات الموجودة داخل مياها الاقتصادية، وهذا هو ما دفع جمهورية مصر العربية والمملكة العربية السعودية للقيام بتوقيع اتفاق لترسيم حدودهما البحريّة.

وقد أثار إعلان الحكومة المصرية عقب التوقيع على هذا الاتفاق بما يفيد أن ترسيم الحدود البحريّة بين البلدين ترتّب عليه وقوع جزيرتي تيران وصنافير داخل الحدود الإقليمية للمملكة العربية السعودية خلافاً وجداً عميقاً، ثم انتقل الخلاف إلى ساحات القضاء فأصدرت محكمة القضاء الإداري حكمها المؤيد بحكم بات من المحكمة الإدارية العليا ببطلان توقيع مثل 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 الدوليّة، كان لابد أن يكون للمحكمة الدستورية العليا المصرية الدور الحاسم في فض هذا التنازع، ولقد دعيت المحكمة لممارسة هذا الدور من خلال منازعي تنفيذ تقدمت بهما هيئة قضايا الدولة بصفتها ممثلة عن الحكومة المصرية، وكذلك دعوى أخرى لفض تنازع الأحكام بين القضاة العادي والإداري.

وأثناء هذا الجدال وافق مجلس النواب المصري على هذا الاتفاق في انتظار تصديق رئيس الجمهورية عليه، ثم قررت هيئة مفوضي المحكمة الدستورية العليا في منازعي التنفيذ رفض الدعوى لأنعدام وجود مخالفة من قبل القضاء الإداري لحكم الدستورية العليا المتعلقة بالسيادة، وبعدها ببضعة أيام أصدرت نفس الهيئة تقريراً آخر أستند إليه رئيس المحكمة الدستورية في قراره بوقف تنفيذ الحكمين المتناقضين، وحول هذه المسائل القانونية تدور جزئيات هذا البحث وصولاً إلى نتيجة حاسمة لمصير هذه الاتفاقيّة.

## 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 حقيقة بين قواعد القانون الدولي وقواعد القانون الداخلي؛ فالقانون الدولي يتعامل ظاهريا مع الدول والمنظمات الدولية التي تتمتع بالشخصية الاعتبارية، وموضع هذا القانون يتجسد فيما تبرمه الدول من اتفاقيات دولية تنفذ واقعيا على أراضي الدول الأعضاء وتتلاقى بل وتعارض أحيانا مع قواعدها 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 بالتنفيذ 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 لاحقا في كافة مراحلها؟ وما يهمنا في هذا الموضع هو موقف الدستور من الاتفاقية الدولية بعد التوقيع وقبل التصديق عليها.

وتعتبر اتفاقية ترسيم الحدود البحرية المصرية السعودية مثلا واقعيا وعمليا على هذا التصريح 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 21/6/2016م 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 أبريل سنة 2016م المتضمنة التنازل عن جزيرتي تيران وصنافير للمملكة العربية السعودية مع ما يتربى على ذلك من آثار أخضاعها استمرار هاتين الجزيرتين ضمن الإقليم البري المصري، وضمن حدود الدولة المصرية، واستمرار السيادة المصرية عليهما، وحضر تغيير وصفهما

بأي شكل لصالح أية دولة أخرى، وذلك على النحو المبين بالأسباب وألزمت جهة الإدارة المصاري夫. كما أكدت على الحكم السابق المحكمة الإدارية العليا في حكمها الصادر في الطعن رقم 13583 لسنة 63 قضائية عليا، جلسة 16/1/2017م؛ إذ قضت بإجماع الآراء: برفض الطعن، وألزمت الجهة الإدارية الطاعنة بالمصروفات.

إلا أن الحكومة المصرية أبىت أن تلتزم بهذا الحكم البات ورفعت دعوى مستعجلة أمام قاضي الأمور المستعجلة طالبة وقف تفيد حكم محكمة القضاء الإداري، والمحكمة الإدارية العليا وحصلت على حكم من هذا القضاء بجلسة 29/9/2016م يقضى بوقف تفيد 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 تفيد ما يتربى 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، وال الصادر عن المحكمة الإدارية العليا واعتبارهما منعدمي الأثر وألزمت المدعى عليهم عدد من السادس للعاشر بالمصروفات وأتعاب المحاماة<sup>(1)</sup>.

ومن خلال التنازع والتعارض السابق فإننا نكون أمام حكمين متناقضين أحدهما صادر عن القضاء العادي والآخر صادر عن القضاء الإداري، وهنا يتبع أن تهضم المحكمة الدستورية العليا لجسم هذا التعارض في الأحكام، كما يتبع أن تفصل في مدى دستورية توقيع هذا الاتفاق.

ويعالج هذا البحث دور المحكمة الدستورية العليا في حسم هذا التنازع، والوصول بهذا الاتفاق إلى مراحله المائية 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، وأخيراً 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:

- ما هو المقصود باتفاق ترسيم الحدود البحرية؟
- ما هي الوسائل المتاحة واقعيا أمام المحكمة الدستورية العليا لفرض رقابتها الدستورية على الاتفاقيات؟
- ما هو مصير منازعة التنفيذ المرفوعة أمام المحكمة الدستورية العليا؟
- ما هو الدور المتوقع من المحكمة الدستورية العليا في حسم التعارض بين حكمي القضاء الإداري والقضاء العادي حول الاتفاقيات؟
- هل يحق للمحكمة الدستورية العليا أن تتصدى تلقائيا لبحث مدى دستورية اتفاقية ترسيم الحدود البحرية المصرية السعودية؟
- كيف تستطيع المحكمة الدستورية العليا حسم مصير الاتفاقيات حسما باتا لا رجعة فيه، وما هو المصير المتوقع لهذه الاتفاقيات؟

## أهمية الدراسة

- تمس هذه الدراسة أحد الموضوعات الشائكة في العلاقة بين قواعد القانون الدولي والقانون الداخلي والمطروحة الآن وبقوة على الساحة السياسية، والقانونية والشعبية المصرية.
- تحدد هذه الدراسة مصير هذه الاتفاقيات الدولية في ظل وجود حكمين قضائيين متعارضين.
- تقدّم هذه الدراسة مثلا واقعيا للتعارض بين قواعد القانون الدولي والدستير الداخلي للدول.
- تضع هذه الدراسة تصورا مستقبلياً ل موقف المحكمة الدستورية العليا إزاء هذه الاتفاقيات.

## أهداف الدراسة

- وضع حلول قانونية لمشكلات واقعية تمّس الدولة المصرية.
- 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 مباحثين رئيسين 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

وقد وقعت كل من مصر والمملكة العربية السعودية اتفاق ترسيم الحدود البحرية<sup>(1)</sup> بينهما في القاهرة بتاريخ 8/4/2016م، 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، ومصادرها المتوقع من قبل المحكمة الدستورية العليا؛ لذا فإنه يتوجب علينا أن نبين التعريف بمصطلح ترسيم الحدود البحرية والتمييز بينه وبين ما يختلف 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 مصطلح ترسيم وتعيين أو تحديد الحدود، كما يثير أيضاً 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 مسمى هذه الاتفاقية إذ نشرت بجريدة اليوم السابع في عدد يوم الثلاثاء الموافق 21 يونيو 2016 بعنوان "اتفاقية تعين الحدود البحرية بين مصر والمملكة العربية السعودية"، ولكنها وردت في حكم محكمة القضاء الإداري في الدعوى رقم 43709 لسنة 70 ق، جلسة 21/6/2016م، بعنوان "اتفاقية ترسم الحدود البحرية بين مصر والمملكة العربية السعودية"، ونرى اعتماد التسمية الواردة من محكمة القضاء الإداري لكونها صادرة عن جهة قضائية من المفترض أنها تتحقق من المسمى 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 معاً 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<sup>(1)</sup>، أو الخط الذي يعين حدود المنطقة التي تستطيع الدولة أن تمارس سيادتها عليها<sup>(2)</sup>، أو هي خطوط ترسم على الخرائط لتبيّن الأرض التي تمارس فيها الدولة سيادتها والتي تخضع لسلطانها والتي تكفل لها - وحدها - حق الانتفاع بها واستغلالها، فعندما تبدأ سيادة الدولة صاحبة الإقليم وتنهي سيادة غيرها، ووراءها تنتهي سيادتها وتبدأ سيادة غيرها<sup>(3)</sup>.
- 2- استخدام المصطلحين كمترادفين: تبني هذا الاتجاه الاجماد 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<sup>(4)</sup>.

(1) Boychez (L. J):The Fixing Of Boundaries in International Boundary Rivers, The International and Comparative Law Quarterly, London, 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، ص 15.

(3) راجع: على صادق أبو هيف، القانون الدولي العام، دار المعرفة، الإسكندرية، مصر، ط 12، 2004م، ص 287.

(4) مثال ذلك الفقرتين (ثانية وخامساً) من بروتوكول القدسية لسنة 1913م لتعريف الحدود بين تركيا ==

3- التمييز بين المصطلحين: اتجه غالبية الفقه القانوني إلى أهمية وضرورة التمييز بين مصطلحي "ترسيم" و"تحديد" الحدود واتفق غالبيتهم على أن الترسيم "Demarcation" يأتي لاحقًا (1) لعملية تحديد الحدود "Delimitation".

ومن ثم فإن تحديد الحدود إنما هو عملية قانونية يتم بموجبها بيان الوصف الدقيق لخط الحدود في السند القانوني المنشئ له، وقد يتخذ شكل معايدة 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<sup>(2)</sup>.

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 إمارة 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 إمارة دبي والشارقة من خلال التحكيم الدولي، مجلة الحقوق، ع 1، 2004م، ص 5.

(1) 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، ص 135، أحمد عبد الوهبي 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 ومتنازعات الحدود، ط 2، دار الأمين للنشر والتوزيع، القاهرة، 1999م، ص 62-73، صدام الفتلاوي، وهاني عبد الله عمران، عملية ترسيم الحدود الدولية ومتنازعات الناجمة عنها، مجلة جامعة بابل للعلوم الإنسانية، العراق، المجلد 17، العدد 1، 2009م، ص 35، حازم محمد عثمان، أصول القانون الدولي العام، القسم الثاني، دار النهضة العربية، القاهرة، 2001م، ص 63-65.

- Boggss: International boundaries. American Journal of international law, Vol,1951,P. 242 .

(2) Rousseau (Sharles), 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 تضفي 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 يتغير أن يتم التحديد والترسيم بما لا يخالف الإجراءات الدستورية الداخلية لكل دولة طرف في هذا الاتفاق، وإلا كان الاتفاقان معا باطلين.

وترتيبا 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"<sup>(1)</sup>.

## الفرع الثاني الحدود البحريّة

يميز الفقه القانوني الدولي في مجال التعريف بالبحار بين أربعة مصطلحات أساسية على النحو الآتي:

1- **البحر الإقليعي**: ويقصد به المنطقة التي تمتد بين نقطتين: خط بداية ويسعى خط الأساس، وخط نهاية يمثل الحد الخارجي لهذا البحر<sup>(2)</sup>، أو المنطقة الواقعة بين إقليم الدولة والبحر

(1) قصدت من هذا التعريف التأكيد على أن الاتفاقيات الدوليّة لا يجوز بحال من الأحوال أن تكون مخالفة للقواعد الدستورية المعمول بها داخل الدولة، إذ أن هذه المخالفة ستؤدي لا محالة لاستحالة تنفيذ الاتفاقيات الدوليّة، لأن الاتفاقيات الدوليّة لن يتم الاعتراف لها بقيمة قانونية توازي قيمة القانون الداخلي، أو تعلو عليه إلا إذا استوفت شروط مشروعيتها الدستورية، كما قصدت التأكيد على أن الترسيم كإجراء لا حق للتحديد يتغير أن يكون امتداداً لاتفاق تحديد الحدود ومكملاً له، وليس مجرد إجراء منفصل عنه، لذا يتغير أن يتم هذا الأخير باتفاق دولي وبين نفس الإجراءات الدستورية.

(2) يراجع: محمد راشد ناصر النعيمي، مشاكل قياس البحر الإقليعي في ضوء القانون الدولي، رسالة ماجستير، كلية العلوم القانونية، جامعة الشرق الأوسط للدراسات العليا، الكويت، 2010م، ص 7 وما بعدها.

العالى الذى تمارس عليه الدولة سيادتها<sup>(1)</sup>.

واكتفت اتفاقية قانون البحار 1982م بتحديد حدود البحر الإقليمي دون وضع تعريف له، مقررة أن البحر الإقليمي يمثل امتداداً لمياه الدولة خارج إقليمها البري و المياه الداخلية أو الأرخبيلية<sup>(2)</sup>، وحتى الحزام البحري الملافق، وذلك لمسافة (12) ميلاً بحرياً<sup>(3)</sup> 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 تعديلهما بالاتفاق بينهما<sup>(4)</sup>.

2- "المنطقة المتاخمة": هي ذلك الجزء الذي يقع مباشرةً بعد البحر الإقليمي للدول الساحلية ويمتد (24) ميلاً بحرياً من خط الأساس، أو (12) ميلاً بحرياً من الحد الخارجي للبحر الإقليمي<sup>(5)</sup>.

3- "المناطق الاقتصادية الخالصة"<sup>(6)</sup>: هي تلك المنطقة الواسعة من البحر التي لا تمارس عليها

(1) يراجع: د. محمد الحاج حمود، القانون الدولي للبحار، مطبعة الأذرية، 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 خمسينيات القرن العشرين، ولقد كانت مثاراً للصراع بين الدول الساحلية الكبرى والدول النامية، إذ بدأت الدول الكبرى على بسط سيطرتها وولايها الإقليمية على مساحات كبيرة من هذه المناطق من أعلى 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 الوفا، القانون الدولي للبحار في ضوء أحكام المحاكم الدولية والوطنية وسلوك الدول واتفاقية 1982م، ط 2، 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، جامعة القاهرة، مصر، 2013م.

الدولة الساحلية سيادتها إلا في المجال الاقتصادي فقط، ومن هنا جاءت تسميتها بهذا الاسم، وفيما عدا هذا الاستغلال الاقتصادي تبقى هذه المياه جزءاً من أعلى البحار، إذ يتعين السماح فيها بحرية الملاحة، ولا تستطيع أي دولة أن تمنع سفن دولة أخرى من العبور منها<sup>(1)</sup>، 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 إحدانية مع الأخذ بعين الاعتبار المحددات الجغرافية، والاعتبارات القانونية المتفق عليها، والتي يتعين أن تتم في ضوء قواعد القوانين الدولية ذات الصلة<sup>(2)</sup>.

4- **أعلى 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<sup>(3)</sup>.

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 لرسم هذه المناطق للاستفادة مما تحويه من ثروات لا يمكن للدولة استغلالها إلا بعد ابرام مثل هذه الاتفاقيات، ومن ثم فاتفاق 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، ع 11، نوفمبر 2014م، ص 7. د. صلاح الدين عامر، القانون الدولي للبحار، دراسة لأهم أحكام اتفاقية الأمم المتحدة لقانون البحار لعام 1982م، دار النهضة العربية، 2008م، مصر، ص 13-25.

