



المجلة العصرية للدراسات القانونية Modern Journal of Legal Studies (MJLS)

مجلة علمية دولية محكمة
تصدر عن
الكلية العصرية الجامعية

المجلد (١)، العدد (١)، لعام ٢٠٢٣

رام الله، فلسطين
2023

هيئة التحرير

رئيسة التحرير: د. مجد نعمان عبدالله / دكتوراة قانون دولي عام / الكلية العصرية الجامعية

فلسطين

أ.د. سهيل الفتلاوي / دكتوراة قانون دولي

العراق

أ.د. مسعودي هشام / دكتوراة قانون عام

الجزائر

د. عبد الرحيم طه، دكتوراة قانون إداري / الكلية العصرية الجامعية

فلسطين

كلمة الكلية العصرية الجامعية

المجلة العصرية للدراسات القانونية "أهداف وتطلعات"

حينما خططنا لإصدار هذه المجلة القانونية المحكمة، انطلقنا من مجموعة من الاعتبارات، أهمها أن قسم القانون في الكلية العصرية الجامعية بأساتذته وطلبته وخريجيه ومكانته في المجتمع الفلسطيني من خلال جودة مخرجاته، يتحتم عليه أن يوسّع نطاق عمله ويعمم خبراته، ولم نجد في هذا الإطار أهم من رفد المكتبات الفلسطينية والعربية والدولية بمجلة قانونية، تقدم للمختصين والمهنيين والجمهور الواسع أبحاثاً محكمة من إنتاج باحثين أكفاء، وبإشراف أساتذة ذوي خبرات في التحكيم البحثي.

ومنذ البداية لم نسع إلى إنتاج مجلة محكمة تضيف رقماً جديداً كمياً إلى مجموع المجالات المحكمة فلسطينياً وعربياً ودولياً، وإنما أردناها مجلة محكمة نوعية قادرة على استقطاب طاقات قانونية بحثية في بلادنا وخارجها. مجلة تتبوأ مكانة علمية وتتحول إلى منارة حقيقية في الطرح والمعالجة وتقديم الرؤى والمستخلصات والتوصيات، ضمن قواعد العملية البحثية، وصولاً إلى تحقيق المعايير العالمية وفق معامل التأثير المعتمدة على مستوى عالمي.

العصرية الجامعية وهي تنجز العدد الأول من هذه المجلة القانونية المحكمة تعول كثيراً على هذا المشروع بحثياً وأكاديمياً، لذلك قدمت كل ما يلزم لجعله مشروعاً بحثياً قانونياً مميزاً، لاسيما وأن بلادنا فلسطين تستحق منا أن نقدم لها وباسمها طاقاتنا وامكانياتنا وإبداعاتنا، لنكون جديرين بحمل رسالة هذا الوطن الغالي بكل المكونات والمعاني والدلالات.

وأمام هذا الإنجاز أتقدم بشكري وتقديري لرئيسة وهيئة التحرير والهيئتين الاستشارية والعلمية والباحثين المشاركين، ولكل من عمل على تمكين مجلتنا من أن ترى النور بمستواها المتقدم شكلاً ومضموناً.

أ. جيهان الشيوخي

رئيس قسم القانون

كلمة رئيسة تحرير المجلة

لم تكن المجلة العصرية للدراسات القانونية مجرد حلم راودنا في الكلية العصرية الجامعية، بل بمثابة مشروع قانوني فلسطيني عربي ودولي، بجودة بحثية عالية، وبرؤية عصرية، لتكون المجلة الصادرة عن "العصرية الجامعية" اسماً على مسمى".

ما أثلج صدورنا وأكد لنا أننا قد بدأنا بداية مشجعة، أن عدد الأبحاث التي وصلت إلى هيئة التحرير كانت أكثر بكثير مما توقعنا كماً ونوعاً، ما جعلنا ندشن البدايات بثقة ونحن نتطلع إلى مزيد من العمل والعطاء والإنجاز.

ولهذا جاءت البداية ليست كالمعتاد، كون البدايات عادة ما تكون صعبة، إلا أن ما حظيت به المجلة من قبول للفكرة وإقبال عليها، وقبل ذلك الدعم من إدارة الكلية العصرية الجامعية، لم يذلل الصعاب فقط، إنما اختصر الزمن والمسافات والمراحل، فجاء القُطاف البحثي في زمن قياسي.

تغمرنا اليوم مشاعر الغبطة والسرور ونحن نضع العدد الأول في متناول القراء والباحثين والمختصين، منتظرين إسهامات بحثية جديدة ستكون بكل تأكيد محط اهتمام وتقدير من قبلنا، بما يغني التجربة ويثريها إيماناً منا بمبدأ الشراكة والمشورة والعمل الجماعي.

رئيسة التحرير

د. مجد نعمان عبدالله

فهرس المحتويات

رقم	عنوان البحث	اسم المؤلف	الصفحة
1	حقوق الإنسان في الشرعة الدولية	د. أحمد محمد رضوان حسن، مدرس القانون بقسم العلوم الأساسية بالمعهد العالي للإدارة بالمحلة الكبرى، مصر	28 - 4
3	تعزيز منازعات الوعاء الضريبي في إطار إصلاح وعصرنة المنظومة الجبائية في الجزائر	د. خروبي هني، جامعة حسيبة بن بوعلي - الشلف، الجزائر د. قندز بن توتة، جامعة تسمسيلت، الجزائر	51 - 29
3	التسجيل الصوتي للأحداث في الأماكن الخاصة ودورها في خدمة العدالة	الوليد احمد حسين الدرايع، ماجستير قانون عام - جامعة القدس - فلسطين	70 - 52
4	حق الأجنبي في التملك والعمل - دراسة في التشريع الأردني والمقارن	د. أمين الغنيمات، عضو هيئة تدريس، قسم القانون، الكلية العصرية الجامعية، رام الله - دولة فلسطين.	101 - 71
5	القيمة القانونية لفتوى محكمة العدل الدولية حول الجدار العازل في الأراضي الفلسطينية المحتلة	د. عبد الفتاح أمين ربيعي، أستاذ القانون العام في الجامعات الفلسطينية، فلسطين	122 - 102
6	معوقات ملاحقة جرائم الإنترنت والجهود العربية والدولية في مواجهتها - جريمة القذف والمساس بحرمة الغير نموذجاً	د. سنوسي علي، جامعة بن خلدون، تيارت - الجزائر	143 - 123
7	الاثار القانونية لتفشي الأوبئة - فايروس كورونا - على سريان المواعيد الإجرائية وفقاً لنظريتي الظروف الطارئة والقوة القاهرة	د. منصور فؤاد مساد، الجامعة العربية الامريكية، رام الله فلسطين	160 - 144
8	حدود حرية الرأي والتعبير في ظل التطور التكنولوجي المعاصر	د. سجاد سعيد حبيب الجادري - العراق دكتوراه قانون اداري، جامعة المنصورة، مصر	187 - 161
9	المنازعات المتعلقة بأسماء النطاق والعلامة التجارية في ظل القانون الفلسطيني	أ. عرين أبو ديموس، باحثة دكتوراه ووكيل نيابة، النيابة العامة الفلسطينية، فلسطين	213 - 188
10	أحكام حق الإيجار للمتجر في التشريع الأردني	الدكتور محمد عقله علي العلي - الاردن	234 - 214
11	الحماية الجنائية للحق في سلامة الجسم البشري	سحر أحمد توفيق محمد عبد العزيز باحثة دكتوراه في القانون الجنائي كلية الحقوق جامعة الزقازيق - مصر	253 - 235
12	الحماية القانونية لحقوق المرأة دولياً ومحلياً	د. نبيلة عبد الفتاح قشطي دكتوراه قانون دستوري ونظم سياسية، كلية الحقوق - جامعة المنوفية - مصر.	274 - 254
13	نحو إصلاح تشريعي يكفل حقوق الإعلاميين في ظل التحول الرقمي لوسائل الإعلام (مصر نموذجاً)	محمود أحمد عبد القادر، محام، ماجستير في القانون، كلية الحقوق، جامعة أسيوط ماجستير في الشريعة الإسلامية، المعهد العالي للدراسات الإسلامية - مصر	300 - 275
14	قاعدة تجنب عدم دستورية القوانين	المحامي علي خليل برهان، ماجستير قانون عام، العراق. المحامي رسول جمعة خلف، ماجستير قانون عام، العراق.	313 - 301
15	التطور التاريخي للعقوبة	مهدي حوامدة، ماجستير قانون عام، الشرطة الفلسطينية، بيت لحم - فلسطين	333 - 314

حقوق الإنسان في الشريعة الدولية

Human Rights in the International Bill

د. أحمد محمد رضوان حسن

مدرس القانون بقسم العلوم الأساسية بالمعهد العالي للإدارة بالمحلة الكبرى - مصر

Mr.ahmedradwan1990@gmail.com

DOI : <https://doi.org/10.70411/MJLS.1.1.20239>

الملخص:

تعتبر قضية حقوق الإنسان هماً مشتركاً يخص كل إنسان في المجتمع، حيث يتم تقييم سلوكيات الحكومات والدول في ضوء ما يتحقق لشعوبها من حقوق وحريات، أو من تجاوزات وانتهاكات؛ هو التحدي الذي تواجهه الآن الأسرة الدولية؛ ولأن ضمان احترام وتعزيز حقوق الإنسان يُعد من أهم مقاصد منظمة الأمم المتحدة، فقد أهتمت منظمة الأمم المتحدة منذ نشأتها بمسألة حقوق الإنسان، واعتمدت الجمعية العامة الإعلان العالمي لحقوق الإنسان، واضعة بذلك اللبنة الأولى في الشريعة الدولية لحقوق الإنسان، وألحقت به العهدين الدوليين لحقوق الإنسان 1966، والبروتوكولين الملحقان بهما، ليكتمل بذلك بناء الشريعة الدولية لحقوق الإنسان.

من هذا المنطلق تكمن أهمية الدراسة وإشكالياتها في محاولتها استعراض حقوق الإنسان في الشريعة الدولية، وذلك من خلال عرض مضمونها وتحليله وبيان القوة الإلزامية لكل من الإعلان والعهدين؛ وعلى هذا تمثلت أهداف الدراسة في محاولتها بيان ماهية حقوق الإنسان، ومصادرها في الشريعة الدولية، ومدى التزام الدول بها. وتضمن محتوى الدراسة مقدمة تمهيدية وثلاثة مطالب استخلص منهم عدة نتائج وتوصيات.

الكلمات المفتاحية: حقوق الإنسان، ميثاق منظمة الأمم المتحدة، الشريعة الدولية، الإعلان العالمي لحقوق الإنسان، العهد الدولي للحقوق المدنية والسياسية، العهد الدولي للحقوق الاقتصادية والاجتماعية والثقافية.

Abstract:

The issue of human rights is a common concern of every human being in society, where the behavior of governments and states is evaluated upon the rights and freedoms achieved for their people, or the transgressions and violations thereof, and because ensuring the respect and promotion of human rights is one of the most important purposes of the United Nations. In this relation, the United Nations, since its inception, has been concerned with the issue of human rights, and the General Assembly has adopted the Universal Declaration of Human Rights, putting the first building block in the International Bill of Human Rights, followed by the International Covenant on Civil and Political Rights, and the International Covenant on Economic, Social and Cultural Rights and the two protocols attached to them, to complete the construction of the International Bill of Human Rights.

From this standpoint, the importance and problematic of the study lies in its attempt to review human rights in the International Bill, by presenting and analyzing their content and stating the binding force of the declaration and the two covenants. Accordingly, the objectives of the study are represented in its attempt to explain the nature of human rights, their sources in the international law, and the extent of states' commitment to them. The content of the study included a preliminary introduction and three demands from which several conclusions and recommendations were drawn.

Keywords: Human Rights, Charter of the United Nations, International Bill, Universal Declaration of Human Rights, International Covenant on Economic, Social and Cultural Rights (ICESCR), International Covenant on Civil and Political Rights (ICCPR).

مقدمة:

اكتسب موضوع حقوق الإنسان أهمية بارزة في الآونة الأخيرة، على المستويات كافة، خاصة المستوى الدولي. ولا شك في أن الاهتمام بحقوق الإنسان قد مر بمراحل تاريخية، وإنسانية طويلة، بذلت فيها كثير من الجهود على يد العديد من العلماء والباحثين المهتمين بالشأن الإنساني، بدءاً من حق الطبيعة وعقودها عند هوبز (1652)، ودولة الحرية الكاملة عند لوك (1690)، إلى جانب جهود العديد من المفكرين الذين مهدوا لقيام الثورة الفرنسية التي طرحت شعارات حقوق الإنسان فيما يتعلق بالحرية، والإخاء، والمساواة. ولأن معالجه المآسي الجسيمة لحقوق الإنسان لا تزال واحدة من التحديات الأساسية للنظام الدولي، كما أن انتهاكات حقوق الإنسان تشكل خرقاً واضحاً لأحكام ميثاق الأمم المتحدة، فإن حقوق الإنسان تقع في بؤرة اهتمام الأمم المتحدة منذ نشأتها، فبحلول العاشر من كانون الأول/ديسمبر من عام 1948 اعتمدت الجمعية العامة للأمم المتحدة الإعلان العالمي لحقوق الإنسان، ووضعت بذلك اللبنة الأولى في الشريعة الدولية لحقوق الإنسان أو وثيقة حقوق الإنسان الدولية، وفي 16 كانون الأول/ديسمبر 1966 اعتمدت الجمعية العامة، العهد الدولي للحقوق الاقتصادية والاجتماعية والثقافية، وكذلك العهد الدولي للحقوق المدنية والسياسية والبروتوكول الاختياري الملحق به، ليكتمل بذلك البناء أو ما يمكن أن نطلق عليه الميثاق الدولي لحقوق الإنسان الذي يُعد الأساس العام أو الشامل للقانون الدولي لحقوق الإنسان بما تضمنه من حقوق وحريات أساسية وردت فيه.¹

فالمشكلة تكمن في فرضية أولية أساسية لضحايا انتهاك حقوق الإنسان، هذه الفرضية والنظرة الأساسية يجب أن تنبع من الاعتراف المبدئي بإنسانية المخلوق البشري، فهذا الاعتراف هو المدخل لاحترام حقوق الإنسان، وبغير هذا الاعتراف تهون الحقوق الإنسانية للمخلوق البشري، وينزل في نظر منتهكي

¹ عبير إبراهيم أحمد الحسيني، العلاقة بين الشريعة الدولية لحقوق الإنسان والقوانين الوطنية، رسالة دكتوراه، كلية الحقوق، جامعة المنصورة، 2014، ص7.

حقوقه لدرجة الحيوان، أو الشيء المتجرد من روح الإنسان¹. لهذا تدخلت الشريعة الدولية لحقوق الإنسان، ومنحت الإنسان العديد من الحقوق، ووضحت طبيعة الالتزامات الملقاة على عاتق الدول وفقاً لأنواعها. أهمية الدراسة:

شهدت الآونة الأخيرة اهتماماً متزايداً بموضوع حقوق الإنسان، والكرامة الإنسانية عامة، خاصة مع التطور الذي شهده المجتمع الدولي واهتمامه المتضاعف بقضايا حقوق الإنسان، والوصول إلى وثيقة إنسانية شاملة لحقوق الإنسان وهي "الشريعة الدولية لحقوق الإنسان"، وتضاعف اتفاقيات حقوق الإنسان وتزايد عدد الدول الموقعة والمصدقة عليها. من هنا تعين علينا تناول الشريعة الدولية لحقوق الإنسان بالتحليل لها ولمضمونها والنظر في قيمتها القانونية، وطبيعة الالتزامات المترتبة عليها.

من هذا المنطلق تتمثل أهمية الدراسة في أنها سوف تحاول:

أولاً: بيان ماهية حقوق الإنسان.

ثانياً: نشأة الشريعة الدولية، ومكوناتها.

ثالثاً: عرض بعض نصوصها.

رابعاً: التعرف على القيمة القانونية لها.

خامساً: تحليل طبيعة الالتزامات الملقاة على عاتق الدول الأطراف مع التفرقة بين الحقوق المدنية والسياسية؛ والحقوق الاقتصادية والاجتماعية والثقافية، مما يجعلها ربما تسهم في إثراء المكتبة بأحد البحوث التي يمكن أن يستفيد منها العاملون في مجال حقوق الإنسان، والباحثون المشتغلين في المجال ذاته، مما سوف تتوصل إليه مع عديد من الدراسات الأخرى في هذا المجال من نتائج وتوصيات، بالإضافة إلى أن الدراسة الراهنة ربما تُعد بمثابة نواة لبحوث أخرى مستقبلية تتناول المواثيق الدولية لحقوق الإنسان بإذن الله. مشكلة الدراسة:

تكمن مشكلة الدراسة في محاولتها استعراض ماهية حقوق الإنسان، ودور منظمة الأمم المتحدة في هذا الشأن، والشريعة الدولية التي تحمي حقوق الإنسان، واستعراض أهم مواثيقها وتشريعاتها، وفهم جوهرها للوقوف على تعريف محدد لحقوق الإنسان، فضلاً عن تعرضها للقيمة القانونية لكل صك من الصكوك

¹ الشافعي محمد بشير، قانون حقوق الإنسان: مصادره وتطبيقاته الوطنية والدولية، ط4، منشأة المعارف، الإسكندرية، 2007، ص13.

الواردة داخلها، وطبيعة الالتزامات لكل نوع من أنواع تلك الحقوق، من هذا المنطلق سوف تحاول الدراسة التركيز على الآتي:

- ماهية حقوق الإنسان.
 - دور منظمة الأمم المتحدة في حماية حقوق الإنسان.
 - نشأة الشريعة الدولية لحقوق الإنسان، وطبيعة الالتزامات التي فرضتها على الدول.
 - مضمون بعض النصوص الواردة فيها، ومحاولة الكشف عن مدى كفايتها لتغطية حاجات الإنسان وحقوقه.
- أهداف الدراسة:**

- 1- التعرف على ماهية حقوق الإنسان وخصائصها وتصنيفاتها.
- 2- التعرف على ماهية الشريعة الدولية ومكوناتها:
- الإعلان العالمي لحقوق الإنسان (1948).
- العهد الدولي الخاص بالحقوق الاقتصادية والاجتماعية والثقافية (1966).
- العهد الدولي الخاص بالحقوق المدنية والسياسية (1966).
- 3- تحديد مدى إلزام مكونات الشريعة الدولية (الإعلان والعهدين) للدول الأعضاء.

منهج الدراسة:

اعتمدت الدراسة على المنهج الوصفي التحليلي الذي يتوافق مع مثل هذه الدراسات القانونية، وذلك بتناول الورقة البحثية ماهية حقوق الإنسان وخصائصها، واستعراض "الشريعة الدولية ونشأتها استعراضاً موجزاً، ثم تعرض لمكونات الشريعة الدولية (الإعلان العالمي لحقوق الإنسان 1948 والعهدين الدوليين 1966)، مستعرضة مكوناتهم وبعض مضامين نصوصهم والأحكام الواردة فيها من منظور تحليلي، وبيان مدى إسهام ميثاق منظمة الأمم المتحدة في فعالية الإعلان العالمي لحقوق الإنسان؛ والقوة الإلزامية لكل منها وطبيعة ذلك الإلزام، عارضة في ختامها لبعض النتائج والتوصيات.

محتوى الدراسة:

سوف تركز الدراسة الحالية على موضوع (حقوق الإنسان في الشريعة الدولية) من خلال مقدمة تمهيدية وثلاثة مطالب.

- تبدأ الدراسة بمقدمة تمهيدية للموضوع ثم **المطلب الأول** الذي يتناول (ماهية حقوق الإنسان) من خلال ثلاثة فروع. يعرض الفرع الأول (تعريف حقوق الإنسان)، والفرع الثاني (خصائص حقوق الإنسان)، والفرع الثالث (تصنيف حقوق الإنسان).

- أما **المطلب الثاني** فيتناول (الشريعة الدولية لحقوق الإنسان)، وذلك في ثلاثة فروع. يتناول **الفرع الأول** (الإعلان العالمي لحقوق الإنسان 1948)، والفرع الثاني لـ (العهد الدولي لحقوق المدنية والسياسية)، والفرع الثالث لـ (العهد الدولي للحقوق الاقتصادية والاجتماعية والثقافية).

- وأخيراً يعرض **المطلب الثالث** للدراسة لـ (طبيعة الالتزامات الواردة في الشريعة الدولية لحقوق الإنسان).
- وتأتي خاتمة الدراسة بعرض أهم ما ستتوصل إليه - بإذن الله - من نتائج وتوصيات.

التطورات التي حدثت في القانون الدولي منذ نهاية الحرب العالمية الثانية، اهتمامه المتزايد بحماية حقوق الإنسان¹ فمنذ نهاية الحرب العالمية الثانية، أصبح تعزيز احترام حقوق الإنسان والحريات الأساسية في كل مكان في العالم ومراعاتها، مصدراً لقلق المجتمع الدولي، ولقد أسهمت الأمم المتحدة إسهاماً هائلاً في تعزيز حقوق الإنسان وحمايتها، ومثلت إنجازاتها في مجال وضع المعايير التي لم يسبق لها مثيل في مجال حقوق الإنسان، المنصوص عليها في وثائق ذات قيم قانونية مختلفة.²

وينظر إلى هذا الاهتمام المتطور للقانون الدولي لحماية حقوق الإنسان على أنه نتيجة لتغير المواقف الاجتماعية تجاه مشكلة الإنسانية، وقد شهد النصف الأول من القرن التاسع عشر تطوراً مماثلاً لها عندما أدى الاستياء من العبودية إلى قبول القواعد القانونية التي تحظر تجارة الرقيق، ومن ثم النظم ذاتها التي تتصف بالعبودية. ولقد شهد النصف الثاني من القرن العشرين تطوراً للقواعد القانونية التي تحظر عديد من الأشكال الأخرى للسلوك المهمل غير المتحضر، والإبادة الجماعية مثال واضح على ذلك، هذا بالإضافة إلى أن الاعتقال التعسفي، والاحتجاز دون محاكمة، والإعدام السياسي، والتعذيب. وحقيقةً، إن مثل هذه الانتهاكات لحقوق الإنسان مازالت موجودة، إلا أن ذلك لا يعني أن محاولات منعها عن طريق الأنشطة والمبادرات الدولية إنما هي محاولات عبثية أو عديمة الفائدة، فوجود أكثر من جريمة على المستوى الوطني لا يقلل من قيمة القانون الجنائي، إن الانتهاكات واسعة النطاق لحقوق الإنسان تعلمنا أن محاولات منعها على المستوى الدولي ليست فعالة كما ينبغي أو كما نأمل، وإنما لا يزال هناك كثير من المحاولات ينبغي القيام بها لتحسين الأوضاع الدولية القائمة،³ هذه المحاولات يجب أن تستمر وتتضاعف، كما يجدر أن

¹ A. H. Robertson, Human Rights In The World: An Introduction To The Study Of The International Protection Of Human Rights, Second edition, Manchester University Press, England, 1982, p1.

² Theo Van Boven, The International System of Human Rights an Overview, Office of the High Commissioner for Human Rights, Manual On Human Rights Reporting: Under Six Major International Human Rights Instruments, United Nations Geneva, 1997, p.3.

³ A. H. Robertson, Human Rights In The World: An Introduction To The Study Of The International Protection Of Human Rights, Op.Cit, p1.

تكون مجالاً مستمراً ودائماً يجذب اهتمام الباحثين والعاملين في مجال حقوق الإنسان، ويحظى بالبحث والتحليل للوصول إلى نتائج مرضية وقابلة للتطبيق.

ومن هنا جاءت أهمية حقوق الإنسان دولياً، وعالمياً، بوصفها عملية تفرض نفسها على أرض الواقع.¹ لذا سوف يتناول المطلب التالي ماهية حقوق الإنسان، وخصائصها وتصنيفاتها.

المطلب الأول

ماهية حقوق الإنسان

نشأ مفهوم حقوق الإنسان في الغرب بعد سلسلة من الحروب، والصراعات التي نشأت بين القوى الكبرى والعصبيات، والقوميات، أزدهت فيها آلاف الأرواح، وطحن فيها القوى الضعيف، ومن ثم برز التفكير في الإعلان العالمي لحقوق الإنسان وذلك عام 1948، والعهدين الصادرين عام 1966، متحدثين فيهما عن أخلاقيات الحرب، وضوابط استخدام القوة، وعدم التمييز القائم على أساس العرق والدين واللغة، فكانت هذه المواثيق الداعمة لحقوق الإنسان بمثابة إطفاء نيران الانحراف الحادث في الفطرة الإنسانية التي انسأقت وراء شرور النفس ورغباتها، وضخ مفاهيم الحرية، والكرامة الإنسانية، والإرهاب، والأمن، والسلام، وفقاً لهذه السياقات، وطبقاً لفلسفات واضعها،² ولا ريب في أن تمتع الناس بحقوق الإنسان كافة هو ما يستقيم مع جوهر فكرة حقوق الإنسان.³

الفرع الأول

تعريف حقوق الإنسان

في الواقع إنه من الصعب الوصول إلى تعريف محدد لمفهوم حقوق الإنسان، فهناك عديد من التعريفات المختلفة ذات الرؤى المتنوعة، ولكن من أهم هذه التعريفات وأوضحها تعريف الفقيه "رينيه كاسان"

¹ أحمد محمد رضوان، حقوق الإنسان الأكثر ضعفاً في المواثيق الدولية وتطبيقاتها على مصر، "رسالة دكتوراه"، كلية الحقوق جامعة المنصورة، 2020، ص 60.

² زائدة أحمد عبد الجواد، "حقوق الإنسان: نظرات في المفهوم والتنزيل"، مجلة الوعي الإسلامي - وزارة الأوقاف والشؤون الإسلامية، الكويت، مجلد 49، عدد 557، دار المنظومة، 2011.

<http://search.mandumah.com/Record/457802>.

³ عصام أنور سليم، "النظرية العامة لحقوق الإنسان"، دراسة منشورة في، حقوق الإنسان، كلية الحقوق، جامعة الإسكندرية، 2005، ص 19.

لحقوق الإنسان إنها: "فرع خاص من فروع العلوم الاجتماعية يختص بتحديد الحقوق، والرخص الضرورية التي تتيح ازدهار شخصية كل فرد في المجتمع استنادًا إلى كرامته الإنسانية".¹

ومن أهم المنظمات التي عرفت حقوق الإنسان، منظمة الأمم المتحدة التي أكدت في ديباجية الإعلان العالمي لحقوق الإنسان أن حقوق الإنسان هي: (ضمانات قانونية عالمية لحماية الأفراد والجماعات من إجراءات الحكومات التي تمس الحريات الأساسية، والكرامة الإنسانية، ويلزم قانون حقوق الإنسان الحكومات ببعض الأشياء، ويمنعها من القيام بأشياء أخرى)، أي أن رؤية المنظمة الدولية لحقوق الإنسان تقوم على أساس أنها حقوق أصلية في طبيعة الإنسان، وهي (تهدف إلى ضمان حماية معنى الإنسانية في مختلف المجالات السياسية، والاقتصادية، والاجتماعية، والثقافية).²

وهو ما يؤكد وصف الأمم المتحدة في منشورها الصادر عام 1987 بعنوان "حقوق الإنسان: أسئلة وأجوبة"، لتعريف حقوق الإنسان على النحو التالي: "إنها تلك الحقوق المتأصلة في طبيعتنا والتي بدونها لا يمكننا العيش بوصفنا بشرًا".³

كما يعرفها البعض بأنها "علم يتعلق بالشخص" لاسيما الإنسان الطبيعي الذي يعيش في ظل دولة، والذي يجب أن يستفيد بالحماية القانونية سواء عند اتهامه بارتكاب جريمة أو عندما يكون ضحية لانتهاك ما، وذلك عن طريق تدخل القاضي الوطني، والمنظمات الدولية.⁴

الفرع الثاني

خصائص حقوق الإنسان

تضمن مفهوم حقوق الإنسان بعض الخصائص التي تميزه، من أبرز هذه الخصائص ما يلي:

1- حقوق الإنسان حقوق عالمية:

حقوق الإنسان لها صبغة عالمية؛ لأنها تنطبق على كل إنسان في العالم، بغض النظر عن عرقه أو لونه أو جنسه ... أو أي وضع آخر، فهي تطبق على قدم المساواة ودون تمييز على كل شخص،

¹ إبراهيم أحمد خليفة، الالتزام الدولي باحترام حقوق الإنسان وحرياته الأساسية "دراسة تحليلية في الرقابة على تنفيذه"، دار الجامعة الجديدة، الإسكندرية، 2010، ص15.

² هشام مصطفى محمد، حقوق الإنسان في التشريعات العربية والمواثيق الدولية، دار المطبوعات الجامعية، الإسكندرية، 2016، ص 117.

³ United Nations, Human Rights and Social Work: Professional Training Series No.1, Center for Human Rights, Geneva, 1994, p.4.

⁴ إبراهيم أحمد خليفة، مرجع سابق، ص15.

والشرط الوحيد للحصول على حقوق الإنسان هو أن تكون إنساناً.¹ وتقوم حقوق الإنسان على أساس مجموعة من القيم العالمية (مثل الكرامة، والحرية، والمساواة، والعدالة) والتي تُعد بمثابة مُثلٍ عُليا للنوع البشري.²

2- حقوق الإنسان حقوق لصيقة ومتأصلة:

حقوق الإنسان لا تُشترى، ولا تُكتسب، ولا تورث، ولا يجوز التنازل عنها تحت أي ظرف، أو لأي سبب، ولا يجوز انتزاعها من الفرد أو الحجر عليه، كما أنها لا تسقط بالتقادم، فهي ملك للناس لأنهم بشر³؛ فهي حقوق متأصلة أي أنها جزء طبيعي من الإنسان.⁴

3- حقوق الإنسان حقوق شاملة وغير قابلة للتجزئة:

حقوق الإنسان جميعها كلية شاملة وغير قابلة للتجزئة، فلا يمكن اختيار أو تفضيل فئة دون أخرى من هذه الحقوق، فحقوق الإنسان كلها مترابطة وغير قابلة للانفصال بعضها عن البعض الآخر.⁵ فحقوق الإنسان تؤثر في بعضها البعض، فهي تعمل جميعاً معاً، ونحن بحاجة إليها جميعها.⁶

4- حقوق الإنسان حقوق متساوية وغير تمييزية:

يُعد عدم التمييز مبدأً شاملاً في القانون الدولي لحقوق الإنسان، وهو موجود في جميع المعاهدات الرئيسية لحقوق الإنسان، ويطبق مبدأ عدم التمييز على كل شخص فيما يتعلق بجميع حقوق الإنسان وحرياته، ويحظر التمييز على أساس قائمة من الفئات غير الحصرية منها الجنس، والعرق، واللون، وما إلى ذلك.⁷

5- حقوق الإنسان حقوق ثابتة:

حقوق الإنسان ثابتة غير قابله للتصرف فيها، وهي تنتمي تلقائياً إلى كل إنسان، فهي لا تحتاج إلى المنح من قبل الحكومة أو أي سلطة أخرى، ولا يمكن التنازل عنها، ولا يستطيع أي شخص أن يسلبك إياها،

¹ Janet E. Lord, et al, Editors, Human Rights. YES! Action and Advocacy on the Rights of Persons with Disabilities, 2nd Edition, University of Minnesota Human Rights Center, United States of America, 2012, p.4.

² Unesco, All human beings... A manual for human rights education, Unesco, Publishing, 1998, p.27.

³ شريف مصطفى محمود أبو العينين، حقوق الإنسان بين التقييد والتوظيف السياسي، دار الجامعة الجديدة، الإسكندرية، 2017، ص 21.

⁴ Janet E. Lord, et al, Editors, Human Rights. YES! Action and Advocacy on the Rights of Persons with Disabilities, Op.Cit, p.4.

⁵ Unesco, All human beings, Op.Cit , pp 27,28.

⁶ Janet E. Lord, et al, Editors, Human Rights. YES! Action and Advocacy on the Rights of Persons with Disabilities, Op.Cit, p.5.

⁷ هشام مصطفى محمد، مرجع سابق، ص 125، 126.

وحتى في حالة انتهاكها أو منعك من المطالبة بهذه الحقوق الإنسانية، فإنه يظل لك حق الحصول على هذه الحقوق.¹

7- حقوق الإنسان حقوق دولية:

تمنح حقوق الإنسان للفرد حقوقاً دولية مباشرة في حال انتهاك حقوقه من قبل دولة أجنبية، ويتاح له اللجوء إلى الآليات المنصوص عليها في المواثيق الدولية، والتي بموجبها يضمن الحماية الدبلوماسية لهذه الحقوق، وإذا كان الانتهاك صادراً عن دولته، عليه أن يلجأ إلى الأجهزة الداخلية السياسية والقضائية لإنصافه في حالة انتهاك حقوقه.²

الفرع الثالث:

تصنيف حقوق الانسان

بعد استعراض مفهوم حقوق الإنسان وماهيتها بالتركيز على خصائصها، سوف تعرض الدراسة إلى تصنيف تلك الحقوق. هناك العديد من التصنيفات نختار منها التقسيم وفقاً لمضمون تلك الحقوق - بما يتناسب مع موضوع البحث - ونقسمها إلى أربعة أنواع كالآتي:

الجيل الأول: ويشمل هذا الجيل الحقوق التي تهتم بقضايا الحرية، والمشاركة السياسية، ومن تلك الحقوق "حرية التعبير، حرية الديانة، المحاكمة العادلة، حق التصويت".

الجيل الثاني: ويتضمن الحقوق الاقتصادية، والاجتماعية، والثقافية ومنها "حق العمل، والرعاية الصحية، والسكن، والضمان الاجتماعي، وإعانات البطالة".

الجيل الثالث: يؤكد ضرورة التضامن بين البشرية جمعاء، ومواجهة التحديات التي تعترض الجنس البشري للوصول إلى هذا التضامن، ونتج عن ذلك ظهور مجموعة جديدة من حقوق الإنسان وهي "الحق في السلم، والحق في التنمية".

الجيل الرابع: ويتضمن الحقوق التي تكفل حماية الإنسان، وخصوصياته، وأدميته ضد الجوانب السلبية للتقدم العلمي والتكنولوجي الحادث، وبخاصة في مجال الهندسة الوراثية.³

¹ Janet E. Lord, et al, Editors, Human Rights. YES! Action and Advocacy on the Rights of Persons with Disabilities, Op.Cit, p.5.

² شريف مصطفى محمود أبو العينين، حقوق الإنسان بين التفريط والتوظيف السياسي، مرجع سابق، ص22.

³ شريف مصطفى محمود أبو العينين، المرجع نفسه، ص22، 24، 25.

المطلب الثاني

الشريعة الدولية لحقوق الإنسان

مع نشوب الحرب العالمية الثانية عام 1939، تجلت أهوال الحرب، والخراب وبشاعة انتهاكات حقوق الإنسان، فقد كانت مثلاً مروعاً للوحشية والبشاعة والعنف وقتل ملايين البشر بشكل ممنهج وبلا رحمة، بصورة لم يسبق لها مثيل في التاريخ.¹ مما دفع المجتمع الدولي للبحث عن نظام دولي عالمي يحمي حقوق الإنسان ويحقق السلم والأمن الدوليين، ومن هنا تم إنشاء منظمة الأمم المتحدة؛ ثم ظهر الاحتياج إلى إقرار معاهدة جماعية تتوافق فيها إرادة أعضاء المجتمع الدولي على إقرار السلام والعدل، والدفع للرقى الاجتماعي. فكان الميثاق "ميثاق الأمم المتحدة" هو اللبنة الأساسية الأولى التي كان لها دور في بلورة فروع القانون الدولي لحقوق الإنسان.²

وقد عُقدت الاجتماعات التمهيدية لمنظمة الأمم المتحدة في أواخر عام 1944 في "دمبارتون أوكس"، ولم تحدد مقترحاتها سوى أهداف المنظمة، وفي العام التالي تم اعتماد ميثاق الأمم المتحدة في سان فرانسيسكو وافتتحت المنظمة، وأعلن الميثاق أن تعزيز احترام حقوق الإنسان، وتشجيعها هو التزام يقع على عاتق الدول الأعضاء.³

خرج الميثاق بعد أن أقره أعضاء منظمة الأمم المتحدة بالإجماع في مؤتمر "سان فرانسيسكو" في 25 حزيران/يونيو 1945، وهو القانون الأساسي للمنظمة، والذي يتضمن مجموعة القواعد القانونية التي تحدد مبادئها، وأهدافها...⁴ ومن بين أهداف الأمم المتحدة المنصوص عليها في (المادة 1)، "... تعزيز احترام حقوق الإنسان والحريات الأساسية للجميع"، وتنص (المادة 55) على أن تشجع الأمم المتحدة، جملة أمور، "الاحترام العالمي، واحترام حقوق الإنسان، والحريات الأساسية للجميع بلا تمييز بسبب العرق، أو الجنس، أو اللغة أو الدين؛" بينما في (المادة 56) "يتعهد جميع الأعضاء بأن يقوموا، منفردين أو مشتركين، بما يجب عليهم من عمل بالتعاون مع الهيئة لإدراك المقاصد المنصوص عليها في المادة 55". وتتضمن (المادة 62) حكماً مماثلاً إلى حد ما بشأن المجلس الاقتصادي والاجتماعي. وتتطلب (المادة 68) من

¹ S. Darraj, The Universal Declaration of Human Rights, Chelsea House Publishers, 2010, P.18.

² شريف مصطفى محمود أبو العينين، مرجع سابق، ص 139.

³ William A. Schabas, The Abolition of the Death Penalty in International Law, Cambridge University Press, United Kingdom, 3rd Ed , 2002 ,p 25.

⁴ إبراهيم خليفة، وآخرون، التنظيم الدولي: نظرية الدولة- نظرية المنظمة الدولية- منظمة الأمم المتحدة، دار المطبوعات الجامعية، الإسكندرية، 2010، ص 142.

المجلس إنشاء لجان في المجالين الاقتصادي والاجتماعي، وتعزيز حقوق الإنسان؛ وتنص (المادة 76) على تعزيز حقوق الإنسان والحريات الأساسية للجميع دون تمييز.¹

وفي صدد تأكيد جدوى الميثاق وأهميته، فقد ذهب المجلس القومي لحقوق الإنسان في تقريره السنوي إلى القول بأن "ميثاق الأمم المتحدة (1945) قد أرسى حجر الأساس لتمتع الأفراد بمجموعة من الحقوق، بعد أن بدت لوضعيه الصلة التي تربط بين السلم والأمن الدوليين من جهة، واحترام حقوق الإنسان والحريات الأساسية للجميع دون تمييز من جهة أخرى". وإلى جانب تضمين الأمم المتحدة في ميثاقها لعدد من النصوص الخاصة بحقوق الإنسان، راحت تستكمل هذه النصوص باعتماد عديد من الصكوك والاتفاقيات الدولية التي تشمل مختلف حقوق الإنسان وحرياته الأساسية، ويأتي في مقدمتها ما يطلق عليه "الشريعة الدولية لحقوق الإنسان"² وهي ما سوف تعرض له الدراسة في الجزء الآتي، متناولة أسباب نشأتها، وماهيتها، ومضمونها، والقيمة القانونية لصكوكها.

نشأة الشريعة الدولية وماهيتها:

نشأت الشريعة الدولية لتعويض الثغرات الموجودة في ميثاق الأمم المتحدة، من حيث تعريف حقوق الإنسان، وتحديد التزامات الأعضاء تجاهها، وإنشاء إجراءات فعالة للإشراف على تطبيقها، وهو ما كانت تستهدفه وفود الدول التي أرادت تضمين الميثاق شريعة دولية للحقوق على غرار إعلانات الحقوق التي تتضمنها بعض الدساتير الوطنية، وبناءً عليه أوصت اللجنة التحضيرية للأمم المتحدة المجلس الاقتصادي والاجتماعي عند إنشائه للجنة حقوق الإنسان طبقاً للمادة (68) من الميثاق، أن يتوجه عمل هذه اللجنة - على وجه الخصوص - لوضع مشروع شريعة دولية لحقوق الإنسان، وهو ما طلبه المجلس من لجنة الأمم لحقوق الإنسان، بقراره رقم (9) (II) في 21 حزيران/يونيو 1946، ولقد عملت اللجنة، بالفعل على أداء هذه المهمة تحت إشراف المجلس الاقتصادي والجمعية العامة، منذ بداية عملها.³

ولكن خلال مناقشات لجنة حقوق الإنسان لفكرة الشريعة الدولية ظهرت اختلافات بين الدول في مواقفها بشأن شكل وثيقة هذه الشريعة، ومضمونها، والإجراءات اللازمة لتطبيقها، فبينما ذهبت بعض الدول الغربية إلى أن تأخذ الوثيقة شكل المعاهدة الملزمة للدول التي تنضم إليها، وأن تتضمن هذه المعاهدة الحقوق

¹ A. H. Robertson, Human Rights In The World:..., Op.Cit, p 24.

² التقرير السنوي للمجلس القومي لحقوق الإنسان، المجلس القومي لحقوق الإنسان، جمهورية مصر العربية، 2004-2005، المقدمة ص (أ).

³ إبراهيم علي بدوي الشيخ، التطبيق الدولي لاتفاقيات حقوق الإنسان "الآليات والقضايا الرئيسية"، دار النهضة العربية، القاهرة، 2008، ص25.

السياسية والمدنية، كان موقف الدول الاشتراكية هو أن تأخذ الوثيقة شكل الإعلان وأن تتضمن أساساً الحقوق الاقتصادية والاجتماعية والثقافية. وإزاء هذه الاختلافات التي تعكس الخلفيات الأيديولوجية للدول الغربية والاشتراكية، تم التوصل إلى حلول وسط مؤداها أن تتكون الوثيقة من إعلان يصدر في شكل توصية، أو قرار من الجمعية العامة للأمم المتحدة متضمناً الإشارة لحقوق مدنية، وسياسية، واقتصادية، واجتماعية، وثقافية، ومن معاهدتين أو عهدين، عهد أول يتضمن الحقوق الاقتصادية والاجتماعية والثقافية، وآخر يتضمن الحقوق المدنية والسياسية، ويتضمن كل من العهدين إجراءات التطبيق الخاصة به¹

ومن هنا يمكن القول إن الشريعة الدولية لحقوق الإنسان تقع في صميم عمل الأمم المتحدة لحماية حقوق الإنسان والحريات الأساسية وتعزيزها، وتتكون الشريعة من ثلاثة صكوك هي:

1- الإعلان العالمي لحقوق الإنسان (1948).

2- العهد الدولي الخاص بالحقوق الاقتصادية والاجتماعية والثقافية (1966).

3- العهد الدولي الخاص بالحقوق المدنية والسياسية (1966).

وتحدد الصكوك الثلاثة حقوق الإنسان وحرياته الأساسية، وهي تشكل أساس أكثر من خمسين اتفاقية، وإعلان، ومجموعة قواعد إضافية وضعتها الأمم المتحدة لحقوق الإنسان. وقد تضمنت هذه الوثائق الدولية الثلاث حقوق الإنسان بما يجعلها نموذجاً لمدونة عالمية للحقوق الإنسانية.² وحجر الزاوية في قانون حقوق الإنسان المعاصر. بالإضافة إلى البروتوكول الاختياري الملحق بالعهد الدولي الخاص بالحقوق المدنية والسياسية، والبروتوكول الاختياري الثاني للعهد الدولي الخاص بالحقوق المدنية والسياسية الذي اعتمدته الجمعية العامة للأمم المتحدة في كانون الأول/ ديسمبر 1989، ودخل حيز التنفيذ في 11 تموز/ يوليو 1991، وتشمل الصكوك الخمسة مجتمعة ما يُطلق عليه "شريعة الحقوق الدولية".³ وتركز الدراسة على الإعلان والعهدين دون البروتوكولين.

¹ إبراهيم علي بدوي الشيخ، المرجع نفسه، ص 25، 26.

² اللجنة المعنية بالحقوق الاقتصادية والاجتماعية والثقافية، صحيفة وقائع رقم 16، الصادرة عن مركز الأمم المتحدة لحقوق الإنسان، جنيف، ص 1.

³ William A. Schabas, The Abolition of the Death Penalty in International Law, Op.Cit. , p 23 .

الفرع الأول

الإعلان العالمي لحقوق الإنسان 1948

تُعد أول خطوة اتخذها المجتمع الدولي بعد إنشاء الأمم المتحدة هي إصدار الجمعية العامة الإعلان العالمي لحقوق الإنسان عام 1948، وقد أصدرت الجمعية العامة هذا الإعلان استنادًا إلى ميثاق الأمم المتحدة، كما أن إصداره يعد نتيجة منطقية لاهتمام الأمم المتحدة بحقوق الإنسان.¹

ويُعد الإعلان العالمي لحقوق الإنسان أحد أركان الشريعة الدولية لحقوق الإنسان، والذي اعتمد بوصفه إعلانًا عالميًا لحقوق الإنسان من قبل الجمعية العامة للأمم المتحدة في 10 كانون الأول/ديسمبر 1948 بعد نحو عام ونصف العام من العمل الجاد، ومنذ ذلك الحين أصبح يُحتفل به في هذا التاريخ على مستوى العالم باسم حقوق الإنسان، وقد تم التصويت على الإعلان بتأييد ثمانٍ وأربعين دولة، امتنع ثمانية عن التصويت ولم يعترض أحد، على الرغم من أن معظم إفريقيا، ومعظم دول آسيا، وأجزاء من الأمريكيتين كانت لاتزال تحت الحكم الاستعماري، إلا أن الإعلان العالمي منذ البداية حظي بتأييد عالمي، حيث حصل على أصوات 14 ولاية ودولة أوروبية وغربية، وتسع عشرة ولاية من أمريكا اللاتينية، وخمس عشرة دولة من إفريقيا وآسيا.²

ويُعد الإعلان أول وثيقة دولية خصصت بالكامل للحديث عن حقوق الإنسان، وهو ثمرة مسيرة طويلة من العمل الجاد نحو بلورة حقوق الإنسان.³

والواقع أنه على الرغم من أنه لم يتم تعريف "حقوق الإنسان" و"الحريات الأساسية" في الميثاق، إلا أن الأمم المتحدة قد أقرت قائمة بحقوق الإنسان المعترف بها في الإعلان العالمي لحقوق الإنسان، وقد أُعيد التأكيد على الإعلان العالمي لحقوق الإنسان نفسه في إعلان وبرنامج عمل فيينا، الذي تم اعتماده بعد المؤتمر العالمي لحقوق الإنسان عام 1993، ومازال هو التعبير الرئيسي للقيم العالمية لحقوق الإنسان، ومع أنه لم يتم اعتماد الإعلان العالمي لحقوق الإنسان بوصفه أداة ملزمة قانونًا، إلا أنه يمكن القول إن قواعده قد تبلورت فيما بعد بوصفه قانونًا دوليًا عرفيًا.⁴

أما عن مضمون الإعلان العالمي لحقوق الإنسان، وآثاره القانونية فهي تتضح فيما يلي:

¹ إبراهيم أحمد خليفة وآخرون، مرجع سابق، ص 97.

² Jack Donnelly, Universal Human Rights, Op.Cit, p 26.

³ عبد الكريم عوض خليفة، القانون الدولي لحقوق الإنسان، دار الجامعة الجديدة، الإسكندرية، 2013، ص 53.

⁴ Sarah Joseph, Blame it on the WTO? A Human Rights Critique, Oxford University Press, United Kingdom, 2011, p13.

بالنسبة إلى مضمونه: يتكون الإعلان من ديباجة وثلاثين مادة،¹ وهو عد أهم إعلان دولي لحقوق الإنسان في العصر الحديث، فقد جاء منسجماً مع ما ورد في ميثاق الأمم المتحدة وبخاصة المادة (55) الفقرة (ج) والتي تنص على: "أن يشيع في العالم احترام حقوق الإنسان، والحريات الأساسية بلا تمييز بسبب الجنس، أو اللغة، أو الدين، ولا تفريق بين الرجال والنساء، ومراعاة تلك الحقوق فعلاً". وقد تضمنت الحقوق المدرجة في الإعلان أربعة أقسام هي:

أولاً: الحقوق الأساسية: (المواد 1-2) وهي تتضمن أن الناس يولدون أحراراً ومتساوين، وأن يكون التعامل بينهم بالاحترام، وأن ينبذوا التمييز تحت أي سبب، ومساواة الرجل بالمرأة.

ثانياً: الحقوق المرتبطة بشخصية الإنسان: (المواد 3-14)، وهي تتضمن الحق في الحياة، وفي الحرية، وفي السلامة، وفي المساواة أمام القانون، وفي الحصول على الحماية القانونية، وفي عدم انتهاك حرمة المنازل، وفي تأمين المسكن...إلخ.

ثالثاً: الحقوق المرتبطة بالأحوال الشخصية: (المواد 15-17)، وهي تتضمن الحق في الجنسية، وحرية الزواج، وفي الملكية الفردية، والجماعية.

رابعاً: الحقوق العامة والسياسية: (المواد 18-28)، وهي تتضمن الحق في حرية الضمير، واختيار الدين وتغييره، وممارسة معتقداته، وحرية التعبير، والحق في العمل لقاء أجر عادل، والحق في الحصول على ضمان اجتماعي، والحق في التمتع بنظام اجتماعي دولي يحترم حقوق الإنسان،...إلخ، ونوهت المادة رقم 29 إلى أن كل إنسان عليه واجبات تجاه المجتمع، وعليه العمل ضمن قوانين ذلك المجتمع، أما المادة الأخيرة فمنعت تفسير أي مادة من هذا الإعلان بما يتعارض مع روحه وغايته.²

- القيمة القانونية للإعلان العالمي لحقوق الإنسان:

اختلفت الاتجاهات بشأن القيمة القانونية للإعلان العالمي لحقوق الإنسان، ومدى الالتزام الذي يفرضه على الدول، فانقسمت هذه الاتجاهات إلى ثلاثة أقسام تتمثل فيما يلي:

الاتجاه الأول: على الرغم من الاعتراف بقوة الإعلان بين أوساط الرأي العام العالمي، إلا إنه لا يمثل في حد ذاته وثيقة لها قوة القانون الملزمة، حيث صدر بصورة توصية صادرة عن الجمعية العامة للأمم المتحدة؛ وليس بصورة معاهدة؛ أو اتفاقية دولية؛ فهو لا يشكل أي التزام على عاتق الدول الأطراف،

¹ أبو الخير أحمد عطية عمر، الضمانات القانونية الدولية والوطنية لحماية حقوق الإنسان، ط1، دار النهضة العربية، القاهرة، 2004، ص17.

² هشام مصطفى محمد، مرجع سابق، ص240، 241.

ولا يُعد ملزماً للدول إلا من الناحية الأدبية الأخلاقية فقط.¹ فهو غير ملزم من الناحية القانونية ولا يترتب عليه التزامات دولية.

يرجع تاريخ الاتجاهات التي تنكر القوة الملزمة للإعلان العالمي لحقوق الإنسان إلى الوقت الذي جري فيه إعدادده، وليس أدل على ذلك من ذكر العبارات التي رددتها مدام "بوزفلت" رئيسة لجنة حقوق الإنسان آنذاك والتي جاء فيها "إن مشروع الإعلان لا يُعد معاهدة ولا اتفاقاً دولياً، كما أنه لا يتضمن أي التزام قانوني، ولكنه يُعد تأكيداً للمبادئ الأساسية التي تقوم عليها حقوق الإنسان التي لا ينافيها فيها منازع".²

الاتجاه الثاني: إن القيمة القانونية للإعلان تكمن أولاً: في أن الجمعية العامة أصدرته استناداً لنصوص ميثاق الأمم المتحدة، وأنها أصدرته بالإجماع، وثانياً: أن هذا الإعلان يُعد سابقة دولية مهمة في تكوين القواعد القانونية الدولية العرفية الخاصة بحقوق الإنسان، ومن هنا تتضح القيمة القانونية للإعلان، وأنه يترتب عليه التزامات دولية صريحة يجب أن تفي بها الدول، وإلا ترتبت عليها المسؤولية الدولية.³

وأصحاب ذلك الاتجاه يعدونه جزءاً لا يتجزأ من قواعد القانون الدولي العرفي، وبالتالي يرون أن إلزاميته لا تتبع من الإعلان ذاته، وإنما تُستمد منه بوصفه مفصلاً لمجمل الحقوق، والحريات الواردة في الميثاق، كما يؤكدون أن الإعلان، يُعد مرجعاً ومصدراً مهماً؛ لكثير من المعاهدات والاتفاقيات الدولية والإقليمية، وكذلك التشريعات الوطنية في مختلف بلدان العالم.⁴

ويعبر أصحاب هذا الاتجاه عن مدى ما يتمتع به الإعلان من قوة ملزمة، حيث يرون أنه يلزم من حيث الهدف المراد تحقيقه من وراء إصداره، ولكنه يترك لكل دولة اختيار الوسائل التي تراها أكثر ملاءمة لتحقيق هذا الهدف.⁵

الاتجاه الثالث: ويمثل هذا الاتجاه اتجاهاً وسطاً بين الاتجاه الملزم، والاتجاه غير الملزم؛ إذ أنه غالباً ما يُستشهد به، على الأقل جزئياً، بوصفه بياناً أو تدويناً للقانون الدولي العرفي، أو تفسيراً رسمياً لبنود حقوق الإنسان في ميثاق الأمم المتحدة، ووفقاً لمحكمة العدل الدولية، فإن قرارات الجمعية العامة، حتى وإن لم

¹ راشد فهد المري، حقوق الإنسان، وحرياته الأساسية في وقت السلم، ط1، دار النهضة العربية، القاهرة، 2015، ص 55، 56.

² هشام مصطفى محمد، مرجع سابق، ص 243.

³ إبراهيم أحمد خليفة، وآخرون، مرجع سابق، ص 102.

⁴ راشد فهد المري، مرجع سابق، ص 50.

⁵ إبراهيم أحمد خليفة، وآخرون، مرجع سابق، ص 586، 587.

تكن ملزمة، إلا أنها قد تكون ذات قيمة معيارية في بعض الأحيان، ففي حزيران/ يونيو 1993، أعاد المؤتمر العالمي لحقوق الإنسان في فيينا التأكيد على "أن الإعلان العالمي لحقوق الإنسان، يشكل معياراً مشتركاً...".¹

وفي صدد عرض الإعلان العالمي لحقوق الإنسان بوصفه أحد مكونات الشريعة الدولية يجدر في الجزء الآتي استكمال هذه المكونات والمثلة في العهدين الدوليين (العهد الدولي الخاص بالحقوق المدنية والسياسية) و(العهد الدولي الخاص بالحقوق الاقتصادية والاجتماعية والثقافية)، متناولاً نشأتها ومضمونها وقيمتها القانونية ودورها في إطار حقوق الإنسان عامة.²

الفرع الثاني

العهد الدولي لحقوق الإنسان والمدنية والسياسية

اعتمدت الجمعية العامة للأمم المتحدة العهد الدولي الخاص بالحقوق المدنية والسياسية، وفتح باباً للتوقيع عليه في كانون الأول/ ديسمبر عام 1966، ومرّ عقدٌ آخر من الزمان قبل أن تصدق عليه خمس وثلاثين دولة - وهو العدد المطلوب لجعل الاتفاقيات تدخل حيز التنفيذ -، وقد ازداد هذا العدد باستمرار في السنوات الأخيرة، وبحلول عام 2009 نما العدد إلى 164 من الدول الأطراف في العهد الدولي للحقوق المدنية والسياسية وإلى 160 دولة في العهد الدولي للحقوق الاقتصادية والاجتماعية والثقافية، ولقد ترتب على العهدين التزامات قانونية ملزمة للدول الأطراف.³

ولا ترجع أهمية العهدين الدوليين لحقوق الإنسان لمجرد تضمنهما طائفة عريضة من الحقوق المدنية والسياسية، والحقوق الاقتصادية والاجتماعية والثقافية، وإنما أيضاً لحرص الأمم المتحدة على تضمينها آليات وإجراءات تطبيق دولية.⁴

يتكون مضمون العهد الدولي للحقوق المدنية والسياسية من ديباجة مهمة و53 مادة، وتتضمن الديباجة تأكيداً على "ضرورة اعتراف المجتمع الدولي، والوطني، بالكرامة المتأصلة في الإنسان، بوصفها

¹ William A. Schabas , The Abolition of the Death Penalty in International Law, Op.Cit , p 23.

² إبراهيم أحمد خليفة، وآخرون، مرجع سابق، ص 586، 587.

³ Thomas Buergenthal, et al, International Human Rights In A nutshell, 4th Edition, St. Paul, Minn.: West : A Thomson Reuters business, 2009, pp 46-47

⁴ إبراهيم علي بدوي الشيخ، مرجع سابق، ص 29.

أساساً لسيادة الحرية، والعدل، والسلام؛ وطنياً ودولياً، وأن الأوضاع الوطنية، والدولية القائمة على تلك الروح هي الركن الأساسي لإقامة مجتمعات متحررة من الخوف والحاجة".¹

أما عن مواد الاتفاقية فهي تتضمن بالإضافة إلى الديباجة ستة أجزاء؛ يضم الجزء الأول منها (مادة 1) والتي تتعلق بحق تقرير المصير، أما الجزء الثاني فيتضمن (المواد من 2 إلى 5) ومن أهم الحقوق التي يتضمنها حق المساواة بين الرجال، والنساء، وعدم التمييز.²

ويحدد الجزء الثالث من العهد الخاص بالحقوق المدنية، والسياسية الحقوق (من 6 إلى 27) متضمناً (الحق في الحياة، حظر التعذيب والمعاملة اللاإنسانية، حظر العبودية والسخرة، الحق في الحرية والأمن، وحق الأشخاص المحتجزين في أن يعاملوا معاملة إنسانية، وحظر الحبسة بسبب الديون، وحرية التنقل واختيار السكن، وحظر الطرد التعسفي للأجانب، والحق في محاكمة عادلة، والحماية من رجعية القانون الجنائي، والحق في الاعتراف كشخص أمام القانون، والحق في الخصوصية، وحرية الفكر والوجدان والدين، وحرية الرأي والتعبير، وحظر الدعاية للحرب، والتحريض على الكراهية القومية أو العنصرية أو الدينية، وحرية تكوين الجمعيات، والحق في الزواج والعثور على الأسرة، وحقوق الطفل، والحقوق السياسية، والمساواة أمام القانون، وحقوق الأقليات).³

أما الجزء الرابع فيضم المواد (من 28 إلى 45) وتتناول اللجنة المعنية بحقوق الإنسان، ويضم الجزء الخامس (مادة 46، 47) أما الجزء السادس والأخير فيضم مواد (من 48 إلى 53)، وتمثل المواد من (28 إلى 53) آليات الرقابة الدولية لتنفيذ الاتفاقية.⁴

الفرع الثالث

العهد الدولي للحقوق الاقتصادية والاجتماعية والثقافية

تمت صياغة العهد الدولي الخاص بالحقوق الاقتصادية، والاجتماعية، والثقافية في لجنة حقوق الإنسان، ثم في اللجنة الثالثة للشؤون الاجتماعية، والإنسانية، والثقافية، التابعة للجمعية العامة، وفي 16 كانون الأول/ ديسمبر 1966 اعتمدته الجمعية العامة، وقد دخل إلى حيز التنفيذ في 3 كانون الثاني/ يناير

¹ الشافعي محمد بشير، كود حقوق الإنسان: شرح وتعليق، ط2، منشأة المعارف، الإسكندرية، 2008، هامش ص8، 9.

² اللجنة المعنية بحقوق الإنسان، العهد الدولي الخاص بالحقوق المدنية والسياسية، وفقاً لأحكام المادة 49، في حقوق الإنسان، مجموعة صكوك دولية، المجلد الأول، الأمم المتحدة، نيويورك، 1993.

3 A. H. Robertson, Human Rights in the World: .., Op.Cit, p 36.

⁴ الشافعي محمد بشير، مرجع سابق، ص53 وما بعدها.

1976، وحتى أول أيلول/ سبتمبر 1987 كان عدد الدول التي وقّعت على العهد الدولي للحقوق الاقتصادية والاجتماعية والثقافية تسعين دولة، صدّق منها على العهد ثلاث وثمانون دولة.¹

وبمراجعة مضمون العهد الدولي للحقوق الاقتصادية والاجتماعية والثقافية يمكن القول: إنه يتكون من ديباجة تحتوي مضموناً مماثلاً لمضمون العهد الدولي للحقوق المدنية والسياسية، و31 مادة تقع في خمسة أقسام؛ يضم القسم الأول (مادة 1) وتعرض مثل العهد السابق لحق تقرير المصير، أما الجزء الثاني فيضم (المواد من 2 إلى 5)، وأهم ما تتناوله مبدأ عدم التمييز، وحق المساواة بين الجنسين، ويتناول الجزء الثالث (المواد من 6 إلى 15)، وتركز على الحق في العمل، والتمتع بظروف عمل صالحة، ومأمونة وصحية وبأجور عادلة، وفرص متساوية للرجال والنساء، وحق تشكيل النقابات والانضمام لها، والحق في منح الأسرة أوسع حماية، وحق كل فرد في مستوى معيشي مناسب، والحق في التمتع بالصحة البدنية والعقلية، والحق في التعليم، والحق في المشاركة في الحياة الثقافية، والتمتع بمنافع التقدم العلمي وتطبيقاته، أما الجزئين الرابع والخامس فيتناولان آليات تنفيذ الاتفاقية.²

القيمة القانونية للعهدين الدوليين:

يُعد العهد الدولي للحقوق المدنية والسياسية، الوثيقة الأكثر تحديداً، فالحقوق الواردة فيها تمت صياغتها بشكل أكثر دقة، وتم تحديد مبدأ الالتزام فيها بشكل أكثر حزمًا³، وهو ما ينطبق أيضاً على العهد الدولي للحقوق الاقتصادية والاجتماعية والثقافية.

المطلب الثالث

طبيعة الالتزامات الواردة في الشريعة الدولية لحقوق الإنسان

يشير البحث في سبيل بيان العلاقة بين القانون الدولي والقانون الداخلي إلى اتفاقية فيينا لقانون المعاهدات لعام 1969 - نص المادة (27) - التي تؤكد على أنه لا يجوز لطرف في المعاهدة أن يتمسك بقانونه الداخلي كسبب لعدم تنفيذ هذه المعاهدة. وهذا ما أقره القضاء الدولي، حيث تكون الغلبة لقواعد القانون الدولي، وللاتفاقيات الدولية والتي تعلو على قواعد القانون الداخلي.

وفي صدد الحديث عن علو القانون الدولي على القانون الداخلي نشير إلى ما ذهب إليه "أ.د. الشافعي بشير" في تعليقه على المادة (5) من الاتفاقية الدولية للحقوق المدنية والسياسية التي أقرتها الجمعية العامة

¹ الشافعي محمد بشير، مرجع سابق، ص 55، 56.

² الشافعي محمد بشير، مرجع سابق، ص 55، 56.

³ J. A. Andrews and W. D. Hines, Key Guide to Information Source on the International Protection of Human Rights, Mansell Publishing Limited, London, 1987, pp 12-13.

للأمم المتحدة في 16/12/1966، والتي تنص في فقرتها الثانية على أنه: "لا يجوز تقييد أي من حقوق الإنسان الحقيقية المقررة، أو القائمة في أية دولة طرف من الاتفاقية الحالية استنادًا إلى القانون، أو الاتفاقات، أو اللوائح، أو العرف، أو التحلل منها، بحجة عدم إقرار الاتفاقية الحالية بهذه الحقوق، أو إقرارها بها بدرجة أقل.¹

وفي صدد التعرض لنطاق الالتزامات القانونية في مجال حقوق الإنسان وطبيعتها، تجدر الإشارة إلى أنه يتفاوت التزام الدولة في معاهدات حقوق الإنسان والإجراءات الواجب اتخاذها بصدها طبقًا لطبيعة الالتزام من حيث محل الالتزام، وهل هو التزام ببذل جهد أو عناية، أم هو التزام بتحقيق نتيجة معينة، ويرتبط ذلك بفورية الالتزام أو تدرجه، فالالتزام بكفالة الحقوق المدنية، والسياسية يغلب عليه الطابع الفوري، أما الالتزام بكفالة الحقوق الاقتصادية، والاجتماعية، والثقافية، فيغلب عليه الطابع التدريجي، كما أن هناك حقوقًا يتعين الالتزام بها على إطلاقها، بينما حقوق أخرى قيدتها معاهدات حقوق الإنسان، كما أن التحفظات التي قد تبديها بعض الدول يمكن أن تحد من نطاق التزام هذه الدول.²

والجدير بالذكر أن الحقوق المدنية والسياسية لا تحتاج إلى الموارد المالية، وهذا يتماشى مع فكرة تطبيقها بصورة فورية. على عكس الحقوق الاقتصادية، والاجتماعية، والثقافية، التي تحتاج إلى الموارد المالية والدعم المالي، ما يجعل طبيعة الالتزام بها تدريجي.

والالتزام الدولي في مجال حقوق الإنسان؛ إما أن يكون التزامًا بمسلك أو التزامًا بتحقيق نتيجة، وأيًا ما كان الالتزام فإن الغاية منه على الإطلاق هي ضمان احترام الحقوق التي نصت عليها القاعدة الدولية المقررة، سواء في إطار المعاهدات الشارعه أم العرف أم المبادئ العامة، وفي حال الالتزام بمسلك، تتحدد المخالفة بمقارنة مسلك الدولة الفعلي بالمسلك الذي كان يتعين عليها اتخاذه، وفي حالة الالتزام بنتيجة؛ فإن العبرة تكون بالنتيجة، فإذا لم تحدث النتيجة المتوقعة يكون هناك مخالفة للالتزام الدولي، والواقع أن محل الالتزام الدولي باحترام حقوق الإنسان هو خليط بين الالتزام بمسلك، والالتزام بنتيجة.³

وفي إطار هذا التزاوج بين الالتزام بمسلك والالتزام بنتيجة، ينص العهد الدولي للحقوق المدنية والسياسية، على سبيل المثال في المادة (1/2) من العهد الدولي للحقوق المدنية والسياسية، على التزام الدول الأطراف ليس فقط بالاعتراف بالحقوق الواردة فيه، ولكن التزامها أيضًا يكون بكفالة أو ضمان التمتع

¹ الشافعي محمد بشير، مرجع سابق، ص 15.

² إبراهيم علي بدوي الشيخ، مرجع سابق، ص 174.

³ إبراهيم علي بدوي الشيخ، مرجع سابق، ص 175، 176.

بهذه الحقوق دون أية تفرقة، ولضمان تحقيق هذه النتيجة تلتزم الدول الأطراف باتخاذ إجراءات تشريعية وغير تشريعية¹.

ويتضمن العهد الدولي الخاص بالحقوق المدنية والسياسية - على سبيل المثال - أحكاماً قانونية قابلة للتطبيق الفوري، منها تحريم التعذيب المادة (7)، وتحريم الرق والعبودية المادة (8)، والحق في الحرية والأمان المادة (9)، وعدم جواز الحبس عن الديون المدنية المادة (11)، وهي أمثلة استثنائية لا حصرية، وذلك لأن الأحكام الاتفاقية الحامية لحقوق مدنية وسياسية، تضع على عاتق الدول في الأغلب التزامات فورية لا برنامجية².

وعلى العكس من ذلك، إذا كان العهد الدولي للحقوق الاقتصادية والاجتماعية والثقافية - على سبيل المثال - جعل تعهد الدول الأطراف بضمان هذه الحقوق بوصفها نتيجة التزاماً تدريجياً تبعاً للموارد المتاحة، إلا إنه وضع التزاماً فورياً على الدول ينبغي عليها تنفيذه، يتمثل في أنها ملزمة "باتخاذ خطوات" لتحقيق هذه النتيجة المتراخية.⁽³⁾ ومن هذه الحقوق: الحق في العمل المادة (6)، والحق في الضمان الاجتماعي، والحق في التمتع بأعلى مستوى ممكن من الصحة البدنية والعقلية المادة (12)، وغيرها. وبالنسبة إلى التقارير التي تقدمها الدول للجان المشرفة على تطبيق اتفاقيات حقوق الإنسان، فإلى جانب الملاحظات الختامية المتعلقة بكل تقرير على حدة، حرصت بعض اللجان في تعليقاتها العامة على تبيان أهمية أن تعكس تلك التقارير المقترحة مدى وفاء الدول بالتزاماتها من الناحية القانونية والعملية، مثال على ذلك، ما أوضحته اللجنة المعنية بحقوق الإنسان من أن الالتزام بتقديم التقارير لا ينصرف فقط إلى التشريعات والقواعد ذات الصلة بالتزامات الدولة الطرف، بل ينصرف أيضاً إلى الممارسات، وأحكام المحاكم، وقرارات سلطات الدولة، وأية حقائق أخرى ذات صلة، من شأنها أن توضح درجة التطبيق الفعلي للالتزامات الدولة، ومدى التمتع بالحقوق المنصوص عليها في العهد، وكذلك التقدم الذي تحقق في هذا المجال، والصعوبات التي تعترض الدولة في الوفاء بالتزاماتها المنصوص عليها في العهد.⁴

¹ إبراهيم علي بدوي الشيخ، المرجع نفسه، ص 178، 179.

² محمد يوسف علوان، د. محمد خليل موسى، القانون الدولي لحقوق الإنسان "الحقوق المحمية"، ج2، دار الثقافة، عمان، الأردن، 2009، ص72.

³ إبراهيم علي بدوي الشيخ، مرجع سابق، ص179، 180.

⁴ إبراهيم علي بدوي الشيخ، مرجع سابق، ص184.

أما بالنسبة لاتفاقيات حقوق الإنسان التي تتضمن "التزامات برنامجية" أو "أحكامًا توجيهية"، ليست فورية التطبيق بل تدريجية، فإن إعمالها يخضع إلى تدابير تشريعية، أو إرادية تتخذها الدول الأطراف، وتنطبق هذه الحالة بوجه عام على الاتفاقيات المتعلقة بالحقوق الاقتصادية، والاجتماعية، والثقافية، وفي هذا الصدد تنص المادة (1/2) من العهد الدولي الخاص بالحقوق الاقتصادية، والاجتماعية، والثقافية، على أن الدول الأطراف تتعهد "بأن تتخذ... ما يلزم من خطوات لضمان التمتع الفعلي التدريجي بالحقوق المعترف بها في هذا العهد، سالكة إلى ذلك جميع السبل المناسبة".¹

خاتمة

أهتم العلماء، والباحثون، والحكومات، والدول، والمجتمع الدولي ومنظماته بموضوع حقوق الإنسان اهتمامًا بالغًا في الآونة الأخيرة، ما جعل البعض يُطلق على هذا العصر الذي نعيشه "عصر حقوق الإنسان"، حيث ازداد تسليط الضوء عليه، وذيبوه بين القاصي والداني، وربما مرد هذا الاهتمام هو تقدم المجتمعات، وتطورها، والذي صاحبه ثورة في الوعي تطالب بالتمتع بهذه الحقوق، وحمايتها من الانتهاكات الصارخة التي تتعرض لها، وعلى الرغم من كثافة الموانيق الدولية الخاصة بحقوق الإنسان؛ إلا أن كل هذه الموانيق تشير في ديباجاتها إلى الشريعة الدولية لحقوق الإنسان التي تعتبر أهم وثيقة دولية تناولت حقوق الإنسان، ووضحت طبيعة التزامات الدول بتلك الحقوق.

من هذا المنطلق سعت الدراسة الراهنة إلى تناول موضوع (حقوق الإنسان في الشريعة الدولية) بالدراسة التحليلية لها، وتم استعراض الموضوع في مقدمة تمهيدية، وثلاثة مطالب.

وانتهت الدراسة إلى مجموعة من النتائج، سوف يعرضها الباحث فيما يلي:

- أن ميثاق الأمم المتحدة هو أول وثيقة دولية توفر قاعدة أساسية لحقوق الإنسان، وتعالجه بصورة مباشرة، وعلى الرغم من أهمية الميثاق، إلا أنه لم يوسع من نطاق حقوق الإنسان التي ينبغي حمايتها، وركز على حق المساواة وعدم التمييز بالإضافة إلى حق الشعوب في تقرير مصيرها.
- نتيجة لوجود بعض الثغرات، والقصور في ميثاق الأمم المتحدة نشأت الشريعة الدولية، وهي وثيقة تقع في صميم عمل الأمم المتحدة لحماية حقوق الإنسان والحريات الأساسية وتعزيزها، وتتكون من ثلاثة صكوك هي (الإعلان العالمي لحقوق الإنسان، والعهد الدولي).
- أما الإعلان العالمي لحقوق الإنسان الذي صدر عن الجمعية العامة للأمم المتحدة، فيعتبر أول وثيقة دولية تخصص بالكامل للحديث عن حقوق الإنسان، وقد اختلفت الاتجاهات بشأن القيمة

¹ محمد يوسف علوان، د. محمد خليل موسى، مرجع سابق، ص73.

القانونية له، حيث تراوحت ما بين كونه ملزماً، ولكنه التزاماً أدبياً وليس قانونياً، وبين كونه ملزماً من حيث الهدف المراد تحقيقه من وراء إصداره، أما أصحاب الاتجاه الوسطي؛ فيرون أن قراراته وإن لم تكن ملزمة، إلا إنها قد تكون ذات قيمة معيارية في بعض الأحيان.

- اعتمدت الجمعية العامة للأمم المتحدة العهدين الدوليين، وتضمن كل منهما طائفة عريضة من الحقوق كل في مجال اختصاصه، إلى جانب تضمنهما آليات، وإجراءات تطبيق، ورقابة دولية ما أضفى عليهما أهمية خاصة.
- وأوضحت الدراسة أن العلاقة بين القانونين الدولي، والوطني، يحكمها سمو الأولى على الثانية، مع اختلاف طبيعة الحقوق المدنية والسياسية التي يكون الالتزام بها فوراً؛ عن الحقوق الاقتصادية والاجتماعية والثقافية، التي يكون الالتزام فيها تدريجياً.

التوصيات

- نشر الوعي وتعميم ثقافة حقوق الإنسان في كل المجتمعات، وتوسيع نطاق التوعية بها بين عموم الناس من خلال عدة سبل؛ منها رجال الدين ودورهم في التوعية.
- عقد محاضرات لأعضاء السلطة القضائية في الدولة؛ للتأكيد على القوة الإلزامية للشريعة الدولية وسموها على القوانين الوطنية عند التعارض.
- ضرورة النظر بعناية بالغه إلى طبيعة التزام الدولة بالشريعة الدولية - سواء كان الالتزام ببذل عناية أم بتحقيق نتيجة - عند سن السلطة التشريعية للقوانين أو عند تنفيذ الحكومة لتلك القوانين.

قائمة المصادر والمراجع:

الكتب العربية

- إبراهيم أحمد خليفة، الالتزام الدولي باحترام حقوق الإنسان وحياته الأساسية "دراسة تحليلية في الرقابة على تنفيذه"، دار الجامعة الجديدة، الإسكندرية، 2010.
- إبراهيم خليفة، وآخرون، التنظيم الدولي: نظرية الدولة - نظرية المنظمة الدولية - منظمة الأمم المتحدة، دار المطبوعات الجامعية، الإسكندرية، 2010.
- إبراهيم علي بدوي الشيخ، التطبيق الدولي لاتفاقيات حقوق الإنسان "الآليات والقضايا الرئيسية"، دار النهضة العربية، القاهرة، 2008.
- أبو الخير أحمد عطية عمر، الضمانات القانونية الدولية والوطنية لحماية حقوق الإنسان، ط1، دار النهضة العربية، القاهرة، 2004.
- أحمد محمد رضوان، حقوق الإنسان الأكثر ضعفاً في المواثيق الدولية وتطبيقها على مصر، دار الأهرام، المنصورة، 2022.

- الشافعي محمد بشير، قانون حقوق الإنسان: مصادره وتطبيقاته الوطنية والدولية، ط4، منشأة المعارف، الإسكندرية، 2007.
 - الشافعي محمد بشير، كود حقوق الإنسان: شرح وتعليق، ط2، منشأة المعارف، الإسكندرية، 2008.
 - راشد فهد المري، حقوق الإنسان، وحياته الأساسية في وقت السلم، ط1، دار النهضة العربية، القاهرة، 2015.
 - شريف مصطفى محمود أبو العينين، حقوق الإنسان بين التقريط والتوظيف السياسي، دار الجامعة الجديدة، الإسكندرية، 2017.
 - عبد الكريم عوض خليفة، القانون الدولي لحقوق الإنسان، دار الجامعة الجديدة، الإسكندرية، 2013.
 - ماجد راغب الحلو، وآخرون، حقوق الإنسان، كلية الحقوق، جامعة الإسكندرية، 2005.
 - محمد يوسف علوان، د. محمد خليل موسى، القانون الدولي لحقوق الإنسان "الحقوق المحمية"، ج2، دار الثقافة، عمان، الأردن، 2009.
 - هشام مصطفى محمد، حقوق الإنسان في التشريعات العربية والمواثيق الدولية، دار المطبوعات الجامعية، الإسكندرية، 2016.
- رسائل الماجستير والدكتوراه**
- أحمد محمد رضوان، حقوق الإنسان الأكثر ضعفاً في المواثيق الدولية وتطبيقاتها على مصر، رسالة دكتوراه، كلية الحقوق جامعة المنصورة، 2020.
 - عبير إبراهيم أحمد الحسيني، العلاقة بين الشريعة الدولية لحقوق الإنسان والقوانين الوطنية، رسالة دكتوراه، كلية الحقوق، جامعة المنصورة، 2014.

المجلات:

- زائدة أحمد عبد الجواد، "حقوق الإنسان: نظرات في المفهوم والتنزيل"، مجلة الوعي الإسلامي - وزارة الأوقاف والشؤون الإسلامية - الكويت، مجلد 49، عدد 557، دار المنظومة، 2011.

التقارير والمنشورات:

- اللجنة المعنية بالحقوق الاقتصادية والاجتماعية والثقافية، صحيفة الوقائع، رقم (16)، الصادرة عن مركز الأمم المتحدة لحقوق الإنسان، جنيف، 1996.

- اللجنة المعنية بحقوق الإنسان، العهد الدولي الخاص بالحقوق المدنية والسياسية، وفقاً لأحكام المادة 49، حقوق الإنسان، مجموعة صكوك دولية، المجلد الأول، الأمم المتحدة، نيويورك، 1993.
- التقرير السنوي للمجلس القومي لحقوق الإنسان، المجلس القومي لحقوق الإنسان، جمهورية مصر العربية، 2004-2005.

English Books

- A. H. Robertson, Human Rights In The World : An Introduction To The Study Of The International Protection Of Human Rights, Second edition, Manchester University Press, England, 1982.
- J. A. Andrews and W. D. Hines, Key Guide to Information Source on the International Protection of Human Rights, Mansell Publishing Ltd, London, 1987.
- Jack Donnelly, Universal Human Rights in Theory and Practice, 3rd Edition, Cornell University Press, USA, 2013.
- Janet E. Lord, et al, Editors, Human Rights. YES! Action and Advocacy on the Rights of Persons with Disabilities, 2nd Edition, University of Minnesota Human Rights Center, United States of America ,2012.
- S. Darraj, The Universal Declaration of Human Rights, Chelsea House Publishers, 2010.
- Sarah Joseph, Blame it on the WTO? A Human Rights Critique, Oxford University Press, United Kingdom, 2011.
- Theo Van Boven, The International System of Human Rights an Overview, Office of the High Commissioner for Human Rights, Manual on Human Rights Reporting: Under Six Major International Human Rights Instruments, United Nations Geneva, 1997.
- Thomas Buergenthal, et al, International Human Rights In A nutshell, 4th Edition, St. Paul, Minn: West: A Thomson Reuters business, United States, 2009.
- Unesco, All human beings, A manual for human rights education, Unesco, Publishing, 1998.
- United Nations, Human Rights and Social Work : Professional Training Series No.1, Center for Human Rights, Geneva, 1994.
- William A. Schabas, The Abolition of the Death Penalty in International Law, Cambridge University Press, United Kingdom, 3rd Ed,2000

تعزيز منازعات الوعاء الضريبي في إطار إصلاح وعصرنة المنظومة الجبائية في الجزائر
Strengthening Tax Base Disputes within the Framework of Reforming and Modernizing
the Tax System in Algeria

د. خروبي هني، جامعة حسيبة بن بوعلي - الشلف، الجزائر

hkharobi@yahoo.com

د. قندز بن توتة، جامعة تسمسليت، الجزائر

bguendez65@gmail.com

DOI: <https://doi.org/10.70411/MJLS.1.1.202312>

ملخص:

هدفت الدراسة إلى الوقوف على جهود السلطات العمومية المبذولة في تعزيز إصلاح إحدى أهم الآليات المنوطة بتوطيد العلاقات مع المكلفين بالضريبة، وهي آلية المنازعات، ومن خلال هذا دأبت السلطات العمومية في إطار برامج إصلاح وعصرنة المنظومة الجبائية في الجزائر، إلى جملة من الآليات القانونية والتنظيمية الرامية إلى تبسيط تقنيات الضريبة وكافة الإجراءات الإدارية، وكذا تحسين تسيير المنازعات، وذلك بهدف جعل الإدارة الجبائية إدارة ديناميكية عمومية حقيقية قائمة على أعلى درجة من الثقة المتبادلة الذي هو قبول الضريبة، مما يسمح بتجسيد مبدأ المساواة الجبائية، غير أنه في الممارسة العملية، فإن هذه التدابير قابلتها جملة من المعوقات بالإضافة إلى حالات العراقيل التي يتسبب فيها العنصر البشري سواء من حيث تطبيق القوانين أم من حيث التأويل الخاطئ لها، مما أدى إلى نشوء المنازعات الضريبية وارتفاع حجمها في كل سنة.

الكلمات المفتاحية: إصلاح، عصرنة، منظومة جبائية، الآليات القانونية والتنظيمية، تحسين المنازعات الضريبية، معوقات وعراقيل.

Abstract :

The study aims to identify the efforts of the public authorities to promote the reform of one of the most important mechanisms entrusted with consolidating relations with taxpayers, namely the dispute mechanism. Therefore, the public authorities took a number of legal and regulatory procedures. In order to simplify tax techniques and all administrative procedures, as well as to improve the management of disputes with the aim of transforming the tax administration into a truly dynamic public administration based on the highest degree of mutual trust, which is the acceptance of tax that provides the principle of tax equality. These procedures have met with a number of obstacles in addition to the obstacles caused by the human element, whether in terms of the application of laws or lack of understanding.

Keywords : reform, modernization, tax system, legal and regulatory mechanisms, tax dispute improvement, constraints and obstacles.

مقدمة:

نظرا لأهمية الضرائب وتأثيرها على حجم إيرادات للخرينة العمومية، لجأت الحكومة الجزائرية إلى إصلاح المنظومة الجبائية كجزء من الإصلاح الاقتصادي والمالي، وهذا باعتبار الإصلاح الإداري هو بمثابة إجراء داعم لنجاح الإصلاح الضريبي، وذلك من خلال جعل الإدارة الجبائية إدارة ديناميكية عمومية حقيقية تستند إلى رهان التحضر الجبائي، وجعل النظام الضريبي أكثر جاذبية لاستقطاب رؤوس الأموال المحلية والأجنبية، مما يسمح لها بتوطيد علاقاتها مع المكلف بالضريبة بهدف استرجاع الثقة المفقودة وإزالة التوتر القائم من خلال تحسين جودة خدماتها بالاعتماد على الرقمة هذا من جهة، ومواكبة التطور الحاصل في بيئة الأعمال نتيجة التطور التكنولوجي المستمر في مجال المعلومات والاتصالات هذا من جهة أخرى، وبالتالي تجسيد أهداف الضريبة في المجال المالي والاقتصادي والاجتماعي على أرض الواقع.

على الرغم من استحداث المديرية العامة للضرائب، كهيئة عمومية تتمتع بالاستقلال الإداري والمالي في إطار تنفيذ برنامج الإصلاح، والتي انتقلت في إطار تنفيذ برنامج العصرية إلى إدارة ديناميكية عمومية حقيقية تجسد القرب والسرعة في اتخاذ القرار، وكذلك تبسيط كافة الإجراءات الإدارية والإجراءات المتعلقة بالتقنيات الضريبية، واستحداث قانون الإجراءات الجبائية الذي اعتبره بعض رجال القانون بمثابة قواعد أساسية في مجال الوعاء والتحصيل والرقابة والمنازعات، وذلك لحرص المشرع الجزائري من خلال هذا القانون على إحداث التوازن بين مصالح الخزينة ومصالح المكلف بالضريبة ومصالح المجتمع، إلا أن الإدارة الجبائية لم تتمكن من كسب رضى المكلف بالضريبة وإزالة التوتر القائم، ولا مواكبة النسيج الجبائي المعقد والمتنوع قصد تجسيد المردودية الجبائية، وهذا نتيجة لجملة من المعوقات والعراقيل التي واجهتها في الممارسة العملية، والتي ساهمت بشكل كبير في عدم تحقيق الأهداف المنشودة من برامج إصلاح وعصرنة الإدارة الجبائية في الجزائر، مما أدى بالسلطات العمومية إلى تنظيم الجلسات الوطنية حول الإصلاح الجبائي سنة 2020، وذلك بمشاركة إطارات من مختلف الوزارات وأساتذة جامعيين وخبراء محاسبين وشخصيات سياسية، ورؤساء الجمعيات والاتحادات المهنية ورؤساء الغرف التجارية.

إشكالية الدراسة.

على الرغم من إصلاح وعصرنة المنظومة الجبائية، والحرص على ترقية العلاقات مع المكلفين بالضريبة من خلال مرافقتهم لمساعدتهم على فهم حقوقهم قبل مطالبتهم بالتزاماتهم الجبائية، وبالتالي تجنب اللجوء إلى القضاء للتحكيم وإتقاله بالمزيد من الدعاوى التي قد تستغرق وقتا طويلاً للفصل فيها بما لا يتناسب مع المنازعات ذات الطابع الجبائي، غير أن المنازعات المرتبطة بالوعاء الضريبي في تزايد مستمر من سنة لأخرى.

ومن هنا تم طرح إشكالية الدراسة من خلال السؤال التالي:

إلى أي مدى ساهمت برامج إصلاح وعصرنة الإدارة الجبائية في تبسيط إجراءات المنازعات للحد من التوتر القائم بين الإدارة الجبائية والمكلف بالضريبة؟

وعليه، تم اعتماد الفرضيات التالية:

- لجأت السلطات العمومية إلى إصلاح وعصرنة المنظومة الجبائية بهدف مواكبة التطور الحاصل في بيئة الأعمال نتيجة التطور التكنولوجي المستمر في مجال المعلومات والاتصالات؛
- انتقال الإدارة الجبائية إلى إدارة ديناميكية عمومية حقيقية تجسد القرب والسرعة في اتخاذ القرار، تستند إلى رهان التحضر الجبائي، وذلك من خلال تبسيط كافة الإجراءات الإدارية والإجراءات المتعلقة بربط الضريبة وتحصيلها؛
- اعتمد المشرع الجزائري عدة إجراءات قانونية وتنظيمية لإحداث إحداث التوازن بين مصالح الخزينة العمومية ومصالح المكلف بالضريبة؛
- تبسيط كافة الإجراءات الخاصة بالمنازعات الجبائية وإدخال مرونة على شروط قبول الشكاوى وعرائض الدعاوى؛
- حرص المشرع الجزائري على حماية حقوق المكلف بالضريبة في إطار المنازعات، وذلك من خلال منحه عدة خيارات وطرق لاسترجاع حقوقه؛
- أقر المشرع الجزائري جملة من الالتزامات والحقوق في إطار المنازعات المرتبطة بالوعاء الضريبي سواء في المرحلة الإدارية أم المرحلة القضائية، غير أنه اعتبر عدم مراعاة المكلف بالضريبة لالتزاماته يؤدي إلى بطلان إجراءات المنازعات، وبالتالي رفض شكواه.

أهمية الدراسة: تستمد هذه الدراسة أهميتها من خلال جانبين:

الأول: أهمية المنازعات الضريبية في تعزيز وترقية العلاقات بين المكلف بالضريبة والإدارة الجبائية، ذلك أن الطعون تقدم أوليا وإجباريا للإدارة الجبائية.

الثاني: الوقوف على كفاءة وفعالية المصالح الجبائية في تسيير المنازعات الضريبية، وذلك باعتبار أن المنازعات من بين أهم المؤشرات التي تعكس جودة عمل مصالح الإدارة الضريبية.

أهداف الدراسة: تهدف الدراسة إلى الوقوف على إجراءات المنازعات المرتبطة بالوعاء الضريبي، أسبابها، والالتزامات وحقوق كل من الإدارة الجبائية والمكلف بالضريبة.

منهج الدراسة: للإجابة على إشكالية الدراسة واختبار فرضياته وتوضيح كل جانب من جوانب الدراسة، تم الاعتماد على المنهج الاستنباطي باستخدام أداة الوصف لكونه من أكثر المناهج استخداما في الدراسات الاجتماعية والاقتصادية عموما.

الدراسات السابقة للموضوع

لقد تعددت الدراسات السابقة التي تناولت موضوع المنازعات الضريبية، حيث تباينت أهميتها تبعا لطبيعة موضوع الدراسة، وعموما هذه الدراسات تتقاطع مع دراستنا في عدة نقاط مشتركة، نذكر منها:

الدراسة الأولى:

مالك عليان، الدعوة الضريبية في النظام القانوني الجزائري، أطروحة دكتوراه، كلية الحقوق، قسم الإدارة والمالية، جامعة الجزائر 2009، 1، والذي عالج موضوع الدراسة من خلال طرح الإشكالية التالية: ما مفهوم الدعوى الضريبية وطبيعتها القانونية في ظل النظام القانوني الجزائري؟ وهل يحقق التشريع الجبائي الجزائري الموازنة بين مراكز الخصوم في الدعوى الضريبية؟ وهل وفق القضاء الجزائري في ذلك؟ حيث بعد استعراض الجوانب النظرية للموضوع وتحليل وعرض طبيعة الدعوى الضريبية باعتبارها في مفهومها العام دعوى قضائية (تخضع لقانون الإجراءات المدنية والإدارية في شكليتها الإجرائية)، وإدارية يكون موضوعها الضريبة (تخضع لقانون الإجراءات الجبائية في شكلها الفني)، وخلص إلى أنه يتوجب على المشرع الجزائري إعادة النظر في أحكام المواد التي يتضمنها قانون الإجراءات الجبائية، وذلك من حيث التوبيع لتجنب الاختلال الواضح في بعض أحكامه.

الدراسة الثانية:

لعربي خديجة، الإدارة المدعى عليها أمام القضاء الإداري، أطروحة دكتوراه، كلية الحقوق والعلوم السياسية، قسم الحقوق، جامعة أم البواقي، الجزائر، 2021، والتي عالجت موضوع الدراسة من خلال طرح الإشكالية التالية:

ما مدى جدية أو تعنت الإدارة العامة في شق الإجراءات القضائية أمام القضاء الإداري؟ وهل تعتبر الإصلاحات القانونية الموالية لميلاد القضاء الإداري كافية لمواجهة تعنت وامتيازات الإدارة العامة وضامنة لحقوق المتقاضين في جميع مراحل الدعوى الإدارية؟ وإلى أي مدى وفق المشرع والقاضي الإداري في التصدي لتعنت وامتيازات الإدارة العامة من أجل حل جدلية اختلال التوازن بينها وبين خصومها؟

حيث حاولت الباحثة تحليل خصوصية الدعوى الضريبية التي تتميز بعدم تكافؤ أطرافها، وذلك من خلال تفسير ونقد النصوص القانونية المعمول بها، وخلصت الدراسة إلى أنه رغم جهود المشرع إلى تعزيز سلطات القاضي في مواجهة تعنت الإدارة العامة وامتيازاتها كخصم قوي في الدعوى الإدارية، غير أن مختلف الإصلاحات التشريعية قد أبانت عن العديد من النقائص والثغرات القانونية التي انعكست سلباً على دور القاضي الإداري.

الدراسة الثالثة:

حاكم الطاهر، طرق الطعن في قرارات الإدارة الجبائية في الجزائر، رسالة ماجستير، كلية الحقوق، قسم الإدارة المالية، جامعة الجزائر 2015، 1، الذي عالج موضوع الدراسة من خلال طرح الإشكالية التالية: ما هي الطرق والأساليب القانونية التي نضمنها التشريع الجبائي الجزائري والتي يتسنى للمتظلم اتباعها لغرض تصليح الخطأ الصادر من الإدارة الجبائية؟

حيث بعد استعراض التقنيات الضريبية، تم التطرق إلى تحليل إجراءات الطعن أمام الإدارة الجبائية وكذا لجان الطعن المختصة، وخلص إلى أن المشرع الجزائري منح المكلف بالضريبة الضريبية إمكانية الاعتراض على أسس فرض الضريبة، غير أنه لا يمكنه اللجوء للقضاء للتحكيم إلا بعد رفع شكواه أوليا وإجباريا للإدارة الضريبية.

الدراسة الرابعة:

قاشي يوسف، قراءة في واقع المنازعات الضريبية في الجزائر وسبل التخفيف منها، مجلة الأكاديمية معارف، العدد، 2017/23، الذي عالج موضوع الدراسة من خلال طرح الإشكالية التالية:

واقع المنازعات الضريبية في الجزائر من خلال ما هو موجود منها وحالات الفصل فيها وفي كيفية التخفيف من نشوء هذا النوع من المنازعات؟

حيث بعد استعراض مفهوم المنازعات وآلياتها، تم التطرق إلى تحليل ونقد واقع المنازعات الضريبية في الجزائر، وخلص إلى أن المشرع الجزائري وضع جملة من القيود على المنازعات الضريبية، كما أن تقادم حجم المنازعات الضريبية وعدم الفصل فيها في الآجال أدى إلى زيادة التوتر القائم بين الإدارة الجبائية والمكلف بالضريبة.

تقسيم الدراسة:

للإجابة على الإشكالية تم تقسيم هذه الدراسة إلى ثلاثة محاور رئيسة على النحو التالي:

المبحث الأول: إصلاح وعصرنة المنظومة الجبائية في الجزائر

المبحث الثاني: أهمية المنازعات الضريبية وأهدافها.

المبحث الثالث: تسيير المنازعات الضريبية في مجال الوعاء الضريبي.

المبحث الرابع: أسباب المنازعات في مجال الوعاء الضريبي.

المبحث الأول:

إصلاح وعصرنة المنظومة الجبائية في الجزائر

نظرا لتحول الجزائر من الاقتصاد الموجه في ظل النظام الاشتراكي إلى الاقتصاد الليبرالي (اقتصاد السوق)، لجأت السلطات العمومية إلى اتخاذ عدة تدابير تهدف إلى إصلاح الأوضاع الاقتصادية القائمة لمواكبة هذا الانتقال، ومن بين هذه التدابير إصلاح المنظومة الجبائية بهدف توفير السيولة المالية للخزينة العمومية بشكل منتظم، واستخدام الضريبة كأداة للنهوض بالاقتصاد الوطني لتحقيق الرفاهية الاجتماعية. لقد اعتمدت السلطات العمومية في إطار إصلاح وعصرنة المنظومة الضريبية، عدة تدابير قانونية وتنظيمية ترمي إلى نقل الإدارة الجبائية الجزائرية إلى إدارة ديناميكية تعكس مفهوم اللامركزية في مجال التنظيم الإداري الذي يجسد إدارة القرب والسرعة في اتخاذ القرار، ومن أجل تحسين أدائها لتجسيد المردودية الجبائية، تم اتخاذ سلسلة من التدابير تهدف إلى تبسيط النظام الضريبي من حيث الإجراءات المتعلقة بضبط الأوعية الضريبية، وتحديد الحدث المنشئ للضريبة الذي يتولد عنه التزام ضريبي، وكذا تبسيط

الاجراءات المرتبطة بالتحصيل الضريبي، وذلك حتى يكون أكثر جاذبية في استقطاب رؤوس الأموال المحلية والأجنبية، بالإضافة إلى اعتماد إجراءات أخرى ترمي إلى تحسين العلاقات مع المكلفين بالضريبة.

المطلب الأول:

تبسيط الإجراءات التقنية المرتبطة بالضريبة:

بهدف التخفيف من مستوى تعقيد النظام الضريبي، لجأت السلطات العمومية إلى اتخاذ التدابير التالية:

أ. إحلال محل الضرائب النوعية الضرائب التركيبية:

التحول من إخضاع كل جزء من أجزاء الدخل أو الربح إلى ضريبة خاصة به لها قواعدها وإجراءاتها، إلى إخضاع كافة الدخل أو الأرباح إلى ضريبة واحدة، وذلك من خلال تبني ضرائب ذات بعد عالمي تتمثل في:

- الضريبة على الدخل الإجمالي؛
- الضريبة على أرباح الشركات (I.B.S)؛
- الرسم على القيمة المضافة (T.V.A).

ب. تخفيف الضغط الضريبي:

بهدف تشجيع التحضر الجبائي، تم اتخاذ سلسلة من التدابير ترمي إلى تخفيف الضغط الضريبي على المكلف بالضريبة، وذلك من خلال اعتماد معدلات تمت دراستها بعناية آخذين بعين الاعتبار القدرة التكليفية للمكلف بالضريبة.

ج. اعتماد نظام ضريبي مبسط:

بهدف التيسير الأمثل للضريبة، اعتمد المشرع الجزائري نظام ضريبي مبسط يتمثل في:

- نظام الربح الحقيقي يخضع له كبار المكلفين بالضريبة
- النظام المبسط لفائدة المهن الحرة،
- إخضاع صغار المكلفين بالضريبة للضريبة الجزافية الوحيدة؛

د. استحداث قانون الإجراءات الجبائية:

بهدف إحداث التوازن بين مصالح الخزينة العمومية والمكلف بالضريبة، تم توحيد وتنسيق الأحكام المتعلقة بالإجراءات الجبائية في شكل قانون الإجراءات الجبائية.

هـ. اعتماد النظام التصريحي وتعزيز الرقابة الجبائية:

اعتمدت السلطات العمومية في الجزائر النظام التصريحي، حيث يتمثل هذا النظام في قيام المكلف تلقائيا وطوعيا من تحديد الوعاء الضريبي، ومن ثم تصفية الضريبة وتسديد مقدارها دون تدخل من الإدارة الجبائية، وهذا باعتبار أن تصريح المكلف بالضريبة يعد صحيحا مبدئيا لافتراض حسن نيته لكونه أعلم بمداخله وأرباحه، وللتأكد من صحة وسلامة تصريحات المكلفين بالضريبة، اتخذت المشرع الجزائري عدة

تدابير قانونية وتنظيمية ترمي الى تعزيز الرقابة الجبائية بهدف تجسيد المساواة الجبائية، تشجيع التحضر الجبائي

والحد من ظاهرة التهرب والغش الضريبيين.

و. تبسيط الإجراءات المتعلقة بتحصيل مختلف الضرائب والرسوم:

بهدف التحصيل المبكر للإيرادات الضريبية بشكل منتظم، اعتمدت المديرية العامة للضرائب نظام التسبيقات على الحساب بالنسبة للضريبة على الدخل الإجمالي (تسبيقين) والضريبة على أرباح الشركات (ثلاثة تسبيقات)، ومنح صغار المكلفين الخاضعين للضريبة الجزافية الوحيدة، الاختيار بين الدفع الكلي للضريبة أو الدفع المجزأ لها، تسديد بصفة دورية الضرائب والرسوم التي تفرض على رقم الأعمال والاقتطاع من المصدر، وهذا حسب الحالة، خلال الشهر أو الفصل الذي يلي شهر حدوث الحدث المنشئ، بالإضافة إلى تسديد مبلغ الضريبة لدى صندوق القابض المختص إقليمياً، حسب طرق الدفع التي يراها المكلف بالضريبة مناسبة وملائمة له.

المطلب الثاني:

إعادة هيكلة الإدارة الجبائية وتبسيط الإجراءات الإدارية:

بهدف التخفيف من مستوى الإجراءات الروتينية البيروقراطية المشجعة على الفساد، لجأت السلطات العمومية إلى اتخاذ الإجراءات التالية:

أ. استحداث المديرية العامة للضرائب:

تعد سنة 1990، بمثابة اللبنة الأولى لإرساء معالم إصلاح الإدارة الجبائية، وهذا من خلال إنشاء لأول مرة منذ استرجاع السيادة الوطنية، المديرية العامة للضرائب، كهيئة عمومية تتمتع بالاستقلال الإداري والمالي، وذلك بهدف التكيف مع الظرف الاقتصادي والاجتماعي للبلاد.¹

ب. استحداث مديرية الاتصال:

بهدف ترقية وتوطيد العلاقات مع المكلفين بالضريبة، تم استحداث مديرية الاتصال، وذلك من أجل السهر على نشر الوعي الجبائي، والحرص على التكفل بانشغالات المكلفين بالضريبة وإيجاد الحلول لها؛²

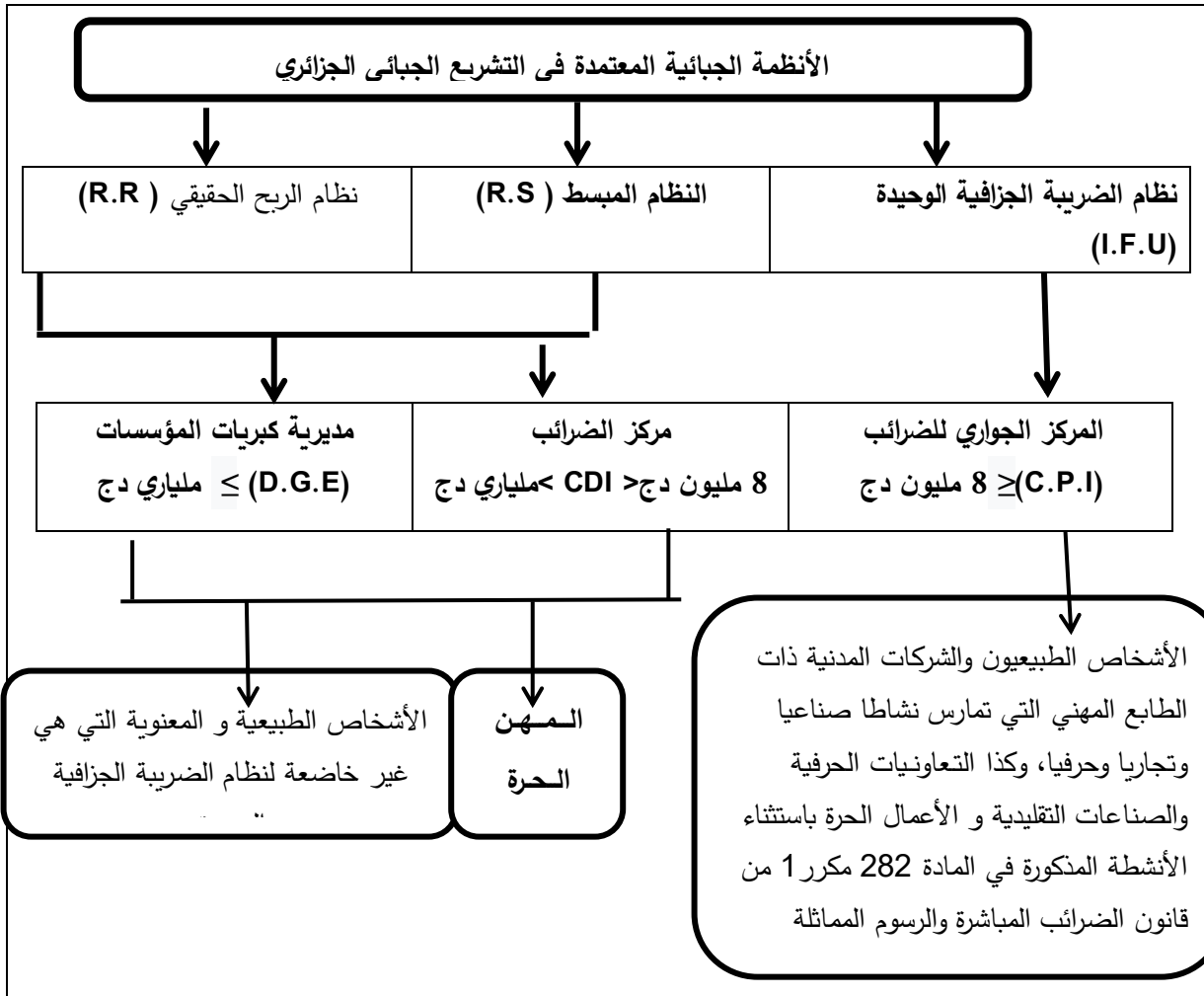
ج. حوكمة تسيير الملفات الجبائية:

بهدف حوكمة تسيير الملفات الجبائية، تم استحداث هياكل جبائية جديدة موجهة نحو الأداء تتسم بتجميع المهام والوظائف في مصلحة واحدة، تتمثل هذه الهياكل الجديدة في:

¹ المرسوم التنفيذي رقم 190.90، المؤرخ في 1990/06/23، يتضمن تنظيم الإدارة المركزية في وزارة الاقتصاد، الجريدة الرسمية العدد 26، الصادرة في 1990/06/27، ص 860.

