



مجلة مَجْهَدُ الْقَضَاءِ

مجلة دورية قانونية تصدر عن معهد الكويت للدراسات القضائية والقانونية - السنة العاشرة - العدد التاسع عشر (ذو القعدة ١٤٣١ هـ - أكتوبر ٢٠١٠ م)

العنف
الأسري



بسم الله الرحمن الرحيم



فَطَوَّعَتْ لَهُ نَفْسُهُ قَتْلَ أَخِيهِ فَقَتَلَهُ فَأَصْبَحَ مِنَ الْخَاسِرِينَ ﴿٣٠﴾

صدق الله العظيم

(سورة المائدة : ٣٠)



عن عائشة أم المؤمنين رضي الله عنها قال رسول الله صلى الله عليه وسلم
"إن من أكمل المؤمنين إيماناً أحسنهم خلقاً وأطفهم بأهله

(الجامع الصغير في أحاديث البشير النذير

الإمام جلال الدين السيوطي)



تتقدم أسرة مجلة معهد القضاء بأحر التهاني القلبية بمناسبة عيد الأضحى المبارك إلى:

حضرة صاحب السمو أمير الكويت
الشيخ صباح محمد الجابر الصباح حفظه الله



سمو ولي العهد
الشيخ نواف الله محمد الجابر الصباح حفظه الله



سمو رئيس مجلس الوزراء
الشيخ ناصر المحمد الحمد الصباح حفظه الله



وأصحاب المعالي والسعادة رئيس مجلس الأمة ورئيس وأعضاء
المجلس الأعلى للقضاء والوزراء وأعضاء مجلس الأمة والشعب
الكويتي الكريم والأخوة المقيمين والأمميتين العربية والإسلامية

كلمات خالدة



«إن الأوضاع الدولية بشكل عام و أوضاع عالمنا العربي و منطقتنا الخليجية بشكل خاص تمر بتطورات و مستجدات في غاية التعقيد، تتطلب أن نكون إزاءها من الثبات بحيث لا تجرفنا، و من المرونة بحيث لا تتجاوزنا ، فأعمال العنف و القتل و الإرهاب تحصد العديد من الأبرياء و تروع الآمنين ، و الحروب التي تشن على شعوب مسالمة تحمل معها الدمار و الهلاك ، و نحن بحاجة إلى تقوية التعاون الفعال مع الدول الشقيقة و الصديقة لما فيه مصلحة دولنا ، و تحقيق الأمن و السلام في العالم.»

النطق السامي لحضرة صاحب السمو أمير البلاد الشيخ صباح الأحمد الجابر الصباح
حفظه الله و رعاه في افتتاح دور الانعقاد الثاني من الفصل التشريعي الحادي عشر لمجلس
الأمة يوم الاثنين الموافق ٣٠ أكتوبر ٢٠٠٦ م



المحتويات

مجلة معهد القضاء

مجلة دورية تصدر عن معهد الكويت
للدراستات القضائية والقانونية

رئيس هيئة التحرير

المستشار/ عبد الله علي العيسى

رئيس التحرير

المستشار/ جمال حمد الشامري

أعضاء هيئة التحرير

المستشار/ خالد سالم

المستشار/ عادل بورسلي

المستشار/ عبد المنعم ابراهيم

الأستاذ الدكتور/ أحمد الملحم

أسرة التحرير

المستشار/ محمد رشدي

عضو المكتب الفني بالمعهد

منى البصري

محمد الزموري

سارة الفضلي

مدير التحرير

عنان يوسف المطوع

التدقيق اللغوي

محمد السلومي

للمراسلة و الإستفسار

تليفاكس: ٢٢٤٥٨٢١٨ - مباشر: ٢٢٣٠٠١١٦

ص.ب: ٥٣٧٨ الصفاة - رمز بريدي ١٣٠٥٤ الكويت

www.kijs.gov.kw

E.mail:magazine@kijs.gov.kw

٦	الافتتاحية: مدير التحرير
٧	كلمة العدد: ظاهرة العنف: الأستاذ الدكتور/ أحمد الملحم
٩	مقدمة قضية العدد
١١	جرائم العنف الأسري: المستشار/ محمد رشوان
٢٤	«ظاهرة العنف الأسري الأبعاد النفسية والتربوية» الأستاذ الدكتور/ عبدالرحمن الأحمد
٢٤	الأستاذ / وفقى حامد أبو علي
٥٠	بحوث قانونية: ١ - الموجز في عقد B.O.T في ضوء القانون والفقه والقضاء: المستشار/ أيمن عبدالرحمن
٩٢	٢ - أثر الاتفاقيات الدولية في مجال الملكية الفكرية على الغذاء والزراعة في الدول النامية: الدكتور / حسام الدين عبدالغني الصغير
١٢٢	٣ - بدائل إجراءات الدعوى الجزائية: الدكتور/ علي عدنان الفيل
١٤٤	٤ - الطريق إلى مجلس الأمة «الاختصاص بالطعون في العملية الانتخابية» الأستاذة الدكتورة/ عزيزة الشريف
١٦٨	٥- التطبيق للضرر «فقها وتشريعاً وقضاء: المستشار/ ناجي عبداللطيف
١٩٠	وجهة نظر: ١- نشوز الزوجة وحققها في السفر في القانون الكويتي
	المستشار/ عبدالحى عوجة

٢- الأخطاء الطبية

الدكتور / ابراهيم بهبهاني ١٩٤

استطلاع: العنف الأسري

الأستاذة / اقبال الرميضين ٢٠٠

ثقافة قانونية:

«مكافحة الاتجار بالبشر»

أسرة التحرير ٢٠٤

المعجم القانوني:

أسرة التحرير ٢٠٦

جولة في دولة (جمهورية البرازيل الاتحادية)

أسرة التحرير ٢٠٨

اطروحات علمية: التناسب بين الجزاء والمخالفة التأديبية:

الأستاذ/ حبيب أحمد المناور ٢١٢

من مكتبة المعهد: عرض كتاب الحماية الدولية لحقوق الطفل

أسرة التحرير ٢٢٤

مبادئ وأحكام قضائية:

أسرة التحرير ٢٣٨

آخر المطاف:

رئيس التحرير

المستشار/ جمال الشامي ٢٥١

فهرس الملحق الوثائقي

الإفتاحية

منذ فجر التاريخ، لجأ الإنسان إلى أساليب عديدة من العنف واستخدام القوة لإشباع حاجاته الشخصية بما فيها النفسية والجسدية والاجتماعية. ولم تأت الاعتبارات الأخلاقية والمعنوية، حتى مفاهيم الضمير والانتماء والمصلحة العامة لم تنشأ إلا في فترة متأخرة من تاريخ الإنسان على هذه الأرض لتحد من اتساع العنف وانتشاره على خارطة المجتمع الإنساني المتميز بأنظمته وهياكله الاجتماعية والأخلاقية والقانونية التي جعلته مختلفاً اختلافاً عن المجتمعات المحكومة بهياكل شريعة الغاب ونظمها.

والعنف هو سلوك إيذائي، قوامه إنكار الآخر وقد عرفته موسوعة الجريمة والعدالة بأنه : « كل صور السلوك ، سواء كانت فة أو تهديدية التي ينتج عنها أو قد ينتج عنها تدمير وتحطيم للممتلكات أو إلحاق الأذى أو الموت بالفرد أو الجماعة والمجتمع »، وبصفة عامة فالعنف هو المس بسلامة الجسم أو المال ولو لم يكن جسيماً.

ونظراً لكون العنف ظاهرة مركبة، نشأت عن اجتماع جملة من العناصر والأسباب وتضافرها على النحو الذي لا يمكن إرجاع هذه الظاهرة إلى سبب أو عنصر واحد دون سواه.

ولا يمكن فهم هذه الظاهرة إلا ضمن شبكة العوامل والأسباب التي أفضت إلى بروزها وأدت إلى ظهورها.

فقد حرصت مجلة معهد القضاء في عددها هذا، أن تتناول الظاهرة بالرصد والتحليل من المنظور القانوني والاجتماعي (السيكولوجي) حتى تستطيع ربط خيوط هذه الدائرة وفهمها واستيعابها.

وبذلك تكون مجلة معهد القضاء جرياً على عاداتها قد ساهمت في تحديد بعض مفاهيم ظاهرة العنف بالبحث والتحليل حتى تسلط الضوء على بعض من أسبابها وآثارها نساهم مع المختصين في وضع تصور للحد من تفشي هذه الظاهرة في المجتمعات المدنية.

عنان المطوع

مدير التحرير



الأستاذ الدكتور: أحمد عبدالرحمن الملحم

تجتاح المجتمع الكويتي في الآونة الأخيرة ظاهرة غريبة ودخيلة بدت تستفحل وتنتشر كالنار في الهشيم، تتمثل في ظاهرة العنف، وذلك على الصعيد الأسري بشكل خاص وعلى الصعيد المدرسي والمجتمعي بشكل عام. ومفهوم العنف لا يقتصر على العنف الجسدي أو اللفظي، وذلك بإحداث إصابات جسدية أو بتوجيه عبارات جارحة من سب وقذف ترصد لها القوانين الجزائية عقوبات رادعة، وإنما يمتد مفهوم العنف إلى ما يسمى العنف المعنوي أو العنف السلبي، وهو الإهمال حال وجوب الرعاية، ومثال ذلك إهمال رعاية الأب للأبناء أو إهمال رعاية الزوج لزوجته. وقد قال الله تعالى « من قتل نفسا بغير نفس أو فساد في الأرض فكأنما قتل الناس جميعا ومن أحياها فكأنما أحيا الناس جميعا » (سورة المائدة: آية ٣٢)، وقال رسول الله صل الله عليه وسلم « كل المسلم على المسلم حرام: عرضه، وماله، ودمه، التقوي ههنا، بحسب امرئ من الشر أن يحقر أخاه المسلم. »

ومن مظاهر العنف التي تطفو على سطح الأحداث اليومية، جرائم القتل بين طلبة المدارس، وجرائم الاعتداء على المدرسين، والاعتداءات الجنسية على أطفال، وإضرار حريق عمداً، وسلب المال بالقوة، وحباسة مواد مخدرة بقصد التعاطي، والسرقعة بالكسر، وحباسة سلاح دون ترخيص، والخطف، كما يلاحظ تزايد أعداد الأحداث الموقوفين بدار الملاحظة، مما ينذر بوجود مشكلة اجتماعية تستدعي حلاً ناجعاً وناجراً. وقد أظهرت إحصائيات البحث الاجتماعي - وفق جدول ٢٠٠٩ - أن عدد الحالات هو ١٧٥٠ حالة كان نصيب محافظة الجهراء ٣٢,٧٪ ثم محافظة الأحمدية نسبة ١٩,٤٪، يليها محافظة الفروانية بنسبة ١٧,٣٪، ومحافظة حولي بنسبة ١٤,٢٪، ثم محافظة العاصمة نسبة ٨,٤٪، وأخيراً محافظة مبارك الكبير بنسبة ٧,٦٪.

وتعزى أسباب استفحال ظاهرة العنف في المجتمع إلى جملة من المعطيات، تتمثل في ضعف الوازع الديني، وغياب التنشئة الصالحة، واضمحلال دور الأسرة في النصح والإرشاد، واضطراب المثل العليا في المجتمع، وبالجملة ثمة أسباب تعود إلى ضعف دور الأسرة وأسباب أخرى تعود إلى غياب دور الدولة وضعف أداء مؤسساتها المدنية في ممارسة مهمة النصح والإرشاد، وفرض الأمن.

وإذا كان المشرع قد رصد عقوبات زاجرة في طيات القوانين الجزائية لردع جرائم العنف من قتل وجرح وضرب وإيذاء تتراوح بين الإعدام والحبس المؤبد والحبس المؤقت والغرامات، وكانت هذه العقوبات غير منتجة لآثارها أو غير مؤدية إلى نزول معدلات جرائم العنف، فإنه يقع على عاتق المشرع التزام دراسة هذه الظاهرة من أبعادها المختلفة، من أجل الوقوف على أسبابها وطرائق مواجهتها.

ولعله من المناسب التأكيد على أن وسائل الإعلام تلعب دوراً مؤثراً في تفعيل أو تقليل ظاهرة العنف، سواء أكان في منحها الإيجابي أم السلبي، فإذا كانت البرامج الإعلامية هادمة في مضمونها ومضطربة في أهدافها، فمن المؤكد أن تكون نتائجها مختلة وآثارها خاوية، وهو الأمر الذي يلقي على وسائل الإعلام عبء جسيم في دراسة مضامين البرامج الإعلامية قبل بثها بغية الارتقاء بقيم المجتمع، فمن المتعين الابتعاد عن تلميع الشخصية التي تتقاضي حقوقها بالعنف والقوة وجعلها محور العمل، وبدلاً من ذلك ترسيخ الشخصية التي تتقاضي حقوقها بالارتكان إلى القانون.

ومن الأهمية بمكان كبير غرس قيم احترام القانون في نفوس الأطفال، في صغائر الأمور وعظيمها، فإذا كان الحدث على يقين بأن استعراضه للقوة أمام الآخرين يزيد من مكانته، مع اطمئنانه بأن ثمة من «يفزع» له لاستثنائه من سريان القانون عليه، فإنه لا غرابة في زيادة معدلات جرائم العنف في المجتمع، فمن أمن العقوبة أساء الأدب، وأمل الإفلات من العقوبة إغراء دائم بالإجرام. ويتمين أن يستشعر الأبناء حديث الرسول صل الله عليه وسلم أنه قال « من أشار إلى أخيه بحديدة فإن الملائكة تلغنه حتى ينزع (يرمى) وإن كان أخاه لأبيه وأمه. »



ولا يقع اللوم في مجمله على رجال الأمن وحدهم، وإنما تتحمل أجهزة الدولة جميعها أسباب استشرَاء ظاهرة العنف، بدءاً من الأسرة ثم الجهات التربوية والوسائل الإعلامية والأجهزة الأمنية والجهات التشريعية، حيث أنه ينبغي تضافر جهود تلك الجهات لوضع لبنات تفكيك عوامل ظاهرة العنف في المجتمع.

وليس من شك أنه ثمة عوامل كلما زادت معدلاتها أدت بالضرورة إلى نزول معدلات جرائم العنف في المجتمع، ومن ذلك غرس الوازع الديني في نفوس الناشئة والترابط والاستقرار الأسري وانخفاض معدلات البطالة وانتشار رجال الأمن في الأماكن العامة وتطبيق القانون على الكافة دون استثناء.

ويتعين أن تضطلع لجنة الظواهر السلبية في مجلس الأمة بمهمة دراسة هذه الظاهرة وتضعها من ضمن أولوياتها، وتستنهض همم بعض مؤسسات الدولة، ونقترح - في هذا الصدد - أن تشكل لجنة وطنية لدراسة ظاهرة العنف بتمويل من مؤسسة الكويت للتقدم العلمي ويشترك في هذه اللجنة جامعة الكويت ولاسيما من كلية الحقوق والشريعة والتربية ووزارات الداخلية والتربية والإعلام تحت مظلة لجنة الظواهر السلبية في مجلس الأمة وذلك بهدف إجراء أي تعديلات تشريعية أو تصويبات في مناهج تربوية أو إدخال وسائل عقابية تتناسب مع نوع الجريمة.



عانت كثير من المجتمعات الغربية من انتشار ظاهرة العنف بها، وفي ذات الوقت كانت مجتمعاتنا العربية تزدهو بما ينعم به أفرادها من روح التسامح والمودة والحب سواء في نطاق الأسرة الواحدة أو سائر العلاقات، إلا أنه في السنوات الأخيرة بدأت تهب علينا رياح العنف، فشملت إيذاء الأطفال والاعتداء المتبادل بين الأزواج، بل ومن أسف استتال ذلك إلى عقوق الوالدين والمعلمين، فانتشر التعدي على كل هؤلاء سواء كان ذلك بالقول، أو بالقتل، أو بالضرب، أو التعريض للخطر، وأصبحت وسائل الإعلام تطالعنا بحوادث العنف التي يقشعر منها البدن وترجف النفس، وهذا السلوك يهدد كيان الأسر واستقرار المجتمع، من أجل ذلك ارتأت هيئة إصدار المجلة معالجة هذا الموضوع في قضية العدد من المنظور الاجتماعي وتصدي القانون لهذا الانحراف السلوكي والتطبيقات القضائية بخصوصه.

أسرة التحرير





المستشار/ محمد طه رشوان

رئيس النيابة

مقدمة

الحمد لله والصلاة والسلام على سيدنا وإمامنا ومولانا محمد بن عبدالله الرحمة المهداة وعلى آله وصحبه وسلم... أما بعد .
فإن العنف الأسري هو أشهر أنواع العنف البشري انتشاراً في زماننا هذا ، والعنف هو استخدام القوة المادية أو المعنوية لإلحاق الأذى بآخر استخداماً غير مشروع، والعنف الأسري يشمل العنف الزوجي تجاه زوجته ، وعنف الوالدين تجاه الأولاد وبالعكس، كما أنه يشمل العنف الجسدي والجنسي واللفظي وبالتهديد، والعنف الاجتماعي والفكري، ونظراً لما يترتب على العنف الأسري من آثار خطيرة على الزوجين والأولاد والمجتمع ولما يمثل من خطورة بالغة على العائلة والمجتمع كانت أهمية هذه الدراسة .

وسوف نتناول الموضوع في ثلاثة فصول:

الفصل الأول: تعريف العنف الأسري وأنواعه وأسبابه.

الفصل الثاني: نماذج من بعض جرائم العنف الأسري.

الفصل الثالث: سبل الوقاية من العنف الأسري والتوصيات.

الفصل الأول: تعريف العنف الأسري وأنواعه وأسبابه

أولاً- تعريف العنف الأسري:

هو أحد أنواع الاعتداء اللفظي أو الجسدي أو الجنسي والصادر من قبل الأقوى في الأسرة ضد الفئة الأضعف، مما يترتب عليه أضرار بدنية أو نفسية أو اجتماعية، وهو أهم أنواع العنف وأخطرها، ولذا حظي بالاهتمام والدراسة كون الأسرة هي ركيزة المجتمع، وأهم بنية فيه، والعنف الأسري هو نمط من أنماط السلوك العدواني والذي يُظهر فيه القوي سلطته على الضعيف لتسخيره في تحقيق أهدافه وأغراضه الخاصة مستخدماً بذلك كل وسائل العنف، سواء كان جسدياً أو لفظياً أو معنوياً، وليس بالضرورة أن يكون الممارس للعنف هو أحد الأبوين، وإنما الأقوى في الأسرة، وقد يكون الممارس ضده العنف هو أحد الوالدين إذا وصل لمرحلة العجز وكبر السن.

ثانياً- أنواع العنف:

للعنف أنواع كثيرة، منه المادي المحسوس والملموس النتائج، الواضح على الضحية، ومنه المعنوي الذي لا نجد آثاره في بادئ الأمر لأنه لا يترك أثراً واضحاً على الجسد، وإنما تكمن آثاره في النفس.



قضية العدد

• العنف المادي:

١. الإيذاء الجسدي:

وهو كل ما قد يؤذي الجسد ويضره نتيجة تعرضه للعنف، مهما كانت درجة الضرر.

٢. القتل:

وهو أبشع أنواع العنف المادي، وأشدّها قسوة، ويقع معظمه دفاعاً عن الشرف في المجتمعات المحافظة والتي تحكمها العادات والتقاليد.

٣. الاعتداءات الجنسية:

وهي أشد أنواع الاعتداء إيلاًماً للنفس، فالاعتصاب على سبيل المثال تتجرع فيه الضحية الآلام النفسية وتلازمها الاضطرابات الانفعالية طوال حياتها.

• العنف المعنوي:

١. الإيذاء اللفظي:

وهو كل ما يؤذي مشاعر المجني عليه من شتائم وسباب وألفاظ تحمل التجريح مما يشعره بالامتهان والازدراء.

٢. الحبس المنزلي أو انتقاص الحرية:

وهو نوع من العنف المعنوي يمارس ضد النساء والفتيات، حتى وإن لم تكن هناك أسباب داعية لممارسته، والحبس المنزلي قد يكون أمراً شائعاً لدى بعض الأسر، خصوصاً إذا بدر من الضحية سلوك مشين في نظر الأسرة.

٣. الطرد من المنزل:

وهو سلوك شائع لدى بعض الأسر في مجتمعاتنا العربية يستخدمه الأبوان عند عدم التمكن من تهذيب سلوك الابن الضحية، وهو بالطبع يمارس ضد الذكور.

ثالثاً - أسباب العنف الأسري:

ظاهرة العنف الأسري جاءت نتيجة للحياة العصرية، فالضغط النفسي والإحباط المتولد من طبيعة الحياة العصرية اليومية، يعد من المنابع الأولية والأساسية لمشكلة العنف الأسري، ولقد أثبتت الدراسات على مستوى العالم الغربي والعربي أن أبرز المسببات وأكثرها انتشاراً هو تعاطي الكحول والمخدرات، يأتي بعده في الترتيب الأمراض النفسية والاجتماعية لدى أحد الزوجين أو كلاهما، ثم اضطراب العلاقة بين الزوجين لأي سبب آخر غير ما تقدم.



وعليه فإن دوافع العنف الأسري تتمثل فيما يلي:

١. الدوافع الذاتية:

وهي تلك الدوافع التي تتبع من ذات الإنسان، والتي تقوده نحو العنف الأسري، ولقد أثبتت الدراسات الحديثة بأن الطفل الذي يتعرض للعنف إبان طفولته يكون أكثر ميلاً نحو استخدام العنف من ذلك الطفل الذي لم يتعرض للعنف فترة طفولته.

٢. الدوافع الاقتصادية:

وهذا النوع من الدوافع يشترك فيه كل أنواع العنف، ولكن في محيط الأسرة لا يهدف الأب من وراء استخدامه العنف إزاء أسرته الحصول على منافع اقتصادية، وإنما يكون العنف ترفيهاً لشحنه الغضب والفقر والخيبة وقلة الحيلة التي يشعر بها الأب نتيجة لظروفه الاقتصادية.

٣. الدوافع الاجتماعية:

إن العادات والتقاليد الراسخة في مجتمع ما، قد تدفع الأب إلى قيادة أسرته من خلال العنف، كأن تكون تلك العادات تتطلب من الرجل بحسب ما يعتقدون قدرًا من الرجولة تدفعه إلى ذلك العنف والقوة لقيادة الأسرة ويصبحان مقياس مقدار الرجولة، وهذا النوع من الدوافع يتناسب طردياً مع الثقافة التي يحملها المجتمع،

الفصل الثاني: « نماذج من بعض جرائم العنف الأسري »

أولاً: بعض جرائم العنف الأسري التي تخرج عن التأثيم لتوافر سبب من أسباب الإباحة

بدايةً نود أن ننوه ونحن في مجال بحثنا في جرائم العنف الأسري إلى أنه من المقرر قانوناً أنه لا يكفي لقيام الجريمة التحقق من خضوع الفعل أو الامتناع المكون لها لنص تجريم سار من حيث الزمان والمكان والأشخاص ، وإنما يلزم فوق ذلك توافر الشق الآخر من الإطار القانوني اللازم لقيامها، وهو عدم خضوع ذات الفعل أو الامتناع لنص أو قاعدة من قواعد الإباحة، فإذا قرر القانون حقاً لشخص أو رخص له بعمل ما ، فيستفاد من هذا ضمناً إباحة جميع الأفعال التي من شأنها ممارسة ذلك الحق أو التي يقوم عليها ذلك الترخيص، وهذا السبب للإباحة يبدو بديهياً تفضي به الأحكام العامة في القانون بغير نص يقرره ولا يقع الفعل الذي يُباشَر استعمالاً لحق في دائرة الإباحة إلا إذا استوفى الشروط العامة التي تتحقق بها علة الإباحة وهي: وجود الحق، والتزام حدود الحق ، وحسن نية مستعمل الحق فبهذا وحده يمكن القول إن الفعل المباح قد اعتبر كذلك لأنه وسيلة مشروعة لاستعمال الحق، وقد نصت المادة (٢٨) من قانون الجزاء الكويتي على ذلك بقولها إنه « لا جريمة إذا ارتكب الفعل بنية حسنة استعمالاً لحق يقرره القانون، بشرط أن يكون مرتكباً قد التزم حدود هذا الحق ».

وإذ كان ما تقدم وكانت تطبيقات الإباحة استعمالاً للحقوق تتعدد بتعدد هذه الأخيرة ، ويرجع في دراسة كل جريمة على حدة لمعرفة مدى إباحتها استعمالاً لحق ، ونستعرض فيما يلي أكثر التطبيقات شيوعاً وأكثرها اتصالاً بموضوع بحثنا في جرائم العنف الأسري ألا وهو الحق في التأديب.



١. تأديب الزوجة

يثبت هذا الحق للزوج وفقاً للشرعية الإسلامية باعتبارها مصدر ذلك الحق ، وإليها يلزم الرجوع لمعرفة شروط إبادة استعماله ، وإن كان ذلك يدخل في عموم ما نصت عليه المادة (٢٩) من قانون الجزاء الكويتي التي يجري نصها على أنه «لا جريمة إذا وقع الفعل استعمالاً لحق التأديب من شخص يخول له القانون هذا الحق ، بشرط التزامه حدوده واتجاه نيته إلى مجرد التهذيب».

وقد استقر الفقه على الأخذ بهذا الحق وفقاً للصيغة المعتدلة التي تكرسها الشريعة الإسلامية وسند الحق في الشريعة قوله تعالى ﴿وَالَّتِي تَخَافُونَ نُشُوزَهُنَّ فَعِظُوهُنَّ وَاهْجُرُوهُنَّ فِي الْمَضَاجِعِ وَاضْرِبُوهُنَّ فَإِنِ اطَّعْنَكُمْ فَلَا تَبْغُوا عَلَيْهِنَّ سَبِيلًا﴾ (سورة النساء آية ٣٤) وقوله صلى الله عليه وسلم في حجة الوداع: «استوصوا بالنساء خيراً فإنما هن عندكم عوان ليس تملكون منهن شيئاً غير ذلك إلا أن يأتين بفاحشة مبينة فإن أطعنكم فلا تبغوا عليهن سبيلاً».

وقد حدد الفقهاء شروط إبادة استعمال هذا الحق من ثلاثة وجوه: مجاله ووسيلة استخدامه وغايته فمن ناحية ، لا يثبت الحق محل البحث إلا إذا أتت الزوجة معصية لم يرد بها حد من الحدود الشرعية المقررة «وهي الجرائم المقرر لها عقوبات محددة معروفة سلفاً ولم يتم إبلاغها إلى ولي الأمر أي السلطات العامة» فإذا كانت المعصية حداً أو كانت دون ذلك وأبلغ به ولي الأمر لاتخاذ الإجراءات المعتادة ، انحسر الحق في التأديب بشأنها ، ومن ناحية ثانية ، تنقيد إبادة هذا الحق بوسيلة استعماله ، حيث يلزم أن يجيء الضرب في المرحلة الثالثة بعد استفاد مرحلتَي الوعظ والهجر في المضجع وإصرار الزوجة على المعصية رغم ذلك ، كما يلزم - حتى يباح الضرب تأديباً - أن يكون بسيطاً أو خفيفاً ، فإن كان شديداً أو شائناً فلا إبادة ، . وقد حكم تطبيقاً لذلك أنه إذا تجاوز الزوج حد الإيذاء الخفيف فأحدث أذى بجسم زوجته كان معاقباً عليه قانوناً ، ولو كان الأثر الذي حدث بجسم الزوجة لم يزد عن سحجات بسيطة ، وأن ذلك القدر كاف لاعتبار ما وقع منه خارجاً عن حدود حقه المقرر بمقتضى الشريعة ومستوجباً للعقاب ، وقد حددت محكمة النقض المصرية في حكم آخر ماهية الضرب الفاحش بأنه «هو الذي يؤثر في الجسم ويغير لون الجلد» كما حكم بأنه إذا تعدى الزوج حق التأديب وضرب الزوجة على رأسها ضربة أحدثت لها الوفاة وجب اعتبار الواقعة ضرباً أفضى إلى موت «والغرض هنا أن الزوج قصد التجاوز وإلا سئل عن قتل خطأ».

ومن ناحية ثالثة ، تنقيد إبادة استعمال حق التأديب بالغاية منه: فلا إبادة إلا إذا كان الزوج يبغي التهذيب والرد عن المعصية ، فإذا ثبت استهدافه غاية أخرى ، كالانتقام أو الحظ على الزيلة ، فإنه يكون سيئ النية ، وليس له الدفع بالإبادة ، كما لا يعد حسن نية الزوج الذي يضرب زوجته لإرغامها على أن تدفع له من مالها في معيشتها أو بدافع البغض أو الكراهية حتى تطلب الطلاق وتتنازل عن حقوقها الشرعية.

٢. تأديب الصغار

يتسع نطاق التأديب في الشريعة الإسلامية ليشمل تأديب الصغار بقصد التعليم والتأديب ، ويرجع كذلك إلى أحكامها لمعرفة نطاق وشروط إبادة استعمال ذلك الحق ما لم ينظم المشرع بنص خاص على نحو مغاير ذلك الاستعمال ، فحينئذ يكون ذلك النص هو واجب التطبيق ، ويتحدد نطاق الإبادة بالنظر إلى صفة القائم بالتأديب وغايته ووسيلته فمن ناحية ، يثبت حق تأديب الصغير للأب إن وجد ، وإلا لولي النفس من جد أو أخ أو عم أو غيرهم ، كما يثبت للوصي وللأم ، ويسمح العرف كذلك بسلطة التأديب على الصغير للمعلم الخاص وملقن الحرفة في أثناء فترة التعليم أو التدريب ، لأن التأديب قرين الرقابة ، وهذه قد انتقلت إلى المعلم الخاص أو ملقن الحرفة كما تسري ذات الملاحظة على الخادم القاصر الذي يخضع لرقابة مخدمه ، ومن ناحية ثانية ، يجب أن تكون غاية التأديب هي التهذيب أو التعليم وإلا فقد مشروعيته ، ومن ناحية ثالثة يجب أن يكون الضرب خفيفاً غير فاحش ، وهو يكون كذلك إذا كان لا يخلف كسوراً أو

جروحاً أو آثاراً على البدن أو اعتلالاً في سير أجهزة الجسم ، ويشترط الفقاء لإباحة الضرب ألا يكون بغير اليد كالسوط والعصا، وأن تتقي به المواضع المخوفة من الجسم كالرأس والوجه ، وألا يتجاوز عدد الضربات ثلاثاً .

وقد تردد القضاء المصري في البداية في الاعتراف بحق الولي في تأديب الصغير، ولكنه عاد واستقر على الاعتراف له به، فأباح الضرب البسيط الذي لا يحدث كسراً أو جرحاً أو يترك أثراً ولا ينشأ عنه مرض ، فإذا تجاوزها حق عليه العقاب المقرر لجريمة الضرب العمد، كما أجاز التأديب بغير الضرب ، كتقيد الحرية إذا حتمت ذلك ظروف الحال .

وإذا انتقلت الرقابة على الصغير إلى المعلم انتقلت معها عليها سلطة التأديب في الحدود السابقة ، ما لم يقيد المشرع الإباحة بنص خاص ، كحظر الالتجاء إلى العقوبات البدنية في المدارس .

وقد جاء نص المادة (٢٩) من قانون الجزاء الكويتي مبرراً تأديب الآباء لأبنائهم ، والأولياء والأوصياء لمن هم في ولايتهم أو تحت وصايتهم ، كما يبرر تأديب معلم الصنعة للصبيان الذين يتعلمون عنده ، حيث يجوز للأباء تفويضهم في ذلك ، وهذا التأديب قد يستخدم فيه الضرب فلا يعد جريمة، ما دام قد باشر صاحب الحق فيه ملتزماً بالشروط المقررة لاستعمال الحق ولغاية التأديب .

وأخيراً نشير في هذا الصدد إلى أنه من المقرر أنه لا يشترط أن يكون مصدر الحق المبيح نصاً قانونياً مباشراً صريحاً؛ فيصح أن يكون مستفاداً من النصوص والقواعد القانونية العامة بصورة ضمنية، ومن ذلك أن يكون الحق مستفاداً من إجازة المشرع لغاية معينة أو إجازته لإتيان نشاط معين ، وقد يكون مصدر الحق أحكام الشريعة الإسلامية الغراء ، كحق الوالد في تأديب ابنه ، وحق الزوج في تأديب زوجته، ومن الشراح من يعتقد أن الحق الذي يصلح سبباً للإباحة قد يكون مصدره العرف ، لأن الإباحة لا تخضع لقاعدة لا جريمة ولا عقوبة إلا بنص ، فلا يصح التقيد فيها بهذه القاعدة ، «رأي أغلبية الشراح المصريين وبعض الفرنسيين»^(١).

ثانياً - الجرائم الواقعة على النفس:

قد تتخذ جرائم العنف الأسري بأبعادها الثلاثة المشار إليها وهي العنف الأبناء تجاه الآباء والأمهات ، وعنف الأب تجاه الزوجة والأبناء، وأخيراً الزوجة تجاه الزوج والأبناء ، صورة من صور الجرائم الواقعة على النفس وهي القتل والجرح والضرب والإيذاء والتعريض للخطر ، والإجهاض والخطف والحجز والاتجار بالرقيق ، والتي انتظمها قانون الجزاء الكويتي في المواد من ١٤٩ إلى ١٨٥ منه ، وسوف نستعرض فيما يلي بعض النماذج القانونية التي وردت بقانون الجزاء والمتصلة بجرائم العنف الأسري والتي وضع القانون لها بعض القواعد التي تحكمها لخصوصيتها واتصالها بالأسرة، وذلك توضيحاً لمعالجة المشرع لبعض جرائم العنف الأسري لأهميتها ، ومن هذه النماذج ما أورده المادة ١٥٩ من قانون الجزاء من أنه «كل امرأة تعمدت قتل وليدها فور ولادته ، دفعاً للعار ، تعاقب بالحبس مدة لا تتجاوز خمس سنوات وبغرامة لا تتجاوز ٣٧٥ ديناراً أو بإحدى هاتين العقوبتين» والملاحظ أن نص المادة أنف البيان انطوى على عذر قانوني طبيعته الباعث على ارتكاب الجريمة ، والباعث هو المحرك الدافع إلى ارتكاب النشاط الإجرامي ، والقاعدة أنه لا يعد من عناصر القصد الجنائي، ولذلك يجب العقاب على القتل حتى ولو لم ينكشف الباعث ، وإن كان للباعث أهمية عند تقدير العقاب في نظر القاضي ، والحالة التي نصت عليها المادة ١٥٩ من قانون الجزاء بشأن الأم التي تقتل وليدها إثر ولادته دفعاً للعار ، وقررت للقتل في هذه الحالة عقوبة «الحبس مدة لا تتجاوز خمس سنوات ، وغرامة لا تتجاوز ٣٧٥ ديناراً ، أو بإحدى هاتين العقوبتين» وهذا العذر شخصي لأن علة التخفيف هي باعث الأم التي تريد أن تدفع العار عن نفسها ، خشية افتضاح أمرها بين الناس ، فراعى القانون بذلك حالتها النفسية ، وهو عذر قانوني ملزم للقاضي متى توافرت شروطه ، ولكنه لا يغير من وصف جنابة القتل ، إذ العقوبة بعد التخفيف هي عقوبة جنائية .

(١) شرح القواعد العامة في قانون الجزاء الكويتي للدكتور مبارك عبد العزيز النويك الطبعة الأولى - سنة ١٩٩٧ ص ٢٣٤ وما بعدها .



ونحن نرى أنه كان من الأجدر بالتشريع أن يراعي هذا السبب عند لجوء الأم إلى الإجهاض ، بدلاً من تخفيف العقاب عند قتل الوليد وهو إنسان ، وهذا ما سلكته بعض الشرائع المقارنة ، إذ تبيح الإجهاض إذا كان الحمل ثمرة لجريمة الاغتصاب أو الفسق بين المحارم ، كما هو الشأن في التشريع الإيطالي والبولندي والبرازيلي ، وهو ما ذهب إليه الأستاذ الدكتور/ عبد المهيم بكر في مؤلفه الوسيط في شرح قانون الجزاء الكويتي القسم الخاص الطبعة الثانية ١٩٨٢ .

ومن بين هذه النماذج أيضاً ما يعرف فقهاً بالقتل بالترك ، والواضح أن قانون الجزاء الكويتي يعاقب على القتل العمد ، وغيره من صور الإيذاء الجسماني العمدى ، بالترك ، في أحوال بينها المادتان ١٦٦ ، ١٧٦ من هذه القانون ، وهذه الأحوال تشمل معظم صور حدوث القتل العمد بالترك ، وكذلك الإيذاء الجسماني العمد ، ولكنها لا تضع قاعدة مطلقة في شأن وقوع القتل العمد بالترك ، أو ارتكاب الجريمة الإيجابية بالترك ، وما يهمننا في هذا الخصوص ذلك القتل بالترك المتعلق برب الأسرة الذي يمارس عنفاً أسرياً تجاه الأبناء ، وإن كان يتخذ صورة الامتناع أو الترك ، ونقصد بذلك الجريمة المنصوص عليها في المادة ١٦٧ من قانون الجزاء ، فقد تناولت المادة ١٦٧ حالة يعاقب الممتنع فيها على القتل العمد بالترك أو غيره من صور الإيذاء ، على حسب قصده وجسامته النتيجة ، فهي تقضي بأن: «كل رب أسرة يتولى رعاية صغير لم يبلغ أربع عشرة سنة كاملة ، وامتنع عن القيام بالتزامه من تزويد الصغير بضروريات المعيشة ، فأفضى ذلك إلى وفاة الطفل أو إصابته بأذى ، يعاقب بالعقوبات المذكورة في المادة السابقة ، حسب ما إذا كان الامتناع عمدياً أو غير عمدي ، وحسب قصد الجاني وجسامته الإصابات ، حتى لو كان الصغير غير عاجز عن تزويد نفسه بضروريات المعيشة» ، وهذه الحالة لا تعد مجرد تطبيق للمادة ١٦٦ فهي وإن أشبهتها في أن الالتزام بشأن ضرورات المعيشة ، إلا أنها لا تتطلب عجز المجني عليه عن تزويد نفسه بها ، وإنما تكفي بأن يكون الصغير لم يبلغ الرابعة عشرة ، وأن يكون الممتنع هو رب الأسرة المتولي رعايته .

وغني عن البيان أن الجاني لا يسأل عن جريمة القتل أو الإيذاء العمدى بالترك وفقاً للمادتين ١٦٦ ، ١٦٧ من قانون الجزاء إلا إذا توافرت علاقة السببية بين امتناعه عن القيام بالتزامه وبين النتيجة التي حدثت للمجني عليه ، وعند عدم وجود التزام قانوني بالتدخل على عاتق الممتنع لا مجال للتحديث عن القتل بالترك ، وإن صح أن توجد جريمة أخرى ، هي إغاثة الملهوف ، متى توافرت شروطها وفقاً للمادة ١٤٤ من قانون الجزاء .

ثالثاً - الجرائم الواقعة على العرض والسمعة:

قد تتخذ كذلك جرائم العنف الأسري بأبعادها الثلاثة المشار إليها ، صورة من صور الجرائم الواقعة على العرض والسمعة كجريمتي الواقعة الجنسية وهتك العرض ، والتي انتظمهما قانون الجزاء الكويتي في المواد من ١٨٦ حتى ١٩٢ منه ، وسوف نستعرض فيما يلي بعض النماذج القانونية التي وردت بقانون الجزاء والمتصلة بجرائم العنف الأسري ، والتي وضع القانون لها بعض القواعد التي تحكمها لخصوصيتها واتصالها بالأسرة ، ومن بين هذه النماذج ما أورده المادة ١٨٦ من قانون الجزاء من أنه «من واقع أنشئ بغير رضاها سواء بالإكراه أو بالتهديد أو بالحيلة ، يعاقب بالإعدام أو الحبس المؤبد ، فإذا كان الجاني من أصول المجني عليها أو من المتولين تربيتها أو رعايتها ، أو ممن لهم سلطة عليها ، أو كان خادماً عندها أو عند من تقدم ذكرهم ، كانت العقوبة الإعدام» .

ومؤدى ذلك أن جريمة واقعة الأنشئ بغير رضاها تقوم على أركان ثلاثة، هي فعل الواقعة وعدم رضا المجني عليها والقصد

قضية العدد

الجنائي، وانعدام رضا المجني عليها ركناً أساسياً من أركان الجريمة على نحو ما أفصحت المادة ١٨٦ متقدمه البيان ، ويكون الرضا منعدماً كلما وقع بغير رضا صحيح من الأنثى - وبذلك يتسع معنى انعدام الرضا ليشمل بالإضافة إلى الإكراه المادي والمعنوي جميع صور الرضا الصادرة عن صغيرة غير مميزة أو الصادرة تحت تأثير الغلط أو التدليس وكل حالة لا تستطيع الأنثى أن تعبر فيها عن إرادتها تعبيراً صحيحاً بسبب النوم أو الإغماء أو المباغثة أو صغر السن ، وانعدام الرضا يستلزم عدم مشروعية الفعل - فإذا كان فعل الواقعة مشروعاً كمن يواقع زوجته دون رضاها فلا تقوم الجريمة - ويتوافر ركن القوة في جناية الواقعة بالإكراه كلما كان الفعل المكون لها قد وقع بغير رضا المجني عليها وضد إرادتها سواء باستعمال المتهم في سبيل تنفيذه مقصدة وسائل القوة أو التهديد أو غير ذلك مما يؤثر في المجني عليها فيعدمها الإرادة ويبعدها عن المقاومة.

(تميز الطعن رقم ٩١ لسنة ١٩٩٥، جزائي جلسة ١٩٩٥/١/٢٣، ٢٣، ٢٤، ص ٤١٣)

ويتوافر الإكراه المعنوي بكل ما من شأنه بث الرعب في نفس المجني عليها وتخويفها ولا يتوافر الرضا الصحيح إذا توصل الجاني إلى ارتكاب الفعل بتهديد المجني عليها بإلحاق الأذى بها أو بالغير ممن تحرص على سلامتهم أو بإفشاء سر أو فضيحة متى كان من شأن ذلك سلب حرية الاختيار لديها.

وقد أوردت المادة ١٨٦ من قانون الجزاء في فقرتها الثانية ظرفاً مشدداً للجريمة - وهو ما يهمن في مجال جرائم العنف الأسري - وذلك بتشديد العقوبة إذا كان الجاني من أصول المجني عليها أو من المتولين تربيتها أو رعايتها أو ممن لهم سلطة عليها أو كان خادماً عندها أو عند ممن تقدم ذكرهم.

ومن سياق النص يتضح أنه يكفي لتوافر الظرف المشدد أن تتحقق في الجاني صفة واحدة من الصفات المشار إليها ويقصد بها:

١. أصول المجني عليها - ويقصد بهم البنوة الشرعية وهو ما ينطبق على الأب والجد وإن علا.
٢. المتولين تربية المجني عليها أو رعايتها - ويقصد بهم كل من وكل إليه أمر الإشراف على المجني عليها وتهذيبها كالوصي - القيم - المدرس الخصوصي - زوج الأم - العم - الخال - الأخ الأكبر إذا عهد إليه بتربيتها وملاحظتها.
٣. من لهم سلطة على المجني عليها - ويقصد بهم من كان لهم سلطة ونفوذ حقيقي على المجني عليها مثال سلطة المخدم على خادمته وسلطة رب العمل على عاملاته وسلطة الرئيس على مرؤوسيه ولو كانت السلطة مؤقتة - ما دامت الجريمة ارتكبت في ظلها.
٤. الخادم عند المجني عليها أو عند من تقدم ذكرهم في البنود الثلاثة السابقة.

هذا وقد نصت المادة ١٨٧ من قانون الجزاء على جريمة واقعة أنثى مجنونة أو معتوهة أو دون الخامسة عشرة من العمر بغير إكراه أو تهديد ، فقد جرى نصها على أنه «من واقع أنثى بغير إكراه أو تهديد أو حيلة وهو يعلم أنها مجنونة أو معتوهة أو دون الخامسة عشرة أو معدومة الإرادة لأي سبب آخر أو أنها لا تعرف طبيعة الفعل الذي تتعرض له أو أنها تعتقد شرعيته ، يعاقب بالحبس المؤبد».



والبين من النص أنه لكون المجني عليها في هذه الجريمة إما فاقدة الإدراك والإرادة معاً وإما أحدهما لم يعتد المشرع برضاها بارتكاب الفعل بحسبان أنه في حقيقة الأمر منتفٍ بما لحقه من عيب.

وقد قُضي بأن «البله عاهة في العقل يوقف نمو الملكات الذهنية دون بلوغ مرحلة النضج الطبيعي ولا يتطلب في عاهة العقل أن يفقد المصاب الإدراك والإرادة معاً وإنما تتوافر بفقد أحدهما».

(نقض مصري الطعن رقم ٤٣٨ س ٣٦ ق ١٧ ص ٦٧٤، جلسة ١٩٦٦/٥/٢٣)

هذا وقد أوردت المادة ١٨٧ آتفة البيان في عَجَزِها الظرف المشدد للجريمة بقولها فإذا كان الجاني من أصول المجني عليها أو من المتولين تربيتها أو رعايتها أو ممن لهم سلطة عليها أو كان خادماً عندها أو عند ممن تقدم ذكرهم كانت العقوبة الإعدام - وهو ما سبق أن تناولناه بالبيان آنفاً.

ثم جاءت المادة ١٨٨ من قانون الجزاء لتتناول جريمة واقعة أنشئ تبليغ الخامسة عشرة ولا تبليغ الواحدة والعشرين بغير إكراه أو تهديد أو حيلة، والقانون في هذه الجريمة يفترض أنه أي الجاني وقت الجريمة على من هي دون السن المحددة في القانون يعلم سنّها الحقيقية ما لم يكن هناك ظروف استثنائية وأسباب قهرية ينتفي معها هذا الافتراض، ونظراً لعدم بلوغ المجني عليها في هذه الجريمة سن الرشد فقد اعتبر المشرع أن رضاها معيب فجعل منها مجنياً عليها في هذه الجريمة.

وقد نصت المادة ١٨٨ من قانون الجزاء بفقرتها الثانية كذلك على الظرف المشدد للجريمة وهو ذات الظرف المشدد في الجريمتين السابقتين، ويبين من ذلك ما يؤليه المشرع للعلاقات الأسرية من أهمية، وللجرائم التي تُرتكب وتمثل عنفاً أسرياً داخل الأسرة من أهمية، وجعل من روابط الأسرة ظرفاً مشدداً للجريمة.

وقد سارت في نفس الاتجاه المادة ١٨٩ من قانون الجزاء في جريمة واقعة أنشئ محرم من الجاني برضاها فقد جرى نص المادة في فقرتها الثالثة على «..... ويحكم بالعقوبات السابقة على من كان ولياً أو وصياً أو قيمياً أو حاضناً لأنشئ أو كان موكلاً بتربيتها أو برعايتها أو بمراقبة أمورها، وواقعها بغير إكراه أو تهديد أو حيلة».

والواضح من النص آنف البيان كذلك أنه يتعين أن تكون الأنشئ التي تمت مواقعتها محرم من الجاني بمعنى أن تكون من محارمه اللواتي لا يجوز له الزواج بهن كالأخت والبنات والعممة والخالة، ويرجع في تحديد هذه المسألة لقواعد الأحوال الشخصية، ويفترض هنا علم الجاني أن من واقعها في نطاق هذه الجريمة محرم منه، فلا أثر لجهة بهذه المسألة إلا إذا أقام الدليل على أنه لم يكن في مقدوره بحال أن يقف على الحقيقة ذلك أن كل من يقوم على مقارفة فعل من الأفعال الشائنة في ذاتها أو التي تؤتمها قواعد الآداب وحسن الخلق يجب عليه أن يتحرى بكل الوسائل الممكنة حقيقة جميع الظروف المحيطة قبل أن يُقدم على فعلته فإذا هو أخطأ التقدير حق عليه العقاب عن الجريمة التي تتكون منها.

(نقض مصري - مجموعة أحكام النقض س ٣٥ رقم ١١٤، ص ٥١٣، جلسة ١٩٨٤/٥/٢١)

وخلاصة القول: إن المشرع اعتبر كلاً من الولي أو الوصي أو القيم أو الحاضن للأُنثى أو الموكول إليه تربيته أو رعايتها أو مراقبة أمورها في حكم ومنزلة المحرم منه وأنزل عليه ذات العقوبة إذا ارتكب ذات الفعل وهو الواقعة بغير إكراه أو تهديد أو حيلة - وهو يُعد على هذا النحو قد جعل من المذكورين ولصلتهم الأسرية نفس الحكم - وهي ظاهرة من ظواهر العنف الأسري التي قد تُرتكب داخل الأسرة.

هذا وقد تناولت المواد ١٩١ ، ١٩٢ ، ١٩٣ من قانون الجزاء صور جرائم هتك العرض، فنصت المادة ١٩١ على أنه «كل من هتك عرض إنسان بالإكراه أو بالتهديد أو بالحيلة يعاقب بالحبس مدة لا تتجاوز خمس عشرة سنة ، فإذا كان الجاني من أصول المجني عليه أو من المتولين تربيته أو رعايته ، أو ممن لهم سلطة عليه أو كان خادماً عنده أو عند ممن تقدم ذكرهم ، كانت العقوبة الحبس المؤبد.....».

والبين من النص أن الركن المادي للجريمة هو فعل هتك العرض وهو الإخلال الجسيم بالحياء الذي يقع مباشرةً على جسم المجني عليها، وقد جرى قضاء التمييز على أنه «يتحقق الركن المادي للجريمة بأي فعل مخل بالحياء للمجني عليها يستطيل إلى جسمها ولو لم يمس موضعاً يعد عورة فيه طالما بلغت هذه الأفعال قدراً من الفحش من شأنه أن يחדش عاطفة الحياء عند المجني عليها».

(الطعن رقم ٢٠١/٦١٢ جزائي جلسة ٢٠٠٢/١٠/٢٩)

كما قضت محكمة التمييز أنه لا يشترط لتوافره أن يترك أثر بالمجني عليها إذ أنه من المقرر قضاءً أن جريمة هتك العرض - يتحقق الركن المادي فيها بأي فعل مخل بالحياء والعرض للمجني عليها ويستطيل إلى جسمها ويחדش عاطفة الحياء عندها بغير رضاها - ولا يشترط لتوافره أن يترك أثراً بالمجني عليها».

(الطعن رقم ٢٠٢/٥٩٢ جزائي، جلسة ٢٠٠٤/١/١٣)

وهذه الجريمة من الجرائم العمدية التي تستلزم لتوافرها قصداً جنائياً عاماً يتمثل في إرادة المتهم ارتكاب الفعل مع علمه بعناصره القانونية ، ولا تستلزم قصداً جنائياً خاصاً ، ولا عبرة فيها بالبواعث على ارتكابها .

وقد قضى تطبيقاً لذلك أنه «لا يتطلب القانون في هذه الجريمة قصداً جنائياً خاصاً بل يكفي فيها القصد الجنائي العام الذي يتحقق بانصراف إرادة الجاني إلى ارتكاب الفعل المكون للجريمة وهو عالم بأنه يخل بالحياء العرضي لمن وقع عليه».

(الطعن رقم ٢٠٠٤/٤٨٣ جزائي، جلسة ٢٠٠٥/٣/٢٩)

وقد أوردت المادة ١٩١ من قانون الجزاء على نحو ما سلف بيانه ظرفاً مشدداً للجريمة، يتمثل في أنه إذا كان الجاني من أصول المجني عليه أو من المتولين تربيته أو رعايته أو ممن لهم سلطة عليه أو كان خادماً عنده أو عند ممن تقدم ذكرهم فالعقوبة تكون السجن المؤبد، وهو ما يؤكد حرص المشرع على أن يُولي العلاقات الأسرية أهمية خاصة ، ذلك أن من يقتترف ذلك الإثم على الرغم مما تربطه بالمعتدي عليها من علاقات وروابط أسرية ، يجب تشديد العقاب عليه ، لكونه من المفترض أن يكون أحرص الناس على سمعة المجني عليها وشرفها وعرضها، وهو ما يمثل نموذجاً للعنف الجنسي الأسري الذي قد يقع داخل الأسرة.



ونفس الحال ينطبق على الجريمة المنصوص عليها في المادة ١٩٢ من قانون الجزاء وهي جريمة هتك العرض بالرضا، وإن كانت هذه الجريمة تختلف عن سابقتها في أنها لا تقوم إلا إذا كان المجني عليه صبيّاً كان أو صبية لم يبلغ الحادية والعشرين من عمره ، والعبارة في تحديده بالتقويم الهجري بحسبانه التقويم الأصلح للمتهم على اعتبار أن المشرع لم ينص على أن يتم حسابه بالتقويم الميلادي ، ويلزم لقيامها رضا المجني عليها بفعل هتك العرض.

وخلاصة القول مما استعرضناه من بعض النماذج القانونية للجرائم الواقعة على العرض والسمعة ، يتضح أن المشرع في كل منها قد وضع ظرفاً مشدداً للجريمة ، إذا كان الجاني من أصول المجني عليها أو من المتولين تربيتها أو رعايتها ، أو ممن لهم سلطة عليها إلى آخر ذلك، تقديراً من المشرع لأهمية الجرائم التي تقع بالأسرة وتمثل نموذجاً للعنف الأسري بأبعاده المشار إليها في مستهل هذا البحث، وهو ما يطلق عليه عند علماء الاجتماع بالعنف الأسري الجنسي ، وهو في تقديرنا من أخطر أنواع العنف الأسري ، وأشدها تأثيراً على كيان الأسرة الذي يهدد بالانهيار ، لا سيما وقد ينتج عن تلك الجرائم أطفالاً بمنزلة القنابل الموقوتة بالمجتمع ، وتثور العديد من المشكلات المعقدة في نسبهم وصحتهم النفسية وأوضاعهم العائلية والاجتماعية بعد ذلك ، وهو ما يؤثر حتماً على المجتمع بأسره ، وهو الأمر الذي يدعونا إلى ضرورة الأخذ بسبل الوقاية من العنف الأسري ، والتي سنستعرضها في الفصل الثالث من هذا البحث ، والأخذ بالتوصيات التي اختتمنا بها وغيرها من التوصيات المتعلقة بالنواحي السيكولوجية والنفسية والشرعية ، حتى نستطيع المحافظة على الأسرة التي هي اللبنة الأولى في المجتمع.

الفصل الثالث: « سُبُل الوقاية من العنف الأسري والتوصيات »

أولاً - سُبُل الوقاية

من خلال استعراضنا في الفصلين السابقين لتعريف العنف الأسري وأنواعه ومسبباته والنماذج القانونية لبعض جرائم العنف الأسري يتبين لنا أنه للوقاية من العنف الأسري لا بد من اتخاذ بعض الوسائل والسُبل التي تقي من العنف الأسري وما ينتج عنه من جرائم وأهمها ما يلي:

أولاً - الالتزام الديني:

من أهم سُبُل الوقاية ضرورة الالتزام بالقيم الدينية والأخذ بتعاليم الأديان السماوية السمحة وتطبيقها في الحياة الأسرية وسواء كان ذلك على صعيد إختيار الزوجين أم تسمية الأبناء أم تربيتهم والتعامل معهم أم احترام الأبوين ، وجعل الإسلام هو دين للحياة وليس للعبادات فقط ، مع ضرورة توضيح مقاصد الشرع من الآيات الكريمة والأحاديث النبوية التي ورد فيها حق تأديب الزوجة والصغار حتى لا تستغل باسم الدين .

ثانياً - الأسرة:

هي المؤسسة الاجتماعية التي تنشأ من اقتران رجل وامرأة بعقد يرمي إلى إنشاء اللبنة التي تساهم في بناء المجتمع ، وأهم أركانها الزوج والزوجة ، والأولاد ، ولكون الأسرة هي النواة الأولى في التنشئة وإكساب أفرادها السلوك القويم ، فقد وقع على كاهلها العبء الكبير ، حيث أنها مطالبة بعدة مسؤوليات ، وفي عدة مجالات لحماية أفراد الأسرة من العنف، ومن تلك المسؤوليات:

- اتباع الأساليب الواعية في التحاور بين أفراد الأسرة.
- المساواة في التعامل مع الأبناء.
- إشباع احتياجات الأبناء النفسية والاجتماعية والسلوكية وكذلك المادية.
- المشاركة الحسية والمعنوية مع الأبناء ، ومصادقتهم لبث الثقة في نفوسهم.
- التقليل من مشاهدة مناظر العنف على أجهزة التلفزة.
- عدم الاعتماد على المربيّات في إدارة شئون الأسرة.
- غرس القيم والمبادئ والأخلاق في نفوس الأبناء منذ الصغر.
- متابعة الأبناء وتوجيه سلوكهم.
- حسن العشرة بين الأبوين ، والحد من ظاهرة الطلاق.
- تنمية العواطف الكافية من حب الوطن والمجتمع والانتماء إليها.

ثالثاً - الإعلام:

لما كان الإعلام يلعب دوراً مهماً في توجيه السلوكيات وتقويمها ، فيجب اتباع عدة خطوات لتفعيل هذا الدور وجعله في خدمة الأسرة ومنها:

- تخصيص قنوات إعلامية تساعد الأسرة في تخطي العنف الأسري.
- نشر الثقافة الأسرية حول احترام الجنس الآخر ، مع تعريف الرجل بحقوق المرأة.
- تدريب الأسرة على كيفية مواجهة المشكلات ، مع توعية الأمهات بضرورة مراعاة المراحل العمرية للطفل من خلال البرامج الموجهة.
- الكشف عن الأسباب التي تؤدي للعنف مع الوقاية منه.
- تسليط الضوء على العنف الأسري من خلال الاستشهاد بالأدلة عليه ، وتوعية الأسرة بنتائج العنف النفسية والاجتماعية وآثارها السلبية على المجتمع والفرد.



رابعاً - المدرسة:

للمدرسة دور هام في خدمة المجتمع والتي تعد الأسرة أهم أركانها ، ولم يعد دور المدرسة قاصراً على التعليم فلا بد أن يكون للمدرسة دور بارز في التوعية المجتمعية وتوجيه السلوك لدى الأفراد من خلال ما تعده من برامج وتتنها من مشاريع ، وحتى تقوم المدرسة بالدور المأمول منها في الوقاية من العنف الأسري ، لا بد وأن تقوم بما يلي:

- الاهتمام بتوعية الآباء والأمهات من خلال طرح القضايا المجتمعية وإيجاد الحلول الناجعة.
- محاربة السلوكيات الدخيلة على المجتمع.
- إبراز أهمية العمل التطوعي.
- المساهمة بالأفكار والآراء للحد من البطالة.

خامساً - المؤسسات الحكومية:

للمؤسسات الحكومية غير سالفة البيان دور حسب اختصاص كل منها في الوقاية من العنف الأسري ، فيمكن أن تقوم بما يلي:

- سن القوانين لحماية الأسرة وأفرادها من العنف الأسري ، ومتابعة تنفيذها.
- تقديم الخدمات القانونية.
- الحد من البطالة ومالها من آثار سلبية.
- تسخير وسائل الاتصال لتوعية الأسر وتبصيرها بالعنف الأسري.
- إلزام المقبلين على الزواج بضرورة خضوعهم لدورات تدريبية حول تربية الأبناء ، والعلاقات الزوجية والأسرية.
- تأهيل المتزوجين وإكسابهم مهارات اتخاذ القرار وحل المشكلات.
- إقامة الدورات التدريبية للأبوين حول السيطرة على الانفعالات الجسدية والنفسية واللفظية.
- إيجاد مراكز للمتضررين من العنف الأسري للاهتمام بقضاياهم وحمايتهم وإعادة تأهيلهم.
- التواصل مع المراكز الأسرية المختلفة لتبادل الخبرات والطاقت.



ثانياً - التوصيات

بعد استعراض ظاهرة العنف الأسري وبيان أسبابه ونتائجه ، ومدى خطورته على المجتمع يمكننا أن نقترح بعض التوصيات لتلافي هذه الظاهرة في مجتمعاتنا ، حتى نبني مجتمعاً صالحاً خالياً من مظاهر العنف ، وهو ما يؤدي حتماً إلى قدرة أفرادها على التنمية والتطور المنشودين ، وفيما يلي بعض التوصيات:

- تكثيف الوعظ والإرشاد الديني لحماية المجتمع من مشاكل العنف الأسري؛ إذ إن تعاليم الدين الإسلامي توضح أهمية التراحم والترابط الأسري.
- تقديم الاستشارات النفسية والاجتماعية والأسرية للأفراد الذين ينتمون إلى الأسرة التي ينتشر فيها العنف ، من مؤسسات متخصصة، وإيجاد صلة بين الضحايا والجهات الاستشارية المتاحة ، وذلك عن طريق إيجاد خطوط ساخنة لهذه الجهات يمكنها تقديم الاستشارات والمساعدة في الوقت المناسب.
- تدريب الأطفال من خلال المدارس على ممارسة ردود أفعال غير عنيفة لتفريغ الشحنات السلبية التي تولدت لديهم ، نتيجة ما مُورس عليهم من عنف ، وتعليمهم سلوكيات إيجابية ليتمكنوا من التحكم بموجات الغضب والمشاعر السلبية كي نساعدتهم على تكوين علاقات مستقبلية آمنة وسليمة.
- تشكيل محاكم متخصصة للأسرة للنظر في قضايا العنف الأسري في جلسات استماع خاصة تضم قضاة ومرشدين اجتماعيين وأطباء شرعيين ونفسيين.
- إقامة وحدات شرطة متخصصة ضمن قوات الأمن ، يكون أفرادها مدربين على التعامل مع جرائم العنف الأسري.
- إطلاق ما يسمى بالشبكة العربية لمكافحة العنف الأسري بعضوية جميع الدول العربية ، وهي الشبكة التي نادى بها الاجتماع العربي الثاني لمكافحة العنف الأسري المنعقد بالملكة الأردنية الهاشمية ، والتي ستصبح بمنزلة مرجعية لتعميق ثقافة الحماية من العنف ومخاطرة كيفية التعامل مع مسبباته الأساسية وتعزيز القدرات المؤسسية للجهات العاملة في مجال حماية الأسرة.
- وأخيراً تطوير التشريعات والقوانين لتتسجم مع مبادئ الوقاية والحماية من العنف الأسري.



ظاهرة العنف الأسري الأبعاد النفسية والتربوية

الأستاذ الدكتور / عبد الرحمن أحمد الأحمد

عميد كلية التربية - جامعة الكويت

الأستاذ الدكتور / وفقي حامد أبو علي

وزارة التربية - دولة الكويت

مقدمة

العنف الأسري ظاهرة تعانيتها المجتمعات الإنسانية وكل الطبقات الاجتماعية ، ولقد باتت مشكلة من المشكلات التي تؤرق المجتمعات كافة، وتكلفها خسائر طائلة سواء في الإمكانيات البشرية أو المادية والمعنوية .

وقد احتلت ظاهرة العنف الأسري بؤرة اهتمام الكثير من علماء النفس والاجتماع خاصة منذ فترة السبعينات من القرن العشرين ، حيث بدأ البعض من الباحثين في العلوم الاجتماعية توجيه الانتباه نحو مشكلة العنف داخل الأسرة ، وكان التركيز في البداية على البحوث المتعلقة بإيذاء الأطفال ، حيث تعرض بعض الأخصائيين في مجال الطب وخاصة طب الأشعة لموضوع إيذاء الطفل بطريقة أدت إلى إثارة الاهتمام الجماهيري الهائل، مما أدى إلى اعتبار إيذاء الطفل مشكلة عامة ورئيسة، وقد امتد هذا التركيز ليشمل العنف الموجه ضد الزوجات ، فاهتمت الدراسات بدراسة قضية الزوجات المضطهدات ، ثم اتسعت لتتناول العنف بين الأشقاء ، والعنف بين الكبار داخل الأسرة ، وبيّنت تلك الدراسات أن العنف الأسري لم تعد مشكلة قاصرة على بلد معين أو ديانة معينة ، أو طبقة اقتصادية أو اجتماعية معينة ، حيث أصبح العنف مشكلة عامة. (عوض : ٢٠٠٤ ، ٨-٩) وأصبحت تهدد كيان واستقرار وتماسك الأسرة ، وتلقي بظلالها الكثيرة على المجتمع بأسره ؛ نظراً لأن الأسرة هي أساس المجتمع ومصدر قوته وتفوقه ولذا فإن العنف الأسري أكثر فتكا بالمجتمعات من الحروب والأوبئة الصحية، لأنه ينخر أساس المجتمع فيهدو أو يضعفه. ومن هنا تأتي أهمية دراسة هذه الظاهرة .

و مما يزيد من خطورة ظاهرة العنف الأسري ، أنها تعد مشكلة متعددة الأبعاد ، حيث تعتبر مشكلة اقتصادية لما ينجم عنها من خسائر مادية كبيرة تتمثل في حرمان المجتمع من طاقاته المنتجة حينما يُعْتَدَى عليها ، أو حينما تعاقب بصدور العنف منها ، ويعد أيضاً مشكلة علمية لأنه إذا وجد هذا السلوك العنيف دل على عجز العلم عن تقديم فهم واقعي سليم للسلوك الإنساني ، كذلك يعتبر مشكلة مرضية لأنه يعد عَرَضاً من أعراض الاضطراب النفسي، وهو مشكلة اجتماعية من حيث كونه مظهراً لسلوك منحرف لدى الفرد، ولذلك فقد تناولته المجتمعات بالبحث في جميع المجالات. (بطرس، ٢٠٠٧ : ١) ونتج عن هذا الاهتمام تعاظم معدلات الظاهرة وعمق تأثيرها على أمن واستقرار الأسر الذي هو أمن واستقرار المجتمعات. وقد أثمر ذلك الاهتمام الكثير من الدراسات الأمبيريقية والنظرية والتي سعت لفهم تلك الظاهرة ووضع النظريات المفسرة لها للوصول لغاية تتعدى الفهم والتفسير إلى ضبط الظاهرة والحد منها .

و على الرغم من تعدد هذه الدراسات فإنها لا تعبر بصدق عن واقع الظاهرة ، حيث تعددت الدراسات والبحوث - في بيئات عربية وأجنبية - التي اهتمت بقضية العنف في المجتمعات المختلفة ،ومن الملاحظ في معظم الدراسات أنها قد أشارت إلى صعوبة الحصول على المعلومات والبيانات المرتبطة بموضوع العنف الأسري كما هي في الواقع، وذلك نتيجة لحساسية هذه القضية وعزوف كثير من مرتكبي العنف وضحاياهم عن الخوض في تجاربهم وما مروا به من خبرات قد تكون مؤلمة لبعضهم ومعيبة للبعض الآخر (إبراهيم، ٢٠٠٢: ١٧).

و إنه مما يزيد مشكلة العنف الأسري خطورة ، أن هناك اعتقاد لدى البعض مفاده أن العنف الأسري شأننا خاصا لا يجوز الخوض فيه علنا ، ولا يقع التنديد به ، أو الاعتراف بوجوده ، أو تناوله في فضاء خارج فضاء الأسرة ؛ الشيء الذي يجعل من الإحاطة به إحاطة تامة من حيث الحجم والمظاهر والمنطلقات والآثار النفسية والاجتماعية والاقتصادية التي يحدثها أمرا عسيرا إن لم نقل مستحيلا . ولذلك فالعنف الأسري يتستر خلف حواجز كثيرة منها ما هو نفسي كالخجل والخوف والشعور بالمهانة أو الشعور بالذنب، وما هو اجتماعي كالمحافظة على كيان الأسرة وصون وحدتها - وإن كان ذلك على حساب المضطهدين- وكذلك عدم الاعتراف بالفشل في العلاقة الزوجية، ومن الحواجز أيضا ما هو اقتصادي كالخوف من العوز وانقطاع أسباب الرزق والتشرد وما إلى ذلك، ومن الحواجز أخيرا ما هو ثقافي ذهني يتعلق بنظرة العنيف والمعنف على حد سواء للعنف والتعامل معه على أنه حتمية وقد تفرضه الأعراف الاجتماعية وموازن القوى في الأسرة، وهي غالبا في غير صالح النساء والأطفال . كل هذه الحواجز تلجم ضحايا العنف الأسري عن البوح به وإخراجه إلى دائرة الضوء بما يمكن من مقاومته والوقاية منه (الهمامي : ٢٠٠٨) .

وبالرغم من أن المجتمعات العربية تتفق مع غيرها من المجتمعات في حقيقة الظاهرة ووجودها إلا أنها تختلف معها في درجة الاهتمام والمصارحة بها لدرجة قد يفسر بالإهمال والتجاهل المتعمد والذي بدوره سمح للظاهرة بالاستمرار والاستمرار . وقد عبر هذا التجاهل والإهمال عن نفسه بما يلاحظه دارس هذه الظاهرة من ندرة للأبحاث والتقارير المتعلقة بظاهرة العنف الأسري بشكل عام والعنف ضد المرأة بشكل خاص ؛ حيث أنه وبالرغم من الجهود المبذولة لم يتم رصد إلا عدداً يسيراً من الدراسات العربية حول تلك الظاهرة ، وحتى هذا اليسير نشر معظمه بلغة وإصدارات غير عربية، ولذا فهناك إجماع بين من تناولوا موضوع العنف الأسري بأن هذا العنف يمارس بصورة أكثر انتشاراً مما هو معروف ومعلن بالفعل .

ومن هنا كانت هذه الدراسة التي تعرض لمفهوم العنف الأسري ، وصوره وسمات من يقومون به ، وسمات المتعرضين للعنف وأثر هذا العنف على الأسرة والمجتمع ، ثم وضع بعض الحلول والتوصيات التي يمكن من خلالها حصر هذه الظاهرة والحد منها .

مفهوم العنف

يعرّف العنف لغوياً «بأنه الخرق بالأمر وقلة الرفق به، وهو ضد الرفق، وأُعنف الشيء: أي أخذ به بشدة ، والتعنيف هو التقرع واللوم» (ابن منظور، بدون : ٢٥٧). واصطلاحاً تعرّف موسوعة علم النفس والتحليل النفسي العنف بأنه «السلوك المشوب بالقسوة والعدوان والقهر والإكراه» (طه وآخرون، ١٩٩٣ : ٥٥١).

وتعرض (العبار ، ٢٠٠٥) لمفهوم العنف من وجهة نظر بعض التخصصات العلمية ، فمن وجهة نظر علماء النفس يعد العنف بمثابة سلوك غريزي مصحوب بالكراهية وحب التدمير ، هدفه تصريف الطاقة العدائية المكبوتة تجاه الآخرين ، ومن وجهة نظر القانونيين : فإن العنف هو كل فعل ظاهر أو مستتر ، مباشر أو غير مباشر ، مادي أو معنوي ، موجه لإلحاق الأذى بالذات أو بآخر أو جماعة أو ملكية أي واحد منهم . ، وكذلك من وجهة نظر المختصين في مجال الخدمة الاجتماعية فإن العنف هو المدى الواسع من السلوك الذي يعبر عن حالة انفعالية تنتهي بإيقاع الأذى أو الضرر بالآخر سواء كان فرداً أو شيئاً ممثلاً في الإيذاء البدني أو الهجوم اللفظي أو تحطيم الممتلكات ، وقد يصل إلى حد التهديد بالقتل أو القتل .

أما معجم العلوم الاجتماعية فيعرف العنف بأنه «استخدام القوة استخداماً غير مشروع أو غير مطابق للقانون من شأنه التأثير على إرادة فرد ما» (بدوي ، ١٩٨٦ : ١٢٥) . ويعرف (المعهد العربي لحقوق الإنسان : ١٩٩٦) العنف بأنه سلوك عدواني يتم بالقوة واستغلال السلطة من فرد أو جماعة ضد فرد أو عدة أفراد خاصة إذا كانوا أكثر ضعفاً ولا يستطيعون الدفاع عن أنفسهم . وقد جاء في قاموس



ويستر (Wibster) أن كلمة العنف تتضمن عدة معانٍ ؛ منها استخدام القوة أو القسوة بشكل مكثف ، أو ممارسة الأفعال التي تؤدي إلى الإصابة أو الاستخدام غير العادل للقوة أو الإكراه ، وغير ذلك من المعاني التي تشير إلى استخدام القوة البدنية بهدف إيذاء الآخرين أو إيقاع الضرر بهم . (Webster Dictionary: 1983, 1107) ؛ أما الموسوعة العلمية (Universals) فقد بينت أن مفهوم العنف بأنه يعني كل فعل يمارس من طرف فرد أو جماعة ضد فرد أو أفراد آخرين عن طريق التعنيف قولاً أو فعلاً ، وهو فعل عنيف يجسد القوة المادية أو المعنوية (الدويبي : ٢٠٠٤ ، ٣-٢) .

ويرى (منصور ، والشربيني ، ٢٠٠٣ : ١٥٤) أن العنف هو أي سلوك يؤدي إلى إيذاء شخص لشخص آخر، يستهدف إلحاق الأذى بالآخر أو الآخرين وممتلكاتهم . وقد يكون هذا السلوك كلامياً يتضمن أشكالاً بسيطة من الاعتداءات الكلامية مثل التهديد وقد يكون السلوك فعلياً كالضرب المبرح والاعتصاب والحرق والقتل، وقد يكون كلاهما وقد يؤدي إلى حدوث ألم جسدي أو نفسي أو إصابة أو معاناة أو كل ذلك . وأشارت (عبد الوهاب ، ١٩٩٤ : ١٦) إلى الأطراف التي يصدر عنها العنف، حيث يصدر العنف عن طرف قد يكون فرداً أو جماعة أو طبقة اجتماعية أو دولة بهدف إخضاع طرف آخر أو استغلاله في إطار علاقة ما ذات قوة غير متكافئة اقتصادياً أو اجتماعياً أو سياسياً، مما قد يتسبب هذا السلوك في إحداث أضرار مادية أو معنوية أو نفسية لفرد أو جماعة أو طبقة اجتماعية أو دولة أخرى .

وهكذا يشير مفهوم العنف إلى عدة معانٍ ؛ فقد يشير إلى استخدام القوة استخداماً غير مشروع ، و غير مطابق للقانون ، وقد يكون في الإكراه والإكراه على فعل غير مشروع .

و مفهوم العنف إجرائياً يعني العنف غير الشرعي أي غير المقبول من وجهة نظر القانون وأفراد المجتمع . وقد ميز (ليلة : ١٩٨٢) بين أربعة أنماط من العنف هي :

العنف اللاعقلاني : أي غير المسئول والذي يفتقد أية أهداف موضوعية يثور ضدها .

العنف المنشأ : الذي تلعب وسائل الاتصال دوراً بارزاً في إحداثه .

العنف الانفعالي : وهو نوع من الانفجار العاطفي الذي يعبر عن مؤثرات ومشاعر متراكمة لها أسبابها الملائمة .

العنف العقلاني : وهو أكثر أنماط العنف نضجاً وفعالية ، وهو ما يمثل الجنايات المخططة والمعدة إعداداً شيطانياً يوظف فيها التقنية والعلم والخبرة .

وفي الإجمال فإن العنف هو سلوك بعيد عن التحضر والتمدن، وتستثمر فيه الدوافع والطاقت العدوانية استثماراً صريحاً بدائياً، كالضرب والقتل للأفراد، والتكسير والتدمير للممتلكات، واستخدام القوة، لإكراه الخصم وقهره، ولذا يعد العنف صورة من صور القصور الذهني حيال موقف ما، ووجه آخر من أوجه النقص في أسلوب حل المعضلات ومواجهتها . (القبانجي ، ٢٠٠ : ٦-٣) . كما أنه دليل من دلائل النفس غير المطمئنة وانعكاس للقلق وعدم الصبر ، ووجه من وجوه ضيق الصدر وقلة الحيلة ، ويكون مؤشراً لضعف الشخصية، ونقصان في رباطة الجأش، ومؤشراً على عدم التكيف مع مواقف الحياة ، لذا فإن لتربية الأسرة وسلوك الأبوين أثر بالغ في تحديد الشخصية العنيفة العدوانية للأبناء . إذ يعد القهر الاجتماعي أحد مكونات العنف ، حيث إن مسألة الازدراء والسخرية والاستهزاء بالشخصية كفيلة بأن تزيد الإفرازات الهرمونية العصبية والعدوانية في الجسم لتثير في الفرد روح العنف والحقد والكرهية واستخدام القوة للرد ورفع القهر الناتج عن الاستهزاء ، حيث يشير كثير من التقارير المدرسية إلى أن أكثر المشكلات العنيفة بين الطلاب كانت بسبب السخرية والاستهزاء وتسلط الكبار على الصغار . (المطوع ، ٢٠٠٨ : ٥٩) .

مفهوم العنف الأسري

يعتبر تعريف العنف الأسري بشكل خاص إشكالية شائكة؛ فهناك تعريفات عديدة يعكس كل منها وجهة نظر المدرسة الفكرية التي ينتمي لها؛ ومع ذلك يمكن القول أنه يكاد يكون من المتعذر فهم طبيعة العنف الأسري دون ربطه ببعض المفاهيم المتصلة به كمفهوم بناء القوة والشرع. (ساري : ٢٠٠٩). فالعنف الأسري برأي الأكثرية الساحقة من علماء الاجتماع، ليس سوى: «شكلاً من أشكال الاستخدام غير الشرعي للقوة، قد يصدر عن واحد أو أكثر من أعضاء الأسرة ضد آخر أو آخرين فيها بقصد قهرهم أو إخضاعهم وبصورة لا تتفق مع حريتهم وإرادتهم الشخصية، ولا تقرها القوانين المكتوبة أو غير المكتوبة. (Pagelow 1984 M. Weber . 1964).

ويعرف (الشبيب : ٢٠٠٧، ٢٢) العنف الأسري على أنه استخدام القوة البدنية أو اللفظية أو السلطوية أو النفسية من قبل الإنسان البالغ في العائلة ضد أفراد آخرين من هذه العائلة، ويتراوح بين البسيط الذي يفرض على غضب المعتدي عليه، والشديد الذي قد يقضي عليه.

وترى منظمة الأمم المتحدة أن العنف الأسري هو الفعل القائم على سلوك عنيف ينجم عنه الإيذاء أو المعاناة الجسدية أو النفسية أو الحرمان من الحرية في الحياة العامة أو الخاصة. (حلمي : ٢٠٠٥).

وقد عرّف (التير ، ١٩٩٧) و (شوقي، ٢٠٠٠ : ٢٤) و (Winters ، et al 2004) العنف الأسري بأنه «سلوك يصدره فرد من الأسرة صوب فرد آخر، وينطوي على الاعتداء عليه بدنياً، بدرجة بسيطة أو شديدة وذلك بشكل متعمد أملتته مواقف الغضب أو الإحباط أو الرغبة في الانتقام أو الدفاع عن الذات أو لإجباره على إتيان أفعال معينة أو منعه من إتيانها، وقد يترتب عليه إلحاق أذى بدني أو نفسي أو كليهما به».

ويرى (المطوع : ٢٠٠٨ ، ٥٥) أن العنف الأسري يعني الأفعال التي يقوم بها أحد أعضاء الأسرة وتلحق ضرراً مادياً أو معنوياً أو كليهما بأحد الأبناء في الأسرة، ويعني هذا بالتحديد الضرب بأنواعه والسب والشتم والاحتقار والطرد والحرق والإرغام على القيام بفعل ضد رغبة الفرد .

ويشير (عبد الجواد والطراونة : ٢٠٠٤) إلى أن العنف الأسري هو سلوك عدواني داخل أفراد الأسرة يمارس ضد طرف ضعيف في ظل وجود علاقات قوة غير متكافئة بين أفراد الأسرة ويقع في الغالب على المرأة والأطفال باعتبارهم الطرف الضعيف .

ويعرف (أبو عليا : ٢٠٠٠) العنف الأسري على أنه عمل مباشر أو غير مباشر من أعمال العنف ضد أحد أفراد الأسرة، يترتب عليه أذى بدني أو جنسي أو نفسي .

وإجرائياً يعرفه (بطرس : ٢٠٠٧) بأنه السلوك الذي يقوم به أحد الزوجين ضد الآخر أو أحد الوالدين أو كليهما ضد الأبناء، ويعني ذلك بالتحديد الضرب بأنواعه وحبس الحرية والحرمان من إشباع حاجات أساسية، والإرغام على القيام بفعل ضد رغبة الفرد، والطرد والسب والاعتداء، بمعنى أن يكون عنفاً جسدياً أو معنوياً . أما (المطوع : ٢٠٠٨ ، ٥٥) فيرى بأنه الاستخدام المتكرر من جانب كلا الوالدين أو أحدهما للعقوبات البدنية كالضرب المبرح والحرق واللكم أو العقوبات النفسية كالسخرية والإهانة والتوبيخ والشتم والسب .



ومن ذلك نجد أن العنف الأسري هو أي قول أو فعل مؤذي أو قهري أو عنيف أو تهديد يقع على أحد أعضاء الأسرة أو العائلة من جانب عضو آخر ، وقد ينظر إليه على أنه استخدام غير مشروع للقوة المادية أو المعنوية لإلحاق الأذى بآخر (جامع ، ٢٠١٠ : ١٩٥) ، ولذلك فهو يتضمن الإيذاء الجسدي واللفظي وتحطيم الممتلكات ، وقد يصل إلى حد القتل ، وقد تلحق هذه الإساءة التي يقوم بها أي من أفراد الأسرة الأذى أو الاعتداء على الطفل ، أو المرأة ، أو الزوج ، أو الزوجة ، أو أحد الوالدين (أبو حميدان ، ٢٠٠٦ : ٢٠٤) . وقد يكون الدافع وراء هذا العنف مجموعة من الرواسب الاجتماعية والسيكولوجية والثقافية الموجودة ، سواء بين الوالدين والأبناء ، أو بين الزوج والزوجة ، وهذه الرواسب تتراكم لتشكّل التراث المتوارث لتنفجر بعد ذلك في شكل يصعب التنبؤ به (بطرس ، ٢٠٠٧ : ١) .

أنواع وصور العنف الأسري

يمكن تلخيص أهم أشكال العنف الأسري في الصور التالية:

العنف الجسدي:

ويعتبر أكثر أنواع العنف الأسري وضوحاً ويشمل الضرب والقذف بالأشياء على الأطفال أو الزوجة والركل والتهديد بالسلاح والحرق والخنق (العوادة ، ٢٠٠٢ : ٣١) وتتمثل مظاهر العنف الجسدي والإساءة البدنية للطفل أو للمرأة في عدة صور مثل (الكدمات - الحروق - الجروح - كسر العظام - الإجهاض) (حسن ، ٢٠٠٣ : ١٨٥) .

العنف الجنسي:

ويعرف بأنه لجوء الزوج إلى استخدام قوته وسلطته لممارسة الجنس مع زوجته دون مراعاة لوضعها الصحي أو النفسي أو رغباتها الجنسية . وعنف الزوج الجنسي ضد زوجته أشبه بالاعتداء Rape الذي يعني إجبار المرأة على ممارسة الجنس من غير رغبتها ، كما تتضمن لأشكال من العنف الجنسي مثل استخدام الطرائق والأساليب المنحرفة الخارجة على قواعد الخلق والدين في عملية الجنس ، وذم أسلوبها الجنسي لإذلالها وتحقير شأنها (العوادة ، ٢٠٠٢ : ٣١ ؛ حسن : ٢٠٠٣ : ١٨٨) .

العنف النفسي:

يمكن تعريفه على أنه أي فعل يصدر عن الزوج ويتسبب في إلحاق ضرر نفسي بزوجته (Mc Gee Wolfe 1991: 10). وبناء على إفادات لعدد كبير من النساء كن ضحايا للعنف الأسري قام (Follingsted et al 1990 : 26) ، بوصف مجموعة من السلوكيات التي تعبر عن العنف النفسي أو اللفظي ووضعها في فئات هي:

أ- التهجم اللفظي: مثل السخرية والتحرش اللفظي، وإطلاق الألقاب التي يقصد منها إشعار المرأة بعدم الكفاءة بهدف بقائها تحت السيطرة، والإساءة بالقول والإهانة ، التي يتم ممارستها تجاه المرأة مثل الصراخ والتوبيخ والتحقير وتقليل الشأن أو الاستخفاف بها أو تحقيرها، أو نبذها واستخدام كلمات تحط من مكانتها أو تعنيفها ولومها وأهانتها .

ب- العزلة: وفيه تمنع المرأة من المشاركة في التفاعلات الاجتماعية العادية مع الأقران وبعض أفراد الأسرة وبالتالي تفصل المرأة عن محيطها الاجتماعي.

ج- الغيرة الشديدة والسلوك التملكي كمراقبة سلوك المرأة واتهامها بعدم الإخلاص بشكل متكرر، وتعتبر الغيرة من أخص صفات الرجل الشهم الكريم ، وإن تمكنها منه يدل دلالة فعلية على رسوخه في مقام الرجولة الحقة الشريفة ، فالغيرة المعتدلة شيء مطلوب ومهم، ومن لا يغار على أهله فهو ديوث ومطرود من رحمة الله تعالى ، فغيرة الرجل على أهله أن يأتين ما حرم الله أو يخلون مع غير ذي محرم ، أو يتحدثن مع أحد بخضوع في القول .. كل هذه غيرة محمودة ، بل واجبة لحماية شرفه وصيانة عرضه ، قال الحسن البصري: «أتدعون نساءكم ليزاحمن العلوج في الأسواق قبح الله من لا يغار». والغيرة تختلف من شخص لآخر ، فهي درجات متفاوتة عند البشر كل حسب شخصيته وصفاته النفسية وطريقة تربيته ، لكن الهوس في الغيرة والتشكك من كل شيء والنظر لشريك الحياة بعين الريب .. هذا ما يمثل لهيباً يحرق الحياة العائلية ويجعل منها جحيماً لا يطاق ، فالغيرة المفرطة ليست سوى تعبير عن اضطراب نفسي شديد أساسه عدم الثقة بالنفس وبالطرف الآخر ، وإذا عدمت الثقة بينهما فتح باب الشك.

د- التهديد :الذي قد يكون بالهجر أو الطلاق، أو يكون تهديدا لفظيا بالاعتداء أو التعذيب إذا لم تفعل ما يريده الزوج، حيث تتحول الأداة إلى سيف يضعه الزوج على عنق زوجته ليمنعها من فعل شيء لا يرغبه ، أو ليفرض عليها أمر لا ترغبه هي ، وفي كلتا الحالتين يكون الزوج هو الخاسر حتى لو رضخت الزوجة إلى شرطه القاسي.

و- تخريب أو تدمير ممتلكاتها الشخصية : إن المعنى العام لكلمة تخريب هو تكسير الممتلكات وتدميرها فالغضب والعدوان يولدان لدى الرجل اللجوء إلى التخريب والتكسير بشكل متعمد ، وبدافع العداء ، على سبيل المثال قد يكسرون أو يدمرون أشياء ثمينة للمرأة بهدف غيظها والانتقام منها، (العوادة، ٢٠٠٢ : ٣١؛ حسن ، ٢٠٠٣ : ١٨٨).

النظريات التي حاولت تفسير العنف الأسري

أجمل (ساري: ٢٠٠٩) الاتجاهات والنظريات التي حاولت تفسير العنف الأسري وصنّفها إلى :

نظريات اهتمت بتفسير العنف الأسري من وجهة نظر النظريات الاجتماعية المحافظة: حيث يرى أصحاب هذا الاتجاه، وبخاصة البنائيون الوظيفيون أن العنف لا يكمن إلا داخل سياقه الاجتماعي. فهو إما يكون ناتجا لفقدان الارتباط بالجماعات الاجتماعية التي تنظم السلوك وتوجهه، أو هو نتيجة لفقدان المعايير والضبط الاجتماعي الصحيح. وعليه ينجرّف الأفراد إلى العنف وبمعنى آخر فإن العنف، برأيهم، هو أحد إفرازات البناء الاجتماعي. يحدث عندما يفشل المجتمع في تقديم ضوابط قوية على سلوك الأفراد. هذا إضافة إلى انه ناتج للاحباطات التي تحدثها اللامساواة البنائية بين الأغنياء والفقراء (structural inequalities).

ويمكن تلخيص آراء هذا التيار بالقول إن العنف هو استجابة لضغوط بنائية في المجتمع و إحباطات ذاتية نتجت عن الحرمان فالإحباط الناتج عن الحرمان المادي قاس ومؤذ لأنه يؤدي إلى الإيذاء الجسدي للزوجة من جانب الزوج الذي يفقد الموارد المادية التي تحقق التوقعات المعيارية ومسؤولياته تجاه أفراد أسرته. فإذا كان الزوج غير قادر على مواجهة توقعات دوره كعميل للأسرة بسبب انخفاض مستوى تعليمه، أو مكانته المهنية أو دخله فإن الضغوط و الإحباطات تدفعه إلى استخدام العنف داخل المنزل. وأما الحل الذي يقترحه أصحاب هذا الاتجاه لمشكلة العنف فيكمن في زيادة التكامل الاجتماعي عن طريق ربط الفرد بالجماعات الأولية في المجتمع التي من شأنها إشباع حاجاتهم النفسية والاجتماعية وتغيير وضعهم المهني والاقتصادي وغرس القيم الدينية وقيم الانتماء لديهم .

نظريات اهتمت بتفسير العنف الأسري من وجهة نظر الاتجاه النسوي الراديكالي: يرى أصحاب هذا الاتجاه، أن نقطة البداية في فهم العنف ضد المرأة تكمن أصلا في العلاقة التي تربط المرأة بالرجل عبر التاريخ. فالعلاقات الاجتماعية في جميع المجتمعات مبنية في الأصل على سيطرة الرجل على المرأة وتقوم على أساس التقسيم النوعي (الجنسوي). ويؤكد دعاة هذا الاتجاه بأن المجتمعات المعاصرة



بالرغم من كل ما طرأ عليها من تغيرات تبقى مجتمعات ذكورية - أبوية، وإن الأسرة تشكل بناء على أوامر أبوية، فالأسرة - برأيهم - تقوم بتشئة الأطفال على أساس يدعم التباين النوعي للأدوار مما يحافظ على بقاء واستمرار النظام الأبوي. وفي نطاق معارضتهم لمفهوم السلطة الذكورية الأبوية وقد طور أصحاب هذا الاتجاه مدخلا نظريا جديدا يركز على العلاقات الاجتماعية الخاصة بمفهوم النوع (Gender) الذي تبلور في منتصف الثمانينات كنموذج نظري يلقي الضوء على عملية التكوين الاجتماعي للذكورة والأنوثة كفتين متناقضتين مع وجود قيم غير متساوية. وباختصار يركز أصحاب الاتجاه النسوي وبخاصة - أصحاب نظرية النوع - على الطبيعة القاسية والخشنة والعيفة للرجل، وأن العنف هو جزء من الظلم التاريخي ونظام الحكم القهري الذي من خلاله يحافظ الرجال على سيطرتهم وتحكمهم في النساء.

إن ثقافة العنف السائدة في المجتمع والقيم العيفة التي تعتبر النساء ملكية للرجل تساهم، برأيهم، في استمرار العنف ضد المرأة (Gelles. R 1979). وفي الحقيقة فإن مشكلة العنف الأسري ترتبط بالعديد من العوامل والمتغيرات الفردية والاجتماعية والاقتصادية والنفسية والبيئية الأمر الذي يجعل من نظرية واحدة منفردة تدعي تفسيره أمرا غير دقيق. ومن هنا جاءت الحاجة إلى ضم نظريتين أو أكثر أحيانا لدراسة العنف لنستطيع تحليل هذه المشكلة. فقد جمع بعض الباحثين بين نظرية النوع ونظرية المصادر (أي بين الاتجاه النقدي الحديث وبين الاتجاه التقليدي المحافظ). إذ ولدت الحركات النسوية الراديكالية ممثلة بنظرية النوع وعيا عاما بظاهرة العنف الأسري الواقع على المرأة باعتباره مشكلة اجتماعية أطلقت عليه مصطلح العنف الحميمي أو العنف في العلاقات الحميمة (Intimate Violence) وتقوم هذه النظرية على عدة مسلمات أو فرضيات في فهمها للعنف في العلاقات الحميمة منها على سبيل المثال:

- التمييز بين مفهومي الجنس والنوع على أساس اجتماعي ثقافي وليس بيولوجي.
- يختص مفهوم النوع بالفروقات والاختلافات بين ادوار الرجال والنساء التي تتشكل اجتماعيا عبر الثقافة السائدة والمتغيرة تاريخيا.
- تتمثل العلاقات الاجتماعية في المجتمع في تبعية المرأة وسيطرة الرجل واللامساواة القائمة بينهما. وكلها أنماط تاريخية تستند إلى الواقع.
- العنف في العلاقات الحميمة إنما تترسخ جذوره في النوع والقوة متمثلا في محاولات الرجال المحافظة على سيطرتهم وتحكمهم في النساء. وهو جزء من العلاقات الإنسانية التي تتشكل من خلال التبعية والعنف. (Umberson: ١٩٩٨) (وحلمي، ١٩٩٩).

ومن خلال استعراضنا للنظريات المفسرة لظاهرة العنف بصورة عامة والعنف الأسري بصورة خاصة يمكن القول أن كل نظرية من تلك النظريات فسرت العنف الأسري بشكل مختلف حيث ركزت كل نظرية على متغيرات معينة رأت أنها السبب في حدوث المشكلة، إلا أنه لا يمكن إرجاع المشكلة لسبب واحد أو أكثر دون دراسة المشكلة بشكل أوسع وأعمق يمكن أن تساعدنا في فهم المشكلة، ومعرفة الطريقة المناسبة للتعامل معها. وهنا نؤكد على أمر في غاية الأهمية، وهو أنه لا توجد نظرية أفضل من غيرها في تفسير هذه المشكلة. كما أنه لا توجد نظرية واحدة تفسر ظاهرة العنف الأسري بشكل تفصيلي، فهذه المشكلة هي في الواقع مشكلة معقدة ومتداخلة الجوانب (الجانب الطبي والنفسى والقانوني والبيئي والثقافي).

ونخلص من هذا كله إلى التأكيد على صعوبة الخروج بنظرية واحدة تحلل وتفسر جميع أشكال العنف، والفاعلين له، وكذلك المواقف التي تم فيها هذا العمل العنيف. لذا لجأ علماء الاجتماع مؤخراً إلى التخصص في دراسة أحد أنماط العنف الأسري المتمثل في تعنيف الزوجات، أو أحد الأبناء، أو إساءة معاملة الأطفال، العنف ضد كبار السن. وإذا كانت مسألة العنف الأسري مسألة شائكة ومعقدة ولا تكفي نظرية واحدة في فهمها أو تفسيرها، فإن الأمر كذلك فيما يتعلق بمكافحتها ومواجهتها. فمن غير الإنصاف تحميل مؤسسة بعينها مسؤولية هذه المكافحة. فجميع مؤسسات المجتمع المدني مطالبة بهذا. وجميع هذه المؤسسات ستبقى مدانة إذا ما تخلت عن الاضطلاع بهذا العبء. فآثار العنف الأسري السلبية لا تنعكس على الأسرة وحدها فقط، بل تمتد لتطال المجتمع.

الأسباب المؤدية للعنف الأسري

أكدت الأدبيات والنظريات الاجتماعية والكتابات المتعلقة بالتكوين الأسري بأن «الأسرة هي أول مؤسسة اجتماعية يتعامل معها الفرد، ولها تأثير بالغ في رسم الإطار العام لمعالم الشخصية، وتلعب هذه المؤسسة دوراً حيوياً ومهما في التشيئة الاجتماعية، فإذا لبت الأسرة لأفرادها حاجاتهم ورغباتهم وكان نظام الحياة داخلها يسير بشكل طبيعي، وكانت علاقات أعضائها مع بعضهم البعض عنوانها المحبة والتفاهم والاستقرار، كانت الحياة الأسرية خالية من التعقيدات والخلافات ونمت شخصية الفرد وشقت طريقها نحو الاتجاه السليم وبالتالي يصبح الفرد أكثر مرونة وأكثر قابلية للتكيف والتوافق الاجتماعي، (خريطلي، ١٩٩٢ : ٥٦). بينما إذا اضطربت العلاقة بين الأم والأب ونشبت النزاعات الأسرية داخل الأسرة، تحولت هذه الأسرة إلى مرتع خصب للمشاكل وبيئة مهيأة للاضطرابات، خصوصاً إذا صاحبها سلوك العنف أو بعض السلوك العدواني بأنواعه.

تشير الأدبيات التي تناولت موضوع العنف الأسري إلى أن العنف الأسري يرجع إلى مجموعة من الأسباب من أهمها :

- الوضع الاقتصادي السيئ لبعض الأسر: حيث يمثل انخفاض المستوى الاقتصادي للأسر عاملاً مهماً في انتشار العنف الأسري فالفقير يؤدي إلى زيادة عدد الأزمات الأسرية، حيث يكون مرتبطاً بانخفاض مصادر التدعيم المادية والاجتماعية أثناء حدوث الأزمات (عبد الرحمن: ٢٠٠٦، ٤٩) الأمر الذي يترتب عليه عدم مقدرة الأسرة أو نقص إمكانياتها في توفير حاجات أفرادها، وغالباً ما ينشأ صراع الزوج والزوجة لتوفير احتياجات المنزل، وقد يتطور الصراع إلى نوع من الشجار والضرب وقد يُسقط أحد الأبوين غضبه على أحد أبنائه، أو جميع أفراد الأسرة (الدويبي: ٢٠٠٤، ٤-٥). ويكون استخدام العنف تجاه الأسرة تفرغاً لشحنة الخيبة والفر الذي تنعكس آثاره بعنف من قبل الأب إزاء الأسرة وقد أشارت دراسة (بوزبون: ٢٠٠٤، ٨٣ - ١٣٧) إلى وجود اختلاف في نسب التعرض للعنف باختلاف معدل دخل الزوج، حيث تبين أن هناك علاقة عكسية بين العنف والدخل.
- نقص الوعي الاجتماعي بحقوق الإنسان وبخطورة الممارسات العائلية العنيفة على الجو العائلي ودور الأسرة في التشيئة الاجتماعية وغيرها.
- الدوافع الاجتماعية: فالعادات والتقاليد التي اعتادها مجتمع ما والتي تتطلب من الرجل -حسب مقتضيات هذه التقاليد- قدراً من الحزم وإظهار القوة في قيادة أسرته، يرى الباحثين أن ذلك من وجهة نظر البعض من الرجال يحتاج إلى القسوة والتشدد والديكتاتورية في اتخاذ القرارات، ولعل ذلك ينعكس في استخدام أشكال متعددة من العنف والقوة، والغالبية من الرجال يرون أن ذلك هو المقياس الذي يبين مقدار رجولته، وإلا فهو ساقط من عداد الرجال. هذا النوع من الدوافع يتناسب طردياً مع الثقافة التي يحملها المجتمع، وخصوصاً الثقافة الأسرية: فكلما كان المجتمع على درجة عالية من الثقافة والوعي، كلما تضائل دور هذه الدوافع حتى ينعقد في المجتمعات الراقية، وعلى العكس من ذلك في المجتمعات ذات الثقافة المحدودة، إذ تختلف درجة تأثير هذه الدوافع باختلاف درجة انحطاط ثقافات المجتمعات (دهيم: ٢٠١٠).



- انخفاض مستوى التعليم : حيث أشارت نتائج عدد من الدراسات التي بحثت في العنف الأسري أن المستوى التعليمي للآباء يعد أحد العوامل المهمة في اختيار أسلوب تعامل الآباء مع أبنائهم ، حيث يتم ممارسة أشكال العنف الأسري بين الآباء الذين لا يجيدون القراءة أو منخفضي المستوى التعليمي (الدفرأوي وآخرون ، ١٩٩٧) . ويرى (الدويبي ، ٢٠٠٤ : ٥) أن انخفاض المستوى التعليمي والأمية يؤديان إلى افتقار الأبوين إلى الإلمام بوسائل التربية الحديثة، ولجوءهم إلى الضرب والتعنيف في التعامل مع أبنائهم عندما يخطئون .
- وقد أكدت نتائج دراسات (عبد المحمود وآخرون ، ٢٠٠٥ : ١٢٩-١٣٠) و (جامع ، ٢٠١٠ : ٢٠٢) أن العنف الأسري قرين للجهل وانخفاض المستوى التعليمي ، وأشارت (بو زبون : ٢٠٠٤) إلى أن نسب التعرض للعنف تختلف باختلاف المستوى التعليمي للزوج ، فكلما زاد مستوى تعليم الزوج قل العنف تجاه الزوجة والأبناء ، والعكس صحيح . كما أشار (كامل : ١٩٩١) إلى أن الأطفال الذين يتعرضون لسوء المعاملة من الوالدين غالباً ما يكون بسبب تدني مستوى ذكاء الوالدين ومستوى تعليمهم .
- صراع القيم بين الآباء والأبناء : حيث أشارت نتائج دراسة (الدويبي ، ٢٠٠٤ : ٥) إلى أن صراع القيم وتعارضها داخل الأسرة يؤدي إلى حدوث العنف الأسري ، حيث إن المتغيرات المعاصرة وما تعيشه المجتمعات حالياً من ثورات في عالم التكنولوجيا والانترنت والمعلوماتية ووسائل الاتصال الحديثة قد أفرزت العديد من القيم الوافدة التي يتعارض كثير منها مع القيم الأصيلة المتوارثة ، يميل الأبناء إلى تبني قيم متحررة في الوقت الذي يتبنى الآباء قيماً محافظة ، ومن ثم يميل الأبناء إلى التمرد ورفض قيم الآباء الذي يؤدي إلى نشوب كثير من الخلافات ، وهذا ينجم عنه ممارسات عنيفة ضد الأبناء في الأسرة . ويتفاقم الأمر في ظل وجود بعض عناصر الثقافة السائدة التي تميز بين الذكور والإناث، وتؤيد فكرة الضرب والتعنيف ، وعدم التحكم في مشاعر الغضب وسرعة الانفعال ؛ ومن هنا تنشأ الخلافات التي يكون مردها إلى ممارسة العنف بأشكال متعددة داخل الأسرة .
- تعاطي أحد الوالدين، أو كليهما للمواد المخدرة، حيث أشارت منظمة الصحة العالمية في تقريرها الصادر عام ١٩٩٢ أن ٩٧٪ من حالات العنف داخل الأسرة تحدث عن طريق شخص مدمن، كما وجد (كامل : ١٩٩١) أن شيع العنف الأسري يكون بشكل واضح في الأسر التي يتناول فيها الآباء الخمر أو يتعاطون المخدرات ، حيث يتسبب تعاطي أحد الأبوين للخمر والمخدرات وإدمانها في كثير من المشاجرات العنيفة والاعتداء بالضرب نتيجة لتأثير المادة المسكرة والمخدرة ؛ ويكون من نتيجة انتشار تعاطي المخدرات أيضاً ارتفاع معدل الخلافات الزوجية (عبد الرحمن : ٢٠٠٦ : ٤٩) المرتبطة دائماً بالعنف الأسري .
- السمات النفسية للوالدين؛ حيث أشار (أبو عيادة : ٢٠٠٠ : ٩٥) إلى أنه من الأسباب التي تؤدي إلى العنف الأسري: شخصية الوالدين وخلفيتهما النفسية ، ودرجة الحرمان الاجتماعي الذي يعانيه ، والخبرات السابقة المرتبطة بإساءة معاملتهم من جانب والديهم أو من قام على رعايتهم ؛ كذلك نظرة الوالدين إلى الابن وخيبة أملهم فيه وفي قدراته نتيجة توقعاتهم غير الصحيحة وغير المنطقية عن سلوكه وقدراته العقلية .
- تعدد زوجات الأب، فقد وجد (عبد الرحمن ، ٢٠٠٦ : ٥٠) أن العنف أكثر انتشاراً في البيوت التي يوجد فيها أكثر من زوجة لأب واحد، وتعتبر المشكلات الزوجية خاصة المزمدة منها كالطلاق أو الانفصال أو الخلافات الزوجية ، من أكبر الضغوط التي تؤدي إلى العنف ضد الأطفال ، ومن الملاحظ ارتباط سوء معاملة الزوجة طردياً مع إيذاء الأطفال بدنياً . خاصة في ظل عدم توافر برامج المساعدات والخدمات الإرشادية التي يمكن أن تلجأ إليها الأسرة وقت الأزمات .
- وحول العلاقة بين مهنة الوالد وممارسة العنف الأسري، فقد تبين من نتائج دراسات (عبد المحمود وآخرون : ٢٠٠٥ : ١٢٩-١٣٠) و (جامع : ٢٠١٠ : ٢٠٣) أن النسبة الأعلى من العنف الأسري إنما تكون بين العاطلين (بدون عمل) ، وأكدت دراسة (بو زبون : ٢٠٠٤ : ٨٣-١٣٧) أن الأزواج العاطلين عن العمل مارسوا العنف ضد زوجاتهم أكثر من الأزواج غير العاطلين .

غير أنه قد تبين أن هذه الجرائم ترتفع في دولة الكويت أيضا في فئة الأعمال الحرة ، حيث تمثل جرائم العنف الأسري لهذه الفئة ما يعادل (٤٠٪) من إجمالي جرائم العنف الأسري (عبد المحمود وآخرون : ٢٠٠٥ ، ١٢٩-١٣٠) .

• تدني المستوى الاجتماعي للأسرة، فقد تبين من الدراسات أن العنف الأسري مرتبط ارتباطا عكسيا بمستوى الوسط الاجتماعي أو الطبقة الاجتماعية للأسرة. (عبد المحمود وآخرون : ٢٠٠٥ ، ١٢٩-١٣٠) و (جامع : ٢٠١٠ ، ٢٠٤) كما يمثل حجم الأسرة أحد العوامل المهمة في ظاهرة العنف الأسري خاصة في الدراسات العربية ، فهذه الظاهرة أكثر انتشارا في الأسر كبيرة العدد .

وهناك مجموعة من العوامل البيئية التي يمكن في ضوءها تفسير ظاهرة العنف الأسري، حيث تلعب البيئة دور مهم في معظم جوانب الحياة للأفراد بوجه عام ، ولها تأثيرها الواضح في ظهور مشكلة العنف بوجه خاص ، وقد أشارت دراسة (عبد الرحمن : ٢٠٠٦ ، ٥٢-٥٣) أن هناك العديد من النظريات التي يمكن تفسير العنف الأسري في ضوءها ، ومن أهمها :

١ . نظرية الضغط البيئي : وترى هذه النظرية أن الضغوط البيئية و الحياتية المختلفة تدفع الإنسان دفعا إلى العنف ، و أن هناك علاقة طردية بين الضغوط الاجتماعية للأسرة والعنف الأسري ، هذه الضغوط تتمثل في البطالة ، والمشاكل المادية ، ومشكلات نقص الدخل ، والتضخم وخلافه ، والزحام الشديد ، والبيوت غير المجهزة ، وصغر سن الزوجين ، وضغوط العمل . والخلافات الزوجية ، كل هذه المشكلات إذا توافرت فإنها تساعد على زيادة العنف الأسري ، وفي ضوء هذه النظرية يمكن تفسير العنف الأسري بأنه كلما زادت ضغوط البيئة الاجتماعية فإن ذلك يؤدي إلى قيام الإنسان بممارسة العنف على أفراد الأسرة ؛ ومن الطبيعي أن يوجه العنف للضعفاء في الأسرة وفي مقدمتهم النساء والأطفال .

٢ . نظرية الدونية الاجتماعية : وهذه النظرية ترى أن الصراع بين البشر يزداد مع زيادة عدد السكان بمعدل أكبر من معدل تزايد الموارد البيئية ، ومن هنا يحتم الصراع والتنافس بين البشر حول الموارد المحدودة ويتحول إلى عنف .

٣ . نظرية الحرمان البيئي : وترى هذه النظرية أن البيئة التي لا تشبع احتياجات أفرادها سينتج عنها شعور بالحرمان يدفع الأفراد دفعا نحو العنف . أي أن نقص المرافق والاستثمارات قد يؤدي إلى العنف . وبشكل أكبر تعبيرا يؤثر الوضع السكني للأسرة على درجة ممارسة أشكال العنف الأسري ، حيث تبين أن الظروف السكنية الصعبة كضيق المنزل وكثرة عدد أفراد العائلة تقود إلى حدوث نوع من الخلاف حول بعض المرافق الأمر الذي يترتب عليه كثير من مظاهر العنف العائلي ضد المرأة والأبناء .

٤ . نظرية الإحباط : وتنص هذه النظرية على أن البيئة التي تتسبب في الإحباط للفرد تدفعه دفعا نحو العنف ، بمعنى أن البيئة المحيطة التي لا تساعد الفرد على تحقيق ذاته والنجاح فيها تدفعه دفعا نحو العنف . فالشباب الذي لا تتوافر له فرص العمل أو الدخل المناسب أو السكن ، كل ذلك يدفعه نحو العنف بوجه عام .

٥ . نظرية المهمشون : هذه النظرية ترى أن البيئات الهامشية تساعد على العنف ، لأن الأحياء الهامشية التي تنشأ على أطراف المدن أو القرى والنجوع ، والمجتمعات البدوية تعاني من نقص في الخدمات الحكومية ، وعدم اهتمام الحكومات بمد هذه المجتمعات بالمرافق والخدمات يولد لدى سكان هذه المناطق الشعور بالتجاهل وعدم الاهتمام ، مما يؤدي لشعورهم بالضعف والرغبة في الانتقام فيتجهون للعنف .

و بشكل عام فقد أظهرت نتائج دراسة (عبد المحمود وآخرون : ٢٠٠٥ ، ١٢٩-١٣٠) التي أجريت على سبع دول عربية مجموعة كبيرة من الأسباب المؤدية إلى ممارسة العنف الأسري هي :

- الجهل وضعف المستوى التعليمي .
- ضعف الوازع الديني والجهل بأصول الدين وأحكام الشرع .



- تدني المستوى المعيشي .
- انتشار البطالة .
- الخيانة الزوجية .
- الخلافات الزوجية .
- الغيرة الزوجية .
- إدمان الكحول والمخدرات .
- القصور في التربية ورعاية الناشئة .
- خلافات حول الميراث .
- التمييز بين الأبناء .
- عدم المساواة بين الزوجات .
- تدخل بعض أفراد الأسرة في شئون الزوجين .
- اختلاف المستوى الثقافي بين الزوجين .
- التفكك الأسري .
- تراجع مستوى التمسك بالتقاليد والقيم والأخلاق الفاضلة .
- عولمة الثقافة الأسرية والانسياق وراء وسائل الإعلام .

خصائص المتعرضين للعنف الأسري

يشير (أبو حميدان : ٢٠٠٦ ، ٢٠٧) إلى أن أكثر الخصائص التي تميز المتعرضين للعنف هي : العدوانية ، والاعتمادية ، والعزلة ، ونقص المهارات الاجتماعية ، فضلا عن تكوين صورة سيئة عن ذواتهم .

وتوصل (عبد الجواد والطراونة : ٢٠٠٤) إلى أن أهم الخصائص التي تميز المتعرضين للعنف هي التزام الضحايا ببعض المفاهيم الخاطئة ، حيث تتولد لديهم بعض القناعات والمفاهيم الخاطئة منها الخنوع والخضوع غير المبرر للزوج أو للكبير أو للمسؤول عن الأسرة ، والاعتقاد بأن له الحق في إملاء ما يريد لأن ذلك يعني مصلحة الأسرة .

وقد أشارت نتائج العديد من الدراسات إلى وجود علاقة بين العمر والعنف الأسري ، حيث معظم جرائم العنف الأسري تتم في معظمها داخل الفئات العمرية الشبابية والمتوسطة ، وخاصة فيما بين العشرين والأربعين ، وتتنخفض جداً بعد سن الخمسين ، وربما تمثل الفئة العمرية (٢٥-٣٥) سنة قمة العنف الأسري (عبد المحمود وآخرون : ٢٠٠٥ ، ١٢٩-١٣٠) و (جامع : ٢٠١٠ ، ٢٠١) . وعادة ما يصاحبه صغر سن الآباء والأمهات ، (عبد الرحمن : ٢٠٠٦ ، ٤٩) .

وقد أشار نيو برجر (Newberger: 1988) إلى وجود مجموعة من الخصائص التي تميز المتعرضين للعنف من أهمها : نقص المهارات الاجتماعية والانسحابية والعزلة والعداونية وإزعاج الوالدين ، ونقص النمو اللفظي ، والتأخر الدراسي ، والانتكالية ، وكذلك الانحراف في التعامل الاجتماعي والعلاقات العامة .

أشارت دراسة (بوزبون ، ٢٠٠٤ : ٨٣-١٣٧) إلى وجود علاقة بين عمل الزوجة والعنف الموجه ضدها ، حيث تبين أن الزوجات غير العاملات يتعرضن للعنف بصورة أكثر مما تتعرض له الزوجات غير العاملات . كما تبين أن العنف ضد الزوجة يقل كلما ارتفع معدل دخلها الشهري ، وأن نسب التعرض للعنف تختلف باختلاف المستوى التعليمي للزوجة ، حيث وجد هناك علاقة عكسية بين مستوى تعليم الزوجة والتعرض للعنف من قبل الزوج ، فكلما انخفض مستوى تعليمها ازدادت نسبة تعرضها للعنف .

وبينت (سلامة : ١٩٩١) أن أهم الخصائص النفسية للأطفال الذين يتعرضون للعنف بأنها تأخذ شكل العجز في الاستمتاع بمظاهر الحياة المختلفة ، وظهور أعراض مثل التبول اللاإرادي والقلق وثورات الغضب وانخفاض تقدير الذات والتوتر .

أظهرت دراسة (التير : ١٩٩٧) أن الإناث هن أكثر عرضة للعنف الأسري ؛ حيث إن ثلاثة أرباع الضحايا في جرائم العنف الأسري هم من الإناث ، وأن حوالي (٩٠٪) من مرتكبي العنف الأسري من الرجال ، وقد وجدت الدراسة أن أكثر أشكال العنف الأسري انتشاراً هو التهديد بالضرب (٢٢٪) من حالات العنف الأسري .

السمات النفسية والاجتماعية للمرتكبين للعنف

أظهرت نتائج العديد من الدراسات أن هناك مجموعة من السمات التي تميز المرتكبين للعنف الأسري ، ومن أهم تلك السمات ما يلي:

- الاضطرابات النفسية والعقلية للآباء القائمين بالعنف : حيث أشار (Oates: 1997) إلى أن الآباء الذين يمارسون العنف ضد أبنائهم غالباً ما يعانون من اضطرابات نفسية وعقلية ، وأن لديهم مشكلات سلوكية وأنهم عانوا في طفولتهم من الحرمان ، ويعانون من القلق والكبت ، ولديهم مشاكل اجتماعية تتمثل في أنهم انعزاليون ، ولا يستطيعون تكوين علاقات مع أسرهم ، وليس لديهم القدرة على التكيف .
- يتسم الجناة والمعتدين بشكل عام بصعوبة في التعامل أثناء غضبهم : حيث إن الاضطرابات العقلية والنفسية تفقد الفرد القدرة على التعامل مع غضبه بشكل صحيح ، هذا بالإضافة إلى افتقار مهارات الاتصال الصحيحة التي تعمل على حل المشكلات المختلفة من خلال الاستماع لبعضهم البعض (سامر ورضوان : ٢٠٠٣) .
- المعتدين دائماً يميلون إلى القسوة والاستبداد : حيث يشير (المحاميد : ٢٠٠٣) إلى اعتقاد كثير من الآباء بأن أسلوب الاستبداد والتسلط هما خير وسيلة لضبط الأسرة ، أن الخوف المسيطر على جو الأسرة يدفع أفرادها للالتزام بما يمليه الوالدان من شروط تعسفية ، وأن استعمال تلك الأساليب تعد حقا مكتسباً لرب الأسرة ولا يحق لأحد التدخل في هذا الأمر .
- صغر سن الزوجين ، والتعطل عن العمل : حيث توصلت دراسة (البداينة : ٢٠٠٥) إلى أن أغلب الجناة في مجال العنف الأسري هم من فئة الشباب بمرحلة متقدمة ، ومن الذكور العاطلين عن العمل .
- افتقار الجناة لفهم الذات : فقد أشار (أبو حميدان : ٢٠٠٦) إلى أن الفرد الذي يلجأ إلى العنف الأسري يعاني من مشكلة عدم فهمه لذاته ، مما يجعله يتخبط في سلوكه ، هذا الفرد ليس لديه أهداف واضحة ومحددة في حياته ، فهو مشتبك دائماً



لا يعرف ما يريد وما عليه تحقيقه ، فلديه فكر مشوش ويظهر سلوكه العاجز عند مواجهة الأسرة له ، ويظهر عجزه وفشله في تحقيق مطالبها بسبب عدم وضعه لأهداف ينبغي عليه تحقيقها ، وعندئذ يوجه جام غضبه نحو أسرته حتى تتوقف عن مواجهته بعجزه لأنه يعتقد بأن هذا تحد له .

- افتقارهم لإدارة موارد الأسرة : وقد تكون الإمكانيات المادية للأسرة محدودة ، ونظرا لعدم قدرة الأسرة على إدارة هذه الموارد فهم في الغالب يقعون فريسة للفقر والعوز ، وتصاب الأسرة بالإحباط ، ويغلب على سلوك رب الأسرة التشكي والإحساس بعدم الرضا عن حياته ، وعن تصرفات أسرته ، فيميل للعنف خاصة لمواجهة مطالبهم التي لا يقدر على تلبيةها فلنا منه أن ذلك سوف يشيهم عن مطالبهم والتخلص من شكاواهم (الخليلي و درويش : ٢٠٠٠) .

ويشير (الدخيل : ١٩٩٧) إلى توافر تلك السمات النفسية في الفرد لا يعني بالضرورة حتمية حدوث الإساءة منه ، ولكنها تشير إلى توقع حدوثها بدرجة كبيرة بشرط أن تكون هذه السمات موجودة بشكل واضح مثل اضطرابات السلوك . وهناك العديد من السمات التي يتصف بها الآباء القائمون بالعنف الأسري ، منها : التقدير السلبي للذات ، والشعور بالعزلة ، وصعوبة تحمل الإحباط ، وعدم القدرة على تأجيل الرغبات ، وصعوبة التحكم في الغضب ، والقسوة ، العدوانية ، نقص القدرات الذهنية ، الاعتمادية المفرطة على الآخرين . وقد أشارت دراسات كل من (Fridrich et al: 1983) و (Wolfe: 1985) و (Widom: 1991) إلى أن الشخص المعتدي سواء كان الأب أو من يقوم مقامه يتصف بارتفاع مستوى الاندفاعية ، ونقص الثقة بالذات ووجود مشكلات سلوكية عامة مع الآخرين ، فضلا عن وجود اضطرابات نفسية مصاحبة ، وقد يكون قد توارث العنف عبر الأجيال السابقة . ولا يمكن إغفال وجود الاضطرابات النفسية خاصة القلق والاكتئاب وتعاطي الكحوليات والمخدرات كسبب مباشر ومهم لحدوث هذه الاعتداءات . كما وجدت الدراسات أن حياة هؤلاء الآباء أثناء الطفولة تميزت بالعديد من الصفات منها : الرفض من الأسرة والعدوان والتربية المتسلطة العنيفة ، والإحساس الزائد بعدم الأهمية ، والعقاب الصارم والزائد عن الحد من الأسرة ، والانفصال عن الأم قبل سن الحادية عشرة من عمره (عبد الرحمن : ٢٠٠٦ ، ٤٤) .

وبصفة عامة يمكن إجمال مجموعة الخصائص العامة للأشخاص المرتكبين للعنف الأسري ، في : أن معظمهم من الرجال ، و يكونون ضعفاء في السيطرة على أنفسهم وكبح اندفاعهم ، وغالبا يمتلكون مزاجا متقلبا ، وليست لديهم القدرة على التعامل مع المواقف التي تتسم بالإحباط ، ويعتمدون عاطفيا على الآخرين ، ويريدون كل شيء الآن وليس لديهم القدرة على التحكم في مشاعرهم ، ويتصفون بالأنانية والتفكير الذاتي ، ونقص في فهم وتقدير الذات ، ونقص في المهارات الاجتماعية ، ولا يشعرون بالذنب نتيجة أفعالهم ، ولديهم تاريخ يتسم بالعنف ، و يجاهرون بعدم احترام المرأة ، ومطالبهم كثيرة ولا يتنازلون عن شيء (حسن ، ٢٠٠٣ : ٢٣٤) .