(2) راجع: د. عبد المعز عبد الغفار نجم، تحديد الحدود البحرية وفقاً لاتفاقية الجديدة لقانون البحار، ط 2، دار النهضة العربية، القاهرة، مصر، 2007م، ص 14

(3) م/86 - 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 ب المياه الإقليمية أو الاقتصادية أو أعلى 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

أنسنت المؤسس الدستوري المصري مهمة الرقابة على دستورية القوانين واللوائح في مصر لجهة قضائية متخصصة تمثلت في المحكمة الدستورية العليا لتمارس -وحدها- هذه المهمة باعتبارها حامية الدستور والمدافعة عن سياج الحقوق والحربيات. 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 -ال الصادر في 18 يناير 2014 م<sup>(1)</sup>- 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 2014 م

موازنة مستقلة، يناقشها مجلس النواب بكامل عناصرها، ودرج 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 النزد الموجه إلى النص المقابل له في الدستور الصادر عام 1971م<sup>(1)</sup>، 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.

وحرصاً 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 فيهم 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 السلطات القضائية والتشريعية؛ ذلك أن هذا المبدأ لم يعد مبدأ جامداً بل مرناناً يسمح للسلطات الثلاث بالتعاون فيما بينها، فهو فصل مع التعاون، وليس فصلاً مطلقاً.

(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" ، ويترتب على هذا النص بطلان أحکام المحكمة الدستورية عند انعقادها خارج مدينة القاهرة، وهذا ما تداركه النص الحالي.

ولقد حددت م/192 من الدستور الحالي (2014م) مهام و اختصاصات المحكمة الدستورية العليا مقررة أنها "تتولى -دون غيرها- الرقابة القضائية على دستورية القوانين واللوائح، و تفسير النصوص التشريعية، و الفصل في المنازعات المتعلقة بشؤون أعضائها، و في تنازع الاختصاص بين جهات القضاء والهيئات ذات الاختصاص القضائي، و الفصل في النزاع الذي يقوم بشأن تنفيذ حكمين نهائين متناقضين، صادر أحدهما من جهة من جهات القضاء أو هيئة ذات اختصاص قضائي، و الآخر من جهة أخرى منها، و المنازعات المتعلقة بتنفيذ أحكامها و القرارات الصادرة عنها. و يعين القانون الاختصاصات الأخرى للمحكمة و ينظم الاجراءات 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 الاختصاص بين جهات القضاء والهيئات ذات الاختصاص القضائي، الفصل في تعارض الأحكام، و منازعات التنفيذ المتعلقة بأحكامها و قراراتها.

وأما عن تشكيل هذه المحكمة فقد جاء بنص المادة /193 من الدستور الحالي مقررة أن "تشكيل المحكمة من رئيس، وعدد كاف من نواب الرئيس، و تؤلف هيئة المفوضين بالمحكمة من رئيس، وعدد كاف من الرؤساء بالهيئة، و المستشارين، و المستشارين المساعدين. و تختار الجمعية العامة رئيس المحكمة من بين أقدم ثلاثة نواب لرئيس المحكمة، كما تختار نواب الرئيس، وأعضاء هيئة المفوضين بها، و يصدر 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)<sup>(1)</sup>؛ حيث كان أعضاء المحكمة ورئيسها يتم

(1) أحالت م/176 من الدستور المصري 1971م أمر تشكيل المحكمة الدستورية العليا لقانون المحكمة الدستورية العليا نفسها مقررة أنه " ينظم القانون كيفية تشكيل المحكمة الدستورية العليا، و بين الشروط الواجب توافرها في أعضائها و حقوقهم و وصانتهم"؛ 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. و يكون تعيين نواب رئيس المحكمة ومستشاريها بقرار من رئيس الجمهورية بعدأخذ رأي المجلس الأعلى للهيئات القضائية...»، و يتضح 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.

تعيينهم 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 مقررة أن "رئيس ونواب المحكمة الدستورية العليا، ورئيس وأعضاء هيئة المفوضين بها مستقلون وغير قابلين للعزل، ولا سلطان عليهم في عملهم لغير القانون"، وبين القانون الشروط الواجب توافرها فيهم على أن "تتولى المحكمة مسؤولياتهم تأديبيا على الوجه المبين بالقانون، وتسرى بشأنهم جميع الحقوق والواجبات والضمانات المقررة لأعضاء السلطة القضائية".

ويثير النص السابق التساؤلات حول ضمانة عدم القابلية للعزل هل هي مقررة 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....." ويتبين 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 فيهم غير قابلين للعزل أيضا استنادا النص 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 هيئه قضائية مستقلة؛ لذا فإن أعضاءها يصدق عليهم وصف القضاة، ومن ثم يسري بشأنهم ضمانة عدم القابلية للعزل؛ وإن كنا نرى أيضا أنه كان بالإمكان صياغة النص الدستوري الحالي السابق (م/194) بصورة أكثر وضوحاً لتشمل عدم القابلية للعزل كل أعضاء المحكمة وكذلك رئيس وأعضاء هيئة مفوضي المحكمة.

وتتمتع أحكام وقرارات المحكمة الدستورية العليا بالحجية المطلقة في مواجهة الكافلة؛ إذ نصت م/195 من الدستور الحالي 2014م على أنه "نشر 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 الاتفاقيات الدولية

لا تثير الاتفاقيات الدولية الخلاف القانوني إلا إذا كانت مخالفة للدستور؛ أي غير متفقة مع نصوصه وأحكامه، وهنا يمكن أن نطلق على هذا الخلاف مصطلح "التنافع بين الدستور والاتفاقية الدولية"، ولكن عندما تهض المحكمة الدستورية العليا لترافق المعاهدة الدولية هل يجوز لها أن ترافق كافة مراحل الاتفاقيات الدولية، أم تنتظر بعد التصديق عليها، وما هي الوسيلة القانونية التي يمكن من خلالها الطعن في الاتفاقيات الدولية أمام المحكمة الدستورية العليا، وسوف أناقش ذلك من خلال الغصتين الآتىين:

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

تعنى الرقابة الدستورية السابقة تلك الرقابة التي تسبق إصدار القوانين واللوائح، ومن بين الدول التي تعتنق هذا المذهب فرنسا<sup>(1)</sup>، وتعد هذه الوسيلة من الوسائل الوقائية باعتبارها تمنع إصدار القوانين غير الدستورية من السلطة المختصة، ولا تنتظر حتى تتنفيذها 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 الحقيقة للدستور إلا عند تطبيق النصوص القانونية واللائحة على أرض الواقع. والنوع الآخر من الرقابة يسمى "الرقابة اللاحقة"، وهي عكس سابقتها تفرض بعد إصدار النصوص التشريعية واللائحة ووضعها موضع التطبيق.

إذا 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 وسيلي الرقابة السابقة والرقابة اللاحقة ومهمها الكونغو والبرتغال وإسبانيا والجزائر وألمانيا، وكل دول أوربا 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 تبسط عليه ولاية الجهة القائمة على أمر الرقابة الدستورية<sup>(1)</sup>، ومن بين هذه الأنظمة القانونية مصر في ظل دستور 1971م<sup>(2)</sup>.

إذا 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 انتبه طرفيتين 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 الناخبين 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 وبلغها 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.

الصلاح والتحالف وما يتعلق بحقوق السيادة، ولا يتم التصديق عليها إلا بعد إعلان نتيجة الاستفتاء بالموافقة. وفي جميع الأحوال لا يجوز إبرام أية معايدة 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، فهذا 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 تمثل في سلطة الشعب عن طريق الاستفتاء، وهنا تنحصر سلطة الرقابة عن مجلس النواب، وتنقل إلى صاحبها الأصلي الشعب.

3- معاهدات منعدمة: لخالفتها 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 بطلاً مطلقاً.

ومما سبق يتضح أن المشرع الدستوري المصري الحالي قد وضع ضوابط دستورية يتعين مراعاتها من قبل كافة السلطات المختصة قبل التصديق على الاتفاقية الدولية، لذا فهي مجموعة من الضوابط الدستورية الجديدة التي تمثل وسيلة وقائية يتعين على الكافة 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 لتحقق من دستوريتها أو عدم دستوريتها ما تقوم به من إجراءات بشأن الاتفاقيات الدولية.

أولاً: الوسيلة العلاجية: وردت هذه الوسيلة في نص م/192 من الدستور الحالي (2014م) فيما قررته 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 في تخضع بعد التصديق عليها لرقابة المحكمة الدستورية العليا.

## الغصن 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، مقررة 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 تقضي بعدم دستورية أي نص في قانون أو لائحة يعرض لها بمناسبة ممارسة اختصاصها ويتعلق بالنزاع المطروح عليها وذلك بعد اتباع الإجراءات المقررة لتحضير الدعوى 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، ورأى المحكمة أو الهيئة أن الدفع جدي أجلت نظر الدعوى وحددت ملن 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 يتتنوع 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 التصديق المقرر للمحكمة الدستورية العليا.

وبتطبيق الوسائل الثلاث على الاتفاقية محل الدراسة، نجد أن هذه الاتفاقية كانت محلا للنظر أمام محكمة القضاء الإداري، ومن بعدها المحكمة الإدارية العليا، ثم محكمة الأمور المستعجلة ابتدائياً واستئنافياً، 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 حكمهما ببطلان توقيع مثل الحكومة المصرية على الاتفاقية في إطار مخالفة هذا التوقيع للدستور، فالقضاء 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 وسليتي الدفع والإحالة يخرجان واقعياً 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 ببطلان توقيع مثل الحكومة المصرية على الاتفاقية وما يترتب على ذلك من آثار أخرى استمرار تبعية جزيرتي تيران وصنافير للدولة المصرية، والحكم الآخر نهائياً صادر من محكمة الأمور المستعجلة الاستئنافية بوقف تنفيذ حكمي محكمة القضاء الإداري والإدارية العليا، ومن ثم استمرار في تنفيذ الاتفاقية وما يترتب عليها من تسليم الجزر إلى المملكة العربية السعودية. وأما الاختصاص الآخر الذي نتوقعه فهو مرتب 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<sup>(1)</sup> 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 البحث 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 14/6/2017م

## البحث الثاني

### المحكمة الدستورية وحسم مصير الاتفاقية

ما زالت اتفاقية ترسيم الحدود البحرية المصرية السعودية - حتى تاريخ كتابة هذه السطور- محلاً للخلاف والجدال، وإذا كان هذا الخلاف قد ظهر في مشهده الأول بين القضاةين العادي والإداري، ومشهده الثاني في إقرار مجلس النواب لهذه الاتفاقية -رغم وجود حكم قضائي بات ببطلان الاتفاقية من المحكمة الإدارية العليا-، فإن المشهد الأخير والحاصل -في رأينا- يتquin 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 دستوريتها من عدمه في ظل نصوص الدستور المصري الحالي لعام 2014م.

ولما كانت المحكمة الدستورية العليا تتصل حالياً بالاتفاقية محل الدراسة من خلال ما رفعته هيئة قضايا الدولة -بصفتها الممثل القانوني للحكومة المصرية- من دعوى "منازعة تنفيذ" أمامها، ووجود حكمين متعارضين أحدهما صادر عن المحكمة الإدارية العليا والآخر عن المحكمة الاستئنافية المستعجلة، ومن ثم يتquin علينا مناقشة هذين الاختصاصين لنصل إلى قول حاسم لمصير هذه الاتفاقية وذلك في مطلبين على النحو الآتي:

**المطلب الأول: الاتفاقية و منازعة التنفيذ**

**المطلب الثاني: الاتفاقية و تعارض الأحكام**

## المطلب الأول

### منازعة التنفيذ

رفعت هيئة قضايا الدولة منازعي تنفيذ برقم 37، 49 لسنة 38 ق أمام المحكمة الدستورية العليا<sup>(1)</sup>، وقد تمسكت الهيئة بعدد من الأسانيد القانونية في هذه المنازعات، 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 منازعي التنفيذ

#### الفرع الثاني: التعليق على أسانيد منازعي التنفيذ

### الفرع الأول

#### أسانيد منازعي 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 ببطلان 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:

- الاتفاقية الحالية هي عمل مبدئي غير مكتمل: ذلك أن الاتفاق الذي أبرم في 9/4/2016م أوقف تنفيذه على ضرورة موافقة مجلس النواب كشرط لازم لإعماله قبل تصديق رئيس الجمهورية عليه للبدء في سريانه وتطبيقه.
- 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.
- مخالفة القضاء الإداري لأحكام المحكمة الدستورية العليا بشأن تحصين أعمال السيادة ضد رقابة القضاء، فالخصوصية أمام القاضي الإداري قد انعقدت على خلاف ما يوجبه القانون من شروط لقبول دعوى إلغاء أمام مجلس الدولة، فضلاً 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 17/2/2015م 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 الماثل يخرج من نطاق الاختصاص الولائي لهذه المحكمة مما يتبع معه القضاء بعدم اختصاص المحكمة ولائيا بنظر الدعوى.

-4- سلامة الاتفاق الدولي من عدمه هو أمر معقود لمجلس النواب؛ ذلك أن البريطان هو القاضي الطبيعي للاتفاقية أو للمعاهدة، ويمتنع اختصاصه بنظر أي منها تدخل أي سلطة قضائية في شأنهما.

-5- حكم القضاء الإداري يمثل عقبة في تنفيذ أحكام المحكمة الدستورية العليا طبقاً لنص م/50 من قانونها، إذ قررت هيئة قضايا الدولة أن حكم محكمة القضاء الإداري ببطلان توقيع ممثل الحكومة المصرية على الاتفاق يحول دون تنفيذ أحكام المحكمة الدستورية العليا<sup>(1)</sup>.

(1) من بينها حكمها في الطعن رقم 6 لسنة 12 ق دستورية، جلسة 5/7/1994م، مكتب فني 6، ج 1، ص 862، القضية رقم 34 لسنة 27 ق "منازعة تنفيذ، جلسة 4/6/2016م، منشور بالجريدة الرسمية بالعدد رقم 23 مكرر" د، في 15/6/2016م

## الفرع الثاني

### التعليق على أسانيد منازعة التنفيذ

رغم أن حجج هيئة قضايا الدولة قد تبدو منطقية، إلا أن المتمعن فيها يجد أنها قد انطوت على العديد من التناقضات القانونية، وهذا ما نفنه على النحو الآتي:

1- الاتفاقية الحالية هي عمل مبدئي غير مكتمل: هذا القول، وإن صحي في ظاهره تأسياً على كون الاتفاقية لم يتم التصديق عليها من مجلس النواب، إلا أن الحقيقة الدستورية تجافي وتنافي هذه الصحة الظاهرة تماماً، إذ أن توقيع مثل 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 يتبع أن يكون هذا العمل المبدئي مشروعًا دستوريًا، ومن ثم فإذا كان إبرام الاتفاقية الدولية محظورًا 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 2014 مقررة أنه "..... وفي جميع الأحوال لا يجوز إبرام أية معايدة 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 حتى التوقيع والإقرار وحق التصديق، فكل هذه الإجراءات هي وعدم سواء، لذا فلا مناص من تدخل القضاء لجسم هذا التغول من جانب السلطة التنفيذية على أحكام الدستور.

2- انعدام وجود فكرة التنازل عن أي جزء من الإقليم المصري: هذا القول ينافي الواقع؛ إذ لم تمنح الحكومة لنفسها فرصة في الثاني، بل أعلنت في نفس اللحظة التي تم فيها التوقيع على الاتفاق أن الترسيم ترتب عليه وقوع جزيري 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 مذكرة المقدمة للمحكمة الدستورية العليا نصاً بما ينافق ذلك إذ قررت أنه "....وبذات التاريخ (أي تاريخ التوقيع) أُعلن عن إعادة جمهورية مصر العربية للمملكة العربية السعودية جزيري تيران وصنافير.....".