² مرسوم تنفيذي 07-364، المؤرخ في 2007/11/28، يتضمن تنظيم الإدارة المركزية في وزارة المالية، ج ر رقم 75، الصادرة في 2007/12/02، ص 05.

- مديرية كبريات المؤسسات (D.G.E) لتسيير الملفات الجبائية لكبار المكلفين بالضريبة الذي يساوي أو يفوق رقم أعمالهم عند اختتام السنة المالية 2.000.000.000 دج؛¹
 - مركز الضرائب (C.D.I) لتسيير الملفات الجبائية لمتوسطي المكلفين بالضريبة الذي يفوق رقم أعمالهم عند اختتام السنة المالية 8.000.000 دج ويقل عن 2.000.000.000 دج؛²
 - المركز الجوّاري للضرائب (C.P.I) لتسيير الملفات الجبائية لصغار المكلفين بالضريبة الذين لا يتجاوز رقم أعمالهم عند اختتام السنة المالية 8.000.000 دج؛³
- الشكل (01): مخطط تسيير الملفات الجبائية



المصدر: قانون الضرائب المباشرة والرسوم المماثلة (طبعة. 2022)

¹ قرار مؤرخ في 2017/12/24، يحدد الحد الأدنى لرقم أعمال الشركات التي تتبع اختصاص مديرية كبريات المؤسسات، ج ر العدد 77، الصادرة في 2017/12/31، ص 23.

² مرسوم تنفيذي 06-327، المؤرخ في 2006/06/18، يحدّد تنظيم المصالح الخارجية للإدارة الجبائية وصلاحياتها، ج ر رقم 59، الصادرة في 2006/09/24، ص 07.

³ مرسوم تنفيذي 06-327، مرجع سابق، ص 11.

د. تطوير أساليب عمل الإدارة الجبائية:

من خلال اتخاذ عدة آليات تهدف إلى إزالة الإجراءات الروتينية البيروقراطية المشجعة على الفساد، المتمثلة فيما يلي:

- تبسيط الإجراءات المتعلقة بإنشاء أو غلق الملفات الجبائية، وكذا تسليم بعض الوثائق الجبائية؛
- رقمنة بعض الخدمات كالتصريح والدفع عن بعد، الحصول على رقم التعريف الجبائي، وكذا الاشتراك في دورية رسالة المديرية العامة للضرائب؛
- إنشاء موقع إلكتروني (www.mfdgi.gov.dz)، حيث تم تحسينه وتشغيله منذ سنة 2009 كوسيلة إعلامية قوية تنشط عن بعد من خلال الأبواب المتعددة التي يتضمنها؛
- استحداث مصلحة الاستقبال: وذلك بهدف تقديم خدمة ذات نوعية للجمهور، والتي تحرص على العمل على احترام سرية الاستقبال وتقليص مدة الانتظار، وكذا الاعتناء بالأشخاص ذوي الحركة المحدودة أو الذين يعانون من صعوبات؛

هـ. تعزيز الإجراءات الهادفة لرفع من النزاهة والمسؤولية والشفافية:

اتخذت المديرية العامة سلسلة من التدابير لتعزيز الإجراءات الهادفة لرفع من النزاهة والمسؤولية والشفافية، على النحو التالي:

- وضع "دليل أخلاقيات المهنة" في صيغة قانون للواجبات، وتكفيته وفق مقتضيات قانون الوقاية من الفساد ومكافحته¹، والقانون الأساسي العام للوظيفة العمومية².
- تعزيز آلية الرقابة الداخلية الهادفة إلى تقييم فعالية وجودة تسيير المصالح الجبائية (المفتشية العامة للمصالح الجبائية)، وتحسين الرقابة بعدة وسائل وإجراءات، قصد التأكد من نوعية الخدمات المقدمة لمستعملي الإدارة الجبائية (مديرية الاتصال).
- تشديد العقوبات الإدارية والقضائية المطبقة سواء على أعوان الضرائب أم على المكلفين بالضريبة الذين تثبت في حقهم جرائم الفساد.

¹ قانون 06-01، المؤرخ في 20/02/2006، يتضمن الوقاية من الفساد ومكافحته، ج ر العدد 14 المؤرخة في 08/03/2006.

² أمر 06-03، المؤرخ في 15/07/2006، القانون الأساسي للوظيفة العمومية، ج ر العدد 16، المؤرخة في 16/07/2006.

و. تحسين ظروف ومناخ الأعمال للمكلفين بالضريبة:

وضع تسهيلات جبائية بهدف تمكين المكلفين بالضريبة الذين يواجهون صعوبات مالية ظرفية من انطلاقة جديدة، وذلك من خلال إعادة جدولة الديون الجبائية على مدة لا تتجاوز 36 شهرا ومسح كلي لغرامات الوعاء والتحصيل؛¹

إبرام عدة اتفاقيات مع مختلف الدول في إطار التنسيق الضريبي:

بهدف محارب التهرب الضريبي الدولي وتبادل المعلومات ذات طابع جبائي، لجأت الجزائر إلى إبرام عدة اتفاقيات مع عدة دول في إطار التنسيق الضريبي

جدول (01): يبين عدد الاتفاقيات الجبائية التي عقدتها الجزائر في إطار التنسيق الضريبي .

الدول	الدول المغاربية	الدول الافريقية	الدول العربية	الدول الأوروبية	الدول الامريكية	الدول الاسيوية
الاتفاقيات	02	01	12	16	01	03

المصدر: موقع المديرية العامة للضرائب

المبحث الثاني:

أهمية المنازعات الضريبية وأهدافها

لقد حرص المشرع الجزائري على تبسيط إجراءات المنازعات الضريبية، وذلك لكونها تعد من أهم المؤشرات التي تعكس جودة عمل مصالح الإدارة الضريبية، وكذا حالة التوتر للمكلفين بالضريبة، حيث نظمها تنظيما محكما، مستخدما عبارات بسيطة لا تدع مجالا للتأويل الخاطئ أو سوء الفهم.

المطلب الأول:

مفهوم المنازعات الضريبية

المنازعة الضريبية، هي خلاف بين الإدارة الضريبية والمكلف بالضريبة حول مسائل قانونية وتنظيمية، وهي تتعلق بشكل عام بتحديد وعاء الضريبة وتحصيلها ومراقبتها، بمعنى أنها تنشأ عند ما تخل الإدارة الضريبية بضمانات وحقوق المكلف بالضريبة.

إن المشرع لم يعرف مفهوم المنازعة، سواء في التشريع الجزائري أم في التشريعات المقارنة؛ بل ترك الأمر إلى الفقه الذي حاول تحديد مفهوم المنازعة الضريبية، حيث اعتبر البعض منهم ان للمنازعة الضريبية مفهومان ضيق وواسع.

¹ قانون 16 -14، المؤرخ في 28 /12/2016، يتضمن قانون المالية لسنة 2017، ج ر العدد 77، المؤرخة في 29/12/2016، ص، 42.

المنازعة الضريبية وفقا لمفهومها الضيق هي " المنازعة المتعلقة بمراحل ربط وتحصيل الضريبة؛ أي تخص محل الضريبة المتنازع عليه، ومدى تطبيق الإدارة الضريبية لمواد القانون في تلك المرحلة، أما المفهوم الواسع هو " المنازعة الضريبية المنظورة أمام القضاء، وتشمل بالإضافة إلى المنازعات المتعلقة بربط الضريبة وتحصيلها دعاوى إلغاء القرارات الإدارية غير المشروعة، ودعاوى المسؤولية عن الأضرار الناتجة عن خطأ الإدارة الضريبية والدعاوى المتعلقة بتطبيق الجزاءات التي يفرضها القانون".¹

مما سبق نستنتج أن النزاع الضريبي ينشأ بسبب تعد الإدارة الضريبية على حقوق المكلف بالضريبة التي كفلها له المشرع، أو لعدم مراعاة هذا الأخير لالتزاماته الجبائية.

المطلب الثاني:

أهمية المنازعات الضريبية وأهدافها

تتمثل أهمية للمنازعات الضريبية فيما يلي:

- بالنسبة للإدارة الجبائية: تسمح لها بتقييم عمل مصلحها المكلفة بتسيير الملفات الجبائية هذا من جهة، وتجنب اللجوء إلى القضاء للتحكيم من جهة أخرى، كما تسمح لها بتعزيز وتطوير العلاقات مع المكلفين بالضريبة؛
 - بالنسبة للمكلف بالضريبة: توفر له الحماية القانونية لمصالحه، حيث تمكنه من استرداد حقوقه؛
- أهداف المنازعات الضريبية.
- يهدف النزاع الضريبي مهما كان حجمه وتنوع أسبابه، إلى تحقيق ما يلي:
 - في مجال الوعاء: تصحيح الأخطاء المرتكبة في تأسيس وعاء أو حساب الضريبة أو الاستفادة من حق ناتج عن حكم تشريعي أو تنظيمي؛²
 - في مجال التحصيل: تصحيح الأخطاء المرتبطة بالتحصيل الجبري أو إلى بطلان إجراءات المتابعات؛³
 - في مجال الطعن الولائي: تحسين ظروف ومناخ الأعمال للمكلفين بالضريبة الذين يواجهون صعوبات مالية ظرفية، وذلك من خلال استعطاف الإدارة الضريبية لإعفاءه أو التخفيف من ديونه الضريبية عندما يوجد في حالة العسر المالي أو مروره بوضعية مالية سيئة.⁴

¹ محمد عماد عبد الوهاب السنباطي، الإصلاح الضريبي مع التطبيق على الإدارة الضريبية دراسة تحليلية مقارنة، مكتبة الوفاء القانونية ط 1، الإسكندرية، 2014، ص 752.

² المادة 70 من قانون الإجراءات الجبائية، المديرية العامة للضرائب، طبعة 2021، ص 26.

³ المادة 153-2، مرجع سابق، طبعة 2021، ص 43.

⁴ المادة 93-1، مرجع سابق، ص 33.

المبحث الثالث:

تسيير المنازعات في مجال الوعاء الضريبي

نظرا لكون المنازعات تتميز بإجراءات قانونية خاصة ومحددة، حرصت السلطات العمومية في إطار إصلاح وعصرنة المنظومة الجبائية على وضع جملة من الإجراءات القانونية والتنظيمية قصد تحسين تسيير المنازعات في مجال الوعاء الضريبي، وهذا بهدف توطيد العلاقات مع المكلفين بالضريبة لكسب رضاهم وثقتهم.

وحتى تكون إجراءاتها سليمة في المرحلة الإدارية والقضائية على حد سواء، قيد المشرع الجزائري المكلف بالضريبة بشروط شكلية وموضوعية، وذلك لتقادي وقوع شكواه أو طعنه تحت طائلة بطلان الاجراءات، وبالتالي رفض شكواه.

المطلب الأول: تبسيط إجراءات المنازعات

بهدف دعم الضمانات المقدمة للمكلف بالضريبة، لجأت السلطات العمومية إلى إعادة هيكلة أحكام المواد المرتبطة بإجراءات المنازعات، مما يسمح بتنظيم أمثل للمنازعات¹، وذلك على النحو التالي:

أ. تحسين شروط قبول الشكاوى وعرائض الدعاوى:

لقد تضمن إصلاح وعصرنة المنظومة الجبائية إدخال المرونة على شروط قبول الشكاوى وعرائض الدعاوى، وذلك من خلال:

- تبسيط إجراءات تقديم الشكاوى وعرائض الدعاوى المتعلقة بالشكل والمضمون؛
- تخفيف شكل الوكالة، حيث أصبح بإمكان المكلف بالضريبة إعطاء وكالة قانونية محررة على مطبوعة تسلمها الإدارة الجبائية.
- تبسيط إجراءات التأجيل القانوني للدفع، حيث منح المشرع الجزائري إمكانية المكلف بالضريبة من الاستفادة في إطار منازعات الوعاء، من إرجاء دفع الحصة محل النزاع شريطة تقديم ضمانات أو دفع حصة 30 % من مبلغ الضرائب المتنازع فيها.
- تعليل القرارات والآراء، حيث ألزم المشرع الجزائري كل من الإدارة الضريبية ولجان الطعن المختصة والقاضي الإداري من تعليل القرارات المتخذة في الشكاوى أو الطعون المقدمة (تبيين الأسباب وأحكام المواد التي بنيت عليها القرارات).

ب. تمديد آجال تقديم الشكاوى:

لقد منح المشرع الجزائري المكلف بالضريبة بأجل سنتين (02) لتقديم شكواه للإدارة الجبائية ابتداء من تاريخ إدراج الجدول حيز التنفيذ أو وقوع الأحداث الموجبة لهذه الشكاوى، وأربعة (04) أشهر ابتداء من تاريخ استلام قرار الإدارة للطعن في القرار المتخذ في شأن شكواه أمام لجان الطعن المختصة أو المحاكم الإدارية.

¹ انظر رسالة المديرية العامة للضرائب العدد 2011/51.

الجدول (02): يبين آجال تقديم الشكاوى أو الطعن

المرحلة الإدارية	الإدارة الضريبية	31 ديسمبر من السنة الثانية (02) التي تلي إدراج الجدول حيز التنفيذ، أو وقوع الأحداث الموجبة لهذه الشكاوى؛
	لجان الطعن المختصة	(04) أشهر ابتداء من تاريخ استلام قرار الإدارة
المرحلة القضائية		(04) أشهر ابتداء من تاريخ استلام الإشعار الذي يتضمن القرار المتخذ في شأن شكواه

المصدر: قانون الاجراءات الجبائية (طبعة 2022)

ج. تحديد آجال للإدارة للبت في الشكاوى المقدمة:

بهدف تعزيز ضمانات وحقوق المكلف بالضريبة، حدد المشرع الجزائري لكل من الإدارة الجبائية ولجان الطعن المختصة على حد سواء آجال للفصل والبت في الشكاوى المقدمة من طرف المكلفين بالضريبة.

الجدول شكل (03): يبين آجال البت في الشكاوى

مديرية كبريات المؤسسات	(06) أشهر، اعتبارا من تاريخ استلام الشكاوى، ويمدد هذا الاجل إلى (08) أشهر بالنسبة للقضايا التي تتطلب الرأي الموافق للإدارة المركزية
المدير الولائي للضرائب	
رئيس مركز الضرائب	(04) أشهر، اعتبارا من تاريخ استلام الشكاوى
رئيس المركز الجوازي للضرائب	
لجان الطعن المختصة	(04) أشهر، اعتبارا من تاريخ استلام الطعن
ملاحظة: يتم البت الفوري في الشكاوى التي يشوبها عيب في الشكل يجعلها غير مقبولة نهائيا	

المصدر: قانون الاجراءات الجبائية (طبعة 2022)

د. تعزيز اللامركزية اتخاذ القرار:

بهدف تحسين الخدمة العمومية عن طريق تجسيد القرب والسرعة في اتخاذ القرار، اتخذت السلطات العمومية سلسلة من التدابير ترمي إلى تعزيز اللامركزية في اتخاذ القرار، ولا سيما في إطار المنازعات الضريبية.

بالإضافة إلى ذلك، منح المشرع الجزائري لكل من مدير كبريات المؤسسات والمدير الولائي للضرائب ورئيس مركز الضرائب ورئيس المركز الجوازي للضرائب، إمكانية تفويض السلطة اتخاذ القرار في إطار منازعات الوعاء إلى الأعوان الموضوعين تحت سلطتهم؛

الجدول (04): يبين ممارسة سلطة إصدار القرارات في إطار منازعات الوعاء الضريبي

المصالح	الاختصاص
مدير كبريات المؤسسات	القضايا التي تبلغ 400.000.000 دج، وطلب الرأي المطابق في حالة تجاوزه
المدير الولائي للضرائب	القضايا التي تبلغ 200.000.000 دج، وطلب الرأي المطابق في حالة تجاوزه
رئيس مركز الضرائب	القضايا التي يقل مبلغها 50.000.000 دج أو يساويها
رئيس المركز الجوازي للضرائب	القضايا التي يقل مبلغها 20.000.000 دج أو يساويها
لجنة الطعن الولائية	القضايا التي يقل مبلغها 20.000.000 دج أو يساويها

لجنة الطعن الجهوية	القضايا التي يقل مبلغها 20.000.000 دج وتقل أو يساويها 70.000.000 دج
لجنة الطعن المركزية	القضايا التي يفوق مبلغها 70.000.000 دج.

المصدر: قانون الإجراءات الجبائية (الطبعة 2022)

- الصادرة عنها (تحديد مبلغ التخفيض أو الإعفاء في حالة عدم المصادقة على قرار الإدارة الجبائية)؛
 - هـ. تعزيز حقوق المكلف بالضريبة أمام لجان الطعن المختصة والقاضي الإداري:
- بهدف ضمان حقوق المكلف بالضريبة، ألزم المشرع الجزائري لجان الطعن المختصة والقاضي الإداري بالالتزامات التالية:
- بالنسبة للجان الطعن: أن يُبلغ المكلف بالضريبة لسماع أقواله قبل (20) عشرين يوما من تاريخ انعقاد اجتماعها، وتبليغه بقرار اللجنة بمجرد الانتهاء من اجتماعها؛
 - بالنسبة للقاضي الإداري: أن يتأكد من قانونية القرارات الصادرة عن الإدارة الضريبية ولجان الطعن المختصة، وعدم تعيين كخبراء الموظفين الذين شاركوا في تأسيس الضريبة المعترض عليها؛
- المطلب الثاني:

إعادة تشكيل لجان الطعن المختصة

- في إطار تنفيذ برامج إصلاح وعصرنة المنظومة الجبائية، لجأت السلطات العمومية إلى إعادة تشكيل لجان الطعن المختصة وإعادة النظر في تنظيمها ومهامها وتركيباتها، وذلك من خلال إحلال محل اللجان السابقة لجان جديدة تتمثل في:
- اللجنة الولائية للطعن، يترأسها محافظ حسابات يتم تعيينه من قبل الغرفة الوطنية لمحافظي الحسابات؛
 - اللجنة الجهوية للطعن، يترأسها خبير محاسب يتم تعيينه من قبل الصف الوطني للخبراء المحاسبين؛
 - اللجنة المركزية للطعن، يترأسها الوزير المكلف بالمالية أو ممثله المفوض قانونا؛
- تعقد اللجنة المختصة للطعون اجتماعها مرتين (02) في الشهر، ولا يصح اجتماعها إلا بحضور أغلبية الأعضاء، كما ألزمها المشرع الجزائري باتخاذ القرارات حول الطعون المقدمة إليها بأغلبية الأعضاء الحاضرين، وفي حالة تساوي الأصوات يكون صوت الرئيس مرجحا.
- إن ما يميز هذه اللجان عن سابقتها، تحديد مدة الأعضاء (ثلاث سنوات قابلة للتجديد) باستثناء الأعضاء الذين يمثلون الإدارة الجبائية، وأن يكون المقرر على مستوى لجان الطعن المحلية برتبة مفتش رئيسي للضرائب، ومدير فرعي بالنسبة للجنة المركزية، بالإضافة إلى إمكانية صاحب الشكوى أو الطعن الاستعانة بمحاسب أو مستشار جبائي أو محام.
3. تعزيز الضمانات الممنوحة للمؤسسات.

بهدف تقادي كل نزاع جبائي، اتخذت السلطات العمومية إجراءات تهدف إلى الكشف المبكر للنقائص أو مخاطر التعسف المتعلقة بتفسير بعض النصوص الجبائية، اعتمد المشرع الجبائي أسلوباً جديداً يتمثل

في المحرر الجبائي¹، يتمثل هذا الإجراء في الإمكانية الممنوحة للمكلفين بالضريبة في استجواب الإدارة الجبائية على مسألة ذات نص جبائي، حيث يعد رد الإدارة الجبائية قرارا قطعيا وحاسما يضع المعني بالأمر بمنأى من كل إعادة تقومي جبائي.

لقد عرف المشرع الجزائري المحرر الجبائي بموجب المادة الثانية من المرسوم التنفيذي رقم 12-334، المؤرخ في 8 سبتمبر 2012، والمتعلق بالمحرر الجبائي على أنه "قرار قطعي اتخذته الإدارة الجبائية التي لجأ إليها المكلف بالضريبة حسن النية، يشكل هذا المحرر ردا واضحا ونهائيا على طلب المكلف بالضريبة الذي يريد معرفة الأحكام الجبائية المطبقة في وضعية ما بالنظر إلى التشريع الجبائي المعمول به" وحاسما يضع المعني بالأمر بمنأى من كل إعادة تقومي جبائي.

وتجدر الإشارة أن أحكام المحرر الجبائي تطبق فقط على المكلف بالضريبة الذي تقدم بالطلب المتعلق بوضعيته، وبمعنى آخر لا يمكن للمكلف بالضريبة الاستفادة من محرر جبائي أعد لمكلف آخر بالضريبة حتى وإن واجه نفس وضعية هذا الأخير.

تستفيد من هذا الإجراء الجديد، الشركات التابعة لمديرية كبريات المؤسسات، المتمثلة في:

- الشركات العاملة في قطاع المحروقات الخاضعة للقانون رقم 86-14 المؤرخ في 19/08/1986، المعدل والمتمم

- الشركات المقيمة بالجزائر، العضو في مجتمعات أجنبية وكذا تلك التي لا تتوفر على إقامة مهنية

دائمة بالجزائر، كما هي مذكورة في المادة 1-156 من قانون الضرائب المباشرة والرسوم المماثلة؛

- شركات رؤوس الأموال وشركات الأشخاص التي اختارت النظام الجبائي لشركات رؤوس الأموال كما هو منصوص عليه في المادة 136 من قانون الضرائب المباشرة والرسوم المماثلة والتي يفوق أو يساوي رقم أعمالها السنوي مبلغا محددًا بموجب قرار من وزير المالية؛

- مجتمعات الشركات القانونية أو الفعلية عندما يفوق أو يساوي رقم الأعمال السنوي لإحدى الشركات الأعضاء مبلغا محددًا بموجب قرار من وزير المالية.

على الرغم من تنظيم وتبسيط إجراءات المنازعات الجبائية، غير أن قانون الإجراءات الجبائية على غرار القوانين الضريبية الأخرى لا يخلو من بعض الاختلالات، ومن أهمها نذكر:

- لقد أقر المشرع الجبائي جملة من الالتزامات على المكلف بالضريبة والإدارة الجبائية في إطار المنازعات، غير أنه اعتبر عدم مراعاة المكلف بالضريبة لهذه الالتزامات يؤدي إلى بطلان الإجراءات، وبالتالي رفض طعنه.

¹ انظر رسالة المديرية العامة للضرائب، العدد 62 / 2012.

- لقد اعتبر المشرع الجبائي عدم بت الإدارة الضريبية في الآجال القانونية بمثابة رفض ضمني، مما أدى إلى رفض بعض لجان الطعن والمحاكم الإدارية الطعون المرفوعة إليها لعدم التأسيس بسبب غياب قرار الإدارة.
- إلزام المشرع الجبائي المكلف بالضريبة بحق الإثبات في المرحلة الإدارية والقضائية للمنازعات، إلا في حالة واحدة يقع حق الإثبات على إدارة الضرائب، وذلك عندما تستأنف بالطعن في الأحكام الصادرة عن المحاكم الإدارية لدى مجلس الدولة.
- تعيين مكلفين بالضريبة على مستوى لجنة الطعن الولائية والجهوية، يترأس أحدهم اللجنة، والثاني عضو مما قد يؤدي إلى ضياع حقوق الخزينة.
- انعدام التنسيق بين المصلحة المكلفة بتسيير الملفات الجبائية ومصلحة المنازعات، إذ في أغلب الأحيان يتم التعارض بينها، فالأولي تمنح تخفيض أو إعفاء والثانية تقرر الرفض أو العكس.
- عدم تقديم للمكلف بالضريبة وصل استلام الطعن يتضمن رقم القضية وتاريخ استلام الشكوى.
- غموض الفقرة المتعلقة بآجال إيداع الشكوى التي تتضمنها المادة 72-2 من قانون الإجراءات الجبائية، والتي تنص على "تأكد المكلف بالضريبة من وجود ضرائب مطالب بها بغير وجه حق"؛
- إن طلب القاضي الإداري من إدارة الضرائب تعيين أحد أعوانها بإجراء مراجعة التحقيق يعد منافيا مع مبدأ الشفافية.

المبحث الرابع:

أسباب المنازعات في مجال الوعاء الضريبي.

على الرغم من الجهود المبذولة من طرف السلطات العمومية في إطار اصلاح وعصرنة المنظومة الجبائية في الجزائر بهدف تجسيد المردودية الجبائية، وذلك من خلال اتخاذ عدة تدابير قانونية وتنظيمية ترمي إلى نقل الإدارة الجبائية الجزائرية إلى إدارة ديناميكية عمومية حقيقية ، ومن أجل تحسين أدائها ، تم اتخاذ سلسلة من التدابير تهدف إلى تبسيط النظام الضريبي من حيث الإجراءات المتعلقة بضبط الأوعية الضريبية، وتحديد الحدث المنشئ للضريبة الذي يتولد عنه التزام ضريبي، وكذا تبسيط الإجراءات المرتبطة بالتحصيل الضريبي، وذلك حتى يكون أكثر جاذبية في استقطاب رؤوس الأموال المحلية والأجنبية، بالإضافة إلى اعتماد إجراءات أخرى ترمي إلى تحسين العلاقات مع المكلفين بالضريبة، غير أنه في الممارسة العملية لا تزال حالة التوتر قائمة بين الإدارة الجبائية والمكلفين بالضريبة، مما أدى إلى ارتفاع حالات النزاع من سنة لأخرى.

تتمثل اهم الأسباب المؤدية للمنازعات فيما يلي:

المطلب الأول:

عدم استقرار التشريع الضريبي

لم يعرف التشريع الضريبي الجزائري الاستقرار منذ الشروع في تنفيذ برامج إصلاح وعصرنة الإدارة الجبائية، حيث نتيجة لغياب رؤية استشرافية متوسطة وطويلة المدى (تخطيط ضريبي) تتعرض القوانين الضريبية في كل سنة إلى التعديلات، مما أثر سلبا على كفاءة وفعالية الإدارة الضريبية من جهة، والمكلفين بالضريبة لعدم مواكبتهم التغييرات المستمرة.

يلعب استقرار التشريع الضريبي دورا كبيرا في تعزيز ثقة المكلفين بالضريبة في النظام الضريبي، وذلك لكونه يسمح من جهة، للمكلفين بالضريبة بالإلمام به مما يمكنهم من الالتزام به بسهولة دون شعورهم بعبء الضريبة، ومن جهة أخرى، يرفع من أداء موظفي إدارة الضرائب، بالإضافة إلى ذلك فإن الاستقرار التشريعي يساهم في المحافظة على رؤوس الأموال المحلية وعدم تدفقها نحو الخارج، ويجذب رؤوس الأموال الأجنبية.¹

يعد عدم استقرار التشريع الضريبي من أهم العوامل المؤدية للنزاعات بين الإدارة الجبائية والمكلفين بالضريبة، ومن مظاهر عدم الاستقرار:

أ. اختلالات في التشريع الضريبي:

يتضمن التشريع الضريبي عدة اختلالات، كوجود مواد ضريبية تحيل قارئها إلى مواد ملغاة، وإجراء تعديلات على مواد ملغاة، الخ.

جدول (05): يبين عدد المواد التي تحيل إلى أحكام مواد ملغاة في مختلف القوانين الضريبية

القوانين الضريبية	عدد المواد التي تحيل إلى مواد ملغاة
قانون الضرائب المباشرة والرسوم المماثلة	21 مادة تحيل إلى 29 مادة ملغاة (منها ثلاث (03) مواد تحيل إلى نفس المادة الملغاة، ومادتين (02) تحيل إلى نفس المادة الملغاة)
قانون التسجيل	17 مادة تحيل إلى 29 مادة ملغاة (منها أربع (04) مواد تحيل إلى نفس المادة الملغاة، وأربع (04) مواد تحيل كل مادتين (02) منها إلى نفس المادة الملغاة)
قانون الضرائب غير المباشرة	05 مواد تحيل إلى 07 مادة ملغاة
قانون الرسم على رقم الأعمال	مادتين (02) تحيل إلى مادتين (02) ملغاة
قانون الإجراءات الجبائية	مادتين (02) تحيل إلى مادتين (02) ملغاة
قانون الطابع	وجود مادة واحدة (01) تحيل إلى مادة (01) ملغاة

المصدر: مختلف القوانين الضريبية.

¹ محمد عماد عبد الوهاب السنباطي، الإصلاح الضريبي مع التطبيق على الإدارة الضريبية-دراسة تحليلية مقارنة، ط1، 2014، مكتبة الوفاء القانونية، القاهرة، ص193-195.

يوضح الجدول أعلاه، أن كل من السلطة التنفيذية والتشريعية لا تراعي التشريع القائم عند قيامها بإحداث تعديلات في أحكام مواد مختلف القوانين الضريبية أو عند صياغة نص تشريعي جديد، مما يؤثر سلبا على أداء أعون الإدارة الجبائية والمكلفين بالضريبة.

ب. اعتماد التشريع الضريبي على النصوص التنظيمية:

تعتمد بعض النصوص التشريعية التي تتضمنها مختلف القوانين الضريبية، إلى تنظيم يحدد كفاءات وشروط تطبيقها، والتي في الغالب لا تصدرها الجهة المختصة المذكورة في النص التشريعي، أو تصدر في الاتجاه المعاكس لنية المشرع عند إقراره أحكام مواد قانون المالية.

جدول (06): يبين عدد المواد التي يتطلب تطبيقها وجود تنظيم.

كفاءات التطبيق	2015	2016	2017	2018	2019	2020	2021	2022
عن طريق التنظيم	06	05	04	06	01	13	09	04
قرار وزاري	03	00	03	01	02	01	03	00
قرار وزاري مشترك	03	02	03	00	01	01	03	05
المجموع	12	07	10	07	04	15	15	00

المصدر: القوانين المالية.

يوضح الجدو أعلاه مدى الاعتماد على التنظيم في تحديد كيفية تطبيق النصوص التشريعية، والتي قد تؤدي إلى تعطل التطبيق هذه النصوص بسبب عدم إصدار التنظيم أو إصداره بعد فترة طويلة ، أو قد يعرقل بسبب الغموض المقصود في صياغة التنظيم أو بسبب صدوره مخالفا لنية المشرع عند إقرار النص التشريعي.

ج. تعديل القوانين الضريبية:

تلجأ السلطات العمومية إلى إدخال تعديلات في كل سنة على القوانين الضريبية بموجب قوانين المالية، حيث يصدر في كل سنة قانون مالية سنوي وقانون مالية تكميلي، وإن معظم هذه التعديلات تتعلق بشكل أساسي بقانون الضرائب المباشرة والرسوم المماثلة وقانون الإجراءات الجبائية، بالإضافة إلى الأحكام الجبائية الأخرى غير المقننة، مما أثر سلبا على كفاءة أعوان الإدارة الجبائية والمكلفين بالضريبة، وهذا ما ساهم بشكل كبير في زيادة حجم المنازعات الضريبية في كل سنة، وبالتالي انعدام الثقة في الإدارة الجبائية ككل.

جدول (07): يبين التعديلات المحدثة على القوانين الضريبية

السنوات	قوانين المالية	تعديلات محدثة						
		ق.ض.م.ر.م	ق.ض.م.غ.م	ق.ر.ر.أ	ق.ت	ق.ط	ق.إ.ج	أ.ج.غ.م
2014	قانون المالية السنوي	09	02	08	02	02	06	20
2015	قانون المالية السنوي	16	02	10	06	06	09	15

47	10	06	0	03	01	01	23	قانون المالية التكميلي	
43	10	12	05	00	05	04	07	قانون المالية السنوي	2016
87	25	24	05	00	15	02	16	قانون المالية السنوي	2017
83	25	19	03	11	08	02	15	قانون المالية السنوي	2018
06	06	00	00	00	00	00	00	قانون المالية التكميلي	
26	05	07	03	00	01	00	10	قانون المالية السنوي	2019
103	30	26	04	03	09	02	29	قانون المالية السنوي	2020
45	15	04	01	00	06	00	17	قانون المالية التكميلي	
102	32	24	04	02	09	02	29	قانون المالية السنوي	2021
27	10	00	01	05	03	01	07	قانون المالية التكميلي	
129	20	11	04	07	11	00	76	قانون المالية السنوي	2022

المصدر: قوانين المالية

*.(ق. ض. م. م) قانون الضرائب المباشرة والرسوم المماثلة.

*.(ق. ض. غ. م) قانون الضرائب غير المباشرة.

*.(ق. ر. ر. أ) قانون الرسوم على رقم الأعمال.

*.(ق. ت) قانون التسجيل.

*.(ق. ط) قانون الطابع.

*.(ق. ر. ر. أ) قانون الإجراءات الجبائية.

*.(أ. ج. غ. م) أحكام جبائية غير مقننة

د. اختلاف الحاصل بين النتيجة المحاسبية والنتيجة الجبائية.

إن الاختلاف الحاصل بين النتيجة المحاسبية والنتيجة الجبائية ساهم بشكل كبير في إحداث حالات النزاع، وذلك بسبب الاختلافات الموجودة بين النظام المحاسبي المالي المعتمد والنظام الجبائي.

المطلب الثاني:

أسباب مرتبطة بالإدارة الجبائية

إن عدم كفاءة وفعالية الإدارة الضريبية أدى إلى عدم تجسيد الأهداف المتوخاة من إصلاح وعصرية الإدارة الجبائية.

ومن مظاهر عدم فاعلية الإدارة الضريبية، يمكن أن نذكر ما يلي:

أ. عدم الاهتمام بالتسويق الداخلي للضرائب.

يعد عدم اهتمام أصحاب المناصب العليا بالتسويق الداخلي للضرائب من أبرز العوامل المؤثرة في فاعلية إدارة الضرائب، فعدم إعلام مسؤولي المصالح الأعوان التي يشرفون عليها باللوائح والمناشير والمذكرات التفسيرية للنصوص التشريعية الواردة إليهم من الإدارة المركزية ، أدى إلى ظهور خلافات بين

المكلفين بالضريبة والإدارة الجبائية، وهذا بسبب جملة من العراقيل التي يتسبب فيها العنصر البشري سواء من حيث تطبيق القوانين أم عدم فهمها، وبالتالي زيادة نسبة المنازعات الضريبية.

جدول (08): تطور المنازعات الضريبية خلال الفترة 2016-2020 (مليار دج)

مصارح عند القضايا	المديريات الولائية للضرائب (DIW)					مديرية كبريات المؤسسات (DGE)				
	قبضايا مستلمة	قبضايا معالجة	رفض كلي	قبول كلي	قبول جزئي	قبضايا مستلمة	قبضايا معالجة	رفض كلي	قبول كلي	قبول جزئي
2016	72.154	59.008	30.349	12.496	16.163	652	211	112	60	39
2017	63.727	47.828	25.127	9.862	12.839	318	172	100	52	20
2018	56.702	43.812	22.695	8.929	12.188	242	127	89	24	14
2019	52.960	42.523	22.400	8.730	11.293	228	87	56	10	21
2020	53.805	42.557	21.380	11.058	10.119	256	53	37	8	8

المصدر: مديرية المنازعات - المديرية العامة للضرائب

يوضح الجدول أعلاه، تطور عدد الشكاوى المقدمة إلى إدارة الضرائب في إطار منازعات الضريبة، وإن عدد الشكاوى التي يسترجع من خلالها المكلفين بالضريبة حقوقهم على مستوى المديريات الولائية للضرائب تقترب نسبتها في كل سنة من نصف القضايا المعالجة (48.57% - 47.47% - 48.20% - 47.09% - 49.77%)، أما على مستوى مديرية كبريات المؤسسات كانت نسبتها في كل سنة على التوالي: 46.77% - 41.87% - 29.93% - 35.64% - 30.20%، وهذا نتيجة إعلام مسؤولي المصالح الجبائية أعوان التنفيذ الموجودة تحت سلطتهم باللوائح والمناشير والمذكرات التفسيرية.

ب. ضعف أداء مديرية الاتصال:

على الرغم من اهتمام السلطات العمومية بضمانات وحقوق المكلف بالضريبة في إطار برامج إصلاح وعصرية الإدارة الجبائية، وذلك من خلال استحداث " مديرية الاتصال " ¹، كهيئة مركزية مكلفة باتخاذ التدابير الضرورية لتحسين العلاقات بين الإدارة الجبائية والمكلفين بالضرائب، والسهل على تطبيقها الفعلي من طرف جميع المصالح الجبائية، غير أنه في الممارسة العملية، فإن هذه المصلحة المستحدثة لم ترتق إلى مستوى طموحات وأهداف المديرية العامة للضرائب، مكتفية بتسيير الموقع الإلكتروني دون التواصل المباشر مع المكلفين بالضريبة والجمهور ومرافقتهم لتمكينهم من معرفة حقوقهم قبل مطالبتهم بالتزاماتهم، مع أن العلاقات العامة هي ذلك الفن الذي يقوم بتحليل سلوك الجمهور لمعرفة اتجاهاته واحتياجاته، ثم وضع البرامج التي تستهدف الحصول على رضا الجمهور وتحقيق المصلحة العامة. ²

¹ مرسوم تنفيذي 364-07، المؤرخ في 2007/11/28، يتضمن تنظيم الإدارة المركزية بوزارة المالية، الجريدة الرسمية العدد 75، الصادرة في 2007/012/02، ص 05.

² عبد الله أحمد عقيلان، إدارة العلاقات العامة، ط1، 2005، دار المعنز للنشر والتوزيع، عمان، الاردن، ص 19.

ج. عدم الاهتمام بالتكوين:

على الرغم من أهمية التكوين في مساعدة موظفي إدارة الضرائب على تنمية مهاراتهم العلمية والعملية اللازمة لممارسة الأعمال بكفاءة وفعالية، إلا أن عدم وجود إستراتيجية للتكوين بمختلف أنواعه في المجال الضريبي والمحاسبي، أدى إلى حدوث المنازعات الضريبية نتيجة العراقيل التي يتسبب فيها العنصر البشري سواء من حيث تطبيق القوانين أم سوء تأويلها.

خاتمة:

من خلال ما سبق دراسته والتطرق إليه، يمكن القول: إن السلطات العمومية لم تدخر جهدا لمواكبة التطورات المتسارعة في بيئة الأعمال، وذلك من خلال إصلاح وعصرنة المنظومة الجبائية، ولا سيما في إطار تحسين تسيير المنازعات الضريبية وتبسيط إجراءاتها؛ قصد تجسيد المساواة الجبائية هذا من جهة، وتعزيز ترقية العلاقات مع المكلفين بالضريبة من جهة أخرى.

نتائج الدراسة:

لقد دأب المشرع الجزائري على وضع جملة من النصوص القانونية والتنظيمية التي تنظم العلاقة بين المكلف بالضريبة والإدارة الجبائية في مجال المنازعات الجبائية، وذلك من خلال:

- إصلاح وعصرنة الإدارة الجبائية؛
- تنظيم المصالح المكلفة بتسيير الملفات الجبائية بهدف زيادة فعاليتها والجودة في تسييرها؛
- تبسيط النظام الجبائي من حيث الإجراءات المتعلقة بضبط الأوعية الضريبية، وتحديد الحدث المنشئ للضريبة الذي يتولد عنه التزام ضريبي، وكذا تبسيط الإجراءات المرتبطة بالتحصيل الضريبي؛
- تبسيط كافة الإجراءات الخاصة بالمنازعات الجبائية وإدخال مرونة على شروط قبول الشكاوى وعرائض الدعاوى؛
- منح المشرع الجبائي للمكلف بالضريبة عدة خيارات لاسترجاع حقوقه؛
- أقر المشرع الجبائي عدد من الالتزامات والحقوق للمكلفين بالضريبة والإدارة الجبائية سواء ذات طابع عام، أم ما يتعلق بالإجراءات النزاعية.
- حرص الإدارة الجبائية على نشر الوعي الجبائي والتكفل بأنشغالات المكلفين بالضريبة، وذلك من خلال مديرية الاتصال.
- إلا أن ذلك لا يمنع من اتخاذ إجراءات تعزيزيه داعمة للمساعي الحالية نجملها في الاقتراحات التالية:
- تحسين مرونة إجراءات المنازعات الجبائية؛
- الاهتمام بتكوين العنصر البشري، وهذا للرفع من معارفهم العلمية والتقنية وكفاءتهم العملية؛
- مرافقة المكلفين بالضريبة وتمكينهم من معرفة حقوقهم والتزاماتهم، وهذا لتجنب المخاطر الجبائية؛
- العمل على تكوين أعضاء اللجنة تكوينا يسمح لهم القيام بمهامهم بكفاءة؛

- العمل على تشجيع التحضر الجبائي، وهذا من خلال قنوات الاتصال المرئية والسمعية، وكذا شبكات التواصل الاجتماعي.
- التعيين في الوظائف على أساس الكفاءة، الخبرة والمؤهلات والابتعاد عن المحسوبية والأوامر الفوقية؛
- عدم تهميش الإطارات ذات الكفاءة والنزاهة.
- العمل على الحد من الفساد المتوغل في الإدارة الجبائية؛
- استحداث المحاكم الإدارية للاستئناف كجهة استئناف تختص بالفصل في دعاوى الاستئناف المرفوعة ضد الأوامر والأحكام الصادرة عن الدرجة الأولى من للتقاضي من طرف المحاكم الإدارية، وجعل مجلس الدولة كجهة نقض؛
- استعانة القضاء بالمستشارين الجبائيين بدلا من المحاسبين لإجراء الخبرة القضائية في المجال الجبائي.

قائمة المصادر والمراجع:

أولا: الكتب

1. محمد عماد عبد الوهاب السنباطي، الإصلاح الضريبي مع التطبيق على الإدارة الضريبية دراسة تحليلية مقارنة، مكتبة الوفاء القانونية ط 1، الإسكندرية، 2014.
2. عبد الله أحمد عقيلان، إدارة العلاقات العامة، ط1، 2005، دار المعتر للنشر والتوزيع، عمان، الأردن.

ثانيا: القوانين واللوائح التنظيمية

1. قانون الإجراءات الجبائية، المديرية العامة للضرائب، الجزائر، طبعة 2022.
2. قانون الضرائب المباشرة والرسوم المماثلة، المديرية العامة للضرائب، الجزائر، طبعة 2022.
3. قانون 06-01، المؤرخ في 20/02/2006، يتضمن الوقاية من الفساد ومكافحته. ج ر العدد 14 المؤرخة في 2006/03/08.
4. قانون 16-14، المؤرخ في 28/12/2016، يتضمن قانون المالية لسنة 2017، ج ر العدد 77، المؤرخة في 2016/12/29.
5. أمر 06-03، المؤرخ في 15/07/2006، القانون الأساسي للوظيفة العمومية، ج ر العدد 16، المؤرخة في 2006/07/16.
6. مرسوم تنفيذي رقم 190.90، المؤرخ في 23/06/1990، يتضمن تنظيم الإدارة المركزية في وزارة الاقتصاد، الجريدة الرسمية العدد 26، الصادرة في 27/06/1990.
7. مرسوم تنفيذي 06-327، المؤرخ في 18/06/2006. يحدد تنظيم المصالح الخارجية للإدارة الجبائية وصلاحياتها. ج ر رقم 59، الصادرة في 24/09/2006.
8. مرسوم تنفيذي 07-364، المؤرخ في 28/11/2007. يتضمن تنظيم الإدارة المركزية في وزارة المالية، ج ر رقم 75، الصادرة في 02/12/2007.

9. قرار مؤرخ في 24/12/2017، يحدد الحد الأدنى لرقم أعمال الشركات التي تتبع اختصاص مديرية كبريات المؤسسات. ج ر العدد 77، الصادرة في 2017/12/31.

ثالثا: الدوريات:

1. رسالة المديرية العامة للضرائب العدد 2011/51.
2. رسالة المديرية العامة للضرائب العدد 2012/62.

التسجيل الصوتي للأحداث في الأماكن الخاصة ودورها في خدمة العدالة

Audio Recording of Conversations in Private Places and their Role in Serving Justice

الوليد احمد حسين الدرابيع

ماجستير قانون عام - جامعة القدس - فلسطين

waleed1.drabia@hotmail.com

DOI: <https://doi.org/10.70411/MJLS.1.1.20231>

المخلص

شهد العالم تطوراً هائلاً في مجال الاتصالات والتكنولوجيا فنشطت الصناعة التقنية وتسابقت الشركات في إنتاج الأجهزة الذكية بما يخدم الإنسان ويعينه على قضاء حوائجه، بالمقابل سهلت تلك التقنيات من وقوع بعض الجرائم في المجتمع وساعدت المجرم على إخفاء آثار جريمته والأدلة التي قد تدينه لاحقاً، وهو ما دفع بالمشرع إلى إقرار وسائل حديثة في عملية الإثبات الجنائي بما يواكب التطور الذي صاحب الجريمة وأساليب تنفيذها، فأعطى الحق للسلطة التنفيذية في أن تستخدم بضوابط معينة بعض الوسائل المستحدثة في عملية الإثبات الجنائي وعلى رأسها التسجيل الصوتي كوسيلة مشروعة تهدف إلى إحقاق الحق وتحقيق الردع العام في الدولة، وعدم إفلات المجرم من العقاب فالحكم يستند إلى أدلة وبراهين قوية لا يجوز أن تكون متلهة أو متناقضة أو مهدومة الأركان بما يخدم العدالة ويحقق الصالح العام.

الكلمات الافتتاحية: التسجيل الصوتي، الأدلة الحديثة، الإثبات الجنائي

Abstract :

The world witnessed a tremendous development in the field of communication and technology, and the technical industry was active, and companies competed in the production of smart devices to serve and aid the human. In return, these technologies facilitated the occurrence of some crimes in the society and assessed the criminal in hiding the traces of the crimes and the evidence that might be used in conviction later. This prompted the legislator to adopt modern methods in the process of criminal evidence in line with the development that accompanied the crime and the methods of its implementation. Accordingly, this gave the right to the executive authority to use, with certain controls, some of the new means in the process of criminal evidence, especially in audio recording, as a legitimate means aimed at realizing the right and achieving general deterrence in the state, which enforce criminal punishments as the judgment must be based on strong evidence and arguments that cannot be sloppy, contradictory, or without foundations in order to serve justice and achieve the common good.

Key words: audio recording, recent evidence, criminal evidence.

المقدمة:

يعد التسجيل الصوتي أحد الوسائل العلمية الجديدة المتبعة في عملية الإثبات الجنائي، وهو أسلوب حديث نسبياً بالنظر إلى حداثة نشأته التي حالت دون تطرق الفقهاء القدامى له في مؤلفاتهم، فلم تكن له حاجة آنذاك، لكن تطور الجريمة وأساليبها من قبل المجرمين ومحاولاتهم الهروب من العقاب دفعت بالمشرع والقضاء للاهتمام بتلك الوسائل لمنع المجرم من الإفلات دون عقاب، فاستندوا في الإثبات الجنائي إلى نفس الأساليب والوسائل التي استخدمها المجرم¹.

وبما أن النيابة العامة هي الجهة المسؤولة في الدولة عن صون الأمن والنظام العام بما يكفل تحقيق العدالة بجوانبها المختلفة، بما يراعي كذلك كافة الإجراءات والوسائل المكفولة في القانون المستخدمة في الإثبات أو في إجراء التحقيق الابتدائي وغيرها من مهام الضبط القضائي، فحري بها أن تدأب على استخدام الأساليب الحديثة المستخدمة في الإثبات الجنائي وفي مقدمتها التسجيل الصوتي بما أن القانون أجازها، خصوصاً وإن لها سلطة الإشراف على مأموري الضبط القضائي، فتبعية مأمور الضبط القضائي لأعضاء النيابة العامة بغض النظر عن المرحلة أو الإجراء كجمع الاستدلالات أو التحقيق الابتدائي مطلوبة دائماً ومن ضمنها التسجيل الصوتي للأحداث في الأماكن الخاصة والتتصت على المكالمات الهاتفية².

أولاً: موضوع الدراسة:

نظم المشرع الفلسطيني في قانون الإجراءات الجزائية إجراءات محددة فيما يخص استخدام التسجيل الصوتي كوسيلة أثبات واضعاً شروط وضوابط معينة تتمحور حول رفع المراسلة الخاصة بالتسجيل من قبل النائب العام متضمنة تحريات جدية تستدعي طلب التسجيل وذلك لقاضي الصلح ضمن فترة حددها القانون، لكن المشرع لم يبين حقا الشروط الشكلية والموضوعية النازمة لهذا الإجراء التحقيقي الحساس والخطير.

ثانياً: إشكالية الدراسة:

تطرح هذه الدراسة عدة إشكاليات تحتاج إلى الإجابة عنها، وتتمثل في بيان إلى أي مدى كانت النصوص النازمة للتسجيل الصوتي في التشريعات الجزائية النافذة قاصرة عن تحقيق الهدف المنشود من إقرارها، بالنظر إلى الغموض الذي أحاط بضوابطها وشروطها؟ وهل للتسجيلات الصوتية حجية أمام القاضي الجزائي؟

¹ محمد العمري: اثر التسجيل الصوتي في الإثبات، مجلة كلية دار العلوم، جامعة القاهرة، العدد 56، مصر 2010، ص 429.

² نصت المادة (69) من قانون السلطة القضائية رقم (1) لسنة 2002 على أن: "أعضاء مأمورو الضبط القضائي يكونون فيما يتعلق بأعمال وظائفهم تابعين للنيابة العامة"، وفي ذات السياق نصت المادة (1/19) من قانون الإجراءات الجزائية رقم (3) لسنة 2001 على أن: "يتولى أعضاء النيابة العامة مهام الضبط القضائي والإشراف على مأموري الضبط كل في دائرة اختصاصه".

ثالثاً: أهمية الدراسة:

تكمن الأهمية النظرية للبحث في السياسة التشريعية التي اتبعها المشرع في موافقته بين ضرورة إقراره لهذا الإجراء التحقيقي الابتدائي كوسيلة لحفظ الأمن والنظام في المجتمع وبين مدى تأثيره على الحقوق والحريات المكفولة بنصوص القوانين والمواثيق والاتفاقيات الدولية ولكون المكتبة القانونية في فلسطين بحاجة ماسة الى هذه الدراسة.

كذلك نجد لهذه الدراسة أهميتها من الناحية العملية نتيجة الدور الذي يلعبه هذا الإجراء التحقيقي في كشف الجريمة ومنع ارتكابها، فالحقائق العملية أثبتت الدور بالغ الأهمية الذي تلعبه الوسائل التقنية كالتسجيل الصوتي في إجهاض المخططات الإجرامية وهي في رحم الإعداد والتحضير، وتفكيك الميليشيات والتنظيمات الإرهابية التي تشكل الخطر الأكبر على الأمن والنظام العام في الوقت الحالي، بالإضافة الى وجود أخطاء كبيرة في مجال العمل فيما يتعلق بكيفية ممارسة اجراء التسجيل الصوتي تؤدي الى بطلان الإجراءات وفرار المجرم من العقاب والمسائلة القانونية .

رابعاً: اهداف الدراسة: تسعى هذه الدراسة الى تحقيق الاهداف التالية :

- 1- التعرف على المقصود بالتسجيل الصوتي.
 - 2- بيان ضمانات المتهم عند اجراء التسجيل الصوتي.
 - 3- الاحاطة بإجراءات التسجيل الصوتي في التشريع الفلسطيني والمقارن.
 - 4- البحث في مدى حجية التسجيل الصوتي واثره في الاثبات الجنائي.
 - 5- الوقوف على حالات البطلان المترتبة على الخلل في الاجراءات للتسجيل الصوتي.
- خامساً: منهج الدراسة:** من أجل معالجة إشكاليات الدراسة وتحقيق أهدافه، سنتبع المنهج العلمي الوصفي التحليلي المقارن، وذلك من خلال جمع المعلومات والنصوص القانونية وتحليلها التي تتناول موضوع التسجيل الصوتي في التشريع الفلسطيني، معتمداً في ذلك على المصادر والمراجع القانونية والفقهية العامة والمتخصصة بموضوع الدراسة ومقارنتها بالقوانين والنظم المقارنة عند الحاجة.

سادساً : خطة الدراسة :

ارتأينا تقسيم هذه الدراسة إلى مبحثين ومقدمة وخاتمة، وذلك على النحو الآتي:

المبحث الأول: الاطار المفاهيمي للتسجيل الصوتي .

المبحث الثاني: التسجيل الصوتي كدليل في الاثبات الجنائي

المبحث الاول:

الإطار المفاهيمي للتسجيل الصوتي

يعد التسجيل الصوتي أحد الوسائل الحديثة في الإثبات الجنائي سيما في ظل الحاجة المجتمعية الكبيرة لتحقيق العدل في الدولة، وفقا لما سبق سوف نتناول في مطلب اول المقصود بالتسجيل الصوتي، وسنخرج في المطلب الثاني إجراءات تسجيل السمعي، وأخيرا سنبين ضمانات المتهم عند تسجيل الأحاديث الشخصية في مطلب ثالث.

المطلب الاول:

ماهية التسجيل الصوتي

بادئ ذي بدء وللوصول الى التعرف على المقصود بالتسجيل الصوتي يتطلب منا بداية التعرف على المقصود بالتسجيل ومن ثم التعرّيج للمقصود بالصوت وصولا الى إيجاد تعريف جامع مانع للتسجيل الصوتي يعالج جميع جوانبه.

حيث اننا نجد انه قد وردت عدة تعريفات للتسجيل، فمعجم اللغة العربية المعاصرة وضح أن: "تَسْجِيلٌ : جمع تَسْجِيلَات، مصدر سَجَّلَ، وآلة تسجيل : آلة حفظ الصوت، ومادّة مُسَجَّلَةٌ بالصوت والصورة أو الاثنين معا "1.

وذكر عبد الغني أبو العزم أنها: "جمع: تسجيلات (مصدر سَجَّلَ)، آخِرُ أَجَلٍ لِلتَّسْجِيلِ فِي الْمَعْهَدِ: لِلتَّقْيِيدِ فِي اللُّوَائِحِ، آلهُ التَّسْجِيلِ: آلهٌ تَلْقُطُ الْأَصْوَاتَ وَتُسَجِّلُهَا فِي شَرِيْطٍ مَغْنَاطِيْسِيٍّ، قَامَ بِتَسْجِيلِ آخِرِ أُغْنِيَةٍ: نَقْلُهَا فِي شَرِيْطٍ لِإِعَادَةِ سَمَاعِهَا فِي أَيِّ وَقْتٍ، اسْتَمَعَ إِلَى تَسْجِيلَاتِهَا الْغِنَائِيَّةِ"2.

اما الصوت فأنا نجد انه عرف بأنه " ينشأ عادة من ذبذبات يكون مصدرها الحنجرة لدى الإنسان، فبمجرد اندفاع النفس من الرئتين يمر بالحنجرة، فيحدث اهتزازات ينتقل خلالها الهواء الخارجي على شكل تموجات حتى تصل إلى الأذن، والصوت اللغوي عامة ينظر إليه من وجهتين، الأولى عضوية والأخرى صوتية، فالوجهة الأولى تدل على الحركة والثانية تدل على التنفس وبعبارة أخرى فإن الصوت يتصل بعملية نطقه وصفته "3.

¹ أحمد مختار عمر، معجم اللغة العربية المعاصرة، عالم الكتب، القاهرة، 2008.

² عبد الغني أبو العزم، معجم الغني الزاهر، القاهرة، 2013.

³ تمام حسان، مناهج البحث في اللغة، دار الثقافة البيضاء، المغرب، 1986، ص198.

في حين ذهب الى تعريف التسجيل الصوتي اصطلاحاً بأنه "عملية ترجمة للتغيرات المؤقتة لموجات الصوت الخاصة بالكلام او الموسيقى الى نوع اخر من الموجات او التغيرات الدائمة"¹، وهو أيضاً يعرف بأنه "تسجيلاً لأصوات باستعمال أجهزة التسجيل المستخدمة في تسجيل الصوت على شرائط يمكن سماعها فيما بعد وفي أي وقت"².

في حين عرف جهاز التسجيل الصوتي بأنه "عبارة عن جهاز صغير يسهل حمله ونقله ويقوم بتحويل الموجات الصوتية إلى تأثيرات كهربائية متنوعة حسب شدة الصوت فتصل هذه التأثيرات إلى جهاز مضخم الصوت حيث يقوم بتحويل هذه الإشارات الكهربائية إلى تأثيرات مغناطيسية تضاهي تماماً تأثيرات الصوت الطبيعي للتسجيل على الشريط الممغنط الذي يقوم المحرك بسحبه أمام رأس التسجيل بقدر معين حسب السرعة المطلوبة³ ويعرف أيضاً بأنها عبارة عن "عملية ترجمة للمتغيرات المؤقتة لموجات الصوت الخاصة بالكلام او الموسيقى الى نوع من الموجات او المتغيرات الدائمة ويكون التسجيل عادة بواسطة آلة تترجم موجات الاصوات الى اهتزازات خاصة وتتفق هذه الاهتزازات مع الأصوات التي تحدثها بالضبط"⁴ وذهب آخرون الى تعريفه بأنه "نقل الموجات الصوتية من مصادرها بنبراتها ومميزاتها الفردية وخواصها الذاتية بما تحمله من عيوب او لزمات في النطق الى شريط تسجيل داخل صندوق الكاسيت بحيث يمكن إعادة سماع الصوت للتعرف على مضمونه وإدراك خواصه التي تشكل عناصر المقارنة عند مضاهاته على صوت الشخص المنسوب اليه مما يتيح تقرير اسناده اليه او نفي ذلك"⁵

ويرى الباحثان هنا انه يوجد تشابه في التعريفات السابقة التي تطرقت للتسجيل الصوتي، ومن ضمنها ان التسجيل يعتمد ع ثلاث امور أو أركان وهي:

- 1- جهاز تسجيل السمع: وهو جهاز يستخدم في اجراء التسجيل وليس له حجم معين او شكل معين حيث ان الاشكال والاحجام تتفاوت من مكان الى اخر، ومن زمان لآخر.
- 2- يتم تنفيذه من قبل شخص لشخص اخر للوصول الى غاية ما.
- 3- يمكن الرجوع اليه في وقت لاحق للتأكد من مضاهاته لصوت الشخص نفسه.

¹ عباس العبودي، شرح احكام قانون الاثبات ص 345

² الشيخ الفكي، البصمة الصوتية للإنسان، مجلة جامعة سنار، المجلد (2)، العدد (1)، السودان، 2013، ص 25.

³ بشير الكلوب، استخدام الأجهزة في عملية التعليم والتعلم، دار الإحياء للنشر والطباعة، 1989، ص 34.

⁴ سليمان محمد قرعان، بحث بعنوان الكشف عن الجرائم بالوسائل العلمية، المعهد القضائي، 1993، ص 48، مشار اليه في براك عبد الله الهيفي، حجية الوسائل العلمية في الاثبات الجنائي رسالة ماجستير جامعة الشرق الأوسط 2017 ص 53

⁵ حسنين محمد البوادي، الوسائل العلمية الحديثة في الاثبات الجنائي، دون طبعه، منشأة المعارف، الاسكندرية، 2005 محمد فرج العطوي، استخدام المحققين لوسائل التقنية وعلاقتها بالكشف عن الجريمة رسالة ماجستير جامعة مؤتة 2009 ص 39

وهنا يرى الباحث بأن التسجيل الصوتي من الناحية القانونية هو عبارة عن إحدى الوسائل الحديثة للإثبات الجنائي، تتم باستخدام جهاز تسجيل سمعي وفق ضوابط قانونية من قبل السلطة القضائية لحماية الحرية الشخصية للمتهم وتحقيقاً للعدالة الناجزة.

وبعد ان تناولنا في هذا المطلب ماهية التسجيل الصوتي، سنبين إجراءات تسجيل الصوتي في مطلب ثان.

المطلب الثاني:

إجراءات تنفيذ التسجيل الصوتي

لم ينظم قانون الإجراءات الجزائية الفلسطيني كافة إجراءات التسجيل السمعي والبصري حيث اننا نجد ان نصوص المواد التي نظمت جوانب التسجيل السمعي للأحاديث الخاصة في القانون جاءت خالية من بعض الشروط الموضوعية التي تترك المجال للتأويل والاجتهاد وتترك المجال لانتهاك الحقوق والحريات المكفولة بالقانون الأساسي.

تعد اجراء التسجيل السمعي للمحادثات بناء على تفويض من قبل نيابة العامة والحصول على اذن قضائي بممارسة هذا الاجراء احدى اهم اعمال مأموري الضبط القضائي هي وفق الإجراءات التالية:

الفرع الاول:

اجراء تحريات جديده من قبل السلطة التنفيذية تقدم للنائب العام

حيث تقوم السلطة التنفيذية ومن خلال الأجهزة الأمنية العاملة في الدولة التي تمتلك صفة الضبط القضائي مثل (الشرطة المدنية¹، المخابرات العامة²، الامن الوقائي³) بممارسة اعمال الضبط القضائي والضبط الإداري في الدولة، والعمل المشترك تحت مظلة النيابة العامة للكشف عن الجريمة وتثبيت ادلة الإدانة والبراءة للمواطنين .

ويجب ان تتوفر شروط معينة في محضر التحريات من ضمنها ان يتم توضيح طبيعة التحريات الواردة التهمة الموجهة الى الشخص المنوي التسجيل للأحاديث في الأماكن الخاصة وان تكون لها فائدة في كشف جنائية او جنحة يعاقب عليها بالحبس لمدة لا تقل عن سنة حسب ما جاء في قانون الإجراءات الجزائية الفلسطيني⁴ في حين نجد ان المشرع الفلسطيني في القرار بقانون بشأن الجرائم الالكترونية لم يحدد مدد

¹ منحت صفت الضبطية القضائية بموجب نص المادة 6 من القرار بقانون بشأن الشرطة رقم 23 لسنة 2017

² منحت صفة الضبطية القضائية بموجب نص المادة 12 من قانون المخابرات العامة رقم 17 لسنة 2005

³ منحت صفة الضبطية القضائية بموجب نص المادة 7 من القرار بقانون رقم 11 لسنة 2007

⁴ المادة 51 فقرة 2 من قانون الاجراءات الجزائية الفلسطيني رقم 3 لسنة 2001

للجناية أو الجنحة التي تستوجب الحصول على إذن قضائي¹، أما المشرع المصري فنجد انه يشترط ان يكون فائدة في ظهور الحقيقة في جناية أو جنحة معاقب عليها بالحبس لمدة تزيد على ثلاثة أشهر²، أما المشرع الأردني فنجد انه لم يحدد أي مدد للجناية أو الجنحة التي تستوجب اجراء التسجيل الصوتي³.

الفرع الثاني:

تقديم النيابة العامة التحريات الواردة والحصول على إذن بالتسجيل الصوتي

بعد الانتهاء من تقديم التحريات اللازمة من قبل مأموري الضبط القضائي والتي توضح طبيعة التهمة المسندة إليهم، تقوم النيابة العامة ممثلة بالنائب العام وفقاً لنصوص قانون الإجراءات الجزائية بتقديم البيانات للحصول على إذن قضائي من قبل قاضي الصلح المختص⁴ ويقوم القاضي بعطاءه الاذن بالتسجيل لمدة 15 يوم تجدد لمرة أخرى⁵.

أما المشرع المصري فقد حدد الاختصاص بإصدار الاذن بالتسجيل للمحادثات لقاضي التحقيق، وأعطى الاذن بالتسجيل لمدة لا تزيد على ثلاثين يوماً قابلة للتجديد لمدة أو مدد أخرى مماثلة⁶، في حين اننا نجد ان المشرع الأردني كان موقفه مغاير للمشرع الفلسطيني والمصري وأعطى الصلاحيات للنائب العام بإعطاء إذن بالتسجيل دون اشتراط الحصول على إذن قضائي من قبل القاضي الصلح أو قاضي التحقيق⁷. ويرى الباحث ان المشرع الفلسطيني قام بوضع ضوابط تحدد الاختصاص واسناده لقاضي الصلح قد تميز بها عن العديد من المشرعين في الدول المجاورة التي اسنده هذا الاختصاص للنائب العام وهو من شأنه ان يؤدي الى سهولة في الإجراءات واقتصارها على المواضيع المهمة والجدية، فالحصول على قرار من قاضي الصلح من شأنه يضع ضمانه للمواطنين تمنع أي تجاوز مستقبلي.

¹ المادة (35) من القرار بقانون بشأن الجرائم الالكترونية لعام 2017 تنص "لقاضي الصلح أن يأذن للنيابة العامة بمراقبة الاتصالات والمحادثات الإلكترونية وتسجيلها والتعامل معها؛ للبحث عن الدليل المتعلق بالجريمة وذلك لمدة خمسة عشر يوماً قابلة للتجديد لمرة واحدة، بناءً على توافر دلائل

جديدة، وعلى من قام بالتفتيش أو المراقبة أو التسجيل أن ينظم محضراً بذلك يقدمه إلى النيابة العامة

² المادة 95 و 206 من قانون الإجراءات الجنائية المصري طبقاً لأحدث التعديلات بالقانون 95 لسنة 2003

³ المادة 88 من قانون أصول المحاكمات الجزائية الأردني رقم 9 لسنة 1961 وفقاً لتعديلات 2017

⁴ لمادة 51 فقرة 2 من قانون الإجراءات الجزائية الفلسطيني رقم 3 لسنة 2001

⁵ لمادة 51 فقرة 3 من قانون الإجراءات الجزائية الفلسطيني رقم 3 لسنة 2001

⁶ المادة 95 و 206 من قانون الإجراءات الجنائية المصري طبقاً لأحدث التعديلات بالقانون 95 لسنة 2003

⁷ المادة 88 من قانون أصول المحاكمات الجزائية الأردني رقم 9 لسنة 1961 وفقاً لتعديلات 2017

الفرع الثالث:

تفويض الاختصاص بالتسجيل ومباشرة التسجيل

يفوض الاختصاص بالتسجيل من قبل النيابة العامة الى مأمور الضبط القضائي المختص لإجراء التسجيل اللازم بشكل قانوني دون أي خلل في الإجراءات، وبالرغم من عدم النص عليه بشكل واضح في نصوص المواد المتعلقة بالتسجيل الصوتي للأحاديث في الأماكن الخاصة¹

وبعد القيام بالتسجيل الصوتي والمتعلقة بالجريمة المحددة مدتها في القوانين التي تنظم الإجراءات الجزائية في الدولة، يتم تزويد النيابة العامة بالتسجيل الصوتي لاتخاذ المقتضى القانوني اللازم، واستخدامه كدليل مهم وجوهري في الدعوى الجزائية المقامة من قبلها بصفتها الجهة المختصة بإقامة الدعوى الجزائية ومباشرتها.²

ونلاحظ هنا عدم وجود نص بشكل واضح في التشريعات الجزائية يوضح مرحلة بعد الحصول على اذن قضائي ومن ضمنها مرحلة اعداد المحاضر وتقديمها للنياية العامة، حيث ان للمحاضر المعدة من قبل مأموري الضبط القضائي حجة للوقائع المثبتة فيها حتى يتقدم ما ينفي صحة ما جاء فيها موضحا، ولكن يشترط ليكون للمحاضر المقام من قبل مأمور الضبط القضائي ان يحقق قوة ثبوتية وجود عدة شروط في المحاضر تتمثل في ان يكون من ناحية الشكل صحيحا، وان يكون محرره قد عاين الواقعة التي حرر المحاضر عنها او تم ابلاغه عنها، واخيرا ان يكون هذا المحاضر قام به مأمور الضبط القضائي اثناء قيامه بعمله وان يكون قد تم ضمن حدود اختصاصه³.

كما ان قانون العقوبات الثوري لسنة 1979 النافذ لم يتطرق للتسجيل للصوتي في الاثبات على خلاف القوانين الأخرى حيث نص في المادة 68 منه على ان " للمدعي العام أن يضبط لدى مكاتب البريد والبرق كافة الخطابات والرسائل والجرائد والمطبوعات والطرود وكافة الرسائل البرقية، كما يجوز له مراقبة المحادثات الهاتفية متى كان لذلك فائدة في إظهار الحقيقة الا انه في الباب الثالث المعنون بالبيانات نص في المادة

¹ المادة 55 فقرة 2 من قانون الإجراءات الجزائية الفلسطيني رقم 3 لسنة 2001 " [2] للنائب العام أو وكيل النيابة العامة المختص تفويض أحد أعضاء الضبط القضائي المختص بالقيام بأي من أعمال التحقيق في دعوى محددة، وذلك عدا استجواب المتهم في مواد الجنايات.

المشرع المصري بنص في المادة 200 في قانون الإجراءات الجزائية المصري " لكل من أعضاء النيابة العامة في حالة إجراء التحقيق بنفسه أن يكلف أي مأمور من مأموري الضبط القضائي ببعض الأعمال التي من خصائصه

² مادة [من قانون الاجراءات الجزائية الفلسطيني 1] تختص النيابة العامة دون غيرها بإقامة الدعوى الجزائية ومباشرتها ولا تقام من غيرها إلا في الأحوال المبينة في القانون.

³ نصت المادة [و 212 213] من قانون الإجراءات الجزائية الفلسطيني رقم 3 لسنة 2001

153:فقرة أ- منه على " تقام البينة في الجنايات والجنح والمخالفات بجميع طرق الإثبات ويحكم القاضي حسب قناعته الشخصية " .

وبعد ان تناولنا في هذا المطلب اجراءات التسجيل الصوتي سوف نبحت في المبحث الثاني التسجيل الصوتي كدليل في الاثبات الجنائي.

المبحث الثاني:

التسجيل الصوتي كدليل في الاثبات الجنائي

سوف نتناول في مطلب اول مشروعية استخدام وسائل التسجيل الصوتي، وسوف نخرج الى بطلان إجراءات التسجيل وأثره على الدعوى الجزائية في مطلب ثان.

المطلب الاول:

مشروعية استخدام وسائل التسجيل الصوتي

في الواقع الفلسطيني نلاحظ وجود عدة قضايا يومية في التطبيق العملي لذا نجد أنه من الصعب اثبات الركن المادي والركن المعنوي بها استدعت تدخل المشرع من خلال إيجاد وسائل اثبات مستحدثة لتقريب الحقيقة القضائية، فالاعتماد على هذه الوسائل اثار جدلا فقهيًا حول مدة مشروعية استخدام هذه الأدلة؟ فنجد ان في القضايا المتعلقة بأمن الدولة والتي جرمها قانون العقوبات الأردني النافذ لسنة 1960 مثل محاولة اقتطاع جزء من الاراضي لجهات استيطانية والذي نصت " يعاقب بالأشغال الشاقة المؤقتة خمس سنوات على الأقل كل أردني حاول بأعمال أو خطب أو كتابات أو بغير ذلك أن يقطع جزءاً من الأراضي الأردنية ليضمها إلى دولة أجنبية أو أن يملكها حقاً أو امتيازاً خاصاً بالدولة الأردنية¹. والقضايا المتعلقة بالخيانة والتي جرمها القانون حيث نص على : من أقدم على أعمال أو كتابات أو خطط تجزها الحكومة فعرض المملكة لخطر أعمال عدائية أو عكر صلاتها بدولة أجنبية أو عرض الأردنيين لأعمال تأرية تقع عليهم أو على أموالهم².

نظرا لوجود معيقات يفرضها الاحتلال الإسرائيلي من خلال السيطرة على المناطق الإسرائيلية وعدم إمكانية فرض السيطرة عليها بموجب الاتفاقيات الموقعة مثل اتفاقية أوسلو، حيث استغل الامر من قبل المجرمين بمساندة من قبل قيادات في أجهزة المخابرات الاسرائيلية التي تسعى دائما الى حماية العاملين

¹ المادة 114 عقوبات من قانون العقوبات الاردني رقم 16 لسنة 1960

² المادة 118 فقرة 2 من قانون العقوبات الاردني رقم 16 لسنة 1960

معها وعدم ترك آثار تثبت ما اقترفوه من جرائم تمس أمن الدولة وتضر بالأمن والنظام العام في الدولة وبالتالي يصعب الإثبات الجزائي من خلال عرض الخيانة أو إبرام صفقات تجارية لجهات استيطانية وهنا ظهرت الحاجة إلى التسجيل الصوتي لإثبات الوقائع المجرمة في القانون من خلال الوسائل الحديثة .

محكمة النقض المصرية تنص على " لما كان لتحقيق الإنسانية المصرية هدفا أساسيا تضمنته وثيقة إعلان دستور جمهورية مصر العربية ، وكانت مراقبة وتسجيل المحادثات السلوكية واللاسلكية والأحداث الخاصة أمرا مرفوضا، يعد انتهاكا لحرمة الحياة الخاصة وانتقاصا في الأصل من الحرية التي سجلها الدستور في المادة 41 منه باعتبارها حقا طبيعيا للإنسان لا يجوز الإخلال به أو تقييده بالمخاللة لأحكامه وإن قانون الإجراءات الجنائية تتعلق بضمان حريات المواطنين، لا تجيز هذا الإجراء إلا إذا كانت هناك فائدة في ظهور الحقيقة مفاد ذلك أنه لا يسمح بهذا الإجراء لمجرد الإبلاغ أو الظنون أو الشكوى أو البحث عن الأدلة وإنما عند توافر أدلة جادة تقتضي تدعيمها بنتائج هذا الإجراء"¹

خاصة في ظل عدم قدرة وسائل الإثبات التقليدية على معالجة هذه القضايا، فلم يعد الاعتراف سيد الأدلة بل يخضع لتقدير المحكمة المختصة، وقيام شخص بعرض العمالة على شخص آخر على سبيل المثال واعتراف المواطن على الشخص الذي عرض العمالة عليه لا تكفي كدليل لكي يدان متهم بل يجب أن يعزز بقرائن وإدالة²

وهنا نصب امام إشكالية تواجه النيابة العامة ومأموري الضبط القضائي حيث يصعب على المحكمة اثبات الركن المادي والمعنوي في الجرائم ويكون حكم المحكمة ببراءة المتهم عمالا لقاعدة أساسية في الإثبات في القانون الجنائي وهي أن القاضي لا يجوز له أن يحكم بعلمه الشخصي بل يجب أن يستند إلى أدلة وبراهين وأن يسبب حكمه.³ حيث أنه في حال عدم قيام البيئة على المتهم يتوجب على المحكمة الحكم ببراءته⁴ .

وهذا يدفعنا لطرح التساؤل التالي: ما مدى مشروعية الدليل الناتج عن استخدام وسيلة التسجيل الصوتي بإذن قضائي في الدعوى الجزائية؟

¹ عمار الحسيني، التصوير المرئي والتسجيل الصوتي وحجيتهما في الإثبات الجنائي - دراسة مقارنة، 2017، ص 226 مشار إليه في نوف عجارمة، حجية المستخرجات الصوتية والمرئية في الإثبات الجزائي " دراسة مقارنة " ، رسالة ماجستير ، جامعة الشرق الأوسط، 2019، ص67

² نصت المادة 209 من قانون الإجراءات الجزائية الفلسطينية رقم 3 لسنة 2001 على: لا يدان متهم بناءً على أقوال متهم آخر إلا إذا وجدت بيئة أخرى تؤيدها واقتنعت المحكمة بها، ويحق للمتهم الآخر مناقشة المتهم الذي صدرت عنه هذه الأقوال في أقواله.

³ المادة [205 من قانون الإجراءات الجزائية " لا يجوز للقاضي أن يحكم بعلمه الشخصي " .

⁴ المادة 206 فقرة 2 من قانون الإجراءات الجزائية رقم 3 لسنة 2001 " إذا لم تقم البيئة على المتهم قضت المحكمة ببراءته " .

يباشر القاضي الجزائي وزن الأدلة المقدمة خلال سير الدعوى وإجراء المقتضى القانوني اللازم حيث يعد هذا الاجراء من صميم عمل القاضي الجزائي الذي يباشر هذا العمل لتحقيق العدالة لاستبعاد الدليل الزائف او المصطنع انطلاقا من المبدئ المهم في الدعوى الجزائية وهو مبدأ القناعة القضائية¹ ، خاصة ان القاضي الجزائي من اهم ما يميزه عن القاضي المدني هو تمتعه بالحرية بالكامل في وزن الادلة دون. فاذا كان التسجيل الصوتي قد مر من خلال البوابة القانونية له الممثلة بالنيابة العامة وقاضي الصلح المختص وتم بالشكل القانوني السليم فيكون التسجيل الصوتي في هذه الحالة بمعرض البيئة ويتم الأخذ به قانونيا ويصلح للأثبات، مع ضرورة توافر الشروط والضوابط التي تناولها التشريعات الوطنية.

وهنا يجب ان نشير انه قد ورد اختلاف من قبل الفقهاء القانونيين حول القيمة القانونية للتسجيل الصوتي وانقسمت هذا الاختلاف الى اراء فقهية تتمثل في: ²

الراي الأول: أخذ بفكرة عدم بطلان إجراءات تسجيل الصوت وإمكانية الاستناد اليه طالما انه قد تم بشكل قانوني باتتبع الإجراءات الواردة في القوانين المنظمة له، وان الاعترافات الصوتية التي تم تسجيلها تمت بمحض إراداته دون ضغط أو اكراه نفسي أو معنوي.

الرأي الثاني: فكان له وجهة نظر مغايرة تقوم على عدم صحة الدليل القائم على التسجيل الصوتي باعتباره يتنافى مع القواعد القانونية التي تكفل حماية الحقوق والحريات الشخصية للمواطن المكفولة بكافة التشريعات الوطنية والمواثيق والاتفاقيات الدولية.

ويتفق الباحث هنا مع الراي الأول المؤيد لمشروعية اعتبار الدليل الصوتي أحد ادلة الاثبات التي يبني عليها السلطة القضائية حكمها بالإدانة او البراءة للمتهم، سيما ان الحرية الشخصية مكفولة في القانون كقاعدة عامة وان الاستثناء الوارد بإمكانية التسجيل الصوتي يتم وفق ضوابط ومعايير محددة تراعي حقوق الانسان وحرياته من جهة وحق المجتمع الفلسطيني في العيش بسلام وامان تحت مظلة القانون وبشكل يحافظ على الامن والنظام العام.

ولكن السؤال الذي يدور في هذا السياق هل التسجيلات الصوتية الذي تحتويه الهواتف النقالة والتي تم تسجيلها من قبل المتهم تعد دليل يمكن الاستناد اليه خلال مراحل سير الدعوى امام السلطة القضائية؟

¹ " حيث ان النظام على ان القاضي الجزائي له مطلق الصلاحية وكامل الحرية بالاقتناع بالدليل او طرحه من عداد البيانات ، كما انه ليس مقيدا بأدلة محددة بل يقتنع باي دليل يطمئن اليه، اضافة ان دوره ليس سلبيا فله ان يقوم باي اجراء وطلب اي دليل وفي اي مرحلة من مراحل الدعوى متى كان ذلك لازما لاطهار العدالة " مشار اليه صالح حجازي ، مبدا الاقتناع الذاتي للقاضي الجزائي ، مجلة الحقوق ، جامعة الكويت ، مج 39 ، ع 2 ، 2015 ، ص 510

² حسين محمود ابراهيم ، الوسائل العلمية الحديثة في الاثبات الجنائي ، القاهرة ، دار النهضة العربية ، 1981 ، ص 176

انقسمت الآراء حول الاجابة على هذا الموضوع الى:

الرأي الاول : اعتبر أن التسجيل الصوتي لا يصلح لان تكون دليل يستخدم في معرض البينة ضد المتهم، ولكن اعتبر التسجيل الوارد يعد قرينه لو وجد دليل يؤيدها ، معتبرا ان الاطار القانوني الذي يجب ان يسلك للقيام بالتسجيل الصوتي هو من خلال النيابة العامة وبناء على اذن من قاضي الصلح وفقا لصريح نص المادة 51 فقرة 2 من قانون الاجراءات الجزائية الفلسطيني لسنة 2001 ، وبالتالي فان التسجيل الموجود في جهاز الهاتف والذي تم دون الحصول على اذن قضائي لا يعد دليل ولكن يتم أخذه كقرينه اذا وجد دليل اخر لوقوع الجريمة يؤكد ارتكاب المجرم للفعل .

نجد أن المشرع الفلسطيني وضع في قانون الاجراءات الجزائية ان الحكم الجزائي لا يبنى الا على ادلة تمت مناقشتها بشكل علني امام الخصوم في الجلسة بحيث لا تكون للدليل أي حجية في حال قدمت خارج فترة المحاكمة المنعقدة ولا يؤخذ بها ¹.

ففي حالة استخدام جهاز الهاتف النقال من قبل أحد المواطنين بارتكاب جريمة ما والحصول على مذكرة من قبل النيابة العامة

القرار بقانون بشأن الجرائم الالكترونية النافذ في دولة فلسطين أكد على عدم استبعاد أي دليل ناتج عن أي وسيلة من وسائل الالكترونية ²

وبعد ان تناولنا في هذا المطلب دور التسجيل الصوتي في الاثبات في القضايا الجزائية، سوف نتناول بطلان إجراءات التسجيل وأثره على الدعوى الجزائية في المطلب الثاني.

المطلب الثاني:

بطلان اجراءات التسجيل وأثره على الدعوى الجزائية

المشرع الفلسطيني كفل ضمانات للمواطنين في مواجهة ضمانات المتهم عند تسجيل الأحاديث الشخصية ، الادلة العلمية الحديثة تعتبر من اهم الإشكاليات التي تواجهها السياسة الجزائية، وتتجسد هذه الإشكالية في كيفية إيجاد اليات لتحقيق التوازن بين المصالح المتعارضة وهي مصلحة المجتمع بالحفاظ على الامن والنظام العام وضمان تطبيق القانون من ناحية و ضمان الحريات والحقوق الفردية والجماعية للمواطنين، فكما ان للأدلة العلمية إيجابيات وفوائد في تسهيل كشف الجريمة والوصول الى المجرم تمهيدا

¹ المادة 207 من قانون الاجراءات الجزائية رقم 3 لسنة 2001 المنشور في العدد 38 من مجلة الوقائع الفلسطينية، بتاريخ 2001/9/5، ص94.

² نصت المادة 38 من القرار بقانون بشأن الجرائم الالكترونية " لا يجوز استبعاد اي دليل ناتج عن أي وسيلة من وسائل تكنولوجيا المعلومات او انظمة المعلومات او شبكة المعلومات او المواقع الالكترونية او البيانات والمعلومات الالكترونية بسبب طبيعة ذلك الدليل "

لاتخاذ المقتضى القانوني بحقه ومعابته تحقيقاً للردع العام في الدولة الا انها قد يؤخذ عليها انها قد تعصف بحريات الافراد وحقوقهم¹.

الاتفاقيات الدولية نصت على ضمانات الإعلان العالمي لحقوق الانسان لعام 1948 حيث نص " لا يجوز تعريض احد لتدخل تعسفي في حياته الخاصة او في شؤون اسرته او مسكنه او مراسلاته، ولا حملات تمس شرفه وسمعته، ولكل شخص حق في ان يحميه القانون من مثل ذلك التدخل او تلك الحملات"²، كما ان الاتفاقية الدولية للحقوق المدنية والسياسية عام 1976 نصت على انه (لا يجوز التدخل بشكل تعسفي او غير قانوني في خصوصيات احد او خصوصيات عائلته او مسكنه او مراسلاته، كما لا يجوز التعرض بشكل غير قانوني لشرفه او سمعته، ولكل شخص الحق في حماية القانون ضد هذا التدخل او التعرض "³.

بالإضافة الى الضمانات الدستورية والاتفاقيات النازمة لنصوص تهتم بحقوق وحرّيات الانسان ، وتماشيا مع مقتضيات حقوق الانسان الدولية وسعي الدولة لحماية الحقوق والحريات جاء القانون الأساسي الفلسطيني المعدل لسنة 2003 والذي يعد بمثابة الدستور مؤكداً على حماية الحقوق والحريات الشخصية ووضع جزاء غير خاضع لقواعد التقادم حيث نص على " كل اعتداء على أي من الحريات الشخصية أو حرمة الحياة الخاصة للإنسان وغيرها من الحقوق والحريات العامة التي يكفلها القانون الأساسي أو القانون، جريمة لا تسقط الدعوى الجنائية ولا المدنية الناشئة عنها بالتقادم، وتضمن السلطة الوطنية تعويضاً عادلاً لمن وقع عليه الضرر "⁴.

وهنا يجب ان تتوافر ضمانات تكفل عدم التعدي على الحقوق والحريات الفردية وتضمن عدم التطفل من قبل الآخرين على الحياة الخاصة وانتهاك السرية والاسرار الخاصة بواسطة الوسائل الالكترونية الحديثة واستخدام بعض سلطات الدولة لمصادر القوة الممنوحة لها والامكانيات الالكترونية كوسيلة للضغط السياسي على الأشخاص او ابتزازهم بالمعلومات التي تم تسجيلها⁵.

¹ حسان الدراوشة، مدى مشروعية الأدلة المستمدة من الوسائل العلمية الحديثة في الإثبات الجزائي (دراسة مقارنة) رسالة دكتوراه ، عمان ، 2015 ص 1

² المادة 12 من القانون العالمي لحقوق الانسان لعام 1948

³ المادة 17 من الاتفاقية الدولية للحقوق المدنية والسياسية عام 1976

⁴ مادة (32) من القانون الاساسي الفلسطيني لسنة 2003

⁵ كامل السعيد، شرح قانون أصول المحاكمات الجزائية دار الثقافة للنشر والتوزيع الطبعة الثالثة عمان 2011 ص 471 .

يجب ان تتم إجراءات التسجيل في اضيق الحدود التي تتطلبها المصلحة العامة حرصا على الحقوق والحريات المكفولة في القانون الأساسي الفلسطيني المعدل لسنة 2003 وطبقا للقواعد الإجرائية التي تضمنتها نصوص قانون الإجراءات الجزائية رقم 3 لسنة 2001 نظر لخطورة هذا الإجراءات على الحرية الشخصية للمواطن واسراره.

فالأصل أن الحياة الخاصة للإنسان محمية بموجب الاتفاقيات الدولية والقوانين السارية، ولكن هذا الحق المحمي بالقانون ليس حقا مطلقا يمنع المس به، فعند وجود ضرورات تقتضيها مصلحة المجتمع التي تغلب على المصلحة الخاصة دائما ، ولغايات إظهار الحق والعدل في احدى الجرائم وعد إفلات المجرمين من العقاب أباح القانون وبعد الحصول على إذن قضائي بأجراء تسجيل صوتي في الأماكن الخاصة للأحداث المتعلقة بجريمة دون المس بالأسرار الأخرى التي لا ترتبط بها، وهذا يأتي كاستثناء للأصل الذي يوجب المحافظة على الخصوصية وعدم المساس بها .

في حين اعتبر البعض الآخر ان من اهم الضمانات التي يجب ان تتوافر في حالة ورود اذن قضائي بالتسجيل ان يتوافر شروط معينة بالعاملين الذين يباشرون عملية التسجيل الصوتي منها الأمانة والثقة نظرا لخصوصية الاسرار التي يطلعون عليها، وأن يتم إيقاع الجزاء الرادع في حال مخالفتهم للأمانة التي ائتمنوا عليها حماية للأسرار الخاصة التي ليس لها علاقة بالجريمة التي ينفذ عملية التسجيل الصوتي لإثباتها¹

وعلى هدى ما تقدم نجد ان قانون الإجراءات الجزائية الفلسطيني رقم 3 لسنة 2001 كفل عدة ضمانات للمواطن في مواجهة الإدارة العامة حرصا منه على عدم تعسفها باستعمال صلاحياتها بحيث يجب ان لا يتم استبعاد الدليل الالكتروني ونلاحظ هنا اتفاق القانون الجزائي الفلسطيني والأردني والمصري على حماية الحياة الخاصة للمواطنين من خلال وضع ضوابط تقيد الإجراءات المتخذة، وعدم إعطاء صلاحيات واسعة للجهات السيادية في الدولة تبرر لها انتهاك الحقوق والحريات المكفولة في الدستور والقانون الأساسي بدون سلوك الطرق القانونية مهما كان سمو الهدف او الغاية المرجوة من هذا الاجراء .

ويجب ان نشير هنا إلى أنه قد وردت عدة انتقادات لإجراءات التسجيل الصوتي من ضمنها الرأي الذي ذهب اليه الدكتور مصطفى عبد الباقي الذي انتقد فيه قيام النائب العام بطلب الاذن من قاضي الصلح واعتبر " ان اخذ النائب العام او مساعده اذنا من قاضي الصلح نوعا من الحط من قدر النائب العام الذي

¹ محمود العمري، مجلة كلية دار العلوم جامعة القاهرة - مصر، اثر التسجيل الصوتي في الاثبات، العدد 56 2010 ص 432

يعد في منصب ارفع من قاضي الصلح، فوفقا لقانون السلطة القضائية تعادل درجة النائب العام درجة قاضي المحكمة العليا فيما يتعلق بالكادر "

ويختلف الباحث مع الرأي السابق في كون ان قانون الإجراءات الجزائية الذي اطلق عليه قانون الشرفاء سعى من خلال ربط اتخاذ الاجراء من خلال النائب العام لضمان جديده هذه الإجراءات وحصرها في القضايا المهمة فقط وان إعطاء صلاحيات لكافة أعضاء النيابة لممارسة هذا الاجراء ومخاطبه القاضي المختص من وجهة نظري قد يؤدي الى كثرة عدد الازونات القضائية بالتسجيل وهو ما سينعكس بشكل سلبي على الحقوق والحريات في الدولة، وبالتالي نجد ان المشرع الفلسطيني سعى في قانون الإجراءات الجزائية من خلال هذا الاجراء الى حصر الصلاحيات كضمانة للحقوق والحريات في الدولة، ويرى الباحث هنا ان تسبب القرارات وحصرها بالقضايا التي تزيد مدة عقوبتها عن سنة واحده والحصول على اذن قضائي كل ذلك تعد ضمانات تكفل جدية الإجراءات وعدم استخدامها من السلطات العامة بشكل خاطئ .

خصص المشرع الفلسطيني في قانون الاجراءات الجزائية الفلسطيني في الفصل الرابع منه والخاص بالتفتيش، مادة ترتب البطلان في حالة عدم مراعاة الإجراءات القانونية التي بينها نصوص هذا الفصل الخاص بالتفتيش¹، على العكس من التشريعات المقارنة حيث اوجد المشرع المصري نص عاما بينه في صريح نص المادة 333 نصت على " في غير الأحوال المشار إليها في المادة السابقة ان يسقط الحق في الدفع ببطلان الإجراءات الخاصة بجمع الاستدلالات أو التحقيق بالجلسة في الجرح والجنايات إذا كان للمتهم محام وحصل الإجراء بحضوره بدون اعتراض منه. "

وهذا يدفعنا لطرح التساؤل التالي: هل ان البطلان الناتج عن الخلل في الإجراءات التسجيل الصوتي هو بطلان نسبي ام بطلان مطلق؟

نجد ان المشرع الفلسطيني وفقا للفصل الرابع من قانون الإجراءات الجزائية قد قسم البطلان الى نوعين بطلان مطلق يتعلق بقواعد موضوعية بينته المادة 475 وهو البطلان المتعلق بمخالفة ولاية المحاكم واختصاصها وولايتها بالإضافة الى ما هو متعلق بالنظام العام المتمثل بالمصالح العليا للمجتمع مثل دخول المنازل دون اذن للتفتيش خلافا لأحكام القانون، في حين نجد ان المادة 476 من ذات القانون بينت النوع الثاني من البطلان وهو البطلان النسبي والمتعلق بالقواعد الشكلية وهو من انواع البطلان الذي لا يتعلق بالنظام العام و يكون لتحريك الدفع به مشروط بان يكون مقدم من صاحب المصلحة به فقط².

¹ نصت المادة 52 من قانون إجراءات جزائية الفلسطيني رقم 3 لسنة 2001 على " يترتب البطلان على عدم مراعاة أي حكم من أحكام هذا الفصل "

² ايمن الظاهر، شرح قانون الإجراءات الجزائية الفلسطيني، الجزء الأول الطبعة الأولى 2013، ص 449 وبعدها

ويرى الباحث انه حسنا فعل المشرع الفلسطيني حينما وضع نص خاص بالإجراءات المتعلقة بالنقش، نظرا لخطورة هذا الاجراء والإجراءات المرتبطة به مثل التسجيل الصوتي للأحداث الخاصة، ونستنتج مما سبق انه لا يجوز التعويل في الحكم بالإدانة على أي دليل يتم الحصول عليه بشكل غير قانوني، ويعد باطلا بطلانا نسبيا حيث ان البطلان هنا يشمل الدليل الذي مصدره غير قانوني ولا يمتد ليشمل الإجراءات القانونية وباقي الأدلة غير المنبثقة على الدليل.

وبتحليل النصوص القانونية الواردة في قانون الإجراءات الجزائية نلمس ان البطلان قد يتحقق بعدة اشكال من ضمنها ان تكون العقوبة التي جرى التسجيل لها لا تصل مدة عقوبتها عن سنة، كان تكون المدة التي قد تصل لها العقوبة 5 شهور، او ان تكون التسجيل قد تم قبل الحصول على الاذن القضائي او في اليوم التالي لانتفاء الاذن القضائي التسجيل جميع هذه النقاط قد تقود الى بطلان الإجراءات القانونية المترتبة عنها.

علماً ان قرار الإدانة والصادر عن المحكمة المختصة والمبني على التسجيل الصوتي يخضع لدرجات التقاضي المختلفة ومنها محكمة الموضوع (الاستئناف) التي تبحث في مدى التزام محكمة الدرجة الأولى بإجراءات الموضوعية وتخضع أيضا لرقابة محكمة القانون (النقض)¹ التي تبحث بتطبيق المحاكم التي نظرت الدعوى لنصوص القانون وتبحث في صحة الإجراءات المتبعة.

ويقع على هذه المحاكم النظر في جدية هذا الاجراء اعمالا للقاعدة القانونية المهمة التي كفلها القانون الأساسي المتهم بري حتى تثبت ادانته حيث نص " المتهم بري حتى تثبت إدانته في محاكمة قانونية تكفل له فيها ضمانات الدفاع عن نفسه، وكل متهم في جناية يجب أن يكون له محام يدافع عنه.²

¹ النقض عرف بانه " هو طريق غير عادي للطعن في الاحكام تقوم به محكمة القانون ، وهو اعلى محكمة في الدولة ، والطعن بالنقض يهدف الى فحص الحكم للتأكد من مطابقته للقانون ، سواء من حيث القواعد الموضوعية او الإجرائية وعليه فلا تنظر محكمة النقض في الوقائع انما تراقب حسن تطبيق المحكمة الأدنى للقانون على وقائع الدعوى ، فاذا وجدت ان تطبيق محكمة الموضوع للقانون على وقائع الدعوى " مصطفى عبد الباقي شرح قانون الإجراءات الجزائية جامعة بير زيت 205 ص

² المادة 14 من القانون الأساسي الفلسطيني المعدل لسنة 2003

الخاتمة:

خلصت الدراسة الى مجموعة نتائج وتوصيات تمثلت بالآتي:

أولاً: النتائج:

- جاء قانون الإجراءات الجزائية الفلسطيني مؤكداً على عدة ضمانات بخصوص الإذن القضائي بالتسجيل السمعي والبصري لم تحتوئها نصوص قانون الإجراءات الجزائية المصري والأردني.
- يشترط لممارسة إجراء التسجيل الصوتي في التشريع الجزائي الفلسطيني الحصول على اذن من قاضي الصلح من خلال النائب العام لمدة 15 يوم تجدد لمره أخرى بشرط ان تكون التهمة الموجه للشخص تزيد مدة عقوبتها عن سنة وأن يكون الاذن مسبب.
- أن المشرع الفلسطيني تناول التسجيل الصوتي بشكل غير وافي وغير دقيق وهو من شأنه ان يجعل إجراءات التسجيل تشوبها الغموض وعدم الدقة والتحديد.
- وصلنا من خلال هذه الدراسة أن قانون الإجراءات الجزائية الثوري الفلسطيني لعام 1979 لم يتطرق للتسجيل الصوتي ضمن نصوصه واكتفى بوضع نص قانوني يتيح الاثبات بجميع طرق الاثبات.

ثانياً: التوصيات:

- نوصي بتعديل نصوص قانون الإجراءات الجزائية الثوري لعام 1979 للأخذ بالتسجيل الصوتي للأحاديث في الأماكن الخاصة وتحديد شروط ممارسة هذا الاجراء، لأهمية هذا الاجراء ودوره في تحقيق العدالة في المجتمع.
- ضرورة تدخل المشرع الاردني لوضع تعديلات لازمة ومناسبة على النصوص القانونية المتعلقة بالتسجيل الصوتي مثل
- ضرورة إيجاد دراسات متخصصة يستند اليها رجال القانون والقضاء في عملهم اليومي تعالج مسألة التسجيل الصوتي وتذلل الصعوبات والاشكاليات العملية في التطبيق العملي.
- ضرورة المام بمأموري الضبط القضائي بصفة خاصة بالأساليب الفنية والعلمية الحديثة التي تؤدي الى الوصول الى الحقيقة
- ضرورة تدخل المشرع الفلسطيني لوضع تعديلات لازمة ومناسبة على النصوص القانونية المتعلقة بالتسجيل الصوتي مثل أن تعدل نص المادة 51 فقرة 2 من قانون الإجراءات الجزائية لتصبح "لقاضي الصلح ان يأذن للنيابة العامة بمراقبة المكالمات الهاتفية وتسجيل المحادثات في الأماكن الخاصة،

للوصول للحقيقية في جريمة لا تقل عقوبتها عن ستة أشهر وذلك لمدة 15 يوم تجدد لمرة أخرى، وعلى من قام بالتفتيش او التسجيل الصوتي ان ينظم محضرا بذلك يقدمه الى النيابة العامة"

قائمة المصادر والمراجع:

أولاً: القوانين

- قانون الإجراءات الجزائية الفلسطيني رقم 3 لسنة 2001 المنشور في العدد 38 من مجلة الوقائع الفلسطينية، بتاريخ 2001/9/5.
- قانون الإجراءات الجنائية المصري طبقاً لأحدث التعديلات بالقانون 95 لسنة 2003
- قانون العقوبات الأردني رقم 16 لسنة 1960 المنشور في العدد 1487 من الجريدة الرسمية الاردنية، بتاريخ 1960/ 5/1، ص 374
- قانون السلطة القضائية رقم 1 لسنة 2002 المنشور في العدد 60 من الوقائع الفلسطينية، بتاريخ 2005/11/9 ص 33
- قانون أصول المحاكمات الجزائية الأردني رقم 9 لسنة 1961 وفقاً لتعديلات 2017.
- قرار بقانون رقم (23) لسنة 2017م بشأن الشرطة المنشور في العدد 0 من الوقائع الفلسطينية (السلطة الوطنية الفلسطينية) بتاريخ 2017/12/31.
- قرار بقانون رقم (11) لسنة 2007م بشأن الأمن الوقائي المنشور في العدد 74 من الوقائع الفلسطينية (السلطة الوطنية الفلسطينية) بتاريخ 2008/06/09.
- قانون رقم (17) لسنة 2005م بشأن المخابرات العامة المنشور في العدد 60 من الوقائع الفلسطينية (السلطة الوطنية الفلسطينية) بتاريخ 2005/11/09.

ثانياً: الكتب

- أحمد مختار عمر، معجم اللغة العربية المعاصرة، عالم الكتب، القاهرة، 2008.
- ايمن الظاهر، شرح قانون الإجراءات الجزائية الفلسطيني، الجزء الأول، ط1، 2013.
- بشير الكلوب، استخدام الأجهزة في عملية التعليم والتعلم، دار الإحياء للنشر والطباعة، 1989.
- تمام حسان، مناهج البحث في اللغة، دار الثقافة البيضاء، المغرب، 1986.
- حسنين محمد البوادي، الوسائل العلمية الحديثة في الاثبات الجنائي، دون طبعه، منشأة المعارف، الاسكندرية، 2005.
- حسين محمود ابراهيم، الوسائل العلمية الحديثة في الاثبات الجنائي، القاهرة، دار النهضة العربية، 1981.
- عباس العابودي، شرح احكام قانون الاثبات المدني، دار الثقافة للنشر والتوزيع ، ط3 ، عمان (الاردن)، 2011 .
- عبد الغني أبو العزم، معجم الغني الزاهر، القاهرة، 2013.

• كامل السعيد، شرح قانون أصول المحاكمات الجزائية دار الثقافة للنشر والتوزيع الطبعة الثالثة عمان 2011.

• مصطفى عبد الباقي، شرح قانون الإجراءات الجزائية، جامعة بيرزيت.

ثالثاً: المجالات العلمية

• سليمان محمد قرعان، بحث بعنوان الكشف عن الجرائم بالوسائل العلمية، المعهد القضائي، 1993.

• محمد العمري، أثر التسجيل الصوتي في الإثبات، مجلة كلية دار العلوم، جامعة القاهرة، العدد (56)، مصر 2010.

• الشيخ الفكي، البصمة الصوتية للإنسان، مجلة جامعة سنار، المجلد (2)، العدد (1)، السودان، 2013.

رابعاً: الرسائل الجامعية

• براك عبد الله الهيفي، حجية الوسائل العلمية في الإثبات الجنائي، رسالة ماجستير، جامعة الشرق الأوسط، 2017.

• محمد فرج العطوي، استخدام المحققين لوسائل التقنية وعلاقتها بالكشف عن الجريمة، رسالة ماجستير، جامعة مؤتة، 2009.

• حسان الدراوشة، مدى مشروعية الأدلة المستمدة من الوسائل العلمية الحديثة في الإثبات الجزائي (دراسة مقارنة)، رسالة دكتوراه، عمان، 2015.

حق الأجنبي في التملك والعمل - دراسة في التشريع الأردني والمقارن

The right of foreigners to own property and work - A study in both the Jordanian and comparative legislations

د. أمين الغنيمات

عضو هيئة تدريس، قسم القانون

الكلية العصرية الجامعية، رام الله - دولة فلسطين.

ameen.alghnimat@muc.edu.ps

DOI: <https://doi.org/10.70411/MJLS.1.1.20238>

ملخص

هذا البحث دراسة تأصيلية لإمكانية الأجنبي في التملك، والتي تكون من خلال تملك العقارات في دولة غير دولته، من حيث النظام القانوني الذي ينظمها من جهة، ولضمان تحقيق أهداف الدولة للحفاظ على سيادتها وأملاكها من جهة أخرى، وهذا يؤدي لظهور مكانة الأجنبي في علاقته مع الدولة وتحقيق المنفعة للطرفين.

استعرض الباحث الأحكام النازمة للأجنبي في التملك، وطبيعتها القانونية المميزة لها، والتي تجعل من حق الأجنبي طبيعة خاصة، ثم ناقش الباحث موقف قانون الملكية العقارية رقم (13) لسنة 2019 الأردني والتعديلات الحديثة عليه لعام 2020 الذي تنبع منه النصوص القانونية لحق الأجنبي في تملك وإيجار العقارات، هذا فضلاً عن مقارنة للتشريعات العقارية العربية بهدف بيان أوجه الشبه والاختلاف في قانون الملكية. وأخيراً تضمنت خاتمة البحث نتائجه وتوصياته.

الكلمات المفتاحية: الأجنبي، الملكية، العقارات، الحقوق العينية، الدولة، الشخص الحكي.

Abstract:

This research is a fundamental study of the foreigner's ability to own property, which occurs through owning real estate in a country other than his, in terms of the legal system that regulates it on the one hand, and ensuring the achievement of the state's objectives to preserve its sovereignty and property on the other hand. This situation reveals the status of the foreigner's position in their relationship with the state leading to achieve a win-win for both parties.

