

مجلة جامعة البعث

سلسلة العلوم القانونية



مجلة علمية محكمة دورية

المجلد 44 . العدد 3

1443 هـ . 2022 م

الأستاذ الدكتور عبد الباسط الخطيب

رئيس جامعة البعث

المدير المسؤول عن المجلة

رئيس هيئة التحرير	أ. د. ناصر سعد الدين
رئيس التحرير	أ. د. هائل الطائب

مديرة مكتب مجلة جامعة البعث

بشرى مصطفى

عضو هيئة التحرير	د. محمد هلال
عضو هيئة التحرير	د. فهد شريباتي
عضو هيئة التحرير	د. معن سلامة
عضو هيئة التحرير	د. جمال العلي
عضو هيئة التحرير	د. عباد كاسوحة
عضو هيئة التحرير	د. محمود عامر
عضو هيئة التحرير	د. أحمد الحسن
عضو هيئة التحرير	د. سونيا عطية
عضو هيئة التحرير	د. ريم ديب
عضو هيئة التحرير	د. حسن مشرقي
عضو هيئة التحرير	د. هيثم حسن
عضو هيئة التحرير	د. نزار عبشي

تهدف المجلة إلى نشر البحوث العلمية الأصيلة، ويمكن للراغبين في طلبها

الاتصال بالعنوان التالي:

رئيس تحرير مجلة جامعة البعث

سورية . حمص . جامعة البعث . الإدارة المركزية . ص . ب (77)

. هاتف / فاكس : 2138071 31 963 ++

. موقع الإنترنت : www.albaath-univ.edu.sy

. البريد الإلكتروني : [magazine@ albaath-univ.edu.sy](mailto:magazine@albaath-univ.edu.sy)

ISSN: 1022-467X

شروط النشر في مجلة جامعة البعث

الأوراق المطلوبة:

- 2 نسخة ورقية من البحث بدون اسم الباحث / الكلية / الجامعة + CD / word من البحث منسق حسب شروط المجلة.
- طابع بحث علمي + طابع نقابة معلمين.
- إذا كان الباحث طالب دراسات عليا: يجب إرفاق قرار تسجيل الدكتوراه / ماجستير + كتاب من الدكتور المشرف بموافقة على النشر في المجلة.

• إذا كان الباحث عضو هيئة تدريسية:

- يجب إرفاق قرار المجلس المختص بإنجاز البحث أو قرار قسم بالموافقة على اعتماده حسب الحال.
- إذا كان الباحث عضو هيئة تدريسية من خارج جامعة البعث : يجب إحضار كتاب من عمادة كليته تثبت أنه عضو بالهيئة التدريسية و على رأس عمله حتى تاريخه.

• إذا كان الباحث عضواً في الهيئة الفنية :

- يجب إرفاق كتاب يحدد فيه مكان و زمان إجراء البحث , وما يثبت صفته وأنه على رأس عمله.

- يتم ترتيب البحث على النحو الآتي بالنسبة لكليات (العلوم الطبية والهندسية والأساسية والتطبيقية):

عنوان البحث .. ملخص عربي و إنكليزي (كلمات مفتاحية في نهاية الملخصين).

- 1- مقدمة
- 2- هدف البحث
- 3- مواد وطرق البحث
- 4- النتائج ومناقشتها .
- 5- الاستنتاجات والتوصيات .
- 6- المراجع.

- يتم ترتيب البحث على النحو الآتي بالنسبة لكليات (الآداب - الاقتصاد - التربية - الحقوق - السياحة - التربية الموسيقية وجميع العلوم الإنسانية):
- عنوان البحث .. ملخص عربي و إنكليزي (كلمات مفتاحية في نهاية الملخصين).
- 1. مقدمة.
- 2. مشكلة البحث وأهميته والجديد فيه.
- 3. أهداف البحث و أسئلته.
- 4. فرضيات البحث و حدوده.
- 5. مصطلحات البحث و تعريفاته الإجرائية.
- 6. الإطار النظري و الدراسات السابقة.
- 7. منهج البحث و إجراءاته.
- 8. عرض البحث و المناقشة والتحليل
- 9. نتائج البحث.
- 10. مقترحات البحث إن وجدت.
- 11. قائمة المصادر والمراجع.
- 7- يجب اعتماد الإعدادات الآتية أثناء طباعة البحث على الكمبيوتر:
 - أ- قياس الورق 25×17.5 B5.
 - ب- هوامش الصفحة: أعلى 2.54- أسفل 2.54 - يمين 2.5- يسار 2.5 سم
 - ت- رأس الصفحة 1.6 / تذييل الصفحة 1.8
 - ث- نوع الخط وقياسه: العنوان . Monotype Koufi قياس 20
- . كتابة النص Simplified Arabic قياس 13 عادي . العناوين الفرعية Simplified Arabic قياس 13 عريض.
- ج . يجب مراعاة أن يكون قياس الصور والجداول المدرجة في البحث لا يتعدى 12سم.
- 8- في حال عدم إجراء البحث وفقاً لما ورد أعلاه من إشارات فإن البحث سيهمل ولا يرد البحث إلى صاحبه.
- 9- تقديم أي بحث للنشر في المجلة يدل ضمناً على عدم نشره في أي مكان آخر ، وفي حال قبول البحث للنشر في مجلة جامعة البعث يجب عدم نشره في أي مجلة أخرى .
- 10- الناشر غير مسؤول عن محتوى ما ينشر من مادة الموضوعات التي تنشر في المجلة

11- تكتب المراجع ضمن النص على الشكل التالي: [1] ثم رقم الصفحة ويفضل استخدام التهميش الإلكتروني المعمول به في نظام وورد WORD حيث يشير الرقم إلى رقم المرجع الوارد في قائمة المراجع.

تكتب جميع المراجع باللغة الانكليزية (الأحرف الرومانية) وفق التالي:
آ . إذا كان المرجع أجنبياً:

الكنية بالأحرف الكبيرة . الحرف الأول من الاسم تتبعه فاصلة . سنة النشر . وتتبعها معترضة (-) عنوان الكتاب ويوضع تحته خط وتتبعه نقطة . دار النشر وتتبعها فاصلة . الطبعة (ثانية . ثالثة) . بلد النشر وتتبعها فاصلة . عدد صفحات الكتاب وتتبعها نقطة .
وفيما يلي مثال على ذلك:

-MAVRODEANUS, R1986- Flame Spectroscopy. Willy, New York, 373p.

ب . إذا كان المرجع بحثاً منشوراً في مجلة باللغة الأجنبية:

. بعد الكنية والاسم وسنة النشر يضاف عنوان البحث وتتبعه فاصلة, اسم المجلد ويوضع تحته خط وتتبعه فاصلة . المجلد والعدد (كتابة مختزلة) وبعدها فاصلة . أرقام الصفحات الخاصة بالبحث ضمن المجلة.
مثال على ذلك:

BUSSE,E 1980 Organic Brain Diseases Clinical Psychiatry News ,
Vol. 4. 20 – 60

ج . إذا كان المرجع أو البحث منشوراً باللغة العربية فيجب تحويله إلى اللغة الإنكليزية و
التقيد

بالبنود (أ و ب) ويكتب في نهاية المراجع العربية: (المراجع In Arabic)

رسوم النشر في مجلة جامعة البعث

1. دفع رسم نشر (20000) ل.س عشرون ألف ليرة سورية عن كل بحث لكل باحث يريد نشره في مجلة جامعة البعث.
2. دفع رسم نشر (50000) ل.س خمسون الف ليرة سورية عن كل بحث للباحثين من الجامعة الخاصة والافتراضية .
3. دفع رسم نشر (200) مئتا دولار أمريكي فقط للباحثين من خارج القطر العربي السوري .
4. دفع مبلغ (3000) ل.س ثلاثة آلاف ليرة سورية رسم موافقة على النشر من كافة الباحثين.

المحتوى

الصفحة	اسم الباحث	اسم البحث
50-11	د . جمعة شبايط عدنان قباني	ضوابط مشروعية اعتراف الدول بحكومة الأمر الواقع
72- 51	د . ابياء المهلب حسن	التحكيم في مجلس الدولة السوري
102-73	د . جودت هندي عبد اللطيف القطرنجي	جزاء إخلال المؤمن له سيء النية بالتزامه بالإعلان عن الخطر

ضوابط مشروعية اعتراف الدول بحكومة الأمر الواقع

طالب الماجستير عدنان قباني

قسم القانون الدولي - كلية الحقوق - جامعة حلب

إشراف: الأستاذ الدكتور جمعة شباط

الملخص

تعتبر حكومة الأمر الواقع من المظاهر الشائعة في الوقت الراهن كون هذه الحكومة تأتي إلى سدة الحكم في الدولة بطرق واقعية غير منصوص عليها في دستور الدولة، و من هذه الطرق على سبيل المثال، الثورة التي تتيح بالسلطة الحاكمة القائمة، أو الانقلاب على السلطة الحاكمة القائمة، أو الاستيلاء على الحكم من يد السلطة الحاكمة القائمة بواسطة جماعة مسلحة، وهنا تثار مسألة اعتراف الدول الأخرى بحكومة الأمر الواقع التي تقوم في دولة معنية بوصفها ممثلة لهذه الأخيرة، حيث سنقوم في هذه الدراسة بتسليط الضوء بشكل أساسي على الضوابط التي يتعين على الدول مراعاتها عند منح هذا الاعتراف كي يكون اعترافها مشروع وسبب الالتزام بهذه الضوابط، إلى جانب تبيان الآثار المترتبة على اعتراف الدول بحكومة الأمر الواقع القائمة في دولة أخرى دون مراعاة الضوابط المذكورة، كما سنقوم بتسليط الضوء بشكل ثانوي حول ما إذا كان الاعتراف واجب على الدول أم حق لها تمارسه وفقاً لمصالحها، إلى جانب تسليط الضوء حول ما إذا كان الاعتراف هو مصدر شرعية الحكومة أم هناك مصدر آخر لهذه الشرعية، بالإضافة إلى تسليط الضوء على بعض الآثار التي يربتها الاعتراف بحكومة الأمر الواقع بوصفها ممثلة لدولتها.

كلمات مفتاحية: حكومة الأمر الواقع، اعتراف الدول، شرعية الحكومة، شرعية الاعتراف، مسؤولية الدولة المعترفة.

Controls of The Legality of Countries' Recognition of The De Facto Government

Abstract

The de facto government is one of the common manifestations at the present time, because this government comes to power in the state in realistic ways that are not stipulated in the state constitution, and among these methods, for example, the revolution that overthrows the existing ruling authority, or the coup against the existing ruling authority, or the seizure of power from the existing ruling authority by an armed group, and here arises the issue of recognition by other countries of the de facto government that is established in a concerned country as representative of the latter, where we will in this study shed light mainly on the controls that countries must take into account when granting this recognition is in order for its recognition to be legitimate and the reason for complying with these controls, in addition to clarifying the implications of the recognition of the de facto government in another country without observing the mentioned controls, and we will also secondarily shed light on whether recognition is a duty or a right for countries to exercise in accordance with its interests, in addition to shedding light on whether recognition is a source of government legitimacy or there is another source of this legitimacy, in addition to shedding light on some of the effects of recognizing the mother's government t reality as a representative of its state.

Keywords: de facto government, state recognition, government legitimacy, recognition legitimacy, the responsibility of the recognizing state.

المقدمة:

ينجم عن التغيير غير الدستوري للحكومة في دولة معينة وجود حكومة الأمر الواقع في تلك الدولة، والسبب في هذه التسمية هو أنها تبسط سيطرتها الفعلية في إقليم الدولة وتمارس شؤون الحكم في هذا الإقليم دون مراعاة الطرق التي نص عليها الدستور من أجل الوصول إلى سدة الحكم، فحكومة الأمر الواقع تصل إلى سدة الحكم بطرق واقعية غير دستورية أي غير منصوص عليها في الدستور كالثورة أو الانقلاب¹، أو كقيام جماعة مسلحة بالإطاحة بالسلطة الحاكمة وتشكيل حكومة جديدة تحل محلها، أو غير ذلك من الطرق الواقعية غير المنصوص عليها في الدستور المعمول به في دولة الحكومة وقت وصولها إلى سدة الحكم، وعلى هذا ذهب البنك الدولي في معرض ما يسمى بـ "السياسة التشغيلية في التعامل مع حكومات الأمر الواقع" الصادرة عنه عام 2001م إلى تعريف حكومة الأمر الواقع بالقول: "تأتي حكومة الأمر الواقع أو تبقى في السلطة، عن طريق وسائل لا ينص عليها دستور البلاد، مثل الانقلاب، أو الثورة، أو السلب، أو إلغاء الدستور أو تعليقه"²، ووجود حكومة الأمر الواقع في دولة معينة أو تغيير السلطة الحاكمة فيها بغير الطرق الدستورية لا يؤثر على وجود تلك الدولة كشخص من أشخاص القانون الدولي، بل تبقى ذات الدولة على الرغم مما يطرأ على مؤسساتها من تغيرات وذلك

¹ نعمان أحمد الخطيب، مبادئ القانون الدستوري، ط 1، منشورات جامعة مؤتة عمادة البحث العلمي والدراسات العليا، دون مكان نشر، 1993م، ص147، أنظر أيضاً: سموي فوق العادة، القانون الدولي العام، ط1، دار النهضة العربية، القاهرة، 1960م، ص 91 و97.

² "A "de facto government" comes into, or remains in, power by means not provided for in the country's constitution, such as a coup d'état, revolution, usurpation, abrogation or suspension of the constitution",

dealings with de facto governments, world bank operational policy, 2001, available online:

http://web.worldbank.org/archive/website01541/web/0_co-48.htm

(the last visit: 19/9/2021)

حيث وضع البنك الدولي هذا الدليل من أجل تبيان الشروط الواجب توافرها من أجل قيام البنك بمنح البنك قروض مالية لدولة حكومة الأمر الواقع، أو من أجل تقديم القروض من قبل البنك بضمان من هذه الدولة، أو من أجل ضمان البنك المشروعات الحاصلة في دولة حكومة الأمر الواقع، كما وضع الدليل شروط لاستمرار الضمانات أو القروض المقدمة من البنك لدولة الحكومة.

بحسب ما أقرته لجنة القانون الدولي في تعليقها على مشروع مسؤولية الدول عن الأفعال الغير مشروعة دولياً الذي أعدته اللجنة¹،

وتُثار مسألة الاعتراف من الدول الأجنبية بالحكومة القائمة في دولة معينة على أنها ممثلة لتلك الدولة كلما وجدت حكومة الأمر الواقع في تلك الدولة أي كلما تغيرت الحكومة في تلك الدولة بطرق غير دستورية، أما إذا تغيرت الحكومة في دولة معينة وفقاً للقواعد الدستورية السائدة في تلك الدولة أو عملاً بالأسلوب البرلماني المعمول به فيها، فأن الحكومة الجديدة الناجمة عن هذا التغيير هنا لا تحتاج إلى الاعتراف من الدول الأجنبية على أنها ممثلة لدولتها².

إشكالية البحث:

يخلو القانون الدولي من معاهدة دولية تنظم مسألة اعتراف الدول بحكومة الأمر الواقع بوصفها ممثلة لدولتها وتضع الضوابط الناظمة لهذا الاعتراف، وهنا يثار التساؤل التالي، هل هذا يعطي الدول الحرية المطلقة في منح هذا الاعتراف لحكومة الأمر الواقع، أم أن مشروعية اعترافها هذا مقرون بتقيد تلك الدول بضوابط معينة، وهل يمكن للدول أن تضع ضوابط خاصة بها من أجل منح هذا الاعتراف، وما مدى مشروعية ذلك؟

أهمية البحث:

تأتي أهمية البحث في التعرف على اعتراف الدول بحكومة الأمر الواقع بوصفها ممثلة لدولتها عن طريق الإحاطة فيما إذا كان هذا الاعتراف هل هو واجب على الدول أم

¹ تعليق لجنة القانون الدولي على المادة (10) من مشروع مسؤولية الدول عن الأفعال غير المشروعة دولياً الذي أعدته اللجنة و الوارد في تقريرها المقدم إلى الجمعية العامة للأمم المتحدة عن أعمال دورتها الثالثة والخمسين بتاريخ 2001م، منشورات الأمم المتحدة، الوثيقة رقم (A/56/10)، ص 64، وقد نص التعليق: " وحيثما تحل الحركة التمردية، بوصفها حكومة جديدة، محل الحكومة السابقة التي أنشأتها الدولة، يصبح التنظيم الحاكم للحركة التمردية هو التنظيم الحاكم لتلك الدولة...وفي مثل هذه الحالة، لا تكف الدولة عن الوجود كشخص من أشخاص القانون الدولي، بل تبقى ذات الدولة على الرغم مما يطرأ على مؤسساتها من تغيرات وعمليات إعادة تنظيم وعمليات تكيف...".

² Stefan talmon, Recognition of Governments in International Law, Clarendon Press, United Kingdom, 1998, p. 35.

حق لها تمارسه وفقاً لمصالحها، وهل يضيفي الشرعية على الحكومة المعترف بها أم أن الشرعية لها مصدر آخر، وهل الاعتراف يرتب آثار قانونية، أم لا.

أهداف البحث:

يهدف البحث إلى دراسة تبيان بأن الدول ليست لها الحرية المطلقة في منح الاعتراف لحكومة الأمر الواقع لأن عليها أن تتقيد بضوابط معينة في هذا الصدد وإلا كان اعترافها غير مشروع، كما يهدف إلى تبيان الآثار المترتبة على عدم مشروعية اعتراف الدول بحكومة الأمر الواقع.

منهجية البحث:

تم اتباع المنهج التحليلي الاستنباطي الذي سيتم من خلاله دراسة بعض النص القانونية الدولية التي يمكن أن تطبق على اعتراف الدول بحكومة الأمر الواقع من أجل الوصول إلى إجابة عن التساؤلات التي أثارها البحث، ومن أجل تحقيق أهدافه سألته الذكر، وبما أن الدراسة تستلزم معرفة ضوابط اعتراف الدول بحكومة الأمر الواقع كي يكون الاعتراف مشروع، إلى جانب معرفة الآثار المترتبة على عدم شرعية الاعتراف، فتم تقسيم البحث وفقاً لما يلي:

المطلب الأول: مشروعية اعتراف الدول بحكومة الأمر الواقع

الفرع الأول: السيطرة الفعلية كضابط لشرعية الاعتراف

الفرع الثاني: شرعية الحكومة كضابط لشرعية الاعتراف

المطلب لثاني: الآثار المترتب على مخالفة ضوابط الاعتراف

الفرع الأول: قيام مسؤولية الدولة المعترفة

الفرع الثاني: الالتزامات الناجمة عن قيام المسؤولية

المطلب الأول: مشروعية الاعتراف بحكومة الأمر الواقع

يختلف الاعتراف بالدولة عن الاعتراف بالحكومة، ففي الاعتراف بالدولة يكفي أن تعترف الدول الأخرى بالدولة الجديدة مرة واحدة فقط، فالاعتراف بالدولة، عندما يحصل، يبقى ويستمر ولا يتأثر بالتغييرات التي تطرأ على حكومتها، لكن الاعتراف بالحكومة من قبل الدول الأخرى يتكرر في حالات التغييرات غير الدستورية للحكومة¹، وفي الاعتراف بالدولة أيضاً، تقوم الدول الأخرى بفحص ما إذا كان الكيان الجديد يتمتع بعناصر الدولة فالاعتراف بالدولة هي مسألة وجود تلك الدولة في المجتمع الدولي، بينما في الاعتراف بالحكومة، فإنه يتم فحص ما إذا كان الكيان يستطيع أن يمثل دولة معينة أمام المجتمع الدولي، فالاعتراف بالحكومة هي مسألة تتعلق بالحق في تمثيل الدولة².

كما أن الاعتراف بالدولة يتضمن الاعتراف بحكومتها أيضاً، بينما الاعتراف بالحكومة، يقتصر على الحكومة فقط، فهو يرد على حكومة جديدة حلت محل الحكومة السابقة في دولة معترف بها³،

ويتشابه الاعتراف بالدولة مع الاعتراف بالحكومة في أن كل منهما تمارسه الدول أو ترفض ممارسته بحسب ما تقتضيه مصالحها السياسية⁴، كما أن عدم الاعتراف بدولة

¹ Hamed hasyemi and others, "Legitimacy as a Precondition for The Recognition of New Governments: A Case of Libya", Sriwijaya Law Review, Vol. 2, No. 1, 2018, p. 72.

² Louise arimatsu and others, "The Legal Classification of The Armed Conflicts in Syria, Yemen And Libya", Chatham House, 2014, p. 19.

³ زهير الحسيني، مصادر القانون الدولي العام: بمناسبة المفهوم القانوني للجرف القاري وطرق قياس حدوده بين الدول المتلاصقة والمتقابلة، ط1، منشورات جامعة قاربيونس، بنغازي، 1993م، ص 137.

⁴ المرجع نفسه، ص 138

معينة أو حكومتها لا يحول دون تمتع الدولة المراد الاعتراف بها أو بحكومتها بالشخصية القانونية الدولية وبال حقوق التي تؤهلها لها هذه الشخصية¹،

ويتعين على الدول عند منح الاعتراف بحكومة الأمر الواقع بوصفها ممثلة لدولتها أن تراعي ضوابط تتجلى بتمتع حكومة الأمر الواقع بالسيطرة الفعلية من جهة، والشرعية من جهة أخرى²، سنتحدث عن ماهية هذه الضوابط مع تبيان سندها في الفرع الأول والفرع الثاني من هذا المطلب، ثم سنقوم في المطلب الثاني من هذه الدراسة بتبيان لماذا هذه الضوابط لازمة لشرعية الاعتراف والأثر المترتب على مخالفتها عند منح الاعتراف.

الفرع الأول: السيطرة الفعلية كضابط لشرعية الاعتراف

يرد الاعتراف على موضوع معين شأنه شأن أي تصرف قانوني، وعليه فلا بد أن يكون محل الاعتراف واقعة موجودة، فعلاً فالاعتراف لا يخلق الشيء الذي ينصب عليه وإنما يقع عليه³، وبناءً على ذلك، فإن الاعتراف بحكومة الأمر الواقع بما أن محله هو حكومة الأمر الواقع فلا بد من وجودها حتى يقع الاعتراف عليها،

والسيطرة الفعلية عنصر وجود حكومة الأمر الواقع، فلا يمكن التعامل مع حكومة الأمر الواقع بوصفها ممثلة لدولتها دون توافر هذه السيطرة، فعلى سبيل المثال، ذهب البنك الدولي في المادة (5) الواردة في ما يسمى بـ "السياسة التشغيلية في التعامل مع حكومات الأمر الواقع" الصادرة عنه عام 2001م، إلى أنه إذا كان سيتم تقديم قرض لدولة حكومة الأمر الواقع فإنه ينبغي الأخذ بعين الاعتبار توافر عدة شروط منها أن تتمتع حكومة الأمر الواقع بسيطرة فعلية⁴، كما ذهب في المادة (4) إلى أنه إذا قامت

¹ علي صادق أبو هيف، القانون الدولي العام، ط17، منشأة المعارف بالإسكندرية، الإسكندرية، 1997م، ص 167 و176 و179.

² Anne schuit, "Recognition of Governments in International Law and the Recent Conflict in Libya", International Community Law Review, Vol. 14, No. 4, 2012, p. 388 and 389 and 399.

³ زهير الحسيني، مصادر القانون الدولي العام: بمناسبة المفهوم القانوني للجرف القاري وطرق قياس حدوده بين الدول المتلاصقة والمتقابلة، مرجع سابق، ص 95 و96.

⁴ "in considering whether to extend a new loan to a country with a de facto government...the bank first allows a certain time to pass to weigh: ...(b) whether the government is in effective control of the country...", Dealings with De Facto Governments, World Bank Operational Policy, op. cit.

حكومة الأمر الواقع في دولة كان البنك متعاقد معها قبل قيام هذه الحكومة فإنه لا يجوز للبنك تعليق أو إنهاء التزاماته مع هذه الدولة طالما لم تتوافر أسباب تتيح ذلك نص عليها العقد وطالما توافرت شروط أخرى منها تمتع حكومة الأمر الواقع بسيطرة فعلية¹، كما أن الصندوق الدولي للتنمية الزراعية ذهب في ما يسمى بـ "المبادئ التوجيهية للتعامل مع حكومات الأمر الواقع" الصادرة عنه عام 2010م إلى أنه إذا كان يُراد تقديم تمويل لمشروع جديد في دولة عضو لدى الصندوق جرى إسقاط حكومتها دون تداول سليم للسلطة فإنه ينبغي على رئيس الصندوق النظر في توافر عدة شروط منها أن تتمتع حكومة الأمر الواقع بالسيطرة الفعلية²،

لكن ما هي متطلبات تمتع حكومة الأمر الواقع بعنصر السيطرة الفعلية، أو بصيغة أخرى ما هي متطلبات وجود عنصر السيطرة الفعلية؟

لوجود عنصر السيطرة الفعلية، لا بد من أن تتمتع حكومة الأمر الواقع بالهيكل التنظيمي القادر على ممارسة هذه السيطرة، وهناك العديد من العوامل الدالة على توافر هذا الهيكل، منها وجود جهاز تشريعي لدى الحكومة يختص بسن القوانين التي تنظم علاقات الأفراد الذين سيخضعون لسيطرته الفعلية، ووجود جهاز قضائي يختص في الفصل في المنازعات التي تنشأ بين أعضاء الحكومة وبين هؤلاء الأفراد أو بين الأفراد أنفسهم، ووجود جهاز عسكري يختص بشن عمليات عسكرية بطريقة منظمة والدفاع عن

¹ "The bank may not unilaterally suspend disbursements under existing loans or suspend or terminate its obligations under guarantees provided by it unless there are grounds for such suspension or termination based on existing agreements. thus, the bank deals with a de facto government with respect to loans made by the bank before the government assumed power, provided that: (a) the bank is satisfied that the government is in effective control of the country...", ibid.