أما عن الخصائص العامة التي تميز الأشخاص الذين يرتكبون العنف ضد المرأة بشكل خاص فقد حددها الجبرين (١٤٢٥هـ : ٤٥-٤٦) في : الغيرة الشديدة ، والعزلة ، و حب السيطرة ، ولوم الآخرين ، واللغة العنيفة ، والمعاملة الوحشية لأفراد الأسرة ، والغموض وعدم الوضوح . وأما السمات والخصائص التي تميز الأزواج مرتكبي العنف ضد زوجاتهم فهي : عدم القدرة على السيطرة على النفس ، و المزاج المتقلب ، والخوف من هجران الزوجة ، وإدمان الكحول والمخدرات ، والعزلة وندرة الأصدقاء ، وعادات واتجاهات جنسية سيئة وقد تكون مجرمة ، و انخفاض في تقدير الذات .

آثار العنف الأسري على الأسرة والمجتمع

عندما تسيطر على الأسر ممارسات أنواع العنف الأسري المختلفة ، وتتساقط ضحاياها في أروقة المنازل ، فإنه يحدث ارتباكاً في مكونات الشخصية عند كل فرد في الأسرة نفسياً وعصبياً ، فتتشكل عقد نفسية قد تتفاقم وتصل إلى حالات مرضية طويلة الأجل مع ارتفاع نسبة توقع سلوك هذا الشخص ضحية العنف المسلك ذاته من العنف كما جرى عليه أو أكثر ؛ ناهيك عن خطورة وجود شخص معقد نفسياً قد يهدد كيان المجتمع . ومع تزايد العنف الأسري ينتج حالة من عدم الأمن والسلام الاجتماعي للأسرة والمجتمع ، لأن العنف الأسري يخلق في ضحاياها الرهبة والشعور بالمهانة والذلة ويدمر احترام الإنسان لذاته ، وتتجاوز آثاره الضحايا لتقع على من شهد واقعة العنف أيضاً ، ناهيك عن المشاكل الصحية الخطيرة طويلة الأجل والآثار التي قد تبقى مع بقاء حياة المعتدى عليهم (الشبيب : ٢٠٠٧ ، ٤٧-٤٨) .

ويرى العديد من الباحثين في المجال الاجتماعي أن هناك ما يمكن تسميته بدورة العنف ، بمعنى أن « العنف يولد عنفاً آخر » وتحدد دورة العنف العملية التي يتم من خلالها توارث العنف من جيل إلى الجيل التالي ، حيث يذهب العديد من الباحثين إلى أن الأطفال الذين يتعرضون للانتهاك داخل أسرهم أو يشاهدون العنف المتبادل بين الأبوين يصبحون أحداثاً منحرفين أو مجرمين أو يمارسون العنف بدورهم داخل منازلهم في المستقبل ، وهناك مقولة أن الآباء الذين ينتهكون أطفالهم كانوا هم أنفسهم ضحايا للانتهاك ، وأن الزوجات اللاتي يتعرضن للضرب من أزواجهن ينحدرن من أسر تتميز بعنف ، هذه المقولة أصبحت تحظى بالقبول على نطاق واسع الآن ، وترى أن انتقال السلوك العنيف قاعدة عامة لتفسير كل أشكال العنف الأسري (السمري ، ٢٠٠١ : ١٨١) . وقد توصل (المطوع : ٢٠٠٨) إلى وجود علاقة ارتباطية موجبة ذات دلالة إحصائية بين العنف الأسري والسلوك العدواني لدى الأبناء في مدارسهم .

وهناك مجموعة من الآثار التي يخلفها العنف الأسري من أهمها الآثار النفسية المتمثلة في الاكتئاب والتوتر والإحباط والخوف وضعف التحصيل الدراسي فضلاً عن الاضطرابات النفسية ، ومن الآثار الاجتماعية المتعددة : التفكك الأسري والطلاق والانحراف ، ومن الآثار الصحية : إحداث كسور وكدمات وعاهات ونزيف .

الآثار النفسية للعنف الأسري

يترك العنف الأسري مجموعة من الآثار النفسية التي تتعدد معالمها وأشكالها ، ولعل أهمها :

- ١ . المظاهر الانفعالية والسلوكية ، ومن أهمها : العدوانية والغضب والانسحاب والعزلة ، والخوف من الذهاب إلى المنزل ، والخوف عندما يبكي طفل آخر ، وتراجع المزاج بين القلق والاكتئاب والخوف والغضب ، والكوابيس المتكررة واضطرابات النوم ، ونوبات من الدوار عند الاستيقاظ ، والشكاوي النفس جسدية المتكررة مثل الصداع والصداع النصفي وآلام المعدة ، وصعوبة التنفس ، والسلبية والعند والشعور بالذنب ، والعزلة الاجتماعية والشعور بالخزي ، وصعوبة فهم وحل المشكلات الاجتماعية ، والمخاوف المرضية الحادة خاصة الخوف من الظلام (عبد الرحمن ، ٢٠٠٦ : ٥٨) .
- ٢ . الاضطرابات والأعراض الاكتئابية : حيث أكدت دراسة كازدين وزملاؤه (Kazdin et al: 1985) أن الذين يتعرضون للعنف الأسري أكثر اكتئاباً وأقل تقديرًا للذات . أكد ذلك لو ووايز (Lau and Weisz: 2003) حيث توصل إلى أن المتعرضين للعنف يعانون من اضطرابات اكتئابية ؛ وأكد أوتس (Oates: 1996) أن المتعرضين للعنف لديهم عدد قليل من الأصدقاء وأنهم أقل لهما وأكثر إحباطاً ، وأكثر إحساساً بالخطر ، وأكثر حرصاً مما يعكس ترقبهم العالي لأبائهم . وبين جيلمارتين (Gilmartin: 1994) أن المعرضين للعنف ينتشر بينهم اضطرابات النوم وخاصة الأرق والأحلام المزعجة وشدة التيقظ وحدوث نوبات من الدوار وخاصة عند الاستيقاظ ، كما تنتشر بينهم الأعراض النفس جسمانية بدرجة كبيرة . وقد وجدت آلان





ورفاقها (Alan et al: 1997) أن المتعرضين للعنف يعانون من الاكتئاب الجسيم الذي يصاحبه بدرجة كبيرة انخفاض الأداء الاجتماعي . وقد توصل ماك ميللن ورفاقه (Mac Millan et al: 2001) إلى أن السيدات اللاتي تعرضن للعنف والاعتداء البدني لديهن ارتفاع في معدل انتشار اضطراب الاكتئاب الجسيم . وتوصل ريان ورفاقه (Ryan et al: 2000) إلى أن الإيذاء البدني والاعتداء الجنسي في الطفولة يرتبط بحدوث الاكتئاب أثناء المراهقة بدرجة كبيرة .

٣. اضطرابات السلوك : تشير الدراسات إلى وجود علاقة بين تعرض الأطفال للعنف الأسري وبين حدوث اضطرابات السلوك لديهم، خاصة السلوك العدواني ، والتربية القاسية التي تقهر الطفل وتعاقبه بدنيا وتؤله نفسيا تنمي لديه العدوان ، وتجعله يفشل في تنمية التحكم في الغضب والعدوان (عبد الرحمن : ٢٠٠٦ ، ٥٩). ووجد فيلدمان وزملاؤه (Feldman et al: 1995) أن الأطفال المتعرضين للعنف لديهم علاقات اجتماعية مضطربة مع الأقران ، كما يعانون من المشاغبة والشجار الدائم والانسحاب من الأنشطة الاجتماعية ، كما أن لديهم خوف مفرط من الغرباء ويعانون من الخجل الشديد . وقد وجد جرين (Green: 1984) أن الطفل المتعرض للعنف لا يريد توجيه العدوان نحو المعتدي ، و يقوم بتوجيه الإيذاء نحو نفسه ، فلا يستطيع الطفل أن يلعب مع أقرانه لمدة طويلة دون ضربهم أو سبهم أو إيذائهم بشكل و بآخر ، كما تصبح لغته عدوانية مثل سلوكه ، فالطفل يعمم توقعات التعرض للأذى من كل الناس بما فيهم الأقران . كما وجد كلا من ديفيز وآخرون (Davies et al: 1994) ولوس و أليكسندر (Loss , and Alexander: 1997) ارتفاع معدل الاضطرابات السلوكية بين المراهقين المتعرضين للعنف خاصة العدوان والعناد . ووجد جورج و مين (George and Main: 1997) أن الطلاب المتعرضين للعنف الأسري كانوا يقومون بالعدوان اللفظي على مدرسيهم وغالبا ما يهاجمون زملائهم (عبد الرحمن : ٢٠٠٦ ، ٦١) .

٤. نقص الانتباه وفرط الحركة : يعتبر نقص الانتباه وفرط الحركة من التدايعات المشهورة للعنف الأسري ، وقد بين ذلك مكيلر وزملاؤه (Mclear et al: 1992) أن نسبة 33.3% من المتعرضين للعنف الأسري لديهم مواصفات اضطراب نقص الانتباه وفرط الحركة .

٥. اضطراب القلق : حيث تشير (البشر : ٢٠٠٥ ، ٣٩٩-٤١٩) إلى وجود ارتباط موجب بين التعرض للإساءة في الطفولة وكل من القلق والاكتئاب واضطراب الشخصية الحدية ، كما كان التعرض للإساءة في الطفولة منبئاً بحدوث مشكلات نفسية في الرشد كالقلق والاكتئاب واضطراب الشخصية . كما أكدت العديد من الدراسات إلى وجود علاقة إيجابية بين اضطرابات القلق وبين العنف الأسري ، وبينت تلك الدراسات أن المتعرضين للعنف وخاصة الإيذاء الجنسي عادة يصبحون أكثر يقظة للعدوان الخارجي مع عدم القدرة على التعامل مع عدوانهم الداخلي نحو من وجه إليهم هذا العنف ، فهم يشعرون بالقلق والتهيج الشديد وفقد الثقة في أنفسهم ، وسوء الظن في الراشدين مما يجعلهم أكثر عرضة للاكتئاب والخوف ، فضلا عن ذلك فقد تبين أن هؤلاء المتعرضين للعنف هم أدنى إنجازا دراسيا مقارنة بزملائهم (عبد الرحمن : ٢٠٠٦ ، ٦٤ - ٦٥). فضلا عن ذلك فقد تحدث الإعاقات العقلية ، حيث سجل أوليفر (Oliver: 1988) أن معدل حدوث الإعاقة العقلية في الأطفال المتعرضين للعنف الأسري ترتفع ١٤ ضعفاً عن الأطفال الذين لم يتعرضوا لذلك، وهؤلاء الأطفال كان معروف عنهم مسبقاً أنهم يتمتعون بذكاء طبيعي .

٦. صعوبات التوافق الدراسي : حيث أشار بورتر وأوليفر (Porter and Oleary: 1984) و (عبد الرحمن : ٢٠٠٦) إلى أن الأطفال المتعرضين للعنف غالبا يحدث لهم العديد من المشكلات السلوكية في مدارسهم ، مع عدم الانتباه وزيادة النشاط الحركي ، وقد يكون لديهم قصور عقلي ، مما يؤدي إلى انخفاض أدائهم الدراسي ، فضلا عن ذلك يكون لديهم تأخر دراسي وتراجع عن النشاطات المدرسية، وكثيراً ما يعانون صعوبات في التعلم كاضطراب اللغة ، أو وجود مشكلات حركية ، مع عدم قدرتهم على التحكم في انفعالاتهم مما يؤدي إلى مشاكل سلوكية عديدة مع الزملاء والمعلمين ، وغالبا ما يتم استدعاء أولياء أمورهم إلى المدرسة نتيجة لسوء سلوكهم وفشلهم في التحصيل الدراسي، مما يؤدي إلى مزيد من الإساءة ، وبالتالي المزيد من



سوء السلوك في المدرسة ، ويدخل الطالب دائرة العنف ، وأحيانا يتم نقل الطالب إلى الفصول الخاصة بالضعفاء ذهنيا مما يؤدي إلى المزيد من الإضرار به ، وهو الذي يعاني أصلا من انخفاض تقدير الذات .

٧. ضعف شخصياتهم المستقبلية : فقد أشارت نتائج دراسة (المطوع : ٢٠٠٨ ، ٦٠ - ٦١) إلى أن سوء معاملة الأبناء وإهمالهم يؤثر تأثيراً كبيراً في شخصياتهم المستقبلية ، ويتضح أثر ذلك من خلال ما يأتي :

- ضعف الثقة بالنفس : فالطفل الذي يخاف من التعنيف من قبل الوالدين ويخاف الفشل والتأنيب تراه متردداً في القيام بأي عمل وليس لديه ثقة في نفسه . كثيراً ما يصاب المعتدى عليهم بأضرار نفسية منها الشعور بعدم الثقة ، والشعور بالعار والذنب ، والشعور بوقوعهم في شرك أو فخ لا يستطيعون الفكك منه ، وقد يصل الأمر إلى نشأة عقد نفسية تتطور وتتفاقم إلى حالات مرضية .
- الشعور بالإحباط : حيث يشعر الأبناء بالإحباط إذا ما تهدد أمنهم وسلامتهم . وهذا الإحباط ينتج عن التهديد واستخدام كلمات التحقير أمام زملاء والاستهزاء بقدراتهم .
- العدوان : حيث إن العقاب الذي يوقعه الوالدان على الطفل يزيد من عدوانيته وشراسته، وقد يكون رد فعل الطفل الإمعان في سلوك العدوان على الآخرين . فقد توصل (عزب : ٢٠٠٢ ، ١٨ - ٢٢) إلى أن سلوك العدوان لدى الأطفال والمراهقين يرتبط ارتباطاً موجباً بما يمارسه الآباء في أثناء عملية التنشئة الاجتماعية من ممارسات عنيفة تنمي سلوك العدوان لدى الأبناء . وقد أشار (جامع : ٢٠١٠ ، ١٩٦) إلى أنه من أضرار العنف الأسري نفسه أن يتطور كالحريق بحيث يمارس المعتدى عليه عنفاً آخر ، وبذلك تتضاعف معدلات العنف ولا يتوقف الأثر السلبي للعنف عند التأثير على الأفراد فقط بل يتعدى إلى الأسرة كلها أو إلى المجتمع كله .
- القلق : حيث إن سوء معاملة الطفل وإهماله يؤديان إلى شعور الفرد بالقلق الدائم وعدم الاستقرار النفسي والتوتر والأزمات والمتاعب والصدمات النفسية والشعور بالذنب والخوف من العقاب ، فضلاً عن الشعور بالعجز والنقص والصراع الداخلي .

ولاشك أن للعنف ضد المرأة على وجه الخصوص - باعتبارها من الأطراف الواقع عليها العنف في العديد من الحالات - العديد من الآثار السلبية على الأسرة واستقرارها واستمرارها من جهة ، وعلى المرأة من حيث نظرتها لنفسها وعلى قدرتها في تكوين علاقات سليمة مع الآخرين من جهة أخرى؛ حيث تعاني المرأة التي تتعرض للعنف للعديد من المشكلات من أهمها : عدم الرضا في علاقاتها الاجتماعية مع الآخرين حيث ترتفع نسبة القلق لدى المرأة التي تتعرض للعنف بدرجة كبيرة، وتعاني الإحساس بالعجز وقلة الحيلة، والخوف الشديد من كل شيء محيط بها، وانخفاض الثقة بالنفس، وعدم القدرة على الثقة بالآخرين، والاكتئاب والحزن، والكوابيس، والشعور بالذنب، والدونية، والعزلة والانطوائية، والشعور بالضعف، والنظرة السوداوية إلى الحياة التي قد تدفعها إلى الانتحار (Olson & Defrain 17:200) ومن الملاحظ أن انتهاج أسلوب القسوة والعنف ضد الزوجة بصفة خاصة يجعل منها إنساناً خضوعاً ميالاً للاستكانة والقهر، ولن تستمر الحالة هذه طويلاً حتى تتفجر بانفعالات مشحونة، مكبوتة لفترة من الزمن ونتيجة للمعاناة والقهر النفسي والكبت المدفون لديها وتتحين أقرب فرصة للتعبير والتنفيس عن مظاهر السلوك غير المرغوب والابتعاد عن مسار الصحة النفسية وعادة ما تبدأ بأفكار مشوشة وقلق واضح في التعامل لا سيما أن القلق هو انفعال يتسم بالخوف والتوجس من أشياء مرتقبة تنطوي على تهديد حقيقي أو مجهول . (إبراهيم ، ٢٠٠٢ : ٩) . ويبدو أن أعراض ومظاهر القلق والتشتت بالتفكير واضحة على المرأة التي تتعرض إلى مواقف السلوك العدواني والعنف من قبل الزوج أو الأب أو الابن أو الأخ أو الخليل فيقول (الداهري ، ٢٠٠٥ : ٢٣٣) إن القلق يعد دائماً المدخل الأول لتهور البناء النفسي والصحة النفسية للفرد وبالتالي فإنه يحدث التوتر الشديد في الشخصية وفي أسلوب



التعامل مع المقربين ومع الآخرين في المجتمع، كما تبدو علامات الاضطراب واضحة وخصوصاً لدى المرأة الزوجة باعتبارها محور الأسرة الحديثة في مجتمعاتنا المعاصرة سواء في الدول العربية أو الأوروبية المتحضرة؛ لذا فالمرأة الزوجة تلعب دوراً مهماً في الأسرة وفي التكوين النفسي السوي (Normal) والتكوين النفسي غير السوي (Abnormal) فهي إما أن تعزز لدى الطفل المفاهيم الإيجابية كالتعاون والثقة والأمن، أو تدمر لديه المفاهيم السلبية كالانطواء والعوان والانسحاب .

ويرجع تكون هذه المفاهيم أساساً إلى استقرار أو عدم استقرار الحالة النفسية للزوجة، فالأسرة التي تعمل على تنشئة وتربية الطفل بالاتجاه السليم من جميع النواحي النفسية والاجتماعية والجسدية سوف تدفع إلى المجتمع بأفراد صالحين متكيفين ويسهمون في مجتمعهم والعكس صحيح حيث نجد أن الخلافات بين الوالدين لا تولد إلا الشعور بالقلق والتوتر النفسي (العكايلة، ٢٠٠٦: ٨٠). ولا تقتصر معاناة المرأة التي تتعرض للعنف على النواحي النفسية التي سبق ذكرها بل أن الألم النفسي للمرأة ينعكس على جسدها فتعاني من آلام جسدية أهمها الشعور الدائم بالتعب، والصداع، وعدم الشعور بالراحة في حياتها، والأرق وعدم القدرة على النوم إلا بمهدئات . كما أن الآثار السلبية للعنف لا تقتصر على المرأة فقط بل تمتد إلى أبنائها وإلى دورها كأم، فالإكتئاب الذي تصاب به المرأة يؤثر على أبنائها فنجدهم يميلون إلى الإكتئاب والانطوائية، وتختفض ثقتهم بأنفسهم وبالناس من حولهم مما يجعل منهم أطفال غير سعداء . (Olson & Defrain 200:17).

أما عن الأزواج الذين يتعرضون للعنف الأسري ، فقد أشارت دراسة (Nuns: 2005) إلى أن الأزواج الذين يتعرضون للعنف الأسري يعانون من توتر مزمن ، حيث يشعر أي منهما أن عليه الاستعداد النفسي والجسدي لمواجهة الآخر ، مما يدفعه لشحن الهمة وبذل الطاقة من أجل ذلك ، إلا أن مثل هذا الاستعداد يجعل الإنسان عرضة للإصابة بالأمراض الجسمية الناتجة عن ازدياد التوتر ، ولا يقتصر الأمر على الزوجين فحسب ، بل يمتد ليشمل الأطفال الموجودين والذين يمرون بظروف عصبية تجعلهم يشعرون بعدم الاستقرار والتوتر المستمرين .

الآثار الاجتماعية للعنف الأسري

ينتج عن ممارسة أنواع العنف الأسري مجموعة من الآثار الاجتماعية ، من أهمها :

- التأثير على وحدة ونظام الأسرة : حيث يترك العنف آثاراً اجتماعية بالغة الخطورة على الأسرة ، منها انهيار نظام الأسرة وتفكك العلاقة بين الزوجين ، وحدوث الطلاق ، وما يترتب على ذلك من ضياع لبقية أفراد الأسرة . وينتج عن ذلك إضعاف الروابط الزوجية بين الزوج وأسرته الزوجة مما يؤدي إلى حدوث شرخ في العلاقات الأسرية ، وهذا بدوره يؤدي إلى ضعف وفقدان التواصل بين أهل وحدث انحراف وتشرد الأطفال ، حيث دلت الدراسات على أنه من أهم أسباب انحراف الأحداث هو غياب أحد الوالدين بسبب الطلاق أو الهجر أو خلافه ، مما يعني فقدان الأطفال للعطف والحنان والرعاية الأبوية التي تعتبر الأساس في عملية التربية (الخليلي و درويش: ٢٠٠٠) (أبو حميدان : ٢٠٠٦ ، ٢٢١) .
- التأثير السلبي على عملية التنشئة الاجتماعية نتيجة للتفكك الأسري الناتج عن العنف الأسري : مما يفقد معه الأطفال مصدر مهم في عملية التنشئة الاجتماعية ألا وهو نظام الأسرة المتماسك الذي يعمل على تهيئة البيئة المناسبة للنمو والتعلم . (أبو حميدان : ٢٠٠٦ ، ٢٢٢) .
- تطور اتجاهات سلبية في التعامل داخل الأسرة : حيث تسود أساليب تربية خاطئة منها التسلط والاستبداد والتهديد ، وكلها تؤدي إلى نشوء شخصيات ضعيفة تفتقد القدرة على التعامل مع المواقف المختلفة بشكل صحيح . (أبو حميدان : ٢٠٠٦ ، ٢٢٣)،

وبين (Jennifer, Eggert: 200) أن الأطفال المعرضين للعنف ينخفض لديهم معدل التواصل الاجتماعي ، وعدم إجادتهم للمهام التي تحتاج إلى المشاركة .

- اكتساب الأطفال لسلوك العنف ، حيث يؤكد (عبد القادر : ٢٠٠٠) أن العنف الأسري من شأنه أن يؤدي إلى اكتساب الأطفال لسلوك العنف ، نظراً لأنه يقدم لهم المثل والقذوة السيئة ، فيعانون من الإحباط والانسحاب الاجتماعي ، ويتعرضون من جهة أخرى للانحراف، ويتبنون سلوكيات عنيفة . وبين (Fernandez: 2005) أن العنف الناتج من الطفل يكون في تزايد طالما العنف يسود المجتمع الأسري. وتوصل (Nicole ، Morion: 2006) إلى أن العنف يزداد لدى الأطفال في المرحلة العمرية (٣-٥) سنوات بصورة كبيرة بسبب تأثير البيئة المحيطة بهم ، والتي تمارس العنف وتعززه .
- وقد أكدت (حلمي : ١٩٩٩ ، ٣٨) على بعض العوامل الاجتماعية المرتبطة بظاهرة العنف الأسري :
- شيوع دائرة العنف ، بمعنى انتقال العنف عبر الأجيال .
- تدني المكانة الاجتماعية والاقتصادية وعلاقتها بالعنف الأسري ، بمعنى وجود علاقة عكسية بينهما .
- تزايد الضغوط الاجتماعية ووجود علاقة تبادلية بينها وبين العنف الأسري .
- العزلة الاجتماعية وعدم الاندماج في الجماعات الاجتماعية يزيد من احتمالات العنف الأسري .
- انخفاض مفهوم الذات نتيجة للعنف الأسري .
- مشكلات في الشخصية وأمراض نفسية باعتبارها متغيرات مستقلة بالنسبة للجاني ومتغيرات تابعة بالنسبة للضحية .

أساليب ومداخل معالجة العنف الأسري

لمعالجة ظاهرة العنف الأسري ينبغي العمل على معالجة العمل الاجتماعي الذي يُعرض على استمرارها وبقائها ، من خلال عمل تربوي متكامل تقوم به كل المؤسسات التربوية المجتمعية، من خلال تغيير الأساليب التربوية في الأسرة وتصحيح بعض المفاهيم المغلوطة اجتماعياً وثقافياً ودينياً، و تعديل المناهج التعليمية وشموليتها للقيم التربوية التي تقاوم العنف ، وإعادة رسم وتوجيه السياسات والتوجهات لجميع الوسائل الإعلامية المختلفة للمساهمة في الحد من هذه الظاهرة. (الشبيب : ٢٠٠٧ ، ٣٠).

ومن أهم الأساليب المقترحة لمعالجة ظاهرة العنف الأسري ما يلي :

توجيه أفراد الأسرة لمنع الظاهرة داخل أسرهم : فالآباء حين يسلكون طرق وأساليب المعاملة التربوية القاسية والعقوبة الظالمة الشديدة يكونوا قد جنوا على أبنائهم ، بل غرسوا فيهم وهم صغار بذور الانحراف أو التمرد أو العقوق ، وليس هناك أدل من قصة الشيخ الذي ذهب إلى الخليفة عمر بن الخطاب يشكو إليه عقوق ولده ، فقال الولد للخليفة أليس للولد حقوق على والده ؟ قال عمر رضي الله عنه : بلى ، قال فما هي ؟ قال عمر أن ينتقي أمه ويحسن اسمه ويعلمه الكتاب ، فقال الولد يا أمير المؤمنين إن أبي لم يفعل شيئاً من ذلك ، فأمر زنجية ، وقد سماني جعلاً (خنفساء) ، ولم يعلمني من الكتاب حرفاً واحداً ، فالتفت عمر رضي الله عنه إلى الوالد وقال : عققتك قبل أن يعقك ، وأساءت إليه قبل أن يسيء إليك ، وهكذا يحمل الإسلام الآباء مسؤولية تنشئة الأبناء منذ بداية حياتهم ليكونوا أفراداً أسوياء نافعين للمجتمع ، وحدد لهم حقوقاً ، و أساليب تربوية رفيعة (عبد الرحمن : 2006، 90) .



استخدام أساليب الوقاية من العنف المتنوعة وهي :

(أ) الوقاية الأولية: وتبدأ من قبل مولد الطفل باختيار الزوجة الودود ذات الدين والخلق ، ثم التعامل مع الطفل بالحب والحنو والرعاية وعدم الحرمان العاطفي .

(ب) الوقاية الثانوية: بمحاولة منع الأسباب المرضية سواء كانت اجتماعية أو نفسية أو اقتصادية ، من خلال توفير البيئة المناسبة لنمو الطفل نمواً اجتماعياً دون حرمان أو إحباط ، وفي مناخ غير متوتر خال من الضغوط البيئية ، سواء كانت تلك الضغوط مادية أو معنوية .

(ج) الوقاية الثلاثية: من خلال إشباع احتياجات الأجيال الحالية عبر تنمية اجتماعية واقتصادية وثقافية وبيئية شاملة ، تفي بجميع المتطلبات لممارسة القيم التربوية الصحيحة التي تنتج حياة أفضل .

إتباع مراحل الإرشاد النفسي للمتعرضين للعنف وهي :

(أ) **مرحلة الاكتشاف:** ويتم من خلالها جمع الحقائق والبيانات عن الحالة ، وتحقيق الاستبصار النفسي للمتعرض للعنف .

(ب) **مرحلة الفهم:** وتستوجب تعرف العوامل التي أدت إلى وقوع العنف عليها مع دراستها ، وبيان أهم آثارها النفسية والاجتماعية على هذا الفرد .

(ج) **مرحلة الفعل:** وفيها يتم تحديد الإجراءات الواجب اتباعها مع الضحية ، ورسم الخطة لإخراج الضحية من الأزمة التي يمر بها ، مع مساندة المتعرض للعنف وتشجيعه على مواجهة المشكلة ، ورسم خطة استراتيجية بعيدة المدى لمواجهة أي عنف قد يتعرض له مستقبلاً ، أو أي آثار قد تنعكس عليه فيما بعد (عبد الرحمن : ٢٠٠٦ ، ٩٥) .

وهناك طرق ممكن انتهاجها لمساعدة الزوجات والأطفال الذين تعرضوا للعنف الأسري، من خلال :

- جمع ما أمكن من معلومات حول ديناميكة أسرهم .
- توفير أماكن آمنة للنساء والأطفال يمكنهم الذهاب إليها للشعور بالأمان ولو لوقت يسير ويمكن متابعتهم هناك من قبل المختصين .
- العمل على تعليم النساء والأطفال على تطوير خطط للأمان لهم داخل المنزل وخارج المنزل .
- التعاون مع الجهات المختصة برعاية الأسر والأطفال لإيجاد حلول تتوافق مع كل أسرة على حدة .
- تدريب الأطفال على ممارسة ردود أفعال غير عنيفة لتفريغ الشحنات السلبية التي تولدت لديهم نظر العنف الذي مورس عليهم .
- تعليم الأطفال على سلوكيات إيجابية بحيث يمكنهم من التحكم بموجات الغضب والمشاعر السلبية لنساعدهم على تكوين علاقات مستقبلية آمنة وسليمة .
- استثمار مدخل الوعظ والإرشاد الديني المهم لحماية المجتمع من مشاكل العنف الأسري، إذ أن تعاليم الدين الإسلامي توضح أهمية التراحم والترابط الأسري .

- تقديم استشارات نفسية واجتماعية وأسرية للأفراد الذين ينتمون إلى الأسر التي ينتشر فيها العنف.
- إيجاد صلة بين الضحايا وبين الجهات الاستشارية المتاحة وذلك عن طريق إيجاد خطوط ساخنة لهذه الجهات يمكنها تقديم الاستشارات والمساعدة إذا لزم الأمر.
- وجوب تدخل الدولة في أمر نزع الولاية من الشخص المكلف بها في الأسرة إذا ثبت عدم كفاءته للقيام بذلك وإعطائها إلى قريب آخر مع إلزامه بدفع النفقة، وإذا تعذر ذلك يمكن إيجاد ما يسمى بالأسر البديلة التي تتولى رعاية الأطفال الذين يقعون ضحايا للعنف الأسري (بن دهم : ٢٠١٠).

الخاتمة

نظراً لما تستوجبه مواجهة العنف الأسري والوقاية منه والحد من آثاره من تكاتف الجهود بين كل القوى في المجتمع من هيئات حكومية وجمعيات النفع العام وأفراد ووسائل إعلام ومراكز بحث علمي، ونظراً لما تتطلبه الإحاطة الصحية والنفسية والقانونية بضحايا العنف من اعتمادات مالية ومن موارد بشرية مؤهلة نوصي بما يلي :

- تكثيف التنسيق بين مختلف المؤسسات المجتمعية و الجهات التربوية والإعلامية ومؤسسات المجتمع المدني المعنية على المستوى الوطني، لأجل تحديد سبيل معالجة ظواهر العنف الأسري ومحاصرة أسبابه .
- دعم مراكز التوجيه في المجتمع ، وجمعيات النفع العام المعنية مادياً و بشرياً بالمختصين في مجال العلاقات الأسرية ، لأجل المساهمة في التكفل بضحايا العنف الأسري.
- الحرص على الإحاطة بضحايا العنف و تقرب الخدمات من مستحقيها في كل الجهات ، مع بناء دور استقبال للمتعرضين للعنف ووجود بدائل قانونية لمساعدتهم .
- رصد مظاهر العنف الأسري من خلال مؤسسات متخصصة، و التركيز على كسر حاجز الصمت حول العنف الأسري حول واقع الظاهرة في المجتمع ، والعمل على تحليلها والتعامل معها بصورة علمية وفق النظريات التربوية والاجتماعية ، والكشف عن كافة أشكال العنف الأسري ، حتى يمكن وضع خطط العلاج المناسبة لهذه الأنواع وتقدير الأساليب الناجحة لمواجهة الظاهرة .
- نشر الوعي الديني والاعتماد على رجال الدين في نشر خطاب ديني مناهض للعنف و داعم لقيم الاحترام و التآزر بين الرجل و المرأة على وجه الخصوص .
- ترسيخ الحقوق الإنسانية بما فيها الحق في الحرمة الجسدية و الحماية من كل أشكال العنف في الذهنيات والمعتقدات منذ الصغر بإدماجها في المناهج التعليمية.
- رعاية ضحايا العنف الأسري من خلال مؤسسات الرعاية الاجتماعية الرسمية والأهلية .
- إطلاق مشروعات مجتمعية توفر الخدمات الاجتماعية والمادية والمعنوية للأسر ذات الاحتياجات الخاصة، والتي يمكن أن تكون مصدراً للعنف الأسري.
- تصميم برامج تدريبية للآباء العدوانيين لمساعدتهم على كيفية السيطرة على الغضب ونوبات العنف مع بيان لأهم الأساليب التربوية الصحيحة غير العنيفة ، حتى تقلص من احتمالات اعتدائهم على أبنائهم. و لتشئة الأولاد والفتيات على فكرة نبذ العنف والتمييز .



- الاهتمام بزرع مفهوم النوع الاجتماعي (Gender) بين الشباب والفتيات للتصدي لظاهرة التمييز ، وإزالة ارتباط مفهوم الرجولة بالعنف .
- التوسع في إنشاء عيادات العلاج النفسي القادرة على التخفيف من آثار العنف الأسري النفسية والسلوكية على الأبناء وتزويدهم بالمهارات التي تزيد من قوة تحملهم لمواقف الغضب والإحباط في حياتهم المستقبلية .
- توعية الأسرة والمجتمع من خلال المؤسسات التربوية المختلفة بخطورة العنف الأسري على الصحة النفسية للأبناء مع بيان حقوق الطفل .
- دعوة الجهات الرسمية المعنية إلى وضع البرامج الوقائية والعلاجية لمشكلة العنف الأسري ، مع السرعة في إقرار الأنظمة والإجراءات الضرورية لحماية ضحايا العنف الأسري .
- إنشاء مراكز أو دور للبنين والبنات يوجد بها فريق يتكون من اختصاصي نفسي واجتماعي وأطباء يتولون استقبال ضحايا العنف الأسري من الأبناء وعلاجهم بدنياً ونفسياً .
- تفعيل دور الاختصاصي الاجتماعي والاختصاصي النفسي في المدارس وتدريبه على التعامل مع حالات العنف الطلابي المختلفة .
- ضرورة الاهتمام بتدريس التربية الأسرية داخل المدارس الثانوية والجامعات ، لتدريب الطلبة - آباء وأمهات الغد - على التعامل والتفاعل الأسري السوي ، الذي يمكن أن يخلق أسراً سوية وأطفالاً أسوياء .
- اهتمام وسائل الإعلام بإلقاء الضوء على أهمية الإرشاد الأسري ، وحث من يحتاج لطلب المساعدة أو الخدمات ، من المتخصصين عند مواجهتهم لأي مشاكل أسرية .
- التوسع في نشر الخدمات الإرشادية الموجهة للأسر، وتوفير خدمات متخصصة لتقديم استشارات نفسية، من خلال كتيبات، ونشرات دورية، لنشر الوعي الأسري ، توزع في الأماكن العامة والمدارس والمساجد لضمان توزيعها على أكبر قدر من الأسر .

المراجع

أولا المراجع العربية:

- إبراهيم، حسانين توفيق (٢٠٠٢). ظاهرة العنف في النظم العربية، القاهرة، دار النهضة العربية.
- ابن منظور : لسان العرب، بيروت ، بيروت للطباعة والنشر.
- أبو حميدان ، يوسف عبد الوهاب (٢٠٠٦) ضحايا وجناة العنف الأسري : الخصائص والآثار وأساليب التعامل ، مجلة كلية التربية، جامعة الأزهر، العدد ٣٠ ، الجزء الأول، يونيو. ص ص ٢٠٣ - ٢٣٨ .
- أبو عباد ، صالح عبد الله (٢٠٠٠) : إساءة معاملة الطفل ، مركز دراسات الطفولة ، المؤتمر العلمي السنوي « معا من أجل مستقبل أفضل لأطفالنا » جامعة عين شمس ، ٢٥ - ٢٧ مارس .
- أبو عليا ، محمد (٢٠٠٠) العنف الأسري في محافظة الزرقاء ، إصدارات مركز التوعية والإرشاد الأسري ، الزرقاء ، الأردن .
- البداينة ، ذياب (٢٠٠٥) : الإطار الوطني لحماية الأسرة من العنف ، المجلس الوطني لشئون الأسرة ، الأردن .
- بدوي ، أحمد زكي (١٩٧٨) : معجم مصطلحات علم الاجتماع ، بيروت ، مكتبة لبنان .
- بدوي ، أحمد زكي (١٩٨٦) معجم مصطلحات العلوم الاجتماعية، مكتبة لبنان، بيروت.
- البشر ، سعاد عبد الله (٢٠٠٥):التعرض للإساءة في الطفولة وعلاقته بالقلق والاكتئاب واضطراب الشخصية في الرشد ، دراسات نفسية ، المجلد الخامس عشر ، العدد الثالث ، يوليو ، ٣٩٩ - ٤١٩ .
- بطرس ، بطرس حافظ (٢٠٠٧) : فعالية برنامج إرشادي لتخفيف أشكال العنف الأسري لدى الأبناء وعلاقته بتقدير ذواتهم، مجلة الإرشاد النفسي، جامعة عين شمس، العدد الحادي والعشرون، ص ص ١ - ٦٢ .
- بو زبون، بنة (٢٠٠٤):العنف الأسري وخصوصية الظاهرة البحرينية،البحرين ، المركز الوطني للدراسات .
- التير ، مصطفى عمر (١٩٩٧) : العنف العائلي ، أكاديمية نايف للدراسات الأمنية ، الرياض .
- جامع ، محمد نبيل (٢٠١٠):علم الاجتماع الأسري وتحليل التوافق الزوجي والعنف الأسري، دار الجامعة الجديدة للنشر، الإسكندرية.
- الجبرين، جبرين (١٤٢٥هـ)، العنف الأسري خلال مرحلة الحياة، مؤسسة الملك خالد الخيرية، الرياض.
- حسن، هبة علي (٢٠٠٣):الإساءة إلى المرأة، القاهرة، مكتبة الأنجلو المصرية .
- حلمي ، إجلال إسماعيل (١٩٩٩) : العنف الأسري ، دار قباء للطباعة والنشر والتوزيع ، القاهرة .
- حلمي ، كاميليا (٢٠٠٥) : دور القيم في مواجهة العنف المنزلي ، ورقة عمل مقدمة إلى مؤتمر مواجهة ظاهرة العنف الأسري بالدول العربية ، الواقع والمأمول ، الإسكندرية ، ١١-١٣/٦ / ٢٠٠٥ .
- خريطلي، سمير (١٩٩٢). اثر بعض المتغيرات الاجتماعية والاقتصادية على جرائم النساء في الأردن ، رسالة ماجستير غير منشورة، كلية العلوم الاجتماعية ، الجامعة الأردنية.



- الخليلي ، صبحي و درويش ، مها (٢٠٠٠): العنف الأسري في محافظة الزرقاء ، دراسة وصفية وقائع ندوات مركز التوعية وإرشاد الأسرة ، الزرقاء .
- الداهري ، صالح حسن (٢٠٠٥). مبادئ الصحة النفسية. عمان، دار وائل للنشر.
- داود ، محمود أحمد (٢٠٠٥) : دور الإعلام في الحفاظ على الاستقرار الأسري ، ورقة عمل مقدمة إلى مؤتمر مواجهة ظاهرة العنف الأسري بالدول العربية ، الواقع والمأمول ، الإسكندرية ، ١١-١٣/٦/ ٢٠٠٥ .
- الدخيل ، عبد العزيز (١٩٩٧) : إساءة معاملة الأطفال ، تلمس الأسباب والظروف ، المجلة العربية ، العدد الثاني ، يونيو .
- الدفراوي ، محمد حسيب و آخرون (١٩٩٧) : تفاعلات الأطفال ووالديهم وعلاقتها بسوء معاملة الطفل في عينات حضرية وريفية من محافظات الإسماعيلية وبورسعيد والسويس ، المجلة المصرية للطب النفسي ، ٢٠ (٢) ، يوليو ، ص ص ٢٨٣ - ٢٩٦ .
- الدويبي ، عبد السلام بشير (٢٠٠٤) : العنف العائلي : الأبعاد السلبية والإجراءات الوقائية والعلاجية (المجتمع الليبي كنموذج) مركز عفت الهندي للإرشاد الإلكتروني .
- رضوان ، سامر (٢٠٠٢) : الصحة النفسية ، دار المسيرة للنشر والتوزيع ، عمان .
- الزهراني، سعد بن سعيد (١٤٢٣هـ)، ظاهرة إيذاء الأطفال في المجتمع السعودي: دراسة ميدانية على عينة من الأطفال الذكور في مناطق المملكة الثلاث الكبرى: الرياض ومكة والدمام. مركز أبحاث الجريمة، بوزارة الداخلية، الرياض.
- سلامة ، ممدوحة محمد (١٩٩١) : الإساءة النفسية للأطفال وعواقبها ، مجلة علم النفس ، العدد العشرون ، القاهرة .
- السمري ، عدلي (٢٠٠١) : العنف في الأسرة ، تأديب مشروع أم انتهاك محظور ، دار المعرفة الجامعية ، الإسكندرية .
- الشبيب ، كاظم (٢٠٠٧) : العنف الأسري ، قراءة في الظاهرة من أجل مجتمع سليم ، المركز الثقافي العربي ، الدار البيضاء .
- شوقي ، طريف (٢٠٠٠) العنف في الأسرة المصرية ، دراسة نفسية استكشافية ، المركز القومي للبحوث الاجتماعية والجنائية، القاهرة.
- طه، فرج عبد القادر، وآخرون (١٩٩٣)، موسوعة علم النفس والتحليل النفسي، دار سعاد الصباح، الكويت.
- العيار، موزة أحمد راشد (٢٠٠٥) : الطلاق والعنف الأسري في مجتمع الإمارات، ورقة عمل مقدمة إلى مؤتمر مواجهة ظاهرة العنف الأسري بالدول العربية، الواقع والمأمول ، الإسكندرية، ١١-١٣/٦/ ٢٠٠٥ .
- عبد الجواد ، هاني و الطراونة ، محمد (٢٠٠٤) : خصائص ضحايا ومرتكبي العنف الأسري في الأردن ، دراسة ميدانية ، المجلس الأعلى للعلوم والتكنولوجيا ، عمان .
- عبد الرحمن ، علي إسماعيل (٢٠٠٦): العنف الأسري ، الأسباب والعلاج، مكتبة الأنجلو المصرية ، القاهرة .
- عبد القادر ، أشرف (٢٠٠٠) التوكيدية بين الإذعان والعدوانية ، في ضوء اختلاف إدراك الأبناء للسلطة الأبوية، المؤتمر الدولي السابع لمركز الإرشاد النفسي، جامعة عين شمس، ص ص ٣١٣ - ٣٤٧ .

- عبد المحمود ، عباس أبو شامة والبشري ، محمد الأمين (٢٠٠٥) : العنف الأسري في ظل العولة ، مركز البحوث والدراسات ، جامعة نايف للعلوم الأمنية ، الرياض ، المملكة العربية السعودية .
- عبد الوهاب ، ليلي (١٩٩٤) : العنف الأسري : الجريمة والعنف ضد المرأة ، دمشق ، دار الصدى للثقافة والنشر .
- عزب ، حسام الدين محمود (٢٠٠٢) : فعالية برنامج علاجي تفاوضي تكاملي في التغلب على سلوكيات العنف لدى عينة من المراهقين ، جامعة عين شمس ، المؤتمر السنوي التاسع لمركز الإرشاد النفسي « الإرشاد النفسي : قوة للتنمية والتقدم ، ٢١-٢٣ ديسمبر .
- العكالية ، محمد سند (٢٠٠٦) ، اضطرابات الوسط الأسري وعلاقتها بجنوح الأحداث ، عمان ، دار الثقافة للنشر
- العوادة، أمل سالم (٢٠٠٢) ، العنف ضد الزوجة في المجتمع الأردني : دراسة اجتماعية لعينة من الأسر في محافظة عمان . عمان ، مكتبة الفجر .
- عوض، السيد (٢٠٠٤) ، جرائم العنف الأسري بين الريف والحضر . القاهرة، مركز البحوث والدراسات الاجتماعية.
- غيث ، محمد عاطف وآخرون (١٩٧٩) : قاموس علم الاجتماع ، الهيئة المصرية العامة للكتاب ، ١٩٧٩ .
- القبانجي ، علاء الدين (٢٠٠٠) : العنف : السيكولوجية والعلاج ، مجلة النبأ ، العدد ٤٧ ، تموز ، ١-١١ .
- كامل ، عبد الوهاب (٢٠٠٢) : بحوث في علم النفس ، دار النهضة المصرية ، القاهرة .
- كامل ، عبد الوهاب محمد (١٩٩١) : سوء معاملة وإهمال الأطفال ، دراسة أيديوميتري على عينة مصرية ، المؤتمر السنوي الرابع للطفل المصري ، مركز دراسات الطفولة ، القاهرة ، ١٠١٣-١٠٢٨ .
- لطفي ، طلعت إبراهيم (٢٠٠١) : الأسرة ومشكلة العنف عند الشباب ، دراسة ميدانية لعينة من الشباب في جامعة الإمارات العربية المتحدة ، مركز الإمارات للدراسات والبحوث الإستراتيجية ، أبو ظبي .
- ليلة ، علي (١٩٨٢) : البنائية والوظيفية في علم الاجتماع والانثروبولوجيا ، دار المعارف ، القاهرة .
- المحاميد ، شاكر (٢٠٠٣) : علم النفس الاجتماعي ، دار المدى ، عمان .
- المطوع ، محمد بن عبد الله (٢٠٠٨) : العلاقة بين العنف الأسري تجاه الأبناء والسلوك العدواني لديهم ، دراسة ميدانية على عينة من طلبة المرحلة الثانوية في منطقة الرياض ، مجلة العلوم الاجتماعية ، المجلد (٣٦) ، العدد (١) ، مجلس النشر العلمي ، جامعة الكويت، ٢٠٠٨ ، ٤٩ - ١٠١
- منصور ، عبد المجيد و الشربيني ، زكريا (٢٠٠٣) : سلوك الإنسان بين الجريمة والعدوان والإرهاب ، دار الفكر العربي ، القاهرة .
- الهمامي ، الجازية (٢٠٠٨) : العنف الأسري في بلدان المغرب العربي .. نحو كسر حاجز الصمت: الواقع و المقاربات ، مؤتمر كرامة حول العنف الأسري البحرين ٢-٤ ديسمبر .



ثانياً: المراجع الأجنبية:

- Alan J. Flisher , Rachel , A. Kramer , Christina , W. Hoven , Steven Greevwald , Margarita Alegria, Hector R. Bird , Glorisa Canino , Roxanne Connell , and Robert , E. Moore (1997): Psychosocial Characteristics of Physically Abused Children and Adolescents , January , 36(1), 123-131 .
- Blesky J.,(1993);Etiology of Child Maltreatment A Development Ecological Analysis , Psychological Bulletin , 14 (3) . 413 – 434 .
- Davis Pelcovitz , Sandra Kaplan , Barbara G., Fran Mandel , Julie Lehance and James Guarrera (1994) ; PTSD In Psychiatric Abused , J. of Child and Ado; . Psy., Mar.,33 , 3 ; 305-312 .
- Feldman RS., Salzinger S., Rosario M., Alvrado L., Caraballo I., and Hammer M.(1995); Parent, teacher and peer rating of physically abused and non maltreated children>s behavior , J. OF Abnormal Psychology , 23 , 317-334 .
- Fernandez , Alicia (2005); Community Violence . family conflict and preschoolers , socio-emotional functioning , v.41,pp. 160-170 .
- Follingsted R.L, Ruledge, B. J. Berg. E.S. Hausei and D.S. Polek. (1990): The role of emotional abuse in physically abusive relationships. Journal of family violence, 5 (2): 107.
- Friedrich WN., Einbender AJ., and Luecke WJ.(1983) ; Cognitive Characteristics of Physically abused Children J. Consult Clinical Psychology , 51 ; 313 – 314 .
- Gelles, R. (1979). Family Violence. Sage Publications.
- George C., and MAIN m. (1997); Social Interactions of yang abused Children ; Approach , Avoidance and Aggression , Child Development , 50 , 306-318.
- Gilmartin P. (1994); Rape , Incest and child sexual abuse ; Consequence and recovery New York , Garland Publishing Inc.
- Jennifer , Eggert (2006) ; A qualitative analysis of mother preschooler dyads exposed to trauma participating in child parent psychotherapy , vol. 66 , (16-b) .
- Kazdin AE., Moser J., Colbus D. and Bell (1985) ; Depressive symptoms among physical and psychiatrically disturbed children , J. of Abnormal Psychology , 94 (3) , 298-307 .
- Lau AS. And Weisz JR. (2003); Reported maltreatment among clinical referred children ; Implication for presenting problems, treatment attrition , and long term outcomes , J. Am. Acad . Child Adol . Psy., 42 , 1327-1534 .
- MacMillan HL., Fleming JE., Streiner DL., Lin E., Boyle MH., Jamieson E., Duku EK., Walsh CA., Wong MY. And Beardslae WR. (2001); Childhood abuse and lifetime Psychopathology in community AJP, Nov., 58 (1), 1878-1883.
- MC Gee, R.A., and Wolfe D.A. (1991): Psychological maltreatment: Toward and operational definition. Development and psychopathology, 3, 3 – 18.
- Mc Leer SV., Deblinger E., Henry D., and Orvaschel H. (1992); Sexually abused Children at high risk for post-traumatic stress disorder . J Am Acad . Child Adolescent Psychiatry 31; 875-879.
- Morse CW ., Sahler O. and Zand Fridman SN. (1997) ; A three years follow up study of abused and neglected children , Am. J. of Disease of Child , 120 , 439-446.



- Newberger , E.H; (1988) ;Pediatric Social illness ; Toward Alogical Classification , pp 60-170 .
- Nicole, Morin (2006) ; The impact of community violence on preschool development , pp . 454 – 563.
- Nuns E . (2005) ; The Psychological effects of abuse and battery , An internet , Home , EarthLink . net.
- Oates RK .(1996); The Spectrum of child abuse ; Assessment , Treatment and Prevention , New York ; Brunner, Mazel Inc.
- Oliver DL. (1988); Successive generation child maltreatment , Br.J. Psychiatry , 153 , 543- 553.
- Olson, David & Defrain, John (2000). Marriage and the family. Mayfield published Company..
- Porter B. and Oleary KD. (1984); Child Sexual with family , Ciba foundation symposium , Tavistock m London .
- Ryan KD., Kilmar RP., Cauce AM., Watanabe H. and Hayt DR. (2000); Psychological consequences of child maltreatment in homeless adolescents ; Untangling the unique effects of maltreatment and family environment , Child Abuse & Neg., 24 , 333-352.
- The Lexicon Webster Dictionary N.Y ; The Delair Publishing Co. Inc.,1983 , 1107 .
- Umberson D. and Anderson K. (1998). Domestic Violence. Personal Control and Gender. J. of Marriage and the Family. G (May) P.P: 442 – 452.
- Widom CS. (1991); Avoidance of criminality in abused and neglect children , psychiatry , 54 , 162 – 173 .
- Winters , Jaison , Clift , Robert J.W.S. & Dutton , Donals , G. (2004) ; AN Exploratory Study Of National Intelligence and Domestic abuse , journal of family violence , vol.19 , No.5 , pp. 255-267 .
- Wolf DA. (1985) ; Child abusive parents ; An Empirical review and analysis Psychological Bulletin , 97 (3) , 462-482.

مراجع على الشبكة الدولية

- بن دھیم ، عبد الله (2010) : العنف الأسري « <http://www.saaaid.net> » تاريخ الدخول 30 /4/2010
- ساري ، حلمي (2009): العنف الأسري بين علم الاجتماع والقانون ، « <http://www.amanjordan.org> » ، تاريخ الدخول 6/11/2009





عقد (B.O.T) في ضوء

القانون والفقه والقضاء

دراسة مقارنة في القانونين المصري والكويتي

المستشار/ أيمن عبد الرحمن

الحرس الوطني

تمهيد وتقسيم:

كان تأمين أدوات الإنتاج يعد دعامة من دعائم الاشتراكية التعاونية الديمقراطية التي تهدف إلى حفظ الفرد وصون حريته والملاءمة بين مصلحته ومصلحة الجماعة التي هو عضو فيها، وتغليب القيم الروحية على القيم المادية؛ فهي لا تدع رأس المال المستغل حراً دون توجيهه، بحيث يطفى على "العمل" وهو أساس من أسس النهضة والتطور، ولكن - بالتأمين - تسعى الدولة إلى المساهمة في التنمية الاقتصادية وتوسيع القطاع "الحكومي" في النشاط الاقتصادي مع الإبقاء - على الرغم من ذلك - على جانب من نشاط القطاع الخاص في هذا الميدان بما يكفل التناسق بين القطاعين والمشاركة في أغراض التنمية الاقتصادية؛ ذلك أن "وجود القطاع العام في الاقتصاد قد أصبح أمراً بالغ الحيوية، إذا ما أريد إقامة مجتمع جديد قائم على الكفاية والعدل: الكفاية التي تقتضي توجيه كل طاقات الأمة إلى الإنتاج، والعدل الذي يقتضي أن يعود أثر الإنتاج على المواطنين جميعاً لا تستأثر به فئة على حساب حرمان غالبية الشعب"^(١).

وإذا كان التأمين ضرورة اقتضتها ظروف التنمية الاقتصادية، والرغبة في تذويب الفوارق بين الطبقات حتى يتمتع الصراع الطبقي بين طبقة الرأسماليين المستغلين وطبقة العاملين الكادحين من أفراد الشعب بما يحقق العدالة الاجتماعية والاستقرار السياسي والتعاون بين جميع القطاعات في سبيل النمو الاقتصادي^(٢)، فإنه في ظل اتجاه الدول نحو التحول إلى اقتصاديات السوق مع ثمانينيات القرن الماضي، ومع هجر كل دول العالم لفلسفة الدولة المتدخلة التي تمتلك وتدير أدوات الإنتاج، ورجوعها إلى فلسفة الدولة الحارسة، التي تقتصر وظائفها الأساسية على تقديم خدمات الأمن والدفاع والعدالة، مع الاحتفاظ بتقديم بعض الخدمات العمومية المهمة والضرورية، التي لا يستغني عنها جميع الأفراد، من منطلق أن عدم توافر هذه الخدمات أو الخلل في استمرارها أو النكوص عن تطويرها قد يمس النظام العام بعناصره المعروفة من أمن وصحة وسكينة عامة، وإذا كانت الخدمات العمومية على هذا النحو وقيام الدولة باحتكار تقديم بعضها مع السماح للقطاع الخاص بالمشاركة في تقديم بعضها الآخر، وهو وضع لم يكن مستبعداً في ظل الفكر التقليدي لمفهوم الدولة الحارسة، سواء أكانت الخدمات أو المرافق المذكورة ذات طبيعة اقتصادية وتدر عائداً مقبولاً أم كانت خدمات ذات طبيعة اجتماعية وإدارية وتقتضي طبيعة الحكم والسيادة للدولة أن تقدم مدعومة أو مجانية، فإن اتجاه الدول الحديث نحو التحول إلى القطاع الخاص وإطلاق طاقاته لتنفيذ خطة التنمية لم يقف في جرفه عند حد نقل وحدات القطاع العام المنتجة - مؤسسات وشركات عامة وشركات قطاع أعمال عام ونحوها - إلى القطاع الخاص وإنما جرف أيضاً المرافق العامة ذات الطبيعة الاقتصادية، بأن امتد الاتجاه الجديد إلى تكسير احتكارات الدولة لتقديم بعض الخدمات العمومية خاصة ذات الطابع الاقتصادي، والجهود إلى القطاع الخاص أمر تنمية هذه الخدمات وتطويرها وتقديمها، على سند من أن طابعها الاقتصادي يجعلها صالحة للاستغلال التجاري من قبل القطاع الخاص، وهو ما يحفز كيانات القطاع الخاص على الاستثمار في مرافق الخدمات العمومية وتنمية هيكل البنية الأساسية^(٣).

(١) الأستاذ المستشار / فتحي عبد الصبور، الآثار القانونية للتأمين في القانون المصري، الطبعة الأولى سنة ١٩٦٢، الناشر عالم الكتب، ص ٥.

(٢) الأستاذ المستشار / فتحي عبد الصبور، المرجع السابق، ص ٥.

(٣) الدكتور / حسن الهداوي، مشروعات B.O.T، الناشر دار النهضة العربية، صفحة ١.



وتأخذ مشاركة القطاع الخاص private sector participation مظاهر مختلفة وبدرجات متباينة؛ فأقصى درجات مشاركة القطاع الخاص في مشروعات البنية الأساسية تتمثل في الخصخصة "privatization" ومفهوم الخصخصة أو التخصيص وفقاً للبند الثاني من المادة الأولى منها القانون رقم ٣٧ لسنة ٢٠١٠ في شأن تنظيم برامج وعمليات التخصيص هو نقل ملكية المشروع العام وهو الذي تعود ملكيته بالكامل للدولة بشكل كلي أو جزئي وفقاً لأحكام هذا القانون.

ففي ظل هذا النظام تنقل ملكية الدولة لأصولها إلى القطاع الخاص ، ويتم ذلك بآليات قانونية مختلفة ، ومنها قيد سهم الشركة المملوكة للدولة في بورصات سوق الأوراق المالية وطرحها للجمهور . وقد تلجأ الدولة إلى بيع هذه الأسهم إلى مستثمر رئيسي سواء من خلال البيع المباشر داخل السوق المحلية ، أم من خلال الأسهم للبيع في البورصات العالمية من خلال نظم بديلة مثل شهادات الإيداع الدولية أو شهادات الإيداع الأمريكية . وقد تلجأ الدولة في بعض الحالات النادرة إلى بيع الأصول مباشرة وليس عن طريق الأسهم ^(١) .

وتلجأ الدولة إلى هذه الوسيلة من بيع الأصول بالنسبة لبعض الوحدات الاقتصادية أو الأصول المنتجة، حيث يكون تحول الوحدة الاقتصادية أو الأصل المنتج إلى القطاع الخاص منصباً بصفة أساسية على الملكية بما تخوله للقطاع الخاص باعتباره مالكا من حقوق الاستعمال والاستغلال والتصرف ^(٢) .

وقد تقتصر مشاركة القطاع الخاص على إدارة المرافق العامة وتشغيلها لفترة معينة، ويتم ذلك عن طريق نظام التزام المرافق العامة ^(٣).

وفي ضوء ذلك اقتضت الظروف السياسية والاقتصادية والاجتماعية التحولات المذكورة ، وفيما يتعلق بمشروعات الخدمات العمومية ومرافق البنية الأساسية البحث عن وسيلة تعاقدية أو غير تعاقدية يمكن من خلالها تعبئة موارد القطاع الخاص وإمكاناته في سبيل تنمية وتطوير البنية الأساسية وما تنتجه من سلع أو خدمات ، على أن يظل للدولة - ممثلة في أشخاص القانون العام من هيئات ومصالح، أو ممثلة في كيانات أو شركات خاصة ولكنها مملوكة أو رأسمالها مملوك للدولة ملكية خاصة - الحق في تنظيم تقديم الخدمات العمومية، بما يخوله هذا الحق من رقابة وإشراف لضمان تقديم الخدمات العامة بانتظام واطراد ، وقد اهتدى الفكر القانوني والاقتصادي إلى أسلوب التعاقد بنظم (B.O.T)، أو بأسلوب حق الانتفاع كما يطالب للبعض أن يسميه أو بأسلوب تحويل المشروع كما يسميه البعض الآخر، أو بأسلوب اتفاق المشروع project agreement concession، مشروع اتفاق الامتياز ، كما اصطلحت على ذلك لجنة الأمم المتحدة للقانون التجاري الدولي - الأرنسترا - ورؤى في هذه الوسيلة الضالة المنشودة لتحقيق الأهداف العامة بشأن مرافق البنية الأساسية ، من حيث تنميتها من قبل القطاع الخاص وبسط رقابة على أدائها من قبل الأشخاص القانونية العامة المعنية ، أو المختصة، وهذه الوسيلة قد وجدت واستخدمت لأداء الوظيفة المذكورة في بلاد الازدواج القانوني والقضائي كفرنسا ومصر، وفي بلاد القانون والقضاء الموحد كالمملكة المتحدة ^(٤).

وتتمثل عقود (B.O.T)، بتفريعاتها الكثيرة أطواراً جديدة ومستحدثة من العقود الإدارية . وقد تكون بعض هذه الصور عُرِفَتْ قديماً - كما سوف يتضح لنا فيما بعد - إلا أنه من الملاحظ أن هذه العقود قد تعددت صورها فضلاً عن كثرة اللجوء إليها وهو أمر فرضه الواقع ولذلك يبقى مهماً تحديد ماهية هذه العقود سواء بتعريفها أم بتحديد أهم صورها وكذلك تحديد طبيعتها القانونية ، وما يترتب عليها من منافع للدولة المضيفة وما يرتبط بها من مخاوف ^(٥).

بالإضافة إلى تمييز هذا العقد عن غيره من العقود الأخرى أحكام فسوف تقسم الدراسة في هذا البحث إلى فصلين الأول نتناول فيه عقد (B.O.T) (البناء والتشغيل والتحويل) من ناحية تعريفه وصوره ، أما الثاني فنتناول فيه عقد في كل من مصر والكويت.

(١) الدكتور/ هاني صلاح سري الدين ، الإطار القانوني لمشروعات البنية الأساسية التي يتم تحويلها عن طريق القطاع الخاص بنظام البناء والتملك والتمويل في مصر ، بحث منشور في مجلة القانون والاقتصاد ، تصدر عن أساتذة كلية الحقوق جامعة القاهرة ، العدد التاسع والستون ، ١٩٩٩ ، الناشر مطابع الطوبجي التجارية ، ص ٢ وما بعدها .

(٢) في هذا المعنى الدكتور / حسن الهنداوي ، سالف الإشارة إليه ، ص ١ .

(٣) دكتور / هاني صلاح سري الدين ، بحثه سالف الإشارة إليه ، ص ٣ .

(٤) دكتور / حسن الهنداوي ، سالف الإشارة إليه ، ص ب .

(٥) دكتور / جابر جاد نصار ، عقود «البوت» B.O.T ، والتطور الحديث لعقد الالتزام ، دراسة نقدية للنظرية التقليدية لعقد الالتزام ، طبعة ٢٠٠٢ الأولى ، دار النهضة العربية ، ص ٣٥ .



خطة الدراسة

تقوم هذه الدراسة على فصلين حيث يتناول الأول منهما أحكام عقد (B. O. T) وذلك في مبحثين أولهما نخصه لبيان ماهية العقد حيث نستعرض في المطلب الأول منه تعريف العقد وأطرافه وهيكله التنظيمي وفي المطلب الثاني نشرح الطبيعة القانونية وخصائصه ثم ننتقل في المبحث الثاني إلى بيان صور العقد وذلك في المطلب الأول منه ونستظهر الفروق التي تميز هذا العقد عن غيره من العقود ومزايا وعيوب هذا العقد وذلك في المطلب الثاني. أما الفصل الثاني فقد أفردناه في المبحث الأول منه لشرح تنظيم عقد (B. O. T) في القانون المصري وتطبيقاته، وفي المبحث الثاني تنظيم القانون رقم ٧ لسنة ٢٠٠٨ لهذا العقد وملاحظاتنا على هذا القانون، ونهني الدراسة بخاتمة نستعرض فيها بعض المقترحات في هذا الشأن.

الفصل الأول : أحكام العقد .

المبحث الأول : ماهية العقد .

المطلب الأول : تعريفه وأطرافه وهيكله التنظيمي .

المطلب الثاني : الطبيعة القانونية للعقد وخصائصه .

المبحث الثاني : صور العقد وتمييزه عن غيره .

المطلب الأول : صور العقد .

المطلب الثاني : تمييز العقد عن غيره ومزاياه وعيوبه .

الفصل الثاني : العقد في القانونين المصري والكويتي .

المبحث الأول : العقد في القانون المصري .

المطلب الأول : التطور التاريخي للعقد في مصر .

المطلب الثاني : تطبيقات العقد في القانون المصري .

المبحث الثاني : العقد في القانون الكويتي .

المطلب الأول : أحكام للعقد في القانون الكويتي .

المطلب الثاني : تقييم القانون رقم ٧ لسنة ٢٠٠٨ .

الفصل الأول: أحكام العقد

سنقسم هذا الفصل إلى مبحثين:

الأول نخصه لماهية عقد (B.O.T) .

والثاني نتناول فيه صور العقد وخصائصه وتمييزه عن غيره من العقود .

المبحث الأول ماهية عقد (B.O.T) .

ونتناول هذا المبحث في مطلبين: نخصص أولهما لتعريف عقد (B.O.T) وأطرافه وهيكله التنظيمي في حين نخصص المطلب الثاني للطبيعة القانونية للعقد وخصائصه .

المطلب الأول:

تعريف عقد (B.O.T) وأطرافه وهيكله التنظيمي:

أولاً - تعريف عقد البناء والتشغيل والتحويل (B.O.T):

تعريف العقد الإداري:

من المقرر في قضاء محكمة التمييز أنه يتعين لاعتبار العقد ادالياً أن يكون أحد طرفيه شخصاً معنوياً عاماً يتعاقد بوصفه سلطة عامة وأن يتصل العقد نشاط مرفق عام بقصد تسييره أو تنظيمه وأن يتسم بالطابع المميز للعقود الإدارية وهو انتهاج أسلوب القانون العام فيما تتضمنه هذه العقود من شروط استثنائية بالنسبة لروابط القانون الخاص^(١).

تعريف عقد التزام المرافق العامة:

يعرف عقد التزام المرافق العامة بأنه اتفاق بمقتضاه يعهد شخص عام إلى شخص آخر باستغلال مرفق عام نظير مقابل مالي، يتحدد وفقاً للنتائج المالية للاستغلال، في حين عرف القضاء عقد التزام المرافق العامة بأنه ليس إلا عقداً إدارياً يتعهد أحد الأفراد أو الشركات بمقتضاه بالقيام على نفقته وتحت مسؤوليته المالية بتكليف من الدولة أو إحدى وحداتها الإدارية وطبقاً للشروط التي توضع له بأداء خدمة عامة للجمهور وذلك مقابل التصريح له باستغلال المشروع لمدة محددة من الزمن واستيلائه على الأرباح ، فالإلتزام عقد إداري ذو طبيعة خاصة وموضوعه إدارة مرفق عام ولا يكون إلا لمدة محدودة، ويتحمل الملتزم بنفقات المشروع وأخطاره المالية ويتقاضى عوضاً في شكل رسوم يحصلها من المنتفعين^(٢).

(١) الحكم الصادر من محكمة التمييز في الطعن رقم ٢٦٨ لسنة ١٩٩٩ إداري جلسة ١٩٩٩/١٢/١٩ بند ٢٢٢ ص ٤٥٩ - ٤٦٠ مجموعة القواعد القانونية التي قررتها محكمة التمييز القسم الرابع المجلد الخامس .

(٢) محكمة القضاء الإداري بمصر الدعوى رقم ١٠٥ لسنة ١١ ق ، جلسة ١٩٦١/٦/٤ ، ص ٥١ ، ص ١٨٦٢ .



ويتميز كل تعريف من التعريفين السابقين بأن كل منهما يغطي التطورات الحديثة في التزام المرافق العامة :

من ناحية «أطراف الالتزام ، السلطة مانحة الالتزام دائماً» شخص عام ، يستوي أن يكون الدولة أو المحليات . أما الملتزم فأنه غالباً شخص خاص ، و مع ذلك يمكن أن يكون شخصاً عاماً وهذا هو الوضع بالنسبة لمؤسستي كهرباء و غاز فرنسا .

و من ناحية «المرافق» التي يمكن ادارتها بواسطة الالتزام فإن الالتزام أسلوب لإدارة المرافق العامة الاقتصادية أساساً ، و ذلك لأن تحقيق الربح في هذه المرافق يكفل مقابلاً مالياً للملتزم ، و مع ذلك فقد أصبح ممكناً اللجوء للالتزام لإدارة المرافق العامة الادارية التي تتطلب أن يقوم المستفيد منها بدفع مقابل الخدمة ، مثل الطرق السريعة و الكباري و المستشفيات .

و أخيراً ، و فيما يتعلق بالمقابل المالي للملتزم فإن الملتزم يتقاضى مقابلاً مالياً ، يرتبط مباشرة بنتائج الاستغلال ، و ليس فقط لحين سير الاستغلال ، كما أنه لا يتقاضى ثمناً من الشخص العام مانح الالتزام ، و غالباً ما يتقاضى الملتزم إتاوة (مقابل نقدي) من المنتفعين لكن يمكن أن يحصل على موارد أخرى ، بل يمكن أن يكون المقابل المالي في صورة أخرى مثل الإعلانات^(١).

تعريف عقد البناء والتشغيل و التحويل (B.O.T) :

يقصد بمشروعات (B.O.T) تلك المشروعات التي تعهد بها الحكومة إلى إحدى الشركات الوطنية كانت أو أجنبية و سواء أكانت شركة من شركات القطاع العام أم القطاع الخاص (و تسمى شركة المشروع) ، وذلك لإنشاء مرفق عام و تشغيله لحسابها مدة من الزمن ثم نقل ملكيته إلى الدولة أو الجهة الإدارية . واصطلاح (B.O.T) هو اختصار لكلمات انجليزية ثلاث : البناء Build والتشغيل Operate والتحويل Transfer^(٢).

وهذا الاصطلاح هو شكل من أشكال تحويل المشاريع ، حيث تحصل شركة خاصة على امتياز لبناء و تشغيل مرفق أو مشروع يكون من الطبيعي بناؤه وتشغيله من قبل الحكومة ، و عادة ما يتعلق المشروع بالبنية الأساسية مثل (إنشاء مطار أو ميناء أو محطة كهرباء) وقد يكون منح الامتياز من قبل شركة خاصة أو شركة قطاع عام .

وتتولى شركة المشروع Project Company بعد حصولها على حق الامتياز من الجهة المختصة بموجب عقد الامتياز ، تشييد هذا المشروع على نفقتها الخاصة ثم تتولى إدارة المشروع وتشغيله للمدة المحددة في اتفاقية الامتياز ، وتحصل شركة المشروع على جميع التكاليف التي تكبدتها بجانب أرباحها المتفق عليها من خلال الرسوم و العوائد التي تحصل عليها من المنتفعين من المشروع و عندما يتم انتهاء مدة الامتياز يتم تحويل المشروع من شركة المشروع إلى جهة مانحة الامتياز دون مقابل^(٣).

و عرفت لجنة الأمم المتحدة للقانون النموذجي (اليونسترال) عقود البناء و التشغيل والتحويل بأنها شكل من أشكال تحويل المشاريع تمنح بمقتضاء حكومة ما لفترة من الزمن أحد الاتحادات المالية الخالصة و يدعي شركة المشروع امتياز لتنفيذ مشروع معين ، و عندئذ تقوم شركة المشروع ببنائه و تشغيله و ادارته لعدد من السنوات و تسترد تكاليف البناء و تحقق أرباحاً من تشغيل المشروع و استغلاله تجارياً ، و هي نهاية مدة الامتياز تنتقل ملكية المشروع إلى الحكومة^(٤) .

(١) دكتور/محمد محمد عبد اللطيف ، الاتجاهات المعاصرة في إدارة المرافق العامة، الطبعة ٢٠٠٠ سالف الإشارة إليه ، ص ٢١ .

(٢) حكم محكمة القضاء الإداري رقم ١٤٦ لسنة ٨ ق ، جلسة ١٩٥٦/٢/٢٥ م ١٥٠ ، س ص ١٩٨٤ مشار إليها بمؤلف المستشار الدكتور محمد ماهر أبو العنين ، اختصاص مجلس الدولة وفقاً لاحكام القسم القضائي حتى عام ١٩٩٢ ، طبعة نقابة المحامين المصرية ، ص ٢٩٢ ، و ما بعدها .

(٣) دكتور / محمد محمد عبد اللطيف ، المرجع سالف الإشارة إليه ، ص ٢١ و ما بعدها .

(٤) دكتور / جابر جاد النصر - سالف الإشارة إليه ص ٢٨ .

تعريف منظمة الأمم المتحدة للتنمية الصناعية UNIDO لعقد الامتياز بنظام (B.O.T) :

هو اتفاق تعاقدى بمقتضاه يتولى أحد أشخاص القطاع الخاص إنشاء أحد المرافق الأساسية في الدولة بما في ذلك عملية التصميم والتحويل والقيام بأعمال التشغيل والصيانة لهذا المرفق . وتقوم هذه الشخصية الخاصة بإدارة وتشغيل المرفق خلال فترة زمنية محددة، يسمح لها فيها بفرض رسوم مناسبة على المنتفعين من هذا المرفق ، و أية رسوم أخرى بشرط ألا تزيد عما هو مقترح في العطاء، و ما هو منصوص عليه في صلب اتفاق المشروع لتمكين تلك الشخصية من استرجاع الأموال التي استثمرتها و مصاريف التشغيل والصيانة بالإضافة إلى عائد مناسب على الاستثمار . وفي نهاية المدة الزمنية المحددة تلتزم الشخصية الخاصة بإعادة المرفق إلى الحكومة ، أو إلى شخصية خاصة جديدة ، يتم اختيارها عن طريق الممارسة العامة ^(١).

ثانياً. أطراف عقد البناء والتشغيل والتحويل (B.O.T) :

يرتبط بتعريف عقد البناء والتشغيل والتحويل (B.O.T) ذكر أطراف العقد . ومن أهم أطراف العقد ، الجهة المانحة للالتزام و هي الطرف الرئيسي في اتفاق المشروع أو عقد الامتياز ، و تتولى رقابة المرفق والإشراف عليه كما قد يعهد بهذه المهمة الأخيرة لهيئات عامة أخرى يسند إلى كل منها دور رقابي معين، ومن الأطراف الرئيسية في تنفيذ مشروعات البنية الأساسية ذات التحويل الخاص كذلك الملتزم ، وهو قد يكون شركة أو قد يكون رابطة بين رعاة المشروع تنظمها علاقة تعاقدية لتحديد أدوارهم في تنفيذ المشروع ^(٢).

ومما لاشك فيه أن (B.O.T) هو أسلوب أو نظام و ليس عقداً و من ثم فإن هذا النظام يتضمن شبكة من العقود ينتج عنها أطراف متعددة ، و ينصرف اصطلاح «الطرف» Party إلى كل شخص له شأن في العقود التي تشكل هيكل نظام (B.O.T)، و بعبارة أخرى تتضمن حقيقة إنشاء مشروع (B.O.T) شبكة مكثفة من الأطراف التي تتماشي أحياناً و تتداخل أحياناً أخرى، و الغالب ألا ينجز المشروع إلا بعد إبرام عدد كبير من العقود تصل إلى عشرين عقداً أو أكثر من وقت الشروع في المشروع لحين إكماله ^(٣).

وسوف نتناول بالشرح أهم الأطراف الفاعلة في نظام أو عقد الـ B.O.T وفقاً لما يلي :

الطرف الأول : (الحكومة) :

وهي الجهة مانحة الامتياز و تعتبر المالكة الحقيقية للمشروع و التي تقف خلفه تسانده و تحل مشاكله و أن كانت تقوم بتنازل مؤقت عن تلك الملكية للملتزم من أجل إقامة مشروع معين ينتفع به لفترة من الزمن ثم يعود في نهايتها إلى الحكومة . ولا يعني ذلك أن يقتصر دور الحكومة على التوقيع على العقد و إنما مهمتها تظل قائمة في الاتي :

- متابعة عمل الشركات و التأكد من جديتها و التزامها بالتنفيذ حسب التوقيعات المعيارية المنصوص عليها أو تحميلها بغرامات تأخير منصوص عليها في العقد أو حسب الامتياز مع مصادرة التأمينات .
- متابعة عمليات الإنشاء و التأكد من جودة المنشيء و مطابقته للمواد المستخدمة للمواصفات القياسية .
- المتابعة الدورية و التفقيش الرقابي على حسن سير المشروع بعد إنشاؤه وحسن ادارته وحسن صيانتة و احتفاظه بصلاحيته إلى أن يتم استلامه بعد انتهاء فترة الامتياز .

(١) انظر رسالة ماجستير مقدمة من الاستاذ / خالد محمد عبد الله العطية ، بعنوان النظام القانوني لعقود تشييد و تشغيل تحويل الملكية ، ص ، ١٢ .

(٢) دكتور / جابر جاد النصر - المرجع السابق - ص ٢٣ و ما بعدها .

(٣) دكتور / ابراهيم الهاوي ، عقد امتياز المرفق العام B.O.T ، الطبعة سنة ٢٠٠٣ (رسالة دكتوراه) ص ٤٥ .



الطرف الثاني: شركة المشروع؛

تعتبر شركة المشروع الطرف الرئيسي الثاني في عقود البناء والتشغيل والتحويل. وهي التي تلتزم بأن تبني وتشغل وتقل ملكية المشروع بعد انتهاء مدته إلى الدولة مرة أخرى وبحالة جيدة .

على أن ذلك يتم عادة عبر شبكة أو سلسلة من التعاقدات التي تبرم في إطار العقد الرئيسي و بين متعاقدين آخرين . ويعتمد نجاح عقد (B.O.T) في تحقيق هدفه على ترابط هذه العقود وعدم تعارضها ، فلكل عقد من هذه العقود دور يؤديه و متعاقد يؤدي هذا الدور حسب ما ينص عليه العقد الرئيسي و التعاقدات اللاحقة عليه ^(١) . و تتولي شركة المشروع في سبيل إتمام عقد البناء و التشغيل و التحويل العديد من المفاوضات على النحو التالي :

- التفاوض مع الحكومة للحصول على الامتياز وحق الانتفاع ووضع الشروط والضوابط الخاصة به و إصدار التراخيص و التصاريح وتحديد الحقوق والواجبات بصورة دقيقة .
- التفاوض مع المقاولين الذين يتولون إقامة و إنشاء المشروع و إبرام عقود التشييد الخاص به و تحديد كافة الجوانب الفنية و المالية للمشروع مع وضع البرنامج التنفيذي و توقيته .
- التفاوض مع الموردين لتوريد الآلات و المعدات و مستلزمات التشغيل و الاحتياجات المختلفة اللازمة للمشروع و إبرام العقود الخاصة بها .
- التفاوض مع خبراء أو شركات متخصصة في تشغيل و إدارة المشروع و الإشراف على كافة جوانبه و صيانه و المحافظة عليه .
- التفاوض مع البنوك الممولة و الحصول على القروض و التسهيلات المختلفة منهم و إبرام العقود الخاصة بذلك .
- التفاوض مع شركات التأمين و مؤسسات الضمان للحصول على الضمانات و وثائق التأمين المختلفة اللازمة لتغطية المشروع من المخاطر المختلفة ^(٢) .

الطرف الثالث: المستفيدون من المشروع؛

وهم أهم الأطراف التي يتعين معرفتهم و الوقوف على احتياجاتهم و رغباتهم و معرفة مدى تناسب المشروع ورسوم الاستفادة منه ^(٣).

ثالثاً: الهيكل التنظيمي والمراحل الزمنية لعقد البناء والتشغيل والتحويل، (B.O.T)؛

عقود البناء و التشغيل و نقل الملكية بصوره المختلفة ليس عقداً أو اتفاقاً كما يطلق عليه البعض ، بل هو تنظيم أو مفهوم ، اقتصادي يلزم لتنفيذه إبرام العديد من الاتفاقات و العقود بين أطراف مختلفة من ذلك اتفاق الترخيص أو الالتزام الذي تبرمه الدولة مع المستثمر ، وما يرتبط به من اتفاقات تكميلية ، كما توجد الاتفاقات التي تبرم بين المساهمين في شركة المشروع (المستثمر) لتنظيم العلاقة الداخلية فيما بينهم . و اتفاقات التمويل التي تبرم بين المستثمر و مجموعة البنوك المقرضة ، و أيضاً الاتفاقات التي تبرم بين المستثمر و شركة التشغيل ، و تسمى باتفاقيات التشغيل ، لإدارة و تشغيل و صيانة المرفق ، و غير ذلك من الاتفاقات وفقاً لما هو مبين تفصيلاً بالجدول التالي ^(٤) :

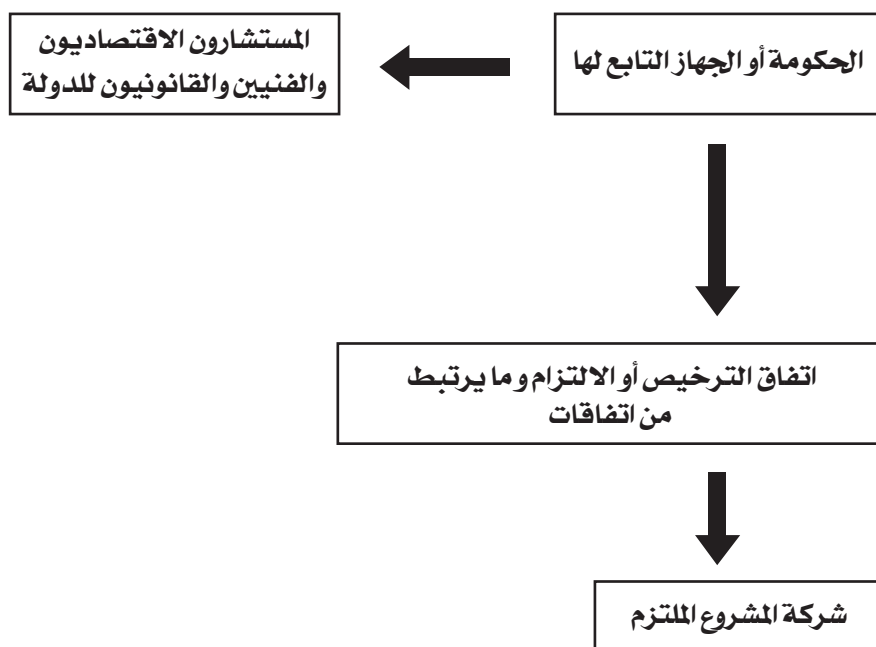
(١) دكتور / حسن الهداوي ، سالف الإشارة إليه ص ٤٩ .

(٢) الاستاذ / خالد بن محمد عبد الله العطية ، رسالة ماجستير سالف الإشارة إليها ص ٣٨ .

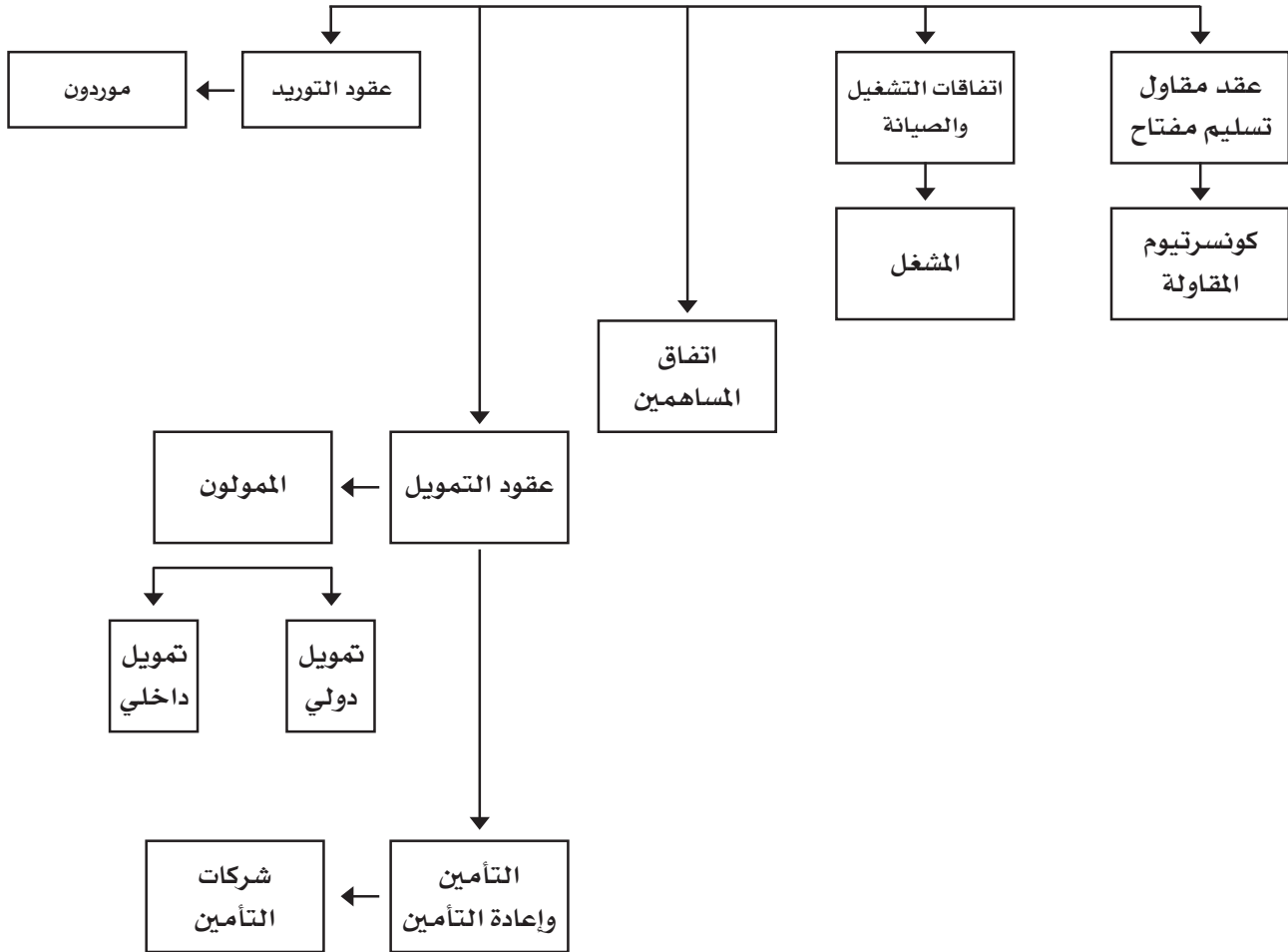
(٣) دكتور / احمد سلامة بدر ، العقود الادارية عقد البوت ، طبعة ٢٠٠٣ الناشر مكتبة دار النهضة العربية ، ص ٢٧٢ وما بعدها .

(٤) الدكتور / جابر جاد النصر ، سالف الإشارة إليه ص ٤٣ .

العلاقات المتشابكة والمرتبطة بتنفيذ مشروع (B.O.T)



شركة المشروع الملّزم



كما يمر تنفيذ هذا النوع من المشروعات بمراحل زمنية مختلفة تبدأ بمرحلة الإعداد للمشروع واختيار وتحديد جدواه الاقتصادية من قبل الدولة ، مروراً بالإعداد للمناقصة ومستنداتها و تقييم العطاءات و الاختيار . ثم مرحلة التنفيذ الأولى من قبل المستثمر ، ويقوم المستثمر خلال هذه المرحلة بتكوين شركة المشروع و إبرام اتفاقات التحويل ، وعقود المقاولة و التشغيل و التأمين و غيرها ، ثم تبدأ المرحلة الثالثة في عمر المشروع ، ألا وهي مرحلة التنفيذ وفي هذه المرحلة يبدأ تشييد المرفق أو مرحلة التشغيل . وأخيراً انتهاء مدة الالتزام ، ونقل ملكية أصول المشروع مرة أخرى إلى الدولة و أجهزتها ، و التي يمكنها منح امتياز بشأنه مرة أخرى لذات الشركة أو لشركة أخرى و يبين الجدول التالي هذه المراحل ^(١).

<p>المرحلة الأولى مرحلة الإعداد للمشروع واختيار المستثمر</p>	<ul style="list-style-type: none"> - تحديد المشروع ومواصفاته - إعداد المستندات و الدعوة للعطاءات - قيام المتنافسين بالتحضير للعطاءات وتقديمها - الاختيار ، وقرار الارساء
<p>المرحلة الثانية التنفيذ الأولى</p>	<ul style="list-style-type: none"> - تكوين شركة المشروع (مساهمة) - مسئولية محدودة - توصية بالأسهم - اتفاقات و عقود التمويل - عقود المقاولة - عقود التوريد - اتفاقات أخرى خاصة بحسب نوع الموقف - التأمين
<p>المرحلة الثالثة التنفيذ</p>	<ul style="list-style-type: none"> - التشغيل - تشييد المرفق و تحضيره للتشغيل التجاري - اختياره و قبوله
<p>المرحلة الرابعة</p>	<ul style="list-style-type: none"> - التشغيل و الصيانة
<p>التشغيل التجاري</p>	<ul style="list-style-type: none"> - دور الدولة في المعاينة والرقابة - التدريب ونقل التكنولوجيا والتحديث
<p>المرحلة الخامسة انتهاء مدة التنفيذ</p>	<ul style="list-style-type: none"> - إجراءات النقل ، وتسلم المشروع وتسوية أية أمور مالية

(١) دكتور / أحمد سلامة بدر، سالف الإشارة إليه، ص ٣٧٣ وما بعدها .



المطلب الثاني: الطبيعة القانونية لعقد البوت وخصائصه

أولاً: الطبيعة القانونية لعقد البناء والتشغيل والتحويل (B.O.T) :

على الرغم من أن عقود البناء و التشغيل و التحويل (B.O.T) بتفريعاتها المختلفة خرجت من رحم عقد التزام المرافق العامة ، وعلى الرغم من أن كثيراً من الفقهاء يسلم بأن عقد (B.O.T) ليس حديثاً ، و إنما معروف ومطبق من منتصف القرن التاسع عشر ومن ذلك عقد التزام قناة السويس في مصر^(١) .

و نظراً لاتساع تطبيق عقود (B.O.T) بكافه أشكالها في الآونة الأخيرة ، ونظراً لما تتمتع به من إجراءات و تفريعات و تعدد في الأطراف يصاحبها تعدد في المراكز القانونية و القواعد التي تحكمها ، والتي قد تكون مغايرة فيما بينها بالنظر إلى طبيعة أطراف هذه العلاقات من أشخاص عامة إلى أشخاص خاصة ، الأمر الذي أدى إلى وجود اختلاف في الفقه القانوني حول طبيعة هذه العقود ، وسوف نتناول هذه الآراء بالتفصيل التالي :

الرأي الأول:

ذهب رأي في الفقه إلى أن نظام «البناء و التشغيل و التحويل» بصوره المختلفة ليس عقداً أو اتفاقاً كما يطلق عليه البعض ، بل هو تنظيم أو مفهوم اقتصادي يلزم لتنفيذه إبرام العديد من الاتفاقات و العقود بين أطراف مختلفة من ذلك اتفاق الترخيص أو الالتزام الذي تبرمه الدولة مع المستثمر ، وما يرتبط به من اتفاقات تكميلية ، كما توجد الاتفاقات التي تبرم بين المساهمين في شركة المشروع (المستثمر) لتنظيم العلاقة الداخلية فيما بينهم^(٢) .

نقد الرأي الأول

وما من شك في أن هذا الرأي محل نظر ، إذ أنه ينكر الطبيعة الاتفاقية لعقود البناء و التشغيل ونقل الملكية ، ويخرج بها عن الطبيعة التعاقدية إلى الطبيعة التنظيمية بدعوى أنه يتضمن العديد من الاتفاقات التي قد تتعارض فيها مصالح أطرافها . وهذا غير صحيح حيث إن هذه الاتفاقات الفرعية إنما ترتبط في وجودها بالعقد الرئيسي بين جهة الإدارة و بين شركة المشروع ، أما العقود الأخرى التي تبرم تنفيذاً لهذا العقد فهي التزام أو عقود أشغال أو عقود توريد أو عقود تتعلق بالتمويل ، وقد تكون عقود إدارية أو مدنية حسب الأحوال^(٣) .

الرأي الثاني:

ذهب أنصار هذا الرأي إلى أن عقود البناء و التشغيل و التحويل من عقود الإدارة العادية التي تخضع منازعاتها للقانون الخاص . ذلك أن هذه العقود شأن عقود الاستثمار لا تقبل بحسب طبيعتها أن تضمنها الإدارة شروطاً استثنائية فمتطلبات التجارة الدولية تفرض على الدولة أن تنزل للتعاقد شأنها في ذلك شأن الأفراد العاديين^(٤) ، ذلك أن هناك تعارض لا شك فيه - ولو جزئياً بين احتياجات و متطلبات كل طرف مع الآخر من أطراف عقد (B.O.T) « الدولة ، والمستثمر أو شركة المشروع » إذ بينما يسعى أحدهم إلى تأمين التوازن والضمان لعلاقته التعاقدية ، فإن الدولة تسعى إلى تحقيق المصلحة العامة وهو ما يقتضى توافر مرونة كبيرة في العقد^(٥) .

لذا فإن رفع هذا التعارض لا يصلح معه إلا مع اعتبار هذا العقد عقداً ذو طبيعة مدنية يخضع للقانون الخاص .

(١) المرجع السابق ، مباشر ، ٢٧٤ .

(٢) دكتور / هاني صلاح سري الدين ، سالف الإشارة إليه ، ص ٥ وما بعدها بالبحث ، ص ١٧٣ وما بعدها بالمجلة .

(٣) دكتور / هاني صلاح سري الدين ، ص ٧ وما بعدها بالبحث ، ص ١٧٥ وما بعدها بالمجلة .

(٤) دكتور / جابر جاد النصر - المرجع السابق، ص ٤٩ .

(٥) دكتور / هاني صلاح سري الدين ، سالف الإشارة إليه ، ص ٥ .



حجج أنصار الرأي الثاني؛

١. جرى العمل في مجال عقود ال B. O. T أن الدولة وهي تتعاقد قد تقبل تقييد سلطاتها التشريعية بالاتفاق مع شرط تثبيت تشريعها أو تقييد سلطاتها اللائحية فيما يتعلق بالتعديل في الشروط العقدية بالإدارة المنفردة سواء جزئياً أو كلياً . ولاشك أن في مسلكها هذا إنكاراً صريحاً لإحدى الخصائص الأساسية للعقد الإداري وهي خاصية عدم المساواة بين الأطراف ^(١) .
٢. أن معظم التشريعات المنظمة للاستثمار ونقل التكنولوجيا تسعى إلى إبعاد عقود الدولة عن فكرة العقد الإداري بما تضعه من امتيازات لصالح الشريك الأجنبي وقيود على سلطاتها العامة بغرض تشجيع حركته دخول التكنولوجيا ورأس المال إلى إقليمها ^(٢) .
٣. قضاء التحكيم في معظم أحكامه قد يرى أن العقود الدولية لم تعد عقوداً ترتبط بالمرافق العامة وتقديم الخدمات ، وإنما صارت ذات طبيعة خاصة تنظمها مبادئ القانون الخاص الذي ينظم العقود التي تبرم بين أشخاص القانون الخاص طبيعة كانت أم معنوية .
٤. إن الاعتبارات العملية التي تملئها متطلبات التجارة الدولية تملأ على الدولة أن تبتعد عن أساليب القانون العام الداخلي في علاقتها التجارية الخارجية ، وذلك إذا ما تمسكت الدولة بسيادتها وسلطانها السياسية فإنها تهدم العلاقة التعاقدية مع المتعاقد الأجنبي ، وقد يبلغ الأمر حد اصطدام الدولة مع الدولة التي يحمل المتعاقد الآخر جنسيتها إذا ما طلب الأخير الحماية الدبلوماسية لدولته وهو ما يثير القلاقل السياسية ^(٣) .
٥. يذهب أصحاب هذا الرأي إلى أنه إذا كانت الدولة تستطيع أن تمارس أساليب القانون العام داخل إقليمها وعلى رعاياها بما لها من سيادة بيد أنهم يرون أن نشاط الدولة التعاقدية مع الأجانب لا يمكن أن يقوم على أساس المساواة القانونية بين الأطراف استناداً إلى أن الدولة محدودة النطاق داخل إقليم الدولة ، وخارج هذا النطاق الإقليمي للسيادة تقف الدولة موقف المساواة بالنسبة للمتعاقد الآخر وبالتالي لا تتمتع بأية سلطات استثنائية على الطرف الأجنبي إلا بمقدار ما تسمح به الشروط التعاقدية ^(٤) .

نقد الرأي الثاني؛

١. ذهب بعض الفقه في نقد الرأي الثاني إلى أنه ينطلق من جوانب خاطئة ، فليس صحيحاً ارتباط الشروط غير المألوفة التي تتضمنها العقود الإدارية بمبدأ سيادة الدولة ، فهذه الشروط مردها ارتباط العقد بنشاط مرفق عام ، فضلاً عن أنها لا تتضمن في كل الأحوال تمييزاً لجهة الإدارة في مواجهة المتعاقد ، إنما يتضمن للمتعاقد معها حقوقاً أكثر مما يتضمنها العقد العادي ^(٥) .
٢. أن العقود الإدارية ليست كما قال الرأي الثاني مقررة لسلطات واسعة ومطلقة غير مقيدة فهذا القول غير سليم ، ذلك أن العقود الإدارية تتضمن تقييد حرية الإدارة في اختيار المتعاقد معها بأساليب معينة وهو ما يعرف بتقييد الحرية التعاقدية للإدارة ، مما يعني تحقيق حرية المنافسة بين الراغبين في التعاقد مع الإدارة ^(٦) .
٣. وتطبيقاً لذلك فإن الشروط التي يتطلبها المشرع في الإعلان كقاعدة عامة تكون ملزمة للإدارة ، فيتعين احترام أوضاع الإعلان من حيث المدد وكيفية إجراء الإعلان وعدد مراته ، وإلا ترتب البطلان في حالة مخالفة هذه الشروط وفق الطريقة التي نص عليها القانون ، وكذلك الشأن إذا لم تحترم الإدارة المدة المقررة للإعلان ، أو إذا لم تسلم لأحد المتقدمين الشروط الكاملة للمناقصة ^(٧) .

(١) دكتور / جابر جاد نصار - المرجع السابق المشار إليه ، ص ٥٠ .

(٢) 1970. p.527 Weil: « droit international publicet droit international administrative » mélanges L. trotabas .

(٣) 1970. p.511 Weil: « droit international publicet droit international administrative » mélanges L. trotabas .

(٤) خالد بن عبدالمجيد عبدالله العطية ، المرجع السابق ، ص ٦٥ .

(٥) خالد بن عبدالمجيد عبدالله العطية ، المرجع السابق ، ص ٦٥ .

(٦) خالد بن عبدالمجيد عبدالله العطية ، المرجع السابق ، ص ٦٥ .

(٧) دكتور / جابر جاد نصار - المرجع السابق ص ٥١ وما بعدها .





كما أن القانون إذا كان يخول جهة الإدارة الحق في تعديل شروط العقد وفي إنهاء العقد بإرادتها المنفردة ويخولها سلطات واسعة وغير مألوفة مثل سلطة المراقبة والتوجيه وكذلك سلطة توقيع جزاءات على المتعاقد معها مثل توقيع جزاءات مالية، ووسائل الإكراه والفسخ فإنه من جانب آخر قيد القانون سلطة الإدارة في توقيع الجزاءات بضرورة اعدار المتعاقد معها قبل توقيع الجزاء ما لم ينص في العقد على خلاف ذلك^(١).

٤. وأن لجوء الدولة إلى فنون القانون الخاص في تعاقداتها مع المستثمر الأجنبي ليس خيرا خالصا بالنسبة للدولة ولا للمتعاقد معها ، ذلك أن القانون الخاص يعرف طائفة من العقود التي تتضمن بعض الشروط التي تفرض على المتعاقد ولا يناقشها ، وهى ما تعرف بعقود الإذعان *contrats d'adhésion* وكثيرا ما تتضمن عقود البوت العديد من الشروط المجحفة سواء بجهة الإدارة أو بالمستثمر الأجنبي^(٢).

الرأي الثالث:

ذهب أنصار هذا الرأي إلى أن مكافأة الملتزم بالأشغال العامة تسهم في تحديد العقد ، فدفع مقابل الأشغال العامة بواسطة الإدارة ينفي عن العقد صفة أنه عقد التزام مرافق عامه ، إذ أنه يعتبر في هذه الحالة عقد من عقود مقاولات الأشغال العامة^(٣).

ويستند أصحاب هذا الرأي إلى الحجج التالية:

١. أن عقود البناء والتشغيل والتحويل (B.O.T) تتضمن تنفيذ أشغال عامة في مدينة معينة ، ووفقا لمواصفات معينة ، فضلا عن أن الإنشاء والتحويل والتشغيل والصيانة يتحملها جميعا الملتزم خلال مدة معينة وقبل التسليم إلى الدولة ، وحتى لو تم دفع مقابل الإشغال من جانب منفذ المشروع ، وجهات تمويلية أخرى تموله كالبنوك المقرضة التي تحول المشروع ، فإن هذا العقد يمكن اعتباره عقد أشغال عامة فمحله القيام بأعمال إنشائية على نحو معين وفي مدة محددة وتحكمه كافة القواعد الضابطة لعقود الأشغال العامة ذات الطبيعة الدولية^(٤).

٢. فحوى عقد الالتزام في صورته التقليدية إدارة مرفق عام ذي طبيعة اقتصادية أى أن الالتزام الأساسى الملقى على عاتق الملتزم جوهره القيام بعمل من أعمال الإدارة للمرفق العام لقاء جعل معين وذلك على عكس الالتزام الأساسى في عقود الأشغال العامة الذى محله القيام بتنفيذ الأشغال والأعمال الإنشائية المكلف بها مقاول المشروع . وفي عقود (B.O.T) تكون الإدارة operation بجانب التنفيذ وهو الالتزام الأساسى والجوهرى ، وذلك ليحصل منفذ المشروع قيمة ما تقاضاه من تكاليف إنشائية ويسدد ما أقرضه من تمويل من البنوك المقرضة^(٥).

٣. أن المرفق العام محل التزام المرافق العامة هو مرفق ذي طبيعة اقتصادية حسب نص القانون المدنى المصرى ، بينما قد يكون محل عقد البوت تنفيذ مطار من المطارات أو استغلال مساقط المياه في توليد الكهرباء ، أو أى مرفق عام على اختلاف طبيعته^(٦).

(١) دكتور / جابر جاد نصار ، المناقصات العامة في القانون المصرى والفرنسى والقانون النموذجي للأمم المتحدة - دراسات مقارنة - الطبعة الثانية - طبعة سنة ٢٠٠٢ ، دار النهضة العربية - ص ٧.
(٢) حكم مجلس الدولة الفرنسى فى ١٧ ابريل ١٩٢٢ فى قضية *commercials* المجموعة ص ٢٤٩ ، مشار إليه بمؤلف الدكتور / ابراهيم الشهاوي سالف الإشارة إليه ، هامش ص ١٠١ .
(٣) خالد بن محمد عبد الله العطية سالف الإشارة إليه ، ص ٧١ .
(٤) المرجع السابق مباشرة ، ص ٧٢ .
(٥) دكتور/ محمد عبد المجيد إسماعيل عقود الاشغال الدولية والتحكم فيها ، الناشر ، منشورات الحلبي الحقوقية ، ص ٥٦ .
(٦) دكتور/ محمد عبد المجيد إسماعيل ، سالف الإشارة إليه ، ص ٥٦ وما بعدها .



تقدير هذا الرأي:

لا نتفق مع ما ذهب إليه الرأي السابق من أن عقد البناء والتشغيل والتحويل (B.O.T) عقد اشغال عامة للأسباب الآتية:

١. عقد الأشغال العامة عقد يعهد فيه أحد أشخاص القانون العام لمقاول بتنفيذ أشغال عامة ، في مقابل ثمن ، والتمن الذي يدفعه رب العمل - وهو أحد أشخاص القانون العام - هنا هو الذي يميز الأشغال العامة - عن العقود الإدارية الأخرى وعلى وجه التحديد ، هو الذي يميز الأشغال العامة عن عقد التزام المرافق العامة La concession de travail public^(١) وتطبيقا لذلك فإن عنصر الإنشاء لا يعد العنصر الجوهرى في عقد البناء والتشغيل والتحويل (B.O.T) ذلك أن العنصر الأساسى والدافع إلى تعاقد شركة المشروع مع الدولة في عقود البناء والتشغيل هو التحويل ، هو عنصر التشغيل الذى سيعود على شركة المشروع بكافة المصروفات والنفقات التي دفعتها في مقابل الحصول عليها من نتائج ما تستأديه من جمهور المنتفعين مقابل الانتفاع بخدمة المرفق العام التي قامت شركة المشروع بتشبيده .

٢. القول بأن فحوى عقد الالتزام في صورته التقليدية ، إدارة مرفق عام ذي طبيعة اقتصادية ، وأن المرفق العام محل التزام المرافق العامة هو مرفق ذي طبيعة اقتصادية حسب نص القانون المدنى ، بينما محل عقد البوت مرافق عامة من مشروعات البنية الأساسية مثل المطارات ومحطات الكهرباء ، فإن هذه التفرقة تغفل التطور في الاتجاه الحالى على مستوى العالم الذي يتمثل في الرجوع أو التحول إلى مشاركة القطاع الخاص والمنافسة في قطاعات البنية الأساسية ، ونبت هذا الاتجاه مع أوائل الثمانينات مدفوعا بعوامل عامة وعوامل خاصة محلية ، ومن بين العوامل العامة ظهرت تطورات وابتكارات تكنولوجية معقدة ، وارتفاع مديونية الدول وزيادة قيود الميزانية ، الأمر الذى أدى إلى الحد من قدرة القطاع العام على تلبية الحاجة المتزايدة لمرافق البنية الأساسية ، واتساع وانتشار أسواق رأس المال المحلية والعالمية ، وهو ما وفر بدائل تمويل ملائمة مما أدى إلى الوصول للتمويل الخاص ببسر ، وزيادة عدد الخبرات الدولية وإرساء مبادئ المناقشة في هذا المجال^(٢). وهو الأمر الذى كان عليه عقد التزام قناة السويس ولم يمار أحد في طبيعته ومن ذلك أيضا عقود البترول^(٣) .

الرأي الرابع:

ذهب أنصار هذا الرأي إلى أن عقد البناء والتشغيل والتحويل (B.O.T) يعد من قبيل عقود التزام المرافق العامة^(٤) . وما من شك في أن عقد الالتزام يعتبر أهم العقود الإدارية هو عقد إداري بطبيعته أي أنه يكون إداريا في كل الأحوال متى كانت الإدارة طرفا فيه واتصل بنشاط مرفق عام . وإذا كانت الصورة التقليدية لعقد الالتزام اعتباره أسلوبا لإدارة المرافق العامة . إذ ترى الدولة لأسباب كثيرة أن تتخلى عن إدارة المرافق وتعهده به إلى الملتزم فإن هذا لا يمنع أن يقوم الملتزم - ببناء - بإنشاء المرفق وتشغيله مدة العقد ثم رده مرة أخرى إلى الجهة الإدارية^(٥).

(١) المرجع السابق / دكتور محمد عبد المجيد اسماعيل ، ص ٥٧ .

(٢) دكتور / سعاد الشرفاوي العقود الإدارية ، الناشر دار النهضة العربية ص ٣٧ .

(٣) دكتور / حسن هندواي ، سالف الإشارة إليه ، ص ٦ وما بعدها .

(٤) دكتور / جابر حاد نصار ، عقود B.O.T سالف الإشارة إليه ، ص ٥٣ .

(٥) المستشار / محمود محمد فهمي عقود B.O.T وتكييفها القانوني ، بحث مقدم إلى مؤتمر مشروعات البناء والتشغيل ونقل الملكية المنعقد يومي ٢٨ ، ٢٩ أكتوبر ٢٠٠٠ بمقر مركز القاهرة للتحكم التجاري الدولي ، ص ٤ .



رأينا الخاص :

عقد البناء والتشغيل والتحويل (B.O.T) هو عقد التزام مرافق عامة ذو طبيعة خاصة ، ومن المعلوم أن عقود (B.O.T) تبرم وتنفذ من خلال صور أو هياكل تعاقدية متعددة ، وبالتالي فقد تختلف الشروط والعناصر التي يتضمنها كل عرض وكذا الظروف والملايسات التي تحيط بكل عملية على حدة ، وكل هذا - من وجهة نظرنا - يجعل من الصعوبة بمكان أن لم يكن من المستحيل وضع تكييف واحد عام ينطبق على هذه العقود في جميع صورها في كل الحالات لأن هذا يترتب عليه غموض وتجهيل بالشروط القانونية والاقتصادية الخاصة بكل عقد وإنما الأفضل من وجهة نظرنا هو تكييف كل عقد على حدة في ضوء شروطه وعناصره وأيضا الظروف والملايسات التي أحاطت به ، حيث يكون التكييف متسقا تماما مع جوهر وحقيقة العقد وكاشفا في نفس الوقت عن الخصوصية التي تميز كل عقد على حدة ، وبناء على هذا التكييف المرن والواقعي فقد يعتبر عقد (B.O.T) عقداً إداريا أو من عقود التجارة الدولية بحسب كل حالة على حدة وفي ضوء الشروط السابقة ، وهذا التكييف المرن يسمح بتطور هذه العقود وبما يتلاءم مع حاجات الواقع العلمي على مستوى عمليات التجارة الدولية والتنمية الاقتصادية للدولة^(١).

وترتيباً على ذلك فإن عقود (B.O.T) التي تبرمها الدولة مع المستثمر الأجنبي هي عقود التزام مرافق عامة ذو طبيعة خاصة ، وبسبب هذه الطبيعة الخاصة لا تكون إدارية في جميع الحالات للأسباب آنفة البيان، فتارة تكون هذه العقود عقود التزام مرافق عامة إدارية وتارة أخرى تكون عقود التزام مرافق عامة ولكن تخضع لقواعد القانون الخاص ، فعقد (B.O.T) في نواحيه المتعلقة بتنظيم المرفق وإدارته وأسعاره المقررة يخضع للقانون الإداري، أما غير ذلك من أحكام وموضوعات فيخضع للقانون المدني^(٢).

المبحث الثاني

عقد (B.O.T) ، صورته وخصائصه وتميزه عن غيره؛

خطة الدراسة : تقسم الدراسة في هذا المبحث إلى مطلبين نتناول، أولهما صور العقد وخصائصه ونتناول في ثانيهما تمييز العقد البوت عن غيره ومزاياه وعيوبه

المطلب الأول

خصائص العقد وصوره

أولاً : خصائص عقد (B.O.T)

من المواضيع التي تم معالجتها وتناولها سابقا نستطيع ان نحدد الخصائص التي يتمتع بها عقد البناء والتشغيل

والتحويل (B.O.T) على الوجه التالي :

١ - عقد البناء والتشغيل والتحويل (B.O.T) عقد ذو طبيعة مركبة :

باعتبار أن عقد البناء والتشغيل والتحويل المبرم بين الدولة والمستثمر «شركة المشروع» يتضمن حزمة أخرى من العقود تتوافر فيها عناصر وأركان العقد الإداري ، وتخضع من ثم للقانون الإداري ، ويكون الاختصاص بنظر المنازعات الناشئة عنه للقضاء الإداري ،

(١) دكتور / جابر جاد نصار ، مرجع سبقنا الإشارة إليه ، ص ٥٢ .

(٢) خالد بن محمد بن عبد الله العطية ، المرجع السابق ص ٧٢ وما بعدها .

أما البعض الآخر من العقود لا تعدو أن تكون من عقود القانون الخاص ، ومن ثم تخضع لقواعد القانون المدني والتجاري ... ويختص القضاء العادي حسب اتفاق الأطراف بنظر المنازعات الناشئة عنها .

كما أن خاصة الطبيعة المركبة بعقد البناء والتشغيل والتحويل (B.O.T) لا تلحق موضوعه فحسب وإنما تمتد إلى أطرافه ذلك أنه نظرا لضخامة المشروع ، وعدم قدرة شركة واحدة من شركات القطاع الخاص على تنفيذه فإنه تتكون مجموعة من الشركات لتقديم عطاء مشترك بمجرد الوصول إلى اتفاق مع الحكومة يلجأ هذا الإتحاد إلى تكوين شركة ، يساهم فيها أطراف المشروع وتكون هذه الشركة مسؤولة عن إتمام المشروع^(١).

٢- عقد البناء والتشغيل والتحويل (B.O.T) :

ليس من شك أن عقود البوت تضم منذ مراحلها الأولى في بدايتها وحتى نهاية مدة الترخيص سلسلة متشابكة من العلاقات التعاقدية . فهي صورة من صور عقود الأشغال الدولية التي تتسم بمجموعة من العلاقات المرتبطة والمتشابكة بين الجهة مانحة الترخيص أو الالتزام والجهة الحكومية المتعاقدة وشركة المشروع والمقاول أو مجموعة المقاولين ، والمورد أو مجموعة الموردين ، وجهات التمويل التي غالبا ما تكون جهات تمويل دولية كبرى ، وشركات التأمين المحلية والأجنبية ، الشركة التي تقوم بالتشغيل . ولا يجب أن ننسى المساهمين في المشروع والاتفاقات التعاقدية التي تنشأ بينهم . كما أن العقد بمراحله المتعددة يعتبر مجموعة من الاتفاقات التعاقدية طويلة المدة التي تبدأ بالإعداد للمشروع واختيار المستثمر مروراً بمرحلة التتمة ثم تشييد المرفق وتحضيره للتشغيل التجاري وتشغيله وصيانته لمدة طويلة في المرحلة النهائية وهي مرحلة انتهاء الترخيص أو الالتزام أو نقل الأصول مرة أخرى للدولة^(٢).

٣- عقد البناء والتشغيل والتمويل :

غالبا ما يكون عقد تسليم مفتاح يأخذ عادة عقد المقاولة المبرم بنظام (B.O.T) غالبا شكل عقد تسليم المفتاح^(٣)، ويكون الأثر القانوني المترتب على ذلك المسؤولية الكاملة للمقاول عن المشروع منذ بدايته وإعداد التصميمات اللازمة للمشروع وأية عيوب قد تشوب التصميم والتوريدات اللازمة لعملية التشييد والبناء ونقل التكنولوجيا إن كان له محل وعيوب التنفيذ وأخطاء مقاولي الباطن التي يسأل عنها المقاول الرئيسي والتأخير في التنفيذ ، الأمر الذي يؤدي إلى إلحاق بثقل المخاطر المرتبطة بتشبيد المشروع كلية على عاتق المقاول^(٤).

٤- عقد البناء والتشغيل والتحويل (B.O.T) عقد ملزم للجانبين :

العقد الملزم للجانبين هو العقد الذي ينشئ التزامات متقابلة في ذمة كل من المتعاقدين ، كالبيع يلتزم فيه البائع بتسليم المبيع في مقابل أن يلتزم المشتري بدفع الثمن والظاهرة الجوهرية في العقد الملزم للجانبين هو هذا التقابل القائم ما بين التزامات أحد الطرفين والتزام الطرف الآخر^(٥). ويتطبيق ذلك على عقد البناء والتشغيل والتحويل (B.O.T) نجد أنه يتضمن التزامات متقابلة بين شركة المشروع والدولة فشركة المشروع تلتزم ببناء المرفق وتشغيله وتحويل ملكيته في نهاية العقد أو الالتزام إلى الدولة وغيرها من الالتزامات ، بينما الدولة تلتزم في مقابل ذلك بمجموعة من الالتزامات منها على سبيل المثال الالتزام بالثبات التشريعي ، منح التراخيص وعدم إيقافها أو إلغائها إلا في حالات معينة كذلك تلتزم الدولة بعدم التأمين إلا بشروط معينة منها اعتبارات الصالح العام وإصدار قانون وأن يكون التأمين مقابل تعويض كما تلتزم الدولة بمنح المستثمر اعفاءات في أكثر من نوع ضريبة مثل الإعفاء

(١) دكتور/ محمد عبد المجيد ، المرجع السابق الإشارة إليه ص ٦٥ .

(٢) دكتور / محمد محمد عبد اللطيف ، الاتجاهات المعاصرة في إدارة المرافق العامة الاقتصادية ، دار النهضة العربية ، ص ٣٩ .

(٣) دكتور / محمد عبد المجيد إسماعيل ، سالف الإشارة إليه ، ص ٥٨ وما بعدها .

(٤) دكتور / محمد عبد المجيد إسماعيل ، سالف الإشارة إليه ، ص ٥٩ .

(٥) الأستاذ الدكتور / السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني ، نظرية الالتزام ، المجلد الأول ، العقد ، الطبعة المنقحة بمعرفة المستشار / مصطفى محمد الفقي ، الناشر دار النهضة العربية ، ص ١٨٧ .





من ضريبة إيرادات النشاط التجاري والصناعي .. بحسب الأحوال لمدة خمس سنوات ، وكذلك خضوع المستثمر لقانون الإعفاءات الجمركية رقم ١٨٦ لسنة ١٩٨٦ ، وكذلك الإعفاء من ضريبة الدمغة ورسوم التوثيق والشهر العقاري بعقود تأسيس الشركة والقرض والرهن لمدة ثلاث سنوات من تاريخ العقد ^(١) ، فكلها التزامات متقابلة مع التزامات شركة المشروع مما يجعل هذا العقد في رأينا عقد ملزم للجانبين .

٥- عقد البناء والتشغيل والتحويل (B.O.T) عقد غير ناقل للملكية :

في الكثير والغالبية العظمى من عقود البناء والتشغيل والتحويل لا يترتب على انعقاده وتنفيذه نقل الملكية في نهاية العقد إلى شركة المشروع ، وإنما تقوم الأخيرة بإعادة المشروع إلى الدولة بعد انتهاء فترة البناء والتشغيل . فهذا العقد إذن ليس من قبيل العقود الناقلة للملكية مثل عقد البيع الذي يلتزم فيه البائع أن ينقل للمشتري ملكيته شئ أو حقا ماليا آخر في مقابل ثمن نقدي .

٦- عقد البناء والتشغيل والتحويل شبيه بالعقد الزمني :

العقد الزمني هو ذلك العقد الذي يكون الزمن عنصرا جوهريا فيه ، بحيث يكون هو المقياس الذي يقدر به محل العقد . وذلك أن هناك أشياء لا يمكن تصورها إلا مقترنة بالزمن . فالمنفعة لا يمكن تقديرها إلا بمدة معينة ... ومن ثم فعقد الإيجار عقد زمني لأنه يقع على المنفعة ، والزمن عنصر جوهري فيه لأنه هو الذي يحدد مقدار المنفعة المعقود عليه .. فإذا نفذ العقد الزمني حيناً من الزمن وأريد لسبب أو لآخر الرجوع في العقد استحالة ذلك ، فإن الفترة من الزمن الذي نفذ فيها العقد قد انقضت ، وما نفذ من العقد أصبح تنفيذه نهائيا لا يمكن الرجوع فيه ^(٢) .

وبتطبيق ذلك على عقد البناء والتشغيل والتحويل نجد أن العمل الأساسي في العقد (التشغيل) الزمن عنصر جوهري فيه ، وكذلك البناء ، مما يجعل هذا العقد في رأينا عقدا من العقود قريبة الشبه بالعقود الزمنية .

ثانياً : صور عقد الإنشاء والتشغيل والتحويل (B.O.T) :

عقود البناء والتشغيل ونقل الملكية ليست شكلا واحداً وإنما تعدد صورها وتباين ، فعلاوة على الصورة الرئيسية التي تعنى البناء والتشغيل ونقل الملكية ، فإن الواقع العملي أفرز صوراً جديدة ومغايرة في بعض أو كل العناصر التي يتكون منها العقد ومن هذه الصور :

١- البناء والتملك والتشغيل ونقل الملكية (B.O.O.T) :

(B.O.O.T) اختصار لكلمات أربع وهي Build ، Own ، Operate ، Transfer وفي إطار هذا العقد فأن شركة المشروع تقوم ببناء المرفق وتملكه وإدارته وتشغيله طوال مدة العقد ، وتختلف هذه الصورة من صورة (B.O.T) في أنها تتيح لشركة المشروع ملكيته مدة العقد ، ويذهب البعض إلى عدم التفرقة بين صورتين B.O.O.T ، B.O.T بينما يميز آخرون بينهما على اعتبار أن الفرق الأساسي في ذلك يكمن في ملكية المشروع وقت إنشائه وتشغيله ^(٣) .

