

الباحث العربي

مجلة دورية علمية محكمة

تصدر عن المركز العربي للبحوث القانونية والقضائية

مجلس وزراء العدل العرب - جامعة الدول العربية

رئيس التحرير	مجلس الإدارة
السفير عبد الرحمن الصلح الأمين العام المساعد رئيس المركز العربي للبحوث القانونية والقضائية	- السفير عبد الرحمن الصلح / رئيس المركز - القاضي كلود كرم، ممثل وزير العدل اللبناني - الوزير مفوض ياسر عبد المنعم / جامعة الدول العربية
هيئة التحرير	- المستشار منصور عبد الرحمن القفاري / المملكة العربية السعودية - المستشار الدكتور محمد بن سليمان الراشدي / سلطنة عُمان - الأستاذ محمد أبو سندس / دولة فلسطين - الشيخ محمد بن عبد الرحمن مبارك آل ثاني / دولة قطر - الدكتور عادل يمّين / الجمهورية اللبنانية - الدكتور الكوني علي أعبودة / ليبيا
- الدكتور يوسف السباعي، مدير التحرير - الأستاذ يحيى الزين، عضو هيئة - الأستاذ طارق الحلبي، شؤون الموقع - الآنسة فاطمة ديب	



ملف العدد

كلمة العدد الأول

معالي الأمين العام لجامعة الدول العربية

أ. أحمد أبو الغيط ٥

إفتتاحية المجلة

الأمين العام المساعد / رئيس التحرير

السفير / عبد الرحمن الصلح ٧

الإستقرار القانوني ودوره في جذب الإستثمار الأجنبي

أ.م.د. بشار عدنان إبراهيم ملكاوي ٩

قواعد التأمين عن الأخطار الإلكترونية (دراسة تحليلية)

أ.م.د. هالة صلاح الحديثي ٣٥

حكم تغيير الجنس وأثره في عقد الزواج وفقاً للنظام السعودي

والقانون الكويتي (دراسة مقارنة)

د. فهم عبد الإله الشايع ٦٩

مدى شرعية أسانيد سيادة إسرائيل على القدس في القانون الدولي العام

د. السيد مصطفى أحمد أبو الخير ١٤٩

- حماية التصرفات القانونية وإثباتها عبر تطبيق الذكاء الاصطناعي
 د. أيمن محمد سيد مصطفى الأسيوطي ٢٠١
- الضمانات القانونية والقضائية والدستورية لسيادة القانون
 د. باهر عبد الرحمن ٢٣٩
- الرقابة القضائية من خلال دعوى بطلان حكم التحكيم
 د. هيثم السيد عبد الواحد إبراهيم ٢٩٧
- الحماية الجنائية لحرية ممارسة الشعائر الدينية
 د. محمد السعيد القرعة ٣٨٩
- الحماية الجنائية للطفل من جرائم الأنترنت على الصعيد الوطني والدولي
 (دراسة مقارنة)
 د. حمادة خير محمود ٤٢٥
- المركز القانوني للوسيط الأجنبي في سوق الأوراق المالية (دراسة مقارنة)
 أ. أحمد حسن محمد ٤٦١

كلمة العدد الأول

إن دور جامعة الدول العربية لا يقتصر على المجال السياسي فقط، فلدى الجامعة أذرع كثيرة متنوعة تستهدف مختلف أوجه الحياة بغية تحقيق الغايات الأسمى من إنشائها، كما تسعى لتوثيق الصلات بين الدول العربية في شتى المجالات.

واتصالاً بالدور الثقافي والعلمي الذي تضطلع به الجامعة، فقد قامت بإنشاء مركز عربي متخصص في البحوث القانونية والقضائية إيماناً منها بأهمية هذا المجال الحيوي وتأثيره على المجتمعات العربية وارتقائها.

وفي هذا السياق؛ ولدت فكرة إصدار مجلة عربية قانونية متخصصة تتيح مجالاً للكتاب المتخصصين والأكاديميين العرب لنشر دراساتهم وأبحاثهم. وقد اعتمد مجلس وزراء العدل العرب هذه المبادرة، إدراكاً منه لما تواجهه منطقتنا العربية من مخاطر شتى، وكون أحد السبل الرئيسية لمجابهة هذه المخاطر يتمثل في نشر الوعي القانوني عبر مثل هكذا مبادرات متخصصة، للمساهمة في تكوين فهم أفضل ومعرفة أدق بالتحديات التي تواجه مجتمعاتنا وسبل مجابهتها.

إنّ أحد الأهداف التي نسعى إليها من إصدار هذه المجلة هو تعزيز تبادل الخبرات العلميّة والأكاديمية بين الباحثين العرب والأساتذة والخبراء، بغية إثراء المحتوى العلمي في مختلف أفرع البحث القانوني والقضائي، وإنني

أدعو جميع المهتمين - وفي مقدمتهم صنّاع القرار والمؤسسات المهمة بنشر العلوم والثقافة - إلى تقديم الدعم والمساهمة الفاعلة لإنجاح هذه المجلة، وكلّي أمل أن تمثل فائدة وإضافة للنشر المتخصص الرصين، وللبحث العلمي المُحرَّك رفيع المستوى.

إنني أرجو كل التوفيق لهذا المولود الجديد، متمنياً السداد لهيئة تحرير المجلة وللجنتها العلميّة.

والله من وراء القصد،

أمين عام جامعة الدول العربية

أحمد أبو الغيط

إفتتاحية المجلة

يعمل المركز العربي للبحوث القانونية والقضائية على النهوض في المجال القانوني والقضائي للوصول بالأمة العربية إلى وحدة تشريعية عربية على صعيد القوانين والأنظمة القضائية المعمول بها في الدول العربية والبحث عن السبل الآيلة إلى خلق ذهنية قضائية موحدة تكفل قيام الأمة نحو خلق بيئة قانونية وقضائية مستقرة على الصعيد الاجتماعي والإقتصادي والفكري تجعل من المتيسر خلق بيئة مرنة لتطوير عمل القضاء العربي لخلق أرضية صالحة لجو سياسي مريح على الصعيد العام والأصعدة الأخرى الإقتصادية منها والإجتماعية والعلمية خاصة لإنقاذ أمتنا من آثار الأخطار المحدقة بها من كل الجهات والجوانب وتجعل من هذه الأمة مناعة صلبة وقاسية لمواجهة التحديات من خلال التطور القانوني الذي يسهل التطور العلمي والفكري في شتى المجالات.

ومن هذا المنطلق صدر عن مجلس وزراء العدل العرب القرار رقم (ق ١١٩٥ - د ٣٥ - ٢٠١٩/١١/٢١) حول اعتماد النظام الأساسي لمجلة «الباحث العربي» الذي يعتبر نقطة إنطلاق للمجلة ضمن إطارها الأكاديمي وفق معيار العلمية بأسلوب أكاديمي بناء على القرار أعلاه كما صدر أيضاً النظام الداخلي للمجلة بهيئة تحرير تدير أعمالها وكذلك نخبة من المحكمين العرب ضمن التخصصات الدقيقة بمجال القانون والقضاء خاصة في المجال الفني القضائي مما أعطى للمجلة تخصصية فنية للعمل بها.

وتعتبر مجلة «الباحث العربي» خطوة علمية مكملّة لبرنامج عمل المركز والذي يتضمّن مجموعة من الأنشطة والإجتماعات الدورية على مستوى اللجان الفنيّة المتخصصة، على النحو التالي: (مدراء المعاهد القضائيّة، رؤساء أجهزة التفتيش القضائي، مسؤولي إدارات التشريع، المدعون العامون في الدول العربيّة، رؤساء إدارات أو هيئات قضايا الدولة، إجتماعات لجان توحيد التشريعات، الندوات العلميّة واللقاءات، الدراسات والأبحاث).

في هذا الوقت الإستثنائي العصيب الذي تمرّ به أمتنا يغدو من الواجب التركيز على دعم الثقافة العربيّة والحفاظ على لغتها وتأسيس مجتمع مثقّف قانونياً يجعله قادراً على توليد مرجعيّات ثقافيّة وقانونيّة عربيّة تحصّن مجتمعنا أمام رياح التغيير التي تعصف بالعالم بشكل متسارع وقادر على مواجهة التحدّيات على أكثر من صعيد.

الأمين العام المساعد

السفير / عبد الرحمن الصلح

رئيس المركز العربي للبحوث القانونيّة والقضائيّة

رئيس التحرير

الإستقرار القانوني ودوره في جذب الإستثمار الأجنبي

إعداد: أ.م.د. بشار عدنان إبراهيم ملكاوي

أستاذ القانون المدني المشارك، كلية الحقوق - الجامعة الأردنية
معهد الإدارة العامة - الرياض

الملخص

يحقق الإستثمار الأجنبي نفعاً لكلا الطرفين؛ الدولة المستضيفة للإستثمار، والجهة المستثمرة، ولحماية هذا النفع لا بد من تحقيق العدالة التي تحفظ حقوق كلا الطرفين، القاعدة القانونية هي الوسيلة التي تُمكن من تحقيق العدالة؛ من هنا كانت الحاجة العملية لتحقيق النفع المرجو من الأطراف من خلال الإستقرار القانوني في الدولة.

تقدّم هذه الدراسة ثلاثة محاور تتمثل في: القوانين الجاذبة للإستثمار الأجنبي، والقوانين الداعمة والمشجعة للإستثمار الأجنبي، وأخيراً قوانين استدامة الإستثمار الأجنبي.

فهرس الدراسة

- المقدمة.
- المبحث الأول: القوانين المعنية بالإستقرار القانوني لجذب الإستثمار الأجنبي.
 - الفرع الأول: أثر الإستقرار في القوانين العقارية على الإستثمار الأجنبي.
 - الفرع الثاني: أثر الإستقرار في القوانين العمالية على الإستثمار الأجنبي.
 - الفرع الثالث: أثر إستقرار قوانين الضرائب على الإستثمار الأجنبي.
- المبحث الثاني: القوانين المشجعة والداعمة للإستثمار الأجنبي.
 - الفرع الأول: الحقوق والحريات العامة في قوانين الدولة.
 - الفرع الثاني: دور القوانين الإجرائية في التشجيع ودعم الإستثمار الأجنبي.
 - الفرع الثالث: أثر قوانين التحكيم على التشجيع على الإستثمار الأجنبي.
- المبحث الثالث: دور قوانين مكافحة الفساد في استدامة الإستثمار الأجنبي.
 - الفرع الأول: دور قوانين مكافحة الفساد الإداري على إستدامة الإستثمار الأجنبي.
 - الفرع الثاني: دور قوانين مكافحة الفساد في القطاع الخاص على إستدامة الإستثمار الأجنبي.
- الخاتمة.

المقدمة

يعتبر جذب الإستثمار من الأهداف الاستراتيجية التي تتنافس الدول فيما بينها لتحقيقه، ويستدعي ذلك لتوفير بيئة مناسبة تحقق هذا الجذب واستدامته، حتى تتحقق نتائجه الإقتصادية الطموحة للدولة.

يجب فهم جذب الإستثمار على أنه منفعة متبادلة بين الأطراف؛ فالدولة التي توفر بيئة مناسبة تقدم في نفس الوقت تنازلات سياسية وقانونية تتصل بسيادتها^(١)، غير أنها تحصل على منافع اقتصادية تنعكس على اقتصادها وعلى حياة الأفراد فيها.

من جانب آخر فإن المستثمر الخاضع لمبدأ اقليمية القوانين^(٢) في وطنه يخرج عن حدود هذا المبدأ في حالة إقامة استثماراته في اقليم آخر، غير أنه يأخذ مخاطر قانونية كثيرة تنعكس على استثماره؛ فهو خارج حدود دولته، قد يقع ضحية للتعديلات القانونية أو لوجوب خضوعه لنظام قانوني أو نظام قضائي آخر غير النظام القانوني الوطني.

(١) يمكن القول بأنه كلما أبرمت الدولة اتفاقية فإنها بصورة ما تتنازل عن جزء من سيادتها بقدر ما قدمت للطرف الآخر من حقوق. انظر بشكل عام:

د. بشار عدنان ملكاوي. تأثر مبادئ العقد عند حلول أزمة سياسية مثال الشرق الأوسط منذ عام ١٩٤٥. دار وائل للنشر. عمان - الأردن. ٢٠٠٢.

(٢) انظر بشكل عام حول مبدأ اقليمية القوانين:

د. بشار عدنان ملكاوي. معجم تعريف مصطلحات القانون. لا يوجد دار نشر. ٢٠١٦.

أ.د. غالب الداوودي. المدخل إلى علم القانون. دار الثقافة. عمان - الأردن. ٢٠١٤.

د. عبد القادر الفار. المدخل لدراسة العلوم القانونية. دار الثقافة للنشر. عمان - الأردن.

د. خالد الرويس ود. رزق الرئيس. المدخل لدراسة العلوم القانونية. مكتبة الرشد. الرياض.

تثور الأسئلة القانونية من جانب الطرفين في جذب الإستثمارات؛ فمن جانب تثور الأسئلة من الدولة الراغبة في جذب الإستثمار حول القوانين المعنية بالإستثمار وكيفية تحديدها، وما يجب أن تتضمنه حتى تحقق الجذب الحقيقي للإستثمار. ومن ثم نتحدث عن الاستقرار القانوني في هذه القوانين. أما من جانب المستثمر فهناك أسئلة قانونية تتصل في المعيار القانوني الذي يجب عليه أن يتبناه في تحديد الدولة التي يرغب في الإستثمار فيها، وفي هذه الحالة قد نقف أمام تساؤل حول العلاقة بين طبيعة الإستثمار المطلوب والقوانين ذات العلاقة، فهل يجب تحديد هذا الإستثمار ومن ثم تحديد القوانين المعنية؟

أم أن طبيعة الإستثمار لا تنعكس على هذه القوانين وإنما معيارها موضوعي دائماً؟

نعتقد بأن هناك مرحلتين مختلفتين يجب على الدولة أن تراعيهما في موضوع جذب الإستثمار؛ فالهدف الفعلي ليس مجرد جذب هذه الإستثمارات ولكن يجب أيضاً المحافظة عليها واستمرارها حتى تحقق الأهداف المرجوة منها كزيادة الدخل القومي وتخفيض نسبة البطالة وغيرها.

تتمثل المرحلة الأولى في البحث في القوانين الجاذبة للإستثمار؛ إذ لا بدّ من تحديد هذه القوانين وبيان الرابط بينها وبين جذب الإستثمار. أما المرحلة الثانية فنبحث في القوانين الداعمة والمشجعة على استقرار الإستثمار.

يجب أن نأخذ بعين الاعتبار بأن ما يمكن أن نراه استقراراً قانونياً قد يصبح مع الوقت جمود قانوني ينعكس على الحاجات الإقتصادية والسياسية والإجتماعية التي تقتضي تطوير القاعدة القانونية لتواكب حاجات المجتمع ومستجداته؛ فلا بد من البحث في الجوانب الإيجابية والسلبية للإستقرار القانوني وعلاقته بجذب الإستثمار.

يتطلب جذب الاستثمارات الأجنبية إلى جانب الإستقرار القانوني والإستقرار السياسي؛ حيث ينعكس هذا الأخير على الإستقرار القانوني بشكل واضح حيث عرف العالم في القرن الماضي التأميم للمصادر الطبيعية للدول مما انعكس على كثير من الإستثمارات الأجنبية في تلك الدول، وكانت الدوافع سياسية وترجمت من خلال قواعد قانونية، ترتب على هذا الأمر ظهور شرط الثبات في العقود الدولية؛ حيث كان يتضمن هذا الشرط عدم مواجهة الجهة المستثمرة في العقد الدولي بأية قوانين جديدة تظهر أو تبناها الدولة وتؤثر على مصالح الجهة المتعاقد معها، وانتشر شرط الثبات^(٣) بشكل كبير في فترة الستينيات والسبعينيات من القرن الماضي لما كان له من دور هام في إمكانية الإستثمار الأجنبي خاصة ما كان متعلق بالمصادر الطبيعية للدول.

تتميز هذه الدراسة بأنها تنطلق من السؤال القانوني حول القوانين التي يجب ان يهتم بها اطراف الاستثمار المتمثلة بالدولة والمستثمر الاجنبي. فعلى الدولة ان تعينها اهتماما كبيرا في صياغتها ومضمونها وعلى المستثمر ان يدرسها بشكل جيد لاتخاذ قراره بالاستثمار. ويتوجب بعد ذلك استقرارها القانوني ليتفق بذلك الهدف منها وهو جذب وتشجيع الاستثمار في الدولة.

مما تقدّم سيتم البحث في ثلاثة محاور على النحو التالي:

- **المبحث الأول:** القوانين المعنية بالإستقرار القانوني لجذب الإستثمار.
- **المبحث الثاني:** القوانين المعنية بالإستقرار القانوني لدعم وتشجيع الإستثمار الأجنبي.

- **المبحث الثالث:** قوانين استدامة الإستثمار الأجنبي.

(٣) د. بشار عدنان ملكاوي. تأثر مبادئ العقد..... مرجع سابق.

المبحث الأول

القوانين المعنية بالاستقرار القانوني

لجذب الإستثمار الأجنبي

إن قرار المستثمر الأجنبي للإستثمار في دولة ما إنما يتحقق بعدما يقوم بدراسة القوانين في تلك الدولة؛ وحيث أن الدولة الحديثة تنظم جميع جوانب الحياة من خلال القوانين فإنه من الصعوبة بمكان القول بأن المستثمر الأجنبي سيطلع على جميع القوانين في الدولة.

يهتم المستثمر الأجنبي بالقوانين ذات العلاقة بإستثماره، فبحسب مجال الإستثمار سيكون موضوع الاهتمام، غير أننا نعتقد بأن هناك مجموعة من القوانين بشكل عام سيهتم بها المستثمر الأجنبي والتي تتمثل في القوانين العقارية والعمالية والضرائب.

سنبحث في أثر الإستقرار القانوني لهذه القوانين على جذب الإستثمار الأجنبي في الدولة من خلال ثلاثة فروع نخصصها على النحو التالي:

الفرع الأول: أثر الإستقرار في القوانين العقارية على الإستثمار الأجنبي.

الفرع الثاني: أثر الإستقرار في القوانين العمالية على الإستثمار الأجنبي.

الفرع الثالث: أثر إستقرار قوانين الضرائب على الإستثمار الأجنبي.

الفرع الأول

أثر الإستقرار في القوانين العقارية على الإستثمار الأجنبي:

بحث الكثير من الأعمال القانونية في مجال الإستملاك للعقارات وأثرها على الإستثمارات الأجنبية^(٤) وليست الغاية تكرار ما تقدمت به هذه الأعمال من قبل؛ وإنما ما نصبو إليه في هذا الفرع هو بيان الإستقرار القانوني في القوانين العقارية كمعيار جاذب للإستثمار الأجنبي.

عرف العالم أزمة إقتصادية في العام ٢٠٠٧م وما بعده كان سببها الرئيسي العقارات، وفي هذا بيان للأهمية الإقتصادية للعقارات في الدولة.

يمكننا القول بأن معيار نمو الحياة الإقتصادية هو النمو في الطلب على العقار، والعكس صحيح فإن انخفاض الطلب على العقار ينعكس سلباً على الحياة الإقتصادية للدولة؛ فالعقار يؤثر على الحياة الإقتصادية ويحرك عجلتها. فهو يتطلب أيدي عاملة، ويحتاج إلى المواد الأولية للبناء من إسمنت وحديد وأخشاب، وبعد الإنتهاء من البناء فإن من يشغل العقار يحتاج إلى الأثاث والكهربائيات.

يستطيع المستثمر الأجنبي بدراسة القوانين العقارية للدولة أن يبنى قراره إيجاباً أو سلباً للإقدام على عملية الإستثمار في الدولة.

(٤) انظر بشكل عام:

ميساء السامرائي، التنظيم القانوني للإستثمار الأجنبي، منشورات زين الحقوقية، بيروت - لبنان، ٢٠١٨.

علي شهاب الصباحي، الإستثمار الأجنبي الخاص، شركة دار الأكاديميون للنشر والتوزيع، ٢٠١٩، ص ٧٠ - ٧٥.

طالب براية سليمان، الضمانات التشريعية لحماية الإستثمار الأجنبي، دار الجامعة الجديدة، الإسكندرية، ٢٠١٦، ص ٩٩ و ١٣١.

نوار حسيّن، الحماية القانونية لملكية المستثمر الأجنبي، المركز القومي للإصدارات القانونية، القاهرة، ٢٠١٧، ص ٦٠ و ٦٧ و ١٣٤.

إن حماية حق الملكية^(٥) وتوفير الضمانات القانونية له يعكس مسائل قانونية وإقتصادية وإجتماعية في الدولة يأخذها المستثمر جميعها بعين الاعتبار عند اتخاذ قراره بالإستثمار.

لهذا نجد بعض الدساتير نصت على حماية حق الملكية لما يعكسه من أهمية إقتصادية وإجتماعية^(٦)؛ وبعض الدول خصصت محاكم للنظر في النزاعات العقارية^(٧) وبعضها الآخر نجده يقدم إقامات دائمة لمن يملك عقاراً في إقليمها^(٨)، والغاية من ذلك تشجيع الإستثمار في مجال العقارات للأفراد والشركات الأجنبية على حد سواء.

إن عملية جذب الإستثمار الاجنبي تتطلب معطيات قانونية يجب أن تتحقق وعلى الدولة المستضيفة ان توليها اهتماماً كبيراً. فمن جانب يجب أن تُصاغ هذه القوانين بطريقة تعكس الثبات والإستقرار. ومن جانب آخر؛ يجب الانتباه إلى مسائل موضوعية كالضرائب المتصلة بالعقار، وتملك الاجنبي، وعدم الجمود في الحياة الاقتصادية العقارية، والمرونة الإجرائية في المعاملات الإدارية ذات العلاقة بتسجيل العقار ونقل الملكية وحمايتها.

(٥) نوارة حسين. مرجع سابق. ص ٣٤ و ٦٧.

(٦) د. وعد الشخيلي. حق الملكية في عدد من الدساتير العربية والعراقية. دار الحكمة للدراسات والبحوث. ٢٠١٤.

doral-hikma. blogpost. Com

إكرام الصواف. الحماية الدستورية والقانونية في حق الملكية الخاصة. رسالة ماجستير. الموصل. ٢٠١٠.

(٧) كما هو الحال في المحكمة العقارية في دبي. انظر بشكل عام:

لطيفة محمد سالم. النظام القضائي المري الحديث. دار الشروق. القاهرة. ٢٠١٠.

(٨) دول تمنح الإقامة الدائمة لمن يملك عقار. منها على سبيل المثال لا الحصر؛ اسبانيا، البرتغال، اليونان، قبرص، مالطا.

الفرع الثاني

أثر الإستقرار في القوانين العمالية على الإستثمار الأجنبي:

تعتبر القوانين العمالية معياراً هاماً للعديد من المسائل القانونية في الدولة؛ فهي تحمل جوانب من حقوق الإنسان، وجانب من القوانين الإقتصادية في الدولة، فيمثل الحد الأدنى للأجور معياراً إقتصادياً لمستوى الحياة في الدولة، وتمثل التعويضات العمالية بشكل عام سواء عن بدل الفصل التعسفي، أو عن إصابات العمل معياراً للحقوق العمالية المتصلة بحقوق الإنسان^(٩).

تعكس دراسة قانون العمل في الدولة الكثير من المسائل الجوهرية، كالحياة الإجتماعية، والإقتصادية، واحترام حقوق الإنسان؛ لذلك نجد أن الكثير من دول العالم تطور في قوانينها العمالية كتبني مبدأ الحق الأفضل^(١٠)، ومكافحة العمل الجبري^(١١)، والمساواة بين الرجال والنساء في العمل، وتحقيق مبادئ العمل اللائق^(١٢)، ونجد الإتجاه الدولي في مكافحة الإتجار بالبشر^(١٣)، و ضمانات حقوق العامل أثناء العمل وبعده.

(٩) د. بشار عدنان ملكاوي. دراسات فقهية في قانون العمل. لا يوجد دار نشر. عمان - الأردن. ٢٠١٤.
د. بشار عدنان ملكاوي. مدى انسجام التعويض عن إصابة العمل في القانون المدني وقانون العمل الأردني LAMBERT.

(١٠) د. بشار عدنان ملكاوي. مبدأ المشروعية في قانون العمل الأردني. مجلة دراسات. الجامعة الأردنية. عدد (٣٠). مجلد (٣١). ٢٠٠٢. ص ٣٩٠.

(١١) REUET, Thierry. L'ordre public des les relations de travail. In l'ordre public a la fin du Xxe siècle Dalloz. 1996.

انظر بشكل عام: الاتفاقية ٢٩، والاتفاقية ١٠٥ من اتفاقيات منظمة العمل الدولية.
(١٢) انظر بشكل عام: يوسف الياس. أزمة قانون العمل المعاصر بين نهج تدخل الدولة ومذهب اقتصاد السوق. دار وائل للنشر. عمان - الأردن. ٢٠٠٤.

(١٣) د. بشار عدنان ملكاوي. ضمانات منع ومكافحة الاتجار بالبشر في القانون الأردني والسعودي والاتفاقيات الدولية. في دراسات فقهية في قانون العمل. مرجع سابق. ص ١٧٥ وما بعدها.

يجد المستثمر الأجنبي الكثير في اطلاعه على القوانين العمالية في الدولة ليعرف مدى احترام الدولة لحقوق الإنسان؛ ويتعرف على المستوى الإقتصادي للأفراد فيها، والضمانات القضائية في الدولة لحقوق الأفراد فيها. وينعكس ذلك سلباً أو إيجاباً على قراره بالإستثمار في الدولة المستضيفة.

يتصل قانون العمل في جوانب قانونية كثيرة؛ فهو يمثل قراءة اقتصادية وإجتماعية ويعكس اهتمام الدولة بحقوق الإنسان فيها، نجد أن الاتفاقيات الدولية الصادرة عن منظمة العمل الدولية أو عن الجمعية الدولية للضمان الإجتماعي تقدّم معايير تتجه أغلب دول العالم لتبنيها في أنظمتها القانونية الداخلية.

يستطيع المستثمر الأجنبي من خلال دراسة قانون العمل في الدولة أن يتعرف على التزام الدولة بالمعايير القانونية الحديثة الصادرة في الاتفاقيات الدولية مما يشكل بالنسبة له ضماناً حقيقية تشجعه على اتخاذ خطوة الإستثمار في تلك الدولة.

إن بعض الإستثمارات الأجنبية قد لا تتطلب نقل العمالة إلى الدولة المستضيفة أو قد لا تكون بحاجة ابتداءً إلى أيدي عاملة في بعض الأحوال، غير أن ذلك لا يمنع المستثمر الأجنبي من دراسة قانون العمل للدولة لما يمثله هذا القانون من أهمية في معرفة الحياة الإقتصادية والإجتماعية والقانونية والإنسجام مع المجتمع الدولي، الأمر الذي يؤثر بشكل جوهري على قرار الإستثمار الأجنبي.

الفرع الثالث

أثر إستقرار قوانين الضرائب على الإستثمار الأجنبي:

تعتبر الضرائب في الدولة من أهم مظاهر الجذب أو النفور للمستثمر الأجنبي؛ لهذا نجد بعض الدول قد عمدت إلى وضع مناطق صناعية ضمن اقليمها معفية من الضرائب وتخضع لتنظيم قانوني خاص^(١٤).

إن وضع هذه المناطق في اقليم الدولة بهذه الصورة يشكل مساساً بمبدأ السيادة وبمبدأ اقليمية القوانين؛ غير أنه يحق بالنسبة للمستثمر الأجنبي استقراراً قانونياً في قوانين الضرائب.

يبرز التساؤل حول الإستثمارات الأجنبية التي لا يمكن بطبيعتها أن تكون في المناطق الصناعية أو المناطق المعفاة من الضرائب في الدولة؛ فكيف يمكن التعامل بشأنها من الناحية القانونية؟

اتجهت قوانين بعض الدول إلى إعفاء المستثمر الأجنبي في هذه الحالة مدة من الزمن من الضرائب في الدولة، غير أن ذلك قد لا يوفر ضماناً حقيقية من الدولة للمستثمر الأجنبي وقد لا تحقق فعلياً الجذب الذي تسعى إليه الدولة. من هنا نجد أن بعض القوانين نصت على الإعفاء من الضريبة في حالة الإزدواج الضريبي^(١٥)؛ فالمستثمر الأجنبي إذا خضع في دولته إلى الضريبة فإنه لا يدفع الضريبة في الدولة المستضيفة للإستثمار أو العكس وذلك عن ذات الأعمال محل الإستثمار.

(١٤) يسميها البعض بالمناطق الحرة أو المناطق الصناعية والغاية من هذه المناطق أنها تكون خاضعة لنظام قانوني خاص بها فلا تخضع للضرائب أو لبعض القيود المتعلقة بالجمارك وغيرها.

(١٥) اتفاقيات تجنب الازدواج الضريبي الدولي صادقت عليه كل من - على سبيل المثال لا الحصر - : مصر عام ١٩٩٥، فرنسا عام ١٩٩٤، الأردن عام ٢٠١٧، الجزائر عام ٢٠٠٤، لبنان عام ١٩٩٩.

نعتقد في هذا المجال بأنه على الدولة وقبل الحديث عن الإستقرار القانوني لقوانين الضرائب فيها وبغية جذب الإستثمار الأجنبي يمكنها أن تبحث في القطاعات الاقتصادية التي تهتم هي فيها ويهتم بها الإستثمار الأجنبي ومن ثم وضع تنظيم قانوني ضرائبي يعتمد على القطاعات المختلفة حسب أنواع الإستثمار الأجنبي المُراد جذبُه.

تعتبر المصادر الطبيعية في الدول من أهم القطاعات الجاذبة للإستثمار الأجنبي خاصة في حال تواجده في دول لا تمتلك التكنولوجيا المتقدمة لإمكانية إستثماره، يترتب على ذلك أن الدولة تتأقلم مع هذه الحاجة لتتمكن من الحصول على هذه التكنولوجيا، فينعكس ذلك على القوانين الضريبية فيها.

المبحث الثاني

القوانين المشجعة والداعمة للإستثمار الأجنبي

يبحث المستثمر الأجنبي عادة في الجوانب السلبية قبل الجوانب الإيجابية لإستثماره؛ فتثور لديه التساؤلات حول حماية حقوقه في حال نشوء نزاع مع الغير؛ فهل سيحصل على حقوقه في ظل النظام القانوني الذي سيستثمر فيه؟

يهتم المستثمر الاجنبي بمعرفة مدى توفر الحماية القانونية لاستثماره في حال نشوء نزاع مع الغير. وهل ستوفر له قوانين الدولة المستضيفه الضمانات القانونية الاصولية امام السلطة القضائية ام انه معرض لخسارة استثماراته لغياب المحاكمه العادلة.

يجب على الدولة المستضيفة لتتمكن من تشجيع الاستثمار فيها ان تهتم بعدة جوانب قانونية كوجود محاكم متخصصة فيها كالمحاكم العقارية والعمالية. ويجب الاهتمام ايضا بسرعة التقاضي والاجراءات. ولا يغيب عن الذهن ضرورة وجود قوانين تساهم في معالجة الخصومة بطرق ودية في مراحل تسبق اللجوء إلى القضاء كالوساطة^(١٦) على سبيل المثال.

يوجد ثلاثة محاور قانونية مشجعة وداعمة للإستثمار الأجنبي في حال نشوء نزاع يكون المستثمر الأجنبي طرفاً فيها؛ وهي الحقوق والحريات العامة في تلك الدولة، وقوانينها الإجرائية، وقانون التحكيم فيها. سنبحث في هذه المحاور الثلاثة من خلال الفروع القادمة.

(١٦) قوانين الوساطة ومنها على سبيل المثال لا الحصر: البحرين قانون الوساطة رقم ٢٢ لسنة ٢٠١٩، والأردن قانون رقم ١٢ لسنة ٢٠٠٦.

الفرع الأول

الحقوق والحريات العامة في قوانين الدولة:

تعتبر القوانين المتصلة بحقوق الإنسان في الدولة من أهم المعايير التي تعكس تقدم الدولة وراقيها الحضاري. كما وأنها تشكل ضماناً للأفراد في حصولهم على المعاملة اللائقة في كافة الظروف.

إن المستثمر الأجنبي - وهو غالباً ما يأتي من دولة أكثر تقدماً من الناحية العلمية؛ وهذه الدول في الغالب هي دول توفر درجات مرتفعة في حماية حقوق الإنسان - يجد نفسه في مستوى حماية مساوٍ أو قريب لما يحصل عليه في بلده مما يشجعه على الإستثمار في الدولة المستضيفة ويجد أن عماله سيحصلون على معاملة لائقة في كافة الأوضاع المحتملة في ظروف الحياة.

تعتبر الدولة التي لا توفر ضمانات حقوق الإنسان دولاً منفرة للإستثمار الأجنبي؛ حيث لا يرغب هذا الأخير في أخذ المخاطرة مهما كانت المنافع والمكاسب المالية التي قد يحصل عليها.

يمكن القول في الغالب ان هناك علاقة بين الأوضاع السياسية والقانونية المتعلقة بحقوق الإنسان. فهناك ازمات سياسية وأزمات اقتصادية ويضيف البعض ازمات قانونية^(١٧) وفي حالة الأزمات القانونية نكون أمام غياب للكثير من جوانب حقوق الانسان.

يترتب على غياب الحماية القانونية لحقوق الانسان في الدولة انها اصبحت بيئة منفرة للاستثمار الاجنبي. وينعكس ذلك في الغالب على مستوى حياة الافراد الاقتصادية في الدولة. وأكثر من ذلك فأنها قد تصبح اي عملية استثمار من باب المخاطرة التي تمنع حتى من مجرد التفكير فيها في هذه الحالة.

(١٧) د. بشار عدنان ملكاوي. تأثر العقد عند حلول أزمة سياسية. مرجع سابق.



إن الاهتمام العالمي لحقوق الانسان في جوانب الحياة المختلفة اثر على الدول بشكل واضح فأصبح ميدان تسابق بين الدول المتقدمه لتقديم الافضل بشكل مستمر حتى انه اصبح ينعكس على الحقوق المالية كما هو الحال في قانون العمل والضمان الإجتماعي^(١٨).

الفرع الثاني

دور القوانين الإجرائية في التشجيع ودعم الإستثمار الأجنبي:

تعتبر القوانين الإجرائية من أهم الضمانات التي يبحث عنها المستثمر الأجنبي للحصول على محاكمة عادلة في حال نشوء نزاع بينه وبين الغير. تتمثل الضمانات في القوانين الإجرائية سواء في سرعة الإجراءات أو حق الدفاع وحق التمثيل القضائي وغيرها من الضمانات الأخرى^(١٩) من المسائل الجوهرية التي لا يمكن أن يُقدّم المستثمر الأجنبي على إستثماره دون وجودها؛ فهو يضع إستثماراته المتمثلة بمبالغ مرتفعة جداً ويريد الحصول على ضمانات حماية لهذه الأموال في كافة الأوضاع سواء في حالة وجود نزاع أو مع غياب النزاع القضائي، وسواءً أكان هو من يحرك الدعوة القضائية أو تم تحريكها ضده.

تعتبر طول المدد القضائية في نظر الدعوة أو عدم وجود ضمانات الدفاع أمام القضاء أو حق التمثيل القضائي في كافة صور النزاعات القضائية سواء

(١٨) انظر بشكل عام: ساندرا لينبيرغ. الضمان الإجتماعي باعتباره حقاً من حقوق الإنسان.

انظر أيضاً التقارير السنوية ISSA. WWW.ISSA.int.

انظر أيضاً: إعلان منظمة العمل الدولية بشأن العدالة الإجتماعية من أجل عولمة عادلة. الدورة (٩٧) جنيف ٢٠٠٨/٦/١٠.

(١٩) الضمانات في المحاكمة العادلة، انظر بشكل عام:

فريجة محمد هشام. ضمانات الحق في محاكمة عادلة في المواثيق الدولية لحقوق الإنسان

.plat form.almauhal.com

أكانت مدنية أو جزائية أو إدارية - التي لا بد من توافرها وتحققها جميعها - في حال عدم تحققها من أهم أسباب ابتعاد المستثمر الاجنبي - والمحلي - عن التفكير في أخذ المخاطرة بإستثماراته.

تعتبر القوانين الاجرائية صمام الامان الذي يعتمد عليه الجميع في حسن تطبيق القانون وتحقيق العدالة. فالاستقرار القانوني مهما كانت القواعد القانونية متميزة بالجودة لا معنى لها امام غياب الحماية الاجرائية.

إن العدالة الاجرائية تسير جنباً إلى جنب مع العدالة الموضوعية. فلا بد من التكاملية بين النصوص القانونية الموضوعية والاجرائية وإلا فإن الغاية لا تتحقق وهي العدالة.

الفرع الثالث

أثر قوانين التحكيم على التشجيع على الإستثمار الأجنبي:

يمتاز التحكيم بمجموعة من المميزات منها: السرعة في الإجراء غير أن أهم ميزة للتحكيم في رأينا هي: السرية فالأطراف يلجأون للتحكيم بقصد الحصول على سرية الإجراءات لفض النزاع بينهما؛ فعملياً عندما ينشأ نزاع بين مستثمر أجنبي على سبيل المثال وجهة أخرى فإن ظهور هذا النزاع في أروقة المحاكم من شأنه أن يصل إلى الصحافة ومن ثم من شأنه أن يشكل مساساً في اسم وسمعة المستثمر الأجنبي أو الجهة الأخرى المعنية، فعملياً يتم اللجوء إلى التحكيم بقصد الحصول على السرية في الإجراءات حيث لا يجوز لهيئة التحكيم في أغلب قوانين التحكيم إن لم يكن في جميعها أن لا يقوموا بالإفصاح عن أية معلومات متصلة بمسألة التحكيم إلا بالموافقة الخطية من أطراف النزاع، وبهذا يشكل قانون التحكيم ضمانة مهمة جداً فيما يتعلق بالسرية في فض النزاعات.

لكن الإشكالية قد تثور أحياناً في مسألة التحكيم فيما يتعلق بقواعد النظام العام^(٢٠)؛ وهي عبارة عن مجموعة قواعد قانونية أمرة لا يجوز الاتفاق على مخالفتها. ونصت أغلب قوانين التحكيم على وجوب احترام قواعد النظام العام سواء كان من الناحية الموضوعية أو من الناحية الإجرائية في الموضوع المُحال إلى التحكيم، هنا تظهر الإشكالية في أن هناك تباين بين القواعد القانونية الأمرة في مختلف الدول، غير أن ذلك يمكن تجاوزه في الطرح ذلك أن المستثمر الأجنبي لا يمكن أن يكون قد حقق إستثماره في مجال معين إلا وأنه قد التزم بقواعد النظام العام في تلك الدولة، إضافة لذلك يوجد في قوانين التحكيم عموماً ما يمكن الأطراف من اختيار القانون الواجب التنفيذ ويمكنهم أيضاً اختيار الإجراءات التي يرونها مناسبة ويتم مراعاة قواعد النظام العام من قبل هيئة التحكيم في مكان إجراء التحكيم.

(٢٠) انظر بشكل عام:

قانون التحكيم الأردني رقم ٣٠ لسنة ٢٠٠١.

قانون التحكيم المصري رقم ٢٧ لسنة ١٩٩٤.

نظام التحكيم السعودي مرسوم ملكي رقم ٣٤ لسنة ١٤٣٣هـ.

المبحث الثالث

دور قوانين مكافحة الفساد في استدامة الإستثمار الأجنبي

يبحث المستثمر الأجنبي عادة عن طول أمد الإستثمار خاصة وأن انطلاق عملية الإستثمار ونقله من مكان إلى آخر يتطلب وجود بنية تحتية، تتمثل أحياناً بنقل عمالة متخصصة تقديم امتيازات لهم، مما يعني أن هناك كلفة مالية مرتفعة على المستثمر خاصة في بدايات مشروعه الإستثماري، من هنا فإن المستثمر يتطلع عادة إلى أن يكون هناك طول أمد في مشروعه الإستثماري، ولتحقيق هذه الغاية فإنه يتم دراسة القوانين الخاصة في مكافحة الفساد سواء أكان في صورة الفساد الإداري أو الفساد الذي قد يكون موجود في القطاع الخاص.

من هنا سنبحث في فرعين؛ الفرع الأول: في «دور قوانين مكافحة الفساد الإداري على إستدامة الإستثمار الأجنبي»، والفرع الثاني: في «دور قوانين مكافحة الفساد في القطاع الخاص على إستدامة الإستثمار الأجنبي».

الفرع الأول

دور قوانين مكافحة الفساد الإداري على إستدامة الإستثمار الأجنبي:

تعتبر قوانين مكافحة الفساد من الضمانات المهمة جداً في جذب الإستثمار الأجنبي وفي تشجيعه وفي استدامته؛ فهي ضمانة حيوية من الناحية القانونية ومن الناحية الإقتصادية تحقق صمام الأمان أمام المستثمر الأجنبي في ضمان كافة حقوقه، وتحقيق له أيضاً حسن تطبيق القواعد القانونية التي شجعتة ودفعته للإستثمار ذاته، فإلى جانب القوانين السابق



الإشارة إليها العقارية منها والعمالية وغيرها تعتبر جميعها عاجزة عن تحقيق الآليات التي تضمنتها في حال وجود الفساد في الدولة، من هنا تأتي قوانين مكافحة الفساد كوسيلة قانونية تضمن حُسن تفعيل القواعد القانونية السابق الإشارة إليها^(٢١).

يحقق المستثمر الأجنبي استدامة مشروعه من خلال بحثه عن قوانين مكافحة الفساد في الدولة المستضيفة التي توفر له بيئة عمل طويلة الأمد، صالحة له ولعماله، لإمكانية استمرار عملهم دون أن يقعوا في شباك الفساد الإداري والذي من شأنه أن يمس المشروع وأن يقضي عليه وأن يزيل كل ما يجنيه من نفع وفائدة.

يبحث المستثمر الاجنبي ليس فقط في جانب النص القانوني الموضوعي لمكافحة الفساد. فقد تكون النصوص مصاغة بشكل ممتاز غير ان الواقع العملي مختلف تماماً. ونكون امام صورة مخيفة للفساد فالمرشع يصيغ نصوصاً محكمة الصياغة ولكنها في الواقع العملي غائبة تماماً.

يجب ان تتنبه الدول التي ترغب في جذب الاستثمارات الاجنبية إلى ان تكون في الواقع لديها اليات عملية ميدانية ناجحة في ترجمة النصوص القانونية إلى واقع.

(٢١) انظر على سبيل المثال:

الكويت قانون رقم ٢ لسنة ٢٠١٦.

الأردن قانون رقم ١٣ لسنة ٢٠١٦.

بالنسبة لمصر تضمنت مجموعة من التشريعات المختلفة لمكافحة الفساد.

الفرع الثاني

دور قوانين مكافحة الفساد في القطاع الخاص على إستدامة الإستثمار الأجنبي:

إن بعض الأعمال في القطاع الخاص قد تحمل مظاهر مختلفة من الفساد الذي من شأنه أن يستبعد الإستثمارات الأجنبية، والسبب الرئيس لذلك هو الطمع في الحصول على المنافع التي قد يحققها المستثمر الأجنبي، قد توفر القواعد القانونية الإقتصادية وسيلة من وسائل مكافحة والحد من صور الفساد في القطاع الخاص؛ كالمنافسة غير المشروعة^(٢٢)، والتي تتضمن مظاهر مختلفة كالدعاية الكاذبة، وتحويل الزبائن، وتزوير العلامات التجارية وغيرها.

تعتبر هذه المظاهر نسبياً مظاهر حديثة في علم القانون على المستوى الدولي. اتصلت بالقانون الإقتصادي، فنجد اهتماماً كبيراً في الإتحاد الأوروبي منذ أن كان يسمى السوق الأوروبية المشتركة حيث التفت إلى هذه الظواهر الإقتصادية الخطيرة في فتح الإستثمار بين الدول الأوروبية تحت قاعدة حرية انتقال الأشخاص، حرية انتقال الأشياء، من هنا كان لا بد من تحقيق ضمانات وحماية من خلال قواعد قانونية فظهرت قوانين المنافسة المشروعة والقوانين الأخرى التي سبقت الإشارة إليها^(٢٣).

(٢٢) انظر على سبيل المثال:

السعودية مرسوم ملكي رقم م/٧٥ لعام ١٤٤٠هـ.

الإمارات قانون اتحادي رقم ٤ لسنة ٢٠١٢.

الأردن قانون رقم ٣٣ لسنة ٢٠٠٤.

مصر قانون رقم ٣ لسنة ٢٠٠٥.

عُمان مرسوم سلطاني رقم ٢٠١٤/٦٧.

(٢٣) تعتبر اتفاقية روما لعام ١٩٥٨ نواة قوانين المنافسة المشروعة وقوانين الإحتكار في أوروبا؛

حيث انعكست على القوانين الداخلية بأحكامها وبشكل خاص المواد ٣٠، ٣٦، ٨٦، ٨٧، ٨٨.

يتواصل القطاع الخاص غالباً مع المستثمر الأجنبي في إمكانية تحقيق مشروعه، وهنا لابد أن تكون هناك ضمانات قانونية لمنع القطاع الخاص من صور الفساد في تنفيذ أعماله وهي أحياناً تدخل ضمن صور الخطأ العقدي في العلاقات التعاقدية كحالة العطاءات وغيرها^(٢٤)، وجود قواعد قانونية متخصصة في مجال التعامل مع المستثمر الأجنبي في توفير حمايته من القطاع الخاص الذي قد يصيبه الفساد في بعض الأحوال من شأنه أن يقود إلى استدامة الإستثمار الأجنبي في الدولة المضيفة وهذا له انعكاسات أخرى تتمثل في أن إستدامة الإستثمار نفسه هو جذب بحد ذاته لإستثمارات أجنبية أخرى.

يمكن تصور بعض صور الفساد في القطاع الخاص؛ كالاختكار والتلاعب بالبورصة، والتلاعب بالأسعار في الأسواق، تتجه أغلب الدول إلى تنظيم هذه المسائل من خلال قواعد قانونية يجب النظر إليها على أنها ليست فقط حماية للمستهلك^(٢٥) وإنما أيضاً من العوامل المشجعة على جذب الإستثمار الأجنبي.

مما تقدّم نجد بأن أغلب دول العالم اتجهت إلى تنظيم الحياة الإقتصادية في القطاع الخاص من خلال قوانين تمنع وتحارب الصور غير المشروعة التي يمكن أن تُمارس من قبله؛ كمحاربة المنافسة غير المشروعة والإحتكار والتلاعب بالأسعار وغيرها. إن غياب مثل هذه القوانين في الدولة المستضيفة من شأنه أن ينفر المستثمر الأجنبي من الإقدام على الإستثمار في تلك الدولة.

يجب على الدول التي ترغب بجذب الإستثمار واستدامته أن تهتم بقوانينها الإقتصادية وتحديثها بصورة تتماشى مع تطور الحياة الإقتصادية على مستوى العالم.

(٢٤) د. بشار عدنان ملكاوي. الوافي في شرح نظرية العقد. لا يوجد دار نشر. ٢٠١٧. ص ٢٤٥ وما بعدها.

(٢٥) قوانين حماية المستهلك العربية

اعتمدت الكثير من الدول العربية هيئات حكومية لحماية المستهلك منها؛ دول الخليج ومصر والأردن وسوريا ولبنان وغيرها.

الخاتمة

إن تشجيع الإستثمار الأجنبي يتضمن مسائل إيجابية كثيرة للدولة؛ منها ما يتعلق بالحياة الإقتصادية والحياة الإجتماعية، فعملية جذب الإستثمارات الأجنبية يترتب عليها المساهمة في تخفيف نسبة البطالة، وفي رفع القدرات العلمية والمعرفية لأبناء الوطن، وينعكس ذلك على الحياة الإجتماعية حيث يؤثر ذلك الوضع الإقتصادي الذي يترتب للشخص على حياته الإجتماعية فيواجهه متطلباته الحياتية.

من جانب آخر يعتبر جذب الإستثمارات الأجنبية هدف تسعى إليه أغلب دول العالم لما يحقق لها من آثار إيجابية على مستوى الدخل القومي، وتعتبر هذه الغاية هدفاً مشتركاً بين الجهتين: الجهة المستثمرة، والجهة الجاذبة لهذا الإستثمار؛ فالدول التي تمتلك تكنولوجيا عالية تطمح أيضاً إلى تصدير هذه التكنولوجيا، ومن هنا ظهرت عقود «know-how» أو ما يسمى أيضاً باللغة الفرنسية «savoir faire» أي نقل المعرفة، وهي عقود تنقل فيها الدول التي تمتلك تكنولوجيا عالية نقل هذه التكنولوجيا إلى دول أخرى. تسعى هذه الدول التي تمتلك معرفة متقدمة إلى الحصول على ضمانات لتمكينها من نقل إستثماراتها أو التكنولوجيا التي تمتلكها إلى دول أخرى والآلية التي تحقق ذلك هي القاعدة القانونية.

ترتب على ذلك وجوب تحقيق الإستقرار القانوني حتى لا تتفاجأ الجهات المستثمرة بظروف قانونية جديدة ترتب عليها التزامات لم تكن موجودة وقت نقل الإستثمار ويترتب عليها أحد أمرين الأمر الأول: إما الخضوع لمبدأ سيادة الدولة وبالتالي تطبيق القواعد القانونية الجديدة بما تحمله من احكام جديدة قد لا تتناسب مع حاجات المستثمر، مما يعني أن مرحلة المفاوضات والمراحل التعاقدية السابقة جميعها لم تكن منتجة لآثارها التي أرادها على الأقل الطرف المستثمر. الأمر الثاني: أن يعود

المستثمر لسحب إستثماره وبيحث عن جهة أخرى، وهذا يعني أنه سيتحمل خسارة مالية ترتبت على عملية النقل ذاتها لهذا الإستثمار وبناء البنية التحتية له في الدولة التي أراد الإستثمار فيها.

من ناحية أخرى قد تترتب الجوانب السلبية على الدولة التي استقطبت الإستثمار الأجنبي فعملية تثبيت القاعدة القانونية عند مستوى معين بما يسمى «بالإستقرار القانوني» قد ينتج عنه جمود في الحياة القانونية من ناحية وقد يترتب عليه مع الزمن التخلف القانوني في الحاجات المستجدة للدولة أو على الصعيد العالمي، ومن هنا فإن عملية الإستقرار القانوني يجب أن تكون متزنة ويجب مراعاتها في الأخذ بعين الإعتبار لمصالح الطرفين، فمن الممكن أن يكون الإستقرار القانوني ضمن مدة زمنية معينة يحقق النفع للجهة التي استثمرت، ويحقق التوازن بالنسبة للدولة الجاذبة للإستثمار الأجنبي بحيث يحقق هذا التوازن النفع والعدالة لكلا الطرفين في عملية جذب الإستثمار الأجنبي.

بناءً على ما تقدّم فإنه يستوجب على الدولة قبل الحديث عن الإستقرار القانوني التنبه إلى صياغة القوانين بطريقة علمية حضارية تتماشى مع المعايير الدولية في المجالات القانونية المختلفة لتحقيق غاياتها من جذب الإستثمار من خلال بنية قانونية متينة مستقرة.

نلاحظ ختاماً التكاملية في الإستقرار القانوني بآثاره على الإستثمار الأجنبي بدءاً من الجذب لهذا الإستثمار إلى تشجيعه ودعمه ومن ثمّ إلى إستدامته، ونجد بأن هذه التكاملية بين القواعد القانونية يجب أن تتحقق في الهيكل القانوني للدولة حتى يتسنى إنجاح عملية جذب الإستثمار الأجنبي، وكما سبقت الإشارة إلى أن إستدامة الإستثمار الأجنبي هي في حد ذاتها تحقق جذب للإستثمارات الأجنبية فيجب الالتفات إلى هذه المسألة على أنها نجاح في الإستقرار القانوني من شأنه أن يحقق بالأثر القانوني نجاحات متكررة في جذب الإستثمارات الأجنبية.

المراجع

أولاً: المراجع العربية:

١. أ.د. غالب الداوودي. المدخل إلى علم القانون. دار الثقافة. عمان - الأردن. ٢٠١٤.
٢. اكرام الصواف. الحماية الدستورية والقانونية في حق الملكية الخاصة. رسالة ماجستير. الموصل. ٢٠١٠.
٣. الإمارات قانون اتحادي رقم ٤ لسنة ٢٠١٢.
٤. د. بشار عدنان ملكاوي. الوافي في شرح نظرية العقد. لا يوجد دار نشر. ٢٠١٧.
٥. د. بشار عدنان ملكاوي. تأثر مبادئ العقد عند حلول أزمة سياسية مثال الشرق الأوسط منذ عام ١٩٤٥. دار وائل للنشر. عمان - الأردن. ٢٠٠٢.
٦. د. بشار عدنان ملكاوي. دراسات فقهية في قانون العمل. لا يوجد دار نشر. عمان - الأردن. ٢٠١٤.
٧. د. بشار عدنان ملكاوي. مبدأ المشروعية في قانون العمل الأردني. مجلة دراسات. الجامعة الأردنية. عدد (٣٠). مجلد (٣١). ٢٠٠٢.
٨. د. بشار عدنان ملكاوي. مدى انسجام التعويض عن إصابة العمل في القانون المدني وقانون العمل الأردني. LAMBERT.
٩. د. بشار عدنان ملكاوي. معجم تعريف مصطلحات القانون. لا يوجد دار نشر. ٢٠١٦.
١٠. د. خالد الرويس ود. رزق الريس. المدخل لدراسة العلوم القانونية. مكتبة الرشد. الرياض. ٢٠١٨.
١١. د. عبد القادر الفار. المدخل لدراسة العلوم القانونية. دار الثقافة للنشر. عمان - الأردن.



١٢. د. وعد الشخيلي. حق الملكية في عدد من الدساتير العربية والعراقية. دار الحكمة للدراسات والبحوث. ٢٠١٤. doral-hikma.blogspot.Com
١٣. ساندرا لينبيرغ. الضمان الإجتماعي باعتباره حقاً من حقوق الإنسان.
١٤. طالب براية سليمان. الضمانات التشريعية لحماية الإستثمار الأجنبي. دار الجامعة الجديدة. الإسكندرية. ٢٠١٦.
١٥. علي شهاب الصباحي. الإستثمار الأجنبي الخاص. شركة دار الأكاديميون للنشر والتوزيع. ٢٠١٩.
١٦. فريجة محمد هشام. ضمانات الحق في محاكمة عادلة في المواثيق الدولية لحقوق الإنسان platform.almauhal.com
١٧. لطيفة محمد سالم. النظام القضائي المري الحديث. دار الشروق. القاهرة. ٢٠١٠.
١٨. ميساء السامرائي. التنظيم القانوني للإستثمار الأجنبي. منشورات زين الحقوقية. بيروت - لبنان. ٢٠١٨.
١٩. نواره حسين. الحماية القانونية لملكية المستثمر الأجنبي. المركز القومي للاصدارات القانونية. القاهرة. ٢٠١٧.
٢٠. يوسف الياس. أزمة قانون العمل المعاصر بين نهج تدخل الدولة ومذهب اقتصاد السوق. دار وائل للنشر. عمان - الأردن. ٢٠٠٤.

ثانياً: المراجع الأجنبية:

- REUET, Thierry. L'ordre public des les relations de travail. In l'ordre public à la fin du XXe siècle Dalloz. 1996.

The Role of Legal Stability in Attracting Foreign Investment

Dr. Bashar Adnan Malkawi

Associate Professor of Civil Law

Faculty of Law - The University of Jordan, Amman, Jordan

Institute of Public Administration – Riyadh, Saudi Arabia

Abstract

Foreign investment benefits both parties, host country and the investor. And in order to protect this benefit, it is important to achieve justice that guarantees the rights of both parties. The legal rule is the means to achieve this justice. Therefore, it is necessary to attain benefit from parties through legal stability in the state. The present study discusses three axes represented in laws that attract foreign investment, laws that support and encourage foreign investment and laws that help sustainability of foreign investment.

قواعد التأمين عن الأخطار الإلكترونية (دراسة تحليلية)

إعداد: أ.م.د. هالة صلاح الحديشي
جامعة كركوك - جمهورية العراق

ملخص البحث

لم يأت التطور العلمي التكنولوجي الذي شهده العالم اليوم من فراغ بل نجم عنه العديد من المشاكل القانونية، لذلك كان من الطبيعي أن تصبح قضية حماية المتضررين من نتائج هذه الأخطار من أهم المشاكل التي تبحث عن الحلول، ولا سيما أنها تهدد كيان المجتمع حيث ان أغلب الدول اتجهت صوب إنشاء قاعدة معلومات الكترونية وذلك لخدمة غرض معين أو قد تُستخدم لموضوع محدد فلم تعد المعلومات والبيانات والملفات مخزونة بصورة ورقية فحسب، بل ان تكنولوجيا المعلومات والاتصالات أخذت دورها في الحياة العامة والخاصة على حد السواء حيث بات العصر يتحرك من خلالها، فقد اسهمت بتسهيل التعاملات الشخصية والمالية وأصبحت متوغلة في جميع مجالات الحياة الانسانية، وباتت العلاقة طردية بين تكنولوجيا المعلومات وامن الدول، حيث ازدادت الهجمات الإلكترونية وشهدت تطور ملحوظ بسبب التحول الرقمي

المتنامي، وبذلك تعرضت المصالح الالكترونية إلى عدة أخطار مجهولة نجم عنها اضرار عديدة، وحيال كل هذه المخاطر التي تحاصر الانسان كان لا بد من البحث عن وسائل تساعد على تحمل آثار هذه الأخطار في حالة وقوعها؛ وتضمن الحماية الفعالة لمستخدمي الفضاء الالكتروني، ولا سيما أن مبدأ المسؤولية أصبح عاجزاً عن ضمان الحماية الفعالة، وتلافياً لهذا العجز ظهرت الحاجة إلى نظام تكميلي لمبدأ المسؤولية يقف جنباً إلى جنب معه، وقد يتم ذلك من خلال تطوير وسائل الضمان المالي والتمثلة بفكرة التأمين عن الاضرار الالكترونية، ولا سيما وأن تعويض الأضرار الالكترونية الناجمة عن هذا الخطر تتسم بكونها عالية الكلفة قد يتعذر بأحيان كثيرة على محدث الضرر تغطيتها.



مقدمة

نوضح مقدمة بحثنا هذا من خلال الفقرات الآتية:

أولاً: مدخل مههد للتعريف بموضوع البحث:

شهد العالم تقدماً علمياً كبيراً في ميادين شتى، ومن ضمنها المجال التكنولوجي، ولا يستطيع أحد أن ينكر أهمية هذه الوسيلة التي توصف بكونها واحدة من المظاهر الفذة للتقدم العلمي والتي من خلالها بات من السهل التواصل ما بين الناس في أي مكان في العالم فلم يعد للبعد الجغرافي أي وجود حيث الغيت الحدود السياسية، وتحول العالم المترامي الاطراف إلى عالم صغير يلتقي بعضه مع البعض الآخر من خلال شبكة عنكبوتية دولية متمثلة بالإنترنت يتم من خلاله تدفق المعلومات والسلع والأموال والعادات الاجتماعية والثقافية، وبالرغم من الفوائد العديدة الناجمة عن الثورة المعلوماتية والتقدم التكنولوجي ووسائل الاتصال الجماهيري سواء تمثلت بالفضائيات والشبكة العنكبوتية الدولية إلا أنه لا يمكن للمرء أن يتغاضى عن مثالب هذه الوسائل! حيث ان مشكلة الأخطار الناجمة عن هذا التطور تُعد من أشد وأعقد مشكلات العصر، ولا سيما بعد ان تعاظمت قوة صناعة الانترنت في العالم وتنامي اعداد متابعيها، وذلك بسبب سهولة الحصول على ادوات التواصل فقد تكون من خلال الحاسبات أو اجهزة الموبايل.

كما وان الفضاء الالكتروني يتسم بذاتية خاصة يميزه عن بقية المجالات العلمية الحديثة، وتنبع هذه الذاتية من الطبيعة الخاصة للإضرار الناجمة عنه والتي تؤدي في حالة حدوثها إلى مشاكل قانونية معقدة ومركبة في آن واحد، حيث ان الاضرار الناجمة عن تطبيق تكنولوجيا المعلومات والاتصالات

تتسم اثارها في بعض الاحيان بالكارثية ولا سيما ان هذا النوع من الاستخدامات قد ينصب محله على امور قد تكون خطيرة بطبيعتها فقد تتعلق بملفات وبيانات ولا سيما ان العديد من دول العالم اليوم اتجهت صوب الحكومة الإلكترونية (الحكومة الإلكترونية)، فقد تكون تلك الملفات تتعلق بأمور مالية أو سياسية أو صناعية أو معلومات شخصية أو عسكرية، فالقوة العسكرية التقليدية لم تعد هي التي تحدد مدى قوة أي دولة، وإنما أصبحت ترسانتها الإلكترونية تمثل المقياس الحقيقي بمعايير العصر الحديث فهذه الوسيلة تتسم بقدراتها التدميرية وبأقل التكاليف وأكبر قدر من الخسائر المالية والاقتصادية.

ثانياً: أهمية البحث ومسوغات اختياره:

تتجلى أهمية هذا البحث كونه يعالج مسألة دقيقة وشائكة وذات أهمية بالغة بالنسبة لموضوع طغى على سائر المواضيع حيث تزايدت وتنوعت صور الأخطار الإلكترونية، والتي بدورها تسبب اضرار موجبة للتعويض، فضلاً عن انها أصبحت واقعاً معاشاً يشغل بال الأفراد والشركات والأمم، ويؤرق الدول والحكومات، ولا سيما بعد التطورات السريعة المتلاحقة في المجال التكنولوجي، فالويب أضحى ملتقى العالم الافتراضي ودخل في اغلب مجالات الحياة وبدأ يهدد ويخترق حتى الحياة الخاصة للأشخاص، وبذلك فقد شكل تهديداً فعلياً ومباشراً ولا سيما بعد ان تفاقمت حدته بحيث أثرت بشكل أو بآخر على واقع المجتمع وكيانه من خلال ما تخلفه من آثار سلبية اقتصادياً واجتماعياً وسياسياً، الأمر الذي أدى إلى ضرورة العمل من اجل الحد من المخاطر والخسائر وذلك من خلال حماية البيانات الخاصة والمحافظة على سريتها بالوسائل الفنية - (مثلاً العمل على ابرام العقود من خلال تقنية البلوك تشين) - وتوفير بيئة قانونية مناسبة من اجل الحد من

مخاطر الانترنت، ويُعد إبرام عقود التأمين contrast d'assurance احد هذه الوسائل، وهو الأمر الذي تسير عليه كبرى شركات التأمين في العالم، باعتبار أن تنمية التجارة وأسواق المال مرتبط بتأمين المخاطر الناتجة عنها، كما وتجدر الإشارة إلى أن التأمين ضد الأخطار الإلكترونية يضم قطاعين هما تأمين مواقع الانترنت ووسائل الاتصال الإلكترونية وذلك من اجل الحد من الهجمات التي يمكن ان تتعرض لها^(١).

ثالثاً: المشكلة موضوع البحث:

شهد العالم تقدماً تقنياً وتكنولوجياً وبشكل متسارع مع زيادة طرده بالأخطار الإلكترونية ذات الطبيعة الخاصة، والتي اصبحت أكثر تطوراً كما وان سرعة انتشارها وصعوبة تحديد فاعلها وجسامة أضرارها تزايدت يوماً بعد يوم، في حين ان القواعد القانونية للتعويض اصبحت عاجزة عن تغطيتها، لذا كان لا بد من البحث عن وسائل أخرى للضمان المالي بحيث تتلاءم مع طبيعة الأخطار وحجم الأضرار الناجمة عنها.

رابعاً: منهجية البحث:

من اجل اغناء موضوع البحث، والإلمام بجميع تفصيلاته فقد اتبعنا منهجين علميين هما:

- المنهج التأصيلي: ويقوم هذا المنهج على أساس رد الفروع إلى أصولها والإشارة المستمرة إلى القواعد العامة لعقد التأمين ليس فقط في القانون العراقي وإنما أيضاً في القوانين الأخرى المقارنة.

(١) Jérôme Huet et Autres, commerce électronique et assurance: quels assureurs pour domain? FFSA, 1999, sur le site, www.ffa.fr/sites/jcms & Zain Balfagih, Norshidah Mohamed, Murni Mahmud, a frame work for quality assurance of electronic commerce websites, www.intechopen.com, p. 158.

• المنهج التحليلي: والذي يقوم على اساس تحليل كل جزئية من جزئيات البحث وصولاً إلى وضع قواعد خاصة للتأمين ضد الأخطار الالكترونية.

خامساً: هيكلية البحث:

على ضوء هذا التقديم نرى علاج هذه المشكلة وفق النحو التالي:

- المبحث الأول: ماهية التأمين عن الأخطار الإلكترونية.
- المبحث الثاني: إمكانية تبني فكرة التأمين عن الأخطار الإلكترونية.
- الخاتمة.

المبحث الأول

ماهية التأمين عن الأخطار الإلكترونية

بالرغم من الأهمية التي يحظى بها الإنسان ولكنه يتعرض لانتهاكات عدة في حياته قد يمثل البعض منها بأضرار تهدد الشخص في كيانه أو ذمته المالية، وقد تنجم هذه الأضرار عن استغلال التقدم العلمي بطريقة سلبية، ولا سيما بعد ثورة المعلومات والاتصالات وما صاحبها من تدفق معلوماتي حيث تم توظيف ذلك من أجل تحقيق أهداف وغايات معينة، ومن أجل ذلك كان من الطبيعي أن تصبح قضية حماية مستخدمي شبكة المعلومات من أهم المشاكل الحديثة والتي تبحث عن الحلول حيث إنها تهدد أمان الإنسان، ولا يمكن أن ينكر المرء أن الأمان يمثل أمل الإنسان، وتعتبر وسائل الضمان المالي والمتمثلة بالتأمين من الوسائل الهامة التي تحقق نوعاً من الأمان، فضلاً عن أن الحاجة إلى الأمان تزداد لدى الإنسان وذلك مع تطور ظروف المجتمعات الإنسانية^(٢).

وعليه لكي نستطيع الوصول إلى جوهر البحث والمتمثلة بقواعد التأمين ضد الأخطار الإلكترونية، لا بد لنا أولاً: من تحديد مفهوم عقد التأمين، وبما أن الفقه القانوني بهذا المجال يعتمد في الدرجة الأساس على ما يقدمه العلماء من دراسات وأبحاث بخصوص مفهوم الأخطار الإلكترونية، والتي تنتج عن سوء استخدام الفضاء الإلكتروني، لذا سنعمل على تحديد مفهوم هذا المصطلح، وذلك لكي نتمكن من إدراجه في خضم الأفكار القانونية الخاصة بهذه الدراسة.

(٢) راجع بالمعنى نفسه: د. حسام الأهواني، المبادئ العامة للتأمين، القاهرة، ٢٠٠٥، ص ١٤.

المطلب الأول

التعريف بالتأمين عن الأخطار الالكترونية وبيان اهم خصائصه

تتعدد وتشعب نظم التأمين وذلك بتعدد وتشعب مجالات الحياة المختلفة وتطورها ويعدّ التأمين بصورة عامة ظاهرة حضارية، وجدت لتلبية احتياجات المجتمع وأياً كانت صيغة التأمين فأنها تشترك في مبرراتها الاقتصادية والاجتماعية إذ أنها جميعاً وجدت لتلبية حاجة الفرد إلى الشعور بالحماية والأمان مما يحيط به من أخطار^(٣).

ولغرض التعرف على التأمين يقتضي الأمر تقسيم هذا المطلب إلى فرعين نتناول في أولهما مفهوم التأمين، أما الفرع الثاني فسيتم من خلاله تحديد مفهوم التأمين عن الأخطار الالكترونية، ومن ثم سنخصص الفرع الثالث لتوضيح أهم خصائص التأمين عن الأخطار الالكترونية.

الفرع الأول: المقصود بالتأمين

لإعطاء تعريف مانع جامع للتأمين ضد الأخطار الالكترونية، ينبغي بداية بيان معنى التأمين لغةً ثم اصطلاحاً ومن ثم نبين المفهوم القانوني لنتمكن من ادراجه في خضم الافكار الخاصة بهذه الدراسة.

أولاً: مفهوم التأمين لغة:

التأمين من الألفاظ المعهودة في اللغة؛ وهي مأخوذة من الأمن والأمان بمعنى جعله في أمن. يقال تأميناً على الشيء أي اتخذه اميناً، قال: أمين،

(٣) آلاء يعقوب يوسف، التأمين من مسؤولية الناقل الجوي في نقل الأشخاص رسالة دكتوراه مقدمة إلى كلية القانون - جامعة بغداد، ٢٠٠١، ص ١٣.

تأميناً على حياته أو مملكته^(٤)، أي أن التأمين من الأمان أي الطمأنينة^(٥).
ويلاحظ أن التأمين من أمن والأمانة وكلها تأتي بمعنى واحد هو نقيض
الخوف والذعر وجاء في التنزيل الكريم ﴿وَهَذَا الْبَلَدِ الْأَمِينِ﴾ التين: ٣.
وبذلك يمكن القول: أن مصطلح التأمين مشتق من مصطلح الأمان.

ثانياً: مفهوم التأمين إصطلاحاً:

لقد وردت العديد من التعريفات لمفهوم التأمين وذلك حسب الزاوية
التي سيتم من خلالها معالجة هذا الموضوع فهناك من يرى بأنه «عملية
فنية تزاولها هيئات منظمة مهمتها جمع اكبر عدد ممكن من المخاطر
المتشابهة وتحمل تبعاتها عن طريق المقاصة وفقاً لقوانين الاحصاء، ومن
مقتضى ذلك حصول المستأمن أو من يعينه، حالة تحقق الخطر المؤمن
منه، على عوض مالي يدفعه المؤمن في مقابل وفاء الأول بالأقساط
المتفق عليها في وثيقة التأمين»^(٦).

من خلال هذا التعريف يتضح أن للتأمين جانب فني يتمثل بالعلاقة
ما بين شركة التأمين الجهة المخولة بهذه المهمة ومجموع المؤمن لهم ضد
خطر قد يتعرضون له جميعاً، وذلك وفق عملية حسابية وإحصائية دقيقة تقوم
وفق اسس معينة، وذلك بعد أن يلتزم المؤمن بدفع عوض مالي إلى المؤمن
له، كما أن هنالك جانب قانوني في هذا العقد والمتمثل بطرفي العقد

(٤) جبران مسعود، معجم الرائد، معجم لغوي، ط ٢، دار العلم للملايين، بيروت، لبنان، ١٩٦٧، ص ٢٤٠.

(٥) الإمام أبي الفضل جمال الدين محمد بن مكرم بن منظور، لسان العرب، دار صادر، ط ١، بيروت، لبنان، ١٩٩٠، ج ١، ص ١٤١.

(٦) د. فتحي عبد الرحيم عبد الله، التأمين.. قواعده وأسس الفنية، منشأة المعارف، الاسكندرية، ٢٠٠١، ص ١٧.

(المؤمن والمؤمن له)، والخطر المؤمن منه والقسط فضلاً عن المبلغ المالي الذي يتوجب على المؤمن ان يدفعه عند تحقق الخطر. كما وتجدر الاشارة إلى ان التأمين يعمل على توفير الحماية والأمان وذلك من خلال ما يلي:

- ١ - يعمل على توزيع وتشتيت المخاطر بالشكل الذي يجعلها قليلة العبء على الأشخاص الذين يتعرضون لها.
- ٢ - يعمل التأمين على ضمان الحصول على التعويض المناسب وذلك حينما يحصل الضرر الموجب للتعويض^(٧).

ثالثاً: المفهوم القانوني للتأمين:

غني عن البيان يعتبر التأمين أحد أهم النظم القانونية لتعويض الأضرار التي تصيب الشخص في جسده أو ماله وقد ورد تعريف التأمين من خلال أغلب التشريعات الوطنية العربية، فالمشعر المدني العراقي حدد مفهوم عقد التأمين بالمادة (٩٨٣) منه حيث نص على ان: «التأمين، عقد يلتزم به المؤمن ان يؤدي إلى المؤمن له أو إلى المستفيد مبلغاً من المال أو إيراداً مرتباً أو اي عوض مالي اخر في حالة وقوع الحادث المؤمن ضده وذلك في مقابل أقساط أو أية دفعة مالية أخرى يؤديها المؤمن للمؤمن له».

ومن خلال ما تقدم نجد ان المشعر العراقي تناول الجانب القانوني فحسب ولم يتطرق إلى الجانب الفني، بل ترك ذلك لاجتهادات الفقهاء، بينما تقوم فكرة التأمين على اساس وجود علاقيتين:

- العلاقة الاولى قانونية والتي تقوم على فكرة أن هنالك شخص ما - (طبيعي أو معنوي) - قد يخشى التعرض إلى خطر معين، فيسعى لتأمين نفسه

(٧) د. رزق الله أنطاكي. موسوعة الحقوق التجارية، ج ٧، ط ١، دمشق، ١٩٦٢، ص ٣١٧.

ضد هذا الخطر أو للتأمين على أمواله وذلك من خلال علاقة تعاقدية أساسها عقد التأمين والذي بموجبه يلتزم المؤمن بدفع التعويض المناسب للمؤمن له في حالة تعرضه للأخطار المؤمن ضدها، وعليه فإن عقد التأمين من العقود الملزمة لجانبين (المؤمن، والمؤمن له) كما أنه من عقود المعاوضة، ولا سيما أن كلا المتعاقدين يأخذ مقابلًا لما يعطي، فيأخذ المؤمن أقساط التأمين من المؤمن له، بينما يأخذ المؤمن له مبلغ التأمين إذا وقعت الكارثة المؤمن منها، كما وأنه عقد زمني حيث يستغرق الوفاء به مدة محددة من الزمن، فالتزام المؤمن ليس أبدياً وإنما محدد المدة، فضلاً عن أنه من عقود الاذعان، فالمؤمن له عليه القبول بكافة شروط المؤمن أو رفضها كلها، ولا يملك حرية مناقشة أو تعديل الشروط، كما وأنه عقد احتمالي لأن العلاقة بين المؤمن والمؤمن له ليست مؤكدة بل احتمالية، حيث أن المؤمن وقت إبرام العقد لا يعرف مقدار ما يأخذ ولا مقدار ما يعطي بل يتوقف ذلك على وقوع الحادث أو عدم وقوعه، وكذلك الحال بالنسبة للمؤمن له، ولأجل ذلك يعد عقد التأمين من عقود الغرر^(٨).

كما وأن هنالك أركان خاصة بعقد التأمين والمتمثلة بالخطر وقسط التأمين ومبلغ التأمين، وهناك من يرى إضافة ركن رابع والمتمثل بالمصلحة، ويمثل الخطر المؤمن ضده محل عقد التأمين حيث أن موضوع عقد التأمين بصفة عامة يتمثل بالخطر الذي يغشاه المؤمن له، حيث يسعى لتغطية الآثار المترتبة عليه في حال وقوعه، وفي الواقع أن جاز لنا التعبير يعد الخطر من أهم أركان هذا العقد^(٩)، وبذلك فإن المخاطر الإلكترونية تمثل الخطر المؤمن

(٨) د. محمد حسام محمود لطفي، الأحكام العامة لعقد التأمين، دار الثقافة للطباعة والنشر، القاهرة، ١٩٨٨، ص ٣٥.

(٩) د. محمد حسام لطفي، الأحكام العامة لعقد التأمين: دراسة مقارنة بين القانونين المصري والفرنسي، الطبعة الثانية، دار النهضة العربية، القاهرة، ١٩٩٠، ص ٣١.

ضده، وعلى الرغم من سكوت المشرع العراقي وكذلك المشرع الفرنسي عن تعريف الخطر، إلا أن الفقهاء قد عرفوه على أنه الحادثة المحتملة الوقوع، فهو واقعة مستقبلية غير محققة الوقوع أو غير معروف حدوثها من شأنها أن يترتب على وقوعها نهوض التزام المؤمن بإيداء مبلغ التأمين أو التعويض^(١٠).

ويخرج من نطاق عقد التأمين الأضرار والأخطار الناجمة عن خطأ المؤمن له العمدي، ويعد هذا المبدأ من النظام العام حيث لا يجوز الاتفاق على مخالفته، كما ويعد هذا الشرط نتيجة حتمية في عقد التأمين^(١١).

• أما العلاقة الثانية فهي علاقة فنية قائمة على فكرة التعاون حيث تعمل على توزيع نتائج الكوارث والخسائر بين أفراد المجموعات، وبالتالي يكون الرصيد المشترك كافياً للوفاء بالتعويضات، فضلاً عن أنها تقوم على اعتبارات محددة يتم إدراجها ببند عقد التأمين، حيث أن المؤمن لا يمكن له أن يغطي خطر ما إلا إذا تمكن من إجراء حسابات معينة تتمثل باحتمالات وقوع الخطر الثابت، والذي يُعرف على أنه (ذلك الخطر الذي تكون درجة احتمالية وقوعه ثابتة لا تتغير طيلة مدة سريان عقد التأمين، والثبات يعني تكرار وقوع الخطر لدرجة تكاد تكون ثابتة من خلال مدة سريان العقد حيث أن الخطر يظل ثابتاً نسبياً)^(١٢)، وهذا ما يجعله يختلف عن الخطر المتغير الذي يكون احتمال تحققه طوال مدة العقد متغيرة زيادة أو نقصاناً، وبذلك لا بد من التمييز بين الخطر الثابت والخطر المتغير في تحديد سعر التأمين ومن ثم بيان مقدار

(١٠) د. محمد شرعان، الخطر في عقد التأمين، منشأة المعارف، الإسكندرية، ١٩٨٤، ص ١٠٢.

وكذلك: M. Picard et Besson, Les Assurances terrestres, Tom cinquiement edition, 1980, p. 34.

(١١) فتحي عبد الرحيم عبد الله، التأمين، قواعده وأساسه الفنية، ط ١، الإسكندرية، منشأة المعارف للنشر والتوزيع، بدون سنة نشر. ص ١١٤.

(١٢) د. عبد الرزاق أحمد السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني، الجزء السابع، دار النهضة العربية، القاهرة، ١٩٦٤، ص ١٢٣١.

القسط الواجب سداده، فيكون القسط ثابتاً في التأمين ضد الخطر الثابت، ومتغيراً زيادة أو نقصاناً في الخطر المتغير^(١٣).

وعليه فإن الخطر يمثل الشيء المراد تجنبه درءاً للخسائر المترتبة عليه، ويختلف الخطر حسب نوع التأمين كما وان الخطر حادث محتمل الوقوع في المستقبل لا يتوقف تحقيقه على محض إرادة المؤمن له^(١٤)، كما وان الخطر يتعلق بمدة سريان عقد التأمين، فلا بد من حدوثه قبل انتهاء عقد التأمين وبعد بدايته.

وعليه فإن عقد التأمين عن الأخطار الالكترونية يلتزم بموجبه المؤمن أن يؤدي إلى المؤمن له أو إلى المستفيد الذي اشترط التأمين لصالحه مبلغاً من المال أو إيراداً مرتباً أو أي عوض مالي آخر في حالة وقوع الحادث أو تحقق الخطر المبين بالعقد، وذلك مقابل قسط أو أي دفعة مالية أخرى يؤديها المؤمن له للمؤمن.

الفرع الثاني: مفهوم الأخطار الالكترونية

يُعَدُّ هذا المفهوم من المفاهيم المعاصرة التي دخلت على حياة الانسان واستوجب التعامل معها، فهو احد مخرجات تكنولوجيا المعلومات، حيث أفرز الواقع العديد من الأخطار التي تهدد شبكة المعلومات الرقمية والتي تعرف بالأخطار الالكترونية أو الاستخدام غير المشروع أو الاحتيالي للشبكات المعلوماتية، والتي تعرف على انها «تلك الأعمال غير المشروعة

(١٣) د. عبد الرشيد مأمون، الوجيز في العقود المسماة، الكتاب الأول، عقد التأمين، بدون سنة طبع، ص ١٣٥ وما بعدها.

(١٤) د. خميس خضر، العقود المدنية الكبيرة «البيع والتأمين والإيجار دار النهضة العربية، الطبعة الثانية، ١٩٨٤، ص ٢٧.

التي تكون شبكة بالإنترنت أو أحد تطبيقاتها إما وسيلة لها أو ضحية مستهدفة من قبل الفاعل أو الفاعلين»^(١٥).

في الواقع هنالك العديد من الأخطار التي تهدد شبكة المعلومات الرقمية وقد أصبحت هذه الأخطار مصدر تهديد حقيقي للأفراد والشركات والدول ومن عدة نواحي سواء أكانت اقتصادية أو اجتماعية أو سياسية.

فقد يكون مصدر الخطر بصورة التشويش الإلكتروني على غرار قرصنة أو هجمات حيث يستهدف الاعتداء على «الثروة المعلوماتية»^(١٦) بدلالته التقنية الواسعة (بيانات معلومات وبرامج بكافة أنواعها)، أو قد يتم سرقة المعلومات أو تسريب للبيانات أو المعلومات وهو ما يسمى بالتجسس الإلكتروني، أو قد يتمثل الخطر بتعرض المواقع الإلكترونية للحكومة كالمصارف أو مؤسسات الماء والاتصالات والكهرباء والمطارات إلى الحرمان من تقديم الخدمات^(١٧)، أو قد يكون الخطر بصورة الاعتداء على حرمة الحياة الخاصة والمعطيات الشخصية، أو قد يتم الاحتيال باستخدام بطاقة الائتمان.

ويعد التأمين عن الأخطار الإلكترونية إحدى الوسائل القانونية لحماية المتضررين من الأخطار الإلكترونية، حيث يعمل على توزيع وتشتيت الخسائر الناشئة عن تلك الأخطار والتي تؤدي إلى إلحاق الأذى ببعض

(١٥) نبيلة هبة هروال، الجوانب الاجرائية لجرائم الانترنت (دراسة مقارنة)، دار الفكر الجامعي، الإسكندرية، ٢٠٠٧، ص ٢٧.

(١٦) د. علاء الدين محمد شحاته، رؤية أمنية للجرائم الناشئة عن استخدام الحاسوب الآلي، بحث مقدم إلى المؤتمر السادس للجمعية المصرية للقانون الجنائي ٢٥ - ٢٨ أكتوبر ١٩٩٣، منشورات دار النهضة العربية، ص ٤٤١.

(١٧) حميد حمد السعدون، استخدام الفضاء الإلكتروني وتأثيره في العلاقات الدولية «الشرق الاوسط» نموذجاً مجلة دراسات دولية، جامعة بغداد، العدد ٥٩، ٢٠١٨، ص ٨.

المؤمن لهم، من خلال اختراق البيانات الخاصة بهم أو العمل على تدميرها من خلال الجرائم المستحدثة - (الجرائم المعلوماتية) - والمتمثلة بالفيروسات وبرامج التجسس وغيرها^(١٨).

وتأسيساً لما تقدم فإننا نعرّف التأمين عن الأخطار الإلكترونية بأنه: عقد يبرم بين المؤمن والمؤمن له (طالب التأمين) الذي قد يكون شخصاً طبيعياً أو معنوياً حيث يلتزم المؤمن من خلاله بأداء مبلغ التأمين المقرر بعقد التأمين أو التعويض عن الضرر الذي لحق بالمؤمن له أو خلفه نتيجة لإصابته بضرر يدخل في مضمون الأخطار الإلكترونية.

الفرع الثالث: خصائص التأمين عن الأخطار الإلكترونية

يشترك عقد التأمين مع غيره من العقود ببعض الخصائص وهو فوق ذلك يتميز بخصائص خاصة تتوافق مع طبيعة الخطر المراد تغطيته، وهذا ما سيتم توضيحه فيما يلي:

أولاً: الخصائص العامة لعقد التأمين:

أ - من حيث انعقاده: يعد عقد التأمين من العقود الرضائية، حيث ينعقد بمجرد توافق الإيجاب والقبول^(١٩)، وبذلك فإن للإرادة دور في تكوين هذا النوع من العقود، وعليه فإن عقد التأمين ضد الأخطار الإلكترونية يُعد عقداً اختيارياً لا عقداً إلزامياً^(٢٠)، كما وإن هنالك اختلاف

(١٨) د. نورة شلوش، القرصنة الإلكترونية في الفضاء السيبراني «التهديد المتصاعد لأمن الدول»، مجلة مركز بابل للدراسات الانسانية، المجلد ٨، العدد ٢، ٢٠١٨، ص ١٩٠.

(١٩) د. ياسر احمد كامل الصيرفي، إلغاء التصرف القانوني، دار النهضة العربية، القاهرة، ١٩٩٥، ص ٥٤.

(٢٠) د. نزيه محمد الصادق، عقد التأمين، مصدر سابق، ص ٢٠٤ وما بعدها.

في المركز الفعلي والقانوني لأحد أطراف ذلك العقد فالمؤمن هو الجانب القوي وهذا ما يبرر اعتباره عقد اذعان^(٢١)، فضلاً عن انه عمل تجاري^(٢٢)، وهذا ما نص عليه في قانون التجارة العراقي رقم ٣٠ لسنة ١٩٨٤ وذلك من خلال المادة (٥ / فقرة ثالث عشر) حيث نصت: «تعتبر الأعمال التالية تجارية إذا كانت بقصد الربح ويفترض هذا القصد ما لم يثبت العكس أولاً: ... ١٣. التأمين بكافة أنواعه».

وكذلك نجد ان المشرع الفرنسي في المادة (٦٣٢ / فقرة ١٢) من قانون التجارة الفرنسي النافذ نص على ان التأمين: «يعد عملاً تجارياً بحسب موضوعه... كما ان جميع عقود التأمين تعد عملاً تجارياً...».

ومن خلال ما تقدم يمكننا القول: أن عقد التأمين ضد الأخطار الالكترونية يعد عملاً تجارياً يخضع لأحكام قانون التجارة وليس لأحكام القانون المدني^(٢٣).

ب - من حيث مضمونه: يمكن تحديد طبيعة عقد التأمين بالنظر إلى مضمونه والذي يتمثل بمجموعة من الحقوق والالتزامات التي تتولد عنه، وعلى هذا الاساس فهو عقد ملزم لجانبين، فالمؤمن له يلتزم بدفع أقساط التأمين بينما المؤمن يلتزم بدفع مبلغ التأمين في حالة تحقق الخطر^(٢٤)، كما وان عقد التأمين يعد من عقود المعاوضة حيث أن كل طرف فيه يأخذ مقابلاً

(٢١) د. احمد شرف الدين، احكام التأمين في القانون والقضاء - دراسة مقارنة، مطبعة جامعة الكويت، الكويت، ١٩٨٣، ص ١٠٦.

(٢٢) د. نزيه محمد الصادق، عقد التأمين، دار النهضة العربية، القاهرة، ١٩٨٠، ص ٢٠٢.

(٢٣) حول التمييز بين العمل التجاري والعمل المدني انظر: د. زهير عباس كريم، مبادئ القانون التجاري، دراسة مقارنة، دار الثقافة للنشر والتوزيع، عمان، ١٩٩٥.

(٢٤) د. ياسر احمد كامل الصيرفي، إلغاء التصرف القانوني، مصدر سابق، ص ٥٤.

لما يعطي، فضلاً عن انه من العقود الاحتمالية، فكل طرف من اطرافه - (المؤمن والمؤمن له) - لا يعرف وقت ابرام العقد، مقدار ما يأخذ ومقدار ما يعطي، فاحتمال الكسب والخسارة قائم عند ابرام هذا العقد كما وان تحديد الجانب الذي سيكسب أو يخسر يتوقف على الحظ والصدفة^(٢٥)، اما اذا نظرنا إلى عقد التأمين على انه جزء من عملية فنية تقوم بها شركة متخصصة في توزيع المخاطر على أكبر عدد ممكن من الافراد عن طريق اقامة نوع من التعاون بينهم فهذه الحالة تكاد صفة الاحتمال بالاختفاء في عملية التأمين التي تجمع الكثير من عقود التأمين^(٢٦).

ج - من حيث تنفيذه: يُعد عقد التأمين من عقود المدة حيث لا تتحقق غايته إلا مع مرور الزمن^(٢٧) وعليه فان الزمن يشكل عنصراً جوهرياً فيه، كما وان الالتزامات التي تنشأ عنه لا يتم تنفيذها دفعة واحدة بل تنفذ خلال فترة سريان العقد وعليه فإن الزمن له اثر كبير في تحديد الحقوق والالتزامات لأطرافه^(٢٨).

كما وان عقد التأمين اذا فسخ أو انفسخ فليس لذلك أثر رجعي، فما نفذ من الالتزام قبل ذلك يبقى قائماً، حيث لا يسترد المؤمن له من المؤمن الأقساط المقابلة للمدة التي أنقضت قبل الفسخ أو الانفساخ^(٢٩).

(٢٥) د. عبد الرزاق السنهوري، الوسيط، ف ٥٥٩، ج ٧، عقود الغرر، القاهرة، ١٩٦٤، ص ١١٤٠.

(٢٦) د. احمد شرف الدين، احكام التأمين في القانون والقضاء - دراسة مقارنة، مصدر سابق، ص ١١٤.

(٢٧) د. حسام الدين كامل الاهواني، المبادئ العامة للتأمين، دار النهضة العربية، القاهرة، ١٩٧٥، ص ١٠٧.

(٢٨) د. حسن علي الذنون، شرح القانون المدني، اصول الالتزام، مطبعة المعارف، بغداد، ١٩٧٠، ص ٢٨.

(٢٩) د. ياسر احمد كامل الصيرفي، إلغاء التصرف القانوني، مصدر سابق، ص ٥٤.

ثانياً: الخصائص الخاصة لعقد التأمين عن الأخطار الإلكترونية:

تجدر الإشارة إلى أن التأمين ضد الأخطار الالكترونية، صناعة لم تُعرف إلا بعد تنامي الهجمات الالكترونية، والتي ازدادت وتطورت بسرعة بسبب التحول الرقمي المتنامي الأمر الذي جعلها خدمة رائجة، وقد شهدت نمواً كبيراً ومضطرباً في الفترة الأخيرة، لا سيما مع تقديم شركات التأمين لعروض محددة لتغطية الاضرار الناجمة عن الهجمات الالكترونية.

إن التأمين عن الأخطار الالكترونية يتميز بخصائص تعكس طبيعته الخاصة وتميّزه عن غيره من صور التأمين، حيث يخضع هذا العقد إلى نوعين من القواعد، قواعد عامة تحكم عقد التأمين وقواعد أخرى تحكم الفضاء الالكتروني الذي تتم فيه الأخطار الالكترونية، والتي تعد جزءاً من القواعد التي يخضع لها هذا العقد ذو الطبيعة الخاصة، اي انه يحتاج إلى معايير خاصة للممارسة التأمينية ومعايير قانونية للتعامل مع البيانات والإحصاءات، كما يتوجب ان يتم تهيئة للتقنيات الفنية الحديثة لتحديد حجم الخسائر وكيفية تسعيرها وذلك للمساعدة في تحديد المسؤولية عن تلك الخسائر ولا سيما ان هذا النوع من الأخطار ينجم عنه خسائر كارثية^(٣٠) فضلاً عن ان بعض الأخطار المتعلقة بالإنترنت تعتبر كبيرة ويصعب جداً تأمينها، لذلك يتم استثنائه من وثائق المسؤوليات النمطية^(٣١)، ويتم تغطيته بوثيقة خاصة في حالة طلب العميل ذلك.

(٣٠) Zain Balfagih, Norshidah Mohamed, Murni Mahmud, a frame work for quality assurance of electronic commerce websites, p. 158, www.intechopen.com.

(٣١) وتجدر الإشارة إلى ان اغلب شركات التأمين التي تعمل في الاراضي العراقية وفي مقدمتها شركة التأمين الوطنية تأخذ بنماذج تحاكي نماذج الوثائق المعدة من قبل كبريات المؤسسات العاملة في حقل التأمين وإعادة التأمين على المستوى الدولي وعلى رأسها مؤسسة «Lloyd s London».



فمثلاً: شركة التأمين البريطانية اتش اس بي (HSB ENGINEERING INSURANCE) أعدت عقد تأمين ضد القرصنة الالكترونية والأخطار المرتبطة بها حيث غطى العقد الأخطار الآتية:

- نفقات التصليح التي تتحملها المؤسسة في حال تعرض قاعدة معلوماتها لخطر الاختراق.
- الاحتيال الالكتروني.
- المسؤولية المدنية الناجمة عن اختراق النظام الالكتروني للمؤسسة.
- التوقف عن العمل جراء تعرض قاعدة المعلومات للاختراق^(٣٢).
- الاذى الذي يلحق بسمعة المؤسسة.

صفوة القول: أن التأمين عن الأخطار الالكترونية لا ينضوي تحت أي صيغة من صيغ التأمين بل هو صيغة قائمة بذاتها ونوع خاص من أنواع التأمين يضاف إلى نوعي التأمين الآخرين وهما التأمين من الأضرار والتأمين عن الأخطار، حيث يخضع إلى قواعد خاصة مستقلة متميزة إلى جانب القواعد العامة لعقد التأمين.

(٣٢) تأمين الأخطار الإلكترونية، منشور على موقع شبكة الانترنت على الرابط:

المطلب الثاني

الشروط الفنية للتأمين عن الأخطار الالكترونية

الأصل أن يرد عقد التأمين على شروط فنية محددة، يتم اتباعها من قبل شركات التأمين حيث هنالك عقود نموذجية تقوم شركات التأمين بعرضها على المؤمن له وذلك حسب طبيعة الخطر المؤمن منه، ولكي يدرج التأمين ضد الأخطار الالكترونية ضمن الانواع الخاصة بعقود التأمين، لا بد ان يخضع لذات الشروط الفنية الخاصة بعقد التأمين عموماً مع مراعاة الخصوصية الخاصة بكل خطر، وهنا ستثار مسألة مدى امكانية تطابق هذه الشروط مع الطبيعة الخاصة التي تتسم بها الأخطار الالكترونية والتي ستخلف خسائر جسيمة وذلك حسب طبيعة الهدف الذي تستهدفه، وهذا ما يتطلب منا تحديد الشروط الفنية لعقد التأمين والمتمثلة بما يلي:

أولاً: التعاون:

أن عقد التأمين يقوم أساساً على التعاون من خلال تجميع اكبر عدد ممكن من الأشخاص الذين يتعرضون للخطر ذاته، ورغبة منهم في تجنب ما يترتب على وقوعه من نتائج ودفع ضرره بدلاً من تحمل آثاره بصورة فردية التي قد يعجز الشخص لوحده عن تلافيه، وبذلك سيسهم المؤمن لهم في جمع المال عن طريق قيامهم بتسديد اقساط التأمين، فإذا لحق بأحدهم ضرراً نتيجة لتحقق الخطر المؤمن منه، فإن الجميع يكونوا قد ساهموا في تغطية الخسائر الناشئة عن وقوع الخطر المؤمن ضده^(٣٣).

(٣٣) د. عبد الرزاق السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني، ج ٢/٧، دار النهضة العربية، القاهرة، ١٩٦٤، ص ١٠٨٦ وما بعدها.

ثانياً: المقاصة بين الأخطار:

تعتبر المقاصة بين الأخطار عملية فنية بحتة، إذ غايتها توفير نوع من الحماية والضمان للمؤمن، وذلك من خلال تحويل مجموع مبالغ التأمين التي تستحق عند تحقق الخطر منه، اذن هو مجموع الأقساط المستحصلة من المؤمن لهم^(٣٤).

وكلما زاد عدد المؤمن لهم كلما حقق التأمين أهدافه بتوزيع عبء الأخطار التي تلحق ببعض المؤمن لهم على حساب المؤمن لهم جميعاً، ولتحقيق المقاصة يجب ان تكون الأخطار ذات طبيعة واحدة من حيث النوع والمدة^(٣٥)، إذ يمكن ان تتحقق المقاصة بين الأخطار في عقد التأمين ضد الأخطار الالكترونية، إذ انها متحدة من حيث النوع والمدة والمتمثلة بمدة سريان عقد التأمين.

ثالثاً: عوامل الإحصاء:

تُعدّ العمليات الاحصائية من اهم الشروط التي يتسم بها عقد التأمين، فمن خلال العمليات الحسابية يمكن للمؤمن ان يتعرف على الحوادث المحتملة الوقوع خلال فترة زمنية معينة، حيث يطلق على حدة الأخطار بحساب الاحتمالات وذلك لتحديد درجة حدة الخطر ليتمكن المؤمن من تحديد سعر التأمين وذلك وفق عملية حسابية معينة ومن ثم تحديد القسط الذي ينبغي للمؤمن دفعه^(٣٦)، كما يحدد في ضوء ذلك مبلغ التأمين وهو

(٣٤) د. محمد حسام محمود لطفي، الأحكام العامة لعقد التأمين، دار الثقافة للطباعة والنشر، القاهرة، ١٩٨٨، ص ٣٥.

(٣٥) د. عبد الرزاق السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني، المصدر السابق، ص ١٠٩٠. د. محمد حسام محمود لطفي، الأحكام العامة لعقد التأمين، دار الثقافة للطباعة والنشر، القاهرة، ١٩٨٨، ص ٣٥.

(٣٦) د. خميس خضر، العقود المدنية الكبيرة، البيع والتأمين والإيجار، دار النهضة العربية، ١٩٧٩، ص ٣٩٢.

محل الالتزام الرئيسي الذي يقع على عاتق المؤمن فيتحقق بناء على ذلك التوازن المطلوب تحقيقه بين الطرفين^(٣٧)، وهذا ما يحقق الشروط الفنية اللازمة لعملية التأمين من خلال حصول المقاصة بين الأخطار، لأن قبول أي خطر بالتأمين عليه لا بد أن يكون موزعاً على اعتبار أنه لا يمكن أن يصيب المؤمن لهم جميعاً في وقت واحد، وإنما يلحق الضرر ببعض مما يجعل الخطر ينسجم مع فكرة توزيع الأخطار وبالتالي بالإمكان التأمين عليه^(٣٨)، وهذا الأمر ينطبق على الأخطار الالكترونية والتي أصبحت ظاهرة عالمية منتشرة، إذ يلاحظ أن حدة الأخطار الالكترونية تزداد في مناطق وتنخفض في مناطق أخرى وذلك حسب الظروف الاقتصادية والاجتماعية والثقافية والسياسية.

(٣٧) د. أبو زيد عبد الباقي مصطفى، مصدر سابق، ص ١٤٤. كذلك د. البشير زهرة، التأمين البري، دار أبو سلامة للطباعة والنشر والتوزيع، تونس، ١٩٧٥، ص ٨٠.

(٣٨) د. جلال محمد ابراهيم، التأمين... دراسة مقارنة، دار النهضة العربية، القاهرة، ١٩٩٤، ص ٤٦.

المبحث الثاني

إمكانية تبني فكرة التأمين عن الأخطار الإلكترونية

من المسلم به ان التقنية القانونية لا بد لها ان تواكب خدمات تقنية المعلومات بحيث يكون هنالك ضوابط ومعايير تلتزم من خلالها الجهات التقنية فتكفل بذلك سلامة الالتزام باحترام القواعد القانونية، وحماية مستخدمي الفضاء الإلكتروني.

وللتعرف على مدى امكانية تبني فكرة التأمين ضد الأخطار الإلكترونية، ينبغي ان ننطلق من بيان التنظيم القانوني للتأمين عن الاضرار الإلكترونية وذلك في (المطلب الأول)، كما سيتم تحديد آثار التأمين عن الاضرار الإلكترونية في (المطلب الثاني).

المطلب الأول

التنظيم القانوني للتأمين عن الأخطار الإلكترونية

إنطلاقاً من المبدأ السائد إن: (لكل خطر ضمان ولكل ضرر شخص يسأل عنه) عمد المشرع والقضاء في كثير من دول العالم إلى السير خطوة بعد خطوة لترجمة هذا المبدأ إلى واقع قانوني ملموس، فأخذ كل منهما يبحث عن مسؤول يلقي عليه تبعة الفعل الضار وقد سلكا للوصول إلى هذا الهدف طرقاً شتى من بينها التأمين المباشر من الضرر^(٣٩)، حيث يهدف التأمين إلى نقل كل تكاليف إصلاح الضرر على عاتق مجموع المؤمنين وبذلك سيتحقق

(٣٩) راجع بهذا الخصوص: د. حسن علي الذنون، المبسوط في المسؤولية المدنية - الضرر،

مصدر سابق، ص ٣٧٠.

الأمان للمؤمن عليه، كما وانه يمثل حلاً مفيداً لمشاكل الإفلاس الجزئي التي يتعرض لها محدث الضرر فضلاً عن انه اثر رادع^(٤٠).

ومن الحقائق الثابتة أن تنمية التجارة الالكترونية مرتبط بتأمين المخاطر الناتجة عنها، كما وأن التأمين في مجال التجارة الالكترونية يضم قطاعين هما: ١ - تأمين مواقع الانترنت ٢ - تأمين وسائل الاتصال الالكترونية^(٤١).

كما وان شركات التأمين العالمية الكبرى والتي تعمل في سوق التأمين تضطلع ببوالص التأمين وتسعى إلى تحقيق الربح من خلال عملية التأمين، لذا ليست جميع الأخطار بإمكان التأمين عليها، بل يتوجب ان ينطبق عليها الشروط الواجب توفرها في عقد التأمين.

وتأسيساً لما سبق: فان موضوع عقد التأمين بصفة عامة يتمثل بالخطر الذي يخشاه المؤمن له حيث يسعى لتغطية الآثار المترتبة عليه في حال وقوعه فهو في الواقع إن جاز لنا التعبير من اهم اركان عقد التأمين^(٤٢) فهو يمثل محل العقد وتغطيته تمثل الباعث والدافع إلى إبرام عقد التأمين.

من ناحية أخرى يمثل عقد التأمين صيغة من صيغ الحماية والأمان حيث يعمل على توزيع وتشتيت المخاطر بالشكل الذي يجعلها قليلة العبء على الأشخاص الذين يتعرضون لها، كما انه يضمن الحصول على تعويض مناسب

(٤٠) نبيلة إسماعيل رسلان، التأمين من أخطار التلوث، دار النهضة العربية، القاهرة، ٢٠٠٣، ص ١٧٨.

(٤١) Jérôme Huet et Autres, commerce électronique et assurance: quels assureurs pour domain? FFSA, 1999, sur le site, www.ffa.fr/sites/jcms & Zain Balfagih, Norshidah Mohamed, Murni Mahmud, a frame work for quality assurance of electronic commerce websites, www.intechopen.com, P. 158.

(٤٢) د. حسن يوسف محمود، التأمين من مسؤولية الناقل الجوي الدولي للأشخاص، دار الكتب القانونية، القاهرة، ٢٠١٠، ص ١٢.

عند وقوع الضرر^(٤٣). لذلك يلجأ إليه الأفراد لغرض مواجهة المخاطر التي يتعرضون لها في شتى مجالات الحياة سواء أكانت هذه المخاطر تهدد شخص المؤمن له (طالب التأمين) مثل الاعتداء على حرمة الحياة الخاصة والمعطيات الشخصية والمالية لهم.

كما ويتضمن طلب التأمين جملة من البيانات تشكل الأساس الذي يقوم عليه عقد التأمين بكل أركانه كما تتضمن في الوقت ذاته بياناً للالتزامات المترتبة على العقد المذكور وتتمثل هذه البيانات بما يلي:

١ - البيانات الخاصة بالخطر المراد تغطيته والذي يمثل محل عقد التأمين حيث يدور معه التأمين وجوداً وعدم^(٤٤)، باعتباره الأساس الذي يقوم عليه عقد التأمين^(٤٥).

٢ - بيانات خاصة بشروط التأمين حيث يجري تحديد حد أقصى لمبلغ للتأمين ويمثل هذا الحد الأقصى سقفاً لالتزام المؤمن حيث لا يجوز تجاوزه.

٣ - بيانات أخرى يقوم المؤمن بإدراجها حينما يعمل على صياغة شروط عقد التأمين حيث يجعل هذا الطلب يمثل بالضرورة وجهة نظر المؤمن.

ولقد درجت شركات التأمين على إتباع هذا الإجراء حرصاً على مصلحة اطراف العلاقة القانونية^(٤٦).

كما وتجدر الإشارة إلى ان الأخطار الالكترونية ينجم عنها خسائر فادحة قد تعجز اكبر الشركات قوة أن تأخذ على عاتقها تغطيتها كما وأنها كثيرة

(٤٣) د. رزق الله إنطاكي، موسوعة الحقوق التجارية، ج ٧، ط ١، دمشق، ١٩٦٢، ص ٣١٧.

(٤٤) د. عبد الرزاق أحمد السنهوري، مصدر سابق، ص ١٦٧٤، كذلك د. عبد الحي حجازي،

مبادئ عامة في عقد التأمين، القاهرة، دار النهضة العربية، بدون سنة طبع، ص ١١٥.

(٤٥) د. علي سليم الوردی، إدارة الخطر والتأمين، بغداد، مطبعة الريم، ١٩٩٩، ص ١٣١.

(٤٦) د. عبد الودود يحيى، مصدر سابق، ص ١٢٦.

ومتنوعة، ومحاولة حصرها يُعد ضرب من العبث، ولذلك لا بد أن يتم تجزئتها حيث أنها تتجاوز في احيان كثيرة قدرة السوق الوطنية وتحتاج مشاركة أجنبية لذلك فالتأمين الجماعي أو مايعرف بدمج شركات التأمين يمثل الوسيلة الفضلى لتغطية مثل هذا النوع من الأخطار، وان مسألة تجزئة الأخطار يراد بها (إعادة التأمين) ^(٤٧).

المطلب الثاني

آثار التأمين عن الأخطار الالكترونية

في البدء لا يفوتنا أن ننوه إلى حقيقة هامة مفادها: أن عقد التأمين عن الأخطار الالكترونية كغيره من عقود التأمين الأخرى حيث ينشأ من خلاله التزامات وحقوق لطرفي العقد، وسيقتصر البحث في هذا المطلب على التزامات اطراف العقد فحسب وذلك من خلال الفرعين الآتيين:

الفرع الأول: إلتزامات المؤمن

من المسلم به أن هنالك جملة من الإلتزامات المترتبة على عاتق المؤمن (والمتمثلة بشركة التأمين) ويعد الإلتزام بإيداع مبلغ التأمين أو مبلغ التعويض من اهم الإلتزامات التي تقع على عاتق المؤمن وهذا ما قرره المشرع المدني العراقي في المادة (٩٨٨) والتي نصت «متى تحقق الخطر أو حل أجل العقد، أصبح التعويض أو المبلغ المستحق بمقتضى عقد التأمين واجب الاداء»، أما المادة (٩٨٩) من القانون المدني العراقي فقد نصت «يلتزم المؤمن بتعويض الضرر الناشئ من وقوع الخطر المؤمن ضده على ان لا يتجاوز ذلك قيمة التأمين»، ومن خلال ما تقدم يتضح لنا: أن هنالك التزام على عاتق المؤمن

(٤٧) راجع بالمعنى نفسه: نبيلة إسماعيل رسلان، مصدر سابق، ص ٣٢.

والذي يتمثل بتعويض المضرور بمبلغ مالي يتم تحديده في وثيقة التأمين من خلال تحديد قيمة الشيء المؤمن عليه وعلى أساسه يتم تحديد سعر التأمين، كما تتضمن الوثيقة بيان القسط الذي يلتزم المؤمن له بتسديده للمؤمن.

وكذلك نص المشرع الفرنسي في المادة (٥/١١٣) من قانون التأمين الفرنسي رقم (٥) والصادر في ٧ يناير ١٩٨١.

كما وأن المؤمن (شركة التأمين) قد تتعاقد مع شركات متخصصة بالأمن الإلكتروني حيث تعمل تلك الشركات على جمع المعلومات والبيانات من أجل وضع مقياس لتصنيف درجة امان المواقع الالكترونية للمؤسسات والشركات - (المؤمن له) - كما تبين مدى عرضة تلك المواقع للخروقات وهجمات الهاكرز وخصوصاً (العواصف الالكترونية) والتي تضرب المواقع الالكترونية للشركات والمؤسسات وبشكل دفعة واحدة.

الفرع الثاني: إلتزامات المؤمن له

أما الطرف الثاني بعقد التأمين فيتمثل بالمؤمن له حيث يترتب عليه جملة من الإلتزامات الناشئة عن عقد التأمين عموماً منها ما تكون سابقة على وقوع الخطر، ومنها ما تكون لاحقة على وقوعه، ويعد الإلتزام بتسديد قسط التأمين من أهم الإلتزامات التي تترتب على عاتق المؤمن له وهذا ما قرره المادة (١/٩٨٦) من القانون المدني العراقي النافذ حيث نصت: «يلتزم المؤمن له بما يأتي: أ. يدفع الأقساط أو الدفعة المالية الأخرى في الآجل المتفق عليه...»، وتعد هذه الإلتزامات من الآثار العامة لعقد التأمين، كما ان هنالك التزام على عاتق المؤمن له يتمثل باتخاذ الحيطة والحذر ولا سيما في التأمين ضد الأخطار الالكترونية، ويعد اتخاذ الحيطة والحذر واقعة مادية يجوز إثباتها بكل طرق الإثبات القانونية.

واستناداً للأحكام العامة لعقد التأمين سيتم العمل بوثيقة التأمين ضد الأخطار الالكترونية مع مراعاة الخصوصية التي يتسم بها هذا العقد من حيث الجوانب الفنية والقانونية كما وان طبيعة الخطر الذي يغشاه المؤمن له ويسعى لتغطيته يمثل الباعث والدافع إلى إبرام عقد التأمين^(٤٨).

(٤٨) د. حسن يوسف محمود، التأمين من مسؤولية الناقل الجوي الدولي للأشخاص، دار الكتب القانونية، القاهرة، ٢٠١٠، ص ١٢.

الخاتمة

مما لا شك فيه ان التقنية القانونية لا بد لها ان تواكب خدمات تقنية المعلومات بحيث يكون هنالك ضوابط ومعايير تلتزم من خلالها الجهات التقنية، حيث تكفل سلامة الالتزام باحترام القواعد القانونية، ويُعد التأمين عن الأخطار الإلكترونية أحد أهم وسائل الضمان المالي، حيث يخضع لذات القواعد العامة التي يخضع لها أي عقد تأمين آخر، مع مراعاة الخصوصية الخاصة التي يتسم بها هذا العقد، فصفة المؤمن له وطبيعة موضوع التأمين ومحله والمتمثل بالأخطار الإلكترونية، والتي أصبحت ظاهرة أثرت بشكل أو بآخر على المجتمع وكيانه من خلال ما تخلفه من آثار سلبية تؤثر على واقع المجتمع اقتصادياً واجتماعياً وسياسياً وامنياً، بإعتبارها تستهدف الاعتداء على «الثروة المعلوماتية»، وقد تزايدت هذه الأعمال وتنوعت مصادرها الأمر الذي أدى إلى تفاقم حدتها.

وعلى الرغم من الأهمية التي يمتاز بها هذا النوع من التأمين إلا أنه لم يحظ باهتمام كاف، حيث لم يتم تنظيمه من قبل المشرع العراقي بشكل منفصل، وكل ما نجده هو عبارة عن قواعد عامة تحكم التأمين وهذه القواعد ان صح الوصف فهي بحاجة إلى تطويع وتطوير انطلاقاً من ارتباط القانون بالتطورات والمستجدات التي تطرأ على حركة تطور المجتمعات، ولا سيما ان هذا الخطر لم يعد حالة محددة بل أصبح ظاهرة خطيرة أثرت بشكل أو بآخر على المجتمع وكيانه، ويعزى السبب من وراء ذلك إلى ان هذا النوع من الأخطار سيخلف آثار سلبية تؤثر على واقع المجتمع اقتصادياً وسياسياً واجتماعياً، وعليه فإن التأمين ضد الاضرار الإلكترونية يُعد نموذجاً متطوراً من نماذج عقود التأمين المهمة، حيث يشكل هذا النوع من الأخطار تحدياً استراتيجياً واسع النطاق نظراً لما يشكله من تهديد لمفاصل هامة في

المجتمعات، فهو خطر ناجم عن الأجهزة التقنية الحديثة - (الخطر التقني) - والتي تضم بين طياتها معلومات قد تكون شخصية أو عامة على سبيل المثال تخشى الشركات على بياناتها الشخصية التجارية سواء تعلق الأمر بأمور ذات طبيعة فنية أو مالية.

وعليه يمكن القول: أن هذا النوع من الأخطار شأنه شأن الأخطار الحديثة كخطر التلوث البيئي أو القرصنة البحرية أو الخطر الناجم عن العمليات الارهابية والتي يعتبرها المؤمن اخطار لا تنسجم مع الشروط الفنية اللازمة لعملية التأمين وذلك من خلال حصول المقاصة بين الأخطار وحجم الاضرار، ولا سيما ان قبول التأمين عن اي خطر لا بد ان يكون الاخير موزعاً على اعتبار انه لا يمكن ان يصيب المؤمن لهم جميعاً في وقت واحد، وإنما يلحق الضرر بالبعض مما يجعل الخطر ينسجم مع فكرة توزيع الأخطار، وبالتالي بالإمكان التأمين عليه^(٤٩)، وهذا الأمر ينطبق على الأخطار الالكترونية، التي تزايدت وتنوعت مصادرها، الأمر الذي أدى إلى تفاقم حدتها وزيادة اضرارها، لذا كان لا بد من مكافحة هذه الظاهرة وذلك من خلال التعاون الدولي فضلاً عن التشريعات والأنظمة الوطنية التي تعمل على تغطية الأخطار الالكترونية، وذلك من خلال التأمين والذي يعتبر أحد أهم النظم القانونية لتعويض الأضرار التي تصيب الشخص في جسده أو ماله، وهو بذلك يُعد إجراء يهدف إلى تخفيف الأعباء الناجمة عن تعويض الأضرار الناجمة عن سوء استخدام الفضاء الالكتروني.

(٤٩) د. جلال محمد ابراهيم، التأمين، دراسة مقارنة، دار النهضة العربية، ١٩٩٤، ص ٤٦.



قائمة المراجع

بعد القرآن الكريم.

أولاً: المعاجم:

١. الإمام أبي الفضل جمال الدين محمد بن مكرم بن منظور، لسان العرب، دار صادر، ط ١، بيروت، لبنان، ١٩٩٠.
٢. حبران مسعود، معجم الرائد، معجم لغوي، ط ٢، دار العلم للملايين، بيروت، لبنان، ١٩٦٧.

ثانياً: الكتب:

١. د. أحمد شرف الدين، أحكام التأمين في القانون والقضاء - دراسة مقارنة، مطبعة جامعة الكويت، الكويت، ١٩٨٣.
٢. د. البشير زهرة، التأمين البرّي، دار أبو سلامة للطباعة والنشر والتوزيع، تونس، ١٩٧٥.
٣. د. جلال محمد إبراهيم، التأمين... دراسة مقارنة، دار النهضة العربية، القاهرة، ١٩٩٤.
٤. د. حسام الدين كامل الأهواني، المبادئ العامة للتأمين، دار النهضة العربية، القاهرة، ١٩٧٥.
٥. د. حسن علي الذنون، شرح القانون المدني، أصول الإلتزام، مطبعة المعارف، بغداد، ١٩٧٠.
٦. د. حسن يوسف محمود، التأمين من مسؤولية الناقل الجوي الدولي للأشخاص، دار الكتب القانونية، القاهرة، ٢٠١٠.
٧. د. خميس خضر، العقود المدنية الكبيرة «البيع والتأمين والإيجار، دار النهضة العربية، الطبعة الثانية، ١٩٨٤.

٨. د. زهير عباس كريم، مبادئ القانون التجاري، دراسة مقارنة، دار الثقافة للنشر والتوزيع، عمان، ١٩٩٥.
٩. د. عبد الحي حجازي، مبادئ عامة في عقد التأمين، القاهرة، دار النهضة العربية، بدون سنة طبع.
١٠. د. عبد الرزاق أحمد السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني، الجزء السابع، دار النهضة العربية، القاهرة، ١٩٦٤.
١١. د. عبد الرزاق السنهوري، الوسيط، ف ٥٥٩، ج ٧، عقود الغرر، القاهرة، ١٩٦٤.
١٢. د. عبد الرشيد مأمون، الوجيز في العقود المسماة، الكتاب الأول، عقد التأمين، بدون سنة طبع.
١٣. د. علي سليم الوردي، إدارة الخطر والتأمين، بغداد، مطبعة الريم، ١٩٩٩.
١٤. د. فتحي عبد الرحيم عبد الله، التأمين، قواعده وأساسه الفنية، منشأة المعارف، الإسكندرية، ٢٠٠١.
١٥. د. محمد حسام محمود لطفي، الأحكام العامة لعقد التأمين، ط ١، دار الثقافة للطباعة والنشر، القاهرة، ١٩٨٨.
١٦. د. محمد حسام لطفي، الأحكام العامة لعقد التأمين: دراسة مقارنة بين القانونين المصري والفرنسي، الطبعة الثانية، دار النهضة العربية، القاهرة، ١٩٩٠.
١٧. د. محمد شرعان، الخطر في عقد التأمين، منشأة المعارف، الإسكندرية، ١٩٨٤.
١٨. نبيلة إسماعيل رسلان، التأمين من أخطار التلوث، دار النهضة العربية، القاهرة، ٢٠٠٣.
١٩. نبيلة هبة هروال، الجوانب الإجرائية لجرائم الإنترنت (دراسة مقارنة)، دار الفكر الجامعي، الإسكندرية، ٢٠٠٧.
٢٠. د. نزيه محمد الصادق، عقد التأمين، دار النهضة العربية، القاهرة، ١٩٨٠.
٢١. د. ياسر أحمد كامل الصيرفي، إلغاء التصرف القانوني، دار النهضة العربية، القاهرة، ١٩٩٥.



ثالثاً: البحوث والوسائل والأطاريح:

١. آلاه يعقوب يوسف، التأمين من مسؤولية الناقل الجوي في نقل الأشخاص، رسالة دكتوراه مقدمة إلى كلية القانون، جامعة بغداد، ٢٠٠١.
٢. حميد حمد السعدون، استخدام الفضاء الإلكتروني وتأثيره في العلاقات الدولية «الشرق الأوسط» نموذجاً، مجلة دراسات دولية، جامعة بغداد، العدد ٥٩، ٢٠١٨.
٣. د. علاء الدين محمد شحاته، رؤية أمنية للجرائم الناشئة عن استخدام الحاسوب الآلي، بحث مقدّم إلى المؤتمر السادس للجمعية المصرية للقانون الجنائي ٢٥ - ٢٨ أكتوبر ١٩٩٣، منشورات دار النهضة العربية.
٤. د. نورة شلوش، القرصنة الإلكترونية في القضاء السيبراني «التهديد المتصاعد لأمن الدول»، مجلة مركز بابل للدراسات الإنسانية، المجلد ٨، العدد ٢، ٢٠١٨.

رابعاً: المصادر الإلكترونية:

١. تأمين الأخطار الإلكترونية، منشور على موقع شبكة الإنترنت على الرابط:
www.ifegypt.org,newsdetails

المراجع الأجنبية

1. M. Picard et Besson, Les assurances terrestres, Tom cinquièmes edition, 1980.
2. Jérôme Huet et Autres, commerce électronique et assurance: quels assureurs pour demain? FFSA, 1999, sur le site, www.ffsa.fr/sites/jcms&zain Balfagih, Norshidah Mohamed, Murni Mahmud, a frame work for quality assurance of electronic commerce websites. www.intechopen.com.
3. Zain Balfagih, Norshidah Mohamed, Murni Mahmud, a frame work for quality assurance of electronic commerce websites www.intechopen.com.



حكم تغيير الجنس وأثره في عقد الزواج وفقاً للنظام السعودي والقانون الكويتي (دراسة مقارنة)

إعداد: د. فهيم عبد الإله الشايع

مجلس القضاء الأعلى - جمهورية العراق

الملخص

يعيش العالم نظاماً ثنائياً (الذكر والأنثى) نلحظُ فيه التوازن الاجتماعي في أداء الأدوار والاستمرارية في حفظ النسل بين مجتمعات العالم، وأمام هذا الترتيب الذي يشكل القاعدة العامة نجد أن هناك بعض الاستثناءات حول وجود أشخاص يعانون من اضطراب الهوية الجنسية، إذ تتمحور معاناتهم بالوقوف في منطقة غامضة تنتمي للجنسين كلاهما، وفي الوقت نفسه لا يوجد ما يوضح انتماءهما لجنس دون الآخر، وهذا ما يُعدُّ السبب النفسي في الميل للتخلص من هذه الحالة بطلب تغيير الجنس، الذي لا يكون مشروعاً في جميع الأحوال، إذ لا يجيزه أغلب المشرعين بإنفراده كسبب لتغيير الجنس دون أن يصاحبه معيارٌ آخر، ليصبح طلب التغير تصويماً للوضع الجنسي.

ومتى كان طلب تغيير الجنس مشروعاً، فإن إكمال تصويب الجنس - سواء بالعلاج الهرموني أو بإجراء العمليات الجراحية - ينتج آثاراً لعل أهمها

في عقد الزواج، وهذا ما تناولته الدراسة من حيث أثره على استمرار عقد الزواج وطبيعة إنهاء العلاقة الزوجية في النظام السعودي والقانون الكويتي، وقد توصلت هذه الدراسة إلى كثير من النتائج والتوصيات في مقدمتها: مراعاة وجود تشريعات منظمة لمسألة تصويب الجنس من حيث مدى المشروعية والشروط والإجراءات.

الكلمات الدالة / تغيير الجنس، تصويب الجنس، الخُنْثي، المثلية الجنسية، عمليات تغيير الجنس، عقد الزواج.



المقدمة

تدور جميع العلاقات الإنسانية في تصنيف الناس على أساس الفروق الاجتماعية عبر مجموعة متنوعة من الحدود الثقافية بحسب الهوية الاجتماعية المهيمنة، وإن كان بعضها متغير بتغير المكان ومرور الزمان ودرجة وعي المجتمع، فمثلاً نجد تصنيفات بحسب العرق (الأبيض والأسود)، والطبقة (الأغنياء والفقراء)، والجنس (الذكور والإناث)^(١)، وما يهم هذه الدراسة أن المجتمعات بمختلف الأماكن التي تتواجد فيها على هذه المعمورة، سواء كان خلال عصرنا هذا، أو في أي وقت مضى لم تعرف - كأصل عام - سوى جنسين هما الذكر والأنثى، ولوجود مشكلة ماتوجد حالات - وإن كانت بنسبة ضئيلة جداً - يسعى أصحابها إلى تغيير جنسهم إلى الجنس الآخر، مع التنويه إلى أن الأسباب التي تقف وراء هذا التغير تكون مختلفة - كما سنرى لاحقاً - فيكون طلب تغيير الجنس إلى الأنثى أو إلى الذكر. ولما كان بعض هذه الطلبات مجرد الكشف عن الجنس الحقيقي نجد أن بعض المشرعين والفقهاء والقضاة قد تعاملوا مع هذه الحالات بعدّها واقعاً، إذ اجازوا تغيير الجنس باعتبار أن الطلب هنا تصويب لوضع صاحب الشأن في مساعده للكشف عن الجنس الحقيقي الذي يحمله، بينما نرى بعضهم الآخر قد رفض التغير مفسرين سكوت المشرع بعدم الإجازة، ومما لا شك فيه أن اثر غياب النص التشريعي يعرض طالبي التغير الجنسي لنوع من التعسف سواء كان ذلك من الجهات الطبية أو الادارية أو القضائية^(٢)،

(١) Kelly, Reese C. Borders that matter: Tran's identity management 2012, State University of New York at Albany, p. 99.

(٢) Roman, D. «Identité de genre, droit et médecine: un débat à bas bruit». Raison publique, www.Raison-publique.Fr/article530.Html (2012), EST Disponible sur le site: <http://www.raison-publique.fr/article530.html>, heure d'entrée 27/4/2017 at 10:15.

ومن هنا تتبلور أهمية هذه الدراسة في محاولة إيجاد معايير واضحة سواء كان هذا بالمنع أو الجواز - الذي قد يكون مشروطاً - لمسألة تغيير الجنس.

ومن المسلم به أن مجموع الحقوق والواجبات التي تلازم الشخص تتأثر بمركزه القانوني والحالة التي يكون عليها هي جزء من المركز القانوني، والحالة «هي مجموعة الصفات التي يتميز بها الشخص فتتأثر بها مجموعة الحقوق المقررة له والواجبات المفروضة عليه»^(٣)، لذا فإن تغيير الجنس ستكون له آثار متعددة، ولعل أهمها ما يكون في عقد الزواج، وعليه يحاول الباحث في هذه الدراسة الإجابة عن الأسئلة الآتية:

- ١ - ما المعايير التي تحدد الهوية الجنسية للفرد؟
- ٢ - ما حكم طلب تغيير الجنس؟
- ٣ - مدى جواز تغيير الجنس للمتزوجين؟
- ٤ - مدى تأثير تغيير الجنس في عقد الزواج؟
- ٥ - حكم استمرارية عقد الزواج بعد تغيير الجنس؟
- ٦ - الطبيعة القانونية لنهاية عقد الزواج الذي يكون أحد طرفيه أو كلاهما قد قام بتغيير جنسه؟

منهجية البحث:

للإجابة عن التساؤلات في أعلاه إتبع الباحث المنهج التحليلي في هذه الدراسة معتمداً على ما جاء في النظام السعودي والقانون الكويتي، وحيث أن موضوع البحث من المسائل الحديثة في مجتمعنا العربي نوعاً ما، سيتم

(٣) د. عبد المنعم إبراهيم البدرأوي المدخل للعلوم القانونية، النظرية العامة للقانون والنظرية العامة للحق، ١٩٦٦، بيروت، دار النهضة العربية، ص ٥٥٩.

الاسترشاد ببعض القوانين المقارنة والآراء الفقهية والأحكام القضائية في المسائل التي لم يتطرق إليها المشرعان، أو محاكم بلدي، ومن هنا سارت الدراسة في ثلاثة مطالب: المطلب الأول ماهية تغيير الجنس، أما المطلب الثاني فجاء بعنوان: مشروعية تغيير الجنس، والمطلب الثالث: مصير عقد الزواج بعد تغيير الجنس.

١- ماهية تغيير الجنس

يثير الحديث عن المتغيرين جنسياً مشاكل تتعارض في مفهوم نظام ثنائي راسخ يتضمن الذكور والاناث ذي معايير لا تتزعزع^(٤)، وهذا النظام له أساس في ديننا الحنيف يتجلى في قوله تعالى: ﴿أَيَحْسَبُ الْإِنْسَانُ أَنْ يُتْرَكَ سُدًى * أَلَمْ يَكُنْ نُطْفَةً مِنْ مَنِيٍّ يُُمْنَى * ثُمَّ كَانَ عَلَقَةً فَخَلَقَ فَسَوَّى * فجَعَلَ مِنْهُ الزَّوْجَيْنِ الذَّكَرَ وَالْأُنثَى * أَلَيْسَ ذَلِكَ بِقَدِيرٍ عَلَى أَنْ يُحْيِيَ الْمَوْتَى﴾ القيامة: ٣٦ - ٤٠، فخلق الله الإنسان ذكراً وأنثى، ووفقاً لهذا التقسيم الذي يتسم بالثبات سار أغلب المشرعين بتدوين جنس المولود بين كونه ذكراً أو أنثى عند الولادة، وإن كان لديه بعض العلامات التي تدل على غموض جنسه لأول وهله، فيشير «Granjon» بقوله: «يجب إلحاق كل شخص حتى لو أظهر شذوذاً عضوياً، بأحد الجنسين الذكوري أو الانثوي»^(٥).

إن توضيح ما هو مشروع من عدمه في عمليات تغيير الجنس، ونقل الفئة التي يبيح المشرع نقلها إلى الجنس الذي تنتمي إليه، لا يتعارض مع مفهوم

(٤) Caruso, Steven Jeffrey, Dream Content of Female-to-Female Postoperative, Transsexuals, Doctor of Philosophy Clinical Psychology a dissertation submitted To Pacifica Graduate Institued (2012), p. 2.

(٥) مطالعته بتاريخ ١٨ كانون الثاني ١٩٧٤ مشار إليه لدى: جورجفيدكر، وآخرون، القانون المدني الفرنسي بالعربية، ٢٠١٢، بيروت، جامعة القديس يوسف، الطبعة العربية دالوز، ص ١٨٩.

النظام الثنائي الراسخ بل على العكس يؤكد أكثر، من خلال عدم قبول جنس ثالث لا ينتمي إلى الذكور أو إلى الاناث، أو أنثى وذكر في الوقت نفسه.

تفاوت مصطلحات الفقهاء القانونيين من موضوع هذه الدراسة عند الحديث عن هذه المسألة، فمنها ما يكون بعيداً كل البعد مثل الشذوذ الجنسي والمثلية^(٦)، ومنها ما يكون قريباً منه كالخُنْثي، ويختلف بعض الفقهاء حول المصطلح الأنسب لهذه الحالة فمنهم من يطلق عليه التغير ومنهم من يعرفه بالتحول، ويختلف كذلك البعض على ما يطول التغير - التحويل - هل النوع أو الجنس.

يضع علماء الطب معايير لتحديد الجنس^(٧)، وبفضل هذه المعايير - وإن كان بعضها غير واضح الحدود - يتسنى للمشرعين الفصل بين ما هو مشروع لتغيير الجنس من سواه.

ولا بد من التنويه إلى أن عمليات تغيير الجنس هي حالات إستثنائية إذ تشير إحدى الدراسات الأميركية البحثية إلى أن ١ من ١٠٠,٠٠٠ من الذكور و ١ من ٤٠٠,٠٠٠ من النساء مصاب بهذا المرض - وقسمٌ كبير من العلماء يعدّونه مرضاً^(٨) - إلا أن هذه النسبة في ارتفاع، فقد ارتفعت وقت إجراء

(٦) أحمد محمود سعد. تغيير الجنس بين الحظر والإباحة (ط ١)، ١٩٩٣، القاهرة، دار النهضة العربية، ص ١٦٣.

(٧) د محمد علي البار. خلق الإنسان بين الطب والقرآن، ١٩٩١، المملكة العربية السعودية، الدار السعودية للنشر والتوزيع، ص ٥٠٢، كذلك:

J.C.P. 1990-11-21588, Gazpal.1991-11-21991e:d-p.Branlard: p463.

مشار إليه لدى: جيبية سيف سالم راشد الشامسي. النظام القانوني لحماية جسم الإنسان، ٢٠٠٥، أطروحة دكتوراه، جامعة عين شمس، كلية الحقوق، ص ١٧٣.

(٨) عدّت منظمة الصحة العالمية حالة تغيير الجنس حالة مرضية ووصفتها في دائرة الانحرافات والاضطرابات الجنسية وهو هوس أحادي الأعراض لا يصيب إلا قلة محدودة من الأفراد، للمزيد ينظر: أنس محمد إبراهيم بشا. تغيير الجنس وأثره في القانون المدني والفقہ الإسلامي «دراسة مقارنة»، ٢٠٠٣، أطروحة دكتوراه، جامعة المنصورة، كلية حقوق، ص ٣٧.



الدراسة إلى ١ من ٦٥,٠٠٠ من الذكور و ١ من ١٣٠,٠٠٠ من النساء، هذا في الولايات المتحدة، أما في السويد فهي ١ من ٣٧,٠٠٠ لدى الذكور و ١ من ١٠٠,٠٠٠ لدى النساء^(٩)، إلا أن أعداد العمليات التي تجريها المراكز المتخصصة أعلى من هذه، إذ تشير إحدى الدراسات الأميركية التي تم إجرائها على عمل المراكز الطبية المتخصصة بأنها قد قامت بإجراء مائتي عملية تغيير جنس خلال خمس سنوات^(١٠)، وهذا يدل على أن ليس كل من يقدم على عمليات تغيير الجنس يحتاج إلى تحديد جنسه، فمنهم من يفعل هذا لمجرد الرغبة في ذلك^(١١)، وبالرغم من أنها تبقى بنسبة استثنائية كما ذكر أعلاه إلا أن آثارها كبيرة جداً كما سنرى في الصفحات القادمة، وبناء على ما تقدم يتناول الباحث مفهوم تغيير الجنس (أولاً)، وتوضيح المعايير التي تسهم في تحديد الجنس (ثانياً)، ليتسنى معرفة مدى مشروعية اللجوء إلى هذه العمليات من عدمه.

أولاً: مفهوم تغيير الجنس:

ان تغيير الجنس موضوع الدراسة يجب أن يتم عن طريق طلب يقدمه صاحب العلاقة أو من يمثله في جميع أنواعه، وقبل التطرق لتعريف تغيير الجنس، يجب تناول أنواع طلبات تغيير الجنس، لما نجده من فروق بينها يجعل تقديم تفصيل أنواعها، أسهل على القارئ الكريم في تناول المعلومات

(٩) Thouvenin, D. «Le transsexualisme, une question d'état méconnue». Rev. Dr. san, 1979, 291-316, p. 291.

(١٠) Reese, C, Kelly. (2012), op.cit, p. 105.

(١١) منهم من يجري عمليات تغيير الجنس لمجرد أنهم أرادوا ذلك أو لوجود عجز جنسي لديهم كما حصل ذلك من قبل تاجر عراقي وآخر مصري. للمزيد ينظر: د. محمد علي البار ود. ياسر صالح جمال. الذكورة والأنوثة بين التصحيح والتغيير والاختيار، ٢٠٠٦، جدة، مركز النشر العلمي، ص ١١٤.

التي ستلحق بهذه الصفحات، وعليه يتناول الباحث أنواع طلبات تغيير الجنس (أ)، تعريف تغيير الجنس (ب).

أ - أنواع طلبات تغيير الجنس:

تنحصر طلبات تغيير الجنس بين نوعين: الأول يهدف صاحبه إلى تصويب أوضاعه الجنسية، ويكون بصورتين: أولها تصويب الأخطاء المادية، وهو طلب تصحيح الجنس في الوثائق الرسمية لورود خطأ مادي، إذ تقع أحياناً بعض الأخطاء المادية عند تحرير شهادة الميلاد أو حجة الولادة، سواء كانت هذه الأخطاء قد حصلت من قبل الموظف المختص أو من قبل مزود المعلومات، فيتم تقديم الطلب من صاحب العلاقة أو من يمثله قانوناً، لتصويب الوضع الجنسي، بتغييره من الجنس المثبت - خطأً - في الوثائق الرسمية إلى الجنس الآخر، والصورة الثانية، وهي الأكثر شيوعاً، يكون صاحب الطلب فيها يروم إظهار الجنس الحقيقي لوجود الشك لديه، وهو طلب تصويب الجنس، إذ كما سنرى لاحقاً - عند تناول معايير تحديد الجنس - أن الشخص من الممكن أن يصيبه خلل في هذه المعايير - خصوصاً المعيار الغددي والمعياري الوراثي - يؤدي الخلل إلى غموض الجنس الذي يحمله، فيقوم بتقديم طلب للكشف عن الجنس الحقيقي الذي يحمله، وبالتالي سنجد أنه سيحصل على تغيير للجنس الظاهر لديه إلى الجنس الآخر الذي يسعى إلى الكشف عنه.

أما النوع الثاني من طلبات تغيير الجنس يكون مبني على رغبة صاحب الطلب فقط بتغيير جنسه إلى الجنس الآخر لأسباب قد تكون اجتماعية أو مادية، والرغبة بتغيير الجنس تكون حاضرة في كلا النوعين، إلا أن ما يميزها هنا تكون لمفردها، إذ صاحب الطلب لا يشكو من أي ازدواج أو غموض وضع الأعضاء الظاهرية أو الداخلية، ولا يوجد أي خطأ مادي



بشأن معلوماته المدونة في الوثائق الرسمية، وسيتناولها الباحث بشكل مفصل في المطلب الثاني من هذه الدراسة، إلا أنه اقتضى تقديم الأنواع - لرفع أي التباس يمكن أن يحصل - قبل تعريف تغيير الجنس وهي موضوع فقرتنا التالية.

ب - تعريف تغيير الجنس:

التغيير في اللغة هو إنتقال الشي من حالة إلى حالة^(١٢)، وكوننا في تعريف لغوي لتغيير الجنس، لا بد من ذكر أن بعض الفقهاء القانونيين يتناولونه تحت مسمى تحويل الجنس والتحويل: حول يأتي بمعنى كل ما تحول أو تغير من الاستواء إلى العوج، وهو القدرة على التصرف^(١٣).

ويرى بعضهم أن لفظ التغيير أشمل وأدل على المعنى - من التحويل - المراد تحقيقه من عمليات تغيير الجنس^(١٤)، بينما يورد بعضهم الآخر التغيير بأنه ما يقع في الصفات لا في الذات^(١٥)، ويضمُّ الباحث رأيه إلى من سبقه في كون لفظ التغيير أنسب في هذا البحث من لفظ التحويل لغوياً، كذلك المشرع السعودي قد استعمل لفظ التغيير دون التحويل عند الحديث عن تغيير الجنس في اللائحة التنفيذية لنظام الأحوال المدنية^(١٦)، ونجد أن لفظ التغيير - أي تغيير الجنس - أنسب من لفظ تصويب الجنس أو الكشف عن الجنس الحقيقي في صلاحيته كعنوان لهذه الدراسة،

(١٢) محمد بن مكرم بن علي أبو الفضل وجمال الدين بن منظور الرويفعي (ت: ٧١١هـ)، لسان العرب/ ج ٥ (ط ٣)، ٢٠١٠، بيروت، دار صادر للنشر والتوزيع، ص ٣٩.