3- مخالفة القضاء الإداري لأحكام المحكمة الدستورية العليا بتحصين أعمال السيادة من

الرقابة القضائية: لقد تكفلت محكمة القضاء الإداري بحضور هذه الحجة من أساسها على النحو الآتي:

(أ) **مرونة نظرية أعمال السيادة:** فأعمال السيادة ليست نظرية جامدة وإنما تتسم بالمرونة وتناسب عكسياً مع الحرية والديمقراطية؛ فيتسع نطاقها في النظم الديكتاتورية ويفضي كلما ارتفعت الدولة في مدارج الديمقراطية<sup>(1)</sup>.

(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 يتسع 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 تهتم للقضاء، بالإضافة إلى عدم ملائمة طرح هذه المسائل علينا في ساحات القضاء، وإذا انتفى هذا المناطق وجوب الالتزام بالأصل العام المتمثل في اختصاص القضاء بنظر الطعون على تلك الأعمال. والثابت من الأوراق أن موضوع الدعويين مسألة قانونية خالصة تدور حول صحة 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 واللائحة والاتفاقيات التي تحكم وضعهما، والظروف التاريخية والواقعية المحيطة بهما.

(د) **انتفاء الشروط القانونية للتمسك بأعمال السيادة:** إذ أن هناك شرطاً 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 يقررها الدستور ومتجنباً المحظورات التي يفرضها.

ومن ثم فإذا ثبت أن جهة الإدارة غير مختصة به، أو أنها أهدرت الشروط التي يقررها الدستور، أو وقعت في الحظر الذي يفرضه فلا يجوز لها أن تستتر خلف ستار أعمال السيادة لمنع القضاء من

(1) حكم المحكمة الإدارية العليا في الطعن رقم 13846 لسنة 59 ق ع جلسه 21/4/2013م.

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 الجزرتين سالفتي الذكر، عملاً قانونياً إدارياً تبسط إليه ولاية محاكم مجلس الدولة إعمالاً لحكم المادة (190) من الدستور، ونص البند (14) من المادة العاشرة من قانون مجلس الدولة.

(ه) 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<sup>(1)</sup>.

(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- مقررة 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) تغير 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 تقتضي جميع الدعاوى الخاصة بالاتفاقيات الدولية بعدم اختصاصها ولاتيًّا 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 قبضت بجلسة 28/5/2013 في الدعوى رقم 12300 لسنة 67 بشأن نص في الاتفاق الأوروبي المتوسطي لتأسيس مشاركة بين حكومة جمهورية مصر العربية والجماعات الأوروبية والتي صارت لها قوة القانون -بالإحالة إلى المحكمة الدستورية العليا للفصل في مدى دستوريته ما تضمنه من إبرام اتفاقيات لإعادة توطين مواطنى دولة ثالثة في مصر؛ ومن ثم فإن الاستناد إلى سوابق الأحكام غير مفيد لجهة الإدارة في هذا الشأن.

سلامة الاتفاق الدولي من عدمه هو أمر معقود مجلس 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 وأالية 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 ببطلان توقيع ممثل الحكومة المصرية على هذه الاتفاقية، ومن ثم فإن مناقشة مجلس النواب لاتفاقية منعدمه بحكم قضائي بات حائزًا للحجية المطلقة يكون قد خالف نصوص الدستور، وضرر عرض الحائط بمفهوم دولة القانون التي يخضع فيها الكافة لسلطة القانون التي تفرض على الكافة احترام أحكام القضاء كافة بصفة عامة، والبادة منها بصفة خاصة.

5- حكم القضاء الإداري يمثل عقبة في تنفيذ أحكام المحكمة الدستورية العليا، ورداً 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 حظراً دستورياً على السلطات كافة بإبرام أي اتفاق يتربّع عليه التنازل عن جزء من إقليم الدولة المصرية، ومن ثم فلا عبرة بأحكام دستورية صادرة في ظل دستور أصبح منعدماً، وحل محله نظام دستوري آخر.

ومن ناحية أخرى فإن عقبة التنفيذ لا بد أن تكون سابقة لأحكام المحكمة الدستورية لكي تتحقق الحكمة من إزالتها، لذا يمكن القول - في رأينا - وبكل وضوح- إن الحكم 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 مقررة "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 محظوظ إبرامها وهذا الاختصاص للقاضي الإداري يرتبط باختصاصه كقاضي مشروعية يراقب ما تمارسه الحكومة من أعمال في إطار وضع دستوري جديد.

وتتجدر الإشارة في هذا الصدد إلى أن تقرير مفوضي المحكمة الدستورية العليا بشأن منازعي التنفيذ سالفتي الذكر قد صدر بتاريخ اليوم 15 يوليو 2017م<sup>(1)</sup> - وهو نفس اليوم الذي صوت فيه مجلس النواب المصري لصالح الاتفاقية- مقررا رفض منازعي التنفيذ، واستند التقرير إلى عدم وجود مخالفة من قبل حكمي محكمة القضاء الإداري والمحكمة الإدارية العليا لأحكام المحكمة الدستورية العليا بشأن عدم ولایة القضاء لنظر اتفاقيات ترسيم الحدود، وإلى أن الحكم فصل في مسائل دستورية ولا علاقة له باتفاقيات ترسيم الحدود، لافتا إلى أن المحكمة الدستورية قد حددت جلسة 30 يوليو القادم لنظر منازعي التنفيذ المقامة من الحكومة.

ورغم أن تقرير هيئة المفوضين لا يلزم المحكمة الدستورية العليا إلا أن ما يملكه أعضاء الهيئة من خبرة قانونية طويلة تمكّنهم 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<sup>(1)</sup>

يحدث تعارض الأحكام<sup>(2)</sup> نتيجة صدور حكمين نهائين متناقضين من جهتين قضائيتين

(1) في الحقيقة وأثناء كتابة هذه السطور كان تناولى لهذا الموضوع مجرد رؤية مستقبلية لما ستقدم عليه الحكومة في المستقبل إلا أن هذه الرؤية قد تحققت من خلال ما استنبطته من تصرح المتحدث الرسعي باسم المحكمة الدستورية العليا المستشار رجب سليم تعليقا على قرار مفوضي المحكمة الدستورية العليا برفض منازعى 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 إليها تدوران حول الفصل في ما إذا كان حكم القضاء الإداري ينافي حكم المحكمة الدستورية العليا في شأن الاتفاقيات الدولية أم لا والمحكمة الدستورية العليا ترفع أن يرج باسمها في أي نزاع ذي طابع سياسي وتبادر اختصاصاتها المسندة إليها بالدستور والقانون ولا تبتعدا إلى ما يجاوزها"، ولقد ورد بالحديث نصاً 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 2017 م

(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 1932 م ليضيف صورة ثالثة إلى حالات التنازع في الاختصاص التي تنظرها محكمة التنازع الفرنسية، وتتلخص وقائع هذه القضية في أن شخصاً 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 طالباً التعويض عن الأضرار التي أصابته، ولكن المحكمة رفضت دعواه على أساس أنه لم يقع خطأ من سائق السيارة الخاصة، فكان طبيعياً بعد ذلك أن يتوجه إلى القضاء الإداري يطلب من الإدارة تعويضاً على أساس أن الخطأ قد وقع من سائق السيارة العسكرية، ولكن القضاء الإداري الفرنسي رفض دعواه أيضاً على أساس انتفاء الخطأ من جانب هذا السائق، وبذلك تكون أمام حكمين متعارضين أحدهما من القضاء العادي والآخر من القضاء الإداري ونتج عن هذا التعارض أن أصبح المدعي المضور في حالة إنكار للعدالة لعدم جبرضرر الذي حدث له بالتعويض المناسب، ذلك أن حادث التصادم (ولم يقل أحد الحكمين أنه حدث بقوة قاهرة) 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 إيجابياً كما أنه ليس سلبياً، ولذلك صدر قانون 1932 م.

Auby(Jean- Mrie) et Drago(Ronald):Traité de Contentieux Administratif , L. G. D. J,3e édition ,Paris, France,1984,P. 12

مختلفتين حول ذات الموضوع<sup>(1)</sup>، وقد أستندت مهمة فصل هذا التناقض للمحكمة الدستورية العليا بمقتضى نص م/192 من الدستور الحالي لسنة 2014م -السابق الإشارة إليها- ونص الفقرة ثالثا 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 نهائين متناقضين صادر أحدهما من أية جهة من جهات القضاء أو هيئة ذات اختصاص قضائي والآخر من جهة أخرى منها<sup>(2)</sup>.

ولما كانت الدائرة الأولى لمحكمة القضاء الإداري قد أصدرت حكمها بجلسة 21/6/2016م 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 جزيري تيران وصنافير للمملكة العربية السعودية مع ما يتربت 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 نهائين 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، فالالأصل أن الهيئات ذات الاختصاص القضائي لا تصدر أحكاماً بل تصدر قرارات قد يمنحها القانون صفة الإلزام إلا أن ذلك لا يعني بحال من الأحوال أن يطلق عليها مصطلح "الحكم".

وأياً ما كان الأمر فقد تكفل نص م/192 من الدستور المصري الحالي (2014م) بتصويب اللبس في شقه الأول باستخدام حرف الجر "و" للتأكيد على اختصاص المحكمة بالفصل في النزاع الذي يحدث بين جهتين قضائيتين وجهة أخرى ذات اختصاص قضائي، وهنا يتعمّن على المشرع تعديل نص هذه المادة بما يتفق مع النص الدستوري الحالي.

أما ما لاحظه الباحث من إطلاق مصطلح "حكم" على ما يصدر عن اللجان ذات الاختصاص القضائي فقد 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، وحضر 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 عليا، جلسة 16/1/2017م؛ إذ قضت بإجماع الآراء: برفض الطعن، وألزمت الجهة الإدارية الطاعنة المصروفات.

ولما كان القضاء العادي، ممثلا في قاضي الأمور المستعجلة، قد أصدر حكمه بجلسة 29/9/2016م 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 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، وال الصادر عن المحكمة الإدارية العليا واعتبارهما منعدمي الأثر وألزمت المدعى عليهم عددا 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 يتquin علينا أن تتحقق 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**

## الفروع الأولى

### 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 نهائين 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 أسفت 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:

- نهائية الأحكام محل التنازع، والنهائية هنا لها وجهان: أحدهما لا يقبل فض التنازع بين حكم قضائي وعمل ولائي، ولو كان العمل الولائي صادراً من جهة قضائية، والآخر: أن يكون الحكمان 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.
- أن يكون الحكمان قد فصلا في دعوى واحدة على نحو مختلف بحيث يتذرع تنفيذ الحكمين معاً.
- 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 النهاية هل المقصود به أن يكون الحكمان قد استنفذا طرق الطعن العادلة ومنها الاستئناف، أم أن المقصود بها أن يكون الحكمان قد استنفذا كافة طرق الطعن العادلة (كالاستئناف)، وغير العادلة (النقض أو الطعن أمام المحكمة الإدارية العليا بالنسبة لأحكام القضاء الإداري)؟

في - رأينا - أن المقصود بالنهاية هنا أن يكون كل من الحكمين غير قابل للطعن فيه بأي طريق، والسبب في ذلك يرجع إلى المحكمة 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، وتصبح أمام حكم قضائي واحد، لذا لو رفع الاتجاه المعارض للاتفاقية دعوى أمام محكمة النقض طعناً في حكم قاضي الاستئناف المستعجل، فهنا يتبع على الحكومة أن تترخيص قضاء محكمة النقض لحين الفصل فيه قبل رفع دعوى فض التعارض.

وقد يعترض البعض على منطقتنا السابق، وسندهم في ذلك صريح نص م/32، م/25 إذ ورد اللفظ "نهايين" ، والمعروف أن الأحكام النهاية هي الأحكام التي تقبل الطعن فيها بطرق الطعن غير العادلة ولا تقبل الطعن فيها بطرق الطعن العادلة كالاستئناف، فضلاً عن كون محكمة النقض أو الإدارية العليا ليستا محكمتا موضوع بل هما محكمتا قانون، يتأكdan من استيفاء الأحكام المطعون فيها أمامهما لصحيح القانون.

ورغم منطقية الاعتراض السابق إلا أن الرد عليه سهل بسيط من وجهين؛ أحدهما: أن العبرة هي بالمقاصد والمعانى وليس بالألفاظ والمبانى؛ فالمحكمة من تدخل المحكمة الدستورية هي فض التعارض بين الحكمين؛ فلو كان أحدهما يحتمل إلغاؤه فلا مجال إذن لوجود التعارض، وهنا يجوز للمحكمة الدستورية أن تتفادى إمكانية تنفيذ الحكم القابل للطعن فيه بالنقض فتوقف نظر دعوى فض التعارض لحين الفصل في دعوى النقض.

والآخر: يتمثل في أن المحكمة من الانتظار حتى يصبح الحكم غير البابات باتا هي التخفيف عن كاهل المحكمة الدستورية العليا في كم هائل من الدعاوى من ناحية، ومن ناحية أخرى تفادى 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

ممثلاً للحكومة 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، وتمثل أهم هذه الضوابط والقيود في الآتي:

1- المحكمة الدستورية العليا ليست جهة طعن في الأحكام محل التعارض، فقد استقر قضاها على أن "الاختصاص المحكمية الدستورية العليا بالفصل في التناقض بين حكمين نهائين وفقاً للبند "ثالثاً" من المادة (25) من قانونها ليس مقرراً لها بوصفها جهة طعن، إذ أن النزاع الموضوعي لا ينتقل إليها لتمحیص العناصر التي قام عليها واقعية كانت أو قانونية، ولكنها -وأيًّا كانت الأخطاء التي تكون قد نسبت إلى أي من الحكمين المدعى تناقضهما- تتأكد ابتداءً 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 نصيبيها من المنازعات التي خصها بالفصل فيها<sup>(1)</sup>.

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 الأحكام الباتة ملزمة للكافة، فلا يجوز مع هذا الإلزام المطلق لأي جهة ولو كانت قضائية أن تنازع في تنفيذ هذا الحكم البات، لذا - فيرأينا - أن هذه الدعوى ليست في حقيقها سوى طعن في حكم المحكمة الإدارية العليا، ومن ثم ينفي وجود هذا الضابط في دعوى فض التعارض.

(1) الحكم في الدعوى رقم 2 لسنة 14 قضائية دستورية "تنازع" جلسه 14/1/1997.