٢- البناء والتملك والتشغيل (B.O.O) :

وهذا العقد الذي نحن بصددده في هذا البحث وهو شكل من أشكال تمويل المشروعات عن طريق القطاع الخاص حيث يقوم هذا القطاع بتصميم المشروع وتحويله وبناءه وتشغيله على أن يكون لصاحب الامتياز (شركة المشروع) الحق في بيع جزء من حقوقها عند إتمام وإنجاز المشروع . وبعبارة أخرى في هذا الشكل يقوم الملتزم بملكية المشروع لمدة معينة يكون له أن يستغله فيها استغلالاً كاملاً ثم يتصرف فيه بعد هذه المدة دون التزام بأن يحوله إلى الحكومة مانحة الامتياز ^(٤) .

(١) دكتور / هاني سري الدين « نقلها » .

(٢) الاستاذ الدكتور / عبد الرزاق السنهوري ، البيع والمقايضة ، الجزء الرابع ، العقود التي ترد على الملكية ، سالف الإشارة إليه ، ص ٢٦ .

(٣) خالد بن محمد بن عبدالله العطية ، سالف الإشارة إليه ص ٥٢ .

(٤) محمد بن عبدالله العطية ، سالف الإشارة إليه ص ٥٢ .



٣- البناء والتملك والتأجير التمويلي وتحويل الملكية B.O.L.T Build, Own, Lease Transfer

حيث يتم بناء المشروع وامتلاكه مرحليا وتأجيره تأجيرا تمويليا للغير وتحويل الملكية إلى الدولة في نهاية مدة الامتياز وهو من أهم صور مشروعات البنية الأساسية الممولة من القطاع الخاص وتصلح لإقامة المشروعات التي تحتاج إلى آلات ومعدات رأسمالية لتشغيلها وحسن إدارتها ^(١).

٤- عقود التصميم والبناء والتمويل والتشغيل D.B.F.O Design - Build - Finance Operate

تتفق الحكومة في هذه العقود مع المستثمر على إقامة مشروع البنية الأساسية أو المرفق العامة وفقا للشروط الفنية والتصميمات التي تحددها الحكومة لمستثمر بواسطة أجهزتها الاستشارية ، ويتولى المستثمر الاتفاق على إقامة المشروع وتأسيسه وإمداده بالآلات والمعدات والأجهزة ويتولى البحث عن تمويل من أحد البنوك العاملة في الدولة أو من البنوك الخارجية ويقوم بتشغيل المشروع وفقا للضوابط التي تضعها له الحكومة بعد فترة الامتياز ، حيث أن الحكومة تحصل على مقابل الأرض وعلى قيمة أو نسبة من الإيرادات مقابل منح الامتياز ، ويحق للحكومة تجديد الامتياز أو منحه لمستثمر آخر مع دفع التعويض المناسب للمستثمر مالك المشروع ^(٢).

٥- عقود البناء والتمويل والتشغيل B.T.O Build Transfer Operate

هذا الأسلوب يعنى قيام الدولة بتمويل وبناء المشروع ثم تعهد بتشغيله وصيانته لمدة معينة للقطاع الخاص .

فعلى سبيل المثال في ساحل العاج تم تطوير وامتلاك محطة للطاقة الكهربائية بواسطة الحكومة حيث قامت بتوقيع اتفاقية امتياز لفترة ١٥ عام مع القطاع الخاص الذي قام بتشغيلها وصيانتها ونقل الطاقة وتوزيعها في أنحاء ساحل العاج . وتمت ترسية العديد من الانفاق الأرضية القائمة في هونج كونج عن طريق المناقصة إلى القطاع الخاص عقب قرار الحكومة خصخصة إدارتها وعملياتها ، يلاحظ مع جميع هذه الأشكال أن الحكومة (حكومة البلد المضيف) لا تضمن تسديد أية مبالغ أنفقت في تشييد وتشغيل المشروع ولكن السداد يتم عن طريق عوائد المشروع أثناء تشغيله وذلك على عكس النظام التقليدي القائم بالنسبة للمشروعات حيث يضمن صاحب المشروع (عادة الحكومة) تسديد ما تم انفاقه على المشروع ^(٣).

٦- عقود البناء والتأجير والتحويل B.L.T Build, Lease, Transfer

وفي هذه الصورة تقوم شركة المشروع ببناء المشروع وتملكه مدة العقد ثم تأجيره إلى الدولة التي إما أن تقوم بتشغيله بنفسها أو عن طريق آخرين ^(٤).

ويوجد هنا مثال ولكن باستبدال الحكومة بالقطاع الخاص بمعنى أن العقد تم بين متعاقدين من أشخاص القانون الخاص ، حيث قام بنك ستاندرد تسارترد أوف هونج كونج بمنح شركة تيشيما تسو العقارية المحدودة وهي شركة فرعية تابعة لشركة الإنشاءات اليابانية العملاقة تيشيما تسو امتيازاً مدته ٢٥ عام للتأجير من الباطن لمساحة تصل إلى ٣٠ ٪ من مبنى المقر الجديد والذي وافقت تيشيما تسو على بنائه بدون كلفة على البنك وعلى مدى ٢٥ عام ستحصل تيشيما تسو على دخل إيجاري يتوقعون أن يسترد تكاليفهم الإنشائية مضافا إليه أرباح وبالفعل قامت الشركة بالبناء ودفعت مبلغا مقابل الأرض في عطاء وقامت بتمويل تكاليف إعادة البناء وكذلك رسوم الاستشاريين المصممين التي كان يحتفظ بها البنك نفسه ، وعند البناء أصبح لبنك ستاندرد تسارترد الحق الحصري لتأجير ٧٠ ٪ من مساحات الطوابق الجديدة بقيمة إيجارية محددة حتى انقضاء فترة الايجار من الباطن لمدة ٢٥ سنة وفي الوقت ذاته تيشيما تسو تستطيع تأجير ٣٠ ٪ من مساحة الدور التجارى في السوق المفتوحة ^(٥).

(١) دكتور محمد المتولى ، سالف الإشارة إليه ص ٥٧ .

(٢) دكتور / أحمد سلامة بدر ، سالف الإشارة إليه ص ٣٥٩ .

(٣) محمد بن عبدالله العطية ، سالف الإشارة إليه ص ٥٤ .

(٤) دكتور / محمد عبد المجيد اسماعيل ، المرجع سابق الإشارة إليه ص ٦٢ ، دكتور جابر نصار عقد البوت ، سالف الإشارة إليه ص ٤٧ .

(٥) محمد بن عبدالله العطية ، سالف الإشارة إليه ص ٥٣ .



٧- البناء والتشغيل وإعادة التقييم والتجديد B.O.R Build, Operate, Revaluate :

ومن مراحل هذا النوع هي البناء والتشغيل طوال فترة الامتياز ثم تجديد عقد الامتياز لفترة جديدة وهو نوع له طبيعة تفاوضية متجددة بتجدد الحاجة إلى تجديد عقد الامتياز بضرورة التطور التكنولوجي وتحديث المشروع للتعرف على مصادر تكنولوجية جديدة ^(١).

٨- عقود البناء والتملك والتشغيل B.O.O Build, Ownership, Operate :

وهذا النوع هو صورة مبسطة من مشروعات البنية الأساسية تكون الملكية فيها دائمة حيث ينتهي المشروع ذاتيا بانتهاء فترة الامتياز وهذا النوع الوحيد من أنواع B.O.O التي تكون فيه الملكية دائمة أي انتقال المشروع كاملاً إلى القطاع الخاص بعد بنائه وتشبيده وتملكه لتكون المرحلة الأخيرة انتقاله إليه لتشغيله بمفرده ولا يعود مرة أخرى إلى الدولة مثل باقي الأنواع الأخرى لذلك يعد هذا النوع أحد أساليب الخصخصة الكاملة والكلية للمرفق العام ^(٢).

٩- عقود التحديث والتملك والتشغيل M.O.O.T Moder, Own, Operate, Transfer :

وهي هذا النوع من العقود تتفق الحكومة مع المتعاقد على تطوير المرفق أو مشروع البنية الأساسية الموجودة ابتداءً وهذا معناه أن المستثمر لا ينشأ المشروع وإنما يقتصر مهمته على تطويره تكنولوجياً في مقابل أن يملكه لفترة يتولى خلالها إدارته والحصول على إيراداته على أن يحول المشروع بما وصل إليه من تطور بعد انتهاء فترة الامتياز ^(٣).

١٠- عقود التجديد والتملك والتشغيل R.O.O Rehabilitate, Own, Operate :

تتعاقد الحكومة مع المستثمر الخاص من أجل تجديد أحد المشروعات العامة التي لا تحتاج إلى ذلك التدعيم سواء من حيث المباني أو الآلات أو المعدات أو الأجهزة والأساس ووسائل النقل وغيرها في مقابل أن يملك المستثمر المشروع ويتولى تشغيله والحصول على إيراداته على أن تحصل الحكومة منه على مقابل انتقال ملكية المشروع منها إليه ^(٤).

١١- عقود التأجير والتدريب والتحويل l.t.t - Lease - Training - Transfer :

بناءً على هذا النوع من العقود يقوم القطاع الخاص بتمويل إقامة المشروع وتدريب العاملين التابعين للدولة ثم تأجير المشروع للحكومة لتقوم بتشغيله خلال فترة زمنية على أن تعود ملكية المشروع إلى القطاع الخاص بعد ذلك .

(١) دكتور/ محمد المتولى سالف الإشارة إليه، ص ٥٧ .

(٢) دكتور/ محمد المتولى سالف الإشارة إليه، ص ٥٧ .

(٣) دكتور / أحمد سلامة بدر المرجع السابق ، ص ٣٦٠ .

(٤) دكتور / أحمد سلامة بدر ، سالف الإشارة إليه ، ص ٣٦٠ .

المطلب الثاني

تمييز عقد البناء والتشغيل والتحويل (B.O.T) عن العقود المشابهة له ومزاياه وعيوبه

أولاً: تمييز عقد البناء والتشغيل والتحويل B.O.T عن العقود المشابهة له

١- تمييز عقد الإنشاء والتشغيل ونقل الملكية B.O.T عن حق الانتفاع؛

إن حق الانتفاع طبقاً لأحكام المواد من ٩٨٥ إلى ٩٩٥ من القانون المدني هو حق عيني على شئ مملوك للغير سواء أكان منقولاً أم عقاراً يخول المنتفع إمكانية الانتفاع بالشئ لمدة محددة مع التزامه بالإحتفاظ بذات الشئ ليرده إلى مالكه الأصلي عند نهاية مدة الانتفاع، فالشئ محل الانتفاع مملوك للغير والذي يخول المنتفع الانتفاع بالشئ نفسه أو يستغله بواسطة شخص آخر حتى انتهاء مدته . والأمر على خلاف ذلك في عقد الامتياز (B.O.T) فالملتزم ينشئ المرفق ويمتلكه ويديره ثم ينقل ملكيته في آخر مدة الالتزام إلى الدولة في حالة صالحة لاستمرار تشغيله ^(١) .

ونحن من جانبنا نرى أن عقد البناء والتشغيل والتحويل (B.O.T) قريب الشبه من حق الانتفاع من حيث أن المستثمر خلال مدة التشغيل وقبل نقل الملكية نرى أنه يمارس حق الانتفاع بالمشروع مقابل ما أداه من نفقات تشييد هذا المشروع ، فينتفع بالمشروع بعد ذلك لكي يحصل من نتاج هذا الانتفاع ما أداه من نفقات إنشاء المشروع وهامش ربح له عن مدة التشغيل .

٢- تمييز عقد البناء والتشغيل ونقل الملكية بنظام (B.O.T) عن عقد الأشغال العامة؛

يعرف عقد الأشغال العامة بأنه اتفاق بين الإدارة وشخص طبيعي أو معنوي بقصد القيام ببناء أو ترميم أو صيانة عقار لحساب الإدارة وبقصد تحقيق المصلحة العامة في نظير مقابل يحدده العقد ^(٢) .

حيث يقوم المقاول بتسليم المشروع للجهة الإدارية لكي تديره بمعرفتها كإنشاء المستشفيات والمدارس والطرق العامة والقناطر والسدود واستصلاح الأراضي ومحطات توليد الكهرباء والطاقة والمواني واستخراج البترول والغاز ... ففي كل هذه الحالات تنتهي مهمة المقاول بإنشاء المشروعات وتسليمها للجهة الإدارية المتعاقد معها دون أن يكون له الحق في إدارتها ^(٣) .

وإلى ذلك ذهبت محكمة القضاء الإداري حيث تقول « .. عقد الأشغال هو عقد مقاول بين شخص من أشخاص القانون العام وفرد أو شركة بمقتضاه يتعهد المقاول بالقيام بعمل من أعمال البناء أو الترميم أو الصيانة في عقار لحساب هذا الشخص المعنوي العام وتحقيقاً لمصلحة عامة مقابل ثمن يحدد في العقد » ^(٤) .

بينما الوضع على خلاف ذلك في عقد البناء والتشغيل ونقل الملكية B.O.T حيث ينشئ الملتزم المرفق ويمتلكه ويديره ثم تنتقل ملكيته في آخر مدة الالتزام إلى الدولة في حالة صالحة لاستمرار تشغيله ^(٥) .

(١) دكتور / أحمد سلامة بدر ، المرجع السابق ، ص ٣٦١ .

(٢) دكتور / إبراهيم الشهاوي ، المرجع سالف الإشارة إليه ، ص ٤٨ .

(٣) دكتور / جابر جاد نصار ، العقود الإدارية ، الناشر دار النهضة العربية ص ٥٩ .

(٤) دكتور / إبراهيم الشهاوي ، سالف الإشارة إليه ص ٤٩ .

(٥) حكم محكمة القضاء الإداري في القضية رقم ٢٨٤ لسنة م٢٠١٢/١٢/١٩٥٦ س ١١ / ص ١٠٤ ، مشار إليه ، بمؤلف الأستاذ الدكتور / جابر جاد نصار ، العقود الإدارية سالف الإشارة إليه ، ص ٥٩ .





٣- تمييز عقد البناء والتشغيل ونقل الملكية عن عقد التمويل التأجيري:

يعتبر عقد التأجير التمويلي وسيلة من وسائل التمويل العيني بمقتضاه يقوم المؤجر التمويلي بتأجير معدة أو آلة أو عقار يحتاجها المستأجر في مشروع إنتاجي أو خدمي لمدة معينة مقابل أجرة محددة يؤديها طوال مدة الإيجار ، وفي نهاية المدة إما أن يختار المستأجر شراء المعدة ، أو الآلة أو العقار بالقيمة المحددة في عقد الإيجار ، وإما أن يعيدها إلى المؤجر مرة أخرى - قانون ٩٥ لسنة ١٩٩٥ في شأن التأجير التمويلي ^(١) .

وبذلك يختلف عقد التأجير التمويلي اختلافا جذريا عن عقد البناء والتشغيل والتحويل (B.O.T) .

٤- التمييز بين عقد البناء والتشغيل والتمويل (B.O.T) وعقد الخصخصة:

يعتبر عقد الخصخصة عقد بيع إداري تبرمه الإدارة كطرف أول مع آخر من القطاع الخاص كطرف ثان الذي بمقتضاه يتصرف الطرف الأول في بيع مشروع مملوك للدولة بنقل ملكيته إلى الطرف الثاني جزئيا أو كليا ومن آثار هذا العقد اعتبار الطرف الثاني مساهما في رأس المال وشريكا في إدارة المشروع بنسبة ما يملكه أما في حالة نقل الملكية إلى الطرف الثاني كليا فإن الإدارة بالمشروع تتقطع بصفة نهائية ^(٢) .

أما في عقد البناء والتشغيل والتمويل (B.O.T) فإن الوضع خلاف ذلك حيث يتولى أحد أشخاص القطاع الخاص بإنشاء المرفق ، ويقوم بتشغيله وصيانته وإدارته لفترة زمنية محددة في العقد يسمح له فيها بفرض رسوم معينة لقاء الانتفاع بخدمة هذا المرفق سواء كان طريق أو مطار أو محطة كهرباء أو محطة مياه ، بما يكفل له استرجاع ما أنفقه لقاء البناء والتشغيل والصيانة بالإضافة إلى عائد ملائم على استثمار المال في ذلك ، على أن يعيد المشروع في نهاية مدة التشغيل إلى الدولة .

٥- التمييز بين عقد البناء والتشغيل والتمويل (B.O.T) والعقد المجمع:

تنصب عقود الامتياز بنظام البوت (B.O.T) على إنشاء المرافق العامة وتشغيلها وإدارتها ويجتمع في هذا العقد - بحكم طبيعة نشاطه - عدة عناصر مستمدة من أكثر من عقد من العقود المسماة ، والتي تبرم مع أطراف آخرين ، وترتبط جميعها ارتباطا وثيقا بإنشاء المشروع وتنفيذه وصيانته ، ولا يمكن فصل أى عنصر منها وإلا أدى إلى انتفاء المقصود من عقد الامتياز .

أما العقد المجمع الذي يجتمع فيه أكثر من عقد لكل واحد منها عناصره وآثاره المستقلة مثل : عقد المقيم في الفندق الذي يشمل السكن والطعام والتليفون وغسل الملابس فهذا العقد يتضمن عقد إجازة عين وإجازة أشخاص وبيع حيث يمكن للمقيم بالفندق الحصول عليها كلها أو بعضها دون أن تتأثر بذلك باقي العقود الأخرى ^(٣) .

٦- التمييز بين عقد البناء والتشغيل والتحويل (B.O.T) وعقد الاستغلال:

عقد الاستغلال هو اتفاق بمقتضاه يكلف شخص عام شخصا آخر (عاما أو خاصا) بمرفق عام ويقوم الملتزم باستغلال الأعمال التي تسلم إليه على مسؤوليته مقابل أداءات يدفعها إلى الإدارة ، أى الشخص العام المتعاقد مع الملتزم .

وعلى ذلك فهناك ثلاثة عناصر تميز الاستغلال ، وتظهر من الاتفاق بين الإدارة وبين الملتزم ١- منح الملتزم استغلال مرفق عام ٢- تكليف الملتزم بالقيام بأعمال تمكنه من استغلال المرفق ٣- ضرورة دفع الملتزم لمبالغ الإدارة التي كلفته باستغلال المرفق العام ، والقيام بالأعمال التي تمكن من الاستغلال ^(٤) .

(١) دكتور / إبراهيم الشهاوي ، سالف الإشارة إليه ، ص ٤٩ .
(٢) دكتور / إبراهيم الشهاوي ، سالف الإشارة إليه ، ص ٤٩ .
(٣) دكتور / إبراهيم الشهاوي ، سالف الإشارة إليه ، ص ٥٠ .
(٤) دكتور / إبراهيم الشهاوي ، سالف الإشارة إليه ، ص ٥٠ .



في حين أن عقد البناء والتشغيل والتحويل (B.O.T) اتفاق بمقتضاه يقوم القطاع الخاص بتمويل تشييد المرفق العام واستغلاله على أن يحصل نفقات البناء من عائد الانتفاع بالمرفق .

وجميع المرافق العامة يمكنها استخدام أسلوب عقد الاستغلال وهو ما يحدث بالنسبة للمحطات ، سواء اكانت محطات المترو أم محطات القطارات أم محطات (الاتوبيس) والتي يمكن تحويلها إلى أماكن جميلة ، بها مقاعد وكافتيريا ، وبعض محلات التسويق لذا فرض القانون الفرنسى كراسة شروط لهذه المحطات بالمرسوم الذى صدر في ٢٨ نوفمبر سنة ١٩٥٣^(١) .

٧- التمييز بين عقد البناء والتشغيل والتحويل (B.O.T) وعقد الإدارة Le Contrat de gerance .

في عقد الإدارة تكلف الإدارة المتعاقد باستغلال المرفق ، ولكنها تحتفظ بتحديد السياسة العامة ، ومسئولية التمويل والاستثمار وحساب التوازن المالى للمشروع محل الاستغلال . وتكون مكافأة المستغل عن طريق مبلغ تدفعه له الإدارة المنظمة للمرفق ، يتحدد بناء على طبيعة وحجم العمليات الناتجة عن استغلال المرفق ، فإذا كانت حصة تسيير المرفق سلبية تحملتها الإدارة ، أما إذا كانت الحصة ايجابية فإن المتعاقد مع الإدارة يستفيد بالشكل الذى يحدده العقد^(٢) وهو ما يغير تماما عقد البناء والتشغيل والتحويل (B.O.T) على النحو الذى بيناه آنفا .

٨- هل تعتبر الدولة كشخص عام معنوى أو طرف في العقد عنصر مميز لعقد البناء والتشغيل والتمويل عن غيره من العقود ؟

حقيقة الأمر أن عقود البوت (B.O.T) يتم إبرامها بين طرفين الأول الإدارة وأشخاص القانون العام من هيئات عامة ووزارات ومصالح حكومية ، وهى إما أشخاص إقليمية أى تحدد على أساس إقليمي كالدولة أو المحافظات والمراكز والمدن والأحياء ، وإما أشخاص مرفقية تحدد على أساس ممارسة نوع معين من النشاط مثل الهيئات العامة ، وإما أشخاص مهنية كالنقابات التي أعترف لها القضاء الإدارى بالشخصية المعنوية العامة^(٣) .

على ان التساؤل الذى يطرح نفسه في هذا المقام هو هل يجوز اللجوء إلى نظام (B.O.T) لتنفيذ مشروعات لصالح القطاع الخاص ؟ بمعنى أن الجهة الإدارية لا تكون طرفا في العقد .

يذهب البعض - بحق - إلى أنه ليس هناك في المنطق القانونى ما يمنع حدوث ذلك ، كأن يلجأ أحد النوادى أو إحدى الجمعيات الخاصة أو شركة من شركات القطاع الخاص إلى إبرام عقد بوت ذلك أن هذه العقود هي عقود جديدة وتعتبر وسيلة مشروعة لتلبية احتياجات هذه الجهات أو الشركات . على ان هذا العقد يكون في كل أحواله عقدا مدينا يخضع في أحكامه لما إتفق عليه الأطراف وقواعد القانون المدنى^(٤) .

وتطبيقا لما تقدم فقد لجأت قرية جولدن بيتش السياحية بمدينة الغردقة إلى طرح مشروع لإنشاء محطة مياه بنظام (B.O.T) ، وكما أعلن نادى الصيد بالدقى عن عملية بناء صالة ألعاب البولينج والبياردو بأسلوب البوت وتعاقد مع شركة مصرية خاصة لبناء صالة الألعاب على أن يتسلمها النادى بعد عشر سنوات تدفع خلالها الشركة للنادى ستة ملايين جنية مع قيام الشركة بتحصيل رسوم عن دخول اللاعبين على أن تمنح أعضاء النادى تخفيضا خاصا .

وبذات عقود البوت أعلن نادى الصيد عن مشروع لإنشاء جراج متعدد الطوابق أسفل سطح النادى وبنفس الأسلوب في التعاقد سايرت باقى الأندية المصرية نادى الصيد^(٥) .

(١) دكتورة / سعاد الشرفاوى ، العقود الإدارية ، سالف الإشارة إليه ص ٨٨ .

(٢) دكتورة / سعاد الشرفاوى ، العقود الإدارية ، سالف الإشارة إليه ص ٩٤ .

(٣) دكتورة / سعاد الشرفاوى ، العقود الإدارية ، سالف الإشارة إليه ص ٩٧ .

(٤) التحكم فى منازعات عقود الاستثمار بحث مقدم من الدكتور / عصام أحمد البهجة لمجلة هيئة قضايا الدولة للنشر بتاريخ ١٤/٤/٢٠٠٨ ، ص ١٤ .

(٥) دكتور / جابر جاد نصار ، عقود البوت سالف الإشارة إليه ، ص ٤٢ .



ثانياً: مزايا وعيوب عقد الإنشاء والتشغيل ونقل الملكية (B.O.T)

أ- مزايا عقد الإنشاء والتشغيل ونقل الملكية (B.O.T)

ويشير الفقه إلى أن عقود البوت تحقق الكثير من المزايا نذكر منها ما يلي :

١. تخفيف العبء عن الموارد الحكومية ، يتحمل القطاع الخاص بموجب عقود البوت تمويل وإنشاء وتشغيل بعض المرافق ذات الأهمية مما يؤدي إلى تفرغ الدولة للمشروعات والمرافق العامة الأكثر أهمية ، ومن ثم فإن مشاركة القطاع الخاص في تحويل المشروعات الهامة يسمح للدولة بإنشاء ومواصلة حركة التنمية ببناء مرافق اقتصادية جديدة تحتاج إليها مثل محطات الكهرباء والمطارات وخلافه دون تحميل ميزانية الدولة أعباء مالية مباشرة ، ودون إلتجاء الدولة إلى الاقتراض من مؤسسات التمويل التجارية وغيرها ، وهو ما يسمح للدولة بتوجيه موارد الخزنة بشكل أكبر إلى القطاعات الاجتماعية التي ليس لها مردود اقتصادي وأرباح مباشرة مثل قطاع التعليم والصحة ، وذلك دون عجز في الموازنة^(١).
- كما أن مشاركة القطاع الخاص الأجنبي في المشروع يضمن المشروع للدولة تدفق العملات الأجنبية .
٢. أن تمويل مشروعات البنية الأساسية عن طريق القطاع الخاص يؤدي إلى الحصول على أحدث وسائل التقنيات الحديثة التي يستلزمها إقامة هذه المشروعات والتي تمتلكها الشركات الكبرى . بشكل أكثر كفاءة وأقل تكلفة من خلال متابعة التطورات التكنولوجية المتقدمة ، والاستعانة بالفنيين والمشرفين والمهندسين المتخصصين والمؤهلين^(٢).
٣. إن مشاركة القطاع الخاص في مشروعات البنية هي في حقيقتها صورة من صور الاستثمار المباشر ، ومن ثم فإنها تؤدي إلى خلق فرص عمل جديدة حيث أن عمليات الإنشاء ذاتها قد تستغرق من ثلاث إلى خمس سنوات هذا بالإضافة إلى أن إنشاء مثل هذه المرافق في مناطق نائية جديدة يؤدي إلى توسيع الرقعة السكنية وإلى خلق قاعدة صناعية وذلك لأن توفير الطرق والكبارى ومحطات الكهرباء والمياه والمطارات من شأنه أن يشجع العمران السكني والصناعي والسياحي^(٣).
٤. غرس مفاهيم جديدة مفادها أن القطاع الخاص يستطيع المشاركة الإيجابية في عمليات التنمية بدلا عن القطاع العام والذي كان يقيم المشروعات بأعلى من تكلفتها الحقيقية وتكنولوجيا متخلفة ولا يخفي ما ينطوي عليه ذلك من إهدار للمال العام .
- ولا شك أن البنية الأساسية والخدمات العامة المنخفضة التكاليف أصبحت شرطا لاغنى عنه بقيام تنمية اقتصادية ناجحة ، وإنتاج سلعى قادر على المنافسة في الاسواق العالمية في ظل اقتصاد دولي جديد يتجه نحو « العولمة » وينبغي على الدول النامية مواجهة التحديات الاقتصادية على الصعيد العالمي بل والمحلي ، من خلال المشاركة في شبكة الإنتاج العالمية لتوفير خدمات البنية الأساسية (من طرق - ومواصلات - وسكك حديدية - ومحطات كهرباء - ومياه - وصرف صحي - وخدمات صحية - وخدمات تعليمية .. الخ)^(٤).
٥. تنمية أسواق المال المحلية - لما كانت مشروعات (B.O.T) متخصصة في مشروعات البنية التحتية الأساسية وهذه المشروعات عملاقة وتحتاج إلى رؤوس أموال طويلة الأجل ، فهذه المشروعات تشجع على دخول مصادر تمويلية جديدة (كالسندات والأسهم) إلى الأسواق المالية المحلية تنتج عن ذلك تنمية هذه الاسواق وإذا كان التمويل من القطاع الخاص الأجنبي فيتبع ذلك تدفق النقد الأجنبي للسوق المحلي^(٥).

(١) دكتور ماهر محمد حامد ، النظام القانوني لعقد البوت (B.O.T) رسالة جامعة الزقازيق لسنة ٢٠٠٦ ، ص ٢٥ ، دكتور / محمد بهجت فايد ، إقامة المشروعات الاستثمارية وفقا لنظام البناء والتشغيل ونقل الملكية (B.O.T) أو البناء والتملك والتشغيل ونقل الملكية نظام (B.O.T) دار النهضة العربية ، ٢٠٠٠ ص ١١٢ مشار إليها بحث الدكتور / عصام أحمد البهجي ، سالف الإشارة إليه ، ص ١٥ .

(٢) دكتور / أحمد سلامة بدر ، المرجع السابق الإشارة إليه ، ص ٣٩٥ .

(٣) محمد بن عبد الله العطية ، رسالة ماجستير ، سالف الإشارة إليها ، ص ١٦ .

(٤) دكتور / أحمد الشهاوي ، سالف الإشارة إليه ، ص ٤٧٤ .

(٥) دكتور / أحمد سلامة بدر ، المرجع السابق ص ٣٩٦ .

٦. سيطرة حكومية بعيدة المدى على البنية التحتية ، بمعنى أن عقد الامتياز الخاص بمشروعات (B.O.T) يمنح الحكومة المضيفة للمشروع الرقابة الكاملة، ويخضع المشروع لقواعد ضبط سير المرافق العامة ^(١) .
٧. تؤدي عقود البوت إلى رفع كفاءة تشغيل ومستوى خدمات البنية الأساسية والمرافق وذلك لأن القطاع الخاص يتمتع باكتساب خبرة مالية وفنية أكبر بالإضافة إلى أن له مصلحة مباشرة من رفع مستوى الخدمة بكفاءة عالية حتى يجذب الجمهور ، مما يؤدي إلى توفير الإيرادات على نحو يمكن شركة المشروع من سداد أقساط القروض ^(٢) .
٨. إن تحويل مشروعات البنية الأساسية عن طريق القطاع الخاص أيضا يلعب دورا هاما في توفير العملة الأجنبية التي تحتاجها الدولة وذلك شريطة أن يكون التمويل في مجمله بالعملة الأجنبية من الخارج ^(٣) .
٩. كذلك ينظر إلى نظام البناء والتملك والتشغيل ونقل الملكية وغيره من صور مشاركة القطاع الخاص فيما عدا الخصخصة الكاملة بأنه يحقق ميزة سياسية واجتماعية نسبية إذ أن ملكية الأصول لا تنتقل بشكل نهائي إلى القطاع الخاص ، فملكية الأصول تظل مملوكة للدولة في ظل نظام التزام المرفق العام والبناء والتشغيل والتحويل طوال مدة الترخيص كما أن ملكية هذه الأصول تنتقل إلى الدولة في نهاية مدة الترخيص في ظل نظام البناء والتملك والتشغيل ونقل الملكية ^(٤) .
١٠. تفادى ارتفاع أسعار الفائدة لتشجيع القطاع الخاص على الاستثمار وتفادى مشكلات ميزان المدفوعات وعدم اللجوء لاحتياطي العملات الصعبة ، وما يترتب على ذلك من تخفيض قيمة العملة ^(٥) .

ب - عيوب عقد الإنشاء والتشغيل والتمويل (B.O.T)

نظام عقود البناء والتشغيل والتحويل (B.O.T) وإن كان يحقق المزايا - سائلة الذكر - إلا أنه يشوبه عدة عيوب تتمثل في الآتي :

١. التأثير السلبي على مصادر التمويل المحلي بالجنيه سواء بالجنيه المصري أو بالعملات الصعبة المتاحة من البنوك لأن الشركات الغير مصرية التي يتم التعاقد معها وفقا لنظام البوت تستطيع أن تلجأ في البداية للبنوك المحلية للحصول على التمويل الكامل لتنفيذ المشروع المتعاقد عليه ، وإذا حققت ربحا ستقوم بتحويله إلى الخارج ومن ثم تكون الشركة حولت أموالا داخلية حصلت عليها من البنوك إلى الخارج ^(٦) .
٢. تقتضى مشاركة القطاع الخاص في تقديم خدمات البنية الأساسية الدخول في العديد من العلاقات التعاقدية المتشابكة ويقتضى ذلك من الدول تكاليف بالغة لإعداده وتحضير مستندات التعاقد وتدريب ممثليها وتعيين مستشارين فنيين وماليين وقانونيين ذوي كفاءة عالية من القطاع الخاص لتمثيلها وهو ما يستنزف أموالا كثيرة بالنسبة للأجهزة الحكومية ، كما أن المراحل الأولية تستغرق وقتا طويلا قد يمتد إلى عام أو عامين في بعض الاحوال منذ بدء دراسات جدوى المشروع وحتى اختيار شركة المشروع وإتمام التفاوض والتعاقد معها فقد أثبتت التجربة في بعض البلاد مثل الهند وتركيا وباكستان أن مرحلة الإعداد من إتمام التفاوض قد يستغرق خمس سنوات ، وهو الأمر الذي قد يؤدي - بطبيعة الحال - إلى تعطيل حركة التنمية على النحو الذي تبغاه الدولة ، كما إنه يضيف أعباء مالية وإدارية جديدة على عاتق الدولة .

(١) دكتور ماهر محمد حامد ، النظام القانوني لعقد البوت (B.O.T) رسالة جامعة الزقازيق لسنة ٢٠٠٦ ، ص ٢٥ ، دكتور / محمد بهجت فايد ، إقامة المشروعات الاستثمارية وفقا لنظام البناء والتشغيل ونقل الملكية (B.O.T) أو البناء والتملك والتشغيل ونقل الملكية نظام (B.O.T) دار النهضة العربية ، ٢٠٠٠ ص ١١٢ مشار إليها بحث الدكتور / عصام أحمد البهجي ، سالف الإشارة إليه ، ص ١٥ .

(٢) دكتور / أحمد سلامة بدر ، المرجع السابق الإشارة إليه ، ص ٣٩٥ .

(٣) محمد بن عبد الله العطية ، رسالة ماجستير ، سالف الإشارة إليها ، ص ١٦ .

(٤) دكتور / أحمد الشهاوي ، سالف الإشارة إليه ، ص ٤٧٤ .

(٥) دكتور / أحمد سلامة بدر ، المرجع السابق ص ٣٩٦ .

(٦) الدكتور / هاني صلاح سرى الدين ، الصور المختلفة لمشاركة القطاع الخاص في تقديم خدمات البنية الأساسية وتقسيم مزاياها ومخاطرها بحث غير منشور ص ٢٦ .





ولتفادي مثل هذا العيب فإنه على الدولة مصلحة مباشرة في أن تلجأ إلى مشاركة القطاع الخاص والتحول من القطاع العام إلى القطاع الخاص أيا كان شكل هذا التحول والأجهزة التي تقوم على تنفيذ هذه المشاركة وأن تبذل جهدا كبيرا في تدريب القائمين على هذه الأجهزة على نحو يحقق الفعالية اللازمة ويختصر الوقت والمال المبذول وكذلك يضمن للدولة بشكل كبير حماية مصالحها أثناء المفاوضات (١).

٣. أن إبرام عقود (B.O.T) لمدة طويلة قد تصل إلى تسعة وتسعين سنة هو أمر شديد الخطورة لأن عقداً يعقد بهذه المدة الطويلة من الزمن من شأنه أن يقيد أجيالا من بعدها أجيالا ثم أنه قد أوضاعا سياسية واقتصادية يصعب التعامل معها فيما بعد (٢).

٤. بالرغم من القول بأن نظام البناء والتملك والتشغيل والتحويل وغيره من صور مشاركة القطاع الخاص بما في ذلك التزام المرفق العامة ونظام البناء والتشغيل والتحويل يؤدي إلى بناء وتطوير مرافق بنية أساسية جديدة دون تحميل موازنة الدولة أعباء مالية فإن هذا القول لا يعد صحيحا في جميع الحالات ويعتبر نوعا من المستحيل وعدم الفهم الحقيقي لهذه المشروعات فالدولة في غير قليل من الحالات تضطر إلى الدخول في اتفاقات تعاقدية مع الملتزم أو شركة المشروع التي تقوم ببنائه وتشغيله وتتعهد فيه بشراء الخدمة أو المنتج مباشرة وسداد المقابل المتفق عليه، بل ويتفق في هذه الأحوال على أن تقوم الدولة أو الجهة الحكومية المتعاقدة بسداد حد أدنى شهريا سواء قامت الدولة باستخدام هذه الخدمة أو المنتج أم لا طالما أن المنتج أو الخدمة كانت جاهزة للاستخدام. فعلى سبيل المثال، في مشروعات الكهرباء تتفق الجهة الحكومية على أن تقوم بسداد مبلغ معين يشار إليه بالانجليزية بصطلح capacity payment (مدفوعات القدرة الإنتاجية) تتعهد فيه الجهة الحكومية، ولتكن هيئة الكهرباء أو شركة الكهرباء، بسداد مبلغا معينا كحد أدنى يغطي ٧٥٪ من الطاقة الكهربائية المنتجة سواء استهلكت الجهة الحكومية هذه النسبة أم لم تستهلكها.

ويطلق على مثل هذا الالتزام (خذ أو ادفع) «Take or Pay»، فإذا زاد حجم الاستهلاك الفعلي عندئذ تقوم الجهة الحكومية بسداد إجمالي ما استهلكته بالفعل. وتلجأ الجهات الحكومية إلى مثل هذه الترتيبات التعاقدية لضمان حد أدنى من الدخل للملتزم لشركة المشروع على نحو يحقق أو يضمن لها سداد تكلفة وأقساط القرض وفوائده. وقد تلجأ الدولة إلى ذات الترتيبات في أشكال أخرى من المرافق مثل مياه الشرب والصرف الصحي والطرق والكبارى (٣).

٥. تتضمن أغلب عقود البوت شرط الثبات التشريعي وهذا الشرط يقصد به منع الدولة من تغيير التشريعات التي أبرم العقد في ظلها أي أن المتعاقد يظل خاضعا للقانون الذي أبرم العقد في ظلّه ومن الأمثلة الواضحة على ذلك لو تغيرت النصوص المتعلقة بالضرائب عن طريق زيادتها أثناء تنفيذ العقد، فإن احتواء العقد على نص الثبات التشريعي يؤدي إلى حل المتعاقد من دفع الزيادة الضريبية (٤).

وتعد هذه الحالة مثال للمخاطر السياسية في دولة المشروع والذي يشمل الأضرار التي قد تلحق بالمشروع وتؤثر في جدواه الاقتصادية والمالية المفترضة، ومن أمثلة تلك المخاطر السياسية أيضا زيادة الرسوم الجمركية، وهو ما يعني زيادة تكلفة المشروع، أو عن طريق وضع قواعد تقيد من تحويل الأرباح أو العملة الأجنبية إلى دولة المنشأ، وهو ما يؤثر أيضا في إمكانية السداد بالعملة الأجنبية، أو تحويل الأرباح إلى الخارج، أو التدخل في رفع الأسعار وتكلفة الوقود، كما تشمل المخاطر السياسية أيضا - ليس فقط تغيير القوانين - وإنما تشمل كذلك الحالات المرتبطة بنشاط الدولة مثل الحروب أو العصيان المدني أو خلافه مما يمكن تكييفه عادة بأنه حالة من حالات القوة القاهرة فالدولة عادة في مثل هذا النوع من أنواع المشروعات تتحمل هذه المخاطر السياسية وتلتزم بتعويض شركة المشروع عن الأضرار أو جزء من الأضرار الناجمة عن تحقق أحد هذه المخاطر السياسية (٥).

(١) 9.p United nations industrial Development organization . unido . guidelines for infrastructure development Through build – operet– transfer (B.O.T) projects p.9 (١٩٩٦) مشار إليه بالبحث المشار إليه مباشرة للدكتور / هاني صلاح سري الدين ص ٢٧ .
(٢) دكتور / أحمد الشهاوي ، سالف الإشارة إليه ص ٤٧٤ .
(٣) دكتور / أحمد الشهاوي ، سالف الإشارة إليه ، ص ٤٧٤ .
(٤) دكتور / أحمد سلامة بدر ، المرجع السابق ص ٣٩٧ .
(٥) بحث الدكتور / هاني صلاح سري الدين ، المرجع السابق الإشارة إليه ، ص ٢٩ وما بعدها .



٦. وأخيرا فإن هناك عيب خطير يتمثل في عدم وجود نظام قانوني متكامل يحكم إبرام مثل هذه العقود ، حقيقة توجد بعض التشريعات المتناثرة ^(١) وكلها في رأينا غير كافية .

وبالرغم مما تقدم فإنه يمكن القول بأنه على الحكومة أن تعي هذه المخاطر وأن تحاول بقدر الإمكان ضمان القدر الأدنى من المخاطر السياسية كلما كان ذلك ممكنا ، كما أنه يمكن التخفيف من هذا العيب بتقليل مظاهر الدعم الحكومي والضمانات المتاحة بشرط أن يكون المناخ الاقتصادي والسياسي مهيئا لتحقيق الاستقرار السياسي والمادي اللازمين فكلما كان هناك استقرارا اقتصاديا وسياسيا وقانونيا فإن طلب الدعم الحكومي يكون أقل بكثير في عدة من الحالات ^(٢) .

كما انه يمكن التقليل من هذه المخاطر و تلك المعوقات في مصر عن طريق إنشاء جهاز إداري متخصص يقوم على إعداد الأعمال التحضيرية ودراسات الجدوى للمشروعات المستقبلية والإشراف على تنفيذ مشروعات البنية الأساسية بنظام B. O. T وتحديد مسئولياته وسلطاته في إطار هيكل تنظيمي واضح ^(٣) .

(١) دكتور / أحمد سلامة بدر ، سالف الإشارة إليه ، ص ٣٩٨ .

(٢) بحث الدكتور / هاني صلاح سري الدين ، سابق الإشارة إليه ص ٣٠ وما بعدها .

(٣) دكتور / محمد المتولى ، سالف الإشارة إليه ص ٥٩ .



الفصل الثاني

عقد (B.O.T) في القانون المصري والكويتي

خطة الدراسة: ستقسم الدراسة في هذا الفصل إلى مبحثين:

أولهما: عقد B.O.T في القانون المصري

ثانيهما: لتناول عقد B.O.T في القانون الكويتي

المبحث الأول

عقد البوت في القانون المصري

تمهيد وتقسيم: عقد B.O.T في القانون المصري لم يكن وليد التو واللحظة بل مر بمراحل تاريخية وتشريعية ربما أن عقد البوت نشأ في أحضان القانون المقارن، استفادت منه الأنظمة القانونية في خدمة الاقتصاد، وتطوير البنية الأساسية في بلدان هذه الأنظمة، لذلك فإننا نقسم هذا الفصل إلى مبحثين أولهما نتناول فيه التطور التاريخي التشريعي لعقد البوت، والثاني لبيان بعض التطبيقات التشريعية والعقدية لعقد B.O.T في مصر.

المطلب الأول: التطور التاريخي والتشريعي لعقد B.O.T في مصر

تباينت أدوار كل من القطاعين العام والخاص في تنمية مرافق البنية الأساسية - إنشاء وإدارة - على مدار التاريخ ففي القرن التاسع عشر كانت الريادة في هذا المجال للقطاع الخاص بمؤسساته وأشخاصه^(١)، ويرجع جانب من الفقه الفرنسي أصل نظام تمويل مشروعات البنية الأساسية عن طريق القطاع الخاص (البناء والتملك والتشغيل والتحويل) إلى القرن السادس عشر، حيث يجد هذا النظام أصله في عقود الامتياز كما عرفت فرنسا في تلك الحقبة^(٢).

ويرى البعض أن المثال البارز لهذا التنظيم في العالم الحديث يرجع أصوله إلى مشروع قناة السويس، حيث يصفه بعض الكتاب الاقتصاديين الأمريكيين بأنه أول مشروع B.O.T في العالم^(٣) فالشركة العالمية لقناة السويس، والتي قام بتأسيسها الفرنسي فرديناند ديلسيبس قد تم منحها في الثلاثين من نوفمبر ١٨٥٤ امتيازاً لحفر وتشغيل قناة السويس وقد كانت مدة الامتياز الأصلية تسعة وتسعون عاماً. وقد منحت الحكومة المصرية آنذاك الأرض إلى الشركة بدون مقابل، كما منحت الحكومة المصرية إلى شركة المشروع (الملتزم) الشركة العالمية لقناة السويس للملاحة البحرية Compagnia univarselle du canal maritime du suez

والعديد من المزايا والإعفاءات الضريبية والجمركية على المواد والمعدات التي تستوردها الشركة وقد وصلت تكلفة حفر قناة السويس ثمانية عشر مليون جنيه استرليني عند إتمام المشروع في عام ١٨٦٨، أي بتكلفة تزيد عشرة ملايين جنيه استرليني عن تلك المقررة أصلاً للمشروع، وبتأخر قدره أربع سنوات عن موعد تمام التنفيذ الذي كان متفقاً عليه أصلاً. ومع ذلك، تجدر الإشارة إلى أن أرباح بريطانيا - والتي سيطرت سيطرة فعلية على ملكية شركة المشروع - قد بلغت أضعاف تكلفة المشروع بإنهاء العقد الأول من القرن العشرين^(٤).

(١) دكتور / حسن هندواي، المرجع السابق الإشارة إليه، ص ٤.

(٢) دكتور / هاني سري الدين، سالف الإشارة إليه، ص ١٧٧.

(٣) دكتور / هاني صلاح سري الدين، سالف الإشارة إليه، ص ١٧٧.

(٤) دكتور / هاني صلاح سري الدين سالف الإشارة إليه، ص ٩ وما بعدها.

ثم تغير الوضع في القرن العشرين تحت تأثير الاتجاه الدولي النازع إلى تولي الدولة وهيئاتها ومؤسساتها العامة لمهمة توفير مرافق البنية الأساسية وتقديم الخدمات ، وبفلسفة الدولة المتدخلة أمتت العديد من المرافق في البلدان المختلفة ، وتم تحديد المنافسة عن طريق الاتحادات والاندماجات بين وحدات إدارة مرافق البنية الأساسية ولم يعد للقطاع الخاص إلا دوراً محدوداً يمارسه في بعض البلدان، ويتمثل هذا الدور في إدارة بعض المرافق مع قليل من المنافسة أو إحتكار تام ، بل أن عدداً من الدول غير قليل قد سعي نحو تكريس هذا الوضع - المتمثل في ريادة القطاع العام في مجال البنية الأساسية - في الدستور من هذه البلدان مصر ^(١) ومع إنحسار المد الإشتراكي وتدخل الدولة في وسائل الإنتاج وترك المجال الإقتصادي للقطاع الخاص ، اعتمدت مصر سياسة الخصخصة ، وباعتبار أن العقد الإداري يعد أسلوباً مهماً من أساليب ممارسة الإدارة لنشاطها . فإن هذه الأهمية - ولا شك - سوف تزداد كثيراً مع اتجاه الدولة نحو سياسة الخصخصة وإنحسار الأفكار الاشتراكية والاتجاه نحو حصر نشاط القطاع العام في مجالات ضيقة ومحدودة ^(٢).

فالإنعقال من « اقتصاد التخطيط إلى اقتصاد السوق سيؤدي إلى زيادة وأهمية العقود التي تبرمها الإدارة سواء أكانت إدارية أم مدنية أم تجارية لأن اقتصاد السوق قائم على التخلي عن الأوامر وأساليب القهر ^(٣) »

هذا التحول إلى الاقتصاد الحر أدى إلى زيادة اللجوء إلى نظرية العقود الادارية ، مما نتج عنه استحداث صور جديدة لهذه العقود ومنها عقود البوت ، فضلاً عن استحداث آليات جديدة لفض المنازعات التي تثور حول هذه العقود مثل التحكيم أو التوفيق أو الوساطة وهو ما أدى إلى انحسار اختصاص القضاء الإداري بنظر منازعات كانت تدخل في اختصاصه ومنها - إن لم يكن أهمها - منازعات العقود الإدارية ، وقد كان لهذا الجمود الذي أصاب الاجتهاد القضائي بخصوص العقود الإدارية في مصر أثره في نشوء هذه الآليات القانونية أو بالأحرى زيادة الطلب عليها ، ولا شك في أن هذه الآليات القانونية - لا سيما التحكيم وعقود البوت لها أهميتها وضرورتها ولكن يبقى مدى الاستفادة بصورة جيدة متوقفة مع مدى استخدامها في موضعها الصحيح ^(٤) ولقد كان الشك يثور حول هذه الآليات في بداية تطبيقها مما دفع السيد / رئيس الجمهورية إلى التحذير من التوسع في مشروعات B. O. T. وضرورة وضع ضوابط لهذه العقود ^(٥)

والخصخصة كسياسة لا تنصب فقط على الوحدات الاقتصادية المملوكة للدولة والتي لا تعد مرافق عامة بل تمتد أيضاً إلى خصخصة بنية أساسية مادية سواء كانت الخصخصة تامة أم كانت فقط خصخصة إدارة وظل الجدل قائماً بين رجال الفقه حول دستورية الخصخصة وبالتالي دستورية تنفيذ مشروعات البنية الأساسية ذات التحويل الخاص (مشروعات البوت B. O. T. وصورها المختلفة) إلى أن أتاحت الفرصة أمام المحكمة الدستورية العليا وأفصحت عن رأيها في ضوء أحكام الدستور ^(٦) في جلستها التي انعقدت في الأول من فبراير ١٩٩٧ في الدعوى رقم ٧ لسنة ١٦ من دستورية . وقد كان المدعي في هذه الدعوى ينعى على قانون شركات قطاع الأعمال العام رقم ١٣ لسنة ١٩٩١ مخالفته الأوضاع والإجراءات التي رسمها الدستور في المادتين ١٩٤ ، ١٨٥ واحتياطياً بعدم دستورية هذا القانون لأن الغاية التي سيستهدفها منافية لحكم المادة ٣٠ من الدستور التي تنص على أن الملكية العامة هي ملكية الشعب وتتأكد بالدعم المستمر للقطاع العام ويقود القطاع العام التقدم في جميع المجالات ويتحمل المسؤولية الرئيسية في خطة التنمية ومن خلال هذا الحكم أفصحت الدستورية العليا عن عدم مجافاة عملية الخصخصة للدستور وبالتالي فإن تنفيذ مشروعات البنية الأساسية عن طريق التحويل الخاص لا مخالفة فيه للدستور ولقد شيدت المحكمة الدستورية العليا حكمها على أن النصوص الدستورية لا يجوز تفسيرها باعتبارها حلاً نهائياً ودائماً لأوضاع اقتصادية جاوز الزمن حقائقها فلا

(١) دكتور / حسن الهنداوي ، سالف الإشارة إليه ، ص ٣ وما بعدها .

(٢) دكتور / جابر جاد نصار ، المرجع السابق ، ص ١٣ .

(٣) دكتور / سعاد الشراوي العقود الادارية طبعة ١٩٩٥ الناشر والطابع دار النهضة العربية ص ٢٩٤ .

(٤) دكتور / جابر جاد نصار ، السالف الإشارة إليه ص ١٣ وما بعدها .

(٥) تصريحات السيد / محمد حسني مبارك رئيس الجمهورية في جريدة الأهرام ، الصفحة الأولى ، العدد رقم ١٩٧٩ السنة ١٢٦ بتاريخ ١٢ / ١١ / ٢٠٠١ .

(٦) دكتور / حسن هنداوي ، سالف الإشارة إليه ص ٤ .





يكون تبنيها والإصرار عليها ثم فرضها بآلية عمياء إلا حرثاً في البحر ، بل يتعين فهمها في ضوء قيم أعلى غايتها تحرير الوطن والمواطن سياسياً واقتصادياً . وأن قهر النصوص الدستورية لإخضاعها لفلسفة بذاتها يعارض تطويعها لأفاق جديدة تريد الجماعة بلوغها ، فلا يكون الدستور كافلاً لها ، بل حائلاً دون ضمانها ، وأن الاستثمار بمختلف صوره – العام منها والخاص ليس إلا أموالاً تتدفق . وسواء عبأتها الدولة أو كونها القطاع الخاص فإنها تتكافل فيما بينها ، ويعتبر تجميعها لازماً لضمان قاعدة إنتاجية أعرض وأعمق لا يكون التفريط فيها إلا ترفاً ونكولاً عن قيم يدعو إليها التطور ويتطلبها . وما تنص عليه المادة ٢٩ من الدستور من أشكال للملكية العامة، وتقوم إلى جانبها كل من الملكية التعاونية والملكية الخاصة ، ليس إلا توزيعاً للأدوار فيما بينها لا يحول دون تساندها وخضوعها جميعاً لرقابة الشعب ^(١) .

ومما أن أفصح القضاء المصري عن تأييده لاتجاه تنفيذ مشروعات البنية الأساسية ذات التحويل الخاص ممثلاً في أعلى هيئة قضائية على النحو المبين أنفاً حتى شجع ذلك الحكومة المصرية إلى خطوات كبيرة تجاه تقنين هذا الاتجاه .

المطلب الثاني

التطبيقات التشريعية والتعاقدية لعقد (B.O.T)

في مصر والأنظمة المقارنة

أولاً : القانون رقم ١٠٠ لسنة ١٩٩٦ بتعديل بعض أحكام القانون رقم ١٣ لسنة ١٩٧٦ في شأن هيئة كهرباء مصر ، وقد نص هذا القانون على أنه « يجوز منح التزامات المرافق العامة للمستثمرين المحليين والأجانب لإنشاء وإدارة وتشغيل وصيانة محطات توليد الكهرباء دون التقيد بأحكام القانون رقم ١٢٩ لسنة ١٩٤٧ في شأن التزامات المرافق العامة والقانون رقم ٦١ لسنة ١٩٥٨ في شأن منح الامتيازات المتعلقة باستثمار موارد الثروة الطبيعية والمرافق العامة وتعديل شروط الامتياز .

ثانياً : القانون رقم ٢٢١ لسنة ١٩٩٦ ، بتعديل بعض أحكام القانون رقم ٨٤ لسنة ١٩٨٦ بشأن الطرق العامة ، وينص هذا القانون على أنه « يجوز منح التزامات المرافق العامة للمستثمرين المحليين والأجانب أشخاصاً طبيعيين أو معنويين ، وذلك لإنشاء طرق حرة وسريعة ورئيسية وإدارتها وإستغلالها ، وتحصيل مقابل المرور عليها ، دون التقيد بأحكام القانون رقم ١٢٩ لسنة ١٩٤٧ والقانون رقم ٦١ لسنة ١٩٥٨ .

ثالثاً : القانون رقم ٣ لسنة ١٩٩٧ ، في شأن منح التزامات المرافق العامة لإنشاء وإدارة وإستغلال المطارات وأراضي النزول ، وينص هذا القانون على أنه « مع عدم الإخلال بالسيادة الكاملة والمطلقة للدولة على الفضاء الجوي داخل الإقليم وبأنظمة الخاصة بأمن المطارات والطائرات يجوز منح التزامات المرافق العامة للمستثمرين المصريين وغيرهم ، أشخاصاً طبيعيين أو اعتباريين في الداخل والخارج ، لإنشاء وإعداد وتشغيل وإدارة وصيانة وإستغلال المطارات ، وأراضي النزول ، أو أجزاء منها ، أو لتشغيل وإدارة وصيانة وإستغلال ما هو قائم من المطارات وأراضي النزول ، وذلك دون التقيد بأحكام القانون رقم ١٢٩ لسنة ١٩٤٧ ، والقانون رقم ٦١ لسنة ١٩٥٨ .

(١) حكم المحكمة الدستورية العليا ، منشور في الجريدة الرسمية - العدد (١٧) تابع في ١٩٩٧/٢/١٢ والمحكمة الدستورية بهذا الاتجاه التي اعتنقتها في حكمها تكون قد عبرت عن دستورية الخصخصة بشكل صريح في حين أن إجازة الدستور المصري لها كانت ضمنية بمعنى أنه لا يوجد في نصوص الدستور ما يحول بين الخصخصة وقوعها ، هذا على عكس الدستور الفرنسي الذي يجيز صراحة عملية الخصخصة في مادته رقم ٩/٣٩ .



رابعاً: القانون رقم ٢٢ لسنة ١٩٩٨ ، بإضافة مادة جديدة إلى القانون رقم ١ لسنة ١٩٩٦ في شأن الموانئ التخصصية ، وينص هذا القانون على أنه « مع عدم الإخلال بالسيادة الكاملة والمطلقة للدولة على المياه الإقليمية والأنظمة الخاصة بأمن الموانئ والسفن . يجوز منح التزامات المرافق العامة للمستثمرين المصريين وغيرهم ، اشخاصاً طبيعيين أو اعتباريين في الداخل والخارج ، لإنشاء موانئ عامة أو تخصصية أو أرصفة تخصصية في الموانئ القائمة وإدارتها واستغلالها وصيانتها وتحصيل مقابل استخدامها وذلك دون التقييد بأحكام القانون رقم ١٢٩ لسنة ١٩٤٧ والقانون رقم ٦١ لسنة ١٩٥٨ .

ومن الواضح أن هذه التشريعات تجيز منح التزامات المرافق العامة في مجالات مهمة هي المرافق الأساسية أو مشروعات البنية الأساسية مثل الطرق والمطارات والموانئ ومحطات القوى^(١) ونزولاً على هذا الوضع القانوني صدر قرار مجلس الوزراء رقم ٢ لسنة ١٩٨٩ بمنح التزام إنشاء وتشغيل واستغلال وإعادة مطار العالمين بنظام (B. O. T)^(٢) وقرار مجلس الوزراء رقم ١ لسنة ١٩٩٨ بمنح التزام إنشاء وتشغيل واستغلال وإعادة مطار مرسى علم بنظام (B. O. T) لشركة إيماك مرسى علم^(٣) وقرار مجلس الوزراء رقم ٣ لسنة ١٩٩٨ بمنح التزام إنشاء وتشغيل واستغلال وإعادة مطار رأس سدر بنظام (B. O. T) لشركة دلتا جلف^(٤).

عقد البوت في الأنظمة المقارنة:

وفي الولايات المتحدة الأمريكية بات واضحاً تشجيع القطاع الخاص للاستثمار في تشييد الطرق والكباري في ظل القانون الفيدرالي الخاص بالنقل الصادر في ١٨ ، ١٢ ، ١٩٩١ وقد تأكد هذا الاتجاه في الاجراءات التشجيعية لنظام (B. O. T) والتي تضمنها قرار الرئيس الأمريكي « بل كلينتون » في القرار التنفيذي رقم ١٢٨٩٣ الصادر في ٢٨ يناير ١٩٩٤ .

كما بدأت كندا تتبنى نظام البناء والتملك والتشغيل والتحويل بطريقة جديدة مع بدء العقد التاسع من هذا القرن لتشييد الطرق والكباري . ويعد نفق « المانش » الذي يربط بين إنجلترا وفرنسا من أشهر تطبيقات نظام البناء والتملك والتشغيل والتحويل بطريقة جديدة مع بدء العقد التاسع من هذا القرن بتشييد الطرق والكباري ويعد (المانش) الذي يربط بين إنجلترا وفرنسا من أشهر تطبيقات نظام البناء والتملك والتشغيل والتحويل . وقد بدأت أعمال إنشاء التمهيدية في ١٩٨٧ ، وقد انطلقت اول رحلة من محطة وترو في لندن إلى باريس في ٢٣ يناير ١٩٩٥ ، وتبلغ مدة الالتزام خمسون عاماً . وقد لجأت الحكومة الاسترالية لنظام « البناء والتملك والتشغيل والتحويل » لتمويل وتشييد خطوط سكك حديدية في نيوساوث ويلز ، كما تم تشييد نفق ميناء سيدني بذات الطريقة .

وقد لجأت هنج كونج إلى هذا النظام منذ الثمانينات وقد استخدم نظام البناء والتملك والتشغيل والتحويل لتمويل العديد من مشروعات البنية الأساسية الكبرى ، منها على سبيل المثال : نفق هونج كونج الذي بدأ العمل فيه سنة ١٩٨٦ بتكلفة بلغت أربعمئة واثنان وأربعون مليون دولار أمريكي وكذلك نفق الميناء الغربي الذي بدأ العمل فيه عام ١٩٩٤ بتكلفة بلغت سبعمئة وتسعون مليون دولار أمريكي^(٥).

(١) دكتور / محمد محمد عبد اللطيف ، الاتجاهات المعاصرة في إدارة المرافق العامة الاقتصادية طبعة سنة ٢٠٠٠ الناشر دار النهضة العربية ص ٣٦ .

(٢) منشور بجريدة الوقائع المصرية ، العدد ٢٦٤ (تابع - أ) في ١٩ نوفمبر ١٩٩٨ .

(٣) منشور في الوقائع المصرية ، العدد ٢٦٤ (تابع - أ) في ١٩ نوفمبر ١٩٩٨ .

(٤) منشور في الوقائع المصرية ، العدد ٢٦٤ تابع ب في ١٩ نوفمبر ١٩٩٨ .

(٥) دكتور / هاني صلاح سري الدين سالف الاشارة إليه ، هامش صفحة ١٠ .



الفصل الثاني عقد (B.O.T) في القانون الكويتي

تمهيد وتقسيم:-

أثير نقاش حاد في المجال الفقهي والتشريعي حول مدي اختصاص الحكومة في إبرام عقد البناء والتشغيل ونقل الملكية الـ T B.O. دون إصدار قانون وانتهت خلاصة هذا النقاش الفقهي والتشريعي إلي لجوء الحكومة لإبرام عدة عقود بناء وتشغيل وإعادة ملكية ثم صدر القانون رقم ٧ لسنة ٢٠٠٨ الذي جاء في إطار تعديل أحكام المرسوم بالقانون رقم ١٠٥ لسنة ١٩٨٠ في شأن نظام أملاك الدولة . غير إن هذا القانون لم يخلو من بعض النقد، لذلك فإننا نقسم هذا الفصل إلي مبحثين، الأول نخصه لإحكام عقد البوت في القانون الكويتي ، ثم نتناول في المبحث الثاني تقييماً للقانون رقم ٧ لسنة ٢٠٠٨ .

المبحث الأول: أحكام عقد البناء والتشغيل والتحويل (B.O.T) في التشريع الكويتي :

• المراحل التشريعية لعقد البوت وتطبيقات تعاقدية له :-

لقد أخذت دولة الكويت بنظام B.O.T بناءً على قرار مجلس الوزراء رقم ٢٢ لسنة ١٩٩١ ، الصادر بتاريخ الأول من سبتمبر ١٩٩١ ، ومراعاة للمصلحة العامة وإطلاق يد الحكومة في إبرام عقود B.O.T القائم على أسس اقتصادية وتجارية ، عكفت اللجنة التشريعية والقانونية بمجلس الأمة على دراسة هذا الموضوع وأصدرت تقريراً في ١٧/٦/٢٠٠٠ أهم ما جاء به أن الدستور لا يتطلب صدور قانون خاص إذا عهدت الدولة إلي جهة خاصة بإنشاء وإدارة مرفق عام مستحدث على أن تؤول ملكيته للدولة بعد انقضاء مدة معينة بطريقة B.O.T إلا في الحالات التي يتوفر فيها عقد الالتزام بعناصره الأساسية وان يكون المرفق من المرافق القومية الرئيسية .

فإذا كان محل العقد مورد رئيسي من موارد الدولة كالبتروول أو الكهرباء أو المياه فإن الأمر يحتاج إلي قانون خاص به ، أما إذا كان محل العقد غير أساسي للدولة أو يتعلق بمرفق ثانوي ، فيمكن للحكومة أن تلجأ إلي إبرام عقد إداري مباشرة ودون الحاجة إلي صدور قانون خاص بذلك .

وبناء على هذا التقرير استطاعت الحكومة الكويتية أن تبرم العديد من عقود B.O.T دون حاجة لإصدار قانون خاص به مثل :

- عقد إنشاء سوق شرق .
- عقد تطوير المطار الدولي وإقامة مجمع مواقف سيارات و أسواق تجارية .
- عقد إنشاء وغدارة سوق اللحم والخضار والسّمك المبرم عام ١٩٩٤ .
- عقد بناء وتشغيل محطة معالجة الصرف الصحي في منطقة الصليبية المبرم عام ٢٠٠١ .
- عقود إنشاء أسواق الماشية والمسالخ في بعض محافظات الكويت (حولي - الاحمدي - الجهراء) .

كما طرحت الدولة عدد من المشروعات للمستثمرين الوطنيين والأجانب وفقا لنظام B.O.T نذكر منها :

- مشروع تطوير منفذ العبدلي والسالي الجمركيين .
- مشروع تطوير جزيرة فيلكا وجزيرة بوييان .
- مشروع محطة تحليه المياه وتوليد الكهرباء .
- مشروع إنتاج غاز الأكسوجين والنتروجين .

و لقد اتبعت دولة الكويت في إبرام هذه العقود أكثر من أسلوب أبرزها (أسلوب الممارسة - أسلوب المناقصة المحدودة- أسلوب المزايدة المحدودة) واستجابة للتطورات المعاصرة وتشجيعا من الدولة على مساهمة القطاع الخاص في المشروعات التنموية التي تقام بالضرورة على أملاك الدولة نشأت الحاجة لوضع قواعد عامة وإطار تنظيمي لعمليات المشروعات التنموية والمبادرات التي تقام على أملاك الدولة وخاصة التعاقد وفقا لنظام (B.O.T) ، ومن اجل ذلك صدر القانون رقم ٧ لسنة ٢٠٠٨ بهدف مراعاة مبادئ العدالة والشفافية وتكافؤ الفرص أمام المستثمرين من القطاع الخاص ، مع إتاحة الفرصة لجميع المواطنين للمساهمة في هذه المشروعات مع ضمان حماية أملاك الدولة في ذات الوقت ولحين تفعيل أحكام هذا القانون وصدر المراسيم والقرارات المنفذة لأحكامه وكذلك اللائحة التنفيذية له نلتمس أحكامه في الأمور التالية^(١):

مدى دستورية القانون ٢٠٠٨/٧ بتنظيم عقود البناء والتشغيل والتحويل (B.O.T) :

تنص المادة (١٥٢) من دستور دولة الكويت على أن :

(كل التزام باستثمار مورد من موارد الثروة الطبيعية أو مرفق من المرافق العامة لا يكون إلا بقانون ولزمن محدود ، وتكفل الإجراءات التمهيدية تيسير أعمال البحث والكشف وتحقيق العلانية والمنافسة).

كما تنص المادة (١٥٣) من ذات الدستور على أن :

(كل احتكار لا يمنح إلا بقانون وإلى زمن محدود)

وجاء بالمذكرة التفسيرية لهذا الدستور ((تشترط هاتان المادتان أن يكون منح الالتزام والاحتكار بقانون، وهذا الحكم لا يسري إلا ابتداء من تاريخ العمل بالدستور أخذا بمبدأ عدم رجعية القوانين المنصوص عليه صراحة في المادة ١٧٩ من الدستور)) .

وحددت اللجنة التشريعية والقانونية بمجلس الأمة في تقريرها الصادر بتاريخ ٢٠٠٠/٦/١٧ والمشار إليه سلفا المقصود بالثروات الطبيعية التي عناها المشرع الدستوري في المادة (١٥٢) من الدستور، والتي لا يجوز منح التزام باستثمارها إلا بقانون خاص يصدر في كل حالة على حده ، بأنها هي الموارد الطبيعية التي تكون ثروة قومية مثل البترول ، أما غير ذلك من موارد طبيعية فلا يشملها النص مثل الصليبخ والرمل ، وصيد الأسماك .

كما حددت اللجنة المذكورة المقصود بالمرافق العامة التي وردت بذات النص الدستوري، المرافق القومية الرئيسية دون المرافق الثانوية كما أشارت إلى أن المادة (١٥٢) من الدستور تنصرف إلى عقود الالتزام وحدها والتي يميزها عن غيرها من العقود أنها تخول الملتزم امتيازات وحقوق السلطة العامة .

(١) المستشار فتحي محمود ، محاضرات سيادته بعنوان التعريف بأحكام القانون رقم ٧ لسنة ٢٠٠٨ والتي أقيمت على موظفي إدارة أملاك الدولة بوزارة المالية خلال الفترة من ٢٠٠٨/٦/١ حتى ٢٠٠٨/٦/١٩ ص ١ وما بعدها ، وفي هذا المعنى أ د . / خالد سعد زغلول محاضرات سيادته بعنوان قراءة القانون رقم ٧ لسنة ٢٠٠٨ التي أقيمت في مؤتمر الجوانب القانونية لأملاك الدولة ، ص ٢٠٦ وما بعدها .



وانتهت اللجنة أيضا في تقريرها إلى أن الدستور لا يتطلب صدور قانون خاص إذا عهدت الدولة لجهة خاصة بإدارة مرفق عام تملكه أو قامت بتأجيرها لها أو عهدت الدولة ألي خاصة بإنشاء وإدارة مرفق عام مستحدث على أن تؤول ملكيته للدولة بعد مدة معينة بطريقة (B.O.T) إلا في الحالات التي يتوفر فيها عقد الالتزام بعناصره الأساسية وأن يكون المرفق من المرافق القومية الرئيسية ، فان إبرام الدولة لهذا العقد يتطلب موافقة البرلمان وبالتالي فإنه ولئن كانت عقود (B.O.T) تعد نوعا من عقود الالتزام إلا أنه يجوز للدولة بطبيعة الحال أن تعهد ألي القطاع الخاص بإنشاء وإدارة مرفق عام مستحدث على أن تؤول ملكيته للدولة بعد انقضاء مدة معينة وفقا لنظام عقود (B.O.T) ، وحينئذ لا تطبق عليها قواعد منح التزام المرافق العامة ما لم تكن هذه العقود في حقيقتها عقود التزام ، أي أنها عقود تخول الملتزم امتيازات وحقوق السلطة العامة .

ومن ثم فإن أي عقد من عقود (B.O.T) إذا لم يكن في حقيقته عقد التزام على نحو ما تقدم لا يشترط لإبرامه موافقة مجلس الأمة أي صدور قانون بشأنه، وكفي إبرامه بمعرفة السلطة التنفيذية وفقا لأحكام القوانين المنظمة له ، وليس في ذلك أي مخالفة دستورية وبناء عليه فإن تنظيم أحكام هذه العقود (B.O.T) بمقتضى القانون رقم ٧ لسنة ٢٠٠٨ طالما أنها في حقيقتها لا تتضمن منح أي التزام أو احتكار - بهدف وضع إطار تنظيمي لها تلتزم به الأطراف المتعاقدة، ليس فيه مخالفة دستورية، وطالما أن هذه العقود ليست في حاجة عند إبرام كل منها لصدور قانون، فليس هناك أيضا مخالفة دستورية في أن ينظم أحكامها جميعا قانون، وهو القانون رقم ٧ لسنة ٢٠٠٨^(١)

نطاق تطبيق القانون رقم ٧ لسنة ٢٠٠٨

القانون رقم ٧ لسنة ٢٠٠٨ جاء لينظم عقود البناء والتشغيل والتحويل، والمعروفة اختصارا بعقود (B.O.T) ، غير أن هذا التنظيم التشريعي لهذه العقود لم يأت مستقلا، وإنما جاء في إطار تعديل أحكام المرسوم بالقانون رقم ١٠٥ لسنة ١٩٨٠ في شأن نظام أملاك الدولة ، الأمر الذي يكشف بوضوح عن أن هذا التنظيم يقتصر نطاقه على عقود (B.O.T) التي تنفذ على الأراضي المملوكة للدولة فقط ، أي تلك التي يكون أحد طرفيها الجهة العامة ، ومن ثم فإن القانون ليس تنظيما عاما لهذا النوع من العقود إنما هو خاص بما يتعلق منها بمشروعات تقام على أملاك الدولة وعقود (B.O.T) ليست محلا للاتفاق، سواء فيما يتعلق بتكييفها القانوني أم فيما يتعلق بتحديد نطاقها ، لذلك حرص المشرع الكويتي على عدم الاكتفاء -في عنوان القانون أو في نصوصه - بذكر تنظيم عمليات البناء والتشغيل والتحويل ، وإنما أضاف إليها عبارة الأنظمة المشابهة^(٢).

المراحل التي تمر بها عملية التعاقد في عقد البناء والتشغيل والتحويل (B.O.T.)

١. أشرنا فيما سبق إلى أن عملية التعاقد مع الجهة العامة عملية مركبة لها جانبان أحدهما تعاقدى (إبرام العقد) والآخر إداري (التمهيد للتعاقد) ومرحلة التمهيد للتعاقد وفقا لأحكام القانون رقم ٧ لسنة ٢٠٠٨ بتنظيم عمليات البناء والتشغيل والتحويل والأنظمة المشابهة يتعين أن تمر بعدة إجراءات :
٢. تحديد المشاريع القابلة للتعاقد ، فمن بين اختصاصات الجهاز الفني لدراسة المشروعات التنموية المنصوص عليها بالمادة (١٢) من القانون رقم ٢٠٠٨/٧ إجراء المسح والدراسات الأولية بهدف تحديد المشاريع التنموية القابلة للطرح في ضوء السياسة العامة المتعلقة بهذه المشروعات والتي تضعها اللجنة العليا محددة أهميتها الإستراتيجية والتنموية للاقتصاد الوطني، أو تلك المشروعات التي تقدم من أي جهة عامة للجهاز المذكور ، أو التي تكون بناء على مبادرة من القطاع الخاص، وجميعها مشروعات يتعين على الجهاز دراستها وفحصها وتقديم توصياته بشأنها للجنة العليا و يضاف إليها تلك المشروعات التي تحال إلي الجهاز من اللجنة العليا مباشرة لدراستها .

(١) محاضرات الأستاذ المستشار / فتحي محمود ، سالف الإشارة إليها ، ص ٥ وما بعدها .

(٢) الأستاذ المستشار / فتحي محمود ، سالف الإشارة إليه ، ص ٧ وما بعدها ، وذات المعنى أ / د / خالد سعد زغلول سالف الإشارة إليه ، ص ٢٠٤ وما بعدها .

دراسة المشروعات والمبادرات التي تحال إلي الجهاز من الجهات المشار إليها سلفاً و إبداء الرأي فيها على أساس دراسة جدوى تفصيلية متكاملة تشمل آثار المشروع على البيئة ودراسته من جميع النواحي الاقتصادية والفنية وغيرها ، وقد تكون الدراسة من الجهة التي قدمت المشروع إلي الجهاز ثم يقوم الجهاز ببسط رقابته عليها ، ودراستها وعرض نتائج الدراسة على اللجنة مصحوبة بإبداء الرأي في المشروع تمهيدا لاتخاذ اللجنة القرار المناسب بشأن تنفيذه .

٣ . إجازة المشروع بمعرفة اللجنة العليا بعد عرضه عليها من قبل الجهاز بحيث تقوم هذه الإجازة على ضوء الإحاطة بجميع النواحي الفنية والمالية والبيئية للمشروع، ويصدر على هديها قرار من اللجنة بالموافقة على طرح المشروع للاستثمار .

٤ . إعداد وثائق طلب العروض لتنفيذ المشروع المطروح من قبل اللجنة بالتنسيق والتشاور مع الجهاز، على أن يراعي تضمينها المعلومات التفصيلية عن المشروع ومواصفاته وعناصره وموقعة والخدمات المتوفرة له وشروط التعاقد بشأنه وكافة العناصر المتعلقة به ، حتى تكون الشركات المتعاقدة معها على بينة من أمره ، من خلال دعوتهم وحصولهم على وثائقه وعلى الأخص مدة التعاقد .

٥ . الإعلان عن المشروع قبل شهرين على الأقل من تاريخ دعوة المستثمرين للحصول على وثائق المشروع وذلك بوسائل الإعلام المرئية والمسموعة وبالجريدة الرسمية وفي جريدتين يوميتين عربيتين كويتيتين على الأقل ، على أن يتضمن الإعلان موجزا للمشروع وأهدافه وشروط التعاقد ومدته، وحقوق مقدم المبادرة المقبولة ، وفقا لأحكام المادة (٨) من القانون .

٦ . طرح المشروع في مزادة عامة أو بالمنافسة بحسب الأحوال ، وتحدد إجراءات كل منهما اللائحة التنفيذية ، وعلى أن تتضمن الإعلان عن المزايدة وطريقة الإعلان ومشتملاته ، وعلى الأخص تحديد آخر موعد لاستلام العطاءات مراعية في ذلك ألا تقل المدة الممنوحة لتقديم هذه العطاءات عن تسعين يوما من تاريخ طرح المشروع ، مع بيان فترة سريان العطاءات ، بقيمة التأمين الابتدائي والبيانات الأخرى التي تري اللجنة ضرورة الإعلان عنها ، ثم تقوم اللجنة بتحديد الجهة المختصة بفحص ودراسة العطاءات والترسية والبتها وإجراء إخطار المستثمر الراسي عليه المزايدة (أو المنافسة حسب الأحوال) لصاحب أفضل عرض ، مع تحديد مبلغ الضمان الابتدائي وأحقية الجهات العامة في تحصيله في حالة سحب المستثمر عرضه ، أو تعديله بعد الميعاد النهائي لتقديم العروض ، أو في حالة عدم قيامه بالتوقيع على العقد خلال المدة التي تحددها الجهة العامة لتوقيع العقد ، أو عدم تقديمه لكفالة التنفيذ في ميعاد تحدده اللائحة التنفيذية .

٧ . يتم تحديد الجهة العامة المختصة بالمشروع بمعرفة اللجنة للاشتراك في عمليات الطرح والتوقيع على العقد ومتابعة تنفيذه وتشغيله تحت إشرافها والرقابة عليه، وغالبا ما تكون هي الجهة المطروح لصالحها المشروع ^(١) .

مرحلة إبرام العقد ومتابعة تنفيذه

نصت المادة (١٤) من القانون رقم ٢٠٠٨/٧ على أن تنظم اللائحة التنفيذية الأسس العامة المتعلقة بحق المستثمر في تحصيل مقابل للخدمات التي يقدمها بموجب عقد المشروع ، سواء كان ذلك من الجهة العامة المتعاقدة أو من الجمهور المستفيد من هذه الخدمات أو من كليهما ، كما تضع اللائحة الأسس الخاصة باستيفاء الجهة العامة المتعاقدة لأي مقابل من المستثمر نظير أي حق منحه إياه ، وينظم العقد على وجه التفصيل جميع الأمور المشار إليها بالإضافة إلي ما يتعلق بقيمة خطاب الضمان والتزام المستثمر بالمواصفات المعيارية والفنية في عمليات الإنشاء والتشغيل والصيانة في تحديد طبيعة ونطاق هذه العمليات أو الخدمات الأخرى ، وعلاوة على البنود الضرورية المتقدمة يتعين أن يتضمن العقد شرطا بالتزام المستثمر بالغرض الذي خصص المشروع من أجله أو بعدم تغيير

(١) الأستاذ المستشار /فحفي محمود ، سالف الإشارة إليه ، ص ٤ وما بعدها .





تخصيصه ، وشرطاً بعدم جواز التنازل عن العقد كله أو جزء منه للغير أو تغيير الشكل القانوني للمستثمر ، ألا بعد موافقة اللجنة العليا وانتهاء فترة التصميم والتنفيذ ومرور فترة ملائمة تحددها اللجنة العليا على التشغيل لا تقل عن ثلاث سنوات عملاً بنص المادة (١٣) من القانون رقم ٢٠٠٨/٧ ، كما ينص في العقد على حلول الغير محل المستثمر في جميع الشروط والحقوق والالتزامات الواردة في العقد ، وعلى عدم قيام المستثمر ببيع أو رهن الأرض أو المنشآت أو المباني المقامة عليها ، وما سيؤول منها إلى الدولة في نهاية المشروع أو تقرير أي حقوق عينية عليها . بالإضافة إلى تحديد مدة العقد، مع التأكيد في العقد على أيلولة المشروع ومنشآته عند انتهاء مدته إلى الدولة ليصبح من أملاكها دون أي مقابل أو تعويض، مع النص على عدم إجراء أي تعديلات على العقد وعدم جواز تمديده أو تجديده .

تلك هي الشروط التي تناولها القانون رقم ٢٠٠٨/٧ تفصيلاً في أحكامه مشدداً على ضرورة تضمين فحواها، تضاف إلى هذه الشروط وجوب النص في العقد على أهم البنود الأخرى مثل :

أسماء الطرفين وعناوينهم والممثل القانوني لكل منهما، والشكل القانوني للمستثمر، وطريقة المراسلات بين الطرفين .

تمهيدا يتضمن التعريف بالمشروع وأسلوب طرحه وأهدافه .

مستندات العقد (المخططات - التصاميم - الدراسات - والطرح ، هذا فضلا عن الإشارة إلى قرار الترسية ، والجدول الزمني للتصميم والبناء والتشغيل المعتمد من الجهة العامة) .

تحديد مسؤوليات المستثمر خلال مرحلة التصميم والتنفيذ ومرحلة التشغيل

تواريخ إنجاز الأعمال، الجدول الزمني، المسؤولية في حالة التأخير .

مقابل الانتفاع الذي تحصل عليه الجهة العامة .

إلزام المستثمر بوضع برنامج شامل لأعمال الصيانات والتجديدات اللازمة طوال مدة الاستثمار حتى يتم تسليم المشروع بحالة جيدة تسمح باستمرارية تشغيله .

إلزام المستثمر باستخدام النسب المقررة قانوناً للعمالة الوطنية .

حق الجهة العامة في متابعة أعمال الإنشاءات والإدارة والتشغيل طوال مدة العقد والاطلاع على كافة العقود والاتفاقيات التي يبرمها المستثمر مع أي طرف آخر وتعلق بمشروع العقد الأصلي .

إلزام المستثمر بالتأمين على مقومات المشروع أثناء فترتي التنفيذ والتشغيل وتقديم الكافلات البنكية وفقاً لأحكام اللائحة التنفيذية وما يتناسب مع طبيعة المشروع وكذلك إلزامه بالتأمين ضد المخاطر .

تحديد الجزاءات المترتبة على مخالفة بنود العقد ، وحالات الفسخ أو الإنهاء للمصلحة العامة أو التنازل عن العقد، والغرامات والتعويضات وغيرها .

آلية فض المنازعات وتحديد الجهة المختصة بنظرها .

أحقية الجهة العامة المختصة بالمشروع في متابعة تنفيذه وتشغيله تحت إشراف اللجنة العليا ورقابتها وبالتنسيق مع الجهاز الفني .

هذا ومن بين اختصاصات الجهاز الفني إعداد نماذج لهذه العقود تتضمن الشروط والأحكام الأساسية الواجب توافرها حسب طبيعة كل عقد على حده ، مع تقديمها إلى اللجنة العليا لاعتمادها وفقاً لنص المادة (١٢) من القانون رقم ٢٠٠٨/٧ ، على أن يراعي تضمين هذه النماذج أحكام القوانين الأخرى المنظمة لضريبة الدخل والكشف عن العمليات ودعم المنتجات الوطنية والقانون الواجب التطبيق وعدد نسخ العقد التي بيد أطرافه .

مع ضرورة عرض مشروع العقد على الجهات الرقابية حسب النصاب الذي تختص به كل جهة (ديوان المحاسبة - إدارة الفتوى والتشريع) لأخذ الموافقة عليه ^(١) .

(١) الأستاذ المستشار / فتحي محمود ، سالف الإشارة إليه ص ٥ وما بعدها .



مرحلة إنهاء العقد أو فسخه

بعد ان انتهينا من مرحلتى التعاقد الأساسيتين (مرحلة التمهيد للتعاقد ومرحلة إبرام العقد) أشار القانون رقم ٧ لسنة ٢٠٠٨ في المادة (١٤) بند (٤) على أن من بين اختصاصات اللجنة العليا منح الموافقة النهائية للجهة العامة المتعاقدة أي قرار يتعلق بفسخ العقد مع المستثمر أو إنهائه للمصلحة العامة لا بد وأن يكون بموافقة من اللجنة العامة التي أقرت المشروع ابتداءً وقامت على مراحل التعاقد بشأنه بصفتها المهيمنة على شؤونه وصاحبة الصفة في اتخاذ القرارات المتعلقة به، وهو في الحقيقة نوع من المشاركة في مصير العقد واستمراريته أو فسخه أو إنهائه تراعي فيه اللجنة العليا المصلحة العامة ، وتتحمل فيه مع الجهة العامة المتعاقدة المسؤولية عن ما يطرأ عليه من أمور تؤثر حكماً في حسن سير المرفق العام بانتظام واضطراد

والعقد قد ينتهي بمرور المدة الزمنية المحددة لانتهائه أي بانتهاء مدته المنصوص عليها في العقد ، وهو الانتهاء الطبيعي للعقد بلوغاً ألي تحقيق أهدافه والغرض الذي من أجله أنشئ المشروع .

وقد تري الجهة العامة المتعاقدة إنهاء العقد قبل انتهاء مدته للمصلحة العامة، ونظراً لأن هذا قد يكون بالإرادة المنفردة للجهة العامة ويخضع لاعتبارات قدرها المشرع بأنها تتعلق بالمصلحة العامة، فقد بات تعويض الطرف الآخر المستثمر عن هذا الإنهاء المبسّر للعقد ، ويجوز أن ينص في العقد تحديداً على أحقية الجهة العامة المتعاقدة في هذا الإنهاء في مقابل تعويض عادل (يتم تقديره في صلب العقد أو يعهد إلي جهة أخرى تقديره أو يترك أمر الفصل فيه للقضاء) يستحق للمستثمر ، أو قد ينص في العقد على الأحقية في هذا الإنهاء في أي وقت تشاء الجهة العامة المتعاقدة وبدون إبداء أسباب وفقاً لما تقتضيه المصلحة العامة ، مع مراعاة قيامها بإخطار المستثمر مسبقاً بقرار الإنهاء بموجب كتاب موصي عليه يعلم الوصول دون أن ينشأ للمستثمر نتيجة ذلك أي حقوق تضيمنية.

كما يحق للجهة العامة المتعاقدة أيضاً فسخ العقد عند تحقيق احد الأسباب الآتية :

- إذا اخل المستثمر بأي شرط من شروط العقد .
- إذا ارتكب شيئاً من قبيل الغش .
- إذا أفلس أو قدم طلباً بإشهار إفلاسه .
- إذا رشأ أو حاول يرشو أي موظف أو عامل لدي الجهة العامة المتعاقدة معه سواء بطريق مباشر أم غير مباشر .
- إذا لم يتم بتنفيذ العقد أو أهمل في تنفيذه أو تراخي في إنجاز الأعمال في المواعيد المحددة .

ويجوز أن ينص في العقد على أنه يترتب على فسخه وفقاً للأسباب المتقدمة أن يصبح التأمين النهائي حقاً خالصاً للجهة العامة المتعاقدة دون الحاجة إلي تنبيه أو إنذار أو اتخاذ أية إجراءات قضائية ، ودون الإخلال بحق الجهة المذكورة في الرجوع على المستثمر بالتعويضات عن الأضرار التي تلحق به من جراء فسخ العقد .

وبالتالي يمكن تمييز الإنهاء للمصلحة العامة عن الفسخ لمخالفته شروط العقد من حيث الآثار المترتبة على كل منهما ، ففي حين يكون من حق المستثمر المطالبة بالتعويض عن الإنهاء للمصلحة العامة من قبل الجهة العامة فإنه في حالة الفسخ لإخلاله بشرط من شروط التعاقد يتعين عليه القيام بتعويض الجهة العامة عن هذا الفسخ على نحو ما تقدم ، بالإضافة إلي أن أهم آثار فسخ العقد اعتباره كأن لم يكن وإعادة المتعاقدين إلي الحالة التي كانا عليها عند إبرامه، فإذا استحال ذلك جاز الحكم على المتسبب في هذا الفسخ بأداء عادل وفقاً لما نصت عليه المادة (٢١١) من القانون المدني .





ويراعي النص في العقد على ضرورة التدرج في الجزاءات المقررة لصالح الجهة العامة في حالة مخالفة المستثمر لشروط العقد ، على أن يبدأ بأيسرها بلوغا إلى جزء الفسخ في حالة التأثير على سلامة المرفق العام، والإضرار بالمصلحة العامة^(١).

مرحلة إعادة طرح المشروع:

نظمت المادة (١٦) من القانون رقم ٧ لسنة ٢٠٠٨ إجراءات هذه المرحلة بعد انتهاء العقد الأصلي وذلك بان نصت على أن : تقوم اللجنة العليا بتكليف الجهة العامة المختصة بطرح إدارة المشروعات التي تؤول إلى الدولة وفقا لأحكام هذا القانون قبل سنة من أيلولتها إليها ، في مزاييدة عامة يعلن عنها بوسائل الإعلام المرئية والمسموعة وفي الجريدة الرسمية.

ويجب أن يكون من بين وثائق المشروع الميزانية المدققة له عن آخر ثلاث سنوات ،ولا يجوز أن تزيد مدة التعاقد على إدارة المشروع في العقد الجديد على عشر سنوات ، وقبل سنة من انتهاء العقد يعاد طرح المشروع وفقا لأحكام الفقرة الأولى من هذه المادة، ولا تخل أحكام هذه المادة بحق الدولة في أن تقوم بإدارة المشروع بصورة مباشرة

و أهم ما يميز إعادة الطرح عن الطرح ابتداء للمشروع، أن هناك جهة عامة مختصة بإعادة الطرح تباشر مهامها في هذا الخصوص بتكليف من اللجنة العليا ، ولها الحق - أو لغيرها من الجهات العامة الأخرى - في أن تقوم بإدارة المشروع بصورة مباشرة دون إسناد المشروع إلى مستثمر أو جهة خاصة أخرى ، وغالبا ما تكون هي الجهة التي يعاد طرح المشروع لصالحها .

أن الطرح يكون قبل سنة من أيلولته للمشروع إلى الدولة، وعن طريق المزايدة العامة فقط دون المنافسة.

يجب أن يكون من بين وثائق المشروع الميزانية المدققة له عن آخر ثلاث سنوات للتعرف على المركز المالي للمشروع من قبل المستثمرين مقدمي العروض .

يجب ألا تزيد مدة التعاقد الجديدة - بناء على إعادة طرح المشروع - على عشر سنوات.

قبل انتهاء مدة العشر سنوات المشار إليها بسنة ، يعاد خلالها مرة أخرى طرح المشروع وفقا للأحكام المتقدمة والمشار بسنة، يعاد خلالها مرة أخرى طرح المشروع وفقا للأحكام المتقدمة والمشار إليها في المادة (١٦) من القانون رقم ٢٠٠٨/٧

هذا ولقد فوض المشرع وزير المالية بإصدار قرار يتناول فيه التفاصيل الخاصة بإجراءات المزايدة و الترسية ، على أن يراعي فيه أن تكون الأولوية في الترسية للمستثمر الذي يقدم أعلى عطاء (عائد للدولة) بشرط التزامه بكافة المتطلبات الواردة بقرار وزير المالية المشار إليه ، وأن يكون للمستثمر الذي انتهى عقده الأفضلية في الترسية إذا اشترك في المزايدة وتساوى عطاؤه مع أفضل عطاء بالنسبة للمشروعات المشار إليها في المادتين الرابعة والخامسة من القانون رقم ٢٠٠٨/٧ أي المشروعات التنموية التي ليس لها طبيعة خاصة ، أما بالنسبة للمشروعات التنموية ذات الطبيعة الخاصة المشار إليها بالمادة السادسة من القانون رقم ٢٠٠٨/٧ فيكون للمستثمر الذي انتهى عقده الأفضلية في الترسية إذا اشترك في المزايدة بما لا يزيد عن (١٠ ٪) من العطاء الأفضل .

من العرض السابق للمراحل التي تمر بها العملية التعاقدية ابتداء وانتهاء ثم إعادة طرح لها بعد أيلولته للمشروع ومنشأته إلى الدولة بعد انتهاء العقد الأصلي يتبين الآتي:

أن الجهة المختصة بمرحلة التمهيد للتعاقد - وهي السابقة على إبرام العقد - هي اللجنة العليا بمعاونة الجهاز الفني ، وبالتسيق مع الجهة العامة المختصة بإتمام التعاقد .

أن الجهة العامة المختصة بمرحلة إبرام العقد أي وزارة أو إدارة حكومية أو أي جهة ذات ميزانية ملحقة أو مستقلة ترغب في إبرام عقد مع مستثمر من القطاع الخاص للقيام بمشروع لازم لتنفيذ أحد أوجه النشاط التي تستهدفها هذه الجهة العامة ، كما تختص هذه الجهة بمتابعة تنفيذ العقد تحت إشراف اللجنة العليا .

(١) الأستاذ المستشار / فتحي محمود ، سالف الإشارة إليه ، ص ٨ وما بعدها .



أن الجهة المختصة بالموافقة على فسخ العقد أو إنهائه للمصلحة العامة هي الجهة العامة المكلفة من اللجنة العليا بذلك ، ومن ثم فإن إعادة الطرح يكون بتكليف من اللجنة العليا إلى الجهة العامة المختصة وفقا لأحكام القانون رقم ٢٠٠٨/٧ وغالبا ما تكون هي الجهة التي يعتبر إعادة طرح المشروع لازما لنشاطها .

انه يتعين على نماذج العقود التي كان معمولاً بها من قبل سريان أحكام القانون رقم ٧/ لسنة ٢٠٠٨ ،

أن تتضمن في التمهيد الوارد بها الإلية الجديدة التي تم بها طرح المشروع للاستثمار وطريقة الطرح والتسرية وكافة ما استجد عليها من أحكام القانون رقم ٧/ لسنة ٢٠٠٨ ، وعلى الخاص الإشارة إلى مدة التشغيل التي يسمح بعد مرورها للمستثمر بإجازة التنازل عن العقد كله أو جزء منه للغير أو تغيير الشكل القانوني له بعد موافقة اللجنة العليا على هذا التنازل أو التغيير .

أشارت المادة (١١) من القانون رقم ٧ لسنة ٢٠٠٨ على أحقية الجهة العامة المختصة بالمشروع في متابعة تنفيذه وتشغيله تحت إشراف ورقابة اللجنة العامة .

كما جاء ضمن اختصاصات الجهاز الفني بالمادة (١٢) من القانون رقم ٢٠٠٨/٧ تحت البند (٧) متابعة تنفيذ العقود والعمل تذليل عقبات التنفيذ بالتعاون مع الجهة التي يتبعها المشروع .

وبالتالي فإن اللجنة العليا وجهازها الفني والجهة العامة المختصة بالمشروع لهم الحق - بالتنسيق فيما بينهم - في متابعة تنفيذ المشروع وتشغيله والعمل على تذليل عقبات تنفيذه^(١).

المبحث الثاني: تقييم القانون رقم ٧ لسنة ٢٠٠٨

سبق أن أوضحنا أن عقد البناء و التشغيل و التحويل من العقود المركبة و التي تتضمن أكثر من عقد في آن واحد ، تتعدد أطرافها وتتشابك مصالحها ، وتترتب على عقود البناء و التشغيل و التحويل العديد من الآثار القانونية تتمثل في مجموعة من الحقوق و الالتزامات الخاصة بكل من طرفي التعاقد ، و سوف نحاول في هذا المبحث أن نعرض لأهم إيجابيات و سلبيات القانون رقم ٧ لسنة ٢٠٠٨ .

أولا: إيجابيات القانون رقم ٧ لسنة ٢٠٠٨

- يعتبر القانون رقم ٧ لسنة ٢٠٠٨ بشأن تنظيم عمليات البناء و التشغيل و التحويل و الأنظمة المشابهة و تعديل بعض أحكام المرسوم بالقانون رقم ١٠٥ لسنة ١٩٨٠ في شأن نظام أملاك الدولة من القوانين المشجعة للاستثمار في البلاد ، فقد جاء هذا القانون منظما لعقود B.O.T و عقود PPP و العقود المشابهة لهما و يعتبر خطوة على الطريق الصحيح لجذب المستثمرين الأجانب و توطين رأس المال الوطني تمهيدا لتحقيق هدف تحويل الكويت لمركز مالي و تجاري في المستقبل. (١٣٦)
- يحقق القانون الجديد مصلحة الدولة و تعظيم رأس المال العام من خلال إقراره للمزايدات لأسلوب للتعاقد ، مما يجلب مالا وفيرا كما حصل في مزايدة النقال الثالثة الذي وصل سعر ٢٦٪ منها إلى نحو مليار دولار .
- و يتوقف نجاح الدولة في النهاية على تصرفها في هذا المال - و هو لا ينقصها - إذ يتعين تحسين الخدمات العامة و البنية الأساسية التي تعتبر أهم عوامل لتهيئة المناخ الاستثماري.

(١) الأستاذ المستشار / فتحي محمود ، سالف الإشارة إليه ، ص ٧ وما بعدها .





- وفق المشرع عندما حدد طريقة الطرح و الإعلان عن المشروع ، وكيفية متابعة تنفيذ العقود و طريقة تنفيذ العقود و طريقة تقييمها و كيفية التعامل مع أملاك الدولة العقارية المختلفة من خلال تعديل نص المادتين ١٥ ، ١٦ من المرسوم بقانون رقم ١٠٥ لسنة ١٩٨٠ ، مما ينهي السلطة التقديرية المطلقة لمجلس الوزراء في التصرف في أملاك الدولة العقارية.
 - يحقق القانون استفادة كبرى للمواطن الكويتي ، حيث ألزم المشرع بموجب المادة الخامسة الفقرة ج أن تطرح ٥٠٪ من أسهم الشركات المعنية للاكتتاب العام للكويتيين.
 - حدد المشرع بموجب المادة الرابعة جهة وزارية عليا واحدة تدرس المشاريع و المبادرات لتبدي رأيا فيها بالموافقة أو بالرفض.
 - قسم القانون المشروعات إلى ثلاثة أنواع :
 أ- مشروعات تبلغ قيمتها أقل من ٦٠ مليون دينار .
 ب- مشروعات تبلغ قيمتها أكثر من ٦٠ مليون دينار .
 ج- مشروعات تنموية كبرى ذات طبيعة خاصة وتطرحها الحكومة مباشرة حتى ٢٥٠ مليون دينار ، ولكل نوع شروط خاصة أسهلها التي تقل عن ٦٠ مليون دينار ، ويدخل ضمن هذه المبالغ قيمة الأرض.
 - حدد المشرع مدة العقود ب ٣٠ سنة ، و المشروعات ذات الطبيعة التنموية قد تمتد إلى ٤٠ سنة ، وهي مدة زمنية تلائم المستثمر ، كما حدد المشرع نسباً قاطعة لتوزيع ملكية كل مشروع مستفيد من أملاك الدولة ، فيعطي ٤٠٪ للمساهمين الاستراتيجيين في الزيادة ، و ١٠٪ لصاحب المبادرة بنصف العلاوة على الزيادة فوق السعر الإسمي ، أي بسعر تفضيلي ، و ٥٠٪ للاكتتاب العام. وتخفض هذه النسب إلى ٣١٪ و ١٠٪ و ٣٩٪ على التوالي للأطراف المذكورة أعلاه إذا قررت الحكومة منح ٢٠٪ لجهات حكومية ، ويعطي القانون حق التملك للمساهمين الاستراتيجيين في بعض المشروعات الخاصة ذات الطبيعة التنموية الملحة ، ولكن بمزايدة أيضا و شريطة ألا تزيد تكلفة المشروع شاملا قيمة الأرض على ٢٥٠ مليون دينار (١٣٧).
 - منع المشرع مخاطبة البلدية أو أية من الجهات الأخرى في الدولة لتخصيص الأراضي و الحصول على التراخيص المناسبة لتنفيذ مشروعات B.O.T و المشروعات المشابهة لها و هو أمر يحمي عليه المشرع نظرا لتوحيد جهة التعامل في مثل هذه المشروعات ، مما يعني أن المستثمر سيتعامل مع جهة واحدة فقط و سيؤدي ذلك إلى تخفيف الضغط على المستثمر من الوقت و استخراج التراخيص و الموافقات الحكومية على المشروع.
 - ألزم المشرع طرح أعمال البنية التحتية للمشروعات وتأهيل الأراضي في مناقصة عامة ، وهو أمر يضمن الحيادة و الشفافية في التعامل.
 - تخضع جميع العقود لرقابة ديوان المحاسبة.
 - نص القانون على حق مجلس الأمة في الاطلاع على ما تقوم به اللجنة العليا من خلال تقديم كشوف تفصيلية بجميع المشروعات ، منعا لأي تجاوز أو تجاهل سهوا أو عمدا وتحقيق الشفافية ، إلا أن البعض يرى أن هذا الإجراء لا مبرر له ما دامت العقود خاضعة لرقابة ديوان المحاسبة.
- أجاز المشرع بموجب المادة الخامسة عشر الاتفاق بين الجهة العامة المتعاقدة والمستثمر على تسوية المنازعات بينهما عن طريق التحكيم ، وهو أمر جيد بالنسبة للمستثمر حيث يساهم في الإسراع في تسوية المنازعات وتقليل نسبة المخاطرة^(١).

(١) محاضرات الأستاذ الدكتور / خالد سعد زغلول ، سالف الإشارة إليه ، ص ٢١٢ وما بعدها .



ثانياً: ملاحظات على القانون رقم ٧ لسنة ٢٠٠٨

- يؤخذ على القانون أنه جاء مبالغاً في حماية المال العام فغابت عنه أولويات التنمية ، وقد انعكس ذلك بتدخل المشرع في تفاصيل دقيقة حتى أنه لم يترك شيئاً يوضع في اللوائح التنفيذية ومثال ذلك اعتماد القانون المزايدة من حيث المبدأ ثم تطرق بعد ذلك إلى شروط المزايدة ، ومعروف أن لكل قطاع طريقة عرض و طرح ، ولكل مشروع طريقة عرض و طرح أيضاً ، أما أن نضع الكل تحت سيف المزايدة و المزايدة فقط فإن ذلك سيجعلنا ننجح في مكان ونفشل في آخر ، وبالتالي سيأتي التطبيق منقوصاً (١٣٨) . فمن المتعارف عليه في القوانين ذات الصلة في أغلب دول العالم أن يضع القانون الإطار الرئيسي و السياسات العامة ، وتترك اللوائح التنفيذية مهمة تنظيم تلك السياسات بما يخدم جميع الأطراف ذات الصلة ، نخلص من ذلك أن كفة حماية المال العام أثقل في القانون من كافة حقوق القطاع الخاص ، فقد استخدم المشرع لغة التهديد و الوعيد وهذا يتنافى مع مبدأ الشراكة الذي يضمنه اسم القانون .
- تناول القانون أماكن الدولة و مشاريع B. O. T في سلة واحدة حتى جاءت النصوص غير متجانسة أحياناً وترقيعية أحياناً أخرى ، الأمر الذي يضلل المستثمر في اتخاذ قراراته .
- حدد المشرع مدة التعاقد للمشروعات ثلاثين سنة و للمشروعات التنموية ذات الطبيعة الخاصة التي يحددها مجلس الوزراء أن تمتد إلى أربعين سنة ، وقد غاب عن المشرع أن كل مشروع له روحه و أهدافه الخاصة الذي أقيم من أجله ، ولذلك كان يجب ترك مدة المشروع ليقر من قبل اللجنة العليا بعد السماع لاقتراحات اللجنة التنظيمية في هذا الخصوص و ذلك وفقاً لنوعية وطبيعة المشروع وقيمة المبلغ المستثمر ، و حتى لا يكون القانون جامد وعقبة أمام بعض المشروعات الإستراتيجية و الهامة للدولة و التي يتطلب عقدها مدة زمنية أطول من أربعين سنة .
- أغفل القانون إعطاء حوافز لأصحاب العقود القديمة وفقاً لنظام B. O. T ومنحهم أولوية لتجديد عقودهم ، كما طالب القانون بإعادة طرح هذه المشاريع في مزايدة بعد انتهاء مدة العقد على أن تصبح هذه العقود عقوداً إدارية يحصل فيها المستثمر على مقابل للإدارة فقط بموجب المادة الثالثة ، وفي هذا الإجراء إجحاف بحق المستثمر الأساسي للمشروع .
- أن العمل بالقانون الجديد لن يبدأ قبل سنة حتى تشكل اللجنة العليا الخاصة بالإشراف على مشاريع B. O. T و إصدار اللائحة التنفيذية ، ما سيؤخر البت في مشاريع كانت قدمت و تم الانتهاء من إجراءاتها وفقاً للقانون القديم ، مما سيؤدي إلى خسائر مالية باهظة .
- أعطى المشرع بموجب المادة الخامسة صاحب المبادرة ١٠٪ من رأسمال المشروع المطروح ، وإن كانت بسعر تفضيلي ، إلا أن المشرع لم يأخذ في الاعتبار أن حقوق الملكية الفكرية يجدر حمايتها بما هو أكثر من ذلك ، فالملكية الفكرية حول العالم أصبحت قدس الأقداس ، ومن لديه مبادرة إبداعية من حقه أن يحظى باستثمارها ، فالقانون الجديد من شأنه أن يجعل صاحب المبادرة يتردد في تقديمه لأنه سيجد نفسه صاحب أقلية في الاستثمار ومن يتقدم بسعر أعلى سيخطف مبادرته بكل يسر و سهولة (١٣٩) وكان يجب على المشرع حفظ حق المبادرة وحفظ حقه الفكري و الأدبي ومنحه امتيازات خاصة .
- ذكر القانون أن ٤٠٪ من أسهم المشروع المراد تأسيسها سوف تطرح بمزايدة علنية على الشركات المساهمة و الشركات التي تقترحها اللجنة العليا دون تحديد آلية الاختيار ، ولذلك يجب أن تتضمن اللائحة المنظمة لعمل اللجنة العليا تلك الآلية ، منعا لحدوث أية إشكاليات حول كيفية الاختيار في المستقبل .
- اهتم القانون بتفاصيل الطرح و المزايدة ولم يعط الاهتمام المطلوب بالأهداف التنموية المرجوة من هذه المشاريع كخلق فرص عمل إضافية ونقل الخبرات و التكنولوجيا الحديثة إلى هذه المشاريع .





- إن الاعتماد على مبدأ المزايدة أمر جيد لتحقيق مبدأ العدالة و المساواة لكن يجب الاعتماد عليه دون غيره خطأ كبير حيث أغفل المشرع دور الجانب الفني في المشروع ، وما يجب أن تقوم به اللجنة العليا هو تحديد نسبة للجانب الفني والعرض الهندسي المقدم من قبل الشركة لكي يكون ضمن التقييم النهائي لتحديد الفائزة في تنفيذ و تشغيل المشروع.
 - حظر المشرع بموجب المادة الثالثة عشر رهن الأراضي أو المنشآت أو المباني المقامة عليها ، و السؤال هو كيف تقبل البنوك تمويل المشروعات إن لم تكن المشروعات نفسها قابلة للرهن كضمانة عينية.
 - أغفل المشرع مشاركة القطاع الخاص في اللجنة العليا للمشروعات التي تقام على أملاك الدولة ، وكان من الأجدر أن يكون من بين أعضاء اللجنة عدد من ذوي الخبرة و الاختصاص من ممثلي القطاع الخاص لتحقيق التوازن داخل اللجنة ، ولا شك أن خلو اللجنة العليا من ممثلي القطاع الخاص سيجعلها في موضع الخصم و الحكم في آن واحد .
- نخلص مما تقدم أن القانون الجديد قد لا يحقق الطموح ، ولكنه بداية لرسم ملامح ووضع أسس لأسلوب طرح مشروعات B.O.T و أسلوب التقييم ودراسة الجدوى للمشاريع ، و أن القانون اتسم بالمبالغة في حماية المال العام، و أن صدور القانون الجديد ولو كان به بعض الثغرات أفضل من عدم صدوره^(١).

خاتمة:

تناولت هذه الدراسة عرض موجز لنظام B.O.T في كلاً من دولة الكويت ومصر ، حيث تطور هذا النظام و انتشر استخدامه على أثر اتجاه كثير من دول العالم نحو اقتصاد السوق ونهج سياسة الخصخصة و تشجيع الاستثمار الأجنبي المباشر.

و قد أوضحت الدراسة أن نظام B.O.T يحقق العديد من الفوائد لكل من الدولة و أفراد المجتمع و المستثمر و يعد أحد المصادر التمويلية لإقامة مشروعات البنية الأساسية بل و غيرها من المشروعات التجارية و الصناعية ، دون أن تتحمل الدول أية أعباء مالية أو تضطر إلى الاقتراض أو زيادة الأعباء المفروضة على أفراد المجتمع ، كما أن نظام B.O.T ينقل ملكية المشروع إلى الدولة في نهاية العقد ، كما تناولت الدراسة صور لعقد البوت وأطرافه.

ونظراً لأن عقود B.O.T لها طبيعتها الخاصة ، فهي لا تمثل عقداً واحداً ، وإنما هي مجموعة من التعاقدات التي تتعدد أطرافها وتتشابك مصالحها الأمر الذي يثير كثير من التساؤلات القانونية و الاقتصادية حول هذا النوع من العقود في ظل غياب تشريع موحد ينظم هذا النوع من العقود في مراحله المختلفة.

وقد عرفت دولة الكويت نظام B.O.T في العديد من المشروعات من أبرزها عقد إنشاء سوق شرق ، وعقد تطوير المطار الدولي و إقامة مجمع مواقف و أسواق تجارية و عقد بناء و تشغيل محطة معالجة الصرف الصحي في منطقة الصليبية المبرم عام ٢٠٠١^(٢) وعرفت مصر أيضاً عقد البوت منذ عقد قناة السويس حتى مطلع التسعينات كما بينا في هذا البحث .

وقد لجأت دولة الكويت إلى إتباع أكثر من أسلوب في إبرام عقد B.O.T وهي أسلوب الممارسة و أسلوب المناقصة المحدودة و أسلوب المزايدة المحدودة و يرجع ذلك لأن كل مشروع له طبيعته الخاصة و اختيار الأسلوب الملائم لكل مشروع من شأنه تشجيع المستثمرين على التقدم إليه ، كما أنه يؤدي إلى زيادة العائد المتوقع منه ، ومؤخراً أصدرت الكويت رقم ٧ لسنة ٢٠٠٨ بتنظيم عمليات البناء و التشغيل و التحويل و الأنظمة المشابهة و تعديل بعض أحكام المرسوم بقانون رقم ١٠٥ لسنة ١٩٨٠ في شأن نظام أملاك الدولة ، وبطبيعة الحال جاء القانون متضمناً العديد من الإيجابيات و السلبيات وهو ما كان محور هذه الورقة البحثية^(٣).

(١) أ. د. / خالد سعد زغلول ، سالف الإشارة إليه ، ٢١٤ وما بعدها .

(٢) أ. د. / خالد سعد زغلول ، سالف الإشارة إليه ، ص ٢١٦ وما بعدها والأستاذ المستشار / فتحي محمود في هذا المعنى ، ص ٢ وما بعدها .

(٣) أ. د. / خالد سعد زغلول ، سالف الإشارة إليه ص ٢١٦ .



إلا أن هناك بعض المقترحات و التوصيات التي يمكن أن تفعل من نظام B.O.T في جذب المزيد من المستثمرين ، وتفعيل العوائد الاقتصادية و الاجتماعية و السياسية ، وتتمثل توصياتنا فضلا عن ملاحظتنا على القانون رقم ٧ لسنة ٢٠٠٨ فيما يلي :

أولاً : ضرورة إعداد دراسات الجدوى الاقتصادية لمشروعات B.O.T على أن تتضمن هذه الدراسة كافة مراحل تنفيذ العقد سواء على المدى القصير أو الطويل ، بما يضمن تحقيق المشروع للأهداف التي انشأ من أجلها و يتطلب هذا تحديد المجالات الاقتصادية المطروح لاستثمار وفقا لنظام B.O.T ^(١) .

ثانياً : يجب وضع الشروط التي تضمن تحويل المستثمر الأجنبي وفقا لنظام B.O.T الأموال اللازمة لإقامة المشروع من الخارج ، لان استخدام أموال محلية يمثل ضغط على السيولة النقدية للدولة و ينحرف بالهدف الأساسي من استخدام نظام B.O.T كما يجب اشتراط استخدام المستثمر الأجنبي للتكنولوجيا الحديثة التي تتلاءم مع طبيعة المشروع و البيئة المحلية المقام فيها و استخدام العمالة الوطنية و تدريبهم على التكنولوجيا الحديثة ^(٢) .

ثالثاً : يجب وضع الشروط التي تلزم المستثمر الأجنبي باستثمار جزء من أرباح المشروعات المقامة وفقا لنظام B.O.T داخل الدولة المضيفة على أن يتحدد هذا الجزء مسبقا وفقا لدراسة الجدوى السابقة على إبرام عقد B.O.T مع الاحتفاظ بحق المستثمر الأجنبي في تحويل عائد استثماراته إلى الخارج .

إن وضع الإطار القانوني الملائم لعقود B.O.T يعظم الفائدة التي يمكن أن تتحقق سواء للدولة المضيفة أو للمستثمر ، ويمكن أن يدفع بعملية التنمية داخل الدولة ومن ثم دعم الاقتصاد الوطني بما يحقق مصلحة الحكومات و الشعوب معا ^(٣) .

رابعاً : ضرورة إنشاء جهاز مستقل يقوم بدراسات الجدوى بالمشروعات التي تقام بنظام B.O.T ، وتقديم النصائح الفنية والقانونية والمالية للسلطة المختصة بإبرام هذه العقود .

(١) المرجع السابق مباشرة ، ص ٢١٧ .

(٢) المرجع السابق ، ص ٢١٩ .

(٣) المرجع السابق ، ص ٢١٩ .



أثر الاتفاقيات الدولية في مجال الملكية الفكرية على الغذاء والزراعة في الدول النامية

الدكتور/ حسام الدين عبد الغنى الصغير

أستاذ القانون التجاري، عميد كلية الحقوق جامعة حلوان

مدير المعهد الاقليمي للملكية الفكرية والحامي بالنقض والإدارية العليا

مقدمة:

تتفرع حقوق الملكية الفكرية وفقاً للتقسيم التقليدي لها إلى فرعين رئيسيين: الملكية الصناعية، والملكية الفنية والأدبية، ومن أهم صور الملكية الصناعية براءات الاختراع ونماذج المنفعة، والرسوم والنماذج الصناعية، والعلامات التجارية، والأسماء التجارية. أما الملكية الفنية والأدبية فهي تشمل حق المؤلف والحقوق المجاورة لحق المؤلف.

ولما كانت الحماية التي تقرها قوانين الملكية الفكرية لأصحاب الحقوق على اختلاف صورها تتضمن منحهم حقوقاً استثنائية exclusive rights - وهي حقوق احتكارية بطبيعتها يؤدي منحها بصدد الغذاء إلى إعاقة الحصول عليه وارتفاع أسعاره^(١) - لذلك فقد اتجهت تشريعات كثير من بلدان العالم إلى استبعاد النباتات والحيوانات من نطاق الحماية المقررة عن طريق براءة الاختراع باعتبارهما المصدران الرئيسيان للغذاء.

وقد بدأ هذا الوضع في التغير في السنوات العشرين الأخيرة من القرن العشرين نتيجة للضغوط التي تمارسها الشركات العملاقة متعددة القوميات على مختلف الدول لرفع مستويات حماية حقوق الملكية الفكرية بغرض توفير المزيد من الحماية لابتكاراتها واختراعاتها بما يمكنها من إحكام قبضتها وسيطرتها على مختلف مجالات التكنولوجيا بما في ذلك تكنولوجيا الغذاء والزراعة. ولذلك سعت الدول الكبرى إلى توفير درجة عالية من الحماية للابتكارات والاختراعات على المستوى الدولي وتدعيمها في مختلف مجالات التكنولوجيا بما في ذلك تلك المتصلة بالغذاء والزراعة، وطالبت بذلك في الجولة الثامنة للمفاوضات التجارية متعددة الأطراف التي عقدت في الفترة من ١٩٨٦-١٩٩٣ تحت مظلة الجات (جولة أورجواي).

وقد استجابت اتفاقية الجوانب المتصلة بالتجارة من حقوق الملكية الفكرية (اتفاقية لتريس). وهي من أهم الاتفاقيات التي أسفرت عنها جولة أورجواي. لمطالب الدول المتقدمة، فأوجب على الدول الأعضاء في منظمة التجارة العالمية توفير درجة عالية من الحماية للاختراعات في مختلف مجالات التكنولوجيا دون تمييز بين مجال تكنولوجيا وآخر، كما أوجبت عليها توفير حماية فعالة للأصناف النباتية الجديدة. وقد بلغ عدد الدول الأعضاء في منظمة التجارة العالمية ١٥٣ دولة حتى الآن وهي جميعاً ملتزمة بأحكام اتفاقية التريس وعليها تعديل تشريعاتها بما يتوافق مع نصوصها، ويوجد من بين هذه الدول ١٢ دولة عربية هي البحرين، جمهورية مصر العربية، الكويت، قطر، تونس، المغرب، دولة الامارات العربية، موريتانيا، المملكة الأردنية الهاشمية، المملكة العربية السعودية، سلطنة عمان، جيبوتي.

ولم تتوقف الدول الكبرى عند هذا الحد، بل عملت على رفع مستويات الحماية من جديد بما يتجاوز مستويات الحماية المنصوص عليها في اتفاقية التريس، عن طريق الضغوط والتهديدات الذي تمارسها على الدول النامية تارة، وعن طريق الاتفاقيات الثنائية bilateral agreements تارة أخرى.

(١) وينطبق ذلك أيضاً على كافة المنتجات الأخرى وأهمها المنتجات الدوائية .

وسوف نعالج في هذا البحث آثار الاتفاقيات الدولية في مجال الملكية الفكرية على الغذاء والزراعة في ستة مباحث كالاتي:

المبحث الأول: الحق في الغذاء ومعايير حماية حقوق الملكية الفكرية السائدة قبل إنشاء منظمة التجارة العالمية.

المبحث الثاني: موقف اتفاقية التريس من حماية الابتكارات في مجال الغذاء والزراعة عن طريق براءة الاختراع.

المبحث الثالث: ظاهرة القرصنة البيولوجية، والتكنولوجيا المانعة لاستخدام التقاوي الناتجة عن زراعة الصنف في إعادة الزراعة.

المبحث الرابع: حماية الأصناف النباتية في القانون المصري

المبحث الخامس: سعي الدول المتقدمة لرفع مستويات الحماية بما يتجاوز التريس Trips plus

المبحث الأول

الحق في الغذاء ومعايير حماية حقوق الملكية الفكرية السائدة قبل إنشاء منظمة التجارة العالمية

الحق في الغذاء من حقوق الانسان الأساسية:

يعتبر الحق في الغذاء من حقوق الانسان الأساسية التي قننتها المواثيق والاتفاقيات الدولية فضلاً عن دساتير كثير من دول العالم. وقد أكد الاعلان العالمى لحقوق الانسان ^(١) The Universal Declaration of Human Rights أن لكل شخص الحق في أن يعيش هو وعائلته في مستوى يكفيه للمحافظة على الصحة والرفاهية،

ويشمل ذلك الغذاء والملبس والسكن والعناية الطبية. وهذا ما قرره أيضاً المادة ١١ من العهد الدولى للحقوق الاقتصادية والاجتماعية والثقافية ^(٢) The International Covenant on Economic, Social and Cultural Rights. وقد أصدر مؤتمر القمة العالمى للغذاء World Food Summit المنعقد تحت مظلة منظمة الأغذية والزراعة للأمم المتحدة (الفاو) في ١٧ نوفمبر ١٩٩٦ بالإجماع إعلان روما بشأن الأمن الغذائى العالمى Rome Declaration on World Food Security، كما اعتمد خطة عمل وضعت طريقاً لتأمين الغذاء لمختلف شعوب العالم، وتعهدت الدول التي شاركت في المؤتمر بالعمل على تحقيق هذا الغرض.