(١٣) محمد الفيروز آبادي. القاموس المحيط (ط ٨)، ٢٠٠٥، لبنان، مؤسسة الرسالة، ص ٩٨٩.

(١٤) أنس محمد إبراهيم بشار. مرجع سابق، ص ٦.

(١٥) محب الدين الخطيب. فتح الباري شرح صحيح البخاري، تحقيق محمد فؤاد عبد الباقي، ١٣٧٩هـ، بيروت، دار المعرفة، ٣٧٦/١١.

(١٦) ينظر المادة ٣٦ من اللائحة التنفيذية لنظام الأحوال المدنية السعودي.

ولا نختلف في أن اللفظ الثاني له دلالة حقيقية - ستتضح عند تناول مشروعية تغيير الجنس - قياساً مع اللفظ الأول، إلا أن الباحث يرى أن العنوان يعرف عن الموضوع ولا يكون قاصراً على قسم دون آخر، إذ يمثل لفظ تغيير الجنس الكشف عن الجنس الحقيقي، الذي ينتهي إلى تغيير الجنس الظاهر أو المدون، بينما نجد أن لفظ الكشف عن الجنس الحقيقي أو تصويب الجنس لا يتسع لكل الحالات التي يثيرها موضوع تغيير الجنس، كذلك نجد أن ليست كل حالات تغيير الجنس هي مشروعة وهذا ما يحاول الباحث تفصيله في هذه الدراسة.

والجنس في اللغة من جانسه: شاكله، وتجانساً: أي اتّحد في الجنس^(١٧)، ويرى بعض الباحثين أن الجنس يأتي بمعنى الأصل والنوع، والجنس يميّز بالذكورة أو الأنوثة كأحد شطري الأحياء^(١٨)، كما يختلف الفقهاء اللغويين على لفظ الجنس والنوع، إذ يوردهما البعض كمترادفين^(١٩)، والإنسان ذكراً كان أو أنثى جنس، ويرى بعضهم الآخر أن الجنس أعم من النوع وهو كل ضرب من شيء، فالإبل جنس من البهائم^(٢٠)، أما النوع فهو كل ضرب من الشيء وكل صنف من كل شيء، وهو أخص من الجنس^(٢١)، وفي هذه النقطة نجد أن المشرع الفرنسي في

(١٧) إبراهيم أنس وآخرون. المعجم الوسيط، الجزء ١، (ط ٤)، ٢٠٠٤، القاهرة، مكتبة الشروق الدولية، ص ١٤٠. كذلك الفيومي، أحمد بن محمد بن علي المقرئ. المصباح المنير في غريب الشرح الكبير للرافعي، (د.س.ن)، القاهرة، دار الفكر، ص ١١١.

(١٨) إبراهيم أنس وآخرون. مرجع سابق، ص ١٤٠.

(١٩) أبي الحسن أحمد بن فارس زكريا (١٨٦٩). معجم مقاييس اللغة، (ط ٢)، سوريا، مطبعة الحلبي وأولاده، ص ٤٨٦.

(٢٠) محمد الفيروزي. مرجع سابق، ص ٦٣٧، كذلك أحمد بن محمد بن علي الفيومي (د.ت.ن)، مرجع سابق، ص ١٢١.

(٢١) محمد الفيروزي آبادي. مرجع سابق، ص ٧٦٩.

المادة (٥٧) من القانون المدني يبين ما يدون في وثيقة الولادة «تبين وثيقة الولادة يوم ساعة ومحل الولادة وجنس المولود»^(٢٢)، وتناول المشرع الكويتي ذكر الجنس ضمن البيانات الفردية بعد الاسم مباشرة دون النوع في أماكن عديدة^(٢٣) إلا أننا نجد في المادة (٢) من قانون رقم (٣٦) لسنة ١٩٦٩ في شأن تنظيم قيد المواليد والوفيات وأثناء حصره للمعلومات الواجب التبليغ عنها عند حصول واقعة الولادة» ٢٠٠٠ - نوع الطفل ذكر أم أنثى...»، كذلك نجد المشرع السعودي قد تعامل بإزدواجية في هذه المسألة، وهذا بدا واضحاً عندما ذكر في التسلسل (٤) الجنس كأحد البيانات الرئيسية التي يتم تسجيلها في السجل المدني المركزي لكل مواطن^(٢٤)، بينما ذكر في المادة (٣٩/ب) من القانون نفسه «إثبات نوع الجنس..» عند حديثه عن تغيير الجنس، ثم عاد في المادة (٤٤) ليذكر «... جنس المولود (ذكر أو أنثى)» من بين البيانات التي يجب تسجيلها من قبل المراكز الصحية والمستشفيات عند الولادة، ويرى الباحث تصحيح المادة (٢) من القانون السالف الذكر بالنسبة للمشرع الكويتي بإبدال كلمة نوع الطفل بجنس الطفل، والمادة (٣٩/ب) برفع كلمة (نوع) لرفع الازدواج في التعامل مع مفردة الجنس بالنسبة للمشرع السعودي.

(٢٢) ينظر المادة (٥٧) من القانون المدني الفرنسي، الفصل الثاني، وثائق الأحوال المدنية المعدلة بموجب قانون رقم ٢٠٠٢، ٣٠٤ بتاريخ ٢٠٠٢/٣/٤، كما تكرر لفظ الجنس في المادة (٥٨) دون النوع.

(٢٣) ينظر: الفقرة (٦) من المادة الأولى من قانون رقم ٣٢ لسنة ١٩٨٢ في شأن نظام المعلومات المدني الكويتي، المنشور في الجريدة الرسمية - الكويت اليوم - العدد ١٤١٤ في ٢ مايو (أيار) ١٩٨٢م.

(٢٤) ينظر: الفقرة (٢٥) من نصوص اللائحة التنفيذية لنظام الأحوال المدنية (الفصل الثالث) من النظام السعودي.

ويعرف صندوق الأمم المتحدة الإنمائي (UNIFEM) النوع على أنه «الأدوار المحددة اجتماعياً لكل من الذكر والأنثى»^(٢٥)، بينما يرى بعض الفقهاء القانونيين أن مفهوم النوع هو الصورة التي ينظر لها المجتمع للذكر والأنثى والاسلوب الذي يتوقعه منهما، أما الجنس فهو يشير إلى الاختلافات البيولوجية الجنسية بين الذكر والأنثى^(٢٦)، وعليه يتناول الباحث مصطلح تغيير الجنس دون غيرها من التسميات زيادةً على ما ورد في أعلاه، وكذلك حرصاً على المسير وفق مصطلحات موحدة متفقة مع المصطلحات التي يأخذ بها المشرع السعودي والكويتي.

وفي السياق الاصطلاحي لم يعرف المشرعان السعودي والكويتي تغيير الجنس، والجدير بالذكر أن المشرع السعودي عدّ الجنس واقعة تصف حياة المواطن وألزم إدارات ومكاتب الأحوال المدنية بتسجيلها وفقاً لما جاء في المادة الثالثة من اللائحة التنفيذية لنظام الأحوال المدنية السعودي، وكذلك فعل المشرع الكويتي في الفقرتين (٥ و ٦) من المادة الأولى من قانون رقم ٣٢ لسنة ١٩٨٢ في شأن نظام المعلومات المدنية.

ويعرفه بعض علماء الطب بأنه «تغيير في خصائص الشخص الجسدية عن طريق الجراحة أو العلاج الهرموني»^(٢٧)، ويعبر عنه الدكتور «Caudwell» بقوله:

(٢٥) مسرد مفاهيم ومصطلحات النوع الاجتماعي، صندوق الأمم المتحدة الإنمائي للمرأة، المكتب الإقليمي للدول العربية، ط ٤، ٢٠٠١، ص ٤، نقلاً عن طه جابر العلواني، قراءة في جدلية المصطلحات والمفاهيم الوافدة «قضايا المرأة أنموذجاً، مجلة أصول الدين، ٢٠١٦، ع (١)، (٢٦٧ - ٢٩٢)، ص ٢٧٧.

(٢٦) بدر البدر. نظرية الجندر والهوية الجندرية، ٢٠١٦، مقال منشور عبر شبكة الإنترنت على الموقع الإلكتروني www.araposts.com تاريخ الزيارة ٢٠١٧/٤/٧، الساعة ٤ عصرًا.

(٢٧) القانون الطبي. مقال مصطلحات طبية متاح على الموقع الإلكتروني www.attibbi.com، تاريخ الزيارة ٢٠١٧/٤/١٤، الساعة الرابعة عصرًا.

«يقصد بتغيير الجنس الحالة التي يوجد فيها شخص من جنس محدد مقتنعاً اقتناعاً مطلقاً بإنتمائه إلى الجنس الآخر مما يثير بداخله تناقضاً كبيراً، إذ يشعر أنه أنثى في رجل أو العكس وهو ما يعرف «Transsexualisme»^(٢٨)، ويلاحظ على التعريف أنه تركّز على العنصر النفسي دون العناصر الأخرى، التي كما سنرى لها تأثيراً كبيراً في تغيير الجنس.

كما يُعرف بأنه «حالة الشخص الذي يرغب في أن يعيش ويقبل في المجتمع بجنس مغاير للجنس الذي خُلِقَ عليه»^(٢٩)، ويرى الباحث أن التعريف فيه تركيز على الرغبة دون غيرها، وأنه تعامل على أن التغيير هو نقل من جنس إلى جنس آخر بكافة العناصر، وما تجدر إليه الإشارة - كما سيذكر لاحقاً - أن غالبية من يعانون من ازدواج جنسي يتم تغيير الجنس الذي يكون حاملاً لعنصر أو عنصرين - من عناصر الهوية الجنسية - قبل عملية التغيير، كذلك نجد في أغلب الأحيان أن طلب تغيير الجنس يقوم على الكشف عن الجنس الحقيقي.

ويُعرف لدى أغلب الفقهاء المسلمين بالخُنْثي^(٣٠)، الذي يعرف بأنه «من له آلة الرجال والنساء.. والشخص الواحد لا يكون ذكراً وأنثى حقيقة، إما أن

(٢٨) وهذا الاصطلاح ظهر أول مرة عام ١٩٤٩ على يد الكنور CAUDWELL في مقاله بعنوان: "Psychopathia transsexualis" sexology, 16, 1949-274.

مشار إليه لدى: د. علي حسن نجيدة. بعض صور التقدم الطبي وانعكاساتها القانونية في مجال القانون المدني/التقليح الصناعي وتغيير الجنس، ١٩٩٠، القاهرة، بدون دار نشر، ص ٥١.

(٢٩) د. محمد علي البار ود. ياسر صالح جمال، مرجع سابق، ص ٨٦.

(٣٠) علاء الدين أبو بكر بن مسعود بن أحمد الكاساني (ت: ٥٨٧هـ). بدائع الصنائع في ترتيب الشرائع، بيروت، دار الكتب العلمية، ٣٢٧/١٩٨٦، كما يعرفه البعض على أنه «من له جنسان ظاهرياً، وفي حقيقته يمثل أحد الجنسين». للمزيد انظر: أنس إبراهيم وآخرون (١٩٨٩). مرجع سابق، ص ٢٥٨.

يكون ذكراً وإما أن يكون أنثى»^(٣١)، ولا يتطابق في معناه الخُنْثي وطالب تغيير الجنس، إذ غالباً ما يكون مصطلح طالب تغيير الجنس أوسع من المعنى الذي يشير إليه الخُنْثي، إذ الأخير يستوجب وجود مشاكل تناسلية في الأعضاء الظاهرة، بينما نجد أن طالب تغيير الجنس، ممكن أن يكون لديه مجرد ميل وشعور نفسي إلى الجنس الآخر.

ولا يختلف بعض الفقهاء القانونيين في تناولهم تعريف حالة تغيير الجنس، إذ تعرف بأنها «الاحساس الراسخ بالانتماء إلى الجنس المقابل للجنس الوراثي والتشريحي والقانوني الذي ينتمي إليه، مصحوباً برغبة ملحة في تغيير الجنس والحالة المدنية»^(٣٢)، وكما سبق ذكره لا يكون دائماً تغيير الجنس مصحوباً برغبة فقط للإنتقال إلى الجنس الآخر، إذ يوجد علاوة على الرغبة والعنصر النفسي عناصر شكلية ووراثية وتشريحية أحياناً تكون مصاحبة للرغبة.

وتعرف كذلك هذه الحالة بأنها «حالة مرضية تعكس عدم التوافق بين العوامل البيولوجية للأعضاء التناسلية للشخص والعوامل النفسية»^(٣٣) كما

(٣١) ويقسم الخُنْثي إلى قسمين: ١. الخُنْثي غير المشكل: من يتبين فيه علامات الذكورة أو الأنوثة، فيعلم أنه رجل، أو امرأة، فهذا ليس بمشكل، وإنما هو رجل فيه خلقة زائدة، أو امرأة فيها خلقة زائدة، وحكمه في إرثه وسائر أحكامه حكم ما ظهرت علاماته فيه. ب. الخُنْثي المشكل: هو من لا يتبين فيه علامات الذكورة أو الأنوثة، ولا يعلم أنه رجل أو امرأة، أو تعارضت فيه العلامات فتحصل من هذا أن المشكل نوعان: نوع له ألتان، واستوت فيه العلامات. للمزيد ينظر: د. منصور عبد السلام الصرايرة، جراحة الخنوثة وتغيير الجنس: دراسة في ضوء الشرائع السماوية والتشريع الأردني، مجلة الحقوق، الكويت، ٢٠١١، مع ٣٥ (٤٤)، (٢٨٥ - ٣٧٠)، ص ٣٠٤.

(٣٢) RTD Civ. (1989), p. 27 obs J. Rubellin-Devichi; JCP 1990-11-21588, Mme.F.Flipo; Gaz.Pal. 1991-j-p35.

(٣٣) د. أحمد محمود سعد، مرجع سابق، ص ١٣٨.

تعرف بأنها «مصطلح شامل للأشخاص الذين تختلف هويتهم الجنسية و/أو نوع جنسهم عن جنسهم المحدد عند الولادة (أي الجنس المدرج في شهادات ميلادهم)»^(٣٤).

وجاء تعريف الخُثي في الأحكام القضائية إذ كان من ضمن المبادئ التي أشار إليها حكم محكمة الاستئناف بتطوان «- الخُثي المشكل هو الذي لا تعرف ذكوريته من أنوثته..»^(٣٥).

وإذا عرفنا أن الجنس يتكون من عناصر عديدة تتكامل فيما بينها لتشكل الهوية الجنسية للإنسان، فإنه من الممكن تعريف حالة تغيير الجنس بأنها «اضطراب يصيب العناصر المكونة للهوية الجنسية، بعدم إكمالها أو تناغمها رغم صاحبها اللجوء إلى تصويب ذلك عن طريق العلاج الطبي».

ثانياً: معايير تحديد الجنس:

يرى بعض الأطباء أن الهوية الجنسية تتحدد بموجب عناصر يجب توفرها لتمثل الانتماء المستقل إلى جنس معين دون الآخر، وتختلف هذه العناصر في تشكلها فمنها ما يبدأ قبل الولادة، إذ تبدأ من لحظة تلقيح الحيوان المنوي للبويضة^(٣٦)، ومنها ما يتطور بتطور مراحل الجنين كالأعضاء التناسلية، ومنها ما يكون تكوينه مرهوناً بالعوامل النفسية، وجميع هذه العناصر مكونة للهوية الجنسية، وتأخر أيٍّ منها يؤدي إلى اضطراب الهوية الجنسية للشخص، التي

(٣٤) Fenway Health Organization in, Transgender, 2010 Article Online at:

<http://www.piedmonthealth.com/transgender.html>, Entry of time 71412017 at 8:30.

(٣٥) قرار رقم (٣٠٦ - ٩١) صادر بتاريخ ٨ مارس ١٩٩١، نقلاً عن محمد الكشور، تغيير الاسم الشخصي المصاحب لتغيير الجنس، المناهج القانونية، المغرب، ٢٠١١، ع (١٥، ١٦)، (٣١ - ٤٤)، ص ٣٩.

(٣٦) د. محمد علي البار ود. ياسر صالح جمال. مرجع سابق، ص ٩.

تشكل دوافع التغيير الجنسي^(٣٧)، والأعضاء التناسلية الظاهرية والداخلية تمثل المعيار الغددي (أ)، التي يجب أن تعبر بكل وضوح عما يحمله الشخص كترجمة للخلايا الجنسية الوراثية التي تشكل المعيار الوراثي (ب)، وهذان يضيفان استقراراً أكثر على الميل النفسي - الرغبة - التي تمثل المعيار النفسي (ج)^(٣٨).

أ - المعيار الغددي:

يمتلك الإنسان أعضاء تناسلية خارجية تختلف اختلافاً واضحاً بين الذكر والأنثى، وتوجد كذلك أعضاء وغدد تناسلية داخلية تختلف من الذكر إلى الأنثى، كالرحم والمبيضين وقناة فالوب والمهبل والفرج لدى الأنثى والخصيتان، والإحليل لدى الذكر^(٣٩).

يعتمدُ المشرع السعودي والكويتي على المظهر الخارجي للأعضاء التناسلية لتحديد جنس الطفل عند الولادة^(٤٠)، وهذا يُمكن عدّه القاعدة العامة

(٣٧) Trib. Corr. Bruxelles (1969), 27 Septembre 1969 pas, 1969-111-115 cite par Groffier, p. 206.

مشار إليه لدى: د. علي حسن نجيدة، مرجع سابق، ص ٧٥.

(٣٨) أضاف البعض من الأطباء معايير أخرى إرتأى الباحث عرض ما تم أعلاه فقط للحيلولة دون الخروج عن موضوع البحث إلى ناحية طبية بحتة.

كما يقصر البعض الآخر من الفقهاء أن معايير تغيير الجنس تتمثل بصراع بين الروح والجسد، وهذا يدل على استيعاب معيارين فقط يتمثل بالحالة النفسية والمعيار الغددي، للمزيد ينظر:

Saeidzadeh, Zara. "Transsexuality in contemporary Iran: Legal and social misrecognition". Feminist Legal Studies 24.3 (2016): 249-272, p. 262.

(٣٩) د. غالب ياسين. علم التشريح، (ط ١)، ١٩٨٦، بغداد، دار الحرية للطباعة، ١٩٨٦، ص ٥٩.

كذلك د. محمد علي البار. مرجع سابق، ص ٢٨ وما بعدها.

(٤٠) «على مدراء المستشفيات والمستوصفات والمحاجر الصحية... مسك دفاتر منتظمة لتسجيل حالات الولادة التي تحدث لديهم أو تحت إشرافهم الولادة تسجيل البيانات التالية... =



عند ولادة طفل بدون مشاكل في المظهر الخارجي لإعضائه التناسلية، ولم يحدد المشرع الكويتي متطلبات تغيير الجنس، أو شروطاً لذلك، أما المشرع السعودي فقد أوجب بموجب اللائحة التنفيذية لنظام الأحوال المدنية في المادة (٣٩) منه متطلبات تغيير الجنس «عند تغيير الجنس من ذكر إلى أنثى أو العكس بعد تسجيله لأسباب طبية فيجب اتخاذ الآتي:

أ - التقدم بطلب تغيير الاسم والجنس من المعني أو وكيله.

ب - إثبات نوع الجنس بموجب تقرير طبي من لجنة طبية معتمدة من وزارة الصحة.....»، ويستنتج مما ورد في أعلاه أن المشرع السعودي يعتمد على الخبرة الفنية الطبية لتقرير ذلك ابتداءً.

وياخذُ بعض رجال الديانة اليهودية بهذا المعيار لتحديد الذكر من الأنثى، معتمدين على ظاهر الأعضاء دون الأخذ بالمعيار النفسي أو الغدد الداخلية^(٤١)، بينما يعتمد الفقهاء المسلمون على المعيار الوظيفي للأعضاء التناسلية، فنجد لدى الإمام أبي حنيفة رَحِمَهُ اللهُ أَنَّهُ يكون تعيين الجنس بالنسبة للخنثي سبق البول، فإن سبق بوله من الذكر بوله من الفرج فهو ذكر، والعكس يكون أنثى^(٤٢)، وكذلك الإمام مالك رَحِمَهُ اللهُ يرى وجوب النظر إلى مباله معللاً ذلك بكون موضع المبال فيه يكون الوطأ^(٤٣).

= ب/ جنس الولادة (ذكر أو أنثى)، المادة ٤٤ من اللائحة التنفيذية لنظام الأحوال المدنية السعودي، كذلك تلتزم مكاتب الصحة بإخطار الهيئة العامة للمعلومات المدنية بالمواليد - الجدد - خلال عشرين يوماً، وفي النماذج المعتمدة التي يكون من ضمن المعلومات المقيدة جنس المولود. انظر: المادة (٨) من قانون رقم ٣٢ لسنة ١٩٨٢ الكويتي.

(٤١) L. E. Pettiti. (1992). Les Transsexulas, Que Sais-je, P.V.F. No2677, Ler edition, p. 112.

(٤٢) مشار إليه لدى: محمد أبو زهرة. مرجع سابق، ص ٢٢٥.

(٤٣) سحنون بن سعيد التنوخي، المدونة الكبرى لإمام دار الهجرة مالك بن أنس الأصبحي/ج ٣، مصر، مطبعة السعادة، مصر، ١٣٢٤هـ، ص ٢٤٩، نسخة إلكترونية متاحة على =

وقد أثّرت كثير من المطالبات في أوائل القرن التاسع عشر التي تودّ إفساح المجال للحديث عن جنس ثالث غير الذكر أو الأنثى لأولئك الذين لديهم اضطراب في الهوية الجنسية خصوصاً الذين يحملون أعضاء تناسلية خارجية مزدوجة - بغض النظر عن فاعليتها - لكن ما توصلت إليه الدراسات من خلال وضعها بعض المبادئ خيب أمل المطالبين بذلك، إذ عدّ من المبادئ الثابتة امتلاك القضيب كإشارة للذكورة، وامتلاك المهبل كإشارة للأنوثة^(٤٤).

يعدّ المعيار الغددي الذي يعتمد على الأعضاء التناسلية الخارجية من أسهل المعايير في تحديد الهوية الجنسية^(٤٥)، إلا أن بعض الفقهاء القانونيين يرى أن فكرة تحديد الجنس عند الولادة بـ (ذكر أو أنثى) بالإعتماد على الظاهر من الأعضاء التناسلية، وسيلة ليست فعالة دائماً، إذ تمثل ظلماً للذين يملكون أعضاء ثنائية الجنس أو أعضاء جنسية خاملة وغير ظاهرة^(٤٦)، وفي الحقيقة أن سهولة تحديد المعيار الغددي - الشكلي - تتناسب مع ما موجود من حالة العموم التي أشرنا إليها سلفاً من الأشخاص الذين لا يعانون من

= الرابط مشار إليه لدى: محمد أبو زهرة. مرجع سابق، ص ٢٢٥.

سحنون بن سعيد التنوخي، المدونة الكبرى لإمام دار الهجرة مالك بن أنس الأصبحي/ج ٣، مصر، مطبعة السعادة، مصر، ١٣٢٤هـ، ص ٢٤٩، نسخة إلكترونية متاحة على الرابط: <http://waqfeya.com/book.php?bid=9216>.

(٤٤) Fox, Melodie J. Gender as an "interplay of rules": Detecting epistemic interplay of medical and legal discourse with sex and gender classification in for editions of the Dewey decimal classification. Diss. The University of Wisconsin-Milwaukee, 2015, p. 42.

(٤٥) كذلك يعول المشرع الفرنسي على معيار الجنس الشكلي إذ يتخذ في حالات الحجز الجنسي كسبب لبطلان الزواج فيكون مقدور المدعي إثبات عدم وجود العضو التناسلي، للمزيد انظر:

R. Nersoni, l'influence de la biologie de la medicine modernes sur le droit civil, in étude de droit contemporain, Paris Ed, de l'cpagn, 1970, p. 67.

Kelly, Reese C, op.cit, p. 13.

(٤٦)



مشاكل في الهوية الجنسية، إلا أنه يجب التنويه إلى التأكيد على من يحضر الولادة من الكادر الطبي بأن يسجل أي ملاحظات قد تبدو غريبة على ظاهر الأعضاء التناسلية الخارجية السوية، ليعرض المولود على لجنة طبية قبل إصدار شهادة الميلاد له.

ونرى ضعف المعيار الغددي - الشكلي - عند وجود أعضاء تناسلية مزدوجة، أو خاملة فلن يشكل القرار المتخذ في حينها - تحديد الجنس - بالقرار الصائب، لذا نرى أن بعض الفقهاء القانونيين ينتقدون المعيار الشكلي بوصفه معيار غير حقيقي عند وجود المشكلة إذ يصفوه بالزائف، ولا يمكن التعويل عليه، إذ إن الأوصاف الخارجية لا تدل دائماً على الهوية الجنسية للفرد^(٤٧)، ويرى بعضٌ منهم في حال وجود تعارض بين الأعضاء الداخلية والأعضاء الخارجية من حيث إنتماء الأول مثلاً إلى جنس مغاير لإنتماء الثاني أو العكس، فإن الأساس هو الجهاز التناسلي الداخلي في تكوين الإنسان، ولا يعول على الأجهزة الخارجية^(٤٨).

وقد تختلف الأعضاء التناسلية الخارجية - الشكلية - عن الغدد الداخلية، فيكون كل واحد منها يمثل جنساً معيناً، ومن الممكن أن تكون غير فعالة في طرفيها، ويمكن أن يكون أحدهما فعالاً والآخر غير فعال، ويخبرنا الواقع الطبي بوجود أشخاص يحملون أعضاء تناسلية مزدوجة منها ما يكون خاملاً ومنها ما يكون فعالاً، ويقرر المشرع الفرنسي تدوين أحد الجنسين في شهادة الميلاد حتى بوجود تشوهات في الأعضاء التناسلية عند الولادة، وهذا ما أكدته

(٤٧) د. أحمد محمود سعد. مرجع سابق، ص ٦٦٣.

(٤٨) د. وهبة الزحيلي. جراحة الخنثة وتقييمها من الناحية الشرعية، ورقة مقدمة إلى الندوة المنظمة في دمشق/ نقابة الأطباء في ٢٠٠٢، نقلاً عن د. فواز صالح، جراحة الخنثة وتغيير الجنس في القانون السوري، مجلة جامعة دمشق، ٢٠٠٣، مجلد ١٩، ع (٢)، (٤٩ - ٧٧)، ص ٥٨.

محكمة الاستئناف في باريس في أحد أحكامها «كل مولود يعاني شذوذاً، حتى لو كان هذا الشذوذ عضوياً، يجب بالضرورة أن تكون مرتبطة بجنس من كلا الجنسين، ذكراً أو أنثى، والتي ينبغي أن يذكر في شهادة الميلاد»^(٤٩).

ويرى الباحث أنه لا داعي للتسرع في تقييد المولود لحساب أحد الجنسين إذا شاب غموض في الأعضاء التناسلية حتى يعرض على لجنة طبية مختصة تحسم أمره، ويجب التنويه إلى أن هناك نوعين من الإزدواج في الأعضاء التناسلية الخارجية، تلك التي تؤدي وظيفتها بصورة جيدة من تلك التي لا تؤدي وظيفتها، إذ توجد مشكلة في الحالة الثانية دون الأولى، والطلب الذي يقدم لتغيير الجنس في هذا المعيار يعدّ كشفاً عن الجنس الحقيقي الذي يحمله الشخص، والتغيير الذي يسعى إليه صاحبه هو كتصويب لأوضاعه الجنسية، ويمكن البحث عن معايير أخرى لتحديد الهوية الجنسية، لذا يرى الباحث أن المعيار الشكلي برغم بساطته وفاعليته، يستفاد منه ليكون الباب الذي يجب المرور من خلاله إلى تحديد الهوية الجنسية، وهذا ما يدعونا إلى مناقشة المعيار الوراثي وهو موضوع الفقرة التالية.

ب - المعيار الوراثي (الكروموسومي):

يقصد به الجين الوراثي الذي يحمله الإنسان، وهو ما يعرف بالجينوم البشري (Human Genome)^(٥٠) وهو «المجموعة الكاملة من المعلومات الوراثية، إذ توجد هذه المعلومات في متواليات الحمض الريبي النووي ضمن

Cour d'appel de Paris, 18 janvier 1974: D. 1974, p. 196, conclusion Granjon, citant: Par (٤٩) Daniel Borrillo, Juriste, 2015, Mettons fin à la catégorie sex, online: http://www.liberation.fr/debats/2015/10/21/mettons-fin-a-la-categorie-sexe_1407885, Heure d'entrée 2/5/2017 at 12:30

(٥٠) جين ما ينشأين. لمن الرأي في الحياة، (ط ١)، ترجمة عمر سعيد الأيوبي، ٢٠١٣، بيروت، المنظمة العربية للترجمة، ص ٢٩٠.



أزواج الكروموسومات»^(٥١)، ويُعدُّ المعيار الأكثر انضباطاً والقول الفصل فيما إذا كان تحول الجنس قد حدث أم لا^(٥٢) وبعبارة أخرى هل يعاني صاحبه من اضطراب في الهوية الجنسية من عدمه، ويرى بعض الفقهاء القانونيين أن العنصر الوراثي - الكروموسومي - هو المرأة الحقيقية التي تمنح الفرد وتعكس الطبيعة البيولوجية منذ التخليق الجيني وحتى الوفاة وهو ثابت لا يمكن تغييره أو العبث به^(٥٣)، فلن تؤثر عمليات استئصال وزرع الأعضاء التناسلية الخارجية على دقة هذا المعيار، وهذا ما اعتمدته محكمة النقض الفرنسية عندما رفضت تغيير الحالة المدنية - الجنس - لصاحب الشأن، إذ لم تعتمد على التغيرات الشكلية التي حصلت بفعل عملية التغيير الجراحية، وجاء حكمها مؤسس على تقرير الخبرة الفنية الذي أثبت أن الجنس الوراثي للفرد لا يمكن تغييره^(٥٤)، كذلك قضت محكمة باريس بأن عملية التغيير لا يترتب عليها تغيير حقيقي في الجنس الكروموسومي تبعاً لتغيير صوري موصوف بتغيير شكل الأعضاء التناسلية الخارجية^(٥٥)، وهذا الرأي والاتجاه قد يكون صحيحاً إلى وقتنا هذا، لكن مستقبلاً وبعد أن يتم التوصل إلى

(٥١) تحتوي الخلية الجسمية في الإنسان على ٢٣ زوجاً من الكروموسومات (العدد الثنائي) ومنها ٢٢ زوج خلالي جسمية والزوج الأخير هي خلية جنسية sex chromosomes. للمزيد ينظر: محمد حسين الحمود ووليد حمد يوسف (٢٠٠٥). العلوم البيولوجية/علم الأجنة الطبي، (ط ١) ن الأهلية للنشر والتوزيع، لبنان، ٢٠٠٥، ص ٩٠.

(٥٢) د. علي حسن نجيدة. بعض صور التقدم... مرجع سابق، ص ٧٢.

(٥٣) د. زهير أحمد السباعي ود. محمد علي البار. الطبيب أدبه وفقهه، ١٩٩٣، دمشق، دار القلم، بيروت، الدار الشامية، بيروت، ص ٣١٧.

(٥٤) RTD. Civ. 1974, p. 802, R, NERSON; Dalloz. 1974-j-196; J.C.P. 1993-11-21991.

مشار إليه لدى حبيبة سيف سالم راشد الشامسي، مرجع سابق، ص ٢٠٤.

(٥٥) Paris 18 janvier 1974, D 1974, p. 196, conclusion Granjon.

مشار إليه لدى د. علي حسن نجيدة. مرجع سابق، ص ١٠١.

معالجة وتصحيح وتغيير العنصر الكروموسومي طبياً، سيكون هذا الرأي غير دقيق ولا يصلح معياراً لتحديد جنس الإنسان.

إن الهوية الجنسية في معيارها الوراثي الذي يتطابق مع المعيار الشكلي للإعضاء التناسلية لن يحتاج صاحبها إلى تغيير جنسه، لكن المشكلة تثور حال إختلاف الأول عن المظهر الخارجي للثاني الذي بموجبه تم تسجيل جنسه في شهادة ميلاده، كذلك تثور المشكلة في بعض حالات اضطراب تصيب الصبغات الكروموسومية، كحالات (turner's syndrome) إذ تمثل نقص في كروموسوم الجنس - واحد بدل من اثنين -، وحالات (kleinfeltre syndrome) التي تمثل زيادة في كروموسوم الجنس فتكون ثلاثة بدلاً من اثنين^(٥٦)، وهذا يتحدد بموجب الخبرة الطبية، ولم يعتمد المشرعان السعودي والكويتي بشكل واضح وصريح على المعيار الوراثي، إذ يرى الباحث ضرورة إلزام اللجان الطبية المرشحة لتقديم تقريرها بخصوص طلبات تغيير الجنس بأن يتضمن تقريرها الموقف بوضوح بالنسبة للمعيار الوراثي، ومن لديه مشاكل في المعيارين المتقدمين سيكون لديه ميل جنسي وشعور بالوقوف والتفكير في جانب جنس ضد الآخر، وهذا ما سيجعله يفكر بطلب التغيير إلى الجنس الآخر، وهو المعيار النفسي موضوع الفقرة القادمة.

(٥٦) أو ما يعرف بمتعدد الصبغات إذ يملك الفرد صبغات ذكرية وأنثوية سوية، للمزيد ينظر: عاصم عصام محمود، تغيير جنس الإنسان دراسة في القانون الجنائي والشريعة الإسلامية، رسالة ماجستير مقدمة إلى جامعة بغداد، كلية القانون، ٢٠٠٤، ص ١٢. كذلك د. زهير أحمد السباعي، د. محمد علي البار. مرجع سابق، ص ٣٢٢، كذلك نجيم عامر، تغيير الجنس بين المنع والإباحة «دراسة مقارنة»، مجلة الفقه والقانون، المغرب، ٢٠١٥، ع (٣٣)، (٧٣ - ٨٢)، ص ٧٥.

ج - المعيار النفسي:

يتطلب المشرع السعودي^(٥٧) وجود الرغبة أو الدافع النفسي المتمثلة من اشتراط تقديم الطلب من قبل صاحب العلاقة أو وليه، ويطلق عليه بعض الفقهاء القانونيين معيار الجنس المحسوس، إذ يصفونه بذلك الإحساس الراسخ بالانتماء إلى جنس محدّد^(٥٨)، إلا أن المعيار النفسي لدى المشرع السعودي غير كافٍ بمفرده لتغيير الجنس وهو ما يستنتج من إحالة الموضوع إلى لجنة طبية.

ويأخذ جانب قليل من الفقهاء المسلمين بالمعيار النفسي، إذ يقول أبو القاسم الخرقى (رحمّه الله): «يرجع إلى الخُثي في ذلك ولو قال طبيعتي تميل إلى النساء، وأشتهى الجماع حكم بأنه رجل، والعكس صحيح» كما يفرق بين الشهوة وميل طبيعته، إذ يُعَدّ الشهوة بمفردها لا معول عليها، إذ من الممكن أن يشتهي الرجل الرجل، بعكس ميل طبيعته التي تغلب الشهوة^(٥٩) بينما نجد كثيراً من يعارض هذا الرأي من الفقهاء المسلمين، فيقول أبو بكر^(٦٠) في المقنع: لا معنى لرده إلى علم نفسه - يقصد الخُثي -^(٦١).

ويرى بعض الفقهاء القانونيين أن تغيير الجنس يتم علاجه بواسطة عمليات جراحية أو علاج هرموني يلجأ إليه الشخص بإعتباره يعاني مرضاً

(٥٧) ينظر الماد (٣٩) من اللائحة التنفيذية لنظام الأحوال المدنية السعودي.

(٥٨) أنس محمد إبراهيم بشار. مرجع سابق، ص ٢٠.

(٥٩) القاضي أبي يعلى. المسائل الفقهية من كتاب الروايتين والوجهين مج ٢، تحقيق الدكتور

عبد الكريم محمد الاحم، الرياض، مكتبة المعارف، ١٩٨٥، ص ١١٢، ١١٣.

(٦٠) هو أبو بكر عبد العزيز بن جعفر بن أحمد بن يزداد بن معروف البغدادي، المشهور بغلام

الخلال، لتتلمذه عليه، ولد سنة ٢٨٥هـ، وتوفي سنة ٣٦٣هـ، ومؤلفاته المقنع وزاد المسافر

ومختصر السنة وغيرها.

(٦١) القاضي أبي يعلى. مرجع سابق، ص ١١٣.

نفسياً^(٦٢) تدفعه للتغير على عكس مظهره الخارجي^(٦٣)، كما يزيد بعض علماء النفس: أن الحقيقة البيولوجية تتضمن عناصر نفسية وفسولوجية لا يمكن تجاهلها في تحديد الهوية الجنسية للفرد^(٦٤)، كذلك يضيف بعضهم - ويؤيد الباحث هذا الرأي - بأن الاختلاف في الجنس بمعناه البسيكولوجي حالة مرضية نفسية معقدة تؤدي إلى اضطراب في الشخصية^(٦٥).

وهذا المعيار بعكس المعايير السالفة الذكر تتحكم به وتبلوره الظروف الاجتماعية المحيطة بالفرد، ويقول العالم (Harold Garfinkek) إن المواقف اليومية الاجتماعية والتفاعل المستمر بين أعضاء المجتمع لها تأثير كبير على الميل النفسي إلى نوع الجنس الذي يمثل إنجاز مستمر لا يتجزأ من التفاعلات اليومية^(٦٦)، وهذا ما تثبتته بعض الدراسات الأمريكية إذ تحدد بعض الأسباب التي تقف وراء اضطراب الهوية الجنسية، كالحرمان العاطفي وسوء معاملة الأطفال^(٦٧)، لذا يرى الباحث أن مجرد وجود اضطراب في الهوية الجنسية دون مرافقة أي معايير أخرى

(٦٢) سابقاً كان يعامل هذا الإحساس باعتباره مرض عقلي إلا أن هذا قد ألغي، وتعدّ فرنسا أول دولة أسقطت وصف المرض العقلي عن طالب التغير الجنسي، للمزيد ينظر:

Roman, D., op.cit, pl.

(٦٣) طارق حسن كسار، مشروعية التحوّل الجنسي في الفقه الإسلامي، مجلة كلية التربية للعلوم الإنسانية، العراق، ذي قار، ٢٠١٥، مجلد (٥)، ع (١)، (٢١٠ - ٢٣٦)، ص ٢١٥.

(٦٤) J.C.P. 1990-4-21588; Gaz.Pal. 1991-11-21991; Branlard; p. 463.

مشار إليه لدى د. أحمد محمود سعد. مرجع سابق، ص ٢٤٩.

(٦٥) د. أسامة رمضان الغمري، الجرائم الجنسية من الواجهة الشرعية والطبية، دار الكتب القانونية، القاهرة، ٢٠٠٥، ص ٥٧.

(٦٦) Kellyreese c. Op.cit, p. 24.

Zhikhareva, Natalia P. Interpretative phenomenological analysis of projective drawings of (٦٧) preoperative male-to-female transgender individual's perception of their genitalia. Pacifica Graduate Institute, 2014, p. 12



ليس بالمبرر الكافي ولا الدقيق ليكون سبباً في تغيير الجنس، إذ يمكن إيجاد علاج لهذا المرض بجلسات نفسية، وفشل ذلك لا ينقلنا بأي حال من الأحوال إلى خيار تغيير الجنس.

وفي قضية المدعي (P....CH...) المنظورة أمام القضاء الفرنسي، فقد حكمت محكمة استئناف باريس برفض تغيير الجنس للمدعي الذي أجرى عملية تغيير جنس مسببة قرارها بأن الخُنْثَة النفسية غير كافية لتغيير الجنس^(٦٨)، وإن كان المعيار النفسي بمفرده غير كافٍ لتغيير الجنس، إلا أن وجوده ضروري لتغيير الجنس.

نظرة تحقيقية:

يرى بعض الفقهاء القانونيين أن الاعتماد يكون على المعيار الوراثي لأنضباطه^(٦٩)، بينما يرى بعضهم الآخر أنه يجب إعطاء الاهتمام للمعيار النفسي، ويرى قسم آخر أنه يجب اجتماع المعايير مع بعضها^(٧٠)، ويرى الباحث أن الكلام عن اجتماع المعايير امرٌ فيه نظر، لأنه متى ما تم للفرد معيار غددى - شكلي - وآخر وراثي ونفسي في نفس الجنس فلا مشكلة في ذلك، وهذا واقع الأفراد الأسوياء، هذا إذا كان المقصود بالاجتماع اتفاقها، إما إذا كان المقصود تعارضها فكان يجب توضيح أوجه هذا التعارض.

وعلى أرض الواقع خصوصاً في المملكة العربية السعودية ودولة الكويت يتم الإعتماد على المعيار الشكلي عند تسجيل الولادات والتثبت من الجنس

(٦٨) Cass. Civ., 3 ET 31 Mars 1987, Dalloz. 1987-J-445 à 448, note Jourdain (p); Gaz.pal 1987-J- 577 à 580, note. E.S. de la Marnierre; Cass. 11 dec. 1992.

(٦٩) أنس محمد إبراهيم بشار. مرجع سابق، ص ١٩.

(٧٠) حبيبة يوسف الشامسي. مرجع سابق، ص ١٨٤.

وتعد حجة في مواجهة الغير^(٧١)، الذي ينجح مع عموم الحالات التي لا تعاني من أي اضطراب في الهوية الجنسية، ونجد أن المعيار الشكلي يفشل عند وجود اضطراب في الهوية الجنسية، كأن يكون للشخص ازدواج في الأعضاء التناسلية التي غالباً ما تتطور في نموها بعد الولادة بتقدم العمر، أو أن يكون حاملاً لـ جين وراثي يغيّر ما تفصح عنه أعضاؤه الخارجية، أو أن تكون الصبغات الكروموسومية مضطربة فيها زيادة أو نقص في الخلية الجنسية، وللفضل بين من يدعي لمجرد الرغبة في التغيير إلى الجنس الآخر وبين من يعاني من اضطراب في الهوية الجنسية، يرى الباحث بلزوم توافر تعارض بين المعايير أعلاه فيما بينها، توضحه اللجنة الطبية عند كتابة تقريرها، على أن لا ينفرد المعيار النفسي في التعارض أعلاه، وبصيغة أخرى يجب أن يقف معيار ثانٍ إلى جانب المعيار النفسي في معارضة المعيار الآخر.

٢- مشروعية تغيير الجنس

بعد أن تناولنا المعايير المحددة للهوية الجنسية للفرد، يجب أن نفرق بين ما هو ملح لتغيير الجنس وضروري إن صح التعبير لتستوي بعدها حياة الفرد وبين ما هو مجرد رغبة بالذهاب إلى الجنس الآخر أيًا كانت الأسباب، ولحدثة الموضوع لم نجد أي تنظيم قانوني في دولة الكويت يحدد مدى مشروعية تغيير الجنس وآثاره، وبالرجوع إلى نص الفقرة الثانية من المادة

(٧١) تعتبر السجلات المدنية بما تحتوي من بيانات والصور المستخرجة منها والوثائق الرسمية المستندة عليها حجة في إثبات المعلومات المدونة بها، ما لم يثبت عكسها أو بطلانها بحكم قضائياً وبقرار رسمي يصدر بهذا الشأن من جهة مختصة وفقاً لما تحدده اللائحة التنفيذية المادة العاشرة من اللائحة التنفيذية السعودي، وتنص المادة (٨) من قانون رقم (٣٢) نظام المعلومات الكويتي «على مكاتب الصحة إخطار الهيئة على النموذج الذي يُعدّ لهذا الغرض بما يرد إليها من تبليغات المواليد خلال عشرين يوماً من تاريخ ورودها إليها...».

الأولى من القانون المدني الكويتي^(٧٢) التي تشير بصراحة إلى أن أحكام الفقه الإسلامي الأكثر اتفاقاً مع واقع البلاد ومصالحها هي السارية في حال عدم وجود نص تشريعي، كذلك نجد في المادة الأولى من نظام المرافعات الشرعية السعودي «تطبق المحاكم على القضايا المعروضة أمامها أحكام الشريعة الإسلامية، وفقاً لما دل عليه الكتاب والسنة، وما يصدره ولي الأمر من أنظمة لا تتعارض مع الكتاب والسنة، وتتقيد في إجراءات نظرها، بما ورد في النظام»^(٧٣)، لذا يتناول الباحث في هذا المطلب موقف الفقه الإسلامي (أولاً)، والتنظيم القانوني (ثانياً)، من مدى مشروعية تغيير الجنس من عدمها.

أولاً: موقف الفقه الإسلامي من مدى مشروعية تغيير الجنس:

تنظم الشرائع حياة الأفراد في علاقاتهم مع الخالق وعلاقاتهم فيما بينهم، ولعل تغيير حال الفرد من جنس لآخر من المواضيع المهمة التي يجب اتخاذ موقف حيالها^(٧٤)، ومن خلال ما تم عرضه في معايير تحديد الجنس، كنا قد توصلنا إلى أن هناك معايير - المعيار الغددي والمعياري

(٧٢) «٢ - فإن لم يوجد نص شرعي حكم القاضي وفقاً لأحكام الفقه الإسلامي الأكثر اتفاقاً مع واقع البلاد ومصالحها فإن لم يوجد حكم القاضي بمقتضى العرف»، المادة الأولى من القانون المدني الكويتي رقم (٦٧) لسنة ١٩٨٠ المنشور بالجريدة الرسمية - الكويت اليوم - بالعدد ١٣٣٥ الصادر بتاريخ ٢٦ صفر ١٤٠١هـ الموافق ٥ كانون الثاني ١٩٨١، والمادة أعلاه معدلة بموجب القانون رقم (١٥) لسنة ١٩٩٦ الصادر بتاريخ ١٩٩٦/٥/٢٢ المنشور في الجريدة الرسمية - الكويت اليوم - بالعدد ٢٥٩ بتاريخ ١٩٩٦/٦/٢.

(٧٣) المادة الأولى من نظام المرافعات الشرعية الصادر بالمرسوم الملكي الكريم رقم (م/١) في ١٤٣٥/١/٢٢، والمنشور في جريدة أم القرى في عددها (٤٤٩٣) في ١٤٣٥/١٢/٢٧.

(٧٤) نجد في الديانة المسيحية أنه لا يوجد ما يمنع في موقف البروتستانت من جراحة تغيير الجنس، إذ تمثل الجراحة علاج للحالة، وكل ما هو خير للإنسان جائز عمله. مشار إليه لدى د. منصور عبد السلام الصرايرة، مرجع سابق، ص ٣٠١.

الوراثي - من الممكن أن يحدث فيها ازدواج أو غموض يؤدي إلى خلل، مما يجعل صاحبها يتحرى الكشف عن الجنس الحقيقي الذي يحمله، عن طريق تقديم طلب بتغيير جنسه، كما رأينا أن الفقهاء المسلمين والقانونيين قد توصلوا إلى أن هناك من تحمله الرغبة فقط لتغيير جنسه - وهو ما يعرف بالمعيار النفسي - عليه يتناول الباحث موقف الفقه الإسلامي من تغيير الجنس القائم على الرغبة فقط (أ)، ومن تغيير الجنس القائم على كشف الجنس الحقيقي (ب).

أ - موقف الفقه الإسلامي من تغيير الجنس القائم على الرغبة فقط:

الشريعة الإسلامية لا تقبل التخثت بجميع أنواعه، إذ ثبت في الصحيح من حديث عبد الله بن عباس رضي الله عنه أنه قال لعن رسول الله ﷺ المتشبهين من الرجال بالنساء، أو المتشبهات من النساء بالرجال^(٧٥)، كذلك نجد الحكم نفسه في الحديث الشريف الوارد في صحيح مسلم «لَعَنَ اللَّهُ الْوَاشِمَاتِ وَالْمُسْتَوْشِمَاتِ، وَالنَّامِصَاتِ وَالْمُتَنَمِّصَاتِ، وَالْمُتَفَلِّجَاتِ لِلْحُسْنِ الْمُغَيَّرَاتِ خَلَقَ اللَّهُ^(٧٦)»، ولعن الله أي طرده من رحمته، ويرى بعض فقهاء المسلمين أن الشيطان هو من يأمر الإنسان بهذه الأفعال، مستدلين بما جاء في قوله تعالى في سورة النساء الآية (١١٩) ﴿وَلَا ضَلَّةَ لَهُمْ وَلَا مَيِّتَهُمْ وَلَا مُرْتَهُمْ فَلْيَبْتَكَنْ عَادَاتُ الْأَنْعَامِ وَلَا مَرْتَهُمْ فَلْيَغْيِرْكَ خَلَقَ اللَّهُ وَمَنْ يَتَّخِذِ الشَّيْطَانَ وَلِيًّا مِّنْ دُونِ اللَّهِ فَقَدْ خَسِرَ خُسْرَانًا مُّبِينًا﴾، وقد اختلف الفقهاء في تأويل

(٧٥) صحيح البخاري للإمام محمد بن إسماعيل أبو عبد الله البخاري، كتاب اللباس، رقم الحديث (٥٥٤٦)، نسخة إلكترونية متاحة عبر الرابط:

<http://hadith.al-islam.com/Page.aspx?pageid=192&BookID=24&PID=5649>.

(٧٦) صحيح مسلم. كتاب اللباس والزينة، رقم الحديث (٣٩٧٣)، نسخة إلكترونية متاحة على الرابط: http://library.islamweb.net/hadith/display_hbook.php?bk_no=158&hid=3973&pid=107833

تغير خلق الله الوارد في الآية الكريمة أعلاه، إذ يقول البعض منهم^(٧٧) أن المراد به الإخصاء، ومنهم ابن عباس^(٧٨) أنه كره الإخصاء وقال: فيه نزلت: ﴿وَلَا مَرْئِيَهُمْ فَلْيَغَيِّرُوا خَلْقَ اللَّهِ﴾.

يصاب بعض الأشخاص برغبة شديدة للتحويل إلى الجنس الآخر، وهي حالة نفسية تعرف (الترانسكس)، إذ تمثل مرض نفسي ينتاب الشخص تشعره برغبة شديدة في تغيير جنسه على خلاف مظهره الخارجي وتكوينه الواضح، ولا يخل هذا المرض بقدرات صاحبه الذهنية، إذ لا يعد من قبيل الأمراض العقلية^(٧٩)، ويأصل ابن حجر هذا النوع إلى قسمين: متكلف وهو التشبيه بالكلام والمشى، وهو مذموم، والقسم الثاني: ما كان من أصله الخلقه فإنما يؤمر بتكلف تركه والإدمان على ذلك بالتدريج^(٨٠)، ولا يرى الفقهاء المسلمين القدماء من جواز ترك الانتقال من جنس إلى آخر أسير الشهوات والرغبات فقط، فلا يختلف فقهاء الحجاز وفقهاء الكوفة من أن إخصاء بني آدم لا يحل ولا يجوز^(٨١)، ونجد أن بعض الباحثين يحرم تغيير

(٧٧) أبو علي الفضل بن حسن الطبرسي، مجمع البيان في تفسير القرآن/الجزء ٣/٤، دار إحياء التراث العربي، بيروت (٢٠٠٥)، ص ١١٣.

(٧٨) تفسير الطبري/سورة النساء، آية ١١٩، ١٠٤٤٨، ص ٩٧، نسخة إلكترونية على الرابط: <http://quran.ksu.edu.sa/tafseer/tabary/sura4-aya119.html>

(٧٩) عمار محمد الأمين، الآثار القانونية المترتبة على تغيير الجنس، مجلة القانون والأعمال، ٢٠١٤ - ١ - ٥٠، ص ٢٠ منشور على الموقع الإلكتروني:

<http://www.droitentreprise.com/%D8%A7%D9%84%D8%A2%D8%AB%D8%A7%D8%B1%D8%A7%D9%84%D9%82%D8%A7%D9%86%D9%88%D9%86%D9%8A%D8%A9-%D8%A7%D9%84%D9%85%D8%AA%D8%B1%D8%AA%D8%A8%D8%A9-%D8%B9%D9%84%D9%89-%D8%AA%D8%BA%D9%8A%D9%8A%D8%B1-%D8%A7/>
last entry 13111L2017, at 09 am.

(٨٠) فتح الباري: ١٠:٤٥ نقلاً عن عمار محمد الأمين: مرجع سابق، ص ٢٥.

(٨١) أبو عبد الله محمد بن أحمد الأنصاري القرطبي (ت: ٦٧١هـ)، الجامع لأحكام القرآن، (ط ٢)، الجزء الخامس، ١٩٣٥، ص ٣٩١، نسخة إلكترونية متاحة على الرابط:

الجنس القائم على الرغبة فقط بالقياس على القول المتقدم مستنديين إلى أن الحرمة التي تصيب عضواً واحداً بالتغيير لخلق الله، فكيف التغيير بالكامل، إذ يمثل بنظرهم - والباحث يؤيدهم - من عدم وجود شك بحرمة لأنه أولى بالتحريم^(٨٢).

كذلك نجد أن العديد من الفتاوى المعاصرة لم تجز طلب تغيير الجنس القائم على الرغبة فقط، وهذا مضمون فتوى اللجنة الدائمة للبحوث العلمية والإفتاء بالمملكة العربية السعودية «لا يقدر أحد من المخلوقين أن يحول الذكر إلى أنثى، ولا أنثى إلى ذكر، وليس ذلك من شؤونهم ولا في حدود طاقتهم مهما بلغوا من العلم ومعرفة خواصها»^(٨٣)، إذ لا يجوز بأي حال من الأحوال طلب تغيير الجنس إلى الجنس الآخر لمجرد الرغبة بذلك، فلا يجوز إتباع هوى النفس والشيطان.

كما جاء في الفقرة الأولى من فتوى مجمع الفقه الإسلامي: الخاصة بتحويل الذكر إلى أنثى، وبالعكس بما يلي:

أولاً: الذكر الذي اكتملت أعضائه ذكورته، والأنثى التي اكتملت أعضاؤها أنوثتها، لا يحل تحويل أحدهما إلى النوع الآخر، ومحاولة التحويل جريمة يستحق فاعلها العقوبة؛ لأنه تغيير لخلق الله، وقد حَرَّمَ سبحانه هذا التغيير، بقوله تعالى، مخبراً عن قول الشيطان: ﴿وَلَا مَرَّةً لَهُمْ فَلْيَعِزُّنَا خَلْقَ اللَّهِ﴾ النساء: ١١٩. فقد جاء في صحيح مسلم، عن ابن مسعود، أنه قال: «لَعَنَ اللَّهُ الْوَاشِمَاتِ وَالْمُسْتَوْشِمَاتِ، وَالتَّامِصَاتِ وَالْمُتَمَصِّصَاتِ، وَالْمُتَفَلِّجَاتِ لِلْحُسْنِ، الْمُغَيِّرَاتِ خَلْقَ اللَّهِ وَرَبِّكَ». ثم قال: ألا لعن من لعن رسول الله ﷺ،

<http://quran.ksu.edu.sa/tafseer/qortobi/sura4-aya119.html>.

(٨٢) عمار محمد الأمين. مرجع سابق، ص ٢٩.

(٨٣) محمد علي البار وياسر صالح جمال. مرجع سابق، ص ١٤٦.

وهو في كتاب الله ﷻ - يعني قوله: ﴿وَمَا آتَاكُمُ الرَّسُولُ فَخُذُوهُ وَمَا نَهَاكُمْ عَنْهُ فَانْتَهُوا﴾ الحشر: ٧، ونجد هنا أن مجمع الفقه الإسلامي يعتبر طلب تغيير الجنس القائم على الرغبة، المصاحب لإستقرار جوانب الهوية الجنسية هو تغيير لخلق الله ﷻ، وهذا الأمر لا يجوز اطلاقه لما فيه من ضرر وخراب يصيب الأمة.

كذلك نجد أن موقف دار الإفتاء المصرية يرفض قبول فكرة تحويل الذكر إلى أنثى أو العكس القائم على الرغبة فقط، إذ جاء في الفقرة الثالثة من الفتوى «لا يجوز شرعاً إجراء عملية لتغيير الأنثى إلى ذكر أو العكس لمجرد أن الإنسان يشعر بإنتمائه للجنس الآخر»^(٨٤)، إلا أن الأمر سيكون مختلفاً في طلب تغيير الجنس القائم على الكشف عن الجنس الحقيقي، وهي موضوع الفقرة التالية.

ب - موقف الفقه الإسلامي من تغيير الجنس القائم على كشف الجنس الحقيقي:

يعرف من يعاني من اضطراب في الهوية الجنسية لدى الفقهاء المسلمين بالخنثي، ويتوزع الخنثي إلى نوعين^(٨٥)، الأول الخنثي غير المشكل «وهو الشخص الذي يرجح فيه إما جانب الذكورة وإما جانب الأنوثة»، والثاني الخنثي المشكل «وهو الشخص الذي لا يمكن أن ترجح فيه جانب الذكورة ولا جانب الأنوثة»^(٨٦)، وليس بالخلاف الكبير حول وضع الخنثي غير المشكل، إذ نرى أن العديد من الأحاديث النبوية الشريفة تحثنا على التداوي،

(٨٤) أحمد محمد الطيب. الفتاوى الإسلامية من دار الإفتاء المصرية/مجلد ٢٧، ٢٠١١، القاهرة، مطبعة دار الكتب والوثائق القومية، ص ١٩٣ و ١٩٤.

(٨٥) عاصم عصام محمود. مرجع سابق، ص ٣٦.

(٨٦) العلاقة منصور بن يونس إدريس البهوتي، كشف القناع عن متن الإقناع، ج ٤، مكتبة النصر الحديثة، الرياض، (١٩٨٣)، ص ٤٦٩.

قال رسول الله ﷺ: «ما أنزل الله داء إلا أنزل له شفاء»^(٨٧)، كذلك الحديث الشريف الذي يعدُّ بمثابة قاعدة فقهية «لا ضرر ولا ضرار»^(٨٨)، إذ يتفق الجانب الكبير من الفقهاء المسلمين أن حالة الخُنْثي غير المشكل من قبيل التداوي وليس فيه تغيير لخلق الله، بل أنه بيان الجنس الحقيقي الذي ينتمي إليه المريض^(٨٩)، كذلك يرى البعض من الفقهاء المسلمين أن حصول الشفاء بالدواء إنما هو كدفع الجوع بالأكل والعطش بالشرب، وهو ينجع في ذلك في الغالب^(٩٠).

كذلك نجد أن البعض من الفتاوى المعاصرة تسعى إلى إقرار ما يراه الجانب الطبي للكشف عن الجنس الحقيقي لدى الشخص الذي يعاني منه ومن هذه الفتاوى الآتي:

- أفتى مجمع الفقه الإسلامي: في موضوع تحويل الذكر إلى أنثى، وبالعكس بما يلي: «..... ثانياً: أما من اجتمع في أعضائه علامات النساء والرجال، فينظر فيه إلى الغالب من حاله، فإن غلبت عليه الذكورة جاز علاجه طبياً بما يزيل الاشتباه في ذكورته، ومن غلبت عليه علامات الأنوثة

(٨٧) صحيح البخاري للإمام محمد بن إسماعيل أبو عبد الله البخاري، كتاب الطب، رقم الحديث (٥٣٥٤)، نسخة إلكترونية متاحة عبر الرابط:

<http://hadith.al-islam.com/Page.aspx?pageid=192&BookID=24&PID=5649>

(٨٨) حديث حسن، رواه ابن ماجه والدارقطني وغيرهما مسنداً، ورواه مالك في «الموطأ»، ابن رجب الحنبلي (٧٢٦ - ٧٩٥)، جامع العلوم والحكم، تحقيق شعيب الأرنؤوط، إبراهيم باجس، مؤسسة الرسالة، ٢٠٠١، ص ٢٠٧.

(٨٩) عمار محمد الأمين. مرجع سابق، ص ٢٤.

(٩٠) أحمد بن علي بن حجر العسقلاني. فتح الباري شرح صحيح البخاري، دار الريان للتراث، (د.م.ن)، ١٩٨٦، كتاب الطب، نسخة إلكترونية متاحة على الرابط:

http://library.islamweb.net/newlibrary/display_book.php?idfrom=10380&idto=10381&bk_no=52&ID=3178

جاز علاجه طبيّاً بما يزيل الاشتباه في أنوثته، سواء أكان العلاج بالجراحة أم بالهرمونات لأن هذا مرض، والعلاج يقصد به الشفاء منه وليس تغييراً لخلق الله ﷻ»^(٩١)، ويرى الباحث أن مجمع الفقه الاسلامي بموجب هذه الفتوى يأخذ بالمعيار الغددي مجيزاً طلب تغيير الجنس القائم على كشف الجنس الحقيقي، إذا كان هناك علامات واضحة وهو بهذا يعطي الأهمية للمعيار الغددي دون سواه، كذلك يشترط وجود علامات الذكورة والأنوثة، إلا أن الفتوى لم تحسم من تساوى عنده علامات الذكورة والأنوثة (الخُنثي المشكل).

- الأزهر الشريف: «قد يولد شخص به أجهزة الجنسين فيقال له خُنثي وقد تتغلب أعضاء الذكورة وتبرز بعملية جراحية، وكذلك الأنوثة فهذا جائز، أما مجرد الميل إلى النوع الآخر فهذا في دائرة المحظور»^(٩٢)، إن مجرد وجود ميل نفسي للجنس الآخر غير كافٍ لطلب تغيير الجنس بل يجب أن تتوفر اضطرابات في المعيار الغددي إلى جانب الميل النفسي، نجد أن تسبب هذه الفتوى بإعتبار الكشف عن الجنس الحقيقي هو من قبيل التداوي، وهو أمر جائز في الشريعة الإسلامية.

- دار الإفتاء المصرية: رفضت جواز تحويل الذكر إلى أنثى في جوابها عن سؤال في حالة ضمير عضو ذكرى لطفل، بعد أن أكدت التقارير الطبية ذكوريته السليمة من حيث العنصر الوراثي (الكروموسومي)، وعدّت التغيير هنا تغيير لخلق الله، كذلك وضعت بموجب فتواها ثلاثة مبادئ هي:

(٩١) القرار السادس من دورته الحادي عشرة، المنعقدة بمكة المكرمة، في الفترة من يوم الأحد

١٣ رجب ١٤٠٩هـ الموافق ١٩ فبراير ١٩٨٩م إلى يوم الأحد ٢٠ رجب ١٤٠٩هـ الموافق ٢٦ فبراير

١٩٨٩م، المرزوقي، صالح بن زابن، (٢٠٠٤)، مرجع سابق، ص ٢٦٢.

(٩٢) د. محمد علي البار وياسر صالح جمال، مرجع سابق، ص ١٤٨، ١٤٩.

- في حالة الصغر يراعى مصلحة الصغير دائماً، وفي حالة الكبر يجب الوقوف على ما خلق الله وقدر للإنسان من حيث الجنس والنوع.
- يجوز مع الخُنْثي أحد الأمرين إما تحويله إلى الأنوثة أو إلى الذكورة مع مراعاة المصلحة^(٩٣).
- لا يجوز شرعاً إجراء عملية لتغيير الأنثى إلى ذكر أو العكس لمجرد أن الإنسان يشعر بإنتمائه للجنس الآخر.

أن مراعاة مصالح الأطفال الفضلى هي اتجاه متفق عليه لما يمثله من مبادئ الشريعة الإسلامية الراسخة، ويرى الباحث أن مصطلح «المصلحة» مرن بعض الشيء خصوصاً مع الصغير الذي ستمثل مصلحة وليه ثم مصلحته في حينها، وهذا ما قد يولد تعارضاً في المستقبل بين ما اختير للصغير وميله النفسي.

- قرار مجلس هيئة كبار العلماء في دورته التاسعة والثلاثين المنعقدة في مدينة الطائف للفترة ١٤١٣/٢/٢٤ إلى ١٤١٣/٣/١٨هـ، إذ تضمن قراره أن من أجمع في أعضائه علامات الذكورة والأنوثة، ينظر إلى الغالب من حاله، فإن غلبت عليه علامات الذكورة جاز علاجه طبياً بما يزيل الاشتباه في ذكوره والعكس صحيح، مسبباً القرار هذا فيه مصلحة عظيمة ودرء مفسدة^(٩٤)، ومما لا شك فيه أن الاتجاه الرامي إلى المحافظة على النظام التناسلي المقرون على الفطرة البشرية للإنسانية، بنظام الذكر والأنثى والمحافظة عليه دون تقبل طوائف أخرى ليمثل درء مفسدة، قد تعاني منها الأجيال إذا ما ترك الأمر لأهوائهم ورغباتهم.

(٩٣) أحمد محمد الطيب. مرجع سابق، ص ١٩٣ و ١٩٤.

(٩٤) قرار رقم ١٧٦ بتاريخ ١٤١٣/٣/١٧، مجلة البحوث الإسلامية، ع (٤٩)، ص ٣٦٢.

- مجلس الشريعة الوطني في ماليزيا قرر في أمر فتاة تطلب تغيير جنسها إلى ذكر، إذ نصحتها بالصلاة أولاً وعرضها على طبيب نفسي بواقع جلسات متعددة ومتخصصة لتبصيرها بآثار ما تريد الاقدام عليه، والموافقة على تغيير الجنس إذ كان رضاها عن بصيرة، مسببة ذلك بكونه مرضاً ويجوز العلاج منه^(٩٥)، ويسمح في ماليزيا بإجراء هذه العمليات بعد تقديم اللجنة الطبية تقريرها الذي يثبت أن الحالة مرضية يجب العلاج منها، سواء كان العلاج هرمونياً أو بواسطة إجراء العمليات الجراحية^(٩٦).

مما تقدم لا نجد أي خلاف فقهي كبير حول جواز الكشف عن الجنس الحقيقي بوسيلة التداوي، وإسناد الأمر للجهة الطبية المختصة التي تقرر وجود علامات ذكورية أو أنثوية في الشخص المريض، ويرى الباحث أن معيار المشروعية هو الاشتراك الذي يولد فيه الفرد بالنسبة للأعضاء التناسلية - المعيار الغددي - والميل النفسي، المشار إليها تقريباً بالعلامات^(٩٧)، وتتفق الأراء الفقهية السالفة الذكر على عدم الاعتداد بالجانب النفسي بمفرده^(٩٨)، أو

(٩٥) Zainuddin, Ani Amelia, and Zaleha Abdullah Mahdy. «The Islamic perspectives of gender-related issues in the management of patients with disorders of sex development.» Archives of sexual behavior 46.2 (2017): 353-360. P.354.

(٩٦) Zainuddin, Ani Amelia, and Zaleha Abdullah Mahdy, op. cit, p358.

(٩٧) يقصد بالعلامات ظهور الشارب والميل إلى النساء علامات الذكورة، وظهور الثديين والميل للرجال علامات الانوثة، للمزيد ينظر: عطية أبو اليقظان الجبوري، حكم الميراث في الشريعة الإسلامية، (ط ١)، دار جنين، جامعة اليرموك، الأردن، ١٩٩٥، ص ١٩٢.

(٩٨) سبق وأن أفتت لجنة الافتاء في وزارة الاوقاف في دولة الكويت في حالة أنثى لديها كامل الأعضاء التناسلية الأنثوية والصبغات الكروموسومية الأنثوية الا ان لديها ميل نفسي نحو ان تكون ذكر، وكان نص الفتوى الاتي «أن هذه أنثى كاملة الأنوثة، وأنها متشبهة بالرجال، وقد لعن رسول الله ﷺ - في الحديث الذي رواه البخاري وغيره - النساء المتشبهات بالرجال والرجال المتشبهين بالنساء، ولا تخرجها العملية الجراحية المذكورة عن كونها أنثى، وإقدام طبيب يتسبب إلى الإسلام على مثل هذا العمل يعتبر جريمة، ومخالفة شرعية، =

ما يعرف بالترانسكس^(٩٩) إذ لم تصاحبه وجود علامات مزدوجة للذكورة والأنوثة لدى الفرد، إذ يمثل طلب تغيير الجنس هنا الكشف عن الجنس الحقيقي له، وتغيّب بشكل شبه تام الحديث عن المعيار الوراثي، الذي يكون الكشف عنه من إختصاص الخبرة الفنية، وهذا الأمر لم تهمله التشريعات القانونية التي هي موضوع فقرتنا القادمة.

ثانياً: مشروعية تغيير الجنس وفقاً للتنظيم القانوني:

أسلفنا فيما تقدم أنّ من الممكن أن يكون طلب تغيير الجنس قائماً على خطأ حصل في الوثائق الرسمية قد دونت عند حصول الولادة، فيبادر صاحب الشأن أو من يمثله إلى تقديم طلباً بتصحيح هذا الخطأ وتغيير جنسه في الوثائق الرسمية إلى الجنس الذي يمثله حقيقةً، كذلك عرفنا من خلال عرضنا لمعايير تحديد الجنس، أنه من الممكن أن يصاب الشخص باضطراب في الهوية الجنسية يقوم على أثرها بتقديم طلب لتغيير الجنس، فيكون الطلب قائم على حصول خلل في معايير تحديد الجنس، ولإختلاف أحكام الطلبين يتناول الباحث هذا الفرع وفق قسمين: (أ) التنظيم القانوني لتغيير الجنس القائم على تصحيح الأخطاء في الوثائق الرسمية، (ب) التنظيم القانوني لتغيير الجنس القائم على خلل في معايير تحديد الجنس.

= يستحق عليها عقوبة تعزيرية، وكذلك من ساهم وهو على علم بهذا. والله أعلم». فتوى رقم (٦٥٠)، قطاع الافشاء والبحوث الشرعية/ الجزء الثاني، مجموعة الفتاوى الشرعية، ١٩٨٤، ص ٢٤٠ و ٢٤١.

(٩٩) يعرفه البعض على أنه «مرض نفسي يتتاب الشخص إذ يتمثل في رغبته الشديدة في تغيير جنسه على الرغم من مظهره الخارجي والتكويني الواضح. د. محمد سامي الشواط، مسؤولية الأطباء وتطبيقاتها في قانون العقوبات، ٢٠٠٣، القاهرة، دار النهضة العربية، ص ١٨٣.

أ - التنظيم القانوني لتغيير الجنس القائم على تصحيح الأخطاء في الوثائق الرسمية: المعلومات المدونة في شهادة الميلاد لها حجية في مواجهة الغير، شأنها شأن ما يدون في المحررات والوثائق الرسمية، وهذا ما يشير إليه المشرع السعودي في المادة العاشرة من نظام الأحوال المدنية في نصه: «تعتبر السجلات المدنية بما تحوي من البيانات والصور المستخرجة منها والوثائق الرسمية المستندة عليها، حجة في إثبات المعلومات المدونة بها، ما لم يثبت عكسها أو بطلانها بحكم قضائي أو بقرار رسمي بصدد هذا الشأن من جهة مختصة وفقاً لما تحدده اللائحة التنفيذية»، وسبق وأن أشرنا إلى أن المشرع الكويتي لم يتناول المسألة - موضوع البحث - بالتنظيم القانوني، إلا أننا نستنتج الحجية الممنوحة لشهادة الميلاد أو حجة الولادة، من الحماية القانونية التي يضيفها المشرع الكويتي بصورة عامة للسندات الرسمية، إذ يشير المشرع بموجب المادة (٩) من قانون الإثبات الكويتي «الورقة الرسمية حجة على الكافة بما دون فيها من أمور قام بها محررها في حدود مهمته أو وقعت من ذوي الشأن في حضوره ما لم يتبين تزويرها بالطرق المقررة قانوناً»^(١٠٠)، فالمعلومات المدونة في الوثائق الرسمية لها حجية في مواجهة الغير، وهذا ما أكدته المحكمة الابتدائية في السين الفرنسية في أحد أحكامها «... يتمتع ذكر الجنس المدون في وثيقة الولادة، وفقاً للمعلومات المعطاة من المصريح، بقرينة الحقيقة التي تعطي الحجية تجاه الجميع لحين إثبات العكس..»^(١٠١).

إلا أنه تقع أحياناً أخطاء مادية في المعلومات الخاصة بالطفل عند تسجيل شهادة ميلاده أو حجة الولادة، وهذه الأخطاء ليست حكراً على

(١٠٠) المادة (٩) من قانون الإثبات الكويتي رقم (٣٩) لسنة ١٩٨٠.

Jugement d'un tribunal de grande instance Scine, 8-12-1965, JCP, 14421-11-1965.

(١٠١)

المعلومات الخاصة بالجنس، فقد يصيب الخطأ المعلومات الأخرى كالأسم والديانة واللقب.

المشرع الفرنسي كان واضحاً في هذا الشأن فقد جاءت المادة ٩٩ من القانون المدني الفرنسي في قبول تغيير الجنس القائم على الخطأ في الوثائق، إذ تشير المادة أعلاه إلى أن المحكمة تأمر بتصحيح الأحكام الإعلانية أو التي تقوم مقام وثائق الأحوال المدنية، ويقدم طلب التصحيح من قبل كل شخص صاحب علاقة أو من قبل نائب الجمهورية، والأخير ملزم بذلك حال كان الغلط أو الإغفال قد وقع على معلومة أساسية في الوثيقة أو في القرار الذي يقوم مقامها^(١٠٢)، وقد أكدت محكمة النقض الفرنسية في أحد أحكامها أن الغلط في الجنس ضمن المعلومات التي تشير إليها المادة (٩٩) أعلاه «يختص رئيس المحكمة الابتدائية الكبرى بتقدير تصحيح وثائق الأحوال المدنية بخصوص الطلبات المثارة حول الجنس وإغفال الاسم الشخصي»^(١٠٣).

يلزم المشرع السعودي في المادة (٣٢) من نظام الأحوال المدنية والد الطفل - إذ كان حاضراً - خلال مدة معينة التبليغ عن واقعة الولادة، كما يوضح في المادة (٣٣) من نصوص اللائحة التنفيذية لنظام الأحوال المدنية عن الجهة الخاصة - إدارة أو مكتب الأحوال المدنية - بالتعديل بالبيانات الرئيسية، التي يكون ضمنها الجنس، كذلك نجد أن المشرع الكويتي يضع آلية معينة لتعديل وتصحيح الأسماء، عن طريق المحاكم المختصة وهذا

(١٠٢) Décret-loi no: 58-779 publié le 23/8/1958, Décr, no: 80-500 publié le 21/5/1981.

نقلاً عن د. جورج فيدكر، وآخرون. مرجع سابق، ص ٢١٧.

(١٠٣) Mentionné la: Rapport Massib, Cour de cassation, 1er chambre Civile, 26/12/1983: Bulletin des arrêts des chambres civiles de la cour de cassation, no: 38, p. 436.

ما تَضَمَّنَتْه المادة (٨) من قانون رقم ١٠ لسنة ٢٠١٠ في شأن تنظيم اجراءات دعاوى وتصحيح الأسماء، ويلزم المبلغ^(١٠٤) بمدة خمسة عشر يوماً للتبليغ عن واقعة الولادة.

بناءً على ما تقدم نجد أن مصدر الأخطاء المادية التي تصيب المعلومات الأساسية خصوصاً في الحقل الخاص بالجنس ينقسم إلى قسمين: أولهما عدم ذكر الحقيقة من قبل مزود المعلومات - ذوي صاحب الشأن - عند تسجيل شهادة الميلاد أو حجة الولادة، وهذا يكون بقصد أو بغير قصد، والثاني: هو خطأ منظم الشهادة بأن يذكر جنس مغاير للجنس المصرح به عن سهو أو عمد، ونجد أن المشرع الكويتي يضع عقوبة لمن يدلي بمعلومات غير صحيحة «.... يعاقب بالحبس مدة لا تتجاوز ثلاثة شهور وبغرامة لا تقل عن عشرة دنانير ولا تتجاوز مائة دينار أو بإحدى هاتين العقوبتين كل من تكرر منه بسوء قصد التبليغ عن مولود أو متوفى وترتب على ذلك قيد المولود أو المتوفى بالدفاتر أكثر من مرة وكل من تعمد تقديم بيانات غير صحيحة أو التجأ إلى طرق احتيالية أو وسائل غير مشروعة بقصد قيد مولود أو متوفى بالدفاتر....»^(١٠٥) ونجد الأفعال المجرمة هنا التكرار بالأفعال بقصد قيد المولود أو المتوفى، أو تقديم بيانات غير صحيحة أو الالتجاء إلى

(١٠٤) الأشخاص المكلفون بالتبليغ عن الولادة هم: ١ - والد الطفل إذا كان حاضراً. ٢ - من حضر الولادة من الأقارب البالغين. ٣ - الطبيب أو المولدة اللذان باشرا الولادة، أو المستشفى أو المستوصف أو أي محل آخر حصلت فيه الولادة. ٤ - مختار الحي الذي حصلت فيه الولادة. وتكون مسؤولية المذكورين عن التبليغ بحسب الترتيب المقدم ولا يقبل التبليغ من غير ذي صفة. المادة (٣) من قانون رقم ٣٦ لسنة ١٩٦٩ في شأن تنظيم قيد المواليد والوفيات الكويتي (١٩٦٩/٣٦).

(١٠٥) المادة (١٩) من قانون رقم ٣٦ لسنة ١٩٦٩ في شأن تنظيم قيد المواليد والوفيات الكويتي (١٩٦٩/٣٦).

طرق احتيالية أو وسائل غير مشروعة بقصد قيد مولود أو متوفي، ويجد الباحث أن النص أعلاه كافٍ لمجازاة المبلغ - مصدر المعلومات غير الصحيحة - حال ثبوت ذلك، كذلك المشرع السعودي يجرم الإدلاء بالمعلومات غير الصحيحة^(١٠٦).

يرى الباحث أن طلب تغيير الجنس القائم على تصحيح وتصويب الأخطاء المادية الواردة في الوثائق الرسمية، بما يطابق الحقيقة يجب أن يوضع تحت آلية معينة، ليمرّ ضمن قنوات تضمن أن تكون الوثائق بصيغتها المعدلة والمصححة عنواناً للحقيقة، إذ يقتضي إحالة صاحب الشأن إلى اللجنة الطبية، ليتم التأكد أن لا مشاكل حول معايير تحديد الجنس، وإن ما حدث كان مجرد خطأ في ذكر المعلومات عند واقعة الولادة.

ب - التنظيم القانوني لتغيير الجنس القائم على خلل في معايير تحديد الجنس:
تقف أسباب تتعلق باضطرابات معايير تحديد الجنس لدى الفرد لتشكل دافعاً لطلب تغيير الجنس، الأمر الذي جعل المشرعين متفاوتين في التعامل مع هذه المسألة منعاً أو قبولاً.

نرى أن المشرع الانكليزي قد نظم عمليات تغيير الجنس بقانون غير مستقل وذلك عند صدور قانون الجرائم الجنسية لعام ١٩٦٧، الذي أقر بموجبه مشروعية عمليات تغيير الجنس التي تتم بقصد الشفاء من حالة التناقض الحاصل في الهوية الجنسية، والجنس الوراثي والتشريحي^(١٠٧).

(١٠٦) «يعاقب بالحبس مدة لا تتجاوز ستة أشهر وبغرامة لا تزيد على عشرة آلاف ريال أو بإحدى هاتين العقوبتين: ١ - كل من أدلى ببيان غير صحيح من البيانات التي يوجهها هذا النظام...»، المادة (٧٩) من نظام الأحوال المدنية السعودي.

(١٠٧) نقلاً عن أنس محمد إبراهيم بشار. مرجع سابق، ص ١٣٧ وما بعدها.

وتُعدُّ السويد في مقدمة الدول التي قامت بتنظيم مسألة تغيير الجنس بقانون مستقل، وفق شروط معينة أهمها أن يكون سويدي الجنسية وبالغ من العمر ١٨ سنة، وغير متزوج ولديه شعور راسخ للميل للجنس الآخر^(١٠٨)، وسار على نهج المشرع السويدي كثيرٌ من المشرعين منهم المشرع الألماني^(١٠٩) والمشرع الكندي^(١١٠)، إذ وضعوا شروطاً تشابه إلى حدٍ ما شروط المشرع السويدي، مؤكدين على الشعور الراسخ بالتغيير إلى الجنس الآخر وعلى شرط البلوغ، ويستنتج الباحث من اشتراط البلوغ، التأكيد على أن يكون الرضا متبصراً خصوصاً بهذا الموضوع، إذ يجب أن يكون الرضا صادراً عن إرادة حرة من شخص يتمتع بملكات ذهنية

See Article 1 of the law Sweden's Gender Recognition Act (1972:119) as reformed in 2012, (١٠٨)
Publication via the website <http://tgeu.org/sweden-gender-recognition-act-reformed-2012/>
date of entry 101412017at 12:30.

(١٠٩) بموجب القانون الخاص بتنظيم أحكام عمليات تغيير الجنس في عام ١٩٨٠، إذ قرر مشروعية هذا النوع من الأعمال الطبية ويجيز للمتغير جنسياً حق طلب تغيير اسمه وجنسه عما كان عليه قبل خضوعه للعملية، للمزيد مشار إليه لدى: محمد سامي السيد الشوا، الحماية الجنائية في الحق في سلامة الجسم، أطروحة دكتوراه، جامعة عين شمس، كلية الحقوق، ١٩٨٦، ص ٥٤٠، كذلك ينظر: د. علي حسن نجيدة، بعض صور التقدم... مرجع سابق، ص ٧٤ وما بعدها.

(١١٠) تنص المادة ٣٠ من قانون ألبرتا للإحصاءات الحيوية/ كندا، والأقسام ١٦ - ١ (١) و ١٦ - ٢ و ١٦ - ٣ من لائحة معلومات الإحصاءات الحيوية في ألبرتا، على متطلبات تغيير الجنس في مقاطعة ألبرتا، اثنان من الشهادات الخطية: واحد من مقدم الطلب وواحد من قائمة مختارة من المهنيين الطبيين، منشور على الموقع الإلكتروني <http://www.justicetrans.com/alberta.html>، تاريخ الزيارة ٢٠١٧/٤/٩ في الساعة ١٢:١٥.

كذلك سار المشرع الإيراني في القانون الصادر ١٩٨٥ (المادة ٢٠ فقرة ١٤) إعطاء الحق للفرد طلب تغيير اسمه وجنسه بعد خضوعه للعلاج لذلك الغرض، وعدل بقانون الأسرة الصادر عام ٢٠١١، إذ أصبحت لمحكمة الأسرة السلطة القضائية في معالجة القضايا المتعلقة بالجنس، للمزيد ينظر: Saeidzadeh, zara. Op.cit, p. 260.

ونفسية حتى يستطيع أن يكون رأياً سليماً^(١١١)، إلا أن المحكمة الدستورية الألمانية ترى أن تحديد حد أدنى للسن لطلب تغيير الجنس هو غير دستوري وباطل وهذا ما أكدته في أحد أحكامها^(١١٢)، ولا يجد الباحث ما هو غير دستوري في اشتراط الحد الأدنى للسن، إذ يمثل هذا حماية قانونية لمن هم دون سن البلوغ، خصوصاً مع قرارات تعدد مصيرية ومؤثرة على مسيرة حياة الشخص بأكملها، كذلك يجد الباحث أن المحكمة استتجت المنع المؤقت - المصاحب لمن هم دون سن الرشد - من حق طلب تغيير الجنس بأنه تصرف يتدخل في حق الخصوصية، وهذا خلط في غير محله، إذ أن للسلطة التشريعية حق تنظيم الأمور المتعلقة بالأفراد بسن قوانين تراعي ذلك، ولا يعني بالضرورة حرمان من هم دون سن البلوغ بالمنع، إذ نرى الكثير من الحقوق لا يستطيع أن يمارسها الشخص إلا بعد سن البلوغ، فمن غير الممكن الحديث مثلاً عن أن القوانين التي تحدد عمراً معيناً للزواج بالباطلة، لمخالفتها الدستورية لحرية الشخص بالزواج، فالتحريم والمشروعية شيء، والتنظيم شيء آخر.

أما على صعيد التشريعات العربية نرى عدم عناية أغلب الدول العربية بتنظيم قانون يوضح كيفية تغيير الجنس من حيث مدى المشروعية من عدمها، والشروط والآثار، فلم تنظم دولة الكويت أي تشريع لهذه المسألة،

(١١١) وتتضمن بعض الأحكام القضائية الرضا المتبصر بإشارة ضمنية، كما جاء في قرار محكمة استئناف تونس لعام ١٩٥٥ إذ يوجب على الطبيب الحصول مسبقاً على موافقة المريض قبل إجراء العملية الجراحية، بعد الإحاطة بآثارها، مشار إليه لدى: فراس حسني ابراهيم، تبرير المساس بالحرمة الجسدية، (ط ١)، ٢٠١٥، عمان، دار الجندي للنشر والتوزيع، ص ٤٧.

(١١٢) Grunberger, Michael. «Die Reform des Transsexuellengesetzes: Großer Wurf oder kleine Schritte?» Transsexualität und Intersexualität, Medizinische, ethische, soziale und juristische Aspekte, Berlin (2008): 81-110. P.89. IST per Mail Link verfügbar <http://www.uni-koeln.de/jur-fak/bhgg/personen/gruenberger/tsg.pdf>, 81512017 at 4:30.

إلا أن المشرع السعودي نظمها في المادة ٣٩ من اللائحة التنفيذية لنظام الأحوال المدنية (الفصل الثالث / القيد في السجل)، واشترط تقديم الطلب من قبل صاحب الشأن أو وليه، وأن يكون مثبتاً بموجب لجنة طبية، وهي التفاتة جيدة من المشرع السعودي في تغطية هذه المسألة، إلا أن الباحث يرى أنه كان ينبغي اشتراط بلوغ صاحب الشأن العمر القانوني، للوقوف على مصداقية المعيار النفسي وثباته، إضافة للأسباب التي أسلفها الباحث عند مناقشة قرار المحكمة الدستورية الألمانية.

على صعيد الفقه القانوني لم يكن الجميع مرحباً بالمشروعية، إذ انقسم الفقهاء القانونيين كعادتهم بين مؤيد ومعارض، فيرى جانب المعارضين أنه لا يجوز فسح المجال أمام الأفراد لطلب تغيير جنسهم، ويدفعون بكثير من الأسباب منها: أن هذه المسألة تُعدّ تغييراً لخلق الله^(١١٣)، كما تمثل مخالفة واضحة للنظام العام والآداب، كذلك يرى بعضهم أن التدخل الجراحي يعدّ مساساً بحرمة الجسد الإنساني^(١١٤)، إذ نرى أن المشرع في مسائل كثيرة تدخل لحماية الفرد من نفسه كتجريم الإجهاض، وبيع الأعضاء البشرية، والقتل الرحيم^(١١٥)، ويرى بعضهم أن تغيير الجنس يُعدّ انتهاكاً صريحاً لمبدأ حرمة الجسد الإنساني في حال

(١١٣) هناك من يعتبر تغيير الجنس بالعموم تغيير لخلق الله، بينما يرى البعض أنها تغيير لخلق الله وتعتبر جريمة دينية لأولئك الذين لا يعانون أي شيء سوى الرغبة بالتحول لأسباب أيّاً كانت، للمزيد ينظر: الدسوقي، حالة الجنس للأطفال الذين يعانون من مشاكل ثنائي «وجهة نظر مصري» المجلة المصرية للجراحة، ٢٠٠١، ع (٢)، (٤٩٩ - ٥١٥)، ص ٥٠٣.

(١١٤) سلطان الجمال، معصومية الجسد، رسالة ماجستير، جامعة القاهرة، كلية الحقوق، ٢٠٠٠، ص ٢٧٨ وما بعدها.

(١١٥) E. Dreyer, La La dignité opposée à la personne, Revue Critique de Droit International Privé, Dalloz. 2008, p. 2730.

وجود ميل جنسي فقط^(١١٦)، إذ يُعدّ من قبل الشذوذ الجنسي ونوع من المثلية الجنسية^(١١٧).

بينما يرى بعض الفقهاء القانونيين أن تغيير الجنس القائم على كشف الجنس الحقيقي أمر مشروع، لمشروعية طلب العلاج^(١١٨)، ويشترط بعضهم للمشروعية أن تكون الحالة لا علاج لها إلا الجراحة^(١١٩)، ويضيف قسم من مؤيدي هذا الرأي أن المشروعية تنبع من مبدأ سيطرة الفرد على جسده، ويأتي التغيير متناسقاً مع ما تميل إليه الروح^(١٢٠)، ويرى قسم آخر - والباحث يؤيدهم - أنه يجب التفرقة بين فئتين يصيبها هذا المرض، الأولى تملك جهاز تناسلي متكامل، وهنا يُعدّ مجرد مرض نفسي يجب التداوي منه، ولا يجوز تغيير الجنس، والثانية يكون لديهم اختلال في الأعضاء التناسلية وهذه تعاني مرضاً بيولوجياً يجب تصويب أوضاع المصاب به^(١٢١).

يرى الباحث في هذه النقطة أن تغيير الجنس القائم على كشف الجنس الحقيقي يتنافى مع القول بتغيير لخلق الله، خصوصاً تلك الحالات التي يكون فيها الفرد حاملاً لأعضاء تناسلية مزدوجة أو خاملة، فلا يوجد تغيير، كذلك أن إعجاز خلق الله يتمثل في كل الخلق ليس في مسألة ذكورية الفرد أم أنوثته، أما بخصوص مخالفته للنظام العام والاداب، فالرأي منطقياً لو كانت

(١١٦) حبيبة يوسف الشامسي. مرجع سابق، ص ٢٢١ و ٢٢٢.

(١١٧) د. عصام أحمد محمد. النظرية العامة للحق في سلامة الجسم، د.د.ن، ١٩٨٨، ص ٩٢٦.

A.Green, La, Sexualisation ET son economie, Rev, Francise de psychanalyses, no 5 ET 6, 1975, p. 918.

(١١٨) د. طارق حسن كسار. مرجع سابق، ص ٢٢٣، كذلك: د. أحمد محمود سعد، مرجع سابق،

ص ٤٧٤، كذلك د. محمد الشوا، مرجع سابق، ص ٥٤٢.

(١١٩) د. منصور عبد السلام الصرايرة. مرجع سابق، ص ٣٠٨.

Saeidzadeh, zara. Op.cit, p. 259.

(١٢٠)

(١٢١) نجيم عامر. مرجع سابق، ص ٧٤.

دعوى لإباحة جميع الاتفاقات الحاصلة في عمليات أو علاج تغيير الجنس وإجابة جميع طلبات تغيير الجنس، بينما نحن أمام حالات استثنائية هذا من جهة، ومن جهة ثانية ما يفرضه الواقع من ضرورة التداوي من الأمراض يجعل فكرة تقبل المسألة كعلاج ينأى بها عن مخالفتها للنظام العام والآداب^(١٢٣)، وفيما يخص انتهاك مبدأ حرمة الجسد الإنساني، فإن هذا المبدأ لم يعد محمياً بالكامل خلف حصنه كما كان قبل عقود، إذ طرأت عليه استثناءات متعددة، وأغلبها إن لم يكن جميعها في التقنيات الطبية الحديثة^(١٢٤)، كما نجد أن مصلحة الفرد عامل مشترك في جميع هذه الاستثناءات، إضافة إلى رضا المتبصر، وأن يكون الهدف علاجياً، وجميع هذه الشروط يمكن تحقيقها في مسألة تغيير الجنس، كذلك أن جراحة تغيير الجنس لن تحول صاحب الشأن إلى مسخ، بل من الأكيد سيراغى فيها الأصول الطبية العلمية^(١٢٥).

أما بخصوص الشذوذ الجنسي، فلا علاقة لمسألة طلب تغيير الجنسي^(١٢٥)،

(١٢٢) إذ يرى البعض أن المجتمع مهما كانت درجة رفضه لهذه الأفكار (فكرة تغيير الجنس) فهذا لا يدل على الاستمرار أمام ما يسبب الألم للغير - المريض -، للمزيد ينظر:

Meir, Dan-Cohen, Defending Dignity, Series: Built Working Papers in Public Law, 2002, p. 166, Permalink: <http://escholarship.org/uc/item/23x3800f>.

Boulter, William. «Sperm, Spleens and Other Valuables: The Need to Recognize Property Rights in Human Body Parts» (1995). Hofstra Law Review 23: 693-731. p715.

A. laude, le patient, nouvel acteur de santé? Revue Critique de Droit International Privé, (١٢٤) Dalloz, 2007, p. 1151.

(١٢٥) الشذوذ الجنسي مصطلح يستوعب الكثير من المصطلحات التي تمثل ميل وانحراف في ممارسة العملية الجنسية، فالسادية التي تمثل ميل ممارسة الجنس لإنزال العنف والقسوة والالم بالشريك، والماسوشية نزعة ممارسة الجنس لجر العنف والقسوة والالم على نفسه من جانب شريكه، وتدخل ضمن مصطلح الشذوذ المثلية الجنسية، وغالباً ما نجد أن الاعتداء البدني يصاحب الإعتداء الجنسي، التي غالباً ما تكون أسبابه متأثرة من الظروف =

فقد يكون طالب التغيير شاذاً جنسياً وقد يكون غير شاذ، فالشذوذ أمرٌ يتعلق بأخلاقيات ممارسة الجنس، وعدم مراعاتها يأتي من الأفراد بغض النظر عن جنسهم، من حيث الذكورة أو الأنوثة، وبغض النظر عن كونهم من طالبي تغيير الجنس أو من غيرهم، أما بخصوص المثلية الجنسية (Homosexuality)^(١٢٦)، فإنه من غير المنطقي الكلام عن المثلية الجنسية مع تغيير الجنس، فلو افترضنا تماشياً مع هذا السبب أن طالب التغيير ميوله الجنسية مثليه، سيكون من الأفضل له البقاء على ما هو عليه، فالبنت التي تطلب تغيير جنسها إلى ذكر، وهي بالأصل لها ميول جنسية مثلية، سيكون البقاء على ما هي عليه أسهل لممارسة ميولها المثلية الجنسية، وعموماً يرى بعض الفقهاء القانونيين أن من يعاني من هذا المرض وخصوصاً أصحاب الميل النفسي الراسخ يفقدون الرغبة الجنسية^(١٢٧)، ويرى الباحث أن طلب تغيير الجنس للشخص لا ينحصر بالشهوة الجنسية، ومن غير الممكن تقزيم المسألة بالنظر إليها من خلال رجل يشتهي أن يكون امرأة أو العكس، وطرح الموضوع بإشكالياته ومفرداته من خلال منظار الإستهجان وسرد الموضوع على أنه مجرد اختلال جنسي فقط، فنحن بين رجال ونساء دورنا الاجتماعي - نوع - مستقل وواضح

= الاجتماعية، للمزيد ينظر: هند عقيل الميزر، الجنسية المثلية (العوامل والاثار)، مجلة دراسات في الخدمة الاجتماعية والعلوم الانسانية، ٢٠١٣، (٣٤ع)، (٢٤٤٢ - ٢٤٧٥)، ص ٢٤٤٩. كذلك ينظر في نفس الموضوع:

Amador, Bernard. The relation of physical and sexual abuse to limbic system functioning and sociomoral reasoning in male sex offenders. Northcentral University, 2011. p. 12.

(١٢٦) وهي ظاهرة تعني أن الشخص يمارس الجنس مع شخص من نفس الجنس، وتقدر نسبة انتشارها بحوالي ٣٪ من مجمل سكان العالم، للمزيد ينظر: هند عقيل الميزر، مرجع سابق، ص ٢٤٤٣.

Macleod, John, Davidson's principles and practice of Medicine (thirteenth edition, (١٢٧) Churchill Livingstone, Edinburch London, Melbourne and New York (Psychiatry), 1981, p. 498.

الحدود بين الذكر والأنثى - وإن كانت مساعي تتم بالتقريب بين طرفيه الأ أن الواقع من يحكمنا -، فمن تتوفر فيه معايير تحديد الهوية الجنسية إلى الجنس الآخر فمن حقه أن يحيا حياة الجنس الحقيقي الذي في داخله بكل ما تعنيه هذه الحياة في واقعنا.

لكن هذا لا يعني أن حالة تغيير الجنس هي علاجية بالمطلق، إذ لا تنسحب المشروعية على جميع الحالات الواقعة لتغيير الجنس، فمن الضروري أن يكون طالب تغيير الجنس لديه مشاكل كحد أدنى في معيارين مما ذكر في المطلب السابق^(١٢٨)، ليحال إلى لجنة طبية متخصصة سواء كان هذا قبل التغيير - العمليات الجراحية - أم بعده، ليكون القرار فنياً حول تحديد جنس طالب التغيير ومن ثم فليس هناك ما يمنع قانوناً من تغيير جنس طالب التغيير، مع التنويه أنه لا يؤثر خضوع صاحب الطلب للعلاج الهرموني أو العمليات الجراحية على مدى مشروعية تغيير جنسه من عدمها، ليبقى الرأي الفصل في الموضوع للخبرة الفنية التي تحدد في ضوء دراسة جميع العناصر المكونة للهوية الجنسية، ليتسنى لها الوقوف على قرار يحدد الجنس الحقيقي للفرد.

والاختلاف في الرأي الفقهي أدى إلى وجود اختلاف في الأحكام القضائية الصادرة بشأن الطلبات الخاصة بتغيير الجنس في الاحوال المدنية، إذ نجد أن الأحكام القضائية تختلف بين حالتين، أولها: حالات تغيير الجنس القائم على الرغبة الشخصية فقط، فنرى القضاء الفرنسي يرفض تغيير الجنس في أكثر من قضية^(١٢٩)، خصوصاً تلك التي أجريت من غير تأكيد طبي على

(١٢٨) ذكر الباحث رأيه في المطلب الأول/ص ٩ من هذه الدراسة.

(١٢٩) R. Lindon, Aspects Juridiaux du transsexualisme, Rec. gen.lois 545, trib. Cit. gr. Inst. seine, (1965), 18 june. 1965, J.C.P, 1965-4-1421; D.1966 Somm.14.

ضرورتها كعلاج حالة بين الذكورة والأنوثة، كحالة المدعي (J...NR...d) الذي رفضت محكمة السين الفرنسية تعديل حالته معتمدة في قرارها هذا على تقرير الخبرة الفنية الذي أكد أن المدعي كان ذكراً عادياً ولا يوجد شك بإنتمائه إلى هذا الجنس^(١٣٠)، كذلك نجد أن الرفض كان نصيب قضية مشابهة إذ استند الحكم في تأسيسه إلى بعض الأسباب أهمها أن الأعمال الطبية التي لا يتوفر فيها قصد الشفاء غير جائزة، إذ تعد المحكمة الاعتبارات النفسية غير كافية لتبرير التدخل الجراحي لتغيير الجنس^(١٣١)، ومن هنا يتبين أن الأعمال الطبية التي لا تهدف إلى العلاج لا تكون جائزة.

كذلك قضت محكمة الاستئناف في تونس بتاريخ ١٩٩٢/١٢/٢٢ في القضية المستأنفة أمامها بما يلي: «إن ما قام به الشخص لا يُعدّ حالة من حالات الضرورة التي تخول له تغيير جنسه وكان بإمكانه التداوي لدى طبيب نفساني لكسب توازن في شخصيته بل تسرع لإجراء عملية للحصول على تغيير إصطناعي في جسمه فإنه قد غير الموروث الحضاري والأخلاقي للأمة، وهو ما يعبر عنه قانوناً بالنظام العام والأخلاق الحميدة. فإن تغيير الجنس بصفة إرادية وتلقائية يتنافى وأحكام الشريعة الإسلامية والنظام العام وما استقر عليه العلم حالياً^(١٣٢).

كما قررت محكمة القضاء الإداري في مصر بعدم مشروعية قرار مجلس التأديب في جامعة الأزهر المنعقد في ١٣/٤/١٩٨٨، الذي أتخذ قراراً بشأن

(١٣٠) V. Jugement detribggr. Inst. Seine Ire ch,18.1.1965, note penneau (J, Nerson (R), Le changement de prenom Etta civil et changement.de sex, RTD civ,1981, p. 833.

مشار اليه لدى: د. منصور عبد السلام الصرايرة. مرجع سابق، ص ٣١٩.

(١٣١) V. J u gement de trib, gr. Inst. Seine Ire Ch. 18.1.1965, J.C.P.1965.II.14421.

مشار اليه لدى: د. جورج واخرون فيدكر، مرجع سابق، ص ١٩٣.

(١٣٢) منشور على الموقع الإلكتروني <http://www.startimes.com/f.aspx?t=21516729> تاريخ

الدخول ٢٠١٧/٤/١٣ في الساعة ١:٣٠ ظهراً.

طالب في كلية الطب أجرى عملية تغيير جنس ليصبح أنثى، وجاء في الحكم عدم وجود موجب طبي لهذه العملية، وتخالف أصول المهنة الطبية وتعاليم الدين الاسلامي، وان الطالب كامل الذكورة ولا يوجد أي شك في ذلك، وقرر فصل الطالب، وعُدَّت الحكم غير صحيح، ومن حق الطالب تقييد اسمه في كلية الطب - البنات - كون التعليم حق أساسي ودستوري^(١٣٣).

وفي الكويت ردت المحكمة الابتدائية طلبات المدعية بتغيير اسمها وجنسها من أنثى إلى ذكر، التي أجرت عمليات جراحية في جمهورية مصر العربية، وحضرت المدعية مع وكيلها وهي مرتدية ملابس الرجال وصوتها كان خشناً عن صوت امرأة^(١٣٤)، وقد أبرزت المدعية تقارير طبية تشير بأنها تعاني من اضطراب نفسي في الهوية الجنسية، ولديها إحساس راسخ بالميل نحو الجنس الذكري، كما أبرزت تقريراً طبياً مقدماً من قبل الطبيب الجراح الذي أجرى لها أكثر من عملية جراحية يشير إلى التغيرات التي تمت من خلال تلك العمليات وأشار التقرير إلى أن المدعية كان لديها أعضاء أنثوية وذكرية منذ الولادة، تم استئصال الثديين والمبيضين والفرج، وبناء عضو ذكري - استكمالاً - وهو فعال، واستأنفت المدعية قرار المحكمة الابتدائية، وأهم ما جاء بقرار محكمة الاستئناف من حقائق مستنتجة من مستندات القضية هي الآتي:

(١٣٣) قرار المحكمة الادارية المرقم (٥٤٣٢) الصادر بتاريخ ١٤/١٢/١٩٨٩. مشار اليه لدى: د. محمد حسين منصور، المسؤولية الطبية، دار الفكر الجامعي، الإسكندرية، ٢٠٠٦، ص ٦٨ وما بعدها.

(١٣٤) لعل أحد المشاكل التي يواجهها الذكر عند محاولته تغيير جنسه إلى أنثى هي مسألة نبرة الصوت - الصوت الناعم الانثوي - إذ تشير الدراسات إلى أن فترة المعالجة لهذا الموضوع بالذات قد تطول لمدة خمس سنوات، للمزيد ينظر:

Carew, Lisa, Georgia Dacakis, and Jennifer Oates. «The effectiveness of oral resonance therapy on the perception of femininity of voice in male-to-female transsexuals». Journal of Voice 21.5 (2007): 591- 603. p. 598.

١ - إستناداً للتقارير الطبية المرفقة مع أوراق القضية أن المدعية ولدت بأعضاء أنثوية متكاملة دون وجود أي أعضاء ذكرية.

٢ - ما جاء بتقرير الطبيب الجراح من وجود أعضاء مزدوجة، إدعاء ينافي الحقيقة هدفه تبرير التدخلات الجراحية التي أجريت للمدعية.

٣ - الإجراءات الشكلية من رفع واستئصال وتغيير ووضع سيلكون، لا تقوى أن تكون إلا تغييرات شكلية بعيدة كل البعد عن المعنى الحقيقي للفرق بين الذكر والأنثى.

لذا قررت محكمة الاستئناف قبول الاستئناف شكلاً ورفضه وتأييد الحكم المستأنف، وأشارت إلى أمرين مهمين هما:

الأول: لا صحة لما ذهب إليه نفر من الأطباء عند حديثهم عن مرض اضطراب الهوية الجنسية النفسي، إذ أشار بأن هناك من يُخلق بأعضاء ذكرية وأنثوية، ويتولد شعور بعدم قبول جنس والميل للآخر، فيجد راحة نفسية - مزعومة - فإن هذا فيه الحث على تغيير خلق الله الذي تحرّمه شريعتنا الإسلامية.

الثاني: مواجهة تلك الأمراض النفسية وما يصاحبها من هواجس شيطانية أو من نفس امارة بالسوء لتغيير خلق الله لا يكون إلا من خلال عقيدتنا الغراء بإيمان الإنسان بالله العظيم خالقاً يصور الخلق كما يشاء، وهناك حكمة بالغة من هذا الخلق على هذه الصورة^(١٣٥).

وفي قضية أخرى أصدرت محكمة الدرجة الأولى في الكويت حكماً يقضي بإجابة طلبات المدعي الذي يروم تغيير جنسه في الأوراق الرسمية من

(١٣٥) استئناف الكويت (١٩٩٨/٢٤) الصادر بتاريخ ١٨/٥/١٩٩٨، المنشور في مجلة الفتوى والتشريع، الكويت، العدد الحادي عشر، ٢٠٠٣، ص ٣٧٧ إلى ٣٨٣.

ذكر إلى أنثى، بعد أن أجرى عدة عمليات جراحية، معتمدة بقرارها على تقرير الطبيب الشرعي، الذي أشار بوضوح أن المدعي يحمل صفات الوجهة الجينية ذكرية، بينما لديه من الناحية النفسية إحساس راسخ بالأنوثة، وكون الدعوى لا يحكمها نص شرعي، ويجب إتباع أحكام الفقه الإسلامي الأكثر إتفاقاً مع واقع البلاد، ولا تغيير لخلق الله في هذه المسألة، إذ لمست المحكمة أن حالته مرضية تستلزم العلاج، إلا أن محكمة الاستئناف الكويتية قضت برد دعوى المدعي ونقضت الحكم أعلاه^(١٣٦)، ويؤيد الباحث اتجاه محكمة الاستئناف كون المدعي لا يحمل أي ازدواج أو تعارض في المعيارين الغددي والوراثي، وإن الجانب النفسي من الممكن علاجه.

إلا أننا نجد أن المحكمة العليا في إسبانيا قضت بتاريخ ٨ يوليو ١٩٨٨ في الدعوى الخاصة بالمدعي الذي كان من الناحية البيولوجية ذكراً ومن الناحية النفسية أنثى بمشروعية التدخل الطبي لغرض تغيير الجنس معتمدة في حكمها على تأصيل الحق المستنبط من أحكام المادة (١/١٠) من الدستور التي تكفل تطوير الشخصية بحرية تامة^(١٣٧)، ويرى الباحث أن الحكم هنا يعتمد على تفسيرٍ عدّ تغيير الجنس تطويراً للشخصية، وهذا مفهوم يتسع بمنحني بعيد عن مفهوم التطوير ومن غير المنطقي أن يصلح بمفرده سبباً للحكم.

والحالة الثانية: حالات تغيير الجنس القائم على كشف الجنس الحقيقي، ونجد أن القضاء الفرنسي طرح أكثر من وجهة نظر عند التعامل مع قضايا

(١٣٦) استئناف الكويت (١٥١٧٣) الصادر بتاريخ ٢٠٠٤/١٠/١٣ المشار إليه لدى: البار، محمد علي وجمال، ياسر صالح (٢٠٠٦)، مرجع سابق، ص ١١٦.

(١٣٧) كذلك قضت بمشروعية التغيير لوجود ميل نفسي ورغبة في قضية أخرى في تغيير المدعي جنسه من ذكر إلى أنثى، للمزيد ينظر:

Gabriel (G, Spain- sex change and Court, Journal of family law, 1990, 29, p. 427-428.

المتغيرين جنسياً، وهذا بدا واضحاً في حكم لمحكمة تولوز عام ١٩٧٧ «أن الشخص الذي عانى في تطوره الجنسي سواء بفعل الطبيعة، أو بعامل خارجي تحولاً مهماً لا يمكنه تحمله دون معاناة خطيرة، فإن حالته الاجتماعية يجب أن توافق الجنس الظاهر، ويكون له الحق في أن يحصل على تعديل لحالته المدنية»، كما قبلت محكمة سانت اتين الأميركية تغيير الإسم الشخصي والجنس من أنثى إلى ذكر للمدعي في الأوراق الرسمية^(١٣٨).

كذلك النتيجة نفسها تتوصل إليها الجمعية العمومية لمحكمة النقض الفرنسية بتاريخ ١٩٩٢/٩/٢٥، إذ استند الحكم إلى أن احترام الحياة الخاصة المنصوص عليه في المادة (٨) من الاتفاقية الأوروبية لحماية حقوق الإنسان وحرية الأساسية يجب أن يترجم في إعطاء مزيد من الحرية لقبول عمليات تغيير الجنس المنطوية على عناصر نفسية معززة بتقرير اللجنة الطبية^(١٣٩).

وقضت محكمة الأحوال الشخصية في دمشق بقرارها المرقم (٦٢١) في ١٩٩٠/٣/٢٨ بقبول طلب تغيير الجنس للمدعي بناءً على تقرير الخبرة الفنية (الطبية) التي تضمنت أن المدعي يحمل الصفات الأنثوية دون الذكرية^(١٤٠).

كما قبلت المحكمة الابتدائية بأزيلال في المملكة المغربية في أحد قراراتها «- للشخص أن يغير اسمه الشخصي من اسم أنثى إلى اسم ذكر إذا

Saint-Etienne, jull. (1979), Trib.gr.inst.D.J. 1981. P270.

(١٣٨)

مشار إليه لدى: د. علي حسن نجيدة. مرجع سابق، ص ٥٩.

Juris-Classeur Périodique (Semaine Juridique). 1992-11-21955; D1993-d-103, not Marguenaud (١٣٩) (J.P). Par deux arrêts du 11 Décembre 1992.

مشار إليه لدى: حبيبة سيف سالم راشد الشامسي، مرجع سابق، ص ٢٠٦.

(١٤٠) قرار محكمة الأحوال الشخصية في دمشق المرقم (٦٢١) في ١٩٩٠/٣/٢٨ المنشور في مجلة المحامون السورية /سنة ٦٧/ العددان ٨/٧ لسنة ٢٠٠١ ص ٦٣٢.

كان له مبرر - من باب المبرر المقبول التخث الذي يجعل الشخص يحمل معالم الأنثى أثناء ولادته، ثم تغلب عليه فيما بعد معالم الذكورة»^(١٤١).

كذلك قضت المحكمة الابتدائية في مدينة باجة التونسية في الدعوى المقامة أمامها بتاريخ ٢٠٠٧/٧/١٢، من قبل المدعية التي تطلب تغيير جنسها من أنثى إلى ذكر «...» وحيث أدلى المدعي برقم استدعاء للجلسة مع تقرير اختبار طبي محرر من طرف (....) مؤرخ في ٢٠٠٦/١٢/٢٥ ومضمون ولادة عدد ٢٠١٩ لسنة ٢٠٠٦، وبالاطلاع على موضوع الطلب ومؤيداته وخاصة منها تقرير الاختبار الطبي المشار اليه تسرب خطأ بخصوص الحالة المدنية في خصوص جنسه إذ تم تسجيله على أنه أنثى يدعى (.....) بناء على عدم ظهور ملامحها البدنية والجنسية كما ينبغي في البداية، وبعد ذلك وبعد أن قام الأطباء بإجراء عملية تجميلية عليه دون أن تكون متعلقة بتغيير جنسه تأكد بشكل تام أنه ذكر، وبالتالي واستناداً إلى أحكام قانون الحالة المدنية المؤرخ في غرة اوت ١٩٥٧ وإلى ما تقدم بسطه فقد أضحي الطلب وجيهاً واتجه الحكم لصالحه وذلك باصلاح رسم الولادة عدد ٢٠١٩ لسنة ٢٠٠٦ في خصوص الجنس بما صوابه أن جنس المولود ذكر»^(١٤٢).

الواضح مما تقدم أنه لا خلاف حول قبول طلبات تغيير الجنس القائم على تصحيح الأخطاء المادية الواردة في الوثائق والسجلات، كذلك لا خلاف حول إقرار تغيير الجنس القائم على كشف الجنس الحقيقي،

(١٤١) حكم صادر عن المحكمة الابتدائية بأزيلال بتاريخ ١٧ ابريل ٢٠٠٨ في الملف المدني المرقم ٠٧/٤٢٢ (غير منشور) نقلاً عن د. محمد الكشور، مرجع سابق، ص ٣٤.

(١٤٢) للمزيد من الاطلاع ينظر كامل القرار منشور على المدونة (JURISALOU) مدونة معنية بالقانون التونسي متاحة على الرابط الإلكتروني:

<http://jurisaloui.blogspot.com/2007/12/blog-post.html>

تاريخ الزيارة ٢٠١٧/٤/١٣ الساعة ١٢:٠٠ ظهراً.

ورفض طلبات تغيير الجنس القائم على الرغبة النفسية فقط، كما أن من المعروف في المجال القضائي أن لكل قضية ظروفها المحيطة بها تختلف عن غيرها من القضايا، خصوصاً في هذه المسائل، ومن الطبيعي أن نجد أن الأحكام القضائية متفاوتة في البلد الواحد من زمان إلى آخر، متأثرة بما يحدده النظام العام والأخلاق، والآراء الدينية لهذه المسائل، وهذا سيكون أقل حدوثاً في حال تم تقنين وتنظيم هذه المسألة، سواء كان بمنعها - بالنسبة لطلبات تغيير الجنس القائم على الرغبة فقط - أو إباحتها بشروط - لطلبات الجنس القائمة على كشف الجنس الحقيقي - بعد إحالة صاحب الشأن إلى اللجنة الطبية المختصة، وهي دعوى تنظم إلى من نادى بها من قبلنا لتنظيم هذه المسائل بموجب قانون.

٣ - مصير عقد الزواج بعد تغيير الجنس

تقدم أن عمليات تغيير الجنس القائم على كشف الجنس الحقيقي مشروعة، ويتصور وجود متزوجين أحدهما خُنْثي - غير أو يحاول تغيير جنسه -، إذ قد تكون المشاكل الجنسية في عناصر الهوية الجنسية غير مكتملة أو لم تكتشف إلا بعد حصول الزواج، كما يتصور أن يكون لديهما أطفال من فراش الزوجية، خصوصاً إذا علمنا أن الأطباء يؤكدوا على أن الخُنْثي الذي يرجح فيه جانب الأنوثة يُمكن أن تنجب أطفالاً بشكل طبيعي^(١٤٣)، فما مصير عقد الزواج بعد تغيير الجنس من قبل أحد الزوجين أو من كليهما؟ وإن كان عقد الزواج قد أصبح بحكم المعدم فما الطبيعة القانونية لإكساء هذا الإنتهاء؟

(١٤٣) هذا ما أكدّه الأطباء المشاركون في الندوة المنظمة من قبل نقابة الأطباء فرع دمشق تحت عنوان (جراحة الخنوثة وتغيير الجنس لعام من الناحية الطبية والشرعية والقانونية ٢٠٠٢)، نقلاً عن د. صالح فواز، مرجع سابق، ص ٦٧.

وللإجابة عن هذين السؤالين يتناول الباحث مدى إمكانية استمرار عقد الزواج بعد تغيير الجنس (أولاً)، إمكانية استمرار عقد الزواج بعد تغيير الجنس، (ثانياً) الطبيعة القانونية لإنهاء العلاقة الزوجية للمتغير جنسياً خلال عقد الزواج.

أولاً: إمكانية استمرار عقد الزواج بعد تغيير الجنس:

لم ينظم المشرع الكويتي أي مواد قانونية مستقلة أو ملحقة لعمليات تغيير الجنس، ومن البديهي أن لا نجد ما ينظم آثارها، كذلك نظم المشرع السعودي - كما ذكرنا من قبل - آلية تقديم طلب تغيير الجنس، إلا أنها خلت من تنظيم لآثارها، وخصوصاً في عقد الزواج، الذي يثير مشاكل قانونية واجتماعية تتعقد مع وجود أطفال من فراش الزوجية، وقد أشرنا إلى أن بعض المشرعين الذين نظموا قوانين تغيير الجنس - سواء كانت مستقلة أو ضمن قوانين عامة - اشترطوا أن يكون طالب التغيير غير متزوج^(١٤٤)، ويشاركهم أغلب الفقهاء المسلمين من عدم جواز زواج الحُنْثي، إلى أن يتبين أمره^(١٤٥).

في بداية الأمر يجب عرض الأوضاع التي يُمكن تصورها في حال تغيير الجنس من قبل أحد الزوجين، أو من كليهما أثناء استمرار الحياة الزوجية، ومن المعروف في تقاليدنا ومجتمعاتنا العربية أن يكون هناك مدة الخطوبة - التي تمتد من بعد قراءة الفاتحة وحتى إجراء عقد الزواج - والتي تتداخل أحياناً مع عقد الزواج إلى وقت الدخول، ومن هنا يُمكن تصور أن يكون أحد الزوجين - أو الخطيبين - حُنْثي، فتكون المسألة في هذه الصورة غير معقدة،

(١٤٤) المشرع السويدي والألماني للمزيد ينظر:

See Article 1 of the law Sweden's Gender Recognition Act (1972:119) as reformed in 2012, Publication via the website <http://tgeu.org/sweden-gender-recognition-act-reformed-2012/> date of entry 2014/2017 at 10:00.

(١٤٥) القاضي أبي يعلى. مرجع سابق، ص ١١٣.

فإذا كانا مخطوبين فقط من غير الممكن إتمام عقد الزواج، إذ بموجب النظام السعودي يحق لصاحب الشأن أو وليه طلب تغيير الجنس، وإذا أُفِّرَ ذلك بعد الاعتماد على تقرير اللجنة الطبية، فإنه يكون من غير الممكن إتمام عقد الزواج، كون الطرفين قد أصبحا من جنس واحد، كذلك في قانون الأحوال الشخصية الكويتي^(١٤٦) فإن المادة الأولى تشير إلى أن «الزواج عقد بين رجل وامرأة....» وبعد تغيير جنس أحد الخطيبين فلن يصبح هناك رجل وامرأة وإنما شخصان من جنس واحد، فيرى الباحث أن تنال هذه الحالة حكم عدول الخطيب، ويعدّ قد عدل من غير جنسه من حيث تبعة الآثار القانونية لهذا العدول، كذلك لا يحل له الرجوع عن هذا العدول أبداً.

لكن إذ كان عقد الزواج قد تم، فنحن أمام حالتين: الأولى قبل الدخول، والثانية أن يحدث ذلك - إكتشاف الخنثي أو عمليات التغيير الجنسي - بعد الدخول، وتتعدد المسألة بوجود الأطفال، ووفقاً للنظام السعودي وقانون الأحوال الشخصية الكويتي لا يوجد ما يحل هذا العقد أو ما يجعله باطلاً^(١٤٧)، فما الحل؟

نجد أن القانون المدني الفرنسي في المادة (١٨٠) يُعدّ عقد الزواج باطلاً إذا وقع غلط على ذاتية الشخص، وقد وضحت محكمة النقض الفرنسية أن الغلط يجب أن يكون مقتصرًا على ذاتية الشخص ليكون مشمولاً بما تضمنته المادة (١٨٠) من القانون أعلاه، إذ جاء قرارها بنقض الحكم الصادر من

(١٤٦) قانون الأحوال الشخصية رقم (٥١) لسنة ١٩٨٤ المنشور في الجريدة الرسمية - الكويت اليوم - العدد ١٥٧٠ بتاريخ ٢٤ شوال ١٤٠٤هـ الموافق ١٩٨٤/٧/٢٧ السنة الثلاثون، وعدل بالقانون رقم ٦١ لسنة ١٩٩٦ والمنشور في الكويت اليوم، الجريدة الرسمية العدد ٦٦٤، السنة الخمسون، وعدل بالقانون رقم ٦٦ لسنة ٢٠٠٧ المنشور في الجريدة الرسمية - الكويت اليوم - العدد ٨٥٢ السنة الرابعة والخمسون.

(١٤٧) ينظر: المادة (٤٩) من قانون الأحوال الشخصية رقم (٥١) لسنة ١٩٨٤ الكويتي.

المحكمة الابتدائية في باريس التي أسست قرارها على طلب المدعية ببطان عقد الزواج لجهل الزوجة بأن زوجها كان محكوماً بجريمة شائنة ارتكبتها قبل الزواج، إذ عدته جهلاً بصفة جوهرية، ويرى الباحث أن الغلط في ذاتية الشخص مغاير تماماً عن الغلط في صفة جوهرية^(١٤٨)، وسبب إبطال العقد يعد استثناء ولا يجوز التوسع فيه، كذلك إن حالة تغيير الجنس من ذكر إلى أنثى لا تساوي حالة الغلط بذاتية الشخص.

يخلو النظام السعودي والقانون الكويتي من تشريع يعالج المسألة في أعلاه، لذا فالبحث عن حل يكون في الفقه الإسلامي، وذلك لاعتماد النظام السعودي على أحكام الشريعة الإسلامية^(١٤٩)، كذلك تشير المادة (٣٤٣) من قانون الأحوال الشخصية إلى «كل ما لم يرد به حكم في هذا القانون يرجع فيه إلى المشهور في مذهب الإمام مالك فإن لم يوجد المشهور طبق غيره، فإن لم يوجد حكم أصلاً طبقت المبادئ العامة في هذا المذهب».

أشرنا سابقاً إلى أن الفقهاء المسلمين يعرفون المتغير جنسياً أو طالب التغيير الجنسي بالخنثي، ويتفق الاثمة الأربعة على عدم صحة نكاح الخنثي فلا يطاق ولا يوطأ حتى يتبين أمره^(١٥٠)، إذ أن اختلاف الجنس شرط لصحة عقد

(١٤٨) مشار إليه لدى: د. علي حسن نجيدة. الغلط ومعياره بين القانون الوضعي والشريعة الإسلامية، القاهرة، مجلة القانون والاقتصاد، القاهرة، ١٩٨٨، ع (٥٨)، (٩٥ - ٢١٠)، ص ١٣٧.

(١٤٩) ينظر المادة الأولى من النظام الأساسي للحكم، كذلك ينظر: المادة الأولى من نظام المرافعات الشرعية رقم (١/م) في ١٤٣٥.

(١٥٠) علاء الدين أبي بكر ابن مسعود الكاساني (ت: ٥٨٧هـ)، مرجع سابق، ص ٣٤٠، شمس الدين الشيخ محمد عرفة الدسوقي، (ت: ١٢٣٠هـ) حاشية الدسوقي / ج ٤، أحياء الكتب العربية مطبعة عيسى البابي، القاهرة، ص ٢٥٠، كذلك أبي اسحاق بن علي بن يوسف الشيرازي، المذهب (ط ٢)، مطبعة مصطفى، القاهرة، ١٩٥٩، ص ٣١٠.

الزواج^(١٥١)، ويستند بعض الفقهاء المسلمين إلى عدم انعقاد عقد الخُثي في تعليلهم بالمجهول أمره فهو لا تُعلم رجولته ليلتحق مع الرجال ولا انوثته ليلتحق مع النساء^(١٥٢)، فيقول العلامة البهوتي أن الخُثي المشكل ذاك الشخص الذي لا يُمكن أن ترجح جانب على حساب الجانب الآخر، ولا يكون زوجاً ولا زوجة^(١٥٣)، فلا يجوز أن يباح له التزويج خوفاً أن يكون رجلاً فيتزوج رجلاً أو امرأة تتزوج امرأة، والفروج يحتاط لها ولا تباح بغلبة الظن وما فيه شك^(١٥٤).

إن أركان عقد الزواج لدى الإمام مالك^(١٥٥) أربعة: الولي والزوجة والصدّاق والصيغة، ويقول الإمام مالك إن زواج الخُثي لا يصح^(١٥٦)، وبناءً على ما تقدم فالعقد يعدّ معدوماً لاختلال أحد أركانه.

يرى بعض الفقهاء القانونيين أنه يُمكن إعمال قواعد الغلط في صفة من صفات الشخص الجوهرية، وهذا يتماشى في التشريعات التي لم تفرق بين الغلط في ذاتية الشخص أو صفة جوهرية من صفاته^(١٥٧)، ويرى بعضهم الآخر أن محل عقد الزواج هو الزوج والزوجة إضافة إلى بقية أركان عقد الزواج، فهما جزء منه ولا يقوم إلا بهما^(١٥٨)، ويرى الكثير من

(١٥١) د. منصور عبد السلام الصرايرة. مرجع سابق، ٣٣٦.

(١٥٢) إبراهيم محمد منصور الشحات. أحكام الزواج في الشريعة الإسلامية، (د.د.ن)، ص ٣٦.

(١٥٣) منصور بن يوسف بن إدريس البهوتي. مرجع سابق، ص ٤٦٩.

(١٥٤) القاضي أبي يعلى. مرجع سابق، ص ١١٣.

(١٥٥) إبراهيم محمد منصور الشحات. مرجع سابق، ص ٢٦.

(١٥٦) شمس الدين محمد بن محمد بن عبد الرحمن المغربي، (ت: ٩٥٤هـ)، مواهب الجليل

لشرح مختصر خليل/ج ٥، دار الفكر، بيروت، ١٩٩٢، ص ١٤٨.

(١٥٧) د. علي حسن نجيدة. الغلط ومعيّاره....، مرجع سابق، ص ١٩٦.

(١٥٨) محمد رافت عثمان، عقد الزواج أركانه وشروط صحته في الفقه الاسلامي، القاهرة،

دارالكتاب الجامعي، القاهرة، ١٩٧٧، ص ١٥٤.

الفقهاء القانونيين^(١٥٩) بأن العلاقة الزوجية تنتهي بتغيير جنس أحد الزوجين، إذ يرى البعض منهم أن الزواج في هذه الحالة يُعدّ معدوماً لتخلف عنصر جوهري فيه ومن ثم يستطيع أن يتمسك بإنعدامه كل ذي مصلحة^(١٦٠)، كما يضيف أحد الباحثين أن الزواج يُعدّ باطل في حال تغيير الجنس والباطل لا يترتب عليه أي أثر فلا عدة بعد المفارقة، ولا تثبت به حرمة المصاهرة وذلك لأن وجوده كعدمه^(١٦١).

وفي التطبيقات القضائية نجد توجهات المحاكم لحل هذه المشكلة قد اختلفت بحسب المنظار الذي تراه مناسباً لمعالجة المشكلة من خلاله، فوجدت إحدى المحاكم الفرنسية أنه إهانة للحياة الزوجية وللشريك الآخر، إذ علقت إحدى محاكم الدرجة الأولى الفرنسية في قضية (MA. V. VI) أن الزوج قد حدث تشوّه له - وتقصد بالتشوّه العمليات الجراحية لتغيير الجنس - إذ حرم نفسه وبإرادته من سمات الرجال، ولا بد من الاعتراف بأن هذا العمل خطأ، كذلك سلوكه المؤنث ولباس المرأة يمثلان إهانة بحق زوجته، ويعدّ خرقاً خطيراً للواجبات والالتزامات التي أصبحت مستحيلة بسبب مظهره وحالته البدنية، فترى المحكمة أنه من غير المجدي الحديث عن استمرار العلاقة الزوجية بينما لا يوجد زوجان أصلاً^(١٦٢).

(١٥٩) يرى البعض منهم أن تغيير الجنس يؤثر على الزواج فيصيبه بالفشل والانحلال، لكن حدث أن استمر أشخاص تحولوا جنسياً مع أزواجهم وأولادهم، للمزيد ينظر: د. علي حسن نجيدة. بعض صور التقدم... مرجع سابق، ص ٩٥.

(١٦٠) J.Penean, la famille, Montreal presse de l'universite de Montreal, 1972. No 95.

مشار إليه لدى: د. علي حسن نجيدة. بعض صور التقدم.... مرجع سابق، ص ٩٥.

(١٦١) عمار أمين. مرجع سابق، ص ٣٧.

(١٦٢) See; Revue Critique de Droit International Privé, Dalloz, 2002, p. 124.

كذلك كان تغيير الجنس أثناء الحياة الزوجية يمثل مساساً بحرمة الحياة الخاصة بالنسبة للأشخاص المحيطين بالمتغير جنسياً، إذ قررت المحكمة العليا في اسبانيا «أن القول بأن عمليات تغيير الجنس تتحقق قصد العلاج في كثير من الحالات هو قول غير مؤكد على الأقل حتى الآن، كما أن تغيير الجنس لا يؤدي إلى احترام الحياة الخاصة، وذلك لنتائجه السلبية التي سوف تؤثر على حياة أشخاص آخرين يرتبطون بعلاقة قرابة أو نسب بالشخص الذي قام بتغيير جنسه»^(١٦٣)، ويرى الباحث أن المحكمة تبنت وجهة نظر واحدة - حياة الأشخاص المحيطين بالمتغير جنسياً - وجاء ذلك على حساب الحياة الشخصية للمتغير جنسياً في منعه من تغيير جنسه، إذ قد يشكل المنع من وجهة نظر أخرى تدخلاً في حياته الخاصة.

وتباين المحكمة الأوروبية لحقوق الإنسان في قراراتها بحسب الحالة المعروضة أمامها فعدته زواجاً مستحيلاً، إذ جاء في أحد أحكامها «الطابع التمييزي للتشريع الذي من شأنه أن يجعل مستحيلاً زواج مغير جنسه عائشاً بثنائية، حارماً بذلك الثنائي من الحقوق المعترف بها للزوجين»^(١٦٤).

بينما تقرر في حكم آخر «أن التشريع الانكليزي الذي يكرس الإمكانية للمتحولين جنسياً أن يعدلوا قانونياً جنسهم لكن يعارض عندما يكونوا هؤلاء متزوجين، إبقاء رابطهم السابق، والذي يرغمهم على الطلاق، مع السماح لهم بعقد رابط مدني يمنحهم الإفادة من معظم حمايات والميزات الممنوحة

Mishell, Daniel R. Mishell's Textbook of infertility, contraception, and reproductive endocrinology. Blackwell Science, 1997. p. 268. (١٦٣)

Arrêt de la Cour Européenne des Droits de l'homme, section: 17: 18/4/2006, DICKSON V. UK, pétition no: 44362/04, publication Revue Lamy droit civil, Lambert, p. 2548. (١٦٤)

مشار إليه لدى: د. جورج فيدكر وآخرون. مرجع سابق، ص ٢٣١.

للمتزوجين، لا ينتهك المادتين (٨ و ١٢) من الاتفاقية الأوروبية^(١٦٥)، وفي حكم آخر لها يستنبط منه الموافقة على استمرار الحياة الزوجية «أن الاعتراف بالحياة العائلية التي تشملها المادة (٨) من الاتفاقية الأوروبية لحقوق الإنسان، بين متغير جنسياً امرأة - رجل، وزوجته وولد هذه الأخيرة التي حملت بواسطة التلقيح من واهب، لا يتعلق برفض الأبوة للولد من قبل المتغير جنسياً...»^(١٦٦).

إلا أن محكمة النقض الفرنسية تعود ولأكثر من مرة في الرد على مثل الأحكام أعلاه بحكمها في قضية تم الطعن فيها أمامها «... بحسب القانون الفرنسي فإن الزواج هو الرابط بين رجل وامرأة، ولا يناقض هذا المبدأ أي حكم من أحكام الاتفاقية الأوروبية لحقوق الإنسان الأساسية في الاتحاد الأوروبي التي ليس لها قوة ملزمة في فرنسا...»^(١٦٧).

وبعد هذا العرض من التنوع في التعامل مع المسألة لخلو التشريعات من مواد تنظيمية، يرى الباحث في حالة عدم الدخول انسحاب البطلان إلى عقد الزواج، وهذا يحدث بمجرد تغيير جنس أحد الزوجين فيكون العقد باطلاً، ومن الأفضل إدراجها ضمن حالات بطلان الزواج الوارد ذكرها في المادة (٤٩) من قانون الأحوال الشخصية الكويتي، ولا يترتب أي أثر وذلك

Arrêt de la Cour Européenne des Droits de l'homme, section: 17: 28/11/2006, F@R Parry (١٦٥)
V. UK, pétition no: 42971/05 and 35748/05, publication Revue Trimestrielle droit civil,
Marquenaud, p. 287.

مشار إليه لدى: د. جورج فيدكر وآخرون. مرجع سابق، ص ٢٣١.

Arrêt de la Cour Européenne des Droits de l'homme, 22/4/2006, Grataloup, Citant Dalloz, (١٦٦)
1997, p. 583.

مشار إليه لدى: د. جورج فيدكر وآخرون. مرجع سابق، ص ٢٣٣.

Agostini, suspension: Pluytte (2007), Bull, Civi, Cour De Cassation, 1er Chambre Civile, (١٦٧)
13/3/2007, p. 326.

استناداً لأحكام المادة (٥١) من القانون أعلاه، وهذا الرأي جاء اتباعاً للتدرج التشريعي من الأخذ بأحكام الشريعة الإسلامية - المملكة العربية السعودية - والفقهاء المالكي - بالنسبة لدولة الكويت - بالقياس على أن الدخول لم يتم وسحب الموضوع على حرمة زواج الخُنثي.

أما بعد حصول الدخول فنحن أمام ثلاث فرضيات، الأولى: أن يتغير جنس الزوج إلى أنثى، فيصبح إلى جانب الزوجة يوجد أنثى، أما الثانية: فهي تغيير جنس الزوجة إلى ذكر ويكون إلى جانب الزوج يوجد ذكر، وفي الفرضيتين من غير الممكن الحديث عن استمرار عقد الزواج، في ظل المملكة العربية السعودية ودولة الكويت، والثالثة: أن يتحول كلا الزوجين إلى الجنس الآخر أي تصبح الزوجة ذكر ويصبح الزوج أنثى، وهي فرضية نادرة الحصول إلا أنها ممكنة. ويرى الباحث من الممكن الحديث عن استمرار عقد الزواج إذا حصلت هذه الفرضية في وقت واحد وكان هناك أطفال، وهذا للمحافظة على تماسك العائلة بما يضمن نشأة أفضل للأطفال.

وبخصوص حكم عقد الزواج بعد الدخول مع تغيير جنس أحد الزوجين، فمن غير الممكن تصور استمرار العلاقة الزوجية بعد تغيير الجنس من قبل أحدهما، وعقد الزواج على مر التاريخ لا يعرف استقراراً إلا ذلك الذي يحدث بين الجنس المغاير، إذ لا يُسلم أغلب الفقهاء المسلمين والقانونيين بالزواج المثلي، وإن تعالت بعض الأصوات بغير ذلك^(١٦٨)، وهذا الرأي يأتي اتباعاً للتدرج التشريعي من الاحتكام إلى العرف في حال خلو التشريع وأحكام الفقه الإسلامي من معالجة حالة تغيير الجنس أثناء مدة الزواج.

Coombs, Mary. "Sexual dis-orientation: Transgendered people and same-sex marriage." UCLA (١٦٨) women's LJ 8 (1997): 219. -266.p. 225, online <http://escholarship.org/uc/item/57g1r3mr>, Entry time 151412017 at 12:33.

يرى الباحث أنه من غير الممكن الحديث عن بطلان العقد، في حال تغيير حالة الخُنْثي أو تغيير الجنس بعد عقد الزواج، لإنعقاده صحيحاً، ولتوصلنا فيما سبق إلى أن العلاقة الزوجية تُقْطَع بتغيير جنس أحد الزوجين، فيجب تدخل المشرع للحيلولة دون استمرار العلاقة الزوجية، لكن السؤال الذي نحن بصدده ما الطبيعة القانونية لإنهاء العلاقة الزوجية للمتغير جنسياً خلال عقد الزواج؟ وهذا ما سيحاول الباحث الإجابة عنه في الفقرة القادمة.

ثانياً: الطبيعة القانونية لإنهاء العلاقة الزوجية للمتغير جنسياً خلال عقد الزواج:

تنحصر الطرق التي تنتهي بها الرابطة الزوجية بالوفاة أو الفراق^(١٦٩)، والوفاة قد تكون حقيقية أو حكمية^(١٧٠)، كذلك الفراق له أكثر من صورة ونوع، والسؤال الذي يحاول الباحث الإجابة عنه، بعد أن توصلنا - فيما سبق - إلى استحالة استمرار الرابطة الزوجية بين المتزوجين حال تغيير أحدهما لجنسه، فما الطبيعة القانونية لانتهاء هذه الرابطة؟

نجد أن المشرع السعودي من خلال الاعتماد على الشريعة الإسلامية يتيح أمام الزوجين وسائل اختيارية لحل عقد الزواج ويحتفظ ببعض الحالات التي تمكن القاضي من حل عقد الزواج بتدخل المحكمة، إذ نلاحظ ذلك من خلال نظام المرافعات الشرعية عند حديث المشرع عن الاختصاص النوعي

(١٦٩) إذ أفتى مجمع الفقه الاسلامي بمكة بأن الموت يعتبر نهاية الحياة الزوجية ولا يمكن أن يؤخذ مني الزوج لتلقيح زوجته بعد وفاته، للمزيد ينظر: صالح المرزوقي، قرارات المجمع الفقهي الاسلامي بمكة المكرمة، مكة: رابطة العالم الاسلامي، مكة، ٢٠٠٤، ص ١٤٨ وما بعدها، وكذلك يرى بعض الفقهاء القانونيين ذلك: د. فرج سالم، وسائل الاخصاب الطبي المساعد وضوابطه «دراسة مقارنة» (ط ١)، مكتبة الوفاء القانونية، الإسكندرية، ٢٠١٢، ص ١٩٠.

(١٧٠) ينظر: المادة (١٤٦) من قانون الأحوال الشخصية الكويتي.