The researcher reviews the provisions regulating foreign ownership, and its distinct legal nature, which renders the foreigner's right a special case. Then the researcher discusses the position of Real Estate Ownership Law No. (13) of 2019 in Jordan and the recent amendments to it for the year 2020, which stems from the legal texts of the foreigner's right to own and rent real estate. This is in addition to a comparison of Arab real estate legislation with the aim of showing the similarities and differences in the property law. Finally, the study concludes with its findings and recommendations.

Keywords : ownership, foreigner, the state, real rights, legal person.

المقدمة

تعتبر الملكية العقارية من الركائز الأساسية التي اهتمت بها التشريعات العربية، وقد حرص المشرع الأردني على إحاطتها برعاية خاصة، حيث جاء الفصل السابع تحت عنوان "تملك وإيجار غير الأردنيين والأشخاص الحكيمين للعقارات" في قانون الملكية العقارية الأردني رقم (13) لسنة 2019 وتعديلاته بالنص في المادة (133/أ) بأنه: "يجوز لغير الأردني وللشخص الحكمي أن يملك عقاراً في المملكة بعد حصوله على إذن بذلك وفقاً للأحكام والغايات المبينة في هذا الفصل"، ما يشكل ضماناً أساسية للمواطنين وحماية للملكية العقارية في الأردن.

لقد تجلّت حقوق الإنسان الطبيعية في التملك، حيث اعترفت الأنظمة على اختلافها بتملك العقار، ولم تطلق العنان لهذا التملك دون الأخذ بالدواعي التي تهدف إلى تنظيم أحكامه وبيان أصول وقواعد هذه الملكية، إذ يعدّ من قبيل التصرفات التي تؤثر في أي كيان سياسي مستقل يتمتع بالسيادة على أرضه¹. وتشكّل قاعدة "تملك الأجانب"، من المسائل الهامة والحساسة على المستوى الوطني، إذ إنّ اعتبارات السماح للأجانب بالتملك لظروف وأصول معينة يجب أن يقابلها تحدياتها وعوامل ترتبط بسيادة الدولة والأمن الوطنيين.

وقد برز في تملك الأجنبي في مجال العقارات دور كبير في دعم الاقتصاد الوطني للدول النامية في توفير رأس المال، والخبرات، وتعزيز التطور العمراني والسكاني لأفراد الدولة المحليين والأجانب²، ونتيجة لذلك، تجد الدول الخيارات أمامها في سنّ القوانين والأنظمة الخاصة بالتملك، ولا سيّما موضوع العقارات داخل الدول.

وتعدّ الملكية منذ القدم ذات أهمية وقدسية أعطت الفرد مكانة في دولته ومجتمعه. كانت جماعة (القبيلة) يشتركون في ملكية الأرض في حضارة بدوية إلى زراعية، واستمرت إلى ملكية فردية خاصة منحت الفرد الصفة الخاصة، وهي التملك، بأن يكون صاحب ملكية مطلقة ليدعي "مالك"³.

¹ البستاني، سعيد، (2004). المركز القانوني للأجانب والعرب في الدول العربية، دراسة مقارنة، ط1، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت، ص20.

² فندي، مهدي، إبراهيم وتركي، بشرى خالد، (2018). التنظيم القانوني للاستثمار العقاري الأجنبي، دراسة مقارنة، مجلة الراافدين للحقوق، مج (16)، ع (58)، بغداد، ص15.

³ العبيدي، علي هادي، (2008). الوجيز في شرح القانون المدني "الحقوق العينية"، ط1، دار الثقافة للنشر، عمّان، الأردن، ص29.

ويعتبر القانون العقاري من أهم القوانين المدنية، كما يعتبر العمود الفقري لجميع القوانين الداخلية التي ترعى الحقوق الخاصة بالملكية العقارية تحتل الأبرز بين الملكيات، على الرغم من المجتمع وازدياد دور بعض المنقولات ذات القيمة المرتفعة في العصر الحاضر، كالملكية الفكرية وملكية أسهم الشركات العالمية والكبيرة، ويعود ذلك إلى تجذّر أهمية الملكية العقارية وامتدادها عبر التاريخ، وإلى القيمة المعنوية والاجتماعية التي يمثلها امتلاك العقار، إضافة إلى قيمته المادية.

إشكالية الدراسة:

تُثير مسألة الأجانب في التملك كثيراً من الإشكاليات القانونية، بسبب عدم وضوح دور الأجنبي بالتملك، وأبرز هذه الإشكاليات تتمثل في التساؤلات التالية:

1. طبيعة النظام القانوني الذي يخول الأجنبي بالتملك؟
2. ماهي الأركان القانونية للتملك؟
3. موقف المشرع الأردني والتشريعات المقارنة من حق الأجنبي بالتملك؟
4. هل نظمت التشريعات المقارنة حق الأجنبي في العمل؟

أهمية الدراسة:

تتبع أهمية الدراسة من أهمية الملكية العقارية سواء أكان ذلك ملكية الأموال المنقولة أم الأموال غير المنقولة وارتباطها بالمال من جانب، وفي التعرض لسيادة الدولة من جانب آخر، لما للتملك من سمة كونها ترتبط بالاستعمال والاستغلال والتصرف، لذلك من الأهمية بمكان التطرق إلى حق الملكية والأجنبي بملكته. ويشكل العمل حقاً نظمته الدساتير العربية والقوانين الخاصة وكان في مقدمتها قانون العمل الأردني رقم (8) لسنة 1996 أسوة ببقية التشريعات حرصاً منها على حقوق العامل، الأمر الذي دفعنا لبيان مكانة العامل الأجنبي من خلال هذا البحث.

أهداف الدراسة:

تهدف هذه الدراسة إلى بيان موقف المشرع الأردني من تملك الأجانب سواء بالتملك أو الإيجار للأموال غير المنقولة وعلاقته بالدولة، ومدى اهتمام التشريعات العربية العقارية في تمتع الأجنبي بحرية التملك بغية الوصول إلى إيجاد تصور شامل عن التشريع العربي من حق الأجنبي في التملك، واستعراض مكانة العامل الأجنبي وحقه أو عدم إمكانيته بالعمل وفقاً للقانون الوطني أو الأجنبي، وتقديم دراسة متخصصة في هذا الحقل القانوني.

منهج الدراسة:

تحقيقاً للغرض المنشود من الدراسة، فقد اتبع الباحث في دراسته المنهج الوصفي التحليلي المقارن، لبيان التشريعات القانونية التي تنظم الملكية العقارية، والتعرض للقرارات القضائية، والوقوف على مضامينها بالقدر الضروري اللازم للدراسة.

الدراسات السابقة:

دراسة على (2017)¹، وهي بعنوان: "تملك الأجنبي للعقارات في التشريعات العربية". جاءت هذه الدراسة في مقدمة وثلاثة فصول وخاتمة، تناولت فيها الباحثة موضوع تملك الأجنبي للعقارات في التشريعات العربية، جاء الفصل الأول بعنوان (مفهوم التملك الأجنبي للعقارات)، والفصل الثاني جاء بعنوان (أسباب كسب الملكية العقارية)، أما الفصل الثالث فكان بعنوان (تمتع الأجانب بحق تملك العقارات)، وانتهت الدراسة بالخاتمة بما تضمنته من نتائج وتوصيات.

وجاءت أهم نتائج الدراسة أنّ تملك الأجانب للعقارات سواء كانت الأراضي المبنية أو الفضاء أو الأراضي الزراعية أو الصحراوية اختلف حكمه فيما بين التشريعات، فبعض التشريعات قيد حق التملك بالنسبة للأجانب لهذه الأراضي، والبعض الآخر أباح التملك دون تقييد وحظر تملك الأراضي الزراعية. وأن اتفاق القوانين السودانية والمصرية والمغربية على حظر تملك الأجانب للأراضي الزراعية، ينطلق من اعتبار هذه الأراضي القوام الأساسي لإقليم الدولة، بالإضافة إلى أنها من أهم عناصر الثروة وأن سيطرة الأجانب عليها واستثمارها يُعد مظهراً من مظاهر انتقاص سيادة الدولة وأثراً من آثار الاستعمار الاقتصادي والسياسي. وتختلف هذه الدراسة عن دراسة الباحث، في أنّ دراسة الباحث ركزت على أحكام تملك غير الأردني للعقارات وفق قانون الملكية العقارية الأردني رقم (13) لسنة 2019، وفي النظام القانوني والقضائي الأردني خصوصاً مع التركيز على بيان الشروط والإجراءات التي تطلبها القانون الأردني من غير الأردني لتقديم طلب إذن تملك عقار في الأردن خصوصاً، بينما الدراسة السابقة تناولت الموضوع في القوانين المصرية والسودانية والمغربية وبعض التشريعات العربية المقارنة الأخرى، ومن ناحية قانونية بحثت فقط، بينما درستنا الحالية ستركز على التطبيق القضائي للمحاكم الأردنية وعلى رأسها محكمة التمييز بخصوص الموضوع. كما أنّ دراسة الباحث تعتمد على سند وأساس قانوني لها في التشريع الأردني وهو قانون الملكية العقارية

¹ علي روضة بخيت بشير، تملك الأجنبي للعقارات في التشريعات العربية، رسالة ماجستير، جامعة أم درمان الإسلامية، السودان، 2017.

رقم (13) لسنة 2019، بينما خلا كل من التشريعين السوداني والمصري من أي تنظيم قانوني يعالج المسألة محل البحث.

دراسة الحجايا (2016)¹، وهي بعنوان: "حق الأجانب في تملك العقارات ملكية تامة في دولة قطر، الاعتراف به والقيود القانونية التي ترد عليه بعد اكتسابه". جاءت هذه الدراسة في مقدمة ومطلبين وخاتمة، تناول فيها الباحث موضوع حق الأجانب في تملك العقارات ملكية تامة في دولة قطر من حيث الاعتراف بهذا الحق والقيود التي ترد عليه بعد اكتسابه، فجاء المطلب الأول بعنوان (مدى حق الأجانب في تملك العقارات ملكية تامة في دولة قطر)، أما المطلب الثاني فجاء بعنوان (القيود القانونية التي ترد على تملك الأجانب للعقارات ملكية تامة في دولة قطر)، وأخيراً الخاتمة بما تضمنته من نتائج وتوصيات. وانتهت الدراسة بمجموعة من النتائج من أهمها، أن المشرع القطري في التشريعات الخاصة بتنظيم تملك الأجانب للعقارات أجاز لمن لا يحمل الجنسية القطرية بتملك العقارات في دولة قطر كاستثناء على المبدأ القاضي بأن حق تملك العقارات قاصر على القطريين، وقد جاء هذا الاعتراف احتراماً للمبدأ الدولي الذي اعترف بموجبه للأجانب بالشخصية القانونية التي من متطلباتها السماح لهم بالتمتع بالحقوق المالية، ولعل أهمها الحق في ملكية العقارات. كما أن هذا الاعتراف جاء مقيداً بعدة قيود، من هذه القيود ما يرد على حرية الأجانب في اكتساب الملكية العقارية، ومنها ما يرد على حق الملكية ذاته أي بعد اكتسابه. وما يميز دراستي الحالية عن هذه الدراسة أن الدراسة الحالية تعالج أحكام تملك غير الأردني للعقارات وتطبيقاتها القضائية في النظام القضائي والقانوني الأردني بشكل رئيسي، ووفقاً لقانون الملكية العقارية الأردني رقم (13) لسنة 2019، مع محاولة الاستفادة أحياناً من التشريعات المقارنة في ذلك "عند الضرورة والاقتضاء فقط"، مع محاولة التركيز على الجانب التطبيقي القضائي للمحاكم الأردنية وعلى رأسها محكمة التمييز الموقرة بخصوص الموضوع محل الدراسة، بينما الدراسة السابقة تناولت الموضوع في القانون القطري تحديداً ومن ناحية قانونية نظرية بحتة.

منهجية الدراسة:

اعتمد الباحث في منهجية الدراسة على التقسيم الثنائي للدراسة، حيث إن الإجابة على تساؤلات الدراسة يستدعي بالضرورة الحديث في المبحث الأول "النظام القانوني لتملك الأجنبي"، وعالج في المبحث الثاني القواعد القانونية لحقوق الأجنبي".

¹ الحجايا نور، حق الأجانب في تملك العقارات ملكية تامة في دولة قطر، الاعتراف به والقيود القانونية التي ترد عليه بعد اكتسابه، بحث منشور في مجلة الندوة للدراسات القانونية، جامعة قطر، العدد 2016، ص11.

المبحث الأول:

النظام القانوني لتملك الأجنبي

إذا كان احترام الكيان الإنساني للأجنبي، وتوفير سبل المعيشة اللازمة له في الدولة، يقتضي الاعتراف له بالحق في التملك، وهذا يعني أنه من واجب الدول أن تعمل على تنظيم ملكية الأجنبي في أقاليمها، وأن تبين القواعد التي يحق له من خلالها التملك¹.

وقد حرص المشرع الأردني في تطوره التشريعي في قانون الملكية العقارية الأردني رقم (13) لسنة 2019⁽²⁾ بالنص في فصل مستقل وهو الفصل السابع تحت عنوان "تملك وإيجار غير الأردنيين والأشخاص الحكيمين للعقارات"، بالعمل على بيان إطار قانوني "تملك غير الأردنيين"، وهذا من شأنه احترام مكانة الأجنبي في الدولة.

ويرتبط حق التملك في الأغلب من حيث نشأته وطبيعته ومداه مع حق الإقامة والعمل، فهو ينشأ مع الإقامة، وتبرز حاجته أكثر مع التوطن أو الإقامة المستمرة وتماسكه مع وجود العمل أو الاستثمار له، وبالتالي أن يكون حق التملك ممكناً للأجانب، كما هو حال المواطن المتمتع بجنسية وطنه³. لذا، سنقوم بتقسيم دراستنا لهذا المبحث إلى مطلبين، نتناول في المطلب الأول تحديد المقصود بحق الأجنبي بالتملك، ونستعرض في المطلب الثاني الطبيعة القانونية لحق الأجنبي بالتملك.

المطلب الأول:

تحديد المقصود بحق الأجنبي بالتملك

يُعدُّ حق التملك من الحقوق الأصلية للإنسان، بل وأهم حقوقه الأساسية باعتباره يرتبط بحقه في الحياة والوجود، ولذلك فإنَّ الملكية والحياة أمران متلازمان لدى الإنسان، حيث يجد الإنسان مალأ قابلاً

¹ الأصبحي، مصطفى ياسين محمد حيدر، حق الأجانب في التملك في القانون الدولي الخاص اليمني والمصري، دراسة مقارنة، أطروحة دكتوراه غير منشورة، جامعة غير شمس، مصر، 1991، ص 26.

² قانون الملكية العقارية الأردني رقم (13) لسنة 2019، الصادر في عدد الجريدة الرسمية رقم (5573) بتاريخ 2019/5/16 على الصفحة 2792.

³ الصوافين، محمد حسني، أثر التطور التشريعي على تملك غير الأردنيين والأشخاص المعنويين للأموال غير المنقولة، ج (3)، المجلة العربية للعلوم الاجتماعية، 2016، ص 178.

لإشباع حاجة معينة لديه، فإنَّ بديهية الإنسان تتجه إلى التملك والاستئثار به لإشباع هذه الحاجة، وبالتالي لا يجوز حرمان (أي) إنسان من هذا الحق¹.

ولقد سعت التشريعات القانونية إلى تنظيم حقوق الأجانب وواجباتهم وحررياتهم بالعمل على وضع النصوص التي تكفل إيجاد الحد الأدنى من الحقوق الممنوحة للأجنبي، وبشكل لا يدع شكاً في المركز القانوني للأجنبي للتدليل على إظهار القوانين التي تبين وضع الأجنبي في الدولة².

ويشكل التشريع أمراً بالغاً في الدولة، إذ يعتبر استقلال الدولة وفرض سيادتها جانباً في بناء مركز قانوني للأجنبي في الدولة، وذلك وفقاً لاعتبارات ومبادئ القانون الدولي وفقاً لمتطلبات المصلحة الوطنية وبما لا يتعارض مع سيادة الدولة ونظامها العام³، لذا، سنقوم بتقسيم دراستنا لهذا المطلب إلى فرعين، نتناول في الفرع الأول مفهوم الأجنبي، ونستعرض في الفرع الثاني موقف المشرع الأردني من التملك.

الفرع الأول:

مفهوم الأجنبي

لقد جاء المشرع الأردني بالنص على "غير الأردنيين" في قانون الملكية العقارية رقم (13) لسنة 2019 في المادة (133)، التي تنص على أنه: "أ- يجوز لغير الأردني وللشخص الحكمي أن يملك عقاراً في المملكة بعد حصوله على إذن بذلك وفقاً للأحكام والغايات المبينة في هذا الفصل. ب- يحظر على غير الأردني تملك العقارات في المناطق الحدودية والأثرية والتاريخية.

يرى الباحث أنه من خلال نص المادة (133) من قانون الملكية العقارية الأردني لسنة 2019، جاء خالياً من تعريف الأجنبي، وأورد مصطلحاً بقوله "غير الأردني"، ولم يدرج المشرع الأردني في المادة الثانية من ذات القانون تعريفاً تشريعياً للأجنبي أو "غير الأردني" وترك أمر تعريفه للقانون الخاص الذي ينظم الجنسية الأردنية، رغم أنه كان الأولى من المشرع الأردني في قانون الملكية العقارية أن يعرف غير الأردني؛ نظراً لارتباط التملك بأجزاء الدولة.

¹ الأصبحي، مصطفى ياسين، حق الأجانب في التملك في القانون الدولي الخاص، دراسة مقارنة، دار النشر: المكتب الجامعي الحديث، الإسكندرية، 2007، ص 25.

² الخميس، أحمد بن عبد الله بن خميس، النظام القانوني لتملك الأجانب العقار في سلطنة عُمان، دراسة مقارنة، رسالة ماجستير غير منشورة، جامعة جرش، جرش، الأردن، 2018، ص 12.

³ خير، عادل محمد، الأجانب في القانون الدولي المعاصر والتشريع المصري، ط1، دار النهضة العربية، مصر، 1995، ص 50.

وقد نصَّ المشرِّع الأردني في قانون الجنسية الأردنية وتعديلاته رقم (6) لسنة 1952¹ في المادة الثانية منه على تعريف الأردني بأنه: "كل شخص حاز الجنسية الأردنية بمقتضى أحكام هذا القانون"، وبَيَّن بأنَّ الأجنبي في ذات المادة بأنه: "كل شخص غير أردني"، وعَرَّف العربي بأنه: "تعني كلمة (عربي) لغايات هذا القانون كل من نسب لأب عربي الأصل ويحمل جنسية إحدى دول الجامعة العربية".

وفي النصوص التشريعية نفسها، فقد نصَّ قانون الإقامة وشؤون الأجانب وتعديلاته رقم (24) لسنة 1973² في المادة الثانية منه على تعريف الأجنبي بأنه: "كل من لا يتمتع بالجنسية الأردنية".

يرى الباحث أنَّ المشرِّع الأردني لم يعطِ تعريفاً كافياً للدلالة على معنى الأجنبي، إنَّما عمل على اعتبار الجنسية الوطنية (الأردنية) هي المعيار الرئيسي للتمييز بين الوطني والأجنبي، ولا شكَّ أنَّ وضع تعريف بمعايير الأجنبي تعتبر أدق قانوناً خصوصاً عندما نتحدث عن تملك غير الأردني للعقارات، غير أنَّ المشرع الأردني اعتبر مفهوم العربي - دون شك - الحديث بالمعيار نفسه، وهو تمتعه بالجنسية العربية للدولة التي يحمل جنسيتها.

وقد ذهبت بعض التشريعات العربية³ إلى اتجاه التشريع الأردني بالأخذ بالجنسية لتمييز المواطن عن الأجنبي. فقد عرِّفت المادة الأولى بشأن تنظيم دخول وإقامة الأجانب في دولة الإمارات العربية المتحدة الأجنبي بأنه: "كل من لا يتمتع بجنسية الإمارات العربية المتحدة".

في حين ذهب المشرع التونسي في الفصل الأول من القانون عدد (7) لسنة 1968⁴، بالنص على أنه: "يعتبر أجنبياً في نظر هذا القانون جميع الأشخاص الذين ليست لهم الجنسية التونسية، سواء كانت لهم جنسية أجنبية أم لم تكن لهم جنسية".

¹ المادة (2) من قانون الجنسية الأردنية وتعديلاته رقم (6) لسنة 1954 الصادر في الجريدة الرسمية رقم (1171) تاريخ 1954/2/16 في الصفحة رقم 105.

² المادة (2) من قانون الإقامة وشؤون الأجانب وتعديلاته رقم (24) لسنة 1973 الصادر في الجريدة الرسمية رقم (2426) تاريخ 1973/6/16 في الصفحة رقم 1112.

³ لقد عرَّف المشرِّع اللبناني الأجنبي في المادة الأولى من القانون رقم (10) لسنة 1962 بأنه: "يعدُّ أجنبياً بالمعنى المقصود بهذا القانون كل شخص حقيقي من غير التابعة اللبنانية". والاتجاه نفسه للمشرع العراقي الذي عرَّف الأجنبي في المادة الأولى من قانون إقامة الأجانب العراقي رقم (18) لعام 1978 بأنه: "كل من لا يتمتع بالجنسية العراقية". ويتضح أنَّ التشريعات لم توضِّح بدقة دلالة الجنسية، حيث اقترنت بدلالة الجنسية الأم للدولة.

⁴ الفصل الأول من قانون عدد (7) لسنة 1968، الصادر في الرائد الرسمي رقم (11) تاريخ 1968/3/8 في العدد رقم 7.

يلاحظ الباحث على نص المشرع التونسي أنه عمل على التمييز بين المواطن المتمتع بالجنسية التونسية والفرد الذي لا يتمتع بالجنسية التونسية، والعمل على بيان أنه إذا كان متمتعاً بالجنسية الأجنبية، فإنه أجنبي، وإذا لم يكن متمتعاً بأية جنسية أيضاً اعتبره المشرع التونسي أجنبياً، وهذا دلالة على التمييز للأجنبي عن الوطني وعديم الجنسية باعتبار ذلك حرصاً على الجنسية الوطنية للدولة.

وقد أظهر المشرع الأردني مكانة الأشخاص الحكمية من خلال النص عليه في القانون المدني الأردني رقم (43) لسنة 1976، حيث نصّت المادة (50) من ذات القانون بأنّ الأشخاص الحكمية هي:

- 1- الدولة والبلديات بالشروط التي يحددها القانون والمؤسسات العامة وغيرها من المنشآت التي يمنحها القانون شخصية حكمية.

- 2- الهيئات والطوائف الدينية التي تعترف لها الدولة بشخصية حكمية.

- 3- الوقف.

- 4- الشركات التجارية والمدنية.

- 5- الجمعيات والمؤسسات والمنشآت وفقاً لأحكام القانون.

كل مجموعة من الأشخاص أو الأموال تثبت لها الشخصية الحكمية بمقتضى نص في القانون".

وفي ذات القانون المدني نصّت المادة (52) على أنّ: "الأشخاص الحكمية تخضع لأحكام القوانين الخاصة بها:

يرى الباحث باستقراء نص المادة (50) من القانون المدني على اعتباره القاعدة العامة التي يتم الرجوع إليها في حالة غياب النص عنه في القانون الخاص؛ لذلك لم ينص المشرع الأردني في قانون الملكية العقارية الحديث رقم (13) لسنة 2019 على تعريف مسألة الأشخاص الحكميين، وهذا يعني الرجوع للمفهوم الوارد في المادة (50) من القانون المدني، غير أنه كان من الواجب على المشرع النص عليها في قانون الملكية العقارية.

ويرى البعض من الفقه¹، أنّ الأجنبي "كل من لا يتمتع بالصفة الوطنية في الدولة؛ أي من لا يحمل جنسية الدولة وفقاً لأحكام قانون الجنسية الوطنية، حيث يكفي لمعرفة الأجنبي في أي دولة أن نرجع إلى تشريعها الذي يحدد الوطني من الفرد الأجنبي.

ومن الأهمية بمكان أنّ تحديد جنسية الشخص الأجنبي طبيعياً أو معنوياً هي قاعدة تخص القانون الداخلي في كل دولة على حدة وفق "المبادئ العامة في القانون الدولي الخاص"، إذ تعتبر مسألة تحديد

¹ الفصل الأول من قانون عدد (7) لسنة 1968، الصادر في الرائد الرسمي رقم (11) تاريخ 1968/3/8 في العدد رقم 7.

جنسية المستثمر أمراً خاصاً تحدده التشريعات الداخلية لكل دولة معنية للاستثمار، لذا فقد اهتمت الدول المضيفة للاستثمار بتحديد معيار يميز الشخص الأجنبي عن الوطني بالنسبة للأشخاص الطبيعية والمعنوية¹.

وقد نصّت المادة الثانية من قانون الاستثمار الأردني وتعديلاته على بيان مفهوم المستثمر بأنه: "الشخص الطبيعي أو الاعتباري الذي يمارس نشاطاً اقتصادياً في المملكة وفق أحكام هذا القانون"⁽²⁾. حيث بيّن الأردني تحديد القانون الواجب التطبيق على الأشخاص الاعتبارية بالنص عليه في المادة (2/12) من القانون المدني والتي تنص على أنه: "النظام القانوني للأشخاص الحكيمة الأجنبية من شركات وجمعيات ومؤسسات وغيرها، فيسري عليه قانون الدولة التي اتخذت فيها هذه الأشخاص مركز إدارتها الرئيسي الفعلي، فإذا باشرت نشاطها الرئيسي في المملكة الأردنية الهاشمية، فإنّ القانون الأردني هو الذي يسري".

يرى الباحث بأنه حسناً فعل المشرّع الأردني بالعمل على بيان القانون الواجب التطبيق على الأشخاص الاعتبارية، وهذا يؤكد مكانة الشخص الاعتباري في الدولة، وإحاطته بضمانات قانونية تتلاءم مع قانون الدولة ونظامها القانوني، وحرصاً على عدم تداخل التشريعات أو اختصاص المحاكم في شأن المنازعات المتوقع حصولها بسبب عمل الأشخاص الاعتبارية.

الفرع الثاني:

موقف التشريع الأردني لحق الأجنبي بالتملك

تجلّت النصوص القانونية التي تعنى بالملكية في القانون المدني الأردني رقم (43) لسنة 1976 والتي بين فيها مفهوم حق الملكية بوجه عام في المادة (1/1018) بقوله: "حق الملكية هو سلطة المالك في أن يتصرف في ملكه تصرفاً مطلقاً عيناً ومنفعةً واستغلالاً".

في حين انفرد القانون الخاص بمسألة تملك الأجانب في قانون الملكية العقارية الأردني رقم (13) لسنة 2019 وتعديلاته التي أوجدها ضمن الفصل السابع تحت عنوان "تملك وإيجار غير الأردنيين

¹السعد منصور فرج، النظام القانوني للاستثمار الأجنبي في ظل قانون الاستثمار الجديد، دراسة قانونية اقتصادية مقارنة، ع (3)، مجلة الحقوق، جامعة الكويت، الكويت، 2003، ص277.

² المادة الثانية من قانون الاستثمار الأردني وتعديلاته رقم (30) لسنة 2014، الصادر في الجريدة الرسمية رقم (5308) بتاريخ 2014/10/16 في الصفحة رقم 6023.

والأشخاص الحكيمين للعقارات"⁽¹⁾، حيث نصّت المادة (134) من قانون الملكية العقارية الأردني على أنه: "أ- يجوز لغير الأردني وللشخص الحكمي أن يكتسب حقاً عينياً عقارياً في المملكة بعد حصوله على إذن بذلك وفقاً للأحكام المبينة في هذا الفصل. ب- تسري أحكام تملك غير الأردني والشخص الحكمي للعقار على اكتسابه الحقوق العينية العقارية. ج- للمجلس إخضاع حق تملك الأشخاص الذين يحملون وثائق وجوازات سفر مؤقتة للأموال غير المنقولة في المملكة وفقاً لأحكام هذا الفصل إلى موافقة مسبقة وبناءً على تنسيب الوزير المستند إلى توصية وزير الداخلية".

وقد أكّدت محكمة التمييز في حكم لها جاء فيه: "أنّ المميز هو سعودي الجنسية ولم يستكمل إجراءات الحصول على الإذن والموافقة من وزير المالية واستند المميز في الحصول على ملكيته على الوكالة الخاصة غير القابلة للعزل المعطاة من قبل المميز ضده للمميز وكونه لم يحصل على موافقة وزير المالية كجهة اختصاص يغدو قرار التمييز موافقاً للقانون"⁽²⁾.

يرى الباحث أنّ محكمة التمييز الأردنية في حكمها اشترط مسألة تطبيق النص القانوني الوارد في المادة (133) من قانون الملكية العقارية لسنة 2019 وتعديلاته، لذا نرى أنّ المحكمة بينت ضرورة الحصول على الموافقة من وزير المالية ولم تكتفِ بالوكالة على اعتبار أنّ الوكالة ليست سند ملكية للأجنبي، وإنما قيدت التملك بالحصول على الموافقة من الجهة المختصة.

وقد اشترط المشرّع الأردني مبدأ المعاملة بالمثل، كشرط لتملك الأجانب للعقارات في المملكة الأردنية الهاشمية، وذلك بموجب القانون المسمى بـ (قانون المقاطعة الاقتصادية وحظر التعامل مع العدو رقم 11 لسنة 1995) الذي نصّ في مادته السادسة، على أنه: "بالإضافة لما ورد في قانون إيجار وبيع الأموال المنقولة من الأجانب رقم (40) لسنة 1953، وقانون تصرف الأشخاص المعنويين في الأموال غير المنقولة رقم (61) لسنة 1953، لا يجوز لأي شخص أجنبي طبيعي أو معنوي لا يحمل جنسية إحدى الدول العربية، أن يشتري أو يستأجر أو يملك بشكل مباشر أو غير مباشر أية أموال غير منقولة في المملكة إلا بتوافر الشروط الآتية: 1- أن لا تحظر تشريعات أو ممارسات الدولة أو الدول التي يحمل طالب التملك

¹ انظر:

- سلامة، أحمد عبد الكريم، القانون الدولي الخاص، الجنسية والمعاملة الدولية للأجانب، دار النهضة العربية، القاهرة، 2001، ص55.

- خيرزان زياد فيصل، المزايا والضمانات التشريعية للاستثمار الأجنبي في قوانين الاستثمار العربية، دار النهضة العربية، القاهرة، 2014، ص45.

² قرار تمييز حقوق، رقم (2012/3738)، بتاريخ، (2012/11/19)، منشورات قسطاس.

أو الاستتجار جنسيتها تملك الأردنيين أو استتجارهم للأموال غير المنقولة فيها، وأن لا تكون هناك عوائق عملية تحول دون تمتع الأردنيين بهذه الحقوق".

يلاحظ الباحث من خلال هذا النص، أن المشرع الأردني قد استثنى رعايا الدول العربية من الخضوع لحكم المادة المذكورة، ولا ندري إذا ما كان المشرع الأردني يقصد من وراء هذا الاستثناء أن يجيز لرعايا الدول العربية أن يملكوا العقارات في المملكة دون أن يعلق ذلك على شرط المعاملة بالمثل أسوة بالمواطنين أنفسهم؟ أم أنه فقط أراد من وراء هذا الاستثناء أن يخص رعايا العرب بمعاملة متميزة، وذلك من خلال إعفائهم من الخضوع للقيود المفروضة على الأجانب وعلى أساس تحقيق شرط المعاملة بالمثل؟ نعتقد ونرجح، بأن المعنى الثاني هو الذي كان في قصد المشرع الأردني عندما أورد هذا الاستثناء.

كذلك فإن المشرع الأردني اشترط المعاملة بالمثل أيضاً، بالنسبة لتملك الدول والهيئات الأجنبية للعقارات في المملكة الأردنية، وذلك بموجب قانون بيع وإيجار الأموال غير المنقولة من الأجانب رقم (40) لسنة 1953، الذي أجاز في مادته الخامسة لممثلي الدول الأجنبية أن يملكوا إضافة إلى وظائفهم أموالاً غير منقولة في المملكة، لإقامة مكاتب أو دور سكن عليها، بموافقة مجلس الوزراء وعلى أساس المعاملة بالمثل.

وهذا ما نصت عليه المادة (147) من قانون الملكية العقارية الأردني بأنه: "أ. للوزير بناءً على تنسيب المدير المستند إلى توصية من وزير الخارجية منح الإذن بتملك العقارات داخل حدود التنظيم لأي من: 1- البعثات الدبلوماسية المعتمدة لمزاولة أعمالها وسكن رؤسائها وأفرادها شريطة معاملة بلادها للبعثات الدبلوماسية الأردنية بالمثل. 2- المنظمات العربية والإقليمية والدولية المعتمدة في المملكة لمزاولة أعمالها وسكن ممثليها. ب. يبت المجلس في أي حالة غير منصوص عليها في الفقرة (أ) من هذه المادة".

المطلب الثاني:

الطبيعة القانونية لحق الأجنبي بالتملك

يعد حق التملك من أهم الحقوق التي يتمتع بها الأجانب في الدولة، والأصل هو اعتبار الحق في التملك من الحقوق للصيقة بالشخصية؛ لأن اكتساب ملكية الأموال والتمتع بشمارها هو مظهر من مظاهر الشخصية القانونية للفرد، وقد نصت المادة (17) من الإعلان العالمي لحقوق الإنسان لعام 1948 صراحةً على أن: "لكل شخص حق التملك بمفرده أو بالاشتراك مع غيره، ولا يجوز تجريده أحد من ملكه بطريقة تعسفية".

وتلعب المعاملة بالمثل دوراً بارزاً في تنظيم تمتع الأجانب في الدول والرعايا في الخارج، لهذا الحق، كونه يمثل واحداً من أهم الحقوق الخاصة التي تدخل المعاملة بالمثل في تنظيمه.

إنَّ الحديث عن الأحكام المتعلقة بحق الأجنبي في الملكية من المسائل التي تلجأ إلى بيان النصوص القانونية والحفاظ على سيادة الدولة باعتبار العقار جزءاً من الدولة؛ السبب في ذلك هو معرفة ماهية هذه النصوص وأركانها القانونية، خصوصاً أنَّ تملك الأجانب في الدول، طرح العديد من التساؤلات لدى الباحث منها: ما هو الحق الممنوح للأجنبي هذا من جانب، ومن جانب آخر ما هي الأموال التي يقتصر عليها التملك؟

تُعَدُّ المنقولات والعقارات من العناصر الهامة في الملكية لما لها من ركيزة في التعاملات، فبالنسبة للمنقولات، فإنَّ الغالب أنَّ المعاملة بالمثل لا تلعب دوراً في تنظيم تملك الأجانب لها؛ لأنَّ الاتجاه الغالب في معظم دول العالم هو السماح للأجانب بتملك معظم المنقولات، باستثناء بعض المنقولات ذات القيمة الاقتصادية الكبيرة والتي من شأنها التأثير في الكيان الاقتصادي للدولة، فإنَّ المشرِّع في معظم دول العالم يتَّجه إلى تقييد حق الأجنبي في تملك مثل هذا النوع من المنقولات، مثل السفن والطائرات والسندات الحكومية¹، وعليه كان لزاماً علينا أن نقوم بالوقوف على موقف التشريعات العربية لحق الأجنبي بالتملك في (الفرع الأول)، ونستعرض في (الفرع الثاني) المعايير القانونية لتملك الأجنبي.

الفرع الأول:

التشريعات العربية النازمة لحق الأجنبي بالتملك

لقد بيَّن المشرِّع المصري بموجب القانون المرقم (230) والصادر سنة 1996 الخاص بتملك الأجانب للعقارات في مصر، فقد أجاز هذا القانون للأجانب أن يملكوا العقارات في مصر (ما عدا العقارات المتاخمة للحدود والأراضي الزراعية)، ودون أن يعلِّق ذلك على شرط المعاملة بالمثل، حيث نصَّت المادة الثانية من هذا القانون على ما يأتي: "يجوز لغير المصري تملك العقارات، مبنية كانت أو أرض فضاء، بالشروط الآتية:

1. أن يكون التملك لعقارين على الأكثر في جميع أنحاء الجمهورية بقصد السكن الخاص له ولأسرته وذلك دون الإخلال بحق تملك العقارات اللازمة لمزاولة النشاط الخاص المرخص به من السلطات المصرية المختصة.

¹ الجبوري، ياسين، الوجيز في شرح القانون المدني الأردني، الجزء الثاني: آثار الحقوق الشخصية، أحكام الالتزامات، دراسة موازنة، الطبعة الأولى، دار الثقافة، عمان، 2003، ص60.

2. ألا تزيد مساحة كل عقار على أربعة آلاف متر.

3. ألا يكون العقار من العقارات المعتبرة أثراً في تطبيق أحكام قانون حماية الآثار.

ذهب البعض من الفقه¹ "ولا شك أن التساهل على هذا النحو وعدم اشتراط ضرورة الحصول على موافقة مسبقة من السلطة المختصة لتملك الأجنبي، وعدم وضع ضوابط محددة ودقيقة للهدف من التملك وقصره على ضرورات السكن أو مزاولة النشاط لهو أمر خطير ويشجع الأجانب على شراء العقارات بهدف المضاربة وتحقيق الأرباح وهو أمر له انعكاساته الخطيرة ويضر بالاقتصاد القومي على المدى البعيد".

لقد حددت المادة الأولى من هذا القانون شروط اكتساب غير اللبنانيين حقوقاً عينية عقارية في لبنان، فنصت على أنه لا يجوز لأي شخص غير لبناني، طبيعياً كان أم معنوياً، كما لا يجوز لأي شخص معنوي لبناني يعتبره هذا القانون بحكم الأجنبي، أن يكسب بعقد أو بعمل قانوني آخر بين الأحياء، أي حق عيني عقاري في الأراضي اللبنانية أو أي حق عيني من الحقوق الأخرى التي يعينها هذا القانون، إلا بعد الحصول على ترخيص يعطى بمرسوم يتخذ في مجلس الوزراء بناءً على اقتراح وزير المالية. ولا يشذ عن هذه القاعدة إلا في الأحوال المنصوص عليها صراحة في هذا القانون أو في نص خاص. ولا يجوز تملك أي حق عيني من أي نوع كان لأي شخص لا يحمل جنسية صادرة عن دولة معترف بها أو لأي شخص إذا كان الملك يتعارض مع أحكام الدستور لجهة رفض التوطين.

وعليه، يجب على الأجنبي، غير اللبناني، الذي يريد أن يمتلك حقوقاً عينية عقارية في لبنان أن يحصل على ترخيص من مجلس الوزراء يصدر بموجب مرسوم بناءً على اقتراح وزير المالية، باستثناء الحالات التي نص عليها القانون بالإعفاء من هذا الترخيص. وقد حظرت المادة الأولى من هذا القانون تملك أي حق عيني من أي نوع كان لأي شخص لا يحمل جنسية صادرة عن دولة معترف بها، أو لأي شخص إذا كان الملك يتعارض مع أحكام الدستور لجهة رفض التوطين².

¹ أنظر:

- السنهوري عبد الرزاق، الوسيط في شرح القانون المدني، حق الملكية، ج8، ط 2، دار النهضة العربية، القاهرة، 1991، ص485.

- الروبي محمد، الجنسية ومركز الأجانب في القانون المقارن، ج2، دار النهضة العربية، القاهرة، 2005، ص25.

² قانون اكتساب غير اللبنانيين الحقوق العينية العقارية في لبنان الذي وضع موضع التنفيذ بموجب المرسوم رقم 11614 (تاريخ 1969/1/4)، والذي ألغي بموجب المرسوم الاشتراعي رقم 113 (تاريخ 1983/9/16)، ثم أعيد العمل به بموجب المرسوم الاشتراعي رقم (32) (تاريخ 1985/3/23)، وعدل بموجب القانون المنفذ بالمرسوم رقم 5131 (تاريخ 1973/3/19)، وبموجب القانون رقم (296) (تاريخ 2001/4/3).

يرى الباحث، أنَّ المشرِّع المصري وضَّح العديد من الجوانب التي أجاز فيها لغير المصري بالتملك من خلال موقع العقار والمساحة المرتبطة به ضمن ما بيَّنه النص القانوني، إلا أنَّ المشرِّع اللبناني عمل منع تملك الأجنبي إلا بموافقة مسبقة وخاصة من مجلس الوزراء اللبناني، وهذا يعتبر سمة خاصة لديه وتبعاً لضرورات المعايير بالتملك المنسجمة مع الدستور اللبناني¹.

وقد استقرَّت الاجتهادات القضائية اللبنانية على اعتبار هذه النصوص متعلقة بالنظام العام ولا تجوز مخالفتها إطلاقاً، وهذا ما أكدت عليه محاضر مجلس النواب في مناقشة تعديل قانون اكتساب غير اللبنانيين الحقوق العينية العقارية في لبنان بموجب القانون رقم (2001/296)، والتأكيد على عدم جواز تملك الفلسطينيين الحقوق العينية العقارية في لبنان لتعارضه مع أحكام الدستور لجهة رفض التوطين. حيث ورد أنَّ هناك إجماعاً وطنياً، كرسه اتفاق الطائف وكرسه الدستور، على رفض التوطين، وأن كلمة «لا توطين» لا تعني الباكستاني أو الفرنسي بل تعني عدم توطين الفلسطيني. كما أكد على هذا الاتجاه أيضاً قرار المجلس الدستوري رقم (2) تاريخ 2001/5/10 في موضوع الطعن بالفقرة الثانية من المادة الأولى المذكورة سابقاً.

أمَّا بالنسبة لموقف القانون الفرنسي، فإنه وعلى الرغم من أنَّه علَّق حق تمتع الأجنبي بجميع الحقوق الخاصة بفرنسا على شرط تحقق المعاملة الدبلوماسية بالمثل، بموجب نص المادة (11) من القانون المدني الفرنسي، المشار إليها آنفاً، إلا أنَّه تبَّنى موقفاً خاصاً من حق الأجنبي في تملك العقارات حصراً في فرنسا، وذلك بموجب التشريعات المتعددة والخاصة بحق الأجانب بالتملك في فرنسا، والتي ساوت بين الأجانب والوطنيين، من حيث الاعتراف لهم بتملك العقارات في فرنسا دون أن يخضع ذلك لحكم المادة (11) من القانون المدني الفرنسي والتي تشترط المعاملة الدبلوماسية بالمثل، باعتبار أن هذا الحق من حقوق القانون الطبيعي، غير أن المشرِّع الفرنسي فرض رقابة على تملك الأجانب للعقارات في فرنسا، وتمثلت هذه الرقابة في إخضاع تملك الأجانب لشرط مسبق هو ضرورة الحصول على تصريح من وزير المالية وذلك لمنع المضاربات العقارية من قبل الأجانب غير المقيمين في فرنسا بصفة دائمة².

في حين نظم قانون تملك الأجنبي للعقار في السعودية رقم 38 لسنة 1961 موضوع تملك الأجنبي للعقار، واشترطت المادة الأولى منه، ضرورة تحقق مبدأ المعاملة بالمثل بين السعودية والدولة التي ينتمي

¹ الحنبلي شاكر، موجز في أحكام الأراضي والأموال غير المنقولة، مطبعة دمشق، 1929، ص 60.

² الصوملي عبد الكريم يحيى، حق الأجنبي في التملك والاستثمار العقاري، دراسة مقارنة في القانون الوضعي والفقه الإسلامي، أطروحة دكتوراه غير منشورة، جامعة عين شمس، مصر، 2015، ص 55.

إليها الأجنبي طالب التملك، حيث نصّت هذه المادة على أنه: "يعامل الأجنبي في حق الملكية وفي المعاملات التصريفية التي ترد على العقار، بما يعامل به السعودي في بلد ذلك الأجنبي، وفقاً لقاعدة المقابلة بالمثل، فلا يجوز أن يملك الأجنبي من العقار في السعودية إلا ما يجوز أن يملكه السعودي في ذلك البلد من حيث النوع والمساحة والموقع والاستعمال...".

يرى الباحث أن هناك مأخذاً على موقف المشرّع السعودي في هذا الخصوص، إذ إنّ دقة الصياغة القانونية واللغوية للنص، كانت تستوجب على المشرّع السعودي أن يستعمل مصطلح المعاملة بالمثل بدلاً من استخدامه لمصطلح (المقابلة بالمثل)، سواء في المادة الأولى من قانون تملك الأجنبي للعقار في السعودية أم في المادة (154) من قانون التسجيل العقاري، وهو خطأ وقع فيه المشرّع السعودي في أكثر من موضع، على الرغم من الفرق الواضح بين المصطلحين من حيث المعنى.

حيث إنّ القيد الذي اشترطه المشرّع السعودي، هو ضرورة تحقق مبدأ المعاملة بالمثل، كشرط لجواز تملك الأجنبي للعقار في السعودية. وتطبيقاً لذلك، قضت محكمة التمييز السعودية في قرارها المرقم 74/33 بتاريخ 1974/2/24 بأنه: "إنّ تملك الأجنبي للعقار في السعودية يخضع إلى أحكام قانون تملك الأجنبي للعقار رقم (38) لسنة 1961 المعدل، وهي تتضمن ما يلي: يجوز أن يملك الأجنبي عقاراً في السعودية وفقاً لقاعدة المعاملة بالمثل"¹.

الفرع الثاني:

أنماط تملك الأجنبي

اعترفت معظم تشريعات الدول للأجانب بحق تلقي الأموال من الوطنيين عن طريق الميراث والوصية، غير أنّ هذا الحق لما كان له من صلة بالمسائل المالية التي تتعلق بالثروة الوطنية العامة، بوصفها من وسائل انتقال ملكية الأموال، كان من حق كل دولة أن تتدخل في تنظيم التوارث بين الأجانب والوطنيين، بحيث لا تجيز خروج شيء من ثروتها إلى الوارثين الأجانب دون أن تضمن دخول ما يقابله من الباب نفسه، مشترطة بذلك تحقق مبدأ المعاملة بالمثل كشرط لاستحقاق الوارث أو الموصى له الأجنبي، لنصيبه من الإرث أو المال الموصى به².

¹ أبا الخيل عبد الله بن محمد صالح، أحكام تملك غير السعوديين للعقار، دراسة مقارنة، مج15، ع60، مجلة العدل، الرياض، 2013، ص235.

² الصوافين محمد حسني، أثر التطور التشريعي على تملك غير الأردنيين والأشخاص المعنويين الأموال غير المنقولة، ع1، ج3، المجلة العربية للعلوم الاجتماعية، 2016، ص177.

أولاً: المعاملة بالمثل كحق للأجنبي

لقد نصّت المادة (6) من قانون المواريث المصري رقم 77 لسنة 1943، على أنه: "لا توارث بين مسلم وغير مسلم، ويتوارث غير المصريين بعضهم من بعض، واختلاف الدارين لا يمنع من الإرث بين المسلمين ولا يمنع بين غير المسلمين إلا إذا كانت شريعة الدار الأجنبية تمنع من توريث الأجنبي عنها".

يلاحظ الباحث والمتّضح من النص، أنّ المشرّع المصري قد حصر حالة التوارث في حالتين:

الحالة الأولى: إذا كان التوارث بين مصري مسلم وأجنبي مسلم، أجاز المشرّع المصري التوارث في هذه الحالة دون أن يعلق ذلك على مبدأ المعاملة بالمثل، على خلاف القانون السعودي وبقيّة القوانين الأخرى.

الحالة الثانية: إذا كان التوارث بين مصري غير مسلم وأجنبي غير مسلم، ففي هذه الحالة، علق المشرّع المصري صحة التوارث على تحقق شرط المعاملة التشريعية بالمثل، بين القانون المصري وقانون الدولة الأجنبية التي ينتمي إليها الأجنبي.

حيث يجب على القاضي المصري في هذه الحالة أن يرجع إلى قوانين الدولة التي ينتمي إليها الوارث الأجنبي، ليتأكد بنصوص قانونية، من أن القوانين في ذلك البلد الأجنبي لا تمنع الأجانب من الميراث لديها، ومتى ما تسنى له التأكد من أن قوانين تلك الدولة الأجنبية لا تحرم الوارثين الأجانب بشكل عام أو الوارثين المصريين بشكل خاص من حصصهم الإرثية من الأموال الموجودة لديها، أتيح عندئذٍ للقاضي المصري أن يمنح الحق ذاته لرعايا تلك الدولة الأجنبية الموجودة لديها، تأسيساً على مبدأ المعاملة التشريعية بالمثل¹.

أمّا بالنسبة للوصية، فإنّ المشرّع المصري قد اعتنق مبدأ المعاملة التشريعية بالمثل في هذا الصدد أيضاً، ف قضى بعدم جواز الإيصاء إذا كان الموصى له غير مسلم تابع لبلد غير إسلامي يمنع قانونها الإيصاء لمثل الموصي.

وقد نصّت على ذلك المادة التاسعة من قانون الوصية المصري رقم (71) لسنة 1946 بقولها: "تصحّ الوصية مع اختلاف الدين والملة وتصحّ مع اختلاف الدارين ما لم يكن الموصي تابعاً لبلد إسلامي والموصى له غير مسلم تابع لبلد غير إسلامي تمنع شريعته من الوصية لمثل الموصي".

¹ خالد هشام، المدخل القانوني الدولي الخاص العربي، دار الفكر الجامعي، الإسكندرية، (2003)، ص130.

أمّا بالنسبة لموقف المشرّع السعودي من مبدأ المعاملة بالمثل في مسائل الميراث والوصية، فإنّه بدوره أيضاً أخضع إمكانية تمتع الأجنبي بحق الإرث والوصية على مبدأ المعاملة بالمثل، حيث بالنسبة للميراث، نصّت المادة (22) من القانون المدني السعودي رقم (40) لسنة 1951، على أنّه: "أ- اختلاف الجنسية غير مانع من الإرث في الأموال المنقولة والعقارات، غير أن السعودي لا يرثه من الأجانب إلا من كان قانون دولته يورث السعودي منه".

والمعاملة التشريعية بالمثل التي اشترطها المشرّع السعودي، كشرط لتمتع الأجنبي بحق الإرث في السعودية، تشمل العقارات والمنقولات كما يتضح من نص المادة، وبالنسبة للعقار، فإن المادة (188) من قانون التسجيل العقاري السعودي، نصّت بدورها أيضاً على مبدأ المعاملة كشرط لتسجيل العقار باسم الوارث الأجنبي في السعودية¹.

حيث نصّت هذه المادة على أنّه: "يجوز تسجيل العقار باسم الوارث الأجنبي من مورث سعودي استناداً لمبدأ المقابلة بالمثل، إلا أنه يخضع تسجيل الإرث باسم الأجنبي إلى القيود القانونية المفروضة على تملك الأجنبي للعقار في السعودية".

وبذلك فإنّ الطائفة نفسها من العقارات التي تدخل في نطاق المعاملة عند تملك الأجنبي للعقار في السعودية بغير طريق الإرث، بموجب قانون تملك الأجنبي للعقار رقم 38 لسنة 1961، تدخل أيضاً في نطاق المعاملة بالمثل فيما يتعلق بتملك الأجنبي للعقار عن طريق الإرث.

أمّا بالنسبة للوصية، فقد اشترط المشرّع السعودي تحقق مبدأ المعاملة بالمثل أيضاً لصحة وصية السعودي الأجنبي، فلم يُجز المشرّع السعودي صحة الوصية الصادرة من موصي سعودي لموصى له أجنبي إلا إذا كانت الدولة التي ينتمي إليها الموصى له تجيز مثل هذا الحق أيضاً للسعوديين في إقليمها. وبذلك فإنّ المشرّع السعودي قد عدّ المعاملة بالمثل إحدى الشروط الموضوعية اللازمة لصحة الوصية الصادرة عن الموصي السعودي للموصى له الأجنبي، والتي هي عبارة عن الشروط الجوهرية أو الأساسية التي يجب توافرها جميعاً، بحيث إذا تخلف شرط واحد منها لأدّى ذلك إلى بطلان التصرف.

ونحن نؤيد الاتجاه الذي سلكه المشرّع السعودي، ونعتقد بأنه كان موقفاً في موقفه بخصوص إجازة صحة الوصية لأجنبي في المنقولات فقط دون العقارات. وذلك بسبب أن العقار جزء لا يتجزأ من إقليم الدولة السياسي، وركن مهم من أركان الكيان الاقتصادي للدولة، وتمليكها للأجانب منحة غالية جداً، بحيث

¹ الروبي، الجنسية ومركز الأجانب في القانون المقارن، المرجع السابق، ص30.

يجب أن يحاط بجميع الضمانات لمصلحة الدولة ومواطنيها، الأمر الذي قد لا يتحقق فيما لو أُجيز للأفراد التصرف به للأجانب بإرادتهم المنفردة، خاصة أن الإنسان معرض لأن يغرّر به، أو أن يُكره على القيام بتصرف قانوني معين بشتى وسائل الضغط أو التهديد، الأمر الذي يعود بمردود سلبي وخطير، سواء في النواحي السياسية أو الاقتصادية أو الاجتماعية.

أما بالنسبة لموقف القانون الفرنسي، فقد بيّن أن حق الأجنبي بالميراث والوصية في فرنسا يخضع لحكم المادة (11) من القانون المدني الفرنسي المشار إليه سابقاً، والتي اشترطت المعاملة الدبلوماسية بالمثل كشرط عام لتمتع الأجنبي بجميع الحقوق الخاصة في فرنسا، ومن ضمن هذه الحقوق بلا شك، حق الميراث والوصية¹.

ثانياً: سند تملك الأجنبي

لقد نصّ المشرّع الأردني في المادة (136) من قانون الملكية العقارية على أنه: "أ. يقدم غير الأردني والشخص الحكمي طلب إذن بتملك عقار إلى الدائرة، وفقاً للإجراءات المحددة بتعليمات يصدرها المدير لهذه الغاية ب- يخاطب المدير، عند طلب الأذن بتملك عقار، في أي من الحالات الواردة في هذا الفصل، الجهات المعنية لإبداء رأيها فيه. ج- يرفع طلب الأذن بتملك العقار إلى الجهة المختصة بمنحه وفق أحكام هذا الفصل لتصدر قرارها بشأنه وعليها مراعاة رأي الجهات المعنية في الطلب. د- تحدد بقرار من المجلس الجهات المعنية التي تجب مخاطبتها لإبداء رأيها في طلب تملك العقار في كل حالة من حالات تملك العقار المنصوص عليها في هذا الفصل.

وقد بيّن المشرّع اللبناني في المادة الرابعة من قانون اكتساب غير اللبنانيين الحقوق العينية العقارية في لبنان أن الحق الناشئ عن وصية أو هبة معقودة بين غير اللبنانيين الذين يدخلون في عداد وراثتهم عند وفاتهم، خاصة الأصول والفروع والأزواج، والحقوق الناشئة عن عقود الانتفاع والرهن والبيع بالوفاء أو بالاستغلال والتأمين والإجارة المنصوص عليها في القرار رقم (12) الصادر بتاريخ 1934/1/16 (نظام المساواة).

ومن الطبيعي أنّ موافقة الدولة على إقامة الأجنبي بأراضيها، يترتب عليه السماح له بممارسة الأعمال والمهن التي يتقنها، في سبيل أن يؤمن كفاف عيشه وقوته اليومي، بحيث لا يشكل عالة على مجتمع الدولة التي يقيم فيها، في الوقت الذي تكون فيه الدولة في غنى عن هذا الأمر، وتعتبر ممارسة

¹ الكسواني عامر محمود، موسوعة القانون الدولي الخاص، ج2، الجنسية والموطن ومركز الأجانب، ط1، دار الثقافة للنشر والتوزيع، عمان، الأردن، (2010)، ص355.

الأجنبي لحق العمل والمهنة مبدأً مسلماً به ومتعارفاً عليه في المجتمع الدولي، سواء أكان على أساس المعاملة بالمثل، أم بسبب العرف الدولي، أم بناءً لأسباب إنسانية⁽¹⁾.

وقد نصّت المادة الثالثة والعشرون من الإعلان العالمي لحقوق الإنسان الصادر لعام 1948 على أنه "لكل شخص الحق في العمل وله حرية اختياره وبشروط عادلة ومرضية، كما أن له حق الحماية من البطالة"، وفي الوقت نفسه، فإنّ هذا الاعتراف الدولي ليس مطلقاً، والقول بخلاف ذلك (أي السماح للأجانب بممارسة جميع الأعمال والمهنة في الدولة) يعني منافستهم للوطنيين من أهل البلاد في أسباب عيشهم وتجارتهم وسائر أعمالهم، وبذلك يزول الأساس الذي تقوم عليه الدولة، وهي صفة الوطنية التي تجمع بينها وبين رعاياها والذين عليهم وحدهم، يقوم كيانها السياسي وأسباب ثروتها.

المبحث الثاني:

القواعد القانونية لحقوق الأجنبي

إذا كان التطوّر الاقتصادي والسياسي والاجتماعي وما يشهده العصر الحديث من سهولة الاتصالات بين المجتمعات المختلفة قد أدى إلى ظهور علاقات اقتصادية وقانونية لم تكن محدّدة، وعلى رأسها الاستثمارات الأجنبية، والتي أولتها التشريعات القانونية معاملة خاصة تفوق تلك التي يتمتع بها الأجنبي غير المستثمر² لذا سنقوم بتقسيم هذا المبحث إلى مطلبين، نتناول في المطلب الأول ملكية الأجنبي في الاستثمار، ونخصّص المطلب الثاني لحق الأجنبي في العمل.

المطلب الأول:

ملكية الأجنبي في الاستثمار

لقد ذهب البعض³ إلى تبرير الاستثمارات الأجنبية لأنها تعد امتلاك أحد الأفراد أو المؤسسات في دولة ما لأصول تعمل في دولة أخرى سواء كان بحق أو دون حق في إدارة تلك الأصول وسواء كان ذلك لفترة طويلة أم قصيرة وغالباً لفترة طويلة الأجل، سعياً وراء ربح أوفر أو عمالة أرخص أو لفتح أسواق اقتصادية جديدة تعود بالنفع عليها، لذا سنقوم بتقسيم هذا المطلب إلى فرعين، نتناول في الفرع الأول

¹ أبا الخيل عبد الله بن محمد صالح، المرجع السابق، ص 239.

² البستاني سعيد، المركز القانوني للأجانب والعرب في الدول العربية، دراسة مقارنة، ط1، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت، (2004)، ص 250.

³ العبيدي علي هادي، الوجيز في شرح القانون المدني الأردني، الحقوق العينية، ط3، دار الثقافة للنشر والتوزيع، عمان، الأردن، (2010)، ص 40.

موضوع مدى إمكانية الأجنبي في الاستثمار، ونعرج في الفرع الثاني على مسألة مدى إمكانية الأجنبي في الملكية الصناعية والتجارية.

الفرع الأول:

مدى إمكانية الأجنبي في الاستثمار

حرص المشرع الأردني على العناية بمسألة الاستثمار في قانون الملكية العقارية رقم (13) لسنة 2019 وتعديلاته على تنظيم استثمار الأجنبي بحسب الغرض المخصص فقد نصت المادة (142) من ذات القانون بأنه: "لغير الأردني الذي يحمل جنسية أي دولة عربية، أن يملك قطعة أرض خارج حدود مناطق التنظيم، بقصد استثمارها باستصلاحها أو بزراعتها أو بإقامة مشروع صناعي أو إسكاني عليها، وذلك بإذن يمنح وفقاً للصلاحيات التالية- : أ- بقرار من الوزير بناءً على تنسيب المدير لقطعة أرض لا تزيد مساحتها على (50) خمسين دونماً. ب- بقرار من المجلس بناءً على تنسيب الوزير لقطعة أرض تزيد مساحتها على (50) خمسين دونماً".

وفي سياق تنظيم المشرع الأردني لملكية الأجانب للعقارات نصت المادة (143) بأنه: "لا يمنح الإذن بتملك عقار لشخص حكومي إلا إذا ثبت تمتعه بالشخصية الحكيمة وتسجيله في المملكة ومزاويلته لأعماله وفق أحكام القانون"، وتجدر الإشارة إلى أن محكمة بداية إربد بصفتها الاستئنافية أشارت في حكم لها قضت فيه: "أن رئيس دائرة التنفيذ قد خالف القانون حينما منح المستأنف ضده الأذن للشخص الأجنبي حيث لا يملك الصلاحية القانونية لإعطائه استثمار قطعة الأرض لغايات بناء السكن عليها، ولم يحصل على الإذن المخصص من الوزير المعني وعليه يغدو القرار الطعين مجافياً للواقع"¹.

يرى الباحث أن المشرع الأردني عمل على بيان ضوابط قانونية بالنص الوارد في قانون الملكية العقارية، السبب في ذلك يرجع لضرورة تنظيم الاستثمار المتعلق بقطع الأراضي وعدم تضارب ذلك مع اعتبارات الدولة اجتماعياً أو اقتصادياً من أجل تذليل العقبات أمام المستثمرين الأجانب وبما يعود بالنفع عليهم.

¹ قرار استئنافي، محكمة بداية إربد (بصفتها الاستئنافية)، رقم (2020/4927)، تاريخ (2020/6/14)، منشورات عدالة الإلكتروني.

الفرع الثاني:

مدى إمكانية الأجنبي في الملكية الصناعية والتجارية

حرص المشرع المصري النص على ملكية الأجنبي في الاستثمار الصناعي والتجاري، حيث بينت المادة (4) من القانون المصري رقم (57) لسنة 1939 الخاص بالعلامات التجارية، والتي نصّت على: "يحق لكل صاحب مصنع أو منتج أو تاجر مقيم بإقليم الدولة أو له فيها محل حقيقي، أن يسجل علاماته، ويحق لكل أجنبي أن يسجل علاماته إذا كان ينتمي لدولة تعامل الجمهورية معاملة بالمثل أو يقيم بهذه الدولة أو له فيها محل حقيقي".

ويتضح من هذا النص، أنّ المشرع المصري قد فرّق بين حالتين، فيما يتعلق بتطبيق المعاملة بالمثل كشرط لتسجيل الأجنبي لعلامته التجارية في مصر:

الحالة الأولى: إذا كان صاحب المصنع أو المنتج أو التاجر يقيم في مصر أو له فيها محلاً حقيقياً، فلا يشترط تحقق المعاملة بالمثل كشرط للتسجيل في هذه الحالة.

والسبب في ذلك يعود إلى وجود ارتباط إقليمي بين الأجنبي ومصر، يعبر عن تركيز مصالح هذا الأجنبي في الدولة، حيث يقوم بعمل صناعي أو ممارسة التجارة فيه.

الحالة الثانية: إذا كان الأجنبي يقوم بعمل صناعي أو تجاري وليس له إقامة أو محل حقيقي في مصر، فهنا اشترط المشرع المصري المعاملة بالمثل كشرط للتسجيل، وذلك في حالتين:

أ- إذا تحققت المعاملة بالمثل بين مصر والدولة التي ينتمي إليها الأجنبي بجنسيته.

ب- إذا تحققت المعاملة بالمثل بين مصر والدولة التي يقيم فيها الأجنبي¹.

يرى الباحث أنّه إذا كانت المعاملة بالمثل يجب أن تتحقق مع الدولتين في آنٍ واحد، أم أنه يكفي أن يتحقق أحد الاحتمالين، وذلك في الحالة التي يكون فيها الأجنبي مقيماً في دولة أخرى غير دولته الأصلية، ونرى بأنه يكفي لتحقيق المعاملة بالمثل في هذه الحالة كشرط لتسجيل الأجنبي لعلامته التجارية، أن تتوافر المعاملة بالمثل، إما مع الدولة الأجنبية التي ينتمي إليها الأجنبي بجنسيته، أم مع الدولة التي له فيها محل إقامة حقيقي أو فعلي، فتحقق أحد الاحتمالين يسقط الاحتمال الآخر، والملاحظ بأن المشرع المصري قد اكتفى بالنص على مبدأ المعاملة بالمثل دون أن يحدّد كيفية تحققها من دبلوماسية أو تشريعية أو فعلية.

¹ أبا الخيل عبد الله بن محمد صالح، المرجع السابق، ص235.

أما بالنسبة للمعاملة بالمثل فيما يتعلق بتمتع الأجانب بحق تملك براءات الاختراع والرسوم والنماذج الصناعية، فقد نصّت المادة (5) من قانون براءات الاختراع والرسوم والنماذج الصناعية المصري رقم (132) لسنة 1949، على: "يحق طلب براءات الاختراع للأجانب الذين يقيمون في مصر أو الذين لهم فيها مؤسسات صناعية أو تجارية، كما يحق طلب هذه البراءات للأجانب الذين ينتمون إلى دول تعامل مصر بالمثل أو الأجانب الذين يقيمون بتلك الدول أو يكون لهم محل حقيقي"¹.

وقد حذا المشرّع السعودي حذو المشرّع المصري، باشتراطه مبدأ المعاملة بالمثل، كشرط لتمتع الأجنبي بحق منحه براءات الاختراع في السعودية، مفرقاً في ذلك بين طائفتين من الأجانب: الطائفة الأولى: الأجانب المقيمون في السعودية، ولا يشترط المعاملة بالمثل بالنسبة إليهم. الطائفة الثانية: الأجانب المقيمون خارج السعودية، وهم الذين خصهم المشرّع السعودي، باشتراط المعاملة بالمثل، كشرط لتمتعهم بحق الاستفادة من براءة الاختراع في السعودية². وقد نصّت على ذلك، المادة (7) من قانون براءة الاختراع السعودي رقم (65) لسنة 1970 بأنه: للأشخاص الآتي ذكرهم، حق طلب براءة الاختراع:

- 1- السعوديون والمواطنون العرب.
 - 2- الأجانب المقيمون في السعودية ولهم فيها محل عمل حقيقي.
 - 3- الأجانب الذين ينتمون إلى دول تعامل السعودية معاملة المثل.
- ونلاحظ على هذا النص، أن المشرّع السعودي قد ساوى بين المواطنين العرب والسعوديين فيما يتعلق بحق التمتع ببراءات الاختراع في السعودية، سواء أكان هؤلاء مقيمين في داخل السعودية أم في خارجها، ولم يحدد فيما إذا كان ذلك على أساس المعاملة بالمثل أم لا؟
- ومن جانب آخر، فإنّ النص لم يحدد الصورة التي يتحقق بها مبدأ المعاملة بالمثل، ونرى أن النص طالما جاء عاماً، فهذا يعني أنه يكفي تحقق المعاملة بالمثل في أية صورة من صورها الثلاث، دبلوماسية أو تشريعية أو فعلية. هذا وإنّ المعاملة بالمثل فيما يتعلق بتنظيم التمتع بحقوق الملكية الصناعية متحققة دبلوماسياً بين جميع الدول المنظمة لاتفاقية باريس لحماية حقوق الملكية الصناعية.

¹ بني يونس يونس، المركز القانوني للأجانب في المملكة الأردنية الهاشمية، ط1، عمان، (د.ن)، (2003)، ص200.

² إبراهيم عبد المنعم موسى، الاعتبار الشخصي في شركات الأموال وقانون تملك الأجانب للعقارات، دراسة مقارنة، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت، (2006)، ص270.

فقد نصّت هذه الاتفاقية على مبدأ المعاملة بالمثل بقولها: "يتمتع رعايا كل دولة من دول الاتحاد في جميع دول الاتحاد الأخرى، بالنسبة لحماية الملكية الصناعية، بالمزايا التي تمنحها حالياً أو قد تمنحها مستقبلاً قوانين تلك الدولة للمواطنين وذلك دون الإخلال بالحقوق المنصوص عليها بصفة خاصة في هذه الاتفاقية، وأن يكون لهم نفس الحماية التي للمواطنين ونفس وسائل الطعن القانونية ضد أي إخلال بحقوقهم، وبشرط اتباع الإجراءات المفروضة على المواطنين".

يرى الباحث أن الواضح من النص، أن هذه الاتفاقية تؤسس مبدأ المعاملة بالمثل على أساس تشبيه الأجانب بالوطنيين، حيث يتمتع كل مواطن من رعايا الدول المنضمة إلى هذه الاتفاقية في جميع دول الاتحاد الأخرى، ما لمواطنيها من حق التمتع بحقوق الملكية الصناعية والتجارية من حق الحماية وحق التظلم من كل مساس بحقوقه، ولكن بشرط اتباع الشروط والإجراءات المفروضة على المواطنين في تلك الدولة.

المطلب الثاني:

حق الأجنبي في العمل

تتجه الدول عندما تقوم بتنظيم عمل الأجانب في إقليمها إلى مراعاة الاعتبارات الآتية:

- 1- حماية اليد العاملة الوطنية من المنافسة الأجنبية. 2- حماية مصالح المجتمع الوطني الاقتصادي والاجتماعي، وذلك بالحد من هيمنة الأجانب على المؤسسات الاقتصادية والتجارية من جهة، وإقصائهم عن المهن التي من شأنها التأثير على حياة المجتمع تأثيراً مباشراً.
- 3- رعاية مصالح الوطنيين في الخارج، وذلك عن طريق تعليق تمتع الأجانب بهذه الحقوق على منح الدول الأجنبية ذات الحقوق للوطنيين الموجودين على إقليمها، (أي شرط المعاملة بالمثل)، خاصة إذا كانت الدولة من الدول المصدرة للسكان¹، وبناءً على ما تقدم، سوف نقسم هذا المطلب إلى فرعين، نتناول في الأول نطاق المعاملة بالمثل في حق العمل، أما الفرع الثاني، فسوف نخصه لحق الأجانب في ممارسة الأنشطة المهنية.

¹ الكسواني عامر محمود، المرجع السابق، ص350.

الفرع الأول:

نطاق المعاملة بالمثل في حق العمل

نهج المشرع السعودي في قانون العمل رقم (71) لسنة 1987 والمعدل بالقانون المرقم (17) لسنة 2000، النهج العام الذي يقضي بالسماح للأجانب بممارسة الأعمال في الدولة، ولكن بعد ربط ذلك بقيود واعتبارات محددة، إذ جعل حق العمل في الأصل حكراً على السعوديين إلا أنه عاد وأجاز للأجانب الحق بالعمل في السعودية استثناءً بعد أن يحدد بتعليمات خاصة نوع الأعمال والحالات التي يجوز لغير السعوديين ممارستها في السعودية.

وقد صدرت التعليمات رقم (18) لسنة 1987 والخاصة بممارسة الأجانب العمل في السعودية محددةً في المادة الرابعة منها الشروط التي يجب أن تتوافر لمنح إجازة العمل للأجانب في السعودية، دون أن يكون من بين هذه الشروط شرط المعاملة بالمثل.

وهذا ما يستشف ضمناً من أحكام المادة الحادية عشرة من تعليمات ممارسة الأجانب العمل في السعودية رقم (18) لسنة 1987، فبعد أن بينت هذه التعليمات الشروط والقيود اللازمة لمنح إجازة العمل للأجانب في السعودية، عادت في المادة الحادية عشرة منها، بالنص على: أولاً- يستثنى من أحكام هذه التعليمات:

- أ- العاملون لدى الهيئات الدولية والبعثات الدبلوماسية والقنصليات التجارية والأجنبية المعتمدة في السعودية.
- ب- الأجانب الذين تسمح لهم القوانين والاتفاقيات والمعاهدات الدولية التي تكون الحكومة السعودية طرفاً فيها بممارسة الأعمال في السعودية.
- ج- الأجانب المشتغلون لدى الحكومة.

وبتأمل دقيق لما سبق، نجد أن المشرع السعودي قد ميز بين طائفتين من الأجانب، وفقاً لقانون العمل رقم (71) لسنة 1987، والتعليمات الصادرة بموجبها:

الطائفة الأولى: وهم الأجانب الذين يسمح لهم قانون العمل بمزاولة العمل في السعودية دون استلزام مبدأ المعاملة بالمثل، حيث إن تعليمات ممارسة الأجانب للعمل في السعودية قد حددت الشروط اللازمة لمنح الأجنبي إجازة العمل في السعودية، دون أن يكون فيما بينها (شرط المعاملة بالمثل).

الطائفة الثانية: وهم الأجانب الذين تسمح لهم الاتفاقيات والمعاهدات الدولية التي تكون الحكومة السعودية طرفاً فيها بممارسة العمل في السعودية دون الخضوع للقيود والشروط التي تضعها قوانين الدول الداخلية،

استناداً بالطبع على مبدأ المعاملة الدبلوماسية بالمثل، بين السعودية والدولة التي ينتمي إليها الأجنبي، سواء أكانت هذه المعاملة تشريعية أم دبلوماسية¹.

في حين ذهب المشرع المصري إلى تبني موقفاً أكثر وضوحاً من الموقف الذي تبناه المشرع السعودي، وذلك بأنه اشترط صراحة، بنص عام ضرورة تحقق مبدأ المعاملة بالمثل بين مصر والدولة التي ينتمي إليها الأجنبي كشرط لممارسة الأجنبي لحق العمل في مصر، وذلك بموجب قانون العمل المصري رقم (137) لسنة 1981 والتي نصّت المادة (26) منه على: "لا يجوز للأجانب أن يزاولوا عملاً إلا بعد الحصول على ترخيص في ذلك من وزارة العمل، وأن يكون مصرحاً لهم بالإقامة، وبشرط المعاملة بالمثل مع الدولة التي ينتمي إليها وفي حدود تلك المعاملة...". ومبدأ المعاملة بالمثل وفقاً لذلك، ليس شرط ابتداء فحسب وإنما هو شرط استمرار كذلك، بحيث لا يسمح للأجنبي بالاستمرار في العمل إذا عدلت دولته عن معاملة المصريين فيها بالمثل.

وفي هذا الصدد، يرى البعض من الفقه² بأنه: "لا يكفي للسماح للأجنبي بمزاولة عمل معين في الجمهورية العربية، أن تقر هذه الدولة للرعايا المصريين الحق في مزاولة ذات العمل الذي يطلب الأجنبي السماح له به في الجمهورية العربية، فإذا كانت تمنعهم من مزاولة أعمال معينة تعين منع رعايا هذه الدولة من مزاولة هذه الأعمال في الجمهورية العربية".

إلا أنه ورغم وضوح صياغة النص، فإنّ البعض الآخر من الفقه³ يذهب، بأنه ليس بشرط أن تتحقق المعاملة بالمثل هنا بالتطابق، بل يكفي تحقق التعادل لأعمال مبدأ المعاملة بالمثل هنا، "لأن هذا التشدد لا يتلاءم مع المرونة التي يحسن مراعاتها في أعمال فكرة المعاملة بالمثل بما يتفق ويتلاءم مع مصلحة الدولة، وهي المراد الأخير في هذا الشأن، بل إنه قد يتعارض مع هذه المصلحة ذاتها إذا دعت الحاجة فعلاً إلى الترخيص لأجنبي ما بالعمل في قطاع معين وكانت دولته لا تمنح معاملة مماثلة للمصريين فيها".

والمشرع المصري لم يكتفِ باشتراط المعاملة بالمثل بالنسبة لعمل الأجانب في مصر فحسب، بل اشترطها كذلك في خصوص استفادة الأجانب الخاضعين لقانون العمل المصري فيما يتعلق بانتفاعهم من مزايا التأمينات الاجتماعية، حيث نصّت المادة الثانية في الفقرة (ب) من قانون التأمينات الاجتماعية المصري رقم (79) لسنة 1975 والمعدل بالقانون رقم (25) لسنة 1977 والقانون رقم (93) لسنة 1980،

¹ الروبي، الجنسية ومركز الأجانب في القانون المقارن، المرجع السابق، ص 50.

² بني يونس، المركز القانوني للأجانب في المملكة الأردنية الهاشمية، المرجع السابق، ص 220.

³ البستاني، المركز القانوني للأجانب والعرب في الدول العربية، دراسة مقارنة، المرجع السابق، ص 260.

على سريان أحكام هذا القانون على الأجانب الخاضعين لقانون العمل، بشرط ألا تقل مدة عقد العمل عن سنة وأن توجد اتفاقية معاملة بالمثل.

ومن قبيل هذه الاتفاقيات، اتفاقية منظمة العمل الدولية بشأن التمييز في الاستخدام والمهنة رقم (111) لسنة 1958، التي ألزمت الدول الأعضاء فيها، بإلغاء التمييز بين رعاياها ورعايا إحدى الدول الأخرى في الاتفاقية، وفيما يتعلق باستخدام العمال الأجانب في الأعمال والمهن في أقاليمها وذلك من خلال خلق نوع من التكافؤ في فرص العمل والمساواة في المعاملة بين رعاياها ورعايا الدول الأخرى الأعضاء في الاتفاقية وعلى أساس المعاملة بالمثل بالطبع.

الفرع الثاني:

حق الأجانب في ممارسة الأنشطة المهنية

تُعَدُّ المعاملة بالمثل فيما يتعلق بحق الأجانب بممارسة المهن والحرف، شأنها في ذلك، شأن المعاملة بالمثل اللازمة لممارسة الأجانب لحق العمل، تلعب الدور نفسه فيما يتعلق بتنظيم ممارستها من قبل الأجانب¹.

وقد اشترط المشرع المصري تحقق مبدأ المعاملة بالمثل كشرط عام لممارسة الأجانب لأغلب الحرف والمهن الحرة في مصر، بالنسبة لمهنة المحاماة، يستلزم قانون المحاماة المصري رقم (61) لسنة 1968، فيمن يدرج اسمه بجدول المحامين المصري، أن يكون مصري الجنسية أو متمتعاً بجنسية إحدى الدول العربية بشرط المعاملة بالمثل.

ونلاحظ هنا أنَّ المشرع المصري لم يورد قيد المعاملة بالمثل، بالنسبة للأجانب بشكل عام، بل قصره على رعايا الدول العربية فقط، أي أنَّه أجاز لرعايا الدول العربية فقط بممارسة مهنة المحاماة في مصر وذلك إذا كانت دولهم تعامل المصريين بالمثل، ولكنه اشترط أيضاً إلى جانب المعاملة بالمثل أن يكون ترافع المحامين العرب أمام المحاكم المصرية في الدرجة المقابلة للدرجة المقررين للمرافعة فيها في بلدانهم وذلك بشرط الاشتراك مع محام مصري، وبإذن خاص من مجلس نقابة المحامين، أما الأجانب من غير رعايا الدول العربية، فمنعهم المشرع المصري من ممارسة المحاماة سواء أتحققت المعاملة بالمثل أم لا.

¹ خالد، المدخل القانوني الدولي الخاص العربي، المرجع السابق، ص138.

والأمر نفسه بالنسبة لمهنة طب الأسنان، حيث استلزم القانون رقم (537) لسنة 1954 بشأن مهنة طب الأسنان، فيمن يمارس مهنة طب الأسنان في مصر أن يكون مصرياً، ومع ذلك يجوز للأجانب بصفة عامة ممارسة المهنة دون التقيد بالشروط المنصوص عليها في القانون المذكور وذلك بشرط المعاملة التشريعية بالمثل، أي شرط أن يكون قانون الدولة التي يتبعها الأجنبي يسمح للأطباء المصريين بممارسة مهنة طب الأسنان هناك.

أمّا المشرّع السعودي، فإنّ موقفه لم يختلف عن موقف المشرّع المصري، بل سار معه في المسار نفسه، من تقييد ممارسة الأجانب لبعض الحرف والمهن في السعودية على تحقق مبدأ المعاملة بالمثل. وهذا الأمر نفسه بالنسبة لمهنة طب الأسنان، حيث اشترط قانون نقابة أطباء الأسنان رقم (446) لسنة 1987 أن يكون عضو النقابة سعودي الجنسية، أما العرب والأجانب فيجوز قبول انتسابهم، شرط ألا يكونوا قد حرموا من حق الممارسة في بلادهم بسبب إساءتهم للمهنة، وممن تعامل بلادهم السعودية بالمثل.

وقد خطا المشرّع الأردني خطوة المشرّعين المصري والسعودي، باشتراطه تحقق مبدأ المعاملة بالمثل، كشرط للجواز للأجانب بممارسة بعض المهن في المملكة الأردنية، فعلى سبيل المثال، نصّت المادة الثانية عشرة من قانون نقابة المهندسين الأردنيين رقم (15) لسنة 1972، بالجواز للمهندسين من رعايا الدول العربية حق ممارسة المهنة في المملكة الأردنية، بعد أن تتوفر مجموعة من الشروط لذلك ومن بين هذه الشروط، شرط المعاملة بالمثل.

ويلاحظ الباحث، أنّ المشرّع الأردني، قد أجاز لرعايا الدول العربية فقط، من ممارسة مهنة الهندسة في الأردن - وعلى أساس المعاملة التشريعية بالمثل - دون الأجانب من جنسيات غير عربية، وكذلك بالنسبة لمهنة الطب، فقد أجاز قانون نقابة الأطباء الأردني رقم (13) لسنة 1972، لغير الأردنيين ممارسة مهنة الطب في الأردن، ولكن بعد تحقق شرط المعاملة بالمثل، ونصّت على ذلك المادة الثامنة من القانون المذكور، باستثناءها الأطباء غير الأردنيين الذين يحق لهم بممارسة المهنة في الأردن، وهؤلاء الأطباء، هم:

- 1- الأطباء العرب، إذا كانوا مسجلين في نقابة الأطباء لأي بلد عربي ومرخصين للعمل فيه، بشرط المعاملة بالمثل.

- 2- الأطباء الأجانب، إذا كانوا مرخصين للممارسة في بلادهم وبشرط المعاملة بالمثل. وبذلك يكون المشرّع الأردني، قد أجاز للأطباء العرب والأجانب ممارسة الطب في الأردن - على أساس المعاملة بالمثل - عكس الحالة السابقة، والتي حصر جواز ممارستها لرعايا الدول العربية دون الأجانب غير العرب.

الخاتمة:

بعد استعراض الخصوصية القانونية لحقوق الأجنبي في التملك والعمل، من خلال بيان ماهية التنظيم القانوني للأجنبي، والحديث في قواعد تنظيم حقوق الأجنبي، فقد توصلت هذه الدراسة إلى بعض النتائج والتوصيات، نوردها تباعاً:

أولاً: النتائج:

خلصت الدراسة إلى بعض النتائج وهي:

- 1- أن المشرع الأردني عمل على تنظيم مسألة قانونية هامة تلامس الجميع، ومن أبرزهم الأجانب القادمين للملكية أو المقيمين فيها من خلال تنظيم الوضع القانوني لمليكتهم أو منح تملكهم للعقارات في المملكة، وهذا انسجاماً من تطلعات الدولة والقوانين.
- 2- تهدف الملكية العقارية للأجنبي في تحديد تملكه أو استثماره بما يخدم نفسه والمجتمع في الدولة، وهذا مقيد بقيود قانونية نظمها قانون الملكية العقارية الأردني بتعديلاته الجديدة.
- 3- لقد ظهر تباين فيما يخص التملك والعمل بين التشريعات العربية حيث انسجم المشرع الأردني مع المشرع المصري وتباين مع النظام السعودي في مسألة الاستثمار وقيد بضوابط قانونية.
- 4- حرص المشرع الأردني على منح الأجنبي العمل والاستثمار استناداً لمبدأ المعاملة بالمثل، الذي تتجه إلى تطبيقه أغلب التشريعات العربية؛ لما يحقق الهدف من قانون الملكية العقارية وبيان مركز الأجنبي فيها.

ثانياً: التوصيات:

خلصت الدراسة إلى بعض التوصيات، وهي:

- 1- ضرورة تدخل المشرع الأردني في تنظيم مسألة تحديد أنواع العقارات التي يجوز استثمارها وليس فقط الاكتفاء بمسألة قطعة الأرض دون بيان نوعها.
- 2- أن ينظم المشرع الأردني قيمة ومساحة العقارات التي من الممكن أن تزيد باستخدام الأجنبي خلافاً لما أورده المادة (142) من قانون الملكية العقارية رقم (13) لسنة 2019.
- 3- أن تتعاون الدول من خلال اتفاقيات دولية سواء ثنائية أو جماعية لبيان منح الأجنبي الحق بصورة كاملة في العمل والاستثمار بعيداً عما يشكل مخالفة لحقوق الأجنبي في الاتفاقيات الدولية.

قائمة المصادر والمراجع:

- أبا الخيل، عبد الله بن محمد صالح، أحكام تملك غير السعوديين للعقار، دراسة مقارنة، مج15، ع60، مجلة العدل، الرياض، 2013.
- إبراهيم عبد المنعم موسى، الاعتبار الشخصي في شركات الأموال وقانون تملك الأجانب للعقارات، دراسة مقارنة، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت، 2006.
- البستاني سعيد، المركز القانوني للأجانب والعرب في الدول العربية، دراسة مقارنة، ط1، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت، 2004.
- بني يونس يونس، المركز القانوني للأجانب في المملكة الأردنية الهاشمية، ط1، عمان، (د.ن)، 2003.
- الجبوري ياسين، الوجيز في شرح القانون المدني الأردني، الجزء الثاني: آثار الحقوق الشخصية، أحكام الالتزامات، دراسة موازنة، الطبعة الأولى، دار الثقافة، عمان، 2003.
- الحنبلي شاكِر، موجز في أحكام الأراضي والأموال غير المنقولة، مطبعة دمشق، 1929.
- خالد هشام، المدخل القانوني الدولي الخاص العربي، دار الفكر الجامعي، الإسكندرية، 2003.
- الروبي محمد، الجنسية ومركز الأجانب في القانون المقارن، ج2، دار النهضة العربية، القاهرة، 2005.
- السنهوري عبد الرزاق، الوسيط في شرح القانون المدني، ج8، حق الملكية، ط2، دار النهضة العربية، القاهرة، 1991.
- السنهوري عبد الرزاق، الوسيط في شرح القانون المدني، حق الملكية، ج8، ط2، دار النهضة العربية، القاهرة، 1991.
- الصوافين، محمد حسني، أثر التطور التشريعي على تملك غير الأردنيين والأشخاص المعنويين الأموال غير المنقولة، ع1، ج3، المجلة العربية للعلوم الاجتماعية، 2016.
- الصوملي، عبد الكريم يحيى، حق الأجنبي في التملك والاستثمار العقاري، دراسة مقارنة في القانون الوضعي والفقه الإسلامي، أطروحة دكتوراه غير منشورة، جامعة عين شمس، مصر، 2015.
- العبيدي، علي هادي، الوجيز في شرح القانون المدني الأردني، الحقوق العينية، ط3، دار الثقافة للنشر والتوزيع، عمان، الأردن، 2010.
- الكسواني، عامر محمود، 2010، موسوعة القانون الدولي الخاص، ج2، الجنسية والمواطن ومركز الأجانب، ط1، دار الثقافة للنشر والتوزيع، عمان، الأردن.

الاتفاقيات والقوانين:

- اتفاقية منظمة العمل الدولية بشأن التمييز في الاستخدام والمهنة رقم 111 لسنة 1958.
- الإعلان العالمي لحقوق الإنسان الصادر لعام 1948.
- قانون اكتساب غير اللبنانيين الحقوق العينية العقارية في لبنان لعام 2001.
- قانون العمل المصري رقم (137) لسنة 1981.
- القانون المرقم (230) والصادر سنة 1996 الخاص بتملك الأجانب للعقارات في مصر.
- قانون الملكية العقارية الأردني رقم (13) لسنة 2019 وتعديلاته.
- قانون تملك الأجنبي للعقار في السعودية رقم 38 لسنة 1961.
- قانون مزاوله مهنة الطب المصري رقم 415 لسنة 1954.
- قانون نقابة الأطباء الأردني رقم (13) لسنة 1972.
- نظام العمل السعودي رقم (71) لسنة 1987.

القيمة القانونية لفتوى محكمة العدل الدولية حول الجدار العازل في الأراضي الفلسطينية المحتلة

The Legal Value of the Advisory Opinion of the International Court of Justice on the Separation Wall in the Occupied Palestinian Territories

د. عبد الفتاح أمين ربيعي

أستاذ القانون العام

في الجامعات الفلسطينية

ORCID ID [org//0000-0002-9840-7583](https://orcid.org/0000-0002-9840-7583)

DOI: <https://doi.org/10.70411/MJLS.1.1.20232>

الملخص:

جرى دراسة فتوى محكمة العدل الدولية لعام 2004م حول الجدار العازل الذي أقامته إسرائيل في الأراضي الفلسطينية المحتلة، وقد أفتت المحكمة بعدم شرعية الجدار ووجوب إزالته وتعويض السكان عن الضرر الذي لحق بهم، كما أكدت على سريان اتفاقية جنيف الرابعة والعهدتين الدوليين واتفاقية حقوق الطفل على الأراضي الفلسطينية المحتلة منذ عام 1967م.

هدفت هذه الدراسة لمعرفة القيمة القانونية لفتاوى محكمة العدل الدولية، وقد استخدم الباحث المنهج الوصفي التحليلي في هذه الدراسة والملائم لها.

تمحورت إشكالية الدراسة في الإجابة على السؤال الآتي: ما القيمة القانونية لفتوى محكمة العدل الدولية حول جدار العزل الذي أقامته إسرائيل في الأراضي الفلسطينية المحتلة؟

أولاً: أبرز النتائج:

- 1- تشكل الفتاوى الصادرة عن محكمة العدل الدولية سوابق قضائية لا يمكن الرجوع عنها.
- 2- توفر الفتاوى العناصر ذات الطابع القانوني اللازمة للجهات طالبة الدعوى في أداء عملها، فالفتاوى تصدر من المحكمة للجهة التي تطلبها ولا تصدر لدولة معينة.
- 3- أضافت الفتوى قيمة قانونية هامة للقضية الفلسطينية بتأكيد المحكمة على انطباق اتفاقية جنيف الرابعة والعهدتين واتفاقية حقوق الطفل على الأراضي الفلسطينية المحتلة.

ثانياً: التوصيات:

- 1- استمرار اللجوء للمحكمة الدولية لأخذ فتاوى قانونية في ملفات الصراع العربي الإسرائيلي كملف الأسرى والمعتقلين، واحتجاز الجثامين، والاستيطان، والمياه والموارد الطبيعية، والحدود، ومدينة القدس.
 - 2- مطالبة الجمعية العامة بدعوة إسرائيل لتنفيذ أهم بنود هذه الفتوى من خلال هدم الجدار وتعويض السكان عما لحق بهم من ضرر.
 - 3- تفعيل دور الدول الأطراف في اتفاقيات القانون الدولي الإنساني والقانون الدولي لحقوق الإنسان.
- الكلمات المفتاحية: القيمة القانونية، الفتاوى، محكمة العدل الدولية، الجدار العازل، الأراضي الفلسطينية المحتلة.

Abstract:

The International Court of Justice issued advisory opinion in 2004 regarding the separation wall built by Israel in the Occupied Palestinian Territories. The court ruled that the wall is illegal and must be removed, in addition to compensating the residents for the severe harm they suffered. It also affirmed the validity of the Fourth Geneva Convention and the two international covenants, as well as the Convention on the Rights of Children in the Occupied Palestinian Territories since 1967.

The purpose of this study is to assess the legal significance of advisory opinions issued by the International Court of Justice. Accordingly, the researcher uses the appropriate descriptive and analytical methods in this research.

The research problem of this study is encapsulated as follows: what is the legal value of the advisory opinion of the International Court of Justice on the separation wall built by Israel in the Occupied Palestinian Territories?

The most important results:

1. The advisory opinions of the International Court of Justice are precedents that cannot be changed.

2- The advisory opinions provide components of a legal nature required for the parties requesting the case to conduct the advisory opinion granted by the court to the entity that requests it and not to a specific country.

3- The advisory opinion gave great legal importance to the Palestinian cause by verifying the court's ability to apply the Fourth Geneva Convention, the two covenants, and the Convention on the Rights of the Child in the occupied Palestinian Territories.

Recommendations:

1. Continuing to use the International Tribunal to obtain advisory opinions on Arab conflict files: Palestinian prisoners and detainees, martyrs bodies detention, settlements, water, natural resources, borders, and the city of Jerusalem.

2- Appealing to the General Assembly to urge Israel to implement the most important aspects of this advisory opinion, including removing the wall and compensating civilians for the damages they have suffered.

3- Activating the role of the state parties to international humanitarian law and human rights conventions.

Keywords: legal value, advisory opinions, international court of justice, separation wall, occupied Palestinian territories.

مقدمة

تُعتبر محكمة العدل الدولية الجهاز القضائي الرئيسي للأمم المتحدة، وتنقسم مهامها إلى قسمين؛ الأول يتعلق بمهمتها في الفصل بالنزاعات القانونية بين الدول وفقاً لأحكام القانون الدولي، أما المهمة الثانية فتتعلق بتقديم المحكمة فتاوى (آراء استشارية) حول مسائل قانونية بناءً على طلب من أي من أجهزة الأمم المتحدة ووكالاتها المتخصصة المأذون لها بذلك.

أصدرت المحكمة ومنذ تأسيسها عام 1945م وحتى الآن 2022م نحو مائتي قرار حكم، وعدداً لا بأس به من الفتاوى والأوامر، واتخذت من مدينة لاهاي في هولندا مقراً لها، وتتكون المحكمة من (15)

قاضياً من المشهود لهم بالنزاهة يتم اختيارهم وفق آليات بواسطة الجمعية العامة ومجلس الأمن بحسب ما جاء في النظام الأساسي للمحكمة.

لعل من أبرز الفتاوى التي حظيت بصدى إعلامي هي الفتوى الصادرة عن محكمة العدل الدولية عام 2004م حول الجدار العازل الذي أقامته إسرائيل في الأراضي الفلسطينية المحتلة بأحكام لصالح الفلسطينيين مغايرة لوجهة نظر دولة الاحتلال الإسرائيلي، ويعتبر أهم ما جاء فيها التأكيد على انطباق اتفاقية جنيف الرابعة لسنة 1949م الخاصة بحماية المدنيين زمن الحرب على الأراضي الفلسطينية المحتلة وما لذلك من دلالات قانونية هامة.

فقد بدأت إسرائيل في 2002/6/23م في بناء الجدار العازل الممتد على طول خط الهدنة (الخط الأخضر) مع الضفة الغربية وذلك بعيد اجتياح القوات الإسرائيلية للأراضي الفلسطينية، يبلغ طول هذا الجدار نحو (770) كيلومتراً واستمرت في العمل به، ما تسبب في تضرر معظم محافظات الضفة الغربية تاركاً آثاراً سياسية وبيئية واجتماعية واقتصادية على الفلسطينيين⁽¹⁾، ما دفع الفلسطينيين وأنصارهم للجوء إلى هذه الآلية.

جرى رفع الملف أمام الجمعية العامة للأمم المتحدة من قبل الفلسطينيين وأنصارهم، فتم التصويت على أخذ فتوى (رأي استشاري) من محكمة العدل الدولية حول الآثار القانونية لهذا الجدار العازل. أهمية الدراسة:

تكمن أهمية هذه الدراسة في أن هذه الفتوى قد جاءت في ظل قيام التصويت على تقديم طلب جديد من الجمعية العامة إلى محكمة العدل الدولية حول الاحتلال الإسرائيلي طويل الأمد للأراضي الفلسطينية في 2022 / 11/10م لإعطاء رأي استشاري حول ذلك من قبل المحكمة. أهداف الدراسة:

هدفت هذه الدراسة لمعرفة القيمة القانونية لفتوى محكمة العدل الدولية حول الجدار العازل الذي أقامته إسرائيل في الأراضي الفلسطينية المحتلة، في ظل وجود وجهات نظر تقلل أو تؤكد على القيمة القانونية لهذا الرأي لمعرفة مدى ملاءمة ذلك لتقديم المزيد من طلبات الفتاوى المتعلقة بجوانب مختلفة حول القضية الفلسطينية.

¹ وكالة الأنباء والمعلومات الفلسطينية (وفا)، جدار الفصل العنصري: حقائق وأرقام، نشر على الموقع الإلكتروني للوكالة، رابط إلكتروني: <https://2u.pw/REOZtG> (2022/11/8).

منهج الدراسة:

استخدم الباحث المنهج الوصفي التحليلي في هذه الدراسة والملائم لها.

إشكالية الدراسة:

سبق للمحكمة أن أبدت عدة آراء استشارية حول مسائل قانونية مختلفة خلال عقود من الزمن، فيما أصدرت أيضاً العديد من قراراتها في الفصل بالنزاعات بين الدول، وهنا يثار التساؤل الآتي كيف تمت الاستفادة من هذه الفتاوى؟ وإذا كانت أحكام هذه المحكمة تفصل في النزاعات بين الدول فهل يكون لهذه الفتاوى ذات القيمة الإلزامية لأحكام المحكمة؟ من هنا جاءت إشكالية هذه الدراسة مبنية على التساؤل الكبير: ما القيمة القانونية لفتوى محكمة العدل الدولية حول جدار العزل الذي أقامته إسرائيل في الأراضي الفلسطينية المحتلة؟

للإجابة على هذه الإشكالية جرى تقسيم هذه الدراسة على النحو الآتي:

المطلب الأول: فتوى محكمة العدل الدولية حول الجدار العازل:

الفرع الأول: إحالة ملف الجدار للمحكمة.

الفرع الثاني: مضمون الفتوى.

المطلب الثاني: القيمة القانونية لفتاوى محكمة العدل الدولية:

الفرع الأول: السوابق الإفتائية للمحكمة.

الفرع الثاني: البعد القانوني لفتاوى المحكمة.

المطلب الأول

فتوى محكمة العدل الدولية حول الجدار العازل

لدراسة فتوى محكمة العدل الدولية حول الجدار العازل الذي بدأت إسرائيل في إقامته عام 2002م في الأراضي الفلسطينية المحتلة، ينبغي أولاً دراسة إحالة الملف للمحكمة من قبل الجمعية العامة ومن ثم دراسة مضمون هذه الفتوى (الرأي الاستشاري للمحكمة) حول هذه القضية وذلك من خلال الفرعين الآتيين:

الفرع الأول:

إحالة ملف الجدار للمحكمة:

قررت الجمعية العامة للأمم المتحدة بتاريخ 2003-12-8م من خلال القرار رقم A/RES/ES10/14 إحالة ملف بناء الجدار في الأراضي الفلسطينية المحتلة إلى محكمة العدل

الدولية،¹ حيث طلبت الجمعية العامة من المحكمة إفتاءها² حول التبعات القانونية الناشئة عن إقامة الجدار الذي تبنيه إسرائيل.³

اعترضت إسرائيل على اختصاص المحكمة بنظر هذه المسألة من خلال ادعاءات وحجج رفضتها المحكمة، وشنت حملات دعائية ضد المحكمة، وطالت السيرة الذاتية لبعض القضاة في محاولة منها لثني المحكمة عن ذلك⁴، واستبقت فتوى المحكمة بقرار لمحكمة العدل العليا الإسرائيلية بعدم قانونية جزء من مسار الجدار لمسافة حوالي (30) كيلومتراً من مجموع (40) كيلومتراً في القضية المعروفة "بيت سورك"

¹ موسى دويك، الفتوى لمحكمة العدل الدولية، بشأن الجدار القاتل/ دراسة في إطار القانون الدولي العام، فلسطين، 2015، ص4.

² تنص المادة (65) من النظام الأساسي لمحكمة العدل الدولية على ما يلي:

1- للمحكمة أن تفتي في أية مسألة قانونية بناءً على طلب أية هيئة رخص لها ميثاق "الأمم المتحدة" باستفتاءها، أو حصل الترخيص لها بذلك طبقاً لأحكام الميثاق المذكور.

2- الموضوعات التي يطلب من المحكمة الفتوى فيها تعرض عليها في طلب كتابي يتضمن بياناً دقيقاً للمسألة المستفتى فيها وترفق به كل المستندات التي قد تعين على تجليتها. ينظر: الأمم المتحدة، النظام الأساسي لمحكمة العدل الدولية، (ب ت)، موقع الأمم المتحدة، رابط إلكتروني: <https://2u.pw/1ujZcG> (10-11-2022).

³ ورد في البند (66) من الفتوى للمحكمة السؤال الذي وجهته الجمعية العامة إلى المحكمة وهو:

"ما التبعات القانونية الناشئة عن إقامة الجدار الذي تبنيه إسرائيل، القوة المحتلة، في الأراضي الفلسطينية المحتلة، بما فيها المناطق داخل وحوالي القدس الشرقية والذي ورد وصفه في تقرير الأمين العام في ضوء قواعد ومبادئ القانون الدولي، بما فيه اتفاقية جنيف الرابعة لعام 1949 وقرارات مجلس الأمن والجمعية العامة ذات الصلة؟"

ينظر:

INTERNATIONAL COURT OF JUSTICE, Legal Consequences of the Construction of a Wall in the Occupied Palestinian Territory (Request for advisory opinion) Summary of the Advisory Opinion of 9 July 2004, Netherlands, p7, Website Link: <https://2u.pw/uYvCOz> (31-7-2016).

⁴ جاء في البند (8) من الفتوى للمحكمة انه: "وبناءً على الأمر الصادر في 30 كانون الثاني/يناير 2004، قررت المحكمة أن القضايا التي قدمتها لها حكومة "إسرائيل" في رسالة بتاريخ 31 كانون الأول/ديسمبر 2003، وفي رسالة سرية بتاريخ 15 كانون الثاني/يناير 2004، موجهة إلى الرئيس طبقاً للفقرة الثانية من المادة 34 من قوانين المحكمة، لم تكن لتحول دون مشاركة القاضي ايلاري في القضية".

(نسبة إلى القرية العربية بيت سوريك الواقعة قرب القدس)¹ بتاريخ 2004/6/30م²، وذلك على الرغم من صدور قرار آخر مشابه لتلك المحكمة الإسرائيلية بعد صدور فتوى المحكمة عرف بقضية "ألقي منشيه" (نسبة إلى مستوطنة ألقيه منشيه في شمال الضفة الغربية) والذي قضى بتغيير مسار الجدار ليلتف حول المستوطنة والشارع الموصل لها فقط³.

تم تقديم بيانات خطية للمحكمة حول المسألة من قبل (43) دولة ومنظمة إقليمية من بينها إسرائيل وأمريكا وروسيا وفرنسا والمملكة المتحدة وفلسطين ومصر وسوريا والمغرب واليمن والسعودية وجامعة الدول العربية⁴. وبعد سبعة شهور أصدرت المحكمة فتواها حول الجدار.

الفرع الثاني:

مضمون الفتوى

درست محكمة العدل الدولية هذه المسألة المحالة إليها من خلال ثلاثة محاور تتعلق باختصاص المحكمة، وبمشروعية بناء هذا الجدار، وآثاره القانونية⁵.

قررت المحكمة بتاريخ 9-7-2004م بعد النظر في كل ما رفع لها والاستماع إلى المرافعات واتخاذ الإجراءات اللازمة كافة، إعلان النتائج التي توصلت إليها وذلك بأغلبية (14) صوتاً من القضاة

¹ قالت محكمة العدل العليا الإسرائيلية إنه إذا كان الجدار لأسباب سياسية فهو غير شرعي إنما هو لأسباب أمنية. وقال القاضي براك في القرار حول قضية بيت سوريك: "لا يحق للقائد العسكري إصدار أوامر لبناء جدار فصل إذا كانت أسبابه سياسية، وهدف الجدار لا يمكن أن يكون ترسيم حدود سياسية". ينظر: شاؤول أرئيلي، ميخائيل سفارد، الجدار الفاصل أمن أم جشع، ط1، ترجمة: عليان الهندي، دار الماجد للنشر والتوزيع، ص186.

² بتسليم - مركز المعلومات الإسرائيلي لحقوق الإنسان في الأراضي المحتلة، الجدار الفاصل/ قرار الحكم الصادر عن محكمة العدل العليا بخصوص قضية بيت سوريك، نشر بتاريخ: 1-1-2011م، رابط إلكتروني: <https://2u.pw/3wbLGx>. (2016 - 4 - 6)

³ بتسليم - مركز المعلومات الإسرائيلي لحقوق الإنسان في الأراضي المحتلة، الجدار الفاصل/ في قرار لم يسبق حدوثه أمرت محكمة العدل العليا بإزالة مقطع مبني من الجدار الفاصل، نشر بتاريخ: 16-9-2005م، رابط إلكتروني: <https://2u.pw/6gfYpP> (2016-4-6).

⁴ البند (9) من الفتوى للمحكمة.