² نصت المبادئ التوجيهية للتعامل مع حكومات الأمر الواقع الصادرة عن الصندوق الدولي للتنمية الزراعية على أنه: "عند تحديد ما إذا كان ينبغي على الصندوق تقديم تمويل لمشروع جديد في دولة عضو جرى إسقاط حكومتها دون تداول سليم للسلطة، يسمح رئيس الصندوق أولاً بمرور وقت معين لمراعاة المعايير الخمسة التالية... ب. الحكومة تتمتع بسيطرة فعالة على البلد وتتمتع بقدر معقول من الاستقرار والقبول لدى الجمهور"، متاح على الإنترنت:

الأراضي التي تسيطر عليها الحكومة فعلياً، ووجود جهاز رقابي يختص بفرض الانضباط على أعضاء الحكومة وعلى القوة العسكرية التي تتمتع بها ووجود جهاز تنفيذي يختص بتنفيذ ما يصدر عن الأجهزة السابقة من قرارات وأحكام، كما أن عنصر السيطرة الفعلية لا يتطلب لتوافره فقط وجود هيكل التنظيمي ذات قدرة على ممارسة هذه السيطرة وإنما ممارسة السيطرة فعلاً على أرض الواقع أيضاً، أما عن أسانيد متطلبات السيطرة الفعلية فتتجلى أهمها:

1. الهيكل التنظيمي هو شرط لإلزام حكومة الأمر الواقع بالقانون الدولي

الإنساني بصورة مستقلة: وهذا قياساً على شرط تنظيم الجماعات المسلحة الذي نص عليه القانون الدولي الإنساني، والذي بموجبه يجب أن تكون الجماعة المسلحة منظمة بما فيه الكفاية لتكون ملزمة بالمادة (3) المشتركة لاتفاقيات جنيف الأربعة عام 1949¹، فهذا الشرط يطبق من باب أولى على حكومة الأمر الواقع كي تلتزم بهذه المادة أثناء نزاعها المسلح الداخلي، والجماعة المسلحة ينبغي أن تكون منظمة بما فيه الكفاية لكي تكون طرف في نزاع مسلح داخلي وبالتالي لكي تخضع بصورة مستقلة لأحكام المادة (3) المشتركة لاتفاقيات جنيف الأربعة عام 1949 التي تطبق على النزاع المسلح الداخلي، ولكي تخضع للمساءلة عن عدم احترام هذه المادة، وهذا يطبق من باب أولى على حكومة الأمر الواقع.

2. الهيكل التنظيمي هو شرط لإلزام حكومة الأمر الواقع بالقانون الدولي

لحقوق الإنسان: وما يؤيد هذا بحسب رأي الباحث هو التساؤل الذي طرحه البعض في معرض حديثه عن حكومة الأمر الواقع حول ما إذا افترضنا بأن حكومة الأمر الواقع ملزمة بالقانون الدولي لحقوق الإنسان، ألا يعني ذلك أنها يجب أن تكون قادرة على وضع نظام قانوني كامل وقادر على ضمان تلك الحقوق، ألا يعني أنها يجب أن تكون قادرة على إنشاء

¹ Tan daron, " Filling the Lacuna: De Facto Regimes and Effective Power in International Human Rights Law ", New York University Journal of International Law and Politics, Vol. 51, No. 435, 2018, p. 465 and 466

محاكمها، ووضع القوانين وضمان إنفاذها، وأن تضع غير ذلك من الوسائل اللازمة لضمان احترام حقوق الإنسان؟¹.

3. الهيكل التنظيمي الذي يمارس السيطرة الفعلية هو شرط لكي يتم الاعتراف بأفعال حكومة الأمر الواقع: يمكن أن نستند في ذلك على قضية صادق علمي ضد أستراليا عام 1999²، حيث تتلخص وقائع هذه القضية³ بأن شخص يسمى "صادق علمي" ينتمي إلى عشيرة معينة في الصومال، هذا الشخص هرب من الصومال بسبب انتمائه لهذه العشيرة التي هي في عداوة مع عشيرة أخرى مسلحة تسيطر على جزء كبير من مقديشو في الصومال، وبعد هروبه تنقل في العديد من الدول حتى وصل إلى أستراليا بدون وثائق سفر وطلب منها اللجوء، لكن أستراليا رفضت الطلب وقررت إعادة "صادق علمي" إلى مقديشو، مما دفعه إلى تقديم بلاغ بشأن قرار أستراليا إلى لجنة مناهضة التعذيب بعد استنفاد جميع سبل الانتصاف المحلية في أستراليا، وقد استند في بلاغه بأن أستراليا بإعادته إلى مقديشو يضر به لأن العشيرة المسلحة المعادية لعشيرته تسيطر على جزء كبير من مقديشو عاصمة الصومال و من الممكن أن تقبض عليه وتخضعه للتعذيب فور وصوله إلى مقديشو بسبب العداوة بين العشيرتين، مما يشكل انتهاكاً من جانب أستراليا للمادة الثالثة من اتفاقية مناهضة التعذيب لعام 1984 التي هي طرفاً فيها⁴، وقد دفعت أستراليا أمام اللجنة بأن البلاغ الذي قدمه صادق علمي غير مقبول بسبب إن اتفاقية مناهضة التعذيب المذكورة لا تنطبق على

¹ Vlastislav stavinoha, "Obligations of De-Facto Regimes, Estudios de Deusto", Vol. 68, No. 1, 2020, p. 66.

² Tan daron, " Filling the Lacuna: De Facto Regimes and Effective Power in International Human Rights Law ", op. cit, p. 468.

³ Sadiq shek elmi v. Australia, cat/c/22/d/120/1998, Un Committee against Torture (cat), 25 May 1999, available at:

<https://www.refworld.org/cases,CAT,3f588eda0.html> (last visit 15 March 2021)

⁴ وقد نصت هذه المادة الثالثة على أنه: "1. لا يجوز لأية دولة طرف أن تطرد أي شخص أو أن تعيده (أن ترده) أو أن تسلمه إلى دولة أخرى، إذا توافرت لديها أسباب حقيقية تدعو إلى الاعتقاد بأنه سيكون في خطر التعرض للتعذيب...".

أعمال التعذيب التي يخشى صاحب البلاغ أن يتعرض لها إذا أعيد إلى مقديشو، فالأعمال التي يخشاها صاحب البلاغ لا تندرج ضمن تعريف "التعذيب" المنصوص عليه في المادة الأولى من الاتفاقية، حيث تشترط هذه المادة بأن يتم ارتكاب فعل التعذيب من قبل موظف عمومي أو أي شخص آخر يتصرف بصفته الرسمية أو بتحريض منه أو بموافقه أو بسكوته عنه¹، وطالما إن صاحب البلاغ يدعي أنه سيتعرض للتعذيب على أيدي أفراد عشيرة صومالية مسلحة فيما إذا تمت إعادته إلى مقديشو، فإن هذا يجعل بلاغه غير مقبول لأن أفراد العشيرة هؤلاء ليسوا موظفين عموميين ولا يتصرفون بصفة رسمية مما يجعل الاتفاقية غير منطبقة على أعمال التعذيب الصادرة عنهم، وقد ردت لجنة مناهضة التعذيب على هذا الدفع بالقول بأن: (الصومال كانت منذ عدة سنوات بدون حكومة مركزية، وأن بعض الفصائل في مقديشو أنشأت مؤسسات شبه حكومية وتتفاوض حول إنشاء إدارة مشتركة، يترتب على ذلك أن تلك الفصائل تمارس بحكم الأمر الواقع بعض الامتيازات التي يمكن مقارنتها بتلك التي تمارسها عادة الحكومات الشرعية، وعليه يمكن أن يندرج أفراد تلك الفصائل ضمن عبارة "الموظفون العموميون أو الأشخاص الآخرون الذين يتصرفون بصفة رسمية" الواردة في المادة الأولى من اتفاقية مناهضة التعذيب)²، يلاحظ

¹ نصت المادة الأولى من اتفاقية مناهضة التعذيب 1984م: "1. لأغراض هذه الاتفاقية، يقصد "بالتعذيب" أي عمل ينتج عنه ألم أو عذاب شديد، جسدياً كان أم عقلياً، يلحق عمداً بشخص ما بقصد الحصول من هذا الشخص، أو من شخص ثالث، على معلومات أو على اعتراف، أو معاقبته على عمل ارتكبه أو يشتبه في أنه ارتكبه، هو أو شخص ثالث أو تخويله أو إرغامه هو أو أي شخص ثالث - أو عندما يلحق مثل هذا الألم أو العذاب لأي سبب من الأسباب يقوم على التمييز أياً كان نوعه، أو يحرض عليه أو يوافق عليه أو يسكت عنه موظف رسمي أو أي شخص آخر يتصرف بصفته الرسمية. ولا يتضمن ذلك الألم أو العذاب الناشئ فقط عن عقوبات قانونية أو الملازم لهذه العقوبات أو الذي يكون نتيجة عرضية لها..."

² "The Committee does not share the State party's view that the Convention is not applicable in the present case since, according to the State party, the acts of torture the author fears he would be subjected to in Somalia would not fall within the definition of torture set out in article 1 (i.e. pain or suffering inflicted by or at the instigation of or with the consent or acquiescence of a public official or other person acting in an official

من خلال رد اللجنة هذا بأنها فسرت إنشاء الجماعة المسلحة لتنظيم ذاتي يمارس فعلاً السيطرة الفعلية في إقليم دولة معينة في ظل غياب الحكومة الرسمية لهذه الدولة يجعل منهم موظفين عموميين في الإقليم الذي يسيطرون عليه كموظفي الحكومة الرسمية لهذه الدولة، مما يمكن معه الاعتراف بأفعالهم، وهذا التفسير يطبق من باب أولى على حكومة الأمر الواقع، فإذا تمتعت بهيكل تنظيمي يمارس فعلاً السيطرة الفعلية في إقليم دولة معينة في ظل غياب الحكومة الرسمية السابقة عليها في هذا الإقليم فإن أعضاء حكومة الأمر الواقع هنا بحسب التفسير السابق يعتبرون في الإقليم الذين يسيطرون عليه موظفين عموميين كموظفي الحكومة الرسمية السابقة وتصرفاتهم يؤخذ بها.

الفرع الثاني: شرعية الحكومة كضابط لشرعية الاعتراف

يقصد بشرعية حكومة الأمر الواقع أن تحظى بتأييد أغلبية شعب دولتها، والسبب في ذلك هو أن الشعب هو مصدر السلطة الحاكمة كما نص عليه القانون الدولي لحقوق الإنسان (أولاً)، ومن أجل التأكد من وجود تأييد أغلبية شعب الدولة فعلاً فإنه يفضل اكتساب حكومة الأمر الواقع للصفة الدستورية عن طريق انتخاب (ثانياً).

أولاً. اكتساب التأييد الشعبي الواسع

يؤيد بعض الباحثين فكرة أن الشعب هو مصدر السلطة وأن الحكومة الشرعية هي التي يوافق عليها الشعب¹، و يذهب آخرون بأنه فيما يتعلق بشرعية الحكومات ينبغي

capacity, in this instance for discriminatory purposes). The Committee notes that for a number of years Somalia has been without a central government, that the international community negotiates with the warring factions and that some of the factions operating in Mogadishu have set up quasi-governmental institutions and are negotiating the establishment of a common administration. It follows then that, de facto, those factions exercise certain prerogatives that are comparable to those normally exercised by legitimate governments. Accordingly, the members of those factions can fall, for the purposes of the application of the Convention, within the phrase "public officials or other persons acting in an official capacity" contained in article 1", see: Sadiq shek elmi v. Australia, op. cit, para 6.5.

¹ Hamed hasyemi and others, "Legitimacy as A Precondition for The Recognition of New Governments: A Case of Libya", op. cit, p.79.

التمييز بين شرعية نشأة الحكومة وشرعية ممارستها لسلطتها، فشرعية النشأة تعني أن الحكومة تكون شرعية فيما إذا استندت في وجودها إلى إرادة الشعب المُعبر عنها من خلال عملية انتخابية حرة ونزيهة، الأمر الذي يتماشى مع احترام القانون الدولي لحقوق الإنسان الذي ذهب بأن إرادة الشعب هي مصدر السلطة الحاكمة، وأنه من حقه اختيار السلطة الحاكمة عليه من خلال انتخابات حرة ونزيهة¹، أما شرعية الممارسة، فتعني بأن الحكومة تكون شرعية فيما إذا مارست سلطتها بطريقة تتماشى مع احترام حقوق الإنسان للشعب المحكوم وحررياتهم الأساسية أيضاً²، والواقع العملي على الصعيد الدولي يؤيد ذلك، فعلى سبيل المثال، تم رفض الاعتراف بالحكومات الانقلابية في هايتي كونها أطاحت بحكومات منتخبة ديمقراطياً³، كما تم الإعلان عن عدم شرعية حكومة معينة من خلال منع اعتبار هذه الحكومة من أن تكون الممثل الشرعي لدولتها، سواء أكانت سابقاً تعتبر ممثلاً شرعياً أم لا، نظراً لأنها تمارس سلطتها بطريقة تنتهك فيها حقوق الإنسان للشعب المحكوم وحرياته الأساسية، كما هو الحال في رفض منظمة الأمم المتحدة قبول تمثيل حكومة جنوب أفريقيا لدى المنظمة بسبب سياسة الفصل العنصري التي تمارسها هذه الحكومة⁴،

ويمكن تفسير ما سبق بأنه حتى تغدو حكومة معينة في نظر القانون الدولي شرعية، لا بد من أن تكون مقبولة من قبل شعب دولة الحكومة، نظراً لأن القانون الدولي لحقوق الإنسان ذهب بأن إرادة الشعب هي مصدر السلطة الحاكمة، كما ينبغي أيضاً لكي تكون الحكومة شرعية في نظر القانون الدولي أن تكون ممارسات هذه الحكومة مقبولة أيضاً من قبل الشعب المذكور أيضاً، ومن المنطقي أن تكون ممارسات الحكومة غير مقبولة

¹ وهو ما أكدته صراحةً الفقرة (3) من المادة (21) من الإعلان العالمي لحقوق الإنسان الصادر عام 1948م، إذ نصت الفقرة المذكورة على أنه: "إرادة الشعب هي مناط سلطة الحكم، ويجب أن تتجلى هذه الإرادة من خلال انتخابات نزيهة تجرى دورياً بالاقتراع العام وعلى قدم المساواة بين الناخبين وبالتصويت السري أو بإجراء مكافئ من حيث ضمان حرية التصويت".

² Jean d'aspremont, "Legitimacy of Governments in The Age of Democracy", Journal of International Law and Politics. Vol. 38, No. 877, 2006, p. 899.

³ Jean d'aspremont, "Legitimacy of Governments in The Age of Democracy", op. cit, p. 901.

⁴ Ibid, loc. Cit.

وبالتالي تقتصر هذه الحكومة للشرعية فيما إذا كانت تلك الممارسات تنتهك القوانين الدولية ذات الغاية الإنسانية التي شرعت لحماية الشعب المحكوم وقت السلم ووقت النزاعات المسلحة، ويقصد بالقوانين الدولية في معرض الدراسة، القانون الدولي لحقوق الإنسان الذي يوفر حماية دولية للإنسان وحياته الأساسية وقت السلم ووقت النزاعات المسلحة¹، والقانون الدولي الإنساني الذي يوفر الحماية للمدنيين والأعيان المدنية وقت النزاعات المسلحة فقط²، وينطبق التفسير السالف ذكره على شرعية حكومة الأمر الواقع، مما يفيد بأن هناك علاقة بين شرعية حكومة الأمر الواقع واحترام هذه القوانين سنوضحها مضمونها فيما يلي،

فبالنسبة لاحترام القانون الدولي الإنساني، يأتي ذلك بعدم ممارسة حكومة الأمر الواقع للتصرفات التي تنتهك الحماية المقررة للمدنيين والأعيان المدنية بموجب هذا القانون أثناء النزاعات المسلحة، فكما بيننا سابقاً، تأتي حكومة الأمر الواقع بعامل ثورة أو انقلاب أو غير ذلك من العوامل غير الدستورية، وقد ينجم عن ذلك نزاع فيما بين حكومة الأمر الواقع ومؤيديها من جهة، وبين بقايا الحكومة السابقة التي تتنازع حكومة الأمر الواقع على تمثيل الدولة وتولي شؤون الحكم فيها ومؤيديها من جهة أخرى، وقد يرقى هذا النزاع إلى مستوى النزاع المسلح الداخلي الذي ينطبق عليه القانون الدولي الإنساني الخاص بالنزاعات المسلحة الداخلية، وهنا على أطراف النزاع احترام هذا القانون في عملياتهم القتالية، فلا يجوز لحكومة الأمر الواقع مثلاً توجيه هجمات ضد المدنيين الذين

¹ القانون الدولي لحقوق الإنسان هو مجموعة من المبادئ والقواعد القانونية الدولية التي تكفل لجميع الأفراد والشعوب التمتع بحقوقهم الاقتصادية والاجتماعية والثقافية، إلى جانب الحقوق المدنية والسياسية التي تهدف إلى تحقيق رفاهيتهم، أنظر: عبد الرحمان عنان، مركز الفرد في القانون الدولي لحقوق الإنسان، رسالة ماجستير مقدمة إلى كلية الحقوق والعلوم السياسية في جامعة الحاج لخضر، الجزائر، نوقشت عام 2010م، ص 7، نقلاً عن: عمر إسماعيل سعد الله، مدخل في القانون الدولي لحقوق الإنسان، ديوان المطبوعات، الجزائر، 1991م، ص 12.

² القانون الدولي الإنساني هو مجموعة من القواعد الاتفاقية أو العرفية أو الصادرة عن المنظمات دولية، ذات الأسس والغايات الإنسانية، والتي هي واجبة التطبيق على كافة أطراف النزاعات المسلحة الدولية أو غير الدولية إلى جانب وجوب تطبيقها على الأطراف القائمة بأنشطة عسكرية كالقوات التابعة لمنظمة دولية، وذلك من أجل حماية الإنسان والأعيان، انظر: جمعة شحود شباط، حماية المدنيين والأعيان المدنية وقت الحرب، رسالة دكتوراه مقدمة إلى كلية الحقوق جامعة القاهرة، مصر، نوقشت عام 2003م، ص 64.

لا يشاركون مشاركة مباشرة في هذه العمليات، والأمر نفسه ينطبق على الحكومة الأخرى الطرف في النزاع، لأن ذلك يشكل خرقاً للمادة الثالثة المشتركة بين اتفاقيات جنيف الأربعة لعام 1949، والتي نصت على الالتزامات الإنسانية الأساسية التي يلتزم "كل طرف" في النزاع المسلح الداخلي بتطبيقها¹، كما يشكل خرقاً للبروتوكول الإضافي الثاني لعام 1977 الذي يطبق على النزاع المسلح الداخلي فيما إذا استوفى هذا النزاع شروط معينة²،

¹ نصت المادة (3) من اتفاقيات جنيف الأربعة لعام 1949م على ما يلي: "في حالة قيام نزاع مسلح ليس له طابع دولي في أراضي أحد الأطراف السامية المتعاقدة، يلتزم كل طرف في النزاع بأن يطبق كحد أدنى الأحكام التالية: 1. الأشخاص الذين لا يشتركون مباشرة في الأعمال العدائية، بمن فيهم أفراد القوات المسلحة الذين ألقوا عنهم أسلحتهم، والأشخاص العاجزون عن القتال بسبب المرض أو الجرح أو الاحتجاز أو لأي سبب آخر، يعاملون في جميع الأحوال معاملة إنسانية، دون أي تمييز ضار يقوم على العنصر أو اللون، أو الدين أو المعتقد، أو الجنس، أو المولد أو الثروة أو أي معيار مماثل آخر. ولهذا الغرض، تحظر الأفعال التالية فيما يتعلق بالأشخاص المذكورين أعلاه، وتبقى محظورة في جميع الأوقات والأماكن: أ. الاعتداء على الحياة والسلامة البدنية، وبخاصة القتل بجميع أشكاله، والتشويه، والمعاملة القاسية، والتعذيب، ب. أخذ الرهائن، ج. الاعتداء على الكرامة الشخصية، وعلى الأخص المعاملة المهينة والحاطة بالكرامة، د. إصدار الأحكام وتنفيذ العقوبات دون إجراء محاكمة سابقة أمام محكمة مشكلة تشكلاً قانونياً، وتكفل جميع الضمانات القضائية اللازمة في نظر الشعوب المتمدنة. 2. يجمع الجرحى والمرضى ويعتني بهم. ويجوز لهيئة إنسانية غير متحيزة، كاللجنة الدولية للصليب الأحمر، أن تعرض خدماتها على أطراف النزاع. وعلى أطراف النزاع أن تعمل فوق ذلك، عن طريق اتفاقات خاصة، على تنفيذ كل الأحكام الأخرى من هذه الاتفاقية أو بعضها. وليس في تطبيق الأحكام المتقدمة ما يؤثر على الوضع القانوني لأطراف النزاع."

² نص البروتوكول الإضافي الثاني في مادته الأولى على أنه ينطبق على: "جميع المنازعات المسلحة التي تدور على إقليم أحد الأطراف السامية المتعاقدة بين قواته المسلحة وقوات مسلحة منشقة أو جماعات نظامية مسلحة أخرى وتمارس تحت قيادة مسؤولة على جزء من إقليمه من السيطرة ما يمكنها القيام بعمليات عسكرية متواصلة ومنسقة وتستطيع تنفيذ هذا البروتوكول"، وبناءً على هذا النص يتبين بأن هناك عدة شروط حتى يطبق البروتوكول وهي: 1. وجود جماعات مسلحة منظمة، وهو ما يتوافر بالنسبة لحكومة الأمر الواقع. 2. أن تحارب هذه الجماعات السلطات الحكومية وذلك عن طريق قيامها بعمليات عسكرية مستمرة ومتسقة. 3. أن يكون النزاع السالف ذكره حاصل في إقليم دولة طرف في البروتوكول ولا يتعدى حدود هذا الإقليم. 4. أن تمارس الجماعات المسلحة المنظمة السيطرة الفعلية على جزء من إقليم الدولة التي يجري فيها النزاع، وهو ما يتوافر في حكومة الأمر الواقع أيضاً. 4. أن تخضع الجماعات المسلحة لقيادة عسكرية مسؤولة. 5. أن تستطيع الجماعات المسلحة المنظمة تنفيذ البروتوكول الإضافي الثاني لعام 1977.

ويطلق البعض على التزامات حكومة الأمر الواقع بالقانون الدولي الإنساني أثناء عملياتها العسكرية بأنها "قيود الحرب"¹،

أما بالنسبة لاحترام القانون الدولي لحقوق الإنسان، يطلق البعض أيضاً على التزامات حكومة الأمر الواقع بالقانون الدولي لحقوق الإنسان بأنها "قيود الحكم"²، ويأتي هذا الاحترام بعدم ممارسة حكومة الأمر الواقع لتصرفات تنتهك حقوق الأفراد وحياتهم الذين يعيشون في ظل سيطرتها الفعلية، فلا يجوز لها مثلاً أن تخضع الأفراد الذين يعيشون في ظل هذه السيطرة للتعذيب أو المعاملة اللاإنسانية، لأن ذلك يجافي القانون الدولي لحقوق الإنسان الذي حظر إيقاع مثل هذه الأفعال على الأفراد من قبل سلطات الدولة الحاكمة،

وعليه فإن مضمون العلاقة بين شرعية حكومة الأمر الواقع والقوانين الدولية ذات الغاية الإنسانية، يتجلى بأنه يتوجب على حكومة الأمر الواقع أن تحترم تلك القوانين، وقد تفتقر إلى الشرعية بسبب عدم احترامها لهذه القوانين، فقيام حكومة الأمر الواقع بانتهاك حقوق الإنسان لأفراد الشعب الذين يعيشون في ظل سيطرتها الفعلية يشكل اعتداءً على حقوق هؤلاء الأفراد التي نص عليها القانون الدولي لحقوق الإنسان، مما قد يدفع غالبية هؤلاء الأفراد إلى معارضة الاعتداء ومعارضة حكومة الأمر الواقع التي تمارسه، وقد تصل هذه المعارضة إلى سعيهم وراء منع حكومة الأمر الواقع من تمثيل الدولة وتولي شؤون الحكم فيها الأمر الذي يفقدها شرعيتها،

والأمر نفسه ينطبق على قيام حكومة الأمر الواقع بانتهاك القانون الدولي الإنساني أثناء عملياتها القتالية، فهذا الانتهاك يشكل اعتداءً على حقوق الأفراد المحميين بموجب هذا القانون سواء كانوا يعيشون تحت سيطرة حكومة الأمر الواقع أم تحت سيطرة الحكومة السابقة التي تحاربها، مما قد يدفعهم إلى معارضة الاعتداء ومعارضة حكومة الأمر الواقع التي مارسته، وقد تصل هذه المعارضة أيضاً إلى سعيهم وراء منع حكومة الأمر

¹ Michael schoiswohl, "De Facto Regimes and Human Rights Obligations-The Twilight Zone of Public International Law?", Austrian Review of International and European Law, 2001, p. 63.

² Ibid, loc.cit.

الواقع من تمثيل الدولة وتولي شؤون الحكم فيها الأمر الذي يفقدها شرعيتها أيضاً فيما إذا كان الأفراد المعارضين يشكلون أغلبية شعب دولة الحكومة، وبالتالي فإن سعي حكومة الأمر الواقع وراء الشرعية قد يكون سبباً ودافعاً للالتزام بحكومة الأمر الواقع بالقوانين الدولية ذات الغاية الإنسانية.

ثانياً. اكتساب الصفة الدستورية

باعتبار أن إرادة الشعب هي مصدر السلطة الحاكمة، وأنه لا بد لكي يكون اعتراف الدولة الأجنبية بحكومة الأمر الواقع القائمة في دولة أخرى بوصفها ممثلة لهذه الأخيرة اعترافاً مشروعاً ينبغي أن تكون حكومة الأمر الواقع المعترف بها شرعية، أي تحظى بقبول أغلبية شعب دولتها لتمثيل الحكومة للدولة وتولي شؤون الحكم فيها، فإنه من الأفضل التأكد من وجود هذا القبول فعلاً ويكون ذلك عن طريق اكتساب الحكومة للصفة الدستورية،

وبناءً عليه صدرت نظرية الاعتراف المعلق على شرط اكتساب الصفة الدستورية، إذ أعلن هذه النظرية وزير خارجية الأكوادور (طوبار) عام 1907م، حين ذهب بأنه يجب الامتناع عن الاعتراف بحكومة جديدة تأتي إلى سدة الحكم بطريقة غير دستورية مالم تكتسب الحكومة الجديدة الصفة الدستورية من خلال تأييد مجلس النواب منتخب بحرية من قبل الشعب¹، ويُفهم من هذه النظرية بأنه إذا اكتسبت حكومة الأمر الواقع الصفة الدستورية، أي حصلت على تأييد شعبي واسع عن طريق الانتخابات المنصوص عليها في الدستور المعمول به في دولة الحكومة وقت إجراء الانتخابات، فإنه يمكن الاعتراف بهذه الحكومة التي تتحول من حكومة الأمر الواقع إلى حكومة دستورية كونها اكتسبت الصفة الدستورية بسبب الانتخاب المنصوص عليه في الدستور كطريق دستوري للوصول إلى سدة الحكم، كما يفهم من هذه النظرية بأنه في حال لم ينتخب الشعب حكومة الأمر الواقع كسلطة حاكمة عليه فإنه لا يمكن الاعتراف بها لأنها لم تكتسب الصفة الدستورية مما يدل على عدم قبول أغلبية الشعب لها، وعليه فإن الاعتراف يكون للحكومة التي انتخبها الشعب وفقاً للدستور، وبالتالي قد تقوم حكومة الأمر الواقع بإجراء انتخابات

¹ سموحي فوق العادة، القانون الدولي العام، مرجع سابق، ص 92 و93.