لمحاكم الأحوال الشخصية في المادة (١/٣٣) «إثبات الزواج والطلاق والخلع وفسخ النكاح...»، كذلك يوزع المشرع الكويتي الوسائل التي يلجأ الزوجان إليها عند رغبتهما بإنهاء العلاقة الزوجية، بين وسائل متاحة للرجال فقط، كالطلاق الذي يعرفه المشرع على أنه «حل عقد الزواج الصحيح بإرادة الزوج أو من يقوم مقامه بلفظ مخصوص»^(١٧١)، وقد ورد الطلاق بالفاظ مخصوصة في القرآن الكريم وتوزعت هذه الفاظ بين (طلاق)^(١٧٢)، تسريح^(١٧٣)، فراق^(١٧٤)، إِنَّ اللَّهَ يُفَلِّتُ اسْتِثْنَى الطلاق من سائر العقود، في انفراد أحدهما بالفسخ^(١٧٥)، والطلاق حل لعقود النكاح يقوم به أحد طرفي العقد، وإذن للرجل بالانفراد بالطلاق دون المرأة، لما في ذلك مصلحة ظاهرة، إلا أن الزوج يملك الطلاق كإذن شرعي، أي يجب أن يوقعه كما أذن الله^(١٧٦)، ومن غير الممكن عد المسألة التي نحن بصددتها طلاقاً، وهذا لأسباب متعددة، منها أن الطلاق يقع بصيغة مخصوصة، كذلك هي وسيلة للرجل فقط، فماذا لو كان الزوج هو من طلب تغيير

(١٧١) ينظر: المادة (٩٧) من قانون الأحوال الشخصية الكويتي.

(١٧٢) قوله تعالى: ﴿وَالْمُطَلَّقَاتُ مَتَّحٌ بِالْمَعْرُوفِ حَقًّا عَلَى الْمُتَّقِينَ﴾ البقرة: ٢٤١، وقوله تعالى: ﴿يَتَأْتِيهَا الَّذِينَ ءَامَنُوا إِذَا نَكَحْتُمُ الْمُؤْمِنَاتِ ثُمَّ طَلَقْتُمُوهُنَّ مِنْ قَبْلِ أَنْ تَمْسُوهُنَّ﴾ الأحزاب: ٤٩.

(١٧٣) قوله تعالى: ﴿الطَّلَاقُ مَرَّتَانٍ فَإِمْسَاكٌ بِمَعْرُوفٍ أَوْ تَسْرِيحٌ بِإِحْسَانٍ﴾ البقرة: ٢٢٩، وقوله تعالى: ﴿يَتَأْتِيهَا النَّبِيُّ قُلْ لِأَزْوَاجِكُ إِن كُنْتُنَّ تُرِيدْنَ الْحَيَاةَ الدُّنْيَا وَزِينَتَهَا فَتَعَالَيْنَ أُمَتِّعْكُنَّ وَأَسْرِحْكِنَّ سَرَاحًا جَمِيلًا﴾ الأحزاب: ٢٨.

(١٧٤) قوله تعالى: ﴿فَإِذَا بَلَغَ الْإِنْسَانُ أُمَّسُكُوهُنَّ بِمَعْرُوفٍ أَوْ فَارِقُوهُنَّ بِمَعْرُوفٍ﴾ الطلاق: ٢، وقوله تعالى: ﴿وَإِنْ يَفْرَقَا فَعِنَ اللَّهُ كُلاًّ مِنْ سَعَتِهِ﴾ النساء: ١٣٠.

(١٧٥) مصطفى بن العدوي، أحكام الطلاق في الشريعة الإسلامية، مكتبة ابن تيمية، القاهرة، ١٩٨٨، ص ٥٣.

(١٧٦) أحمد محمد شاكر، نظام الطلاق في الإسلام، مكتبة السنة للنشر والتوزيع، القاهرة، ١٣٥٤هـ، ص ١٢، نسخة الكترونية متاحة على الرابط: <http://waqfeya.com/book.php?bid=179>

آخر دخول ٢٠١٧/١١/١٥ الساعة ٩ صباحاً.

جنسه، وحكم الخلع^(١٧٧) يلحق بحكم الطلاق، فلا يمكن عدّ المسألة خلعاً لنفس الأسباب المتقدمة الذكر، وإن كانت وسيلة متاحة للزوجة إلا أنها وسيلة إختيارية، أي من غير الممكن تصور تدخل المحكمة في مخالعة زوجين دون طلب أحدهما.

ويتيح المشرع الكويتي والسعودي وسائل للزوج والزوجة لطلب الفرقة القضائية أو ما يعرف بالتفريق القضائي، وتقبل الطلبات مسببة بأسباب حددها المشرع^(١٧٨)، لم تكن المسالة التي نحن بصدددها من بينها، ويرى الباحث أن أقرب ما يمكن الحديث عنه هو التفريق للضرر، فهي وسيلة متاحة للزوج والزوجة أن يطلبوا التفريق لحصول الضرر، والزوجة التي يتغير جنس زوجها أو الزوج الذي يتغير جنس زوجته من المؤكد أن يصيبها - يصيبه - ضرراً عن ذلك، لكن هناك مسألة مهمة تمنعنا من إدراج مسألة تغيير الجنس ضمن التفريق للضرر، كون التفريق للضرر وسيلة إختيارية، أي بمعنى آخر لا تستطيع المحكمة أن تتدخل لتفرقهما بدون طلب المتضرر، وهذه نقطة في غاية الأهمية، فلو اتفق الزوجان على البقاء والاستمرار بالعلاقة الزوجية - إن صح التعبير عنها بذلك - رغم تغيير جنس أحدهما، فنحن أمام زواج مثلي، ونجد أن بعض الفقهاء المسلمين يرون أن للقاضي أن يتدخل ويعمل التفريق، الإلزام بالفرقة - وبمنظرهم فسخاً لا طلاقاً - لمن لم يقيم بالواجب، إذ قد يكون

(١٧٧) يعرف الخلع بعض الفقهاء المسلمين على أنه «فراق الرجل زوجته ببذل قابل للعوض يحصل لجهة الزوج وهو مكروه إلا في حال مخالفة ألا يقيما - أو واحد منهما - ما أمر به» مصطفى بن العدوي، مرجع سابق، ص ٦٤.

(١٧٨) التطليق لعدم الانفاق، التطليق للإيلاء، التفريق للضرر، التفريق للغيبة أو الحبس، للمزيد ينظر المواد (١٢٠ - ١٤٥) من قانون الأحوال الشخصية الكويتي، كذلك لدى المشرع السعودي (الطلاق والخلع والفسخ) للمزيد ينظر المادة (١/أ/٣٣) من نظام المرافعات الشرعية، والمادة (٤/٣٣) من اللوائح التنفيذية لنظام المرافعات الشرعية.

حقاً للمرأة في حالات العجز والإيلاء والغيبة الطويلة، ويمكن تصور أن الزوجين لم يقوموا بالواجب، وهذا يمكن عند تطاوع الزوجان عن الإتيان في الدبر فيفرق بينهما،^(١٧٩) وقياساً على ذلك في المسألة موضوع الدراسة يمكن للمحكمة التدخل للتفريق بينهما ويعدّ فسخاً قضائياً، لذا يرى الباحث ضرورة إدراجها كوسيلة جديدة ضمن حالات التفريق القضائي وبالصيغة الآتية:

« ١ - يحال طلب تغيير الجنس إلى دائرة الاحوال المدنية للوقوف على الحالة الزوجية لصاحب الطلب.

٢ - يحال طلب تغيير الجنس إلى اللجنة الطبية المشكلة بمعرفة وزارة الصحة.

٣ - في حال كان رأي اللجنة بالموافقة على تغيير الجنس وكان صاحب الطلب متزوجاً تشعر محكمة الاختصاص لتفريقه عن زوجه قبل إجراء عملية تغيير الجنس. ٤ - يقع التفريق أبدي لتماثل الجنس».

(١٧٩) مصطفى بن العدوي، مرجع سابق، ص ٧٧.

الخاتمة

إنّ ترك مسألة تغيير الجنس دون تدخل تشريعي - المشرع الكويتي - سيلقي على الدولة أعباء ثقيلة في تلافي المشاكل الناتجة عن آثاره، ولا يجدي نفعاً مجرد الإقرار بجواز التغيير - كما فعل المشرع السعودي - من عدمه، إذ يجب أن يوضح المشرع وبطريقة لا تقبل التأويل في معاني متعددة موقفه من مشروعية تغيير الجنس من عدمه، كذلك أن لا يقف عند هذه الخطوة بل يجب أن يتناول الإجراءات الواجب اتباعها والشروط، وقد توصلت الدراسة إلى بعض النتائج والتوصيات هي الآتي:

النتائج:

- ١ - طلب تغيير الجنس يُمكن أن يقوم على تصحيح الخطأ الحاصل في الوثائق الرسمية، كما يمكن أن يكون للكشف عن الجنس الحقيقي الذي يحمله الشخص صاحب الشأن.
- ٢ - تتكون الهوية الجنسية من معايير متعددة والرغبة والميل النفسي لا تمثل المعيار الوحيد.
- ٣ - المعيار النفسي غير كافٍ بمفرده لطلب تغيير الجنس، إلا أن وجوده ضروري مع معايير أخرى لطلب تغيير الجنس.
- ٤ - القاعدة العامة في تحديد جنس المولود في النظام السعودي والقانون الكويتي، اعتماد المعيار الغددي وبالخصوص العناصر التناسلية الخارجية.
- ٥ - بالإمكان استمرار عقد الزواج في حال غير الزوجان جنسهما في الوقت نفسه وكان هناك أطفال.

- ٦ - تغيير الجنس من قبل أحد الخطيبين أثناء مدة الخطوبة ينال حكم عدول الخطيب - الذي غير جنسه - ويعدّ مانعاً من إكمال عقد الزواج.
- ٧ - يقطع تغيير الجنس من قبل أحد الزوجين العلاقة الزوجية.
- ٨ - تغيير الجنس من قبل أحد الزوجين بعد الدخول يقطع العلاقة الزوجية، ويعدّ فسخاً قضائياً موجباً للتفريق.

التوصيات:

- ١ - يتمنى الباحث على المشرع السعودي الكريم تصحيح المادة (٣٩/ب) برفع كلمة (نوع) لرفع الازدواج في التعامل مع مفردة الجنس.
- ٢ - يتمنى الباحث على المشرع الكويتي الكريم تنظيم مسألة تغيير الجنس، بإقرار مشروعيتها وفق شروط محددة وواضحة، ويجد الباحث أهمها الإحالة إلى اللجنة الطبية، ووجود إضطراب في الهوية الجنسية، كذلك تصحيح الازدواج الحاصل في تناول المصطلح محل الدراسة، برفع كلمة نوع الطفل واستبدالها بـ جنس الطفل في المادة (٢) من قانون رقم (٣٦) لسنة ١٩٦٩ في شأن تنظيم قيد المواليد والوفيات.
- ٣ - يتمنى الباحث على المشرعين الكريمين.
 - من يحضر الولادة من الكادر الطبي ملزم بتسجيل أي ملاحظات قد تبدو غريبة على ظاهر الأعضاء التناسلية الخارجية في ملحق لشهادة الولادة، على أن يعرض المولود على لجنة طبية قبل إصدار الشهادة.
 - ضرورة إلزام اللجان الطبية المرشحة لتقديم تقريرها بخصوص طلبات تغيير الجنس أن يتضمن تقريرها الموقف بوضوح بالنسبة للمعيار الوراثي.



- اشتراط بلوغ صاحب الشأن العمر القانوني، للوقوف على مصداقية المعيار النفسي وثباته.
- تغيير الجنس اثناء مدة الخطوبة من قبل أحد الخطيبين يكون مانعاً من إتمام عقد الزواج.
- في حال تغيير أحد الزوجين جنسهما قبل الدخول، يكون التغيير مانعاً من استمرار عقد الزواج ويفرق بينهما أبدياً.
- يعدّ عقد الزواج في حكم المعدوم عندما تكون حالة الخُنْثي - الزوج أو الزوجة - قبل عقد الزواج.
- في حال تغيير جنس أحد الزوجين أثناء العلاقة الزوجية تعدّ حالة من حالات التفريق القضائي وللمحكمة التدخل لتفريقهما من نفسها دون الحاجة لطلب أحدهما.
- إحالة صاحب الشأن في طلب تغيير الجنس القائم على تصحيح الغلط الوارد في الوثائق الرسمية إلى اللجنة الطبية، للوقوف على حقيقة الهوية الجينية لصاحب الشأن.

Ruling of Transsexuality and its effect in marriage Contract According to Saudi System and Kuwaiti Law “A Comparative Study”

By

Fahim Abdulelah Alshayea*

Abstract

Our world lives a dual system (male and female), the social balance in roles performance and the continuation in the conservation of offspring among the world communities. Against this order, which forms the general base, there are some exceptions regarding those who suffer from sexual identity disorder. They stand in a mysterious area belongs to both sex types (male and female, meanwhile, there is nothing to make it clear whether they are males or females. This aspect is considered as the psychological justification in the tendency to get rid of this case to demand a transsexuality, which is illegal in all cases because it is not authorized by all lawmakers since it is a single justification and not supported by another one.

At the time transsexuality becomes a legitimate right, whether by hormone medicaments or by surgical operations, it will result in some effects especially those relate to marriage contract, which this study cares about, regarding the continuation and nature of ending the marital relationship according to the Saudi system and Kuwaiti legislation.

This study has concluded several results and recommendations, which the most significant of them all is setting up organized and clear laws concerning transsexuality according to legislation point of view, “provisions and procedures”.

Keywords / sex change, straighteningsex, bisexual, homosexuality, sex change processes, marriage contract.

Décision de transsexualité et son effet dans le mariage contrat selon le système saoudien et le droit koweïtien “Une étude comparative”

Par

Fahim Abdulelah Alshayea *

Abstrait

Notre monde vit un système dual (masculin et féminin), l'équilibre social dans les rôles de performance et la continuation dans la conservation des descendants parmi les communautés mondiales. Contre cet ordre, qui forme la base générale, il y a quelques exceptions concernant ceux qui souffrent de trouble d'identité sexuelle. Ils se trouvent dans une zone mystérieuse appartient aux deux types de sexe (mâle et femelle), en attendant, il n'y a rien pour faire comprendre si elles sont des mâles ou des femelles. Cet aspect est considéré comme la justification psychologique dans la tendance à se débarrasser de cette affaire pour exiger une transsexualité, ce qui est illégal dans tous les cas parce qu'il n'est pas autorisé par tous les législateurs, car il est une seule justification et non soutenue par un autre Un.

Au moment où la transsexualité devient un droit légitime, que ce soit par des médicaments hormonaux ou par des opérations chirurgicales, il en résultera certains effets en particulier ceux liés au contrat de mariage, dont cette étude se soucie, en ce qui concerne la continuation et la nature de mettant fin à la relation conjugale selon le système saoudien et la législation koweïtienne.

Cette étude a abouti à plusieurs résultats et recommandations, dont le plus significatif est la mise en place de lois organisées et claires concernant la transsexualité selon le point de vue législatif, les «dispositions et procédures».

Mots-clés/changement de sexe, redressant le sexe, bisexuels, homosexualité, processus de changement de sexe, contrat de mariage

قائمة المراجع

أولاً: الكتب - المراجع العامة:

١. ابن رجب الحنبلي (٧٢٦ - ٧٩٥)، جامع العلوم والحكم، تحقيق شعيب الأرنؤوط، ابراهيم باجس، مؤسسة الرسالة، ٢٠٠١.
٢. أبو اليقظان عطية الجبوري، حكم الميراث في الشريعة الإسلامية (ط ١)، الاردن، دار جنين، جامعة اليرموك، الأردن، ١٩٩٥.
٣. أبو علي الفضل بن حسن الطبرسي، مجمع البيان في تفسير القرآن/ الجزء ٤/٣، دار إحياء التراث العربي، بيروت ٢٠٠٥.
٤. أبي إسحاق بن علي بن يوسف الشيرازي، المذهب (ط ٢)، مطبعة مصطفى، القاهرة، ١٩٥٩.
٥. أبي الحسن أحمد بن فارس بن زكريا (١٨٦٩)، معجم مقاييس اللغة (ط ٢)، مطبعة الحلبي وأولاده، سوريا.
٦. أحمد بن محمد بن علي المقرئ الفيومي، المصباح المنير في غريب الشرح الكبير للرافعي، دار الفكر، القاهرة، (د.س.ن).
٧. أحمد محمد شاكر، نظام الطلاق في الإسلام، مكتبة السنة للنشر والتوزيع، القاهرة، ١٣٥٤هـ، ص ١٢، نسخة الكترونية متاحة على الرابط:
<http://waqfeya.com/book.php?bid=179>
٨. أحمد محمد الطيب، الفتاوى الإسلامية من دار الافتاء المصرية/ مجلد ٢٧، مطبعة دار الكتب والوثائق القومية، القاهرة، ٢٠١١.
٩. أنس، ابراهيم أنس وآخرون، المعجم الوسيط /ج ١ (ط ٤)، مكتبة الشروق الدولية، القاهرة، ٢٠٠٤.
١٠. القاضي ابي يعلى، المسائل الفقهية من كتاب الروايتين والوجهين/ ج ٢، تحقيق الدكتور عبد الكريم محمد اللاحم، مكتبة المعارف، الرياض، ١٩٨٥.

١١. سحنون بن سعيد التنوخي، المدونة الكبرى لإمام دار الهجرة مالك بن أنس الاصبحي / ج ٣، مصر، مطبعة السعادة، مصر ١٣٣٣هـ.
١٢. شمس الدين الشيخ محمد عرفة الدسوقي ت: ١٢٣٠هـ، حاشية الدسوقي / ج ٤، القاهرة، احياء الكتب العربية مطبعة عيسى البابي، القاهرة (د.س.ن).
١٣. شمس الدين محمد بن محمد بن عبد الرحمن المغربي، ت: ٩٥٤هـ، مواهب الجليل لشرح مختصر خليل / ج ٥، بيروت، دارالفكر، بيروت، ١٩٩٢.
١٤. صالح المرزوقي، قرارات المجمع الفقهي الاسلامي بمكة المكرمة، رابطة العالم الاسلامي، مكة، ٢٠٠٤.
١٥. د. عبد المنعم ابراهيم البدر اوي، المدخل للعلوم القانونية، النظرية العامة للقانون والنظرية العامة للحق، دار النهضة العربية، بيروت، ١٩٦٦.
١٦. علاء الدين أبو بكر بن مسعود بن أحمد الكاساني (ت: ٥٨٧هـ)، بدائع الصنائع في ترتيب الشرائع، دار الكتب العلمية، بيروت، ١٩٨٦.
١٧. محب الدين الخطيب، فتح الباري شرح صحيح البخاري، تحقيق محمد فؤاد عبد الباقي، دار المعرفة، بيروت، ١٣٧٩هـ، ٣٧٦/١١.
١٨. محمد أبو زهرة، أحكام التركات والمواريث، دار الفكر العربي، القاهرة، ١٩٨٧.
١٩. محمد الفيروز آبادي، القاموس المحيط (ط ٨)، مؤسسة الرسالة، لبنان، ٢٠٠٥.
٢٠. محمد بن مكرم بن علي أبو الفضل وجمال الدين بن منظور الرويفعي (ت: ٧١١هـ)، لسان العرب / ج ٥ (ط ٣)، دار صادر للنشر والتوزيع، بيروت، ٢٠١٠.
٢١. د. محمد سامي الشواط، مسؤولية الأطباء وتطبيقاتها في قانون العقوبات، دار النهضة العربية، القاهرة، ٢٠٠٣.
٢٢. مصطفى بن العدوي، أحكام الطلاق في الشريعة الإسلامية، مكتبة ابن تيمية، القاهرة، ١٩٨٨.
٢٣. منصور بن يونس بن إدريس البهوتي، كشف القناع عن متن الإقناع / ج ٤، مكتبة النصر الحديثة، الرياض، ١٩٨٣.

٢٤. صحيح البخاري للإمام محمد بن اسماعيل أبو عبد الله البخاري، كتاب اللباس، رقم الحديث (٥٥٤٦)، نسخة الكترونية متاحة عبر الرابط:

<http://hadith.alislam.com/Page.aspx?pageid=192&BookID=24&PID=5649>

٢٥. صحيح مسلم، كتاب اللباس والزينة، رقم الحديث (٣٩٧٣)، نسخة الكترونية متاحة على الرابط:

http://library.islamweb.net/hadith/display_hbook.php?bk_no=158&hid=3973&pid=107833

٢٦. أبو علي الفضل بن حسن الطبرسي، مجمع البيان في تفسير القرآن/ الجزء ٤/٣، دار احياء التراث العربي، بيروت (٢٠٠٥)، ص ١١٣.

ثانياً: الكتب - المراجع المتخصصة:

١. ابراهيم محمد منصور الشحات، أحكام الزواج في الشريعة الإسلامية، (ب.س.ن)، نسخة الكترونية PDF.

Created with Pdf Factory Pro Trial Version by www.pdfactory.com

٢. د. أسامة رمضان الغمري، الجرائم الجنسية من الواجهة الشرعية والطبية، دار الكتب القانونية، القاهرة، ٢٠٠٥.

٣. د. أحمد محمود سعد، تغيير الجنس بين الحظر والاباحة (ط ١)، دار النهضة العربية، القاهرة، ١٩٩٣.

٤. د. جورج فيدكر، وآخرون، القانون المدني الفرنسي بالعربية، جامعة القديس يوسف، بيروت، ٢٠١٢ للطبعة العربية دالوز.

٥. د. جين ماينشاين، لمن الرأي في الحياة (ط ١)، ترجمة، عمر سعيد الأيوبي، المنظمة العربية للترجمة، بيروت، ٢٠١٣.

٦. د. زهير أحمد السباعي ود. محمد علي البار، الطبيب أدبه وفقهه، دمشق، دار القلم، الدار الشامية، بيروت، ١٩٩٣.

٧. د. عصام أحمد محمد، النظرية العامة للحق في سلامة الجسم، د.د.ن. مصر، ١٩٨٨.
٨. د. علي حسن نجيدة، بعض صور التقدم العلمي وانعكاساتها القانونية / التلقيح الصناعي وتغيير الجنس، بدون دار نشر، القاهرة، ١٩٩٠.
٩. علي غالب ياسين، علم التشريح (ط ١)، دار الحرية للطباعة، بغداد، ١٩٨٥.
١٠. فراس حسني ابراهيم، تبرير المساس بالحرمة الجسدية (ط ١)، دار الجندي للنشر، عمان، ٢٠١٥.
١١. د. فرج سالم، وسائل الاخصاب الطبي المساعد وضوابطه «دراسة مقارنة» (ط ١)، مكتبة الوفاء القانونية، الإسكندرية، ٢٠١٢.
١٢. محمد حسين الحمود، ووليد حميد يوسف، العلوم البيولوجية / علم الأجنة الطبي (ط ١)، الأهلية للنشر والتوزيع، لبنان، ٢٠٠٥.
١٣. د. محمد حسين منصور، المسؤولية الطبية، دار الفكر الجامعي، الإسكندرية، ٢٠٠٦.
١٤. محمد رافت عثمان (١٩٧٧)، عقد الزواج أركانه وشروط صحته في الفقه الاسلامي، دار الكتاب الجامعي، القاهرة، ١٩٧٧.
١٥. د. محمد علي البار، خلق الإنسان بين الطب والقرآن، الدار السعودية للنشر والتوزيع، المملكة العربية السعودية، ١٩٩١.
١٦. د. محمد علي البار ود. ياسر صالح جمال، الذكورة والأنوثة بين التصحيح والتغيير والاختيار، مركز النشر العلمي، جدة، ٢٠٠٦.

ثالثاً: الرسائل الجامعية:

١. أنس محمد ابراهيم بشار، تغيير الجنس واثره في القانون المدني والفقه الإسلامي «دراسة مقارنة»، أطروحة دكتوراه، جامعة المنصورة، كلية الحقوق، ٢٠٠٣.

٢. سلطان الجمال، معصومية الجسد، رسالة ماجستير، جامعة القاهرة كلية الحقوق، مصر، ٢٠٠٠.
٣. حبيبة سيف سالم راشد الشامسي، النظام القانوني لحماية جسم الإنسان، أطروحة دكتوراه، جامعة عين شمس، كلية الحقوق، ٢٠٠٥.
٤. عاصم عصام محمود، تغيير جنس الإنسان دراسة في القانون الجنائي والشرعية الإسلامية، رسالة ماجستير، جامعة بغداد كلية القانون، العراق، ٢٠٠٤.
٥. محمد سامي السيد الشوا، الحماية الجنائية في الحق في سلامة الجسم، أطروحة دكتوراه، جامعة عين شمس كلية الحقوق، مصر، ١٩٨٦.

رابعاً: الأبحاث المنشورة في الدوريات:

١. الدسوقي، حالة الجنس للأطفال الذين يعانون من مشاكل ثنائي «وجهة نظر مصري» المجلة المصرية للجراحة، مصر، ٢٠٠١، ع (٢)، (٤٩٩ - ٥١٥).
٢. د. رقيه طه جابر العلواني، قراءة في جدلية المصطلحات والمفاهيم الوافدة «قضايا المرأة نموذجاً»، مجلة أصول الدين، ٢٠١٦، ع (١)، (٢٦٧ - ٢٩٢).
٣. د. طارق حسن كسار، مشروعية التحول الجنسي في الفقه الإسلامي، مجلة كلية التربية للعلوم الإنسانية، العراق، ذي قار، ٢٠١٥، مجلد (٥)، ع (١)، (٢٣٦ - ٢١٠).
٤. د. علي حسن نجيدة، الغلط ومعياره بين القانون الوضعي والشرعية الإسلامية، مجلة القانون والاقتصاد، مصر، ١٩٨٨، ع (٥٨)، (٩٥ - ٢١٠).
٥. عمار محمد الأمين، الآثار القانونية المترتبة على تغيير الجنس، مجلة القانون والأعمال، ٢٠١٤ - ١ - ٥٠، ص ٢٠ منشور على الموقع الإلكتروني: <http://www.droitentreprise.com>
٦. د. فواز صالح، جراحة الخنوثة وتغيير الجنس في القانون السوري، مجلة جامعة دمشق، سوريا، ٢٠٠٣، مجلد ١٩، ع (٢)، (٤٩ - ٧٧).

٧. د. محمد الكشور، تغيير الاسم الشخصي المصاحب لتغيير الجنس، المناهج القانونية، المغرب، ٢٠١١، ع (١٥ - ١٦) ن (٣١ - ٤٤).
٨. د. منصور عبد السلام الصرايرة، جراحة الخنثة وتغيير الجنس: دراسة في ضوء الشرائع السماوية والتشريع الاردني، مجلة الحقوق، الكويت، ٢٠١١، مج ٣٥ (٤٤)، (٢٨٥ - ٣٧٠).
٩. نجيم عامر، تغيير الجنس بين المنع والإباحة» دراسة مقارنة»، مجلة الفقه والقانون، المغرب، ٢٠١٥، ع (٣٣)، (٧٣ - ٨٢).
١٠. هند عقيل، الجنسية المثلية (العوامل والاثار)، مجلة دراسات في الخدمة الاجتماعية والعلوم الإنسانية، السعودية، ٢٠١٣، ع (٣٤)، (٢٤٤٢ - ٢٤٧٥).

خامساً: المصادر الالكترونية:

١. بدر البدر، نظرية الجندر والهوية الجندرية، ٢٠١٦، مقال منشور عبر شبكة الانترنت على الموقع الالكتروني www.araposts.com.
٢. القاموس الطبي / مقال مصطلحات طبية متاح على الموقع الالكتروني www.attibbi.com، تاريخ الزيارة ١٤/٤/٢٠١٧، الساعة الرابعة عصراً.
٣. Legal Service Providers. <http://www.justicetrans.com/alberta.html>.
٤. JURISALOU, A blog on Tunisian law is available on the electronic link <http://jurisaloui.blogspot.com/2007/12/blog-post.html>.
٥. <http://www.justicetrans.com/alberta.html>.

سادساً: المجلات:

١. مجلة البحوث الإسلامية، الرياض، العدد (٤٩)، ١٤١٧هـ.
٢. مجلة الفتوى والتشريع، الكويت، العدد الحادي عشر، ٢٠٠٣.
٣. مجلة المحامون السورية / سنة ٦٧ / العددان ٨/٧ لسنة ٢٠٠١.
٤. مجموعة الفتاوى الشرعية / قطاع الافتاء والبحوث الشرعية / الجزء الثاني (١٩٨٤).

Foreign References

English Reference

1. Amador, Bernard, The Relation of Physical and Sexual Abuse to Limbic System Functioning and Sociomoral Reasoning in male sex offenders, dissertation doctor of philosophy Submitted to north central university grauate faculty of the school of behavioral and health sciences, 2011.
2. Boulrier, William. "Sperm, Spleens and Other Valuables: The Nee to Recognize Property Rights in Human Body Parts (1995)". Hofstra Law Review 23: 693-731.
3. Carew, Lisa, Georgia Dacakis, and Jennifer Oates. "The effectiveness of oral resonance therapy on the perception of femininity of voice in male-to-female transsexuals". Journal of Voice 21.5 (2007); 591-603.
4. Caruso, Steven Jeffrey, Dream Content of Male-to-Female Postoperative, Transsexuals, Doctor Of Philosophy Clinical Psychology a dissertation submitted To Pacifica Graduate Institute, 2012.
5. Coombs, Mary. "Sexual dis-orientation: Transgendered people and same-sex marriage". UCLA women's Lj 8 (1997): 219-266, p. 225, online <http://escholarship.org/uc/item/57g1r3mr>.
6. Fenway Health Organization in transgender, 2010, Article Online at <http://www.piedmont-health.com/transgender.html>
7. Fox, Melodie J. Gender as an "interplay of rules": Detecting epistemic interplay of medial and legal discourse with sex and gender classification in four editions of the Dewey decimal classification. Diss. TheUniversity of Wisconsin-Milwaukee, 2015.
8. Gabriel (G), Spain-sex change and Court, Journal of family law, 1990, 29, p. 427-428.
9. Macleaod, John, Davidson's principles and practice of Medicine (thirteenth edition), Churchill Livingstone, Edinburch London, Melbourne and New York (Psychiarty), 1981.
10. Kelly, Reese C. Borders that matter: Trans identity management. State University of New York at Albany, 2012.
11. Meir, Dan-Cohen, Defending Dignity, Series: Built Working Papers in Public Law, 2002, permalink; <http://escholarshiporg/uc/item/23x3800f>.

12. Mishell, Daniel R. *Mishell's Textbook of infertility, contraception, and reproductive endocrinology*. Blackwell Science, 1997.
13. Saeidzadeh, Zara. "Transsexuality in contemporary Iran: Legal and social misrecognition." *Feminist Legal Studies* 24.3 (2016): 249-272.
14. The Law Sweden's Gender Recognition Act (1972: 119) as reformed in 2012, publication via the website: <http://tgeu.org/sweden-gender-recognition-act-reformed-2012/>.
15. Zainuddin, Ani Amelia, and Zaleha Abdullah mahdy. "The Islamic perspectives of gender-related issues in the management of patients with disorders of sex development." *Archives of sexual behavior* 46.2 (2017): 353-360.
16. Zhiharea, Natalia P. *Interpretative phenomenological analysis of projective drawings of pre-operative male-to-female transgender individuals perception of their genitalia*. Pacifica Graduat Institute, 2014.

French references

1. A. Green, la, "Sexualisation ET son economie", *Rev, Francise de psychaalyse*, no 5 ET 6, 1975.
2. Arrêt de la cour Européenne des Droits de l'homme, 22/4/2006, Grataloup, Citant Dalloz, 1997.
3. Arrêt de la Cour Européenne des Droits de l'home, section: 17; 18/4/2006, DICKSON V. UK, petition no: 44362/04, publication evue Lamy droit civil, Lambert.
4. Agostini, suspension: Pluytte, Bull, Civi, Cour De Cassation, 1er Chambre Civile, 13/3/2007.
5. A. Laude, "Le patient, nouvel acteur de santé?" *Revue Critique de Droit International privé*, Dalloz, 2007.
6. Cour d'appel de Paris, 18 janvier 1974: D. 1974, p. 196, conclusion Granjon, citant: Par Daniel Borrillo, Juriste. (2015), Mettons fin à la catégorie sexe, online http://www.liberation.fr/debats/2015/10/21/mettons-fin-a-l-categoriesexe_1407885, Jeire d'entrée 2/5/2017 at 12:30.
7. E. Dreyer, "La dignité oppose à la personne", *Revue Critique de Droit International Privé*. Dalloz. 2008.

8. Grunberger, Michael. "Die Reform des transsexuellengesetzes: Grober wurf oder kleine Schritte?" Transsexualität und intersexualität, Medizinische, ethische, soziale und juristische Aspekte, Berlin (2008): 81-110. P. 89. IST per Mail Link vefugbar <http://www.uni-koeln.de/jurfak/bhgg/personen/gruenberger/tsgpdf>, 81512017.
9. J. Penean, la famille, Montréal Presse de l'universite de Montreal no: 95. 1972.
10. Rapport Massib. Cour de cassation, 1er chamber Civile, 26/12/1983: Bulletin des arrêté des chambres civiles de la cour de cassation, no: 38. 1983.
11. Revue Critique de Droit International Privé, Dalloz, 2002.
12. Roman, D. Identité de genre, droit ET medicine; UN débat à bas bruit". Raison publique, www.Raison-publique.Fr/article530.Html (2012), EST disponible sur le site <http://www.raison-publique.fr/article530.html>.
13. R. Lindon, "Aspects Juridiaue du transsexualisme", Rec. gen. lois 545, trib. Cit. gr. Inst, seine, 18 jone. 1965, J.C.P, 1965-4-1421; D. 1966 Somm.
14. R. Nersoni, "l'influence de la biologie de la medicine modernes sur le droit civil", in étude de droit contemporain, Paris Ed, de l'cpargn. 1970.
15. Thouvenin, D. "Le transsexualisme, une question d'état méconnue". Rev. Dr. san (1979): 291-316.

مدى شرعية أسانيد سيادة إسرائيل على القدس في القانون الدولي العام

إعداد: د. السيد مصطفى أحمد أبو الخير

أستاذ القانون الدولي العام، كلية القانون البيضاء ليبيا سابقاً

الملخص

القدس أولى القبلتين وثالث الحرمين، مسرى رسول الله ﷺ، وهى الأرض التي بارك الله فيها وحولها، وعروس العروبة، قلب فلسطين النابض، تعرضت للمؤامرات كبقية فلسطين المحتلة، بل حظها من المؤامرات كان أكثر وأكبر، في هذا البحث المعنون بمدى شرعية أسانيد سيادة إسرائيل على القدس في القانون الدولي العام، وهى الأسانيد التي ذكرت في بيان إعلان استقلال دولة إسرائيل في ١٥/ مايو ١٩٤٨م في تصريح بلفور وصك الإنتداب وتوصية التقسيم بقرار الجمعية العامة للأمم المتحدة رقم (١٨١) لسنة ١٩٤٧م، وهى التي تعتمد عليها إسرائيل في بسط سيطرتها على القدس الشريف، وسوف نتعرض بالدراسة لكل سند منها في مبحث مستقل طبقاً لقواعد وأحكام القانون الدولي العام في عهد العصبة وفي ميثاق الأمم المتحدة وقرارات الجمعية العامة ومجلس الأمن، لنرى مدى شرعيتها من عدمه، وهل تتفق مع القانون الدولي أم تخالفه، تكون البحث من:

- مقدمة.
- المبحث الأول: تصريح بلفور في ضوء أحكام القانون الدولي.
- المبحث الثاني: صك الإنتداب في القانون الدولي العام.
- المبحث الثالث: توصية التقسيم رقم (١٨١) لسنة ١٩٤٧م في القانون الدولي.
- الخاتمة.

مقدمة

موضوع البحث وإشكاليته:

يتلخص موضوع البحث في عرض الأسس التي تعتمد عليها إسرائيل في فرض سيادتها وسيطرتها على القدس في ضوء قواعد القانون الدولي لبيان مدى شرعية تلك الأسس سواء في عهد عصبة الأمم أو في ميثاق الأمم المتحدة وفي قرارات الجمعية العامة ومجلس الأمن وأيضاً دور محكمة العدل الدولية، في النهاية بيان التكييف القانوني لسيادة وسيطرة إسرائيل على القدس.

أهداف البحث:

يهدف البحث لبيان عدم شرعية ليس فقط الأسانيد التي تستند إليها إسرائيل في السيطرة على القدس فقط بل على فلسطين كاملة، وبيان مخالفتها للقواعد الآمرة والأحكام العامة في القانون الدولي العام، مما يصيب تلك الأسس أو بالأصح المزاعم في مقتل ويجعلها في نظر القانون الدولي العام منعدمة / باطلة بطلاناً مطلقاً، بمعنى أنها ليست تصرفاً قانونياً بل عمل مادي لا يرتب عليه القانون الدولي أي آثار قانونية ولا يصححه رضاء الخصوم.

أهمية البحث:

تكمن أهمية البحث: في بيان عدم شرعية وجود دولة يهودية في فلسطين المحتلة، ويكشف للعالم زيف أباطيل ومزاعم اليهود في ادّعاءاتهم بأن لهم حقاً تاريخياً في أرض فلسطين، وأن وجودهم في فلسطين بغرض قيام دولة يهودية غير شرعي وغير قانوني، ويؤكد على حق الشعب الفلسطيني في أرضه وحقه في تقرير مصيره السياسي والاقتصادي، وكذلك حقه في الدفاع عن

نفسه وأرضه وأن وجود قيام دولة يهودية في فلسطين منعدم قانوناً وأنها قوة احتلال بكل ما يحمل المصطلح من معان ودلالات في القانون الدولي العام.

منهج البحث:

يعتمد البحث على النهج التأصيلي التحليلي لقواعد القانون الدولي العام، والدراسة التأصيلية تعتمد على الإستقراء الذي يسعى للتوصل للمبادئ الكلية والأصولية من واقع الحكم على الجزئيات. أما الدراسة التحليلية فتبدأ بالمبادئ الكلية أو الأصولية نولاً بأحكامها على الجزئيات. مع حرصنا على الالتزام بمنهج فقهي وعملي في ذات الوقت. كما أتبعنا في البحث المنهج العلمي البعيد عن العاطفة والأهواء وسوف نعرض الآراء المعارضة في كل فكرة مع مناقشتها، سعياً لبيان الحقيقة اعتماداً على الدليل الصحيح دون تعصب لأي رأي بعيد عن الحق والعدل.

الكلمات الافتتاحية:

شرعية، أسانيد، سيادة، إسرائيل على القدس.

المبحث الأول

تصريح بلفور في ضوء أحكام القانون الدولي

نشطت المنظمة الصهيونية إبان مؤتمر الصلح في باريس عام ١٩١٩، وتقدمت بمذكرة للمؤتمر بتاريخ ٣ شباط (فبراير) وناقشها المؤتمر بتاريخ ٢٧ شباط، للحصول على موافقة المؤتمر على إقامة وطن قومي لليهود في فلسطين، وقرر مؤتمر الصلح عدم الموافقة على المطالب الصهيونية، ورفض الاعتراف بما سمي الحق التاريخي لليهود في فلسطين^(١) ولكن عمدت بريطانيا استكمال مخططها الرامي إلى تنفيذ تصريح بلفور، وايضا مشروع صك الإنتداب على فلسطين. يتضمن تصريح بلفور باعتباره جزءاً لا يتجزأ من صك الإنتداب، وقامت بتقديمه في ٧ ديسمبر عام ١٩٢٠م لسكرتارية عصبة الأمم، لاعتماده من قبل مجلس العصبة، وصدق المجلس على الصك في صيغته النهائية في ٢٤ يوليو عام ١٩٢٢م، ودخل حيز النفاذ في ٢٩ سبتمبر عام ١٩٢٣م^(٢).

وظلت السيادة للعرب على فلسطين بما فيها القدس الشريف منذ إنشائها في القرن (٢٥) قبل الميلاد حتى تم احتلالها من قبل بريطانيا عام ١٩١٧م، ومنذ ذلك التاريخ تعرضت فلسطين وخاصة القدس والسيادة عليها لأحداث جسام بعد هذا الاحتلال، ومعلوم طبقاً للقاعدة المستقرة في القانون الدولي أن الاحتلال لا ينقل السيادة ولا يؤثر فيها، لأن الاحتلال واقعة مادية بل أصبح جريمة في القانون الدولي المعاصر، ومن أهم الأحداث الجسام التي تعرضت لها فلسطين وخاصة القدس الشريف وأثرت في السيادة عليها كان تصريح بلفور عام ١٩١٧م، وهو موضوع هذا المبحث.

(١) هنري كتن، قضية فلسطين، السلطة الوطنية الفلسطينية: وزارة الثقافة - رام الله، ١٩٩٩، ص ٣٠.

(٢) Ingrams SOREEN. Palestine Papers 1971-1922 scads of conflict. London 1972, p. 104.

ففي الثاني من نوفمبر عام ١٩١٧م أرسل بلفور وزير خارجية بريطانيا في ذلك الحين، كتاب إلى اللورد روتشيلد أحد أثرياء يهود البريطانيين، يتضمن تصريحاً بإقامة وطن قومي لليهود في فلسطين بما فيها القدس، وقد اتخذ اليهود من ذلك التصريح سنداً قانونياً للإستيلاء على كل فلسطين، وقد جاء ذلك نصاً في وثيقة استقلال إسرائيل المعلنه في مايو/أيار عام ١٩٤٨م، لذلك سوف نقوم بعرض هذا التصريح على قواعد وأحكام ومبادئ القانون الدولي لبيان مدى قانونيته وشرعيته، وما هي الآثار التي يمكن أن يترتب عليه القانون الدولي، وهل له تأثير على سيادة العرب على القدس أم لا؟ وما مدى هذا التأثير وما نطاقه؟ أم أنه منعدم وباطل قانوناً ولا يترتب عليه أي آثار قانونية ولا يؤثر على سيادة العرب على كامل فلسطين من النهر إلى البحر بما فيها القدس.

ولدراسة تصريح بلفور من الناحية القانونية نبدأ أولاً بالتسمية التي تطلق عليه وهي (وعد بلفور) وهذه التسمية الدارجة ترجمة غير صحيحة لعنوان هذه الوثيقة فقد ورد المصطلح الإنجليزي (The Balfour Declaration) أي (تصريح بلفور)^(٣) وهذه الترجمة الصحيحة للكلمة الإنجليزية (Declaration). وقد أستخدم الميثاق الوطني الفلسطيني مصطلح تصريح وليس وعد، علماً بأن النص الإنجليزي المعتمد يستخدم كلمة Declaration أي تصريح وليس Promise وعد.

(٣) الدكتور أنيس فوزي قاسم. وعد بلفور في القانون الدولي، حلقة نقاش «وعد بلفور: مئوية مشروع استعماري.. أي مستقبل للمشروع الصهيوني؟!»، الذي أقامه مركز الزيتونة للدراسات والاستشارات، بالاشتراك مع المؤتمر الشعبي لفلسطيني الخارج، والمركز العربي الدولي للتواصل والتضامن، في بيروت، في ١٧/١١/٢٠١٧، ص ٥. على حسين خلف. الأطماع الاستعمارية البريطانية في فلسطين، شؤون فلسطينية، العدد ٦٧، ١٩٧٧م، ص ٨٣. أحمد مرعشلي، الموسوعة الفلسطينية، الجزء الأول، هيئة الموسوعة الفلسطينية، دمشق، عام ١٩٨٤م، ص ٤١٦.

والتصحيح هنا بين (وعد) و(تصريح) ليس مجرد تصحيحاً لغوياً فقط، بل قانوني أكثر منه لغوي، ويترتب عليه آثار قانونية فعالة ومؤثرة. فالوعد ملزم قانوناً لصاحبه، لأنه تعهد يفرضه الشخص على نفسه لصالح غيره. وهو عمل مضاف إلى المستقبل. كما أن كلمة (وعد) لم ترد لا في عنوان الوثيقة ولا في نصّها، وقد ورد في مطلع التصريح (أن حكومة صاحب الجلالة «تنظر بعين العطف) وهي جملة لا تدل على أي التزام أو تعهد أو وعد. كما أن بلفور لم يكتب هذا التصريح بنفسه، بل صاغته لجنة صهيونية، وقد تمت مناقشة ست مسودات للتصريح من قبل الحركة الصهيونية حتى تم اعتماد صيغته النهائية، وقد تكون التصريح من (١١٧) كلمة إنجليزيه ومن (٦٧) كلمة غير عنوانه، وتكون من (٧٢) كلمة عربية^(٤) واستمرت صياغته عامان.

اتفق فقهاء القانون الدولي على أن تصريح بلفور وثيقة غامضة عن عمد، حيث نصت الوثيقة على تعهدين، اعتبرتهما لجنة بيل اللجنة الملكية للتحقيق عام ١٩٣٧م متناقضين، التعهد الأول (أن تنظر بريطانيا بعين العطف إلى إنشاء وطن قومي يهودي في فلسطين) الغموض هنا يتعلق بطبيعة هذا الوطن، وحسب هذا التصريح يجب أن ينشأ هذا الوطن وهذا هو التعهد الثاني، بشرط حماية الحقوق المدنية والدينية للطوائف غير اليهودية التي كانت تشكل (٩٣٪) من سكان فلسطين وهم الذين تم تجنبهم بصورة متعمدة، ولم يحدد التصريح المركز القانوني لسكان البلاد الأصليين العرب، في هذا الوطن القومي أو طبيعته، كما لم يحدد التصريح نطاق هذا الوطن وحدوده، لذلك كانت هناك تفسيرات وشروح متعددة لهذا التصريح^(٥).

(٤) كمال قبعة. مسؤولية بريطانيا عن عدم شرعية وعد بلفور، مجلة شؤون فلسطينية، العدد ١٦٦، شتاء ٢٠١٦م، ص ١. عبد الغني سلامة، المقدمات التاريخية والسياسية لوعد بلفور، قضايا إسرائيلية عدد (٦٥)، ص ٢٥.

(٥) سحر الهندي. التأسيس البريطاني للوطن القومي لليهود ١٩٢٠ - ١٩٢٥م، مؤسسة الدراسات الفلسطينية، بيروت ٢٠٠٣م، ص ٢٢ - ٢٨.

إن صياغة هذا التصريح تتميز بالغموض المقصود والتعتيم المتعمد، كما أنه لا يزال مثار جدل وأخذ ورد وتفسير متجدد وخلاف قانوني وسياسي بين فقهاء القانون الدولي وعلماء السياسة^(٦) ومازال يؤثر في الأحداث حتى يومنا هذا، مما يؤكد على ضرورة بحثه وتناوله بالدراسة، كما أن هذا التصريح قد أعد على أساس نظرية الغموض البناء، التي تتعمد الصياغة الغامضة، لتوظيفها في اتجاهين متعارضين يكمل كل منهما الآخر، وهذان الاتجاهان هما العمل على تهدئة الطرف أو الأطراف المستهدفة، بصيغ وعبارات مقبولة ظاهرياً. وإتاحة الفرصة للطرف الأقوى، ليتمكن من تفسير المتغيرات الإقليمية والدولية بطريقة تخدم أهدافه واستراتيجياته العليا بطريقة تدريجية، يمرر من خلالها ما كان مستعصياً على القبول، في بداية الأمر^(٧).

فقد قامت بريطانيا بوحدة من أكبر وأخطر جرائم تزيف الحقائق الدولية، بهدف نفي صفة الوجود عن الشعب الفلسطيني حتى لا يعتبر هو الشعب المقصود بالاستقلال، ومنح تلك الصفة لشتات من الأفراد، ولجماعات تنفي عنها صفة الوجود كشعب، كما شملت عمليات التزييف حقائق الواقع الديموغرافي والسياسي والقانوني في فلسطين، لتنفي عن الشعب الفلسطيني صفة الوجود كشعب، وتصفه بالطوائف غير اليهودية، كما ورد في تصريح بلفور وفي مقدمة قرار مجلس العصبة المتعلق بصك الإنتداب فنص على (أن يفهم جلياً أنه لن يؤتى بعمل من شأنه أن يضر بالحقوق المدنية والدينية التي تتمتع بها الطوائف غير اليهودية الموجودة الآن في فلسطين).

وبالمقابل قامت باختراع مكون تنفي عنه صفة الوجود القانوني وهو الشعب اليهودي، لتوحي أنه المقصود بالإشارة إليه ضمن الفئة (أ) في المادة

Leonard stein. The Balfour Declaration, London, 1961, pp. 616-617.

(٦)

Lloyd George. The Truth about the Pease vol.2, p. 1136 and Chaim Weizmann, Treal and Error: The Autobiography of chaim weizmann, New York, Harper and Row, 1966, p. 260.

(٧)

(٢٢) من ميثاق عهد عصبة الأمم، على اعتبار أنه الأمة الجاهزة للاستقلال في فلسطين والتي تحتاج إلى معونة ومساعدة دولة الإنتداب، وأن غيرها طوائف غير يهودية^(٨)، علماً بأن اليهود لم يكن لهم وجود بصفتهم شعب لا على ارض فلسطين ولا في أي مكان في العالم، فعدد يهود في فلسطين لم يتجاوز (٨٠٠٠) نسمة حتى عام ١٨٣٨م، وفي لحظة صدور التصريح كانوا يشكلون ٧٪ من سكان فلسطين. ولم يتجاوز عددهم (٥٦) ألف نسمة من السكان وصولوا إلى فلسطين بين أعوام ١٨٣٨/١٩١٩م، ولم يكونوا سوى أجانب دخلوا فلسطين بطريقة غير شرعية، حيث كان السلطان عبد الحميد قد اتخذ قراراً بمنع الهجرة إلى فلسطين، وهو صاحب السيادة على فلسطين حينها.

وقد اتفق فقهاء القانون الدولي على عدم قانونية وشرعية تصريح بلفور، وأنه منعدم قانوناً، لذلك لا يترتب أي آثار قانونية على أطرافه أو الغير، ولا يصححه رضاء الخصوم، فهو لا يعدو أن يكون رسالة شخصية، وليست وثيقة دولية رسمية، كما أن الحركة الصهيونية ليست مؤسسة سياسية دولية رسمية، ولذلك تسقط الأهلية القانونية الدولية للتصريح، ويعتبر التصريح باطلاً لتنافيه مع كافة الحقوق والاتفاقيات الدولية السابقة واللاحقة عليه، فهو باطل طبقاً للقانون الدولي، حيث لم تحصل بريطانيا أو الحركة الصهيونية أو أي جهة دولية رسمية على موافقة الشعب الفلسطيني باعتبار أفرادهم هم مواطنو سكان البلاد الأصليين وأصحاب السيادة في بلادهم وعليها، فضلاً عن عدم موافقة تركيا على التصريح باعتبار أن السيادة والشرعية كانت لها على فلسطين وقت صدور التصريح، ويؤكد ذلك رفض تركيا التوقيع على معاهدة سيفر عام ١٩٢٠م والتي تضمنت قيام المندوب السامي البريطاني بتنفيذ

(٨) جمال عطية إبراهيم، صلاح عيسى. صك المؤامرة وعد بلفور، دار الفتى العربي، الطبعة

الأولى، عام ١٩٩١م، القاهرة، ص ٦.

التصريح طبقاً للمادة (٢٢) من عهد العصبة، كما أن بريطانيا لحظت إصدار التصريح لم تكن تملك فلسطين وليست لها سيادة عليها ولا أي علاقة بها، لذلك ليس لها حق التصرف في فلسطين^(٩).

إن الجدل حول أهلية عصبة الأمم في اعتماد فكرة الإنتداب أو المصادقة على صك الإنتداب لم يغير من المركز القانوني لأرض فلسطين شيئاً منذ لحظة اعتماد صك الإنتداب وحتى تاريخه، فقد شكل يهود نسبة ٧٪ من سكان فلسطين حينها، بينما كان الفلسطينيون يمثلون ٩٣٪ وهم السكان الأصليون، مما يعنى قانوناً أن الصفة التي تحدثت عنها المادة (٢٢) من عهد العصبة تنطبق على الفلسطينيين حصراً، حتى وإن أبطنت بريطانيا وأيدتها عصبة الأمم، فلا تملك عصبة الأمم منح قيمة قانونية أو شرعية لتصريح بلفور، لأن ميثاق عصبة الأمم في القانون الدولي هو اتفاقية ملزمة لأطرافه ولا يترتب عليه أي قيمة ملزمة لغير أطرافه، ولذلك فإن تصريح بلفور مخالف لأسس وقواعد ونصوص القانون الدولي للأسباب الآتية^(١٠):

١ - عدم انطباق أي شرط من شروط الوثيقة الدولية على تصريح بلفور. فقد اتفق الفقه الدولي على أن التصريح الذي يعتد به في القانون الدولي وينتج آثاره القانونية يجب أن يكون صادراً من شخص دولي أو عدة أشخاص دوليين، سواء دولة أو أكثر أو منظمة دولية أو أكثر، وإذا فقد التصريح هذا الركن فلا يعتد به في القانون الدولي، ولا يكون عملاً دولياً صادراً بالإرادة المنفردة^(١١) وحتى

(٩) هنري كتن. قضية فلسطين، ترجمة رشدي الأشهب، مطبوعات وزارة الثقافة، رام الله، ١٩٩٩م، ص ٢٧ و ٢٨.

(١٠) أحمد غنيم. وعد بلفور.. بين عصبة الأمم وصك الإنتداب، مجلة قضايا إسرائيلية، العدد ٦٥، مؤسسة الأهرام الصحفية، القاهرة، ص ١٨.

(١١) الدكتور حداد محمد. المعاهدات الدولية للسلام والآليات المرافقة لضمان تنفيذها، رسالة دكتوراه، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة وهران ٢، عام ٢٠١٦م، ص ١٨٤ وما بعدها.

يعتبر التصريح عملاً قانونياً يجب أن يصدر عن شخص يملك أهلية الالتزام والوجوب ويكون شخصاً من أشخاص القانون الدولي العام المتمثلة في الدول والمنظمات الدولية.

وعلى ضوء ذلك فلا يعتبر من قبيل الالتزام الدولي ذلك الاتفاق الذي يكون أحد أطرافه من غير الدول أو المنظمات الدولية العالمية والإقليمية، لذلك فإن تصريح بلفور الذي صدر عن وزير خارجية بريطانيا نيابة وبإسم دولته لشخص طبيعي ليس من أشخاص القانون الدولي هو اللورد روتشيلد من أثرياء يهود بريطانيا ولا يملك الشخصية القانونية الدولية، وقد أخرج القانون الدولي بشكل واضح لا لبس فيه التصريح والبيان من المعاهدات الدولية فلا يُعد وثيقة دولية.

وبالتالي فهذا التصريح لا يعد من قبيل الأعمال القانونية الدولية الملزمة فهو لا يكون التزاماً دولياً ولا يعتبر معاهدة دولية في نظر القانون الدولي^(١٢).

٢ - أن هذا التصريح صدر عن بريطانيا قبل أن تكون لها السيادة الفعلية على فلسطين، فهي لم تحتلها إلا بعد مرور أكثر من شهر على صدور هذا التصريح^(١٣)، بالضبط بعد مرور (٣٦) يوماً، كما أن بريطانيا لم تمنح الإنتداب على فلسطين إلا في عام ١٩٩٢م، والأهم أن التصريح لم يقبله أصحاب السلطة الحقيقية وهم الشعب الفلسطيني، ورفضته الدولة العثمانية صاحبة السيادة على فلسطين وقت صدور التصريح وكان للتصريح أن ينتج آثاره القانونية لو وافق عليه أصحاب السيادة الحقيقية على فلسطين، أي سكانها العرب والدولة العثمانية التي كانوا ينضمون تحتها مثل باقي الشعوب العربية.

(١٢) الدكتور خليل سامي مهدي. النظرية العامة للتدويل في القانون الدولي المعاصر، دار النهضة العربية، ١٩٩٦م، ص ٢١.

(١٣) الدكتور عبد العزيز محمد سرحان. دروس في المنظمات الدولية (مشكلة الشرق الأوسط)، دار النهضة العربية، بدون سنة نشر، ص ٢٧.

مما يعزز نفي السيادة البريطانية على فلسطين إبان فترة الإنتداب، إقرار محاكمها بعدم الاعتراف بالجنسية البريطانية للفلسطينيين، وقد حكمت إحدى محاكم بريطانيا، أنه ليس في القانون ما يجعل الفلسطيني رعية بريطانية بل هو رعية أجنبية، مما يؤكّد أنه لم يكن لبريطانيا أية سيادة على فلسطين إبان الإنتداب^(١٤) والسيادة للسكان العرب في القدس وفلسطين عموماً، فإنها تعود إلى استقرارهم خلال فترة تزيد عن خمسة وعشرون قرناً قبل الميلاد، السيادة على القدس للسكان العرب تثبتها المستندات التالية^(١٥):

• نص المادة (٢٢) من عهد عصبة الأمم: فقد نصت هذه المادة على أن الأقاليم الخاضعة للإنتداب والتي كانت تحت السيطرة العثمانية تسكنها أمم مستقلة، وحصرت دور الإنتداب في تقديم المشورة والمساعدة الإدارية والعمل على اعتماد تلك الجماعات على نفسها دون الإعتراف بالسيادة للدولة المنتدبة.

• معاهدة لوزان عام ١٩٢٣م المبرمة بين الدولة العثمانية ودول الحلفاء: تنص المادة (١٦) منها على تخلى الدولة العثمانية عن جميع الحقوق التي لها في الأراضي العربية التي خضعت لها قبل الحرب العالمية الأولى بما في ذلك فلسطين ولم تتقيد هذه الاتفاقية بنقل سيادة هذه الدول للدول المنتدبة لاحقاً، ولا عن الالتزام بإنشاء وطن قومي لليهود في فلسطين، فهذه المادة تؤكد بقاء السيادة على فلسطين بما فيها القدس الشريف لأهله العرب، وما للإنتداب إلا إشراف إداري لا ينقل بأي حال من الأحوال السيادة لدولة الإنتداب، ولا يحق للدولة المنتدبة أن تنقل السيادة على فلسطين عموماً والقدس خاصة لطرف آخر^(١٦).

(١٤) عبد العزيز عوض. القدس وسياسة الدولة العثمانية، دائرة المطبوعات والنشر، جامعة البتراء، الأردن، بدون سنة نشر، ص ١٧٢.

(١٥) الدكتور حسام أحمد هندراوي. الوضع القانوني لمدينة القدس، دار النهضة العربية، القاهرة، ٢٠٠١م، ص ٨٩.

(١٦) ديلمي شكيرين. المركز القانوني لمدينة القدس في القانون الدولي، المرجع السابق، ص ٢٢.

• اتفاق غالبية فقهاء القانون الدولي على أن السيادة على فلسطين والقدس لسكانها الأصليين وهم العرب، منهم pic في بحثه (نظام الإنتداب وفق اتفاقية فرساي) وذكر أن واضعي الاتفاقية أكدوا على حق الشعوب في تقرير مصيرهم، وتحريم ضم الأراضي الخاضعة للإنتداب، وأنها تعود إلى الشعوب الأصلية المقيمين بتلك الأراضي^(١٧).

٣ - ليس لعصبة الأمم - طبقاً للقانون الدولي - أهلية إنشاء الإنتداب أو اتخاذ قرارات تتعلق بحق دول وأمم وشعوب غير موقعة على عهد عصبة الأمم، وليست عضوة فيها.

٤ - يُعدّ تصريح بلفور مخالفة صريحة لقاعدة أمرة في القانون الدولي، هي حق الشعوب في تقرير مصيرها ومنها الشعب الفلسطيني.

٥ - أعطت بريطانيا التصريح دون رضا الشعب الفلسطيني صاحب السيادة الحقيقة على فلسطين. ودون موافقة الدولة العثمانية الخاضعة لها فلسطين في ذلك الوقت^(١٨) وقد صرّحت الحكومة التركية بأن تصريح بلفور أكذوبة كبرى، كما أن الحكومة التركية لم تصدق على معاهدة سيلفر عام ١٩٢٠م ولم تعد نافذة طبقاً للأوضاع الدستورية في تركيا، أما القول بأنه تمت الموافقة عليه بعد ذلك في معاهدة لوزان ١٩٢٣م فهو تنازل معيب بعيب الإكراه المادي للإرادة، نظراً لاحتلال فلسطين احتلالاً عسكرياً^(١٩).

(١٧) نزار أيوب. المركز القانوني لمدينة القدس، مؤسسة الحق رام الله، ٢٠٠١م، ص ٨٩.

(١٨) الدكتور محمد إسماعيل علي السيد. مدى مشروعية أسانيد السيادة الإسرائيلية في فلسطين، دراسة في إطار القانون الدولي العام، عالم الكتب، القاهرة، عام ١٩٧٥م، ص ١٢٨ وما بعدها.

(١٩) Hashem, Zaki. The Arab Case in Palestine towards the rule of law or the rule of force. L'Egypte contemporaine. Societe, Egyptienne d'economie politique, de statistique et de legislations. L.VIII eme annee no. 330. Le Caire, October, 1967, p, 41, et seq.

إنتهينا في السابق إلى أن تصريح بلفور لا يشكل بالنسبة لمصدره التزاماً دولياً، حيث أن أطراف الالتزام الدولي لا بد أن يكونوا من أشخاص القانون الدولي ويتمتعون بالشخصية القانونية الدولية^(٢٠) فإذا كان تصريح بلفور لا يلزم الدولة التي أصدرته فإنه من باب أولى لا يلزم أي طرف آخر، ولا يكسب حقاً لهذا الطرف. يترتب على ذلك النتائج التالية:

• لا يمكن اعتبار الجماعة اليهودية في تصريح بلفور من الغير في مفهوم القانون الدولي، لأن الغير هنا مصطلح ينصرف معناه إلى الأشخاص القانونيين الدوليين. ولما كان اللورد روتشيلد لا يتمتع بالشخصية القانونية الدولية. فإن التزام بريطانيا لمصلحة يهود في تصريح بلفور لا يترتب آثار قانونية دولية.

• إذا اعتبرنا أن دولة (إسرائيل) المزعومة التي أنشئت عام ١٩٤٨م قد اكتسبت وصف الغير في القانون الدولي بالنسبة لتصريح بلفور، فإنه لا يجوز لها رغم ذلك أن تطالب بما وعد به التصريح للجماعة اليهودية لأن يهود العالم لا يحملون الجنسية الإسرائيلية، كما أن يهود فلسطين وقت إصدار التصريح لم يكونوا عنصراً من عناصر دولة يهودية قائمة بالفعل. والتصريح كان موجهاً لصالح يهود ولم يكن موجهاً لصالح (دولة إسرائيل) ولذلك فإن حق المطالبة بتنفيذ الوعد الذي تضمنه تصريح بلفور لا يثبت إلا باتفاق جديد ينص على حق الغير باكتساب الحقوق الواردة في التصريح، على أن يستوفي التصريح سائر شروط الالتزام الدولي^(٢١).

(٢٠) Smets, paul F. Conclusions des Accords en forme simplifiée établisement emaille Bruxelles, 1969, pp. 31-32. Remec, Peter Pavel. The position of the individual in international law according to Crotius and Vattel. The Hague, 1960 pp. 60-120. Spiropoulos, J. L'individu et I, droit international. Academie de D.I. tome 30, pp. 210-222.

(٢١) الدكتور محمد إسماعيل علي السيد. المرجع السابق، ص ١٤٨ و ١٤٩.

٦ - مخالفة تصريح بلفور الاتفاق العربي البريطاني: الذي يتضمن التزام بريطانيا نحو العرب الذي يمثلهم الشريف حسين، بإقامة دولة عربية مستقلة في مراسلات حسين مكماهون، وتشمل التصريحات والإعلانات والرسائل التي وجهها الحلفاء (بريطانيا وفرنسا والولايات المتحدة) إلى العرب متضمنة الوعد بمنح العرب الاستقلال. والمراسلات التي تم تبادلها بين الشريف حسين شريف مكة، والسير هنري مكماهون المندوب السامي البريطاني في مصرفي الفترة من يوليو ١٩١٥م حتى مارس ١٩١٦م. تؤكد الظروف والملابسات التي أحاطت بهذه الرسائل أنها اتفاقاً دولياً ملزماً لأطرافه. والدليل على ذلك أن مكماهون قد ذكر في رسالته إلى الحسين في ١٤/١٢/١٩١٥م أنه (على قدر نجاح هذه المجهودات وعلى التدابير التي يمكن للعرب أن يتخذوها لخدمة أغراضنا عندما يجيء وقت العمل، تتوقف قوة الاتفاق بيننا وثباته)^(٢٢).

وقد عبر الشريف حسين في مباحثاته مع (الكوماندو هوجارت) عن وجهة النظر العربية^(٢٣) حيث رفض قيام دولة يهودية في فلسطين^(٢٤) وقد ذكر المؤرخ الألماني (كارل بروكلمان) أن الشريف حسين كان ينظر دائماً لفلسطين وبيت المقدس على اعتبارهما جزءاً أساسياً من الدولة العربية التي كان يرجو إنشائها^(٢٥) وعبر عنها الفلسطينيون والأمير فيصل في مذكرات احتجاج عن رفضهما القاطع والبات بأن يكون لتعبير (الوطن

(٢٢) انظر نصوص الرسائل في الوثائق الرئيسية في القضية الفلسطينية، الجامعة العربية، الوثائق من ١ - ١٠، ص ٦ - ٢٨.

(٢٣) الدكتور محمد إسماعيل علي السيد. المرجع السابق، ص ١٧٢ و ١٧٣.

(٢٤) موسوعة الوثائق الرسمية للقضية الفلسطينية، الوثيقة رقم ١٨، ورقم ١٩، ص ٧٨ و ٧٩.

(٢٥) كارل بروكلمان. تاريخ الشعوب العربية، تعريب نبيه أمين فارس ومنبر البعلبكي، دار العلم للملايين، الطبعة الخامسة، بيروت، ١٩٦٨م، ص ٧٦٧.

القومي) معنى الدولة^(٢٦) وأنهما متمسكان بالعروبة والاستقلال التام للإقليم الفلسطيني.

كما ورد رفض العرب لقيام دولة يهودية في فلسطين تطبيقاً لتصريح بلفور في العديد من الوثائق، منها برقية احتجاج المؤتمر الفلسطيني الأول (الموسوعة (ص ٣٣٧) وعريضة الجمعية الإسلامية النصرانية (ص ٣٢٤) وقرارات المؤتمر السوري العام (ص ٣٢٦) ومذكرة الجمعية الإسلامية النصرانية (ص ٣٣٥) وعريضة نفس الجمعية المنشورة في جريدة المقطم في ١٩١٩/١١/٨م، الواردة بنفس المصدر (ص ٣٣٨) واحتجاج المؤتمر العربي الفلسطيني الثالث إلى حكومة بريطانيا برلمانها (ص ٣٤٦) والعرائض المذكورة والواردة بنفس المصدر بالوثائق التالية على التوالي (٧٨، ٨٠، ٨٢، ٨٣، ٨٦، ٨٨، ٩١) وقد أعترض العرب على التفسير الصهيوني للوطن القومي وتمكسهم بعروبة فلسطين، وقد نص التصريح التركي بأنه تصريح بلفور أكذوبة كبرى (الموسوعة ٢٧٦، ٢٧٧).

كما نصت وثائق بريطانية وتصريحات رسمية بريطانية، واضحة الدلالة على أن بريطانيا لا تقصد بعبارة الوطن القومي معنى الدولة^(٢٧)، ففي الرسالة التي أرسلها (هوجارت) إلى الشريف حسين يناير ٢٠١٨م^(٢٨) ورد فيها تصميم الحلفاء على أن تتاح للشعب العربي فرصة كاملة (لإستعادة كيانه كأمة في العالم). ويلاحظ أن لفظ إستعادة يعنى أن الكيان العربي سيكون على الوضع الذي كان عليه عند دخول تركيا للدول العربية في القرن السادس عشر الميلادي.

(٢٦) الموسوعة السابقة، ص ٣١١ و ٣١٧.

(٢٧) الدكتور محمد إسماعيل علي السيد. المرجع السابق، ص ١٧٣ - ١٧٥.

(٢٨) Antonius, George. The arab awakening, Hamish Hamilton, London, 1938, p. 256. (٢٨)

٧ - مخالفة تصريح بلفور لمعاهدة بطرسبرج (١٩١٦م): المبرمة في بطرسبرج بين روسيا وإنجلترا وفرنسا في ٤ مارس عام ١٩١٦م لتقسيم الإمبراطورية العثمانية. وقد تضمنت هذه المعاهدة التزاماً دولياً لصالح العرب، فقد نصت المادة الأولى من هذه المعاهدة على أن (تتعهد الدول المتعاقدة فيما بينها على أن تعمل يداً واحدة في سبيل إنقاذ البلاد العربية وحمايتها وتأليف حكومة إسلامية مستقلة تتولى بريطانيا مراقبتها وإدارتها) هذه الاتفاقية لم تنص مطلقاً على أية حقوق صهيونية / يهودية في فلسطين ولا على قيام دولة يهودية في فلسطين.

٨ - مخالفة تصريح بلفور لمعاهدة سايكس بيكو المبرمة بين فرنسا وبريطانيا عام ١٩١٦م: وتعتبر هذه الاتفاقية مكملات لاتفاقية بطرسبرج ومؤكدة لما جاء في مراسلات حسين / مكماهون، يستنتج من الاطلاع على الاتفاقية ان الدول المتعاقدة تعترف بحقوق العرب في المنطقة الزرقاء والحمراء والسوداء، وهى المنطقة التي تمتد داخل الحدود التي طلبها الشريف حسين إلى مكماهون في ١٤/٧/١٩١٥م. وتعترف بصفة خاصة بحقوق العرب في فلسطين وإلا ما اشترطت الاتفاقية أن أي شكل من أشكال الحكم في المنطقة الزرقاء يجب ألا يتم إلا بعد الاتفاق مع الدول العربية أو اتحاد الدول العربية، وأن إنشاء الإدارة الدولية في المنطقة الحمراء (فلسطين) لا يتم إلا بعد الاتفاق مع الشريف حسين^(٢٩).

٩ - تصريح بلفور يخالف التزامات دولية لاحقة على صدوره، منها عهد عصبة الأمم وخاصة المادة (٢٢) من هذا العهد التي نصت على أن (بعض الشعوب التي كانت خاضعة للإمبراطورية التركية قد وصلت إلى درجة من التقدم يمكن معها الاعتراف مؤقتاً بكيانها كأمم مستقلة، ويجب أن يكون

(٢٩) الدكتور محمد إسماعيل علي السيد. المرجع السابق، ص ١٥٠ - ١٦٢.

لرغبات تلك الشعوب، المقام الأول في اختيار الدولة المنتدبة) وتخضع فلسطين لتلك المادة، لا سيما وأنها اعتبرت من الفئة الأولى عند تقسيم البلاد الخاضعة للانتداب لفئات ثلاث، وهذا يعنى أن الشعب الفلسطيني قد اعترف به أمة مستقلة بموجب المادة (٢٢) من عهد العصبة.

١٠ - ولما كانت المادة (٢٠) من عهد العصبة تنص على أنه (يوافق أعضاء العصبة كل فيما يخصه، على أن هذا العهد يلغى جميع الاتفاقيات الخاصة السابقة عليه والتي تتعارض أحكامها مع أحكامه، كما يتعهدون رسمياً بالألا يعقدوا في المستقبل اتفاقات تتعارض مع أحكام العهد...) وأنه (...) في الحالة التي يكون فيها أحد أعضاء العصبة قد ألتمز قبل دخوله عضواً في العصبة، فإنه يكون من واجب مثل هذا العضو أن يتخذ على الفور الخطوات التي تحرره من هذه الالتزامات).

ولما كان تصريح بلفور - بعدم اعترافه بحقوق الشعب الفلسطيني - مخالف لأحكام هذا العهد وخاصة المادة (٢٢) منه، والتي تعتبر فلسطين دولة مستقلة، فإنه يكون من واجب بريطانيا كدولة عضو بالعصبة أن تتخذ على الفور الخطوات التي تحررها من هذا التصريح. ولا يمكن القول بأن العصبة قد أقرت موقف بريطانيا بإقرارها صك الإنتداب الذي تضمن تصريح بلفور، ذلك أن قرار صك الإنتداب وتصريح بلفور من قبل العصبة فضلاً عن مخالفته لنصوص العهد، وقد جاء في حدود النسب المقررة للتصويت بمقتضى العهد للموافقة على مثل هذا القرار من جهة، ومن جهة أخرى فإن مخالفة العصبة للمادتين (٢٠) و (٢٢) من العهد وإبطال مفعولهما بالنسبة لموقف بريطانيا، إنما ينطوي على تعديل للعهد لم تراعى فيه قواعد التعديل ونسب التصويت المقررة في العهد، حيث نصت الفقرة الأولى من المادة (٢٦) من العهد على أن التعديلات التي تدخل في أحكام العهد تعد

نافذة متى صادقت عليها الدول الممثلة في مجلس العصبة وغالبية الدول بالجمعية العامة. أما قرار صك الإنتداب بما تضمنه من مخالفة للمادتين (٢٠) و(٢٢) من العهد فقد تم بموافقة مجلس العصبة وفقاً لمشروع صهيوني^(٣٠).

١١ - استحالة تنفيذ تصريح بلفور: يتضح من صياغة عبارات التصريح، أنه صيغ في عبارات غامضة ومتناقضة تجعل تنفيذه مستحيلاً، إلا إذا تضمن التنفيذ الإعتداء ومخالفة حقوق وردت في التصريح دون الأخرى، لذلك جاءت عبارات التصريح تحتل معاني مختلفة وذات دلائل متناقضة، ويبدو ذلك واضحاً بالنظر إلى مضمون التصريح من جهة الالتزامات التي ألزمت بها بريطانيا نفسها فيه، ويبدو أيضاً أن عبارات التصريح وصياغته قد عكست موقف بريطانيا في الحرب العالمية الأولى، فهي تريد إرضاء العرب واليهود لمساعدتها في الحرب العالمية الأولى، لذلك جاءت عبارات التصريح تحتل تأويلات مختلفة ومتناقضة، وذكر اللورد (غراي) في خطابه بمجلس العموم البريطاني ٢٧ مارس ١٩٢٣م أنه (يخيل إلى أن وعد بلفور ينطوي - دون أية مبالغة - على صعوبة عظمى في تحقيقه)^(٣١).

نختتم هذا المبحث بالقول بأن تصريح بلفور - طبقاً للقانون الدولي باطل ومنعدم لمخالفته قواعد أمره في القانون الدولي العام منها حق تقرير المصير للشعوب، وتحريم الإستيلاء على أراضي الغير بالقوة، وهذا الانعدام لا يصححه رضا الخصوم السابق أو اللاحق، فضلاً عن مخالفته الشروط والأركان الشكلية والموضوعية التي يجب أن تتوفر في أي وثيقة حتى تتمتع بالحماية القانونية المقررة للمعاهدات الدولية في القانون الدولي العام.

(٣٠) الدكتور محمد إسماعيل علي السيد. المرجع السابق، ص ١٦٢ - ١٦٥.

Sykes, Christopher. Cross Road to Israel, Collins, London, 1965, p. 95.

(٣١)

المبحث الثاني

صكّ الإنتداب في القانون الدولي

بعد انتهاء الحرب العالمية الأولى (١٩١٨/١٠/٣٠) قرر مؤتمر الصلح عام ١٩١٩م عدم إعادة الأقاليم العربية لتركيا وأبتدع كلمة الإنتداب. وأوكل مجلس مؤتمر السلام الأعلى أمر الإنتداب على فلسطين لبريطانيا أثناء اجتماعه بسان ريمو في ٢٥ نيسان/إبريل عام ١٩٢٠م. وفي ٢٤ يوليو تموز عام ١٩٢٢م صادق مجلس عصبة الأمم على نظام الإنتداب على فلسطين، وفي ٢٩ سبتمبر/أيلول ١٩٢٣م دخل حيز النفاذ. وبذلك اكتسبت بريطانيا منذ عام ١٩١٧م القوة القائمة بالاحتلال، وقد وافقت الولايات المتحدة التي لم تكن عضواً بالعصبة على صكّ الإنتداب بقرار مشترك من مجلسي النواب والشيوخ في ٣٠ حزيران/يوليو ١٩٢٢م، وخضعت فلسطين للإنتداب من عام ١٩٢٠م حتى عام ١٩٤٨م.

وقد قامت الحركة الصهيونية بصياغة نصوص الإنتداب بالتشاور والتآمر مع بريطانيا إلى أن فرضته في مجلس العصبة بتاريخ ٢٤ تموز (يوليو) ١٩٢٢، بالرغم من معارضة مؤتمر الصلح، وعدم عرض الإنتداب على الجمعية العامة للعصبة. واشتمل صكّ الإنتداب على النص الكامل لتصريح بلفور (مسؤولية الدولة المنتدبة بريطانيا عن تنفيذ تصريح بلفور لصالح إنشاء وطن قومي لليهود في فلسطين. واعتراف مجلس العصبة بالصلة التاريخية التي تربط الشعب اليهودي بفلسطين وبالأَسباب التي تبعث على إعادة وطنهم القومي في تلك البلاد...) ونص الصكّ على تصريح بلفور في ست مواد^(٣٢).

(٣٢) كتاب الإنتداب إلى النكبة ١٩١٩م - ١٩٤٨م، العدد الأول من دليل المعرفة، إصدار الجبهة الديمقراطية لتحرير فلسطين، معهد العلوم الاجتماعية، تحرير مكتب التحقيق المركزي، الطبعة الأولى، آب/أغسطس ٢٠١٧م، ص ٦.

علماً وأن صك الإنتداب يتكون من (٢٨) مادة^(٣٣) ولم يأت بالصك ما يفيد استناده إلى أي قاعدة من القانون الدولي^(٣٤) باستثناء المادة (٢٢) من عهد عصبة الأمم^(٣٥).

ومصطلح الإنتداب الذي نصت عليه المادة (٢٢) من عهد عصبة الأمم، يقصد به وضع البلاد غير الناضجة سياسياً تحت إشراف إحدى الدول الحليفة الكبرى ورعايتها بمراقبة عصبة الأمم ذاتها. وتم تصنيف هذا النظام وفقاً للمادة (٢٢) من العهد إلى ثلاثة أنواع^(٣٦) (أ) و(ب) و(ج) وتخضع فلسطين للنوع الأول وهو انتداب (أ) وقد فرض هذا النوع من الإنتداب على الدول التي انفصلت عن الإمبراطورية العثمانية، ووصلت لدرجة من التطور والرقى تسمح بالاعتراف مؤقتاً بوجودها كأمم مستقلة، وتنال استقلالها بعد أن تسترشد بنصائح ومساعدة الدول المنتدبة، كي تتمكن من إدارة شؤونها الداخلية والخارجية وقد أوجبت العصبة أن لا تزيد مدة الإنتداب عن ثلاث سنوات^(٣٧) - ومع ذلك خضعت فلسطين

(٣٣) شافية سبع. تطوّر الإنتداب البريطاني على فلسطين ١٩٢٠ - ١٩٤٨، رسالة ماستر، جامعة محمد خيضر، قطب شتمه، كلية العلوم الإنسانية والاجتماعية، قسم العلوم الإنسانية، الجزائر، عام ٢٠١٥م، ص ٤٨ وما بعدها.

(٣٤) بشير شريف يوسف. فلسطين بين القانون الدولي والاتفاقيات الدولية، دار البداية ناشرون وموزعون، عمان، الطبعة الأولى، ٢٠١١م، ص ٥٥.

(٣٥) جلال يحيى. مشكلة فلسطين والاتجاهات الدولية، أصولها وتطورها وتعقدها ومحاولة إيجاد حلول لها، منشأة المعارف للنشر والتوزيع، الإسكندرية، ١٩٦٥، ص ٢٥.

(٣٦) الدكتور عبد العزيز محمد سرحان. مبادئ القانون الدولي العام، دار النهضة العربية، مطبعة جامعة القاهرة، الكتاب الجامعي، ١٩٨٠، ص ٤٩٢.

(٣٧) الدكتور سهيل حسين الفتلاوي. القانون الدولي العام في السلم، دار الثقافة للنشر والتوزيع، ٢٠١٠، ص ٢٤٩. د. غازي حسن صباريني. الوجيز في مبادئ القانون الدولي العام، مكتبة دار

الثقافة للنشر والتوزيع والإعلان، عمان، ١٩٩٢، ص ١١٣.

للإنتداب (٢٨) عاماً - مع وجوب أن يكون لرغبات هذه الشعوب المقام الأول في اختيار الدولة المنتدبة. وتدل الوقائع على مخالفة بريطانيا لقواعد ميثاق العصبة خاصة المادة (٢٢) منه والمخالفة هذه ترتب بالضرورة بطلان ما ترتب عليها من إجراءات.

وقد نصت لجنة كنج/ كراين التي بادر الرئيس الأمريكي ويلسون لإرسالها للتحقق من رغبات الشعب العربي في فلسطين وسوريا، والتي قامت باستقصاء رغبات الشعب في سوريا وفلسطين اعتباراً من حزيران (يونيو) ١٩١٩، وجاء في تقريرها (أن أغلب سكان فلسطين يطلبون الاستقلال، وإذا أصر مؤتمر الصلح على تعيين دولة للانتداب فإنهم يفضلون الولايات المتحدة.. إذا كانت رغبات السكان في فلسطين سيعمل بها، فيجب الاعتراف بأن السكان غير اليهود في فلسطين وهم تسعة أعشار السكان كلهم تقريباً يرفضون البرنامج الصهيوني رفضاً باتاً. إن سكان فلسطين لم يجمعوا على شيء مثل إجماعهم على هذا الرفض)^(٣٨).

يترتب على ذلك أن كل ما اتخذته بريطانيا من إجراءات باطلة لصدور هذه الإجراءات من غير مختص طبقاً لنص الفقرة الأولى من المادة (٢٠) من عهد العصبة التي نصت على (يوافق أعضاء العصبة، كل فيما يخصه، على أن هذا العهد يلغي جميع الاتفاقات الخاصة السابقة عليه والتي تتعارض أحكامها مع أحكامه) ويتعهدون رسمياً طبقاً للفقرة الثانية من ذات المادة ألا يعقدوا في المستقبل اتفاقات تتعارض مع أحكام العهد، لذلك يجب على كل أعضاء عصبة الأمم إلغاء كافة التزاماتهم الدولية السابقة على انضمامهم للعصبة والتي تتعارض مع عهد العصبة. ولم تقم بريطانيا بذلك وهذا مخالف لعهد العصبة.

(٣٨) محمد إسماعيل علي السيد. مصدر سابق، ص ٢٠٤ و ٢١١.

وتشير الكثير من المصادر إلى أن الصهاينة قد شاركوا بريطانيا في وضع صك الإنتداب، فقد ذكر سكرتير عام عصبة الأمم أريك دراموند البريطاني (إن العصبة لم تضع مشروع صك الإنتداب، بل إن الحكومة البريطانية هي التي وضعتة بالاتفاق مع اليهود) ويعترف حايم وايزمان في مذكراته (أن اليهودي الأمريكي بنيامين كوهين كان يتولى مع سكرتير اللورد كيرزون وزير الخارجية البريطاني حينئذ، وضع صك الإنتداب والاتفاق على نصوصه)^(٣٩) يتعارض هذا تعارضاً جوهرياً مع عهد العصبة، ومع نظام الإنتداب وهذه المخالفة وحدها ترتب بطلان الإنتداب من أساسه.

علاوة على خديعة الحكومة البريطانية لمجلس اللوردات ومجلس العموم الذي لم يقر مشروع الإنتداب حيث تم رفضه بأغلبية (٦٠) عضواً رفضوا المشروع مقابل (٤٦) أيّدوا الإنتداب، ورغم ذلك لم تأبه الحكومة البريطانية لقرار مجلس اللوردات. لذلك تعتبر بريطانيا دولة احتلال وليس انتداب بعدما احتلت يافا وغزة والقدس في مراحل لاحقة، وبالتالي انتهكت بريطانية كقوة احتلال المادة (٤٢ و ٤٣) من اتفاقية لاهاي الرابعة لعام ١٩٠٧م. وقد أبدى الأمين العام لعصبة الأمم - في مذكرة قدمها لمجلس العصبة بتاريخ ١٩٢٠/٧/٣٠ - اعتراضه على توزيع الإنتدابات وقال (أن توزيع الدول الكبرى للانتدابات ليس قانونياً ولا يمكن الاعتراف به). وأيده في ذلك مندوب بلجيكا بالعصبة وقال (أن قيام المجلس الأعلى للحلفاء بتوزيع الإنتدابات يخالف عهد العصبة وأحكام القانون) وأكد أيضاً الفقيه فوشيل (أن اختيار الدول المتحالفة الكبرى بريطانيا العظمى للانتداب على فلسطين، قد جرى خلافاً لأحكام ونص المادة (٢٢) من ميثاق العصبة. فهو إذن باطل من الوجهة القانونية ولا يقام له وزن).

(٣٩) الدكتور محمد إسماعيل علي السيد. المرجع السابق، هامش رقم ٥٣، ص ٢٠٥.

وقد نص صك الإنتداب^(٤٠) على الهدف منه وهو تسهيل إقامة وطن قومي للشعب اليهودي في فلسطين، ومن هنا ينبغي الإشارة إلى أن تصريح بلفور يمثل المرتكز الأساس لسياسات الإنتداب البريطاني على فلسطين^(٤١) ولتحقيق ذلك لليهود فقد شجعت حكومة الإنتداب هجرة اليهود إلى فلسطين عن طريق فتح باب الهجرة على مصراعيه، وقدمت لهم جميع التسهيلات، كما أن السياسة الاقتصادية لحكومة الإنتداب - والتي تعتبر أخطر جوانب السياسة البريطانية - لعبت الدور الأبرز في التمهيد لقيام الكيان الصهيوني على حساب تقليص وإضعاف الاقتصاد الفلسطيني وتهيئة الظروف الملائمة لإنشاء الوطن القومي اليهودي، ولم تكن الأوضاع الاجتماعية في عهد الإنتداب إلا الوجه الآخر للأوضاع الاقتصادية^(٤٢). فحكومة الإنتداب جعلت المجتمع الفلسطيني في حالة تبعية سياسية واقتصادية واجتماعية للمخططات الصهيونية الرامية لتهويد فلسطين^(٤٣).

تنقسم فترة الإنتداب البريطاني على فلسطين إلى فترتين فترة الإدارة العسكرية التي دامت سنتين ونصف (ما بين مطلع العام ١٩١٨م - ومطلع تموز يوليو ١٩٢٠م) وفترة الإدارة المدنية التي بدأت في تموز يوليو ١٩٢٠م وحتى تاريخ إعلان نهاية الإنتداب ١٥ أيار / مايو ١٩٤٨م. وأقرت حكومة الإنتداب البريطاني قوانين وأنظمة بهدف تمكين اليهود من الإستيلاء على أراضي

(٤٠) الدكتور أحمد الساعاتي. التطورات السياسية والاقتصادية والاجتماعية في فلسطين في عهد الإنتداب البريطاني ١٩١٨ - ١٩٤٨م، بحث قُدم للمؤتمر العلمي الرابع... واحد وستون عاماً، نظمته كلية الآداب بالجامعة الإسلامية بغزة، عام ٢٠٠٩م، ص ٥.

(٤١) دكتور حسن محمد حسين. بدايات شعر المقاومة في مرحلة الإنتداب، شئون فلسطينية، العدد ١٠٥، آب / أغسطس، ١٩٨٠م، ١١٦.

(٤٢) حسين أبو النحل. قطاع غزة (١٩٤٨ - ١٩٦٧م)، بيروت، مركز الأبحاث، ١٩٧٩م، ص ٢٥.

(٤٣) الموسوعة الفلسطينية. الوثائق الرسمية للقضية الفلسطينية، القسم الثاني، المجموعة الثانية، ١٩١٥ - ١٩٤٦م، جامعة الدول العربية، القاهرة، ١٩٥٧، ص ١١٢٤.

فلسطين، في حين أغفلت مصالح المزارعين العرب، وعملت على إجهاض حقوقهم، وأخذت الحكومة تزيد من الضرائب على الأراضي والإنتاج^(٤٤).

ونتيجة تلك السياسة الظالمة التي أتبعها حكومة الإنتداب البريطانية، استطاع اليهود أن يرفعوا نسبة ما يملكون من أراضي بفلسطين من ٢,٥٪ في عام ١٩١٨م إلى نحو ٨,٨٪ عام ١٩٤٨م، وعملت الحركة الصهيونية على إفقار الفلاحين (عندما استولت على أراضيهم وطردتهم منها، فاضطروا للعمل أجراء ومزارعين لدى أصحاب الأملاك^(٤٥)).

وهدف السياسة العامة التي أنتهجتها سياسة الإنتداب في فلسطين في المجال الاقتصادي لتحقيق هدفين، الأول: ضمان المصالح الاقتصادية المباشرة لبريطانيا والثاني: خلق المقومات المادية الضرورية لنجاح الوطن القومي اليهودي، ولتحقيق ذلك قامت سلطات الإنتداب بوضع القطاعات الرئيسية للاقتصاد الفلسطيني تحت هيمنتها وأتبع سياسة أدت عمليا إلى تسخير الموارد الفلسطينية الطبيعية لصالح المشروع الصهيوني. وبهذا لعبت بريطانيا الدولة المنتدبة دورا كبيرا في إنهيار الاقتصاد الفلسطيني. خلاصة القول إن الاقتصاد الفلسطيني أدير طوال فترة الإنتداب البريطاني

(٤٤) نعمان عبد الهادي فيصل. الإنقسام الفلسطيني في عهد الإنتداب البريطاني وفي ظل السلطة الوطنية الفلسطينية، (دراسة مقارنة) رسالة ماجستير، جامعة الأزهر، كلية الاقتصاد والعلوم الإدارية، غزة، ٢٠١٢م، ص ٧٧ و ٧٨. بهجت أبو غريبة. صفحات من تاريخ القضية الفلسطينية حتى سنة ١٩٤٩، الرؤية التاريخية وملاح تجربة ذاتية، ورقة قدمت إل القضية الفلسطينية في أربعين عاماً بين ضرورة الواقع وطموحات المستقبل، بحوث ومناقشات الندوة الفكرية التي نظمتها جمعية الخريجين في الكويت، بيروت، مركز دراسات الوحدة العربية، ١٩٨٩م، ص ٥٣.

(٤٥) عوض عبد العزيز. مقدمة في تاريخ فلسطين الحديث، دراسة واقتراحات للحل، ١٣١، ١٩١٤م، بيروت، المؤسسة العربية للدراسات والنشر، ١٩٨٣م، ص ١١٢.

في ظل هدف إحلال الوجود الصهيوني محل الوجود العربي^(٤٦) ذكرت الحركة الصهيونية أن أي تفسير لصك الإنتداب يجب أن يتفق مع الهدف من إصدار هذا الصك وهو (ضمان إنشاء وطن قومي يهودي ومؤسسات للحكم الذاتي^(٤٧)).

إن أساس حقوق الدولة المنتدبة قبل الإقليم الخاضع للإنتداب ينحصر في إطار المهمة التي قبلت دولة الإنتداب القيام بها، وهذا ما انتهت إليه لجنة الإنتدابات في قرارها بشأن الحقوق التي تمتلكها الدولة المنتدبة على الأموال العامة في الإقليم الذي يخضع للأنتداب. فقد قالت اللجنة (إن الدول المنتدبة، لا تملك بمقتضى المادتين (١٢٠) و(٢٣٧) الفقرة الثالثة من معاهدة فرساي أي جزء من الإقليم الخاضع للأنتداب، ولا أي حق آخر، إلا تلك الحقوق المستمدة من تلك المهمة الملقاة على عاتقها لإدارة هذا الإقليم). لذلك فسلطات الدولة المنتدبة لا تحمل خواص سلطات السيادة. ويمكن استخلاص إن الإنتداب معلق على شرط فاسخ، وهو تمام النضج السياسي للإقليم الخاضع للأنتداب، وهذا يعنى أن الإنتداب مهمة مؤقتة، وإن نجاح الإنتداب يفقده سبب وجوده.

وقد اتفق القضاء الدولي على أن السيادة على الشعوب الخاضعة للإنتداب لا تنتقل بالإنتداب للدولة المنتدبة، ففي الحكم الذي أصدرته محكمة العدل الدولية في ١٩٥٢/١٧٨م في قضية مواطني الولايات المتحدة الأمريكية في مراكش، ذكرت المحكمة أن وضع مراكش تحت الحماية الفرنسية بمقتضى معاهدة ١٩١٢م لم يحرمها من حقها في السيادة، بل ظلت السيادة لمراكش،

(٤٦) الدكتور أحمد الساعاتي. التطورات السياسية والاقتصادية والاجتماعية في فلسطين في عهد

الإنتداب البريطاني ١٩١٨ - ١٩٤٨م، المرجع السابق، ص ١٢ - ١٥.

(٤٧) الدكتور محمد إسماعيل علي. المرجع السابق، ص ١٨٤.

وكل ما أدت إليه الحماية أنها أنشأت نظاماً ذا طبيعة تعاقدية تتولى فرنسا بمقتضاه ممارسة بعض مظاهر السيادة باسم ولصالح مراكش^(٤٨). وأيدت المحكمة ذلك في قضية إقليم جنوب غرب إفريقيا ١١/٧/١٩٥٠م فقالت أن الدولة المنتدبة لا تستطيع أن تعدل بإرادتها المنفردة المركز الدولي للإقليم موضع الإنتداب، ولا تعديل أي التزام من التزامات الإنتداب. وأضافت أن نظام الإنتداب يتضمن ثلاث طوائف من الالتزامات الدولية، وأول وأهم هذه الطوائف ما قصد بها تأمين وحماية مصالح السكان الأصليين، لأن جحر الزاوية في نظام الإنتداب (أن خير ورفاهية وتقدم هذه الشعوب يشكل أمانة مقدّسة)^(٤٩) لذلك فإن بطلان صك الإنتداب يقره ويؤكد الآتي:

١ - لا يترتب على فرض نظام الإنتداب زوال السيادة على الإقليم الخاضع للإنتداب، بل تظل السيادة ثابتة لشعب ذلك الإقليم.

٢ - تنحصر مهمة الدولة المنتدبة بالنسبة لفلسطين في تقديم المعونة والمشورة الإدارية بهدف تحقيق رفاهية وتقدم الشعب الفلسطيني، وهو ما لم تقدم عليه بريطانيا.

٣ - أن الاستقلال كمظهر من مظاهر السيادة لصيق بشعب فلسطين، ومقرر قبل النص عليه في عهد العصبة، وأن وظيفة النص قد اقتضت على مجرد (الكشف) عن الاستقلال والإعتراف به ووضع الإجراءات الملائمة للحفاظ عليه.

٤ - إن الإنتداب كنظام دولي، يستمد أصوله من المادة (٢٢) من عهد العصبة، باعتبار أن هذه المادة دستوره والمرجع الأساسي له، ويمكن النظر

(٤٨) Cour internationale de justice. Recueil des arrest avis consultatifs et ordanonnances, 1952, (٤٨) pp. 176-214.

(٤٩) الدكتور محمد إسماعيل علي. المرجع السابق، ص ١٩٢ - ١٩٤.

إلى صك الإنتداب بإعتباره تطبيقاً لنظام دولي نصت عليه المادة (٢٢) من عهد العصبة، وأن كل مخالفة لهذه المادة تبطل ما بنى عليها من أحكام وما ترتب عليها من آثار.

٥ - إن مخالفة الصك للمادة (٢٢) من عهد العصبة تعنى تعديلاً لعهد العصبة بغير ما نص عليه العهد من وسائل. فقد نصت المادة (٢٦) من العهد على وسائل تعديل العهد واستوجبت أن يصادق عليه كل من مجلس العصبة وأغلبية أعضاء الجمعية العامة بها، فإنه بالنظر إلى صك الإنتداب على فلسطين، نجد أنه لم يصدق عليه إلا مجلس العصبة، وهو بذلك لا يعد تعديلاً للعهد. فإذا كان الصك مخالفاً للعهد وجب إعمال المادة (٢٠) من عهد العصبة، والتي تقضى بإلغاء كل التزام يخالفه، سواء كان ذلك سابقاً أو لاحقاً لإبرام العهد.

٦ - إن مخالفة صك الإنتداب للمادة (٢٢) تلغي التنازل التركي عن فلسطين، والذي تم بمقتضى المادة (١٦) من معاهدة لوزان في ٢٤/٧/١٩٢٣م. لأن عهد العصبة وقع في ٢٨/يونيو ١٩١٩م أصبح نافذ المفعول في ١٠/١/١٩٢٠م، كان موضوع اعتبار عندما تنازلت تركيا بعد ذلك بثلاث سنوات في معاهدة لوزان عن أملاكها. ذلك أن تركيا تنازلت عن أملاكها الآسيوية وهى تدرك ان مصير هذه الأقاليم سوف يتم تنظيمه وفقاً للعهد الذي نصت عليه المادة (٢٢) من عهد العصبة على تحديد الغاية والوسيلة التي سيلتزم بها الحلفاء تجاه الأقاليم التي سلخت عن تركيا.

ولما كان الراجح وفقاً لرأي كثير من الفقهاء وتطبيقاً للعديد من الأحكام القضاء الدولي أن السيادة على الأقاليم المذكورة لا تنتقل إلى الدولة المنتدبة ولا إلى الحلفاء، فإنه يمكن القول بأن الحلفاء لم يتلقوا بمقتضى التنازل التركي في معاهدة لوزان إلا اختصاص إدارة هذه الأقاليم وتنظيم مصيرها وفقاً للمادة (٢٢) من العهد. معنى ذلك أن مخالفة الحلفاء لهذا الاتفاق، يسقط

عنها التنازل التركي عن هذه الأراضي المذكورة في الاتفاق وتحتل تركيا من الاتفاق، لأن التنازل التركي معلق على شرط، وهو تنفيذ ما ورد في المادة (٢٢) من عهد العصبة خاصة بتنظيم مصير هذه الأقاليم التي سُلخت عن الخلافة العثمانية. وينتج عن ذلك أن الاستقلال الذي أعترف به العهد للأقاليم التي سلخت عن الخلافة العثمانية، يعطيها الحق أن تطلب إبطال هذا الاتفاق فيما يخالف فيه نية المتعاقدين - باعتبار أن شعب فلسطين يملك بحكم الاستقلال الذي أقره النص، التعبير عن إرادته في المجال الدولي، تطبيقاً لأحكام التوارث الدولي، ومن ثم يملك التمسك بالحقوق التي كانت تتمتع بها الخلافة العثمانية والمستمدة من هذا الاتفاق، ومن بينها التحلل من الالتزام إذا لم ينفذه الطرف الآخر، تطبيقاً للرأي الراجح في فقه القانون الدولي، والذي يحيز فسخ المعاهدة بالإرادة المنفردة لأحد الأطراف في حالة إخلال أحد أطرافها بالالتزامات المقررة في المعاهدة^(٥٠).

٧ - لم تكن الدول العربية أعضاء في عصبة الأمم عندما وافق مجلس العصبة على صك الإنتداب، لذلك فإن العرب لا يلتزمون به.

٨ - مخالفة بريطانيا لالتزاماتها الواردة في رسائل حسين / مكماهون بحقوق العرب في الحرية والاستقلال عن الدولة العثمانية ومنح الدول العربية الاستقلال دون استثناء بما فيها فلسطين، ولم يكن من ضمن تلك الالتزامات إنشاء وطن قومي لليهود في فلسطين. وأكد ذلك تصريح مارك سايكس في اجتماعه بالوفد العربي بالقاهرة في ١١ يناير عام ١٩١٧م. وإعلان اللورد اللنبي عند دخوله القدس منتصراً في شهر ديسمبر عام ١٩١٧م، تصريح لويد جورج في الخامس من يناير عام ١٩١٨م، في اجتماع لنقابات العمال

(٥٠) O'connell. Economic concessions in the law of state succession. B.Y.B. 1957, p. 11 et seq. Idem., Independence and succession to Treaties, B.Y.B. 1962. pp. 84-180. Kaeckenbeeck, G., the protection of vested right. In international law B.Y.B. 1936. p. 1 et seq.

البريطانية. ورسالة اللورد بالفور إلى الشريف حسين بتاريخ ٧ فبراير عام ١٩١٨م. والبيان الرسمي الصادر في ٢٢ يوليو ١٩١٨م عن وزارة الخارجية البريطانية ألقاه الكوماندو هوجارت عميد جامعة أوكسفورد في اجتماعه مع بعض الزعماء العرب^(٥١) ومع ذلك لم تلتزم بريطانيا بذلك. وقد خالف صك الإنتداب التزامات دولية أخرى^(٥٢) منها النص على إلزام الدولة المنتدبة بتنفيذ تصريح بلفور وقد أثبتنا بطلان هذا التصريح في المبحث الأول.

٩ - مخالفات صك الإنتداب التزامات دول الحلفاء في الحرب العالمية الثانية، وردت هذه الإلتزامات في العديد من الرسائل والتصريحات من الحلفاء للعرب وأهمها التأكيد البريطاني نيابة عن الحلفاء الذي صدر في أكتوبر عام ١٩١٨م وقام السير آدموند اللوبي بإبلاغه للأمير فيصل وتضمن التزام الحلفاء بتحقيق رغبات الشعوب العربية في الحرية والاستقلال. وأيضاً البيان المشترك الذي صدر في ٧ نوفمبر عام ١٩١٨م عن بريطانيا وفرنسا جاء فيه النص على عزمهما على تحرير البلاد العربية وإتاحة فرص الحكم الذاتي والاستقلال لها، وأنهما لن يفرضا على شعوب هذه الدول نظام حكم معين، وأن اختيار الحكومات سيكون عن طريق شعوبهم^(٥٣) وأن دور الحلفاء يقتصر على تشكيل حكومات وطنية بناء على انتخاب حر. والإعتراف بهذه الحكومات بعد قيامها. وتقديم المعونة والمساعدة لهذه الحكومات.

١٠ - ومن المبادئ التي خالفها صك الإنتداب مبدأ حق تقرير المصير: هذا المبدأ يعتبر حجر الزاوية في تنظيم المجتمع الدولي بعد الحرب العالمية

(٥١) سعد بسيسو. إسرائيل جناية وخيانة. لجنة كتب سياسية، رقم ٨٢، القاهرة، ١٩٥٨م، ص ٢٧ و ٢٨. والوثائق الرسمية للقضية الفلسطينية. وثائق أرقام (من ١٧ - ٣٢) ص ٧٧ - ٨٣.

(٥٢) الدكتور محمد إسماعيل علي. المرجع السابق، ص ٢٠٩ - ٢١٠.

(٥٣) موسوعة القضية الفلسطينية. ص ٣٠٧. والوثائق الرسمية للقضية الفلسطينية، الجامعة العربية، الجزء الأول، وثيقة رقم (٢١)، ص ٨٣.

الأولى، ويتضمن هذا المبدأ في داخله ثلاث مبادئ أولها أن أي تغيير إقليمي يجب أن يكون طبقاً لرغبات الشعوب. وثانيها أن الشعوب حرة في اختيار الحكومات التي تحكمها. وثالثها إن شعوب الأقاليم غير المتمتعة بالحكم الذاتي لها كامل الحق في تقرير مصيرها^(٥٤). وقد أكدت لجنة (كنج كراين) في تقريرها في ١٩١٩/٨/٢٨م على أن أغلب السكان يطلبون الوحدة السياسية لسوريا ومن ضمنها كيليكييا شمالاً والصحراء السورية شرقاً وفلسطين حتى رفح جنوباً. والاستقلال الناجز لسوريا. ورفض إقامة وطن قومي لليهود في فلسطين والهجرة اليهودية^(٥٥).

مما يعنى أن اللجنة أعطت للشعب العربي في سوريا بما فيها فلسطين حق تقرير المصير ومنحه الاستقلال، ومع ذلك فإن مؤتمر السلام لم يأخذ بهذا التقرير رغم تقديمه للمؤتمر من جانب الرئيس الأمريكي، بل قرر المؤتمر وضع فلسطين تحت الإنتداب البريطاني خلافاً لرغبة الشعب الفلسطيني. وقد جاء ذلك بإيعاز من بريطانيا تنفيذاً لوعودها للصهيونية ومنها تصريح بلفور في ١٩١٧/١١/٢م. في نهاية عام ١٩١٨م تقدمت وزارة الخارجية البريطانية بمذكرة إلى رئيس الوزراء البريطاني طلبت فيها عدم تطبيق حق تقرير المصير على فلسطين، لأن بريطانيا لن تنظر بعين الاعتبار إلى الأغلبية الموجودة فعلاً في فلسطين الآن والتي هي أغلبية عربية بنسبة أكبر من ٩٠٪ من سكان فلسطين، بل سوف تنظر إلى أغلبية سوف تحققها وتخلقها في المستقبل القريب من الشعب اليهودي طبقاً لالتزاماتها نحو الصهيونية^(٥٦) مما يجعل الصك مخالف للمادة (٢٢) من عهد العصبة.

(٥٤) انظر للمؤلف كتاب المبادئ العامة في القانون الدولي المعاصر، دار ابتراك للطباعة والنشر والتوزيع، القاهرة، عام ٢٠٠٩م، ص ٣٥٣ وما بعدها.

(٥٥) الوثائق الرئيسية للقضية الفلسطينية، ص ١١٦ - ١٢١.

(٥٦) انظر في ذلك الوثائق البريطانية. British Documents (1952), p. 1277.

١١ - كما خالفت الحكومة البريطانية صك الإنتداب ذاته، وذلك من ناحيتين في ممارسة الإنتداب وفي إنهاء الإنتداب في ممارسة الإنتداب خالفت بريطانيا نظام الإنتداب وصك الإنتداب في عدم إقامة حكومة وطنية عربية. التصرف في أراضي فلسطين، وتمكين شعوب أجنبية من غزو فلسطين، ففي عدم إقامة حكومة وطنية عربية: تنص المادة (٢٢) من عهد العصبة - وهذه المادة تعتبر دستور نظام الإنتداب - على ثلاثة التزامات تلتزم بها الدولة المنتدبة، أ - إن الأقاليم الخاضعة للإنتداب فئة (أ) تكون أمما مستقلة، وفلسطين ضمن تلك الفئة. ب - تنحصر مهمة دولة الإنتداب في تقديم النصح والمعاونة للأقاليم الواقعة تحت الإنتداب. ج - تستمر مساعدة الدولة المنتدبة للإقليم الخاضع تحت الإنتداب حتى يتمكن شعب هذا الإقليم من حكم نفسه بنفسه عندها ينتهي الإنتداب.

ترتيباً على ما سبق، يتبين أن بريطانيا الدولة المنتدبة على فلسطين قد ارتكبت عن عمد عدم تشكيل حكومة وطنية منتخبة انتخاباً حراً في فلسطين، ولم تكتف بذلك بل عرقلت ومنعت قيام مثل تلك الحكومة. عدم ترقية وتشجيع ومساعدة الشعب الفلسطيني حتى يقيم حكومة وطنية.

١٢ - من ضمن المخالفات التي ارتكبتها بريطانيا أثناء إنتدابها على فلسطين التصرف في أراضي فلسطين. فقد كان العرب حتى عام ١٩١٨م يملكون من أراضي فلسطين نحو ١٣,٥٠٠,٠٠٠ دونم، أما الأراضي التي كانت تملكها الحكومة، فتبلغ مساحتها ١٢,٠٠٠,٠٠٠ دونم وتسمى الأراضي الأميرية. أما يهود فكانوا يملكون ٦٥٠ ألف دونم، أول ما فعله اللورد هابرت صمويل أول مندوب سام بريطاني في فلسطين هو إلغاء القوانين العثمانية التي كانت تمنع اليهود من امتلاك الأموال الثابتة في فلسطين واستبدالها بقوانين جديدة تساعد وساعدت الحركة الصهيونية على تحقيق أهدافها. علماً بأن المادة

السادسة من صك الإنتداب كانت قد فرضت على الدولة المنتدبة، تشجيع حشد اليهود في الأراضي، بشرط عدم المساس بحقوق الفئات غير اليهودية. خالفت بريطانيا ذلك وأثبتته كل من تقرير لجنة شو^(٥٧) وتقرير جون سمبسون عام ١٩٣٠م^(٥٨) وأيضاً تقرير لجنة بيل عام ١٩٣٧م^(٥٩) ورغم كل التحذيرات السابقة وغيرها، إلا أن حكومة الإنتداب أستمترت في تشجيع تملك اليهود للأراضي، وترتب على ذلك إلحاق أضرار كبيرة في حق الفئات غير اليهودية، مخالفة بذلك نص المادة السادسة من صك الإنتداب والمادة (٢٢) من عهد عصبة الأمم، يترتب بطلان تلك الإجراءات وصك الإنتداب.

١٣ - ومن ضمن المخالفات التي ارتكبتها بريطانيا أثناء إنتدابها على فلسطين تمكين شعوب أجنبية من غزو فلسطين عن طريق فتح باب الهجرة لليهود على مصراعيه مما أدى لزيادة نسبة اليهود في فلسطين من ٧٪ عام ١٩١٨م إلى ٣٥٪ عام ١٩٤٨م^(٦٠) من سكان فلسطين، مما أضر بالسكان العرب حيث أستولى هؤلاء على الأراضي العربية، وقد أثبت ذلك تقرير لجنة شو بل سمحت لليهود بتشكيل قوة عسكرية صهيونية بثت الرعب بين السكان العرب، ويمثل ذلك مخالفة لصك الإنتداب وعهد عصبة الأمم^(٦١).

١٤ - كما خالفت بريطانيا دولة الإنتداب على فلسطين قواعد إنهاء الإنتداب في طريقة الإنسحاب من فلسطين. ومخالفة قواعد إنهاء الإنتداب.

(٥٧) الوثائق الرئيسية للقضية الفلسطينية، الوثيقة رقم ٢٩، ص ١٦٠ و ١٦١.

(٥٨) الوثائق الرئيسية للقضية الفلسطينية، الوثيقة رقم ٣٠، ص ١٦٤ - ١٦٦.

(٥٩) الوثائق الرئيسية للقضية الفلسطينية، الوثيقة رقم ٣٨، ص ٢٠٣ - ٢٣٨.

(٦٠) انظر محاضر جلسات المؤتمر الصهيوني السابع والعشرين عام ١٩٦٨م. مترجم من العبرية والإنجليزية، الطبعة الأولى، مؤسسة الدراسات الفلسطينية، بيروت، مركز الدراسات الفلسطينية والصهيونية بالأهرام، القاهرة، ١٩٧١م، ص ٥٥ - ١٦٠.

(٦١) الدكتور محمد إسماعيل علي. المرجع السابق، ص ٢٢٥ - ٢٣٠.

ففي طريقة الانسحاب من فلسطين أنهت بريطانيا إنتدابها على فلسطين دون أن تحصل على موافقة الأمم المتحدة كما نص على ذلك عهد العصبة وميثاق الأمم المتحدة. ففي يوم ١٩٤٧/٩/٢٦م أعلنت بريطانيا من جانب أنها في سبيلها لإنهاء الإنتداب على فلسطين، وبدأت بالانسحاب من المناطق اليهودية أولاً وتركت لليهود كافة المواقع العسكرية بأسلحتها، مما مكّن اليهود من تنمية قدراتهم العسكرية، بينما في المناطق العربية فعلت عكس ذلك تماماً، فقد تواجدت القوات البريطانية حتى آخر موعد لانسحابها، كما عمدت لعدم تسليم أهالي المناطق العربية أية وسيلة للدفاع عن أنفسهم كما فعلت مع اليهود، أما المناطق المختلطة فقد عمدت بريطانيا تمكين اليهود من تلك المناطق، لذلك لم يحل يوم ١٩٤٨/٥/١٥م آخر أيام الإنتداب البريطاني على فلسطين، حتى حصل اليهود على أراضي أكثر مما خصصتها لهم توصية التقسيم (١٨١) مما يشكل إنتهاكاً صارخاً لصك الإنتداب وعهد عصبة الأمم وميثاق الأمم المتحدة.

١٥ - كما خالفت قواعد إنهاء الإنتداب. فالإنتداب شرع لمساعدة الشعب الخاضع له للوصول إلى درجة من النضج السياسي تمكنه من حكم نفسه بنفسه، لذلك هناك التزام على الدولة المنتدبة بتحقيق نتيجة وغاية، ولا يسقط عنها هذا الالتزام إلا بتحقيق تلك الغاية، بوجود حكومة وطنية، ولكن بريطانيا لم تفعل ذلك ولم تسع إليه، فلم تشكل حكومة وطنية في فلسطين تتسلم منها مقاليد الحكم والإدارة في فلسطين، يترتب على ذلك إخلال بريطانيا بالتزامها ومخالفتها لصك الإنتداب وعهد عصبة الأمم. وقد عقدت عصبة الأمم آخر جلسة من جلساتها في ١٩٤٧/٤/٨م أي قبل إنهاء بريطانيا لإنتدابها على فلسطين، وقد ورثت الأمم المتحدة عصبة الأمم في ذلك وغيرت المصطلح من إنتداب للوصاية، تطبيقاً لذلك فقد صدر قرار الجمعية العامة للأمم المتحدة في ١٩٤٦/٤/٨م ينص على استمرار الدول المنتدبة في

إنتدابها حتى يتم توقيع اتفاق بين تلك الدولة والأمم المتحدة، وأن النصوص المتعلقة بالوصاية في ميثاق الأمم المتحدة تحل محل النصوص التي كانت في عهد عصبة الأمم، لذلك فإن التزامات الدول القائمة بالإنتداب لا تسقط بإحلال عصبة الأمم طبقاً للمادة (٨٠) من ميثاق الأمم المتحدة التي نصت على أن الاتفاقيات القائمة والتي يكون أعضاء الأمم المتحدة أطراف فيها تظل سارية لحين عقد اتفاقيات الوصاية^(٦٢).

وفي ١٩٤٦/٢/٢٩م أصدرت الجمعية العامة للأمم المتحدة قرارا دعت فيه الدول التي تتولى إدارة أقاليم خاضعة للإنتداب لتقديم مشروعات لاتفاقيات الوصاية التي ستحل محل الإنتداب، وهذا القرار سبق قرار إنهاء بريطانيا الإنتداب على فلسطين. وناشدت الجمعية العامة هذه الدول الاستمرار في الإنتداب لحين عقد اتفاقيات الوصاية وموافقة الأمم المتحدة عليها. لكن بريطانيا أنهت إنتدابها على فلسطين وانسحبت منها في ١٩٤٧/٩/٢٦م قبل أن تتخذ الأمم المتحدة قراراً بشأن فلسطين. أصدر مجلس الأمن قرارا في ١٩٤٧/٤/١٧م نص على ضرورة قيام بريطانيا بعقد اتفاق بإنهاء الإنتداب، ومسؤولية إقناع العرب واليهود بقبول توصية التقسيم، والإستفادة من قواتها للإشراف على التنفيذ، إلا أن المندوب السامي البريطاني غادر ميناء حيفا في ١٩٤٨/٥/١٥م معلناً بإسم بريطانيا وإيراداتها المنفردة إنهاء الإنتداب على فلسطين. ترتيباً على ما سبق يتبين أن بريطانيا خالفت عهد العصبة وميثاق الأمم المتحدة وصك الإنتداب في إنهاء الإنتداب على فلسطين بإرادتها المنفردة، ويشكل ذلك إنتهاكاً لالتزامات دولية واجبة الإحترام والتطبيق.

(٦٢) الدكتور محمد إسماعيل علي. المرجع السابق، ص ٢٣٥ و ٢٣٦.

المبحث الثالث

توصية التقسيم رقم (١٨١) لسنة ١٩٤٧م في القانون الدولي

أقرت الجمعية العامة للأمم المتحدة في جلستها رقم (١٢٨) الدورة الثانية بتاريخ ٢٩ نوفمبر عام ١٩٤٧م التوصية رقم (١٨١) لسنة ١٩٤٧م وتكونت من مقدمة وثلاثة أجزاء الأول خصص لدستور فلسطين وحكومتها في المستقبل والجزء الثاني الحدود والجزء الثالث لمدينة القدس وهى أطول توصية صدرت عن الأمم المتحدة^(٦٣) وقد ثار جدل قانوني حول هذه التوصية، على اعتبار ان الجمعية العامة لا تصدر قرارات بل توصيات غير ملزمة، أما مجلس الأمن الدولي فقراراته الملزمة تنحصر في القرارات التي تصدر طبقاً للفصل السابع من الميثاق، ففيما يصدر عن الجمعية العامة ينقسم الفقهاء في القانون الدولي في مسألة الطبيعة القانونية لما يصدر عنها الجمعية العامة لفريقين^(٦٤):

الرأي الأول يرى أن قرارات الجمعية العامة للأمم المتحدة تتمتع بقوة أدبية فقط والجزاء المترتب على عدم تنفيذ القرار والالتزام به جزاء أدبي فقط يتمثل في اللوم والصورة السيئة التي تلحق بالدولة العضو التي لا تلتزم بما يصدر عن الجمعية العامة وهي عبارة عن توصيات لا ترقى لمرتبة القرارات،

(٦٣) صليحة لقويرج. مشروع تقسيم فلسطين في هيئة الأمم المتحدة ١٩٤٧م والمواقف الدولية منه، رسالة ماستر، جامعة محمد خيضر، بسكرة، كلية العلوم الإنسانية، قطب شتمه، قسم العلوم الإنسانية، عام ٢٠١٥ - ٢٠١٦م، ص ٦٦ وما بعدها.

(٦٤) الدكتورة عائشة راتب. التنظيم الدولي، دار النهضة العربية، عام ١٩٩٠، ص ١٣٢ - ١٥١. الدكتورة منى محمود مصطفى. المنظمات الدولية الحكومية العالمية والنظام الدولي الجديد، دراسة تأصيلية للنظرية العامة في التنظيم الدولي وتأثير المتغيرات الأخيرة على فاعلية الأمم المتحدة، دار النهضة العربية، عام ١٩٩٤م، ص ٢٣٨ - ٢٥٣. الدكتور حسن نافعة. الأمم المتحدة في نصف قرن، دراسة في تطوّر التنظيم الدولي منذ عام ١٩٤٥م، سلسلة عالم المعرفة، العدد رقم (٢٠٢)، أكتوبر ١٩٩٥م، ص ٨٩ - ١١٨.

ولكن ما يصدر من الجمعية العامة لباقي أجهزة الأمم المتحدة تكون قرارات ملزمة لتلك الأجهزة وتكون من الناحية القانونية قرارات وليست توصيات، وهذا هو الرأي الراجح في الفقه والقضاء الدوليين وهذا ما نراه.

أما الرأي الثاني فيرى أن كافة ما يصدر عن الجمعية العامة للأمم المتحدة يعتبر قرارات ملزمة لأنها تشكل الرأي العام السائد في المجتمع الدولي، وتعتبر عرف دولي مكتوب، لأن الجمعية العامة للأمم المتحدة تعتبر بحق برلمان العالم لأنها تشمل كافة دول المجتمع الدولي، لذلك فإن القرار الذي يصدر عن برلمان العالم يعتبر صدى لحكم القانون الدولي والشرعية الدولية، كما أن الجمعية العامة هي الجهاز العام للأمم المتحدة، لذلك يجب أن يكون ما يصدر عنه ملزماً، سواء كان القرار الصادر موجه للدول الأعضاء في الأمم المتحدة أم موجه لباقي أجهزة الأمم المتحدة، ويترتب على عدم الالتزام بها المسؤولية الدولية في حق الدولة العضو التي لم تلتزم بما يصدر عن الجمعية العامة للأمم المتحدة، وهذا رأي ضعيف في الفقه والقضاء الدوليين.

أما القيمة القانونية لما يصدر عن مجلس الأمن، ينقسم الفقه الدولي لفريقين^(٦٥):

- الرأي الأول يرى أن كافة القرارات الصادرة عن مجلس الأمن ملزمة طبقاً للمادة (٢٤) من ميثاق الأمم المتحدة، لأن مجلس الأمن هو الجهاز التنفيذي للأمم المتحدة، ويختص بكافة التبعات الرئيسية التي تحافظ على السلم والأمن الدوليين، لذلك فكل ما يصدر عن مجلس الأمن قرارات لها

(٦٥) الدكتور مفيد محمود شهاب. المنظمات الدولية، دار النهضة العربية، القاهرة، الطبعة الثامنة، عام ١٩٨٧م، ص ٢٨٠ - ٣٠٩. الدكتور محمد سامح عمرو. محاضرات في قانون التنظيم الدولي، دار النهضة العربية، القاهرة، عام ١٩٩٨ - ١٩٩٩م، ص ٣٢٢ - ٣٤٢. الدكتور إبراهيم محمد العناني. الأمم المتحدة، القاهرة، عام ١٩٨٥م، ص ٣٥.

طابع الإلزام حتى علي الدول التي ليست أعضاء في الأمم المتحدة، إذا كانت القرارات بشأن الحفاظ علي الأمن والسلم الدوليين، لذلك ترتبت المسؤولية الدولية في حق الدولة التي لم تلتزم بالقرارات الصادرة عن مجلس الأمن.

- الرأي الثاني يرى أن القرارات الملزمة التي تصدر عن مجلس الأمن هي القرارات التي تكون بشأن الحفاظ على السلم والأمن الدوليين طبقاً للفصل السابع من الميثاق، ويترتب على عدم الالتزام بها المسؤولية الدولية في حق الدولة التي لم تلتزم بالقرار، أما باقي القرارات فتأخذ حكم التوصيات الصادرة عن الجمعية العامة للأمم المتحدة، لذلك لا يترتب عليها المسؤولية الدولية، وهذا هو الرأي الغالب في الفقه والقضاء الدوليين.

ترتيباً على ما سبق، يتبين لنا أن توصية التقسيم الصادرة عن الجمعية العامة ليست قراراً ملزماً بل توصية غير ملزمة، فضلاً عما أصابها من عوار قانوني نوضحه في الآتي:

تعتبر توصية التقسيم رقم (١٨١) لسنة ١٩٤٧م الصادرة عن الجمعية العامة بشأن تقسيم فلسطين باطلة بطلاناً مطلقاً للأسباب التالية:

١ - مخالفة توصية التقسيم للفقرة الثانية من المادة الأولى ميثاق الأمم المتحدة الخاصة بمبدأ حق تقرير المصير للشعوب التي نصت على (احترام المبدأ الذي يقضى بالمساواة في الحقوق بين الشعوب وبأن يكون لكل منها تقرير مصيرها) لذلك فالجمعية العامة قد تجاوزت وذلك بعدم مراعاتها هذا المبدأ^(٦٦) وهو من المبادئ العامة والقواعد الآمرة في القانون الدولي التي لا يجوز مخالفتها ولا حتى الاتفاق على مخالفتها طبقاً للمادة (٣٤) من اتفاقية فيينا لقانون المعاهدات لعام ١٩٦٩م.

(٦٦) الدكتور طه الفرانوني. الصراع العربي الإسرائيلي في ضمير دبلوماسي مصر، دار المستقبل العربي، القاهرة، ١٩٩٤م، ص ١٧.

٢ - مخالفة توصية التقسيم (١٨١) للمادة (١٠) من ميثاق الأمم المتحدة التي نصت على (للجمعية العامة أن تناقش أية مسألة أو أمر يدخل في نطاق هذا الميثاق أو يتصل بسلطات فرع من الفروع المنصوص عليها فيه أو وظائفه، كما أن لها فيما عدا ما نص عليه في المادة (١٢)، أن توصي أعضاء الهيئة أو مجلس الأمن أو كليهما بما تراه في تلك المسائل والأمر). هذا النص يخول الجمعية العامة حق إصدار التوصيات دون القرارات، لذلك المصطلح القانوني السليم لما صدر عن الجمعية العامة للأمم المتحدة هو توصية التقسيم رقم (١٨١ لسنة ١٩٤٧م) أي توصية وليست قرار.

فضلاً عن أن موافقة الكيان الصهيوني على توصية التقسيم ورفض الدول العربية والفلسطينيين لها، كان يستوجب عرض الأمر على محكمة العدل الدولية أو مجلس الأمن للنظر في تطبيقه ضمن صلاحياته طبقاً للفصلين السادس والسابع من ميثاق الأمم المتحدة، لا يحق للجمعية العامة أن توصي أو تقرر التزاماً أي شيء بخصوص المسألة موضوع البحث تطبيقاً للمادة (١/١٢) من الميثاق.

٣ - إن توصية التقسيم الصادرة عن الجمعية العامة للأمم المتحدة بتقسيم فلسطين إلى دولتين عربية ويهودية لا يتفق مع القانون الدولي، لأنه لم تذكر التوصية صراحة في ثنائياتها أن مسؤولية الحكم فيها للفلسطينيين، فقد تعمد من صاغ التوصية استخدام صيغة مبهمّة قابلة للتأويل فلم تحدد التوصية جنسية تلك الدولة العربية، ولا جنسية رئيسها وذلك يعد خروجاً وانتهاكاً لقواعد القانون الدولي، كما أن هناك فرقاً بين مصطلحي الوطن القومي والدولة، فالأول يسمح بالإقامة فيه أناس من دون الحق لهم بامتلاك السلطة، أما الثاني الدولة فهي عبارة عن أرض وشعب سيادة كاملة غير منقوصة.

٤ - تخالف توصية التقسيم رقم (١٨١) لسنة ١٩٤٧م الفقرة السابعة من المادة الثانية من الميثاق والتي نصت على (ليس في هذا الميثاق ما يسوغ للأمم المتحدة أن تتدخل في الشؤون الداخلية التي تكون من صميم السلطان الداخلي لدولة ما، وليس فيه ما يقتضي الأعضاء أن يعرضوا مثل هذه المسائل لأن تحل بحكم هذا الميثاق، على أن هذا المبدأ لا يخل بتطبيق تدابير القمع الواردة في الفصل السابع). وهذه التوصية تعد تدخلا في صميم الشؤون الداخلية لبلد غير مستقل^(٦٧). لذلك تخالف توصية التقسيم مبدأ عدم التدخل في الشؤون الداخلية للدول وهو من المبادئ العامة في القانون الدولي.

٥ - إن توصية التقسيم رقم (١٨١) لعام ١٩٤٧م مشوبة بالبطلان لأن هذا القرار لم يكتسب الدرجة القطعية ويصبح قراراً نهائياً بالنسبة لإجراءات الأمم المتحدة، وقد قام مجلس الأمن والجمعية العامة بإلغائه ووقف تنفيذه حيث قرر مجلس الأمن بتاريخ ١٩/٣/١٩٤٨م بالقرار رقم (٢٧) بأن مجلس الأمن ليس لديه الاستعداد لتنفيذ توصية التقسيم رقم (١٨١) ويوصي بإعادة القضية الفلسطينية للجمعية العامة وفرض وصاية مؤقتة على فلسطين تحت وصاية مجلس الأمن، ولكن هذا الإجراء لم ينفذ كلياً أو جزئياً، إضافة لذلك أصدرت الجمعية العامة للأمم المتحدة بتاريخ ١٤/٥/١٩٤٨م قرارها الثاني المتضمن إعفاء لجنة فلسطين من أية مسؤوليات، نصت عليها المادة (٢) من توصية التقسيم (١٨١) والعمل على إجراء تسوية سلمية لمستقبل الوضع في فلسطين.

وبذلك تكون توصية التقسيم ملغاه وباطلة بشكل صريح وواضح، وإن وجود إسرائيل المستمد منها يعتبر وجوداً باطلاً، بل إن تدويل القدس باطل

(٦٧) الدكتور أحمد حسن محمد أبو جعفر. دراسة نقدية في قرارات الجمعية العامة للأمم المتحدة ١٨١ و ١٩٤ المتعلقين بالقضية الفلسطينية، رسالة ماجستير، جامعة النجاح الوطنية، فلسطين، عام ٢٠٠٨م، ص ٥٠ و ٥١.

أيضاً^(٦٨) ورغم ذلك في ١٥ أيار عام ١٩٤٨م تجاهلت الصهيونية إلغاء الجمعية العامة توصية التقسيم (١٨١) وأعلنت قيام دولة إسرائيل على الأراضي التي احتلتها في الفترة بين ٢٩ نوفمبر ١٩٤٧م و ١٥ مايو ١٩٤٨م.

٦ - مخالفة توصية (١٨١) لمقاصد الأمم المتحدة المنصوص عليها في المادة الأولى الفقرة الثانية المتمثلة بالعمل على تنمية التطور السياسي والاقتصادي والاجتماعي للسكان في الأقاليم المشمولة بالوصاية وتقدم تطورها باتجاه الاستقلال وبما يتفق مع آماني شعوبها وتوطيد احترام حقوق الإنسان وفق ما جاء والمواد (٧٦ و ٨٠ و ٧٧) من ميثاق الأمم المتحدة.

٧ - توصية التقسيم (١٨١) لسنة ١٩٤٧م لا تشمل تدويل مدينة القدس، لأنها نصت في الجزء الثالث منها الفقرة الثالثة على أن هدف نظام التدويل بالدرجة الأولى هو حماية المصالح الروحية والدينية للأماكن المقدسة التابعة للديانات الثلاث اليهودية والمسيحية والإسلامية والموجودة داخل مدينة القدس بحيث يسود نظام ديني خاص، وليس إصباغ أي شرعية لغير طرف صاحب الأرض وهم الفلسطينيون.

٨ - تخالف توصية التقسيم مبدأ احترام الحقوق المتساوية للشعوب، ومبدأ حق المساواة في السيادة بين الدول الوارد في المادة الثانية الفقرة الأولى من ميثاق الأمم المتحدة، ومبدأ حظر استخدام القوة في العلاقات الدولية المنصوص عليه في المادة الثانية الفقرة الرابعة من ميثاق الأمم المتحدة، وهي مبادئ عامة في القانون الدولي لا يجوز مخالفتها أو حتى الاتفاق على مخالفتها، أي باطلة بطلاناً مطلقاً وهو أعلى درجات البطلان ويكون ذلك التصرف منعدم قانوناً أي لا يترتب عليه آثار قانونية في حق أي شخص من أشخاص القانون الدولي.

(٦٨) الأستاذ نبيل عبد الله الفيومي. مسألة القدس والحل النهائي في القانون الدولي العام، على

شبكة الإنترنت بالرباط: <http://www.palvoice.com/forums/showthread.php?p=1760304>

وبناء على ما ذكر فإن السيادة على مدينة القدس بشطريها تبقى من وجهة نظر القانون الدولي للشعب الفلسطيني رغم وجود الاحتلال الإسرائيلي في القدس، ولا يمكن الإعراف لإسرائيل بالسيادة على أي جزء من مدينة القدس، لأنه مخالف لقواعد عامة في القانون الدولي تقضي بعدم إلزام المجتمع الدولي بالاعتراف بأي مكاسب أو تغييرات إقليمية تنجم عن استخدام القوة، وتحريم الاستيلاء على أراضي الغير بالقوة الوارد في إعلان مبادئ القانون الدولي الخاصة بالعلاقات الودية وفق ميثاق الأمم المتحدة الصادر عن الجمعية العامة للأمم المتحدة بتاريخ ٢٤ أكتوبر ١٩٧٠م والذي نص على أن (أي اكتساب إقليمي ينجم عن استخدام القوة أو التهديد باستخدامها لن يعترف به كعمل قانوني) لأن الاحتلال لا يولد الحق^(٦٩).

إضافة إلى مبدأ حظر استخدام القوة في العلاقات الدولية الوارد في المادة الثانية في الفقرة الرابعة من الميثاق نص على أن (يتمنع أعضاء الهيئة جميعاً في علاقاتهم الدولية عن التهديد باستعمال القوة أو استخدامها ضد سلامة الأراضي أو الاستقلال السياسي لأية دولة أو على أي وجه آخر لا يتفق ومقاصد الأمم المتحدة) وهذا يستوجب من المجتمع الدولي بعدم الاعتراف بأي أثر قانوني عن العمل الذي انتهك قاعدة قانونية دولية أمرة، الواردة في المادة (٥٣) من اتفاقية فيينا لقانون المعاهدات لعام ١٩٦٩م التي نصت على (تعتبر قاعدة أمرة من قواعد القانون الدولي العام، القاعدة المقبولة والمعترف بها من الجماعة الدولية كقاعدة لا يجوز الإخلال بها ولا يمكن تغييرها إلا بقاعدة لاحقة من قواعد القانون الدولي العام لها ذات الصفة^(٧٠)).

(٦٩) راجع للمؤلف كتاب المبادئ العامة في القانون الدولي المعاصر. دار ايتراك للطباعة والنشر والتوزيع، القاهرة، ٢٠٠٩م. وكتاب القضية الفلسطينية في القانون الدولي. دار ايتراك للطباعة والنشر والتوزيع، القاهرة، عام ٢٠١٢م.

(٧٠) راجع رسالة دكتوراه للمؤلف، النظرية العامة للتكتلات العسكرية طبقاً لقواعد القانون الدولي العام، كلية الحقوق، جامعة الزقازيق، عام ٢٠٠٥م.

ويترتب على ذلك أن القاعدة الدولية الآمرة هي قاعدة أساسية من قواعد القانون الدولي العام وأن هناك التزام على الدول يقضي بعدم مخالفتها، لأنها تحمي وتحافظ على مصالح المجتمع الدولي، ولهذا فإن مخالفة القاعدة الآمرة يترتب عليه بطلان كل تصرف يأتي انتهاكاً لها^(٧١).

إن القانون الدولي يهدف في جوهره تحقيق رسالة اجتماعية وسياسية، ومن هنا يتبين أن القواعد القانونية الآمرة جاءت متضمنة الإلزام كونها تمس هذا الجوهر في سبيل مصلحة المجتمع الدولي بالحفاظ على الأمن والسلم الدوليين. من الواضح أن إسرائيل خرقت مبدأ احترام السيادة، ومبدأ منع اللجوء إلى استعمال القوة في العلاقات الدولية ومبدأ عدم جواز احتلال أراضي الغير بالقوة، تلك المبادئ ما هي إلا قواعد قانونية آمرة وملزمة لجميع أعضاء الأمم المتحدة بعدم مخالفتها، رتب القانون الدولي جزاءً لخرقها في مقدمتها بطلان التصرف المخالف بطلاناً مطلقاً وعدم الاعتراف بما نتج من أوضاع إقليمية غير مشروعة، وهذا واجب قانوني يقع على عاتق جميع الدول حتى ولو لم يلحق بهذه الدول ضرراً، وقد تأيد ذلك في الرأي الاستشاري الصادر عن محكمة العدل الدولية لعام ١٩٧١م المتعلق بإقليم ناميبيا حيث جاء فيه (أن الأمم المتحدة تعتمد على الدول الأعضاء فيها في ضمان تنفيذ ما تتخذه من تدابير إزاء وضع غير مشروع من الناحية الدولية).

مما سبق يتبين بطلان قيام دولة يهودية أو إسرائيلية على أرض فلسطين من النهر إلى البحر بما فيها القدس بكاملها الشرقية والغربية بطلاناً مطلقاً، لا يجيزه اتفاق الأطراف المعنية عليه، لمخالفته القواعد العامة الآمرة في

(٧١) الدكتور صلاح جبير البصيصي. دور محكمة العدل الدولية في تطوير مبادئ القانون الدولي الإنساني، المركز العربي للنشر والتوزيع، مكتبة دار السلام القانونية، الطبعة الأولى عام

٢٠١٧م، ص ١٢٧ وما بعدها.

القانون الدولي، ولا تمنحه شرعية كافة القرارات الصادرة عن الأمم المتحدة سواء من الجمعية العامة أو مجلس الأمن.

وترتيباً على ما سبق من البطلان المطلق لتوصية التقسيم ١٨١/لسنة ١٩٤٧م، بطلان كافة الآثار والأفعال التي ترتبت عليه، وكذلك بطلان كافة القرارات الصادرة عن الجمعية العامة للأمم المتحدة التي تخالف ما سبق من قواعد عامة أمره في القانون الدولي، وكذلك كافة التصرفات التي قامت بها قوات الاحتلال في الأراضي الفلسطينية كافة من النهر إلى البحر بما فيها القدس الشريف كاملة.

ونخلص مما سبق أن كافة القرارات الصادرة عن عصبة الأمم أو الجمعية العامة للأمم المتحدة بشأن تبرير إقامة دولة الاحتلال أو وطن قومي لليهود باطلة طبقاً للقانون الدولي وميثاق الأمم المتحدة وأرض محتلة تخضع لاتفاقيات جنيف الأربعة لعام ١٩٤٩م والبروتوكولين الإضافيين لهم لعام ١٩٧٧م، وكافة قواعد القانون الإنساني الدولي المتعلقة بالأراضي المحتلة، فالوجود الصهيوني على أرض فلسطين من النهر إلى البحر باطل بطلاناً مطلقاً ويدرّب على ذلك أن قوات الاحتلال في فلسطين بما فيها القدس ليس لها حق الدفاع الشرعي إعمالاً للقاعدة التي تنص على (لا دفاع شرعي ضد دفاع شرعي) والتي تنص على (مقاومة لفعل مباح) وأن الفلسطينيين هم فقط الذين لهم حق الدفاع الشرعي ضد قوات الاحتلال في كافة الأراضي الفلسطينية من النهر إلى البحر بما فيها القدس الشريف كاملة بشقيها الشرقي والغربي، ولا يملك المجتمع الدولي ولا الأمم المتحدة تغيير هذا المركز القانوني للأراضي الفلسطينية المحتلة بما فيها القدس الشريف كاملة الشرقية والغربية^(٧٢).

(٧٢) انظر للمؤلف كتاب فتوى الجدار العازل والقانون الدولي. دار ايتراك للطباعة والنشر والتوزيع، القاهرة، عام ٢٠٠٦م، ص ١٢١. وأيضاً كتاب الحرب الأخيرة على غزة في ضوء القانون الدولي العام. دار ايتراك للطباعة والنشر والتوزيع، القاهرة، ٢٠٠٩م، ص ٢٣.