2- المحكمة الدستورية العليا ليست طرفاً في التناقض: إنما هي التي تعين أي الحكمين أولى بالتنفيذ؛ فقد قضت المحكمة "وحيث أن مناط قبول طلب الفصل في النزاع الذي يقوم بشأن تنفيذ حكمين نهائين 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 والأخر من جهة أخرى منها، وأن يكونا قد حسما النزاع في موضوعه، وتناقضاً بحيث يتذرع تنفيذهما معاً، وليس من بين هاتين الجهات 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 نهائين، وهي التي تعين أحقيهما بالتنفيذ. واعتبارها طرفاً في هذا التناقض أو إقحامها على النزاع المتعلق به مردود أولاً: لأن ولائيتها في المسائل التي تدخل في اختصاصها هي ولاية منفردة لا مزاحمة فيها، وقولها في شأنه هو القول الفصل، وليس لها بالتالي أن تنقض قضاة صادراً عنها، ولا أن تراجعها فيه أي جهة ولو كانت قضائية، ومن ثم تصبح أحكامها عصية على الرجوع عنها بما لا يجوز معه اعتبارها حداً للتناقض المنصوص عليه في البند ثالثاً من المادة (25) من قانونها، وإلا ساغ تغليب قضاة لجهة أخرى عليها. ومردود ثانياً: بأن هذه المحكمة حين تباشر اختصاصها بالفصل في التناقض المدعي به بين حكمين نهائين صادرين عن جهتين قضائيتين، فإنهما تقوم بدور الحكم بينهما، وهو ما يفترض لزوماً حيالها ونظرتها للموضوعة 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 - مقصورةً على قضاها صوناً لأحكام الدستور التي ينافيها أن تكون الجهة التي أسدت إليها المشرع ولاية الفصل في نزاع معين فصلاً قضائياً هي ذاتها المعتبرة خصماً فيه، ولأضحى متعيناً بالتالي أن يكون الفصل في التناقض المدعي به موكولاً إلى محكمة قائمة بذاتها تستقل بتشكيلها عن المحكمة الدستورية، أو على الأقل ألا تكون الغلبة فيه لقضاها. ومردود رابعاً: بأن هذه المحكمة حين تفصل في النزاع القائم في شأن تنفيذ حكمين نهائين، فإنهما تفضلان 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 بسيئاتها المختلفة ومحاكمها

المتعددة، بما مؤداه عدم جواز اعتبار هذه المحكمة جهة قضاء في تطبيق أحكام البند ثالثاً من المادة (25) من قانونها<sup>(1)</sup>.

وبتطبيق الضابط السابق نجده متحققاً في الدعوى الماثلة، إذ أن المحكمة الدستورية العليا بالفعل ليست طرفاً في النزاع بين الحكمين المدعى بتناقضهما، بل هي جهة محايدة مستقلة تفصل في نزاع قائم بين جهتين من جهات القضاء في حدود ولايتيها المسندة إليها بمقتضى الدستور والقانون.

3- دعوى فض تناقض الأحكام لا تقتيد بميعاد: وقد قضت المحكمة في هذا الشأن بأنه "وحيث إن اختصاص المحكمة الدستورية العليا بالفصل في التناقض بين حكمين نهائين وفقاً للبند ثالثاً من المادة 25 من قانونها، ليس مقرراً لها بوصفها جهة طعن تفصل فيما يعرض من الطعون خلال ميعاد محدد بقاعدة آمرة لا تجوز مخالفتها، ذلك أن النزاع الموضوعي لا ينتقل إليها لتجيل بصرها في العناصر التي قام عليها واقعية كانت أم قانونية- ولكنها -وأيًّا كانت الأخطاء التي يمكن نسبتها إلى الحكمين المدعى بتناقضهما 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، وبين اختصاصاتها، وطريقة تشكيلها" وحيث إنه فضلاً عما تقدم، فإن الأصل في المواجهات التي يضر بها المشرع لرفع الدعوى أو الطعن، أنها لا تفترض؛ ذلك أن قوامها قواعد آمرة لا يجوز التخلل منها، وهي بطبيعتها وبالنظر إلى خصائصها، مواعيد سقوط يزول بفوائتها الحق في الخصومة، أيًّا كانت المرحلة التي قطعتها. كذلك فإن إعمال المحكمة الدستورية العليا للقواعد المنصوص عليها في قانون المرافعات المدنية والتجارية في شأن ما يعرض عليها من الدعاوى والطلبات، مشروط بـألا يكون قانونها متضمناً لنص خاص يحكمها، وأن يكون تطبيقها في شأن غير مناقض لطبيعة المسائل التي تدخل في ولايتها، والأوضاع المقررة أمامها<sup>(2)</sup>.

(1) أشار إليه المستشار الدكتور/ عبد العزيز محمد السالمان: ولاية المحكمة الدستورية العليا في فض التعارض في تنفيذ الأحكام النهائية وأثر تنفيذ أحد الحكمين، مجلة الدستورية المصرية، العدد الرابع والعشرين.

(2) الحكم في الدعوى رقم 4 لسنة 14 قضائية "نزاع" جلسة 21/1/1995م.

وبتطبيق الضابط السابق على دعوى فض التناقض الماثلة نجد أن هيئة قضايا الدولة لها الحق في رفع دعواها دون التقيد بمواعيد محددة، وهو ما يؤكد نظرنا السابق بضرورة الترخيص لحين الفصل من قبل محكمة النقض في قضاء المحكمة الاستئنافية المستعجلة.

4- التناقض بين أسباب حكمين نهائين دون المنطق: فلا يقوم التناقض - بمعنى الذي تقصده المادة 25/ ثالثاً من قانون المحكمة الدستورية العليا- إلا بتعارض منطق حكمين نهائين، ولا عبرة في التناقض بين حيئات الحكمين المدعى قيام التناقض بينهما، فقد قضت المحكمة الدستورية العليا أنه "حيث إن مناط قبول طلب الفصل في النزاع الذي يقوم بشأن تنفيذ حكمين نهائين متناقضين والذي تتعقد للمحكمة الدستورية العليا ولایة الفصل فيه طبقاً للبند ثالثاً من المادة 25 من قانونها الصادر بالقانون رقم 48 لسنة 1979 - هو أن يكون النزاع قائماً بشأن تنفيذ حكمين نهائين حسماً النزاع وتناقضها بحيث يتذرع تنفيذهما معاً<sup>(1)</sup>.

ولعل الضابط السابق -في رأينا- هو القول الفصل في انعدام الجدوى من وراء تحريك مثل هذه الدعوى من قبل الحكومة، ذلك أن التعارض المعترض به من قبل المحكمة الدستورية العليا، إنما هو التعارض في المنطق؛ بمعنى أن تصدر محكمة قضائية عادلة حكماً بصحبة اتفاق ترسيم الحدود البحرية المصرية السعودية، بينما تصدر محكمة القضاء الإداري حكماً ببطلان هذه الاتفاقية، فهنا تكون 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 الآخرين 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 -يقيناً- غير متحقق، وهو ما سيؤدي بلا جدال لرفض دعوى الفض المقدمة 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 يستهض ولایة 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 1/1/1983

الذى يقوم بين حكمين نهائين صادرين من جهتين قضائيتين مختلفين، إذا كان متعامدين على محل واحد، وتعد تتنفيذهما معاً، فإذا كانا غير متعدين محالاً، أو مختلفين نطاقاً، فلا تناقض، وكذلك الأمر كلما كان التعارض بينهما ظاهرياً لا يتعق الحقائق القانونية، أو كان مما تزول الشيبة فيه من خلال التوفيق بين دلالة ما رميأ إليه<sup>(1)</sup>.

وبتطبيق الضابط السابق نجد أنه يتعد تتنفيذ الحكمين الصادرين حول الاتفاقيه محل الدراسة معاً، وهو شرط مكمل لشرط اتحاد المحل والنطاق، ومن ثم فلا ينبغي النظر في رأينا إلى أحدهما دون الآخر، فرغم تعد تتنفيذ الحكمين معاً، إلا أن محل القضاةين 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 اتفاقيه 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 الاتفاقيه 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 إعمال القواعد التي ينبغي أن تدار العدالة في نطاقها إدارة فعالة، صوناً لرميمها. وتحصل 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 تزاحم جهتان قضائيتان على الفصل في عين الخصومة المرددة أمامهما توقياً لاحتمال تناقض الحكمين الصادرين عنهم، فإن وقع هذا التناقض بينهما، وكان تنفيذهما معاً متعدراً، 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 مردتها إلى عدوان إحداهما على الولاية التي أثبتها المشرع للأخرى، بما ينافي مبدأ خصوص الدولة للقانون، وينقص من مهابة الأحكام القضائية واحترامها، ويعرض الحقوق التي تناولتها للضياع.<sup>(1)</sup>

والضابط السابق هو الهدف الحقيقي المبتغى من وراء فض التنازع 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 المضي 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 مقررة 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 هيئة 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 لابد أن تشتملا على عناصر الحكمين موضوع التنازع أو التناقض، وأن يقدمما معاً عند رفع الدعوى إلى المحكمة الدستورية العليا باعتبار أن ذلك يعد إجراء جوهرياً غايته مصلحة عامة حتى ينظم 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 جنح التزهه، الحد الآخر للتناقض، ولا يقدح في ذلك تقديميه 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 جلسه 21/1/1995 م

واقعة الاتهام وأسباب حكم الإدانة، كما لم يقدم صورة رسمية من الحكم الصادر في استئناف هذا الحكم، ومن ثم فإن الطلب الماثل يكون قد تخلف عن شرائط قبوله، أحد الشروط الجوهرية التي استلزمتها المادة (34) سالفه الذكر، بما يتعين معه القضاء بعدم قبوله<sup>(1)</sup>.

ويؤكد منطق الحكم السابق على ما سبق قوله من ضرورة التأني 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 الجهاتتين التي أصدرت أحد الحكمين يعني اعتبار الحكمين صادرين من جهة قضائية واحدة، وقد جرى قضاء المحكمة على أن: "المحكمة الدستورية العليا - وهي بصد الفصل في تنازع الاختصاص أو في التزاع حول تنفيذ الأحكام المتناقضة- لا تعتبر جهة طعن في هذه الأحكام ولا تمتد ولايتها وبالتالي إلى بحث مطابقة تلك الأحكام للقانون أو تصححها، بل يقتصر بحثها على تحديد أي الجهات القضائية المتنازعه هي المختصة بالفصل في التزاع، أو أي الحكمين المتناقضين صدر من الجهة التي لها ولاية الحكم في التزاع فيكون أولى بالتنفيذ.....، ولا يشمل ذلك التناقض بين الأحكام الصادرة من المحاكم التابعة لجهة واحدة منها لأن الإجراءات القضائية في الجهة القضائية الواحدة كفيلة 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 الحكم بمثابة حكمين صادرين من جهة قضائية واحدة، ويختلف بذلك شرط قبول الدعوى لدى المحكمة الدستورية العليا وفقاً لما تتطلبه المادة 25 من قانون المحكمة سالفه الذكر".<sup>(2)</sup>

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 تلغى الأخيرة حكم الأولى، ونكون بصدق 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 7/11/2004م

(2) الحكم في الدعوى رقم 4 لسنة 6 قضائية "تنازع" جلسة 5/3/1988م.

ومن جملة الضوابط السابقة المستمدة من قضاء المحكمة الدستورية العليا التي نجدها غير متوافرة في غالها مع دعوى فض التعارض بين أحکام القضاء العادي والإداري المتعلقة بالاتفاقية محل الدراسة، يستنتج أن حسم مصير الاتفاقية في ضوء الضوابط القانونية والقضائية السابقة نجده يقترب حيثا نحو رفض الدعويين وتأكيد حكمي محكمة القضاء الإداري والإدارية العليا.

وببدو أن التطورات بشأن موضوعات هذا البحث جاءت متتسارعة في تاريخ اليوم الأربعاء الموافق 21/6/2017م أصدر المستشار عبد الوهاب عبد الرازق رئيس المحكمة الدستورية العليا أمراً وقتياً في الطلب العاجل في الدعوى رقم 12 لسنة 39 قضائية "تนาزع" 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 2017 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 بحثياته على النحو الآتي:

- 1- استند رئيس المحكمة لعجز م/32 من قانونها فيما قررته"..... ولرئيس المحكمة أن يأمر بناء على طلب ذوي الشأن بوقف تنفيذ الحكمين أو أحدهما حتى الفصل في النزاع".
- 2- استند رئيس المحكمة لتقدير 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 الافتياط على سلطتي 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؛ تغولاً على هذه السلطة وشهبة 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 أحهما خالفاً قواعد الاختصاص

الولائي بأن قضى أولهما باختصاص القضاء الإداري بنظر صحة توقيع ممثل الدولة المصرية على اتفاقية تعين 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 المحظوظ عليه دستورياً بنص م/190 من الدستور.

وتعليقًا على هذا القرار المؤقت يمكننا القول إنه يحمل في طياته بعض الجوانب الإيجابية وأخرى سلبية، فاما عن الجوانب الإيجابية فالالتقرير 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 دستوريتها أصبحت لأن 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 إهانة 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 تعيق هذا التوقيع، وبما يحميه مستقبلاً من مغبة الخضوع للجزاءات الدستورية المرتبطة على ذلك، يعكس بظالله السيئة على ما تمارسه المحكمة الدستورية العليا من دور سياسي إلى جانب دورها القانوني<sup>(1)</sup>.
- 3- أخطأ التقرير في مسح الاتفاقية إذ ذكر أنها "اتفاقية تعين 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 محظوظ 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 المواجهات التي تجعل هيبتها واحترامها القانوني والدستوري في مهب الريح.

4- ذكر التقرير أن تصدّي جهّي القضاء لموضوع الاتفاقية يمثل افتياً على سلطة الموافقة والتصديق وفق نص م/151 من الدستور، ويمثل شهبة 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 يتربّط 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 شهوراً طويلاً على أن تقدم مستندأ أو دليلاً واحداً على ما تدعيه. أما عن الإشارة لشهبة الاعتداء على الاختصاص المنفرد للمحكمة الدستورية العليا فهنا الإشارة واضحة إلى الاعتداء على الاختصاص المنفرد للمحكمة بالرقابة على الدستورية، وتناسلت 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 تماماً لهيئة مفوضي المحكمة الدستورية العليا؛ أحدهما صادر بخصوص رفض منازعة التنفيذ التي تدعي فيها الحكومة مخالفه 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 شهبة من ظاهر الأوراق ترجح قضاء المحكمة الدستورية العليا بإلغاء الحكمين المتناقضين معاً 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 - تساؤلاً هاماً نراه مفيداً 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 تلقائياً لبحث دستورية اتفاقية

ترسيم الحدود البحرية المصرية السعودية، وذلك حسماً وفصلاً نهائياً في أمرها، لعدة أسباب وبتواافق بعض الفروض نوجزها فيما يلي:

1- يجوز للمحكمة الدستورية العليا أن تتصدى تلقائياً لبحث مدى دستورية نص قانوني أو لائحي طبقاً 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 تمثل في كون الاتفاقية الدولية إلى الآن لم تصبح قانوناً بالمعنى الدستوري لكونها لم يتم التصديق عليها بعد، ومن ثم فإن ممارسة هذا الاختصاص يصبح معلقاً على التصديق عليها بعدها أقرها مجلس النواب بالفعل ونشرها بالجريدة الرسمية، والذي نراه أصبح أمراً وشيك الحدوث، فموافقة مجلس النواب هي بوابة الحكومة المصرية نحو مرور هذه الاتفاقية سريعاً لمرحلة التصديق ثم النشر، ومن ثم تصبح واقعاً قانونياً بعيداً 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 ملزماً لنصوص الدستور على سند من القول بأن نص م/192 يصح 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 مجازاً 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 تشريعياً وقانوناً بالمعنى الدقيق والفنى.