ويختار الشعب سلطة حاكمة عليهم من غير أعضاء حكومة الأمر الواقع، فهنا السلطة المختارة هي تصبح الحكومة الدستورية والتي يمكن الاعتراف بها هي فقط دون حكومة الأمر الواقع كون الاختيار لم يقع عليها،

وعليه أكد بعض الفقهاء بأن حكومة الأمر الواقع حكومة ذات طبيعة مؤقتة، بمعنى أنها تتولى السلطة مؤقتاً بعد إزاحة الحكومة السابقة إلى حين أن يتم انتخاب حكومة جديدة من قبل الشعب، حيث تتنازل حكومة الأمر الواقع عن السلطة للحكومة الجديدة المنتخبة¹، كما أكدت الممارسات الدولية على الطابع المؤقت لحكومة الأمر الواقع، فعلى سبيل المثال، في الانقلاب الذي حصل في مصر عام 2013م بقيادة وزير الدفاع "عبد الفتاح السيسي"، لجأت مسؤولة السياسة الخارجية في الاتحاد الأوروبي إلى القول: "أحث كافة الأطراف على العودة سريعاً إلى العملية الديمقراطية، بما في ذلك إجراء انتخابات رئاسية وبرلمانية حرة ونزيهة وإقرار دستور بطريقة شاملة حتى نسمح للبلاد باستئناف واستكمال تحولها الديمقراطي"²، مما يحافظ على فكرة أن الشعب هو مصدر السلطة الحاكمة كما جاء في القانون الدولي لحقوق الإنسان وإن مجافاة حكومة الأمر الواقع لحق الشعب في اختيار من يحكمه بواسطة الانتخابات يثير الظن بأنها غير شرعية وإنها قائمة رغماً عن إرادة الشعب، لذلك من الأفضل التأكد من شرعية حكومة الأمر الواقع أي التأكد من توافر التأييد الشعبي الواسع لها قبل الاعتراف بها عن طريق اكتسابها للصفة الدستورية بواسطة الانتخابات،

وينبغي الإشارة إلى أنه إلى جانب نظرية الاعتراف المعلق على شرط اكتساب الصفة الدستورية، تم وضع نظريته أخرى حول الاعتراف بحكومة الأمر الواقع وهي محل مقصور كما سنبين فيما يلي، وهذه النظرية هي نظرية عدم الحاجة إلى الاعتراف بحكومة الأمر الواقع التي صدرت عن وزير خارجية المكسيك (ايسترادا) عام 1930م في

¹ نعمان أحمد الخطيب، الوسيط في النظم السياسية والقانون الدستوري، ط 7، دار الثقافة للنشر والتوزيع، عمان، 2011م، ص 603.

² بي بي سي نيوز، تباين ردود الفعل دولياً إزاء التطورات في مصر، 2013م، متاح على الانترنت:

https://www.bbc.com/arabic/middleeast/2013/07/130704_egypt_developments_reactions

(آخر زيارة بتاريخ 2021/9/18)

تصريح رسمي صادر عنه يقضي بأن: "المكسيك لا تبت في مسألة منح الاعتراف وتعتبره عملاً مهيناً. فكما أنه يمس بسيادة شعوب أخرى، فإنه يجعل الأمور الداخلية لهذه الشعوب موضع تقييم من قبل الحكومات الأخرى...وعليه فإن حكومة المكسيك تكتفي بالإبقاء على دبلوماسيتها أو تقرر سحبهم متى ما ترى ذلك مناسباً دون تقييم حق الشعوب الأخرى في قبول حكوماتها أو تغييرها"، وبالتالي، تعتبر هذه النظرية مسألة الاعتراف بالحكومات تدخلاً في الشؤون الداخلية في الدول الأخرى مما يتوجب عدم القيام به¹ وتقضي بأن حكومة المكسيك ستتعامل تلقائياً مع حكومة الأمر الواقع التي تقوم في دولة معينة عن طريق الإبقاء على ممثلها الدبلوماسيين في دولة حكومة الأمر الواقع متى كان ذلك ملائماً لحكومة المكسيك، وينبغي الإشارة إلى أن النظرية السالف ذكرها محل قصور للأسباب التالية:

أ- فهي وإن كانت ترفض مسألة الاعتراف بالحكومة الجديدة لأن ذلك يعتبر مساساً بسيادة دولة الحكومة وتدخلاً في شؤونها الداخلية، فإن استمرار التعامل التلقائي مع الدولة في حال تغيرت حكومتها والتعامل التلقائي مع الحكومة الجديدة بوصفها ممثلة لتلك الدولة متى كان ذلك ملائماً لحكومة المكسيك ينطوي ضمناً على اعتراف المكسيك بالحكومة الجديدة اعترافاً تلقائياً من دون أي إعلان بالاعتراف، سواء جاءت الحكومة الجديدة بطرق دستورية أم جاءت بطرق غير دستورية كحكومة الأمر الواقع، وهذا أمر خطير في حال حكومة الأمر الواقع، لأن الاعتراف التلقائي بها يعتبر استحساناً لها حتى في حال عدم شرعيتها، مما يجافي فكرة إن إرادة الشعب هي مصدر السلطة الحاكمة وفقاً لما جاء في القانون الدولي لحقوق الإنسان.

ب- إذا كان التعامل التلقائي ممكن في حال كانت الحكومة الجديدة تسيطر على كافة إقليم الدولة، فماذا لو جاءت الحكومة الجديدة دون أن

¹ زهير الحسيني، مصادر القانون الدولي العام: بمناسبة المفهوم القانوني للجرف القاري وطرق قياس حدوده بين الدول المتلاصقة والمتعاقبة، مرجع سابق، ص 129 و130.

تسيطر على كافة إقليم الدولة كون جزءاً من هذا الإقليم تسيطر عليه بقايا الحكومة السابقة المعارضة للحكومة الجديدة، ففي هذه الحالة تكون هناك حكومتان تتنازعان فيما بينهما على تمثيل الدولة، فأى حكومة سيتم اعتبارها ممثلة للدولة هنا بموجب هذه النظرية؟

تجيب نظرية الاعتراف المعلق على شرط اكتساب الصفة الدستورية على هذا السؤال، فباعتبار أنها تؤكد على إرادة الشعب في اختيار سلطته الحاكمة، فأن الحكومة التي يختارها الشعب عن طريق الانتخابات هي التي يتعين الاعتراف بها في هذه الحالة.

المطلب الثاني: الآثار المترتب على مخالفة ضوابط الاعتراف

يترتب على اعتراف الدولة دون مراعاة ضوابط الاعتراف بحكومة الأمر الواقع قيام مسؤوليتها الدولية، سنتحدث عن سبب قيام المسؤولية (الفرع الأول)، إلى جانب الحديث عن الالتزامات المترتبة على قيام المسؤولية (الفرع الثاني).

الفرع الأول: قيام مسؤولية الدولة المعترفة

لمعرفة سبب قيام المسؤولية، لا بد من فهم الطبيعة المزدوجة للاعتراف أولاً، فهو ذو جانب سياسي وجانب قانوني، فهو ذو جانب سياسي لأن الدول قد تلجأ أو لا تلجأ إلى الاعتراف لأسباب مصلحية، فالسبب في وجود هذا الجانب هو أن الاعتراف الصادر عن الدولة بأمر معين فعل انفرادي، فهو بحسب لجنة القانون الدولي "تعبير انفرادي عن الإرادة صاغته دولة أو أكثر، بشكل فردي أو جماعي..."¹ كما تتخذ كل دولة على حدة وفقاً لتقديرها² ومصالحها مما يخلق الجانب السياسي للاعتراف³، وبناءً على هذا الجانب

¹ The International Law Commission defined the act of recognition according to the following:

"A unilateral expression of will formulated by one or more States, individually or collectively...", Report of International Law Commission, Sixth Report on Unilateral Acts by States, document A/CN.4/534, 2003, para. 67.

² Ibid, para. 9 And 67.

³ Anne schuit, "Recognition of Governments in International Law and the Recent Conflict in Libya", op. cit, p. 384 and 385.

السياسي، فإن فعل الاعتراف بالحكومة ليس متوجباً على أي دولة¹، وهو لا يضيف الشرعية على الحكومة حتى ولو تذرعت الدول المعترفة بأن الحكومة المعترف بها شرعية، كما أن عدم الاعتراف بالحكومة لا يسلب منها شرعيتها، فالاعتراف أو عدم الاعتراف لا يؤثر على شرعية كيان معين وما يدل على ذلك هو أن المحكمة الأوروبية لحقوق الإنسان أكدت في قضية قبرص ضد تركيا إن الاعتراف بالجمهورية التركية لشمال قبرص التي نشأت بفعل الاحتلال التركي لا يضيف الشرعية عليها²، فالشرعية مصدرها إرادة شعب دولة الحكومة وليست إرادة الدول الأخرى التي تتأثر بالمصالح السياسية،

وبالنسبة للجانب القانوني للاعتراف، المقصود هنا هو أن الاعتراف بوصفه عمل انفرادي صادر عن الدولة فإنه يرتب آثاراً ذات صبغة قانونية، وهذا يتفق مع تعريف لجنة القانون الدولي للاعتراف، والذي ذهب بأن الاعتراف هو: "تعبير انفرادي عن الإرادة صاغته دولة أو أكثر، بشكل فردي أو جماعي، يقر بوجود حالة فعلية أو قانونية أو شرعية مطالبة قانونية، بقصد إحداث آثار قانونية محددة..."³،

ومن الأمثلة عن الآثار القانونية للاعتراف، ما أشار إليه البعض بأن الاعتراف بحكومة الأمر الواقع يتيح لها الدخول باسم دولتها في علاقات دبلوماسية وقنصلية مع الدولة المعترفة، إلى جانب تمتع أعضاء الحكومة المعترف بها بالحصانات والامتيازات الدبلوماسية والقنصلية لدى الدولة المعترفة، بالإضافة إلى إعطاء الحكومة المعترف بها الحق في إبرام المعاهدات الثنائية باسم دولتها مع الدولة المعترفة⁴، مما يعني أن الجانب

¹ Report of International Law Commission, Sixth Report on Unilateral Acts by States, op. cit, para. 9.

² Tan daron, " Filling the Lacuna: De Facto Regimes and Effective Power in International Human Rights Law ", op. cit, p. 458.

³ The International Law Commission defined the act of recognition according to the following:

"A unilateral expression of will formulated by one or more States, individually or collectively, acknowledging the existence of a de facto or de jure situation or the legality of a legal claim, with the intention of producing specific legal effects..." , See: Report of International Law Commission, Sixth Report on Unilateral Acts by States, , op. cit, para. 67.

⁴ Jonte van essen,"De Facto Regimes in International Law", Merkourios - Utrecht Journal of International and European Law, Vol. 28, No. 74, 2012, p. 45 And 46.

القانوني للاعتراف يعطي حكومة الأمر الواقع الحق في تمثيل دولتها والتصرف باسم هذه الدولة تجاه الدولة المعترفة فقط،

لكن يشترط في الاعتراف كي يرتب الجانب القانوني أن يكون كامل، بمعنى أن تعترف الدولة بحكومة الأمر الواقع على أساس أنها الممثلة الوحيدة والشرعية لدولتها وإن الحكومة السابقة قد فقدت شرعيتها وأنه لا توجد أسباب قانونية تنتقص من ذلك، بينما الاعتراف الذي يقتصر على تعبير صادر عن إحدى الدول يشير إلى استعدادها للتفاوض مع حكومة الأمر الواقع فهذا الاعتراف ليس كامل وأنه يقر فقط بوجود الحكومة وبسيطرتها الفعلية على الناس والأراضي ويسمى بالاعتراف الناقص¹، أو الواقعي الذي هو إقرار مؤقت يصدر عن المعترف تجاه واقعة لا يمكن تجاهلها ولكنه لا يراها مستوفية لشروط وجودها، فلا يرى مصلحة في الاعتراف بها اعترافاً كاملاً²، وهو قد يستخدم للتعبير عن محاباة حكومة الأمر الواقع على الحكومة القديمة، وقد يكون مرحلة تمهيدية للاعتراف القانوني، تحدد فيها الدولة المعترفة شروطها لإمكانية منح الاعتراف القانوني في المستقبل و بالتالي يعطي مهلة إضافية للاختيار بين منح الاعتراف الكامل وبين الامتناع عنه و لا يرتب الآثار القانونية السالفة الذكر، بمعنى لا يعطي لحكومة الأمر الواقع الحق في تمثيل دولتها والتصرف باسمها تجاه الدولة المعترفة، لكنه قد يوفر مزايا لحكومة الأمر الواقع كالدعم المالي³،

والاعتراف الكامل بحكومة الأمر الواقع له مضار على وضع الحكومة السابقة، كإيقاف تمتع أعضائها بالحصانات والامتيازات الدبلوماسية لدى الدولة المعترفة بحكومة الأمر الواقع نتيجة إيقاف التعامل معها كمثل للدولة⁴،

وبناءً عليه إذا كانت الدولة حرة في منح الاعتراف على اعتبار أن الاعتراف له جانب سياسي، أي هو عمل انفرادي تتخذه وفقاً لسلطتها التقديرية ومصالحها وفقاً كما

¹ Jonte van essen, "De Facto Regimes in International Law", op. cit, p. 41 And 42 And 43 And 44.

² زهير الحسيني، مصادر القانون الدولي العام: بمناسبة المفهوم القانوني للجرف القاري وطرق قياس حدوده بين الدول المتلاصقة والمتقابلة، مرجع سابق، ص86.

³ Jonte van essen, "De Facto Regimes in International Law", op. cit, p. 41 and 42 and 43 and 44.

⁴ Ibid, p. 45.

بيننا سابقاً، فإن هذا لا يعني أن سلطتها التقديرية في اتخاذ هذا العمل مطلقة، كون الجانب القانوني للاعتراف الكامل يترتب آثار خطيرة، حيث يجعل الحكومة المعترف بها ممثلة لدولتها تجاه الدولة المعترفة، وبالتالي هذا يستتبع اعتبار الحكومة المعترف بها ممثلة لشعب دولتها أمام الدولة المعترفة ويحق لها أبرام تصرفات دولية مع الدولة المعترفة باسم دولتها، ومن الآثار الخطيرة أيضاً هو التأثير السلبي على وضع الحكومة السابقة، نتيجة إيقاف التعامل معها كمثل للدولة وإيقاف تمتع أعضائها بالحصانات والامتيازات الدبلوماسية لدى الدولة المعترفة،

وبالتالي يشترط لصحة العمل الانفرادي الصادر عن الدولة أن يكون متفقاً مع قواعد القانون الدولي والالتزامات الدولية التي تقع على عاتق الدولة صاحبة العمل¹،

وبالتالي على الدولة المعترفة أن تراعي الضوابط سالفة الذكر عند اعترافها بحكومة الأمر الواقع كممثلة لدولتها وإرادة شعبها، فينبغي ان تكون شرعية نابعة عن إرادة الشعب الفعلية، فلا يجوز الاعتراف بحكومة على أنها ممثلة لدولتها بالرغم من عدم قبول أغلبية شعب الدولة بهذه الحكومة ولا بتمثيلها، كون هذه الحكومة تنتهك في وجودها القانون الدولي لحقوق الإنسان الذي أكد على أن إرادة الشعب هي مصدر السلطة الحاكمة، واعتراف الدولة بحكومة الأمر الواقع غير الشرعية يشكل المشاركة في هذا الانتهاك مما يؤدي إلى قيام مسؤوليتها الدولية عن الأضرار الناجمة عن ذلك،

فإذا كانت الواقعة مخالفة للقانون الدولي فإنه يتعين على أشخاص القانون الدولي الامتناع وإلا كان الاعتراف هنا مخالفاً للقانون الدولي أيضاً²، ولا يمكن اتهام الدولة المعترفة بحكومة الأمر الواقع الشرعية بهذا الانتهاك ولا بالتدخل في الشؤون الداخلية لدولة الحكومة حتى، لأن اعترافها هذا يكون دعماً لإرادة الشعب التي هي مصدر السلطة الحاكمة كما أكد القانون الدولي لحقوق الإنسان واحترام هذه القانون مسألة تهم المجتمع الدولي وتخرج من صميم الاختصاص الداخلي للدول، أي مسألة ذات شأن دولي وليست من الشؤون الداخلية للدول، وعليه لا يعتبر تدخلاً في الشؤون الداخلية قيام الدول بمنح

¹ محمد يوسف علوان، القانون الدولي العام: المقدمة والمصادر، ط2، دار وائل للنشر، عمان، 2000م، ص 412.

² زهير الحسيني، مصادر القانون الدولي العام: بمناسبة المفهوم القانوني للجرف القاري وطرق قياس حدوده بين الدول المتلاصقة والمتعاقبة، مرجع سابق، ص 182.

الاعتراف للحكومة الشرعية التي تتمتع بالسيطرة الفعلية ورفض الاعتراف بالحكومة غير الشرعية التي تتمتع بهذه السيطرة أيضاً، بل يعتبر من أوجه المحافظة على القانون الدولي لحقوق الإنسان،

وبشكل عام لا يعتبر المحافظة على هذا القانون في أي دولة مسألة ذات شأن داخلي بل مسألة ذات شأن دولي تهم المجتمع الدولي بأسره ويؤيد ذلك الأسانيد التالية¹:

1. ما نصت عليه المادة (56) من ميثاق الأمم المتحدة، إذ نصت على أنه: " يتعهد جميع الأعضاء بأن يقوموا منفردين أو مشتركين بما يجب عليهم بالتعاون مع الهيئة لإدراك المقاصد المنصوص عليها في المادة 55"، ومن بين المقاصد التي جاءت في المادة الأخيرة هي: " أن يشيع في العالم احترام حقوق الإنسان والحريات الأساسية للجميع بلا تمييز".
2. تأكيد ميثاق الأمم المتحدة على تعزيز احترام حقوق الإنسان في العديد من المواد²، حتى أنه جاء في ديباجته: " نحن شعوب الأمم المتحدة...نؤكد من جديد إيماننا بالحقوق الأساسية للإنسان وبكرامة الفرد وقدره".
3. ممارسات الأمم المتحدة والتي تتجلى أهمها في النقاط التالية:

- عند حدوث انتهاكات لحقوق الإنسان في الأقاليم الغير متمتعة بحكم ذاتي أذانت منظمة الأمم المتحدة هذه الانتهاكات كما حدث في المستعمرات البرتغالية.
- أذانت منظمة الأمم المتحدة لانتهاكات حقوق الإنسان عندما وصلت لحد تعريض الأمن والسلم الدوليين للخطر مثلما حدث في جنوب أفريقيا حيث تمت إدانة سياسة الفصل العنصري فيها من قبل الجمعية العامة وطالبت الدول الأعضاء بفرض عقوبات ضد جنوب أفريقيا.
- تأكيد قمة مجلس الأمن لعام 1992 بأنه لا يمكن أن تبقى قضية حقوق الإنسان حبيسة الحدود الوطنية للدول وأن احترام حقوق الإنسان من

¹ محمد يعقوب عبد الرحمن، التدخل الإنساني في العلاقات الدولية، ط 1، مركز الإمارات للبحوث والدراسات الإستراتيجية، أبو ظبي، 2004م، ص 111 و112 و167.

² المواد (13) و (55) و (56) و (62) و (68) من ميثاق الأمم المتحدة 1945م.

المهام الدبلوماسية الوقائية للأمم المتحدة بوصفها مرتبطة بحفظ الأمن والسلم الدوليين، ويعد القرار الصادر عن مجلس الأمن عام 1991م رقم (688) أول قرار صريح في تاريخ مجلس الأمن يربط بين خرق حقوق الإنسان داخل دولة معينة وبين تهديد الأمن والسلم الدوليين.

4. يضيف الباحث إلى الأسانيد السابقة، إنشاء المحكمة الجنائية الدولية الدائمة من أجل محاكمة الأشخاص المسؤولين عن انتهاكات القوانين الدولية ذات الغاية الإنسانية والتي ترقى إلى مستوى الجرائم التي يجب ملاحقتها دولياً.

وبخلاف ما سبق، إذا اعترفت الدولة الأجنبية بحكومة الأمر الواقع القائمة في دولة أخرى دون أن يكون لهذه الحكومة سيطرة فعلية، فإن ذلك يشكل اعترافاً مبكراً وتدخلاً في الشؤون الداخلية لدولة الحكومة وبالتالي تخالف الدولة المعترفة التزام دولي واجب عليها ويشكل عنصر أساسى في السيادة وهو عدم التدخل في الشؤون الداخلية، مما يؤدي إلى قيام مسؤوليتها الدولية عن الأضرار الناجمة عن هذه المخالفة¹، حيث أنها في هذه الحالة تعترف بحكومة لا وجود لها في تلك الدولة وهذا أمر غير مقبول ويفتح المجال للحكومة الممثلة لتلك الدولة أو للجهات الأخرى أن تتهم الدولة المعترفة بالتدخل في الشؤون الداخلية للدولة المعنية بحكومة الأمر الواقع محل الاعتراف،

و بالمختصر يمكن القول إن الدولة التي تريد أن تعترف بحكومة الأمر الواقع اعتراف كامل أي بوصفها ممثلة لدولة الحكومة فأنها مقيدة باحترام التزاماتها الدولية، لا سيما المنصوص عليها في القواعد الأمرة للقانون الدولي²، ومن الالتزامات الدولية على

¹ Anne schuit, "Recognition of Governments in International Law and The Recent Conflict in Libya", op.cit, p. 399.

² القواعد الأمرة هي تلك القواعد التي لا يجوز مخالفتها من قبل الدولة أو مجموعة الدول أو المنظمات الدولية، أنظر: رابحي لخضر، التدخل الدولي بين الشرعية الدولية ومفهوم السيادة، أطروحة دكتوراه مقدمة إلى كلية الحقوق والعلوم السياسية في جامعة أبي بكر بلقايد، الجزائر، نوقشت عام 2015م، ص 10 و ما بعد، وقد عرفت اتفاقية فيينا حول قانون المعاهدات 1969م القاعدة الأمرة للقانون الدولي في المادة (53) والتي نصت على أنه: " يقصد بالقاعدة الأمرة من القواعد العامة للقانون الدولي القاعدة المقبولة والمعترف بها من قبل المجتمع الدولي ككل على أنها القاعدة التي لا يجوز الإخلال بها والتي لا يمكن تعديلها إلا بقاعدة لاحقة من القواعد العامة للقانون الدولي لها ذات الطابع".

سبيل المثال، الالتزام بعدم التدخل في الشؤون الداخلية للدول الأخرى، فلا تمنح اعترافاً لحكومة الأمر الواقع بوصفها ممثلة لدولة معنية بالرغم من عدم وجود هذه الحكومة بسبب فقدانها للسيطرة الفعلية، ومن الالتزامات أيضاً، الالتزام بالقانون الدولي لحقوق الإنسان والذي يقضي بأن إرادة الشعب هي مصدر سلطته الحاكمة، فلا تمنح اعترافاً لحكومة لا تحظى بتأييد أغلبية شعب دولة الحكومة بوجود هذه الحكومة وبتمثيلها،

وبما أن الدولة حرة في منح الاعتراف يمكن لها أن تشترط توافر ضوابط إضافية في حكومة الأمر الواقع حتى تمنح اعترافها، طالما أن ذلك غير مخالف للالتزامات الدولية في القانون الدولي، كما لو اشترطت ضابط قبول حكومة الأمر الواقع بالالتزامات دولتها التي سبقت وجود الحكومة طالما كانت هذه الالتزامات غير مخالفة للقانون الدولي،

وفي حال اعترفت الدولة الأجنبية بحكومة الأمر الواقع وبشكل مخالف للالتزاماتها الدولية، كما لو اعترفت بحكومة أمر واقع لا تتمتع بسيطرة فعلية فإن ذلك يؤدي إلى قيام مسؤوليتها الدولية عن الأضرار الناجمة عن هذه المخالفة¹، وهذا يُرتب على الدولة المعترفة التزامات معينة سنتحدث عنها فيما يلي.

الفرع الثاني: الالتزامات الناجمة عن قيام المسؤولية

تلتزم الدولة بسبب قيام مسؤوليتها الدولية بالتوقف عن الفعل غير المشروع وجبر الضرر، وهذا يعني أن الدولة المسؤولة عن الأضرار الناجمة عن اعترافها غير المشروع ملتزمة بجبر الضرر الناجم عن اعترافها والذي أقام مسؤوليتها، إلى جانب الالتزام

¹ المسؤولية الدولية هي رابطة قانونية تنشأ في حال الإخلال بالترام دولي بين الشخص القانوني الدولي الذي أخل بالتزامه، وبين الشخص القانوني الدولي الذي حدث هذا الإخلال في مواجهته. ويترتب على نشوء هذه الرابطة أن يلتزم الشخص القانوني الدولي الذي أخل بالتزامه إزالة ما ترتب على ذلك من نتائج، كما يحق للشخص القانوني الذي لحقه الضرر أن يطالب بالتعويض، أنظر: محمد سامي عبد الحميد وآخرون، القانون الدولي العام، الدار الجامعية، بيروت، 1989م ص 149، ويقصد بالتعويض هنا إما جبر الضرر بالرد، أو بالترضية، أو بتقديم مبلغ مالي كما سنشرح لاحقاً، أنظر: المرجع نفسه، ص 175 و176، كما تم تعريف المسؤولية الدولية بأنها "الجزاء القانوني الذي يقرره القانون الدولي على إخلال أو عدم احترام أحد أشخاص هذا القانون لالتزاماته الدولية المفروضة عليه طبقاً لقواعد القانون الدولي العام والذي يستلزم إزالة الضرر حال وقوعه أو التعويض عما يلحق بالغير من أضرار"، أنظر: إبراهيم السيد أحمد رمضان، المسؤولية الدولية عن القرصنة البحرية في أعالي البحار في ضوء أحكام القانون الدولي العام، ط1، دار النهضة العربية، القاهرة، 2016م، ص 26.