الخاتمة

على مدار ثلاثة مباحث تعرضنا لدراسة الأسانيد التي يعتمد عليها الكيان الصهيوني في تبرير أصل وجوده القانوني وبسط سيطرته على القدس الشريف والواردة في إعلان استقلال ما يسمى دولة إسرائيل في ١٥ مايو ١٩٤٨م، كل سند في مبحث منفرد، وكل سند عرضناه على قواعد وأحكام ومبادئ القانون الدولي العام وعهد عصبة الأمم وميثاق الأمم المتحدة، لنرى مدى شرعيته من عدمه، ففي المبحث الأول تمت دراسة تصريح بلفور المشهور سياسياً بأنه وعد بلفور، بداية تم تصحيح وتحرير المصطلح فوجدنا أن المصطلح القانوني الصحيح ليس وعد بلفور بل هو تصريح بلفور أو رسالة بلفور والأخير الأدق والأصح، لأن الوعد يجب أن يصدر ممن يملك ما يمكنه أن يوفي به وهو ملزم لصاحبه في القانون ولكن بالنظر لما صدر عن بلفور هي مجرد رسالة أرسلها صديق لصديقه بصفة شخصية لأن الرسالة وجهت لأحد الأشخاص الطبيعيين وليس لإحدى الشخصيات القانونية الدولية وهو روتشيلد أحد أثرياء اليهود في بريطانيا وهو صديق شخصي للورد بلفور، وانتهينا إلى أن رسالة/ تصريح بلفور لا يعد من وجهة نظر القانون الدولي التزاماً دولياً أو عملاً قانونياً بإرادة منفردة، لأن بريطانيا لم تكن تملك فلسطين بما فيها القدس ولم تكن صاحبة سيادة عليها بل هي دولة احتلال والاحتلال لا ينقل السيادة لأنه واقعة مادية وليس تصرف قانوني لمخالفته الأحكام العامة والقواعد الآمرة في القانون الدولي، لذلك رسالة بلفور عمل مادي وليس تصرف قانوني.

وفي المبحث الثاني تم إلقاء الضوء على صك الإنتداب على فلسطين بما فيها القدس الشريف، وتبين من خلال الدراسة أن صك الإنتداب جاء مخالف لعهد العصبة خاصة في المادتين (٢٠ و ٢٢) من عهد العصبة، وقد

خالفت بريطانيا أثناء فترة الإنتداب الهدف من الإنتداب بمساعدة إقليم وشعب فلسطين حتى يحكم نفسه بنفسه، فضلاً عن أن بريطانيا فتحت باب الهجرة على مصراعيه لليهود.

أما المبحث الأخير خصص لتوصية التقسيم وليس قرار التقسيم كما هو شائع لأن الجمعية العامة للأمم المتحدة تصدر توصيات وليست قرارات، لذلك كان عنوان المبحث توصية التقسيم التي أصيبت بعوار قانوني كبير جعلها منعدمة في نظر القانون الدولي وميثاق الأمم المتحدة، ومشوبة بالبطلان لأن هذا القرار لم يكتسب الدرجة القطعية ويصبح قراراً نهائياً بالنسبة لإجراءات الأمم المتحدة، وقد قام مجلس الأمن والجمعية العامة بإلغائه ووقف تنفيذه حيث قرر مجلس الأمن بتاريخ ١٩٤٨/٣/١٩م بالقرار رقم (٢٧) بأن مجلس الأمن ليس لديه الاستعداد لتنفيذ توصية التقسيم رقم (١٨١) ويوصي بإعادة القضية الفلسطينية للجمعية العامة وفرض وصاية مؤقتة على فلسطين تحت وصاية مجلس الأمن، ولكن هذا الإجراء لم ينفذ كلياً أو جزئياً، إضافة لذلك أصدرت الجمعية العامة للأمم المتحدة بتاريخ ١٩٤٨/٥/١٤م قرارها الثاني المتضمن إعفاء لجنة فلسطين من أية مسؤوليات، نصت عليها المادة (٢) من توصية التقسيم (١٨١) والعمل على إجراء تسوية سلمية لمستقبل الوضع في فلسطين.

قائمة المصادر والمراجع

أولاً: قائمة المراجع باللغة العربية:

• الوثائق:

١. نصوص الرسائل في الوثائق الرئيسية في القضية الفلسطينية، الجامعة العربية، الوثائق من ١ - ١٠.
٢. الوثائق الرسمية للقضية الفلسطينية، الوثيقة رقم ١٨، ورقم ١٩.
٣. الوثائق الرسمية للقضية الفلسطينية، وثائق أرقام (من ١٧ - ٣٢).
٤. موسوعة القضية الفلسطينية ص ٣٠٧. والوثائق الرسمية للقضية الفلسطينية، الجامعة العربية، الجزء الأول، وثيقة رقم ٢١.
٥. موسوعة القضية الفلسطينية، الوثائق الرسمية للقضية الفلسطينية، القسم الثاني، المجموعة الثانية، ١٩١٥ - ١٩٥٦م، جامعة الدول العربية، القاهرة، ١٩٥٧م.
٦. الوثائق الرسمية للقضية الفلسطينية.
٧. الوثائق البريطانية (1952), P. 1277. British Documents.
٨. الوثائق الرئيسية للقضية الفلسطينية، الوثيقة رقم ٢٩.
٩. الوثائق الرئيسية للقضية الفلسطينية، الوثيقة رقم ٣٠.
١٠. الوثائق الرئيسية للقضية الفلسطينية، الوثيقة رقم ٣٩.
١١. محاضر جلسات المؤتمر الصهيوني السابع والعشرين عام ١٩٦٨، مترجم من العبرية والإنجليزية، الطبعة الأولى، مؤسسة الدراسات الفلسطينية، بيروت، مركز الدراسات الفلسطينية والصهيونية بالأهرام، القاهرة، ١٩٧١.

• الكتب:

١. الدكتور إبراهيم محمد العناني، الأمم المتحدة، القاهرة، عام ١٩٨٥م.
٢. الدكتور أحمد حسن محمد أبو جعفر، دراسة نقدية في قرارَي الجمعية العامة للأمم المتحدة ١٨١ و ١٩٤ المتعلقين بالقضية الفلسطينية، رسالة ماجستير، جامعة النجاح الوطنية، فلسطين، عام ٢٠٠٨م.

٣. أحمد المرعشلي، الموسوعة الفلسطينية، الجزء الأول، هيئة الموسوعة الفلسطينية، دمشق، عام ١٩٨٤م.
٤. الدكتور أحمد الساعاتي، التطورات السياسية والاقتصادية والاجتماعية في فلسطين في عهد الإنتداب البريطاني ١٩١٨ - ١٩٤٨م، بحث قدّم للمؤتمر العلمي الرابع، واحد وستون عاماً، نظمته كلية الآداب بالجامعة الإسلامية بغزة، عام ٢٠٠٩.
٥. أحمد غنيم. وعد بلفور... بين عصبة الأمم وصك الإنتداب، مجلة قضايا إسرائيلية، العدد ٦٥، مؤسسة الأهرام الصحفية، القاهرة.
٦. الدكتور مصطفى أحمد أبو الخير، المبادئ العامة في القانون الدولي المعاصر، دار ايتراك للطباعة والنشر والتوزيع، القاهرة، عام ٢٠٠٩م.
٧. النظرية العامة للتكتلات العسكرية طبقاً لقواعد القانون الدولي العام، كلية الحقوق، جامعة الزقازيق، عام ٢٠٠٥م.
٨. فتوى الجدار العازل والقانون الدولي، دار ايتراك للطباعة والنشر والتوزيع، القاهرة، عام ٢٠٠٦م.
٩. الحرب الأخيرة على غزة في ضوء القانون الدولي العام، دار ايتراك للطباعة والنشر والتوزيع، القاهرة، عام ٢٠٠٩م.
١٠. القضية الفلسطينية في القانون الدولي، دار ايتراك للطباعة والنشر والتوزيع، القاهرة، عام ٢٠١٢م.
١١. الدكتور أنيس فوزي قاسم، وعد بلفور في القانون الدولي، حلقة نقاش «وعد بلفور: مئوية مشروع استعماري.. أي مستقبل للمشروع الصهيوني؟»، الذي أقامه مركز الزيتونة للدراسات والاستشارات بالاشتراك مع المؤتمر الشعبي لفلسطيني الخارج، والمركز العربي الدولي للتواصل والتضامن في بيروت، في ٢٠١٧/١١/١٧.
١٢. بشير شريف يوسف، فلسطين بين القانون الدولي والاتفاقيات الدولية، دار البداية ناشرون وموزعون، عمان، الطبعة الأولى، ٢٠١١م.

١٣. بهجت أبو غربية، صفحات من تاريخ القضية الفلسطينية حتى سنة ١٩٤٩: الرؤية التاريخية وملاحم تجربة ذاتية، ورقة قدمت إلى القضية الفلسطينية في أربعين عاماً بين ضرورة الواقع... وطموحات المستقبل، بحوث ومناقشات الندوة الفكرية التي نظمتها جمعية الخريجين في الكويت، بيروت مركز دراسات الوحدة العربية، ١٩٨٩.

١٤. جلال يحيى، مشكلة فلسطين والاتجاهات الدولية - أصولها وتطورها وتعلّقها ومحاولة إيجاد حلول لها، منشأة المعارف للنشر والتوزيع، الإسكندرية، ١٩٦٥.

١٥. الدكتور حداد محمد. المعاهدات الدولية للسلام والآليات المرافقة لضمان تنفيذها، رسالة دكتوراه، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة وهران ٢، عام ٢٠١٦م.

١٦. الدكتور حسام أحمد هندراوي. الوضع القانوني لمدينة القدس، دار النهضة العربية، القاهرة، ٢٠٠١م.

١٧. الدكتور حسن نافعة، الأمم المتحدة في نصف قرن، دراسة في تطوّر التنظيم الدولي منذ عام ١٩٤٥م، سلسلة عالم المعرفة، العدد رقم (٢٠٢)، أكتوبر ١٩٩٥م.

١٨. دكتور حسن محمد حسين. بدايات شعر المقاومة في مرحلة الإنتداب. شؤون فلسطينية، العدد ١٠٥، آب/أغسطس، ١٩٨٠م.

١٩. حسين أبو النحل، قطاع غزّة (١٩٤٨ - ١٩٦٧م)، بيروت، مركز الأبحاث، ١٩٧٩م.

٢٠. الدكتور خليل سامي مهدي، النظرية العامة للتدويل في القانون الدولي المعاصر، مؤسسة الدراسات الفلسطينية، بيروت ٢٠٠٣م.

٢١. سحر الهندي، التأسيس البريطاني للوطن القومي لليهود ١٩٢٠ - ١٩٢٥م، مؤسسة الدراسات الفلسطينية، بيروت ٢٠٠٣م.

٢٢. سعد بسيسو، إسرائيل جناية وخيانة، لجنة كتب سياسية، رقم ٨٢، القاهرة، ١٩٥٨م.

٢٣. شافية سبع، تطوّر الإنتداب البريطاني على فلسطين ١٩٢٠ - ١٩٤٨، رسالة ماستر، جامعة محمد خيضر - قطب شتمه، كلية العلوم الإنسانية والاجتماعية، قسم العلوم الإنسانية، الجزائر، عام ٢٠١٥م.
٢٤. الدكتور سهيل حسين الفتلاوي، القانون الدولي العام في السلم، دار الثقافة للنشر والتوزيع، ٢٠١٠م.
٢٥. الدكتور صلاح جبير البصيصي، دور محكمة العدل الدولية في تطوير مبادئ القانون الدولي الإنساني، المركز العربي للنشر والتوزيع، مكتبة دار السلام القانونية، الطبعة الأولى عام ٢٠١٧م.
٢٦. صليحة لقويرج، مشروع تقسيم فلسطين في هيئة الأمم ١٩٤٧م والمواقف الدولية منه، رسالة ماستر، جامعة محمد خيضر، بسكرة، كلية العلوم الإنسانية، قطب شتمه، قسم العلوم الإنسانية، عام ٢٠١٥ - ٢٠١٦م.
٢٧. الدكتور طه الفرانوني. الصراع العربي الإسرائيلي في ضمير دبلوماسي مصر، دار المستقبل العربي، القاهرة، ١٩٩٤م.
٢٨. الدكتورة عائشة راتب. التنظيم الدولي، دار النهضة العربية، عام ١٩٩٠م.
٢٩. عبد الغني سلامة، المقدمات التاريخية والسياسية لوعد بلفور، قضايا إسرائيلية عدد (٦٥).
٣٠. الدكتور عبد العزيز محمد سرحان. دروس في المنظمات الدولية (مشكلة الشرق الأوسط) دار النهضة العربية، بدون سنة نشر.
٣١. عبد العزيز عوض. القدس وسياسة الدولة العثمانية، دائرة المطبوعات والنشر، جامعة البتراء، الأردن، بدون سنة نشر.
٣٢. الدكتور عبد العزيز محمد سرحان، مبادئ القانون الدولي العام، دار النهضة العربية، مطبعة جامعة القاهرة، الكتاب الجامعي، ١٩٨٠.
٣٣. عوض عبد العزيز. مقدمة في تاريخ فلسطين الحديث، دراسة واقتراحات للحلّ، ١٣١ - ١٩١٤م، بيروت المؤسسة العربية للدراسات والنشر، ١٩٨٣م.

٣٤. علي حسين خلف. الأطماع الاستعمارية البريطانية في فلسطين، شؤون فلسطينية، العدد ٦٧، ١٩٧٧م.
٣٥. الدكتور غازي حسن صباريني. الوجيز في مبادئ القانون الدولي العام، مكتبة دار الثقافة للنشر والتوزيع والإعلان، عمان، ١٩٩٢م.
٣٦. كارل بروكلمان، تاريخ الشعوب العربية، تعريب نبيه أمين فارس ومنير البعلبكي، دار العلم للملايين، الطبعة الخامسة، بيروت، ١٩٦٨.
٣٧. كتاب الإنتداب إلى النكبة ١٩١٩م - ١٩٤٨م، العدد الأول من دليل المعرفة، إصدار الجبهة الديمقراطية لتحرير فلسطين، معهد العلوم الاجتماعية، تحرير مكتب التثقيف المركزي، الطبعة الأولى، آب/أغسطس ٢٠١٧.
٣٨. كمال قبعة. مسؤولية بريطانيا عن عدم شرعية وعد بلفور، مجلة شؤون فلسطينية، العدد ١٦٦، شتاء ٢٠١٦م.
٣٩. الدكتور مفيد محمود شهاب، المنظمات الدولية، دار النهضة العربية، القاهرة، الطبعة الثامنة، عام ١٩٨٧م.
٤٠. الدكتور محمد سامح عمرو، محاضرات في قانون التنظيم الدولي، دار النهضة العربي، القاهرة، عام ١٩٩٩/١٩٩٨م.
٤١. الدكتور محمد إسماعيل على السيد. مدى مشروعية أسانيد السيادة الإسرائيلية في فلسطين دراسة في إطار القانون الدولي العام، عالم الكتب، القاهرة، عام ١٩٧٥م.
٤٢. الدكتورة منى محمود مصطفى. المنظمات الدولية الحكومية العالمية والنظام الدولي الجديد، دراسة تأصيلية للنظرية العامة في التنظيم الدولي وتأثير المتغيرات الأخيرة على فاعلية الأمم المتحدة، دار النهضة العربية، عام ١٩٩٩م.
٤٣. الأستاذ نبيل عبد الله الفيومي، مسألة القدس والحل النهائي في القانون الدولي العام، على شبكة الإنترنت بال رابط:

٤٤. نزار أيوب، المركز القانوني لمدينة القدس، مؤسسة الحق رام الله، ٢٠٠١م.
٤٥. نعمان عبد الهادي فيصل، الإنقسام الفلسطيني في عهد الإنتداب البريطاني وفي ظل السلطة الوطنية الفلسطينية، (دراسة مقارنة)، رسالة ماجستير، جامعة الأزهر، كلية الاقتصاد والعلوم الإدارية، غزة، ٢٠١٢م.
٤٦. هنري كتن، قضية فلسطين، السلطة الوطنية الفلسطينية: وزارة الثقافة - رام الله، ١٩٩٩م.

ثانياً: قائمة المراجع باللغات الأجنبية:

1. Cour International De Justice. Recueil des Arrêts Avis Consultatifs et Ordonnances, 1952.
2. O'connell. Economic Concessions in the Law of state succession. B.Y.B, 1957, p. 11 et seq. – Idem. Independence and succession to Treaties, B.Y.B. 1962. PP: 84-180. Kaechenbeeck. G., the Protection of Vested right, In international Law B.Y.B 1936.
3. Sykes, Christopher. Cross Road to Israel. Collins, London, 1965.
4. Hashem, Zaki. The Arab Case in Palestine towards the rule of law or the rule of force. L. Egypt contemporaine. Societe, Egyptienne d'economie Politique, de statistique et de Legislations. L. VIIIeme annee No. 330. Le Caire, October, 1967.
5. Smets, Paul F. Conclusions des Accords en forme simplifie Etablissement Emaile Bruxelles, 1969, pp. 31-33. Remec, Peter Pavel. The position of the individual in international Law according to Crotius and Vattel. The Hague, 1960.
6. Spiropoulos, J., L'individu et l'droit International. Academie de D.I. Tome 30.
7. Leonard stein, The Balfour Declaration, London, 1961.
8. Liloyd George, the truth about the Pease Vol.2, p. 1136 and chaim weizmann, Treal and Error: the Autobiography of chaim weizmann, New York, Harper and Row, 1966.
9. Ingrams SOREEN, Palestine Papers 1917-1922 scads of conflict. London 1972.

حماية التصرفات القانونية وإثباتها عبر تطبيق الذكاء الاصطناعي

إعداد: د. أيمن محمد سيد مصطفى الأسيوطي

دكتوراه في القانون المدني، جمهورية مصر العربية

الملخص

لا شك في أنَّ العصر الحالي هو عصر تطبيقات الذكاء الاصطناعي بأنواعها وصورها المختلفة^(١)، كونها باتت جزءاً لا يتجزأ من حياتنا وعلاقاتنا اليومية، وإن كانت مسألة استيعاب وتنظيم القواعد القانونية لمختلف المراكز التي نتجت عن التكنولوجيا الحديثة في صورتها التقليدية تقتصر على الابتكارات، التي لم تُثر الكثير من الإشكالات^(٢)؛ إلا أنَّ المفهوم الحديث لتكنولوجيا الذكاء الاصطناعي قد أدى إلى ظهور علاقات ومراكز جديدة في مختلف المجالات. وما خلفته من إيجابيات وسلبيات على كافة المجتمعات الإنسانية أثبتت عدم قدرة القواعد القانونية السارية على استيعابها وتنظيمها.

(١) د. رانيا صبحي محمد عزب: العقود الرقمية في قانون الإنترنت «دراسة تحليلية مقارنة في الفقه والتشريعات العربية والأميركية والأوروبية»، دار الجامعة الجديدة، الإسكندرية، ٢٠١٢، ص ١٠٩.

(٢) للباحث كتاب بعنوان النظام القانوني للبيث الفضائي عبر الأقمار الصناعية «دراسة مقارنة»، مركز الدراسات العربية للنشر والتوزيع، القاهرة، ٢٠١٩، ص ٤٦.

إنّ محلّ الإثبات ليس هو الحق ذاته مهما كانت طبيعته شخصياً كان هذا الحق أو عينياً، بل إن ما يقصد بمحل الإثبات هو: المصدر الذي ينشئ هذا الحق. وهذا المصدر إما أن يكون تصرفاً قانونياً أو واقعة مادية؛ لذلك يتعين على صاحب الحق إثبات مصدر حقّه^(٣).

والصلة بين الإثبات وحماية الحق وثيقة واضحة؛ حيث إن عجز المدعي عن إثبات حقه الشخصي أو العيني يترتب عليه بالضرورة فقدانه له، حتى وإن كان معترفاً به ومحمياً قانوناً. وعلى أساس ذلك فإنّ مسألة الإثبات تحتل حيزاً هاماً في مجال تطبيق الذكاء الاصطناعي.

(٣) راجع تفصيلاً د. سحر عبد الستار إمام: إنعكاسات العصر الرقمي على قيم وتقاليد القضاء، بحث منشور بالمجلة المصرية للدراسات القانونية والاقتصادية، العدد العاشر، مصر، يناير ٢٠١٨، ص ٨٠.

مقدمة

موضوع البحث

يتناول هذا البحث بالدراسة حماية التصرفات القانونية في مجال تطبيقات الذكاء الاصطناعي ومدى توافقها مع النظرية العامة للالتزامات، وهل تخرج في بعض جوانبه عن المفهوم التقليدي للعقود، ومدى قدرة التصرفات والوقائع القانونية في مجال المعاملات التي تركز على الذكاء الاصطناعي على ضمان الحماية القانونية الفعالة لأطراف التعاقد من مخاطر وتطبيقات الذكاء الاصطناعي.

فالتصرفات القانونية الرقمية تُعد أحد الاستخدامات الحديثة لتكنولوجيا الذكاء الاصطناعي كمصدر للمعلومات المشفرة، والتي تتولى تخزين المعاملات التجارية المبرمة وفق مصطلحات رياضية محددة؛ لتصبح متاحة للفحص من كافة وبصفة شاملة، هذه المعاملات المخزنة بها لا تقبل التغيير أو التعديل أو التحريف، وإن كان ذلك يدلّ على شيء فإنما يدلّ على مدى الارتباط الوثيق بين النظام الاقتصادي للتجارة الإلكترونية وبين وجود آليات وحلول لحماية ذلك في ظل تطبيقات الذكاء الاصطناعي.

لقد تبنّى المشرع المصري - اقتداءً بغيره من المشرعين - نظام الشهر العقاري النظام الأساسي الذي تقوم عليه الملكية العقارية، واعتبره قاعدة من القواعد الأساسية التي تضمن الاستقرار والاستمرارية في تنظيم العلاقات والتصرفات القانونية التي يكون محلها حقاً عينياً كان أم شخصياً.

أما المشرع اللبناني فقد اتبع طريقة السجل العقاري - أيضاً - من خلال التأكد من الشهادة الأصلية لملكية العقار من السجل العقاري، ووثيقة للمساحة الرسمية، وشهادة الخطة الحضرية وشهادة براءة الذمة الضريبية^(٤).

مشكلة الدراسة:

يحاول البحث أن يجيب عن التساؤلات الآتية:

- ما مدى فعالية تطبيق الذكاء الاصطناعي لحماية التصرفات القانونية التي تركز على منصات المعاملات الذكية؟
- ما مدى توافق الروابط القانونية التقليدية مع تطبيق الذكاء الاصطناعي من حيث خصوصياته وكيفية توخي المخاطر الناتجة عنه والنتائج المترتبة عليه؟ وهل يتم استبدال فعالية القانون التقليدي بتطبيق تقنية الذكاء الاصطناعي؟
- هل يصبح تطبيق الذكاء الاصطناعي بديلاً مناسباً لنظام الشهر العقاري لتملك العقارات في المستقبل؟
- هل يستطيع الذكاء الاصطناعي أن يوفر عنصر الأمان التعاقد في مجال المعاملات الذكية؟ وما هي مجالات تطبيقاته في المستقبل؟

أهداف البحث وأهميته:

- يبتغي هذا البحث تحقيق عدة أهداف قديمة تبدو جليةً معها أهميته منها:
- إظهار الجوانب الواقعية التي تؤثر في بلورة التصرفات القانونية.

(٤) راجع تفصيلاً: مقال بعنوان كيف تسير المعاملات العقارية في لبنان، متاح عبر موقع المديرية العامة للشؤون العقارية (<https://www.lrc.gov.lb>)، وأيضاً حسين عبد اللطيف حمدان: نظام السجل العقاري، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت، لبنان، ٢٠٠٣، ص ٣١.

- توجيه المشرع إلى الأخذ في الاعتبار تطبيقات الذكاء الاصطناعي.
- تبصرة الحكومات بانعكاسات تطبيقات الذكاء الاصطناعي على المعاملات الذكية.
- التأكيد على الدور الفعال لتطبيق الذكاء الاصطناعي في حماية التصرفات القانونية والوقائع التي تتم بين الأطراف في ظل المعاملات الذكية.
- إضفاء الطابع الحديث على نظرية العقود في ضوء تطبيقات الذكاء الاصطناعي، ومدى التطور الحاصل في المنظومة الذكية.
- دعم المستهلكين والشركات والأنظمة القانونية القائمة التي يعتمدون عليها، في تعزيز الثقة للجميع في تطبيقات الذكاء الاصطناعي.
- نحن هنا لا نحاول استبدال القانون، ولكن نحن نعتقد أن تطبيقات الذكاء الاصطناعي سوف تقوم بتوسيع نطاق القانون بشكل كبير.

منهج البحث:

نعتمد في إنجاز هذه الدراسة المنهج الاستقرائي الوصفي؛ وقوفاً على مدى توافق الروابط القانونية التقليدية مع تطبيق الذكاء الاصطناعي المتطور. بالإضافة إلى استقراء وتحليل الدراسات والأبحاث والكتب والدوريات التي ترتبط بمجال الدراسة، بغرض التعرف على الأساس القانوني لتطبيقات الذكاء الاصطناعي الداعمة لحماية التصرفات القانونية التي تتم عبر آليات المعاملات الذكية. مع التعرّيج على المنهج المقارن للدراسة، حتى نستخلص في قوانين واتفاقيات الدول الأخرى كيفية التطبيق والربط بين القديم والحديث، والتركيز على القانون المصري والقانون اللبناني.

خطة الدراسة:

تأتي هذه الدراسة في مبحثين - ينبثق عن كليهما مطلبان، وقبل ذلك نوضح الإطار العام للدراسة في مبحث تمهيدي ثم تعقبهما خاتمة موجزة على النحو التالي:

- المبحث التمهيدي: نظرة عامة لتطبيق الذكاء الاصطناعي.
- المبحث الأول: حماية التصرفات القانونية في ضوء النظرية العقدية.
المطلب الأول: أحكام التصرفات القانونية في نظم الشهر العقاري.
المطلب الثاني: إثبات التصرفات القانونية في نظم الشهر العقاري.
- المبحث الثاني: فعالية تطبيق الذكاء الاصطناعي في حماية التصرفات القانونية.
- المطلب الأول: مرتكزات حماية التصرفات القانونية لتطبيق الذكاء الاصطناعي.
المطلب الثاني: الأمن القانوني لتطبيق الذكاء الاصطناعي.

الكلمات الدالة:

التصرفات القانونية، المعاملات الذكية، الذكاء الاصطناعي، الشهر العقاري، الأمن القانوني.

المبحث التمهيدي

نظرة عامة لتطبيق الذكاء الاصطناعي

من بين أبرز التطبيقات الحديثة لأنظمة المعلومات نجد ما يُعرف بتقنيات الذكاء الاصطناعي Intelligence Artificial^(٥) الذي يعتبر حقلاً حديثاً نسبياً، نشأ

(٥) الـ (AI): هي إختصار لكلمة (Artificial Intelligence)، والتي إذا تُرجمت حرفياً تكون بمعنى: قدرة الآلة على التصرف في المواقف المختلفة من غير تدخل العقل البشري. والذكاء الاصطناعي هو: مجال فيه كل ما يتعلّق بإكتساب الآلات صفة «الذكاء»، والذي يهدف إلى محاكاة قدرات التفكير المنطقي عند الإنسان. وقد ظهر هذا المصطلح في فترة الخمسينيات، وتحديداً في سنة ١٩٥٦ وصل العلماء الـ AL.

راجع تفصيلاً: Soudoplatoff Serge S. L'intelligence artificielle L'expertise partout accessible à tous, La Fondation pour l'innovation politique, Paris, France, 2018, p. 19.

وفي التسعينات وأوائل الألفية الجديدة ظهر التعلّم الآلي المتعمّق Machin learning وهو جزء ضمن مجال الذكاء الاصطناعي، وهو إكساب الآلات القدرة على التعلّم عن طريق استخدام خوارزميات تقوم بفهم البيانات المعروضة عليها، ثم تطبقها على عمليات اتّخاذ القرار والتنبؤات بالمستقبل. وبداية من عام ٢٠١٠ إلى الآن نعيش في عصر الـ Deep Learning وهو المستوى الأعلى والأكثر تعقيداً من التعلّم الآلي.

راجع تفصيلاً: Boisard Olivier: Cours d'intelligence artificielle, disponible sur le site: www.planete-a-roulettes.net/DOC/IA_BOISARD.pdf.

فمثلاً في أستراليا؛ حدثت مشكلة هي مهاجمة القروش للبشر في الشواطئ الأسترالية، وبدأت الجهود المختلفة لحلّ المشكلة، حيث قام بعض المهندسين في جامعة سيدني بتصميم برنامج ذكاء اصطناعي في طائرة بدون طيار، يستطيع من خلال كاميرا عالية الدقة بتقنية شبه تقنية التعرّف على الوجوه، أن يقوم بعمل مسح للسواحل، وتحديد نوع الحيوانات المائية والتعرّف عليها. وبذلك استطاعت هذه الطائرات «Little Ripper» أن تتعرّف على القرش، وتحدّد مدى خطورته، وفي حالة رصد آدميين في نطاق القرش تقوم بإطلاق صافرة للتنبيه، ويتوقّع أنه ستكون هناك تصميمات مستقبلية مجهزة بقارب مطاطي لتنفيذ علمية إنقاذ الشخص المعرض للخطر. وحسب ما جاء في تقرير وكالة رويترز فإن دقّة راصدي القروش من البشر تقدّر بنحو ٢٠ - ٣٠٪، إلّا أنه بعد استخدام الذكاء الاصطناعي وصلت الدقّة إلى نحو ٩٠٪.

انظر في ذلك: مقال بعنوان «برنامج أستراليا لـ «الطائرات بدون طيار» يعتمد على الذكاء الاصطناعي»، متاح على الموقع الإلكتروني التالي: <https://alborsaamews.com>.

كأحد علوم الحاسب التي تهتم بدراسة وفهم طبيعة الذكاء البشري ومحاكاتها لخلق جيل جديد من الحاسبات الذكية، والتي يمكن برمجتها لإنجاز الكثير من المهام التي تحتاج إلى قدرة عالية من الاستنتاج والاستنباط والإدراك، وهي صفات يتمتع بها الإنسان وتندرج ضمن قائمة السلوكيات الذكية له والتي لم يكن من الممكن أن تكتسبها الآلة من قبل^(٦).

فهذا ما دعانا إلى طرح هذه الفكرة، وهو ما نتناوله بشيء من الإيجاز على النحو التالي:

أولاً: مفهوم الذكاء الاصطناعي:

يتكون الذكاء الاصطناعي من كلمتين هما: الذكاء وكلمة الاصطناعي، ولكل منهما معنى، فالذكاء حسب قاموس Webster هو: القدرة على فهم الظروف أو الحالات الجديدة والمتغيرة؛ أي هو القدرة على إدراك وفهم وتعلم الحالات أو الظروف الجديدة. وبمعنى آخر: أن مفاتيح الذكاء هي الإدراك، الفهم، والتعلم^(٧).

أما كلمة الصناعي أو الاصطناعي ترتبط بالفعل يصنع أو يصطنع، وبالتالي تطلق الكلمة على كل الأشياء التي تنشأ نتيجة النشاط أو الفعل الذي يتم من خلال اصطناع وتشكيل الأشياء تمييزاً عن الأشياء الموجودة بالفعل، والمولدة بصورة طبيعية من دون تدخل الإنسان^(٨).

(٦) انظر في نفس المعنى: Isnard, Melody, Bejani Imad: L'intelligence artificielle va contribuer à redéfinir la façon dont on apprend, Intelligence artificielle: Guide de survie Comprendre, raisonnerait interagir autrement avec L'IA, Microsoft, France, 2018, p. 13.

(٧) راجع في ذلك: Caferra Ricardo: Logique pour l'informatique et pour l'intelligence artificielle, Hermes Sciences Publication, Paris, France, 2011, p. 20.

(٨) راجع تفصيلاً: د. ياسين سعد غالب: أساسيات نظم المعلومات الإدارية وتكنولوجيا المعلومات، ط ١، دار المناهج للنشر والتوزيع، عمان، الأردن، ٢٠١١، ص ٢٣.

يعرف كل من Barr and Feigenbum الذكاء الاصطناعي بأنه: «حقل علم الحاسوب المهتم بتصميم نظم حاسوب ذكية، نظم حاسوب تعرض خصائص الذكاء في السلوك الإنساني»^(٩).

وأيضاً يعرف Minsky الذكاء الاصطناعي بأنه: «العلم الذي يُمكن الآلات من تنفيذ الأشياء التي تتطلب ذكاءً إذا تم تنفيذها من قبل الإنسان»^(١٠).

وقد عرف Dart-mouth الذكاء الاصطناعي بأنه: «حقل دراسة يرتبط باستعراض الذكاء في الآلة، وهذا يتضمن القدرة على التفكير، التعلم، الفهم، وتطبيق المعنى»^(١١).

ومن جانبنا نرى أن الذكاء الاصطناعي هو عبارة عن علم وتكنولوجيا يستند على علوم مثل علم الحاسوب Computer Science، علم النفس Psychology، اللسانيات Linguistics، الرياضيات Mathematics، الهندسة Engineering، وهو في الواقع يمثل نتاج إنجازات العقل الإنساني، نتاج حضارة الإنسان في كل زمان ومكان^(١٢).

(٩) انظر: Barr, A, Feigenbaum E.A: The handbook of Artificial Intelligence, Kaufmann William Inc, New York, USA, 1980, p. 95.

(١٠) انظر في هذا التعريف:

Minsky M: Steps Toward Artificial Intelligence, Proceedings of the IRE, USA, 1961, p. 74.

(١١) انظر في ذلك:

Ray w: Technology And Management, Nichols Publishing, New York, USA, 1990, p. 57.

(١٢) على الرغم من ضعف الإلمام به على نطاق واسع، فإن الذكاء الاصطناعي هو التكنولوجيا التي ستغير كل مجالات الحياة. فهو أداة واسعة متعددة الاستخدامات والمجالات تُمكن الأشخاص من إعادة التفكير في كيفية دمج المعلومات، وتحليل البيانات، واستخدام الأفكار الناتجة لتحسين عملية اتخاذ القرار. ويحدونا الأمل أنه من خلال هذه النظرة الشاملة قد نتمكن من شرح الذكاء الاصطناعي أمام جمهور يضم صانعي السياسات وقادة الرأي والمراقبين المهتمين، وتوضيح كيف تمكن الذكاء الاصطناعي من تغيير العالم بالفعل.

ثانياً: خصوصية الذكاء الاصطناعي:

إذن مضمون تطبيق الذكاء الاصطناعي هو مجموعة الجهود المبذولة لتطوير نظم المعلومات المحوسبة بطريقة تستطيع من خلالها أن تتصرف فيها وتفكر بأسلوب مماثل للبشر، هذه النظم تستطيع أن تتعلم اللغات الطبيعية، وأن تنجز مهام فعلية بتنسيق متكامل، أو استخدام صور وأشكال إدراكية لترشيد السلوك المادي.

وترتكز خصوصية تطبيق الذكاء الاصطناعي برغم من عدم وجود تعريف متفق عليه بشكل موحد على: الآلات التي تستجيب للتحفيز بما يتوافق مع الاستجابات التقليدية من البشر؛ نظراً لقدرة الإنسان على التفكير واتخاذ الأحكام وتطابق الإرادتين بين البائع والمشتري.

حيث إن هذه الأنظمة البرمجية «تتخذ قرارات تتطلب عادة مستوى من الخبرة البشرية»، وتساعد الأشخاص على توقع المشكلات أو التعامل مع القضايا بمجرد ظهورها. وعلى هذا النحو، فإنها تعمل بطريقة مُتعمدة وذكية ومتكيفة؛ قادرة على القيام بعمليات تتطلب الذكاء عندما يقوم بها الإنسان.

وتمتلك أنظمة الذكاء الاصطناعي القدرة على التعلم والتكيف، بينما تتخذ القرارات^(١٣).

= راجع في ذلك: د. علاء عبد الرزاق: نظم المعلومات والذكاء الاصطناعي، ط ١، دار المناهج للنشر والتوزيع، عمان، الأردن، ١٩٩٩، ص ٥٧.

(١٣) في مجال النقل، على سبيل المثال، تحتوي المركبات شبه المستقلة على أدوات تسمح للسائقين والمركبات معرفة مناطق الازدحام القادمة أو أماكن الحفر أو أعمال الإصلاح على الطريق أو غيرها من العوائق المرورية المحتملة. ويمكن للمركبات أن تستفيد من تجربة المركبات الأخرى على الطريق، دون تدخل بشري، كما أن المجموعة الكاملة من «الخبرات» التي اكتسبتها تلك المركبات يمكن نقلها بشكل فوري وكامل إلى مركبات أخرى مُتماثلة في نمط التشغيل. تدمج الخوارزميات المتطورة، وأجهزة الاستشعار، =

ثالثاً: مكونات الذكاء الاصطناعي:

تستطيع الدول - بامتلاك تقنيات الذكاء الاصطناعي - التحكم في العالم، وذلك من خلال مجموعة من الروبوتات الذكية وبعض البرامج الحاسوبية؛ لذا تتسارع الدول الكبرى في اقتناء التقنيات الحديثة التي تؤهلها لكسب مكانة تقدمية في هذا المجال، كما تتسارع في تسجيل عدد أكبر من براءات الاختراع.

ويقوم علم الذكاء الاصطناعي ككل على مبدئين أساسيين هما:

المبدأ الأول: تمثيل البيانات: وهو كيفية تمثيل البيانات أو المشكلة في الحاسوب بحيث يتمكن الحاسوب من معالجتها وإخراج البيانات والتحليل المناسب^(١٤).

المبدأ الثاني: البحث: وهو ما نعتبره التفكير بحد ذاته، حيث يقوم الحاسوب بالبحث في الخيارات المتاحة أمامه وتقييمها طبقاً لمعايير موضوعية له أو قام هو باستنباطها بنفسه ثم يقرر الحل الأمثل^(١٥).

= والكاميرات، الخبرة التي اكتسبها في العمليات الحالية، وتستخدم لوحات المعلومات والشاشات المرئية لتقديم المعلومات في الوقت الفعلي حتى يتمكن السائقون البشريون من فهم حركة المرور المستمرة وأحوال مركباتهم. وفي حالة السيارات المستقلة بالكامل، يمكن للأنظمة المتقدمة التحكم بالكامل في السيارة أو الشاحنة، واتخاذ جميع القرارات الملاحية.

انظر في ذلك: Geisel A: The current and future of artificial intelligence on business International Journal of Scientific and Technology Research, Vol. (07), No. (05), 2018, PP: 116-122.

(١٤) أحمد عفيفي جهاد: الذكاء الاصطناعي والأنظمة الخبيرة، ط ١، دار أمجد للنشر والتوزيع، عمان، الأردن، ٢٠١٤، ص ١٤.

(١٥) راجع: Cazenave Tristan: Intelligence artificielle une approche Ludique, Ellipses, Paris, France, 2011, p. 89.

ويتكون الذكاء الاصطناعي من ثلاثة مكونات أساسية هي:

- قاعدة المعرفة Knowledge base: غالباً ما يقاس مستوى أداء النظام بدلالة حجم ونوعية قاعدة المعرفة التي تحتوي على منظومة متكاملة للبرمجة^(١٦):

• الحقائق المطلقة: تصف العلاقة المنطقية بين العناصر والمفاهيم ومجموعة الحقائق المستندة للخبرة والممارسة للخبراء في النظام.

• طرق حل المشكلات وتقديم الاستشارة.

• القواعد المستندة على صيغ رياضية.

- منظومة آلية الاستدلال: وهي إجراءات مبرمجة تقود إلى الحل المطلوب من خلال ربط القواعد والحقائق المعينة لتكوين خط الاستنباط والاستدلال.

- واجهة المستخدم: وهي الإجراءات التي تمد المستخدم بأدوات مناسبة للتفاعل مع النظام خلال مرحلة التطوير والاستخدام.

إذن المبحث التمهيدي وضح لنا بعض المفاهيم الأساسية للذكاء الاصطناعي من خلال تحديد المفهوم الدقيق للذكاء الاصطناعي ومعرفة خصوصيته، ومكوناته، التي تحاول أن تحاكي القدرات الذهنية البشرية وأنماط عملها؛ كالقدرة على الإدراك والاستنتاج المنطقي، وكذا التعلم واكتساب الخبرات.

إنه لا يوجد إجماع على تعريف واحد للذكاء الاصطناعي، إلا أن كل التعاريف النظرية للذكاء الاصطناعي تركز أساساً حول فكرة واحدة مشتركة، وهي نقل الذكاء الإنساني إلى الآلة، بمعنى آخر: الذكاء الاصطناعي هو الذكاء الذي يصنعه الإنسان في الآلات أو الحاسوب.

(١٦) ماجد أحمد: الذكاء الاصطناعي بدولة الإمارات العربية المتحدة، معهد الدراسات والسياسة الاقتصادية، وزارة الاقتصاد، أبو ظبي، الإمارات العربية المتحدة، ٢٠١٨، ص ٢٩ وما بعدها.

المبحث الأول

حماية التصرفات القانونية في ضوء النظرية العقدية

يتأثر القانون بفعل الزمن فيصداً ويخفت دوره^(١٧). ولما كان القانون هو الأداة التي من خلالها يتم تحويل القرار السياسي والخطط المرتبطة به إلى واقع ملموس، فقد وضعت الدول في مقدمة أولوياتها الحديثة الذكاء الاصطناعي وتكنولوجيا المعلومات موضع اهتمام كبير.

وتفريعاً لذلك، فإن تقنيات الذكاء الاصطناعي وتكنولوجيا المعلومات تثير في مجال القانون إشكاليات لا تقتصر أبداً على فرع واحد من فروعها، ففي باب القانون الخاص تثار التساؤلات التي من بينها: إشكالية حماية التصرفات القانونية، ومدى تطبيق ذلك على نظم الشهر العقاري، وغير ذلك من الأدوات والوسائل التي تمكن تطبيق الذكاء الاصطناعي من التوسع والاعتماد عليه في المستقبل القريب.

إنّ هذا الموضوع وإن كان يبدو قديماً تجاوزه الزمن إلا أنّ أهداف دراسته تبقى متجددة بتجدد نصوصه، تهدف في الأساس إلى محاولة إبراز الأهمية التي تحتلها التصرفات القانونية وبيان أسس وأدوات الحماية التي أقرّ بها المشرع المصري والمشرع اللبناني في نظام الشهر العقاري^(١٨).

وبناء على ما سبق يمكننا تقسيم المبحث الأول على النحو التالي:

المطلب الأول: أحكام التصرفات القانونية في نظم الشهر العقاري.

المطلب الثاني: إثبات التصرفات القانونية في نظم الشهر العقاري.

(١٧) راجع في نفس المعنى:

Henri et Léon Mazeaud, Jean Mazeaud, François Chabas, leçons de droit civil, sûretés, publicité foncière, tome III, 1er volume, édition Montchrestien, p. 567.

(١٨) انظر قرار المفوض السامي رقم (١٨٨) لسنة ١٩٢٦، بإنشاء السجل العقاري اللبناني، العدد

١٩٨٠، بتاريخ ١١/٠٦/١٩٢٦، ص ٩ - ١١.

المطلب الأول

أحكام التصرفات القانونية في نظم الشهر العقاري

إن كانت فكرة الشهر العقاري عُرفت منذ أقدم العصور، حيث كانت الشكلية هي الأصل في تعاملات الأفراد خاصة العقارية منها كونها ترمي إلى تثبيت الملكية لأصحابها وحماية التعامل بها، فإن هذه الأسباب نفسها هي التي تجعل الدول تسعى إلى تنظيم المعاملات العقارية للبحث عن أنجح السبل والطرق لضمان واستقرار التصرفات القانونية^(١٩).

ومن نافلة القول إن القاعدة التي تحكم التصرفات القانونية لانتقال الملكية أو غيرها من الحقوق العينية الواردة على منقول بالذات مملوك للبائع، سواء فيما بين المتعاقدين أو بالنسبة للغير، هي قاعدة انتقال الملكية

(١٩) ووفقاً للفقهاء القانونيين المصريين المعاصرين، فإن انتقال الملكية يكون خلال الالتزام بالتسليم الذي يجب أن يكون فعلياً وعلنياً، وأن يكون مستنداً على السبب الصحيح؛ بمعنى أن أي قانوني يتضمن النية المتبادلة عن الناقل والمكتسب بالتملك والتملك، سواء أكان بمقابل كالبيع أو دون مقابل كالهبة، وقد يكون عقداً، وقد يكون عملاً قانونياً من جانب واحد كالوصية. وقد تطوّر الأمر بعد ذلك؛ وأصبح التسليم عملاً مجرداً لنقل الملكية، إذ أصبح التسليم في العصر الرقمي ينقل الملكية ولو وقع خطأ في صحة سببه، أو حتى في وجود هذا السبب، بل حتى ولو لم يتوافق الطرفان على طبيعة العمل القانوني. راجع تفصيلاً: د. عبد المنعم البدرأوي: أصول القانون المدني المقارن، ط ٢، مكتبة سيد عبد الله وهبة، القاهرة، ١٩٨٧، ص ١٤٢ وما بعدها.

ثم بعد ذلك تطوّر الوضع أكثر، فأصبح التسليم مجرداً تماماً عن سببه، بمعنى أنه يؤدي إلى انتقال الملكية ولو لم يستند إلى أي عمل قانوني على الإطلاق، طالما توافرت النية المتبادلة في التملك والتملك؛ فوجود هذه النية ذاته هو السبب الصحيح الذي يستند إليه التسليم. انظر في مضمون ذلك أيضاً: د. أشرف جابر السيد: الإصلاح التشريعي الفرنسي لنظرية العقد «صناعة قضائية وصياغة تشريعية»، بحث منشور بالمؤتمر السنوي الرابع بعنوان «القانون أداة للإصلاح والتطوير»، مجلة كلية القانون الكويتية العالمية، العدد ٢، الجزء ٢، الكويت، نوفمبر ٢٠١٧، ص ٢٨٥.

بمجرد العقد. ولذلك فقد كان يكفي لانعقاد البيع مجرد توافق الإيجاب والقبول على المبيع والضمن^(٢٠).

وقد لجأ المشرع المصري أيضاً إلى قاعدة أخرى هي قاعدة الحيازة في المنقول سند الملكية، ولكنها لم تعالج التصرفات القانونية أيضاً، ولاختلاف طبيعة العقار عن المنقول، وارتفاع قيمة الثروة العقارية وأهمية الائتمان المتصل بها في تنشيط سوق المال وإنماء الاقتصاد الوطني، فقد دفع المشرع إلى مواصلة البحث عن وسيلة أكثر ضماناً وثباتاً من مجرد اللجوء إلى قاعدة الحيازة بحسن نية سند الملكية^(٢١).

فلجأ المشرع المصري إلى نظام التسجيل التي بدت تتضح معالمه في الكثير من الأنظمة القانونية المعاصرة، فقد نظم القانون اللبناني^(٢٢) الملكية العقارية في حق استعمال عقار ما، والتمتع والتصرف به ضمن حدود القوانين والقرارات والأنظمة. وهذا الحق لا يجري إلا على العقارات الملك^(٢٣).

لا شك في أن نظام الشهر العقاري من النظم الضرورية لضمان الثقة في المعاملات العقارية، إذ به يتحقق العلم بكل تصرف وارد على العقار، فلا يخدع أحد إذ اشتراه أو أقرض مالاً بضمان الرهن الوارد عليه، بل تكون

(٢٠) راجع تفصيلاً عبد الرزاق السنهوري: الوسيط في شرح القانون المدني، الجزء الرابع: الملكية، طبعة خاصة تصدر عن مشروع مكتبة القاضي بنادي قضاة مجلس الدولة وفقاً لأحدث المستجدات التشريعية والقضائية والفقهية، تنقيح م. أحمد مدحت المراغي، ٢٠٠٤، بند ٢٥٢، ص ٧٧٢.

(٢١) د. محمد لبيب شنب: دراسات في قانون السجل العيني، معهد الدراسات العربية، دار نافع للطباعة، القاهرة ١٩٧٤، ص ٤.

(٢٢) عفيف شمس الدين: الوسيط في القانون العقاري، ط ٢، الجزء الثالث، منشورات الحلبي الحقوقية، لبنان، ٢٠١٠، ص ٣٧٧.

(٢٣) جاء قانون الملكية العقارية أو القرار رقم ١٩٣٠/٣٣٣٩ اللبناني، هو القانون الذي ينظم أحكام العقارات وتصنيفها وأنواعها والحقوق العينية الواردة عليها. انظر في ذلك مهنا نجا: الملكية العقارية، ط ١، المؤسسة الجامعية للدراسة والنشر، بيروت، لبنان، ١٩٩٣، ص ٦٥.

الرؤية أمامه واضحة كل الوضوح، فلا يتعرض لضياح الثمن الذي دفعه فيه أو المال الذي أقرضه بضمانه.

وهناك نظامان أساسيان للشهر العقاري يسودان دول العالم: نظام الشهر الشخصي، ونظام الشهر العيني أو السجل العيني؛ والفارق الجوهرى بين النظامين يتمثل في ترتيب أو أسلوب الشهر في كل منهما، وهو ما ينعكس بالضرورة على حججه القانونية لإثبات التصرفات التي تقع على الملكية.

• فنظام الشهر الشخصي:

يقوم على أساس إجراء الشهر وفقاً لأسماء طرفي التصرف: الذي أنشأ الحق أو نقله، ولهذا يطلق عليه نظاماً شخصياً. فصاحب المصلحة لا يمكنه أن يعرف من السجلات القائمة إلا الشخص الذي تصرف في العقار، ولا يفيد هذا النظام في الكشف عن حالة العقار الحقيقية للملكية، إذ قد يبيع شخص ما عقاراً ليس مملوكاً له فيسجل التصرف باسمه، ثم يحدث أن يتصرف المالك الحقيقي في نفس العقار فيسجل التصرف باسم هذا المالك^(٢٤).

• أما أسلوب نظام الشهر العيني:

فهو يتميز بخاصيتين أساسيتين، الأولى: هي أن الشهر فيه يتم على أساس العقار ذاته، فلكل عقار مكان خاص في السجل العقاري يدون فيه كل ما يقع على العقار من تصرفات وما يثقله من حقوق. والثانية: هي أن انتقال الحق العيني يكون بناء على شهر الحق لا بناء على التصرف، فالشهر لا التصرف هو الذي ينقل الحق^(٢٥).

(٢٤) د. محمد شكري سرور: موجز تنظيم حق الملكية في القانون المدني المصري، دار النهضة العربية، القاهرة، مصر، د.ت، ص ٢٦٩.

(٢٥) د. مصطفى أبو مندور موسى، د. عابد فايد عبد الفتاح: عقد البيع، دار النهضة العربية، القاهرة، ٢٠٠٨، ص ١٧٧.

وإذا كانت مصر ما زالت تطبق حتى الآن نظام الشهر الشخصي، برغم من صدور قانون رقم (١٤٢) لسنة ١٩٦٤ بشأن تنظيم السجل العيني الذي لم يعمم تطبيقه بعد، فليس إلا اقتناعاً بصلاحيته، وإنما لأن تطبيق السجل العيني يتطلب جهداً كبيراً في مسح كافة العقارات الموجودة في الدولة، وتعيين الحقوق الواردة عليها وأصحابها بدقة.

أما بالنسبة لحماية التصرفات القانونية في ظل نظام الشهر العقاري، فيكون من خلال وسائل ثلاثة لشهر سائر أنواع التصرفات العقارية هي: التسجيل^(٢٦)، والقيّد^(٢٧)، والتأشير الهامشي^(٢٨).

أما بالنسبة للوضع في القانون اللبناني: فيكون الشهر في السجل العقاري منشأً للحق العيني، ويعتبر أن الحقوق العينية العقارية تنتقل بين المتعاقدين بمجرد توقيع العقد دون قيدها في السجل العقاري، ولكن لا يحق لأصحاب هذه الحقوق أن يحتجوا بها على الغير إلا من تاريخ قيدها في السجل العقاري. وهذا يعني أن العقد في القانون اللبناني هو الذي ينشئ الحق العيني وليس الشهر في السجل العقاري وأنّ إجراء الشهر ليس سوى وسيلة للإعلان عن الحق^(٢٩).

(٢٦) التسجيل: يكون بنقل صورة كاملة من العقد المحرّر بين الطرفين إن كان عقداً رسمياً أو يحفظ الأصل ذاته الموقع منهم إن كان العقد عرفياً، وهذا هو الإجراء الذي يتم به شهر الحقوق العينية الأصلية.

(٢٧) القيد: هو إثبات البيانات الجوهرية المستخرجة من المحرر المتضمن سند إنشاء الحق، وهذا الإجراء الذي يتم به شهر الحقوق العينية التبعية.

(٢٨) التأشير الهامشي: هو إفتراض وجود تصرّف سبق شهره، عن طريق التسجيل أو القيد، ويُراد إدخال تعديل فيه أو تصحيح عليه أو تكملة له بناء على تصرّف جديد أو حكم قضائي، فيتمّ التأشير بذلك على هامش الشهر الأصلي.

(٢٩) راجع تفصيلاً د. عبد المنعم فرج الصدة: الحقوق العينية الأصلية «دراسة في القانون اللبناني والقانون المصري»، دار النهضة العربية، القاهرة، د.ت، ص ٥٤.

المطلب الثاني

إثبات التصرفات القانونية في نظم الشهر العقاري

تبدو حقيقة أن عقد بيع العقار غير المسجل لا يؤدي إلى نقل الملكية، إلا أن ذلك لا يعنى أنه ليس بيعاً، فهو في الواقع بيع حقيقي أجل فيه نقل الملكية إلى حين تمام التسجيل.

هذا لم يغير من طبيعة عقد البيع من حيث أنه عقد رضائي ينتج آثاره بمجرد توافق الطرفين، فلما جاء قانون التسجيل الصادر في ٢٦ يونيو سنة ١٩٢٣ المصري، عدّل من آثاره بالنسبة للعاقدين وغيرهم، فجعل نقل الملكية غير مترتب على مجرد العقد، بل أرجاه إلى حين حصول التسجيل وترك لعقد البيع معناه وباقي آثاره^(٣٠).

فإن نفذ ذلك وتم التسجيل فعلاً برئت ذمة البائع وخلصت الملكية إلى المشتري بشكل نهائي، أما إن تقاعس عن القيام بأي إجراء من الإجراءات المطلوبة كان مخلاً بالتزامه، وجاز للمشتري أو لورثته إجباره هو أو ورثته على الوفاء به؛ وذلك عن طريق دعويين هما:

• دعوى صحة التعاقد (دعوى صحة ونفاذ عقد البيع):

هي دعوى موضوعية تنصب على حقيقة التعاقد فتتنازل محله ومداه ونفاذه، لمواجهة امتناع البائع عن القيام بالإجراءات اللازمة للتسجيل، وذلك بأن يلجأ المشتري إلى القضاء مسجلاً على البائع تقصيره ومطالباً بالحكم لصالحه بصحة ونفاذ عقد البيع.

(٣٠) راجع د. حسام الدين كامل الأهواني: عقد البيع في القانون الكويتي، ذات السلاسل للطباعة والنشر، مطبوعات جامعة الكويت، الكويت، ١٩٨٩، ص ٢٥٢.

والحكم الذي يصدر فيها يكون مقررًا لكافة ما انعقد عليه الرضا بين المتعاقدين بغير حاجة إلى الرجوع إلى الورقة التي أثبت فيها التعاقد، فيكفي لانتقال الملكية أن يقوم المشتري بمجرد تسجيل الحكم وحده دون العقد ما لم يكن الحكم قد أشار إليه.

• دعوى صحة التوقيع:

هي دعوى تحفظية شرعت لصالح من بيده سند عرفي على آخر، إلا أن الموقع على ذلك السند لن يستطيع بعد صدور الحكم بصحة توقيعه أن ينازع في صحته، فهي دعوى يكمل بها المشتري الإجراء الذي كان ينقصه لتسجيل عقده، إذ يقوم الحكم فيها مقام تصديق كاتب التصديقات.

فدور القاضي يقتصر على البحث في مدى صحة توقيع البائع من عدمه، ولكي تنتقل الملكية يجب تسجيل الحكم، وأيضاً عقد البيع ذاته، كما أن تسجيل البيع مصحوباً بحكم صحة التوقيع لا يمنع البائع بعد ذلك من الطعن في البيع بالصورية أو الإبطال أو الفسخ أو عدم النفاذ^(٣١).

أما الوضع في القانون اللبناني: فإن دعاوى القضاء الرامية إلى النطق بفسخ أو إبطال أو إلغاء أو نقض حقوق ناتجة عن وثائق تمّ إشهارها لا يمكن قبولها إلا إذا تمّ إشهارها مسبقاً.

وزيادة على العقود التي يأمر القانون بإخضاعها إلى شكل رسمي فإن العقود التي تتضمن نقل ملكية عقار، أو حقوق عقارية أو محلات تجارية، أو صناعية أو كل عنصر من عناصرها، أو التخلي عن أسهم من شركة أو جزء

(٣١) د. مصطفى أبو مندور موسى، ود. عابد فايد عبد الفتاح: عقد البيع، مرجع سابق،

منها، أو عقود إيجار زراعية أو تجارية، أو عقود تسيير المحلات التجارية أو المؤسسات الصناعية، يجب - تحت طائلة البطلان - أن تحرر هذه العقود في شكل رسمي مع دفع الثمن للموثق^(٣٢).

بالرغم من أن الفقه اللبناني بمختلف اتجاهاته يرى أنه من الواجب تطبيق حرية إثبات التصرفات القانونية والوقائع القانونية، إلا أن التشريع عندهم يربط التصرف القانوني بإرادة الشخص، وعلى هذا الأساس فإنه يؤكد على ألا تترك حرية الإثبات في التصرفات القانونية طالما أن القانون المدني حدد وسائل الإثبات، ويرجع ذلك إلى أنه ما دام التصرف القانوني تعبير عن إرادة الفرد، وأن هذه الإرادة خلقت وضعاً قانونياً؛ فإن الحقوق المرتبطة بهذا التصرف من الواجب إفراغها في قالب مكتوب.

وهذا ما فسر كون التشريع اللبناني ألزم توافر الكتابة في التصرفات القانونية؛ لفرض الائتمان التام في العلاقات والمعاملات القانونية^(٣٣).

وبناء عليه، فإن الورقة الرسمية المثبتة للتصرف العقاري اشترط فيها المشرع وجوب تحريرها من طرف موظف أو ضابط عمومي أو شخص مكلف بخدمة عامة، وأوجب تحريرها في شكل وقالب قانوني معين، وفي حدود اختصاصه، وجعل من الورقة الرسمية حجة على الكافة، ولا يمكن إسقاط هذه الحجة إلا عن طريق الطعن فيها بالتزوير^(٣٤).

(٣٢) سامي منصور ومروان كركبي: الأموال والحقوق العينية العقارية الأصلية، ط ٢، د.ن، ١٩٩٩، ص ٥٦.

(٣٣) د. وسام غياض: العقود الائتمانية، مجلة الحياة النيابية، العدد ٩٧، لبنان، ٢٠١٥، متاح عبر الموقع الإلكتروني التالي: <http://www.legallaw.ul.edu.lb/viewResearchPage>.

(٣٤) د. عبد المنعم فرج الصدة: الحقوق العينية الأصلية «دراسة في القانون اللبناني والقانون المصري»، مرجع سابق، ص ١٠٢.

إذاً من أهم القيود التي وردت على مبدأ سلطان الإرادة في شقه الشكلي، توثيق العقد، بمعنى إفراغه في وثيقة وإخضاعه لكتابة رسمية أو قيده أو تسجيله. وقد يشترط المشرع لقيام العقد أن يكون مكتوباً لقيام الالتزام^(٣٥).

وهناك كتابة اشترطها من أجل الإثبات أمام القضاء، لكنها لا تجعل العقد شكلياً وإنما تشترط هذه الكتابة لإثباته فقط معنى ذلك: أنه إما أن تكون الكتابة ركناً للانعقاد، فلا ينعقد العقد دونها وإما أن تكون شرطاً للإثبات، وهنا من المحتمل أن يغني عنها الإقرار أو اليمين.

(٣٥) انظر حسين عبد اللطيف حمدان: نظام الشهر العقاري في لبنان، مكتب كريدية إخوان، بيروت، لبنان، ١٩٨١، ص ١٠٠.

المبحث الثاني

فعالية تطبيق الذكاء الاصطناعي في حماية التصرفات القانونية

إذا كانت تكنولوجيا المعلومات تثير بصورة عامة مشكلات تتعلق بالإثبات أو بحفظ المعلومات، فإن انعدام الثقة الذي ينشأ عن استخدامها يؤثر بصفة خاصة على التبادل الإلكتروني للمعلومات في علاقات العمل المختلفة التي تقوم بين رجال الأعمال، أو عند إبرامهم للعقود مع الأفراد^(٣٦).

فهذه التكنولوجيات المتمثلة في تطبيق الذكاء الاصطناعي عالية المستوى الفني لها قيمة كبيرة لا يمكن إنكارها في الإثبات، ولو كانت كدلالة أو كقرينة يمكن اعتبارها بداية للدليل الكتابي المحتذى قيمة في الإثبات.

فالمعلومات أو البيانات التي يمكن حفظها بمعرفة مصدرها، أو من يتلقاها بحيث يمكن التمسك بها عند المنازعة فيها، يمكن للقاضي أن يثق بها إذا كان تسجيلها قد تم وفقاً لأسلوب منظم بطريقة جيدة، إلا أنه لا يمكن منع احتمال وجود خطأ أو عيب في عملية نقل المعلومات والبيانات، سواء من جانب المصدر أو من جانب وسائل وآليات تطبيق الذكاء الاصطناعي.

وفي هذا السياق يثار تساؤل مفاده: هل يمكن اختراق هذا السجل والتلاعب بالمعلومات الموجودة فيه؟ والإجابة بالطبع: من الصعب جداً حدوث ذلك؛ لأن هذا السجل ليس قاعدة بيانات واحدة مركزية يمكن اختراقها، بل قاعدة بيانات موزعة بين جميع الأفراد المشتركين فيها حول

(٣٦) راجع تفصيلاً د. أسامة أحمد شوقي المليجي: قيمة مستخرجات التقنيات العلمية الحديثة ومدى حجيتها في الإثبات المدني، منشور ضمن كتاب جماعي بعنوان «الجوانب القانونية للتجارة الإلكترونية»، ط ١، لجنة القانون، المجلس الأعلى للثقافة، القاهرة، مصر، ٢٠٠٣، ص ٢١٩.

العالم، بمعنى أن كل فرد حول العالم لديه نسخة من هذا السجل خاصة به هو فقط، ولكي يمكن اختراق أحد المعاملات التي تتم داخل السجل والتلاعب بها، لا بد من اختراق جميع الأفراد المشتركين فيه في التوقيت نفسه، وهو أمر صعب الحدوث، حيث تمر هذه المعاملة على جميع المستخدمين بالسجل بهدف تأكيد المعاملة وتسجيلها.

المطلب الأول

مرتكزات حماية التصرفات القانونية لتطبيق الذكاء الاصطناعي

يشكل اعتماد إطار قانوني وتنظيمي لحماية التصرفات القانونية - بشكل خاص - وسيلة لتحقيق الانسجام مع استخدام الذكاء الاصطناعي، حيث إن هذا يشكل تحدياً من التحديات الضخمة العديدة التي تواجه صناع السياسات الذين يبحثون في كيفية التحكم بالذكاء الاصطناعي على المستوى العالمي. وعلى ذلك يمكننا أن نحدد بعض الروابط القانونية التي من خلالها يتم تطبيق الذكاء الاصطناعي لحماية التصرفات القانونية التي تنشأ بين الأطراف:

١ - السجل المفتوح (Open Ledger)^(٣٧):

تكون جميع المعلومات الموجودة داخل تطبيق الذكاء الاصطناعي متاحة للكافة، حيث يرى جميع الأفراد الموجودين داخل السلسلة ممتلكات بعضهم البعض، فمثلاً إذا كانت هذه السلسلة خاصة بتحويل أموال، يستطيع كل من بالسلسلة رؤية أموال الجميع، لكن مع الاحتفاظ بعدم القدرة على معرفة هويتهم الحقيقية، وذلك لأن السلسلة تتيح للأفراد إمكانية استخدام ألقاب غير أسمائهم الحقيقية تظهر لمستخدمي السلسلة.

(٣٧) راجع في ذلك: Marco Iansiti and Karim R. Lakhani: The Truth About Blockchain, Harvard Business Review, January-February 2017, accessible at: <http://bit.ly/2hqo3FU>.

إذن يعتبر السجل المفتوح أحد الروابط الرئيسية لتقنية البلوك تشين، ومن خلالها يمكننا الربط بينها وبين وسائل وآليات هذه التقنية.

٢ - قاعدة البيانات الموزعة (database Distributed):

يهدف هذا المبدأ إلى القضاء على فكرة المركزية، حيث لا توجد جهة واحدة أو خادم واحد أو جهاز واحد يتحكم في «سلسلة الكتلة»، بل إن السلسلة موزعة بين جميع الأفراد المشتركين فيها حول العالم، حيث يمكن لأي شخص في العالم أن يقوم بتحميل السلسلة والاطلاع عليها والمشاركة فيها، ويعتبر هذا المبدأ أحد عناصر الأمان للسلسلة، فإذا أراد أحد القراصنة التلاعب بالسلسلة أو اختراقها، فلا بد عليه أن يخترق جميع الأفراد الموجودين بها، وهو أمر مستبعد حدوثه بدرجة كبيرة^(٣٨).

٣ - التوقيع الرقمي (Signature Digital):

فهو عبارة عن كود يتم إنتاجه من خلال خوارزمية داخل برنامج سلسلة الكتلة يطلق عليها «آلية الهاش» Hash Function وبمجرد الحصول على الهاش الصحيح يتم إتمام المعاملة والسماح لها بالدخول في السلسلة ويتم ضمها إلى غيرها من العمليات داخل الكتلة، مكونة في النهاية سلسلة الكتلة، وهو ما يجعل عملية اختراق النظام أو قرصته أمراً صعباً للغاية^(٣٩).

وما يجعل نظام تطبيق الذكاء الاصطناعي أحد محركات حماية التصرفات القانونية التي تصبح بديلاً عن نظام الشهر العقاري أو السجل العيني، هو توافر ميزتين رئيسيتين يمكن تلخيصهما على النحو التالي:

(٣٨) انظر: A Scalable Blockchain Database, BigchainDB, Berlin, Germany, June 8, 2016, (p. 1), accessible at: <http://bit.ly/2tlFwd6>.

(٣٩) راجع تفصيلاً: Stephen Northcutt: Hash Functions, SANStm Technology Institute, accessible at: <https://www.sans.edu/cyber-research/security-laboratory/article/hash-functions>, last accessed: February 6, 2019.

• نقل أصل الملفات:

يتمثل الهدف الرئيسي من تطبيق الذكاء الاصطناعي في نقل أصل الشيء إلى الطرف الآخر عبر الإنترنت، فما يحدث دائماً هو نقل نسخة من الملف، وليس نقل الملف الأصلي، بمعنى عند إرسال إيميل أو ملف عبر الإنترنت فما يحدث هو إرسال نسخة من الملف أو المعلومات الموجودة عند الطرف الأول إلى الطرف الثاني، مع إمكانية الطرف الأول الاحتفاظ بالأصل، وهو ما لا يمكن أن يحدث عند محاولة نقل أصل الشيء، مثل العقارات أو الأراضي، والحصول على حقوق الملكية الفكرية وبراءات الاختراع^(٤٠).

• حماية المعاملة من التلاعب:

يتميز تطبيق الذكاء الاصطناعي بخاصية مهمة، وهي التأكد من عدم الغش أو التدليس أثناء تنفيذ المعاملات العقارية التي يتم إجراؤها عبر تطبيقات الذكاء، وعدم التلاعب بالمعاملات بعد إتمامها، وينطبق ذلك على العديد من الأنشطة اليومية، مثل عمليات نقل الأموال والطرود والشحنات والحاويات، وعمليات تسجيل العقود والممتلكات، وشحن البضائع، والتأكد من خط سير المركبات والمواصلات، وإجراء المعاملات الحكومية، حيث يمنع تطبيق الذكاء الاصطناعي قرصنة المعاملات العقارية التي تتسبب في الإضرار بثروات الدولة، أو الإخلال بمبدأ تكافؤ الفرص، مما يساعد في القضاء على الفساد بصورة كبيرة.

ما هي آليات حماية التصرفات القانونية التي تتم عبر تطبيق الذكاء الاصطناعي؟:

(٤٠) د. محمد حسن عبد الله: مشكلات الحماية القانونية لقواعد البيانات «دراسة مقارنة»، مجلة كلية القانون الكويتية العالمية، العدد ٤، السنة ٦، الكويت، ديسمبر ٢٠١٨، ص ٣٤٣ - ٣٨١.

١ - تسجيل الممتلكات: تتمثل أحد وظائف نظام الذكاء الاصطناعي في قدرة الأفراد على تسجيل ممتلكاتهم، أيًا كانت هذه الممتلكات، سواء كانت عقارات وأراضي، أو مجوهرات وأحجاراً كريمة، أو سيارات وممتلكات شخصية، أو براءات اختراع وحقوق الملكية الفكرية وغير ذلك من أشياء مادية وذهنية^(٤١).

٢ - توثيق المعاملات: يقصد بها أي معاملة، سواء كانت شخصية بين الأفراد أو داخل شركة أو مؤسسة حكومية أو غير حكومية، فسلسلة الكتل «البلوك تشين» تعتبر بمنزلة سجل رقمي مفتوح وموزع، يسمح للجميع بإدخال البيانات كافة عليه، سواء كانت هذه البيانات إجراءات حكومية أو متابعة خطوط الإنتاج في مصنع، أو خط سير طائرات.

فضلاً عن تسجيل معاملات البيع والشراء، ونقل الملكية، ومتابعة خدمة العملاء، وتسجيل المعاملات كافة التي تمت بين أي فردين في أي مجال، مما يتيح اكتشاف الثغرات ومكافحة الفساد ومراقبة الجودة^(٤٢).

٣ - أعمال الوساطة: يقوم تطبيق الذكاء الاصطناعي بدور الوكيل العادي أو الوسيط الإلكتروني أثناء تقديم الخدمة، فيحل محل الشهر العقاري في تسجيل الممتلكات، ومحل البنوك والشركات المتخصصة في تحويل الأموال، ومحل إدارة المرور في تسجيل السيارات، والكشف عن هوية

(٤١) راجع تفصيلاً إيهاب خليفة: الثورة التكنولوجية القادمة في عالم المال والإدارة، مقال منشور بمركز المستقبل للأبحاث والدراسات المتقدمة، العدد ٣، أبو ظبي، الإمارات العربية المتحدة، ٢٠ مارس، ٢٠١٨، ص ١ - ٩.

(٤٢) انظر: Poirot Philippe: Un terrain de jeu fabuleux pour l'intelligence artificielle, Intelligence artificielle: Guide de survie Comprendre, raisonnerait interagir autrement avec L'IA, Microsoft, France, 2018, p. 45.

السارق من خلال تركيب الملصق الإلكتروني، ومحل الشركات مثل أوبر وكريم في تقديم الخدمات^(٤٣).

وذلك لصالح وسيط جديد، وهو ملايين الأشخاص حول العالم الذين يستخدمون سلسلة تطبيقات الذكاء الاصطناعي ويستفيدون من العائد المادي الذي كان يعود إلى الوسيط التقليدي، فكان العائد في نظام الشهر العقاري في حصر وتسجيل الأراضي والأملاك يؤول إلى الدولة كأحد محاور العملية العقدية التي تعزز توفير الأمان التعاقدي للأشخاص.

ويمكن تبسيط عملية استخدام تطبيق الذكاء الاصطناعي من خلال بعض النماذج العملية التي يمكن استخدام النظام فيها، فمثلاً إذا رغب أحد الأفراد في شراء قطعة أرض من فرد آخر، فإنه يقوم بالدخول على السجل الخاص بقطع الأرض المسجلة عليه، والتي قام جميع الأفراد بتسجيل ممتلكاتهم عليه بصورة علنية وواضحة أمام الجميع أيضاً، ويقوم بشراء قطعة الأرض التي يرغب في الحصول عليها من صاحبها الحالي، وهنا يتيح له التوقيع الرقمي، أو هذا السجل الموزع عالمياً بين الأفراد أن يتابع جميع التحركات التي تمت على قطعة الأرض هذه، وتاريخ انتقالها من مالك إلى آخر حتى وصلت للمالك الحالي.

وبمجرد أن يتراضى الطرفان على الشراء، يقوم المالك الحالي بنقل ملكية قطعة الأرض إلى المالك الجديد من خلال السجل نفسه، وهو ما يظهر لجميع الأفراد، بأن هذا الطرف قام بعملية نقل ملكية قطعة الأرض إلى الطرف الجديد، مما يعني عدم الحاجة للذهاب إلى جهة استقصاء، مثل الحي التابعة له هذه الأرض، أو جهة توثيق معاملات، مثل الشهر العقاري.

(٤٣) موسى اللوزي: الذكاء الاصطناعي في الأعمال، المؤتمر العلمي السنوي الحادي عشر حول ذكاء الأعمال واقتصاد المعرفة، جامعة الزيتونة الأردنية، عمان، الأردن، ٢٠١٢، ص ٢١.

ليس فقط نقل ملكية قطعة الأرض الذي يتم عبر سلسلة الكتلة، بل أيضاً تحويل الأموال الخاصة بقطعة الأرض هذه، من دون الحاجة إلى وسيط مالي مثل البنوك، وذلك بالاعتماد على وسائل تقنية تستخدم البلوك تشين، مما يعني التخلص من الرسوم الهائلة، وتسريع عملية تحويل الأموال من أيام إلى بضع دقائق مقابل رسوم رمزية تمثل رسوم استخدام النظام وليس رسوم وساطة^(٤٤).

ومن جانبنا علينا أن نقول: إن القانون يعكس واقع الحياة في المجتمع، وما إذا كان المجتمع متقدماً أو لا. فالدول التي عرفت حضارات عريقة، كانت تشريعاتها على ذات القدر من العراقة والتقدم والرقى. ومن ناحية أخرى، يمكن أن يقصد بهذه العبارة ضرورة أن يواكب القانون المستجدات التي تطرأ على المجتمع، بحيث يعكس أحوال الدول التي ينظم العلاقات بين أفرادها.

المطلب الثاني

الأمن القانوني لتطبيق الذكاء الاصطناعي

يعتبر مبدأ الأمن القانوني من أهم المبادئ التي تقوم على أساسها دولة القانون، وفحوى ذلك أن تكون المراكز القانونية واضحة وفعالة، غير معرضة للإضرابات والتعديلات القانونية المتتالية^(٤٥)؛ فيستند في قيامه وتحقيقه على

(٤٤) د. فاطمة الزهراء عنان، ود. عيسى روابحية: مساهمة صناعة تقنية النانو الذكية في تعزيز تنافسية المنتجات «دراسة حالة أفضل عشر دول في العالم»، مقال منشور ضمن كتاب جماعي بعنوان (تطبيقات الذكاء الاصطناعي كتوجه حديث لتعزيز تنافسية منظمات الأعمال)، ط ١، المركز الديمقراطي العربي للدراسات الاستراتيجية والسياسية والاقتصادية، برلين، ألمانيا، ٢٠١٩، ص ٢١٣.

(٤٥) د. عصمت عبد المجيد بكر: دور التقنيات العلمية في تطوّر العقد، دار الكتب العلمية، القاهرة، مصر، ٢٠١٥، ص ٤٥.

مقومات ومعايير من المبادئ القانونية التي لا بد من الالتزام بها في ظل أي مجتمع قائم على حكم العدالة القانونية، كالعلم بالقاعدة القانونية، وإتاحة إمكانية الوصول إليها، والالتزام الخاص بتعزيز الأمن التعاقدي لهم من قبل الدولة.

وفي سبيل تكريس مبدأ الأمن القانوني بمفهومه الحديث عبر تطبيق الذكاء الاصطناعي، يجب مراعاة المبادئ التالية على النحو التالي:

- تأكيد المبادئ العامة للعقد: كمبدأ حسن النية، وحرية التعاقد، ورضائية العقد، وتحديد قواعد إبرام العقد، وتنظيم القواعد التي تهيمن على مرحلة المفاوضات وتلك التي تتعلق بالإيجاب والقبول.
- تبسيط القواعد المتعلقة بصحة العقد: كتلك المتعلقة بالرضا والأهلية والنيابة في التعاقد ومضمون العقد.

- تحديد القواعد التي تحكم آثار العقد عند تغير الظروف أثناء التنفيذ.
 - التبسيط في أحكام قوانين ومبادئ الذكاء الاصطناعي لتكون متاحة للمواطنين؛ لتعزيز الأمان، أو الاستقرار القانوني في التصرفات القانونية.
- ومما لا شك فيه أنه بغياب الجانب الحسي لتقنية الذكاء الاصطناعي، فإن المرتكز الرئيسي الذي تقوم عليه فكرة المسؤولية في القانون المدني المقارن تسقط، وبالتالي فإن مع غياب الإدراك لتطبيق الذكاء الاصطناعي، ومهما بلغ شأن ذكاء التطبيق يكون الخطأ الذي يحدثه في أساسه خطأ بشرياً يوجب مساءلة هذا الأخير.

وفي إطار تطبيق الذكاء الاصطناعي والخوارزميات التي يستند إليها، فإن البرنامج يعمل في ضوء جملة الاحتمالات، والتي على أساسها تطبق المسؤولية بصورها المختلفة، وهو إن - أخطأ التطبيق - فالسبب الرئيس وراء هذا الخطأ هو العنصر البشري الذي أدخل البيانات التي يعمل على أساسها.

هذا التحليل القانوني لمفهوم الخطأ في تطبيق الذكاء الاصطناعي على التصرفات القانونية، لا يختلف من حيث الأصل عن مفهوم الخطأ في ضوء النظرية العقدية التقليدية، وإن كان أكثر تعقيداً وصعوبة في الفهم والتعمق، مما يوجب منحه العناية التي تعزز وضع ضوابط قانونية خاصة به، تكون هي الإطار القانوني الخاص لقواعد المسؤولية القانونية لتطبيق الذكاء الاصطناعي في المستقبل القريب.

إذن تركز فلسفة الذكاء الاصطناعي في التأكيد على أن هذا النوع من الذكاء يتطلب منح الآلات بمختلف أشكالها القدرة على أداء المهام وبذل الجهود لأداء ما يُعتقد أن الإنسان - فقط - قادر على إنجازه، ومن وجهة نظرنا إنه إذا كان العقل هو النقطة الفارقة بين البشر والآلة فإنه يمكن برمجة الآلة وإمدادها بالتعليمات والبرامج التي تحفزها للقيام بالمهام.

ويتعلق منح تطبيق الذكاء الاصطناعي حقوقاً شبيهة بما للبشر بالقيام بتصرف قانوني، إذ يبدأ الأمر بأن يعد شخص ما شركتين تتمتعان بمسؤولية محدودة، ونقل السيطرة على كل شركة إلى نظام مستقل أو ذكاء اصطناعي، ثم يضيف الشخص كل شركة منهما كعضو مع الشركة الأخرى، وفي الخطوة الأخيرة ينسحب الشخص من الشركتين تاركا كل واحدة ككيان اعتباري يتمتع بشخصية قانونية يحكمها فقط الذكاء الاصطناعي^(٤٦).

ولا تتطلب هذه العملية أن يكون لنظام الحاسوب أي مستوى معين من الذكاء أو القدرة، ويمكن أن يكون مجرد سلسلة من التعليمات، على سبيل المثال: سوق الأوراق المالية، واتخاذ قرارات البيع أو الشراء بناء على الأسعار الهابطة أو الصاعدة، وقد يتخذ تطبيق الذكاء الاصطناعي قرارات لتأكيد التصرفات القانونية أو نفيها في تقنية البلوك تشين.

(٤٦) رؤوف وصفي: الروبوتات في عالم الغد، ط ١، دار المعارف، القاهرة، ٢٠٠٨، ص ٣٩.

خاتمة البحث

اليوم وأكثر من أي وقت مضى، نشهد تطوراً سريعاً ومستمراً في استخدام وسائل التكنولوجيا والاتصالات الحديثة، الذي انعكس بدوره على أسلوب وآليات حماية التصرفات القانونية، حيث ساعد هذا التطور في ميلاد نظام جديد للحماية يعرف باسم «الذكاء الاصطناعي» الذي يعد أحدث صور وسائل وأساليب الحماية القانونية المتطورة وأكثرها جاذبية، مقارنة بالوسائل التقليدية من شهر عقاري أو سجل عيني أو غيرها من الوسائل.

فالآن انتهت حقبة حماية التصرفات القانونية بطرقه التقليدية، وبدأت حقبة الذكاء الاصطناعي بخصائصه المتطورة التي تنشأ من خلالها تقنية البلوك تشين، والتي تحمي التصرفات القانونية وتعزز القيمة القانونية للإثبات الرقمي لجميع تصرفات الأشخاص القانونية عبر تطبيق الذكاء الاصطناعي.

وعليه، وفي ضوء ما تم توضيحه، يمكننا أن نوجز بعض التوصيات الهامة، كالتالي:

- ١ - يجب وضع تعريف شامل لتطبيق الذكاء الاصطناعي.
- ٢ - دعوة المشرع نحو التوجه لسن تشريع واضح ومحكم خاص لتطبيق الذكاء الاصطناعي.
- ٣ - ضرورة العمل على تقنين التكنولوجيا المتطورة لإثبات التصرفات القانونية.
- ٤ - تطبيق مبدأ الأمن القانوني لحماية التصرفات القانونية عبر تقنية الذكاء الاصطناعي.

- ٥ - تخصيص الدعم المعنوي والمادي للباحثين المتخصصين في نطاق التكنولوجيا بصفة عامة وتطبيق الذكاء الاصطناعي بصفة خاصة.
- ٦ - محاولة الاستفادة من تجارب الدول الرائدة في مجالي تطبيقات الذكاء الاصطناعي وتقنية البلوك تشين.
- ٧ - إتباع ومواكبة التطورات الحديثة في تطبيق الذكاء الاصطناعي، فالساحة العلمية تشهد كل يوم مستجدات وتعديلات تجعل من هذه النظم أكثر فعالية.

قائمة المصادر والمراجع

أولاً: قائمة المراجع باللغة العربية:

• المراجع المتخصصة:

١. أحمد عفيفي جهاد: الذكاء الاصطناعي والأنظمة الخبيرة، ط ١، دار أمجد للنشر والتوزيع، عمان، الأردن، ٢٠١٤.
٢. د. أيمن محمد سيد مصطفى: النظام القانوني للبث الفضائي عبر الأقمار الصناعية» دراسة مقارنة»، مركز الدراسات العربية للنشر والتوزيع، القاهرة، ٢٠١٩.
٣. سامي منصور، ومروان كركبي: الأموال والحقوق العينية العقارية الاصلية، ط ٢، د.ن، ١٩٩٩.
٤. د. حسام الدين كامل الأهواني: عقد البيع في القانون الكويتي، ذات السلاسل للطباعة والنشر، مطبوعات جامعة الكويت، الكويت، ١٩٨٩.
٥. حسين عبد اللطيف حمدان: نظام السجل العقاري، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت، لبنان، ٢٠٠٣.
٦. حسين عبد اللطيف حمدان: نظام الشهر العقاري في لبنان، مكتب كريدية اخوان، بيروت، لبنان، ١٩٨١.
٧. مهنا نجا: الملكية العقارية، ط ١، المؤسسة الجامعية للدراسة والنشر، بيروت، لبنان، ١٩٩٣.
٨. ماجد أحمد: الذكاء الاصطناعي بدولة الإمارات العربية المتحدة، معهد الدراسات والسياسات الاقتصادية، وزارة الاقتصاد، أبو ظبي، الإمارات العربية المتحدة، ٢٠١٨.

٩. د. محمد لبيب شنب: دراسات في قانون السجل العيني، معهد الدراسات العربية، دار نافع للطباعة، القاهرة ١٩٧٤.
١٠. د. محمد شكري سرور: موجز تنظيم حق الملكية في القانون المدني المصري، دار النهضة العربية، القاهرة، مصر، د.ت.
١١. د. مصطفى أبو مندور موسى، د. عابد فايد عبد الفتاح: عقد البيع، دار النهضة العربية، القاهرة، ٢٠٠٨.
١٢. د. عبد الرزاق السنهوري: الوسيط في شرح القانوني المدني، الجزء الرابع: الملكية، طبعة خاصة تصدر عن مشروع مكتبة القاضي بنادي قضاة مجلس الدولة وفقاً لأحدث المستجدات التشريعية والقضائية والفقهية، تنقيح م. أحمد مدحت المراغي، ٢٠٠٤.
١٣. د. عبد المنعم فرج الصدة: الحقوق العينية الأصلية» دراسة في القانون اللبناني والقانون المصري»، دار النهضة العربية، القاهرة، د.ت.
١٤. د. عبد المنعم البدر اوي: أصول القانون المدني المقارن، ط ٢، مكتبة سيد عبد الله وهبة، القاهرة، ١٩٨٧.
١٥. د. عصمت عبد المجيد بكر: دور التقنيات العلمية في تطور العقد، دار الكتب العلمية، القاهرة، مصر، ٢٠١٥.
١٦. د. علاء عبد الرزاق: نظم المعلومات والذكاء الاصطناعي، ط ١، دار المناهج للنشر والتوزيع، عمان، الأردن، ١٩٩٩.
١٧. عفيف شمس الدين: الوسيط في القانون العقاري، ط ٢، الجزء الثالث، منشورات الحلبي الحقوقية، لبنان، ٢٠١٠.
١٨. د. رانيا صبحي محمد عزب: العقود الرقمية في قانون الانترنت» دراسة تحليلية مقارنة في الفقه والتشريعات العربية والأمريكية والأوروبية»، دار الجامعة الجديدة، الإسكندرية، ٢٠١٢.

١٩. رؤوف وصفي: الروبوتات في عالم الغد، ط ١، دار المعارف، القاهرة، ٢٠٠٨.
٢٠. د. ياسين سعد غالب: أساسيات نظم المعلومات الإدارية وتكنولوجيا المعلومات، ط ١، دار المناهج للنشر والتوزيع، عمان، الأردن، ٢٠١١.

• الأبحاث العلمية:

١. أيهاب خليفة: الثورة التكنولوجية القادمة في عالم المال والإدارة، مقال منشور بمركز المستقبل للأبحاث والدراسات المتقدمة، العدد ٣، أبو ظبي، الإمارات العربية المتحدة، ٢٠ مارس، ٢٠١٨.
٢. د. أسامة أحمد شوقي المليجي: قيمة مستخرجات التقنيات العلمية الحديثة ومدى حجيتها في الإثبات المدني، منشور ضمن كتاب جماعي بعنوان «الجوانب القانونية للتجارة الالكترونية»، ط ١، لجنة القانون، المجلس الأعلى للثقافة، القاهرة، مصر، ٢٠٠٣.
٣. د. أشرف جابر السيد: الإصلاح التشريعي الفرنسي لنظرية العقد» صيغة قضائية وصياغة تشريعية»، بحث منشور بالمؤتمر السنوي الرابع بعنوان «القانون أداة للإصلاح والتطوير»، مجلة كلية القانون الكويتية العالمية، العدد ٢، الجزء ٢، الكويت، نوفمبر ٢٠١٧.
٤. د. سحر عبد الستار إمام: انعكاسات العصر الرقمي على قيم وتقاليد القضاء، بحث منشور بالمجلة المصرية للدراسات القانونية والاقتصادية، العدد العاشر، مصر، يناير ٢٠١٨.
٥. د. فاطمة الزهراء عنان، ود. عيسى روابحية: مساهمة صناعة تقنية النانو الذكية في تعزيز تنافسية المنتجات» دراسة حالة أفضل عشر دول في العالم»، مقال منشور ضمن كتاب جماعي بعنوان (تطبيقات الذكاء الاصطناعي كتوجه حديث لتعزيز تنافسية منظمات الأعمال)، ط ١، المركز الديمقراطي العربي للدراسات الاستراتيجية والسياسية والاقتصادية، برلين، ألمانيا، ٢٠١٩.

٦. د. محمد حسن عبد الله: مشكلات الحماية القانونية لقواعد البيانات» دراسة مقارنة»، مجلة كلية القانون الكويتية العالمية، العدد ٤، السنة ٦، الكويت، ديسمبر ٢٠١٨.
٧. موسى اللوزي: الذكاء الاصطناعي في الأعمال، بحث منشور في المؤتمر العلمي السنوي الحادي عشر حول (ذكاء الأعمال واقتصاد المعرفة)، جامعة الزيتونة الأردنية، عمان، الأردن، ٢٠١٢.
٨. د. وسام غياض: العقود الائتمانية، مجلة الحياة النيابية، العدد ٩٧، لبنان، ٢٠١٥، متاح عبر الموقع الإلكتروني التالي: <http://www.legallaw>.
٩. مقال بعنوان كيف تسير المعاملات العقارية في لبنان، متاح عبر موقع المديرية العامة للشؤون العقارية: <https://www.Lrc.gov.lb>.
١٠. شيماء عمارة: مقال بعنوان «برنامج أستراليا لـ «الطائرات بدون طيار» يعتمد على الذكاء الاصطناعي»، متاح على الموقع الإلكتروني التالي: <https://alborsaanews.com>.
١١. قرار المفوض السامي رقم (١٨٨) لسنة ١٩٢٦، بإنشاء السجل العقاري، منشور بالعدد ١٩٨٠، بتاريخ ١١/٥/١٩٢٦؛ متاح على الموقع الإلكتروني التالي: www.legallaw.ul.edu.lb.

ثانياً: قائمة المراجع باللغات الأجنبية:

• المراجع باللغة الإنجليزية:

1. A Scalable Blockchain Database: BigchainDB, Berlin, Germany, June 8, 2016, accessible at: <http://bit.ly/2tlFwd6>.
2. Barr, A, Feigenbaum E A: The Handbook Of Artificial, William Inc New York Intelligence Kaufmann USA, 1980.
3. Stephen Northcutt: Hash Functions, SANS™ Technology Institute, accessible at: [https://www.sans.edu/cyber-research/security laboratory/article/hash-functions](https://www.sans.edu/cyber-research/security%20laboratory/article/hash-functions), Last accessed: February 6, 2019.

4. Marco Iansiti and Karim R. Lakhani: The Truth About Blockchain, Harvard Business Review, January–February 2017, accessible at: <http://bit.ly/2hqo3FU>.
5. Minsky M: Steps Toward Artificial Intelligence, Proceedings of the IRE, USA, 1961.
6. Geisel A: The current and future impact of artificial intelligence on business International Journal of Scientific and Technology Research, Vol.(07), No.(05), 2018.
7. Ray W: Technology And Management, Nichols Publishing, New York, USA, 1990.

• المراجع باللغة الفرنسية:

1. Poirot Philippe: Un terrain de jeu fabuleux pour l'intelligence artificielle, Intelligence artificielle: Guide de survie Comprendre, raisonnerait interagir autrement avec l'IA, Microsoft, France, 2018.
2. Boisard Olivier: Cours d'intelligence artificielle, disponible sur le site: www.planete-a-roulettes.net/DOC/IA_BOISARD.pdf
3. Henri et Léon Mazeaud, Jean Mazeaud, François Chabas, leçons de droit civil, sûretés, publicité foncière, tome III, 1ervolume, édition Montchrestien.
4. Cazenave Tristan: Intelligence artificielle une approche ludique, Ellipses, Paris France, 2011.
5. Caferra Ricardo: Logique pour l'informatique et pour l'intelligence artificielle, Hermes Science Publication, Paris, France, 2011.
6. Soudoplatoff Serge S, L'intelligence artificielle: L'expertise partout accessible à tous, La Fondation pour l'innovation politique, Paris, France, 2018.
7. Isnard, Melody, Bejani Imad: L'intelligence artificielle va contribuer à redéfinir la façon dont on apprend, Intelligence artificielle: Guide de survie Comprendre, raisonnerait interagir autrement avec l'IA, Microsoft, France, 2018.



الضمانات القانونية والقضائية والدستورية لسيادة القانون

إعداد: د. باهر عبد الرحمن

محام وعضو مجلس العرب،

عضو مجلس نقابة المحامين في أسبوط

جمهورية مصر العربية

الملخص

بيد أن سيادة القانون هو أصل من الأصول الدستورية ويترتب عليه أنه لا يمكن للسلطات العامة القائمة في بلد ما أن تمارس سلطتها إلا وفق قوانين مكتوبة صادرة وفقاً للدستور، والهدف منها تحقيق مبدأ الحماية ضد القوانين والقرارات التعسفية. فلا يؤسس الدستور نظاماً ديمقراطياً إلا بقدر احتوائه وإقراره الحقوق والحريات العامة التي يتمتع بها كافة المواطنين على السواء بدون تفرقة أو تمييز، وفي نفس الوقت يوفق ويوازن بين هذه الحقوق وتلك الحريات وبين السلطة والنظام بصورة معقولة واضحة لا لبس فيها.

ويُعدّ تطبيق مبدأ سيادة القانون أحد العوامل الهامة والمؤثرة بل والمشجعة على استقطاب رؤوس الأموال المحلية والأجنبية، وزيادة فرص الاستثمار في المجتمع بما يحقق عائداً إيجابياً على الدولة كما أن الرخاء الاقتصادي يترتب عليه خلق فرص عمل والقضاء على البطالة، مما يحقق الأمن المجتمعي، باعتبار أن الرخاء الاقتصادي أحد العوامل الهامة في تحقيق الاستقرار، ويُعدّ من أهم ضمانات تنفيذه وتطبيقه راجعة إلى أعمال السلطة التنفيذية المناط بها تطبيق مبدأ سيادة القانون وتطبيقه.

مقدمة

بيد أن مصطلح سيادة القانون في القانون الدستوري له العديد من المعاني، فالسيادة تشير في معنى أول إلى الكيان الذي لا يعلوه كيان آخر^(١)، ومعنى ذلك أن تخضع الدولة وكافة مؤسساتها وسلطاتها السياسية للقانون ومن ثم للدستور.

ومن المسلمات لدى الفقه الدستوري في العالم أن لكل دولة دستور يحدد مصدر السلطات العامة فيها، ويبين أسلوب ممارستها وكيفية اختيار الحكام وحدود اختصاصاتهم، ولكي تكون الدولة دستورية وقانونية فلا بد من توافر عدة شروط فيها، من أهمها أن تكون دولة قانونية، وتأخذ بمبدأ الديمقراطية وتتعترف بتداول السلطة، وأنها ذات نظام سياسي واضح ومحدد دون تجاوز أو تداخل بين السلطات والمؤسسات، وأن تفتح الباب للأحزاب السياسية وللمشاركة الجماعية الشعبية وذلك بإسهامها بالرأي في اتخاذ كافة القرارات عن طريق المجالس النيابية المنتخبة، ومنظمات المجتمع المدني وحرية الرأي والتعبير من خلال الصحافة والأحزاب وغيرها، فعندما يوجد إيمان بمبدأ المشروعية وسيادة الدستور والقانون، فإن السلطة القضائية المستقلة تأتي نتيجة طبيعية لذلك^(٢)، لذلك فلا بد من توافر عدة مبادئ وشروط لكي يتوافر سيادة الدستور وسيادة القانون وحماية النظام القانوني والمشروعية السياسية، التي سوف نتناولها في النقاط والمبادئ التالية:

(١) د. رجب محمود طاجن: قبول تعديل الدستور، دار النهضة العربية، القاهرة، ٢٠٠٦، ص ١٧٢.

(٢) د. يحيى الجمل: حصاد القرن العشرين في علم القانون، ص ١١٤، صالح حسين علي العبد الله: الانتخابات كأسلوب ديمقراطي لتداول السلطة، دار الكتب القانونية دار شتات للنشر والبرمجيات مصر، ص ٢٨٥ و ٢٨٦.

• المساواة أمام القانون:

المقصود بالمساواة أمام القانون وهو أن يكون القانون واحدا بالنسبة للجميع، لا تمييز بين طبقة وأخرى، ولا بين الأفراد بسبب الأصل، أو الجنس أو الدين أو اللغة ذلك أن المساواة أمام القانون يجب أن تكون مساواة فعلية لا مساواة نظرية، ويجب أن تكون أمراً قائماً وحقيقياً، وليس مجرد سطور تعلن على الورق، ذلك أن الخطر والتطرف والإرهاب يأتي نتيجة لانتهاك مبدأ المساواة في واقع الحياة، فقد يتفاوت الأفراد في الخضوع للقانون تفاوتاً كبيراً، فيخضع له الضعفاء خضوعاً كاملاً ويمزقه الأقوياء تمزيقاً كاملاً، والمساواة أمام القانون تتطلب مساواة المواطنين جميعاً أمام الدولة في الحقوق والواجبات والحريات بلا استثناء أو تمييز.

• كفالة حق التقاضي:

ويمثل حق التقاضي ركيزة أساسية من ركائز الدولة القانونية، ويتوقف على مدى كفالة فاعلية الرقابة في تقديم حماية ناجحة وضمانة لحقوق الأفراد والأحزاب وحريتهم الأساسية وتحويلها إلى واقع ملموس، وبدونه تفقد الرقابة قيمتها العملية كأحد أهم ضمانات الحرية وتصبح عديمة الجدوى من الناحية العملية في دولة لا تكفل حق التقاضي باعتباره وسيلة لحماية الحقوق والحريات ورد أي اعتداء عليها، وهناك بعض المبادئ الهامة التي تعتبر من أهم الركائز التي يقوم عليها حق التقاضي.

• تطبيق المبادئ الديمقراطية:

فالدستور الديمقراطي هو الأساس المركزي في الحكم الديمقراطي تخضع الدولة لأحكامه، وتلتزم بتطبيق مبادئه وتحتكم جميع الأطراف إلى شرعيته، ويجب أن يراعى الدستور ثلاثة أبعاد في نظام الحكم الذي يقيمه

أولها: تقييد الممارسة الديمقراطية باعتبار أن قيام واستمرار وفاق مجتمعي كاف لتأسيس نظام حكم ديمقراطي مستقر والثاني: تنظيم السلطات في الدولة وتحديد اختصاصات كل منها، ووضع قيود تضمن أن تكون ممارسة السلطة وفق الاختصاصات الدستورية وثالثهما: كفالة الحقوق والحريات العامة للأحزاب وللأفراد وللکافة.

أولاً: إشكالية البحث:

وتتمثل إشكالية البحث في عدم كفاية الضمانات القانونية والقضائية التي تضمنتها النظم الدستورية لضمان حسن تطبيق قواعدها لتحقيق سيادة القانون وضمان واحترام الحقوق والحريات وذلك لأن النتائج العملية أثبتت أن احترام نفاذ القواعد القانونية لا يتوقف على مقدار ما تحيط به النصوص من جزاءات وضمانات، بقدر ما يعتمد على وجود سلطة قضائية مستقلة تنفذ القانون وتطبق احكامه ومدى إيمان الشعب وقوة الرأي العام في التمسك والحرص عليها كضمانة فعلية وواقعية يزود بروحه للدفاع عنها ويثور من أجل الحفاظ عليها.

ثانياً: فرضية البحث:

ينطلق البحث من فرضية مفادها أن هناك علاقة وثيقة بين الديمقراطية والحرية والدولة القانونية، ففي ظل الديمقراطية والحرية يتلاشى العنف والإرهاب والجهل، ويتم بناء المؤسسات القادرة على القيام بدورها القانوني المنوط بها، ودائماً يعيش الإرهاب والعنف في الدول والأنظمة التي لا تطبق الديمقراطية وتعيش تحت حكم الفرد المتسلط، والثابت من ذلك أنه عندما يتم الحجز على الحرية ومنع حرية الرأي والتعبير فلا سبيل للمعارضين وكافة القوى المعارضة إلا العمل والتحرك في الخفاء، وذلك للتعبير عن رأيها

وفكرها دون تقويم للآراء الفاسدة المنحرفة التي تكون نواة وبذرة لنشأة الفكر المتطرف، وفي البحث نحاول الاجابة عن العلاقة بين الدكتاتورية وكبت الحريات وانتهاك سيادة القانون ونشأة الإرهاب.

ثالثاً: غايات البحث:

غاية البحث هو تسليط الضوء على أهمية دولة القانون التي تركز على مبدأ سيادة القانون التي تعتبر أطول عمراً من الدولة البوليسية، باعتبار أن الدولة القانونية هي دولة تسود فيها مبادئ العدالة وكفالة احترام حقوق الإنسان وحرياته الأساسية.

رابعاً: أهمية البحث وأهدافه:

نجد أهمية البحث في بيان الضمانات القانونية والقضائية والدستورية التي تهدف إلى إقامة نظام حكم ديمقراطي، تُصان فيه كافة الحقوق والحريات العامة والتي على رأسها سيادة القانون وحرية تكوين الأحزاب السياسية وضماناتها، وتكون السلطة أداة لتحقيق الرفاهية والسعادة لكل أفراد المجتمع دون تمييز أو تفرقة لأي سبب من الأسباب، بمعنى أهمية إخضاع كافة السلطات وكافة المؤسسات للقانون الذي يشمل كافة القواعد القانونية بحسب تدرجها كالقواعد الدستورية والقوانين العادية واللوائح والقرارات.

ولذا يجب أن ينظم القانون جزاء على مخالفة أحكامه وبيانها، ويقرّ ضمانات تكفل تنفيذه وتطبيقه واحترامه من قبل الأفراد وكافة السلطات والمؤسسات، وليس ثمة ضمانات أكثر كفالة لاحترامه من وجود هيئة قضائية تتوافر فيها كافة ضمانات الاستقلال والنزاهة والحيادية والكفاءة، ويكون من ضمن مهامها حماية كافة الحقوق والحريات الحزبية وكافة الحريات، ونظراً لما تمثله الرقابة القضائية وأهميتها كضمانة جوهرية لحماية الحقوق

والحريات العامة وحصناً للدولة والأفراد من الاستبداد وهدفاً لحماية الحقوق والحريات وتطبيق سيادة القانون على أرض الواقع، واختصاص القضاء بهذه الرقابة يدخل في صميم الوظيفة القضائية لحماية كافة الحقوق والحريات الفردية، لا سيما أن استقلال السلطة القضائية والذي يعنى بالأساس عدم تدخل أي سلطة بأي شكل في عمل السلطة القضائية وخاصة السلطة التنفيذية تنفيذا لمبدأ الفصل بين السلطات، وهذه الضمانة ليست لحماية الحقوق والحريات فقط بل هي ضمانة أساسية لقيام دولة القانون، فلا سبيل إلى إقامة العدل دون توفير الحماية والاستقلال الكامل للسلطة القضائية ولأعضائها والفصل بين كافة سلطات ومؤسسات الدولة.

خامساً: اساليب ومنهجية البحث:

تعتمد منهجية البحث على دراسة وتحليل أهم الحقوق الأساسية والقانونية والدستورية والقضائية لسيادة القانون والتي تعد الضمانة الأساسية لتطبيق الديمقراطية، التي تمارس فيها المعارضة البرلمانية والأحزاب السياسية حريتها في أبهى صورها، وفي ظل تلك الصورة الديمقراطية تمارس المعارضة حرية إبداء الرأي وحرية التعبير بلا قيود أو محظورات وتعمل على حماية الدستور وسيادة القانون وتطبيق مبدأ المساواة وكفالة الحقوق والحريات العامة والديمقراطية وحماية كافة الحريات، تلك المبادئ الديمقراطية التي استقرت عليها النظم الديمقراطية ويمارسها المواطنون بلا استثناء أو استبعاد وبدونها لم ولن يكون هناك استقرار سياسي أو اقتصادي فضلاً عن عدم وجود تقدم أو تنمية حقيقية للوطن، وكذا البحث عن كافة اساليب كفالة الحقوق الأساسية وكيفية توفير العدل وتحقيق الإصلاح القضائي المنشود، كما يعتمد البحث الأسلوب الوصفي في كثير من النقاط نظراً لشموليته وقدرته على تقديم نتائج مطابقة للواقع السياسي والقانوني في كثير من بلدان الوطن العربي.



سادساً: خطة البحث:

سوف نناقش البحث في اربعة مباحث على الوجه التالى:

المبحث أول: ضمان احترام الحقوق والحريات.

المبحث الثانى: متطلبات استقلال القضاء بين النظرية والتطبيق.

المبحث الثالث: الفصل بين السلطات.

المبحث الرابع: عداء القواعد الديمقراطية والليبرالية القانونية.

وذلك على التفصيل التالى:

المبحث الأول

ضمان احترام الحقوق والحريات

من أهم الضمانات الأساسية لضمان سيادة القانون هو ضمان احترام الدولة والنظام السياسي للحقوق الأساسية والحريات العامة والتي من أهمها دعم المشاركة السياسية بحقوق الإنسان وحرياته من خلال تناول مفهوم الديمقراطية التي تتضمن كلاً من المشاركة السياسية وحقوق الإنسان وحرياته الأساسية، فالديمقراطية كما يقول «بورديو» هي: نظام حكم يهدف إلى إدخال الحرية في العلاقات السياسية، وهى الصيغة الوحيدة التي تقترح كمرتكز للنظام السياسي لصيانة كرامة الإنسان الحر، أي أن الديمقراطية تهدف إلى التوافق والتوفيق بين ترتيب السلطة وحقوق الإنسان وتحقيق مشاركة بينهما في إطار المجتمع والدولة^(٣)، وسوف نناقش ذلك في أربعة مطالب:

المطلب الأول

أهمية القضاء في تطبيق وحماية حقوق الإنسان وحرياته الأساسية

من الضمانات الأساسية لحماية حقوق الإنسان وحرياته الأساسية أن المشرع يقر هذه الحقوق والحريات وينص عليها في صلب الدستور، ومن المقرر أن الدستور هو أعلى القوانين مرتبة في الدولة، ويجب على جميع سلطات الدولة أن تحترم نصوص الدستور، وأن تكون جميع القوانين العادية واللوائح الإدارية متطابقة مع نصوص الدستور نصاً وروحاً، ومبدأ الرقابة على دستورية القوانين من المبادئ الأساسية التي تقوم عليها فكرة سيادة القانون.

(٣) د. سلمى بدوي محمد: دور مجلس الدولة المصري في حماية الحقوق والحريات العامة،

وإذا لم يقيم القضاء على أساس قوي من الاستقلال والكفاءة والخبرة والحيدة، وإذا لم يتحصن بالضمانات الكاملة التي تكفل له أن يضطلع بمسؤولياته الخطيرة، انهيار أساس الحياة الديمقراطية في البلاد، فلا غرو أن العدل دوماً أساس للملك وأساس للحكم وأساس للاستقرار^(٤).

وفي حالة انتهاك أو خرق هذا المبدأ من أي من سلطات الدولة الثلاث التشريعية أو التنفيذية أو القضائية، فقد كفل النظام القانوني ضمانات قانونية للأفراد في مواجهة أي خرق لحقوق المواطنين أو حرياتهم يقع من أي من سلطات الدولة، وذلك عن طريق إقرار ما يعرف بنظام الرقابة القضائية على دستورية القوانين واللوائح، وكذلك الرقابة القضائية على أعمال الإدارة، وأيضاً من خلال الحماية الجنائية لحقوق الإنسان وحرياته الأساسية^(٥).

ويجب ضمان هذه الدعائم في جميع القوانين للحيلولة دون إساءة استعمال السلطة، ويتمثل هذا الضمان في الدولة القانونية في أن يعهد لهيئة ذات طابع قضائي للرقابة على مدى احترام المخاطبين بالقانون للشرعية الدستورية^(٦).

(٤) د. غازي عبيد العياش: الحدود الدستورية لحقّ الأفراد في الاجتماع، دراسة تحليلية لموقف المحكمة الدستورية الكويتية، مجلة كلية القانون الكويتية العالمية، السنة الرابعة العدد ١٣، مارس ٢٠١٦، ص ٢٧٧ و ٢٧٨.

(٥) د. أبو الخير أحمد عطية عمر: الضمانات القانونية الدولية والوطنية لحماية حقوق الإنسان، دار النهضة العربية، القاهرة، ط ٢٠٠٤، ص ٣٤٩ وما بعدها.

(٦) د. محمد عطية محمد علي فوده: الحماية الدستورية لحقوق الإنسان، رسالة دكتوراه، عين شمس، ٢٠١٠/٢٠٠٩، ص ١٩٨.

المطلب الثاني

استقلال القضاء يصون بنيان الدولة القانونية

ذلك أن استقلال القضاء ليس مجرد عاصم من جموح السلطة التنفيذية يكفها عن التدخل في شؤون العدالة ويمنعها من التأثير فيها، بما يصون للشرعية بنيانها، ويرسم تخومها تلك السيادة التي كفلها الدستور، وقرنها بمبدأ خضوع الدولة للقانون ليكونا معاً قاعدة للحكم فيها، وضابطاً لتصرفاتها^(٧).

وبالتأكيد على استقلال القضاء المنقوص وتحقيقاً لإدارة كفاء للعدالة من خلال القضاء نفسه ودون سيطرة السلطة التنفيذية ممثلة في وزير العدل على القضاء وإفراغ مبدأ استقلال القضاء من مضمونه وفق ما يحدث الآن بضراوة وعدوان وترغيب وترهيب تجاه القضاة^(٨).

ونتساءل كيف يتوافر الاستقلال للقضاء والقضاة؟ إلا إذا كان القضاء سلطة تقف على قدم المساواة مع السلطتين التشريعية والتنفيذية، وأن لا يمس استقلاله على أي نحو من جانب أي من السلطتين: فمن جانب السلطة التشريعية فإنه لا يجوز للمشرع أن يتدخل في أعمال القضاء أو تنظيمه على النحو الذي يهدد استقلاله.

ولا يجوز للسلطة التشريعية أن تطلب منه الفصل فيه على نحو معين، وكذلك لا يجوز للسلطة التشريعية أن تصدر قوانين تعطل بها أحكام القضاء

(٧) د. عبد العزيز سالم: الدولة القانونية ورقابة الدستورية، مجلة الدستورية، العدد ١٦ أكتوبر ٢٠٠٩، ص ٦٩.

(٨) د. محمد إبراهيم درويش ود. إبراهيم محمد درويش: القانون الدستوري، دار النهضة العربية، القاهرة ٢٠٠٤، ص ٦٩٦ وما بعدها.

أو تلغيها، سواء انصبت هذه القوانين صراحة على أحكام بذاتها، أو أعطت وصف «القوانين التفسيرية» لكي يسوغ هذا الوصف سريانها بأثر رجعي على الماضي، وإهدار الأحكام القضائية التي تكون قد صدرت بالفعل غير أن هذا لا يحول بدهة دون حق السلطة التشريعية في أن تصدر قانوناً يخالف حكماً قضائياً فيما ذهب إليه دون أن يعنى ذلك إلغاء هذا الحكم، وإنما سريان المعاني الجديدة التي تضمنها القانون بالنسبة للمستقبل^(٩).

فمبدأ سيادة القانون يغدو عديم الأثر، ما لم يتوافر للقضاء استقلاله وحصانته في مواجهة سلطات الدولة خاصة السلطة التنفيذية، فالقضاء وحصانته يمكنه من إلزام جميع السلطات في الدولة بمراعاة أحكام الدستور والوقوف أمام من تحاول أن تعتدي على غيرها.

المطلب الثالث

استقلال سلطة القضاء لا استقلال القضاة

إن ما قيل وما كتب عن استقلال القضاء يدور في نطاق محدود ومغلق، ويعطى الاستقلال معنى شكلياً وحرفياً، وهو مجرد القضاء من كل المقومات التي تجعله جديراً بهذا الاسم، وكذلك لا يجوز أن يكون طموحنا استقلال القضاة فحسب، وإنما يجب أن يكون هذا المطمح هو استقلال القضاء كسلطة ذلك أن «استقلال القضاة» لا يعبر عن كل المعاني التي يمثلها القضاء وإنما هو معنى واحد من كل المعاني التي يجب ضمانته.

فما جدوى استقلال القضاء، إذا اعتدينا على حيادية القضاء وأقحمناه في السياسة فيضيع حياده كجهة تحافظ على احترام القانون، ويغدو جزءاً من

(٩) د. عصفور: استقلال السلطة القضائية، مطبعة أطلس، ص ٢١٤ و ٢١٥.

إرادة الحاكم طالما فرض على أعضائه أن يكونوا أعضاء في جهاز من أجهزة الدولة السياسية؟ وهل يمكن أن تسمى جهة غير محايدة «قضاء» والحيدة هي جوهر القضاء؟ وكذلك فما جدوى استقلال القضاء، إذا سمحنا تحت شعار تعبير مخادع أن يكون الحكم القضائي مثار مناقشة أو تقييم؟

لعل هذه الأمثلة توضح أن «استقلال القضاء» بالمعنى المحدود الذي تدور حوله الأحاديث اليوم هو مظهر واحد من مظاهر القضاء وأنه لا يعبر عن المعاني الكثيرة التي يمثلها القضاء.. وأن هذا الاستقلال يكون خرافة أو عديم الجدوى إذا لم يسبقه تأكيد لمقومات القضاء الذي نطالب باستقلاله وهي المقومات التي لا يكون له كيان بدونها.. وهذه المقومات هي:

- أن يكون القضاء جهة محايدة فلا تصبغه صبغة سياسية.

- أن لا يكون استقلال القضاء مجرد «ميزة» تضافى على مرفق من مرافق الدولة، وإنما يكون أثراً طبيعياً لوجود سلطة تقف على قدم المساواة مع سلطتي الدولة الآخرين^(١٠).

- أن يتم التعيين في القضاء وفقاً لمعايير وضوابط أكثر صرامة وأكثر دقة، بعيدة كل البعد عن التوريث والمحسوبية وغير ذلك من الطرق الغير مشروعة.

ولكي يكون هناك سلطة قضائية مستقلة يجب أن يتوافر للقضاة كأفراد معنى الاستقلال، وهذا الاستقلال يجب أن يكون أولاً وقبل كل شيء وقبل السلطة التنفيذية ذاتها^(١١). ذلك أن الحديث عن دولة المؤسسات وعن مبدأ

(١٠) د. محمد عصفور: استقلال السلطة القضائية، مرجع سابق، ص ٣ و ٤.

(١١) د. وليد سليم النمر: القانون الدستوري والمبادئ الدستورية العامة، مرجع سابق، ص ٥٧١.

سيادة القانون وعن المشروعية في دولة لا يوجد فيها قضاء مستقل يصبح ضرباً من العبث.

لا سيما أن الدولة الحديثة تقيم التوازن بين كافة السلطات داخل الدولة، هذا التوازن يقتضى أن تستقل كل سلطة عن الأخرى وأن تحدّ كل سلطة من جموح السلطات الأخرى، ومن هنا قيل إن استقلال السلطة القضائية هو فرع هام من مفهوم الفصل بين السلطات^(١٢). ومن أهم المبادئ المتعارف عليها في الدول الديمقراطية «ضرورة استقلال القضاء، فالهيئة القضائية هي وحدها التي تقوم على الفصل في النزاعات وتطبيق القانون، وليس لأي من السلطتين التنفيذية والتشريعية أن تملي رأيها على القضاء، ولا أن تمارس أي نفوذ على القضاة في عملهم بل رجال الهيئة القضائية فقط هم الذين يمكنهم إصدار الأحكام أو تعديلها إن كانت مخالفة للقانون^(١٣).

وليس قيام القضاء كسلطة هو الضمان الأساسي لدولة القانون وسيادته فحسب، وإنما هو الضمان الأساسي لحريات الأفراد وحقوقهم.. ولهذا يعد استقلال القضاء هو الدعامة الأساسية لحكومة ديمقراطية حقيقية، وأن دولة بدون سلطة قضاء مستقل استقلالاً حقيقياً سيكون مجتمعاً محروماً من ضوابط القانون وهي الضوابط التي تحمي الحرية العامة من العدوان والإفئات عليها، وقد عبر الإعلان العالمي لحقوق الإنسان عن هذا المعنى في مادته العاشرة حيث يقول «لكل شخص الحق في أن تستمع محكمة مستقلة محايدة إلى دفاعه العلني الكامل في تحديد حقوقه وحياته.

(١٢) د. يحيى الجمل: القضاء الدستوري في مصر، دار النهضة العربية، ط ٢٠٠٠، ص ٣٥.

(١٣) د. عاصم الفولي: الإسلاميون والديمقراطية دفاع عن الحلّ الإسلامي، مرجع سابق،

المطلب الرابع:

كفالة حق اللجوء إلى القضاء كحق من الحقوق الطبيعية

من المؤكد أن حق التقاضي من الحقوق الطبيعية للإنسان، وأن لكل فرد وقع اعتداء على حق من حقوقه أن يلجأ إلى القضاء لرد ذلك الاعتداء والانتصاف لنفسه ممن ظلمه وسلبه حقه، ومن المسلم به أن الحقوق الطبيعية لصيقة بشخص الإنسان، وأنها لا تنفك عنه أبداً، لأنها مستمدة من القانون الطبيعي السابق على القانون الوضعي^(١٤)، فحق التقاضي حق أصيل، وبدونه يستحيل على الأفراد أن يأمنوا على حرياتهم وأن يردوا ما يقع عليهم من اعتداء، ولا يمكن أن يعتبر نظم الحكم في دولة ما ديمقراطياً إلا بكفالة حق التقاضي الذي يطمئن الأفراد على حقوقهم ويزيل من نفوسهم الشعور بالظلم^(١٥).

واستقرّت مبادئ الأمم المتحدة الأساسية بشأن استقلال السلطة القضائية والمعتمدة بقراري الجمعية العامة للأمم المتحدة رقم ٣٢/٤٠ بتاريخ ١٩٨٥/١١/٢٩ ورقم ١٤٦/٤٠ بتاريخ ١٩٨٥/١٢/١٣، إذ نص المبدأ (٥) على أنه «لكل فرد الحق في أن يحاكم أمام المحاكم العادية أو الهيئات القضائية التي تطبق الإجراءات القانونية المقررة حسب الأصول الخاصة

(١٤) د. أنور أحمد رسلان: الديمقراطية بين الفكر الفردي والفكر الاشتراكي، رسالة دكتوراه، ١٩٧١، ص ٢٤٥. د. السيد عبد الحميد فوده: مبدأ المساواة ومدى تطبيقه في مصر، دراسة تاريخية، دار النهضة العربية، القاهرة ٢٠٠٦، ص ٢٧.

(١٥) د. سعد عصفور: النظام الدستوري المصري «دستور سنة ١٩٧١»، منشأة المعارف بالإسكندرية، طبعة ١٩٨٠، ص ٢١١. د. السيد عبد الحميد فوده: مبدأ المساواة ومدى تطبيقه في مصر، مرجع سابق، ص ٢٧.

بالتدابير القضائية، لتنتزع الولاية القضائية التي تتمتع بها المحاكم العادية أو الهيئات القضائية»^(١٦)،^(١٧).

وهكذا فإن أية سلطة من السلطات لا تملك مصادرة هذا الحق، أو منع أي فرد أو جماعة من الجماعات أو حزب من الأحزاب من اللجوء إلى القضاء باعتباره الملجأ والملاذ لهم للدفاع عن حقوقهم ورد ما يقع عليهم من اعتداء، إذ أن القانون يتضمن قاعدة عامة مجردة تنطبق على كل من تتوافر فيه شروط تطبيقها، والعلة في ممارسة حق التقاضي هي نشأة منازعة ما حول حق من الحقوق يتعلق بفرد أو طائفة، فعندما يأتي نص تشريعي ويمنع ذلك الفرد أو تلك الطائفة من ممارسة حقها الطبيعي في التقاضي بينما يتمتع بقية الأفراد والطوائف بهذا الحق دون أية عقبات أو

(١٦) مبادئ الأمم المتحدة الأساسية بشأن استقلال السلطة القضائية، سلطة الثقافة القانونية ٧، المركز العربي لاستقلال القضاء والمحاماة، ٢٠٠٠، القاهرة، ص ١١ مشاراً إليه مجلة الحقوق، العدد الرابع، السنة التاسعة والثلاثون، ربيع الأول ١٤٣٧هـ، ديسمبر ٢٠١٥م، ص ٤٣٨.

(١٧) وتأكيداً لذلك فقد أعلنت المواثيق العالمية سواء الدولية أو الإقليمية المعنية بحقوق الإنسان وحرياته الأساسية في صراحة ووضوح مبدأ المساواة فيما بين الأفراد في التمتع بحق اللجوء إلى القضاء الوطني لإنصافهم من أعمال الاعتداء أو الانتهاك المنصبة على ما يتمتعون به من حقوق وحرريات أساسية ثابتة منحها إياهم الدستور والقانون وأوجب على كافة الإلتزام بها، وسواء كان هؤلاء الأفراد أو المتقاضون من بين المدعين أم المدعى عليهم أم المسؤولين عن الحقوق المدنية في الدعوى القضائية المختلفة، وقد انتقل ضمانات حق اللجوء إلى القضاء إلى نطاق كل من الدساتير والقوانين الوطنية مصحوباً بضمانات تطبيقه والالتزام بمضمونه، وهو الأمر الذي سارعت إلى تبنيته أغلبية الدساتير العالمية والعربية، وصدقت عليه الأحكام الصادرة من المحاكم القضائية العليا فيها. لتفصيل أكثر انظر د. مصطفى محمد عفيفي: الحقوق المعنوية للإنسان بين النظرية والتطبيق «دراسة مقارنة» في النظم الوضعية والشرعية الإسلامية، ص ٤٦. د. السيد عبد الحميد فوده: مبدأ المساواة ومدى تطبيقه في مصر، مرجع سابق، ص ٢٨.

موانع، فهنا يحدث الخلل الفادح لمبدأ المساواة أمام القضاء، والخرق الجسيم لحق التقاضي^(١٨).

وإذا كان التعدد في التشريع وقصوره يأتي في مقدمة أسباب عرقلة حسن سير العدالة وأكثرها عمقاً وأشدّها تشعباً وتعقيداً، فإن ما واكب ذلك من مشكلات وعراقيل ومنها على سبيل المثال تعدّد في جهات التحقيق، وتعدد آخر في جهات القضاء، وتعدّد ثالث في إجراءات ومواعيد رفع الدعاوى والطعون، كل ذلك لما شقي به القضاء والمتقاضون، وعميت بسببه مسالك الحق والعدل والقانون، غدا بدوره من أسباب تناقض الأحكام وتهديد الثقة في معنى العدل وجدوى القانون، حتى بات مطلباً قومياً ملحاً أن نجد طريقاً عاجلاً لتوحيد التشريع وتوحيد القضاء فيكون ذلك مدخل حقيقي وواقعي لمعالجة كل المشكلات التي تعترض العدالة وهي غاية الغايات التي يبتغيها المواطنون^(١٩).

(١٨) د. السيد عبد الحميد فوده: مبدأ المساواة ومدى تطبيقه في مصر، مرجع سابق، ص ٢٨.

(١٩) المستشار يحيى الرفاعي: كلمة قضاة مصر في افتتاح المؤتمر، الديمقراطية الحقيقية، ملحق حديث الحقائق والوثائق (١)، الطبعة الثانية، المكتب المصري الحديث، ٢٠٠٣، ص ٢٥٣

المبحث الثاني

متطلبات استقلال القضاء بين النظرية والتطبيق في الشرق الأوسط

ويقوم القضاء بجانب السلطتين التشريعية والتنفيذية بأداء رسالة هي بطبيعتها مستقلة تماماً عن هاتين السلطتين..» وكل تدخل في عمل القضاء من جانب أية سلطة من السلطتين يخلّ بميزان العدل ويقوّض دعائم الحكم، وفي قيام القاضي بأداء وظيفته «نزياً حراً مستقلاً» مطمئناً على سلطته «آمناً على مصيره» أكبر ضمانات لحماية الحقوق العامة والخاصة، أليس هو الأمين على الأرواح والأنفس والحقوق والحريات؟ أليس هو الحارس للشرف والعرض والمال؟ أو ليس من حق الناس أن يطمئنوا إلى أن كل ما هو عزيز عليهم تحت يد قضاء نزيه عادل شريف مستقل، ذلك أن كفالة القضاء أمان حمى وأعز ملجأ؟ أو ليس من حق الضعيف إذا ناله ضيم أو حاق به ظلم أنه يطمئن إلى أنه أمام قضاء قوى بحقه «عزيز بنفسه» مهما يكن خصمه قويا بماله أو نفوذه أو سلطانه؟ فمن الحق أن يتساوى أصغر شخص في الدولة بأكبر حاكم فيها وأن ترعى الجميع عين العدالة^(٢٠). ومن أهم المتطلبات لاستقلال القضاة وتحقيق كفاءتهم وتطبيق الإصلاح المنشود وذلك على النحو التالي:

أولاً: تطبيق الإصلاح القضائي المنشود بدون وضع عراقيل:

تتركز وظيفة السلطة القضائية كسلطة من سلطات الدولة الثلاث في تأكيد سيادة القانون عن طريق فضّ المنازعات والحكم فيها، تطبيقاً له سواء وقعت هذه المنازعات بين الأفراد أو بينهم وبين إحدى سلطات

(٢٠) د. محمد عصفور: استقلال السلطة القضائية، مرجع سابق، ص ١ و ٢.

الدولة، وذلك حفاظاً على الحقوق والحريات العامة، ولكي تقوم هذه السلطة بوظيفتها خير قيام يجب أن تتمتع بقسط وافر من الوحدة والاستقلال يضمن لها حسن القيام بعملها دون تدخل من أحد، ويحول دون اعتداء السلطة التنفيذية عليها.

ونجد من أهم الطرق إلى الإصلاح القضائي هو إلغاء القضاء العسكري كجهة قضاء استثنائي بالنسبة للمدنيين وحصر نطاقه على محاكمة العسكريين على الأفعال التي يرتكبونها بالمخالفة لأحكام نظامهم العسكري فقط، وكذلك إلغاء محاكم أمن الدولة ومحكمة القيم، ومحكمة الحراسة، ودوائر الإرهاب، وكافة المحاكم الاستثنائية.

ثانياً: حماية الحقوق والحريات العامة بين النص والتطبيق:

حرصت الدساتير في مختلف النظم الديمقراطية والغير ديمقراطية على تبني قضايا الحريات وتزخر هذه الدساتير بما تتضمنه من حقوق وحريات للمواطنين وغير المواطنين فيها حيث أن الدول تتباهى فيما بينها بما ينص عليه دستورها من حريات سواء من حيث العدد أو النوع ولا يكاد يخلو دستور أية دولة من دول العالم من تخصيص أبواب كاملة للحريات العامة، ومع ذلك فإن دساتير أكثر النظم الديكتاتورية وأشدّها استبداداً تتضمن أشد التأكيدات على احترام الحقوق والحريات العامة وتأتي متوافقة مع فلسفة حقوق الإنسان ومع ذلك يعرف العالم كله أن مواطني الدول التي تحكمها النظم الديكتاتورية يعانون حرمان من أبسط الحقوق والحريات الأساسية فضلاً عن التضييق فيها على كافة الحقوق والحريات العامة إلى حد الاختناق وقد يصل الأمر في بعض الدول أن أصبح ممارسة إحدى هذه الحريات رغم النص عليها في الدستور جريمة ضد النظام وتؤدي إلى من يمارسها إلى فقدان حريته الشخصية وقد تؤدي بحياته، هذا فضلاً عن الإجراءات

الاستبدادية التي لا تستند إلى أي نص قانوني ولا تستهدف سوى تدعيم سلطة الحاكم وقد تصل إلى التصفية الجسدية وإعدام الخصوم علانية أمام الجمهور بدم بارد.

غير أن الواقع العملي أثبت أن الحرية لم ولن تتحقق لمجرد الإيمان بها أو النص عليها في الوثائق الدستورية أياً كانت قيمتها، وإذا كانت الحرية تشكّل قيوداً على سلطات الحاكم فإن تجارب الشعوب أثبتت أن الحكام حريصون بحكم طبائع البشر على السلطات التي يتمتعون بها وأنهم لم يتنازلوا عن هذه السلطات طوعية واختياراً وإنما كان تنازلهم نتيجة ظروف اضطرتهم إلى ذلك اضطراراً، أو على الأقل أحسوا معها أن من الحكمة ومن مصلحتهم إجراء هذا التنازل.

ثالثاً: ضمانات تنفيذ الأحكام القضائية:

إن الحديث عن فاعلية الرقابة القضائية يكون مجرد لهو ولغو ما لم يتضمن النظام القانوني ضمانات كافية لضمان تنفيذ الأحكام القضائية فلا قيمة للرقابة القضائية بغير كفالة حق التقاضي ولا قيمة لها أيضاً بغير تنفيذ الأحكام القضائية التي تحول الرقابة والضمان إلى واقع ملموس، فالغاية الحقيقية التي يبتغيها المواطن من وراء الحماية القضائية لحقوقه وحياته لا تقف عنده الحصول على حكم يوفر الحماية القانونية نظرياً فقط دون إنزال هذه الحماية فعلياً من خلال تنفيذ الحكم الصادر لصالحه.

وإذا كان عدم تنفيذ الأحكام القضائية من قبل السلطات العامة مما يجرّد الرقابة القضائية من كل قيمة أو ضمانة، والدليل على ذلك أن أكثر من نصف الأحكام القضائية لا تجد طريقها إلى التنفيذ أو يتم تنفيذها تنفيذاً جزئياً.

ذلك أن السلطة التنفيذية لها الغلبة دائماً لما تملكه من سلطات وامتيازات جعلتها الطرف الأقوى الذي يهيمن على القوة التنفيذية، كما أن مناط تنفيذ الأحكام يجري بمعرفتها هي فقط، فضلاً عن أن القضاء لا يملك أية وسائل لإكراه السلطة التنفيذية على تنفيذ أحكامها، وببد أن هناك قصور واضح في الوسائل التي اتخذها النظام القانوني لحث الإدارة على تنفيذ الأحكام وإكراهها إذا لزم الأمر بالتنفيذ الجبري للأحكام القضائية.

لا سيما أن التراخي في تنفيذ الأحكام القضائية أو تنفيذها تنفيذاً منقوصاً يستوى مع الامتناع السافر الصريح رغم أن التجريم الجنائي لجريمة الامتناع عن تنفيذ الأحكام القضائية يمثل الوسيلة الوحيدة التي كفها القانون لحث جهة الإدارة على تنفيذ الأحكام، لذلك يجب أن ينسحب التجريم الجنائي لكافة الصور التي تكشف نية الإدارة وتعمرها عدم تنفيذ الأحكام الصادرة من السلطة القضائية حتى ولو بصورة جزئية، ومن هنا كانت حاجة الأفراد والمجتمع إلى حمايتهم قبل المشرع في مثل هذه الحالات أشد من حاجتهم إلى الحماية في حالة الامتناع الصريح التي تكفل المشرع بتجريمها ومد رقابته عليها، والنص على ضمانات كافة لضمان تنفيذ الأحكام القضائية تنفيذاً كاملاً وجبرياً إذا لزم الأمر^(٢١).

رابعاً: كفاية حق اللجوء إلى القضاء كحق من الحقوق الطبيعية:

من المؤكد أن حق التقاضي من الحقوق الطبيعية للإنسان، وأن لكل فرد وقع اعتداء على حق من حقوقه أن يلجأ إلى القضاء لرد ذلك الاعتداء والانتصاف لنفسه ممن ظلمه وسلبه حقه، ومن المسلم به أن الحقوق

(٢١) د. ثروت عبد العال أحمد: الحماية القانونية للحريات العامة، دار النهضة العربية القاهرة،

الطبيعية لصيقة بشخص الإنسان، وأنها لا تنفك عنه أبداً، لأنها مستمدة من القانون الطبيعي السابق على القانون الوضعي^(٢٢)، فحق التقاضي حق أصيل، وبدونه يستحيل على الأفراد أن يأمنوا على حرياتهم وأن يردوا ما يقع عليهم من اعتداء، ولا يمكن أن يعتبر نظم الحكم في دولة ما ديمقراطياً إلا بكفالة حق التقاضي الذي يطمئن الأفراد على حقوقهم ويزيل من نفوسهم الشعور بالظلم^(٢٣).

واستقرت مبادئ الأمم المتحدة الأساسية بشأن استقلال السلطة القضائية والمعتمدة بقراري الجمعية العامة للأمم المتحدة رقم ٣٢/٤٠ بتاريخ ١٩٨٥/١١/٢٩ ورقم ١٤٦/٤٠ بتاريخ ١٩٨٥/١٢/١٣، إذ نص المبدأ (٥) على أنه «لكل فرد الحق في أن يحاكم أمام المحاكم العادية أو الهيئات القضائية التي تطبق الإجراءات القانونية المقررة حسب الأصول الخاصة بالتدابير القضائية، لتتنزع الولاية القضائية التي تتمتع بها المحاكم العادية أو الهيئات القضائية»^{(٢٤)(٢٥)}.

(٢٢) د. أنور أحمد رسلان: الديمقراطية بين الفكر الفردي والفكر الاشتراكي، رسالة دكتوراه، ١٩٧١، ص ٢٤٥. د. السيد عبد الحميد فوده: مبدأ المساواة ومدى تطبيقه في مصر، دراسة تاريخية، دار النهضة العربية، القاهرة ٢٠٠٦، ص ٢٧.

(٢٣) د. سعد عصفور: النظام الدستوري المصري «دستور سنة ١٩٧١»، منشأة المعارف بالإسكندرية، طبعة ١٩٨٠، ص ٢١١. د. السيد عبد الحميد فوده: مبدأ المساواة ومدى تطبيقه في مصر، مرجع سابق، ص ٢٧.

(٢٤) مبادئ الأمم المتحدة الأساسية بشأن استقلال السلطة القضائية، سلطة الثقافة القانونية ٧، المركز العربي لاستقلال القضاء والمحاماة، ٢٠٠٠، القاهرة، ص ١١ مشاراً إليه مجلة الحقوق، العدد الرابع، السنة التاسعة والثلاثون، ربيع الأول ١٤٣٧هـ، ديسمبر ٢٠١٥م، ص ٤٣٨.

(٢٥) وتأكيداً لذلك فقد أعلنت المواثيق العالمية سواء الدولية أو الإقليمية المعنية بحقوق الإنسان وحرياته الأساسية في صراحة ووضوح مبدأ المساواة فيما بين الأفراد في التمتع بحق اللجوء إلى القضاء الوطني لإنصافهم من أعمال الاعتداء أو الانتهاك المنصبة على ما يتمتعون به من حقوق وحريات أساسية ثابتة منحها إياهم الدستور والقانون وأوجب =

وهكذا فإن أية سلطة من السلطات لا تملك مصادرة هذا الحق، أو منع أي فرد أو جماعة من الجماعات أو حزب من الأحزاب من اللجوء إلى القضاء باعتباره الملجأ والملاذ لهم للدفاع عن حقوقهم ورد ما يقع عليهم من اعتداء، إذ أن القانون يتضمن قاعدة عامة مجردة تنطبق على كل من تتوافر فيه شروط تطبيقها، والعلّة في ممارسة حق التقاضي هي نشأة منازعة ما حول حق من الحقوق يتعلق بفرد أو طائفة، فعندما يأتي نص تشريعي ويمنع ذلك الفرد أو تلك الطائفة من ممارسة حقها الطبيعي في التقاضي بينما يتمتع بقية الأفراد والطوائف بهذا الحق دون أية عقبات أو موانع، فهنا يحدث الخلل الفادح لمبدأ المساواة أمام القضاء، والخرق الجسيم لحق التقاضي^(٢٦).

ومن هنا فقد وجب على كل دولة تستهدف إقامة العدل أن تعمل على دعم استقلال القضاء، وتبسيط نظام التقاضي، وتيسير إجراءاته، والقضاء على مشكلاته، ومجانية اللجوء إليه، حتى تتأكد الثقة لدى المتقاضين، وتسود الطمأنينة.

وإذا كان التعدد في التشريع وقصوره، يأتي في مقدمة أسباب عرقلة حسن سير العدالة وأكثرها عمقاً وأشدّها تشعباً وتعقيداً، فإن ما واكب ذلك من

= على الكافة الإلتزام بها، وسواء كان هؤلاء الأفراد أو المتقاضون من بين المدّعين أم المدعى عليهم أم المسؤولين عن الحقوق المدنية في الدعوى القضائية المختلفة، وقد انتقل ضمانه حق اللجوء إلى القضاء إلى نطاق كل من الدساتير والقوانين الوطنية مصحوباً بضمانات تطبيقه والالتزام بمضمونه، وهو الأمر الذي سارعت إلى تبنيّه أغلبية الدساتير العالمية والعربية، وصدّقت عليه الأحكام الصادرة من المحاكم القضائية العليا فيها. لتفصيل أكثر انظر د. مصطفى محمد عفيفي: الحقوق المعنوية للإنسان بين النظرية والتطبيق «دراسة مقارنة» في النظم الوضعية والشرعية الإسلامية، ص ٤٦. د. السيد عبد الحميد فوده: مبدأ المساواة ومدى تطبيقه في مصر، مرجع سابق، ص ٢٨.

(٢٦) د. السيد عبد الحميد فوده: مبدأ المساواة ومدى تطبيقه في مصر، مرجع سابق، ص ٢٨.

مشكلات وعراقيل ومنها على سبيل المثال تعدد في جهات التحقيق، وتعدد آخر في جهات القضاء، وتعدد ثالث في إجراءات ومواعيد رفع الدعاوى والطعون، كل ذلك لما شقي به القضاء والمتقاضون، وعميت بسببه مسالك الحق والعدل والقانون، غدا بدوره من أسباب تناقض الأحكام وتهديد الثقة في معنى العدل وجدوى القانون، حتى بات مطلباً قومياً ملحاً أن نجد طريقاً عاجلاً لتوحيد التشريع وتوحيد القضاء فيكون ذلك مدخل حقيقى وواقعى، لمعالجة كافة المشكلات، التي تعترض العدالة وهى غاية الغايات التي يبتغيها المواطنون^(٢٧).