⁵ جاءت هذه المحاور الثلاثة على النحو التالي:

أ- ما مدى اختصاص المحكمة في النظر بهذه القضية؟

ب- مدى قانونية بناء الجدار في الأراضي الفلسطينية المحتلة؟

ج- ما الآثار القانونية الناشئة عن إقامة الجدار؟

ومعارضة القاضي الأمريكي (Buergenthal)، فأعلنت أنها مختصة في نظر النزاع المعروض عليها⁽¹⁾، وأعلنت أيضاً انطباق اتفاقية "جنيف" الرابعة على الأراضي الفلسطينية المحتلة عام 1967م² بعد مناقشتها للحجج المتقابلة، وهو الموضوع الأهم في فتوى المحكمة، حيث حاولت إسرائيل الاحتجاج خلال سنوات الاحتلال الطويلة بعدم انطباق اتفاقية "جنيف" الرابعة على الأراضي الفلسطينية المحتلة عام 1967م من خلال محاولة تفسيرها لأحكام الفقرة 2 من المادة (2) من تلك الاتفاقية والتي تنص على:

" تنطبق الاتفاقية أيضاً في جميع حالات الاحتلال الجزئي أو الكلي لإقليم أحد الأطراف

السامية المتعاقدة، حتى لو لم يواجه هذا الاحتلال مقاومة مسلحة"³.

فهي - إسرائيل - تحتج بأن الضفة الغربية بما فيها القدس لم تكن قبل حرب عام 1967م تابعة لأحد الأطراف السامية المتعاقدة وتقصّد هنا الأردن، إلا أنّ قضاة محكمة العدل الدولية رفضوا الحجة الإسرائيلية التي فسّرت الفقرة الثانية تلك من المادة (2) من الاتفاقية بأنها وجدت لتقييد الفقرة الأولى من تلك المادة⁴، فقال القضاة إنّ تلك الفقرة تستهدف إيضاح بأنه حتى لو لم يواجه الاحتلال الذي وقع نزاع/ مقاومة مسلحة تظل الاتفاقية قابلة للتطبيق⁵.

أكّد القضاة في فتوهم في البند (95) عند تفسيرهم لاتفاقية "جنيف" الرابعة أنها وجدت لحماية المدنيين الذين يجدون أنفسهم بطريقة من الطرق في قبضة الاحتلال، وقد غاصوا أكثر في نوايا واضعي مسودة اتفاقية "جنيف" الرابعة بأنهم يقصدون حماية المدنيين على عكس واضعي مسودة اتفاقية "لاهاي"

¹ البند (42) والبند (65) من الفتوى.

² البند (78) من الفتوى.

³ الصليب الأحمر الدولي، اتفاقية جنيف الرابعة، 1949م بشأن حماية الأشخاص المدنيين في وقت الحرب، المؤرخة في 12/ آب/ 1949م، موقع اللجنة الدولية للصليب الأحمر، (ب ت). رابط إلكتروني:

<https://2u.pw/mSO6ke> (2016-4-7)

⁴ تنص الفقرة الأولى من المادة (2) المشتركة لاتفاقيات جنيف الأربع على ما يلي:

"علاوة على الأحكام التي تسري في وقت السلم، تنطبق هذه الاتفاقية في حالة الحرب المعلنة أو أي اشتباك مسلح آخر ينشب بين طرفين أو أكثر من الأطراف السامية المتعاقدة، حتى لو لم يعترف أحدهما بحالة الحرب". الصليب الأحمر الدولي، المرجع السابق.

⁵ البند (95) من فتوى محكمة العدل الدولية حول الجدار.

عام 1907م الذين اهتموا بحماية حقوق الدولة التي وقعت تحت الاحتلال وحماية سكانها، وتستند المحكمة في ذلك إلى نص المادة (47) من الاتفاقية¹.

انطلق القضاة في بيان نية المشرع الدولي في تفسير بنود تلك الاتفاقية من خلال بحثهم في الإجراءات التمهيدية الواردة في الاتفاقية فوجدوا أنّ (مؤتمر خبراء الحكم) الذي عقدته اللجنة الدولية للصليب الأحمر في أعقاب الحرب العالمية الثانية بهدف التحضير لاتفاقيات "جنيف" الجديدة (1949م) قد أوصى بأن هذه الاتفاقيات قابلة للتطبيق على أي نزاع مسلح سواء اعترف طرفاه أم لم يعترفاً بأنّ ذلك حالة حرب، وكذلك في حالات احتلال مناطق في غياب حالة الحرب، وبالتالي لم يكن لدى واضعي الفقرة الثانية من المادة (2) من الاتفاقية أية نية لتقييد مدى تطبيق الاتفاقية، وكل ما في الأمر أنهم كانوا يسعون إلى انطباق الاتفاقية على حالات الاحتلال من دون قتال، مثل احتلال "وبهيميا" و"مورافيا" من قبل ألمانيا سنة 1939م². تضمّنت الفتوى الاستشهاد بكثير من الدلائل التي جعلت المحكمة تتطرق بحكمها حول انطباق اتفاقية "جنيف" الرابعة على الأراضي الفلسطينية المحتلة عام 1967م، ومن تلك الدلائل إشارتها إلى كثير من قرارات مجلس الأمن الدولي³ والجمعية العامة للأمم المتحدة⁴ حول انطباق اتفاقية "جنيف" الرابعة على تلك الأراضي الفلسطينية، وكذلك تمت الإشارة إلى موقف الصليب الأحمر الدولي الذي يعترف بانطباق اتفاقية "جنيف" الرابعة على الأراضي الفلسطينية المحتلة منذ العام 1967م⁵.

عرضت الفتوى أيضاً موقف الدول الأطراف في اتفاقية "جنيف" الرابعة عندما اتفقت على التفسير نفسه في مؤتمرها بتاريخ 15 تموز/ يوليو 1999م حينما أصدرت بياناً أكدت فيه قابلية تطبيق اتفاقية

¹ تنص المادة (47) من اتفاقية جنيف الرابعة على ما يلي:

لا يحرم الأشخاص المحميون الذين يوجدون في أي إقليم محتل بأي حال ولا بأية كيفية من الانتفاع بهذه الاتفاقية، سواء بسبب أي تغيير يطرأ نتيجة لاحتلال الأراضي على مؤسسات الإقليم المذكور أو حكومته، أو بسبب أي اتفاق يعقد بين سلطات الإقليم المحتل ودولة الاحتلال، أو كذلك بسبب قيام هذه الدولة بضم كل أو جزء من الأراضي المحتلة. ينظر: منظمة الصليب الأحمر الدولي، اتفاقية جنيف الرابعة، مرجع سابق.

² البند (95) من فتوى محكمة العدل الدولية حول الجدار.

³ البند (99) من الفتوى.

⁴ البند (98) من الفتوى.

⁵ البند (97) من الفتوى.

"جنيف" الرابعة على المناطق الفلسطينية المحتلة بما فيها القدس الشرقية، هذا التأكيد أكدته الأطراف المتعاقدة مرة أخرى في كانون الثاني 2001م¹.

كما ضمّنت المحكمة من خلال البند (93) لرأيها الاستشاري أنّ إسرائيل قد طبّقت اتفاقية "جنيف" الرابعة بعيد الاحتلال الإسرائيلي للأراضي الفلسطينية في العام 1967م وجعلت لها الغلبة في حال التعارض بينها وبين الأمر العسكري الإسرائيلي رقم (3) بحسب المادة (35) من هذا الأمر، وفي حالات عديدة أشارت السلطات الإسرائيلية إلى أنها تطبق البنود الإنسانية في اتفاقية "جنيف" الرابعة، واستندت أيضاً المحكمة من خلال البند (100) إلى حكم للمحكمة العليا الإسرائيلية بتاريخ 2004/5/30م على إثر العمليات العسكرية الإسرائيلية على مدينة رفح في قطاع غزة أكدت فيه انطباق اتفاقيتي "لاهاي" 1907م و"جنيف" الرابعة لعام 1949م على تلك الحالة.

يُعتبر أهم ما جاء في هذه الفتوى ما ورد في البند (101) من فتوى المحكمة بصريح العبارة حول انطباق اتفاقية جنيف الرابعة على الأراضي الفلسطينية المحتلة، حيث جاء فيه:

"وفي ضوء ما تقدم، تجد المحكمة أن اتفاقية "جنيف" الرابعة تنطبق على الأراضي الفلسطينية التي كانت قبل صراع عام 1967م تقع إلى الشرق من الخط الأخضر والتي احتلتها إسرائيل في ذلك الصراع، كما أنه لا حاجة لأي استفسار حول الوضع السابق الدقيق لتلك الأراضي.

وهكذا كان النص الإنجليزي لتلك الفقرة²:

"In view of the foregoing, the Court considers that the Fourth Geneva Convention is applicable in the Palestinian territories which before the 1967 conflict lay to the east of the Green Line and which, during that conflict, were occupied by Israel, there being no need for any enquiry into the precise prior status of those territories."

¹ البند (96) من الفتوى.

² INTERNATIONAL COURT OF JUSTICE, Legal Consequences of the Construction of a Wall in the Occupied Palestinian Territory (Request for advisory opinion) Summary of the Advisory Opinion of 9 July 2004, Netherlands, P 9, Previous reference (11-9-2018).

وأكدت المحكمة كذلك انطباق العهد الدولي الخاص بالحقوق المدنية والسياسية لسنة 1966 على الأراضي الفلسطينية المحتلة¹، وأيضا أكدت على انطباق العهد الدولي الخاص بالحقوق الاقتصادية والاجتماعية والثقافية عليها²، كما وتضمنت الفتوى التأكيد على انطباق أحكام اتفاقية حقوق الطفل عليها³. خلصت المحكمة كذلك إلى أن إقامة المستوطنات الإسرائيلية في الأراضي الفلسطينية المحتلة بما فيها القدس الشرقية تمثل خرقاً للقانون الدولي⁴، وفي إجابتها على السؤال المتعلق بمشروعية الجدار وبعد فحصها للمركز القانوني للأرض الفلسطينية والتي أثبتت أنها أراضٍ محتلة، وبعد فحصها للإدعاءات المتعكسة حول مدى مشروعية الجدار فقد أفتت المحكمة أن تشييد الجدار والنظام المرتبط به أمران يخالفان القانون الدولي⁵.

بعد ذلك ذهبت المحكمة للإجابة على التساؤل الأخير للجمعية العامة المتعلق بتبعات الإخلال بتلك الالتزامات، حيث أكدت بداية على ثبوت مسؤولية دولة إسرائيل عن خرق التزاماتها الدولية وفقاً للقانون الدولي⁶.

أوضحت المحكمة أن القانون الدولي يوجب على الدولة المسؤولة عن العمل غير المشروع أن تضع حداً لذلك العمل وهذا التزام ثابت في القانون الدولي، لذلك جاء قول المحكمة إن على إسرائيل أن تقوم أولاً بوقف أعمال البناء في هذا الجدار، وهدم الأجزاء التي أقيمت على الأرض الفلسطينية المحتلة بما فيها القدس الشرقية وما حولها، وإلغاء القوانين واللوائح المعتمدة التي واكبت ذلك باستثناء ما نصّ منها على تعويض السكان الفلسطينيين وجبر الضرر⁷.

واستناداً إلى ما أرسته الممارسة الدولية وخصوصاً قرارات محاكم التحكيم بأن يمحى التعويض بأقصى قدر ممكن جميع الآثار الناشئة عن العمل غير المشروع، أوجبت المحكمة على إسرائيل الالتزام بإعادة الأرض والبساتين وحدائق الزيتون والممتلكات الثابتة الأخرى التي انتزعت من أصحابها العاديين أو

¹ البند (111) من فتوى محكمة العدل الدولية حول الجدار.

² البند (112) من الفتوى.

³ البند (113) من الفتوى.

⁴ البند (120) من الفتوى.

⁵ البند (142) من الفتوى.

⁶ البند (147) من الفتوى.

⁷ البنود (150، 151) من فتوى محكمة العدل الدولية حول الجدار.

الاعتباريين وفي حال تعذر ذلك عليها دفع تعويض مقابل ذلك وتعويض كل متضرر مادي من إنشاء هذا الجدار¹.

إن من أهم الالتزامات التي أخلت بها إسرائيل بحسب المحكمة هي الالتزام بحق الشعب الفلسطيني في تقرير مصيره وبعض الالتزامات الواجبة بموجب القانون الدولي الإنساني، كما أوجبت المحكمة على جميع الدول أن تلتزم بعدم الاعتراف بالوضع غير القانوني الناتج عن بناء الجدار. وعلى الدول الأطراف في اتفاقية جنيف الرابعة كفالة امتثال إسرائيل للقانون الدولي الإنساني الدولي على النحو الوارد في تلك الاتفاقية². وفي نهاية الفتوى دعت المحكمة إلى تطبيق قرارات مجلس الأمن ذات الصلة بنية صادقة لا سيما القرارات (242) و (338)، ودعت المحكمة الجمعية العامة إلى حل عن طريق التفاوض للمشاكل العالقة، وإقامة دولة فلسطينية³.

رغم أهمية الفتوى العالية فيما قدمته للقضية الفلسطينية إلا أنها توخت الحذر الشديد في بعض بنودها، فعلى الرغم من إدراج اسم القدس الشرقية إلى جانب عبارة الأراضي الفلسطينية المحتلة إلا أن بعض البنود الهامة جداً مثل البند (101) من الفتوى الذي أكد على انطباق اتفاقية جنيف الرابعة على الأراضي الفلسطينية المحتلة لم تتوافق معها عبارة (بما فيها القدس الشرقية).

ومع نهاية بنود الفتوى نادى المحكمة بأهمية حل الدولتين بإقامة دولة فلسطينية إلى جانب إسرائيل، ولكن الشيء المدهش هو دعوتها لحل المشاكل المعلقة عبر المفاوضات مسقطه خيارات حل النزاعات بالطرق الدبلوماسية الأخرى كالتحكيم وغيره، وهذه سقطة قوية قد تنعكس مستقبلاً عند محاولة اللجوء للوسائل المشروعة الأخرى.

كما أن الفتوى عند تركيزها على أهمية تطبيق جميع قرارات مجلس الأمن مركزة على القرارين (242) و (338) فإنها لم تتحدث عن قرار الجمعية العامة رقم (181) رغم أنها مرت عن تلك الحقبة الزمنية عند نظرها الملف.

بعد أن تمت دراسة مضمون فتوى المحكمة حول الجدار سيجري الانتقال لدراسة القيمة القانونية لفتاوى المحكمة من خلال المطلوب الآتي:

¹ البنود (152، 153) من الفتوى.

² البنود (155-159) من الفتوى.

³ البند (162) من الفتوى.

المطلب الثاني

القيمة القانونية لفتاوى محكمة العدل الدولية

للتعرف على القيمة القانونية لفتاوى (الآراء الاستشارية) محكمة العدل الدولية سيتم ذلك من خلال دراسة تاريخ المحكمة في إصدار الآراء الاستشارية ومن ثم انعكاس ذلك على فتوى المحكمة حول الجدار العازل الذي أنشأته إسرائيل في الأراضي الفلسطينية المحتلة، وذلك من خلال الفرعين الآتيين:

الفرع الأول:

السوابق الإفتائية للمحكمة:

استخدمت محكمة العدل الدولية صلاحياتها بالنظر في القضايا المرفوعة إليها لإصدار أحكام أو فتاوى (آراء استشارية) أو أوامر طيلة عقود من الزمن بمنتهى المهارة والحساسية⁽¹⁾، حيث لجأ كثير من الدول ومن أجهزة الأمم المتحدة الرئيسية للمحكمة لحل قضاياها عبرها، فنظرت المحكمة خلال الفترة الزمنية الممتدة منذ العام 1948م لغاية العام 2012م مجموعة من الأحكام والفتاوى والأوامر بلغ عددها (195) سابقة، شكلت الفتاوى منها ما مجموعه (26) فتوى (رأياً استشارياً)، حيث بدأت المحكمة في ممارسة صلاحياتها في إصدار الفتاوى منذ عام 1948م².

وجاءت الفتوى حول الجدار الذي أقامته إسرائيل في الأراضي الفلسطينية التي احتلتها إسرائيل عام 1967 الصادرة بتاريخ 9-4-2004م لتحتل المرتبة (25) من بين هذه الفتاوى.

¹ الأمم المتحدة، موجز الأحكام والفتاوى والأوامر الصادرة عن محكمة العدل الدولية 1992 - 1996، منشورات الأمم المتحدة، نيويورك، 1998، ص (ه). رابط إلكتروني: <https://2u.pw/rroSTm> (2022-10-5).

² الأمم المتحدة، موجز الأحكام والفتاوى والأوامر الصادرة عن محكمة العدل الدولية 1948 - 1991، منشورات الأمم المتحدة، نيويورك، 1992م، ص (ج). رابط إلكتروني: <https://2u.pw/CAXEsB> (2022/11/11).

أصدرت المحكمة خلال تلك الفترة العديد من الفتاوى حول مسائل مختلفة، وكانت معظمها مقدمة بطلب من الجمعية العامة¹، وفي حالات نادرة كانت تقدم بطلب من الأجهزة الأخرى كمجلس الأمن²

¹ كانت الفتوى الصادرة بتاريخ: 1948/5/28م حول شروط قبول أية دولة في الأمم المتحدة من خلال تفسير المادة (4) من الميثاق وذلك بطلب قدم للمحكمة من الجمعية العامة تحتل الترتيب الأول بين هذه الفتاوى، تلتها الفتوى الصادرة بتاريخ 11 نيسان 1949م حول التعويض عن الأضرار المتكبدة في خدمة الأمم المتحدة، وفي 3 آذار 1950م أصدرت فتوى حول أهلية الجمعية العامة لقبول دولة في الأمم المتحدة، وفي 30 آذار 1950م أصدرت فتوى حول تفسير معاهدات السلم مع بلغاريا وهنغاريا و"رومانيا" (المرحلة الأولى)، وفي 11 تموز 1950م أصدرت فتواها حول المركز الدولي لإفريقيا الجنوبية الغربية، وفي 18 تموز 1950م أصدرت فتواها حول تفسير معاهدات الصلح مع بلغاريا وهنغاريا و"رومانيا" (المرحلة الثانية)، وفي 28 أيار 1951م أصدرت فتواها حول تحفظات بشأن اتفاقية مكافحة جريمة الإبادة الجماعية ومعاقبة مرتكبيها، وفي 13 تموز أصدرت فتواها حول آثار الأحكام بالتعويض الصادرة عن المحكمة الإدارية للأمم المتحدة، وفي 7 حزيران 1955م أصدرت فتواها حول إجراءات التصويت بشأن المسائل المتعلقة بالتقارير والالتزامات الخاصة بإقليم إفريقيا الجنوبية الغربية، وفي 1 حزيران 1956م أصدرت فتواها حول السماح بالإدلاء بالشغوي بالأراء أمام اللجنة الخاصة بإفريقيا الجنوبية الغربية، وفي 20 تموز 1962م أصدرت فتواها حول بعض نفقات الأمم المتحدة (الفقرة 2 من المادة 17 من الميثاق)، وفي 16 تشرين الأول 1975م أصدرت فتواها حول الصحراء الغربية، وكذلك الفتوى الصادرة بتاريخ 27 أيار 1987م حول طلب مراجعة حكم المحكمة الإدارية للأمم المتحدة رقم (333)، وكذلك الفتوى الصادرة بتاريخ 26 نيسان 1988م حول انطباق التزام الدخول إلى في تحكيم بموجب الفرع (21) من اتفاق مقر الأمم المتحدة المعقود في 26 حزيران 1947م.

ينظر: الأمم المتحدة، موجز الأحكام والفتاوى والأوامر الصادرة عن محكمة العدل الدولية 1948 - 1991، منشورات الأمم المتحدة، موقع الجمعية العامة للأمم المتحدة، 1992، رابط إلكتروني:

<https://2u.pw/CAXEsB> (2022/11/11).

² أصدرت المحكمة بتاريخ 21 حزيران عام 1971م فتواها حول الآثار القانونية المترتبة بالنسبة للدول على استمرار وجود جنوب إفريقيا في ناميبيا (إفريقيا الجنوبية الغربية) رغم قرار مجلس الأمن (276) لسنة 1970م وذلك بطلب من مجلس الأمن. ينظر: الأمم المتحدة، موجز الأحكام والفتاوى والأوامر الصادرة عن محكمة العدل الدولية 1948 - 1991، المرجع السابق، ص103.

واليونسكو¹ أو جمعية المنظمة الاستشارية الحكومية الدولية للملاحة البحرية² أو الأمين العام³ أو منظمة الصحة العالمية⁴، أو المجلس الاقتصادي والاجتماعي⁵، أو اللجنة المعنية بطلبات مراجعة أحكام المحكمة الإدارية⁶، فبالإضافة إلى الجمعية العامة ومجلس الأمن التي لأي منها الحق في الطلب من المحكمة بالإفتاء بشأن أية مسألة قانونية، فإنه يؤذن أيضاً للمجلس الاقتصادي والاجتماعي ومجلس الوصاية واللجنة المؤقتة التابعة للأمم المتحدة ولست عشرة مؤسسة ومنظمة دولية أخرى بأن تطلب فتاوى المحكمة في مسائل قانونية ناشئة في إطار أنشطتها⁷.

كما وأصدرت المحكمة وبطلب من منظمة الصحة العالمية فتوى بتاريخ 8 تموز 1996م حول مشروعية استخدام دولة ما للأسلحة النووية في نزاع مسلح، وفي التاريخ نفسه وبطلب من الجمعية العامة

¹ أصدرت المحكمة بتاريخ 23 تشرين الأول 1956 فتاوها حول أحكام المحكمة الإدارية لمنظمة العمل الدولية بشأن الشكاوى الموجهة ضد اليونسكو وذلك بطلب من المجلس التنفيذي لليونسكو. ينظر: الأمم المتحدة، موجز الأحكام والفتاوى والأوامر الصادرة عن محكمة العدل الدولية 1948 - 1991، المرجع السابق، ص48.

² أصدرت المحكمة فتاوها بتاريخ 8 حزيران عام 1960م حول تكوين لجنة السلامة البحرية التابعة للمنظمة الاستشارية الحكومية الدولية للملاحة البحرية وذلك بطلب من جمعية المنظمة الاستشارية الحكومية الدولية للملاحة البحرية. ينظر: الأمم المتحدة، موجز الأحكام والفتاوى والأوامر الصادرة عن محكمة العدل الدولية 1948 - 1991، المرجع السابق، ص70.

³ أصدرت المحكمة بتاريخ 12 تموز 1973 فتاوها حول طلب مراجعة حكم المحكمة الإدارية للأمم المتحدة رقم 158 وذلك بطلب من الأمين العام للأمم المتحدة. ينظر: الأمم المتحدة، موجز الأحكام والفتاوى والأوامر الصادرة عن محكمة العدل الدولية 1948 - 1991، المرجع السابق، ص117.

⁴ أصدرت المحكمة بتاريخ 20 كانون الأول 1980م فتوى حول تفسير اتفاق 25 آذار/ مارس 1951 بين منظمة الصحة العالمية ومصر وذلك بطلب من منظمة الصحة العالمية. ينظر: الأمم المتحدة، موجز الأحكام والفتاوى والأوامر الصادرة عن محكمة العدل الدولية 1948 - 1991، المرجع السابق، ص145.

⁵ جاءت الفتوى الصادرة بتاريخ 15 كانون الأول 1989م حول انطباق المادة 22 من المادة السادسة من اتفاقية امتيازات الأمم المتحدة وحصاناتها بناءً على طلب المجلس الاقتصادي والاجتماعي. ينظر: الأمم المتحدة، موجز الأحكام والفتاوى والأوامر الصادرة عن محكمة العدل الدولية 1948 - 1991، المرجع السابق، ص271.

⁶ وفي 20 تموز 1982م وبطلب من اللجنة المعنية بطلبات مراجعة أحكام المحكمة الإدارية أصدرت المحكمة فتاوها حول طلب مراجعة حكم المحكمة الإدارية للأمم المتحدة رقم 273 ينظر: الأمم المتحدة، موجز الأحكام والفتاوى والأوامر الصادرة عن محكمة العدل الدولية 1948 - 1991، المرجع السابق، ص156.

⁷ وفي 20 تموز 1982م وبطلب من اللجنة المعنية بطلبات مراجعة أحكام المحكمة الإدارية أصدرت المحكمة فتاوها حول طلب مراجعة حكم المحكمة الإدارية للأمم المتحدة رقم 273 ينظر: الأمم المتحدة، موجز الأحكام والفتاوى والأوامر الصادرة عن محكمة العدل الدولية 1948 - 1991، المرجع السابق، ص156.

أصدرت المحكمة فتوى حول مشروعية التهديد بالأسلحة النووية أو استخدامها¹، وبعد ذلك أصدرت المحكمة فتوى بتاريخ 29 نيسان 1999م بناءً على طلب المجلس الاقتصادي والاجتماعي حول الخلاف المتحصل بحصانة مقرر خاص للجنة حقوق الإنسان من الإجراءات القانونية².

وفي 22 تموز عام 2010م أصدرت المحكمة فتواها حول توافق إعلان استقلال كوسوفو من جانب واحد مع القانون الدولي، وقد جاءت المحكمة بفتواها بأغلبية عشرة قضاة مقابل أربعة بأن إعلان استقلال كوسوفو لم ينتهك القانون الدولي³. كما وطلبت الجمعية العامة في 22 حزيران 2017م من المحكمة فتوى حول الآثار القانونية لفصل (أرخبيل شاغوس) عن (موريشيوس) في عام 1965م⁴. ولغاية 31 تموز/ يوليو 2022م لم يتم تقديم أي طلب للمحكمة بإصدار فتاوى⁵.

بتاريخ 2022/11/11م صوتت الجمعية العامة للأمم المتحدة بأغلبية الأصوات على طلب فتوى من المحكمة حول الاحتلال الإسرائيلي لفلسطين.

يتبين من كل ما سبق ممارسة المحكمة لدورها في إصدار الفتاوى، والتوجه لطلب المشورة القانونية (الفتاوى) من المحكمة من قبل أجهزة الأمم المتحدة الرئيسية كالجمعية العامة ومجلس الأمن والوكالات والأجهزة المأذون لها بذلك، على عكس أحكام المحكمة في فض النزاعات بين الدول بناءً على لجوء الدول لفض منازعاتها أمامها، ولولا أهمية هذه الفتاوى لما تم اللجوء إليها على هذا النحو خلال عشرات العقود.

¹ الأمم المتحدة، موجز الأحكام والفتاوى والأوامر الصادرة عن محكمة العدل الدولية 1992 - 1996م، المرجع السابق، ص (107-125).

² الأمم المتحدة، موجز الأحكام والفتاوى والأوامر الصادرة عن محكمة العدل الدولية 1997 - 2002م، منشورات الأمم المتحدة، موقع الجمعية العامة للأمم المتحدة، نيويورك، 2005م، ص 67، رابط إلكتروني: <https://2u.pw/OTf3My> (2022-10-20)

³ وفي 20 تموز 1982م وبطلب من اللجنة المعنية بطلبات مراجعة أحكام المحكمة الإدارية أصدرت المحكمة فتواها حول طلب مراجعة حكم المحكمة الإدارية للأمم المتحدة رقم 273 ينظر: الأمم المتحدة، موجز الأحكام والفتاوى والأوامر الصادرة عن محكمة العدل الدولية 1948 - 1991، المرجع السابق، ص 156.

⁴ وفي 20 تموز 1982م وبطلب من اللجنة المعنية بطلبات مراجعة أحكام المحكمة الإدارية أصدرت المحكمة فتواها حول طلب مراجعة حكم المحكمة الإدارية للأمم المتحدة رقم 273 ينظر: الأمم المتحدة، موجز الأحكام والفتاوى والأوامر الصادرة عن محكمة العدل الدولية 1948 - 1991، المرجع السابق، ص 156.

⁵ وفي 20 تموز 1982م وبطلب من اللجنة المعنية بطلبات مراجعة أحكام المحكمة الإدارية أصدرت المحكمة فتواها حول طلب مراجعة حكم المحكمة الإدارية للأمم المتحدة رقم 273 ينظر: الأمم المتحدة، موجز الأحكام والفتاوى والأوامر الصادرة عن محكمة العدل الدولية 1948 - 1991، المرجع السابق، ص 156.

الفرع الثاني:

البعد القانوني لفتاوى المحكمة

تباينت الآراء حول تمتع الفتاوى بالقوة الإلزامية التي تتمتع بها قرارات المحكمة في حال النزاع بين الدول، ففي الوقت الذي يرى فيه بعض الفقهاء عدم تمتع الفتاوى بقوة إلزامية لغير الجهة الصادرة عنها وتمتعها بقيمة أدبية ومعنوية¹، نجد أن لجنة المحكمة الدائمة للعدل الدولي في تقريرها المعينة في 2 أيلول 1927م نصت على: "... أن الفارق بين قضايا النزاعات وقضايا الفتاوى يكون في أدنى الحدود عندما تكون هناك أطراف متنازعة، والفارق الرئيسي هو في الطريقة التي تعرض فيها القضية على المحكمة، بل إن هذا الفارق يمكن أن يزول عملياً، كما حدث في قضية تونس، وبالتالي فالرأي القائل بأن الفتاوى غير ملزمة هو رأي نظري أكثر منه واقعي².

إن الآراء الاستشارية للمحكمة حتى وإن لم يكن لها صفة الإلزام، فهذه الصفة ترجع إلى الوكالات والهيئات المتخصصة في الأمم المتحدة التي طلبت الرأي الاستشاري أن تقوم بتطبيقها كما تراه مناسباً، فالرأي الاستشاري كما هو معروف سيتم عرضه على الجهة طالبة الفتوى وينتهي حينئذ دور المحكمة. وللتدليل على ذلك جاء في البند (60) من فتوى الجدار العازل أن "الغرض من الفتاوى هو أن توفر المحكمة للجهات طالبة الفتوى العناصر ذات الطابع القانوني اللازم لها في أداء عملها"، فالفتوى تصدر من المحكمة للجهة التي تطلبها ولا تصدر لدولة معينة.

على صعيد آخر فإنه لم يظهر في العرف الدولي من خلال ممارسات الجمعية العامة للأمم المتحدة أو مجلس الأمن الدولي عدم التزامهما بالآراء الاستشارية للمحكمة، فالعرف الدولي يقضي بالالتزام بها،

¹ محمد الشلالدة، الدعوة إلى تبني خطة عمل لتفعيل الفتوى القانونية لمحكمة "لاهاي"، لقاء حوارى نظمته المركز الفلسطيني لأبحاث السياسات والدراسات الإستراتيجية (مسارات)، بالتعاون مع الحملة الشعبية لمقاومة الجدار والاستيطان، وكالة معا الإخبارية، نشرت بتاريخ 9-5-2016م. رابط إلكتروني:

<https://2u.pw/LQLkDb> (2022-10-7).

² وفي 20 تموز 1982م وبطلب من اللجنة المعنية بطلبات مراجعة أحكام المحكمة الإدارية أصدرت المحكمة فتواها حول طلب مراجعة حكم المحكمة الإدارية للأمم المتحدة رقم 273 ينظر: الأمم المتحدة، موجز الأحكام والفتاوى والأوامر الصادرة عن محكمة العدل الدولية 1948 - 1991، المرجع السابق، ص156.

وباحترام وتطبيق الأحكام الاستشارية الصادرة عن هذه المحكمة¹، كما وأن الجمعية العامة قد دعت إلى النقيذ التام بالالتزامات القانونية التي أكدتها هذه الفتوى².

وكانت المحكمة قد دعت الأمم المتحدة لا سيما الجمعية العامة ومجلس الأمن إلى وضع هذه الفتوى في الاعتبار على النحو الواجب³.

يمكن القول: إنه ومن خلال استعراض مجمل الفتاوى الصادرة عن المحكمة أن هذه الفتاوى تشكل سوابق قضائية لا يمكن الرجوع عنها، لأن مسألة الرجوع عن أي من هذه الفتاوى أو اتخاذ المؤسسة الدولية إجراءات لمخالفة هذه الفتاوى المتعلقة بكثير من المسائل والمنازعات الدولية أو الإدارية يجعل أي من أطراف المنازعات التي لم يرق إليها تلك الفتاوى أن تطالب أو تعمل على الرجوع عنها وبالتالي إفراغ تلك الفتاوى من مضامينها وسلب المحكمة من أحد اختصاصاتها.

حاز قرار التصويت على فتوى الجدار العازل لاعتماد القرار على (165) صوتاً في الجمعية العامة للأمم المتحدة رغم أن قرار التصويت على إحالة الملف للمحكمة لإعطاء رأيها الاستشاري (الفتوى) حوله لم يحز آنذاك سوى على (90) صوتاً من أصوات الأعضاء⁴.

والسبب في ذلك أن التصويت يتم على رأي قضاة المحكمة الاستشاري الذين ينتمون إلى أغلب النظم القضائية في العالم، هذا الرأي سيشكل مرجعية قانونية دولية بالنسبة للمسألة المطروحة على المحكمة. كما أن الوقت الذي استغرقه القضاة في البحث والبت في هذه القضايا الهائلة والتكلفة المادية لذلك تجعل من الصعب الرجوع عن تلك الفتاوى، تلك الفتاوى التي تتعلق أصلاً وغالباً بتفسير نصوص معينة

¹ موسى دويك، الجدار القاتل، مرجع سابق، ص54.

² بحسب ما جاء في البند (4) من قرار الجمعية العامة للأمم المتحدة حول السيادة الدائمة للشعب الفلسطيني في الأرض الفلسطينية المحتلة بما فيها شرقي القدس الصادر بتاريخ 20 كانون الأول 2010م. ينظر: محسن محمد صالح، وائل؟؟ أحمد سعد، (محررون)، الوثائق الفلسطينية لسنة 2010م، ط1، منشورات مركز الزيتونة للدراسات والاستشارات، بيروت، لبنان، آب 2015م.

³ وفي 20 تموز 1982م وبطلب من اللجنة المعنية بطلبات مراجعة أحكام المحكمة الإدارية أصدرت المحكمة فتواها حول طلب مراجعة حكم المحكمة الإدارية للأمم المتحدة رقم 273 ينظر: الأمم المتحدة، موجز الأحكام والفتاوى والأوامر الصادرة عن محكمة العدل الدولية 1948 - 1991، المرجع السابق، ص156.

⁴ شوقي العيسة، الوضع القانوني للسجناء السياسيين الفلسطينيين في القانون الدولي، (الفصلية) فصلية حقوق الإنسان الفلسطيني، العدد 45 تموز 2012، عدد خاص حول الأسرى في سجون الاحتلال، الهيئة المستقلة لحقوق الإنسان (ديوان المظالم)، رام الله، 2012، ص23.

لقواعد قانونية دولية إما اكتنفها الغموض أو أثّرت منازعات حولها عند الدعوة لتطبيقها، حيث قام قضاء المحكمة والذين يتم اختيارهم عادة على أسس عالية في التصنيف من حيث النزاهة والقدرة بدراسة تلك المنازعات بشكل معمق وإعطاء رأي قانوني حولها.

يرى الباحث أهمية الفتوى الصادرة عن محكمة العدل الدولية حول الجدار كسند قانوني أساسي وهام لانطباق اتفاقية "جنيف" الرابعة على الأراضي الفلسطينية المحتلة عام 1967م، وكذلك انطباق اتفاقيات حقوق الإنسان خصوصاً العهدين الدوليين واتفاقية حقوق الطفل على الأراضي الفلسطينية المحتلة. كما أن أحكام هذه الفتوى فيما يتعلق بالتعويض وجبر الضرر الناتج عن إقامة الجدار يوجب العمل على المطالبة بهذه التعويضات لمستحقيها من السكان الفلسطينيين.

الخاتمة

كثيرة هي القرارات الدولية المتعلقة بالصراع العربي الإسرائيلي سواء أكانت ناشئة عن مجلس الأمن أو الجمعية العامة أو غيرها، وجاءت فتوى محكمة العدل الدولية بشأن الجدار العازل الذي أقامته إسرائيل في الأراضي الفلسطينية المحتلة والذي أكدت فيه المحكمة على عدم شرعية الجدار العازل وأفتت بضرورة وقف البناء فيه وإزالة المقاطع التي تم إنشاؤها وتعويض السكان عن أي ضرر لحق بهم لتضيف بعداً قانونياً آخر للقضية الفلسطينية، فكان لا بد من معرفة القيمة القانونية لهذه الفتوى، لذلك جرى استخدام المنهج الوصفي التحليلي الملائم لهذا البحث من خلال دراسة فتاوى المحكمة منذ أواسط القرن الماضي حتى اليوم في مختلف القضايا التي أفتت بها.

كما أن التعرف على مهام المحكمة وكيفية اختيار قضاتها والتكاليف والوقت الذي تستغرقه المحكمة يؤكد بمجال لا يدعو للشك أهمية هذه الفتاوى واستحالة الرجوع عن فتاوها، وقد خرجت الدراسة بالنتائج والتوصيات الآتية:

أولاً: النتائج:

- 1- تشكل الفتاوى الصادرة عن محكمة العدل الدولية سوابق قضائية لا يمكن الرجوع عنها.
- 2- توفر الفتاوى العناصر ذات الطابع القانوني اللازمة للجهات طالبة الدعوى في أداء عملها، فالفتوى تصدر من المحكمة للجهة التي تطلبها ولا تصدر لدولة معينة.
- 3- تتفق الفتوى مع قرار الحكم في النزاع بين دولتين أمام المحكمة في معظم الإجراءات المتبعة، وكذلك القضاة هم الأشخاص أنفسهم في الحالتين.

4- يتركز الاختلاف بين قرار الحكم وفتوى المحكمة حول تنفيذ الأحكام والفتاوى؛ فالأحكام تنفذ عادة طواعية بين الدولتين، بينما ينتهي دور المحكمة عند إصدار الفتوى لتتصدى لتنفيذها الجهة طالبة الفتوى، وتختلف الفتوى كذلك عن الأحكام في وسيلة وصول الملف للمحكمة؛ ففي الأحكام تتقدم الدول مباشرة للقضاء الدولي، بينما في الفتاوى الأمر بحاجة لإحدى المؤسسات الدولية المأذون لها بعرض الملف على المحكمة.

5- أضافت الفتوى قيمة قانونية هامة للقضية الفلسطينية من خلال تأكيد المحكمة على انطباق اتفاقية جنيف الرابعة والعهدين واتفاقية حقوق الطفل على الأراضي الفلسطينية المحتلة.

6- دعت المحكمة إلى أهمية حل النزاع الفلسطيني الإسرائيلي من خلال المفاوضات داعية إلى إقامة الدولة الفلسطينية، وكان أجدر بها الدعوة لذلك من خلال وسائل حل النزاعات بالطرق السلمية بدل أن تحصرها بالمفاوضات.

ثانياً: التوصيات:

- 1- استمرار اللجوء للمحكمة الدولية لأخذ فتاوى قانونية في ملفات الصراع العربي الإسرائيلي كملف الأسرى والمعتقلين، واحتجاز الجثامين، والاستيطان، والمياه والموارد الطبيعية، والحدود، ومدينة القدس.
- 2- مطالبة الجمعية العامة بدعوة إسرائيل لتنفيذ أهم بنود هذه الفتوى من خلال هدم الجدار وتعويض السكان عما لحق بهم من ضرر.
- 3- تفعيل دور الدول الأطراف في اتفاقيات القانون الدولي الإنساني والقانون الدولي لحقوق الإنسان.

قائمة المصادر والمراجع:

- الأمم المتحدة، الجمعية العامة، فتوى محكمة العدل الدولية بشأن الآثار القانونية الناشئة عن تشييد جدار في الأرض الفلسطينية المحتلة، رقم (A-ES-10-273) بتاريخ 2004/7/13، البند (5) من الرأي المستقل للقاضي أودا، ص 140-141، رابط إلكتروني: <https://2u.pw/bYyv18> (9-11-2022).
- الأمم المتحدة، موجز الأحكام والفتاوى والأوامر الصادرة عن محكمة العدل الدولية 1992 - 1996، منشورات الأمم المتحدة، نيويورك، 1998، ص (هـ). رابط إلكتروني: <https://2u.pw/rroSTm> (5-10-2022).
- الأمم المتحدة، موجز الأحكام والفتاوى والأوامر الصادرة عن محكمة العدل الدولية 1948 - 1991، منشورات الأمم المتحدة، نيويورك، 1992م، ص (ج). رابط إلكتروني: <https://2u.pw/CAXEsB> (11/11/2022).
- الأمم المتحدة، موجز الأحكام والفتاوى والأوامر الصادرة عن محكمة العدل الدولية 1997 - 2002، منشورات الأمم المتحدة، موقع الجمعية العامة للأمم المتحدة، نيويورك، 2005م، ص 67، رابط إلكتروني: <https://2u.pw/OTf3My> (20-10-2022).
- الأمم المتحدة، موجز الأحكام والفتاوى والأوامر الصادرة عن محكمة العدل الدولية 2008 - 2012، منشورات الأمم المتحدة، موقع الجمعية العامة للأمم المتحدة، نيويورك، 2015م، ص 142، رابط إلكتروني: <https://2u.pw/bSRs77> (11-11-2022).
- الأمم المتحدة، النظام الأساسي لمحكمة العدل الدولية، (ب ت)، موقع الأمم المتحدة، رابط إلكتروني: <https://2u.pw/1ujZcG> (10-11-2022).
- بتسليم - مركز المعلومات الإسرائيلي لحقوق الإنسان في الأراضي المحتلة، الجدار الفاصل/ في قرار لم يسبق حدوثه أمرت محكمة العدل العليا بإزالة مقطع مبني من الجدار الفاصل، نشر بتاريخ: 16-9-2005م، رابط إلكتروني: <https://2u.pw/6gfYpP> (6-4-2016).
- بتسليم - مركز المعلومات الإسرائيلي لحقوق الإنسان في الأراضي المحتلة، الجدار الفاصل/ قرار الحكم الصادر عن محكمة العدل العليا بخصوص قضية بيت سوريك، نشر بتاريخ: 1-1-2011م، رابط إلكتروني: <https://2u.pw/3wbLGx> (6-4-2016).
- الجمعية العامة، الوثائق الرسمية الدورة الثانية والسبعون الملحق رقم 4، تقرير محكمة العدل الدولية، 1 آب/ أغسطس 2016-31 تموز/ يوليو 2017م، الأمم المتحدة، نيويورك، 2017م، ص 14، رابط إلكتروني: <https://2u.pw/1y71KW> (11-11-2022).
- الجمعية العامة، الوثائق الرسمية الدورة الثانية والسبعون الملحق رقم 4، تقرير محكمة العدل الدولية، 1 آب/ أغسطس 2021-31 تموز/ يوليو 2022، الأمم المتحدة، نيويورك، 2022، رابط إلكتروني: <https://2u.pw/aZThwY> (11-11-2022).

- شأؤول أرثيلي، ميخائيل سفارد، الجدار الفاصل أمن أم جشع، ط1، ترجمة: عليان الهندي، دار الماجد للنشر والتوزيع، ص186.
- شوقي العيسة، الوضع القانوني للسجناء السياسيين الفلسطينيين في القانون الدولي، (الفصلية) فصلية حقوق الإنسان الفلسطيني، العدد 45 تموز 2012، عدد خاص حول الأسرى في سجون الاحتلال، الهيئة المستقلة لحقوق الإنسان (ديوان المظالم)، رام الله، 2012، ص23.
- الصليب الأحمر الدولي، اتفاقية جنيف الرابعة، 1949م بشأن حماية الأشخاص المدنيين في وقت الحرب المؤرخة في 12/ آب/ 1949م، موقع اللجنة الدولية للصليب الأحمر، (ب ت). رابط إلكتروني: <https://2u.pw/mSO6ke> (2016-4-7)
- محمد الشلالدة، الدعوة إلى تبني خطة عمل لتنفيذ الفتوى القانونية لمحكمة "لاهاي"، لقاء حوارى نظمه المركز الفلسطيني لأبحاث السياسات والدراسات الإستراتيجية (مسارات) بالتعاون مع الحملة الشعبية لمقاومة الجدار والاستيطان، وكالة معا الإخبارية، نشرت بتاريخ 9-5-2016م. رابط إلكتروني: <https://2u.pw/LQLkDb> (2022-10-7).
- محسن محمد صالح، وائل أحمد سعد، (محررون)، الوثائق الفلسطينية لسنة 2010م، ط1، منشورات مركز الزيتونة للدراسات والاستشارات، بيروت، لبنان، آب 2015م.
- موسى دويك، الفتوى لمحكمة العدل الدولية، بشأن الجدار القاتل/ دراسة في إطار القانون الدولي العام، فلسطين، 2015، ص4.
- وكالة الأنباء والمعلومات الفلسطينية (وفا)، جدار الفصل العنصري: حقائق وأرقام، نشر على الموقع الإلكتروني للوكالة، رابط إلكتروني: <https://2u.pw/REOZtG> (2022-11-8).
- INTERNATIONAL COURT OF JUSTICE, Legal Consequences of the Construction of a Wall in the Occupied Palestinian Territory (Request for advisory opinion) Summary of the Advisory Opinion of 9 July 2004, Netherlands, p7, Website Link: <https://2u.pw/uYvCOz> (31-7-2016).

معوقات ملاحقة جرائم الإنترنت والجهود العربية والدولية في مواجهتها - جريمة القذف والمساس بحرمة الغير نموذجاً

Obstacles to the Prosecution of Internet Crimes and the Arab and International Efforts
to Address Them:

The Crime of Defamation and Attack on the Sanctity of others as a Model

د. سنوسي علي

جامعة بن خلدون، تيارت - الجزائر

Ali.snouci@univ-tiaret.dz

DOI: <https://doi.org/10.70411/MJLS.1.1.202314>

ملخص:

إن الانتشار الواسع لاستخدام شبكة الإنترنت وشيوع استخدامها كان له مجاًلاً واسعاً في النيل من شرف واعتبار؟؟، فقد أثار التعامل مع هذه الوسائط إشكالات تتعلق بمدى انطباق القوانين العقابية القائمة المتعلقة بحماية عرض الأشخاص من الاعتداءات التقليدية، والواقعة في مجال شبكة الإنترنت من دون الإخلال بمبدأ شرعية الجرائم والعقوبات، حيث تصدى لها التشريع الفرنسي والتشريع المصري، أما التشريع الجزائري فإنه يحتاج إلى إدخال بعض التعديلات ليعاصر هذه التطورات. كما نجم عن شيوع استخدام الإنترنت استحداث أساليب جديدة للتعدي على شرف الأفراد، سارعت بشأنها التشريعات الغربية وفي مقدمتها التشريع الفرنسي إلى إصدار قوانين عقابية رادعة، في حين تبقى التشريعات العربية ينتابها العجز عن تقديم الحماية الكاملة من هذه الاعتداءات المستحدثة.

الكلمات المفتاحية: القذف؛ الشرف؛ الاعتبار؛ حماية العرض؛ جرائم الإنترنت؛ حرمة الغير؛ المساس.

Abstract:

The widespread and common use of internet has had a great deal of targeting peoples' dignity and reputation. The handling of these media has raised problems regarding to the applicability of existing penal law concerning the protection of person's exposure from traditional attacks on the internet without prejudice to the principle of the legality of crimes and penalties. French and Egyptian legislation has addressed it, while the Algerian legislation needs to make some adjustments to encompass with these developments. The intensive use of the internet has also resulted in the appearance of new methods to encroach on individuals honor that have been dealt with by western legislations. Notably, the French legislation enacted deterrent penal laws while Arab legislation remains unable to provide full protection against such attacks.

Keywords: Slander, dignity, esteem, honour protection, cybercrimes, people's sanctity, prejudice.

مقدمة:

شهدت البشرية عبر القرون الماضية ثورتين غيرتا وجه التاريخ وطبيعة الحياة، وهما الثورة الصناعية والثورة الزراعية، فالأمر المؤكد أن العالم يعيش اليوم الثورة الثالثة أو الموجة الثالثة كما يسميها البعض ثورة تكنولوجيا المعلومات.

فالثورة الجديدة قوامها المعلومات والمعرفة التي أصبحت أساساً للتنمية وزيادة الإنتاج وسرعة اتخاذ القرار الصحيح، وهو ما أدى إلى ظهور الكمبيوتر ذلك الجهاز الذي يتعامل مع المعلومات ومزود بقدرات بارعة، وعليه تُعد دراسة التطور التاريخي لجرائم الإنترنت تبعاً لتطور التقنية واستخداماتها الخطوة الأولى في بيان سمات هذه الجريمة وطابعها الخاص، كونها جرائم عابرة فلا ينحصر تأثيرها في الدولة التي تقع فيها، وقد تمتد آثارها لتصل إلى عدد غير محدود من الدول. وكون محل هذه الجريمة معطيات الإنترنت بدلالاتها الواسعة فهي جرائم ذات خصائص منفردة بها لا تتوفر في أي من الجرائم التقليدية في أسلوبها وطريقة ارتكابها، كما هو شأن كل اكتشاف أو اختراع جديد أدى استخدامه إلى مشاكل أخلاقية وقانونية دعت الفقه والقضاء في بعض الدول إلى البحث في عما إذا كانت القوانين القائمة تكفي لمواجهة بعض الاستخدامات غير المشروعة للإنترنت أم أنه يتعين على المشرع أن يتدخل لمواجهة هذه الأعمال بنصوص جنائية جديدة كفيلة بمواجهتها، وهي كلها أمور تستوجب التصدي لهذه الظاهرة بالبحث والدراسة لاستيعاب هذه التقنية ورصدها للوقوف على مخاطرها وإمكانية مواجهتها تشريعياً، ولعل ذلك كله يجزنا إلى الجرائم الأخلاقية عبر الإنترنت ويقصد به الأفعال والسلوكيات كافة التي تقع على عناصر البيئة الأخلاقية وبصفة خاصة تلك الأفعال التي تستخدم في ارتكابها شبكة الإنترنت مثل الفعل الفاضح والإعلان عن البغاء وممارسة السب والقذف والتشهير بسمعة الآخرين، والصور الأخرى كافة المرتبطة بذلك والتي من شأنها أن تحدث تلوثاً أخلاقياً، تلك الأفعال وما تحويها من صدق أو كذب أو واقع أو تعدي كانت فرصة لنشاط الإنترنت للخروج عن التقاليد والأعراف السليمة.

وتعد جريمة القذف من أقدم الجرائم عبر العصور ولكن في تلك الأثناء كان أقصى ما تهدف إليه التشريعات هو حماية الفرد وأمواله من اعتداءات الآخرين، غير أن ظهور الأديان أدى إلى بداية ظهور حماية الفرد من جميع الاعتداءات التي قد يتعرض لها بما فيها المساس بشرفه واعتباره، لذلك فإن القذف من الجرائم التي لها أثر بالغ سلباً على شخص الإنسان وهي الأكثر شيوعاً وانتشاراً، خاصة بعد ظهور شبكة الإنترنت إذ أسيء استخدامها للنيل من شرف الغير أو كرامته أو اعتباره وتعرضه إلى بغض الناس واحتقارهم بما يتم إرساله للمجني عليه على شكل رسالة بيانات، كما أن جريمة القذف هي من الجرائم

التقليدية المنصوص عليها في أغلب المدونات العقابية حيث إنه بعد التطور الذي بلغته التشريعات الحديثة خاصة بعد قيام الثورة الفرنسية لذلك أصبحت في الوقت الحالي. ومع التطور الكبير في تكنولوجيا المعلومات ووسائل الاتصال تتم بوسائل مستحدثة منها شبكة الإنترنت، وبما أن الجرائم التي ترتكب على شبكة الإنترنت للنيل من شرف واعتبار الأشخاص كثيرة منها جريمة القذف حيث أصبحت جميع القوانين تعاقب على جميع أشكال المساس بالشرف والاعتبار الذي تنص عليه غالبية القوانين المقارنة سواء في القوانين الخاصة بتنظيم الإعلام مثل فرنسا أو في قانون العقوبات كما هو الأمر في الجزائر و مصر، ولذلك فإن الإشكال الذي يطرح هو: إلى أي مدى يمكن أن تكون الإنترنت مسرحاً للتعدي على شرف الأشخاص والمساس بهم؟ وما هي معوقات ملاحقة هذه الجرائم؟ وما هي أهم الجهود العربية والدولية في مواجهتها؟

وللإجابة على هذه الإشكالية قمنا بتقسيم هذا البحث وفق الخطة التالية:

المبحث الأول: الإطار المفاهيمي للإنترنت وجرائم القذف والمساس بالآخر.

المبحث الثاني:

مستعملين المنهج: التحليلي والوصفي الذي يمكننا من وصف الظاهرة وتتبع حيثياتها، وتحليل أهم النصوص القانونية ذات الصلة بالموضوع.

المبحث الأول:

الإطار المفاهيمي للإنترنت وجرائم القذف والمساس بالآخر.

إن التوافق بين السياسة الجنائية وحق الأفراد في سلامة شرفهم واعتبارهم من كل ما يحيط بهم، مطلب أساسي ومشروع لمواجهة الإجرام التقني المستحدث والمتمثل بشبكة الإنترنت والتي يلجأ إليها المجرم المعلوماتي لتنفيذ رغباته الإجرامية في بيئة لا يحكمها قانون، والتي على فرض تنظيمها تثير صعوبات عدة في تحديد القانون الواجب التطبيق على الجرائم المرتكبة بواسطتها¹.

المطلب الأول:

ماهية الانترنت ومراحل تطورها

الإنترنت هو جزء من ثورة الاتصالات ويعرف البعض الإنترنت بشبكة الشبكات في حين يعرفها بعضهم بأنها شبكة طرق المواصلات السريعة، وعليه فإن الانترنت شبكة عالمية تربط آلاف الشبكات

¹ عبد الفتاح بيومي حجازي جرائم الكمبيوتر والإنترنت دراسة مقارنة، دار النهضة العربية، 2009، مصر، ص29

وملايين أجهزة الكمبيوتر مختلفة الأنواع والأحجام في العالم، وتكمن فائدة الإنترنت في كونها وسيلة يستخدمها الأفراد والمؤسسات للتواصل وتبادل المعلومات.

الفرع الأول:

لمحة تاريخية لظهور الإنترنت

في العقد السادس من القرن الماضي كانت الحرب الباردة بين الاتحاد السوفياتي آنذاك والولايات المتحدة الأمريكية على أشدها، وكانت الحاجة ملحة لدى الولايات المتحدة الأمريكية للتفكير بتحقيق أكبر حماية ضد أية اعتداءات محتملة من قبل الاتحاد السوفياتي¹ وكان الجهد الأمريكي العسكري منصبا حينها على إيجاد أفضل حماية ممكنة لإبقاء وإدامة الاتصالات حتى في أحوال الاعتداءات الخارجية، خصوصا فيما بين الأنظمة والحواسيب، وتنفيذاً لذلك كله فقد أظهرت للوجود في عام 1989 ما يعرف بـ (arranet)

ثم أسست alohanet و ثم ربطها arpanet وهي نماذج تمهيدية لربط مجموعات من الحواسيب معاً، حيث كان الربط عندها محدوداً وعلى نطاق ضيق².

وفي مراحل لاحقة أوجد العالم **زي توملنسون** برنامج البريد الإلكتروني والذي يمكن المستخدم من إرسال واستلام الرسائل الإلكترونية عبر شبك متصل بين عدد من الحواسيب، ثم ومع بداية الثمانينات اتخذت الإنترنت صفة تجارية في بعض نشاطاتها حيث طورت النسخة التجارية منها وأصبحت تستخدم لأغراض تجارية بعد أن كانت مقتصرة على الاتصالات التشغيلية والغايات العسكرية، وفي هذه المرحلة أيضاً تم وضع بروتوكول الإنترنت على لغة موحدة الإنترنت tcp /ip.

وفي عام 1990 كانت شركة The World Comes Ontime هي أول شركة تأخذ على عاتقها توفير خدمة الإنترنت التجارية³، وفي السبعينيات بدت بذور ملامح ظاهرة جرائم الحاسوب، فإن عقدي الثمانينات والتسعينات قد جلبا تحديداً لمفهوم وماهية هذه الجرائم، فقد تبلور مفهوم ظاهرة جرائم الحاسوب واتسعت ظاهرة الشعور بأهمية المعلومات وحجم المخاطر الناتجة عن الاعتداءات عليها ووجوب حمايتها

¹ الزيدي وليد، القرصنة على الإنترنت والحاسوب، دار أسامة للنشر والتوزيع، عمان، ص15

² منير محمد الجنبهي، ممدوح محمد الجنبهي، التبادل الإلكتروني للمعلومات، دار الفكر الجامعي، 9000، مصر، ص6.

³ نائل عبد الرحمان صالح، القانون والكمبيوتر والإنترنت، جامعة الإمارات العربية المتحدة، ج1، 01، 2004. الطبعة3،

ص03.

من خلال توفير آليات فاعلة لوسائل معالجتها ونقلها¹، كون تقنية المعلومات وتحديدًا الإنترنت أفرزت آثار شاملة على البناء الإداري والاقتصادي والسياسي والاجتماعي والثقافي والقانوني للدولة، وقد أثرت على مختلف مناحي النشاط، ونتيجة هذا التطور في عالم المعلوماتية نشأت ونمت أنواع جديدة من الجرائم التي ما كانت لتبصر النور لولا ظهور الإنترنت، حيث شهدت التسعينات والقرن الحالي أنواعاً فريدة من جرائم الكمبيوتر، وترافق ذلك مع ظهور الإنترنت وبدأت أنشطة الهاكرز باختراق مواقع المعلومات ونظمه عبر الإنترنت، والدخول دون تصريح أو تخويل إلى النظم والعبث بالبيانات والمعلومات المخزنة فيها أو تدميرها وكذلك تعطيل الأنظمة بالبرمجيات الخبيثة أو التدمير المادي لها أو استغلالها دون تصريح أو الهجوم عبر الإنترنت على مواقع المعلوماتية لتعطيل عملها، وشملت جرائم الكمبيوتر أنشطة التجسس الصناعي والأمني والاستيلاء على البيانات ذات القيمة الاقتصادية أو الاستيلاء على أرقام بطاقات الائتمان واستخدامها بشكل غير مشروع للاستيلاء على المال، وكذلك الإساءة إلى سمعة الأفراد وتحقيرهم عبر الرسائل الإلكترونية، ومنه أصبحت هذه الجرائم اليوم تطرح إشكاليات خطيرة على الصعيدين الاقتصادي والقانوني بما تشكله من خطر على التوظيفات والاستثمارات بسبب القرصنة مثلاً².

فكان لازماً مراجعة شاملة للأحكام والنصوص القانونية؛ لأن القوانين التقليدية أضحت قاصرة على تغطية هذه الجرائم؛ ولأن تطبيق هذه القوانين يفترض وقوع الجرائم على أموال مادية بينما جرائم المعلومات تقع على أموال معنوية لا تغطيها هذه القوانين³.

إن هذه الجرائم فيها خطورة كبيرة على دول العالم كافة، ومع تناميها وتزايد حجم الأضرار الناشئة عنها وأخطار الاعتداءات على البيانات الشخصية للدول والمنظمات ترتب على ذلك إبرام اتفاقيات دولية محاولة لترسيخ وجوب التعاون الدولي لمواجهة جرائم الكمبيوتر وعلى رأسها الأمم المتحدة والمجلس الأوروبي وبعض الهيئات الأخرى، فكانت هي الأساس الذي ارتكزت عليه الاتفاقيات الدولية لمواجهة جرائم الإنترنت و الحاسوب⁴، ونشير في هذا المقام إلى أن هذه الجرائم الحديثة تشيع وتتضاعف يوماً بعد يوم، ويختلف

¹ منير محمد الجنبهي، ممدوح محمد الجنبهي، المرجع السابق، ص7.

² يونس عراب، موسوعة القانون وتقنية المعلومات، دليل أمن المعلومات والخصوصية جرائم الكمبيوتر والإنترنت منشورات اتخاذ المصارف العربية، ج01، ط01، 2002، ص306.

³ وليد الحكوم، مفهوم وظاهرة الإجرام المعلوماتي، القانون والكمبيوتر والإنترنت، جامعة الإمارات العربية المتحدة، ج01، ط03، 2004، ص03.

⁴ وليد الحكوم، المرجع السابق نفسه، ص05.

مرتكبوها عادة على المجرمين التقليديين لأنهم في الغالب أشخاص على مستوى عالٍ من العلم والمعرفة، هذا الوضع يجعلنا نخرج بطبيعة الحال عن الإطار التقليدي للنظرة إلى المجرم العادي¹

الفرع الثاني:

مفهوم جريمة القذف

إن الإنترنت شبكة اتصالات دولية متصلة بشبكات المعلوماتية في أنحاء العالم، وبنوك المعلومات ومراكز البحث العلمي والمكتبات العالمية ومصادر معلومات كثيرة، وقاصرة على المشتركين بها، ومع التقدم العلمي والتقنية الفنية في عالم المعلوماتية المعاصرة فإن هذه الشبكات تؤدي حتماً إلى تسهيل ارتكاب بعض الجرائم، ولكن في واقع الأمر أن الغالبية العظمى من هذه الجرائم تعترضها معوقات في إثباتها ومن أهم معوقات إثبات جرائم الحاسب الآلي بصفة عامة وجرائم القذف بصفة خاصة.

أ- **التعريف اللغوي:** القذف لغة هو الرمي، ويقال قذف بالشئ قذفاً، أي رمى وقذف الرجل أي قال عنه كلاماً، وقذف المحصنة أي رماها².

ب- **التعريف القانوني:** عرف المشرع المصري القذف في الفقرة الأولى من المادة 312 من قانون العقوبات بقوله "يُعد قاذفاً كل من أسند لغيره بواسطة إحدى الطرق المبنية بالمادة 171 من هذا القانون، أمور لو كانت صادقة لأُوجبت عقاب من أسندت إليه بالعقوبات قانوناً أو أوجبت احتقاره عن أهل وطنه"³.

وعرف المشرع الجزائري القذف في المادة 213 من قانون العقوبات، بأنه "كل ادعاء بواقعة من شأنها المساس بشرف واعتبار الأشخاص، أو الهيئة المدعى عليها به أو إسنادها إليهم أو إلى تلك الهيئة ويعاقب على نشر هذا الادعاء أو ذلك الإسناد مباشرة أو بطرق إعادة النشر، حتى وإن تم ذلك على وجه التشكيك أو إذا قصد به شخص أو هيئة دون ذكر الاسم لكن كان من الممكن تحديدها من عبارات الحديث أو الصياح أو التهديد أو الكتابة أو المنشورات أو اللافتات أو الإعلانات موضوع الجريمة"⁴.

¹ وليد الحكوم، المرجع نفسه، ص 06.

² محمد علي الصابوني، روائع البيان في تفسير الآيات الأحكام، مكتبة رجاى الجزائر 1990، ص 59.

³ محمد صبحي نجم، شرح قانون العقوبات الجزائري، القسم الخاص، ط 05، ديوان المطبوعات الجامعية، 2004، الجزائر، ص 98.

⁴ محمد صبحي نجم، المرجع نفسه، ص 99.

وعليه فإن القذف في لغة القانون هو جريمة قوامها فعل الإسناد أو الادعاء ينصب على واقعة محددة من شأنها المساس بشرف واعتبار المجني عليه¹.

والملاحظ أن المشرعين الجزائري والمصري نصا على جريمة القذف ضمن أحكام قانون العقوبات خلافاً للمشرع الفرنسي الذي نص على جريمة القذف ضمن أحكام قانون الإعلام.

المطلب الثاني:

أركان جريمة القذف: على مواقع الإنترنت

جريمة القذف تقوم على ثلاثة أركان هي: الادعاء بواقعة شائنة أو إسنادها للغير، والعلنية والقصد الجنائي.

الفرع الأول:

الركن المادي: الادعاء بواقعة شائنة أو إسنادها للغير

وهذا الركن يتحلل بدوره إلى عناصر أهمها:

أ:3: الادعاء أو الإسناد.

- الادعاء ALLÉGATION²: ويحمل معنى الرواية عن الغير أو ذكر الخبر محتملاً الصدق أو الكذب مثلاً : يقال إن فلان هو الذي سرق مال المؤسسة، فهذا التعبير يكتنف معنى الرواية³.

- الإسناد Imputation : وهذا ما نصت عليه المادة 296 صراحة: "يعد قذفاً كل ادعاء بواقعة من شأنها المساس بشرف واعتبار الأشخاص أو الهيئة المدعى عليها به أو إسنادها إليهم أو إلى تلك الهيئة ويعاقب على نشر هذا الإدعاء أو ذلك الإسناد مباشرة أو بطريق إعادة النشر حتى ولو تم ذلك على وجه التشكيك أو إذا قصد به شخص أو هيئة دون ذكر الاسم ولكن كان من الممكن تحديدها من عبارات الحديث أو الصياح أو التهديد أو الكتابة أو المنشورات أو اللافتات أو الإعلانات موضوع الجريمة"⁴، وهو يفيد نسبة

¹ وقد عرّف الدكتور محمد نجيب حسني القذف بأنه "إسناد واقعة محددة تستوجب عقاب من تنسب إليه أو احتقاره، إسناداً علنياً عمدياً".

² أحسن بوسقيعة، قانون العقوبات في ضوء الممارسة القضائية، منشورات بيرتي طبعة 2007، ص190.

³ محمد صبحي نجم، المرجع السابق، ص99.

⁴ المادة 296 من قانون العقوبات الجزائري لسنة 200، القسم الخامس، مطبوعات الأمانة العامة للحكومة، ص79.

الأمر إلى الشخص المقذوف على سبيل التأكيد سواء كانت الوقائع المدعى بها صحيحة أو كاذبة¹ مثلاً :
فلان هو الذي سرق مال المؤسسة وأن هذا التعبير يفيد التأكيد والحزم.
ويكون الإسناد أو الادعاء بأي وسيلة من وسائل التعبير سواء بالقول أو الكتابة أو الإشارة ويتحقق سواء
على سبيل القطع أو الشك، المهم أن يكون من شأنه أن يلقي في أذهان العامة من الناس عقيدة ولو وقتية
في صحة الإسناد أو الادعاء.

ويستوي في القذف أن يسند القاذف الأمر الشائن إلى المقذوف على أنه عالم به أو يسنده إليه
بطريق الرواية عن الغير أو يردده على أنه مجرد إشاعة، فإذا ذكر القاذف الخبر وأرفقه بعبارة (والعهدة
على الراوي) ، فإن ذلك لا يرفع عنه مسؤولية القذف، وتبعاً لذلك قضي بأنه يعد قذفاً من ينشر في جريدة
مقالاً سبق نشره في جريدة أخرى وكان يتضمن قذفاً على أساس إعادة النشر يعد قذفاً جديداً، وسيان أن
يكون الإسناد على سبيل التصريح أو التلميح أو التعريض أو التورية أو في قالب المديح.

وبوجه عام يتحقق الإسناد المعاقب عليه متى كان المفهوم من عبارات القاذف أنه يريد بها إسناد
أمر شائن إلى شخص المقذوف. كما لا يشترط صدور أو ترديد عبارات القذف من القاذف، فقد يتحقق
القذف بصيغة الإيجاب رداً على استفهام من ردد هذه العبارات فيعتبر قذفاً من يجيب بكلمة نعم على
السؤال التالي: هل أنت نسبت إلى فلان الموظف أنه اختلس مبلغاً من المال مما عهد إليه من أموال².
وقد يلجأ القاذف إلى استخدام الأساليب المجازية ومع هذا يجوز أن يعد قذفاً متى أمكن إثبات أنه لم يقصد
المعنى الحقيقي للألفاظ المستخدمة بل أراد معناها المجازي، ولكن الأصل في هذا وجوب الأخذ بالمعنى
الحقيقي الظاهر إلى أن يثبت العكس.

وخلاصة القول التي يمكن أن نستنتجها فيما يخص هذا العنصر، أن المشرع الجزائري يعاقب على
الإسناد أو الادعاء متى كانت العبارات توحى بأن المتهم يريد بها إسناد أو ادعاء بواقعة شائنة إلى الشخص
المقذوف، ولا عبرة هنا بالصيغة أو الأسلوب القولي الصادر من المتهم، فالقاضي الموضوع سلطة في
استنباط العبارات التي تتضمن إسناداً أو ادعاءً والتي تكون ماسة بالشرف والاعتبار، وهكذا قضي بأن
(الادعاء أمام بعض الفلاحين بأن الوثائق المحررة من قبل هذا الموثق لا تكتسي أية حجية قانونية ولا

¹ عبد المجيد زعلاني، قانون العقوبات الخاص، دار هومة، الطبعة الثانية، 2006، الجزائر، ص110.

² أحسن بوسقيعة، المرجع نفسه، ص190.

قيمة لها من الناحية القانونية وهو الأمر الذي جعلهم يسحبون وثائقهم من ذلك الموثق والتقدم إلى موثق ثانٍ دلهم عليه المتهم يشكل مساساً بالاعتبار والشرف¹.

أ:2: تعيين الواقعة:

إن القانون الجزائري في المادة 296 ق.ع. يشترط أن ينصب هذا الادعاء أو الإسناد على واقعة محددة ومعينة، كما يسند إلى موظف سرقة للمال الذي عهد إليه فهنا الواقعة هي السرقة أما إذا جاء الادعاء أو الإسناد خالياً من الواقعة فإنه يعد تجريماً آخر. ويقصد بالواقعة أي أمر يتصور حدوثه سواء قد حدث فعلياً أو كان محتملاً الحدوث فالجريمة تكون مستحيلة التحقق إذا كانت الواقعة بدورها مستحيلة الوقوع.

وهناك من عرفها بأنها حادث إيجابي أو سلبي أو مادي أو أدبي يترتب عليه المساس بالشرف والاعتبار². وما يلاحظ على المشرع الجزائري أنه يعاقب على مجرد الإسناد أو الادعاء سواء صحت وقائعه أم كانت كاذبة، رغم أنه لا يوجد نص صريح في هذا المجال غير أنه يمكننا أن نستنتج أنه وفي غياب استثناء في هذه النقطة القانونية، فيجب التقيد بما ورد في المادة 296 من ق.ع. (يُعد قذفاً كل ادعاء بواقعة...) فنلاحظ أن عبارة واقعة جاءت كعبارة عامة دون تحديد هل هي صحيحة أم كاذبة، فنية المشرع حسب رأينا ترمي إلى الأخذ بالواقعة سواء كانت صحيحة أم كاذبة، وهذا خلافاً لما ذهبت إليه المحكمة العليا في هذه المسألة فنجد في قرار لها صادر بتاريخ 1999/11/02 وهو قرار غير منشور قد قضي بأنه (لا يقع تحت القانون إسناد الادعاء بواقع إلا إذا لم يتمكن صاحب الادعاء من إثبات ادعائه، وثمة من يتعرض لنقض القرار الذي لم يبرر أن الواقعة محل الشكوى غير حقيقية) وفي قرار آخر بتاريخ 1999/09/07 ملف رقم 179811 وهو قرار غير منشور قضي بأنه (تقوم جريمة القذف في حق المتهم مادام التحقيق قد أثبت عدم صحة الوقائع التي أسندها المجني عليه).

ويبدو من خلال القرارين المذكورين أعلاه أن المحكمة العليا أضافت إلى أركان جريمة القذف ركناً جديداً غير وارد لا في المادة 296 ولا في المادة 298 ق.ع. ويتعلق الأمر بعدم صحة الواقعة المسندة للمجني

¹ قرار المحكمة العليا، مؤرخ في 2000/11/07، ملف رقم 129058، غ ج م ق 2، قرار غير منشور: إن الإدعاء أو الإسناد الماس بالشرف والاعتبار من عدمه هو مسألة موضوعية ولقاضي الموضوع السلطة التقديرية في ذلك.

² عبد الحميد الشواربي، جريمة القذف والسب في ضوء القضاء والفقه دار المطبوعات الجديدة الإسكندرية 1985، ص 82.

عليه وهو اتجاه لا يتفق وأحكام قانون العقوبات الجزائري الذي لا يشترط لقيام القذف عدم صحة الواقعة المسندة¹.

إن الادعاء أو الإسناد يجب أن ينصب على واقعة محددة ومعينة غير أنه لا يستلزم أن يكون هذا التحديد مطلقاً وشاملاً، بل يكفي التحديد النسبي إن كان يدل في الظروف التي تم فيها عن قصد الجاني وسلطة التقدير ترجع إلى قاضي الموضوع مثلاً ذلك أن ينعت شخص آخر بأنه (ابن زنا) فإذا كان مسند هذه العبارة بقصد التشهير به على أنه ولد غير شرعي فهي جريمة قذف².

أ.3 : الواقعة من شأنها المساس بالشرف والاعتبار

قبل ذلك يجب تحديد الفعل المخالف للنزاهة والإخلاص سواء وقع هذا الفعل تحت طائلة قانون العقوبات أم لا، ومثال ذلك، الادعاء بأن شخص منح مبلغاً مالياً كرشوة للحصول على منفعة ما، أما الفعل الماس بالاعتبار هو ذلك الفعل الذي له أثر مباشر على قيمة الإنسان سواء عند نفسه أو عند الغير وذلك بأن يحط من كرامته أو شخصيته.

ومسألة الشرف والاعتبار يرجع تقديرها إلى قاضي الموضوع تبعاً للظروف المحيطة بالواقعة المسندة³ مع وجوب الاسترشاد بالدلالة العرفية للمتهم، وهذا ما استقرت عليه المحكمة العليا في قرار لها صادر بتاريخ 1995/12/03 ملف رقم 108616 غير منشور قضت بموجبه (إن المساس بالشرف والاعتبار مسألة موضوعية يرجع تقديرها لقضاة الموضوع)⁴

وعموماً فإن الواقعة الشائنة المسندة لا يمكن حصرها جزماً فهي كل ما ينافي القيم الأخلاقية، والقضاء الفرنسي يوسع من مفهوم الواقعة الشائنة، فيعتبر قذفاً إسناد واقعة تمس بالحياة الاجتماعية، الخاصة أو العامة على حد سواء.

وعلى عكس ما سبق فإن الادعاء بأن فلان رسب في الامتحان لا يعد قذفاً لأن الرسوب لا يستوجب الاحتقار، وكذا الادعاء بأن فلان مجنون وأنه مريض بمرض ما لم يكن من الأمراض التي تشين صاحبها كداء "السيدا" مثلاً⁵.

¹ أحسن بوسقيعة، المرجع السابق، ص133.

² محمد صبحي نجم، المرجع السابق، ص 100.

³ بن عباس سهيلة، القذف في القانون الجزائري مذكرة ماجيستر، بن عكنون الجزائر سنة 2000، ص30.

⁴ أحسن بوسقيعة، المرجع السابق، ص132.

⁵ عدلي خليل، القذف والسب وتحريك الدعوى الجنائية عنهما، دار الكتب القانونية القاهرة 1996 ص23.

وخلاصة لما سبق فإن القانون يحمي أساساً القيم الأخلاقية التي حين يعتدي عليها بادعاء أو إسناد واقعة شائنة فيعد مساساً بالشرف والاعتبار ومع ذلك يجب التوفيق بين حماية شرف واعتبار الأشخاص وحق المواطنين.

أ. 4 : تعيين الشخص أو الهيئة المقذوف

نستنتج هذا العنصر من المادة 296 ق.ع وذلك في عبارة (... الأشخاص أو الهيئة المدعى عليها) فالمقذوف أو المجني عليه في التشريع الجزائري يكون إما شخصاً سواء طبيعياً أو معنوياً أو هيئة ويجب أن يكون معيناً، وليس من الضروري أن يكونا معيناً بالاسم وإنما يكفي لقيام القذف أن تكون العبارات موجهة على صورة يمكن معها فهم المقصود منها ومعرفة الشخص الذي يعنيه القاذف، وهذه مسألة وقائع تفصل فيها محكمة الموضوع، فإذا أمكن لها أن تدرك من فحوى العبارات من هو المعني استنتاجاً من غير تكلف ولا كبير عناء قامت الجريمة ولو كان المقام خال من ذكر اسم الشخص المقصود. والقانون والقضاء الجزائريان يكتفيان بالتحديد النسبي، وعلته تكمن في لو أن القانون تطلب عكس ذلك، لضاق نطاق القذف على نحو غير مقبول، وكان من السهل على الجاني أن يفر من العقاب بأن يخفى في عباراته بيان بعض معالم شخصية المجني عليه¹، والمقذوف قد يكون شخصاً أو هيئة.

الفرع الثاني:

ركن العلانية

تعريف العلانية.

العلانية اصطلاحاً في القانون لا تخرج عامة عن معناها لغة، فكل ما يقع تحت نظر الكافة أو يصل إلى سمعهم أو يمكنهم أن يلقوا عليه بمشيئتهم دون عائق يعتبر علانية. وهي وسيلة علم أفراد المجتمع بعبارات القذف بحيث لا يقوم القذف إلا إذا كان الإسناد علنياً والعلنية تقوم على عنصرين هما:

- **العنصر المادي**: وهو السلوك المنتج لحدث نفسي من شأنه إيصال الفكرة أو الشعور أو الإرادة الآتية للجمهور.

- **العنصر المعنوي**: وهو تعمد إيصال الفكرة أو الشعور أو الإرادة إلى الغير قصد الإذاعة²، فتعتبر العلنية ركناً مميزاً لجنحة القذف فإذا غاب هذا الركن أصبحت الجريمة مجرد مخالفة يعاقب القانون عليها

¹ أحسن بوسقيعة، المرجع السابق، ص193.

² نبيل صقر، جرائم الصحافة في التشريع الجزائري، دار الهدى عين مليلة، الجزائر، 2007 ص100.

في المادة 463 ف 2 .من.ق. ع بعنوان السب غير العلني، والمشرع الجزائري لم يذكر العلنية كركن في المادة 296 ق.ع . غير أنه حسب بعض شراح القانون. يعتبره مجرد سهو لكونه اقتبس أحكام القذف من قانون الإعلام الفرنسي المؤرخ في 1881/07/2 إذ أغفل نقل ما نصت عليه المادة 23 منه وهي التي عرفت طرق العلانية وانتقل مباشرة إلى نقل محتوى المادة 29 التي تقابل نص المادة 296 من ق.ع.ج، وبعدها نقل محتوى المادة 32 وتقابلها المادتين 298 و 298 مكرر من ق.ع.ج.

لكن المتتبع للواقع المعاش فإن طرق العلنية لا يمكن حصرها خاصة مع التطورات التي عرفتھا البشرية في شتى المجالات (المعلوماتية، السمعي البصري) غير أنه عموماً ما تتم العلنية بإحدى الطرق الآتية: القول، الكتابة، الصور.

الفرع الثالث:

ركن القصد الجنائي

أولاً: عناصر القصد الجنائي

جريمة القذف من الجرائم العمدية، فلا تتحقق إلا بتوافر القصد الجنائي لدى مرتكبها، وهو العلم بعناصر الجريمة وانصراف إرادته إلى ارتكابها أي علم القاذف بحقيقة الأمور التي يسندھا إلى المجني عليه وكذا علمه بعلانية الإسناد.

ويتوفر القصد الجنائي في جريمة القذف متى أذاع القاذف أو نشر الخبر المتضمن القذف، وهو عالم أن ذلك الخبر فيه مساس بشرف وسمعة المقذوف¹، أو أنه إذا صح أوجب عقابه، ولا عبرة بالبواعث²، فقد لا يكون فيه غرض القاذف الإضرار بالمقذوف وقد يكون مدفوعاً بعوامل شريفة ولكن الغاية لا تبرر الوسيلة، وقد يكون من واجب القاضي النظر إلى تلك البواعث والاعتبار بها في تخفيف العقوبة، ولكنها لا يمكن أن تكون سبباً في محو الجريمة؛ وذلك لأن القذف ضار بذاته لأنه يترتب عليه حتماً مجرد وقوعه، تعريض سمعة المجني عليه للقليل والقال، فلا محل لاشتراط نية الإضرار، حيث لا يتصور إمكان تخلف الضرر، سواء تعمد القاذف الأضرار بسمعة المقذوف أم لم يتعمد فقد كان في وسعه أن يدرك أن فعله منتج للضرر حتماً.

¹ نبيل صقر، جرائم الصحافة في التشريع الجزائري، دار الهدى عين مليلة، الجزائر، 9002 ص100.

² نبيل صقر، المرجع نفسه، ص102.

فالقصد الجنائي في جريمة القذف في الأصل ما هو إلا علم القاذف بأن ما أسنده للمقذوف من خلال الخبر الذي أذاعه أو نشره في إحدى الجرائد من شأنه أن يلحق ضرراً بالمقذوف سواء مادياً أو معنوياً.

ثانياً: استخلاص القصد الجنائي

القصد الجنائي وإن كان يجب إثباته لدى القاذف إلا أن عبارات القذف ذاتها قد تكون صريحة واضحة بحيث يكون من المفروض علم القاذف بمدلولها، وبأنها ماسة بشرف واعتبار المقذوف فالعلم مفترض متى كانت عبارات القذف التي تضمنها المقال شائنة بذاتها كأن تكون متضمنة لعيب معين أو ماسة بالشرف والاعتبار، أو مما يمس بسمعته أو يستلزم عقابه وبالتالي يكون مبنى هذه العبارات حاملاً بنفسه الدليل الكافي على القصد الجنائي، ولا حاجة إلى الاستدلال في هذه الحالة على القصد الجنائي بأكثر من ذلك¹، وعلى المتهم القاذف في هذه الحالة أن يثبت انعدام القصد الجنائي لديه فيما أذاعه أو نشره أما إذا لم تكن عبارات القذف صريحة كأن تكون بأسلوب مجازي، مما يستعمله القاذف عادة في مقاله لإخفاء قذف، فلا محل لافتراض العلم أو القصد الجنائي في هذه الحالة بل يجب على المدعي أو النيابة العامة إثبات القصد الجنائي للقاذف ولا يقبل الاعتذار باستفاضة الأمر الذي أسنده إلى المجني عليه، وشيوعه بين الناس، فالاعتبار لا يمحو الجريمة سواء كان القذف بالإذاعة أو النشر ولا بالاحتجاج بأن المقذوف هو الذي ابتدره بالقذف أولاً فإن الاستقزاز لا يعد عذراً في جريمة القذف².

وقد استقر القضاء على أنه في القذف المرتكب بواسطة النشر، يتعين بحث وجود الجريمة أو عدم وجودها، تقرير مرامي العبارات لمعرفة القصد الجنائي، فإذا اشتمل المقال على عبارات يكون الغرض منها الدفاع عن المصلحة العامة وأخرى يكون القصد منها التشهير فعلى المحكمة في هذه الحالة أن توازن بين القصدين وتقرير أيهما كانت له الغلبة في نفس صاحب المقال.

إن إن القصد الجنائي في جريمة القذف مفترض، ولا يشترط القانون القصد الجنائي الخاص وإنما القصد العام وحسن النية لا أثر لها على المسؤولية في جريمة القذف.

¹ عبد الخالق النوي، جرائم القذف والسب العلني وشرب الخمر بين الشريعة والقانون، المطبعة الفنية الحديثة، ط01، ص22.

² أحسن بوسقيعة، المرجع السابق، ص201.

حيث استقر القضاء الفرنسي على أن سوء النية مفترضة، فيقع على عاتق المتهم إثبات حسن نيته، وقد ذهبت المحكمة العليا الجزائرية في قرار لها بأنه: (يفترض في الإسنادات القاذفة بأنها صادرة بنية الإضرار¹ وما يلاحظ على هذا القرار أن المحكمة العليا كأنها تتجه إلى الإقرار بضرورة توافر القصد الجنائي الخاص وهو نية الإضرار، وأضافت علاوة على ذلك بأنه مفترض، والقاضي غير ملزم ببيان سوء النية في الحكم لأنه مفترض²).

المبحث الثاني:

معوقات ملاحقة هذه الجريمة وأهم الجهود الدولية في مواجهتها

المطلب الأول:

معوقات ملاحقة الجريمة الإلكترونية

الفرع الأول: ظاهرة التدويل

الإنترنت باعتبارها إحدى شبكات الاتصال الدولية فإن كل أنواع الجرائم المتعلقة بالبت أو تبادل المعلومات يمكن أن ترتكب بطبيعة الحال بواسطتها جرائم، ومثال ذلك البريد الإلكتروني وهذه الجرائم يمكن أن تبدأ من القذف حتى التحريض على القتل أو التحريض على الدعارة وكذلك جرائم الفيروس المعلوماتي التي تدمر الملفات وتشوه المعلومات.

ومن البديهي أيضاً أن جرائم المعلوماتية البحتة مثل الدخول غير المشروع في نظام معلوماتي وكذلك التزييف، يمكن ارتكابها بواسطة الانترنت ومع ذلك فإن ذاتية هذه الجرائم تجعل ارتكابها بواسطة الإنترنت تؤدي إلى تدويل التجريم وجعلها ذات طابع دولي يصعد معه مكافحة الإجرام.

إذن، ونظراً لخصوصية الجريمة التي ترتكب بواسطة الإنترنت التي تؤدي إلى تدويل التجريم فإن المشكلة الأساسية التي تثيرها هي تعدد المعلومات المتبادلة والطابع الدولي لهذه الجريمة ومع ذلك فإن تحديد الأجهزة ومكانها لا يثير صعوبة إلا في حالة خاصة مثلاً في دولة (س) إذا كان أصل خطاب أو معلومة والتي تشكل جريمة جنائية يوجد خارج تلك الدولة كان اختصاص القاضي الوطني مستبعداً³ إلا

¹ قرار بتاريخ 1990/10/19 ملف رقم 19805 غير منشور.

² كمال بوشليق، جريمة القذف بين القانون والإعلام، دار الهدى، الجزائر 2001.

³ www.boosla.com.

في حالة ما إذا كان الفاعل أو المجني عليه يحمل جنسية تلك الدولة، أو في حالة ما إذا كانت الجريمة تؤدي إلى المساس بالمصالح الأساسية للدولة أو المصالح العالمية.¹

وحيث إن الطابع الدولي للجريمة المرتكبة بواسطة شبكات الإنترنت قد أدى إلى مشاكل فيما يتعلق بتحديد المسؤولية الجنائية لمرتكب الفعل غير المشروع على الشبكة وذلك لاختلاف القوانين الدولية والعادات والتقاليد كأن تكون بعض الأشياء محرمة في دولة ومباحة في دولة أخرى، كذلك حالة ارتكاب الجريمة في دولة وموقع النظام ومستخدم الجهاز في دولة أخرى كل هذه الأشياء تؤدي إلى بعض الصعوبات في تحديد مسؤولية مرتكب الفعل.

الفرع الثاني:

تنوع المجني عليهم

إن السبب في تنوع المجني عليهم في الجريمة المعلوماتية هو إشباع نطاق هذه الجريمة بسبب التوسع في الاعتماد على الحاسب الآلي وشبكة الانترنت والشيء اللافت لذلك إن سلبية المجني عليه أو ضحايا الجريمة المعلوماتية وخوفهم من الإبلاغ حفاظاً على سمعتهم ومكانتهم المرموقة خير معنى معين على التمادي في اقتراف مثل هذه الجرائم، ما يساعد على ذلك إن هذه النوعية من الجرائم تقع في بيئة لا تعتمد التعاملات فيها على الوثائق والمستندات المكتوبة بل على نبضات إلكترونية غير مرئية لا يمكن قراءتها إلا بواسطة الحاسب الآلي البيانات التي يمكن استخدامها كأداة ضد الفاعل يمكن في أقل من ثانية العين بها أو وضوحها بالكامل.

المطلب الثاني:

الجهود العربية والدولية في مواجهة جرائم الانترنت

اتجهت الدول المتقدمة تكنولوجيا كافة إلى استحداث نصوص قانونية جديدة تجر الجرائم الإلكترونية الجديدة على قوانينها التقليدية القديمة، وصاغت تلك الدول نصوص قانونية جديدة قادرة على التعامل مع تلك الجرائم الجديدة والمتطورة تكنولوجيا.²

¹ www.droit.criminel.com

² كمال بوشليق، المرجع السابق، ص 51.

الفرع الأول:

أهم الجهود الدولية

أولاً:

أشهر التشريعات الغربية

فنلندا:

قامت هذه الدولة بتعديل قوانينها الجنائية لتتسع لتلك الجرائم الإلكترونية الحديثة وطبقاً لتلك التعديلات فقد أصبح لمأمور الضبط القضائي الحق في التنصت على المكالمات الخاصة بشبكات الحاسب الآلي.

ألمانيا:

يعطي القانون الألماني الحق للقاضي في إصدار أوامره بمراقبة اتصالات الحاسب الآلي وتسجيلها والتعامل معها وذلك خلال مدة أقصاها ثلاثة أيام¹.

المجر:

سنت هذه الدولة قوانين خاصة بها لتجرم الجرائم الإلكترونية وقد نصت تلك القوانين التي سنتها على كيفية التعامل مع مثل هذا النوع من الجرائم، وأيضاً كيفية التعامل مع المتهمين بارتكاب الجرائم، وهي الإجراءات التي تسهل عمل الجهات المنوط بها مواجهة مثل تلك الجرائم والقبض على المتهمين بارتكابها².

ثانياً:

أشهر التشريعات العربية:

لم تزل التشريعات والقوانين العربية تخطو خطوات خجولة في مواكبة التطورات التشريعية العالمية المتعلقة بجرائم الإنترنت والكمبيوتر، وسنستعرض في هذا الفرع بعض التشريعات والقوانين العربية التي تبين الجهود التي قامت بها تلك الدول لمواجهة جرائم الإنترنت والكمبيوتر³.

الجزائر:

لقد كرس الدستور الجزائري حرصه على حماية الحياة الخاصة للمواطنين وعدم الإعتداء على هذه الحرية. ولما كان الحاسب الآلي بمثابة مخزن لأهم المعلومات المتعلقة بالأفراد لقدرته على تخزين أكبر قدر ممكن

¹ علي جابر الحسناوي، جرائم الحاسوب والإنترنت، دار اليازوري 2009، الأردن.

² علي جبار الحسناوي، المرجع نفسه، ص 168.

³ محمود احمد عبابنة، جرائم الحاسوب وأبعادها الدولية، الطبعة الأولى، دار الثقافة 2009، عمان، ص 160.

من المعلومات، وهذا ما جعل للحاسب الآلي دور في تسهيل الحصول على هذه المعلومات عن طريق الغير بإفشائها لتحقيق مصالح مختلفة، ومثاله أن يقوم شخص يعمل بالنظام المعلوماتي بإعداد ملف يحتوي على معلومات تخص شخص آخر دون علمه، أو أن يجمع المعلومات بعلم الشخص المعني ولكن يقوم المكلف بحفظها بإطلاع الغير عليها دون إذن صاحبها، أو أن يقوم شخص باختراق معلومات هي بمثابة أسرار مكتوبة وسير ذاتية ومذكرات شخصية لشخص آخر.

فقد نص المشرع الجزائري في القانون رقم 15/04 المعدل والمتمم لقانون العقوبات الجزائري على عقوبات أصلية وأخرى تكميلية على جريمتي الدخول والبقاء غير المشروعان للنظام المعلوماتي، وكذا جريمة المساس بمنظومة معلوماتية وفق الآتي:

- العقوبات الأصلية: (عقوبة الدخول أو البقاء غير المشروعان للنظام، عقوبة المساس بمنظومة معلوماتية، العقوبات المقررة للشخص المعنوي، عقوبة الإشتراك والشرع في الجريمة).

- العقوبات التكميلية: (المصادرة: إغلاق المواقع، إغلاق المحل).

أما الحماية المقررة في قانون الوقاية من الجرائم المتصلة بتكنولوجيا الإعلام والاتصال صدر القانون رقم 04-09 الصادر في 05 أوت 2009 ، ويتضمن 19 مادة موزعة على ستة فصول، وهو ثمرة عامين من التحضير والدراسة والتحليل والمقارنة مع أحدث القوانين، كما يتضمن القانون أحكاماً خاصة بالمراقبة الإلكترونية التي لا يجوز إجراؤها إلا بإذن من السلطة القضائية المختصة وفي حالات تم تحديدها وهي الأفعال الموصوفة بجرائم الإرهاب والتخريب، والجرائم الماسة بأمن الدولة أو حالة توفير معلومات عن اعتداء محتمل يهدد منظومة من المنظومات المعلوماتية لمؤسسات الدولة أو الدفاع الوطني أو النظام العام. وينص القانون على إنشاء هيئة وطنية للوقاية من الإجرام المتصل بتكنولوجيات الإعلام والاتصال ومكافحته، تتولى تنشيط وتنسيق عمليات الوقاية من الجرائم الإلكترونية ومساعدة مصالح الشرطة القضائية في التحريات التي تجريها بشأن هذه الجرائم، كما تتكفل اللجنة أيضاً بتبادل المعلومات مع نظيراتها في الخارج، علماً بأن القانون أكد على مبدأ التعاون الدولي من منطلق المعاملة بالمثل. يعتبر القانون رقم 09-04 ذو نطاق شامل في مجال مكافحة الجريمة الإلكترونية، حيث جاء تجريمه للأفعال المخالفة للقانون والتي ترتكب عبر وسائل الاتصال عامة، وبالتالي فهو يطبق على كل التكنولوجيات الجديدة والقديمة بما فيها شبكة الإنترنت وعلى كل تقنية تظهر مستقبلاً.

السعودية:

على الرغم من حداثة جرائم الحاسب الآلي والإنترنت نسبياً إلا أن الدراسة التي أجرتها منظمة Business Software Alliance في الشرق الأوسط في حجم خسائر جرائم الحاسب الآلي وصلت إلى ثلاثين مليون دولار أمريكي في المملكة العربية السعودية والإمارات العربية المتحدة.

البحرين:

لا توجد قوانين خاصة بجرائم الإنترنت وإن وجد نص قريب من الفعل المرتكب فإن العقوبة المنصوص عليها لا تتلاءم وحجم الأضرار المترتبة على جريمة الإنترنت، وقد أوكل إلى شركة البحرين للاتصالات السلكية واللاسلكية مهمة تقديم خدمة الإنترنت للراغبين في ذلك، كما أنيط بها مسؤولية الحد من إساءة استخدام شبكة الإنترنت من قبل مشتركها¹.

الأردن:

اعتمدت الأردن في مكافحة جرائم الإنترنت والكمبيوتر قانون العقوبات كأساس تحدد بموجب الجرائم التقليدية، انطلاقاً من القواعد الثابتة في قانون العقوبات كنص لا جريمة ولا عقوبة إلا بنص قانوني، ولا يجوز القياس وهذا يخص الجرائم التي تتم بأسلوب تقليدي عادي غير إلكتروني أما الجرائم المعلوماتية فلا تتوافر لها حتى الآن نصوص قانونية في قانون العقوبات فما قامت به الأردن للإحاطة بهذه الظاهرة الجريمة كان كالاتي:

-إصدار قانون حماية حق المؤلف.

-تحديث القوانين السائدة إلى قوانين جديدة تجرم جرائم الإنترنت.

-الانضمام إلى المعاهدات والاتفاقيات الدولية التي تعمل على تجريم جرائم الإنترنت.

-استحداث قوانين جديدة تقنن الاستخدامات الإلكترونية مثل قانون المعاملات الإلكترونية.

-إنشاء إدارات جديدة بوزارة الاتصالات تكون مسؤولة عن تلك الجرائم².

¹ كمال بوشليق، مرجع سابق، ص 51.

² علي جبار الحسيناوي، المرجع السابق، ص 187.

خاتمة

من خلال هذه الدراسة لجريمة القذف على شبكة الإنترنت يتضح لنا أن المشرع الجزائري ومن خلال التعديلات الأخيرة أنه حاول التشدد من حيث العقوبة رغبة منه في توفير أقصى حد من الحماية لشرف واعتبار الأشخاص، وذلك محاولة منه التماسي مع الاتجاه السائد في التشريعات الحديثة التي تركز على حماية الأشخاص ليس من مجرد الأضرار المادية التي تلحقهم وإنما تتعدى ذلك إلى حمايتهم من الأضرار المعنوية التي قد تلحقهم، غير أنه ما يلاحظ على التشريع الجزائري أنه ترك فراغاً قانونياً في عدة مواطن، ما قد يثير اللبس والغموض، لذلك سوف نوجز النتائج التي خلصنا إليها فيما يلي:

أولاً: لا تشكل الإنترنت موضوعاً لتشريع مستقل.

ثانياً: توجد بعض الصعوبات العملية في تطبيق الأفكار التقليدية والمستقرة بالقانون الجنائي في مجال شبكة الإنترنت كمبدأ افتراض العلم بالقانون، وتطبيق القانون الوطني من حيث المكان.

ثالثاً: يثير تطبيق قوانين الإجراءات الجزائية التقليدية على الجرائم المتعلقة بالحاسب الآلي والإنترنت مشاكل عديدة تستوجب إجراء تعديل على نصوصه أو تشريع قانون خاص.

رابعاً: لم يفلح المشرع في تكريس ترتيب منهجي لأحكام الجريمة فمن الضروري أن الأحكام الخاصة بها، والواردة في القسم المتعلق بالإهانة وهي المواد 144 مكرر، 144 مكرر 1 و 144 مكرر 2 والمادة 146 يجب النص عليها في القسم المتعلق بالاعتداء على شرف واعتبار الأشخاص.

خامساً: عدم اشتراط تقديم الشكوى لقيام المتابعة الجزائية، كان من الأفضل أن يسير المشرع الجزائري على منوال التشريعات المقارنة التي تشترط تقديم الشكوى لقيام المتابعة باعتبار الشخص المضرور وحده القادر على تحديد مدى المساس بشرفه واعتباره.

سادساً: يمكن تطبيق النصوص العقابية المتعلقة بجرائم القذف الواردة في التشريع الفرنسي والمصري والجزائري في مجال شبكة الإنترنت إلا أننا نوصي في هذا المجال بتعديل المادتين 296 و 297 من ق.ع. الجزائري لفك الغموض المتعلق بركن العلانية، وكذلك لتكون صياغتها واضحة ومحددة بشأن انطباقها على جرائم القذف، المرتكبة بواسطة الأجهزة المستحدثة بفعل التقدم التكنولوجي.

سابعاً: استحداث القضاء لركن آخر لجريمة القذف وهو اشتراط عدم صحة الواقعة لقيام الجريمة، وما يشكله ذلك من مساس بمبدأ الشرعية.

ثامناً: لم يكن المشرع واضحاً فيما يتعلق بالمتابعة، فقد نص على المتابعة التلقائية في بعض الحالات، ولم يشترط الشكوى في الحالات الأخرى لاسيما إذا كان المجني عليهم أفراداً طبيعيين، فإننا نرى وجوب

اشتراطها، كون أن الاعتداء على الحق في الشرف والاعتبار مساءلة شخصية وذاتية يترتب عنها ضرر يمس بالمجني عليه وحده، وبما أن الأمر كذلك وجب إخضاع الجريمة لتقادم زمني قصير المدة كون أن مرور مدة زمنية معينة على ارتكاب الجريمة يجب أن يفسر أن المجني عليه قد تنازل عن حقه في رفع الشكوى.

تاسعاً: عدم الاعتناء بإبراز أركان الجريمة في الحكم، ما شكل قصورا في التسبب وإهدارا لحقوق الدفاع.

قائمة المصادر والمراجع.

- أحسن بوسقيعة، قانون العقوبات في ضوء الممارسة القضائية، منشورات بيرتي، طبعة 2007.
- بن عباس سهيلة، القذف في القانون الجزائري مذكرة ماجستير، بن عكنون، الجزائر، سنة 2000.
- الزيدي وليد، القرصنة على الإنترنت والحاسوب، دار أسامة للنشر والتوزيع، عمان.
- عبد الحميد الشواربي، جريمة القذف والسب في ضوء القضاء والفقه، دار المطبوعات الجديدة الإسكندرية، 1985.
- عبد الخالق النوي، جرائم القذف والسب العلني وشرب الخمر بين الشريعة والقانون، المطبعة الفنية الحديثة، ط01، (د س ط).
- عبد المجيد زعلاني، قانون العقوبات الخاص، دار هومة، الطبعة الثانية، الجزائر، 2006.
- عدلي خلي، القذف والسب وتحريك الدعوى الجنائية عنهما، دار الكتب القانونية، القاهرة، 1996.
- علي جابر الحسناوي، جرائم الحاسوب والإنترنت، دار اليازوري، الأردن، 2009.
- عياط سارة، مذكرة ماستر، تخصص القانون الجنائي، جريمة القذف على شبكة الإنترنت، جامعة بسكرة، الجزائر، 2014.
- قانون العقوبات الجزائري لسنة 2007، القسم الخامس، مطبوعات الأمانة العامة للحكومة.
- قرار المحكمة العليا، مؤرخ في 2000/11/07، ملف رقم 129058، غ ج م ق 2، قرار غير منشور: إذن الإدعاء أو الإسناد الماس بالشرف والاعتبار من عدمه هو مسألة موضوعية ولقاضي الموضوع السلطة التقديرية في ذلك.
- كمال بوشليق، جريمة القذف بين القانون والإعلام، دار الهدى، الجزائر، 2001.
- محمد صبحي نجم، شرح قانون العقوبات الجزائري، القسم الخاص، ط05، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر، 2004.
- محمد علي الصابوني، روائع البيان في تفسير الآيات الأحكام، مكتبة رحاب الجزائر، 1990.

- محمود احمد عابنة، جرائم الحاسوب وأبعادها الدولية، الطبعة الأولى، دار الثقافة، عمان. 2009.
 - منير محمد الجنبهي، ممدوح محمد الجنبهي، التبادل الإلكتروني للمعلومات، دار الفكر الجامعي، مصر، 2010.
 - نائل عبد الرحمان صالح، القانون والكمبيوتر والإنترنت، جامعة الإمارات العربية المتحدة، ج01 الطبعة3، 2004.
 - نبيل صقر، جرائم الصحافة في التشريع الجزائري، دار الهدى عين مليلة، الجزائر، 2007.
 - وليد الحكوم، مفهوم وظاهرة الإجرام المعلوماتي، القانون والكمبيوتر والإنترنت، جامعة الإمارات العربية المتحدة، ج01، ط03، 2004.
 - يونس عراب، موسوعة القانون وتقنية المعلومات، دليل أمن المعلومات والخصوصية جرائم الكمبيوتر والإنترنت منشورات، اتخاذ المصارف العربية، ج01، ط01، 2002.
 - قرار بتاريخ 19/10/1990 ملف رقم 19805 غير منشور.
 - عبد الفتاح بيومي حجازي جرائم الكمبيوتر والإنترنت، دراسة مقارنة، دار النهضة العربية، مصر. 2009.
- المواقع الإلكترونية:
- www.boosla.com.
 - www.droit.criminel.com

الآثار القانونية لتفشي الأوبئة - فايروس كورونا - على سريان المواعيد الإجرائية
وفقاً لنظريتي الظروف الطارئة والقوة القاهرة

The legal effects of the outbreak of epidemics - the Corona virus - on the validity of
procedural dates

According to the theories of emergency conditions and force majeure

د. منصور فؤاد مساد

Dr. Mansour Fouad Massad

Arab American University

Part-time lecturer/Faculty of Law

mansour.massad@aaup.edu

DOI: <https://doi.org/10.70411/MJLS.1.1.202310>

المخلص:

تهدف هذه الدراسة إلى التعرف على أثر الوباء - فايروس كورونا - على سريان الميعاد الإجرائي في ضوء نظريتي القوة القاهرة والظروف الطارئة. وتم تناول هذه الدراسة في بحثين، قدم المبحث الأول المفهوم القانوني للسبب الأجنبي، واشتمل على مطلبين، المطلب الأول مفهوم السبب القانوني في ضوء نظرية القوة القاهرة، وبين المطلب الثاني مفهوم السبب القانوني في ضوء نظرية الظروف الطارئة متطرقاً إلى تطبيق نظرية السبب الأجنبي على المواعيد الإجرائية، وتضمن مطلبين، عرض المطلب الأول تمييز مواعيد المرافعات عن غيرها من المواعيد القانونية، وأوضح المطلب الثاني أثر القوة القاهرة والظروف الطارئة على المواعيد الإجرائية. وأظهر البحث عدة استنتاجات منها، إمكانية تطبيق مفهوم الوباء على نظريتي القوة القاهرة والظروف الطارئة على حد سواء، تبعاً لمدى خطورته ونطاقه الزمني. وصولاً بالبحث إلى عدة توصيات ونتائج.