-2 إذا كان من حق المحكمة الدستورية العليا تفسير النصوص التشريعية واللائحة الصادرة من مجلس النواب والسلطة التنفيذية على الترتيب، فإنها من باب أولى لها الحق في تفسير النصوص الدستورية كشرط لازم وضروري لمارستها 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، وسليتين للرقابة على المعاهدات والاتفاقيات الدولية، إحداهما: وقائية تمثل فيما وضعه الدستور من إجراءات وضوابط لإبرام ونفاذ الاتفاقيات الدولية، والأخرى: علاجية تمارسها المحكمة الدستورية العليا كجهة مركبة تتولى وحدها سلطة الرقابة الدستورية على القوانين واللوائح والمعاهدات الدولية بعد التصديق عليها ونشرها بالجريدة الرسمية.
- 3- اتفاقية ترسيم الحدود البحرية المصرية السعودية تنتهي 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- منازعتنا التنفيذ المقامتان أمام المحكمة الدستورية العليا من قبل الحكومة، لم يستندا إلى حجج واسانيد 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 ملائقة هذا المصير.
- 5- لم يتبيّن توافر غالب الشروط القانونية والضوابط القضائية المستمدّة 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 المشرعية 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 لتقدير مفوضي الدولة في شأن منازعات 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 ببطلان التوقيع عليه.

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 الالهت 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 حكمما قضائياً باتاً صادراً من المحكمة الإدارية العليا، إذ أن تعدية على أحكام القضاء والجهير بعصيائهما مؤشر خطير على إهانة سلطة القضاء، وتغول سافر على أحكام الدستور التي أكدت م/94 منه على أن احترام استقلال القضاء وحصانته وحيادته ضمانات أساسية لحماية حقوق الأفراد وحرياتهم.

3- أوصي المحكمة الدستورية العليا بضرورة التصدي التلقائي لنظر مدى دستورية الاتفاقية سواء عند نظرها لمنازعات 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 سيتحقق هذا التصدي أهمية بالغة في تحديد المصير النهائي لمدى 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 "نظريه أعمال السيادة" يضيق من نطاق التمسك بتحصينها ضد رقابة القضاة 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 والتريص لحين قضاء المحكمة الدستورية العليا في شأن هذه الاتفاقية، إذ يتغير الانتظار لحين صدور حكم من القضاء الدستوري بفصل مهانيا في مصير هذه الاتفاقية، إذ أن صدور حكم بعدم دستورية الاتفاقية على خلاف اتجاه الحكومة ومجلس النواب، سوف تترتب عليه مستقبلا نتائج يتغير تداركها لعل أهمها استحالة استعادة الجزر المصرية بعد تسليمها للملكة العربية السعودية.

## المراجع

### أولاً: المؤلفات العربية

- 1- إبراهيم نجيب سعد، القانون القضائي الخاص، ج 1، منشأة المعارف بالإسكندرية، مصر، 1974م.
- 2- أحمد أبو الوفا، القانون الدولي للبحار في ضوء أحكام المحاكم الدولية والوطنية وسلوك الدول واتفاقية 1982م، ط 2، 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، 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.
  - جابر إبراهيم الرواى، الحدود الدولية ومشكلة الحدود العراقية الإيرانية رسالة دكتوراه، كلية الحقوق، جامعة القاهرة، 1970م.
  - حازم محمد عتلم، أصول القانون الدولي العام، القسم الثاني، دار النهضة العربية، القاهرة، 2001م.
  - صلاح الدين عامر، القانون الدولي للبحار، دراسة لأهم أحكام اتفاقية الأمم المتحدة لقانون البحار لعام 1982م، دار النهضة العربية، القاهرة، مصر، 2008م.
  - عباس عبود عباس، أزمة شط العرب، المؤسسة العربية للدراسات والنشر، بيروت، لبنان 1972م.

- 10- عبد العزيز محمد السالمان، 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 وفقاً لاتفاقية الجديدة لقانون البحار، ط2، دار النهضة العربية، القاهرة، مصر، 2007م.
- 12- علي صادق أبوهيف، القانون الدولي العام، دار المعرف، 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 ومتاعب الحدود، ط2، دار الأمين للنشر والتوزيع، القاهرة، 1999م.
- 16- محمد الحاج حمود، القانون الدولي للبحار، مطبعة الأذرية، 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.

#### ثانياً: المؤلفات الأجنبية:

1. **Auby (Jean- Mrie) et Drago (Ronald):** *Traité de Contentieux Administratif* , L.G.D.J,3eédition ,Paris, France,1984,P.12
2. **Boggss:** *International boundaries* ,American Journal of international law ,Vol, 1951.
3. **Boychez (L.J):** *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 (Sharles),** *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

- أحمد عبد الوهاب شتا، مبدأ ثبات الحدود واستمراريتها في القانون الدولي الدبلوماسي، الرياض، معهد الدراسات الدبلوماسية، العدد 18، شعبان، 1417هـ، ديسمبر 1996م.
- صادم الفتلاوي، وهاني عبد الله عمران، عملية ترسيم الحدود الدولية والمنازعات الناجمة عنها، مجلة جامعة بابل للعلوم الإنسانية، العراق، المجلد 17، العدد 1، 2009.
- 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.
- عمراً بكر باحث: تسوية الخلافات الحدودية بين إمارة دبي والشارقة من خلال التحكيم الدولي، مجلة الحقوق، ع 1، 2004م.
- 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، ع 11، نوفمبر 2014م.

### رابعاً: الدساتير والقوانين

- الدستور المصري الصادر عام 2014م.
- القرار بقانون رقم 81 لسنة 1969.

### خامساً: الأحكام القضائية

- الحكم في الدعوى رقم 2 لسنة 4 تنازع قضائية جلسة 1/1983.
- الحكم في الدعوى رقم 4 لسنة 6 قضائية "تنازع" جلسة 5/3/1988.
- الحكم في الدعوى رقم 4 لسنة 14 قضائية "تنازع" جلسة 21/1/1995.
- الحكم في الدعوى رقم 4 لسنة 14 تنازع جلسة 21/1/1995.
- الحكم في الدعوى رقم 5 لسنة 16 تنازع جلسة 15/4/1995.
- الحكم في الدعوى رقم 11 لسنة 25 قضائية تنازع جلسة 7/11/2004م.

7. حكم المحكمة الإدارية العليا في الطعن رقم 13846 لسنة 59 ق ع جلسة 21/4/2013 م.
8. حكم الدستورية في الطعن رقم 6 لسنة 12 ق دستورية، جلسة 5/7/1994 م، مكتب في 6، ج 1، ص 862، القضية رقم 34 لسنة 27 ق "منازعة تنفيذ، جلسة 4/6/2016 م،
9. حكم محكمة القضاء الإداري في الدعوى رقم 43709 لسنة 70 ق، جلسة 21/6/2016 م.
10. الحكم في الدعوى رقم 2 لسنة 14 قضائية دستورية "نناع" جلسة 14/1/1997 م

#### **سادساً: الاتفاقيات والمواثيق الدولية**

1. اتفاق إحالة النزاع الحدودي بين إماراتي دبي والشارقة عام 1976 م،
2. اتفاقية قانون البحار 1982 م
3. بروتوكول القسطنطينية لسنة 1913 م لتعريف الحدود بين تركيا وإيران.

#### **سابعاً: الجرائد اليومية وال أسبوعية**

- الجريدة الرسمية بالعدد رقم 23 مكرر "د" ، في 15/6/2016 م
- جريدة المصريون في 15 يوليو 20
- جريدة الشروق في عددها الصادر 16 يوليو 2017 م
- 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 2016 م.
- الجريدة الرسمية العدد 3 مكرر (أ) في 18 يناير 2014 م

#### **ثامناً: الواقع الإلكترونية**

1. <http://www.dostor.org/1355294>
2. <http://www.youm7.com/story/2016/6/25/%D8%A7%D9%86%D9%81%D8%BA%D8%A7%D8%AA>.
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 الجازى

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 لطرفى الدعوى.

وتناقش هذه الدراسة المتواضعة نظرية عمل الأمير كإحدى نظريات إعادة التوازن المالي بين طرفى 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 يتسمى 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 طرفى 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 حكاماً 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 إيجابياً يعيد من خلاله التوازن بين طرفى الدعوى 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 يملكونها 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 تعرضه 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 يتربّط 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 تسخير المرفق العام، لذا كان لزاماً على القضاء الإداري إيجاد وسيلة لتعويض المتعاقد إنما يصيّبه من ضرر ناجم عن تصرفات الإدارة المشروعة، وذلك لتحقيق التوازن بين أطراف العقد الإداري.

## مشكلة البحث

تكمّن 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؛ فيما 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

ستتبع 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 للتوفيق، فإنه سيتم تقسيم موضوعات البحث حسب الخطة 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 و يجعله أكثر صعوبة ويرهق المتعاقد مالياً أثناء تنفيذه، لدرجة لا يكون معها التنفيذ مستحيلاً وإلا كنا أمام قوة قاهرة"<sup>(1)</sup>، 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 المضرور عن كافة الأضرار التي تلحقه من جراء ذلك بما يعيد التوازن المالي للعقد"<sup>(2)</sup>، 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"<sup>(3)</sup>.

(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 الإدراة بتعويضه لإعادة التوازن المالي للعقد".<sup>(1)</sup>

وفي مصر عرفت محكمة القضاء الإداري نظرية عمل الأمير بأنها "كل إجراء تتخذه السلطات العامة ويكون من شأنه زيادة الأعباء المالية للمتعاقد مع الإدراة 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".<sup>(2)</sup>

وفي الأردن عرفت محكمة التمييز الأردنية هذه النظرية بقولها "يقصد بنظرية عمل الأمير أن السلطة العامة بوصفها سلطة أمراً 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 اقتصadiاته 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".<sup>(3)</sup>

يستفاد مما تقدم من تعاريفات الفقه والقضاء أن جميع هذه التعريفات تدور حول فكرة واحدة رغم الاختلاف في الألفاظ والعبارات، فجميعها تتعلق بتصور إجراءات مشروعة من جانب الإدراة المتعاقدة، تؤثر بشكل فعلي على المتعاقد مما يؤدي إلى اختلال التوازن المالي للعقد الإداري الذي بدوره يؤدي إلى إرهاق 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 بتعديل 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، جلسه 27/12/1964.

(3) تمييز حقوق، قرار رقم 117/1979، هيئة خمسية، تاريخ 10/4/1979، منشورات مركز عدالة الالكتروني.

بتتعديل مضمونها أو انتهاء العقد قبل انتهاء مدة، مما يؤثر على تنفيذ العقد ويجعله أشد عسراً أو أكثر نفقات أو أقل ربحاً حيث يتم تعويض المتعاقد على أساس نظرية عمل الأمير<sup>(1)</sup>.

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 تصبب 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 و المباشرة 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<sup>(2)</sup>. وينذهب جانب آخر من الفقه إلى القول بتعويض المتعاقد مع الإدارة على أساس نظرية عمل الأمير في حالة اتخاذ الإدارة إجراءً عاماً، واستند هذا الجانب في رأيه إلى أن أغلب أحكام محكمه القضاء الإداري قضت بالتعويض على أساس هذه النظرية<sup>(3)</sup>.

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)ص 372-373؛ محمود المغربي، المشكلات التي تواجه تنفيذ العقود الإدارية، دراسة مقارنة في النظرية والتطبيق، المؤسسة الحديثة للكتاب، طرابلس، (1998)، ص 92.

(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)، ص 356.

(3) سليمان الطماوي، الأساس العام للعقود الإدارية، مرجع سابق، ص 612.

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<sup>(1)</sup>، ومن الأمثلة على الإجراءات الخاصة تلك الإجراءات التي تعمل على تعديل الرسوم المطلوب تحصيلها من المتعاقدين 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<sup>(2)</sup>.

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<sup>(3)</sup>.

## 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:

**أولاًً: أن ترتبط نظرية عمل الأمير بعقد من العقود الإدارية "أن تكون بصدق عقد إداري"**  
فلا مجال لتطبيق هذه النظرية على عقود القانون الخاص، فقد تبرم الإدارة في بعض الأحيان عقوداً تدرج ضمن دائرة العقود المدنية باعتبارها شخصاً من أشخاص القانون

(1) حمد الشلمني، امتيازات السلطة العامة في العقد الإداري، دار المطبوعات الجامعية، الاسكندرية، (2007)، ص 298؛ محمد إبراهيم، المخاطر التي تواجه تنفيذ العقد الإداري، رسالة دكتوراه، جامعه عمان العربية، عمان، (2005)، ص 108.

(2) نواف كنعان، القانون الإداري، الكتاب الثاني، مرجع سابق، ص 383.

(3) محمد إبراهيم، المخاطر التي تواجه تنفيذ العقد الإداري، مرجع سابق، ص 107.

الخاص،<sup>(1)</sup> ومن البديهي أن يكون العقد المبرم بين الإدارة والتعاقد هو عقد إداري، لكوننا بصدق نظرية خاصة بعقود القانون العام، فقد أرسى مجلس الدولة الفرنسي هذه النظرية لتعزيز روابط القانون العام واحتياجات المرفق العام ومتضيئات 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 وبالتالي تطبيق أحكامها<sup>(2)</sup>. 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 رتبت 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<sup>(3)</sup>.

ونجد أن أحكام القضاء الإداري المصرية تشرط 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، ص 166.

(2) رمضان بطيخ، ونوفان العجارمة، مبادئ القانون الإداري في المملكة الأردنية الهاشمية، الكتاب الثاني، الطبعة الأولى، دار إثراء للنشر والتوزيع، عمان، (2011)، ص 525.

Bergére, 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 تتوفر شروطها<sup>(1)</sup>.

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...."<sup>(2)</sup>.

### ثالثاً: أن يتربّ على الإجراء ضرر فعلي وخاص للمتعاقد

ومن أجل إعمال هذه النظرية يجب أن يتربّ على تصرف الإدارة المشروع ضرر فعلي للمتعاقد معها، وأن يكون الضرر مؤكدًا ومبشراً دون أن تشرط في هذا الضرر درجة معينة من الجسامّة؛ فقد يكون جسيماً أو يسيراً<sup>(3)</sup>، ويشرط في هذا الضرر أن يكون خاصاً أي أنه أصاب المتعاقد وحده، وهذا ما أكدّه 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<sup>(4)</sup>.

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 سريانها على جميع التعاقدات، سواء في النطاق الإداري أو نطاق تعاملات الأفراد، وبالتالي فلا تكون شروط ومحل انطباق نظرية عمل الأمير متحققة بالنسبة إلى النزاع الماثل، الأمر الذي يتعين معه القضاء برفض الطلب"<sup>(5)</sup>.

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 تتوفر شروطها.

(1) المحكمة الإدارية العليا المصرية، الطعن رقم 1562 لسنة 10 ق. ع. جلسة بتاريخ 11/5/1968.

(2) تمييز حقوق، قرار رقم 34/1994، منشورات مركز عدالة الالكتروني.

(3) تمييز حقوق، قرار رقم 117 لسنة 1979، تاريخ 10/4/1979، 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 16/12/1997.

## 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<sup>(1)</sup>، 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...."<sup>(2)</sup>.

## خامساً: أن يكون الإجراء الضار الصادر عن الإدارة غير متوقع عند إبرام العقد الإداري

يجب لـإعمال 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 يتغدر معه الاستناد إلى نظرية عمل الأمير<sup>(3)</sup>.

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 يتربّ عليه تعذر الاستناد إلى تلك النظرية..."<sup>(4)</sup>.