استبعاد النباتات والحيوانات من نطاق الحماية المقررة عن طريق البراءة في قوانين الملكية الفكرية قبل اتفاقية التريس:

وتجنباً لاحتكار الغذاء وحرصاً على توفيره دون قيود فقد استبعدت قوانين معظم دول العالم الحيوانات والنباتات من نطاق الحماية عن طريق البراءة، كما قررت النظم القانونية المختلفة استبعاد كافة الكائنات الحية على اختلاف أشكالها من الحماية عن طريق البراءة منذ زمن بعيد .

(١) أتمد الاعلان العالمى لحقوق الانسان بقرار من الجمعية العامة للأمم المتحدة في ١٠ ديسمبر ١٩٤٨ .

(٢) اعتمد العهد الدولى للحقوق الاقتصادية والاجتماعية والثقافية بقرار الجمعية العامة للأمم المتحدة في ١٦ ديسمبر ١٩٩٦ .





ولم يقتصر تطبيق مبدأ استبعاد الكائنات الحية من الحماية عن طريق البراءة على النباتات والحيوانات بل شمل هذا الاستبعاد أيضا . قبل اتفاقية التريس . الكائنات الدقيقة micro organisms .

والمقصود بالكائنات الدقيقة هي تلك الكائنات المتناهية في الصغر ولا ترى بالعين المجردة وتشمل البكتيريا bacterial والفطريات fungi والطحالب algae، والكائنات وحيدة الخلية protozoa، والفيروسات viruses^(١) وهي تستخدم على نطاق واسع في كثير من الصناعات على رأسها الصناعات الغذائية والصناعات الدوائية.

وفي فرنسا لم يعالج قانون البراءات الفرنسي الصادر سنة ١٩٦٨ مسألة قابلية الكائنات الدقيقة للحصول على البراءة شأنه في ذلك شأن تشريعات غالبية الدول. غير أن أحكام القضاء الفرنسي قررت حماية الطرق البيولوجية الدقيقة - مثل طريقة التخمير fermentation - عن طريق البراءة، على اعتبار أنها تعد بمثابة تطبيق جديد لوسيلة صناعية معروفة une application nouvelle . da moyen connus

كما قررت احكام القضاء الامريكي منذ بداية النصف الثاني من القرن العشرين قابلية المنتجات التي تستخدم الكائنات الدقيقة في انتاجها للحصول على البراءة. ومن أهم القضايا التي أرست هذا المبدأ قضية Co. v. Olin Mathieson Chem. لله Merck Corp. وقد قضت الدائرة الرابعة لمحكمة الاستئناف الفيدرالية في هذه القضية بصحة براءة اختراع منتج عبارة عن دواء يحتوي على عناصر لها فاعلية فيتامين ب ١٢، يستخدم في علاج الانيميا الحادة ويتم تحضيره باستخدام نوع من الفطريات يتم الحصول عليها بطريق التخمير لاستخلاص المواد التي تدخل في تركيب الدواء.

وتناولت اتفاقية البراءة الأوروبية (اتفاقية ميونخ ١٩٧٣)^(٢) هذا الموضوع، ونصت المادة ٥٣ من الاتفاقية على أنه:

لا تمنح براءات الاختراع الأوروبية عن:

(أ)

(ب) أصناف النباتات أو أجناس الحيوانات، وكذلك الطرق البيولوجية في معظمها لإنتاج النباتات والحيوانات. ولا يسرى هذا الحكم على الطرق البيولوجية الدقيقة، والمنتجات التي يتم الحصول عليها باستخدام هذه الطرق^(٣).

وقد نقلت تشريعات الدول الأوروبية هذا الحكم عن اتفاقية ميونخ. ففي سنة ١٩٧٨ عدلت المادة ٧ من قانون براءات الاختراع الفرنسي الصادر سنة ١٩٦٨ وقررت الفقرة (ج) من المادة المذكورة بأن الاستثناء المتعلق بأجناس الحيوانات والطرق البيولوجية في معظمها لإنتاج النباتات والحيوانات من قابلية الحصول على البراءة لا يسرى على الطرق البيولوجية الدقيقة والمنتجات التي يتم الحصول عليها باستخدام هذه الطرق.^(٤) (القانون رقم ٦٨ - ٧٤٢ الصادر في ١٣ يوليو ١٩٧٨ مادة ٥) وكذلك فعلت تشريعات الدول الأوروبية الموقعة على اتفاقية ميونخ.

(١) راجع في المعنى العلمي للأحياء الدقيقة قاموس : Coombs J. Macmillan Dictionary of biotechnology, Macmillan. London, 1986

(٢) The European Patent Convention (EPC, 1973)

(٣) حظرت تشريعات معظم الدول الأوروبية منح براءة اختراع للحيوانات والنباتات. ومعظم هذه الدول منضمة الى اتفاقية البراءة الأوروبية لسنة ١٩٧٣ (EPC) The European Patent Convention (EPC) وجدير بالذكر ان الاتفاقية وضعت نظاما لإصدار براءة إقليمية في الدول الأوروبية المنضمة اليها .

(٤) المادة ٧ من قانون براءات الاختراع الفرنسي الصادر سنة ١٩٦٨ كانت تحمل رقم L. ١٧-٦١١ في تقنين الملكية الصناعية الفرنسي الصادر بالقانون رقم ٩٢-٥٧٧ في أول يولييه ١٩٩٢ . (عدلت بالقانون رقم ٩٤-٦٥٣ في ٢٩ يولييه ١٩٩٤) . وكانت تنص على أنه :

“ Ne sont pas brevetables: c) les races animales ainsi que les procedes essentiellement biologiques d'obtention de vegetaux ou d'animaux. cette disposition ne s'appliquant pas aux procedes microbiologiques et aux produits obtenus par ces procedes.”

وقد عدلت هذه المادة في سنة ٢٠٠٤ وحلت محلها المادة ١٩-٦١١ في تقنين الملكية الفكرية الفرنسي الجديد .



وقد أسبغت النصوص التشريعية المتقدمة الحماية عن طريق البراءة على طرق استخدام الكائنات الدقيقة، وعلى المنتجات التي يتم الحصول عليها استخدام هذه الطرق، ولكنها لم تعالج مسألة حماية الكائنات الدقيقة ذاتها عن طريق البراءة، وذلك لأن حماية هذه الكائنات تصطدم بالمبادئ التقليدية الراسخة التي كان يقوم عليها نظام براءات الاختراع، والتي تقضى باستبعاد الكائنات الحية بكافة أشكالها وأنواعها من دائرة الحماية عن طريق البراءة.

دور القضاء الأمريكي في إرساء مبدأ حماية الكائنات الحية:

وفى سنة ١٩٨٠ بدأت المبادئ التقليدية التي تقضى باستبعاد الكائنات الحية من الحماية عن طريق البراءة في التراجع عندما أصدرت المحكمة العليا في الولايات المتحدة الأمريكية Supreme Court of the United States The Diamond v. Chakrabarty^(١)، وقضت بصحة منح البراءة عن ابتكار نوع من البكتيريا لها قدره على إزابة المخلفات البترولية، تم استنباطها عن طريق تغيير الجينات الوراثية. وقد أحدث هذا الحكم تعديلاً جذرياً في المبادئ التي يركز عليها النظام القانوني لبراءات الاختراع، إذ قرر حماية الكائنات الدقيقة ذاتها عن طريق البراءة وليس مجرد طريقة استنباطها. وقد تأثرت الأنظمة القانونية المقارنة إلى حد بعيد بهذا الحكم وبدأت في الاتجاه نحو اسباغ الحماية على الكائنات الدقيقة ذاتها عن طريق البراءة.

توفير الحماية للنباتات المبتكرة:

لم تكن التشريعات المقارنة تهتم بتوفير حماية للأصناف النباتية المبتكرة إلا حديثاً، إذ لم يكن توفير حماية للأصناف النباتية الجديدة يشغل بال الدول المتقدمة حتى وقت قريب، غير ان الثورة التي أحدثتها التكنولوجيا الحيوية في مجال الانتاج الزراعى وما صاحب ذلك من تخصيص استثمارات ضخمة من أجل ابتكار نباتات جديدة تتميز بخصائص فريدة من حيث وفرة الانتاج وموعد الحصاد وتحمل الجفاف والقدرة على مقاومة الافات وغير ذلك من الخصائص الفريدة، فضلاً عن ظهور شركات عملاقة متعددة القوميات تسيطر سيطرة شبه كاملة على إنتاج التقاوي، كل هذه العوامل أدت إلى سعى الدول الكبرى نحو توفير حماية كافية للأصناف النباتية الجديدة على المستوى الدولى وتدعيمها. ولم يمنع مبدأ استبعاد الكائنات الحية من نطاق الحماية عن طريق براءة الاختراع الدول المتقدمة من العمل على وضع أنظمة خاصة لتوفير نوع من الحماية للنباتات المبتكرة الجديدة.

وقد سعت عدة دول أوروبية الى وضع نظام قانوني لتوفير حماية للأصناف النباتية الجديدة على المستوى الدولى وأسفرت الجهود التى بذلتها عن إبرام أول اتفاقية دولية فى هذا المجال فى ٢ ديسمبر ١٩٦١ وهى الاتفاقية الدولية لحماية الاصناف النباتية الجديدة^(٢) International Convention for the Protection of New Varieties of Plants. وقد انشأت الاتفاقية اتحاداً دولياً يضم الدول الأطراف فى الاتفاقية سمي بالفرنسية gétalésédes Obtention V Union Pour la Protection باسم اليوبوف (UPOV) نسبة الى الأحرف الأولى من تسميته باللغة الفرنسية وهو منظمة دولية مستقلة يقع مقرها الرئيسى فى مدينة جنيف بسويسرا.

وقد أدخلت على الاتفاقية الدولية لحماية الاصناف النباتية الجديدة (اتفاقية اليوبوف) منذ إبرامها سنة ١٩٦١ عدة تعديلات لاحقة فى ١٠ نوفمبر ١٩٧٢، ٢٣ أكتوبر ١٩٧٨، وأخيراً فى ١٩ مارس ١٩٩١، وقد دخل هذا التعديل الاخير حيز التنفيذ فى ٢٤ ابريل سنة ١٩٩٨.

(١) انظر : Francis & Collins. " Cases and Materials on Patent Law ".1995 p. 516 .

(٢) وقد سنت بعض الدول تشريعات وطنية لتوفير حماية من نوع خاص للأصناف النباتية استرشاداً بأحكام اتفاقية اليوبوف.





أما في الولايات المتحدة الأمريكية فقد تم تعديل قانون براءات الاختراع في سنة ١٩٣٠ لإتاحة حماية النباتات الجديدة عن طريق نوع خاص من براءات الاختراع سمي براءة الاختراع النباتية Plant Patent ووفقاً للقسم ١٦١ من الجزء ٣٥ من تقنين الولايات المتحدة الأمريكية (بعد التعديل) بمنح مبتكر النبات الجديد البراءة النباتية إذا توافرت شروط الحماية. وتقتصر الحماية على النباتات الجديدة والمميزة التي يتم إعادة انتاجها بغير طريق التكاثر الجنسي asexually reproduction ومن ثم لا يسمح القانون الأمريكي بمنح البراءة النباتية للنباتات الجديدة التي يتم إعادة انتاجها بطريق التكاثر الجنسي sexually reproduction. وفي سنة ١٩٧٠ صدر قانون حماية الاصناف النباتية Plant Variet Protection Act، ١٩٧٠ وأضفى الحماية على أصناف النباتات الجديدة التي يتم إعادة انتاجها بطريق التكاثر الجنسي^(١) وهي حماية أقل في مستواها من الحماية المدعومة التي تمنح لأصحاب براءات الاختراع وذلك لأن المبالغة في تدعيم حماية الأصناف النباتية تؤثر سلباً على الانتاج الزراعي ومصالح المزارعين. ويختلف نظام الحماية الخاص بالأصناف النباتية عن نظام البراءة إذ يقرر حق المربين في استخدام الصنف المحمي والاعتماد عليه في استحداث صنف نباتي جديد دون حاجة الى الحصول على ترخيص من صاحب الصنف النباتي المحمي، وهذا ما يعرف امتياز المربي breeders privilege. كما يعترف نظام حماية الاصناف النباتية ضمناً بحق المزارع في استخدام مواد التكاثر مثل البذور والتقاوى الناتجة من محصول الصنف المحمي الذي قام بزراعته في إعادة زراعة الصنف من جديد وهذا ما يعرف بامتياز المزارع farmer's privilege. ولذلك فإن النظام القانوني لحماية الاصناف النباتية لا يصل من حيث المستوى الى مستوى الحماية المدعومة التي تمنحها قوانين براءات الاختراع للمخترع، فهو أقل درجة من مستوى الحماية المقررة لبراءة الاختراع. ومن الجدير بالذكر ان النباتات المبتكرة التي يتم اختراعها باستخدام علم الهندسة الوراثية تحمي في الولايات المتحدة الأمريكية عن طريق براءة الاختراع Letter Patent شأنها في ذلك شأن الاختراعات التي تنتمي الى مجالات التكنولوجيا الأخرى، اذا توافرت شروط الحماية.

وقد توسعت الولايات المتحدة الأمريكية في حماية الاختراعات المتعلقة بالهندسة الوراثية، ويخشى أن يؤدي هذا التوسع إلى حلول أصناف من الحيوانات والنباتات التي استتبطت باستخدام الهندسة الوراثية محل الاصناف الأصلية مما يهدد بقاء النوع البيولوجي ويسبب أضراراً جسيمة للبيئة^(٢) ولقد أثارت بعض البراءات التي منحت في الولايات المتحدة الأمريكية جدلاً يتعلق بأثرها على سلامة البيئة والغذاء، مثل البراءة التي منحت على جميع أصناف القطن المعالج وراثياً all genetically engineered cotton varieties، وخولت للشركة مالكة البراءة بالتالي احتكار جميع أنواع نباتات وبذور القطن المعالج وراثياً. وكذلك الأمر بشأن البراءة التي منحتها مكتب البراءة الأوروبية The European Patent Office لشركة Agracetus عن فول الصويا المعالج وراثياً، حيث شملت البراءة جميع أنواع فول الصويا التي يتم انتاجها باستخدام البكتيريا^(٤).

موقف الدول النامية من حماية أصناف النباتات الجديدة؛

وبإلقاء نظره على مواقف الدول النامية. قبل تطبيق اتفاقية التريبس. نجد أن تشريعاتها لا توفر أى حماية للأصناف النباتية الجديدة لا عن طريق براءة الاختراع ولا عن طريق أى نظام قانوني خاص.

فعلى سبيل المثال أوضحت المذكرة الايضاحية لقانون براءات الاختراع والرسوم النماذج الصناعية المصري رقم ١٣٢ لسنة ١٩٤٩ (الملغي) في التعليق على نص المادة الأولى من القانون التي تقر شروط منح براءة الاختراع أن النباتات ليست من قبيل الاختراعات التي يشملها

(١) انظر : p.692 (1995). Francis & Collins. Cases and Materials on Patent law including Trade Secrets- Copyrights- Trademarks. Fourth edition

(٢) انظر لمزيد من التفاصيل في أثر اتفاقية التريبس على الزراعة في الدول النامية والاضرار التي قد تلحق بالبيئة.

(٣) Carliene Brenner, Intellectual Property Rights and Technology Transfer in Developing Country Agriculture: Rhetoric and Reality, Paris, 1998, OECD Publications.

(٤) البراءة الأوروبية (EP 0310749 B1)

(٤) استئناف مختلط ١٣ نوفمبر ١٩٢٩ ، بلتان، ص ٣٣ .



القانون بالحماية، وفى ذلك تقول: «لا يتناول النص المنتجات الزراعية فى ذاتها كاستنبات نوع جديد من البذور أو الحاصلات فإن هذا لا يعتبر اختراعا يشمل القانون بالحماية»، كما قررت المحاكم المختلطة . قبل صدور هذا القانون .

استبعاد المزروعات من الحماية عن طريق البراءة وقضت بأن بذور القطن المنتخبة لا تشملها الحماية المقررة للاختراعات^(١) كما قررت المادة الثانية فقرة (ب) من ذات القانون صراحة ألا تمنح براءة اختراع للاختراعات الكيميائية المتعلقة بالأغذية . وأوضحت المذكرة الإيضاحية للقانون أن الحكمة من استبعاد الاختراعات التي أشار إليها القانون من نطاق الحماية عن طريق براءة الاختراع هي تجنب الأضرار التي يسببها احتكار هذه المواد للمجتمع .

المبحث الثاني

موقف اتفاقية التريس من حماية الابتكارات في مجال الغذاء والزراعة عن طريق براءة الاختراع

تمهيد:

أوجبت اتفاقية التريس على الدول الأعضاء فى منظمة التجارة العالمية إتاحة إمكانية الحصول على براءات اختراع لكافة الاختراعات كقاعدة عامة . غير أنها أجازت للدول الأعضاء أن تستثنى الحيوانات والنباتات من القابلية للحماية عن طريق البراءة . ومع ذلك فقد ألزمت الاتفاقية الدول الأعضاء فى منظمة التجارة العالمية بتوفير حماية فعالة للأصناف النباتية الجديدة . ونوضح ذلك فى مطالب ثلاثة كالآتي:

المطلب الأول

قابلية جميع الاختراعات للحصول على البراءة

مبدأ قابلية كافة الاختراعات للحصول على البراءة:

ألزمت اتفاقية التريس الدول الأعضاء بأن تتيح إمكانية الحصول على براءات اختراع لكافة الاختراعات سواء أكانت منتجات أم عمليات صناعية فى كافة ميادين التكنولوجيا^(٢) . وقد أوجب هذا الحكم على جميع الدول الأعضاء حماية كافة طوائف الاختراعات عن طريق البراءة أيا كان المجال التكنولوجى الذى ينتمى إليه الاختراع .

ويلزم هذا الحكم الدول الأعضاء التى تستبعد تشريعاتها الاختراعات الدوائية والكيميائية والغذائية من نطاق الحماية عن طريق البراءة، أو الدول التى تقصر منح البراءة على الاختراعات المتعلقة بالطرق الصناعية دون الاختراعات المتعلقة بالمنتجات بتعديل قوانينها بما يتوافق مع أحكام الاتفاقية^(٣) .

وهذا يقتضى تعديل تشريعاتها لإتاحة منح براءة المنتج وبراءة الطريقة الصناعية عن الاختراعات الغذائية، شأنها فى ذلك شأن الاختراعات التى تنتمى إلى المجالات التكنولوجية الأخرى .

(١) استئناف مختلط ١٣ نوفمبر ١٩٢٩ ، بلتان ، ص ٣٣ .

(٢) وقد نصت المادة ١/٢٧ من الاتفاقية على ذلك بقولها : « مع مراعاة أحكام الفقرتين ٢،٣ ، متاح إمكانية الحصول على براءات اختراع لأى اختراعات ، سواء أكانت منتجات أم عمليات صناعية ، فى كافة ميادين التكنولوجيا ، شريطة كونها جديدة وتطوى على «خطوة إبداعية» وقابلة للاستخدام فى الصناعة . ومع مراعاة أحكام الفقرة ٤ من المادة ٦٥ ، والفقرة ٨ من المادة ٧٠ ، والفقرة ٣ من هذه المادة ، تمنح براءات الاختراع ويتم التمتع بحقوق ملكيتها دون تمييز فيما يتعلق بمكان الاختراع أو المجال التكنولوجى أو ما إذا كانت المنتجات مستوردة أم منتجة محليا» .

(٣) ومن هذه التشريعات قانون براءات الاختراع والنماذج الصناعية المصرى القديم رقم ١٢٢ لسنة ١٩٤٩ ، حيث أن المادة الثانية (ب) من القانون كانت لاتجيز منح البراءة عن الاختراعات الكيميائية المتعلقة بالأغذية أو العقاقير الطبية أو المركبات الصيدلانية إلا إذا كانت هذه المنتجات تصنع بطريق عمليات كيميائية خاصة وفى هذه الحالة الأخيرة لاتصرف البراءة إلى المنتجات ذاتها بل تصرف إلى طريقة صنعها .



مبدأ عدم التمييز بين الاختراعات:

كما أوجبت المادة ٢٧/١ من الاتفاقية على الدول الأعضاء عدم التمييز بين الاختراعات فيما يتعلق بمنح البراءة أو التمتع بحقوق ملكيتها على أساس مكان الاختراع، أو المجال التكنولوجي الذي ينتمي إليه، أو ما إذا كانت المنتجات مستوردة أم منتجة محلياً.

ومن ثم لا يجوز للدول الأعضاء أن تميز في المعاملة بين الاختراعات التي ابتكرت في داخل إقليمها والاختراعات التي تم التوصل إليها في الخارج سواء فيما يتعلق بإمكانية الحصول على البراءة، أو الحقوق التي تمنح لأصحابها وسواء كان المخترع وطنياً أم أجنبياً،^(١) كما لا يجوز التفرقة في المعاملة بين الاختراعات على أساس المجال التكنولوجي الذي ينتمي إليه الاختراع. ولا يقتصر تطبيق مبدأ المساواة في المعاملة بين الاختراعات على المساواة فيما بينها من حيث إمكانية الحصول على البراءة، بل يمتد تطبيق مبدأ المساواة، إلى التمتع بحقوق ملكية البراءة.

كما أوجبت اتفاقية التريس في المادة ٢٧ فقرة ١ على الأعضاء في منظمة التجارة العالمية أن تتيح إمكانية الحصول على براءات اختراع لكافة الاختراعات سواء أنصب الاختراع على منتج أو عملية صناعية في كافة ميادين التكنولوجيا.

ومن ثم فقد ألزمت الاتفاقية الدول الأعضاء التي تميز بين الاختراعات التي تنتمي إلى مجالات تكنولوجية مختلفة بأن تعدل هذا الحكم لتقرير المساواة في المعاملة بين طوائف الاختراعات المختلفة من حيث شروط منح البراءة، والتمتع بحقوق ملكيتها، سواء كانت البراءة تنصب على منتج جديد أو على طريقة صناعية جديدة، وسواء كان المخترع وطنياً أم أجنبياً مؤهلاً للحماية.

ومن الجدير بالذكر أن التفرقة في المعاملة بين الاختراعات من حيث مدة الحماية كانت مقررة في تشريعات كثير من الدول النامية. ففى مصر كان قانون براءات الاختراع والرسوم والنماذج الصناعية القديم رقم ١٣٢ لسنة ١٩٤٩ يحدد في المادة ١٢ مدة البراءة بخمسة عشر سنة تبدأ من تاريخ طلب البراءة، ويجوز تجديدها مرة واحدة لمدة لا تتجاوز خمس سنوات، غير أن البراءة التي تمنح عن الاختراعات الكيميائية المتعلقة بالأغذية أو العقاقير الطبية أو المركبات الصيدلانية. وهى براءة الطريقة الصناعية دون براءة المنتج. مدتها عشر سنوات غير قابلة للتجديد.^(٢) وفى الهند كان قانون براءات الاختراع الهندي الصادر سنة ١٩٧٠ يحدد مدة البراءة كقاعدة عامة بـ ١٤ سنة، غير أن القانون حدد مدة البراءة التي تمنح للأدوية والأغذية. وهى براءة الطريقة الصناعية دون براءة المنتج. بـ ٥ سنوات من تاريخ القرار النهائي بمنح البراءة أو ٧ سنوات من تاريخ طلب الحصول على البراءة أيهما أقصر.^(٣)

وحيث أن المادة ٢٧/١ من اتفاقية التريس تلزم الدول الأعضاء بعدم التفرقة في المعاملة بين الاختراعات فقد أوجب هذا الحكم على جميع الدول الأعضاء التي تتضمن تشريعاتها أحكاماً تماثل ما تضمنه القانون المصرى والقانون الهندي من أحكام إلغاء التفرقة في المعاملة بين الاختراعات الدوائية والكيميائية والغذائية وغيرها من طوائف الاختراعات الأخرى.

(١) اقرت اتفاقية التريس مبدأ المعاملة الوطنية وبموجب هذا المبدأ لا يجوز التمييز بين الوطنى والاجنبى. ومن الجدير بالذكر أن بعض التشريعات المعمول بها قبل تطبيق اتفاقية التريس كانت تمنح بعض حقوق الملكية الفكرية للوطنيين دون الأجانب. ومن الأمثلة على ذلك قانون كوريا الجنوبية الذى يمنح براءة الاختراع عن المنتجات الدوائية المبتكرة للوطنيين ويحظر ذلك على الأجانب. وقد حظرت اتفاقية التريس التمييز في المعاملة بين الوطنى والاجنبى وأقرت مبدأ المعاملة الوطنية بمقتضى المادة الثانية من الاتفاقية. وهذا المبدأ كان معمولاً به بموجب اتفاقية باريس في الملكية الصناعية لسنة ١٨٨٣ قبل اتفاقية التريس.

(٢) وقد تأثرت قوانين براءات الاختراع في الدول العربية إلى حد كبير بأحكام قانون براءات الاختراع المصرى رقم ١٣٢ لسنة ١٩٤٩، ونقلت كثيراً من أحكامه. فعلى سبيل المثال نقل قانون براءات الاختراع والرسوم والنماذج الصناعية الكويتي القديم رقم ٤ لسنة ١٩٦٢ في مادته ١٢ ذات حكم المادة ١٢ من القانون المصرى. ومن الجدير بالذكر أن القانون رقم ٤ لسنة ١٩٩٩ بتعديل بعض أحكام قانون براءات الاختراع الكويتي قد ألقى التفرقة بين طوائف الاختراعات المختلفة بما يتوافق مع أحكام اتفاقية التريس.

(٣) وهذه المدة تقل عن المدة التي حددتها اتفاقية التريس، إذ وضعت المادة ٣٣ من الاتفاقية حداً أدنى لمدة البراءة وهو ٢٠ سنة تحسب اعتباراً من تاريخ التقدم بطلب الحصول على البراءة، ويسرى هذا الحكم على كافة طوائف الاختراعات بدون تمييز.

المطلب الثاني

جواز استثناء النباتات والحيوانات من الخضوع للحماية عن طريق البراءة

واستثناءً من مبدأ قابلية الاختراعات في كافة ميادين التكنولوجيا للحماية عن طريق البراءة أجازت الاتفاقية في المادة ٢٧ الفقرتين ٢، ٣، استثناء ثلاث طوائف من الاختراعات من الحماية عن طريق البراءة هي:

١. الاختراعات التي يكون منع استغلالها تجارياً في أراضيها ضرورياً لحماية النظام العام أو الأخلاق الفاضلة (المادة ٢٧ فقرة ٢).

٢. طرق التشخيص والعلاج والجراحة اللازمة لمعالجة البشر أو الحيوانات (المادة ٢٧ فقرة ٣-أ).

٣. النباتات والحيوانات، خلاف الأحياء الدقيقة، والطرق البيولوجية في معظمها لإنتاج النباتات أو الحيوانات، خلاف الأساليب والطرق غير البيولوجية والبيولوجية الدقيقة (المادة ٢٧ فقرة ٣ - ب).

ويعني من هذه الاستثناءات الطائفة الثالثة وهي تشمل النباتات والحيوانات ذاتها، بمعنى أن ما يجوز للدول الأعضاء استبعاده من نطاق الحماية عن طريق البراءة لا يقتصر على أصناف أو أجناس أو أنواع النباتات والحيوانات، وإنما ينصب على النباتات والحيوانات ذاتها بغض النظر عن أصنافها وأجناسها وأنواعها. ومن ثم يجوز للدول الأعضاء أن تستبعد من الحماية عن طريق البراءة الحيوانات بكاملها أو أي جزء من أجزائها، بغض النظر عن طرق تربيتها أو إنتاجها. وبشكل أكثر وضوحاً يجوز للدول الأعضاء أن تستبعد من الحماية عن طريق البراءة الحيوانات والنباتات سواء تم تربيتها وإنتاجها بالوسائل الطبيعية التقليدية أو تم تعديل صفاتها الوراثية عن طريق استخدام الهندسة الوراثية، كما يجوز لها استبعاد أجزاء الحيوانات والنباتات من الحماية عن طريق البراءة بما في ذلك الخلايا ومكوناتها والأعضاء والأنسجة.

الاستثناء لا يشمل الكائنات الدقيقة، ولا الطرق غير البيولوجية والبيولوجية الدقيقة لإنتاج النباتات والحيوانات؛

ووفقاً لحكم المادة ٢٧ (٣) ب من اتفاقية التريس لا يشمل الاستثناء الكائنات الدقيقة micro-organisme وأهمها البكتريا والفيروسات والفطريات والطحالب والكائنات وحيدة الخلية. ومن ثم تلتزم الدول الأعضاء في منظمة التجارة العالمية بأن تتيح قابلية الحصول على براءة اختراع للابتكارات المتعلقة بهذه الكائنات إذا توافرت شروط منح الحماية سواء انصب الاختراع على الكائنات الدقيقة ذاتها أو على طريقة استعمالها^(١).

كما لا يمتد الاستثناء المتقدم إلى الطرق غير البيولوجية non-biological processes التي تستخدم في إنتاج النباتات والحيوانات.

(١) ومن الجدير بالذكر أن من المبادئ التي كانت راسخة في مجال النظام القانوني لحماية الاختراعات في التشريعات المقارنة مبدأ استبعاد كافة أشكال الكائنات الحية من الحماية عن طريق البراءة. وقد ذكرنا فيما تقدم أن هذا المبدأ بدأ في التراجع بشدة سنة ١٩٨٠ عندما أصدرت المحكمة العليا الأمريكية حكمها في قضية Diamond V. Chakrabarty الذي قرر صراحة منح البراءة عن ابتكار موضوعه نوع من البكتريا تم تعديل صفاتها الوراثية عن طريق تغيير الجينات فأصبحت لديها القدرة على إزابة المخلفات البترولية. انظر : Francis & Collins, Cases and Materials on Patent Law, (1995), p.516.

وقد أحدث هذا الحكم تعديلاً جذرياً في المبادئ التي يركز عليها نظام براءات الاختراع، إذ قرر حماية الكائنات الدقيقة ذاتها - وهي كائنات حية - عن طريق البراءة وليس مجرد طريقة استنباطها. وقد تأثرت الأنظمة القانونية المقارنة بهذا الحكم وبدأت في الاتجاه نحو حماية الكائنات الدقيقة ذاتها عن طريق براءة الاختراع وليس مجرد طريقة استخدامها أو تحضيرها. وقد سار النظام الأمريكي خطوة أوسع إلى الأمام عندما منح مكتب البراءات الأمريكي أول براءة اختراع لحيوان في سنة ١٩٨٨ لجامعة هارفارد وكان موضوع الاختراع فأر تجارب تم تغيير صفاته الوراثية لاستخدامه في الأبحاث والتجارب، كما تم إصدار براءة اختراع أوروبية من مكتب البراءات الأوروبي عن ذات الاختراع بعد جدل قانوني طويل. انظر R.Stephen Crespi, European Union, in : Erbsich and Maredia (editors) Intellectual Property Rights in Agricultural Biotechnology, p.200.





ويقصد بذلك الطرق التي لا تعتمد على الوسائل الطبيعية في إنتاج النباتات والحيوانات. وهذا يعنى أن الدول الأعضاء في منظمة التجارة العالمية يجوز لها أن تستبعد من الحماية عن طريق البراءة الوسائل الطبيعية في إنتاج النباتات والحيوانات مثل طرق التلقيح والإخصاب والتهجين.

وكذلك لا يمتد الاستثناء إلى الطرق البيولوجية الدقيقة micro-biological processes في إنتاج النباتات والحيوانات، ويقصد بذلك الطرق التي تعتمد على الكائنات الدقيقة في إنتاج النباتات والحيوانات، وبالتالي يجب على الدول الأعضاء في منظمة التجارة العالمية حماية الابتكارات المتعلقة بهذه الطرق عن طريق البراءة.

ومن الغنى عن البيان أن المادة ٢٧ (٣) ب من اتفاقية التريس لا تفرض على الدول الأعضاء استبعاد النباتات والحيوانات عن طريق البراءة، ولكنها تجيز لها أن تستثنيها من الحماية ببراءة الاختراع دون إجبارها على ذلك.

المطلب الثالث

التزام الدول الأعضاء في منظمة التجارة العالمية بحماية الأصناف النباتية

ورغم أن المادة ٢٧ (٣) ب من اتفاقية التريس أجازت للدول أن تستثني من قابلية الحصول على البراءة النباتات والحيوانات، إلا إنها ألزمتها بحماية أصناف النباتات plants varieties عن طريق براءة الاختراع، أو عن طريق نظام من نوع خاص، أو نظام يمزج بينهما.

وقد أتاح هذا الحكم للدول الأعضاء في منظمة التجارة العالمية حرية اختيار نظام لحماية أصناف النباتات من بين أنظمة الحماية الثلاثة المتقدمة، إذ لم تفرض الاتفاقية عليها حماية أصناف النباتات عن طريق البراءة.

ومن الغنى عن البيان أن اتفاقية التريس ألزمت الدول الأعضاء بتوفير حماية فعالة لأصناف النباتات ولكنها لم تضع حدا أدنى من معايير أو مستويات حماية الأصناف النباتية مثلما فعلت في صور الملكية الفكرية السبعة التي عالجتها. ومن ثم لا يوجد أى التزام على الدول الأعضاء بالأخذ بنصوص اتفاقية اليوبوف بل يجوز لها وضع نظام خاص لحماية الأصناف النباتية، إذ تركت اتفاقية التريس للدول الأعضاء الحرية الكاملة في وضع نظام خاص لحماية الأصناف النباتية بما يتفق مع مصالحها بشرط أن يكون نظاما فعالا effective.

الوسيلة الأفضل بالنسبة للدول النامية لحماية أصناف النباتات:

يجب على الدول النامية عند إعداد تشريعاتها مراعاة أن الصيغة الأخيرة من اتفاقية يوبوف ١٩٩١ تدعم حقوق المربين، وتقلص حقوق المزارعين، ومن ثم فهي لا تتلاءم مع مصالح الدول النامية.



- ولذلك فمن الأفضل لها إذا أرادت الاسترشاد بنصوص اتفاقية اليوبوف أن تقتبس نظام الحماية الخاص من اتفاقية يوبوف ١٩٧٨ .
- ولا شك أن من مصلحة الدول النامية أن تتفق فيما بينها على وضع نظام موحد لحماية أصناف النباتات الجديدة يتم صياغته بما يتفق مع مصالحها . ولتحقيق هذا الهدف نعتقد أن أى نظام مقترح لحماية أصناف النباتات يجب أن يراعى اتباع ما يلي:
- ١ . استبعاد حماية أصناف النباتات الجديدة عن طريق براءة الاختراع .
 - ٢ . تأكيد حق المزارعين فى استخدام مواد تكاثر الصنف المحمى الذى تمت زراعته، وأهمها البذور والتقاوى، فى إعادة زراعته وكذلك استخدام مواد التكاثر فى الأغراض غير التجارية . وهو ما يعرف بامتياز المزارعين .
 - ٣ . إقرار جواز استخدام الغير للصنف النباتى المشمول بالحماية بغرض تطوير أو تحسين الصنف دون حاجة للحصول على ترخيص من صاحب الحق فى الحماية، ودون دفع أى مقابل، وهذا ما يعرف بامتياز المربين .
 - ٤ . تأكيد حقوق المزارعين الذين قدموا معلومات تفيد فى تحسين أو تطوير النباتات المشمولة بالحماية أو وفروا أصناف النباتات التى تم تطويرها وحمايتها فيما بعد فى الحصول على مقابل عادل .
 - ٥ . إقرار نظام الترخيص الإجبارى فى مجال الأصناف النباتية تحقيقا للمصلحة العامة .
 - ٦ . السماح بالاستيراد الموازى للبذور والتقاوى تطبيقا لمبدأ الاستنفاد الدولى لحقوق الملكية الفكرية .
- وسوف نتناول فى المبحث التالى أحكام اتفاقية يوبوف ١٩٩١ ومقارنتها باتفاقية يوبوف ١٩٧٨ لبيان مدى ارتفاع معايير الحماية فى يوبوف ١٩٩١ بما يخدم مصالح الدول المتقدمة دون مراعاة مصالح الدول النامية .

المبحث الثالث

حماية الأصناف النباتية وفقاً لاتفاقية اليوبوف

تمهيد:

أبرمت اتفاقية الدولية لحماية الأصناف النباتية الجديدة (اتفاقية اليوبوف) فى ٢ ديسمبر ١٩٦١ ثم عدلت عدة مرات فى ١٠ نوفمبر ١٩٧٢ ، ٢٣ أكتوبر ١٩٧٨ ، وأخيراً فى ١٩ مارس ١٩٩١ .

وتتمتع الأصناف النباتية الجديدة بالحماية وفقاً لنصوص الاتفاقية بغض النظر عن الطريقة التكنولوجية التى تستخدم فى التوصل إلى الصنف النباتى الجديد ، بمعنى أن الأصناف النباتية الجديدة يتم حمايتها ، إذا توافرت شروط الحماية ، سواء تم الحصول عليها عن طريق التكاثر الجينسى أو بطريق التكاثر اللاجنسى ، كما تحمى الأصناف النباتية الجديدة التى يتم التوصل إليها عن طريق استخدام الهندسة الوراثية .

وقد عرفت اتفاقية يوبوف ١٩٩١ فى المادة الأولى (٥) « الصنف » محل الحماية فنصت على أنه لأغراض الاتفاقية « يقصد بمصطلح الصنف أى مجموعة نباتية تدرج فى تصنيف نباتى واحد من أدنى المرتبات المعروفة ، وتستوفى أو لا تستوفى تماماً شروط منح حق مربي النباتات و يمكن :



- التعرف عليها بالخصائص الناجمة عن تركيب وراثي معين أو مجموعة معينة من التراكيب الوراثية ،
- وتمييزها عن أى مجموعة نباتية أخرى بإحدى الخصائص المذكورة على الأقل ،
- واعتبارها وحدة نظرا إلى قدرتها على التكاثر دون أى تغيير" ^(١).

ومن الجدير بالذكر أن تقسيم أنواع النباتات إلى « أصناف » ليس تقسيماً علمياً دقيقاً ، بل يرجع فى أساسه إلى الاعتبارات العملية التى تقتضى تقسيم النباتات إلى مجموعات تضم كل مجموعة منها النباتات المتشابهة التى تجمعها خصائص مشتركة تسهلا للتعرف عليها ^(٢).

تقسيم:

وسوف نستعرض أحكام الاتفاقية وفقا لصيغة ١٩٩١ - وقد دخلت هذه الصيغة حيز التنفيذ فى ٢٤ إبريل ١٩٩٨ - مع إبراز التعديلات على صيغة ١٩٧٨ ^(٣) فى أربعة مطالب كما يلى :

المطلب الأول : الالتزامات العامة للأطراف المتعاقدة .

المطلب الثانى : شروط منح حق مربى الصنف النباتي.

(١) ولمزيد من الإيضاح نأخذ عائلة الموالح Citrus Family كمثال ، وهى تنقسم إلى عدة أجناس منها البرتقال والليمون . فشجرة البرتقال هى جنس من أجناس عائلة الموالح . ومن أنواع البرتقال البلدى والسكرى وأبو سره وكل نوع منها يصنف إلى عدة أصناف فمن أصناف أبو سره الصنف طومسون Thompson والصنف واشنطن Washington .

(٢) انظر 201 ، p. 1998 ، (Edited by Erbis and Maredia) ، R. Stephen Crespi ، European Union ، in: Intellectual Property Rights in Agricultural Biotechnology .

(٣) وجدير بالذكر أن عدد الدول الأطراف فى اتفاقية اليوبوف قد بلغ ٦٧ دولة حتى ١٥ يناير ٢٠٠٩ ومن بين قائمة هذه الدول يوجد دولة هى بلجيكا طرف فى يوبوف ١٩٦١ وما لحقها من تعديل ١٩٧٢ ، وهو آخر تعديل انضمت اليه . أما بقية الدول فبعضها اطراف فى اتفاقية اليوبوف ١٩٧١ وبعضها الاخر اطراف فى اتفاقية اليوبوف ١٩٩١ . ومن الدول التى لازالت اطراف فى يوبوف ١٩٧٨ حتى الان: كندا ، فرنسا ، ايرلندا ، ايطاليا ، نيوزيلندا ، النرويج ، البرتغال .



المطلب الثالث

طلب منح حق مربى الصنف النباتي

المطلب الرابع

حقوق مربى الصنف النباتي

المطلب الأول

الالتزامات العامة للأطراف المتعاقدة

التزامات الدول الأطراف:

تناولت المادة ٢ من اتفاقية يوبوف ١٩٩١ الالتزامات الأساسية التي تقع على عاتق الدول المتعاقدة فأوجبت "على كل طرف متعاقد أن يمنح حقوقا لمربى النباتات ويحميها". والمقصود بحقوق مربى النباتات ، كما أوضحت المادة الأولى (٥) من الاتفاقية ، هي حقوق مربى النباتات التي تنص عليها الاتفاقية . ويتوافق نص المادة ٢ من اتفاقية يوبوف ١٩٩١ مع المادتين ١ ، ٣٠/٣ من اتفاقية يوبوف ١٩٧٨ .

الحماية المزدوجة للأصناف النباتية:

ومن الجدير بالذكر أن المادة ٢ (١) من يوبوف ١٩٧٨ تجيز للدول المتعاقدة حماية حقوق المربين إما عن طريق النظام الخاص بحماية النباتات أو عن طريق البراءة ولكنها لا تجيز الجمع بين نوعي الحماية . فإذا كان القانون الوطني للدولة يجيز حماية حقوق المربين عن طريق البراءة ، فلا يجوز الجمع نوعي الحماية في آن واحد . وهذا يعني أن المربى لا يجوز أن يجمع بين نوعي الحماية بالنسبة لصنف نباتي واحد . غير أن اتفاقية يوبوف ١٩٩١ خلت من نص مماثل ومن ثم فهي لا تحظر على الدول المتعاقدة حماية الصنف النباتي عن طريق براءة الاختراع أو أى نظام حماية آخر إلى جانب نظام حماية الأصناف النباتية الذي تنص عليه الاتفاقية ، وبالتالي يجوز وفقا لاتفاقية يوبوف ١٩٩١ للدول المتعاقدة أن تحمي الصنف النباتي حماية مزدوجة عن طريق البراءة وعن طريق نظام الحماية المنصوص عليه في الاتفاقية في آن واحد ، وهذا ما تفعله بعض الدول مثل الولايات المتحدة الأمريكية .

الأجناس والأنواع النباتية الواجب حمايتها:

لم تفرض اتفاقية يوبوف ١٩٧٨ على الدول أعضاء الاتحاد حماية جميع أجناس وأنواع النباتات ، بل قصرت المادة ٣/٤ من الاتفاقية التزامها على حماية خمسة أجناس أو أنواع من النباتات كحد أدنى عند دخول الاتفاقية حيز التنفيذ في الدولة ، على أن تلتزم الدولة المعنية بزيادة هذا العدد تدريجيا بحيث يصل عدد أجناس أو أنواع النباتات التي تتمتع بالحماية إلى ٢٤ جنسا ونوعا بعد ٨ سنوات من دخول الاتفاقية حيز التنفيذ . وهذا يعني أن الحد الأقصى للالتزام الدول الأعضاء في الاتحاد يبلغ ٢٤ جنسا ونوعا من النباتات .



وقد توسعت اتفاقية يوبوف ١٩٩١ فى نطاق النباتات المغطاة بالحماية حيث أوجبت المادة ٣ من الاتفاقية على الدول الأعضاء فى الاتحاد وفقا لصيغة ١٩٦١ أو صيغة ١٩٧٢ أو صيغة ١٩٧٨ التى انضمت إلى صيغة ١٩٩١ حماية جميع أجناس وأنواع النباتات بعد مضى خمس سنوات بعد أقصى على تاريخ التزامها بتطبيق أحكام الصيغة الجديدة . أما بالنسبة للدول الأعضاء الجدد فى الاتحاد ، وهى الدول التى انضمت مباشرة إلى صيغة ١٩٩١ ولم يسبق لها الانضمام للاتحاد فتلتزم بحماية ١٥ جنسا أو نوعا نباتيا على الأقل اعتبارا من تاريخ التزامها بتطبيق أحكام الاتفاقية ، وتلتزم بزيادة هذا العدد حتى تغطى الحماية كافة الأجناس والأنواع النباتية بعد انقضاء ١٠ سنوات على أقصى تقدير .

المعاملة الوطنية:

قررت اتفاقية يوبوف ١٩٩١ مبدأ المعاملة الوطنية فى المادة ٤ . وبمقتضى هذا المبدأ تلتزم البلدان الأعضاء فى الاتحاد بمعاملة مواطنى الدول الأخرى الأعضاء فى الاتحاد والأشخاص الطبيعيين المقيمين فيها والأشخاص المعنويين الذين يقع مقرهم فيها بذات المعاملة التى تمنحها حاليا أو مستقبلا قوانينها لمواطنيها شريطة استيفاء الشروط والإجراءات الشكلية التى تنص عليها تلك القوانين . ويتوافق هذا المبدأ مع ما تقررته المادة ٣ من اتفاقية يوبوف ١٩٧٨ ، غير أن المادة ٣ من اتفاقية يوبوف ١٩٧٨ تجيز للدول الأعضاء أن تتحفظ على تطبيق مبدأ المعاملة الوطنية فتشترط لتطبيق هذا المبدأ المعاملة بالمثل على خلال يوبوف ١٩٩١ التى خلت من نص يسمح للدول الأعضاء بهذا التحفظ .

المطلب الثانى

شروط حق مربى الصنف النباتي

الشروط الواجب توافرها لمنح الحماية:

وفقا للمادة ١/٥ من اتفاقية اليوبوف ١٩٩١ يجب لحماية الأصناف النباتية أن يتوافر فى الصنف النباتى المراد حمايته أربعة شروط^(١) هي :

١- الجودة ٢- التمييز ٣- التجانس ٤- الثبات

١- الجودة :

وقد حددت المادة ١/٦ من الاتفاقية معيار الجودة . يعتبر الصنف جديدا إذا لم يسبق للمربى ، ولم يوافق لغيره ، على بيع مواد التناسل أو التكاثر النباتى للصنف أو محصول الصنف ، ولم يتم التصرف فى تلك المواد أو المحصول بأى وجه آخر ، لأغراض استغلال الصنف :

أ - فى الدولة التى تم إيداع الطلب فيها منذ مدة تزيد على سنة قبل تاريخ الإيداع .

ب - وفى إقليم أى دولة أخرى خلاف الدولة التى أودع الطلب فيها منذ مدة تزيد على أربع سنوات أو ست سنوات إذا أنصب طلب الحماية على الأشجار أو الأعناب^(٢) .

(٢٣) وتشترط المادة ٢/٥ من الاتفاقية بالإضافة إلى ذلك تسمية الصنف ، واستيفاء الإجراءات الشكلية التى ينص عليها القانون الوطنى فى الدولة التى يتم إيداع طلب الحماية فيها ، ودفع الرسوم المستحقة .

(٢٤) ومن الجدير بالذكر أن المادة ٢/٦ أجازت للدول الأعضاء اعتبار الصنف جديدا ولو تم بيعه أو التصرف منه بأى وجه آخر للغير قبل المدد المشار إليها فى المادة ١/٦ وذلك إذا توسعت الدولة فى الحماية لتشمل أجناس أو أنواع النباتات ، أو توسعت عن طريق تطبيق الصيغة الأخيرة للاتفاقية وفقا لتعديل ١٩٩١ بعد أن كانت تطبق إحدى الصيغ السابقة .

٢- التمييز :

وفقا للمادة ٧ من الاتفاقية يتوافر التمييز فى الصنف النباتى إذا أمكن تمييزه بوضوح عن أى صنف نباتى آخر يكون وجوده معروفا بشكل علنى فى تاريخ إيداع الطلب . ويعتبر وجود الصنف الآخر معروفا بشكل علنى ، بوجه خاص ، إذا أودع المربى طلبا لحمايته فى أى دولة أو لقيده فى السجل الرسمى للأصناف النباتية فيها اعتبارا من تاريخ إيداع الطلب طالما تم قبول الطلب ومنح الحماية ، أو قيد الصنف النباتى الآخر فى السجل الرسمى بحسب الأحوال .

٣- التجانس :

وقد ذكرت المادة ٨ من الاتفاقية المقصود بالتجانس ، ويعتبر الصنف وفقا لهذا النص متجانسا إذا كانت خصائصه الأساسية متوافقة بدرجة كافية ، وغير متباينة ، مع مراعاة الاختلافات المتوقعة فى الخصائص الأساسية للصنف التى تتسم بها عملية تكاثره. وهذا يعنى أنه لا يشترط التجانس المطلق absolute uniformity لخصائص الصنف ، حيث أن الاختلافات المتوقعة فى الخصائص التى تصاحب عادة عملية التكاثر لا تنفى وجود التجانس.

٤- الثبات :

ووفقا للمادة ٩ من الاتفاقية يعتبر الصنف ثابتا إذا لم تتغير خصائصه الأساسية اثر تكاثره المتتابع ، أو فى نهاية كل دوره خاصة للتكاثر.

الشروط الأخرى :

وبالإضافة إلى الشروط المتقدمة فقد أوجبت الاتفاقية على الطالب تسمية الصنف النباتى تسمية مختلفة عن أى تسمية لأى صنف آخر من ذات نوعه أو قريب منه يكون موجودا من قبل فى إقليم أى دولة متعاقدة من أجل سهولة التعرف عليه . كما أوجبت على الطالب استيفاء الإجراءات الشكلية المنصوص عليها فى القانون الوطنى للدولة التى تم إيداع الطلب فيها . (المادة ٢/٥ يوبوف ١٩٩١) .

المطلب الثالث

طلب منح حق مربى الصنف النباتى

إيداع الطلب :

تبدأ إجراءات حماية الأصناف النباتية الجديدة فى الدول الأعضاء فى الاتحاد الدولى لحماية الأصناف النباتية بتقديم طلب يقدمه صاحب الشأن إلى الجهة الإدارية المختصة بتلقى الطلبات التى يحددها التشريع الوطنى فى الدولة المعنية . ووفقا للمادة ١٠ من اتفاقية اليوبوف ١٩٩١ يحق للمربى إيداع أول طلب لحماية الصنف النباتى فى أى دولة يختارها من الدول المتعاقدة ، ثم يطلب فى تاريخ لاحق حماية ذات الصنف النباتى فى الدولة أو الدول الأخرى أعضاء الاتحاد وذلك بإيداع طلب الحماية لدى الجهة الإدارية المختصة بتلك الدولة أو الدول الأخرى . وتبت الجهة المختصة فى كل دولة من الدول التى قدمت إليها طلبات الحماية اللاحقة دون أن تنتظر منح المربى الحماية فى الدولة التى أودع فيها أول طلب لحماية الصنف النباتى . ولا يجوز لأى دولة أن ترفض منح المربى الحماية أو تنقص مدتها استنادا إلى أن حماية الصنف ذاته لم تطلب أو رفضت أو انقضت فى أى دولة أو منظمة دولية حكومية أخرى .



حق الأولوية :

قررت المادة ١١ من الاتفاقية أنه يحق لمربي النباتات الذى أودع طلبا لحماية الصنف النباتى فى إحدى الدول المتعاقدة "الطلب الأول" ثم أودع طلب آخر "الطلب اللاحق" فى دولة أخرى فى خلال اثنتى عشر شهرا تالية لتاريخ إيداع الطلب الأول ، أن يتمتع بحق الأولوية بمعنى أن يعامل الطلب اللاحق وكأنه أودع فى تاريخ الطلب الأول فتكون له الأسبقية على كافة الطلبات التى يتم إيداعها بعد تاريخ إيداع الطلب الأول.

ويشترط للاستفادة من حق الأولوية أن يتمسك مربي النباتات فى الطلب اللاحق بأولوية الطلب الأول . ووفقا للمادة ١١ فقرة ٢ يجوز لجهة الإدارة التى أودع لديها الطلب اللاحق أن تطالب مربي النباتات بأن يزودها بصورة من مستندات الطلب الأول والعينات أو الأدلة الأخرى التى تثبت أن موضوع الطلبين هو حماية صنف نباتى واحد . ويمنح المربي مهلة لا تقل عن ثلاثة شهور لاستيفاء المطلوب . كما يمنح مربي النباتات مهلة مدتها سنتين بعد انقضاء المهلة السابقة (وهى ثلاثة شهور على الأقل) لتزويد جهة الإدارة التى أودع لديها الطلب اللاحق بما يلزم من معلومات ووثائق ومواد مطلوبة لإجراء الفحص .

فحص الطلب :

وتوجب المادة ١٢ من اتفاقية اليوبوف لسنة ١٩٩١ فحص الطلبات التى تقدم للتأكد من استيفاء شروط الحماية المتقدمة . ويجوز لجهة الإدارة المختصة زراعة الصنف أو إجراء الاختبارات الضرورية ، أو تكليف الغير بزراعته أو بإجراء تلك الاختبارات ، أو تأخذ فى الحسبان نتائج الاختبارات السابقة التى أجريت من قبل . كما يجوز لها أن تطلب من المربي أى يزودها بكافة المعلومات والوثائق والمواد الضرورية لإجراء الفحص .

الحماية المؤقتة :

أوجبت المادة ١٣ من يوبوف ١٩٩١ على الدول المتعاقدة توفير حماية مؤقتة لمربي النباتات خلال الفترة من تاريخ إيداع طلب الحماية أو نشره وتاريخ منح حق الحماية ، وقررت حق مربي الأصناف النباتية فى الحصول على تعويض عادل من أى شخص يكون قد باشر خلال هذه الفترة المؤقتة عملا من الأعمال التى تقتضى الحصول على ترخيص من مربي النباتات بعد منحه حق الحماية كما تنص على ذلك المادة ١٤ من الاتفاقية. وقد أجازت المادة ١٣ من الاتفاقية للدول الأطراف أن تقرر عدم سريان حق المربي فى الحماية المؤقتة إلا فى مواجهة الأشخاص الذين يكون المربي قد أحاطهم علما بإيداع طلب حماية الصنف النباتى .

المطلب الرابع

حقوق مربي الصنف النباتى

نطاق حق مربي النباتات :

وفقا للمادة ٥ من اتفاقية يوبوف ١٩٧٨ يحظر على الغير القيام بإنتاج مواد التكاثر النباتى أو إعادة الإنتاج الخاصة بالصنف المحمى للأغراض التجارية ، كما لا يجوز عرض هذه المواد للبيع وتسويقها بدون ترخيص من المربي . ويشمل مصطلح مواد التكاثر النبات بكامله . ويمتد حق المربي إلى نباتات الزينة أو أجزائها التى يتم تسويقها لغير غرض الإكثار عندما تستعمل استعمالا تجاريا .

ووفقاً لهذا النص يقتصر حظر إنتاج مواد الصنف المحمي بدون ترخيص من المربي على المواد الخاصة بالتكاثر أو إعادة الإنتاج للأغراض التجارية . وهذا يعنى أن إنتاج مواد التكاثر أو إعادة الإنتاج لغير الأغراض التجارية ، مثل إنتاج المزارع لمواد التكاثر أو إعادة الإنتاج من أجل استخدامها فى إعادة زراعة أرضه ، يخرج من نطاق الحظر .

ومن ثم فقد أجازت اتفاقية يوبوف ١٩٧٨ للمزارعين ضمناً استخدام مواد التكاثر مثل البذور والتقاوى الخاصة بالصنف المحمي والناجمة من المحصول فى إعادة زراعة الصنف المحمي فى السنوات القادمة دون دفع أى مقابل مادي للمربي ، وهذا ما يطلق عليه امتياز المزارع farmer's privilege . كما لا تحظر الاتفاقية على المزارعين إنتاج بذور وتقاوى الصنف المحمي من المحصول وتخزين هذه البذور والتقاوى وتبادلها فيما بينهم من أجل استخدامها فى زراعة الصنف المحمي فى السنوات المقبلة بدون حاجة إلى الحصول على ترخيص من المربي ، طالما أن هذا الاستعمال ليس للأغراض التجارية .

فإذا استعرضنا اتفاقية يوبوف ١٩٩١ نجد أنها قد قلصت من حقوق المزارعين ودعت حقوق المربين - بالمقارنة باتفاقية يوبوف ١٩٧٨- من عدة وجوه . فوفقاً للمادة ١٤ من اتفاقية يوبوف ١٩٩١ تخول حماية الأصناف النباتية للمربي حقاً استثنائياً فى استغلال الصنف المحمي مضمونه حظر قيام الغير بإنتاج مواد تكاثر الصنف المحمي أو إعادة إنتاجه ، وتهيتها بهيئة أخرى لأغراض التكاثر ، وعرضها للبيع ، وبيعها ، وتصديرها ، واستيرادها ، وتخزينها لأى غرض من الأغراض المتقدمة ، إلا بترخيص من مربي النباتات . ولا يوجد فى هذا النص ما يدل على الاعتراف الضمنى بامتياز المزارعين لأن نطاق الحماية يشمل حق المربي فى منع الغير من إنتاج أو إعادة إنتاج مواد تكاثر الصنف المحمي أياً كان الغرض من الإنتاج أو إعادة الإنتاج ، على خلاف ما تقضى به المادة ٥ من اتفاقية يوبوف ١٩٧٨ التى تقتصر حق المربي فى منع الغير من إنتاج أو إعادة إنتاج مواد التكاثر على القيام بذلك للأغراض التجارية ، ومن ثم تعترف ضمناً بامتياز المزارعين .

كما يتعين وفقاً للمادة ٢/١٤ من يوبوف ١٩٩١ حصول الغير على ترخيص من مربي النباتات لمباشرة أى عمل من الأعمال المتقدمة فيما يتعلق بمواد الحصاد (مثل الحبوب والثمار) ، بما فى ذلك النبات بكامله أو أجزاء النبات التى يتم الحصول عليها عن طريق استعمال مواد تكاثر الصنف المحمي بدون ترخيص ، ما لم تكن قد أتيحت لمربي النباتات فرصة معقولة لممارسة حقه على مواد التكاثر المذكورة .

وهذا يعنى أن الحق الاستثنائى الذى يتمتع به مربي الصنف النباتى المحمي لا ينصب على مواد الحصاد مثل الحبوب والثمار والنبات الكامل أو أجزائه إلا إذا لم تتح للمربي فرصة معقولة لمباشرة حقه الاستثنائى على مواد التكاثر التى استخدمت فى زراعة الصنف المحمي . فإذا اشترى المزارع مواد تكاثر الصنف المحمي من المربي أو حصل على ترخيص منه باستغلالها واستخدامها فى زراعة الصنف المحمي ، فلا يمتد الحق الاستثنائى للمربي إلى مواد الحصاد الناتجة من زراعة الصنف المحمي لأن المربي باشر حقه على مواد التكاثر التى استخدمت فى الزراعة . أما إذا لم تتح للمربي فرصة معقولة لمباشرة حقه الاستثنائى على مواد التكاثر يكون له مباشرة الحق الاستثنائى على مواد الحصاد .

ولمزيد من الإيضاح : إذا تم زراعة الصنف النباتى المحمي بدون موافقة المربي فى دولة غير متعاقدة لا توفر حماية للأصناف النباتية فلا يمكن لمربي هذا الصنف أن يباشر حقه الاستثنائى على مواد التكاثر التى تستخدم فى زراعة صنفه النباتى فى الدولة التى لا توفر الحماية . ومن ثم يكون له مباشرة حقه الاستثنائى فى الدولة التى تحمي الصنف النباتى على مواد الحصاد التى يتم استيرادها من الدولة التى لا توفر الحماية للصنف النباتى والناجمة من زراعة هذا الصنف فيها ^(١) .

ولا يكلف المربي بإثبات أنه لم تتح له فرصة معقولة لممارسة حقه فيما يتعلق بمواد التكاثر الخاصة بالصنف النباتى ، بل يقع عبء الإثبات على من يدعى أن المربي أتيحت له فرصة معقولة لممارسة حقه على مواد تكاثر الصنف المحمي ^(٢) .

(١) انظر WIPO Intellectual Property Handbook : Policy , Law and Use Publication No . 489 (E) no. 5.638 p. 340. (2001) .
(٢) WIPO Handbook , no. 5.639 p.340





ومن الجدير بالذكر أن المادة ١٤ (٣) من يوبوف ١٩٩١ تجيز للدول المتعاقدة تدعيم حماية الصنف النباتي لتشمل الحماية المنتجة المصنوعة مباشرة من مواد الحصاد ، كما تجيز المادة ١٤ (٤) للدول المتعاقدة أن تضيف إلى قائمة الأعمال المتعلقة بمواد التكاثر التي يخطر على الغير مباشرتها بدون الحصول على ترخيص من المربي أعمالاً أخرى إضافية . ومن الغنى عن البيان أن الاتفاقية لا تلزم الدول المتعاقدة بذلك .

ولا يقتصر نطاق حماية الصنف النباتي في يوبوف ١٩٩١ على مواد التكاثر ومواد الحصاد ، بل يمتد نطاق الحماية إلى الأصناف المشتقة من الصنف المحمي وبعض الأصناف الأخرى، حيث حظرت المادة ١٤ (٥) (أ) من الاتفاقية مباشرة أى عمل من الأعمال المتقدمة^(١) فيما يتعلق ب:

الأصناف المشتقة أساساً^(٢) من الصنف المحمي إذا لم يكن هو أيضاً صنفاً مشتقاً في الأساس .

٧. الأصناف التي لا يمكن تمييزها بسهولة عن الصنف المحمي . والمقصود بذلك الأصناف التي لا تختلف اختلافاً واضحاً من حيث الخصائص المميزة عن الصنف المحمي .

٨. الأصناف التي يقتضى إنتاجها استعمال الصنف المحمي استعمالاً متكرراً .

الحالات المستثناة من الحماية :

١ - الاستثناءات الإلزامية :

ذكرت المادة ١٥ من اتفاقية يوبوف ١٩٩١ عدداً من الأعمال التي لا يشكل قيام الغير بها أى اعتداء على حقوق مربي الصنف المحمي . وهذه الأعمال تخرج من نطاق الحق الاستثنائي لمربي الصنف المحمي وتشكل استثناءات إلزامية يجب على الدول المتعاقدة احترامها ، ولا يحتاج الغير لكى يقوم بها إلى الحصول على ترخيص من مربي الصنف المحمي وهي :

١. الأعمال التي يتم القيام بها لأغراض شخصية غير تجارية.

٢. الأعمال التي يتم القيام بها على سبيل التجربة.

٣. الأعمال التي يتم القيام بها بغرض استحداث أصناف نباتية جديدة.

(٢٧) والمقصود بذلك الأعمال التي يحتاج الغير إلى الحصول على ترخيص من مربي الصنف النباتي المحمي لكى يقوم بها وهي : ١- الإنتاج وإعادة الإنتاج ، ٢- التهيئة لأغراض التكاثر ، ٣- العرض للبيع ، ٤- البيع أو غير ذلك من أعمال التسويق ، ٥- التصدير ، ٦- الاستيراد ، ٧- التخزين لأى غرض من الأغراض المتقدمة .

(٢٨) وقد ذكرت المادة ١٤ (٥) (ب) المقصود بالصنف المشتق أساساً من الصنف المحمي فنصت على أنه : « لأغراض تطبيق أحكام الفقرة الفرعية (أ) (١) ، يعتبر الصنف صنفاً مشتقاً أساساً من صنف آخر (الصنف الأصلي) . عندما :

١- يكون مشتقاً أساساً من الصنف الأصلي أو من صنف مشتق أساساً من الصنف الأصلي ومحتفظاً في ذات الوقت بمظاهر الخصائص الأساسية الناجمة عن التركيب الوراثي أو عن مجموعة التراكيب الوراثية للصنف المحمي،

٢- ويمكن تمييزه بوضوح عن الصنف الأصلي

٣- ويكون مطابقاً للصنف الأصلي من حيث مظاهر الخصائص الأساسية الناجمة عن التركيب الوراثي أو عن مجموعة التراكيب الوراثية للصنف الأصلي فيما عدا ما يتعلق بالاختلافات الناجمة عن أعمال الاشتقاق وهذا يعنى أن الصنف لا يعتبر مشتقاً أساساً من الصنف المحمي إلا إذا كان يماثل الصنف الأصلي في ظاهره فيما يتعلق بالخصائص الأساسية الناجمة عن التركيب الجيني الكامل للصنف على الرغم من وجود اختلافات محدودة بينهما .



وهذا الاستثناء الأخير له أهمية كبيرة فهو يعنى أن استخدام الصنف المحمي بمعرفة الغير بدون ترخيص من المربي بغرض استحداث صنف أو أصناف نباتية أخرى لا يشكل أى اعتداء على حقوق المربي صاحب الصنف المحمي . ولا يجوز للدول المتعاقدة أن تخالف هذا الحكم الذى يتضمن استثناءً إلزامياً يجب احترامه . والهدف من هذا الاستثناء هو تشجيع البحث والتطوير وهو يماثل فى مضمونه ما تقرره المادة ٥ (٣) من اتفاقية يوبوف ١٩٧٨ . ويطلق عليه استثناء المربي breeder's exemption ، أو امتياز المربي breeder's privilege . كما يطلق عليه احيانا الاستثناء البحثي research exemption^(١)

غير أن الاستثناء الذى تنص عليه المادة ٥(٣) من يوبوف ١٩٧٨ لا يقف عند حد السماح للغير باستخدام الصنف المحمي بغرض استحداث صنف جديد ، بل يجوز للغير بموجب هذا الاستثناء أن يقوم باستغلال الصنف الجديد تجاريا دون أن يدفع أى مقابل لصاحب الصنف المحمي الذى تم الاعتماد عليه فى استحداث الصنف الجديد . وقد تقلص هذا الشق من الاستثناء فى يوبوف ١٩٩١ نتيجة للتوسع فى حقوق مربى الصنف المحمي وامتدادها إلى الأصناف المشتقة من الصنف المحمي^(٢) .

٢ - الاستثناءات الاختيارية :

لم تحظر اتفاقية يوبوف ١٩٩١ على المزارعين استخدام مواد تكاثر الصنف المحمي - مثل البذور والتقاوى - الناتجة عن حصاد المحصول فى إعادة الزراعة حظرا مطلقا - وهى ميزة كانت مقررة ضمنا للمزارعين فى يوبوف ١٩٧٨ - بل قلصت هذه الميزة . فوفقا للمادة ١٥ فقرة (٢) من يوبوف ١٩٩١ يجوز للدول المتعاقدة السماح للمزارعين بأن يستعملوا فى أراضيهم ناتج الحصاد الذى حصلوا عليه من زراعة الصنف المحمي أو الأصناف المشتقة أساسا من الصنف المحمي ، والأصناف التى لا يمكن تمييزها بسهولة عنه ، فى إعادة زراعة الصنف المحمي . غير أن المادة ١٥ (٢) وضعت قيودا على الدول المتعاقدة التى ترغب فى إقرار هذا الحق للمزارعين هي :

١ . أن تنص فى تشريعاتها الوطنية على منح المزارعين هذا الحق .

٢ . أن يقتصر السماح للمزارعين على استعمال مواد الحصاد من أجل إعادة زراعة الصنف المحمي فى أراضيهم .

٣ . أن يكون ذلك فى حدود المعقول .

٤ . أن تراعى المصالح المشروعة لمربي الصنف النباتي .

استنفاد حق مربى الصنف النباتي :

عالجت المادة ١٦ من اتفاقية يوبوف ١٩٩١ استنفاد حقوق المربي صاحب الصنف المحمي . ووفقا لهذا النص يستنفد حق مربى النباتات فيما يتعلق بمواد الصنف المحمي^(٣) أو بمواد أى صنف مشتق أساسا من الصنف المحمي والأصناف الأخرى التى يمتد إليها نطاق حق المربي المشار إليها فى المادة ١٤ (٥) التى باعها المربي أو سوقها بأى شكل آخر سواء بنفسه أو بموافقته فى إقليم الدول المتعاقدة المعنية ، أو بمواد مشتقة من المواد المذكورة . وهذا يعنى أن المربي صاحب الصنف المحمي لا يجوز له مباشرة حقه الاستثنائي على المواد التى باعها أو سوقها بأى شكل آخر بنفسه أو بموافقته فى إقليم الدولة المتعاقدة المعنية ، ومن ثم يجوز للغير مباشرة الأعمال المنصوص عليها فى المادة (١٤) (١) - مثل العرض للبيع والبيع والتخزين - بدون الحصول على ترخيص من المربي صاحب الصنف المحمي فيما عدا الأعمال التى تتطوي على :

(١) أنظر : Crespi ، بحثه السابق ، ص ٢٠٠ .

(٢) Crespi ، ص ٢٠٦ .

(٣) وقد أوضحت المادة ١٦ (٢) من الاتفاقية المقصود « بمواد » الصنف فنصت على أنه : (لأغراض تطبيق الفقرة (١) ، يقصد بمصطلح « المادة » بالارتباط بأى صنف : (١) مادة التكاثر مهما كان نوعها

(٤) ومادة الحصاد بما فى ذلك النباتات الكاملة وأجزاء النباتات ، (٢) وكل منتج مصنوع مباشرة من مادة الحصاد) .





١. تكاثر إضافي للصنف المحمي.

٢. تصدير مواد الصنف المحمي إلى بلد لا يحمي الأجناس أو الأنواع النباتية التي ينتمي إليها الصنف ، ما لم يكن الغرض من التصدير هو الاستهلاك .

تقييد حقوق مربى النباتات :

تناولت المادة ١٧ من يوبوف ١٩٩١ تقييد ممارسة حقوق مربى النباتات. وقد أجازت الفقرة الأولى منها للدول الأطراف في الاتفاقية أن تضع قيوداً على المربى في ممارسة حقوقه ، غير أنها قصرت حق الدول في وضع هذه القيود على وجود أسباب تتعلق بالمصلحة العامة .

وهذا النص يجيز للدول الأعضاء في منظمة التجارة العالمية منح تراخيص إجبارية في مجال الأصناف النباتية . غير أن الاتفاقية جعلت سلطة الدول المتعاقدة في منح تراخيص إجبارية مقيدة بشرطين هما :

١. أن يقتصر منح الترخيص الإجباري على أسباب تتعلق بالمصلحة العامة (المادة ١٧ فقرة ١) .

٢. أن تتخذ تدابير ضرورية لضمان حصول المربى على تعويض عادل (المادة ١٧ فقرة ٢).

مدة الحماية :

وضعت المادة ١٩ من اتفاقية اليوبوف ١٩٩١ حداً أدنى لمدة الحماية التي تمنحها الدول المتعاقدة للأصناف النباتية التي تتوفر فيها شروط الحماية ، فأوجب ألا تقل مدة الحماية عن ٢٠ سنة اعتباراً من منح حق الحماية لمربى الصنف النباتي ، وألا تقل عن ٢٥ سنة اعتباراً من التاريخ المذكور بالنسبة إلى الأشجار والأعشاب . وقد دعمت اتفاقية يوبوف ١٩٩١ حقوق المربين فيما يتعلق بمدة الحماية ، حيث أن الحد الأدنى لمدة حماية الأصناف النباتية في اتفاقية يوبوف ١٩٧٨ هو ١٥ سنة، و١٨ سنة بالنسبة للأشجار والأعشاب .

ومن الجدير بالذكر أن مدة الحماية المذكورة في اتفاقية اليوبوف للأصناف النباتية لا تبدأ إلا اعتباراً من تاريخ منح الحق في الحماية للمربى لا من تاريخ إيداع طلب الحماية . ولذلك فقد أجازت المادة ٧ (٣) من اتفاقية يوبوف ١٩٧٨ للدول المتعاقدة اتخاذ تدابير لحماية مربى الصنف النباتي من الأعمال التي تشكل اعتداء من الغير على المربى خلال الفترة التي تبدأ من إيداع الطلب وحتى تاريخ منح الحماية . ولا يوجد التزام على الدول المتعاقدة بتوفير تلك الحماية المؤقتة وإن كان لها أن تفعل ذلك .

أما اتفاقية يوبوف ١٩٩١ فقد أوجبت المادة ١٣ منها على الدول الأطراف توفير حماية مؤقتة لمربى الصنف النباتي خلال الفترة من تاريخ إيداع طلب الحماية أو نشره وتاريخ منح حق حماية الصنف، وذلك بأن تتخذ التدابير اللازمة لضمان الحماية المؤقتة لحق المربى خلال هذه الفترة ، على أن تتضمن هذه التدابير على الأقل حصول المربى على تعويض عادل ممن يقوم بأى عمل من الأعمال التي تحظر المادة ١٤ القيام بها إلا بترخيص من المربى بعد منحه الحماية . وقد أجازت المادة ١٣ للدول الأطراف ألا تطبق أحكام الحماية المؤقتة إلا في مواجهة الأشخاص الذين يكون المربى قد أحاطهم علماً بإيداع الطلب .



المبحث الرابع

ظاهرة القرصنة البيولوجية والتكنولوجيا المانعة لاستخدام التقاوي الناتجة عن زراعة الصنف في إعادة الزراعة

(أ) ظاهرة القرصنة البيولوجية:

لقد انتشرت في السنوات الماضية ظاهرة استيلاء الدول الكبرى على الأصول البيولوجية biopiracy والمعارف السائدة في البلدان الأخرى national or indigenous knowledge، واستغلالها في الحصول على براءات اختراع أو أصناف نباتية وتسجيلها. ومن الغني عن البيان أن حماية هذه الابتكارات المزعومة عن طريق براءات الاختراع تشكل تهديداً للثروة البيولوجية للدول. وخاصة بالنسبة للبلدان النامية^(١). وتتضمن اعتداءً على حقوق المعرفة الوطنية national or indigenous knowledge.

ولعل بيان ما تعرضت له بعض البلدان النامية من اعتداءات يوضح مدى خطورة هذه الظاهرة وأهمية التصدي لها. وأبرز الأمثلة على ذلك البراءات التي سجلت في الولايات المتحدة الأمريكية وتتعلق بنباتات تزرع في الهند منذ زمن بعيد وأهمها البراءات المتعلقة بنباتات Termeric والنيم Neem، ونوع من الارز يسمى basmatic rices وكذلك شأن براءة الـ Quinoa، وهي تتعلق بنوع من الحبوب يزرع في دول الانديز ويشكل الغذاء الرئيسي للسكان.

أما البراءة الأولى فقد منحت عن اختراع توصل إليه اثنان من الباحثين في المركز الطبي لجامعة المسيسيبي بالولايات المتحدة الأمريكية في مارس ١٩٩٥، ويتعلق باستخدام مادة مستخلصة من نبات Turmeric في تصميم الجروح والالتهابات. وهذا النبات ينتمي إلى عائلة الجنزيبيل ginger وموطنه الهند. وقد منحت البراءة في الولايات المتحدة الأمريكية على الرغم من استخدام هذا النبات في الهند في علاج الجروح والالتهابات منذ آلاف السنين. وقد تصدى مجلس البحوث العلمية والصناعية الهندي The Indian Council for Scientific and Industrial Research (CSIR) لعملية القرصنة هذه، وأثار اعتراضاً أمام مكتب البراءات والعلامات التجارية الأمريكي وطلب إلغاء تسجيل البراءة استناداً لعدم توافر شرط جدة الاختراع. وقدم مجلس البحوث الهندي لمكتب البراءات وثائق منشورة تثبت عدم جدة الاختراع، منها بحث منشور في مجلة الجمعية الطبية الهندية سنة ١٩٥٣. وبعد جدل قانوني طويل قرر مكتب براءات الاختراع والعلامات التجارية الأمريكي إلغاء تسجيل البراءة.

أما النيم Neem فهي شجرة تزرع في الهند وفي دول جنوب شرق آسيا وفي أفريقيا، كما تم زراعة ٥٠ ألف شجرة نيم في الأراضي المقدسة في منطقة عرفات بالملكة العربية السعودية. وتستخدم الشجرة في إبادة الحشرات ومقاومة الأمراض الفطرية التي تصيب النباتات والمحاصيل، كما يستعمل زيت النيم في علاج البشرة، والالتهاب السحائي، ويدخل في صناعة صابون طبي للاستحمام، ويستعمل في منع انتشار عدوى الملاريا عن طريق البعوض. كما أن للشجرة استخدامات أخرى متنوعة في صناعة الدواء، معروفة في الهند منذ زمن بعيد. وقد منحت عدة براءات اختراع تتعلق بمنتجات مصدرها مواد مشتقة من شجرة النيم، غير أن أكثر البراءات التي أثارت جدلاً كبيراً لاعتمادها على معارف أو معلومات معروفة في الهند local knowledge تلك التي منحت لشركة W.R. Grace الأمريكية. ورغم الاعتراضات التي أثارت بشأن حصول هذه الابتكارات المزعومة على براءات اختراع، إلا أن مكتب البراءات الأمريكي لم يغير موقفه من حمايتها.

(١) انظر: p.1 "Intellectual Property Rights and Technology Transfer in Developing Country Agriculture: Rhetoric and Reality," Carliene Brenner.

مطبوعات مركز منظمة التعاون الدولي والتنمية.

(٢) انظر لمزيد من التفاصيل بشأن زراعة نباتات neem termeric and basmati في الهند، ومنح براءات اختراع عنها في الولايات المتحدة الأمريكية، الدراسة التي أعدها مركز التجارة والتنمية Trade & Development Center عن الهند (الجزء السادس من الدراسة) وهي منشورة إلكترونياً وموقعها على شبكة الانترنت <http://www.itd.org/india> وقد اشترك في تأسيس هذا المركز كل من البنك الدولي ومنظمة التجارة العالمية في إطار برنامج سمي برنامج تكنولوجيا المعلومات من أجل التنمية (Information Technologies for Development) ITD.



أما الـ Basmati rice فهو صنف من الأرز يزرع في الهند وباكستان ويتميز بدرجة عالية من الجودة. ورغم زراعة هذا الصنف في الهند منذ زمن بعيد وتصديره إلى الخارج فقد منح مكتب البراءات والعلامات التجارية الأمريكية في سبتمبر ١٩٩٧ براءة اختراع لشركة أمريكية هي Ric Tec. Inc. لاستبائها صنف الأرز basmati rice. ولم تفلح الاعتراضات التي أثارت من الجانب الهندي في إلغاء تسجيل البراءة.

أما براءة الـ Quinoa فهي تتعلق بنبات يزرع في دول الأنديز ويشكل الغذاء الرئيسى لعدد كبير من السكان في شيلي وبوليفيا وبيرو والأكوادور. ويزرع أحد أصنافه وهو الصنف apelawa في بوليفيا. وقد منحت براءة اختراع لأثنين من الأساتذة في جامعة كولورادو Colorade State University في الولايات المتحدة الأمريكية عن استخدام هذا الصنف في تحضير دواء لعلاج عقم الرجال male sterility.

كما سجلت التقارير الدولية وقوع سرقات للمصادر الجينية للنباتات من بنوك الجينات التابعة للمجموعة الاستشارية الدولية لمراكز البحوث الزراعية^(١) واستغلالها في تسجيل أصناف نباتية جديدة. ويتضح مما تقدم خطورة ظاهرة استيلاء الدول المتقدمة على الثروات البيولوجية والمعارف التقليدية لدى الدول النامية^(٢).

اتفاقية الأمم المتحدة للتنوع البيولوجى سنة ١٩٩٢، واتفاقية منظمة الأغذية والزراعة ٢٠٠١:

ولمواجهة مخاطر الاعتداء على الثروات البيولوجية وإساءة استغلالها فقد أبرمت اتفاقية الأمم المتحدة للتنوع البيولوجى سنة ١٩٩٢^(٣) وقد ذكرت المادة الأولى من الاتفاقية أن أغراض الاتفاقية تتمثل في المحافظة على بقاء التنوع البيولوجى وتعظيم استعمال مكونات الكائنات الحية والمشاركة العادلة والمنصفة فى المكاسب الناتجة عن استخدام المصادر الجينية.

كما أقرت المادة الثالثة من الاتفاقية حق الدول فى استغلال ثرواتها البيولوجية واعتبرته من حقوق السيادة. كما أكدت المادة ١/١٥ من الاتفاقية حق الدول فى استغلال ثرواتها الطبيعية وخولت للحكومات الوطنية حق الترخيص للغير بالحصول على ثرواتها الجينية والاستفادة منها وفقا للأحكام النافذة فى تشريعاتها الوطنية.

كما أبرمت فى ٣ نوفمبر ٢٠٠١ اتفاقية دولية فى شأن المصادر الجينية للنباتات فى الأغذية والزراعة International Treaty on Plant Genetic Resources For Food and Agriculture بإشراف منظمة الأغذية والزراعة (الفاو) التابعة لهيئة الأمم المتحدة. وذكرت المادة الأولى فقرة (١) من الاتفاقية أن أغراضها تتمثل فى المحافظة على، وتعظيم استخدام، المصادر الجينية للنباتات فى الأغذية والزراعة والمشاركة العادلة والمنصفة فى المكاسب الناتجة عن هذا الاستخدام بما يتوافق مع اتفاقية التنوع البيولوجى.

(١) تضم المجموعة الاستشارية الدولية لمراكز البحوث الزراعية (CGIAR) The Consultative Group on International Agricultural Research (The Consultative Group on International Agricultural Research) عددا كبيرا من مراكز البحوث الزراعية على مستوى العالم بعضها مملوك للدول وبعضها الآخر ملك القطاع الخاص وقد أنشأت المجموعة شبكة من ١٦ مركزا للبحوث على مستوى العالم وهذه المراكز لديها بنك جينات للنباتات تودع فيه المصادر الجينية للنباتات بقصد المحافظة على الثروات البيولوجية النباتية من الضياع والانقراض، بالإضافة إلى استخدامها فى إجراء أبحاث لتطوير الزراعة.

(٢) وبالإضافة إلى ذلك تتعرض أشكال وأنواع وأصناف وسلالات الكائنات الحية بمختلف صورها لمخاطر بالغة بسبب التوسع فى استخدام الهندسة الوراثية مما قد يؤثر فى المستقبل على سلامة البيئة.

(٣) وقد أشرف برنامج الأمم المتحدة للبيئة (The United Nations Environment program) UNEP على إعداد هذه الاتفاقية. وفى نوفمبر ١٩٨٨ شكلت لجنة تضم مجموعة من الخبراء فى التنوع البيولوجى لصياغة مشروع اتفاقية دولية من أجل المحافظة على بقاء التنوع البيولوجى ومعالجة التهديدات التى تتعرض لها أشكال وأنواع وأصناف وسلالات الكائنات الحية، والأضرار التى قد تلحق بالبيئة بسبب التوسع فى استخدام الهندسة الوراثية. وقد أعد مشروع الاتفاقية بمعرفة مجموعة عمل ضمت وفود الدول المشتركة فى المفاوضات وتم إقرارها فى نيروبي فى ٢٢ مايو ١٩٩٢ ثم عرضت الاتفاقية للتوقيع عليها خلال الفترة من ٥ يونيو ١٩٩٢ حتى ٤ يونيو ١٩٩٣.

وقد عالجت الاتفاقية حقوق المزارعين في الجزء الثالث منها ، حيث دعمت المادة ١٩/١ حقوقهم عن طريق:

١. حماية المعارف التقليدية المتعلقة بالموارد الجينية للنباتات.
٢. المشاركة العادلة في المكاسب الناتجة عن استخدام المصادر الجينية للنباتات في الغذاء والزراعة.
٣. مساعدة الحكومات في اتخاذ القرارات الوطنية المتعلقة بالمحافظة على وتعظيم استعمال المصادر الجينية للنباتات.

وبذلك أكدت الاتفاقية الدولية في شأن المصادر الجينية للنباتات في الأغذية والزراعة شأنها في ذلك شأن اتفاقية التنوع البيولوجي حق الدولة في استغلال ثرواتها البيولوجية وفي الحصول على نصيب عادل ومنصف من المكاسب التي تتحقق من استخدام هذه المصادر الجينية بمعرفة رعايا الدول الأخرى.

كما اعترفت الاتفاقية في المادة ١٩/٣ بما تقرره التشريعات الوطنية للمزارعين من حقوق تتعلق بتخزين واستعمال وتبادل وبيع بذور ومواد تكاثر النباتات (بما في ذلك النباتات المحمية)، وأكدت أنه لا يجوز تفسير نص المادة ١٩ بما يقلص هذه الحقوق أو يقيد بها أي وجه من الوجوه.

موقف تشريعات الدول النامية:

وتطبيقاً للمبادئ التي أرسنها اتفاقية التنوع البيولوجي ١٩٩٢ وسابقتها في ذلك الاتفاقية الدولية في شأن المصادر الجينية للنباتات في الأغذية والزراعة (الفاو ٢٠٠١)، فقد اشترطت تشريعات بعض الدول النامية إفصاح المخترع أو مبتكر الصنف النباتي عن مصدر المواد الجينية التي استخدمها في اختراعه أو في تطوير الصنف المراد حمايته عند تقديم طلب الحصول على البراءة أو طلب الحصول على حماية الصنف النباتي. كما اشترطت تشريعات بعض الدول على من يقدم طلب الحصول على براءة اختراع أو طلب الحصول على حماية لصنف نباتي أن يثبت حصوله على المواد الجينية والمعارف التقليدية التي استخدمها في الاختراع أو في ابتكار الصنف المراد حمايته بطريق مشروع^(١).

وتتادي الدول النامية بحماية ثرواتها البيولوجية ومعارفها التقليدية بآليات الملكية الفكرية، غير أن الدول المتقدمة بزعماء الولايات المتحدة الأمريكية ترفض مطالب الدول النامية. وقد احتدم الجدل في وجهات النظر بين الفريقين بشأن العلاقة بين اتفاقيات الملكية الفكرية من جانب واتفاقية التنوع البيولوجي واتفاقيات البيئة من جانب آخر. وطرح الخلاف على المؤتمر الوزاري الرابع لوزارة تجارة الدول الأعضاء في منظمة التجارة العالمية المنعقد في الدوحة في الفترة من ٩-١٤ نوفمبر ٢٠٠١، غير أن المؤتمر لم يتوصل إلى حل، وصدر الإعلان الوزاري للمؤتمر متضمناً تكليف مجلس التبرس بأن يبحث العلاقة بين اتفاقية التبرس واتفاقية التنوع البيولوجي، وحماية المعارف التقليدية والفلكلور وأن يسترشد في ذلك بالأهداف والمبادئ التي نصت عليها المادتان ٧، ٨ من اتفاقية التبرس.^(٢)

(١) انظر على سبيل المثال المادة ٢٠٠ من قانون حماية حقوق الملكية الفكرية المصري. وهي تنص على أنه: «يلتزم المربي بالكشف عن المصدر الوراثي الذي اعتمد عليه لاستنباط الصنف النباتي الجديد. ويشترط لتمتع الصنف النباتي الجديد بالحماية أن يكون المربي قد حصل على ذلك المصدر بطريق مشروع وفقاً للقانون المصري.»

(٢) الفقرة ١٩ من الإعلان الوزاري الصادر في ١٤ نوفمبر ٢٠٠١. ولم يصل مجلس التبرس حتى الآن إلى حل لهذا الموضوع.



كما شكلت تحت مظلة المنظمة العالمية للملكية الفكرية (الويبو) لجنة حكومية في شأن الملكية الفكرية والمصادر الجينية والمعارف التقليدية والفلكلور كمنتدى دولي للحوار بشأن استخدام الملكية الفكرية كآلية لحماية الثروات البيولوجية والمصادر الجينية والفلكلور. (١) غير أنه لم يتم التوصل إلى قواعد متفق عليها لتحقيق تلك الحماية على المستوى الدولي حتى الآن.

(ب) التكنولوجيا المانعة لاستخدام التقاوي الناتجة عن زراعة الصنف في إعادة الزراعة Terminator Technology؛

ابتكرت شركة أمريكية تسمى American Delta and Pine Company بالاشتراك مع وزارة الزراعة الأمريكية تكنولوجيا تعوق استخدام التقاوي والبذور الناتجة عن زراعة الصنف النباتي في إعادة زراعته من جديد أطلق عليها اصطلاح التكنولوجيا المانعة Terminator Technology. والهدف من وراء ذلك هو منع المزارعين الذين يشترون تقاوي الصنف النباتي من الشركة التي ابتكرته من زراعته أكثر من مرة باستخدام البذور والتقاوي الناتجة عن الزراعة أول مرة مما يجبرهم . إذا رغبوا في زراعة الصنف من جديد . إلى اللجوء إلى الشركة مبتكرة الصنف لشراء التقاوي في كل مرة يزرعون فيها الصنف.

وقد منحت عدة براءات اختراع في الولايات المتحدة الأمريكية تشتمل في عناصر الحماية على التكنولوجيا المانعة لاستخدام التقاوي في الزراعة. ومن الشركات التي حصلت على براءة اختراع بصدد هذه التكنولوجيا شركة Syngentc، وتعتبر هذه الشركة ثالث أكبر شركة تقاوي على مستوى العالم بعد دي بونت Dupont ومونسانتو Monsanto .

وقد أعدت أمانة منظمة اليوبوف UPOV's Secretariat دراسة في شأن التكنولوجيا المانعة من إعادة الزراعة Terminator Technology بناء على طلب الدول الأطراف في اتفاقية التنوع البيولوجي (٢) خلصت فيها إلى الأضرار الجسيمة التي تسببها هذه التكنولوجيا للمجتمع. إذ لا تقتصر هذه الأضرار على ما تسببه تلك التكنولوجيا من آثار ضارة على الزراعة نتيجة لإعاقة زراعة الصنف، بل تمتد إلى البيئة بفعل ما تحدثه من آثار سلبية على التنوع البيولوجي، بالإضافة إلى أن استخدام هذه التكنولوجيا يؤدي إلى رفع مستويات حماية الأصناف المبتكرة بدون تحديد مدة الحماية مما يؤدي في النهاية إلى سيطرة الشركات متعددة القوميات على التقاوي ونشوء احتكارات في مجال الزراعة، ووضعت هذه الدراسة على موقعها على شبكة الانترنت وظلت الدراسة متاحة على الشبكة منذ يناير ٢٠٠٣ غير أن الولايات المتحدة الأمريكية حرصا منها على مصالح شركاتها التي تستخدم التكنولوجيا المانعة من إعادة الزراعة على نطاق واسع مارست ضغوطا على منظمة اليوبوف لحجب الدراسة التي أعدتها. ونتيجة لهذه الضغوط أزال اليوبوف الدراسة السابقة من موقعها على شبكة الانترنت وحلت محلها دراسة جديدة خلت من بيان الآثار المدمرة للتكنولوجيا المانعة لإعادة الزراعة (٣)

(١) شكلت اللجنة بقرار من الجمعية العامة لليوبو في أكتوبر سنة 2000. انظر وثيقة WO/GA/26/6. ولمزيد من التفاصيل حول عمل اللجنة انظر تقرير الأمانة العامة لليوبو في الدورة الثامنة من 6-10 يونيو 2005، جنيف وثيقة WIPO/GRTKF/IC/8/9.

(٢) انظر 5، p. 10، January 2003، UPOV «memorandum prepared by the office of UPOV on the Genetic use Restriction technologies». ETC Group, who calls the shots at upov U.S Government and Multinational Seed Industry Force Upov to Abandon Critique of Terminator. 17 انظر (٣)

المبحث الخامس

حماية الأصناف النباتية في القانون المصري

فرضت المادة ٢٧ من اتفاقية التبريس على الدول الأعضاء في منظمة لتجارة العالمية توفير حماية للأصناف النباتية، إما عن طريق: براءة الاختراع أو نظام فعال من نوع خاص، أو نظام يمزج بين البراءة والنظام الخاص.

استبعاد النباتات من الحماية عن طريق براءة الاختراع في التشريع المصري:

وقد استبعد قانون حماية حقوق الملكية الفكرية رقم ٨٢ لسنة ٢٠٠٢ حماية الأصناف النباتية عن طريق البراءة حيث قررت المادة الثانية من القانون ألا تمنح براءة اختراع للنباتات والحيوانات.

واختار المشرع المصري حماية الأصناف النباتية عن طريق نظام من نوع خاص، حيث وضع القانون في الكتاب الرابع (المواد من ١٨٩ - ٢٠٦) نظاماً خاصاً لحماية الأصناف النباتية يتوافق في كثير من الوجوه مع أحكام اتفاقية اليوبوف ١٩٩١.

الحماية المقررة لا تتوقف على طريقة استنباط النباتات:

ووفقاً للمادة ١٨٩ من القانون تتمتع بالحماية طبقاً لأحكام القانون الأصناف النباتية المستنبطة في جمهورية مصر العربية أو في الخارج سواء تم التوصل إليها بطريقة بيولوجية أو غير بيولوجية وذلك متى قيدت في السجل الخاص بالأصناف النباتية التي تمنح حق الحماية.

مكتب حماية الأصناف النباتية:

وقد قررت المادة ١٩٠ من القانون إنشاء مكتب بقرار من رئيس مجلس الوزراء يسمى مكتب حماية الأصناف النباتية يختص بتلقي الطلبات المقدمة للحصول على حماية الأصناف النباتية وفحصها والبت فيها ومنح شهادة الحماية، وذلك طبقاً للقواعد والإجراءات التي يحددها قرار الإنشاء. وقد أصدر رئيس مجلس الوزراء القرار رقم ٤٩٢ لسنة ٢٠٠٢ بإنشاء مكتب حماية الأصناف النباتية.

شروط الحماية:

وقد تناولت المادة ١٩٢ من القانون شروط الحماية فأوجبت لحماية الصنف أن تتوافر فيه الجودة، والتميز، والتجانس، والثبات وأن يحمل تسمية خاصة به.

وقد عرفت الفقرة (٢) من المادة ١٩٢ المقصود بالجدة بما يتوافق مع حكم المادة ١/٦ من اتفاقية يوبوف ١٩٩١ فذكرت أن الصنف يكون جديداً إذا لم يقم مربي الصنف النباتي حتى تاريخ تقديم الطلب ببيع مواد الإكثار النباتي للصنف أو تداولها بنفسه أو بموافقته لأغراض الاستغلال، ولا يفقد الصنف شرط الجدة إذا تم الطرح أو التداول في جمهورية مصر العربية لمدة لا تزيد على سنة سابقة على تقديم الطلب. فإذا كان الطرح أو التداول قد تم في الخارج فيجب ألا تزيد المدة على ست سنوات بالنسبة للأشجار والأعشاب وألا تزيد على أربع سنوات بالنسبة لغيرها من الحاصلات الزراعية.



ووفقا للفقرة (٣) من المادة ١٩٢ يكون الصنف متميزا إذا أمكن تمييزه عن غيره من الأصناف المعروفة بصفة واحدة ظاهرة على الأقل مع احتفاظه بهذه الصفة عند إكثاره. ومن الغني عن البيان أن الصفة الظاهرة التي تميز الصنف يجب أن يكون لها قيمة اقتصادية يعتد بها.

ويكون الصنف متجانسا إذا كان الاختلاف بين أفراده يقع في نطاق المسموح بها (مادة ١٩٢ فقرة ٤).

ويكون الصنف ثابتا . عند تكرار زراعته . إذا لم تتغير خصائصه الأساسية بتكرار إكثاره لفترة تحددها اللائحة التنفيذية للقانون.

ومن الجدير بالذكر أن الحماية مقررة قانونا لمستنبط الصنف النباتي الذي تتوافر فيه الشروط المتقدمة سواء أكان المستنبط شخصا طبيعيا أو اعتباريا (مادة ١٩٢ الفقرة الأخيرة).

مدة الحماية:

حددت المادة ١٩٣ من قانون حماية حقوق الملكية الفكرية مدة حماية الأصناف النباتية بخمس وعشرين سنة بالنسبة للأشجار والأعشاب وعشرين سنة بالنسبة لغيرها من الحاصلات الزراعية، تبدأ من تاريخ منح الحماية وليس من تاريخ تقديم طلب الحماية.

ومع ذلك فقد قررت المادة ١٩٣ حماية مؤقتة للصنف منذ إيداع طلب الحماية وحتى تاريخ نشر الإعلان عن قبول الطلب شريطة أن يكون المربي قد وجه إخطارا لمن قام باستغلال الصنف قبل منح الحماية بإيداعه للطلب. ويقتصر حق المربي خلال فترة الحماية بالحصول على تعويض عادل ممن قام باستغلال الصنف المحمي خلال الفترة المتقدمة وهذا الحكم يتوافق مع المادة ١٣ من اتفاقية يوبوف ١٩٩١.

مضمون الحماية المقررة للمربي:

إذا تبين من فحص الطلب المقدم لمكتب الأصناف النباتية توافر شروط الحماية تمنح لمستنبط الصنف النباتي شهادة حق المربي ويتمتع من يحصل على هذه الشهادة بحق استثنائي في استغلال الصنف المحمي استغلالا تجاريا بأي صورة من الصور، حيث أن مضمون هذا الحق يتمثل في منع الغير من إنتاج أو إكثار أو تداول أو بيع أو تسويق أو استيراد أو تصدير مواد الإكثار الخاص بالصنف المحمي ما لم يحصل على موافقة كتابية من المربي (المادة ١٩٤ من القانون).

وجدير بالذكر أن الحماية المقررة وفقا لحكم المادة ١٩٤ من القانون المصري تنصب على مواد الإكثار، فلا تمتد إلى مواد الحصاد ما لم تستخدم مواد الحصاد في الإكثار، كما لا تمتد الحماية إلى المنتجات التي يتم تصنيعها من الصنف المحمي.

واستثناء مما تقدم لا تمنع الحماية الغير من القيام بالأعمال التالية:

١. الأنشطة غير التجارية والاستخدام بغرض الإكثار الشخصي لناتج مادة الإكثار بواسطة المزارع على أرض في حيازته الخاصة.

وهذا الاستثناء يسمح للمزارعين باستخدام مواد تكاثر الصنف المحمي مثل البذور والتقاوي الناتجة من المحصول في إعادة زراعة الصنف المحمي في السنوات القادمة دون دفع أي مقابل مادي للمربي وهذا ما يعرف بامتياز المزارع Farmer's privilege كما يسمح باستخدام الصنف المحمي لأغراض غير تجارية دون دفع أي مقابل للمربي، مثل تبادل البذور بين المزارعين.

٢. الأنشطة المتصلة بالتجارب وبأغراض البحث العلمي.

ويهدف هذا الاستثناء إلى تشجيع الأنشطة المتصلة بالبحث العلمي. وقد اشارت المادة ١٥ من اتفاقية اليوبوف ١٩٩١ إلى هذا الاستثناء ضمن الإستثناءات الإلزامية التي يجب على الدول الأطراف في الاتفاقية احترامها.

٣. أنشطة التربية والتهجين والانتخاب وغيرها التي تستهدف استنباط أصناف جديدة.

وجدير بالذكر أن المادة ١٥ من اتفاقية اليوبوف ١٩٩١ قررت وجوب اعتبار الأعمال التي يتم القيام بها بغرض استحداث أصناف نباتية جديدة أعمالاً مباحة لا تحتاج للحصول على ترخيص من المربي. وهذا ما يعرف بامتياز المربي breeder's privilege ومن ثم فقد استبعدت المادة ١٩٥ (٣) من القانون المصري أنشطة التربية والتهجين والانتخاب التي تتضمن استخدام الصنف المحمي طالما كان ذلك بهدف استنباط أصناف جديدة. غير أن من الملاحظ أن القانون المصري لم يقيد هذا الاستثناء عن طريق التوسع في الحماية لتشمل الأصناف المشتقة من الصنف المحمي، على خلاف المادة ١٤ (٥) (أ) من اتفاقية يوبوف ١٩٩١.

٤. الأنشطة التي تتعلق بأغراض التعليم والتدريب.

٥. أنشطة الاستخدام والاستغلال التجاري والاستهلاك لمادة المحصول والمواد الأولية والوسيلة والمنتجات النهائية التي تصنع أو تستخرج من مادة المحصول بشكل مباشر أو غير مباشر سواء تمثلت مادة المحصول في هيئة نبات كامل أو كانت جزءاً منه.

استنفاد حق المربي:

ومن الجدير بالذكر أن المادة ١٩٨ من القانون قد أقرت مبدأ الاستنفاد الدولي فنصت على أنه: "تستنفد حقوق المربي على مواد الصنف المحمي إذا طرحت للتداول بمعرفته أم بموافقة مصر العربية ن ويحق للغير في هذه الحالة تداول أو بيع أو تسويق أو توزيع أو استيراد الصنف المحمي سواء في هيئة مواد إكثار أو مواد محصول من نبات كامل أو أي جزء منه أو المنتجات المستخرجة أو المصنعة من المحصول أو غير ذلك من مكونات النبات.

ويحق للمربي أن يمنع الغير من تصدير الصنف إذا كان التصدير يؤدي إلى إكثار الصنف في بلد لا يتمتع الصنف فيه بالحماية. ومع ذلك لا يحق للمربي منع الغير من تصدير الصنف المحمي إلى أي دولة إذا كان الغرض منه هو الاستهلاك".

الترخيص الإلزامي وتقييد حقوق المربي:

وفقاً لحكم المادة ١٩٦ من القانون يجوز لمكتب حماية الأصناف النباتية أن يمنح بناء على عرض وزير الزراعة وبعد موافقة لجنة وزارية تشكل بقرار من رئيس مجلس الوزراء، تراخيص إجبارية باستخدام واستغلال الصنف المحمي دون موافقة المربي وذلك في الحالات التي تقتضيها المصلحة العامة، وكذلك في حالات امتناع المربي عن إنتاج الصنف بمعرفته أو توفير مواد الإكثار للصنف المحمي أو رفضه منح حق استغلال الصنف للغير رغم مناسبة الشروط المعروضة عليه أو قيامه بممارسات تعوق المنافسة.

ويستحق المربي تعويضاً عادلاً مقابل منح الغير حق استخدام واستغلال الصنف خلال مدة الترخيص الإلزامي وتراعي في تقدير التعويض القيمة الاقتصادية لهذا الصنف.

يجب على المرخص له أن يلتزم بشروط الترخيص الإلزامي، ولا يجوز له التنازل عنه للغير أو المساس بالحقوق الأخرى للمربي أثناء مدة الترخيص (المادة ١٩٧ من القانون).

وينتهي هذا الترخيص بانتهاء المدة المحددة له ويُلغى إذا خالف المرخص له لأي شرط من شروط الترخيص (المادة ١٩٧ من القانون).

كما أجازت المادة ١٩٩ من القانون لوزير الزراعة . بناء على توصية اللجنة الوزارية المشار إليها في المادة (١٩٦) من هذا القانون . أن يقيد مباشرة المربي لكل أو بعض حقوقه المنصوص عليها في هذا القانون بأي صورة من الصور بهدف تحقيق المصلحة العامة وخاصة في الأحوال الآتية:



١. إذا ظهر للصنف النباتي المحمي تأثير ضار على البيئة الطبيعية أو على سلامة التنوع البيولوجي في جمهورية مصر العربية، أو على القطاع الزراعي فيها، أو على حياة أو صحة الإنسان أو الحيوان أو النبات.
٢. إذا ظهر للصنف النباتي المحمي تأثير اقتصادي أو اجتماعي ضار أو معوق للأنشطة الزراعية المحلية، أو إذا ظهر له استخدام يتنافض مع قيم ومعتقدات المجتمع.

التزام المربي بالكشف عن المواد البيولوجية التي اعتمد عليها في استنباط الصنف المراد حمايته:

حفاظا على الثروات البيولوجية الموجودة في مصر من الاعتداء عليها واستغلالها في استنباط أصناف نباتية جديدة بمعرفة الشركات الأجنبية متعددة القوميات دون حصول جمهورية مصر العربية على أي مقابل فقد أوجبت المادة ١/٢٠٠ من قانون حماية حقوق الملكية الفكرية رقم ٨٢ لسنة ٢٠٠٢ على المربي الكشف عن المصدر الوراثي الذي اعتمد عليه لاستنباط الصنف النباتي الجديد، ويشترط لتمتع الصنف النباتي الجديد بالحماية أن يكون المربي قد حصل على ذلك المصدر بطريق مشروع وفقا للقانون المصري. ويتفق هذا الحكم مع اتفاقية التنوع البيولوجي لسنة ١٩٩٢، واتفاقية المصادر الجينية للنبات في مجال الأغذية والزراعة التي أبرمت في ٣ نوفمبر ٢٠٠١ بإشراف منظمة الأغذية والزراعة (الفاو) التابعة لهيئة الأمم المتحدة.

ووفقا للمادة ٢٠٠ فقرة ٢ يمتد التزام المربي بالكشف الي المعلومات التراثية والخبرات التي تراكمت لدى الجماعات المحلية التي يكون المربي قد اعتمد عليها في جهوده لاستنباط هذا الصنف النباتي الجديد.

كما يلتزم المربي الذي يتعامل مع الموارد الوراثية المصرية بهدف استنباط اصناف جديدة مشتقة منها بالحصول على موافقة الجهة الإدارية المختصة على هذا التعامل، كما يتعهد باحترام المعارف التراثية المصرية كمصادر لما يكون قد توصل إليه من انجازات استخدمت فيها تلك المعارف والخبرات، ويكون ذلك بالإعلان عن المصدر المصري الذي استفاد منه ذلك المربي وباقتسام العوائد التي يحققها مع صاحب المصلحة، وذلك على النحو الذي تحدده اللائحة التنفيذية لهذا القانون (مادة ٢٠٠ فقرة ٣). وينشأ بوزارة الزراعة سجل لقيد الموارد الوراثية المصرية النباتية، البرية والبلدية منها (مادة ٢٠٠ فقرة ٤).

المبحث الخامس

سعي الدول المتقدمة لرفع مستويات الحماية

بما يتجاوز التريس (Trips-plus)

ألزمت المادة الأولى من اتفاقية التريس الدول الأعضاء في منظمة التجارة العالمية بمراعاة توافق أنظمتها القانونية مع أحكام الاتفاقية مما يقتضي إدخال تعديلات على القوانين الوطنية في الدول النامية للتوافق مع معايير الحماية التي نصت عليها اتفاقية التريس دون إلزام عليها بتوفير درجة من الحماية تفوق المعايير المنصوص عليها في الاتفاقية.

ورغم أنه لا يجوز إجبار الدول الأعضاء في منظمة التجارة العالمية على توفير مستويات حماية لحقوق الملكية الفكرية تفوق الحد الأدنى من مستويات الحماية التي فرضتها الاتفاقية، إلا أن الدول المتقدمة تمارس ضغوطا متلاحقة على الدول النامية لإجبارها على رفع مستويات أو معايير الحماية. كما تعمل الدول المتقدمة على رفع مستويات حماية حقوق الملكية الفكرية بما يتجاوز المعايير المنصوص عليها في اتفاقية التريس عن طريق إبرام الاتفاقيات الثنائية مع الدول النامية ومن أهمها اتفاقيات التجارة الحرة واتفاقيات الاستثمار.

وبناء على تلك الاتفاقيات الشائبة نصت تشريعات عديد من الدول النامية على حماية الأصناف النباتية عن طريق براءة الاختراع، أو عن طريق المعايير المنصوص عليها في اتفاقية يوبوف ١٩٩١. كما أن تشريعات بعض الدول أجازت الجمع بين الحماية عن طريق البراءة والحماية المقررة في اتفاقية يوبوف ١٩٩١ في آن واحد.

(أ) الضغوط والتهديدات التي تمارسها الولايات المتحدة على الدول النامية لرفع مستويات الحماية (Section 301):

في سنة ١٩٨٨ وافق الكونجرس الأمريكي على تعديل قانون التجارة الأمريكية U.S trade Act وأضيفت إلى القانون أحكاما جديدة بموجب المادة 301 Special وقد أوجب هذا التعديل على الممثل التجاري للولايات المتحدة United State Trade Representative أن يعد في كل سنة قائمة بالدول التي لا توفر حماية كافية لحقوق الملكية الفكرية، ويصنفها إلى عدة طوائف. ووفقا لهذا التصنيف تدرج الدول التي توفر أقل درجة من الحماية لحقوق الملكية الفكرية في قائمة الدول ذات الأولوية في الترتيب priority watch list، وتتخذ ضد هذه الطائفة من الدول بعض الإجراءات لتغيير موقفها، فإذا لم تستجب لمطالب الولايات المتحدة ويتم التوصل إلى تسوية ودية يرفع الأمر إلى الرئيس الأمريكي، ويكون من سلطاته توقيع عقوبات تجارية انتقامية trade retaliations. وقد مارست الولايات المتحدة الأمريكية ضغوطا مستمرة خلال وبعد مفاوضات جولة أوروغواي على الدول النامية لإجبارها على تطوير قوانينها لرفع مستويات الحماية المقررة لحقوق الملكية الفكرية. ولقد سبق وضع الصين، والبرازيل، والهند، وتايوان، وتايلاند في قائمة الدول الأجنبية ذات الأولوية في الترتيب، كما تلقت عدة دول أخرى مثل الأرجنتين ومجموعة دول الإندين تهديدات مستمرة لإرغامها على تعديل قوانينها. وتلقت مصر تهديدات بخفض حجم المعونات الأمريكية التي كانت تحصل عليها سنويا^(١). ثم أدرجت في قائمة "الدول ذات الأولوية في الترتيب" غير أنها رفعت في أبريل ١٩٩٤ من قائمة الأولوية إلى قائمة أخرى أخف درجة هي قائمة الترتيب watch list بعد تدعيم حماية حق المؤلف بإصدار القانون رقم ٣٨ لسنة ١٩٩٢ بتعديل بعض أحكام قانون حماية حق المؤلف رقم ٣٥٤ لسنة ١٩٥٤ الذي أضفى الحماية على طائفة كبيرة من المصنفات الفنية والأدبية، أهمها مصنفا الحاسب الآلي. وفي أبريل سنة ١٩٩٥ أدرجت مصر في قائمة أخرى أخف درجة هي قائمة الدول التي أقدمت على تطوير أنظمتها "to be monitored for progress achieved" غير أن مصر أعيد إدراجها مرة أخرى في قائمة الترتيب watch list في أبريل ١٩٩٦، ثم أدرجت في قائمة الدول ذات الأولوية في الترتيب "priority watch list" في أبريل ١٩٩٧ بسبب عدم تطوير قانون براءات الاختراع المصري، بالإضافة إلى التراخي في تطبيق قانون حق المؤلف. وفي أبريل ١٩٩٨ أعيد إدراج مصر في قائمة الدول ذات الأولوية في الترتيب لذات السبب. وفي أعقاب صدور قانون حماية حقوق الملكية الفكرية رقم ٨٢ لسنة ٢٠٠٢ الذي رفع مستويات الحماية تحسن وضع مصر فأدرجت في قائمة الترتيب watch list. وفي سنوات ٢٠٠٦ و ٢٠٠٧ اعتبرت مصر من أكثر الدول انتهاكا لحقوق الملكية الفكرية وأدرجت في قائمة الدول ذات الأولوية في الترتيب "priority watch list" وفي ٢٥ أبريل ٢٠٠٨ أعلنت الولايات المتحدة تقرير سنة ٢٠٠٨ وتحسن وضع مصر في التقرير إذ أدرجت في قائمة الترتيب watch list.

ولا شك أن هذه الممارسات التي تقوم بها الولايات المتحدة الأمريكية تشكل خرقا لتعهداتها الدولية ومخالفة صارخة لأحكام اتفاقية التريس^(٢) وذلك لأن اتفاقية التريس رسمت طريقا لحل الخلافات بين الدول الأعضاء، وحددت مذكرة التفاهم بشأن تسوية المنازعات القواعد والإجراءات الواجبة الاتباع لتسوية المنازعات، ومن ثم لا يجوز لأي دولة اتخاذ إجراءات عقابية انفرادية unilateral retaliations إلا بعد أن يقرر جهاز تسوية المنازعات وجود إخلال من قبل الدولة بالالتزامات لعدم التوافق مع أحكام الاتفاقية ويصرح باتخاذ تدابير عقابية retaliatory measures ضد الدولة المخالفة. وأي عمل انفرادي unilateral action تتخذه أي دولة لا يتفق مع نظام تسوية المنازعات في إطار منظمة التجارة العالمية يعد انتهاكا لأحكام الاتفاقية.

(١) انظر: Rajiv Kumar. Developing Countries Coalitions in International Trade Negotiations. in: Diana Tussie & David Glover. The Developing Countries .in World Trade.p.220

(٢) راجع في هذا المعنى: South Centre. The Trips Agreement. A Guide for the South. The Uruguay Round Agreement on Trade Related Intellectual Property Rights. Geneva. November, 1997



(ب) الاتفاقية الثنائية Bilateral Agreements

وبالإضافة إلى ما تقدم تلعب الاتفاقيات الثنائية Bilateral Agreements التي تبرمها الدول المتقدمة مع الدول النامية دوراً حيوياً في رفع مستويات حماية حقوق الملكية الفكرية في البلدان النامية بما يتجاوز معايير الحماية المنصوص عليها في اتفاقية الرئيس.

فعلى مستوى العالم العربي أبرمت الولايات المتحدة أربعة اتفاقيات تجارة حرة Free Trade Agreements مع الدول العربية^(١). وكان أول هذه الاتفاقيات هي الاتفاقية المبرمة في سنة ٢٠٠٠ بين الولايات المتحدة الأمريكية والمملكة الأردنية الهاشمية لإنشاء منطقة تجارة حرة. وقد ألزمت المادة ٤ من الاتفاقية المملكة الأردنية الهاشمية بتدعيم حماية حقوق الملكية الفكرية بما يتجاوز مستويات الحماية المنصوص عليها في اتفاقية التريس.

وفيما يتعلق بالغذاء والزراعة أوجبت المادة ٤ من الاتفاقية على المملكة الأردنية الهاشمية حماية كافة الاختراعات في جميع ميادين التكنولوجيا دون استثناء النباتات والحيوانات. وهذا يعني التزام المملكة الأردنية بحماية النباتات والحيوانات المبتكرة عن طريق براءة الاختراع^(٢)، كما أوجبت المادة ٤ من الاتفاقية على المملكة الانضمام إلى اتفاقية اليوبوف ١٩٩١ خلال سنة واحدة من دخول الاتفاقية حيز التنفيذ. ونتيجة لذلك دعمت المملكة الأردنية الهاشمية معايير حماية حقوق الملكية الفكرية بما يتجاوز اتفاقية التريس في مجال الغذاء والزراعة شأنهما في ذلك شأن كافة الابتكارات في كل ميادين التكنولوجيا.

وينطبق ذلك أيضاً على اتفاقية التجارة الحرة المبرمة بين الولايات المتحدة الأمريكية والمملكة المغربية في ٢ مارس ٢٠٠٤^(٣)، واتفاقية التجارة الحرة المبرمة بين الولايات المتحدة الأمريكية ومملكة البحرين في ١٤ سبتمبر ٢٠٠٤^(٤) أما اتفاقية التجارة الحرة المبرمة بين الولايات المتحدة وسلطنة عمان والموقعة في واشنطن في ١٩ يناير ٢٠٠٦ فقد تضمنت في المادة ١٥ مستويات حماية مرتفعة للغاية تفوق كافة مستويات الحماية في الاتفاقيات الثنائية النظيرة، مما يؤدي في النهاية إلى إحكام قبضة الشركات الأجنبية متعددة القوميات على التكنولوجيا وسيطرتها على الصناعات الغذائية والزراعة بالإضافة إلى مختلف مجالات التكنولوجيا الأخرى.

وبالإضافة إلى ذلك أبرمت عدة اتفاقيات شراكة بين الدول العربية المطلّة على حوض البحر الأبيض المتوسط والاتحاد الأوروبي وقد تضمنت هذه الاتفاقيات نصوصاً تفرض عليها رفع مستويات حماية حقوق الملكية الفكرية بما يتجاوز التريس. فعلى سبيل المثال ألزمت المادة ٣٧ والملحق رقم ٦ من اتفاقية الشراكة الأوروبية المبرمة بين الاتحاد الأوروبي وجمهورية مصر العربية^(٥) مصر بضمان توفير حماية فعالة لحقوق الملكية الفكرية طبقاً للمعايير السائدة التي تقرها الاتفاقيات الدولية. وقد تضمن الملحق قائمة بالاتفاقيات الدولية التي تلتزم مصر بالانضمام إليها منها اتفاقية يوبوف ١٩٩١. وقد فرض هذا الالتزام على مصر تعديل نصوص الكتاب الرابع من قانون حماية حقوق الملكية الفكرية في شأن الأصناف النباتية بما يتوافق مع اتفاقية يوبوف. وتتضمن التعديلات التي تم الاتفاق بين الحكومة المصرية واليوبوف عليها حذف المادة ٢٠٠ من القانون، وهي تلزم المربي بالكشف عن المصدر الوراثي كما تشترط لتمتع الصنف النباتي بالحماية أن يكون المربي قد حصل على ذلك المصدر بطريق مشروع وفقاً للقانون المصري، وذلك لتعارض نص المادة ٢٠٠ مع اتفاقية يوبوف ١٩٩١.

(١) وهذه الدول العربية هي: المملكة الأردنية الهاشمية، المملكة المغربية، مملكة البحرين، سلطنة عمان، كما بدأت المفاوضات بين الولايات المتحدة الأمريكية والإمارات العربية المتحدة لإنشاء منطقة تجارة حرة في مارس ٢٠٠٥ في إطار مخطط الرئيس بوش لتحويل الشرق الأوسط إلى منطقة تجارة حرة بحلول عام ٢٠١٣.

(٢) تلعب التكنولوجيا الحيوية دوراً على درجة كبيرة من الأهمية في ابتكار أصناف جديدة من النباتات والحيوانات.

(٣) دخلت الاتفاقية حيز التنفيذ في أول يناير ٢٠٠٦.

(٤) دخلت الاتفاقية حيز التنفيذ في أول أغسطس ٢٠٠٦.

(٥) انظر The Euro-Mediterranean Agreement Establishing an Association between the European Communities and their Member States on one part and the Arab Republic of Egypt on the other part. القرار الجمهوري رقم ٣٣٥ لسنة ٢٠٠٢ بشأن الموافقة على الاتفاق الأوروبي المتوسطي لتأسيس مشاركة بين حكومة جمهورية مصر العربية من جانب والجماعات الأوروبية ودولها من جانب آخر والملحق والبروتوكولات والاعلانات المشتركة والننفردة والخطاب المتبادل المرفقة به الموقع في لوكسمبرج بتاريخ ٢٥/٦/٢٠٠١. منشور في الجريمة الرسمية، العدد ٤٧ في ٢٠ نوفمبر ٢٠٠٣ ص ١٨٤٧.

ولا شك أن حذف المادة ٢٠٠ من القانون المصري سوف يفتح الباب للشركات متعددة القوميات لحماية أصنافها النباتية في مصر بغض النظر عن حصولها على المصادر الجينية بطريق غير مشروع. ونظرا لخطورة هذه النتائج وأثرها السلبي على الحقوق التي تستمدّها جمهورية مصر العربية من اتفاقية التنوع البيولوجي ١٩٩٢، واتفاقية (الفاو ٢٠٠١)، على ثرواتها البيولوجية فمن الضروري الإسراع بإصدار قانون ينظم حماية للثروات البيولوجية بما يتوافق مع هاتين الاتفاقيتين. كما أننا نوصي الدول النامية التي ترغب في الدخول في مفاوضات مع الدول المتقدمة لإبرام اتفاقيات تجارة حرة أو غيرها من اتفاقيات ثنائية في المستقبل أن تستبعد من نطاق تلك الاتفاقيات الشائبة مسائل الملكية الفكرية. وأن تتمسك بعدم إجراء أي مفاوضات تتعلق بالملكية الفكرية إلا على المستوى متعدد الأطراف تحت مظلة المنظمة العالمية للملكية الفكرية (الويبو) أو تحت مظلة منظمة التجارة العالمية.