الكلمات المفتاحية: قوة القاهرة، ظرف طارئ، آفة سماوية، وقف مواعيد، سبب أجنبي

Abstract:

This study aims to identify the impact of the epidemic - the Corona virus - on the implementation of the procedural deadline in light of the theories of force majeure and emergency conditions. This study was dealt with in two sections, the first section presented the legal concept of the foreign cause, and included two demands, the first requirement was the concept of the legal reason in the light of the force majeure theory, and the second requirement showed the concept of legal reason in the light of the theory of emergency conditions, touching on the application of the theory of foreign cause on procedural dates. and includes two requirements, The first requirement presented a distinction between the dates of pleadings from other legal dates, and the second requirement clarified the impact of force majeure and emergency circumstances on the procedural deadlines. The research showed several conclusions, including the possibility of applying the concept of the epidemic to the theories of force majeure and emergency conditions alike, depending on the extent of its seriousness and its time scale. The search reached several recommendations and results

Keywords: Force Majeure, emergency conditions, heavenly blight, stop appointments, foreign reason.

مقدمة:

تعد المواعيد القضائية من أركان التنظيم القضائي، سواء كانت مواعيد مرافعات أو مواعيد تقادم، وبالرغم من الارتباط الوثيق بين هذه المدد القانونية وبين النظام العام أحياناً فيما يتعلق بالمدد الحتمية، إلا أنه قد تطرأ ظروف موضوعية طارئة لا يتوقعها المخاطبون بهذه المواعيد، وينتج عن هذه الظروف استحالة تنفيذ الإجراء القانوني خلال الميعاد المنصوص عليه سلفاً، وتندرج هذه الظروف تحت مسمى "السبب الاجنبي" والذي يترتب على وجوده وقف سريان الميعاد القضائي، بما يستوجب خروجاً عن الأصل العام و تعطيل سريان المدد لحين زوال القوة القاهرة او الظرف الطارئ، وهو موضوع البحث الماثل.

أهمية البحث:

تظهر أهمية البحث في قيمة أعمال تطبيقات السبب الاجنبي من ضبط التوازن بين أطراف الإجراء القانوني، وعدم حرمان الطرف الذي شرع الميعاد لمصلحته من الإجراء من حقه في اتخاذ لفوات الميعاد بسبب خارج عن إرادته، وذلك للوصول إلى تطبيق قواعد العدالة الإجرائية التي تهدف من تخفيف القيود الصارمة المرتبطة بالمواعيد القضائية، وكذلك للتأكيد على المحافظة على توازن العلاقات القانونية وعدم تأثرها بالأسباب الاجنبية الخارجة عن إرادة اطرافها، سواء كانت قوة قاهرة أو ظروف طارئة.

أهداف البحث:

يهدف البحث إلى:

- أ. توضيح المقصود من نظرية السبب الاجنبي كالقوة القاهرة والظروف الطارئة.
- ب. توضيح السند القانوني لنظرية السبب الأجنبي في القوانين الإجرائية.
- ج. مدى جواز اخضاع تطبيق نظريات السبب الاجنبي في حالة فايروس كورونا.
- د. هل تمت المعالجة التشريعية والقضائية لآثار السبب الأجنبي.

مشكلة البحث:

تظهر إشكالية البحث في معالجة انتشار الوباء فايروس كورونا في فلسطين ومصر بعد اتخاذ التدابير الاحترازية ضمن إجراءات الحد من تفشي فيروس (كوفيد-19) والمعروف إعلامياً باسم "وباء كورونا"، حيث تأثر العديد من المتقاضين والعاملين بال مجال القضائي و القانوني، وصاروا بين شقي الرحى، فإما الإلتزام بتعليمات الوقاية الصحية وتجنب الاختلاط في المحاكم بما يترتب عليه من فوات

المواعيد القانونية، أو مواصلة العمل اليومي بما قد يترتب عليه من إمكانية الإصابة بالعدوى. وبالرغم من وجود تأصيل قضائي وقهفي لنظرية السبب الاجنبي في القانون الإجرائي، إلا أنها لا تلقى القبول بصورة مطلقة تماما ، وثار الجدل حول الأخذ بها من عدمه في حالة الوفاء الراهن، وهل تنطبق على الوفاء شروط القوة القاهرة أو الظرف الطارئ من عدمه، وهو ما يقتضي تناول ذلك في بحث موجز يعرض لأهم عناصر المشكلة البحثية.

منهجية البحث:

اعتمد البحث المنهج الوصفي في بيان المفهوم القانوني للسبب الاجنبي في ضوء نظرتي القوة القاهرة والظروف الطارئة، والمنهج التطبيقي في النصوص القانونية والاحكام القضائية.

خطة البحث:

المبحث الأول: المفهوم القانوني للسبب الأجنبي.

المطلب الأول: مفهوم السبب القانوني في ضوء نظرية القوة القاهرة.

المطلب الثاني: مفهوم السبب القانوني في ضوء نظرية الظروف الطارئة.

المبحث الثاني: تطبيق نظرية السبب الاجنبي على المواعيد الإجرائية.

المطلب الأول: تمييز مواعيد المرافعات عن غيرها من المواعيد القانونية.

المطلب الثاني: أثر القوة القاهرة والظروف الطارئة على المواعيد الإجرائية.

المبحث الأول:

المفهوم القانوني للسبب الأجنبي

بطبيعة الحال أن نظرية السبب الأجنبي هي نظرية ذات نشأة قضائية أوجدها مجلس الدولة الفرنسي بهدف إعادة التوازن للعقود الإدارية¹، إلا أنها انتشرت ووجدت صدى واسع في القانون الخاص ومنه التقنين المدني التي ظهرت بوضوح في عديد من نصوصه القانونية ، كما وجدت صداها في قانون الإجراءات المدنية و إن كان لم يتم النص عليها بصورة صريحة، ويقصد بالسبب الأجنبي كل أمر غير منسوب للإرادة المنفردة ويؤدي إلى استحالة تنفيذ الالتزام، هو قد يكون قوة القاهرة أو حادثاً فجائياً، ويشترط لوقوعه أن يكون مستحيل التوقع ومستحيل الدفع². كما يمكن أن يكون خطأ من الدائن (صاحب المصلحة في تنفيذ الالتزام) أو خطأ من شخص أجنبي عن الالتزام³، وتجد نظرية السبب الأجنبي صداها في نصين رئيسيين بالقانون المدني المصري⁴، هما المادة (592) التي نصت على أنه "إذا استحال على المدين أن ينفذ الالتزام عيناً حكم عليه بالتعويض لعدم الوفاء بالتزامه، ما لم يثبت أن استحالة التنفيذ قد نشأت عن سبب أجنبي لا يد له فيه" والمادة (373) من القانون المدني المصري التي نصت على أنه "ينقضي الالتزام إذا أثبت المدين أن الوفاء به أصبح مستحيلاً عليه لسبب أجنبي⁵. وكذلك ما عرفته نظريات الفقه الاسلامي بالآفة السماوية اذ لا وجود لمصطلح القوة القاهرة في هذا الفقه وانما يندرج العمل بالآفة السماوية باعتبارها بذات المفهوم الوارد للقوة القاهرة من حيث عدم امكانية التوقع وعدم امكانية الدفع.

¹ سليمان الطماوي، الأسس العامة للعقود الإدارية . دراسة مقارنة . دار الفكر العربي . الطبعة الخامسة . عام 1991. ص 714

² محمد محمود المصري، محمد أحمد عابدين . الفسخ والتفسخ والانفساخ في ضوء الفقه والقضاء، منشأة المعارف، الإسكندرية، مصر، طبعة 1986 ص33

³ محمد كمال عبد العزيز، التقنين المدني في ضوء القضاء والفقه، بدون دار نشر، مصر، طبعة 2003، ص1131

⁴ القانون المدني المصري رقم 131 لسنة 1984 الصادر المرسوم بالتصديق عليه وإصداره في 16 يوليو، 1948 والمنشور في الجريدة الرسمية بتاريخ 29 يوليو 1948 على أن يعمل به ابتداء من 15 أكتوبر 1949

⁵ المقصود بالإستحالة التي ينقضي بها الالتزام هو الاستحالة المطلقة بطرء حالة القاهرة أو حادث جبري لا قبل للملتزم بدفعه أو التحرز منه (نقض جلسة 1956/06/28. طعن رقم 446 لسنة 22 ق. المكتب الفني س 7. ص789)

ومن أمثلة السبب الأجنبي الكوارث الطبيعية والحروب والانقلابات والقرارات السياسية السيادية والتقلبات الاقتصادية مثل الكساد العالمي، أو الأوبئة القاتلة وزحف الجراد، وما إلى ذلك من الأحداث التي تتسم بالمفاجأة والخروج عن المألوف.

ومن أهم النظريات التي عنت بتطبيق السبب الأجنبي نظرية القوة القاهرة (والتي يطلق عليها أحياناً نظرية السبب الأجنبي من باب إطلاق العام على الخاص) ونظرية الظروف الطارئة، وسنعرض لكل من النظريتين في مطلب مستقل.

المطلب الأول:

مفهوم السبب الأجنبي في ضوء نظرية القوة القاهرة

تعتبر القوة القاهرة أنها كذلك بوقوع حادث لا يمكن توقعه ولا يمكن دفعه¹، وتعرف بأنها سبب أجنبي يخرج عن إرادة الطرفين يجعل تنفيذ الالتزام مستحيلاً، وتعني الاستحالة أنه ليس بمقدور الأطراف دفع هذا السبب أو التغلب عليه².

ويشترط لتحقيق القوة القاهرة عدة شروط نوجزها في الآتي:

الشرط الأول: استحالة تنفيذ الالتزام:

وان المقصود بالإستحالة في هذا الصدد الإستحالة الموضوعية التي تتعلق بالالتزام في ذاته، وليست الإستحالة الذاتية المتعلقة بالمدين³ ويجب أن يكون الإلتزام الذي استحال تنفيذه التزاماً أساسياً وليس تبعياً، مثال التزام المحامي بنقض الحكم الصادر ضد موكله تنفيذاً لعقد الوكالة. ويجدر الإشارة إلى أن الإستحالة قد تكون مادية مثال حدوث كارثة طبيعية أو إستحالة قانونية

¹ أحمد شوقي عبد الرحمن، النظرية العامة للإلتزام . المصادر الإرادية، كلية الحقوق، جامعة بنها، مصر، طبعة 2008، ص195.

² الحبيب خليفة أجيودة، القوة القاهرة بين القانون المدني الليبي وعقود الفيديك، بحث منشور بالمجلة الجامعة، كلية الحقوق، جامعة طرابلس، العدد السادس عشر، المجلد الثاني، ليبيا، أبريل، 2014، ص 9.

³ محمد عزمي البكري، موسوعة الفقه والقضاء والتشريع في القانون المدني، المجلد الثاني، دار محمود للنشر، القاهرة، مصر، بدون سنة نشر، ص 794.

مثال صدور قانون يمنع نقض نوع معين من الدعاوى فيستحيل على المحامي نقض الحكم الصادر ضد موكله¹.

الشرط الثاني: أن تكون الإستحالة كاملة غير جزئية:

فالقوة القاهرة لا تؤدي لزوال الإلتزام إذا كان أثرها جزئياً، حيث يجوز لمن يتضرر من القوة القاهرة الجزئية ان يتمسك بتنفيذ الباقي من الإلتزام أو طلب فسخه، وذهب رأي آخر إلى أن القانون لم يشترط كمال الإستحالة، بل جاء بعبارات مطلقة وجعل موضوع الإستحالة هو عدم الوفاء بالإلتزام، ومن ثم فلا سند لقصر الانفساخ التلقائي على القوة القاهرة الكلية دون القوة القاهرة الجزئية².

الشرط الثالث: نشأة الاستحالة في تاريخ لاحق للإلتزام:

يجب أن ينشأ الإلتزام ممكناً، فلا تطرأ الإستحالة إلا بعد نشوئه، ويجب بعد أن ينشأ ممكناً، أن يطرأ ما يجعل تنفيذه مستحيلاً، أما إذا طرأت حوادث تجعل تنفيذه مرهقاً مع بقاءه ممكناً، فلا ينقضي الإلتزام³. فإذا ما نشأت القوة القاهرة في تاريخ سابق على تنفيذ الإلتزام، فإنه يكون غير منعقد من الأساس، ويصحى باطلاً لإستحالة محله، مثال التزام المحامي بالطعن بالمعارضة على حكم صادر ضد متهم متوفي، فلا محل هنا لتنفيذ الإلتزام سواء نشأت قوة قاهرة أو لم تكن، لأن تنفيذ الإلتزام من الأساس كان مستحيلاً لوفاة المحكوم عليه.

فعند توافر هذه الشروط الثلاثة نكون بصدد قوة قاهرة مانعة من تنفيذ الإلتزام، وإذا تبين للمحكمة أن الإستحالة مؤقتة جاز وقف الإلتزام إلى أن تزول⁴، أما إذا كانت الإستحالة مطلقة فإن الإلتزام ينقضي لعدم إمكانية التنفيذ⁵.

¹ منذ تم تحريم الرق، أصبح التعامل في الرقيق مستحيلاً استحالة قانونية، لأن تنفيذ الإلتزام الذي يتعارض مع نصوص القانون يكون مستحيل قانوناً.

² عزت حنوره، سلطة القاضي في نقض وتعديل المعاملات، دار الطباعة الحديثة، القاهرة، مصر، طبعة 1994، ص 238.

³ عبد الرزاق السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني، الجزء الثالث، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت، لبنان، طبعة، 2009، ص 973.

⁴ القوة القاهرة التي يفسخ بها العقد - وعلى ما جرى به قضاء هذه المحكمة - هي التي تجعل تنفيذ العقد مستحيلاً إستحالة مطلقة لسبب أجنبي عن المدين مما مؤداه أنه إذا كانت القوة القاهرة تمثل مانعاً مؤقتاً من التنفيذ فلا يكون لها أثر سوى وقف تنفيذ الإلتزام في الفترة التي قام فيها الحادث حتى إذا ما زال هذا الحادث عاد للإلتزام قوته في التنفيذ (نقض مدني جلسة 30/1/1991. طعن رقم 911 لسنة 13 ق. المكتب الفني س 42)، ص 331.

⁵ محمد كمال عبد العزيز، المرجع السابق، ص 1131

المطلب الثاني

مفهوم السبب الأجنبي في ضوء نظرية الظروف الطارئة

تتفق النظريتان الظروف الطارئة ونظرية القوة القاهرة في أن كل من النظريتين يوجب وقوع حادث خارج عن إرادة الطرفين لا يمكن توقعه ولا يمكن دفعه، غير أنهما تختلفان عن القوة القاهرة في مدى تأثيرها على الإلتزام¹. فالظروف الطارئة لا تؤدي لانقضاء الإلتزام، وإنما تبقى الإلتزام، لا كما هو، وإنما يرد القاضي الإلتزام إلى الحد المعقول حتى يطبق المدين تنفيذه بغير إرهاق² كما أنها تظهر في الإلتزامات متراخية التنفيذ مثل عقود المدة التي يكون فيها الزمن عنصراً جوهرياً، سواء كانت من العقود ذات التنفيذ المستمر كعقد الإيجار أو من العقود ذات التنفيذ الفوري مثل عقد التوريد أو عقد العمل³. وقد تكون تشريعاً جديداً أو عملاً قانونياً أو واقعة مادية.

ومما لا شك فيه أن هذه النظرية ازدهرت في القانون العام، واعتنى بها القضاء الإداري أشد الاعتناء لكون الدعاوى التي تعرض عليه تتصل بالصالح العام الواجب التقديم عند نظر أي نزاع لضمان استمرار خدمة الجمهور، فضلاً عن أن الطبيعة القضائية للقانون الإداري منحتة مجالاً خصباً لخلق قواعد و نظريات قضائية دون التقيد بنصوص تشريعية ملزمة وتتمثل أحكام هذه النظرية في وجود حوادث أو ظروف طبيعية أو اقتصادية، أو أي عمل من أعمال السلطة أو من الغير، ولم تكن في الحسبان وليس لها دفعاً، ويكون من شأنها أن تنزل بالمدين خسائر فادحة⁴. وهي تقوم على فكرة العدالة المجردة في مشاركة الدائن للمدين في الخسارة الناشئة عن الأحداث التي يستحيل معها تنفيذ الإلتزام بذات بنوده.

كما أن من شأن الظروف الطارئة أن تنزل الضرر بكل أو جل المواطنين، وتقوم الحكومات في مثل هذه الظروف بمساعدة من تصيبهم هذه الظروف بالأضرار⁵. ومن القانون العام انتقلت النظرية إلى القانون الخاص، حيث اعتد القانون المدني المصري بنظرية الظروف الطارئة ونص عليه في الفقرة الثانية من المادة

¹ الحادث الطارئ يترتب عليه تأجيل تنفيذ ما لم يكن قد تم تنفيذه من التزامات دون أن يتمخض عن ذلك إستحالة قانونية دائمة (نقض مدني جلسة 1962/12/20. مجموعة أحكام النقض س 13. رقم 184 ص 1159

² عبد الرزاق السنهوري، الوجيز في نظرية الإلتزام، منشأة المعارف، الإسكندرية، مصر، طبعة 2004، ص 246

³ محمد كمال عبد العزيز، المرجع السابق، ص 943.

⁴ خميس السيد إسماعيل، الأصول العامة والتطبيقية للعقود الإدارية والتعويضات، دار محمود، القاهرة، مصر، بدون سنة نشر، ص 252.

⁵ محمد الشافعي أبو راس، العقود الإدارية، كلية الحقوق، جامعة بنها، مصر، بدون سنة نشر، ص 110.

(147) بأنه "ومع ذلك إذا طرأت حوادث استثنائية عامة لم يكن في الوسع توقعها، وترتب على حدوثها أن تنفيذ الإلتزام التعاقدي وإن لم يصبح مستحيلاً، صار مرهقاً للمدين بحيث يهدده بخسارة فادحة، جاز للقاضي، تبعاً للظروف وبعد الموازنة بين مصلحة الطرفين، أن يرد الإلتزام المرهق إلى الحد المعقول، ويقع باطلاً كل اتفاق على خلاف ذلك" ويشترط لتطبيق نظرية الظروف الطارئة ثلاثة شروط:

الشرط الأول: ان يقع الظرف الطارئ العام بعد نشأة الإلتزام:

ويجب أن يكون الظرف الاستثنائي حدثاً عاماً من النادر وقوعه وليس حادثاً استثنائياً حادثاً بالمدين، وأن يجد هذا الحادث قبل تمام تنفيذ الإلتزام، لأن وقوع الظرف الطارئ بعد تنفيذ الإلتزام لا يجعل له أثراً على ما تم من تنفي¹.

الشرط الثاني: عدم إمكانية التوقع للظرف الطارئ:

يجب أن تكون هذه الحوادث الاستثنائية العام ليس في الإمكان توقعها، ولا في الوسع دفعها، فإذا كان يمكن توقعها أو استطاع دفعها، فلا سبيل لتطبيق نظرية الحوادث الطارئة²، فعلى سبيل المثال لا يعتبر التوقف العرضي للمواصلات ظرفاً طارئاً، لأنه يمكن التغلب عليه برجوع المواصلات سريعاً، لكن إذا ما زادت مدة التوقف إلى حد غير معقول، فيكون لنظرية الحوادث الطارئة محلاً من التطبيق.

الشرط الثالث: أن يصبح تنفيذ الإلتزام مرهقاً وليس مستحيلاً:

وهذا الشرط هو المميز لنظرية الظروف الطارئة عن نظرية القوة القاهرة التي يستحيل تنفيذ الإلتزام في وجودها. والإرهاق الذي يعتد به هو الإرهاق الشديد الذي يجاوز الخسارة المألوفة في التعامل، بمعيار مادي وموضوعي دون الاعتداد بالظروف الشخصية للمدين³.

¹ يشترط في الحادث الطارئ من حيث طبيعته أن يكون حادثاً استثنائياً عاماً غير ممكن توقعه ويخرج عن المألوف ونادر الوقوع، ويكون الحادث الاستثنائي عاماً إذا انصرف أثره إلى عدد كبير من الناس (نقض مدني ج 1970/5/5. طعن رقم 532 لسنة 35ق)، محمد عزمي البكري، المرجع السابق، ص 593.

² عبد الرزاق السنهوري، مرجع سابق، ص 252.

³ محمد كمال عبد العزيز، المرجع السابق، ص 954

المبحث الثاني

تطبيق نظريات السبب الاجنبي على "المدد" المواعيد الإجرائية

المقصود بالمدة هو الأجل الذي يحدده القانون لإجراء عمل من أعمال المرافعات خلاله أو قبل حلوله، أو هو الأجل الذي يحرم القانون إجراء العمل حتى ينقضي¹ وتعتبر فكرة الزمن "الأجل" من أهم عناصر التصرفات القانونية التي نظمها القانون عن طريق بيان مقدار الميعاد وكيفية تحديده بداية ونهاية، وطبيعة العوارض التي ترد عليه من وقف وسقوط وانقطاع، وآثار هذه العوارض.

والمشروع حين يتدخل لتنظيم عنصر الزمان في نطاق القانون الإجرائي، فإنه قد ينظم هذا العنصر بطريقة مجردة دون علاقة بأي واقعة سابقة أو لاحقة ... والمواعيد إذ ينظمها المشروع فإن ذلك يساعد على تنظيم الخصومة ... لأن وظيفتها الإجرائية هي الربط بين إجراءات الخصومة من جهة، وكذلك الربط بين هذه الإجراءات والنزاع المتعلق بهذه الخصومة . أي النزاع على أصل الحق²، سواء كانت هذه المواعيد من المواعيد الكاملة التي يجب أن تنتهي بأكملها قبل إتخاذ العمل الإجرائي مثال ميعاد التكليف بالحضور، أو من المواعيد الناقصة التي يجب إتخاذ الإجراء خلالها ولا سقط الحق في إتخاذها مثال مواعيد الطعن، أو من المواعيد المرتدة التي يجب إتخاذ الإجراء قبل أن تبدأ مثال ميعاد الاعتراض على قائمة شروط البيع. ونرى أنه بالإمكان اعتبار القواعد الخاصة بمواعيد المرافعات قواعد عامة يمكن تطبيقها على مواعيد التقادم والسقوط والمواعيد التي يتفق عليها ذوي الشأن في تعاملاتهم.

وحتى يمكن بيان تأثير السبب الأجنبي على سريان المواعيد الإجرائية فيجب بداهة التمييز بينها وبين ما يشتهر بها من مواعيد، ثم أثر القوة القاهرة والظروف الطارئة على هذه المواعيد، وهو ما نعرض له في مطلب مستقل لكل جزئية من الجزئيتين.

¹ محمد العشماوي، قواعد المرافعات في التشريع المصري والمقارن، الجزء الأول، مكتبة الآداب، القاهرة، مصر طبعة 1957، ص434.

² نبيل إسماعيل عمر، أصول المرافعات المدنية والتجارية، منشأة المعارف، الأسكندرية، مصر، الطبعة الأولى 1986، ص766.

المطلب الأول

تمييز مواعيد المرافعات عن غيرها من المواعيد القانونية

يقتضي ولحسن سير القضاء تعجيل الفصل في الخصومات رعاية للخصوم حتى تستقر المراكز القانونية للخصوم، وتتطلب قواعد العدالة أيضاً تهيئة الفسحة الزمنية للخصوم حتى يتمكنوا من إعداد وسائل دفاعهم ومن استعمال الروية في تحضير ما يرون اتخاذه من إجراءات التقاضي، وللتوفيق بين المقتضى الأول والثاني، حدد المشرع مواعيداً مناسبة تلزم مراعاتها عند مباشرة إجراءات المرافعات¹.

وهذه المواعيد ترتبط بالمراكز الإجرائية وما تمنحه للخصم والقاضي من سلطات لاتخاذ الأعمال الإجرائية في فترة من الزمن، والمواعيد الإجرائية لا تؤثر بطريق مباشر على الحقوق الموضوعية، وإن كان من شأنها أحياناً التأثير بشكل غير مباشر على هذه الحقوق²، ويتعين عدم الخلط بين مواعيد المرافعات وبين ما قد ينظمه القانون المدني أو التجاري من مواعيد يترتب على انقضائها أو بدئها نتائج معينة، إذ لا علاقة للقواعد المتعلقة بمواعيد المرافعات، بالقواعد المنظمة لتلك المواعيد الأخرى، وكذلك لا علاقة لمواعيد المرافعات بالمواعيد التي يحددها الخصوم في تعاقدهم كما سلف القول أو التي تمنحها المحكمة لهم لإجراء عمل من الأعمال تنفيذا لتعهداتهم أو تطبيقاً لنص في القانون.

فمواعيد التقادم تتعلق بأصل الحق، ويرتكز التقادم المسقط على اعتبارات ترجع إلى استقرار التعامل³، وهي ترمي إل تأكيد مركز واقعي أو قانوني يتعلق بالقانون الموضوعي، كما توجد مواعيد أخرى هي مواعيد السقوط التي وضعت لتعيين الميعاد الذي يجب فيه أن يتم حتماً عمل معين وإلا كان باطلاً، وهي لا تنقطع ولا يقف سريانها، إذ تقوم فكرة ميعاد السقوط على تحديد المشرع لزمان معين يتعين فيه على صاحب الإجراء مباشرة الإجراء المطلوب فيه وإلا سقط حقه في إتخاذ هذا الإجراء.

وتشبه مواعيد السقوط المواعيد الإجرائية في كيفية تحديدها، وأن هذا التحديد جامد، ولكنها لا تسري في حق من لا يستطيع أو يستحيل عليه إتخاذ الإجراء⁴، فما يجري على مواعيد السقوط، يجري على الميعاد الإجرائي.

¹ أحمد أبو الوفا، المرافعات المدنية والتجارية، منشأة المعارف، الإسكندرية، مصر، الطبعة الخامسة عشر 1990، ص 479.

² نبيل إسماعيل عمر . المرجع السابق . ص 775

³ عبد الرزاق السنهوري، مرجع سابق، ص 1348.

⁴ نبيل إسماعيل عمر، المرجع السابق، ص 775.

ونرى أن هناك حالة يتحد فيها ميعاد التقادم مع الميعاد الإجرائي، حيث نصت المادة (140) من قانون المرافعات المصري على إنقضاء الخصومة بمضي سنتين على آخر إجراء صحيح فيها¹، وبالرغم من اعتبار الميعاد المذكور من مواعيد التقادم إلا أنه يعد ميعاداً إجرائياً يترتب على مخالفته جزاء إجرائي هو إنقضاء الخصومة، غير أن هذا الإنقضاء لا يمنع من إقامة الدعوى مرة أخرى إذا لم يكن قد سقط الحق في إقامتها

المطلب الثاني:

أثر القوة القاهرة والظروف الطارئة على المواعيد الإجرائية

سبق الإشارة إلى معيار التمييز بين القوة القاهرة والظروف الطارئة في أن الأولى تجعل من المستحيل تنفيذ الإلتزام إستحالة مطلقة² بينما تجعل الثانية من شأن الإلتزام مرهقاً إلى حد لا يمكن تنفيذه بصورته المتفق عليها.

ويلاحظ أنه على الرغم من أن مواعيد المرافعات لا يرد عليها أسباب الإيقاف الخاص بمضي المدة كالقصر والحجر والغيبة المنقطعة ... ولكن الميعاد قد يقف بسبب عقبة قانونية أو حادث قهري³. فالمواعيد الإجرائية وإن كانت القاعدة العامة فيها أنها لا تقف ولا تنقطع نظراً للحكمة الكامنة من تنظيمها بهدف تنظيم سير الخصومة وصولاً إلى إنهاؤها بحكم صادر في الموضوع، إلا أن اعتبارات الملائمة تقتضي وقف هذه المواعيد أحياناً إذا كان هناك إستحالة مطلقة تحول بين الخصم وإتخاذ الإجراء⁴. وبالنظر إلى الأوبئة بشكل عام، فيمكن قياس خطورتها ومدى إعتبارها سبباً أجنبياً من خلال النظر في الإجراءات الاحترازية التي تقوم بها الحكومات في مواجهتها من ناحية، وفي ضوء معيار الحق في الحياة والحق في الحفاظ على سلامة البدن من ناحية أخرى.

أما ما عليه الحال في فلسطين فقد أصدر الرئيس الفلسطيني قرار بقانون رقم (10) لسنة 2020م بشأن وقف سريان مدد التقادم والمواعيد والآجال القانونية خلال حالة الطوارئ التي تم إعلانها بسبب الوباء.

¹ قانون المرافعات المصري، رقم 13، لسنة 1986.

² نبيل إسماعيل عمر، المرجع السابق، ص 775.

³ قانون المرافعات المصري رقم 13 لسنة 1986.

⁴ قد تكون الإستحالة الفعلية أو القانونية إستحالة مؤقتة ثم تزول، فيقف الإلتزام مدة قيام الإستحالة ثم ينفذ بعد زوالها

(نقض مدني جلسة 20/12/1962، مجموعة أحكام النقض س 13، رقم 184 ص 1159)

وبالنظر في قرارات رئاسة الوزراء بتطوير الإجراءات الاحترازية المتبعة على مستوى الدولة لمجابهة انتشار فيروس "كورونا" والتي كان من ضمنها تعليق تقديم جميع الخدمات التي تقدمها الوزارات والمحافظات للمواطنين مثل: خدمات الشهر العقاري والسجل المدني وتراخيص المرور، وتصاريح العمل، والجوازات، كما تضمنت الإجراءات الاحترازية امتداد سريان المستخرجات الرسمية الصادرة عن الجهات المشار إليها، التي تنتهي صلاحيتها في اليوم السابق على تاريخ العمل بهذا القرار، أو خلال فترة سريانه طوال مدة العمل به، وذلك دون أية أعباء مالية على المواطنين¹.

ومن حيث الحق في الحياة والحق في سلامة الجسد، تنص إرشادات منظمة الصحة العالمية للبلدان والأفراد على احتمالية انتشار المرض بسبب مخالطة الحيوانات أو ملامسة الأغذية الملوثة أو انتقاله من شخص لآخر، ويتضح الآن وفقاً لأحدث المعلومات أنه يوجد على الأقل شكل من أشكال انتقال المرض بين البشر، ولكن لا يتضح إلى أي مدى. وتُعزز هذه المعلومات حالات العدوى بين العاملين في مجال الرعاية الصحية وبين أفراد الأسرة. كما تتسق هذه المعلومات مع التجارب مع الأمراض التنفسية الأخرى، لا سيما مع الفاشيات الأخرى لفيروس كورونا، كما تشير التقارير إلى أن العدوى بفيروس كورونا المستجد - 5191 قد يسبب مرضاً خفيفاً إلى وخيماً، وقد يصبح مميتاً في بعض الحالات. وحسب البيانات الحالية، يبدو أن أغلب الحالات الجديدة مصابة بمرض أخف، ولا يزال ضمن أنماط الأعراض الأكثر خفة التي تسببها الأمراض التنفسية².

ويتضح من الإجراءات الاحترازية المتخذة ومن البيانات المستقاة من منظمة الصحة العالمية أن الوباء الحالي يمثل خطراً جدياً على الحق في الحياة وظرفاً موضوعياً عاماً، مما يرقى به إلى درجة السبب الأجنبي، مما يجوز معه وقف سريان مواعيد المرافعات وفقاً لما هو مستقر من أحكام قضاء النقض المصري.

¹ محمد العشماوي، المرجع السابق، ص 736

² نبيل إسماعيل عمر . المرجع السابق . ص 776

الآفة السماوية والحادث الأجنبي والقوة القاهرة

إن مصطلح الآفة السماوية هو مصطلح إسلامي حاول القانون الأردني وضعه في هذه المادة انسجاماً مع المصطلحات السابقة التي استعملها وهي أي الآفة السماوية ما لا صنع للبشر فيها¹، وقد سميت الآفة السماوية بفتح السين مخففاً أي منسوباً للسماء لصدوره من خالقها من غير تسبب المشتري فيه²، والآفة السماوية بشكل عام في الفقه الإسلامي تسقط الضمان وتؤثر في العبادات إسقاطاً وتخفيفاً³.

ومن نصوص فقهاء المسلمين عن الآفة: "لو نقر صيداً فعثر وهلك به أو أخذه سبع أو انصدم بشيء ضمنه وإن لم يقصد تنفيره وهو في عهده حتى يعود إلى عادته في السكون فإن هلك بعد ذلك فلا ضمان، وكذا إن هلك بآفة سماوية إذ لا سبب ولا يد وإن قتله محرم آخر فالضمان عليه تقديماً للمباشرة⁴، ويرد بأن الفرض أنه ربطها في وقت الانتفاع ثم تلفت بآفة سماوية مثلاً فربطها في وقت الانتفاع سبب للضمان فلا يسقط تلفها بعده بالآفة فلم تتلف إلا بعد وجود سبب الضمان⁵. فإن رجع وسلمت الدابة من ذلك الخوف ولكن أصابها آفة أخرى ضمن، لأن من صار متعدياً لم يتوقف الضمان عليه؛ على أن يكون التلف من تلك الجهة⁶.

ويفهم من هذه النصوص أن الآفة السماوية هي كل حادث لا دخل لإرادة الشخص فيه وغالباً ما تكون من الأمور السماوية كالبرد والحر والفيضانات، فهذه الحالة تعفي من الضمان إن لم يكن هناك تقصير وأن يكون الضرر قد وقع بفعل هذه الآفة السماوية.

والآفة السماوية بهذا المفهوم هي ما يعرف بالقانون بالقوة القاهرة أو الحادث الفجائي. فلذلك كان الأجدر ألا يقوم المشرع الأردني بالنص على أشياء متماثلة.

والقوة القاهرة والحادث الفجائي متماثلان أيضاً وهما شيء واحد وذلك على الرغم من محاولات بعض الفقهاء الفصل بينهما إلا أن الرأي الراجح التوحيد بينهما⁷، وحتى يمكن أن تكون القوة القاهرة سبباً

¹ موقع صدی البلد، تاريخ الزيارة في 25/03/2020 42292392020/ <https://www.elbalad.news/>

² الموسوعة الفقهية ج1، ص96.

³ عليش، منح الجليل شرح مختصر خليل ج7 ص135، المكتبة الشاملة الحديثة.

⁴ الموسوعة الفقهية ج1، ص97.

⁵ الأنصاري، شرح البهجة الوردية، ج2، ص359، مكتبة عين الجامعة.

⁶ الهيثمي، تحفة المحتاج في شرح المنهاج، ج6، ص179.

⁷ الرملي، نهاية المحتاج إلى شرح المنهاج، ج5، ص302.

لإعفاء من المسؤولية فلا بد أن تكون غير متوقعة ولا ممكنة الدفع؛ لأنه لو كانت متوقعة ولم يؤخذ التوقع بالحسبان لكان هناك تقصير، وإن كان بإمكانه دفعها ولم يفعل فيعد أيضاً مقصراً.

أما عن تطبيقات الآفة السماوية والقوة القاهرة والحادث الفجائي فقد ذكرت المذكرة الإيضاحية مثلاً وهو أن سائق سيارة يفاجأ بطفل يقطع الشارع جرياً فيصيبه، ففي هذه الحالة يكون السائق غير مسئول لأن علاقة السببية منتفية¹، والملاحظ على هذا المثال أنه مأخوذ من مجموعة الأعمال التحضيرية للقانون المدني المصري²، وهو مثال غير واضح وكأن هناك عبارة ناقصة منه، ومن التطبيقات التي ذكرها الأستاذ السنهوري في مجال حوادث السيارات انفجار الآلة، أو انكسار العجلة، أو انزلاق سيارة في أرض لزجة، أو بهر بصر السائق نور خاطف³.

بعد هذا التحديد للحادث الفجائي والقوة القاهرة فما مدى جواز دفع المسؤولية من خلالهما في ظل أحكام المباشرة والتسبب بالرجوع إلى نص المادة 257 من القانون المدني الأردني نجد أن المباشر ضامن مطلقاً ولا شرط لزمانه والمتسبب لا يضمن إلا بالتعدي، فإذا صدر الفعل من المباشر وترتب عليه الضرر فهو ضامن بغض النظر عن الظروف التي صدر فيها الفعل بمعنى أنه لو كان يسوق سيارة وانفجر الإطار أو زلت السيارة فصدمت أحد الأشخاص فهو ضامن لأن الفعل وقع على سبيل المباشرة فلا يستطيع أن يدفع مسئوليته بحجة أنه لم يخطئ لأن الخطأ غير مشروط لزمانه فلا يسمع منه إثبات عكسه، وكذلك الحال بالنسبة للتسبب فإنه لا يضمن إلا بشرط التعدي فإن كان المتسبب متعدياً لا يسمع منه الاحتجاج بالقوة القاهرة كسائق الشاحنة الذي يضع أمتعته في الشاحنة ولا يقوم بربطها جيداً فهو متعد فلو وقعت هذه البضاعة بسبب توقف مفاجئ مثلاً وبسبب وجودها في الشارع صدمت بها سيارة فهو ضامن لأنه متعد.

إذا؛ وحسب أحكام القانون الأردني لا يمكن أن يؤخذ بالحادث الفجائي والقوة القاهرة كسبب لدفع المسؤولية على إطلاقها إذ لا بد أن تقيد بأن يكون الضرر من فعل القوة القاهرة ولا يكون هناك فعل للمباشر فيه أو أن يكون هناك تعد من المتسبب، كأن يحمل موج البحر أحد الأشخاص ويلقيه على آخر أو على أمتعته فيتلفها فلا ضمان عليه لأنه كان مجرد آلة بيد القوة القاهرة، ويدخل فيها من يحمل شخصاً ويلقيه

¹ نبيل إسماعيل عمر، المرجع السابق. ص 775.

² قانون المرافعات المصري، رقم 13، لسنة 1968.

³ محمد العشماوي، المرجع السابق، ص 736.

على آخر فلا ضمان على من ألقى لأنه مجرد له بيد الآخر¹. والمثال الذي ذكرته المذكرة الإيضاحية والتطبيقات التي ذكرها الأستاذ السنهوري لا يمكن أن تنطبق لأنها كلها حالات من قبيل المباشرة. فالمباشر ضامن فيها بغض النظر عن السبب الذي أدى إلى قيامه بالفعل طالما أن فعله هو الذي سبب الضرر طبعاً؛ إن لم يكن هذا السبب فعل شخص آخر أو فعل المتضرر فإننا ندخل حينئذ في تعدد الأسباب..

الخاتمة:

تبين من البحث المائل أنه يصح اعتبار الوباء من قبيل القوة القاهرة التي يستحيل معها تنفيذ العمل الإجرائي المطلوب القيام به في ميعاد محدد، كما يجوز اعتباره من قبيل الظروف الطارئة التي ترهق المخاطبين بالقيام بهذا الإجراء في الميعاد المنصوص عليه قانوناً، وإن معيار إدخال الوباء ضمن أحد النظريتين هو مدى جسامته، كما يبين من هذا البحث أن الوباء باعتباره سبباً اجنبياً، فإن أثره هو وقف سريان الميعاد الإجرائي، وليس إسقاط العمل ورفع التكليف عن المخاطب بإتمامه.

النتائج:

أولاً: جواز خضوع مفهوم الوباء لنظريتي القوة القاهرة والظروف الطارئة على حد سواء، تبعاً لمدى خطورته ومداه الزمني.

ثانياً: أن الفقه وتطبيقات القضاء اجازت وقف سريان مواعيد المرافعات عند توافر السبب الاجنبي في صورتيه المعروضتين بالبحث.

ثالثاً: أن الإجراءات الإحترازية المتخذة من قبل الحكومة المصرية والفلسطينية ترقى بالوباء المتفشي إلى درجة القوة القاهرة.

رابعاً: أن عدم الوقف الكامل لأعمال المحاكم والنيابات قد يؤدي إلى الانقصاص من الحق في سلامة جسم الإنسان والحق في الحياة بصورة مباشرة أو غير مباشرة.

التوصيات:

أولاً: سرعة إصدار تعديل تشريعي للمادة (92) من قانون المرافعات بإضافة فقرة اخيرة لمواجهة حالات السبب الاجنبي، على ان تكون الإضافة المقترحة "وفي حالات القوة القاهرة او الظروف الطارئة التي من شأنها وقف العمل في الجهات الحكومية، توقف كافة المواعيد القانونية بأنواعها، على أن يستأنف احتساب المواعيد والمدد من أول يوم عمل لاحق على انتهاء فترة الوقف"

¹ من هذا الرأي الزرقا، الفعل الضار، ص 99.

ثانياً: وكذلك وضع ذات النص في قانون اصول المحاكمات المدنية والتجارية الفلسطيني منعاً لإصدار تشريعات خاصه بالموضوع ذات العلاقة.

قائمة المصادر والمراجع:

أولاً: المصادر

1. القانون المدني المصري رقم 131 لسنة 1984 الصادر المرسوم بالتصديق عليه وإصداره في 16 يوليو، 1948 والمنشور في الجريدة الرسمية بتاريخ 29 يوليو 1948 على أن يعمل به ابتداء من 15 أكتوبر 1949

2. قانون 13 لسنة 1968 بإصدار قانون المرافعات المدنية والتجارية المصري

3. قانون أصول المحاكمات المدنية والتجارية رقم (2) لسنة 2001

ثانياً: المراجع

1. أحمد أبو الوفا . المرافعات المدنية والتجارية . منشأة المعارف . الأسكندرية . مصر . الطبعة الخامسة عشر ، 1990.

2. أحمد شوقي عبد الرحمن . النظرية العامة للإلتزام . المصادر الإرادية . كلية الحقوق . جامعة بنها . مصر . طبعة ، 2008.

3. الحبيب خليفة أجبودة . القوة القاهرة بين القانون المدني الليبي وعقود الفيديك . بحث منشور بالمجلة الجامعة . كلية الحقوق . جامعة طرابلس . العدد السادس عشر . المجلد الثاني . ليبيا . أبريل ، 2019.

4. خميس السيد إسماعيل . الأصول العامة والتطبيقية للعقود الإدارية والتعويضات . دار محمود . القاهرة . مصر . بدون سنة نشر .

5. سليمان الطماوي . الأسس العامة للعقود الإدارية . دراسة مقارنة . دار الفكر العربي . الطبعة الخامسة . عام ، 1991.

6. عبد الرزاق السنهوري . الوجيز في نظرية الإلتزام . منشأة المعارف . الأسكندرية . مصر ، 2004.

7. د. عبد الرزاق السنهوري . الوسيط في شرح القانون المدني . الجزء الثالث . منشورات الحلبي الحقوقية . بيروت . لبنان . طبعة 2004

8. عزت حنوره . سلطة القاضي في نقض وتعديل المعاملات . دار الطباعة الحديثة . القاهرة مصر ، 1994.

9. محمد أحمد عابدين ، محمد محمود المصري . الفسخ والتفسخ والانفساخ في ضوء الفقه والقضاء . منشأة المعارف . الإسكندرية . مصر . 1986.

10. محمد الشافعي أبو راس . العقود الإدارية . كلية الحقوق . جامعة بنها . مصر . بدون سنة نشر

11. محمد العشماوي . قواعد المرافعات في التشريع المصري والمقارن . الجزء الأول . مكتبة الآداب . القاهرة . مصر ، 1986.

12. محمد عزمي البكري . موسوعة الفقه والقضاء والتشريع في القانون المدني . المجلد الثاني . دار محمود للنشر . القاهرة . مصر . بدون سنة نشر

13. محمد كمال عبد العزيز . التقنين المدني في ضوء القضاء والفقه . بدون دار نشر . مصر ، 2003

14. نبيل إسماعيل عمر . أصول المرافعات المدنية والتجارية . منشأة المعارف . الإسكندرية . مصر . الطبعة الأولى، 1986

المواقع الإلكترونية:

1. موقع صدی البلد . تاريخ الزيارة في 52/3/5151 <https://www.elbalad.news/4229239>

2. موقع منظمة الصحة العالمية . تاريخ الزيارة في 52/3/5151 <http://www.emro.who.int/ar/health-topics/corona-virus/questions-andanswers.html>

3. موقع محكمة النقض المصرية . تاريخ الزيارة في 52/3/5151 https://www.cc.gov.eg/civil_judgments

حدود حرية الرأي والتعبير في ظل التطور التكنولوجي المعاصر

The limits of freedom of opinion and expression in light of contemporary technological development

د. سجاد سعيد حبيب الجادري _ العراق

دكتوراه قانون اداري، جامعة المنصورة، مصر

sajjaljadiri@gmail.com

DOI: <https://doi.org/10.70411/MJLS.1.1.20233>

ملخص:

تهدف دراسة موضوع حدود حرية الرأي والتعبير في ظل التطور التكنولوجي المعاصر إلى التعرف على سبل توظيف الدولة لسلطاتها الثلاث في تحقيق التوازن بين حرية الرأي والتعبير في ظل التطور التكنولوجي المعاصر، لما لهذا الموضوع من أهمية تتمثل في دور شبكات التواصل الاجتماعي في تمكين الأفراد من ممارسة حريتهم في التعبير عن آرائهم، خصوصاً بعد انتقال سلوك الأفراد بشكل ملحوظ من الواقع المادي إلى الواقع الافتراضي.

وتطرح الدراسة إشكالية تتمحور حول ما هي سبل تحقيق التوازن بين حرية الرأي والتعبير من قبل السلطة في الدولة في ظل التطور التكنولوجي؟ وللإجابة على الإشكالية تم الاعتماد على التقسيم الثنائي للدراسة إلى مبحثين، نُبين في المبحث الأول حرية الرأي والتعبير عبر شبكات التواصل الاجتماعي، ونُبين في المبحث الثاني مخاطر شبكات التواصل الاجتماعي على النظام العام، واختتمت الدراسة بخاتمة تضم العديد من النتائج أهمها: تساهم إساءة استخدام شبكات التواصل الاجتماعي في زعزعة الأمن والاستقرار عن طريق إشاعة الفوضى وزعزعة الطمأنينة وبث روح الكراهية بين مختلف طبقات المجتمع، وبعض التوصيات أهمها: تحقيقاً لحماية الحريات العامة وضمان ممارستها يتطلب وضع نص دستوري ينص على "كل تقييد لحرية أو حق أساسي تسوغه المصلحة العامة يجب أن يخضع لمراقبة القضاء".

الكلمات المفتاحية: حرية الرأي والتعبير، شبكات التواصل الاجتماعي، التطور التكنولوجي، الأمن، الاستقرار.

Abstract :

This study on the limits of freedom of opinion and expression in light of contemporary technological development aims to identify the ways the state and its three authorities are employed in achieving a balanced between freedom of opinion and expression in light of contemporary technological development as the importance of this topic is rapidly increasing and affecting the role of social networks in enabling individuals to exercise their freedom to express their opinions ,especially after the behavior of individuals has shifted significantly from physical reality to virtual reality.

The study poses a problem concerning the ways to achieve a balanced between freedom of opinion and expression by the authority of the state while taking into consideration the technological development. To answer such question, the study was divided into two sections. The first section tackles the freedom of opinion and expression through social networks, while the second reveals the dangers of social networks on public order. The study concludes with many results, the most important of which are : The misuse of social networks contributes to destabilizing security and stability by spreading chaos ,destabilizing tranquility and spreading a spirit of hatred among the various classes of society. Among the most important recommendations

: In order to protect public freedoms and ensure their exercise, a constitutional text is required to stipulate that "Any restriction of freedom or fundamental right justified by the public interest must be subject to judicial control".

Keywords : freedom of opinion and expression, social networks, technological development, security, stability.

المقدمة

أدت التطورات المعاصرة والتطور العلمي والتكنولوجي، ولا سيما في مجال المعلوماتية إلى ظهور وسائل حديثة لإيصال المعلومات ونقلها، ومنها شبكة الإنترنت، لذا فقد أدت هذه الوسيلة الأخيرة إلى إحداث تغييرات ملحوظة في حياة الأفراد، بحيث أصبحت ضرورة لا يمكن الاستغناء عنها في كثير من الأحيان، وأصبح بمقدورهم التعبير عن آرائهم ومعرفة آراء الآخرين بسهولة من خلال هذه الوسيلة، وبالتالي فقد تطورت أنواع وأشكال الحقوق التي يستطيع الإنسان أن يمارسها ويتمتع بها بدءاً من حقه في الحياة والحرية وغيرها من الحقوق، إلى الحق في الخصوصية والمعرفة وتداول المعلومات وحرية التعبير عن الرأي.

وقد جاء هذا التطور في أنواع الحقوق التي يستطيع الإنسان أن يمارسها ويتمتع بها نتيجة ما شهده العالم من تطورات في العديد من المجالات، ومن أهمها التطور في جميع المعلومات وتخزينها وتداولها واستخدامها في جميع مظاهر الحياة، حتى أصبحت العمود الفقري لتطور وتقدم الأمم في ظل ثورة المعلومات، ولم يقف الأمر عند هذا الحد، بل إن التطور التكنولوجي المستمر، والتطور في مجالات تكنولوجيا المعلومات بجميع مفرداتها، وتقدم نظم الحوسبة والتقنيات الرقمية وتزاوجها واندماجها مع ثورة تقنيات الاتصالات وشبكاتها، أدى إلى التطور في تداول المعلومات الرقمية وسهولتها وسرعتها دون التقيد بمكان أو زمان، متخطية جميع العوائق والحواجز التي قد تضعها الدول أو الحكومات للسيطرة عليها.

وأضحى للإنسان حقوق معلوماتية وأخرى رقمية أفرزتها تلك التطورات في مجال المعلومات والتقنيات الرقمية، حقوق يسعى الإنسان للمناداة بها والمحافظة عليها، ويحارب من أجل إطلاقها وعدم تقييدها، هذه الثورة الرقمية المتفجرة والاستخدام المتنامي لشبكة الإنترنت، وما أرسته من وسائل ونظم للمعرفة وتداول المعلومات وتحقيق مفهوم حرية المعلومات، وما منحته للبشرية من خصائص وميزات، جعلت البعض يصنفها كأحد أعظم اختراعات البشرية، وبات على الدول أن توفر البيئة الملائمة لممارسة الإنسان لحقوقه الرقمية الناجمة عن تعامله مع شبكة الإنترنت، وبالرغم من كل هذه الإيجابيات إلا أنها ليست وحدها ما قدمته شبكة الإنترنت، بل رافقتها ظواهر سلبية متعددة أدت إلى الاعتداء على حريات الآخرين وحقوقهم كالحق في الخصوصية وغيرها من الحقوق، كما تمثلت هذه الظواهر السلبية في بث مواد تهدد أمن الدول وسلامتها، أو تخالف الأخلاق والآداب العامة والتشريعات الوطنية إجمالاً.

أهمية البحث

تكمن أهمية الدراسة في بيان دور شبكات التواصل الاجتماعي في تمكين الأفراد من ممارسة حريتهم في التعبير عن آرائهم، خصوصاً بعد انتقال سلوك الأفراد بشكل ملحوظ من الواقع المادي إلى الواقع الافتراضي، ويُعد ذلك نتيجة طبيعية لما نشهده في الوقت الراهن من ثورة معلوماتية هائلة عكست نتائجها على جميع مفاصل الحياة، هذا من جانب، ومن جانب آخر تُبين هذه الدراسة أهمية ضبط سلوك الأفراد داخل الواقع الافتراضي وشبكات التواصل الاجتماعي ضمن نطاق الضوابط القانونية لممارسة حرية الرأي والتعبير، حفاظاً على النظام العام بما يشتمله من عناصر.

إشكالية البحث

تكمن إشكالية الدراسة في كيفية توظيف الدولة لسلطاتها في تحقيق التوازن بين حرية الرأي والتعبير، والحفاظ على النظام العام، في ظل التطور التكنولوجي المعاصر، حيث إن أهم ما يتميز به استخدام وسائل الإعلام الرقمية، خاصة شبكات التواصل الاجتماعي، هو سرعة وسهولة استخدامها سواء في إرسال المعلومات أو تلقيها، وكذلك قلة تكاليف استخدامها، وإن عدم الاستخدام السليم لشبكات التواصل الاجتماعي سيؤدي حتماً إلى الإضرار بالحقوق والحريات الفردية ولا سيما الحريات الشخصية، فضلاً عن الإخلال بالنظام العام.

تقسيم البحث

بناءً على ما تقدم سوف نقسم هذه الدراسة إلى مبحثين، نُبين في الأول حرية الرأي والتعبير عبر شبكات التواصل الاجتماعي، ونُبين في الثاني مخاطر شبكات التواصل الاجتماعي على النظام العام، وذلك وفق الآتي:

المبحث الأول: حرية الرأي والتعبير عبر شبكات التواصل الاجتماعي.

المبحث الثاني: مخاطر شبكات التواصل الاجتماعي على النظام العام.

المبحث الأول:

حرية الرأي والتعبير عبر شبكات التواصل الاجتماعي

تعد شبكة الإنترنت في الوقت الراهن الوسيلة الأقوى والأكثر استخداماً للتعبير عن الرأي وممارسة الفرد لحقوقه وحياته؛ نظراً لاتساع حدود تلك الشبكة وعدم مركزيتها وبعدها عن سيطرة الحكومات إلى حد ما، هذه العالمية والانتشار التي تتميز بها شبكة الإنترنت، استطاعت أن تمكن كل مشترك أو مستخدم متصل بالإنترنت من الوصول لأي موقع إلكتروني ليذلي برأيه ويعبر عن أفكاره كما يشاء، بل يمكن أن ينشئ موقعاً أو منتديات أو صفحات للتداول وتبادل الأفكار والآراء في جميع المجالات، وبالتالي أصبحت شبكة الإنترنت الوسيلة أو النافذة أو الواسطة الإعلامية الأكثر حرية وانتشاراً وتفاعلية.

وقد أكدت القمة العالمية لمجتمع المعلومات المنعقدة في جنيف سنة ٢٠٠٣، على ذلك، حيث أكدت القمة في المبادئ على إعلان عالمية كل حقوق الإنسان والحريات الأساسية وعدم قابليتها للتجزئة (الفقرة الثالثة)، ونصت في الفقرة الرابعة من المبادئ على أن: "نؤكد من جديد كأساس جوهري لمجتمع المعلومات، أن لكل فرد الحق في حرية الرأي والتعبير كما ورد في المادة ١٩ من الإعلان العالمي لحقوق الإنسان، وأن هذا الحق يشمل حرية اعتناق الآراء دون أي تدخل، واستقاء المعلومات والأفكار وتلقيها وإذاعتها بأي وسيلة كانت دون تقيد بالحدود الجغرافية..."، كما ورد في الفقرة الخامسة: "ونؤكد من جديد كذلك التزامنا بأحكام المادة ٢٩ من الإعلان العالمي لحقوق الإنسان والذي ينص على أن على كل فرد واجبات نحو المجتمع الذي يتاح فيه وحده نمو شخصيته نمواً حراً كاملاً، وأن الفرد لا يخضع في ممارسة حقوقه وحياته لأي قيود إلا ما يقرره القانون لضمان الاعتراف بحقوق الغير وحياته، ولتحقيق المقتضيات العادلة للنظام العام والمصلحة العامة والأخلاق في مجتمع ديمقراطي، ويجب ألا تمارس هذه الحقوق والحريات البتة بما يخالف مقاصد ومبادئ الأمم المتحدة".

والحقيقة أن القوة التي منحها الإنترنت لحق إبداء الرأي والتعبير، لم تستخدم فقط في ممارسة هذا الحق في النطاق والحدود التي نظمها ونصت عليها المواثيق الدولية، بل تخطت ذلك إلى الجوانب السلبية التي تتعدى فيها نطاق حرية الرأي والتعبير، سواء تم ذلك دون قصد أو بجهل من ارتكبتها، بالقوانين واللوائح، أو تم ذلك بقصد ونية مؤكدة، ليصبح الإنترنت ممراً آمناً لنشر المواد المخالفة للقانون والمسيئة والمتشددة والتي تخالف النظام العام والعقيدة داخل المجتمعات، وكذلك تتعدى على حقوق الغير، ومنها حقوق الملكية الفكرية والخصوصية وغيرها من الجرائم التي تقع عبر شبكة الإنترنت.

وبين ما يدخل ضمن حدود حرية الرأي والتعبير وبين ما يخرج عنها، أصبحت شبكة الإنترنت نقطة جدل بين المنادين بإطلاق حرية الرأي والتعبير، وبين ما يرون في مصالح الدولة وسلامتها وأمنها وأمن المجتمع ما يوجب تشديد القيود على نطاق وحدود حرية الرأي والتعبير على شبكة الإنترنت، لما تتميز به من خصائص تجعل من الصعوبة احتواء أو تقييد أو توجيه ما يبث من خلالها، الأمر الذي قد يؤدي أحيانا إلى تشويه صورة الدولة في المجتمع الدولي أو استخدامه من قبل جهات خارجية لضرب الاستقرار ونشر الأخبار الكاذبة وتصعيد الفتن والتحريض عليها، والحقيقة أن هذا الأمر هو أخطر ما في الموضوع، فقبل ظهور الإنترنت كانت الحكومات والدول تستطيع أن تتحكم في مجريات الأمور إذا ما حصل شيء يخل بالأمن العام والنظام العام ككل، أما اليوم ومع التطور التكنولوجي المعاصر يصعب على الحكومات السيطرة على ما يجري ويبث من خلال شبكة الإنترنت، وبالتالي عدم قدرتها على تحجيم أو تقييد حرية الرأي والتعبير، لذا تتخذ الحكومات عدداً من الإجراءات القانونية كوسيلة للرقابة على حدود حرية الرأي والتعبير، فيما إذا تم تجاوز هذه الحدود ومخالفة القانون، وتم الإضرار بالنظام العام وتهديد كيانها، ومع تطور التكنولوجيا توجهت تلك الدول إلى استخدام وسائل تقنية فعالة للرقابة على حرية الرأي والتعبير، ومن هذه الوسائل، حجب المواقع الإلكترونية وتعطيلها.

أما الوسائل التي يلجأ إليها المستخدم في فضاء شبكة الإنترنت فهي كثيرة، ولكن في الوقت الراهن فإن أكثر ما يجذب اهتمام المستخدم لتدوين ما يجول في خاطره ويعبر عن رأيه، هو ما يطلق عليه شبكات التواصل الاجتماعي، لسهولة استخدام هذه الشبكات وذيوعها وعالميتها وسهولة الوصول إليها، ولأهمية هذا الموضوع وما يثيره من مشاكل، وجب علينا بيان مفهوم هذه الشبكات، وما تتميز به من خصائص، وذلك وفق الآتي:

المطلب الأول: مفهوم شبكات التواصل الاجتماعي.

المطلب الثاني: خصائص شبكات التواصل الاجتماعي.

المطلب الأول:

مفهوم شبكات التواصل الاجتماعي

الفرع الأول:

التعريف الاصطلاحي لشبكات التواصل الاجتماعي

اختلفت التعريفات التي تطرقت إلى مفهوم شبكات التواصل الاجتماعي، نظرا لاختلاف آراء وزوايا دراستها وتعدد وسائلها، فعرفها البعض بإنها، مجموعة من المواقع على شبكة الإنترنت ظهرت مع الجيل الثاني للويب، حيث تتيح التواصل بين الأفراد في بنية مجتمع افتراضي يجمع بين أفرادها اهتمام مشترك أو شبه انتماء، (بلد، مدرسة، شركة...)، يتم التواصل بينهم من خلال الرسائل أو الاطلاع على الملفات الشخصية ومعرفة أخبارهم ومعلوماتهم التي يتيحونها للعرض، وهي وسيلة فعالة للتواصل بين الأفراد سواء كانوا أصدقاء نعرفهم في الواقع أو من خلال السياقات الافتراضية.¹

فوسائل التواصل الاجتماعي عبارة عن منظومة من الشبكات والمواقع الإلكترونية التي تسمح للمستخدم فيها بإنشاء موقع خاص به، ومن ثم ربطه من خلال اجتماع إلكتروني مع أعضاء آخرين لديهم الاهتمامات والميول والهوايات نفسها، أو جمعه مع أصدقائه، ومن ثم للفرد إنشاء رسائل إلكترونية ونشرها بين أعضاء الموقع والمواقع المشتركة بحرية تامة.²

واهتم عدد من الباحثين الإعلاميين بدراسة هذه الشبكات باعتبارها وسائل إعلامية أو كما تم تسميتها بالإعلام الاجتماعي على أنها عبارة عن "محتوى إعلامي يتميز بالطابع الشخصي، يتناقل بين مرسل ومستقبل عبر شبكة اجتماعية"³

¹ وردة بن عمر، تأثير شبكات التواصل الاجتماعي على الحراك السياسي في الدول العربية، رسالة ماجستير في علوم الاعلام والاتصال، كلية العلوم الاجتماعية والإنسانية والعلوم الإسلامية، جامعة الحاج لخضر باتنة، سنة ٢٠١٤، ص ٥١.

² موسى بن أحمد موسى الشهري، تطوير التعاون بين الإدارة المدرسية والمؤسسات الأمنية في مجال التوعية الأمنية لطلاب المرحلة الثانوية، رسالة ماجستير، جامعة الملك خالد، سنة ٢٠٠٨، ص ١٢.

³ عبد الباسط هويدي، فرحات حاج بلقاسم، شبكات التواصل الاجتماعي وأثرها على الممارسة الإعلامية التقليدية في تغطية الحراك الاجتماعي في الجزائر، مجلة العلوم والمجتمع، المجلد ٣، العدد ٢، ديسمبر، ٢٠١٩، ص ٣٥.

وتعرف أيضا، بأنها طرق جديدة للاتصال في بيئة رقمية تسمح للمجموعات الصغيرة بإمكانية التجمع والالتقاء على الإنترنت وتبادل المنافع والمعلومات، وهي بيئة تسمح للأفراد والمجموعات بإسماع صوتهم وصوت مجتمعاتهم إلى العالم.¹

ويرى الباحث، من خلال التعريفات السابقة صعوبة ضبط مفهوم شبكات التواصل الاجتماعي لاختلاف الرؤى بين الباحثين من الناحيتين الاجتماعية والسياسية، ومن ناحية تنوع الوظائف، وذلك بسبب التطور التكنولوجي والتحديث المستمر للوسائط والخدمات المقدمة حتى ظهرت مواقع مثل الفيسبوك وتويتر ويوتيوب وغيرها، ما أدى هذا التطور إلى قلب المفاهيم ذات الصلة المباشرة بالمجتمع.

الفرع الثاني:

التعريف الفقهي لشبكات التواصل الاجتماعي

هنالك العديد من الاجتهادات الفقهية التي تناولت تعريف شبكات التواصل الاجتماعي، فقسم بعضهم تعريفها إلى مقاربتين، هيكلية، ووظيفية، ومن مقارنة هيكلية، اعتبرت شبكات التواصل الاجتماعي: خدمة ويب تعمل كالشبكات الاجتماعية التقليدية، وتكون بديلة عنها أحيانا، لهذا لغرض تتيح للمستخدم إمكانية إنشاء ملف شخصي يتضمن معلومات شخصية كالسن، والهوايات والآراء الدينية والسياسية، وبعد أن ينشئ المستخدم ملفه الشخصي، يكون قادراً على التواصل مع أشخاص لديهم أيضا ملفات شخصية على شبكة التواصل الاجتماعي نفسها.²

ومن المقاربة نفسها، تمت محاولة تعريف شبكات التواصل الاجتماعي، بالاقتراب من مفهومها في المجتمع التقليدي، فاعتبرت: بنية اجتماعية كونها أشخاص، كالأصدقاء أو العائلة، يتقاسمون البيئة الافتراضية نفسها والتكنولوجيا نفسها، مشكلين مجموعة محددة تجمعهم ضوابط تنظيمية ومصالح مشتركة، سواء كانت لغوية أو دينية أو اقتصادية، وأهداف وقيم، ولكن ليس بالضرورة يجمعهم موقع جغرافي معين.³ أما من المقاربة الوظيفية، فتم تعريف شبكات التواصل الاجتماعي، بأنها: منصات لتبادل الوسائط الإعلامية، مثل الأخبار، العلاقات، أو أي محتوى من أي نوع ما بين المستخدمين ومعارفهم.⁴

¹ لامية طالة، أثر شبكات التواصل الاجتماعي على تطوير حرية التعبير عن الرأي في الجزائر، رسالة دكتوراه، جامعة الجزائر، قسم علوم الإعلام والاتصال، سنة ٢٠١٥، ص ١٦٨.

² Panagiotis symeonidis, dimitrios ntempos, yannis manolopoulos, recommender systems for location-based social networks, springer, new York, 2014, p. 21.

³ Athina A. lazakidou ed, virtual communities, social networks and collaboration springer, new York, 2012, p.148.

⁴ Nagehan ilhan, sule gundus-oguducu, and A, sima etaner-uyar, social networks analysis and case studies, springer, usa, 2013, p. 10.

أو باعتبارها: مواقع مخصصة أو تطبيقات أخرى تسمح للمستخدمين أن يتواصلوا فيما بينهم من خلال إرسال المعلومات، والتعليقات، والرسائل، الصور ... الخ.¹

فيما قدم البعض الآخر تعريفاً شاملاً، يتضمن البعدين الهيكلي والوظيفي، لشبكات التواصل الاجتماعي، حيث اعتبرت شبكات التواصل الاجتماعي: عبارة عن خدمة على الإنترنت، تتيح للأفراد، إنشاء ملف شخصي عام أو شبه عام من خلال نظام محدد تقدمه الخدمة، وإنشاء قائمة من المستخدمين الآخرين الذين يتواصل معهم من خلال الخدمة، والاطلاع وتصفح قائمة التواصل الخاصة بمن يتواصل معهم، بالإضافة للقوائم المنشأة من طرف الآخرين من خلال الخدمة.²

ويؤيد الباحث التعريف الأخير، لدقته وشموله، ويظهر شموله من خلال تغطية البعدين الهيكلي والوظيفي لشبكات التواصل الاجتماعي، التي تقوم على وجود رقمي للشخص من خلال إنشاء ملف شخصي من جهة، ودخوله مع الأشخاص الآخرين في علاقات تتيح تفاعلاً اجتماعياً، من جهة أخرى.

المطلب الثاني:

خصائص شبكات التواصل الاجتماعي

الفرع الأول:

فعالية الاتصال الجماهيري

تقليدياً تميز الاتصال الجماهيري باتجاهه الأحادي، أي اعتماده في نقل الرسالة من مصدرها إلى الجمهور على أدوات غير تفاعلية غالباً، كالمطبوعات والإذاعة والتلفزيون، إلا أن تطور التكنولوجيا والإعلام قادتنا نحو ترتيب جديد يزيد من فعالية المنظومة الاتصالية، حيث تحولت عملية الاتصال التقليدية إلى عملية اتصال تفاعلي من خلال سمة التفاعلية التي استحدثتها تكنولوجيا الإنترنت الحديثة، فأصبح هنالك تأثير متبادل بين أطراف العملية الاتصالية، كما ساهم تطور التكنولوجيا في توفير تقنيات تعزز الرسالة الاتصالية من حيث المحتوى، من خلال إدخال الوسائط المتعددة، في وسائل الاتصال الجماهيري، مثل الصور والفيديوهات والسمعيات.³

¹ Jamal sanad al-suwaidi, from tribe to facebook : the transformational role of social network, 1.st ed., emirates center for strategic studies and research, abu Dhabi, 2013, p.20.

² Danah m.Boyd, Nicole B. Ellison, social network sites: definition, history, and scholarship, journal of computer-mediated communication, 2007, p. 211.

³ بالخير محمد ايت عودية، الضبط الإداري للشبكات الاجتماعية الالكترونية، رسالة دكتوراه مقدمة إلى كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة باتنة الحاج لخضر، الجزائر، سنة 2019، ص ٣٢.

فتتميز عن وسائل الإعلام التقليدية بإتاحة فرصة المصادقة في اتجاهين، أي المشاركة والتفاعل مع المحتوى المعروف¹، فالفرق في شبكات التواصل الاجتماعي، بالإضافة لكونه مستقبل وقارئ، فهو أيضا كاتب ومرسل ومشارك، وبذلك تكون قد ضعفت السلبية المقيمة في الإعلام التقليدي²، كما تعمل وسائل التواصل الاجتماعي على تشجيع المساهمات وردود الفعل من الأشخاص المهتمين بالمحتوى المعروف، حيث قضت على الحاجز الموجود بين وسائل الإعلام والجمهور المتلقي³.

وتتمتع وسائل التواصل الاجتماعي بتفاعلية كبيرة، فإلى جانب إمكانية الاتصال الفردي، توفر هذه الشبكات إمكانية عالية للتواصل المفتوح والمجاني مع عدد هائل من الأشخاص، سواء أكانوا أعضاء في منصة التواصل نفسها للمستخدم أم لم يكونوا، كما يمكن للمستخدم استعمال طائفة واسعة من أدوات الاتصال البصرية، (السمعية، أو السمعية- بصرية)، سواء بشكل مباشر وأني، أو من خلال الاطلاع عليها متى رغب في ذلك، وبفضل هذه التقنية أصبح اليوم المحتوى الذي يقدمه المستخدم، يتمتع، أو يكاد يتمتع، بالموصفات التقنية نفسها لإنتاج المهنيين، كما يمكنه عرض وتوزيع هذا المحتوى على الشبكة، بالمستوى نفسه الموجود لدى وسائل الإعلام، وديناميكية التواصل التي أحدثتها منصات التواصل الاجتماعي، مثل YouTube, Flick, Facebook.....، تؤسس بنحو متزايد لمنهج اتصال جماهيري يشتغل فيه الأفراد بشكل مماثل تقريبا للمؤسسات الإعلامية التقليدية⁴.

ونظراً للدور الذي تشكله شبكات التواصل الاجتماعي في تحقيق إعلام جماهيري فعال، حازت هذه الشبكات مكانة أساسية ضمن استراتيجيات الترويج في عدة مجالات، وسياسياً تشكل شبكات التواصل الاجتماعي، منصة سياسية للمؤسسات والأحزاب السياسية، للترويج لبرامجها وأفكارها، كما تعد أداة مؤثرة في الحملات الانتخابية سواء لتعبئة الهيئة الناخبة، أو للترويج للمرشحين⁵.

¹ عبد الباسط هويدي، فرحات حاج بلقاسم، مرجع سابق، ص ٣٦.

² جمعة قادر صالح، سلطة الضبط الإداري إزاء وسائل التواصل الاجتماعي، مجلة جامعة تكريت للعلوم القانونية، السنة ٧، العدد ٢٧، أيلول ٢٠١٥، ص ٣٤٤.

³ عبد الباسط هويدي، فرحات حاج بلقاسم، مرجع سابق، ص ٣٦.

⁴ Mike friedrichsen, wolfgang muhl-benninghaus (eds), handbook of social media management: value chain and business models in changing media markets, springer-verlag berlin Heidelberg, 2013, p. 638.

⁵ Stefan Stieglitz, linh dang-xuan, social media and political communication: a social media analytics framework, social network analysis and mining, 2013, p. 1277-1278.

كما يمكن لشبكات التواصل الاجتماعي، أن تلعب دوراً بارزاً في المجال التجاري، لا سيما من خلال إقامة تواصل مستمر بين المنتج والمستهلك، أو من خلال الترويج للمنتجات.¹

ويرى الباحث، أنه بالرغم من الاستفادة الكبيرة من الخدمات التي تقدمها تفاعلية شبكات التواصل الاجتماعي، إلا أنه يمكن استخدامها بشكل سلبي، إذا ما تم استغلالها لنشر مواد مخالفة للقانون والترويج للشائعات التي من شأنها الإخلال بالنظام العام، والأمن القومي للدولة، أو استغلالها من قبل أطراف خارجية تسعى للإضرار بأمن دولة ما.

الفرع الثاني:

عالمية شبكات التواصل الاجتماعي

تتميز شبكات التواصل الاجتماعي بالعالمية وتجاوزها الحدود الجغرافية، حيث تلغى الحواجز الجغرافية والمكانية، وتتخطى فيها الحدود الدولية، حيث يستطيع الفرد في الشرق التواصل مع الفرد في الغرب، بكل بساطة وسهولة.²

ويشكل العامل الجغرافي في المجتمعات التقليدية، عنصراً أساسياً في تكوين شبكات التواصل الاجتماعي من خلال المساهمة في إقامة تواصل وتفاعل ثابت بين عناصر المجموعات.³

كما تلعب أبعاد العامل الجغرافي دوراً مؤثراً في تحديد قوة الروابط بين عناصر شبكة التواصل الاجتماعي، فالعلاقات الأولية التي تتميز بالقوة والتماسك والتعاون إنما تقوم على فضاءات جغرافية صغيرة نسبياً، كالأُسرة والجيرة، القرية....، في حين يلاحظ أن العلاقات الثانوية، التي تتسم بضعف العلاقات الشخصية المباشرة وسيادة العلاقات الرسمية والتعاقدية، إنما تتشكل على فضاءات جغرافية واسعة نسبياً، كالدولة، الشركات والمؤسسات الكبرى أو المجتمع الدولي.⁴

وإذا كان العامل الجغرافي يقيد تطور العلاقات الاجتماعية بقيود، كالوقت وتكاليف النقل، فإن الفضاء الافتراضي يتسم بانعدام المسافات المادية، والمسافات فيه ذات طبيعة اجتماعية، ومنطقية وثقافية، كما أن

¹ Hokyin lai, hiufung cheng, and hiuping fong, social network advertising: an investigation of its impact on consumer behaviour, in: I.s.l. wang et al. (eds.): misnc 2014, ccis 473, p. 2.

² جمعة قادر صالح، مرجع سابق، ص ٣٤٤.

³ V.I. blanutsa, geographical investigation of the network world : basic principles and promising directions, geography and natural resources, 2012, vol. 33, no. 1, p. 3.

⁴ بلخير محمد آيت عودية، مرجع سابق، ص ٣٠.

الفضاء الافتراضي يسمح لشبكات التواصل الاجتماعي، أن تتخطى كل الحواجز الجغرافية والمكانية التي من شأنها أن تعرقل استمرارية ونمو شبكات التواصل الاجتماعي.¹

وبفعل استغلال تكنولوجيا الإعلام والاتصال في شبكات التواصل الاجتماعي، قد تفقد المسافات الجغرافية جانباً كبيراً من أثرها، حيث إن هذه التكنولوجيا تسمح للأفراد بالتفاعل فيما بينهم بغض النظر عن المكان الذي يوجدون فيه وبتكاليف أقل بكثير مما يتطلبه التنقل المادي.²

ومن خلال هذه الخاصية، يمكن لشبكات التواصل الاجتماعي، أن تساهم في تماسك المجتمع التقليدي من خلال ضمان استمرار العلاقات والتضامن بين الأفراد بالرغم من إمكانية التباعد المكاني، ويعتبر البعض أن شبكات الحاسوب هي شبكات تواصل اجتماعي بطبيعتها، وهي عبارة عن مؤسسات اجتماعية لا ينبغي أن تدرس بشكل مستقل، وإنما كمكون للحياة اليومية، كما أن انتشار شبكات الحاسوب سهل التضامن بين المجموعات في العمل وفي المجتمع وهو ما انعكس إيجاباً على الشبكات الاجتماعية بشكل عام.³

والمشكلة التي تنثيرها خاصية تجاوز الحواجز الجغرافية لشبكات التواصل الاجتماعي، أن من شأنها أن تكسب هذه الشبكات طابعاً يتجاوز فكرة الدولة الوطنية، حيث يقارن Pierre bellanger، بين الدولة وشبكة الإنترنت التي تعد الوسط الحيوي لشبكات التواصل الاجتماعي، بالقول: إن الدول تشكل أماكن، أما شبكة الإنترنت فهي عبارة عن رابط، السيادة تقوم في فضاء مادي محدد، أما شبكة الإنترنت فهي بُعد يربط جميع الأقاليم دون أن تكون الشبكة أحد هذه الأقاليم، الدول هي كثيرة ومتنوعة، أما شبكة الإنترنت فهي واحدة وعالمية، الدول تميز بين الشعوب، أما شبكة الإنترنت تجمع الإنسانية، كما أن شبكة الإنترنت تفرض حريتها العالمية على فيسفااء سيادة الدول".⁴

¹ Pierre musso, le web : nouveau territoire et vieux concepts, annales des mines-réalités industrielles 2010/4, Novembre 2010, p. 75.

² Y. volkovich, S. scellato, D. laniado, C. mascolo, and A. Kaltenbrunner, the length of bridge ties: structural and geographic properties of online social interactions, in: proceedngs of the sixth international AAAI conference on weblogs and social media, 2012, 346.

³ Barry wellman, computer networks as social networks, science, new series, vol. 293, no. 5537, sep 2001, American association for the advancement of science, p. 2031.

⁴ Bellanger pierre, de la souveraineté numérique le débat, 2012/3 no 170, p. 152.

الفرع الثالث:

إمكانية إخفاء الهوية الحقيقية للمستخدم

الهوية في العلاقات الاجتماعية هي مؤشرات وعلامات تحدد ماهية الشخص وموضعه بين أفراد آخرين يشاركونه الخصائص نفسها.¹

ومن الناحية القانونية، تُعرف الهوية، كمجموعة خصائص ذاتية للشخص باعتبارها عناصر تمييز للمخاطبين بأحكام القانون.²

ومفهوم الهوية مرتبط بصفة وطيدة بفكرة الاختلاف، سواء كان اختلاف مصطنع مثل الاسم أو الرقم، أو اختلاف طبيعي مثل لون العينين أو الطول ...، أو اختلاف اجتماعي مثل الحالة المدنية أو العنوان، طالما يترتب على اندماج الشخص في المجتمع، الاعتراف له بحقوق وواجبات فردية ومسؤوليات شخصية، فإن تمييز هذا الشخص عن باقي نظرائه في المجتمع يشكل حتمية قانونية.³

في المجتمع الافتراضي، اكتسبت الهوية أهمية بالغة منذ أن أصبح للمستخدم دوراً فاعلاً بفضل التكنولوجيا التي قدمتها شبكة الإنترنت، والتي مكنته من مباشرة عدة عمليات، كالتجارة والتعلم والعمل والبريد والتعاملات المصرفية ...، ناهيك عن الاستخدام السلبي كالحروب والإجرام ...، غير أن الملاحظ أن المستخدمين أثناء مباشرة العديد من هذه التصرفات، يظهرون بهويات لا تتطابق في الغالب مع هويتهم الحقيقية، فيمكن مثلاً من أجل القيام بعملية شراء سلعة معينة، إدخال بيانات لا يشترط فيها التطابق مع البيانات الحقيقية للمستخدم، وأغلب شبكات التواصل الاجتماعي، تقرر من أجل الانضمام إليها إنشاء ملف شخصي يتضمن العديد من البيانات التي تساهم في تشكيل هويته كالاسم الكامل، العنوان، الجنس، الجنسية، المهنة، الصورة، لكن يتم ذلك دون اشتراط أن تكون تلك البيانات متطابقة مع الهوية الحقيقية.⁴

والملاحظ أن إمكانية إخفاء الهوية للمستخدم في شبكات التواصل الاجتماعي، يكرس في الوقت الراهن، على أنه حق للمستخدم، فبتاريخ ٢٠٠٨/٨/١٤، أصدرت مجموعة العمل الدولية لحماية المعطيات الشخصية

¹ انتوني غدنز، علم الاجتماع، ترجمة وتقديم، فايز الصباغ، ط٤، المنظمة العربية للترجمة، بيروت، دون سنة نشر، ص ٩٠.

² Géraldine aidan, émili debaets, l'identité juridique de la personee humaine, L'harmattan, paris, 2013, p : 16

³ François terré, dominique fenouillet, droit civil, les personnes, dallos, paris, 2012, p : 188

⁴ بلخير محمد ايت عودية، مرجع سابق، ص ٢٩.

في الاتصالات، جملة من التوجيهات تضمنت دعوة الدول لإقرار الحق في إخفاء هوية المستخدم في شبكات التواصل الاجتماعي.¹

معرفة ذلك بأنه: حق التصرف على خدمة شبكات التواصل الاجتماعي، تحت اسم مستعار دون الكشف عن الهوية الحقيقية للمستخدمين الآخرين.²

وبتاريخ ٢٠١٥/٥/٢٢، قام المقرر الخاص للأمم المتحدة لترقية وحماية الحق في حرية الرأي والتعبير، بعرض تقريره حول استخدام التشفير والإخفاء في الاتصالات الرقمية أمام مجلس حقوق الإنسان للأمم المتحدة، ومما جاء في التقرير أنه، لا ينبغي على الدول أن تقيد إمكانية التشفير وإخفاء الهوية، التي تسهل وتمكن غالبا من حرية الرأي والتعبير.³

ويرى الباحث، أن إمكانية إخفاء الهوية في شبكات التواصل الاجتماعي، في حقيقة الأمر يعترئها العديد من المشكلات، لما ينتج عن ذلك من تجاوزات ومخالفات يمكن أن يرتكبها المستخدم. هذا الأمر دفع ببعض الدول على غرار الصين وروسيا والفلبيين، أن تلزم مستخدمي الإنترنت بالتصريح عن أسمائهم، الحقيقية عند ممارسة نشاطهم على شبكة الإنترنت، كالتسجيل في شبكات التواصل الاجتماعي، أو عند التعليقات وكتابة المدونات.⁴

المبحث الثاني:

مخاطر شبكات التواصل الاجتماعي على النظام العام

بالرغم من الأهمية والفوائد الكبيرة لشبكات التواصل الاجتماعي سواء في نشر الوعي الثقافي أو السياسي، أو انعكاس أهميتها على الترويج التجاري وغيرها من الفوائد العائدة من استخدام وسائل التواصل الاجتماعي بالشكل الصحيح والمثمر، إلا أنه بالإضافة لكل هذه السمات يوجد أيضا بعض السلبيات الناتجة عن استخدامها، ومخاطر تهدد النظام العام إذا ما استخدمت هذه الوسائل في غير موضوعها أو بشكل خاطئ، أو تم استغلالها لترويج أفكار هدامة من خلال التحريض على الإرهاب أو الأفعال الجرمية بشكل عام، أو الترويج للشائعات الماسة بالأمن العام أو نشر المواد المخلة بالآداب العامة وغيرها من المخالفات

¹ Report and guidance on privacy in social network services "rome memorandum," rome Italy, 3-4/03/2008 p : 4.

² Ibid., p : 10.

³ David kaye, report of the special rapporteur on the promotion and protection of the right to freedom of opinion and expression, human council: twenty-ninth session, 22 may 2015, a/hrc/29/32, p: 20.

⁴ Jason A. martin, Anthony L. fargo, anonymity as a legal Right : where and why it matters, north Carolina journal of law & technology, volume 16, issue 2: January 2015, p: 315.

والأفعال الجرمية التي ترتكب من خلال وسائل التواصل الاجتماعي، حيث أصبحت هذه الوسائل تشكل تهديداً حقيقياً للنظام العام بما يشتمله من عناصر نظراً لحدثة هذه الوسائل التي تعتبر منصات أو وسائل حديثة للتعبير عن الرأي، ومعالجة ما يحدث داخلها وما ينشر عبرها ليس بالأمر السهل، باعتبارها واقعاً افتراضياً وليس واقعاً مادياً، حيث أن كل ما يمكن أن يسببه ما ينشر داخل هذه الوسائل، يحدث بكبسة زر ومن أي مكان في العالم دون أي اعتبار للحدود الجغرافية، وهذا ما صعب الأمور على الدول في فرض رقابتها وسيطرتها على هذه الوسائل، وبالتالي زاد خطرها على الأمن العام للدول، وعليه سوف نقسم هذا المبحث وفق الآتي:

المطلب الأول:

مخاطر شبكات التواصل الاجتماعي على الأمن العام

سوف نقسم هذا المطلب إلى قسمين، نتناول في الأول، استغلال شبكات التواصل الاجتماعي في التحريض على الأفعال الجرمية، ومن ثم نتكلم عن استغلال شبكات التواصل الاجتماعي في بث الشائعات الماسة بالأمن العام في القسم الثاني، وذلك وفق الآتي:

الفرع الأول:

استغلال شبكات التواصل الاجتماعي في التحريض على الأفعال الجرمية

أصبحت شبكات التواصل الاجتماعي وسيلة مفضلة للعديد من النشاطات الإجرامية التي تمس الأمن العام، مستفيدة من فعالية تلك الشبكات في الاتصال ومن طابعها الجماهيري بغرض توسيع دائرة الاستهداف وزيادة قوة التأثير، ومن أكثر المخاطر الأمنية التي يمكن أن تتطوي عليها شبكات التواصل الاجتماعي هو استغلالها من طرف الجماعات الإرهابية كمنصة نشاط ودعم، بالإضافة لاستغلالها من قبل أطراف معادية للتلاعب بالجماهير، فقد وفرت شبكات التواصل الاجتماعي طريقة سهلة لنقل الأفكار والبيانات والمعلومات من قبل الجماعات الإرهابية، وهذا ما حقق لها نمواً كبيراً واجتذاباً لعناصر من الشباب للوقوع في أحضان الجماعات الإرهابية من أجل القيام بممارسات إرهابية، وحسب تعبير بعض الباحثين (أصبح عناصر العصابات يحوزون مسدسات وحسابات تويتر)¹، تعبيراً منهم عن مدى خطورة هذا الموقع وغيره من مواقع وشبكات التواصل الاجتماعي لدرجة تحولها لأحد الأسلحة التي تحوزها الجماعات الإجرامية والإرهابية، حيث استغلت التنظيمات الإرهابية الميزات المتوفرة في تطبيق "تويتر" لنشر الدعاية وتجنيد المتابعين له من

¹ Desmond upton patton et al., internet banging: new trends in social media, gang violence, masculinity and hip hop, computers in human behavior, Elsevier, vol. 29. Issue 5, September 2013, p. A54.

خلاله، إلى أن قامت شركة تويتر في منتصف عام 2015 بإغلاق حوالي 125 ألف حساب يمتلكهم تنظيم داعش الإرهابي كانت تستخدم لتشجيع الأعمال الإرهابية التي يقوم بها أو لتهديد الأفراد، وبررت شركة تويتر هذا الإجراء بأن إنشاء تلك المواقع واستخدامها للأعمال الإرهابية يمثل انتهاكاً لقواعد التغريد.¹

كذلك الحال لموقع التواصل الاجتماعي "فيسبوك" حيث قامت الجماعات الإرهابية في استغلاله في شن هجمات يطلقون عليها اسم (الغزوات الإعلامية) وهي تشبه احتلال الصفحات الكبرى وإغراقها بما يريدون نشره عن تنظيمهم، لتكون بوابتهم الكبرى، ومن تلك الصفحات التي تستخدمها التنظيمات الإرهابية على موقع فيسبوك، صفحة ولاية الرقة، و صفحة تنظيم الدولة الإسلامية في العراق والشام، وغيرها من الصفحات الإرهابية الأخرى.²

كذلك الحال بالنسبة لموقع "يوتيوب" لم يسلم من استغلال الجماعات والتنظيمات الإرهابية، حيث قامت التنظيمات الإرهابية بإنشاء العديد من الفيديوهات ونشرها عبر هذا الموقع، مما أدى إلى إثارة الجدل بين العديد من الأفراد حول العالم، نتيجة بشاعة هذه الفيديوهات التي تضمنت مشاهد القتل والذبح والحرق والخطابات التي تدل على العنف والتطرف والكثير من الأعمال الإرهابية الأخرى.³

لذلك بدأت إدارة يوتيوب ومنذ بداية تشرين الثاني عام 2009، ولا سيما بعد الاتهامات التي وجهت لها، بإزالة أشرطة التنظيمات من موقعها والتي تدعو إلى التطرف وجرائم العنف التي يروج لها أصحابها أو من يساندهم، كونه يخالف محتوى السياسة والتعليمات التي يتبعها الموقع، وبررت إدارة الموقع بأنها ترفض تحمل المسؤولية عن سوء استخدام المواقع من قبل البعض؛ لأن الموقع يستقبل 24 فيديو كل دقيقة.⁴

أما الأساليب التي تنتهجها التنظيمات الإرهابية على مواقع وشبكات التواصل الاجتماعي، فتلخص في الآتي:

1. أسلوب الكذب والتضليل: ويكون ذلك من خلال نشر معلومات غير صحيحة أو وقائع لم تحدث، وكذلك تضخيمها والمبالغة بها وتشويهها بطريقة ما لترسيخها في أذهان الناس.

¹ علي عدنان سلمان الركابي، جريمة الإرهاب المعلوماتي، مكتبة السنهوري، بغداد، سنة 2020، ص 103.

² محمد منصور، تأثير شبكات التواصل الاجتماعي على جمهور المتلقين، رسالة ماجستير في الإعلام، الأكاديمية العربية في الدنمارك، كلية الآداب، 2012، ص 83.

³ علي عدنان سلمان الركابي، مرجع سابق، ص 104.

⁴ تقرير شركة جوجل والذي نشر على موقع bbc عربي الإخباري، بتاريخ 22 يوليو 2017، على الموقع الإلكتروني www.bbc.com.

2. الأسلوب الديني: ويوظف هذا الأسلوب من خلال الرسائل الدعائية التي تتضمن الأفكار ذات الطابع الديني والعقائدي المتمثل بالنصوص الدينية والأحاديث المقدسة بما يتناسب مع معتقداتها.
3. أسلوب التكرار: ويكون ذلك من خلال اعتماد الدعاية الموجهة على أسلوب التكرار المستمر لذات الموضوع الرئيسي، والذي يعد الفكرة الأساسية في عملية كسب وتوجيه الرأي العام من خلال التنوع في عرض الموضوعات الداعية بصورة مشوقة ومنسقة إلى الأوساط الجماهيرية.¹

الفرع الثاني:

استغلال شبكات التواصل الاجتماعي في بث الشائعات المخلة بالأمن العام:

وتعرف الشائعات بأنها خبر أو مجموعة من الأخبار الزائفة التي تنتشر في المجتمع بشكل سريع وتداولها بين العامة ظناً منهم في صحتها، ودائماً ما تكون هذه الأخبار مثيرة للجدل والاهتمام، وتكون هذه الشائعة ذات طابع عسكري أو سياسي أو اقتصادي أو اجتماعي.²

وقد تعاظمت خطورة الشائعات مع التطور الهائل في وسائل الإعلام المتعددة وعلى وجه الخصوص وسائل التواصل الاجتماعي، حيث لم تعد الشائعة مجرد خبر سماعي ينشر بين الناس بل أصبحت مكتوبة وتنتشر عبر الصحف والمجلات والمواقع الإخبارية، ومن ثم فإن خطورتها تفوق الشائعة السماعية من حيث سرعة الانتشار والقابلية للتصديق حيث تصل إلى الملايين خلال دقائق معدودة بفضل تقنيات الإنترنت.³

وتُعد شبكات التواصل الاجتماعي في الوقت الحاضر على مختلف أنواعها مثل فيسبوك وتويتر وإنستغرام ويوتيوب، إحدى أهم الوسائل المستخدمة في نشر الشائعات فضلاً عن القنوات الفضائية، وقد أصبحت معدلات الشائعات تتناسب طردياً مع تقدم وتطور تكنولوجيا المعلومات، حيث يلجأ مروجو الشائعات إلى هذه الوسائل كونها تسمح بالتخفي عند الأخبار الكاذبة.⁴

¹ حسين سعدي الفتلاوي، الأساليب الدعائية لتنظيم داعش الإرهابي في مواقع التواصل الاجتماعي، 2017، بحث منشور على موقع المجلات الأكاديمية العراقية على الموقع الإلكتروني www.iasj.net، ص 436.

² حسنين شفيق، نظريات الإعلام وتطبيقاتها في دراسات الإعلام الجديد ومواقع التواصل الاجتماعي، دار فكر وفن للطباعة والنشر والتوزيع، القاهرة، 2014، ص 120.

³ رضا عبد حمودة كحيل، الشائعات في المواقع الإخبارية الأردنية في نشر الأخبار من وجهة نظر الصحفيين الأردنيين، رسالة ماجستير، كلية الاعلام، جامعة الشرق الأوسط، 2015، ص 2.

⁴ سامي حسن نجم الحمداني، حسين طلال مال الله العزاوي، دور الضبط الإداري الإلكتروني في مكافحة الشائعات المخلة بالأمن العام، بحث مقدم إلى جامعة كركوك، كلية القانون والعلوم السياسية، 2019، ص 8. منشور على الموقع الإلكتروني

<https://law.tanta.edu.eg>

ومع تطور شبكات التواصل الاجتماعي، نشأت ظاهرة خطيرة تسمى بالجيش الإلكتروني ولعل هذا المصطلح جاء مقارب لمصطلح الجيوش التقليدية، إلا أن نشاطات هذه الجيوش في الغالب هي نشاطات سلبية ظاهرة بالجهات التي تشهدها. وتُعرف الجيوش الإلكترونية بأنها "مجموعة من الأشخاص يعملون وفق أجندة خاصة لصالح جهات سياسية أو أمنية، يعملون عن طريق إنشاء حسابات وهمية وإدارتها عن طريق روبوتات لتشارك في النقاشات، ويخترقون مواقع إلكترونية لشخصيات أو مؤسسات الدولة، بهدف تضليل الرأي العام وتشكيل وتوجيه وترويج الإشاعات".¹

أما صور الشائعات المخلة بالأمن العام فيمكن حصرها بالصور الآتية:

1. نشر الأخبار الضارة عبر وسائل التواصل الاجتماعي: نتيجة التطور الكبير الذي شهدته وسائل الإعلام الحديثة من خلال انتقال المعلومات والأخبار عبر شبكات الإنترنت، فإن الاستخدام السيء لها سوف يعكر من صفو الأمن العام في الدولة، نظراً لسرعة انتشار هذه الأخبار الكاذبة خصوصاً وأن أغلب أفراد المجتمع في الوقت الحاضر لهم حسابات على مواقع التواصل الاجتماعي، ونظراً لخطورة نشر الشائعات فقد اتجهت القوانين إلى تجريم هذه الأفعال، حيث نصت المادة 210 من قانون العقوبات العراقي رقم 111 لسنة 1969 على "يعاقب بالحبس والغرامة من أذاع عمداً أخباراً أو بيانات أو إشاعات كاذبة معروضة أو دعايات مثيرة إذا كان من شأنها ذلك تكدير الأمن العام أو إلقاء الرعب بين الناس أو إلحاق الضرر بالمصلحة العامة".²

2: بث الشائعات المهددة للوحدة الوطنية عبر وسائل التواصل الاجتماعي: يعد المواطن أساس بناء الدولة الحديثة وهي مناط لإنشاء الحقوق والواجبات الأعلى قيم، ويمكن للمواطنة توسيع نطاق الحريات وسيادة ثقافة حقوق الإنسان والمساواة بين المواطنين دون التمييز بسبب الجنس أو الدين أو أي اعتبار آخر، وقد أكد الدستور العراقي لسنة 2005 على حق المواطنة في المادة رقم 14 منه والتي نصت على أن "العراقيون متساوون أمام القانون دون تمييز بسبب الجنس أو العرف أو القومية أو الأصل أو اللون أو الدين أو المذهب أو المعتقد أو الرأي أو الوضع الاقتصادي أو الاجتماعي".

وقد أصبحت وسائل التواصل الاجتماعي من أخطر الوسائل التي يستخدمها المغرضين لبث الشائعات التي تهدف إلى إثارة الفتنة الدينية أو العرقية أو المذهبية ونشر ثقافة الكراهية وبالتالي يشكل ذلك تهديد حقيقي إلى الأمن العام في الدولة، ونصت الفقرة الثانية من المادة 200 من قانون العقوبات العراقي رقم

¹ www.wikipedia.ovg/wiki

² سامي حسن نجم الحمداني، حسين طلال مال الله العزاوي، مرجع سابق، ص 11.

111 لسنة 1969 على معاقبة "كل من حرض على قلب نظام الحكم المقرر في العراق أو على الكراهية أو الازدراء به أو روح ما يثير النعرات المذهبية أو الطائفية أو حرض على النزاع بين الطوائف والأجناس أو أثار شعور الكراهية أو البغضاء بين السكان في العراق".

ولا شك أن الدولة وراء تجريم هذه الأفعال التي تسعى إلى خلق الفتنة داخل المجتمع وبين مكوناته الدينية والقومية والمذهبية، والتي ترتكب من خلال وسائل التواصل الاجتماعي الأمر الذي يخفف بدوره من حدة الاحتقان والافتقار والإضرار بالأمن العام.¹

المطلب الثاني:

مخاطر شبكات التواصل الاجتماعي على الصحة العامة

تمثل الصحة العامة منظوراً شاملاً ومتكاملاً لصحة الفرد والأسرة والمجتمع، وترتبط بكل ما من شأنه أن يحفظ صحة الجمهور، ويقيهم أخطار الأمراض، وتتخذ السلطات العامة في الدولة التدابير الكفيلة بالوقاية من المخاطر الصحية التي تهدد الإنسان وصحته ومسكنه والمحيط الذي يعيش فيه.²

وتلعب شبكات التواصل الاجتماعي دوراً مهماً في هذا المجال من خلال فعالية حملات الصحة العامة كالتحذير من الأوبئة أو التنكير بالتدابير الوقائية لأمراض معينة، ومن أمثلة ذلك في الوقت الحاضر، في ظل انتشار وباء كورونا، اتخذت سلطات الضبط في الصين إجراءات صارمة من أجل معالجة هذا الوباء والحد من انتشاره، وفرضت عدة مدن قيوداً صارمة على السفر، ومن ثم بدأت التوعية بطبيعة هذا الفيروس وأعراضه ومخاطره من خلال شبكات التواصل الاجتماعي من أجل اتخاذ التدابير الوقائية كافة، وقد أضاف موقع جوجل خدمة تتمثل في خرائط بهدف التعرف على الدول التي انتشر فيها الفيروس المستجد (COVID-19) من أجل الوقاية من مخاطر هذا الفيروس.³

وبالرغم من الفائدة الكبيرة لوسائل التواصل الاجتماعي في الترويج الإيجابي للوقاية من فيروس (كوفيد-19) المستجد، نجد أن بعض الأفراد استخدم هذه الوسائل بشكل سلبي، من خلال بث الشائعات وإثارة الهلع والرعب من هذا الفيروس في المراحل الأولى من انتشاره، ففي العراق بدأ البعض ببث الشائعات من خلال

¹ محمد بن سالم، الجرائم المضرة بأمن الدولة في الداخل وعقوبتها في القوانين، أطروحة دكتوراه، جامعة نايف العربية للعلوم الأمنية، الرياض، 2010، ص 83.

² عمار عوايدي، القانون الإداري، الجزء الثاني، النشاط الإداري، ط 5، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر، سنة 2008، ص 31.

³ احمد أكرم عبد، دور الضبط الإداري في مجال وسائل التواصل الاجتماعي، رسالة ماجستير، كلية الحقوق، جامعة المنصورة، سنة 2020، ص 51 وما بعدها.

وسائل التواصل الاجتماعي حول انتشار هذا الفيروس قبل دخوله للعراق أصلاً، ما أدى إلى ارتفاع أسعار مستلزمات الوقاية من الفيروس، مثل الكمادات والمعقمات الطبية وغيرها، وعلى إثره قام الادعاء العام في محافظة واسط بإصدار قرار بتسخير أجهزة الضبط لمتابعة الصيدليات ومذاخر الأدوية من أجل عدم رفع الأسعار والحد من هذه الظاهرة.¹

وحتى مع طرح الشركات العالمية لأدوية لقاح الوقاية من فيروس كورونا، وشروع الدول باستيراد اللقاحات وتوفيرها بشكل مجاني للأفراد بهدف الحد من فيروس كورونا، نجد أن الكثير قد روج عبر وسائل التواصل الاجتماعي ضد أخذ هذه اللقاحات بالرغم من اعتراف منظمة الصحة العالمية بها وإثبات فاعليتها وانتقاء مخاطرها، ما دعا بعض الأفراد للعزوف عن أخذ اللقاح خوفاً مما يتم تناقله من شائعات حول مخاطر هذه اللقاحات، وفي هذا الصدد أصدر مجلس القضاء الأعلى في العراق، أمراً قضائياً نص فيه "بالنظر لاتساع الخطر العام جراء انتشار فيروس كورونا وشيوع ظاهرة غير صحية تتمثل بعدم إقبال عدد كبير من المواطنين على أخذ اللقاحات المضادة بسبب تأثير شائعات ونصائح غير طبية مبنية على أساس غير علمي من قبل البعض، لذا تتسبب اتخاذ الإجراءات القانونية بحق كل من يساهم في التحريض على عدم أخذ اللقاح المضاد المعتمد من قبل وزارة الصحة، وكذلك كل من يخالف تعليمات خلية الأزمة بخصوص الوقاية من انتشار الفيروس".²

كما أن الاستخدام السلبي لوسائل التواصل الاجتماعي في المجال الصحي أدى إلى ظهور العديد من الممارسات الخطيرة والمضرة بالصحة الجسدية للأفراد، وتتمثل أبرز هذه الممارسات في، الترويج غير المشروع للأدوية والترويج لمنتجات مضرة وكذلك نشر معلومات طبية مغلوطة، حيث إن الترويج للعلاجات التقليدية والشعبية المنتشرة عبر وسائل التواصل الاجتماعي من أشخاص لا يملكون أي تأهيل طبي، هو أكثر ما يعرض الصحة الجسدية للأفراد للخطر، حيث يقوم هؤلاء الأشخاص بنشر ممارسات ووصفات علاجية بحسن أو سوء نية والادعاء بأنها كفيلة بعلاج مختلف الأمراض.

أما فيما يخص الترويج لمنتجات مضرة، فإن مواقع التواصل الاجتماعي تمثل فضاءً واسعاً يتعرض فيه العديد من الشباب والقصر لعمليات إشهار غير مضبوطة بشكل كاف لمنتجات تحمل أضراراً كبيرة

¹ رئاسة الادعاء العام في واسط، قرار رقم 227، بتاريخ 2020/2/26.

² مجلس القضاء الأعلى، العدد/685/مكتب/2021، بتاريخ 2021/8/4.

على الصحة، وفي مقدمة هذه المنتجات "الخمور" التي تعتبر حسب منظمة الصحة العالمية مسؤولة عن 25% من الوفيات في الفئات العمرية التي تتراوح بين 20 و 39 عاماً.⁽¹⁾

وقد أظهرت دراسة بريطانية أن أطفالاً تتراوح أعمارهم بين 6 و 14 سنة، يتعرضون لإعلانات الخمور، منهم نسبة 39% من الفتيان و 48% من الفتيات، الذين يستخدمون شبكة (فيسبوك) في المملكة المتحدة بين كانون الأول/ ديسمبر 2010 وأيار/ مايو 2011.⁽²⁾

كما أن استعمال تكنولوجيات وسائل التواصل الاجتماعي في التسويق للكحول، له تأثير أقوى مقارنة بالإعلانات التقليدية على الشباب نظراً لإمكانيات التفاعل بين المستهلك والعلامات التجارية من خلال أزرار الإعجاب وغيرها مما هو متاح على مواقع التواصل الاجتماعي.⁽³⁾

ومن السلبيات البارزة أيضاً في استغلال شبكات التواصل الاجتماعي، نشر معلومات طبية غير صحيحة، حيث نجد في الوقت الراهن أن الكثير من الأفراد يتجهون إلى شبكة الإنترنت للبحث عن معلومات طبية حتى قبل زيارة الطبيب، ويلاحظ في هذا الإطار عدد متزايد من المستخدمين الذين يعتمدون على الإنترنت بشكل عام كمصدر للمعلومات الصحية والطبية، فقد كشفت دراسة أجريت في الولايات المتحدة سنة 2012، أن ثلث المستخدمين يستغلون موقع فيسبوك وتويتر ومواقع التواصل الاجتماعي الأخرى للحصول على معلومات طبية ومناقشة الأعراض والتعبير عن آرائهم حول الأطباء والأدوية وشركات التأمين الصحي، وذكر أن 34% من الأشخاص الذين تم استطلاع آرائهم أن المعلومات الموجودة على شبكات التواصل الاجتماعي تؤثر على قراراتهم حول تناول دواء معين.⁽⁴⁾

واللجوء إلى شبكات التواصل الاجتماعي للحصول على المعلومات الطبية، ينعكس بشكل بالغ على سلوك وخيارات المريض في العديد من الجوانب، لا سيما في قرار زيارة الطبيب والاستفادة من الخدمات الصحية مثل مواصلة العلاج واتباع التوصيات المقررة من الطبيب المختص وأخذ الأدوية المناسبة... الخ، كما أن عدم مصداقية ودقة المعلومات الصحية الرائجة على وسائل التواصل الاجتماعي يرجع لعدة عوامل، تتمثل في: إتاحة فرصة النشر للجميع، عدم تحديد هوية مصدر المعلومة، انخفاض درجة الإشراف والرقابة وتصفية المحتوى، وبالإضافة لذلك وجد أن مهارات البحث عن المعلومة الصحية لدى المستخدمين محدودة،

¹ <http://www.who.int/mediacentre/factsheets/fs349/ar/>

² Marketing on social media website, in alcohol and alcoholism Vol. 49, No. 2, 2014. P 158.