بالتوقف عن الاعتراف¹، لكن هذا الأمر يتطلب أولاً قيام مسؤولية الدولة عن الضرر الناجم عن اعترافها الغير مشروع حتى يتسنى وجود تلك الالتزامات الذي سنشرحها فيما بعد،

فبالنسبة لقيام المسؤولية فإنها تقوم بتوافر الفعل غير المشروع والضرر ونسبة الفعل إلى الدولة معاً²، فبالنسبة للفعل غير المشروع، فينبغي أن ترتكب الدولة فعلاً غير مشروع دولياً ويكون فعلها غير مشروع فيما إذا شكل انتهاكاً لالتزام دولي مفروض عليها أي كان مصدر هذا الالتزام³، وبالتالي الدولة ترتكب فعلاً غير مشروع دولياً عندما تقوم بالاعتراف بحكومة الأمر الواقع بشكل يخالف التزاماتها الدولية،

أما الضرر، فينبغي أن ينجم عن فعل الدولة غير المشروع ضرراً بأحد أشخاص القانون الدولي حتى تقوم مسؤوليتها الدولية عنه، ويستوي أن يكون الضرر مادي أو أن يكون معنوي⁴، فاعتراف الدولة غير المشروع بحكومة الأمر الواقع ينبغي أن يسبب ضرر بأحد أشخاص القانون الدولي حتى تقوم مسؤوليتها الدولية عن هذا الضرر،

أما نسبة الفعل إلى الدولة، فيعني بأنه كي يؤدي الفعل الغير مشروع إلى قيام مسؤولية الدولة فينبغي أن يكون منسوباً إليها بحيث يكون صادراً عن أحد أشخاص القانون العام الذين يمثلونها ويعملون لحسابها فتترتب مسؤولية الدولة من أجراء أفعال

¹ Anne schuit, "Recognition of Governments in International Law and the Recent Conflict in Libya", op.cit, p. 401 and 402.

² إبراهيم السيد أحمد رمضان، المسؤولية الدولية عن القرصنة البحرية في أعالي البحار في ضوء أحكام القانون الدولي العام، مرجع سابق، ص 67.

³ المرجع نفسه، ص 68، وقد نصت المادة (1) من مشروع مسؤولية الدول عن الأفعال غير المشروعة دولياً على أنه: "كل فعل غير مشروع دولياً تقوم به الدولة يستتبع مسؤوليتها الدولية"، كما نصت المادة (2) على أنه: ترتكب الدولة فعلاً غير مشروع دولياً إذا كان التصرف المتمثل في عمل أو إغفال: ... ب. بشكل خرقاً لالتزام دولي على الدولة"، كما نصت المادة (12) على أنه: "تخرق الدولة التزاماً دولياً متى كان الفعل الصادر عنها غير مطابق لما يتطلبه منها هذا الالتزام، بغض النظر عن منشأ الالتزام أو طابعه".

⁴ محمد المجذوب، القانون الدولي العام، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت، 2002م، ص 253 و254. وقد نصت المادة (31) من مشروع المواد المتعلقة بمسؤولية الدول عن الأفعال غير المشروعة دولياً على أنه: "1. على الدولة المسؤولة التزام بجبر كامل الخسارة الناجمة عن الفعل غير المشروع دولياً. 2. تشمل الخسارة أي ضرر، سواء كان مادياً أو معنوياً، ينجم عن الفعل غير المشروع دولياً الذي ترتكبه الدولة".

سلطاتها الثلاث التشريعية والتنفيذية والقضائية¹، وبالتالي لكي تقوم مسؤولية الدولة عن الضرر الناجم عن الاعتراف غير المشروع الذي سبب الضرر فينبغي نسبة الاعتراف غير المشروع إليها وإثبات أن الضرر ناجم عن اعترافها المنسوب إليها، وفيما يتعلق بالتزامات الدولة التي قامت مسؤوليتها بعد توافر شروط قيام المسؤولية الدولية السالف ذكرها، فيقصد بهذه الالتزامات ما يلي:

أولاً. وقف السلوك غير المشروع: ويعني بأنه في حال كان الفعل غير المشروع والذي أدى إلى قيام المسؤولية الدولية ما زال مستمراً فإنه يجب إيقاف استمرارية هذا الفعل²، وبحسب مشروع مسؤولية الدول يمكن أن يتم إلزام الدولة الصادر عنها الفعل بتقديم التأكيدات والضمانات اللازمة تفيد بعدم تكرار هذا الفعل متى تطلبت الظروف ذلك³.

ثانياً. جبر الضرر: بمعنى أنه على الدولة المسؤولة بالالتزام بالجبر الكامل للضرر الناجم عن الفعل غير المشروع المنسوب إليها⁴، وفي قضية الأنشطة العسكرية والشبه عسكرية في نيكاراغوا وضدها عام 1986 أكدت محكمة العدل الدولية على التزام الدولة المسؤولة دولياً بوقف الفعل الغير مشروع وجبر الضرر بقولها: "على الولايات المتحدة الأمريكية أن

¹ إبراهيم السيد أحمد رمضان، المسؤولية الدولية عن القرصنة البحرية في أعالي البحار في ضوء أحكام القانون الدولي العام، مرجع سابق، ص 73، وقد نصت المادة (2) من مشروع مسؤولية الدول عن الأفعال غير المشروعة دولياً على أنه: "ترتكب الدولة فعلاً غير مشروع دولياً إذا كان التصرف ... أ. ينسب إلى الدولة بمقتضى القانون الدولي..."، وقد نصت المادة (4) أيضاً على أنه: "يعد تصرف أي جهاز من أجهزة الدولة فعلاً صادراً عن هذه الدولة بمقتضى القانون الدولي، سواء أكان الجهاز يمارس وظائف تشريعية أم تنفيذية أم قضائية أم أية وظائف أخرى، وأياً كان المركز الذي يشغله في تنظيم الدولة، وسواء أكانت صفته أنه جهاز من أجهزة الحكومة المركزية أم جهاز من أجهزة وحدة إقليمية من وحدات الدولة".

² هيمسي رضا، المسؤولية الدولية، ط1، دار القافلة للنشر والطباعة والتوزيع، الجزائر، 1999م، ص 82 و83.

³ وقد نصت المادة (30) من مشروع مسؤولية الدول عن الأفعال غير المشروعة دولياً على أنه: "على الدولة المسؤولة عن الفعل غير المشروع دولياً التزام بأن: أ. تكف عن الفعل، إذا كان مستمراً؛ ب. تقديم التأكيدات والضمانات الملائمة بعدم التكرار، إذا اقتضت الظروف ذلك".

⁴ نصت المادة (31) من مشروع مسؤولية الدول عن الأفعال غير المشروعة دولياً على أنه: "1. على الدولة المسؤولة التزام بجبر كامل الخسارة الناجمة عن الفعل غير المشروع دولياً. 2. تشمل الخسارة أي ضرر، سواء كان مادياً أو معنوياً، ينجم عن الفعل غير المشروع دولياً...".

توقف فوراً وتتخلى فوراً عن كل عمل مشكلاً انتهاكاً للالتزامات القانونية...وعلى الولايات المتحدة الأمريكية واجب تجاه نيكاراغوا في إصلاح كل الأضرار التي سببتها"¹، وبناءً على ما سبق إذا كان الضرر واقعاً على دولة حكومة الأمر الواقع بسبب الاعتراف فهذا يحق للحكومة الممثلة لهذه الدولة مطالبة الدولة المعترفة بالتراجع عن الاعتراف غير المشروع بحكومة الأمر الواقع إذا كان متسماً، وتستطيع إلزامها بتقديم الضمانات اللازمة التي تفيد بعدم تكرار الفعل إذا كان لها مقتضى، كما يحق للحكومة الممثلة مطالبة الدولة المعترفة بجبر الضرر، وكذلك الحال إذا كان الضرر الناجم عن الاعتراف غير المشروع واقعاً على دولة أو دول أخرى أو منظمة أو عدة منظمات دولية حيث يكون لمن يمثلها نفس الحق².

أما عن الكيفية التي يتم من خلالها جبر الضرر فتكون وفقاً لما يلي:

¹ هيمسي رضا، المسؤولية الدولية، ط1، مرجع سابق، ص 82 و83.

² بالنسبة لحق الدولة المضرورة أو حق عدة دول مضرورة بالمطالبة بالكف وعدم التكرار أو جبر الضرر، نصت المادة (42) من مسؤولية الدول عن الأفعال غير المشروعة دولياً على أنه: "يحق للدولة أن تحتج كدولة مضرورة بمسؤولية دولة أخرى إذا كان الالتزام الذي خرق واجباً: أ. تجاه هذه الدولة بمفردها؛ ب. أو تجاه مجموعة من الدول بما فيها تلك الدولة، أو تجاه المجتمع الدولي ككل، وكان خرق الالتزام: يمس بوجه خاص تلك الدولة؛ ب. أو ذو طابع يغير جذرياً موقف جميع الدول الأخرى التي يكون الالتزام واجباً تجاهها فيما يتعلق بمواصلة الوفاء بالالتزام"، كما نصت المادة (46) على أنه: "عندما تتضرر عدة دول من نفس الفعل غير المشروع دولياً، يجوز لكل دولة مضرورة أن تحتج، بصورة منفصلة، بمسؤولية الدولة التي ارتكبت الفعل غير المشروع دولياً"، كما نصت المادة (43) على أنه: "1. تبلغ الدولة المضرورة التي تحتج بمسؤولية دولة أخرى طلبها إلى هذه الدولة. 2. يجوز للدولة المضرورة أن تحدد بشكل خاص: أ. السلوك الذي ينبغي أن تتبعه الدولة المسؤولة لوقف الفعل غير المشروع إذا كان لا يزال مستمراً؛ ب. الشكل الذي ينبغي أن يتخذه الجبر وفقاً لأحكام الباب الثاني"، أما بالنسبة لحق المنظمة الدولية المضرورة أو حق عدة منظمات دولية مضرورة بالمطالبة بوقف الفعل الغير مشروع أو جبر الضرر، فهذا الحق ناجم عن الشخصية القانونية الدولية للمنظمات الدولية، وقد اعترفت محكمة العدل الدولية بذلك في قضية التعويض عن الأضرار المتكبدة في خدمة الأمم المتحدة، حيث ذهبت في هذه القضية بأن لمنظمة الأمم المتحدة بما لها من حقوق والتزامات دولية يكون لها شخصية دولية، كما ذهبت بأن لمنظمة الأمم المتحدة حق رفع دعوى دولية ضد دولة معينة سواء كانت عضو فيها أم لا بسبب ضرر ناجم عن إخلال هذه الدولة بالتزاماتها الدولية تجاه المنظمة، انظر: الرأي الاستشاري لمحكمة العدل الدولية الصادر في 11/نيسان/1949، موجز الأحكام و الفتاوي و الأوامر الصادرة عن محكمة العدل الدولية للفترة (1984-1991)، منشورات الأمم المتحدة، الوثيقة رقم (ST/LEG/SER.F/1)، ص 9 و10.

1. الرد : ويعني الالتزام بإعادة الحال إلى ما كان عليه قبل ارتكاب هذا الفعل غير المشروع الذي سبب الضرر¹، وبحسب مشروع مسؤولية الدول عن الأفعال الغير مشروعة التي أعدته لجنة القانون الدولي، يشترط في التزام الدولة بالرد _ كأحد سبل جبر الضرر الناجم عن فعلها غير المشروع_ أن يكون ممكناً و أن لا يؤدي إلى عبئ لا يتناسب إطلاقاً مع المنفعة المتأتية من الرد²، وبالتالي تلتزم الدولة المعترفة اعترافاً غير مشروع الذي سبب ضرراً لأحد أشخاص القانون الدولي بإعادة الحال إلى ما كان عليه قبل فعل الاعتراف من أجل جبر الضرر الناجم عن اعترافها غير المشروع، بشرط أن تكون إعادة الحال إلى ما كانت عليه ممكنة و أن لا تؤدي إلى عبئ على الدولة المعترفة لا يتناسب إطلاقاً مع المنفعة المتأتية من إعادة الحال إلى ما كانت عليه.

2. التعويض: ويعني الالتزام بدفع مبلغ من المال يوازي الضرر الذي أصاب المتضرر³، وبحسب مشروع مسؤولية الدول عن الأفعال الغير مشروعة دولياً، إذا تخلفت أحد شروط الرد المذكورة أعلاه تلتزم الدولة المسؤولة بتقديم تعويض لجبر الضرر بدلاً من الرد فالأصل هو التزامها بالرد _ متى توافرت شروطه_ لجبر الضرر الناجم عن العمل غير المشروع الذي أقام مسؤولية الدولة، لكن الاستثناء هو التزامها بالتعويض في إحدى الحالات التالية:

أ. حال تعذر الرد كلياً: ففي هذه الحالة يتم اللجوء إلى التعويض كبديل عن الرد بشرط أن يكون الضرر الذي يتم جبره قابل للتقييم بالمال.

¹ إسماعيل الغزال، القانون الدولي العام، ط1، المؤسسة الجامعية للدراسات والنشر والتوزيع، بيروت، 1986م، ص 189.

² نصت المادة (35) من مشروع مسؤولية الدول عن الأفعال غير المشروعة دولياً على أنه: "على الدولة المسؤولة عن فعل غير مشروع دولياً التزام بالرد، أي إعادة الحالة إلى ما كانت عليه قبل ارتكاب الفعل غير المشروع دولياً، بشرط أن يكون هذا الرد...: أ. غير مستحيل مادياً؛ ب. غير مستتبعب لعبء لا يتناسب إطلاقاً مع المنفعة المتأتية من الرد...".

³ إسماعيل الغزال، القانون الدولي العام، مرجع سابق، ص 189.

ب. حال تعذر الرد جزئياً: ففي هذه الحالة يتم اللجوء إلى التعويض من أجل جبر ضرر الجزء الذي تعذر جبره بالرد، بشرط أن يكون ضرر هذا الجزء قابل للتقييم بالمال¹.

وبالنسبة لتقدير التعويض يجب أن يغطي التعويض ما لحق المضرور من ضرر، وما فاتته من كسب وبالقدر الذي يمكن فيه إثبات الكسب².

3. الترضية: على الدولة المسؤولة عن الفعل غير المشروع الذي أقام مسؤوليتها الدولية الالتزام بتقديم ترضية عن الضرر المترتب على هذا الفعل، وللترضية أشكال مختلفة منها على سبيل المثال، مبادرة الدولة مسببة الضرر بتقديم اعتذار رسمي أو الاعتراف العلني بخطئها أو تعبيرها عن الشعور بالأسف أو أي شكل آخر ولا يجوز أن تتخذ شكلاً مذلماً للدولة المسؤولة، ويتعين اللجوء إلى الترضية لجبر الضرر عندما يتعذر جبره بالرد أو التعويض³، وبالتالي الترضية تكون لجبر ضرر معنوي، فالضرر المعنوي غير قابل للتقييم بالمال وبالتالي لا يمكن جبره بالتعويض لأن التعويض يتطلب أن يكون الضرر الذي يتم جبره قابلاً للتقييم بالمال، كما أن الضرر المعنوي لا يمكن جبره بالرد أي بإعادة الحال إلى ما كان

¹ نصت المادة (35) من مشروع مسؤولية الدول عن الأفعال غير المشروعة دولياً على أنه: "على الدولة المسؤولة عن فعل غير مشروع دولياً التزام بالرد، أي إعادة الحالة إلى ما كانت عليه قبل ارتكاب الفعل غير المشروع دولياً ... بقدر ما يكون: أ. غير مستحيل مادياً؛ ب. غير مستتبع لعبء لا يتناسب إطلاقاً مع المنفعة المتأتية من الرد...". كما نصت المادة (36) على أنه: "1. على الدولة المسؤولة عن فعل غير مشروع دولياً التزام بالتعويض عن الضرر الناتج عن هذا الفعل، في حال عدم إصلاح هذا الضرر بالرد، 2. يشمل التعويض أي ضرر يكون قابلاً للتقييم من الناحية المالية...".

² نصت المادة (36) من مشروع مسؤولية الدول عن الأفعال غير المشروعة دولياً على أنه: "2. يشمل التعويض أي ضرر يكون قابلاً للتقييم من الناحية المالية، بما في ذلك ما فات من الكسب، بقدر ما يكون هذا الكسب مؤكداً".

³ نصت المادة (37) من مشروع مسؤولية الدول عن الأفعال غير المشروعة دولياً على أنه: "على الدولة المسؤولة عن فعل غير مشروع دولياً التزام بتقديم ترضية عن الخسارة التي تترتب على هذا الفعل إذا كان يتعذر إصلاح هذه الخسارة عن طريق الرد أو التعويض. 2. قد تتخذ الترضية شكل إقرار بالخرق، أو تعبير عن الأسف، أو اعتذار رسمي، أو أي شكل آخر مناسب. 3. ينبغي ألا تكون الترضية غير متناسبة مع الخسارة، ولا يجوز أن تتخذ شكلاً مذلماً للدولة المسؤولة".

عليه قبل وقوع الضرر، كون من أحد شروط ذلك هو عدم استحالة إعادة الحال من الناحية المادية، وبالنسبة للضرر معنوي يستحيل مادياً إعادة الحال قبل وقوعه،

وبالتالي تكون الترضية عندما تكون الأضرار معنوية¹، وبناءً عليه إذا كان اعتراف الدولة غير المشروع بحكومة الأمر الواقع قد سبب ضرراً معنوياً لأحد أشخاص القانون الدولي فإن الترضية هي السبيل الوحيد للدولة المعترفة من أجل جبر هذا الضرر.

¹ هيمسي رضا، المسؤولية الدولية، مرجع سابق، ص 89.

الخاتمة

بعد هذا التعرف الموجز على ضوابط اعتراف الدول بحكومة الأمر الواقع، وعلى الآثار المترتبة على مخالفة هذه الضوابط تم التوصل إلى عدة نتائج وتوصيات.

النتائج:

1. تبين بأن اعتراف الدولة الأجنبية بحكومة الأمر الواقع القائمة في دولة أخرى بوصفها ممثلة لهذه الأخيرة هو عمل سياسي تتخذه الدولة دون أن يكون واجب عليها بل حق لها أن تمارسه وفقاً لمصالحها وعلى هذا الأساس لا يضيفى الشرعية على الحكومة المعترف بها لأن الشرعية مصدرها إرادة شعب دولة الحكومة وليست إرادة الدول الأخرى التي تتأثر بالمصالح السياسية، كما هو عمل قانوني يُرتب آثار قانونية نابعة عن اعتبار الحكومة المعترف بها ممثلة للدولة.
2. تبين أن الاعتراف بحكومة الأمر الواقع وإن كان عمل سياسي تتخذه الدول وفقاً لمصالحها غير أن الدول ليست لها الحرية المطلقة في ممارسة هذه العمل، لأن شرعية الممارسة مقرونة بوجود ضابط السيطرة الفعلية لحكومة الأمر الواقع المعترف بها، إلى جانب وجود ضابط شرعية الحكومة، كما أن شرعية ممارسة الاعتراف مقرونة بشكل عام بعدم مخالفة الدولة المعترفة للالتزاماتها الدولية لاسيما المنصوص عليها في القواعد الأمرة في القانون الدولي التي تلتزم بها جميع الدول، كون الاعتراف هو عمل قانوني يُرتب آثار قانونية نابعة عن اعتبار الحكومة المعترف بها ممثلة لدولتها، وهذا أمر غير مقبول في حال كانت الحكومة غير شرعية أي قائمة رغماً عن إرادة شعبها، أو لا تتمتع بسيطرة فعلية.
3. تبين بأنه يمكن للدول أن تشترط ضوابط معينة في حكومة الأمر الواقع كي تمنح اعترافها لهذه الحكومة بوصفها ممثلة لدولتها، غير أن شرعية هذه الضوابط مقرونة بعدم مخالفة الالتزامات الدولية للدولة التي اشترطتها.

4. تبين بأن اعتراف الدول بحكومة الأمر الواقع غير المشروع، أي المخالف لضوابط الاعتراف السالف ذكرها، أو المخالف بشكل عام للالتزامات الدولية للدولة المعترفة لاسيما المنصوص عليها في القواعد الآمرة يترتب عليه قيام مسؤولية الدولة المعترفة التي تستتبع التزام الدولة المعترفة بوقف الاعتراف إلى جانب التعهد عن عدم تكراره فيما إذا كان لهذا التعهد مقتضى، كما أن المسؤولية تستتبع التزام الدولة المعترفة بجبر الأضرار الناجمة عن اعترافها غير المشروع التي أصابت أشخاص القانون الدولي.

التوصيات:

نوصي المجتمع الدولي وضع معاهدة تتضمن نظاماً قانونياً شاملاً لاعتراف الدول بحكومة الأمر الواقع يبين صراحةً ماهية هذا الاعتراف وجوانبه السياسية والقانونية، إلى جانب التبيان الصريح للضوابط اللازم مراعاتها كي يكون الاعتراف مشروع، حتى تكون جميع الدول على علم تام بهذه الضوابط وتنفيد بها في جميع تعاملاتها مع دولة معينة تتواجد فيها حكومة الأمر الواقع، وحتى يتم التقليل من حالات الاعتراف غير المشروع نتيجة الجهل بهذه الضوابط أو التذرع بالجهل بهذه الضوابط أو التذرع بعدم وجودها.

المراجع باللغة العربية

المؤلفات:

1. إبراهيم السيد أحمد رمضان، المسؤولية الدولية عن القرصنة البحرية في أعالي البحار في ضوء أحكام القانون الدولي العام، ط1، دار النهضة العربية، القاهرة، 2016م.
2. إسماعيل الغزال، القانون الدولي العام، ط1، المؤسسة الجامعية للدراسات والنشر والتوزيع، بيروت، 1986م.
3. جمعة شحود شباط، حماية المدنيين والأعيان المدنية وقت الحرب، رسالة دكتوراه مقدمة إلى كلية الحقوق جامعة القاهرة، مصر، نوقشت عام 2003م.
4. رابحي لخضر، التدخل الدولي بين الشرعية الدولية ومفهوم السيادة، أطروحة دكتوراه مقدمة إلى كلية الحقوق والعلوم السياسية في جامعة أبي بكر بلقايد، الجزائر، نوقشت عام 2015م.
5. زهير الحسيني، مصادر القانون الدولي العام: بمناسبة المفهوم القانوني للجرف القاري وطرق قياس حدوده بين الدول المتلاصقة والمتقابلة، ط1، منشورات جامعة قاريونس، بنغازي، 1993م.
6. سموحي فوق العادة، القانون الدولي العام، ط1، دار النهضة العربية، القاهرة، 1960م.
7. علي صادق أبو هيف، القانون الدولي العام، ط17، منشأة المعارف بالإسكندرية، الإسكندرية، 1997.

8. عبد الرحمان عنان، مركز الفرد في القانون الدولي لحقوق الإنسان، رسالة ماجستير مقدمة إلى كلية الحقوق والعلوم السياسية في جامعة الحاج لخضر، الجزائر، نوقشت عام 2010م.
9. عمر إسماعيل سعد الله، مدخل في القانون الدولي لحقوق الإنسان، ديوان المطبوعات، الجزائر، 1991م.
10. محمد المجذوب، القانون الدولي العام، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت، 2002م.
11. محمد يعقوب عبد الرحمن، التدخل الإنساني في العلاقات الدولية، ط 1، مركز الإمارات للبحوث والدراسات الإستراتيجية، أبو ظبي، 2004م.
12. محمد سامي عبد الحميد وآخرون، القانون الدولي العام، الدار الجامعية، بيروت، 1989م.
13. محمد يوسف علوان، القانون الدولي العام: المقدمة والمصادر، ط 2، دار وائل للنشر، عمان، 2000م.
14. نعمان أحمد الخطيب، مبادئ القانون الدستوري، ط 1، منشورات جامعة مؤتة عمادة البحث العلمي والدراسات العليا، دون مكان نشر، 1993م.
15. نعمان أحمد الخطيب، الوسيط في النظم السياسية والقانون الدستوري، ط 7، دار الثقافة للنشر والتوزيع، عمان، 2011م.
16. هيمسي رضا، المسؤولية الدولية، ط 1، دار القافلة للنشر والطباعة والتوزيع، الجزائر، 1999م.

الوثائق الدولية:

1. اتفاقية فيينا المتعلقة حول قانون المعاهدات 1969م.
2. اتفاقية مناهضة التعذيب 1984م.
3. اتفاقيات جنيف الأربعة لعام 1949م.
4. الإعلان العالمي لحقوق الإنسان لعام 1948م.

5. البروتوكول الإضافي الثاني لعام 1977م الملحق باتفاقيات جنيف الأربعة لعام 1949م.

6. تعليق لجنة القانون الدولي على مشروع مسؤولية الدول عن الأفعال غير المشروعة دولياً الوارد في التقرير المقدم منها إلى الجمعية العامة للأمم المتحدة عن أعمال دورتها الثالثة والخمسين بتاريخ 2001، منشورات الأمم المتحدة، الوثيقة رقم (A/56/10).

7. الرأي الاستشاري لمحكمة العدل الدولية الصادر في 11/نيسان/1949، موجز الأحكام والفتاوي والأوامر الصادرة عن محكمة العدل الدولية للفترة (1984-1991)، منشورات الأمم المتحدة، الوثيقة رقم (ST/LEG/SER.F/1).

8. مشروع مسؤولية الدول عن الأفعال غير المشروعة دولياً الذي أعدته لجنة القانون الدولي الوارد في تقريرها المقدم إلى الجمعية العامة للأمم المتحدة عن أعمال دورتها الثالثة والخمسين بتاريخ 2001، منشورات الأمم المتحدة، الوثيقة رقم (A/56/10).

9. ميثاق الأمم المتحدة لعام 1945م.

10. المبادئ التوجيهية للتعامل مع حكومات الأمر الواقع الصادرة عن الصندوق الدولي للتنمية الزراعية، متاح على الانترنت:

<https://www.ifad.org/en/-/document/ifad-guidelines-on-dealing-with-de-facto-governments>

(آخر زيارة 2021/10/22)

المراجع الإلكترونية:

1. بي بي سي نيوز، تباين ردود الفعل دولياً إزاء التطورات في مصر، 2013م،

متاح على الانترنت:

https://www.bbc.com/arabic/middleeast/2013/07/130704_egypt_developments_reactions

(آخر زيارة بتاريخ 2021/9/18)

المراجع باللغة الأجنبية

Scientific literature:

1. Anne schuit, "Recognition of Governments in International Law and The Recent Conflict in Libya", International Community Law Review, Vol. 14, No. 4, 2012.
2. Hamed hasyemi and others, "Legitimacy as a Precondition for The Recognition of New Governments: A Case of Libya", Sriwijaya Law Review, vol. 2, No. 1, 2018, p. 72.
3. Jean d`aspremont, "Legitimacy of Governments in The Age of Democracy", Journal of International Law and Politics. Vol. 38, No. 877, 2006.
4. Jonte van essen, "De Facto Regimes in International Law", Merkourios - Utrecht Journal of International and European Law, Vol. 28, No. 74, 2012.
5. Louise arimatsu and others, "The Legal Classification of The Armed Conflicts in Syria, Yemen And Libya", Chatham House, 2014.
6. Michael schoiswohl, "De Facto Regimes and Human Rights Obligations-The Twilight Zone of Public International Law?", Austrian Review of International and European Law, 2001.
7. Stefan talmon, Recognition of Governments in International Law, Clarendon Press, United Kingdom, 1998.