(1) سيد احمد جادالله، سلطة القاضي إزاء العقد الإداري، دراسة مقارنة، رسالة دكتوراه غير منشورة، جامعة القاهرة، القاهرة، مصر، (2007)، ص 387.

(2) المحكمة الإدارية العليا المصرية، حكمها الصادر لسنة 6 ق. ع. بتاريخ 20/5/1961.

(3) عبد العزيز خليفة، الأسس العامة في العقود الإدارية، الاسكندرية، المركز القومي للإصدارات القانونية، (2008)، ص 215.

(4) محكمة القضاء الإداري المصرية، القضية رقم 983، لسنة 9 ق، جلسة 30/2/1957.

## 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 تكيس هذه النظرية ضمن النصوص القانونية فقد ثار جدل فقهي حول الأساس القانوني الذي يعطي المتعاقدين المطالبة بالتعويض، فاجتهد الفقه والقضاء المقارن في إيجاد أساس سليم يمكن الاستناد عليه عند التعويض؛ فذهب جانب من الفقه إلى تأسيس تعويض المتعاقدين مع الإدارة وفقاً لنظرية عمل الأمير إلى فكرة المسؤولية التعاقدية للإدارة، ويستندون في ذلك إلى أن المتعاقدين مع الإدارة لم يقبلوا ويتحملوا الالتزامات التعاقدية إلا بعد حصوله على المقابل المالي لهذا العمل، لذا عند زيادة الالتزامات على المتعاقدين من جانب الإدارة المتعاقدة فإنه يستحق زيادة المقابل المالي الذي حصل عليه، وطبيعة العقد الإداري تلزم الإدارة بتعويض المتعاقدين 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 يكفي أكثر ملائمة للمرفق العام فيرتب أعباء ونفقات غير متوقعة لحظة إبرام العقد، وما يترتب عليه من تعويض للمتعاقدين لتحقيق التوازن المالي لكي يستطيع الاستمرار في تنفيذ العقد الإداري<sup>(1)</sup>.

فوفقاً لهذا الرأي الفقهي فإن التعويض يقوم على أساس العقد الإداري، فالمتعاقدين عندما تعاقد مع الإدارة إنما تعاقد معها على محل ثابت للعقد، وعندما اضطرت الإدارة إلى زيادة التزامات المتعاقدين لتحقيق المصلحة العامة وتسيير المرفق العام بانتظام واطراد، فإنه من واجبها زيادة

(1) جابر جاد نصار، العقود الإدارية، القاهرة، دار الهيبة العربية، 2005، ص 275

Badaoui,Sarot, Le fait du prince dans les contrats administratifs en droit français et en droit égyptien,thèse,paris, (1954),p 108

المقابل المالي للمتعاقدين بدل الضرر الذي لحق به نتيجة هذه الالتزامات المستحدثة، فسلطة الإدارة في التعديل التي تستمدتها من القانون العام يتطلب منها تعديل المقابل المالي، وأقر مجلس الدولة الفرنسي في بعض أحكامه تعويض المتعاقدين مع الإدارة عن نظرية فعل الأمير استناداً لمسؤولية التعاقدية<sup>(1)</sup>.

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<sup>(2)</sup>. ويؤخذ على هذه النظرية أيضاً أنها تحدد أساس التعويض نتيجة الإخلال ببنود العقد ذاته، في حين أنه لم يخل أي من المتعاقدين بالتزاماته لكي يتربّض 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 المتعاقدين، 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 المتعاقدين على التعويض يحقق التوازن المالي العادل بين الحقوق والالتزامات العقدية له، ويعيد التوازن لحاليه التي رضي بها المتعاقدين وقت إبرام العقد لتمكنهم المتعاقدين من الاستمرار في تنفيذ العقد<sup>(3)</sup>.

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<sup>(4)</sup>.

(1) C. E 22 octobre 1937, Compagnie générale des îles kerguélen, Saint-Paul et Amstredam, Rec. p 839.

(2) سليمان الطماوي، الأساس العامة للعقود الإدارية، مرجع سابق، ص 628.

(3) علي الفحام، سلطة الإدارة في تعديل العقد الإداري، مرجع سابق، ص 311؛ الطماوي، سليمان، الأساس 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 ملزمة لحق الإدارة في التدخل أثناء تنفيذ العقد الإداري<sup>(1)</sup>، وأخذت به المحكمة الإدارية العليا المصرية في أحد أحکامها فقضت بأن "تدخل القضاء لتحقيق التوازن المالي للعقد الإداري تطبيقاً لنظرية فعل الأمير مناطه توافر شروط هذه النظرية...."<sup>(2)</sup>.

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<sup>(3)</sup>.

بينما ذهب جانب ثالث من الفقه إلى تأسيس التعويض الذي يحصل عليه المتعاقد من الإدارة عن الضرر الذي أصابه نتيجة اتخاذ الإدارة بعض 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 بإيقاص 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 يتبعن على الإدارة إنفاقها، وهو ما أدى إلى افتقار المتعاقد، فإجراءات الإدارة التي تهدف من ورائها لتحقيق المصلحة العامة دون خطأ من جانبها ترتب عليها تغييرها في مركز المتعاقد بإيقاص المزايا المقررة في العقد<sup>(4)</sup>.

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 11/5/1968.

(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، ص 122.

الفكرة تصلح لتكون أساساً للتعويض عن نظرية عملالأمير 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، فبقيام الإدراة بإرادتها المنفردة بزيادة أعباء المتعاقد معها دون أن تعيده توازنًا ماليًا للعقد دون تعويض المتعاقد فإن الإدراة تكون قد فرّضت ضريبة شخصية أو استثنائية على المتعاقد دون غيره من المواطنين، وهذا يعد مخالفًا لمبدأ المساواة أمام الأعباء العامة<sup>(1)</sup>.

ولم يسلم هذا الاتجاه من النقد أيضًا، 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<sup>(2)</sup>، فضلاً عن أن أحکام القضاء الإداري في فرنسا ومصر قد استقرت على رفض تطبيق نظرية عملالأمير 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 الإدراة المتعاقدة أو من غيرها.

ونحن نؤيد الرأي الذي يقول إن الأساس القانوني للتعويض استناداً لنظرية عملالأمير هو أساس مزدوج، أي أنه يقوم على الأساس التعاقدية وفكرة التوازن المالي، فيشترط لقيام هذه النظرية أن يكون الإجراء المشروع صادراً من الجهة المتعاقدة، وبخلاف ذلك تكون أمام تطبيق نظرية أخرى إذا توافرت شروطها، فضلاً عن أن الإدراة تحمي المتعاقد معها بإعادة التوازن المالي للعقد الإداري حتى يتنسى للمتعاقد المساهمة في تسخير المrfق العام، وتعويض المتعاقد يكون بسبب الإجراءات التي لم يكن توقعها وقت إبرام العقد مما أدى إلى إثقال كاهل المتعاقد بأعباء إضافية<sup>(3)</sup>.

(1) أحمد سالم بدر، العقود الإدارية وعقد البوت، الطبعة الثانية، دار الهضبة العربية، القاهرة، (2010)، ص 255؛ علي الفحام، سلطة الإدراة في تعديل العقد الإداري، دراسة مقارنة، دار الهضبة العربية، ص 384-385.

(2) حمدي علي عمر، المسؤلية التعاقدية للإدراة، دراسة مقارنة، دار الهضبة 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 يعفي 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 بالتعاقد بسبب ممارسة الإدارة لسلطتها المشروعة في هذا المجال وذلك لاحفاظ 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<sup>(1)</sup>.

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 يقدر 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 ريحه الحال من عمله ورأس ماله...."<sup>(2)</sup>.

(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 30/6/1957.

ومما يتعلّق بالعنصر الأول، وهو ما لحق المتعاقد من خسارة بسبب تصرف الإدارة المشروع، كافية المتصروفات الفعلية التي أنفقها المتعاقد، وهذه المتصروفات تختلف باختلاف الأحوال وطبيعة التعديل ونتائجها، كما أنه قد يتربّط 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 اتخاذها.<sup>(1)</sup> ولا يدخل في حساب الخسارة تلك الخسارة التي لحقت بالمتعاقد قبل قيام الإدارة باتخاذ الإجراء المشروع الذي أحقّ 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 مشروعأً 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 يؤدّ العمل الذي كان سيحقق له الكسب المفقود، ويُخضع هذا العنصر لقيد أساسي يتمثّل في الكسب المعقول وهو الذي يؤخذ بعين الاعتبار عند تقدير التعويض المستحق للمتعاقد<sup>(2)</sup>.

والتعويض الذي يحصل عليه المتعاقد بعنصره، وفقاً لهذه النظرية، يجب أن لا يتجاوز حجم الضرر الحقيقي سواءً أكان هذا الضرر يمثل في الخسارة التي لحقت بالمتعاقد أو الكسب الذي كان يرنو لتحقيقه عند تمام تنفيذ العقد، ويستعين القاضي بالخبراء والفنين خصوصاً في المنازعات الدقيقة من أجل تقدير التعويض بشكل عادل ومنصف للمتعاقد. ويشرط 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<sup>(3)</sup>، واستمرار المتعاقد في التنفيذ يعدّ أمراً بديهياً ويتوافق مع مبدأ حسن

(1) حمد الشلماني، امتيازات السلطة العامة في العقد الإداري، ص303؛ محمد إبراهيم، المخاطر التي تواجه تنفيذ العقد الإداري، مرجع سابق، ص115.

(2) حمد الشلماني، امتيازات السلطة العامة في العقد الإداري، ص303.

(3) علي عبد المولى، الظروف التي تطرأ إثناء تنفيذ العقد الإداري، مرجع سابق، 551.

النية في العقود الإدارية، الذي يجب أن يسود تصرفات الجهات الإدارية، فالعقد الإداري وسيلة لإدارة المرفق العام، والمعاقد 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<sup>(1)</sup>.

## 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 تأثراً كبيراً في البدء في تنفيذ العقد، أو وقف الإدارة للعمل بموضع العقد لمدة طويلة دون مبرر معقول، أو توقيع الإدارة عقوبات بالغة الجسامنة 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<sup>(2)</sup>.

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 يتواافق مع إمكانياته وقدراته مما قد يجعله يتوقف جبراً عن التنفيذ، ثم إهدار حقه في التوازن المالي، لذا فإن التوفيق بين المصالح المشروعة للمتعاقد تمثل في حقه أن يفسخ العقد ويعطي وقتاً للإدارة لتباحث 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). p291.

(2) محمود المغربي، المشكلات التي تواجه تنفيذ العقود الإدارية، مرجع سابق، ص92.

من هذه النظرية هو الحفاظ على استمرار تنفيذ العقد للحفاظ على توازنه المالي<sup>(1)</sup>. ويثار تساؤل في هذا المجال هل يستطيع المتعاقد المطالبة بالتعويض الكامل ليغطي ما لحقه من خسارة وما فاته من كسب إذا ما تم فسخ العقد بناءً على طلبه؟ إن قيام الإدارة باتخاذها إجراءات مشروعة لتحقيق المصلحة العامة أدت إلى إلحاق الضرر بالتعاقد دون ارتکابه 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 تعاقده إداري أصبح مفتقرًا 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. ولكن 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 فاته 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 يتراهى 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 اختلفت الموازنة في الشروط المالية، والتعويض بوجه عام مقاييسه بالضرر المباشر، وهو يشتمل على عنصرين جوهريين هما الخسارة التي لحقت الضرر، والكسب الذي فاته"<sup>(2)</sup>.

(1) علي عبد المولى، الظروف التي تطأ إثناء تنفيذ العقد الإداري، مرجع سابق، 422-424.

(2) المحكمة الإدارية العليا المصرية، القضية رقم 1520، لسنة 2 ق.ع. جلسة 20/4/1957.

### ثالثاً: الإعفاء من غرامة التأخير

تم تعريف غرامة التأخير بأنها "مبلغ جزافي كتعويض اتفاقي منصوص عليه في العقد يؤخذ من المتعاقد المترافق في تنفيذ التزاماته"<sup>(1)</sup>، 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 بالتلائمة حيث تملك الإدارة هذه السلطة بمجرد التأخر في تنفيذ الالتزامات دون حاجة إلى اثباتات 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<sup>(2)</sup>، وهذا ما نصت عليه التشريعات الناظمة للعقود الإدارية فنصحت المادة 81 من تعليمات اللائحة التنفيذية لقانون المناقصات والمزايدات المصري رقم 89 لسنة 1998 أنه "توضع غرامة التأخير ولو لم يترتب عليه أي ضرر"، ونصت المادة 86 من تعليمات العطاءات الأردنية 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 توريدتها 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 الهضبة العربية، القاهرة، (2002)، ص.60.

(2) منصور العتوم، *النظام القانوني لغرامة التأخير في العقود الإدارية (دراسة تحليلية مقارنة)*، مجلة الشريعة والقانون، كلية القانون، جامعة الإمارات العربية المتحدة، العدد 53 يناير، (2013)، ص 349-553؛ علي خطار شطناوي، *صلاحية الإدارة في فرض غرامات التأخير بحق المتعاقد معها*، بحث منشور، مجلة الحقوق، جامعة الكويت، مجلد 24، عدد 1، (2000)، ص 79-86.

أن فسخ العقد على حساب ومسؤولية المقاول لا يمنع من إيقاع غرامات التأخير<sup>(1)</sup>، 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 الإدراة التقديرية<sup>(2)</sup>. بينما قضت محكمة التمييز الأردنية في حكم لها جاء فيه "إذا لم يتضمن العقد اعتبار جزء اليوم يوماً لغایات غرامة التأخير، فلا يعد اليوم الذي تم فيه الوفاء من أيام التأخير لأنه لم يكتمل قبل الوفاء"<sup>(3)</sup>.

ولا تستطيع الإدراة فرض غرامة التأخير على المتعاقد معها إلا إذا أخل الأخير بشروط العقد، فإذا أخل بالشروط وتأخر عن تنفيذ العقد في المواعيد المحددة والمتافق 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<sup>(4)</sup>.

ويجوز للإدراة العامة إعفاء المتعاقد معها من غرامة التأخير كلياً أو جزئياً، وإذا كان مبرر إعمال الإدراة لسلطتها التقديرية في مجال إعفاء من الغرامة يجد أساساً له في كون الإدراة 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<sup>(5)</sup>، وهذا ما قرره المشرع المصري في قانون المناقصات والمزايدات فجعل عدم تحقق الضرر سبباً للإعفاء من الغرامة<sup>(6)</sup>. 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 21/3/1970.

(3) محكمة التمييز الأردنية، قرارها رقم 391/391، تاريخ 16/6/1987، مجلة نقابة المحامين العدد 2+1، 1990، ص 234.

(4) علي خطار شطناوي، صلاحية الإدراة 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 تتنفيذ العقد في هذه المواعيد كان غير لازم، فيعتبر ذلك بمثابة إعفاء ضمني للمتعاقد من تنفيذ الغرامات عليه، مما لا يكون معه محل لتوقيع غرامة التأخير.<sup>(1)</sup>

يبينما يتحقق الإعفاء وجوبياً 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<sup>(2)</sup>، ويعتبر هذا من آثار تطبيق نظرية عمل الأمير، فمراجعة الجهات الإدارية لحق المتعاقد في التوازن المالي إذا زادت التزاماته تجعل من واجبها 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 إعفاءه من غرامة التأخير نتيجة التأخير الناشئ عن تلك الإجراءات الصادرة عن عمل الأمير.