خامساً: البيئة التعليمية الاجتماعية والاقتصادية في الشرق الأوسط:

إلى جانب المتغيرات السياسية التي تتدخل لتؤثر على إمكانية قيام رأي عام حقيقي والتأثير فيه في العالم العربي، فهناك أيضاً متغيرات أخرى تلعب دوراً هاماً وأساسياً في إعاقه مسيرة وجود رأي عام قوى ومستنير، وفي الاهتمام بالقضايا العامة والمشاركة فيها ترتبط ارتباطاً واضحاً بالمتغيرات الاجتماعية والاقتصادية المختلفة من جهة وبين اتجاهات الأفراد من جهة وبين اتجاهات الأفراد وآرائهم نحو المسائل السياسية والقومية الهامة من جهة أخرى، وقد أوضحت دراسات عديدة أجريت على مستوى العالم العربي والغربي أن هناك علاقة قوية بين إدلاء الأفراد بآرائهم في الانتخابات وبين مستواهم التعليمى والاقتصادي ونوعية عملهم، حتى أنه ليقال أن التعرف بدقة على بعض المتغيرات الاجتماعية كالتعليم والمهنة والسن والدخل والجنس والمتغير الريفي الحضري.. الخ كفيلاً بالتنبؤ بسلوك الأفراد الانتخابي ونتيجة للدراسات التي تمت في هذا الإطار يمكن القول أن

(٢٧) المستشار يحيى الرفاعي: كلمة قضاة مصر في افتتاح المؤتمر، مرجع سابق، ص ٢٥٣ و ٢٥٤.

الاهتمام بالقضايا العامة وأوجه المشاركة السياسية وبلورة رأي عام واضح ومحدد يظهر لدى المستويات التعليمية الأكثر ارتفاعاً عنه لدى المستويات التعليمية الأكثر انخفاضاً، كما يظهر داخل الجماعات متوسطة السن أكثر مما يظهر لدى كبار السن أو صغارهم ولدى الرجال أكثر مما لدى النساء^(٢٨).

إلا أن الشيء الذي لا نستطيع إنكاره هو أن المستوى التعليمي للأفراد يتدخل لتحديد مسار نتائج قياسات الرأي العام، وتدل النتائج التي أجراها جهاز قياس الرأي العام بالقاهرة دلالة واضحة على ذلك، وأمامنا على سبيل المثال لا الحصر نتائج استطلاع الجماعات الموجهة للرأي العام في المجتمع ففي مجال اختبار وجود علاقة بين المستوى التعليمي للأفراد وأهمية كل جماعة من الجماعات البشرية التي اختيرت كجماعات تؤثر في الرأي العام، تبين أن الحكم على أوجه تأثير كل جماعة من تلك الجماعات إنما يعتمد في جانب كبير منه على المستوى التعليمي والثقافي لأفراد المجتمع^(٢٩).

وكما أن هناك ثمة علاقة طردية أو عكسية بين نمط التنشئة الاجتماعية والسياسية الذي يعنو له الفرد وبين مشاركته في العملية السياسية أو عزوفه عنها، فهناك ارتباط وثيق بين جهود التعبئة الاجتماعية من ناحية والمكون الطبقي للنظام السياسي من ناحية أخرى وبين بناء المشاركة السياسية عامة وأسلوب ونطاق هذه المشاركة بوجه خاص.

(٢٨) د. ناهد رمزي: الرأي العام وسيكولوجيا السياسة، مكتبة الأنجلو المصرية، القاهرة ١٩٩١، ص ١٢٦ و ١٢٧.

(٢٩) صفوت فرج: الجماعات الموجهة للرأي العام المصري، المجلد الأول، مارس ١٩٨٠، القاهرة، ص ٤٢٤ وما بعدها مشاراً إليه د. ناهد رمزي: الرأي وسيكولوجيا السياسة، مرجع سابق، ص ١٢٧.

سادساً: المناخ السياسي الديمقراطي وحرية الرأي والتعبير:

وتعتبر حرية التعبير عن الرأي حق من حقوق الإنسان لا يمكن تجاهله ومدى إيمان الأفراد بحرية الفكر والتعبير فتشير إحدى الدراسات أن حوالى ٧٣,٧٪ من معلمي التعليم الأساسي إلى وجود حدود لحرية الرأي والتعبير، ولا يمكن القول بوجود حرية التعبير وإبداء الرأي مع انتفاء المناخ الديمقراطي الذي تسوده الحرية والمساواة والعدالة، ولن يكون إلا في ظل ديمقراطية حقيقية يكون لسيادة القانون واستقلالية القضاء دور هام في تدعيم هذه الحرية^(٣٠).

ويشير الرأي العام في المقام الأول مشكلة سياسية تتعلق بالنظام السياسي للدولة، فالرأي العام يرتبط بالديمقراطية وجوداً وعدماً، فحيث تتوفر درجة عالية من الديمقراطية يواكبها دائماً رأي عام قوي، وحيث تتراجع الديمقراطية يتراجع ويتضاءل معها الرأي العام في الواقع.

ونتساءل هل البناء السياسي أو البنية السياسية للدول العربية تتيح للرأي العام أن يتكون وينمو؟ أم أن ضعف الممارسة الديمقراطية التي عانت منها دولنا العربية لفترات طويلة قد قضت تماماً على تلك الإمكانية؟ وللإجابة عن هذا السؤال لا بد لنا من أن نتأكد من توفر عنصرين رئيسيين:

- مدى وجود مصادر موضوعية لاستقاء المعلومات.

- المشاركة الشعبية للجماهير في القضايا القومية والقضايا السياسية.

ولكي نتصدى بالقياس لظاهرة معينة لا بد وأن تكون تلك الظاهرة لها وجود واضح ومحدد بحيث يمكن قياسها، لذا فإذا أردنا قياس الرأي العام فلا بد وأن يكون هذا الرأي الذي نسعى لقياسه متبلوراً قابلاً للقياس، ولكي

(٣٠) د. لطيفة إبراهيم خضر: الديمقراطية بين الحقيقة والوهم، عالم الكتب، القاهرة ٢٠٠٦،

يتكون لدى الرأي العام هذا الطابع فلا بد وأن يوفر المجتمع لأفراده مصدراً يستقون منه معلوماتهم نحو القضايا القومية الهامة التي تستحوذ على اهتمامهم، فالرأي العام لا يتكون من فراغ بل لا بد من أن تتوفر له العناصر التي تشكله وتؤثر فيه، وهنا تلعب وسائل الإعلام دورها الهام في تقديم تلك الحقائق في الوقوف كمصدر دائم يستقي منها الأفراد ما يريدونه من معلومات وحقائق، ولكن هل تقوم الوسائل الإعلامية بذلك الدور الفعال في مجتمعاتنا العربية بشكل موضوعي؟

على الرغم من أن الحاجة تبدو ملحة إلى استقاء المعلومات من خلال أجهزة الإعلام، وخاصة المرئية منها، حيث أنها تتلاءم مع ارتفاع مستوى المعيشة السائد بين أفرادها حيث لا تتوفر مصادر أخرى لجمع المعلومات، حيث توجد دائماً حاجة غير مشبعة دائماً للمزيد من المعلومات حول القضايا التي تهم الجماهير إلا أن دور تلك الوسائل لا يبدو فعالاً بالشكل المتوقع منها بشكل محايد وموضوعي^(٣١).

سابعاً: تنوع وسائل الاتصال بالجماهير:

لا يستطيع أحد بدون وسائل الاتصال بالجماهير الاطلاع على الأحداث السياسية، فهناك جمع من الحوادث والنيات غير المعروفة لنا إلا عن طريق وسائل الاتصال واقعا، ذلك أن البيئة السياسية تتكون من قبل وسائل الإعلام، والوسائل وحدها هي التي تعرفنا بهذا الواقع الحقيقي^(٣٢)، أضف إلى ذلك أن هذه الوسائل هي التي تعكس لنا وضعية النظام السياسي القائم ودرجة تطوره، واتجاهات ومصالح الصفوة ورؤيتها لمتطلبات النظام ذاته، ومتطلبات الدفاع

(٣١) د. ناهد رمزي: الرأي العام وسيكولوجيا السياسة، مرجع سابق، ص ١١٧ و ١١٨.

(٣٢) د. عزيزة عبده: الإعلام السياسي والرأي العام، (دراسة في ترتيب الأولويات)، دار الفجر

للنشر والتوزيع ٢٠٠٤، ص ٢٨.

عنه بما يحقق مصلحة المجتمع والفرد، بل وتسعى لإقناعه بذلك من خلال الأطر القانونية والسياسية^(٣٣).

لا سيما أن الجمهور لا يتعلم القضايا من وسائل الاتصال فقط، ولكنه يتعلم أيضاً أهمية تلك القضايا من تركيز وسائل الاتصال عليها، وبعبارة أخرى فإن الأهمية المتزايدة التي توليها وسائل الاتصال لقضايا معينة تؤثر على أهمية هذه الموضوعات بين الجمهور، وأن وسائل الاتصال لا تقوم بإعلام الجماهير فقط ولكنها أيضاً تمارس تأثيرها عليهم بالنسبة لما هو هام وينبغي أن تعرفه^(٣٤)، ولا شك أن وسائل الإعلام من أهم وسائل الاتصال وهي المسؤولة بالدرجة الأولى عن ترتيب قائمة اهتمامات الجمهور، وهذا معناه أن لوسائل الإعلام دور كبير في تشكيل الرأي العام مدفوعة من النظام السياسي^(٣٥).

ثامناً: نشاط مؤسسات المجتمع المدني والأحزاب السياسية:

ولعل من أبرز الأسباب التي تقف وراء ممارسة هذه المؤسسات نشاطاً متنوعاً، هو مقدرة هذه المؤسسات على مواكبة التطورات الحديثة في الحياة الاجتماعية والاقتصادية والعلمية ونشرها، وقدرتها على تشخيص المعوقات والمصاعب التي تواجه المجتمع، فضلاً عن ما تتميز به مؤسسات المجتمع المدني من سرعة التحرك لاتخاذ الإجراءات المناسبة لمواجهة تلك المعوقات وحلّها^(٣٦).

(٣٣) راسم محمد الجمال: الاتصال والإعلام في الوطن العربي (بيروت: ١٩٩١)، ص ١٩، مشاراً إليه د. عزيزة عبده: الإعلام السياسي والرأي العام، مرجع سابق، ص ٢٩.

(٣٤) د. عزيزة عبده: الإعلام السياسي والرأي العام، مرجع سابق، ص ٢٩.

John R. bitter mass communication an introduction op. cit. p. 384.

(٣٥) د. عزيزة عبده: الإعلام السياسي والرأي العام، مرجع سابق، ص ٢٦ وما بعدها.

(٣٦) مجلة التربية الجديدة: مكتب اليونسكو الإقليمي في البلاد العربية، السنة ١٧، العدد ٤٩ نيسان ١٩٩٠، ص ٥٧ مشاراً إليه د. أديب محمد جاسم الحمادي: مؤسسات المجتمع المدني، مرجع سابق، ص ١٩٣ وما بعدها.

تاسعاً: الوعي السياسي لدى المواطنين:

رغم الوعي السياسي لدى جمهور المواطنين الذي يمثل عنصر من عناصر التأثير في الرأي العام، والجمهور ليس مجرد حاصل جمع عدد من الأفراد، ولكنه يعني جماعة ما تجمع بين أفرادها خبرات مشتركة وظروف حياة معينة، وإن كان هناك اختلافات كثيرة بين أفراد الجمهور سواء من حيث الفروق الشخصية مثل السن والخبرة والمستوى التعليمي والمهنة أو الفروق الاجتماعية مثل الانتماءات الطبقية والسياسية والايولوجية والدينية والفكرية.... إلخ^(٣٧).

وعلى الرغم من أن الفروق الشخصية والاجتماعية والثقافية في الشرق الأوسط والتي تؤثر على ردود أفعال شرائح الجمهور المختلفة في عملية استقبال الرسالة الاتصالية ومضمونها وبالتالي على تكوين الرأي العام تجاه قضية ما، إلا أن جمهور الاتصال هو جمهور لا يعرف المرسل على وجه التحديد فالبث الإذاعي والتلفزيوني لا يستهدف جمهوراً بعينه، وكذلك بالنسبة للصحافة فالقراء جمهور متنوع ومختلف الثقافات ومتنوع البيئة ومنتشر في أنحاء مختلفة من حيث المكان والطبقات أو الانتماءات الاجتماعية، فالجمهور ممثل من كل طبقة وعمر ومهنة ومن الجنسين في كل بقعة أو منطقة أو فئة تصلها الوسيلة التي تحمل الرسالة، سواء كانت موجات إذاعية أو تلفزيونية تصل إلى أرجاء واسعة ومناطق مترامية وسواء كانت صحف أو مجلات أو أفلام أو واقع تواصل اجتماعي تنتقل من مكان إلى آخر في سرعة متزايدة وهائلة^(٣٨).

(٣٧) ليلى محمد عبد المجيد: الجمهور والسياسة الاتصالية المصرية، الحلقة الدراسية الثالثة لبحوث الإعلام في مصر، المركز القومي للبحوث الاجتماعية والجنائية: وحدة بحوث الرأي للثقافة والإعلام ٢٨، ٣١ مايو ١٩٨٣، ص ٣، مشاراً إليه د. عزيزة عبده: الإعلام السياسي والرأي العام، مرجع سابق، ص ٢٦.

(٣٨) محمد مصالحة: دراسات في الإعلام العربي، مركز التوثيق الإعلامي لدول الخليج العربي، السلسلة الإعلامية ٣، بغداد ١٩٨٤، ص ١٥، مشاراً إليه د. عزيزة عبده: الإعلام السياسي والرأي العام، مرجع سابق، ص ٢٦.

ولكل جماعة اجتماعية طريقة تفكيرها وتحليلها للمجريات والقضايا، وبالتالي فإن كل جماعة مختلفة تصبغ الرأي العام حسب ثقافتها وفكرها وتراثها السياسي والاجتماعي والاقتصادي^(٣٩)، ومن هنا لم تعد النظرة إلى الجمهور على أنه مجرد حشد أو متلقى فقط، بل أصبح ينظر إليه على أنه شريك إيجابي هام^(٤٠).

وفي إطار التحديد السابق لمفهوم الاتصال فإنه يرتبط عضويا بتكوين الفرد الاجتماعي والسياسي، وبمفاهيم الحرية والديمقراطية وأدواتهما في نطاق الجماعة مثل المشاركة والمناقشة والحوار والتعبير عن الرأي واختيار أو إبداء الرأي في شكل النظام السياسي والاقتصادي، وهذا يعنى أن الاتصال ووسائله وعملياته تقود الجمهور إلى تشكيل الرأي العام على كل المستويات^(٤١). وتكمن معوقات الوعي الجماهيري فيما يلي:

١ - غياب مناخ الحرية:

غياب الحريات العامة وانعدام الحوار والنقاش من أكبر العوائق التي تعترض نمو الوعي، ففي ظل هذا المناخ لا يمكن للوعي أن ينمو ويرتقى لأن الارتقاء بمستوى الوعي لا يتم إلا في بيئة يتمتع فيها الإنسان بحقوقه وحرية.

٢ - عدم توافر أدوات تنمية الوعي:

إنه من الصعوبة بمكان أن يرتقي مستوى الوعي في بلد تنعدم فيه أدوات الثقافة، وفرص التعليم، ووسائل التعبير، أو يصبح الحصول عليها أمراً

(٣٩) د. عزيزة عبده: الإعلام السياسي والرأي العام، مرجع سابق، ص ٢٦.

(٤٠) ليلي محمد عبد المجيد: الجمهور والسياسة الاتصالية المصرية، مرجع سابق، ص ٣.

د. عزيزة عبده، الإعلام السياسي والرأي العام، مرجع سابق، ص ٢٦.

(٤١) د. عزيزة عبده: الإعلام السياسي والرأي العام، مرجع سابق، ص ٢٧.

عسيراً، كإعدام المكتبات العامة، وارتفاع أسعار الكتب والمطبوعات والدوريات والمجلات الثقافية ووسائل الاتصال الإلكترونية الحديثة^(٤٢).

وتستوقفني مقدمة ابن خلدون عندما أكد على علاقة الارتباط بين الثقافة والعمل، وأن المعرفة تتطبع بطبيعة المناخ الاجتماعي الذي تنطلق منه في التأكيد على أن المجتمع لا تشكله السياسة أو الاقتصاد بقدر ما يشكله نظام التواصل السائد بين الأفراد والأحزاب والجماعات والمؤسسات، أو بعبارة أخرى فإن حديثنا عن تواصل الإعلام بالهوية العربية لا يمكن أن ينفصل عن أحوالنا الداخلية وأوضاعنا السياسية والاقتصادية، فلا بد من توافر البنية التحتية القادرة على مداومة التحديث للهوية والثقافة وسبل الريادة بحيث لا تبدو وكأنها حجر جامد يرفض التطويع والتطبيع والتأثير في الآخرين، وفي هذا الصدد لا بد أن نتخلى عن طابع رد الفعل والانفعالية، وألا يكون خطابنا الإعلامي تصادمية، بل علينا أن نتعلم مهارات الحوار ومهارات التفاوض، وأن نحدد نوعية المستهدف من رسائلنا الإعلامية بحيادية^(٤٣).

٣ - الجهل والفقر والامية والتهجير القسري:

مما لا شك فيه أن الأوضاع المعيشية وانشغال الناس بالمتطلبات الضرورية للحياة لا يترك لها فسحة للقراءة أو الاطلاع أو المعرفة والثقافة، مما يسهم في هبوط مستوى الوعي الفكري لديهم^(٤٤). ذلك أن الفقر الشديد هو انتهاك لحقوق الإنسان الطبيعية بمعنى أنه يجب التنديد به والكشف علناً عن تلك الحكومات التي تسمح بوجود الفقر الشديد أو تتسبب في وجوده

(٤٢) د. محيي الدين عبد الحليم: الأمن العام، مرجع سابق، ص ١٧٥ وما بعدها.

(٤٣) د. أحمد فتحي سرور: العالم الجديد بين الاقتصاد والسياسة والقانون، دار الشروق، القاهرة، ط ٢٠٠٠، ص ٧٦.

(٤٤) د. محيي الدين عبد الحليم: الأمن العام، مرجع سابق، ص ١٧٥ وما بعدها.

بشكل ممنهج، مثل تلك الحكومات التي تجيز التعذيب أو الاغتصاب أو التهجير القسري أو القتل الجماعي، وفي هذه الحالة سيؤول جزء من المخزون والتأثير العاطفي والانفعالي الذي يدفعنا للقيام بالحملات المناهضة لانتهاكات حقوق الإنسان إلى الحملات من أجل مكافحة الفقر في العالم^(٤٥)، وتتمثل خطورة الفقر في عجز الإنسان عن إشباع حاجاته الأساسية، الأمر الذي يؤدي إلى الحرمان، وهو الحرمان من المقومات الأساسية من الحياة (المأكل والملبس والمسكن والصحة والتعليم)^(٤٦).

وفي الحقيقة إن الفقر سينتهي فقط عند الاعتراف به كانتهاك لحقوق الإنسان والقضاء عليه، إذ يجب على الجميع أن يدرك أن السمة اللافتة للنظر إلى الحضارة الإنسانية في القرن الحادي والعشرين تسير في مسار العولمة وما حملته من تطور، ونجد العالم لا يزال يعاني من مشكلة الفقر وقسوته واستمراريتها^(٤٧)، فليس هناك إنسان عاقل يمكن أن يشكك بجدية في مدى قسوة الفقر على الذين يئنون تحت وطأته، ووصف تقرير التنمية العالمي للبنك الدولي للعامين ٢٠٠٠، ٢٠٠١ للفقر «إن الفقراء يحيون حياة خالية من الحريات الأساسية كحرية التصرف، وحرية اتخاذ القرار، وهى الحرية التي يعتبرها الأشخاص الأكثر ثراءً أمراً بديهياً، وكثيراً ما ينقص الفقراء الغذاء والمأوى والتعليم والصحة، وهذه الحاجة تحول دون تمكنهم من ممارسة حقوقهم وحياتهم فضلاً عن حقهم في حياة كريمة.

(٤٥) فيلريد هينش: حقوق الإنسان وتخصيص الواجبات، سلسلة العلوم الاجتماعية، المجتمع المدني والعدالة، مراجعة: علا عادل عبد الجواد، الهيئة العامة المصرية للكتاب، مكتبة الأسرة ٢٠١٠، ص ١٣.

(٤٦) د. محمد سيد فهمي: الرعاية الاجتماعية بين حقوق الإنسان وخصخصة الخدمات، ص ١، ٢٠٠٨، دار الوفاء لدنيا الطباعة والنشر، الإسكندرية، ص ٢٥٨.

(٤٧) محمد صلاح غازي، العولمة وتأثيراتها على الفقر والتنمية، الهيئة المصرية العامة للكتاب ٢٠١٥، ص ٢٧.

بالإضافة إلى أنهم كثيراً ما يصبحون ضحايا لطغيان المؤسسات الحكومية، ولا يملكون من القوة أو النفوذ ما يجعلهم يستطيعون التأثير على القرارات الهامة التي تؤثر تأثيراً مباشراً في حياتهم»^(٤٨).

ومن الحقوق المذكورة في الإعلان العالمي لحقوق الإنسان والمتعلقة بمشكلة الفقر، فالمادة رقم ٢٣ من الإعلان العالمي لحقوق الإنسان تنص على حق الإنسان في الاختيار الحر للعمل وحق الحماية من البطالة، كما تطالب م ٢٥ بحق كل شخص في مستوى من المعيشة كاف للمحافظة على الصحة والرفاهية له ولأسرته، ويتضمن ذلك التغذية والملبس والسكن وأشياء أخرى، كما تطالب المادة رقم ٢٥ بوجود نظام لتأمين معيشته (ويمكن اعتبار م ٢٥ من الإعلان العالمي لحقوق الإنسان بأنها بالفعل أساس جميع محاولات وصف الفقر بأنه نوع من أنواع الانتهاك لحقوق الإنسان) وتقر المادة رقم ٢٦ الحق في التعليم، بينما تجمع م ٢٨ في النهاية جميع المواد السابقة بالمطالبة في وجود نظام عالمي «تتحقق بمقتضاه الحقوق والحريات المنصوص عليها في هذا الإعلان تحقّقاً تاماً»^(٤٩).

٤ - سلبية الجماهير:

اكتفى الشعب بدور المتفرج الذي يقتصر على التصنيف لكل عمل، ويرجع ذلك إلى أن حكم الجماهير على الأمور السياسية أصبح ضعيفاً، ولم يكن مبنياً على المعلومات والحقائق والمعرفة، وإنما مبنى على العواطف وأصبح الحكم على مجريات الأمور بالقلب لا بالعقل، ولم تكن السلطة تمكن الأفراد من معرفة الحقائق والمعلومات التي تمكنه من إصدار حكم

(٤٨) فيلريد هينش: حقوق الإنسان وتخصيص الواجبات، مرجع سابق، ص ١١.

(٤٩) فيلريد هينش: حقوق الإنسان وتخصيص الواجبات، مرجع سابق، ص ١٧.

عقلاني، الأمر الذي أدى إلى تدهور سياسي واقتصادي للفرد والمجتمع على حد سواء^(٥٠).

٥ - تأثير النظام السياسي على نشاط مؤسسات المجتمع المدني والنقابات المهنية:

تمتلك النظم السياسية وسائل عديدة لتقييد حركة منظمات ومؤسسات المجتمع المدني وفاعليتها، فالسلطة التنفيذية تمتلك صلاحيات واسعة استناداً للدستور والقانون، وكذلك فرئيس الجمهورية يتمتع بدور محوري في النظام الرئاسي فهو المركز المحرك للنظام السياسي، فهذه الصلاحيات الواسعة التي يمتلكها النظام السياسي، كانت على حساب تنمية وتنشيط مؤسسات المجتمع المدني، التي كان من المأمول لها أن تحقق نجاحاً متميزاً على الصعيد السياسي والاجتماعي^(٥١).

(٥٠) د. سعادة الشرقاوي: النظم السياسية في العالم المعاصر، دار النهضة العربية، ١٩٨٢، ص ٢٤٠.

(٥١) سداد مولد سبع: علاقة المجتمع المدني بالنظام السياسي التأثير والتأثر، أطروحة دكتوراه غير منشورة، كلية العلوم السياسية، جامعة النهرين، ٢٠٠٨، ص ١٧٧، مشيراً إليه د. أديب محمد جاسم الحمادي: مؤسسات المجتمع المدني، مرجع سابق، ص ٢٠٧.

المبحث الثالث

الفصل بين السلطات

بيد أن لو وضعت السلطات الثلاث في يد جهة واحدة لزالَت عن القانون صفته العامة المجردة وعلى ذلك فلا مجال في مثل هذه الحكومات عن الحقوق والحريات الفردية، إذ يجوز للسلطة الحاكمة إهدارها ما دام أن لها حق التحلل من حكم القانون وعدم الخضوع له واعتبار أن إرادتها هي القانون وحده^(٥٢).

وهذا المبدأ يوجب من الناحية السياسية عدم تركيز السلطات في يد سلطة واحدة حتى يكون الحكم بمنأى عن التسلط والاستبداد، ويترتب على ذلك بطبيعة الحال تحديد المفهوم القانوني لهذا المبدأ من حيث بيان طبيعة العلاقة بين هذه الأنظمة السياسية، التي تدير الدولة حول كون هذا النظام رئاسي أو برلماني^(٥٣).

ويُعدّ الفصل بين السلطات معلماً رئيساً من معالم النظم الديمقراطية، وتبدو وجهة النظر التي تشترطه لاعتبار النظام «ديمقراطياً» وجهة نظر مقنعة، فقد أثبتت حوادث التاريخ أن كل إنسان أو مجموعة من البشر تتمتع منفردة بالسلطة غالباً ما تنزع إلى استخدامها بشكل يتعارض مع الهدف الذي من أجله قبل الجمهور الإقرار لها بهذه السلطة^(٥٤)، وليس بالضرورة أن يكون

(٥٢) د. عبد الحميد متولي، د. سعد عصفور، د. محسن خليل، القانون الدستوري والنظم الساسية، القسم الثاني، منشأة المعارف بالإسكندرية، بدون تاريخ، ص ١٣، د. يس محمد محمد الطباخ: الاستقرار كغاية من غايات القانون، مرجع سابق، ص ١٨٨.

(٥٣) د. محمد عبد القادر كميل: مدى كفالة حق الإنسان في التعبير، بين الفقه الإسلامي والقانون الوضعي، الكتب القانونية، طبعة ٢٠١٦، منشأة المعارف بالإسكندرية، ص ٣٩٤.

(٥٤) د. صبحي عبده سعيد: شرعية السلطة، ص ١٢٠، د. عاصم الفولي: الإسلاميون والديمقراطية، مرجع سابق، ص ١٦٧.

ذلك نتيجة أي دوافع سيئة لدى أصحاب السلطان، إنه شيء كامن في الطبيعة البشرية، فكل إنسان تنزع طبيعته على النفور من مخالفته، وما لم تردعه سلطة أخرى فليس هناك ما يمنعه من الإصرار على الخطأ، وفي أحيان كثيرة يكون هذا الإصرار بمنتهى حسن النية والرغبة العارمة في تحقيق ما يظنه مصالح الجماعة.. فالسلطة لا يحدّها إلا سلطة أخرى، وفقهاء السياسة يتعاملون مع تنظيم العلاقات بين ثلاث سلطات معروفة للجميع، هي التنفيذية والتشريعية والقضائية^(٥٥).

والهدف من فصل سلطة التشريع عن سلطة التنفيذ هو وضع هذا الإطار، بحيث لا تملك السلطة التنفيذية استخدام أدوات القهر والإكراه التي تملكها إلا تطبيقاً لقانون لا تسنّه هي بل تسنّه هيئة ممثلي الشعب، حتى تكون قرارات السلطة التنفيذية مقيدة بإرادة الشعب^(٥٦).

وتُعَدّ الرقابة القضائية ضماناً جوهرياً لحماية الحقوق والحريات العامة وحصناً للدولة والأفراد من الاستبداد، واختصاص القضاء بهذه الرقابة يدخل في صميم الوظيفة القضائية لحماية كافة الحقوق والحريات الفردية والحزبية، لا سيما أن استقلال السلطة القضائية، والذي يعنى بالأساس عدم تدخل أي سلطة بأي شكل في عمل السلطة القضائية وخاصة السلطة التنفيذية تنفيذاً لمبدأ الفصل بين السلطات، وهذه الضمانة ليست لحماية الحقوق والحريات فقط بل هي ضمان أساسية لقيام دولة القانون، فلا سبيل إلى إقامة العدل دون توفير الحماية والاستقلال الكامل للسلطة القضائية ولأعضائها والفصل بين كافة سلطات ومؤسسات الدولة.

(٥٥) د. عاصم الفولي: الإسلاميون والديمقراطية دفاع عن الحل الإسلامي في مواجهة أنصاره،

دار التوزيع والنشر، ط ١، ص ١٦٧.

(٥٦) فهمي هويدي: الإسلام والديمقراطية، ص ٢٢٧، د. عاصم الفولي: الإسلاميون والديمقراطية،

مرجع سابق، ص ١٦٨.

وعلى الرغم من تبني كافة الدساتير لمبدأ الفصل بين السلطات، إلا أن الواقع العملي في أغلب دول الشرق الأوسط أثبت أن السلطة التنفيذية ممثلة في رئيس الجمهورية هي المهيمنة على بقية السلطات، وقد منحت تلك الدساتير سلطات واسعة تستوعب السلطة التشريعية والقضائية بحجج مختلفة^(٥٧).

والواقع أن القضاء المستقل في الدول الديمقراطية، هو الدعامه التي تقوم عليها صروح العدالة والحرية والمساواة، وحيثما يفقد القضاء استقلاله فلا عدل ولا حرية ولا مساواة، ولا ضمان للنفس أو للحق، وأما القضاء في ظل الدكتاتورية فإنه يغدو أداة في يد السلطة التنفيذية، تسلطها وتوجهها كيفما شاءت وفقاً لتشريعاتها الاستثنائية وأهوائها الخاصة، وهو بهذه الصورة يغدو أداة خطيرة لتدعيم الظلم والاستبداد^(٥٨).

ولعل الضمانة الأولية لذلك تنحصر في الفصل بين السلطات فصلاً عضوياً أو شكلياً فيكون هناك جهاز خاص للتشريع وجهاز خاص للتنفيذ والإدارة، وجهاز ثالث للقضاء وبذلك يكون كل جهاز من أجهزة الحكم حارساً على ما يتقرر له من اختصاصات يحميها من أي اعتداء يقع عليها حيث أن السلطة تحدّ السلطة^(٥٩).

ولضمان تحقيق الفصل بين السلطات لا بد من توافر عدة شروط أهمها على الإطلاق هو منع تغول السلطة التنفيذية في شؤون السلطين التشريعية

(٥٧) د. المراكبي: الدساتير المصرية وآثارها في دعم الديمقراطية، دار النهضة العربية، طبعة ٢٠٠٨، ص ١٣٥، د. عماد فوزي ملوخية: الحريات العامة، مرجع سابق، ص ١٠٠.

(٥٨) د. السيد خليل هيكل: موقف الفقه الدستوري والتقليدي والفقه الإسلامي، مرجع سابق، ص ١٨٦ وما بعدها.

(٥٩) د. ثروت بدوي: النظم السياسية، مرجع سابق، ص ١٥٠ وما بعدها.

والقضائية والحدّ من تدخل السلطة التنفيذية صاحبة الباع الطويل في التعدي الصارخ على أعمال السلطتين التشريعية والقضائية.

ذلك أن القوة لأي دولة مهما علت هي قوة نسبية بمقدار ما تؤمن به حقاً وصدقاً من مبادئ العدالة والحرية والمساواة، وتبقى القوة الحقيقية والأعلى دائماً للشعوب التي تلتزم حقوق الإنسان، لأنها قوة الحق ضد الباطل، وقوة العدل في مواجهة الظلم، وقوة النور في تبديد الظلام، وقوة الحرية في قهر العبودية، هذه هي قوى الخير التي لا بد وأن تنتصر على قوى الشر، هذا هو حكم الله ﷻ في كافة أمور البشر، وهكذا علمنا التاريخ^(٦٠).

لا سيما أنه لا يستطيع أي مجتمع أن يتجاوز ماضي من الانتهاكات لحقوق الإنسان السياسية، والاجتماعية والاقتصادية والظلم والتمييز وغيرها، إلا بعد التعامل مع ما خلفته هذه الانتهاكات من آثار، سواء على مستوى الأفراد أو على المستوى الاجتماعي، لأن محاولة تجاوز الماضي دون معالجة ما شابه من قمع أو استبداد، ودون اجتثاث أسباب العنف والانتهاكات من الجذور، ينذر ذلك دائماً بتجدد هذا الماضي مرة أخرى، واستمرار دوران الدول في حلقة مفرغة من الانفلات القانوني وعدم الاستقرار، والتمزق المجتمعي والتخلف الاقتصادي، وقد ظهر مجال العدالة الانتقالية كأحد موضوعات القانون التي تتعامل مع تلك المراحل من حياة المجتمعات^(٦١).

(٦٠) المستشار يحيى الرفاعي: الديمقراطية الحقيقية، حديث الحقائق والوثائق (١)، خطاب ٣٠ يناير ٢٠٠٣ إلى الرئيس الأميركي جورج بوش، الطبعة الثانية، ٢٠٠٣، المكتب المصري الحديث، ص ٨.

(٦١) مجلة الحقوق للبحوث القانونية والاقتصادية: كلية الحقوق، جامعة الإسكندرية، العدد الثاني، طبعة ٢٠١٦، ص ٦٤٠.

المبحث الرابع

عداء القواعد الديمقراطية والليبرالية القانونية في الشرق الأوسط

الليبرالية التي تقدّس حريات الفرد واستقلاله عن مؤسسات الدولة وتدافع عن التعددية، فهناك الديمقراطية «الشعبية الاجتماعية» التي تُعلي من قيم العدالة الاجتماعية وتكافؤ الفرص، كما أن انتشار الديمقراطية إثر موجات التحول في العقود الثلاثة الأخيرة أثبت أن الديمقراطية قادرة على التعايش مع ثقافات وحضارات لا تستند إلى القيم الليبرالية فقط، كالتجارب الديمقراطية في الهند واليابان وأمريكا اللاتينية، هذا فضلاً عن أن كثيراً من القيم الليبرالية التي يظن البعض أنها غريبة هي قيم إنسانية عامة سابقة على ظهور الإيديولوجية الليبرالية ذاتها في القرنين السابع عشر والثامن عشر، ويمكن الإشارة هنا إلى ما يهمننا في هذا المقام من أن العديد من المبادئ الديمقراطية في الغرب نظائر في الإسلام، فجل الحريات السياسية والاجتماعية أكدها الإسلام منذ ظهوره، ومبدأ حكم القانون طبقه المسلمون قبل الغربيين بأكثر من ألف سنة، كما أن حق المشاركة السياسية هو جزء يسير من مقصد مهم من أحد مقاصد الشرع وهو الأمر بالمعروف والنهي عن المنكر^(٦٢).

ذلك أن توازنات قوى المجتمع المختلفة هي الضمانة الحقيقية لعدم الانقلاب على الديمقراطية، فالخطر من ثقافة الديمقراطية كقنطرة مؤقتة في غياب هذه الضمانات يأتي من الجميع من القوميين والليبراليين واليساريين^(٦٣).

(٦٢) د. عبد الفتاح ماضي: الإيديولوجية السياسية للنظام السياسي، النظام السياسي المصري بعد التعديلات الدستورية، مركز الدراسات السياسية والاستراتيجية، القاهرة ٢٠٠٩، ص ١٧ و ١٨.

(٦٣) جمال سلطان: شواغل الإصلاح.. وهواجسه! مجلة الديمقراطية، العدد ١٣، يناير ٢٠٠٤، ص ١١٩ وما بعدها.

أولاً: ظاهرة تزايد معدلات العنف والإرهاب:

فلا سبيل لقيام نظام ديمقراطي سليم إلا اذا قبل الجميع بالمعارضة البناءة، الذي يقوم على معارضة الأفكار وتمحيصها والرد عليها، ومقارعة الحجة بالحجة بقصد الوصول إلى الحقيقة التي هي بنت الخلاف، فليس العيب في أن تختلف الآراء ووجهات النظر، ولكن العيب أن يلجأ فريق إلى العنف أو إلى وسائل غير ديمقراطية لفرض وجهة نظره بالقوة المسلحة والعنف والإرهاب^(٦٤).

فالعدل أساس الملك وأساس التقدم السياسي والاقتصادي والاجتماعي وعلو شأن الدولة بين الأمم، وأن المساواة أساس الحرية والتقدم الاقتصادي والاجتماعي وتقف حائط صدّ في مواجهة الأفكار المتطرفة، وأن عدم المساواة وضياع العدل وكبت الرأي العام أحد أهم عوامل انتشار العنف والتطرف والإرهاب والتخلف الاقتصادي والاجتماعي، وأن القبول بمبدأ الحرية والمساواة وقبول الرأي والرأي الآخر هو المخرج من دائرة العنف والعنف المضاد.

لا سيما أن النظام السياسي في الشرق الأوسط مارس أعمال عنف في مواجهة المواطنين والتنظيمات الحزبية أكثر بكثير من ممارسة العنف من قبل المتطرفين ضد النظام السياسي، أو بمعنى آخر فإن معظم أعمال العنف ارتكبتها النظام في مواجهة خصومه السياسيين، مما صاحبها بعنف مضاد، ودائماً تتوأكب أعمال العنف وتسلب الأجهزة الأمنية للنظام السياسي ضد المواطنين، فالفساد الاقتصادي والاجتماعي والتراجع في كافة المجالات هو المصير المحتوم لأي صراع سياسي يخيم على الدولة، الأمر الذي يؤدي إلى تراجع أي فرص حقيقية للتنمية.

(٦٤) د. سليمان الطماوي: السلطات الثلاث: مرجع سابق، ص ٦٢٩.

والدليل على ذلك انه لم تظهر حالة عنف واحدة بعد ثورة يناير في مصر تستحق الوقوف عندها ودراستها في وقت توقف عمل كافة السلطات في الدولة، وفي ظل غياب تام للشرطة والأمن ورغم ذلك تكاتف جميع المواطنين يداً بيد في مواجهة البلطجة المصطنعة من قبل فلول نظام مبارك بدون النظر إلى الانتماءات السياسية أو الحزبية أو الاعتقادات الفكرية والدينية.

لذلك إذا تضافرت الجهود الساعية للإصلاح من كافة مؤسسات المجتمع المدني لوضع حلول للأزمات الاقتصادية والاجتماعية والسياسية والوطنية، فستجد من يؤيدها ويقف بجوارها من المواطنين، وتمثل حائط منيع في مواجهة عنف النظام حتى ولو لجأت السلطة إلى وضع سيل من التشريعات والقوانين المقيدة للحريات والمتنافية مع أبسط قواعد الديمقراطية.

بيد أن أي نظام ديمقراطي في سدة الحكم، يفترض أن يسعى دائماً ليكون حق الاقتراع والترشح حقاً منضبطاً وفق قواعد قانونية ثابتة ومحددة، فلا يباشره المواطنون مثقلون بقيود تؤثر في أصواتهم لتضعفها أو تفرقها أو تحجر عليها أو تمنعها أو تسعى إلى تزويرها، ولن يمنع أي نظام سياسي يريد ذلك سوى الرقابة الكاملة الشفافة من كافة الأحزاب السياسية، وكذلك كافة منظمات المجتمع المدني والجمعيات الأهلية والمراكز الحقوقية والنقابات المهنية على عملية الانتخابات منذ بدايتها والإعلان عنها وصولاً إلى إعلان نتيجة الانتخابات.

فمبدأ سيادة القانون وتنفيذ أحكام القضاء من المبادئ التي لا غنى عنها في أي دولة في العالم، وعندما تفقد الدولة ذلك المبدأ وتطبيقاته نجد انتشار العنف والتطرف والإرهاب وسيادة حكم الغاب هي التي تسيطر على الدولة، وتتردى الحالة الاقتصادية والاجتماعية والسياسية للبلاد ويعكر الأمن والسلم المجتمعي بين مواطنيها.

ومما سبق يتضح أن العدل من أهم المبادئ العامة لتحقيق الاستقرار القانوني والسياسي، وبدونه لن يكون هناك مساواة ولا احترام أياً من الحقوق والحريات العامة التي بدونها لن يكون هناك استقرار سياسي في الحياة السياسية في الشرق الأوسط، وبدون احترام القانون واحترام الحريات العامة التي يتفرع منهما حرية الرأي والتعبير، وحرية تكوين الجمعيات وحرية تكوين الأحزاب السياسية وحرية الأحزاب في ممارسة حقوقها وحرياتها وحرية الانضمام إليها، التي كفلها الدستور والقانون دون تمييز حزب على حزب آخر، فلا استقرار سياسي ولا اقتصادي أو حتى استقرار اجتماعي أو تنمية اقتصادية في أي بلد بدون تطبيق العدل واحترام القانون والحريات العامة.

ذلك أن أي دولة تريد التقدم والازدهار يجب عليها الحفاظ على العدالة والحفاظ على النظام الديمقراطي واحترام القانون واحترام كافة الحقوق والحريات العامة، وعدم العبث بكل ما ذكر إذا كانت تريد الاستقرار والازدهار وأن تتقدم نحو مستقبل أفضل، ولذلك يجب على الدولة أن تحافظ على المساواة والعدالة الاجتماعية والحقوق والحريات العامة في حمى قضاء مستقل نزيه يكفل تطبيق كافة الحقوق الدستورية والقانونية.

فبالعدل تسمو وتتقدم الأمم وتزدهر الحالة الاقتصادية، وبدونه يغيب الاستقرار في المعاملات، مما ينتج عن ذلك عدم الأمن وتنامي الفوضى والتطرف والإرهاب في المجتمعات.

غيب النظام السياسي العمل السياسي والحزبي ودور الأحزاب في الحياة السياسية لفترة طويلة مما أدى إلى ضعف بنية النخبة السياسية، التي تستطيع الوفاء بمتطلبات ممارسة النشاط السياسي الحزبي بمعناه الصحيح فالسياسة

هي المجال العام المشترك الذي يتفاعل فيه الأفراد باعتبارهم مواطنون في مجتمع سياسي منظم، ويتضمن هذا التعريف للسياسة كمنشأ إنساني خمسة عناصر: أولها: أنه مجال يتصل بالشأن العام والقضايا التي تهتم المجتمع كله، أو إحدى طبقاته أو مجموعاته وثانيهما: أن المشاركة قاصرة على المواطنين الذين تربطهم رابطة المواطنة وثالثهما: أن تتم المشاركة على قاعدة المساواة الكاملة بين جميع المواطنين بغض النظر عن أي اعتبار آخر، وأن رابطة المواطنة تتجاوز اختلافات الدين والعرق والطائفة والنوع، وتقيم قاعدة للمساواة بينهم جميعاً.

وعندما يضيق المجال السياسي، يتردد الأفراد إلى روابطهم التقليدية العائلية والدينية والطائفية والإقليمية، بحيث تتراجع الرابطة الوطنية ذات الطابع التوحيدي، وتتقدم الروابط التقليدية ذات الطابع الانقسامي، وينتشر العمل السري وينتشر العنف والإرهاب ورابعها: أن هذا الفضاء السياسي هو مجال حر ومفتوح يشهد أشكالاً متنوعة من الاتفاق والاختلاف، ومن التعاون والمنافسة، ومن التحالف والعداء وفقاً للبرامج والسياسات والتوجهات التي يتبناها كل فريق وخامسها: أن المواطنين لا يدخلون هذا المجال كأفراد، وإنما يساهمون فيه من خلال منظمات ومؤسسات، مثل الأحزاب السياسية، والنقابات المهنية والعمالية، والمنظمات غير الحكومية إلى غير ذلك من هيئات مختلفة^(٦٥).

ويعد الرأي العام من أقوى الوسائل التي تكفل لنظام الحكم توازنه واعتداله، فكلما قوي الرأي العام في دولة ما، كلما حرصت السلطات الحاكمة على التزام أحكام الدستور والقانون، وكلما برز الدور الوقائي في

(٦٥) د. علي الدين هلال: النظام السياسي المصري بين إرث الماضي وآفاق المستقبل ١٩٨١ - ٢٠١٠، الهيئة المصرية العامة للكتاب، مكتبة الأسرة ٢٠١٠، ص ٥٠٠ وما بعدها.

مجال الضمانات والحريات^(٦٦)، وضمانة الرأي العام هي أقوى سلاح ضد الحركات الإرهابية والعنفية والمتطرفة.

فهذه الأساليب والحركات تظهر في الدولة التي لا يجد الرأي العام فرصة للتعبير عن نفسه فيها، والتي تنزل فيها الحكومة والهيئات النيابية عن الشعب وعن إدارة حوار بين جميع أطراف المجتمع، فيصير بينهما حاجز يقتضى العنف لإزالته، أما الدول التي يتسنى للأفراد فيها أن يعبروا عن آرائهم ورغباتهم وأن يجدوا من سلطات الحكم تقديراً لها ومناقشة واستجابة، فإنها لا تقوم فيها الدواعي إلى اللجوء إلى العنف والإرهاب^(٦٧).

ثانياً: فشل أسلوب استعمال العنف:

إن اللجوء إلى استعمال العنف والإرهاب من جانب الجماعات ذات الصبغة الدينية السياسية وذلك من أجل فرض مبادئها وآرائها هو أمر من شأنه أن ينتهى بها حتماً في مثل هذا العصر الحديث إلى الفشل والإخفاق، فمنذ نحو نصف قرن ذكر العالم الاجتماعي جوستاف لوبان أن الثورة لا يمكن القيام بها في هذا العصر دون عون من الجيش.

ويكمن حلّ المشكلة وعلاجها في:

الأمر الأول: الإقلاع عن اللجوء إلى أسلوب العنف والعنف المضاد والصراع واستبداله بأسلوب النصيح الهادئ والإقناع والقدوة الطيبة، «أدعو إلى سبيل ربك بالحكمة والموعظة الحسنة وجادلهم بالتي هي أحسن»، فالإسلام لم يتبع في أمر نشر العقيدة وأحكامها سبيل العنف.

(٦٦) د. كريم كشاكش: الحريات العامة، مرجع سابق، ص ٤٩٠، د. سامح عبد الرسول: الحريات العامة، مرجع سابق، ص ٩٥.

(٦٧) د. سعد عصفور: مشكلة الضمانات والحريات العامة، مرجع سابق، ص ٤، مشاراً إليه د. سامح أحمد عبد الرسول: الحريات العامة بين الشريعة والقانون، مرجع سابق، ص ٩٥.

الأمر الثاني: بيان خطأ فكرة قيام جماعات دينية تهدف إلى تولى زمام الحكم بالعنف بحجة تطبيق مبادئ وأحكام الإسلام، ويجب قبول الانتخابات الحرة النزيفة كطريقة للوصول إلى سدة الحكم^(٦٨).

الأمر الثالث: الحوار الديمقراطي هو السبيل الوحيد لتجنب الصدام الفكري وانتشار العنف والإرهاب.

الأمر الرابع: التنمية الاقتصادية والاجتماعية على أسس سليمة والقضاء على الفقر والجهل والامية ومحاربة الفساد.

الأمر الخامس: تغيير استراتيجية التعليم والإعلام لبث ثقافة تربية تعليمية على أسس سليمة، وترسيخ الديمقراطية والقيم والمبادئ والأخلاق في كافة المعاملات وتعليم النشء عليها منذ نعومة أظافرهم^(٦٩).

ثالثاً: فشل أسلوب استعمال العنف:

لا يمكن إقامة حوار وطني حقيقي، والجهة التي تدعو إليه وتديره وتهيمن عليه تقرر في البداية إقصاء فريق من الناس من المشاركة فيه، فلكي يتم حوار فعال يجب أن تشارك فيه كافة القوى السياسية بلا استثناء ويعتبر إقصاء أحد الأطراف سبباً كافياً لإفشال الحوار^(٧٠)، ويعتبر كذلك أحد أهم

(٦٨) د. عبد الحميد متولي: أزمة الفكر السياسي الإسلامي في العصر الحديث، الطبعة الثانية، تقديم الإمام الأكبر/ عبد الحليم محمود، منشأة المعارف بالإسكندرية، ص ٢٧٩.

(٦٩) د. هشام الحديدي: الإرهاب، بذوره وبثوره، زمانه ومكانه وشخصه، الهيئة المصرية العامة للكتاب، ٢٠١٥، ص ٣٩٣.

(٧٠) د. محمد سليم العوا: تجديد الفكر السياسي في إطار الديمقراطية وحقوق الإنسان، كراسات ابن رشد، تجديد الفكر السياسي في إطار الديمقراطية وحقوق الإنسان، التيار الإسلامي والماركسي والقومي، كراسات ابن رشد، مركز القاهرة لدراسات حقوق الإنسان، ١٤٩.

أسباب انتشار العنف والإرهاب الذي لا يمكن القضاء عليه إلا بقبول الآخر دون إقصاء أو استثناء لأي طرف أو فصيل أو حزب.

أهم خصائص السلوك السائد في الشرق الأوسط هو عبادة السلطة وتعظيمها والمبالغة في احترامها وتبجيلها أو الخوف منها، وهو أحد أهم الموروثات التي أثرت في الثقافة السياسية للجماهير، فقد كانت السلطة منذ أقدم العصور محاطة بالمهابة والاحترام الشديدين.

وهكذا فانه كلما ارتقى المسؤول في سلم السلطة كلما زاد عدد من يعبدون سلطته، وقل عدد من يعبد هو سلطتهم فعلى سبيل المثال، فإن الحاكم الفرعون، السلطان، الملك، رئيس الجمهورية يرحب بالخضوع والإذعان ليس من شعبه فقط، ولكن ممن يليه في سلم السلطة «رئيس الوزراء، الوزراء... إلخ» ويجد في ذلك ضماناً لاستمراره في السلطة، وعدم منازعته فيها، في حين لا يخشى الحاكم سلطة من هو أعلى منه، لأنه لا يوجد على عكس النظم الديمقراطية التي يخشى فيها الحاكم سلطة شعبه، أما المستوى الثانى من الفئة الحاكمة فيرحب بالخضوع والإذعان من قبل مرؤوسيههم ولكنهم يقدمون فروض الولاء والطاعة إلى المستوى الأول وهكذا^(٧١).

رابعاً: الإصلاح السياسي في المنطقة العربية ومواكبة العصر الحديث:

ذاك أن الإصلاح الديمقراطي وإطلاق الحريات العامة والمساواة والعدل والمشاركة السياسية، وتداول السلطة عبر انتخابات حرة نزيهة، وإطلاق حرية تكوين الأحزاب السياسية، كل ذلك يفرز برلمان وحكومة تلتزم بالقانون مع

(٧١) محمد جبر: لو لم نقل «نعم» لمبارك، دار الحرية للصحافة والطباعة والنشر، الطبعة الأولى،

وجود قضاء عادل مستقل، وصحافة حرة تنقل وتراقب وتناقش الخبر وتحلله بموضوعية بعيدة تماماً عن التوجهات السياسية للنظام الحاكم.

فلا بد لمن يريد الإصلاح وقف العجلة المندفعة نحو الضياع، الثورة في كافة المجالات ثورة للإصلاح الكامل والتغيير الجذري، لتطمس الفوارق بين الأمس واليوم لإساعة الوضع الجديد بالنسبة للمواطنين والبلاد، وإزالة الغموض الذي يكتنف الرؤية السياسية والاقتصادية والاجتماعية نحو مستقبل الوطن الذي ساد فيه الفقر والجهل والأمية والتخلف والتزوير والانتهاكات بالخيانة والعمالة والإرهاب وخلافه.

الخاتمة والتوصيات

ومن خلال ما ناقشناه في النقاط السابقة وعلى ضوء ما تقدمه الدول في التشريعات الوطنية من ضمانات لتحقيق التنمية وجذب الاستثمار في الواقع العملي، نظراً لما تمثله التنمية والاستثمار من أهمية بالغة لاقتصاديات الدول الحديثة وذلك من خلال تيسير اجراءات التنمية المستدامة وتحقيقها بكافة السبل، وكذلك من خلال وضع استراتيجية وطنية للاستثمار والتنمية المستدامة مع توضيح الأبعاد التشريعية والاجتماعية والاقتصادية للتنمية المستدامة.

لذلك يجب لمن يريد الاصلاح ووضع رؤية واضحة لمستقبل التنمية ووضعها موضع التنفيذ يجب البدء فوراً في التحرك اتجاه التنمية والقضاء على كل ما يمثل حجر عثرة في طريق التنمية وتعديل التشريعات التي لا تتوافق أو تتعارض أو تمثل عائقاً في سبيل التنمية، كما يجب وضع خطة واستراتيجية بشكل جيد ومشاركة كافة المواطنين تتم صياغتها من قبل علماء ومتخصصين وأن يُراعى في الخطة والاستراتيجية التوصيات والمبادئ التالية:

أولاً: نشر العدل والإصلاح القضائي الشامل:

إن حماية الحقوق والحريات والأموال من أي عدوان يلزم إسناد تلك المهمة إلى قضاء يتّصف بالعدل والحياد والقوة والتجرد والإنصاف، وأن لا يخشى في الحق والعدل لومة لائم، وأن يطبق الدستور والقانون، وكافة القوانين الصادرة من السلطة التشريعية طالما لا تخالف الدستور، ولا بد للقضاة حتى يتصفوا بذلك، أن تتوافر فيهم الضمانات الجوهرية والشروط الكافية التي قررها الدستور والقانون، والتي يجب على المشرع ضمانها وعلى القضاة حمايتها.

ثانياً: تطبيق وتنفيذ الإصلاح التعليمي المنشود:

إصلاح التعليم، فالتعليم هو الحجر الأساسي في نهضة أي أمة من الأمم، والنواة الأساسية في أي إرادة حقيقية في الحرية والديمقراطية والتقدم الاقتصادي والسياسي والاجتماعي، وعلى الأحزاب السياسية أن تلعب دورها المعهود في تربية النشء عبر الصالونات الثقافية والمؤتمرات والندوات الثقافية والفكرية والعلمية والسياسية، وأن تسعى جاهدة إلى أن تزرع وتبث روح العلم والتعلم والفكر والثقافة ومحو الأمية وسماع الرأي والرأي الآخر، وأن تتبنى من الرؤى التي من شأنها إصلاح النظام التعليمي بالكامل وفق أسس علمية سليمة تتناسب مع روح وفكر العالم الحديث، وإلغاء النظام التعليمي العقيم الذي تسبب في زيادة الجهل والأمية والبطالة بشكل فج.

بيد أن الحاكم المستبد الديكتاتور يخشى العلم ويهابه لأن العلم نور فهو يريد أن يعيش المواطنون في ظلام بلا وعي وبلا ثقافة وبلا فكر، وذلك لان الجهل هو ما يمكنه من بسط قوته وسلطانه، ويسعى المستبد دائماً بكل ما أوتى من جهد وقوة لاستعمال العلماء لتأييد سياسته الاستبدادية وتكميم أفواه المفكرين والمثقفين والعلماء.

ذلك أن الحكومة العادلة تسعى إلى تربية المواطنين وتعليمهم قيم الديمقراطية في المدارس، وبث روح الانتخابات وحب العمل العام في اتحادات الطلبة وتسهيل كافة الأنشطة التي من شأنها العمل في مجموعات حتى ينمو الطفل وهو مدرك لواجباته والتزاماته، فضلاً عن أن الحضارة الحديثة القائمة على التعليم والعلم والمعرفة والثقافة تساهم في فتح آفاق جديدة نحو مستقبل أفضل للمواطنين منذ نعومة أظافرهم.

ثالثاً: تمكين الشباب من القيادة السياسية فلن تقوى أمة إلا بعزم شبابها:

تأهيل وتدريب الشباب الوقود لأي إصلاح سياسي أو تنمية اقتصادية بما يتناسب مع القرن الواحد والعشرين، وعلى النظام السياسي أن يضم ويدمج هؤلاء الشباب في العمل السياسي بشئى مجالاته، وأن يتم استبعاد من عفي عليهم الزمن بأفكارهم العقيمة التي لا جدوى منها في مسيرة الإصلاح السياسي والتنمية الاقتصادية، وأن تتخلص من البيروقراطية والروتين القاتل في عمل الوزارات.

رابعاً: إقرار دولة المؤسسات والفصل بين السلطات وأثره على الديمقراطية والحرية:

إن كافة الدول الكبرى سياساتها ثابتة لسنوات طويلة لا تتغير بتغير أشخاص رغم توالى القيادات على كافة المؤسسات بجميع المناصب، وتتغير النظم السياسية والأحزاب الحاكمة ولا تتغير السياسات، حيث أن تلك المؤسسات تعمل كمؤسسات مستقلة وفق استراتيجيات وضعت بدقة من متخصصين، وليس لتغيير الأفراد تغييراً في استراتيجيتها، أما لدينا فإننا نتفاجأ بأمور عجيبة عندما يأتي رئيس أو وزير وما دون ذلك يقوم بتغيير كافة ما تم وضعه من خطط واستراتيجيات من قبل، للبدء باستراتيجية جديدة غير مدروسة، ثم يرحل ويأتي غيره من بعده ليقوم بنفس الدور بتغيير كافة القواعد الثابتة ثم يرحل ثم يأتي غيره ويغير وهكذا مما أدى إلى ضياع وفساد كافة المؤسسات.

لذلك يجب إقرار دولة المؤسسات التي تعمل بخطة تم وضعها من قبل متخصصين بدقة وعناية شديدة، لا تتغير ولا تتبدل بتغير الأشخاص والرؤساء أو الأنظمة أو الوزراء أو غير ذلك من المسؤولين.

خامساً: الاستقلال التام لمجلس النواب وتطبيق الإصلاح التشريعي الشامل:

يجب على السلطة التشريعية المنتخبة من قبل المواطنين أن تسعى دائماً لتحقيق رغبتهم في التنمية وحريتهم، لا أن تسعى لتحقيق رغبات النظام السياسي والسلطة التنفيذية في تكميم الأفواه والحجر على الآراء بتشريعات مكبلة للحقوق والحريات، وعليها أن تنتزع حقها في استقلالها التام عن السلطة التنفيذية، وأن تسعى إلى إلغاء كافة القيود التي تقف حاجزاً بينها وبين المواطنين وتمكين المواطنين من ممارسة حقوقهم الدستورية والقانونية والطبيعية وفقاً للتشريعات التي تتناسب مع الحريات العامة، وعليها أن تنظر في كافة القوانين والتشريعات التي تؤدي للحجر على المواطنين في حرية إبداء الرأي أو ممارسة حريتهم السياسية، ويجب عليها النظر في كافة القوانين المكبلة للحرية وإلغاؤها.

سادساً: احترام الديمقراطية والحريات العامة أساس الطريق إلى التنمية:

إن حماية الديمقراطية ليست في وجود الدستور بل تركز حمايتها على عدة قواعد أهمها: العدل والحرية والمساواة والشفافية وتداول السلطة، وأن حق الشعب في ممارسة الديمقراطية وحرية إبداء الرأي وحرية تكوين الأحزاب، ويتعين حتى يؤتى هذا الحق ثماره ونتائجه أن يحرص كافة المواطنين على التعبير عن حريتهم الشخصية والسياسية بعزيمة قوية صادقة والاستفادة من نصوص الدستور والقوانين القائمة بكل شجاعة وقوة وجسارة وإقدام.

إن الواقع الذي نعيشه والتطبيق العملي لمظاهر السلطة والسيادة في المجتمع نجدها متجمعة في شخص واحد وهو رئيس الجمهورية، الذي هو محور النظام السياسي، وهو الموجه لدفة نظام الحكم السياسي والاقتصادي، وهو المسيطر على كافة السلطات بما له من سلطات دستورية واسعة وسلطات واقعية أقرها الواقع، وبما أن السلطة لها نشوة وشهوة تعبت بالرؤوس كما

يعبث الخمر بشاربه فتدفعه دفعاً إلى الاستئثار بكافة السلطات الدستورية وتقويض أي مساعي للعدل والحرية السياسية والديمقراطية الحقيقة والمساواة الفعلية بين المواطنين، وأن يحكم كل صاحب سلطان بهواه وأن لا ينازعه أحد في سلطانه.

لذلك يجب على المواطنين عدم تقبل وضع يحجر فيه على حرية المواطنين في إبداء الرأي والفكر، أو حرية تكوين الأحزاب السياسية وإنشائها أو حرية ممارسة حقوقها القانونية والدستورية من الحق في التجمع وعقد المؤتمرات والندوات والتجمعات، أو حرية المنافسة الحزبية وتقديم رؤى وبرامج حزبية وسياسية في جو من الحرية والديمقراطية.

سابعاً: إصلاح الإعلام وحرية إبداء الرأي:

إن لكل عصر إعلامه، وأبطال هذا العصر هم «شباب الإنترنت» الذين تفتحت آفاقهم على ثقافات وحضارات الشعوب الأخرى، واستطاعوا خلق إعلامهم الخاص بعيداً عن معادلات النظام التقليدية، وهو ما يتحتم إعادة النظر في جميع تشريعات الإعلام في الشرق الأوسط بما تتضمنه من مفاهيم بائدة مثل الصحافة القومية والأمن الإعلامي، والإعلام الوطني والمناداة بشعارات الموضوعية والنزاهة والشفافية وهم بعيدون عنها كل البعد.

ثامناً: إصدار قانون حرية المعلومات وحرية تداولها:

بمعنى حرية الحصول على المعلومات المتعلقة بالعمل الحكومي، فالموظف العام عندما يعلم أن كل ما يفعله أو يوقع عليه قد يخضع لاستجواب ومساءلة علنية، أو سوف يتم مقاضاته عليه سوف يفكر ألف مرة قبل ارتكابه عمل يشوبه شبهة فساد، مثلما فعلت الهند عام ٢٠٠٥ وإقرارها للقانون حرية المعلومات الذي ساعد في محاربة الفساد في الهند.

تاسعاً: يجب مراعاة عدم إهدار مبادئ الديمقراطية والعدل والمساواة والحرية:

العدل أساس الملك وأساس التقدم والازدهار الاقتصادي والاجتماعي وعلو شأن الدولة بين الأمم، وأن المساواة أساس الحرية والتقدم الاقتصادي والاجتماعي وتقف حائط صدّ في مواجهة الأفكار المتطرفة، وأن عدم المساواة وضياع العدل وكبت الرأي العام أحد أهم عوامل انتشار العنف والتطرف والإرهاب والتخلف الاقتصادي والاجتماعي، وأن القبول بمبدأ الحرية والمساواة وقبول الرأي والرأي الآخر هو المخرج من دائرة العنف والعنف المضاد.

لذلك إذا تضافرت الجهود الساعية للإصلاح من كافة مؤسسات المجتمع المدني لوضع حلول للأزمات الاقتصادية والاجتماعية والسياسية، فستجد من يؤيدها ويقف بجوارها، وتمثل حائط منيع في مواجهة عنف النظام حتى ولو لجأت السلطة إلى وضع سيل من التشريعات والقوانين المقيدة للحريات المتنافية مع أبسط قواعد الديمقراطية.

بيد أن أي نظام ديمقراطي يفترض أن يسعى دائماً ليكون حق الاقتراع والترشح حقاً منضبطاً وفق قواعد قانونية ثابتة ومحددة، فلا يباشره المواطنون مثقلون بقيود تؤثر في أصواتهم، ولن يمنع أي نظام سياسي يريد ذلك سوى الرقابة الكاملة الشفافة من كافة منظمات المجتمع المدني والجمعيات الأهلية والمراكز الحقوقية والنقابات المهنية.

وآخر دعونا أن الحمد لله رب العالمين.

قائمة المراجع

أولاً: المراجع العامة:

١. د. أبو الخير أحمد عطية عمر: الضمانات القانونية الدولية والوطنية لحماية حقوق الإنسان، دار النهضة العربية، ط ٢٠٠٤، القاهرة، مصر.
٢. د. أحمد فتحي سرور: العالم الجديد بين الاقتصاد والسياسة والقانون، دار الشروق، ط ٢٠٠٠، القاهرة.
٣. د. السيد خليل هيكمل: موقف الفقه الدستوري والتقليدي والفقه الإسلامي في بناء وتنظيم الدولة، دار النهضة العربية القاهرة، مصر.
٤. د. السيد عبد الحميد فوده: مبدأ المساواة ومدى تطبيقه في مصر، دار النهضة العربية، ط ٢٠٠٦ القاهرة.
٥. د. المراكبي: الدساتير المصرية وآثارها في دعم الديمقراطية، دار النهضة العربية، طبعة ٢٠٠٨، مصر.
٦. د. ثروت عبد العال أحمد: الحماية القانونية للحريات العامة، دار النهضة العربية، ط ٢٠٠٤ القاهرة.
٧. د. رجب محمود طاجن: قبول تعديل الدستور، دار النهضة العربية، ٢٠٠٦، القاهرة.
٨. د. سامح أحمد عبد الرسول، الحريات العامة بين الشريعة والقانون، دار النهضة العربية، ط ١، ٢٠١٦، مصر.
٩. د. سعاد الشرقاوي: النظم السياسية في العالم المعاصر، دار النهضة العربية ١٩٨٢، مصر.
١٠. د. سعد عصفور: النظام الدستوري المصري «دستور سنة ١٩٧١» منشأة المعارف، طبعة ١٩٨٠، الإسكندرية.

١١. د. عاصم الفولي: الإسلاميون والديمقراطية دفاع عن الحل الإسلامي في مواجهة أنصاره، دار التوزيع والنشر، الطبعة الأولى، القاهرة.
١٢. د. عبد الحميد متولي: أزمة الفكر السياسي الإسلامي في العصر الحديث، الطبعة الثانية، تقديم الإمام الأكبر / عبد الحليم محمود، منشأة المعارف بالإسكندرية.
١٣. د. عبد الحميد متولي، د. سعد عصفور، د. محسن خليل، القانون الدستوري والنظم السياسية، القسم الثاني، منشأة المعارف بالإسكندرية، بدون تاريخ، القاهرة.
١٤. د. عبد الفتاح ماضي: الإيديولوجية السياسية للنظام السياسي، النظام السياسي المصري بعد التعديلات الدستورية، مركز الدراسات السياسية والاستراتيجية، القاهرة، ٢٠٠٩.
١٥. د. عزيزة عبده: الإعلام السياسي والرأي العام (دراسة في ترتيب الأولويات) دار الفجر للنشر والتوزيع ٢٠٠٤.
١٦. د. على الدين هلال: النظام السياسي المصري بين إرث الماضي وآفاق المستقبل ١٩٨١ - ٢٠١٠، الهيئة المصرية العامة للكتاب، مكتبة الأسرة ٢٠١٠، القاهرة.
١٧. د. كريم يوسف كشاكش: الحريات العامة في الأنظمة السياسية المعاصرة.
١٨. د. لطيفة إبراهيم خضر: الديمقراطية بين الحقيقة والوهم، عالم الكتب القاهرة ٢٠٠٦.
١٩. د. محمد إبراهيم درويش د. إبراهيم محمد درويش: القانون الدستوري، دار النهضة العربية، القاهرة.
٢٠. د. محمد سيد فهمي: الرعاية الاجتماعية بين حقوق الإنسان وخصخصة الخدمات، ط ١، ٢٠٠٨، دار الوفاء لدنيا الطباعة والنشر بالإسكندرية.

٢١. د. محمد سليم العوا: تجديد الفكر السياسي في إطار الديمقراطية وحقوق الإنسان، كراسات ابن رشد تجديد الفكر السياسي في إطار الديمقراطية وحقوق الإنسان - التيار الإسلامي والماركسي والقومي كراسات ابن رشد، مركز القاهرة لدراسات حقوق الإنسان، مصر.
٢٢. د. محمد عبد القادر كميل: مدى كفاية حق الإنسان في التعبير، بين الفقه الإسلامي والقانون الوضعي، الكتب القانونية، طبعة ٢٠١٦، منشأة المعارف بالإسكندرية.
٢٣. د. محمد عصفور: استقلال السلطة القضائية، مطبعة أطلس.
٢٤. د. مصطفى محمد عفيفي: الحقوق المعنوية للإنسان بين النظرية والتطبيق «دراسة مقارنة» في النظم الوضعية والشريعة الإسلامية.
٢٥. د. ناهد رمزي: الرأي العام وسيكولوجيا السياسة، مكتبة الأنجلو المصرية القاهرة ١٩٩١.
٢٦. د. هشام الحديدي: الإرهاب، بذوره وبثوره زمانة ومكانه وشخصه، الهيئة المصرية العامة للكتاب، ٢٠١٥.
٢٧. صالح حسين علي العبد الله: الانتخابات كأسلوب ديمقراطي لتداول السلطة، دار الكتب القانونية دار شتات للنشر.
٢٨. د. يحيى الجمل، القضاء الدستوري في مصر، دار النهضة العربية، ط ٢٠٠٠، مصر.
٢٩. راسم محمد الجمال: الاتصال والإعلام في الوطن العربي (بيروت: ١٩٩١).
٣٠. صفوت فرج، الجماعات الموجهة للرأي العام المصري، المجلد الأول، مارس ١٩٨٠، القاهرة.
٣١. ليلى محمد عبد المجيد: الجمهور والسياسة الاتصالية المصرية، الحلقة الدراسية الثالثة لبحوث الإعلام في مصر، المركز القومي للبحوث الاجتماعية والجنائية: وحدة بحوث الرأي للثقافة والإعلام ٢٨، ٣١ مايو، ١٩٨٣.

٣٢. محمد جبر: لو لم نقل «نعم» لمبارك،، دار الحرية للطباعة والنشر، الطبعة الأولى ٢٠٠٦، القاهرة.
٣٣. محمد صلاح غازي، العولمة وتأثيراتها على الفقر والتنمية الهيئة المصرية العامة للكتاب ط ٢٠١٥، القاهرة.
٣٤. محمد مصالحة: دراسات في الإعلام العربي، مركز التوثيق الإعلامي لدول الخليج العربي السلسلة الإعلامية، ط ٣، ١٩٨٤ بغداد.

ثانياً: الأبحاث والمقالات:

١. المستشار يحيى الرفاعي: كلمة قضاة مصر في افتتاح المؤتمر، الديمقراطية الحقيقية، ملحق حديث الحقائق والوثائق. الطبعة الثانية المكتب المصري الحديث، ط ٢٠٠٣، القاهرة.
٢. المستشار يحيى الرفاعي: الديمقراطية الحقيقية، حديث الحقائق والوثائق، خطاب ٣٠ يناير ٢٠٠٣ إلى الرئيس الأمريكي جورج بوش، الطبعة الثانية، ط ٢٠٠٣، المكتب المصري الحديث.

ثالثاً: الدوريات والمجلات:

١. مبادئ الأمم المتحدة الأساسية بشأن استقلال السلطة القضائية، سلسلة الثقافة القانونية ٧، المركز العربي لاستقلال القضاء والمحاماة، ٢٠٠٠، القاهرة.
٢. مجلة التربية الجديدة: مكتب اليونسكو الإقليمي في البلاد العربية، السنة ١٧، العدد ٤٩ نيسان ١٩٩٠.
٣. مجلة الحقوق: العدد الرابع، السنة التاسعة والثلاثون، ربيع الأول ١٤٣٧هـ - ديسمبر ٢٠١٥م.
٤. مجلة الحقوق للبحوث القانونية والاقتصادية: كلية الحقوق جامعة الإسكندرية، العدد الثاني، طبعة ٢٠١٦.

٥. د. عبد العزيز سالم: الدولة القانونية ورقابة الدستورية، مجلة الدستورية العدد ١٦، أكتوبر ٢٠٠٩.
٦. جمال سلطان: شواغل الإصلاح... وهواجسه! مجلة الديمقراطية، العدد ١٣، يناير ٢٠٠٤، مصر.
٧. د. غازي عبيد العياش: الحدود الدستورية لحق الأفراد في الاجتماع، دراسة تحليلية لموقف المحكمة الدستورية الكويتية، مجلة كلية القانون الكويتية العالمية، السنة الرابعة العدد ١٣، مارس ٢٠١٦.

رابعاً: الرسائل الجامعية:

١. د. أنور احمد رسلان: الديمقراطية بين الفكر الفردي والفكر الاشتراكي، رسالة دكتوراه، ط ١٩٧١، مصر.
٢. د. باهر محمد عبد الرحمن: ضمانات حرية تكوين الاحزاب السياسية في النظام القانوني المصري، دراسة تحليلية، رسالة دكتوراه، جامعة اسيوط، ط ٢٠١٨، مصر.
٣. سداد مولد سبع: علاقة المجتمع المدني بالنظام السياسي التأثير والتأثر، أطروحة دكتوراه، غير منشورة، كلية العلوم السياسية، جامعة النهريين، ط ٢٠٠٨.
٤. د. محمد عطية محمد على فوده: الحماية الدستورية لحقوق الإنسان، رسالة دكتوراه، عين شمس، ٢٠١٠/٢٠٠٩.
٥. د. سلمى بدوى محمد: دور مجلس الدولة المصري في حماية الحقوق والحريات العامة، رسالة دكتوراه، ط ٢٠٠٩، مصر.

خامساً: المراجع الأجنبية المترجمة إلى اللغة العربية:

١. فيلريد هينش: حقوق الإنسان وتخصيص الواجبات، سلسلة العلوم الاجتماعية، المجتمع المدني والعدالة، مراجعة: علا عادل عبد الجواد، الهيئة العامة المصرية للكتاب، مكتبة الأسرة ٢٠١٠، مصر.

Research summary entitled

Legal, judicial and constitutional guarantees of the rule of law

However, the rule of law is one of the constitutional principles and it follows that public authorities in a country can exercise their authority only in accordance with written laws issued in accordance with the constitution, and their aim is to achieve the principle of protection against arbitrary laws and decisions.

The constitution does not establish a democratic system except to the extent that it contains and recognizes the public rights and freedoms that all citizens enjoy alike without discrimination or discrimination, and at the same time it reconciles and balances these rights and those freedoms and between authority and order in a reasonable and unambiguous manner.

The application of the principle of the rule of law is one of the important, influencing and even encouraging factors to attract local and foreign capitals, and increasing investment opportunities in society to achieve a positive return on the state. Also, economic prosperity entails creating job opportunities and eliminating unemployment, thus achieving societal security, given that prosperity The economic is one of the important factors in achieving stability, and one of the most important guarantees of its implementation and application is due to the work of the executive authority entrusted with the application of the principle of the rule of law and its application.

الرقابة القضائية من خلال دعوى بطلان حكم التحكيم

إعداد: د. هيثم السيد عبد الواحد إبراهيم

المحاضر بكلية الحقوق - جامعة بنها
جمهورية مصر العربية

الملخص

الحمد لله رب العالمين، والصلاة والسلام على سيد الخلق نبينا محمد وعلى أهل بيته الطيبين الطاهرين وبعد...

بعد ان كانت القوة في المجتمعات القديمة وسيلة لاقتضاء الحقوق والمراكز القانونية والدفاع عنها، ظهر التحكيم باعتباره اتفاقاً على طرح النزاع على شخص معين أو أشخاص معينين ليفصلوا فيه من دون المحكمة المختصة، وهو نظام قانوني وجد منذ القدم فقد عرفته مصر القديمة وبابل وأشور، كما عرف لدى قدماء الاغريق ولدى الرومان الذين قالوا: (انه غير القضاء).

وقد عرف العرب قبل الاسلام نظامين للفصل بين الخصومات: نظام القضاء (الحسبة)، ونظام التحكيم، اذ يوجد نظام التحكيم في المجتمعات القبلية، وكذلك في المجتمعات المدنية التي لا توجد فيها سلطة مركزية قوية ويستمد الفرد المحكم سلطته في الحكم من اختيار الخصمين له وحكمه لا ينفذ قهراً، وانما برضاء المحكوم عليه.

أولاً: أهمية الدراسة:

أصبح التحكيم النظام القضائي البديل لحسم منازعات العقود الادارية، إلا ان ذلك لا يعني البتة انفصاله عن قضاء الدولة، فالعلاقة بين التحكيم وهذا الأخير علاقة ذات صلة وثيقة، إذ يسعى كلاهما لإصدار حكم تتوافر فيه عناصر الصحة بما يكفل دخوله حيز التنفيذ، وتتمثل أهم صور هذه العلاقة فيما يمارسه قضاء الدولة على التحكيم من رقابة في جميع مراحلها.

ورقابة القضاء على التحكيم أمر يبرره ان التحكيم في حقيقته سلب لأختصاص القضاء الاداري أجازته المشرع، واتفق الخصوم على اللجوء اليه كاستثناء من أصل عام، فضلاً على أن حكم التحكيم كأى عمل إنساني يرد عليه الغلط أو السهو، ويفسده الغش والجهل، ما يفضي إلى عدم عدالته أو عدم صحته، وبالتالي كان لا بد من خضوعه لرقابة قضاء الدولة بغية تمكين الخصم الخاسر من تفادي الضرر الناتج عن عدم عدالة الحكم أو عدم صحته، وذلك بقصد إصلاحه أو إبطاله، لأنه من غير المقبول أو المعقول الاعتراف بحكم تحكيم مشوب بالخطأ أو ظاهر البطلان.

ورقابة القضاء (العادي أو الاداري) لا تقتصر على مرحلة ما بعد صدور حكم التحكيم، ولكنها تبدأ قبل ذلك، لذلك حرصت التشريعات والاتفاقيات الدولية كافة على الاعتراف بقضاء الدولة بفرض رقابته على التحكيم في جميع مراحلها.

ثانياً: مشكلة الدراسة:

ان التحكيم بوصفه قضاءً خاصاً يمارس اختصاصه خارج ولاية قضاء الدولة، يختار أطراف النزاع المتخاصمين باتفاقهم محكمين - غير

مفوضين من الدولة بسلطة الحكم - لحله، بإرادة الأطراف هي التي تمنح المحكمين سلطة الحكم، ورغم ذلك يستمد التحكيم فاعليته وانفاذ قراراته من سلطة قضاء الدولة باعتباره السلطة العامة الوحيدة التي تملك من خلالها إلزام الخصوم ومن لهم صلة بالنزاع بالتنفيذ، باعتبار أن القضاء وحده يملك سلطة الإلزام بالتنفيذ، فحكم التحكيم لا يملك بنفسه القوة التنفيذية التي يتمتع بها حكم القاضي، ومن هنا فإن قضاء الدولة هو الذي يمد التحكيم بأسباب فاعليته لكي يحقق العدالة، وهذا ما يسمى بالرقابة القضائية على التحكيم.

وعليه فإن دواعي المنطق تحتم علينا تخطي هذه الاشكالية من أجل إلقاء الضوء على الرقابة القضائية على التحكيم في العقود الادارية، باعتبارها من الضمانات الأساسية التي تكفل فاعلية نظام التحكيم، وضمان قيامه بدور القضاء الاداري في حسم النزاع الناشئ عن تلك الطائفة من العقود على أكمل وجه، كما أن هذه الرقابة القضائية على التحكيم قد أحدثت جدلاً واسعاً على الساحتين الفقهية والقضائية في فرنسا ومصر، لا سيما فيما يتعلق بمداهها سواء في المرحلة السابقة على إجراء العملية التحكيمية أو في المرحلة اللاحقة عليها، فضلاً على تحديد القضاء المختص بممارستها، أهو القضاء العادي أم القضاء الاداري؟

كل هذا كان الدافع وراء اختيار موضوع الرقابة القضائية على التحكيم في منازعات العقود الادارية، من أجل بيان حدود تلك الرقابة ومضمونها، فضلاً عن تحديد القضاء المختص بها، لعلنا نسهم — ولو بقدر قليل — في معالجة بعض المشكلات التي أحدثها التنظيم التشريعي الحالي للتحكيم في كل من فرنسا ومصر.

ثالثاً: منهجية الدراسة:

من خلال التقديم السابق سيتم الاعتماد على المنهج المقارن في توضيح موضوع الرقابة القضائية على التحكيم في المنازعات المتعلقة بالعقود الادارية من خلال المقارنة بين أنظمة قانونية مختلفة بالإضافة إلى الاتفاقيات الدولية التي تتناول موضوع الدراسة مسترشدين آراء الفقه المقارن ومسترشدين باحكام القضاء في هذا المجال، مع اتباع المنهج التحليلي للنصوص، موضحين المسالك الموفقة للاستفادة منها وأوجه القصور لتلافيها.

وبناء على ما تقدم فسوف نتناول موضوع هذا البحث من خلال تمهيدي ومبحثين على النحو التالي:

المبحث الأول: الطعن ببطالان حكم التحكيم في المنازعات الادارية.

المبحث الثاني: حدود رقابة القضاء على الحكم المطعون به بالبطالان.

تمهيدي

لا تقتصر رقابة القضاء على المرحلة السابقة على صدور حكم التحكيم، بل تمتد إلى المرحلة اللاحقة على صدوره، فالحكم بوجه عام هو كل أمر أو قرار يصدر عن المحكمة ولو لم يكن فاصلاً في خصومة، وبعبارة أخرى فهو قرار المحكمة المختصة للفصل في الخصومة المطروحة أمامها^(١).

ويقصد بحكم التحكيم بأنه: «القرار الذي يصدره المحكمون بناء على السلطة التي خولها لهم الخصوم في اتفاق التحكيم لحسم المنازعة المطروحة عليهم»^(٢). وبمعنى آخر يقصد بأنه: «القرار الذي يصدر عن المحكمين بصفة قطعية كلياً أو جزئياً في نزاع معروض عليهم سواء تعلق بالموضوع أو بالاختصاص أو بوسيلة إجرائية إذا كان هذا الفصل يقود إلى وضع حد نهائي للخصومة»^(٣).

(١) انظر: د. محمد نور شحاتة «الرقابة على أعمال المحكمين»، دار النهضة العربية، سنة ١٩٩٩، ص ٢٣٤، د. أحمد السيد صاوي «الوسيط في شرح قانون المرافعات المدنية والتجارية»، دار النهضة العربية، سنة ٢٠٠٠، ص ٧٠٥ - ٧٠٦، د. محمد أحمد عبد النعيم «حدود الرقابة القضائية على التحكيم الداخلي في منازعات العقود الإدارية»، المرجع السابق، ص ١٨١.

(٢) انظر: د. عزمي عبد الفتاح عطية «قانون التحكيم الكويتي»، المرجع السابق، ص ٢٩٨، د. محمد محمد بدران «مذكرات في حكم التحكيم»، دار النهضة العربية، سنة ١٩٩٩، ص ٦، د. محمد أحمد عبد النعيم «حدود الرقابة القضائية على التحكيم الداخلي في منازعات العقود الإدارية»، المرجع السابق، ص ١٨١.

(٣) انظر: FOUSSARD (ph), (E) GALLARD & (B) GOLDMAN «Trait de L'arbitrage commercial international», paris. Litec et Delta, 1996, p. 75.

- C.A Paris (SARDIUD) 25 mars 1994.

- Abdel-Kader FADAZ Le régime juridique de l'arbitrage commercial international, Université de Lomé, 2008.

- هذا الحكم منشور في مؤلف د. عبد الحميد الأحذب «موسوعة التحكيم الدولي»، دار المعارف، سنة ١٩٩٨م، ص ٣٠٢.

- حكم محكمة استئناف القاهرة (دائرة ٩١ تجاري)، الدعوى رقم (٢٥)، جلسة ٢٨/١٢/٢٠٠٤، المكتب الفني، ص ٣٠٢.

ويراعى عند إعداد حكم التحكيم، وبالتالي صدوره إجراء المداولة، وهو إجراء ضروري وجوهري لصحة إجراءات إصدار حكم التحكيم في حال تعدد المحكمين، وإلا الحكم باطل ويجب أن يشترك المحكمون فيه شخصياً وأن يكون الأمر سرياً بينهم^(٤).

ويصدر الحكم وفقاً لأغلبية الآراء ما لم يتفق الأطراف على وجوب صدوره بالإجماع وتعتبر ورقة رسمية فلا يجوز إثبات عكس ما جاء بها إلا بالطعن بالتزوير، ويجب أن يتضمن الحكم بالبيانات التي نص عليها القانون مثل أسبابه ومكان صدوره وتاريخه، واشتماله على صورة من وثيقة التحكيم^(٥).

ويجب أن يصدر الحكم من هيئة التحكيم بكامل تشكيلها، ويعتبر الحكم قد صدر من تاريخ توقيع المحكمين عليه، وإذا امتنع أحدهم عن التوقيع فيجب أن يثبت على ورقة الحكم أسباب عدم توقيعه، وتجدر الإشارة إلى أن بيان أسباب عدم توقيع أحد المحكمين على حكم التحكيم يعتبر من بيانات الحكم الجوهرية، ويترتب على إغفالها بطلان الحكم^(٦).

(٤) انظر: د. أحمد أبو الوفا «التحكيم الاختياري والإجباري»، المرجع السابق، ص ٢٦٢، د. أحمد حشيش «القوة التنفيذية لحكم التحكيم»، دار النهضة العربية، سنة ١٩٩٩، ص ١٢، م.د. برهان أمر الله «حكم التحكيم»، بحث منشور بمجلة التحكيم العربي، العدد العاشر، سبتمبر ٢٠٠٧، ص ١٣٨.

(٥) انظر: د. فتحي والي «قانون التحكيم في النظرية والتطبيق»، منشأة المعارف، سنة ٢٠٠٧، ص ٤٢٨ وما بعدها، د. ممدوح عبد العزيز العنزي «بطلان القرار التحكيمي التجاري الدولي»، منشورات الحلبي الحقوقية، لبنان، سنة ٢٠٠٦، ص ١٦١، م.د. برهان أمر الله «حكم التحكيم»، المرجع السابق، ص ١٣٩.

(٦) انظر: حكم محكمة استئناف القاهرة، القضية رقم (٤٥)، لسنة ١٢٢٢ق. تحكيم، دائرة ٩١ تجاري، جلسة ٢٠٠٦/١/٢٩.

- حكم محكمة استئناف القاهرة، القضية رقم (٤٧)، لسنة ١١٩ق. تحكيم، جلسة ٢٠٠٦/٦/٢٩، أشار إليهما م.د. برهان أمر الله «حكم التحكيم»، المرجع السابق، ص ١٤١، د. أحمد السيد الصاوي «التحكيم في المواد المدنية والتجارية»، المرجع السابق، ص ٢٥٥.

وقد يكون حكم التحكيم جزئياً يفصل في جزء من النزاع في حين يفصل الحكم النهائي بباقي النزاع بكامله، فهو حكم نهائي يفصل في جزء من النزاع بشكل نهائي حيث لا يعود ويثار لاحقاً بعد البتّ فيه، ويختلف هذا الحكم عن الحكم الوقي الذي يتعلق بمسائل التحكيم أثناء سير إجراءات الدعوى التحكيمية كالتى تتعلق بالمسائل الأولية والتحفظية وغيرها والذي يسمح القانون بإصدارها^(٧).

وكقاعدة عامة لا يكون حكم التحكيم قابلاً للتنفيذ إلا بعد صدور أمر بتنفيذه، سواء كان من قبل المحكوم ضده برضائه بالتنفيذ، أو من قبل قضاء الدولة المختص إذا لم يقبل المحكوم ضده التنفيذ طوعاً باستصدار أمر التنفيذ^(٨).

وقد أتاحت تشريعات التحكيم لقضاء الدولة المختص بذلك مجالاً لبسط رقابته على حكم التحكيم، فقد أجازت الطعن في هذا الحكم في حالات محددة، وفقاً لإجراءات معينة، كما اشترطت لتنفيذه صدور أمر من القاضي المختص. وتختلف أشكال الرقابة التي يمارسها قضاء الدولة على حكم التحكيم استناداً إلى الغاية منها، فقد يكون الهدف منها هو التيقن ومراعاة حكم التحكيم للشكل والشروط التي يتطلبها القانون أو التثبت من وظيفة المحكم والمهمة المنوطة به، ومدى احترامه للقواعد القانونية المنظمة للعملية التحكيمية كلها سواء عند الفصل أو عند كتابة الحكم^(٩).

(٧) انظر: د. ممدوح عبد العزيز العنزي «بطلان القرار التحكيمي التجاري الدولي»، المرجع السابق، ص ٦٢، د. أشرف خليل حماد «التحكيم في المنازعات الإدارية»، المرجع السابق، ص ٢٥٥.

(٨) انظر د. محمود السيد التحيوي «التحكيم في المواد المدنية والتجارية وجوازه في منازعات العقود الإدارية»، دار الجامعة الجديدة، سنة ١٩٩٩، ص ٢١٨، د. محمد أحمد عبد المنعم «حدود الرقابة القضائية على التحكيم الداخلي في منازعات العقود الإدارية»، دار النهضة العربية، سنة ٢٠٠٢، ص ١٨٣.

(٩) انظر: Fouchard (Ph) “ La portee internationale de L’annulation de a sentence arbitrale dans son pays d’origine”, Rev-arb, 1997, P.329.

- Guy Keutgen, Georges-Albert Dal L’arbitrage en droit belge et international: Tome I: Le droit belge, tome 1. 3e.2015 p. 600.

تمهيد وتقسيم:

يجب أن يصدر حكم التحكيم خالياً من العيوب وأن يراعى المحكم عند إصداره الشكل والشروط التي يتطلبها القانون، وذلك قبل صدور أمر التنفيذ لنفاذه، وذلك بصرف النظر عما يتضمنه الحكم من خطأ في التقدير وعدم مراعاة الشكل الذي يتطلبه القانون، أو هو خطأ في الإجراء أو في الشكل وعكس ذلك، فإن حكمه يكون عرضه للبطلان من قبل المحكمة المختصة بدعوى من صاحب المصلحة بناء على أسباب محددة حصراً في القانون ولا يجوز القياس عليها، ويجب رفعها خلال المدة المحددة قانوناً قبل صدور أمر التنفيذ.

وعلى الرغم من ذلك فإن نظام الطعن في أحكام التحكيم لم يستقر على أسس واضحة في تشريعات التحكيم المقارنة، حيث تختلف الآراء وتتباين المذاهب ولا يوجد حل وحيد للقضايا التي تطرح بشأن ذلك، فالقانون المصري لا يجيز الطعن في أحكام التحكيم إذا صدرت معيبة، أو إذا لم تراعى الشروط والأشكال التي يطلبها القانون بأي من طرق الطعن العادية وغير العادية كما هو مقرر في أحكام القضاء، وإنما أجاز رفع دعوى البطلان فيها وفق شروط وإجراءات خاصة لتحقيق الهدف من التحكيم وهو السرعة في فصل النزاع.

لكن هناك بعض التشريعات أجازت الطعن في أحكام التحكيم كما هو مقرر بشأن الأحكام القضائية، ومن ذلك القانون الفرنسي والقانون اللبناني، فقد اعتمدا سبيل الاستئناف إلى جانب الطعن بالبطلان، وسوف نتناول هذه الدراسة من خلال مبحثين على النحو التالي:

المبحث الأول: الطعن ببطلان حكم التحكيم.

المبحث الثاني: حدود رقابة القضاء على الحكم المطعون به بالبطلان.

المبحث الأول

الطعن ببطلان حكم التحكيم

نص قانون التحكيم المصري على عدم قبول أحكام التحكيم للطعن فيها بأي طريق من طرق الطعن المحددة في قانون المرافعات المدنية والتجارية^(١٠)، إنما أجاز رفع دعوى بطلان وفقاً لأسباب محددة حصرياً^(١١)، فالطعن بطلان حكم التحكيم يتعلق بالنظام العام فلا يجوز لأطراف النزاع التنازل عنه^(١٢)، وهذا ما أكدته المشرع المصري عندما نص على أن تنازل مدعى البطلان عن حقه في رفع دعوى البطلان قبل صدور حكم التحكيم لا يحول دون قبول هذه الدعوى^(١٣)، بينما يجوز التنازل بعد صدور حكم التحكيم وإذا تم ذلك فإنه لا يمكن قبول دعوى البطلان^(١٤).

(١٠) انظر: المادة (٥٢) من قانون التحكيم المصري التي تنص على أنه «لا تقبل أحكام التحكيم التي تصدر طبقاً لأحكام هذا القانون الطعن فيها بأي طريقة من طرق الطعن المنصوص عليها في قانون المرافعات المدنية والتجارية».

- يجوز رفع دعوى بطلان حكم التحكيم وفقاً للأحكام المبينة في المادتين التاليتين.
(١١) انظر: د. عبد الحميد المنشاوي «التحكيم الدولي والداخلي في المواد المدنية والتجارية والإدارية»، منشأة المعارف، سنة ١٩٩٥، ص ٧٣، د. على عوض حسن «التحكيم الاختياري والإجباري في المنازعات المدنية والتجارية»، دار الفكر الجامعي، سنة ٢٠٠١، ص ٢٠٠، د. محمود مختار بربري «لتحكيم التجاري الدولي»، دار النهضة العربية، سنة ٢٠٠٤، ص ٢١٦.
(١٢) انظر: د. حفيظة السيد الحداد «الطعن بالبطلان على أحكام التحكيم الصادرة في المنازعات الخاصة الدولية»، دار الفكر الجامعي، سنة ١٩٩٧، ص ١١٣، د. هشام صادق على «القانون الدولي الخاص»، دار الفكر الجامعي، سنة ١٩٩٩، ص ٢٠٤.

(١٣) انظر: نص المادة (١/٥٤) من قانون التحكيم المصري التي تنص على أنه «ترفع دعوى بطلان حكم التحكيم خلال التسعين يوماً التالية لتاريخ إعلان حكم التحكيم للمحكوم عليه، ولا يحول دون قبول دعوى البطلان نزول مدعى البطلان عن حقه في رفعها قبل صدور حكم التحكيم».

(١٤) انظر: د. عادل خير «التحكيم والقانون»، المرجع السابق، ص ٨٦، د. أحمد مخلوف «دراسة قانونية في التحكيم التجاري الدولي»، دار النهضة العربية، سنة ٢٠٠٢، ص ١٧٢.

وبناء على ما سبق سيتم تقسيم هذا المبحث إلى مطلبين على النحو التالي:

المطلب الأول: التعريف بدعوى البطلان وطبيعتها القانونية.

المطلب الثاني: حالات دعوى البطلان.

المطلب الأول

التعريف بدعوى البطلان وطبيعتها القانونية

يقصد بالبطلان بوجه عام بأنه «وصف يلحق التصرف القانوني المعيب الذي انعقد مخالفاً لقاعدة قانونية أو اتفاقية، والتي تهدف إلى المصلحة العامة أو إلى سمة جوهرية من المصلحة الخاصة، فيؤدي إلى توقيع جزاء يتمثل في شل فعالية التصرف وإفقاده الآثار القانونية»^(١٥).

وبالنظر إلى الهدف الرئيسي من اللجوء إلى التحكيم وهو الإسراع في الفصل في النزاع، وهو ما يقتضي من عدم تعريض حكم التحكيم بعد صدوره لطرق الطعن التقليدية التي يطعن بها الأحكام القضائية، وإلا لما كانت هناك فائدة من اللجوء إلى التحكيم، ولكن على الجانب الآخر لا يمكن القول بأن يسمح النظام القانوني بتنفيذ أحكام التحكيم دون رقابة القضاء، وإلا كان ذلك خرقاً للاعتبارات السياسية والتشريعية في الدولة، بل

(١٥) انظر: د. محمود محمد هاشم «قانون القضاء المدني»، دار الفكر الجامعي، الجزء الثاني، سنة ١٩٨١، ص ١٩٤، د. عبد الحكم فودة «البطلان في قانون المرافعات المدنية والتجارية»، دار المطبوعات الجامعية، الطبعة الثالثة، سنة ١٩٩٣، ص ٢٣٣ - ٢٣٨، د. أمال أحمد الفزايري «دور قضاء الدولة في تحقيق فاعلية التحكيم»، منشأة المعارف، سنة ١٩٩٣، ص ١٤٤، د. محمد كامل إبراهيم «النظرية العامة للبطلان في قانون الإجراءات الجنائية»، دار النهضة العربية، سنة ١٩٨٩، ص ٩، د. محمد سعيد نمور «أصول الإجراءات الجزائية»، دار الثقافة للنشر والتوزيع، سنة ٢٠٠٥، ص ٥٨.

ولقيم المجتمع والنظام العام في بعض الأحوال. وللموازنة بين هذين الاعتبارين قرر المشرع المصري عدم جواز الطعن في أحكام التحكيم بأي طريقة من طرق الطعن العادية وغير العادية، ولكنه في ذات الوقت أجاز رفع الدعوى بطلانه لأسباب محددة حصراً في القانون إلى المحكمة المختصة من قبل صاحب الشأن^(١٦).

ومن هنا تكون معاملة حكم التحكيم ذات المعاملة التي يلغاها الحكم القضائي من حيث جواز الطعن عليه لا يتفق مع الغاية من نظام التحكيم المتمثلة في السرعة وعدم التعقيد في الإجراءات كما هي أمام القضاء، فلا يعقل أن يجيز المشرع للأفراد الاتفاق على التحكيم للهروب من هذه الإجراءات القضائية، ثم يجيز بعد ذلك الطعن عليها أمام القضاء، وبالتالي يجبرهم على سلوك الطريق الذي حاولوا تفاديه ابتداءً.

وبالمقابل لا يمكن أن يصدر حكم التحكيم ويكون محصناً من أية وسيلة من وسائل الرقابة عليه، فإن في ذلك إضفاءً لحصانة مطلقة على حكم التحكيم ترفعه إلى مرتبة أعلى من مرتبة أحكام قضاء الدولة التي يمكن الطعن فيها، فقد أجازت بعض تشريعات التحكيم الطعن على أحكام

(١٦) انظر: المادة (٥٢) من قانون التحكيم المصري التي تنص على أنه «لا تقبل أحكام التحكيم التي تصدر طبقاً لأحكام هذا القانون الطعن فيها بأي طريقة من طرق الطعن المنصوص عليها في قانون المرافعات المدنية والتجارية».

يجوز رفع دعوى بطلان حكم التحكيم وفقاً للأحكام المبينة في المادتين التاليتين وقد كانت نصوص قانون التحكيم الملغاة الواردة في قانون المرافعات رقم (١٣) لسنة ١٩٦٨ تقتضي بعدم جواز الطعن بالاستئناف في حكم التحكيم (م٥٠١) إلى جانب الطعن بالبطلان والتي أحالت بشأن تحديد حالاتها إلى المادة من نفس القانون كما هو مقرر للأحكام القضائية (م٢٤١) انظر: د. أمال أحمد الفزايري «دور قضاء الدولة في تحقيق فاعلية التحكيم»، المرجع السابق، ص ١٤٤، د. خالد أحمد حسن «بطلان حكم التحكيم»، المرجع السابق، ص ٥٦١.

المحكمين لأسباب محددة تصون حق الأطراف في الاعتراض على حكم التحكيم، وتضمن في ذات الوقت عدم المساس بحجتيه أو نهائيته^(١٧).

فالقانون الفرنسي وعلى غرار القانون اللبناني والقانون الكويتي انتهجا مسلكاً لا يختلف كثيراً عما هو مقرر بشأن الأحكام القضائية، فأجاز اعتماد سبيل الاستئناف إلى جانب الطعن بالبطالان على حكم التحكيم، ولكن سبيل الاستئناف يبقى محصوراً في نطاق التحكيم الداخلي ويستبعده الأطراف عادةً لاعتباره وسيلة شاذة^(١٨).

أما القانون المصري فقد قصر طرق الطعن في حكم التحكيم على وسيلة واحدة هي رفع دعوى البطلان ضده استناداً إلى أسباب أوردها بصورة حصرية بحيث لا يجوز القياس عليها^(١٩)، وقد أقر المشرع في ذات القانون قاعدة عدم الطعن بحكم التحكيم ونص صراحة على أنه «لا يقبل أحكام التحكيم التي تصدر طبقاً لأحكام هذا القانون الطعن فيها بأي

(١٧) انظر: د. السيد عبد العال تمام «مبدأ المواجهة وخصومة التحكيم»، دار النهضة العربية، سنة ٢٠٠٠، ص ٩٧، أ. وائل بندق، «بطلان حكم التحكيم في القانون المصري والشرعية الإسلامية»، مقال منشور في مجلة الحقوق للبحوث القانونية والاقتصادية، كلية الحقوق، جامعة الإسكندرية، سنة ٢٠٠٥، ص ١٧.

(١٨) انظر: د. رضا السيد عبد الحميد «تدخل القضاء بالتحكيم والمساعدة»، دار النهضة العربية، سنة ١٩٩٧، ص ١٠٩، د. مهيب معماري «بطلان القرار التحكيمي في ضوء اجتهاد محكمة النقض البنانية»، ورقة عمل مقدمة إلى المؤتمر الدولي عن (الدور الفعال للقضاء في التحكيم)، الذي نظمه مركز القاهرة الإقليمي في الفترة من ١٩ - ٢١/١١/٢٠٠٧، (مدينة شرم الشيخ)، ص ٣٣، د. محمد عبد النعيم «حدود الرقابة القضائية على التحكيم الداخلي في منازعات العقود الإدارية»، المرجع السابق، ص ١٨٩.

(١٩) انظر: حكم محكمة استئناف القاهرة، (دائرة ٩١ تجاري)، الدعوى رقم (٧) لسنة ١١٦ ق. تحكيم، جلسة ١٩٩٩/٧/٢٠، وحكمها من نفس الدائرة، الدعوى رقم (٦٢) لسنة ١١٧ ق. تحكيم، جلسة ٢٠٠٢/٦/٩.

طريقة من طرق الطعن المنصوص عليها في قانون المرافعات المدنية والتجارية»^(٢٠).

وبهذا المعنى يكون المشرع المصري قد أوصد كل طرق الطعن التقليدية في وجه حكم التحكيم ولم يجز إلا رفع دعوى بطلان أصلية ضده إذا توافرت أسبابها الواردة في القانون على سبيل الحصر، وفيما عدا ذلك فإن حكم التحكيم يظل محصناً ضد أي طعن، ويبقى صحيحاً ومنتجاً لآثاره^(٢١).

ويرد المشرع دعوى البطلان إلى طبيعتها القانونية، حيث أنها ليست طريقاً من طرق الطعن، وإنما هي دعوى مبتدأة ترفع أمام المحكمة المختصة، وتفصل فيها طبقاً للأسباب التي حددها القانون على سبيل الحصر وخلال الميعاد المحدد في القانون^(٢٢).

وعلى العكس مما سبق أنه لا ترفع دعوى بطلان ضد الأحكام القضائية إذا شابها عيب جسيم وواضح فليس للمحكوم ضده أن يرفع دعوى مبتدأة ببطلان الحكم، أو أن يدفع بهذا البطلان إلا إذا تجرد الحكم من أحد أركانه

(٢٠) انظر: المادة (١/٥٢) من قانون التحكيم المصري التي تنص على «لا تقبل أحكام التحكيم التي تصدر طبقاً لأحكام هذا القانون الطعن فيها بأي طريقة من طرق الطعن المنصوص عليها في قانون المرافعات المدنية والتجارية».

(٢١) انظر: د. السيد عبد العال تمام «مبدأ المواجهة في خصومة التحكيم»، دار النهضة العربية، سنة ٢٠٠٠، ص ٩٧، د. على سالم إبراهيم «ولاية القضاء على التحكيم»، المرجع السابق، ص ٣٣٦، د. محمد أحمد عبد النعيم «حدود الرقابة القضائية على التحكيم الداخلي في منازعات العقود الإدارية»، المرجع السابق، ص ١٨٤.

(٢٢) انظر: د. محمود سمير الشرقاوي «الدور الخلاق للقضاء في مجال التحكيم التجاري الدولي»، بحث منشور بمجلة التحكيم العربي، العدد التاسع، أغسطس ٢٠٠٦، ص ٥، د. أحمد شرف الدين «سلطة القاضي إزاء أحكام التحكيم»، المرجع السابق، ص ١٠٩، د. محمد محمد بدران «مذكرات في حكم التحكيم»، المرجع السابق، ص ١٤٠، د. فتحي والي «الوسيط في القضاء المدني»، المرجع السابق، ص ٦٢٣.

الأساسية، فإذا حدث ورفعت دعوى البطلان ضد الحكم القضائي وجب على المحكمة أن تحكم من تلقاء نفسها بعدم قبولها، فالطعن بالبطلان في حكم القضاء لا يترتب عليه انعدامه إنما يظل قائماً وإن شابه البطلان فلا سبيل إلا الطعن عليه بإحدى طرق الطعن العادية أو غير العادية^(٢٣).

وتعد دعوى البطلان إحدى الحدود الأساسية التي تقيد من إطلاق عملية التحكيم بما يتفق مع طبيعة الاتفاق والهدف منه^(٢٤).

وتختلف إجراءات رفع دعوى البطلان أمام قضاء الدولة عن إجراءات خصومة التحكيم التي تخرج عن نطاق إرادة الأطراف، ذلك لأن إجراءاتها تكون كإجراءات الدعوى العادية أمام المحاكم التي ينص عليها قانون المرافعات كونه القانون العام لتلك الدعاوى^(٢٥).

وبذلك فإن دعوى البطلان هنا ترمي إلى إبطال حكم التحكيم لا إلى الإصلاح أو التعديل في حكم المحكمين، فدور المحكمة المختصة بالبطلان كما سنعرض له يقتصر على تقرير بطلان الحكم من عدمه دون التطرق إلى موضوعه، إذ أنها ليست محكمة استئنافية بالنسبة لحكم المحكمين^(٢٦).

(٢٣) انظر: د. أحمد السيد صاوي «الوسيط في شرح قانون المرافعات المدنية والتجارية»، دار النهضة العربية، سنة ٢٠٠٠، ص ٨٠٤، د. أحمد حشيش «القوة التنفيذية لحكم التحكيم»، المرجع السابق، ص ٢٢.

(٢٤) انظر: JARRASSON (Ch) "Les frontières de l'arbitrage", Rev-arb, n 2, 2019, 411.

(٢٥) انظر: د. حفيظة السيد الحداد «الطعن بالبطلان على أحكام التحكيم الصادر في المنازعات الخاصة الدولية»، دار الفكر الجامعي، سنة ١٩٩٧، ص ١١، د. فتحي والي «قانون التحكيم في النظرية والتطبيق»، منشأة المعارف، سنة ٢٠٠٧، ص ٥٥٨، د. محمد محمد بدران «مذكرات في حكم التحكيم»، المرجع السابق، ص ١٤٠.

(٢٦) انظر: د. محمد نور عبد الهادي شحاته «الرقابة على أعمال المحكمين»، دار النهضة العربية، سنة ١٩٩٧، ص ٣٨٨، د. رضا السيد عبد الحميد «مسائل في التحكيم»، دار النهضة العربية، سنة ٢٠٠٣، ص ١٤٣، د. عصمت عبد الله الشيخ «التحكيم في العقود الإدارية ذات =

المطلب الثاني

حالات دعوى بطلان حكم التحكيم

تجيز تشريعات التحكيم المختلفة الطعن ببطلان حكم التحكيم عن طريق دعوى البطلان الأصلية باعتبارها السبيل المشترك بين مختلف النظم القانونية لمراقبة حكم التحكيم^(٢٧)، وذلك في حالة ما إذا كان حكم التحكيم معيباً بأحد العيوب المنصوص عليها في تلك الأنظمة على سبيل الحصر^(٢٨).

فأورد المشرع الفرنسي النص على حالات دعوى بطلان أحكام التحكيم في المادة (١٤٨٤) من قانون الإجراءات المدنية الجديد الصادر بمقتضى مرسوم ١٤ مايو سنة ١٩٨٠، حيث تناولت الفقرة الثانية من تلك المادة حالات بطلان أحكام التحكيم بصدد التحكيم الداخلي والتي أجملها في الحالات الست التالية^(٢٩):

= الطابع الدولي، دار النهضة العربية، سنة ٢٠٠٨، ص ٨٠، د. على سالم «ولاية القضاء على التحكيم»، المرجع السابق، ص ٣٧٠، د. سيد أحمد محمود «دعوى بطلان حكم التحكيم»، دار النهضة العربية، سنة ٢٠٠٧، ص ١٠ - ١١.

(٢٧) انظر: Jean-François Poudre "Comparative Law of International Arbitration", 2n, 2007, P.700

(٢٨) انظر: د. حفيظة السيد الحداد «الطعن بالبطلان على أحكام التحكيم»، المرجع السابق، ص ١١، د. بليغ حمدي محمود «الدعوى ببطلان حكم التحكيم»، المرجع السابق، ص ٣١٣ - ٣١٤، د. عزمي عبد الفتاح «قانون التحكيم الكويتي»، المرجع السابق، ص ٣١٦.

- Fouchard (ph) et autres "traite de l'arbitrage commercial", op.cit, P.936; Loussour (Y) "Les voies de recours dans le decret du 14 mai 1980 relatif al'arbitrage", Rev- arb, 1989, P.67.

- Guy Keutgen, Georges-Albert Dal L'arbitrage en droit belge et international: Tome I: Le droit belge, tome 1. 3e.2015 p. 600.

- L'article N- 1484: (٢٩) انظر:

1 - Si l'arbitre a statue sans convention d'arbitrage ou sur convention nulle ou expiree

2 - Si le tribunal arbitral a ete uregulirement compose ou l'arbitre unique irregulirement designe

= 3- Si l'arbitre a statue sans se conformer ala mission qui lui avait ete conferee

- ١ - إذا فصل المحكم في النزاع دون وجود اتفاق تحكيم أو بناء على اتفاق باطل أو أنتهت مدته.
- ٢ - إذا شكلت هيئة التحكيم بطريقة غير قانونية، أو تم تعيين المحكم الوحيد بطريقة مخالفة للقانون.
- ٣ - إذا فصل المحكم في النزاع دون التقيد بحدود المهمة التي عهد بها إليه.
- ٤ - إذا لم يتم احترام مبدأ المواجهة.
- ٥ - في كل حالات البطلان المنصوص عليها في المادة (١٤٨٠).
- ٦ - إذا خالف المحكم قاعدة متعلقة بالنظام العام.

وفيما يتعلق ببطلان أحكام التحكيم الدولية فإن المادة (١٥٠٢) من قانون الإجراءات المدنية الجديد قد حددتها في خمس حالات تعد الأربع الأولى منها ترديداً للحالات الأربع الأولى الخاصة بالتحكيم الوطني، بينما تتعلق الحالة الخامسة بالطعن على حكم التحكيم بالبطلان إذا كان من شأن الاعتراف به أو تنفيذه ما يشكل اعتداء على النظام العام الدولي^(٣٠).

ويجدر التنويه إلى أن المشرع الفرنسي يجعل من دعوى البطلان السبيل الوحيد بشأن الطعن على أحكام التحكيم الدولية حيث استبعد ما عداها من طرق الطعن الأخرى كالاستئناف والتماس إعادة النظر واعتراض الخارج على الخصومة رغبة منه في تدعيم استقلال التحكيم التجاري الدولي، وتضييق

4- Lorsque le principe de la contradiction n'a pas été respecté =

5- Dans tous les cas de nullité prévus à l'article 1480

6- Si l'arbitre a violé une règle d'ordre public

- De Boisseson (M); Le droit français de l'arbitrage, op.cit, P.367-384.

(٣٠) انظر : l'article N- 1502 <Si la reconnaissance ou l'exécution sont contraires à l'ordre public international>.

نطاق الرقابة القضائية بشأن مراعاة لظروف التجارة الدولية^(٣١)، بينما يأخذ المشرع الفرنسي بالنسبة للتحكيم الداخلي بنظام دعوى البطلان، فضلاً عن طرق الطعن الأخرى سالفه الذكر^(٣٢)، بيد أنه لا يجوز طبقاً لنص الفقرة الأولى من المادة (١٤٨٤) من قانون الإجراءات المدنية الفرنسي الجديد ولوج سبيل الطعن بالبطلان والاستئناف معاً، وإنما يلزم الاختيار بينهما حيث جعل المشرع الفرنسي الطعن بالاستئناف هو الأصل، فإذا كان الاستئناف غير جائز لسبب أو لآخر فيحق للخصوم رفع دعوى البطلان.

ونخلص من ذلك أن المشرع الفرنسي لا يجيز الطعن بالبطلان إذا كان باب الطعن بالاستئناف جائزاً ومفتوحاً، كما أنه يعقد الاختصاص بنظر دعوى البطلان لمحكمة الاستئناف التي تصدر في نطاقها حكم التحكيم المطعون فيه طبقاً لنص الفقرة الأولى من المادة (١٤٨٦) من قانون الإجراءات المدنية الجديد بما يفيد توحيد المشرع للمحكمة التي تنظر الاستئناف ودعوى البطلان ضد أحكام التحكيم^(٣٣).

وإذا كان مسلك المشرع الفرنسي بصدد عقده الاختصاص بنظر دعوى البطلان لمحكمة الاستئناف التي صدر في نطاقها حكم التحكيم المطعون عليه له ما يبرره بالنسبة للتحكيم في المواد المدنية والتجارية، فليس هناك ما يبرر ذلك المسلك بشأن التحكيم في منازعات العقود الادارية، ذلك أن طبيعة المنازعة المطروحة على التحكيم يتعين أن تشكل المعيار الذي يتم الاستناد إليه في تحديد الجهة المختصة بنظر دعوى البطلان^(٣٤) الأمر الذي

(٣١) انظر: - Fouchard (ph) et autres "Traite de l'arbitrage", op.cit 1996, p. 930.

(٣٢) انظر: د. على بركات «الطعن على أحكام التحكيم»، دار النهضة العربية، سنة ٢٠٠٣، ص ٢١.

(٣٣) انظر: د. أمال أحمد الفزاري «دور قضاء الدولة في تحقيق فاعلية التحكيم»، المرجع السابق، ص ١٩٤.

(٣٤) انظر: - Bruce (E) «la competence du juge administrative dans l'arbitrage de personnes publique», remises en question, Rev-arb, 2006, p. 71.

يستوجب عقد الاختصاص بنظر دعوى البطلان بشأن التحكيم في منازعات العقود الادارية للقضاء الاداري دون العادي متى كان داخلياً وهو ما يؤيده جانب من الفقه والقضاء الاداريين^(٣٥) في فرنسا.

أما على صعيد الوضع في مصر، فأورد المشرع المصري حالات دعوى البطلان التي يجوز بسببها رفع تلك الدعوى في المادة (٥٣) بفقرتيها الأولى والثانية من قانون التحكيم رقم (٢٧) لسنة ١٩٩٤^(٣٦)، وباستقراء نص المادة

(٣٥) انظر: - C.E, 5 novembre 1986, Raiaonarison, Rec, p. 439.

- C.E, 16 octobre 2006, Caisse central de reassurance, RFDA-2007, p. 290.

- Auby (J.M) "L'arbitrage en matiere administrative", op.cit, p. 881.

- Dominique FOUSSARD "L'arbitrage en droit administrative", op.cit 2002, p. 41.

(٣٦) انظر المادة (٥٣) من قانون التحكيم المصري رقم (٢٧) لسنة ١٩٩٤ التي تنص على: «أنه:

١ - لا تقبل دعوى بطلان حكم التحكيم إلا في الأحوال الآتية:

أ - إذا لم يوجد اتفاق تحكيم أو كان هذا الاتفاق باطلاً أو قابلاً للأبطال أو سقط بانتهاء مدته.

ب - إذا كان أحد طرفي اتفاق التحكيم وقت إبرامه فاقداً الأهلية أو ناقصها وفقاً للقانون الذي يحكم أهليته.

ج - إذا تعذر على أحد طرفي التحكيم تقديم دفاعه بسبب عدم إعلانه إعلاناً صحيحاً بتعيين محكم أو بإجراءات التحكيم أو لأي سبب آخر خارج عن إرادته.

د - إذا استبعد حكم التحكيم تطبيق القانون الذي اتفق الأطراف على تطبيقه على موضوع النزاع.

هـ - إذا تم تشكيل هيئة التحكيم أو تعيين المحكمين على وجه مخالف للقانون أو لاتفاق الطرفين.

و - إذا فصل حكم التحكيم في مسائل لا يشملها اتفاق التحكيم أو جاوز حدود هذا الاتفاق، ومع ذلك إذا أمكن فصل أجزاء الحكم الخاصة بالمسائل الخاضعة للتحكيم عن أجزائه الخاصة بالمسائل غير الخاضعة له فلا يقع البطلان إلا على الأجزاء الأخيرة وحدها.

ز - إذا وقع بطلان في حكم التحكيم، أو كانت إجراءات التحكيم باطلة بطلاناً أثر في الحكم.

٢ - وتقضي المحكمة التي تنظر دعوى البطلان من تلقاء نفسها ببطلان حكم التحكيم إذا تضمن ما يخالف النظام العام في جمهورية مصر العربية.

السابقة يمكن إرجاع حالات الطعن بالبطلان التي تضمنها النص المذكور إلى أربع مجموعات تتعلق أولاً باتفاق التحكيم، وتتصل ثانياً بإجراءات خصومة التحكيم، وترتبط الثالثة بحكم التحكيم، تتضمن رابعاً ما يخالف النظام العام وهو ما نوجزه تبعاً^(٣٧).

المجموعة الأولى: حالات البطلان التي تتعلق باتفاق التحكيم:

إن أساس حكم التحكيم هو اتفاق طرفي النزاع فلكي يصدر حكم التحكيم صحيحاً يجب أن يكون هذا الاتفاق صحيحاً وقائماً عند صدور الحكم، كما يجب أن يلتزم المحكم بحدود سلطاته المستمدة من هذا الاتفاق رعاية لمصالح الخصوم، وبالتالي وجوده يعتبر بياناً جوهرياً، ويترتب على عدم وجود الحكم ببطلان حكم التحكيم^(٣٨)، وتعتبر من حالات عدم وجود اتفاق تحكيم أو في حكم عدم الوجود إذا فصل حكم التحكيم في مسألة لا يشملها اتفاق التحكيم، وهذه الحالة من أسباب دعوى البطلان في حد ذاتها ويعتبر الاتفاق بشأنها غير موجودة^(٣٩).

(٣٧) انظر: د. أحمد أبو الوفا «التحكيم الاختياري والإجباري»، المرجع السابق، ص ٣١٦، د. فتحي والي «الوسيط في قانون القضاء المدني»، المرجع السابق، ص ٥٩٢، د. على سالم إبراهيم «ولاية القضاء على التحكيم»، المرجع السابق، ص ٣٦١، د. أشرف خليل حماد «التحكيم في المنازعات الإدارية»، المرجع السابق، ص ٢٣٢، د. محمد عبد النعيم «حدود الرقابة القضائية على التحكيم الداخلي في منازعات العقود الإدارية»، المرجع السابق، ص ١٩٤.

(٣٨) انظر: حكم محكمة النقض المصرية، الطعن رقم (٤٦٢٣)، لسنة ٦٦ ق، جلسة ١٩٩٨/١٢/١٨، مجموعة المكتب الفني، الجزء الثاني، ص ١٤٩٥، حكم محكمة استئناف القاهرة (دائرة ٩١ تجاري)، الدعوى رقم (٧٣)، لسنة ١٢٠ ق. تحكيم، جلسة ٢٠٠٤/١١/٢٩، مشار إليه في مولف د. فتحي الوالي «قانون التحكيم في النظرية والتطبيق»، المرجع السابق، ص ٥٧٤.

- د. عزمي عبد الفتاح «قانون التحكيم الكويتي»، المرجع السابق، ص ٢٦٢.
(٣٩) انظر: د. محمد محمد بدران «مذكرات في حكم التحكيم صياغته بطلانه حججه وتنفيذه»، دار النهضة العربية، سنة ١٩٩٩، ص ١٤٤ - ١٤٥، د. سيد أحمد محمود «دعوى بطلان حكم التحكيم»، المرجع السابق، ص ٢٥ - ٢٦.

وقد يكون اتفاق التحكيم موجوداً ولكنه باطل أو قابل للإبطال كأن لا يكون مكتوباً بحسب ما جاء في المادة (١٢) من قانون التحكيم المصري^(٤٠) أو كان شرط التحكيم باطلاً بحسب المادة (٢٣) من القانون السابق كأن يكون أحد طرفي التحكيم وقت إبرامه فاقدا للأهلية أو ناقصاً وفقاً للقانون الذي يحكم الأهلية أو لتخلف ركن من أركانه الأساسية، فإن ذلك يؤدي إلى بطلان العملية التحكيمية برمتها بما فيها حكم التحكيم^(٤١)، أو إذا تخلف شرط من شروط صحته أو وجد عيب فيه من عيوب الإرادة أو كان محل اتفاق التحكيم من المسائل التي لا يجوز التحكيم فيها لتعلقها بالنظام العام^(٤٢).

ويضاف إلى ذلك سقوط اتفاق التحكيم بانتهاء مدته، كأن يكون الاتفاق قد نص على أن تبدأ إجراءات التحكيم خلال مدة معينة في حالة قيام النزاع وانقضت هذه المدة قبل البدء بالإجراءات ويدخل في هذه الحالة إذا اتفقت الأطراف للاستفادة من الإجازة المقررة بالمادة (٤٥) من قانون التحكيم، والتي تقرر في أن يطلب أي منهما من رئيس المحكمة المشار إليها في المادة (٩)

(٤٠) انظر: المادة (١٢) من قانون التحكيم المصري رقم (٢٧) لسنة ١٩٩٤ التي تنص على أنه «يجب أن يكون اتفاق التحكيم مكتوباً وإلا كان باطلاً، ويكون اتفاق التحكيم مكتوباً إذا تضمنه محرر وقع الطرفان أو إذا تضمنه ما تبادله الطرفان من رسائل أو برقيات أو غيرها من وسائل الاتصال المكتوبة».

(٤١) انظر: المادة (٢٣) من قانون التحكيم رقم (٢٧) لسنة ١٩٩٤ التي تنص على أنه «يعتبر شرط التحكيم اتفاقاً مستقلاً عن شروط العقد الأخرى ولا يترتب على بطلان العقد أو فسخه أو إنهائه أي أثر على شرط التحكيم الذي يتضمنه، إذا كان هذا الشرط صحيحاً في ذاته».

(٤٢) انظر: د. ناصر عثمان «لدفع بالحصانة القضائية في مجال التحكيم»، رسالة دكتوراه، كلية الحقوق، جامعة أسيوط، سنة ٢٠٠٦، ص ٤٥٩ - ٤٦٠، د. حمزة أحمد الحنان «التحكيم في القوانين العربية»، منشورات الحلبي الحقوقية، سنة ٢٠٠٧، ص ٤٣٣، د. بليغ حمدي محمود «الدعوى ببطلان أحكام التحكيم»، دار الجامعة الجديدة، سنة ٢٠٠٧، ص ٣٤٦، د. محمد أحمد عبد النعيم «حدود الرقابة القضائية على التحكيم»، المرجع السابق، ص ٢٠١.

من هذا القانون بأن يصدر أمر بتحديد ميعاد إضافي، أو بإنهاء إجراءات التحكيم^(٤٣)، ورغم ذلك أصدرت هيئة التحكيم الحكم بعد انقضاء المدة المحددة، فيكون هذا الحكم قد صدر بناء على اتفاق تحكيم قد انقضى^(٤٤).

وكذلك إذا كان اتفاق الخصوم يتضمن تحديد القانون الواجب التطبيق على موضوع النزاع (قانون الإرادة) واستبعد حكم التحكيم تطبيقه فيمثل الاستبعاد هنا أحد أسباب الطعن بالبطلان على هذا الحكم، فالأصل المسلم به في مجال التحكيم أن القواعد التي يتفق الطرفان على تطبيقها على موضوع النزاع تمثل قانون الطرفين ومن ثم فإن استبعاد المحكم لها يعد سبباً لبطلان حكم التحكيم لأن القول بغير ذلك يفضي لإهدار إرادة الخصوم التي تمثل العمود الفقري لنظام التحكيم^(٤٥)، وتطبيقاً لذلك فقد أرسى القضاء

(٤٣) انظر: المادة (٤٥) من قانون التحكيم سالف الذكر التي تنص على أنه «على هيئة التحكيم إصدار الحكم المنهى للخصومة كلها خلال الميعاد الذي أُنقِضَ عليه الطرفان فإن لم يوجد اتفاق وجب أن يصدر الحكم خلال إثني عشر شهراً من تاريخ بدء إجراءات التحكيم وفي جميع الأحوال يجوز أن تقرر هيئة التحكيم مد الميعاد على ألا تزيد فترة المدة على ستة أشهر ما لم يتفق الطرفان على مدة تزيد على ذلك، وإذا لم يصدر حكم التحكيم خلال الميعاد المشار إليه في الفقرة السابقة جاز لأي من طرفي التحكيم أن يطلب من رئيس المحكمة المشار إليها المادة (٩) من هذا القانون، أن يصدر أمراً بتحديد ميعاد إضافي أو بإنهاء إجراءات التحكيم ويكون لأي من الطرفين عندئذ رفع دعواه إلى المحكمة المختصة أصلاً بنظرها».

(٤٤) انظر: د. حفيظة السيد لحداد «الموجز في النظرية العامة في التحكيم التجاري الدولي»، دار الفكر الجامعي، ص ٤١٩ - ٤٢٦، د. فتحي والي «قانون التحكيم في النظرية والتطبيق»، المرجع السابق، ص ٥٧٨، د. رضا السيد عبد الحميد «تدخل القضاء في التحكيم بالمساعدة والرقابة»، دار النهضة العربية، سنة ٢٠٠٧، ص ١١٨، د. محمد بدران «مذكرات في حكم التحكيم»، المرجع السابق، ص ١٤٦.

(٤٥) انظر: د. أحمد شرف الدين «سلطة القاضي المصري إزاء احكام التحكيم»، دار النسر الذهبي للطباعة، سنة ١٩٩٧، ص ٧٦ - ٧٧، د. حفيظة السيد لحداد «الطعن بالبطلان في أحكام التحكيم»، دار الفكر الجامعي، سنة ١٩٩٨، ص ١٧٧.

الفرنسي بهذا الصدد قاعدة مفادها أن المحكم يلتزم بالفصل في النزاع طبقاً لنصوص القانون الذي اختاره الخصوم، بحيث يكون مخالفاً لحدود مهمته متى استبعد نصوص هذا القانون وفصل في النزاع طبقاً لقواعد العدالة مما يستوجب إلغاء حكمه^(٤٦).

وقد أعمل القضاء المصري هذا السبب وقضى ببطلان أحكام التحكيم الصادرة فيهما بناء على استبعاد القانون الإداري المصري الواجب التطبيق، بدلاً من القانون المدني الذي طبقته هيئة التحكيم، نظراً لأن العقود المتنازع عليها تُعدّ عقوداً إدارية في مفهوم القانون المصري^(٤٧).

فالأصل في التحكيم هو التحكيم بالقانون، أي قيام هيئة التحكيم بالفصل في موضوع النزاع على مقتضى قواعد القانون، وإن خالفت ذلك، تعرض حكمها للبطلان وفقاً لما اتجهت إليه تشريعات الدول محل الدراسة، غير أن كافة هذه التشريعات قد أجازت للأطراف من جهة أخرى الاتفاق على إعفاء المحكم من التقيّد بقواعد القانون توصلًا للحل الذي يتطلبه العدل والإنصاف، ويستثنى من هذا الإعفاء القواعد المتعلقة بالنظام العام وهو ماسوف نقوم بتوضيحه لاحقاً.

(٤٦) انظر: C.A – paris, 4 fev 1966, Rev-arb, P.66.

(٤٧) انظر: حكم محكمة إستئناف القاهرة، (دائرة ٩١ تجاري)، الدعوى رقم (١٦)، لسنة ٩٤ ق. تحكيم، جلسة ١٩٩٥/١٢/٥ (وزير الدفاع المصري ضد شركة كرومالوى الأمريكية)، وحكمها من نفس الدائرة، الدعوى رقم (٨) لسنة ١١٥ ق. تحكيم، جلسة ١٩٩٩/٩/٧، (هيئة النقل العام ضد شركة ايتالورك الايكالية)، هذان الحكمين منشوران في المجلة اللبنانية للتحكيم العربي والدولي، العدد (١٧)، سنة ٢٠٠١، ص ٨٤.

د. حفيظة السيد الحداد «الرقابة القضائية على أحكام التحكيم بين الازدواجية والوحدة»، دار الفكر العربي، سنة ٢٠٠٠، ص ١٢٧، د. حفيظة السيد الحداد «الاتفاق على التحكيم وأثره على القانون الواجب التطبيق على العقود الدولية ذات الصبغة الإدارية»، بحث منشور بالمجلة اللبنانية للتحكيم التجاري العربي والدولي، العدد ٢٥، سنة ٢٠٠٣، ص ٦.

وعلى هذا النحو، فإن فكرة التحكيم الطليق تقوم في أساسها على إرادة الأطراف في منح المحكم سلطة استبعاد قواعد القانون لصالح قواعد العدالة والإنصاف، وقد أسلفنا القول في غير موضع في هذه الدراسة بأن نظام التحكيم يقوم في أساسه على إرادة الأطراف، فهذه الإرادة تعد بمثابة - فتيل - لوضع الحركة في نظام التحكيم، ودونها لا يتصور وجود تحكيم بالمعنى الفني الدقيق لهذا المصطلح.

وإذا كان المحكم يمارس وظيفة قضائية كتلك التي يباشرها القاضي، وبالتالي فإنه ملزم بأن يفصل في النزاع وفقاً لقواعد القانون، إلا أن معظم القوانين الداخلية، وكذلك الاتفاقيات الدولية^(٤٨)، وأيضاً لوائح مراكز التحكيم ذات الصبغة الدولية^(٤٩) قد أجازت له التحرر من التقييد بقواعد القانون، وأعطت له سلطة الفصل في النزاع بمقتضى قواعد العدالة والإنصاف طالما اتفق الأطراف على تخويله هذه السلطة.

فقد نصت المادة (١٤٧٤) من قانون الإجراءات المدنية الفرنسي في الباب المتعلق بالتحكيم الداخلي على أنه: «يفصل المحكم في النزاع وفقاً للقواعد القانونية، إلا إذا خول الأطراف إليه في اتفاق التحكيم مهمة الفصل فيه كمحكم طليق»^(٥٠).

(٤٨) انظر: على سبيل المثال: نص المادة (٣/٤٢) من اتفاقية واشنطن بشأن تسوية منازعات الإستثمار بين الدول ومواطني الدول الأخرى، المادة (٢/٧) من اتفاقية جنيف لعام ١٩٦١.

(٤٩) انظر: على سبيل المثال: نص المادة (٣/١٧) من قواعد تحكيم غرفة التجارة الدولية بباريس، والمادة (٢/٣٣) من قواعد تحكيم لجنة الأمم المتحدة للقانون التجاري الدولي لعام ١٩٧٦، والمادة (٢/٣٣) من قواعد تحكيم مركز القاهرة الإقليمي للتحكيم التجاري الدولي.

(٥٠) انظر المادة (١٤٧٤) من قانون الإجراءات المدنية الفرنسي: النص الأصلي باللغة الفرنسية كالتالي: "L'arbitre tranche le litige conformément aux règles de droit, à moins que, dans la convention d'arbitrage, les parties ne lui aient conféré mission de statuer comme amiable compositeur".

كما نصت المادة (١٤٩٧) من ذات القانون في الباب المتعلق بالتحكيم الدولي على أنه: «يفصل المحكم في النزاع كمحكم طليق إذا اتفق الأطراف على منحه هذه المهمة»^(٥١).

وفي ذات السياق تنص المادة (٤/٣٩) من قانوني التحكيم المصري والعماني على أنه: «يجوز لهيئة التحكيم - إذا اتفق طرفا التحكيم صراحة على تفويضها بالصلح - أن تفصل في موضوع النزاع على مقتضى قواعد العدالة والإنصاف دون التقيد بأحكام القانون».

وقد أقرت تشريعات دول مجلس التعاون الخليجي هذا الاتجاه^(٥٢)، فالمرشع القطري - على سبيل المثال - قد نص في المادة (١/١٩٨) من قانون المرافعات المدنية والتجارية على أنه: «يصدر المحكمون حكمهم غير مقيدين بإجراءات المرافعات المنصوص عليها في هذا القانون عدا ما نص عليه في هذا الباب، ويكون حكمهم على مقتضى قواعد القانون ما لم يكونوا مفوضين بالصلح»^(٥٣).

(٥١) انظر المادة (١٤٩٧) من قانون الإجراءات المدنية الفرنسي النص الأصلي باللغة الفرنسية كالتالي: "L'arbitre statue comme amiable compositeur si la convention des parties lui a conféré cette mission".

(٥٢) تنص المادة (١٦) من نظام التحكيم السعودي على أنه: «يصدر حكم المحكمين بأغلبية الآراء وإذا كانوا مفوضين بالصلح وجب صدور الحكم بالإجماع».

(٥٣) ومن الجدير بالذكر أن المادة (١٩١) من ذات القانون قد اشترطت ذكر أسماء المحكمين المفوضين بالصلح في اتفاق التحكيم أو في وثيقة لاحقة وإلا كان التحكيم باطلاً بطلاناً مطلقاً لتعلق الأمر بالنظام العام. ولقد جرى نص هذه المادة كالتالي: «لا يجوز تفويض المحكمين بالصلح، ولا الحكم منهم بصفة محكمين مصالحين، إلا إذا كانوا مذكورين بأسمائهم في الاتفاق على التحكيم أو في اتفاق مستقل»، وذات الاتجاه المادة (٢٠٥) من قانون الإجراءات المدنية لدولة الإمارات العربية المتحدة، فقد نصت على أنه: «لا يجوز تفويض المحكمين بالصلح إلا إذا كانوا مذكورين بأسمائهم في الاتفاق على التحكيم أو =

ومن الجلي على نصوص القوانين السابقة، وبخاصة تلك التي نظمت عملية التحكيم في المجال الدولي لم تفرد نصوصاً خاصة بشأن شرعية اللجوء إلى التحكيم الطليق، إذ أنها لم تربط بين القانون واجب التطبيق على الإجراءات أو على الموضوع وبين حرية الأطراف في منح المحكم سلطة الفصل في النزاع على مقتضى قواعد العدالة والإنصاف^(٥٤)، وهو الأمر الذي تطلبته المادة (٢/٧) من اتفاقية جنيف لعام ١٩٦١^(٥٥)، والمادة (٢/٣٣) من قواعد تحكيم لجنة الأمم المتحدة للقانون التجاري الدولي لعام ١٩٧٦^(٥٦).

وإذا كانت إرادة طرفي التحكيم - على هذا النحو - تعد مصدراً رئيسياً لاستبعاد قواعد القانون لصالح قواعد العدالة والإنصاف^(٥٧)، وأن المحكم

= في وثيقة لاحقة»، وفي القرب من هذا الاتجاه المادة (١٧٦) من قانون المرافعات المدنية والتجارية الكويتي والتي جرى نصها كالتالي: «لا يجوز التفويض للمحكمين بالصلح، ولا الحكم منهم بصفة محكمين مصالحين، إلا إذا كانوا مذكورين بأسمائهم في الاتفاق على التحكيم».

(٥٤) انظر: في هذا المعنى: Y. Derains, La sentence arbitrale, in droit et pratique de l'arbitrage international en France, art. préc., pp. 78-79.

(٥٥) تنص هذه المادة على أنه: «يفصل المحكم في النزاع كمحكم طليق إذا كانت تلك هي إرادة الأطراف، وإذا كان القانون الذي يسرى على التحكيم يجيزها».

(٥٦) تنص هذه المادة على أنه: «لا يجوز لهيئة التحكيم الفصل في النزاع على مقتضى مبادئ العدل والإنصاف، إلا إذا أجازها الطرفان في ذلك صراحة وكان القانون واجب التطبيق على إجراءات التحكيم يجيز هذا النمط من التحكيم»، وفي ذات السياق المادة (٢/٣٣) من قواعد تحكيم مركز القاهرة الإقليمي للتحكيم التجاري الدولي، حيث نصت على أنه: «لا يجوز لهيئة التحكيم الفصل في النزاع وفقاً لمبادئ العدل والإنصاف أو كمحكم غير مقيد بأحكام القانون إلا إذا كان الطرفان قد أجازا ذلك صراحة وكان القانون الواجب التطبيق على إجراءات التحكيم يجيز هذا النمط من التحكيم».

(٥٧) ويبرر بعض الفقهاء ضرورة تطلب موافقة الأطراف على منح المحكم سلطة الفصل في النزاع على مقتضى قواعد العدالة والإنصاف بالقول: «نظراً لخطورة ما يتمتع به المحكم من سلطات تتوقف على حسن أو سوء تقديره المطلق الذي يخضع بطبيعة الحال لمعايير =

ملزم دائماً باحترام تلك الإرادة، فهل يفهم من ذلك أن استبعاد المحكم لقواعد القانون يعد واجباً إلزامياً مفروضاً عليه أم أنه يعد مجرد رخصة مخولة له؟ ومن جهة أخرى، هل يجوز للمحكم - تحت اسم قواعد العدالة - التعرض لنصوص العقد وتعديل الالتزامات التعاقدية المفروضة على أحد الأطراف؟

أولاً: استبعاد المحكم لأحكام القانون الموضوعي أمر واجب أم مجرد رخصة ممنوحة له:

الأصل في التحكيم - كما سبق أن أشرنا - هو التحكيم بالقانون، أي الفصل في النزاع محل التحكيم على مقتضى قواعد القانون، فالمحكم بالقانون ملزم دائماً بتطبيق أحكام القانون الموضوعي على النزاع المطروح عليه ولا يضع في اعتباره قواعد العدالة^(٥٨).

ولقد أكدت تشريعات الدول محل الدراسة على هذا المعنى، إذ أنها اشترطت على المحكم - كقاعدة عامة - أن يقضي في النزاع محل التحكيم وفقاً لقواعد القانون^(٥٩).