8. Tan daron, " Filling the Lacuna: De Facto Regimes and Effective Power in International Human Rights Law ", New York University Journal of International Law and Politics, Vol. 51, No. 435, 2018.
9. Vlastislav stavinoha, "Obligations of De-Facto Regimes, Estudios de Deusto", Vol. 68, No. 1, 2020.

International documents:

1. Dealings with de facto governments, world bank operational policy, 2001. Available online: http://web.worldbank.org/archive/website01541/web/0_co-48.htm (the last visit: 19/9/2021).
2. Montevideo Convention on the Rights and Duties of States 1933.
3. Report of International Law Commission, Sixth Report on Unilateral Acts by States, document A/CN.4/534, 2003.
4. Sadiq shek elmi v. Australia, cat/c/22/d/120/1998, Un Committee against Torture, 25 May 1999, available at: <https://www.refworld.org/cases,CAT,3f588eda0.html> (the last visit 15 March 2021).

التحكيم في مجلس الدولة السوري

الباحثة: د. ايبياء المهلب حسن - كلية الحقوق - جامعة حلب

ملخص

تختلف الإجراءات المتبعة أمام القضاء الإداري السوري في مجال التحكيم عن تلك المتبعة أمام القضاء العادي، وقد كانت هذه الإجراءات - حتى عهد قريب جداً - متماثلة مع تلك المتبعة في التحكيم في العقود التي تتبع القانون الخاص، وقد اجتمعت الجمعية العمومية في مجلس الدولة السوري وأصدرت مجموعة من الإجراءات التي يجب اتباعها في قضايا التحكيم أمامه، وذلك حرصاً منها على توحيد آلية إجراءات القضايا التحكيمية، ولتكون تلك الإجراءات والأصول واضحة بما يكفل حقوق الأطراف كافة، فقد بين قرار الجمعية العمومية كيفية رفع الدعوى التحكيمية أمام محكمة القضاء الإداري، وإجراءاتها كافة، ثم وضع بعض الإجراءات اللاحقة لصدور الحكم التحكيمي فيما يتعلق بدعوى البطلان والإكساء.

Arbitration before the Syrian State Council.

Abstract.

The procedures followed before the Syrian administrative judiciary in the field of arbitration differ from those followed before the ordinary judiciary. Until very recently, these procedures were similar to those followed in arbitration in contracts that follow private law. The General Assembly met in the Syrian State Council and issued a set One of the procedures that must be followed in arbitration cases before him, in order to unify the mechanism of arbitration cases procedures, and for those procedures and principles to be clear in a way that guarantees the rights of all parties. Some of the procedures subsequent to the issuance of the arbitral award in relation to the claim of nullity and clamor

إشكالية البحث

تتمحور الإشكالية حول آلية التحكيم أمام مجلس الدولة السوري، وتتلخص بالتساؤل: ما هي الإجراءات والأصول المتبعة للتحكيم في العقود والمنازعات الإدارية؟ وهل تتشابه مع إجراءات التقاضي العادية أم أنها تختلف عنها؟ وهل ينطبق على المحكمين ما ينطبق على القضاة من رد وعزل وغير ذلك؟ وهل يمكن العودة والرجوع عن التحكيم بعد قبول المحكمين؟

أهمية البحث:

تظهر أهمية البحث في النواحي التالية:

- تعريف المواطنين بشكل عام والقانونيين بشكل خاص بالإجراءات المتبعة أمام مجلس الدولة السوري فيما يتعلق بقضايا التحكيم.
- إيضاح الآلية التي يتم فيها تقديم الأوراق والمستندات والجهة التي تقدم إليها.
- توضيح كل ما يتعلق بدعوى البطلان والإكساء، وتسمية المحكمين والتتحي والرد وغير ذلك من المسائل.

أهداف البحث:

يهدف البحث إلى تعريف مفهوم التحكيم وبيان طبيعته القانونية، والتمييز بينه وبين المصطلحات القريبة منه والتي يمكن أن تختلط معه في المفهوم، ثم تبيان إجراءات التحكيم السابقة واللاحقة أمام مجلس الدولة السوري، وبيان إمكانية رد المحكم أو عزله، والمدد المتصلة بذلك.

منهج البحث:

يقوم منهج البحث على استقراء النص القانوني والقواعد العامة، واستطلاع الأصول والأعراف المعمول بها أمام مجلس الدولة بغية استنباط الإجراءات والحلول التي تحكمها.

خطة البحث:

تتلخص خطة البحث في مطلبين تم تقسيم كل منهما إلى فرعين أو ثلاثة لتغطي بذلك أفكار البحث على النحو التالي:

المطلب الأول: ماهية التحكيم

الفرع الأول: الطبيعة القانونية للتحكيم

الفرع الثاني: أنواع التحكيم

الفرع الثالث: التمييز بين التحكيم ومصطلحات قريبة منه

المطلب الثاني: إجراءات التحكيم أمام مجلس الدولة

الفرع الأول: آلية البدء بالتحكيم

الفرع الثاني: إجراءات التحكيم وما يلحق بها

مقدمة

نظراً لكون إجراءات التحكيم المتبعة أمام مجلس الدولة السوري حتى عهد قريب غير مقننة، وتحكمها الأعراف والأصول، وذلك بعد إلغاء قانون الأصول والمرافعات الصادر بالمرسوم التشريعي رقم 84 لعام 1953، إضافة إلى استثناء إجراءات التحكيم المتبعة أمام مجلس الدولة من الإجراءات المذكورة في القانون رقم 4 لعام 2008 وإحالتها إلى الأصول المذكورة، وعلى الرغم من أصالة وعراقة هذه الأعراف الجارية أمام مجلس الدولة، إلا أنه من الضرورة أن يكون الأطراف على بينة واطلاع على الإجراءات والأصول المطبقة في قضايا التحكيم بغية معرفة كل طرف لحقوقه والتزاماته، وتكون تلك الإجراءات واضحة بما يكفل للأطراف كافة حقوقهم، وفي ضوء ذلك لا بد من إيضاح

تلك الإجراءات في نظام جامع يكون متاحاً للجميع، ويتضمن خاصة ما يتعلق بدعوى البطلان، والإكساء، وتسمية المحكمين، والتنحي والرد وغير ذلك من المسائل.

المطلب الأول: ماهية التحكيم

إن إيضاح ماهية التحكيم تعني تعريفه، وتمييزه عن المصطلحات القانونية المشابهة، وذكر أنواعه، وهذا ما سنبحثه في الفروع التالية يعرف التحكيم بأنه: اتفاق أطراف علاقة قانونية معينة، عقدية أو غيرعقدية، على أن يتم الفصل في المنازعة التي ثارت بينهم بالفعل، أو التي يحتمل أن تنثور، عن طريق أشخاص يتم اختيارهم كمحكمين¹. كما يعرف بأنه نظام للقضاء الخاص، يهدف إلى إقصاء خصومة معينة عن اختصاص القضاء العادي، ويعهد إلى أشخاص يختارون للفصل فيها².

أما التعريف القانوني فقد ورد في قانون التحكيم السوري رقم 4 لعام 2008 حيث جاء فيه: التحكيم هو أسلوب اتفاقي قانوني لحل النزاع بدلاً من القضاء، سواء أكانت الجهة التي ستتولى إجراءات التحكيم بمقتضى اتفاق الطرفين منظمة، أم مركزاً دائماً للتحكيم أم لم تكن كذلك.

وفي هذا السياق لا بد أن يكون الأطراف قد قبلوا بإرادة مشتركة اللجوء إلى التحكيم، الأمر الذي يستلزم خضوعاً مسبقاً للحكم التحكيمي والالتزام بتنفيذه.

أما فيما يتعلق بالطبيعة القانونية للتحكيم فقد اختلفت الآراء بشأنها.

فقد رأى الفريق الأول أن طبيعة التحكيم قضائية وفق المهمة التي يقوم بها المحكم، فهو كالقاضي يفصل في النزاع، ويصدر حكماً يحوز حجية الأمر المقضي، ويزيد على حجية الحكم القضائي في بعض الأحيان حيث لا يقبل الطعن فيه³.

1 د. محمود مختار أحمد بريري: التحكيم التجاري الدولي، دراسة خاصة للقانون المصري الجديد، دار النهضة العربية، الطبعة الرابعة، 2014، ص5.

2 د. محسن شفيق: التحكيم التجاري الدولي، دار النهضة العربية للطباعة والنشر، 1997، ص13،

ويستند الفقهاء في هذا الرأي إلى نص القانون بأن للتحكيم طبيعة قضائية بحكم إرادة الأطراف والقانون، الأمر الذي يمنح القرارات التي تصدر عن الالمحكمن حجية كتلك التي تتمتع بها الأحكام القضائية⁴.

بينما يرى الفريق الثاني بأن للتحكيم طبيعة تعاقدية، تأسيساً على أن العبرة ليست لطبيعة المهمة التي يقوم بها المحكم، بل للجهة التي منحته وخولته تلك المهمة وهي أطراف التحكيم.

أما الفريق الثالث، فيذهب إلى أن للتحكيم طبيعة مختلطة قضائية وتعاقدية معاً، حيث يبدأ باتفاق، ويمر بإجراء، وينتهي بحكم تحكيمي⁵.

ويبدو أن العنصر الغرادي هو السائد في المرحلة الأولى للتحكيم، وأن هذا العنصر يبدأ بالأقول تدريجياً، تاركاً الغلبة للخصائص التي يتمتع بها العمل القضائي، وهكذا يتداخل العنصران التعاقدية والقضائي في تكوين نظام التحكيم وإعطائه طبيعته الذاتية المستقلة. والتحكيم أمام مجلس الدولة قضائي بنص القانون حيث جاء في المادة 66 من نظام العقود الموحد رقم 51 لعام 2004 أن:

أ- القضاء الإداري في الجمهورية العربية السورية هو المرجع المختص للبت في كل نزاع ينشأ عن العقد.

ب- يجوز أن ينص في دفا تر الشروط الخاصة والعقد على اللجوء إلى التحكيم وفقاً للأصول المتبعة أمام القضاء الإداري، وتشكل لجنة التحكيم برئاسة مستشار من مجلس الدولة يسميه رئيس مجلس الدولة وعضوين تختار أحدهما الجهة العامة ويختار المتعهد العضو الآخر.

³ من المؤيدين لهذا الرأي الدكتور عبد الإله الخاني، والدكتور أحمد أبو الوفا: التحكيم الاختياري والإجباري، منشأة المعارف 2001، ص 19.

⁴ نص المادة 53 من قانون التحكيم السوري رقم 4 لعام 2008

⁵ د. محسن شفيق: التحكيم التجاري الدولي، مرجع سابق، ص 20.

كما نصت المادة 10 من قانون مجلس الدولة رقم 32 لعام 2019 على أنه:

1- يختص مجلس الدولة بهيئة قضاء إداري بالفصل في المنازعات الخاصة بعقود الالتزام والأشغال العامة والتوريد أو بأي عقد إداري آخر، وكذلك العقود التي تبرمها النقابات المهنية والمنظمات الشعبية طغذا كانت تلك العقود مبرمة وفقاً لأحكام أنظمة عقود الجهات العامة.

2- يجوز اللجوء إلى التحكيم في العقود التي يختص مجلس الدولة بهيئة قضاء إداري بالفصل في المنازعات الناشئة عنها.

كما جاء في الفقرة الرابعة من المادة 14 من قانون مجلس الدولة المذكور، والتي أوردت ضمن اختصاص محكمة القضاء الإداري:

الطلبات المستعجلة المتعلقة بقضايا التحكيم لدى مجلس الدولة، وطلبات تفسير أحكام المحكمين وتصحيح ما يقع فيها من أخطاء مادية، وإكساء حكم المحكمين صيغة النفاذ، والمنازعات الناشئة بخصوص تسمية المحكمين وعزلهم أو اعتزالهم أو ردهم.

نخلص من النصوص القانونية سابقة الذكر أن للتحكيم طبيعة قضائية، بالإضافة لاختصاص محكمة القضاء الإداري في كل ما يتعلق بدعوى التحكيم وما ينترع عنها وما يلحق بها.

الفرع الثاني: أنواع التحكيم

يتنوع التحكيم حسب الجهة التي ينظر بها إليه إلى ما يلي:

أولاً: التحكيم من حيث سلطة المحكم في تطبيق القانون

يقسم التحكيم حسب السلطة التي يتمتع بها المحكم إلى نوعين: التحكيم بالقانون، والتحكيم بالصلح. وقد يطلق عليه اسم التحكيم العادي والتحكيم المطلق. فالتحكيم بالقانون يفرض على المحكم إنزال حكم القانون في المسائل موضوع النزاع، لأن الأصل هو التحكيم بالقانون.

أما التحكيم بالصلح فإنه يخول المحكم الحكم وفقاً لقواعد العدالة والإنصاف دون التقيد بقواعد القانون.

ومنشأ هذا التقسيم هو نص القانون، حيث أن معظم القوانين لا تجيز للمحكم أن يحكم وفقاً لقواعد العدالة والإنصاف إلا إذا فوض بذلك أطراف النزاع تحت طائلة البطلان⁶.

بعض التشريعات حجبت حق الطعن بالحكم التحكيمي، سواء كان المحكمون مفوضون بالصلح أو يحكمون بالقانون، كما هو الحال في القانونين السوري والمصري⁷.

ثانياً: التحكيم من حيث مرجعية إدارة التحكيم

من هذا المنظور أيضاً يقسم التحكيم إلى نوعين، إما تحكيم خاص أو تحكيم مؤسسي.

فالتحكيم الخاص يلجأ إليه الخصوم بمناسبة نزاع معين للفصل في هذا النزاع، فيختارون بأنفسهم المحكم أو المحكمين، كما يتولون في الوقت ذاته تحديد الإجراءات والقواعد التي تطبق بشأنه.

⁶ راجع المادة 38 من قانون التحكيم السوري والمادة 39 من قانون التحكيم المصري.
⁷ راجع المادة 49 من قانون التحكيم السوري، والمادة 52 من قانون التحكيم المصري.

أما التحكيم المؤسسي هو الذي يجري في ظل قواعد منظمة أو مراكز، وفقاً للوائحها، وتحت إدارتها. مثل محكمة لندن للتحكيم الدولي، ومركز القاهرة الإقليمي للتحكيم التجاري الدولي، ومركز تسوية المنازعات في واشنطن.

ويتميز التحكيم المؤسسي بتقديم الخدمات الإدارية الضرورية في عملية التحكيم، وتوفير المكان والوسائل اللازمة لتطبيق القانون واجب التطبيق، ووجود نظام إجراءات سهل وميسر ولا يخل بأساسيات التقاضي، كما يساعد في تنفيذ الحكم التحكيمي.

لكن في الوقت ذاته هناك سلبيات يتمسك بها مناهضو الحكم التحكيمي المؤسسي، تتمثل بأن الأطراف لا يعرفون محكميهم كما هو الحال في التحكيم الخاص، كما يفقد هذا التحكيم طابعه الشخصي الذي يعتبر أساساً في حالة التحكيم الخاص، ذلك أنه يتم اختيار المحكمين على أساس الثقة بشخصهم، بالإضافة إلى أن هذا النوع من التحكيم يساعد على وجود أعضاء من المختصين على نحو يقود إلى التشابه بينه وبين قضاء الدولة الرسمي⁸.

ثالثاً: التحكيم من حيث هويته الجغرافية

ينقسم التحكيم تحت هذا البند إلى تحكيم وطني (داخلي)، وتحكيم دولي (خارجي). فالتحكيم الدولي هو الذي يكون موضوع النزاع فيه متعلقاً بالتجارة الدولية، ولو جرى داخل سورية.

ويبدو أن التفريق بين التحكيم الداخلي والدولي يخضع لمكان إجراء التحكيم، فيعتبر التحكيم أجنبياً إذا أجري خارج الدولة، ووطنياً إذا أجري داخلها.

⁸ د. مصطفى الجمال، د. عكاشة محمد عبد العال: التحكيم في العلاقات الخاصة الداخلية والدولية، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت، 1998، ص126.

لكن معيار الدولية ليس مترافقاً حكماً مع الأجنبية، وليس كل تحكيم يجري في الخارج هو تحكيم دولي، خاصة إذا لم يرتبط بالتجارة الدولية، أو لم يتوفر معيار الدولية في تشريع الدولة بشأن التحكيم التجاري الدولي، أما التحكيم الدولي فإنه يرتبط بطبيعة النزاع ولو كان يجري داخل الدولة ما دام يتصل بالتجارة الدولية، ويصلح معيار طبيعة النزاع للتمييز بين التحكيم الوطني والدولي من جهة أخرى⁹.

الفرع الثالث: التمييز بين التحكيم ومصطلحات قريبة منه

يتشابه التحكيم مع وسائل أخرى لفض النزاعات ويقترّب منها تارة أخرى لذلك وجدنا أنه من المناسب التمييز بينه وبين هذه الوسائل كالصلح، والوساطة والتوفيق، والخبرة، والوكالة.

أولاً: التمييز بين التحكيم والوساطة والتوفيق

تبين مما تقدم أن المحكم يتولى دور القاضي ويحسم المنازعات بين الأطراف وفقاً للقانون_ إلا إذا كان مفوضاً بالصلح فإنه لا يتقيد بإجراءات القانون_ ويكون حكمه ملزماً للأطراف وقابلاً للتنفيذ الجبري.

أما الوساطة فهي وسيلة اختيارية لحل النزاع بين طرفين يختارانوسيطاً بإرادتهما، ويتصف هذا الوسيط بالحياد، وبعد اطلاعه على وجهة نظر كل من الطرفين يقدم تقريراً غير ملزماً لهما.

وأما التوفيق، فهو وإن كان مؤسساً أيضاً على اتفاق الأطراف، ويعد وسيلة اختيارية لحل النزاع، إلا أنه يذهب أبعد من الوساطة، وذلك بلجوء الموفق للحصول على تنازلات من كلا الطرفين للحصول على حل ودي، ولا يخرج في مضمونه عن الصلح، ولا يلزم بمسلك معين ولا يخضع لرقابة أو طعن. ويختلف الموفق عن المحكم

⁹ محمود مختار أحمد بريري: مرجع سابق، ص 19.

في أن الأطراف يملون عليها أحياناً الحل الذي يرغبون به، والقرار الذي يصدره ليس إلزامياً، إلا إذا ألزم الطرفان نفسيهما به، فإذا لم يوفق في حل النزاع عاد هذا الأخير إلى القضاء أو التحكيم حسب إرادة الأطراف¹⁰.

ثانياً: التمييز بين التحكيم والصلح

الأصل أن التحكيم في بداياته كان يعد صلحاً ولذلك كان يمنح الخصم خيار قبول حكم المحكم أو عدم قبوله، لكن التحكيم بالصلح مختلف عن الصلح، ويتجلى الاختلاف بينهما فيما يلي:

- التحكيم عمل موضوعي وغير شخصي حتى في حال كونه اتفاقياً، لأن الأطراف في حال إبرام الاتفاق بينهم يخضعون لأنظمة وقواعد ولا سيما في التحكيم المؤسسي، بينما الصلح هو عمل ذاتي يقوم به الأطراف فيما بينهم.
- الأطراف في الصلح يمكن أن يتنازلوا عن حقهم في الخصومة، بينما التحكيم قائم على الخصومة بين الأطراف.
- عقد الصلح ليس قابلاً للتنفيذ في ذاته ما لم يتم على صيغة عقد رسمي أو على صورة قرار صادر عن المحكمة.

مع هذا الخلاف إلا أنهما يتشابهان بوجود حالة نزاع حول مسألة يجوز فيها الصلح والتحكيم، ولا بد في كل منهما من وكالة خاصة لمباشرة الإجراءات فيها، وأخيراً حكم التحكيم قد يقبل الطعن بطرق الطعن المختلفة وقد يتعرض لدعوى البطلان، بينما عقد الصلح ملزم لأطرافه وإن كان قابلاً للإبطال أو الفسخ في ظل قواعد مختلفة¹¹.

ثالثاً: التحكيم والخبرة

¹⁰ أحمد حداد: دراسات في قانون التحكيم السوري والمقارن، دون ناشر، الطبعة الأولى، 2015، ص 26.

¹¹ أحمد حداد: مرجع سابق، ص 27.

إن مسألة الخبرة مختلفة عن التحكيم، لأن الهيئة التحكيمية تلجأ إلى الخبرة في كل مرة يكون إبداء الرأي الفني عصباً عليها، بالإضافة إلى أن الخبير لا يفصل في النزاع، بل يقدم تقريراً يساعد في ذلك. ومشروط بالنسبة للتحكيم أن يكون باتفاق مكتوب بخلاف الخبرة. ويخضع التحكيم لشروط قابلية أن يحل النزاع بهذا الطريق، ولا تخضع الخبرة لمثل هذا الشرط، وللتحكيم قواعد خاصة تنظمه بخلاف الخبرة.

رابعاً: التحكيم والوكالة

يستمد التحكيم والوكالة وجودهما من اتفاق الأطراف على تكليف شخص من الغير بمهمة محددة، ومع ذلك تظهر بعض الفوارق بينهما وتتجلى في طبيعة المهمة بالنسبة لكل منهما وسلطات كل منهما.

ففي التحكيم تتجلى المهمة في الفصل في منازعات الأطراف بحكم ملزم، بينما تتميز مهمة الوكيل في أنه شخص ينوب عن موكله بالقيام بعمل لحسابه.

كما أن للمحكم بمجرد قبوله للمهمة أن ينفرد بإرادة مستقلة عن الأطراف بحسم النزاع، بينما الوكيل لا يملك إلا تمثيل مصالح موكله والعمل لحسابه بحكم نيابته القانونية عنه، كما يملك الموكل التنصل من عمل الوكيل إذا خرج عن حدود الوكالة¹².

المطلب الثاني: إجراءات التحكيم أمام مجلس الدولة

إن وضع آلية للتحكيم أمام مجلس الدولة السوري يستلزم وضع أسس وضوابط ضمن منهج موحد يراعى فيه التسلسل الزمني، وتراثبية سير عمل التحكيم، ابتداءً من

¹² د. سامية راشد: التحكيم في إطار مركز القاهرة الإقليمي، بحث منشور في المجلة القانونية، القاهرة 2016.

إجراءات اللجوء إلى التحكيم، وتسمية المحكمين وانتهاءً بإصدار الحكم التحكيمي، والإجراءات اللاحقة له. وسنبحث ذلك في الفرعين التاليين.

الفرع الأول: آلية البدء بالتحكيم

بداية قبل كل شيء لا بد من ذكر المسائل التي يجوز فيها التحكيم، أمام مجلس الدولة السوري وفق القواعد العامة والأحكام القانونية النافذة، ولأصول المتبعة أمامه، وهي المسائل التي يجوز الصلح فيها ولا تخالف النظام العام، وأن تكون هذه المسائل ناجمة عن العقد محل التحكيم أو متفرعة عنه.

وبالطبع فإن اختصاص مجلس الدولة بالتحكيم في العقود الإدارية، والعقود التي تبرمها المنظمات الشعبية والنقابات المهنية وفق قانون العقود الموحد رقم 51 لعام 2004، يستمد أساسه من اختصاص مجلس الدولة الأصيل بهيئة قضاء إداري للنظر في المنازعات الناشئة عن العقود المذكورة¹³.

وعليه يكون اختصاص مجلس الدولة في التحكيم معقود له في حالتين:

- 1- المنازعات الناشئة عن العقود الإدارية.
- 2- المنازعات الناشئة عن العقود التي تبرمها المنظمات الشعبية والنقابات المهنية وفقاً لأحكام نظام قانون العقود الموحد.

وسنبحث في كيفية اللجوء إلى التحكيم وتسمية المحكمين، وتعيينهم وعزلهم، وإصدار الحكم التحكيمي.

أولاً: الاتفاق على التحكيم

هنا يطرأ السؤال هل يجب ذكر إمكانية اللجوء إلى التحكيم في متن العقد حصراً، أم يمكن الاتفاق عليه لاحقاً؟

¹³ راجع المادة 10 من قانون مجلس الدولة رقم 32 لعام 2019.

للإجابة على هذا التساؤل تم العودة إلى رأي الجمعية العمومية في مجلس الدولة، والتي وضعت أسساً ثابتة للتحكيم أمامه، فقررت أنه قد يرد شرط التحكيم في مضمون العقد أو بموجب اتفاق لاحق¹⁴. حتى ولو كان النزاع معروضاً أمام القضاء، أو من خلال إجراء يقوم به أحد الأطراف يدل صراحة على اللجوء إلى التحكيم¹⁵ ويوافق عليه الطرف الآخر، ويعد الإجراء في هذه الحالة مشاركة اللجوء إلى التحكيم على أن يحدد فيه المسائل التي يجب أن يشملها التحكيم.

وعليه يكون اللجوء إلى التحكيم بإحدى صورتين:

1- شرط التحكيم: وهذا الاتفاق يتم عند إبرام العقد.

2- مشاركة التحكيم: وهي تأتي لاحقة لإبرام العقد.

ثانياً: تسمية المحكمين وعزلهم وردهم

تتم تسمية المحكمين أمام مجلس الدولة إما إدارياً أو قضائياً.

- الطريق الإداري: يكون بأن تقدم الجهة طالبة التحكيم طلباً إلى ديوان التحكيم يضمه اسم المحكم عنه، أو يمكن أن يسمى المحكم بطلب لاحق، ثم يتم عرضه على رئيس مجلس الدولة الذي يخاطب الجهة المحتكم ضدها لتسمي محكمها.
- الطريق القضائي: تتقدم به الجهة طالبة التحكيم عن طريق محاميها الذي يرفع دعوى أمام المحكمة المختصة، يسمى من خلالها محكم الجهة طالبة التحكيم، ويطلب إلزام الجهة المحتكم ضدها بتسمية محكم عنها.