³ I bidem.

⁴ Shannon Gibson, regulating direct-to-consumer advertising of prescription drugs in the digital age, laws 2014-3, p.413.

فغالباً ما يستعملون مصطلحات غير دقيقة أو خاطئة، ما يؤثر على نوعية المعلومات التي سيتحصلون عليها.¹

المطلب الثالث:

مخاطر شبكات التواصل الاجتماعي على الآداب العامة

يعرف القضاء الإداري الآداب العامة على أنها الحد الأدنى من الأفكار الأخلاقية المقبولة في وقت ما من طرف عامة المواطنين.²

وتستمد تلك الأفكار من الأعراف والتقاليد والقيم الدينية التي يعتنقها المجتمع، وبذلك تختلف من حيث النطاق والأهمية من مجتمع إلى آخر، ففي المجتمعات الإسلامية تعتبر الآداب العامة من أهم القيم التي يجب الالتزام بها والمحافظة عليها من طرف الأجهزة المختصة، أما في المجتمعات الغربية، فقد تأخر إقرار هذا المقتضى، كمكون أساسي للنظام العام.³

ومع تطور الحياة بصورة عامة وما نشهده في الوقت الحاضر من ثورة معلوماتية وتطور أنظمة الإعلام والاتصال، انعكس ذلك بدوره على الآداب العامة وأصبح هنالك ارتباط وثيق بين الآداب العامة والإعلام، خاصة بعد ظهور وسائل التواصل الاجتماعي كصورة حديثة لوسائل الإعلام، وبظهور هذه الوسائل ازداد التأثير والمخاطر على المجتمع، نظراً لما تتمتع به هذه الوسائل من ميزات وخصائص تجعلها أكثر وصولاً للأفراد من وسائل الإعلام التقليدية.

حيث إن شبكة "فيسبوك" تضم لوحدها أكثر من ملياري حساب نشط ضمن موقعها، كما أن مشاهدات الفيديو على موقع "يوتيوب" تصل إلى مليار ساعة يومياً.⁴

ومما يزيد من قوة تأثير شبكات التواصل الاجتماعي على توجه المجتمع، هو شمولها لمختلف أشكال الوسائط الإعلامية، مثل الصور والصوتيات والبث المباشر وغيرها من الوسائط الإعلامية المتعددة، والتي

¹ Susanne Christmann, The impact of online health information on the doctor-patient relationship: findings from a qualitative study, media@lse, London, 2013, p. 11.

² Concl. Guldner sur CE. 20 décembre 1957. sté nat. D, éd. Cinématographiques ; gilles Lebreton, droit administratif général, éd. Dalloz, Paris, 2015, p. 193.

³ مصلح ممدوح الصرايرة، القانون الإداري، الكتاب الأول، ط2، دار الثقافة للنشر والتوزيع، الأردن، 2014، ص 284.

⁴ <https://www.statista.com>

تضعها في متناول كل الفئات العمرية للمجتمع عبر الوسائل التقنية الحديثة مثل الهواتف الذكية واللوحات الإلكترونية وأجهزة الكمبيوتر.

هذه الفعاليات الإعلامية التي تتمتع بها وسائل التواصل الاجتماعي يمكن أن تشكل مخاطر كبيرة على الآداب العامة في المجتمع، وذلك يرجع بالأساس إلى اعتبارين، يتمثل الأول في ضعف الرقابة على ما ينشر عبرها من مضامين ومحتويات، والاعتبار الثاني هو، الطابع العالمي لهذه الوسائل حيث لا تتم مراعاة خصوصية منظومات القيم والآداب العامة لكل مجتمع على حدة، وفي هذا المعنى يتجه البعض إلى وصف شبكات التواصل الاجتماعي بأنها، عالم يقع خارج إطار مفهوم الإقليم بمعناه التقليدي بحدوده الجغرافية المعروفة، كما أنه عالم يقع خارج إطار الضوابط والكوابح المعروفة سواء كانت هذه الضوابط من صنع الدولة أو المجتمع.¹

ويمثل نشر المحتويات الإباحية أكثر وأخطر صور استغلال شبكات التواصل الاجتماعي في التأثير السلبي على الآداب العامة، ويشمل نشر الإباحية عرض كل مادة تحتوي على جنس فاضح أو ضمني، بدءاً من الصورة العادية الكاشفة للعورة وانتهاء بالفيلم الفاضح بشكل كلي والذي يهدف أساساً إلى إثارة الشهوة الجنسية عند المشاهد.²

ويظهر خطر وضرر المواد الإباحية في كونها تعد تهديداً للقواعد والأحكام الأخلاقية والاجتماعية والدينية المقبولة لدى الأفراد، فالزنا، والتحلل الجنسي، والشذوذ الجنسي، أفعال خاطئة لذاتها وهي ضد القيم الدينية والاجتماعية التي تعلي من قيم العفاف والطهر، والزواج والأسرة هي اللبنة الأساسية في بناء المجتمع.³

ومن أمثلة هذه المخاطر، أمر النائب العام في مصر بحبس فتاة روسية الجنسية وثلاثة مصريين آخرين، لإعلان الفتاة عبر وسائل التواصل الاجتماعي دعوة تتضمن إغراء بالدعارة، ومعاونة الثلاثة الآخرين لها.⁴

¹ بلخير محمد آيت، مرجع سابق، ص 164.

² ميلود بن عبد العزيز، الجرائم الأخلاقية والإباحية عبر الإنترنت وأثرها على المجتمع من منظور شرعي وقانوني، مجلة الواحات للبحوث والدراسات، العدد 17، 2012، ص164.

³ ميلود بن عبد العزيز، مرجع سابق، ص164.

⁴ منشور على الموقع الرسمي للنيابة العامة المصرية على شبكة الفيسبوك، على الرابط

<https://www.facebook.com/1999202686854290/posts/2950620448379171/?extid=Edvek2tnu6bq7zjf&d=n>

ومن المخاطر الأخرى كذلك، استغلال مواقع التواصل الاجتماعي في أنشطة القمار، إذ يُعد القمار نشاطاً مخالفاً للأداب العامة، لما فيه من مخالفات للأفكار الأخلاقية المقبولة في المجتمع، فالقمار يؤدي إلى إهدار المال والشرف، وينجم عنه العديد من الجرائم والأفعال المنافية للأخلاق كالسرقات والمفاسد الأخلاقية، والاعتداء بالضرب والجرح، وذلك بهدف الحصول على المال.¹

ومن أهم التغيرات التي طرأت على بيئة المقامرة في السنوات الأخيرة، تلك المتعلقة بانتقالها إلى البيئة الرقمية، فتعد المقامرة عبر الشبكة العنكبوتية اليوم من أسرع أنماط القمار نمواً وتطوراً.²

ويرى الباحث: أن سبب ذلك هو البيئة التي توفرها وسائل التواصل الاجتماعي والمشجعة للترويج لمثل هذه الأنشطة، ولا سيما الألعاب الإلكترونية التي تحاكي أنشطة القمار لتشجيع المستخدمين على ممارسة المقامرة في الواقع المادي.

الخاتمة

في خاتمة البحث وبعد أن تناولنا موضوع حرية الرأي والتعبير في ظل التطور التكنولوجي المعاصر بشكل مفصل، توصلنا إلى عدد من النتائج والتوصيات، وذلك وفق الآتي:

أولاً: النتائج

1. حرية الرأي والتعبير حق من حقوق الإنسان، كفلته معظم الدساتير العالمية والإعلانات والعهود والاتفاقيات الدولية، ورسمت حدود ممارسة هذا الحق.
2. تتميز وسائل التواصل الاجتماعي بالعالمية والسهولة في الاستخدام والتوفير والاقتصاد والتنوع وتعدد الاستعمالات.
3. تسهم وسائل التواصل الاجتماعي في ضوء استيعابها الفائق في إمكانية عرض مضمون أي موضوع دون التقيد بالمساحة المخصصة للنشر كما هو الحال في وسائل الإعلام التقليدية.
4. تسهم إساءة استخدام شبكات التواصل الاجتماعي في زعزعة الأمن والاستقرار عن طريق إشاعة الفوضى وزعزعة الطمأنينة وبث روح الكراهية بين مختلف طبقات المجتمع.

¹ أحمد أكرم عبد، مرجع سابق، ص 57.

² Sally M. gainsbury, online gambling addiction : the relationship between internet gambling and disordered gambling, current addiction reports, volume 2, issue 2, springer international publishing AG, 2015, p. 185.

5. تمنح وسائل التواصل الاجتماعي فرصة لأصحاب الفكر المتطرف والجماعات الإرهابية لبث سمومها في المجتمع ونشر الأفكار الهدامة والقناعات المضللة التي تتنافى مع المعايير والقيم الأخلاقية والاجتماعية وتمهد الطريق للوقوع في الانحراف.

ثانياً: التوصيات

1. الاهتمام بالتخطيط الاستراتيجي المركزي على المستوى الوطني في نشر حملات التوعية لمواجهة المخاطر الناتجة عن الاستخدام السلبي لوسائل التواصل الاجتماعي.
2. العمل على وضع ضوابط لاستخدام مواقع التواصل الاجتماعي وشبكات الإنترنت بشكل عام، تتناسب مع مقتضيات النظام العام في الدولة.
3. نقترح على الجهات الأمنية تأسيس موقع إلكتروني يسمح للأفراد بالتبليغ عن الأنشطة المحظورة والتي بطبيعة الحال تمثل تهديدا للنظام العام.
4. على سلطات الضبط الإداري والقضائي مواكبة التطورات الهائلة في ميدان الفضاء الإلكتروني، وتحديث وسائل المراقبة وإعداد الكوادر الأمنية وتطوير قابليتها في تقنيات المعلومات.
5. تحقيقاً لحماية الحريات العامة وضمان ممارستها يتطلب وضع نص دستوري ينص على "كل تقييد لحرية أو حق أساسي تسوغه المصلحة العامة يجب أن يخضع لمراقبة القضاء".

قائمة المراجع

أولاً. المراجع العربية

1. جمعة قادر صالح، سلطة الضبط الإداري إزاء وسائل التواصل الاجتماعي، مجلة جامعة تكريت للعلوم القانونية، السنة ٧، العدد ٢٧، أيلول ٢٠١٥.
2. وردة بن عمر، تأثير شبكات التواصل الاجتماعي على الحراك السياسي في الدول العربية، رسالة ماجستير في علوم الإعلام والاتصال، كلية العلوم الاجتماعية والإنسانية والعلوم الإسلامية، جامعة الحاج لخضر باتنة، سنة ٢٠١٤.
3. موسى بن أحمد موسى الشهري، تطوير التعاون بين الإدارة المدرسية والمؤسسات الأمنية في مجال التوعية الأمنية لطلاب المرحلة الثانوية، رسالة ماجستير، جامعة الملك خالد، سنة ٢٠٠٨.
4. عبد الباسط هويدي، فرحات حاج بلقاسم، شبكات التواصل الاجتماعي وأثرها على الممارسة الإعلامية التقليدية في تغطية الحراك الاجتماعي في الجزائر، مجلة العلوم والمجتمع، المجلد ٣، العدد ٢، ديسمبر، ٢٠١٩.

5. بالخير محمد ايت عودية، الضبط الإداري للشبكات الاجتماعية الإلكترونية، رسالة دكتوراه مقدمة إلى كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة باتنة الحاج لخضر، الجزائر، سنة 2019.
6. أنتوني غدنز، علم الاجتماع، ترجمة وتقديم، فايز الصباغ، ط ٤، المنظمة العربية للترجمة، بيروت، دون سنة نشر.
7. لامية طالة، أثر شبكات التواصل الاجتماعي على تطوير حرية التعبير عن الرأي في الجزائر، رسالة دكتوراه، جامعة الجزائر، قسم علوم الإعلام والاتصال، سنة ٢٠١٥.
8. علي عدنان سلمان الركابي، جريمة الإرهاب المعلوماتي مكتبة السهوري، بغداد، سنة 2020.
9. محمد منصور، تأثير شبكات التواصل الاجتماعي على جمهور المتلقين، رسالة ماجستير في الإعلام، الأكاديمية العربية في الدنمارك، كلية الآداب، 2012.
10. ميلود بن عبد العزيز، الجرائم الأخلاقية والإباحية عبر الإنترنت وأثرها على المجتمع من منظور شرعي وقانوني، مجلة الواحات للبحوث والدراسات، عدد 17، 2012.
11. حسنين شفيق، نظريات الإعلام وتطبيقاتها في دراسات الإعلام الجديد ومواقع التواصل الاجتماعي، دار فكر وفن للطباعة والنشر والتوزيع، القاهرة، 2014.
12. محمد بن سالم، الجرائم المضرة بأمن الدولة في الداخل وعقوبتها في القوانين، أطروحة دكتوراه، جامعة نايف العربية للعلوم الأمنية، الرياض، 2010.
13. عمار عوابدي، القانون الإداري، الجزء الثاني، النشاط الإداري، ط 5، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر، سنة 2008.
14. أحمد أكرم عبد، دور الضبط الإداري في مجال وسائل التواصل الاجتماعي، رسالة ماجستير، كلية الحقوق، جامعة المنصورة، سنة ٢٠٢٠.
15. مصلح ممدوح الصرايرة، القانون الإداري، الكتاب الأول، ط 2، دار الثقافة للنشر والتوزيع، الأردن، 2014.
16. رضا عبد حمودة كحيل، الشائعات في المواقع الإخبارية الأردنية في نشر الأخبار من وجهة نظر الصحفيين الأردنيين، رسالة ماجستير، كلية الإعلام، جامعة الشرق الأوسط، 2015.

ثانياً. المراجع الأجنبية

1. Athina A. lazakidou ed, virtual communities, social networks and collaboration springer, new York, 2012.
2. Nagehan ilhan, sule gundus-oguducu, and A, sima etaner-uyar, social networks analysis and case studies, springer, usa, 2013.

3. Jamal sanad al-suwaidi, from tribe to facebook : the transformational role of social network, 1.st ed., emirates center for strategic studies and research, abu Dhabi, 2013.
4. Danah m.Boyd, Nicole B. Ellison, social network sites: definition, history, and scholarship, journal of computer-mediated communication, 2007.
5. Mike friedrichsen, wolfgang muhl-benninghaus (eds), handbook of social media management: value chain and business models in changing media markets, springer-verlag berlin Heidelberg, 2013.
6. Stefan Stieglitz, linh dang-xuan, social media and political communication: a social media analytics framework, social network analysis and mining, 2013.
7. Hokyin lai, hiufung cheng, and hiuping fong, social network advertising: an investigation of its impact on consumer behaviour, in: l.s.l. wang et al. (eds.): miscn 2014.
8. V.I. blanutsa, geographical investigation of the network world: basic principles and promising directions, geography and natural resources, 2012.
9. Pierre musso, le web : nouveau territoire et vieux concepts, annales des mines-réalités industrielles 2010/4, Novembre 2010.
10. Y. volkovich, S. scellato, D. laniado, C. mascolo, and A. Kaltenbrunner, the length of bridge ties: structural and geographic properties of online social interactions, in: proceedngs of the sixth international AAAI conference on weblogs and social media, 2012.
11. Barry wellman, computer networks as social networks, science, new series, vol. 293, no. 5537, sep 2001, American association for the advancement of science.
12. Bellanger pierre, de la souveraineté numérique le débat, 2012/3.
13. .Géraldine aidan, émili debaets, l'identité juridique de la personee humaine,
14. L'harmqttan, paris, 2013.
15. François terré, dominique fenouillet, droit civil, les personnes, dallos, paris, 2012.
16. Report and guidance on privacy in social network services <rome memorandum> , rome Italy, 3-4/03/2008.
17. David kaye, report of the special rapporteur on the promotion and protection of the right to freedom of opinion and expression, human council: twenty-ninth session, 22 may 2015, a/hrc/29/32.
18. (Jason A. martin, Anthony L. fargo, anonymity as a legal Right: where and why it matters, north Carolina journal of law & technology, volume 16, issue 2: January 2015.
19. (Desmond upton patton et al., internet banging: new trends in social media, gang violence, masculinity and hip hop, computers in human behavior, Elsevier, vol. 29. Issue 5, September 2013.
20. Marketing on social media website, in alcohol and alcoholism Vol. 49, No. 2, 2014.
21. 1(Shannon Gibson, regulating direct-to-consumer advertising of prescription drugs in the digital age, laws 2014.
22. 1Susanne Christmann, The impact of online health information on the doctor-patient relationship: findings from a qualitative study, media@lse, London, 2013.
- 23.(Concl. Guldner sur CE. 20 décembre 1957 . sté nat. D,éd. Cinématographiques ; gilles Lebreton, droit administratif général, éd. Dalloz, Paris, 2015.

ثالثاً. المواقع الإلكترونية

1. تقرير شركة جوجل منشور على موقع bbc عربي الإخباري، بتاريخ 22 يوليو 2017، على الموقع الإلكتروني www.bbc.com.
2. حسين سعدي الفتلاوي، الأساليب الدعائية لتنظيم داعش الإرهابي في مواقع التواصل الاجتماعي، 2017، بحث منشور على موقع المجلات الأكاديمية العراقية على الموقع الإلكتروني www.iasj.net.
3. د. سامي حسن نجم الحمداني، حسين طلال مال الله العزاوي، دور الضبط الإداري الإلكتروني في مكافحة الشائعات المخلة بالأمن العام، بحث مقدم إلى جامعة كركوك، كلية القانون والعلوم السياسية 2019. منشور على الموقع الإلكتروني <https://law.tanta.edu.eg>

المنازعات المتعلقة بأسماء النطاق والعلامة التجارية في ظل القانون الفلسطيني

Law Palestinian under Disputes Trademark and Name Domain

أ. عرين أبو دحموس

باحثة دكتوراه ووكيل نيابة، النيابة العامة الفلسطينية، فلسطين

a.damous@pgp.ps

DOI: <https://doi.org/10.70411/MJLS.1.1.202313>

الملخص:

تناولت هذه الدراسة موضوع المنازعات المتعلقة بأسماء النطاق والعلامات التجارية في ظل التشريعات الفلسطينية النازمة للعلامات التجارية في فلسطين، وتهدف هذه الدراسة إلى تسليط الضوء على التعريف بأسماء النطاق في ظل تنازعها مع العلامة التجارية والجهود الدولية لحل هذه النزاعات في التشريعات الفلسطينية، وي طرح الموضوع إشكالية رئيسية تتمثل في معرفة مدى مواءمة القوانين الوطنية لحل النزاعات بين اسم النطاق والعلامة التجارية؟ حيث استعملنا المنهج التحليلي والمقارن في الدراسة، واختتمت الدراسة في العديد من النتائج أهمها أن أسماء النطاق تلعب دور العلامات التجارية في التجارة الإلكترونية، وأنه من الصعوبة تطبيق القوانين الوطنية على اسم النطاق كون اسم النطاق عالمياً ويصعب تحديد الاختصاص القضائي بشأنه وعدة توصيات، أهمها تفعيل جهود المنظمة العالمية للملكية الفكرية؛ لتوحيد الإجراءات لحل النزاعات المتعلقة بالملكية الفكرية، وتدريب المحامين على كيفية صياغة الشكاوى المتعلقة بالاعتداءات الإلكترونية على العلامة التجارية.

الكلمات المفتاحية: أسماء النطاق، العلامات التجارية، المنظمة العالمية للملكية الفكرية، التجارة الإلكترونية.

Abstract:

This study deals with the issue of disputes related to domain names and trademarks in light of the Palestinian legislation governing trademarks in Palestine. This study aims to explain the definition of domain names in light of their conflict with the trademark, and international efforts to resolve these disputes in Palestinian legislation, and the study poses a major issue of defining the extent to which national laws are compatible to resolve disputes between the domain name and the trademark.

This study employed analytical and comparative approaches and yielded many results, the most important of which is that domain names play the role of trademarks in e-commerce, and that it is difficult to apply national laws to the domain name because the domain name is global and it is difficult to determine jurisdiction over it. The study concluded with several recommendations, the most important of which is activating the efforts of the World Intellectual Property Organization to unify procedures for resolving disputes related to intellectual property, and training lawyers on how to formulate complaints related to electronic infringements on the trademarks.

Keywords: domain names, trademarks, world intellectual property organization, e-commerce.

المقدمة:

في ظل التطور التقني وتطور التجارة الإلكترونية غدا من الأهمية بمكان دراسة أسماء النطاق وعلاقتها بالعلامات التجارية، ولأن اسم النطاق لا ينفصل عن شبكة الإنترنت والتي هي شبكة ناقله بين مجموع الحسابات الآلية الموصلة بالشبكة، والتي كانت فيما قبل تعتمد في نقل المعلومات على لغة رقمية تميز كل حاسب عن غيره وهي بدورها تشبه إلى حدٍ ما أرقام الهواتف، وهي مكونه من 32 اثنين وثلاثين بت bit مقسمة إلى أربع مجموعات من الأرقام المعتمدة من الصفر إلى 255 مائتين وخمس وخمسين والمفصلة بواسطة ثلاث نقط كل مجموعة عبارة عن ثمانى 8بت أو 1 بت.

وهكذا بإمكان مستخدم الإنترنت الدخول إلى الموقع عبر كتابة العنوان الرقمي الخاص به؛ ولكن هذا النظام واجهته العديد من الصعوبات في أنه يصعب حفظه وتذكره، ولا يدل على محتواه وطبيعته، فعملت لجنة IANA وهي لجنة الأرقام على الإنترنت، إلى تحويل الأرقام إلى أحرف ذات معنى؛ أي بإمكان أي شخص أن يختار الاسم الذي يختاره لموقعه، والذي يميزه عن غيره من المواقع مثل www.google.com المكون من ثلاثة مقاطع، كل مقطع له دلالة معينة والذي يشبه بدوره العلامة التجارية في ظل التجارة التقليدية؛ لذلك عمدت الكثير من الشركات لاختيار أسماء مواقع تدل على علامتها التجارية؛ للتعريف عن منتجاتها، وما تقدمه من خدمة، وهنا ثار النزاع ما بين أسماء النطاق والعلامات التجارية، وتلاقى هذا التطور التقني مع قصور القوانين الوطنية إلى مواكبة هذا التطور لذلك.

ويطرح الموضوع إشكالية رئيسة على النحو التالي: ما مدى مواءمة القوانين الوطنية لحل النزاعات

بين اسم النطاق والعلامة التجارية؟

وينبثق عن الإشكالية عدة تساؤلات أهمها:

- ما هو اسم النطاق؟

- وما الفرق بين اسم النطاق وبين العلامة التجارية؟

- ما هي صور المنازعات بين اسم النطاق والعلامة التجارية؟

- كيف يتم حل المنازعات بين اسم النطاق والعلامة التجارية؟

وللإجابة على الإشكالية وما تفرع عنها من تساؤلات ارتأينا استعمال المنهج التحليلي والمقارن، حيث سنقوم من خلالهما باستعراض نصوص القوانين الفلسطينية المتعلقة بتكنولوجيا المعلومات، ومدى انطباقها على مثل هذه النزاعات ومقارنتها مع تشريعات الدول الأخرى وخاصة القانون الفرنسي.

وتهدف هذه الدراسة إلى تسليط الضوء على التعريف بأسماء النطاق في ظل تنازعها مع العلامة التجارية والجهود الدولية لحل هذه النزاعات، وكذلك الإجابة عن الإشكالية الرئيسية وما يتفرع عنها من تساؤلات، من خلال الاعتماد على التقسيم الثنائي على النحو التالي: ماهية أسماء النطاق والعلامة التجارية في (المبحث الأول) وحل النزاع بين اسم النطاق والعلامة التجارية في (المبحث الثاني).

المبحث الأول:

ماهية أسماء النطاق والعلامات التجارية

نظراً للأهمية الواسعة التي حظي فيها اسم النطاق على شبكة الإنترنت، إلا أنه قد انتشرت النزاعات بينه وبين العلامات التجارية حيث إن اسم النطاق بالنسبة للتجارة الإلكترونية يماثل العلامة التجارية في التجارة التقليدية، ويؤدي نفس الدور، لذلك لا بد من دراسة تعريف اسم النطاق والعلامة التجارية في (المطلب الأول) صور التنازع بين أسماء النطاق والعلامات التجارية (المطلب الثاني)

المطلب الأول:

تعريف اسم النطاق والعلامة التجارية

الفرع الأول:

تعريف اسم النطاق وأنواعه

اختلفت آراء الفقهاء في تعريف اسم النطاق باختلاف زاوية الرؤية التي يستند إليها الفقه عند تعريفه لاسم النطاق¹.

أولاً: تعريف اسم النطاق

فجانب من الفقه استند إلى الطبيعة الفنية ويعرفه بأنه: "مجرد تحويل أو نقل مجموعة من الأرقام في صورة حروف تشكل مصطلحاً يتماشى مع اسم مشروع أو منظمة".² وذهب جانب آخر إلى الاستناد إلى العملية التقنية وعرفه بأنه " ترجمة الأرقام عن طريق حروف معينة تسمح بدوران المعلومات على شبكة الإنترنت³ اعتمد أنصار هذا التعريف أن اسم النطاق هو تحويل سلسلة الأرقام إلى سلسلة أحرف وذلك

¹ شريف محمد غنام، حماية العلامة التجارية عبر الإنترنت في علاقتها بالعنوان الإلكتروني، الإسكندرية، دار الجامعة الجديدة، 2007، دون طبعة، ص9.

² شريف غنام، المرجع السابق، ص10.

³ Nathalie Beaurain – Gmmanuel jez, les nom de do maine de l'internet – (France – 2001) – p:20

ليتمكن مستخدمو الإنترنت من تذكرها وحفظها: لقد جاء العنوان الإلكتروني نتيجة التطور الذي طرأ على العنوان الرقمي القديم الذي كان يأخذ صورة ال (IP) ².

مثال على ذلك بإمكان الطلبة أو الهيئة التدريسية في جامعة القدس الوصول إلى موقع الجامعة من خلال الرابط www.alquds.edu قد يكون 193.95.259.66 واستند جانب آخر من الفقه إلى المعيار الشكلي واعتمد على أنه يتكون من ثلاثة أجزاء رئيسة تتلخص في الجزء الثابت، ويتمثل في المقطع الأول <<http:// www>> ويثبت لكل من يملك موقع على شبكة الإنترنت والمقطع الثاني يكون اختصاراً لاسم المؤسسة أو الجهة صاحبة الموقع مثل yahoo ³، ثم المقطع الثالث وهو يطلق عليه اسم النطاق الفعلي أو الحقيقي؛ لأنه يدل على مالك الاسم أو العلامة ويعرف به ⁴ وهذا ما سنتطرق إليه لاحقاً. (ps\ .org\ .com\ .net\ .edu) ويرمز له (TLD) يحدد الخادم المصنف.

وتعرف المنظمة العالمية للملكية الفكرية أسماء النطاق بأنها "أسماء يسهل تذكرها وتستخدم للنفاذ إلى المواقع على الشبكة العنكبوتية، وتقابل هذه الأسماء أرقام بروتوكول الإنترنت الوحيدة التي تقيد كعناوين للوصول إلى الإنترنت، وتسمح للمستخدمين بالنفاذ إلى مواقع إلكترونية على الإنترنت ⁵

ولم نجد في القوانين المتعلقة بهذا الموضوع تعريفاً للعنوان الإلكتروني إلا أن المشرع المصري اعتبر أن العنوان الإلكتروني هو عنوان منفرد يسمح بتجديد الموقع على شبكة الإنترنت ⁶.

وقد عرفه المشرع الفلسطيني في القرار بقانون بشأن الجرائم الإلكترونية وجرائم الاتصالات وتكنولوجيا المعلومات رقم (10) لسنة 2018 وتعديلاته على أن الموقع الإلكتروني في المادة (1) هو "مكان إتاحة المعلومات أو الخدمات على الشبكة الإلكترونية من خلال عنوان محدد" و عرفه النظام الداخلي للهيئة

¹ شريف غنام، مرجع سابق، ص 11.

² محمد حسام لطفي، المشكلات القانونية في مجال المعلوماتية: خواطر وتأملات - بحث مقدم الى مؤتمر تحديات حماية الملكية الفكرية - من منظور عربي ودولي في الفترة 21 و 22 و 23 أكتوبر 1997، القاهرة، ص 94.

³ Romain Gola - La Re`gelation de L`internet: Nom de maine et Droit des maraques - (Tomel - The`se de doctorate- Universite` de Montre`al Universite` de droit - d`economie et des sciences d` Aix - Marseille 3, Marseille-2002

⁴ حواس فتيحة، حماية المصنفات الرقمية وأسماء النطاقات على شبكة الإنترنت - أطروحة لنيل شهادة الدكتوراه علوم في القانون الخاص، فرع ملكية فكرية، جامعة الجزائر، كلية الحقوق، 2016-2017.

⁵ يحيى مفرح الزهراني، تعريب نطاقات الإنترنت، مقال منشور في الصحيفة الاقتصادية الإلكترونية بتاريخ 2009\11\30 على الموقع الإلكتروني [www. Aleqt.com](http://www.Aleqt.com)

⁶ شريف غنام، مرجع سابق، ص 16.

الوطنية الفلسطينية لمسميات الإنترنت المادة (1) على أنه "هو الاسم المسجل في قاعدة البيانات الخاصة بالمجال لصالح مقدم الطلب".

ثانياً: أنواع أسماء النطاق

ينقسم اسم النطاق إلى نوعين:

1. أسماء النطاقات العامة أو الدولية (gTLD):

وهي التي تشير إلى أنشطة دولية عامة توجه إلى المستهلكين في كل دول العالم دون أن تشير إلى دولة بعينها¹ وهي تكون إما مقيدة التسجيل وهي أسماء النطاقات التي تكون متخصصة وفقاً لشروط وقواعد موضوعة مسبقاً مثل (.edu) المختصة بالتربية والتعليم و (.Int) المختصة بالهيئات والمنظمات الدولية المختصة بعقد الاتفاقية الدولية²

وإما مفتوحة التسجيل وهذا النوع من أسماء النطاق يعمل ضمن سياسات رسمها مجتمع الإنترنت العالمي بشكل مباشر عن طريق مؤسسة الأيكان مثل (.com) تشير إلى الأنشطة التجارية و (.net) تشير إلى الهيئات التي تعمل في مجال الإنترنت وغيرها.³

2. أسماء النطاقات العليا الوطنية:

وهي أسماء النطاقات التي تنتهي بحرفين وترمز إلى الدولة مثل (.fr) يرمز إلى فرنسا و (.jp) يرمز إلى اليابان و (.eg) يرمز إلى مصر و (.ps) يرمز إلى فلسطين وغيرها من الأمثلة، وكل دولة تعني هيئة مختصة تسير أسماء النطاق وتديرها على المستوى الداخلي، ففي فلسطين تكون الهيئة الوطنية الفلسطينية لمسميات الإنترنت⁴ وبدورها عرفت أسماء النطاقات أنها أسماء النطاقات ضمن النطاقات العلوية الفلسطينية التي تديرها الهيئة⁵

¹ شريف غنام، مرجع سابق، ص 21.

² د. محمد حسام لطفي، بحث بعنوان أسماء الدومين، جامعة بني سويف، كلية الحقوق.

³ حواس فتحة، المرجع السابق، ص 183.

⁴ هي هيئة مستقلة ذاتية السياسات والتنظيم تدير المجال الفلسطيني للإنترنت وهي المسجل الرسمي للمجال الفلسطيني للإنترنت ومن خلالها يتم تسجيل أسماء النطاقات ضمن النطاق الفلسطيني (.ps) أو ضمن أحد أسماء النطاقات الفرعية مثل (.org.ps) أسست عام 2003، ومقرها في قطاع غزة، تتكون من مجلس إدارة مكون من ممثلين من القطاعين العام والخاص والقطاع الأكاديمي والقانوني والمؤسسات المعنية بتطوير خدمات الإنترنت في فلسطين.

⁵ قانون الاتصالات الفلسطيني رقم (3) للعام 1996 ولوائحه التنفيذية أو أية تعديلات لاحقة عليه والنظام الداخلي للهيئة الوطنية الفلسطينية لمسميات الإنترنت ولائحة سياسات تسجيل أسماء النطاقات العربية www.pnina.ps

ثالثاً: شروط أسماء النطاق

حتى تتوفر لأسماء النطاق الحماية القانونية يجب أن تتوافر فيها الشروط التالية:

1. أن يكون اسم النطاق مميزاً: أي يجب أن يكون له صفة تميزه عن غيره من أسماء النطاقات الأخرى يمكن صاحبه من حماية سلعته أو بضائعه عن طريق دعوى المنافسة غير المشروعة في حالة الاعتداء على اسم النطاق.
2. أن يكون اسم النطاق جديداً: أي أن يكون يستخدم لسلعة للمرة الأولى بمعنى أنه لو استخدم اسم نطاق لسلعة من نفس النوع لما يمكن انطباق صفة الجدية عليه أما لو استعمل لسلعة مغايرة الشبه فهو جديد¹
3. المشروعية أي ألا يكون اسم النطاق مخالفاً للقوانين وأن تسمح في تسجيلها.

رابعاً: تسجيل اسم النطاق

- تسجيل أسماء النطاق العليا:

حتى تتمكن الشركة أو صاحب اسم النطاق من امتلاكه لا بد من تسجيله وتشرف منظمة الأيكان والمنظمات الفرعية التابعة لها على إجراءات تسجيل أسماء النطاق² والأيكان هي منظمة تحديد الأسماء والأرقام عبر الانترنت، وهي هيئة غير ربحية تأسست عام 1998، ومقرها في ولاية كاليفورنيا بالولايات المتحدة الأمريكية، وهي المنظمة المسؤولة على أمن واستقرار الإنترنت، بحيث تقوم بحفظ السجلات في بروتوكولات الانترنت (IP) وتوزيع أسماء النطاقات مثل info.com. كما تقوم بإدارة نظام (DNS) والذي هو نظام توليد عناوين (IP) التي تسمح للمستخدمين على شبكة الإنترنت للوصول إلى المواقع المختلفة ببساطة عن طريق كتابة اسم الموقع بدلا من كتابة رمز رقمي طويل، ويدعم الأيكان ثلاث منظمات هي: منظمة دعم الأسماء العامة (GNSO) ومنظمة دعم الأسماء الكودية (CCNSO) ومنظمة (ASO) التي تتولى وضع سياسات عناوين بروتوكولات الإنترنت وتشمل سجلات الإنترنت الإقليمية³. في البداية كانت هذه المهمة موكلة إلى شركة IANA الأمريكية⁴.

¹ عبد الفتاح بيومي حجازي، النظام القانوني لحماية التجارة الإلكترونية، الطبعة الأولى، دار الفكر الجامعي ط 2002، ص 257.

² مصطفى موسى حسين العطيات، التجارة الإلكترونية وآثارها على استخدامات العلامة التجارية، أطروحة لنيل درجة الدكتوراه في الحقوق، كلية الحقوق جامعة القاهرة، مصر، ص 148.

³ سمير سليم، منظمة أيكان ومفاتيح الإنترنت السبعة، مقال منشور بتاريخ 24\11\2015 على الموقع www.arageek.com

⁴ The internet assigned numbers authority

ومع الوقت ونظراً لكثرة طلبات تسجيل أسماء النطاقات العليا المكونة من أسماء عامة (gTLD) منحت الأيكان هذه المهمة لشركات تعمل حسب موقعها الجغرافي، فنجد الجهة المسؤولة عن تسجيل الأسماء في أوروبا شركة (NCC Ripe) وفي آسيا شركة (APNIC) في الولايات المتحدة الأمريكية (Inter Nic) ويمكن لأي شخص في أي مكان أن يطلع على قائمة أسماء التسجيل المعتمدين المتاحة على موقع الهيئة.¹

أ. إجراءات طلب التسجيل ضمن النطاقات العامة²:

1. قيام الشخص الراغب في تسجيل اسم النطاق بالدخول إلى موقع الشركة المصرح لها بالتسجيل من قبل الأيكان بحيث يقوم بالتأكد من توافر اسم النطاق الذي يرغب في تسجيله من خلال خدمة البحث في قواعد البيانات التي يوفرها الموقع (whois) ويتأكد من أن اسم النطاق لم يتم تسجيله مسبقاً.
2. يقوم بفتح حساب لدى الشركة مقدمة خدمة التسجيل يتضمن ملء معلومات شخصية عنه، كالاسم والعنوان ورقم الهاتف والبريد الإلكتروني واختيار اسم المستخدم الخاص به.
3. يقوم بتعبئة طلب التسجيل ويدخل بعض المسائل التقنية كاسم الخادم الرئيس والثانوي، وعنوان بروتوكول الإنترنت.
4. يتم تحديد وسيلة الدفع التي تكون عادة بطاقة ائتمان والموافقة النهائية على بنود الاتفاقية من طالب التسجيل والشركة.
5. يمكن لأصحاب العلامات التجارية المسجلة الاعتراض على طلب اسم النطاق الذي يتطابق مع علامته خلال 30 يوماً.

ب. تسجيل أسماء النطاق الوطني:

الهيئة المسؤولة عن تسجيل هذا النوع من النطاقات هي منظمة (TANA) وهي إحدى المنظمات التابعة لمنظمة الأيكان (ICANN) بحيث تكون المسؤولة عن سياسات تسجيل هذا النوع من النطاقات وتفوض هذه المنظمة اختصاصاتها في التسجيل داخل الدولة لجهات وطنية تتولى عملية تسجيل المواقع في كل بلد والدولة هي التي تختار الجهة الداخلية التي ترغب بتحويلها سلطة تسجيل أسماء النطاقات الوطنية ويتم ابلاغ منظمة الأيكان بذلك³

¹ <http://www.icann.org>

² مصطفى العطيّات، مرجع سابق، ص 151.

³ شريف غانم، مرجع سابق، ص 29.

ج. إجراءات تسجيل اسم النطاق في فلسطين¹:

1. تعبئة النموذج (طلب التسجيل) وتقديمه من خلال أحد المسجلين المعتمدين والذي بدوره سيقدم الطلب للهيئة الفلسطينية لمسميات الإنترنت.
2. خلال الستة أشهر الأولى من تاريخ سريان مفعول هذه الوثيقة فإن الجهات التي لها أسماء وعناوين محجوزة فعلا تحت المجالات العمومية مثل .org\com\net\edu ستتاح لها الفرصة أن تسجل مجالات مشابهة أو قريبة الشبه لهذه الأسماء تحت المجال الفلسطيني للإنترنت أو تحت أحد المجالات الفرعية التابعة له على أن تخضع هذه الأسماء للشروط المحددة من قبل الهيئة. وبناء على ذلك فإنه لا يسمح تسجيل اسم مجال مسجل مسبقا ضمن المجالات العمومية من قبل أية جهة فلسطينية خلال الشهور الستة الأولى.
3. يجب أن يخضع أسماء النطاق لبعض الشروط التقنية للتسجيل.
4. تقوم الهيئة بإعلام المسجل بقبول أو رفض طلبه من خلال المسجل المعتمد.
5. يقوم صاحب اسم النطاق بدفع الرسوم المطلوبة منه.

الفرع الثاني:

تعريف العلامة التجارية وشروطها

تعد العلامة التجارية أهم عناصر الملكية الفكرية فهي تعد وليدة الابتكارات الذهنية وهي عنصر مهم في الشركة أو المؤسسة، وتعد المعرف عن منتجاتها؛ وذلك لتمكين المستهلك من التمييز بين منتج وآخر، وحمايتها.

أولاً: تعريف العلامة التجارية

يقصد بالعلامة التجارية " كل ما يأخذ شكلا مميزا من أسماء أو كلمات أو توقيعات أو حروف أو أرقام أو رسوم أو رموز أو أختام أو صور أو نقوش أو أية إشارة أخرى أو مجموعة من الإشارات إذا كانت تستخدم أو يراد استخدامها تمييز منتجات أيا كان مصدرها ²

وقد عرف قانون العلامات التجارية الأردني رقم (33) لسنة 1952 وتعديلاته (المطبق في فلسطين) العلامة التجارية " أية علامة استعملت أو كان في النية استعمالها على أية بضائع أو فيما له تعلق بها

¹ شروط التسجيل منشورة على موقع الهيئة الوطنية الفلسطينية لمسميات الإنترنت www.pnina.ps

² صلاح زين الدين، العلامات التجارية وطنياً ودولياً، ط1، عمان، دار الثقافة للنشر والتوزيع، 2005، ص40.

للدلالة على أن تلك البضائع تخص صاحب العلامة بحكم صنعها أو إنتاجها أو الشهادة أو الاتجار بها أو عرضها للبيع.

وعرفت اتفاقية الجوانب المتصلة بالتجارة من حقوق الملكية الفكرية (TRIPS) في نص المادة 115 والتي تلزم الأردن ومصر بأحكامها بحكم انضمامها لمنظمة التجارة العالمية¹ على أنها: "أية علامة أو مجموعة علامات تسمح لتمييز السلع والخدمات التي تنتجها منشأة ما عن تلك التي تنتجها المنشآت الأخرى صالحة لأن تكون علامة تجارية، وتكون هذه العلامات لاسيما الكلمات التي تشمل أسماء شخصية أو حروفاً أو أرقاماً وأشكالاً أو مجموعات ألوان وأي مزيج من هذه العلامات مؤهلة للتسجيل كعلامات تجارية، حين لا يكون في هذه العلامات ما يسمح بتمييز السلع والخدمات ذات الصلة، يجوز للبلدان الأعضاء أن تجعل الصلاحية للتسجيل مشروط بالتمييز المكتسب من خلال الاستخدام كما يجوز لها اشتراط أن تكون العلامات المزمع تسجيلها قابلة للإدراك بالنظر كشرط تسجيلها²

وعرفته WIPO " إشارة تميز سلع أو خدمات شركة عن سلع أو خدمات سائر الشركات وتحمي العلامات التجارية بقانون الملكية الفكرية.

ومن خلال التعريفات السابقة يمكن استخلاص شروط العلامات التجارية

ثانياً: شروط العلامة التجارية

1. يجب أن تكون العلامة التجارية نتيجة ابداعات ذهنية تميز بضاعة أو سلعة عن غيرها مما يمكن المستهلك من التعرف عليها وتميزها وتمكن صاحب العلامة التجارية من حماية البضائع.
 2. يجب أن تكون العلامة التجارية قد استخدمت من قبل لتمييز منيج أو خدمة مشابهة.
 3. المشروعية: أي ألا تكون العلامة التجارية ممنوعة قانوناً وتسمح القوانين استخدامها.
- إجراءات تسجيل العلامة التجارية في فلسطين³:

1. تقديم طلب التسجيل حسب النموذج المقرر إلى دائرة تسجيل الملكية الصناعية في وزارة الاقتصاد الوطني مع مرفقاته، مع دفع الرسوم المقررة في البنك ورافاق قسيمة البنك بالطلب.

¹ تحضر فلسطين للانضمام إلى منظمة التجارة العالمية كعضو مراقب من خلال أجندة إصلاحية تسعى الحكومة الفلسطينية إلى تنفيذها لتحسين بيئة الأعمال التجارية والاستثمارية، منها أنه تم إصدار قانون الشركات وهناك جهود مستمرة لتعديل القوانين وإصدارها مثل قانون المنافسة وقانون الملكية الفكرية.

² اتفاقية الجوانب المتصلة بالتجارة من حقوق الملكية الفكرية TRIPS لسنة 1994.

³ إجراءات تسجيل العلامة التجارية حسب قانون العلامات التجارية الأردني رقم 33 لسنة 1952 - منشور على موقع مركز المعلومات الوطني الفلسطيني - وفا - www.info.wafa.ps

2. يتم تدقيق ودراسة الطلب من حيث الشكل والموضوع والتفتيش في السجل عن علامات مشابهة.
 3. يتم قبول الطلب أو رفضه ويقوم المسجل بتبليغ مقدم الطلب خطياً بكلتا الحالتين.
 4. إذا تم قبول الطلب يتم نشر العلامة في نشرة العلامات التجارية ويدفع مقدم الطلب رسوم النشرة.
 5. يجوز الاعتراض على تسجيل العلامة التجارية من قبل أي شخص خلال ثلاثة أشهر من تاريخ النشر مع دفع الرسوم المقررة.
 6. في حالة عدم الاعتراض يقوم المسجل بإصدار شهادة التسجيل لصاحب العلامة بعد دفع الرسم المقرر. وتكون مدة الحماية سبع سنوات ويجوز تجديد التسجيل من حين لآخر.
- ومن خلال دراسة اسم النطاق والعلامة التجارية من خلال تعريفها وشروطها وإجراءات تسجيلها يمكننا التوصل إلى وجه الشبه بين العلامة التجارية واسم النطاق، حيث من الممكن تسجيل علامة تجارية كاسم نطاق والعكس صحيح.
- إذ إن شروطهما واحدة من حيث التمييز والجدة والمشروعية، وإن التسجيل شرط للحماية، وإن الإدارة المختصة بتسجيلها تعفي نفسها من البحث في الأسبقية، وإنه من واجب المودع القيام بذلك. وأن كلاهما يتمتعان بحماية مؤقتة يمكن تجديدها إلا أن الاختلاف بينهما يكون في الجهة التي تقوم بالتسجيل، وهي في العلامة التجارية تكون لدى هيئات وطنية، أما في أسماء النطاق تكون أمام هيئات غير حكومية كالإيكان والمنظمات التابعة لها. كما أن العلامة التجارية تقوم بتمييز منتج أو خدمة ما، أما اسم النطاق فهو يميز المشروع ذاته لا منتجات هذا المشروع.
- ومن خلال هذا التشابه فإن العلامة التجارية تميز منتجاً أو خدمة في ظل التجارة التقليدية، أما اسم النطاق فهو يميز مشروع في التجارة الإلكترونية، إلا إنه يظهر النزاع بينهما عندما يقوم اسم النطاق بالتعدي على علامة تجارية وهذا ما سندرسه لاحقاً.

المطلب الثاني:

صور التنازع الموجود بين أسماء النطاق والعلامات التجارية

يحكم تسجيل اسم النطاق على شبكة الإنترنت مبدأ الأسبقية في التسجيل، ويحكم العلامات التجارية مبدأ التخصيص، وهذا اختلاف بين أسماء النطاق والعلامات التجارية، سنتطرق إلى هذين المبدأين:

أولاً: مبدأ الأسبقية في التسجيل

وهذا المبدأ مفاده أن باستطاعة أي شخص في العالم أن يقيم بتسجيل أي اسم نطاق يختاره ويكون متاحاً ولا يوجد ما يمنعه من ذلك¹. وذلك كون شبكة الإنترنت يحكمها مبدأ عالمي وهو "من يطلب أولاً يخدم أولاً" ويتخلل هذا المبدأ في حرمان صاحب العلامة التجارية من تسجيل اسم نطاق باسم علامته التجارية كونه قد سبق تسجيله من شخص آخر وهذا ما أدى إلى وجود نزاعات متعددة بين أصحاب العلامات التجارية وأسماء النطاق كونه يوجد اختلاف بين نظامها القانوني من خلال التسجيل كما تم بيانه سابقاً².

ثانياً: مبدأ التخصيص:

وهذا المبدأ يحمي العلامة التجارية بالنسبة للمنتجات والخدمات المحددة في طلب التسجيل، ولا تمتد الحماية على منتجات مماثلة أو مشابهة لتلك المحددة في طلب التسجيل، وهذا يعني أنه لا يجوز للغير استخدام علامة تجارية مملوكة لتمييز منتجات مشابهة أو مماثلة لتلك المنتجات التي تميزها العلامة الأولى³. وهذا المبدأ لا يمكن تطبيقه على اسم النطاق كون اسم النطاق إذا تم تسجيله على المجال الدولي .com يصبح غير متاح داخل هذا المجال حتى لو كان المشروع أو النشاط مختلفاً⁴.

الاعتداءات التي تقع على العلامات التجارية من قبل اسم النطاق

1. تسجيل اسم نطاق متطابق مع علامة تجارية (القرصنة الإلكترونية)

ويتم ذلك عندما يقوم شخص بتسجيل اسم نطاق ومماثل لعلامة تجارية، إذ إنه في بداية التجارة الإلكترونية لم تكن الشركات مدركة لأهمية هذا الموضوع، مما دفع العديد من الأشخاص للقيام بتسجيل

¹ شريف غنام، مرجع سابق، ص56.

² ياقدي دوجة، تسوية المنازعات بين أسماء النطاق والعلامات التجارية على شبكة الإنترنت، مجلة البحوث في الحقوق والعلوم السياسية، المجلد 04، العدد 01 - سنة النشر 2018، ص 29.

³ ماركي كوثر، الحماية القانونية للعلامة التجارية عبر الشبكة الرقمية في علاقتها مع أسماء المواقع، المجلة الجزائرية للعلوم القانونية والسياسية والاقتصادية، جامعة الجزائر، المجلد 45، العدد 3، 2008، ص305.

⁴ ياقدي دوجة، المرجع السابق، ص205.

أسماء نطاقات مماثلة لأسماء علامات تجارية؛ وذلك من أجل إعادة بيعها لأصحاب العلامات التجارية بأسعار خيالية.

صدر حكم من المحكمة الابتدائية لمدينة "Nanterre" الفرنسية سنة 2002 فقد جاء في هذا الحكم أن "البيع بالمزاد العلني لعناوين إلكترونية مقلدة لعلامات تجارية مشهورة يشكل عملاً من أعمال القرصنة توجب مسؤولية من شارك فيه"¹.

2. تسجيل اسم نطاق مشابه لعلامة تجارية:

ويتم ذلك من خلال تسجيل اسم نطاق مماثل لعلامة تجارية، إلا أنه يقوم بزيادة حرف أو إنقاص حرف مما يخلق اللبس لدى المستهلك.

مثل قضية شركة "AMAZON.com,Inc" ضد "koroth kov victor" الذي قام بتسجيل اسم الموقع [www. Ammazon.com](http://www.Ammazon.com) المشابه مع العلامة التجارية "AMAZON" المملوكة للشركة المشككية بالاختلاف هو إضافة حرف (M)².

3. تسجيل اسم نطاق يحتوي على علامة تجارية مع إضافة عبارات تحقيرية (الإرهاب الإلكتروني) ويتم ذلك من خلال أن يقوم شخص بينه وبين العلامة التجارية منازعات أو أن يكون مستاء من العلامة التجارية بتسجيل اسم نطاق يعبر فيه عن استيائه من العلامة التجارية بإضافة كلمة تسيء للعلامة التجارية، مثل "I hate Toyota.com" وتعني أنا أكره تويوتا³.

المبحث الثاني:

تسوية المنازعات بين أسماء النطاق والعلامات التجارية

تحدثنا فيما سبق عن النزاعات الناشئة بين أسماء النطاق والعلامات التجارية، ومن أبرزها القرصنة الإلكترونية، ومن هنا ظهر اهتمام القانون والقضاء لحماية العلامة التجارية من خلال التسوية القضائية، إلا أن هذا الأخير يحكمه العديد من الصعوبات، ومن أهمها: تهرب مالكي أسماء النطاق من تطبيق أحكام القضاء؛ لأن اسم النطاق يتصف بالعالمية وذلك على خلاف العلامات التجارية التي يحكمها القانون

¹ حواس فتيحة، مرجع سابق، ص 258.

² رامي محمد علوان، المنازعات حول العلامات التجارية وأسماء مواقع الإنترنت، مجلة الشريعة والقانون، جامعة الإمارات العربية، عدد 22، 2005، ص 277.

³ سماح محمدي، منازعات العلامات التجارية وأسماء المواقع، مجلة الباحث للدراسات الأكاديمية، جامعة باتنة، عدد 7، 2015، ص 425.

الوطني، أضف إلى ذلك إطالة أمد التقاضي وكثرة التكاليف وصعوبة تحديد الاختصاص القضائي وصعوبة تنفيذ الأحكام القضائية وغيرها من الصعوبات التي دفعت إلى تضافر الجهود الدولية لحل هذه النزاعات، سنتطرق في هذا المبحث الى دراسة التسوية القضائية لحل النزاعات بين أسماء النطاق والعلامات التجارية (المطلب الأول) والجهود الدولية المتبعة لحل النزاعات في (المطلب الثاني)

المطلب الأول:

التسوية القضائية لحل النزاعات بين اسم النطاق والعلامات التجارية

كما ذكرنا سابقاً أن العلامة التجارية يحكمها القانون التجاري الوطني، لذلك فإن المحاكم الوطنية تنظر في الدعاوي المتعلقة بالاعتداء على العلامة التجارية واختصت المحاكم الوطنية في النظر في حل النزاعات الواقعة بين العلامة التجارية واسم النطاق، وقد حكمت في ذلك محكمة فرنسية في قضية "cereales" إذ إن الشركة المختصة المختصة في صناعة المواد الغذائية والحاملة للعلامة "cereales" منعت من فتح اسم موقع لها يحمل علامتها؛ لأن شخصاً آخر ينشط في نفس المجال قام بفتح اسم موقع "cereals.fr" وفي هذه القضية أكدت المحكمة على تطبيق قانون العلامات على أسماء المواقع¹.

ويمكن تسوية النزاع بين اسم النطاق والعلامة التجارية قضائياً من خلال دعوى التقليد (الحماية الجزائية) (الفرع الأول)، دعوى المنافسة غير المشروعة (الحماية المدنية) (الفرع الثاني)

الفرع الأول:

دعوى التقليد (الحماية الجزائية)

تقليد العلامة التجارية يعد جنحة جرمها المشرع الجزائي ووضع العقوبة المناسبة على المعتدي، وعليه يملك صاحب العلامة التجارية التي وقع عليها اعتداء بصورة إلكترونية تحريك المتابعة الجزائية تجاه المعتدي ومثال ذلك تقليد العلامة التجارية في موقع إلكتروني واستخدامها بصورة تضر بحقوق صاحب العلامة². دعوى التقليد هي من الدعاوي التي يمكن لصاحب اسم النطاق مباشرتها وذلك لرد الاعتداء الذي وقع على هذا الاسم من اسم نطاق آخر، أو علامة تجارية مقلدة لهذا الاسم، وتعرف دعوى التقليد على

¹ مازوني كوثر، الشبكة الرقمية وعلاقتها بالملكية الفكرية، دار الجامعة الجديدة، الإسكندرية، 2008، ص132.

² مصطفى موسى حسن العطيات، التجارة الإلكترونية وآثارها على استخدامات العلامات التجارية، رسالة ماجستير في الحقوق، كلية الحقوق، جامعة القاهرة، مصر، 2008، ص331.

أنها النقل الحرفي للعلامة أو نسخ الجزء الأساسي المميز للعلامة¹. ويعرفها البعض الآخر على أنها "كل اعتداء على أي حق من الحقوق الناشئة عن العلامة المسجلة"² وتعد دعوى التقليد هي الدعوى التي يملكها صاحب العلامة التجارية المسجلة من أجل المطالبة بتوقيع الجزاء الجنائي على من يعتدي على العلامة التجارية بتزويرها أو تقليدها أو استعمالها بعد تزويرها³.

وقد جرم نص المادة (37) من قانون العلامات التجارية الأردني رقم 33 لسنة 1952 (المطبق في فلسطين) التي نصت على إجراءات رادعة للأفعال التي تشكل اعتداء على العلامة التجارية بالنقل أو التزوير وقد جاء النص كالتالي: "يعاقب بالحبس مدة لا تقل عن ثلاثة أشهر ولا تتجاوز سنة واحدة أو بغرامة لا تقل عن مائة دينار ولا تتجاوز ستة آلاف دينار أو بكلا هاتين العقوبتين كل من ارتكب بقصد الغش فعلاً من الأفعال التالية: أ. زور علامة تجارية مسجلة وفقاً لأحكام القانون أو قلدها بطريقة تؤدي إلى تضليل الجمهور أو وسم داخل المملكة علامة تجارية مزورة أو مقلدة على ذات المصنف من البضائع التي سجلت العلامة التجارية من أجلها. ب. استعمال دون حق علامة تجارية يملكها الغير على المصنف ذاته من البضاعة التي سجلت العلامة التجارية من أجلها.

وبناءً على ذلك يحق لصاحب اسم النطاق منع التعدي من استخدام اسم نطاقه كعلامة تجارية في العالم الواقعي، أو اسم نطاق آخر في العالم الافتراضي، لأن هذه الصورة من التعدي تحدث لبساً وخطأً لدى الجمهور وتوهمهم أنهم يتعاملون مع المؤسسة الأصلية وهذا هو حال التقليد⁴.

ونستنتج من ذلك أنه لقيام دعوى التقليد يجب توافر شروط، وهي:

1. أن تكون العلامة التجارية مسجلة لدى وزارة الاقتصاد الوطني.
2. أن يقع تقليد حرفي أو شبه حرفي للعلامة التجارية من قبل اسم النطاق.
3. أن يحدث لبس وخطأ بين اسم النطاق والعلامة التجارية للمستهلك ويتبعه الإضرار بصاحب العلامة التجارية.

¹ محمد موسى أحمد هلسة، منازعات العلامة التجارية وأسماء النطاق في النظام القانوني الفلسطيني، رسالة ماجستير، جامعة بيرزيت، فلسطين، 2010، ص95.

² نوري حمد خاطر، شرح قواعد الملكية الفكرية - الملكية الصناعية، دار الوائل للنشر، الأردن، 2005، ط1، ص 334.

³ نوري حمد خاطر، المرجع نفسه، ص336.

⁴ Romain Gola, la Re`gelation de l'internet: Non de domaine et Droit des marques- op-cit-p194

بالنسبة للمحاكم الفرنسية فإنه يتم رفع دعوى التقليد أمام المحاكم الابتدائية المختصة بصورة مستعجلة وهذا طبقاً للمادة (3-716L) والمادة (6-716L) من قانون الملكية الفكرية الفرنسي وكذلك المادة (808) والمادة (809) من قانون الإجراءات المدنية الفرنسية ويشترط لرفع الدعوى بصورة مستعجلة توفر شرطين أساسيين هما جدية الدعوى ووضوح الأدلة¹.

وفي هذه الحالة يأمر القاضي بوقف الأفعال الدالة على التقليد، بالإضافة لفرض غرامة على المقلد لإجباره على وقف كافة أشكال التقليد بالنسبة للقضاء الفرنسي فقد عرض عليه قضايا كثيرة من هذا النوع نستعرض منها قضية شركة (Kraft foods) التي تمتلك العلامة (MILKA) ضد السيدة (MILKA) (Badumir) صاحبة مؤسسة الخياط، هذه الأخيرة قامت بتسجيل اسم نطاق (milka.fr) لصالحها، وطلبت شركة (kraft foods) بشكل ودي من صاحبة المؤسسة نقل اسم النطاق الذي أنشأته لصالح الشركة صاحب العلامة، إلا أن هذه السيدة رفضت الحل الودي، عرض النزاع أمام محكمة نانت (Nante) التي أصدرت حكمها بتاريخ 14/مارس/2005 بنقل اسم النطاق إلى الشركة خلال شهر مع غرامة 150 مائة وخمسين يورو عن كل يوم تأخير، تم استئناف الحكم أمام محكمة فرساي أصدرت المحكمة حكمها بتاريخ 26 أبريل 2006 بتأييد قرار محكمة نانت (Nante)².

الفرع الثاني:

دعوى المنافسة غير المشروعة (الحماية المدنية)

دعوى المنافسة غير المشروعة لا تختلف في تعريفها أو تنظيمها على شبكة الإنترنت على القواعد العامة لها كما تنظمها القوانين الوطنية، إلا أنها تهدف إلى حماية العلامة التجارية غير المسجلة لغياب الحماية الجزائية، ويمكن أن ترفع بصورة تكميلية إلى جانب الحماية الجزائية؛ وذلك لوضع نهاية لكافة أنواع الاعتداءات³. وعرف المشرع الفرنسي م (3-713L) المنافسة غير المشروعة على أنها (اصطناع أو تقليد علامة منتجات أو خدمات غير مماثلة توجب المسؤولية المدنية متى كانت مشهورة⁴).

¹ سعيد مبروكي، محمود خير محمود العدوان، تسوية المنازعات المتعلقة بأسماء النطاق: دراسة مقارنة بين التشريعين الأردني والجزائري، مجلة جامعة الشارقة، المجلد 15، العدد 1، 2018، ص 117.

² منشور على <http://www.Legalis.net/jnet> (المرجع السابق) ص 117

³ بلغرام مبروك، العناوين الإلكترونية وتنازعها مع العلامة التجارية، جامعة محمد لمين دباغين، سطيف، كلية الحقوق، مجلة بحوث، المجلد 11، العدد 3، 2017، ص 88.

⁴ Romain Gola -La Re`gelation de l`internet: Nom de domaine et Droit des marques op. cit. p211

ومن هنا نجد أن دعوى المنافسة غير المشروعة تستند على جذب جمهور المستهلكين من خلال ترويج أكبر قدر ممكن من الخدمات والمنتجات ضماناً لازدهار التجارة، وعلى ذلك يتنافس التجار ومقدمو الخدمات في ترويج خدماتهم ومنتجاتهم بأفضل المعايير التي تخدم المستهلك، والمنافسة بهذا الشكل تحقق نفعاً لأنها توفر التوازن بين الإنتاج والاستهلاك؛ ولكن غالباً ما يؤدي هذا التزامم إلى الخروج عن الإطار القانوني المشروع للمنافسة، وذلك بمحاولة جذب جمهور المستهلكين يأتي وسيلة كانت دون الاهتمام بمدى مشروعيتها وبسببها بالضرر للغير كأن تحرم المتضرر من زبائن محتملين¹.

شروط قبول دعوى المنافسة غير المشروعة في الاعتداءات الإلكترونية هي نفس شروطها على أرض الواقع². وهنا تقوم أركان هذه الدعوى على أركان المسؤولية التقصيرية وهي:

1. الخطأ ويقوم على فعل التعدي والإدراك

إن المشرع الأردني لم يشترط ضرورة توافر الخطأ في الفعل الموجب للمسؤولية؛ وإنما اكتفى بأن يفضي أي فعل إلى ضرر؛ لأن الهدف من المسؤولية هو جبر الضرر وفق ما نصت عليه المادة (256) من القانون المدني الأردني التي تنص على أن "كل إضرار بالغير يلزم فاعله ولو غير مميز بضمان الضرر³.
2. الضرر يجب أن يؤدي فعل المنافسة غير المشروعة إلى إلحاق الضرر بصاحب اسم النطاق أو العلامة التجارية؛ كإضرار المستهلك عن منتجات وخدمات صاحب اسم النطاق⁴. مما يؤدي إلى خسائر مادية، ولا يشترط أن يكون الضرر محققاً؛ بل يكفي أن يكون محتمل الوقوع وهذا بغرض حماية التجارة من أعمال المنافسة غير المشروعة بالنسبة للمستقبل⁵.

3. العلاقة السببية تعد رابطة السببية ركناً أساسياً في دعوى المنافسة غير المشروعة لذا يجب أن تقوم رابطة سببية بين أفعال المنافسة غير المشروعة والضرر، فلا يوجد ضرر بدون حدوث أعمال غير مشروعة ويتم إصلاح الضرر من الفعل الذي سبب حدوثه⁶.

¹ G. DECOCQ- note sous Conseil de la concurrence 9 juim2000, com. `electr,n 11, November.2000

² مصطفى موسى حسين عطيات، مرجع سابق، ص 344-348.

³ عبد الله حسين الخشروم، الوجيز في حقوق الملكية الصناعية والتجارية، دار الأوائل للنشر، الأردن، ط1- 2005، ص 183.

⁴ كريم مغيب، الماركات التجارية والصناعية، دون دار نشر، ط1، لبنان، 2005، ص199.

⁵ إبراهيم محمد عبيات، النظام القانوني لأسماء نطاقات الإنترنت، رسالة ماجستير، جامعة آل البيت، المفرق، الأردن، 2007، ص20.

⁶ الخشروم، مرجع سابق، ص190.

قضت محكمة النقض الفرنسية بتاريخ 13 ديسمبر 2005 في قضية اسمي النطاق (locteur.com) المملوكة لشركة إدارة المحافظ المالية بأنه "لا يمكن نقل أحد أسماء النطاق لشركة أخرى لا توجد بينهما منافسة لاختلاف نشاطهما"¹.

وفي قرار آخر للمحكمة الابتدائية لباريس بتاريخ 6 يوليو 2006 التقليد الذي يؤدي لوجود التباس بين اسم نطاق والعلامة يتضمن من وحدة المنتجات والخدمات المقدمة منها². وبالنتيجة فإنه يحق لكل من وقع عليه اعتداء المطالبة بالتعويض عن الضرر المادي والمعنوي الذي لحق به³. إذ تنص المادة (256) من القانون المدني الأردني على أنه (كل إضرار بالغير يلزم فاعله ولو كان غير مميز بضمان الضرر)

المطلب الثاني:

الجهود الدولية المتبعة لحل النزاعات

تنوعت الجهود الدولية لوضع حد للمنازعات بين أسماء النطاق والعلامات التجارية، إلا أن جهود المنظمة العالمية للملكية الفكرية تكللت بالنجاح باستجابة مؤسسة الأيكان لما ورد بالتقرير الأول لسنة 1999⁴، وتبنى قواعد جديدة لحل النزاعات المتعلقة بأسماء النطاق، وهي ما تعرف بـ "القواعد الموحدة لتسوية نزاعات العناوين الإلكترونية" وهي وسيلة ودية اختيارية لحل النزاعات الناشئة عن تسجيل العناوين الإلكترونية؛ وخاصة تلك التي تتعلق بالاعتداء على العلامة التجارية⁵. سنتطرق لهذا الموضوع من خلال القواعد الموحدة لتسوية المنازعات بين أسماء النطاق والعلامات التجارية (UDRP) في الفرع الأول وجهود المنظمة العالمية للملكية الفكرية في الفرع الثاني.

¹ Cass.com -13 dec 2005.JCP2006.n6-7 www.legifrance.gouv.fr

² TGI paris.6 jan 2006, <http://www.legalis.net/j net>

³ الخرشوم، مرجع سابق، ص170.

⁴ <http://www.wipo.int/amc/en/processes/processes.1report>

⁵ زواينادية، حل منازعات أسماء النطاق في ظل منظمة الويبو والأيكان، حوليات جامعة الجزائر، المجلد 34، العدد 03، 2022، ص297-316.

الفرع الأول:

القواعد الموحدة لتسوية المنازعات بين أسماء النطاق والعلامات التجارية (UDRP)

يعد هذا البروتوكول نتيجة للجهود الدولية التي بذلت لمحاربة القرصنة الإلكترونية وحماية حقوق مالكي العلامات التجارية والذي قام بوضع حلول من خلال اقتراحات وتوجيهات والتي يجب أن تراعيها الهيئات المعنية بالعنوان الإلكتروني ومنها¹:

- تكوين لجنة إشراف تكلف بمراقبة تطبيق الشركات المختصة بالتسجيل للمبادئ التي تضمنها البروتوكول، تقوم هذه الشركات بتقديم اقتراحات، فيحق لها أن تقترح أسماء نطاقات جديدة؛ بهدف حل النزاعات بين اسم النطاق والعلامات التجارية.
- اقترح البروتوكول على وضع نظام جديد لحل هذه المنازعات بشكل ودي وتسند هذه المهمة إلى مركز التحكيم والوساطة للمنظمة العالمية للملكية الفكرية.
- اقترح البروتوكول على الشركات المعنية بتسجيل العناوين الإلكترونية الدولية برفض تسجيل العناوين الفرعية التي تحمل أسماء قريبة من العلامات التجارية المشهورة، وذلك للأشخاص الذين ليست لهم أي حقوق مشروعة على هذه الأسماء لنقادي الخطأ أو اللبس الذي يمكن أن يقع فيه الجمهور.

جهود المنظمة العالمية للملكية الفكرية

نظرا للطابع الدولي لهذه المواقع وخاصة أن تسيير هذه المواقع هو من مهام منظمة دولية تابعة للوايو، قامت منظمة الوايو بأخذ المبادرة لحل النزاعات المتعلقة بأسماء النطاق؛ وذلك من خلال التقارير التي قدمتها والمتضمنة توجيهات وتوصيات تتعلق بالعناوين الإلكترونية وبرنامجها الخاص بالعناوين الإلكترونية الوطنية ومركز التحكيم والوساطة التابع لها. صدر عنها تقريران سنتناول في هذه الدراسة التقرير الأول؛ نظرا لأن التقرير الثاني يتعلق بشارات أخرى مثل الأسماء التجارية وغير متعلق في دراستنا هذه. والذي كان معنوناً ب إدارة أسماء وعناوين الإنترنت: قضايا الملكية الفكرية التقرير النهائي لإجراءات المنظمة العالمية للملكية الفكرية بخصوص أسماء النطاق" الصادر عام 1999.

وتتضمن مجموعة من التوصيات أهمها:

- إنشاء أسماء نطاق جديدة تسمح بتمثيل أكبر العلامات التجارية على شبكة الإنترنت، وأن يتم هذا التسجيل في ضوء التوصيات الواردة فيه.

¹ التقرير المنشور على الموقع <http://www.iahc.org/docs/draft-ihac-recommend-fr.htm>

• وضع نظام استثنائي للعلامات المشهورة عند تسجيلها على شبكة الإنترنت فلا تسجل إلا من مالكيها بعد إثباته لذلك.

• حث منظمة الأيكان بتنظيم إجراءات إدارية تحت إشرافها لتسوية المنازعات بين مسجلي أسماء النطاق ومالكي العلامات التجارية بشكل سريع وفعال وقليل التكلفة ويتم بشكل كلي على شبكة الإنترنت.

حيث وضعت من خلال هذا التقرير سياسية خاصة لحل النزاعات بخصوص أسماء النطاق الوطنية وكان ذلك عن طريق توحيد الإجراءات لحل المنازعات الخاصة بأسماء المواقع وتطبق على النزاع الذي يكون بين مالك العلامة التجارية والشخص الذي سجل اسم النطاق على شكل .com/.net/.org. والمعنون بـ " أفضل الإجراءات لتقاضي منازعات الملكية الفكرية بشأن العناوين الإلكترونية الوطنية، أو التي تنتهي برموز البلدان" الصادر عام 2001¹.

• وضع الإجراءات المناسبة لتسجيل أسماء النطاقات الوطنية لتقاضي نشوب نزاعات مستقبلية بمسجل النطاق؛ وذلك بنشرها على قاعدة بيانات معينة ليطلع عليها كل من يهمله الأمر.

• اللجوء إلى الإجراءات البديلة كوسيلة لتسوية النزاع وقد وضعت المنظمة العالمية للملكية الفكرية حداً أدنى من الشروط يجب أن تعتمدها الدول لحل النزاعات؛ بهدف التوفيق بين تشريعات الدول المتناقضة في هذا المجال.

وأنشئت في جنيف عام 1999 محكمة خاصة لقضايا الإنترنت تفصل في القضايا الخاصة بالنزاع بين أسماء الدومين أو اسم المنطقة وقد عرضت عليها نزاعات عديدة في هذا الخصوص².
مركز التحكيم والوساطة:

أنشأت المنظمة العالمية للملكية الفكرية مركز التحكيم والوساطة وهو عبارة عن هيئة مركزها بجنيف عام 1994 يقوم بخدمات التحكيم والوساطة لتسوية المنازعات التجارية والدولية التي قد تثور بين الأشخاص والمشروعات، وينظر النزاع أمام لجان إدارية ويصدر قرارات إدارية في موضوع النزاع، ويمتلك المركز مجموعة من الإجراءات لتسوية النزاعات ومنها التحكيم الوساطة³.

¹ التقرير متاح على الموقع <http://www.wipo.int/amc/en/processess/processess2>

² د. عبد الفتاح بيومي حجازي، النظام القانوني لحماية التجارة الإلكترونية، دار الفكر الجامعي، ط1، 2003، ص336.

³ شريف محمد غنام، مرجع سابق، ص211.

أ) التحكيم:

يتم التحكيم عن طريق الإنترنت والأحكام التي تصدر عن المحكم أو المحكمين تكون ملزمة للأطراف وينظم المركز إجراءاته عن طريق لوائح، ويحرص أن تكون الرسوم متناسبة مع ظروف النزاع.

ب) الوساطة:

هي وسيلة اختيارية يلجأ إليها أطراف النزاع في أية مرحلة كان عليها النزاع، ويقوم به وسيط محايد يتم اختياره من بين قائمة الوسطاء التي تعدها الويبو حسب الخبرة في موضوع النزاع، وأن الحل المتوصل إليه غير ملزم للأطراف وقد ينتهي عمل الوسيط بحل النزاع، أو حل جزء دون آخر كما قد لا يتوصل إلى حل وفي كل الحالات يقوم بإرسال التقرير إلى المركز وفي الحالة الأخيرة يلجأ الأطراف إلى التحكيم.

وقد فصل مركز التحكيم والوساطة في قضيتين: قضية (TFI) الخاصة بالتلفزة الفرنسية وقضية (Dior) ذات العلامة المشهورة الخاصة بالعطور¹.

أما بخصوص الإجراءات الإدارية لتسوية المنازعات:

- ألزمت منظمة الأيكان الشركات المسجلة لأسماء المواقع العليا بالخضوع إجبارياً للسياسة الموحدة لحل النزاعات المتعلقة بأسماء النطاقات، وهي تنظم إجراءات فض المنازعات المتعلقة بأسماء الدومين بطريقة عملية ومبسطة².
- وفقاً لهذه السياسة فإن مالك العلامة التجارية (المتضرر) حتى يستطيع أن يستعيد اسم النطاق الذي يتضمن علامته؛ يجب أن يثبت أنه مالك لعلامة مطابقة أو مشابهة لاسم النطاق، وأن مسجل النطاق سيء النية ولم تكن له أية مصلحة مشروعة على الاسم الذي سجله؛ بل كان التسجيل بسبب القرصنة³.
- صاحب العلامة (المشتكي) هو من يحدد الجهات المعتمدة من قبل الأيكان لي طرح النزاع أمامها، وهو من يتحمل المصاريف⁴.

¹ مازوني كوثر، مرجع سابق، ص133، وما يليها.

² أسعد فاطمة، دور المنظمات العالمية للملكية الفكرية في حل النزاع بين العلامات وأسماء النطاق، مداخلة في إطار ملتقى وطني حول الملكية الفكرية بين مقتضيات العولمة وتحديات التنمية، جامعة عبد الرحمن ميرة، كلية الحقوق والعلوم السياسية، بجاية، 2013، ص408.

³ يشوي ليندة، الإشكاليات القانونية الناشئة عن استعمال المواقع، المجلة الجزائرية للعلوم القانونية الاقتصادية والسياسية، عدد 03، 2009، الجزائر، ص499.

⁴ FERAL SCHUCIE Christiane- op.cit.p260

وقد عملت الهيئة الوطنية الفلسطينية لمسميات الإنترنت على تطبيق ما جاءت عليه الجهود الدولية من خلال:

- تحديد السياسات والقواعد وطريقة تسجيل المجالات ضمن المجال الفلسطيني للإنترنت بشكل مباشر أو ضمن المجالات المتفرعة عنه.
 - التعاقد مع الشركات المؤهلة لتسجيل النطاقات واعتمادها كمسجلين معتمدين لدى الهيئة.
 - تطوير آليات فض النزاعات وحل المشكلات المتعلقة بأسماء النطاقات وحقوق الملكية الفكرية، وتقليل الحالات المحالة إلى القضاء، والبقاء على اتصال مع المنظمات العالمية للتطابق مع أفضل الممارسات العالمية في إدارة المجالات الوطنية.
 - الاحتفاظ بقاعدة بيانات تسجيل المجالات في الهيئة بطريقة آمنة ويمكن الاعتماد عليها.
 - توفير المعلومات فيما يتعلق بالأسماء المسجلة من خلال خدمة البحث بما يتماشى مع المعايير الدولية المتبعة لحماية الخصوصية.
 - إدارة جميع الاتصالات والمعاملات والشؤون الإدارية والمالية والفنية المتعلقة بعملية التسجيل¹.
- إجراءات الهيئة الوطنية الفلسطينية في حل نزاعات اسم النطاق²:
1. الهيئة غير مسؤوله في حالة النزاع على اسم مجال بين طرفين أو أكثر فيما يتعلق بأحقية ملكية الاسم.
 2. يمكن أن تكون الهيئة هي الحكم في حالة نشوء نزاع على اسم مجال بموافقة كلا الطرفين المتنازعين.
 3. ستمثل الهيئة لأي أوامر تصدر من المحاكم الفلسطينية دون أن تكون طرفاً في الدعوى القضائية.
 4. لن تكون الهيئة مسؤوله عن أي أضرار أو أي عطل سواء أكان مباشراً أم غير مباشر (شاملاً الخسارة المالية) ينتج عن حالة النزاع على اسم مجال.
 5. ستوقف الهيئة تسجيل اسم مجال متنازع عليه في حالة النزاع مع طلب تسجيل موقوف، أو مع اسم مسجل بالفعل حتى يفض الطرفين النزاع بشكل مكتوب أو حتى صدور أمر محكمة.
 6. الموافقة على طلب تسجيل وتسجيل اسم المجال لدى الهيئة لا يعني أن الهيئة توافق أو تدعم الاسم المسجل أو محتوى المجال أو الأسماء أو العلامات التجارية التي يشير إليها هذا الاسم.
 7. ستقوم الهيئة بإعلام المسجل في حالة وجود نزاع واضح على الاسم أو في حالة احتمال وجود نزاع على اسم أو خدمة أو علامة مسجلة تجارية.

¹ منشور على موقع الهيئة الوطنية الفلسطينية لمسميات الإنترنت www.pnina.ps

² المرجع السابق.

8. للهيئة الحق في إلغاء أو مسح أو وقف اسم المجال في حالات اللجوء إلى القضاء إذا رأت الهيئة ضرورة ذلك.

9. وفقاً للقانون الفلسطيني ونظم وقوانين الهيئة فإنه يمكن نقل أسماء المجالات من جهة إلى أخرى حصلت مؤخراً الشركة الوطنية الفلسطينية للاتصالات "الوطنية موبايل"، شبكة الاتصالات المتنقلة الجديدة في فلسطين، على نطاق www.alwataniya.ps وذلك بعد صدور قرار تحكيم من الهيئة الوطنية الفلسطينية لمسميات الإنترنت بمنح الشركة هذا النطاق، والذي كان ملكاً لمواطن فلسطيني قام بشرائه قبل فترة من الزمن.

وبدأت القضية في أواخر تشرين ثاني 2007 عندما تقدمت الشركة الوطنية الفلسطينية للاتصالات بشكوى للهيئة مطالبة بإيها منح النطاق المذكور للشركة، حيث إن المالك لم يكن يملك مؤسسة أو عملاً تجارياً مرخصاً تحت هذا الاسم، والذي بدوره كان يسعى لتحقيق مكاسب مادية جراء بيع النطاق للوطنية وبسعر مبالغ فيه. وقد تولى تحكيم قضية الوطنية الفلسطينية للاتصالات السيد مروان رضوان، مدير عام الهيئة الوطنية الفلسطينية لمسميات الإنترنت.

الخاتمة:

وأخيراً وبعد دراستنا الموجزة في موضوع المنازعات المتعلقة بأسماء النطاق والعلامة التجارية في ظل القانون الفلسطيني توصلنا عدة نتائج وتوصيات تتمثل في:

النتائج:

- وجدنا أنه وبسبب التطور التقني أصبحت أسماء النطاق تلعب دور العلامات التجارية في التجارة الإلكترونية.
- أن الفرق بينهما هو العلامة التجارية التي تعرف عن منتج أو سلعة أما، وأن اسم النطاق يعرف عن مشروع ويحكمه مبدأ عالمي "من يصل أولاً، يخدم أولاً" وهي تعني أن الحماية تكمن للمسجل أولاً.
- وأنه من الصعوبة تطبيق القوانين الوطنية على اسم النطاق كون اسم النطاق عالمي.
- يصعب تحديد الاختصاص القضائي بشأنه وعند تسجيل اسم نطاق مقلد لعلامة تجارية يمكن سلوك أحد الاتجاهين: التسوية القضائية في دعوى التقليد، أو دعوى المنافسة غير المشروعة أو التسوية الدولية عن طريق التحكيم أو الوساطة.

- أن هذا التطور التقني لم يصحبه تطور قانوني في الوطن العربي فنجد أن معظم الدول العربية لم تصدر قوانين تتعلق بالتجارة الإلكترونية.
- بالنسبة لاسم النطاق فلا توجد حتى الآن أية دولة عربية تنظمه، ولا حتى تبين طبيعته القانونية بنص صريح، تاركة هذه المهمة للفقهاء الذي اختلفت آراؤه، وهذا الفراغ القانوني يؤثر سلباً على المنازعات المطروحة أمام القضاء بحيث يجد القضاة أنفسهم أمام تقنية تتصف بالتعقيد والعالمية.

التوصيات

- تدريب المحامين على كيفية صياغة الشكاوى المتعلقة بالاعتداءات الإلكترونية على العلامة التجارية
- تفعيل جهود المنظمة العالمية للملكية الفكرية لتوحيد الإجراءات لحل النزاعات.
- نوصي المشرع الفلسطيني بصياغة قوانين تتعلق بأسماء النطاق وتسوية المنازعات المتعلقة بها

قائمة المصادر والمراجع

أولاً: المصادر

- اتفاقية الجوانب المتصلة بالتجارة من حقوق الملكية الفكرية TRIPS لسنة 1994.
- قانون الاتصالات الفلسطيني رقم (3) للعام 1996 ولوائحه التنفيذية أو أية تعديلات لاحقة عليه، والنظام الداخلي للهيئة الوطنية الفلسطينية لمسميات الإنترنت ولائحة سياسات تسجيل أسماء النطاقات العربية.

ثانياً: المراجع:

1- الكتب:

أ. الكتب باللغة العربية

- شريف محمد غنام، حماية العلامة التجارية عبر الإنترنت في علاقتها بالعنوان الإلكتروني، الإسكندرية، دار الجامعة الجديدة، 2007، دون طبعة.
- عبد الفتاح بيومي حجازي، النظام القانوني لحماية التجارة الإلكترونية، الطبعة الأولى، دار الفكر الجامعي، ط 2002.
- صلاح زين الدين، العلامات التجارية وطنياً ودولياً، ط1، عمان، دار الثقافة للنشر والتوزيع، 2005.
- مازوني كوثر، الشبكة الرقمية وعلاقتها بالملكية الفكرية، دار الجامعة الجديدة، الإسكندرية، 2008.
- نوري حمد خاطر، شرح قواعد الملكية الفكرية- الملكية الصناعية، دار الوائل للنشر، الأردن، 2005، ط1.
- عبد الله حسين الخشروم، الوجيز في حقوق الملكية الصناعية والتجارية، دار الوائل للنشر، الأردن، ط1، 2005.
- كريم مغيب، الماركات التجارية والصناعية، دون دار نشر، ط1، لبنان، 2005.
- عبد الفتاح بيومي حجازي، النظام القانوني لحماية التجارة الإلكترونية، دار الفكر الجامعي، ط1، 2003.

ب. الكتب باللغة الاجنبية

- Nathalie Beaurain – Gmmanuel jez, les nom de do maine de l`internet (France – 2001)
- Romain Gola – La Re`gelation de L`internet: Nom de maine et Droit des maraques – (Tomel – The`se de doctorate- Universite` de Montre`al Universite` de droit – d`economie et des sciences d` Aix – Marseille 3, Marseille-2002

- Romain Gola, la Re`gelation de l`internet: Non de domaine et Droit des marques- op-cit- p194
- Romain Gola -La Re`gelation de l`internet: Nom de domaine et Droit des marques op. cit.
- G. DECOCQ- note sous Conseil de la concurrence 9 juim2000, com. `electr,n 11, November.2000

2-الأبحاث المنشورة

- محمد حسام لطفي، المشكلات القانونية في مجال المعلوماتية: خواطر وتأملات، بحث مقدم إلى مؤتمر تحديات حماية الملكية الفكرية، من منظور عربي ودولي في الفترة 21 و 22 و 23 أكتوبر 1997، القاهرة.
- محمد حسام لطفي، بحث بعنوان أسماء الدومين، جامعة بني سويف، كلية الحقوق.
- ياقي دوجة، تسوية المنازعات بين أسماء النطاق والعلامات التجارية على شبكة الإنترنت، مجلة البحوث في الحقوق والعلوم السياسية، المجلد 04، العدد 01، سنة النشر 2018.
- ماركي كوثر، الحماية القانونية للعلامة التجارية عبر الشبكة الرقمية في علاقتها مع أسماء المواقع، المجلة الجزائرية للعلوم القانونية والسياسية والاقتصادية، جامعة الجزائر، المجلد 45، العدد3، 2008.
- رامي محمد علوان، المنازعات حول العلامات التجارية وأسماء مواقع الإنترنت، مجلة الشريعة والقانون، جامعة الإمارات العربية، عدد22، 2005.
- سماح محمدي، منازعات العلامات التجارية وأسماء المواقع، مجلة الباحث للدراسات الأكاديمية، جامعة باتنة، عدد 7، 2015.
- أسعد فاطمة، دور المنظمات العالمية للملكية الفكرية في حل النزاع بين العلامات وأسماء النطاق، مداخلة في إطار ملتقى وطني حول الملكية الفكرية بين مقتضيات العولمة وتحديات التنمية، جامعة عبد الرحمن ميرة، كلية الحقوق والعلوم السياسية، بجاية، 2013.
- يشوي ليندة، الإشكاليات القانونية الناشئة عن استعمال المواقع، المجلة الجزائرية للعلوم القانونية الاقتصادية والسياسية، عدد 03، 2009، الجزائر.

3-مذكرات التخرج

- حواس فتيحة، حماية المصنفات الرقمية وأسماء النطاقات على شبكة الإنترنت، أطروحة لنيل شهادة علوم في القانون الخاص، فرع ملكية فكرية، جامعة الجزائر، كلية الحقوق، 2016-2017.

- مصطفى موسى حسين العطيات، التجارة الإلكترونية وآثارها على استخدامات العلامة التجارية، أطروحة لنيل درجة الدكتوراه في الحقوق، كلية الحقوق جامعة القاهرة، مصر.
- مصطفى موسى حسن العطيات، التجارة الإلكترونية وآثارها على استخدامات العلامات التجارية، رسالة ماجستير في الحقوق، كلية الحقوق، جامعة القاهرة، مصر، 2018.
- محمد موسى أحمد هلسة، منازعات العلامة التجارية وأسماء النطاق في النظام القانوني الفلسطيني، رسالة ماجستير، جامعة بيرزيت، فلسطين، 2010.
- سعيد مبروكي، محمود خير محمود العدوان، تسوية المنازعات المتعلقة بأسماء النطاق: دراسة مقارنة بين التشريعين الأردني والجزائري، مجلة جامعة الشارقة، المجلد 15، العدد 1، 2018.
- بلغرام مبروك، العناوين الإلكترونية وتنازعها مع العلامة التجارية، جامعة محمد لمين دباغين سطيف، كلية الحقوق، مجلة بحوث، المجلد 11، العدد 3، 2017.
- إبراهيم محمد عبيات، النظام القانوني لأسماء نطاقات الإنترنت، رسالة ماجستير، جامعة آل البيت، المفرق، الأردن، 2007.

4- المواقع الإلكترونية

- [www. Aleqt.com](http://www.Aleqt.com)
- www.arageek.com
- <http://www.icann.org>
- www.pnina.ps
- www.info.wafa.ps
- www.wipo.int/amc/en/processes/processes.1report
- www.iahc.org/docs/draft-ihac-recommend-fr.htm
- <http://www.wipo.int/amc/en/processess/processess2>
- www.pnina.ps
- <https://www.ooredoo.ps>

أحكام حق الإيجار للمتجر في التشريع الأردني

Provisions of the right of Store Rent in Jordanian Legislation

الدكتور محمد عقله علي العلي - الاردن

moh-alabed@yahoo.com

DOI: <https://doi.org/10.70411/MJLS.1.1.20237>

ملخص

بيان أحكام حق الإيجار للمتجر في التشريع الأردني، وبيان أهمية هذا العنصر للمتجر والسمعة التجارية التي له وخاصة عندما يتعلق في ذهن العملاء مكان المتجر، والتنازل عن هذا الحق في حال إجراء تصرفات قانونية على المتجر، وقد قمت بإجراء دراسة مقارنة مع بعض التشريعات العربية التي نظمت حق الإيجار للمتجر. وتكمن مشكلة الدراسة في حال إجراء تصرف قانوني معين من قبل مالك المتجر، فإن القانون لا يسمح له بالتنازل عن حق الإيجار للغير، إذا كان مالك المتجر مستأجر للعقار المتواجد فيه المتجر، وهذا يعارض نص المادة (38) من قانون التجارة الأردني التي تعتبره إحدى العناصر المعنوية للمتجر، والمادة (39) من قانون التجارة الأردني أشارت بالرجوع إلى القانون المدني وقانون المالكين والمستأجرين، وهذه القوانين لا تتناسب طبيعة المتجر القانونية. وقدمت الدراسة عدد من التوصيات من أهمها: ضرورة وضع تنظيم قانوني خاص بالمتجر ينظم بيع وإيجار ورهن المتجر، وكذلك تعديل قانون التجارة الأردني بوضع تنظيم قانوني خاص للمتجر يسمح بالتنازل عن حق الإيجار، أو تعديل قانون المالكين والمستأجرين لكي يميز بين الإيجار لغاية السكن والإيجار التجاري، والسماح لحق الإيجار بالانتقال للغير بالتوازن بين حق مالك المتجر ومالك العقار بوضع ضمانات معينة للمؤجر تسمح بالتنازل عن حق الإيجار للغير. **الكلمات المفتاحية:** الإيجار، المتجر، القانون التجاري، العقار، العنصر المعنوي.

Abstract :

We clarify of the provisions of the store's lease right in Jordanian legislation, and the importance of this element to the store and its commercial reputation, especially when it relates to customers in the minds of the store's location, and waiving this right in the event of legal actions on the store, and I have conducted a comparative study with some Arab legislation that organized Lease right of the shop.

The research problem of the study lies in the event that a certain legal action is taken by the owner of the store where the law does not allow him/her to waive the right of rent to others, if the owner of the store is a tenant of the property in which the store is located, and this contradicts Article (38) of the Jordanian Trade Law, which considers it one of the elements of the store, and Article (39) of the Jordanian Trade Law that referred in reference to the civil law and the law of owners and tenants, and these laws do not fit the legal nature of the store.

The study recommends the following: to develop a legal regulation for the store that regulates the sale, rent and mortgage of the store, as well as amending the Jordanian Trade Law by putting a special legal regulation for the store that allows the waiver of the right of rent, or amending the Landlords and Tenants Law to distinguish between rent for housing and commercial rent; to give the right of rent to be transferred to others by balancing the right of the store owner and the landlord to place certain guarantees for the landlord that allow the waiver of the rental right to others.

Keywords : rent, shop, commercial law, real estate, moral element.

ترتكز فكرة المحل التجاري أساساً على العناصر المعنوية، وهذه العناصر تشكل حجر الزاوية لفكرة المحل التجاري، إذا لا يمكن أن يوجد المحل من الناحية القانونية دون توفر هذه العناصر، وهذا خلافاً للعناصر المادية، ويعتبر حق الإيجار عنصر من عناصر المتجر المعنوية، وهذا ما نص عليه قانون التجارة الأردني رقم 12 لعام 1966، ولا يكون هنالك حديث عن حق الإيجار إلا إذا كان مالك المحل التجاري مستأجراً للعقار الموجود فيه محله التجاري أو المتجر، أما إذا كان مالك المتجر مالكاً للعقار الموجود فيه المتجر فلا ضرورة لوجود هذا العنصر¹.

وتزداد أهمية حق الإيجار بارتباط الزبائن في الموقع الجغرافي للمحل التجاري وبالتالي يرتبط هذا الموقع في أذهان العملاء مما يجعلهم يترددون عليه لمعرفة موقعه. لذلك قسم هذا المبحث إلى مطلبين: وتناول في المطلب الأول ماهية حق الإيجار وشروط التصرف فيه، وتناول في المطلب الثاني موقف المشرع الأردني وموقف بعض التشريعات العربية من حق الإيجار وكيفية تنظيمها لهذا العنصر المهم جداً وبيان كيفية التنازل عنه.

مشكلة البحث:

تكمن مشكلة الدراسة في أن المشرع جعل تنظيم حق الإيجار للمتجر في القانون التجاري الأردني بالرجوع إلى قانون المالكين والمستأجرين الأردني والقانون المدني الأردني، اللذين لا يعطيان الحق لمالك المتجر استخدام حق الإيجار أو التنازل عنه، وخاصة إذا أراد أن يتصرف بالمتجر بالبيع أو الإيجار، وبالتالي لا يجيز له التنازل عن حق الإيجار للمشتري الجديد أو المستأجر الجديد، وهذا يناقض اعتبار حق الإيجار من عناصر المتجر المعنوية الذي نص عليه قانون التجارة الأردني بسبب عدم وجود تنظيم قانوني خاص بالمتجر، وعدم تفريق المشرع بين أحكام إيجار المحل التجاري وأحكام إيجار المكان المعد للسكن أو العقار العادي، وحق الإيجار هو عنصر من عناصر المتجر المعنوية، وهذا ما نصت عليه المادة (38) من قانون التجارة الأردني رقم 12 لعام 1966، وجعل تنظيم أحكام المتجر طبقاً لنص المادة (39) من القانون التجاري بالعودة إلى القوانين الخاصة بكل عنصر من عناصر المتجر.

¹ محمد فريد العريني، ومحمد جلال وفاء، القانون التجاري، ج1، دار المطبوعات الجامعية، الإسكندرية، (1998)، ص336.

أهداف البحث:

- 1- هدفت هذه الدراسة إلى بيان أهمية أحكام حق الإيجار للمتجر في التشريع الأردني والذي يعد من أهم العناصر المعنوية للمتجر، وحق الإيجار يخول صاحبه حق الاستمرار بالانتفاع بالعين المؤجرة، والتنازل عن هذا الحق في حال إجراء تصرفات قانونية على المتجر إذا كان عقد الإيجار من العقود المحددة المدة.
- 2- وهدفت إلى بيان التعارض بين قانون التجارة الأردني وقانون المالكين والمستأجرين والقانون المدني اللذين لم ينظما هذا الحق ولم يتطرقا إليه على الرغم من أن المادة (39) أشارت بالرجوع إلى قانون المالكين والمستأجرين الذي يتعارض مع طبيعة المتجر القانونية وعناصره، حيث لم يفرق بين أحكام إيجار السكن وأحكام إيجار المتجر.

أهمية البحث:

تكمن أهمية الدراسة في بيان ماهية حق الإيجار التي تعتبر من العناصر المعنوية للمتجر، وكيفية انتقاله في التشريعات العربية نظرا لوجود تنظيم قانوني خاص للمحل التجاري فيها، وخلو التشريعات الأردنية من هذا التنظيم لأحكام المتجر وإيجاد تشريع قانوني ينظم المتجر بكل عناصره بما فيه حق الإيجار، بحيث يسمح لمالك المتجر بالتنازل عنه للغير في حال بيع أو إيجار المتجر أو رهنه دون أن يتأثر مالك العقار. ويجب التنويه بأن حق الإيجار هو من العناصر المعنوية المهمة للمتجر كون المكان الذي يوجد فيه المتجر يرتبط في أذهان العملاء ويكسب السمعة التجارية، وتبرز الأهمية بتحقيق التوازن بين مالك المتجر ومالك العقار، كما فعل المشرع المصري والمشرع اللبناني وغيرهم من التشريعات العربية.

من خلال البحث والدراسة، وفي حدود علم الباحث لم أجد أية دراسات سابقة تناولت هذا الموضوع في الأردن، بالإضافة إلى محدودية المراجع التي تناولت هذا الموضوع مما حفزني لأن أكتب فيه كي أسلط الضوء على هذا الموضوع المهم.

فرضيات البحث:

ينطلق البحث من الفرضيات التالية:

- 1- العمل على وجود نص تشريعي يعالج أحكام تنظيم المتجر بجميع عناصره حيث بات المتجر أو المحل التجاري من المشاريع التجارية المهمة، وعدم الاكتفاء بمادتين في القانون التجاري الأردني حيث خصص القانون للمتجر المادتين (38،39) اللتان لا تكفيا لتنظم أحكام المتجر والتصرفات القانونية الواردة عليه.
- 2- إن القانون التجاري الأردني جعل تنظيم حق الإيجار للقواعد العامة وقانون المالكين والمستأجرين واللذين لا يتناسبان مع التصرفات القانونية التجارية للمحل التجاري، وبالتالي تظهر الحاجة لتشريع جديد ينظم

أحكامه أسوة ببعض التشريعات العربية، لذلك يجب وضع وإيجاد تشريع مناسب لطبيعة المتجر القانونية وعناصره.

محددات البحث:

سيتم خلال هذه البحث التركيز على مواد القانون التجاري الأردني رقم 12 لعام 1966، وقانون المالكين والمستأجرين الأردني وخاصة المادتين (38-39) لتناولهما المتجر وعناصره بما فيه حق الإيجار الذي يضفي عليه أهمية وقيمة تفوق القيمة المادية للمتجر وخاصة إذا كان في مكان مشهور وتعلق فيه وفي منتجاته وخدماته العملاء أو الزبائن واكتسب السمعة التجارية، وهذا يكون بالنسبة للعقود المحددة المدة للإيجار؛ أي بعد 2000/9/1.

وسيتم تنظيم حق الإيجار في التشريع الأردني مقارنة مع التشريع المصري واللبناني والعماني والجزائري، بحيث يحفظ حق مالك المتجر ومالك العقار، وبيان أهمية تنظيم أحكام حق الإيجار من خلال قانون التجارة الأردني رقم 12 لعام 1966 وقانون المالكين والمستأجرين الجديد رقم 14 لسنة 2013 وفقا لتعديلاته.

منهج البحث:

اعتمدت في هذه الدراسة المنهج الوصفي التحليلي، وسيتم أيضا الاعتماد على المنهج المقارن مع بعض التشريعات العربية مثل التشريع المصري واللبناني والعماني والجزائري، وبيان كيف عالجت هذه التشريعات القصور الموجود في النص التشريعي الأردني وخاصة حق الإيجار كعنصر من عناصر المتجر المعنوي، وكيفية انتقاله بالتوازن بين المصلحة مالك المتجر وصاحب العقار المؤجر.

الدراسات السابقة:

دراسة وليد مصطفى أبو دلو، بحث منشور لنيل درجة الدبلوم في العلوم القانونية من المعهد القضائي الأردني، بعنوان أحكام بيع المتجر في القانون الأردني، سنة 1996، حيث تناول في بحثه مفهوم المتجر وخصائصه ودعوى المنافسة غير المشروعة وتطرق لبعض عناصر المتجر وركز في بحثه على أحكام بيع المتجر أو المحل التجاري وكيفية انتقال ملكيته وأحكامه وتطرق لحق الإيجار بشكل مختصر.

ستتناول هذا البحث أحكام حق الإيجار في التشريع الأردني بشكل مفصل وبيان أثر القصور التشريعي والآثار السلبية في حال تركه بدون تشريع يناسب طبيعة المتجر القانونية، وبيان أثر ذلك على مالك المتجر وخاصة إذا كان مضطرا ومجبرا بالتصرف القانوني على المتجر، وسأتطرق للحلول التشريعية العربية

ومقارنتها بالقانون الأردني، حيث لم أجد من خلال دراستي وفي حدود معرفتي المتواضعة دراسة أو بحثاً معمقاً يعالج أحكام حق الإيجار للمتجر، وهذا ما دفعني لدراسة وتنظيم أحكام حق الإيجار.

المبحث الأول

ماهية حق الإيجار للمتجر

يكمن الحديث عن حق الإيجار عندما يكون مالك المتجر مستأجراً للعقار الموجود فيه المتجر وليس مالكا له لأنه إذا كان مالكا له لم يعد هنالك حديث عن حق الإيجار، وتظهر أهمية حق الإيجار بالمكان الذي يوجد فيه المتجر ويظهر ذلك من خلال عدد الزبائن والعملاء الذين يتعاملون مع المتجر ومالكة وخاصة بالنسبة للمطاعم والفنادق المشهورة لارتباطهم بمكان المتجر،¹ ولتوضيح ذلك قسم هذا المبحث إلى مطلبين، تناول في المطلب الأول مفهوم حق الإيجار وفي الثاني شروط التصرف فيه.

المطلب الأول:

مفهوم حق الإيجار للمتجر

يقصد بالحق في الإيجار حق صاحب المتجر أو المصنع في الاستمرار في العقد كمستأجر والانتفاع بالمكان المؤجر، ويمثل الحق في الإجارة أهمية كبيرة إذا كان المحل التجاري يقع في منطقة معينة اشتهرت بصناعة معينة أو لقرب الموقع من الأسواق والمحال المماثلة، حيث يسهل على العملاء إجراء المقارنة والإقبال على الشراء منها، كما تظهر أهمية هذا العنصر في بعض أنواع النشاط التجاري التي تعتمد في ازدهارها على وجودها في موقع معين كالمقاهي والمطاعم، ونتيجة لذلك كان من الطبيعي أن التصرف في المتجر يشمل أيضا التنازل عن الحق في الإيجار إلى المشتري² ويعرف حق الإيجار كأحد عناصر المتجر المعنوية: بأنه حق مستغل المتجر في الانتفاع بالعين المؤجرة التي يشغلها المحل التجاري³.

ويعرف أيضا الحق في الإيجار: هو حق التاجر في البقاء في العقار الذي يباشر فيه تجارته والتنازل عن هذا الحق للغير في حال التصرف في المتجر.

¹ حسني المصري المصري، القانون التجاري، ط1، دار وهدان للطباعة والنشر، القاهرة، 1986، ص247.

² أحمد محمد محرز، القانون التجاري، القاهرة، ج1، 1998، ص287.

³ محمد سامي فوزي، شرح القانون التجاري، الجزء الأول، ط1، دار الثقافة للنشر والتوزيع، عمان، 2008، ص172.

وتتجلى أهمية عنصر الحق في الإيجار بمقدار ما يكون له أثر في اجتذاب الزبائن، ويرى البعض أن هذا هو العنصر الأهم من بين عناصر المتجر المعنوية، إلا أن الرأي الراجح في الفقه أن عنصر الاتصال بالعملاء هو الأهم من بين عناصر المتجر¹.

ويرى الباحث أن الصلة وثيقة بين عنصر الزبائن وعنصر الحق في الإيجار، وذلك لأن تردد الزبائن على المتجر يعتمد بشكل كبير على موقعه، لذلك وضعت الدول تشريعات ونصوص قانونية توفر الحماية للمتجر عن طريق حماية حق التاجر في الإيجار والتنازل عن هذا الحق في حال القيام بالتصرفات القانونية للمتجر.

جاء تسليط الضوء على حق الإيجار لأن المشرع الأردني لم يفرد نصوصاً خاصة به، لذلك بقي إيجار المتجر خاضعاً للنصوص العامة الواردة في القانون المدني وقانون المالكين والمستأجرين الأردني.

المطلب الثاني:

شروط التصرف بحق الإيجار للمتجر

هنالك شروط تتطلبها القوانين المقارنة لتطبيق فكرة ارتباط المكان بالمتجر، ولتصرف بحق الإيجار الوارد على المتجر لكي تخول صاحب المتجر عند التصرف بالمتجر التنازل عن حق الإيجار للغير وهي كما يلي:

أولاً: أن يكون المستأجر تاجراً.

يشترط أن يكون المتنازل عن حق الإيجار المستأجر ويجب أن يكون تاجراً ويعرف التاجر بأنه الشخص الذي تكون مهنته القيام بالأعمال التجارية على وجه الاحتراف لحسابه الخاص²، ويكون الاحتراف من خلال افتتاح محل تجاري لاستثماره، وغالباً وليس دائماً يكون مالك المتجر تاجر، وكثيراً من الأحيان لا يريد التاجر أو مالك المتجر استثمار متجره بنفسه؛ إما لأنه يريد اعتزال التجارة أو لأنه يرغب في توظيف أمواله فاشترى المتجر بنية ترك استثماره للغير.