= شخصية ترجع إلى تكوين المحكم وشخصيته وخلفيته الثقافية العامة، استلزم المشرع إعلان الأطراف إعلاناً صريحاً لا لبس فيه عن قصدهم تخويله هذه السلطة»، انظر د. محمود مختار أحمد بريري «التحكيم التجاري الدولي»، المرجع السابق، ص ١٤٠.

(٥٨) ونرى أنه إذا كان المحكم بالقانون، وكذلك القاضي يجب أن يضع في حسابه اعتبارات العدالة عندما يقضي في النزاع المطروح عليه، إلا أن ذلك لا يعني أنه ملزم بالفصل في النزاع على مقتضى قواعد العدالة والإنصاف.

(٥٩) انظر: الفقرة الأولى والثانية من المادة (٣٩) من قانوني التحكيم المصري والعماني، والمادة (٢/٢١٢) من قانون الإجراءات المدنية لدولة الإمارات العربية المتحدة، والمادة (٢/١٨٢) من قانون المرافعات المدنية والتجارية الكويتي، والمادة (١٩٨) من قانون المرافعات القطري، والمادة (٢/٢٣٧) من قانون الإجراءات المدنية والتجارية البحريني، =

وعلى هذا الأساس، فإنه في حالة التحكيم بالقانون يقع على عاتق المحكم واجب إلزامي بتطبيق أحكام القانون الموضوعي على النزاع، وإن خالف ذلك يقع الحكم الصادر عنه في دائرة البطلان وفقاً لما اتجهت إليه تشريعات الدول محل الدراسة.

بيد أن تلك التشريعات قد أجازت للمحكم - بناءً على إرادة الأطراف - التحرر من قواعد القانون للفصل في النزاع على مقتضى قواعد العدالة والإنصاف، وبالتالي فإن المحكم في هذا النمط من التحكيم يرتبط بتطبيق قواعد العدالة، الأمر الذي يثير التساؤل عن مدى جواز قيام المحكم الطليق بإعمال قواعد القانون الموضوعي على الرغم من اتفاق الأطراف على تطبيق قواعد العدالة، وبمعنى آخر هل يعد استبعاد المحكم لقواعد القانون أمر واجب، أم مجرد مكنة أو رخصة ممنوحة له إن شاء استعملها وإن شاء تركها طالما تحققت الغاية وهي تحقيق العدالة؟

باستقراء النصوص القانونية للدول محل الدراسة تبين أنها لم تتعرض للإجابة على هذا التساؤل سواء صراحة أم ضمناً، وإنما اكتفت فقط بمجرد الإشارة إلى إمكانية تخويل الأطراف للمحكم سلطة استبعاد قواعد القانون، والفصل في النزاع وفقاً لقواعد العدالة، غير أنه يكاد ينعقد إجماع الرأي في الفقه والقضاء الفرنسيين على أن المحكم الطليق يستطيع أن يطبق قواعد القانون الموضوعي إذا حملت نصوصه - من وجهة نظره - حلاً عادلة للنزاع.

= وكذلك نص الفقرة الأولى والثانية من المادة (٢٨) من المرسوم بالقانون رقم (٩) لسنة ١٩٩٤ بإصدار قانون التحكيم الدولي البحريني، والمادة (٣٩) من اللائحة التنفيذية لنظام التحكيم في المملكة العربية السعودية، والمادتين (١٤٧٤)، (١٤٩٦) من قانون الإجراءات المدنية الفرنسي.

فقد ذهب الفقه إلى القول بأن: «المحكم يملك القدرة على تطبيق القانون إذا اعتبر صراحة أنه يتوافق مع الحلول العادلة للنزاع، فالمحكم - في حالة التحكيم الطليق - يكون قد أنجز مهمته بالكامل إذا تطابقت الحلول التي أعطاها للنزاع مع اعتبارات العدالة»^(٦٠).

ويتلاقى هذا الرأي مع الأحكام الصادرة عن القضاء الفرنسي ومن ذلك: حكم محكمة استئناف باريس الصادر بتاريخ ١٥ من مارس عام ١٩٨٤ إذ قضت بأن: «محكمة التحكيم تملك القدرة على الإحالة إلى هذه القواعد [قواعد القانون] في النطاق الذي يكون جديراً بإعطاء النزاع الحل الأكثر صحة»^(٦١).

وأيضاً الحكم الصادر عن ذات المحكمة بتاريخ ١٨ من ديسمبر عام ١٩٩٢ حيث أكدت على أن: «غياب الإحالة الصريحة على قواعد العدالة

(٦٠) وفي هذا الصدد يذكر:

«Toutefois, l'unanimité se retrouve pour dire que l'amiable compositeur a la faculté d'appliquer le droit lorsqu'il considère expressément qu'il correspond à une solution équitable ; en effet, l'arbitre a alors parfaitement effectué sa mission de vérification de la conformité de sa solution à l'équité».

- Ch. Jarroson, note sous C. Cass. 2e ch.c, 18 octobre 2001, SARL sté grenobl-oise d'investissement c/ sté Eurovia et autres, Rev.arb. 2002., p. 359., spéc, p. 364.

وفي نفس المعنى:

- Ch. Seraglini, La sentence arbitrale. Amiable compositeur: prière de ne pas oublier d'apposer la mention << équitable >>, JCP 2004., éd G, p. 501., spéc, p. 501.

- D. Vidal, Droit français de l'arbitrage commercial international, Gualino éditeur 2004., p. 245.

- E. Loquin, Pouvoirs et devoirs de l'amiable compositeur. A propos de trois arrêts de la cour d'appel de Paris, Rev.arb. 1985., p. 199., spéc, p. 222.

- M. Huys, G. Keutgen, op.cit., p. 569.

(٦١) ولقد وردت عبارات الحكم كالتالي:

«(...) le tribunal arbitral avait la faculté de se référer à ces règles dans la mesure où il les jugeait propres à donner au litige la solution la plus juste».

Paris 1re ch.suppl, 15 mars 1984, sté Soubaigne c/ sté Limmareds Skogar, Rev.arb. 1985., p. 285., note E. Loquin p. 199.

لا تشكل في حد ذاتها إنكاراً لسلطة المحكم الذي يلي مهمة التحكيم الطليق، منذ اللحظة التي - كما في الحالة الماثلة - يكون قد أخذ في اعتباره قواعد العدالة في تقدير مختلف المعايير المحددة بواسطة القانون لتحديد القيمة الإيجارية لمحل مزاولة شركة لنشاطها، علاوة على أن تطبيق هذه المعايير كان الهدف منها الوصول إلى حل يكون أكثر قرباً بقدر الإمكان إلى تحقيق العدالة»^(٦٢).

وهكذا يتضح مما سبق أن طبيعة المهمة الموكلة للمحكم بشأن استبعاد قواعد القانون هي رخصة أو قدرة ممنوحة له يستطيع إعمالها أو تركها طالما أعطى الأساس لتوافق هذه القواعد مع اعتبارات العدالة^(٦٣)، فالأطراف وإن منحوا للمحكم مهمة الفصل في النزاع على مقتضى قواعد العدالة، فإن ذلك لا يمنعه من تطبيق قواعد القانون إذا وجد ذلك عدلاً وإنصافاً شريطة أن يبين في حكمه توافق هذه القواعد مع اعتبارات العدالة وإلا تعرض حكمه

(٦٢) ولقد وردت عبارات الحكم كالتالي:

«Considérant que le défaut de référence expresse à l'équité ne peut, à lui seul, caractériser une méconnaissance de sa mission par l'arbitre investi du pouvoir d'amiable compositeur dès lors que, comme en l'espèce, celui-ci a tenu compte de l'équité dans l'appréciation des différents critères définis par la loi pour déterminer la valeur locative des locaux et en particulier de l'objet de l'association Siona, alors, au surplus, que l'application de ces critères a pour finalité d'aboutir à une solution qui soit la plus proche possible de l'équité».

- Paris 1re ch.c, 18 décembre 1992, Mouvement Siona c/ J. Reinhold, Rev.arb. 2001., p. 147., note Ch. Jarrosson., p. 5., spéc, n° 3, 43 et 47.

وفي ذات المعنى انظر:

- Paris 1re ch.suppl, 20 janvier 1989, sté Phocéenne de Dépôt (S.P.D.) c/ sté Dépôts pétroliers de Fos (D.P.F.), Rev.arb. 1989., p. 280 (2e esp.), note L. Idot.

- E. Loquin, Les pouvoirs des arbitres internationaux à la lumière de l'évolution : انظر (٦٣) récente du droit de l'arbitrage international, JDI 1983., p. 293., spéc, p. 316.

- Horatia Muir Wat, Private International Law and Global Governance 1 ed, 2014, P.70.

للبطلان، وهذا ما انتهت إليه محكمة النقض الفرنسية في حكمها الصادر بتاريخ ١٥ من فبراير عام ٢٠٠١^(٦٤).

ثانياً: سلطة المحكم الطليق إزاء نصوص العقد:

أوضحنا في الموضوع السابق أن تشريعات الدول محل الدراسة قد أجازت للمحكمين الخروج على أحكام القانون، والاهتداء فقط بما يرونه محققاً للعدالة، فإن ذلك يقودنا إلى التساؤل عن مدى إمكانية امتداد هذه السلطة إلى العقد، فهل يجوز للمحكم الطليق الخروج على أحكام العقد وعدم التقيد بنصوصه حرفياً بحيث يستطيع مثلاً أن يخفف من بعض الالتزامات المفروضة على أحد الطرفين، أو أن يزيد الحقوق المعطاة للآخر طالما رأى في ذلك تحقيقاً للعدالة؟

تنص المادة (٢٨) من القانون النموذجي للتحكيم التجاري الدولي على أنه: «١ - تفصل هيئة التحكيم في النزاع وفقاً لقواعد القانون (.....) ٣ - لا يجوز لهيئة التحكيم الفصل في النزاع على أساس ودي إلا إذا أجاز لها الطرفان ذلك صراحة. ٤ - في جميع الأحوال، تفصل هيئة التحكيم في النزاع وفقاً لشروط العقد (.....)».

هذا الاتجاه الذي تبناه القانون النموذجي، وتأثر به كل من المشرع

(٦٤) ولقد وردت عبارات الحكم كالتالي:

«Attendu que, pour déclarer irrecevable le recours en annulation contre la sentence arbitrale l'arrêt retient que, si l'amiable compositeur peut s'affranchir de la règle de droit, il n'en a pas l'obligation ; Qu'en statuant ainsi, alors qu'elle constatait que les arbitres, statuant comme amiable compositeurs, s'étaient prononcés sur la demande d'annulation exclusivement par application des règles de droit, sans s'expliquer sur la conformité de celle-ci à l'équité, ce qu'exigeait la mission qui leur avait été conférée, la cour d'appel a violé les textes susvisés [articles 1474 et 1484 du NCPC]».

- C. Cass. 2e ch.c, 15 février 2001, Halbout et sté Matenec HG c/ Epoux Hanin, Rev.arb. 2001., p. 135 (1er esp), note E. Loquin.

البحريني^(٦٥)، والمصري والعماني^(٦٦)، يفرض على المحكم سواء كان محكماً بالقانون أو محكماً طليقاً احترام شروط العقد التي سبق أن اتفق عليها طرفاه. وهذا ما أكدت عليه أيضاً بعض أحكام التحكيم الصادرة عن غرفة التجارة الدولية بباريس، ومن ذلك الحكم الصادر عام ١٩٨١، إذ قضت محكمة التحكيم بأن: «اللجوء إلى التحكيم الطليق لا يسمح لمحكمة التحكيم بالخروج عن إطار النزاع، أو أن تجري مراجعة للعقد»^(٦٧).

وإذا كانت القاعدة - على هذا النحو - قوامها عدم جواز تعرض المحكم لنصوص العقد، فإنه ينبغي التخفيف من حدة هذه القاعدة بالاعتراف له بسلطة تخفيف تبعات بعض الشروط التعاقدية، ذلك أنه إذا كانت الغاية

(٦٥) انظر: نص المادة (٢٨) من المرسوم بالقانون رقم (٩) لسنة ١٩٩٤ بإصدار قانون التحكيم الدولي البحريني.

(٦٦) انظر: نص المادة (٣٩) من قانوني التحكيم المصري والعماني.

وفي هذا الصدد قضت المحكمة التجارية بسلطنة عمان في حكمها الصادر بتاريخ ١٩ من أكتوبر عام ١٩٩٨ بأن: «وحيث إنه عن موضوع دعوى البطلان فإن المادة (٥٣) من قانون التحكيم قد عدت الأحوال التي تقبل فيها هذه الدعوى ومن بينها ما ورد في الفقرة (د) منها وهي حالة ما - إذا استبعد حكم التحكيم تطبيق القانون الذي اتفق الأطراف على تطبيقه على موضوع النزاع - وهي الحالة التي استند إليها المدعى في طلبه الحكم ببطلان قرار المحكم المطعون فيه، ومن المعروف أن استبعاد تطبيق العقد المبرم بين الطرفين يتساوي مع استبعاد تطبيق القانون المتفق عليه باعتبار أن العقد شريعة المتعاقدين، لما كان ذلك وكان الثابت بحكم المحكم المطعون فيه أنه لم يطبق الاتفاقية المبرمة بين الطرفين فإن الحكم المطعون فيه يكون مشوباً بالبطلان» الدعوى رقم (٩٨/٢)، جلسة ١٩/١٠/١٩٩٨، مجموعة القواعد القانونية التي قررتها المحكمة التجارية في عامها القضائي الخامس عشر، سنة ١٩٩٨ - ١٩٩٩، تصدرها المحكمة بمناسبة الاحتفال بالعيد الوطني التاسع والعشرين، ص ١٩٥.

(٦٧) ولقد وردت عبارات الحكم كالتالي:

«Que toutefois le recours à l'amicable composition ne saurait autoriser le tribunal arbitral ni à sortir du cadre du litige (...), ni enfin à procéder à une révision du contrat c'est-à-dire se substituer aux parties pour renégocier le contrat».

- Sentence CCI n° 3327, 1981, JDI 1982., p. 971., obs. Y. Derains.

الأساسية التي تسعى فكرة التحكيم الطليق إلى تحقيقها هي الوصول إلى حلول عادلة للنزاع دون التقيد بأحكام القانون الموضوعية غير تلك المتعلقة بالنظام العام، فإنه لا يوجد ما يمنع من امتداد هذه السلطة إلى نصوص العقد طالما أنه وليد إرادة الأطراف شريطة عدم قلب اقتصادياته رأساً على عقب أو القضاء على خلاف الإرادة المشتركة للأطراف.

فقد قررت محكمة استئناف باريس في حكمها الصادر بتاريخ ٢٧ من فبراير عام ١٩٩٧ بأن المحكم الطليق لا يستطيع انتهاك العقد الذي يرتبط به الأطراف، فليس له أن يعدل من طبيعته أو أن يحدّ من مداه^(٦٨).

كما قررت محكمة التحكيم التابعة لغرفة التجارة الدولية بباريس في حكمها الصادر عام ١٩٧٧ بأن: «المحكم الطليق لا يملك إجراء توازن تعاقدى جديد»^(٦٩).

وبالتالي فإن المحكم - في ظل التحكيم الطليق - ينبغي أن يملك سلطة تعديل تبعات بعض شروط العقد، غير أن هذه السلطة ليست مطلقة بحيث لا يجوز قلب اقتصادياته رأساً على عقب، فليس للمحكم أن يستبدل الالتزامات التعاقدية بالتزامات أخرى، أو أن يخلق التزامات جديدة غير

(٦٨) ولقد وردت عبارات الحكم كالتالي:

«Si le tribunal arbitral, amiable compositeur a mission de statuer en équité, il ne peut cependant porter atteinte au contrat liant les parties dont il ne peut modifier ni la nature ni l'étendue».

- Paris, 27 février 1997, sté Cardif Vie et sté Valeur Pierre Epargne c/ sté France Kléber, inédit, cité par E. Loquin, obs. sous Paris 1re ch.c, 28 novembre 1996, sté CN France c/ sté Minhal France, Rev-arb. 1997., p. 380., spéc, p. 391.

(٦٩) ولقد وردت عبارات الحكم كالتالي:

«(.....) même en leur qualité d'amiable compositeurs (.....) il n'appartient pas aux arbitres de procéder à un nouvel équilibre contractuel (.....).

- Sentence CCI n° 2694, 1977, JDI 1978., p. 985., obs. Y. Derains.

مطابقة لإرادة الأطراف، أو أن يقضي على خلاف الإرادة المشتركة للأطراف ومثال ذلك: أن يقضي المحكم بفسخ عقد مقاوله بدلاً من أن يلزم المقاول بتسليم ما تبقى من أعمال يسيرة بالرغم من تمسك الطرفين بالعقد وعدم مطالبة أي منهما بفسخه.

وهذا ما اعتمده القضاء الفرنسي في العديد من أحكامه الصادرة في هذا الشأن، نذكر منها: الحكم الصادر عن محكمة استئناف باريس بتاريخ ٢٨ من نوفمبر عام ١٩٩٦ إذ قضت: «شرط التحكيم الطليق عبارة عن تنازل اتفاقي لآثار ومميزات قاعدة قانونية، فالأطراف يفقدون امتياز التطبيق الضيق لهذه القاعدة ويستقبل المحكمون - على أثر ذلك - سلطة تعديل أو تخفيف تبعات الشروط التعاقدية متى كانت العدالة أو المصلحة المشتركة للأطراف تتطلب ذلك»^(٧٠).

(٧٠) ولقد وردت عبارات الحكم كالتالي:

«La clause d'amiable composition est une renonciation conventionnelle aux effets et au bénéfice de la règle de droit, les parties perdant la prérogative d'en exiger la stricte application et les arbitres recevant corrélativement le pouvoir de modifier ou de modérer les conséquences des stipulations contractuelles dès lors que l'équité ou l'intérêt commun bien compris des parties l'exige».

- Paris 1re ch.c, 28 novembre 1996, sté CN France c/ sté Minhal France, Rev.arb. 1997., p. 380., note E. Loquin.

وفي ذات الاتجاه حسب الترتيب الزمني لصدور الأحكام:

- Paris 1re ch.suppl, 14 Janvier 1974, S.A. Les Films Montsouris c/ sté Consortium Pathé, Rev.arb. 1977., p. 281., note J. Robert.

- Paris 1re ch.suppl, 6 janvier 1984, sté Langlois et Cie c/ G.I.E. Taconet Mac Lean et Taconet, Rev.arb. 1985., p. 279., note E. Loquin, p. 199.

- Paris 1re ch.suppl, 12 mars 1985, sté Intrafor et Subtec Middle East Company c/ J.C. Gagnant et autres, Rev.arb. 1985., p. 299., note E. Loquin, p. 199.

- C. Cass. 1re ch.c, 28 avril 1987, Dame Krebs (Czerefkow) c/ Milton Stern, Rev.arb. 1991., p. 345., obs. J.H.M. et C.V.

- Paris 1re ch.suppl, 6 mai 1988, sté Unijet S.A. c/ S.A.R.L. International Business Relations Ltd (I.B.R.), Rev.arb. 1989., p. 83., note E. Loquin.

وأيضاً الحكم الصادر عن ذات المحكمة بتاريخ ٤ من نوفمبر عام ١٩٩٧ إذ قضت: «تؤسس مهمة المحكم الطليق على تنازل يصدر عن الأطراف بشأن التمسك بالتنفيذ الدقيق للحقوق التي تتعلق بالعقد، وتتيح له - بصفة خاصة - سلطة تخفيف الآثار المتولدة عن العقد، بحثاً عن حل منصف وعادل، مستبعداً احتياجات تطبيق بعض الحقوق المتولدة عن الاتفاق، مع التحفظ بالألا يغير من اقتصاديات العقد بأن يقيم التزامات جديدة محل الالتزامات التعاقدية، وأن لا يستجيب للنية المشتركة للأطراف»^(٧١).

ومن الجدير بالذكر أن سلطة المحكم الطليق في تعديل أو تخفيف تبعات بعض الشروط التعاقدية تتشابه مع تلك الممنوحة للقاضي الوطني بمقتضى بعض النصوص القانونية الداخلية، كما هو الحال في القانون المدني المصري بالنسبة لعقود الإذعان (م ١٤٩)، وفي حالات القوة القاهرة والظروف الطارئة (م ٢/١٤٧)، وفي حالة المبالغة في قيمة التعويض الاتفاقي أو الشرط الجزائي (م ٢/٢٢٤).

-
- Paris 1re ch.suppl, 19 avril 1991, sté Parfums Stern France c/ CFFD et autre, Rev.arb. = 1991., p. 673., obs. E. Loquin.
 - Paris 1re ch.suppl, 31 mai 1991, sté Scoa c/ sté Cuisine de la mer, Rev.arb. 1992., p. 669., obs. J.H. Moitry.
 - Paris 1re ch.c, 13 février 2003, Diallo c/ Andrieu, Rev.arb. 2004., p. 311 (2e esp)., note J.-B. Racine.

(٧١) ولقد وردت عبارات الحكم كالتالي:

«La mission d'amiable compositeur, qui a pour fondement la renonciation des parties à se prévaloir d'une exécution stricte des droits qu'elles tiennent du contrat, donne à l'arbitre le pouvoir notamment de modérer les effets du contrat dans la recherche d'une solution juste et conforme à l'équité en écartant au besoin l'application de certains droits nés de la convention, sous réserve de ne pas en modifier l'économie en substituant aux obligations contractuelles des obligations nouvelles ne répondant pas à l'intention commune des parties».

- Paris 1re ch.c, 4 novembre 1997, sté Taurus Films c/ SARL Les Films du jeudi, Rev.arb. 1998., p. 704., obs. Y.D.

وعلى هذا الأساس، يمكن القول إن منح المحكم سلطة الفصل في النزاع وفقاً لقواعد العدل والإنصاف تخول له حق تفسير وتخفيف حدة بعض الشروط التعاقدية شريطة ألا يقلب اقتصاديات العقد رأساً على عقب، فله أن يفسر شروط عقد البيع مثلاً ويخفف من بعض الالتزامات المفروضة على أحد الطرفين^(٧٢)، ولكنه لا يملك أن يستبدل الالتزامات التعاقدية بالالتزامات أخرى، أو أن يخلق التزامات جديدة، كما لا يملك سلطة تكييفه والتعامل معه بوصفه عقد إيجار مثلاً^(٧٣)، علاوة على ضرورة احترامه لقواعد النظام العام كما سوف نقوم بتوضيحه فيما بعد.

المجموعة الثانية: حالات البطلان التي تتصل بخصوصية التحكيم:

قد تشكل هيئة التحكيم على وجه مخالف للقانون أو اتفاق الأطراف، كأن تكون هيئة التحكيم قد شكلت من عدد زوجي بالمخالفة لقاعدة وترية عدد المحكمين كما حددها القانون وإذا لم يتوفر في المحكم ما يجب توافره من شروط لقبوله مهمة التحكيم كأن يكون قاصراً أو محجوراً عليه أو محروماً من حقوقه المدنية بسبب الحكم عليه في جنابة أو جنحة، أو إذا لم يصفح عند قبوله لمهمته عن أية ظروف تثير الشك حول عدم استقلاله أو عدم حيادته، أو إذا لم ينح المحكم الذي طلب رده من صاحب الشأن، أو إذا اتفق الأطراف على وسيلة معينة لاختبار المحكمين ولم تتبع هذه الوسيلة..... إلخ^(٧٤).

(٧٢) انظر: E. Loquin, Les pouvoirs des arbitres internationaux à la lumière de l'évolution récente du droit de l'arbitrage international, JDI 1983., p. 293., spéc, pp. 343 et s.

- Horatia Muir Wat, Private International Law and Global Governance, 2013. Op. cit. p71.

(٧٣) انظر: د. محمود مختار أحمد بري «التحكيم التجاري الدولي»، المرجع السابق، ص ١٤١.

(٧٤) انظر: د. محمد نور شحاتة «الرقابة على أعمال المحكمين»، دار النهضة العربية، سنة ١٩٩٣،

ص ٣١٧، د. ماهر محمد صالح عبد الفتاح «اتفاق وحكم التحكيم في التجارة الدولية»، =

وتحرص تشريعات التحكيم على تقرير مبدأ أساسي في المرافعة التحكيمية، وهو ضرورة احترام حقوق الدفاع أو المواجهة كما هو مقرر في الدعوى القضائية، فالمحكم عندما يقوم بمهمته المستمدة من اتفاق طرفي التحكيم يعد بمثابة قاض يؤدي ذات الوظيفة عند الفصل في النزاع المعروض عليه، فلا بد له أن يسمح لكل طرف إبداء دفاعه، ولكن إذا تعذر على أحد طرفي التحكيم تقديم دفاعه لأي سبب خارج عن إرادته، وصدر حكم التحكيم على الرغم من عدم تقديم هذا الطرف لدفاعه أو عدم تعقيب المدعى عليه على دفاع المدعى، ففي ذلك مساس بمبدأ المساواة بين الأطراف، فالحكم الصادر يطعن عليه بالبطلان^(٧٥).

وبذلك اعتبرت الواجهة من القواعد الإلزامية للدعوى وبمقتضاها يجب أن يتمكن كل فريق من المناقشة والمدافعة عن الوقائع والأسباب في مواجهة خصمه، إلا أن تسبب الحكم والمنطق القانوني الذي يعتمده المحكمون لا يخضع للواجهة^(٧٦).

= رسالة دكتوراه، كلية حقوق، جامعة القاهرة، سنة ٢٠٠٤، ص ٥١٠، د. أحمد السيد الصاوي «التحكيم طبقاً للقانون رقم (٢٧) لسنة ١٩٩٤ وأنظمة التحكيم الدولية»، دار النهضة العربية، سنة ٢٠٠٢، ص ٢٣٦، د. محمود مختار بري «التحكيم التجاري الدولي»، المرجع السابق، ص ٢٤٤.

(٧٥) انظر: د. أكثم الخولي «الاتجاهات العامة في قانون التحكيم المصري الجديد»، ورقة عمل مقدمة إلى مؤتمر التحكيم الذي نظمه مركز القاهرة الإقليمي للتحكيم التجاري الدولي، في الفترة من ١٢ - ١٣ سبتمبر ١٩٩٤، ص ٢٢، د. أحمد السيد الصاوي «التحكيم طبقاً للقانون رقم (٢٧) لسنة ١٩٩٤»، المرجع السابق، ص ١١٤.

- Gohin (O) " Les principes directeurs du process administratif en droit francais", R.D.P, 2005, P.172-181.

- Alexander claudio "La maitries du temps en droit processual", jurisdoctoria, n3, 2009, 24.

(٧٦) انظر: C.A de paris, 2 mars 2006, Fashion Box Group SPA C/ AJ Heelstone LLC, Rev-arb., = 2006, p. 733.

بيد أنه لا يكفي مجرد الإدعاء بحدوث إخلال بحقوق الدفاع أو مبدأ المواجهة للقضاء ببطلان حكم التحكيم، وإنما يتعين على الخصم إقامة الدليل على ما يدعيه بحيث لا يقبل من الخصوم أن يستند في دعواه أي الأقوال المرسلة بعد احترام حقوق الدفاع^(٧٧)، وهو ما يعتنقه القضاء الفرنسي الذي ينظر إلى أن هذا السبب من أسباب الطعن بالبطلان بشئ من المرونة بالنظر إلى النشأة الاتفاقية للتحكيم، فضلاً عن اختلاف اللغة التي يدار بها التحكيم واختلاف الأنظمة الإدارية لتقديم الأدلة وغيرها^(٧٨)، وهو ذات الوضع في مصر طبقاً للمستقر عليه، حيث تشكل مخالفة حقوق الدفاع سبباً للطعن بالبطلان على أحكام التحكيم شريطة إثبات الخصم لما يدعيه بهذا الصدد^(٧٩).

ويتمتع قضاء الدولة المختص بالرقابة على حكم التحكيم بسلطة تقديرية في تقييم الفترات المحددة لإبداء الدفاع مع التشدد في تلك الرقابة، فهو لا يقبل إبطال حكم التحكيم إلا إذا ثبت أن المدة الممنوحة للطرف لم تكن كافية في أن يقدم دفاعه بشكل مفيد، ولا تتوفر هذه الحالة إذا كان مدعى البطلان قد أعطى الحق بتقديم دفاعه ومستنداته أمام

= د. عبد الحميد الأحذب «إجراءات التحكيم»، بحث مقدم إلى المؤتمر العلمي السنوي السادس عشر، مؤتمر التحكيم التجاري الدولي بعنوان (أهم الحلول البديلة لحل المنازعات التجارية) الذي نظمه مركز الإمارات للدراسات والبحوث الاستراتيجية، كلية الحقوق، جامعة الإمارات العربية المتحدة في الفترة من ٢٨ - ٣٠/٤/٢٠٠٨، ص ١٤.

(٧٧) انظر: Fouchard (Ph) et autres "Traite de l'arbitrage", op.cit, P.416.

(٧٨) انظر: Jone Francois, L'originalité du droit français de l'arbitrage au regard du droit comparé, r I d c 2004, P.137.

(٧٩) انظر: د. بليغ حمدي محمود «الدعوى ببطلان أحكام التحكيم»، المرجع السابق، ص ٤٠٩، د. عزمي عبد الفتاح «قانون التحكيم الكويتي، المرجع السابق، ص ٣٦٩، د. محمد أحمد عبد النعيم «حدود الرقابة القضائية على التحكيم»، المرجع السابق، ص ٢١١.

هيئة التحكيم ولكنه لم يفعل حتى لو لم يعلن إجراءات دعوى التحكيم إعلاناً قانونياً صحيحاً^(٨٠).

وللحدّ من حالات بطلان حكم التحكيم وعدم النظر إلى نص الفقرة (ز) من المادة (٥٣) من قانون التحكيم المصري كنص عام، وحصر حالات البطلان في الحالات المحددة التي نصت عليها البنود السابقة على هذه الفقرة، قضت محكمة استئناف القاهرة برفض دعوى البطلان، لأن الإخلال بحق الدفاع لا يندرج في أي من حالات البطلان التي أجازها المشرع على سبيل الحصر في المادة (٥٣) من قانون التحكيم^(٨١).

المجموعة الثالثة: حالات البطلان التي تتعلق بإجراءات التحكيم التي أثرت في الحكم:

أكد المشرع هذه الحالات في قانون التحكيم المصري والتي تنص على أنه «لا تقبل دعوى بطلان حكم التحكيم إلا في الأحوال التالية.....(ز) إذا وقع بطلان حكم التحكيم أو كانت إجراءات التحكيم باطلة بطلاناً أثر في الحكم»^(٨٢).

(٨٠) انظر: حكم محكمة استئناف القاهرة، (دائرة ٩١ تجاري)، الدعوى رقم (١١)، لسنة ١٢٠ ق. تحكيم، جلسة ٢٩/٦/٢٠٠٣، مشار إليه الحكم لدى د. أشرف خليل حماد «التحكيم في المنازعات الإدارية»، المرجع السابق، ص ٢٣٩.
- د. حفيظة السيد الحداد «الموجز في النظرية العامة في التحكيم التجاري الدولي»، المرجع السابق، ص ٤٧٦.

(٨١) انظر: حكم محكمة استئناف القاهرة، (دائرة ٩١ تجاري)، الدعوى رقم (٦)، لسنة ١٢٣ ق. تحكيم، جلسة ٢٧/٢/٢٠٠٧، مشار إلي الحكم لدى د. فتحي والي «دور القضاء المصري في الحد من دعاوى بطلان أحكام التحكيم دراسة نقدية»، ورقة عمل مقدمة إلى المؤتمر الدولي عن (الدور الفعال للقضاء في التحكيم)، الذي نظمه مركز القاهرة الإقليمي للتحكيم التجاري الدولي، في الفترة من ١٩ - ٢١ نوفمبر ٢٠٠٧، مدينة شرم الشيخ، ص ٣٧.
(٨٢) انظر: المادة (٥٣/١) (ز) من قانون التحكيم المصري رقم ٢٧ لسنة ١٩٩٤ التي تنص على أنه «لا تقبل دعوى بطلان حكم التحكيم إلا في الأحوال التالية.....(ز) إذا وقع بطلان حكم التحكيم أو كانت إجراءات التحكيم باطلة بطلاناً أثر في الحكم».

وتطرح هذه المادة فرضيتين يجب التفرقة بينهما، الفرض الأول يتعلق ببطلان حكم التحكيم ذاته، الفرض الثانى يتعلق ببطلان حكم التحكيم نظراً لبطلان إجراءات التحكيم ذاتها على نحو أثر في الحكم^(٨٣).

الفرض الأولى: إذا وقع بطلان في حكم التحكيم ذاته:

ويتحقق ذلك إذا صدر حكم التحكيم دون مداولة من هيئة التحكيم، ويمثل ذلك انتهاكاً لحقوق الدفاع ولمبدأ المواجهة وللمصالح المباشرة للأطراف في الدعوى^(٨٤)، أو إذا صدر الحكم خالياً من البيانات الجوهرية التي يترتب على تخلقها البطلان، كأن يكون الحكم غير مسبب، أو إذا تضمن أسباباً متناقضة كأن يكون الحكم قد إستند إلى أفكار قانونية مختلفة ومتناقضة، أو إذا لم يشتمل على أسماء الخصوم والمحكمين وبياناتهم الأساسية وجنسياتهم وعناوينهم وصفاتهم..... إلخ^(٨٥).

(٨٣) انظر: د. رضا السيد عبد الحميد «مسائل في التحكيم»، دار النهضة العربية، سنة ٢٠٠٣، ص ١٣٤، د. فتحي والي «قانون التحكيم في النظرية والتطبيق»، المرجع السابق، ص ٥٩٢، د. محمد أحمد عبد النعيم «حدود الرقابة القضائية على التحكيم الداخلي في منازعات العقود الإدارية»، المرجع السابق، ص ٢١٤.

(٨٤) انظر: د. ممدوح عبد العزيز العنزي «بطلان القرار التحكيمي التجاري الدولي»، منشورات الحلبي الحقوقية، لبنان، سنة ٢٠٠٦، ص ١٦١، د. برهان أمر الله «حكم التحكيم»، المرجع السابق، ص ١٣٧.

- حكم محكمة استئناف القاهرة في القضية التحكيمية رقم ١٩ لسنة ١٩٩٤، بتاريخ ١٩٩٥/١٢/٢٠، حكم غير منشور.

- حكم محكمة استئناف القاهرة، (دائرة ٩١ تجاري)، الدعوى رقم ٤٧ لسنة ١١٩ ق. تحكيم، جلسة ٢٠٠٣/٦/٢٩، مشار إلى الحكم لدى: د. فتحي والي «قانون التحكيم بين النظرية والتطبيق»، المرجع السابق، ص ٥٩.

(٨٥) انظر: د. عزمي عبد الفتاح «قانون التحكيم الكويتي»، المرجع السابق، ص ٤٧، د. علي بركات «الطعن في أحكام التحكيم»، المرجع السابق، ص ٨٧، د. بليغ حمدي محمود «الدعوى ببطلان أحكام التحكيم الدولية»، المرجع السابق، ص ٤١٩، د. محمد أحمد =

الفرض الثانية: تتعلق ببطلان حكم التحكيم نظرا لبطلان إجراءات التحكيم ذاتها على نحو أثر في الحكم:

ويتحقق ذلك إذا وجد عيب في إجراءات خصومة التحكيم أدى إلى بطلانها وأن هذا البطلان أثر في الحكم، ولكن لا يعني ذلك أن أي بطلان في الإجراءات سوف يؤثر بالضرورة على الحكم فالعبرة بمدى تحقيق الإجراء لغايته من عدمه، وذلك وفقا للقواعد في قانون المرافعات^(٨٦).

ومن ذلك عدم توافر الحد الأدنى من الضمانات المقررة للخصوم، مثل الإخلال بحق الدفاع والمساواة بين الخصوم، فإذا تمت إجراءات الإعلان بصورة خاطئة فإن ذلك يؤدي إلى عدم تمكين الخصم من تقديم أوجه دفاعه مما يؤثر في الحكم ويؤدي لبطلانه^(٨٧).

= عبد النعيم «حدود الرقابة القضائية على التحكيم»، المرجع السابق، ص ٢١٥، د. أشرف خليل حماد «التحكيم في المازعات الإدارية»، المرجع السابق، ص ٢٤٠.
- حكم محكمة استئناف القاهرة في الدعوى رقم (٧٧)، لسنة ١١٥ ق، جلسة ١٩٩٧/١/١٩ (غير منشور).

(٨٦) انظر: د. محمود مختار بربري «التحكيم التجاري الدولي»، المرجع السابق، ص ٢٤٨، د. حفيظة السيد الحداد «الطعن بالبطلان على أحكام التحكيم الصادر في المنازعات الخاصة الدولية»، دار الفكر الجامعي، سنة ٢٠٠٦، ص ٢٠٤، د. حفيظة السيد الحداد «الموجز في النظرية العامة في التحكيم التجاري الدولي»، المرجع السابق، ص ٤٦٧.
(٨٧) انظر: حكم محكمة النقض، الطعن رقم ٩٠، لسنة ٥٨ ق، جلسة ١٩٩١/٣/٢٤، مجموعة أحكام النقض، السنة ٤٢، الجزء الأول، ص ٧٩٣، حكم محكمة استئناف القاهرة (دائرة ٩١ تجاري)، الدعوى رقم (٤٦)، لسنة ١١٧ ق، تحكيم، جلسة ٢٠٠١/٣/١٢، حكم غير منشور.

- د. رضا السيد عبد الحميد، «مسائل في التحكيم» دار النهضة العربية، سنة ٢٠٠٣، ص ١٣٤، د. عزمي عبد الفتاح «قانون التحكيم الكويتي»، المرجع السابق، ص ٣٦٩، د. ياسر عبد السلام منصور «دراسة نقدية لقانون التحكيم المصري»، دار النهضة العربية، سنة ٢٠٠١، ص ١١٩.

المجموعة الرابعة: حالات بطلان الحكم لمخالفته النظام العام:

نص القانون النموذجي للتحكيم التجاري الدولي للجنة الأمم المتحدة للقانون التجاري الدولي لعام ١٩٨٥ على أنه «لا يجوز للمحكمة المسماة في المادة (٦) - المحكمة المختصة بالبطلان للدولة المعنية أن تلغى أي قرار تحكيم إلا إذا....(ج) كان قرار التحكيم يتعارض مع السياسه العامة لهذه الدولة»^(٨٨).

وقد أقر المشرع في قانون التحكيم المصري على أنه تقضي المحكمة التي تنظر دعوى البطلان من تلقاء نفسها ببطلان حكم التحكيم، إذا تضمن ما يخالف النظام العام في جمهورية مصر العربية^(٨٩).

وقد كان المشرع المصري منطقياً لإيراده هذا النص حفاظاً على مجموعة الأسس والمبادئ العليا للمجتمع، والتي تشكل ملامح النظام العام له عبر إباحته للمحكمة التي تنظر دعوى البطلان أن تتصدى لإبطال حكم التحكيم إذا تضمن ما يخالف النظام العام للدولة.

وقد عرفت المحكمة الادارية العليا النظام العام بأنه «مجموعة المصالح الأساسية للجماعة، أي مجموع الأسس والدعامات التي يقوم عليها بناء الجماعة وكيانها»^(٩٠).

(٨٨) انظر: المادة (٢/٣٤) من القانون النموذجي للتحكيم التجاري الدولي التي تنص على أنه «لا يجوز للمحكمة المسماة في المادة (٦) - المحكمة المختصة - بالبطلان للدولة المعنية أن تلغى أي قرار تحكيم إلا إذا....(ج) كان قرار التحكيم يتعارض مع السياسة العامة لهذه للدولة».

(٨٩) انظر: المادة (٢/٥٣) من قانون التحكيم المصري سالف الذكر التي تنص على أنه «وتقضي المحكمة التي تنظر دعوى البطلان من تلقاء نفسها ببطلان حكم التحكيم إذا تضمن ما يخالف النظام العام في جمهورية مصر العربية».

(٩٠) انظر: حكم المحكمة الإدارية العليا، الطعن رقم ١٦٤٨، لسنة ٤٧ ق.ع، جلسة ٢٠٠٠/١١/٦، مجموعة المكتب الفني، المجموعة ٤٢، ص ١١٢.

وباستقراء نص المادة (٥٣) من قانون التحكيم المصري يتضح أنها تبيح لأطراف الحكم التحكيمي الطعن عليه إذا تضمن ما يخالف النظام العام في مصر، فضلاً عن الأسباب الواردة بالفقرة الأولى من ذات المادة، مع تخويله للمحكمة التي تنظر دعوى البطلان الحق في إبطال هذا الحكم من تلقاء نفسها، إذا تضمن ما يخالف النظام العام في مصر شريطة أن تكون هناك دعوى بطلان مرفوعة بالفعل أمام تلك المحكمة لأي سبب آخر، مع الأخذ في الاعتبار أن تلك الفقرة تواجه حالة مخالفة الحكم للنظام العام الداخلي في مصر وليس للنظام العام الدولي^(٩١).

ويدخل ضمن هذه الطائفة حالة ما إذا كان موضوع النزاع من المسائل التي لا يجوز التحكيم فيها، أو أن يكون الحكم قد صدر على خلاف حكم سابق حاز حجة الأمر المقضي به أو أن يحدث أثناء سير إجراءات التحكيم مخالفة لنص إجرائي أمر من شأنه بطلان الإجراءات، ومن ثم بطلان الحكم^(٩٢).

وبذلك تكون العبرة للقول بوجود مخالفة للنظام العام صدور حكم تحكيمي متضمناً لما هو مخالف للنظام العام، فالعبرة ليست بتعلق الحكم بمسألة تمس النظام العام، وإنما يتضمنه ما يخالف النظام العام فعلاً أي يكون

(٩١) انظر: د. فتحي والي «الوسيط في القضاء المدني»، دار النهضة العربية، سنة ٢٠٠١، ص ١٠٢٦، د. محمد عبد المنعم «حدود الرقابة القضائية على التحكيم الداخلي في منازعات العقود الإدارية»، دار النهضة العربية، سنة ٢٠٠٢، ص ٢١٨.

(٩٢) انظر: د. أحمد شرف الدين «سلطة القاضي المصري أزاء أحكام التحكيم»، المرجع السابق، ص ١٠٠، د. علي بركات «الطعن في أحكام التحكيم»، المرجع السابق، ص ٥٠، د. مصطفى الجمال، د. عكاشة عبد العال «التحكيم في العلاقات الخاصة الدولية والداخلية»، المرجع السابق، ص ١٥٣.

د. محمد محمد بدران «مذكرات في حكم التحكيم»، المرجع السابق، ص ١٦٠.

متعارضاً مع الأسس الاجتماعية والأساسية أو الأخلاقية في الدولة لما يتعلق بالمصالح العليا وهذا ما يستوجب البطلان المطلق لحكم التحكيم^(٩٣).

ويجدر التنويه فيما نحن بصدد بشأن التحكيم في منازعات العقود الإدارية أن قواعد القانون الإداري واجبة التطبيق على المنازعة محل التحكيم، تعد من القواعد الآمرة المتعلقة بالنظام العام بحيث لا يجوز الاتفاق على ما يخالفها، ومن ثم يتعين على هيئة التحكيم إعمال تلك القواعد بشأن النزاع المطروح عليها وإلا وقع حكمها في دائرة البطلان مما يخول للخصوم الحق في الطعن عليه بالبطلان، كما أن للمحكمة المختصة القضاء ببطلانه لمخالفته النظام العام، فضلاً عن عدم إمكانية صدور الأمر بتنفيذه^(٩٤).

وبذلك يكون النظام العام كقيد على سلطات المحكم سواء كان التحكيم بالقانون أو كان تحكيم بالصلح، فبالرغم من منح المحكم سلطة استبعاد

(٩٣) انظر: د. حسام الأهواني «المسائل التي يجوز حلها بالتحكيم»، ورقة عمل مقدمة لؤتمر الاتجاهات الحديثة للتحكيم، جامعة المنصورة، كلية الحقوق، سنة ٢٠٠٠، ص ١٨، د. ممدوح عبد الحميد عبد المطلب، د. أنعام السيد الدسوقي «تأثير فكرة النظام العام على حكم التحكيم وتنفيذه»، مجلة الأمن والقانون، السنة الحادية عشر، العدد الأول، يناير ٢٠٠٣، ص ٧.

- حكم محكمة النقض في الطعن رقم ٧١٤، لسنة ٤٧ ق، جلسة ١٩٨٢/٤/٢٦، مجموعة المكتب الفني، لسنة ٣٣، ص ٤٤٢، حكم محكمة النقض، الطعن رقم ٥٤٧، لسنة ٥١ ق، جلسة ١٩٩١/١٢/٢٣، مجموعة المكتب الفني، السنة ٤٢، ص ١٩٥٤ - ١٩٥٥.

(٩٤) يجوز طبقاً لنص الفقرة السادسة من المادة ١٤٧٤ (من قانون الإجراءات الجنائية الفرنسي إبطال حكم التحكيم إذا خالف الحكم قاعدة من قواعد القانون العام.

انظر: - De Boisseson (M) "Le droit francais de l'arbitrage", op.cit, P.823.
- C.A – paris 15 mars 2001 (Socute Albert, societe courret Guguen et M. Ranboures qual C/societe Frabeltex) Rev-arb, 2003, P.215-216: C. A – paris 14 juin 2001.Rev-arb. Note Derains (Y), P.810.

قواعد القانون، والفصل في النزاع بمقتضى قواعد العدالة والإنصاف، إلا أنه لا يعني مطلقاً إمكانية استبعاده للقواعد المتعلقة بالنظام العام^(٩٥)، فهذه القواعد تعبر عن قيم سياسية واقتصادية واجتماعية وخلقية لجماعة بشرية معينة وهي من الأفكار المحورية التي يركز عليها أي نظام قانوني، وتؤدي وظيفة لا غني عنها، وتحتل بهذه المثابة وضعية قانونية أعلى من باقي المعايير الأخرى، وبخاصة معايير التعاقد، وبالتالي فهي غير قابلة للمساس بها من جانب المحكم، وتؤدي مخالفتها إما إلى بطلان الأحكام الصادرة عنه، وإما إلى عدم تنفيذها.

فضلاً على أن الأحكام الصادرة عن المحكم الطليق - في حالة التحكيم الداخلي - تخضع لرقابة لاحقة من جانب القضاء الوطني، سواء بمناسبة الطعن فيها بالبطلان، أو سواء عند طلب الحصول على الصيغة التنفيذية، فالمحكم الطليق وإن كان يملك حرية واسعة، إلا أنها خاضعة لرقابة القضاء الوطني ليتأكد من توافق تلك الأحكام مع النظام العام الداخلي.

أما إذا تعلق الأمر بتحكيم دولي، فإن المحكم - وفقاً لرأي البعض - يستطيع أن يتجاهل قواعد النظام العام الداخلي، ولا يبقى أمامه سوى ما يمس النظام العام الدولي، غير أن فكرة النظام العام الدولي بمفهومها الداخلي لا تستبعد تماماً، إذ تظل سلطة المحكم مقيدة بمراعاة النظام العام في الدولة التي يغلب تنفيذ حكم التحكيم فيها وهو ما سوف نقوم بتوضيحه على النحو التالي:

(٩٥) وهذا ما حرصت وثيقة المنامة للنظام (القانون) الموحد للإجراءات المدنية بدول مجلس التعاون الخليجي الموقعة عليها بتاريخ ٢٣ - ٢٤ من أكتوبر عام ٢٠٠١ على التأكيد عليه، إذ نصت المادة (٢/٢٠٧) منها على أنه «ويكون حكم المحكم على مقتضى قواعد القانون إلا إذا كان مفوضاً بالصلح فلا يتقيد بهذه القواعد عدا ما تعلق منها بالنظام العام».

أولاً: المحكم الطليق والنظام العام الداخلي:

الأصل المستقر عليه أن المحكم لا يملك قانوناً وطنياً، كما أنه لا يحمي نظاماً قانونياً داخلياً لدولة ما^(٩٦)، مما يثير التساؤل بشأن مدى إمكانية استبعاد المحكم الطليق لقواعد النظام العام لقانون العلاقة^(٩٧) إذا تبين له أن من شأن احترامها سيؤدي إلى نتائج غير عادلة للنزاع المطروح عليه.

ويميز الفقه لا سيما الفقه الفرنسي بين نوعين من قواعد النظام العام الداخلي الأولى: النظام العام التوجيهي والثانية: النظام العام الحمائي وذلك على النحو التالي:

(١) النظام العام التوجيهي:

تعمل قواعد النظام العام التوجيهي على حماية المصلحة العامة عن طريق توجيه كافة الأنشطة لخدمة ما تبتغيه الدولة من وراء سياستها الاقتصادية والاجتماعية، ويدخل في نطاقها - على سبيل المثال - القوانين الخاصة بتنظيم الائتمان والصرف والأسعار والاستثمارات والبيئة والتجارة... الخ^(٩٨).

ومن المستقر عليه أنه لا يجوز للمحكم عند الحكم وفقاً لمبادئ العدالة والإنصاف استبعاد القواعد المتعلقة بالنظام العام التوجيهي^(٩٩)، فهذه القواعد ترتبط بتنظيم الدولة، ولا يجوز المساس بها أو الاتفاق على ما يخالفها.

(٩٦) انظر: E. Loquin, Les pouvoirs des arbitres internationaux à la lumière de l'évolution récente du droit de l'arbitrage international, art. préc., p. 340.

(٩٧) يقصد بقانون العلاقة: القانون المختص لحكم الجانب الموضوعي في العلاقة التعاقدية.

(٩٨) انظر: G. Cornu, Vocabulaire juridique, Association H. Capitant, PUF 1987., p. 464.

(٩٨) انظر: د. أحمد عبد الكريم سلامة «مختصر قانون العلاقات الخاصة الدولية»، دار النهضة العربية، دون ذكر تاريخ النشر، ص ٣٠٩.

(٩٩) انظر: J.-B. Racine, op.cit., p. 253.

ولقد أكدت الأحكام الصادرة عن القضاء الفرنسي على ضرورة احترام المحكم لقواعد النظام العام التوجيهي^(١٠٠) ومن ذلك: حكم محكمة استئناف باريس الصادر بتاريخ ١٢ من مارس عام ١٩٨٥، إذ قضت بأن: «المحكم يملك القدرة ليس فقط بشأن استبعاد التطبيق الضيق لأحكام القانون، ولكن أيضاً بالنسبة لشروط العقد في اللحظة التي لا تنسخ فيها قواعد النظام العام»^(١٠١).

وكذلك الحكم الصادر عن ذات المحكمة بتاريخ ١٦ من مارس عام ١٩٩٥ إذ قضت بأن: «ينبغي على المحكم - حتى وإن كان محكماً طليقاً - أن يفصل في النزاع طبقاً لقواعد القانون الآمرة ومن ثم لا يستطيع تجنب تطبيق القواعد المتعلقة بالنظام العام لقانون المنافسة»^(١٠٢).

(١٠٠) انظر على سبيل المثال:

- Paris 1re ch. suppl, 14 janvier 1977, S.A. Les Films Montsouris c/ sté Consortium Pathé, Rev.arb. 1977., p. 281 (2e esp.), note J. Robert.
- Paris 1re ch.c, 9 juin et 20 décembre 1977, René Salmona c/ Compagnie Française du Source et des Produits du Sol (Cosucre), Rev.arb. 1978., p. 476 (2e esp.), note M. Boitard.
- Paris 1re ch.c, 2 décembre 1977, Martin et autre, és qualité et S.A. CEREX c/ Firme Mackprang (Hambourg), Rev.arb. 1979., p. 246 (1er esp.), note R. Funck-Brentano.
- Paris 1re ch.suppl, 6 janvier 1984, sté Langlois et Cie c/ G.I.E. Taconet Mac Lean et Taconet, Rev.arb. 1985., p. 279., note E. Loquin p. 199.

(١٠١) ولقد وردت عبارات الحكم كالتالي:

“Les amiable compositeurs, en s’interrogeant sur l’étendue de leurs prérogatives quand à l’application des clauses contractuelles en litige, se sont reconnus à bon droit la faculté de s’écarter de l’application stricte non seulement des dispositions du droit, mais encore des clauses contractuelles, dès lors qu’elles ne reproduisaient pas des règles d’ordre public”.

- Paris 1re ch.suppl, 12 mars 1985, sté Intrafor et Subtec Middle East Company c/ J.C. Gagnant et autres, Rev.arb. 1985., p. 299., note E. Loquin, p. 199.

(١٠٢) ولقد وردت عبارات الحكم كالتالي:

“Même lorsqu’ils statuent en qualité d’amiables compositeurs, les arbitres doivent trancher le litige conformément aux règles de droit impératives: ils ne peuvent esquiver l’application des normes, (.....), d’ordre public, du droit de la concurrence”.

- Paris 1re ch.c, 16 mars 1995, SARL Enodis c/ sté SNC Prodim, Rev.arb. 1996., p. 146., obs. Y. Derains.

ويمكن استنتاج هذا الاتجاه أيضاً من خلال الأحكام الصادرة عن غرفة التجارة الدولية بباريس^(١٠٣)، ففي الحكم الصادر عام ١٩٧٤ ذهبت محكمة التحكيم إلى القول بأن: «اللجوء إلى التحكيم الطليق يفرض على المحكم احترام القواعد الآمرة لهذا القانون [القانون المختار] ويترك له حرية استبعاد القواعد المكملّة»^(١٠٤).

وفي حكمها الصادر عام ١٩٨٩ قضت محكمة التحكيم بأن: «يعفي المحكم الذي يلي مهمة التحكيم الطليق من التقيد بالقانون واجب التطبيق على أصل النزاع، مع التحفظ بشأن مراعاة القواعد غير القابلة للاستبعاد كقواعد النظام العام»^(١٠٥).

(٢) النظام العام الحمائي:

تهدف قواعد النظام العام الحمائي إلى حماية المصالح الخاصة لفئة معينة من الأشخاص الذين لا قدرة لهم على التفاوض من دون تعريض مصالحهم للضياع، ومن ثم تعمل هذه القواعد على الحد من تسلط القوي

(١٠٣) انظر على سبيل المثال:

- Sentence CCI n° 2730, 1982, JDI 1984., p. 914., obs. Y. Derains.
- Sentence CCI n° 3938, 1982, JDI 1984., p. 926., obs. Jarvin.

(١٠٤) لقد وردت عبارات الحكم كالتالي:

«Que dès lors le recours à l'amiable composition, dans la mesure où les arbitres ne passent pas outre aux règles impératives du droit (du pays producteur) laisse la faculté d'écarter les règles dites supplétives (...)».

- Sentence CCI n° 2216, 1974, JDI 1975., p. 917., obs. Y. Derains.

(١٠٥) ولقد وردت عبارات الحكم كالتالي:

“(...) l'arbitre auquel sont confiés les pouvoirs d'amiable compositeur est dispensé de l'obligation d'observer le droit applicable au fond du litige, sous réserve des règles non susceptibles d'éviction telles les règles d'ordre public (...)”.

- Sentence CCI n° 4972, 1989, JDI 1989., p. 1100., obs. G.A. Alvarez.

وتمنعه من فرض إرادته على الطرف الضعيف الذي لا يملك بسبب ضعف مركزه الاقتصادي، الدفاع عن مصالحه عند التعاقد كالمستهلك في عقد البيع والمقترض في عقد القرض^(١٠٦).

وإذا كان الأطراف يملكون في ظل التحكيم الطليق التنازل عن تطبيق القانون على النزاعات الناشئة بينهم، فإن هذا يعني تنازلهم عن قواعد النظام الحمائي المتعلقة بهذا القانون، وبالتالي يستطيع المحكم تجاهل تلك القواعد باعتبار أنه يصبح مالكا لما يملكه الأطراف شريطة أن يكون الحق قد اكتسب بالفعل^(١٠٧).

وهكذا فإن سلطة المحكم الطليق في استبعاد قواعد النظام العام الحمائي تنشأ منذ اللحظة التي يملك الأطراف فيها حرية التصرف في الحقوق التي تم اكتسابها، وذلك خلافاً لقواعد النظام العام التوجيهي التي يتعين على المحكم احترامها دائماً، ولا يمكن أن تكون محلاً لإرادة الأطراف أو اتفاقاتهم^(١٠٨).

بيد أنه يلاحظ أن فكرة النظام العام في المجال الدولي تضيق عن فكرة النظام العام في المجال الداخلي^(١٠٩)، فليست كل قاعدة أمرة تتعلق بالنظام

(١٠٦) انظر للمزيد من التفاصيل:

- X. Lagarde " office du juge et ordre public de protection ", JCP 2001., éd G, pp. 745-751.

(١٠٧) انظر : E. Loquin, Pouvoirs et devoirs de l'amiable compositeur. A propos de trois arrêts de la cour d'appel de Paris, art. préc., p. 229.

(١٠٨) ويشير بعض الفقهاء إلى أن هذا الحل قد أخذ به في القانون الوضعي السويسري، حيث إن الوضع السائد هناك يمنع على المحكم أن يتعرض لقواعد النظام العام التوجيهي، في حين يسمح له بمخالفة القواعد القانونية الأمرة التي تحمي المصلحة الخاصة في اللحظة التي يملك الطرف الخاضع للحماية حرية التصرف في الحقوق التي اكتسبها.

- J.-B. Racine, op.cit., pp. 352-353.

(١٠٩) انظر : P. Courteault et G. Flécheux, La notion d'ordre public international dans la jurisprudence de la Cour de Cassation française, Rev.arb. 1978., p. 340., spéc, p. 340.

العام الداخلي تعد من النظام العام الدولي^(١١٠)، إذ أن لكل منهما مجالاً يختلف عن مجال الآخر، وهذا ما عبرت عنه محكمة النقض الفرنسية في حكمها الصادر بتاريخ ١٩ من نوفمبر عام ١٩٩١ بقولها: «إن النظام العام الفرنسي المطبق على العلاقات الدولية ينبغي أن يقدر بشكل أقل شدة من النظام العام الداخلي»^(١١١).

ثانياً: المحكم الطليق والنظام العام الدولي:

لقد جرى الفقه على التمييز بين نوعين من قواعد النظام العام الدولي النوع الأول: النظام العام الدولي ذو المفهوم الوطني والثاني: النظام العام عبر الدولي وسوف نقوم بتوضيحه على النحو التالي:

(١) النظام العام الدولي ذو المفهوم الوطني:

تحتفظ كل دولة لنفسها بمفهومها الخاص للنظام العام الدولي، فما يعد من النظام العام الدولي في دولة ما قد لا يعد كذلك في دولة أخرى، فقواعد النظام العام الدولي ذات المفهوم الوطني تختلف من دولة لأخرى تبعاً لمفاهيمها واتجاهاتها السياسية والاقتصادية والاجتماعية والخلقية.

فعلى سبيل المثال: يعتبر الاتفاق على الوفاء مقوماً بالذهب مخالفاً للنظام العام الداخلي في فرنسا على أنه لا يخالف النظام العام الدولي بمفهومه

- P. Mayer, Droit international privé, op.cit., p. 143.

(١١٠) انظر:

- A. Mezghani, op.cit, p. 333 et s.

(١١١) ولقد وردت عبارات الحكم كالتالي:

“l’ordre public français applicable dans les relations internationales et qui doit être appréciée de manière moins rigoureuse que pour l’ordre public interne”.

- C. Cass. 1re ch.c, 19 novembre 1991, sté Grands Moulins de Strasbourg c/sté Compagnie continentale France, Rev.arb. 1992., p. 76., note L. Idot.

الفرنسي، في حين أن القاعدة السابقة تخالف النظام العام الداخلي والدولي - على السواء - بمفهومه في مصر^(١١٢)، وعلى هذا النحو يختلف النظام العام الدولي بمفهومه المصري عن النظام العام الدولي بمفهومه الفرنسي^(١١٣).

وإذا كان المحكم الطليق ملزماً باحترام القواعد الآمرة المتعلقة بالنظام العام الداخلي، فإنه يستطيع - بالمقابل - تجاهل هذه القواعد إذا تعلق الأمر بتحكيم دولي، بحيث لا يقف أمامه سوى ما يمس النظام العام الدولي بمفهومه الداخلي^(١١٤).

(١١٢) ومن الجدير بالذكر أن المرسوم الصادر في ٢ من أغسطس عام ١٩١٤ لم يكتف بتقرير قوة التداول الإلزامي للعملة الورقية في مصر، بل قضى أيضاً ببطلان شرط الدفع بالذهب، وقد اختلفت المحاكم المصرية في تحديد نطاق هذا الشرط، فذهبت المحاكم المختلطة إلى أنه يعني البطلان في المعاملات الداخلية فقط دون الدولية مستندة في ذلك إلى ما جرى عليه العمل في القضاء الفرنسي، مما جعل المشرع المصري يتدخل بموجب المرسوم بقانون رقم (٤٥) لسنة ١٩٣٥ مفسراً لمرسوم ٢ من أغسطس عام ١٩١٤ وقرر صراحة أن البطلان المنصوص عليه في مرسوم سنة ١٩١٤ يلحق شرط الدفع بالذهب في المعاملات الداخلية والخارجية على السواء.

- انظر: د. نادر محمد محمد إبراهيم «مركز القواعد عبر الدولية أمام التحكيم الاقتصادي الدولي»، منشأة المعارف بالإسكندرية، الطبعة الثانية، سنة ٢٠٠٠، ص ٣٢٥ - ٣٢٦.

(١١٣) ومن الجدير بالذكر في هذا المقام أن فرنسا تعد أول دولة تستخدم مصطلح النظام العام الدولي في نصوصها القانونية، وذلك صراحة في المادتين (١٤٩٨)، (٥/١٥٠٢) من قانون الإجراءات المدنية الفرنسي، وضمناً في المادة (١٥٠٤) من ذات القانون عندما أحالت على حالات البطلان الواردة في المادة (١٥٠٢) السابق بيانها.

(١١٤) يرتب بعض الفقهاء على مبدأ التفرقة بين النظام العام الداخلي والنظام العام الدولي بمفهومه الوطني بعض النتائج، هي: ١ - قواعد النظام العام الوطني لا تعد بالضرورة من قواعد النظام العام الدولي. ٢ - قواعد النظام العام الدولي قد تنتج عن قواعد النظام العام الوطني. ٣ - القواعد التي لا تعد من النظام العام الوطني لا يمكن اعتبارها من قواعد النظام العام الدولي.

وهذا ما عبر عنه حكم محكمة استئناف باريس الصادر بتاريخ ١٢ من مارس عام ١٩٨٥^(١١٥) والذي ورد في حيثياته أن: «الاعتداء على النظام العام الداخلي - على فرض وجوده - لا يعد من حالات الطعن بالاستئناف في القرار الذي يقر بتنفيذ حكم التحكيم الأجنبي في فرنسا، فالمادة (٥/١٥٠٢) لا تشير إلا إلى الحالة التي يكون فيها حكم التحكيم مخالفاً للنظام العام الدولي»^(١١٦).

(٢) النظام العام عبر الدولي:

يرصد بعض الفقهاء المعاصرين - على خلاف فكرة النظام العام الدولي ذو المفهوم الوطني - ظهور نظام عام دولي حقيقي^(١١٧) يستمد مصادره من

(١١٥) لقد وردت عبارات الحكم كالتالي:

«Les amiable compositeurs, en s'interrogeant sur l'étendue de leurs prérogatives quand à l'application des clauses contractuelles en litige, se sont reconnus à bon droit la faculté de s'écarter de l'application stricte non seulement des dispositions du droit, mais encore des clauses contractuelles, dès lors qu'elles ne reproduisaient pas des règles d'ordre public».

- Paris 1re ch.suppl, 12 mars 1985, sté Intrafor et Subtec Middle East Company c/ J.C. Gagnant et autres, Rev.arb.1985., p. 299., note E. Loquin, p. 199.

(١١٦) ولقد وردت عبارات الحكم كالتالي:

«La violation de l'ordre public interne, à la supposer établie, ne constitue pas un cas d'ouverture à l'appel de la décision accordant l'exécution en France d'une sentence arbitrale étrangère, l'article 1502, 5° ne visant que le cas où la sentence serait contraire à l'ordre public international».

(١١٧) ومن الجدير بالذكر أن مصطلح *transnational* الذي درج المحكمون على استعماله. انظر: بشأن الأحكام الصادرة عن القضاء والتي أحالت فيها على فكرة النظام العام الدولي الحقيقي:

- Trib.civ. de la Seine, 2 juillet 1932, Rev.crit. DIP 1932., p. 770., note J.-P. Niboyet.

- Trib.civ. de la Seine 5e ch. 4 janvier 1956, Spitzer c/ Amunategui, Rev.crit. DIP 1956., p. 679., note H.B.

- Paris 5e ch. 9 février 1966, Favier c/ sté Anderssen, Rev.crit.DIP 1966, p. 264., note P. Louis-Lucas.

- Paris 1re ch.Sec A, 3 octobre 1984, Comité de défense des actionnaires de la Banque Ottomane, Audibert, Renault, Venencie et Conrieri c/ Banque Ottomane, JDI 1986., p. 156., note B. Goldman.

الأدوات الدولية^(١١٨)، فهو ينتج عن ممارسات دول أو تجمعات مهنية أو تجارية معينة على الصعيد الدولي^(١١٩)، ويحتل بهذه المثابة مكانة أعلى من كل الأنظمة القانونية على اختلاف أشكالها^(١٢٠)، وقد أطلق الفقه على هذه الظاهرة «النظام العام عبر دولي»^(١٢١).

وفي عام ١٩٣٢ أيد الفقيه (Niboyet) وجود نظام عالمي دولي، أي نظام عالمي يمنع الممارسات غير المشروعة كالقرصنة والتهريب على سبيل

(١١٨) يقسم الفقه مصادر النظام العام عبر دولي إلى مصدرين أساسيين، الأول: مصدر عام ويتمثل في مجموعة القواعد الآمرة المفروضة على كل دولة في النظام الدولي والمعروفة بـ *jus cogens*، والمبادئ العامة المنصوص عليها في المادة (٣٨) من نظام محكمة العدل الدولية، والمعاهدات الدولية، والمبادئ العامة للقانون المشتركة بين غالبية الدول، ومبادئ اليونسسترال. أما المصدر الثاني: فهو مصدر خاص ويتمثل في أعراف التجارة الدولية.

انظر للمزيد من التفاصيل: J.-B. Racine, op.cit., pp. 367-376. (١١٩) ويشير جانب من الفقه إلى أن أهم القواعد عبر الدولية والتي تشكل النظام العام عبر الدولي تتمثل في القواعد التالية: «حسن النية، بطلان، أو على الأقل عدم نفاذ، العقود التي تم الحصول عليها عن طريق الرشوة والطرق غير الشريفة، وكذلك العقود الصورية التي قصد منها تحقيق غرض غير مشروع، بطلان العقد المخالف للآداب العامة، عدم جواز امتناع الهيئات التابعة للدول عن تنفيذ التزاماتها التعاقدية بادعاء امتيازات السلطة العامة أو بالقيود الواردة على سلطاتها والموجودة في القانون الداخلي، الالتزام بالتعويض عن نزع الملكية الخاصة، احترام المبادئ الأساسية في التقاضي، مبدأ سلطان الإرادة».

انظر: د. نادر محمد محمد إبراهيم، «مركز القواعد عبر الدولية أمام التحكيم الاقتصادي الدولي»، المرجع السابق، ص ٣٢٩ - ٣٣٠.

(١٢٠) انظر: J.-B. Racine, op.cit., pp. 426 et s.

(١٢١) انظر: للمزيد من التفاصيل حول هذا الموضوع:

- P. Lalive, *Ordre public transnational (ou réellement international) et arbitrage international*, art. préc., pp. 329-371.

المثال، وبذلك يتوافق مع معناه الاصطلاحي الحقيقي الذي استخدم لسوء الحظ لتحديد النظام العام الوطني^(١٢٢).

ويرى بعض الفقهاء أن أساس وجود فكرة النظام العام عبر الدولي يرجع إلى مبدأ استقلال التحكيم الدولي، فالتحكيم الدولي لا يرتبط بأي نظام قانوني، وبالتالي يصبح من المتعين البحث عن نظام قانوني آخر تكون مصادره غير وطنية، وذلك من أجل استبعاد بعض قواعد القانون واجبة التطبيق على أصل الموضوع إذا وجد المحكم ضرورة لذلك^(١٢٣).

وهكذا - وفقاً لهذا الرأي - فإن مبدأ استقلال التحكيم الدولي هو الذي يبرر وجود فكرة النظام العام عبر الدولي، فهذه الفكرة تجد أساسها في غياب ارتباط التحكيم الدولي بأي قانون من ناحية، وفي وجود قواعد عبر دولية يكون النظام العام عبر الدولي أحد مكوناتها من ناحية أخرى^(١٢٤).

وقد لاقت فكرة النظام العام عبر الدولي رواجاً لدى قضاء التحكيم الدولي، إذ تواتر المحكمون على الاعتماد عليها، سواء لمحاربة الفساد^(١٢٥) المتمثل في الرشاوى في مجال الأعمال عبر الدولية، أو لوضع حدود على إرادة الأطراف^(١٢٦)، أو لاستبعاد بعض قواعد النظام العام لقانون العلاقة إذا بدت غير

(١٢٢) انظر: J.-P. Niboyet, note sous Trib.civ. de la Seine, 2 juillet 1932 Rev.crit. DIP 1932., p. 770., spéc, p. 772.

(١٢٣) انظر: Jurgen Basedow, Stephanie Francq, Laurence International Antitrust Litigation: Conflict of Laws and Coordination 1ed 2012 p. 132.

- H. Batiffol, P. Lagarde, Traité de droit international privé, L.G.D.J.1993, 8éd, p. 588.

- J.-B. Racine, op.cit., p. 363. (١٢٤) انظر:

(١٢٥) انظر على سبيل المثال:

- Sentence CCI n° 3913, 1981, JDI 1984., p. 920., obs. Y. Derains.

- Sentence CCI n° 2730, 1982, JDI 1984., p. 914., obs. Y. Derains.

- Sentence CCI n° 6248, 1990, YB XIX 1994., p. 124.

- J.-B. Racine, Ibidem., p. 363.

(١٢٦) انظر:

ملائمة لاحتياجات التجارة الدولية^(١٢٧)، وفي هذا المضمار يخلق المحكم قاعدة مادية - تماماً - كما يفعل القاضي الوطني عندما يستبعد - في المجال الدولي - بعض قواعد النظام العام الداخلي ومثال ذلك: استبعاد القاضي العادي الفرنسي تطبيق بعض القواعد الآمرة في القانون الداخلي استناداً إلى قاعدة مادية ابتدعها في مجال القانون الدولي الخاص مفادها تقرير صحة اتفاقات التحكيم في المجال الدولي استقلالاً عن القواعد الآمرة في القانون الداخلي^(١٢٨).

بيد أن هناك اتجاهًا فقهيًا آخر يعارض بشدة فكرة النظام العام عبر الدولي، واصفاً إياها بأنها فكرة غير مفيدة، وغير فعالة، ولا وجود لها أصلاً. فمن ناحية: تعد فكرة النظام العام عبر الدولي غير مفيدة في كل مرة يحمل فيها النظام العام الداخلي حلاً مطابقة للنزاع، ومن ثم لماذا يربك المحكم نفسه بمفهوم غير واضح ودقيق ومتنازع فيه، في اللحظة التي يستطيع فيها تأسيس قراره على قواعد وطنية موضوعة جيداً؟!

فقد ذهب الفقيه (Lalive) إلى القول بأن: ليس من المؤكد أن المحكم الدولي يملك جراءة (تطبيق النظام العام عبر الدولي) في اللحظة التي يملك فيها تسبيب قراره وفقاً لتصور أكثر تقليدية ويكون قادراً على ضمان الاعتراف به وتنفيذه من قبل القضاء الوطني في مختلف الدول المعنية^(١٢٩).

(١٢٧) انظر: على سبيل المثال:

- Sentence CCI n° 3344, 1981, JDI 1982., p. 978., obs. Y. Derains.
- Sentence CCI n° 5514, 1990, JDI 1992., p. 1022., obs. Y. Derains.
- Sentence CCI n° 8385, 1995, JDI 1997., p. 1061., obs. Y. Derains.

(١٢٨) انظر سابقاً: T.C., 19 mai 1958, sté Myrtoon Steam Ship and C°c/ ministre de la Marinemarchande, Rec., p. 793.

- P. Lalive, Ordre public transnational (ou réellement international) et arbitrage انظر: (١٢٩) international, art. préc., p. 330.
- Guy Keutgen, Georges-Albert Dal L'arbitrage en droit belge et international: Tome I: Le droit belge, tome 1. 3e.2015 p. 537.

ومن ناحية ثانية: فقد وجهت الاعتراضات إلى فكرة النظام العام عبر الدولي انطلاقةً من كونها فكرة غير فعالة، وتؤدي إلى نتائج غير مقبولة على الصعيد الداخلي.

فقد ذهب الفقيه (Goldman)^(١٣٠) إلى القول بأنه: «إذا كان من الصحيح أن فكرة النظام العام المشترك تفرض نفسها، سواء أمام القضاء الدولي، أو أمام محاكم التحكيم، وقد تتلاقى في بعض الحالات مع النظام العام الدولي بمفهومه الوطني، إلا أنه من غير المتصور عملاً أن يضع القاضي الوطني في اعتباره هذه الفكرة، إذ أن الأمر هنا يتعلق إما بمبدأ النظام العام المشترك الذي يشكل أيضاً النظام العام الدولي في دولة القاضي، ففي هذه الحالة لا يكون القاضي الوطني في احتياج للجوء إلى فكرة النظام العام المشترك، وإما أن يكون مبدأ النظام العام المشترك متعارضاً مع التشريع في دولة القاضي، وفي هذه الحالة سوف لا يستطيع القاضي الوطني رفض تطبيق القانون الأجنبي أو المصدر الدولي للقانون المخالف دون أن يعتدي على قانونه المناسب، وبالتالي فإن القاضي الذي يفصل في نزاع دولي ينبغي اعتباره مكلفاً باستيعاب النظام القانوني الدولي، ونتيجة لذلك، يتحرر من مقتضيات نظامه القانوني، ومن ثم يكون غير ملتزم به، ولكن هذا الازدواج الوظيفي سيكون مخالفاً بطبيعة الحال لطبيعة وظيفته».

ومن ناحية أخرى: فقد نازع الفقيه (Mayer)^(١٣١) في وجود هذه الفكرة من

(١٣٠) انظر: B. Goldman, note sous Paris 3e ch, 19 mars 1965, Bakalian et Hadjthomas c/ Banque Ottomane, JDI 1965., p. 117., spéc, p. 137.

- Muriel Azencot «le transfert international de siege social», de recherche Université Panthéon-Assas 2011, p. 412.

(١٣١) انظر: P. Mayer, La règle morale dans l'arbitrage international, in Études offertes à P. Bellet, Litec 1991., p. 379., spéc, pp. 393 et s.

- Emmanuel Gaillard «Legal Theory of International Arbitration», Paris 2010, p. 5.

الأساس، مستنداً في ذلك إلى غياب ارتباط التحكيم الدولي بأي شريعة، ومن ثم يكون الضمير الفردي للمحكم هو المصدر الوحيد للقاعدة الأخلاقية فضلاً عن ذلك، فإن فكرة النظام العام عبر الدولي تقوم في مجموعها على ادعاء كاذب، وآية ذلك عدم وجود أية قاعدة مقررة بواسطة الأنظمة القانونية في آن واحد، علاوة على أن غياب الإجماع يعد بمثابة عقبة لقبول تلك الفكرة.

وقد شاطر الفقيه (Heuze) الرأي الذي قال به الفقيه (Mayer) إذ يذهب إلى أن: المحكم الذي لا يملك شريعة، لا يفصل في النزاع لحساب أي نظام قانوني وطني أو دولي أو عبر دولي، فهو لا يستمد سلطته إلا من الإرادة المشتركة للأطراف، وبالتالي لا يعد حارساً لأي نظام قانوني، فهو لا يمثل إلا نفسه، ومن ثم لا يستطيع - على أثر ذلك - إلا أن يستند إلى القيم الأخلاقية الخاصة به، لا على زعم النظام العام عبر الدولي^(١٣٢).

وقد ناصرت بعض الأحكام القضائية الاتجاه المناهض لفكرة النظام العام عبر الدولي، ففي حكمها الصادر في قضية بتاريخ ١٩ من مارس ١٩٦٥ رفضت محكمة استئناف باريس إعطاء أية آثار للادعاء القائل بأن النظام العام الدولي أعلى من كل القوانين الوطنية، واعتبرت وجوده مسألة غير معترف بها بواسطة أي قانون وضعي وبخاصة القانون الفرنسي^(١٣٣).

وعلى أية حال - ودون الدخول في تفاصيل هذا الخلاف لخروجه عن نطاق البحث الأساسي - إذا كان المحكم الدولي لا يلتزم - وفقاً لرأي بعض

(١٣٢) انظر: V. Heuzé, La morale, l'arbitre et le juge, Rev.arb. 1993., p. 179., spéc, p. 189.

- Emmanuel Gaillard «Legal Theory of International Arbitration». Paris 2010, p. 5.

(١٣٣) ولقد وردت عبارات الحكم كالتالي:

«L'existence de principes d'un prétendu ordre public international, supérieur à toutes les lois internes n'est reconnue par aucun droit positif, et particulièrement par le droit français».

- préc, supra, p. 660, note (2).

الفقهاء - إلا بمراعاة النظام العام الدولي بمعناه الحقيقي، فإن النظام العام الدولي بمفهومه الداخلي سوف يظل عقبة أمام تنفيذ أحكام التحكيم الأجنبية، وبالتالي ينبغي على المحكم لكي يضمن تحقيق الفاعلية اللازمة للأحكام الصادرة عنه أن يحرص على عدم مخالفتها للنظام العام في الدولة الغالب تنفيذ حكم التحكيم فيها^(١٣٤).

وهذا ما أكدت عليه محكمة استئناف باريس في حكمها الصادر بتاريخ ١٢ من يناير عام ١٩٩٣ إذ قضت بالآتي: «إن محكمة التحكيم قد قدرت - وبحق - أنه بالنسبة لقواعد القانون الدولي الخاص الفرنسي، فإن قبول مبدأ الفاعلية بقوة القانون للحكم الأجنبي فيما يتعلق بتعيين وكيل التفليسة يكون من شأنه المساس بالنظام العام الدولي الفرنسي»^(١٣٥).

ويمكن استنتاج هذا الاتجاه أيضاً من خلال الأحكام الصادرة تحت رعاية غرفة التجارة الدولية بباريس^(١٣٦) ومن ذلك: الحكم الصادر عام ١٩٩٠^(١٣٧)

(١٣٤) انظر في القرب من هذا المعنى:

- Y. Derains, Les normes d'application immédiate dans la jurisprudence arbitrale, in Le droit des relations économiques internationales, Études offertes à B. Goldman, Litec 1982., p. 67., spéc, p. 70.
- B. Hanotiau, art. préc., p. 917.

(١٣٥) ولقد وردت عبارات الحكم كالتالي:

«Un tribunal arbitral a, à bon droit, estimé qu'au regard des règles de droit international privé français, admettre l'efficacité de plein droit d'un jugement étranger en ce qu'il a désigné le Syndic de faillite serait de nature à porter atteinte à l'ordre public international français».

- Paris 1re ch.c, 12 janvier 1993, République de Côte-d'Ivoire et autre c/ sté Norbert Beyrard, Rev.arb. 1994, p. 685., note P. Mayer p. 615.

(١٣٦) انظر: على سبيل المثال:

- Sentence CCI n° 3281, 1981, JDI 1982., p. 990., obs. Y. Derains.
- Sentence CCI n° 4131, 1982, JDI 1983., p. 899., obs. Y. Derains.
- Sentence CCI n° 6697, 26 décembre 1990, sté Casa c/ sté Cambior, Rev.arb. 1992, : انظر (١٣٧) p. 135., note P. Ancel.

والذي جاء فيه أن: «المادة ٢٦ [من قواعد غرفة التجارة الدولية القديمة والتي أحلت محلها المادة ٣٥] لا تفرض على المحكم - من أجل الاعتراف وتنفيذ أحكام التحكيم الأجنبية - أن يتحقق فقط من خلال الاتفاق المطبق من أن الحكم لم يخالف بعض القواعد الإجرائية الآمرة في دولة التنفيذ المعنية كضرورة تسبب أو إيداع حكم التحكيم، ولكن تفرض عليه أيضاً التحقق من عدم اصطدام هذا الحكم مع النظام العام الدولي في بلد التنفيذ، وبخاصة مع قوانين البوليس»^(١٣٨).

صفوة القول أن سلطة المحكم الطليق لا تعد سلطة مطلقة، بل مقيدة بعدة اعتبارات أهمها: احترام القواعد المتعلقة بالنظام العام للقانون الموضوعي الذي يحكم النزاع، علاوة على ضرورة احترامه - كما سبق أن أشرنا - للمبادئ الأساسية في التقاضي لا سيما مبدأي حق الدفاع والمواجهة^(١٣٩)،

(١٣٨) ولقد وردت عبارات الحكم كالتالي:

«L'article 26 n'impose pas seulement à l'arbitre de s'assurer au travers de la convention applicable pour la reconnaissance et exécution des sentences arbitrales étrangères que la sentence ne contreviendra pas à certaines règles de procédure impératives du lieu d'exécution concernant par exemple la nécessité de motiver ou de déposer la sentence mais aussi qu'elle ne heurtera pas l'ordre public international du pays d'exécution et en particulier les lois de police».

- Ibidem., spéc, p. 141.

وانظر أيضاً: بشأن الأحكام الصادرة عن غرفة التجارة الدولية بباريس والتي لم تحرص فيها على مراعاة قواعد النظام العام للدولة الغالب تنفيذ حكم التحكيم فيها:

- Sentence CCI n° 6106, 1988, Bull. CIA/CCI, novembre 1994, p. 44.
- Sentence CCI n° 6379, 1990, YB XVII 199, p. 212.

(١٣٩) المقصود هنا هو حق الدفاع كحق إجرائي لمن هو طرف في خصومة قضائية وليس حرية الدفاع كواحدة من الحريات العامة التي ينظمها القانون الدستوري والتي تعني ما يتيح للفرد من مكانات وسلطات تخوله حماية حقوقه بصفة عامة بما فيها حرية اللجوء إلى القضاء.

انظر في هذا المعنى د. عيّد محمد عبد الله القصاص «التزام القاضي باحترام مبدأ المواجهة»، دراسة تحليلية مقارنة في قانون المرافعات المصري والفرنسي، رسالة دكتوراه، كلية الحقوق، جامعة الزقازيق عام ١٩٩٢، ص ٤٨.

وتسبب حكم التحكيم^(١٤٠)، واحترام الشروط الإجرائية التي اتفق عليها الأطراف^(١٤١).

وقد اعتبر البعض أن مخالفة النظام العام لا تتحقق إلا إذا وردت في منطوق حكم التحكيم أما إذا كانت في أسبابه فإن القاضي المختص غير معنى بها لأنه لا يجرى رقابته على التعليل بحد ذاته^(١٤٢).

وتعتبر من حالات البطلان التي تعد مخالفة للنظام العام إذا صدر مبنياً على غش من أحد الخصوم، أو مبنياً على شهادة شاهد ثبت أنها مزورة على

(١٤٠) انظر: للمزيد من التفاصيل: E. Loquin, L'obligation pour l'amiable compositeur de motiver sa sentence, Rev.arb. 1976., p. 223-232.

وانظر - على سبيل المثال - الأحكام الصادرة عن القضاء الفرنسي بشأن التزام المحكم الطليق بتسبب حكمه:

- Paris 1re ch.suppl, 19 mars 1981, Daniel Barre c/ sté Les Solidaires, Rev.arb. 1982., p. 84., note J. Viatte.

- Paris 1re ch.c, 12 janvier 1995, sté Ardi et autres c/ sté Scapnor et autre, Rev.arb. 1996., p. 72., note M.L. Cadiet p. 3 et obs. J. Pellerin p. 129.

- C. Cass. 2e ch.c, 25 octobre 1995, GIE commerçants réunis indépendants c/ sté Multimob, Rev.arb. 1996., p. 127., obs. J. Pellerin.

- Paris 1re ch.c, 28 novembre 1996, sté CN France c/ sté Minhal France, Rev.arb. 1997., p. 38., note E. Loquin.

(١٤١) انظر: في هذا المعنى د. هدى محمد مجدي عبد الرحمن «دور المحكم في خصومة التحكيم وحدود سلطاته»، المرجع السابق، ص ٢١٣.

- X. Lagarde, Droit processuel et modes alternatifs de règlement des litiges, Rev.arb. 2001., p. 423., spéc, p. 423.

(١٤٢) انظر: م د. مهيب معماري «بطلان القرار التحكيمي في ضوء اجتهاد محكمة النقض اللبنانية»، ورقة عمل مقدمة إلى المؤتمر الدولي عن (الدور الفعال للقضاء في التحكيم) في الفترة من ١٩ - ٢١ نوفمبر ٢٠٠٧م، الذي نظمه مركز القاهرة الإقليمي، مدينة شرم الشيخ، ص ١٧.

- حكم محكمة النقض في الطعن رقم ٤٦٢٣، لسنة ٦٦ ق، الصادر بتاريخ ١٨/١٢/١٩٩٧، مجموعة المكتب الفني، السنة ٤٨، ص ١٤٥٩.

الرغم من أن ذلك غير وارد في الأسباب المحددة للبطلان بشكل مستقل، وقد قررت محكمة استئناف القاهرة في حكم لها ببطلان حكم التحكيم بالاستناد إلى قاعدة أن الغش يفسد كل التصرفات وأن هذه القاعدة متعلقة بالنظام العام لمحكمة البطلان^(١٤٣).

وتطبيقاً لذلك أيضاً سمحت محكمة النقض الفرنسية بإمكانية سحب حكم التحكيم، وإمكانية مراجعته في حالة ثبوت استخدام أحد الأطراف لطرق الخداع والغش من أجل الحصول على هذا الحكم^(١٤٤).

وعلى ذلك إذا اكتشف الغش قبل انقضاء ميعاد دعوى البطلان فإنه يجوز للمحكوم عليه أن يرفع دعوى ببطلان حكم التحكيم استناداً إلى مخالفة الحكم للنظام العام، أما إذا اكتشف الغش أثناء دعوى البطلان رفعت بسبب آخر فللمدعى التمسك بالغش كسبب جديد أمام المحكمة المختصة في أي حالة تكون عليها الدعوى لتعلقه بالنظام العام، أما إذا انقضى ميعاد دعوى البطلان فلا تقبل الدعوى بسبب الغش، ويصبح حكم التحكيم بمنأى عن أي طعن^(١٤٥).

(١٤٣) انظر: حكم محكمة استئناف القاهرة، (دائرة ٩١ تجاري)، الدعوى رقم (٣٩) لسنة، ١١٧ ق تحكيم، جلسة ٢٠٠٢/٢/٢٥، حكم غير منشور.
- حكم محكمة استئناف القاهرة (دائرة ٩١ تجاري)، الدعوى رقم (٩٥) لسنة، ١٢٠ ق تحكيم، جلسة ٢٠٠٤/١٠/٢٦، المرجع السابق، ص ٥٤.

(١٤٤) انظر: C. Cass., 25 mai 1992, (Societe Fougerolles/ Societe Por France), Rev-arb, 1993, p. 93.
- Matheiu de Boisseson. L'arbitrage et la fraude La propos de l'arret Fougerolles, rendu par la cour de cassation la 25 mai 1992, rev- arb, 1993, p. 3 et s.

(١٤٥) انظر: د. فتحي والي «قانون التحكيم في النظرية والتطبيق»، المرجع السابق، ص ٦١١ - ٦١٢، د. محمود مختار بربري «التحكيم التجاري الدولي»، المرجع السابق، ص ٢٢٩، د. أشرف خليل حماد «التحكيم في المنازعات الإدارية»، المرجع السابق، ص ٢٥٥.

المبحث الثاني

(حدود رقابة الدولة على حكم التحكيم المطعون به بالبطلان)

التحكيم أساسه إرادة أطراف اتفاق التحكيم فالمحكم تتحدد سلطاته من الاتفاق، وصلاحيته للقيام بمهمة التحكيم تتحدد بحدود هذه السلطة كما يحددها الاتفاق وكذلك ولايته بنظر النزاع تتحدد بالقيود التي تفرضها إدارة أطراف الاتفاق فإذا لم تراع هذه القيود فيكون المحكم قد خرج عن ولايته وبالتالي يكون حكمه باطلاً وعليه يستمد التحكيم فاعلية من سلطة القضاء المختص عن طريق رقابته القضائية على حكم التحكيم من خلال إبطاله^(١٤٦).

وسوف نتناول في هذا المبحث بداية التعرف على المحكمة المختصة بنظر دعوى البطلان ثم الدور الرقابي الذي تمارسه هذه المحكمة من خلال هذه الدعوى والآثار التي يربتها حكم بطلان حكم التحكيم وذلك على النحو التالي:

المطلب الأول: المحكمة المختصة بنظر دعوى بطلان حكم التحكيم.

المطلب الثاني: سلطة المحكمة المختصة بنظر دعوى بطلان حكم التحكيم.

(١٤٦) انظر: د. ممدوح عبد العزيز العنزي «بطلان القرار التحكيمي التجاري الدولي»، منشورات الحلبي الحقوقية، لبنان، سنة ٢٠٠٦، ص ٢٩١، د. جابر جاد نصار «الوجيز في العقود الإدارية»، دار النهضة العربية، سنة ٢٠٠٠، ص ١٨٥، د. عصمت عبد الله الشيخ «التحكيم في العقود الإدارية ذات الطابع الدولي»، المرجع السابق، ص ٨٤.

المطلب الأول

المحكمة المختصة بنظر بطلان حكم التحكيم

تمثل نصوص التشريعات المنظمة لدعوى بطلان حكم التحكيم الأساس القانوني للرقابة التي يمارسها القضاء المختص على حكم التحكيم، فيقوم القضاء من خلالها التثبت من صحة حكم المحكم على نحو يرفعه إلى مستوى المرتبة التي يتجلى بها عادة الأحكام القضائية، كما أنها تضمن في الوقت ذاته استبعاد أحكام التحكيم التي تفتقد المقومات الأساسية التي يجب توافرها في الأحكام^(١٤٧).

(١٤٧) انظر: المواد من (٥٢ - ٥٤) من قانون التحكيم المصري رقم (٢٧) لسنة ١٩٩٤ والمعدى بالقانون رقم (٩) لسنة ١٩٩٧.

مادة (٥٢):

- لا تقبل أحكام التحكيم التي تصدر طبقاً لأحكام هذا القانون الطعن فيها بأي طريقة من طرق الطعن المنصوص عليها في قانون المرافعات المدنية والتجارية.

- يجوز رفع دعوى بطلان حكم التحكيم وفقاً للأحكام المبينة في المادتين التاليتين.

مادة (٥٣):

- لا تقبل دعوى بطلان حكم التحكيم إلا في الأحوال الآتية:

- إذا لم يوجد اتفاق تحكيم أو كان هذا الاتفاق باطلاً أو قابلاً للأبطال أو سقط بأنتهاء مدته.
- إذا كان أحد طرفي اتفاق التحكيم وقت إبرامه فاقد الأهلية أو ناقصها وفقاً للقانون الذي يحكم أهليته.
- إذا تعذر على أحد طرفي التحكيم تقديم دفاعه بسبب عدم إعلانه إعلاناً صحيحاً بتعيين محكم أو بإجراء التحكيم أو لأي سبب آخر خارج عن إرادته.
- إذا استبعد حكم التحكيم تطبيق القانون الذي اتفق الأطراف على تطبيقه على موضوع النزاع.
- إذا تم تشكيل هيئة التحكيم أو تعيين المحكمين على وجه مخالف للقانون أو لاتفاق الطرفين.
- إذا فصل حكم التحكيم في مسائل لا يشملها اتفاق التحكيم أو جاوز حدود هذا الاتفاق، ومع ذلك إذا أمكن فصل أجزاء الحكم الخاصة بالمسائل الخاضعة للتحكيم =

وينبغي على القضاء الالتزام بهذه الأسس التي تحدد الإطار القانوني للرقابة التي يمارسها على أحكام التحكيم من خلال نظر دعوى بطلانه والتمسك بدوره الرقابي الذي يمارسه من خلال رفض أو تقدير البطلان^(١٤٨).

وتتحدد معالم هذا الدور الرقابي في ضوء النصوص القانونية التي تمنح القضاء الأساس القانوني الذي يبرر له فرض هذه الرقابة وذلك لإعطاء الفرصة للمحكم ليقول كلمته مع خضوعه للرقابة القضائية اللاحقة على حكم التحكيم، وبالتالي يتلاشي تأخير الإجراءات وفي ذلك الوقت يتأكد بأن حكم التحكيم قد صدر وفقاً للقواعد القانونية التي رسمها القانون^(١٤٩).

= عن أجزائه الخاصة بالمسائل غير الخاضعة له فلا يقع البطلان إلا على الأجزاء الأخيرة وحدها.

• إذا وقع بطلان في حكم التحكيم، أو كانت إجراءات التحكيم باطلة بطلانا أثر في الحكم.

- وتقضى المحكمة التي تنظر دعوى البطلان من تلقاء نفسها ببطلان حكم التحكيم إذا تضمن ما يخالف النظام العام في جمهورية مصر العربية.
مادة (٥٤):

- ترفع دعوى بطلان حكم التحكيم خلال التسعين يوماً التالية لتاريخ إعلان حكم التحكيم للمحكوم عليه، ولا يحول دون قبول دعوى البطلان نزول مدعى البطلان عن حقه في رفعها قبل صدور حكم التحكيم.

- تختص بدعوى البطلان في التحكيم التجاري الدولي المحكمة المشار إليها في المادة (٩) من هذا القانون، وفي غير التحكيم التجاري الدولي يكون الاختصاص لمحكمة الدرجة الثانية التي تتبعها المحكمة المختصة أصلاً بنظر النزاع.

(١٤٨) انظر: د. محمود مختار أحمد بربري «طرق الطعن في حكم التحكيم وكيفية تنفيذه»، بحث منشور بمجلة التحكيم العربي، العدد الرابع، أغسطس ٢٠٠١، ص ٨٥، د. هدى مجدى عبد الحمن «دور المحكم في خصومة التحكيم»، المرجع السابق، ص ٣٧٧.

(١٤٩) انظر: د. حفيظة السيد الحداد «الاتجاهات المعاصرة بشأن التحكيم»، المرجع السابق، ص ٣٣، د. محمد أحمد عبد النعيم «حدود الرقابة القضائية على التحكيم الداخلي في منازعات العقود الإدارية»، المرجع السابق، ص ٢٣٣.

وتختلف الجهة القضائية المختصة بنظر دعوى البطلان حسب نوع التحكيم، فإذا كان التحكيم تجارياً دولياً تختص بدعوى البطلان محكمة استئناف القاهرة ما لم يتفق الأطراف على محكمة استئناف أخرى، أما إذا كان التحكيم داخلياً فإن الجهة المختصة بنظر دعوى البطلان بحكم التحكيم هي محكمة الدرجة الثانية بالنسبة للمحكمة التي كان يجب أن يعرض عليها النزاع لو لم يعرض على التحكيم^(١٥٠).

ويلاحظ أن الاختصاص بنظر بطلان حكم التحكيم في الحالتين أعطى لمحكمة تعد استئنافية طالما أن دعوى البطلان لا ترفع للمحكمة المختصة أصلاً بنظر النزاع، وإنما لمحكمة الاستئناف التي تتبعها المحكمة المختصة أصلاً بنظر النزاع، فطالما أن دعوى البطلان تتعلق بصحة أو بطلان حكم، فمن المناسب طرحها على محكمة أعلى من محاكم الدرجة الأولى والباعث لذلك الحرص على سرعة الفصل في دعوى البطلان^(١٥١).

(١٥٠) انظر: المادتان (٢/٥٤)، (٩) من قانون التحكيم المصري رقم (٢٧) لسنة ١٩٩٤ والمعدل بالقانون رقم (٩) لسنة ١٩٩٧.
مادة (٩):

- يكون الاختصاص بنظر مسائل التحكيم التي يحيلها هذا القانون إلى القضاء المصري للمحكمة المختصة أصلاً بنظر النزاع، أما إذا كان التحكيم تجارياً دولياً، سواء جرى في مصر أو في الخارج، فيكون الاختصاص لمحكمة استئناف القاهرة، ما لم يتفق الطرفان على اختصاص محكمة استئناف أخرى في مصر.
- وتظل المحكمة التي ينعقد لها الاختصاص وفقاً للفقرة السابقة دون غيرها صاحبة الاختصاص حتى انتهاء جميع إجراءات التحكيم.
مادة (٥٤):

- تختص بدعوى البطلان في التحكيم التجاري الدولي المحكمة المشار إليها في المادة (٩) من هذا القانون، وفي غير التحكيم التجاري الدولي يكون الاختصاص لمحكمة الدرجة الثانية التي تتبعها المحكمة المختصة أصلاً بنظر النزاع.

(١٥١) انظر: د. فتحي والي «قانون التحكيم بين النظرية والتطبيق»، المرجع السابق، ص ٦١٤، =

ويعنينا في هذا المقام تحديد المحكمة المختصة بنظر دعوى بطلان حكم التحكيم في منازعات العقود الادارية، الأمر الذي يقتضي تحديد المحكمة المختصة أصلاً بنظر النزاع حال غياب الإتفاق على التحكيم، وبالتالي تحديد المحكمة المختصة بنظر دعوى البطلان، فالأصل المستقر عليه بصدد الاختصاص بنظر منازعات العقود الادارية أنه ينعقد لجهة القضاء الاداري طبقاً لنص المقرر المادة (١٧٢) من الدستور المصري لعام ٢٠١٤^(١٥٢)، والمادة (١٠) من قانون مجلس الدولة رقم (٤٧) لسنة ١٩٧٢، كما ينعقد لها طبقاً لمعيار طبيعة المنازعة الذي يشكل المعيار العام في توزيع الاختصاصات القضائية بحيث يعد القضاء الاداري القاضي الطبيعي لنظر دعوى بطلان أحكام التحكيم الاداري، ذلك أنه إذا كانت طبيعة المنازعة تمثل المعيار العام الذي يتحدد على أساسه اختصاصات الجهات القضائية المختلفة، فإن طبيعة المنازعة المطروحة على التحكيم تمثل بدورها المعيار المعول عليه لتحديد القضاء المختص بنظر الرقابة على حكم التحكيم الصادر بشأنها^(١٥٣)، ومن ثم فإذا كانت المنازعة المطروحة على التحكيم من طبيعة ادارية وطرفها الإدارة الوطنية فإن القاضي الاداري يعد القاضي الطبيعي لنظر المنازعات المتعلقة بحكم التحكيم الصادر طبقاً لرأى جانب من الفقه الفرنسي^(١٥٤)، وكذلك

= د. عزمي عبد الفتاح «قانون التحكيم الكويتي»، المرجع السابق، ص ١٠٧، د. رضا السيد عبد الحميد «مسائل في التحكيم»، دار النهضة العربية، سنة ٢٠٠٣، ص ١٣٤.
(١٥٢) انظر: المادة (١٧٢) من الدستور المصري لعام ٢٠١٤ والتي تنص على أن «مجلس الدولة هيئة قضائية مستقلة، ويختص بالفصل في المنازعات الإدارية وفي الدعاوى التأديبية، ويحدد القانون اختصاصاته الأخرى».

(١٥٣) انظر: Bruce (E) La competence due juge administratif dans l'arbitrage de personnes publiques, Rev-arb, 2006, P.71.

(١٥٤) انظر: Auby (J): L'arbitrage en matiere administrative, A.J.A.D, 1995, P.88; Foussard (D); L'arbitrage en droit administrative, P.41 et suiv.

الأحكام الصادرة عن جهات القضاء الفرنسي^(١٥٥)، ومجلس الدولة الفرنسي^(١٥٦)، فضلاً على ما جاء بتقرير مجموعة العمل الصادر بشأن وضع التصور النهائي لمشروع القانون المزمع إصداره بشأن التحكيم في المجال الإداري بتاريخ ٢٧ مارس ٢٠٠٧^(١٥٧).

فتوجد قواعد يأبى العقل الإذعان لها، إلا إذا أجبرته قوة البراهين على ذلك، وهناك على العكس قواعد أخرى سهلة الإدراك وتفرض نفسها، فاختصاص القاضي الإداري بنظر المنازعات المتعلقة بأحكام التحكيم الصادرة في المنازعات الإدارية تندرج تحت إطار النوع الثاني من تلك القواعد.

هذه العبارة البليغة التي قالها الفقيه (Foussard)^(١٥٨) تعبر بطريقة واضحة عن أن جهة القضاء الإداري هي الجهة المنوط بها أعمال الرقابة على أحكام التحكيم الصادرة في منازعات العقود الإدارية باعتبارها الجهة المختصة أصلاً بنظر النزاع حال غياب الاتفاق على التحكيم، فاستناداً لمعيار طبيعة

(١٥٥) انظر على سبيل المثال:

- C.E., 2 mars 1956, Le Secteur Electrique de Reuilly, Rec., p. 102.

- C.E., 13 février 1959, Compagnie des chemins de fer du Midi, Rec., p. 113.

- C.E., 4 janvier 1957, Lamborot, AJDA 1957., p. 108; Rec., p. 12.

- C.E., 5 novembre 1986, Rajaonarison, Rec., p. 439.

(١٥٦) انظر: Conseil d'Etat, Section du rapport et des études, Régler autrement le conflits: conciliation, transaction, arbitrage en matière administrative, op.cit., p. 95.

(١٥٧) انظر: Le Rapport, n° 2.1. du groupe de travail sur l'arbitrage en matiere admonostrative. Rev-arb.2007.P.651.

(١٥٨) وفي هذا الصدد يذكر:

«Il est des règles auxquelles l'esprit répugne à adhérer, à moins d'y être contraint par une rigoureuse démonstration. D'autre au contraire, immédiatement intelligibles, s'imposent d'elles-mêmes. La compétence du juge administratif pour connaître du contentieux des sentences arbitrales rendues en matière administrative pourrait bien relever de cette seconde catégorie».

- D. Foussard, L'arbitrage en droit administratif, art. préc., p. 41.

المنازعة الذي يشكل المعيار العام في توزيع الاختصاصات القضائية، يعد القاضي الإداري هو القاضي الطبيعي لنظر الطعون التي توجه ضد أحكام التحكيم الإداري.

فقد ذكر الفقيه (Bruce) بأنه إذا كانت طبيعة المنازعة في ظل الشريعة العامة تشكل المعيار العام الذي يتحدد على أساسه اختصاصات جهات القضاء المختلفة، فإن طبيعة المنازعة المطروحة على التحكيم ينبغي أن تكون أيضاً المعيار الذي يستند إليه لتحديد جهة القضاء المختصة عندما يتطلب منها التدخل لإجراء الرقابة على حكم التحكيم الصادر بشأنها^(١٥٩).

وقد أخذ بهذا المعيار غالبية مشرعو دول مجلس التعاون الخليجي، حيث اتجهت إرادتهم إلى عقد الاختصاص بشأن إجراء الرقابة القضائية على حكم التحكيم لجهة القضاء المختصة أصلاً بنظر النزاع في حالة غياب الاتفاق على التحكيم^(١٦٠)، وهذه أيضاً حالة المشرع المصري فيما يتعلق بأحكام التحكيم الصادرة في المجال الداخلي^(١٦١).

(١٥٩) وفي هذا الصدد تذكر:

«Or si c'est bien la nature du litige qui détermine la compétence de la juridiction administrative dans le droit commun, c'est, de même, la nature du litige soumis à l'arbitre qui doit déterminer la compétence de la juridiction administrative, lorsque celle-ci est appelée à intervenir en matière arbitrale. La compétence du juge étatique en matière arbitrale sera donc liée au fond du litige».

- E. Bruce, art. préc., p. 71.

(١٦٠) انظر نص المادة (١٩) من نظام التحكيم السعودي، والمادة (٢٠٨) من قانون المرافعات القطري، والمادة (١٨٧) من قانون المرافعات الكويتي، المادة (٢/٥٤) من قانون التحكيم العماني (بالنسبة للتحكيم الوطني).

(١٦١) انظر المادة (٢/٥٤) من قانون التحكيم التي تنص على أنه: «تختص بدعوى البطلان (...). وفي غير التحكيم التجاري الدولي يكون الاختصاص لمحكمة الدرجة الثانية التي تتبعها المحكمة المختصة أصلاً بنظر النزاع».

وعلى الرغم من سهولة هذا المعيار ووضوحه، فضلاً عن قوة منطقته القانوني، إلا أن جانباً من الفقه الفرنسي قد اتجه إلى المناداة بضرورة عقد الاختصاص بإجراء الرقابة على أحكام التحكيم الصادرة بشأن منازعات العقود الإدارية لجهة القضاء العادي^(١٦٢)، ويستند في ذلك إلى حجة رئيسية تتمثل في الطبيعة الخاصة لاتفاق التحكيم وارتباطه بالقانون الخاص^(١٦٣).

فقد ذهب الفقيه الفرنسي (Level) إلى القول إنه «في مادة التحكيم الدولي، فإن اتفاق التحكيم ذو الطبيعة الخاصة، ينبغي أن تخضع المنازعات المتعلقة به لاختصاص جهة القضاء العادي»^(١٦٤).

ولعل وجهة النظر هذه هي التي دفعت كل من المشرع المصري^(١٦٥)، والبحريني^(١٦٦)، والعماني^(١٦٧) إلى عقد الاختصاص لجهة القضاء العادي، لإجراء

(١٦٢) انظر: P. Stillmunkes, L'arbitrage en droit administratif, thèse, Paris, 1960, cité par J.-D. Dreyfus, op.cit., p. 469.

مشار لدى د. شريف يوسف خاطر «التحكيم في العقود الإدارية» بحث منشور بمؤتمر التحكيم التجاري الدولي السادس عشر، سنة ٢٠٠٨، ص ٢٩٥.

(١٦٣) انظر: بالتفصيل حول موضوع الطبيعة القانونية لاتفاق التحكيم وارتباطه بالقانون الخاص:

- A. Patrikios, op.cit., pp. 166-169.

(١٦٤) انظر: P. Level, note sous C.E., 3 mars 1989, A.R.E.A., JCP 1989., II, n° 21323.

(١٦٥) انظر نص المادة (٢/٥٤) من قانون التحكيم المصري على أنه: «تختص بدعوى البطلان في التحكيم التجاري الدولي المحكمة المشار إليها في المادة (٩) من هذا القانون». وبالرجوع إلى نص المادة (٩) تبين أن هذه المحكمة هي محكمة استئناف القاهرة أو أية محكمة استئناف أخرى في مصر يتفق عليها الطرفان.

(١٦٦) فالمادة (٦) من مرسوم بقانون رقم (٩) لسنة ١٩٩٤ بإصدار قانون التحكيم التجاري الدولي قد جعلت الاختصاص بإجراء الرقابة القضائية على حكم التحكيم معقوداً لمحكمة الاستئناف العليا المدنية.

(١٦٧) فالمادة (٢/٥٤) من قانون التحكيم العماني المعدل بالمرسوم رقم (٢٠٠٧/٣) قد قررت عقد الاختصاص بنظر دعوى البطلان في التحكيم التجاري الدولي للمحكمة الاستئناف المختصة المشار إليها في المادة (٩) من هذا القانون»، وبالرجوع إلى نص المادة (٩) تبين أن هذه المحكمة هي محكمة الاستئناف بمسقط.

الرقابة على أحكام المحكمين الصادرة في إطار التحكيم الدولي دون الأخذ في الاعتبار الطبيعة الخاصة أو الادارية للنزاع الصادر بشأنه حكم التحكيم.

وفي الواقع إن هذا الرأي الذي اتجه إلى عقد الاختصاص للقضاء العادي بنظر المنازعات المتعلقة بأحكام التحكيم الصادرة في المجال الدولي يمكن التسليم به - سريعاً - ولكن في حالة ما إذا كانت الإدارة الطرف في العقد الاداري الخاضع للتحكيم من جنسية أجنبية، على اعتبار أن جهة القضاء العادي هي المختصة أصلاً بنظر تلك المنازعات في حالة غياب الاتفاق على التحكيم^(١٦٨)، أما إذا كانت الإدارة الوطنية هي الطرف الآخر في النزاع، فإن هذا الاتجاه يصعب التسليم به، ذلك من منطلق أن القضاء الاداري هو القاضي الطبيعي للعقود الادارية حال غياب اتفاق الأطراف على اللجوء إلى التحكيم بشأن المنازعات الناشئة عنها.

وعلى ذلك فإن مسلك المشرع المصري - ومن اتبعه - بشأن عقد الاختصاص في مادة التحكيم الدولي لجهة القضاء العادي لإجراء الرقابة على أعمال المحكمين عموماً، وعلى الأحكام الصادرة عنهم خصوصاً - في الواقع - يعد مسلكاً عشوائياً ولا يستند إلى أي أساس أو معيار يدعمه، ويؤدي

(١٦٨) انظر على سبيل المثال الحكم الصادر عن المحكمة الإدارية بباريس بتاريخ ١٠ من يوليو عام ١٩٧٩، إذ قررت:

«(...) que par suite les travaux, dont il s'agit, qui ne sont exécutés ni pour le compte d'une collectivité publique française, ni pour assurer le fonctionnement d'un service public français, n'ont pas le caractère de travaux publics ; qu'en outre les marchés passés à cet effet, dès lors que l'administration française n'intervient pas pour son propre compte et bien qu'ils se réfèrent à des clauses exorbitantes du droit commun, ne peuvent être regardés comme des contrats administratifs ; que dès lors la juridiction administrative est incompétente à l'égard de toutes les parties en cause».

- Trib. Adm. de Paris, 2 juillet 1979, Banque populaire de l'Ouest, Rec., p. 523.

- Trib. Adm. de Paris, 15 avril 1975, Sieur Trollet, Rec., p. 705. وفي ذات الاتجاه:

إلى نتائج غير مقبولة على الصعيد العملي، أهمها عقد الاختصاص للقاضي العادي للفصل في المسائل التي تخرج عن ولاية هيئة التحكيم وفقاً لنص المادة (٤٦) من قانون التحكيم^(١٦٩)، وقد تكون هذه المسائل متعلقة بمشروعية القرارات الإدارية التي تدخل في المجال المحفوظ دستورياً للقاضي الإداري.

ولا يمكن أن نفسر هذا المسلك إلا من خلال القول إن المشرع المصري كان يقصد من وراء نصه في المادة (٢/٥٤) من قانون التحكيم على اختصاص محكمة الاستئناف بنظر دعوى بطلان أحكام التحكيم الصادرة في المجال الدولي هو اقتصرها فقط على حالة ما إذا كانت المنازعة الإدارية محل التحكيم طرفها دولة أجنبية، على اعتبار أن القاضي العادي في هذه الحالة هو المختص بنظر ذلك النزاع حال غياب الاتفاق على التحكيم، أما إذا كان مقصده غير ذلك، فإنه من الأوفق أن يتدخل ويعيد النظر مرة أخرى في هذا الأمر، بحيث ينص على اختصاص القضاء الإداري النظر بكافة المنازعات المتعلقة بأحكام التحكيم الصادرة في المنازعات الإدارية التي يكون طرفها الإدارة الوطنية، حتى تكون النصوص القانونية أكثر اتفاقاً وتناسقاً مع النظام القانوني السائد حالياً في الدولة والذي يقوم على مبدأ ازدواجية القضاء.

وإذا كان الباحث انتهى إلى ضرورة عقد الاختصاص لجهة القضاء الإداري بشأن إجراء الرقابة على أحكام التحكيم الإداري، فإنه يتبقى لنا في هذا المضممار تحديد المحكمة المختصة التي يجب أن ينعقد لها الاختصاص في هذا الشأن، وبخاصة في النظام المصري.

(١٦٩) انظر: المادة (٤٦) من قانون التحكيم التي تنص على أنه: «إذا عرضت خلال إجراءات التحكيم مسألة تخرج عن ولاية هيئة التحكيم (...)، جاز لهيئة التحكيم الاستمرار في نظر موضوع النزاع إذا رأت أن الفصل في هذه المسألة (...) ليس لازماً للفصل في موضوع النزاع، وإلا أوقفت الإجراءات حتى يصدر حكم نهائي في هذا الشأن، ويترتب على ذلك وقف سريان الميعاد المحدد لإصدار حكم التحكيم».

يبدو أنه من الأفضل أن تكون المحكمة المختصة أصلاً بنظر النزاع - بحسب قيمة المنازعة - هي الجهة المنوط بها أعمال الرقابة على أحكام التحكيم، بحيث ترفع الطعون أمام المحكمة المختصة التي يقع ضمن نطاقها مكان صدور حكم التحكيم، وذلك إذا ما تعلق الأمر بتحكيم وطني، أما إذا كان التحكيم دولياً، سواء جرى في مصر أو في الخارج واتفق أطرافه على إخضاعه لأحكام قانون التحكيم المصري، فيكون الاختصاص لمحكمة القضاء الإداري بالقاهرة ما لم يتفق الأطراف على اختصاص محكمة قضاء إداري آخر في مصر، وبذلك تتاح الفرصة أمام طرفي التحكيم في الطعن في حكم التحكيم بطريق التماس إعادة النظر - في حالة فتح المشرع المصري هذا الطريق من طرق الطعن - أمام محكمة القضاء الإداري^(١٧٠)، وفي الطعن على الأحكام الصادرة عن محكمة القضاء الإداري في دعوى البطلان أمام المحكمة الإدارية العليا.

إلا أن المحكمة الدستورية العليا في مصر، باعتبارها محكمة تنازع، قد فصلت في مسألة تحديد جهة القضاء المختصة بإجراء الرقابة على حكم التحكيم الصادر بصدد المنازعات الناشئة عن العقود الإدارية تحت مظلة التحكيم الدولي، وذلك بمناسبة الدعوى المقامة من شركة ماليكورب ليمتد ضد وزير الطيران المدني وآخرين والتي طلبت في ختامها بتعيين جهة القضاء المختصة بنظر دعوى بطلان حكم التحكيم التجاري الدولي الصادر عن

(١٧٠) إذا كان من المستقر عليه في فقه قضاء المحكمة الإدارية العليا أن الطعن بطريق التماس إعادة النظر جائز في الأحكام الصادرة عن محاكم مجلس الدولة عدا الأحكام الصادرة عنها، ومن الأحكام التي عبرت عن هذا المعنى الحكم الصادر، الطعن رقم ١٩٩٣، لسنة ٤٧ ق.ع، جلسة ٢٠٠٠/٢/٦، مجموعة الأحكام الصادرة عن المحكمة الإدارية العليا، الدائرة الأولى، المرجع السابق، ص ١٣٨، فإنه يستفاد من ذلك أنه لا يجوز الطعن في حكم التحكيم بطريق التماس إعادة النظر أمام المحكمة الإدارية العليا.

مركز القاهرة الإقليمي للتحكيم التجاري الدولي بتاريخ ٧ من مارس عام ٢٠٠٦، وذلك في الدعويين المتداولتين الأولى: برقم ١٧٤٦٤ لسنة ٥٢ ق.ع أمام المحكمة الادارية العليا المقامة من وزير الطيران المدني، وآخر بطلب الحكم بوقف تنفيذ حكم التحكيم وفي الموضوع ببطلانه، والثانية: برقم (٤٨) لسنة ١٢٣ أمام محكمة استئناف القاهرة المقامة أيضاً من وزير الطيران المدني وآخر بطلب الحكم بصفة مستعجلة بوقف تنفيذ حكم التحكيم المشار إليه وفي الموضوع ببطلانه وكان حكمها كالتالي:

وحيث إن المستقر عليه بقضاء المحكمة الدستورية العليا أن مناط قبول طلب الفصل في تنازع الاختصاص وفقاً للبند «ثانياً» من المادة (٢٥) من قانونها، هو أن تطرح الدعوى عن موضوع واحد أمام جهتين من جهات القضاء أو الهيئات ذات الاختصاص القضائي، ولا تتخلى إحداها عن نظرها أو تتخلى كليهما عنها، وشرط انطباقه بالنسبة إلى التنازع الإيجابي أن تكون الخصومة قائمة في وقت واحد أمام الجهتين القضائيتين المتنازعتين عند رفع الأمر إلى المحكمة الدستورية العليا، مما يبرر الالتجاء إلى هذه المحكمة لتعيين الجهة المختصة بنظرها والفصل فيها.

وحيث إن المستقر عليه أيضاً في قضاء هذه المحكمة أن تعيين الجهة القضائية المختصة في أحوال تنازع الاختصاص - إيجابياً كان أم سلبياً - إنما يتم على ضوء القواعد التي نظم بها المشرع توزيع الاختصاص الولائي بين الجهات القضائية المختلفة تحديداً لوظيفة كل منها.

وحيث إن مبنى النزاع القائم يدور حول تحديد الطبيعة القانونية للتحكيم المقامة دعوى بطلان الحكم الصادر فيه، وما إذا كان يندرج في عداد التحكيمات التجارية الدولية، مما تختص محكمة استئناف القاهرة بنظر دعوى بطلانه، أم أن ذلك التحكيم يتعلق بعقد من العقود الادارية ويؤول نظر

دعوى بطلان الحكم فيه إلى المحكمة الادارية العليا باعتبارها محكمة الدرجة الثانية للمحكمة المختصة أصلاً بنظره.

وحيث إن المواد (٢، ٣، ٩، ٢/٥٤) من قانون التحكيم في المواد المدنية والتجارية الصادر بالقانون رقم ٢٧ لسنة ١٩٩٤ تنص على الآتي:

(مادة ٢) يكون التحكيم تجارياً في حكم هذا القانون إذا نشأ النزاع حول علاقة قانونية ذات طابع اقتصادي، عقدية كانت أو غير عقدية، ويشمل ذلك على سبيل المثال توريد السلع أو الخدمات والوكالات التجارية وعقود التشييد والخبرة الهندسية أو الفنية ومنح التراخيص الصناعية والسياحية وغيرها ونقل التكنولوجيا والاستثمار وعقود التنمية وعمليات البنوك والتأمين والنقل وعمليات تنقيب واستخراج الثروات الطبيعية وتوريد الطاقة ومد أنابيب الغاز أو النفط وشق الطرق والأنفاق واستصلاح الأراضي الزراعية وحماية البيئة وإقامة المفاعلات النووية.

(مادة ٣) يكون التحكيم دولياً في حكم هذا القانون إذا كان موضوعه نزاعاً يتعلق بالتجارة الدولية وذلك في الأحوال الآتية:

أولاً: إذا كان المركز الرئيسي لأعمال كل من طرفي التحكيم يقع في دولتين مختلفتين وقت إبرام اتفاق التحكيم. فإذا كان لأحد الطرفين عدة مراكز للأعمال فالعبرة بالمركز الأكثر ارتباطاً بموضوع اتفاق التحكيم، وإذا لم يكن لأحد طرفي التحكيم مركز أعمال فالعبرة بمحل إقامته المعتاد.

ثانياً: إذا اتفق طرفا التحكيم على اللجوء إلى منظمة تحكيم دائمة أو مركز للتحكيم يوجد مقره داخل جمهورية مصر العربية أو خارجها.

ثالثاً: إذا كان موضوع النزاع الذي يشمل اتفاق التحكيم يرتبط بأكثر من دولة واحدة.

رابعاً: إذا كان المركز الرئيسي لأعمال كل من طرفي التحكيم يقع في نفس الدولة وقت إبرام اتفاق التحكيم وكان أحد الأماكن التالية واقعاً خارج هذه الدولة:

(أ) مكان إجراء التحكيم كما عينه اتفاق التحكيم أو أشار إلى كيفية تعيينه.

(ب) مكان تنفيذ جانب جوهري من الالتزامات الناشئة عن العلاقة التجارية بين الطرفين.

(ج) المكان الأكثر ارتباطاً بموضوع النزاع.

(مادة ٩) (١) يكون الاختصاص بنظر مسائل التحكيم التي يحيلها هذا القانون إلى القضاء المصري للمحكمة المختصة أصلاً بنظر النزاع، أما إذا كان التحكيم تجارياً دولياً، سواء جرى في مصر أو في الخارج، فيكون الاختصاص لمحكمة استئناف القاهرة ما لم يتفق الطرفان على اختصاص محكمة استئناف أخرى في مصر.

(٢) وتظل المحكمة التي ينعقد لها الاختصاص وفقاً للفقرة السابقة دون غيرها صاحبة الاختصاص حتى انتهاء جميع إجراءات التحكيم.

(مادة ٢/٥٤) تختص بدعوى البطلان في التحكيم التجاري الدولي المحكمة المشار إليها في المادة (٩) من هذا القانون، وفي غير التحكيم التجاري الدولي يكون الاختصاص لمحكمة الدرجة الثانية التي تتبعها المحكمة المختصة أصلاً بنظر النزاع.

وحيث إن البين من مجموع النصوص القانونية المتقدمة التي نظم بها المشرع شؤون التحكيم التجاري الدولي، أن التحكيم يكون تجارياً إذا تعلق بعلاقة قانونية ذات طابع اقتصادي أورد لها المشرع عدة أمثلة في

المادة الثانية، كما يكون التحكيم دولياً، إذا تعلق النزاع بالتجارة الدولية وفي أربع حالات حددها المشرع على سبيل الحصر في المادة الثالثة من القانون رقم (٢٧) لسنة ١٩٩٤ السابق ذكره، من بينها أن يكون المركز الرئيسي لأعمال كل من طرفي التحكيم يقع في دولتين مختلفتين وقت إبرام اتفاق التحكيم، أو أن يتفق طرفا التحكيم على اللجوء إلى منظمة تحكيم دائمة أو مركز للتحكيم يوجد مقره داخل جمهورية مصر العربية أو خارجها.

لما كان ما تقدم، وكان الثابت من الأوراق، أن عقد الامتياز المبرم بين الهيئة المصرية العامة للطيران المدني بصفتها مانحة الامتياز، وشركة ماليكورب المحدودة بصفتها صاحبة حق الامتياز، يتعلق بإنشاء وتشغيل واستغلال مطار رأس سدر بنظام (B.O.T.) لفترة معينة يتم بعدها إعادة مشروع المطار للدولة، ووفقاً لما سلف، فإنه وإن كان هذا العقد من عقود التزام المرافق العامة، بما يندرج في عداد العقود الادارية، إلا أنه في ذات الوقت يصطبغ بصبغة اقتصادية محضة، وتم إبرامه لتنظيم علاقة قانونية ذات طابع اقتصادي، وهو ما أفصح عنه الطرفان المتعاقدان في إطار بيان حقوقهما والتزاماتهما المتبادلة، بالنص صراحة في المادة (١/٢١) على أن هذا العقد يعتبر عقداً قانونياً مدنياً، وهو ما يتعذر معه النأي بالتحكيم الذي تضمنه هذا العقد عن الخضوع لأحكام المادة الثانية من القانون رقم (٢٧) لسنة ١٩٩٤ السالفة الذكر.

وحيث إن العقد السالف البيان انطوى في المادة (٢١ - ٣ - ٣) على شرط التحكيم - أي كان وجه الرأي فيه - لتسوية أي نزاع قد يثور بين طرفيه ويتعذر حله ودياً، وبمقتضى هذا الشرط، يلجأ طرفا العقد إلى مركز القاهرة الإقليمي للتحكيم التجاري الدولي لإصدار قرار ملزم، لما كان ذلك، وكان المركز

الرئيسي لأعمال كل من طرفي التحكيم المذكور يقع في دولتين مختلفتين وقت إبرام العقد - وفقاً للثابت به - واتفق الطرفان المشار إليهما على اللجوء إلى مركز تحكيم يقع مقره بجمهورية مصر العربية، وتبعاً لذلك فقد توفر للتحكيم محل النزاع المائل شرط التحكيم الدولي الوارد بالمادة الثالثة من القانون رقم (٢٧) لسنة ١٩٩٤.

لما كان ما تقدم، وكان من المقرر أن الأصل العام هو اختصاص القضاء الإداري بالفصل في المنازعات الناشئة عن عقود الالتزام أو الأشغال العامة أو التوريدات أو أي عقد إداري آخر وفقاً لنص المادة (١١/١٠) من القانون رقم (٤٧) لسنة ١٩٧٢ بشأن مجلس الدولة، إلا أن المشرع استثنى من هذا الأصل العام دعوى بطلان حكم التحكيم الذي يصدر نفاذا لمشارطة تحكيم وإن تضمنها عقد إداري، متى كانت ذات طبيعة تجارية دولية، وفق التعريف المحدد لذلك في المادتين (٢)، (٣) من القانون رقم (٢٧) لسنة ١٩٩٤، تعهد بتلك الدعوى إلى محكمة استئناف القاهرة بصريح نصوص المواد (١/٩)، (١/٥٣ - أ)، (٢/٥٤) من القانون السالف البيان.

وحيث إنه ترتيباً على ما تقدم، تكون المحكمة المختصة بنظر دعوى بطلان حكم التحكيم الصادر بتاريخ ٢٠٠٦/٣/٧ من مركز القاهرة الإقليمي للتحكيم التجاري الدولي في الدعوى رقم (٣٨٢) لسنة ٢٠٠٤، هي محكمة استئناف القاهرة، وبذلك فقد حسمت المحكمة الدستورية الأمر أخيراً وأعطت الاختصاص بتعيين محكمة استئناف القاهرة جهة مختصة بنظر النزاع وحدها^(١٧١).

(١٧١) انظر: حكم محكمة الدستورية العليا في القضية رقم ٤٧، لسنة ٣١ ق «تنازع»، جلسة ٢٠١٢/١/١٥، منشور بالموقع الرسمي للمحكمة الدستورية العليا: <http://hccourt.gov.eg>.

المطلب الثاني

سلطة المحكمة المختصة بنظر دعوى بطلان حكم التحكيم

يقتصر دور المحكمة المختصة بنظر دعوى البطلان على الرقابة القانونية وذلك للتأكد من مدى صحة شرعية أو عدم شرعية حكم التحكيم ومدى صدوره وفقاً للقواعد القانونية التي نص عليها القانون ومدى التزام هيئة التحكيم بالقواعد المنصوص عليها في القانون ومن ثم تقرير بطلانه من عدمه^(١٧٢).

وقد مرّ القضاء المصري بمرحلتين في هذا الخصوص:

المرحلة الأولى: هي المرحلة السابقة على صدور القانون (٢٧) لسنة ١٩٩٤ المعدل بالقانون (٩) لسنة ١٩٩٧ وكان دور القضاء الإداري في هذه المرحلة منحصراً في إطار نظر الطعون ببطلان حكم التحكيم المقدمة من جانب الإدارة في شروط التحكيم، وقد اتجهت غالبية أحكامه في هذه المرحلة على قبول الطعن والحكم ببطلان شرط التحكيم الوارد في هذه الطائفة من العقود، تأسيساً على المبدأ السائد وهو عدم جواز اللجوء إلى التحكيم في العقود الإدارية وخاصة مع انعدام النص التشريعي القاطع بجواز مبدأ التحكيم في تلك العقود^(١٧٣).

(١٧٢) انظر: د. أشرف خليل حماد «التحكيم في المنازعات الإدارية»، المرجع السابق، ص ٢٥٠، د. محمد أحمد عبد النعيم «حدود الرقابة القضائية على التحكيم الداخلي في منازعات العقود الإدارية»، المرجع السابق، ص ٢٣٤، د. عبد العزيز طاهر ملا «الاجراءات الوقية والتحفطية في التحكيم»، مجلة المحامي، الكويت، السنة ٢٣، يوليو - سبتمبر، سنة ١٩٩٩، ص ٣١١.

(١٧٣) انظر: حكم المحكمة الإدارية العليا الصادر، الطعن رقم ٣٠٤٩، لسنة ٣٢ ق، جلسة ١٩٩٠/٢/٢٠، حكم محكمة القضاء الإداري، الدعوى رقم ٥٨٣٧، لسنة ٤٤ ق، جلسة بتاريخ ١٩٩٠/٩/٩، حكم محكمة القضاء الإداري، الدعوى رقم ٥٤٣٩، لسنة ٤٣ ق، جلسة ١٩٩١/١/٣٠، منشورين لدى د. محمد أحمد عبد النعيم «حدود الرقابة القضائية على التحكيم الداخلي في منازعات العقود الإدارية»، المرجع السابق، ص ٢٣٨.

وذلك فضلاً عن اتجاه غالبية الفقه - أنذاك - إلى رفض مبدأ التحكيم في العقود الادارية إما بإدعاء تعارضه مع سيادة الدولة، أو لما يمثل من اعتداء على اختصاص القضاء الاداري.^(١٧٤)

ومع ذلك فقد صدرت بعض الآراء التي أجازت مبدأ التحكيم في العقود الادارية، فضلاً عن حكم المحكمة الادارية العليا الذي أتيح فيه للمحكمة أن تتصدى للفصل في دعوى بطلان شرط التحكيم الوارد بإحدى العقود الادارية^(١٧٥)، وقد أسس المدعى دعواه بالبطلان على خلو شرط التحكيم من تعيين أشخاص المحكمين فضلاً عن أن عددهم ليس وتراً ورغم أن الأمر في هذه الدعوى لا يتعلق بطلب بطلان حكم تحكيمي، وإنما بمجرد طلب بطلان شرط التحكيم إلا أن المحكمة الادارية العليا انتهت إلى رفض طلب الطاعن لثبوت عدم صحة الأسانيد التي دعم بها دعواه وأيدت محكمة القضاء الاداري فيما انتهت إليه^(١٧٦).

(١٧٤) انظر: د. أحمد الشلقاني «التحكيم في عقود التجارة الدولية»، مجلة هيئة قضايا الدولة، العدد الأول، السنة العاشرة، سنة ١٩٩٦، ص ٨٣، د. محمد كمال منير «مدى جواز الاتفاق على الالتجاء إلى التحكيم الاختياري في العقود الإدارية»، المرجع السابق، ص ٣٣٠، د. جورج شفيق ساري «التحكيم ومدى جواز اللجوء إليه لفض المنازعات الإدارية في مجال العقود الإدارية»، المرجع السابق، ص ١٠٤، د. جابر جاد نصار «العقود الإدارية»، المرجع السابق، ص ٢٣٧.

(١٧٥) انظر: حكم المحكمة الادارية العليا، الطعن رقم ٨٨٦، لسنة ٣٠ قضائية، جلسة بتاريخ ١٨/١/١٩٩٤، مجموعة المبادئ القانونية التي قررتها المحكمة الإدارية العليا والجمعية العمومية للفتوى والتشريع، الجزء الأول من اكتوبر ١٩٥٥ - سبتمبر ١٩٩٧، ص ١٤٥ وما بعدها، حكم محكمة القضاء الاداري، الدعوى رقم ٤١٨٨، لسنة ٤٨ ق، دائرة منازعات الافراد (ب)، جلسة ١/٢٨/١٩٩٦، حكم غير منشور.

(١٧٦) انظر: د. محمد نور شحاتة «الرقابة على أعمال المحكمين»، دار النهضة العربية، سنة ١٩٩٣، ص ٣١٩، د. محمد محمد بدران، «مذكرات في حكم التحكيم»، دار النهضة العربية، سنة ١٩٩٩ ص ١٥٣.

أما المرحلة الثانية: فهي اللاحقة لصدور قانون التحكيم الحالي:

ونعتقد أن الدور الرقابي للقضاء الإداري في هذه المرحلة الحالية لن يضع مسألة جواز أو عدم جواز التحكيم في العقود الإدارية في بؤرة اهتمامه بعد حسمها تشريعياً، وإنما سيمتد أو سيتطرق إلى بطلان حكم التحكيم إذا شابه سبباً من الأسباب التي تؤدي به إلى البطلان.

وبهذا الصدد يثار التساؤل حول سلطة المحكمة المختصة بنظر دعوى البطلان، وهل يقتصر دورها على مجرد القضاء ببطلان الحكم التحكيمي أو صحته، ومن ثم رفض الدعوى وكفى، أم يتعدى ذلك إلى معاودة النظر والترجيح في هذا الحكم من كافة جوانبه الواقعية والقانونية؟ وفي حالة ما إذا قضت ببطلان حكم التحكيم هل يمكنها التصدي للفصل في موضوع النزاع أم لا؟

وفي معرض الإجابة على الشق الأول من التساؤل يجب أن نوضح أن جمهور الفقهاء يرى أن دعوى البطلان طبقاً لصريح النص التشريعي لا تعد طريقاً من طرق الطعن في الأحكام العادية منها أو غير عادية، لأنها لا تعدو كونها طريقاً خاصاً للطعن في أحكام المحكمين قصد به المشرع مراجعة تلك الأحكام للتأكد من صحتها أو بطلانها^(١٧٧)، ومن ثم فإنه توجه الحكم كعمل قانوني بصرف النظر عما يتضمنه من خطأ في التقدير، ولهذا فإن العيوب التي يجوز الاستناد إليها لرفع دعوى البطلان يتعين أن تكون عيوباً إجرائية، إذا هي وحدها التي تؤدي إلى بطلان الحكم، بينما الخطأ في التقدير - أي مخالفة القانون أو - الخطأ في تطبيقه أو تأويله -

(١٧٧) انظر: د. أحمد السيد الصاوي «التحكيم طبقاً للقانون رقم (٢٧) لسنة ١٩٩٤»، المرجع السابق، ص ٢٢٠، د. حفيظة السيد الحداد «الطعن بالبطلان على أحكام التحكيم»، المرجع السابق، ص ٩١.

مهما كانت جسامته فلا يفضي بطلان الحكم، ومن ثم فلا يجوز رفع دعوى بطلانه^(١٧٨).

ومقتضى ذلك ولازمه أن المحكمة التي تنظر دعوى البطلان ليس لها أن تتعرض لموضوع حكم التحكيم حتى ولو أخطأ المحكم في تطبيق القانون أو تفسيره أو تأويله، أو أخطأ في عرض واقعات النزاع أو تقدير الأدلة والمستندات التي قدمها الخصوم، حيث يقتصر دور المحكمة التي تفحص دعوى البطلان على القضاء ببطلان الحكم التحكيمي أو صحته دون التعرض لموضوع النزاع لأن القول بغير ذلك لا يتفق مع الفلسفة التي يقوم عليها نظام التحكيم^(١٧٩)، فأسباب الطعن بالبطلان أوردها المشرع على سبيل الحصر، ومن ثم فلا يجوز التوسع فيها أو القياس عليها بإضافة أسباب أخرى موضوعية، وإن كان ذلك لا يحول دون المحكمة - وهى بصدد الفصل في صحة أو خطأ السبب الذي يثيره المدعى لإبطال حكم التحكيم - أن تفحص بعمق كافة المسائل الواقعية والقانونية المتعلقة بأسباب البطلان التي يثيرها الطاعن والتي من شأنها استظهار وجه الطعن والفصل في الدعوى^(١٨٠) دون أن يمتد ذلك لمدى صحة الحكم أو عدالته فيما قضى به من حيث الموضوع.

(١٧٨) انظر: د. فتحي والي «الوسيط في قانون القضاء المدني»، المرجع السابق، ص ١٠١٩،

د. حفيظة السيد الحداد، المرجع السابق، ص ٢٣٧.

- د. مختار بربري «التحكيم التجاري الدولي»، المرجع السابق، ص ٢٤١، د. أحمد شرف الدين «سلطة القاضي المصري إزاء أحكام التحكيم»، المرجع السابق، ص ٧٨ وما بعدها.

(١٧٩) انظر: د. خالد أحمد حسن «بطلان حكم التحكيم»، المرجع السابق، ص ٥٦٢ - ٥٦٣.

(١٨٠) انظر: د. بليغ حمدي محمود «الدعوى ببطلان أحكام التحكيم الدولية»، المرجع السابق،

ص ٢٩٩، د. محمد نور شحاتة «الرقابة على أعمال المحكمين»، المرجع السابق،

ص ٣٣٧، د. محمد أحمد عبد النعيم «حدود الرقابة القضائية على أحكام التحكيم»،

المرجع السابق، ص ٢٤١.

وقد سائر القضاء المصري الاتجاه الفقهي السابق حيث ذهبت محكمة النقض المصرية بأحد أحكامها إلى القول بأن: الحكم الطعين إذا كان قد قضى ببطلان حكم المحكمين على سند من خطأ الأخير في احتساب مدة التقادم اللازمة للتملك بالتقادم الطويل، ولم يفتن إلى أن المشرع حدد أسباب بطلان حكم المحكمين وأوردها على سبيل الحصر، ولما كان استخلاص توافر مدة التقادم من سلطة هيئة التحكيم وتعلق بفهم الواقع في النزاع المطروح، وكان المشرع لم يجعل خطأ حكم المحكمين في استخلاص وقائع النزاع من الأسباب التي تجيز طلب إبطال الحكم، فإن الحكم ببطلان حكم المحكمين للخطأ في احتساب مدة التقادم فإنه يكون معيباً^(١٨١).

وقد أكدت محكمة استئناف القاهرة، المعانى السابقة بقولها «... أن المشرع قد فتح الباب أمام المحكوم ضده لإقامة دعوى بطلان حكم التحكيم لأسباب حددها على سبيل الحصر، ومؤدى ذلك أن تلك الدعوى لا تتسع لإعادة النظر في موضوع النزاع أو تعيب ما قضى به حكم التحكيم في شأنه، فلا تمتد سلطة القاضي فيها إلى مراجعته الحكم المذكور وتقدير ملاءمته أو مراقبة حسن تقدير المحكمين وصواب أو خطأ اجتهادهم في فهم الواقع وتكييفه، أو في تفسير القانون وتطبيقه....»^(١٨٢) وفي حكم آخر، حديث نسبي بتاريخ ٢٠٠٦/٢/٧، أكدت ذات المحكمة أن النعي على الحكم التحكيمي بالقصور في التسبيب ومخالفة القانون بمقولة انتفاء توافر شرائط المسؤولية التقصيرية بكون أرض النزاع مملوكة للدولة وتعد أموالاً عامة لا يجوز تملكها بالتقادم، فإن هذا النعي إن

(١٨١) انظر: حكم محكمة النقض، الطعن رقم ٦٧٥٢، لسنة ٦٢ ق، بجلسة ٢٠٠٠/٢/٢٤، مجموعة المكتب الفني، الجزء ٥١، ص ٣٥٠.