وسواءً كان المحكم سُميَّ بطريق إداري أو قضائي فإنه لا يجوز له التنحي عن التحكيم بعد قبوله دون مبرر، وإلا كان مسؤولاً عن الضرر الذي يصيب أطراف التحكيم

¹⁴ راجع رأي الجمعية العمومية رقم 1 لعام 2022 في القضية رقم 1183 الصادر بتاريخ 2022/1/16، منشور على صفحة مجلس الدولة السوري.

¹⁵ كطلب تسمية محكم أو مراسلة أو أية وسيلة تفيد ذلك.

من جراء ذلك، وفي حال وجد المبرر، فطلب التنحي يقدم من المحكم إلى رئيس هيئة التحكيم شارحاً فيه الأسباب الداعية إلى تنحيه. وفي حال رفض الطلب تستمر هيئة التحكيم بإجراءاتها سواء بحضور المحكم طالب التنحي أو بغيابه، وفي حال قبول الطلب يبلغ رئيس هيئة التحكيم الجهة المسمى عنها طالب التنحي لتسمية محكم بديل عنه. وهنا لا بد من الإشارة إلى أن الفترة الممتدة بين قبول طلب التنحي وتسمية المحكم البديل لا تحتسب من ضمن مدة التحكيم.

هذا فيما يتعلق بالتنحي إذا كان طلباً، أما العزل فيشترط لتحقيقه اتفاق الخصوم جميعاً. بينما المحكمين المعينين من قبل المحكمة فإنه يجري عليهم أحكام رد القضاة.

ولا بد من التنويه، أنه لا يجوز لأي من الأطراف بعد قبول مهمة التحكيم من قبل المحكمين، العدول عن التحكيم دون موافقة باقي الأطراف، ولا يحول هذا العدول دون متابعة السير في إجراءات التحكيم.

الفرع الثاني: إجراءات التحكيم وما يلحق بها

أوضحت الجمعية العمومية لمجلس الدولة السوري الإجراءات التي يجب اتباعها للتحكيم أمامه¹⁶، كما أوردت مجموعة من الإجراءات اللاحقة على التحكيم والمتعلقة به تعلقاً شديداً، وسيتم إيرادها بالتفصيل وفق ما جاء في حكمها.

أولاً: إجراءات التحكيم

تبدأ أولى خطوات التحكيم بالتبليغ وفق التسلسل التالي:

¹⁶ كان اجتماع الجمعية العمومية حديثاً من أجل إيجاد صيغة موحدة لإجراءات التحكيم وتمخض عن قرار مستفيض بهذا الشأن في القضية رقم 1183 الصادر بتاريخ 2022/1/16 وقد تم اعتماد هذه الإجراءات في البحث كونها لينة أساسية لجميع دعاوى التحكيم اللاحقة.

- 1- يقوم محامي وكيل الجهة طالبة التحكيم بتقديم مذكرة تفصيلية تتضمن كافة طلباته مرفقة بالوثائق المؤيدة لها، ويتم تبليغ المذكرة إلى الجهة المحتكم ضدها، مع تكليفها بتقديم مذكرة جوابية وتقديم طلباتها إن وجدت.
- 2- يقوم رئيس هيئة التحكيم بتقدير سلفة التحكيم، وتكليف أطراف التحكيم أو الطرف المتوجب عليه دفع السلفة -حسب الحال- خلال مدة يحددها.
- 3- يدعو رئيس هيئة التحكيم أطراف الدعوى لحضور جلسة التحكيم الأولى، ويتم فيها تنظيم محضر يدون فيه تاريخ بداية قبول مهمة التحكيم من قبل المحكمين، وتثبيت حضور أطراف الدعوى.
- 4- تشرع هيئة التحكيم بإجراءات المحاكمة بمن حضر متى تم تبليغ الأطراف أصولاً، ويقوم رئيس الهيئة بتلاوة كافة المذكرات والوثائق المقدمة.
- 5- تدون وقائع التحكيم التي تتم في جلسات سرية في محضر يوقع عليها أعضاء هيئة التحكيم وأطراف التحكيم الحاضرين، وفي حال غياب أو امتناع أحد أطراف التحكيم، أو امتناع أحد أعضاء هيئة التحكيم عن التوقيع فيذكر ذلك في متن الضبط.
- 6- يمكن إجراء خبرة فنية في كل أو بعض مسائل النزاع، ويتم ذلك بقرار من هيئة التحكيم ذاتها أو بناء على طلب أحد الأطراف، حيث يحلف الخبير أو الخبراء اليمين القانونية أمام رئيس هيئة التحكيم قبل مباشرتهم مهمتهم، ويقدم رئيس هيئة التحكيم للخبراء كافة المعلومات والمستندات المقدمة عن طريق الأطراف، ويمكنهم من فحص المواد والأشغال وكل ما يتعلق بموضوع النزاع، وعلى الخبراء إيداع تقرير مسبب لدى رئيس الهيئة بعد الانتهاء من مهمتهم.
- 7- يتلو رئيس هيئة التحكيم تقرير الخبرة في الجلسة المحددة، ويسلم كل طرف نسخة لإبداء ملاحظاته خلال فترة تحدد لذلك. ثم بعد استكمال دفوع الأطراف يقفل رئيس الهيئة باب المرافعة ويحجز القضية للحكم بموعد محدد.

8- في المسائل التي تخرج عن ولاية الهيئة التحكيمية¹⁷ يجوز لأي من الأطراف مراجعة محكمة القضاء الإداري، سواءً قبل مباشرة الإجراءات، أو أثناء سيرها لطلب اتخاذ الإجراء التحفظي أصولاً.

9- بالنسبة للمسائل الأولية التي تخرج عن ولاية الهيئة، يجوز وقف إجراءات التحكيم لحين البت في المسألة الأولية، ولا تحتسب مدة الإيقاف ضمن مدة التحكيم، التي يجب أن تتم خلال مدة أقصاها 90 يوماً من تاريخ أول جلسة لهيئة التحكيم، مع العلم أن هذه المدة قابلة للتمديد مرة واحدة بموافقة جميع الأطراف، وفي كل الأحوال يجب ألا تتجاوز مدة التحكيم سنة ميلادية واحدة.

10- أما الطلبات العارضة فيجوز تقديمها قبل قفل باب المرافعة وحجز القضية للحكم، فيما إذا كانت تتضمن تصحيحاً للطلب الأصلي، أو تعديلاً لموضوعه لمواجهة ظروف طرأت أو تبينت بعد السير بإجراءات التحكيم، أو ما يكون منها مكملاً للطلب الأصلي، أو مترتباً عليه أو متصلاً به بصفة لا تقبل التجزئة، أو ما يتضمن إضافةً أو تعديلاً في سبب الدعوى مع بقاء موضوع الطلب الأصلي على حاله أو ما تأذن الهيئة بتقديمه.

11- يجوز للجهة المحنك ضدها تقديم ادعاء بالتقابل يتضمن المطالبة بالحكم لها بأية طلبات تكون متصلة بالدعوى الأصلية بصفة لا تقبل التجزئة، أو طلب إجراء مقاصة في موضوع النزاع، أو أي طلب يترتب على إجابته ألا يحكم للجهة طالبة التحكيم بطلباتها كلها أو بعضها، أو أن يحكم لها بها مقيدة بقيد مصلحتها، أو ما تأذن الهيئة بتقديمه مما يكون مرتبطاً بالدعوى التحكيمية.

12- يجوز التدخل في الدعوى التحكيمية بشرط موافقة أطراف التحكيم، وأن يكون التمدخل منضماً إلى أحد الأطراف، بحيث أن محكم طالب التدخل هو محكم الطرف المطلوب التدخل بالانضمام إليه. ويمكن أن يطلب رئيس هيئة التحكيم من طالب التدخل أن يدفع سلفة إضافية.

¹⁷ مثل وقف التنفيذ، الحجز الاحتياطي، تعيين حارس قضائي، وضع إشارة دعوى.

13- يصدر حكم التحكيم باسم الشعب العربي السوري ومسبباً وباللغة العربية، ذاكراً الطرف الذي يتحمل الأتعاب، ويجب أن يتضمن أسماء أعضاء هيئة التحكيم وأسماء الأطراف وملخص طلبات الأطراف وأقوالهم ومستنداتهم ومنطوق الحكم وتاريخ ومكان إصداره، ويصدر بالإجماع أو بأغلبية الآراء، ويوقع عليه المحكمون وعلى المحكم المخالف أن يذكر رأيه عند توقيع الحكم، وإذا رفض التوقيع يجب أن يذكر ذلك في الحكم، وفي حال عدم وجود أغلبية فإن رئيس هيئة التحكيم يصدر الحكم منفرداً ويوقع منفرداً، وعلى المحكمين المخالفين في الرأي أن يدونوا رأيهم كتابة على صحيفة الحكم، وفي حال رفض أحدهما أو كلاهما فيجب أن يذكر ذلك في الحكم.

ثانياً: الإجراءات اللاحقة للتحكيم

بعد صدور الحكم التحكيمي من قبل رئيس هيئة التحكيم، هناك مجموعة من الإجراءات اللاحقة تتمثل في مايلي:

- 1- تسلم هيئة التحكيم إلى كل من أطراف التحكيم صورة عن حكم التحكيم موقعة أصولاً.
- 2- يتم إيداع ملف التحكيم ديوان محكمة القضاء الإداري بعد إصدار الحكم.
- 3- دعوى بطلان حكم التحكيم يمكن أنتقام خلال مدة 30 يوماً من اليوم التالي لصدور الحكم التحكيمي¹⁸.
- 4- تقام دعوى طلب إكساء حكم المحكمين صيغة النفاذ أمام محكمة القضاء الإداري وفق الأصول المعمول بها أمامها.
- 5- إذا قررت المحكمة رد دعوى البطلان فإن قرارها يعد إكساء لحكم المحكمين صيغة النفاذ.

¹⁸ حسب الأحوال المقررة في المادة 15 من قانون مجلس الدولة السوري رقم 32 لعام 2019.

6- توزع أتعاب التحكيم بموجب قرار تحفظ نسخة عنه في ملف الدعوى التحكيمية، وهذا التوزيع يتم وفق الأسس والآلية التي يقرها المجلس الخاص في مجلس الدولة، دون رد السلفة للجهة التي أسلفتها لأي سبب من الأسباب بعد الشروع في إجراءات التحكيم.

نلاحظ مما سبق أن الإجراءات اللاحقة للحكم التحكيمي تتشابه وتقترب كثيراً من الإجراءات اللاحقة لصدور الأحكام القضائية فيما يتعلق بإمكانية الطعن والمدة الممنوحة والسلفة.

النتائج والتوصيات:

نستخلص من الدراسة السابقة مجموعة من النتائج تتمثل في:

1- المسائل التي يجوز التحكيم فيها هي المسائل التي يجوز الصلح فيها ولا تخالف النظام العام، ويجب أن تكون هذه المسائل ناجمة عن العقد محل التحكيم أو متفرعة عنه.

2- يختص مجلس الدولة السوري في المنازعات الناشئة عن العقود الإدارية، والمنازعات الناشئة عن العقود التي تبرمها المنظمات الشعبية والنقابات المهنية وفقاً لأحكام نظام قانون العقود الموحد.

3- مدة التحكيم 90 يوماً يجوز تمديدها بعد الاتفاق على ألا تتجاوز السنة.

4- لا تخضع دعاوى تسمية المحكمين وعزلهم أو ردهم، ودعاوى تصحيح أو تفسير حكم المحكمين، ودعاوى البطلان أو إكساء حكم المحكمين صيغة النفاذ، للتحضير من قبل هيئة مفوضي الدولة.

5- لا يجوز الإدخال في الدعوى التحكيمية، وأساس ذلك أن التحكيم هو اتفاق بين أطرافه ويستمد شرعيته من هذا الاتفاق.

6- تنتهي إجراءات التحكيم بصدور الحكم التحكيمي المنهي للخصومة، أو باتفاق الأطراف على انتهاء التحكيم بتسوية أو بدون تسوية النزاع، وعندئذ تصدر الهيئة حكمها بعدم متابعة البحث في الدعوى التحكيمية.

وقد جدنا أن قيام الجمعية العمومية لمجلس الدولة بوضع نظام موحد للإجراءات التحكيمية أمامها قد كان موفقاً، ولا نجد مأخذاً يمكن أن يؤخذ على هذه الإجراءات فقد جاءت واضحة ميسرة وعادلة.

المراجع

- أحمد حداد: دراسات في قانون التحكيم السوري والمقارن، دون ناشر، الطبعة الأولى، 2015.
- د.أحمد أبو الوفا: التحكيم الاختياري والإجباري، منشأة المعارف، الإسكندرية، 2001.
- د.مصطفى الجمال، د. عكاشة محمد عبد العال: التحكيم في العلاقات الخاصة الداخلية والدولية، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت، 1998.
- د.محمود مختار أحمد بريري: التحكيم التجاري الدولي، دراسة خاصة للقانون المصري الجديد، دار النهضة العربية، الطبعة الرابعة، 2014.
- د. محسن شفيق: التحكيم التجاري الدولي، دار النهضة العربية للطباعة والنشر، 1997.
- قانون مجلس الدولة السوري رقم 32 لعام 2019.
- قانون العقود الإدارية الموحد رقم 51 لعام 2004.
- قانون التحكيم السوري رقم 4 لعام 2008.
- قانون التحكيم المصري رقم 9 لعام 1997.
- قرار الجمعية العمومية رقم 1 لعام 2022 في القضية رقم 1183 الصادر بتاريخ 2022/1/16 ، منشور على صفحة مجلس الدولة السوري.

جزاء إخلال المؤمن له سبب النية بالتزامه

بالإعلان عن الخطر

طالب الدراسات العليا: عبد اللطيف محسن القطرنجي

قسم القانون الخاص - كلية الحقوق - جامعة دمشق

إشراف الدكتور: جودت هندي

الملخص

يعد مبدأ حسن النية من أهم المبادئ التي تحكم العقود بشكل عام، لكن في عقد التأمين نجد أن لهذا المبدأ تطبيق واسع؛ بحسبان أن عقد التأمين من عقود منتهى حسن النية، فيجب على المؤمن له، الإعلان عن بيانات الخطر المراد التأمين ضده، بحسن نية. وقد نظمت أغلب التشريعات، حالة سوء نية المؤمن له في إخلاله بالتزام بالإعلان عن الخطر، ومن ثم ترتيب جزاء الإخلال بالتزام، مع وجود اختلافات في تطبيق الجزاء اللازم، حيث يختلف الجزاء إذا تم اكتشاف حقيقة الخطر قبل وقوع الحادث، عن الحالة التي يحصل فيها اكتشاف حقيقة الخطر بعد وقوع الحادث واستحقاق مبلغ التعويض، ومع ذلك لا توجد دراسات فقهية متخصصة تبحث في هذه الجزئية، إنما أغلب الدراسات، بحثتها بشكل عرضي أثناء دراسة عقد التأمين بشكل عام.

كلمات مفتاحية: التأمين، إعلان، خطر، حسن النية، سوء النية.

The penalty for breaching the bad faith insured of his obligation to announce the danger

DAMACUS UNIVERSITY

FACULTY OF LAW

DEPARTMENT OF PRIVATE LAW

Abstract

The principle of good faith is one of the most important principles governing contracts in general, But in the insurance contract, we find that this principle has wide application, Considering that the insurance contract is one of the most bona fide contracts, The insured must, Announce the data of the risk to be insured, in good faith.

Most of the legislation was regulated, The case of bad faith of the insured in breaching his obligation to announce the danger, And then arranging the penalty for breaching the obligation, With differences in applying the necessary penalty, The penalty differs if the fact of the danger is discovered before the accident, For the situation in which the truth about the danger is discovered after the accident, And entitlement to the compensation amount, However, there are no specialized jurisprudential studies that investigate this aspect, But most studies, looked at it casually while studying the insurance contract in general.

Keywords: Insurance, Declaration, Risk, Good faith, Bad intentions.

مقدمة:

للاللتزام بالإعلان عن البيانات والمعلومات أهمية كبيرة في العقود بصفة عامة، ويتوجب على المؤمن له أن يلتزم منتهى حسن النية في الإعلان عن هذه البيانات، عند الإعلان الابتدائي عن بيانات الخطر، وعند الإعلان عن الظروف المستجدة المتعلقة بالخطر، فإذا قدم بيانات كاذبة، أو قام بكتف بعض البيانات المتعلقة بالخطر، وكان من شأن هذه البيانات تقليل أهمية الخطر في نظر المؤمن، فهنا يلزمه الجزاء .

ويختلف الجزاء بين إذا تم اكتشاف حقيقة الخطر المؤمن ضده، قبل وقوعه، وبين اكتشاف الحقيقة بعد وقوع الخطر؛ لأنه في هذه الحالة يقوم التزام المؤمن بدفع مبلغ التأمين بمجرد وقوع الخطر، ولكن هذا المبلغ الواجب الأداء من قبل المؤمن، لا يتناسب مع الأقساط التي قبضها من المؤمن له، فيجب تحقق التوازن بين أقساط التأمين، وبين الخطر المراد التأمين ضده.

ومن جهة أخرى يجب التفريق بين سوء نية المؤمن له في الإعلان عن بيانات الخطر عند إبرام عقد التأمين، وبين سوء نية المؤمن له في الإعلان عن الظروف المستجدة، والجزاء يختلف بين الحالتين، ففي الحالة الأولى، ينشأ العقد معيياً، أما في الحالة الثانية، فينشأ العقد صحيحاً، وأثناء تنفيذه يشوبه العيب، نتيجة سوء نية المؤمن له.

مشكلة البحث:

تدور مشكلة البحث حول الخلافات الفقهية والتشريعية في تحديد جزاء إخلال المؤمن له سيء النية بالالتزام بالإعلان عن الخطر في عقد التأمين، فلم يتفق الفقه حتى يومنا هذا على أساس قانوني يمكن اعتماده لتحديد جزاء الإخلال بالالتزام نتيجة سوء النية، ومن ثم فقد بقيت طبيعة هذا الجزاء يكتنفها بعض الغموض، استتبع ذلك خلافاً في تحديد الجزاء المترتب على الإخلال بهذا الالتزام.

تساؤلات البحث:

- ما المقصود بالمؤمن له سيء النية، في الالتزام بالإعلان عن الخطر؟
- ما هي حالات سوء نية المؤمن له، خلال مراحل عقد التأمين؟
- هل يختلف الجزاء بين كتم المعلومات عند إبرام العقد، وبين كتم المعلومات أثناء تنفيذ عقد التأمين؟
- هل لوقوع الخطر أثر على تحديد جزاء إخلال المؤمن له بالتزامه بالإعلان عن الخطر؟
- كيف يمكن التعامل مع حالة اكتشاف حقيقة الخطر من قبل المؤمن بعد وقوعه؟

أهمية البحث:

تكمن أهمية البحث في إيجاد أساس قانوني يمكن الاعتماد عليه، في ترتيب جزاء الإخلال بالالتزام بسبب سوء النية، ومن ثم ترتيب جزاء يناسب مع كل حالة من حالات الإخلال.

هدف البحث:

حسم الخلاف الفقهي والتشريعي، لجهة تحديد جزاء إخلال المؤمن له سيء النية بالإعلان عن بيانات الخطر، وذلك من خلال ترتيب جزاء يتناسب مع طبيعة الإخلال في المرحلة التي نشأ فيها، وبشكل يتفق مع طبيعة هذا الالتزام، استناداً إلى أسس قانونية سليمة.

المنهجية المتبعة وخطة البحث:

اتبعنا في هذا البحث المنهج الاستقرائي، من خلال البحث في الجزئيات المتعلقة بسوء نية المؤمن له في الالتزام بالإعلان عن الخطر، للوصول إلى مبدأ عام في ترتيب

الجزء، إضافة إلى المنهج المقارن بين عدة أنظمة قانونية⁽¹⁾ واتجاهات فقهية قامت بتنظيم هذا الالتزام ودراسته، مقسمين البحث إلى مطلبين وفق خطة البحث التالية:

المطلب الأول: مفهوم سوء نية المؤمن له.

الفرع الأول: التعريف بسوء نية المؤمن له.

الفرع الثاني: إثبات سوء نية المؤمن له.

المطلب الثاني: جزاء سوء نية المؤمن له.

الفرع الأول: اكتشاف الحقيقة قبل تحقق الخطر.

الفرع الثاني: اكتشاف الحقيقة بعد تحقق الخطر.

الخاتمة.

المطلب الأول - مفهوم سوء نية المؤمن له:

عند البحث في مفهوم سوء نية المؤمن له لا بد من التعريف بسوء نية المؤمن له (الفرع الأول)، ومن ثم مناقشة حالاته، وشرح عناصر سوء نية المؤمن له، وذلك عن طريق البحث في إثبات سوء نية المؤمن له (الفرع الثاني).

الفرع الأول - التعريف بسوء نية المؤمن له:

يكون مخالفاً المؤمن له بالتزامه بالإعلان عن بيانات الخطر، إذا كان يعلم بوجود بيانات وقام بكتمانها، أو أنه تقصد تقديم معلومات كاذبة، من شأنها أن تغير موضوع

(1) وجدنا أن كل من المشرعين السوري والمصري ترك أمر تنظيم أغلب التزامات أطراف عقد التأمين لتشريعات خاصة تصدر لاحقاً؛ لذلك لم ينص كل من القانون المدني السوري الصادر بالمرسوم التشريعي رقم 84 لعام 1949، والقانون المدني المصري رقم 131 لعام 1948، على أغلب النقاط المهمة في عقد التأمين، وعند البحث في التشريعات العربية وجدنا أن المشرع الأردني أورد تنظيماً معقولاً لعقد التأمين في القانون المدني الأردني، ووجدنا أن القانون المدني القطري، جاء بمزيد من التفصيل في العديد من النقاط.

الخطر، أو تقلل من أهميته في نظر المؤمن، وذلك عند إبرام العقد، وبالتالي يكون قد أخل بالتزامه الأصلي بالإعلان عن الخطر، وهذا ما أكدته محكمة النقض السورية فجاء في أحد أحكامها " لكي يكون اختلاف الوصف في البضاعة سبباً لإبطال الضمان، ينبغي أن يكون من شأنه التقليل من فكرة الخطر".⁽²⁾ أو لم يقم المؤمن له بإخطار المؤمن بالظروف الطارئة أثناء سريان العقد، والتي تؤثر في الخطر فتؤدي إلى تفاقمه، أو أنه قدم بيانات مخالفة للواقع عن هذه الظروف؛ لتجنب وضع شروط من قبل المؤمن تزيد من التزاماته أهمها الزيادة في قسط التأمين، أو إنهاء العقد بشكل كامل إذا كان التناقص من الجسامة التي تجعل المؤمن يحجم عن إبرام العقد ابتداءً. فالأصل أن المؤمن له قام بالإعلان عن جميع البيانات وبحسن نية، وللمؤمن إثبات خلاف ذلك بكافة الوسائل.⁽³⁾

وبالرجوع إلى نصوص المواد في التشريعات التي تضمنت نصوصاً خاصة بجزاء المؤمن له سيء النية،⁽⁴⁾ يمكننا القول، إن المقصود بسوء النية هو تضليل وغش المؤمن، بتعمد كتم البيانات المهمة، أو تقديم بيانات كاذبة، من قبل المؤمن له، مع العلم بأهمية هذه البيانات بالنسبة للمؤمن عند تقديره للخطر المؤمن منه. وكذلك الأمر يكون عند حدوث ظروف مستجدة تؤدي إلى تفاقم الخطر فإما أن يمتنع المؤمن له عن إخطار المؤمن بهذه الظروف، أو يقوم بإخطاره ببعضٍ منها دون بعضها الآخر، مع علمه أيضاً

(2) محكمة النقض السورية، الدوائر المدنية، قرار 1941 / 1980، أساس 1723، رقم مرجعية حمورابي: 262.

(3) جمال مكناس، التأمين، منشورات جامعة دمشق، كلية الحقوق، الطبعة الثالثة، 2007، ص 159.

(4) نصت المادة (928) من القانون المدني الأردني لعام 1976 أنه " إذا كتم المؤمن له بسوء نية أمراً أو قدم بياناً غير صحيح بصورة تقلل من أهمية الخطر المؤمن منه، أو تؤدي إلى تغيير في موضوعه، أو إذا أخل بالوفاء بما تعهد به... ونصت المادة (987) من القانون المدني العراقي رقم 40 لعام 1951 على أنه " 1- يجوز للمؤمن أن يطلب فسخ العقد إذا تعمد المؤمن له كتمان الأمر أو قدم عن عمد بياناً كاذباً، وكان من وراء ذلك أن يغير موضوع الخطر أو تقل أهميته في نظر المؤمن... 2- تسري أحكام الفقرة السابقة في كل الحالات التي يخل فيها المؤمن له بتعهداته عن غش". بالمقابل جاء القانون المدني السوري والقانون المدني المصري خالياً من هذا التفصيل.

بأهمية إعلام المؤمن بهذه المستجدات؛ بقصد التغيرير به وجعل معلوماته مغلوطة ومغايرة لحقيقة الخطر. (5)

وهذا يتفق مع قضاء محكمة النقض المصرية، على الرغم من سكوت المشرع المصري، فجاء في أحد قراراتها أن " المقرر في قضاء محكمة النقض، أن عقد التأمين من العقود التي مبناهها حسن النية وصدق الإقرارات التي يوقع عليها المؤمن له، والغش فيها أو إخفاء حقيقة الأمر يجعل التأمين باطلاً، إذ أنه يجب أن يكون المؤمن له عالماً بالبيانات التي يلتزم بتقديمها للمؤمن، أو كان يستطيع أن يعلم بها، فإن كان يجهلها وكان معذوراً في جهلها فإنه يعفى من الالتزام بتقديمها ". (6)

فالدافع الأساسي للمؤمن له في كتمانها لبعض البيانات المتعلقة بالخطر وتشويهها، أو إخفاء حقيقة الظروف المستجدة، هو تضليل المؤمن بقصد دفعه إلى تقدير الخطر بأقل من قيمته الحقيقية.

وفي هذا الشأن أيضاً قضت محكمة تمييز دبي في أحد أحكامها أن " من المقرر أن المحل في عقد التأمين على الحياة هو الخطر المتعلق بحياة إنسان، ومن ثم فإن من الضروري أن يتثبت المؤمن من الخطر الذي يؤمنه وسبيله إلى ذلك هو أن يدقق في بحث حالة المؤمن له خاصة من الناحية الطبية، ويلجأ المؤمن في ذلك إلى عدة طرق منها توجيه أسئلة إلى المؤمن له بشأن حالته الصحية للإجابة عنها، فإذا كان سيء النية

(5) محمد المرسي زهرة، أحكام عقد التأمين، الطبعة الأولى، دار النهضة العربية، القاهرة، 2006، ص207. ووسام عبيد، التزامات المؤمن له في عقد التأمين، رسالة ماجستير، معهد البحوث، جامعة القاهرة، 2002، ص75. وغازي أبو عرابي، أحكام التأمين، الطبعة الأولى، دار وائل، عمان، 2011، ص311.