ويتم الإعفاء وجوبياً 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 يحتاج به، وأن يكون تنفيذ العقد مستحيلاً بوجوده<sup>(3)</sup>. 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 المرتبطة على التأخير في تنفيذ العقد أو عدم الوفاء به إذا كان التأخير أو عدم الوفاء بسبب القوة القاهرة".

(1) المحكمة الإدارية العليا، طعنان 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 لعمل 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، وتبعداً لما يبتدعه هذا القضاء من نظريات وقواعد لفض التزاعات 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 تطرق إلى سلطات الإدارة المتعاقدة التي تملكتها إزاء المتعاقد معها، وأهم هذه السلطات هي سلطتها في تعديل العقد الإداري<sup>(1)</sup>، إلا أنها لم تطرق إلى الآثار القانونية المترتبة على التعديلات خصوصاً حقوق المتعاقد في مواجهة الإدارة إذا أحقت هذه التعديلات خسارة بالتعاقد أو فوتها عليه ربحاً، ولم تبين كذلك الأثر الذي ترتب على تدخل الإدارة المتعاقدة تحت أي ظهر 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 لكافحة 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 محدود بالمادة التاسعة من قانونها رقم 12 لسنة 1992 والتي حدث من صلاحيتها برؤية الطعون المتعلقة بالعقود الإدارية أو فسخها"<sup>(2)</sup>. 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 9/4/2002، 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<sup>(1)</sup>، لذا فإن النظر في منازعات العقود الإدارية هي من اختصاص المحاكم النظامية، فضلاً أنها تعامل 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 أمراً 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 اقتصadiاته ويحمل المتعاقد الأخير أعباء وتكليف جديدة تزيد في الأعباء التي التزم بها في مواجهتها تكون السلطة مسؤولة بالتعويض عليه عما لحقه من ضرر من جراء عملها المشروع، وأنه فيما يكن من عدالة ومرونة نظرية عمل الأمير، إلا أن مجلة الأحكام العدلية والقانون المدني لسنة 1977 لم يأخذا 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 استقرتا 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 التكليف المالي غير متوقع الصدور. الشرط الثاني: أن يكون التشريع الجديد قد أحق بالتعاقد مع الحكومة ضرراً خاصاً من شأنه أن يقلب اقتصadiات العقد وأن يصيب هذا الضرر طائفة خاصة أو أفراداً محدودين، 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".<sup>(2)</sup>.

(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 ويوضحاوا أن العقد الإداري له خصوصية وطبيعة مختلفة عن العقود المدنية، وأن القانون الإداري يستمد معظم مبادئه وقواعده من الاجتهدات القضائية، ويعتمد غالباً على قواعد غير مكتوبة، فضلاً أن 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 باقتصadiات العقد، وهي بذلك تكون قد ضيقـت من نطاق تطبيق هذه النظرية خلافاً للواقع المستقر لدى الفقه والقضاء.

وفي حكم آخر لمحكمة التمييز الأردنية نجد أنها طبقـت نظرية عمل الأمير تطبيقاً سلبياً بعدم الأخذ بها لـتـخـلـفـ شـروـطـهاـ فيـ الـوـاقـعـةـ الـمـعـرـوـضـةـ عـلـىـ الـمـحـكـمـةـ حيثـ جـاءـ فـيـ حـكـمـ الـمـحـكـمـةـ "يـشـترـطـ لـتـطـبـيقـ نـظـرـيـةـ فـعـلـ الـأـمـيـرـ عـلـىـ الـعـقـودـ الإـدـارـيـةـ أـنـ يـصـدـرـ عـنـ السـلـطـةـ الـعـامـةـ الـمـعـاـقـدـةـ تـصـرـفـ أـوـ فـعـلـ مـنـ شـائـنـهـ أـنـ يـجـعـلـ تـنـفـيـذـ الـعـقـدـ مـنـ جـانـبـ الـمـعـاـقـدـ أـكـثـرـ صـعـوبـةـ وـيـحـمـلـ أـعـبـاءـ وـتـكـالـيفـ تـزـيدـ عـلـىـ الـأـعـبـاءـ الـتـيـ التـزـمـ بـهـاـ فـيـ مـوـاجـهـتـهـ،ـ وـأـنـ يـنـشـأـ عـنـ الـفـعـلـ ضـرـرـ خـاصـ لـلـمـعـاـقـدـ،ـ وـأـنـ لـاـ يـكـونـ هـذـاـ الـفـعـلـ مـتـوـقـعـاـ،ـ وـعـلـيـهـ وـلـاـ كـانـتـ زـيـادـةـ الـرـسـومـ الـجـمـرـكـيـةـ لـيـسـ مـنـ شـائـنـهـ أـنـ تـلـحـقـ ضـرـرـاـ خـاصـاـ بـالـمـدـعـيـةـ لـوـحـدـهـاـ بـلـ إـنـهـ إـجـرـاءـ عـامـ شـامـلـ لـجـمـيعـ السـكـانـ،ـ وـلـاـ يـنـحـصـرـ مـفـعـولـهـ بـطـائـفـةـ مـعـيـنـةـ أـوـ أـفـرـادـ مـعـيـنـينـ،ـ إـضـافـةـ إـلـىـ أـنـ تـعـدـيلـ الـرـسـومـ الـجـمـرـكـيـةـ مـنـ قـبـلـ السـلـطـةـ الـعـامـةـ بـالـزـيـادـةـ أـوـ الـنـقـصـانـ هـوـ أـمـرـ مـتـوـقـعـ فـيـ كـلـ حـيـنـ لـمـجـارـةـ التـغـيـرـاتـ الـاـقـتـصـادـيـةـ السـرـيـعـةـ فـلـاـ مـجـالـ لـتـطـبـيقـ الـنـظـرـيـةـ عـلـىـ مـوـضـوـعـ الدـعـوـيـ لـتـخـلـفـ هـذـيـنـ الشـرـطـيـنـ".<sup>(1)</sup>

وخلصـةـ القـولـ إـنـ الـقـضاـءـ الـأـرـدـنـيـ مـمـثـلاـ بـمـحـكـمـةـ التـمـيـزـ لـمـ يـأـخـذـ بـنـظـرـيـةـ عملـ الـأـمـيـرـ باـعـتـبارـهـاـ تـطـبـيقـاـ لـلـتـصـرـفـاتـ الـمـشـرـوـعـةـ الصـادـرـةـ عـنـ الـإـدـارـةـ وـأـلـحـقـتـ ضـرـرـاـ بـالـمـعـاـقـدـ مـعـهـاـ،ـ فـتـتـعـاـمـلـ الـمـحـكـمـةـ الـمـوـرـقـةـ مـعـ الـعـقـودـ الإـدـارـيـةـ باـعـتـبارـهـاـ نـوـعـاـ مـنـ الـعـقـودـ الـمـدـنـيـةـ الـتـيـ تـقـومـ عـلـىـ قـاعـدـةـ الـعـقـدـ شـرـيـعـةـ الـمـعـاـقـدـيـنـ دـوـنـ النـظـرـ إـلـىـ خـصـوصـيـةـ هـذـاـ النـوـعـ مـنـ الـعـقـودـ باـعـتـبارـهـاـ تـهـدـفـ إـلـىـ تـحـقـيقـ الـمـصـلـحـةـ الـعـامـةـ.

(1) قرار محكمة التمييز الأردنية (حقوق) رقم 34/1994 (هيئة خمسية) 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، آخذًا 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 أنهت 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"<sup>(1)</sup>، وأكملت على هذا النهج في أحكام أخرى عندما قالت بـ"أن القول بأن على الحكومة أن تعوض المدعية نتيجة تحملها 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 بالتعاقد 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 بالمثل المدعي به و تستحق الرد"<sup>(2)</sup>.

(1) قرار محكمة التمييز الأردنية بصفتها الحقوقية رقم 1977/216 (هيئة خمسية) تاريخ 18/6/1977، منشورات مركز عدالة الالكتروني.

(2) قرار محكمة التمييز الأردنية بصفتها الحقوقية رقم 2005/4017 (هيئة خمسية) تاريخ 16/5/2006، منشورات مركز عدالة.

## الخاتمة:

ناقشت هذه الدراسة والتي تكونت من ثلاثة مطالب نظرية عمل الأمير كأحد نظريات إعادة التوازن المالي بين طرفى 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 تمثل بتصرفات مشروعة من جانب الإدارة تخل بالنتيجة بالتوزن 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 مقنعة 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 الإدارية 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 بدلاً 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، وبالتالي إعادة التوازن بين طرفي الدعوى الإدارية.
- 2- إعادة النظر في واقع تطبيق نظرية عمل الأمير من خلال تبنيها 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 إنساني اجتهادي خلافاً للقضاء المدني الأسير للنصوص القانونية.

## المراجع باللغة العربية

### اولاًً: 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 سالمة 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).
- محمد محمد الشلمني، امتيازات السلطة العامة في العقد الإداري، الإسكندرية: دار المطبوعات الجامعية، (2007).
- سليمان الطماوي، الأسس العامة للعقود الإدارية، دراسة مقارنة، القاهرة: دار الفكر العربي، (2011).
- عبد العزيز خليفة، الأسس العامة في العقود الإدارية، الإسكندرية: 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

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

منشورة، جامعة القاهرة، القاهرة، مصر، (2007).

- علي عبد المولى، الظروف التي تطرأ إثناء تنفيذ العقد الإداري، دراسة مقارنة، أطروحة دكتوراه غير منشورة، جامعة عين شمس، القاهرة، (1991).

- محمد ابراهيم، 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 المتعاقدين 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 الإمارات العربية المتحدة، العدد 53 يناير، (2013).

#### المراجع باللغة الفرنسية:

##### Ouvrage Généraux:

- Pierre Laurent Frier ,précis de droit administratif, 3<sup>e</sup> édition, Montchrestien., (2004).
- Martine Lombard et Gilles Dumont et Jean Sirinelli, Droit Administratif, 10<sup>e</sup> édition, Dalloz, (2013).
- Jean Waline ,Droit Administratif, Dalloz, 24<sup>e</sup> édition, (2012).

##### Ouvrages Spéciaux:

- François Bergére et Xavier Bezançon et Laurent Deruy et Guillaume Goulard et Marc Fornacciari, Le guide opérationnel des ppp, editions du moniteur, paris, (2010).
- André De laubadère, traité élémentaire de droit administratif, L.G.D.J, 4<sup>e</sup> édition, Tom, (1966)

##### Thèses:

- 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 ضمانت حواجز يحمها القانون. إلى 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 حواجز وضمانت الاستثمار المصري (قانون رقم 8 لسنة 1997).

أسعى هنا إلى التعريف بماهية الاستثمار الأجنبي عن طريق تناول مفهومه وأنواعه و مجالاته وأهميته. كما أتناول محددات الاستثمار الأجنبي، ابتداءً بالمناخ الاستثماري فالقواعد الحاكمة للاستثمار الأجنبي وحواجز جذب الاستثمار الأجنبي ومن ثم ضمانت 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 مدخلاته، فيضطر للجوء إلى توظيف هذه المدخلات في نشاط معين بهدف تحقيق الربح فين Shi مشروع استثماري، لكن بسبب ضعف الحوافز وكثرة الحاجز في بعض المجتمعات وقلة الفرص في بعض الدول يضطر الفرد للتوجه إلى دول أخرى مجاورة ليصبح استثماره أجنبياً. إلا أنه قد يختار 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 الرؤوس أموال الأجنبية فتمنح الحوافز وتنص على ضمانات لجذبهم.

## مشكلة البحث:

العالم اليوم يشهد سباقاً في التنمية بشقي جوانبها بما فيها التنمية الاقتصادية، وبعد الاستثمار أحد مفاتيح الفوز في هذا السباق، فلابد للدول السعي للحصول عليه. فالاستثمار يفتح أبواباً عديدة، بما فيه من توظيف للموارد المادية والبشرية لا سيما الاستثمارات الأجنبية التي تأتي برأوس الأموال والفرص من خارج الحدود. من هذا المنطلق تبرز إشكالية الدراسة فتتمثل بالتساؤلات التالية:

- ما هو الاستثمار بصورة عامة وأنواعه وما هو الاستثمار الأجنبي بالخصوص؟
- ما هي إشكال الاستثمار الأجنبي وما هي 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 للتوصيل إلى الفهم الدقيق لما جاء فيه واستيعاب ما يقدم مشروع القانون للمجال الاستثماري من حواجز وحماية. كما أني أجاء إلى المنهج المقارن للمقارنة بين قواعد مشروع القانون الاتحادي في شأن الاستثمار الأجنبي وقانون حواجز وضمانات الاستثمار المصري.

## تقسيم البحث:

قسم البحث إلى مطلبين، مطلب أول في ماهية الاستثمار ومطلب ثانٍ 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: حواجز جذب الاستثمار الأجنبي

■ الفرع الرابع: ضمانات الاستثمار

## لحة تاريخية

أثناء الثورة الصناعية، توجّهت 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 توجّهت بريطانيا برؤوس الأموال إلى أوروبا والأمريكيتين. وفي النصف الثاني من نفس القرن وُجهت 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، ووجهت أمريكا استثماراتها وإنماها إلى أوروبا والدول النامية. وبعد الحرب العالمية الثانية برزت أمريكا باستثماراتها الأجنبية وما زالت متميزة لليومنا الحالي.<sup>(1)</sup>

(1) د. نشأت علي عبدالعال، الاستثمار والترابط الاقتصادي الدولي، دار الفكر الجامعي، الإسكندرية، مصر، 2012، ص 210-214.

## 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 كلٌ في فرع منفصل:

## الفرع الأول

### مفهوم الاستثمار

الاستثمار لغةً: الاستثمار على وزن استفعال أصلها ثمر والثمر هو المحصول المتحصل من الشجر، ومصدرها تثمير التي تعني تكثير فيمكن القول بأن استثمار هو استثمار.<sup>(1)</sup> 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 الطاقة الإنتاجية إما من خلال الحصول على وسائل إنتاجية جديدة أو من خلال توسيعة الوسائل الموجودة. أما الاستثمار وفقاً للإدارة المالية فيمكن تعريفه على أنه توظيف للمال في الأوراق المالية كالأسهم والسنداط.<sup>(2)</sup>

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 مملاً بمستثمر أجنبي دون تحديد لقدر 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 حربان، 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 للنهاية 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 لوطنيين وتنتمي بداخلها<sup>(1)</sup>.
  - الاستثمارات الأجنبية: هي الاستثمارات التي تكون فيها القيم مملوكة كلياً أو جزئياً لأجنبي، ويكون الاستثمار أجنبياً إن كان مملوكاً لمواطن وتقام خارج حدود الدولة.<sup>(2)</sup> لا يعد كل انتقال لرأس المال عبر الحدود استثماراً مالياً يمكن الانتقال بهدف تحقيق عائد سواء كان نقدياً أو عينياً.
- الاستثمارات وفقاً لمعيار المشاركة في الإدارة:
  - الاستثمار المباشر: هو الاستثمار الذي يملكه المستثمر كاملاً أو جزئياً على أن يحتفظ لنفسه حق التدخل والإدارة.<sup>(4)</sup>
  - الاستثمار غير المباشر: يقتصر على التوظيف المالي دون إعطاء المستثمر الحق في التدخل

(1) د. عبدالله عبد الكرييم عبدالله، ضمادات 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 الكرييم عبدالله، مرجع سابق، ص 19-20.