(١٨٢) انظر: حكم محكمة الاستئناف الدائرة (٩١ تجاري) في الدعوى التحكيمية رقم ٧٠ لسنة ١١٩ ق، جلسة ٢٠٠٢/١/٢٧، حكم غير منشور، كذلك حكمها في الدعوى التحكيمية رقم ٦٤ لسنة ١٢٠ ق، جلسة ٢٠٠٤/٢/٢٨، حكم غير منشور.

صح أن يكون سبباً للطعن على الحكم إن كان يجوز الطعن عليه بغير دعوى البطلان، فإنه لا يصح أن يكون سبباً للطعن بالبطلان، ذلك أن الخطأ في تطبيق القانون والقصور في التسبب ليس من أسباب البطلان التي أوردها المشرع في المادة (٥٣) من قانون التحكيم رقم (٢٧) لسنة ١٩٩٤ على سبيل الحصر^(١٨٣).

وبذلك لم يأخذ المشرع بالنص الوارد في قانون المرافعات الفرنسي (١٤٨٥) فالمشرع الفرنسي يعطى المحكمة المختصة بالفصل في دعوى البطلان سلطة الفصل في الموضوع بعد القضاء ببطلان حكم التحكيم^(١٨٤).

فالمحكمة المختصة بنظر دعوى البطلان لا تنظرها باعتبارها درجة ثانية من درجات التقاضي، حيث أن دعوى البطلان ترفع ابتداء بصورة أصلية باعتبارها قضية جديدة غير التي فصل فيها حكم التحكيم محل دعوى البطلان، إذ تقوم هذه المحكمة إما برفض دعوى البطلان وتأييد حكم التحكيم وإما بقبولها وإبطال هذا الحكم^(١٨٥).

(١٨٣) انظر: حكم محكمة استئناف القاهرة، الدائرة (٧ - تجاري)، الدعوى التحكيمية رقم ١ لسنة ١٢٢ق، جلسة ٢٠٠٦/٢/٢٧، حكم غير منشور.

(١٨٤) انظر: المادة (١٤٨٥) مرافعات فرنسي (باب التحكيم) رقم (٥٠٠/٨١) الصادرة في ١٢ مايو ١٩٨١ على: عندما تبطل محكمة الاستئناف حكم التحكيم، فإنها تفصل في الموضوع في حدود المهمة المعينة للمحكم ما لم يتفق الأطراف على خلاف ذلك.

«Lorsque la juridiction saisie d'un recours en annulation annule la sentence arbitrale, elle statue sur le fond dans les limites de la mission de l'arbitre, sauf volonté contraire de toutes les parties».

وللمزيد من التفاصيل حول حدود سلطة المحكمة المختصة بنظر دعوى البطلان انظر:

- Robert (J) "L'arbitrage droit intere, droit international prive", op.cit. 202.
- Fouchard (Ph) & Goldman (B) & Gaillard (E) "Traite de L'arbitrage commercial international", op.cit, 936.

(١٨٥) انظر: حكم محكمة استئناف القاهرة، دائرة ٦٣ تجاري، الدعوى رقم (٦٠) لسنة ١١٣ قضائية، جلسة ١٩٩٧/٣/١٩، مجلة هيئة قضايا الدولة، العدد الثاني، السنة ٤١، أبريل - يونيو، ص ٦٥٩. - د. خالد أحمد حسن «بطلان حكم التحكيم»، المرجع السابق، ص ٥٦٢ - ٥٦٣.

وينتهي دور المحكمة المختصة عند الفصل ببطلان الحكم ما لم يتفق الخصوم على غير ذلك، فيترك لهم حرية اختيار الطريق الذي يروونه مناسباً لحل النزاع فقد يفضلون اللجوء إلى التحكيم مرة أخرى باتفاق جديد أو اللجوء إلى القضاء ورفع دعوى أمام المحكمة المختصة أصلاً بنظر النزاع وفقاً للقواعد العامة^(١٨٦).

وقد أرست محكمة استئناف القاهرة في حكم لها مجموعة من القواعد التي تحدد حدود طريق الإبطال وأسسها، وتحديد ما إذا كان يشكل طريقاً استثنائياً أم استثنائياً ويحدد ما إذا كانت مراجعة الإبطال هي درجة ثانية من درجات المحاكمة أم لا، وكرست المحكمة مجموعة من القواعد الآتية^(١٨٧):

(١) إن رقابة قاضي البطلان لا تتسع لتقدير مدى ملاءمة سلامة أو صحة الأسباب التي استند إليها المحكمون في قضائهم بشأن الاعتراض.

(٢) إن دعوى بطلان حكم المحكمين لا تتسع لإعادة النظر في موضوع النزاع أو تعيب ما قضي به.

(٣) لا تمتد سلطة القاضي إلى مراجعة وتقدير ملائمة أمر حسن تقدير المحكمين، وصواب أو خطأ اجتهادهم سواء في فهم الواقع أو تكييفه أو

(١٨٦) انظر: د. السيد عبد العال تمام «مبدأ المواجهة في خصوم التحكيم»، دار النهضة العربية، سنة ٢٠٠٠، ص ٢٤٥، د. أشرف خليل حماد «التحكيم في المنازعات الإدارية»، المرجع السابق، ص ٢٥٣، د. مختار بربري «التحكيم التجاري الدولي»، المرجع السابق، ص ٢٥٧.
(١٨٧) انظر: حكم محكمة استئناف القاهرة (دائرة ٩١ تجاري)، الدعوتين رقمي (٩٣)، (٩٤)، لسنة ١٢٣٣ ق تحكيم، جلسة ٢٠٠٧/٥/٣٠، مشار إليهما سابقاً لدى م.د. برهان أمر الله «حكم التحكيم»، المرجع السابق، ص ١٣٨، حكم محكمة استئناف القاهرة (دائرة ٩١ تجاري)، الدعوى رقم (٦٦)، لسنة ١٢٣٣ ق. تحكيم، جلسة ٢٠٠٧/٢/٢٧، حكم محكمة استئناف القاهرة (دائرة ٩١ تجاري)، الدعوى رقم (١١٦)، لسنة ١٢١ ق. تحكيم، جلسة ٢٠٠٥/٤/٢٧، منشورين بمجلة التحكيم العربي، العدد العاشر سبتمبر ٢٠٠٧، ص ٣٤١.

تفسير القانون وتطبيقه، أو مدى سلامة أو صحة أسبابه لأن ذلك مما يختص به قاضي الاستئناف لا قاضي البطلان.

(٤) إن أسباب بطلان حكم التحكيم المنصوص عليها في المادة (٥٣) من قانون التحكيم قد وردت على سبيل الحصر فلا يجوز القياس عليها أو التوسع في تفسيرها، ومن ثم فإن خطأ هيئة التحكيم في القضاء في مسألة مخالفة الالتزام باللجوء أولاً إلى وسيلة التوفيق لحل النزاع قبل سلوك طريق التحكيم لا يعد من أحوال البطلان المنصوص عليها في المادة (٥٣) والقول بغير ذلك يتضمن إنشاء سبب جديد لبطلان حكم المحكمين لم يقره المشرع أو يقصد إليه^(١٨٨).

(١٨٨) انظر: نص المادة (٥٣) من قانون التحكيم المصري رقم (٢٧) لسنة ١٩٩٤ التي تنص على أنه لا تقبل دعوى بطلان حكم التحكيم إلا في الأحوال الآتية:
- إذا لم يوجد اتفاق تحكيم أو كان هذا الاتفاق باطلاً أو قابلاً للأبطال أو سقط بإنتهاء مدته.

- إذا كان أحد طرفي اتفاق التحكيم وقت إبرامه فاقد الأهلية أو ناقصها وفقاً للقانون الذي يحكم أهليته.

- إذا تعذر على أحد طرفي التحكيم تقديم دفاعه بسبب عدم إعلانه إعلاناً صحيحاً بتعيين محكم أو بإجراءات التحكيم أو لأي سبب آخر خارج عن إرادته.

- إذا استبعد حكم التحكيم تطبيق القانون الذي اتفق الأطراف على تطبيقه على موضوع النزاع.

- إذا تم تشكيل هيئة التحكيم أو تعيين المحكمين على وجه مخالف للقانون أو لاتفاق الطرفين.

- إذا فصل حكم التحكيم في مسائل لا يشملها اتفاق التحكيم أو جاوز حدود هذا الاتفاق، ومع ذلك إذا أمكن فصل أجزاء الحكم الخاصة بالمسائل الخاضعة للتحكيم عن أجزائه الخاصة بالمسائل غير الخاضعة له فلا يقع البطلان إلا على الأجزاء الأخيرة وحدها.

- إذا وقع بطلان حكم التحكيم، أو كانت إجراءات التحكيم باطلة بطلاناً أثر في الحكم.

وتقضي المحكمة التي تنظر دعوى البطلان من تلقاء نفسها ببطلان حكم التحكيم إذا تضمن ما يخالف النظام العام في جمهورية مصر العربية.

(٥) إن طلب صاحب الشأن (المدعية) في طلب الابطال قد سقط لعدم إبدائه في وقت معقول وفقاً لنص المادة (٨) من قانون التحكيم المصري وذلك لأنها قد استمرت في إجراءات التحكيم مع علمها بوقوع المخالفة^(١٨٩).

بيد أن الباحث لا يساير النظر الفقهي والقضائي السابق على إطلاقه بصدد الخطأ في تطبيق القانون أو تفسيره أو تأويله، ذلك أن الخطأ في تطبيق القانون أو تفسيره أو تأويله وإن كان لا يعد من قبيل أسباب دعوى البطلان التي أوردها المشرع على سبيل الحصر في المادة (٥٣) من قانون التحكيم، إلا أنه يتعين ملاحظة أن المسخ أو إهمال المحكم في تطبيق القانون أو تشويبه لنصوصه يعادل استبعاد القانون واجب التطبيق على موضوع النزاع بحيث يمكن اعتباره من بين الأسباب التي تجيز رفع دعوى البطلان من ناحية.

ومن ناحية أخرى فإن دعوى البطلان وإن كانت طريقاً خاصاً للطعن في أحكام التحكيم، وأن المحكمة المختصة بنظرها لا تعد محكمة استئنافية لهيئة التحكيم بحيث لا تنتقل إليها خصومة التحكيم بحالتها، ومن ثم فلا يكون لها سلطة تقدير واقعات النزاع وإبداء الرأي القانوني بشأنها أو معاودة النظر والترجيح فيما فصل فيه الحكم التحكيمي، إلا أن كل ذلك لا ينفي حق المحكمة في أن تفحص بعمق وهي بصدد فحص أسباب الطعن بالبطلان المسائل الواقعية والقانونية التي من شأنها استظهار وجه الطعن، والتي لا يمكن بدونها الفصل في دعوى البطلان وعليه فإننا نهيب بالمشرع

(١٨٩) انظر: المادة (٨) من قانون التحكيم المصري رقم (٢٧) لسنة ١٩٩٤ التي تنص على أنه «إذا استمر أحد طرفي النزاع في إجراءات التحكيم مع علمه بوقوع مخالفة لشرط في اتفاق التحكيم أو لحكم من أحكام هذا القانون مما يجوز الاتفاق على مخالفته، ولم يقدم اعتراضاً على هذه المخالفة في الميعاد المتفق عليه أو في وقت معقول عند عدم الاتفاق، اعتبر ذلك نزولاً عن حقه في الاعتراض».

المصري أن يتدخل لتعديل أسباب الطعن بالبطلان بإضافه حالات الخطأ في تطبيق القانون أو تفسيره أو تأويله لتشمل عيوب الحكم الإجرائية والموضوعية على السواء بما يكفل رقابة قضائية فعالة على أحكام التحكيم بما يتيح للمحكمة التي تنظر دعوى البطلان معاودة النظر والترجيح فيما فصل فيه الحكم التحكيمي في ضوء ظروف وملابسات النزاع، وإنزال حكم القانون عليها لا سيما في التحكيم بالقانون، دون التحكيم طبقاً لقواعد العدالة والإنصاف، ونقترح أن يكون هذا التعديل بإضافة فقرة ثالثة للمادة (٥٣) من قانون التحكيم نصها كالتالي: «يجوز الطعن بالبطلان إذا كان مبنى الطعن مخالفته للحكم التحكيمي للقانون أو الخطأ في تطبيقه أو تفسيره، ما لم تكن هيئة التحكيم مفوضة بالحكم طبقاً لقواعد العدالة والإنصاف، كما يجوز الطعن بالبطلان إذا كان حكم التحكيم متعارضاً مع حكم قضائي نهائي أو مع حكم تحكيم نهائي آخر صدر بين الخصوم أنفسهم في ذات موضوع النزاع».

وفيما يتعلق بالشق الثاني من التساؤل والمتعلق بمدى إمكانية تصدي المحكمة المختصة بنظر دعوى البطلان للفصل في موضوع النزاع محل التحكيم إذا ما قضت ببطلان حكم التحكيم، فقد انقسم الفقه بصدد الإجابة عليه إلى إتجاهين، نحا أولها صوب القول بانحصار دور المحكمة المختصة بنظر دعوى البطلان في مجرد إبطال الحكم التحكيمي دون التطرق للفصل في موضوع النزاع احتراماً لإرادة الأطراف الذين قد يفضلون العودة للتحكيم بعد تلافي أوجه البطلان، أو اللجوء إلى القضاء من أول درجاته إلى منتهائها^(١٩٠)، وهو ما اعتنقه المشرع المصري في قانون

(١٩٠) انظر: د. على سالم إبراهيم «ولاية القضاء على التحكيم»، المرجع السابق، ص ٣٧٢،

د. مختار بربري «التحكيم التجاري الدولي»، المرجع السابق، ص ٢٥٧.

التحكيم حيث لم يجرز للمحكمة المختصة بنظر دعوى البطلان التصدي للفصل في موضوع النزاع بعد الحكم ببطلان حكم التحكيم، وذلك خلافاً للمشروع الفرنسي الذي تبني حلاً عكسياً بمقتضى المادة (١٤٨٥) من قانون الإجراءات المدنية الجديد مفاده تصدي المحكمة التي تنظر النزاع في الحدود التي كان يملكها المحكم - هيئة التحكيم - ما لم يتفق الأطراف على خلاف ذلك، أي ما لم يتفق الأطراف على استبعاد سلطة القضاء والتمسك بالتحكيم^(١٩١).

بينما ولى رأي فقهي آخر^(١٩٢) - يميل الباحث لتأييده - وجهة شطر القول بإمكانية تصدي المحكمة التي تنظر دعوى البطلان للفصل في موضوع النزاع محل التحكيم حال قضائها بإبطال حكم التحكيم - ما لم يتفق الأطراف على التمسك بالتحكيم - اختصاراً للوقت والجهد، وحسماً للنزاع بشكل سريع، فضلاً عن منع دعاوى البطلان الكيدية التي تبتغى تعطيل الفصل في النزاع^(١٩٣).

ومن ثم فإننا نهيب بالمشروع المصري أن يتدخل لتعديل نص المادة (٥٤) من قانون التحكيم بإضافة فقرة ثالثة لها بما يسمح للمحكمة التي تنظر دعوى البطلان بالتصدي للفصل في موضوع النزاع في الحدود التي كانت متاحة للمحكمين، وهو ما يتفق والفلسفة التي يقوم عليها التحكيم تديماً

(١٩١) انظر: Rivier (M-C) «L'arbitrage la decision arbitral voies de recours», J.C.L., Proc, Civ. Fasc.1046 N62.

(١٩٢) انظر: د. عزمي عبد الفتاح «دعوى بطلان حكم التحكيم»، المرجع السابق، ص ١٠٨، د. محمد بدران «مذكرات في حكم التحكيم»، المرجع السابق، ص ١٦٦، د. محمد أحمد عبد النعيم «الرقابة القضائية على حكم التحكيم»، المرجع السابق، ص ٢٤٠، د. خالد أحمد حسن «بطلان حكم التحكيم»، المرجع السابق، ص ٥٨٦ - ٥٨٧.

(١٩٣) انظر: Robert (J) «L'arbitrage en matier international», op.cit, P.214.

لفاعليته وفاعلية الرقابة القضائية عبر مراحلها المختلفة، ونقترح أن يكون نص تلك الفقرة على النحو التالي «إذا قضت المحكمة ببطلان الحكم التحكيمي وجب عليها الفصل في موضوع النزاع في الحدود التي كان يملكها المحكم - أو هيئة التحكيم - ما لم يتفق الأطراف على غير ذلك».

بيد أن تداعي المنطق يطرح تساؤلاً آخر حول مدى جواز الطعن في الحكم الصادر في دعوى البطلان في منازعات العقود الادارية؟

وفيما يتعلق بالإجابة على التساؤل الذي طرحناه فإن الباحث يرى خضوع الأحكام الصادرة عن محكمة القضاء الاداري في دعاوى بطلان أحكام التحكيم للطعن أمام المحكمة الادارية العليا وبالمخالفة لنص المادة (٥٢) من قانون التحكيم^(١٩٤)، أما بالنسبة للأحكام الصادرة من المحكمة الادارية العليا حال اختصاصها بنظر دعوى البطلان فلا يمكن الطعن فيها بأي طريقة من طرق الطعن، شأنها في ذلك شأن الأحكام الصادرة من محكمة النقض، الأمر الذي يتعين معه تدخل المشرع لتعديل المادة (٥٤) من قانون التحكيم المصري رقم (٢٧) لسنة ١٩٩٤ بإضافة فقرة ثالثة لها نصها كالتالي: (٣) - وبالنسبة للتحكيم في المنازعات الادارية ينعقد الاختصاص بنظر دعوى البطلان للمحكمة المختصة أصلاً بنظر الدعوى، على أن تختص محكمة القضاء الاداري بالقاهرة بنظر تلك الدعوى بالنسبة للعقود الادارية ذات الطابع الدولي أو أي محكمة قضاء اداري أخرى يختارها الخصوم، وتختص محكمة القضاء الاداري المختصة مكانياً بنظرها بالنسبة للعقود الادارية الداخلية.

(١٩٤) انظر: المادة (١/٥٢) من قانون التحكيم التي تنص على أنه «لا تقبل أحكام التحكيم التي تصدر طبقاً لأحكام هذا القانون الطعن فيها بأي طريق من طرق الطعن المنصوص عليها في قانون المرافعات المدنية والتجارية».

ويرى الباحث أخيراً أن يتم تحديد دائرة متخصصة بمحكمة القضاء الإداري بالقاهرة - ومحاكم القضاء الإداري الأخرى - لنظر دعاوى البطلان في منازعات العقود الإدارية ضماناً لتوحيد المبادئ القانونية بهذا الصدد، ومنعاً لتضارب الأحكام المتعلقة بالتحكيم الإداري، وهو الأمر الذي يتلافى القصور والتخبط التشريعي بقانون التحكيم الحالي، والأفضل من ذلك كله أن يبادر المشرع المصري بإصدار قانون خاص بالتحكيم في المنازعة الإدارية يراعى خصوصية تلك المنازعات وطبيعة روابط القانون العام على أن يهتدى في ذلك بأحكام قانون التحكيم الحالي بما لا يتعارض وطبيعة روابط القانون العام وهو ما يجري الإعداد له في فرنسا حالياً طبقاً لمجموعة العمل المكلفة بوضع تصور لمشروع قانون التحكيم في المجال الإداري^(١٩٥).

(١٩٥) انظر: Rapport du Groupe de travail sur; arbitrage en matier administrative, Rev-arb, 2007, P.651 -672.

الخاتمة والتوصيات

رأينا في هذا البحث القائمين على التحكيم يمارسون مهمتهم ذات الطبيعة القضائية في إطار من الاستقلال عن السلطة القضائية إلا أن ذلك لا يعنى انفصاله التام عن هذه الولاية في صورتين الأولى: هى رقابة القضاء على إجراءاتها والثانية: هى الدور المساعد الذي يحقق للتحكيم فاعليته فإن القضاء هو الذي يكفل المناخ الملائم كى يحقق التحكيم هدفه في حل المنازعات من خلال دوره المساعد في احتواء ومواجهة ما يصادف إجراءات التحكيم من عقبات، وإضفاء القوة التنفيذية على حكم التحكيم أو من خلال دوره الرقابى المتمثل في التحقق من انتفاء أية موانع تحول دون تنفيذ هذا الحكم والفصل في الطعون المقدمة ضده.

فرقابة القضاء على أعمال التحكيم تحقق التوازن بين المصلحة الخاصة لأطراف التحكيم فيما يتاح لهم من إرادة واضحة في اختيار محكميهم من جانب، فضلاً عن المرونة والسرعة في استصدار الأحكام الفاصلة في منازعاتهم من جانب آخر، وبين المصلحة العامة التي تتمثل في احتفاظ الدولة بسلطة الرقابة على أعمال المحكمين وما يتيح ذلك من حماية للكيان المنفرد للعقد الاداري والمصلحة العامة التي يعبر عنها قدر الامكان.

وفي خاتمة ما استعرضناه يجدر بنا أن نوصي بما يلي:

أولاً: إعادة النظر في إسناد الاختصاص بالفصل في دعوى البطلان إلى محكمة الدرجة الثانية إلى تتبعها المحكمة المختصة أصلاً بنظر النزاع وجعل هذا الأمر من اختصاص المحكمة المختصة أصلاً بنظر النزاع وبإجراءات ميسرة، ويأتي هذا الاقتراح لمواجهة بعض العقبات القانونية التي يمكن أن يثيرها تطبيق ذلك فيما لو كانت محكمة القضاء الاداري هى المحكمة

المختصة أصلاً بنظر النزاع فهل ستتولى المحكمة الادارية العليا رغم كونها محكمة نقض أساساً نظر دعوى البطلان والفصل فيها.

ثانياً: أن يكون اللجوء إلى التحكيم إختيارياً وليس اجبارياً بما لا يجعله مثاراً للطعن بعدم الدستورية.

ثالثاً: نهيب بالمشرع المصري أن يتدخل لتعديل أسباب الطعن بالبطلان بإضافه حالات الخطأ في تطبيق القانون أو تفسيره أو تأويله لتشمل عيوب الحكم الإجرائيه والموضوعية على السواء بما يكفل رقابة قضائية فعالة على أحكام التحكيم بما يتيح للمحكمة التي تنظر دعوى البطلان معاودة النظر والترحيح فيما فصل فيه الحكم التحكيمي في ضوء ظروف وملابسات النزاع، وإنزال حكم القانون عليها لا سيما في التحكيم بالقانون، دون التحكيم طبقاً لقواعد العدالة والإنصاف، ونقترح أن يكون هذا التعديل بإضافة فقرة ثالثة للمادة (٥٣) من قانون التحكيم نصها كالتالي: «يجوز الطعن بالبطلان إذا كان مبني الطعن مخالفته الحكم التحكيمي للقانون أو الخطأ في تطبيقه أو تفسيره، ما لم تكن هيئة التحكيم مفوضة بالحكم طبقاً لقواعد العدالة والإنصاف، كما يجوز الطعن بالبطلان إذا كان حكم التحكيم متعارضاً مع حكم قضائي نهائي أو مع حكم تحكيم نهائي آخر صدر بين الخصوم أنفسهم في ذات موضوع النزاع».

رابعاً: نهيب بالمشرع المصري أن يتدخل لتعديل نص المادة (٥٤) من قانون التحكيم بإضافة فقرة ثالثة لها بما يسمح للمحكمة التي تنظر دعوى البطلان بالتصدي للفصل في موضوع النزاع في الحدود التي كانت متاحة للمحكمين، وهو ما يتفق والفلسفة التي يقوم عليها التحكيم تدعيماً لفاعليته وفعالية الرقابة القضائية عبر مراحل المختلفة، ونقترح أن يكون نص تلك الفقرة على النحو التالي «إذا قضت المحكمة ببطلان الحكم التحكيمي وجب عليها الفصل في موضوع النزاع في الحدود التي كان يملكها المحكم - أو هيئة التحكيم - ما لم يتفق الأطراف على غير ذلك».



الحماية الجنائية لحرية ممارسة الشعائر الدينية

إعداد: د. محمد السعيد القزعة

مدرس القانون الجنائي

المنتدب بكلية الحقوق - جامعتي الإسكندرية وحلوان

جمهورية مصر العربية

الملخص

يُعد الاعتقاد الديني الذي لا تتلوه ممارسة دينية «أي عبادة» مجرد أفكار لم تبارح عقل صاحبها، وليست من الدين في شيء. ومؤدى ذلك أن لكل دين مظهراً خارجياً متمثلاً في العبادات أو الشعائر الدينية التي يقوم بها الإنسان، والتي تعد المظهر الخارجي للدين، وهي تختلف من دين لآخر إلا أنها لازمة في جميع الأديان، غير أن تلك الممارسات الدينية تأتي لاحقة على حرية الاعتقاد، فمن الممكن أن توجد حرية الاعتقاد، وفي الوقت نفسه لا توجد حرية ممارسة للشعائر الدينية، لأن الشعائر الدينية هي المظهر الخارجي للاعتقاد الديني، وتستمد حرية ممارسة الشعائر الدينية مصدرها من الشريعة الإسلامية وكذا التشريعات الوضعية، للذان حرصاً على توفير أكبر قدر من الاحترام والتوقير إلى الشعائر الدينية والقائمين عليها، وذلك عبر تجريم كل مساس يطال دور العبادة لأي من أصحاب الأديان السماوية باعتبارها أماكن ممارسة الشعائر الدينية، بالإضافة إلى تجريم أي فعل من شأنه إحداث إخلال بممارسة الشعائر الدينية.

خطة البحث:

- المبحث الأول: مفهوم الشعائر الدينية.
- المبحث الثاني: الحماية الدولية والدستورية لحرية ممارسة الشعائر الدينية.
- المبحث الثالث: حماية حرية ممارسة الشعائر الدينية في التشريعات الجنائية.



المبحث الأول

مفهوم الشعائر الدينية

الشعائر الدينية هي الممارسات الفعلية أو القولية التي يأتيها معتنقو الدين بغية التقرب إلى الإله الذي يؤمنون به ويدينون له بالولاء، وهي المظهر الخارجي لكل دين فبدونها يظل الاعتقاد حبيس فكر صاحبه، لذلك كان لحرية ممارسة الشعائر الدينية أهمية كبيرة في القانون، وحرصت معظم التشريعات على حمايتها؛ لأنها بمثابة الوجه الآخر لحرية الاعتقاد، وفيما يلي بيان ذلك بشيء من التفصيل من خلال المطالب الآتية:

المطلب الأول

مفهوم ممارسة الشعائر الدينية

الشعائر الدينية مظهر كل دين وإعلامه، فبدونها يظل الدين حبيس النفس والقلب، لذلك لا يكفي أن يكفل للإنسان الحق في حرية العقيدة بل لا بد من كفالة حقه في حرية ممارسة شعائر دينه لأنها المكمل والمتممة لحرية عقيدته^(١). والشعائر في اللغة جمع الشعيرة، وهي ما ندب الشرع إليه وأمر بالقيام به^(٢)، وقيل أيضاً: الشعائر، أعمال الحج وكل ما جعل علماً لطاعة الله ﷻ. قال الأصمعي: «الواحدة شعيرة» وقال بعضهم: شعاره والمشاعر مواضع المناسك^(٣).

- (١) د. إبراهيم كمال إبراهيم محمد. ضوابط الحرية الدينية، دراسة مقارنة في الشريعة الإسلامية والتشريعات الوضعية، الطبعة الأولى، دار الكتب والدراسات العربية الإسكندرية، ٢٠١٦، ص ٩٧.
- (٢) المعجم الوجيز، مجمع اللغة العربية. طبعة خاصة بوزارة التربية والتعليم، جمهورية مصر العربية، ١٤١٨هـ - ١٩٩٧م، ص ٣٤٤.
- (٣) مختار الصحاح، الإمام محمد بن أبي بكر عبد القادر الرازي. تحقيق محمود خاطر، مكتبة لبنان، ج ١، ١٩٩٥، ص ١٤٣.

ولكل دين من الديانات شعائر دينية معينة يأتيها معتقوه، فالعبادات هي مجموعة الفرائض التي تقرأها تعاليم الأديان تقرباً للمعبود، ومن ثم تختلف العبادات من ديانة إلى أخرى والعبادة هي ممارسة الشعائر الدينية، وتعرف اصطلاحاً: بأنها إتيان الأفعال المادية الظاهرة الدالة على نوع العبادة والتي تؤدي إلى التقرب للمعبود، ومفرد (الشعائر) شعيرة ويقصد بها معالم الدين ومن ثم فالشعائر الدينية هي مجموعة المناسك أو الأفعال أو الطقوس الواجب على الأشخاص القيام بها لإعلام الله بالطاعة؛ حيث إن شعائر الله هي أوامره ومنه قوله ﷺ: ﴿ذَلِكَ وَمَنْ يُعْظِمَ شَعِيرَ اللَّهِ فَإِنَّهَا مِنْ تَقْوَى الْقُلُوبِ﴾ الحج: ٣٢^(٤).

ومؤدى ذلك أن الدين لا يتجسد فقط في الفكر المجرد، بل إن لكل دين ممارساته الخاصة به وكذلك شعائره وطقوسه، وعليه فلا مندوحة في تأمين حرية ممارسة مثل هذه الشعائر إذا ما أردنا أن نضمن الحرية الدينية^(٥)، وحرية ممارسة الشعائر الدينية تعنى أن يكون الإنسان حراً في أن يزاوّل شعائر الدين الذي يعتنقه في حدود القانون^(٦). وقيل: أن المقصود بممارسة حرية العبادة والشعائر الدينية من أركان في قلبها الفردي أو الجماعي أن يتاح لاتباع العقيدة الدينية المعترف بها في حق إقامة شعائر ذلك الدين، وإقامة دور العبادة الخاصة بها، وحرية ارتيادها جهرًا وعلانية وبالجملة القيام والصلوات وفروض العبادة، وذلك دونما

(٤) د. محمد السعيد عبد الفتاح. الحماية الجنائية لحرية العقيدة والعبادة، دراسة تأصيلية تحليلية، الطبعة الأولى، دار النهضة العربية، القاهرة، ٢٠٠٥، ص ١٦.

(٥) Robert (J.) et autres, Droits et autres, droits Libertés fondamentaux, 4e ed, Dalloz, 1997, p. 271.

(٦) د. كريم يوسف كشاكش. الحريات العامة في الأنظمة السياسية المعاصرة، رسالة دكتوراه، كلية الحقوق، جامعة القاهرة، ١٩٨٧، ص ٢٠٥.

إخلالها للنظام العام أو حسن الآداب أو اعتداء على مشاعر معتنقي الديانات الأخرى المعترف بها^(٧).

وممارسة الشعائر الدينية كما عرفتھا المحكمة الدستورية العليا المصرية، هي انتقال بالعقيدة من مجرد الإيمان واختلاجه في الوجدان بالتعبير عن محتواھا عملاً ليكون تطبيقاً حياً فلا تكمن في الصدور^(٨). وعليه يمكن القول: إن حرية ممارسة الشعائر الدينية هي تمكين الإنسان من ممارسة شعائره الدينية، أو طقوسه، أو الأفعال المادية الظاهرة الدالة على نوع العبادة، التي تقرھا تعاليم دينه من أجل التقرب إلى المعبود دون اعتداء أو تسلط أو منعه من ممارستها على الوجه الأكمل.

المطلب الثاني

التمييز بين حرية العقيدة وحرية ممارسة الشعائر الدينية

جاءت العديد من الدساتير والأبحاث الفقهية متضمنة حرية العقيدة وحرية ممارسة الشعائر الدينية على أن كل منهما حرية مختلفة ومستقلة عن الأخرى، وهو واقع مفروض لا نجحده، فإن حرية العقيدة تظهر عن طريق الاختيار، فهو واحد من أشد خصوصيات الإنسان، هذا بجانب أنها لا تكلف الدول أو النظم السياسية شيئاً سوى النص على السماح بها في دساتيرها؛ فقد يظهر الإنسان عكس ما يعتقد لحماية نفسه أو لموافقة اتجاه

(٧) د. نوال طارق إبراهيم العبيد. الجرائم الماسة بحرية التعبير عن الفكر، الطبعة الأولى، دار الحامد، عمان، ٢٠٠٩، ص ٧٥. د. مصطفى محمود عفيفي. الحقوق المعنوية للإنسان، دراسة مقارنة في النظم الوضعية والشريعة الإسلامية، الطبعة الأولى، دار الفكر العربي، القاهرة، ١٩٩٨، ص ١٤٠.

(٨) حكم الدستورية العليا في الطعن رقم ١٧ - ١٨ في دستورية ١٩٩٦/٥/٨، المكتب الفني، السنة السابعة.

سياسي معين بما قد يناهض عقيدته واختياره، وعلى خلاف ذلك تأتي حرية ممارسة الشعائر الدينية على أنها حرية واضحة وظاهرة ويصعب تصورهما مخفية أو مكبوتة. وهى ولا شك تندرج بعد حرية العقيدة، إذ لا يمكن ممارسة شعائر إذا لم يوجد معتقد ديني معين أو طقوس خاصة، وقد لا يمارس الفرد شعائر دينية لدين معين رغم إيمانه به وقد يمارسه على نحو مذهبي أو طائفي خاص به فيما يسمح به ذلك المعتقد، هذا بخلاف أنها حرية يكثر فيها الاحتكاك بالسلطة من حيث توفير أماكن لممارسة شعائر العقائد المختلفة بحرية وتصريح النظام أو الدولة بذلك وموقف الدولة ودينها - إذا كانت قد اتخذت لنفسها عقيدة معينة^(٩). ومع تأكيد المحكمة الدستورية العليا المصرية على أن حرية العقيدة وحرية ممارسة الشعائر الدينية صنوان لا ينفصلان وهو ما حمل الدستور على أن يضعها في مادة واحدة، حيث نصت م «٤٦» من دستور ١٩٧١ أن حرية العقيدة وحرية ممارسة الشعائر الدينية مكفولتان، وهو ما يعنى تكاملهما، وأنهما قسمان لا ينفصلان وأن ثانيهما يمثل مظاهر أولهما باعتبارها انتقالاً من مجرد الإيمان واختلاجه في الوجدان إلى التعبير عن محتواها عملاً ليكون تطبيقاً حياً فلا تكمن في الصدور، غير أنها تورد فارقاً هاماً عبر قولها ومن ثم سأنح القول بأن أولاهما لا قيد عليها وأن ثانيهما يجوز تقييدها من خلال تنظيمها، توكيداً لبعض المصالح العليا التي ترتبط بها، وبوجه خاص ما يتصل بها بصون النظام العام والقيم الأدبية وضمان حقوق الآخرين وحياتهم^(١٠).

(٩) د. معتز محمد أبو زيد. حرية العقيدة الدين التقيّد والتقدير، دراسة مقارنة وتطبيقه على نظام الدستوري المصري، الطبعة الأولى، دار النهضة العربية، القاهرة، ٢٠١٠، ص ٥٧.

(١٠) الطعن رقم ١٧ - ١٨، جلسة ١٩٩٦/٥/١٨، المكتب الفني، المحكمة الدستورية العليا - مصر، السنة السابعة.

وبطبيعة الحال فإن ممارسة الشعائر الدينية للديانات أمر يختلف حدوده ومعالمه وإن اتفق مضمونه ومحتواه بين الدول بعضها البعض، ويرجع ذلك إلى أن تلك الممارسات تتباين من مجتمع إنساني إلى آخر بحسب ظروفه السياسية والاقتصادية والثقافية، وإن كان ذلك في إطار الاعتراف بوجود حد أدنى من الالتزام العام بين المجتمعات البشرية كافة بالاحترام المبدئي لممارسة الشعائر الدينية^(١١).

غير أن هناك ثمة فارق جوهري بين حرية العقيدة وحرية ممارسة الشعائر الدينية، ويكمن ذلك الفارق أن حرية العقيدة هي عبارة عن أفكار وقناعات داخل الوجدان، فحرية العقيدة تعنى الاعتقاد الداخلي وهو لا قيد عليه مطلقاً^(١٢)، وليس لها أي مظهر خارجي في حين أن ممارسة الشعائر الدينية هي إتيان أفعال مادية لدى ممارسة العبادة، الأمر الذي يترتب عليه أثر قانوني هام، هو أن حرية الاعتقاد مطلقة وذلك بنص المشرع الدستوري المصري في دستور ٢٠١٤، في حين أن ممارسة الشعائر الدينية محاطة ببعض الضوابط التي بلا شك تقيد من إطلاقها، غير أنه هناك رأى من الفقه ذهب إلى أن حرية الاعتقاد ليست مطلقة وعلل ذلك بأن جعل حرية الاعتقاد مطلقة من الممكن أن تؤدي إلى التماهي أو الفوضى في ممارسة الشعائر الدينية والتغالي فيها من ناحية، ومن ناحية أخرى قد تفتح الباب على مصراعيه أمام كل من تسول له نفسه بأن يؤسس ديناً أو اعتقاداً مذهبياً جديداً باسم حرية العقيدة بغض النظر عن صحة أو عدم صحة أحكامه^(١٣).

(١١) د. نوال طارق إبراهيم العبيدي، المرجع السابق، ص ١٤٠.

(١٢) د. مدحت محمد عبد العزيز إبراهيم. حقوق الإنسان في مرحلة التنفيذ العقابي، الطبعة الأولى، دار النهضة العربية، القاهرة، ٢٠٠٤، ص ١١٤.

(١٣) د. هاني محمد يوسف. المنظور المشترك لحقوق الإنسان في الأديان السماوية، الطبعة الأولى، دار قباء للطباعة، مصر، ٢٠٠٨، ص ٤٩.

ويؤيد ما سبق رأياً آخر يبرر أنه لا ينبغي أن تكون حرية الاعتقاد مطلقة ومن واجب القانون بما له من قدرة على كبح جماح الدعوات والأفعال المناهضة للدين، والتدخل من أجل الحفاظ على القيم الدينية في المجتمع^(١٤)، وفي تقديره أن حرية الاعتقاد مطلقة ويأتي ذلك انسجاماً مع الخطاب الإلهي لبنى آدم: ﴿وَلَوْ شَاءَ رَبُّكَ لَأَمَنَّ فِي الْأَرْضِ كُلَّهُمْ جَمِيعاً أَفَأَنْتَ تُكْرِهُ النَّاسَ حَتَّى يَكُونُوا مُؤْمِنِينَ﴾ يونس: ٩٩. فلو شاء الله الخالق أن يؤمن أهل الأرض لكان ذلك، فلا يجوز أن يتدخل المشرع لفرض القيود على حرية الاعتقاد داخل وجدان الناس، وإلا فإن هذا سوف يعود بنا إلى زمن محاكم التفتيش التي كانت تحاكم الناس بما في ضمائرهم، وإنما يكون تدخل المشرع ضرورياً في حالة التعبير عن الاعتقاد أي خروج الاعتقاد من الفكر والوجدان إلى واقع مادي ملموس وهي مزاولة الشعائر الدينية، ولا يصح أن يتعلل هذا الاتجاه بأن حرية الاعتقاد ليست مطلقة لمواجهة الإلحاد والدعوات لمناهضة الدين لأن النص الصريح جاء من المشرع الأعلى في هذا الصدد: ﴿وَقُلِ الْحَقُّ مِنْ رَبِّكَ فَمَنْ شَاءَ فَلْيُؤْمِنْ وَمَنْ شَاءَ فَلْيُكْفُرْ﴾ الكهف: ٢٩. وبالتالي فلا اجتهاد مع صراحة النص القرآني.

وذهب رأي من الفقه إلى التمييز بين حرية العقيدة وممارستها، بإطلاق الأولى وتقييد الثانية، لهو من الأمور التي يدق البحث فيها وينبغي التعرض لها بحرص شديد. فإذا كان الاعتقاد بما ينطوي على جوانب نفسية وروحية لا يمكن المساس بها، فإن الشعائر قابلة للتقييد ولا يمكن فصلها عن جوهر الاعتقاد ذاته فما العقائد إلا شعائر، وبمعنى آخر فإن الشعائر إذا ما قيدت ممارستها ربما ترتب على ذلك الحرمان من الاعتقاد ذاته، وبناء عليه فإن

(١٤) د. محمد عبد اللطيف. جرائم النشر الضارة بالمصلحة العامة، دار النهضة العربية، القاهرة،

تميز العقيدة وممارستها هي تفرقة محفوفة بالمخاطر، ولا ينبغي تقييد ممارسة الشعائر الوجه الآخر للاعتقاد إلا في أضيق الحدود وفي حالات الإخلال الظاهر للنظام العام. ولا نبالغ إذا قلنا: إن حرية ممارسة الشعائر الدينية هي أكثر المناطق التي يقع فيها التمييز على أساس الدين، فالدولة لا تستطيع التدخل لتغيير، أو تقييد اعتقاد الأفراد، وإنما تملك التدخل بدعوى النظام العام لتقييد ممارسة الشعائر الدينية^(١٥).

(١٥) د. نوال طارق إبراهيم. المرجع السابق، ص ٧٦ - ٧٧.

المبحث الثاني

الحماية الدولية والدستورية لممارسة الشعائر الدينية

وردت العديد من النصوص القانونية التي أكدت على حماية حرية ممارسة الشعائر الدينية، حيث وجدت العديد من النصوص داخل المواثيق الدولية وكذا المواثيق الإقليمية، إلى جانب ذلك تعددت النصوص الدستورية في التشريعات الداخلية للدول التي تؤكد على تلك الحرية، وتكفل لها أكبر قدر من الحماية، ونظراً لتباين الأسس القانونية لحماية حرية ممارسة الشعائر الدينية بين الواردة في المواثيق العالمية والإقليمية، وكذا الواردة في التشريعات الداخلية بين الدستورية والجنائية، تعين استعراض كل منهما من خلال بيان الحماية الواردة في المواثيق الدولية والإقليمية، والحماية الدستورية لحرية ممارسة الشعائر الدينية والإقليمية.

المطلب الأول

الحماية الدولية لممارسة الشعائر الدينية

أولاً: الحماية الدولية

• الإعلان العالمي لحقوق الإنسان^(١٦):

تبنّت العديد من الاتفاقات الدولية فكرة حرية ممارسة الشعائر الدينية، وسطرت تلك الاتفاقيات بين نصوصها ما يؤسس لتلك الحرية باعتبارها إحدى أهم الحريات الدينية، ويأتي على رأس تلك المواثيق الإعلان العالمي لحقوق الإنسان، الذي أكد على حرية ممارسة الشعائر الدينية سواء كان ذلك

(١٦) الصادر في ١٠ ديسمبر ١٩٤٨.

بصورة منفردة أو في جماعة، حيث جاء في المادة «١٨» منه أن: «لكل إنسان الحق في حرية التفكير والضمير والدين ويشمل هذا الحق حرية تغيير ديانته أو عقيدته وحرية الإعراب عنها بالتعليم والممارسة وإقامة الشعائر ومراعاتها سواء كان ذلك سراً أو في جماعة»^(١٧).

ويتضمن نص هذه المادة منح كل شخص الحرية في الجهر بالديانة أو الاعتقاد سواء بصفة فردية أو في جماعة وسواء كان ذلك في السر أو العلن وذلك بواسطة التعليم ومزاولة الطقوس والشعائر أو المراسيم^(١٨).

• العهد الدولي للحقوق المدنية والسياسية^(١٩):

على إثر الإعلان العالمي لحقوق الإنسان جاء العهد الدولي الخاص بالحقوق المدنية والسياسية ليؤكد على تلك الحرية، حيث قررت المادة «١٨» منه على أن: «لكل إنسان الحق في حرية الفكر والوجدان والدين ويشمل ذلك حريته في أن يدين بدين ما وحريته في اعتناق أي دين أو معتقد يختاره وحريته في إظهار دينه أو معتقده بالتعبير وإقامة الشعائر والممارسة والتعليم بمفرده أو مع جماعة أمام المأوى أو على حده».

وجاء في المادة «١٨» فقرة ٣ على أنه لا يجوز إخضاع حرية الإنسان في إظهار دينه أو معتقده إلا للقيود التي يفرضها القانون، والتي تكون ضرورية لحماية السلامة العامة أو النظام العام والصحة العامة أو الآداب العامة أو حقوق الآخرين وحرياتهم الأساسية، «والفقرة الرابعة» التي جاء فيها تتعهد

(١٧) د. محمود شريف بسيوني، خالد محيي الدين. الوثائق الدولية والإقليمية المعنية بالعدالة الجنائية، الوثائق الإقليمية، ج ١، دار النهضة العربية، القاهرة، ٢٠٠٧، ص ٢٨ - ٢٩.

(١٨) د. خالد مصطفى فهمي. الحماية القانونية للمعتقدات وممارسة الشعائر الدينية وعدم التمييز، دراسة مقارنة، الطبعة الأولى، دار الفكر العربي، القاهرة، ٢٠١٢، ص ٦١.

(١٩) صادقت الجمعية العامة للأمم المتحدة على هذا العهد في ١٩ ديسمبر ١٩٩٦/١٢/١١.

الدول الأطراف في هذا العهد باحترام حرية الآباء أو الأوصياء عند وجودهم في تأمين تربية أولادهم ديناً وخلقياً وفقاً لقناعاتهم الخاصة. والشكل العام المتعارف عليه في إظهار الدين أو المعتقد هي ممارسة الشعائر الدينية والتي لا بد أن تكون خاضعة للقيود التي يفرضها القانون مثل الحفاظ على الأمن العام والصحة العامة والآداب العامة^(٢٠).

وأُعيد الاتجاه الذي ذهب إلى أن القيود الواردة في «الفقرة الثالثة» من العهد الدولي للحقوق المدنية والسياسية، إذ تخضع حرية الفرد في التعبير عن ديانته أو معتقداته للقيود المنصوص عليها فقط في القانون والتي تستوجبها السلامة العامة أو النظام العام، والصحة العامة، والأخلاق، وحقوق الآخرين وحياتهم الأساسية إن مثل هذه التعبيرات تترك للمشرع الوطني مساحة واسعة يجب ألا تبطل مفهوم حرية الدين أو العقيدة وحرية الممارسة والتعبير عنها، بما يعني نسفها من خلال التنظيم التشريعي واللائحي الداخلي^(٢١).

• الإعلان العالمي للقضاء على التعصب والتمييز القائمين على أساس الدين والمعتقد^(٢٢):

جاء الإعلان العالمي الخاص «بالقضاء على أشكال التعصب والتمييز القائمين على أساس الدين والمعتقد»؛ لينسج على منوال الإعلان العالمي لحقوق الإنسان والعهد الدولي الخاص بالحقوق المدنية والسياسية فيما يتعلق بتأكيد المبادئ المقررة سابقاً في حرية ممارسة الشعائر الدينية، وقد تضمن هذا الإعلان في (المادة السادسة)، حرية ممارسة العبادة أو عقد

(٢٠) د. محمد السعيد عبد الفتاح. مرجع سابق، ص ٣١.

(٢١) د. الشافعي محمد بشير. قانون حقوق الإنسان، الطبعة الثانية، مكتبة الجلاء، المنصورة، ١٩٩٨، ص ١٨٩.

(٢٢) نشرت الجمعية العامة للأمم المتحدة هذا الإعلان في ٢٥ نوفمبر ١٩٨١.

الاجتماعات المتصلة بدين أو معتقد ما وإقامة وصيانة أماكن لهذه الأغراض، وحرية صنع واقتناء واستعمال القدر الكافي من المواد والأشياء الضرورية المتصلة بطقوس أو عادات دين أو معتقد، وحرية تعليم الدين أو المعتقد في أماكن مناسبة لهذه الأغراض، وحرية مراعاة أيام الراحة والاحتفال بالأعياد وإقامة الشعائر وفقاً لتعاليم دين الشخص أو معتقده^(٢٣).

ثانياً: حرية ممارسة الشعائر الدينية في الوثائق الإقليمية:

لم يقتصر الأمر في إقرار حرية ممارسة الشعائر الدينية في المواثيق الدولية السابق الإشارة إليها وتبعته في ذلك الوثائق الإقليمية لما تمثله هذه الحرية من أهمية كبيرة، وقد تبنت العديد من الاتفاقات الإقليمية تلك الحرية وحرصت على كفالة ممارستها، فقد قررت الاتفاقية الأوروبية لحقوق الإنسان بالمادة «٩» منها: أنه (لا يجوز إخضاع حرية ممارسة الديانة أو المعتقد للقيود إلا وفقاً للقانون لحفظ الأمن العام وحماية النظام العام والآداب العامة أو حماية حقوق الآخرين وحياتهم الأساسية)^(٢٤).

ويلاحظ أن المادة «٩» من الاتفاقية الأوروبية لحقوق الإنسان^(٢٥)، قد أوجدت نوعاً من الانقسام بين الاعتقاد بدين معين، وهو ما لا تتدخل فيه السلطات العامة والجمهور بهذه العقائد، وهذا ما لم يقر إعلان الحقوق به إلا بشرط احترام النظام العام، كما وأن الفقرة (٢) من المادة «٩» تخضع الجهر بالعقيدة الدينية لعدد من القيود، التي تعتبرها ضرورية في مجتمع ديمقراطي، ومن ثم فإنها تولي اهتمامها البالغ لمقتضيات الأمان العام، وحماية النظام

(٢٣) د. محمود شريف بسيوني. الوثائق العالمية والإقليمية، المرجع السابق، ص ٤١٧ و ٤١٨.

(٢٤) د. صلاح أحمد السيد جودة. الاعتقاد وممارسة الشعائر الدينية في الأماكن المقدسة، دراسة مقارنة بين الشريعة والقانون، دار النهضة العربية، القاهرة، ص ٥٨.

(٢٥) الصادرة بروما في ١٩٥٠/١١/٤.

العام، أو الصحة، أو الآداب العامة، أو حماية حقوق وحرقات الآخرين^(٢٦)، ومؤدى ذلك أن هذه المادة جاءت تكريساً للنهج العلماني السائد في القارة الأوروبية، وهذا راجع بطبيعة الحال إلى الخلفية التاريخية للحياة الأوروبية التي ذاقت ويلات الكنيسة وتدخل رجال الدين في الحياة العامة سياسياً واقتصادياً واجتماعياً، مما حدا بتلك المجتمعات بعد حقبة طويلة من الظلم والبطش على يد رجال محاكم التفتيش إلى كسر القيود التي وضعتها الكنيسة وكان من نتيجة ذلك أن اندفعت المجتمعات الأوروبية بكل قوة للتخلص من كل الأغلال التي قيدتها سواء كانت قيوداً دينية أو أخلاقية أو غير ذلك، فجاءت هذه الاتفاقية لتعبر بوضوح عن هذه الحقيقة^(٢٧).

كما قررت الاتفاقية الأمريكية لحقوق الإنسان^(٢٨) الصادرة في سان خوسيه، حرية ممارسة الشعائر الدينية، حيث اختصت م «٢» من الاتفاقية الأمريكية لحقوق الإنسان بحرية الضمير والدين، وجاء في الفقرة الثالثة من تلك المادة: لا تخضع حرية إظهار الدين أو المعتقدات إلا للقيود التي رسمها القانون، والتي تكون ضرورية لحماية السلامة العامة أو الصحة العامة أو الأخلاق العامة أو حقوق الآخرين وحرقاتهم الأساسية، وفي الفقرة الرابعة: للأباء أو الأوصياء حسبما يكون الحال الحق في أن يوفروا لأولادهم أو القاصرين الخاضعين لوصايتهم تربية دينية وأخلاقية وفقاً لقناعاتهم الخاصة^(٢٩)، وقد أقامت منظمة الدول الأمريكية وفقاً لهذه الاتفاقية لجنة أمريكية لحقوق الإنسان، وكذا محكمة أمريكية لحقوق الإنسان، وقد تكون الاتفاقية قد تأخرت عن مثيلتها الأوروبية في الظهور إلا أنها جاءت مفصلة

Waasmunster (P.). Libertés publiques, 3e éd, Dalloz, 2000, p. 423.

(٢٦)

(٢٧) د. إدريس حسن الجبوري. المرجع السابق، ص ١٠٢.

(٢٨) الصادرة في ١١/٢/١٩٦٩.

(٢٩) د. ناصر أحمد بخيت. المرجع السابق، ص ١٤٢ و ١٤٣.

شاملة لكل الحقوق والحريات العامة ذات الصلة الدولية على غرار العهود الدولية الصادرة عن منظمة الأمم المتحدة^(٣٠).

وعلى غرار الاتفاقية الأوروبية والأمريكية لحقوق الإنسان جاء الميثاق الأفريقي لحقوق الإنسان^(٣١) ليؤكد هذا الحق، فقد قررت المادة «٨» من هذا الميثاق: (حرية العقيدة وممارسة الشعائر الدينية مكفولة، ولا يجوز تعريض أحد لإجراءات تقييد ممارسة هذه الحريات مع مراعاة القانون والنظام العام)^(٣٢). والملاحظ على هذا الميثاق أنه جاء بصورة مجملة وغير مفصلة كما في الاتفاقية الأوروبية والأمريكية لحقوق الإنسان، ويؤخذ عليه أنه لم يتضمن حرية الآباء أو الأوصياء في توفير التربية الدينية الأخلاقية وفقاً لقناعتهم الخاصة.

كما قرر «الميثاق العربي لحقوق الإنسان»^(٣٣) في «المادة السابعة والعشرين» حرية ممارسة الشعائر الدينية حيث قررت حرية ممارسة شعائر الديانة والتعليم على النحو التالي: (للأفراد من كل دين الحق في ممارسة شعائرهم الدينية، كما لهم الحق في التعبير عن أفكارهم عن طريق العبادة أو الممارسة أو التعليم وبغير إخلال بحقوق الآخرين ولا يجوز فرض أي قيود على ممارسة حرية العقيدة والفكر والرأي إلا بما نص عليه القانون، كما جاء بالمادة (٣٧) من الميثاق: تتمتع الأقليات الدينية بممارسة ديانتها، حيث نصت على: (لا يجوز حرمان الأقليات من حقها في التمتع بثقافتها أو إتباع تعاليم ديانتها)^(٣٤).

(٣٠) د. معتز محمد أبو زيد. المرجع السابق، ص ٧٥.

(٣١) الصادر في ١٩٨١.

(٣٢) د. ناصر أحمد بخيت، المرجع السابق، ص ١٤٦.

(٣٣) الصادر في ١٩٩٤/٩/١٥.

(٣٤) د. ناصر أحمد بخيت. المرجع السابق، ص ١٤٨.

ويجدر الملاحظة أن نص المادة «٢٧» من الميثاق قرر: حرية ممارسة الشعائر الدينية للأفراد من كل دين ولم يقصرها على الأديان السماوية، بل شملت كل الأديان السماوية منها وغير السماوية، حيث إنه من المفترض أن العالم العربي الأغلبية الساحقة فيه من المؤمنين بالأديان السماوية وبصفة خاصة الإسلام. وعلى ذلك كان ينبغي على واضعي الميثاق عدم التزيد في النصوص، كما وردت في سابقتها من الاتفاقيات الإقليمية أو الدولية الأخرى، وإنما كان يتعين عليهم إبراز الهوية الإسلامية لتلك الدول أقلها تقييد حرية ممارسة الشعائر الدينية بأحكام الشريعة الإسلامية.

المطلب الثاني

الحماية الدستورية لممارسة الشعائر الدينية

تعد الحماية الدستورية لحرية ممارسة الشعائر الدينية من أهم أنواع الحماية القانونية المقررة لحماية الحريات العامة، وأخص تلك الحريات حرية ممارسة الشعائر من هنا استعرض موقف المشرع الدستوري في العديد من التشريعات المقارنة، ففي فرنسا يعد انعدام تبني الدولة ديناً قد وضع الممارسة الدينية على قدم المساواة في مواجهة الدولة، وبالتالي لا يحق للدولة أن تعترف رسمياً بدين دون آخر، وفي ذلك ضمانه أكيدة لحرية كافة الأديان، والطوائف والملل الدينية، وبناء عليه، فإن الدولة بهذا الموقف الحيادي لا يمكن أن تُسأل عن دين من الأديان طالما لم تعترف به بصفة رسمية، ومن هنا يمكن الوقوف على العديد من التطبيقات الخاصة بالحرية الدينية، والتي تجسد في مجموعها مبادئ المساواة وعدم التمييز بين العبادات^(٣٥). وعلى مدى تاريخ فرنسا فقد انتهت محاولاتها المستمرة لصياغة

العلاقة بين الدين والدولة إلى ما يعرف بالعلمانية، حيث نادى هذا النظام الذي وضع بالقانون الصادر في «٩ ديسمبر ١٩٠٥» بحرية الاعتقاد، وضمان حرية ممارسة العبادات، دون الاعتراف بها، أو تخصيص رواتب للقائمين عليها، أو تقديم منح وإعانات من الدولة في سبيل ممارستها^(٣٦).

وجاء في قانون «٩ ديسمبر ١٩٠٥» في «المادة الأولى» منه: تضمن الجمهورية حرية العقيدة، وحرية ممارسة الشعائر الدينية مع مراعاة القيود المقررة لصالح النظم العام، وتبين المادة الثانية من ذلك القانون النتائج المترتبة على ذلك بقولها: (إن الجمهورية لا تقدم أي مقابل مادي أو دعم لممارسة الشعائر الدينية)، والدولة في مسلكها هذا حيال الدين والمؤسسات الدينية لا تنفك عن محاولتها الفصل بين ما هو خاص وما هو عام باعتبارها الضامن للمصلحة العامة^(٣٧). ومؤدى ذلك أن قانون ١٩٠٥ لا يسمح بأي تمييز بين الأديان الموجودة والطوائف طالما أنها قائمة ومحقة الوجود من خلال ممارستها للعبادات الخاصة بها ولا محل للتقدير الشخصي لمثل هذه الأديان والطوائف^(٣٨). غير أن مبدأ علمانية الجمهورية الدستوري لا يشكل بأي حال إنكاراً للواقع الديني، حيث تقرر المادة الأولى من الدستور الصادر في ٤ أكتوبر ١٩٥٨ على أن الجمهورية تحترم كافة المعتقدات الدينية^(٣٩)، وعلى ذلك يتضح أن الجمهورية الفرنسية لم تعد تعترف اليوم بأية عبادة من العبادات، وهي تسعى من خلال هذا الموقف إلى إزالة أي وجه للتمييز بين العبادات القديمة المعترف بها مثل العبادة الكاثوليكية والبروتستانتية،

Robert (J.), et autres. Droits et libertés fondamentaux, op. cit. p. 272.

(٣٦)

Waasmunster (p.). Libertés publiques, op. cit., p. 424.

(٣٧)

Waasmunster (p.). Libertés publiques, op. cit., p. 471.

(٣٨)

PAPI (S). L'Insertion des mosquées dans le tissu religieux local en France, approche juridique et politique, RDP, n5, 2004, p. 1343.

(٣٩)

والعبادة اليهودية، بالإضافة إلى العبادات الأخرى، ومن ثم فمن الخطأ الاعتقاد بأن عدم الاعتراف يشكل جانباً عدائياً من قبل الدولة، ولكن كل ما في الأمر أن عدم اعتراف الدولة بأية عبادة من العبادات يعني أن ممارسة العبادة لم يعد شأنًا عامًا^(٤٠).

وإذا توجهنا لقاء المشرع الأمريكي نجد أن الدستور الأمريكي قرر في التعديل الأول فيه الصادر عام (١٧٩١) بأنه «لا يجوز للكونجرس أن يصدر أي قانون خاص بإقرار دين من الأديان أو منع حرية ممارسته، ويؤكد توماس أيمرسون أن جوهر هذا التعديل يقرر أن كبت العقيدة أو الرأي أو أي مظهر من مظاهر التعبير يعد إهانة لكرامة الإنسان وإنكار لطبيعته الجوهرية^(٤١).

وقد جاء في دستور جمهورية الصين الشعبية^(٤٢) في المادة «٣٦»: (يتمتع مواطنو جمهورية الصين الشعبية بحرية العقيدة الدينية ولا يجوز لأي جهاز من أجهزة الدولة أو لأي منظمة عامة أو لأي فرد أن يرغم مواطنين على الإيمان أو على عدم الإيمان بأية ديانة، وتحمي الدولة الأنشطة الدينية المعتادة، ولا يجوز لأحد أن يستغل الديانة من أجل ممارسة أنشطة تخل بالنظام العام، أو تلحق الضرر بصحة المواطنين، أو تتعارض مع نظام الدولة التعليمي^(٤٣).

أما عن موقف «المشرع الأردني»: من حرية ممارسة الشعائر الدينية فمن الاطلاع على نصوص الدستور الأردني^(٤٤) نجد أن م «١٤» قررت على أن:

(٤٠) Robert (J.), et autres. Droits et libertés fondamentaux, op. cit. p. 272.

(٤١) Thomas Emerson. The system of freedom of expression, random house, 1970. p. 6.

(٤٢) الصادر في ١٢/٤/١٩٨٢.

(٤٣) دساتير العالم. ترجمة أماني فهمي. تقديم د. يحيل الجمل. المجلد الأول، الطبعة الأولى، المركز القومي للترجمة، القاهرة، ٢٠٠٧، ص ٢١٨.

(٤٤) الصادر في ١/٨/١٩٥٢.

(تحمي الدولة حرية القيام بشعائر الأديان والعقائد طبقاً للعادات المرعية في المملكة ما لم تكن مخلة بالنظام أو منافية للآداب). وجاء هذا النص موفقاً إلى حد كبير، لأن المشرع الأردني يقيد حرية ممارسة الشعائر الدينية بالعادات المرعية وبالنظام العام والآداب، كما قرر دستور «دولة الكويت»^(٤٥) في المادة «٣٥» حرية ممارسة الشعائر الدينية حيث جاء فيها: (حرية الاعتقاد مطلقة وتحمي الدولة حرية القيام بشعائر الأديان طبقاً للعادات المرعية على ألا يخل ذلك بالنظام العام أو ينافي الآداب). ويحمد أيضاً للمشرع الدستوري الكويتي تقييده ممارسة الشعائر الدينية بعدم الإخلال بالنظام العام أو الآداب.

أما بخصوص «الدستور المصري»: فقد قرر «دستور ١٩٢٣» في المادة «١٣» بأن: (تحمي الدولة حرية القيام بشعائر الأديان والعقائد طبقاً للعادات المرعية في الديار المصرية، على ألا يخل ذلك بالنظام العام ولا ينافي الآداب، وكانت الأعمال التحضيرية للدستور تنص على نص واحد ورد بمشروع لورد كيروزن وزير خارجية إنجلترا والذي كانت تحتل بلاده مصر في هذا الوقت وكان يقضى بأن (حرية الاعتقاد مطلقة، فلجميع سكان مصر الحق في أن يقوموا بحرية تامة علانية أو في غير علانية بشعائر أي ملة أو دين أو عقيدة ما دامت هذه الشعائر لا تنافي النظام العام والآداب العامة) وقد أثار هذا النص معارضة شديدة من لجنة الدستور، لأن هذا النص يحمي كافة الأديان وأنه على العموم والإطلاق في حين أن الأديان السماوية ثلاثة هي: الإسلام والمسيحية واليهودية، وهي فقط التي يجب حمايتها، واستقر الرأي على أن يكون النص مقصوراً على شعائر هذه الأديان، فلا يسمح باستحداث أي دين^(٤٦).

(٤٥) الصادر في ١٩٦٢.

(٤٦) د. فاروق عبد البر. دور المحكمة الدستورية المصرية في حماية الحقوق والحريات، ٢٠٠٤، بدون دار نشر، ص ٥٧٦.

وعندما ألغى دستور ١٩٢٣ بعد ثورة ٢٣ يوليو وحل محله دستور ١٩٥٦ جاء النص في «م ٤٣» والتي قررت: (حرية الاعتقاد مطلقة، وتحمي الدولة القيام بشعائر الأديان والعقائد طبقاً للعادات المرعية على ألا يخل ذلك بالنظام العام أو ينافي الآداب)، وبذلك قيدت حرية العقيدة وممارسة الشعائر الدينية بقيد عدم الإخلال بالنظام العام والآداب وهذا ما نص عليه دستور ١٩٥٨ بالمادة «١٠» وما ورد بالمادة (٣٤) بدستور ١٩٦٤^(٤٧).

كما قررت م «٤٦» من الدستور المصري الصادر «١٩٧١» على: (تكفل الدولة حرية العقيدة وحرية ممارسة الشعائر الدينية)، فالمشرع المصري يرى أن العقيدة من الأصول الدستورية المستقرة في كل بلد متحضر، فلكل إنسان أن يؤمن بما يشاء من الأديان التي يطمئن إليها ضميره، ويقتنع بها عقله، والدستور المصري يحترم الأديان، ومن مظاهر ذلك ما قرره في المادة «١٩» من: أن التربية الدينية مادة أساسية في مناهج التعليم العام، وهو من جهة أخرى يحترم الطوائف غير الإسلامية، ويتمثل ذلك في: خضوع غير المسلمين لشرائعها الخاصة فيما يتصل بأمور الديانة^(٤٨). وقررت م «٤٣» من الدستور المصري الصادر ٢٠١٢ كفالة الدولة حرية ممارسة الشعائر الدينية). وجاء النص على حرية ممارسة الشعائر الدينية في م «٦٤» من الدستور الجديد الصادر ٢٠١٤ والتي جاء فيها: (حرية الاعتقاد مطلقة، وحرية ممارسة الشعائر الدينية وإقامة دور العبادة لأصحاب الأديان السماوية حق ينظمه القانون).

ويستفاد مما تقدم: أن المشرع قد التزم في جميع الدساتير المصرية مبدأ حرية العقيدة وحرية إقامة الشعائر الدينية، باعتبارهما من الأصول الدستورية

(٤٧) د. خالد مصطفى فهمي. الحماية القانونية للمعتقدات وممارسة الشعائر، المرجع السابق، ص ١١٨.

(٤٨) د. سامي علي جمال الدين. الحماية الجنائية للحريات الدينية، دراسة مقارنة، أكاديمية الشرطة، جمهورية مصر العربية، ١٩٩٧، ص ٢٥٨ - ٢٨٦.

الثابتة المستقرة في كل بلد متحضر، فلكل إنسان أن يؤمن بما يشاء من الأديان والعقائد التي يطمئن إليها وتسكن إليها نفسه، ولا سبيل لأي سلطة عليه فيما يدين به في قرارة نفسه وأعماق وجدانه. أما حرية إقامة الشعائر الدينية وممارستها فهي مقيدة بقيد أفصحت عنه الدساتير السابقة وإغفاله دستور ١٩٧١ وهو قيد عدم الإخلال بالنظام العام وعدم منافاة الآداب، ولا ريب أن إغفاله لا يعنى إسقاطه عمداً وإباحة إقامة الشعائر الدينية ولو كانت مخلة بالنظام العام أو منافية للآداب، ذلك أن المشرع رأى أن هذا القيد غنى عن الإثبات والنص عليه صراحة باعتباره أمر بديهياً وأصلاً دستورياً يتعين إعماله ولو أغفل النص عليه^(٤٩).

وأختلف مع الرأي السابق عرضه، حيث أغفل المشرع الدستوري في دستور ١٩٧١ قيد عدم الإخلال بالنظام العام والآداب العامة لدى ممارسة الشعائر الدينية، إلى أن هذا القيد أصبح من الأصول والثوابت الدستورية، التي يتعين إعمالها ولو أغفل النص عليها، ذلك أن الدساتير هي إما مدونة أو عرفية، وفي مصر نأخذ بالدستور المدون بمعنى وجود مجموعة من النصوص الدستورية داخل وثيقة واحدة، وبتدوين تلك النصوص فإنها تُعد ضمانة حقيقية لحقوق المواطن وحياته الأساسية في مواجهة السلطات العامة، وبالتالي فلا يجوز التعلل بأن عدم النص على قيد حرية ممارسة الشعائر الدينية بالنظام العام والآداب مرده أنه أصبح من الثوابت الدستورية التي يتعين إعمالها ولو أغفل النص عليها؛ لأن هذا سوف يؤدي إلى نوع من الخلط ما بين ما هو مسطر في صفحات الدستور وبين الثوابت الدستورية غير المدونة، وهذا بدوره سوف ينال من قداسة تلك النصوص داخل نفوس مواطني الدولة.

(٤٩) د. فاروق عبد البر. دور المحكمة الدستورية المصرية في حماية الحقوق والحريات،

المرجع السابق، ص ٥٧٧.

ويثار تساؤل حول مدى حق الشخص في الحصول على راحة من العمل وقت أدائه الشعائر الدينية كيوم الأحد للمسيحيين ويوم السبت لليهود ويوم الجمعة للمسلمين؟ لا شك أن من حق كل شخص السماح له بممارسة شعائر دينه ومن ثم، فإن تلك الممارسة يجب تنظيمها بالشكل الذي لا يضر بالعمل، وفي ذات الوقت يحفظ لهم حقهم في أداء شعائر دينهم، وهذا ما أقرته الدولة بمنح المسيحيين إذناً لمدة ساعتين يوم الأحد من كل أسبوع للقيام بممارسة شعائر دينهم والحضور للعمل مع منحهم إجازة عامة يوم الجمعة، وكذلك منح المسيحيين إجازة محسوبة بأجر أيام أعيادهم وأصبحت أعيادهم كعيد الميلاد المجيد عيداً عاماً في الدولة كلها، يحتفل بها الأقباط والمسلمون^(٥٠)،^(٥١).

(٥٠) د. خالد مصطفى فهمي. الحماية القانونية للمعتقدات وممارسة الشعائر الدينية، المرجع السابق، ص ٢٧.

(٥١) قضت المحكمة الدستورية العليا بجلسته ٢٠١٧/٢/٤ بعدم دستورية الفقرة الأولى من المادة (٧١) من قانون العاملين المدنيين بالدولة الصادر تحت رقم ٤٧ لسنة ١٩٧٨ والمستبدل بالقانون (٨١) لسنة ٢٠١٦ والبند رقم (١) من هذه الفقرة فيما تضمنه من قصر نطاق تطبيق أحكام المادة سالفه الذكر على أداء فريضة الحج للمسلمين دون زيارة بيت المقدس بالنسبة للعامل مسيحي الديانة.

المبحث الثالث

حماية الشعائر الدينية في التشريعات الجنائية

تعتبر الحماية الجنائية لحرية ممارسة الشعائر الدينية إحدى أهم أنواع الحماية القانونية قاطبة، إذ تضمن أكبر قدر من الاحترام للشعائر الدينية ولممارستها وكذلك لدور العبادة. لأنها بدورها تتضمن عقوبة جنائية لكل من يقوم بانتهاك القواعد المقررة لحماية حرية ممارسة الشعائر الدينية أو لدور العبادة وفيما يلي بيان ذلك من خلال استعراض بعض التشريعات الجنائية المقارنة.

فرنسا:

قرر قانون «٩ ديسمبر ١٩٠٥» الخاص بفصل الكنائس عن الدولة، في المواد من ٢٥ حتى ٣٦ حرية الممارسة الحرة للشعائر الدينية، حيث وضعت هذه المواد في القسم الخامس من هذا القانون تحت عنوان (أمن ممارسة الشعائر الدينية). حيث تتم ملاحقة مرتكبي الأفعال المؤثمة بموجب هذا القانون؛ حتى يضمن للمتعبدين التمتع بالحرية في ممارسة شعائرهم الدينية لدياناتهم المختلفة، مع فرض مجموعة من القيود على هذه الحرية بموجب القانون، وذلك من أجل الحفاظ على النظام العام^(٥٢).

ومن بين النصوص التي تتعلق بأمان ممارسة الشعائر، المادة «٣١» التي تعاقب كل من لجأ إلى استخدام العنف، أو التهديد ضد فرد، أو الذي يكره آخر على التخلي عن عمله، أو إلحاق الضرر بشخصه، أو بأسرته، أو بحالة في سبيل إرغامه على ممارسة شعائر، أو الامتناع عن ممارسة شعائر، أو الانضمام إلى جمعية رعاية ممارسة الشعائر الدينية، أو الامتناع عن الانضمام

إلى جمعية، أو المساهمة في مصروفات إقامة شعائر، أو الامتناع عن المشاركة في مصروفاتها، ومؤدى ذلك أن التجريم المعني هنا يحمي وبصورة أساسية حرية الاعتقاد والحق في الممارسة أو الامتناع عن ممارسة الشعائر، والجريمة المعاقب عليها على هذا النحو، تقوم على أركان تتمثل في الوسائل المادية التي لجأ إليها الجاني في سبيل الضغط على الضحية، والغاية من وراء هذه الضغوط تمثل القصد الجنائي، ويعاقب مرتكب الجريمة المنصوص عليها في «م ٣١» بالغرامة ١٠٠٠٠ يورو، كما قررت «م ٣٢» من هذا القانون العقاب بعقوبة المخالفات المنصوص عليها في «م ٣١» (ضد كل من أعاق، أو آخر، أو قطع ممارسة الشعائر نتيجة للاضطراب، أو الخلل الذي يحدثه في مكان ممارسة الشعائر)^(٥٣).

العقوبات السودانية:

وقد تناول: «قانون العقوبات السودان»^(٥٤) حماية ممارسة الشعائر الدينية في الفصل الحادي والعشرون من قانون العقوبات تحت عنوان «الجرائم المتعلقة بالأديان» في المادة «٢٤٤» (من تسبب عمداً في التشويش على أي اجتماع يؤدي فيه بطريقة مشروعة نسك أو حفل ديني، يعاقب بالسجن مدة لا تتجاوز سنة واحدة أو بالغرامة أو بالعقوبتين معاً)، ويحمي هذا النص الاجتماعات الدينية التي تقام في حدود القانون لأغراض العبادة أو الاحتفالات الدينية، أو الطقوس الجنائزية، ضد التشويش عليها وإزعاج القائمين عليها والمنضمين إليها وذلك في سبيل كفالة حرية العقيدة التي تنص عليها المبادئ العامة في الدساتير، ومن أمثلة الاجتماعات ذات الصلة الدينية: صلوات الأعياد أو الجمعة أو الجماعة والاحتفالات الدينية، وعناصر

Vitum (A.), Cultes, Curis, Class, op, cit, p. 7.

(٥٣)

(٥٤) الصادر في ١٩٢٥/٨/١.

الجريمة تتمثل في أن يكون هناك اجتماع تؤدي فيه طريقة نسك (عبادة أو طقس من الطقوس الدينية)، أو حفل ديني، وأن يتسبب الجاني في التشويش على هذا الاجتماع دون مبرر أو عذر مشروع، وأن يحصل ذلك عمداً، فتكون العقوبة بالسجن مدة لا تتجاوز سنة أو الغرامة أو بالعقوبتين معاً^(٥٥).

القانون الجنائي المغربي:

في حين قرر القانون الجنائي المغربي^(٥٦) حماية ممارسة الشعائر الدينية؛ حيث جاء في الفصل «المادة ٢٢٠»: (من استعمل العنف أو التهديد لإكراه شخص أو أكثر على ممارسة عبادة ما أو على حضورها أو لمنعهم من ذلك، يعاقب بالحبس من ستة أشهر إلى ثلاث سنوات وغرامة من مائة إلى خمسمائة درهم، ويحمي هذا الفصل حرية العبادة والدين فيعاقب من يستعمل العنف أو الإكراه لإلزام شخص أو منعه من مباشرة عبادة ما سواء كانت الديانة التي يعتنقها أو عبادة أخرى)^(٥٧) وجاء الفصل «٢٢١» من القانون الجنائي المغربي لتقرر: حماية ممارسة الشعائر الدينية، فقرر حماية ممارسة الشعائر الدينية، حيث جاء في نص م «٢٢١» من القانون المغربي: (من عطل عمداً مباشرة إحدى العبادات أو الحفلات الدينية أو تسبب عمداً في إحداث اضطراب من شأنه الإخلال بهدوئها ووقارها، يعاقب بالحبس من ستة أشهر إلى ثلاث سنوات وغرامة من مائتين إلى خمسمائة درهم)^(٥٨). والمعاقب عليه في هذا الفصل هو إما

(٥٥) د. محمد محيي الدين عوض. قانون العقوبات السوداني والعقوبات الإماراتي معلقاً عليه، مطبعة العالمية، ١٩٧٠، ص ٣٥١ - ٣٥٢.

(٥٦) المنشور بالجريدة الرسمية ٥ يونيو ١٩٦٣، ويعمل به اعتباراً من ١٧ يونيو ١٩٦٣.

(٥٧) د. توفيق محمد الشاوي. تعليقات وشروح مقارنة على مجموعة القانون الجنائي المغربي الجديدة، ص ١٩٨.

(٥٨) د. محمد السعيد عبد الفتاح. مرجع سابق، ص ٥٤ و ٥٥.

التعطيل العمدي أو مجرد التشويش أو الاضطراب الذي يخل بهدوء عبادة ما أو وقارها أياً كان الشخص الذي ارتكب وأياً كانت ديانته؛ لأن في ذلك مساساً بحرية العبادة، وهذه الجريمة عمدية بمعنى أنه يشترط للعقاب أن يكون الشخص عالماً بأنه يعطل أو يشوش على عبادة ديانة ما، أياً كان غرضه في ذلك التعطيل أو التشويش^(٥٩)، وحسناً ما فعله المشرع العقابي المغربي من تشديد العقوبة؛ حيث جعل حداها الأدنى هو ستة أشهر وحدها الأقصى ثلاث سنوات، كما أن العقوبة هي الحبس والغرامة أي أن عقوبة الغرامة ليست تخييرية لقاضى الموضوع كما هو الحال في التشريع المصري، لعل هذا يبرز مدى حرص المشرع العقابي المغربي على الضرب بقوة على كل من يتعمد تعطيل ممارسة الشعائر أو الحفلات الدينية، وكنت أتمنى أن يحدو المشرع المصري نفس النهج في تغليظ العقوبة في هذه الجرائم.

قانون العقوبات الإماراتي:

قرر «قانون العقوبات الاتحادي» لدولة «الإمارات العربية المتحدة» قانون العقوبات الإماراتي^(٦٠) حماية ممارسة الشعائر الدينية حيث جاء في المادة «٣١٥» من قانون العقوبات الإماراتي: «يعاقب بالحبس وبالغرامة أو بإحدى هاتين العقوبتين كل من أساء إلى إحدى المقدسات أو الشعائر المقررة في الأديان الأخرى متى كانت هذه المقدسات والشعائر مصونة وفقاً لأحكام الشريعة الإسلامية».

ويعتبر من قبيل الإساءة إلى المقدسات أو الشعائر المقررة في الأديان الأخرى، تعطيل إقامة هذه الشعائر أو التشويش عليها أو إهانة الأشياء الدينية

(٥٩) د. توفيق محمد الشاوي. مرجع سابق، طبع ونشر، دار الكتاب، دار البيضاء، ص ١٩٨ و ١٩٩.

(٦٠) رقم ٣ لسنة ١٩٨٧، اعتباراً من ١٩٨٧/٣/٢١، ونشر بتاريخ ١٩٨٧/١٢/٢٠.

المقدسة فيها بالقول أو بالإشارة، وبالجملية كل ما من شأنه المساس بالهبة والاعتبار نحو هذه المقدسات أو الشعائر، فمن يحدث عمداً أثناء تلاوة الصلاة أو ترتيل إحدى الأغاني الدينية أصواتاً مزعجة أو غير متناسقة، بما لا يتفق وكرامة الشعيرة وحرمة المكان، فإنه يقع تحت طائلة النص، ويشترط أن تقع الإساءة على إحدى المقدسات أو الشعائر المقررة في الأديان الأخرى، كاحتفال ديني خاص بها أو أخذ الكاهن اعتراف أحد المصلين، وكذلك إقامة صلاة القداس في الكنائس والوعظ وتفسير العقيدة الدينية، وبالجملية كل عمل ديني يقوم به الإنسان قياماً بشعائر دينية أو يقوم به أحد رجال الدين لفائدة المؤمنين به، ولا يشترط في الإساءة أن تقع في مكان معد لإقامة الشعائر الدينية كالكنيسة بالنسبة للمسيحيين، أو المعبد بالنسبة لليهود، بل يعاقب عليها ولو وقعت في غير هذا المكان كالشوارع والبيادر والطرق التي تمر فيها المواكب الدينية، أما المقدسات في الأديان الأخرى فهي كل ما كان موضع احترام وتقديس عند أبناء الملة، كالأواني المقدسة أو الملابس الكهنوتية، وكذلك الكتب المقدسة عند أصحاب هذه الأديان كالأنجيل والتوراة، ولكن يشترط في كل هذه أن تكون المقدسات أو الشعائر المقررة في الأديان الأخرى مصونة وفقاً لأحكام الشريعة الإسلامية، فلا يشترط أن تقر الشريعة الإسلامية هذه المقدسات أو الشعائر، بل يكفي أن تكون مصونة وفقاً لأحكام الشريعة الإسلامية، أما الأديان المنصوص عليها بالمادة «٣١٥»، فيقصد بها بطبيعة الحال الأديان السماوية المنزلّة، وهي اليهودية والمسيحية أياً كانت المذاهب والطوائف التي تتفرع عن هاتين الديانتين^(٦١).

(٦١) م. محرم محمد، د. خالد محمد كرفور المهيري. قانون العقوبات الاتحادي لدولة الإمارات العربية المتحدة فقهاً وقضاءً، الطبعة الثالثة، دار الفتح للطباعة، الإسكندرية، ١٩٩٩م، ص ٨٧٥ وما بعدها.

قانون الجزاء العماني:

حرص قانون الجزاء العماني الجديد^(٦٢) على حماية ممارسة الشعائر الدينية عبر إقراره عقوبة السجن لكل من قام بتخريب أو تدنيس أو شيء من محتوياتها إذا كانت معدة لإقامة شعائر دينية للدين الإسلامي أحد الأديان السماوية الأخرى حيث الفصل الأول من الباب الثامن من قانون الجزاء العماني (٢٩٦) بأنه: «يعاقب بالسجن مدة لا تقل عن ثلاث سنوات ولا تزيد عن (١٠) عشر سنوات كل من ارتكب فعلاً من الأفعال الآتية.... (هـ) تخريب أو تدنيس مباني أو شيء آخر ولا شك أن حماية تلك الأماكن التي تمارس فيها الشعائر هي حماية للشعائر نفسها.

قانون العقوبات العراقي:

قرر في قانون العقوبات العراقي^(٦٣) حماية حرية ممارسة الشعائر الدينية وذلك فيما أورده في المادة (٣٧٢) فقرة أولاً ب والمتعلقة بالتشويش على إقامة الشعائر الدينية أو تعطيلها، بالعنف أو التهديد^(٦٤)، وجاء في تلك المادة فقرة (ج) النص على حرمة أماكن ممارسة الشعائر الدينية (..... كل من خرب أو أتلف أو شوه أو دنس بناء معداً لإقامة شعائر لطائفة دينية أو رمزاً أو شيئاً آخر له حرمة دينية) وتكون العقوبة هي الحبس مدة لا تزيد على ثلاث سنوات وفقاً لنص المادة (٣٧٢) من قانون العقوبات العراقي.

(٦٢) الصادر في ٢٠١٨/١/١١.

(٦٣) رقم ١١١ لسنة ١٩٦٩.

(٦٤) د. عمار تركي السعدون الحسيني. الجرائم الماسة بالشعور الديني، دراسة مقارنة، الطبعة الأولى، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت، ٢٠١٣، ص ٩٤ و ٩٥.

قانون العقوبات المصري^(٦٥):

قرر المشرع الجنائي المصري الحماية الجنائية لممارسة الشعائر الدينية من خلال م «١٦٠» من قانون العقوبات المصري التي قررت بأنه «يعاقب بالحبس والغرامة التي لا تقل عن مائة جنيه ولا تزيد على خمسمائة جنيه أو بإحدى هاتين العقوبتين:

(أولاً) كل من شوش على إقامة شعائر ملة أو احتفال ديني خاص بها أو عطلها بالعنف أو التهديد.

(ثانياً) كل من خرب أو كسر أو أتلف أو دنس مباني معدة لإقامة شعائر دين أو رموز أو أشياء أخرى لها حرمة عند أبناء ملة أو فريق من الناس.

(ثالثاً) «...».

ومن خلال نصوص قانون العقوبات المصري المؤثمة للتعدي على الأديان، يتضح أن المشرع المصري كفل حمايته لممارسة الشعائر الدينية لأصحاب الأديان السماوية المسموح لهم وحدهم بممارسة شعائرهم الدينية داخل الدولة المصرية، وتأتي تلك الكفالة من خلال حرصه على توفر أكبر قدر من الحماية لممارسة الشعائر الدينية وتمام الاستفادة الكاملة منها من خلال تأثيمه فعل التشويش على ممارسة الشعائر الدينية أو تعطيل ممارستها بالعنف أو التهديد، وامتداد حرصه على تحقيق أكبر قدر من الحماية من خلال إقرار حماية جنائية لأماكن ممارسة الشعائر الدينية، لكل فعل يمس تلك الأماكن سواء كان تخريب أو كسر أو إتلاف أو تدنيس لها في مباني معدة لإقامة شعائر دين أو رموز أو أشياء لها حرمة عند أبناء ملة أو فريق من الناس، كما قررت المادة «١٦١» ع.م بأنه «يعاقب بتلك العقوبات على كل تعد

يقع بإحدى الطرق المبينة بالمادة ١٧١ على أحد الأديان التي تؤدي شعائرها علناً ويقع تحت أحكام هذه المادة:
(أولاً) ...

(ثانياً) تقليد احتفال ديني في مكان عمومي أو مجتمع عمومي بقصد السخرية أو ليتفرج عليه الحضور».

ويؤخذ على المشرع المصري أنه على الرغم من سعيه الدؤوب إلى ترسيخ الحماية الجنائية للأديان عبر إقرار حماية حرية الاعتقاد الديني، وحرية ممارسة الشعائر الدينية، إلا أنه لم يجارى نظيره الفرنسي والمغربي فيما يتعلق بعدم تأثيم من يقوم بإكراه شخص على القيام بشعائر دين أو يمنعه من القيام بشعائر دينية بالقوة. ومن بين الوسائل المادية التي يمكن اللجوء إليها في سبيل ممارسة الضغط على أحد الأفراد، الاعتداء المادي والعنف بمعنى الضرب وكذا التهديد سواء كان شفهياً أو بطريقة الكتابة، فإنه يشمل كل حالة يستشعر معها المجني عليه الخوف من شر قريب، مما يضر بسكينة النفسية، وكذا الخوف الذي من شأنه التأثير على الضحية بما يخل بمركزه المعنوي (كما التخوف من فقدان وظيفة)، كالخوف من الضرر الذي يمكن أن يلحق بشخصه أو بماله أو بأسرته^(٦٦)، ويجدر بالمشرع المصري إجراء تعديل تشريعي بقانون العقوبات يسمح بتأثيم مثل تلك الأفعال التي من شأنها التأثير في ممارسة الشعائر الدينية، لأن في إكراه الأشخاص على ممارسة شعائر دينية أو منعهم من ممارسة تلك الشعائر الخاصة بعقائدهم الدينية اعتداء صارخ على أحد أهم فروع الحرية الدينية، والذي بدوره يشكل اعتداء على الأديان.

الخاتمة

بعد أن انتهيت من بحث موضوع الحماية الجنائية لحرية ممارسة الشعائر الدينية يطيب لي عرض بعض النتائج التي توصلت إليها وبعض التوصيات التي أناشد أن تصلح أساساً للتطبيق وفيما يلي بيان ذلك بشيء من التفصيل:

أولاً: النتائج:

- ١ - الشعائر الدينية هي الوجه الآخر لحرية العقيدة، وهي المظهر الخارجي للدين، وتختلف من دين لآخر إلا أنها لازمة في جميع الأديان.
- ٢ - تختلف حرية ممارسة الشعائر الدينية عند حرية العقيدة في أن حرية العقيدة مطلقة في حين أن ممارسة الشعائر الدينية مقيدة ببعض الضوابط التي تحد من إطلاقها.
- ٣ - تعدد أنواع الحماية القانونية لحرية ممارسة الشعائر الدينية بين الحماية الدولية الواردة في الاتفاقيات الدولية والإقليمية، والحماية الواردة في الدساتير الداخلية للدول والتشريعات الجنائية.
- ٤ - تتضمن الحماية الجنائية لحرية ممارسة الشعائر الدينية أكبر قدر من الإقدام لها ولممارستها لأنها تتضمن عقوبات جنائية لكل من يقوم بانتهاك القواعد المقررة لحمايتها.

ثانياً: التوصيات:

- ١ - يجدر بالمشروع المصري إجراء تعديل تشريعي بقانون العقوبات يسمح بتأثيم الأفعال التي تشكل إكراه الأشخاص على ممارسة شعائر دينية أو منعهم من ممارسة تلك الشعائر الخاصة بعقائدهم الدينية لنظرية الفرنسي والمغربي.

٢ - ضرورة إجراء تعديل تشريعي فيما يتعلق بقانون العقوبات المصري ليتضمن عقوبة رادعة تتفق مع جسامة الجرم المرتكب بالاعتداء على القائمين بالشعائر الدينية والاعتداء على دور العبادة.

٣ - إقرار عقوبة رادعة لكل من قام بتعطيل شعائر مله أو احتفال ديني لأحد الأديان إذا ارتكبت تلك الجرائم تنفيذاً لغرض إرهابي.

Key Words	الكلمات المفتاحية
Religion	دين :
Belief liberty	حرية الاعتقاد :
Religious Rituals	شعائر دينية :
Criminals Protection	حماية جنائية :
International Protection	حماية دولية :

قائمة المراجع

أولاً: معاجم لغوية:

١. المعجم الوجيز، مجمع اللغة العربية، طبعة خاصة بوزارة التربية والتعليم، جمهورية مصر العربية، ١٤١٨هـ - ١٩٩٧م.
٢. مختار الصحاح، الإمام محمد بن أبي بكر عبد القادر الرازي، تحقيق محمود خاطر، مكتبة لبنان، ج ١، ١٩٩٥.

ثانياً: كتب قانونية عامة:

١. د. الشافعي محمد بشير، قانون حقوق الإنسان، الطبعة الثانية، مكتبة الجلاء، المنصورة، ١٩٩٨.
٢. د. توفيق محمد الشاوي، تعليقات وشروح مقارنة على مجموعة القانون الجنائي المغربي الجديد، طبع ونشر، دار الكتاب، الدار البيضاء.
٣. د. فاروق عبد البر، دور المحكمة الدستورية في حماية الحقوق والحريات، ٢٠٠٤، بدون ناشر.
٤. د. محمد محي الدين عوض، قانون العقوبات معلقاً عليه، المطبعة العالمية، ١٩٧٠.
٥. د. محمود شريف بسيوني، خالد محي الدين، الوثائق الدولية والإقليمية المعنية بالعدالة الجنائية (الوثائق الإقليمية)، ج ١، دار النهضة العربية، القاهرة، ٢٠٠٧.
٦. د. مصطفى محمود عفيفي، الحقوق المعنوية للإنسان بين النظرية والتطبيق، دراسة مقارنة في النظم الوضعية والشرعية، الطبعة الأولى، دار الفكر العربي، القاهرة، ١٩٨٨.
٧. د. هاني محمد يوسف، المنظور المشترك لحقوق الإنسان في الأديان السماوية، الطبعة الأولى، دار قباء للطباعة، مصر، ٢٠٠٤.

٨. دساتير العالم، ترجمة أماني فهمي، تقديم د. يحيى الجمل، المجلد الأول، الطبعة الأولى، المركز القومي للترجمة، القاهرة، ٢٠٠٧.
٩. مستشار محرم محمد، د. خالد محمد كرفور المهيري، قانون العقوبات الاتحادي لدولة الإمارات العربية المتحدة فقهاً وقضاءً، الطبعة الثالثة، دار الفتح للطباعة، الإسكندرية، ١٩٩٩.

ثالثاً: كتب قانونية متخصصة:

١. د. إبراهيم كمال إبراهيم محمد، ضوابط الحرية الدينية، دراسة مقارنة في الشريعة الإسلامية والتشريعات الوضعية، الطبعة الأولى، دار الكتب والدراسات العربية، الإسكندرية، ٢٠١٦.
٢. د. إدريس حسن محمد الجبوري، الحرية الدينية في الشريعة الإسلامية والنظم القانونية، دراسة مقارنة، الطبعة الأولى، دار النهضة العربية، القاهرة، ٢٠٠٨.
٣. د. خالد مصطفى فهمي، الحماية القانونية للمعتقدات وممارسة الشعائر الدينية وعدم التمييز، دراسة مقارنة، الطبعة الأولى، دار الفكر العربي، القاهرة، ٢٠١٢.
٤. د. صلاح أحمد السيد جودة، حرية الاعتقاد وممارسة الشعائر الدينية في الأماكن المقدسة، دراسة مقارنة بين الشريعة والقانون، دار النهضة العربية، القاهرة.
٥. د. عمار تركي السعدون الحسين، الجرائم الماسة بالشعور الديني، دراسة مقارنة، الطبعة الأولى، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت، ٢٠١٣.
٦. د. محمد السعيد عبد الفتاح، الحماية الجنائية لحرية العقيدة والعبادة، دراسة تأصيلية تحليلية، الطبعة الأولى، دار النهضة العربية، القاهرة، ٢٠٠٥.
٧. د. محمد عبد اللطيف، جرائم النشر المضرة بالمصلحة العامة، دار النهضة العربية، القاهرة، ١٩٩٩.
٨. د. مدحت محمد عبد العزيز إبراهيم، حقوق الإنسان في مرحلة التنفيذ العقابي، الطبعة الأولى، دار النهضة العربية، القاهرة، ٢٠٠٥.

٩. د. مقير عبد الحميد أبو زيد، حرية العقيدة بين التقيد والتقدير، دراسة مقارنة وتطبيقه على النظام الدستوري المصري، الطبعة الأولى، دار النهضة العربية، القاهرة، ٢٠١٠.

١٠. د. نوال طارق إبراهيم العبيدي، الجرائم الماسة بحرية التعبير عن التفكير، الطبعة الأولى، دار الحامد، عمان، ٢٠٠٩.

رابعاً: رسائل علمية:

١. د. سامي على جمال الدين، الحماية الجنائية للحريات الدينية، دراسة مقارنة أكاديمية الشرطة، جمهورية مصر العربية، ١٩٩٧.

٢. د. كريم يوسف كشاكش، الحريات العامة في الأنظمة السياسية المعاصرة، رسالة دكتوراه، كلية الحقوق، جامعة القاهرة، ١٩٨٧.

٣. د. ناصر أحمد بخيت، حق الإنسان في اختيار عقيدته الدينية وممارسة شعائرها ودور الشرطة في حماية هذا الحق، رسالة دكتوراه، كلية الحقوق، جامعة الإسكندرية، ٢٠١١.

خامساً: المراجع باللغة الأجنبية:

أ - مراجع باللغة الإنجليزية:

1. Thomas Emerson, The system of freedom of expression, random house, 1970, p. 6.

ب - مراجع باللغة الفرنسية:

1. PAPI (S), L'insertion des mosques dans le tissu religieux local en France, approche juridique et politique, RDP, n.5, 2004.
2. Robert (J.) et autres, Droits et libertés fondamentaux, 4e ed, Dalloz, 1997.
3. Vitum (A.), Cultes Curis, Class., Pénal, Commentaires, 1, 1996.
4. Waasmunster (P.), Libertés publiques, 3e éd, Dalloz, 2000.

Abstract

The Religions Rituals are Considered the natural expansion for every religion as they are imposed according to religious domas and it is the other face of religious belief without this Religions Rituals, The religions dogma can be only Latent inside chest Moreover, as it had great importance, all Legislations give it huge protection and for all people who stand behind this idea.

This protection is different between international featured in international and regional agreements in one side and another patriotism kind comes in constitutions and criminal legislations. All these protections have been installed in order to dedicate protection for practicing Religious Rituals. Keywords religion belief Liberty Religious Rituals criminal protection international protection.

Criminal protection for Freedom to practice religious rites

Doctor

Mohammed Al-Saeed Al-Qazaa

**Instructor of criminal law assigned to the Faculty of Law
Alexandria and Helwan universities**

الحماية الجنائية للطفل من جرائم الأنترنت على الصعيد الوطني والدولي (دراسة مقارنة)

إعداد: د. حمادة خير محمود

مدرّس بكلية الإسرء الجامعة - قسم الحقوق - بغداد
جمهورية العراق

ملخص البحث

في ظل ثورة التكنولوجيا الحديثة والتقدم الهائل في مجال الأنترنت والاتصالات الالكترونية، ساهمت هذه الأخيرة في تسهيل سبل الحياة في مختلف المجالات الاقتصادية والاجتماعية والثقافية، وأضحى الانسان لا يستطيع الاستغناء عنها لتسيير نشاطه الرسمي حتى أصبحت شبكة الأنترنت لا غنى عنها في كثير من مناحي الحياة. فهي ليست مجرد وسيلة للتسلية فقط، بل أصبحت وسيلة لترباط الافراد والتواصل الاجتماعي وانجاز الأعمال من خلالها، هذا من جهة ومن جهة أخرى فهناك من استخدم هذه الوسيلة الفعالة ذات التأثير القوي في ارتكاب الجرائم إذ استغل هؤلاء المجرمين صغر سن المستخدمين وهم الأطفال لهذه الشبكة خصوصاً. وهذه الفئة الأكثر استخداماً لهذه التكنولوجيا، فتربص اعداء الطفولة لهم في الفضاء الإلكتروني لاصطيادهم والايقاع بهم واستغلالهم في اعمال منافية للأداب وابتزازهم، واستغلالهم جنسياً وغيرها من الأعمال غير المشروعة، لقد بات من الضروري في ظل تنامي عالم الأنترنت وتزايد مخاطره على

الأطفال من سارقي ومستغلي الأطفال في تحويلهم إلى تجارة رابحة بجعل الطفل واستغلاله سلعة تدر عليهم ربحا مستغلين صغر سنهم وجذبهم بشتي الطرق واستغلال عدم ادراكهم في ابتزازهم حيناً واستغلالهم حيناً آخر. ولا يدرك هؤلاء المستغلين ان بتصرفاتهم هذه غير المشروعة يقضون على اجيال من الشباب لما يتعرضون له من هذه الجرائم الغير اخلاقية على شبكات الأنترنت، فمع التقدم الهائل في التكنولوجيا في شتي المجالات يبقى وسيظل الانسان هو قائد قطار التنمية في أي مجال، لذا يتوجب على المجتمع بأكمله التعاون من اجل حماية الطفل من المخاطر من جراء الجرائم الواقعة عليه من خلال استخدامه لشبكات الأنترنت وشبكات التواصل الاجتماعي، والتي لا يكاد ان تخلوا أسرة في العالم إلا ومعظم افرادها مشتركين عليها ولديهم اصدقاء افتراضيين من كل انحاء العالم، فالشخص البالغ نفسه قد يتعرض في بعض الاحيان إلى الابتزاز وغيره من الأفعال غير المشروعة، فما بالنا بالطفل الذي يفقد التميز والإدراك الكامل بما يحيط به من مخاطر جراء استخدام هذه الشبكات.

أهمية الموضوع:

إن الاهتمام بالطفل وكفالة حقوقه لم تعد مجرد رفاهية تمنحها الدول للأطفال أو تمنعها بل باتت التزاماً دولياً على عاتقها.

وتأتي أهمية البحث لما تمثله هذه الأفعال والجرائم من تأثير سلبي على الأطفال ويعرضهم لمخاطر كثيرة تؤثر عليهم مستقبلاً اجتماعياً وصحياً وثقافياً، لذا وجب مكافحة هذه المخاطر التي تحيط بهم وخاصة أنه لتحقيق اهداف التنمية المستدامة فهؤلاء الأطفال هم شباب الغد الذي سيقود البلدان إلى التنمية، فلا تنمية مستدامة بدون تنمية بشرية وعقل مستنير، والأطفال هم كنز الأمة الذي يهبه الله لها لصناعة وبقاء مستقبلها.

إشكالية الموضوع:

تتمثل إشكالية البحث في مدى التأثير الخطير الذي يقع على الأطفال جراء الوقوع ضحية للجرائم المعلوماتية، حماية الأطفال من جرائم الأنترنت يتطلب وضع تصور لحلول على المستوى الوطني لمعالجة الخطورة الواقعة على الطفل، وتعاون دولي لأنها في بعض الأحيان تكون جريمة عابرة للحدود، الضحية يكون في بلد ومرتكبي الجريمة في بلد آخر، إذ لا يمكن لأي دولة مكافحتها بشكل منفرد ويثير التساؤل حول مدى كفاية التشريعات الوطنية والوسائل المستخدمة حالياً لمواجهة هذا النوع من الجرائم، هل هي كفاية أم الأمر يتطلب استحداث طرق وسبل جديدة لمواجهة ولحماية الطفل من مخاطر جرائم الأنترنت؟

منهج البحث:

سوف نتبع منهج التحليل والمقارن في الدراسة من خلال تحليل القوانين المنظمة لحماية الطفل في التشريعات المقارنة، وكذلك تحليل المعاهدات والمواثيق الدولية في مجال حماية الطفل، للوصول إلى أفضل وأحدث السبل لحماية الأطفال من مخاطر الوقوع والتعرض لجرائم الأنترنت.

سوف نحاول من خلال هذا البحث إلقاء الضوء على المخاطر والجرائم التي تقع على الطفل من جراء استخدام شبكة الأنترنت وسبل مواجهة هذه الجرائم على مستوى التشريعات الوطنية المقارنة، وعلى الصعيد الدولي من خلال إلقاء الضوء على المواثيق والمعاهدات الدولية وصولاً إلى أحدث السبل والوسائل لحماية الطفل من جرائم الأنترنت.

تقسيم خطة البحث:

سوف يتم تناول موضوع الدراسة من خلال تقسيمه إلى ثلاثة مباحث:

أولاً: ماهية شبكة الأنترنت والجريمة الإلكترونية

١ - تعريف شبكة الأنترنت.

٢ - ماهية الجريمة المعلوماتية.

ثانياً: تعريف الطفل وصور الجرائم الواقعة على الطفل على الأنترنت

١ - تعريف الطفل.

٢ - صور الجرائم الواقعة على الطفل على الأنترنت.

ثالثاً: الحماية الجنائية والوقائية للطفل على الصعيد الوطني والدولي

١ - الحماية الجنائية والوقائية للطفل على الصعيد الوطني.

٢ - الحماية الجنائية والوقائية للطفل على الصعيد الدولي.

أولاً:

ماهية شبكة الأنترنت والجريمة الإلكترونية

منذ أن ظهرت شبكة الأنترنت وبما حققت من فائدة للمجتمع في كثيراً من المجالات دائماً يظهر الوجه الآخر من محترفي الاجرام ممن يستغلوا كثيراً من مستخدمي هذه الشبكة، والايقاع بهم مستغلين عوامل كثيرة في ذلك، مما يزيد من انتشار الجرائم الالكترونية (المعلوماتية) لذا يتعين في بداية الدراسة أن نوضح ماهية شبكة الأنترنت وتعريف الجريمة الالكترونية أيضاً.

١- تعريف شبكة الأنترنت:

الأنترنت ليس بجهاز مستقل وانما هو شبكة معلومات يتم الوصول اليها باستخدام الحاسب الآلي (الكومبيوتر)^(١) الذي يتصل بغيره من الحواسيب على مدار العالم، وهو أمر يُمكن من سهولة الحصول على المعلومات وتبادلها، فالأنترنت اذن ليس سوى شبكة دولية للمعلومات بواسطتها يمكن للمرء ان يغزو العالم في لحظات زمنية قصيرة ليصل إلى مراده من معلومات، وهكذا أصبح الأنترنت طريقاً سريعاً للمعلومات^(٢)، إذاً فالأنترنت

(١) د. إبراهيم الدسوقي أبو الليل. الجوانب القانونية للتعاملات الإلكترونية، دراسة للجوانب القانونية عبر أجهزة الاتصال الحديثة، مجلة الكويت، سنة ٢٠٠٣، ص ٢٢ - ٢٣.

(٢) وعبر عنها بالفرنسية H, FHBKJG.DM Lautoroute de l'information أو بالإنجليزية Information superhicht way أو ترجع بذور الأنترنت إلى أواخر الستينات من القرن الماضي حيث قامت وزارة الدفاع الأميركية بتمويل شركة أربانت للكمبيوتر Arpanet لتصبح شركة لأجهزة الكمبيوتر لا تعتمد على جهاز واحد وإنما على عدد غير محدود من الأجهزة، ثم تطوّرت هذه الشبكة فلم تعد قاصرة على استخدامات وزارة الدفاع الأميركية (البنتاجون) ولا على المهام الدفاعية والعسكرية، وإنما أصبحت شبكة اتصالات عامة دولية تشمل جميع الميادين والاتجاهات. للمزيد راجع د. محمد السعيد رشدي. الأنترنت الجوانب القانونية لنظم المعلومات، بحث غير منشور، ص ١٠، مشار إليه د. إبراهيم الدسوقي، المرجع السابق، ص ٢٣.

ما هو إلا مجموعة من أجهزة الحاسب الآلي مرتبطة بعضها ببعض بطريقة تمكن من تبادل المعلومات باستخدام التكنولوجيا الحديثة، وتتم الاتصالات والحصول على المعلومات من شبكة الأنترنت بواسطة جهاز الحاسب الآلي للكمبيوتر أو الهاتف، وبفضل هذه الشبكة العنكبوتية أصبح العالم قرية بسيطة وأصبحت وسائل التواصل^(٣) وإنجاز الأعمال تتم في سرعة شديدة، إذ أن الأجهزة مثل الكتب المفتوحة لأي شخص يتمتع ببعض مهارات الاحتراف الإلكتروني.

وإذا كانت شبكة الأنترنت تعتبر خزينة للمعرفة وسيل للمعلومات المتدفقة فإنها اداة رفيعة المستوى لارتكاب الجريمة^(٤).

٢ - ماهية الجريمة المعلوماتية:

منذ بداية القرن الواحد والعشرون والعالم يعيش تطوراً سريعاً ومتعاقباً في كثير من مجالات الحياة، ومن أبرزها تطور تقنية المعلومات والأجهزة الرقمية، فاستخدام تقنية المعلومات وانتشارها أدى إلى ظهور جوانب سلبية، من أهمها ما يعرف بالجريمة المعلوماتية ولقد احاط بتعريف الجريمة المعلوماتية الكثير من الغموض، حيث تعددت الجهود الرامية إلى ترجيح عدم وضع تعريف محدد للجريمة المعلوماتية، بحجة ان هذا النوع من الجرائم ما هو إلا جريمة تقليدية تُرتكب بأسلوب إلكتروني^(٥)، والحقيقة انه لا يوجد تعريف محدد ومتفق عليه حول الجريمة

(٣) ثامر الشو. جرائم انتهاك خصوصية الشبكات، بحث منشور بالملتقى السنوي للحقوقيين بجدة الفترة من ٢٦ - ٢٨ سبتمبر ٢٠١٩، ص ١٨٧.

(٤) د. إبراهيم أحمد زمزمي. جرائم الاعتداء على المعلومات عبر الشبكات، بحث منشور بالملتقى السنوي للحقوقيين بجدة الفترة من ٢٦ - ٢٨ سبتمبر ٢٠١٩، ص ١٤٣.

(٥) د. خالد ممدوح. الجرائم المعلوماتية، دار الفكر الإسكندرية، الطبعة الأولى، ٢٠٠٩، ص ٧٣.

المعلوماتية^(٦)، فهناك من يوسع في هذا المفهوم وهناك من يضيقه وهناك من يقسم تعريف الجريمة إلى ثلاثة اتجاهات:

فمن التعريفات المضيقية للجريمة المعلوماتية أنها:

- الفعل غير المشروع الذي يتورط في ارتكابه الحاسب الآلي.
- الفعل الاجرامي الذي يستخدم في اقترافه الحاسب الآلي كأداة رئيسية.
- مختلف صور السلوك الاجرامي التي ترتكب باستخدام المعالجة الآلية للبيانات.

كما عرفت الجريمة المعلوماتية على انها سلوك غير مشروع معاقب عليه قانوناً صادراً عن إرادة جرمية محله معطيات الحاسوب^(٧)، وعرفتها بعض القوانين مثل نظام مكافحة جرائم المعلوماتية السعودي في المادة الأولى الفقرة الثامنة بأنها: فعل يرتكب متضمناً استخدام الحاسب الآلي أو الشبكة المعلوماتية بالمخالفة لأحكام هذا النظام^(٨) وفي تعريف آخر يرى بأن الجريمة المعلوماتية هي (كل فعل مجرم باستخدام وسيط الكتروني أو يكون موضوعاً لتحقيق هدف غير مشروع ذي صلة بالبيئة الالكترونية وتقنياتها)^(٩)، وفي تعريف آخر تعرف الجريمة المعلوماتية بأنها نشاط اجرامي تستخدم فيه تقنية الحاسب الآلي بطريقة مباشرة أو غير مباشرة كوسيلة أو كهدف لتنفيذ

(٦) د. سلمان بن علي القحطاني. علوم الأدلة الجنائية الرقمية المفاهيم وطرق المعالجة في ضوء التطور التقني الحديث. مركز الدراسات والبحوث سلطة الكتب العدد ٥١، الطبعة الثانية، ١٤٣٩هـ، ٢٠١٨، ص ٤٣.

(٧) نهلة عبد القادر المومني. الجرائم المعلوماتية، دار الثقافة، طبعة ٢٠١٠، ص ٥٠.

(٨) انظر نظام مكافحة جرائم المعلوماتية السعودي.

(٩) د. عادل حماد عثمان. ضبط الأدلة في الجريمة المعلوماتية، مجلة فكر وإبداع، العدد ١١٣، يونيو ٢٠١٧.

الفعل الاجرامي المقصود^(١٠) أما مؤتمر الأمم المتحدة العاشر لمنع الجريمة ومعاقبة المجرمين فقد تبني التعريف الآتي للجريمة المعلوماتية^(١١) أنها جريمة أية جريمة يمكن ارتكابها بواسطة نظام حاسوبي أو شبكة حاسوبية، والجريمة بهذا التعريف تشمل جميع الجرائم التي يمكن ارتكابها في بيئة إلكترونية وقد عرفتها المنظمة الأوروبية للتعاون والتنمية الاقتصادية، بأنها (كل سلوك غير مشروع أو مناف للأخلاق أو غير مسموح به، يرتبط بالمعالجة الآلية أو نقلها)^(١٢).

(١٠) د. عادل يوسف عبد النبي. الجريمة المعلوماتية وأزمة الشرعية، مجلة مركز دراسات الكوفة، جامعة الكوفة، العدد ٧، سنة ٢٠١١.

(١١) مؤتمر الأمم المتحدة لمنع الجريمة ومعاقبة المجرمين الذي عقد في فيينا في الفترة ما بين ١٠ - ١٧ نيسان لعام ٢٠٠٠.

O.C.D.E. Reunion de Paris. Mai, 1983.

(١٢)

ثانياً:

تعريف الطفل وصور الجرائم الواقعة على الطفل على الأنترنت

في ظل انتشار التكنولوجيا وشبكات التواصل على الأنترنت، ومع تواجد كثير من رواد الأنترنت من صغار السن، ظهرت العديد من الأعمال التي تمثل خطورة على الأطفال واستغلاهم أشد استغلال من معدومي الضمير، ومن المتاجرين بأحلام الصغار لذلك سوف نتناول هذا المبحث من خلال تقسيمه إلى مطلبين:

١ - تعريف الطفل في القانون الدولي والتشريعات المقارنة.

٢ - صور استغلال الطفل على الأنترنت.

١ - تعريف الطفل في القانون الدولي والتشريعات الوطنية:

أ - تعريف الطفل في القانون الدولي:

تضمنت المادة الاولى من اتفاقية حقوق الطفل تعريف الطفل بانه كل انسان لم يتجاوز الثامنة عشر مالم يبلغ سن الرشد قبل ذلك بموجب القانون المطبق^(١٣)، وتركت الاتفاقية سن الرشد لكل دولة تحدده بمعرفتها إلا أنها حددت الطفل بانه هو الذي لم يتجاوز الثامنة عشرة، واذا كانت هذه المادة تقسم عمر الطفل إلى مراحل فهناك مراحل متعددة يكتسب منها الطفل وصف الحدث وأخرى يكتسب فيها الطفل وصف القاصر إلا أنها جمعياً تأخذ مدلولاً واحداً وهو الطفل^(١٤).

(١٣) انظر المادة (١) من اتفاقية حقوق الطفل الصادرة بموجب قرار الجمعية العامة للأمم المتحدة رقم ٤٤/٢٥ المؤرخ ١٩٨٩/١١/٢٠ والمنفذ في ٢ ديسمبر ١٩٩٠ وفقاً للمادة ٤٩.

(١٤) د. عبد البر مصطفى فضل. الحماية الجنائية لحقوق الطفل في القانون الدولي. رسالة دكتوراه، كلية حقوق أسيوط، جامعة أسيوط، سنة ٢٠١٦، ص ١٠.

ب - تعريف الطفل في التشريعات الوطنية

وقد اختلفت في التسمية، منها ما يطلق عليه طفل صغير كالقانون المصري والسوري ومنها ما يطلق الحدث كالقانون العراقي، ومنها ما يطلق عليه الصغير كالقانون اللبناني والقانون الانجليزي والهولندي، ومنها ما يطلق عليها الطفل أو الحدث أيضاً كالقانون الجزائري^(١٥).

في التشريع المصري^(١٦):

عرفت المادة (٢): «يقصد بالطفل في مجال الرعاية المنصوص عليها في هذا القانون كل من لم يتجاوز سنّه الثامنة عشرة سنة ميلادية كاملة.

في التشريع السوري:

المادة (١) من قانون الاحداث تنص على (الطفل هو كل ذكر أو أنثى لم يكمل / تكمل العام الثامن عشر من العمر.

في التشريع الجزائري^(١٧):

عرفت المادة (٢) من قانون الطفل الجزائري رقم ١٥ - ١٢: يقصد في مفهوم هذا القانون بما يأتي: «الطفل»: كل شخص لم يبلغ الثامنة عشر (١٨) سنة كاملة.

(١٥) المادة (٢) من قانون الأحداث السوري والمادة (١) من قانون الأحداث العراقي رقم ٧٤ لسنة ١٩٧٢ والمادة (٢) من قانون حماية الطفل الجزائري رقم ٥ - ١٢ المؤرخ ٢٠١٥/٧/١٥ والمادة (٢) من قانون الطفل المصري رقم ١٢ لسنة ١٩٩٦ والمعدل بالقانون ١٢٦ لسنة ٢٠٠٨.

(١٦) مادة (٢) مستبدلة بالقانون رقم ١٢٦ لسنة ٢٠٠٨، الجريدة الرسمية، العدد ٢٤ مكرّر في ١٥ يونيه سنة ٢٠٠٨.

(١٧) المادة (٢) من قانون الطفل الجزائري رقم ١٢ - ١٥ المؤرخ في ٢٨ رمضان عام ١٤٣٦، الموافق ١٥ يوليو ٢٠١٥.

في التشريع العراقي:

المادة (١) الحدث: من أتمّ السابعة من عمره ولم يتم الثامنة عشرة ذكراً كان أو أنثى - بالنظر إلى تعريف الطفل في التشريعات المقارنة نجد أنها كلها جاءت موافقة مع تعريف الطفل في القانون الدولي وإن اختلف المسمى ما بين لفظ الحدث أو الطفل من دولة لأخرى في النهاية محل الحماية واحد.

٢- صور استغلال الطفل على الأنترنت:

مع انتشار شبكات الأنترنت تعددت صور استغلال اصحاب ضعاف النفوس في استغلال ارتياد الأطفال صغار السن لهذه الشبكات مستغلين قلة وعيهم، في الاستغلال والاعتداء الجنسي غير المباشر، ذلك الاعتداء الذي لا يقع مباشرة على جسم الضحية وإنما يسخره لمختلف أشكاله سواء المعاملة الجنسية كالدعارة واستخدامه في العروض الإباحية^(١٨) ومن هذه الجرائم:

أ- استغلال صور القصر:

كما أوضحنا انه نظراً لتطور التكنولوجيا ووسائل الإعلام وانتشار شبكات الأنترنت فقد ظهرت بعض الظواهر الخطيرة، والتي تؤثر في سمعة الطفل وأخلاقه، فهناك بعض الاعتداءات الجنسية أصبحت منتشرة بشكل مخيف في وقتنا الحاضر والمتمثلة في استغلال الأطفال في المواد الإباحية، فقد نصت عليها في القانون المغربي^(١٩) ولقد أقرّ المشرّع الفرنسي من خلال المادة ٢٢٢٧ - ٢٢ - ١ من قانون العقوبات عقوبة الحبس لمدة سنتين على كل من

(١٨) حماس هديات. الحماية الجنائية للطفل للضحية، دراسة مقارنة، رسالة دكتوراه، كلية الحقوق، جامعة أبو بكر بلقايد - تلمسان، ٢٠١٥، ص ١٧٣.

(١٩) الفصل ٥٠٣ - ٥٢ ق.ج. المغربي.

يقوم باقتراحات جنسية باستعمال وسيلة الاتصال الالكتروني، وترفع العقوبة إلى خمس سنوات اذا نتج عن هذه الاقتراحات عقد لقاء مع القاصر، ويلاحظ ان المشرع الفرنسي وسع من هذه الأفعال، مما يترتب عليه تدمير للطفل وفقده لكل حاسة أخلاقية^(٢٠) كما حدّد من خلال المادتين ٢٧٧ - ٢٣ و ٢٢٧ - ٢٤ الأفعال المخلة بالآداب العامة للطفل، فيعاقب كل من يقوم بإرسال أو بثّ أو تسجيل صور ذات طبيعة إباحية أو جنسية^(٢١). أما القانون الجزائري فكان ينص قبل تعديل ٢٠١٤ على هذا السلوك بصفة شاملة حيث استعمل عبارة (سائر اشكال الاستغلال الجنسي)^(٢٢) وبالتالي لم يكن يحدد هذه الاشكال وترك تحديدها للاتفاقيات الدولية^(٢٣)، والتي وصفتها على انها اظهار لأنشطة جنسية بأية وسيلة كانت اثناء الممارسة الفعلية أو بالمحاكاة أو المشاهدة أو أي تصوير للأعضاء الجنسية للأطفال تتم لأغراض ذات طبيعة جنسية، وبصدور تعديل ٢٠١٤ فقد نص المشرع على تجريم هذه الأفعال بصفة مفصلة طبقاً للمادة ٣٣٣ مكرر ١/١ والتي تنص على ان يعاقب.... كل من صور قاصر لم يكمل ١٨ سنة بأي وسيلة كانت وهو يمارس أنشطة جنسية بصفة مبيّنة، حقيقية أو غير حقيقية، أو صور الاعضاء الجنسية للقاصر لأغراض

(٢٠) Myriam quemener. L'internet source de danger pour les enfants: la protection des mineurs Actualite Juridique de la Famille-Dalloz-N5, 2008, p. 197. Anne Sophie Chavent-Leclerc-La lutt contre la cyberpornographie enfantine evolutions de loi francaise-Revue penitentirentiaire et de droit panal – Cujas-Octobre-Decembre 2008, N4, p. 789-790.

(٢١) Myriam quemener. L'internet source de danger pour les enfants: la protection des mineurs Actualite Juridique de la Famille-Dalloz-N5, 2008, p. 197. Anne Sophie Chavent-Leclerc-La lutt contre la cyberpornographie enfantine evolutions de loi francaise-Revue penitentirentiaire et de droit panal – Cujas-Octobre-Decembre 2008, N4, p. 789-790.

(٢٢) انظر المادة ٣٠٣ مكرر ٤ و ٥ المضافة بالقانون رقم ٠٩ - ٠١ المؤرخ ٢٠٠٩/٢/٢٥ المعدّل والمتمّم لقانون العقوبات.

(٢٣) البروتوكول الاختياري الصادر في ٢٠٠٠ والملحق لاتفاقية حقوق الطفل لسنة ١٩٨٩ السابق ذكرها.

جنسية أساساً، أو قام بإنتاج أو توزيع أو نشر أو ترويج أو استيراد أو تصدير أو عرض أو بيع أو حيازة مواد إباحية متعلقة بالقصر.

- استغلال الأطفال في المواد الخليعة

تتمثل تلك الصورة في عرض الأطفال عراة في صفحات مثيرة هدفها جعل الطفل بضاعة جنسية.

- المواد الانتاجية الالكترونية

تتمثل في انتاج صور مركبة على شبكة الأنترنت لأطفال غير حقيقين يمارسون نشاطا جنسيا وبغض النظر عن واقعية هذه الصور فهي توهم بان الفاعلين أطفال.

ب - إستغلال الأطفال من خلال الألعاب الالكترونية:

من صور استغلال الأطفال استغلالهم من خلال نشر بعض الألعاب الالكترونية حتى يعود الطفل عليها ويقوم باتباع ما يملي عليه من خطوات، ودون أن يشعر يمكن للجاني أن يطلب من الطفل وضع صورته أو وضع صور بوضع معين، والحصول أيضاً على بيانات ومعلومات عن الطفل واسرته تستخدم للابتزاز وهذه الألعاب أخطر ما يكون على الأطفال والأسرة لذا وجب التنبيه على الأسرة بضرورة عدم ترك الأطفال وحدهم يمارسون الألعاب لوقت طويل دون المتابعة.

ومن الوسائل التي يلجأ لها لاستدراج الأطفال البريد الإلكتروني (e-mail) حيث يتم إرسال صور ورسائل صوتية ومقاطع فيديو إباحية، وقد يُطلب من هذا الطفل الاتصال برقم يتم تزويده به، ومن الممكن الطلب منه إرسال صور له بأوضاع مخلة بالآداب مقابل مبالغ مالية. ويمكن عن طريق غرف الدردشة استغلال الأطفال جنسياً (chat rooms) وهي مناقشات عامة عبر

شبكة الأنترنت، يتم من خلالها التحدث في أي موضوع مع إمكانية تبادل الصور والمعلومات المقروءة أو المكتوبة والصوتية، نظراً لإقبال الأحداث على هذه المواقع^(٢٤). وتلعب مواقع التواصل الاجتماعي، الفيس بوك وتويتر والأنستجرام دوراً لا يستهان به في استدراج الأطفال لاستغلالهم في الأعمال الإباحية الإلكترونية، من خلال الصداقات مع أشخاص غير معروفين أو بأسماء مستعارة، وبعد أن تتوطد علاقة هؤلاء الأشخاص بالأطفال في العالم الافتراضي يتم استغلالهم وبأسلوب ممنهج، لا سيما إذا كان استهدافهم قد تم عن طريق عصابات الجنس الطفولي.

(٢٤) د. علي جعفر. جرائم تكنولوجيا المعلومات، القاهرة، دار النهضة العربية، ٢٠١٣م، ط١، ص ٤.

ثالثاً:

الحماية الجنائية والوقائية للطفل على الصعيد الوطني والدولي

نظراً لما يمثله الأنترنت من خطورة على الأطفال من معدومي الضمير وتجار الأطفال في استغلالهم واعتبارهم بضاعة رائجة، وجب ارساء حماية جنائية تحفظهم من هذه الممارسات غير السوية، والتي تؤثر في بناء شخصية الطفل مما لها من اثار سلبية لذا سوف نتناول هذا المبحث من خلال تقسيمه إلى مطلبين:

- ١ - يتناول الحماية الجنائية والوقائية للطفل على الصعيد الوطني.
- ٢ - يتناول الحماية الجنائية والوقائية للطفل على الصعيد الدولي.

١ - الحماية الجنائية والوقائية للطفل على الصعيد الوطني:

ما زالت الحماية التشريعية ضد هذه النوعية من الجرائم عاجزة عن وضع حد لها إذا أن ٧٩ دولة فقط يوجد بها قوانين لمكافحة إباحية الأطفال، وتتراوح قوة وفعالية هذه التشريعات من دولة لأخرى، بينما لا توجد أي تشريعات لمكافحة جرائم الإباحية في ٩٥ دولة والأخطر من ذلك أن ١٣٨ دولة لا تجرم حيازة المواد الإباحية للأطفال، بينما لا تجرم ١٢٢ دولة صناعة المواد الإباحية للأطفال^(٢٥) وإذا كان هناك عدد من القوانين الوطنية العربية يتضمن أحكاماً تعاقب على استغلال الأطفال في المواد الإباحية على شبكة الأنترنت فان بعض الدول مثل عمان والعراق ليست لديها قوانين محددة

(٢٥) د. خالد رمضان عبد العال. الحماية الجنائية للطفل من الاستغلال الجنسي عبر الأنترنت، دراسة مقارنة، مجلة حقوق حلوان للدراسات القانونية والاقتصادية، ٢٠١٣، العدد ٢٩، ٢٠١٣، ص ٢٣.

بشأن المواد الإباحية المستغلة للأطفال، وتعد المواد الإباحية شكلاً من المساس بالأدب أو النظام العام ويعاقب بالتالي في هذا الإطار على استغلال الأطفال في المواد الإباحية.

أولاً: السبل الوقائية لحماية الطفل من مخاطر الأنترنت:

وقبل الحماية الجنائية لا بد من استخدام السبل الوقائية لحماية الطفل من مخاطر جرائم الأنترنت الواقعة عليه وذلك من خلال نشر ثقافة التوعية الجنسية للطفل، من خلال المدراس ودور العبادة والأندية والمراكز الرياضية، ونشر بما يعرف التربية الرقمية للطفل من مخاطر الأنترنت. وعلى الرغم من الأثر الإيجابي لهذه الوسائل المختلفة، لم يعد التحكم في المحتوى الذي يصل لمختلف الفئات خاصة الأطفال والشباب سهلاً. وصار الآباء يتساءلون: ماذا أفعل لتربية أولادي في هذا العصر الرقمي؟ كيف يمكن أن أساعدهم على تبني عادات صحية لاستخدام هذه الوسائل؟ وعليه وجب علينا وضع قواعد لها لضبط استخدامها، ويكون ذلك من خلال التربية الرقمية وتعتبر نوعاً من القواعد التي توضع لأجل حماية الأشخاص من مختلف الفئات العمرية من تأثير التكنولوجيا على حياتهم الواقعية، حيث نلاحظ أن بعض الأشخاص يستمدون من العالم الافتراضي بعض الأمور السلبية والثقافات الخاطئة التي تنشرها الجيوش الكترونية مسيرة من قبل جهات ودول تحاول تدمير المجتمعات الأخرى، فيؤثر هذا على الأجيال القادمة حيث أنهم الأكثر عرضة للتأثر بهذه الأفكار الافتراضية أو الرقمية.

وفي ظل ضعف وغياب المسؤولية القانونية وعدم وجود عقوبات صارمة وراذعة في العديد من الدول العربية، وصل الحد لدى بعض ضعفاء النفوس إلى إساءة استخدام الحرية المتاحة على المواقع الإلكترونية،

ومواقع التواصل الاجتماعي إلى نشر معلومات مضللة ومسيئة للأفراد، من خلال إرسال رسائل تهديد أو تشهير إلكترونية أو تعليقات مسيئة، أو الحصول على معلومات أو صور من أجل إبتزاز الآخرين، الأمر الذي يؤدي إلى عواقب وخيمة تضر بالفرد وبالصالح العام، أو الدخول على المواقع الإلكترونية غير اللائقة وغير الأخلاقية، أو المواقع الإلكترونية التي تتضمن محتويات وتيارات فكرية ضارة تمثل تهديداً للهوية الثقافية. وتوثر على تربية الأطفال وسلوكياتهم.

ومن هنا أصبحت الحاجة إلى نشر برامج ودروس جادة في «التربية الرقمية» ضرورة لا مفر منها، والمتمثلة في ثقافة وآداب التعامل المناسب والأمثل مع مثل هذه التقنيات، من خلال تنظيم محاضرات وندوات وحلقات نقاشية، وورش عمل لجميع أفراد الأسر والمجتمع، وخاصة بين الأطفال والشباب في المدارس والجامعات العربية. تتناول هذه الدروس إيجابيات وسلبيات الاتصال وكيفية الاستفادة المثلى من التقنيات الحديثة وآداب التعامل معها، وذلك من حيث حماية الحياة الخاصة للآخرين وحدود حرية الفرد. كما يمكن استخدام الأجهزة والهواتف الذكية الحديثة في إرسال رسائل توعوية للأفراد لاستخدامها الأمثل، وتجنب استخدامها في إيذاء وتبعية وانتهاك خصوصية الآخرين والتجسس عليهم، إذ أن الكثير من جرائم المعلوماتية يتم ارتكابها عن جهل بالقواعد والنظم، أو تتم من دون قصد الإساءة، وذلك بسبب الاستخدام الخاطئ لأجهزة الاتصال الحديثة، فكثير من الأفراد قد لا يقومون بالاطلاع الكافي على ما ستقدمه البرامج والتطبيقات المختلفة بالأجهزة والهواتف الذكية من خدمات، وتكون المفاجأة أن هذه التطبيقات والبرامج قد تتوغل أكثر في خصوصياتهم، التي تصبح متاحة على الأنترنت.

ثانياً: الحماية التشريعية للأطفال من مخاطر الأنترنت:

تسعى الدول إلى حماية الأطفال من مخاطر جرائم الأنترنت من خلال سن التشريعات اللازمة وتشديد العقوبات على مستغلي الأطفال على شبكات التواصل الاجتماعي أو غيرها من وسائل التواصل الحالية، والتي أصبحت منتشرة بشكل مخيف، ففي مصر تسعى إلى وضع قواعد محددة وواضحة لتوفير الحماية للأطفال على الأنترنت، من خلال وضع إطار عمل قانوني وتشريعي وفقاً لما تنص عليه الاتفاقيات الدولية وتحديداً «اتفاقية الأمم المتحدة لحقوق الطفل لعام ١٩٨٩»، و«البروتوكول الاختياري لاتفاقية حقوق الطفل بشأن بيع الأطفال واستغلالهم في البغاء وفي المواد الإباحية»، و«بروتوكول منع وقمع ومعاقبة الاتجار بالأشخاص، وبخاصة النساء والأطفال، المكمل لاتفاقية الأمم المتحدة لمكافحة الجريمة المنظمة عبر الوطنية.

ومن هنا يمكن الجزم بأن مصر توفر الحماية للطفل على الأنترنت من خلال نظامين تشريعيين وهما:

أ - النصوص التشريعية الهادفة ومن بينها المواد القانونية التي تتناول مسألة حماية الطفل على الأنترنت.

ب - الحماية التشريعية غير المباشرة وذلك من خلال النصوص القانونية التي تستهدف حماية المجتمع المصري ككل وخاصة الأطفال.

أ - الحماية التشريعية الهادفة:

إن أهم النصوص القانونية التي يجدر الإشارة إليها في هذه الفئة هي المادة ١١٦ مكرر (أ) من قانون الطفل رقم ١٢ لسنة ١٩٩٦ والمعدلة بالقانون رقم ١٢٦ لسنة ٢٠٠٨، والتي تعد النقطة الجوهرية الداعمة للمنهج القانوني

الهادف إلى حماية الطفل المصري من كافة أنواع الانتهاكات، الأذى المحدق به الذي قد يتعرض له على الأنترنت.

المادة ١١٦ مكرر (أ): يعاقب بالحبس مدة لا تقل عن سنتين وغرامة لا تقل عن عشرة آلاف جنيه، ولا تتجاوز خمسين ألف جنيه كل من استورد أو صدر أو أنتج أو أعد أو عرض أو طبع أو روج أو حاز أو بث أي أعمال إباحية يشارك فيها أطفال، أو تتعلق بالاستغلال الجنسي للطفل، ويحكم بمصادرة الأدوات والآلات المستخدمة في ارتكاب الجريمة والأموال المتحصلة منها، وغلق الأماكن محل ارتكابها مدة لا تقل عن ستة أشهر، وذلك كله مع عدم انتهاك حقوق الغير من ذوي النوايا الحسنة.

ومع عدم الإخلال بأي عقوبة أشد ينص عليها في قانون آخر، يعاقب بذات العقوبة كل من:

□ استخدم الحاسب الآلي أو الأنترنت أو شبكات المعلومات أو الرسوم المتحركة لإعداد أو لحفظ أو لمعالجة أو لعرض أو لطباعة أو لنشر أو لترويج أنشطة أو أعمال إباحية تتعلق بتحريض الأطفال أو استغلالهم في الدعارة والأعمال الإباحية أو التشهير بهم أو بيعهم.

□ استخدام الحاسب الآلي أو الأنترنت أو شبكات المعلومات أو الرسوم المتحركة لتحريض الأطفال على الانحراف، أو لتسخيرهم في ارتكاب جريمة أو على القيام بأنشطة أو أعمال غير مشروعة أو منافية للآداب، ولو لم تقع الجريمة فعلاً.

ومن الجدير بالذكر، أن اللجنة الوطنية المعنية بالاستخدام الآمن للإنترنت للأطفال، تقدمت ببعض التعديلات على هذه المادة إلى اللجنة التشريعية في المجلس القومي للطفولة والأمومة.

ب - الحماية التشريعية غير المباشرة:

يوجد في هذا الإطار عدد كبير من القوانين ومواد القانون التي تسعى إلى حماية المجتمع وخاصة الأطفال، أو تجرم الإتجار بالأطفال واستغلالهم بأي صورة وليس على الأنترنت تحديداً. ويمكن الإشارة في هذا الصدد إلى المواد التي تنظم استخدام وسائل التكنولوجيا على وجه يحول دون استخدامها بشكل غير شرعي في الترويج للجرائم عبر الأنترنت خاصة الجرائم التي تستهدف الأطفال، ومن هذه المواد:

المادة ١٧٨ من قانون العقوبات وتنص على: (لم تذكر المادة ١٧٨ الأطفال صراحةً).

يعاقب بالحبس مدة لا تزيد على سنتين وبغرامة لا تقل عن خمسة آلاف جنيه ولا تزيد على عشرة آلاف جنيه أو بإحدى هاتين العقوبتين كل من صنع أو حاز بقصد الاتجار أو التوزيع أو الإيجار أو اللصق أو العرض مطبوعات مخطوطات أو رسومات أو إعلانات أو صوراً أو محفورة أو منقوشة أو رسومات يدوية أو فوتوغرافية أو إشارات رمزية أو غير ذلك من الأشياء أو الصور عامة إذا كانت منافية للآداب العامة.

القانون رقم ١٧٥ لسنة ٢٠١٨ بشأن مكافحة جرائم تقنية المعلومات.

ينظم هذا القانون لوائح شبكات وخدمات الاتصالات بما يضمني الصفة القانونية على الدور الحيوي الذي يؤديه مزودو خدمة الأنترنت في حماية الأطفال على الأنترنت، وفرض غرامات حال انتهاك مزودي الخدمة لهذه اللوائح. وتفرض المادة ٢٥ و ٢٦ من القانون.

جاءت بعض المواد لتقرر حماية لمستخدمي الأنترنت حال تعرضهم للغش والاستغلال من قبل معدومي الضمير، وذلك ما اتضح من إقرار عقوبات في المواد ٢٥ و ٢٦ من القانون^(٢٦).

المادة ٩٥ من القانون ١٥٠ لسنة ١٩٥٠ قانون الإجراءات الجنائية.

تخول هذه المادة لقاضي التحقيق أن يأمر بمراقبة المحادثات السلوكية واللاسلكية، أو إجراء تسجيلات لأحداث جرت في مكان خاص متى كان يعود بالفائدة نحو ظهور الحقيقة في جناية أو جنحة معاقب عليها بالحبس لمدة تزيد عن ثلاثة شهور.

وعلى الرغم من أن الأنترنت لم يكن مستخدما وقت صدور هذا القانون (١٩٥٠)، إلا أن المشرع أثبت رجاحة بصيرته وبُعد نظره بذكره وسائل الاتصالات السلوكية أو اللاسلوكية.

قانون إنشاء المحاكم الاقتصادية رقم ١٢٠ لسنة ٢٠٠٨ المعدل بالقانون ١٤٩ لسنة ٢٠١٩:

(٢٦) المادة (٢٥) الجرائم المتعلقة بالاعتداء على حرمة الحياة الخاصة والمحتوى المعلوماتي غير المشروع: «يعاقب بالحبس مدة لا تقل عن ستة أشهر، وبغرامة لا تقل عن خمسين ألف جنيه ولا تجاوز مائة ألف جنيه، أو بإحدى هاتين العقوبتين، كل من اعتدى على أي من المبادئ أو القيم الأسرية في المجتمع المصري، أو انتهك حرمة الحياة الخاصة أو أرسل بكثافة العديد من الرسائل الإلكترونية لشخص معين دون موافقته، أو منح بيانات إلى نظام أو موقع إلكتروني لترويج السلع أو الخدمات دون موافقته أو بالقيام بالنشر عن طريق الشبكة المعلوماتية أو بإحدى وسائل تقنية المعلومات، لمعلومات أو أخبار أو صور وما في حكمها، تنتهك خصوصية أي شخص دون رضاه، سواء كانت المعلومات المنشورة صحيحة أم غير صحيحة».

المادة (٢٦) يعاقب بالحبس مدة لا تقل عن سنتين ولا تجاوز خمس سنوات وبغرامة لا تقل عن مائة ألف جنيه لا تجاوز ٣٠٠ ألف جنيه أو بإحدى العقوبتين كل من تعمد استعمال برنامج معلوماتي أو تقنية معلوماتية في معالجة معطيات شخصية للغير لربطها بمحتوى منافٍ للأداب العامة أو لإظهارها بطريقة من شأنها المساس باعتباره أو شرفه.