كذلك قد يتعذر على مالك المتجر استثمار متجره بنفسه في أحوال كثيرة كما إذا آل إليه بطريق الميراث ولم يكن لديه الخبرة الكافية لممارسة التجارة، أو كان قاصراً لم تتوفر فيه الأهلية المطلوبة، أو كان يمارس مهنة أو وظيفة تتعارض مع مزاولته للتجارة.

¹ علي حسن يونس، المحل التجاري، دار الفكر العربي، القاهرة، 1974، ص302.

² حلو أبو حلو، وكريم زهير عباس، الوجيز في شرح القانون التجاري الأردني، ج1، ط1، عمان، 2000، ص154.

ثانياً: أن تكون هناك ضرورة ملجئه للتصرف بالمتجر.

يذهب المشرع المصري في الفقرة الثانية المادة (594) من القانون المدني المصري، والمشرع السوري في الفقرة الثانية المادة (561) من القانون المدني السوري، إلى اشتراط حالة الضرورة لترتيب حكم هذه المواد؛ أي أن يكون التاجر مضطراً لبيع متجره حتى يمكن إغفال شرط المؤجر بمنع المستأجر من التصرف في الإيجار بغير موافقته.

وهذه الضرورة هي فكرة يستعصي تطبيقها على التحديد المعياري الدقيق، وهي بشكل عام الظروف التي يوجد فيه صاحب المحل التجاري والتي من شأنها المساس بسير العمل، وقد تكون لصيقة بصاحب المحل التجاري مثل المرض والشيخوخة، وقد تكون خارجه عنه كالكساد أو التعرض للإفلاس، وهذه الظروف يصعب على صاحب العمل تقاديرها أو توقعها ويقع على بائع المحل التجاري إثبات هذه الضرورة فهي عنصر إيجابي قابل للإثبات ومن له مصلحة في تطبيقها يقع عليه عبء الإثبات¹.

وحالة الضرورة وتقديرها مسألة واقع ينفرد بها قاضي الموضوع دون رقابة محكمة النقض ما دام استخلاصه لها من الوقائع المعروضة عليه، ولقد ترتب على هذه السلطة التقديرية لمحاكم الموضوع اختلاف كبير بين الأحكام، فهي تتأرجح بين التشديد وبين التساهل في تقديرها؛ بل يصل الأمر أحيانا إلى عدم مناقشة شرط الضرورة والاكتفاء بانتفاء الضرر في جانب المؤجر².

ثالثاً: ضرورة وقوع التصرف على المحل التجاري ذاته.

يشترط لمنع تحايل المستأجر الذي يسعى إلى تغطية التنازل عن الإيجار بمظهر بيع المتجر، وحتى يتمتع بحماية المادة 2/594 من القانون المدني المصري، والمواد المقابلة لها في القوانين الأخرى والتي تقضي بانتقال الحق في الإيجار في حال ورود التصرف على المتجر الذي يملكه التاجر المستأجر إلى الغير، لذلك يجب أن يقع التصرف على المحل التجاري.

رابعاً: انتفاء الضرر وتقديم ضمان كاف للمؤجر.

يشترط في المادة 2/594 من القانون المدني المصري والمواد المقابلة لها في القوانين المقارنة لكي يتم مالك المحل التجاري التنازل عن حق الإيجار عند التصرف بالمحل التجاري يجب ألا يلحق ضرر بالمؤجر، وأن يقدم تأميناً وضماناً كافياً له.

¹ نعمان خليل جمعة، الحق في الإجارة، مجلة القانون والاقتصاد، جامعة القاهرة العدد الأول، 1978، ص48.

² نعمان خليل جمعة، الحق في الإجارة، 1978، ص48، ص49.

ويشترط في الضرر أن يكون محققاً ولو تأخر حدوثه بعض الوقت، والضرر هو كفيل بعدم انتقال حق الإيجار إلى المشتري، والضرر الذي يحدث يكون بسبب المشتري الجديد أو تغيير المستأجر، وما كان أن يحدث لو بقي المستأجر الأصلي، وبالتالي عند تصرف مالك المتجر ببيع مثلاً المتجر ويقوم بالتنازل عن حق الإيجار يشترط ألا ينتج عن ذلك ضرر يصيب المتجر أو مالك العقار الذي يوجد فيه المتجر¹. ويلاحظ أن المشرع لم يحدد نوع الضرر المانع من انتقال حق الإجارة، وإنما أرى بأن الضرر المقصود هو الضرر الذي يصيب المؤجر جراء الأضرار التي يلحقها المستأجر الجديد بالعقار المؤجر وكذلك امتناع أو التأخر في دفع الأجرة.

أما شرط الضمانات الكافية للمؤجر فأغلب النصوص القانونية والقواعد العامة تكفل هذا الضمان للمؤجر فالقانون قد تكفل بحقوق المؤجر وأحاطها بالحماية اللازمة في مواجهة المستأجر، كما أن المادة (589) من القانون المدني المصري تعطي للمؤجر ضماناً لكل حق يثبت له بمقتضى عقد الإيجار وهو أن يحبس جميع المنقولات القابلة للحجز الموجودة في العين المؤجرة. **خامساً: إذن المؤجر وتدخل المحكمة.**

يجب على بائع المحل التجاري ومشتري المتجر الجديد الحصول بداية على إذن من مالك العقار المؤجر أولاً، قبل تعاقدتهما وأن ليس لهما أن يلجأ إلى المحكمة إلا بعد أن يستأذن المؤجر بإحلال مستأجر جديد بدل الأول، فإذا رفض المؤجر وجب على المستأجر أن يثبت هذا الرفض بكل طرق الإثبات الشرعية. وبعد ذلك يلجأ للمحكمة حتى يحكم له القضاء بالنزول عن حق الإيجار للمشتري الجديد، وهذا ما يدل على التنظيم القانوني لانتقال الإيجار إلى الغير ويشترط أن يكون التصرف من قبل المستأجر ويكون منصب على المتجر².

¹ أحمد محرز، فكرة الملكية التجارية، دار النهضة العربية، القاهرة، 1989، ص 51.

² سليمان مرقس، شرح قانون إيجار الأماكن، ط 2، مطبعة الجيلاوي، القاهرة، 1982، ص 781.

المبحث الثاني

موقف المشرع الأردني والتشريعات العربية من حق الإيجار للمتجر

لقد أتخذ المشرع الأردني حق الإيجار من ضمن العناصر المعنوية للمتجر في القانون التجاري الأردني، ولكن عند إجراء التصرفات القانونية على المتجر كالباع مثلاً، أمر المشرع الأردني الرجوع إلى القوانين الخاصة والقواعد العامة في القانون المدني؛ ولكن لم يوجد هناك تشريع يضمن تطبيقه لتعارض تلك القوانين والقواعد العامة مع ذلك.

كما أن المشرع الأردني لم يضع تنظيم خاص للمتجر ينظم التصرفات القانونية الواردة على المتجر من بيع أو رهن أو إجارة، كما فعلت بعض التشريعات العربية، وقد ترك تنظيم هذه التصرفات إلى القانون المدني وقانون المالكين والمستأجرين والذين يتعارضوا مع طبيعة المتجر باعتباره مالا منقولاً معنوياً، ولا يناسب التطور التجاري الحاصل، وبالتالي نرى من ضرورة وضع تنظيم خاص للمتجر ينظم التصرفات القانونية الواردة عليه على غرار التشريعات العربية والتي سأقوم بتوضيحها من خلال هذا المبحث.

أما التشريعات العربية نظمت أحكام المحل التجاري وحق الإيجار، ووضعت قوانين تضمن تطبيقه باعتباره من عناصر المتجر المعنوية، وقامت بتنظيم التصرفات القانونية الواردة عليه، من بيع أو رهن أو إجارة.

لذلك قسم هذا المبحث إلى مطلبين تناولت في المطلب الأول موقف المشرع الأردني من حق الإيجار، وتناولت في المطلب الثاني موقف التشريعات العربية من ذلك.

المطلب الأول:

حق الإيجار للمتجر في التشريع الأردني

يعد حق الإيجار من أهم عناصر المتجر لما للموقع من أهمية كبيرة في جذب الزبائن، ومن يفتح متجراً يحاول أن يختار أنسب المواقع الجغرافية لتكوين السمعة التجارية ولحسب أكبر عدد من الزبائن، ولقد عرف حق الإيجار بأنه حق التاجر في البقاء في العقار الذي يباشر فيه تجارته والتنازل عن هذا الحق في حال تصرفه بالمتجر¹.

المشرع الأردني نظم أحكام المتجر والحقوق المتصلة به في المادة (38)، والمادة (39)، من قانون التجارة الأردني رقم 12 لعام 1966، حيث نصت المادة (38) الفقرة الأولى من قانون التجارة الأردني رقم 12 لعام 1966: "يتكون المتجر من محل التاجر والحقوق المتصلة به".

¹ أحمد محمد محرز، القانون التجاري، مرجع سابق، ج 1، 1998، ص 287.

وجاءت مشتملات المتجر بالبند الثاني من المادة (38) من قانون التجارة الأردني رقم 12 لعام 1966 هي "مجموعة من عناصر مادية وغير مادية تختلف بحسب الأحوال وهي خصوصاً الزبائن والاسم والشعار وحق الإيجار والعلامات الفارقة والبراءات والإجازات والرسوم والنماذج والعدد الصناعية والأثاث التجاري والبضائع".

هذا يعني أن المشرع الأردني ذكر أن حق الإيجار ضمن العناصر المعنوية للمتجر؛ وهذا يعني أنه عندما يتصرف التاجر بالمتجر فإنه يتصرف بحق الإيجار الذي يمكن التاجر من الاستمرار بالانتفاع بالعقار المؤجر له ويحق له التنازل عن هذا الحق للغير في حال التصرف بالمتجر.

إلا أن المشرع جاء وناقض نفسه عندما ذكر في المادة (39) من قانون التجارة الأردني رقم 12 لعام 1966، عندما جعل تنظيم حق الإيجار عائداً إلى الرجوع إلى قانون المالكين والمستأجرين الأردني والقواعد العامة، وهي قواعد القانون المدني باعتبارها من مصادر القانون التجاري التي لا تلائم التصرفات الواردة على المتجر¹.

فقد نصت تلك المادة على كيفية ممارسة حقوق صاحب المتجر بالنسبة لمختلف العناصر المكونة له، فنصت المادة (39) على: "أن حقوق مستثمر المتجر فيما يختص بالعناصر المختلفة المبينة في المادة السابقة تعين بمقتضى القوانين الخاصة والمتعلقة بها، أو بمقتضى المبادئ العامة في الحقوق".

إن المشرع الأردني وقف في نصف الطريق ولم يكمل الطريق بوضع تشريع ينظم التصرفات القانونية الواردة على المتجر، وبالتالي نص على أن حق الإيجار من عناصر المتجر التي تنتقل تبعاً للتصرفات القانونية ومن ثم تركها بدون تنظيم يلائم طبيعة هذه التصرفات الواردة على المتجر، وبالرجوع إلى القوانين الخاصة وخاصة قانون المالكين والمستأجرين الأردني، فإنه لم ينظم الإيجار الواقع على محل تجاري سواء أكان مصنعاً أم غير ذلك، وهذه القوانين تناقض قانون التجارة الأردني كما سيتم توضيحه لاحقاً.

لذلك سأعمل على بيان موقف المشرع الأردني من حق الإيجار وكيفية تناوله للموضوع وهل فرق بين إيجار السكن والإيجار التجاري وبيان التعارض بين أحكام قانون المالكين والمستأجرين والقانون المدني وبين قانون التجارة الأردني بشيء من التفصيل والآثار المترتبة على ذلك كما يلي:

حق الإيجار في قانون المالكين والمستأجرين والقانون المدني الأردني

¹ تنص المادة (39) من قانون التجارة الأردني رقم 12 لعام 1966 على "أن حقوق مستثمر المتجر فيما يختص بالعناصر المختلفة المبينة في المادة السابقة تعين بمقتضى القوانين الخاصة بها والمتعلقة بها أو بمقتضى المبادئ العامة في الحقوق".

وتطبيقاً لنص المادة (39) من قانون التجارة الأردني التي تشير إلى "أن حقوق مستثمر المتجر فيما يختص بالعناصر المختلفة المبينة في المادة السابقة تعين بمقتضى القوانين الخاصة بها والمتعلقة بها أو بمقتضى المبادئ العامة في الحقوق".

لذا فإنه يجب علينا هنا الرجوع إلى قانون المالكين والمستأجرين والرجوع إلى القانون المدني الأردني كونه أحد مصادر القانون التجاري، وسأوضح ذلك كما يلي:

عند استقراء نصوص قانون المالكين والمستأجرين الأردني، نجد أن من ضمن الحالات التي أجاز فيها المشرع للمالك تخلية المأجور هي تلك الحالة التي ورد النص عليها في البند الثالث من الفقرة (ج) من المادة الخامسة (5/ج/3) والتي جاء فيها "إذا أجر المستأجر المأجور أو قسماً منه لشخص آخر أو سمح له بإشغاله دون موافقة المالك الخطية، أو أخلاه لشخص آخر دون تلك الموافقة فإنه يجب عليه تخلية المأجور"، وهذا يعني أنه إذا أجر المستأجر مالك المتجر العقار الذي يمارس فيه أعماله التجارية دون موافقة المالك فإن ذلك يكون سبباً لإخلاء المأجور، وبالتالي إذا تصرف مالك المتجر بالمتجر فإنه لا يملك التصرف بحق الإيجار، وهذا يعارض نص المادة 38 من القانون التجاري الأردني.

التي اعتبرت حق الإيجار من عناصر المتجر والتي يجب أن تنتقل عندما يتم التنازل عنها للمالك الجديد، وهذا يدفعنا بأن المتجر بحاجة لقانون ينظم أحكامه بجميع عناصره بما فيه حق الإيجار، وإن قانون المالكين والمستأجرين لا يفي بالغرض كون الإيجار الواقع على محل تجاري يختلف عن الإيجار العادي للسكن، بالإضافة إلى ذلك لا نكون بصدد عنصر معنوي للمتجر وهو حق الإيجار وهذا يعود إلى أن المشرع الأردني لم يخص المتجر أو المحل التجاري بتنظيم خاص.

بالرجوع إلى القانون المدني الأردني نجد أن المادة (703) من القانون تنص على أنه لا يجوز للمستأجر أن يؤجر المأجور كله أو بعضه إلى شخص آخر إلا بإذن المؤجر أو إجازته¹.

كما نصت المادة (705) من القانون المدني الأردني على أنه إذا أجر المستأجر المأجور بإذن من المؤجر فإن المستأجر الجديد يحل محل المستأجر الأول في جميع الحقوق والالتزامات المترتبة بمقتضى العقد الأول.

لذا أرى بأن المشرع الأردني لم يميز بين إيجار العقار العادي، والإيجار لغاية التجارة، ولم يضع المشرع الأردني تنظيم قانوني للتصرفات الواردة على المتجر وبالتالي عندما يملك شخص محلاً تجارياً كبيراً

¹ انظر نص المادة 703 من القانون المدني الأردني رقم (43) لسنة 1976، (لا يجوز للمستأجر أن يؤجر المأجور كله أو بعضه من شخص آخر إلا بإذن المؤجر أو إجازته).

له سمعة تجارية ويعتاد عليه عدد كبير من العملاء، وفي ظروف معينة، اضطر مالك المتجر لبيعه أو إيجاره فإنه لن يتمكن من ذلك إذا لم يوافق المؤجر، كون العقار الموجود فيه المتجر مستأجرين وبالتالي لا يستطيع مالك المتجر التنازل عن حق الإيجار بسبب عدم موافقة مالك العقار المؤجر.

المطلب الثاني:

موقف بعض التشريعات العربية من حق الإيجار للمتجر

اعتبرت التشريعات العربية وخاصة المشرع المصري والمشرع اللبناني والمشرع العماني والمشرع الجزائري وغيرهم بأن حق الإيجار هو عنصر غير مادي للمتجر؛ أي يعد من العناصر المعنوية للمتجر وله أهمية كبيرة للمتجر خاصة إذا كان له موقع تجاري وجغرافي مميز .

وجعلت التشريعات العربية حق الإيجار من الحقوق التي تنتقل إلى الغير في حال القيام بالتصرفات القانونية على المتجر من بيع أو رهن أو إجارة، وقامت هذه التشريعات العربية بتنظيم التصرفات القانونية للمتجر، وقسمت المتجر إلى مجموعة من العناصر المادية والمعنوية.

أولاً - حق الإيجار للمتجر في التشريع المصري والتشريع اللبناني

وضع كل من المشرع المصري والمشرع اللبناني أحكام التنازل عن حق الإيجار في حال التنازل عن المتجر للغير وستوضح الدراسة ذلك كما يلي:

أ- التشريع المصري

عالج المشرع المصري بعض الأحكام الخاصة بالمحل التجاري في القانون المصري رقم (11) لسنة 1940 والخاص ببيع المحل التجاري ورهنه، ولقد اقتصر هذا القانون على تنظيم المسائل المتعلقة بأحكام بيع المتجر ورهنها والتي تتضمن الخروج على القواعد العامة، مثل تقرير ضمانات خاصة لبائع المحل التجاري ومنحه امتياز على الشيء المبيع، وجواز رهن المحل التجاري دون نقل الحياة¹.

ويقصد في حق الإيجار هو حق التاجر في البقاء في العقار الذي يباشر فيه التجارة والتنازل عن هذا الحق للغير في حالة تصرفه في المحل التجاري، وهذا يعني أن حق الإيجار ينتقل للغير في حال التصرف القانوني للمتجر².

¹ محمد فريد العريني، جلال وفاء محمد، مرجع سابق، ص 321.

² أحمد محمد محرز، القانون التجاري، مرجع سابق، 1998، ص 287.

من نص المادة (593) من القانون المدني المصري، يتضح أن الأصل جواز التنازل عن الحق في الإيجار، والاستثناء هو الاتفاق بين المتعاقدين صراحة عن عدم جواز انتقال هذا التنازل للغير، كأن يشترط المؤجر على مستأجر المحل التجاري على عدم جواز التنازل عن حق الإيجار للغير¹.

لذلك نجد أن المشرع عمل على تلافي هذه النتيجة، إذا قرر في المادة (2/594) من القانون المدني المصري حماية الحق في الإيجار باعتباره من العناصر الهامة للمحل التجاري وذلك بقوله: "ومع ذلك إذا كان الأمر خاصاً بإيجار عقار أنشئ به مصنع أو متجر واقتضت الضرورة أن يبيع المستأجر هذا المصنع أو المتجر جاز للمحكمة على الرغم من وجود الشرط المانع أن تقضي بإبقاء الإيجار إذا قدم المشتري ضماناً كافياً ولم يلحق المؤجر من ذلك ضرر"².

ب- التشريع اللبناني

نظم المشرع اللبناني في المادة (1) من المرسوم الاشتراعي رقم 11 تاريخ 1967/7/11، المتجر أو المحل التجاري والذي أطلق عليه المؤسسة التجارية والذي عرفها بأنها أداة المشروع التجاري وهي تتألف عادة من عناصر غير مادية ومن عناصر مادية يرمي جمعها وتنظيمها لممارسة مهنة تجارية لا تتسم بطابع عام³.

وبين المشرع اللبناني أن المؤسسة التجارية تتكون من الاسم التجاري والشعار وحق الإيجار والزبائن والمركز التجاري؛ أي أن المؤسسة تتكون من خمسة عناصر معنوية من ضمنها حق الإيجار الوارد على المؤسسة التجارية.

ويعرف حق الإيجار في التشريع اللبناني بأنه حق صاحب المؤسسة في الانتفاع بالمكان المؤجر ويعتبر عنصراً من عناصر المؤسسة التجارية، وقد نصت المادة (9) من المرسوم الاشتراعي رقم (11) لسنة 1967، على حماية هذا الحق في حال التصرف بالمتجر.

فنصت "بالرغم من كل بند مخالف في عقد الإيجار تنتقل إجارة الأمكنة المخصصة لاستثمار المؤسسة التجارية لمن تنتقل إليه تلك المؤسسة شرط ألا يغير طبيعة الاستثمار السابق، وأن يقوم بكافة الموجبات

¹ تنص المادة 593 من القانون المدني المصري رقم 131 لسنة 1948: "للمستأجر حق التنازل عن الإيجار أو الإيجار من الباطن وذلك عن كل ما استأجره أو بعضه ما لم يقض الاتفاق بغير ذلك".

² تنص المادة 2/594 من القانون نفسه: "ومع ذلك إذا كان الأمر خاصاً بإيجار عقار أنشئ به مصنع أو متجر واقتضت الضرورة أن يبيع المستأجر هذا المصنع أو المتجر جاز للمحكمة بالرغم من وجود الشرط المانع أن تقضي بإبقاء الإيجار إذا قدم المشتري ضماناً كافياً ولم يلحق المؤجر من ذلك ضرر".

³ إلياس ناصيف، الكامل في قانون التجارة، المؤسسة التجارية، ج1، منشورات عويدات، بيروت، 1985، ص91.

الناجمة عن العقد المذكور، إلا أنه إذا رأى المؤجر أن بدل الإيجار المحدد في الإجارة المتفرغ عنها لم يعد متناسبا والظروف، فإنه يحق له مراجعة القضاء لتحديد الأجر العادل".

يستفاد من نص المادة السابقة بأن المشرع اللبناني جعل حق الإيجار من عناصر المتجر المعنوية وقام بحماية هذا الحق من خلال الانتقال إلى الغير في حال القيام بالتصرفات القانونية على المتجر وذلك وفق الشروط التالية:

1- ألا يغير طبيعة الاستثمارات السابقة وأن يقوم بكافة الموجبات الناتجة عن العقد المذكور، وهذا يعني أنه يجب على المتنازل له ألا يغير طبيعة استثماره ويبقى الاستثمار كما هو وأن يقوم بجميع الالتزامات الواردة في العقد دون أي إخلال أو تقصير.

2- يحق للمؤجر اللجوء إلى القضاء لطلب الأجرة العادلة، إذا رأى المؤجر أن بدل الإيجار المحدد في الإجارة المتفرغ عنها لم يعد متناسبا والظروف، فإنه يحق له مراجعة القضاء لتحديد الأجر العادل الذي يناسب العقار المؤجر وبما يحكم به القضاء لكيلا يلحق المؤجر ضرر من جراء ذلك.

وأود أن أشير أن المشرع اللبناني ذكر المركز التجاري وهو موقع المؤسسة الذي من شأنه أن يؤثر في حجم أعمالها وعملاءها بسبب موقعها المتميز في شارع معين أو مدينة معينة وهذا العنصر مرتبط بالعنصر المعنوي وهو حق الإيجار وذلك لارتباط الزبون بموقع المحل التجاري.¹

بالإضافة إلى الشرطين السابقين فلمالك العقار حق أفضلية في تملك المؤسسة التجارية بالثمن المعين بالعقد مال يتم بيعها بالمزايدة، ولكن يجب استعمال هذا الحق في مهلة عشرة أيام من تاريخ تبليغه عقد البيع أو التفرغ عنه.²

ذهب المشرع اللبناني أكثر من ذلك إذا نظم المشرع اللبناني التصرفات القانونية الواردة على المتجر، فنظم بيع المتجر والمؤسسة التجارية كما يطلقها عليه، وكذلك رهن المؤسسة التجارية، نجد في نص المادة (5) الفقرة الأولى من المرسوم الاشتراعي رقم 11" يخضع بيع المؤسسة التجارية أو التفرغ عنها، ظاهرا كان أو مستترا للأحكام العامة المتعلقة بالبيع أو التفرغ وللأحكام الخاصة الواردة في هذا الفصل".

يتبين لنا من ذلك أن بيع المؤسسة التجارية في القانون اللبناني يخضع لنوعين من القواعد، القواعد العامة المتعلقة بعقد البيع والقواعد الخاصة المتعلقة بالمؤسسة التجارية، ويتبين لي كباحث بأن المشرع

¹ فوزي عطوي، القانون التجاري، ط1، الناشر دار العلوم العربية، بيروت، 1986، ص151.

² إلياس ناصيف، مرجع سابق، ص121.

البناني نظم بيع المتجر أو المؤسسة التجارية بتنظيم قانوني خاص بالمتجر بصفة خاصة ولم يتركها للقواعد العامة.

مما يترتب على البائع أن يسلم المؤسسة التجارية إلى المشتري أما حق الإيجار فيتم تسليمه بتسليم السند الذي يثبت حق الإيجار وإبلاغ المؤجر وطلب موافقته بتأشيرته على سند الإيجار أو بالتوقيع على سند الإيجار أو التوقيع على سند جديد بذات الشروط السابقة، ويبقى انتقال حق الإيجار صحيحاً ولو امتنع المؤجر عن الموافقة على هذه الانتقال، لذلك على البائع أن يسلم مفاتيح المكان إلى المشتري وأن يمكنه من الاتصال بالزبائن ويساعده على ذلك¹.

ثانياً - حق الإيجار في التشريع العماني والتشريع الجزائري

نظم المشرع العماني والمشرع الجزائري عناصر المتجر المادية والمعنوية ومن هذه العناصر الاسم التجاري والعلامة التجارية وحق الإيجار وغيرها.

أ- التشريع العماني: تناول المشرع العماني التصرفات التي ترد على المتجر وهي البيع والرهن والإيجار ووضع تنظيم لكل تصرف حتى يرجع إليه عند تنظيم التصرفات الواردة على المتجر.

وضع قانون التجارة العماني رقم 55 لسنة 1990، تعريف المتجر في المادة (37)، فقالت المتجر هو محل التاجر والحقوق المتصلة بهذا المحل، ويشتمل المتجر على مجموعة من الأموال المنقولة بعناصرها المادية وغير المادية، وهي بوجه خاص البضائع والأثاث التجاري والآلات الصناعية والعملاء والاسم التجاري وحق الإيجار والعلامات والبيانات التجارية وبراءات الاختراع والتراخيص والرسوم والنماذج².

على هذا الأساس أحال قانون التجارة العماني، تطبيق الأحكام بكل عنصر من عناصر المحل التجاري إلى القواعد القانونية الخاصة بها، وهذه ما نصت عليه المادة (38) من قانون التجارة العماني رقم 55 لسنة 1990، "حقوق صاحب المتجر في العناصر المختلفة التي يشتمل عليها تنظمها النصوص الخاصة بها، فإذا لم يوجد نص خاص سرت القواعد العامة".

ومن هذه العناصر المعنوية للمتجر التي نظمها المشرع العماني حق الإيجار، وقد ورد ذكره في المادة (37) من قانون التجارة العماني، ويقصد بهذا الحق هو قدرة التاجر مستغل المتجر في التصرف بالمتجر بالتنازل عنه للغير بطريق الإيجار.

¹ انظر نص المادة (5) من المرسوم الاشتراعي اللبناني رقم 11 تاريخ 1967/7/11.

² عادل علي المقداد، القانون التجاري وفقاً لأحكام القانون التجاري العماني، ط1، دار وائل للنشر والتوزيع، عمان، ص182، 2007.

وأهميته تزداد تبعا للموقع الذي يقع فيه المتجر، وبحجم الزبائن الذين يتعاملوا معهم، وحق الإيجار يعد من العناصر المعنوية المتصلة بالمتجر والتصرف فيه بطريق البيع ويشمل طبعا حق الإيجار، وهذا يعني أن مستأجر المتجر مثلما تنتقل إليه ملكية العناصر المادية والمعنوية للمتجر ينتقل إليه الحق في الإيجار، الأمر الذي يؤدي من خلال انتقال هذا الحق إليه إمكانية إيجار المتجر لشخص آخر، عن طريق عقد إيجار يجريه معه، وقد يجد في ذلك فرصة للحصول على الأرباح عند إيجاره للغير، خصوصا إذا كان موقعه في مكان مهم وله عدد كثير من الزبائن¹.

وضع قانون التجارة العماني رقم 55 لسنة 1990 في المادة (60) حيث نصت على أنه "يجوز التصرف في المتجر بطريق الإيجار كليا أو جزئيا حسب الأحكام الواردة في هذا الفصل"

ب- التشريع الجزائري: ويقصد بالحق في الإيجار في القانون الجزائري هو حق صاحب المتجر أو المصنع في الاستمرار في العقد كمستأجر والانتفاع بالمكان المؤجر ويمثل الحق في الإجارة أهمية كبيرة إذا كان المحل التجاري يقع في منطقة معينة اشتهرت بصناعة معينة أو لقرب الموقع من الأسواق والمحال المماثلة حيث يسهل على العملاء إجراء المقارنة والإقبال على الشراء كما تظهر أهمية هذا العنصر في بعض أنواع النشاط التجاري التي تعتمد في ازدهارها على وجودها في موقع معين كالمقاهي والمطاعم، والحلول محل البائع في استغلال المتجر هو الذي يؤكد الاستمرار في الاتصال بالعملاء، ونتيجة ذلك كان من الطبيعي أن التصرف في المتجر يشمل أيضا التنازل عن الحق في الإيجار إلى المشتري.

وقد نصت المادة (172) من القانون التجاري الجزائري رقم 59 لسنة 1975 على أنه "في حالة التنازل عن المتجر فإنه يجوز للمحول إليه أن يتمسك بالحقوق المكتسبة من قبل المتنازل لإتمام مدة الاستغلال ومن هذه الحقوق الحق في الإيجار".

كما نصت المادة (176) من نفس القانون على أنه "يجوز للمؤجر أن يرفض تجديد الإيجار غير أنه ينبغي عليه في هذه الحالة أن يسدد للمستأجر المخطلي التعويض الذي يجب أن يكون مساويا للضرر المسبب نتيجة عدم التجديد".

كما أدرج المشرع الجزائري حق الإيجار في المادة (78) من القانون التجاري الجزائري رقم 59 لسنة 1975 كما أسلفنا ضمن العناصر المعنوية، وهذا يعني أن المشرع الجزائري نظم أيضا أحكام المحل التجاري وبين التصرفات القانونية الواردة على المحل التجاري.

¹ عادل علي المقداد، مرجع سابق، ص 194.

من خلال دراسة موقف بعض التشريعات العربية من حق الإيجار وجدنا أن بعض هذه التشريعات تسمح بالتنازل عن حق الإيجار، إلا أن المشرع المصري وضع شروطاً وضماناتٍ لكي يتم التنازل عن حق الإيجار، ومن هذه الشروط أن يكون عقد الإيجار وارداً على متجر وأن تتوفر حالة الضرورة وألا يلحق المؤجر ضرر وأن يقدم مشتري المحل ضماناً كافياً للمؤجر.

أما المشرع اللبناني فقد أجاز التنازل عن حق الإيجار بشرط ألا يغير المستأجر طبيعة الاستثمارات السابقة، وأعطى للمؤجر الحق في اللجوء إلى القضاء لطلب الأجرة العادلة.

أما المشرع العماني أجاز التنازل عن حق الإيجار في القانون التجاري العماني دون وضع شروط أو ضمانات من أجل تسهيل المعاملات التجارية.

أما المشرع الجزائري أجاز التنازل عن حق الإيجار، وبين بأنه يجوز للمؤجر رفض تجديد الإيجار، غير أنه ينبغي عليه أن يسدد للمستأجر التعويض الذي يجب أن يكون مساوياً للضرر الذي لحق بالمستأجر بسبب عدم التجديد.

ويرى الباحث بأن المشرع المصري من خلال تنظيمه للمتجر وعناصره بما فيه حق الإيجار هو تنظيم محكم، وهو أفضل تشريع وضع لحق الإيجار فقد وازن بين التنازل عن حق الإيجار وبين المؤجر مالك العقار ووضع ضمانات للمؤجر تحفظ حقه، ويرى الباحث أنه من الضروري السير على نهج المشرع المصري بخصوص حق الإيجار.

وأن المشرع التجاري الأردني جاء بتشريع ناقص لا يناسب حق الإيجار للمتجر، لذلك فهو بحاجة لعمل تنظيم لحق الإيجار للمتجر وخاصة بالنسبة للعقود محددة المدة، وأن يسمح بانتقال حق الإيجار للغير من خلال عقود الإيجار المحددة المدة، بحيث يسمح للمستأجر التنازل عن حق الإيجار للغير في حال إجراء تصرف قانوني على المتجر.

من خلال هذه الدراسة لتنظيم أحكام حق الإيجار للمتجر في التشريع الأردني، فقد وصلت هذه الدراسة إلى مجموعة من النتائج والتوصيات وهي كما يلي:

أولاً- النتائج

1- إن التنازل عن حق الإيجار يكون بالنسبة للعقود المحددة المدة، حتى لا يكون هنالك تعسف في استعمال حق الإيجار، لأنه إذا كان العقد من العقود المستمرة فإن ذلك يقودنا إلى الاستفسار إلى متى يبقى المستأجر يتنازل حق الإيجار إذا عقد الإيجار من العقود المستمرة، لذلك يجب أن يكون التنازل عن حق الإيجار بالنسبة للعقود المحددة المدة بعد 2000/9/1.

2- إن المادة (39) من قانون التجارة الأردني نصت على كيفية ممارسة حقوق صاحب المتجر بالنسبة لمختلف العناصر المكونة فنصت على " أن حقوق مستثمر المتجر فيما يختص بالعناصر المختلفة المبينة في المادة السابقة (38)، تعين بمقتضى القوانين الخاصة المتعلقة بها، أو بمقتضى المبادئ العامة في الحقوق"، فمثلا العلامة التجارية وضع قانون العلامات التجارية الأردني والاسم التجاري وجد قانون الأسماء التجارية وحق الإيجار وجد قانون المالكين والمستأجرين والقانون المدني وغيرها.

3- يعد المتجر قائماً بذاته له كيان مستقل عن العناصر التي يتكون منها، وبالتالي يكون محلاً للتصرفات القانونية كالبيع والرهن مما يترتب عليه أن يخضع المتجر لأحكام خاصة قد تختلف عن الأحكام التي يخضع لها كل عنصر من عناصره المختلفة.

4- حق الإيجار هو من العناصر المعنوية للمتجر ويخول المستأجر الانتفاع بالعين المؤجرة خلال استخدامها في تجارته وعلى أن ينتقل هذا الحق بتنازل مالك المتجر عن حق الإيجار للمشتري الجديد كونه من عناصر المحل التجاري المعنوية.

5- يجب التفرقة بين أحكام إيجار السكن وأحكام إيجار المتجر أو المحل التجاري بما يتناسب مع طبيعته الخاصة لكي يتمكن صاحب المحل التجاري من التنازل عنه في حال التصرف القانوني بالمتجر بالبيع أو الرهن ووضع تشريع قانون يضبط هذه التصرفات القانونية الواردة على المتجر بما يلائم طبيعته القانونية.

6- من خلال هذه الدراسة نجد أن المشرع الأردني أوجد مادتين لتنظيم أحكام المتجر المادة 38 والمادة 39 فقط، ويتبين لدى القارئ والمتمعن بأن المتجر بحاجة للتنظيم أفضل كون هذه المواد عند تطبيقها

نجد أنها لا تتناسب طبيعة المتجر وخاصة حق الإيجار وهذه النتيجة واضحة جدا وما يساعدنا على تأكيد ذلك أن بعض التشريعات العربية وضعت قوانين للتنظيم بيع ورهن المتجر.

التوصيات

- 1- أوصي بتعديل نص المادة (39) من قانون التجارة الأردني رقم 12 لعام 1966، المتعلقة بتنظيم عناصر المتجر ومنها حق الإيجار، بحيث تسمح بانتقال حق الإيجار للغير وذلك لأنها تقودنا إلى قانون المالكين والمستأجرين الأردني رقم 14 لسنة 2013 والقانون المدني الأردني اللذين لا يميزان بين إيجار المحل التجاري والعقار العادي كون المحل التجاري له طبيعة قانونية بحاجة للتنظيم الخاص لأحكامه ويكون ذلك لعقود الإيجار المحددة المدة وليست لعقود الإيجار المستمرة.
- 2- أوصي بتعديل نص المادة (5/ج/3) من قانون المالكين والمستأجرين الأردني رقم 14 لسنة 2013 التي جعلت إيجار المستأجر للمأجور كله أو جزء منه سببا لإخلاء المأجور إذا كان دون إذن المالك حيث لم تميز بين الإيجار العادي والإيجار التجاري وخاصة فيما يتعلق بحق الإيجار وكيفية انتقاله، بحيث تسمح بانتقاله إلى الغير مع وضع ضمانات لمالك العقار؛ أي خلق نوع من التوازن بين مستأجر العقار الذي يمارس فيه محله التجاري أو المتجر وبين مالك العقار، كون هذه المادة تتعارض مع نص المادة (38) من قانون التجارة الأردني رقم 12 لعام 1966، التي جعلت حق الإيجار من عناصر المتجر المعنوية ولأن المادة (39) من القانون التجاري الأردني تشير إلى العودة إلى قانون المالكين والمستأجرين الذي يتعارض مع طبيعة المتجر القانونية.
- 3- أوصي أن ينظم بيع ورهن وإيجار المتجر، وأن يشترط التاجر (مالك المتجر) على صاحب العقار (المؤجر) انتقال حق الإيجار للغير في حال إجراء تصرف قانوني على المتجر، حتى يتسنى إصدار تشريع جديد أو تعديل القوانين الحالية.

قائمة المصادر والمراجع:

أولاً: المصادر:

- قانون التجارة الأردني رقم 12 لعام 1966.
- قانون المالكين والمستأجرين الأردني الجديد رقم 14 لسنة 2013.
- القانون المدني الأردني رقم (43) لسنة 1976.
- القانون المدني المصري رقم 131 لسنة 1948.
- القانون التجاري الجزائري رقم 59 لسنة 1975.
- قانون التجارة العماني رقم 55 لسنة 1990م.
- قانون بيع ورهن المحال التجارية، المصري رقم 11 لسنة 1940.

ثانياً: المراجع

1- الكتب:

- حلو وكريم أبو حلو، زهير عباس، الوجيز في شرح القانون التجاري الأردني، ج1، ط1، عمان، (2000).
- محمد فريد العريني، جلال وفاء ومحمدين، القانون التجاري، ج1، دار المطبوعات الجامعية، الإسكندرية، (1998).
- فوزي عطوي، القانون التجاري، ط1، الناشر دار العلوم العربية، بيروت، ص151، (1986).
- عادل علي المقداد، القانون التجاري وفقاً لأحكام قانون التجارة العماني، ط2، دار الثقافة، عمان، (2007).
- فوزي محمد سامي، شرح القانون التجاري، ج1، دار الثقافة للنشر والتوزيع، عمان، (2008).
- سليمان مرقس، شرح قانون إيجار الأماكن، ط2، مطبعة الجيلاوي، القاهرة، (1982).
- حسني المصري، القانون التجاري، ط1، دار وهدان للطباعة والنشر، القاهرة، (1986).
- إلياس ناصيف، الكامل في القانون التجاري، المؤسسة التجارية، ج1، منشورات عويدات، بيروت، (1985).
- علي حسن يونس، المحل التجاري، دار الفكر العربي، القاهرة، (1974).

2- الأبحاث:

- وليد مصطفى أبو دلو، بحث بعنوان: أحكام بيع المتجر في القانون الأردني، بحث منشور لنيل درجة الدبلوم في العلوم القانونية من المعهد القضائي الأردني، الجامعة الأردنية، (1996).
- محمد حسين إسماعيل، مشكلة رهن المتجر في القانون الأردني، مجلة مؤتة للبحوث والدراسات العدد 1، المملكة الأردنية الهاشمية (2008).
- نعمان خليل جمعة، الحق في الإجارة، مجلة القانون والاقتصاد، جامعة القاهرة، العدد الأول، (1978).

الحماية الجنائية للحق في سلامة الجسم البشري
Criminal Protection of the Right to Integrity of the Body

سحر أحمد توفيق محمد عبد العزيز

باحثة دكتوراه في القانون الجنائي كلية الحقوق جامعة الزقازيق - مصر

drsahartawfik93@gmail.com

DOI: <https://doi.org/10.70411/MJLS.1.1.20234>

ملخص:

من المسلم به أن الجسم البشري كان وما زال محل اهتمام النظم القانونية بمواجهات مختلفة، ومتفاوتة وكان من نتاج هذا الاهتمام ميلاد مبدأ حق الإنسان في سلامة جسده، والذي أضى من أهم الأمور في كل نظام وهو أمر يواكب ويساير الحماية الجنائية للوجود الإنساني بحسبان أن هذه الحماية هي مظهر حي في إطار فكرة ومبدأ معصومية الجسد البشري، وذلك يعني الحصانة المطلقة لجسم الإنسان حال حياته وبعد فناءه، وذلك بدوره حظر التعامل مع جسم الإنسان، ومع تقدم العلوم الطبية أضى موضوع جسم الإنسان مادة للبحث المتجدد فاقترب الجسم البشري من مشروط الجراح تتقاذف أيادي الجراح تارة وموجبات العلاج تارة أخرى، ولعل من أبرز صور تلك التدخلات عمليات نقل الأعضاء وزرعها، وما يصاحبها من نقل الدم والتي قد تخرج عن دائرة المشروعية والإباحة إلى دائرة التآثيم والتجريم، وذلك كان سبباً لاختياري لموضوع الحماية الجنائية للحق في سلامة الجسم البشري لهذا البحث الذي تم تقسيمه إلى مبحثين هما: المبحث الأول: ماهية الحماية الجنائية. المبحث الثاني: ماهية الحق في سلامة الجسم.

الكلمات المفتاحية: الإجراءات الجنائية؛ جرائم نقل الدم؛ الحماية الجنائية؛ سلامة الجسم؛ المسؤولية الجنائية عن نقل الأعضاء

Abstract:

It is recognized that the human body was and still is the focus of the legal systems' interest in various confrontations, and the result of this interest led to the birth of the principle of the human right to the integrity of human body, which has become one of the most important matters in every system and it is something that accompanies the criminal protection of human existence considering that this protection is a manifestation living within the framework of the idea and principle of the infallibility of the human body, which means the absolute immunity of the human body during its life and after its annihilation. This, in turn prohibits trading with the human body. Perhaps one of the most prominent forms of these interventions is the operations of organ transplantation and the accompanying blood transfusion, which may depart from the circle of legality and permissibility to the circle of sin and criminality. All of which bewildered the researcher to write about the right to integrity of the body. The study is divided into two sections: the first section tackles the nature of criminal protection, while the second section is concerned with the criminal case and the right to the integrity of the body.

Keywords : blood transfusion crimes, body integrity, criminal liability for the transfer of organs, criminal procedures, criminal protection.

تعد هذه الدراسة من الدراسات المهمة التي تطرح موضوع الحماية الجنائية للحق في سلامة الجسم البشري في عالم متغير، نظراً لما وصل إليه عصرنا الحالي في ظل التطورات والتقلبات الطبية الحديثة التي أثرت بشكل كبير على صحة الإنسان وسلامة جسده وخاصةً بعد ظهور التطورات الطبية الحديثة وعمليات زراعة ونقل الأعضاء البشرية.

ومن أجل النعم وأسمى مظاهر التكريم الإلهي أن خلق الله الإنسان في أحسن تقويم وأجمل خلق واعتبر جسده ملكاً لله وحده، فلا يجوز لأحد أن يتصرف فيه بما يسيء له حتى ولو كان صادراً من صاحب الجسد نفسه، فالجسد البشري هبة الخالق لمخلوقه وعبد، ومن هنا كان تحريم الشرائع السماوية والتشريعات الوضعية لأي سلوك أو عمل من شأنه أن يلحق الأذى بالجسم البشري أو المساس به، فالحق في سلامة الجسد أحد الحقوق الهامة للصيقة بالشخص كمجرد كونه إنسان، وبغض النظر عن جنسه أو جنسيته أو ديانته أو أصله العرقي أو مكانته العلمية أو الاجتماعية، فالحق في سلامة الجسم هو حق مقرر لصون وحماية مقومات الإنسان الشخصية والصحية والبدنية وفي مظاهرها كافة المادية والمعنوية.

أولاً- أهمية الدراسة:

ترجع أهمية هذه الدراسة لأهمية الموضوع الذي تتناوله وهو الحماية الجنائية للحق في سلامة الجسم البشري وعدم المساس به، وتكمن أهمية البحث في الآتي:

- 1- التعرف على ما قدمه المشرع المصري من نظم قانونية لحماية الجسم البشري.
- 2- معرفة حالات الضرورة والإباحة لإيجاد نظام قانوني يحكم الحماية الجسم البشري.
- 3- معرفة الإطار الذي يضبط الحماية الجسم البشري.
- 4- بيان أثرها على نطاق الحماية الجنائية.
- 5- معرفة أنماط التعدي على الحق في سلامة الجسم.

ثانياً- أهداف الدراسة:

الهدف من هذه الدراسة هو الوقوف على مفهوم الحماية الجنائية للسلامة الجسدية للإنسان، وصيانتها من أي مكروه يصيبه، ومعرفة ما إذا كانت الجهود التشريعية الساعية لتوفير هذه الحماية الجنائية فعالة في مواجهة التدخلات الطبية الحديثة والمستجدة، وممارستها على جسم الإنسان قد حقق هذا القدر من الحماية.

ثالثاً- مشكلة البحث:

تكمن المشكلة الرئيسية لهذه الدراسة في الإجابة على تساؤل رئيس، ألا وهو إلى أي مدى حقق المشرع الجنائي المصري حماية كافية للجسم البشري؟ ويتفرع من هذا التساؤل مجموعة من الأسئلة الفرعية ألا وهي:

- 1- ما المقصود بالحماية الجنائية للجسم البشري؟
- 2- ما هي حالات الضرورة والإباحة الخارجة على نطاق الحماية الجنائية؟
- 3- ما هي شروط الحماية الجنائية؟

رابعاً- منهج البحث:

اتبعت الباحثة في هذا البحث المنهج الوصفي التحليلي حيث قامت بوصف وتحليل بعض النصوص القانونية المتعلقة بموضوع البحث.

خامساً- خطة البحث:

بناءً على ما تقدم تم تقسيم البحث إلى مبحثين تناولت في المبحث الأول ماهية الحماية الجنائية، وتناولت في المبحث الثاني ماهية الحق في سلامة الجسم، ثم أنهت الباحثة بخاتمة تضم النتائج والتوصيات وذلك على النحو التالي:

المبحث الأول: ماهية الحماية الجنائية.

المبحث الثاني: ماهية الحق في سلامة الجسم.

المبحث الأول

الحماية الجنائية للحق في سلامة الجسم

الحماية الجنائية للحق في سلامة الجسم هي إحدى الموضوعات الحيوية والمهمة التي تتبوأ صدارة اهتمام المشرع العقابي في التشريعات العقابية كافة، ومرجع ذلك ومردّه موضع العدوان ومحله بحكم كونه يقع علي جسم الإنسان، وذلك بدور يملّي أن يكون جديراً بالاهتمام والبحث والدراسة.

والحديث عن الحماية الجنائية للحق في سلامة الجسم البشري يستوجب تناوله من عدة نواحي وذلك في المطالب الآتية:

المطلب الأول: ماهية الحماية الجنائية.

المطلب الثاني: الحق أو المصلحة محل الحماية.

المطلب الأول

ماهية الحماية الجنائية

لا يماري أحد في أنه ليس هناك من حماية فعالة سوى تلك التي تتضمنها القواعد القانونية الجنائية، وذلك بحكم كون القانون الجنائي أداة المجتمع الأكثر فاعلية لتوفير الحماية الجنائية لكل مصلحة أساسية أو قيمة جوهرية أو حق، فالمرجع يستخدم حق العقاب استخداماً حكيماً لصون وحماية الحقوق والمصالح بشتى صورها، والأصل أن أساس حق الدولة في العقاب هو اعتباره جزاء الخروج على القواعد المقررة في الجماعة¹؛ ذلك الخروج الذي من شأنه أن يهدد الحقوق ويهدر المصالح، ويبدو ذلك أكثر وضوحاً في الجرائم التي يثير عنصر العدوان فيها استهجان الجماعة كجرائم سرقة الأعضاء البشرية أو الاتجار فيها أو نقل الدم المعيب أسوة بجرائم القتل والجرح وإعطاء المواد الضارة باعتبارها في مجملها تشكل عدواناً على السلامة الجسدية على نحو ينال من أعضاء الجسم وضمان أدائها لوظائفها بشكل سليم ودائم.

والحماية الجنائية للحق في سلامة الجسم يراد بها مجموعة الأحكام والقواعد القانونية موضوعية كانت أم إجرائية، والتي يسعى المشرع بواسطتها لبسط حمايته الجنائية على الحق في سلامة الجسم وضمان أداء أعضائه لوظائفها ضد كل اعتداء فعلي أو محتمل عليه، وسبيله في ذلك فرض عقاب جنائي على كل من يقترب أفعال المساس بذلك الحق أو تلك المصلحة المحمية، أو يشكل بسلوكه مخاطر الاعتداء عليها، وأيضاً بتقرير جزاء إجرائي على العمل الإجرامي الذي انطوى على هذا المساس أو شكل صورة هذا العدوان بعبارة أوجز: أن يدفع التشريع العقابي سواء بنصوصه العامة، أم تشريعاته الخاصة ومن خلال قواعده الموضوعية وأحكامه الإجرائية عن الحق في سلامة الجسم في مواجهة كل الأفعال غير المشروعة التي تؤدي إلى النيل منها، وذلك عن طريق ما يقرره لها من جزاءات.

والمراد بالحماية الجنائية في شقها الموضوعي الحماية التي تستمد عناصرها من القواعد الجنائية الموضوعية المقررة للجرائم والمحددة لمناط المسؤولية الجنائية للمتهم، وأيضاً العقوبة قدرها ونوعاً، وذلك عن طريق تجريم الفعل الذي يشكل عدواناً على الحق في سلامة الجسم أو مساساً بأعضائه ومكوناته، أو إبادة الفعل الذي يسهم في صونها وحمايتها على الرغم من كونه يشكل في الأصل جريمة.

أما الحماية الجنائية الإجرائية فهي تلك المتعلقة بالقواعد الجنائية الإجرائية والتي تستمد عناصرها من قواعد القانون الجنائي الإجرائي وتقوم على تنظيم كيفية اقتضاء حق الدولة في العقاب من مقترب الفعل

¹ أحمد حسن أحمد حسن، الحماية الجنائية للدخل السيادي للدولة، رسالة دكتوراه، جامعة الزقازيق، 2010، ص 78.

الذي يشكل مساساً بالسلامة الجسدية أو يساهم فيه، وذلك من خلال بيان جهات القضاء واختصاصاتها وكشف الجريمة والتثبيت من وقوعها وضبط الجناة والتحقيق معهم ومحاكمتهم.

مجل القول: إن الحماية الجنائية بشقيها الموضوعي والإجرائي يراد بها أن يدافع المشرع الجنائي عن حقوق الأفراد الجسدية ومصالحهم البدنية من كل فعل من شأنه أن يشكل مساساً أو يلحق ضرراً أو آلاماً بالجسم البشري، وتمتد الحماية الجنائية منذ لحظة الميلاد؛ أي اللحظة التي تدب فيها أنفاس الحياة في الوليد وتمتد إلى ما بعد وفاته باعتبار أن الجثة محل حماية جنائية تحول دون العبث بها أو اقتطاع جزء منها، وسبيل المشرع الجنائي في ذلك هو ما تقرره تشريعاته من عقوبات وجزاءات توقع بحق الأشخاص مرتكبي الجرم أو أفعال العدوان سواء أكانوا أشخاصاً طبيعياً أم معنوية.

المطلب الثاني

الحق أو المصلحة محل الحماية

الجريمة أياً كانت هي عدوان على حق أو مصلحة يحميها القانون، أو هي على الأقل تعريضهما لهذا العدوان¹؛ فالجريمة لم تعد خرقاً لقواعده قانونية، أو عدم انصياع للالتزام أوجبها القانون؛ بل غدت إضراراً بمصلحة محمية، فكون الفعل المرتكب مخالفاً لنص عقابي ليس بكافٍ للتجريم؛ بل لابد أن يتضمن هذا الفعل اعتداء على مصلحة محمية²؛ فكل جريمة موضوع قانوني هو محل الاعتداء وهذا الموضوع هو الحق أو المصلحة محل الحماية الجنائية فتجريم المشرع للأفعال ليس من أجل التجريم لذاته وإنما غايته من التجريم هو اعتباره وسيلة المشرع لحماية مصلحة معينة، أو قيمه بذاتها جديرة بهذه الحماية؛ بل إن جانباً من الفقه ذهب إلى حد اعتبار أن المصلحة المحمية هي حجر الزاوية في دراسة الجريمة فمناطق تحديد عدم مشروعية الفعل تتحدد على أساس مدى ارتباط الفعل بالمصلحة المحمية من حيث إضراره بها أو تهديده إياها بالضرر من عدمه³.

والقانون الجنائي يهدف أول ما يهدف إلى تحقيق الحماية الفعالة لقيم المجتمع ومصلحه وبذات القدر مصالح الأفراد وحقوقهم، فالمصلحة المحمية أو القيمة محل الحماية موضع اعتبار المشرع الجنائي عند وضعه للنصوص التجريبية، والمصالح محل الحماية الجنائية لا تتماثل في الطبيعة ولا في مقدار

¹ عبد الفتاح الصيفي، الاشتراك بالتحريض، دار النهضة العربية، القاهرة، دون سنة نشر، ص15.

² ثروت الأسيوطي، فلسفة التاريخ العقابي، مجلة مصر المعاصرة السنة الستون، العدد 335، يناير 1996، ص264.

³ فؤاد جمال عبد القادر، المصلحة المحمية في جريمة الكسب غير المشروع، بحث منشور، مجلة قضايا الدولة، العدد الثاني، لسنة 1988، ص134.

الأهمية مما يستوجب تفريداً لها بحكم كون مثل هذا التفريد له أهميته من مناحي عدة، فمن شأنه أن يحدد نطاق التجريم لكل نص من النصوص، ومن شأنه أيضاً أن يقيم ضابط التفرقة بين التعدد المعنوي للجرائم والتضارب الظاهري بين النصوص، فضلاً عن كون هذا التفريد يساعد على استظهار الأركان المشتركة في الجرائم التي تشكل اعتداء على مصلحة واحدة¹.

والمصلحة محل الحماية الجنائية في نطاق دراستنا هي جسم الإنسان والذي يتكون من عدد من الأعضاء والمشتقات والأنسجة والعناصر الحية، تشكل في مجملها وفي ترابطها كيان الجسد البشري، فجعل الحماية الجنائية في جرائم المساس بسلامة الجسم هو جسم الإنسان، والمراد بالمحل هنا هو المحل القانوني لا المحل المادي والتفرقة بينهما لا تخلو من أهمية عملية، حيث يراد بالمحل القانوني تلك المصلحة التي يسبغ عليها المشرع الجنائي حمايته، لأن إهدار هذه المصلحة أو تهديدها بالخطر هو الذي يكون الجريمة في قانون العقوبات، أما المحل المادي فلا يعدو أن يكون عنصراً من عناصر الركن المادي في الجريمة ومن ثم فليس هو المقصود بالحماية في القانون.

ففي بعض الجرائم يتطلب القانون أن تقع الجريمة على شيء مادي، بينما يختلف الأمر في جريمة ثانية لا يتصور فيها الاعتداء على شيء مادي كما هو الشأن في جرائم الشرف والاعتبار، فإذا كان المحل القانوني يعد جوهر الجريمة فإن المحل المادي ليس سوى عنصراً أو أكثر من عناصر الركن المادي في بعض الجرائم².

وعلى الرغم من أن المشرع المصري لم يضع تعريفاً أو مدلولاً محدداً للجسم البشري إلا أن الفقه قد سعى جانب منه إلى القول: بأن الحق في سلامة الجسم يعني المركز القانوني الذي يخول صاحبة الحق في الاستئثار بتكامله الجسدي والمستوى الصحي والسكينة البدنية والنفسية، حيث يتحقق العدوان والإخلال بهذا التكامل بأي فعل من شأنه إلحاق الأذى والضرر بسلامة الجسم ومن صوره في موضوع دراستنا نقل الدم وزراعة الأعضاء والأنسجة البشرية خارج نطاق المشروعية والإباحة، ليس من هذا المنظور فحسب؛ بل أيضاً من منظور محل العدوان، وذلك بغية تحديد مدى ما توفره التشريعات من حماية وتحديد لتكيف المسؤولية الجنائية³.

¹ أحمد حسن أحمد، الدخول السيادي للدولة، مرجع سابق، سابق الإشارة إليه، ص 85.

² جلال ثروت، جرائم الاعتداء على الأشخاص، الدار الجامعية للطبع والنشر، الإسكندرية، 1984، ص 40.

³ أحمد حسن أحمد، الدخول السيادي للدولة، مرجع سابق، ص 85.

وقبل أن نختم الحديث عن الحق أو المصلحة محل الحماية الجنائية يعين لنا أن نشير إشارة موجزة لمناطق الحماية الجنائية لجسم الإنسان، فقد تتنازع مناطق الحماية الجنائية في هذا الموضوع رآيان كان محور الخلاف ومثار الاختلاف بينهما هو التساؤل القائل هل الحماية قاصرة على مادة الجسم فحسب، أم أن مناطق الحماية قدرة أعضاء الجسم على أداء وظائفها؟؟

ذهب جانب من الفقه إلى القول: إن مناطق الحماية الجنائية ليست مادة الجسم في ذاتها ولكن مقدرة أعضاء الجسم على أداء وظائفه الطبيعية، فالنيل من هذه القدرة أو المساس بهذه المقدرة اعتداء على الحق في سلامة الجسم، وسندهم في ذلك قولهم: إن مادة الجسم ليس لها في هذا الصدد أهمية في ذاتها وإنما مرجع الأهمية وموضعها هي الوظائف التي تؤديها¹.

بينما ذهب فريق آخر إلى القول: إن مناطق الحماية الجنائية المقررة لجسم الإنسان يتحدد بمدى انتمائها إلى مادة الجسم، فالجسم وحدة واحدة وليس مجموعة متفرقة من الأعضاء يقوم كل منها بدوره استقلالاً وبمعزل عن الآخر؛ بل وصل الأمر بأنصار هذا الاتجاه إلى القول: إن الجريمة تقع وتشكل مساساً بسلامة الجسم في حالة من يضرب أو يجرح شخصاً في موضع من جسده أصيب بالشلل، كما تقع أيضاً من باب أولى ممن يبتز عضواً أشل أو يفقأ عيناً فقدت الرؤية والقدرة على الإبصار قبل العدوان عليها².

ونحن نشايح الرأي الأخير ونناصره ذلك أن للجسم البشري في ذاته حرمة يتعين صونها وحمايتها وعدم المساس بها حتى ولو كان هذا المساس بعضو فقد وظيفته فالحرمة لا تسقط في هذا الفرض.

نخلص مما سلف ذكره أن المساس بسلامة الجسم البشري هو المحور الأساسي لمبدأ معصومية وحماية الجسم البشري، وليس ثمة فارق أو تميز بين عضو وآخر، ويتحقق المساس بالجسم البشري بكل فعل من شأنه أن يشكل عدواناً أو مساساً بالجسم، أو كان من شأنه الإخلال بوظائف أعضائه، أو النيل من تماسك خلاياه أو مشتقاته أو أنسجته، أو إضعافها أو التغير فيها، دون اعتداد أو اعتبار لوسيلة العدوان أو قدرة أو مقدار المساس؛ فكل فعل أو سلوك غير مباح وغير مشروع يشكل مساساً بالجسم الإنساني أو أحد أعضائه أو مشتقاته أو خلاياه يعد مساساً بمبدأ الحماية المقررة للجسم البشري.

¹ محمود نجيب حسني، الحق في سلامة الجسم، مجلة القانون والاقتصاد، مرجع سابق، ص 591.

² عوض محمد، جرائم الأشخاص والأموال، دار المطبوعات الجامعية، الإسكندرية، 1984، ص 137.

المبحث الثاني

ماهية الحق في سلامة الجسم البشري

الحق في سلامة الجسم البشري لم يكن مبدأ يقال أو قاعدة قانونية تسرد؛ بل أضحي واقعاً قائماً نطقت به النصوص التشريعية باعتبارها سبيل ووسيلة الحماية الفعالة لهذا الحق، وكان مبعث الاهتمام بهذا الحق والسعي لتوفير حماية تشريعية له، هو توفير ضمانه قانونية في مواجهة أنماط السلوك المستحدث كنتاج للتطورات الطبية الحديثة، والذي اتخذت من جسم الإنسان محلاً وموضعاً لممارستها؛ الأمر الذي برزت معه أهمية إحاطته بسياج من الحماية تتناسب مع أهمية هذا الحق، الحديث عن ماهية الحق في سلامة الجسم البشري لا تتجلى طلاسمة ولا يستبان أمره إلا من خلال تعريفه وتحديد مفهومه دون إغفال أو إهمال لتناول مبدأ حرمة الجسم البشري، أو ما درج الفقه على تسميته معصومية الجسم البشري، وذلك هو موضع الحديث في الفرعين التاليين:

المطلب الأول

الحق في سلامة الجسم

إزاء غيبة التعريف التشريعي للحق في سلامة الجسم اجتهد الفقه وسعى لوضع تعريف له، غير أنه لم ينعقد إجماع فقهي على وضع تعريف للحق في سلامة الجسم؛ بل تباينت التعريفات وتعددت؛ وإزاء هذا التعدد لا نملك سوى استعراض الغالب والأعم منها؛

1- فقد ذهب البعض إلى تعريفه بقوله: "الحق في سلامة الجسم هو مصلحة للمجتمع والفرد يقرها الشارع ويحميها في أن تسير وظائف الحياة في الجسم على النحو الطبيعي، وفي أن يحتفظ الجسم بتكامله وأن يتحرر من الآلام البدنية"¹.

2- وذهب جانب آخر من الفقه إلى تعريفه بأنه: "رابطة يعترف بها النظام القانوني"، والبيان أن أنصار هذا القول قد استندوا إلى مفهوم ودلاله الحق لديهم من كونه رابطة قانونية بمقتضاها يخول القانون شخصاً من الأشخاص على سبيل الانفراد والاستثناء التسلط على شيء أو اقتضاء إزاء معين من شخص آخر، ومن ثم فالحق في سلامة الجسم وفق رؤى أنصار هذا الاتجاه والقائلين به عبارة عن رابطة مفترضة بين الشخص وكيانه الجسدي يحكمها القانون ويقر بها النظام القانوني، ومن هنا تكتسب هذه الرابطة صفة المشروعية²، وتخول لصاحبها سلطة الاستثناء والتسلط على سبيل الاختصاص والانفراد.

¹ محمود نجيب حسني، الحق في سلامة الجسم، مرجع سابق، ص 571.

² محمد عيد الغريب، شرح قانون العقوبات، الطبعة الرابعة، دون دار نشر، 2003، ص 841.

غير أن هذا القول معيب ويكمن عيبه في كونه يهدر مفهوم الحق وينكره على طائفة من الحقوق اللصيقة بالشخصية، ليس ذلك فحسب؛ بل إن افتراض الرابطة القانونية بين الشخص وكيانه الجسدي ليست سوى حيلة قانونية غير مقبولة، فضلاً عن أن ما قال به أصحاب هذا الرأي من شأنه أن يخول لصاحب الحق التسلط والاستئثار على جسده، مما يعني قيام الحق للشخص في التصرف في كيانه الجسدي على النحو الذي يراه، ومن ثم فإن الشخص الذي يقوم ببتتر عضو من أعضائه تخلصاً من أداء الخدمة الوطنية لا يمكن ملاحقته بالعقاب على هذا الجرم¹

بينما صواب الأمر وصحيحة أن على الإنسان واجب المحافظة على كرامة جسده ويحرم عليه تغيير الهيكل القويم لجسده، ولا يجوز له التصرف فيه إلا لما أذن له.

3- غير أن جانباً آخر من الفقه ذهب إلى القول: "إن الحق في سلامة الجسم هو مصلحة يعترف بها القانون"²، والمصلحة فكرة غائية، وهي السبب المؤدي إلى جلب المنفعة لصاحبها لذلك قيل: إن المصلحة هي المصدر المادي للقواعد القانونية التي تنشئ الحقوق وتبدو مصدراً غير مباشر لها³، وإذا كانت مصلحة الشخص تتعلق بسلامة جسمه غير أن هذه المصلحة لا بد وأن ينظر إليها من منظور تحقيقها للمصلحة الاجتماعية، وذلك في مجتمع متحضر وقواعد قانونية مثالية.

من هنا كان اتجاه الفقه الحديث إلى القول: إن مدلول الحق في سلامة الجسم من وجهة النظر القانونية يرتكن أساساً إلى فكرة الحق الذي يعرف بأنه "المصلحة التي يحميها القانون في أن يظل الجسم مؤدياً كل وظائفه على النحو الطبيعي والعادي والمألوف، حتى لا تتعطل إحدى الوظائف ولو كانت أقلها أهمية أو كان التعطيل وقتياً، وفي ألا تتحرف في كيفية الأداء على النحو الذي حددته قوانين الطبيعة"⁴.

4- وفي تعريف آخر ذهب أنصاره إلى القول: إن الحق في السلامة الجسدية هو: "الحق في سلامة الجسم هو المصلحة التي يعترف بها القانون لكل شخص في أن يحتفظ بالنصيب الذي يتوافر لديه من الصحة؛ أي مصلحته في ألا يهبط مستواه الصحي"، وعلى هذا النحو فإن كل فعل ينقص من

¹ عصام أحمد محمد، النظرية العامة للحق في سلامة الجسد، دار الفكر والقانون، القاهرة، 2008، ص100.

² عثمان سعيد عثمان، استعمال الحق كسبب للإبادة، رسالة دكتوراه، كلية الحقوق، القاهرة، 1978، ص10.

³ حسان حامد حسان، نظرية المصلحة في الفقه والإسلامي، رسالة دكتوراه، جامعة القاهرة 1971، ص220.

⁴ محمد عيد الغريب، شرح قانون العقوبات القسم الخاص، الطبعة الرابعة، 2003، ص842.

هذا النصيب هو أساس الحق في سلامة الجسم، سواء أتحقق ذلك عن طريق إحداث مرض لم يكن موجوداً من قبل أم الزيادة من مقدار مرض كان المجني عليه يعانيه¹.
من هنا كان إجمال الفقه لحق الإنسان في سلامة جسمه في جوانب ثلاثة:

1- حقه في الاحتفاظ بمستواه الصحي.

2- حق في الاحتفاظ بمادة جسده.

3- حق في التحرر من آلام البدن.

والبين مما سلف ذكره واستعراضه من تعريفات أن الحق في سلامة الجسم من حيث دلالاته ليس بقاصر على الجانب الفردي أو القيمة الفردية فحسب؛ وإنما يُعد ذو قيمة اجتماعية أيضاً لا يمكن إنكارها على نحو يمكننا معه القول: إن الحق في سلامة الجسم هو مصلحة ذات طبيعة مزدوجة يحميها القانون ويعترف بها للفرد بذات القدر الذي يعترف بها في الوقت ذاته للجماعة والمجتمع، وذلك ما دعا البعض لتعريف الحق في سلامة الجسم بأنه: "مصلحة يحميها القانون في أن يستمر مؤدياً وظائف الحياة على نحو طبيعي، وأن يحتفظ بمادته الجسدية، وأن يتحرر من جميع الآلام البدنية والنفسية والنهوض بوظيفته الاجتماعية الموكلة إليه".

المطلب الثاني

مبدأ حرمة الجسم البشري ونتائجه (معصومية الجسم البشري)

لا يماري أحد أن الممارسات الطبية الحديثة وفي مقدمتها نقل الدم وزراعة الأعضاء هي السبب في تغيير مفهوم مبدأ حرمة الكيان الجسدي للإنسان، وذلك مرجعه ومرده أن هذه الممارسات تستخدم الجسم البشري كوسائل علاج قد تعين عليه التغلب على العديد من الأمراض المستعصية والتي لا تجدي في علاجها الوسائل العلاجية التقليدية نفعاً.

والأمر على هذا النحو يستوجب البحث عن مبدأ يقيم ويحقق التوازن بين حماية الجسم البشري وبين الاستفادة من مكتسبات التطور العلمي في مجال الطب، وذلك ما قد يتعارض بدوره مع المبادئ التقليدية المتوارثة، والتي ينظر إليها بعين القداسة، تلك المبادئ التي تحظر ولا تبيح المساس بسلامة الجسم البشري ما لم تكن هناك ضرورة علاجية، وإذا كانت الممارسات الطبية في صورتها الحديثة تمثل في جانبها السلبي انتهاكاً وعدواناً على حرمة الجسم البشري وإهداراً لكرامته الإنسانية، فإن الأمر يستلزم ويقتضى ضرورة وضع

¹ محمود نجيب حسني، الحق في سلامة الجسم، مرجع سابق، ص 539.

مجموعة من الضوابط والقواعد القانونية لمواجهة ما قد تنهيه التطبيقات والأبحاث العلمية نتاج التقدم العلمي المذهل سريع الوتيرة في المجال الطبي من إشكاليات، وذلك بغية الوصول إلى الحماية الكاملة والشاملة للحق في سلامة الجسم باعتباره هدفاً مبتغى حتمياً وضرورياً.¹

إن حرمة جسم الإنسان أو معصومية الجسم البشري تقتضي حظر كل عمل أو فعل من شأنه أن يشكل مساساً بهذا الجسم على نحو يحظر معه كافة أشكال العدوان؛ أي ما كان موضعه من الجسم وأياً ما كان مقدار جسامته ومهما كان شكل هذا العدوان أو نمط السلوك العدواني فيه، ولا يقتصر الحظر أو المنع على الغير؛ بل يمتد الحظر ذاته ليشمل الشخص نفسه أيضاً، حيث لا يباح للفرد المساس بجسمه أو النيل من عضو من أعضائه، فكل مساس بجسم الإنسان يدخل دائرة التعدي غير المشروع ويدخل فاعله دائرة المسؤولية القانونية مدنية كانت أم جنائية.

فالأنظمة القانونية كافة تخول الفرد الحق في الدفاع عن نفسه، وعن تكامل جسمه في مواجهة أي عدوان أو اعتداء يتعرض له من الغير، ليس ذلك فحسب؛ بل إن الفرد ذاته يكون محمياً في مواجهة ذاته، حيث يسأل ويجرم مسلكه إذا نسب إليه عدوان على جسمه أو انتقاص من أعضائه.

والبين أن حرمة الجسم البشري تكمن في كرامته والتي يراد بها عدم العبث بآدميته أو ابتذاله أو امتهانه؛ بل يتعين تكريمه واحترام آدميته وسمو كيانه دون اعتداد بجنسه أو جنسيته أو ديانته أو مركزه العلمي أو الاجتماعي، وحرمة الجسم البشري تمتد لتشمل كافة مكوناته من أعضاء ومنتجات ومشتقات، ومعصومية الجسم البشري ليست قرينة حياته؛ بل الحرمة قائمة حتى بعد وفاته، فالحماية القانونية المقررة لجسم الإنسان هي مقررة لمادة الجسم البشري، بغض النظر عن أن المساس قد وقع على جزء يقوم بوظيفة معينة أو فقد هذه الوظيفة.

ومبدأ حرمة الجسم البشري ليست مقولة تتردد أو شعاراً ينادى به؛ ولكنها حق من أهم الحقوق التي نطقت به الدساتير والتشريعات والأنظمة القانونية دولياً ومحلياً، ولعل أبرز شواهد هذه الحرمة تجريم وتحريم العدوان على الجسم البشري أو النيل منه حتى ولو كان برضاء أصحابه، ما لم يقع سبب إباحة أو مانع من موانع المسؤولية.

ولأهمية مبدأ حرمة الجسم البشري كرسست التشريعات الوضعية نصوصها التشريعية لترسيخ هذا المبدأ ففي مصر أفرد المشرع العقابي المصري أحكام الباب الأول من الكتاب الثالث لتجريم كافة أفعال العدوان

¹ أحمد شرف الدين، الأحكام الشرعية للأعمال الطبية، دار النهضة العربية، القاهرة، 1987، ص16.

على سلامة النفس والكيان الجسدي للإنسان من قتل وضرب وجرح مقررًا عقوبات تصل إلى حد الإعدام صوناً وحفاظاً على سلامة الجسم، وإعلاء لمبدأ معصومية الجسم من كل عدوان ينال منه، أو من أعضائه. مجمل القول: إن كل فعل أو عمل يشكل مساساً بجسم الإنسان هو عمل غير مشروع قانوناً إعمالاً لمبدأ معصومية جسم الإنسان، غير أن هذا المبدأ ليس بالمبدأ المطلق؛ بل ترد عليه بعض الاستثناءات التي توجبها المصلحة العامة أو الخاصة، فإذا قام واحدٌ من هذه الاستثناءات خرج الفعل عن دائرة التأثيم والتجريم والعقاب إلى دائرة الإباحة والمشروعية، ومن صور هذه الاستثناءات الدفاع الشرعي واستعمال السلطة والرخص وحق التأديب وكافة أسباب الإباحة الوارد ذكرها حصراً في التشريعات العقابية.

ومبدأ حرمة الجسم البشري يترتب عليه نتائج مهمة سنتناول بشيء من البيان أهمها وهي:

(1) حرمة التعدي على سلامة الإنسان حياً أو ميتاً: محل الحماية القانونية وموضوعها هو جسم الإنسان، وهذه الحماية مقررة لجسم الإنسان حياً أو ميتاً، فكل مساس بجسم المتوفي أو أعضائه يُعد انتهاكاً لحرمة جسم الإنسان، فالحماية القانونية المقررة لجسم الإنسان لا تقيم تفرقة أو تمييزاً بين جسم الإنسان الحي وجثمان الإنسان الميت فكلاهما يتمتع بذات الحماية، وإن كان المشرع العقابي - في ظل القواعد التقليدية - قد أخرج بعض أنماط السلوك من دائرة التأثيم والتجريم والعقاب إلى دائرة المشروعية، والإباحة على الرغم من كونها تمثل مساساً بالحق في سلامة الجسم أسوة بممارسة الألعاب الرياضية وممارسة مهنة الطب والعلاج¹.

وعلى الرغم من الإباحة في هذه المواضع إلا أنها في حقيقة الأمر لا تُعد خروجاً على مبدأ حرمة الجسم البشري، بحكم كون أن حق الطبيب في ممارسة العلاج لا يكون مباحاً في الغالب الأعم من الأحيان إلا إذا جاء مقترباً برضى المريض، ويتعين الوضع في الاعتبار أن إرادة الشخص في ظل الممارسات الطبية الحديثة تنقيد بضوابط وقيود وضمانات، وهنا يبرز الدور الحيوي والمهم للقانون في تنظيم هذه الممارسات عن طريق وضع الضوابط القانونية لممارستها، ومن هذه الضوابط عدم إخضاع الفرد لتجارب علمية قد تشكل خطراً على حياته، وأيضاً لا يجوز ولا يباح أخذ عضو حيوي من شخص وإعطائه لشخص آخر لإنقاذ حياته إن كان من شأن ذلك إلحاق الأذى أو تشكيل خطورة على حياة من أخذ منه العضو.

(2) عدم جواز التصرف في الجسم البشري بمقابل "مبدأ خروج جسم الإنسان عن دائرة التعامل":

¹ نجاتي سيد أحمد سند، مبادئ القسم العام في قانون العقوبات، دون دار وسنة نشر، ص419.

من أبرز سمات سمو الكيان البشري للإنسان باعتباره كائناً بشرياً ومن أكثر موجبات ومقتضيات الكرامة الإنسانية عدم إصباح الطابع المادي على جسم الإنسان، وذلك مرجعه أن الجسم البشري يخرج عن نطاق دائرة المعاملات المالية، لأن الإنسان قيمة لا تقدر بمال بقيمته مستمدة من إنسانيته، فجسد الإنسان بناه الله تعالى وكرمه وحباه عن باقي المخلوقات وسما به عن المتاجرة بالبيع أو الشراء، فبيع الأجزاء الآدمية ولو تحت ضغط الحاجة فيه امتهان لحرمة الإنسان وكرامته.

ومن المبادئ القانونية الثابتة والراسخة في التشريعات والذي يُعد إحدى نتائج مبدأ حرمة أو معصومية الجسم البشري مبدأ خروج جسم الإنسان عن دائرة التعامل؛ حيث إنه إعمالاً لهذا المبدأ المتعلق بالنظام العام يحظر على الشخص أن يتصرف في جسده وبدنه، كما يحظر ذلك على الغير أيضاً، ويُعد بيع الأعضاء أو النسخة ولو كان تحت ضغط الحاجة امتهان للكرامة الإنسانية¹.

والتصرف المحظور في هذا الموضع هو ذلك التصرف الذي من شأنه أن يجعل جسد الإنسان في مجمله من قبيل الأشياء التي يمكن التعامل فيها وبها وتقييمها بمال؛ أيّاً ما كان مقدار هذا المال، وعليه فإن جسم الإنسان يخرج كأصل عام عن دائرة التعامل، ولا يمكن تبعاً لذلك أن يكون محلاً ممكناً ومشروعاً للحقوق والعقود والمعاملات².

وهذا الحظر يمثل مبدأً دستورياً فقد قننه الدستور المصري الصادر عام 2014 في المادتين 60، 61 منه، والتي حظرت الاتجار بالأعضاء البشرية، وجعلت المتبرع بالأعضاء البشرية والأنسجة هبة للحياة، وقد امتدت الحماية لتشمل أيضاً الحماية التشريعية؛ فقد أورد المشرع المصري في القانون رقم 5 لسنة 2010 بشأن تنظيم عمليات نقل وزرع الأعضاء البشرية في نص المادة 6 منه حظراً للتعامل على الجسم البشري إلا على سبيل التبرع ودون مقابل أو منفعة مادية أو معنوية.

(3) عدم إفشاء الأسرار الخاصة بجسم الإنسان:

الأطباء حال ممارستهم لمهنة الطب يتاح لهم التعرض لأجسام المرضى والاطلاع على أسرارهم، فمن المعتاد والمألوف في العمل الطبي أن يفصح المريض لطبيبه عن أسرار جسمه بغية إدراك الصواب التشخيصي والعلاج، والأمر على هذا النحو استوجب تدخل القانون لتنظيم هذا الأمر بما يكفل للأفراد حماية لعدم إفشاء أسرارهم، وعليه فقد تدخل المشرع العقابي المصري وبموجب نصوصه التشريعية في

¹ طارق سرور، نقل الأعضاء البشرية بين الأحياء، دار النهضة، القاهرة، 2001، ص 106.

² عبد الحي حجازي، النظرية العامة للالتزام، مطبوعات جامعة الكويت 1982، ص 331.

قانون العقوبات في المادة [310] عقوبات والتي جاء النص فيها على: "كل من كان من الأطباء أو الجراحين أو الصيادلة أو القوابل أو غيرهم مودعاً إليه بمقتضى صناعته أو وظيفته سر خصوصي ائتمن عليه فأفشاه في غير الأحوال التي يلزمه القانون فيها بتبليغ ذلك يعاقب بالحبس مدة لا تزيد عن ستة أشهر أو بغرامة لا تتجاوز خمسمائة جنيه".

المطلب الثالث

إباحة المساس بالجسم البشري

باستقراء نصوص التشريع العقابي يبين أنها جاءت ناطقة بتجريم بعض أنماط السلوك وتقرير العقاب عليها نوعاً ومقداراً توفيراً لحماية جنائية للحق في سلامة الجسم، غير أن التشريع العقابي وفي الوقت ذاته جاءت نصوصه ناطقة بما يفيد نزع صبغة التأثيم والتجريم والعقاب عن الفعل ذاته وإخراجه من دائرة التجريم والعقاب إلى دائرة المشروعية والإباحة، وذلك إذا ما توافر سبب من أسباب الإباحة، تلك الأسباب التي وردت حصراً في نصوص التشريع المصري.

ولم يقتصر الأمر على حصر حالات الإباحة؛ بل امتد نطاق الحماية التشريعية لوضع شروط وضوابط لهذه الأسباب، وإن كانت أسباب الإباحة متعددة إلا أننا في هذا الموضع سنقتصر الحديث على واحد منها هو استعمال الحق؛ غير أن القانون لا يعرف حقاً بغير حدود وضوابط تحكمه، حيث لا يكفي لإباحة الفعل الذي وقع استعمالاً لحق ما لم يلتزم الفاعل بالحدود والضوابط المقررة لاستعماله، من هنا كان تجريم مسلك الفاعل عند تجاوزه لحدود وضوابط الحق الذي استعمله، وتقوم المسؤولية الجنائية بحقه ويسأل عن فعله، فالشخص لا يستعمل الحق إلا استهدافاً للغرض الذي من أجله قرر الحق؛ فإذا تجاوز الحق المقرر له وأساء استعماله فإنه يخرج عن دائرة الإباحة، ويدخل في دائرة المسؤولية والتجريم ويحق عليه العقاب. أولاً- طبيعة الإباحة:

إذا كان الركن الشرعي للجريمة يقوم على خضوع الفعل لنص تجريم وانتفاء خضوعه لسبب من أسباب الإباحة، وإذا كان هذا الركن يتسم بالموضوعية فإن مؤدى ذلك أن تتسم عناصره بهذا الطابع الموضوعي أيضاً¹، وتستمد الطبيعة الموضوعية لأسباب الإباحة من كون هذه الأسباب تتعلق بالفعل ذاته

¹ محمود نجيب حسني، قانون العقوبات القسم العام، مرجع سابق، ص 72.

دون اعتداد بظروف الفاعل فضلاً عن أن آثارها تلحق بالفعل المباح لا بشخص الفاعل، من هنا كان القول: إن أسباب الإباحة ذات طبيعة عينية لا ترتبط بالفاعل، وإنما تخص ظروف الفعل وترتبط به¹.

ثانياً- تطبيقات لإباحة المساس بالحق في سلامة الجسم:

قد يرى المشرع في أحوال معينة أن مساس الجاني بالحق في سلامة جسم المجني عليه لا يعد جريمة، وذلك قد يكون مرجعه انتفاء عدم المشروعية في فعل الجاني؛ كأن يكون المساس بسلامة جسم المجني عليه في أحوال معينة خارج دائرة التأثيم وفق قانون العقوبات، أو كون هذا الفعل يصون بالرعاية حقوقاً أجدر بحماية المشرع من حق المجني عليه في سلامة جسده، من هنا كانت إباحة مساس الزوج بسلامة جسد زوجته بفرض التأديب، ويباح أيضاً للطبيب المساس بجسم المريض بقصد العلاج، فالمشرع بين الجرح إذا تم كتمارسة لعمل طبي يستهدف شفاء مريض، فحماية جسد المريض من علته أولى بالرعاية من مطلق حماية جسمه من الجرح الذي يسببه العلاج من خلال التدخل الجراحي؛ كما يبيح المشرع المساس بجسم اللاعبين في بعض الممارسات الرياضية تحقيقاً لروح المنافسة بينهم، وذلك ما سنتولى إيضاحه على النحو التالي:

1- إباحة التأديب الماس بسلامة الجسم:

جاءت أحكام الشريعة الإسلامية لتقرر حق الأب في تأديب أبنائه وحق الزوج في تأديب زوجته، لإصلاح حال الزوجة إن هي خرجت عن طاعته، غير أن تقرير الشريعة لهذا الحق لم يأت مطلقاً محرراً من كل قيد، ولكنه يشترط لإباحته ألا يترتب عليه ضررٌ للزوجة؛ وأن يكون متفقاً ومقصود الشرع الإسلامي على أن يسبق ذلك وعظ الزوجة، فإن لم تستجب كان عليه أن يهجرها في المضجع فإن لم يجد الهجر كان له الحق في الضرب الذي يتمثل في الإيذاء البدني لجسم الزوجة على نحو يقدره الشرع الإسلامي، حتى لا يترتب عليه ضرر فاحش بجسدها، وأن يأتي الضرب في غير المواضع التي يحرم الضرب عليها كالوجه لأنه مجمع المحاسن والرأس لأنها مجمع الحواس.

ويستند حق التأديب في التشريعات الوضعية إلى القواعد التشريعية التي تجيزه في مبادئ الشريعة الإسلامية، وذلك في الأنظمة التي تعد هذه القواعد مصدراً من مصادر التشريع، وذلك هو الشأن في التشريع المصري، وأيضاً ما تنتجه المادة (60) عقوبات من أفعال تباشر استناداً لهذا الحق (لا تسري أحكام قانون العقوبات على كل فعل ارتكب بنية سليمة عملاً بحق مقرر بمقتضى الشريعة).

¹ عبد التواب معوض الشوربجي، دروس في قانون العقوبات، القسم العام، دون سنة نشر، ص195.

2- إباحة المساس بسلامة الجسم حال ممارسة الألعاب الرياضية:

هناك من الألعاب الرياضية ما تقتضي ممارستها استخدام قدر من العنف على أجسام المتبارين، كالمصارعة والملاكمة، وتجمع النظم القانونية على انتفاء المسؤولية الجنائية عن هذه الأفعال التي يباشرها اللاعبون على أجسام منافسيهم في أثناء المباريات الرياضية.

ويكمن الأساس القانوني لإباحة المساس بسلامة الجسم في أثناء ممارسة اللاعبين للألعاب الرياضية في كون اللاعبين يباشرون حقاً يقرره القانون، حيث إن ممارسة الألعاب الرياضية حقاً تعترف به الدولة، فإباحة الألعاب الرياضية في النظام القانوني المصري تستند إلى إجازة القانون للحق في ممارسة الألعاب الرياضية، ومن ثم إجازة الأفعال التي يباشرها الأفراد استعمالاً لهذا الحق متى كان ذلك في إطار الحدود والضوابط التي يسمح بها هذا الحق¹.

ويشترط للقول بإباحة ومشروعية الأفعال الناشئة عن ممارسة واستعمال الشخص لحقه في الرياضة أن تكون اللعبة محل الممارسة من الألعاب المصرح بها قانوناً، وأن تكون الممارسة فيها على نحو يتسق والقواعد التي يعتد بها القانون؛ أي أن تكون قواعد وأصول اللعبة قد روعيت، وأن تتم الممارسة في نطاق المكان المخصص لها، وأن يرتكب العنف في أثناء ممارسة اللعبة، وذلك ما يفترض معه رضى اللاعب المصاب بالمشاركة فيه²، فإذا أخل اللاعب بقواعد وأصول وضوابط اللعبة متعمداً؛ توافرت بحقه عناصر المسؤولية الجنائية العمدية.

3- مباشرة الأعمال الطبية الماسة بسلامة الجسم:

إن المجال الطبي من المجالات الخصبة التي تتأرجح فيه عناصر السلامة الجسدية على سائر المصالح الأخرى، فهناك مبدأ معصومية الجسد وحمايته من أي مساس ينال منه، وفي المقابل هناك ما تؤدي إليه الممارسات الطبية من نيل ومساس بعناصر هذه السلامة، فالطبيب حال مباشرته نشاطه الطبي فإن ممارسته ينجم عنها بعض الأفعال التي لو وضعت تحت معيار قانون العقوبات لاعتبرت من الجرائم الماسة بعناصر السلامة الجسدية، وعلى الرغم من ذلك لا يسأل الطبيب عنها جنائياً، وذلك يدعو إلى التساؤل عن الأساس القانوني لإباحة العمل الطبي؟ وإن كان للإباحة وجود فما الشروط المستوجبة لإباحة هذا العمل الطبي؟

¹ محمود نجيب حسني، القسم العام، مرجع سابق، ص 189.

² عبد التواب معوض الشوريجي، دروس في قانون العقوبات القسم العام، دون سنة نشر، ص 219.

البين أن هناك سبباً قانونياً يجعل أفعال الطبيب عملاً مباحاً، ومن ثم لا يؤثم على إتيانه، وقد اختلف الفقه وتعددت مذاهبه عند تحديد الأساس القانوني لإباحة الأعمال الطبية، فقد ذهب البعض إلى تأسيس الإباحة على أساس القواعد العرفية المستقرة، بينما ذهب البعض الآخر إلى القول: إنها تستند إلى الضرورة الملجئة لها المتمثلة في السعي للإبراء من علة أو علاج من مرض، بينما اتجه فريق من الفقه صوب انتفاء القصد الجنائي وشرف الغاية ونبيل المقصد هما السبب المبيح لعمل الطبيب، بينما أسس البعض سبب الإباحة إلى رضى المريض بمقارنة الأعمال الطبية على جسده¹.

والرأي الراجح هو كون الأعمال الطبية يمارسها الأطباء من خلال اعتراف النظام القانوني بمباشرة هذه الأعمال وفقاً لقواعد محدودة، فالراجح فقهاً أن إباحة الأعمال التي يباشرها الأطباء على أجسام مرضاهم تستند إلى ترخيص النظام القانوني لهؤلاء الأطباء بممارسة العمل الطبي وفقاً للشروط والقواعد التي يحددها المشرع، فإذا اعترف المشرع بالطب كمهنة وقام بتنظيم ممارستها فهو يسمح حتماً بكافة الأعمال الضرورية والملائمة التي يباشرها الأطباء على أجسام مرضاهم⁽²⁾، والتي انبثقت عن انتفاء الأضرار بسلامة جسم هؤلاء المرضى حال مباشرتها مستهدفه المحافظة على كيانهم البدني وتحقيق الشفاء لهم³.

فترخيص القانون بممارسة الأعمال الطبية التي تتضمن مساساً بسلامة الجسم يركز على أن الأعمال الطبية من شأنها الحفاظ على الصحة بالوقاية من مرض، أو علاجه على نحو يتلشى أمامه مساسها الطفيف بسلامة الجسم، والأعمال الطبية لا تشكل اعتداء على سلامة الجسم؛ بل على العكس تمثل صيانة له⁴.

والنظم القانونية ينعقد إجماعها على ضرورة توافر عدة شروط لكي تنتج الإباحة في هذا الموضع آثارها المتمثلة في مشروعية العمل الطبي، ويمكن إجمال هذه الشروط إيجازاً في:

1. وجوب أن يكون مباشرة العمل الطبي من المأذون والمرخص لهم من قبل المشرع بممارسته.
2. أن يتغيا من نشاطه الطبي تحقيق مصلحة المريض في الشفاء والإبراء من علة.
3. أن تكون الممارسة وفقاً للأصول والقواعد الطبية والفنية في العمل الطبي.

¹ رمسيس نبهام، النظرية العامة، منشأة المعارف، القاهرة، ص221، محمود نجيب حسني، أسباب الإباحة، مرجع سابق، ص116.

² محمود نجيب حسني، أسباب الإباحة، مرجع سابق، ص168.

³ مأمون سلامة، القسم العام في قانون العقوبات، دار سلامة للنشر والتوزيع، القاهرة، 2022، ص185.

⁴ عبد التواب معوض الشوريجي، دروس في قانون العقوبات القسم العام، دون سنة نشر، ص222.

4. الرضى الحر المتبصر من المريض بمباشرة هذا العمل على جسده.

وعليه وبمفهوم المخالفة تنتفي عن العمل الطبي صفة المشروعية والإباحة إذا استهدف غرضاً آخر غير العلاج كأن يكون القصد تحقيق كسب مادي، أو القيام بالعمل الطبي بقصد التجريب أو لمجرد الفضول العلمي أو تحقيق الشهرة.

الخاتمة

في ختام هذه الورقة البحثية توصلنا لمجموعة من النتائج والتوصيات نستعرضها على النحو التالي:
أولاً- النتائج:

من خلال استقراء البعض من التشريعات التي تناولت الجرائم الناشئة عن الممارسات الطبية الحديثة؛ تبين لنا أن الغالب والأعم من التشريعات الجنائية قد ارتكزت إلى النصوص والقواعد التجريبية التقليدية الماسة بسلامة الجسم.

وترى الباحثة أن التشريعات عامة والجنائية خاصة باتت مطالبة باستنفار آلياتها التشريعية من أجل تحقيق الحماية في مجال التجريم والعقاب، وذلك بغية تنظيم عمليات نقل الدم وزراعة الأعضاء بحكم كونها عملاً طبيّاً يصب في إطار العلاج مع ما يستوجبه من احترام للمبدأ الثابت والمستقر في العمل الطبي ألا وهو مبدأ حرمة جسم الإنسان الذي لا يمكن النيل منه أو التعدي عليه أو الانتقاص منه.

ومن جميع ما سلف تبين أن هناك قصوراً في القواعد والأحكام والنصوص التشريعية التقليدية؛ الأمر الذي أحدث فراغاً تشريعياً يسود الغالب والأعم من التشريعات ومنها التشريع المصري، وذلك بدوره أدى إلى عجز هذه التشريعات التقليدية عن مواكبة مستجدات العلم الحديث خاصة في المجالات الطبية.
ثانياً- التوصيات:

ضرورة وضع نظام قانون مستقل لحماية جسم الإنسان ليشمل كل ما يتصل به بدلاً من الارتكاز إلى النصوص التقليدية القائمة والتي أبانت الواقع العملي عدم كفايتها؛ بل عدم صلاحيتها للتطبيق على المستجدات الطبية الحديثة، وذلك لن يتأتى إلا من خلال تدخل المشرع الجنائي بنصوصه العقابية والتجريبية لتنظيم الممارسات الطبية الحديثة ووضع إطار قانوني تشريعي للممارسة فيها على نحو يقيم سياجاً من الحماية الجنائية يضمن حماية سلامة الجسم البشري من أي عدوان أو انتهاك يمثل مساساً أو نيلاً من حق الإنسان في سلامة جسده أيّاً ما كانت صور العدوان ودرجة جسامته.

قائمة المصادر والمراجع:

- أحمد حسن أحمد حسن، الحماية الجنائية للدخل السيادي للدولة، رسالة دكتوراه، جامعة الزقازيق، 2010.
- أحمد شرف الدين، الأحكام الشرعية للأعمال الطبية، دار النهضة العربية، القاهرة، 1987.
- ثروت الأسيوطي، فلسفة التاريخ العقابي، مجلة مصر المعاصرة السنة الستون، العدد 335، يناير 1996.
- جلال ثروت، جرائم الاعتداء علي الأشخاص، الدار الجامعية للطبع والنشر، الإسكندرية، 1984.
- حسان حامد حسان، نظرية المصلحة في الفقه والإسلامي، رسالة دكتوراه، جامعة القاهرة 1971.
- رمسيس نبهام، النظرية العامة، منشأة المعارف، القاهرة، 2008.
- طارق سرور، نقل الأعضاء البشرية بين الأحياء، دار النهضة العربية، القاهرة، 2001.
- عبد التواب معوض الشوريجي، دروس في قانون العقوبات القسم العام، دون سنة نشر.
- عبد الحي حجازي، النظرية العامة للالتزام، مطبوعات جامعة الكويت، 1982.
- عبد الفتاح الصيفي، الاشتراك بالتحريض، دار النهضة العربية، القاهرة، دون سنة نشر.
- عثمان سعيد عثمان، استعمال الحق كسبب للإباحة، رسالة دكتوراه، كلية الحقوق، جامعة القاهرة، 1978.
- عصام أحمد محمد، النظرية العامة للحق في سلامة الجسد، دار الفكر والقانون، القاهرة، 2008.
- عوض محمد، جرائم الأشخاص والأموال، دار المطبوعات الجامعية، الإسكندرية، 1984.
- فؤاد جمال عبد القادر، المصلحة المحمية في جريمة الكسب غير المشروع، بحث منشور، مجلة قضايا الدولة، العدد الثاني، لسنة 1988.
- مأمون سلامة، القسم العام في قانون العقوبات، دار سلامة للنشر والتوزيع، القاهرة، 2022.
- محمد عيد الغريب، شرح قانون العقوبات القسم الخاص، الطبعة الرابعة، 2003.
- محمود نجيب حسني، الحق في سلامة الجسم، دار النهضة العربية، 1994، القاهرة.
- نجاتي سيد أحمد سند، مبادئ القسم العام في قانون العقوبات، دون دار وسنة نشر.

الحماية القانونية لحقوق المرأة دولياً ومحلياً

Legal protection of women's rights "Internationally & Locally"

د. نبيلة عبد الفتاح قشطي

دكتوراه قانون دستوري ونظم سياسية، كلية الحقوق-جامعة المنوفية-مصر.

Noby.keshty2000@gmail.com

DOI: <https://doi.org/10.70411/MJLS.1.1.202311>

ملخص:

تجلى الاهتمام بحماية حقوق المرأة منذ الإعلان العالمي لحقوق الإنسان وإقراره للحريات الأساسية خاصة مبدأي المساواة وعدم التمييز، وتوالت الاتفاقيات الدولية الخاصة بحماية حقوق المرأة؛ وتمخضت عن إيجابيات لا يمكن إغفالها، من أهمها إصدار الدول كافة على اختلاف مستوياتها العديد من القوانين التي تعنى بحماية حقوق المرأة، وعقد المؤتمرات التي تمنع التمييز ضد المرأة.

وهذه الورقة البحثية تحاول إلقاء الضوء على الواقع الخاص بحماية حقوق المرأة؛ من أجل فهمها بصورة أفضل، والعمل على سد الخلل الموجود بها، وتعديل ما يمكن تعديله وتطويره إن أمكن ذلك.
الكلمات المفتاحية: آليات؛ حقوق؛ حماية؛ عدم التمييز؛ المرأة؛ المساواة؛ معوقات.

Abstract :

The awareness of women's rights has increased since the universal declaration of human rights, and its recognition of fundamental freedoms, mainly the two principals of equality, and non- discrimination.

The international conventions related to the protection of women's rights had many advantages, for example: several countries issued laws to protect women's rights, and also conferences were established to prevent the discrimination against women.

This research demonstrates the unique reality of the protection of women's rights in order to understand them better, or amend and develop them as much as possible.

Keywords : constraints, equality, mechanisms, non-discrimination, protection, rights, woman.

مقدمة:

على الرغم من الاعتراف بحقوق المرأة وإقرار مساواتها بالرجل إلى أبعد الحدود إلا أن النص القانوني لا يعدو أن يكون إلا تعبيراً فقط عن أحد طرفي المعادلة، أما الطرف الآخر فهو المجتمع بعاداته وتقاليده وأعرافه، والمرأة التي يتعين عليها أن تجاهد وتتاضل من أجل التمتع بكل ما قرره لها الدستور والقانون من حقوق وحريات على أرض الواقع، فالحرص على إعمال الحقوق هو ما يكفل القضاء على بعض صور التمييز القائمة وغير المبررة في بعض المجالات، ومن خلال هذه الورقة البحثية سنتعرض لأهم الحقوق التي تخص المرأة سواء كان ذلك على المستوى الدولي أو على المستوى المحلي المصري.

أولاً: مشكلة البحث

إن مشكلة البحث تنبع من أنه على الرغم مما تضمنه القانون الدولي والقوانين الوطنية من حقوق للمرأة إلا أن هذه الحقوق لطالما كانت عرضة للانتهاك، ولطالما كانت المرأة وما تزال ضحية لهذه الانتهاكات، والسبب في ذلك يعود إلى ضعف وجود جهاز مراقبة يُشرف على تنفيذ أو تطبيق تلك النصوص من الدول، وتتمحور مشكلة البحث في الإجابة على تساؤل هام ألا وهو إلى أي مدى حصلت المرأة على حقوقها؟ وما هي آليات حماية هذه الحقوق دولياً ومحلياً؟

لذلك فإن هذا البحث يطرح مشكلة تتعلق ببيان آليات حماية حقوق المرأة، ومدى فعاليتها على أرض الواقع.

ثانياً: أهداف البحث

الهدف من هذا البحث هو التعرف على مجموعة من النقاط ألا وهي:

- ما هي حقوق المرأة؟
- كيفية حماية حقوق المرأة؟
- كيف نفعل آليات الحماية لتكون أكثر فعالية لحقوق المرأة على الصعيدين الدولي والمحلي؟

ثالثاً: أهمية البحث

إن أهمية البحث تتحدد بالوقوف على وضع المرأة في مصر، وبيان مقدار ما تتمتع به من حقوق، ثم البحث في أساليب حماية تلك الحقوق، وبيان ما إذا كانت هذه الأساليب تمثل الإطار القانوني الملائم لحماية حقوق المرأة أم لا؟ بالإضافة إلى التعرف على آليات حماية حقوق المرأة على المستويين الدولي والمحلي.

رابعاً: منهج البحث

بناءً على الإشكالية المقدمة وأهمية البحث وأهدافه تم اتباع المنهج الوصفي التحليلي لكونه أنسب المناهج لدراسة موضوع البحث.

خامساً: حدود البحث

إن هذا البحث يتعلق بحقوق المرأة ودراسة الآليات المتعلقة بالتنفيذ على المستويين الدولي والمحلي، وسنقوم ببحث عدة موضوعات ضمن الإطار النظري لهذه الدراسة، فالبحث يتناول مقدمة عامة تشمل التمهيد ومشكلة البحث والهدف منه وأهميته، ويتم تقسيم هذا البحث إلى مبحثين، يتناول المبحث الأول حقوق المرأة، أما المبحث الثاني فيتناول آليات حماية حقوق المرأة دولياً وإقليمياً، أما الجزء الأخير فيتضمن الخاتمة والنتائج والتوصيات التي يتوصل إليها البحث، والتي نراها مناسبة.

المبحث الأول:

حقوق المرأة

تكمن أهمية حقوق المرأة في المجتمع في أنه موضوع حيوي، وذلك لاعتبار المرأة جزءاً مهماً من المجتمع، فعزلهن يُضعف من فكرة المساواة، كما تُعد حقوق المرأة جزءاً من حقوق الإنسان بصفة عامة، فتطبيق المساواة والعدالة بين الجنسين يعود بالفائدة على تطور المجتمع، ويحدث نمواً اقتصادياً بشكل أسرع في الدول التي تكون فيها التفاوتات قليلة بين النساء والرجال في الصحة، والتربية، والعمالة¹.

أخذ مصطلح حقوق المرأة حيزاً كبيراً من الاهتمام على الصعيدين العالمي والوطني، وأصبحت هناك منظمات وجمعيات واتحادات عالمية وإقليمية ووطنية ترفع لواء المطالبة بتقرير وتطبيق هذه الحقوق على أرض الواقع، فلا يكفي مجرد تضمين القوانين والتشريعات الوطنية لهذه الحقوق للمرأة -إن كان ذلك يعتبر في حد ذاته مكسباً هاماً- إلا أن العبرة في التطبيق العملي لهذه الحقوق، وتمتع المرأة بها²، وقد كانت حقوق المرأة محل اهتمام على المستويين الدولي والمحلي، وكذلك الشريعة الإسلامية وهذا ما سنتطرق له على النحو الآتي:

¹ جودة صلاح أحمد، المركز القانوني للمرأة في ممارسة العمل العام في النظم الوضعية والشرائع السماوية الثلاث، الطبعة الثالثة، دار النهضة العربية، القاهرة، 2009، ص7

² تقييم وضع المرأة، دليل خاص بإعداد التقارير عن اتفاقية القضاء على جميع أشكال التمييز ضد المرأة (سيداو/CEDAW)، طبع من قبل صندوق الأمم المتحدة الإنمائي للمرأة، عمان، 2005، ص3

المطلب الأول:

حقوق المرأة في الشريعة الإسلامية

1- الحقوق العامة

- أ. الحرية الشخصية: هي حرية المرأة في الأمور العامة، بما فيها التنقل من مكان إلى آخر، وممارسة العمل التجاري، وغيرها من الأمور وفقاً للشريعة الإسلامية.
- ب. حرية المسكن: جعل الإسلام المرأة أولى من الرجل في حق التمتع بحرمة المسكن؛ لحرمة الخلوة بها من قبل الأجنبي، وحرمة الدخول عليها وهي منفردة.
- ج. حرية الرأي: أعطى الإسلام المرأة الحق في التمتع بحرية الرأي والمناقشة والمجادلة، وهناك وقائع ثابتة منها قوله تعالى: "قَدْ سَمِعَ اللَّهُ قَوْلَ الَّتِي تُجَادِلُكَ فِي زَوْجِهَا وَتَشْتَكِي إِلَى اللَّهِ وَاللَّهُ يَسْمَعُ تَحَاوُرَكُمَا إِنَّ اللَّهَ سَمِيعٌ بَصِيرٌ"¹.
- د. حق التعليم والتعلم: هناك نصوص قرآنية كثيرة تحث المسلمين على طلب العلم، والمرأة في الإسلام حالها حال الرجل في طلب العلم والسعي إليه، وحسب قول الرسول محمد صلى الله عليه وسلم: "طلب العلم فريضة على كل مسلم ومسلمة"².
- هـ. حق العمل: أعطى الإسلام للمرأة حق العمل والتكسب والاستقلال الاقتصادي والمالي عن الرجل³، كما ورد في سورة القصص قوله تعالى: ﴿قَالَ مَا خَطْبُكُمَا ۖ قَالَتَا لَا نَسْقِي حَتَّى يُصْدِرَ الرِّعَاءُ ۖ وَأُبُونَا شَيْخٌ كَبِيرٌ﴾⁴.
- و. حق التملك والتصرف بأموالها بصورة مستقلة: قال تعالى: ﴿لِلرِّجَالِ نَصِيبٌ مِّمَّا اكْتَسَبُوا وَلِلنِّسَاءِ نَصِيبٌ مِّمَّا اكْتَسَبْنَ﴾⁵.