(6) نقض مدني مصري، طعن رقم 9424، السنة القضائية 66، جلسة 20/04/2010، منشور على

موقع محكمة النقض المصرية: <http://www.adaleh.info>

وكتب أمراً أو قدم بياناً كاذباً عن حالته المرضية وكان له أثره في تقدير المؤمن للخطر المؤمن منه، فإنه يكون ارتكب غشاً والغش يفسد التصرفات...". (7)

الفرع الثاني - إثبات سوء نية المؤمن له:

عند البحث في إثبات سوء نية المؤمن له، لا بد من إثبات توفر إحدى حالات سوء النية، ومن ثم إثبات توفر عناصر سوء النية، وهذا ما سنبحثه وفق الآتي:

أولاً- حالات سوء نية المؤمن له:

حددت أغلب التشريعات الحالات التي يكون فيها المؤمن له سيء النية،⁽⁸⁾ وجاء فيها ثلاثة فروض لسوء نية المؤمن له:

الفرض الأول: الكتمان أو تقديم بيان غير صحيح بصورة تقلل من أهمية الخطر المؤمن منه، أو الإدلاء ببيانات غير صحيحة تؤدي إلى تقليل احتمال وقوع الخطر المؤمن منه على نحو مغاير للواقع.

(7) طعن رقم 4، سنة 1995، جلسة 1995/10/14 مشار إلى القرار لدى - نوري خاطر، وعدنان سرحان، الأساس القانوني لالتزام المؤمن له بتقديم المعلومات، مجلة الحقوق الكويتية، المجلد 31، العدد الأول، 2007، ص276. لم يتطرق المشرع الأردني إلى حالة تقديم بيانات خاطئة متعلقة بصحة المؤمن على حياته؛ لذلك يمكن إعمال المادة (1033) من قانون المعاملات المدنية الإماراتي رقم 5 لعام 1985 والتي تنص " 1- إذا كتم المؤمن له بسوء نية أمراً، أو قدم بياناً غير صحيح بصورة تقلل من أهمية الخطر المؤمن منه، أو تؤدي إلى تغيير في موضوعه، أو إذا أخل عن غش في الوفاء بما تعهد به، كان للمؤمن أن يطلب فسخ العقد مع الحكم له بالأقساط المستحقة قبل هذا الطلب".

(8) ونذكر منها المادة (928) من القانون المدني الأردني، وهي مطابقة للمادة (1033) من قانون المعاملات المدنية الإماراتي المذكورة أعلاه، والمادة (987) من القانون المدني العراقي حيث جاء في فقرتها الأولى " يجوز للمؤمن أن يطلب فسخ العقد إذا تعمد المؤمن له كتمان الأمر أو قدم عن عمد بياناً كاذباً، وكان من وراء ذلك أن يغير موضوع الخطر أو تقل أهميته في نظر المؤمن...".

الفرض الثاني: الكتمان أو الإدلاء ببيانات غير صحيحة تؤدي إلى تغيير موضوع الخطر، ويقصد بذلك إن هذا الإخلال يؤدي إلى التقليل من جسامته الخطر في حال وقوعه، في نظر المؤمن.

الفرض الثالث: ويفترض فيه أن طالب التأمين قد تعهد عند إبرام العقد بأن يقوم بعمل معين إلا أنه لم يتم بتنفيذ هذا العمل، ففي هذه الحالة يستحق المؤمن له الجزء الخاص بسوء النية ولو كان حسن النية عند الإخلال. كأن يتعهد المؤمن له باتخاذ إجراء من شأنه الحد من احتمال تحقق الخطر أو الحد من جسامته في حال وقوعه، كما لو أمن تاجر على بضاعة موجودة في مخزنه ضد الحريق، وتعهد بترتيب هذه البضاعة بطريقة تقلل من احتمال حدوث حريق، وفي حال حدث الحريق لا يمتد إلى كامل البضاعة المؤمن عليها، أو تعهده بوضع أجهزة إنذار للكشف عن الحريق فور اندلاعه مع أجهزة إطفاء. (9)

ثانياً- عناصر سوء نية المؤمن له:

لسوء نية المؤمن له عنصرين أساسيين مادي ومعنوي:

1- العنصر المادي:

ويتمثل ذلك بالسكوت والكتمان، أي كتمان البيانات الجوهرية المتعلقة والمؤثرة بالخطر، أو عن طريق ذكر بيانات كاذبة مخالفة للواقع، ولحقيقة الخطر والظروف المحيطة به. ومن أمثلة ذلك أن يقوم المؤمن له في التأمين على الحياة بالإدلاء ببيانات كاذبة فيما يتعلق بالسن الحقيقية له، أو يقوم بكتمان البيانات المتعلقة بالأمراض الوراثية في عائلته، أو كتم إبرام وثائق تأمين أخرى لدى مؤمنين آخرين. وفي مجال التأمين من المسؤولية الناشئة عن حوادث السيارات، إعلان المؤمن أن الحادث قد وقع خلال قيادته

(9) مصطفى الجمال، أصول التأمين، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت، 1999، ص 256 و 257.

للسيارة، بينما الحقيقة أن الحادث قد وقع أثناء قيادة ابنه الشاب للسيارة، مع علمه بأن تعريفه التأمين تكون أعلى بالنسبة للسائقين من فئة الشباب. (10)

2- العنصر المعنوي:

وهو نية التضليل أو الغش، فالسكوت المجرد أو الكذب المجرد لا يكفي للقول بأن المؤمن له سيء النية من الناحية القانونية، وإنما يجب أن يكون ذلك بقصد التغيرير بالمؤمن وجعله يقدر الخطر بأقل من قيمته الحقيقية، أي بهدف الوصول إلى غرض غير مشروع. وإلى هذا المعنى أشار المشرع العراقي في المادة (1/987) من القانون المدني العراقي: " 1- يجوز للمؤمن أن يطلب فسخ العقد إذا تعمد المؤمن له كتمان أمر أو قدم عن عمد بياناً كاذباً، وكان من وراء ذلك أن يغير موضوع الخطر أو تقل أهميته في نظر المؤمن...". (11)

وعلى الرغم من سكوت المشرع المصري، فقد ذهبت محكمة النقض المصرية في نفس الاتجاه، حيث جاء في أحد قراراتها أن " عقد التأمين من العقود التي مبنها حسن النية، لذلك يلتزم المؤمن له صدق الإقرارات والبيانات التي يقدمها للمؤمن والغش فيها أو إخفاء حقيقة الأمر يستتبع بطلان العقد". (12)

(10) محمد حسام لطفي، الأحكام العامة لعقد التأمين، الطبعة الثانية، دار النهضة العربية، القاهرة، 1990، ص216. ورمضان أبو السعود، أصول التأمين، دون طبعة، دار المطبوعات الجامعية، الإسكندرية، 2000، ص 485.

(11) محمد المرسي زهرة، أحكام عقد التأمين، الطبعة الأولى، دار النهضة العربية، القاهرة، 2006، ص207. وجاء في المادة (928) من القانون المدني الأردني " إذا كتم المؤمن له بسوء نية أمراً، أو قدم بياناً غير صحيح بصورة تقلل من أهمية الخطر المؤمن منه، أو تؤدي إلى تغيير في موضوعه، أو إذا أخل عن غش في الوفاء بما تعهد به، كان للمؤمن أن يطلب فسخ العقد مع الحكم له بالأقساط المستحقة قبل هذا الطلب".

(12) طعن مصري رقم 2508 لسنة 56 ق، جلسة 1991/2/26. خاطر، وسرحان، مرجع سابق، ص262.

وتجدر الإشارة إلى أن سوء نية المؤمن له تتحقق عند قيامه بالكذب والإدلاء ببيانات غير صحيحة، أو كتمان بيانات مؤثرة في الخطر، سواء تم ذلك عند إبرام العقد أو أثناء سريانه. فقد يكون المؤمن له حسن النية عند إبرام العقد ويُدلي بكل ما يعلمه من بيانات وظروف متعلقة بالخطر، وأثناء سريان العقد تستجد ظروف جديدة، فيقوم بكتمها عن المؤمن بقصد عدم قيام المؤمن بفرض شروط جديدة أو زيادة القسط.⁽¹³⁾

فيجب توافر العنصرين المادي والمعنوي معاً، حتى يمكن إيقاع جزاء مشدد على المؤمن له، ومجرد سكوته دون قصد الإضرار بالمؤمن، لا يعني أنه سيء النية، على الرغم من ذلك، فإنه ما زال مقصراً في تنفيذ التزامه، ومن الممكن معاملته كمؤمن له حسن النية محل التزامه، وفي هذه الحالة يكون الجزاء مخففاً؛ فلا يجوز معاملة شخص سيء النية وآخر حسن النية بذات الشدة.⁽¹⁴⁾

وبما أن الأصل في إبرام العقود وتنفيذها هو حسن النية، يكلف من يدعي خلاف ذلك بإثبات خلاف هذا الأصل. وبالتالي يقع على عاتق المؤمن إثبات سوء نية المؤمن له، بأنه أتى بأفعال إيجابية أو مواقف سلبية، تحمل في مجملها الغش وسوء النية، ويطبق الجزاء المترتب على سوء النية، سواء اكتشف المؤمن ذلك قبل وقوع الخطر أو بعده ولا يهم الوقت في ذلك؛ لأن التقادم الخاص في عقد التأمين لا يبدأ بالسريان إلا من تاريخ علم المؤمن بالكتمان، أو بالبيان الخاطيء، أي من تاريخ اكتشاف الحقيقة.⁽¹⁵⁾

(13) محمد حسين منصور، أحكام التأمين، الطبعة الأولى، دار الجامعة الجديدة، الإسكندرية، 1990، ص194.

(14) محمد دسوقي، الالتزام بالإعلام قبل التعاقد، دون طبعة، دار إيهاب، أسبوط، 1985، ص78. و
وسام عبيد، التزامات المؤمن له في عقد التأمين، مرجع سابق، ص77.

(15) محمد المرسي زهرة، أحكام عقد التأمين، مرجع سابق، ص215. نصت المادة (718) من القانون المدني السوري على أنه " 1- تسقط بالتقادم دعاوى الناشئة عن عقد التأمين بانقضاء ثلاث سنوات من وقت حدوث الواقعة التي تولدت عنها هذه الدعاوى. 2- ومع ذلك لا تسري هذه المدة: أ- في حالة إخفاء

ولما كان عقد التأمين وما يترتب عليه من التزامات، لا يمكن إثباته إلا بالكتابة،⁽¹⁶⁾ إلا أنه يمكن للمؤمن إثبات سوء نية المؤمن له بكافة وسائل الإثبات وذلك طبقاً للقواعد العامة، فيمكن له إثبات وجود الظروف المخفية، أو التي تم بشأنها الكذب، وله أيضاً إثبات علم المؤمن له بوجود الظروف المقترن بالعلم بأهميتها، ويمكن للمؤمن له دحض هذا الادعاء، بإثبات جهله بوجود الظرف، أو أنه كان جاهلاً بمدى أهميته بالنسبة للمؤمن، وبمدى تأثيره على الخطر محل التأمين، وأن بطاقة الأسئلة لم تكن واضحة ويعتريها الغموض، ووفقاً للقواعد العامة تفسر الأسئلة الغامضة دائماً لمصلحة المؤمن له كونه المدين بالالتزام، فالشك يفسر لمصلحة المدين، ولقاضي الموضوع سلطة تقديرية واسعة بشرط تأسيس حكمه على أسباب سائغة.⁽¹⁷⁾

فإذا تحقق سوء النية في الوفاء بالالتزام على النحو المتقدم، وجب تطبيق الجزاء الخاص بسوء النية على المؤمن له.

المطلب الثاني - جزاء سوء نية المؤمن له:

إن كتم المعلومات يؤدي إلى عيب يصيب إرادة المؤمن، وبالتالي يجوز له في هذه الحالة طلب إبطال العقد، ورتبت العديد من التشريعات جزاء البطلان على الإخلال بالالتزام بالإعلان عن الخطر المقترن بسوء نية المؤمن له، فقد جاء في الفقرة الأولى من المادة (791) من القانون المدني الكويتي " ١- يكون عقد التأمين قابلاً للإبطال لمصلحة

بيانات متعلقة بالخطر المؤمن منه، أو تقديم بيانات غير دقيقة عن هذا الخطر إلا من اليوم الذي علم فيه المؤمن بذلك. ب- في حالة وقوع الحادث المؤمن منه إلا من اليوم الذي علم فيه ذوو الشأن بوقوعه".
(16) تنص المادة (1/54) من قانون البيئات السوري على: "إذا كان الالتزام التعاقد في غير المواد التجارية تزيد قيمته على خمسين ألف ليرة سورية أو كان غير محدد القيمة فلا تجوز الشهادة في إثبات الالتزام أو البراءة منه، ما لم يوجد اتفاق أو نص يقضي بغير ذلك".

(17) بديعة غلاييني، وعدنان ضناوي، التأمين من الخطر، الطبعة الأولى، دار العلوم العربية، طرابلس،

المؤمن ، إذا سكت المؤمن له عن أمر أو قدم بياناً غير صحيح وكان من شأن ذلك أن يتغير موضوع الخطر أو تقل أهميته في نظر المؤمن". (18)

وفرت ذات المادة بفقرتيها الثانية والثالثة في الجزاء بين ظهور الحقيقة قبل أو بعد تحقق الخطر ف جاء فيها " 2- فإذا انكشفت الحقيقة قبل تحقق الخطر، جاز للمؤمن أن يطلب إبطال العقد بعد عشرة أيام من تاريخ إخطاره المؤمن له بكتاب موصي عليه، إلا إذا قبل هذا الأخير زيادة في القسط تتناسب مع الزيادة في الخطر، ويترتب على إبطال العقد في هذه الحالة أن يرد المؤمن مقابل التأمين أو يرد منه القدر الذي لم يتحمل في مقابله بخطر ما. 3- أما إذا ظهرت الحقيقة بعد تحقق الخطر ، وجب خفض مبلغ التأمين بنسبة معدل الأقساط التي أدت فعلاً إلى معدل الأقساط التي كان يجب أن تؤدي لو كانت المخاطر قد أعلنت إلى المؤمن على وجه صحيح". (19)

يتضح لنا أن حكم إخلال المؤمن له في التشريع الكويتي يختلف بين حالة اكتشاف الحقيقة قبل تحقق الخطر (الفرع الأول) واكتشافها بعد تحققه (الفرع الثاني) وفق ما يلي:

(18) القانون المدني الكويتي الصادر بالمرسوم (67) لعام 1980، وهذه المادة مطابقة للمادة (782) من القانون المدني القطري رقم (22) لعام 2004، حيث جاء فيها " 1- يكون عقد التأمين قابلاً للإبطال لمصلحة المؤمن، إذا سكت المؤمن له عن أمر، أو قدم بياناً غير صحيح، وكان من شأن ذلك أن يتغير موضوع الخطر أو تقل جسامته أو احتمالات وقوعه في نظر المؤمن".

(19) يقابلها ذلك الفقرتان الثانية والثالثة من المادة (782) من القانون المدني القطري حيث جاء فيهما "2- فإذا انكشفت الحقيقة قبل تحقق الخطر، جاز للمؤمن أن يقرر أن العقد يصبح باطلاً بعد عشرة أيام من تاريخ إخطاره المؤمن له بذلك بكتاب مسجل مصحوب بعلم الوصول، إلا إذا قبل المؤمن له زيادة في القسط تتناسب مع الزيادة في الخطر. ويترتب على إبطال العقد في هذه الحالة أن يرد المؤمن مقابل التأمين، أو يرد منه القدر الذي لم يتحمل في مقابله خطراً ما. 3- أما إذا ظهرت الحقيقة بعد تحقق الخطر، فإنه يحق للمؤمن تخفيض مبلغ التأمين بنسبة معدل الأقساط التي أدت فعلاً إلى معدل الأقساط التي كان يجب أن تؤدي لو كانت المخاطر قد أعلنت إلى المؤمن على وجه صحيح".

الفرع الأول- اكتشاف الحقيقة قبل تحقق الخطر:

يفترض في هذه الحالة أن المؤمن له قد أخل بالتزامه بالإعلان عن بيانات الخطر، ويستوي في ذلك إن كان الإخلال بحسن نية أو بسوء نية منه، وأن المؤمن قد اكتشف الحقيقة قبل تحقق الخطر، فيكون أمامه أحد خيارين، فإما أن يطلب إبطال العقد، أو يستمر في العقد مع زيادة في القسط. والإبطال هنا له معنى خاص يختلف عما تقضي به القواعد العامة، من رجوع المتعاقدين إلى الحالة التي كانوا عليها قبل التعاقد. (20)

وهذا المعنى الخاص للبطلان نصت عليه المذكرة الإيضاحية للقانون المدني الكويتي عندما قررت بأنه "لا يكون للإبطال هنا خلافاً لما تقضي به القواعد العامة أثر رجعي بل يبقى المؤمن ملتزماً بضمان الخطر، كما يبقى المؤمن له ملتزماً بدفع القسط، وذلك إلى يوم إبطال العقد". (21)

ويرى بعض الفقه (22) أنه كان من الأجدر استخدام تعبير فسخ العقد بدلاً من إبطال العقد؛ حيث ينعقد الأثر الرجعي للفسخ في العقود الزمنية بنص المادة (212) من ذات القانون حيث قررت أنه "في العقود المستمرة لا يكون للفسخ أثر إلا منذ تحققه" وفي ذلك تبرير لاحتفاظ المؤمن بالأقساط عن الفترة التي تحمل فيها ضمان الخطر، دون الحاجة إلى تقرير تعبير خاص للبطلان ينعقد فيه الأثر الرجعي.

(20) خالد رشيد القيام، عقد التأمين في القانون المدني الأردني، الجزء الأول، الطبعة الأولى، مكتبة ابن خلدون، مؤتمة، 1990، ص208. وتجدر الإشارة إلى أن بعض التشريعات لم تأخذ بالبطلان، بل اقتصر الجزاء فيها في جميع الحالات على الفسخ كما في التشريع العراقي والأردني.

(21) المذكرة الإيضاحية للقانون المدني الكويتي، منشور على الرابط:

<http://egyptian-awkafe.blogspot.com/2016/03/1.html>

(22) جلال إبراهيم، التأمين وفقاً للقانون الكويتي، دون طبعة، مطبوعات جامعة الكويت، الكويت، 1989، ص644.

كما أنه من جهة أخرى فالعقد القابل للإبطال وفق القواعد العامة لا يتقرر بطلانه إلا بالتراضي؛ فلا يستطيع أحد المتعاقدين أن يبطل العقد بإرادته المنفردة خلافاً للفسخ، فيستطيع أحد المتعاقدين أن يفسخ العقد بإرادته المنفردة، كما لو اتفق المتعاقدان على الشرط الفاسخ الصريح، وهذا ما جعل المشرع الكويتي يتدارك الأمر، فنص في المذكرة الإيضاحية للقانون المدني على أن هذا البطلان يتقرر بالإرادة المنفردة للمؤمن، دون الحاجة إلى صدور حكم من القضاء. (23)

وهذا الاتجاه يتقارب مع ما أخذ به قانون التجارة البحرية السوري، (24) فيبطل عقد التأمين في حال إخلال المؤمن له بالإعلان عن بيانات الخطر، ولا يؤثر في ذلك إذا لم يتوفر لدى المؤمن له نية الاحتيال. ويبطل العقد ولو لم يكن للمعلومات التي كتمها المؤمن له أي أثر في وقوع الخطر. وهذا يتفق مع موقف محكمة النقض المصرية حيث جاء في أحد قراراتها " جواز الاشتراط في عقد التأمين، أنه في حالة ظهور عدم صحة بيان جوهرى، ولو لم يكن لثبوت عدم صحته دخل في وقوع الخطر الذي حصل من أجله التأمين، النص في عقد التأمين على بضائع ضد السرقة أن المؤمن له يحتفظ بسجل يقيد فيه مبيعاته ومشترياته وبقائمة جرد، وأن عدم صحة هذا البيان يبطل للعقد". (25)

وحيث أن المادة (971) من القانون المدني الكويتي أعطت المؤمن الحق في الخيار بين إما إبطال العقد أو زيادة القسط، (26) إلا أن الفقه اختلف في مدى سلطة المؤمن في ذلك:

(23) جاسم مجبل الماضي الفعود، أثر مبدأ حسن النية على أحكام عقد التأمين، مرجع سابق، ص 59.
(24) نصت المادة (366) من قانون التجارة البحرية السوري رقم (46) لعام 2006 على أنه "2- يجوز طلب الإبطال و لو لم يكن للبيان غير الصحيح أو الكتمان أي صلة بالضرر الذي لحق الشيء المؤمن عليه".
(25) نقض مدني مصري، قرار 1949/118، رقم مرجعية حمورابي: 30425.
(26) لم ينص القانون المدني السوري على هذه الجزئية، كما في كثير من المسائل التفصيلية المتعلقة بعقد التأمين، تاركاً ذلك للتشريعات الخاصة.

الرأي الأول: ذهب بعض الفقه (27) إلى أن للمؤمن مطلق الحرية في الخيار بين إبطال العقد أو الاستمرار فيه دون تعديل في الشروط أو مع زيادة في القسط المقترن بقبول المؤمن له لهذه الزيادة، فالخيار هنا ليس للمؤمن له؛ لأن دوره فقط في قبول الزيادة التي يعرضها المؤمن، فالمبادرة تكون إذاً بيد المؤمن الذي له ألا يعرض الزيادة فلا يجد المؤمن له ما يقبله.

الرأي الثاني: ذهب الرأي الآخر للفقه (28) إلى أن اختيار المؤمن ليس اختياراً مطلقاً، فهو لا يملك التمسك بإبطال العقد إذا عرض المؤمن له زيادة القسط بما يتناسب مع زيادة الخطر، وعلى ضوء تعريفه الأقساط المعتمدة لدى المؤمن، لأن المشكلة تنصب على اختلال التوازن العقدي، والمتمثل في عدم تناسب القسط مع نوعية الخطر أو مدى جسامته أو درجة احتمال وقوعه، فإذا عرض المؤمن له الزيادة فليس من حق المؤمن التمسك بإبطال العقد، وإلا عدّ متعسفاً في استعمال حقه. فالخيار هنا للمؤمن له فيما أن يقبل الزيادة في القسط أو يترك المؤمن يُبطل العقد.

وفي حال توصل المؤمن إلى خيار إبطال العقد، فعليه أن يراعي الشروط التي تطلبها المادة (971) من القانون المدني الكويتي والمتمثلة بوجوب إخطار المؤمن له بالإبطال بموجب كتاب موسى عليه قبل عشرة أيام من تاريخ تقرير البطلان وتحسب المدة من اليوم التالي لتاريخ تسلم الخطاب. (29) ويجوز للمؤمن أن يجمع بين طلب زيادة القسط والإبطال في كتاب واحد، فله أن يخطر المؤمن له بالزيادة وإذا لم يوافق عليها فيبطل العقد بعد عشرة أيام من تسلم الكتاب.

(27) جاسم مجبل الماضي القعود، أثر مبدأ حسن النية على أحكام عقد التأمين، مرجع سابق، ص 60.
(28) سهير منتصر، الالتزام بالإدلاء ببيانات الخطر وتقاومه في عقد التأمين، دون طبعة، دار النهضة العربية، القاهرة، 1990، ص 87.
(29) حسام الدين الأهواني، المبادئ العامة للتأمين، الطبعة الأولى، دار النهضة العربية، القاهرة، 2008، ص 174.

وتجدر الإشارة إلى أنه لا يقصد بالعلم بحقيقة الخطر قبل تحقق الكارثة مجرد العلم فقط، بل لا بدّ من الوصول إلى اتفاق قبل تحقق الخطر، فلو علم المؤمن بالحقيقة قبل تحقق الخطر ولم يحصل التوصل إلى اتفاق مع المؤمن له، أو لم يكن قد طلب إبطال العقد ثم وقعت الكارثة خلال هذه المدة، فإننا نكون بصدد اكتشاف الكارثة قبل تحقق الخطر. (30)

الفرع الثاني - اكتشاف الحقيقة بعد تحقق الخطر:

لا يملك المؤمن في هذه الحالة إبطال العقد، ويصبح التزامه بأداء مبلغ التأمين واجب الأداء، إلا أن المؤمن لم يتقاضأ أقساط التأمين المتناسبة مع حقيقة الخطر، فلا يمكن إلزامه بأداء مبلغ التأمين كاملاً؛ لذلك كان منطقياً تخفيض المبلغ بنفس النسبة بين الأقساط التي تم قبضها وبين الأقساط الواجب قبضها. (31) وهو الحكم الذي جاءت به الفقرة الثالثة من المادة (971) من القانون المدني الكويتي، (32) حيث قررت بأنه يجب تخفيض مبلغ التأمين " بنسبة الأقساط التي أديت فعلاً إلى معدل الأقساط التي يجب أن تؤدي لو كانت المخاطر قد أعلنت إلى المؤمن على وجه صحيح".

ويتضح لنا من هذه المادة أن المشرع الكويتي قد ساوى بين المؤمن له سيء النية وآخر حسن النية، وهو موقف مستغرب منه خالف فيه أغلب التشريعات والمبادئ القانونية المستقرة، مما جعله عرضة للانتقاد، وأبرز الانتقادات التي وجهت للمشرع الكويتي:

(30) خالد الهندياني، وجابر محجوب، أحكام التأمين في القانون الكويتي، الطبعة الأولى، وحدة التأليف والترجمة والنشر بكلية الحقوق، جامعة الكويت، 1999، ص 307.

(31) سهير منتصر، الالتزام بالإدلاء ببيانات الخطر وتفاقمه في عقد التأمين، مرجع سابق، ص 94.

(32) لم ينص القانون المدني على هذا التخفيض في عقد التأمين كقاعدة عامة، وتجدر الإشارة إلى أنه جاء النص على ذلك بشأن حالة خاصة وهي المعلومات الخاطئة المتعلقة بسن المؤمن على حياته فقد جاء في نص المادة (2/730) من القانون المدني السوري " ... إذا ترتب على البيانات الخاطئة أو الغلط أن القسط المنفق عليه أقل من القسط الذي كان يجب أدائه، وجب تخفيض مبلغ التأمين بما يتعادل مع النسبة بين القسط المنفق عليه والقسط الواجب أدائه على أساس السن الحقيقية".