الأستاذ / علي عدنان الفيل

ماجستير قانون

مدرس القانون الجنائي المساعد

فرع القانون العام / كلية الحقوق / جامعة الموصل / جمهورية العراق

دراسة مقارنة

الخلاصة:

نقصد ببدائل إجراءات الدعوى الجزائية إعطاء دور أكبر لأطراف الدعوى الجزائية من المتهم والمجني عليه والنيابة العامة والقضاء ومؤسسات المجتمع المدني في إنهاء الخصومة الجنائية، والسيطرة على مجريات الدعوى الجزائية لمواجهة ازدياد وتنامي الظاهرة الإجرامية في العصر الحالي . فلقد أدى تطور الحياة وسعة آفاقها إلى زيادة معاناة المجتمعات، وكان من أبرز ما تعانيه هذه المجتمعات هو زيادة عدد الجرائم كمّاً ونوعاً، مما انعكس على الجهاز القضائي، وزيادة العبء الملقى على كاهل المحاكم، وكل ذلك أدى إلى تزايد القضايا الجنائية وتراكمها، فأصبح تأجيل نظرها إلى جلسات متعددة هو السمة الغالبة على عمل المحاكم الجنائية.

بناء عليه، وتحت ضغط حاجة المجتمعات، فقد ظهرت الوسائل البديلة لحل المنازعات وتسوية الدعاوى الجزائية كنتاج لعدم فاعلية الجهاز القضائي التقليدي وفي حسم الدعاوى الجزائية فظهر ما يعرف ببدائل إجراءات الدعاوى الجزائية.

Abstract

Alternatives of procedures criminal cases mean giving the parties of criminal cases, i.e., accused, victim, public prosecutor, the judiciary and organizations of civil society, a greater role to put an end for the criminal suits and to control the events of criminal cases in order to confront increased and developed criminal phenomenon at present. Life development and extension of its horizons increased the sufferance of societies. The most distinct sufferance is increased number of crimes quantitatively and qualitatively. This reflects on the judiciary and increased burden imposed on courts. All these increased the criminal lawsuits; hence, postponement of sentence pronouncing became the dominant in the criminal courts.

Thus, under the stress of urgent needs of societies, alternative means developed to solve the litigations and to reconcile the criminal cases as a result of inactivation of conventional judiciary in giving judgments related to the criminal cases. So, alternatives of procedures criminal cases arose.

أولاً - المقدمة:

تعاني المجتمعات ظاهرتين؛ أولاهما: زيادة عدد الجرائم، وثانيتهما: ظاهرة الحفظ بلا تحقيق أو بالأحرى الحفظ الإداري للواقعة^(١)، وهذا ما حدا بالبعض إلى القول وبحق أن العدالة الجنائية المرفق الذي ينصف الآخرين قد أصبح في حاجة لمن ينصفه^(٢)، وعليه طغى إلى سطح المجتمعات ما يُعرف بأزمة العدالة الجنائية، وعلى الرغم من الجهود والمحاولات المضنية المبذولة من قبل الحكومات لتخفيف العبء عن كاهل القضاة عن طريق زيادة أعدادهم، فإن هذه الزيادة لا تتناسب البتة مع الزيادة المتضاعفة لكم القضايا التي تعرض على المحاكم كل عام^(٣). ولا أعتقد أن أي زيادة في عدد القضاة يمكن أن تواكب هذا الكم الهائل من المشكلات والخلافات^(٤)، بالإضافة إلى أن توفير العدد اللازم أمر في حكم المستحيل، لأنه يتطلب أعباء مالية كبيرة لا تتمكن الدولة من توفيرها في ظل ظروفها الاقتصادية الراهنة، وليت الأمر يتوقف عند تذليل الصعوبات الاقتصادية وحدها بل إن الأمر يتطلب أكثر من ذلك لأن توفير رجل العدالة يتطلب توافر شروط معينة فيمن يسند إليه القيام بتلك المهمة الجليلة سواء من الناحية العملية أو القانونية أو الأخلاقية، وهذه الأمور ليست باليسيرة^(٥).

ثانياً - مشكلة البحث:

إن القضايا في تزايد مستمر وتأجيل نظرها إلى جلسات متعددة أصبح السمة الغالبة على عمل الجهاز القضائي، فأصبح عاجزاً عن القيام بدوره في تحقيق العدالة الجنائية، ولذلك أسبابه نورد منها ظاهرة التضخم التشريعي وأزمة العقوبة، وظاهرة الحبس القصيرة المدة، وظهور نماذج إجرائية متعددة، وفشل السجن في دوره الإصلاحية، وارتفاع تكلفة الجريمة، وسياسة الإغراق في الشكليات الإجرائية، فقد فعالية أجهزة العدالة الجنائية، وكان لتلك الأزمة نتائجها الخطيرة وعلى مسرح العدالة الجنائية، فكان البطء في الإجراءات الجنائية وحفظ الملفات والإخلال بمبدأ المساواة والحد من قدرة الجهاز القضائي على مواجهة الجريمة وإدانة الأبرياء.

والسؤال الذي يطرح نفسه هو ماذا لو تم اعتماد أسلوب أكثر فعالية وأكثر ارتباطاً بعموم الناس بدلاً من اتباع الطريق المعتاد والأسلوب التقليدي في التعامل مع مرتكبي الجرائم؟

وأمام هذه المؤشرات الخطيرة كان على السياسة الجنائية أن تعيد النظر في استراتيجيتها في مكافحة الإجرام، وبالفعل بدأت السياسة الجنائية منذ منتصف القرن الماضي تبحث عن وسائل تحقق أقصى فاعلية ممكنة في مكافحة الإجرام، وعليه اتجهت السياسة الجنائية اتجاهين: أحدهما موضوعي يتمثل في سياسة الحد من التجريم وسياسة الحد من العقاب، والآخر إجرائي يتمثل في الوسائل الممكنة في تيسير إجراءات الدعوى الجزائية أو بدائل الدعوى الجزائية لمواجهة أزمة العدالة الجنائية، فكان من أهم آليات مواجهة أزمة العدالة الجنائية ما يعرف بخصخصة الدعوى الجزائية.

(١) الدكتور محمد حكيم حسين حكيم، النظرية العامة للصالح وتطبيقاتها في المواد الجنائية، دراسة مقارنة، رسالة دكتوراه منشورة، دار الكتب - القانونية، القاهرة، ٢٠٠٥ م، بند ١٤٩، ص ١٨١.

(٢) الدكتور عمر سالم، نحو تيسير الإجراءات الجنائية، دراسة مقارنة، دار النهضة العربية، القاهرة، ١٩٩٧، ص ٢٩.

(٣) الدكتور عاشور مبروك، نحو محاولة للتوفيق بين الخصوم، دراسة تحليلية مقارنة، دار النهضة العربية، القاهرة، ٢٠٠٢، ص ٤.

(٤) ففي دولة كفرنسا إذ تراوح المدة من وقت وقوع الجريمة إلى صدور الحكم البات بشأنها بين سنتين وثلاث سنوات... حيث أصبحت سنة عشر شهراً ونصفاً في سنة ١٩٩٩، وفي مصر عدد القضايا الجنائية التي عرضت أمام المحاكمة المصرية خلال عام ٢٠٠٢ بلغ ١٢ مليون قضية، وهذا هو حال الدول كافة. انظر الدكتور شريف سيد كامل، الحق في سرعة الإجراءات الجنائية، دراسة مقارنة، دار النهضة العربية، القاهرة، ٢٠٠٦، بند ٢، ص ١١ وما بعدها.

(٥) الدكتور أحمد السيد صاوي، الوسيط في شرح قانون المرافعات المدنية والتجارية، معدّ لا بالقانون رقم ٢٣ لسنة ١٩٩٢ والقانون رقم ٨١ لسنة ١٩٩٦، والقانون رقم ١٨ لسنة ١٩٩٩، خال من جهة النشر، القاهرة، ٢٠٠٤، البند ٣٣ مكرراً (٢) ص ٨٥.



ثالثاً- أهمية البحث:

تكتسب هذه الدراسة أهميتها من أن بدائل إجراءات الدعوى الجزائية وجدت لتلعب دوراً هاماً في الإجراءات الجنائية ، ومن ثم فإن الكثيرين ممن يتعاملون معها، في حاجة لمعرفة هذه البدائل، وبالدات ظهور نظم جنائية إجرائية حديثة تعمل على تسوية الخصومات والقضايا الجنائية بصورة رضائية بين أطراف الدعوى الجزائية، كما أن موضوع بدائل إجراءات الدعوى الجزائية يمس حاجة القاضي الجنائي في حياته العملية والتطبيقية، لأنه يعد خير وسيلة لتمكينه من حسم أكبر عدد من الدعاوي الجزائية المعروضة أمامه.

رابعاً - أهداف البحث:

١. تسليط الضوء على موضوع بدائل إجراءات الدعوى الجزائية، وكيفية تطبيقها.
٢. بيان أهمية بدائل إجراءات الدعوى الجزائية في الإجراءات الجنائية.
٣. معرفة مدى الاعتماد على تطبيقات بدائل إجراءات الدعوى الجزائية في تشريعاتنا الجنائية العربية.
٤. معرفة دور كل من المجني عليه والمتهم والنيابة العامة ومؤسسات المجتمع المدني والقضاء في تسوية الخصومات الجنائية بصورة رضائية.
٥. بيان الجرائم المشمولة بنظام بدائل إجراءات الدعوى الجزائية.

خامساً - فروض البحث وتساولاته:

١. ما المقصود ببدايل إجراءات الدعوى الجزائية؟
٢. ما مدى استخدام بدائل إجراءات الدعوى الجزائية في تشريعاتنا الجنائية العربية؟
٣. ما مدى اعتماد المحاكم الجنائية العربية على بدائل إجراءات الدعوى الجزائية؟
٤. ما أشكال وصور بدائل إجراءات الدعوى الجزائية؟
٥. هل أخذت تشريعاتنا الجنائية العربية ببدايل إجراءات الدعوى الجزائية؟
٦. هل واكبت تشريعاتنا الجنائية العربية قد التطورات والمستجدات وما طرأ من تغيير على الإجراءات الجنائية التقليدية؟
٧. ما الحالات التي يتم فيها اللجوء إلى بدائل إجراءات الدعوى الجزائية؟ وهل تخضع كل الجرائم وتكون عرضة للتسوية ببدايل إجراءات الدعوى الجزائية؟

سادساً - خطة البحث:

تم تقسيم الدراسة حسب خطة البحث التالية:

المبحث الأول: ماهية بدائل إجراءات الدعوى الجزائية.

المطلب الأول: تعريف إجراءات الدعوى الجزائية.

المطلب الثاني: تطور سلطة الدولة في العقاب.

المبحث الثاني: أشكال بدائل إجراءات الدعوى الجزائية.

المطلب الأول: شكوى المجني عليه والتنازل عنها.

المطلب الثاني: الصلح الجنائي.

المطلب الثالث: نظام الوساطة الجنائية.

المطلب الرابع: نظام التسوية الجنائية.

الخاتمة.

المبحث الأول

ماهية بدائل إجراءات الدعوى الجزائية

المطلب الأول

تعريف بدائل إجراءات الدعوى الجزائية

لقد أدى تطور الحياة وسعة آفاقها إلى تشعب العلاقات بين أفراد المجتمع، وهذا أدى بدوره إلى تشابك المصالح الشخصية لكل فرد تجاه الآخر، مما دعا المنظومة الاجتماعية - وتحت ضغط الحاجة إلى فض المنازعات - لأن تسعى إلى إيجاد سبل ووسائل تجيز وتحقيق ذلك الغرض بطرق متعددة وبمسميات مختلفة، فوجدت أن من أفضل السبل والطرق، التي يتم فيها حسم النزاع، الأسلوب الرضائي الودي لفض الخصومة الجنائية بين أطرافها، ذلك الطريق الذي يحظى بموافقة وقبول ورضا كل من المجني عليه والمتهم والادعاء العام والمحكمة.

بناء عليه، فقد ظهرت الوسائل البديلة لحل المنازعات كنتاج لعدم فعالية الجهاز القضائي التقليدي في حسم القضايا الجنائية، فإذا كانت ممارسة الدعوى الجزائية تقتضى المرور بمراحلها الإجرائية في الاتهام والتحقيق والمحاكمة فهذه الوسائل البديلة المختلفة تستهدف بالدرجة الأولى اختصار هذه الإجراءات الشكلية أملاً في زيادة فعالية العدالة الجنائية في إنجاز القضايا^(١).

(١) د. أسامة حسنين عبيد، الصلح في قانون الإجراءات الجنائية، ماهيته والنظم المرتبطة به، دراسة مقارنة، رسالة دكتوراه منشورة، الطبعة الأولى، دار النهضة العربية، القاهرة، ٢٠٠٥ م، ص ١٠ وما بعدها.





وإن كانت من أهم أهداف الوسائل البديلة إصلاح الجاني وتعاون قطاعات الدولة كافة في مكافحة الجرائم إلى جانب القطاع الجنائي لتحقيق هذا الهدف، حيث إن مكافحة الإجمام لم تعد قاصرة على القطاع الجنائي وحده^(١)، ونقصد بذلك المجتمع ومؤسسات المجتمع المدني، وكذلك من أهداف هذه الوسائل البديلة هو البحث عن أسباب النزاع وبذل الجهود للقضاء على مسبباته في المستقبل مثل نظام الوساطة الجنائية، وهو ما ذكره الأستاذ زيكوتسكي من كندا في الجلسة الأولى من المؤتمر الدولي الثالث عشر لقانون العقوبات^(٢). وبالطبع من أهداف هذه البدائل تخفيف العبء عن كاهل أجهزة العدالة الجنائية. كما تعتبر الوسائل البديلة في الواقع مقارنة عملية لفض النزاعات الجنائية، تتميز بقلّة شكلياتها ومحدودية الخصومة فيها وغلبة الجانب التعاقدية عليها، وبذلك فهي تشكل اليوم من جملة من الاجراءات المستحدثة المتميزة والمختلفة عن الاجراءات الجنائية التقليدية والمكملة لها في نفس الوقت.

وختام القول: نقصد بتعبير خصخصة الدعوى الجزائية إعطاء دور أكبر لأطراف الدعوى الجزائية من المتهم والمجني عليه وبمشاركة المجتمع في إنهاء الدعوى الجزائية والسيطرة على مجرياتها لمواجهة الظاهرة الإجرامية.

المطلب الثاني

تطور سلطة الدولة في العقاب

تقوم الدول باقتضاء حقها في العقاب عن طريق الدعوى الجنائية تطبيقاً لمبدأ لا عقوبة بغير دعوى جزائية، فالأصل أنه في حال وقوع جريمة واكتشاف مرتكبها يتم القبض على المتهم وتقديمه للعدالة وتنفيذ الحكم القضائي الصادر بحقه، وبحسب الاجراءات القانونية المنصوص عليها في قانون الاجراءات الجنائية.

ومن ثم فإن النهاية الطبيعية للدعوى الجزائية هي صدور حكم بات فيها، بعد محاكمة عادلة، تتحقق فيها جميع الضمانات الإجرائية الجنائية التي تحترم فيها حقوق الإنسان. ومع ذلك فقط لوحظ أن بعض القضايا لها طبيعة خاصة، حيث تطول فيها الإجراءات، مما يترتب عليه أن تتكد الدولة نفقات باهظة، كما تستنفد الجهات القضائية المختصة جهداً كبيراً، ويتحمل أطراف الدعوى الجزائية أعباء كبيرة من الوقت والمصاريف^(٣).

فبدأت وفي النصف الثاني من القرن العشرين بدأت تظهر اتجاهات حديثة في سياسة العقاب، وبدأت تضعف قيمة الدعوى الجنائية كأسلوب قانوني لأعمال سلطة الدولة في العقاب^(٤)، بعد أن لوحظ أن جهود المجتمع لمعالجة المجرمين كانت في أسوأ تقدير غير إنسانية، وفي أحسن حال تعتبر غير فعالة، وفي الغالب عقيمة، وفي جميع الأحوال غير مشوشة^(٥). ونتيجة لأزمة العدالة الجنائية وما انعكست به على حجم القضايا الجنائية، ومن هنا أضحت الأساليب غير القضائية لإدارة الدعوى الجنائية ضرورة ملحة لمواجهة البطء في الإجراءات الجنائية التقليدية بهدف اختصار تلك الإجراءات^(٦)، فكان أحد معالم التطور العلمي الجنائي وهو بدائل الخصومة الجنائية للنظر في مكافحة الإجمام بغير الإجراءات الجنائية التقليدية^(٧)، وضرورة التخلي عنها في نطاق الجرائم القليلة الأهمية، واستبدالها بوسائل إجرائية بسيطة ومرنة (كالوساطة والصلح والتصالح والأمر الجنائية)، من شأنها تأمين سرعة حسم الخصومات الجنائية، وإدارة

(١) د. أحمد فتحي سرور، بدائل الدعوى الجنائية، مجلة القانون والاقتصاد للبحوث القانونية والاقتصادية، مطبعة جامعة القاهرة، السنة الثالثة - والخمسون، ١٩٨٢، ص ٢١٢.

(٢) انظر التقرير العام لندوة طوكيو باليابان وذلك ١٦ مارس سنة ١٩٨٢ الندوة - في الفترة من ١٤ الدولية لقانون العقوبات 910-909، vol. 54، pp. 1983، Revue internationale de droit pénal.

(٣) د. حمدي رجب عطية، بدائل الدعوى الجنائية، مجلة المحاماة، ج-ع، العدد الخامس والسادس، سنة ١٩٩١، ص ١٠٢؛ د. محمد السيد عرفه، مصدر سابق، ص ٢٠٩.

(٤) د. حمدي رجب عطية، نزول المجني عليه عن الشكوى، دار النهضة العربية، القاهرة، ٢٠٠٣، ص ٨ وما بعدها.

(٥) د. أحمد فتحي سرور، بدائل الدعوى الجنائية، المرجع السابق، ص ٢٠٦ وما بعدها.

(٦) د. محمد حكيم حسين حكيم، النظرية العامة للصلح، المرجع السابق، بند ٧، ص ٢٠.

(٧) د. أحمد فتحي سرور، المشكلات المعاصرة للسياسة الجنائية، مجلة القانون والاقتصاد، عدد خاص بمناسبة العيد المئوي لكلية الحقوق، ١٩٨٢، ص ٦٩.



النزاع بطريقة سهلة ميسرة ومختصرة وتخفيف الضغط عن كاهل إدارة العدالة الجنائية^(١)، وهذا يتفق مع المبدأ الدستوري من ضرورة الفصل في الدعوى في المدة المعقولة المنصوص عليها في غالبية الدساتير، بل إن مشكلة بطء الإجراءات الجنائية تعرقل سير العدالة الجنائية لكون العدالة البطيئة تعتبر صور الظلم.

أضف إلى ما تقدم، أن ممارسة وتطبيق هذه البدائل أدى إلى قبول أطراف الدعوى الجنائية قبولاً تاماً بالحلول التي ساهموا في التوصل إليها باعتبارها عدالة تفاوضية، حفاظاً على علاقاتهم مستقبلاً دون إخلال بالضمانات الجوهرية الراسخة في التشريعات الجنائية الإجرائية المعاصرة والمقررة لحماية حقوق الإنسان واحترام حرياته الأساسية^(٢). كل ذلك أدى إلى ظهور ما يطلق عليه «العدالة الرضائية أو التفاوضية» في المواد الجنائية، وقضى أن المشرع الجنائي قد أجاز التحول عن العدالة القسرية (الدعوى الجنائية)، أما الأخذ في الاعتبار فهو إرادة المتهم وإرادة المجني عليه عند إدارة العدالة الجنائية^(٣).

ومن ثم فقد تغير مسار الإجراءات الجنائية تدريجياً من النظام التنقيبي إلى النظام الاتهامي، فتزايد دور أطراف الدعوى الجنائية من المتهم والنيابة العامة في إدارة الدعوى الجنائية، كما تعاظم دور المجني عليه الذي لم يعد الطرف الغائب في الإجراءات الجنائية، بل أصبح يحتل مكانة متقدمة لا تقل شأنًا عن مكانة المتهم. وقد تأثرت بكل ذلك الطبيعة القانونية للدعوى الجنائية، فبدأ ينظر إليها على أنها نوع من الخصومات الاعتيادية بين المتهم والمجني عليه، بحيث يكون لهما حق التصرف فيها، والتفاوض بشأنها تحت رقابة وإشراف النيابة العامة أو القضاء^(٤). وقد لاقت هذه السياسة ترحيباً كبيراً في كثير من الدول، فاتجه المشرع الجنائي في كثير منها مثل النمسا وإسبانيا وكندا والولايات المتحدة الأمريكية وإيطاليا وسويسرا والبرتغال إلى إسقاط إجراءات الخصومة الجنائية كلياً أو جزئياً والحد من الإجراءات الجنائية التقليدية واستبدالها بإجراءات أخرى أقل تعقيداً وأكثر سرعة في حسم المنازعات سواء كانت بسيطة لا يقصد منها سوى تيسير الإجراءات أو مقترنة ببرامج لإصلاح الجاني وإعادة تأهيله مرة ثانية.

(١) الدكتور محمود طه جلال، أصول التجريم والعقاب في السياسة المعاصرة، رسالة دكتوراه منشورة، الطبعة الأولى، دار النهضة العربية، القاهرة، ٢٠٠٥، ص ٤٥٣.

(٢) J. pradel. La rapidité de l'instance pénale. Aspecte de droit comparé. Rev. pénit. 1995. p. 213

(٣) الدكتور شريف سيد كامل، المرجع السابق، ص ٢٤٨ : الدكتور أسامة حسنين عبيد، المرجع السابق، ص ١٦.

(٤) د. أحمد عوض بلال، التطبيقات المعاصرة، للنظام الاتهامي في القانون الانجلوأمريكي، ط ١ دار النهضة العربية، القاهرة، ١٩٩٣، ص ٣٥٩.





لقد أدت سياسة تيسير الإجراءات الجنائية في تبسيط الإجراءات أو اختصارها أو الإسراع بها إلى وضع آلية بدائل الدعوى الجنائية لمواجهة أزمة العدالة الجنائية، وعليه نقسم أشكال وصور بدائل إجراءات الدعوى الجنائية إلى التالي:

المطلب الأول: شكوى المجني عليه والتنازل عنها

الشكوى هي قيد من قيود مباشرة الدعوى الجنائية وضعه المشرع في يد المجني عليه ليستطيع بمقتضاه تقييد حق النيابة العامة بوصفها سلطة اتهام في تحريك الدعوى الجنائية، لذلك فهي ذات طبيعة إجرائية بحتة^(١). وعليه فإن الشكوى هي تصرف قانوني يصدر من المجني عليه أو من يقوم مقامه قانوناً ضمن المدة التي حددها القانون يتضمن أخبار السلطة المختصة بتحريك الدعوى الجنائية في بعض الجرائم التي يرى المشرع فيها إعطاء مصلحة المجني عليه الأولوية والاعتبار^(٢). وقد أخذت العديد من التشريعات بهذا الأسلوب للحيلولة دون تحريك الدعوى الجنائية إذا لم يقدم المجني عليه دون تقديم الشكوى^(٣). أو أن المجني عليه يرى أن مصلحته في عدم تحريك الدعوى الجنائية كما هو الحال في جريمة الزنى^(٤) ففي هذه الجريمة نجد أن الحق المعتدى عليه يتصل بالرابطة والصلة العائلية فيكون المجني عليه هو أفضل من يقدر أهمية هذا الاعتداء ومدى جدارته لأن تتخذ الإجراءات الجنائية في شأنه وهذا ما أكدت عليه محكمة النقض المصرية بقولها: «إن جريمة الزنى ليست إلا جريمة كسائر الجرائم تمس المجتمع لما فيها من إخلال بواجبات الزوج الذي هو قوام الأسرة والنظام الذي تعيش فيه الجماعة، ولكن لما كانت هذه الجريمة تتأذى بها في ذات الوقت مصلحة الزوج وأولاده وعائلته، فقد رأى المشرع في سبيل رعاية هذه المصلحة أن يوجب رضاء الزوج عن رفع الدعوى الجنائية بها^(٥)». «علماً بأن المشرع قد حدد على سبيل الحصر الجرائم التي لا يجوز تحريكها إلا بناء على شكوى من المجني عليه^(٦)، كالسرقة بين الأزواج وبين الأصول والفروع حيث يخشى المشرع أن تكون أضرار الإجراءات الجنائية بهذه الصلات وبالمجتمع أكثر من الفائدة التي يمكن أن يحقّقها، فيترك للمجني عليه المقارنة بين الوجهتين وتقدير أيهما أجدر بالرعاية^(٧). ولما كان المشرع الجنائي قد ترك للمجني عليه في الجرائم التي قيد تحريك الدعوى فيها بقيد الشكوى - ملائمة تحريك الدعوى الجنائية من عدمه، فإن من المعقول والمنطقي أن يمنحه الحق في التنازل عن الشكوى بعد تقديمها، وأن يرتب على ذلك أثراً مهماً هو انقضاء الدعوى الجنائية، ذلك أن المجني عليه قد يرى بعد أن يكون قد حرك الدعوى بتقديمه للشكوى أن مصلحته تتطلب وقف السير فيها، فالتنازل عن الشكوى هو تصرف قانوني يصدر من المجني عليه يفصح به عن رغبته ويعلن عن إرادته في وقف الأثر القانوني لشكواه، أي عدم الاستمرار في إجراءات الدعوى الجنائية المرفوعة من قبله^(٨)، وذلك قبل صدور حكم بات فيها، فإذا كانت الدعوى في مرحلة التحقيق الابتدائي يصدر المحقق قراراً بأن لا وجه لإقامتها لانقضائها بالتنازل، وإذا كانت في مرحلة المحاكمة يحكم بالانقضاء ولا يحكم ببراءة المتهم لأن حكم البراءة يعني أن أدلة الإدانة غير كافية أو أن الواقعة غير معاقبة عليها أو غير متوافرة الأركان القانونية، وقد لا يتحقق أي من هذه الأمور الثلاثة عند التنازل عن الشكوى ويترتب عليها انقضاء الدعوى الجنائية^(٩) وهذا ما نص عليه العديد من القوانين العربية كالقانون العراقي والإماراتي ونظام الإجراءات الجنائية

(١) الدكتور عزت مصطفى الدسوقي، قيود الدعوى الجنائية بين النظرية والتطبيق، رسالة. دكتوراه، كلية الحقوق - جامعة القاهرة، ص ٢٢٩.
(٢) د. سعيد حسب الله عبد الله، قيد الشكوى في الدعوى الجنائية «دراسة مقارنة»، أطروحة دكتوراه مقدمة إلى كلية القانون، جامعة الموصل، ٢٠٠٠، ص ٤٤.
(٣) الدكتور أحمد فتحي سرور، الوسيط في الإجراءات الجنائية، طبعة مصورة ومعدلة، ١٩٩٥، دار النهضة العربية، ص ٢١٥٥.
(٤) انظر نص الفقرة (١) من المادة (٢٧٨) من قانون العقوبات العراقي، والفقرة (ثانياً) من المادة (١٠٩) من قانون الإجراءات والمحاكمات الجنائية (الكويتي)، والفقرة (أ) من المادة (٩) من قانون الإجراءات الجنائية البحريني، والمادة (٢٨٤) من قانون العقوبات الأردني، والمادة (٤٧٥) من قانون العقوبات السوري، والمادة (٤٨٩) من قانون (٤٠٠) من قانون - العقوبات اللبناني، والمواد (٣٩٩) العقوبات الليبي.
(٥) في حين يرى آخرون ضرورة رفع قيد إقامة الدعوى الجنائية في جريمة الزنى، لأنها جريمة ذات خطورة كبيرة على كيان المجتمع، وأن محاربة المجتمع للأسر التي تسودها الرذيلة فيه حماية لمستقبله. انظر د. سعيد حسب الله عبد الله، مصدر. سابق، ص ١٩٩.
(٦) انظر نص الفقرة (أ) من المادة (٣) من قانون (٢) أصول المحاكمات الجنائية العراقي والمادة (١٨) من نظام الإجراءات الجنائية السعودي والمادة (١٠) من قانون الإجراءات الجنائية الإماراتي (المادة (١١) من نظام الإجراءات الجنائية لدول مجلس التعاون لدول الخليج العربية والمادة (١٠٩) من قانون الإجراءات والمحاكمات الجنائية الكويتي والمادة (٩) من قانون الإجراءات الجنائية البحريني والمادة (٧) من قانون الإجراءات الجنائية القطري والمادة (٣) من قانون الإجراءات الجنائية المصري والمادة (٤) من قانون المسطرة الجنائية المغربي.
(٨) د. يس عمر يوسف، شرح قانون الإجراءات الجنائية لسنة ١٩٩١، ط ٢، دار ومكتبة الهلال، بيروت، ١٩٩٦، ص ١٠٠.
(٩) د. حسن صادق المرصفاوي، المرصفاوي في أصول الإجراءات الجنائية، طبعة أخيرة، منشأة المعارف، الإسكندرية، ١٩٨٢، ص ١٠٢؛ د. صبري محمد علي الحشكي، الشكوى في القانون الجنائي، ط ١، مكتبة المنار، الزرقاء، ١٩٨٦، ص ٢٢٢؛ د. سعيد حسب الله عبد الله، مصدر سابق، ١٨١٠ - ص ١٧٩.



لدول مجلس التعاون لدول الخليج العربية والقانون البحريني والقطري والعماني والمصري والمغربي والسوداني^(١)، وعلى ذلك فإن الشكوى والتنازل عنها يعتبران وجهين لعملة واحدة هي بدائل إجراءات الدعوى الجزائية^(٢). وهي وسيلة تقليدية من أشكال انقضاء الدعوى الجزائية.

المطلب الثاني: الصلح الجنائي

لم يتضمن أي من نصوص قوانين الإجراءات الجنائية العربية تعريفاً للصلح الجنائي، ذلك أن مسألة التعريف يكتنفها بعض الصعوبات، فالتعريف لا بد أن يكون جامعاً مانعاً، وعليه، نجد المشرع يتركها للفقهاء والقضاة.

وقد عرفت محكمة النقض المصرية الصلح على أنه «بمثابة نزول من الهيئة الاجتماعية عن حقها في الدعوى الجنائية مقابل الجعل الذي قام عليه الصلح»^(٣). فالصلح تصرف قانوني يرتب أثراً في مجال الإجراءات الجنائية وهو إنهاء الدعوى الجزائية يتم بمحض إرادة المجني عليه أو من يقوم مقامه قانوناً ولا يتوقف على عرض من سلطة التحقيق أو المحكمة^(٤).

إن الصلح الجنائي بين المتهم والمجني عليه بعيداً عن ساحة القضاء وفي جرائم محددة عينها القانون لغايات الحفاظ على روابط عائلية أو خاصة لخصوصية العلاقة بين المجني عليه والمتهم أو لارتباط الجريمة للمجني عليه، فهو الأقدر على حماية ومعرفة مصالحه الخاصة وهي بديل عن الدعوى الجزائية. وقد أوردت التشريعات الجنائية العربية هذه الجرائم على سبيل الحصر، ومن ثم فلا يجوز القياس عليها منها زنى الزوجية والقتل والسب أو إفشاء السر أو الأخبار الكاذبة أو الإيذاء الخفيف والسرقة وخيانة الأمانة التي تقع بين الأزواج أو بين الأصول والفروع، كذلك إتلاف أموال الأشخاص.

والمشرع الجنائي لم يستلزم شكلية معينة يتم بموجبها الصلح إذا ما تحققت شروطه، وبالمقابل ليس للمحكمة رفض الصلح دون أسباب. ويقبل الصلح في جميع أدوار الدعوى سواء أكانت الدعوى في دور التحقيق أم المحاكمة ما دام لم يصدر حكم فيها^(٥). وقد نص العديد من التشريعات الجنائية العربية على الصلح الجنائي، منها قانون الإجراءات والمحاكمات الجزائية الكويتي (م ٢٤٠)، وقانون المرافعات الجنائية التونسي الصادر سنة ١٩٦٦^(٦)، والمواد (١٩٤-١٩٨) من قانون أصول المحاكمات الجزائية العراقي والفقرة (٢) من المادة (٢٣) من نظام الإجراءات الجزائية السعودي والمادة (١٧) من قانون الإجراءات الجنائية القطري والمادة (٣٦) من قانون الإجراءات الجنائية السوداني والفصل (٤١) من قانون المسطرة الجنائية المغربي، أما المشرع المصري فقد عاد إلى الأخذ بنظام الصلح في قانون الإجراءات بل ووسع في نطاقه وذلك بمقتضى القانون رقم ١٧٤ لسنة ١٩٩٨ بتعديل بعض أحكام قانون الإجراءات الجنائية (المادة ١٨ مكرراً) (أ) إجراءات جنائية^(٧)، بل وسع المشرع المصري في تعديل قانون الإجراءات الجنائية في عام ٢٠٠٦ من الحالات التي يقع عليها الصلح رغبة منه في مواجهة أزمة العدالة الجنائية وإعطاء طرفي الدعوى الجنائية (المتهم والمجني عليه) إنهاء الخصومة الجنائية دون حكم، وبذلك يعد هذا النص تطبيقاً للاتجاهات الحديثة في التشريعات الجنائية المعاصرة التي تعطى للمجني عليه دوراً ملحوظاً في إنهاء،

(١) د. آمال عبد الرحيم عثمان، شرح قانون الإجراءات الجنائية، دار النهضة العربية، القاهرة، ١٩٨٨، ص ٦١؛ د. عوض محمد، قانون الإجراءات الجزائية، ح ١، دار المطبوعات الجامعية، الإسكندرية، ١٩٩٠، ص ٦٩؛ د. جلال ثروت، أصول المحاكمات الجزائية، ح ١، الدار الجامعية للطباعة والنشر، الإسكندرية، ١٩٨٢، ص ١٣٠.
(٢) انظر نص الفقرة (ج) من المادة (٩) من قانون (أصول المحاكمات الجزائية العراقي والمادة ١٦ من قانون الإجراءات الجزائية الإماراتي والمادة ١٥) من قانون الإجراءات الجزائية البحريني (المادة ١٠) من قانون الإجراءات الجزائية القطري والمادة (١٠) من قانون الإجراءات الجزائية العماني والمادة (١٠) من قانون الإجراءات الجزائية المصري والمادة (٤) من قانون المسطرة الجنائية المغربي والمادة (٣٦) من قانون الإجراءات الجزائية السوداني.
(٣) الدكتور حمدي رجب عطية، تبسيط الإجراءات أمام القضاء الجنائي، تقرير مقدم مؤتمر العدالة الأول الذي عقده نادي القضاة، القاهرة، ١٩٨٦، ص ٨ وما بعدها.
(٤) حكم محكمة النقض المصرية الصادر في ١٦/١٢/١٩٦٣، انظر مجموعة أحكام النقض، ص ١٤، ص ٩٢٧، رقم ١٦٦.
(٥) د. محمد السيد عرفة، التحكيم والصلح وتطبيقاتهما في المجال الجنائي، ط ١، جامعة نايف العربية للعلوم الأمنية، الرياض، ٢٠٠٦، ص ٢٤٦.
(٦) د. سعيد حسب الله عبد الله، شرح قانون أصول المحاكمات الجزائية، ط ١، دار الحكمة، للطباعة والنشر، الموصل، ١٩٩٠، ص ٨٧.





(الدعوى الجنائية بالنسبة لبعض الجرائم^(١) وبخاصة تلك الواقعة على الأفراد والتي توصف بأنها قليلة أو متوسطة الخطورة والتي تقع على المجني عليه بمناسبة علاقته الاجتماعية بالمعاملين معه دون أن يتعارض الصلح في هذه الأحوال مع مقتضيات الحفاظ على المصلحة العامة^(٢)).

يتضح أن الصلح هو عقد بين كل من المجني عليه أو من يقوم مقامه قانوناً مع المتهم، يعبر كل منهما بإرادته عن رغبته في إنهاء الخصومة الجنائية، ويجب عرضه على المحكمة. ومن ثم فلا يكفي لإتمام هذا الصلح أن يفصح المجني عليه وحده عن نيته ورغبته في الصلح مع المتهم، إذ أن ذلك لا يعني أن طلبه ينتج أثره فيما إذا رفضه المتهم ولا يمكن أن يقال أن الصلح في مثل هذه الحالة ينتج عنه نفع خالص للمتهم وبالتالي لا عبرة باعتراض المتهم عليه لأنه من غير المسلم أن الصلح في جميع الأحوال هو نفع محض للمتهم، إذ قد يكون الاتهام المسند إليه كيدياً فيرى المتهم بان استمرار الإجراءات الجنائية بغية الحصول على حكم البراءة مما أسند إليه من اتهام هو أفضل له من الحكم بانقضاء الدعوى الجزائية بصلح المجني عليه معه.

وبناء عليه، يلزم لكي يتم هذا النوع من الصلح، وينتج فاعليته بانقضاء الدعوى الجزائية، أن يتحقق لدى المتهم العلم بتقديم المجني عليه لطلب الصلح حتى يتسنى له أن يعبر بإرادته عن قبوله أو رفضه، ومن ثم يلزم أن تتأكد المحكمة بحسب الأحوال من عدم اعتراض المتهم على طلب المجني عليه بالصلح وذلك قبل أن يترتب عليه انقضاء الدعوى الجزائية^(٣). ورغم المزايا التي يحققها نظام/ الصلح الجنائي، فإنه لم يسلم من سهام النقد على أساس أن يتبنى هذا النظام فيه خلط بين حق الدولة في العقاب وحق المتضرر من الجريمة في التعويض، كما أنه يهدم سلطة النيابة العامة في تقرير ملائمة رفع الدعوى الجنائية من عدمه، كما أن الصلح قد يتم عن طريق الترغيب أو التهريب أو الإكراه على المجني عليه، وفوق ذلك فباعتتماد هذا النظام يجعل من الجرائم مجرد أفعال ضارة لا يطلب فيها سوى التعويض. أضف إلى ما تقدم فإن نظام الصلح الجنائي لا يضمن تحقيق الردع الخاص أو العام وتحديداً في مجال الجريمة الاقتصادية، فالردع الخاص يستلزم أن يقف المتهم علناً في موقف الاتهام وأن يصدر ضده حكم يتم تسجيله في صحيفة الحالة الجنائية. أما الردع العام فإنه لا يتحقق بالصلح الجنائي، حيث تنقضي الدعوى الجزائية باتفاق يتم بعيداً عن أعين الناس وسمعهم، مما يجعل المتهم في النهاية يستهين بهذه الجرائم التي يجوز الصلح فيها^(٤).

والرد على ذلك: إن الغاية من تبني التشريعات لنظام الصلح الجنائي هي تبسيط وتيسير الإجراءات الجنائية وتخفيف العبء عن كاهل القضاء وفض النزاع بين المجني عليه والمتهم على نحو تهادى به النفوس وتصفو وتستقر معه الأمور وتهدأ، أما بخصوص تعارض نظام الصلح الجنائي مع الردع بنوعيه هو في حقيقته تعارض شكلي غير موضوعي، لأن نظام الصلح الجنائي لا يطبق بصفة عامة إلا على الجرائم البسيطة لقليلة الأهمية التي لا تسبب ضرراً جسيماً فادحاً بالمجني عليه أو بالمجتمع. أما بشأن القول بعدم تحقيق نظام الصلح الجنائي للردع بسبب عدم خضوع المتهم لإجراءات المحاكمة المعتادة فمردود عليه بعدم جدوى هذه الإجراءات تجاه مرتكبي هذا النوع من الجرائم البسيطة التي لا ينم ارتكابها عن خطورة إجرامية لمرتكبيها.

ودليل ذلك أن الجزاء الجنائي المقرر لهذه الجرائم التي يطبق عليها نظام الصلح الجنائي يتمثل أغلبه في الغرامة التي كثيراً ما يتضاءل دورها أساساً في تحقيق الردع بنوعيه^(٥).

(١) د. مأمون محمد سلامة، المرجع السابق، ص ٣٢٥.

(٢) د. شريف سيد كامل، المرجع السابق، ص ١١٧ وما بعدها.

(٣) د. أمين مصطفى محمد، انقضاء الدعوى الجنائية بالصلح، ط ١، مكتبة ومطبعة الإشعاع الفنية، الاسكندرية، ٢٠٠٢، ص ٢٠-٢١.

(٤) د. محمود محمود مصطفى، الجرائم الاقتصادية في القانون المقارن، ج ١، الأحكام العامة والإجراءات الجنائية، ط ٢، مطبعة جامعة القاهرة والكتاب الجامعي، القاهرة، ١٩٧٩ ص ٢٢٠.

(٥) د. أمين مصطفى محمد، مصدر سابق، ص ٣٩.



المطلب الثالث: نظام الوساطة الجنائية

يقصد بالوساطة الجنائية la médiation pénale ذلك الإجراء الذي بموجبه يحاول شخص من الغير بناء على اتفاق الأطراف وضع حد ونهاية لحالة الاضطراب التي أحدثتها الجريمة عن طريق حصول المجني عليه على تعويض كافٍ عن الضرر الذي حدث له فضلاً لا عن إعادة تأهيل الجاني^(١)، وبذلك يتضح بالفعل أن الوساطة الجنائية إحدى صور بدائل إجراءات الدعوى الجزائية، وكذلك يتضح أن جوهر الوساطة هو الرضائية في إتباع هذا النظام والموافقة على تنفيذ العقوبة بالرضا، وذلك بناء على اقتراح النيابة العامة، وبذلك يتضح دور الرضا في نطاق الوساطة الجنائية^(٢). لذلك اتجه رأي الفقه على ضوء ذلك على اعتبار الرضا في الوساطة نوعاً من التصالح المدني .

ولقد صدر العديد من التوصيات عن المجلس الأوروبي منها : التوصية الصادرة في عام ١٩٨٧ والتوصية الصادرة في ١٥ سبتمبر سنة ١٩٩٩ وإعلان فيينا بشأن الجريمة والعدالة الصادر عن مؤتمر الأمم المتحدة العاشر لمنع الجريمة ومعاملة الجريمة المنعقد في فيينا للفترة من ١٠ إلى ١٧ نيسان ٢٠٠٠^(٣) بشأن إقرار بدائل الدعوى الجنائية لمواجهة بعض الجرائم وخاصة الوساطة الجنائية بين المجني عليه والجناة باعتبار أن هذا الخيار يعد أحد البدائل الهامة للإجراءات الجنائية التقليدية وبالنظر إلى الإقبال الكبير والمتزايد عليها من أطراف الدعوى الجزائية لفض نزاعاتهم عن طريقها، فإن المشرع الجنائي تدخل من أجل تكريسها قانوناً في بعض التشريعات الجنائية المقارنة .

علماً بأن الوساطة الجنائية ترجع في أصل نشأتها إلى قوانين الدول الأنجلوسكسونية وخاصة الولايات المتحدة وإنجلترا وكندا^(٤) فظهرت الوساطة الجنائية كأسلوب جديد لفض الخصومات الجنائية كان في أواخر الستينيات وبداية السبعينيات من القرن الماضي تزامناً مع ظهور حركات كان هدفها التوسط بين المتهم والمجني عليه في شكل عدة منظمات للدفاع عن حقوق المجني عليهم . هذا، وقد وجدت في كل من الولايات المتحدة الأمريكية وإنجلترا وكندا عدة برامج للوساطة الجنائية يمكن إرجاعها إلى عدة حركات يتمحور عملها في الوساطة في المجال الجنائي^(٥)، حيث تأخذ ولاية - Chicago - الأمريكية بنظام الوساطة الجنائية فيجوز للقاضي أن يحيل أوراق الدعوى للوسيط الجنائي، سواء أكان ذلك من تلقاء نفسه أو بناء على اقتراح أطراف الدعوى، حيث يتلقى كل من المتهم والمجني عليه خطاباً من القاضي بإحالة النزاع إلى الوسيط الجنائي ومن ثم ضرورة اتصالهما بهذه الجهة التي تدعى - Neighborhood Justice - وخلال ثلاثة أيام، ومن ثم يحدد لكل من المتهم والمجني عليه موعداً تكون مدته على الأغلب شهر يجب عليهما بعده الرجوع إلى ساحة القضاء في حالة عدم استطاعة جهة الوساطة الجنائية حل النزاع وتسوية المشكلة^(٦). وفي ولاية - Oregon - الأمريكية ظهر نظام العدالة المجتمعية الذي يعتمد الوساطة الجنائية أداة لحل الخلافات بين المتهم والمجني عليه، حيث يشارك المواطنون في تسوية النزاعات الجنائية بتلبية احتياجات المجني عليه ومحاسبة المتهم بأساليب بناءة ذات معنى، والتوسط في شؤون تحديد التعويضات للمجني عليه، وقد جعلت محاكم الولاية في مقدمة أولوياتها توفير خدمات التوسط بين المجني عليه والمتهم، حيث يستطيع المجني عليه الاختيار بين مواجهة المتهم وجهاً لوجه أو حصوله على التعويض ضمن دائرة العدالة المجتمعية^(٧). علماً بأن الوسيط الجنائي قد يكون شخصاً طبيعياً

(١) Christine Lazerges, médiation pénale, Justice pénale et politique criminelle, R.S.C. 1997, p. 186.

(٢) انظر في هذا المعنى الدكتور عمرو الوقاد: دور الرضا في القانون الجنائي، خال من جهة . النشر، طنطا-مصر، ٢٠٠٠ ص ١٠٦.

(٣) حيث ورد في التوصية رقم (٢٦) من إعلان فيينا ما يلي (نقرر أن نستحدث، عند الإقصاء، خطط عمل وطنية وإقليمية ودولية لدعم الجريمة، كآليات الوساطة والعدالة التصالحية، ونقرر أن يكون عام ٢٠٠٢ هو الموعد المستهدف لكي تراجع فيه الدول ممارستها في هذا الشأن، وتواصل تطلو بر خدمات دعم الضحايا وتنظيم حملات توعية بحقوق الضحايا، وتنتظر في إنشاء صناديق لصالح الضحايا، إضافة إلى وضع وتنفيذ سياسات لحماية الشهود). انظر إعلان فيينا بشأن الجريمة والعدالة والمتاح على الرابط الإلكتروني: www.aihr.org.tn/arabic/convention/Conventions/HTML/decVienneCrime

(٤) الدكتور شريف سيد كامل، الحق في سرعة الإجراءات الجنائية، المرجع السابق، بند ٥٩، ص ١٢٢ وما بعدها؛ د. أسامة حسنين عبيد، مصدر سابق، ص ٥١٨.

(٥) Jacques Faget, La médiation Essai de politique pénale, 1997, p. 41; Marieclot Desdevises, L'évaluation des expériences de médiation entre délinquants et victimes, L'exemple britannique, R.S.C. 1993, p.45.

(٦) Martin Wright and Burt Galaway, Mediation and Criminal Justice. Victims, Offenders and Community, Sage Publications, 1989, P. 115.





أو شخصية معنوية كجمعية ضحايا الجريمة أو جمعيات وساطة، ومن الممكن بأن يقوم عضو النيابة أو القاضي في بعض الأنظمة القانونية بدور الوسيط، وإن كانت بعض الأنظمة تحظر ذلك.

وقد انتشرت الوساطة الجنائية انتشاراً واسعاً في معظم القارة الأوروبية، حيث أخذت بها النمسا سنة ١٩٨٨ وألمانيا سنة ١٩٩٠ وإسبانيا سنة ١٩٩٢ وبلجيكا سنة ١٩٩٤^(١)، أما في فرنسا فقد صدر القانون رقم ٩٣ - ٢٠٤/١/١٩٩٣ يتضمن النص على نظام الوساطة في القضايا الجنائية حيث أضافت المادة السادسة منه على المادة (٤١) من قانون الإجراءات الجنائية الفرنسي فقرة أخيرة تسمح للنيابة العامة قبل اتخاذ قرارها بشأن الدعوى الجنائية - سواء بعدم متابعتها أو تحريكها - باللجوء إلى نظام الوساطة بعد أخذ موافقة أطراف الخصومة الجنائية فيما إذا اتضح للنيابة العامة أن اللجوء لهذا الإجراء قد يؤدي إلى إصلاح الضرر الذي لحق بالمجنى عليه ويضع حداً لإنهاء النزاع الناشئ عن الجريمة ويساهم في إعادة تأهيل مرتكب الجريمة. ومن ثم تحال الأوراق التحقيقية إلى وسيط محايد يستمع إلى وجهات نظر طرفي النزاع. فإذا تم التوصل إلى اتفاق وتم تنفيذه، تصدر النيابة العامة قرارها بحفظ الأوراق^(٢). وباستقراء نص المادة (١/٤١) قانون الإجراءات الجنائية الفرنسي يتبين لنا أن الأخذ بإجراء الوساطة الجنائية يتطلب تحقق الشروط التالية:

١. ألا تكون النيابة العامة قد اتخذت قراراً بشأن تحريك الدعوى الجزائية فيما إذا كان الجاني شخصاً طبيعياً بالغاً، أما إذا كان حدثاً فقد أجاز القانون الفرنسي للنائب العام ولقاضي التحقيق ولقاضي المحكمة - حتى وإن كانت الدعوى الجزائية قد حركت - أن يقترح على الحدث القيام بإجراء ما كالمساعدة أو التعويض بحق المجنى عليه أو المجتمع بعد أخذ موافقة كل من المجنى عليه وولي الحدث^(٣).

٢. أن تقدر النيابة العامة أن اللجوء إلى إجراء الوساطة الجنائية بين الجاني والمجنى عليه يجب أن يحقق الأهداف مجتمعة والتي ورد ذكرها في المادة (٤١ - ١) من قانون الإجراءات الجنائية الفرنسي وهي ضمان تعويض المجنى عليه عن الضرر الذي أحدثته الجريمة وإنهاء الاضطراب الذي سببته الجريمة، والمساهمة في إعادة تأهيل الجاني وإصلاحه اجتماعياً.

٣. موافقة كل من الجاني والمجنى عليه على إجراء الوساطة الجنائية، فالرضائية تعد من أهم سمات هذا الإجراء الجنائي المستحدث، باعتبار أن الوساطة الجنائية ركيزتها وأساسها الحوار وحرية المساهمة من قبل أطراف الدعوى الجزائية^(٤)، كما أن الرضا في الوساطة الجنائية ضروري للتوصل إلى حل ودي للنزاع الذي نشأ بسبب الجريمة من خلال الوساطة الجنائية، لذا فالوساطة الجبرية يكون مصيرها الفشل لأنها لا تقوم على رضا كل من الجاني والمجنى عليه، وفشل الوساطة يعني ضياع الكثير من الوقت والجهد بالنسبة لأطراف الدعوى الجزائية، ويجعل من النيابة العامة أن تعيد النظر فيما سبق أن اتخذته من إجراءات غير لازمة.

ولم يحدد القانون الفرنسي شكلية خاصة للرضا، فالمهم أن يتم رضا أطراف الدعوى الجزائية بإجراء الوساطة الجنائية في ضوء العلم الكامل بأبعاده القانونية وأن يكون هذا الرضا واضحاً خالياً من العيوب، ومن حقهم استشارة المحامين والاستعانة^(٥).

٤. اعتراف المتهم بارتكابه للجريمة، إذ من الصعب أن نتخيل أن شخصاً ما يقبل الوساطة الجنائية وهو ينكر ارتكابه للجريمة^(٦).

(١) انظر دنيس مالوني، بروز العدالة المجتمعية، والمتاح على الرابط الإلكتروني <http://usinfo.state.gov/journals/itdhr>

(٢) J. Faget, op.cit., p. 49

(٣) Gaston Stefani, Georges Levasseur et Bernard Bouloc, Procédure pénale, 16 éd. Dalloz, Paris, 1996, P. 468 et 469

(٤) J. Faget, op.cit., p. 120; C. Lazerges, op.cit., p. 192

(٥) Jocelyne LebLois-Happe, La médiation pénale comme mode de réponse à La petite délinquance: état des Lieux et perspectives, R.S.C. 1994, p. 532

J. Faget, op.cit., p. 41

(٦) J. Faget, op.cit., p. 40 et 41



بعد تأكد النيابة العامة من تحقق الشروط أعلاه، يخضع إجراء الوساطة الجنائية للمراحل والخطوات التالية:

١. إبلاغ كل من الجاني والمجني عليه بإجراء الوساطة الجنائية سواء مباشرة من قبل النائب العام أو عن طريق بلاغ مكتوب، كما يمكن عرض الوساطة الجنائية من خلال مأمور الضبط القضائي أو مفوض أو وسيط^(١).
 ٢. تعمل النيابة العامة على تحويل شخص طبيعي أو معنوي مؤهل للقيام بدور الوسيط الجنائي بين كل من المتهم والمجني عليه، حيث يشترط في هذا الوسيط أن يكون مستوفياً للشروط المحددة بقانون الإجراءات الجنائية الف رنسي كأن لا يكون موظفاً قضائياً، وان لا يكون محكوماً سابقاً بعقوبة جنائية أو بعدم الأهلية، وان يقدم صورة ضوئية من صحيفة حالته الجنائية وان يثبت ما يفيد تمتعه بالكفاءة والحيدة والالتزام بسر المهنة.
 ٣. يقترح الوسيط إجراء مقابلة واجتماع بين كل من المتهم والمجني عليه ليوضح لهم المبادئ التي تركز عليها وساطته الجنائية.
 ٤. يجتمع الوسيط مع المتهم والمجني عليه كل على حدة أو سوية ويتلقى موافقتهم على إجراء الوساطة الجنائية.
 ٥. يقوم الوسيط بعقد عدة اجتماعات ولقاءات ضرورية بين أطراف الدعوى الجزائية ويحثهم على تقبل واستيعاب وجهات النظر المطروحة واستيعابها من قبلهم.
 ٦. فإذا توصل أطراف الدعوى الجزائية إلى اتفاق، فلا بد للوسيط أن يحرر محضراً بذلك موقعاً عليه من قبل الجميع.
 ٧. بعد ذلك يقوم الوسيط بتسليم الاتفاق الذي سبق وأن تم التوصل إليه بين أطراف الدعوى الجزائية إلى النائب العام.
- بعد الانتهاء من الإجراءات والخطوات أعلاه، فإذا كانت نتيجة الوساطة الجنائية إيجابية وتم فض الخصومة الجنائية بشكل ودي، وتم تنفيذ فحوى الاتفاق، عندئذ تقوم النيابة العامة، بحفظ الأوراق وتبلغ الأطراف بهذا القرار^(٢) وإلا فإن كانت نتيجة الوساطة الجنائية سلبية ولم يتم التوصل إلى حل النزاع، فإن للنيابة العامة سلطة تحريك الدعوى الجنائية تطبيقاً لمبدأ الملاءمة^(٣).
- أما قانون تحقيق الجنايات البلجيكي، فقد اعتمد الوساطة الجنائية في المخالفات والجنايات المعاقب عليها بالأشغال الشاقة لمدة لا تزيد على عشرين سنة^(٤)، فيما إذا رأت النيابة العامة أن طبيعة الجناية في الحالة الواقعية المعروضة يجب أن يعاقب عليها بعقوبة الحبس لمدة سنتين أو أكثر بعد تطبيق الظروف المخففة ومن ثم تطبق الوساطة الجنائية على مثل هذه الجناية في مثل هذه الحالة^(٥).

وقد عرفت بعض المقاطعات البلجيكية نظام الوساطة الجنائية وعلى ثلاثة أنواع على النحو التالي:

١. **وساطة التعويض:** وهي نوع من الوساطة يضطلع به مدير الشرطة في الجرائم غير الخطيرة عن طريق انتقاء ملفات يحولها إلى الوسيط الذي يسعى لإجراء الوساطة الهادفة إما إلى تعويض جزئي وإما إلى تعويض كلي للضرر، مراعي في ذلك بعض المعايير المحددة من طرف النيابة العامة، وفي كل الأحوال فالنائب العام هو الذي يملك الحق لإقرار المتابعة من عدمها.
٢. **وساطة الحي:** وهي التي يعهد بها إلى وسطاء ينتمون إلى نفس الحي الذي وقعت فيه الجريمة من طرف النائب العام الذي يعود له الأمر في إجراء المتابعة من عدمها. وهي تكون في الجرائم غير الخطيرة كتخريب الآث ار والسرقات الصغرى وعلى الخص وص نزاعات الجوار.

(١) حيث تم تعديل المادة (٤١ / ١) من قانون الإجراءات الجنائية الفرنسي بموجب القانون رقم (٢٠٠٤/٢٠٤) في ٢٠٠٤/٢/٩ وأصبحت تنص على أنه « للنائب العام، مباشرة أو عن طريق مأمور الضبط القضائي أو مفوض أو وسيط،... ».

(٢) Robert Cario. La médiation pénale entre répression et réparation. L'Harmattan. Paris. 1997. p. 54 et 55

(٣) Jacques Borricand et Anne-marie simon. Droit pénal. procédure pénale. 2nd edition. Siry. 2000. p. 235

(٤) Henri D. Bosly et Christin De valkeneer. La célérité dans La procédure pénale en droit Belge. R.I.D.P. 1995. p. 440

(٥) Alain De Nauw. Les modes alternatifs de règlement de conflits en droit pénal Belge





وساطة الإصلاح: وهي التي يقوم بها النائب العام. حيث يقترح وساطة بين المتهم والمجني عليه وهي تكون في القضايا المعروضة أمام محاكم الجناح، وتكون بعد الاستدعاء للمثول أمام المحكمة أو بعد وضع الملف في التحقيق، وهي تمكن من إصلاح الأضرار بالإضافة إلى أنها تسمح للقاضي بإصدار قرار مرعياً في ذلك الحل المسبق^(١).

وقد أعطى القانون البلجيكي للنياية العامة حصرياً سلطة تقدير ملائمة اللجوء إلى إجراء الوساطة الجنائية^(٢). فيجوز للنياية العامة أن تقترح على الجاني ما يلي:

١. تعويض المجني عليه عن طريق التوصل إلى اتفاق بين الجاني والمجني عليه على طريقة استيفاء التعويض، ويحق لكل منهما الاستعانة بمحامي، لأن حضور المجني عليه أثناء سير الإجراءات ليس وجوبياً، فبالإمكان حضور محام نائباً عنه^(٣).
٢. تكليف الجاني بالقيام بأعمال وتقديم خدمات للمصلحة العامة أو الخضوع لتدبير أو برنامج تأهيلي معين لمدة ١٢٠ ساعة، بعد إجراء فحص اجتماعي من خلال مساعد الوساطة.
٣. خضوع الجاني للعلاج بإدخاله أحد المستشفيات أو المصحات إذا تبين أن سلوكه الإجرامي كان بسبب مرضه أو إدمانه.

وتمر الوساطة الجنائية في القانون البلجيكي عبر مرحلتين: الأولى: المرحلة التمهيدية، ويتم فيها إجراء فحص اجتماعي على الجاني بناء على طلب النياية العامة ومن خلال مساعد الوساطة. والثانية: مرحلة القرار، حيث تقوم النياية العامة باستدعاء الجاني والمجني عليه ومحامييهما ويتم تحرير محضر يثبت فيه شروط الوساطة ويوقع عليه من قبل الأطراف كافة. فإذا قام الجاني بتنفيذ ما هو مطلوب منه، عندئذ تحرر النياية العامة محضراً جديداً يثبت فيه ذلك ومن ثم تنقضي الدعوى الجزائية^(٤).

وأكثر ما يطبق نظام الوساطة على طائفة الأحداث الجانحين الذين يمثل لهم مثل هذا النظام دعوة لاستغلال طاقاتهم لإصلاح ما نتج عن جرائمهم من أضرار لحقت بالمجني عليه أو توجيهها للخدمة العامة^(٥). وهذا ما أكدت عليه الفقرة (٤٤) من العهد الدولي الخاص بالحقوق المدنية بقولها (وينبغي كلما أمكن، اتخاذ تدابير خلاف الإجراءات الجنائية مثل، الوساطة بين الجاني والضحية، وعقد لقاءات مع أسرة الجاني، والإرشاد أو خدمة المجتمع أو البرامج التعليمية، خصوصاً إذا كان ذلك سيؤدي إلى تعزيز إعادة تأهيل الأحداث الذين يزعم أنهم ارتكبوا أفعالا محظورة بموجب القانون الجنائي، شريطة أن تكون هذه الإجراءات متوافقة مع متطلبات العهد وغيره من معايير حقوق الإنسان ذات الصلة).

وهكذا، فللوساطة صور وأشكال متنوعة، لكنها تهدف في نهاية المطاف للوصول بالخصومة الجنائية خارج إطار الإجراءات الجنائية القسرية وحل مثل هذا النوع من الخصومات على نحو ودي يتفق عليه كل المتهم والمجني عليه وينفذونه حتى تطمئن المحكمة التي طلبت تلك الوساطة إلى أنه قد أنجز، ومن ثم يكون لها أن تأمر بحفظ أوراق الدعوى أو أن تحكم بانقضاء الدعوى الجنائية وبحسب الأحوال.

وهناك العديد من الأساتذة في الدول العربية نادوا صراحة بتبني هذا النظام الرضائي البديل وخاصة في علاج القضايا العائلية أو محيط الجيران^(٦).

(١) السيد عبد الجليل الفيداني، بدائل الدعوى العمومية وبدائل العقوبة السالبة للحرية، ط ١، ٢٠٠٤، ص ٧٥ - ٧٧.

(٢) Christophe mincke, vers un nouveau type d'utilisation du ministère public. L'exemple de la médiation pénale et de la procédure accélérée. R.D.P.C. 1998, p. 653.

(٣) G. Demanet. La médiation pénale en droit Belge ou magistrat de Liaison. un nouvel entremetteur. R.D.P.C. 1994, p. 232.

(٤) G. Demanet. op. cit., p. 232; H. D. Bosly et C. De Valkeneer. op. cit., p. 441.

(٥) Jean Pradel. Procédure pénale. 7^{éd}. Cujas. Paris. 1993, P. 186.

(٦) الدكتور أشرف رمضان عبد الحميد، الوساطة الجنائية، دار النهضة العربية، القاهرة، ٢٠٠٤، ص ١٥٤: الدكتور مدحت عبد الحليم رمضان، الإجراءات الموجزة لإنهاء الدعوى الجنائية في ضوء التعديلات قانون الإجراءات الجنائية، دراسة مقارنة، دار النهضة العربية، القاهرة، ٢٠٠٠، ص ١٦٥.



وإني أرى أن نظام الوساطة صالح للتطبيق في المجتمع العربي عن طريق تبني نظام قانون يسمح بإحالة بعض القضايا ذات الطابع العائلي أو في محيط الجيران أو الأسرة إلى لجان إصلاح بشرط رضا كافة أطراف الدعوى الجنائية، وفي جرائم خاصة الجرح محددة ذات الطابع المذكور، وخلال مدة محددة ويترتب عليها إنهاء الدعوى الجنائية حين تنفيذ بنود الوساطة سواء باعتذار الجاني وإنهاء الاضطراب الجنائي الذي أحدثته الجريمة أو التعويض المادي للمجني عليه^(١).

المطلب الرابع: نظام التسوية الجنائية

استحدث المشرع الفرنسي نظام التسوية ٥١٥ الصادر في ٢٣ - الجنائية بالقانون رقم ٩٩ حزيران سنة ١٩٩٩ بشأن تدعيم فعالية الإجراءات الجزائية، ثم عدله بالقانون رقم ٢٠٠٦-٣٩٩ الصادر في ٤ نيسان سنة ٢٠٠٦ حيث تم تعديل قانون الإجراءات الجنائية الفرنسي، وأضيفت فقرة ثانية على المادة (٤١) منه، والتي تمثل بديلاً لا جديداً من بدائل إجراءات الدعوى الجزائية، إذ يتيح للنائب العام أن يقترح على الشخص الطبيعي البالغ الذي يعترف بارتكابه واحدة أو أكثر من الجرح أو المخالفات التي حددها القانون في المادتين (٤١ - ٢) و (٤١ - ٣) من قانون الإجراءات الجنائية الفرنسي بأن ينفذ تدابير معينة بعد اعتماده من قبل المحكمة الجنائية المختصة، حيث يترتب على تنفيذ تلك التدابير انقضاء الدعوى الجزائية^(٢).

وباستقراء النصوص القانونية أعلاه، نلاحظ أن للتسوية الجنائية جملة من الشروط وهي:

١. يشترط في المتهم أن يكون شخصاً طبيعياً بالغاً لسن الرشد، ومن ثم يستبعد المتهم الحدث وكذلك ي استبعد الشخص المعنوي ، كذلك يجب أن يعترف المتهم بارتكابه للجريمة التي أجاز فيها القانون الفرنسي إجراء التسوية والتي سنأتي عليها لاحقاً، وأخيراً موافقة المتهم على إجراء التسوية الجنائية ولا يهم أن تكون هذه الموافقة تحريرية أو شفوية^(٣).
٢. يشترط في الجريمة، التي يجوز فيها إجراء التسوية الجنائية، أن تكون مما نصت عليه المادتان (٤١ - ٢) و (٤١ - ٣) من قانون الإجراءات الجنائية الفرنسي، وهي الجرائم الموصوفة بالجنحة التي يعاقب عليها - كعقوبة أصلية - بالغرامة أو بعقوبة الحبس لمدة لا تزيد على خمس سنوات، وكذلك الجرائم الموصوفة بالمخالفة واستثيت تلك الجرائم التي تقع بواسطة الصحف وجرائم القتل الخطأ والجرائم السياسية^(٤).
٣. أن لا تكون الدعوى الجزائية قد تمت المباشرة بها سواء من قبل النيابة العامة أو من قبل المجني عليه، لأن التسوية الجنائية هي إحدى الخيارات المطروحة ومن ثم فللنيابة العامة الحرية في أن تقرر اللجوء إليها أو التصرف في الإجراء الجنائي على ضوء الخيارات الأخرى المتاحة^(٥).

وتبدأ التسوية الجنائية باقتراح يصدر عن النائب العام إذا اتضح له أن ذلك ملائم، ويوجه هذا الاقتراح إلى الجاني إما مباشرة وإما عن طريق شخص مخول بذلك من العاملين بالمحكمة، وأما عن طريق أحد مأموري الضبط القضائي، حيث يقتصر دوره على مجرد التسليم المادي للاقتراح إلى يد الجاني . ويجب أن يكون مضمون الاقتراح بالتسوية مفهوماً وواضحاً لا لبس فيه بالنسبة للجاني، بمعنى آخر لا بد أن يكون الاقتراح بصيغة مكتوبة وموقعة من قبل النائب العام وان يحدد فيه نوع ومقدار التدابير المقترحة، كما ويجب إشعار

(١) انظر كلمة وزير العدل المغربي بمناسية ندوة (الوسائل البديلة لحل المنازعات بالمغرب، والمنشورة على الرابط الإلكتروني <http://www.justice.gov.ma/ar/actualities/actualite.aspx> actualite (٢) Michèle-Laure Rassat. traité de procédure pénale. presses universitaires de France. 2001. p. 491 et 492; Francis Le Guehec. présentation de La Loi No 99-515 du 23 Juin 1999, première partie. Dispositions relatives aux. alternatives aux poursuites. J.C.P. 1999 actualite. p. 1326 (٣) Jacques Borricand et Anne-marie simon.op.cit.p. 235 (٤) Gaston Stefani. Georges Levasseur et Bernard Bouloc. op.cit., p. 529 (٥) Jean pradel. Une consécration du «plea bargaining», à La française: La composition pénale instituée par La Loi no 99-515 du 23 Juin 1999. D. 1999. Chronique. p. 381





الجاني بحقه في الاستعانة واستشارة محام قبل إعطائه الموافقة على إجراء التسوية الجنائية، فإذا لم يقبل الجاني باقتراح التسوية، عندئذ يسقط الاقتراح ومن ثم، يحق للنائب العام تحريك الدعوى الجزائية أما إذا وافق الجاني ورضي بالاقتراح فيتم إثبات موافقته تحريراً في محضر وتسلم له نسخة منه ^(١).

ومن ثم يجب على النائب العام عرض الاقتراح المرفق بموافقة الجاني على التسوية أمام رئيس المحكمة الابتدائية أو من يفوضه في مواد الجench، والقاضي الجزئي إذا كانت الجريمة المرتكبة من نوع المخالفات، طالباً منه اعتماد وتصديق التسوية على أن يقوم النائب العام بإبلاغ الجاني والمجنى عليه إذا اقتضى الأمر، بأنه قد عرض اقتراح التسوية أمام القاضي .

وعند الضرورة يجوز للقاضي أن يستمع إلى أقوال كل من الجاني والمجنى عليه وبحضور المحامين عنهما، وبعد كل هذه الخطوات الإجرائية، فللقاضي له الحق أن يقرر أحد أمرين لا ثالث لهما، أما التصديق على التسوية الجنائية ومن ثم تأخذ طريقها إلى التنفيذ أو رفضها فيصبح الاقتراح كأن لم يكن . ولا يحق للقاضي إجراء أي تغيير أو تعديل أو حذف أو إضافة على التسوية المعروضة أمامه، وقرار القاضي بات غير قابل للطعن ^(٢).

وإذا تم التصديق على التسوية الجنائية ونفذ الجاني التدابير المقررة كافة، فيترتب على ذلك انقضاء الدعوى الجزائية . وقد يفشل اقتراح التسوية الجنائية لعدة أسباب، منها رفض الجاني، أو عدم تصديقه من قبل القاضي ، أو عدم قيام الجاني بتنفيذ التدابير المطلوب منه بعد قبوله اقتراح التسوية الجنائية، عندئذ يقوم النائب العام بتحريك الدعوى الجزائية.

أما التدابير التي تنطوي عليها التسوية الجنائية، فيتضح - من خلال قراءة نص المادتين (٤١ - ٢) و(٤١ - ٣) من قانون الإجراءات الجنائية الفرنسي، أن التسوية الجنائية تتضمن مجموعة من التدابير التي يجوز للنيابة العامة اقتراحها على الجاني تنفيذ واحد منها أو أكثر وهي:

- ١ . دفع مبلغ غرامة التسوية للخزانة العامة، ولا يجوز أن يزيد مقدار هذه الغرامة على الحد الأقصى للغرامة المقررة قانوناً للجريمة. ويتم تحديدها تبعاً لجسامة الجريمة ودخول الجاني والتزاماته . ويجوز أن تسدد الغرامة على أقساط يحددها النائب العام خلال مدة لا تتجاوز سنة.
- ٢ . التنازل لمصلحة الدولة عن الأشياء التي استخدمت أو كانت معدة للاستخدام في ارتكاب الجريمة أو المتحصلة منها .
- ٣ . تسليم السيارة لمدة أقصاها ستة أشهر بغرض توقيفها .
- ٤ . تسليم رخصة القيادة إلى قلم كتاب المحكمة الابتدائية، وذلك لمدة لا تزيد على ستة أشهر في مواد الجench، أما مدة تسليم رخصة القيادة في المخالفات، فلا يجوز أن تزيد على ثلاثة أشهر.
- ٥ . تسليم رخصة الصيد إلى قلم كتاب المحكمة الابتدائية لمدة لا تتجاوز ستة أشهر ، وذلك في مواد الجench، أما مدة تسليم رخصة الصيد في المخالفات فلا يجوز أن تزيد على ثلاثة أشهر.
- ٦ . القيام لمصلحة المجتمع بعمل دون أجر لمدة لا تزيد على ستين ساعة، خلال مدة لا تتجاوز ستة أشهر في الجench، ومدة هذا العمل في المخالفات لا تتجاوز ثلاثين ساعة، وينفذ خلال مدة لا تزيد على ثلاثة أشهر.

(١) J. Borricand et A-M. Simon. op.cit., p. 236
(٢) J. Pradel. op.cit., p. 381; M-L. Rassat. op.cit., p. 493



٧. متابعة تدريب أو تأهيل في مؤسسة أو مركز صحي أو اجتماعي أو مهني لمدة لا تزيد على ثلاثة أشهر، وذلك خلال فترة لا تتجاوز ثمانية عشر شهرًا.
٨. المنع من إصدار شيكات غير تلك التي تسمح للساحب باسترداد ماله لدى المسحوب عليه أو الشيكات المعتمدة وحظر استعمال بطاقات الوفاء، وذلك لمدة ستة أشهر على الأكثر في الجرح، ومدة هذا الحظر في المخالفات لا يجوز أن تزيد على ثلاثة أشهر.
٩. عدم الظهور في المكان أو الأماكن التي وقعت فيها الجريمة التي يحددها النائب العام، لمدة لا تزيد على ستة أشهر، وذلك باستثناء الأماكن التي يقيم فيها الشخص عادة.
١٠. حظر مقابلة أو استقبال المجني عليه أو المجني عليهم في الجريمة الذين يحددهم النائب العام أو الدخول في علاقات معهم، وذلك لمدة لا تزيد على ستة أشهر.
١١. حظر مقابلة أو استقبال الفاعل أو الفاعلين الآخرين أو الشركاء في الجريمة الذين يحددهم النائب العام أو الدخول في علاقات معهم، لمدة لا تتجاوز ستة أشهر.
١٢. عدم مغادرة الإقليم الوطني وتسليم جواز السفر لمدة لا تتجاوز ستة أشهر.
١٣. القيام عند اللزوم بمتابعة تدريب للمواطنة، وذلك على نفقته (أي على نفقة المتهم).
١٤. إذا كان المجني عليه معروفاً، فيجب أن يتضمن اقتراح النائب العام بالتسوية الجنائية على الجاني قيام هذا الأخير بتعويض الضرر الذي أصاب المجني عليه بسبب الجريمة خلال مدة لا تزيد على ستة أشهر. ومؤدى ذلك، أن هذا التدبير له صفة إلزامية ما لم يثبت الجاني أنه قد سبق وقام بهذا التعويض فعلاً^(١)، وفي حالة عدم قيام الجاني بتعويض المجني عليه عن الضرر الذي أصابه، عندئذ يحق للمجني عليه الإدعاء المباشر أمام محكمة الجرح للمطالبة بالتعويض، ففي مثل هذه الحالة ستتظر المحكمة الجنائية الدعوى المدنية وحدها رغم أن الدعوى الجنائية تكون قد انقضت بتنفيذ تدابير التسوية الجنائية، ورغم أن الدعوى المدنية لا تكون تابعة للدعوى الجنائية استثناء من القواعد العامة حفاظاً على حقوق المجنى عليه^(٢).

(١) Michèle Rassat, op.cit., p. 493; Francis Le Gunehec, op.cit., p. 1326

(٢) J. Pradel, op.cit., p. 381; F. Le Gunehec, op.cit., p. 1327



الخاتمة

توصلت من خلال البحث إلى النتائج والتوصيات التالية:

أولاً النتائج:

لقد اتضح من خلال دراسة التشريعات المقارنة، وخاصة الأوروبية مدى إدراجها لجميع الوسائل البديلة للدعوى الجزائية، وخاصة في ظل طغيان أزمة العدالة الجنائية، فكان اللجوء إليها لتخفيف الضغط على المحاكم من الكم الهائل المفترض للفصل بها، فكانت الوساطة الجنائية والصلح والتسوية الجنائية من البدائل التي اتخذتها الدول المختلفة في إطار سياستها الجنائية المعاصرة وخاصة أن ركيزتها رضا أطراف الدعوى الجزائية على وسيلة إنائها، وبذلك يتحقق بفعل الإنهاء الرضائي للدعوى الجنائية بعدما أن كانت ملكاً للدولة لا يجوز التنازل عنها أو التفاوض بخصوصها ومن المحرمات التي لا يجوز الاقتراب منها، بل لقد أدخلت هذه البدائل مؤسسات مدنية خارج إطار المؤسسة القضائية وإن كانت شعبية لمشاركة القضاء في مواجهة أزمته مثل مؤسسات الوساطة وبذلك يتحقق مشاركة المجتمع في مواجهة الجريمة ويتحقق تعاون كافة قطاعات الدولة لمواجهة الجريمة، وبذلك يتحقق بالفعل الإنهاء الرضائي للدعوى الجزائية . وهذا ما ورد في تقرير الأمين العام للأمم المتحدة بشأن العدالة التصالحية سنة ٢٠٠٢ بقوله: (إن مفاهيم العدالة التصالحية ينبغي أن تكون عناصر أساسية في أي مناقشة عن المساءلة والإنصاف للجنة والضحايا في إجراءات العدالة. وكانت الفلسفة الكامنة وراء العدالة التصالحية تتمثل في معالجة الضرر الواقع وإعادة الجاني والضحية إلى وضعهما الأصلي قدر المستطاع . وكان من رأي المشاركين أن العدالة التصالحية تمثل خيارات بديلة في العدالة الجنائية عن الأساليب المستقرة في المحاكمة والعقاب وتحاول إشراك المجتمع المحلي والمجتمع كله في الإجراءات التصالحية^(١)).

ومما لاشك فيه أن لهذه النظم البديلة للدعوى الجزائية دورها في تبسيط وتيسير الإجراءات الجنائية، وهذا ما يؤكد هذا التوسع الذي يتبعه المشرعون في الأخذ بهذه النظم في عدة مجالات، لتخفيف العبء عن كاهل المحاكم، وتحقيق في ذات الوقت التوازن المطلوب بين ما سبق وما يجب أن يكنه كل من المجني عليه والمتهم من احترام للقانون وعدالته. وتسعى إلى إعادة توطيد العلاقات الاجتماعية التي تعتبر غايتها وتسعى كذلك إلى التصدي للإضرار الواقعة والمعاناة التي سببتها الجريمة. فبدائل إجراءات الدعوى الجزائية تميل إلى حل النزاع بين المتهمين والمجني عليهم بطريقة لا تقوم على الخصومة، مع الاحتفاظ بخيار اللجوء إلى الإجراءات القضائية الجنائية التقليدية إذا تعذر عليهم الاتفاق والتسوية الرضائية.

لقد بينت الدراسة أن التشريعات الجنائية الغربية قد اعتمدت وأقرت العديد من الخيارات والوسائل التي تضمن سرعة الفصل في الدعوى الجزائية والحد من عدد القضايا الجنائية المعروضة أمام المحاكم الجنائية، حيث اتجهت التشريعات الجنائية الإجرائية المعاصرة إلى التوسع في الأخذ بما يطلق عليه العدالة الجنائية الرضائية، بمعنى آخر إن المشرع الجنائي قد أجاز التحول عن العدالة القسرية المتمثلة بالدعوى الجزائية إلى الأخذ بنظر الاعتبار إرادة ورغبة كل من المتهم والمجني عليه عند إدارة العدالة الجنائية في بعض الجرائم ذات الخطورة القليلة أو المتوسطة نظراً للمزايا والفوائد العظيمة التي حققها هذا التحول منها المواجهة السريعة لمرتكب الجريمة، وضمان سرعة تعويض المجني عليه عن الضرر الناشئ عن الجريمة، فبدلاً من الانتظار لبضعة شهور، بل وأحياناً لعدة سنوات للوصول إلى حكم بات في الدعوى الجزائية وفقاً للإجراءات الجنائية المعتادة التقليدية، فإن بدائل إجراءات الدعوى الجزائية يمكن أن تؤدي إلى فض الخصومة الجنائية وتعويض المجني عليه عن الضرر الذي أحدثته الجريمة خلال الأسابيع القليلة التالية لارتكاب الجريمة ،

(١) انظر تقرير الأمين العام للأمم المتحدة بشأن العدالة التصالحية ضمن جدول الأعمال المؤقت للمجلس الاقتصادي والاجتماعي/ لجنة منع الجريمة والعدالة الجنائية/ الدورة الحادية عشرة الذي انعقد في فيينا للفترة من ١٦ / ٢٥ / نيسان/ ٢٠٠٢.

فضلاً عن تفعيل السياسة الجنائية في مكافحة الجريمة ذات الخطورة البسيطة، فقط لوحظ أن مواجهة مثل هذا النوع من الجرائم قد لا تتطلب بالضرورة الحكم على الجاني بالعقوبات التقليدية كالحبس والغرامة، فقد ثبت أنها وسائل غير فعالة، وغير ملائمة للحد من هذا النوع من الجرائم.

إن اعتماد هذه النظم الجنائية الإجرائية البديلة جعلت من المجني عليه دوراً فعالاً ومؤثراً، فالأصل أن الإجراء الجنائي يهدف أساساً للوصول إلى الحقيقة، وإدانة المتهم، ومن ثم فينصب اهتمام النيابة العامة والمحاكم على المتهم، ومن ثم لا يكون للمجني عليه سوى دور ثانوي يتأتى من عدم اعتباره طرفاً في الدعوى بل مجرد شاهد، في حين أن دوره هو عكس ذلك في هذه النظم الجنائية الإجرائية البديلة التي يترتب عليها انقضاء الدعوى الجزائية . لقد انعقد الإجماع التشريعي الجنائي العربي على الإقرار بالصلح الجنائي واعتباره سبباً اختيارياً في انقضاء الدعوى الجزائية في المخالفات والجنح المعاقب عليها بعقوبة الغرامة وفي بعض الجنح البسيطة وفي بعض الجرائم الاقتصادية، وهذا ما أقرته غالبية قوانين الإجراءات الجنائية العربية .

لكن على شرط أن تكون هذه النظم الجنائية الإجرائية بديلة عن الإجراءات الجنائية التقليدية الأساسية. إن اللجوء إلى بدائل إجراءات الدعوى الجزائية أصبح أمراً لا بد منه ولا سيما في ظل الانتقال الذي يشهده العالم، وخصوصاً الإصلاح القضائي والقانوني، وحتى تساير تشريعاتنا الجنائية العربية بصوره منسجمة مع روح ونصوص المعاهدات والاتفاقيات الدولية المتعلقة بحقوق الإنسان التي صادقت عليها الدول العربية، وكما هو متعارف عليه دولياً.

ثانياً التوصيات:

١. نرتئي على التشريعات الجنائية العربية اعتماد الأساليب الحديثة في تسوية الدعاوى الجزائية والاسترشاد بما توصل إليه قانون الإجراءات الجنائية الفرنسي كنظام ال وساطة الجنائية ونظام التسوية . واستجابة لمناشدة المؤتمر العاشر لهيئة الأمم المتحدة المنعقد في فيينا سنة ٢٠٠٠ الذي ناشد الدول إيجاد طرق وآليات للعدالة الجنائية التصالحية خارج الإطار التقليدي للقضاء الجنائي تساهم في حل النزاعات والتخفيف على المحاكم، وهذا يتطلب من الدول العربية إصدار قوانين وأنظمة تنظم هذه البدائل كوسيلتين ضروريتين لتسوية المنازعات في الوقت الحاضر مع ضرورة وضع ضوابط لهذه الوسائل بما يكفل تحقيق الأهداف المبتغاة منها .
٢. من الأهمية عقد مؤتمرات وندوات وحلقات علمية للتعريف بنظم الإجراءات الجنائية الحديثة في تسوية المنازعات ودورها الفعال والمؤثر في تخفيف العبء عن كاهل القضاة والمحاكم في نزاعات تكلف القضاء الكثير من الجهد والوقت من غير جدوى، حيث أصبحت بدائل إجراءات الدعوى الجزائية تلقى اهتماماً متزايداً على صعيد مختلف الأنظمة القانونية والقضائية، وذلك بالنظر لما توفره هذه البدائل من مرونة في الأداء وسرعة في حسم الدعاوى الجزائية مع الحفاظ على السرية وما تضمنه من مشاركة الأطراف في إيجاد الحلول لمنازعاتهم، هذا فضلاً عن قلة كلفتها .
٣. إشراك جميع أفراد المجتمع وتحديداً منظمات المجتمع المدني في البحث عن حلول تشجع على الإصلاح والمصالحة والاطمئنان لأن هذه النظم البديلة تتيح أماكن كبيرة في مجال الجهود الجماعية لخفض مستويات القضايا الجنائية والإسهام في إيجاد مجتمعاتنا العربية أكثر سلماً وأماناً واطمئناناً. فبدائل الدعوى الجنائية تلبى بوضوح احتياجات المجني عليهم وبنفس الوقت تقدم حلاً لا خلافة لمحاسبة المتهمين .



أن جوهر هذه السياسة الجنائية المستحدثة هو إشراك المواطنين في بعض أوجه نظام القضاء الجنائي مما يؤدي ذلك إلى زيادة أحساس شعورهم بالمسؤولية تجاه تأمين مجتمعاتنا العربية أكثر أمنا وإلى مدى أبعد بكثير مما يؤمنه رجال القضاء الجنائي.

٤. إن اعتماد بدائل إجراءات الدعوى الجزائية في تشريعاتنا العربية من شأنه أن يقلل عدد القضايا المنظورة أمام المحاكم لأن المقترح يشمل جواز الأخذ بها أمام النيابة العامة ويترتب عليه صدور أمر بالأوجه لإقامة الدعوى الجنائية، كما أن الأخذ بها أمام محكمة الموضوع يوفر على القضاة الوقت المستغرق في تسبيب الأحكام، ومن شأن هذا المقترح أيضاً أن يقلل من عدد الطعون الجنائية أمام محكمة التمييز لأنه لا يكون للمتهم الذي صدر لصالحه حكم بانقضاء الدعوى الجنائية في أن يطعن على هذا الحكم لأنه صدر لصالحه.

٥. ضرورة إعطاء أهمية خاصة من قبل السلطة القضائية ووزارة العدل في البلاد العربية لموضوع بدائل إجراءات الدعوى الجزائية أسوة بتلك الأهمية المعطاة له على الصعيد الدولي وتحديداً من قبل هيئة الأمم المتحدة.

٦. نقترح أن تقوم جامعة الدول العربية ومجلس وزراء العدل العرب إعداد مشروع قانون عربي استرشادي موحد لبدايل إجراءات الدعوى الجزائية، إذ سبق أن أعدت جامعة الدول العربية مشروعات قوانين عربية استرشادية موحدة في مجال الإجراءات الجنائية، كما أن فائدته محققة إذ من شأنه أن يساهم في توحيد القواعد القانونية الجنائية في البلاد العربية.

٧. ضرورة إنشاء مركز عربي يهتم بالدراسات المقارنة والبحوث المتعلقة ببدايل إجراءات الدعوى الجزائية سواء أكانت بين القوانين العربية مع بعضها البعض أو مع القوانين الأجنبية، نظراً لتزايد أهميتها في الوقت الحاضر، لأن تطبيق بدائل إجراءات الدعوى الجزائية على أرض الواقع هو إعمال لنظام العدالة المجتمعية.

المصادر والمراجع

أولاً- الكتب:

١. د. أحمد السيد صاوي ، الوسيط في شرح قانون المرافعات المدنية والتجارية، دار النهضة العربية، القاهرة، ٢٠٠٤.
٢. د. أحمد عوض بلال، التطبيقات المعاصرة للنظام الاتهامي في القانون الانجلوامريكي، ط ١، دار النهضة العربية، القاهرة، ١٩٩٣.
٣. د. أحمد فتحي سرور ، الوسيط في الإجراءات الجنائية، دار النهضة العربية، القاهرة، ١٩٩٥.
٤. د. أسامة حسنين عبيد ، الصلح في قانون ، الإجراءات الجنائية، دراسة مقارنة، ط ١، دار النهضة العربية، القاهرة، ٢٠٠٥.
٥. د. أشرف رمضان عبد الحميد ، الوساطة الجنائية، دار النهضة العربية، القاهرة، ٢٠٠٤.
٦. د. آمال عبد الرحيم عثمان، شرح قانون الإجراءات الجنائية، دار النهضة العربية، القاهرة، ١٩٨٨.
٧. د. أمين مصطفى محمد، انقضاء الدعوى الجنائية بالصلح، ط ١، مكتبة ومطبعة الإشعاع الفنية، الإسكندرية، ٢٠٠٢.
٨. د. جلال ثروت، أصول المحاكمات الجزائية، ج ١، الدار الجامعية للطباعة والنشر، الإسكندرية، ١٩٨٢.
٩. د. حسن صادق المرصفاوي، المرصفاوي في أصول الإجراءات الجنائية، طبعة أخيرة، منشأة المعارف، الإسكندرية، ١٩٨٢.



١٠. د. حمدي رجب عطية ، نزول المجنى عليه عن الشكوى، دار النهضة العربية، القاهرة، ٢٠٠٣.
١١. د. سعيد حسب الله عبد الله، شرح قانون أصول المحاكمات الجزائية، ط ١، دار الحكمة للطباعة والنشر، الموصل، ١٩٩٠.
١٢. د. سعيد حسب الله عبد الله، قيد الشكوى في الدعوى الجزائية «دراسة مقارنة»، أطروحة دكتوراه مقدمة الى كلية . القانون، جامعة الموصل، ٢٠٠٠
١٣. د. شريف سيد كامل، الحق في سرعة الإجراءات الجنائية، دراسة مقارنة، دار النهضة العربية، القاهرة، ٢٠٠٦.
١٤. د. صبري محمد علي الحشكي، الشكوى في القانون الجزائي، ط ١، مكتبة المنار، الزرقاء، ١٩٨٦.
١٥. د. عاشور مبروك ، نحو محاولة للتوفيق ، بين الخصوم (دراسة مقارنة) ، ط ١ دار النهضة العربية، القاهرة، ٢٠٠٥.
١٦. د. عمر سالم ، نحو تيسير الإجراءات الجنائية، دراسة مقارنة، دار النهضة . العربية، القاهرة، ١٩٩٧.
١٧. د. عمرو الوقاد ، دور الرضا في القانون . الجنائي، طنطا، ٢٠٠٠
١٨. د. عوض محمد، قانون الإجراءات الجزائية، ج ١، دار المطبوعات . الجامعية، الإسكندرية، ١٩٩٠
١٩. د. مأمون محمد سلامة ، الإجراءات الجنائية في التشريع المصري، ج ١، دار . النهضة العربية، القاهرة، ٢٠٠١
٢٠. د. مأمون محمد سلامة، قانون الإجراءات الجنائية معلقاً عليه بالفقه وأحكام النقض، ج ١، دار النهضة العربية، القاهرة، ٢٠٠١.
٢١. د. محمد حكيم حسين حكيم ، النظرية العامة للصلح وتطبيقاتها في المواد الجنائية، دراسة مقارنة، رسالة دكتوراه منشورة، دار الكتب القانونية، القاهرة، ٢٠٠٥.
٢٢. د. محمود طه جلال : أصول التجريم ، والعقاب في السياسة المعاصرة، ط ١ دار النهضة العربية، القاهرة، ٢٠٠٥.
٢٣. د. محمود محمود مصطفى، الجرائم ، الاقتصادية في القانون المقارن، ج ١ الأحكام العامة والإجراءات الجنائية، ط ٢، مطبعة جامعة القاهرة والكتاب الجامعي، القاهرة، ١٩٧٩.
٢٤. د. مدحت عبد الحليم رمضان ، الإجراءات الموجزة لإنهاء الدعوى الجنائية، دراسة مقارنة، دار النهضة العربية، القاهرة، ٢٠٠٠.
٢٥. د. يس عمر يوسف، شرح قانون ، الإجراءات الجنائية لسنة ١٩٩١ ، ط ٢ دار ومكتبة الهلال، بيروت، ١٩٩٦.
26. Christine Lazerges. médiation pénale. Justice pénale et polotique criminelle. R.S.C. 1997.
27. Christophe Mincke. vers unnouveau typte dútilisation du ministrère public. Léxemple de la médiation pénale et de la procédure accérée. R.D.P.C. 1998.
28. Francis Le Gunehec. présentation de La Loi No 99- 515 du 23 Juin 1999. première partie: Dispositions relatives aux. alternatives aux poursuites. J.C.P. 1999.
29. G. Demanet. La médiation pénale en droit Belge ou magistrat de Liaison. un nouvel entremetteur. R.D.P.C. 1994.
30. Gaston Stefani. Georges Levasseur et Bernard Bouloc.Procédure pénale. 16 éd. Dalloz. Paris. 1996.



31. Henri D. Bosly et Christin De Valkeneer. La célérité dans La procédure pénale en droit Belge. R.I.D.P. 1995.
32. Jacques Borricand et Annemarie Simon. Droit pénal. procédure pénale. 2nd edition. Siry, 2000.
33. Jacques Faget. La médiation Essai de politique pénale. 1997.
34. Jean Pradel. Procédure pénale. 7éd. Cujas. Paris. 1993.
35. Jean Pradel. Une consécration du «plea bargaining» à La française: La composition pénale instituée par La Loi no 99-515 du 23 Juin 1999. D. 1999. Chronique.
36. Jocelyne Leblois-Happe. La médiation pénale comme mode de réponse à La petite délinquance: état des Lieux et perspectives. R.S.C. 1994.
37. Marie-clot Desdevises. L'évaluation des expériences de médiation entre délinquants et victimes: L'exemple britannique. R.S.C. 1993.
38. Martin Wright and Burt Galaway. Mediation and Criminal Justice. Victims. Offenders and Community. Sage Publications. 1989.
39. Michèle-Laure Rassat. traité de procédure pénale. presses universitaires de France. 2001.
40. Robert Cario. La médiation pénale entre répression et réparation. L'Harmattan. Paris. 1997

ثانياً: القوانين

١. قانون أصول المحاكمات الجزائية العراقي رقم ٢٣ لسنة ١٩٧١.
٢. قانون العقوبات العراقي رقم ١١١ لسنة ١٩٦٩.
٣. نظام الإجراءات الجزائية السعودي رقم ٢٠٠ لسنة ٢٠٠١.
٤. قانون الإجراءات الجزائية الإماراتي رقم ٣٥ لسنة ١٩٩٢.
٥. النظام الموحد لنظام الإجراءات الجزائية لدول مجلس التعاون لدول الخليج العربية لسنة ٢٠٠١.
٦. قانون الإجراءات والمحاكمات الجزائية الكويتي رقم ١٧ لسنة ١٩٦٠.
٧. قانون الإجراءات الجنائية البحريني رقم ٤٦ لسنة ٢٠٠٢.
٨. قانون الإجراءات الجنائية القطري رقم ٢٣ لسنة ٢٠٠٤.
٩. قانون الإجراءات الجزائية العماني رقم ٩٧ لسنة ١٩٩٩.
١٠. قانون الإجراءات الجنائية المصري رقم ١٥٠ لسنة ١٩٥٠.



١١. قانون المسطرة الجنائية المغربي رقم (٢٢-٠١) لسنة ٢٠٠٢ .
١٢. قانون الإجراءات الجنائية السوداني لسنة ١٩٩١ .
١٣. قانون العقوبات المصري رقم ٥٨ لسنة ١٩٣٧ .
١٤. قانون العقوبات السوري لسنة ١٩٤٩ ١٠١ .
١٥. قانون العقوبات اللبناني لسنة ١٩٤٣ .
١٦. قانون العقوبات الأردني رقم (١٦) لسنة ١٩٦٠ .
١٧. قانون العقوبات الليبي لسنة ١٩٥٣ .
١٨. French Criminal Procedure Code
١٩. French Penal Code

ثالثاً- مواقع الإنترنت:

١. إعلان فيينا بشأن الجريمة والعدالة الذي اعتمدته المؤتمر العاشر للأمم المتحدة.
www.aihr.org.tn/arabic/convinter/Conventions/HTML/decVienneCrime
٢. العهد الدولي الخاص بالحقوق المدنية والسياسية.
www.ohchr.org/english/bodies/hrc/docs/gcart
٣. الوسائل البديلة لحل المنازعات في المغرب
<http://www.justice.gov.ma/ar/Actualites/Actualite.aspx&actualite>
٤. دنيس مالوني، بروز العدالة المجتمعية
<http://usinfo.state.gov/journals/itdhr>



الأستاذة الدكتورة / عزيزة الشريف

أستاذ القانون العام والمستشار القانوني لمجلس الأمة الكويتي

«الاختصاص بالطعون في العملية الانتخابية»

يمر الطريق إلى مجلس الأمة عبر العملية الانتخابية، وهي عملية إجرائية نظمها الدستور ووضع تفاصيلها القانون، ويميزها تعلق كل مفرداتها وتفاصيلها بالنظام العام، وهو ما يعني أن أي مخالفة لأحكامها ينتج عنها البطلان المطلق، وهو ما يجعل مصير أي مخالفة معلقاً وغير مستقر منذ بداية العملية الانتخابية حتى نهاية الفصل التشريعي الذي بدأ بهذه العملية الانتخابية.

في تقدير يثير هذا الموضوع بعض التساؤلات التي يصل بنا الرد عليها إلى تحديد وجهة نظرنا في هذا الموضوع. وتتلور هذه التساؤلات فيما يلي:

أولاً:- ما الانتخاب؟

ثانياً:- ما مراحل العملية الانتخابية؟ وكيف واجه المشرع الكويتي موضوع الطعون الانتخابية خلال هذه المراحل؟

ثالثاً:- متى يستقر المركز القانوني للنائب؟

وسوف نتناول هذه التساؤلات بالشرح وفقاً لما يلي:

أولاً - ما الانتخاب؟

الانتخاب أسلوب للاختيار وطريق لإسناد السلطة إلى آخرين لممارسة مهام سلطة سياسية أو إدارية.

ولهذا فهو يرتبط ارتباطاً بالديمقراطية في مفهومها المبسط؛ أي حكم الشعب نفسه بنفسه، وذلك عن طريق اختياره من يمثلونه في القيام بهذه المهام.

ولهذا كان الانتخاب من أبرز الموضوعات التي عنت بتنظيمها الدساتير عند رسمها للنظام الديمقراطي للحكم في الدولة مثل ما جاءت في الدساتير الآتية:

١. الدستور الفرنسي:

في المادة الأولى: فرنسا جمهورية... ديمقراطية.

في المادة الثانية: مبدؤها هو حكم الشعب بوساطة الشعب ومن أجل الشعب.

في المادة الثالثة: السيادة الوطنية تخص الشعب الذي يمارسها بوساطة ممثليه وعن طريق الاستفتاء.

ونص الدستور على أنه من الممكن أن يكون الاقتراع مباشراً أو غير مباشر وفقاً للشروط المنصوص عليها في الدستور، إلا أنه يكون دائماً عاماً ومتساوياً وسرياً. والناخبون - وفقاً للشروط المحددة في القانون - هم جميع المواطنين الفرنسيين البالغين سن الرشد من الجنسين المتمتعين بحقوقهم المدنية والسياسية.

ونص الدستور على أن يشجع القانون المساواة بين النساء والرجال في الوصول إلى النيابة الانتخابية وإلى الوظائف التي يتم شغلها بالانتخاب.

٢. الدستور المصري:

في المادة الثالثة: السيادة للشعب وحده، وهو مصدر السلطات، ويمارس الشعب هذه السيادة ويحميها ... إلخ.

في المادة ٦٢: للمواطن حق الانتخاب وإبداء الرأي في الاستفتاء وفقاً لأحكام القانون، ومساهمته في الحياة العامة واجب وطني.

ويلاحظ أن الدستور المصري استخدم تعبير حق وواجب في النص ذاته.

في المادة ٨٧: يحدد القانون الدوائر الانتخابية.

في المادة ٨٨: يحدد القانون الشروط الواجب توافرها في أعضاء مجلس الشعب، ويبين أحكام الانتخاب والاستفتاء .

٣. ٣- الدستور الكويتي:

في المادة ٦: نظام الحكم في الكويت ديمقراطي، السيادة فيه للأمة مصدر السلطات جميعاً، وتكون ممارسة السيادة على الوجه المبين بهذا الدستور.

في المادة ٨٠: يتألف مجلس الأمة من خمسين عضواً ينتخبون بطريقة الانتخاب العام السري المباشر، وفقاً للأحكام التي يبينها قانون الانتخاب.

في المادة ٨١: تحدد الدوائر الانتخابية بقانون.

في المادة ٨٢: يشترط في عضو مجلس الأمة:

أ - أن يكون كويتي الجنسية بصفة أصلية وفقاً للقانون.

ب - أن تتوفر فيه شروط الناخب وفقاً لقانون الانتخاب.

ج - ألا تقل سنه يوم الانتخاب عن ٣٠ سنة ميلادية.

د - أن يجيد قراءة اللغة العربية وكتابتها.

من هذه النصوص الدستورية نستطيع أن نقول إن الانتخاب هو حق مكفول دستورياً، بل إنه يعد - وفقاً للدستور المصري - واجباً وطنياً. ومن ثم فإن على الدولة كفالاته وحمايته من خلال التنظيم القانوني.

ويلاحظ أيضاً أن هذا الحق يقبل التقييد بوضع شروط للناخب، من شأنها أن تحدد أهلية الانتخاب بما يتفق مع سائر المبادئ الدستورية التي تقوم على حماية الحق في الحرية والحق في المساواة.





وفي تقديري أن الانتخاب هو ممارسة للحرية الفكرية، وهو يضعها موضع التطبيق. هذه الحرية التي وضعتها الدساتير في مقدمة الحريات العامة (م ٢، ٣ من الدستور الفرنسي، وم ٤٨، ٦٢ من الدستور المصري، وم ٣٦ من الدستور الكويتي) فالانتخاب هو ممارسة لحرية أساسية تأتي أولاً، وهي حرية الرأي والتعبير التي تتبلور في صورة عمل أو موقف يأتي بناءً على اختيار. فالانتخاب في حقيقته قول أو كتابة تعبر عن اختيار جاء نتيجة تفكير. وخطورته وأهميته تأتي من أنه ينتج عنه تكوين السلطة التي تمثل وتعبّر وتعمل، ولهذا يجب العمل على حماية هذه الممارسة وضمانها، وإبعاد المؤثرات السلبية الضاغطة - سواء إعلامية أو مالية أو حكومية أو قبلية - من التأثير في آراء الناخبين وحريتهم في تشكيل المجلس النيابي، وهو ما سيقودنا إلى اختيار الوسيلة الأمثل لأداء هذه الممارسة من ناحية، وأيضاً للرقابة على هذا الأداء في أثناء ممارسته أو بعدها من خلال الفصل فيما ينشأ من منازعات حول سلامة هذا الأداء.

وفي تقديري أيضاً أن الانتخاب - فضلاً عما سبق - هو وسيلة لحماية الحريات الفردية الأخرى؛ ذلك أن المواطن عندما يمارس الحكم سواء مباشرة أو من خلال نواب فهو يفعل ذلك بقصد كفالة الحريات الفردية، وبذلك يعد الانتخاب ضماناً لكفالة الحقوق والحريات الأخرى مثل الحريات الشخصية وحرية الفكر... إلخ.

وهو أيضاً وسيلة الاتصال والرقابة بين الحاكم والمحكوم، حيث يصبح للمواطن القدرة على التأثير في سياسة السلطات العامة، تشريعية أو تنفيذية، بتغيير الحكام أو النواب من خلال عملية الانتخاب، وهو من ناحية أخرى يجب أن يكون وسيلة لتحقيق الترابط في المجتمع السياسي وليس العكس؛ بحيث يحقق الديمقراطية بأسلوب سليم، وإن كنا نلاحظ أن الأمر ليس بهذه البساطة، حيث انتقلت إلى الديمقراطية عدوى الصراع والتنافس، وانعكست مؤثرات هذا الصراع على التأثير في الإرادة الحرة للناخبين، وتدخلت فيها ضغوط قبلية أو اجتماعية وأحياناً مالية، فضلاً عن المؤثرات التسويقية والنفسية بفعل الحملات الانتخابية والتي أصبحت مهنة تمتنعها بعض المؤسسات التي تقدم خدماتها بمناسبة العمليات الانتخابية، وربما بصفة مستمرة على مدار العام، فهي لا تكاد تنتهي من انتخابات حتى تستعد لما سيأتي، أو للمحافظة على المكاسب التي حققتها. كل هذا لم يثمر - في كثير من الأحيان - وحدة المجتمع وإنما انقسامه.

وبسبب كل هذه الأمور كان من الأهمية بمكان الحرص على ممارسة هذا الحق وحماية أدائه من ناحيتين:

الأولى: وضع شروط وضوابط واضحة للممارسة.

والثانية: حماية الممارسة عن طريق تنظيم السلطة التي تضمن الممارسة على نحو سليم، وتفرض رقابتها السابقة والمعاصرة والتالية على العملية الانتخابية.

وهذا ما يقودنا إلى محاولة تعرف طبيعة العملية الانتخابية ومراحلها.

ثانياً: مراحل العملية الانتخابية، وكيف نظم المشرع الكويتي الطعون الانتخابية في هذه المراحل

يمكننا أن نقسم هذه المراحل إلى ثلاث مراحل:

الأولى: تسبق إصدار مرسوم الدعوة إلى الانتخاب.

الثانية: من لحظة الإعلان عن الدعوة إلى الانتخاب وحتى يوم الانتخاب.

الثالثة: من يوم الانتخاب حتى انتهاء مواعيد الطعن القضائي.



المرحلة الأولى: وهي المرحلة السابقة على تاريخ إصدار مرسوم الانتخاب، التي فيها يتحدد المركز القانوني للفرد سواء المرشح أو الناخب. وهي تضم الشروط التي تعطي الحق في الترشيح أو الانتخاب التي يتضمنها كل من الدستور والتشريع، مثل ما جاء في الدستور الفرنسي (المادة الأولى التي تكفل مساواة جميع المواطنين أمام القانون من دون تمييز بسبب الأصل أو الجنس أو الدين)، والمادة الثانية (الاقتراع يكون دائماً عاماً ومتساوياً وسرياً، والناخبون وفقاً للشروط المحددة في القانون هم جميع المواطنين الفرنسيين البالغين من الجنسين المتمتعين بحقوقهم المدنية والسياسية)، ومثل الدستور الكويتي كما أشرنا في المادة ٨٢ التي حددت شروط المرشح وفوضت القانون في تحديد شروط الناخب، كما يتضمنها القانون المنظم للانتخاب، ومنها شروط السن وأداء الخدمة الإلزامية في بعض التشريعات، والجنسية، إلى آخر الشروط التي تحدد أهلية الانتخاب.

إذا فأهلية المرشح والناخب يحددها كل من الدستور والقانون:

- أما الدستور الكويتي فقد حدد أهلية الترشيح في المادة ٨٢ وأوجزها في شروط أن يكون كويتياً بصفة أصلية (ويرجع في ذلك إلى قانون الجنسية) وسنه لا تقل عن ٣٠ سنة، ويجيد قراءة اللغة العربية وكتابتها. ثم أحال إلى قانون الانتخاب لتحديد شروط أخرى يجب أن تتوافر في الناخب، ومن ثم فإن شروط الناخب تمثل حداً أدنى يجب أن يتوافر في المرشح.
- أما التشريع فقد حدد قانون الانتخاب ٣٥ لسنة ١٩٦٢ أهلية الناخب، ووضع شروطاً بشأن الناخب وهي متضمنة في « المواد الأولى والثانية والثالثة والرابعة والخامسة والمادة التاسعة عشرة ».
- أما المادة الأولى فهي تحدد سن الناخب، بإحدى وعشرين سنة ميلادية، بالنسبة للجنسية اشترط التجنس الذي تجاوز مدته عشرين سنة وفقاً لقانون الجنسية، ويلاحظ بالنسبة لهذين الشرطين أن نص الدستور هنا بالنسبة للمرشح يجب نص القانون بالنسبة للناخب، واشترط طول فترة التجنس يحقق ضمان تأصل شعور المواطنة لدى المتجنس خاصة عند ممارسة هذا الحق السياسي.
- أما الشرط الذي اضيف إلى المادة الأولى بتعديلها بالقانون رقم ١٧ لسنة ٢٠٠٥ ويتعلق بالمرأة والذي جاء بما يلي «يشترط للمرأة في الترشيح والانتخاب الالتزام بالقواعد والأحكام المعتمدة في الشريعة الإسلامية»، وفي تقديرنا انه شرط عندما اقترح كان له طابعاً سياسياً أكثر منه شرط يتعلق بالأهلية القانونية للمرشحات أو الناخبات. هذا الشرط كان مثار جدل سياسي وقانوني وتمت اثارته في المجلس النيابي في سنة ٢٠٠٨ عند اعتراض عشرة نواب على توزيع امرأتين وتواجدهما في قاعة مجلس الأمة دون أن تتوافر فيهما شروط المادة الأولى من وجهة نظرهم، وعرض الأمر على اللجنة التشريعية لإبداء الرأي، ثم أثير مرة أخرى أمام المحكمة الدستورية بمناسبة طعن انتخابي ضد النائبتين د. رولا دشتي ود. أسيل العوضي بحجة عدم توافر شروط المادة الأولى فيهما. وقد حسمت المحكمة الدستورية هذا الجدل بحكم لها في دعوى طعون خاصة بانتخابات مجلس الأمة برقم ٢٠ / ٢٠٠٩ وجاء في الحكم شرحاً لهذا الشرط الوارد في المادة الأولى أن البين من عبارة النص انها جاءت مطلقة، مجملة، دون تحديد تعريف جامع مانع يكون الضابط للمعنى، وانتهت المحكمة في حكمها إلى أن النص بطبيعته لا يمكن وصفه بأنه يتضمن حكماً موضوعياً محدداً، وإنما يعتبر وفقاً لمضمونه من النصوص التوجيهية التي ترد مورد الارشاد والتوجيه، والتي لا يقصد بها الالتزام والوجوب، وخلصت المحكمة إلى نفي شبه عدم الدستورية على النص المشار إليه وانتهت إلى صحة ترشح وانتخاب النائبتين.
- أما الشرط الذي وضعته المادة الثانية، وهو ألا يكون قد صدر بحق الناخب ومن ثم المرشح، حكم بعقوبة جنائية أو في جريمة مخلة بالشرف أو الأمانة إلا أن يرد إليه اعتباره. فبالنسبة لهذا الشرط يجب أن يكون الحكم نهائياً، والعبارة بالنسبة للشق الأول من المادة بنوع العقوبة المحكوم بها وهي عقوبة الجنائية، وهي بحسب المادة ٣ من قانون الجزاء رقم ١٦ لسنة ١٩٦٠ الإعدام





والحبس المؤبد أو المؤقت مدة تزيد على ثلاث سنوات وفي تقديره أن صياغة النص تلزمنا العقوبة كما ينطق بها القاضي وليس كما حددها المشرع للفعل المجرم، فإذا كان تكييف الجريمة ووصفها في القانون أنها جناية ولكن المشرع سمح في مواجهتها أن ينزل القاضي في حكمه إلى عقوبة الجنحة فالعبرة لا تكون بوصف الفعل وإنما بالعقوبة التي ينطق بها القاضي. فإذا كانت على سبيل المثال عقوبة فعل الابتزاز الحبس الذي لا يجاوز خمس سنوات والغرامة التي لا تتجاوز ٣٧٥ ديناراً أو أحدهما بحسب المادة ٢٢٨ من قانون الجزاء، وحكم القاضي فيها على المتهم بالحبس مدة سنتين أو بغرامة فقط، فالعقوبة هنا عقوبة جنحة ومن ثم فهي لا تمنع من الترشح حتى ولو كان وصف الفعل في القانون أنه جناية؛ إذ العبرة بحسب المادة الثانية بعقوبة جناية. ولهذا كله كنت أفضل في صياغة القانون أن يعتد المشرع بوصف الفعل في القانون الجزائي؛ أي أن تكون العبرة بالحكم في جناية وليس بعقوبة جناية خاصة وأن الوصف أو التكييف القانوني للفعل يحدد مدى خطورته في تقدير المشرع، أما العقاب فهو يستند إلى سلطة تقديرية يمنحها المشرع الجزائي للقاضي تقديرًا منه لظروف ارتكاب الواقعة ذاتها^(١).

أما الشق الثاني من المادة الثانية فهو يعتد بوصف الفعل بغض النظر عن نوع العقوبة حتى لو كانت عقوبة جنحة؛ إذ العبرة بكون الفعل المجرم مخالفاً بالشرف أو الأمانة، وهو في حقيقته أمر اختلافي تقديري.

ولا يوجد معيار جامع مانع لوصف الجريمة المخلة بالشرف أو الأمانة، وعلى سبيل المثال جريمة إصدار شيك بدون رصيد، اختلف القضاء ذاته في تكييفها أي مخلة بالشرف والأمانة أم لا؟ والاختلاف ذاته بالنسبة لجريمة التعاطي للمخدرات أو المسكرات.

الواقع أنه ليس ثمة حصر أو تحديد في التشريع لما يعتبر من الجرائم مخالفاً بالشرف أو الأمانة، والأمر في هذا الصدد متروك تقديره لجهات القضاء أو الإفتاء تفصل فيه على ضوء معيار عام هو أن يكون الجرم من الأفعال التي من شأنها أن تفقد مرتكبها الثقة أو الاعتبار والكرامة وفقاً للمعارف عليه في مجتمعه من قيم وآداب^(٢).

ولكنني في هذا المجال بالنسبة للمرشح أرى التشدد في هذا التقدير بما يتفق مع حساسية مهمة النائب ممثل الأمة وضرورة تطلب أقصى درجة من درجات النقاء الأدبي والخلقي في من يتولى هذه المسؤولية، وهو الأمر المطبق بالنسبة لشاغلي المناصب القضائية والتعليمية^(٣).

أما في المادة الثالثة من قانون الانتخاب فقد وضع المشرع شرطاً تنظيمياً مؤقتاً وهو وقف استعمال حق الانتخاب بالنسبة لرجال القوات المسلحة والشرطة، وهذا الوقف مرجعه وحكمته تحييد جهاز الشرطة أو الجيش إزاء ممارسة النشاط السياسي ومظاهره مثل عملية الانتخاب أو الترشح، مع ملاحظة أن هذا الوقف يشمل في الوقت الراهن الرجل أو المرأة؛ حيث سمح التطور النظامي بإدخال المرأة في قطاع النشاط العسكري، ذلك أن المنع كان موجهاً إلى الوظيفة وشاغلها سواء كان رجلاً أم امرأة، فالقيد على الأهلية السياسية هنا يتعلق بالوظيفة ذاتها وليس بمن يشغلها.

وحددت المادة الرابعة النطاق المكاني لممارسة حق الانتخاب؛ وهو الدائرة الانتخابية التي بها موطن الناخب أي المكان الذي يقيم فيه بصفة فعلية ودائمة.

ثم قررت المادة الخامسة شرطاً منطقياً، وهو أنه لا يجوز للناخب أن يعطي رأيه أكثر من مرة في الانتخاب الواحد. فكل ناخب له صوت واحد فقط يدلي به في موطنه الانتخابي.

(١) راجع كتابي عن مساءلة الموظف العام في الكويت، مطبوعات جامعة الكويت، ١٩٩٧، ص ١٢٢ وما بعدها.

(٢) فتوى لإدارة الفتوى والتشريع ٣١٩١/٢ في ١٩٧٩/١/٢٣، المجموعة الخامسة.

(٣) راجع كتابي عن مساءلة الموظف العام في الكويت، المرجع السابق، ص ٢٢٨.



أما الشرط الذي تضمنته المادة ١٩ بالنسبة للمرشح، وهو أن يكون اسمه مدرجاً في أحد جداول الانتخاب، فهو شرط تنظيمي؛ لأن هذا الجدول هو الوثيقة الرسمية للوجود القانوني وأهلية المواطن سواء للانتخاب أو الترشيح، وبناء عليه تصدر البطاقة الانتخابية، وهي وسيلة إثبات الشخصية عند ممارسة الحقوق الانتخابية.

وفي هذه المرحلة يتحدد المركز القانوني للمرشح أو الناخب وفقاً للقانون، والسؤال الذي نطرحه هو: هل يجب أن يكون القانون متسقاً ومتطابقاً مع الدستور أو متسقاً ومتوافقاً معه؟

ولشرح المقصود بهذا التساؤل نلاحظ أنه قد يسود بين الدستور والقانون علاقة مبدأ الاتساق والتطابق أحياناً والاتساق والتوافق أحياناً أخرى. فالاتساق يعني الالتزام من جانب المشرع بالفكر والأسس الأيديولوجية التي يقوم عليها الدستور، ويصل الأمر إلى حد التطابق عندما يقيد الدستور حرية المشرع ويطلق حق الفرد أو حريته دون قيود، فلا يملك المشرع إزاء ذلك إلا التنفيذ والتطابق. وفي أحيان أخرى يكون أساس العلاقة هو الاتساق والتوافق، وذلك عندما يكتفي الدستور بوضع المبدأ، ثم يترك للقانون أمر تفعيل ممارسة الحق أو الحرية ووضع ضوابط ذلك شريطة ألا يخرج عن المبدأ الدستوري. وفي كلتا الحالتين فإن الاتساق يعني عدم جواز أن يتضمن القانون قاعدة تناقض القاعدة الدستورية، وإذا تحقق ذلك هنا يقيم الدستور الوسيلة لإجهاض هذا الخروج بتقرير عدم دستورية التشريع وإعدامه، وذلك بوسيلة رفع الدعوى الدستورية أمام المحكمة الدستورية المختصة بالرقابة على دستورية التشريع لتحكم باعتبار التشريع غير دستوري وكأن لم يكن منذ تاريخ صدوره.

ونحن في هذه المرحلة الأولى من العملية الانتخابية التي يتحدد فيها المركز القانوني وعلى المستوى التشريعي نجد أن أماننا الاختصاص بالفصل في المنازعة التي تثور حول نطاق هذا المركز القانوني أو شروطه، كما جاءت في التشريع، ويدخل في اختصاص المحكمة الدستورية، قولاً واحداً وفقاً لما جاء في المادة ١٧٣ من الدستور الكويتي والقانون ١٩٧٣/١٤ بإنشاء المحكمة الدستورية، وذلك بعد اتباع الإجراءات التي نظمها قانون المحكمة. وهنا نقول المحكمة كلمتها في مدى الاتساق والتوافق أو الاتساق والتطابق بين الدستور والتشريع.

أما على مستوى القرارات الإدارية الفردية التي تصدر لخدمة هذه المرحلة فتتعلق بالمركز القانوني للناخب ونجد مثلاً لهذه القرارات المتعلقة بالعملية الانتخابية في هذه المرحلة كل القرارات المتعلقة بالجدول الانتخابي، والقيود فيه والمنظمة بالمواد من ٦ إلى ١٧ من قانون الانتخاب، وهي القرارات التي تصدر من اللجنة المؤلفة وفقاً للمادة (٦) من قانون الانتخاب رقم ٣٥ لسنة ١٩٦٢، والتي تفصل في طلبات الإدراج أو الحذف وفقاً للمادة (١١) من القانون التي حددت موعداً لا يجاوز الخامس من شهر إبريل للفصل في طلبات الإدراج أو الحذف من الجدول.

وقد نظمت المادة (١٣) من القانون طرق الطعن في أعمال هذه اللجنة بتقرير أن (لكل ذي شأن ولكل ناخب مدرج في جدول انتخاب الدائرة أن يطعن في قرار اللجنة بطلب يقدم إلى مخفر الشرطة المختص في موعد أقصاه اليوم العشرون من شهر إبريل، وتتبع في شأن هذه الطعون الإجراءات المبينة في المادة العاشرة من هذا القانون وتحال فوراً إلى المحكمة الكلية المختصة).

كما وضعت المادة (١٤) تنظيماً خاصاً للسلطة القضائية المختصة في هذا الشأن، حيث قررت (يفصل نهائياً في الطعون المذكورة في المادة السابقة قاض من قضاة المحكمة الكلية، يندبه رئيسها، ويجوز ندب عدد من القضاة يوزع عليهم العمل على حسب الدوائر الانتخابية، ويكون الفصل في هذه الطعون في موعد لا يجاوز آخر شهر يونيو)، وهو ما يعني أن هذه الجداول لا تتحصن ضد التعديل إلا في آخر شهر يونيو من كل عام بصور حكم نهائي من هذه المحكمة.



ومن جرائم هذه المرحلة ما نصت عليه المادة ٤٣ في البندين أولاً وثانياً من القانون ٣٥ لسنة ١٩٦٢، حيث نصت على أنه يعاقب بالحبس مدة لا تزيد على ٦ شهور وغرامة لا تتجاوز ١٠٠ دينار أو أحدهما:

أولاً: كل من تعمد إدراج اسم في جدول الانتخاب أو إهمال إدراج اسم على خلاف أحكام هذا القانون.

ثانياً: كل من توصل إلى إدراج اسمه أو اسم غيره دون توافر الشروط المطلوبة وهو يعلم ذلك، وكذلك كل من توصل على الوجه المتقدم إلى عدم إدراج اسم آخر أو حذفه.