(3) د. نشأت علي عبدالعال، مرجع سابق، ص 199.

(4) د. عبدالله عبد الكرييم عبدالله، مرجع سابق، ص 20.

والإدارة، وتعتبر استثمارات غير المباشرة تلك الاستثمارات من مثل الاستثمار في الأسهم والسنادات.<sup>(1)</sup>

- الاستثمارات من الناحية المالية:

- التوظيف المالي: هو الاستثمار عن طريق شراء الأصول المالية كالأسهم والسنادات.
- 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.<sup>(2)</sup>

- 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.<sup>(3)</sup>

### 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 وقى سبق وأن بينت في أنواع الاستثمار بصورة عامة، فالاستثمار الأجنبي الغير مباشر هو الاستثمار في اقتصاد أجنبي دون أن يكون المستثمر مالكاً للاستثمار فلا يكون له التدخل ولا الإدارة، مثل: شراء أسهم في شركة أجنبية محلها دولة أجنبية.

وغالباً ما يلتجأ 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 كالتراثي (الامتيازات) والتصنيع

---

(1) د. عبدالله عبد الكرييم عبدالله، مرجع سابق، ص 21.

(2) د. نشأت علي عبدالعال، مرجع سابق، ص 197-198.

(3) د. عبدالله عبد الكرييم عبدالله، مرجع سابق، ص 22.

التعاقدي وقد يكون الاستثمار في مجال التجارة كالوكلالات 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 المنظورة والحديثة.<sup>(1)</sup>

• الاستثمار الأجنبي المباشر: كما تناولنا مسبقاً، يكون الاستثمار مباشرةً 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 مفردةً، فتأثر وتأثر 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 مباشرةً.

تختلف صور الاستثمار الأجنبي المباشر فإما يكون الاستثمار الأجنبي مملوكاً بالكامل للأجنبي 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 اشتري 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.<sup>(2)</sup>

• الاستثمارات المالية: كما قد بيننا 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، ص200-202.

(2) د. نشأت علي عبدالعال، مرجع سابق، ص202-206.

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 حواجز للقيام بهذه المشروعات.

كما قد تكون الاستثمارات المالية فردية أو متعددة، يكون فرديًا في حالة الاستثمار بصنف واحد من الأصول ويكون متعدداً 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 ناظمة تؤثر على جميع أنواع الأسهم والسنداط، 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 تأثير على أسعار الأسهم أو متعلقة بالتضخم والتي بدورها تؤثر على قوة النقود الشرائية.<sup>(1)</sup>

### الفرع الثالث

#### مجالات الاستثمار

حضرت 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.<sup>(2)</sup> أما المشرع المصري فقد حدد مجالات الاستثمار في المادة (1) من قانون ضمانات وحواجز الاستثمار لسنة (1997).<sup>(3)</sup>

(1) د. نشأت علي عبدالعال، مرجع سابق، ص 206-209.

(2) د. عبدالله عبد الكرييم عبدالله، مرجع سابق، ص 105.

(3) تنص المادة (1) من قانون ضمانات وحواجز الاستثمار لسنة (1997) على أنه: "تسري أحكام هذا القانون على جميع الشركات والمنشآت أياً كان النظام القانوني الخاضع لها تنشأً بعد تاريخ العمل به لمواصلة 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 فييد 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 بعوادة أرباح الاستثمار إليها.

- 
- ==
- استصلاح واستزراع الأراضي البدور والصحراوية أو أحدهما.
  - الإنتاج الحيواني والداجني والسمكي.
  - الصناعة والتعدين.
  - الفنادق والموتيلات والشقق الفندقية والقرى السياحية والنقل السياحي.
  - النقل البري للبضائع والثلاجات الخاصة بحفظ الحاصلات الزراعية والمنتجات الصناعية والمواد الغذائية ومحطات الحاويات وصوامع الغلال.
  - النقل الجوي والخدمات المرتبطة به بطريق مباشر.
  - النقل البحري لأعلى البحار.
  - الخدمات البترولية المساعدة 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 والمراكم الطبية والعلاجية التي تقدم 10% من طاقتها بالمجان.
  - التأجير التمويلي.
  - ضمان الاكتتاب في الأوراق المالية.
  - رأس المال المخاطر.
  - إنتاج برامج وأنظمة الحاسوبات الآلية.
  - المشروعات المملوكة 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.<sup>(1)</sup>

## 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، كلُّ 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 مؤثراً بصورة كبيرة على قدرة الحصول على ثقة المستثمر لما للعوامل السياسية من تأثيرات على الأدخار، فبتزعزع الاستقرار السياسي والأمني تقل نسبة الأدخار وبذلك تقل الاستثمارات.

يتمثل الجانب السياسي بالنظام السياسي المتبعة في الدولة والأحزاب السياسية ويوثر في المناخ الاستثماري بمدى تقبل السياسيين لفكرة الاستثمار الأجنبي.<sup>(2)</sup>

(1) د. نشأت علي عبدالعال، مرجع سابق، ص.233.

(2) أ. د. محمد أحمد زيدان، حواجز جذب الاستثمارات الأجنبية إلى دولة الإمارات العربية المتحدة، ورقة مقدمة لمؤتمر الاستثمار بين التشريعات الوطنية والاتفاقيات الدولية وأثرها في التنمية الاقتصادية في دولة الإمارات العربية المتحدة، جامعة الإمارات العربية المتحدة، الإمارات، 2011، ص.299.

بـ- الجانب الاجتماعي: مما لا شك فيه، تؤثر العوامل الاجتماعية في ثقة المستثمرين الأجانب، فتؤثر المؤهلات العلمية والخبرات ومؤهلاتقوى العاملة على مدى تطور الفكر الاقتصادي وعلى جذب المستثمرين.<sup>(1)</sup>

جـ- 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.<sup>(2)</sup>

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 تطويراً 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.<sup>(3)</sup>

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.<sup>(4)</sup>

(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 والاتفاقيات 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 المشروع 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.<sup>(1)</sup>

وفي الكفة الأخرى، نظم المشروع المصري الاستثماري في قانون حواجز وضمانات الاستثمار رقم 8 لسنة 1997.<sup>(2)</sup>

## الفرع الثالث

### حواجز جذب الاستثمار الأجنبي

ينص مشروع القانون الإماراتي في شأن الاستثمار الأجنبي على حواجز 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 حواجز يراها المجلس مناسبة

(1) د. عبدالله عبد الكرييم 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.<sup>(1)</sup>

إلى جانب الحوافز المنصوص عليها في مشروع القانون قدمت الحكومة حوافز كثيرة للاستثمارات الأجنبية، منها تخفيض أسعار الأراضي للمشروعات الصناعية والإسهام في البحث لدعم الاستثمارات الأجنبية وتسهيل شروط دخول الاستثمار الأجنبي وغيرها الكثير.<sup>(2)</sup>

نص القانون في مصر على العديد من الحوافز لجذب الاستثمارات، ويمكن تقسيمها إلى إعفاءات من ضرائب ورسوم وإعفاءات 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، تعفي 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 تزاول نشاطاً مماثلاً أو مكملاً.

7. أن لا يقل حجم رأس المال الأجنبي المستثمر عن خمسين مليون درهم.

8. درجة الكفاءة والخبرة العالمية للمستثمر الأجنبي.

9. المشاريع الصديقة للبيئة."

(2) د. عبدالله عبد الكريم عبدالله، مرجع سابق، ص 105-106.

الوزراء.<sup>(1)</sup> 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.<sup>(2)</sup>

كما يعفى المشرع المصري للمشروعات 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 ستطيع الالكتتاب العام وتكون مقيدة في البورصة. وتعفى الشركات المندمجة أو المنفصلة أو تلك المغيرة لشكلها من الضريبة والرسوم المستحقة بسبب هذا التغيير.<sup>(3)</sup>

### البند الثاني: الإعفاءات الجمركية

تنص المادة 23 من قانون ضمانات وحوافز الاستثمار إعفاء جمركي حيث لا يكون لهذة المشروعات الاستثمارية سوى دفع 5٪ من قيمة إيراداتها من أجهزة ومعدات على أن تكون هذه المنقولات ضرورية لإنشائها.<sup>(4)</sup>

### 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 قررها المحكمة الدستورية العليا ومحكمة النقض والمحكمة الإدارية العليا والجمعية العمومية لقسي الفتوى والتشريع مجلس 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

وتقديم تلك خدماتها مجاناً. إلى جانب ذلك، تمنح مصر المستثمر الأجنبي إقامة ملدة خمس سنوات قابلة التجديد لتسهيل عملية إدارة المشروعات الاستثمارية مباشرةً.<sup>(1)</sup>

#### البند الرابع: عدم الخضوع لبعض القوانين

يعفي المشروع بعض المشروعات الاستثمارية من الالتزام بتطبيق بعض مواد قانون الشركات وبعض أحكام قانون العمل وبعض القوانين المتعلقة بإجراءات الإيراد والتصدير.<sup>(2)</sup>

#### البند الخامس: حواجز ربحية وتجارية

لجذب الاستثمارات الأجنبية إلى مصر قرر المشرع إعطاء المستثمرين حق تملك الأراضي والمباني وأعطى المشروعات الاستثمارية بعض الأرضي في مناطق محددة بالمجان، كما أنه قد ألغى هذه المشروعات من إخضاع منتجاتها للتسuir الجبri ولا يحق للسلطة التدخل في تحديد أرباح هذه المشروعات.<sup>(3)</sup>

### الفرع الرابع ضمانات الاستثمار

إلى جانب الحواجز الممنوعة للمستثمر تعتبر الضمانات الممنوعة 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 لقيمة 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.<sup>(1)</sup> 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.<sup>(2)</sup>

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.<sup>(3)</sup> تنص المادة (9) من قانون ضمانات وحوافز الاستثمار على أنه: "لا يجوز بالطريق الإداري فرض الحراسة على الشركات والمنشآت أو الحجز

---

(1) تنص المادة (22) مشروع قانون اتحادي في شأن الاستثمار الأجنبي على أنه: "يلتزم المستثمر الأجنبي بما يلي:

1. الالتزام بأحكام التسريعات النافذة في الدولة.
  2. الالتزام بممارسة النشاط المحدد في التخصيص الصادر عن السلطة المختصة.
  3. العمل على تدريب العمالة الوطنية وإكسابها المهارات الازمة.
  4. مسلك حسابات منتظمة للمشروع الاستشاري الأجنبي.
  5. تعيين مدقق حسابات قانوني مرخص في الدولة.
  6. عدم التصرف بالموجودات الثابتة التي تم إعفاؤها والمزايا المنوحة 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 ومتطابقة البيانات والمعلومات على الواقع.
  8. إعلام السلطة المختصة خطياً فور الانتهاء من تركيب الموجودات الثابتة وتجهيزها لغايات المشروع وتاريخ بدء العمل أو الإنتاج الفعلى.
  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 عبد الكرييم عبدالله، مرجع سابق، ص 40-41.

على أموالها أو استيالها أو التحفظ عليها أو تجميدها أو مصادرتها". مما سبق نستخلص أن المشرع بهدف جذب المستثمرين الأجانب يحمّم من مخاطر تعسف السلطة، فلا يجوز بناءً على قرار إداري فرض حراسة أو الحجز أو الاستيال أو التجميد أو المصادره على المشروعات الاستثمارية وممتلكاتها.<sup>(1)</sup>

كما يحظر المشرع في مصر تدخل الإدارة بفرض التسعير الجبri أو تحديد ربح المشروعات في المنتجات، فيتمكن المستثمر بحرية تقدير ثمن السلعة ومقدار الربح. ويحظر القانون نفسه إلغاء تراخيص العقارات التي تنفع منها المشروعات الاستثمارية مالم تخالف أحد شروط الترخيص. ويمنح القانون حق تملك الأراضي والعقارات لأهداف الاستثمار بالإضافة إلى حرية الإبراد والتصدير.<sup>(2)</sup>

---

(1) المستشار رجب عبد الحكيم السليم، مرجع سابق، ص289.

(2) د. عبدالله عبد الكريـم عبد الله، مرجع سابق، ص42.

## الخاتمة

الاستثمارات الأجنبية تشكل محوراً هاماً في عجلة التنمية، وتطور الاقتصاد. من خلال البحث في الاستثمار الأجنبي و مجالاته ومن خلال الاستطلاع على المناخ الاستثماري في دولة الإمارات وجمهورية مصر والبحث في القواعد القانونية المنظمة للاستثمار الأجنبي والحوافز والضمادات التي تمنحها هذه القوانين، يمكنني استخلاص بعض النتائج والتوصيات:

### النتائج:

- 1- نظم المشرع المصري للضمادات والحوافز في قانون مستقل. أما المشرع الإماراتي فلم يصدر قانوناً خاصاً بالاستثمار إلا أنه إلى جانب القواعد المتناثرة في القوانين المختلفة التي تطبق على المشروعات الاستثمارية قد أعد مشروع قانون لم يصدر بعد.  
من ذلك يتبيّن لنا كم الجهد المبذول 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 فتئين من المشروعات من الخصوص لأحكام مشروع القانون في شأن الاستثمارات الأجنبية وهي المشاريع المتعلقة بالنفط والغاز والماء والكهرباء والمشاريع في المناطق الحرة لخضوعها لقوانين خاصة تنظمها.  
من وجة 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 متعددة ذات المنفعة الكبيرة.
- 3- تبيّن من خلال البحث أن المشرع المصري قد توسيع في منح الحوافز لجذب المستثمرين، وبالخصوص الإعفاء الضريبي المنوح للمشاريع المقامة في المناطق النائية. فهذا 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 إلا 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 مناسباً، فلولا هذه الصلاحية لوجب تعديل القانون بالإجراءات المعتادة لمنح حواجز جديدة.

### الوصيات:

- 1- من خلال النظر في مشروع القانون المعد وممارسات الحكومة يتبيّن لنا حرص السلطات الإماراتية على توفير الحواجز والضمانات لجذب المستثمر الأجنبي ما هو إيجابي وفي الطريق الصحيح مما يجعلنا نتأمل إصدار المشروع ودخوله حيز النّفاذ.
- 2- كما قد أشدت ب موقف المشرع عندما منح مجلس الوزراء الحق بزيادة الحواجز، أوصي بزيادة الحواجز المنصوص عليها في القانون المعد. فحسناً يكون إن منح المشرع حواجز لمشروعات جديدة لا تتوافر في السوق المحلية خصوصاً تلك التي تساهم في التنمية وتحقيق المنفعة للبلاد. فنصّه على هذه الحواجز 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 لقسبي الفتوى والتشريع بمجلس الدولة مع بيان النصوص القانونية المرتبطة وحلول أهم المشكلات العملية التي تتعارض المستثمرين، موسوعة الشركات والاستثمار، القاهرة، مصر، 2007.
- طاهر حيدر حربان، مبادئ الاستثمار، دار المستقبل للنشر والتوزيع، عمان، الأردن، 1997.
- د. عبدالله عبد الكري姆 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 والاتفاقيات 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 والاتفاقيات 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 ريالا، قطر: عشرون ريالا، 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.