1- إن المساواة في الجزاء بين المؤمن له حسن النية والمؤمن له سيء النية، تعد مكافأة لهذا الأخير على سوء نيته، وهذه المساواة في الحكم تعد تشجيعاً للمؤمن لهم للتعامل بسوء نية؛ لأنهم سيحصلون على نفس التعويض في كلتا الحالتين.

2- إن هذه المساواة في الحكم بين المؤمن له حسن النية والمؤمن له سيء النية، تعد مخالفة للمبادئ القانونية المتفق عليها بأن الغش يفسد كل شيء، وأن الملوث لا ينبغي أن يستفيد من تلوثه، ولا يسمح للغاش أن يستفيد من ثمار غشه، كل هذه القواعد تخالف المساواة بين المؤمن له حسن النية والمؤمن له سيء النية، عندما نعوض المؤمن له وفقاً لقاعدة النسبية سواء أكان حسن النية أم سيء النية، مما يعني أنه من الممكن أن يستفيد الملوث من تلوثه.⁽³³⁾

فعند إخلال المؤمن له بالتزامه بالإعلان المقترن بسوء نية منه، فإن ذلك يعطي المؤمن الحق بالمطالبة بإبطال عقد التأمين، ويكون للحكم أثر رجعي فيحق له المطالبة بما دفعه للمؤمن له من تعويض. وإذا كان للبطلان أثر رجعي وفقاً للقواعد العامة، وبمقتضى هذا الأثر تزول معه التزامات كل من المتعاقدين، ويعادان إلى الحالة التي كانا عليها قبل التعاقد، فإن البطلان في عقد التأمين له طبيعة خاصة تخرجه عن القواعد العامة في البطلان.

وقد كُتِبَ بعض الفقه البطلان في عقد التأمين على أنه جزء ذو طبيعة خاصة، تقرر بنص خاص كنتيجة مترتبة على التزام خاص من التزامات عقد التأمين، ومن ثم لا يمكن رده إلى القواعد العامة، نظراً لما يترتب على البطلان من سقوط التزام المؤمن بضمان الخطر مع احتفاظه بالأقساط، أي أن أثر البطلان يقتصر على التزام المؤمن في الضمان، وهذا البطلان الخاص يراد منه فقط معاقبة المؤمن له سيء النية. وأيضاً القواعد العامة في البطلان تستلزم ضرورة معاصرة سبب البطلان لنشوء العقد، فإن كان هذا

(33) جاسم مجبل الماضي القعود، أثر مبدأ حسن النية على أحكام عقد التأمين، مرجع سابق، ص62.

يتطابق مع الإعلان المبدئي عن بيانات الخطر، فإنه لا ينسجم مع حالة الإعلان عن تقاوم الخطر أثناء سريان العقد.⁽³⁴⁾

ونظراً لهذه الانتقادات التي وجهت إلى جزاء البطلان فقد ذهب بعض الفقه إلى تطبيق جزاء الفسخ بدلاً من البطلان المترتب على الإخلال بالالتزام بالإعلان. وهذا الموقف تبنته العديد من التشريعات كالقانون المدني العراقي فنصت المادة (987) منه على أنه " 1- يجوز للمؤمن أن يطلب فسخ العقد إذا تعمد المؤمن له كتمان الأمر أو قدم عن عمد بياناً كاذباً، وكان من وراء ذلك أن يغير موضوع الخطر أو تقل أهميته في نظر المؤمن. وتصبح الأقساط التي يتم دفعها حقاً خالصاً للمؤمن. أما الأقساط التي حلت ولم تُدفع فيكون له حق المطالبة بها. 2- تسري أحكام الفقرة السابقة في كل الحالات التي يخل فيها المؤمن له بتعهداته عن غش".⁽³⁵⁾

فجزاء الإخلال بالالتزام هو فسخ عقد التأمين، سواء تم الإخلال عند إبرام عقد التأمين، أو تم أثناء سريانه.⁽³⁶⁾ وتطبيقاً لذلك قضت محكمة التمييز الأردنية بأنه يجوز

(34) غني جادر، ويوسف غانم، الالتزام بالإعلان في عقد التأمين، مجلة رسالة الحقوق، جامعة كربلاء، السنة الخامسة، العدد لثاني، 2013، ص 119 و120.

(35) محمد قاسم، العقود المسماة، مرجع سابق، ص 625. وتقابل المادة (928) من القانون المدني الأردني حيث جاء في فقرتها الأولى " إذا كتم المؤمن له بسوء نية، أمراً، أو قدم بياناً غير صحيح بصورة تقلل من أهمية الخطر المؤمن منه، أو تؤدي إلى تغيير في موضوعه، أو إذا أخل عن غش في الوفاء بما تعهد به، كان للمؤمن أن يطلب فسخ العقد مع الحكم له بالأقساط المستحقة قبل هذا الطلب".

(36) هذا بالنسبة للتشريعات التي أخذت بالفسخ كجزاء لسوء نية المؤمن له. بينما قضت تشريعات أخرى ببطلان التأمين بسبب سوء نية المؤمن له، فقرر المشرع الفرنسي بطلان عقد التأمين، إذا أخل المؤمن له بالتزامه بتقديم المعلومات، فنصت المادة (113-8) من قانون التأمين الفرنسي الصادر في 13 تموز عام 1930 على ما يلي: " بغض النظر عن أسباب البطلان العادية، ومع مراعاة أحكام المادة L.132-26 ، يكون عقد التأمين باطلاً في حالة كتم أو إعلان كاذب متعمد من جانب المؤمن له ، عندما يغير هذا الإحجام أو هذا الإعلان الكاذب، موضوع الخطر أو يقلل من رأي شركة التأمين، على الرغم من أن الخطر الذي تم حذفه أو تحريفه من قبل المؤمن له لم يكن له أي تأثير على الخسارة".

Art. 113/8 du code d'assurances :

للمؤمن إذا ثبت سوء نية المؤمن له أن يطالب بإنهاء عقد التأمين ويتحلل من التزامه بضمان الخطر المؤمن منه. (37)

إلا أنه حتى يمكن تطبيق هذا الجزاء على المؤمن له المخل بالتزامه بسوء نية، لا بد أن يتعمد المؤمن له الكذب في تقديم المعلومات، التي تؤثر في قرار المؤمن في قبول أو رفض التأمين، أو التي تؤثر في تحديد شروط العقد. ويكون ذلك بتعمد إخفاء بيانات مهمة بالنسبة للمؤمن، أو قيامه بتقديم بيانات كاذبة ومخالفة للواقع متعلقة بموضوع الخطر محل التأمين، أو بالظروف المحيطة به، ولو أن المؤمن كان على علم بها لما قبل بالتعاقد أساساً، أو قبل به مقابل قسط أعلى وشروط أشد من التي رضي بها، ويعدّ هذا الفعل احتيالياً، إن ترافق بوسائل احتيالية، ويعود تقدير ذلك لمحكمة الموضوع. (38)

وفي حال تحقق الإخلال على هذا الوجه، فإن الجزاء المطبق هو حق المؤمن بطلب فسخ العقد، مع حقه باستبقاء الأقساط التي استوفيت، إضافة للأقساط المستحقة حتى تاريخ فسخ العقد. وهذا ما نصت عليه الفقرة الأولى من المادة (928) من القانون المدني الأردني، وما قضت به محكمة التمييز الأردنية في القرار السابق. (39)

ويطبق جزاء الفسخ سواء اكتشف المؤمن إخلال المؤمن له بسوء نية قبل وقوع الخطر، أو لم يكتشفه إلا بعد تحقق الخطر بمناسبة التحقيق الذي جرى بشأنه، ويطبق

Indépendamment des causes ordinaires de nullité, et sous réserve des dispositions de l'article L. 132-26, le contrat d'assurance est nul en cas de réticence ou de fausse déclaration intentionnelle de la part de l'assuré, quand cette réticence ou cette fausse déclaration change l'objet du risque ou en diminue l'opinion pour l'assureur, alors même que le risque omis ou dénaturé par l'assuré été sans influence sur le sinistre.

37) محمد حسين منصور، أحكام التأمين، مرجع سابق، ص 194.

38) أحمد شرف الدين، أحكام التأمين في القانون والقضاء، الطبعة الثالثة، دار النهضة العربية، القاهرة، 1991، ص 31.

39) فرقد خليل، ومحمد باكير، التزام المؤمن له بالإدلاء بالبيانات الضرورية، جامعة بابل، مجلة المحقق الحلي للعلوم القانونية والسياسية، العدد الثاني، السنة السابعة، 2015، ص 483.

الجزاء ولو لم يكن لإخلال المؤمن له بالإعلان عن الخطر أي أثر في وقوع الحادث المؤمن ضده. فالمهم ليس أثر الظروف والبيانات على وقوع الخطر، بل تأثيرها على فكرة الخطر لدى المؤمن. (40)

ويرى أصحاب هذا الرأي، إذا تم الإخلال في وقت إبرامه أو أثناء سريانه، فيؤدي إلى الفسخ ورجوع المتعاقدين إلى الحالة التي كانا عليها قبل التعاقد، إي أنه يسري بأثر رجعي، فلا يضمن المؤمن الخطر من تاريخ الإخلال بسوء نية، وأن ما قبضه المؤمن له يعد قبضاً لغير المستحق، وتكون الأقساط التي قبضها المؤمن حقاً خالصاً له، وله المطالبة بالأقساط المستحقة حتى تاريخ الفسخ. (41)

وتبنت محكمة النقض المصرية هذا الموقف، مع الإشارة إلى أن القضاء المصري تبني البطلان عوضاً عن الفسخ، فجاء في أحد قراراتها " إنه وإن كانت القواعد العامة في نظرية العقد والمبادئ المسلم بها في عقد التأمين أنه إذا تعمد المؤمن له كتمان أمراً أو قدم بيانات كاذبه، وكان من شأن ذلك أن يتغير به موضوع الخطر المؤمن منه، أو يقلل من شأنه على نحو ما كان يقبل معه المؤمن التأمين عنه لو عرف حقيقته، فإنه يؤدي إلى بطلان العقد إلا أن البطلان هنا بطلان خاص بعقد التأمين لا يسرى بشأنه أحكام البطلان في كل آثاره، وإنما وفقاً لما جرى عليه العرف التأميني، فإن هذا البطلان وإن ترتب عليه زوال التزام المؤمن بضمان الخطر المؤمن منه منذ البداية، فيعتبر كأن لم ينشأ أصلاً في ذمة المؤمن ويحق له استرداد مبلغ التأمين الذي أداه للمؤمن له قبل تقرير البطلان، إلا أنه فيما يتعلق بالتزام الأخير بدفع أقساط التأمين فإن ما أداه منها يكون حقاً خالصاً للمؤمن ولا يردده ويلتزم بالرغم من بطلان العقد بدفع جميع الأقساط التي استحققت

(40) رمضان أبو السعود، أصول التأمين، مرجع سابق، ص 486.

(41) عبد الرزاق السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني (عقود الغرر)، الجزء السابع، المجلد الثاني، دار إحياء التراث العربي، بيروت، 1964، ص 1275.

إلى يوم أن يتقرر البطلان ولم تؤد ذلك باعتبارها تعويضاً للمؤمن عن البطلان الذي تسبب فيه المؤمن له بسوء نيته ". (42)

ويرى بعض الفقه أن العلة في السماح للمؤمن بالاحتفاظ بالأقساط تكمن في أن هذه الأقساط هي حق خالص للمؤمن مقابل تحمله تغطية الخطر قبل اختيار الفسخ. (43) وتجدر الإشارة إلى أن التشريعات كالقانون المدني الكويتي وقانون التأمين الفرنسي التي قررت بطلان عقد التأمين في الحالة التي يكون فيها المؤمن له سيء النية، قد فرضت على هذا الأخير جزاءً وهو فقدانهُ للأقساط المستحقة، إذ قررت احتفاظ المؤمن بها على سبيل التعويض. (44)

ونرى أن القصور يعترى كل من الموقعين السابقين في تحديد الجزاء المترتب على الإخلال بالالتزام بالإعلان عن الخطر. فالرأي القائل بأن الجزاء هو بطلان العقد صحيح لجهة الإعلان عن بيانات الخطر الأولية؛ وذلك لأن إرادة المؤمن نشأت معيبة عند إبرام العقد، فتعمد طالب التأمين إخفاء بيانات مؤثرة في الخطر محل التأمين ينتج عنه عيب في الرضا يعطي المؤمن الحق بطلب إبطال هذا العقد.

وتطبيقاً لذلك قضت محكمة التمييز اللبنانية في أحد قراراتها أنه " إذا ثبت أن المضمون (المؤمن له) تعمد الكذب أو الكتمان في تصريحه، وكان من شأن ذلك أن يبذل

(42) نقض مدني مصري، طعن رقم 15977، السنة القضائية 76، جلسة 2008/11/23، منشور

على موقع محكمة النقض المصرية: <http://www.adaleh.info>

(43) أشرف إسماعيل العدوان، مدى توفيق المشرع الأردني في تنظيم التزام المؤمن له في تقديم بيانات الخطر، المجلة الأردنية في القانون والعلوم السياسية، المجلد السادس، العدد الثاني، 2014، ص 169.

(44) كما في المادة (113-8) من قانون التأمين الفرنسي التي تنص على ما يلي: " ثم تظل الأقساط المدفوعة مملوكة لشركة التأمين ، التي يحق لها دفع جميع الأقساط المستحقة كتعويضات".

Les primes payées demeurent alors acquises à l'assureur, qui a droit au paiement de toutes les primes échues à titre de dommages et intérêts.

موضوع الخطر أو يخففه في نظر الضامن، وإن لم يؤثر في وقوع الطارئ فعلياً، جاز للضامن أن يطالب بإبطال العقد والاحتفاظ بالأقساط المدفوعة." (45)

وجاء أيضاً في أحد قرارات محكمة النقض المصرية أنه " متى كان البيان الخاص بالمرض في وثيقة التأمين قد جعله المؤمن محل سؤال محدد مكتوب فإنه يعتبر جوهرياً في نظره. فإذا أقر المؤمن له بعدم سبق إصابته بمرض الكلى مع ثبوت إصابته به وعلمه بذلك فإن هذا الإقرار من شأنه أن ينقص الشركة المؤمنة لجسامة الخطر المؤمن منه، ومن ثم فإذا لم يعمل الحكم الشرط الوارد في عقد التأمين والذي مقتضاه بطلان العقد وسقوط حق المؤمن له في مبلغ التأمين في حالة إدلائه ببيانات خاطئة في إقراراته الواردة في طلب التأمين والتي أبرم التأمين على أساسها وهو شرط جائز قانوناً وواجب الأعمال حتى ولو لم يكن للبيان الكاذب دخل في وقوع الخطر المؤمن منه فإن الحكم يكون قد خالف القانون بمخالفة شروط العقد مما يتوجب نقضه، ولا يبرئه من هذه المخالفة ما قاله من أن مرض الكلى الذي أصاب المؤمن له ليس مما يخشى منه سوء العقاب وإنه مرضٌ عارضٌ وكان المؤمن له قد شفي منه وقت إبرام عقد التأمين إذ أن ذلك - بفرض صحته - لم يكن ليعفي المؤمن له من واجب ذكر هذا المرض في إقراراته الواردة في طلب التأمين ما دام ذلك كان محل سؤال محدد مكتوب". (46)

ومن جهة أخرى، فإن هذا الموقف لا ينطبق على حالة تقادم الخطر، فلا يمكن القول بأن العقد نشأ صحيحاً، وبعد سريانه بمدة يمكن إبطاله للعيب الذي أصابه بسبب الظروف المستجدة التي أدت إلى تقادم الخطر؛ بحجة أن الخطر الذي قبل المؤمن تغطيته، يختلف عما آل إليه أثناء سريان العقد، وأن إرادة المؤمن لم تتجه إلى هذا

(45) مشار إلى القرار لدى غني جادر، ويوسف غانم، الالتزام بالإعلان في عقد التأمين، مرجع سابق، ص120.

(46) مشار إلى القرار لدى فرقد خليل، ومحمد باكير، التزام المؤمن له بالإدلاء بالبيانات الضرورية، مرجع سابق، ص 483.

الأخير، ولا يمكن القول بحسب ما أخذ به أصحاب الرأيين السابقين، أن الخطر المستجد ما هو إلا امتداد للخطر الأول.

والذي نراه أن الالتزام بالإعلان عن الخطر هو التزام محدد بالإعلان عن خطر معين عند إبرام العقد، فإذا أدلى به طالب التأمين على وجه صحيح يكون قد نفذ التزامه كاملاً ونشأ العقد صحيحاً، ولا يمكن القول بعد ذلك بأنه عقد معيب. ولكن هذا الالتزام يفترض وجود التزام آخر مرتبط به، وهو الإعلان عن الظروف المستجدة،⁽⁴⁷⁾ فإذا قصر المؤمن له بالإعلان عن هذه الظروف يكون قد قصر في تنفيذ التزامه، وهذا التقصير يعطي المؤمن الحق بطلب فسخ العقد طبقاً للقواعد العامة في الفسخ، لا القول بطلب إبطاله بعد أن نشأ صحيحاً.

ويبدو لنا أن محكمة النقض المصرية اتخذت موقفاً موقفاً، حيث جاء في أحد قراراتها " المقرر أنه تأكيداً لمبدأ حسن النية عند تنفيذ عقد التأمين، فقد تناولت المادتين 347، 348 من قانون التجارة البحرية رقم 8 لسنة 1990 الأخذ بمفهومه عند تعرضهما لبعض حالات بطلان وفسخ عقد التأمين، فأجازت للمؤمن بجانب الالتزام بالقواعد العامة الواردة في القانون المدني طلب إبطاله، إذا قدم المؤمن له بيانات غير صحيحة، أو سكت عن تقديم بيانات لازمة، وكان من شأن هذا الأمر أو ذلك أن قَدَّر المؤمن الخطر بأقل من حقيقته، أو طلب فسخ العقد إذا تراخى المؤمن له عن إخطار المؤمن في الميعاد القانوني بما يطرأ من ظروف زاد فيها الخطر المؤمن ضده ".⁽⁴⁸⁾

(47) الظروف المستجدة هي كل ظرف يؤثر في الخطر المؤمن ضده، ومن الممكن أن يزيد في جسامته، أو في احتمال وقوعه، كما لو أن شخصاً أمن على منزله ضد الحريق، وبعد فترة قام أحد جيرانه بتخزين مواد سريعة الاشتعال بالقرب منه، فهذا يعد ظرف مستجد يؤدي إلى زيادة احتمال وقوع الخطر المؤمن ضده.

(48) نقض مدني مصري، طعن رقم 10761، السنة القضائية 77، جلسة 2008/4/8، منشور على

موقع محكمة النقض المصرية: <http://www.adaleh.info>

ومن جهة أخرى، القول بأن الجزاء هو الفسخ في الحالتين يخالف ذات القواعد، باعتبار أن الجزاء المترتب على العيب في الرضا هو إبطال العقد وليس فسخه، هذا في الإعلان الابتدائي عن بيانات الخطر، أما في الإعلان عن الظروف المستجد، فإعمال الفسخ هو الحل الأمثل. ولذلك نفضل استخدام مصطلح إنهاء العقد، ويكون له معنى الإبطال في الحالة الأولى والفسخ في الحالة الثانية.

وإذا كان موضوع التأمين عدة أشخاص أو عدة أشياء، وتم الكذب في المعلومات أو كتمانها من بعض الأشخاص أو عن بعض الأشياء، فإن العقد يبطل في الشق الذي تم الإخلال فيه، مع استمراره بالنسبة للبقية، بما أن المؤمن قبل التأمين بالنسبة لهم بنفس الشروط. (49)

الخاتمة:

توصلنا إلى أن سوء نية المؤمن له بالإعلان عن بيانات الخطر، يكون إما عند الإعلان الابتدائي عن بيانات الخطر، أو عند استجداد ظروف طارئة أثناء تنفيذ عقد التأمين، ويكون هذا الإخلال إما بإدلاء المؤمن له ببيانات غير صحيحة تقلل من أهمية الخطر في نظر المؤمن، أو تقلل من جسامته الخطر في حال وقوعه، أو تعهد المؤمن له بالقيام بعمل من شأنه تقليل احتمال وقوع الخطر أو التخفيف من نتائجه.

يختلف الجزاء بين اكتشاف الحقيقة قبل وقوع الخطر، وبين اكتشاف الحقيقة بعد وقوعه، ففي الأولى يمكن له إبطال العقد أما في الحالة الثانية تخفيض مبلغ التأمين بشكل متناسب مع الأقساط.

وتوصلنا إلى أن أهم الانتقادات الموجهة للمشرع الكويتي أنه لم يميز بين الإخلال بحسن نية أو بسوئها، والمهم أنه تم اكتشاف الحقيقة قبل وقوع الخطر، وهنا رتب التشريع جزاء خاص على الإخلال، أو تم اكتشاف الحقيقة بعد وقوع الخطر، وهنا يقتصر الجزاء على

(49) عبد القادر العطير، التأمين البري في التشريع الأردني، مرجع سابق، ص 225.

تخفيض قسط التأمين. إضافة إلى أنه ابتدع بطلان من نوع خاص، يتقرر بإرادة منفردة، دون الحاجة إلى صدور حكم قضائي، وهذا البطلان يراد منه معاقبة المؤمن له سيء النية. وفي هذا الشأن نوصي المشرع الكويتي إلى التفريق بين المؤمن له حسن النية والمؤمن له حسن النية، لجهة التشدد في تطبيق الجزاء.

وبالنقيض من هذا الاتجاه أخذ التشريعين الأردني والعراقي فسخ مع احتفاظه بأقساط التأمين، مقابل تحمله تغطية الخطر قبل اختيار الفسخ، وهذا موقف منتقد باعتبار لم يفرق بين الإعلان عن الخطر، الإعلان عن الظروف المستجدة.

وكان رأينا في الجزاء الواجب التطبيق في حال اكتشاف الحقيقة قبل وقوع الخطر، يكون الإبطال في حال الإخلال بالتزام بالإعلان عن بيانات الخطر، والفسخ في حال الإخلال بالتزام بالإعلان عن البيانات المستجدة، أما في حال اكتشاف الحقيقة بعد وقوع الخطر، فالجزاء تخفيض مبلغ التأمين بما يتناسب مع الأقساط المدفوعة.

قائمة المراجع

- 1- **Abdul Qadir Al-Ateer, Land Insurance in Jordanian Legislation** ، الطبعة الأولى، دار الثقافة للنشر والتوزيع، 2006.
- 2- **Abdul Razzaq Al-Sanhouri, Mediator in Explaining Civil Law (Gharar Contracts)**، الجزء السابع، المجلد الثاني، دار إحياء التراث العربي، بيروت، 1964.
- 3- **Ahmed Sharaf Al-Din, Insurance Provisions in Law and the Judiciary (Comparative Study)**، الطبعة الثالثة، دار النهضة العربية، القاهرة، 1991.
- 4- **Ashraf Ismail Al-Adwan, the extent of success of the Jordanian legislator in regulating the commitment of the insured in providing risk data** ، المجلة الأردنية في القانون والعلوم السياسية، المجلد السادس، العدد الثاني، 2014.
- 5- **Badia Ghalayini and Adnan Danawi, Insurance from Risk** الطبعة الأولى، دار العلوم العربية، طرابلس، 1992.
- 6- **Farqad Khalil and Muhammad Bakir, commitment of the insured to provide the necessary information** ، جامعة بابل، مجلة المحقق الحلي للعلوم القانونية والسياسية، العدد الثاني، السنة السابعة، 2015.
- 7- **Ghani Jader and Youssef Ghanem, commitment to the media in the insurance contract** ، مجلة رسالة الحقوق، جامعة كربلاء، السنة الخامسة، العدد لثاني، 2013.
- 8- **Ghazi Abu Orabi, Insurance provisions**، الطبعة الأولى، دار وائل، عمان، 2011.
- 9- **Hussam El Din Al Ahwani, General Principles of Insurance** ، الطبعة الأولى، دار النهضة العربية، القاهرة، 2008.

**Jasim Mujbel Al-Madi Al-Qoud, the effect of the principle -10
, of good faith on the provisions of the insurance contract**

رسالة ماجستير، جامعة عمان العربية، كلية القانون، 2011.

**Jalal Ibrahim, insurance according to Kuwaiti law (a -11
comparative study with the Egyptian and French laws)** ، دون

طبعة، مطبوعات جامعة الكويت، الكويت، 1989.

Jamal al-Din Meknes, insurance - insurance contract -12

منشورات جامعة دمشق، كلية الحقوق، الطبعة الثالثة، 2007.

**Khaled Al-Hindani and Jaber Mahjoub, Insurance -13
Provisions in Kuwaiti Law** ، الطبعة الأولى، وحدة التأليف والترجمة

والنشر بكلية الحقوق، جامعة الكويت، 1999.

Khaled Rashid Al-Qiyam, Insurance Contract in Jordanian -14

Civil Law ، الجزء الأول، الطبعة الأولى، مكتبة ابن خلدون، مؤتة، 1990.

**Khaled Abdel Aziz Dawood, the risk and the resulting -15
obligations and the penalty for breaching them in the**

insurance contract ، رسالة ماجستير، الجامعة الأردنية، كلية الدراسات

العليا، عمان، 1990.

Mohamed Ibrahim Desouki, Commitment to the Media -16

before the Contract ، دون طبعة، دار إيهاب، أسيوط، 1985.

Muhammad Al-Morsi Zahra, Insurance Contract -17

Provisions ، الطبعة الأولى، دار النهضة العربية، القاهرة، 2006.

Muhammad Husam Lutfi, General Provisions of the -18

Insurance Contract ، الطبعة الثانية، دار النهضة العربية، القاهرة، 1990.

Muhammad Husayn Mansur, Insurance Provisions -19

الأولى، دار الجامعة الجديدة، الإسكندرية، 1990.

**Mustafa El-Gammal, Insurance Principles (Insurance –20
Contract)** ، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت، 1999.

**Nuri Khater and Adnan Sarhan: The legal basis for the –21
insured's obligation to provide information** ، مجلة الحقوق
الكويتية، المجلد 31، العدد الأول، 2007.

Ramadan Abu Al Saud, Insurance Principles –22
المطبوعات الجامعية، الإسكندرية، 2000.

**Suhair Montaser, the obligation to provide statements of –23
risk and its exacerbation in the insurance contract**
دار النهضة العربية، القاهرة، 1990.

**Wissam Yusef Obaid, Obligations of the Insured in the –24
Insurance Contract** ، رسالة ماجستير، معهد البحوث، جامعة القاهرة،
2002.