ومن جرائم هذه المرحلة أيضاً ما نصت عليه المادة ٤٥ أولاً: يعاقب بالحبس مدة لا تزيد على خمس سنوات أو بغرامة لا تقل عن ٢٠٠٠ دينار ولا تزيد على ٥٠٠٠ دينار أو أحدهما كل من اختلس أو أخفى أو اعدم أو افسد جدول الانتخاب أو أي ورقة أخرى تتعلق بعملية الانتخاب.

المرحلة الثانية: وهي المرحلة التي تبدأ بصدر مرسوم الدعوة إلى الانتخاب وتسبق يوم الانتخاب، هذه المرحلة من العملية الانتخابية تدور أيضاً حول المركز القانوني للمرشح، وفيها تبدأ في تطبيق القانون بقرارات إدارية تؤثر في هذا المركز سلباً أو إيجاباً، وتحكمها المواد من ١٨ إلى ٢٦ بالإضافة إلى المادتين ٣١ مكرر و ٣١ مكرر ٢.

ويلاحظ أنه بإصدار مرسوم الدعوة إلى الانتخاب يوقف أي تعديل في الجدول بحسب المادة ٨، ولهذا تأخر صدور مرسوم الدعوة إلى الانتخاب لعام ٢٠٠٩ إلى ١٦ إبريل بعد نهاية التاريخ المحدد لنشر الجداول، مع ملاحظة أن عدم تعديل الجدول لا يتعارض مع الحق في الطعن أمام المحكمة المختصة بحسب المادتين ١٣ و ١٤ من القانون. وهو ما يجعل وضع الناخب قلقاً حتى صدور الحكم النهائي من المحكمة المختصة.

وهذه الفترة التي حددتها المادة ١٨ من قانون ٣٥ لسنة ١٩٦٢ بشهر على الأقل من تاريخ نشر مرسوم الدعوة إلى الانتخاب (يحدد ميعاد الانتخابات العامة بمرسوم ويحدد ميعاد الانتخابات التكميلية بقرار من وزير الداخلية ويجب أن ينشر المرسوم أو القرار قبل التاريخ المحدد للانتخابات بشهر على الأقل).

أما التنظيم الذي يحكم هذه الفترة فهو مجموعة القواعد الإجرائية التي وضعها قانون الانتخاب ابتداء من المادة ١٨ حتى المادة ٢٦ من القانون، وفيها رتب المشرع المركز القانوني للمرشح بصورة إلزامية وبقوة القانون في بعض الأحيان مثل مجاء في المادة ٢٢ عند الترشح في أكثر من دائرة يعتبر الترشح في جميع الدوائر كأن لم يكن إذا لم يتنازل المرشح عن ترشيح نفسه فيما زاد على دائرة واحدة قبل إغلاق باب الترشح، وكذلك المادة ٢٣ التي تفرض عدم الجمع بين العضوية والوظيفة العامة، وقررت أنه في حال عدم تنازل العضو عن الوظيفة يعتبر متخلياً عنها بقوة القانون بعد مضي ثمانية أيام على صيرورة الانتخاب نهائياً.

ويحكم هذه المرحلة أيضاً المادتان ٣١ مكرراً و ٣١ مكرراً اللتان أضيفتا بالقانون رقم ٤ لسنة ٢٠٠٨ الذي نظم الدعاية الانتخابية، إلا وهي فرض قيود على أسلوب الدعاية الانتخابية وجعل المخالفة معاقباً عليها فقط بالغرامة المالية التي لا تقل عن ١٠٠٠ دينار ولا تزيد على ثلاثة آلاف دينار مع الإزالة على نفقة المخالف.

ويلاحظ على التنظيم القانوني لهذه المرحلة وخاصة مجاء في هذا التعديل الأخير أنه اقتصر على بعض الجوانب المحدودة والإجرائية المتصلة بإعلانات الشوارع والطرق والمقار الانتخابية، ولكنه لم يضع أطراً تنظيمية واضحة للدعاية الانتخابية من الجوانب الموضوعية مثل حظر استخدام شعارات انتخابية ذات طابع ديني أو طائفي أو قبلي أو عائلي أو عنصري، وتجريم أي دعوات لإثارة التفرقة والتمييز بين فئات المجتمع، وكذلك منع أي دعاية انتخابية تتطوي على خداع الناخبين والتدليس عليهم.

وقد يكون من المهم أيضاً تحديد فترة الحملة الانتخابية خلال هذه المرحلة الثانية، وهي لا تقل - كما رأينا - عن شهر بحسب المادة ١٨ من قانون الانتخاب أو تحديد فترة الحملة الانتخابية بحيث تقف نهائياً قبل ٤٨ ساعة على الأقل من الموعد المحدد لإجراء الانتخاب لإتاحة الفرصة أمام الناخبين لتحديد اختياراتهم بهدوء وبعيداً عن ضجيج الدعاية الانتخابية وحملاتها.

ولعل من أبرز وأهم الضوابط التطبيقية للعملية الانتخابية في هذه المرحلة ضرورة العمل على وضع ضوابط قانونية على مصادر تمويل الحملات الانتخابية ووضع حد لسباق الإنفاق المتزايد في الدعاية الانتخابية وفرض الرقابة على أوجه الصرف، وضمان شفافيته وحظر تلقي أموال من الخارج. وأهمية هذا الموضوع ترجع إلى ما تشهده الساحة الدعائية من طرق وأساليب تتميز بالكلفة المالية العالية مع عمق التأثير على إرادة الناخبين وهو ما لا يتوافر لدى المرشحين على قدم المساواة، فضلاً عن أن تحديد تكلفة الحملة الانتخابية من شأنه أن يحقق مبدأ المساواة بين المرشحين بما يحقق الفرصة المتكافئة للفوز ويزيل أي خلل في المنافسة السياسية بينهم. ويحقق في آن واحد مبادئ المساواة وتكافؤ الفرص والنزاهة. وبحيث لا يكون عنصر القدرة المالية هو المرجح لفوز مرشح على آخر بغض النظر عن مصدر تمويل هذه الدعاية الانتخابية. وأيضاً لمنع لجوء أي من المرشحين لوسائل غير مشروعة للتأثير في إرادة الناخبين من خلال تقديم رشوة مالية أو مقابل مادي يؤثر في إرادته الانتخابية.

ولعل من المفيد في هذا الصدد أن يحدد القانون علانية حسابات الحملة الانتخابية ووضع حد أقصى لنفقاتها، مع الإفصاح عن مصادر تمويلها وتقديم حساب الحملة الانتخابية مصحوباً بالمستندات الدالة على إيرادات الحملة ومصروفاتها، ولعله من المفيد أن يحدد القانون جزاء مخالفة هذا الالتزام بالحرمان من العضوية إذا ثبت ارتكابه مثل هذه المخالفات^(١).

ومن جرائم هذه المرحلة عن العملية الانتخابية ما نص عليه القانون من تجريم تمويل الحملات الانتخابية، وذلك بمقتضى القانون رقم ٣٥ لسنة ١٩٦٢ بتعديلاته بالقانون ٧٠ لسنة ٢٠٠٣ بإضافة البند رقم ٦ للمادة ٤٥، الذي جرم فعل كل من استخدم أموال الجمعيات والنفقات أو استخدم مقارها للدعوة إلى التصويت لمصلحة مرشح معين أو الإضرار به.

ومن جرائم هذه المرحلة ما نصت عليه المادة ٤٣ في البند ثالثاً والتي تدين كل من طبع أو نشر أوراقاً لترويج الانتخابات دون أن تشمل النشرة على اسم الناشر.

أما جريمة الرشوة الانتخابية فقد تضمنتها المادة ٤٤ من القانون ذاتها التي نصت على أن يعاقب بالحبس مدة لا تزيد على خمس سنوات وبغرامة لا تقل عن ألفي دينار ولا تزيد على خمسة آلاف دينار أو باحدهما كل من..... ثانياً: تحايل علانية بأي وسيلة من وسائل الإعلام أو النشر أو خفية برسائل أو اتصالات هاتفية عن طريق وسطاء لشراء أصوات الناخبين إغراء بالمال أو أعطى أو عرض أو تعهد بأن يعطي ناخباً شيئاً من ذلك ليحمله على التصويت على وجه معين أو عن الامتناع عن التصويت، ثالثاً: كل من قبل أو طلب فائدة من هذا الفعل لنفسه أو لغيره.

ومن جرائم هذه المرحلة من العملية الانتخابية أيضاً ما نصت عليه المادة ٤٤ في البند الرابع من تجريم أفعال الدعاية الانتخابية التي ترتب مساساً بحرمة الحياة الخاصة لأي من المرشحين الآخرين ومنع الدعاية القائمة على التجريح والتشهير بالمنافسين «كل من نشر أو أذاع بين الناخبين أخباراً غير صحيحة عن سلوك أحد المرشحين أو أخلاقه بقصد التأثير في نتيجة الانتخاب».

ومن جرائم هذه المرحلة ما نصت عليه المادة ٤٥، البند خامساً بشأن تنظيم الانتخابات الفرعية، كما حظرت المادة ٤٥ في البند ٥ مكرر استخدام دور العبادة أو دور العلم للدعوة إلى التصويت لمرشح معين أو الإضرار به «أي منع استخدام دور العبادة أو دور العلم مراكز للنشاط الانتخابي».

(١) يمكننا أن نتذكر هنا قضية ووترجيت في الولايات المتحدة الأمريكية التي تسببت في استقالة الرئيس الأمريكي الأسبق نيكسون نتيجة لحكم إدانة أساسه عدم الشفافية في استخدام أموال الحملة الانتخابية لرئاسة الجمهورية.





أما فيما يتعلق بالطعون الانتخابية فإن هذه المرحلة محورها قرارات إدارية، وهي تتعلق بسلامة تطبيق قانون الانتخاب وسلامة القرارات المتخذة تنفيذاً له.

ومن ثم فالطعون في هذه المرحلة تتبلور في الطعون في أعمال قانونية صادرة عن السلطة التنفيذية المكلفة تطبيق قانون الانتخاب بمناسبة التحقق من شروط الحق في الترشح وإصدار القرار بهذا الشأن. وفيها يتقرر الاستعداد المبكر لممارسة الحق الانتخابي في الترشح. وفي هذه المرحلة يتحدد الاختصاص بنظر الدعاوى هنا للسلطة القضائية المختصة نوعياً بالرقابة على مشروعية القرارات الإدارية، وهي الدائرة الإدارية في الكويت.

ويلاحظ أن الاختصاص هنا يظل للدائرة الإدارية حتى لو بدأت العملية الانتخابية تدخل في مرحلتها الثالثة بعد الدعوة إلى الانتخاب وبداية يوم الانتخاب ونهايته حتى موعد سقوط الحق في رفع الدعوى الإدارية.

وعلى سبيل المثال إذا تقدم شخص أجنبي بأوراقه وانتخب وحلف اليمين، ومارس حق الاستجواب في المجلس، كل هذا لا قيمة له إذا صدر حكم من القضاء الإداري بأنه فاقد شرط من شروط الترشح، حتى لو أدى اليمين فلا أثر له، لأنه جاء على أمر باطل. علماً بأن مضي فترة زمنية ما لا يحصن وضعه القانوني ضد الإلغاء، لأنه في مثل هذا الفرض هو مغتصب لسلطة، وقرار اعتماد نجاحه منعدم وليس قراراً باطلاً فقط. وإن كان المشرع في مصر قد تدخل هنا بصفة استثنائية واعتمد وجوده في المرحلة السابقة على إلغاء القرار استناداً إلى فكرة المركز القانوني الفعلي التي نعرفها في القانون الإداري.

من أمثلة تطبيق هذا الاختصاص في هذه المرحلة عندما صدر حكم من الدائرة الإدارية في المحكمة الكلية بإلغاء قرار وزير الداخلية بشطب اسم أحد المرشحين من كشوف المرشحين عن الدائرة ١٤ (خيطان لسنة ٢٠٠٣)، وما ترتب على ذلك من آثار بإلزام وزير الداخلية بصفته أن يؤدي للمرشح تعويضاً قدره ٥٠٠١ د.ك بصفة تعويض مؤقت عن الأضرار التي أصابته من جراء هذا القرار الملغى. ووقائع هذه الدعوى تلخص في صدور قرار من وزير الداخلية بشطب اسم المرشح من كشوف المرشحين بعد الدعوة إلى الانتخاب وقبل بدء الانتخاب، وذلك لوجود سابقة جنائية بحقه وصدور حكم بالامتناع عن النطق بالعقاب، والمحكمة اعتمدت على أن حكم الامتناع لا يعد عقوبة جنائية وإنما هو حكم مؤقت يلتزم من خلاله المحكوم عليه بحسن السير خلال مدة الاختبار القضائي. كما أوضحت المحكمة بشأن حكم آخر بالامتناع عن النطق بالعقاب في واقعة التزوير في إحدى القضايا السابقة فإنه تنطبق عليه الحالة نفسها بأن الامتناع عن النطق بالعقاب لا يعد عقوبة جنائية^(١).

وفي دعوى أخرى استند وزير الداخلية في شطب اسم المرشح إلى صدور حكم بتغريمه ٣٠ ديناراً عن جريمة إساءة استعمال الهاتف، وقالت المحكمة إن واقعة إساءة استعمال الهاتف لا تعد جريمة مخلة بالشرف والأمانة؛ ذلك أن المشرع لم ينص على ذلك، ومن ثم فإن المشرع اشترط في توافر شروط المرشح ألا يكون قد صدر بحقه حكم نهائي بعقوبة جنائية أو في جريمة مخلة بالشرف والأمانة، وبذلك تكون وزارة الداخلية قد أخطأت في تقديرها^(٢).

وبشأن طلب التعويض لتقوية فرصة الترشيح على المدعى قالت المحكمة إن المدعى عليه الثالث وزير الداخلية بصفته فوت الفرصة على المدعي بترشيح نفسه للانتخابات من جراء شطب اسمه من كشوف المرشحين، ومن ثم بالإمكان قبول طلبه بإلزام المدعى عليه الثالث دفع مبلغ تعويض قدره ٥٠٠١ د.ك تعويضاً مؤقتاً عما أصاب المدعي من أضرار.

(١) أحكام غير منشورة للدائرة الإدارية.

(٢) حكم للدائرة الإدارية غير منشور.



ويلاحظ أنه في هذه القضية ذاتها قضت المحكمة بعدم اختصاصها بنظر طلب بطلان انتخابات المجلس عن الدائرة ١٤ (خيطان) وإعادة الانتخاب في الدائرة، الذي كان قد تم بالفعل في فترة نظر الدعوى، حيث إن هذا الطلب الأخير يدخل فعلاً في اختصاص المحكمة الدستورية في الكويت باعتباره - في تقديرنا - يدخل في إطار الطعون في المرحلة الثالثة للعملية الانتخابية التي سوف نتحدث عنها فيما بعد .

وإذا كانت المحكمة قررت بشأن الحكم بالامتناع عن النطق بالعقوبة أنه لم يتضمن النطق بعقوبة ما فإننا نتساءل عن القاعدة حال كون الحكم بالإدانة مع وقف التنفيذ وفقاً للمادة ٨٢ من قانون الجزاء . وفي تقديري أن هذه الحالة تختلف عما سبق أن القاضي ينطق بالإدانة والعقوبة، ومن ثم يتوافر الشرط الذي يتطلبه قانون الانتخاب، ولكن حيث إن وقف التنفيذ لا يكون إلا في حالات لا يتجاوز الحكم فيها عقوبة الحبس سنتين وهي عقوبة الجنحة، فيكفي هنا للشطب من كشف المرشحين أن تكون الجريمة مخلة بالشرف والأمانة حتى لو أوقف تنفيذ الحكم .



حركة الصناديق الانتخابية (مادة 36 إلى مادة 40 من قانون الانتخاب)

- 1- يتلقى الصناديق الفرعية من اللجان الفرعية .
- 2- يتلقى الصناديق الأصلية من اللجان الرئيسية .
- 3- يتلقى المغلفات المحتوية على صور المحاضر .

**مجلس
الأمة**

**وزارة
الداخلية**

دائرة واحدة

- 1- تتلقى أصل محاضر نتيجة انتخاب الدائرة + أصل محاضر فرز اللجان الأصلية واللجان الفرعية
- 2- نصب لديها جميع الصناديق وجميع المحاضر في نهاية العملية الانتخابية .

تشكل جميع اللجان (مادة 27) من

- 1- أحد رجال القضاء أو النيابة العامة رئيسا .
- 2 - عضو معين من وزارة الداخلية .
- 3 - مندوب عن كل مرشح لا يزيدون عن 15 يختارون بالاتفاق أو القرعة .

لجنة رئيسية

اللجنة الرئيسية : مادة 39

- 1- يشرف رئيسها على العملية الانتخابية في الدائرة .
- 2- يتلقى أصل محاضر الفرز التجميعي لجميع لجان الدائرة .
- 3- يتلقى صناديق انتخاب اللجان الأصلية .
- 4- يجمع نتائج فرز صناديق الانتخاب بالدائرة جميعها بالنداء العني .
- 5- يعلن اسم العضو الفائز بالأغلبية النسبية لجميع الأصوات الصحيحة أو من يفوز بالقرعة في حال التساوي .
- 6- يحضر محضر نتيجة انتخاب الدائرة من أصل وصورة + ويرفق بأصل المحاضر محاضر فرز اللجان الأصلية والفرعية ويرسلها إلى وزارة الداخلية .
- 7- توضع صور المحاضر السابقة في ملف خاص ويسلمها رئيس اللجنة بالإضافة إلى صناديق اللجان الأصلية إلى مجلس الأمة .

لجنة أصلية

اللجان الأصلية المادة 36 مكرراً

- 1- لها ذات اختصاص اللجنة الفرعية 4:3:2:1 بالنسبة لصندوقها الأصلي.
- 1- تتلقى أصل محاضر فرز اللجنة الفرعية وصندوقها .
- 3- تتولى جمع نتائج فرز الصناديق بالنداء العني .
- 4- تحرر محضر الفرز التجميعي لنتيجة الانتخاب من أصل وصورة ويرفق معه محاضر فرز اللجان الفرعية وتوضع في صندوق اللجنة الأصلية ويتم غلق الصندوق ويختم بالشمع الأحمر .
- 5- تنقل صندوق اللجنة الأصلية بمحتوياته إلى اللجنة الرئيسية .
- 6- تسلم أصل محاضر الفرز التجميعي + صندوق اللجنة الأصلية إلى رئيس اللجنة الرئيسية .

اللجان الفرعية : المادة 36

- 1- تحرر محضر بعملية الانتخاب .
- 2- فرز الصندوق بالنداء العني
- 3- تحرر محضر الفرز من أصل وصورة
- 4- توضع في الصندوق أوراق الانتخاب + محضر الانتخاب + صورة محضر الفرز ويغلق بالشمع الأحمر .
- 5- يتم تسليم أصل محضر الفرز والصندوق إلى اللجنة الأصلية .
- 6- بعد انتهاء عمل اللجنة الأصلية تنقل صناديق اللجنة الفرعية إلى مجلس الأمة .

لجنة فرعية

مادة 40

تسلم الأمانة العامة لمجلس الأمة إلى كل
مرشح فاز بالعضوية شهادة انتخاب .



المرحلة الثالثة: وهي مرحلة يوم الانتخاب، وهي تبدأ بممارسة العملية الانتخابية ذاتها صباح يوم الانتخاب وتنتهي الساعة ٨ مساء ساعة إغلاق المقر الانتخابي ثم إعلان النتيجة، وهي العملية الفنية بالمعنى الضيق، هذه المرحلة كل أعمالها تمثل تنفيذاً كاملاً لقانون الانتخاب إجرائياً وما يرتبه القانون على هذه الإجراءات الإدارية من آثار قانونية تؤثر في إرادة الناخبين، ومن ثم في نتيجة الانتخاب. وحددت هذه المرحلة المواد من ٢٧ إلى ٤٠ من قانون الانتخاب ٣٥ لسنة ١٩٦٢.

ومن جرائم هذه المرحلة ما جاء في المادة ٤٣ / رابعاً وخامساً وسادساً، وسابعاً وثامناً والمادة ٤٤ / أولاً وخامساً وسادساً. والمادة ٤٥ / ثالثاً.

مادة ٤٣:

يعاقب بالحبس مدة لا تزيد على ستة شهور وغرامة لا تجاوز مائة دينار أو بإحدى هاتين العقوبتين:

رابعاً: كل من أبدى رأيه في الانتخاب وهو يعلم أن اسمه أدرج في الجدول بغير حق أو أنه فقد الصفات المطلوبة لاستعمال الحق أو أن حقه موقوف.

خامساً: كل من تعمد إبداء رأي باسم غيره.

سادساً: كل من استعمل حقه في الانتخاب الواحد أكثر من مرة.

سابعاً: كل من أفشى سر إعطاء ناخب لرأيه بدون رضاه.

ثامناً: كل من دخل القاعة المخصصة للانتخاب بلا حق ولم يخرج عند أمر اللجنة له بذلك.

تاسعاً: كل من أهان لجنة الانتخاب أو أحد أعضائها.

مادة ٤٤:

يعاقب بالحبس مدة لا تزيد على خمس سنوات وغرامة لا تقل عن ألفي دينار ولا تزيد على خمسة آلاف دينار أو بإحدى هاتين العقوبتين:

أولاً: كل من استعمل القوة أو التهديد لمنع ناخب من استعمال حقه لغيره ليحمله على التصويت على وجه معين أو على الامتناع عن التصويت.

خامساً: من دخل في المكان المخصص لاجتماع الناخبين حاملاً سلاحاً بالمخالفة لأحكام المادة ٣٠ من هذا القانون.

سادساً: كل من دخل القاعة المخصصة للانتخاب ومعه جهاز ظاهري أو مخفي لتصوير ما ثبت إعطاء صوته لمرشح معين.



مادة ٤٥:

يعاقب بالحبس مدة لا تزيد على خمس سنوات وبغرامة لا تقل عن ألفي دينار ولا تزيد على خمسة آلاف دينار أو إحدى هاتين العقوبتين:

ثالثاً: من خطف الصندوق المحتوي على أوراق الانتخاب أو أتلفه.

أما فيما يتعلق بالطعون الانتخابية في هذه المرحلة فهي تبحث في إرادة الناخب التي اختارت (أ) من الناس، هذه الإرادة تملك مناقشتها الجهة القضائية الخاصة المخولة بالنظر في الطعون الانتخابية وفقاً للنظام القانوني في الدولة، التي يحددها الدستور أو القانون.

في هذه المرحلة لا يتم التعرض للجوانب الدستورية في التشريع ولا يتعرض للمركز القانوني الذي ثبت للناخب أو المرشح خلال المرحلة الثانية، وإنما هي تدور حول مشروعية جملة إجراءات شكلية رسمها القانون بصفة إلزامية مما يجعلها إجراءات شكلية جوهرية يؤثر عدم احترامها وتطبيقها بصورة سليمة في مشروعية القرار الصادر بإعلان نتيجة الانتخاب.

هذه الإجراءات لا تطعن في دستورية النص الذي فرضها، لأنها لا تخالف الدستور ولا تضع قيداً على ممارسة الحرية بما يمس المركز القانوني، ولكنها تقبل الطعن فيها عند مخالفة الجهة القائمة على الانتخاب لكفالة سلامة الإجراء وفقاً للشروط والقواعد التي نظمها القانون وبما لا يؤثر على سلامة نتيجة الانتخاب.

وعلى سبيل المثال إذا لم يتم الفرز بدقة أو لم تتم الإجراءات بما يسمح لجميع الناخبين بممارسة حق الانتخاب، وإذا لم تراعى السرية وإذا لم تحترم مواعيد بدء الإدلاء بالأصوات ونهايته، ومواعيد بداية الفرز، وسلامة الصناديق فهي عيوب شكلية تؤثر في النهاية في مشروعية القرار الصادر استناداً إليها بما يصمه هو أيضاً بعدم المشروعية بسبب عدم احترام الشكليات التي فرضها القانون.

وهنا سوف نشير إلى الاختصاص بنظر الطعون في هذه المرحلة على ضوء من الاختيارات في كل من فرنسا ومصر ودولة الكويت.

ثم نشير إلى بعض الملاحظات الخاصة بالتطبيق في النظام الكويتي.

اتجاهات بعض الدول لتحديد جهة الاختصاص بنظر طعون المرحلة الثالثة من العملية الانتخابية

فرنسا: اتجه النظام الفرنسي في بداية الأمر إلى إسناد مهمة الفصل في الطعون في هذه المرحلة إلى البرلمان ذاته. ومع الرغم من تمسك الفرنسيين بسيادة البرلمان المعبر عن إرادة الشعب ولا تعقيب عليه حتى من المجلس الدستوري فإنه قد تبين من خلال تجارب عدة على مدى ٣ جمهوريات منذ الثورة حتى دستور ١٩٤٦ أن البرلمان لم يكن محايداً أو موضوعياً في الفصل في صحة عضوية الأعضاء، ولهذا نقل الاختصاص إلى جهة محايدة مشكلة تشكيلة خاصاً، وهي المجلس الدستوري وفقاً للدستور الفرنسي الصادر سنة ١٩٥٨ في المادة ٥٩ التي تنص على أن (يفصل المجلس الدستوري في حالة المنازعة في صحة انتخاب النواب والشيوخ)^(١).

أما تشكيل هذا المجلس وفقاً للمادة (٥٦) فهو يتكون من تسعة أعضاء مدة تفويض كل منهم تسع سنوات غير قابلة للتجديد، ويتم تجديد ثلث أعضاء المجلس الدستوري كل ثلاث سنوات، ويعين رئيس الجمهورية ثلاثة أعضاء ويعين رئيس الجمعية الوطنية ثلاثة أعضاء، كما يعين رئيس مجلس الشيوخ ثلاثة أعضاء.

(١) أ.د. صلاح الدين فوزي، النظم والإجراءات الانتخابية، دراسة مقارنة، دار النهضة العربية، ١٩٨٥.

ورؤساء الجمهورية السابقون أعضاء في المجلس الدستوري بحكم القانون ولمدى الحياة بالإضافة إلى الأعضاء المنصوص عليهم أعلاه.

ويعين رئيس الجمهورية رئيس المجلس الدستوري، ولرئيس المجلس الدستوري صوت مرجح عند تعادل الأصوات.

وبحسب المادة (٥٧) لا يجوز أن يكون عضو المجلس وزيراً أو عضواً في البرلمان، حيث أقر الدستور بوجود تعارض بين مهام عضو المجلس الدستوري ومهام الوزير أو عضو البرلمان.

مصر: في ظل دستور ١٩٢٣ عهد إلى البرلمان بمهمة الفصل في صحة العضوية، وقد عدل هذا الدستور سنة ١٩٥١ بإشراك محكمة النقض في الاختصاص، إلا أن قيام الثورة حال دون تطبيق هذا النص^(١).

وفي ظل الدستور الحالي أيضاً ظل الحال على ما كان عليه في دستور ١٩٢٣ مراعيًا في ذلك التعديل الذي أجري سنة ١٩٥١.

وجاءت المادة (٩٣) من الدستور المصري التي اختارت طريقاً وسطاً لإرضاء المجلس النيابي وإرضاء القضاء، وهو إرسال الطعن إلى محكمة النقض للتحقيق وإبداء الرأي، ولكنها لا تصدر حكماً، وإنما يعهد إلى أحد مستشاري المحكمة بالتحقيق في الموضوع، ويملك الاستدعاء والسؤال ثم ينتهي إلى كتابة تقرير يرسله إلى رئيس مجلس الشعب في خلال ٩٠ يوماً من يوم وصول الطعن إليه على أن يترك لمجلس الشعب وحده سلطة الفصل في صحة العضوية. وجاء نص المادة (٩٣) كما يلي: «يختص المجلس بالفصل في صحة عضوية أعضائه وتختص محكمة النقض بالتحقيق في صحة الطعون المقدمة إلى المجلس بعد إحالتها إليها من رئيسه، ويجب إحالة الطعن إلى محكمة النقض خلال ١٥ يوماً من تاريخ علم المجلس به. ويجب الانتهاء من التحقيق خلال ٩٠ يوماً من تاريخ إحالته إلى محكمة النقض، وتعرض نتيجة التحقيق والرأي الذي انتهت إليه المحكمة على المجلس للفصل في صحة الطعن خلال ٦٠ يوماً من تاريخ عرض نتيجة التحقيق على المجلس. ولا تعتبر العضوية باطلة إلا بقرار يصدر بأغلبية ثلثي أعضاء المجلس».

كان من المفروض، ونتيجة عنصر الإلزام في اللجوء إلى محكمة النقض، أن يؤخذ رأي محكمة النقض في الاعتبار، إلا أن صياغة النص لا تؤدي إلى هذه النتيجة، وواقع الأمر أن كل القرارات الصادرة من المجلس في هذا الشأن تصدر متأثرة باعتبارات حزبية وسياسية تحكم اتجاه رأي الأغلبية في المجلس. فالمجلس النيابي له مصلحة مؤكدة في نجاح العضو أو إبطال نجاحه وبخاصة مع وجود التنظيم الحزبي، فالحزب الغالب يرغب في أن يحافظ على أغليبيته، لأن غياب عضو أو اثنين قد يؤثر في الأغلبية اللازمة في المجلس.

إذن الحياد غير موجود عند ممارسة هذا العمل القضائي بحكم طبيعته الموضوعية. ولهذا يفضل كثير من الفقهاء اللجوء إلى جهة قضائية محايدة، إلا أن هذا يتطلب في مصر تعديل الدستور.

دولة الكويت: الاختصاص بالطعون في هذه المرحلة يقسم بين إدارة الانتخابات من ناحية وبين المحكمة الدستورية من ناحية أخرى.

أولاً: إدارة الانتخابات،

وجاء تنظيمها في إطار المادتين ٣٧ و٣٨ من قانون الانتخاب. حيث قررت المادة ٣٧ (تفصل اللجنة في جميع المسائل المتعلقة بعملية الانتخاب وفي صحة إعطاء كل ناخب رأيه أو بطلانه، وذلك مع عدم الإخلال بالأحكام الواردة في الباب الرابع من هذا القانون. وهذا الباب الأخير يتعلق بالطعن في صحة العضوية، الذي أصبح من اختصاص المحكمة الدستورية وفقاً لقانون إنشائها ١٤ لسنة ١٩٧٣).

(١) د. محسن العبدوي، الاختصاص بالفصل في صحة عضوية مجلس الشعب، دار النهضة العربية، ١٩٨٥.





ووفقاً لهذا الاختصاص فإن اللجنة سواء الأصلية أو الفرعية التي تمت فيها العملية الانتخابية تفصل في هذه المسائل سواء كانت بناء على شكوى أو بلاغ من أحد الموجودين في مقر الانتخاب أو تلقائياً بأن تتصدى للموضوع وتفصل فيه إذا ما تبين لها وقوع المخالفة. ويلاحظ أن تقديم البلاغ أو الشكوى من صاحب المصلحة هنا ليس شرطاً من شروط قبول دعوى الطعن الانتخابي أمام المحكمة الدستورية وإن كانت المحكمة تستأنس به في حال سبق تقديمه أمام اللجنة.

أما المادة ٣٨ فقد حددت بعض حالات يتقرر بشأنها بطلان تصويت الناخب، وهي:

أ - الآراء المعلقة على شرط.

ب -

ج - الآراء التي أثبتت على ورقة غير التي سلمت من اللجنة.

د - الآراء التي أثبتت على ورقة أمضاها الناخب أو وضع عليها إشارة أو علامة قد تدل عليه.

هـ - الآراء التي تبدي شفاهة أمام اللجنة بغير اتباع الإجراءات والقواعد المنصوص عليها في الفقرة الثانية من المادة ٣٤ "طلب معاونة رئيس اللجنة لإثبات الرأي".

وقد نص القانون رقم ٤٢ لسنة ٢٠٠٦ على إلغاء البند ب من المادة ٣٨ واستبدل بها النص على أن يكون لكل ناخب حق الإدلاء بصوته لأربعة من المرشحين في الدائرة المقيّد فيها، ويعتبر باطلاً التصويت لأكثر من هذا العدد^(١).

ولاشك أن اللجنة يمتد اختصاصها إلى كل ما يتعلق بإجراءات العملية الانتخابية التي تمت في مقر اللجنة، وابتداء من المادة ٢٠ حتى المادة ٣٩ من القانون.

ثانياً: اختصاص المحكمة الدستورية:

كان أول تنظيم للطعون الانتخابية مقررراً في الدستور الكويتي في المادة (٩٥) منه، حيث جاء النص: (يفصل مجلس الأمة في صحة انتخاب أعضائه، ولا يعد الانتخاب باطلاً إلا بأغلبية الأعضاء الذين يتألف منهم المجلس.. ويجوز بقانون أن يعهد بهذا الاختصاص إلى جهة قضائية). وبناء على هذا النص وتطبيقاً له صدرت لائحة مجلس الأمة بقانون رقم ١٢/١٩٦٢، ونصت المادة ٤ على أن (يفصل مجلس الأمة في صحة انتخاب أعضائه، ولا يعد الانتخاب باطلاً إلا بأغلبية الأعضاء الذين يتألف منهم المجلس).

في هذه المرحلة التي استمرت من سنة ١٩٦٢ إلى سنة ١٩٧٣ نظر المجلس الطعون الانتخابية، وقد عرض على المجلس مجموعة طعون انتخابية عن الانتخابات التي تمت في سنة ١٩٦٣ و ١٩٦٧ و ١٩٧١. وشكلت في المجلس لجنة لفحص الطعون وانتهت في جميع الحالات إلى رفض جميع الطعون^(٢).

بصدور قانون ١٤ لسنة ١٩٧٣ وإنشاء المحكمة الدستورية استجاب المشرع للرخصة التي قررتها المادة (٩٥) من الدستور، حيث أجازت أن يعهد بهذا الاختصاص إلى جهة قضائية. وفعلت ضمن قانون المحكمة نصاً (حتى ينهي اختصاص المجلس تماماً بالمشاركة في نظر هذه الطعون) بالنظر في الطعون الخاصة بانتخاب أعضاء مجلس الأمة أو بصحة عضويتهم^(٣).

(١) القانون رقم ٤٢ بشأن إعادة تحديد الدوائر الانتخابية لعضوية مجلس الأمة.

(٢) في عام ١٩٦٣ رفض المجلس طعنين قداماً في دائرتي الشرق والأحمدي، كما رفض طعنًا في منطقة الشامية لعدم صحة أسباب الطعن. وفي عام ١٩٦٧ رفض الطعن المقدم في منطقة القبلة بأغلبية ٢٨ صوتاً. وفي عام ١٩٧١ نظر في طعنين عن منطقة الشرق وطعن عن منطقة الفيحاء، وقد قدم الطاعنون تنازلاً عن الطعون فوافقت اللجنة على ذلك وعرض الأمر على المجلس الذي اقره.

(٣) راجع أ.د. عادل الطبطبائي: المحكمة الدستورية الكويتية، مجلس النشر العلمي، جامعة الكويت، ٢٠٠٥، ص ١٣٩ إلى ١٨٦.



بهذا التحول يكون المشرع الكويتي بعد تجربة عشر سنوات من اختصاص المجلس قد استجاب لتحقيق مزيد من الحيدة والتوافق مع الطبيعة القضائية للفصل في مثل هذه المنازعات، وعهد بها إلى جهة قضائية توافقا مع نص المادة (٩٥) من الدستور.

وبهذا التنظيم القانوني تصبح المحكمة الدستورية مختصة دون غيرها بنظر الطعون الانتخابية، التي ترد بشأن أي عمل قانوني يشوبه البطلان في المرحلة الثالثة التي اشرفنا إليها من قبل.

إلا أنه لا يغيب عن أذهاننا أن اختصاص المحكمة يمكن أن يطول أي بطلان ليس في إجراءات الانتخاب في المرحلة الثالثة فقط وإنما يشمل كل ما يمس صحة العضوية حتى إذا لم يكن قد أثر بشأنها طعن مسبق في حينه لأن العيب هنا يصل بالعمل الإداري إلى مرحلة الانعدام الذي لا يصححه فوات فترة طعن في إلغاء قرار إداري بالسماح لعضو مشكوك في سلامة ترشيحه بقبول ترشيحه أو إعلان فوزه.

ملاحظات بشأن التنظيم في الكويت:

وبصدد هذا التنظيم في دولة الكويت أبدى الملاحظات التالية:

أولاً: فيما يتعلق بتشكيل المحكمة عند نظر الطعون الانتخابية جاء في المذكرة الإيضاحية لمشروع القانون المقدم من الحكومة «نظراً لأن الفصل في الطعون الخاصة بانتخاب أعضاء مجلس الأمة أو بصحة عضويتهم مسند أصلاً طبقاً للدستور إلى مجلس الأمة مع إجازة أن يعهد بهذا الاختصاص إلى هيئة قضائية، ونظراً لأن مثل هذه المسائل تعد من قبيل المسائل القانونية التي تخالطها وقائع سياسية لذلك استحسن أن ينضم إلى عضوية المحكمة أربعة من أعضاء مجلس الأمة عند النظر في هذه المسائل (م ١٠) من المشروع»^(١).

إلا أن المشرع اكتفى بتشكيل القضائي الخالص من المستشارين وفقاً للمادة (٢) من القانون، وقد أحسن المشرع صنعاً، ولاشك في أن التجربة التي مر بها المجلس من خلال اختصاصه على مدى عشر سنوات سابقة كانت دافعاً له لتحقيق الاستفادة من الرخصة التي سمحت بها المادة (٩٥) بأن تكون الجهة المختصة جهة قضائية، وهو ما يتفق - كما ذكرنا - مع الطبيعة القانونية والقضائية لهذا العمل، وهو الفصل في نزاع قانوني خالص لا دخل لأي اعتبارات سياسية فيه، وإنما يبحث في التطبيق السليم لقواعد قانون الانتخاب وإجراءاته وأيضاً لتحقيق الحيدة الكاملة عند نظر مثل هذه المنازعات.

ثانياً: جاء في المذكرة المقدمة من أعضاء مجلس الأمة عند عرض اقتراح قانون المحكمة الدستورية «تلحق بالطعون الانتخابية الخاصة بمجلس الأمة الطعون الانتخابية الخاصة بالمجلس البلدي توحيداً للعمل وللتنسيق» إلا أن مجلس الأمة آنذاك لم يوافق على هذه الفكرة ورأى أن تبقى الطعون الخاصة بالمجلس البلدي من اختصاص محكمة الاستئناف.

ومعلوم أن قانون البلدية قبل تعديله بقانون ٥ لسنة ٢٠٠٥ منح الاختصاص بنظر الطعون الانتخابية الخاصة بالمجلس البلدي إلى لجنة من مستشاري محكمة الاستئناف العليا، حيث جاء نص المادة ٤٠ من قانون ١٩٧٢/١٥ الملغى «تختص بنظر الطلبات المقدمة بإبطال الانتخاب لجنة مؤلفة من ثلاثة من مستشاري محكمة الاستئناف العليا تعينهم الجمعية العامة لهذه المحكمة. وتقوم اللجنة بتحقيق الطعون المقدمة وتقضي فيها بعد سماع أقوال الطاعن والعضو المطعون في صحة انتخابه ومن ترى لزوماً لسماع أقواله».

كما نصت المادة ٤١ من القانون الملغى على أن «لجنة المشار إليها في المادة السابقة إذا أبطلت انتخاب عضو وثبت وجه الحقيقة في نتيجة الانتخاب أن تعلن فوز من ترى انتخابه هو الصحيح».

(١) راجع «دستورية القوانين» محاضرات الدكتور عثمان خليل عثمان، لطلبة الدكتوراه، العام الجامعي ١٩٧٢/١٩٧٤، جامعة الكويت، ص ١٤٢ - ١٧٢.





كما قررت المادة ٤٢ من القانون الملغى، التي أصبحت فقرة في المادة ٢٢ من قانون ٥ لسنة ٢٠٠٥ «يجوز للعضو المطعون في انتخابه أن يحضر جلسات المجلس البلدي ويشارك في أعماله إلى أن يصدر القرار في الطعن الخاص به، ولا يكون لقرار إبطال الانتخاب أثر رجعي» مع ملاحظة أن التعديل استبدل عبارة الحكم بعبارة القرار.

وفي تقديرنا أن هذه الازدواجية في الاختصاص التي كانت بين المحكمة الدستورية بالنسبة لمجلس الأمة واللجنة المشكلة من مستشاري محكمة الاستئناف بالنسبة للمجلس البلدي لم يكن لها مبرر؛ وذلك للأسباب الآتية:

١. من الأهمية بمكان تحقيق وحدة التنظيم؛ ذلك أن المراكز القانونية لكل من عضو مجلس الأمة وعضو المجلس البلدي واحدة، فمصدرهما واحد وهو الدستور في المادة ٨٢ وقانون الانتخاب ٣٥ لسنة ١٩٦٢، فالمادة الثانية من قانون ١٥ لسنة ١٩٧٢ الملغى بشأن بلدية الكويت، وهي أيضاً المادة ٣٥ من قانون رقم ٥ لسنة ٢٠٠٥ قررت: يشكل المجلس البلدي من (أ) عشرة أعضاء منتخبين وفقاً لأحكام قانون انتخاب أعضاء مجلس الأمة على أن ينتخب عضو عن كل دائرة من الدوائر العشر المبينة في الجدول المرافق لهذا القانون. (ب) ستة أعضاء يعينون بمرسوم. ويشترط في كل الأعضاء المنتخبين والمعيّنين الشروط اللازمة لعضوية مجلس الأمة وللأعضاء المعيّنين حقوق العضوية كالأعضاء المنتخبين....»

٢. كنا نفضل أن يكون الاختصاص لدائرة خاصة بمحكمة الاستئناف أو لجنة خاصة من مستشاري الاستئناف، كما كان الأمر وفقاً لقانون البلدية السابق، وذلك يرجع إلى أن اختصاص المحكمة الدستورية بنظر الطعون الانتخابية ليس مستنداً إلى نص المادة ١٧٣ من الدستور، وإنما إلى نص المادة ٩٥ التي أعطت الرخصة للمشرع باختيار جهة قضائية يعهد إليها بهذا الاختصاص. فالأمر إذن مقرر بقانون وليس بالدستور، وبما يمكن معه التعديل والتغيير بقانون تال.

٣. إذا كان المشرع قرر أن يتحقق هذا التوحد في جهة الاختصاص بالنسبة للمحكمة الدستورية لنظر الطعون الانتخابية لكل من مجلس الأمة والمجلس البلدي ففي تصوري أنه كان من الأنسب بالنسبة للمحكمة الدستورية أن تخصص دائرة في المحكمة منفصلة عن صفتها محكمة دستورية متخصصة بالنظر في الرقابة على دستورية القوانين واللوائح استناداً إلى المادة ١٧٣ من الدستور، فهذا التخصيص لدائرة خاصة تختص بالطعون الانتخابية **يمكن أن يحقق:**

أولاً: توحيد جهة الاختصاص بنظر الطعون لكل من المجلسين الأمة والبلدي.

ثانياً: تحقيق تفرغ المحكمة الدستورية لمهامها الأساسية تطبيقاً للمادة ١٧٣ من الدستور وخصوصاً أنها حين تنظر موضوع الطعون الانتخابية تنظرها باعتبارها محكمة موضوع؛ مما يفضل معه اختلاف القضاة المشاركين في نظر أي من الدعويين.

ثالثاً: مثل هذا الفصل يعد أكثر ملاءمة للتوافق مع الاختلاف في طبيعة كلتا الدعويين، الدعوى الدستورية ودعوى الفصل في الطعون الانتخابية، خاصة مع اختلاف إجراءات رفع الطعون إلى المحكمة الدستورية بين الطعون بعدم الدستورية والطعون الانتخابية.

رابعاً: يمكن أن ينص صراحة على اختصاص محكمة الطعون الانتخابية بما كان مقررراً للجنة الطعون في المجلس البلدي، ألا وهو الاختصاص بإعلان فوز من ترى انتخابه هو الصحيح إذا أبطلت انتخاب عضو. وهو الاختصاص ذاته الذي كانت تقرر لائحة مجلس الأمة في المادة (١١) «إنه إذا أبطل المجلس انتخاب عضو أو أكثر وتبين وجه الحقيقة في نتيجة الانتخاب أعلن فوز من يرى أن انتخابه هو الصحيح»، وقد جرت المحكمة الدستورية على هذا رغم عدم وجود نص صريح في قانون المحكمة أو لائحته.



أهم المبادئ التي قررتها المحكمة الدستورية بشأن الطعون الانتخابية^(١)

المبدأ الأول: المصلحة هي أساس قبول الطعن الانتخابي؛ بمعنى أن الحكم لصالح الطاعن سوف يؤثر في مركزه القانوني.
مثال (١):

- التاسع في الانتخاب ١٠٠٠ صوت
- العاشر في الانتخاب ٦٠٠ صوت
- الطاعن الحادي عشر في الانتخاب ٥٨٠ صوتاً
- الأصوات الباطلة ٢٥ صوتاً

بفرض خصم الأصوات الباطلة من ١٠٠٠ الباقي ٩٧٥ وهو أكثر من ٥٨٠ ب ٤٩٥ صوتاً فإن الطاعن لن ينجح ولن يتغير مركزه القانوني فلا تقبل دعواه ضد المطعون عليه التاسع لانعدام المصلحة.

مثال (٢):

- التاسع ١٠٠٠ صوت
- العاشر ٦٠٠ صوت
- الطاعن الحادي عشر ٥٨٠ صوتاً

عدد الأصوات الباطلة ٢٥، إذا خصمت من العاشر يصير ٥٧٥. إذا الطاعن له مصلحة في إبطال انتخاب العاشر فقط وتقبل الدعوى ضده.

المبدأ الثاني: العبرة بصفة الناخب وقت الانتخاب لا وقت إعداد الجدول بشرط وجود اسمه في الجدول.

- الناخب قد يكون ممنوعاً من الانتخاب وقت الجدول ويزول المنع عند الانتخاب.
- الناخب قد يكون مسموحاً له الانتخاب وقت إعداد الجدول ويمنع وقت الانتخاب.
- ومن أسباب المنع:
- ١. فقد الأهلية المدنية.
- ٢. فقدان الجنسية.
- ٣. الالتحاق بالسلوك العسكري.
- ٤. تغيير الموطن الانتخابي.
- ٥. أسباب واقعية مرض أو أسر.

(١) راجع المجلد الثالث لأحكام المحكمة الدستورية، يونيو ٢٠٠٤، من ص ٧٣ - ٢٤٢.



المبدأ الثالث: حجية الجدول نسبية وليست مطلقة.

١. حجية الجدول فقط أنه لا يجوز لأحد الاشتراك في الانتخاب ما لم يكن اسمه مقيدا في الجدول، فهو حجة بالنسبة لما اشتمله من أسماء.
٢. لا حجية قاطعة مع توافر أسباب بطلان التصويت الأخرى، فحجية الجدول لا تمتد إلى تحصين تصويت الناخب الموقوف لصفة لحقت به وقت الممارسة الانتخابية أي كان وقت اتصافه بهذه الصفة. ولهذا فإن مشاركة العسكريين تقع باطلة بطلاناً مطلقاً، ويظل البطلان عالقاً بما أتاه من ممارسة انتخابية أثرت على نتيجة الانتخاب المعلنة، ويجوز إبطاله من لحظة الإدلاء بالصوت حتى فوات ميعاد الطعن.
٣. يمكن الطعن في التصويت الباطل أمام محكمة أخرى غير محكمة الجدول، لأن الأمر متعلق بسلامة التصويت وليس سلامة الجدول حتى بعد انتهاء شهر إبريل، وهي هنا المحكمة الدستورية.

المبدأ الرابع: الطعن الانتخابي قد يبطل العملية كلها أو جزءاً منها بحسب تأثيره في كون نتيجة الانتخاب يجب أن تكون إعلاناً لإرادة الناخبين الحقيقية؛

١. يبطل العملية الانتخابية كلها إذا ثبت أن العملية الانتخابية معيبة في جملتها وأن العيب أصاب جميع المشتركين فيها.
 ٢. يبطل العملية الانتخابية جزئياً إذا ثبت أن الخطأ شاب أحد إجراءاتها وأدى إلى تعديل النتائج المعلنة.
- هنا يبطل الانتخاب بالنسبة للفائز الذي اتصل به الإجراء الباطل.

مثال:

- رقم (٩) ١٠٠٠ صوت
- رقم (١٠) ٦٠٠ صوت
- رقم (١١) ٥٨٠ صوتاً

وكان عدد الأصوات الباطلة ٢٥ صوتاً لأنهم من العسكريين.

هنا يحكم فقط بإبطال انتخاب العاشر وإعادة الانتخاب لأننا لا نعرف إلى من توجهت أصوات العسكريين الباطلة، ربما لرقم ١١ أو لغيره فهي إذاً غير معروف أين توجهت وما الإرادة الحقيقية للناخبين؟ إذاً وجود أصوات باطلة يؤثر في صحة انتخاب من يلحقه أثر تلك الأصوات أو اتجهت إليه فيكون بطلان العملية الانتخابية جزئياً^(١).

المبدأ الخامس: الطعن الانتخابي أمام المحكمة الدستورية يركز على ما يمس إرادة الناخبين ويؤثر في سلامتها

«الطعن الانتخابي» منوط في الأساس بعملية الانتخاب ذاتها وما شابها من أخطاء في التصويت أو الفرز أو إعلان النتيجة. وبالتالي ما يتخذ في مسائل القيد في الجداول أو في إجراءات الترشيح من أعمال وتصرفات وما ينجم عنها هي أمور سابقة على العملية الانتخابية، وهي قرارات صدرت معبرة عن إرادة الجهة الإدارية، ولا صلة لها بالعملية الانتخابية ذاتها.

(١) أ.د. محمد المقاطع، اتجاهات القضاء الدستوري في شأن الطعون الانتخابية، مجلة الحقوق سنة ٢٢ عدد ٤ ديسمبر ١٩٩٨.

وليس من شأن اضطلاع الجهة الادارية بتلك الأعمال واتخاذها لهذه القرارات، وبغض النظر عن مدى سلامتها وتداعياتها، أن يحيل النزاع في شأنها إلى طعن في صحة الانتخاب، وانما تظل متعلقة بقرارات يستتهد اختصاص القضاء المختص في أمرها بحيث لا يستتد اختصاص المحكمة الدستورية بنظر الطعون المتعلقة بالعملية الانتخابية بمعناها الفني الاصطلاحي الدقيق وما يصدر عنها من اعلان اراده الناخبين». «إن اراده الناخبين لا تذهب على مرشح كان غائباً قانوناً عن العملية الانتخابية حتى لو قضى لاحقاً بوقف تنفيذ القرار المانع من الترشيح بحكم قضائي لاحق للعملية الانتخابية، لأن حجية الحكم هنا نسبية لا يفيد منها غير المحكوم له.

حكم في ٢٠٠٨/٧/١٦ طعن رقم ٨ لسنة ٢٠٠٨

حكم في ٢٠٠٨/٩/١٧ طعن رقم ١٩ لسنة ٢٠٠٨

المبدأ السادس: قواعد ترك الخصومة في قانون المرافعات تطبق بمناسبة الطعون الانتخابية:

«ان الخصومة» في الطعن شأنها شأن كل خصومة يتوقف بقاؤها واستمرارها على إصرار رافعها على متابعتها فإذا نزل عنها فإنه لامرأ في أن ذلك يعد مانعاً نصاً للمحكمة من التصدي لموضوعها بقضاء بعد عدول رافعها عن السير في اجراءاتها.

حكم في ٢٠٠٨/٧/١٦ طعن رقم ١٥ لسنة ٢٠٠٨

المبدأ السابع: المصلحة في دعوى الطعن الانتخابي تقصر الطعن على نتائج الدائرة الانتخابية للطاعن فقط

المستفاد من نص المادة ٩ من لائحة المحكمة الدستورية انه لا يشترط افرغ طلب الطعن في شكل معين أو استلزام أن يكون الطلب موقعاً عليه من محام، إلا أن الصفة المطلوبة قانوناً في الطعن باطلال الانتخاب لا تسمح بطلب ابطال الانتخاب في جميع الدوائر الانتخابية وانما يقتصر على طلب ابطال الانتخاب في دائرته الانتخابية فقط لأن المصلحة المعتبرة في الطعن لا تتحقق لمجرد كونه ناخباً.

حكم في ٢٠٠٨/٧/١٦ طعن رقم ٤٠ لسنة ٢٠٠٨

المبدأ الثامن: المصلحة في الطعن الانتخابي أن يؤدي الحكم إلى تغيير في المركز القانوني للطاعن

«المنازعة التي قصدها النص التشريعي هي تلك التي ينازع فيها المرشح الذي لم يحالفه التوفيق في الفوز في انتخابات دائرته الانتخابية في صحة انتخاب من اعلن فوزه في تلك الدائرة. وبالتالي لا يقبل الطعن من مرشح بعد أن نال ثقة الناخبين بدائرته الانتخابية وعلن فوزه بالاغلبية المطلوبة التي يستلزمها القانون أن ينازع في صحة انتخابه هو نفسه على سند من أنه قد حصل على أصوات تزيد على الأصوات التي تم الاعلان عن حصوله عليها».



المبدأ التاسع: أحكام المحكمة الدستورية ذات حجية مطلقة وقضاؤها حاسم للخصومة ولا يقبل الالتماس شأن الحكم الدستوري:

- المحكمة الدستورية وأحكامها لهما طبيعة خاصة بحسبانها جهة قضاء مستقل عن جهة القضاء العادي، لا ينال من أحكامها أي طعن من الطعون العادية وغير العادية، أحكامها ذات حجية مطلقة وقضاؤها حاسم للخصومة الدستورية وممانعاً أي طعن يثور من جديد بشأنها. وهذه النتيجة لا تقتصر على الخصوم في الدعوى وإنما ينصرف أثرها للكافة.
- المحكمة الدستورية بإصدارها الحكم تستنفذ ولايتها فيما قضت به وأقامت عليه أسبابها. وما يترتب على ذلك أن الالتماس غير جائز في الحكم الدستوري.

جلسة ٢٠٠٠/١/١٩ طعن ٨ لسنة ١٩٩٩

المبدأ العاشر: ضرورة المحافظة على السرية في إجراءات الانتخاب السابقة على اعلان النتائج،

ابطال الانتخاب رهن بأثر هذه المخالصة على المركز القانوني للطاعن:

الطعن كان يدور حول قيام بعض اللجان في الدائرة الانتخابية بفرز الأصوات وإعلان النتائج على الرغم من استمرار عملية الاقتراع في لجان أخرى، وهو ما يمثل انتهاء لسرية الانتخاب مما يجعله مشوباً بالبطلان.

وبصدد هذه الوقائع قررت المحكمة أن اللجان الأصلية والفرعية تقوم بفرز صندوق الانتخاب بالنداء العلمي فور انتهاء عملية الانتخاب في جميع لجان الدائرة. إلا أن المحكمة لاحظت أنه وأن كان المشرع قد حدد ختام عملية الانتخاب في جميع اللجان في الساعة الثامنة مساءً، إلا أنه أجاز - استثناء من ذلك - استمرار عملية الانتخاب بعد هذا الوقت المحدد إذا تبين وجود ناخبين من مكان الانتخاب لم يدلوا بأصواتهم بعد على أن يقتصر التصويت على هؤلاء دون غيرهم، بما مؤداه أن يتفاوت وقت انتهاء عملية الانتخاب في كل لجنة بحسب عدد الناخبين داخل جمعية الانتخاب.

وقد لاحظت المحكمة أن الطاعن نال من الأصوات في اللجنة ما يفوق عدد الأصوات التي حصل عليها المطعون في صحة انتخابه، وبفرض الغاء نتائج هذه اللجان وذلك باستبعاد الأصوات التي نالها كل من المرشحين في هذه اللجان من مجموع الأصوات التي نالها كل منهم، فإنه بعد هذا الاستبعاد تظل الأغلبية لمن أعلن فوزها. وأن الثابت أن معظم اللجان انتهت بالفترة الزمنية المقررة لإجراء الفرز حيث لم يتجاوز ذلك فيما بينها إلا دقائق معدودة، كما أن الفائز الأول حصل على (٢٧٨٨) والثاني حصل على (٢٠٥٦) وحصل الطاعن على (١٦٤٦) صوتاً، ولا تفيد الأوراق بما يقطع بثبوت أن هذا الفارق كان مرجعه إلى مخالفة اللجان لهذا الإجراء.

٢٠٠٦/١/٢٢ طعن ٧ لسنة ٢٠٠٦

ثالثاً: متى يستقر المركز القانوني للنائب؟

هناك مرحلة رابعة في حياة النائب عضو مجلس الأمة تبدأ بعد انتهاء مواعيد الطعن القضائي التي تمس العملية الانتخابية وفقاً لما جاء في المرحلة السابقة. في هذه المرحلة يكون الاختصاص بالنظر فيما يمس المركز القانوني للنائب حكراً على مجلس الأمة ذاته. وهو يشمل كل ما يتعلق بصفة العضوية، وهي حالات تطرأ فيها عوارض على سلامة العضوية سواء كانت هذه العوارض سابقة على العضوية وكان من شأنها أن تمنعها ولكنها لم تعرف أو تكتشف إلا لاحقاً أم كانت عوارض بعد ثبوت العضوية للنائب. وقد نظمت هذه الحالات المواد من ١٢ إلى ١٦ من اللائحة الداخلية لمجلس الأمة مضافاً إليها المادة ٢٦ من اللائحة ويمكن إبداء الملاحظات الآتية على هذه النصوص:

١. المادتان ١٢ و ٢٦ من اللائحة هما ترديد جزئي لنص المادة ١٢١ من الدستور، التي تضع التزامات على النائب يتعين عليه احترامها وهي أنه (لا يجوز لعضو مجلس الأمة أثناء مدة عضويته أن يعين في مجلس إدارة شركة أو أن يسهم في التزامات تعقدها الحكومة أو المؤسسات العامة. ولا يجوز له خلال تلك المدة كذلك أن يشتري أو يستأجر مالا من أموال الدولة أو أن يوجرها أو يبيعها شيئاً من أمواله أو يقاضيها عليه، ما لم يكن ذلك بطريق المزايدة أو المناقصة العلنيتين أو بتطبيق نظام الاستملاك الجبري) ولكن المادتين استبعدتا من المحظورات على النائب « أن يسهم في التزامات تضعها الحكومة أو المؤسسات العامة»، وهذا الاستبعاد لا يؤثر في ضرورة التزامه بهذا الحظر؛ حيث إن الدستور يعلو القانون ولا يملك هذا الأخير مخالفته، علماً بأن الإسهام فيما تعقده الحكومة يشمل بالضرورة المشاركة في المناقصات الحكومية في كل مجالاتها.
٢. المادتان ١٣ ، ١٥ من اللائحة تضمنتا ترديداً وتفسيراً للمادة ١٢٠ من الدستور، حيث منعت الجمع بين عضوية مجلس الأمة وتولي الوظائف العامة فيما عدا الوزراء.
٣. المادة ١٤ من اللائحة حددت الجزاء المترتب على مخالفة هذا الحظر الوارد في المادتين ١٣، ١٢، وأتاحت له سلطة الاختيار والمفاضلة بينهما في خلال الأيام الثمانية التالية لقيام حالة الجمع، فإذا لم يفعل اعتبر مختاراً لأحدهما. وقد استدركت المادة ١٤ بحكم إجرائي في حالة الطعن في صحة العضوية حيث قررت أن (لا تعتبر حالة الجمع قائمة إلا من تاريخ صدور القرار النهائي برفض الطعن).
٤. كما نلاحظ من ناحية أخرى أن المادة ٢٢ من قانون ٢٥ لسنة ١٩٦٢ في جزء من فقرتها الأولى تعرضت للموضوع ذاته وهو عدم الجمع بين العضوية وتولي الوظائف العامة، وقررت الحكم ذاته الذي قرره المادة ١٤ من اللائحة الداخلية للمجلس واعتبرته متخلياً عن الوظيفة العامة بعد ثمانية أيام من عضويته؛ أي أنه يعتبر مختاراً لأحدهما. واعتقد أن صياغة هذه المادة في موضعها كان يجب أن تقتصر على الجزء الثاني من الفقرة الأولى الذي يبدأ من عبارة (ويمنح الموظف إجازة ...، فهذا الحكم هو المتفق مع شروط الترشيح التي تنظمها هذه المادة ، على أن يخصص للفقرة الأولى مادة مستقلة لاحقة لانتهاء العملية الانتخابية وإعلان النتيجة.



٥. وهنا نلاحظ أن المادة ٤٩ من القانون ٣٥ لسنة ١٩٦٢ في شأن الانتخابات نظمت هذا الموضوع إذا حدث هذا الجمع لاحقاً على ثبوت العضوية حيث تقرر (إذا قبل عضو مجلس الأمة وظيفة عامة أو العضوية في مجلس إدارة شركة أو في المجلس البلدي يعتبر متنازلاً عن عضويته في مجلس الأمة من تاريخ قبوله الوظيفة أو العضوية في مجلس إدارة الشركة أو من تاريخ صيرورة عضويته نهائية في المجلس البلدي). وصياغة هذه المادة تجعل إسقاط العضوية بقوة القانون حال وجود حالة الجمع، وقد اختارت له الأحداث انسجاماً مع القاعدة التي جاءت في المادة ١٤ من اللائحة.

المادة ١٦ من اللائحة الداخلية تواجه حالة إذا فقد العضو أحد الشروط المنصوص عليها في المادة ٨٢ من الدستور أو في قانون الانتخاب سواء عرض له ذلك بعد انتخابه أم لم يعلم هذا العارض إلا بعد الانتخاب. **في مثل هذه الحالات نظمت اللائحة إجراءات هذا الطعن على النحو التالي :**

أ - يحيل رئيس المجلس الأمر إلى لجنة الشئون التشريعية والقانونية لبحث الموضوع، وللجنة أن تستدعي العضو المذكور لسماع أقواله إذا أمكن ذلك وتقديم تقريرها في الأمر خلال أسبوعين على الأكثر من إحالته إليها.

ب - يعرض التقرير على المجلس في أول جلسة تالية، وللعضو أن يبدي دفاعه كذلك أمام المجلس على أن يغادر الاجتماع عند اخذ الاصوات، ويصدر قرار المجلس في الموضوع في مدة لا تتجاوز أسبوعين من تاريخ عرض التقرير عليه.

ج - قرار إسقاط العضوية لا يكون إلا بموافقة أغلبية خاصة، وهي أغلبية أصوات الأعضاء الذين يتألف منهم المجلس باستثناء العضو المعروض أمره. ويكون التصويت بالمناداة بالاسم وقد يكون سرياً بقرار من المجلس.

وبخصوص إسقاط العضوية في هذه الحالة نلاحظ تعارضاً أيضاً بين نص المادة ١٦ من اللائحة التي تجعل إسقاط العضوية بقرار الأغلبية وبين المادة ٥٠ من القانون ٣٥ لسنة ١٩٦٢ التي نصت على أن (تسقط العضوية عن عضو مجلس الأمة إذا فقد أحد الشروط المشترطة في العضو أو تبين أنه فاقدها قبل الانتخاب، ويعلن سقوط العضوية بقرار من المجلس).

وصياغة هذه المادة تعني أن سقوط العضوية يتم بقوة القانون حال فقد أحد الشروط ودور المجلس قاصر على إعلان هذا السقوط، فهي تقرر حتمية السقوط ودون أن يتوقف ذلك على قرار الأغلبية التي قد ترفض وفقاً للمادة ١٦ إسقاط العضوية ومن ثم تستمر عضوية العضو في المجلس على الرغم من فقدانه أحد شروط العضوية .

لاشك أن صياغة المادة ٥٠ من قانون الانتخاب هي الأدق من الناحية الدستورية؛ إذ إن شروط العضوية هي شروط مرددها الدستور وفقاً للمادة ٨٢ منه؛ ومن ثم لا يجوز السماح بمخالفتها، وهو ما تؤدي إليه صياغة المادة ١٦ من اللائحة. وإلى أن يحكم بذلك لا نملك إلا أن نطبق القاعدة التفسيرية ذاتها عند التعارض بين نصوص القانون وهي أن القانون، الأحدث ينسخ القانون الأسبق عند التعارض.

ويلاحظ أنه إذا كان نص المادة ١٦ من اللائحة جاء متوافقاً مع ما جاء في نص المادة ٩٥ من الدستور بصدد إصدار قرار بشأن الفصل في صحة الانتخاب بأغلبية الأعضاء الذين يتألف منهم المجلس، فإن هناك فارقاً مهماً في الموضوع المعروض في الحالتين، ففي حالة المادة ٩٥ ينظر المجلس في سلامة إجراءات العملية الانتخابية في المرحلة الثالثة، وهي تتعلق بإجراءات شكلية جوهرية نظمها قانون الانتخاب، أما المادة ١٦ فهي تتعلق باحترام شروط العضوية كما ينظمها الدستور وقانون الانتخاب الذي أحالت إليه المادة ٨٢ من الدستور، وهي شروط لا يتصور تجاوزها أو مخالفتها بقرار من أغلبية أعضاء المجلس.

خلاصة ما سبق نجد أن المركز القانوني للعضو يكون معرضاً للطعن والإلغاء حتى بعد انتهاء العملية الانتخابية ولأسباب تمس سلامة شروط العضوية، ويستمر هذا الوضع في أثناء فترة انعقاد المجلس وحتى نهاية العضوية بنهاية الفصل التشريعي للمجلس القائم.



التطليق للضرر "فقهاً وتشريعاً وقضاءً"

المستشار / ناجي عبد اللطيف

محكمة التمييز

بسم الله الرحمن الرحيم ﴿وَمِنْ آيَاتِهِ أَنْ خَلَقَ لَكُمْ مِنْ أَنْفُسِكُمْ أَزْوَاجًا لِتَسْكُنُوا إِلَيْهَا وَجَعَلَ بَيْنَكُمْ مَوَدَّةً وَرَحْمَةً إِنَّ فِي ذَلِكَ لَآيَاتٍ لِقَوْمٍ يَتَفَكَّرُونَ﴾ صدق الله العظيم.

تمهيد :

يعتبر التطليق للضرر إحدى صور الفرق نتيجة تطليق القاضي، ويقصد بالضرر إيذاء أي من الزوجين للآخر بالقول أو الفعل إيذاء لا يليق بمثله ولا يرى الصبر عليه ولا يستطاع معه دوام العشرة بين أمثالهما، وهو محل خلاف بين المذاهب الفقهية، ويعد التطليق للضرر أكثر أسباب التطليق شيوعاً في المجتمعات العربية والإسلامية، ويرجع ذلك إلى الابتعاد عن قيم الدين الإسلامي الحنيف، والتأثر بأنماط المجتمعات الغربية التي تتنافى مع القيم والعادات الإسلامية العربية .

الأهمية القانونية للبحث : تتمثل الأهمية القانونية للموضوع محل البحث في أن هذا السبب من أسباب التطليق يثير مبادئ فقهية وقانونية اختلفت الآراء فيها وتنوعت أحكام المحاكم بشأنها، مع اختلاف القانون الكويتي في بعض جزئياته مع المذهب الجعفري، الأمر الذي يتطلب معه إلقاء الضوء على أحكامه في ضوء ما استقرت عليه أحكام محكمة التمييز ومن واقع التطبيق العملي لإجراءاته .

موضع البحث من قانون الأحوال الشخصية تناول القانون رقم ٥١ لسنة ١٩٨٤، في شأن الأحوال الشخصية، التطليق للضرر في المواد من ١٢٦ حتى ١٣٥.

خطة البحث :

يتم عرض موضوع هذا البحث في مبحثين، يتناول المبحث الأول منهما، نظرة الشرع الإسلامي في هذا الصدد وآراء المذاهب الفقهية، ويتناول المبحث الثاني، أحكام التطليق للضرر في القانون رقم ٥١ لسنة ١٩٨٤، في شأن الأحوال الشخصية والتطبيق القضائي له، ثم نختم البحث بخاتمة موجزة .

ومما هو جدير بالإشارة إليه تركيز البحث على الجانب التطبيقي من واقع أحكام محكمة التمييز باعتبار أن أحكامها هي القول الفصل فيما تناولته، والإشارة إلى بعض الآراء المبدأة بشأن بعض عناصره من واقع المناقشات وتبادل الآراء لتكون محل إحاطة وتقييم حتى يكون قد تم تناول موضوع البحث على نحو جامع مع عرض موجز لآراء المذاهب الفقهية متضمناً جميع مناحي الموضوع محل البحث، مع التركيز على المذهب المالكي باعتباره المصدر الذي استقى منه القانون الكويتي أحكامه، وذلك حتى يكون البحث مفيداً للقضاة وغيرهم .

المبحث الأول

التطبيق للضرر في الشرع الإسلامي والمذاهب الفقهية

المطلب الأول

نظرة عامة في التطبيق للضرر

بين الشرع الإسلامي أن لكل من الزوجين حقاً قبل الآخر يجب عليه رعايته، وأرشد إلى أن أساس الزواج السكن والمودة والرحمة، ووجه الزوجين إلى مقاومة الخلافات بالموعظة الحسنة والتقويم السليم، فجعل للرجل أن يعط زوجته بحيث إذا لم يجد الوعظ هجرها في المضجع، فإن لم يجد ذلك ضربها ضرباً غير مبرح دونبغي أو عدوان، كما وجه الشارع المرأة إلى استرضاء زوجها إذا شعرت منه باعوجاج لعل في ذلك ما يصلح اعوجاجه فيستقيم حاله وتحسن عشرته، وإلا فإنها ترفع أمرها إلى القاضي فيأمره بما يرى أنه أنفع، فإذا ما دب الخلاف بين الزوجين واتسع نطاق الشقاق، فإن الشارع قد عالج ذلك بابتعاث حكم من أهله وحكم من أهلها ليدرسا سبب الشقاق وهما على قرية منهما وصلة بهما تمكنهما من تكشف الحقائق فلعلهما يستطيعان إصلاح ذات البين وملافاة أسباب النزاع قبل

أن يستفحل أمره ويتعداهما إلى باقي الأسرة لقوله تعالى ﴿وَاللَّاتِي تَخَافُونَ نُشُوزَهُنَّ فَعِظُوهُنَّ وَأَفْجُرُوهُنَّ فِي الْمَضَاجِعِ وَاضْرِبُوهُنَّ فَإِنْ أَطَعْنَكُمْ فَلَا تَبْغُوا عَلَيْهِنَّ سَبِيلاً إِنَّ اللَّهَ كَانَ عَلِيماً كَبِيراً﴾، ويقول جل شأنه "وَإِنْ امْرَأَةٌ خَافَتْ مِنْ بَعْلِهَا نُشُوزًا أَوْ إِعْرَاضًا فَلَا جُنَاحَ عَلَيْهِمَا أَنْ يُصْلِحَا بَيْنَهُمَا صُلْحًا" وإن لم يتمكن الحكمان من الإصلاح بينهما وخافا ألا يقيما حدود الله كانت الفرقة أفضل لقوله تعالى "وَإِنْ يَتَفَرَّقَا يُغْنِ اللَّهُ كُلًّا مِنْ سَعَتِهِ" ﴿

المطلب الثاني

التطبيق للضرر في المذاهب الفقهية

الفرع الأول: مذاهب الحنفية والظاهرية والصحيح عند الشافعية والحنابلة

لا يجيز الحنفية التفريق عن طريق القاضي إلا لبعض عيوب في الزوجة، فهم لا يرون جواز التفريق للضرر، ولا يعطون القاضي هذا الحق، إذ يمكنه رفع الضرر ومنع أسبابه بتقويم الزوج بما يراه من تعزير بالوعظ أو الضرب، أو أمر الزوجة بهجرة لفترة، وهو مذهب الظاهرية والجعفرية والصحيح عند الشافعي والحنابلة .

ويرى الحنفية أن الحكمين لا يملكان إلا أن يصلحا بينهما ومهمتهما تنتهي بتمام ذلك أو الفشل فيه ولا يملكان الاستبداد بالتفريق بينهما، لأنهما إذا كانا من جانب الزوجين فإن الزوج لم يفوض لهما أمر الطلاق ولم يوكلهما فيه، وإن كان من جانب القاضي فهما وكيلان عنه، والوكيل لا يملك أكثر مما يملكه الأصيل وهو القاضي؛ إذ لا طلاق عندهم إلا لمن أخذ بالسياق.

تقدير مذهب الحنفية : يتبين مما تقدم أنه ليس في أحكام المذهب ما يجيز التفريق للشقاق بواسطة القاضي، رغم أن الشقاق بين الزوجين .وعلى ما ذهبت إليه المذكرة الإيضاحية للقانون المصري .مجلبة لأضرار كبيرة لا تقتصر آثارها على الزوجين بل تتعداها إلى



ما خلق الله بينهما من ذرية، وليس في أحكام المذهب ما يمكن الزوجة التخلص من عنت الزوج ولا ما يُرجعُ الزوج عن غيه فيحتال كل على إيذاء الآخر بقصد الانتقام، وتطالب الزوجة بالنفقة ولا غرض لها إلا إحراج الزوج بتفريغ المال، ويطالب الزوج بالطاعة ولا غرض له إلا أن يتمكن من إسقاط نفقتها وأن تنالها يده فيوقع بها ما يشاء من ضروب العسف والجور، هذا فضلاً عما يتولد عن ذلك من إشكال في تنفيذ حكم الطاعة والتنفيذ بالحبس لحكم النفقة وما يؤدي إليه من استمرار الشقاق من ارتكاب الجرائم والآثام، وبناء على ذلك أخذت معظم التشريعات العربية والإسلامية بمذهب الإمام مالك .

الفرع الثاني: التطلاق للضرر في مذهب الإمام مالك

يرى المالكية أنه إذا فشل الحكمان في الإصلاح بين الزوجين فلهما أن يفرقا بطلاق مجرد أو بعوض، وأساس نظرة المالكية أن الحكمين سواء أقامهما الزوجان أو القاضي فهما حكمان كما عبر القرآن الكريم لا وكيلان وما يتفقان عليه يجب على الحاكم تنفيذه، كما أن المالكية رأوا أن الخطاب في الآية « فابعثوا حكماً » موجه للقاضي وهو عندهم يملك التفريق للضرر، وقد تناول المذهب أحكام التطلاق من حيث ماهية الضرر وكيفية إثباته على النحو التالي .

ماهية الضرر الموجب للتطلاق : الضرر الذي يحق للزوجة طلب التفريق له هو كل ما لا يجوز للزوج فعله معها شرعاً كهجره لها بلا موجب شرعي ولو لعدم الكلام معها، أو توليته وجهه عنها في الفراش، أو إثارة امرأة عليها أو سبها، أو ضربها « بلا موجب شرعي ضرباً فاحشاً، وقد قال الإمام مالك بصدد مدى جسامته الضرب ليس عندنا في قلة الضرب أو كثرت شيء معروف، فكأنه تركه للعرف أو تقدير القاضي واجتهاده، وقال الفقيه المالكي أبو الحسن بن عبد السلام التسولي في شرحه لتحفة الأحكام لابن عاصم الأندلسي أن هناك حداً للضرب الحقيقي، وشرط ألا تحصل منه آثار قبيحة، أما إذا حصلت آثار قبيحة أو بلغ حد الكثرة فهو ضرب فاحش يمثل الضرر الموجب للتفريق، وفرق العلماء بين الضرب الخفيف والضرر الفاحش البين، قال خليل في منته (ولها التطلاق للضرر البين ولو لم تشهد له بتكرره، بما مؤداه أن للزوجة طلب التطلاق إذا أضر بها الزوج ضرراً (بيناً) : أي فاحشاً ولو مرة واحدة. أما إذا كان الضرر خفيفاً غير فاحش، فليس لها القيام برفع الدعوى بالتفريق إلا إذا تقرر ضرره بها، وتقرر رفعها للقاضي وأثبتته عنده، ليعظه، ويزجره، فإن لم يرتجع عنه وطلبت التطلاق، تجاب لذلك .

مدى اعتبار إسلام الزوج إضراراً بزوجه غير المسلمة التي تزوجته قبل إسلامه :

اختلفت آراء الفقهاء في هذا الصدد؛ فمنهم من اعتبره سبباً للتفريق يبيح للزوجة طلب التطلاق إذا أبقي هو عليها، وآخرون لا يرون ذلك ؛ لأن خشية الزوجة من أن يفرض عليها زوجها الإسلام لا يعتبر ضرراً في نظر الشريعة الإسلامية، ويرى اتجاه ثالث أن إسلام الزوج في ذاته لا يعتبر سبباً لطلب التطلاق للضرر، وإنما إذا نتج عن ذلك شقاق بينهما؛ مما يجعل الحياة بينهما غير هادئة، فإن لها أن تطلب التفريق لهذا الشقاق، كما لها أن تتضرر إذا أثبتت أن زوجها يكرهها على الإسلام؛ إذ لا إكراه في الدين .

ويلاحظ في هذا الصدد أن بعض المذاهب لا تجيز زواج المسلم بغير المسلمة، وعلى رأيهم يلزم فسخ العقد إذا لم تقبل الزوجة الإسلام .

إثبات الضرر : يثبت إضرار أحد الزوجين بالآخر بالبيئة والسماع الفاشي والقرائن، والإقرار .

البينة: يثبت الضرر عند المالكية بشهادة التسامع بأن يصرح الشاهد بإسناد شهادته لسماع من غير معين فتخرج شهادة النقل عن أن تكون شهادة سماع .

ويشترط لقبول البينة:

- أ . شهادة عدلين فأكثر، ولا بد أن يكونا رجلين، فلا تصلح شهادة رجل وامرأتين، ولا واحد مع يمينه، ولا بد فيهما من تحقق العدالة .
- ب . لا بد أن يشهدا على معاناة الإضرار لمجاورتهم للزوجين أو لقربتهما أو نحو ذلك.
- ج . لا بد أن يقول الشهود ضربها أو أضر بها من غير ذنب يستوجب ذلك.

السماع الفاشي: وهو السماع المستفيض على السنة الجيران من النساء، والخدم، وغيرهم بأن فلاناً يضر بزوجه فلانة بضرب أو شتم في غير حق، أو تجويع، أو تحويل وجهه عنها في فراشه أو عدم كلام، أو ما يعد إضراراً بها .

ويكفي أن يشهد عدلان على السماع الفاشي من لفيف الناس والجيران بذلك، وتكثير الشهود أحب .

ولا يجوز في السماع بالضرر شهادة النساء وحدهن لأن الطلاق من معاني الحدود فلا تجوز فيه شهادة النساء، فلا بد أن يكون السماع الفاشي عنهن وعن غيرهن كالخدم والجيران.

القرائن: يجيز مذهب الإمام مالك إثبات الضرر بالقرائن حتى لو كانت قرينة واحدة. وصرح فقهاء المالكية بأن قرائن الأحوال تكفي لإثبات الضرر (طعن ٢،١ لسنة ١٩٨٣، جلسة ١٩٨٣/٧/٢٦) إذا كان الضرر يثبت بالبينة وبالسماع الفاشي فأولى منهما الإقرار بالإضرار .

اشتراط الزوجة في عقد النكاح عدم الإضرار بها :

الزوجة التي في عصمة زوجها إما أن تكون شرطت عدم الإضرار بها في عقد النكاح كأن قالت إن أضر بها فأمرها بيدها، وإما ألا تكون شرطت ذلك.

وفي الحالتين: إذا أرادت الزوجة الطلاق لإضرار زوجها بها، لا بد من رفع أمرها للحاكم، وإثبات الضرر عنده، فليس لها أن تطلق نفسها قبل الرفع للحاكم، والإثبات عنده، والإعذار للزوج حتى لا يبقى له وجه للاعتذار، «الفقه المالكي» في ثوبه الجديد د . محمد بشير ج٣، وهناك من يرى «أنه إذا اشترطت الزوجة أن أمرها بيدها فمعناه أنها مفوضة؛ أي لها حق تطليق نفسها لأن العصمة بيدها، فلها الحق حينئذ في التطليق من جانبها دون اللجوء إلى القاضي لأن حق الطلاق صار لها، والقاضي يطلقها نيابة عن الزوج ولا حاجة لها أن تلجأ إليه إذا كانت تملك إنهاء العلاقة الزوجية من جانبها»

ثم بعد ثبوت الضرر عند الحاكم تفرق المسألتان المشروطة وغير المشروطة:

أما الأولى: وهي التي شرطت الطلاق للضرر في عقد النكاح فلها أن تطلق نفسها من دون رفع للحاكم مرة ثانية . إذا أثبتت الضرر عنده في المرة الأولى ومن دون إذن، وهذا هو ظاهر المذهب اتفاقاً . (عبد السلام التسولي . البهجة في شرح التحفة) .

وأما الثانية: وهي التي لم تشترط ذلك، ومثلها من شرطت ولم تعلق شرطها بيمين . فطلاقها بيد الحاكم فليس لها أن تطلق نفسها قبل الرفع إليه ثانية، وإن كانت قد أثبتت ضررها من زوجها في المرة الأولى، وذلك لكي يزجره الحاكم ويعذره حتى لا يبقى لها حجة للاعتذار، فإن لم يقلع عن الضرر كان الطلاق للحاكم بإحدى ثلاث طرق على الترتيب:

الأولى. يأمره القاضي بطلاق زوجته .





الثانية: إن امتنع، طلقها عليه بقوله: هي منك طالق، أو طلقها عليك أو نحو ذلك، وهذا لأن القاضي هنا نائب عن الزوج شرعاً إذا امتنع طلاقها وتطبيق القاضي عليه هو مشهور المذهب، فلا يفوض الأمر لتطبيق نفسها .

الثالثة: قيل يأمرها الحاكم بتطبيق نفسها منه، فيقول لها طلقي نفسك منه، فإذا أمرها به صارت هي نائبة عنه حقيقة، كما كان هو نائباً عن الزوج شرعاً حيث امتنع .

بعث الحكمين: إذا ادعى كل من الزوجين أن الآخر يضر به وثبت اعتداء كل منهما على صاحبه، وعظهما الحاكم، ثم زجرهما، فإذا تكررت الشكوى، واستمر النزاع أو الإشكال، ولم يمكن معرفة الضرر ولا إزالة الضرر، بعث الحاكم حكمين من أهلها، إعمالاً لقوله تعالى: ﴿وَإِنْ خِفْتُمْ شِقَاقَ بَيْنِهِمَا فَابْعَثُوا حَكَمًا مِّنْ أَهْلِهِ وَحَكَمًا مِّنْ أَهْلِهَا إِنْ يَرِيدَا إِصْلَاحًا يُوَفِّقُ اللَّهُ بَيْنَهُمَا إِنَّ اللَّهَ كَانَ عَلِيمًا خَبِيرًا﴾ وقد بعث عثمان بن عفان رضي الله عنه، عبد الله بن عباس، ومعاوية بن أبي سفيان رضي الله عنهما حكمين وقال لهما: إن رأيتما أن تجمعما جمعتما، وإن رأيتما أن تفرقا فرقتما، وهو ما فعله علي بن أبي طالب رضي الله عنه .

مدى جواز تحكيم الواحد: قال القرطبي بجواز إرسال الواحد، فلو حكم الزوجان واحد لأجزاً، وهو بالجواز أولى إذا رضيا بذلك، لأن الله سبحانه وتعالى حكم في الزنى بأربعة شهود ثم قد أرسل النبي (صلى الله عليه وسلم) إلى المرأة الزانية أنيساً وحده، وقال له إن اعترفت فارجمها .

من الذي يعين الحكمين ويعزلهما: الأصل أن يكون بعث الحكمين من جهة الحاكم لاتفاق جمهور العلماء على أن الخطاب في الآية موجه للأئمة والأمراء والحكام، ويمكن أن يكون من جهة الزوجين من غير رفع للحاكم، كما يمكن أن يكونا من جهة ولي الزوجين إذا كانا محجورين، كما يجوز للزوجين أن يقيما حكماً واحداً يحكم بينهما من غير رفع للحاكم، وحكمه كحكم الحكمين .

وأما عزل الحكمين فتابع للجهة التي أقامتهما .

شروط الحكمين: يشترط لصحة حكم الحكمين، الإسلام، البلوغ، الذكورة، العدالة، والرشد، والفقه في ذلك، وأن يكونا من الأهل، ويقصد بالفقه في ذلك يكون الحكم فقيهاً في أحكام ضرر الزوجين فلا يصح أن يحكم جاهل مما ولي، ويشترط أن يكونا من أقارب الزوجين، حكم من أهل الزوج وحكم من أهل الزوجة، وهذا واجب شرط؛ لأن الأهل أدري بأحوال الزوجين، فإن لم يوجد من أهلها من يصلح لذلك فيرسل غيرهما من الأجانب، ويستحب أن يكونا من معارفهما، وإلا فمن جيرانهما؛ لأن الجار أدري بحال الجار .

واجب الحكمين: على الحكمين الإصلاح بين الزوجين بكل وجه أمكن، قال تعالى: « إِنْ يَرِيدَا إِصْلَاحًا يُوَفِّقُ اللَّهُ بَيْنَهُمَا »، وهو قول ابن العباس ومجاهد وغيرهما، وإذا عرفا الظالم يؤخذ منه الحق لصاحبه، ويجبره على إزالة الضرر أولاً بالعظة والزجر والنهي، فإن أنابا ورجعا تركهما، وإن وجداهما قد اختلفا ولم يصطلحا، وتفاهم أمرهما، فلا بد أن يتفرقا على الناشز منهما .

فإن تحقق أن الضرر من الزوج، وأنه هو الناشز ولا يريد البقاء معها طلقها عليه بلا عوض إن لم ترض بالمقام معه، فإن رضيت بالمقام معه فلا يحكم بالطلاق، والعصمة بيده، وإن أراد إمساكها، وأبى، حكما بالطلاق بلا عوض لأن الإساءة معه .

وان تحقق أن النشوز من الزوجة: وأن المخالفة منها، وأحب المخالعة وسئمت نفسه منها، خالعا بما يريانه مناسباً للطرفين، ولو بأزيد من مهرها، وأما إذا لم يرد مخالعتها، وأراد إبقاءها زوجة، ائتمنا عليها، وأوصياها بها خيراً، وأن يصبر على إيذائها، فلا كلام للحكمين هنا إلا التوصية بها، فلو فرقا بينهما في حال تبين الإساءة منها وعدم رضا الزوج بالمخالعة، فتفريقهما لا ينفذ، وما زالت زوجة، ويكون ذلك دليلاً على عدم فقههما، أو عدم عدالتهما .



وإن تبين لهما أن الإساءة منهما جميعاً فكان كل منهما يضر بصاحبه تعين الطلاق بلا خلع عند الأكثر إذ لم ترض بالمقام معه .

حكم الحكمين: الحكمان حاكمان بالنص الكريم ﴿فَابْعَثُوا حَكَمًا مِّنْ أَهْلِهِ وَحَكَمًا مِّنْ أَهْلِهَا﴾ قال القرطبي هذا نص من عند الله سبحانه وتعالى أنهما قاضيان، ولا وكيلان، ولا شاهدان، وللوكيل اسم في الشريعة ومعنى، وللحكم اسم في الشريعة ومعنى، فإن بين الله تعالى كل واحد منهما، فلا ينبغي لأحد أن يركب معنى أحدهما على الآخر .

وقال هو قول مالك والشافعي .

وعلى هذا إن رأيا أن يفرقا بين الزوجين فتفريقهما جائز ونافذ سواء وافق حكم القاضي أو خالفه، فإن حكم الحكمين بالتفريق نفذ طلاقهما سواء بعوض أو بغير عوض، **ولكن بشرطين اثنين وواجبين:**

الشرط الأول: أن يتفق الحكمان على التفريق، فإن اختلفا لم ينفذ قولهما، ولم يلزم من ذلك شيء إلا ما اجتمعا عليه، وكذلك كل حكمين حكما في أمر .

الشرط الثاني: ألا يتفق الزوجان البقاء على الزوجية قبل الحكم بالتفريق فإن اتفق الزوجان على البقاء، ولم يكن الحكمان قد حكما بعد فإنه ينبغي ألا يفرق بينهما .

(الفقه المالكي في ثوبه الجديد للدكتور محمد بشير الشفقة)

هذا والتطليق الذي يوقعه القاضي يقع بائناً؛ إذ لا فائدة من الطلقة الرجعية ما دام يملك مراجعتها .

الفرع الثالث: التطليق للضرر في المذهب الجعفري

يتبين من استقراء آراء الفقهاء في المذهب الجعفري أن أكثر الإمامية على « أنه لا ولاية للقاضي بحال من الأحوال في التفريق اللهم إلا بالنسبة لزوجة المفقود أو لعدم الإنفاق أو حبس الزوج»، ولا يعرف المذهب الجعفري تطليق القاضي للضرر المتمثل في الضرب أو الشتم أو الاستيلاء على المال، وأن ما لأيهما في هذه الحالة هو الطلب من القاضي زجر الطرف المعتدي أو تعزيره بما يراه رادعاً له، فإن اشتد النزاع وخيف الشقاق بينهما بعث القاضي حكمين ليقوما بالإصلاح بينهما، ويكون الحكمان من أهلها أو أجنيين مع تعذر الأهلية، فإن رأيا الصلح أصلحاً وإن رأيا الفرقة راجعاًهما في الطلاق والبذل ولا حكم مع اختلافهما، بل يرجع الأمر حينئذ للحاكم الشرعي، فإن كان العصيان من الزوج أجبره على الطاعة أو الطلاق، ويتعين عند بعث الحكمين تفويض الزوجين لهما في الطلاق .

هذا وقد تناول الإمام السيستاني وهو الإمام الحي المعتمد لدى الجعافرة أحكام التطليق في مرجعه (منهاج الصالحين)، فأجاز للقاضي التفريق إذا امتنع الزوج عن الإنفاق مع قدرته عليه أو هجره لها، وذلك بعد أمره بالعدول عن ذلك واستنفاد كل الوسائل المشروعة لإجباره على العدول .



هذا وبالنسبة للتفريق للضرر والشقاق، فقد تناول الإمام صورتين في هذا الصدد على النحو التالي :

إذا كان الزوج يؤدي زوجته ويشاكسها بغير وجه شرعي :

- فإنه في هذه الحالة للزوجة رفع أمرها للحاكم الشرعي ليمنعه من الإيذاء والظلم ويلزمه بالعشرة معها بالمعروف فإن نفع وإلا عزره بما يراه فإن لم ينفع كان لها المطالبة بالطلاق، فإن امتنع عنه ولم يمكن إجباره عليه طلقها .
- إذا وقع نشوز من الزوجين ومنافرة وشقاق بين الطرفين بعث الحاكم حكّمين للإصلاح ورفع الشقاق بما رأياه أصلح من الجمع أو الفراق بإذنهما فإن اجتمع الحكّمان على أنه لا مبرر للتفريق ورأيا التوفيق بينهما بالزامهما أو بإلزام أحدهما باتخاذ ما يحقق التوافق بينهما نفذاه بشرط أن يكون سائغاً كما لو شرط على الزوج أن يسكن زوجته في بلد معيّن أو في مسكن مخصوص أو عند أبويها أو لا يسكن معها في الدار أمه، فإن اجتمع الحكّمان على التفريق - بفدية أو من دونها - لا ينفذ حكمهما بذلك إلا إذا اشترط عليهما حين بعثهما بأنهما إن شاء جمعا وإن شاء فرقا، أو استأذنهما في الطلاق وبذل الفدية حين ما يريدان ذلك وإذا اختلف الحكّمان بعث الحاكم حكّمين آخرين حتى يتفقا على شيء.
- والنشوز قد يكون من الزوجة وقد يكون من الزوج، أما نشوز الزوجة فيتحقق بخروجها عن طاعة الزوج الواجبة عليها، وذلك بعدم تمكنه مما يستحقه من الاستمتاع بها أو بخروجها من بيته دون إذنه.
- وأما نشوز الزوج فيتحقق بمنع الزوجة من حقوقها الواجبة عليه كترك الإنفاق عليها أو هجرها بالمرة، أو إيذاؤها ومشاكستها من دون مبرر شرعي.

ويتبين مما تقدم في ضوء صياغة تلك الحالات التي أوردها الإمام أنها تضمنت حالات أربعاً، هي على النحو التالي :

أولاً : عدم إنفاق الزوج على زوجته مع قدرته :

في هذه الحالة على المحكمة أن تأمره بالعدول عن عدم الإنفاق - فإن امتنع وتعذر إجباره على طلاقه لزوجته قضى بالتطليق، ولم يشر في هذا الصدد إلى اتخاذ إجراءات التحكيم .

ثانياً : حالة هجر الزوج لزوجته :

في هذه الحالة جاز للقاضي تطليقها بعد أن يأمره بالعدول عن الهجر وامتناعه عن ذلك، ولم يشر أيضاً إلى اتخاذ إجراءات التحكيم في هذا الخصوص. وهناك رأي إلى أن عدم الإشارة إلى التحكيم لا يحول دون التحكيم باعتباره يدخل في عدم الضرر ويعد من حالات نشوز الزوج على ما أورده الإمام .

ثالثاً : حالة إضرار الزوج ومشاكستها :

يلزم في هذه الحالة بحسن عشرة زوجته فإن امتنع ولم يمكن إجباره على الطلاق طلقها القاضي .

رابعاً : حالة وقوع نشوز من الزوجين ومنافرة وشقاق بين الطرفين :

هنا أشير إلى وجوب اتخاذ إجراءات التحكيم، ولا تطليق إلا إذا اتفق الحكّمان على التفريق - بشرط أن يكون قد شرط عليهما حين بعثهما بأنهما إن شاء جمعا وإن شاء فرقا، أو استأذنهما في الطلاق وبذل الفدية حين ما يريدان ذلك، أي يكونا مفوضين حين

بعثهما في الطلاق ، فإن اختلفا بعثت المحكمة حكمن آخرين حتى يتفقا على شيء، ولا يعتبر أن يكون من جانب كل منهما حكم واحد، بل لو اقتضت المصلحة بعث أزيد تعين، **ويتبين من ذلك الآتي:**

- أنه في حالة الشقاق والنشوز والنفور بين الزوجين أوجب تعيين حكمن دون
- الإشارة إلى أمر الزوج بحسن العشرة أو التفريق كما في الحالات الأخرى .
- لا طلاق إلا باتفاق الحكمين على التفريق بين الزوجين فإن لم يتفقا يبعث حكمن آخرين وهكذا حتى يتفقا دون بعث حكم مرجح. هذا، ولم يشر إلى التحكيم إلا في حالة النشوز والشقاق والنفور بين الزوجين.

هذا، والتطبيق القضائي في هذا الخصوص على النحو التالي:

يتم إحالة الدعوى إلى التحقيق فإذا استخلصت المحكمة إساءة الزوج أمرته بحسن العشرة والعدول عن إيذائه لزوجته أو يطلقها وتحدد جلسة لتنفيذ ذلك، وتتحقق المحكمة في هذه الجلسة من مدى التزامه بما أمر به في ضوء مناقشته وزوجته **وقد يسفر ذلك عن أحد أمرين:**

الأول: أن يكون الزوج قد ارتضى الأمر واستجاب للنصيحة بإلزامه بالعيش مع زوجته بالمعروف فإنه لا يعد ممتعاً عن الرجوع عن إيذائها وثبت أن الإعراض من جانب الزوجة كأن تكون قد رفضت العيش معه، أو لم تمكنه من إثبات صدق تعهده بحسن العشرة، ومن ثم فإن طلب التطبيق يكون على غير سند صحيح ويتعين معه رفض طلبها بتطبيقها منه .

(تمييز طعن ٣٣٠ لسنة ٢٠٠٥ جلسة ٢٠٠٧/٣/٤)

الثاني: أن يتبين عدم جدية الزوج في حسن عشرته لزوجته، أو تسريحها بإحسان بما يدل على تقاعسه وامتناعه عن تنفيذ الأمرين معاً، ومن ثم تكون دعوى الزوجية بالتفريق على سند صحيح وتقضي المحكمة بتطبيقها منه. وهناك اتجاه يرى أنه لا محل للتحقيق في هذا الصدد مادام يتعين إعادة ندب حكمن حتى يتفقا إعمالاً لما هو مقرر في المذهب أنه لا طلاق إلا باتفاق الحكمين المفوضين.

اتخاذ إجراءات التحكيم ومدى جواز ندب الحكم المرجح:

يتبين مما أورده الإمام أنه إذا اختلف الحكمان بعث الحاكم حكمن آخرين حتى يتفقا على شيء، ولم يشر إلى جواز ندب حكم مرجح.

غير أن محكمة التمييز ندبت حكماً ثالثاً بصدد تصديدها للدعوى كمحكمة استئناف بعد تمييزها للحكم المطعون فيه . (طعن ٨٤ لسنة ٩٤ أحوال شخصية جلسة ١٩٩٦/١٢/١٤)، ولم تجز أحكام أخرى ندب الحكم الثالث، ورأت أن الفقه الجعفري يتطلب ندب حكمن آخرين عند عدم اتفاق الحكمين الأولين ولا تفريق إلا باتفاقهما .

(تمييز طعن ٢٠٠٣/١١٥ جلسة ٢٠٠٤/١١/٤)

هذا، ومما يجدر الإشارة إليه في هذا الصدد:

أنه في أعمال الاتجاه الذي لا يجيز الأخذ بالحكم المرجح - ما يمثل تشدداً والحيلولة دون فضم عرا زوجية فقدت مقوماتها الأساسية من المودة وحسن العشرة؛ إذ إن كل حكم - على ما أفصحت عنه المذكرة الإيضاحية للقانون رقم ٥١ لسنة ١٩٨٤ - يميل إلى صاحبه غالباً وإن ندب غيرهما اتبع الحكمان الجديان سبيل الأولين وهكذا يطول التحكيم وأمد الخصومة دون الوصول إلى نتيجة،





خاصه أن تنظيم التحكيم على هذا النحو لا يخالف أصلاً من أصول الشريعة فإن الآية الكريمة لم تنه عن الزيادة في عدد الحكام فمتى تبين أنها لازمة في هذا العصر لإمكان الحسم تعين الأخذ بها، وأنه من أبرز مبادئ الشريعة الإسلامية مبدأ التيسير وعدم الحرج، ولا ضرر ولا ضرار ولا ينكر تغير الأحكام بتغير الأزمان.

هذا، وتيسيراً للعدل وتلافياً لذلك يكون من الأفضل ندب إدارة الاستشارات الأسرية حكماً حتى تتحقق الحيادة دون ميل لأحد الزوجين، وذهب البعض على أنه لا لزوم ليندب الحكم المرجح مادام يشترط اتفاق الحكمين واستمرار ندب غيرهما حتى يتفقا أو يتحقق الصلح بين الزوجين ولا تفصم عرا الزوجية.

هذا وفي مجال إثبات الضرر:

فقد أجاز الفقهاء شهادة الأصول للفروع والفروع للأصول والزوجة لزوجها والزوج لزوجته، واستثنى بعضهم من ذلك شهادة الولد على والده؛ لأن ذلك يعد بمنزلة عقوق للوالد، واستدلوا على ذلك بقوله تعالى: ﴿وَإِذَا قُلْتُمْ فَاعْدِلُوا وَلَوْ كَانَ ذَا قُرْبَىٰ﴾ ولقوله تعالى (كُونُوا قَوَّامِينَ بِالْقِسْطِ شُهَدَاءَ لِلَّهِ وَلَوْ عَلَىٰ أَنْفُسِكُمْ أَوِ الْوَالِدَيْنِ وَالْأَقْرَبِينَ) .

وبما قاله الإمام الصادق: (أقيموا الشهادة على الوالدين والولد) .

(فقه الإمام جعفر الصادق ج ٥ ص ١٤٨)

مرجع المسلمين زعيم الحوزة العلمية أبو القاسم الموسوي الخوئي، طبعة أولى مسألة ٨٩، ٨٨ .

المبحث الثاني

التطبيق للضرر في القانون الكويتي والتطبيق القضائي له

المطلب الأول

أحكام القانون الكويتي

استمد المشرع التفريق للضرر من مذهب الإمام مالك وتناوله في المواد من ١٢٦ حتى ١٣٥ على نحو عدل فيه بعض أحكام المذهب تعديلاً يتلافى العيوب التي تشوبه ويمد أوجه النقص، ويحقق الغرض منه .

وتتمثل الأحكام العامة للتفريق للضرر على النحو الوارد بالمواد من ١٢٦ إلى ١٣٥ في « أن لكل من الزوجين قبل الدخول أو بعده أن يطلب التفريق بسبب إضرار الآخر به قولاً أو فعلاً بما لا يستطاع معه دوام العشرة بين أمثالهما، وعلى المحكمة أن تبذل وسعها للإصلاح بين الزوجين فإن تعذر الإصلاح وثبت الضرر حكمت بالتفريق، وإن لم يثبت عينت حكمين للتوفيق أو التفريق وعليهما أن يتعرفا أسباب الشقاق ويبذلا جهدهما في الإصلاح بين الزوجين ويرفعا تقريرهما للمحكمة متضمناً اقتراحهما في هذا الصدد، وعلى المحكمة إذا تبين اختلافهما أن تضم إليهما حكماً ثالثاً مرجحاً من غير أهل الزوجين، هذا وقد بينت المواد من ١٣٣ حتى ١٣٥ أحكام إثبات الضرر



متمثلة في أنه يثبت بشهادة رجلين أو رجل وامرأتين، ويكفي في شأنه الشهادة بالتسامع المبني على الشهرة في نطاق حياة الزوجين دون قبول هذه الشهادة لنفيه، وأجازت المادة ١٣٥ قبول شهادة القريب ومن له صلة بالمشهود متى كانوا أهلاً للشهادة .

ويتبين من أحكام هذا القانون بمقارنته بالفقه المالكي ما يأتي :

١ . أخذ القانون بمذهب الإمام مالك من عدم قصر طلب التفريق للضرر على الزوجة بل جعله للزوجين بعكس القانون المصري الذي جعل طلبه مقصوراً على الزوجة فحسب باعتبار أن الزوج بيده شرعاً حل عقدة النكاح بإرادته المنفردة - وهو ما يؤدي إلى اتخاذ الزوجة المشاكسة من إساءتها لزوجها وسيلة إلى تطبيقها منه دون مقابل فتحمله خسارة كثيرة بإلزامه بحقوق مالية مترتبة على ذلك .

(تمييز طعن رقم ٤٠٨/٤٠٤ لسنة ٢٠٠٤ جلسة ٢٠٠٥/١٠/٣٠)

- ٢ . لم يشترط المذهب المالكي أن يكون الضرر الموجب للتفريق بما لا يستطاع معه دوام العشرة بعكس القانون الكويتي والمصري .
- ٣ . أجاز طلب التفريق قبل الدخول؛ لأن من الخير إنهاء الزوجية التي تنشأ على قهراً أن يمتد الإضرار إلى غير الزوجين .
- ٤ . لم يجعل القانون الكويتي مناط بحث حكمين للتوفيق أو التفريق تكرار الشكوى بأن تطلب الزوجة التفريق ورفض طلبها ثم تكرر شكواها بطلب التلطيق دون أن يثبت الضرر فحينئذ تبث المحكمة حكمين، وذلك لما هو مقرر في المذهب المالكي والقانون المصري، بل جعل القانون مناط اللجوء إلى التحكيم عدم ثبوت الضرر فحسب بعد عجز المحكمة عن الإصلاح بين الزوجين .
- ٥ . خرج المشرع الكويتي على ما هو مقرر في المذهب المالكي وفي القانون المصري من عدم قبول شهادة الأصل لفرعه أو الفرع لأصله وعدم قبول شهادة كل من الزوجين لبعضهما في التلطيق للضرر بأن نص في المادة ١٣٥ من القانون على قبول شهادة القريب ومن له صلة بالشهود له متى كانوا أهلاً للشهادة، ومن ثم أجاز القانون قبول شهادة الأصل لفرعه أو العكس أو شهادة أحد الزوجين للآخر وكذا شهادة زوج الأم لربيته (بنت زوجته من آخر) وذلك دفعاً للعسر والحرَج وصيانة الحقوق .
- ٦ . أخذ القانون بما هو مقرر في فقه الإمام مالك من الأخذ بالشهادة بالتسامع لإثبات الضرر الموجب للتفريق - المبني على الشهرة في نطاق حياة الزوجين وذلك لإثبات الضرر فحسب دون نفيه .
- ٧ . اكتفى القانون في إثبات الضرر بالشهادة بالتسامع وهو مذهب الإمام مالك .
- ٨ . توسع نص القانون في الضرر ليشمل القول أو الفعل، ولم يضع ضابطاً لهذا الضرر سوى أنه يشترط فيه ألا يستطاع معه دوام العشرة بين أمثال الزوجين وهذا الشرط ليس له وجود في المذهب المالكي الذي عرف الضرر بأنه (ما لا يجوز شرعاً) إلا أن هذا الشرط الذي وصفه النص فيه مصلحة للأسرة بصفة خاصة وللجميع بصفة عامة، لأن الحياة الزوجية لا تخلو من بعض المواقف بين الزوجين تعتبر ضرراً في المذهب المالكي، إلا أنه يستطاع دوام العشرة ومن ثم لا يعتبر ضرراً في نظر القانون، وبذلك فإن شرط النص فيه قيد على الضرر - عند المالكية - حتى لا يكون ذلك داعياً للتطليق .



وتطبيقاً لذلك:

١. فرق القضاء بين الزوجين إذا تعددت الخصومات القضائية بينهما: إذ يدل على استحكام سوء العشرة بينهما، وهو ضرر يبيح طلب التطليق .

٢. تشهير الزوج بزوجه يتناقض مع الغرض من الزواج وهو دوام الألفة والمحبة والإخلاص بين الزوجين .

هذا، ويرى جانب من الفقه أن العلة التي جاءت بها المذكرة الإيضاحية لتعطي الزوج حق طلب التطليق للضرر - رغم أن الله اختصه وحده بإيقاع الطلاق - فيها ظلم للزوجة، إذ قد يوقع الزوج ضرراً بزوجه ثم يبدأ هو بطلب التطليق لا لشيء إلا لكي يقطع عليها حق الرجعة في طلب حقوقها، وهو بهذا يكون قد حقق غرضين في وقت واحد: أولهما حصوله على التفريق، وثانيهما حرمان الزوجة من حقوقها المشروعة عليه (الأحوال الشخصية في القانون الكويتي - المستشار/ نصر الجندي) . طبعة ٢٠٠٦ (الكويت) ، ص ٢٦٧ .

وقد نصت المادة ١٢٧ بعد تعديلها بالقانون رقم ٢٩ لسنة ٢٠٠٤ على أنه « على المحكمة أن تبذل وسعها للإصلاح بين الزوجين، فإذا تعذر الإصلاح وثبت الضرر حكمت المحكمة بالتفريق بينهما بطلقة بائنة، وإن لم يثبت الضرر عينت حكماً للتوفيق أو التفريق » مما مؤداه أن مناط اتخاذ إجراءات التحكيم لا يتحقق اللهم إلا إذا لم يثبت الضرر، فإن ثبت فلا مبرر للتحكيم . وجاء نص المادة ١٣٢ على أنه: (أ) يرفع المحكومون الثلاثة تقريرهم بالاتفاق أو الأكثرية إلى المحكمة، لتفصل في الدعوى وفق المادة ١٣٠ (ب) وإذا تفرقت آراؤهم، ولم يقدموا تقريرهم سارت المحكمة في الدعوى بالإجراءات العادية .

المطلب الثاني

التطبيق القضائي للتطليق للضرر

تتناول المحكمة دعوى التطليق للضرر في مراحل ثلاث ، الأولى مرحلة محاولة الإصلاح بين الزوجين، والثانية التحقق من وقوع الضرر المدعى به، ثم تلجأ للمرحلة الثالثة المتمثلة في اتخاذ إجراءات التحكيم إذا لم يثبت الضرر، وتتناول هذه المراحل على نحو تطبيقي في ضوء أحكام محكمة التمييز، وعلى نحو يوضح ما يتعين اتخاذه في ضوء تلك الأحكام وفقاً للتفسير الصحيح لمواد القانون في هذا الصدد حتى يكون الحكم بالتفريق أو رفضه بمنأى عن تعييبه والطمع عليه . **وذلك على النحو التالي:**

المرحلة الأولى: سعي المحكمة للإصلاح بين الزوجين

يتعين على المحكمة أن تستهل نظرها للدعوى بمحاولتها الإصلاح بين الزوجين للحيلولة دون فصم عرا الزوجية، وأن تبذل في ذلك جهدها على نحو جدي ينبع عن رغبة صادقة في الإصلاح بأن تعرض الصلح عليهما أو على وكيليهما وتنبههما إلى الآثار الخطيرة التي تترتب على التفريق سواء بالنسبة لهما أو لأولادهما، مستهدية في ذلك بآيات من القرآن الكريم والأحاديث النبوية الشريفة في هذا الصدد وإتاحة الفرصة لهما لتحقيق ذلك بتأجيل نظر الدعوى للصلح، ويتعين على المحكمة أن تثبت ذلك بمحاضر الجلسات لإثبات اتخاذها لهذا الإجراء الجوهري رداً على ما قد يوجه إلى الحكم من مناع لعدم اتخاذه، ويتعين التنويه إلى عدم قصر الأمر في هذا الخصوص. وعلى ما يجري عليه العمل في بعض الدعاوى من مجرد إثبات أن المحكمة عرضت الصلح على الطرفين لمجرد إثبات اتخاذها إجراء يوجب عليها اتخاذه، دون بذل جهد يبتغي منه الحيلولة دون فصم عرا الزوجية .

مدى تعلق عرض الصلح بالنظام العام :

ذهبت بعض الأحكام : في هذا الخصوص إلى عدم اعتباره من النظام العام، فلا يعاب على المحكمة وإن لم تعرضه على سند من القول بأن إجراءات التحكيم تحمل في طياتها محاولة الإصلاح والتوفيق بين الزوجين، غير أن هذا القول يتعارض ومؤدي نص المادة ١٢٧ فيما تطلبته من وجوب عرض الصلح على الزوجين قبل إصدار الحكم في الدعوى فإن هي أغفلت ذلك وقضت في الدعوى اعتبر حكمها وعلى ما جرى به قضاء النقض المصري . معيباً بالخطأ في تطبيق القانون مما ينحدر به إلى مرتبة البطلان، باعتبار أن شرطي الحكم بالتطبيق للضرر هما ثبوت الضرر والعجز عن الإصلاح بين الزوجين .

(محكمة النقض المصرية طعن رقم ٥٣ لسنة ٥٢ ق جلسة ١٩٨٤/٢/٢١ س ٣٥)

كما أن عرض المحكمة للصلح يكون أقوى تأثيراً وأجدى من عرضه من قبل الحكامين، بالإضافة إلى ذلك أنه وقد عدلت المادة ١٢٧ من القانون رقم ٥١ لسنة ١٩٨٤ في شأن الأحوال الشخصية على نحو قد لا تلجأ المحكمة إلى اتخاذ إجراءات التحكيم إذا ما ثبت الضرر فلا يكون هناك مجال لعرض الصلح من قبل الحكامين .

هذا، ونعرض فيما يلي لأهم المبادئ التي أرستها محكمة التمييز ومحكمة النقض المصرية في هذا الصدد :

أولاً : وجوب عرض الصلح الذي يترتب على إغفاله البطلان لا يكون إلا في حالة قضاء التحكيم بالتفريق دون رفضه، بما لا محل معه للقول ببطلان حكمها إذا ما قضت برفض طلب التطبيق إذ هدف المشرع مع عرض الصلح الحيلولة دون فسخ عرا الزوجية .

ثانياً : يتحقق عجز المحكمة عن الإصلاح بين الزوجين برفض أي منهما للصلح، إذ يعد رفض أيهما له كاف لإثبات ذلك .

(تمييز طعن رقم ٧٣ لسنة ٢٠٠٧ أحوال شخصية . جلسة ٢٠٠٨/٤/٢١)

(تمييز ٥٥١ لسنة ٢٠٠٧ أحوال شخصية جلسة ٢٠٠٨/٥/١٢)

ثالثاً : لا يشترط أن يكون عرض الصلح على الزوجين بشخصيهما بل يكفي عرضه على وكيليهما بتوكيل يبيح الصلح .

رابعاً : يجوز عرض الصلح أمام محكمة الاستئناف إذا كان قد فات على محكمة أول درجة عرضه، حيث يتحقق بذلك تلافي العيب الذي يكون قد شاب حكم محكمة أول درجة .

(تمييز طعن رقم ٦٠٣ لسنة ٢٠٠٤ أحوال جلسة ٢٠٠٦/٢/٥)

خامساً : لا موجب لإعادة عرض الصلح أمام محكمة الاستئناف طالما انطوت محاضر جلسات محكمة أول درجة على قيام المحكمة بعرضه .

(تمييز طعن رقم ٦٠٣ لسنة ٢٠٠٤ أحوال جلسة ٢٠٠٦/٢/٥)

سادساً : يتعين أن تتطوي محاضر الجلسات على ما يدل على قيام المحكمة بعرض الصلح على الطرفين فلا يكفي عرضه على الزوجين شفاهة دون إثباته بمحاضر الجلسات .

(محكمة النقض المصرية . طعن رقم ٢١ لسنة ٥٥ جلسة ١٩٨٦/٤/١٥ ، س ٣٧)



سابعاً: لا يكفي مجرد الإثبات بمحضر الجلسة أن المحكمة عرضت الصلح إنما يتعين على المحكمة إثبات الدور الذي قامت به بمحضر الجلسة وبأسباب الحكم وإلا كان باطلاً .

(محكمة النقض المصرية . طعن رقم ٣٧٧ لسنة ٦٣، جلسة ١٩٩٨/٥/١٩)

ثامناً: لم يشترط المشرع طريقاً معيناً لمحاولة الإصلاح بين الزوجين، وكفي أن تنطق محاضر الجلسات وتتضمن أسباب الحكم اتخاذ الدور الذي قامت به المحكمة في هذا الشأن، وتأجيلها نظر الدعوى عدة مرات تمكيناً للزوجين من إتمام الصلح بينهما .

(تمييز طعن رقم ٥١٥ لسنة ٢٠٠٦ أحوال جلسة ٢٠٠٧/٣/١٨)

المرحلة الثانية: إثبات الضرر الموجب للتفريق

تنتقل المحكمة بعد أن عجزت عن الإصلاح بين الزوجين لمرحلة تحقيق ما يدعيه طالب التطبيق من تحقق إحدى صور الضرر الموجب له إعمالاً لأحكام المادة ١٢٧ من القانون رقم ٥١ لسنة ١٩٨٤، في شأن الأحوال الشخصية المعدلة بالقانون رقم ٢٩ لسنة ٢٠٠٤ .

هذا ويتطلب الأمر في هذا الخصوص إلقاء الضوء أولاً على ماهية الضرر الموجب للتفريق ومعياره ثم إثباته في ضوء أحكام القانون وقضاء محكمة التمييز، وذلك على النحو الآتي:

أولاً: ماهية الضرر الموجب للتطبيق

عبرت محكمة التمييز عن الضرر بأنه يتحقق عندما يتضرر أحد الزوجين من بقاء الزوجية سواء كان راجعاً إلى سبب مادي يمكن الاستدلال منه على إيذاء الزوج الآخر بالقول أو الفعل متى ثبت هذا الأذى، أو كان راجعاً إلى غير ذلك من أسباب الشقاق بين الزوجين كالنفور أو البغض الشديد، وإن لم يثبت الأذى من الزوج متى كانت الزوجة طالبة التفريق مادام أنه في الحالتين لا يستطاع معه دوام العشرة بين الزوجين باعتبار أن الشقاق خلل في مقصود النكاح من الألفة وحسن العشرة، وأن المادة ١٣٠ من القانون رقم ٥١ لسنة ١٩٨٤ تقرر التفريق بين الزوجين في كل حالة تطلب فيها الزوجة ذلك، وإن ثبتت الإساءة كلها من جانبها أو جهل معرفة المسيء من الزوجين وهو لا يتأتى إلا أن يكون التفريق راجعاً إلى الشقاق في ذاته الذي لا يستطاع معه دوام العشرة بين أمثالهما؛ إذ لا نفع في بقاء امرأة نافرة من الحياة الزوجية؛ لأن البغض الشديد من جانبها هو بذاته مبرر من مبررات التفريق .

(تمييز . طعن رقم ٣٦٨/٢٠٠٥ أحوال شخصية جلسة ٢٠٠٧/١/٤)

(تمييز طعن رقم ٧٣/ ٢٠٠٧ أحوال شخصية جلسة ٢٠٠٨/٤/٢١)

معيار الضرر الموجب للتفريق : معيار الضرر الموجب للتفريق معيار شخصي لا مادي يختلف باختلاف بيئة الزوجين ودرجة ثقافتهم والوسط الاجتماعي الذي يحيطهما فما يعتبر ضرراً يستحيل معه دوام العشرة في مجتمع معين قد لا يعد ضرراً في مجتمع آخر، وما يضر امرأة في ظروف لا يضر غيرها، وقد عبرت عنه محكمة التمييز بأن المذهب المالكي وضع للضرر معياراً موحداً وضابطاً عاماً في هذا الشأن، وهو أن تكون الإساءة بما لا يجوز شرعاً حتى لو كان الزوج قد أتى أيّاً منها مرة واحدة كإكراه الزوجة على فعل ما حرم الله أو شتمها أو ضربها وهجرها .

(تمييز طعن رقم ٣٠٢ لسنة ١٩٨٣ جلسة ١٩٨٣/٦/٢٧)

مدى اشتراط تكرار الأذى لتحقيق الضرر الموجب للتفريق :

المقرر في فقه المالكية . وعلى ما استقر عليه قضاء التمييز- أن للزوجة طلب التفريق إذا أوقع الزوج بها أي نوع من أنواع الإيذاء بالقول أو الفعل الذي لا يكون عادة بين أمثالهما ولا يستطاع معه دوام العشرة، وأنه لا يشترط أن يتكرر إيذاء الأذى، بل يكفي لذلك أن تثبت أن زوجها أتى معها مما تتضرر منه ولو مرة واحدة .

(تمييز طعن ١، ٢ لسنة ١٩٨٣ جلسة ١٩٨٣/٦/٢٧)

هذا، وفي الفقه المالكي من يشترط تكرار الضرر أو أن يكون جسيماً .

أثر زوال الضرر بعد وقوعه في طلب التفريق :

مناطق التفريق بسبب الضرر هو تحقق وقوعه ولا يمنع من التخليق زوال الضرر أو محاولة محوه مادام قد ثبت وقوعه فعلاً .

(تمييز طعن رقم ٣٦ لسنة ٨٥ ق أحوال شخصية جلسة ١٩٨٦/١/٢٧)

مدى تحقق الضرر بالزوج طالب التفريق إذا أساء الزوج الآخر لأسرته:

مناطق التخليق للضرر هو وقوع الإيذاء على طالبه شخصياً ومن ثم إذا اقتصر الإيذاء على أسرة الزوج دون أن يستطيل إلى الزوج نفسه فلا يتحقق مناطق الضرر الموجب للتفريق .

أثر قبول الزوج استمرار معاشرة الزوج الآخر الذي ألحق به الأذى في حقه في طلب التخليق استناداً إلى وقائع الإضرار التي لحقت به . لا يسقط- وعلى ما استقر عليه قضاء التمييز . حق الزوج المتضرر في طلب التفريق؛ إذ إن سقوط الحق في طلب التفريق (فسخ الزواج) لا يكون إلا إذا وجد أحد الزوجين في الآخر عيباً مستحكماً ورضي به .

(طعن ١٠٢/٨٣ لسنة ١٩٨٣/٦/٢٧ جلسة ١٥٥ ص)

حق الزوج في تأديب زوجته ومدى دخوله في نطاق الضرر الموجب للتفريق:

ذهبت محكمة النقض المصرية . في هذا الصدد . إلى أن حق الزوج في تأديب زوجته يباح له فيها تأديباً خفيفاً على كل معصية لم يرد في شأنها حد مقرر، ولا يجوز له أصلاً أن يضربها ضرباً فاحشاً ولو بحق، وحد الضرب الفاحش هو الذي يؤثر في الجسم ويغير لون الجلد ويتحقق به مناطق الضرر الموجب للتفريق .