تتولى هذه المحاكم مهمة الفصل في القضايا الجنائية المتعلقة بالأنشطة الاقتصادية والاستثمارية، كما يدخل ضمن اختصاصات هذه المحاكم مسؤولية الفصل في القضايا المرتبطة بتكنولوجيا الاتصالات والمعلومات بما في ذلك جرائم الأنترنت. حيث تضمن المادة ٤ من القانون ان من ضمن اختصاصات المحكمة الاقتصادية الجرائم المتعلقة بقانون مكافحة جرائم تقنية المعلومات^(٢٧) وفي سبيل تيسير وتعزيز عملية استخدام مثل هذه الأدوات القانونية، تم اتخاذ عدداً من الإجراءات:

□ الإجراءات المتعلقة بقواعد البيانات: قامت «الإدارة العامة للحماية القضائية للطفل» التابعة لوزارة العدل في عام ٢٠١٠ بتعديل قاعدة البيانات الجنائية الخاصة بقضايا الأطفال لتشمل جرائم الأنترنت.

□ الإجراءات المتعلقة ببناء القدرات: تمت إضافة قضايا جرائم الأنترنت إلى منهج بناء القدرات الذي أعد للقضاة ووكلاء النيابة في «المركز القومي للدراسات القضائية».

كما أجريت عدة تدريبات متخصصة للقضاة ووكلاء النيابة بالتعاون مع خبراء جرائم الأنترنت وسلامة الأطفال بالمنظمات الدولية، والشركات المتعددة الجنسيات المتخصصة في تكنولوجيا المعلومات والاتصالات. فعلى سبيل المثال، نظم المركز القومي للدراسات القضائية (القاهرة) ورشة عمل للقضاة عن «جرائم الأنترنت واستغلال الأطفال» بالتعاون مع وزارة الاتصالات وتكنولوجيا المعلومات وميكروسوفت والمجلس الأوروبي في

(٢٧) مادة (٤): مع عدم الإخلال بالاختصاصات المقررة للمحاكم الاقتصادية المنصوص عليها في أي قانون آخر، تختص المحاكم الاقتصادية بدوائرها الابتدائية والاستئنافية، دون غيرها، نوعياً ومكانياً بنظر الدعاوى الجنائية الناشئة عن الجرائم المنصوص عليها في القوانين الآتية: قانون مكافحة جرائم تقنية المعلومات.

ديسمبر عام ٢٠٠٩، كما نظمت وزارة العدل دورتين عام ٢٠١١ حول الأدلة الجنائية الإلكترونية لعدد ٢٠٠ قاضي و ٢٠٠ وكيل نيابة بالتعاون مع الشركات متعددة الجنسيات، إلى جانب العديد من الدورات التي قدمتها الشركات المتخصصة في تكنولوجيا الاتصالات والمعلومات لوزارة العدل على مدار السنوات الخمس الماضية.

ثالثاً: الحماية الجنائية للطفل في التشريع الفرنسي:

وَقَرَّ المشرع الفرنسي حماية جنائية للأطفال من الإباحية في قانون العقوبات في المواد (٢٤ - ٢٢٧)، (٢٣ - ٢٢٧)، (٢٢ - ٢٢٧) فجَرَّمَت المادة (٢٢ - ٢٢٧) القيام بتحريض إفساد طفل أو الشروع في ذلك، فعاقبت كل من يحبِّد أو يشرع في تحريض إفساد قاصر بالسجن خمس سنوات وبغرامة ٧٥,٠٠٠ يورو، وتكون العقوبة السجن سبع سنوات وغرامة ١٠٠,٠٠٠ يورو إذا كان القاصر أقل من خمسة عشر عاماً، أو إذا تم ذلك برسائل عن طريق شبكة الاتصالات، أو في مؤسسة تربوية أو تعليمية، وتطبَّق ذات العقوبات السابقة إذا انطوت على تنظيم اجتماعات تقوم على عروض، أو علاقات جنسية يساهم فيها أو يحضرها قاصر^(٢٨) وإفساد القاصر أو محاولة ذلك يتم بكل فعل من شأنه أن يؤدي إلى انحراف القاصر، بما في ذلك الاستغلال الجنسي

(٢٨) Voir article 227-22 qui dispose le fait de favoriser ou de tenter de favoriser la corruption d'un mineur est puni de cinq ans d'emprisonnement et de 75.000 euro d'amende. Ces peines sont portées à dix ans d'emprisonnement et euros d'amende lorsque le mineur a été mis en contact avec l'auteur des faits grâce à l'utilisation, pour la diffusion de message à destination d'un public non déterminé, d'un réseau de communications électroniques que les faits sont commis dans les établissements d'enseignement ou d'éducation ou dans les locaux de l'administration, ainsi que, lors des entrées ou sorties des élèves ou du public ou dans un temps très voisin de celles-ci, aux abords de ces établissements ou locaux. Les mêmes peines sont notamment applicables au fait, commis par un majeur, d'organiser des réunions comportant des exhibitions ou de relations sexuelles auxquelles un mineur assiste ou participe ou d'assister en connaissance de cause à de telles réunions.

والإباحية^(٢٩)، فالجريمة تتحقق في حالة إذا قام الجاني بتصوير الأطفال في أوضاع جنسية وقام بعرضها على شبكة الأنترنت، أو عرض عليهم مثل هذه الأوضاع^(٣٠). ويعتبر إرسال رسائل عن طريق استخدام شبكة الاتصالات لإفساد القاصر ظرفاً مشدداً أضافه المشرع الفرنسي بموجب القانون المعدل لقانون العقوبات رقم ٧١١ لسنة ٢٠١٣. وتناولت المادة (٢٣ - ٢٢٧) جريمة استغلال صورة الطفل^(٣١)، فعاقبت بالحبس لمدة ثلاث سنوات وبغرامة ٤٥,٠٠٠ يورو كل من أخذ، أو سجل، أو نقل صورة لقاصر بهدف نشرها متى كان لها طبيعة إباحية، وتشدد العقوبة لخمس سنوات حبس و ٧٥,٠٠٠ يورو إذا استخدمت وسائل الاتصالات في نشر الصورة، ويُعاقب على الشروع في الجريمة بذات عقوبة الجريمة التامة. ويعتبر في حكم القاصر لغايات تطبيق المادة (٢٣ - ٢٢٧) من يظهر جسدياً أنه قاصر، إلا إذا ثبت أنه تجاوز الثامنة عشر يوم أخذ أو تسجيل الصورة^(٣٢) وتعاقب المادة (٢٤ - ٢٢٧) بالحبس ثلاث سنوات وغرامة ٧٥,٠٠٠ يورو كل من صنع، أو نقل، أو عرض رسالة تتسم بالعنف، أو لها طبيعة إباحية، أو من شأنها الإخلال الجسيم بالكرامة الإنسانية، أو قام بالإتجار بها إذا كان بالإمكان أن يطلع قاصر الحماية الجنائية للطفل في التشريع الجزائري، أدرجت الجزائر في قوانين نصوصاً

(٢٩) د. رمضان مدحت، جرائم الاعتداء على الأشخاص والأنترنت، القاهرة، دار النهضة العربية، ٢٠٠٠م، ط ٢٠٠٠، ص ١٤١.

(٣٠) إبراهيم عيد نايل. الحماية الجنائية لعرض الطفل من الاعتداء الجنسي، دراسة مقارنة بين قانون العقوبات الفرنسي والمصري، القاهرة، دار النهضة العربية، ٢٠٠١م، ط ١، ص ٤.

(٣١) د. عبد الإله محمد النواسيه. بحث منشور بمجلة جامعة الشارقة للعلوم الشرعية والقانونية، المجلد ١٤، العدد ٢، ربيع الأول ١٤٣٩، ديسمبر ٢٠١٧، ص ٢٤٩.

(٣٢) Les dispositions du present article sont également applicable aux images pornographiques d'une personned don't l'aspect physique est celui d'un mineur, saufs'il est etabli que cette personne etait agee de dix-huit ans au jour de la fixation ou de l'enregistrement de son image.

تجرّم الأفعال الجنسية الواقعة على الطفل نظراً لخطورتها وتماشياً مع ما أقرته الاتفاقيات الدولية كون أنها قامت بالمصادقة عليها وذلك ضمن قانون العقوبات الذي عاقب على تحريض القاصر على الدعارة أو استغلاله جنسياً بعقوبات رادعة، إلا أنه لم يوضح الجرائم المستحدثة التي يكون مسرح جريمتها افتراضي بل يكتفي بذكر عبارة بأي وسيلة كانت طبقاً لنص المادة ٣٤١ من قانون العقوبات^(٣٣)، ولعل المشرع الجزائري عندما لم ينص على وسائل بعينها ترك المجال لأي وسيلة تظهر مستقبلاً تستخدم لاستغلال الطفل دون الحاجة إلى سنّ تشريع من أجلها.

٢- الحماية الجنائية والوقائية للطفل على الصعيد الدولي:

لقد أصبحت الحاجة ماسة إلى وجود كيان دولي يأخذ على عاتقه القيام بمهمة حماية الطفل من هذا الداء العلمي، من خلال انشاء منظمات دولية تصهر على قمع هذه الجرائم، وتعزيز دورها بإصدار قوانين ومواثيق دولية تبيح نشاطها في هذا المجال، والتي من شأنها نشر الوعي بين صفوف المواطنين خاصة الشباب بمخاطر التعامل مع المواقع السيئة على الأنترنت. وتتمثل الجهود الدولية في عمل المنظمات الدولية وتعاون الحكومات في مجال تفعل حقوق الطفل إلى جانب المواثيق والاتفاقيات الدولية التي أبرمت ما بين الدول والتي أقرت من خلالها الدول الأطراف بحقوق الطفل وتعهدت على الوفاء بالتزاماتها عن طريق كافة التدابير لتنفيذه^(٣٤) ذلك أن كثيراً من التشريعات الجنائية الحالية خرجت من رحم

(٣٣) الأمر رقم ٧٧/٩٢٧ مؤرخ في ٩٦ صفر عام ١٩٢٦ الموافق ٦ يونيو سنة ١٩٧٧ المتضمن قانون العقوبات المعدل والمتمم.

(٣٤) وفاء مرزوق. حماية حقوق الطفل في ظل الاتفاقيات الدولية. طل ٤: منشورات الحلبي الحقوقية، لبنان، ٢٠١٠، ص ٩.

معاهدات دولية، وإذا نظرنا إلى واقع الحال الآن نجد ان المعاهدات الدولية في الوقت الحالي أصبحت تشريعات جنائية تنتظر المشرع الوطني ليضعها في قالب التشريعي^(٣٥) لذا سوف نتناول هذا المطلب بالدراسة من خلال تقسيمه إلى فرعين:

أولاً: نتناول فيه حماية الطفل في المعاهدات والمواثيق الدولية.

ثانياً: التعاون الدولي بين الدولة لمكافحة ظاهرة الاستغلال الجنسي للأطفال عبر الشبكة.

أولاً: حماية الطفل في المعاهدات والمواثيق الدولية:

أقرت الأمم المتحدة الاتفاقية الدولية لمكافحة الجريمة المنظمة عبر الحدود الوطنية والبروتوكول الملحق بها، والخاص بمكافحة ومنع الاتجار بالبشر، والموقع في باليرمو عام ٢٠٠٠ والذي يتضمن حظر وتجريم كافة صور الاتجار بالأشخاص وخاصة بالنساء والأطفال بقصد الدعارة والاستغلال الجنسي^(٣٦)، وقد سعى المجتمع الدولي للتدخل لمكافحة الاستغلال الجنسي للأطفال إذا التزمت الاتفاقية الدولية لحقوق الإنسان عام ١٩٩١ في المادة (٤٣) منها حماية الطفل من جميع أشكال الاستغلال والإنتهاك الجنسي، وأوجب على الدول المصدقة على الاتفاقية اتخاذ جميع التدابير لحماية الطفل، حيث أنها تضع قواعد سلوك عامة يمكن تطبيقها في المستقبل على أية حالة تندرج تحتها وخطابها.

(٣٥) د. أحمد عبد الحليم شاكر. الحماية الجنائية للطفل من الاستغلال الجنسي في القانون الإماراتي، بحث منشور بمجلة الفكر الشرطي، المجلد رقم ٢٨، العدد ١٠٩، أبريل ٢٠١٩، ص ٧٠.

(٣٦) د. أحمد صالح درويش. المواجهة التشريعية الأمنية لجرائم البغاء، دار النهضة العربية، طبعة ٢٠١٨، ص ٣.

الاتفاقية الخاصة بحقوق الأطفال سنة ١٩٩١^(٣٧): تتمحور الاتفاقية الخاصة بحقوق الأطفال سنة ١٩٩١ حول حقوق الطفل واحتياجاته بما يتوافق مع مصالحه المثلى، حيث تعترف أن لكل طفل حقوق أساسية، تتضمن الحق في تلقي الرعاية من والديه وتلزم الاتفاقية الدول بأن تسمح للوالدين بممارسة مسؤوليتهم الأبوية، وحمايته من التنكيل والاستغلال، وحماية خصوصياته وعدم التعرض لحياته. وأقرت كذلك بموجب نص المادة ٢١ الطفل في الحصول على المعلومات وحمايتهم من المعلومات والمواد الضارة برفاهيتهم، كما أقرت المادة ١٠ التأكد على تجريم الاستغلال الجنسي للأطفال بكل أنواعه في فقرة ج منها من بينها: استغلال واستخدام الأطفال في عروض و مواد إباحية لأغراض تجارية^(٣٨). إذن اعتبرت هذه الاتفاقية مرجعاً لحقوق الطفل التزمت بها دول العالم وكانت مصدراً ونقطة انطلاق لمؤتمرات وبروتوكولات منادية لحق الطفل في استخدام شبكة الأنترنت، وتزامناً مع مفهوم الحماية من كافة الاستغلال بما فيه الواقعة على شبكة الأنترنت البروتوكول الاختياري بشأن بيع الأطفال واستغلالهم في الدعارة والمواد الإباحية لعام ٢٠٠٢ أن البروتوكول الاختياري بشأن بيع الأطفال واستغلالهم في الدعارة والمواد الإباحية لعام ٢٠٠٢^(٣٩) يشمل ديباجة وأربعة عشر بنداً جاءت مكملات لاتفاقية حقوق الطفل ومؤكدة، على الحقوق التي نصت عليها ولا سيما تلك التي تتعلق بحماية الطفل من الاستغلال في البغاء والمواد الإباحية والاتجار أو بيعه. وقد أبدت الدول الأطراف قلقها العميق

(٣٧) اعتمدت وعرضت للتوقيع والتصديق والانضمام بموجب قرار الجمعية العامة للأمم المتحدة ١٠٠/٩٠ المؤرخ في تشرين الثاني/نوفمبر ودخلت حيز التنفيذ في أيلول/سبتمبر وفقاً للمادة ٨ حيث قامت غالبية الدول الأعضاء في الأمم المتحدة بالتصديق على الاتفاقية بشكل كامل أو جزئي.

(٣٨) وفاء مرزوق. المرجع السابق، ص ٤.

(٣٩) اعتمد وعرض للتوقيع والتصديق والانضمام بموجب قرار الجمعية العامة للأمم المتحدة ٩٧٤ في الدورة الرابعة والخمسين المؤرخ في أيار/مايو لكن دخل حيز التنفيذ في يناير.

إزاء الممارسة المنتشرة والمتواصلة المتمثلة في السياحة الجنسية التي يتعرض لها الأطفال بشكل خاص، نظراً لأنها ممارسة تشجع بصورة مباشرة على بيع الأطفال واستغلالهم في البغاء وفي المواد الإباحية، خاصة وأن مجموعات شديدة الضعف بما فيها البنات تواجه خطراً كبيراً قوامه الاستغلال الجنسي باعتبار أن البنات يمثلن فئة مستغلة بشكل لا متناسب على صعيد من يستغل جنسياً. وقد ركزت الدول الأطراف على ما اعتمد عليه في المؤتمر الدولي لمكافحة استغلال الأطفال في المواد الإباحية على شبكة فيينا (٢٠٠٠) ولا سيما ما انتهى إليه هذا المؤتمر من دعوة إلى تجريم إنتاج وتوزيع وتصدير وبث واستيراد المواد الإباحية المتعلقة بالأطفال وحيازتها عمداً والترويج لها، كما يظهر التزام شائع بتعزيز وحماية حقوق الطفل، وأحكام برنامج العمل لمنع بيع^(٤٠) الأطفال واستغلال الأطفال في البغاء وفي المواد الإباحية والإعلان وبرامج العمل المعتمدين في المؤتمر العالمي لمكافحة الاستغلال الجنسي التجاري للأطفال الذي عقد في إستكهولم في الفترة من ١١ إلى ١٢ آب/أغسطس ٢٠٠١ وسائر القرارات والتوصيات ذات العلاقة بهذا الموضوع الصادرة عن الهيئات الدولية المختصة^(٤١)، وعرف البروتوكول استغلال الأطفال في المواد الإباحية بموجب المادة ١/١ على أنه: يقصد باستغلال الأطفال في المواد الإباحية تصوير أي طفل، بأي وسيلة كانت، يمارس ممارسة حقيقية أو بالمحاكاة أنشطة جنسية صريحة أو أي تصوير للأعضاء الجنسية للطفل لإشباع الرغبة الجنسية أساساً. حيث أشار البروتوكول إلى البعد الخطير الذي أعطته الأنترنت من نوع الجرائم حيث أن المادة (١) تؤكد على منع إنتاج أو توزيع أو نشر أو استيراد أو بيع أو حيازة مواد إباحية عن أطفال بالنسبة لجميع الأغراض المذكورة في هذه المادة.

(٤٠) وفاء مرزوق. المرجع السابق، ص ٧.

(٤١) وفاء مرزوق. المرجع السابق، ص ٧.

ثانياً: التعاون الدولي بين الدولة لمكافحة ظاهرة الاستغلال الجنسي للأطفال عبر الشبكة:

من المعروف أن هذه الجريمة من الجرائم التي قد تكون عابرة للقارات، ولا يمكن لأي دولة مهما بلغت أن تكون قادرة على محاربة هذه الظاهرة الاجرامية دون تعاون دولي مع الدول الأخرى، لذا لا بد من الدول ان تتعاون في مجال تبادل المعلومات عن طريق الأجهزة الامنية، وتتبع مرتكبي هذه الجرائم وتبادل تسليم المجرمين بهذا الشأن، لأن ذلك من شأنه أن يمنع من انتشار هذه الجرائم ذات الخطورة الشديدة على الطفل الذي تسعى كل الدول إلى حمايته من أي صور تؤدي إلى الاعتداء عليه واستغلاله عبر وسائل شبكات الأنترنت وشبكات التواصل الاجتماعي أو أي وسيلة إلكترونية أخرى.

النتائج

أولاً: الجرائم المرتكبة ضد الأطفال على شبكة الأنترنت تؤدي إلى آثار سلبية على صحة الطفل وعلى سلوكياته وأخلاقه.

ثانياً: أن جريمة التهديد من الجرائم الشكلية التي لا يلزم فيها حدوث نتيجة معينة أي أن مجرد الحصول على هذه الصور وتهديد الطفل به تقوم به جريمة الاستغلال الجنسي دون توقف على تنفيذ التهديد.

ثالثاً: أن هذه الجرائم من الجرائم العابرة للقارات مما يتطلب تعاون دولي لمكافحةها.

رابعاً: السن المعتبرة في الحماية في أغلب التشريعات هي الثامنة عشرة تأثراً بالاتفاقات الدولية التي حددت سن الطفولة بثمانية عشر عاماً.

خامساً: تنوع الوسائل الإلكترونية التي يلجأ لها الجناة لاصطياد الأطفال واستغلالهم جنسياً وإباحياً. فقد يتم ذلك بواسطة البريد الإلكتروني، أو غرف الدردشة، أو من خلال مواقع التواصل الاجتماعي المختلفة، أو عن طريق مواقع الألعاب على الأنترنت، أو المواقع الإباحية، فكل الوسائل السابقة يمكن من خلالها استدراج الأطفال واقتحامهم في الإباحية الإلكترونية، على أن أخطرها وأكثرها استخداماً للإيقاع بالأطفال هي مواقع التواصل الاجتماعي، والمواقع الإباحية.

التوصيات

١ - ضرورة التعاون الدولي في مجال حماية الطفل من جرائم الأنترنت، لأنها في الغالب جريمة عابرة للحدود، يتطلب القضاء عليها تحقيق مستوى عالي من التعاون والتنسيق الثنائي ومتعدد الأطراف، بما في ذلك جمع المعلومات وتفعيل مبدأ عالمية النصوص في مجال الجريمة المعلوماتية.

٢ - تعزيز برامج التوعية بين افراد المجتمع بالمخاطر والعواقب المترتبة على جرائم الأنترنت الواقعة على الأطفال، من خلال الدور الوقائي الذي يفترض أن تؤديه كل وسائل الإعلام والهيئات والمؤسسات التعليمية والدينية.

٣ - في مجال التجريم على المشرعين العرب مراعاة الأمور الآتية في تجريم الإباحية والاستغلال الجنسي للأطفال:

أ - نصي المشرع بالنص على المسؤولية الجنائية لمزودي خدمات الأنترنت في التشريعات الخاصة، وفي الجرائم الإلكترونية حال علمهم بوجود محتوى إباحي في المواقع الإلكترونية التي من اختصاصهم الإشراف عليها.

ب - نصي المشرع العربي بالنص في التشريعات العربية على عدم مسؤولية الأطفال المشاركين في الأعمال الإباحية وعدم الاعتداد برضاهم في الموافقة على إنتاج المواد الإباحية على اعتبار أنهم ضحايا وبحاجة للحماية والرعاية.

٤ - تجريم تداول المواد الإباحية والمتعلقة بالاستغلال الجنسي للأطفال إلكترونياً وكذلك المشاهدة المتعمدة لصور أو فيديو هات أو الاستماع لمثل تلك المواد.

٥ - تجريم موافقة الشخص المسؤول عن الطفل حال موافقته على مشاركة الطفل في أعمال إباحية أو استغلال جنسي، أو إهماله أو تقصيره في رعاية الطفل مما أدى إلى استغلاله جنسياً أو اشتراكه في ذلك.

٦ - ضرورة نشر ثقافة المعرفة بمخاطر جرائم الاستغلال الجنسي للأطفال عبر شبكات الأنترنت، وعمل حملات توعية في وسائل الإعلام المقروءة والمسموعة والمرئية وشبكات التواصل الاجتماعي.

٧ - اعتبار التوعية عن المخاطر من استغلال الأطفال جزء من مناهج الدراسة وخاصة في سن مراحل التعليم الابتدائية والاعدادية.

قائمة المراجع

الكتب:

١. دكتور أحمد صالح درويش. المواجهة التشريعية الأمنية لجرائم البغاء، دار النهضة العربية، طبعة ٢٠١٨، ص ٣.
٢. دكتور إبراهيم نايل. الحماية الجنائية لعرض الطفل من الاعتداء الجنسي، دراسة مقارنة بين قانون العقوبات الفرنسي والمصري، القاهرة، دار النهضة العربية، ٢٠٠١م، ط ١.
٣. دكتور خالد ممدوح. الجرائم المعلوماتية، دار الفكر الإسكندرية، الطبعة الأولى، ٢٠٠٩.
٤. دكتور رمضان مدحت. جرائم الاعتداء على الأشخاص والأنترنت، القاهرة، دار النهضة العربية، ٢٠٠٠م، ط ٢٠٠٠.
٥. دكتور علي جعفر. جرائم تكنولوجيا المعلومات، القاهرة، دار النهضة العربية، ٢٠١٣م.
٦. دكتور وفاء مرزوق. حماية حقوق الطفل في ظلّ الاتفاقيات الدولية، منشورات الحلبي الحقوقية، لبنان، ٢٠١٠، ط ١.

الأبحاث والمؤتمرات:

١. دكتور إبراهيم الدسوقي أبو الليل. الجوانب القانونية للتعاملات الإلكترونية، دراسة للجوانب القانونية عبر أجهزة الاتصال الحديثة، مجلة الكويت، سنة ٢٠٠٣.
٢. دكتور إبراهيم أحمد زمزمي. جرائم الاعتداء على المعلومات عبر الشبكات، بحث منشور بالملتقى السنوي للحقوقيين بجدة في الفترة من ٢٦ لغاية ٢٨ سبتمبر ٢٠١٩.
٣. دكتور أحمد عبد الحليم شاكر. الحماية الجنائية للطفل من الاستغلال الجنسي في القانون الإماراتي، بحث منشور بمجلة الفكر الشرطي، المجلد رقم ٢٨، العدد ١٠٩، أبريل ٢٠١٩.

٤. ثامر الشو. جرائم انتهاك خصوصية الشبكات، بحث منشور بالملتقى السنوي للحقوقيين بجدة في الفترة من ٢٦ لغاية ٢٨ سبتمبر ٢٠١٩.
٥. دكتور خالد رمضان عبد العال. الحماية الجنائية للطفل من الاستغلال الجنسي عبر الأنترنت دراسة مقارنة، مجلة حقوق حلوان للدراسات القانونية والاقتصادية، ٢٠١٣، العدد ٢٩.
٦. دكتور سلمان بن علي القحطاني. علوم الأدلة الجنائية الرقمية المفاهيم وطرق المعالجة في ضوء التطور التقني الحديث، مركز الدراسات والبحوث، سلسلة الكتب، العدد ٥١، الطبعة الثانية، ١٤٣٩هـ - ٢٠١٨م.
٧. دكتور عادل حماد عثمان. ضبط الأدلة في الجريمة المعلوماتية، مجلة فكر وإبداع، العدد ١١٣، يونية ٢٠١٧.
٨. دكتور عادل يوسف عبد النبي. الجريمة المعلوماتية وأزمة الشرعية، مجلة مركز دراسات الكوفة، جامعة الكوفة، العدد ٧، سنة ٢٠١١.
٩. دكتور عبد الإله محمد النواسيه. بحث منشور بمجلة جامعة الشارقة للعلوم الشرعية والقانونية، المجلد ١٤، العدد ٢، ربيع الأول ١٤٣٩، ديسمبر ٢٠١٧.
١٠. دكتور محمد السعيد رشدي. الأنترنت الجوانب القانونية لنظم المعلومات، بحث غير منشور.

الرسائل العلمية:

١. حماس هديات. الحماية الجنائية للطفل الضحية دراسة مقارنة، رسالة دكتوراه، كلية الحقوق، جامعة أبو بكر بلقايد، تلمسان، ٢٠١٥.
٢. دكتور عبد البر مصطفى فضل. الحماية الجنائية لحقوق الطفل في القانون الدولي. رسالة دكتوراه، كلية حقوق أسيوط، جامعة أسيوط، سنة ٢٠١٦.

المراجع الأجنبية

1. Myriam Quemener. L'internet source de danger pour les enfants: la protection des mineurs Actualite Juridi que de la Famille-Dalloz-, N5, 2008, p. 197.
2. Anne Sophie Chavent-Leclere. La lutte contre la cyberpornographie. Enfantine evolutions de loi française-Revue penitentientiaire et de droit panal-Cyjas- Octobre-December 2008, N4, p. 789-790.
3. Myriam Quemener. L'internet source de danger pour les enfants: la protection des mineurs Actualite Juridi que de la Famille-Dalloz-, N5, 2008, p. 197. Anne Sophie Chavent-Leclere- La lutte contre la cyberpornographie.
4. Anne Sophie Chavent-Leclere. La lutte contre la cyberpornographie. Enfantine evolutions de loi française-Revue penitentientiaire et de droit panal-Cyjas- Octobre-December 2008, N4, p. 789-790.

Voir article 227-22 qui dispose le fait de favoriser ou de tenter de favoriser la corruption d'un mineur est puni de cinq ans d'emprisonnement et de 75.000 euro d'amende. Ces peines sont portées à ans d'emprisonnement et euros d'amende lorsque le mineur a été mis en contact avec l'auteur des faits grâce à l'utilisation, pour la diffusion de message à destination d'un public non determine, d'un reseau de communications eletroniques que les faits sont commis dans les etablissements d'enseignement ou d'education ou dans les locaux de l'administration, ainsi que, lors des entrees ou sorties des eleves ou du public ou dans un temps tres voisin de celles-ci, aux abords de ces etablissements ou locaux. Les memes peines sont notamment applicables au fait, commis par un majeur, d'organiser des reunions comportant des exhibitions ou de lations sexuelles aux quelles un mineur assiste ou participe ou d'assister en connaissance de cause à de telles reunions.



المركز القانوني للوسيط الأجنبي في سوق الأوراق المالية (دراسة مقارنة)

إعداد: أ. أحمد حسن محمد
ماجستير في القانون

الملخص

هدفت الدراسة إلى معرفة موقف المشرع المصري واللبناني والأردني من الاعتراف بالشركات الأجنبية لمزاولة مهنة الوساطة المالية في البورصة، والآثار القانونية المترتبة على ذلك.

وتوصلت الدراسة إلى مجموعة من النتائج أهمها: اعتراف التشريعات محل الدراسة بالشركات الأجنبية لمزاولة مهنة الوساطة المالية في البورصة، وترتب على اعتراف التشريعات المقارنة بالوسيط المالي الأجنبي مجموعة من الآثار تمثلت في حقه في الحصول على عمولة مقابل الخدمات التي يقدمها للعملاء، وحقه في طلب الغطاء، وحقه في التنفيذ في السوق، والتزامه بإبرام عقد فتح حساب مع كل عميل، وبتقديم القوائم والتقارير المالية للبورصة، وبتمكين الهيئات الرقابية من أداء دورها الرقابي على الشركة.

وأوصت الدراسة بأن تضع التشريعات نص خاص يتضمن الشروط الخاصة بالوسيط المالي الأجنبي، وفي مقدمة هذه الشروط شرط المعاملة

بالمثل، ضرورة النص في تشريعات الأوراق المالية على تحديد عمولات الوسطاء الأجانب، بالإضافة إلى وضع حد أعلى وأدنى للعمولة، إضافة نص خاص يمنح شركات الوساطة الأجنبية، الحق في الحصول على الضمانات الكافية التي تكفل وفاء المستثمرين بالتزاماتهم، وإنشاء لجنة فنية خاصة تابعة للجهات الرقابية مهمتها التفتيش الدوري على شركات الوساطة المالية الأجنبية المتعاملة في البورصة. الكلمات الدالة: الوسيط المالي، الشركات الأجنبية، سوق الأوراق المالية.

المقدمة

إن الحصول على بيئة مالية مواكبة للتطورات الحديثة يتطلب وجود مستوى اقتصادي حقيقي. هذا الأخير الذي لا يأتي إلا بالمعرفة والإحاطة الكاملة بالمتغيرات والمستجدات التي تحدث في سوق المال.

ومن هنا كان معظم دول العالم تغير نهجها الاقتصادي فازدهرت بذلك مبادئ الاقتصاد الحر، وتطور قانون العرض والطلب، لتتخطى بذلك كل الحواجز وتصل للعالمية حتى تصل إلى مبتغاها. وهذا التغير كان له أثر كبير حيث أسهم في الظهور الفعلي للأسواق المالية^(١) والتي تعرف بأنها وسيلة لجمع المدخرات بكافة أشكالها وأجلها وإعادة استثمارها سواء بشكل مباشر أو غير مباشر^(٢).

وتعتبر سوق الأوراق المالية مرآة عاكسة للوضع الاقتصادي فهي أداه يمكن من خلالها قياس قوة الاقتصاد الوطني على المدى الطويل أو القصير، باعتبارها حساسة بشكل كبير تجاه الأحداث الاقتصادية والسياسية والإجتماعية التي يمكن أن تحدث في مختلف بقاع العالم^(٣).

كما أنها تمثل ملاذاً متميزاً للمستثمرين والذين تحذوهم الرغبة الجامحة في الاستثمار وتحقيق الأرباح. إذ تعمل هذه الأسواق على تنظيم تدفق الأموال من الوحدات الاقتصادية التي تتوفر فيها أموال فائضة عن برامجها

(١) مختاري زكية. رسالة ماجستير بعنوان «النظام القانوني للوسطاء في عمليات البورصة»، كلية

الحقوق والعلوم السياسية، جامعة محمد خصير، الجزائر، ٢٠١٦، ص ١.

(٢) زينب حسين. اقتصاديات النقود والمال، الدار الجامعية، ١٩٩٤، ص ١٨٧.

(٣) أحلام عنكوش. رسالة ماجستير بعنوان «سوق الأوراق المالية ودوره في تحقيق التنمية

الاقتصادية»، كلية العلوم الاقتصادية والعلوم التجارية، جامعة أم البواقي، الجزائر، ٢٠١٣،

الاستثمارية إلى الوحدات الاقتصادية التي تعاني من العجز في التمويل قياساً إلى حجم خططها الاستثمارية^(٤).

وتبرز خصوصية أسواق رأس المال من خلال تخصصها بالتعامل من قبل أشخاص محددين؛ ذلك أن القواعد القانونية المعتمدة في تلك الأسواق تفرض أن يتم التعامل في الأوراق المالية من قبل محترفين في مزاولة هذا النشاط وهم (الوسطاء)، إذ أن أثر العمليات التي تجري في أسواق المال لا يتعلق بالمعاملين وحدهم، وإنما يهتدي إلى كل من تداول الأوراق المالية بين يديه^(٥).

ويعرف الوسيط في سوق الأوراق المالية بأنه «الشخص المرخص له» بموجب قانون السوق المالي وأنظمته وتعليماته، بأن يقوم بأعمال محددة تهيؤه لأن يكون حلقة وصل فعالة بين جمهور المستثمرين والجهات المصدرة للأوراق المالية من أسهم وسندات وسواها، ويتقاضى عمولة محددة لقاء خدماته عند تنفيذ أوامر البيع والشراء الخاصة بعملائه من الطرفين ولقاء تغطيه وتسويق الإصدارات^(٦).

فالوسيط ينحصر دوره في السعي والعمل على إبرام تعاقد مرغوب فيه من قبل من وسطه، فيحضر له شخصاً يقبل التعاقد معه بشروطه وبهذا يهيئ لعميله فرصة التعاقد، والوصول إلى مرحلة إتمام الصفقة، فهو ينقل أسس التعاقد وشروطه، ويبدى نصائحه مستخدماً خبرته في التقريب

(٤) بن عزوز عبد الرحمن. رسالة ماجستير بعنوان «دور الوساطة المالية في تنشيط سوق الأوراق المالية»، كلية العلوم الاقتصادية، جامعة منتوري قسطنطينية، الجزائر، ٢٠١٢، ص ١.

(٥) عامر نعمان. الوسيط في سوق الأوراق المالية، بحث مقدّم لنيل شهادة البكالوريوس في القانون، كلية القانون، جامعة القادسية، ٢٠١٧، ص ١.

(٦) محمد الصريفي. البورصات، دار الفكر الجامعي، الإسكندرية، ٢٠٠٧، ص ٤١.

والتوفيق بين مصالح الطرفين، حتى يصل في النهاية إلى موافقة الطرفين على إبرام العقد^(٧).

وقد شهدت الوساطة المالية تطورات هائلة على المستوى العالمي، حيث ساهمت بقدر كبير في ربط البورصة العالمية، فهي تمثل لغة ترابط متين بين المستثمرين والمدخرين، مما جعلها تشغل حيزاً لا يستهان به لدى منظري الفكر المالي، ليس هذا فقط بل أصبحت تتبوأ مكانة مرموقة في الأسواق المالية عامة والبورصات خاصة.

وفي إطار تطورها تحررت مهنة الوساطة المالية من فكرة الإقليمية انطلاقاً إلى فكرة العالمية؛ حيث أصبحت مهنة الوساطة المالية لسيت قاصرة على الشركات الوطنية فقط، بل أجازت معظم الدول للشركات الأجنبية ممارسة مهنة الوساطة المالية في البورصة، بمجرد أن تحصل على ترخيص من الجهات المختصة وتخضع لنفس الالتزامات والواجبات التي تفرض على الوسيط المالي المحلي.

تساؤلات البحث:

- ١ - ما هو موقف المشرع المصري واللبناني والأردني اتجاه شركات الوساطة المالية الأجنبية؟
- ٢ - ما هي الشروط التي نص عليها القانون المصري واللبناني والأردني لمنح الشركات الأجنبية صفة الوسيط المالي؟
- ٣ - ما هو القانون الواجب التطبيق على العقود التي يبرمها الوسيط المالي الأجنبي في القانون المصري واللبناني والأردني؟

(٧) هشام أحمد. المسؤولية المدنية لشركات السمسرة في الأوراق المالية، الطبعة الأولى، دار النهضة العربية، القاهرة، ٢٠١٣، ص ٨٧.

٤ - ما هي حقوق الوسيط المالي الأجنبي وواجباته في القانون المصري واللبناني والأردني؟

أهداف البحث:

١ - معرفة موقف المشرع المصري واللبناني والأردني تجاه شركات الوساطة المالية الأجنبية.

٢ - تحديد الشروط التي نص عليها القانون المصري واللبناني والأردني لمنح الشركات الأجنبية صفة الوسيط المالي.

٣ - تحديد القانون الواجب التطبيق على العقود التي يبرمها الوسيط المالي الأجنبي في القانون المصري واللبناني والأردني.

٤ - معرفة حقوق الوسيط المالي الأجنبي وواجباته في القانون المصري واللبناني والأردني.

أهمية البحث:

يستمد هذا البحث أهميته من أهمية سوق الأوراق المالية ومؤسسات الوساطة المالية على حد سواء حيث يلاحظ أن دور هذه السوق تتزايد أهميتها بصورة واضحة في دفع عجلة التنمية الاقتصادية مما يجعله يحتل مكانه بارزة في اقتصاد الوطن.

أما عن مؤسسات الوساطة الأجنبية فهي من الممكن أن تكون آلية حيوية بالنسبة للرفاهية الاقتصادية وهذا يتم من خلال دورها في توعية المستثمرين وجذب الاستثمارات الأجنبية.

منهج البحث:

لقد اعتمد الباحث على المنهج التحليلي المقارن وذلك من خلال اعتماد الآراء الفقهية وتحليلها واعتماد النصوص القانونية الخاصة بالوسيط في سوق الأوراق المالية في القانون المصري واللبناني والأردني فضلاً عن الأنظمة والتعليمات واللوائح الصادرة تطبيقاً لنصوص هذه القوانين.

مصطلحات البحث:

سوق الأوراق المالية هو السوق الذي تتداول فيه الأوراق المالية، والعمليات الفورية ولأجل، والعمليات على حقوق الخيار والمقايضة، والعمليات على سائر الأدوات المشتقة أو المركبة في كل مايتعلق بالأوراق التجارية والعملات والمعادن والسلع، وهو بهذا يمثل الحيز أو الإطار الذي يجمع البائع بالمشتري، أي كانت وسيلة هذا الجمع أو مكان التقاء طرفي هذه العلاقة، ما دام هذا الحيز أو الإطار يوفر قنوات اتصال فعالة بين المتعاملين في هذه السوق.

الوسيط المالي الأجنبي هو شخص معنوي أجنبي مرخص له بالعمل في سوق الأوراق المالية، وفقاً لأحكام قانون وتعليمات السوق في عمليات تداول الأوراق المالية لصالح العملاء المستثمرين مقابل عمولة محددة ويكون مسؤولاً وضامناً لكل عملية.

خطة البحث:

• المبحث الأول: الاعتراف بالوسيط المالي الأجنبي في القانون المصري واللبناني والأردني.

المطلب الأول: موقف المشرع المصري واللبناني والأردني من الاعتراف بالوسيط المالي الأجنبي.

المطلب الثاني: شروط الاعتراف بالوسيط المالي الأجنبي في القانون المصري واللبناني والأردني.

المطلب الثالث: القانون الواجب التطبيق على عقود الوسطاء الأجانب في القانون المصري واللبناني والأردني.

• المبحث الثاني: آثار الاعتراف بالوسيط المالي الأجنبي في القانون المصري واللبناني والأردني.

المطلب الأول: حقوق الوسيط المالي الأجنبي.

المطلب الثاني: واجبات الوسيط المالي الأجنبي.

المبحث الأول

الاعتراف بالوسيط المالي الأجنبي في القانون المصري واللبناني والأردني

تمهيد:

سوف نتناول في هذا المبحث موقف المشرع المصري واللبناني والأردني من الاعتراف بالوسيط المالي الأجنبي، والشروط التي تتطلبها تشريعات هذه الدول للاعتراف بالوسيط المالي الأجنبي، والقانون الواجب التطبيق على العقود التي يبرمها الوسيط المالي الأجنبي في القانون المصري واللبناني والأردني، وذلك من خلال المطالب التالية:

المطلب الأول

موقف المشرع المصري واللبناني والأردني من الاعتراف بالوسيط المالي الأجنبي

قبل التعرض لموقف التشريعات المقارنة من الاعتراف بالوسيط المالي الأجنبي، ينبغي إلقاء الضوء على مدى اعتراف تلك الدول بالشركات الأجنبية لممارسة أي نشاط تجاري داخل أراضيها، لذلك سوف نتعرض أولاً لموقف تلك التشريعات من الاعتراف بالشركات الأجنبية، ثم بعد ذلك نتعرض لمدى اعتراف تلك الدول بالشركات الأجنبية لممارسة أعمال الوساطة المالية في البورصة.

الفرع الأول

موقف المشرع المصري واللبناني والأردني من الاعتراف بالشركات الأجنبية

مما لا شك فيه أن الاعتراف بالشخصية القانونية للشركات الأجنبية من المسائل التي شغلت الدول حقبة طويلة من الزمن، على الرغم من أن الاعتراف لها بالشخصية القانونية لا تثير عادة مشاكل خاصة في إطار النظام القانوني للدولة التي تحمل جنسيتها، إلا أن الشركات التي لا تقبل أن تظل حبيسة في حدود بلدها والراغبة في توسيع نشاطها التجاري في نطاق أرحب، قد تواجه مشكلة الاعتراف بشخصيتها القانونية، ولكن غالباً ما تتطلع الدول إلى جذب الشركات الأجنبية ويكون من مصلحتها الاعتراف بشخصيتها القانونية.

وفيما يتعلق بموقف التشريعات المقارنة من الاعتراف بالشركات الأجنبية، فقد أعترفت التشريعات محل المقارنة بالشخصية القانونية للشركات الأجنبية وبحقها في ممارسة أية نشاط تجاري داخل أراضيها.

ففي مصر نصت المادة (١٦٥) من قانون الشركات المصري رقم (١٥٩) لسنة ١٩٨١ على أنه «تسرى أحكام هذا الباب على الشركات الأجنبية التي لا تتخذ في مصر مركز إدارتها أو مركز نشاطها الرئيسي ويكون لها في مصر مركز لمزاولة الأعمال.....».

وفي الأردن نصت الفقرة الأولى من المادة (٢٤٠) من قانون الشركات الأردني رقم (٢٢) لسنة ١٩٩٧ بأنه «يقصد بالشركات الأجنبية العاملة الشركة أو الهيئة المسجلة خارج المملكة ويقع مركزها الرئيسي في دولة أخرى جنسيتها غير أردنية».

وفي لبنان نصّت المادة (٢٩) من قانون التجارة اللبناني الصادر بالمرسوم رقم (٣٠٤) لسنة ١٩٤٢ على أنه «كل شركة تجارية أجنبية التي لها فرع أو وكالة في لبنان يجب تسجيلها في سجل التجارة».

الفرع الثاني

موقف المشرع المصري واللبناني والأردني من الاعتراف بالوسيط المالي الأجنبي

أجاز المشرع المصري في قانون رأس المال رقم (٩٥) لسنة ١٩٩٢ للشركات الأجنبية ممارسة مهنة الوساطة المالية في سوق الأوراق المالية المصري.

فقد نصت المادة (٢٨) من قانون رأس المال المصري رقم (٩٥) لسنة ١٩٩٢ على أنه «لا يجوز مزاولة الأنشطة المنصوص عليها في المادة السابقة إلا بعد الحصول على ترخيص بذلك من الهيئة والقيد بالسجل المعد لديها لهذا الغرض».

وبالرجوع للمادة (٢٧) من الباب الثالث في الفصل الأول نجد أنه تم تخصيصه للشركات العاملة في مجال الأوراق المالية في سوق الأوراق المالية حيث نصت المادة (٢٧) على أن «تسري أحكام هذا الباب على جميع الشركات العاملة في سوق الأوراق المالية ويقصد بها الشركات التي تباشر نشاطاً أو أكثر التالية: (و) السمسرة في الأوراق المالية».

وبمفهوم المخالفة للمادة السابقة أنه يجوز للشركات الأجنبية مزاولة أعمال الوساطة في سوق الأوراق المالية المصري؛ لأنها أشتربت لمن يمارس مهنة الوساطة الحصول على ترخيص دون أن تحدد ما إذا كانت الشركة مصرية أم أجنبية^(٨).

والجدير بالذكر أن القانون ١٢١ رقم لسنة ١٩٨١ المعدل للقانون رقم ١٦١ لسنة ١٩٥٧ باللائحة العامة لبورصات الأوراق المالية (الملغي)، كان يجيز

(٨) نواف عوّاد. رسالة دكتوراه بعنوان «القانون الواجب التطبيق على الوساطة المالية في بورصات الأوراق المالية»، كلية الحقوق، جامعة عين شمس، ٢٠١٥، ص ٧٦.

للأعضاء المراسلين وهم الوسطاء المقيدون في البورصات الأجنبية قيدهم أو تسجيلهم في بورصة الأوراق المالية بشرط المعاملة بالمثل، وذلك بأن تقوم بورصات تلك الدول المقيد فيها الوسطاء بمعاملة الوسيط المقيد في بورصة مصر بالمثل ولم تبين المادة (٥٤) مكرر من ذلك القانون عن بيان هؤلاء الوسطاء فقد يكون وسيط غير مصري ومقيد في بورصة أجنبية إذا كانت قوانين الدولة تسمح بذلك^(٩).

وقد حدا المشرع الأردني حدو المشرع المصري ولم يشترط صراحة أن يكون الوسيط المالي يحمل الجنسية الأردنية حيث نصت المادة (٤٧) من القانون الأوراق المالية رقم (١٨) لسنة ٢٠١٧ على أنه «يحظر على أي شخص مزاول أعمال أي من الأشخاص المبيينين أدناه إلا بعد الحصول على ترخيص من المجلس وفقاً للتعليمات الصادرة عنه ١ - الوسيط المالي ٢ - ٣ -».

والجدير بالذكر أن المشرع الأردني أصدر القانون رقم (١) لسنة ٢٠١٧ بشأن تنظيم التعامل بالبورصات الأجنبية وأجاز للبنوك وشركات الخدمة المالية ممارسة نشاط التعامل بالبورصات الأجنبية أو التوسط فيها لصالح الغير^(١٠).

وفي لبنان أجاز المشرع اللبناني صراحة للأجانب ممارسة مهنة الوساطة المالية في بورصة بيروت، فقد نصت المادة الأولى من قانون تنظيم مهنة

(٩) مصطفى يس. بحث بعنوان «القانون الواجب التطبيق على العلاقات المتصلة بأسواق الأوراق المالية ذات الطابع الدولي». مجلة كلية الحقوق للبحوث القانونية والاقتصادية، جامعة الإسكندرية، العدد ١، ص ٤٧٤. نفس المعنى د. عطية فياض. سوق الأوراق المالية في ميزان الفقه الإسلامي، الطبعة الأولى، دار النشر للجامعات، ١٩٩٤، ص ٨٣.

(١٠) المادة (٣) من قانون تنظيم التعامل بالبورصات الأجنبية الأردني رقم (١) لسنة ٢٠١٧.

الوساطة المالية اللبناني رقم (٢٣٤) لسنة ٢٠٠٠ الصادر في ١٠/٦/٢٠٠٠ على أنه «تعتبر مؤسسات وساطة مالية الشركات المغفلة»^(١١) وفروع مؤسسات الوساطة المالية الأجنبية التي يكون موضوعها الاساسي القيام بأعمال الوساطة المالية».

وبذلك يسمح للوسيط المالي الأجنبي القيام ببعض الأعمال المالية في البورصة بمجرد أن يحصل على ترخيص أو أن يكون مسجل لدى هيئة تنظيم الوساطة المالية، وبذلك يخضع الوسيط الأجنبي لنفس الالتزامات والواجبات التي تفرض على الوسيط المحلي^(١٢).

ويرى الباحث أن شركات الوساطة المالية الأجنبية تعتبر آلية حيوية بالنسبة للرفاهية الاقتصادية وجذب الاستثمارات الأجنبية، كما أن وجود هذه الشركات بجانب شركات الوساطة المالية الوطنية يؤدي إلى زيادة التنافس بينهما، مما سيخفض التكاليف الإجمالية سواءً للمدخر أو المستثمر، كما أن دور الوسطاء الماليين الأجانب لا يقف في مجرد التوسط بين البائع والمشتري، بل يتعدى هذا الدور إلى تطوير وتحسين سير هذه السوق، كما أن قيام شركات الوساطة الأجنبية بدورها على أكمل وجه وتطوير الخدمات التي تقدمها، سيجلب المزيد من المدخرين والمستثمرين، حيث تقوم هذه المؤسسات بالمساهمة في خلق السوق الأولية من خلال العروض التي تقدمها لطالبي الأموال من أجل الاكتتاب.

(١١) الشركات المغفلة عرفت المادة (٨٨) من قانون التجارة اللبناني بأنها «شركات عارية من العنوان تؤلف من عدد من الأشخاص يكتبون بأسمهم أي إسناد قابلة للتداول ولا يكونون مسؤولين عن ديون الشركة إلا بقدر ما اكتتبوا به من مال.

(١٢) نواف عواد. مرجع سابق، ص ٧٧.

المطلب الثاني

شروط الاعتراف بالوسيط المالي الأجنبي في القانون المصري واللبناني والأردني

الفرع الأول: الشروط الموضوعية

أولاً: إنشاء فرع للشركة الأجنبية داخل الدولة:

في القانون المصري لا يجوز لأي شركة أجنبية مزاولة أي نشاط في مصر إلا بعد إنشاء فرع لها طبقاً للأحكام والقوانين^(١٣).

وفي الأردن وصف القضاء الأردني الشركات الأجنبية بكونها شركات لها فروع حيث جاء في قرار محكمة التمييز الأردنية بقولها «إذا كان فرع الشركة المميز ضدها الموجود في الأردن يدار من قبل المركز الرئيسي في بيروت....»^(١٤).

وفي لبنان وصف المشرع اللبناني الشركات الأجنبية بأنها شركات لها فروع أو وكالة في لبنان ويجب تسجيلها في سجل التجارة^(١٥).

وأتفقت التشريعات محل المقارنة على معيار مكان التأسيس ومركز الإدارة الرئيسي لمنح الجنسية الوطنية للشركات التجارية بما فيها شركات الوساطة المالية.

(١٣) عبد الحكم محمد. الاستثمار الأجنبي والمشارك وفروع ومكاتب تمثيل الشركات الأجنبية في مصر، مكتبة سيد عبد الله وهبة، القاهرة، ١٩٩٨، ص ٢٠٩.

(١٤) قصي زهير. رسالة ماجستير بعنوان «النظام القانوني للشركات الأجنبية في لبنان»، كلية الدراسات الفقهية والقانونية، جامعة آل البيت، الأردن، ٢٠٠٨، ص ١٧.

(١٥) عثمان أحمد. رسالة دكتوراه بعنوان «الأحكام والمبادئ العامة المتعلقة بالشركات الأجنبية، دراسة مقارنة»، كلية الشريعة والقانون، جامعة أم درمان الإسلامية، السودان، ٢٠٠٥، ص ٢٠٠.

فالمشرع المصري يمنح الجنسية المصرية للشركة التي تؤسس ابتداءً ويكون مركز إدارتها الرئيسي في مصر لمباشرة الأنشطة المتصلة بمجال الأوراق المالية (الوساطة، المقاصة إلخ...) ^(١٦).

وقد صار على نفس النهج المشرع الأردني حيث نصت المادة (٤) من قانون الشركات الأردنية بأنه «يتم تأسيس الشركة في المملكة وتسجيلها فيها بمقتضى هذا القانون وتعتبر كل شركة بعد تأسيسها وتسجيلها على ذلك الوجه شخصاً اعتبارياً أردني الجنسية ويكون مركزها الرئيسي في المملكة» ^(١٧).

وفي لبنان فإن الرأي الراجح في الفقه يعتمد على معيار مركز الإدارة الرئيسي لمنح الشركات التجارية الجنسية اللبنانية ^(١٨).

وبما أن الشركة تكتسب جنسية الدولة التي تأسست فيها وأخذت فيها مركز إدارتها الرئيسي، فإنها تعتبر شركة وطنية حتى وإن كانت الأغلبية المستحوذة على الشركة من الأجانب - أي مملوكة للأجانب -، وتعتبر الشركة الأجنبية كل شركة تم تأسيسها في الخارج ومركز إدارتها الرئيسي أيضاً في الخارج، ويكون لها في بلد آخر مركزاً لمزاولة الأعمال سواءً كان هذا المركز فرعاً أو مكتباً للإدارة، حتى وإن كان الشركاء المستحوذين على هذه الشركة من الوطنيين.

(١٦) عاشور عبد الجواد. النظام القانوني للسمسرة في الأوراق المالية، دار النهضة العربية، القاهرة، ١٩٩٥، ص ٢٥.

(١٧) المادة (٤) من قانون الشركات الأردني رقم (٢٢) لسنة ١٩٩٧.

(١٨) إلياس ناصيف. موسوعة الشركات التجارية، الجزء الأول الأحكام العامة للشركة، دار الحلبي الحقوقية، لبنان، ٢٠٠٨، ص ٢٧٩.

ثانياً: أن تكون الشركة الأجنبية من النوع الذي حدده القانون:

يشترط القانون المصري في الشركات التي ترغب في العمل في مجال الوساطة المالية أن تكون شركة مساهمة، أو شركة توصية بالأسهم^(١٩)، لذلك ينبغي على فروع الشركات الأجنبية في مصر التي ترغب في مزاولة أعمال الوساطة المالية البورصة المصرية أن تكون شركة مساهمة أو توصية بالأسهم.

وشركة المساهمة هي «شركة ينقسم رأس مالها إلى أسهم متساوية القيمة وقابلة للتداول ولا يسأل الشريك فيها عن التزامات الشركة إلا بمقدار حصته فيها، ولا يكون لها عنوان يستمد من أسماء الشركاء، إنما يستمد من الغرض الذي تكونت من أجله»^(٢٠).

أما شركة التوصية بالأسهم هي «الشركة التي يتكون رأس مالها من حصة أو أكثر يملكها شريك متضامن أو أكثر، وأسهم متساوية القيمة يكتتب فيها مساهم أو أكثر وقابلة للتداول»^(٢١).

والجدير بالذكر بأن فروع شركات المساهمة أو التوصية بالأسهم في مصر التي لها مقر رئيسي في الخارج وتأسست أيضاً في الخارج، تعتبر شركات أجنبية حتى لو كان المستحوذون على هذه الشركات يحملون الجنسية المصرية، وتعتبر هذه الشركات مصرية إذا تم تأسيسها في مصر ومقرها الرئيسي في مصر حتى وإن كان المستحوذون عليها أجانب؛

(١٩) أحمد لطفي. أعمال السمسرة في بورصة الأوراق المالية، دار الفكر والقانون المنصورة، ٢٠١٣، ص ٣٦.

(٢٠) رضا عبيد. الشركات التجارية في القانون المصري، الطبعة الرابعة، دار الثقافة والقانون، القاهرة، ١٩٩٦، ص ١٣٤.

(٢١) أحمد بركات. الشركات التجارية في القانون المصري، الطبعة الثانية، مركز نشر وتوزيع الكتاب الجامعي، أسيوط، ٢٠٠٩، ص ٢٩١.

وذلك كما سبق القول بأن معيار جنسية الشركة هو مكان التأسيس ومقر العمل الرئيسي.

وقد حدد المشرع المصري رأس المال المصدر للشركة التي تبشر نشاط الوساطة المالية فى المادة (١٢٥) من اللائحة التنفيذية لقانون رأس المال المعدلة بقرار وزير الاقتصاد رقم (٣١٤) لسنة ٢٠٠٦ بمبلغ خمسة ملايين جنيها مدفوعة بالكامل.

أما المشرع اللبناني فقد أجاز بشكل حصري للمصارف والمؤسسات المالية المسجلة لدى مصرف لبنان ولمؤسسات الوساطة المالية التي تتوافر فيها الشروط القانونية احترام أعمال الوساطة المالية^(٢٢).

وحدد المشرع اللبناني رأس المال الواجب تخصيصه لمؤسسات الوساطة المالية الأجنبية المرخص لها بالعمل في لبنان على الشكل التالي:

- الفئة الأولى: سبعة مليارات وخمسمائة مليون ليرة لبنانية على الأقل.

- الفئة الثانية: خمسة مليارات وخمسمائة ليرة لبنانية على الأقل.

- الفئة الثالثة: مليار ليرة لبنانية على الأقل^(٢٣).

وفي الأردن يشترط لمنح الترخيص لممارسة أعمال الوساطة أن يكون طالب الترخيص بنكاً، أو شركة مساهمة عامة، أو مساهمة خاصة، أو مسؤولية محدودة تنحصر غاياتها الرئيسية في أعمال الخدمات المالية والحفظ الأمين^(٢٤).

(٢٢) المادة الأولى من قانون تنظيم الوساطة المالية اللبناني رقم (٢٣٤) لسنة ٢٠٠٠.

(٢٣) المادة (٣) من قرار وسيط رقم (١٠٩١٠) والصادر من مصرف لبنان بتاريخ ٢٠١٢/١/٢٧.

(٢٤) فاروق صابر. رسالة ماجستير بعنوان «دور الوسيط في بورصة الأوراق المالية»، كلية الدراسات العليا، الجامعة الأردنية، ٢٠٠٧، ص ٥٥.

وفي قانون تنظيم التعامل بالبورصات الأجنبية حدد المشرع الأردني البنوك وشركات الخدمات المالية لممارسة نشاط التعامل بالبورصات الأجنبية، أو التوسط فيها لصالح الغير ولم يجز لغيرها القيام بذلك^(٢٥). ولم يحدد المشرع الأردني رأس المال الواجب توافره لدى الشركة الراغبة في ممارسة أعمال الوساطة المالية سواءً في بورصة عمان أو البورصات الأجنبية.

ثالثاً: شرط المعاملة بالمثل:

مما لا شك فيه أن شرط المعاملة بالمثل يغدو الحجر الأساسي في لبنات القواعد المنظمة لمركز الأجانب في كل دولة، وذلك لسبب منطقي؛ وهو أن الدولة دائماً تطمح في أن تكفل لرعاياها المقيمين في الدولة الأجنبية نطاقاً أوسع من الحقوق التي يقضى بها القانون الدولي العام، وليست هناك وسيلة لتحقيق هذا الهدف، سوى اشتراطها لمبدأ المعاملة بالمثل، والذي من شأنه حث الدول الأجنبية على زيادة الحقوق التي تمنحها لرعاياها حتى تكفل هي نفس هذه الحقوق لرعايا تلك الدولة.

وبذلك تتعادل وتتساوى الإلتزامات ما بين الدول بشكل منطقي، وتعرف كل دولة ما تعطى وما تأخذ، بعيداً عن شبه الغبن وبعيداً عن تزمّت كل دولة في موقفها تجاه الرعايا الأجانب، الأمر الذي لا يضر في الأخير سوى مصالح رعاياها المقيمين في الدولة الأجنبية^(٢٦).

وقد وضع بعض الفقه تعريفاً عاماً لمبدأ المعاملة بالمثل بأنه «وضع يتحقق عندما تضمن دولة ما أو تعد دولة أخرى، بمعاملة ممثليها أو مواطنيها

(٢٥) المادة (٣) من قانون تنظيم التعامل بالبورصات الأجنبية الأردني رقم (١) لسنة ٢٠١٧.
(٢٦) مراد صائب. رسالة ماجستير بعنوان «مبدأ المعاملة بالمثل في مجال المركز القانوني للأجانب»، كلية القانون، جامعة الموصل، العراق، ٢٠٠٤، ص ١ و ٢.

أو تجارتها أو غير ذلك معاملة مساوية أو معادلة لتلك التي تضمنها لها الدولة الأخيرة أو تعدها بها»^(٢٧).

ومبدأ المعاملة بالمثل يمكن أن تنشأ بواسطة الإتفاقيات الدولية، وذلك عن طريق نص في المعاهدة يقضى بإعتماد مبدأ المعاملة بالمثل، وعندئذ تسمى المعاملة هنا بـ (المعاملة الدبلوماسية بالمثل).

وأثر الإتفاقيات الدولية تبلغ ذروة أهميتها في مجال مركز الأجانب في الدولة؛ وذلك لأن الدول رغبة منها بتوفير وضمان أكبر قسط من الحقوق لرعاياها في الخارج تتفق فيما بينها على تبني حلول للقضايا المشتركة، كتمكينهم من ممارسة النشاط المهني والتجاري وتملك الأموال وغيرها من الحقوق الخاصة.

ومن قبيل هذه الاتفاقيات التي انضمت إليها التشريعات المقارنة وتضمنت مبدأ المعاملة بالمثل، إتفاقية منظمة العمل الدولية بشأن التمييز في الاستخدام والمهنة رقم ١١١ لسنة ١٩٥٨، والتي ألزمت الدول الأعضاء فيها بإلغاء التمييز بين رعاياها ورعايا الدول الأخرى الموقعة على الإتفاقية، وذلك على أساس المعاملة بالمثل^(٢٨).

أيضاً هناك الإتفاقية العربية رقم ٣ لسنة ١٩٧١ بشأن المستوى الأدنى للتأمينات الإجتماعية والموقعة من الدول محل المقارنة والتي تضمنت في المادة (٦) بأنه «يجب عند تغطية أية فئة عدم التفرقة بين:

١ - الرعايا العرب

٢ - الوطنيون، الأجانب، بشرط المعاملة بالمثل^(٢٩)

(٢٧) إبراهيم أحمد. القانون الدولي الخاص، دار النهضة العربية، القاهرة، ١٩٩٨، ص ٦٤.

(٢٨) مراد صائب. مرجع سابق، ص ٣٢.

(٢٩) نصوص الاتفاقية متاحة على موقع منظمة العمل العربية <https://alalabor.org/?p=16311>.

وقد يعتمد مبدأ المعاملة بالمثل عن طريق النص عليه في التشريعات الداخلية للدول، حينئذٍ تسمى المعاملة بـ (المعاملة التشريعية بالمثل).

فعلى سبيل المثال، بالنسبة لمهنة الطب في مصر اشترط قانون مزاوله الطب المصري رقم (٤١٥) لسنة ١٩٥٤، أن يكون الطبيب مصري الجنسية، ومع ذلك يجوز للأجنبي مزاوله مهنة الطب في مصر في جميع الأحوال، إذا كان قانون الدولة التي ينتمى إليها الأجنبي يجيز للمصريين مزاوله هذه المهنة بها. وبالنسبة لمهنة الطب في لبنان نصت المادة (٧) من قانون تنظيم مهنة الطب اللبناني والصادر بالمرسوم رقم ١٦٥٨ لسنة ١٩٧٩ على أنه «تمنح الاجازة بممارسة الطب، للطبيب غير اللبناني من سائر الجنسيات اذا توفرت فيه الشروط الآتية:

أولاً: الشروط والمؤهلات المطلوبة من الطبيب اللبناني، المبينة في المادة ٣ من هذا القانون.

ثانياً: أن يكون تابعاً لبلد يطبق المعاملة بالمثل على الوجه المبين في المادة الخامسة من هذا القانون.

وبالنسبة لمهنة الهندسة في الأردن نصت المادة الثانية عشر من قانون نقابة المهندسين الأردنيين رقم (١٥) لسنة ١٩٧٢، بالجواز للمهندسين من رعايا الدول العربية حق ممارسة المهنة في المملكة بشرط المعاملة بالمثل.

أما عن موقف التشريعات المقارنة من شرط المعاملة بالمثل فيما يتعلق بممارسة الأجانب لمهنة الوساطة المالية، فإنه لا يوجد نص في قانون رأس المال المصري رقم ٩٥ لسنة ١٩٩٢، ولا في قانون تنظيم الوساطة.

المالية اللبناني رقم ٢٣٤ لسنة ٢٠٠٠، ولا في قانون الأوراق المالية الأردني رقم ١ لسنة ٢٠١٧، ولا في القرارات والأنظمة الداخلية لتلك القوانين،

يسلّزم توفير مبدأ المعاملة بالمثل ضمن الشروط اللازمة لمنح الأجنبي صفة الوسيط المالي في البوصة.

ويرى الباحث ضرورة أن تنص التشريعات المقارنة صراحة على مبدأ المعاملة بالمثل، كشرط لمنح الشركات الأجنبية صفة الوسيط المالي في البورصة؛ وذلك لأن هذا الشرط يعد من أهم الأدوات الفنية التي تستعين بها الدولة لكي تضمن لرعاياها المقيمين في الدول الأجنبية نفس المعاملة التي تكفلها الدولة لرعايا الدول الأجنبية في إقليمها. وأسوة بالقوانين التي نظمت المهن المختلفة في التشريعات محل الدراسة، والتي اشترطت تحقيق مبدأ المعاملة بالمثل كشرط عام لممارسة الأجانب لأغلب المهن.

ونقترح أن يكون النص فيما يتعلق بمهنة الوساطة المالية كالآتي «لا يجوز لأحد مزاول مهنة الوساطة المالية في البورصة بأية صفة كانت إلا من خلال الشركات الوطنية، ويجوز للشركات الأجنبية مزاول مهنة الوساطة المالية إذا كانت من بلد تجيز قوانينها للأجانب مزاول هذه المهنة».

الفرع الثاني: الشروط الإجرائية

تتمثل الشروط الإجرائية في الحصول على ترخيص من الجهات المختصة للعمل في مجال الوساطة في الأسواق المالية، ومسك الدفاتر التجارية، والقيّد في السجل التجاري وهذه الشروط تطبق على الوسيط المحلي والأجنبي.

أولاً: الترخيص:

ويشترط المشرع المصري على الشركات التجارية التي ترغب في ممارسة أعمال الوساطة المالية أن تحصل على ترخيص من الهيئة العامة

للمراقبة المالية وذلك بعد إستيفاء متطلبات وشروط خاصة والحصول على عضوية البورصة بعد إستيفاء شروطها^(٣٠).
ويقدم طلب الترخيص بمزاولة النشاط على النموذج المعد لذلك مرفقاً به ما يلي:

- ١ - شهادة بقيد الشركة في السجل التجاري وتاريخ القيد ورقمه ومكانه.
- ٢ - الأنشطة المطلوب مزاولتها ومدى اتفاق رأس المال مع هذه الأنشطة.
- ٣ - بياناً بأعضاء مجلس الإدارة والمديرين وخبراتهم على النحو الذي يحدده قرار مجلس إدارة الهيئة.
- ٤ - أن يكون المؤسسون وأعضاء مجلس الإدارة والمديرون حسني السمعة مع تقديم ما يفيد أنه لم تصدر على أي منهم أحكام بعقوبة جنائية أو جنحة في جريمة ماسة بالشرف والأمانة أو في إحدى الجرائم المنصوص عليها في قوانين الشركات أو التجارة أو الحكم بإشهار إفلاس ما لم يكن قد رد إليه اعتباره.
- ٥ - ما يفيد سداد رسم الترخيص.
- ٦ - ما يفيد أداء قيمة التأمين على النحو الذي يبينه قرار مجلس إدارة الهيئة.
- ٧ - أية تعديلات تطرأ على البيانات والمستندات والوثائق التي تم على أساسها تأسيس الشركة.
- ٨ - ما يفيد قيام الشركة إذا كانت من شركات إدارة صناديق الأوراق المالية أو السمسرة في الأوراق المالية أو تكوين وإدارة محافظ الأوراق المالية.

(٣٠) محمد إسماعيل، أسواق الأوراق المالية والبورصات المصرية، دار النهضة العربية، القاهرة، ٢٠١٥، ص ٢٣١.

٩ - القواعد التي تضعها شركات تقييم وتصنيف وترتيب الأوراق المالية بشأن إجراء التصنيف الائتماني والدرجات الدالة عليه وقواعد وإجراءات الرقابة الداخلية التي تحول دون استخدام المعلومات المتاحة لدى تلك الشركات عن الجهات أو الأوراق المالية التي تقوم بتصنيفها في غير غرض التصنيف^(٣١).

وفي لبنان أوجب المشرع اللبناني على مؤسسات الوساطة المالية الأجنبية الحصول على ترخيص من مصرف لبنان قبل مزاولة أعمال الوساطة المالية، فقد نصت المادة (٤) من قانون تنظيم مؤسسات الوساطة المالية اللبناني بأنه «يتوجب على مؤسسات الوساطة المالية الحصول على ترخيص مسبق من مصرف لبنان....».

وأن تقوم الشركة بطلب يقدم إلى لجنة بورصة بيروت وفقاً للشكل المحدد من قبل اللجنة على أن يضم الطلب الوثائق الآتية:

١ - طلب قبول موقع أصولاً من قبل ممثل الشركة القانوني

٢ - نسخة مصدقة عن نظام الشركة التأسيسي وتعديلاته

٣ - نسخة مصدقة عن طلب تسجيل الشركة

٤ - نسخة مصدقة عن شهادة تسجيل الشركة.

٥ - إذاعة تجارية رسمية حديثة للشركة

٦ - نسخة عن كافة محاضر الشركة المودعة لدى أمانه السجل التجاري وذلك عن السنوات الثلاث الأخيرة في حال كان قد مضى على التأسيس ثلاث سنوات أو أكثر أو عن الفترة الممتدة من تاريخ التأسيس وحتى تاريخ تقديم الطلب^(٣٢).

(٣١) المادة (١٣٥) من اللائحة التنفيذية لقانون رأس المال المصري رقم (٩٥) لسنة ١٩٩٢ والصادرة بالقرار ١٣٥ لسنة ١٩٩٣.

(٣٢) المادة (٥٩) من النظام الداخلي لبورصة بيروت الصادرة بالمرسوم رقم ٧٦٦٧ لسنة ١٩٩٥.

وفي الأردن نصت المادة (٤٧) من قانون الأوراق المالية الأردني على أنه يحظر على أي شخص مزاول أعمال الوساطة المالية إلا بعد الحصول على ترخيص من مجلس مفوضي هيئة الأوراق المالية^(٣٣).

وأن يتقدم الوسيط المالي بطلب خطي أو إلكتروني وفقاً للنموذج الذي تعتمده البورصة لهذه الغاية متضمناً المعلومات والبيانات والوثائق التالية:

- ١ - اسم الوسيط وعنوانه التجاري إن وجد.
- ٢ - شهادة تسجيل الوسيط وحق الشروع في العمل.
- ٣ - عقد تأسيس الوسيط ونظامه الأساسي.
- ٤ - نسخة من الترخيص الممنوح للوسيط من قبل الهيئة.
- ٥ - أسماء أعضاء مجلس إدارة الوسيط أو هيئة إدارته وأسماء أشخاص الإدارة التنفيذية العليا ونسبة مساهمة كل منهم في رأس مال الوسيط.
- ٦ - أسماء الأشخاص الذين يملكون ٥٪ أو أكثر من رأس مال الوسيط.
- ٧ - المصدرون الذين يملك الوسيط أو أي من أعضاء مجلس إدارتهم أو أي من أعضاء هيئة إدارته أو مديره أو معتمديه ٥٪ أو أكثر من الأوراق المالية الصادرة عنهم.
- ٨ - أسماء المعتمدين العاملين لدى الوسيط.
- ٩ - عنوان المقر الرئيسي للوسيط وفروعه ومعلومات الاتصال به.
- ١٠ - اسم وعنوان مدقق حسابات الوسيط.
- ١١ - جميع التراخيص الممنوحة للوسيط من قبل الهيئة.

(٣٣) المادة (٤٧) من قانون الأوراق المالية الأردني رقم (١٨) لسنة ٢٠١٧.

- ١٢ - التقرير المالي السنوي المدقق الاخير من قبل مدقق الحسابات إن وجد.
- ١٣ - إجراءات العمل الخطية المتعلقة بجميع أعمال الوسيط.
- ١٤ - تعهد بالالتزام بأحكام التشريعات الصادرة عن البورصة.
- ١٥ - إقرار يتضمن موافقة الوسيط على قيام البورصة بتزويد المعلومات الخاصة به لأي جهة رسمية مختصة.
- ١٦ - إقرار بأن جميع المعلومات الواردة في الطلب صحيحة ودقيقة وكاملة^(٣٤).

ثانياً: قيد الشركة الأجنبية في السجل التجاري:

أوجب القانون المصري على الشركات الأجنبية التي يوجد مركزها الرئيسي أو مركز إدارتها في الخارج إذا زاولت في مصر أعمالاً تجارية القيد في السجل التجاري فقد نصت المادة (٤) «يتعين على الأجانب القيد في السجل في الحالات الآتية: ١ ٢ ٣ ٤ - كل شركة أياً كان شكلها القانوني يوجد مركزها الرئيسي أو مركز إدارتها في الخارج إذا زاولت في مصر أعمالاً تجارية أو مالية أو صناعية أو قامت بعملية مقاوله بشرط موافقة هيئة الاستثمار»^(٣٥).

لذلك يجب على الشركات الأجنبية التي ترغب في مزاوله أعمال الوساطة في سوق الأوراق المالية المصري القيد في السجل التجاري المصري، والحصول على موافقة من الهيئة العامة للاستثمار^(٣٦).

(٣٤) المادة (٥) نظام العضوية في شركة بورصة عمان لسنة ٢٠١٨.

(٣٥) المادة (٤) من قانون السجل التجاري المصري رقم (٣٤) لسنة ١٩٧٦.

(٣٦) عاشور عبد الجواد. مرجع سابق، ص ٢٤.

ويقدم طلب التسجيل في السجل التجاري للشركات الأجنبية خلال شهر من تاريخ الحصول على ترخيص بمزاولة النشاط التجاري ويشتمل على البيانات الآتية:

- ١ - نوع الشركة.
 - ٢ - عنوانها وأسمها والسمة التجارية إن وجدت سواء للمركز الرئيسي أو الفرع.
 - ٣ - رقم قيد المركز الرئيسي بالسجل.
 - ٤ - عنوان المركز الرئيسي وكذلك عنوان الفروع والمكاتب الأخرى إن وجدت.
 - ٥ - الغرض من تأسيس الشركة.
 - ٦ - اسم ولقب مدير الفرع أو المكتب وجنسية وتاريخ ومحل ميلاده.
 - ٧ - تاريخ الترخيص بمزاولة التجارة^(٣٧).
- وعلاوة على اتباع إجراءات التسجيل التجاري يجب على الشركات الأجنبية لمزاولة أي نشاط في مصر، أن تقوم بإخطار الإدارة العامة للشركات بصورة من أوراق القيد في السجل التجاري؛ لتتولى قيدها في سجل خاص يعد لهذا الغرض^(٣٨).
- وفي لبنان أوجب المشرع اللبناني على شركات الوساطة الأجنبية التسجيل في السجل التجاري^(٣٩)، وأن تكون مسجله لدى مصرف لبنان^(٤٠).

(٣٧) المادة (١٠) من اللائحة التنفيذية لقانون السجل التجاري رقم (٣٤) لسنة ١٩٧٦.

(٣٨) عبد الحكم عثمان. مرجع سابق، ص ٢١٥.

(٣٩) المادة (٢٩) من قانون التجارة اللبناني الصادر بالمرسوم رقم (٣٠٤) لسنة ١٩٤٢.

(٤٠) المادة (٦) من قانون تنظيم مهنة الوساطة المالية اللبناني رقم (٢٣٤) لسنة ٢٠٠٠.

وقد حدا المشرع الأردني حدو المشرع المصري واللبناني واشترط تسجيل الشركات الأجنبية في السجل التجاري، فطبقاً لنص المادة (٢٤٠) من قانون الشركات الأردني «لا يجوز لأي شركة أو هيئة أجنبية أن تمارس أي عمل تجاري في المملكة ما لم تكن مسجلة بمقتضى أحكام هذا القانون بعد الحصول على تصريح بالعمل بمقتضى القوانين والأنظمة المعمول بها»^(٤١).

ثالثاً: مسك الدفاتر التجارية:

أوجب القانون المصري على وسيط الأوراق المالية أن يمسك السجلات والدفاتر التي يراها السوق ضرورية لتدوين كافة المعاملات التي يقوم بها الوسيط حسب تواريخها وتوقيتها على النحو الذي تحدده إدارة السوق.

وتعتمد هذه الدفاتر والسجلات من إدارة السوق، وتكون خاضعة لرقابتها، ويلاحظ أن اعتماد إدارة السوق لدفاتر الوسيط لا يغني عن الإجراءات الواجبة بالنسبة للدفاتر الإلزامية خاصة دفتر اليومية، والجرد حيث تنمر كل صفحة من صفحاتها ويوقع على كل ورقة فيها الموثق الواقع في دائرة اختصاصه مكتب الوسيط^(٤٢) ولم يختلف الأمر بالنسبة للمشرع الأردني^(٤٣).

أما المشرع اللبناني فقد أوجب على الوسيط المالي مسك الحسابات التالية:

١ - حساب أو أكثر للقيم المنقولة تقيد فيه كل القيم المذكورة العائدة لكل عميل من عملائها.

٢ - حساب مصرفي أو أكثر تقيد فيه المبالغ العائدة لكل عميل^(٤٤).

(٤١) المادة (٢٤٠) من قانون الشركات الأردني رقم (٢٢) لسنة ١٩٩٧.

(٤٢) عاشور عبد الجواد. مرجع سابق، ص ٧٨.

(٤٣) القاضي ربحي وآخرون. مبادئ القانون التجاري، الطبعة الثانية، دار يافا العلمية للنشر والتوزيع، الأردن، ٢٠٠٦، ص ٨١.

(٤٤) المادة (١٤) من قانون تنظيم مهنة الوساطة المالية اللبناني رقم ٢٣٤ لسنة ٢٠٠٠.

المطلب الثالث

**القانون الواجب التطبيق على عقود الوسطاء الأجانب
في القانون المصري واللبناني والأردني**

لما كان الوسيط المالي الأجنبي يقوم بإبرام العملية باسمه ولكن لحساب موكله، فقد ترتب على ذلك نشأة الكثير من العقود التي يبرمها مع غيره من الوسطاء، وأيضاً مع العملاء سواء كانوا بائعين أو مشتريين^(٤٥).

وهذه العقود يكتفيها الفقه على أنها عقود وساطة والتي تعرف بأنها «عقد يلتزم بمقتضاه الوسيط أن يعقد باسمه الخاص ولكن لحساب مفوضه بيعاً أو شراءً أو غيرها من العمليات التجارية ويكون ذلك مقابل أجر»^(٤٦).

وقد يتم إبرام هذا العقد داخل النظام الداخلي لدولة معينة، وقد يتصل بدول مختلفة يحكمها أكثر من نظام قانوني، لذلك تجرى التفرقة عادة في مجال القانون الدولي الخاص بين الروابط الداخلية وبين الروابط التي تتسم بالطابع الدولي، حيث تخضع الأولى للقانون الداخلي بينما يتعين الرجوع في الثانية إلى أحكام القانون الدولي الخاص^(٤٧).

ولما كان تحديد ما إذا كان العقد داخلياً أم دولياً مسألة أولية تمهيداً لتحديد القانون الواجب التطبيق على ذلك العقد، فإنه يتعين بيان المعايير التي قال بها الفقهاء لدولية العقود؛ وذلك لمعرفة مدى صلاحية هذه المعايير لتحديد دولية عقود الوساطة المالية التي يبرمها الوسيط المالي الأجنبي.

(٤٥) ناصر عثمان. مرجع سابق، ص ٧٢.

(٤٦) محمد يوسف. البورصة، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت، ٢٠٠٤، ص ١٤٣.

(٤٧) نواف عواد. مرجع سابق، ص ٤٢.

أولاً: المعيار القانوني:

وفقاً لهذا المعيار فإن ارتباط عناصر العقد بأكثر من نظام قانوني هو الذي يضيف الصفة الدولية للعقد، وبعبارة أخرى يعتبر العقد دولياً متى تطرقت الصفة الأجنبية إلى أي عنصر من عناصر العقد المتمثلة بجنسية الأطراف أو محل إبرام العقد أو مكان تنفيذ العقد أو موطن المتعاقدين^(٤٨).

ثانياً: المعيار الاقتصادي:

تأسس هذا المعيار على أساس المتطلبات الاقتصادية، حيث يعتمد هذا المعيار بموضوع العقد ومحتواه الإقتصادي ومدى تعلّقه بمصالح التجارة الدولية، ويكون العقد دولياً وفقاً لهذا المعيار إذا نتج عنه إنتقال للبضائع ورؤوس الأموال والخدمات عبر الحدود، بحركة مد وجزر للبضائع ورؤوس الأموال عبر حدود دولتين أو أكثر^(٤٩).

ثالثاً: المعيار المزدوج:

يرى جانب من الفقة بأنه لا يتم التوصل إليه إلا من خلال تحليل مختلف عناصر العقد ضمن معيار واحد دون الإعتداد بالمعيار الآخر، بل لا بد من تحليل عناصر العقد المعياري القانوني والاقتصادي^(٥٠).

(٤٨) أحمد حميد. رسالة ماجستير بعنوان «سكون الإرادة عن تحديد القانون الواجب التطبيق على العقد الدولي (دراسة مقارنة)، كلية الحقوق، جامعة الشرق الأوسط، ٢٠١٧، ص ١٩.

(٤٩) بشار محمد. عقود الاستثمار في العلاقات الدولية الخاصة، ط ١، منشورات الحلبي الحقوقية، ٢٠٠٦، ص ٨٣.

(٥٠) عبد الجليل السعيد. رسالة دكتوراه بعنوان «الاختصاص القانوني والقضائي لعقود الوساطة التجارية»، كلية الحقوق، جامعة عين شمس، القاهرة، ٢٠١٨، ص ٦٤.

وبناءً على ذلك يعتبر العقد دولياً عندما يرتبط بأنظمة قانونية لدول مختلفة ويهدف إلى الربح أو نقل الخدمات عبر الحدود، أو تحقيق مصالح التجارة الدولية.

ويرى الباحث أن المعيار المزدوج هو أنسب المعايير لإدخال عقود الوساطة المالية التي يبرمها الوسيط المالي الأجنبي في زمرة العقود الدولية؛ وذلك لأنه يترتب على عقود بيع وشراء الأوراق المالية دخول وخروج أموال عبر حدود الدول، وكذلك اختلاف جنسية أطرافه ومقرّ عملهم.

وفيما يتعلق بتحديد القانون الواجب التطبيق على العقود التي يبرمها الوسيط المالي الأجنبي مع غيره من الوسطاء المحليين أو الأجانب، وأيضاً العقود التي يبرمها مع العملاء سواء كانوا بائعين أو مشتريين والذين عادة يكونوا مستثمرين يحملون جنسيات مختلفة، فهناك مسألتين على قدر من الأهمية في قواعد الإسناد في تحديد القانون الواجب التطبيق على العلاقة التعاقدية بين أطراف عقد الوساطة المالية: أولهما الحالة التي يعبر فيها المتعاقدان عن إرادتهما في اختيار قانون العقد، أما الثانية عندما يحجم المتعاقدان عن تعيين هذا القانون، والجدير بالذكر أن هذه القواعد لا تختلف عن قواعد الإسناد التي تطبق على العقود الدولية التي يبرمها الوسيط المحلي.

أولاً: تعيين المتعاقدان القانون الواجب التطبيق على عقدهما:

لا تختلف العلاقة التعاقدية التي تنشأ بين أطراف عقد الوساطة المالية عن غيرها من العلاقات التعاقدية ذات الطابع الدولي في مسألة خضوع هذه العلاقة لمبدأ سلطان الإرادة، والذي يكون بمقتضاه للأطراف الحق في اختيار القانون الذي يحكم عقدهما على وجه يكفل نشوء العقد المبرم بينهما على نحو صحيح وترتيب ما يريدان له أن يترتب من آثار تلبي تطلعاتهم وتحقيق مصالحهم.

وقد جاء هذا المبدأ في اتفاقية لاهاي الموقعة في ١٤ مارس ١٩٧٨ والمتعلقة بالقانون الواجب التطبيق على عقود الوسطاء والنيابة والتمثيل التجاري والتي نصت في مادتها الخامسة على أن «القانون الداخلي المختار من جانب الأطراف هو الذي يحكم علاقة التمثيل بين الأصيل والوسيط».

وأكد هذا المبدأ الكثير من التشريعات منها القانون المصري والقانون الأردني^(٥١) والقانون اللبناني^(٥٢).

ثانياً: غياب تعيين القانون الواجب التطبيق على عقد الوساطة المالية ذات الطابع المالي:

إذا لم يقرم أطراف عقد الوساطة المالية بممارسة الحق المتاح لهم في اختيار القانون الواجب التطبيق على علاقتهم التعاقدية ذات الطابع الدولي ولم يستطع القاضي أن يستخلص إرادتهما المضمرة في اختيار القانون على نحو واضح.

وخلى من نصوص العقد ومن ظروف وملابسات التعاقد فإنه لا يجوز لهذا القاضي أن يضطلع بمهمة تحديد هذا القانون دون أن يقوم بعملية إسناد الاختصاص التشريعي إلى أوثق البلدان صلة بالعلاقة التعاقدية.

وقد جاء القانون المدني المصري في المادة (١/١٩) والمادة (١/٢٠) من القانون المدني الأردني بقواعد إسناد محددة بهدف الوصول إلى حلول تنهي تنازع القوانين عند غياب الإرادة الصريحة والضمنية لأطراف العلاقة التعاقدية

(٥١) نواف عوّاد. مرجع سابق، ص ١٢٠.

(٥٢) جوزيف عجافة. بحث بعنوان «القانون التجاري اللبناني والإنترنت»، مجلة نقابة المحامين

في بيروت، العدد ٤، عام ٢٠١٣، ص ٥.

بين الوسيط المالي والعميل، فنصا على أن قانون الموطن المشترك للمتعاقدين هو القانون الواجب التطبيق، وإن تخلف هذا الضابط وجب تطبيق قانون بلد إبرام العقد^(٥٣).

أما المشرع اللبناني فقرر عند سكوت الأطراف على تعيين القانون الواجب التطبيق يطبق القضاء القانون المتعلق بمركز الثقل الحقيقي والفعلي للعلاقة التعاقدية أي القانون الذي يكون له صلة أكيدة ووثيقة وجدية بالعلاقة التعاقدية^(٥٤).

(٥٣) نواف عوّاد. مرجع سابق، ص ١٢١.

(٥٤) جوزيف عجافة. مرجع سابق، ص ٦.

المبحث الثاني

آثار الاعتراف بالوسيط المالي الأجنبي في القانون المصري واللبناني والأردني

تمهيد:

رتبت قوانين سوق المال التي اعترفت بالوسيط المالي الأجنبي، حقوقاً والتزامات لا تختلف عن حقوق والتزامات الوسيط المالي المحلي، ومن أهم الحقوق الحق في الحصول على العمولة مقابل الأعمال التي يقوم بها لصالح المستثمر، والحق في الحصول على ضمانات التنفيذ، وفي مقابل هذه الحقوق هناك التزامات أهمها، الالتزام بعقد فتح حساب مع كل عميل، والالتزام بالتبصير، والالتزام بتقديم القوائم والتقارير للبورصة، والالتزام بتمكين الهيئات الرقابية من أداء دورها الرقابي على الشركة، وسوف نقوم بتوضيح ذلك من خلال المطالب التالية:

المطلب الأول

حقوق الوسيط الأجنبي

الفرع الأول: الحق في العمولة

تباينت القوانين محل المقارنة في موقفها من الحق في العمولة، فالمشرع المصري والأردني تركا تحديد العمولة للاتفاق بين الوسيط المالي والمستثمر، في حين نجد المشرع اللبناني يضع نصوصاً قانونية لتحديد العمولة، هذا الموقف من الحق في العمولة نبينه في التفصيل الآتي:

ففي مصر بين المشرع المصري أن حق الوسيط في العمولة يتولى وزير الإستثمار تنظيمه، وهذا ما ورد في قانون رأس المال المصري حيث تنص المادة (١/٢٤) يصدر الوزير بناءً على اقتراح مجلس إدارة الهيئة قراراً بتنظيم عمولات السمسرة والحدود القصوى لمقابل الخدمات عن العمليات التي تتم في البورصة.

وبناءً على ذلك فقد أصدر وزير الاستثمار القرار رقم (٢٣١) لسنة ٢٠٠٨ بشأن تحديد عمولات السمسرة ورسوم قيد الأوراق المالية ومقابل الخدمات عن عملية البورصة.

وقد جاءت المادة الأولى من هذا القرار الوزاري بأنه «يتم الاتفاق بين شركة السمسرة وعملائها على العمولة التي تتقاضاها عن العمليات التي تنفذها لصالح عملائها، على ألا يقل الحد الأدنى للعمولة عن جنيهين عن كل فاتورة ويقصد بالفاتورة في تطبيق أحكام هذا القرار قيمة الصفقة التي تمت على ورقة مالية معينة لصالح عميل معين حتى لو نفذت على أكثر من عملية بالبورصة في ذات جلسة التداول».

وفي القانون الأردني نصت المادة (١٢) من نظام العضوية في شركة بورصة عمان لسنة ٢٠١٨ على أنه «يجب على العضو أن يقوم بإبرام اتفاقية للتعامل بالأوراق المالية مع عميله تحدد حقوق والتزامات الطرفين، على أن تتضمن بحد أدنى المعلومات والشروط التي تتطلبها التشريعات المعمول بها ومنها: ١.....، ٢..... ٣ - بيان العمولات التي سيتقاضاها العضو مقابل خدماته أو الإشارة إلى وثيقة منفصلة تبين هذه العمولات شريطة أن تكون هذه العمولات ضمن الحدود المسموح بها».

وفي التشريع اللبناني وردت الإشارة إلى الحق في العمولة في المادة (٢٠١) من النظام الداخلي لبورصة بيروت، والتي نصت على أن «يستوفي عن

كل عملية شراء أو عملية بيع تجري في أي من السوقين الرسمي أو الموازي العملات التالية:

- ١ - ٤ بالآلف عن الشطر الأول لغاية ١٠٠,٠٠٠ دولار أميركي أو ما يعادلها.
- ٢ - ٢ بالآلف عن الشطر الثاني من ١٠٠,٠٠١ ولغاية ١,٠٠٠,٠٠٠ دولار أميركي أو ما يعادلها.
- ٣ - ١ بالآلف عن الشطر الثالث من ١,٠٠٠,٠٠١ دولار أميركي ولغاية ٥,٠٠٠,٠٠٠ دولار أميركي أو ما يعادلها.
- ٤ - ١ بالآلف عن الشطر الرابع الذي يزيد عن ٥,٠٠٠,٠٠٠ دولار أميركي أو ما يعادلها.

ولا يجوز أن تتدنى العملة عن عشرة دولارات أميركية أو ما يعادلها بالليرة اللبنانية مهما بلغت قيمة العملية».

وقررت المادة (٢٠٢) من النظام الداخلي لبورصة بيروت بأن «تستوفي العملة المحددة في المادة ٢٠١ أعلاه مضاعفة على كل صفقة مباشرة تجري خارج البورصة».

وحددت المادة (٢٠٣) من النظام الداخلي لبورصة بيروت العملة التي تستوفي لعمليات البيع والشراء في سوق الصكوك الغير مدرجة في البورصة بعمولة قدرها ٥,٧ بالآلف على أنه لا يجوز أن تتدنى العملة عن عشرة دولارات أميركية أو ما يعادلها بالليرة اللبنانية مهما بلغت قيمة العملية.

وأوضحت المادة (٢٠٤) من النظام الداخلي لبورصة بيروت توزيع العملات المذكورة في المادتين (٢٠٢)، (٢٠٣) وفقاً لما يلي:

- ١ - ٢٤٪ يتقاضاه البورصة.
- ٢ - ١٢٪ يتقاضاه الهيئة المعتمدة لإنجاز عمليات التسديد والتسليم.
- ٣ - ٦٤٪ يتقاضاه الوسيط المالي.

ويرى الباحث أن تتخذ التشريعات محل المقارنة موقفاً وسطاً لتحديد العمولة التي يتقضاها الوسيط المالي الأجنبي وذلك بوضع حد أدنى للعمولة أيّاً كان حجم العملية، ووضع حد أقصى بالنسبة للعمليات التي لا تتجاوز مبلغ معين؛ وذلك خشية من أن تبالغ شركات الوساطة الأجنبية في فرض عمولات مفرطة على العمليات ذات المبالغ الصغيرة مما يؤثر سلباً على صغار المستثمرين، وفيما عدا ذلك فإن مقدار العمولة يتحدد بالاتفاق بين شركة الوساطة والمستثمر.

الفرع الثاني

حق الوسيط المالي الأجنبي في الحصول على ضمانات

أولاً: الحق في الحصول على غطاء:

يُعرف الغطاء بأنه مبلغ من النقود أو الأوراق المالية التي يسهل تحويلها إلى نقود تتسلمها شركة الوساطة من المستثمر ضماناً لتنفيذ هذا الأخير لالتزاماته^(٥٥).

والوظيفة الأساسية للغطاء تتمثل في حماية الوسيط من عجز المستثمر أو امتناعه عن الوفاء، فهو يمثل الضمان الذي يلجأ إليه الوسيط لضمان تنفيذ العمليات المكلف بها.

وفضلاً عن الوظيفة الأساسية المشار إليها، فإن الغطاء يؤدي حالياً دوراً جديداً، فعن طريق رفع نسبة هذا الغطاء يمكن الحد من عمليات المضاربة لمصلحة الاقتصاد الوطني ومصلحة مصدري الأوامر أنفسهم^(٥٦).

(٥٥) عصام البهجي. الموسوعة القانونية لبورصة الأوراق المالية في التشريعات العربية. طبعة أولى، دار الجامعة الجديدة، ٢٠٠٩، ص ٧١١.

(٥٦) عباس محمد. بحث بعنوان «المركز القانوني للوسيط في سوق الأوراق المالية - دراسة مقارنة»، منشور على موقع كلية القانون جامعة كربلاء، www.law.uokerbala.edu.iq.

أما عن موقف التشريعات المقارنة من حق طلب الغطاء، ففي مصر لم يرد في قانون سوق رأس المال أو لائحته التنفيذية ما يعطي لشركات الوساطة حق طلب الغطاء من المستثمرين^(٥٧) إلا أن نص المادة (٢٦٢) من اللائحة التنفيذية لا يجيز لشركة الوساطة تنفيذ أية عملية إلا بعد التأكد من وجود الورقة المالية في حيازة البائع أو مودعة باسمه في نظام الحفظ المركزي وقدرة المشتري على الوفاء بالثمن، كما أجاز نص المادة (٢٦٥) من اللائحة التنفيذية أيضاً لشركة الوساطة أن تحتفظ بالأوراق المالية الخاصة بالمستثمرين في مقرها وبموافقة هيئة السوق^(٥٨).

وفي لبنان لم يرد نص في قانون تنظيم مهنة الوساطة يعطى الحق في طلب الغطاء، إلا أنه وفقاً لنص المادة الثانية من قرار وسيط رقم ١٠٨٥١ لسنة ٢٠١١ والصادر من مصرف لبنان بأنه «يحظر على الوسيط المالي منح اعتمادات لعملائه تخصص لتكوين محفظة «سندات قيم منقولة» إلا بضمانة نقدية أو بضمانة هذه المحفظة».

أما موقف القانون الأردني من حق الوسيط في طلب الغطاء فإنه بالاطلاع على النصوص القانونية لقانون سوق الأوراق المالية الأردني، والنظام الداخلي لشركة بورصة عمان، تبين عدم وجود نصوص صريحة تؤكد حق الوسيط في طلب غطاء من المستثمر.

(٥٧) عمر ناطق. الآلية القانونية لعمل سوق الأوراق المالية عبر شركات الوساطة، دراسة مقارنة، دار النهضة العربية، القاهرة ٢٠١١، ص ٢٠٧.

(٥٨) طاهر شوقي. عقد بيع الأوراق المالية في البورصة، دار النهضة العربية، القاهرة، ٢٠٠٧، ص ٢٤٩.

ثانياً: حق التنفيذ في السوق:

يعتبر حق التنفيذ في السوق أحد ضمانات الوسيط للحصول على حقه من المستثمر، ويأتي استعمال هذا الحق في حالة عدم تقديم غطاء من قبل المستثمر، وعجز المستثمر عن الوفاء بالتزاماته^(٥٩).

وفقاً للقواعد العامة إذا قام الوسيط بتنفيذ أوامر المستثمر ولم يلتزم المستثمر بالتزاماته بدفع الثمن في حالة الأمر بالشراء للأوراق المالية، أو بعدم تسليم الأوراق المالية في حالة الأمر ببيع الأوراق المالية، يجوز للوسيط فسخ العقد طبقاً للمادة ١/١٥٧ من القانون المدني المصري.

إلا أن إجراءات طلب الفسخ وصدور حكم من المحكمة المختصة بالفسخ والتعويض تستغرق وقتاً طويلاً يتعارض مع طبيعة عمليات السوق التي تتم بالسرعة. فقد استقر العمل منذ فترة طويلة على اتباع إجراءات خاصة بعمليات السوق وهذه الإجراءات تسمى التنفيذ في السوق^(٦٠).

والتنفيذ في السوق عبارة عن عملية عكسية للعملية التي قام بتنفيذها الوسيط لحساب المستثمر في السوق، متى لم يلتزم المستثمر بالتزامه^(٦١)، فإذا كان أمر المستثمر لشركة الوساطة ببيع الأوراق المالية ولم يتم ذلك المستثمر بتسليم الأوراق المالية، كان لشركة الوساطة أن تقوم بشراء الأوراق المالية من السوق، حتى تتمكن من الوفاء بالتزاماتها تجاه شركة الوساطة المتعاقد معها، وعلى العكس إذا كان أمر المستثمر بشراء الأوراق المالية ولم يتم المستثمر بسداد ثمنها كان لشركة الوساطة أن تقوم ببيع هذه الأوراق، وتقوم شركة الوساطة بذلك على نفقة المستثمر وتحت مسؤوليته، بحيث إذا

(٥٩) عامر نعمان. مرجع سابق، ص ٢٧.

(٦٠) طاهر شوقي. مرجع سابق، ص ٤٢٠.

(٦١) عمر ناطق. مرجع سابق، ص ٢٠٩.

كان ثمن البيع أقل تحمّل المستثمر خسارة الفرق، وعلى العكس إذا كان ثمن الشراء للأوراق المالية أعلى كان من حق شركة الوساطة أن تعود على المستثمر بالفرق والمصاريف.

أما بشأن تحديد الطبيعة القانونية لحق الوسيط في التنفيذ في السوق، فقد ذهبت محكمة النقض المصرية إلى أن أساس التنفيذ في السوق إنما يرجع إلى ما شرعه القانون للوسيط بوصفه وكيلاً بالعمولة من حق الامتياز المقرر بموجب القانون^(٦٢).

وفيما يتعلق بموقف التشريعات المقارنة، ففي مصر لم يرد شيء بخصوص حق الوسيط في التنفيذ في السوق، في قانون سوق رأس المال المصري رقم ٩٥ لسنة ١٩٩٢ ولا في لائحته التنفيذية، وكان هذا الحق مقرر لشركة الوساطة بموجب المادة (٣/٧٩) من لائحة البورصة الملغاة ولكن الذي يباشر التنفيذ (إعادة البيع للأوراق المالية أو شرائها) هو لجنة البورصة وليس الوسيط^(٦٣).

أما موقف القانون الأردني بشأن حق التنفيذ في السوق فلا يوجد نص في قانون الأوراق المالية رقم ١٨ لسنة ٢٠١٧ ولا في النظام الداخلي لشركة بورصة عمان يشير إلى حق الوسيط في التنفيذ في السوق. ولكن على الرغم من عدم وجود النص على هذا الحق في القانون الأردني، إلا أن العرف التجاري يسمح بممارسة هذا الحق في الأسواق المالية ومنها بورصة عمان المالية^(٦٤).

(٦٢) ماهر مصطفى. رسالة دكتوراه بعنوان «النظام القانوني الخاص لشركات السمسرة في الأوراق المالية»، كلية الحقوق، جامعة حلوان، ٢٠٠٨، ص ٢٠٢.

(٦٣) سيد طه. عمليات بورصة الأوراق المالية الفورية والأجلة من الوجهة القانونية، دار النهضة العربية، القاهرة، ٢٠٠١، ص ٢٦٣.

(٦٤) عاشور عبد الجواد. مرجع سابق، ص ٦٣.

أما موقف القانون اللبناني من حق التنفيذ في السوق، فإنه بالإطلاع على نصوص قانون تنظيم الوساطة المالية، ونصوص النظام الداخلي لبورصة بيروت، والتعاميم الصادرة من مصرف لبنان المتعلقة بمؤسسات الوساطة المالية لم أجد نصاً يشير إلى ذلك.

ويرى الباحث ضرورة أن تتضمن تشريعات الدول محل المقارنة نصوصاً قانونية صريحة تشير إلى حق الوسيط المالي الأجنبي في الحصول على غطاء (مبلغ من النقود أو الأوراق المالية) من المستثمر قبل قيامه بعملية التوسط، وفي حالة عدم وجود غطاء يكون من حق الوسيط المالي حق التنفيذ في السوق؛ وذلك حتى يكون هناك وسائل كفيلة بتحقيق أمان قانوني لشركات الوساطة المالية الأجنبية لكي تتمتع بجميع الضمانات والمزايا والتسهيلات بغض النظر عن جنسيتها.

ونقترح أن يكون النص كالاتي «يجب على شركات الوساطة المالية الوطنية، وفروع مؤسسات الوساطة المالية الأجنبية التحقق من وجود الأوراق المالية، أو ثمنها لدى العميل قبل إجراء التعاقد، ولها أن تطلب من العميل أن يسلمها الأوراق أو الثمن قبل التعاقد، وإذا لم يؤدي العميل الثمن أو يسلم الأوراق المالية، فللوسطاء إعادة بيع الأوراق المالية أو شرائها».

المطلب الثاني

واجبات الوسيط الأجنبي

الفرع الأول: إبرام عقد فتح حساب مع كل عميل

تلتزم شركات الوساطة بإبرام عقد فتح حساب مع كل عميل من عملائها، يتضمن طبيعة التعامل بينهما، وجميع التزامات وحقوق الطرفين وفقاً لنموذج خاص، يتضمن معلومات وافية عن العميل^(٦٥).

والواقع أن لهذا الالتزام صدى في القوانين المقارنة، فالمشرع المصري يلزم الوسيط المالي بإبرام عقد فتح حساب مع عملائه، على أن يتضمن العقد البنود الأساسية الآتية:

١ - اسم وكنية ومهنة العميل، ومحل إقامته وصورة من قيد بالسجل التجاري وشكله القانوني، إن كان شخصاً اعتبارياً مصرياً، وسند التأسيس والشكل القانوني إن كان شخصاً اعتبارياً أجنبياً.

٢ - العنوان الذي يتم مراسلة العميل عليه وأرقام هاتفه.

٣ - أسماء وصفة من لهم حق التوقيع عن العميل أو تمثيله لدى الشركة.

٤ - نسخة ضوئية من المستندات المثبتة لشخصية العميل أو من يمثله أو من البطاقة العائلية المثبت بها القاصر.

٥ - بيان ما إذا كان العميل شركة أخرى تعمل في مجال إدارة وتكوين محفظ الأوراق المالية أو في مجال السمسرة في الأوراق المالية أو مديراً أو عاملاً بها أو مساهماً فيها^(٦٦).

(٦٥) محمد إسماعيل. مرجع سابق، ص ٢٤٤.

(٦٦) المادة (٢٥٦) من اللائحة التنفيذية لقانون رأس المال المصري رقم ٩٥ لسنة ١٩٩٢.

ونود أن نلفت النظر إلى أن تحديد البنود التي يجب أن يشملها العقد الذي يبرم بين الشركة والعميل، وإصدار المشرع المصري نموذجاً لهذا العقد لتلتزم شركة الوساطة بإطاره إنما يمثل إدراكاً من المشرع لخصوصية وأهمية شركات الوساطة المالية من ناحية، وأن العديد من العملاء قد لا يكون لديه الخبرة الكافية للتعامل في البوصة ومن ثم قد يتعرض لممارسات تلحق به خسائر كبيرة من ناحية أخرى^(٦٧).

أما المشرع اللبناني فإنه حظر على الوسيط المالي الأجنبي المرخص له بالعمل في بورصة بيروت، ممارسة نشاط لصالح أي من عملائه إلا بعد توقيع عقد خطي صريح معهم، يتضمن البيانات الآتية:

- ١ - الإشارة الصريحة إلى أن العقد منظم وفقاً لأحكام هذا القانون.
- ٢ - هوية المتعاقدين وعناوينهم.
- ٣ - نوع عقد الإدارة (استنسابي أو مقيد).
- ٤ - الجهة المستفيدة منه.
- ٥ - العنوان أو المقام المختار الذي توجه إليه، دورياً، كشوفات الحسابات.
- ٦ - تحديد واضح لفئة ونوعية العمليات أو التوظيفات التي يحق أو لا يحق القيام بها لحساب العميل.
- ٧ - مدة العقد، علماً بأنه يجب أن يلحظ صراحة بأنه يمكن في أي وقت، ولأي من الطرفين إنهاء مدة سريان العقد مع الاحتفاظ بنتائج العمليات الجاري أو التي جرى تنفيذها.
- ٨ - الأتعاب والعمولات والمصاريف التي يحق تقاضيها^(٦٨).

(٦٧) محمد إسماعيل. مرجع سابق، ص ٢٤٦.

(٦٨) المادة (١٧) من قانون تنظيم مهنة الوساطة المالية اللبناني رقم (٢٣٤) لسنة ٢٠٠٠.

ووفقاً للقانون الأردني يجب على الوسيط المالي أن يقوم بإبرام اتفاقية للتعامل بالأوراق المالية مع عميله تحدد حقوق والتزامات الطرفين، على أن تتضمن بحد أدنى المعلومات والشروط التي تتطلبها التشريعات المعمول بها ومنها:

- ١ - اسم وعنوان كل من العضو والعميل.
- ٢ - بيان الخدمات التي سيقدمها العضو لعميله.
- ٣ - بيان العمولات التي سيتقاضاها العضو مقابل خدماته أو الإشارة إلى وثيقة منفصلة تبين هذه العمولات شريطة أن تكون هذه العمولات ضمن الحدود المسموح بها.
- ٤ - أنواع التفاوض التي يجوز للعضو تنفيذ أوامر العميل بموجبها^(٦٩).

الفرع الثاني: الالتزام بالتبصير

الالتزام بالتبصير هو التزام عام قبل التعاقد، يتعلق بالالتزام أحد المتعاقدين بأن يقدم للمتعاقد الآخر عند تكوين العقد البيانات اللازمة لإيجاد رضا سليم كامل متنور تجعله على علم بكافة تفاصيل العقد^(٧٠)، وأن تتسم كل المعلومات التي تصدرها الشركة للعميل بالأمانة والدقة وأن يتضمن جميع البيانات التي يلزم الإفصاح عنها أو التي تعتبر ضرورية بحسب موضوعه. ويحظر على الشركة حجب أي حقائق أو معلومات جوهرية على نحو قد يؤثر على سلامة عملائها^(٧١).

(٦٩) المادة (١٢) من نظام العضوية في شركة بورصة عمان لسنة ٢٠١٨.

(٧٠) محمد إسماعيل. مرجع سابق، ص ٢٤٦.

(٧١) صالح بربري. الممارسات غير المشروعة في بورصات الأوراق المالية، بدون ناشر، ٢٠٠١،

أما عن موقف القوانين المقارنة من هذا الالتزام، فالمشرع اللبناني أوجب على مؤسسات الوساطة المالية الأجنبية إعلام زبائنها بمخاطر العمليات المشتقة أو المركبة، وإعلام زبائنها عند قيامها بعمليات لحسابهم، بكل ما يمكن ان يشكل تعارضاً في المصالح بينها وبينهم يكون متعلقاً بهذه العمليات^(٧٢)، أما المشرع المصري والأردني فلا توجد نصوص صريحة تلزم شركات الوساطة بالتبصير.

ويرى الباحث أنه كان جديراً بالمشرع المصري والأردني أن ينص صراحة على أن تتحمل شركات الوساطة قبل التعاقد بالتبصير لكل عميل يتقدم لإبرام عقد معها للتعامل في مجال الاستثمار في البورصة.

وكان حرياً بالمشرع المصري والأردني وهو يصيغ نموذجاً ملزماً لعقد فتح حسابات بين شركة الوساطة المالية والعميل أن يضمن هذا النموذج نصاً يفيد قيام الشركة بهذا الالتزام بالتبصير اتجاه العميل قبل إبرام العقد.

ويستند رأى الباحث إلى حقائق عدة أهمها:

١ - أن توجه العميل إلى التعامل في الأوراق المالية من خلال البورصة، وتوجيه كل أو جزء من مدخراته لهذا الغرض يجب أن يستند إلى مجموعة من المواءمات والبدائل التي يلزم أن تقوم على أسس موضوعية صحيحة في ضوء ظروفه الخاصة، ولا يجب أن تقوم على أساس عشوائي أو جرياً على تقليد الغير.

٢ - ضعف وربما انعدام الوعي بالقواعد السليمة للتعامل في الأوراق المالية عن طريق البورصة لدى قطاع كبير من المدخرين.

(٧٢) المادة (١٣) من قانون تنظيم مهنة الوساطة المالية اللبناني رقم (٢٣٤) لسنة ٢٠٠٠.

٣ - تكبد العديد من العملاء خسائر كبيرة جراء تعاملاتهم بالبورصة على غير دراية ومعرفة أو خبرة مسبقة، إذ أن غياب وعيهم بطبيعة التعامل في البورصة، وبكيفية الأسس الصحيحة للتعامل دفع البعض منهم إلى اتباع ما يعرف بسلوك القطيع، حيث يندفعون إلى الشراء تأسياً بغيرهم من العملاء المحترفين، اللذين يتخذون الوقت المناسب للبيع محققين مكاسب، في الوقت الذي يتخلف فيه العملاء غير المحترفين عن اللحاق بهم.

الفرع الثالث

الالتزام بتقديم القوائم والتقارير المالية للبورصة

في مصر يقع على عاتق شركات الوساطة المالية واجب تقديم قوائمها المالية السنوية للبورصة في موعد أقصاها تسعون يوماً من تاريخ انتهاء السنة المالية، والقوائم المالية الربع سنوية في موعد أقصاه خمسة وأربعون يوماً من تاريخ انتهاء الربع سنة، وعلى أن تكون كل تلك القوائم معدة طبقاً لمعايير المحاسبة المصرية^(٧٣).

وتلتزم شركات الوساطة المالية الممارسة لنشاطها بموافاة البورصة في أول يوم عمل من كل أسبوع ببيان صافي رأس المال السائل لديها عن يوم العمل الأخير من الأسبوع السابق، معداً وفقاً للمعايير المحددة بقرارات الهيئة العامة للرقابة المالية، على أن يكون معتمداً من العضو المنتدب والمدير المالي للشركة^(٧٤).

ويقدم هذا البيان للبورصة أيضاً دورياً شهرياً، و سنوياً في المواعيد التي تحددها البورصة مرفقاً بالقوائم المالية المختصة، ومعتمداً من السلطة

(٧٣) حسام رضا. مسئولية المستحوذ على شركة المساهمة، دار النهضة العربية، القاهرة، ٢٠١٨، ص ٥٩.

(٧٤) محمد إسماعيل. مرجع سابق، ص ٢٥٥.

المختصة وهي المدير المالي والعضو المنتدب للشركة بالنسبة للبيان الشهري ويضاف إليها مراقب الحسابات بالنسبة للبيانات ربع السنوية والسنوية^(٧٥).

وفي لبنان أوجب المشرع اللبناني على شركات الوساطة المالية الأجنبية تزويد كل من مديرية الشؤون القانونية لدى مصرف لبنان، ولجنة الرقابة على المصارف البيانات المالية السنوية العائدة بالمستندات التالية:

١ - بياناتها المالية السنوية الفردية والمجمعة والمدققة (الميزانية وحساب الأرباح والخسائر وبيان التدفقات النقدية).

٢ - النشرة السنوية التي تصدرها وتتضمن جميع المعلومات المالية وغير المالية عنها وعن مؤسسات مجموعتها.

٣ - تقارير مفوضي المراقبة السنوية وتقارير المتابعة نصف السنوية.

٤ - محاضر الجمعية العمومية ومجلس الإدارة المتعلقة بالمصادقة على الحسابات السنوية وبانتخاب أعضاء ورئيس مجلس الإدارة^(٧٦).

وفي الأردن أوجب المشرع الأردني على الوسيط المالي بأن يقدم إلى البورصة التقارير الدورية الآتية:

١ - تقرير سنوي يتضمن البيانات المالية مدققة من مدقق حساباته خلال تسعين يوماً من تاريخ انتهاء سنته المالية.

٢ - تقرير نصف سنوي يتضمن البيانات المالية للعضو مراجعة من قبل مدقق حساباته خلال ثلاثين يوماً من تاريخ انتهاء نصف سنته المالية^(٧٧).

(٧٥) المادة (٢) من قرار رئيس هيئة سوق المال رقم ١٤ لسنة ٢٠٠٧.

(٧٦) المادة (١) من قرار وسيط ١٠٤٩٤ والصادر من مصرف لبنان بتاريخ ١٩٩٨/٦/٤.

(٧٧) المادة (٢٠) من نظام العضوية في شركة بوضة عمان لسنة ٢٠١٨.

الفرع الرابع

الالتزام بتمكين الهيئات الرقابية من أداء دورها الرقابي على الشركة

إن الرقابة على الشركات الأجنبية والتأكد من قيامها بتنفيذ القوانين المحلية يقتضى اطلاع الهيئات الرقابية على جميع السجلات والدفاتر والمستندات الخاصة بالشركة الأجنبية. وحتى تتمكن الهيئات الرقابية من أداء مهمتها أوجب القانون على مديري الشركات والمسؤولين عن الإدارة فيها أن يقدموا للهيئات الرقابية البيانات والمستندات التي يطلبونها لهذا الغرض^(٧٨).

ففي مصر ألقى المشرع المصري على الهيئة العامة للرقابة المالية مهمة مراقبة تطبيق أحكام قانون سوق رأس المال والقرارات الصادرة تنفيذاً له، وعلى الأخص التأكيد من أن التعامل في الأوراق المالية يتم على أوراق سليمة، وأنه غير مشوب بالغش أو النصب أو الاحتيال أو الاستغلال أو المضارب الوهمية، كما أسند المشرع إلى الهيئة مهاماً أخرى بالإضافة إلى تنظيم وتنمية سوق رأس المال، أهمها الإشراف على توفير ونشر المعلومات والبيانات الكافية عن سوق رأس المال^(٧٩) والتفتيش الدوري على كل الشركات العاملة بمجال الأوراق المالية مرة على الأقل كل سنة، كما تقوم الهيئة بإجراء التفتيش غير الدوري.

على هذه الشركات متى وجدت المبررات والأسباب التي تستدعي القيام بالتفتيش. ويجب على شركات الوساطة تمكين الهيئة من أداء دورها الرقابي وتقديم ما تطلبه من مستندات^(٨٠).

(٧٨) سعيد عبد الماجد. مرجع سابق، ص ٤٥٤.

(٧٩) محمد إسماعيل هاشم. مرجع سابق، ص ٢٥٦.

(٨٠) محمد أحمد محمود عمارنة. رقابة هيئة سوق المال على الشركات المساهمة، الطبعة الأولى، المركز القومي للإصدارات القانونية، القاهرة، ٢٠١٤، ص ٥٨٥.

وفي الأردن تقوم البورصة بالتفتيش على شركات الوساطة المالية بما في ذلك الاطلاع على جميع السجلات والمستندات والبيانات والوثائق والمراسلات والعقود والقرارات الصادرة عنها، وكشف حسابات العملاء والحسابات البنكية للجهات الخاضعة، والحصول على نسخ منها أو الاحتفاظ بأصولها مقابل التوقيع بالاستلام. وللبورصة التحقق من الجهات الخاضعة عن أي معلومات أو ظروف أو ممارسات تراها ضرورية وملائمة لتنفيذ أحكام التشريعات الصادرة عنها. وعلى شركات الوساطة المالية تسهيل مهمة موظفي البورصة المعنيين لدى قيامهم بالتفتيش والتدقيق، وتزويدهم بالمعلومات التي يطلبونها، ويتكون فريق التفتيش والتدقيق من شخصين على الأقل من موظفي البورصة يسميهم المدير التنفيذي للبوصة^(٨١).

وفي لبنان تقوم لجنة الرقابة على المصارف بالرقابة على فروع مؤسسات الوساطة المالية الأجنبية العاملة في لبنان وفقاً للقواعد والأصول المتبعة بالنسبة إلى المصارف أو وفقاً لتلك التي يحددها مصرف لبنان^(٨٢).

وأوجب المشرع اللبناني على مؤسسات الوساطة المالية الأجنبية إعلام لجنة الرقابة على المصارف بالجهة الإشرافية المنوط بها تنفيذ مهام مجلس الإدارة، و«لجنة التدقيق» المتعلقة بموضوع الضبط الداخلي والتدقيق الداخلي كما هي مذكورة في القرارات وفي سائر النصوص التنظيمية الأخرى الصادرة عن مصرف لبنان ولجنة الرقابة على المصارف^(٨٣).

(٨١) المادة (٤) و(٥) من تعليمات التحقيق والتفتيش في شركة بوصة عمان لسنة ٢٠١٨ والصادرة من مجلس مفوضي الأوراق المالية بالقرار رقم ٢٢٧ لسنة ٢٠١٨.

(٨٢) المادة (١٥) من قانون تنظيم الوساطة المالية اللبناني رقم (٢٣٤) لسنة ٢٠٠٠.

(٨٣) المادة (١٢) من قرار وسيط رقم ١٠٧٠٧ والصادر من مصرف لبنان بتاريخ ٢٠١١/٤/١٣.

ويرى الباحث ضرورة أن تكون هناك رقابة فعالة من الدول على هذه الشركات، أياً كان النظام الاقتصادي الذي تتبناه وذلك بأن تضع القواعد الرقابية عليها، للتأكد من جدية وشفافية المعلومات المعلنة، بالإضافة إلى رقابتها على الأسعار ونسب العمولات المتحصلة للشركة من قبل العميل، ومدى الالتزام بجميع القوانين والأنظمة والتعليمات والقرارات الصادرة بمقتضاها بما يخص تداول الأوراق المالية بما يحقق الادخار العام وحماية المصلحة العامة للدولة وحماية المتعاملين مع الشركة، وذلك لان كثيراً من هؤلاء الوسطاء الأجانب إذا تركوا دون رقابة صارمة قد يضرروا باقتصاد البلاد.

خاتمة

أما وقد انتهينا من دراسة المركز القانوني للوسيط المالي الأجنبي في القانون المصري واللبناني والأردني بقى لنا أن نسجل أهم الاستنتاجات والتوصيات على النحو الآتي:

أولاً: الاستنتاجات:

١ - أن المشرع المصري والأردني واللبناني أجازوا للشركات الأجنبية ممارسة مهنة الوساطة المالية في أسواقهم المالية؛ رغبة في الانفتاح الاقتصادي وخدمة الاقتصاد القومي وفتح مجالات استثمارية، ولكي تكون هذه الشركات آلية حيوية بالنسبة للرفاهية الاقتصادية، وجذب الاستثمارات الأجنبية.

٢ - اشترطت القوانين محل الدراسة للاعتراف بالشركات الأجنبية للعمل في مجال الوساطة المالية أن يكون لها فرع داخل الدولة، واشترط المشرع المصري أن تكون الشركة الأجنبية شركة مساهمة أو توصية بالأسهم، أما المشرع اللبناني فقد أجاز للمصارف والمؤسسات المالية المسجلة لدى مصرف لبنان ولمؤسسات الوساطة المالية التي تتوافر فيها الشروط القانونية اعتراف أعمال الوساطة المالية في لبنان، أما المشرع الأردني فقد اشترط أن يكون طالب الترخيص بنكاً، أو شركة مساهمة عامة، أو مساهمة خاصة، أو مسؤولية محدودة تنحصر غاياتها الرئيسية في أعمال الخدمات المالية والحفظ الأمين، واتفقت القوانين محل الدراسة على اشتراط قيد شركات الوساطة الأجنبية بالسجل التجاري ومسك الدفاتر التجارية، ولم تنص التشريعات المقارنة على شرط المعاملة بالمثل.

٣ - اشترطت القوانين محل الدراسة للاعتراف بالشركات الأجنبية للعمل في مجال الوساطة المالية الحصول على ترخيص من السلطات المختصة قبل مزاوله العمل في مجال الوساطة المالية.

٤ - اتفقت القوانين محل الدراسة على إخضاع العقود التي يُبرمها الوسيط المالي الأجنبي للقانون الذي يتفق الأطراف عليه، وفي حال غياب اتفاق الأطراف فقرر القانون المصري والأردني تطبيق القانون المشترك إذا اتحد الموطن وإذا تخلف ذلك يطبق قانون بلد إبرام العقد، أما القانون اللبناني فقرر تطبيق القانون الأكثر صلة بالعلاقة التعاقدية.

٥ - اتفقت التشريعات محل المقارنة على حق الوسيط المالي الأجنبي في الحصول على عمولة نظير الأعمال التي يقوم بها، لكنها اختلفت في تحديد هذه العمولة، فالمشرع المصري والأردني تركا تحديد العمولة للاتفاق بين الوسيط والعميل، في حين أن المشرع اللبناني حدد عمولة الوسيط المالي بنسبة معينة.

٦ - لم تنص التشريعات محل المقارنة على حق الوسيط المالي في الحصول على الضمانات الكافية التي تكفل وفاء المستثمرين بالتزاماتهم.

٧ - اتفقت القوانين محل الدراسة على التزام الوسيط المالي الأجنبي بإبرام عقد فتح حساب مع كل عميل، وبتقديم القوائم والتقارير المالية للبورصة، وبتمكين الهيئات الرقابية من أداء دورها الرقابي على الشركة، ولكنها اختلفت في التزام الوسيط المالي الأجنبي بالتبصير، فالمشرع اللبناني أوجب على الوسيط المالي الأجنبي إعلام زبائنها بمخاطر العمليات المشتقة أو المركبة، وإعلام زبائنها عند قيامها بعمليات لحسابهم، في حين أن المشرع المصري والأردني لم ينص على هذا الالتزام.

ثانياً: التوصيات:

- ١ - أن تضع التشريعات نص خاص يتضمن الشروط الخاصة بالوسيط المالي الأجنبي وفي مقدمة هذه الشروط شرط المعاملة بالمثل.
- ٢ - ضرورة النص في تشريعات الأوراق المالية على تحديد عمولات الوسطاء الأجانب بالإضافة إلى وضع حد أعلى وأدنى للعمولة؛ لتلاقي الغبن والإبتزاز عند نشوء المنازعة على مقدار العمولة التي يتقاضاها الوسيط من عميله.
- ٣ - إضافة نص خاص يمنح مؤسسات الوساطة الأجنبية الحق في الحصول على الضمانات الكافية التي تكفل وفاء المستثمرين بالتزاماتهم كالحق في طلب الغطاء، والحق في التنفيذ في السوق.
- ٤ - أن تضع التشريعات نصاً يفيد التزام شركات الوساطة الأجنبية بتبصير العملاء بكافة تفاصيل العقد، وأن يكون هذا الالتزام ضمن نصوص العقود النموذجية لفتح الحساب مع العملاء.
- ٥ - أن تكون هناك رقابة صارمة من المؤسسات الرقابية على شركات الوساطة المالية الأجنبية بهدف حماية المستثمرين والمساهمة في تحقيق الاستقرار وتقليل المخاطر.

قائمة المراجع

الكتب القانونية:

١. إلياس ناصيف. موسوعة الشركات التجارية، الجزء الأول، الأحكام العامة للشركة، دار الحلبي الحقوقية، لبنان، ٢٠٠٨.
٢. أحمد بركات. الشركات التجارية في القانون المصري، الطبعة الثانية، مركز نشر توزيع الكتاب الجامعي (جامعة أسيوط)، ٢٠٠٩.
٣. أحمد لطفي. معاملات البورصة بين النظم الوضعية الأحكام الشرعية، دار الفكر الجامعي، الإسكندرية، ٢٠٠٦.
٤. إبراهيم سيد. الشركات التجارية فقهاً وقضاءً، دراسة مقارنة بين القانون المصري والكويتي، الطبعة الأولى، المركز القومي للإصدارات القانونية، القاهرة، ٢٠١٥.
٥. القاضي ربحي وآخرون. مبادئ القانون التجاري، الطبعة الثانية، دار يافا العلمية للنشر والتوزيع، الأردن، ٢٠٠٦.
٦. حسام رضا. مسؤولية المستحوز على شركة المساهمة، دار النهضة العربية، القاهرة، ٢٠١٨.
٧. سعيد عبد الماجد. المركز القانوني للشركات الأجنبية، المكتب المصري الحديث للطباعة والنشر بالإسكندرية، ١٩٦٩.
٨. سيد طه. عمليات بورصة الأوراق المالية الفورية والآجلة من الوجهة القانونية، دار النهضة العربية، القاهرة، ٢٠٠١.
٩. شريف الطباخ. الموسوعة الشاملة في الدفوع المدنية، الطبعة الأولى، دار العدالة للنشر والتوزيع، القاهرة، ٢٠١٥.
١٠. صالح بربري. الممارسات غير المشروعة في بورصات الأوراق المالية، بدون ناشر، ٢٠٠١.

١١. طاهر شوقي. عقد بيع الأوراق المالية في البورصة، دار النهضة العربية، القاهرة، ٢٠٠٧.
١٢. عطية فياض. سوق الأوراق المالية في ميزان الفقه الإسلامي، الطبعة الأولى، دار النشر للجامعات، القاهرة، ١٩٩٤.
١٣. عاشور عبد الجواد. النظام القانوني للسمسرة في الأوراق المالية، دار النهضة العربية، ١٩٩٥.
١٤. عصام البهجي. الموسوعة القانونية لبورصة الأوراق المالية في التشريعات العربية، الطبعة الأولى، دار الجامعة الجديدة، الإسكندرية، ٢٠٠٩.
١٥. عمر ناطق. الآلية القانونية لعمل سوق الأوراق المالية عبر شركات الوساطة، دراسة مقارنة، دار النهضة العربية، القاهرة، ٢٠١١.
١٦. محمد عمارنة. رقابة هيئة سوق المال على الشركات المساهمة، الطبعة الأولى، المركز القومي للإصدارات القانونية، القاهرة، ٢٠١٤.
١٧. محمد الصريفي. البوصات، دار الفكر الجامعي، الإسكندرية، ٢٠٠٧.
١٨. محمد يوسف. البورصة، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت، لبنان، ٢٠٠٤.
١٩. محمد إسماعيل. أسواق الأوراق المالية والبورصات المصرية، دار النهضة العربية، القاهرة، ٢٠١٥.
٢٠. ناصر عثمان. عقود الوسطاء في سوق الأوراق المالية، الطبعة الأولى، دار النهضة العربية، القاهرة، ٢٠١٠.
٢١. نادية محمد. دور سماسرة الأوراق المالية كوسطاء للتداول. دار النهضة العربية، القاهرة، ٢٠٠٩.
٢٢. هشام أحمد. المسؤولية المدنية لشركات السمسرة في الأوراق المالية، الطبعة الأولى، دار النهضة العربية، القاهرة، ٢٠١٣.

الأبحاث والدوريات:

١. عباس محمد. المركز القانوني للوسيط في سوق الأوراق المالية (دراسة مقارنة)، بحث منشور على موقع كلية القانون، جامعة كربلاء.
www.law.uokerbala.edu.iq.
٢. مصطفى يس. القانون الواجب التطبيق على العلاقات المتصلة بأسواق الأوراق المالية ذات الطابع الدولي، بحث منشور في مجلة كلية الحقوق للبحوث القانونية والاقتصادية، جامعة الإسكندرية، العدد ١، عام ٢٠٠٦.
٣. جوزيف عجافة. القانون التجاري اللبناني والإنترنت، بحث منشور في مجلة نقابة المحامين في بيروت، السنة السابعة والأربعون، عام ٢٠١٣.
٤. عامر نعمان. الوسيط في سوق الأوراق المالية، بحث مقدّم لنيل شهادة البكالوريوس في القانون، كلية القانون، جامعة القادسية، ٢٠١٧.

الرسائل العلمية:

١. أحلام عنكوش. سوق الأوراق المالية ودوره في تحقيق التنمية الاقتصادية، رسالة ماجستير، كلية العلوم الاقتصادية والعلوم التجارية، جامعة أم البواقي، عام ٢٠١٣.
٢. بن عزوز عبد الرحمن. دور الوساطة المالية في تنشيط سوق الأوراق المالية، رسالة ماجستير، كلية العلوم الاقتصادية، جامعة منتوري قسطنطينية، عام ٢٠١٢.
٣. عبد الجليل السعيد. الاختصاص القانوني والقضائي لعقود الوساطة التجارية، كلية الحقوق، جامعة عين شمس، القاهرة، ٢٠١٨.
٤. عثمان أحمد. «الأحكام والمبادئ العامة المتعلقة بالشركات الأجنبية - دراسة مقارنة»، كلية الشريعة والقانون، جامعة أم درمان الإسلامية، السودان، ٢٠٠٥.
٥. فاروق صابر. دور الوسيط في بورصة الأوراق المالية. رسالة ماجستير، كلية الدراسات العليا، الجامعة الأردنية، عام ٢٠٠٧.

٦. قصي زهير. النظام القانوني للشركات الأجنبية في الأردن، رسالة ماجستير، كلية الدراسات الفقهية والقانونية، جامعة آل البيت، عام ٢٠٠٨.
٧. ماهر مصطفى. النظام القانوني الخاص لشركات السمسرة في الأوراق المالية، رسالة ماجستير، كلية الحقوق، جامعة حلوان، عام ٢٠٠٨.
٨. مراد صائب. مبدأ المعاملة بالمثل في مجال المركز القانوني للأجانب، رسالة ماجستير، كلية القانون، جامعة الموصل، العراق، عام ٢٠٠٤.
٩. نواف عواد. القانون الواجب التطبيق على الوساطة المالية في بورصات الأوراق المالية، رسالة دكتوراه، كلية الحقوق، جامعة عين شمس، ٢٠١٥.

القوانين:

١. قانون رأس مال المصري رقم ٩٥ لسنة ١٩٩٢ ولائحته التنفيذية.
١. قانون تنظيم مهنة الوساطة المالية اللبناني رقم (٢٣٤) لسنة ٢٠٠٠.
٣. قانون تنظيم التعامل بالبورصات الأجنبية الأردني رقم (١) لسنة ٢٠١٧.
٤. قانون الأوراق المالية الأردني رقم (١٨) لسنة ٢٠١٧.

القوانين والأنظمة:

١. قرار وسيط رقم ١٠٧٠٧ والصادر من مصرف لبنان بتاريخ ٢٠١١/٤/١٣.
٢. قرار وسيط ١٠٤٩٤ والصادر من مصرف لبنان بتاريخ ١٩٩٨/٦/٤.
٣. النظام الداخلي لبورصة بيروت الصادرة بالمرسوم رقم ٧٦٦٧ لسنة ١٩٩٥.
٤. نظام العضوية في شركة بورصة عمان لسنة ٢٠١٨ والصادر من قبل مجلس مفوضي هيئة الأوراق المالية بالقرار رقم ٢٢٦ لسنة ٢٠١٨.
٥. تعليمات التحقيق والتفتيش في شركة بورصة عمان لسنة ٢٠١٨ والصادرة من قبل مجلس مفوضي هيئة الأوراق المالية بالقرار رقم ٢٢٧ لسنة ٢٠١٨.
٦. قرار رئيس هيئة سوق المال المصري رقم (١٤) لسنة ٢٠٠٧.
٧. قرار وزير الاستثمار المصري رقم (٢٣١) لسنة ٢٠٠٨.

Abstract

The study aimed to know the position of the legislator of Egypt, Lebanon and Jordan to recognize foreign companies to practice the profession of financial intermediation in the stock market, and the legal implications thereof.

The study reached a set of results, the most important of which is the recognition of the legislation under study by foreign companies to practice the profession of financial intermediation in the stock exchange.

The recognition of the comparative legislation of the foreign financial intermediary has resulted in a number of effects, such as the right to receive commission for the services provided to customers, the right to request cover, the right to practice execute in the market, the commitment to conclude an account opening contract with each client, to submit statements and reports to the stock exchange, to enable regulatory bodies to perform their supervisory role over the company.

The study recommended that the legislation shall include a special provision that includes the conditions of the foreign financial intermediary. In particular, the requirement of reciprocity, the need to stipulate in the securities legislation the commissioning of foreign intermediaries, in addition to setting a higher and lower end of the commission, The right to obtain adequate guarantees to ensure that investors meet their obligations, and the establishment of a special technical committee of the regulatory bodies, whose task is to periodically inspect the foreign brokerage firms dealing in the stock exchange.

Keywords: Financial intermediary, Foreign companies, Stock market.



متطلبات وشروط النشر بالمجلة

أن يمثل البحث إضافة علمية، نظرية أو تطبيقية، في أحد الموضوعات التي تشغل الفكر القانوني، وأن يتسم البحث بالعمق وبسلامة ودقة اللغة، وأن يكتب باللغة العربية أو الإنجليزية.

متطلبات النشر

١. يجب إتباع الأصول العلمية والقواعد المتبعة في البحث العلمي.
٢. يجب أن لا تزيد عدد صفحات البحث عن (٣٠) صفحة.
٣. يجب أن يكتب عنوان البحث، وإسم الباحث، وعنوانه، ولقبه العلمي، والجهة التي يعمل بها على صفحة مستقلة (باللغة العربية والإنجليزية).
٤. يجب أن يُرفق بالبحث ملخص باللغتين العربية والإنجليزية في صفحة واحدة بحدود (٢٠٠) كلمة لكل ملخص، في حالة ما يكون البحث المقدم بلغة أجنبية يجب إرفاق ملخص له باللغة العربية، وأن يتضمن البحث كلمات دالة على التخصص الدقيق للبحث، وعلى مقدمة، وأن يُقسّم البحث إلى أقسام وقائمة للمصادر والمراجع.
٥. يجب أن تكون البحوث أن تكون مطبوعة على الحاسب الآلي على وجه واحد وأن يُزوّد مدير التحرير بثلاث نسخ منه مع نسخة على قرص مدمج أو تُرسل بالبريد الإلكتروني لعنوان المجلة، وأن تحتوي على ما يلي:
 - أ. برنامج الـ Word.
 - ب. متن النص Simplified Arabic، حجم ١٤ عادي.
 - ج. متن الهامش Simplified Arabic، حجم ١٢ عادي.
 - د. العناوين الرئيسية Simplified Arabic، حجم ١٦ عادي.
 - هـ. العناوين الفرعية Simplified Arabic، حجم ١٤ عادي.
 - و. أما في ما يخصّ البحوث المقدمة باللغة الإنكليزية فيكون حجم الخط ١٢، نوع Times New Roman.
٦. تُدرج الرسوم البيانية والأشكال التوضيحية في النص وتكون الرسوم والأشكال باللونين الأبيض والأسود وترقّم ترقيماً متسلسلاً وتكتب أسماؤها والملاحظات التوضيحية في أسفلها.

٧. تُدرج الجداول في النص وتُرقَّم ترقيماً متسلسلاً وتُكتب أسماؤها أعلاه أما الملاحظات التوضيحية فتُكتب أسفل الجدول.
٨. يجب كتابة مصادر ومراجع كل صفحة في هامشها.

شروط النشر

١. تخضع البحوث والدراسات والمقالات المقدّمة إلى المجلة للتحكيم حسب الأصول المتّبعة «من خلال إستمارة تقييم قبول البحث للتحكيم وإستمارة تحكيم قبول البحث للنشر».
٢. تُقبل البحوث باللغة العربية والإنجليزية والفرنسية.
٣. يتعيّن أن لا يكون البحث أو الدراسة أو المقالة المقدّمة للنشر قد سبق نشرها أو قدّمت للنشر في مجلة أخرى، ويُقدّم الباحث تعهداً بذلك.
٤. يلتزم الباحث بعدم إرسال بحثه أو دراسته أو مقاله لأيّ جهة أخرى للنشر حتى يصله ردّ المجلة.
٥. يلتزم الباحث بإجراء تعديلات المحكمين على بحثه أو دراسته أو مقاله وفق التقارير المُرسلة إليه، وموافاة المجلة بنسخة معدّلة في مدة لا تتجاوز (١٥) يوماً من تاريخ تسلمه التعديلات.
٦. لا يجوز للباحث أن يطلب عدم نشر بحثه أو دراسته أو مقاله بعد إرساله للتحكيم إلّا لأسباب تقتنع بها إدارة المجلة.
٧. يُخطر أصحاب البحوث والدراسات والمقالات الواردة بوصولها إلى المجلة خلال (١٥) يوماً من تسلمها.
٨. يُخطر أصحاب البحوث والدراسات والمقالات حول صلاحيتها للنشر أو عدمه خلال مدة لا تتجاوز شهراً من تاريخ وصولها لإدارة المجلة.
٩. تعتبر قرارات مجلس الإدارة بشأن البحوث والدراسات والمقالات المقدّمة إلى المجلة نهائية ويحتفظ المجلس بحقه في عدم إبداء مبررات لقراراته.
١٠. في حال قبول البحث أو الدراسة أو المقالة للنشر في المجلة لا يُسمح للباحث بنشره في مكان آخر إلّا بعد مرور سنة كاملة على تاريخ نشره فيها وبإذن كتابي من مدير التحرير.