نشوز الزوجة وحققها في طلب التفريق للضرر:

لا يحول خروج الزوجة عن طاعة زوجها (نشوزها) دون حققها في طلب التفريق للضرر، وذلك لاختلاف دعوى الطاعة عن دعوى التخليق موضوعاً وسبباً؛ إذ تقوم الأولى على إخلال الزوجة بواجب الإقامة المشتركة في مسكن الزوجية، في حين تقوم الثانية على ادعاء الزوجة إضرار الزوج بها بما لا يستطاع معه دوام العشرة .

(تمييز . طعن رقم ١٥٢ لسنة ٢٠٠٥ جلسة ٢٠٠٧/٤/٢٢)

تراخي الزوج عمداً في إتمام الدخول بزوجه:

يعد تراخي الزوج عمداً في إتمام الدخول بزوجه وإتمام الزوجية وقصوره عن معاشرتها بسبب راجع إليه درب من دروب الهجر، يتحقق به الضرر الموجب للتفريق .



أثر تعدد الخصومات بين الزوجين ومدى اعتبارها مبرراً للتفريق :

الحياة الزوجية أساسها المودة والرحمة والسكينة واطمئنان كل زوج للآخر، ومن ثم فإن تعدد الخصومات القضائية بين الزوجين إنما يمثل خللاً في مقصود النكاح من الألفة وحسن العشرة، وبما يحول دون اعتباره من قبيل الضرر الموجب للتطليق، ولا يغير من ذلك أن التبليغ عن الجرائم يعد من الحقوق المباحة للأفراد إلا أنه لا يتنافر مع كونه يجعل دوام العشرة مستحيلاً لاختلاف المجال الذي يدور في فلكه مجرد إقامة الادعاء والتبليغ ومدى تأثير أيهما على العلاقة بين الزوجين .

(تمييز طعن ٥٢٣ لسنة ٢٠٠٤ أحوال جلسة ٢٠٠٧/٥/٦)

الشقاق بين الزوجين: يتحقق الضرر الموجب للتفريق بثبوت النفور والبغض بين الزوجين وإن لم يثبت الإيذاء فإذا ما تحقق الشقاق في ذاته بين الزوجين متمثلاً في النفور أو البغض الشديد تحقق الضرر الموجب للتطليق على ما ذهب إليه محكمة التمييز من أن « الضرر في دعوى التطليق للضرر يتحقق عندما يتضرر أحد الزوجين من استمرار الحياة الزوجية سواء كان راجعاً إلى سبب مادي ظاهر يدل على ثبوت إيذاء الزوج الآخر بالقول أو الفعل، أو كان راجعاً إلى غير ذلك من أسباب الشقاق بين الزوجين كالنفور أو البغض الشديد وإن لم يثبت الإيذاء متى كانت الزوجة هي طالبة التفريق، ذلك باعتبار أن الشقاق في ذاته خلل في مقصود النكاح من الألفة وحسن العشرة، وهذا هو مفاد نص المادة ١٣٠ من القانون رقم ٥١ لسنة ١٩٨٤ في شأن الأحوال الشخصية التي تجيز التفريق في كل حالة تطلب فيها الزوجة ذلك، حتى وإن ثبتت الإساءة كلها من جانبها أو جهل معرفة المسيء من الزوجين، وهو ما لا يتأتى إلا إذا كان التفريق راجعاً إلى الشقاق في ذاته الذي لا يستطاع معه دوام العشرة بين الزوجين، إذ لا نفع في امرأة نافرة من الحياة الزوجية لأن البغض الشديد من جانبها هو بذاته مبرر للتفريق .

(طعن رقم ٨١ لسنة ٢٠٠٨ أحوال شخصية جلسة ٢٠٠٨/١١/٣)

ثانياً: إثبات الضرر

يتضح مما تقدم أن لجوء المحكمة إلى إثبات الضرر يكون في حالة عجزها عن الإصلاح بين الزوجين، إلا أنها إذا وفقت في الإصلاح بينهما، فإنها تقضي بانتفاء الدعوى صلحاً، وإذا ثبت الضرر قضت بالتفريق، فإذا لم يثبت لجأت إلى التحكيم، هذا وقد تناولت المواد ١٣٣ حتى ١٣٥ كيفية إثبات الضرر بأن يكون إثباته بشهادة رجلين أو رجل وامرأتين، ويكفي إثباته بشهادة التسامع المبني على الشهادة في نطاق حياة الزوجين على أنه لا تقبل شهادة على نفي الضرر، كما تقبل شهادة القريب ومن له صلة بالمشهود له، متى كانوا أهلاً للشهادة.

(تمييز طعن رقم ١٥٢/٢٠٠٥ أحوال شخصية جلسة ٢٠٠٧/٤/٢٢)

ومما يجدر الإشارة إليه في هذا الصدد أن تناول المشرع إثبات الضرر على النحو المتقدم لا يعني قصر إثباته على البيئة وحدها، بل يثبت بالإقرار والقرائن. فلمحكمة الموضوع أن تستمد من وقائع الدعوى وظروفها وأوراقها ما تراه من القرائن القضائية واستخلاص الواقع منها.

(طعن رقم ٨٥/٢٤ لسنة ١٩٨٥/١٠/٢٨ جلسة ١٩٨٥/١٠/٢٨ ص ١٥٧)

ويثار في هذا الصدد التساؤل الآتي:

مدى الاعتداد بالحكم الجنائي بإدانة أي من الزوجين باعتدائه على الآخر واعتباره كافياً لثبوت الضرر الموجب للتفريق؟
استقر قضاء التمييز على أنه يعتبر الحكم الجزائي الصادر بإدانة أي من الزوجين في جريمة الاعتداء على الآخر سنداً كافياً لحمل قضاء الحكم بالتفريق إعمالاً لمقتضى حجية الحكم الجنائي أمام المحاكم المدنية ومنها محاكم الأحوال الشخصية قد فصل في الفعل المكون للأساس المشترك بين الدعوى المدنية والدعوى الجنائية، ومن ثم إذا كان محل الادعاء بالأذى متمثلاً في الاعتداء بالضرب وقدم دليل ذلك حكماً جنائياً باتاً فيتحقق من ثم مناط الضرر الموجب للتفريق، غير أنه قد يعتد في هذا الصدد بحكم جنائي غير بات، وبتقارير طبية في هذا الخصوص ليس باعتبار أنه حجية وإنما باعتباره من عناصر استخلاص المحكمة للضرر.

(تمييز طعن رقم ٩٠/٧ جلسة ١٩٩١/١١/١٠ ص ٢٧٤)

هذا ويتعين الإشارة في هذا الخصوص إلى الآتي:

يشترط في الشاهد الإسلام إعمالاً لقاعدة لا ولاية لغير المسلم على المسلم.

يراعى في شهادة المرأتين سماع شهادتهما في حضور الأخرى حتى تذكر إحداهما الأخرى إذا نسيته.

ماهية الشهادة بالتسامع: الشهادة بالتسامع تكون حين يشهد الشاهد أن ما شهد به استقاه من الرأي الشائع الذي تداوله الناس عن الواقعة المراد إثباتها، وهو ما عبر عنه الفقه وقضاء محكمة التمييز بأنها تكون حين يصرح الشاهد باستناد شهادته لسماع من غير معين ويشترط فيها أن يكون السماع فاشياً مستفيضاً، وهو ما يستلزم أن يصرح الشاهد في شهادته حتى تكون مقبولة أنه سمع سماعاً فاشياً ومستفيضاً في محيط الزوجين بالضرر المشهود عليه كما عرفتها محكمة التمييز بقولها «أن يشهد بشيء وإن لم يعاينه بالعين أو بالسماع بنفسه إلا أنه متواتر يكون قد سمعه من جماعة لا يتصور تواطؤهم على الكذب، واشتهر واستفاض وتواترت الأخبار عنه ووقع في قلبه صدقها لأن الثابت بالتواتر والمحسوس سواء، أو يخبره به دون استشهاد رجلين عدلين أو رجل وامرأتين عدول فيتحصل نوع من العلم الميسر في حق المشهود له .

(تمييز طعن ٢٠٥ لسنة ٢٠٠٥ أحوال جلسة ٢٠٠٧/٣/٢٥)

الشهادة السماعية: هي الشهادة التي يكون مصدرها الخصم المشهود له نفسه أو شخص ذكر الشاهد أنه سمع منه وهي لا تجوز في إثبات الضرر الموجب للتطليق.

(طعن رقم ٢٠٥ لسنة ٢٠٠٥ أحوال شخصية جلسة ٢٠٠٧/٣/٢٥)

قبول شهادة الأصول للفروع والفروع للأصول، وذلك خلافاً للمقرر في مذهب الإمام مالك من أنه لا تقبل شهادة الأصل لفروعه ولا الفرع لأصله، ومن ثم تقبل شهادة زوج الأم لربيته (ابنة زوجته من آخر) مع أنه يعد قريباً لها من الدرجة الأولى، وهو ما نصت عليه المادة ١٣٥ من القانون بقبول شهادة القريب ومن له صلة بالمشهود له متى كانوا أهلاً للشهادة، ويقتصر ذلك على دعوى التطليق فحسب، فلا تقبل تلك الشهادة في دعوى الطاعة باعتبار أن المادة ١٣٥ قد وردت بالفصل الثالث في خصوص التفريق للضرر .

(تمييز طعن ٨٥/٣٦ لسنة ٢٠٠٥ أحوال شخصية جلسة ١٩٨٦/١/٢٧)

لا يجوز الاستناد إلى الحكم بدخول الزوجة في طاعة الزوج لثبوت نفي ما تدعيه من مضارة الزوج لها في دعوى التفريق لاختلاف الموضوع في الدعويين.

(تمييز طعن رقم ١٣٤ لسنة ٢٠٠٦ أحوال شخصية جلسة ٢٠٠٧/٢/١١)



المرحلة الثالثة: مرحلة التحكيم

تأتي هذه المرحلة بعد عجز المحكمة عن الإصلاح بين الزوجين، وعدم ثبوت الضرر الموجب للتفريق، فعندئذ تعين المحكمة حكمين، وذلك وفقاً لما نصت عليه المادة ١٢٧ من القانون رقم ٥١ لسنة ١٩٨٤، المعدلة بالقانون رقم ٢٩ لسنة ٢٠٠٤، الصادر في ٢١/٤/٢٠٠٤، الذي مناهل اللجوء للتحكيم عدم ثبوت الضرر بطرق الإثبات الشرعية وإصرار المدعية على طلب التفريق.

وكانت المادة المذكورة تجعل اللجوء إلى التحكيم بعد عجز المحكمة عن الإصلاح بين الزوجين، وقد هدف المشرع من هذا التعديل - وعلى ما أفصحت عنه المذكرة الإيضاحية للقانون المذكور إتاحة الفرصة للمحكمة التي تنتظر دعوى التطلاق أن تحكم بالتفريق متى ثبت لها بوجه قطعي تحقق حصول الضرر دون حاجة لاشتراط أن يحال النزاع إلى حكمين لما يترتب على هذه الإحالة عندئذ من استطالة أمد النزاع، ويعد هذا التعديل عودة المشرع إلى الأخذ بمذهب الإمام - مالك في هذه الجزئية، وتطبيقاً لذلك إذا أحالت المحكمة الدعوى إلى التحقيق واستخلصت ثبوت الضرر من الأدلة الشرعية قضت به ولا محل لبعث حكمين.

(تمييز طعن رقم ٢٦١ لسنة ٢٠٠٥ أحوال جلسة ٢٤/٩/٢٠٠٦)

(تمييز طعن رقم ٦٠٣ لسنة ٢٠٠٤ أحوال جلسة ٥/٢/٢٠٠٦)

هذا، وقد تناولت المواد من ١٢٧ حتى ١٣٢ أحكام التحكيم وأوضحت فيها شروط الحكمين ومهمتهما. ونعرض فيما يلي ما يشترط في الحكمين ومدى سلطتهما في الاقتراح بالتطبيق في ضوء المذاهب الفقهية في هذا الخصوص.

أولاً: شروط الحكمين: يشترط في الحكمين أن يكونا من أهل الزوجين إن أمكن لأنهما أدري بواطن أمورهما، فإن تعذر ذلك كان للمحكمة أن تنادب حكمين من رجال الدين أو من الجيران.

إلا أنه بالنسبة للحكم الثالث المرجح فيتعين أن يكون من غير أهل الزوجين لتحقيق الحيطة بالنسبة له، فضلاً عن أنه إذا كان الحكمان من أهل الزوجين وندب الحكم المرجح من أهل أحد الزوجين لكان هذا الأخير ممثلاً بحكمين والآخر بحكم واحد.

ثانياً: تشترط الذكورة في الأحكام: فلا يجوز أن يكون الحكم امرأة عملاً بمذهب الإمام مالك الذي استمد منه التطلاق.

مهمة الحكمين :

تتمثل مهمة الحكمين - وفقاً لنص المادة ١٢٧ - في التوفيق بين الزوجين للحيلولة دون فسخ عرا الزوجية فإن لم يتمكن اقتراحاً ما بريانه من التفريق ومدى التزام كل من الزوجين بالآثار المالية المترتبة على الزواج والتفريق. وفقاً لنص المادة ١٣٠ من القانون، فإن اختلفا تضم المحكمة سواء الابتدائية أو الاستئنافية. إليهما حكماً مرجحاً من غير أهل الزوجين لتحقيق الحيطة وحتى لا يكون أحد الزوجين ممثلاً بحكم والآخر بحكمين، فإذا ذهب كل واحد من الحكمين الثلاثة إلى رأي ولم تتوافر أغلبية اثنين منهما قضت المحكمة بالتطلاق على الوجه الذي تراه في الالتزامات المالية، وفقاً لما تستنبطه من جميع الأوراق بما في ذلك ما ترجحه من آراء الأحكام أو بعضهم على أساس أنهم يعتبرون حينئذ كشهود اطلعوا على تفاصيل الشقاق وأسبابه فتستشير المحكمة الحكمة بأقوالهم في تقرير ما تراه الأعدل، وتقضي المحكمة في الآثار المالية المترتبة على الزواج والتطلاق على النحو الآتي :

١. إذا تبين أن الإساءة كلها من جانب الزوج يفرض بين أمرين :

أ . إذا كانت الزوجة هي طالبة التفريق: اقترح الحكمان التفريق مع إلزام الزوج بجميع الحقوق المالية المترتبة على الزواج والتطليق.

ب . إذا كان الزوج هو طالب التفريق : اقترح الحكمان رفض دعواه.

٢. وإن كانت الإساءة كلها من جانب الزوجة : اقترحا التفريق نظير الآتي :

أ . سقوط حقوقها المترتبة على الزواج والطلاق.

ب . رد ما قبضته من مهر.

٣. وإن كانت الإساءة مشتركة : اقترحا التطليق دون عوض أو بعوض يتناسب مع الإساءة.

٤. وإن لم يعرف المسيء من الزوجين يفرض بين أمرين :

أ . إذا كان الزوج هو طالب التفريق . اقترحا رفض دعواه.

ب . إذا كانت الزوجة هي الطالبة اقترح الحكمان التفريق دون عوض.

ج . وإن كان كل منهما يطلب التفريق اقترح الحكمان التفريق دون عوض.

وهذا التفريق للضرر يقع طلبة بائنة.

• مدلول عبارة التفريق للضرر دون عوض التي وردت في المادة ١٣٠ :

• ذهبت محكمة التمييز إلى أن مدلول تلك العبارة (دون عوض) تنصرف إلى حق الزوجة في المتعة فحسب، فلا حق لها في المتعة باعتبارها تعويضاً عن الفقرة، ومن ثم إذا طلبت الزوجة التفريق وانتهى الحكمان إلى أن الإساءة مشتركة بينها وبين زوجها قضى بالتطليق دون أحقيتها في المتعة ودون أن ينال ذلك من حقها في استردادها مؤجل المهر ونفقة العدة؛ إذ إن سقوط ذلك الحق لا يكون إلا إذا ثبت الإساءة كلها من جانبها.

• وجوب تقيد المحكمة بالطلبات في الدعوى فلا تعرض للأثار المالية المترتبة على الزواج والتطليق اللهم إلا إذا طلب ذلك صراحة وعلى نحو جازم.

• يتعين على المحكمة ألا تقضي بثمة آثار مالية إلا إذا تضمنت طلبات الدعوى القضاء بذلك، - وتطبيقاً لذلك - وعلى ما قضت به محكمة التمييز من أنه إذا طلبت الزوجة التطليق وقضي به، ولم يكن الزوج قد طلب إسقاط حقوقها المالية المترتبة على الزواج والتطليق فإن هذا الطلب لا يكون مطروحاً على المحكمة وليس لها أن تقضي من ذلك (طعن رقم ١٦ لسنة ٢٠٠٦ أحوال جلسة ٢٠٠٧/٦/١٠، طعن رقم ٥٥١ لسنة ٢٠٠٧ أحوال جلسة ٢٠٠٨/٥/١٢).

• وتطبيقاً لما تقدم أيضاً: لا يُعرض للأثار المالية إذا كانت الطلبات في الدعوى تطليق الزوجة من زوجها ولم تتضمن القضاء بالآثار المالية التي تترتب على ذلك، ولم يقدم الزوج أمام محكمة أول درجة أي طلبات عارضة في هذا الخصوص، ولا ينال من ذلك ما ورد بصحيفة الدعوى، بشأن احتفاظ الزوجة بجميع حقوقها الشرعية المترتبة على الزواج والتطليق. إذ إنها عبارة لا تتسع للقول بأنها طلبت الحكم لها بقضاء ما في تلك الآثار، إذ الاستئناف ينقل الدعوى بحالتها التي كانت عليها قبل صدور الحكم المستأنف بالنسبة لما رفع عنه الاستئناف فقط، ولا يقبل الطلبات الجديدة في الاستئناف، ومن ثم فإنه يكون قد تحدد





نطاق الدعوى أمام محكمة الاستئناف بطلب التطلاق أمام محكمة أول درجة ولا يتسع للأثار المالية المترتبة عليه، وترتيباً على ما تقدم فإن طلب الزوج بسقوط حق الزوجة في جميع حقوقها الشرعية يكون غير مقبول.

٥. عدم الأخذ بتقرير الحكمين أو تقرير الحكم المرجح إذا جاء مخالفاً لنص المادة ١٣٠ من القانون والموضحة للأثار المالية المترتبة على الزواج والتطلاق ومن ثم إذا انتهى تقرير الحكم المرجح بعد أن خلص إلى عدم معرفة المسيء إلى اقتراح التفريق مقابل بعض العوض بالمخالفة لنص المادة ١٣٠ فيما نصت عليه من عدم العوض في هذه الحالة فلا يعتد به.

(تميز طعن ٢٠٠١/١٣٦ أحوال جلسة ٢٠٠٢/١١/١٠)

٦. لا يجوز الاستناد إلى استخلاص المحكمة : لأمانة الزوج على زوجته في دعوى الطاعة وأن الإساءة من جانبها لإسقاط مؤجل صداقها في دعوى التطلاق لاختلاف دعوى الطاعة عن دعوى التطلاق.

(تميز طعن رقم ٢٠٠٦/١٣٤ أحوال شخصية جلسة ٢٠٠٧/٢/١١)

- مدى تعلق إجراءات التحكيم بالنظام العام ؛
- استقرار قضاء التمييز على أن الأحكام المتعلقة بتنظيم التحكيم لا تتعلق بالنظام العام باعتبارها ليست من الأحكام الشرعية التي عددها المادة ٣٣٨ من القانون رقم ٥١ لسنة ١٩٨٤ المتمثلة في :

١. الزواج بالمحرمات حرمة مؤبدة أو مؤقتة.

٢. إثبات الطلاق بالبائن.

٣. فسخ الزواج.

٤. الأوقاف والوصاية الخيرية.

٥. دعاوى النسب وتصحيح الأسماء.

٦. الدعاوى الخاصة بفاقدي الأهلية وناقصيها.

(طعن ١٩٨٥/٢٧ جلسة ١٩٨٦/٦/٦ ص ١٩٨٦)

غير أنه في عدم اتخاذ المحكمة لإجراءات التحكيم في الحالات الموجبة له، وهي عجز المحكمة عن الإصلاح وعدم ثبوت الضرر ما يعيب حكمها.

الأخذ بتقرير الحكمين ولو كان مخالفاً لما تضمنه التحقيق :- إذا أحيلت الدعوى إلى التحقيق ولم يثبت الضرر فبعثت المحكمة حكمين فلا عليها إن أخذت بتقريرهما ولو كان مخالفاً للتحقيق؛ ذلك أن بعث الحكمين والحكم المرجح لم يلجأ إليه إلا بعد عدم ثبوت الضرر فإن ما جرى من تحقيق في هذا الشأن هو الذي أسس لبعث الحكمين ومن بعدهما الحكم المرجح ولا تأثير للتحقيق على الحكمين في تعرف أسباب الشقاق بين الزوجين.

(تميز طعن ١٩٨٥/٢٧ جلسة ١٩٨٦/١/٦ ص ٢٣)



يتعين أن يكون تقرير الحكمين مفصلاً بأن يبين الأسباب التي استند إليها وما انتهى إليه، وأن تكون هذه الأسباب كافية ومؤدية إلى النتيجة التي اقترحتها الحكم في تقريره.

(تمييز ٨٩/٣٦ جلسة ١٩٩٠/٤/٢٣ ص ٢٧١)

ومن ثم فإن اطراح المحكمة لتقارير الحكم التي انتهت إلى أن الإساءة كلها من الزوج لأسباب غير كافية لحمل النتيجة التي انتهت إليها لعدم كشفها عما صدر عن الزوجة مما يغدو إساءة في حق الزوج، وخلوصها إلى أن الأوراق قد خلت من دليل على تحديد المسيء من الطرفين تكون قد طبقت القانون تطبيقاً صحيحاً.

المطلب الثالث

عيوب شابت بعض الأحكام أدت إلى تمييزها

١. رفض المحكمة طلب التفريق على سند من معايشة الزوجة زوجها بعد الإضرار بها بما تعد رضاء منها يسقط حقها في طلب التفريق في حين أن إسقاط الحق لا يكون وعلى ما جرى به قضاء محكمة التمييز إلا بالنسبة للرضاء بالعيوب كالعنة وغيرها الموجبة بفسخ عقد الزواج.

(تمييز طعن ٨٣/٢٠١ جلسة ١٩٨٣/٦/٢٧ ص ١٥٥).

٢. وتطبيقاً لذلك فإن عودة الزوجة إلى مسكن الزوجية لا يسقط حقها في طلب التطلق.

(طعن نقض مصري رقم ٤٥٩ سنة ٦٦ ق جلسة ٢٠٠١/٤/١٤).

٣. رفض المحكمة لطلب التفريق على سند من زوال الضرر المدعى به، حال أن زوال الضرر لا يحول دون طلب التفريق مادام تحقق وقوعه. وتطبيقاً لذلك إذا تراخى الزوج عمداً في إعداد مسكن الزوجية وتراخى في الدخول بها طوال مدة ثلاث سنوات يتحقق به الضرر الموجب للتطبيق ولا يجديده من بعد ادعاؤه بأنه جهز المسكن، واستعداده للدخول بها.

(تمييز طعن ٨٥/٣٦ جلسة ١٩٨٦/١/٢٧ ص ٢٩٦)

٤. استناد الحكم في قضائه برفض طلب التفريق على أمانة الزوج على زوجته المستقوى من دعوى الطاعة في حين أن دعوى الطاعة تختلف في موضوعها عن دعوى التطلق وبما لا يحول دون طلب الزوجة.

(تمييز طعن رقم ٨٥/٢٧ جلسة ١٩٨٦/١/٦ ص ٢٥٣)

٥. عدم عرض الصلح على منطق المحكمة من أن محاولات الإصلاح من قبل الحكمين تغني عن إجراءاته من قبلها في حين أن ذلك لا يغني كما سلف بيانه.

٦. القضاء بالتطبيق في الدعاوى التي يطبق بشأنها المذهب الجعفري . متى ثبت إيذاء الزوج لزوجته دون أمره بحسن العشرة أو التسريح بإحسان وإمهاله لتنفيذ ذلك وهو إجراء جوهري باعتبار أن مناط التفريق عدم تنفيذ الأمرين معاً.

٧. عدم الأخذ بشهادة الأصول للفروع والعكس على سند مما هو مقرر في المذهب المالكي في حين أن المادة ١٣٥ من القانون نصت على قبول شهادتهم خروجاً عن المذهب.



٨. الخلط بين الشهادة والتسامع والسماعية وعدم الأخذ بالشهادة على سند من أنها سماعية في حين أنها شهادة بالتسامع تقبل لإثبات الضرر الموجب للتفريق وقد تم إيضاح الفرق بينهما وتحديد مدلول كل منهما.
٩. تعرض المحكمة للأثار المالية المترتبة على الزواج والتطليق دون أن تكون محل مطالبة.
١٠. قضاء الحكم برفض الدعوى المقامة من الزوجة بتطليقها من زوجها على سند من عجزها عن إثبات الضرر وهو ما يخالف نص المادة ١٣٠ من القانون التي أوجبت إجابة الزوجة لطلبها بالتفريق حتى ولو كانت هي المسيئة أو لم يعرف المسيء ، وذلك استناداً إلى تحقق الشقاق الذي يعد من مبررات التفريق.

الخاتمة

يعتبر التطليق للضرر من أكثر أسباب التطليق التي تنظرها المحاكم على اختلاف درجاتها، ويتمثل في إضرار أحد الزوجين بالآخر بما لا يستطاع مع دوام العشرة بين أمثالهما، الشقاق بين الزوجين مجلبة لأضرار كبيرة، ولا يجيز معظم المذاهب الفقهية التطليق للضرر عن طريق القاضي، بخلاف المذهب المالكي الذي أجاز ذلك بل وتوسع فيه، وجاءت معظم التشريعات العربية ومنها القانون الكويتي وأخذت به واستمدت منه معظم أحكامه، فأجاز لكل من الزوجين قبل الدخول أو بعده أن يطلب التفريق بسبب إضرار الآخر به قولاً أو فعلاً، ولا يحكم به القاضي إلا بعد أن تعجز المحكمة عن الإصلاح بين الزوجين، وثبوت الضرر، فإن لم يثبت الضرر اتخذت إجراءات التحكيم وتقضي المحكمة بما يتفق عليه الحكمان أو أكثرتهم عند ندب حكم مرجح، وتيسيراً للعدل لإظهار حقيقة الواقع بين الزوجين أجيّزت الشهادة بالتسامع لإثباته، وقبول شهادة القريب ومن له صلة بالشهود له، متى كان أهلاً للشهادة، وحدد نصاب البيئة بشهادة رجلين أو رجل وامرأتين، ويتحقق مناط الضرر الموجب للتطليق متى أوقع الزوج بزوجه أي نوع من أنواع الإيذاء ولو مرة واحدة دون اشتراط تكراره، ويتعين وقوع الإيذاء على طالب التفريق شخصياً، وقبول الزوج استمرار معاشة الزوج الآخر الذي ألحق به الأذى لا يسقط حقه في طلب التفريق، ويتحقق الضرر الموجب للتفريق بثبوت النفور والبغض الشديد بين الزوجين وإن لم يثبت الأذى، وبالنسبة للمذهب الجعفري، فلا يعرف تطليق القاضي للضرر فإن اشتد النزاع بين الزوجين وخيف الشقاق بينهما اتخذت إجراءات التحكيم ولا تقضي بالتطليق إلا باتفاق الحكّمين.

وقد تم عرض ما تقدم مدعماً بأحكام التمييز حتى يكون البحث سنداً للقضاء عند فصله في دعاوى التطليق للضرر.

مراجع البحث

أولاً: القوانين:

١. القانون الكويتي رقم ٥١ لسنة ١٩٨٤، في شأن الأحوال الشخصية ومذكرته الإيضاحية.
٢. القانون المصري رقم ٢٥ لسنة ١٩٢٠، المعدل بالقانون رقم ١٠٠ لسنة ١٩٨٥، ومذكراته الإيضاحية.

ثانياً: المراجع الفقهية:

١. البهجة شرح التحفة لأبي الحسن علي بن عبد السلام التسولي.
٢. حاشية الدسوقي على شرح الكبير للشيخ شمس الدين محمد عرفة الدسوقي على الشرح الكبير: للشيخ أحمد الدردير.

٣. أحكام الأسرة في الإسلام . د. سلام مدكور.
٤. الفقه المالكي في ثوبه الجديد - الجزء الثالث- للدكتور محمد بشر الشقفة.
٥. شرح قانون الأحوال الشخصية الكويتي المستشار أشرف مصطفى كمال.
٦. الأحوال الشخصية في التشريع الإسلامي- د. أحمد الغندور.
٧. أحكام الأسرة في الإسلام د. مصطفى شلبي، طبعة ١٩٧٧.
٨. طرق الإثبات الشرعية للدكتور أحمد إبراهيم، طبعة ١٩٨٥.
٩. منهاج الصالحين (فقه شيعي) للإمام السيستاني.
١٠. فقه الإمام جعفر الصادق (د. محمد جواد مغنية، طبعة ١٩٩٢).
١١. الأحكام الجعفرية في الأحوال الشخصية عبد الكريم الحلبي، طبعة ١٩٨٥.
١٢. الأحوال الشخصية في القانون الكويتي- المستشار نصر الجندي - طبعة ٢٠٠٦ ، الكويت.



نشوز الزوجة وحقها في السفر في القانون الكويتي

المستشار/ عبد الحي عجوة

المستشار بوزارة العدل إدارة الاستشارات الأسرية - وكيل محكمة الاستئناف (سابقاً)

تمهيد

بسم الله الرحمن الرحيم

وبه نستعين، والصلاة والسلام على محمد الرسول الأمين.

الزواج في أصل شرعته عقد رضائي بين رجل وامرأة تحل له شرعاً، غايته السكن والإحصان، وقوة الأمة، وهو عقد له قدسية؛ إذ نظمته الشارعية الإسلامي الحنيف، نزولاً على ما جاء به القرآن الكريم في قول الحق ﴿وَمِنْ آيَاتِهِ أَنْ خَلَقَ لَكُمْ مِنْ أَنْفُسِكُمْ أَزْوَاجًا لِتَسْكُنُوا إِلَيْهَا وَجَعَلَ بَيْنَكُمْ مَوَدَّةً وَرَحْمَةً إِنَّ فِي ذَلِكَ لَآيَاتٍ لِقَوْمٍ يَتَفَكَّرُونَ﴾ (سورة الروم: آية ٢٠)، ومما ورد في السنة النبوية المطهرة: أن الزواج سبيل الإعفاف والإحصان وسمو المقاصد في بناء مجتمع صالح وحياة زوجية وأسرية قوامها السكينة والمودة والرحمة:

(المادة ١ من قانون الأحوال الشخصية الكويتي رقم ١٩٨٤/٥١ المعدل بالقانون رقم ٢٩/٢٠٠٤) - ومتى تم الزواج صحيحاً رتب الشارع بين الزوجين حقوقاً تبادلية، ومن بين هذه الحقوق: حق الزوجة على زوجها في النفقة بأنواعها الثلاثة/ الطعام والملبس والسكن. بما يكفي حاجتها، بحسب حال الزوج يسراً وعسراً، مهما كان حال الزوجة، وذلك من تاريخ عقد الزواج. وللزوج عليها مقابل احتباسها لحقه طاعته، فإن طلبها واستصدر ضدها حكماً نهائياً بدخولها طاعته وامتنعت عن تنفيذه دون مسوغ اعتبرت ناشزة فتسقط نفقتها الزوجية طيلة فترة النشوز. (المادة ٧٤ من القانون المذكور). وللزوجة حقوق أخرى: منها حقها في التنقل والسفر، ويتفرع عنه ويرتبط به لزوماً حقها في استخراج جواز سفر، فهل يوجد تعارض بين حقوق كل من الزوجين فيما تقدم: حق الزوجة في النفقة وحقها في السفر وما يرتبط به من حقها في استخراج جواز سفر لها، وحق الزوج في الطاعة؟ ولأهمية مسألة النشوز وصلتها بالحق في سفر الزوجة بموجب جواز سفر مستقل لها، نورد أهم نشوز الزوجة، وحقها في السفر، ثم حقها في استخراج جواز سفر لها،

وذلك على النحو التالي:

أولاً: أحكام نشوز الزوجة:

معنى نشوز الزوجة «فوات الاحتباس أو الاستعداد له» من قبل الزوجة، ويتحقق ذلك في الأحوال التالية:

١. خروج الزوجة من مسكن الزوجية بغير مسوغ، على الرغم من وفاء الزوج عاجل مهرها، وأمانته عليها، وإعداده للمسكن المناسب المستوفي لشرائطه الشرعية، وقيامه بالإنفاق عليها.
٢. خروج الزوجة للعمل أو استمرارها فيه، إذا كان عملها متنافياً مع مصلحة راجحة لجميع الأسرة.
٣. رفض الزوجة الانتقال بالسفر رفقة زوجها حيث يقيم ويعمل لمصلحة يعتد بها دون ضرر يقع عليها، إذا كانت قادرة على السفر وموفرة الكرامة، ولدى الزوج من المال أو الكسب ما يقوم بمعاشه وأسرته بمكان آمن، وهو ما يقدر قاضي الدعوى.

ولا يتحقق نشوز الزوجة في الأحوال التالية:

١. عدم قيام الزوج بأداء عاجل مهر الزوجة.
٢. عدم أمانة الزوج على زوجته، وتقدير ذلك لقاضي الدعوى.
٣. عدم تهيئة الزوج مسكناً شرعياً مناسباً صالحاً للسكني، مستقلاً غير موحش أو مخوف، بين جيران صالحين تتأمن فيه الزوجة على نفسها ومالها إن كان لها مال، متوافراً على لوازم الحياة الأساسية والمرافق الكافية، بما يتلاءم مع ظروف الزوجين.
٤. امتناع الزوج عن الانفاق على زوجته، ولم يكن له مال ظاهر يمكنها تنفيذ حكم النفقة عليه.
٥. خروج الزوجة من منزل الزوجية، لما هو مشروع أو لعمل مباح لا ينافي مصلحة الأسرة.
٦. عدم انتقال الزوجة للإقامة مع زوجها بإذن من القاضي لمبرر مشروع.
٧. سفر الزوجة مع محرم لها لأداء فريضة الحج ولو بغير إذن الزوج.
٨. خروج الزوجة لزيارة ذويها أو خدمة المريض من والديها ولو بغير إذن الزوج.



... وثبت نشوز الزوجة على نحو ما تقدم مسقط لنفقتها الزوجية طيلة فترة النشوز، ولا يجوز تنفيذ حكم الطاعة النهائي كرهاً أو جبراً عن الزوجة، وكفي أن تعامل بآثار نشوزها بإسقاط نفقتها الزوجية، وإن كان ذلك يعتبر إضراراً منها بالزوج مما يجيز له طلب التفريق القضائي بينهما وطلب حرمانها من الحقوق المالية المترتبة على الزواج والطلاق بحسب أحكام التفريق القضائي للضرر (المواد من ١٢٦ حتى ١٣٥ من القانون المذكور) بحسب ما أفصحت عنه المذكرة الإيضاحية لهذا القانون، وما عليه قضاء التمييز، فضلاً عن أن أحكام النشوز من القواعد الإجرائية التي يطبقها قاضي الموضوع المرفوع أمامه الدعوى أيّاً كانت جنسية الخصوم أو مذهبهم الديني، وليست من القواعد الموضوعية بالقانون التي تشير به قواعد الإسناد في القانون رقم ١٩٦١/٥ بشأن العلاقات القانونية ذات العنصر الأجنبي. (من أحكام التمييز: في الطعون أرقام ٢٧٨، ٢٨١/٢٠٠٢ أحوال شخصية في ٢١/٩/٢٠٠٣ - ٥٨٥/٢٠٠٥ أحوال في ١٠/١٢/٢٠٠٦ - مجلة القضاء والقانون، والمستحدث من مبادئ التمييز في أبريل ٢٠٠٧ ص ٤٥).

ثانياً: حق الزوجة في السفر؛

.. لكل إنسان - ذكر أو أنثى - الحق في التنقل والسفر؛ فله الحق في مغادرة موطنه أو بلده والعودة إليه، لما يتمتع به من حرية شخصية كحق أصيل له، وقوام حريته هو استقلاله وما له من إرادة الاختيار في ممارسة حريته، فلا تتكامل شخصيته دونها، ولا يجوز مصادرتها بغير علم أو تقييدها بغير مقتضى. وهذا ما يتفق مع مبادئ شرعنا الإسلامي الحنيف، ومع دستور دولة الكويت (المواد ٢٩-٣٠ منه)، وما يتواءم مع ما جاء في الإعلان العالمي لحقوق الإنسان الصادر عام ١٩٨٤، ومع ما جاء في العهد الدولي للحقوق المدنية والسياسية. ويرتبط بهذا الحق لزوماً: حق كل فرد في استخراج جواز سفر مستقل له، دون أن يتوقف هذا الأمر على موافقة أو إذن فرد آخر، فلا معنى لتمتع الفرد بالحق في السفر ثم اشتراط إذن فرد آخر كي يستخرج له جواز سفر، إلا أن القانون رقم ١٩٦٢/١١ في شأن جوازات السفر المعدل بالقانون رقم ١٩٩٤/١٠٥ قد أورد في المادة ١٥ الفقرة الأولى منه أنه «لا يجوز منح الزوجة جواز سفر مستقلاً إلا بموافقة الزوج»، بما يتضمن قيداً على حق الزوجة جواز سفر مستقل إلا بموافقة الزوج، وهو ما يتعارض مع مبادئ شرعنا الإسلامي والمبادئ الدستورية والمواثيق الدولية سالفة الإشارة، ويخلو قانون الأحوال الشخصية الكويتي المذكور من أية أحكام تقيد حق الزوج في منع زوجته من السفر وإن كان له الحق في طلبها الدخول في طاعته، ولا يوجد ثمة تعارض بين الحق في الطاعة، وقد حسمت المحكمة الدستورية بدولة الكويت - بحق - هذا الأمر؛ حيث قضت في الحديث من أحكامها بعدم دستورية الفقرة الأولى من المادة ١٥ المشار إليها: (طعن رقم ٥٦/٢٠٠٨ دستوري في ٢٠/١٠/٢٠٠٩ لم ينشر بعد) - وهو حكم مهم، يستخلص منه ما يلي:

١. أصبح للزوجة الحق في استخراج جواز سفر مستقل لها دون اشتراط موافقة الزوج على ذلك ، بما يرسخ حقها وحريتها في السفر - بعد أن نالت المرأة حقها في الانتخاب والترشح للمجالس النيابية، وقد وصلت إلى أعلى المناصب بالدولة كوزيرة وسفيرة، ثم نائبة بمجلس الأمة، بما يواكب تطور العصر وتقدم البلاد . وهذا القضاء - فضلاً عما تقدم - إنما يمثل انتصاراً للعدل وللحق الشرعي للإنسان الكويتي.
٢. أن حقوق المرأة في السفر وفي استخراج جواز سفر مستقل لها دون اشتراط إذن أو موافقة زوجها، لا تعارض بينها وبين حق الزوج في طلبها للدخول في طاعته، فإن ثبت نشوزها حق له طلب اسقاط نفقتها الزوجية وحق له اعتبارها هي المسيئة وحرمانها من الحقوق المالية المترتبة على الزواج والطلاق في دعوى تفريق قضائي يقيمها ضدها، ولا تعارض بين استعمال كل من الزوجين ما له من حقوق على الآخر.



الأخطاء الطبية

وجهة نظر

الأستاذ الدكتور / ابراهيم بهباني

الخطأ عائد إلى الطبيب أم إلى المستشفى

كثيراً ما نسمع أن مريضاً توفي نتيجة إهمال من قبل أحد الأطباء أو بسبب خطأ جسيم، ويحدث ذلك في مختلف المجتمعات سواء المتقدمة أو تلك النامية.

فقد أظهرت دراسة بريطانية أن أكثر من ٢٠٠ طفل يموتون سنوياً في أجنحة الولادة بسبب فشل الأطباء في اتباع الإجراءات الأساسية في التعامل مع حالات الولادة، وأوردت الدراسة التي نشرتها صحيفة «الأوبزرفر» البريطانية في شهر مارس لعام ٢٠٠٢ أن طفلاً من بين كل خمسة أطفال يولدون في المستشفيات البريطانية يموتون نتيجة الأخطاء الطبية ومن المتوقع بحسب ما تشير إليه الصحيفة أن يعيد هذا التقرير إثارة الجدل حول المعايير الطبية لاجنحة الولادة في المستشفيات البريطانية بعد تدمير الآلاف من النساء من أخطاء كثيرة يرتكبها الأطباء والطواقم الطبي.

وقد عمدت هذه الدراسة الى اختبار قدرات الأطباء على تطبيق الإجراءات الأساسية عند التوليد المبكر، وبعد ذلك استخدام المعدات المناسبة من أجل ذلك، وفي بعض الحالات تبين أن أقل من ثلثي الأطباء اتبعوا الاجراءات الصحيحة.

كما يوجد تقرير مشابه نشر في الولايات المتحدة الأميركية في شهر يوليو لعام ٢٠٠٠ يكشف فيه معهد الطب الأمريكي أن عدد الأميركيين الذين يموتون نتيجة لأخطاء طبية يصل إلى ٩٨ ألف شخص سنوياً، أي ما يفوق عدد الذين يقتلون في حوادث المرور أو نتيجة لإصابتهم بمرض سرطان الثدي أو الإيدز، وتشمل هذه الأخطاء إعطاء وصفات طبية خاطئة أو إعطاء الممرضات الجرعات الخاطئة من الأدوية للمرضى وتشخيص الأطباء للأمراض بشكل خاطئ.

أما في فرنسا فقد تجاوز عدد المتضررين من الأخطاء الطبية عشرة آلاف شخص تتأرجح حالاتهم بين العاهات الدائمة والوفاة. وهناك ٤٠ ألف بريطاني يموتون سنوياً بسبب الأخطاء الطبية و٢٨٠ ألفاً آخرين يعانون مضاعفات نتيجة الأخطاء الطبية، ويعد الخطأ الطبي ثالث أسباب الوفاة في بريطانيا بعد السرطان وأمراض القلب.

هذا على مستوى الانتشار في بعض الدول الصناعية والمتقدمة علمياً وإن كنا نفتقد على مستوى الكويت وجود إحصاءات رسمية تبين فيها أعداد الوفيات نتيجة الأخطاء الطبية.

ومن هنا تبرز بالضرورة أهمية تحديد المسؤولية المهنية للطبيب فالمسؤولية الطبية هي مسؤولية مهنية، يكون الطبيب مسئولاً بموجبها عن ممارسة مهنته الطبية، والخطأ الطبي هو جوهر هذه المسؤولية، ويقع من الطبيب على المريض عند معالجته، وينتج عنه ضرر بصحة المريض، وتتعدد صور الخطأ الطبي، فهي إما جهل الطبيب بقواعد الصناعة الطبية وأصولها المتعارف عليها، وإما الإهمال في التشخيص الخاطئ في العلاج أو الخطأ في وصف الدواء، أو أخطاء الجراحة أو التخدير أو الأشعة، أو الإجهاض دون ضرورة طبية والامتناع عن العلاج.



ومرجع المسؤولية هي أن لكل إنسان حقوقاً مقدسة على جسمه لا يجوز المساس بها بغير رضائه، وكل اعتداء على هذه الحقوق يرتب مسؤولية على من ارتكبه ولو كان الدافع إليه مصلحة المريض.

والطبيب هو القاضي في مجال مهنته، على حد تعبيره، وعليه الالتزام بمعالجة مرضاه واختيار العلاج الذي يراه مناسباً، وهو ما يسمى بحرية وصف العلاج الذي أشير إليه في قانون آداب مهنة الطب، وأي إهمال من جانب الطبيب سواء في التشخيص أو وصف العلاج يكون أساساً لمسئولية الطبيب، ومن صور هذا الإهمال:

- **الأخطاء المادية:** وهي التي لا تتصل بمهنة الطب مباشرة كأن ينسى أداة من أدوات الجراحة أو منشفة داخل بطن المريض.
- **الأخطاء الفنية والمهنية:** وهي الملتصقة بمهنة الطبيب، ولا يمكن حدوثها عند غيره كالتشخيص ووصف العلاج، كأن يشخص الطبيب إصابة في الكوع على أنها التواء ويعالجها على هذا الأساس في حين أنها كسر.

عندما يتعلق العمل بأمر مادي لا علاقة له بالمسائل الطبية يستطيع القضاء التعرض له، ويقدره ويحاسب الطبيب على الإهمال والجهل بأمر كان يجب أن يعلمه، وعن هذا الخطأ الجسيم الذي لا نزاع فيه.

والتفرقة بين الخطأ العادي والخطأ الطبي بإهمال الطبيب تتم بإظهار الدرجة لانعقاد مسؤولية الطبيب وهذا التمييز يوضح الخطأ غير المتعمد للطبيب أو الخطأ المتعمد إن كان مادياً أم فنياً، ومن ثم مساءلة الطبيب عن خطئه وما أدى إليه من أضرار أو وفاة.

وينسب الإهمال للطبيب عن الخطأ المادي، أما إذا كان الخطأ قد تجاوز الحدود الطبية المتعارف عليها بين أهل المهن الطبية فهذا هو الخطأ الفاحش؛ لأنه في الحالة الأولى يتولى الادعاء العام بوزارة الداخلية التحقيق في هذا النوع من الجرائم وتكون العقوبة القصوى فيها ثلاث سنوات سجناً، وأما إذا بلغ حجم الخطأ من الجسامة بما يوصف بالجناية فإن النيابة العامة هي التي تبشر التحقيق، وتكون العقوبة المقررة لهذه الجريمة بدءاً من ثلاث سنوات^(١).

أما بشأن حدود مسؤولية الدولة عن أخطاء الأطباء ومساعدتهم^(٢) الذين يعملون في المستشفيات العامة والخاصة؛ اختلفت التشريعات الجزائية في مبدأ وضع تعريف للخطأ، وقد سلك هذا المسلك قانون العقوبات الفرنسي والألماني والمصري تاركاً تعريف الخطأ للفقه والقضاء وقد نص قانون العقوبات المصري في المادة (٢٤٤) منه على عقاب كل من تسبب في جرح أحد من غير قصد ولا تعمد بأن كان ذلك ناشئاً عن رعونة أو عدم احتياط وتحرز أو عن إهمال أو عدم انتباه أو مراعاة اللوائح. بينما المادة (٢٤٣) من قانون العقوبات الاتحادي لدولة الإمارات العربية المتحدة رقم (٢) لسنة ١٩٨٧ نصت على عقاب كل من تسبب بخطئه في المساس بسلامة جسم غيره دون أن تحدد أنواع هذا الخطأ، إلا أن الفقرة الثانية من هذه المادة ضاعفت العقوبة إذا نشأت عن الجريمة عاهة مستديمة أو وقعت نتيجة إخلال الجاني بما تفرضه عليه أصول وظيفته أو مهنته. وذكر لفظ الخطأ دون تحديد صورته لا يمنع من اعتباره دليلاً على وجوده. فالخطأ ينقسم إلى قسمين، الخطأ المادي ويقصد به الإخلال بالالتزام المفروض على الناس كافة باتخاذ العناية اللازمة عند القيام بسلوك معين، فإذا قام طبيب إجراء عملية جراحية وهو تحت تأثير الكحول أو إذا نسي واحدة من أدوات الجراحة في بطن

(١) تحقيق صحفي نشر في صحيفة القيس الكويتية بتاريخ ٢٠٠١/١٢/٢٢ المحامي ناهس العنزي .

(٢) تحقيق صحفي بصحيفة الاتحاد الإماراتية في ٢٠٠٠/١٢/٧ المستشار اسماعيل بسيوني .



المريض فهي اخطأ مادية لوجوب اتخاذ العناية عند قيامه بعمله لتجنب النتائج غير المشروعة، وهو التزام مفروض على الناس كافة وليس على الطبيب وحده، أما الخطأ المهني فيقصد به إخلال الطبيب أو مساعدة بالقواعد العلمية والفنية التي تحددها الأصول العامة لمباشرة المهنة.

وقد ذهب فريق من الفقهاء إلى التفرقة بين الخطأ الفني الجسيم الذي يسأل عنه الطبيب والخطأ الفني غير الجسيم الذي لا يسأل عنه الطبيب استناداً إلى أن هذا من مخاطر المهنة وهو أمر يمكن أن تختلف فيه النظريات والآراء والمذاهب العلمية في مجال المهن المختلفة ومنها مهنة الطب، ولذلك فلا يسأل الطبيب إلا عن الخطأ الجسيم. وقضت **محكمة الشارقة** بدولة الإمارات العربية المتحدة بأن الطبيب يسأل عن خطئه في العلاج إذا كان الخطأ ظاهراً لا يحتمل نقاشاً فنياً تختلف فيه الآراء، فإن وجدت مسائل علمية يتجادل فيها الأطباء ويختلفون فيها فلا لوم على الطبيب المعالج؛ لأنه في هذه الحالة يجب تفادي النظر في المناقشات الفنية عند تقدير المسؤولية للأطباء؛ لأن مهمة المحكمة ليست المفاضلة بين طرق العلاج المختلف عليها، بل قاصرة على التثبت من خطأ الطبيب المعالج.

أما أحكام **محكمة النقض المصرية** فقد استقرت على أن الطبيب لا يسأل عن خطئه اليسير بل عن خطئه الجسيم، وأنه لا يسأل عن أخطائه الفنية في التشخيص والعلاج إلا في حالتي الغش والخطأ الجسيم.

والرأي الثاني يقوم على عدم التفرقة بين الخطأ الجسيم والخطأ اليسير ومساءلة الطبيب المطلقة عن كل خطأ يرتكبه عادياً كان أم فنياً، جسيماً كان أم يسيراً، ويرى أصحاب هذا الرأي أنه لا حجر على الطبيب من قبل القضاء، ويمكن للطبيب تطبيق الآراء والنظريات الحديثة؛ لأن مسؤولية الطبيب لا تقوم إلا إذا ثبت الخطأ في حقه، ولم يخالف أحد المبادئ الطبية الثابتة المستقرة التي لا مجال فيها لخلاف الرأي. أما القواعد العلمية التي تكون محلاً للخلاف في الرأي فهذه يترك فيها التقدير للطبيب فلا يثبت الخطأ في حقه إذا فضل رأياً على رأي آخر ما دام يستند هذا الرأي إلى أسانيد علمية واضحة، وعندما يتعذر على القضاء القطع برأي في مسألة فنية، فإنه يلجأ إلى أهل الخبرة في هذا المجال ليسترشد برأيهم فيما غمض عليه.

وقد ذهب المشرعان **المصري والإماراتي** إلى تشديد العقاب في جريمة القتل والجرح غير المتعمدين إذا وقعت إيهما نتيجة إخلال الجاني جسيماً بما تفرضه عليه أصول وظيفته أو مهنته وحرفته.

ويتحقق الإهمال بامتناع المهمل عن اتخاذ العناية اللازمة لتجنب حدوث نتيجة غير مشروعة، وعلى ذلك يختلف الإهمال عن عدم الاحتياط؛ إذ يفترض الأخير اتخاذ الجاني موقفاً إيجابياً دون أن يتخذ من الاحتياطات ما يكفل تجنب الآثار الضارة.

ويتعين التفرقة بين إهمال الطبيب الذي يعمل بمستشفى حيث يحمل القضاء قواعد المسؤولية التقصيرية وبين إهمال المستشفى. فأخطاء العمل الطبي؛ أي ما يقوم به الطبيب من عمل فني كالتشخيص والعلاج والجراحة والعناية والمتابعة إلى غير ذلك يقع عبء الإهمال فيها على عاتق الطبيب وحده ويمكن مساءلة المستشفى طالما توافرت علاقة سببية بينهما.

أما المستشفى فيسأل عن كل إهمال يقع في تنظيم وحسن سير العمل به، وفي تقديم العناية والرعاية اللازمة للمرضى بصفة عامة، هذا، بالإضافة إلى حسن سير أجهزة المستشفى ونظافة آلاته المستعملة والتزامه بتوفير العدد الكافي والمتخصص من العاملين ومراعاة نظافة وصحة الاغذية المقدمة للمرضى، فكل إهمال في مثل هذه الأمور يثير مسؤولية المستشفى.

أما المساعدون للطبيب فقد يكونون أطباء أو صيادلة أو ممرضين أو فنيين أو غيرهم ممن يطلب منهم التدخل للمساعدة في العلاج أو الجراحة، ويعد الجراح رئيساً للفريق الذي يعمل تحت إمرته فهو يدير وينسق كل أنشطة مساعديه ومن ثم تتعدد مسؤوليته عن الأخطاء التي يرتكبها افراد مجموعته من اطباء مساعدين وممرضين نتيجة للاضرار التي تصيب المريض.

ويمكن أن يحصل أحد الأطباء على تصريح باستخدام بعض اسرة المستشفى لمعالجة مرضاه دون تدخل من المستشفى؛ فهنا تقوم العلاقة مباشرة بين الطبيب والمريض ولا دخل للمستشفى بهذه العلاقة وبناءً على تلك العلاقة قضت **محكمة النقض المصرية** بمسائلة الطبيب عن الضرر الذي أصاب المريض على اساس المسؤولية التقصيرية.

وإذا ما انتقلنا إلى الكويت، فغالباً ما تنتهي بعض الحالات الى المحاكم، مع ان وزارة الصحة اصدرت قراراً وزارياً رقم ٦٢٥ لسنة ١٩٩٨ ينص على إنشاء لجنة التحقيقات الطبية، ويحدد تشكيلها ومهامها، وهذه اللجنة تختص، - بالإضافة إلى أمور أخرى - بمهمة التحقيق مع مرتكبي الأخطاء الطبية آداب المهنة الطبية للعاملين بالوزارة وفي القطاع الأهلي، **وبخاصة ما يلي:**

١. حالات وقوع الخطأ في أثناء مزاولة المهنة.
٢. شكاوي المرضى وذويهم، أو اصحاب الشأن، المتعلقة بأخطاء المهنة الطبية وآدابها.
٣. التحقيقات الطبية اللازمة للدعوى القضائية إذا ما طلب ذلك من سلطات التحقيق أو السلطات القضائية.
٤. إبداء الرأي الفني والقانوني حول الاستشارات المتعلقة بالمسؤولية الطبية التي ترد للوزارة من النيابة العامة أو المحاكم أو أية جهة رسمية أخرى.
٥. اقتراح العقوبات التأديبية الخاصة بالمخالف في حالة الإدانة.
٦. إعادة أو استكمال التحقيقات الفنية الميدانية التي تجرى حال ارتكاب المخالفة وفي مكانها إذا ما رأت ضرورة لذلك.

وأعطى للجنة في سبيل أداء مهمتها عدداً من الصلاحيات، وأياً كانت مهام تلك اللجنة والدور الذي تضطلع به، فالواقع يشير إلى أننا ما زلنا في دوائر من عدم تحديد المسؤوليات، وإن كان القضاء العادل في النهاية يقول كلمته، ومن متابعتي لهذا الموضوع أرى أنه إذا كان الطبيب يعمل في وزارة الصحة وحدث في أثناء مزاويلته لمهنته خطأ فالوزارة هنا هي التي تتحمل المسؤولية باعتبارها الجهة المخولة بالعلاج، لكن لنفترض أن رجل اسعاف تعرض لحادث مرور واصطدم بسيارة وذلك أثناء تأديته لواجبه ومهمته؛ فالخطأ هنا عائد على الوزارة انما إذا كان رجل الاسعاف في غير عمله وحصل أن اصطدم بسيارة في الشارع، ففي هذه الحالة لا مسؤولية على الوزارة.. وهذا الوضع قد لا ينطبق على مسؤولية الإهمال لدى الطبيب العام؛ لأن السؤال هنا يكون، كيف احاسب هذا الطبيب العام على خطأ لا يتناسب ومستوى اختصاصه؟ لأن الخطأ الذي يرتكبه يحاسب عليه وفق مستواه العلمي، فالاصح أن يكون الطبيب الذي قام بالعملية الجراحية هو طبيباً تخصصياً وليس طبيباً عاماً، فهذا الطبيب بذل جهداً على مستوى طبيب عام ولم يبذل جهداً على مستوى طبيب متخصص...



لدي الآن حالتان يمكن الاستشهاد بهما من واقع سجلات المحاكم الكويتية، الأولى نشرت في القبس بتاريخ ١٩٩٦/٧/٧ وفيها ألزمت الدائرة المدنية في المحكمة الكلية في جلسة ١٩٩٦/٤/٢، بالزام أحد المستشفيات الخاصة والطبيب متضامنين بأن يؤديا لأحد المرضى ثلاثة آلاف دينار بعد أن تبين نسيان أنبوب صغير في موضع العملية.

أما القضية الثانية فقد نشرت تفاصيلها في صحيفة القبس بتاريخ ١٩٩٨/١١/١، وفيها تثبت مسؤولية الطبيب عن خطأ ارتكبه اعتبرته المحكمة مخالفاً لأصول الفن الطبي الثابتة وقواعده العلمية الأساسية، حيث قضت محكمة التمييز بتعويض مواطن ٤٠ ألف دينار بسبب فقد نظره نتيجة خطأ في وصفة دوائية، فقد وصف له الطبيب دواء "الإثامبتول" وفقد بصره بعد ثلاثة أيام وكانت حالته هي الأولى من نوعها في تاريخ السجل الطبي الكويتي.

ووقائع القضية يمكن تلخيصها في التالي:

رفع المريض دعوى ضد وزارة الصحة تأسيساً على أنه أدخل المستشفى لعلاج من سعال، فوصف له الأطباء عدة أدوية، منها دواء "الإثامبتول" للاشتباه في إصابته بتدرن رئوي، وبعد ثلاثة أيام من بدء العلاج شعر بخلل متزايد في قوة البصر، ولم يفتن أطباء مستشفى العيون إلى أن هذا الدواء هو سبب هذا الخلل إلا بعد ثلاثة أيام، وبعد أن فقد البصر تماماً فأوقف تناوله وأرسلته وزارة الصحة إلى لندن حيث انتهى الاختصاصيون إلى أنه أصيب بضمور العصب البصري نتيجة تعاطيه ذلك الدواء وأن هذا الضمور لا علاج له. وإذا كان ذلك ناتجاً عن خطأ الطبيب الذي أعطاه هذا الدواء الذي تجمع التقارير والمراجع الطبية على خطورته ووجوب ابقاء متعاطيه تحت الملاحظة حتى يمكن وقف تعاطيه فور ظهور أية أعراض وهو لم يحدث معه، وقد حرمه فقده لبصره من مصدر رزقه هو وزوجته وطفلاه، فقد أقام الدعوى على وزارة الصحة التابع لها الطبيب المعالج ابتغاء إلزامها أن تؤدي له مائتي ألف دينار كتعويض، وقضت المحكمة بنذب أحد الأطباء الشرعيين لفحص حالة المريض.

وقبل أن أختتم مطالعتي هذه أود أن أورد بعض الإحصاءات والأرقام التي لها علاقة بأخطاء طبية نتيجة وصف خاطئ للدواء؛ ففي ولاية "ماساوشش" الأميركية، حدث ٢٤ مليون خطأ في الوصفات الطبية؛ حيث صرفت هذه الوصفات بعقاقير مختلفة أو بجرعة خاطئة واختلاف فادح في الخدمات المألوفة والمتبعة.

مقابل هذا أظهرت التقارير أن في مستشفيات مدينة نيويورك حوادث طبية نتيجة الإهمال أو التقصير بنسبة ٣٧٪ أدت ١٣٦٪ منها إلى وفاة المريض و ٢٦٪ إلى عجزه الجسدي أو العقلي الدائم.

المراجع:

- صحيفة "الاتحاد" الإمارات العربية المتحدة ١٢/٧/٢٠٠٠.
- صحيفة "القبس" الكويت ٢٢/٣/٢٠٠١.
- المصدر السابق ٢٦/٧/٢٠٠٠.
- المصدر السابق ١/١١/١٩٩٨.
- صحيفة "الرياض" السعودية ٢٤/١١/٢٠٠٢.
- د.كمال حنش استشاري المسالك البولي والتناسلية.
- نشرة صحية شهرية تصدر عن وزارة الصحة بالكويت.



إقبال الرميضين

مدير إدارة المرأة والطفولة

وزارة الشؤون الاجتماعية والعمل

مقدمة:

إن السجلات والقضايا المرفوعة في المحاكم وفي مخافر الشرطة ربما لا تعكس . بأي حال من الأحوال . حجم هذه المشكلة وخطورتها . ولعل الحالات الخاصة بأسباب الطلاق تعكس مؤشراً على ازدياد مثل هذه الحالات؛ لكونها سبباً في ازدياد حالات الطلاق وإن كان ذلك كله لا يعكس الواقع الفعلي لحالات العنف الأسري .

إن الأرقام في واقع الحال من الممكن أن تكون مضاعفة بدرجات كبيرة . مقارنة بما هو مسجل لدى الأجهزة الرسمية، وهذا يعود بالدرجة الأولى إلى طبيعة المجتمع المحلي الذي لا يزال يعتبر مجتمعاً محافظاً يمنع انكشاف مشكلاته الأسرية وتداولها في الخارج واتساع نطاقها . هذا، بالإضافة إلى أن الوضع الخاص بالشؤون القانونية والنظرة الثقافية للمؤسسات الحكومية التي تتعلق بهذه الشؤون لا تعتبر مناسبة أو ملائمة لطبيعة الأسرة المحلية .

ولا شك في أن ظاهرة العنف آخذة في الانتشار على مختلف المستويات، وهي تشكل أحد التحديات الكبيرة التي يواجهها عالم اليوم .

إن ظاهرة العنف تعبر عن حالة كائنة بين الرفض وعدم التكيف من ناحية وبين ضغط المصادر المولدة للتوتر الذي يحتاج إلى تنفيس من ناحية أخرى، وأسباب العنف كثيرة وأشكالها عديدة، ولكن الأهم هو فهم ظاهرة العنف؛ إذ لم تعد الآليات التقليدية التي تعمل في المجتمع الواحد قادرة على تسيير السلوك الإنساني؛ فالعولمة فرضت علينا تفاعلات جديدة أدت إلى حالة من الفوضى الداخلية وأججت الصراع الداخلي للإنسان؛ بمعنى أننا لا نستطيع أن نفهم اتساع رقعة العنف ضمن آليات المجتمع المحلي؛ إذ إنه لم يعد يرتبط بطبقة اجتماعية وإنما أصبح يمارس في مختلف الطبقات الاجتماعية .

وتسعى إدارة المرأة والطفولة من خلال رؤيتها نحو تحقيق قدر من التكيف والتوافق الأسري ودرجة عالية من الاستقرار الأسري وتهيئة بيئة اجتماعية صحية ملائمة تسهم بدرجة مباشرة في بناء المجتمع، معتمدة في ذلك كله على هوية المجتمع الكويتي المستمدة من التراث العربي الإسلامي .

وتتمثل رسالة هذه الإدارة في وضع البرامج العامة الكفيلة بالنهوض بالأسرة، وتقديم الخدمات المناسبة لها في مختلف المجالات الاجتماعية والنفسية والتربوية، والسعي نحو تنمية الأسرة وتعزيز دور الأفراد فيها .

وقد قامت الإدارة - متمثلة بأقسامها - تنمية الطفل والمرأة وحدائق الأطفال ودور الحضانات الخاصة . بوضع برامج توعية إرشادية تسعى لتعزيز أواصر القرابة داخل الأسرة والمجتمع عن طريق ما يأتي :

- ١ . تفعيل دور الفئات العمرية المختلفة من الأطفال والمراهقين والشباب للإسهام في تحقيق الاستقرار الأسري .
- ٢ . تفعيل دور المرأة في الأسرة والحياة الاجتماعية .
- ٣ . الإسهام في نشر التوعية في المجالات والقضايا المتعلقة بالأسرة .
- ٤ . التعاون مع مؤسسات المجتمع المدني وجمعياته الأهلية فيما يتعلق بالتنمية الأسرية وتمكين الأسرة .
- ٥ . نشر التوعية الأسرية الخاصة بثقافة التعامل مع أفراد الأسرة، ونبذ العنف بأشكاله المختلفة، ومحاولة ترسيخ القيم المستمدة من التعاليم الشرعية والأخلاق الإسلامية .
- ٦ . التجهيز لإعداد دراسة تتناول (العنف الأسري) بجميع أشكاله، والسعي نحو التدخل المباشر لحل مختلف أنواعه .
- ٧ . تنفيذ ورش عمل وإلقاء محاضرات توعوية لفئات المجتمع المختلفة .
- ٨ . إعداد المواد الإعلامية المختلفة الخاصة بالتوعية حول موضوع العنف الأسري من نشرات و رسائل إعلامية .
- ٩ . تقديم البرامج والدورات التدريبية وورش العمل والملتقيات المكثفة الخاصة بالأسرة بالتعاون مع الجهات والمؤسسات المعنية في الدولة .
- ١٠ . إكساب الوالدين المهارات اللازمة للتعامل مع الأبناء في مرحلة ما بعد الطلاق .
- ١١ . وضع برنامج إعلامي لتعريف الوالدين بالمظاهر المبكرة للخلل السلوكي أو النفسي عند الأطفال الناتج عن ظاهرة العنف ضدهم .
- ١٢ . وضع برامج تدريبية لمشرفات حدائق الأطفال بالتنسيق مع جامعة الكويت؛ للكشف عن الأعراض الناتجة عن ظاهرة العنف .
- ١٣ . التنسيق مع وزارة التربية في وضع برنامج تربوي للإدارات وأعضاء الهيئات التدريسية؛ للكشف المبكر عن المشكلات النفسية والخلل السلوكي الناتج عن سوء المعاملة أو التعرض للعنف النفسي والبدني والاستغلال الجنسي .



١٤. التنسيق مع وزارة العدل والداخلية لتغليظ عقوبة استخدام العنف بمختلف أشكاله: النفسي والبدني ضد الأطفال .

١٥. تشجيع منظمات المجتمع المدني على الاهتمام بحماية الأطفال من العنف الأسري والمجتمعي.

١٦. القيام بحملات تفتيشية على دور الحضانة الخاصة التابعة لإدارة المرأة والطفولة، عن طريق مفتشات دور الحضانة ومن ثم الكشف عن أي حالة من حالات تعرض الأطفال في دور الحضانة للعنف. وقد خُصص مكتب مدير إدارة المرأة والطفولة وقسم الحضانة الخاصة لاستقبال جميع حالات الشكاوى ضد أي حضانة تسيء التعامل مع الأطفال أو حالات التعرض للإيذاء البدني داخل الأسرة.

١٧. سيتم وضع برنامج لحماية الأسرة المتصدعة ومساعدتها على تجنب جنوح أطفالها، وذلك بالتعاون مع (وزارات الداخلية / العدل / التربية/ جامعة الكويت) ضمن برنامج عمل الحكومة والاستعانة بالمستشارين المتخصصين في شؤون الطفل والأسرة .

المقترحات الخاصة بأساليب معالجة هذه القضية :

١. قراءة جديدة للمناهج التعليمية والتربوية المقررة خلال القرن الواحد والعشرين، وما طرأ عليها من تطور حديث، وتوضيح أثر الظواهر الدخيلة على المجتمع وطرق الابتعاد عنها .

٢. استغلال طاقات الشباب وملء أوقات فراغهم، وإيجاد فرص عمل مناسبة لهم حتى لا يكونوا عرضة للانحراف وممارسة العنف ضدهم .

٣. تكثيف حملات التوعية - من خلال وسائل الإعلام - لجميع فئات المجتمع ولا سيما فئة الشباب وتبصيرهم بأسباب العنف وأشكاله وأهمية المحافظة على البناء الاجتماعي والضبط الأخلاقي .

٤. تشكيل لجنة خاصة في مجلس الأمة تهتم بمعالجة مشكلات العنف الأسري .

٥. تفعيل دور وسائل الإعلام في توجيه الشباب وتعريفهم بخطورة العنف الأسري وبعض المظاهر السلوكية السلبية الناجمة عن العنف الأسري .

٦. أهمية القيم الدينية والعمل على ترسيخ الوازع الديني، وذلك عن طريق وضع برامج إرشادية تنفذ من خلال المدارس والمساجد ومراكز الشباب والنوادي وأجهزة الإعلام المختلفة لتوضيح أثر العنف وأشكاله .

٧. تشجيع مسار البحث والدراسة في مجال العنف الأسري وأسبابه والوقاية منه، وذلك عن طريق استثمار جهود مراكز البحث الحكومية القائمة، والجامعات والمعاهد العليا، وأقسام علم الاجتماع، وتوجيهها نحو الاهتمام بالموضوع وتكثيف البحوث الفردية والجامعية بشأنه.

- ٨ . تأسيس دار للمعنفات (الزوجات / والأطفال) لاستقبال الحالات أسوة بتجربة المملكة العربية السعودية .
- ٩ . حملات توعية للآباء نحو عدم تجاهل الأبناء .
- ١٠ . عدم غرس الميول العدوانية عن طريق الإفراط في استخدام العقاب البدني للأبناء .
- ١١ . الدعوة إلى إدخال مفهوم الصحة النفسية للمرأة إلى جانب الصحة الجسدية في القوانين والأنظمة المعمول بها في الدول العربية.
- ١٢ . إعداد وعرض الدراسات والبحوث التي تلقي الضوء على العوامل المؤدية إلى عدم إبلاغ الضحايا من النساء والفتيات عن جرائم العنف التي ترتكب ضدهن .
- ١٣ . توعية النساء والفتيات بحقوقهن القانونية عن طريق عقد الندوات والمحاضرات والورش، بالتعاون مع المؤسسات الرسمية والأهلية ووسائل الإعلام المختلفة .
- ١٤ . إعداد الدراسات والبحوث التي تهدف إلى معرفة الدوافع الحقيقية لتعرض الأطفال والنساء والفتيات للعنف والإيذاء .
- ١٥ . تخصيص خط ساخن لاستقبال الحالات المعنفة والتعامل معها بسرية تامة .



إعداد: أسرة التحرير

استقرت مسألة حقوق الإنسان وحياته الأساسية في الضمير الإنساني باعتبارها جزءاً لا يتجزأ من نظام الحكم في كل دولة، بل أصبحت تمثل البنيان الذي يجب أن يقوم عليه النظام الاقتصادي والاجتماعي لأي مجتمع، إلا أن تلك الحقوق والحريات تتعرض دوماً وفي مختلف الأمم - بدرجات متفاوتة - للسلب والتهديد والانتقاص، ومن صور ذلك الاتجار بالبشر.

والاتجار بالبشر شكل من أشكال العبودية الحديثة، يتضمن في جوهره خرقاً لحقوق الإنسان في الحياة والحرية والعيش في بيئة آمنة. فقد استُغلت صعاب اقتصادية و كوارث طبيعية وتزايد الطلب العالمي على العمالة الرخيصة، ولجأ البعض إلى استعمال وسائل القسر أو الاختطاف أو الاحتيال والخداع وغير ذلك لاستغلال الأشخاص، خاصة النساء والأطفال، في صور عديدة من الأشغال الشاقة والأعمال المنافية للأدب.

وقد أصبحت هذه التجارة تمثل تهديداً متعدد الأبعاد على جميع الدول؛ فبالإضافة إلى المعاناة الإنسانية التي يسببها هذا الانتهاك لحقوق الإنسان فإن علاقتها بالجريمة المنظمة والتهديدات الأمنية الخطيرة كت تهريب المخدرات والأسلحة أصبحت أكثر وضوحاً.

من أجل ذلك تعاظم اهتمام المجتمع الدولي بمحاربة الاتجار بالبشر بوصفه أحد التحديات الخطيرة التي تواجه الإنسانية، وهو تحد لا يمكن مواجهته إلا على نحو جماعي وعلى صعيد عالمي يغطي جميع قطاعات المجتمع الدولي، ومن أهم صور هذه المواجهة تعزيز النظام القانوني والقضائي في مجال مكافحة الاتجار بالبشر ونشر ثقافة هذه المكافحة.

وإن معهد الكويت للدراسات القضائية والقانونية - إيماناً بدوره التدريبي في نشر الثقافة القانونية - نظم بالتعاون مع وزارة العدل بتاريخ ١ / ٥ / ٢٠٠٨ حلقة نقاشية أدارها الدكتور محمد مطر من جامعة جون هيكنز بالولايات المتحدة الأمريكية؛ استعرض فيها والحضور من أعضاء السلطة القضائية المعاهدات والاتفاقيات الدولية ذات الصلة بمكافحة الاتجار بالبشر.

وفي غضون الأيام من ١١-١٣/١/٢٠١٠ عقد المعهد - بالتعاون مع المنظمة الدولية للهجرة - للسادة أعضاء السلطة القضائية ورش عمل حول هذا الموضوع، وقد اشترك في هذه الورش كل من الخبير بالمنظمة السيد / توحيد باشا، والخبير السيد / بيتر برانيت، والدكتور / يحيى البنا المستشار بمحكمة الاستئناف بدولة الكويت؛ حيث كشفوا عن أن منظمة العمل الدولية (ILO) أعلنت أن أكثر من ١٢ مليون شخص يقعون ضحايا للعمالة القسرية، أغلبهم من النساء والأطفال الذين يستغلون - غالباً - في المواد الإباحية، وقدرت أرباح المستغلين من وراء العمالة الجبرية بـ ٣٢ بليون دولار سنوياً، كان نصيب استغلال النساء والأطفال أرباحاً تقدر بـ ٢٨ بليون دولار سنوياً.

(١) حلقة نقاشية وورش عمل عقدها المعهد يومي ١/٥/٢٠٠٨ - ١٣/١/٢٠١٠.

ثقافة قانونية

وقد ظهرت أهمية تلك الحلقة النقاشية وهذه الورش في الإعداد لصياغة استراتيجية فعالة وعملية بشأن مكافحة الاتجار بالبشر ، وتنمية القدرة اللازمة لتطوير الإجراءات والممارسات الفعالة الخاصة بتطبيق القوانين ذات الصلة فضلاً عن اقتراح تدابير لتسهيل طرائق تحديد هوية ضحايا الاتجار بالأشخاص وتوفير الحماية والمساعدة لهم، وأخيراً العناية بمسألة وضع ضحايا الاتجار الخاص بالهجرة واعتماد ما يكفل إعادتهم إلى أوطانهم أو إعادة توطينهم وإدماجهم في المجتمع.

وعلى الرغم من كل تلك الجهود المبذولة ، يبقى التحدي قائماً ، لما تتصف به جريمة الاتجار بالبشر من قدرة حركية وقابلية للتكيف بحسب الظروف ، ولأنه - على غرار كثير من أشكال الأنشطة الإجرامية الأخرى - نشاط دائم التغير يحاول أن يحيط الجهود التي تبذلها سلطة القانون لمنع ، لكن أنماط الاستجابة في التصدي للمشكلات الناجمة عن هذه الظاهرة الإجرامية أخذت تتغير بوتيرة سريعة أيضاً وخصوصاً بفضل اعتماد الأمم المتحدة تعريفاً متفقاً عليه لهذه الظاهرة الإجرامية في نوفمبر ٢٠٠٠ ، كما أننا نتعلم يومياً دروساً جديدة عن الطرق التي تعد أكثر فاعلية في توفير الحماية والمساعدة لضحايا هذه الجرائم.





عربي	إنجليزي	فرنسي
عنف ، قسوة	Violence	Violence
خطأ جسيم	Wrong , Gross fault	Faute Grave
الاعتداء على الحرية	Attack on Freedom	Atteinte a la liberte
إهمال جسيم	Cross Negligence Misfeasance	Negligence
قانون الجزاء	Criminal Law	Droit Penal
طفولة جانحة	Enfance Delinquante	Enfance Deliquante
إصلاحية للأولاد	Reformatory, House of Correction	Maison de Corrections,D'education
ابن مشرد	For Sake Child- Deserted	Enfant abandonne
رعاية الطفولة	Infancy Protection	Protection de L'enfance
رعاية لأب صالح	Bonus Pater Families to Administrate with the Diligence	Bon pere de famille
السلطة الأبوية	Author Ship	L'Autorite Parentale
مصلحة إدارية	Administration Department	Service Administratif
جزاء إداري	Administrative Suction	Sanction (Administrative)
إجرام	Criminality	Criminalite
إجراءات تأديبية	Disciplinary Proceedings	Mesures Disciplinaires
انتخاب - تصويت	Election , Voting, Ballot	Election, Vote, Serutin
ضرب - جرح	Assult and Battery	Coups et Blessures
قتل	Homicide	Homicide
تهديد	Threat, Intimidation	Menace
توبيخ - تأنيب	Blame, Reproach	Blame
تشويه - بتر	Mutilation	Mutilation



عربي	إنجليزي	فرنسي
تشرّد	Vagrancy, vagabondage	Vagabondage
الجريمة المنتظمة / المستمرة	Continuous Crime	Crime organise et continu
حدث	Young	Mineur
حقوق الطفل	Children Rights	Droits de L'enfant
هجر	Abandonment	Adandonnement
طلاق	Divorce	Divorce
غلط	Mistake	Erreur
إضطهاد	Persecution	Persecution
التعذيب	Torture	Torture
عقوق الوالدين	Disobedience to Parents	Disobedience aux Parents
التعريض للخطر	Exposure to Risk	Exposition au Risque
المعاملة القاسية	Cruel Treatment	Traitement Cruel
استقرار المجتمع	The Stability of Society	La stabilite de la Societe
كيان الأسرة	Family Entity	Le Corp Familiale
اضطراب نفسي	Mental Disorder	Troubles Mentaux
خطأ طبي	Medical Error	Erreur Medicale
الاتجار بالبشر	Trafficking in Human Beings	Trafique des Etres Humains

المراجع:

- لغة المحاكم، منشورات الحلب الحقوقية
- معجم الكويت القانوني أ.د بدر جاسم اليعقوب



إعداد: أسرة التحرير

تشغل جمهورية البرازيل الاتحادية القسم الشرقي من أمريكا الجنوبية وتعتبر خامس دول العالم من حيث المساحة ، وهي جمهورية اتحادية تتكون من ٢٦ ولاية يظللها الدستور ، وآخر دستور اتحادي صدر في عام ١٩٨٨ ويعتبر البلد السابع في ميثاق البرتغال ، وقد حافظ الدستور على توزيع السلطات واستقلالها ، فالسلطة التنفيذية تمارس عن طريق الرئيس بوساطة وزرائه الذين يعينهم بنفسه ، وينتخب الرئيس لمدة أربع سنوات قابلة للتجديد مرة واحدة فقط ، ويساعده في مهامه الرئاسية مجلس الجمهورية ، وهو عبارة عن هيئة استشارية تتكون من نائب رئيس الجمهورية ، ورئيسي مجلس النواب ومجلس الشيوخ ، ووزير العدل ، وستة أعضاء آخرين (اثنان يعينهما رئيس الجمهورية ، واثنان من مجلس النواب واثنان ينتخبهما مجلس الشيوخ) ، ومدة هذا المجلس ثلاث سنوات قابلة للتמיד . كما يساعد الرئيس في مهامه مجلس الدفاع الوطني كهيئة استشارية حول مسائل الدفاع ، ويتكون من نائب رئيس الجمهورية ، ورئيسي مجلس النواب ومجلس الشيوخ ، ووزير العدل ، ووزراء الجيش والخارجية والتخطيط .

أما السلطة التشريعية فتمارس بوساطة المؤتمر الوطني الاتحادي أو الفيدرالي (الكونغرس) الذي يتكون من مجلسين : مجلس الشيوخ (المجلس الأعلى) ومجلس النواب ، ويتألف مجلس الشيوخ الفيدرالي من ٨١ عضواً ، ينتخب ثلثه بشكل مباشر والثلث الباقي ينتخب بالاقتراع غير المباشر ، ومدة العضوية ثماني سنوات ، أما مجلس النواب فيتكون من ٥١٣ نائباً ، ينتخبون على أساس دوائر انتخابية لمدة أربع سنوات ، وفضلاً عن الاختصاصات التشريعية التي يتولاها الكونغرس بمجلسه يراقب تنفيذ الموازنة والمسائل المتعلقة بالديون الخارجية ، وكذلك الترشيحات المهمة التي تقترحها الهيئة التنفيذية ، ويلاحظ أن التعديلات الدستورية يجب أن تحظى بموافقة أغلبية خاصة ، هي ثلاثة أخماس مجلسي النواب والشيوخ .

وتستقل الولايات بأنظمتها القضائية والقانونية عن النظام الفيدرالي؛ حيث يصعب الحديث عن نظام قضائي أو قانوني موحد؛ فكل ولاية من الولايات الست والعشرين تستقل بنظامها القضائي والقانوني، بل ليس هناك نموذجان فيدراليان متطابقان تماماً .

وقد لعب القضاء الاتحادي بالفيدرالية البرازيلية دوراً كبيراً في صياغة شكل الدولة الفيدرالية ، ووضع القواعد القانونية لمجموعة التدابير الخاصة بتقسيم السلطة والسيادة والحفاظ على النظام الدستوري ، وسمو الوثيقة الدستورية ، وانتزاع الرقابة القضائية على دستورية القوانين ، وتقرير مبدأ سمو الدستور على القوانين الاتحادية ، وتعزيز احترام التعددية القومية والدينية التي هي من أهم مبررات نشوء الاتحاد الفيدرالي . وقد تم ذلك عن طريق مجموعة من القواعد التي أرساها القضاء البرازيلي ، هذا ، فضلاً عن دوره في تحديد الصلاحيات والاختصاصات بين السلطة الاتحادية وسلطات الوحدات المكونة ، وقد أسهمت أحكام المحكمة الاتحادية العليا الفيدرالية بالعاصمة برازيليا ، في نقل المزيد من الصلاحيات إلى سلطات الأقاليم ، على الرغم من أن الاتحادات نشأت على هاجس هيمنة السلطة الفيدرالية على معظم الصلاحيات .

جولة في دولة

وللمحكمة الاتحادية العليا الفيدرالية ، الولاية على جميع المحاكم ، وفيما يخص صلاحيات تلك المحكمة التي هي في الغالب تفسير الدستور والرقابة على دستورية القوانين والفصل في النزاعات التي تنشأ بين حكومات الوحدات المكونة أو بينها وبين حكومة الاتحاد ، وتوجد محاكم اتحادية أخرى بالإضافة للمحكمة الاتحادية العليا الفيدرالية ، وتتعدد هذه المحاكم في الولايات ؛ إذ توجد في كل ولاية محكمة اتحادية عدا بعض الولايات ، وذلك بخلاف محاكم الدرجتين الأولى والثانية ، وتنظر المحكمة الاتحادية العليا كل ما يتعلق بالاختصاصات الحصرية للسلطات الاتحادية ، وهناك قواعد وإجراءات معقدة لنقل الدعوى من محاكم الولاية للمحاكم الاتحادية على أنه في أي مرحلة من مراحل التقاضي يجوز نقل الدعوى إلى المحكمة الاتحادية العليا إذا كان موضوعها ينطوي على خرق أو مخالفة للدستور ، ويواجه القضاء المزدوج في البرازيل صعوبات من أهمها التمييز بين ما هو من اختصاص محاكم الولايات والمحاكم الاتحادية ، ويعتبر القضاء المزدوج في البرازيل سمة من سمات الإدارة المباشرة لاختصاصات السلطة الاتحادية داخل البرازيل .

وعلى الرغم من وجود نصوص تحدد اختصاصات كل من الطائفتين من المحاكم فإن الممارسة الطويلة واختلاف تفسيرات المحاكم قد جعل من العسير التمييز بين تلك الاختصاصات وهو ما أدى إلى نشوء ما يسمى عند المحامين البرازيليين باستشارات السوق ، وهي مجموعة من الاستشارات يقدمها المحامون لتحديد المحكمة الأصلح لإقامة دعوى المدعي ، وقد يختار المدعي المحكمة لأسباب مختلفة ، منها قرب المسافة أو اختلاف قوانين المرافعات بالنسبة للتقادم ولطريقة اختيار المحكمة للمحلفين ، وقد يرى المدعي أن القاضي المحلي لديه فلسفة قضائية أقرب إلى واقع الولاية أو المنطقة التي يمثلها . وعلى العموم فقد أسهمت المحاكم الاتحادية في إلغاء الكثير من القرارات والقوانين المحلية التي تحمل طابع التمييز العنصري ، وكان لها دور كبير في حماية النظام الدستوري وحقوق الإنسان .

وقد نظمت أحكام المادة (٩٢) من الدستور الاتحادي تعداداً لأنواع المحاكم العليا «الفيدرالية» بالبرازيل ، وهي على النحو التالي:

- المحكمة الفيدرالية العليا
- محكمة العدل العليا
- المحكمة العليا لشئون الانتخابات
- محكمة العمل العليا
- المحكمة العسكرية العليا
- المحكمة الاتحادية لمراجعة الحسابات
- Supreme federal Tribunal
- Superior tribunal of justice
- Superior Electoral court
- Superior labor court
- Superior Military Tribunal
- Federal Audit court

وينبغي على المحاكم الإقليمية ومختلف هيئات السلطة القضائية إيلاء اهتمام خاص للمحاكم العليا ، حيث تشمل ولايتها القضائية الاتحاد ككل .



ونتناول المحاكم العليا بإيجاز على النحو التالي :

١. المحكمة الفيدرالية العليا - وهي أعلى هيئة قضائية بالبرازيل - وتتكون من ١١ عضواً، يعينهم رئيس الجمهورية بعد موافقة مجلس الشيوخ، وتتنظر الطعون الخاصة بقرارات الرئيس، ونائبيه، والوزراء، وأعضاء الكونغرس، كما تختص بالطعون في الأحكام الصادرة من مختلف درجات المحاكم، وتتولى أيضاً تفسير الدستور والفصل في المنازعات بين الحكومة الاتحادية والولايات وبين الولايات فيما بينها، أو بين إحدى الولايات والحكومات الأجنبية، وتتنظر في الحالات التي تنطوي على تسليم المجرمين.
 ٢. محكمة العدل العليا، وتشكل من ٢٣ عضواً على الأقل، وتختص بنظر الطعون في القرارات الصادرة عن حكام الولايات وأعضاء المحكمة، ويتم تعيين الأعضاء من قبل رئيس الجمهورية بعد موافقة مجلس الشيوخ.
 ٣. محكمة العمل العليا، وتتكون من ٢٧ عضواً يعينهم الرئيس بعد موافقة مجلس الشيوخ، وتختص بالنظر في المنازعات والقضايا العمالية.
 ٤. المحكمة العليا لشئون الانتخابات، وتضم سبعة قضاة؛ ثلاثة من المحكمة الاتحادية العليا، واثنان من المنتخبين بالاقتراع السري من رئيس محكمة العدل العليا، واثنان يعينهما رئيس الجمهورية، كما تضم الولايات محاكم انتخابية فرعية.
 ٥. المحكمة العسكرية العليا، وتضم ١٥ قاضياً يعينهم رئيس الجمهورية بعد موافقة مجلس الشيوخ لمدة الحياة، أربعة يتم اختيارهم من الجيش، وثلاثة من القوات البحرية، وثلاثة من القوات الجوية، أما الخمسة الباقون فهم من القضاة المدنيين.
 ٦. المحكمة الاتحادية لمراجعة الحسابات، وتختص بنظر الطعون الخاصة بشئون الموازنة في الدولة.
- وتتمتع السلطة القضائية في البرازيل بالاستقلال الإداري والمالي، كما يتمتع القضاة في مختلف المحاكم بالحصانة القضائية وعدم جواز العزل، وفقاً لما تنص عليه المادة (٩٥) من الدستور، ويتمتع أعضاء النيابة العامة بتلك الضمانات وفقاً للبند الأول من الفقرة (٥) من المادة (١٢٨) من الدستور.
- إن العدالة في البرازيل كانت تعتبر بطيئة جداً وبيروقراطية؛ إذ كان سعي كل من القضاة وأعضاء مكتب المدعي العام، والمحامين من أجل تسريع العدالة تحسباً لتعرضها لأعباء مفرطة، فكان نتيجة ذلك سن القانون رقم (٧٢٤٤) الصادر في ٧ نوفمبر ١٩٨٤، الذي ينص على قواعد لإنشاء محاكم بالمقاطعات الصغيرة.
- ثم نص الدستور الاتحادي لعام ١٩٨٨ في المادة (٩٨)، من البند الأول على إنشاء محاكم خاصة.

المصادر:

- الأمم المتحدة • www.uni-wuerzburg.de/law
- موقع حكومة البرازيل • www.brazil.gov.br
- موقع وزارة العدل البرازيلية • www.mj.gov.br
- موقع المحكمة الفيدرالية العليا بالبرازيل • www.stf.gov.br
- موقع المحكمة العليا البرازيلية • www.stj.gov.br
- موقع المحكمة الانتخابية العليا بالبرازيل • www.tse.gov.br
- موقع المحكمة العسكرية العليا البرازيلية • www.stm.gov.br
- موقع محكمة العمل العليا بالبرازيل • www.tst.gov.br
- موقع المحكمة الاتحادية لمراجعة الحسابات بالبرازيل • www.tcu.gov.br

ملحوظة: جميع المواقع باللغة البرتغالية باستثناء أول موقع فهو باللغة الإنجليزية.



التناسب بين الجزاء والمخالفة التأديبية

الطالب حبيب أحمد المناور

كلية الدراسات العليا - جامعة الكويت

إعداد: أسرة التحرير

استهل الطالب أطروحته بمقدمة ، بين فيها أن هذه الرسالة - موضوع الأطروحة - تدور حول مبدأ التناسب بين الجزاء والمخالفة التأديبية ؛ فلا يحقق الجزاء المشروعية إذا اتسم بالغلو في الشدة والقسوة بما لا يتناسب مع المخالفة المرتكبة ، ولا يحقق الجزاء المبدأ ذاته أيضاً إذا حمل في طياته اللين والاستهتار بالمخالفة ، ومن ثم فإن مهمة السلطة التأديبية وهي بصدد توقيع الجزاء أن تراعي تناسبه مع المخالفة ولاسيما أن قرارها في هذا الخصوص خاضع لرقابة القضاء تحقيقاً للعدالة .

ثم تطرق مقدم الرسالة بعد هذه المقدمة إلى فصل تمهيدي عن مفهوم الجزاء التأديبي ومدى مشروعيته ، وقام بتقسيم هذا الفصل لمبحثين ، كل منهما احتوى على مطلبين ، تحدث في المبحث الأول عن المخالفة التأديبية كسبب لتوقيع الجزاء وبين في المطلب الأول ماهية المخالفة التأديبية وأركانها ، وفي الثاني تقنين المخالفة التأديبية ، ثم تكلم في المبحث الثاني عن مفهوم الجزاء التأديبي ومدى مشروعيته مبيناً في المطلب الأول مفهوم هذا الجزاء وخصائصه وفي الثاني مشروعيته والنتائج المترتبة عليه .

وبخصوص ماهية المخالفة التأديبية أظهر مقدم الرسالة في الفرع الأول من المطلب الأول أن الفقه والقضاء تناولها باصطلاحات متعددة ، من مثل الجريمة التأديبية ؛ أي الذنب الإداري أو الخطأ الإداري ، أو المخالفة الإدارية ، واختار الاصطلاح الأخير في رسالته ، لأنه يبرز ذاتية هذه المخالفة واستقلالها عن الجريمة الجنائية ، فضلاً عن أن المشرع الكويتي استخدمه في المرسوم بقانون رقم ١٥ لسنة ١٩٧٩ في شأن الخدمة المدنية .

ثم انتقل لبيان مفهوم المخالفة التأديبية في التشريع والقضاء والفقه ، وقال إنه بالنسبة للتشريع فإن مفهوم الجريمة يختلف من دولة إلى أخرى حسب ظروف كل منها اجتماعياً وسياسياً واقتصادياً ؛ فما يعتبر جريمة في دولة ما قد لا يعتبر كذلك في الأخرى وهو ما ينطبق أيضاً على المخالفة التأديبية بل إنه في داخل الدولة الواحدة قد يعتبر تصرف معين مخالفة تأديبية داخل مجتمع وظيفي معين ولا يعتبر كذلك في مجتمع وظيفي آخر . وأضاف أن التشريعات لا تضع تعريفاً محدداً للمخالفة التأديبية . وقد اكتفى المشرع الكويتي مثل المصري في هذا الصدد بأن نص على بعض الواجبات التي يتعين على الموظف القيام بها ، كما نص على بعض التصرفات التي يتمتع عليه إتيانها ، فإذا قصر في هذا أو ذاك وقع تحت طائلة المساءلة التأديبية ، باعتبار أن المخالفة التأديبية وفقاً للمفهوم التشريعي - تنصرف إلى إخلال الموظف بواجبات وظيفته إيجاباً أو سلباً . وهو ما يصعب حصره في تعريف جامع مانع . أما عن المخالفة التأديبية في مفهوم القضاء فقيد انتهجت محكمة التمييز الكويتية مفهوم أن المخالفة التأديبية هي الذنب الإداري المترتب على إخلال الموظف بواجبات وظيفته إيجاباً أو سلباً وهو المفهوم ذاته لدى المحكمة الإدارية العليا بمصر . وقد أورد مقدم الرسالة بعض الأمثلة التي اعتبرها القضاء مخالفة تأديبية ، فمنها عدم توقيف الموظف لرؤسائه واحترامهم ، وعدم محافظة الموظف على عهده ببذله العناية الواجبة للحفاظ عليها ؛ مما قد يسهل للغير سرقتها . وأشار مقدم الرسالة إلى الأحكام الصادرة من المحكمة الإدارية العليا بمصر بخصوص الأمثلة ، ثم أضاف أن إدارة الفتوى والتشريع بمجلس الوزراء بالكويت أوردت بعض الأمثلة من صور المخالفات التأديبية منها ، الانقطاع عن العمل دون عذر ، أو إهمال الموظف في أداء واجباته الوظيفية وعدم تنفيذ أوامر رؤسائه وذلك على سبيل المثال وليس الحصر ، وأن ذلك يستوجب المساءلة التأديبية .

ثم انتقل إلى بيان مفهوم المخالفة التأديبية في الفقه قائلاً : إنه نتيجة لعدم تصدي المشرع الكويتي لتعريف المخالفة التأديبية وكذلك المشرع المصري فقد حاول الفقه تعريف هذه المخالفة ؛ إذ ذهب البعض إلى أنها « كل تصرف يصدر عن العامل في أثناء أداء الوظيفة أو خارجها ويؤثر فيها بصورة قد تحول دون قيام المرفق بنشاطه على الوجه الأكمل ، وذلك متى ارتكب التصرف عن إرادة آثمة .

وعرفها البعض الآخر بأنها كل عمل أو امتناع عن عمل يرتكبه الموظف ويجافي واجبات منصبه . ثم عدد بعضاً من الأمثلة التي تدور في هذا المعنى ، وخلص من كل ذلك إلى أن التشريع والفقه والقضاء اتفقوا على القاعدة العامة في المخالفة التأديبية بأنها إخلال الموظف العام بواجبات الوظيفة العامة ومقتضياتها وكرامتها .



ثم انتقل مقدم الرسالة في الفرع الثاني ليتناول أركان المخالفة التأديبية باعتبارها مكونة من ثلاثة أركان ؛ أولها الركن الشرعي (القانوني) ، وثانيها الركن المادي ، والثالث الركن المعنوي. وفي بيان الأول من هذه الأركان يقول إن المقصود بالركن الشرعي في الجريمة الجنائية النص القانوني الذي يقرر أن تصرفاً معيناً يتصف بأنه جريمة ويحدد العقوبة التي تطبق على مرتكبها إعمالاً لمبدأ أنه لا جريمة ولا عقوبة إلا بنص ، أما بالنسبة للقانون التأديبي فإنه لا يعرف هذا المبدأ ؛ ذلك أنه يكفي للمحاسبة التأديبية مخالفة ما تفرضه الوظيفة ومقتضياتها ، وقد يرد ذلك عن طريق المشرع الذي يقرر قواعد معينة لبيان المخالفة التأديبية ، وقد يكون ذلك عن طريق القضاء الذي يضع الضوابط للخطأ التأديبي من خلال ممارسته بنفسه لسلطة التأديب . إذن ، فالركن الشرعي في المخالفة التأديبية يتمثل في قاعدة التجريم التأديبي ، وهي لا تجد مصدرها في القوانين العادية فقط ، وإنما قد يكون مصدرها الدستور أو اللوائح أو القرارات الإدارية أو التعليمات والنشرات ، وقد تجد مصدرها في الأعراف الوظيفية المستقرة ، وهذا يعني أن الجريمة التأديبية قد تكون مقننة أو غير مقننة .

وعلى الرغم من اتساع سلطة السلطات التأديبية في تحديد ما يعتبر مخالفة تأديبية إلا أن ذلك لا يعني إهدار مبدأ الشرعية بصفة مطلقة ، فلا تملك السلطات التأديبية أن تعاقب على أي فعل ولأي سبب ، وإنما يجب أن يكون الفعل منطوياً على خطأ ما وفقاً لقاعدة عامة سواء كان مصدرها قانوناً أو لائحة أو قراراً تنظيمياً أو تطبيق قواعد العرف والتقاليد المستقرة ، ويتحدد الخطأ التأديبي وفقاً لهذا المفهوم في ضوء مجموعة من المبادئ والضوابط تتحصل في الآتي :

١. ألا يكون الفعل المكون للمخالفة ممارسة لحق مشروع، كحق الشكوى والتظلم رئاسياً وحق اللجوء للقضاء وحق الانضمام لجمعية أو نقابة؛ فهذا التصرف لا يكون مخالفة ما .
٢. أن يقاس الخطأ بمعيار موضوعي فالخطأ يتحدد بقياس السلوك للشخص العادي مع الأخذ في الاعتبار ظرف الزمان والمكان وظروف العمل والطائفة التي ينتمي إليها المخالف ، فسلوك القاضي يكون بالقياس إلى قاض ، وسلوك المدرس يكون بالقياس إلى آخر من أوسطهم .
٣. أن يتحدد الخطأ على أساس أوضاع الوظيفة العامة والالتزامات المترتبة عليها وطبيعة الوظيفة وأهداف المرفق ودرجة المسؤولية التي يتحملها المتهم ومستواه في التدرج الرئاسي .
٤. مراعاة الظروف التي وقع فيها الخطأ التأديبي ؛ ففي الظروف الاستثنائية لا ينظر إلى الخطأ مثلما ينظر إليه في الظروف العادية .
٥. أن يكون الخطأ التأديبي قد ارتكب دون عذر شرعي ؛ لأن هذا العذر قد يرفع المسؤولية عن الموظف على الرغم من ارتكابه الخطأ ، مثل حالة القوة القاهرة التي تحول دون أدائه لواجبات وظيفته ، وكذلك ارتكابه الخطأ إبان إصابته بمرض كالته والجنون ، أو في حالة تنفيذه لأمر رئيسه على الرغم من تنبيهه رئيسه للمخالفة ، كذلك يعفى الموظف من العقاب في حالة ارتكابه المخالفة نتيجة إكراه، ويعفى أيضاً إذا تعلق الأمر بمسألة خلافية في الرأي وفضل الموظف رأياً على آخر كما أن المسؤولية قد تسقط بمرور خمس سنوات على ارتكابها .

والخلاصة من ذلك أن الركن الشرعي يتمثل في مجموعة القواعد القانونية التي يمكن أن تستند إليها السلطة التأديبية في تكييف الفعل على أنه مخالفة تأديبية ، وهذه القواعد متنوعة في النصوص القانونية أو الأحكام القضائية أو اللوائح الإدارية والقواعد العرفية، ويجب أن تراعي السلطة التأديبية عند تقرير المخالفة التأديبية الضوابط والمبادئ التي سلف بيانها .





ثم يبين بعد ذلك الركن الثاني من أركان المخالفة التأديبية وهو الركن المادي ، الذي يتمثل في فعل مادي ملموس ، فلا تعرف الجريمة أو المخالفة دون هذا النشاط المادي لها ، بمعنى أن يكون عملاً إيجابياً كتعدي الموظف بالقول أو الفعل على زميل له ، وقد يكون سلبياً بالامتناع عن عمل من مقتضيات وظيفته ، ويجب أن يكون هذا الفعل إيجاباً أو سلباً محدداً فلا تقوم المخالفة التأديبية على مجرد الشائعات أو على مجرد التفكير فقط في ارتكاب المخالفة .

أما الركن المعنوي باعتباره الركن الثالث في المخالفة التأديبية فيتمثل في القصد (إرادة آثمة) بأن يعتمد الموظف ارتكاب الفعل بقصد ، أما إذا ارتكب الفعل دون النظر إلى النتيجة فإن الخطأ يكون غير عمدي ومن ثم فقد وجدت المخالفة التأديبية العمدية ، كما وجدت المخالفة غير العمدية .

وينتقل مقدم الرسالة بعد ذلك إلى المطلب الثاني من هذا المبحث ، الذي يتحدث فيه عن تقنين المخالفة التأديبية بين المعارض والمؤيد ، ويقصد بتقنين المخالفات التأديبية وضع تعداد لها وقائمة الجزاءات الخاصة لكل منها ، ويقول إنه قد ثار الخلاف بين الفقهاء حول مدى ضرورة إمكانية تقنين المخالفات التأديبية ، فهناك من يعارضها والبعض الآخر يرى إمكانية التقنين ثم يشير في الفرع الأول من هذا المطلب إلى الرأي المعارض لفكرة تقنين المخالفة التأديبية ، وهو ما تبناه الفقه التقليدي ؛ حيث ذهب إلى أن المخالفات التأديبية لا يلزم تقنينها لأسباب ، منها :

١ . أن واجبات الوظيفة لا يمكن حصرها ؛ ذلك أن قوانين التوظيف لا تنص على كل الواجبات الأساسية التي يلتزم بها الموظف وإنما تنص على احترام الواجبات التي تتطلبها الوظيفة ، وعلى ذلك فإن هذه الواجبات تختلف باختلاف طبيعة العمل وظروفه وصفة الموظف ومكانته في السلم الإداري ، وبترتب على هذا التنوع في الواجبات وعدم حصرها ما يلي : أ- أن تحديد المخالفات التأديبية سيكون على سبيل المثال لا الحصر ، ومن ثم ، فلن يكون هناك قائمة بالأخطاء التي يمكن أن يجاسب عليها الموظف . ب- لا يمكن تحديد المخالفات التأديبية بصفة عامة وإنما تحدد لكل طائفة من الموظفين على حدة طبقاً للاعتبارات الوظيفية ، وهو ما يجعل تقنين المخالفات غير ممكن تنفيذه .

٢ . تحديد المخالفات التأديبية يقيد حرية الإدارة في ممارسة وظيفتها التأديبية ؛ لأن تعداد المخالفات من شأنه ألا تتمكن الإدارة من مواجهة الأخطاء غير الواردة بقوائم المخالفات ، في حين أنها يجب أن تكون قادرة على مواجهة أي سلوك سيئ ، وعلى تقدير الخطأ والمساءلة عنه وهو ما يحد من فاعلية التأديب ويؤثر على النظام والمرفق .

كما يرى البعض من المعارضين لفكرة التقنين أيضاً أنه بفرض فائدة التقنين وضرورته فإنه غير ممكن للآتي : لأن واجبات الموظفين تحمل مضموناً غامضاً يصعب معه وضع مدلول قانوني محدد لكل منها ؛ لذا يصعب تحديد المخالفات التأديبية على عكس ما يحدث في القانون الجنائي الذي يخضع بمقتضاه كل فرد للإلزام ذاته ، أما القانون التأديبي فيخضع كل موظف لواجبات تتفق مع ظروف عمله وطبيعته ، فما يعتبر مخالفة بالنسبة لمجموعة من الموظفين لا يعتبر كذلك بالنسبة لغيرهم ، بل إن درجات التأثيم حتى في نطاق الفئة الواحدة تختلف تبعاً لنوع العمل فضلاً عن أن الجريمة التأديبية تختلف باختلاف المكان والزمان وطبيعة المرفق الذي يعمل به الموظف وطبيعة العلاقة بينه وبين الإدارة مؤقتة أو دائمة .



ويتحدث في الفرع الثاني من هذا المطلب عن الرأي المؤيد لتقنين المخالفات التأديبية على أن أصحاب هذا الرأي يذهبون إلى أنه يمكن تقنين المخالفات التأديبية للآتي :

١. أن كثيراً من الواجبات الوظيفية غير واضحة وغير محددة ، مما يجعلها محلاً لمنازعات مستمرة ، ولذلك يعتبر التقنين خير وسيلة للحد من هذه المنازعات بتحديد الواجبات صراحة ومفاهيم هذه الواجبات ورسم الحدود التي يتطلبها الوضع التفسيري لها .
٢. تحديد المخالفات له فائدة من حيث تبصير الموظفين بالجزاءات وهذا التبصير يجعلهم على حذر . ومن حسن الإدارة أن يعلم كل موظف ما له وما عليه ٣- أن تحديد المخالفات مفيد لجمهور المتعاملين مع الإدارة ، كما أنه يحقق الضمان والأمان بعدم ترك الأمر للإدارة لتحديد المخالفات التأديبية لما في ذلك من استبداد وتعسف كما يخضعه لرقابة قضائية فعالة ، كما أن التحديد يدعم فعالية التأديب ويجعل الإدارة على بينة كاملة من كل ما يعرقل سير التنظيم الإداري حتى يتسنى لها تطبيق الجزاء ، والتحديد لا يضع قيوداً على حرية السلطة التأديبية بل يساعدها على توقيع الجزاء دون تردد بعكس الأمر في حالة غموض القواعد وعدم تحديدها .

وأمام الرأي المعارض والرأي المؤيد رأي فريق ثالث من الفقه أنه يمكن تقنين المخالفات التأديبية ولو جزئياً لما في هذا التقنين من فوائد متعددة ، أظهرها الفقه المؤيد للتقنين.

كما يرى بعض الفقهاء أنه يمكن التغلب على الصعوبة المتعلقة بتحديد الأخطاء التأديبية على سبيل الحصر ، إذا ما تم تقسيم هذه الأخطاء وهو ما تسعى إليه بعض التشريعات الوظيفية بالدول المختلفة ، وذلك بتقسيم الأخطاء - بحسب جسامتها - إلى ثلاثة أقسام: الأول أخطاء بسيطة ، والثاني أخطاء جسيمة ، ثم أخطاء شديدة الجسام ، وذلك في إطار التقسيم الثنائي العام للأخطاء التأديبية إلى واجبات يتعين على الموظف أداؤها ومحظورات يجب أن ينأى بنفسه عنها ، على أن يخصص لكل طائفة من تلك الواجبات والمحظورات نوع معين من الجزاءات التأديبية المناسبة أسوة بالمتبع في المجال الجنائي ، ويرى هذا الفريق الفقهي أن تقنين المخالفات التأديبية لن تعود فائدته على العاملين والإدارة فحسب وإنما ستحقق مصلحة القانون والعدالة العقابية .

وذهب فريق من الفقه الكويتي إلى أنه يمكن حصر بعض الواجبات والالتزامات الملقة على عاتق الموظفين وتقدير عقوبات معينة لكل منهم مما يوفر قدراً كبيراً من الضمانات للموظف بدلاً من أن يترك أمره لتعسف جهة الإدارة واستبدادها ، وهو ما يترتب عليه أيضاً عدم المساواة بين الموظفين .

وقد أخذ المشرع الكويتي بالمبدأ العام السائد في غالب التشريعات ، وهو عدم تحديد المخالفات التأديبية مكتفياً بتحديد الواجبات الأساسية التي يلتزم بها الموظف «م ٥٤» من قانون الخدمة المدنية والمحظورات التي يجب أن يتمتع عن القيام بها (المادتان ٢٥ ، ٢٦) من القانون ذاته تاركاً للسلطة التأديبية تحديد ما يعتبر مخالفة تستوجب الجزاء التأديبي وما لا يعتبر .

ويرى الباحث الأخذ بما ذهب إليه الفريق صاحب فكرة تقنين المخالفات التأديبية ولو جزئياً ، ويوصي المشرع الكويتي بأن يلزم الجهات الحكومية التي تخضع لقانون الخدمة المدنية وضع لوائح توضح المخالفات والجزاءات المناسبة لها وفقاً لطبيعة عمل كل جهة حكومية ، حتى تتحقق الفاعلية والضمان للنظام التأديبي ، وذلك من أجل المصلحة العامة وحسن سير المرافق العامة في الدولة على أن تتطور هذه اللوائح ويتم تعديلها كلما اقتضى الأمر ذلك .





ويتحدث مقدم الأطروحة في المبحث الثاني من هذا الفصل عن مفهوم الجزاء التأديبي ومدى مشروعيته وذلك في مطلبين ، الأول منها يتناول مفهوم الجزاء التأديبي والخصائص التي يتميز بها ، والثاني يتناول التعريف بمشروعية الجزاء التأديبي والنتائج التي تترتب عليه ، وبالنسبة لمفهوم الجزاء التأديبي الذي أفرد له الفرع الأول في المطلب الأول يقول إن قانون الخدمة المدنية الكويتي لم يعرف الجزاء التأديبي ، لذا فقد تصدى الفقه لذلك وعرفه البعض وفقاً للتعريفات العامة ، وآخرون وفقاً لطبيعة الجزاء ، والبعض الآخر وفقاً للهدف منه ، ومن التعريفات العامة للعقوبة التأديبية أنها « الاستخدام الفعال والمنظم لعنصر الإكراه بواسطة السلطة العامة . أما تعريف العقوبة التأديبية بالنظر إلى طبيعتها فهي الجزاء المادي أو الأدبي الذي يصيب الموظف في مركزه الوظيفي فيؤدي إلى حرمانه من بعض الامتيازات الوظيفية ، أما العقوبة التأديبية من حيث الهدف فإنها تكون لضمان احترام الواجبات الوظيفية كما أنها وسيلة من وسائل الإصلاح والتقويم في نطاق الوظيفة العامة ، وكذلك لحسن سير العمل داخل المرفق العام ولحسن أداء الخدمات العامة . والخلاصة من التعريفات السابقة أنه يمكن تعريف الجزاء التأديبي بأنه العقوبة التأديبية المقررة وفقاً للقانون ، التي توقع بمناسبة ارتكاب الموظف مخالفة تأديبية وتوقع هذه العقوبة في صورة حرمان الموظف من أحد امتيازات مركزه الوظيفي ، وذلك بهدف المحافظة على حسن سير المرافق والخدمات العامة في الدولة .

وبالنسبة للفرع الثاني من هذا المطلب فقد بين فيه خصائص الجزاء التأديبي وتتمثل في شرعية العقوبة التأديبية ، وشخصيتها أي أنها لا توقع إلا على شخص مذنب ، كما تتسم بعدم الرجعية أي عدم ارتداد آثارها إلى تاريخ سابق على فرضها ، باعتبار أن القرار الإداري ينتج أثره من تاريخ صدوره ولا يترد للماضي ، وأن الجزاء التأديبي هو قرار إداري . كما تتصف العقوبة التأديبية بعدم جواز تعددها ؛ بمعنى أنه لا يتصور أن يوقع على الموظف أكثر من عقوبة تأديبية على المخالفة التأديبية الواحدة ، وهو ما تتحقق به العدالة . كما تتسم العقوبة التأديبية بالمساواة ؛ أي أنها توقع على الموظف الذي ارتكب المخالفة التأديبية أياً كان مركزه ، يضاف إلى ذلك أنه يجب أن يكون هناك تناسب بين الجزاء والمخالفة ؛ بحيث تكون عادلة خالية من الشدة وفي الوقت نفسه ألا يكون هناك إسراف في استعمال الرأفة وفي المطلب الثاني من هذا الفصل التمهيدي يتحدث الباحث عن مشروعية الجزاء التأديبي والنتائج المترتبة عليه ، فيبين أن الشرعية بمعناها الواسع والشامل هي سيادة القانون ومبدأ المشروعية يعني خضوع الحكام والمحكومين للقانون . ويستند مبدأ مشروعية الجزاء التأديبي في الكويت إلى نص المادة ٢٧/١ من المرسوم بقانون رقم ١٥ لسنة ١٩٧٩ في شأن الخدمة المدنية ، وقد جرى نصها على أن « كل موظف يخل بالواجبات الوظيفية أو يخالف المحظورات المنصوص عليها في القوانين أو اللوائح يعاقب تأديبياً ، وذلك مع عدم الإخلال بالمسؤولية الجزائية عند الاقتضاء» .

وتطبيقاً لذلك فإن شرعية الجزاء التأديبي تستوجب الآتي :

- أن يكون صادراً من السلطة المختصة بتوقيعه ، التي حددتها المادتان ٦١ ، ٦٢ من قانون الخدمة المدنية .
- وأن يكون الجزاء من ضمن العقوبات التأديبية التي يجوز توقيعها على الموظف والمنصوص عليها في المادة ٢٨ من القانون سالف الذكر .

وقد التزم القضاء الكويتي هذا النمط ؛ حيث تصدت محكمة التمييز لمشروعية الجزاء وقررت صدوره وفقاً للأوضاع القانونية المقررة ، وأن يقوم على سبب يبرره (الطعن رقم ٧٦ لسنة ١٩٨٦ جلسة ١٩٨٦/١٢/٣١) .



الفصل الأول

التناسب بين الجزاء والمخالفة في نظر الفقه:

وفي تمهيد ذلك يقول إن المشرع يقوم بتحقيق مبدأ المناسبة بين الجزاء والمخالفة ، وهو ما يتحقق إذا كانت الدولة تطبق تقنين المخالفات التأديبية في القانون التأديبي - وهو ما يضمن تحقيق مبدأ المناسبة والموازنة بين الجزاء والمخالفة ، أما الدول التي تترك هذا الأمر للسلطة التأديبية دون تقنين فقد يأتي ذلك أحياناً بالقرارات التي يشوبها الغلو والشطط أو بالتفريط في العقوبة .

ويضرد الكاتب المبحث الأول من هذا الفصل للغلو وهو عدم التناسب بين العقوبة التأديبية والمخالفة الوظيفية عند تطبيق الإدارة لعقوبة شديدة القسوة لا تتناسب مع المخالفة ، ويكون ذلك إذا كان الرئيس المنوط به توقيع الجزاء على الموظف المخالف لا تتوافر فيه مواصفات القائد في المرفق ، الذي يجب أن يتسم بالحكمة والاعتدال ، ولا يتأثر بالأهواء والشائعات ، كذلك فقد باشر القضاء الإداري رقابة على أوجه النشاط الإداري ومنها النطاق التأديبي بغية تحقيق التوازن . واعتبر أن عدم الملاءمة الظاهرة بين درجة خطورة الذنب الإداري ونوع الجزاء ومقداره هو ما يسمى بالغلو ، وهو الخروج من نطاق المشروعية إلى عدم المشروعية ، وهو ما يخضع لرقابة القضاء الذي يعتبر معيار عدم المشروعية موضوعياً وليس شخصياً قوامه أن درجة خطورة الذنب الإداري لا تتناسب البتة مع نوع الجزاء ومقداره .

المطلب الأول: يتحدث فيه الباحث عن رأي الفقه في أمر منح السلطة التأديبية حق تقدير الجزاء ؛ فيرى البعض أن مبدأ التناسب بين المخالفة والجزاء لا يتحقق عن طريق السلطة التقديرية لجهة الإدارة بينما يرى البعض الآخر عكس ذلك .

ويرى أصحاب الرأي الأول المعارضون لمبدأ كفالة السلطة التقديرية للسلطة التأديبية أنه يجب أولاً أن تعترف السلطة التأديبية برقابة القضاء على قراراتها في هذا الشأن ، وأن تقوم بتعريف الأخطاء البسيطة والأخطاء الجسيمة حتى تتمكن من إجراء المناسبة بين الخطأ والجزاء .

أما أصحاب الرأي المؤيد للسلطة التقديرية فيرى وجوب إطلاق حرية السلطة التأديبية رئاسية كانت أم قضائية عند تقدير عملية المناسبة والملاءمة بين المخالفات والعقوبات التأديبية ؛ لأن السلطة التأديبية بصفة عامة والنوع الرئاسي فيها بصفة خاصة أقدر من غيرها على القيام بإجراء عملية المناسبة والموازنة .

أما المطلب الثاني من هذا المبحث: فيتناول أثر الغلو ؛ حيث يرى القضاء الكويتي المتمثل فيما ذهبت إليه محكمة التمييز أن آثار الغلو تتمثل في:

١ . تأثيره على حسن انتظام سير المرفق العام .

٢ . تأثيره على تصرفات الموظفين بالمرفق العام .

٣ . خضوع القرار التأديبي للرقابة القضائية ؛ حيث يخرج عن نطاق المشروعية إلى نطاق عدم المشروعية .

أولاً: تأثيره على المرفق العام: إذا صدر الجزاء التأديبي مشوباً بالغلو فإنه يؤثر على حسن سير المرفق وانتظامه ؛ إذ يتأثر الموظف العام بالقرار الصادر في حقه مما يقلل من إنتاجيته أو مركزه الوظيفي في المرفق ، وهو ما يعود بالسلب على الموظف والمرفق .





ثانياً: أثر الغلو على تصرفات الموظفين بالمرفق العام : يتمثل ذلك في عدم الرضا عن الوظيفة والجزاءات التأديبية غير العادلة على الموظفين ؛ مما يؤدي إلى التسرب الوظيفي وما يترتب عليه من آثار سيئة على سير العمل في المرفق العام ؛ ذلك أنه عندما يشعر العاملون في التنظيم بقسوة الإدارة وعدم تقديرها لهم سيزيد القلق بينهم ويعم الشعور بعدم الاستقرار وعدم الرضا ، وهذه هي الأسباب التي تؤدي إلى التسرب الوظيفي ومن ثم تخفيض الكفاية الإنتاجية كأثر للغلو .

ثالثاً: إن الغلو يؤدي إلى الخروج من دائرة المشروعية إلى نطاق عدم المشروعية وخضوع الجزاء التأديبي لرقابة القضاء ؛ ذلك لأنه كأثر طبيعي لغلو الإدارة وعدم ملاءمة الجزاء لمخالفة الموظف التأديبية يخرج قرارها من المشروعية لعدم المشروعية وهو ما يتولى القضاء رقبته .

المبحث الثاني: يتناول فيه الباحث التحدث عن الإمعان في استعمال الرأفة أو ما يطلق عليه (التفریط) : ذلك أن من صور الغلو أيضاً أن يتسم القرار التأديبي بالإفراط في الشفقة ، حيث يعني ذلك ألا يتناسب الجزاء مع المخالفة التأديبية باتخاذ الإدارة موقف اللين والتفریط في الشفقة مما يجعل الجزاء التأديبي في هذه الحالة ليس ذا قيمة . وهو ما عرفتة محكمة التمييز الكويتية بأنه الإمعان في استعمال الرأفة ، الذي يضر بالمصلحة العامة وحسن سير المرافق العامة ، وإذا كان هذا المعنى للتفریط فهو ما تم إيضاحه في المطلب الأول من هذا المبحث فإن مقدم الرسالة تولى في المطلب الثاني بيان أثر هذا التفریط مقررأ أن العقوبة التأديبية تم تقريرها لأسباب متعلقة بالمصلحة العامة ، والهدف الأساسي منها هو ترهيب العاملين من الوقوع في المخالفات الوظيفية وحثهم على زيادة كفاءتهم في العمل ، ومن ثم فإن تقديرها بالقدر المناسب يؤدي إلى عدم تكرار الموظف للمخالفة التأديبية ، أما التفریط فيها فقد يؤدي إلى تكراره المخالفة بما يؤدي إلى الإضرار بالمرفق العام وهو ما أكدته القضاء في أحكامه ، حيث انتهت محكمة التمييز الكويتية والمحكمة الإدارية العليا في مصر إلى أن عدم اتخاذ الإدارة موقف الحزم ومعاينة الموظف يؤدي إلى تكرار مخالفاته بما يؤثر على حسن سير المرفق العام وما يترتب على ذلك من الإضرار بالمصلحة العامة .

الفصل الثاني

«التناسب بين الجزاء والمخالفة التأديبية في تطبيقات القضاء»

التناسب فكرة رئيسية من أفكار القانون الإداري والعلوم الإدارية ، ويمكن تحليلها إلى عناصر ثلاثة هي: القرار الصادر ، والحالة الواقعية ، والغاية المستهدفة . ويعتبر مبدأ التناسب تطبيقاً لقاعدة تتعلق بأخلاقيات الإدارة ، وهي قاعدة حسن الإدارة ، وهل تكفي هذه القاعدة لتكوين مبدأ قانوني يطبق بلا نص ويخضع لرقابة القضاء ؟ لذلك سوف يتم تناول هذا الفصل في مبحثين ، كل منهما في مطلبين .

المبحث الأول: تطور الرقابة القضائية على مبدأ التناسب في القانون الكويتي وأحكام القضاء:

ويتضح في هذا الصدد أن هناك مدى لرقابة القضاء على السلطة الرئاسية حين توقيع الجزاء التأديبي ، ويختلف هذا المدى باختلاف السلطة الممنوحة للسلطة التأديبية ، أي سلطة تقديرية أم سلطة مقيدة ؟ ففي الحالة الأولى تكون الرقابة على عيب الانحراف أو إساءة استعمال السلطة في توقيع الجزاء ، أما في حالة السلطة المقيدة فإن الرقابة تكون على مخالفة القانون من عدمه .



المطلب الأول: تطور الرقابة على التناسب في القانون الكويتي :

يستمد الجزاء التأديبي شرعيته من قوانين التوظيف في دولة الكويت ، وإذا كان مبدأ التناسب مبدأ متصل بمبدأ شرعية الجزاء التأديبي، فقد مر شرعية الجزاء التأديبي في قوانين التوظيف في الكويت بمراحل ثلاث :

المرحلة الأولى: هي مرحلة قوانين الموظفين والتقاعد لعام ١٩٥٥ وكادر عمال الحكومة . وفي هذه المرحلة لم يربط المشرع بين المخالفة والعقوبة بل أورد في نصوصه طائفة من الواجبات والمحظورات على سبيل المثال لا الحصر، أما العقوبات الجائز توقيعها على المخالفات التأديبية فقد وردت محددة على سبيل الحصر في الباب الثالث من ذلك القانون.

أما في كادر الحكومة فقد حرص المشرع الكويتي على اعتناق مبدأ الشرعية بمدلوله الكامل حيث أورد بلائحة الجزاءات الخاصة بعمال الحكومة تحديداً حصرياً لكل من المخالفات والعقوبات التأديبية مع الملاءمة بينهما؛ مما ترتب عليه عدة نتائج ، منها عدم إمكان توقيع جهة الإدارة على العامل جزاء تأديبياً عن مخالفة لم تذكر باللائحة . كما أن المشرع ألزم جهة الإدارة بمبدأ المناسبة والملاءمة ، كما تم تقسيم الجزاءات التأديبية في ضوء معيار نوع المخالفة ودرجة جسامتها ، وهو ما يبين منه أن المشرع الكويتي أخذ بمبدأ التناسب بين المخالفة والجزاء في كادر عمال الحكومة كما قيد استخدام السلطة الرئاسية لسلطتها التأديبية في توقيع الجزاء على المخالفة طبقاً لما ورد في نص القانون.

المرحلة الثانية: قانون الوظائف العامة المدنية رقم ٧ لسنة ١٩٦٠ والعمل في القطاع الحكومي رقم ١٨ لسنة ١٩٦٠: لم يربط المشرع في القانون الأول بين المخالفات والعقوبات، وفي قانون العمل في القطاع الحكومي ١٨ لسنة ١٩٦٠ فقد نهج مجال الشرعية التأديبية لتحديد المخالفات التأديبية على سبيل الحصر.

المرحلة الثالثة: قانون الخدمة المدنية رقم ١٥ لسنة ١٩٧٩ ونظام الخدمة المدنية:

لم يربط قانون ونظام الخدمة المدنية بين المخالفات التأديبية والعقوبات التأديبية ؛ فلم يرق المشرع بالتحديد الحصري للمخالفات التأديبية ، وقام بحصر العقوبات التأديبية في المادة (٢٢) من قانون الخدمة المدنية ، والمادة (٦٠) من نظام الخدمة المدنية، كما أنه بصدد هذا القانون ألغيت مجالس التأديب التي كان معمولاً بها في ظل القانون رقم (٧) لسنة ١٩٦٠ . وألغى النص الاستثنائي بالمادة (١٣٢) منه الذي كان يقضي بفرض رقابة المحاكم القضائية الكويتية على القرارات التأديبية إلغاءً وتعويضاً ؛ مما ترتب عليه انقضاء التزام الجهة الإدارية بإعمال مبدأ المناسبة قانوناً وإن ظل ذلك الالتزام قائماً بصفة أدبية إلى أن صدر قانون إنشاء الدائرة الإدارية رقم (٢٠) لسنة ١٩٨١ التي تولت ولاية قضاء الإلغاء والتعويض وحق الموظف في الطعن في القرار التأديبي لإساءة استعمال السلطة، وبذلك فقد أكدت القوانين الكويتية في المراحل المختلفة حق الموظف العام في المطالبة بإلغاء القرار التأديبي الذي يحمل إساءة في استعمال السلطة وغلوا في توقيع الجزاء سواء كان بالإفراط أم بالتفريط.





المطلب الثاني: تطور الرقابة على التناسب في أحكام القضاء

أولاً في مصر: في المرحلة الأولى لم تكن محكمة القضاء الإداري في مصر تبأشر أي رقابة على خطورة الذنب الإداري وأهمية الجزاء مادامت ملائمة القرار تدخل في نطاق السلطة التقديرية للإدارة، حيث جرى قضاؤها في هذه المرحلة على أن تقدير مدى تناسب الجزاء التأديبي مع المخالفة التأديبية التي استوجبت توقيعه هو مما تستقل به الجهة التي جعل لها القانون الاختصاص بتوقيعه، ولا تملك المحكمة التدخل في هذا التقدير، ومن ثم فإنها لم تكن تبسط سلطتها في رقابة مبدأ التناسب بين الجزاء والمخالفة، أما المرحلة الثانية فقد عدلت المحكمة الإدارية في مصر عن ذلك المنهج وأسبغت رقابتها على تناسب الجزاء مع المخالفة، وذلك في حكم شهير لها صدر بتاريخ ١٩٦١/١١/١ في الطعن رقم (٥٦٣) لسنة ٧ ق.

أما بالنسبة لموقف القضاء الكويتي من الرقابة على التناسب فقد مر بمرحلتين:

المرحلة الأولى: قبل إنشاء الدائرة الإدارية:

ففي هذه المرحلة لم يقبل القضاء الكويتي الطعن بالإلغاء على القرارات الإدارية تطبيقاً للمادة الثانية من قانون تنظيم القضاء رقم (١٩) لسنة ١٩٥٩. إلا أنه استثنى من ذلك القرارات الصادرة بعقوبات من مجلس التأديب؛ فقد أجاز الطعن عليها بالإلغاء أمام محكمة الاستئناف العالي طبقاً للمادة (١٣٢) من قانون الوظائف العامة؛ وذلك لعيب عدم الاختصاص، كأن يصدر من مجلس تأديب غير مختص أو بصدور القرار بإجراءات معيبة مثل عدم كفاية حق الدفاع، أو إذا كان القرار مشوباً بعيب الخطأ في تطبيق القانون أو تفسيره مثل توقيع الجزاء على الرغم من انتفاء المخالفة، وفي هذه المرحلة أكد القضاء الكويتي حقه في الرقابة على مبدأ التناسب من حيث قدرته على إلغاء القرار التأديبي أو تعديله لما يراه مناسباً.

المرحلة الثانية: مرحلة ما بعد إنشاء الدائرة الإدارية:

في هذه المرحلة رأى القضاء الكويتي أنه ليس من حقه التدخل في تعديل الجزاء التأديبي المقرر توقيعه على الموظف؛ حيث ترك ذلك لجهة الإدارة المختصة بتأديبه، ولكن تدخل القضاء هنا بالإلغاء لمخالفة القرار للشرعية، ومخالفة الشرعية هنا قد تكون بالغلو الذي يخرج العقوبة التأديبية من دائرة المشروعية إلى عدم المشروعية.

المبحث الثاني: مبادئ الرقابة على مبدأ التناسب في القانون الكويتي وأحكام القضاء:

عندما يصدر القضاء الإداري أحكامه، فإنه يستند إلى القوانين الإدارية في الدولة وإلى المبادئ القانونية التي قررها من قبل، والقانون الإداري يوضح الجزاءات التأديبية التي يمكن للإدارة تطبيق المناسب منها للمخالفة، أما بشأن المخالفات التأديبية فلم يحصرها، ففي قانون الخدمة المدنية الكويتي تحدد المادة (٢٤) منه الواجبات التي يلتزم بها الموظف وتحدد المادتان (٢٥ و ٢٦) منه المحظورات التي يجب عليه الامتناع عن إتيانها، وتقرر المادة (٢٧) منه أن الإخلال بالواجبات أو إتيان المحظورات يعتبر مخالفة تأديبية



يجب المساءلة عنها ، ثم تحدد المادة (٢٨) من القانون ذاته العقوبات التأديبية التي يجب توقيعها على الموظفين ، وعلى الإدارة اختيار الجزاء المناسب للمخالفة المرتكبة.

ومبدأ الملاءمة أو تناسب الجزاء مع المخالفة التأديبية تعرضت له بعض القوانين بطريق مباشر أو غير مباشر. لذلك يتناول صاحب الرسالة مبادئ الرقابة على مبدأ التناسب في القانون الكويتي وأحكام القضاء من خلال مطلبين:

المطلب الأول: طرق الرقابة على التناسب في القانون الكويتي.

ويتناول القانون الرقابة إما بطريق غير مباشر عن طريق تعقيب السلطة المختصة بالتأديب على القرارات التأديبية، وإما الرقابة المباشرة ، وتكون من خلال القواعد القانونية المقررة، وقد تناول القانون الكويتي الرقابة على مبدأ التناسب من خلال الرقابة المباشرة والرقابة غير المباشرة.

الفرع الأول: الرقابة غير المباشرة للقانون على مبدأ التناسب:

وتتحقق هذه الرقابة - كما أشرنا سلفاً - من خلال تعقب القرار الصادر بالتأديب ؛ ذلك أن القانون قد أعطى جهة التأديب بعد صدور القرار التأديبي أن تعقب على هذا الجزاء إذا وجدت عدم ملاءمته للمخالفة ؛ إما بسحبه ، وهذا الإجراء يتم سواء لأسباب تتعلق بالمشروعية أو الملاءمة وإلتاحة الفرصة لجهة الإدارة لتصحيح الخطأ الذي وقعت فيه، والسحب يترتب عليه إزالة القرار التأديبي بأثر رجعي، وإما بتعديله سواء بالتشديد أو التخفيف، ولها أيضاً حق إلغائه لعدم الملاءمة.

الفرع الثاني: الرقابة المباشرة على التناسب في القانون الكويتي:

تقرر بعض القوانين الرقابة المباشرة على التناسب بين الجزاء والمخالفة التأديبية ، وإذا كان القانون المصري قد أقر بصورة مباشرة وواضحة مبدأ تناسب الجزاء مع المخالفة وهو ما نص عليه في المادة (٨٠) من قانون العاملين بالقطاع العام رقم (٤٨) لسنة ١٩٧٨ ، فإن القانون الكويتي قد أقر هذا المبدأ أيضاً حيث أخذت بعض قوانين التوظيف السابقة على قانون الخدمة المدنية الحالي بمبدأ التناسب وذلك من خلال طرحها في كادر عمال الحكومة لعام ١٩٥٥ اعتناق مبدأ الشرعية بمدلوله الكامل ، وذلك حين أورد بلائحة الجزاءات الخاصة بعمال الحكومة تحديداً حصرياً لكل من المخالفات والعقوبات التأديبية مع الربط فيما بين كل مخالفة والجزاء الملائم لها ، وبذلك يكون المشرع قد ألزم جهة الإدارة تحقيق التناسب في توقيع الجزاءات عما يرتكبه عمال الحكومة من مخالفات تأديبية.

وكذلك قرر قانون العمل بالقطاع الحكومي رقم (١٨) لسنة ١٩٦٠ . الذي حل محل قانون كادر الحكومة سالف الذكر . مبدأ الملاءمة وذلك بإلزام جهة الإدارة اختيار الجزاء المناسب للمخالفة المرتكبة من لائحة الجزاءات ؛ حيث تبنى مبدأ الشرعية بمعناه الضيق بتحديد العقوبات والمخالفات ولم يترك لجهة الإدارة السلطة التقديرية في ذلك.



و خلاصة ما تقدم أن قانون كادر الحكومة، والقانون رقم (١٨) لسنة ١٩٦٠ قد أخذ بالرقابة المباشرة على الجزاءات التي توقع على العاملين، أما قانون الخدمة المدنية الحالي فلم يأخذ بمبدأ التناسب بصورة مباشرة.

المطلب الثاني: آثار الرقابة على التناسب في أحكام القضاء؛

ترتب على إصدار القضاء الإداري العديد من الأحكام التي تتعلق بمبدأ التناسب استخلاص عدد من المبادئ تتمثل في الآتي:

١. استقلال جهة الإدارة بتقدير التناسب بين الجزاء والمخالفة.
٢. ألا تتجاوز جهة الإدارة نطاق المشروعية عند إصدارها القرار التأديبي.
٣. أن تراعي جهة الإدارة تدرج الجزاء، بأن تختار المناسب منها للمخالفة المرتكبة.
٤. عدم الغلو، وهو ما قرره محكمة التمييز الكويتية بأن تلتزم جهة الإدارة عدم الإفراط في إنزال الجزاء أو التفريط فيه حتى تنأى بنفسها عن الخروج من دائرة المشروعية إلى نطاق عدم المشروعية الذي يعيب قرارها.

الخاتمة:

تناول هذا البحث موضوع «مبدأ التناسب بين الجزاء والمخالفة التأديبية» بغية تحقيقه، وأثر الإخلال به على حسن سير المرافق العامة والموظفين. وقد أدى ذلك إلى تناول بعض النقاط التي تتعلق بتحقيق هذا المبدأ؛ بداية بتعريف المخالفة التأديبية بأركانها الثلاثة الشرعي والمادي والمعنوي، وموقف التشريع والفقه والقضاء من المخالفة التأديبية من حيث تعريفها وأركانها، ثم تم تناول موضوع تقنين المخالفة التأديبية والآراء المعارضة والمؤيدة لهذا التقنين والرأي الوسط بين الاتجاهين، ثم تعرض البحث للجزاء التأديبي وتعريفه وخصائصه، من شرعية، وشخصية الجزاء وعدم رجعيته على الماضي وعدم التعدد فيه للمخالفة الواحدة والمساواة والتناسب بينه وبين المخالفة المرتكبة، وتم الانتقال إلى دراسة مبدأ التناسب بين الجزاء والمخالفة، ووجدنا أثر ذلك على حسن سير المرفق العام وانتظامه وعلى تصرفات الموظفين، وهو ما يترتب عليه أيضاً خضوع القرار لرقابة القضاء، وقد تم بيان دور هذه الرقابة على تحقيق التناسب ودور القانون والقضاء الكويتي في هذا الصدد، ثم تناولت الدراسة مبادئ الرقابة القضائية على التناسب.

التوصيات:

- نوصي بأن يلزم المشرع الجهات الحكومية التي تخضع لقانون الخدمة المدنية، وضع لوائح توضح المخالفات والجزاءات المناسبة لها وفقاً لطبيعة عمل كل جهة حكومية، حتى تتحقق الفاعلية والضمان للنظام التأديبي وذلك من أجل المصلحة العامة وحسن سير المرافق العامة بالدولة.
- نوصي بالنص على مبدأ تناسب الجزاء مع المخالفة التأديبية في قانون الخدمة المدنية أسوة بالقانون المصري ؛ حتى تتحقق الرقابة المباشرة على هذا المبدأ في القرارات الصادرة من الجهات الإدارية.
- نوصي أيضاً بتكوين أو تشكيل لجنة داخل كل مرفق عام تختص بالنظر في تأديب العاملين لديها، وتتكون هذه اللجنة من العاملين رؤساء ومرووسين، حيث تستطيع هذه اللجنة الإحاطة بظروف العمل داخل المرفق العام، وتستطيع تقدير ما يكون مخالفة تأديبية وما لا يكون مخالفة تأديبية، كما أنها أقدر على تقدير الجزاء المناسب لهذه المخالفات طبقاً لظروف العمل داخل المرفق العام.
- نوصي أخيراً باختيار القيادات الإدارية على أسس سليمة من الكفاءة والمعرفة لا بناء على الأقدمية أو المحسوبية ، الذي يترتب عليه سوء الإدارة وسوء استعمال السلطة في اتخاذ القرارات التأديبية.
- نؤكد أن تحقيق التناسب يحقق العدالة ويبرز الحق في أسس معانيه، كما أنه يحقق شرعية القوانين والقرارات التأديبية المتخذة.



عرض كتاب الحماية الدولية لحقوق الطفل

تأليف الدكتور / ماهر جميل أبو خوات

من مكتبة المعهد

إعداد: أسرة التحرير

يستهل المؤلف كتابه بمقدمة يبين فيها أنه ما من واجب يعلو في أهميته فوق احترام الجميع لحقوق الأطفال ، لأن حمايتهم واحترام حقوقهم حماية لمستقبل البشرية بأسرها ، وعلى الرغم من أن المجتمع الدولي لم يغفل الاهتمام بالأطفال ، إلا أن وسائل الإعلام تطالغنا بانتهاكات لحقوق الأطفال في العديد من دول العالم وهو ما يدعو للحزن العميق ، وأكثر هذه الانتهاكات وأشدّها خطراً هي التي تحدث للأطفال من جراء اندلاع الحروب التي تخلف وراءها الكثير من الضحايا معظمهم من الأطفال ، وأمام كل ذلك أقر المجتمع الدولي اتفاقية حقوق الطفل في عام ١٩٨٩ التي جعلته مشمولاً بالعناية والحماية ، وعزز ذلك بإصدار بروتوكولين اختياريين لحقوق الطفل ، الأول خاص بمسألة اشتراك الأطفال في النزاعات المسلحة ، والثاني يتعلق بموضوع بيع الأطفال وبغاء الأطفال ، ولم يقتصر الأمر دولياً بشأن حماية الأطفال على تلك الاتفاقية وهذين البروتوكولين ، بل إن الطفل يستفيد أيضاً من معظم الوثائق المعنية بحقوق الإنسان ، وقد أستعرض الكاتب مؤلفه في فصل تمهيدي وثلاثة أبواب:

- تناول في **الفصل التمهيدي** : تطور حقوق الطفل في القانون الدولي.
- وتحدث في **الباب الأول** : عن حماية حقوق الطفل في وقت السلم.
- وخصص **الباب الثاني** : لحماية الأطفال في إطار النزاعات المسلحة.
- وأورد في **الباب الثالث** : ضمانات حماية حقوق الطفل في القانون الدولي.

الفصل التمهيدي

تطور حقوق الطفل في القانون الدولي:

تناول الكاتب هذا الفصل في ثلاثة مباحث شرح في الأول منها مفهوم الطفل، وأوضح في الثاني وضع الطفل في قانون حقوق الإنسان ثم سرد في المبحث الثالث التطور التاريخي لحقوق الطفل في القانون الدولي.

أولاً : المبحث الأول : تحديد مفهوم الطفل:

وقسمه إلى مطلبين الأول بعنوان مفهوم الطفل بوجه عام والثاني عن مفهوم الطفل في القانون الدولي .

المطلب الأول: مفهوم الطفل بوجه عام . وهنا يتحدث الكاتب عن مفهوم الطفل في اللغة ويقول : أن الطفل في اللغة هو المولود حتى البلوغ ، أي أن الطفولة هي المرحلة من الميلاد إلى البلوغ .

المطلب الثاني : مفهوم الطفل في القانون الدولي:

في هذا الصدد يوضح المؤلف أن المرحلة السابقة على عقد اتفاقية حقوق الطفل سنة ١٩٨٩ . لم تهتم الإعلانات والاتفاقيات الدولية بتحديد مفهوم للطفولة بقدر اهتمامها بحاجة الطفل للرعاية والحماية .



أما اتفاقية حقوق الطفل سنة ١٩٨٩ فهي الوثيقة الدولية الأولى التي حددت مفهوم عام وشامل للطفل وللفترة التي يحتاج خلالها للحماية والرعاية. فقد عرفت هذه الاتفاقية الطفل. وفقا لما ورد بالمادة الأولى منها. أنه (لأغراض هذه الاتفاقية يعني الطفل، كل إنسان لم يتجاوز الثامنة عشرة، ما لم يبلغ سن الرشد قبل ذلك بموجب القانون المنطبق عليه.) ويضيف الكاتب أن هذا التعريف لم يسلم من النقد من جانب العديد من فقهاء القانون الدولي.

ثانيا : المبحث الثاني : وضع الطفل في قانون حقوق الإنسان :

يقول الكاتب إن المجتمع الدولي أصدر العديد من الوثائق التي تعالج حقوق الإنسان ، أهمها وأكثرها أثرا تمثلت في الإعلان العالمي لحقوق الإنسان عام ١٩٤٨ ، والعهدان الدوليان في عام ١٩٦٦ ، وقد ساهم كل منهما في توضيح إمكانية تلبية احتياجات الأطفال ضمن إطار عالمي ووجوب اتخاذ إجراءات خاصة لحماية ومساعدة الأطفال والأشخاص الصغار - دون تمييز - من الاستغلال الاقتصادي أو الاجتماعي وبذلك انتقلت حقوق الطفل من مرحلة التوصيات غير الملزمة إلى مرحلة الالتزامات القانونية.

ثالثا : المبحث الثالث : التطور التاريخي لحقوق الطفل في القانون الدولي :

يبين الكاتب أن الثابت تاريخيا أن حقوق الطفل قد اهتم بها المجتمع الدولي وذلك منذ أقرت عصبة الأمم المتحدة ما يعرف بإعلان جنيف لحقوق الطفل في عام ١٩٢٤ ، وتلى ذلك الإعلان العالمي لحقوق الإنسان سنة ١٩٤٨ وإعلان حقوق الطفل في سنة ١٩٥٩ ثم العهدين الدوليين ١٩٦٦ إلى أن صدرت اتفاقية حقوق الطفل سنة ١٩٨٩ ، وينوه الكاتب بأن إعلانات حقوق الطفل رغم تعلقها بالأطفال ، إلا أنها جاءت خالية من الآثار القانونية الملزمة ، فهي لا تعدو أن تكون توصيات غير ملزمة قانونا للدول المخاطبة بها ، لذا حرصت الاتفاقية على الانتقال بحقوق الطفل من دائرة الاختيار إلى دائرة الإلزام وكفلت نظاما قانونيا للحماية ومن ثم فإن عقد الاتفاقية لم يكن بالشئ اليسير ، فلقد بذلت الدول والمنظمات الدولية جهدا كبيرا لإخراج هذه الاتفاقية ، والتي تعتبر أول اتفاقية دولية تعالج حقوق الطفل بشكل كامل ومفصل .

وقد تكونت الاتفاقية من ديباجة و(٥٤) مادة. ومن أهم المبادئ العامة التي قررتها الاتفاقية حق الطفل في المساواة (عدم التمييز) وتحقيق المصلحة العليا للطفل أي منح مصلحة الطفل الاعتبار الأعلى، والمبدأ الثالث هو حق الطفل في البقاء والنماء وأخيرا احترام آراء الأطفال ولقد كان لهذه الاتفاقية تأثيرا على المستويين الوطني والدولي.

أولا : على المستوى الوطني ، لما كانت الاتفاقية دولية وضعت قوانين جديدة ملزمة لحماية الطفل ، ومن ثم فإنها توفر أساسا تشريعا لسياسات البلدان التي صادقت عليها .

ثانيا : على المستوى الدولي ، كان تأثير الاتفاقية سريعا وعميقا ، حيث تشكلت إئتلافات ومنظمات تابعة للأمم المتحدة من أجل إنصاف الأطفال ، وكانت أول الخطوات عقد مؤتمر عالمي من أجل الطفولة في سبتمبر سنة ١٩٩٠ .



الباب الأول

حماية حقوق الطفل في وقت السلم:

قسم الكاتب هذا الباب إلى خمسة فصول.

الفصل الأول : حق الطفل في الرعاية الاجتماعية. وينقسم هذا الفصل إلى مبحثين.

المبحث الأول : حق الطفل في أن يكون له أسرة . حتى يتوفر له المناخ العائلي المناسب الذي أبرزته اتفاقية حقوق الطفل في العديد من موادها . ولأن الأسرة هي التي تؤثر في تكوينه الجسدي والنفسي وبالتالي في تكوين شخصيته فتكون سوية إذا كان هناك استقرار أسري وتكون سيئة إذا نشأ في تشتت أسري.

المبحث الثاني : حق الطفل في الرعاية البديلة . وهنا يقول الكاتب أن القانون الدولي يلزم الدول بأن توفر للأطفال الذين ليس لهم أسرة ، مستوى إضافي من الحماية والمساعدة ، وتتعدد أشكال الرعاية البديلة للطفل وذلك بحسب الديانات والثقافات المختلفة ، فقد أقرت اتفاقية حقوق الطفل بنظام التبني المعمول به في بعض البلدان كوسيلة بديلة لرعاية الطفل ، بينما حرمت الشريعة الإسلامية نظام التبني وسمحت بأن تكون الرعاية للطفل عن طريق العمل بنظام الحضانة أو الكفالة .

المطلب الأول : الرعاية البديلة للطفل عن طريق التبني:

وقد يكون هذا التبني محلي أي في الدولة التي ولد فيها الطفل كما قد يكون خارجي بأن يتم في دولة أخرى غير التي ولد فيها . ويشير هذا النظام العديد من المشكلات مما دفع العديد من الدول إلى منع تبني أطفالها في الخارج بسبب سوء استخدامهم تحت شعار التبني لكون الشبهات تحيط بهذا النظام من الرعاية . إذا استغلته بعض الدول كوسيلة لأحياء الرق في صورة حديثة تهدف إلى توفير قطع غيار بشرية أو لاستخدام الأطفال الفقراء في الدعارة الجنسية المحرمة ، لذا فقد أوصى المؤتمر العالمي لرابطة القانون الدولي الذي انعقد في وارسو عام ١٩٨٨ بضرورة عدم قطع نسب الطفل بعائلته الأصلية ، وأن يقوم التبني على أساس موضوعي يتمثل في الرعاية البديلة للأطفال وليس على أساس شخصي يقطع علاقة الطفل المتبنى بعائلته الأصلية ، وخوفاً من مشاكل هذا النظام فقد اعترضت الدول الإسلامية على النص الخاص بالتبني الوارد بالاتفاقية لأن الشريعة الإسلامية لا تقره، ولذا فقد جاءت النصوص الخاصة بالتبني في الاتفاقية على نحو يجعل من نظام التبني نظاماً خاضعاً للقوانين الوطنية للدول أطراف المعاهدة وهو ما طمأن الدول الإسلامية إلى التوقيع على الاتفاقية طالما أن قوانينها الداخلية هي التي ستحكم هذا النظام لديها .

المطلب الثاني : الرعاية البديلة للطفل في الشريعة الإسلامية:

ويشير المؤلف إلى أن نظام الرعاية البديلة للطفل في الإسلام ليس تزيدياً على موضوع هذا الكتاب إذ يجدر التنويه لأهمية النظام الذي وضعه الإسلام لأجل الرعاية بالطفل تلك الأهمية التي أقر بها واضعو اتفاقية حقوق الطفل ، فاعترفوا بالعمل بنظام الرعاية البديلة للطفل عن طريق الحضانة وأيضاً بنظام الرعاية البديلة له عن طريق الكفالة فطبقاً لأحكام الشريعة الإسلامية لا يمكن أن يوجد طفل دون أن يكون له ولي أو وصي يرعاه ، كما أولى الإسلام أيضاً العناية بفئة الأطفال الأيتام واللقطاء عن طريق نظام الكفالة كنموذجاً رائعاً لكيفية توفير الرعاية البديلة عن وجود الأسرة لهؤلاء الأطفال .

الفصل الثاني: حق الطفل في الرعاية الصحية والتعليم؛

من أهم مظاهر الرعاية الاجتماعية هو حصول الإنسان على حقه في الرعاية الصحية والتعليم لأنه لا شك أن المجتمع الذي ينشأ أطفاله على وعي ومعرفة وثقافة سيكون هو الأفضل طالما شملهم أيضا بالرعاية الصحية. وقد قسم الكاتب هذا الفصل إلى مبحثين:

المبحث الأول: حق الطفل في الرعاية الصحية؛

تضمنت اتفاقية حقوق الطفل في مادتها الرابعة والعشرين اعترافا من الدول التي وقعت عليها بحق الطفل في التمتع بأعلى رعاية صحية متاحة ، وبحقه في العلاج من الأمراض ، ويجدر الإشارة إلى أن منظمة الصحة العالمية تبذل جهودا واسعة النطاق في مجال تحصين الأطفال ضد الأمراض.

والنوع الثاني من الرعاية الصحية للطفل هو توفير الغذاء الكافي ومياه الشرب النقية ، بالإضافة إلى أن الحماية والرعاية الصحية للطفل تتمثل في منع الممارسات التقليدية الضارة بصحة الأطفال بمنع كافة أشكال العنف والإساءة البدنية والعقلية ، بما في ذلك أيضا الإساءة الجنسية.

المبحث الثاني: حق الطفل في التعليم؛

التعليم يمثل أهمية خاصة بالنسبة للطفل لأنه يحميه من مجموعة كبيرة من المخاطر ويذكر الكاتب أن أول إشارة دولية صريحة لحق الطفل في التعليم جاءت في إعلان حقوق الطفل عام ١٩٥٩م ثم كانت النقطة الكبيرة لترسيخ الحق في التعليم على المستوى الدولي بموجب العهد الدولي الخاص بالحقوق الاقتصادية والاجتماعية والثقافية عام ١٩٦٦ . بيد أن أكثر الخطوات الدولية تفصيلا لحق الطفل في التعليم ، وإلزاما للدول من أجل إعمال هذا الحق هو ما تناولته اتفاقية حقوق الطفل عام ١٩٨٩ . وما رتبته نصوصها من جعل التعليم الابتدائي إلزاميا ، وشجعت الدول على مجانية التعليم ، كما أوجدت تكافؤ الفرص بين الأطفال الذكور والإناث في التعليم دون تمييز ، وقد أخذت قضية التعليم في السنوات الأخيرة مساحة واسعة من أجندة المؤتمرات الدولية وركزت هذه المؤتمرات على أهمية التعليم بالنسبة للأطفال ومن هذه المؤتمرات:

- المؤتمر العالمي حول التعليم للجميع والذي عقد في تايلاند في شهر مارس ١٩٩٠ الذي ركز في أهدافه على توسيع نطاق حماية الطفل ، وإتاحة فرصة التعليم وتخفيض الأمية وتحسين مستوى نشر المعرفة.
- المؤتمر العالمي للطفولة : سبتمبر عام ١٩٩٠ الذي احتشد فيه جميع رؤساء الدول والحكومات في مقر الأمم المتحدة . وأسفر هذا الاجتماع عن إصدار الإعلان العالمي لبقاء الطفل وحمايته وأكد على أهمية التعليم.
- المنتدى العالمي للتربية . السنغال عام ٢٠٠٠ والذي تبنى ذات المبادئ في المؤتمرات السابقين.
- الدورة الخاصة المعنية بالطفل عام ٢٠٠٢ حيث عقدت الجمعية العامة للأمم المتحدة دورة استثنائية خاصة بالطفولة لدراسة المكاسب التي تحققت والمهام التي لم تستكمل بشأن تطبيق اتفاقية حقوق الطفل.



الفصل الثالث : حق الطفل في التمتع بالحقوق والحريات المدنية :

ويقسم الكاتب هذا الفصل إلى مبحثين :

المبحث الأول : حق الطفل في أن يكون له اسم وجنسية:

ذلك أن عناصر تحقيق هوية الطفل هو حقه في أن يكون له اسم وأن يسجل به فور ميلاده وكذلك حقه في التمتع بجنسية . وقد حرصت اتفاقية حقوق الطفل على التأكيد على ذلك في نصوصها ، لأنه بدون تحديد اسم للطفل وتسجيله به وحصوله على جنسية أبويه أو موطنه طبقاً لأحكام قانون الجنسيات . فإنه يضحى بلا هوية بما يترتب على ذلك العديد من المشكلات للطفل وللمجتمع .

المبحث الثاني : حق الطفل في التمتع بالحريات العامة:

مثال ذلك: حق الطفل في حرية العقيدة والدين ، وحقه في حرية الرأي والتعبير وكذلك حقه في الحصول على المعلومات المناسبة وحقه في اللعب واللهو في أوقات الفراغ والراحة ، يضاف إلى ذلك ضرورة الاعتراف بحق الطفل اليافع في المشاركة أي في الإنصات إليه واحترامه ويبدأ ذلك في نطاق الأسرة ، ذلك أن الأسرة هي المرحلة الأولى من التجربة الديمقراطية لكل فرد من أعضائها .

الفصل الرابع : حماية الأطفال من جميع أشكال الاستغلال:

وفي تمهيد هذا الفصل يتحدث الكاتب على أن ملايين الأطفال في أنحاء العالم تتعرض لأشكال كثيرة من الإساءة البدنية والاستغلال . ويقسم الكاتب هذا الفصل إلى ثلاثة مباحث .

المبحث الأول : حماية الأطفال من الاختطاف أو البيع أو الاتجار بهم:

وفي هذا المجال يقول المؤلف أنه بعد أن نادى معظم دول العالم بإلغاء الرق وقد تم إلغاؤه فعلاً إلا أن أجواء الاستعباد بدأت تطل على العالم من جديد لكن في هذه المرة طالت أضعف أفراد المجتمع وهم الأطفال بحيث ظهرت عمليات بيع الأطفال والاتجار بهم في بعض دول أفريقيا وآسيا ، وتقدر منظمة العمل الدولية أن المتاجرة بالأطفال أصبحت عملاً يدر ربحاً يصل إلى مليار دولار في السنة ، وهكذا نتبين أن عمليات اختطاف الأطفال وبيعهم تعد أحد مظاهر الرق المعاصرة بل إنها من أبشع أنواع الاستغلال ، ولا ريب أن القانون الدولي قد حرم هذه الممارسات منذ زمن بعيد ، لذا أهتم الكاتب ببيان المواثيق والاتفاقيات الدولية الخاصة بحماية الأطفال من هذه الممارسات . **وذلك في المطالب الثلاث الآتية :**

المطلب الأول : أهم المواثيق الدولية التي تحظر استرقاق الأطفال والاتجار بهم:

أهم هذه الوثائق الدولية . الاتفاقية الخاصة بالرق لعام ١٩٢٦ الصادرة في عهد عصبة الأمم المتحدة ، وقد حرصت الأمم المتحدة على مواصلة الجهود التي بذلتها عصبة الأمم قبلها في مجال حظر الرق والاتجار به بكافة أوضاعه ، وقد واجهت الجمعية العمومية للأمم المتحدة هذا النوع من التجارة بالاتفاقية الخاصة بحظر الاتجار بالبشر واستغلال دعارة الغير الصادرة سنة ١٩٤٩ وبالاتفاقية التحكيمية لإبطال الرق في سنة ١٩٥٦ ، كما حرص إعلان حقوق الطفل عام ١٩٥٩ على هذا المبدأ ، وكذلك العهد الدولي للحقوق المدنية والسياسية عام ١٩٦٦ .

المطلب الثاني : حماية الأطفال من الاختطاف أو البيع في ضوء اتفاقية حقوق الطفل:

تصدت هذه الاتفاقية لهذه الظاهرة في مادتها رقم (٢٥) حيث دعت الدول إلى اتخاذ كافة التدابير اللازمة على المستوى الوطني والدولي لحظر هذه التصرفات ، إلا أنه وعلى الرغم من معالجة الاتفاقية لهذا الموضوع فقد ظلت الظاهرة قائمة مما جعل الجمعية العامة للأمم المتحدة تتصدي لها بالبروتوكول الاختياري لاتفاقية حقوق الطفل للتغلب على هذه الظاهرة بالتوسع في التدابير .

المطلب الثالث: بروتوكول منع وقمع ومعاقبة الاتجار بالبشر، وبخاصة النساء والأطفال المكمل لاتفاقية الأمم المتحدة لمكافحة الجريمة المنظمة غير الوطنية لعام ٢٠٠٠.

ويقول الكاتب في هذا الصدد أن الجمعية العمومية للأمم المتحدة اعتمدت في شهر نوفمبر سنة ٢٠٠٠ اتفاقية مكافحة الجريمة المنظمة عبر الحدود الوطنية وبروتوكولها الخاص بمنع ومعاقبة الاتجار بالأشخاص لا سيما النساء والأطفال . ويقصد بالاتجار بالبشر كافة أشكال القصر أو الاختطاف أو الاحتيال أو الخداع أو الاستغلال بما فيه من سخرة واسترقاق واستعباد وكذلك سائر أشكال الاستغلال الجنسي بالإضافة إلى الاستغلال في نزع الأعضاء . وقد تضمنت نصوص هذا البروتوكول ما يكفل المساعدة والحماية من هذه الجرائم.

المبحث الثاني: حماية الأطفال من الاستغلال في مجال العمل:

تبين الدراسات الحديثة أن عمل الأطفال واستغلالهم أصبح ظاهرة في معظم البلدان النامية . ذلك أن فقر الأسرة يدفعها إلى الزج بالأطفال في سوق العمل من أجل الكسب دون اكتراث بما قد يحدث لهؤلاء الأطفال .

وتعد ظاهرة عمالة الأطفال في سن مبكرة انتهاكا لحقوقهم الأساسية حيث التأثير عليهم صحيا ، كما يحرمهم من التعليم في المراحل الأولى . لذلك نجد أن القانون الدولي قد وضع ضوابط وشروط معينة لعمل الأطفال ، ومن ثم فإن هذا المبحث ينقسم إلى مطلبين:

المطلب الأول: التنظيم القانوني الدولي لعمل الأطفال:

عمل الأطفال من المسائل المهمة التي تصدى لها المجتمع الدولي فعنيت منظمة العمل الدولية بهذا الموضوع عن طريق تنظيمه وإخضاعه للرقابة والإشراف ، وقد اعتمد مؤتمر العمل الدولي العديد من الاتفاقيات والقرارات والتوصيات لتحديد المعايير المناسبة لعمل الأطفال . وقد اهتمت الاتفاقيات الدولية بتحديد الحد الأدنى لسن تشغيل الطفل وتحديد اللياقة الصحية للطفل لمزاولة العمل .

المطلب الثاني: حظر استغلال عمل الأطفال في المواثيق الدولية:

اهتمت المواثيق الدولية بحظر استغلال الأطفال في مجال العمل . من أبرزها العهد الدولي للحقوق الاقتصادية والاجتماعية والثقافية لعام ١٩٦٦ . حيث أورد في نصوصه وجوب اتخاذ إجراءات الحماية الخاصة للأطفال الصغار من الاستغلال الاقتصادي والاجتماعي . ويفرض عقوبات على من يقوم باستخدامهم في أعمال تلحق بهم الأذى .

كما عالجت اتفاقية حقوق الطفل مسألة عمالة الأطفال بحث الدول الأعضاء على اتخاذ ما يلزم من إجراءات لتحديد سن أدنى لعمل الأطفال، والنص على تنظيم ملائم لساعات العمل، ووضع عقوبات وجزاءات على مخالفة ذلك . والجدير بالذكر أن منظمة العمل الدولية منذ إنشائها وهي تبذل الجهد الكبير في سبيل عدم استغلال الأطفال في مجال العمل ، بل إنها طالبت بإلغاء عمل الأطفال، لذلك فقد اعتمدت المنظمة الاتفاقية رقم ١٨٢ لسنة ١٩٩٩ الخاصة بحظر الأنواع السيئة من عمل الأطفال، هذا بالإضافة إلى أنها تشرف على تنفيذ البرنامج الدولي للقضاء على عمل الأطفال .



المبحث الثالث : حماية الأطفال من الاستغلال الجنسي :

يبين المؤلف أن الدعارة والاتجار بالبشر للأغراض الجنسية هو مما يتنافى مع الضمير والأخلاق والكرامة الإنسانية وبالرغم من ذلك فقد انتشرت في بعض المجتمعات والدول ظاهرة ممارسة الجنس مع الأطفال بل أنها تطورت حتى أصبحت شكلاً من أشكال التجارة تجني من ورائها الشبكات الإجرامية الملايين من الدورات ، ولقد حرم الشرع والقانون هذه الظاهرة وجرمها ، وقد انعقدت في الفترة الأخيرة العديد من المؤتمرات المناهضة للاستغلال الجنسي للأطفال ، ويوضح الكاتب مظاهر الاستغلال الجنسي للأطفال في مطلب أول من هذا المبحث ثم يتحدث في المطلب الثاني عن حظر الاستغلال الجنسي للأطفال في المواثيق والمؤتمرات الدولية .

المطلب الأول : مظاهر الاستغلال الجنسي للأطفال :

يتمثل ذلك في بغاء الأطفال . باستغلالهم جنسيا بمقابل وهو ما تلجأ إليه بعض البلدان النامية بسبب الفقر ، وإجبار الأطفال على ذلك تترتب عليه عواقب سيئة تدمر النشء في المجتمع نفسيا وبدنيا وصحيا وتخلق جيلا من المجرمين .

ومن مظاهر استغلال الأطفال جنسيا والذي يبدأ بالعنف ضدهم وينتهي بممارستهم هم للعنف والاستغلال . استخدام الأطفال في سياحة الجنس . فهذه الظاهرة انتشرت في بعض البلدان حيث يتجه الكثير من المارقين أخلاقيا إلى البلدان التي تقدم هذه المتعة لهم . وقد أدى انتشار هذه الظاهرة إلى تدخل الأمم المتحدة بتأكيدا في أكثر من مناسبة إلى ضرورة العمل على التصدي لها .

والمظهر الثالث من مظاهر استغلال الأطفال في هذا المجال هو إساءة استخدام الانترنت في نشر الصور والمواد الإباحية عن الأطفال وذلك بالتصوير الإباحي للأطفال والمتاجرة بأجسامهم عبر الانترنت .

وهكذا يتضح أن للاستغلال الجنسي للأطفال مظاهر تتخذ أشكالا جديدة وعديدة في بلدان العالم وأن السبب الرئيسي لوجودها هو الفقر بالإضافة إلى انحراف الأسرة بسبب انهيار المبادئ والقيم في معظم المجتمعات .

المطلب الثاني : حظر الاستغلال الجنسي للأطفال في المواثيق والمؤتمرات الدولية :

ويبين الكاتب في هذا المطلب أن الأمم المتحدة واجهت هذه الظاهرة بإقرار الاتفاقية الدولية الخاصة بحظر الاتجار بالأشخاص عام ١٩٤٩ كما ناشدت الدول الأعضاء بمواجهة ظاهرة بغاء الأطفال و مواجهة مرتكبي هذه الجرائم بأشد العقاب ، ومن أمثلة المواثيق التي واجه بها المجتمع الدولي هذه الظاهرة اتفاقية حقوق الطفل عام ١٩٨٩ واتفاقية روما عام ١٩٩٨ بإنشاء المحكمة الجنائية الدولية ، والاتفاقية الخاصة بحظر أسوأ أشكال عمالة الأطفال وبغائهم واستخدامهم في العروض والمواد الإباحية عام ٢٠٠٠ ، والبروتوكول الخاص بمنع ومعاقبة الاتجار بالبشر لا سيما النساء والأطفال المكمل لاتفاقية الأمم المتحدة لمكافحة الجريمة المنظمة عبر الوطنية لعام ٢٠٠٠ كل هذه المواثيق تعتبر من الوثائق الدولية التي تحظر الاستغلال الجنسي للأطفال .

ثم يبين الكاتب في الفرع الثاني من هذا المطلب المؤتمرات الدولية التي تحظر الاستغلال الجنسي التجاري للأطفال ومن أهم هذه المؤتمرات . مؤتمر استوكهولم سنة ١٩٩٦ الذي عقد في أغسطس ٩٦ بالسويد في حضور ممثلي ١٢٢ دولة و ٤٠٠ منظمة غير حكومية مناهضة لظواهر الاستغلال الجنسي للأطفال . والمؤتمر الثاني . مؤتمر يوكوهاما باليابان سنة ٢٠٠١ جاء هذا المؤتمر تعزيزاً لمؤتمر استوكهولم حيث استضافت حكومة اليابان ممثلي ١٥٩ دولة وعدد كبير من المنظمات غير الحكومية . بالتعاون مع اليونسيف ، لتوطيد الإجراءات الرامية إلى القضاء على الاستغلال الجنسي للأطفال .

الفصل الخامس : الحماية الخاصة لفئات معينة من الأطفال؛

ويوضح الكاتب في هذا الفصل أنه بعد أن تكلم عن أهمية تمتع الطفل بالرعاية الاجتماعية ، وبحقه في الرعاية الصحية والتعليم ، وفي التمتع بالحقوق والحريات والحماية من كافة أشكال الاستغلال ، باعتبارها حقوق يجب منحها لجميع الأطفال ، إلا أنه توجد بعض الطوائف من الأطفال يلزمهم عناية خاصة وهم طائفة الأطفال المعوقين ، وأطفال الشوارع ، وأطفال الأقليات ، والأطفال الجانحين . ولإظهار الحماية الخاصة التي يكفلها القانون الدولي لهذه الفئات فقد أفرد الكاتب لكل طائفة مبحث خاص .

المبحث الأول : حماية الأطفال المعوقين؛

وتعريف الإعاقة في الموسوعة الطبية يعنى " كل عيب صحي أو عقلي يمنع المرء ،من أن يشارك بجدية في نواحي النشاط الملائمة لعمره، كما يولد إحساسا لدى المعوق بصعوبة الاندماج في المجتمع عندما يكبر " ، وسبب الإعاقة إما أن يكون خلقياً منذ الولادة أو يكون بفعل حادث أو مرض أو بأسباب وراثية .

والجهود الدولية لحماية الأشخاص المعوقين ، تمثلت في إقرار الجمعية العامة للأمم المتحدة الإعلان الخاص بالمتخلفين عقليا في عام ١٩٧١ . بضرورة أن تتاح لهذه الطائفة من الأطفال نفس الحقوق الممنوحة لسائر البشر ، من رعاية صحية وتعليم والحصول على مستوى معيشي لائق ، وفي مرحلة تالية أصدرت الجمعية العامة إعلانا آخر خاص بحقوق المعوقين في سنة ١٩٧٥ الذي عضد من وسائل الحماية لهذه الطائفة ، ثم أضافت الجهود الدولية في سبيل التصدي لمشاكل المعوقين إعلان الجمعية العامة سنة ١٩٨١ عن « سنة دولية للمعوقين » حيث قررت تكريس هذه السنة لتحقيق مجموعة من الأهداف لمساعدة المعوقين ، ولم يقتصر الأمر على الجمعية العامة للأمم المتحدة في هذه الحماية ولكن تصدت العديد من الهيئات والمنظمات الدولية بالمشاركة في هذا الأمر .

حماية الطفل المعوق في ضوء اتفاقية حقوق الطفل ؛

تكفلت الاتفاقية بهذا الأمر حيث أوردت في المادة ٢٢ منها وجوب تمتع الطفل المعوق عقليا أو جسديا بحياة كريمة كاملة ، واعتراف الدول بحق الطفل المعوق في الرعاية والحماية بتوفير المساعدات اللازمة وكافة الخدمات المطلوبة له .

والخلاصة مما سبق أن الحماية الدولية للأطفال المعوقين اتخذت مستوى أعلى من الاهتمام منذ أن عقدت اتفاقية حقوق الطفل .

المبحث الثاني : حماية أطفال الشوارع؛

يقول الكاتب في هذا الصدد أنه منذ ظهور العديد من المشكلات الاجتماعية وتردي الأوضاع الاقتصادية انتشرت ظاهرة التشرد ، وتؤكد الدراسات أن الكثير من المشردين في العالم هم من الأطفال . وهم من يطلق عليهم أطفال الشوارع والمقصود « أي طفل ذكراً كان أو أنثى قد اتخذ من الشارع محلاً للحياة والإقامة دون رعاية أو حماية أو إشراف من جانب أشخاص راشدين مسئولين » وأسباب هذه الظاهرة . التي بينت أحدث التقديرات أنها أدت إلى وجود ١٠٠ مليون طفل شارع في العالم . بسبب الفقر وزيادة الكثافة السكانية ، وزيادة حدة مشكلات الإسكان ، والبطالة ، الهجرة من الريف إلى المدن ، الحروب ، الكوارث الطبيعية ، المجاعات ، فضلا عن المشكلات الاجتماعية مثل التفكك الأسري ، والتسرب الدراسي ، وسوء معاملة الطفل بدنيا ونفسيا ، والدفع بالأطفال إلى سوق العمل في سن مبكر ، ومن آثار هذه الظاهرة فضلا عن المخاطر التي يتعرض لها أطفال الشوارع . ضياع حقوق كل طفل كإنسان ، وحرمانه من الحماية التي يستحقها ومن أهمها حق طفل الشارع في سكن ومأوى ، لذلك فقد كرست اتفاقية حقوق الطفل على حق الطفل في السكن «م٢/٢٧» منها حيث طالبت بموجبها الدول الأطراف بأن تتخذ التدابير اللازمة من أجل مساعدة الوالدين وغيرهما من الأشخاص المسئولين عن الطفل على ضرورة المساعدة والدعم لاسيما فيما يتعلق بالتغذية والإسكان والكساء .



المبحث الثالث : حماية أطفال الأقليات :

من المعروف أنه لا يمكن أن يوجد مجتمع ما دون أن يكون فيه أقلية أو أقليات عرقية أو لغوية أو دينية لها خصائصها التي تميزها عن غالبية السكان ، وتعد أطفال هذه الأقلية هي الأكثر عرضه من غيرهم لفقدان هويتهم الثقافية أو الدينية أو اللغوية ولا ريب في أن طفل الأقلية مثله مثل طفل الأغلبية يستفيد من حماية أحكام اتفاقية حقوق الطفل ، وعملاً بهذه الاتفاقية وكافة الوثائق الدولية ، يتمتع طفل الأقلية في الوجود وعدم ممارسة أي أعمال تهدف إلى القضاء عليه على المدى القريب أو البعيد ولعل أهم الاتفاقيات الدولية التي تسعى إلى الحفاظ على حق الأقليات في الوجود هي الخاصة بمنع جريمة الإبادة الجماعية الصادرة من الأمم المتحدة في ديسمبر سنة ١٩٤٨ ، وهي تواجه إلحاق أي ضرر جسدي أو عقلي بأفراد الجماعة ، أو إخضاع الجماعة لظروف معيشية يقصد بها القضاء عليها ، أو اتخاذ وسائل تستهدف منع إنجاب الأطفال داخل الجماعة أو نقل أطفال من الجماعة إلى جماعة أخرى . وأنه وإن كانت الاتفاقية جاءت لتطبق على جميع طوائف الأقليات من رجال ونساء وأطفال ، إلا أنها خصت الأطفال بالذكر في التقريرين « د ، هـ » من مادتها الثانية التي تحافظ على حق أطفال الأقليات في الوجود ، وإذا انتقلنا إلى اتفاقية حقوق الطفل ، نجد أن من أهم المبادئ التي تقوم عليها هو مبدأ عدم التمييز وحق أطفال الأقليات المحافظة على هويتهم الخاصة .

المبحث الرابع : حماية الأطفال الجانحين :

يقول الكاتب أن مشكلة انحراف الأطفال من الظواهر الاجتماعية الموجودة في جميع دول العالم ، لذا فقد اهتم المجتمع الدولي بهذه المسألة حيث ثبت أن هناك نقص في حماية الأطفال أمام القضاء مما دعت الحاجة إلى وجود نظام على المستوى الدولي لقضاء الأحداث ، لذا فقد أوردت اتفاقية حقوق الطفل مجموعة من الضمانات القضائية التي شأنها تحقيق حق الطفل في العدالة الجنائية ، وتكاتف الكل من أجل معاملة الطفل المتهم بانتهاك القانون على افتراض براءته حتى تثبت إدانته طبقاً للقانون وأن من حقه أن يحاكم محاكمة عادلة أمام محكمة مختصة ، وقد وضعت اتفاقية حقوق الطفل الإطار العام للمعاملة العقابية للطفل الجانح ، تاركة للدول حرية وضع السياسات العقابية ، مع ضمان عدم تعرض أي طفل للتعذيب أو لغيره من ضروب المعاملة القاسية أو المهينة .

الباب الثاني

حماية الأطفال في إطار النزاعات المسلحة

مقدمة هذا الباب يبين فيها الكاتب : أن الحروب لها ويلاتها على البشرية وما يهملنا هنا هو حماية الأطفال من عواقب التجاوزات التي ترتكب في حق الأطفال أثناء النزاعات المسلحة .

ولقد أشار الكاتب إلى أنه سوف يتناول هذا الباب في فصلين :

الفصل الأول : حماية الأطفال في ضوء قواعد ومبادئ القانون الدولي الإنساني:

ويبين الكاتب أن أشكال العنف التي تتخذها النزاعات المسلحة ، من استعمال أسلحة فتاكة ومتطورة يكون من أثرها زيادة عدد الضحايا وخاصة الأطفال ، ومن المعروف أن تأثير الحروب على الأطفال كما يكون مباشراً عن اندلاع القتال يكون أيضاً بعد انتهاء المعارك الحربية في حالة بقاء مخلفات الحرب كالألغام الأرضية التي تتصيد ضحاياها بعد الحرب ، ومن الجدير بالذكر أن أشد ظواهر تأثير النزاعات المسلحة على الأطفال ، هي مشاركة هؤلاء الأطفال في النزاع المسلح ثم وقوعهم بعد ذلك في قبضة الاحتلال .

لذلك فقد أفرد الكاتب **المبحث الأول** في هذا الفصل . لحماية الأطفال من آثار الأعمال العدائية الدولية ، ولا شك أن القانون الدولي الإنساني يولي اهتماماً بهذه الحماية حيث قرر أن يعمل أطراف النزاع الحربي على التمييز بين السكان المدنيين والمقاتلين وبين الأهداف العسكرية والأعيان المدنية وألا توجه الأعمال القتالية إلا للأهداف العسكرية ، وغنى عن البيان أن التزام ذلك يحقق الحماية العامة للأطفال من أخطار القتال . هذا بخصوص التدابير العامة لحماية الأطفال من آثار الحرب ، أما التدابير الخاصة المقررة لصالح الأطفال ، وهو ما قرره اتفاقية جنيف عام ١٩٤٩ من وجوب اتخاذ إجراءات خاصة لأجل إغاثة الأطفال ، وجمع شمل الأسر التي شنت بسبب الحرب وكذلك إجلاء الأطفال من المناطق المحاصرة ، حيث يقع على عاتق أطراف النزاع العمل على إغاثة الأطفال في ظل الأوضاع الصعبة ، كما يقع عليهم أيضاً تسهيل أعمال البحث عن أفراد الأسر المشتتة بسبب الحرب حتى يمكن جمع شملهم وهو ما أوجبه المواثيق الدولية وأهمها القانون الدولي الإنساني .

ثم يتحدث الكاتب عن حماية الأطفال من خطر الألغام الأرضية باعتبارها من الأسلحة التي تلحق الأذى بالسكان المدنيين بعد نهاية الحرب بسنوات عديدة وكثيراً ما يكون الأطفال ضحية هذه الألغام سواء قتلى أو جرحى أو مشوهين .

ولذلك فقد أسفرت الجهود الدولية على التوقيع على اتفاقية حظر استخدام وتخزين وإنتاج ونقل الألغام المضادة للأفراد . أوتواوا . كندا سنة ١٩٩٧ . وهي تعتبر إضافة عظيمة للقانون الدولي الإنساني .

ثم ينتقل الكاتب للتحديث في المبحث الثاني من هذا الفصل عن تحريم اشتراك الأطفال في النزاعات المسلحة ، ويقول إن مشاركة الأطفال في الأعمال العدائية ظاهرة متزايدة الشيوع . لذا كان لزاماً على المجتمع الدولي مواجهة هذه الظاهرة لحماية الأطفال من ويلات الاشتراك في الحرب بأي صورة من الصور سواء محارب أو جاسوس أو مقاوم ، ولكن الملاحظ أن هذه الجهود الدولية لم تكتمل إلا بموجب بروتوكولي جنيف سنة ١٩٧٧ اللذين حظرا مشاركة الأطفال في الأعمال الحربية . إلا أنه وبعد سريان هذين البروتوكولين لم تتوقف ظاهرة الزج بالأطفال في الحروب والنزاعات وهو ما أكدته اللجنة الدولية للصليب الأحمر ، باعتبارها الجهة صاحبة الوصاية الأصلية في الرقابة على تطبيق القانون الدولي الإنساني والمبادئ التي يحميها ، فقد أوردت في ملاحظاتها اشتراك أطفال لا تزيد أعمارهم عن اثنتي عشرة سنة في القتال الدائر في بعض الأماكن في العالم وذلك بالمخالفة الصريحة لكافة المبادئ المستقرة في القانون الدولي الإنساني .





ونتيجة لذلك فقد اعتمدت الجمعية العامة للأمم المتحدة في شهر مايو ٢٠٠٠ البروتوكول الاختياري لاتفاقية حقوق الطفل بشأن اشتراك الأطفال في النزاعات المسلحة، ويعد هذا البروتوكول تنويعاً لجهود اللجنة الدولية للصليب الأحمر، والمنظمات غير الحكومية التي بذلت جهوداً مضيئة خلال فترة التسعينات من أجل رفع الحد الأدنى لسن المشاركة في الأعمال القتالية من الخامسة عشرة سنة حتى الثامنة عشرة، وقد عبرت الدول في هذا البروتوكول عن اعترافهم بأن حماية الأطفال من المشاركة في النزاعات المسلحة من شأنه أن يؤدي إلى مزيد من التعزيز لتطبيق الحقوق التي تم إقرارها في اتفاقية حقوق الطفل.

ثم ينتقل الكاتب بعد ذلك للتحديث عن الوضع القانوني للأطفال المشاركين في الأعمال العدائية. رغم مخالفة ذلك للقانون الدولي الإنساني. ذلك أنه إذا شارك الطفل في الأعمال الحربية فإنه يعتبر مقاتلاً وبالتالي يتمتع بحقوق الأسرى عند وقوعه في الأسر. ومن ثم يتمتع بالحماية العامة المقررة للطفل كأسير، وقد جاءت اتفاقية جنيف الثالثة المتعلقة بمعاملة أسرى الحرب. معبرة عن هذا المعنى وتتص هذه الاتفاقية على معاملة الدولة المحتجزة الأسرى بأسلوب إنساني في كل الأوقات والأحوال ويحظر عليها تعريضهم لأي إساءة، وبخصوص الأطفال المقاتلين الذين يقعون في قبضة الخصم ويتم أسرهم يكون لهم موضع احترام خاص ويتمتعون بحماية خاصة. حتى ولو كانت مشاركتهم خطأ بعدم بلوغهم السن القانوني للقتال.

ويتحدث الكاتب بعد ذلك عن حماية الأطفال تحت الاحتلال الحربي. فإذا أُحتل إقليم فقد خضع لسيادة المحتل مؤقتاً. وطبقاً لأحكام اتفاقية جنيف وجب على سلطات الاحتلال احترام حقوق المدنيين في الأراضي المحتلة، ومن باب أولى الأطفال بوصفهم الحلقة الأضعف، إذ من أبسط حقوقهم على المحتل الرعاية الكاملة صحياً وتعليمياً. والقانون الدولي الإنساني يضع مهام محددة على عاتق دولة الاحتلال تضمن حماية الأشخاص الخاضعين للاحتلال. وخير دليل على انتهاك الحقوق ما يحدث في دولة فلسطين المحتلة من القوات الصهيونية والمحتل الاسرائيلي الذي يضرب أفضع الأمثلة على انتهاك حقوق الإنسان ومخالفة القوانين والمعاهدات الدولية في هذا الخصوص.

الفصل الثاني: دور الأمم المتحدة والقضاء الدولي الجنائي في حماية الأطفال من عواقب الحرب.

يقول في **المبحث الأول** أن دور الأمم المتحدة في الحد من تأثير الصراعات المسلحة على الأطفال تتمثل في إعطاء ميثاقها لمجلس الأمن صلاحيات واسعة في هذا المجال للمحافظة على الأمن والسلم العام ومع ذلك فإن الصراعات لم تنته والحروب لم تتوقف. لذا فقد وضعت الأمم المتحدة في اعتبارها حماية الأطفال من هذه الصراعات، وذلك بأن تبنت الجمعية العامة بعض الإعلانات وأصدرت العديد من القرارات بهدف تدعيم مبادئ القانون الدولي الإنساني في حماية الأطفال من الحروب، كما كان لمجلس الأمن أيضاً بما له من أهمية بالغة بين مختلف أجهزة الأمم المتحدة دوراً مهماً في مجال حماية الأطفال في النزاع العسكري. وقد أصدر العديد من القرارات التي تتعلق بالحد من تأثير الحروب على الأطفال، ولعل الجديد في هذا المجال هو القيام بإدماج حماية الأطفال في عمليات حفظ السلام، وفي مفاوضات السلام، وذلك باستخدام قوات حفظ السلام الدولية في المحافظة على هذه الحقوق ومنها حق حماية الأطفال.



ثم ينتقل الكاتب بعد ذلك في **المبحث الثاني** من هذا الفصل إلى الحديث عن المسؤولية الدولية الفردية عن انتهاكات حقوق الطفل في النزاعات المسلحة.

ويقول إن القانون الدولي المعاصر قرر مبدأ المسؤولية الجنائية الدولية للأفراد عن انتهاكات حقوق الإنسان التي ترتكب بسبب النزاع المسلح لذلك فقد تم إنشاء قضاء دولي جنائي لمحاكمة مجرمي الحرب عما ارتكبوه من جرائم حرب مثل الإبادة الجماعية في حق المدنيين خاصة الأطفال والنساء.

ويبين المؤلف في **المطلب الأول** من هذا المبحث دور المحاكم الدولية المؤقتة في تقرير المسؤولية الفردية عن جرائم الحرب ، ويقول أنه بجانب المسؤولية الدولية التي تتحملها الدولة التي تنتهك قوانين وأعراف الحرب ، هناك مسؤولية جنائية فردية أفرزتها محكمتي نورمبرج وطوكيو أثناء انعقادهما بعد الحرب العالمية الثانية لمحاكمة الأفراد مجرمي الحرب . ولذا كانت الجهود الدولية حتى أنشأت المحكمة الجنائية في يوليو سنة ١٩٨٨ ثم اعتماد نظام روما الأساسي للمحكمة الجنائية الدولية.

ويدخل في اختصاص هذه المحكمة جرائم اشترك الأطفال دون الخامسة عشرة من عمرهم في الأعمال الحربية أو القيام بتجنيدهم عند قيام نزاع مسلح.



الباب الثالث

ضمانات حماية حقوق الطفل في القانون الدولي:

ويقسم الكاتب هذا الباب إلى فصلين:

الفصل الأول: وسائل حماية حقوق الطفل على المستوى الدولي.

الفصل الثاني: إجراءات حماية الطفل على المستوى الإقليمي

وفي خصوص **الفصل الأول** يتحدث المؤلف عن الهيئات الدولية المعنية بحماية حقوق الطفل وهي صندوق الأمم المتحدة للطفولة (اليونسيف)، ثم الوكالات المتخصصة في مجال حماية الطفل من الناحية الصحية والثقافية والاجتماعية والاقتصادية ومنها منظمة العمل الدولية، ومنظمة الصحة العالمية، ومنظمة الأمم المتحدة للتربية والعلوم (اليونسكو).

ثم يبين الكاتب بعد ذلك دور اللجنة الدولية للصليب الأحمر في مساعدة الأطفال وهي منظمة دولية غير حكومية تعمل منذ نشأتها على دور الوسيط المحايد في حالات النزاع المسلح والاضطرابات وتعمل على كفالة الحماية لضحايا النزاعات وسائر أوضاع العنف لا سيما ما يكون منها ضد الأطفال.

ثم ينتقل المؤلف بعد ذلك إلى التحدث عن اللجان الدولية لمراقبة تطبيق حقوق الطفل وذلك في المبحث الثاني من هذا الفصل. ويقول أن هذه الرقابة تتمثل في الرقابة الدولية العامة على حقوق الطفل في ضوء اتفاقيات حقوق الإنسان ثم في النظام الخاص بالرقابة في اتفاقية حقوق الطفل (لجنة حقوق الطفل) ويضيف الكاتب أن هذه اللجان الدولية تساهم في تحسين واحترام حقوق الطفل كل في مجال اختصاصه وأن لجنة حقوق الطفل التي أنشأتها اتفاقية حقوق الطفل سنة ١٩٨٩ كانت بقصد دراسة التقدم الذي أحرزته الدول الأطراف في الاتفاقية في استيفاء تنفيذ الالتزامات التي تعهدت بها لكفالة حقوق الطفل وحمايتها وفقا لأحكام الاتفاقية.

يتحدث الكاتب بعد ذلك في **الفصل الثاني** من هذا الباب على إجراءات حماية الطفل على المستوى الإقليمي

حيث يبين الكاتب في **المبحث الأول** من هذا الفصل. المنظمات الدولية الإقليمية وحماية حقوق الطفل - مثل منظمة الدول الأمريكية ودورها في حماية حقوق الطفل ثم يعرض بعد ذلك للمنظمات الأوروبية والمنظمات الإفريقية التي تضطلع بذات المهمة.

ويتحدث الكاتب في **المبحث الثاني** من هذا الفصل عن جهود حماية الطفولة على المستوى العربي. وذلك ببيانها لوثائق حماية الطفولة في إطار جامعة الدول العربية، ثم آليات العمل العربي المشترك في مجال الطفولة ويتحدث في خصوص الوثائق عن ميثاق حقوق الطفل العربي الصادر في مؤتمر تونس الأول الخاص بالطفل العربي ورعايته وتنميته، ثم يتحدث الكاتب بعد ذلك عن الوثائق العربية اللاحقة على إقرار الاتفاقية الدولية لحقوق الطفل مثل الخطة العربية الأولى لرعاية وحماية وتنمية الطفولة عام ١٩٩٢ ثم عن الدليل التشريعي النموذجي لحقوق الطفل العربي عام ٢٠٠٠، وبعد ذلك عن الإطار العربي لحقوق الطفل عام ٢٠٠١، وآخر هذه الوثائق التي بينها هي خطة العمل العربية الثانية للطفولة ٢٠٠٤-٢٠١٥.

وينقلنا الكاتب بعد ذلك للحديث عن آليات العمل العربي المشترك في مجال الطفولة . مثل المشروع العربي للنهوض بالطفولة . واللجنة الفنية الاستشارية للطفولة العربية، وقسم الطفولة بإدارة الأسرة والمرأة والطفولة، وأخيراً المجلس العربي للطفولة والتنمية.

ثم تحدث الكاتب في **المبحث الثالث** عن وضع الطفل في مصر في ضوء الاهتمام العالمي بالطفولة.

ثم أنهى مؤلفه بخاتمة. حصل فيها وجيز ما سبق بيانه وأعقب ببعض التوصيات اللازمة في هذا المجال أهمها:

أولاً: ضرورة مراجعة اتفاقية حقوق الطفل التي عقدت في عام ١٩٨٩، خاصة فيما يتعلق بالاختصاص الذي منحه إلى لجنة حقوق الطفل، لأن الاتفاقية قد غفلت عن إعطاء اللجنة الحق في تلقي وقبول شكاوي الأطفال أو ممثليهم القانونيين أو الأوصياء عليهم. وإن السبيل الوحيد لسد هذا النقص هو وضع بروتوكول اختياري لاتفاقية حقوق الطفل، ينظم هذا الاختصاص ويمنحه للجنة.

ثانياً: المطالبة بعقد اتفاقية دولية خاصة بحماية الأطفال في النزاعات المسلحة. لأن اتفاقية حقوق الطفل لم تتناول هذا الموضوع إلا في مادة واحدة فقط، تركت بموجبها الحماية إلى قواعد ومبادئ القانون الدولي الإنساني، ونظراً لأن القانون الدولي الإنساني يتناول موضوعات عديدة، وقواعده تبلغ مدي كبيراً من الاتساع. فمن الأفضل تركيز القواعد التي تحمي الطفل في النزاعات المسلحة في اتفاقية خاصة ومنفردة.

ثالثاً: يجب على الدول الغنية والمنظمات الدولية الإسراع في التعاون الدولي وتوجيه مساعدتها إلى الدول النامية الأكثر فقراً، حتى تستطيع العناية بأطفالهم وتعليمهم والتغلب على المشكلات الصحية التي تواجه الأطفال.

رابعاً: وجوب قيام كل دولة بإنشاء وزارة خاصة بالطفولة، تعمل على حماية الطفولة وتطبيق حقوق الطفل داخل الدولة.

خامساً: دعوة جامعة الدول العربية إلى إنشاء لجنة عربية دائمة لحماية ورعاية الطفولة، يتم انتخاب أعضائها من قبل مجلس الجامعة، ويكون لها اختصاصات قوية لأجل دفع العمل العربي المشترك في مجال الطفولة.





بسم الله الرحمن الرحيم باسم صاحب السمو أمير الكويت الشيخ صباح الأحمد الجابر الصباح

محكمة التمييز

الدائرة التجارية الأولى والإدارية

بالجلسة المنعقدة علناً بالمحكمة بتاريخ ٢٧ جمادى الأولى ١٤٣١ هـ الموافق ٢٠١٠/٥/١١ م

برئاسة السيد المستشار/ عبد الحميد عمران محمد وكيل المحكمة

وعضوية السيد المستشار/ محمد السيد يوسف الرفاعي - وكيل المحكمة

والسادة المستشارين / عبد المنعم أحمد ابراهيم، وأحمد عبد الفتاح حسن، ومحمود حسن التركاوي

وحضور الأستاذ/ محمود خضير رئيس النيابة

وحضور السيد / سامي أبو العنين أمين سر الجلسة

صدر الحكم الآتي

في الطعن بالتمييز المرفوع من :.....

ضد :

١ -

٢ -

٣ -

٤ -

والمقيد بالجدول برقم: ٢٠٠٧/٥٦٠ تجاري/ ١.

بعد الاطلاع على الأوراق، وسماع المرافعة، وبعد المداولة.

وحيث إن الطعن استوفى أوضاعه الشكلية.

وحيث إن الوقائع، على ما بيّن من الحكم المطعون فيه وسائر الأوراق - تتحصّل في أن الطاعن أقام على المطعون ضده الأول وباقي المطعون ضدهم الدعوى رقم ٢٨٧٤ لسنة ٢٠٠٤ ت بطلب الحكم - وفقاً لطلباته الختامية - بإبطال عقد البيع المؤرخ ٢٦/١١/٢٠٠٢ وإلزامهم جميعاً بالتضامن والتضام بأن يؤدوا إليه مبلغ ٢٠٢٨٠ د.ك. والمصروفات والأتعاب الفعلية للمحكمة وشرحاً لدعواه قال إنه بموجب العقد آنف الإشارة اشترى من المطعون ضده الأول السيارة المبينة بالأوراق نظير ثمن إجمالي مقداره ٢٠٢٩٩ د.ك. سدد منه عند التوقيع على العقد ١٩ د.ك. والباقي يسدد على أقساط شهرية قيمة كل منها ٢٦٣ د.ك. لمدة ٦١ شهراً عدا القسط الأخير فتبلغ



مبادئ وأحكام قضائية

قيمتها ٤٥٠٠ د.ك.، وإضافة أن هذه السيارة كانت مملوكة ابتداءً للمطعون ضده الثالث الذي قام بعرضها للبيع بوساطة المطعون ضدها الرابعة وعن طريق المطعون ضدها الثانية التي قامت بتوريدها إلى المطعون ضده الأول وقبضت ثمنها، وأنه بعد أن تم نقل ملكية السيارة إليه تبين أنها مسروقة من خارج دولة الكويت وأنه تم التلاعب في رقم قاعدتها «الشاسيه» بإضافة رقم (٤) إلى رقمها الأصلي فأصبح الأمر الذي يكون معه قد تعرض لعملية غش وتدليس من كافة المطعون ضدهم بما يستوجب مسؤوليتهم جميعاً بالتضامن والتضام ومن ثم أقام الدعوى بطلباته سائلة البيان. وجه المطعون ضده الأول إلى المطعون ضدها الثانية طلباً عارضاً بالزامها بأن تؤدي إليه ما عساه أن يحكم به عليه، كما طلبت المطعون ضدها الثانية ندم خير لمعاينة السيارة وتقدير مقابل تأجيرها يومياً تمهيداً للمطالبة به نظير انتفاع الطاعن بها منذ تاريخ استلامه إياها. وفي ١٠/١٢/٢٠٠٥ حكمت المحكمة أولاً في الدعوى الأصلية ببطالان عقد بيع السيارة المؤرخ ٢٦/١١/٢٠٠٢ واعتباره كأن لم يكن وألزمت المطعون ضده الأول بأن يرد للطاعن قيمة ما استوفاه من ثمن مقداره ٢٠٢٩٩ د.ك. مقابل رد السيارة المباعة إليه. ثانياً في الدعوى الفرعية الأولى بالزام «المطعون ضدها الثانية» بأن ترد للمطعون ضده الأول ما استوفته من ثمن ومقداره (١٥٥٠٠ د.ك.) مقابل رد السيارة المباعة إليها ثالثاً: باستبعاد الدعوى الفرعية المقامة من المطعون ضدها الثانية من الرول. استأنفت المطعون ضدها الثانية هذا الحكم بالاستئناف رقم ٨٢ لسنة ٢٠٠٦ كما استأنفته المطعون ضده الأول بالاستئناف رقم ١٦٤ لسنة ٢٠٠٦ واستأنفته الطاعن أيضاً بالاستئناف رقم ١٨٧ لسنة ٢٠٠٦، وبعد أن ضمت المحكمة الاستئنافين الثاني والثالث إلى الأول قضت بجلسة ٢١/٣/٢٠٠٧ في الثاني بإلغاء الحكم المستأنف لبطالانه ورفض الدعوى وبانتهاء الخصومة في الدعويين الفرعيتين، وبانتهاء الخصومة في الاستئنافين الآخرين. طعن الطاعن في هذا الحكم بطريق التمييز وقدم كل من المطعون ضدهما الأول والثانية مذكرة بدفاعه كما أودعت نيابة التمييز مذكرة أبدت فيها الرأي برفض الطعن، وإذ عرض على هذه المحكمة في غرفة المشورة حددت لنظرة جلسة فيها التزمت النيابة رأيها.

وحيث إن الطعن أقيم على ثلاثة أسباب ينعي الطاعن بالسبب الأول والوجه الأول من السبب الثاني على الحكم المطعون فيه الفساد في الاستدلال والخطأ في تطبيق القانون وفي بيان ذلك يقول إن الحكم أقام قضاءه برفض دعواه قبل المطعون ضده الأول تأسيساً على ما ذهب إليه من أن العلاقة بينهما ليست إلا علاقة إنابة كاملة بموجبها ناب الأول عن الطاعن في الوفاء بقيمة السيارة إلى المطعون ضده الثالث بحسبانه مالك السيارة وبائعها بما لا يجوز معه توجيه دعوى الإبطال إليه واستدل الحكم على ذلك بأن البند السابع من العقد المبرم بينه وبين الطاعن في ٢٦/١١/٢٠٠٢ تضمن التزام الأخير بضمان ملء المورد «بائع السيارة» في حين أن البين من صريح عبارات البند التمهيدي وباقي بنود العقد المشار إليه أنه عقد بيع بالمراوحة إذ أن البنك المطعون ضده الأول قام بشراء السيارة من باقي المطعون ضدهم ثم باعها للطاعن ثانية بالسعر الأساسي الذي اشترى به مضافاً إليه هامش ربح كما أن العقد خلا من بيان ما تقتضيه الإنابة من وجود طرف ثالث هو المناب لديه، وإذ خالف الحكم المطعون فيه هذا فإنه يكون معيباً بما يستوجب تمييزه.

وحيث إن هذا النعي غير منتج، ذلك إنه من المقرر -في قضاء هذه المحكمة أن المناط في تكليف العقود واعطائها الوصف القانوني الصحيح هو القصد المشترك الذي انصرفت إليه نية العاقدين وقت إبرام الاتفاق، وعلى محكمة الموضوع أن تستظهر هذا القصد وترده إلى شواهد وأسانيد تؤدي إليه عقلاً ثم تنزل عليه الحكم القانوني الصحيح، وهذا التكليف هو من مسائل القانون تخضع فيه محكمة الموضوع لرقابة محكمة التمييز، وأن النص في المادة ٤٦٢ من القانون المدني على أن ١ - «يجوز البيع توليه أو اشراكاً أو مراوحة أو وضعية إذا كان الثمن الذي اشترى به البائع معلوماً وقت العقد وكان مقدار الربح في المراوحة ومقدار الخسارة في الوضعية محدداً...» يدل



على أن المشرع اجاز البيع بما المربحة وهو نظام لجأت اليه في وقتنا الحالي كثير من المصارف بوصفه في الأصل من ببيعات الأمانة يفسح بها السبيل لمن قلت خبرته في التعامل أو في ضرب يقدم عليه من ضروبه فيتوقى غش الناس بأن يتبايع على حدود مرسومة تعتبر مجاوزتها خديعة وتغريراً، كما قد يكون دافع العميل في الالتجاء إلى المصرف هو ضعف قدرته المادية على الشراء نقداً مباشرة من مالك السلعة الأول، وتتمثل الصورة الغالبة في عقد البيع بالمربحة في صورة البيع للأمر بالشراء وفيها يلجأ الشخص إلى المصرف رغباً في شراء سلعة أو بضاعة معينة أو محددة بصفات مقابل ربح يتفقدان عليه زيادة عن رأس مال السلعة الذي يشتريها المصرف به من مالكة الأول، ويوقع العميل طالب الشراء مع المصرف تعهداً يلتزم فيه كل منهما بما يترتب على ذلك الاتفاق من شراء المصرف السلعة بالنقد ثم بيعها بالأجل بيعاً مستأنفاً إلى العميل الأمر الذي يلتزم بدوره بالشراء من المصرف فينقصد البيع بالمربحة تبعاً لذلك بين البنك وعميله، ومن المقرر أيضاً أن المادة ١٥٣ من القانون المدني توجب شرطاً أساسياً لإعمال التدليس - كعيب من عيوب الرضاء - يتمثل في وجوب أن يكون التدليس الموجه إلى المتعاقد والذي دفعه بالفعل إلى التعاقد متصلاً بالمتعاقد الآخر وهو يعتبر كذلك بداية إذا كان هو الذي لجأ بذات نفسه إلى الحيلة أو لجأ إليها نائبه كما يعتبر التدليس متصلاً بالمتعاقد الآخر إذا كان قد صدر من أحد اتباعه أو ممن كلفه بالوساطة في إبرام الصفقة فإذا وقع التدليس من الغير فلا يعتبر متصلاً بالمتعاقد الآخر وبالتالي مخولاً بطلب ابطال العقد إلا إذا كان هو قد علم عند إبرام العقد بصدوره أو كان في استطاعته حينئذ أن يعلم به، والغاية التي توخاها المشرع في ذلك هي العمل على تقرير الأمن والاستقرار للتعامل عن طريق عدم تعريض هذا المتعاقد للإبطال إلا إذا أمكن أن يعزي إليه ما يبرر تحميله تبعته، لما كان ذلك وكان الثابت بالأوراق انه بتاريخ ٢٦/١١/٢٠٠٢ تقدمت المطعون ضدها الثانية إلى بيت التمويل الكويتي «المطعون ضده الأول» بناء على طلب الطاعن بعرض سعر بيع السيارة محل النزاع لقاء ثمن مقداره ١٥٥٠٠ د.ك. واصدر إليها البنك في ذات التاريخ طلباً بقبوله شراء السيارة محل النزاع وفقاً لذلك العرض، وفي اليوم ذاته ابرم الأخير مع الطاعن عقداً عنون بعبارة «عقد بيع مربحة» أثبت في بنده التمهيدي والبندين الثاني والثالث منه أن الطاعن عرض عليه أن يقوم البنك بشراء تلك السيارة بذاتها بعد أن عين له شخص موردها ووفقاً لعرض السعر سالف البيان المرفق بالعقد، وأن البنك اشترها بهذا السعر وأنه باعها للطاعن بذات السعر مضافاً اليه هامش ربح مقداره «٤٧٩٩ د.ك.» وأنه بذلك يكون جملة سعر البيع هو ٢٠٢٨٠ د.ك. اتفقا على قيام الطاعن بسداده للبنك على أقساط شهرية فإن مفاد ذلك أن العقد الذي يربط الطاعن والمطعون ضده الأول وفقاً لملاساته وصريح نصوصه هو بيع بالمربحة البنك فيه هو البائع الثاني للسيارة إلى الطاعن المشتري الثاني، وأنه بالنظر الى ظروف البيع وملاساته على نحو ما سلف فإنه لا يتصور منطقاً نسبة تدليس الى البنك البائع دفع به الطاعن لارتضاء التعاقد على شراء السيارة وهو ما أقر به الأخير في صحيفة طعنه ص ٧ ومن ثم فإذا كان هناك تدليس فإنه يكون من الغير ولم ينسب الطاعن إلى البنك أنه كان يعلم به وبالتالي فلا يجوز أن يوجه إليه دعوى إبطال عقد البيع بالمربحة لهذا السبب، وإذا كان الحكم المطعون فيه قد انتهى إلى هذه النتيجة الصحيحة فإن تعييه فيما أورده بأسبابه من تقارير قانونية خاطئة تبريراً لقضائه لا يحقق للطاعن سوى مصلحة نظرية فلمحكمة التمييز أن تصحح هذه الأسباب دون أن تميزه لهذا السبب ومن ثم يضحى ما يثيره الطاعن في هذا النعي غير منتج وبالتالي غير مقبول.

وحيث إن الطاعن ينعي بالوجه الثاني من السبب الثاني على الحكم المطعون فيه الفساد في الاستدلال والخطأ في تطبيق القانون وفي بيان ذلك يقول إن الحكم نفى مسؤولية المطعون ضدها الثانية على سند من القول بأن سجل المركبة محل النزاع قد خلا من اسمها بما يفيد عدم ملكيتها إياها وأنها ليست سوى وسيطة أو وكالة عن المطعون ضد الثالث في البيع في حين أن عدم تسجيلها باسمها لا ينفي بالضرورة ملكيتها لها وانها اشتركت في بيعها الأمر الذي يعيب الحكم بما يستوجب تمييزه.

مبادئ وأحكام قضائية

وحيث إن هذا النعي غير سديد ذلك أنه من المقرر في قضاء هذه المحكمة أن الأصل أن يتعاقد الوكيل باسم الموكل فتكون الوكالة نيابية ينصرف أثر العقد فيها مباشرة إلى الأصل بحكم المادة ٥٧ من القانون المدني إلا أنه يجوز للوكيل أن يبرم العقد الذي تخوله الوكالة لا بصفته وكيلًا ولكن بصفته أصيلاً إذا لم يعلن وقت التعاقد عن صفته كنائب وبذلك تكون وكالته في هذه الحالة وكالة مستترة ويعتبر وكأنه قد أعار اسمه للأصيل الذي وكله في إبرام العقد، وحكم هذه الوكالة أنها ترتب قبل الأصل جميع الآثار القانونية التي ترتبها الوكالة السافرة فينصرف أثر العقد المبرم إلى الأصل وإلى من تعاقد معه الوكيل المستتر مما يقتضي اعتبار التعاقد قد تم لمصلحة الموكل ولحسابه فيكسب كل ما ينشأ عن التعاقد من حقوق ويلتزم بما يترتب من التزامات، وكان مفاد المادة ١١ من القانون رقم ٦٧ لسنة ١٩٧٦ في شأن المرور المعدل والمادتين ٣ - ١٠ من اللائحة التنفيذية للقانون الصادرة بقرار وزير الداخلية رقم ٨١ لسنة ١٩٧٦ - وعلى ما جرى به قضاء هذه المحكمة - أن المشرع حرصاً منه على تحديد المسؤولية الجزائية والمدنية الناشئة عن المركبات ومنها السيارات قد تدخل وأورد أحكاماً خاصة في هذا القانون تجعل من الشخص الصادر باسمه ترخيص السيارة هو المالك الحقيقي لها دون سواه، وإذا كان الثابت بالأوراق وعلى ما سجله الحكم المطعون فيه أن بيان السجل التاريخ للسيارة محل النزاع الصادر من الإدارة العامة للمرور في ٢٠٠٣/٩/١٣ والمقدم بحافظة مستندات الطاعن أمام محكمة أول درجة جلسة ٢٠٠٤/١٠/٢٣ أن السيارة محل النزاع كانت في تاريخ بيعها إلى البنك المطعون ضده الأول مسجلة باسم المطعون ضده الثالث وهو المالك لها، وخلا هذا البيان من اسم المطعون ضدها الثانية ولم يقل الطاعن أنها اشترتها من مالكها ومن ثم فإنها وحين تعاقدت مع البنك على شرائه السيارة تكون نائبة عن مالكها المطعون ضده الثالث ولأنها لم تفصح عن هذه النيابة فإنها تعد وكالة مستترة عن الأخير في بيع السيارة فتتصرف إليه دونها آثار هذا البيع بما ينشأ عنه من حقوق وما يترتب من التزامات بما لا يجوز توجيه الدعوى إليها بشأنه في شخصها، وإذا التزم الحكم المطعون فيه هذا النظر فإن النعي عليه في هذا الخصوص يكون على غير أساس.

وحيث إن الطاعن ينعي بالوجه الثالث من السبب الثاني وبالسبب الثالث على الحكم المطعون فيه مخالفة الثابت بالأوراق والفساد في الاستدلال وفي بيان ذلك يقول إن الحكم أقام قضاءً برفض الدعوى بالنسبة لكل من المطعون ضدهما الثالث والرابع على أن الأوراق خلت مما يفيد صدور غش وتدليس منهما في البيع واستدل على ذلك بأنه تم تسجيل السيارة في الإدارة المختصة بالمرور بالرقم الصحيح في حين أن هذا التسجيل لا ينفي حدوث الغش بالتلاعب في رقم القاعدة باستحداث رقم ٤ الأول من جهة اليمين حسبما هو ثابت بالشهادة الصادرة من الإدارة العامة للمرور والتي قدمها إلى محكمة الموضوع وأنه لو كان يعلم بذلك ما ارتضى شراء السيارة لأنه لن يستطيع التصرف فيها أو تجديد ترخيصها فضلاً عن إمكان الرجوع عليه الأمر الذي يترتب مسؤوليتهما ويسوغ طلبه إبطال البيع وإذا خالف الحكم المطعون فيه هذا النظر فإنه يكون معيباً بما يستوجب تمييزه.

وحيث إن هذا النعي في محله ذلك إنه من المقرر في قضاء هذه المحكمة أن مفاد المواد ١٥١ ، ١٥٢ ، ١٥٣ من القانون المدني وعلى ما ورد بالمذكرة الإيضاحية أن التدليس قوامه الحيلة التي توجه للمتعاقد بقصد تغييره وجعله يعتقد أمراً يخالف الواقع والحقيقة بغية دفعه إلى ارتضاء التعاقد، وهذه الحيلة تختلف عن سميها في جريمة النصب فقد جعل المشرع هنا الكذب والكتمان في مقام الحيلة كلما جاء إخلالاً بواجب في الصدق أو المصارحة التي يكون من شأن ظروف الحال أن تجعل للمدلس عليه الحق في أن يضعها فيمن غشه وغرر به، كما أن مجرد كتمان العاقد واقعة جهرية أو ملابسة بجهلها للمتعاقد الآخر يعد تدليساً يجيز إبطال العقد ما دام أن المدلس عليه ما كان ليبرم العقد لو اتصل علمه بما سكت عنه المدلس عامداً، ومتى ثبت حدوث التدليس من المتعاقد أو ممن أبرم العقد



لمصلحته فإنه يحق للمتعاقد الآخر طلب إبطال العقد، لما كان ذلك وكان الثابت بالأوراق أن الطاعن تقدم أمام محكمة أول درجة بجلسة ٢٢/١٠/٢٠٠٤ بحافظة مستندات من بين ما تضمنته شهادة من الإدارة العامة للمرور إدارة الفحص الفني برقم ٣٨٠٩ في ١٣/٩/٢٠٠٣ ثابت بها أنه بفحص المركبة محل النزاع تبين وجود تلاعب برقم القاعدة إذ أوضحت الإدارة العامة للأدلة الجنائية أن الرقم الأول من جهة اليمين وهو «٤» مضاف ولا يخص المركبة أصلاً وأنه بالتالي يتعذر ترخيصها بدولة الكويت، كما طويت الحافظة على بيان بالسجل التاريخي للمركبة صادر من الإدارة العامة للمرور في التاريخ الأخير بأن السيارة كانت مسجلة ابتداء باسم مؤسسة وصاحبها المطعون ضده الرابع، ثم نقلت ملكيتها في ٢/١٠/٢٠٠٢ إلى المدعو ثم في ٢١/١٠/٢٠٠٢ إلى وبعده إلى المطعون ضده الثالث، وقد كتم الأخير وهو ممن يمتنون بيع وشراء السيارات - سواء بنفسه أو بواسطة وكالة «المطعون ضدها الثانية» ما بالسيارة من تلاعب وتزوير في رقم الشاسيه وهي واقعة جوهريه ما كان أي من البنك المطعون ضده الأول أو الطاعن ليرتضي التعاقد على شراء السيارة لو علم بذلك عند العقد، ولا ريب أن هذا الكتمان يتنافى ومع يفرضه أصول التعامل من شرف وأمانة بما يسوغ للطاعن المشتري الثاني أن يرجع بدعوى المشتري الأول - الدعوى المباشرة - والتي انتقلت اليه بموجب عقد البيع الثاني - وهي مما يندرج في عموم طلباته لزوماً وواقعاً بغية إبطال عقد بيع المطعون ضده الثالث السيارة إلى البنك المشتري الأول وهذا البطلان يعدم العقد إعداما يستند إلى وقت إبرامه فيزول كل أثر لتفيذه وتبعا لذلك يضحى عقد بيع المطعون ضده الأول إلى الطاعن ذات السيارة باطلاً باعتباره مينياً ومؤسساً على العقد الأول الأمر الذي يقتضي إعادة كل شيء إلى أصله باسترداد كل متعاقد ما أعطاه فيرد كل بائع الثمن الذي قضيه مقابل أن يسترد السيارة المباعة وإذ خالف الحكم المطعون فيه هذا النظر فإنه يكون معيباً بما يوجب تمييزه في هذا الخصوص.

وحيث إنه عن موضوع الاستئناف رقم ١٨٧ لسنة ٢٠٠٦ ت فإنه لما تقدم وفي حدود ما تم تمييزه، وكان الثابت أن المستأنف ضده الثالث (البائع الأول) قد تسلم بواسطة وكالة من البنك المستأنف ضده الأول مبلغ ١٥٥٠٠ د. ك قيمة ثمن السيارة محل النزاع فإنه يتعين إلزام هذا البائع بأن يرد إلى البنك المشتري الأول هذا الثمن وأن يرد البنك إليه السيارة، ومن ناحية أخرى فإنه وعلى ما يبين من عقد بيع البنك السيارة إلى المستأنف ومذكرة البنك (نموذج دراسة حال العميل) المؤرخة في ١٧/٨/٢٠٠٤ والتي تضمنتها حافظة مستنداته المقدمة بجلسة ١٢/١٢/٢٠٠٦ أن المستأنف اشترى السيارة بمبلغ ٢٠٢٩٩ د. ك سدد منه مقدماً مبلغ ١٩ د. ك ثم سدد اقساطاً قيمة جملتها ٣٩٤٥ د. ك كما سدد الباقي عن طريق بنك الخليج ومقداره ١٦٣٣٥ د. ك غير أن البنك اعفاه من جزء من الثمن أودعه بحسابه وهو مبلغ ٢٠٠٠ د. ك بما يعني أن صافي المبلغ الذي دفعه المستأنف للبنك هو ١٨٢٩٩ د. ك فيكون البنك ملزماً برد هذا المبلغ إليه مقابل أن يرد المستأنف للبنك هو ١٨٢٩٩ د. ك فيكون البنك ملزماً برد هذا المبلغ إليه مقابل أن يرد المستأنف السيارة إلى البنك، ولا محل لطلب المستأنف الفوائد القانونية والتعويض باعتباره طلباً جديداً، وتقدر المحكمة ١٠٠٠ ألف ديناراً تعاباً فعلياً مناسبة للمحكمة، وإذ لم يلتزم الحكم المستأنف هذا النظر فإنه وعلى ضوء ما سلف يتعين تعديله على النحو المبين بالمنطوق.

لذلك

حكمت المحكمة

أولاً: بقبول الطعن شكلاً وفي الموضوع بتمييز الحكم المطعون فيه على النحو المبين بالأسباب والزمّت المطعونون ضده الثالث المصروفات وعشرين ديناراً مقابل أتعاب المحاماة المحكمة.

ثانياً: في موضوع الاستئناف رقم ١٨٧ لسنة ٢٠٠٦ ت بتعديل الحكم المستأنف ليكون في الدعوى الأصلية ببطلاق عقدي بيع السيارة محل النزاع المبرم أولهما بين المستأنف ضده الأول والمستأنف ضده الثالث وثانيهما بين المستأنف والمستأنف ضده الأول في ٢٦/١١/٢٠٠٢، وبإلزام المستأنف ضده الثالث أن يرد للمستأنف ضده الأول مبلغ ١٥٥٠٠ د.ك مقابل أن يرد له السيارة، وبإلزام المستأنف ضده الأول أن يرد للمستأنف مبلغ ١٨٢٩٩ د.ك مقابل أن يرد له السيارة وألزمّت المستأنف ضده الثالث المصروفات عن درجتي التقاضي ومبلغ ألف دينار أتعاباً فعلية للمحاماة.

وكيل المحكمة

أمين سر الجلسة





بسم الله الرحمن الرحيم باسم صاحب السمو أمير الكويت الشيخ صباح الأحمد الجابر الصباح

محكمة التمييز

الدائرة التجارية الأولى والادارية

بالجلسة المنعقدة علنا بالمحكمة بتاريخ ٥ جمادى الآخرة ١٤٣١ هـ الموافق ٢٠١٠/٥/١٩ م

برئاسة السيد المستشار/ عبد المنعم أحمد ابراهيم رئيس الجلسة

وعضوية السادة المستشارين/ أحمد عبد الفتاح حسن، ومحمد الأدهم حبيب، وزياد محمد غازي

ومحمود حسن التركاوي

وحضور الأستاذ/ وليد السعداوي رئيس النيابة

وحضور السيد/ سامي أبو العنين أمين سر الجلسة

صدر الحكم الآتي

في العطن بالتمييز المرفوع من :

ضد

١ -

٢ -

٣ -

والمقيد بالجدول برقم: ٢٠٠٦/١٨١ تجاري/١.

بعد الاطلاع على الأوراق، وسماع المرافعة، وبعد المداولة.

وحيث أن الطعن استوفى أوضاعه الشكلية.

وحيث ان الوقائع، على ما يبين من الحكم المطعون فيه وسائر الأوراق - تتحصّل في أن الطاعنة أقامت على المطعون ضدهم الدعوى رقم ٣٦٩٣ لسنة ٢٠٠٢ ت / ك بطلب الحكم بالزامهم متضامين بأن يؤدوا إليها مبلغ ٥٠٠١ دك كتعويض مؤقت. شراحاً لدعواها قالت إنها تعمل مذبة بتلفزيون دولة الكويت وأنها توجهت إلى المطعون ضدها الثانية لالتقاط بعض الصور الشخصية لها بغرض احتفاظها بها في متعلقاتها الخاصة إلا أنها فوجئت بنشر هذه الصور دون موافقتها على غلاف وصفحات المجلة التي يرأس



مبادئ وأحكام قضائية

تحريرها المطعون ضده الأول «عدد شهر أكتوبر ٢٠٠٢» تحت عنوان شقاوة نجوم وبأوضاع مختلفة بما يعني أن المطعون ضدها الثانية سلمت هذه الصور إلى المطعون ضدها الثالثة التي قامت بنشرها بموافقة المطعون ضده الأول وذلك بغرض الترويج للمجلة فضلا عما في ذلك من دعاية لنشاط المطعون ضدها الثانية في عمل المكياج والتصوير الأمر الذي ينطوي على مخالفة لقانوني المطبوعات والملكية الفكرية فضلا عما سببه هذا النشر من الاساءة إليها والحق من كرامتها إذ أن الأوضاع التي وافقت على تصويرها فيها لم تكن ترغب في أن يطلع عليها الغير خاصة مشاديبها كمذبة في برامج التلفزيون حتى لا تبدو أمامهم بمظهر عدم الانضباط الأمر الذي لحق بها من جراء ذلك أضرارا أدبية تستوجب تعويضها فقدت بلاغا بذلك إلى النيابة العامة قيد برقم ٩١ لسنة ٢٠٠٢ جنح صحافة ومن ثم أقامت الدعوى بطلبها سالف البيان. وفي ٢٧/١١/٢٠٠٤ حكمت المحكمة برفض الدعوى استأنفت الطاعنة هذا الحكم بالاستئناف رقم ٣٠٠٧ لسنة ٢٠٠٤ ت وبجلسة ٢٨/١٢/٢٠٠٥ قضت المحكمة برفض الاستئناف وتأييد الحكم المستأنف. طعنن الطاعنة في هذا الحكم بطريق التمييز وأودعت نيابة التمييز مذكرة أبدت فيها الرأي برفض الطعن، وإذ عرض على هذه المحكمة في غرفة المشورة حددت نظره جلسة فيها صمم الحاضر عن الطاعنة على طلبه تمييز الحكم المطعون فيه وطلب الحاضر عن المطعون ضدهما الأول والثانية رفض الطعن كما التزمت النيابة رأيها.

وحيث أن الطعن أقيم على سببين تنعى الطاعنة بالوجه الأول من السبب الأول وبالسبب الثاني على الحكم المطعون فيه الخطأ في تطبيق القانون والفساد في الاستدلال ومخالفة الثابت بالأوراق وفي بيان ذلك تقول إن الحكم أقام قضاءه بتأييد الحكم الابتدائي برفض الدعوى على سند من حجية الحكم الجزائي في القضية رقم ٩١ لسنة ٢٠٠٢ جنح صحافة والمؤيد بالحكم في الاستئناف رقم ٣٢٦ لسنة ٢٠٠٤ ج.م.أ القاضي ببراءة المطعون ضدهم عما نسب إليهما من نشر الصور محل التداعي تأسيساً على نفي الخطأ في جانبهم في حين أن مبنى البراءة هو ما خلص إليه الحكم الجزائي من عدم توافر أركان الجريمة المسندة إليهم دون أن ينف عنهم قيامهم بنشر هذه الصور بغير موافقة كتابية صريحة من الطاعنة وهو في ذاته يشكل خطأ يستوجب مسؤوليتهم المدنية لا يكون معه للحكم الجزائي حجية بشأنها لا يغير من ذلك ما ساقه الحكم من أن هذا النشر تضمن مديحا وإشادة بالطاعنة وأنه حقق لها شهرة، ومن ناحية أخرى فإن البراءة تأسست أيضاً على تشكك المحكمة الجزائية في الدليل مما لا يعد منها قطعاً بعدم ارتكاب الواقعة بما لا تنقيد معه المحكمة المدنية في الدعوى محل الطعن المائل بحجة ذلك الحكم، وإذ خالف الحكم المطعون فيه هذا النظر فإنه يكون معيباً بما يستوجب تمييزه.

وحيث إن هذا النعي في غير محله ذلك إنه من المقرر في قضاء هذه المحكمة أن مفاد نص المادة ٥٤ من قانون الإثبات أن الحكم الصادر في الدعوى الجزائية تكون له حجته في الدعوى المدنية أمام المحاكم المدنية كلما كان قد فصل فصلاً لازماً لقضائه في أمر وقوع الفعل المكون للأساس المشترك بين الدعويين الجزائية والمدنية وفي الوصف القانوني لهذا الفعل وفي شأن نسبته إلى فاعله إن كان فإذا فصلت المحكمة الجزائية في هذه الأمور فإنه يتمتع على المحاكم المدنية أن تعيد بحثها بل يتعين عليها أن تلتزمها في بحث الحقوق



المدنية المتصلة بها كي لا يكون حكمها مخالفاً للحكم الجزائي السابق له، وأن الحكم الجزائي الصادر بالبراءة يرتبط به القاضي المدني في دعوى التعويض التي يتمسك فيها المدعي عليه (المتهم) بانتفاء خطئه استناداً إلى ذلك الحكم متى كانت البراءة مؤسسة على نفي نسبة الواقعة إليه سواء كان أسباب هذا النفي أن المتهم لم يرتكب الفعل المسند إليه أو أن الأدلة القائمة في شأن نسبة الاتهام إليه غير كافية لما يحيط بها من شك، فالواقعة في الحالتين لم تثبت بحقه على وجه يقين بما يتعذر معه بالتالي للرجوع عليه بأية تضمينات أما إذا كان الذي يستند إلى حجية حكم البراءة هو المتهم في دعواه التي أقامها بمطالبة المدعي عليه بالتعويض عما اسنده إليه من اتهام قضى ببراءته منه فإنه يلزم لثبوت الحجية أن يكون الحكم الجزائي قد نفى ارتكاب المتهم «المدعي» بالواقعة التي أسندها إليه المدعي عليه حتى يتحقق خطأ الأخير الموجب لمسؤوليته المدنية، ولا يكفي في ذلك أن تكون البراءة مؤسسة على مجرد تشكك المحكمة في الدليل لعدم اطمئنانها إليه مما لا يعد قطعاً بعدم ارتكاب الواقعة إذ في هذه الحالة يتعذر الجزم بثبوت الخطأ بحق المدعي عليه الذي قد يكون لديه من الشبهات ما دفعه إلى الاعتقاد بارتكاب المدعي تلك الواقعة ومن ثم لا يسوغ أن يتخذ من حكم البراءة سنداً لمسؤوليته المدنية، لما كان ذلك وكان الثابت وعلى ما سجله الحكم المطعون فيه المؤيد للحكم الابتدائي أن الحكم الجزائي أقام قضاءه ببراءة المطعون ضدهم مما نسب إليهم تأسيساً على اطمئنان المحكمة الجزائية إلى أن نشر صور الشاكية كان بموافقتها وأنها كانت تعلم عند التقاط المطعون ضدها الثانية لها هذه الصور أنها كانت بغرض النشر في المجلة حيث كانت ترافقها آنذاك المطعون ضدها الثالثة وهي صحيفة بذات المجلة، وأن الطاعنة لم تذهب بعد التصوير لاستلام الصور والنيجياتيف كما هو معتاد في التصوير الخاص وأضاف الحكم الجزائي أن المحكمة ترى أن في نشر هذه الصور على غلاف المجلة جاء في أوضاع عادية اعتادت الطاعنة على نشر صور مماثلة لها في بعض المجلات والصحف الأخرى سواء قبل أو بعد واقعة التداعي بما لا يكون معه مساس بحريتها الشخصية أو اضرار بسمعتها خاصة وأن التحقيق الصحفي المرافق لهذه الصور قد تضمن مديحا واشادة بها، وإذ كانت الدعوى المدنية موضوع الطعن المائل تستند فيها الطاعنة «المدعية» إلى الأساس ذاته في الدعوى الجزائية وهو توافر الخطأ التقصيري بسبب نشر هذه الصور بأوضاع غير لائقة للنشر دون موافقة الطاعنة مما أساء إلى سمعتها فإن المحكمة المدنية في هذه الدعوى تتقيد بما انتهى إليه الحكم الجزائي الصادر ببراءة المطعون ضدهم «المدعي عليهم في الدعوى المدنية» في نفي نسبة الواقعة الخطأ بحقهم، وإذ التزم الحكم المطعون فيه هذا النظر فإنه يكون قد صادف صحيح القانون بما يغدو معه النعي عليه في هذا الشأن على غير أساس.

وحيث إن حاصل النعي بالوجه الثاني من السبب الأول على الحكم المطعون فيه الخطأ في تطبيق القانون إذ عول على ما انتهى إليه الحكم الابتدائي في أسبابه من أن الطاعنة عجزت عن إثبات أن المطعون ضدها الثانية أخلت بنود الاتفاق الشفهي بينهما بشأن التقاط صور خاصة لها وليس للنشر وأنها لم تسلمها هذه الصور أو النيجياتيف كما أنها لم تثبت أن الثانية أمدت المجلة بالصور وأن النشر تم دون موافقتها في حين أن نص المادة ٢٩ من قانون حقوق الملكية الفكرية رقم ٦٤ لسنة ١٩٩٩ قد أوجب وجود اتفاق كتابي على النشر يقع عبء اثباته على الناشر وقد عجز المطعون ضدهم عن اثباته بما تتحقق معه مسؤوليتهم الأمر الذي يعيب الحكم بما يستوجب تمييزه.

مبادئ وأحكام قضائية

وحيث أن هذا النعي غير منتج ذلك إنه من المقرر في قضاء هذه المحكمة أنه إذا بني الحكم على دعامين كل منهما مستقلة عن الأخرى وكان يصح بناء الحكم على إحدهما فقط فإن النعي عليه في الدعامة الأخرى أيا كان وجه الرأي فيها يكون غير منتج، وإذا كان الحكم المطعون فيه قد أقام قضاءه تأسيساً على حجية الحكم الجزائي الصادر ببراءة المطعون ضدهم وهي دعامة كافية وصحيحة وحدها لحمل قضاء الحكم صحيحاً فإن تعييبه فيما استطرد إليه تزييداً من اعتداده بأسباب الحكم الابتدائي إيا كان وجه الرأي فيه لا يحقق للطاعة سوى مصلحة نظرية ومن ثم فهو غير مقبول.

وحيث إنه لما تقدم يتعين رفض الطعن

لذلك

حكمت المحكمة بقبول الطعن شكلاً وفي الموضوع برفضه وألزمت الطاعة المصروفات مع مصادرة الكفالة.





بسم الله الرحمن الرحيم باسم صاحب السمو أمير الكويت الشيخ صباح الأحمد الجابر الصباح

محكمة التمييز

الدائرة التجارية الأولى والادارية

بالجلسة المنعقدة علنا بالمحكمة بتاريخ ٦ جمادي الآخرة ١٤٣١ هـ الموافق ٢٠/٤/٢٠١٠ م

برئاسة السيد المستشار/ عبد الحميد عمران محمد وكيل المحكمة

وعضوية السادة المستشارين/ عبد المنعم أحمد ابراهيم، ومحمد الأدهم حبيب، وزياد محمد غازي

ومحمود حسن التركاوي

وحضور الأستاذ/ ياسر حسن رئيس النيابة

وحضور السيد/ سامي أبو العنين أمين سر الجلسة

صدر الحكم الآتي

في الطعن بالتمييز المرفوع من :

ضد :

١ -

٢ -

ضد :

والمفيد بالجدول برقم ٣٥٣ لسنة ٢٠٠٧ إداري المحكمة

بعد الاطلاع على الأوراق وسماع المرافعة، وبعد المداولة.

حيث إن الطعن استوفى أوضاعه الشكلية.

وحيث ان الوقائع، على ما يبين من الحكم المطعون فيه وسائر الأوراق - تتحصّل في أنه بصحيفة أودعت إدارة كتاب المحكمة الكلية بتاريخ ٢٠٠٢/٩/١٨ أقام الطاعنان على المطعون ضده الدعوى رقم ٧٨٤ لسنة ٢٠٠٢ إداري بطلب الحكم - وفقاً لطلبتهما الختامية - بالزامه بأن يؤدي إلى الأول بصفته (....) مبلغ ٨٣٣٦,٧٥٩ د.ك. وإلى الثاني بصفته (.....) ٢٦٥, ١١٢٦٢ د.ك. قيمة ما ترصد في ذمته بنسبة ٥٠ ٪ من مصاريف ونفقات ايفاده من قبل الأول بتاريخ ١٩٩٧/٧/١ في بعثة دراسية للولايات المتحدة الأمريكية مضافاً إليه قيمة ما صرف له من مبالغ دون وجه حق وذلك على سند من أنه انسحب من البرنامج العلمي والتدريب للبعثة فأنهيت البعثة



مبادئ وأحكام قضائية

اعتباراً من ١٩٩٨/١١/١٠ ثم تقدم باستقالته وتم قبولها في ٢٠٠١/٨/١٠ مما يضحى معه وفقاً للائحة البعثات ملزماً برد ما نسبته ٥٠ ٪ من قيمة مصاريف ونفقات البعثة التي تقدر بالمبلغ المطالب به ومن ثم أقاما الدعوى بطلباتها سائلة البيان. دفع المطعون ضده أصلياً بانقضاء الدعوى بمضي المدة واحتياطاً بسقوط الخصومة ومن قبيل الاحتياط الكلي باعتبار الدعوى كأن لم تكن وأخيراً رفض الدعوى. وفي ٢٠٠٦/٦/٢١ حكمت المحكمة بانقضاء الدعوى (الخصومة). استأنف الطاعنان بالإستئناف رقم ٣٤٢ لسنة ٢٠٠٦ إداري وفي ٢٠٠٧/١٠/٢٩ قضت المحكمة برفض الإستئناف وتأييد الحكم المستأنف. طعن الطاعنان في هذا الحكم بطريق التمييز وأودعت نيابة التمييز مذكرة أبدت فيها الرأي برفض الطعن، وإذ عرض على هذه المحكمة في غرفة المشورة حددت لنظرة جلسة فيها التزمت النيابة رأيها.

وحيث ان الطعن أقيم على سبب واحد ينعي به الطاعنان على الحكم المطعون فيه مخالفة القانون والخطأ في تطبيقه وتأويله وتفسيره وفي بيان ذلك يقولان إن الحكم أقام قضاءه بانقضاء الخصومة في الدعوى على سند من أن الجهة الادارية لم تنشط لإعلان المطعون ضده إلا بعد مضي ثلاث سنوات من تاريخ آخر اجراء صحيح في الخصومة وأن المادة ٩٨ من قانون المرافعات قد رتبت هذا الجزاء على مجرد مضي المدة دون مواصلة السير في الخصومة أيا كان السبب أو المتسبب في ذلك في حين أنه وقد ناطت المادة العاشرة من القانون رقم ٢٠ لسنة ١٩٨١ بإنشاء الدائرة الادارية بإدارة كتاب المحكمة عيب إعلان الخصوم بصحيفة الدعوى ثم تحديد جلسة لنظرها وإبلاغهم بتاريخ تلك الجلسة دون أن يكون للخصوم الحق في موالاة السير في الخصومة فإن لازم ذلك قيام مانع لدى الخصوم يحول دون مباشرتهم هذه الاجراءات ومواصلة السير فيها ومن ثم لا يجوز استصحاب الجزاءات المقررة في قانون المرافعات في هذا الخصوص وتطبيقه على الدعوى الادارية لما لها من طبيعة خاصة تتأبى على الخضوع لهذه الاجراءات، وهذا النظر هو ما أخذ به الحكم المطعون فيه في تفسيره لنص المادة ٩٥ من قانون المرافعات الخاص بسقوط الخصومة ورغم اتحاد العلة في الحالتين إلا انه ذهب مذهباً مغايراً في كل منهما الأمر الذي يعيبه بما يستوجب تمييزه.

وحيث إن هذا النعي غير سديد ذلك إنه من المقرر في قضاء هذه المحكمة أن مفاد نص المادة ١٥ من القانون رقم ٢٠ لسنة ١٩٨١ بإنشاء دائرة بالمحكمة الكلية لنظر المنازعات الإدارية أن قواعد الأحكام والاجراءات المنصوص عليها في قانون المرافعات المدنية والتجارية تسري كأصل عام على الدعاوى الإدارية، وأن النص في المادة ٩٨ من قانون المرافعات المعدلة بالقانون رقم ٣٦ لسنة ٢٠٠٢ على أن تنقضي الخصومة في جميع الأحوال بمضي ثلاث سنوات على آخر اجراء صحيح فيها يدل على أن الخصومة تنقضي بمضي المدة أيا كان السبب وإيا كان المتسبب في ركودها، وقد أراد المشرع بذلك وضع حد لتراكم القضايا وتعليقها بالمحاكم لأن أحكام سقوط الخصومة - وهي تستلزم أن يكون ركودها راجعاً إلى فعل المدعي أو اهماله - لا تغني في هذا الشأن ولا تحقق الغاية المرجوة بالسعة والشمول للمحوظين في حكم انقضاء الخصومة والتي عبر عنها النص السالف بعبارة في جميع الأحوال حتى يكون ذلك دافعاً يحفز الخصوم ويحثهم على تحريك الدعاوى والاسراع في اجراءاتها. ولا ينال من ذلك القول بأن مدة انقضاء الخصومة تعتبر مدة تقادم مسقط لاجراءاتها. لا ينال من ذلك القول بأن مدة انقضاء الخصومة تعتبر مدة تقادم مسقط لاجراءاتها وأنه نظراً لما يترتب هذا التقادم



مبادئ وأحكام قضائية

من آثار ذات أهمية نشأت عن الإجراءات التي اتخذت فيها وقد تؤثر في حقوق الخصوم تعلق مصيرها بهذه الإجراءات فقد استوجب ذلك إخضاع هذه المادة للوقف والانقطاع تطبيقاً للمبادئ العامة الأساسية في شأن التقادم المسقط وهي مبادئ مقررّة كأصل عام في التشريعات الاجرائية. غير أن وقف التقادم لا يتحقق إلا بقيام مانع مادي يتمثل في وقوع حدث يعد من قبيل القوة القاهرة يستحيل معه على الخصم مواصلة السير في إجراءات الخصومة أو مانع قانوني يحول دون مباشرة هذه الإجراءات ومواصلة تحريكها، وإنه وأن كانت المادة العاشرة من القانون رقم ٢٠ لسنة ١٩٨١ بإنشاء دائرة المحكمة الكلية لنظر المنازعات الادارية قد ألقت عبء اعلان صحيفة الدعوى الادارية على عاتق ادارة الكتاب إلا أن ذلك لا يعد مانعاً مادياً أو قانونياً يحول - وعلى ما جرى به قضاء هذه المحكمة - دون المدعي والاهتمام باجراء الاعلان وموالاته حتى يتم صحيحاً فقد خولته المادة ٤٧ من قانون المرافعات الحق في أن يتسلم من ادارة الكتاب أصل الصحيفة وصورها لاجراء الاعلان على يد مندوب الاعلان كما فرضت عليه الفقرة الثالثة من المادة الخامسة من ذات القانون بذل المعاونة الممكنة لاتمام الاعلان وبالتالي فإنه اذا لمس تراخياً أو تقصيراً من إدارة الكتاب في اجراء الاعلان فإنه بوسعه مباشرته حتى بلوغ غايته ومن ثم فلا يوجد تعارض بين النص المشار إليه في قانون انشاء الدائرة الادارية وبين اعمال حكم انقضاء الخصومة وقد قعدت راکدة ثلاث سنوات فإن الدفع بانقضائها بمضي المدة يكون قد صادف محلاً في الواقع وسنداً من القانون ، وإذ التزم الحكم المطعون فيه هذا النظر فإن النعي بسبب الطعن يكون غير أساس .

وحيث إنه لما تقدم يتعين رفض الطلب.

لذلك

حكمت المحكمة: بقبول الطعن شكلاً، وفي الموضوع برفضه.

وكيل المحكمة

أمين سر الجلسة



رئيس التحرير: المستشار/ جمال حمد الشامي

وكيل محكمة الاستئناف

حين اختارت هيئة إصدار المجلة الحديث عن العنف الأسري موضوعاً لقضية هذا العدد تذكرت على الفور قول الله - سبحانه وتعالى - في محكم التنزيل: ﴿وَلَقَدْ كَرَّمْنَا بَنِي آدَمَ وَحَمَلْنَاهُمْ فِي الْبَرِّ وَالْبَحْرِ وَرَزَقْنَاهُمْ مِنَ الطَّيِّبَاتِ وَفَضَّلْنَاهُمْ عَلَى كَثِيرٍ مِمَّنْ خَلَقْنَا تَفْضِيلًا﴾
سورة الإسراء الآية ٧٠

فالنفس الإنسانية موضع اعتبار عند الله، إذ كرمها وفضلها على كثير ممن خلق، من ثم حق لهذا الإنسان المكرم أن يعيش وهو آمن على دينه ونفسه وماله وعقله وأسرته، وهي الضرورات الخمس التي تعارفت عليها المجتمعات الإنسانية، فليس لأحد كائناً من كان أن يعتدي على الآخر في أي من هذه الجوانب، وعلى الصعيد المعاكس لمحت ظهور بعض السلبيات الغربية على مجتمعنا العربي الإسلامي مثل عقوق الأبناء، للآباء وتخلي الآباء عن الأبناء، وتعدي الأزواج على الزوجات بالضرب المبرح والعكس، وغير ذلك مما تطالعنا به الصحف وتحفل به ساحات المحاكم من صور للعنف بين أفراد الأسرة الواحدة، ولا شك أن هذه المتغيرات السلبية تمثل خطراً على المكانة المركزية التي تحتلها الأسرة والتي حرصت كل الرسائل والكتب السماوية على حمايتها وحماية بنائها وصحة أدائها لأدوارها ووظائفها بحسبانها أهم مؤسسة في صناعة الإنسان المسلح بالعقيدة والقيم والقدرات، ولا شك أن هذا الخلل هو انعكاس لمنظومة العلاقات بين أفراد الأسرة؛ فلا يصح أن يثبت دور الأب والأم وسط ضجيج الشاشات وصخب الشوارع "المولات" وقديماً قالوا: "أبن ابنك ولا تبني لابنك"، كما أنه لا بد أن يستشقق عبق المودة والرحمة فيما بين الوالدين وفيما بينهم جميعاً، ولا يهم من يبدأ لأن المشكلات الأسرية موجودة، وهي تنمو وتتوحد إذا ألقى كل من الطرفين بمسؤولية الفشل على الآخر فتتقطع خيوط الحوار العائلي، ويعيش كل واحد في جزيرة معزولة بتجربته وبين الأقرب آلاف الأميال النفسية على الرغم من وجودهما في منزل بل في فراش واحد. وفي وسط هذه الغيوم لا بد للعنف أن يظهر، وهو إذا ظهر لا ينجو منه أحد، ويصبح الكل ضحايا بدرجات متفاوتة، وأول هذه الضحايا هم الأطفال بما مؤداه ولازمه تدمير جزء من المستقبل قبل أن يأتي، وخير شاهد على ذلك تزايد الجرائم التي ينظرها قضاء الأحداث وظهور صورة جديدة من هذه الجرائم تندر بتصاعد الجنوح لدى هؤلاء، ومن أجل ذلك اهتم المعهد بتنظيم دورات تدريبية تخصصية لرجال القضاء (أعضاء النيابة العامة والقضاة) المشتغلين بقضاء الأحداث، فضلاً عن الدورات التدريبية للعاملين بإدارة الاستشارات الأسرية وذلك تفعيلاً لنشاطهم في إرساء ثقافة الأسرة وإعادة صياغة العلاقات الأسرية على أسس المودة والتعاطف والرحمة .

ولعل في تبني هذا العدد من المجلة مناقشة هذه المشكلة إسهاماً من المعهد في نشر الثقافة والوعي من أجل التنبيه على خطورتها، وأنا على يقين من تضافر الجهود في تقديم الحلول بما يعود على مجتمعنا بالنفع والتقدم، والله من وراء القصد .





مَجَلَّة
مَعَهْدُ الْقَضَاءِ