¹ سورة المجادلة: الآية رقم 1

² علاوي ماهر صالح وآخرون، حقوق الإنسان والطفل والديمقراطية، دار ابن الأثير للطباعة والنشر، جامعة بغداد، 2009، ص36

³ عبد الغفار محمود والجمال، شعيب حافظ، محاضرات في حقوق الإنسان، جامعة القاهرة، 2006، ص53

⁴ سورة القصص: الآية 23

⁵ سورة النساء: الآية 32

2- الحقوق السياسية

أ. **حق البيعة:** خص الإسلام المرأة ببيعة منفردة ومستقلة عن بيعة الرجل؛ لتأكيد استقلالية شخصيتها، حيث بايع الرسول محمد صلى الله عليه وسلم النساء في العقبة والمدينة، وبايعهن ببيعة سميت ببيعة النساء على الصفا عند فتح مكة، ونزلت آية صريحة بذلك قوله تعالى: ﴿يَا أَيُّهَا النَّبِيُّ إِذَا جَاءَكَ الْمُؤْمِنَاتُ يُبَايِعَنَّكَ عَلَى أَنْ لَا يُشْرِكَنَّ بِاللَّهِ شَيْئًا وَلَا يَسْرِقْنَ وَلَا يَزْنِينَ وَلَا يَقْتُلْنَ أَوْلَادَهُنَّ وَلَا يَأْتِينَ بِبُهْتَانٍ يَفْتَرِينَهُ بَيْنَ أَيْدِيهِنَّ وَأَرْجُلِهِنَّ وَلَا يَعَصِيَنَّكَ فِي مَعْرُوفٍ قَبَائِعَهُنَّ وَاسْتَغْفِرَ لَهُنَّ اللَّهُ إِنَّ اللَّهَ غَفُورٌ رَحِيمٌ﴾¹، فلم يعتبر الإسلام بيعة أزواجهن أو آبائهن أو إخوتهن كافية لتتم بيعة الزوجات والبنات والأخوات².

ب. **حق الولاية:** أقر فقهاء الشريعة الإسلامية بأهلية المرأة أهلية كاملة في الولاية الذاتية، والمتعدية على الأموال، والولاية المتعدية على الغير كالحضانة والوصاية، أي الأمور المدنية مع خلاف بينهم في بعض الجزئيات³.

ج. **حق الشورى:** يقر الإسلام للمرأة حق المشاركة السياسية من حيث إبداء الرأي، فقال تعالى: ﴿وَأْمُرْهُمْ شُورَىٰ بَيْنَهُمْ﴾⁴، لم يخص الرجال دون النساء.

د. **حق إجارة المحارب:** يسمى في الوقت الحاضر اللجوء السياسي، بدليل قصة "أم هانئ" التي أجارت محارب في فتح مكة، فذهبت إلى الرسول فقال لها: أجرتنا من أجرت يا أم هانئ⁵.

هـ. **حق مقاضاة الحاكم والإنكار عليه إذا اعتدى أو ظلم:** يفهم ذلك من موقف الصحابية أسماء بنت أبي بكر التي وقتت بوجه حاكم ظالم هو الحجاج بن يوسف الثقفي تنكر عليه ظلمه⁶.

¹ سورة الممتحنة: الآية 12

² منصور ماجدة والشاعر، جلال، حقوق الإنسان، مطبعة المعهد التكنولوجي العالي لشعبة العلوم الثقافية، دراسات إسلامية، القاهرة، 2006، ص172

³ عزت هبة رؤوف، الأهلية السياسية للمرأة وصلاحياتها للولايات العامة، بحث منشور على الرابط:

<http://fazzahost.com/championships/hay>.

⁴ سورة الشورى: الآية 38

⁵ محمد عمران صابر، تعرفي على حقوقك، بحث منشور على الرابط: Pana-center/pooks/yourrights

⁶ بحث بعنوان حقوق المرأة المسلمة في ميزان الشرع لا ميزان التقاليد، جمعية النهضة النسائية في الرياض، منشور على شبكة الإنترنت على الرابط: www.odabasham.net/show.php.

و. حرية الاعتقاد: أباح الإسلام للمرأة اليهودية أو المسيحية البقاء على دينها وهي زوجة للمسلم وأماً لأولاده.

3- حق العناية بحاجتها النفسية والعاطفية والجسدية

راعت الشريعة الإسلامية حاجة المرأة النفسية والعاطفية والجسدية، وألزمت الرجل في معاملته لها بمراعاة تلك الحاجات، وتأتي العلاقة الزوجية لتؤكد هذا المعنى؛ في قوله تعالى: ﴿وَمِنْ آيَاتِهِ أَنْ خَلَقَ لَكُمْ مِنْ أَنْفُسِكُمْ أَزْوَاجًا لِتَسْكُنُوا إِلَيْهَا﴾¹.

4- حق اختيار الزوج

جعل الإسلام للمرأة حقها في اختيار الزوج، واحترم إرادتها في ذلك، ومما يدل على ذلك قول النبي صلى الله عليه وسلم: "الطيب أحق بنفسها من وليها، والبكر تستأمر، وإذنها سكوتها"².

5- الموقف من العنف اللفظي والجسدي ضد المرأة

تتهى الشريعة الإسلامية عن العنف اللفظي ضد المرأة، بموجب قول الله تعالى: ﴿وَعَاشِرُوهُنَّ بِالْمَعْرُوفِ﴾³، وقول النبي صلى الله عليه وسلم: "خيركم خيركم لأهله وأنا خيركم لأهلي".

المطلب الثاني:

حقوق المرأة طبقاً لمعايير حقوق الإنسان الدولية

معايير حقوق الإنسان الدولية تظل تحمي حق المرأة في المساواة، وحقوقها الاقتصادية والاجتماعية والثقافية، وقد أُرست هذه الحقوق اتفاقيات حقوق الإنسان، ومنظمة العمل الدولية، ومنظمة الصحة العالمية، بالإضافة لتقارير مختلف المقررين الخاصين لمجلس حقوق الإنسان، ولكن تظل الهيئتان الرائدتان في عملية إرساء المعايير في مجال حقوق المرأة الاقتصادية، والاجتماعية والثقافية هما "لجنة الأمم المتحدة المعنية باتفاقية القضاء على جميع أشكال التمييز ضد المرأة، ولجنة الأمم المتحدة المعنية بالحقوق الاقتصادية والاجتماعية والثقافية"⁴.

وعلى ضوء إعلان الأمم المتحدة (م3) يتم تحديد حقوق المرأة على أنها تتضمن ما يلي:

¹ سورة الروم: الآية 21

² أخرجه مسلم في صحيحه، برقم 67 - (1421) (1037/2)

³ سورة النساء: الآية 19

⁴ دليل المتدرب بعنوان حقوق الإنسان للأفراد بالمجتمع، مركز حقوق الإنسان، جامعة نوتتهام- بريطانيا، 2006، ص12

أ. الحق بالتخلص من جميع أنواع التمييز.

ب. الحق في الحرية والسلامة الشخصية.

ج. الحق بالحماية المتساوية في ظل القانون.

د. الحق بالحياة.

هـ. الحق بالمساواة.

ولكن هذه الحقوق الخاصة بالمرأة تتأثر إلى درجة ما ببعض العوامل الخاصة بالمجتمع الذي تعيش فيه المرأة.

ونص الإعلان العالمي لحقوق الإنسان الصادر عام 1948 صراحةً على المبدأ الأساسي في المساواة بين الجنسين، وجاء نص المادة الأولى منه: "يولد جميع الناس أحراراً ومتساوين في الكرامة والحقوق"، وجاء في المادة الثانية: "لكل إنسان حق التمتع بجميع الحقوق والحريات المذكورة في هذا الإعلان دون تمييز من أي نوع"¹.

وتناول العهد الدولي للحقوق المدنية والسياسية مجموعة حقوق، وهي: حق الفرد في الحياة والحرية والأمن، وحظر الإخضاع للتعذيب أو للمعاملة أو العقوبة القاسية أو اللاإنسانية، أو الإحطاط بالكرامة وحقوق الأشخاص المعتقلين وقيد الاحتجاز، أما العهد الدولي للحقوق الاقتصادية والاجتماعية والثقافية فقد تناولت مجموعة حقوق منها: الحق في التعليم، الحق في الرعاية الصحية، حق السكن والمأوى، الحق في الحصول على المشرب والمأكول والخدمات الاجتماعية، والحقوق الخاصة بممارسة الفرد لثقافته، وتضع هذه الحقوق التزاماً على الحكومة بتمويل هذه الخدمات.

وحدد العهد الدولي للحقوق الاقتصادية والاجتماعية والثقافية الحقوق الاقتصادية والاجتماعية والثقافية الفعلية في²:

أ. الحق في الأمان في حالة البطالة.

ب. الحق في التعليم.

ج. الحق في التمتع بأعلى مستوى من الصحة يمكن بلوغه.

¹ دليل المتدرب بعنوان: حقوق الإنسان للأفراد بالمجتمع، مرجع سابق، ص15

² الراوي جابر إبراهيم، حقوق الإنسان وحياته الأساسية في القانون الدولي والشرعية الإسلامية، دار وائل للطباعة والنشر، عمان، 1999، ص357

د. الحق في الرعاية الاجتماعية.

هـ. الحق في العمل.

و. الحق في الغذاء.

ز. الحق في المسكن.

ح. الحق في مستوى معيشة مناسب.

واعترف بالحقوق المتساوية للرجل والمرأة في التمتع بكل الحقوق الاقتصادية والاجتماعية والثقافية، كذلك حظر العهد أي تمييز قائم على النوع.

المطلب الثالث:

حقوق المرأة في التشريع المصري

إدراكاً من الدولة لمكانة المرأة تم العمل على تدعيم هذه المكانة على كافة المستويات كافة، حيث بذلت مصر جهوداً لدعم وضع المرأة؛ اشتملت هذه الجهود على العديد من الإجراءات التي تستهدف تمكين المرأة سياسياً واقتصادياً واجتماعياً، فقد تم إنشاء مؤسسات خاصة لتحقيق هذا الهدف، كما تم العمل من أجل القضاء على مظاهر التمييز ضدها كافة، بالإضافة إلى تحقيق إصلاح تشريعي فيما يخص الأوضاع الخاصة بها، فضلاً عن اتخاذ إجراءات أخرى بهدف تغيير القيم والمفاهيم المجتمعية المؤثرة سلباً على المرأة، وتفعيل دورها على المستويين الدولي والإقليمي¹.

وقد حصلت المرأة على حق الانتخاب والترشيح عام 1956، ودخلت البرلمان وتقلدت الوزارة فكانت وزيرة للشؤون الاجتماعية 1962، وشاركت في الحياة الحزبية، والنقابات العمالية والمهنية، والمنظمات غير الحكومية، وتقلدت الوظائف العليا في ميادين الحياة كافة، وتوج ذلك بتعيينها قاضية، بعد أن ظلت محرومة من حقوقها السياسية في مصر حتى صدور دستور 1956، منذ ذلك التاريخ أصبح من حقها أن تنتخب من يمثلها في البرلمان، وأن ترشح نفسها لعضوية المجالس النيابية.

وقد نصت المادة الأولى من دستور 1956، على أنه: "على كل مصري وكل مصرية بلغ ثماني عشرة سنة ميلادية أن يباشر بنفسه الحقوق السياسية، وهي إبداء رأيه في الاستفتاء الذي يجرى لرئاسة الجمهورية،

¹ كامل، عزة، النساء في دساتير العالم، مركز وسائل الاتصال الملائمة من أجل التنمية، القاهرة، 2012، ص 66

وكل استفتاء آخر ينص عليه الدستور، وكذلك انتخاب أعضاء كل من مجلس الشعب، ومجلس الشورى، والمجالس الشعبية المحلية"¹.

ثم صدر دستور سنة 1971، الذي أكد المساواة التامة بين الرجل والمرأة حيث نصت المادة (40) منه على أن: "المواطنون لدى القانون سواء، وهم متساوون في الحقوق والواجبات العامة، لا تمييز بينهم في ذلك بسبب الجنس أو الأصل أو اللغة أو الدين أو العقيدة"².

كما نص دستور 2013 على المساواة في نص صريح على:

- 1- "تكفل الدولة تحقيق المساواة بين المرأة والرجل في جميع الحقوق المدنية والسياسية والاقتصادية والاجتماعية والثقافية وفقاً لأحكام الدستور.
 - 2- تعمل الدولة على اتخاذ التدابير الكفيلة بضمان تمثيل المرأة تمثيلاً مناسباً في المجالس النيابية، على النحو الذي يحدده القانون.
 - 3- تكفل للمرأة حقها في تولي الوظائف العامة، ووظائف الإدارة العليا في الدولة، والتعيين في الجهات والهيئات القضائية، دون تمييز ضدها.
 - 4- تلتزم الدولة بحماية المرأة ضد كل أشكال العنف.
 - 5- تكفل تمكين المرأة من التوفيق بين واجبات الأسرة ومتطلبات العمل.
 - 6- كما تلتزم بتوفير الرعاية والحماية للأمومة والطفولة والمرأة المعيلة والمسنّة والنساء الأشد احتياجاً. إلا أن هذا الدستور ظل حبراً على ورق، وكانت كل ممارسات السلطة وقتها لإقصاء المرأة وتجريدها من الحقوق التي اكتسبتها من قبل.
- وتكفل دستور 2014، بتحقيق المساواة بين المرأة والرجل في جميع الحقوق المدنية والسياسية والاقتصادية والاجتماعية والثقافية، حيث نصت (م9) على أن: "تلتزم الدولة بتحقيق تكافؤ الفرص بين جميع المواطنين دون تمييز"³.

وطبقاً للمادة (11) من الدستور نفسه، تعمل الدولة على اتخاذ التدابير الكفيلة بضمان تمثيل المرأة تمثيلاً مناسباً في المجالس النيابية، على النحو الذي يحدده القانون، كما تكفل للمرأة حقها في تولي الوظائف

¹ أنظر المادة الأولى من الدستور المصري 1956

² فاروق، عبد الخالق، مشروع الإصلاح الدستوري في مصر، مركز القاهرة لدراسات حقوق الإنسان، القاهرة، 2004، ص15

³ أنظر المادة 9 من الدستور المصري 2014

العامة ووظائف الإدارة العليا في الدولة، والتعيين في الجهات والهيئات القضائية دون تمييز ضدها، وتلتزم الدولة بحماية المرأة ضد كل أشكال العنف، وتكفل تمكين المرأة من التوفيق بين واجبات الأسرة ومتطلبات العمل، كما تلتزم بتوفير الرعاية والحماية للأمومة والطفولة والمرأة المعيلة والمسنة والنساء الأشد احتياجاً¹. من خلال المادة السابقة نلاحظ أنه تم ذكر كلمة المرأة ست مرات، وأن هذه المادة تضمنت للمرأة عدداً من الحقوق ألا وهي:

- أ. الالتزام بتوفير الرعاية للأم وطفلها.
- ب. التزام الدولة بحماية المرأة ضد كل أشكال العنف.
- ج. توفير بيئة مناسبة للمرأة لتتمكن من التوفيق بين واجبات الأسرة ومتطلبات العمل.
- د. توفير رعاية للمرأة المعيلة.
- هـ. الحرص على تمثيل المرأة بشكل مناسب في المجالس النيابية وفقاً لما يحدده القانون بعد ذلك بشيء من التفصيل.
- و. حق المرأة في تولي المناصب القيادية العليا في الدولة دون تمييز.
- ز. ضمان الرعاية للنساء المسنات والأشد احتياجاً.
- ح. كفالة تحقيق المساواة بينها وبين الرجل في جميع الحقوق، بل قدمتها عليه من حيث الترتيب الكتابي. وتنص (م180) على أن تنتخب كل وحدة محلية مجلساً بالاقتراع العام السري المباشر لمدة أربع سنوات، ويشترط في المترشح ألا يقل سنه عن إحدى وعشرين سنة ميلادية، وينظم القانون شروط الترشح الأخرى، وإجراءات الانتخاب، على أن يُخصص ربع عدد المقاعد للشباب دون سن خمس وثلاثين سنة، وربع العدد للمرأة².

نلاحظ أن ذكر المرأة في هذه المادة ورد مرة واحدة، وأن هذه المادة تضمن للمرأة حق تحديد نسبة تمثيل المرأة في انتخابات رؤساء الوحدات الإدارية.

أما (م53) فتتضمن على أن: "المواطنون لدى القانون سواء، وهم متساوون في الحقوق والحريات والواجبات العامة، لا تمييز بينهم بسبب الدين أو العقيدة أو الجنس أو الأصل، أو العرق أو اللون، أو اللغة أو الإعاقة، أو المستوى الاجتماعي، أو الانتماء السياسي أو الجغرافي أو لأي سبب آخر، التمييز والحض

¹ أنظر المادة 11 من الدستور المصري 2014

² أنظر المادة 180 من الدستور المصري 2014

على الكراهية جريمة يعاقب عليها القانون، وتلتزم الدولة باتخاذ التدابير اللازمة للقضاء على أشكال التمييز كافة، وينظم القانون إنشاء مفوضية مستقلة لهذا الغرض¹.

أما المادة (214) فقد جاء ذكر المرأة فيها مرة واحدة: "يحدد القانون المجالس القومية المستقلة، ومنها المجلس القومي لحقوق الإنسان، والمجلس القومي للمرأة، والمجلس القومي للطفولة والأمومة، والمجلس القومي للأشخاص ذوي الإعاقة، ويبين القانون كيفية تشكيل كل منها، واختصاصاتها، وضمانات استقلال وحياد أعضائها، ولها الحق في إبلاغ السلطات العامة عن أي انتهاك يتعلق بمجال عملها"، **ومن الحقوق التي كفلتها المادة (214) للمرأة تحديد مجلس قومي مستقل لها تتمثل في المجلس القومي للمرأة².**

كما أن الدستور المصري الحالي خاصةً بعد التعديلات الأخيرة كفل حقوق سياسية هامة، حيث راعى حق المرأة في التمثيل بشكل كبير بمجلس النواب وذلك لأول مرة، فلم يكن ذلك متواجداً من قبل في الدساتير السابقة، حيث أن نسبة تمثيل المرأة في البرلمان زادت نتيجة للدستور الحالي عن أي وقت مضى³.

المبحث الثاني:

آليات حماية حقوق المرأة دولياً وإقليمياً

من خلال إقرار المزيد من المواثيق الخاصة بحقوق المرأة تضمن النص على الحقوق والحريات الأساسية لها كافة، ويجب التأكيد على هذه الحقوق ضمن إطار يضمن كفالتها للمرأة على وجه التحديد، كما أن إقرار المزيد من المواثيق الدولية الخاصة بحقوق المرأة يؤدي إلى إلزامية تضمين هذه الحقوق في التشريعات الوطنية للدول التي تصادق على هذه المواثيق أو تنضم إليها، وتصبح الدول ملزمة بتعديل تشريعاتها إذا تضمنت هذه التشريعات نصوصاً تتناقض مع ما جاء في هذه المواثيق من حقوق، أو تحرم المرأة من التمتع بها⁴.

وقد تنوعت الآليات الخاصة بحماية حقوق المرأة من دولية وإقليمية وشرعية وحكومية وغير حكومية، وذلك على النحو الآتي:

¹ أنظر المادة 53 من الدستور المصري 2014

² محمد صلاح الدين فوزي، القانون الدستوري "التطور الدستوري المصري الدستور المصري 2014"، دار النهضة العربية، القاهرة، 2014، ص149

³ العجاتي محمد، قانون مناهضة التمييز الطريق للمواطنة، منتدى البدائل العربي للدراسات، **يونية** 2011، ص3

⁴ علي حسن أحمد، ضمانات الحرية وتطورها في الأنظمة السياسية المعاصرة، رسالة دكتوراه، جامعة عين شمس، كلية الحقوق، 1970، ص1

المطلب الأول:

آليات حماية حقوق المرأة على المستوى الدولي

تعددت الآليات الخاصة بحماية المرأة على المستوى الدولي، منها: الآليات المؤسسية التي أنشأتها الأمم المتحدة بقرارات داخلية من أجهزتها المختلفة، والآليات الاتفاقية، وهي هيئات معنية برصد ورقابة تنفيذ الاتفاقات الدولية لهذه الحقوق¹.

الآليات الدولية هي وسائل تضمن تطبيق المواثيق والاتفاقيات الخاصة بحقوق المرأة وهي:

1- المواثيق والمعاهدات التي تم عرضها ودراستها والتوقيع عليها بقصد الالتزام العلني والعملي، وتنشأ بموجب اتفاقيات دولية، وهي معتمدة من الأمم المتحدة، ويتم رصد ومراقبة مدى الالتزام بها، وتعتمد هذه الآليات الأداة التنفيذية لتطبيق الاتفاقيات الدولية مجموعة من الأعمال التنفيذية الهامة منها:

أ. استلام التقارير الدورية والسنوية من الدول ذات العلاقة، وكذلك من المؤسسات ذات العلاقة بحقوق الإنسان.

ب. إعداد وتقديم التقارير الدورية حول الممارسات ومدى الالتزام بالاتفاقية.

ج. إمكانية توجيه الشكاوى بين الدول.

د. تقديم التوصيات لتعديل القوانين المحلية بما ينسجم وتحقيق أفضل الممارسات في مجال حقوق الإنسان.

هـ. تمكين الأفراد والجماعات من تقديم الشكاوى.

و. رفع التقارير إلى الأمم المتحدة واللجان العليا للاتفاقيات الدولية.

2- ومن الآليات الدولية غير المباشرة لجان متخصصة فنية وعلمية² هي:

أ. اللجنة الخاصة بالحقوق الاقتصادية والاجتماعية والثقافية.

ب. اللجنة الخاصة بالقضاء على التمييز ضد المرأة، ومتابعة أوضاع المرأة، والممارسات والمخالفات التي تصدر ضدها، وتقديم توصيات ومقترحات لتفعيل دور المرأة ورفع مكانتها.

¹ خبابة، أميرة، ضمانات حقوق الإنسان "دراسة مقارنة"، دار الفكر العربي، القاهرة، 2010، ص47

² أحمد، وسيم حسام الدين، الاتفاقيات الدولية المتعلقة بحقوق الإنسان الخاصة، منشورات الحلبي الحقوقية، لبنان، 2011،

- ج. لجنة القضاء على التمييز العنصري، تختص بمراقبة مدى الالتزام والتطبيق للاتفاقية الدولية الخاصة بالقضاء على أشكال التمييز العنصري من قبل الدول الأطراف.
- د. اللجنة المعنية بحقوق العمال المهاجرين وأفراد أسرهم، وتتناول القضايا التي قد يتعرض لها العمال.
- هـ. لجنة حقوق الطفل، وتهدف إلى مراقبة حصول الأطفال على حقوقهم في مختلف مناحي الحياة، وعدم تعرضهم لأية ممارسات مخالفة، كالعمل أو الانتهاك الجنسي وغيرها.
- و. لجنة مناهضة التعذيب، وهي لجنة مختصة بالعمل على وقف أعمال التعذيب بمختلف أشكاله، وبمن تمارس في حقّه، سواء كان فرداً أو جماعةً.
- أما بالنسبة للآليات التي أنشأتها عدة وكالات دولية متخصصة لمتابعة تنفيذ بعض الصكوك الدولية التي اعتمدها، والتي تتعلق بحقوق الإنسان عامةً وحقوق المرأة خاصةً، فإن مسائل حقوق الإنسان تحظى باهتمام خاص من جانب مفوضية الأمم المتحدة، من هذه المنظمات: "منظمة العمل الدولية، منظمة اليونسكو، اللجنة الدولية للصليب الأحمر، ومنظمة الصحة العالمية، ومنظمة الأغذية والزراعة"¹.

3- كما ظهرت موثائق دولية خاصة بحقوق المرأة بشكل خاص من هذه الموثائق²:

- أ. الاتفاقية الخاصة بجنسية المرأة المتزوجة في عام 1958.
- ب. الاتفاقية الخاصة بشأن الحقوق السياسية للمرأة والتي بدأ نفاذها في عام 1954.
- ج. اتفاقية القضاء على جميع أشكال التمييز ضد المرأة، والتي اعتمدت عام 1979، وبدأ نفاذها في 1981، والبروتوكول الملحق بها لعام 1999 الذي بدأ نفاذه 2000.
- د. إعلان القضاء على التمييز ضد المرأة، الذي أصدرته الجمعية العامة 1967.
- هـ. إعلان حماية النساء والأطفال في حالات الطوارئ والنزاعات المسلحة، الذي أصدرته الجمعية العامة عام 1974.

4- وإضافةً إلى هذه الموثائق الدولية الخاصة بحقوق المرأة فقد تبنت الجمعية العامة عدة مؤتمرات حول حقوق المرأة³، كان من أهمها:

¹ Shelton N.D, Buegenthal H.T, Protecting Human Rights in the Americas, (14th ed) Engel, Arlington, Stanbourg, 1995, Khel, p.1

² علوان، عبد الكريم، الوسيط في القانون العام "المبادئ العامة"، الطبعة الخامسة، دار الثقافة، عمان، 2010، ص26

³ العنكبي، نزار، القانون الدولي الإنساني، دار وائل للنشر، عمان، 2010، ص133

أ. اتفاقية القضاء على جميع أشكال التمييز ضد المرأة CEDAW، طالبت الاتفاقية الدول بمكافحة جميع أشكال الاتجار بالنساء واستغلالهن في الدعارة، وأكدت على الحق في التمتع بالمساواة الكاملة في الحياة السياسية والعامة، إلى جانب حق النساء وأطفالهن في التمتع بالجنسية، كما نصت الاتفاقية على أهمية تعليم النساء كمّاً ونوعاً، وتناولت الاتفاقية حق المساواة أمام القانون من حيث الزواج وقانون الأسرة، كحقها في التفريق وحل رابطة الأسرة، وحقها في اختيار الزوج وبصورة متساوية مع الرجل ودون تمييز بين الطرفين¹.

ب. مؤتمر مكسيكو، لمناسبة الاحتفال بالسنة الدولية للمرأة عام 1975، حيث اعتبرت هذه السنة عاماً دولياً للمرأة، وهدف المؤتمر إلى تحقيق المساواة بين الرجل والمرأة في السلم والتنمية والأسرة والمجتمع، وفي فُرص التعليم، وفي الأجور، وحق المرأة في أن تقرر بحرية الزواج من عدمه، وفي احترام جميع الحقوق الإنسانية لها.

ج. مؤتمر كوبنهاغن 1980، وكان تحت شعار المساواة والتنمية والسلم، وتم التركيز فيه على المساواة في العمل، والحق في الرعاية الصحية والتعليم، وإشراك المرأة بصورة متساوية مع الرجل في الحقوق.

د. مؤتمر نيروبي 1985، عقد لمتابعة مسيرة وتطور وضع المرأة وحقوقها في العالم برعاية الجمعية العامة للأمم المتحدة.

هـ. مؤتمر بكين العالمي عام 1995، هو أوسع مؤتمر عالمي لتفعيل دور المرأة في العالم، وتحقيق المساواة، ونبذ التمييز ضد المرأة، حيث ورد في بيان المؤتمر التأكيد على مبدأ المساواة بين البشر وبين الرجال والنساء في الحقوق طبقاً للإعلان العالمي لحقوق الإنسان.

5- أما بالنسبة لأهم الإعلانات الدولية الخاصة بالمرأة فهي²:

- أ. إعلان الأمم المتحدة للقضاء على جميع أشكال التمييز العنصري.
- ب. الإعلان العالمي لبقاء الطفل وحمايته ونمائه.
- ج. الإعلان العالمي لحقوق الإنسان عام 1948.
- د. إعلان القضاء على التمييز ضد المرأة.
- هـ. إعلان القضاء على العنف ضد المرأة.

¹ علوان، عبد الكريم، المرجع السابق، ص26

² الطراونة، محمد، حقوق الإنسان بين النص والتطبيق، مركز عمان لدراسات حقوق الإنسان، عمان، 2003، ص104

و. الإعلان بشأن حماية النساء والأطفال في حالات الطوارئ والمنازعات المسلحة.

ز. إعلان حقوق الطفل عام 1959.

ح. إعلان طهران.

ط. إعلان فيينا.

6- توجد آليات رقابية أخرى منشأة بمقتضى قرارات دولية مثل لجنة حقوق الإنسان سابقاً، وهي الآن مجلس حقوق الإنسان، وتوجد أيضاً أجهزة دولية تضم الحكومات مثل¹:

أ. شعبة النهوض بالمرأة.

ب. صندوق الأمم المتحدة الإنمائي للمرأة.

ت. اللجنة الخاصة بمركز المرأة.

ث. اللجنة المشتركة بين الوكالات المعنية بالمرأة والمساواة بين الجنسين.

ج. اللجنة المعنية بالقضاء على التمييز ضد المرأة.

ح. المستشارية الخاصة لقضايا الجنسين والنهوض بالمرأة.

خ. معهد الأمم المتحدة للبحث والتدريب من أجل النهوض بالمرأة.

المطلب الثاني:

آليات حماية حقوق المرأة على المستوى الإقليمي

المقصود بالآليات الإقليمية، الاتفاقيات التي تمت صياغتها ووضعها من قِبَل دول مرتبطة جغرافياً أو عرقياً أو لأسباب اقتصادية تضمن للإنسان حقوقه، وتخدم هذه الدول كإنسان فرد أو كجماعات في هذا المجتمع.

ومن ضمن تلك الآليات نجد آلية ذات أهمية كبيرة وهي، المؤسسات أو اللجان الوطنية لحقوق الإنسان، هي مؤسسات وطنية رسمية دائمة، هدفها تعزيز وحماية حقوق الإنسان وحياته الأساسية، وقد طرحت فكرة المؤسسات الوطنية لأول مرة عام 1946م.

1- الحماية العربية لحقوق الإنسان عامةً وحقوق المرأة خاصةً، ما زالت الدول العربية متخلفة في تنظيم حقوق الإنسان عن أوروبا وأفريقيا، فميثاق جامعة الدول العربية عام 1945، لم يضم تنظيمياً لحقوق

¹ علوان، محمد يوسف والموسى، محمد خليل، القانون الدولي لحقوق الإنسان "المصادر ووسائل الرقابة"، الجزء الأول، دار الثقافة، عمان، 2011، ص285

الإنسان، ثم نشط العرب وخرجوا باللجنة العربية لحقوق الإنسان عام 1986، وهو تنظيم مشابه للتنظيم الأوروبي، ثم جاء مشروع ميثاق حقوق الإنسان في مجلس جامعة الدول العربية عام 1994، والآليات الآتية هي الأغلب على الساحة العربية¹، فهي:

أ. جامعة الدول العربية 22 آذار/ مارس 1945.

ب. منظمة العمل العربية 12 كانون الثاني/ يناير 1965.

ج. منظمة التعاون الإسلامي 25 أيلول/ سبتمبر 1969.

د. الميثاق العربي لحقوق الإنسان 23 أيار/ مايو 2004.

هـ. الشبكة العربية لمعلومات حقوق الإنسان 2004.

و. الشبكة العربية لحقوق الإنسان 2008.

2- تتعدد الآليات الإقليمية لحماية حقوق الإنسان بصفة عامة والمرأة بصفة خاصة، وتدور إجمالاً حول سبعة أشكال وهي: القضاء، والهياكل الحكومية، والمؤسسات الوطنية، واللجان القومية، ودواوين المظالم، واللجان البرلمانية، والمنظمات غير الحكومية، والإعلام.

أ. **الآليات القضائية لحماية حقوق الإنسان**²: تعد الآليات القضائية أهم الآليات الوطنية لحماية حقوق الإنسان، باعتبار القضاء هو الجهة المختصة بتطبيق القوانين على أفراد الشعب كافة في الدولة، وتحقيق العدالة بين أفرادها سواء كانوا حكاماً أو محكومين.

ب. **الهياكل الحكومية المعنية بحقوق الإنسان**: لا يكاد بلد عربي يخلو من هياكل حكومية معنية بحقوق الإنسان، لكن تتفاوت في أشكالها ومكانتها، وصلاحياتها تفاوتاً كبيراً، تصل في ذروتها إلى وزارة مختصة بحقوق الإنسان، أو هيئة يرأسها مسؤول بدرجة وزير، كما تتوضع أحياناً إلى مستوى إدارة متخصصة في إحدى الوزارات المستقلة، وتتوافر في مصر عدة إدارات حكومية معنية بحقوق الإنسان، هي:

• الإدارة العامة لحقوق الإنسان بوزارة العدل 2001.

• مكتب مساعد وزير الخارجية لشؤون حماية حقوق الإنسان.

¹ فودة، السيد عبد الحميد، حقوق الإنسان بين النظم القانونية الوضعية والشريعة الإسلامية، دار الفكر الجامعي، القاهرة، 2004، ص4

² Henry.J.steiner, International human rights in context, oxford, 2007, 3 ed, P1420

- مكتب شكاوى حقوق الإنسان التابع لمكتب النائب العام.
- إدارة حقوق الإنسان في وزارة الداخلية 2005.

ج. **اللجان البرلمانية المعنية بحقوق الإنسان:** تُعد لجان حقوق الإنسان البرلمانية إحدى الآليات المهمة لحماية حقوق الإنسان، وتختص هذه اللجان بالدفاع عن حقوق الإنسان، والعمل على تنقية التشريعات المعمول بها من النصوص التي تتعارض مع حقوق الإنسان، والعمل على تعديلها بما يكفل الضمانات الفعالة لحقوق الإنسان، وإعداد الدراسات ذات الصلة، كما تقوم بأعمال الرقابة على الأجهزة الحكومية للتأكد من مدى التزامها بحقوق الإنسان، وتلقى الشكاوى والملاحظات حول الممارسات المرتبطة بحقوق الإنسان، وإيجاد الحلول المناسبة لها، كما تقوم بتشكيل لجان تقصي الحقائق في مجالات اختصاصها، وتعد جلسات استماع حول بعض الموضوعات.

د. **المؤسسات الوطنية:** تعد المؤسسات الوطنية إحدى الآليات الوطنية المهمة للنهوض بحقوق الإنسان، وهي تقع في منزلة بين الهياكل الحكومية والمنظمات غير الحكومية، فهي بحكم طبيعتها كمؤسسات دولة تملك إمكانية الحوار والتفاوض مع الحكومات حول تذليل العقبات التي تعرقل أعمال حقوق الإنسان والنهوض بها، وفي المقابل فإن استقلاليتها عن أجهزة الحكم تهيئ لها إمكانية التواصل مع المنظمات غير الحكومية المعنية بحقوق الإنسان، ودعم مطالبها في تعزيز احترام حقوق الإنسان¹.

هـ. **مؤسسات الأمبودسمان:** تُعد إحدى الآليات المهمة لحماية الناس من انتهاك حقوقهم القانونية من إساءة استخدام السلطة، وتأخذ مؤسسات الأمبودسمان أسماءً متعددة على الساحة العربية هي: ديوان المظالم، والموفق الإداري، ووسيط الجمهورية، والهيئة العامة للحسبة، وتتمثل مهمتها الأساسية في تلقي شكاوى الجمهور اعتراضاً على قرارات أو أفعال من جانب الإدارة العامة، وحماية الناس من انتهاك حقوقهم من إساءة استخدام السلطات أو الأخطاء أو الإهمال، والقرارات الجائرة وسوء الإدارة، وذلك بغية رفع هذه المظالم وتحسين الإدارة العامة، وإضفاء قدر أكبر من العلانية على تصرفات الحكومة، وإخضاع الحكومة والعاملين بها إلى قدر أكبر من المساءلة من جانب الجمهور، كما توجد مؤسسات تجمع بين اختصاصات المؤسسات الوطنية والأمبودسمان، منها مكاتب الشكاوى

¹ الفار عبد الواحد، قانون حقوق الإنسان في الفكر الوضعي والشرعية الإسلامية، دار النهضة العربية، القاهرة، 2007، ص448

في المجالس القومية المتخصصة مثل، المجلس القومي للمرأة، والمجلس القومي للأمومة والطفولة في مصر.

و. المنظمات غير الحكومية العاملة في مجال حقوق الإنسان: تقوم هذه الجمعيات على أساس تطوعي لا تستهدف الربح، وتعمل باستقلال عن الحكومات والأحزاب، وتتنوع اختصاصات المنظمات غير الحكومية نوعياً وجغرافياً، فعلى المستوى النوعي يعمل بعضها باختصاص عام في مجال تعزيز حقوق الإنسان، بينما يختص بعضها بتعزيز حقوق بعينها مثل مكافحة التعذيب، أو تعزيز حرية الرأي والتعبير وغيرها¹.

ز. وسائل الإعلام: تلعب وسائل الإعلام دوراً هاماً في التأثير على مسار حقوق الإنسان من خلال دورها الرقابي، وقدرتها على إثارة القضايا المختلفة، وتوفير المعلومات الخاصة بها ومتابعتها، ويتحقق هذا الإعلام على مستويين، مستوى مباشر تبثه المنظمات العاملة في مجال حقوق الإنسان عبر إصداراتها المختلفة من تقارير ودوريات ونشرات وبيانات، والمستوى الثاني عبر تناول وسائل الإعلام الجماهيرية لرسالة حقوق الإنسان².

خاتمة:

استعرضنا من خلال هذه الدراسة مفهوم حقوق المرأة التي تشكل جزءاً من حقوق الإنسان بصورة عامة، ثم تحدثت عن حقوق المرأة ضمن الشريعة الإسلامية، وأخيراً أوضحنا مدى أهمية الآليات المباشرة وغير المباشرة بأنواعها كافة، الحكومية وغير الحكومية والدولية التي تعمل على تفعيل هذه الحقوق على أرض الواقع.

ورغم ما تضمنته القوانين الدولية والمحلية من حقوق للمرأة، فما زالت تلك الحقوق عرضة للانتهاك في كل الأحوال، والسبب هو عدم وجود نظام للحماية الدولية التي تقوم على تحقيق أهداف تلك النصوص القانونية، وانعدام وجود جهاز رقابة يشرف على تنفيذ تلك النصوص، ما أدى إلى الإفلات من العقاب للذين انتهكوا هذه الحرمات، وفي ختام هذه الورقة البحثية توصلنا لمجموعة من النتائج والتوصيات وذلك على النحو الآتي:

¹ بشير الشافعي محمد، قانون حقوق الإنسان "مصادره وتطبيقاته الوطنية والدولية"، الطبعة الرابعة، منشأة المعارف، القاهرة، 2007، ص 298

² الطعيمات هاني، حقوق الإنسان وحياته الأساسية دار الشروق للنشر والتوزيع، عمان، 2001، ص 384

أولاً: النتائج

- 1- تُعد حقوق المرأة جزءاً من حقوق الإنسان بصفة عامة، وحقوق المرأة في المجتمع موضوع حيوي باعتبار المرأة جزءاً مهماً من المجتمع، فعزلها يُضعف من فكرة المساواة.
- 2- تطبيق المساواة والعدالة بين الجنسين يعود بالفائدة على تطور المجتمع، ويحدث نمواً اقتصادياً بشكلٍ أسرع في الدول التي تكون التفاوتات فيها قليلة بين النساء والرجال في الصحة، والتربية، والعمالة.
- 3- راعت الشريعة الإسلامية حاجة المرأة النفسية والعاطفية والجسدية، وألزمت الرجل في معاملته لها بمراعاة تلك الحاجات.
- 4- أقرت المواثيق الخاصة بحقوق المرأة على الحقوق والحريات الأساسية لها كافة، ما يؤدي إلى إلزامية تضمين هذه الحقوق في التشريعات الوطنية للدول التي تصادق على هذه المواثيق أو تتضمن إليها.
- 5- تُصبح الدول مُلزَمة بتعديل تشريعاتها إذا تضمنت هذه التشريعات نصوصاً تتناقض مع ما جاء في المواثيق الدولية من حقوق، أو تحرم المرأة من التمتع بها.

ثانياً: التوصيات

توصي الباحثة بما يلي:

- أ. إفساح موقع للمرأة بنسب مماثلة في الوظائف المعنية بالشأن العام؛ مثل مجلس النواب والمجالس المحلية وغيرها.
- ب. إقامة مراكز أبحاث في المدن والقرى للوقوف على طبيعة الواقع العيني للمرأة والأسرة.
- ج. إيجاد آليات عمل مُلزَمة لتنفيذ الأحكام القضائية ومتابعة تنفيذها.
- د. إيجاد آلية تعاون مباشرة بين الوسائل الدولية والإقليمية والوطنية في مجال حقوق المرأة.
- هـ. تشكيل لجان حقوقية تلتزم الدولة بتوفيرها وتسديد جزء من أتعابها، تعمل على الدفاع عن قضايا الأسرة والمرأة، خصوصاً لمن لا يجدن القدرة المالية على الاستعانة الدفعية والاستشارة الشرعية والقانونية.
- و. تشكيل لجان متخصصة لوضع وثائق تقوم على توضيح حقوق المرأة الشرعية والحقوق الأسرية بحيث تكون المرأة شريكاً رئيسياً فيها.

ز. تفعيل العديد من المنظمات الحكومية وغير الحكومية لكي تستطيع المتابعة للأوضاع الراهنة بالنسبة لهذه الحقوق.

ح. سن القوانين الملزمة التي تعمل على تفعيل حقوق المرأة الشرعية والدولية والإلزام بها.

قائمة المصادر والمراجع

1- مراجع عربية:

- أحمد، وسيم حسام الدين، الاتفاقيات الدولية المتعلقة بحقوق الإنسان الخاصة، منشورات الحلبي الحقوقية، لبنان، 2011
- الراوي، جابر إبراهيم، حقوق الإنسان وحرياته الأساسية في القانون الدولي والشرعية الإسلامية، دار وائل للطباعة والنشر، عمان، 1999
- الطراونة، محمد، حقوق الإنسان بين النص والتطبيق، مركز عمان لدراسات حقوق الإنسان، عمان، 2003
- الطعيمات، هاني، حقوق الإنسان وحرياته الأساسية، دار الشروق للنشر والتوزيع عمان، 2001
- العجاتي، محمد، قانون مناهضة التمييز الطريق للمواطنة، منتدى البدائل العربي للدراسات، يونية 2011
- العنكبي، نزار، القانون الدولي الإنساني، دار وائل للنشر، عمان، 2010
- الفارن عبد الواحد، قانون حقوق الإنسان في الفكر الوضعي والشرعية الإسلامية، دار النهضة العربية، القاهرة، 2007
- بشير، الشافعي محمد، قانون حقوق الإنسان "مصادره وتطبيقاته الوطنية والدولية"، الطبعة الرابعة، منشأة المعارف، القاهرة، 2007
- جودة، صلاح أحمد، المركز القانوني للمرأة في ممارسة العمل العام في النظم الوضعية والشرائع السماوية الثلاث، الطبعة الثالثة، دار النهضة العربية، القاهرة، 2009
- خبابة، أميرة، ضمانات حقوق الإنسان "دراسة مقارنة"، دار الفكر العربي، القاهرة، 2010
- عبد الغفار، محمود والجمل، شعيب حافظ، محاضرات في حقوق الإنسان، جامعة القاهرة، 2006
- علاوي، ماهر صالح وآخرون، حقوق الإنسان والطفل والديمقراطية، دار ابن الأثير للطباعة والنشر، جامعة بغداد، 2009
- علوان، عبد الكريم، الوسيط في القانون العام "المبادئ العامة"، الطبعة الخامسة، دار الثقافة، عمان، 2010

- علوان، محمد يوسف والموسى، محمد خليل، القانون الدولي لحقوق الإنسان "المصادر ووسائل الرقابة"، الجزء الأول، دار الثقافة، عمان، 2011
- علي، حسن أحمد، ضمانات الحرية وتطورها في الأنظمة السياسية المعاصرة، رسالة دكتوراه، كلية الحقوق، جامعة عين شمس، 1970
- فاروق، عبد الخالق، مشروع الإصلاح الدستوري في مصر، مركز القاهرة لدراسات حقوق الإنسان، القاهرة، 2004
- فودة، السيد عبد الحميد، حقوق الإنسان بين النظم القانونية الوضعية والشرعية الإسلامية، دار الفكر الجامعي، القاهرة، 2004
- كامل، عزة، النساء في دساتير العالم، مركز وسائل الاتصال الملائمة من أجل التنمية، القاهرة، 2012
- محمد، صلاح الدين فوزي، القانون الدستوري "التطور الدستوري المصري الدستور المصري 2014"، دار النهضة العربية، القاهرة، 2014
- منصور، ماجدة والشاعر، جلال، حقوق الإنسان، مطبعة المعهد التكنولوجي العالي لشعبة العلوم الثقافية، دراسات إسلامية، القاهرة، 2006

2- مراجع أجنبية:

- Henry.J.steiner, International human rights in context, oxford, 2007, 3 ed
- Shelton N.D, Buegenthal H.T, Protecting Human Rights in the Americas, (14th ed) Engel, Arlington, Stanbourg, 1995, Khel

3- تقارير:

- تقييم وضع المرأة، دليل خاص بإعداد التقارير عن اتفاقية القضاء على جميع أشكال التمييز ضد المرأة (سيداو/CEDAW)، طبع من قبل صندوق الأمم المتحدة الإنمائي للمرأة، عمان، 2005
- دليل المتدرب بعنوان حقوق الإنسان للأفراد بالمجتمع، مركز حقوق الإنسان، جامعة نوتتجهام-بريطانيا، 2006

4- مواقع إلكترونية:

- عزت، هبة رؤوف، الأهلية السياسية للمرأة وصلاحياتها للولايات العامة، بحث منشور على الرابط: <http://fazzahost.com/championships/hay>.
- محمد، عمران صابر، تعرفي على حقوقك، بحث منشور على الرابط: Pana-center/pooks/yourrights
- بحث بعنوان "حقوق المرأة المسلمة في ميزان الشرع لا ميزان التقاليد"، جمعية النهضة النسائية في الرياض، منشور على شبكة الانترنت على الرابط: www.odabasham.net/show.php.

نحو إصلاح تشريعي يكفل حقوق الإعلاميين في ظل التحول الرقمي لوسائل الإعلام (مصر نموذجاً)

Towards a Legislative Reform that Guarantees the Rights of Media Professionals in Light of the Digital Transformation of the Media – Egypt as a Model

محمود أحمد عبد القادر، محام، ماجستير في القانون، كلية الحقوق،

جامعة أسيوط

ماجستير في الشريعة الإسلامية، المعهد العالي للدراسات الإسلامية - مصر

mahmkd@law.aun.edu.eg

DOI: <https://doi.org/10.70411/MJLS.1.1.202315>

الملخص:

يمتلك الإعلام عقل وفكر الأمة، كما يشكل السلطة الرابعة بالرقابة على أعمال الحكومة، لذا يتمتع بأهمية كبيرة في المجتمعات، وبدور رئيسي في تطور المجتمعات أو تخلفها، لذا تعد العناية بالإعلام وتهئية مناخ مناسب لممارسته ضرورة مجتمعية.

وقد عُني المشرع المصري بتطوير التشريعات الإعلامية في الآونة الأخيرة ففي 12 تشرين الثاني/ نوفمبر 2016م، أحال مجلس النواب إلى اللجنة المشتركة من لجنة الإعلام والثقافة والآثار ومكتبي لجنتي الشؤون الدستورية والتشريعية والخطة والموازنة، مشروع القانونين المقدمين من الحكومة بشأن "التنظيم المؤسسي للصحافة والإعلام" و"تنظيم الصحافة والإعلام".

وقد توصل الباحث لنتيجة مفادها وجود ثغرات قانونية في التشريعات الإعلامية المصرية تهدر حقوق الإعلاميين وتعوقهم عن ممارسة عملهم. ونرى أن المشرع المصري رغم اهتمامه بتطوير التشريعات الإعلامية إلا إنه لم يلتفت إلى هذه الثغرات، وحتى حين مناقشته مشروع قانون تنظيم الصحافة والإعلام، والمجلس الأعلى لتنظيم الإعلام، لم يسد تلك الثغرات ولم يلتفت إلا إلى جانب ضئيل منها؛ فضلاً عن أن الجهات التي طلب البرلمان رأيها لم تشر إلا إلى قدر ضئيل من هذه الثغرات، لذا قررنا إعداد هذه الورقة البحثية لبيان الثغرات الموجودة بالتشريعات المصرية التي نرى أنها تخل بالحماية الإجرائية للعمل الإعلامي ونقترح حلولاً لها آملين أن يضعها المشرع موضع اعتبار.

الكلمات المفتاحية: إصلاح تشريعي، وسائل الاعلام، حقوق الإعلاميين، التحول الرقمي

Abstract :

The media owns the mind and thought of the nation and constitutes the fourth authority to control the work of the government. So, it has great importance in societies and plays a major role in the development or declining of societies. Thus, taking care of the media and creating a suitable climate for its practice is a societal necessity.

On November 12, 2016, the House of Representatives referred to the joint committee of the Committee on Information, Culture and Antiquities and the offices of the Constitutional and Legislative Affairs and Plan and Budget Committees the two draft laws submitted by the government on "Institutional Organization of the Press and Media" and "Regulation of the Press and Media".

The researcher has reached the conclusion that there are legal gaps in the Egyptian media legislation that waste the rights of media professionals and hinder them from practicing their work. It is obvious that the Egyptian legislator, despite the interest in developing media legislation, did not pay attention to these gaps. Even when discussing the draft law regulating the press and media and the Supreme Council for Media Regulation, the Egyptian legislator did not fill those gaps and did not pay attention but to only a small part of them, in addition to the fact that the parties the Parliament requested opinion from paid attention to only a small amount of these gaps. Therefore, this research paper was prepared to clarify the gaps in the Egyptian legislation that is believed to violate the procedural protection of media work and propose solutions to them, hoping that the legislator will take them into consideration.

Keywords : Legislative reform, Media Media rights, Digital transformation.

المقدمة

يمتلك الإعلام عقل وفكر الأمة، كما يشكل السلطة الرابعة بالرقابة على أعمال الحكومة، لذا يتمتع بأهمية كبيرة في المجتمعات، وبدورٍ رئيسي في تطور المجتمعات أو تخلفها، لذا تعد العناية بالإعلام وتهيئة مناخ مناسب لممارسته ضرورة مجتمعية.

ونرى أن الحماية الإجرائية للعمل الإعلامي لا تقتصر على الإجراءات التي يجب على القضاء وهيئات التحقيق اتباعها وعدم مخالفتها فيما يخص الاتهام وكشف الجريمة وضبط مرتكبيها والتحقيق معهم والقبض عليهم، بل تشمل كل القواعد القانونية التي تهيئ بيئة مناسبة لممارسة العمل الإعلامي وتمكن الإعلامي من ممارسة عمله، ككفالة حصول الإعلامي على حقوقه المتعلقة بعمله وعقاب من ينتهكها بأي شكل بما فيها استخدام السلطة في الامتناع عن تنفيذ حكم قضائي متعلق بحقوق الصحفي أو الإعلامي المهنية والنقابية.

عُني المشرع المصري بتطوير التشريعات الإعلامية في الآونة الأخيرة ففي 12 تشرين الثاني/ نوفمبر 2016م، أحال مجلس النواب إلى اللجنة المشتركة من لجنة الإعلام والثقافة والآثار ومكتبي لجنتي الشؤون الدستورية والتشريعية والخطة والموازنة، مشروع القانونين المقدمين من الحكومة بشأن "التنظيم المؤسسي للصحافة والإعلام" و"تنظيم الصحافة والإعلام"، وقد وافق المجلس على مشروع قانون التنظيم المؤسسي للصحافة والإعلام، وصدر القانون رقم 92 لسنة 2016م بإصدار قانون التنظيم المؤسسي للصحافة والإعلام في 24 كانون الأول/ ديسمبر 2016م، وهو قانون ينظم عمل الهيئات المسؤولة عن الصحافة

والإعلام، وبموجبه حل المجلس الأعلى لتنظيم الإعلام محل المجلس الأعلى للصحافة.¹ كما صدر القانون رقم 93 لسنة 2016 بشأن إصدار قانون بإنشاء نقابة الإعلاميين ونشر بالجريدة الرسمية بتاريخ 1 كانون الثاني/ يناير 2017م، وقد رأت اللجنة المشتركة أن الواقع العملي كشف عن العديد من الموضوعات التي يتعين معالجتها في التشريع فضلاً عن ارتباط عمل المجلس الأعلى لتنظيم الإعلام ارتباطاً وثيقاً بتنظيم الصحافة والإعلام، وهو ما جعل اللجنة ترى أهمية إلغاء قانون التنظيم المؤسسي للصحافة والإعلام، وإصدار ثلاثة قوانين منفصلة، الأول خاص بالهيئة الوطنية للصحافة، والثاني بالهيئة الوطنية للإعلام، بينما في القانون الثالث يتم إضافة المجلس الأعلى لتنظيم الإعلام ضمن مواد قانون تنظيم الصحافة والإعلام ليصبح اسم القانون الأخير قبل إصداره مشروع قانون تنظيم الصحافة والإعلام والمجلس الأعلى لتنظيم الإعلام، بدلاً من مشروع قانون تنظيم الصحافة والإعلام، وخاطبت اللجنة سبع جهات لأخذ رأيها في مشروع القانون الأخير قبل مناقشته وهي المجلس الأعلى لتنظيم الإعلام، والهيئة الوطنية للصحافة، والهيئة الوطنية للإعلام، والجهاز القومي لتنظيم الاتصالات، ونقابة الصحفيين، ونقابة الإعلاميين، وغرفة صناعة الإعلام، ولم تبدأ اللجنة مناقشة مشروع القانون سالف الذكر إلا بعدما تسلمت ردود هذه الجهات.² وإننا نرى وجود ثغرات قانونية في التشريعات الإعلامية المصرية تهدر حقوق الإعلاميين وتعوقهم عن ممارسة عملهم، ونرى أن المشرع المصري رغم اهتمامه بتطوير التشريعات الإعلامية إلا إنه لم يلتفت إلى هذه الثغرات، وحتى حين مناقشته مشروع قانون تنظيم الصحافة والإعلام والمجلس الأعلى لتنظيم الإعلام لم يسد تلك الثغرات ولم يلتفت إلا إلى جانب ضئيل منها، فضلاً عن أن الجهات التي طلب البرلمان رأيها لم تشر إلا إلى قدر ضئيل من هذه الثغرات، لذا قررنا إعداد هذه الورقة البحثية لبيان الثغرات الموجودة بالتشريعات المصرية التي نرى أنها تخل بالحماية الإجرائية للعمل الإعلامي، ونقترح حلولاً لها آمليين أن يضعها المشرع موضع اعتبار.

تكمّن الإشكالية للدراسة في مدى قيام المشرع المصري بإحداث إصلاح تشريعي يكفل حقوق الإعلاميين في ظل التحول الرقمي لوسائل الإعلام (مصر نموذجاً).

¹ مادة 2 من القانون رقم 92 لسنة 2016م بإصدار قانون التنظيم المؤسسي للصحافة والإعلام: "يلغى القانون رقم 13 لسنة 1979 في شأن اتحاد الإذاعة والتلفزيون، والباب الرابع من القانون رقم 96 لسنة 1996 بشأن تنظيم الصحافة كما يلغى كل حكم يخالف أحكام القانون المرافق".

² تقرير اللجنة المشتركة من لجنة الإعلام والثقافة والآثار ومكتبي لجنتي الشؤون الدستورية والتشريعية والخطة والموازنة بمجلس النواب عن مشروع قانون مقدم من الحكومة بشأن إصدار قانون تنظيم الصحافة والإعلام، الفصل التشريعي الأول، دور الانعقاد العادي الثالث، حزيران/ يونيو 2018م.

وتأتي أهمية هذه الدراسة كون الإعلام هو فكر الدولة وسلطانها الرابعة، وبالتالي هو محرك أساسي لها وعامل مهم في تطورها والنهوض بها، وهذا يعني بالضرورة وجود حماية إجرائية للعمل الإعلامي غير مقتصرة على الإجراءات القضائية وغيرها، بل هي شاملة لكل القواعد القانونية التي تهيء بيئة مناسبة لممارسة العمل الإعلامي وتمكن الإعلامي من ممارسة عمله، ككفالة حصول الإعلامي على حقوقه المتعلقة بعمله وعقاب من ينتهكها بأي شكل بما فيها استخدام السلطة في الامتناع عن تنفيذ حكم قضائي متعلق بحقوق الصحفي أو الإعلامي المهنية والنقابية.

وعليه تهدف الدراسة بالدرجة الأولى إلى تسليط الضوء على ضرورة وجود إصلاحات تشريعية فيما يكفل حقوق الإعلاميين في ظل التحول الرقمي لوسائل الإعلام، وذلك في ظل عدم وجود تشريع يجرم المنع من التغطية الإعلامية ووجود فراغ تشريعي له آثار سلبية لم يتداركها القانون الجديد. كما وتهدف الدراسة إلى بيان سبب عدم الاعتراف بالصحف المرخصة ترخيصاً أجنبياً كمؤسسات صحفية. المنهج العلمي: اتبع الباحث المنهج الوصفي التحليلي من خلال تحليل النصوص القانونية ذات العلاقة، وبيان أوجه القصور بها وما يعترئها من نقص مع بيان رأي الفقه القانوني بذلك. تأسيساً على ذلك قسمت الدراسة كالاتي:

المبحث الأول: عدم وجود تشريع يجرم المنع من التغطية الإعلامية.

المبحث الثاني: القانون الجديد يعترف بصحفي الصحف الإلكترونية، لكنه يواصل عدم الاعتراف بصحفي الصحف المرخصة ترخيصاً أجنبياً التي لا مقر لها بالخارج.

المبحث الثالث: ضوابط عجيبة للقيود بنقابة الإعلاميين، وحرمان بعض التخصصات من عضويتها.

المبحث الرابع: عدم وجود تشريع يعاقب غير الموظفين العموميين على عدم تنفيذ الأحكام القضائية.

المبحث الأول:

عدم وجود تشريع يجرم المنع من التغطية الإعلامية

نرى أن الحق يُعدّ معدوم القيمة إذا أقره القانون دون أن يضع آليات منضبطة لحمايته وكفالة الحصول عليه، كتشريع عقوبة على كل من ينتهكه؛ فقد صدق القول "لا خير في حق لا تدعمه قوة".
نوضح في هذا المبحث كيف أقر القانون المصري حق الصحفي والإعلامي في تغطية المؤتمرات والاجتماعات العامة وغير ذلك من الجلسات العامة، في سبيل تأدية عمله ونوضح كيف لم يشرع عقوبة على من ينتهك هذا الحق، ونبين موقف قانون تنظيم الصحافة والإعلام والمجلس الأعلى لتنظيم الإعلام الجديد من هذا الفراغ التشريعي، واقتراح نقابة الصحفيين تشريع عقوبة على المنع من التغطية الإعلامية، وموقف غرفة صناعة الإعلام من هذا الفراغ التشريعي.

المطلب الأول:

الفراغ التشريعي وعدم تدارك القانون الجديد له

غريب أن القانون رقم 180 لسنة 2018 بإصدار قانون تنظيم الصحافة والإعلام والمجلس الأعلى لتنظيم الإعلام لم يتدارك خلو التشريعات السابقة له من وضع عقوبة على من يمنع الصحفي أو الإعلامي من ممارسة الحق في التغطية الإعلامية، وبذلك منح القانون حقاً دون أن يضع عقوبة لمن يعتدي عليه فجعله معدوم القيمة؛ فكثيراً ما يذهب صحفيون لتغطية مؤتمرات أو أحداث أغلبها حكومية وعامة لا سرية ويمنعهم الأمن من الدخول، ويستغل هذه الثغرة التشريعية كثير من المسؤولين والشخصيات العامة في منع من يكشف فسادهم من الصحفيين من التغطية.

واكتفى القانون بالتوسع في تقرير حق الصحفي والإعلامي في التغطية؛ فقد منح أيضاً للصحفي حق حضور المؤتمرات والجلسات والاجتماعات العامة من أجل التغطية في سبيل تأدية عمله دون أن يضع عقوبة على من يمنع الصحفي أو الإعلامي من ممارسة هذا الحق، فقد نص في مادته الثانية عشرة على: "للصحفي أو الإعلامي في سبيل تأدية عمله الحق في حضور المؤتمرات والجلسات والاجتماعات العامة، وإجراء اللقاءات مع المواطنين والتصوير في الأماكن العامة غير المحظور تصويرها، وذلك بعد الحصول على التصاريح اللازمة في الأحوال التي تتطلب ذلك"، كما منح القانون للصحفي والإعلامي الحق في تلقي إجابة على ما يستفسر عنه من معلومات وبيانات وأخبار، وذلك ما لم تكن هذه المعلومات أو البيانات أو الأخبار سرية بطبيعتها أو طبقاً للقانون؛ فقد نصت مادته الحادية عشرة على: "مع مراعاة أحكام المادتين 9، 10 من هذا القانون، للصحفي أو الإعلامي الحق في تلقي إجابة على ما يستفسر عنه من معلومات

وبيانات وأخبار، وذلك ما لم تكن هذه المعلومات أو البيانات أو الأخبار سرية بطبيعتها أو طبقاً للقانون"، وإضافة إلى ذلك ألزم الجهات الحكومية والعامّة بإنشاء إدارة أو مكتب أو موقع إلكتروني للاتصال بالصحافة والإعلام لتمكين الصحفي أو الإعلامي من الحصول على البيانات والمعلومات والأخبار؛ فقد نصت مادته التاسعة على: "للصحفي أو الإعلامي حق نشر المعلومات والبيانات والأخبار التي لا يحظر القانون إفشاءها، وتلتزم الجهات الحكومية والجهات العامة الأخرى بإنشاء إدارة أو مكتب أو موقع إلكتروني للاتصال بالصحافة والإعلام لتمكين الصحفي أو الإعلامي من الحصول على البيانات والمعلومات والأخبار"، كما حظر القانون فرض قيود تعوق توفير المعلومات أو إتاحتها أو تحول دون تكافؤ الفرص بين مختلف وسائل الإعلام؛ فقد نصت مادته العاشرة على: "يحظر فرض أي قيود تعوق توفير المعلومات أو إتاحتها أو تحول دون تكافؤ الفرص بين مختلف الصحف المطبوعة أو الإلكترونية ووسائل الإعلام المرئية والمسموعة، أو حقها في الحصول على المعلومات، وذلك كله دون الإخلال بمقتضيات الأمن القومي والدفاع عن الوطن". وإننا نتعجب كيف لم يتدارك القانون سالف الذكر هذه الثغرة رغم أنه وضع عقوبة على التعدي على الصحفي أو الإعلامي في أثناء أو بسبب عمله؛ فقد نصت مادته المائة على: "مع عدم الإخلال بأي عقوبة أشد منصوص عليها في أي قانون آخر يعاقب بالحبس وبالغرامة التي لا تقل عن عشرة آلاف جنيه ولا تزيد على عشرين ألف جنيه أو بإحدى هاتين العقوبتين كل من تعدى على صحفي أو إعلامي أثناء أو بسبب عمله".

المطلب الثاني:

الآثار السلبية لهذا الفراغ التشريعي

يستغل هذه الثغرة التشريعية كثير من المسؤولين والشخصيات العامة في منع من يكشف فسادهم من الصحفيين من التغطية، ووفقاً لتقرير مؤسسة حرية الفكر والتعبير ربع السنوي لحالة حرية التعبير في مصر الصادر في حزيران/ يونيو 2018م، بلغت حالات المنع من التغطية خلال الربع الثاني من عام 2018م 7 حالات؛ حيث منع نقيب المهندسين الصحفيين من تغطية المؤتمر الصحفي الذي دعا له بعض أعضاء مجلس النقابة للاحتجاج على قرارات النقيب، ومنعت محكمة جنايات الجيزة الصحفيين من تغطية جلسات محاكمة ضابط شرطة ونجل برلماني سابق واثنين آخرين في قضية مقتل الطفل يوسف العربي رغم أن الجلسة لم تكن سرية، كما منعت محكمة جنايات القاهرة الصحفيين من تغطية إعادة محاكمة مرشد جماعة الإخوان المسلمين وآخرين، في القضية المعروفة إعلامياً بقضية "أحداث مسجد الاستقامة"، وأيضاً، منع محافظ أسوان الصحفيين من تغطية زيارة لجنة تنمية جنوب الوادي لمستشفى أسوان العام، كما منع رئيس

حي شرق المنصورة مراسل جريدة الوفد من دخول الحقائق العامة بالمدينة لتغطية احتفالات شم النسيم. وقرر المتحدث الإعلامي لوزارة الصحة، خالد مجاهد، منع الصحفي بجريدة الفجر، عبد الرحمن صلاح، من تغطية أخبار الوزارة، وعدم التعامل مع الجريدة، بدعوى مهاجمة الوزير والتركيز على السلبيات الموجودة داخل الوزارة، على خلفية مداخلته أجراها صلاح بإحدى القنوات الفضائية، هاجم فيها وزير الصحة واتهمه بمجاملة زملائه بجامعة عين شمس، عن طريق الاستعانة بهم في مختلف اللجان، على حد وصفه.¹ وجدير بالذكر تقديم "نيرة الجابري" الصحفية بصحيفة الفجر بلاغاً للنائب العام برقم 7838 عرائض في 14 تموز/ يوليو 2018م ضد نائب رئيس النادي المصري بمحافظة بورسعيد يتضمن أن المشتكى في حقه هدها خلال مكاملة هاتفية بأن يمنعها من ممارسة عملها الصحفي وأصدر قراراً بمنعها من دخول النادي وتغطيتها لأخبار الرياضة، وذلك بعد نشرها عدة موضوعات متعلقة بمخالفات داخل النادي.²

المطلب الثالث:

اقتراح نقابة الصحفيين تشريع عقوبة على المنع من التغطية الإعلامية

اقترح مجلس نقابة الصحفيين إضافة فقرة "ويعاقب بغرامة لا تقل عن عشرين ألف جنيه ولا تزيد على مائتي ألف جنيه كل من انتهك هذا الحق"³ إلى المادة العاشرة من مشروع قانون تنظيم الصحافة والإعلام التي أصبحت المادة الثانية عشرة من مشروع قانون تنظيم الصحافة والإعلام، والمجلس الأعلى لتنظيم الإعلام المقدم من الحكومة، وذلك في مذكرة بملاحظاته على مشروع القانون مرسله لمجلس النواب، لكن لم يستجب المشرع لاقتراحه وصدر القانون دون تضمينه.

المطلب الرابع:

موقف غرفة صناعة الإعلام من هذا الفراغ التشريعي.

علقت غرفة صناعة الإعلام على المادة الثامنة من مشروع قانون تنظيم الصحافة والإعلام المقدم من الحكومة التي أصبحت المادة العاشرة من مشروع قانون تنظيم الصحافة والإعلام، والمجلس الأعلى لتنظيم الإعلام الناصبة على: "يحظر فرض أي قيود تعوق توفير وإتاحة المعلومات أو تحول دون تكافؤ الفرص

¹ تقرير مؤسسة حرية الفكر والتعبير ربع السنوي لحالة حرية التعبير في مصر، مؤسسة حرية الفكر والتعبير، حزيران/ يونيو 2018م.

² المرصد المصري يتقدم ببلاغ ضد نائب رئيس النادي المصري ببورسعيد، موقع مؤسسة المرصد المصري للصحافة والإعلام، 17 تموز/ يوليو 2018م. <https://eojm.wordpress.com/2018/07/14/>

³ ملاحظات مجلس نقابة الصحفيين على مشروع قانون تنظيم الصحافة والإعلام، المرسله للسيد رئيس لجنة الثقافة والإعلام بمجلس النواب بتاريخ 22 حزيران/ يونيو 2017م، ص5.

بين مختلف الصحف المطبوعة والإلكترونية ووسائل الإعلام المرئية والمسموعة أو في حقها في الحصول على المعلومات، وذلك كله دون الإخلال بمقتضيات الأمن القومي والدفاع عن الوطن" كآلاتي: رأت الغرفة أن المادة أقرت تكافؤ الفرص بينما فرقت نصوص المشروع بين حقوق المؤسسات العامة ومؤسسات الأفراد، وأنه لن يتم تفعيل هذه المادة المهمة من الناحية العملية إلا إذا نصت بمتنها على توقيع جزاء على الجهة التي تمنع أو لا تصرح بالمعلومات، وبالتالي فخلو نص مشروع القانون من توقيع جزاء على هذه الجهات الحاجبة للمعلومات من شأنه أن يفرغ هذا الحظر من مضمونه. ورأت الغرفة أنه سيكون هناك سبب إباحة للصحفي أو الإعلامي في حال تطلب تحري الحقيقة من الجهة وعدم إفادته بالمعلومات للوصول إلى المعلومة في ظل التعتيم وعدم توافر مصادر المعلومات.¹ ولكن لم يستجب المشرع لملاحظة الغرفة سالفه الذكر وصدر القانون دون تضمين جزاء على الجهة التي تمنع أو لا تصرح بالمعلومات.

المبحث الثاني:

القانون الجديد يعترف بصحفي الصحف الإلكترونية لكنه يواصل عدم الاعتراف بصحفي الصحف المرخصة ترخيصاً أجنبياً التي لا مقر لها بالخارج.

نتناول في هذا المبحث مدى اعتراف القانون المصري بصحفي المواقع الإلكترونية، وصحفي الصحف المرخصة ترخيصاً أجنبياً التي لا مقر لها بالخارج، ومدى منحها صفة صحفي؛ والآثار السلبية لذلك وسبب ذلك، ونبين مدى اجتهاد المشرع المصري في تقنين أوضاع هاتين الفئتين.

المطلب الأول:

عدم الاعتراف بالصحفي العامل بصحيفة مرخصة ترخيصاً أجنبياً لا مقر لها بالخارج.

انتحال صفة صحفي تهمة تلاحق الكثيرين؛ نظراً لأن الصحفي في نظر القانون هو فقط:

1- عضو نقابة الصحفيين²، وأن الصحفي المتدرب هو أيضاً عضو نقابة الصحفيين بجدول تحت التمرين؛ حيث تُعد هذه العضوية بمثابة ترخيص لمزاولة مهنة الصحافة.

¹ الملاحظات المحدثه في 8 حزيران/ يونيو 2017م لغرفة صناعة الإعلام حول مشروع قانون تنظيم الصحافة والإعلام، المرسله إلى رئيس لجنة الثقافة والإعلام والآثار بمجلس النواب برقم صادر 48 بتاريخ 8 حزيران/ يونيو 2017م، ص3، ملاحظة رقم 5.

² من القانون رقم 76 لسنة 1970 بإنشاء نقابة الصحفيين:

مادة 6: لا يجوز لأي فرد أن يعمل في الصحافة ما لم يكن اسمه مقيداً في جدول النقابة بعد حصوله على موافقة من الاتحاد الاشتراكي العربي.

2- الحاصل على ترخيص من المركز الصحفي للمراسلين الأجانب التابع للهيئة العامة للاستعلامات الكائن بمبنى ماسبيرو إذا كان ممثلاً لصحيفة أجنبية لها مقر خارج مصر، سواء أكان هذا الصحفي مصرياً أو غير مصري الجنسية¹.

وأن من يمارس الصحافة غير هؤلاء يُعد منتحلاً صفة صحفي، وتوجه له تهمة انتحال صفة صحفي الموثقة بالمادة 115 من القانون رقم 76 لسنة 1970 بإنشاء نقابة الصحفيين²، فضلاً عن ملاحقة النقابة له بإرسال خطابات للجهات الحكومية التي علمت أنه يتعامل معها وبترجيحها به تطالب فيه هذه الجهات بعدم التعامل مع غير أعضاء النقابة، وقد أرسلت النقابة مراراً خطابات بذلك لجهات عديدة³ كما أرسلت خطابات أخرى لعدة جهات تطالبهم فيها بعدم التعامل مع أشخاص محددين لعدم قيدهم بالنقابة بناءً على شكاوى تلقتها من بعض أعضاء النقابة تقيد بانتحال هؤلاء صفة صحفي⁴.

مادة 103- يحظر على أصحاب الصحف ورؤساء مجالس إدارة المؤسسات الصحفية ووكالات الأنباء أن يعينوا في أعمالهم الصحفية بصفة دائمة أو مؤقتة أشخاصاً من غير أعضاء النقابة المقيدين في جدول المشتغلين أو المنتسبين أو تحت التمرين. واستثناءً من ذلك يجوز لهم تعيين مراسلين أجانب في الخارج فقط إذا اقتضت الضرورة ذلك.

مادة 115 - مع عدم الإخلال بأي عقوبة أشد يعاقب كل من يخالف أحكام المادتين 65، 103 بالحبس مدة لا تزيد على سنة وبغرامة لا تتجاوز 300 جنيه أو بإحدى هاتين العقوبتين.

ويعاقب بالعقوبة نفسها كل شخص غير مقيم في جداول النقابة ينتحل لقب الصحفي.

وتؤول حصيلة هذه الغرامات إلى صندوق المعاشات والإعانات في النقابة.

¹ تقرير عن أوضاع المراسلين الأجانب في مصر 2011-2014، مؤسسة حرية الفكر والتعبير، القاهرة، 2014م، ص 36.
http://afteegypt.org/media_freedom/2014/11/10/8704-afteegypt.html

² مادة 65: لا يجوز لأي فرد أن يعمل في الصحافة ما لم يكن اسمه مقيداً في جدول النقابة بعد حصوله على موافقة من الاتحاد الاشتراكي العربي.

مادة 103 يحظر على أصحاب الصحف ورؤساء مجالس إدارة المؤسسات الصحفية ووكالات الأنباء أن يعينوا في أعمالهم الصحفية بصفة دائمة أو مؤقتة أشخاصاً من غير أعضاء النقابة المقيدين في جدول المشتغلين أو المنتسبين أو تحت التمرين. واستثناءً من ذلك يجوز لهم تعيين مراسلين أجانب في الخارج فقط إذا اقتضت الضرورة ذلك.

مادة 115 - مع عدم الإخلال بأي عقوبة أشد يعاقب كل من يخالف أحكام المادتين 65، 103 بالحبس مدة لا تزيد على سنة وبغرامة لا تتجاوز 300 جنيه أو بإحدى هاتين العقوبتين.

ويعاقب بنفس العقوبة كل شخص غير مقيم في جداول النقابة ينتحل لقب الصحفي.

وتؤول حصيلة هذه الغرامات إلى صندوق المعاشات والإعانات في النقابة.

³ بالصور.. ننشر خطابات "الصحفيين" لمحافظ الفيوم ومدير الأمن، عادل خشبة، أهل مصر، 2017/2/1م.

<http://www.ahlmisrnews.com/news/article/>

⁴ الصحفيين' تخاطب محافظ الفيوم بشأن قيام بعض الأشخاص بانتحال صفة صحفي (صورة)، ميسون أبو الحسن، الفجر، 2017/2/26م.

ويشترط للقيد بنقابة الصحفيين أن يعمل طالب القيد بالتعاقد بصحيفة مرخصة من المجلس الأعلى للصحافة (حل محله حالياً المجلس الأعلى لتنظيم الإعلام) لا صحيفة مرخصة ترخيصاً أجنبياً¹، ويشترط للحصول على ترخيص من المركز الصحفي للمراسلين الأجانب التابع للهيئة العامة للاستعلامات أن يكون المراسل عاملاً بصحيفة أو وكالة أنباء لها مقر خارج مصر ويطلب منه لمنحه الترخيص تقديم شهادة من إدارة الصحيفة تثبت أنه صحفي بها، وشهادة من سفارة الدولة التي ينتمي إليها الصحفي بها بيانات الصحيفة التي يعمل لديها، وشهادة من سفارة مصر في دولة هذه الصحيفة²، وهذا معناه أن وصف المراسلين الأجانب لا ينطبق على الصحفيين العاملين بالصحف المرخصة ترخيصاً أجنبياً التي لا مقر لها بالخارج، وللأسف معظم الصحف في مصر مرخصة بتراخيص أجنبية ولا مقر لها بالخارج.

<http://www.elfagr.org/2481427>

¹ مادة (15) من لائحة القيد بنقابة الصحفيين:

يقصد بالصحف المصرية التي تقبل منها العضوية، الصحف القومية والحزبية والصحف التي تصدر عن شركات مساهمة مصرية أنشئت بغرض إصدار الصحف، ويشترط لقبول العضوية منها انتظام الصدور، ووجود لائحة مالية وإدارية لها معتمدة من المجلس الأعلى للصحافة تنظم شؤونها وتضمن حقوق العاملين فيها وفقاً للقانون ولنص المادة (7) من هذه اللائحة، كما يشترط التزام الصحيفة في التعيين بالحد الأدنى للأجر الأساسي الذي تعلنه نقابة الصحفيين في إطار القانون بداية السنة المالية من كل عام والتزامها بصرف ما يقرر من بدلات وحوافز يعلنها مجلس النقابة وما يقرر من علاوات دورية أو خاصة أو اجتماعية تصدر بقرار من المجلس الأعلى للصحافة. ويتعين لقبول العضوية من الصحف الانتظام في سداد مستحقات النقابة من نسبة الـ 1% من حصيله الإعلانات التي يحددها القانون وقرارات المجلس الأعلى وقيمة الدمغة الصحفية التي يحددها القانون، كما يراعى في هذا الصدد أحكام المادة 114 من قانون النقابة، والتي لا تعتبر "صحيفة" عند تطبيق أحكام القيد الصحف والمجلات والنشرات التي تصدرها هيئات عامة أو لأغراض علمية أو الصحف التي تصدر عن الجمعيات والتنظيمات النقابية والتعاونية.

² تقرير عن أوضاع المراسلين الأجانب في مصر 2011-2014، مؤسسة حرية الفكر والتعبير، القاهرة، 2014م، ص 36.

المطلب الثاني:

سبب عدم الاعتراف بالصحف المرخصة ترخيصاً أجنبياً كمؤسسات صحفية

وقد اشترط المشرع المصري الشروط سالفة الذكر لعضوية نقابة الصحفيين أو الحصول على ترخيص من المركز الصحفي للمراسلين الأجانب التابع للهيئة العامة للاستعلامات، للحرص على قصر التمتع بصفة صحفي على من يعمل صحفياً فعلياً في صحيفة فعلية لا صورية؛ لأنه رأى سهولة تأسيس صحيفة مرخصة ترخيصاً أجنبياً دون وجود مقر لها بالخارج وأن الاعتراف بهذا النوع كمؤسسات صحفية في ظل سهولة إجراءات تأسيسها قد يفتح ذريعة كبيرة لصورية الصحف ولضم أشخاص دخلاء لمهنة الصحافة، لذلك قصر وصف الصحيفة على الصحف المرخصة التي تصدر خارج مصر مع وجود مقر لها بالخارج والصحف المرخصة من المجلس الأعلى لتنظيم الإعلام لأنه قد وضع شروطاً لتأسيسها تضمن الجدية وتمنع صوريته وهي:

1- استيفاء إجراءات الترخيص التي تحددها الإدارة المركزية للتراخيص بالمجلس الأعلى لتنظيم الإعلام¹، وقد أسس قطاع التراخيص بالمجلس الأعلى لتنظيم الإعلام كأحد قطاعاته الأساسية التي استحدثت ووافق عليها الجهاز المركزي للتنظيم والإدارة، ويضم الإدارة المركزية للتراخيص وإداراتها وهي الإدارة العامة للإعلام المطبوع، والإدارة العامة لتصاريح الإعلام الإلكتروني، والإدارة العامة لتراخيص الإعلام المرئي والمسموع².

2- الالتزام بحد أدنى لرأس مال الصحيفة لا يقل عن ستة ملايين جنيه إذا كانت يومية ومليون جنيه إذا كانت أسبوعية ومليون جنيه إذا كانت شهرية أو إقليمية يومية، ومائة ألف جنيه إذا كانت إلكترونية³.

¹ مادة 170 من قانون تنظيم الصحافة والإعلام والمجلس الأعلى لتنظيم الإعلام: "يباشر المجلس الأعلى اختصاصاته بما يحقق أهدافه على الوجه المبين في هذا القانون وله على الأخص ما يأتي: 2...- تلقي الإخطارات بإنشاء الصحف المصرية والصحف ذات الترخيص الأجنبي التي تصدر أو توزع في مصر...".

² التقرير السنوي الأول للمجلس الأعلى لتنظيم الإعلام "حالة الإعلام في مصر"، عن عام 2017م، ص 115.

³ مادة (35) من قانون تنظيم الصحافة والإعلام والمجلس الأعلى لتنظيم الإعلام: "يشترط في تأسيس الصحف التي تصدرها الأشخاص الاعتبارية الخاصة إيداع مبلغ ستة ملايين جنيه في أحد البنوك الخاضعة لرقابة البنك المركزي إذا كانت الصحيفة يومية ومليون جنيه إذا كانت أسبوعية ومليون جنيه إذا كانت شهرية أو إقليمية يومية وأربعمائة ألف جنيه إذا كانت إقليمية أسبوعية ومائتي ألف جنيه إذا كانت إقليمية شهرية، وفي حالة الصحف الإلكترونية يكون رأس مالها مائة ألف جنيه على الأقل.

على أن يودع نصف هذا المبلغ قبل بدء إجراءات تأسيس الصحيفة ولمدة سنة للإنفاق على أعمالها ولسداد حقوق العاملين فيها في حالة توقفها عن الصدور وفي هذه الحالة تكون الأولوية لسداد حقوق العاملين على غيرها.

بينما الصحيفة ذات الترخيص الأجنبي التي لا مقر لها بالخارج يتكلف ترخيصها مبلغاً ضئيلاً جداً لا يتجاوز بضعة آلاف جنيه¹.

2- صدور الصحيفة بانتظام لمدة 6 أشهر²، وسبق أن أوقف المجلس الأعلى للصحافة تراخيص صحف لم ينتظم إصدارها³.

3- التزام مالك الصحيفة بتعيين عدد من الصحفيين المقيد بنقابة الصحفيين لا تقل نسبتهم عن 70% من محرريها⁴؛ وهذا سيلزم مالك الصحيفة بدفع مرتبات لهؤلاء الصحفيين بحد أدنى 1200 جنيه شهرياً⁵. أما الصحف ذات التراخيص الأجنبية التي لا مقر لها بالخارج فلا يشترط فيها ذلك.

ويشترط في الصحف التي تصدرها الأشخاص الطبيعية أن يودع مالكوها قبل إصدار الصحيفة في البنوك المشار إليها ذات المبالغ المنصوص عليها في الفقرة الأولى من هذه المادة ولذات الغرض وذلك تبعاً لدورية صدور الصحيفة ويستكمل إيداع المبلغ المطلوب الكامل قبل إصدار الصحيفة.

"وتطبع الصحف في مطابع داخل جمهورية مصر العربية على أن توجد نسخة من الخوادم الإلكترونية التي تستضيف النسخة الإلكترونية داخل مصر وذلك كله على النحو الذي تنظمه اللائحة التنفيذية لهذا القانون".

مادة 105 من قانون تنظيم الصحافة والإعلام والمجلس الأعلى لتنظيم الإعلام: "يعاقب بالغرامة التي لا تقل عن مليون جنيه ولا تزيد على ثلاثة ملايين جنيه كل من خالف أحكام المواد 6، 41، 59، 67 من هذا القانون وتقضي المحكمة بالغلق ومصادرة المعدات والأجهزة ومكوناتها التي استعملت في ارتكاب الجريمة. وفي حالة العود تضاعف العقوبة في حديدها الأدنى والأقصى".

¹ صحيفة مصرية في المنفى! إصدار صحيفة من قبرص لا يستغرق أسبوعاً شاملاً تصاريح الطباعة في مصر، سيد علي، الأهرام، 2001/7/17، <http://www.ahram.org.eg/Archive/2001/7/17/INVE1.HTM>.

² مادة (35) من قانون تنظيم الصحافة والإعلام والمجلس الأعلى لتنظيم الإعلام: "إذا لم تصدر الصحيفة خلال الثلاثة أشهر التالية للإخطار أو إذا لم تصدر بانتظام خلال ستة أشهر، يزول الأثر القانوني للإخطار...".

³ «الأعلى للصحافة» يوقف ترخيص جريدة البديل، مينا غالي، المصري اليوم، 2017/3/20م.

<http://www.almasyalyoum.com/news/details/1104834>

⁴ مادة (43) من قانون تنظيم الصحافة والإعلام والمجلس الأعلى لتنظيم الإعلام: "يشترط في كل صحيفة تطلب ممارسة النشاط الصحفي ألا تقل نسبة المحررين بها من المقيد بنقابة الصحفيين ابتداء من 70% من طاقة العمل الفعلية...".

⁵ ننشر نموذج عقد الصحفيين الجديد قبل تعميمه على الصحف.. و1200 جنيه الحد الأدنى للمرتب، عبد الوكيل أبو القاسم، صدى البلد، 24 أكتوبر 2015م، <http://www.elbalad.news/1762060>.

4- التزام المؤسسة الصحفية بأن تودع عن كل صحيفة أو موقع إلكتروني صادر عنها مبلغاً تأمينياً لا يقل عن خمسمائة ألف جنيه ولا يزيد على مليون جنيه بحسب دورية صدور الصحيفة ويخصص لسداد حقوق الدائنين في حالة توقف الصحيفة أو الموقع عن الصدور.¹

كما حرص المشرع على وضع قيود تمنع المتاجرة بعضوية نقابة الصحفيين من أهمها، وضع حد أقصى لعدد الصحفيين الذي تستطيع الصحيفة قيده بالنقابة سنوياً؛ فتتص المادة 9 من لائحة القيد بنقابة الصحفيين: "لا يتجاوز عدد الصحفيين المقبولين من الصحف اليومية من كل جريدة عدد 30 صحفياً وصحفية سنوياً ومن الإصدارات الأسبوعية 15 سنوياً ومن الإصدارات الشهرية 5 سنوياً.. وبالنسبة للصحف التي يتم القبول منها لأول مرة يتم قبول 60 في السنة الأولى للصحف اليومية و30 في السنة الأولى للإصدارات الأسبوعية و15 في السنة الأولى للإصدار الشهري، على أن يكون الحد الأقصى للقبول سنوياً من المؤسسات التي تصدر أكثر من إصدار هو 60 سنوياً. ويجوز لمجلس النقابة وقف القيد من أي صحيفة لفترات محددة عند ثبوت تجاوزها للأعداد المناسبة لدورية الصدور أو بسبب الأوضاع المالية والتحريرية". وإننا لا نلوم المشرع على حرصه على منح لقب "صحفي" لممتنهن الصحافة فعلياً بصحيفة فعلية لا صورية؛ لأنه فعلاً لو منح هذا اللقب لصحفي المواقع الإلكترونية والصحف ذات التراخيص الأجنبية (وقد سبق بيان سهولة تأسيسها) لحصل معظم شعبنا على لقب "صحفي" ولضمانة المهنة كثيراً من الدخلاء، ومن أوضح أدلة ذلك تجربة نقابة المحامين المصرية؛ فقد كانت تمنح عضويتها لكل خريجي كلية الحقوق وعندما اشترطت عام 2017 تقديم أدلة اشتغال لتجديد العضوية بلغ عدد مجديديها 132165 محامياً بينما كان عدد الأعضاء المجددين عام 2016، 30008 محامين، أي بفارق 167843 محامياً بعد تطبيق الضوابط² أي أن نسبة 66% من المقيدون لم يكونوا مشغولين فعلياً.

ولكن على الجانب الآخر لابد أن ينظر المشرع إلى حال الشاب المظلوم الذي يرغب في العمل بالصحافة فيجد فرصته في العمل بالصحف المرخصة من المجلس الأعلى لتنظيم الإعلام (الصالحة لمنح

¹ مادة 37 من قانون تنظيم الصحافة والإعلام والمجلس الأعلى لتنظيم الإعلام: "تلتزم المؤسسات الصحفية المملوكة ملكية خاصة أو الصادرة عن الأحزاب السياسية بأن تودع عن كل صحيفة أو موقع إلكتروني صادر عنها مبلغاً تأمينياً لا يقل عن خمسمائة ألف جنيه ولا يزيد على مليون جنيه بحسب دورية صدور الصحيفة ويحدد قيمة هذا المبلغ المجلس الأعلى ويخصص لسداد حقوق الدائنين في حالة توقف الصحيفة أو الموقع عن الصدور وفي هذه الحالة تكون الأولوية لسداد حقوق العاملين على غيرها من التزامات ويزاد هذا المبلغ بنسبة 10% كل خمس سنوات من تاريخ العمل بهذا القانون.

² بالأرقام| بعد تنقية الجداول، استبعاد أكثر من 167 ألف محام في عام واحد، إسراء سليمان، الوطن، 2017/9/10م.

<http://www.elwatannews.com/news/details/2503482>

عضوية النقابة) ضعيفة جداً وتكاد تكون شبه منعدمة نظراً لوجود حد أقصى لعدد الصحفيين الذي تستطيع الصحيفة قيده بالنقابة سنوياً¹، ونادراً جداً ما تؤسس صحيفة جديدة مرخصة من المجلس نظراً لكون شروط تأسيسها صعبة في نظر ملاك الصحف كما وضعنا سلفاً، وبالتالي لا يجد راغب العمل بالصحافة أمامه إلا العمل بالمواقع الإلكترونية غير المرخصة أو الصحف ذات الترخيص الأجنبي، لذا فإننا نرى أن الحل يكمن في تقنين أوضاع صحفيي المواقع الإلكترونية والصحف ذات الترخيص الأجنبي.

المطلب الثالث:

تقنين القانون الجديد أوضاع صحفيي المواقع الإلكترونية

لم يكن الصحفي الإلكتروني معترفاً بكونه صحفياً قبل صدور القانون رقم 180 لسنة 2018م بإصدار قانون تنظيم الصحافة والإعلام، والمجلس الأعلى لتنظيم الإعلام؛ بسبب عدم الاعتراف بالصحف الإلكترونية آنذاك وعدم تنظيم القانون لإجراءات تأسيسها، لكن القانون رقم 180 لسنة 2018م بإصدار قانون تنظيم الصحافة والإعلام والمجلس الأعلى لتنظيم الإعلام، اعتد بالصحف الإلكترونية فقد حظر تأسيس مواقع إلكترونية أو إدارتها أو إدارة مكاتب أو فروع لمواقع إلكترونية تعمل من خارج الجمهورية إلا بعد الحصول على ترخيص بذلك من المجلس الأعلى لتنظيم الإعلام وفق الضوابط والشروط التي يضعها في هذا الشأن²، ووضع شروطاً لترخيصها أهمها أن يكون رأس مال الصحيفة الإلكترونية مائة ألف جنيه³،

¹ مادة 9 من لائحة القيد بنقابة الصحفيين: "لا يتجاوز عدد الصحفيين المقبولين من الصحف اليومية من كل جريدة عدد 30 صحفياً وصحفية سنوياً ومن الإصدارات الأسبوعية 15 سنوياً ومن الإصدارات الشهرية 5 سنوياً .. وبالنسبة للصحف التي يتم القبول منها لأول مرة يتم قبول 60 في السنة الأولى للصحف اليومية و 30 في السنة الأولى للإصدارات الأسبوعية و 15 في السنة الأولى للإصدار الشهري، على أن يكون الحد الأقصى للقبول سنوياً من المؤسسات التي تصدر أكثر من إصدار هو 60 سنوياً. ويجوز لمجلس النقابة وقف القيد من أي صحيفة لفترات محددة عند ثبوت تجاوزها للأعداد المناسبة لدورية الصدور أو بسبب الأوضاع المالية والتحريرية".

² مادة (6) من قانون تنظيم الصحافة والإعلام والمجلس الأعلى لتنظيم الإعلام: "لا يجوز تأسيس مواقع إلكترونية في جمهورية مصر العربية أو إدارتها أو إدارة مكاتب أو فروع لمواقع إلكترونية تعمل من خارج الجمهورية إلا بعد الحصول على ترخيص بذلك من المجلس الأعلى وفق الضوابط والشروط التي يضعها في هذا الشأن".

³ مادة (35) من قانون تنظيم الصحافة والإعلام والمجلس الأعلى لتنظيم الإعلام: "يشترط في تأسيس الصحف التي تصدرها الأشخاص الاعتبارية الخاصة إيداع مبلغ ستة ملايين جنيه في أحد البنوك الخاضعة لرقابة البنك المركزي إذا كانت الصحيفة يومية ومليون جنيه إذا كانت أسبوعية ومليون جنيه إذا كانت شهرية أو إقليمية يومية وأربع مائة ألف جنيه إذا كانت إقليمية أسبوعية ومائتي ألف جنيه إذا كانت إقليمية شهرية وفي حالة الصحف الإلكترونية يكون رأس مالها مائة ألف جنيه على الأقل".

كما وضع عقوبة على مخالفة ذلك وهي الغرامة التي لا تقل عن مليون جنيه ولا تزيد على ثلاثة ملايين جنيه فضلاً عن الغلق ومصادرة المعدات والأجهزة ومكوناتها التي استعملت في ارتكاب الجريمة¹، وبالتالي بعد صدور هذا القانون ستكون هناك مواقع إلكترونية مرخصة ومن ثم ستوجد آلية لإلحاق صحافييها بالنقابة.

ولكن لم يفكر المشرع المصري في تقنين أوضاع الصحفيين العاملين بالصحف المرخصة ترخيصاً أجنبياً دون وجود مقر لها بالخارج وترك وضعهم كما هو عليه بلا تقنين ولا اعتراف قانوني بهم.

المبحث الثالث:

ضوابط عجيبة للقيد بنقابة الإعلاميين، وحرمان بعض التخصصات من عضويتها

صدر القانون رقم 93 لسنة 2016 بشأن إصدار قانون بإنشاء نقابة الإعلاميين ونشر بالجريدة الرسمية بتاريخ 1 كانون الثاني/يناير 2017م، وأعلن نقيب الإعلاميين حمدي الكنيسي، في مؤتمر صحفي هذا العام بمقر نادي الإعلاميين بمدينة السادس من أكتوبر، ما تم إنجازه من أعمال تأسيس النقابة، كما أعلن شروط وضوابط القيد، والأوراق المطلوبة للقيد وتشمل بطاقة الرقم القومي أو جواز السفر، وشهادة أداء الخدمة العسكرية أو الخدمة العامة (صورة طبق الأصل)، والمؤهل الدراسي العالي "انتظام - انتساب" (صورة طبق الأصل)، واستمارة طلب عضوية بقيمة 20 جنيهاً ملصق عليها طابع دمغة النقابة، وبيان حالة معتمد من الوسيلة الإعلامية التي يعمل بها المتقدم "للإعلام الرسمي والخاص"، والسيرة الوظيفية

على أن يودع نصف هذا المبلغ قبل بدء إجراءات تأسيس الصحيفة ولمدة سنة للإنفاق على أعمالها ولسداد حقوق العاملين فيها في حالة توقفها عن الصدور وفي هذه الحالة تكون الأولوية لسداد حقوق العاملين على غيرها. ويشترط في الصحف التي تصدرها الأشخاص الطبيعية أن يودع مالكوها قبل إصدار الصحيفة في البنوك المشار إليها ذات المبالغ المنصوص عليها في الفقرة الأولى من هذه المادة ولذات الغرض وذلك تبعاً لدورية صدور الصحيفة ويستكمل إيداع المبلغ المطلوب الكامل قبل إصدار الصحيفة.

وتطبع الصحف في مطابع داخل جمهورية مصر العربية على أن توجد نسخة من الخوادم الإلكترونية التي تستضيف النسخة الإلكترونية داخل مصر وذلك كله على النحو الذي تنظمه اللائحة التنفيذية لهذا القانون".

¹ مادة 105 من قانون تنظيم الصحافة والإعلام والمجلس الأعلى لتنظيم الإعلام: "يعاقب بالغرامة التي لا تقل عن مليون جنيه ولا تزيد على ثلاثة ملايين جنيه كل من خالف أحكام المواد 6، 41، 59، 67 من هذا القانون وتقضي المحكمة بالغلق ومصادرة المعدات والأجهزة ومكوناتها التي استعملت في ارتكاب الجريمة. وفي حالة العود تضاعف العقوبة في حديدها الأدنى والأقصى".

خمس سنوات سابقة، وعقد رقم تأميني مثبت التاريخ "للإعلام الخاص"، وصحيفة الحالة الجنائية، ومادة أرشيفية سابقة بأعمال المتقدم، وأربع صور ضوئية حديثة بخلفية بيضاء، وأصل شهادة الميلاد.¹ وأكد الكنيسي، أن اللجنة التأسيسية انتهت من اعتماد شروط القيد، وهي أن يكون المتقدم مصرياً، وأن يكون متمتعاً بالأهلية الكاملة، وأن يكون حاصلاً على مؤهل عال، وأن يكون محمود السيرة وحسن السمعة، وألا يكون قد سبق الحكم عليه بعقوبة جنائية، وألا يكون قد سبقت إدانته بارتكاب إحدى الجرائم، كما يتعين على المتقدم أن يمارس نشاطاً إعلامياً وفقاً للتعريف الوارد بالقانون في أحد التخصصات الخمسة التالية: "تقديم البرامج، الإخراج، الإعداد، التحرير، المراسلة الإعلامية"، على أن يكون عمله الإعلامي مهنته الوحيدة، وأن يكون لديه عقد برقم تأميني، كما يُقيد المتقدم لطلب العضوية الذي لم يمض سنتين في أحد التخصصات الخمسة سابقة الذكر، في جدول تحت التمرين وفقاً لنصوص القانون، وفيما يشترط على جميع المتقدمين لطلب العضوية الإقرار بمسؤوليتهم عن صحة المستندات المقدمة منهم. ونبين في مبحثنا هذا كيف حرم قرار الجمعية التأسيسية لنقابة الإعلاميين بتحديد ضوابط القيد بعض التخصصات من نيل عضوية النقابة، وكيف اشترطت الجمعية التأسيسية للنقابة شروطاً عجيبية لعضوية النقابة تدل على عدم تفهم الجمعية التأسيسية للنقابة لوضع العمل الإعلامي حالياً، كما نبين موقف عدة إعلاميين من قرار الجمعية التأسيسية للنقابة.

المطلب الأول:

قرار الجمعية التأسيسية حرم بعض التخصصات الإعلامية من القيد بالنقابة

حددت المادة الأولى من قانون نقابة الإعلاميين التخصصات التي يطلق على من يمارسها لفظ "إعلامي" كالآتي: "...تقديم البرامج والإخراج والإعداد والتحرير والمراسلة الإعلامية وغيرها من المجالات التي يصدر بتحديددها قرار من الجمعية العمومية"، غير أن قرار اللجنة التأسيسية لم يضيف على هذه المجالات الخمسة شيئاً، وبالتالي فلا يحق للمصور ولا المترجم ولا المراجع ولا الرسام ولا المصمم ولا المحرر الخطاط ولا مسؤول التواصل الاجتماعي social media القيد بالنقابة، وإنني أتعجب كيف لم يضم القانون ولا قرار الجمعية التأسيسية للنقابة هذه الفئات رغم أن أعضاء الجمعية التأسيسية وأعضاء مجلس النواب الذي أصدر القانون من المعاصرين العالمين بوضع الإعلام حالياً وبأن هذه الفئات التي لم تدرج تعد عصب العمل في وسائل الإعلام حالياً، وأزداد عجباً حين أرى القانون رقم 76 لسنة 1970

¹https://www.facebook.com/permalink.php?story_fbid=2018599185128165&id=1796723490649070

بإنشاء نقابة الصحفيين رغم قدمه ومرور قرابة نصف قرن على صدوره إلا إنه أدرج هذه الفئات من العاملين بالصحف ضمن من لهم حق عضوية نقابة الصحفيين؛ فتنص المادة 6 من القانون رقم 76 لسنة 1970 بإنشاء نقابة الصحفيين على: "يعتبر صحفياً مشغلاً...: (ب) المحرر المترجم والمحرر المراجع والمحرر الرسام والمحرر المصور والمحرر الخطاط...".

المطلب الثاني:

اشتراط وجود عقد عمل للقيد بنقابة الإعلاميين دليل على عدم فهم النقابة لطبيعة عمل الإعلامي

قرار الجمعية التأسيسية للنقابة اشترط ضمن أوراق القيد أن يكون لدى المتقدم عقد عمل بوسيلة إعلامية وأن يكون مؤمناً عليه، وإنني أتعجب مرة أخرى من اشتراط الجمعية التأسيسية ذلك رغم أن أعضاءها من المعاصرين العالمين بوضع الإعلام حالياً وبأن من يملك عقد عمل مع وسيلة إعلامية هو فقط من يعمل بوسيلة إعلامية مملوكة للحكومة، أما العاملون في وسائل إعلامية خاصة فلا يحدث معهم ذلك إلا نادراً جداً بل إن عملهم يكاد يكون عملاً حراً؛ لأن معظم القنوات الفضائية الخاصة تعمل بنظام بيع ساعات البث وتقوم شركة إنتاج إعلامي بشراء هذه الساعات مقابل مبلغ معين والاتفاق مع إعلاميين من تخصصات عدة لتنفيذ برنامج أو عمل إعلامي يبث خلال هذه الساعات، وتقوم هذه الشركة أيضاً بالاتفاق مع المعلنين أصحاب الإعلانات التي تبث في أثناء تلك الساعات؛ إذن فحتى ولو كانت تحرر عقود مقابل تنفيذ العملية سالفة الذكر فسيكون العقد المحرر عقد تنفيذ مشروع لا عقد عمل ولا يكون هناك تأمين على الإعلامي.

وما يزيديني عجباً أن اللجنة التأسيسية لنقابة الإعلاميين اجتمعت في 5 تموز/ يوليو 2017م برئاسة حمدي الكنيسي نقيب الإعلاميين، الذي أكد أن النقابة مراعاة لظروف الزملاء الإعلاميين ممن يعلمون دون أن يحصلوا على عقود، ناقشت تطبيق المادة الأولى من قانون النقابة والخاصة بالرابطة القانونية التي تثبت ممارسة الإعلامي للمهنة "إذاعية أو تلفزيونية"، وذلك بعد ملاحظة أن عدد من الإعلاميين بالقنوات والإذاعات الخاصة لا يملكون عقوداً مع هذه الوسائل الإعلامية، واستمعت اللجنة للتفسير القانوني من المستشار الدكتور محمد الدمرداش، والذي أكد أن الرابطة القانونية بين الإعلامي والوسيلة الإعلامية المنصوص عليها في قانون النقابة وطبقاً لقانون العمل المصري، يمكن إثباتها بعدة أشكال منها: العقود بين الطرفين أو المواد الإعلامية التي تثبت مشاركته بالعمل الإعلامي أو تكليفات العمل أو كشوف المرتبات بشكل منتظم وأشكال أخرى كثيرة، وأن قانون إنشاء النقابة أعطى اللجنة التأسيسية الحق في تحديد الضوابط التي تتأكد بها من ممارسة الإعلامي للمهنة¹.

وما يجعلنا نتعجب أكثر وأكثر هو إصدار المجلس الأعلى لتنظيم الإعلام قراراً خاصاً بتنظيم تأجير الوقت ونقل ملكيته في القنوات الفضائية في 7 آب/ أغسطس 2018م، وألزم القرار المؤسسات الإعلامية الرغبة في تأجير أو منح أو نقل ملكية أو التنازل عن جزء من وقت بث الوسيلة الإعلامية التي تُديرها للغير - أيا كان مسمى الاتفاق - أن تتقدم بطلب إلى المجلس الأعلى لتنظيم الإعلام لأخذ موافقته قبل توقيع الاتفاق¹، ونرى أن هذا يُعد اعترافاً ضمنياً من المجلس الأعلى لتنظيم الإعلام بأن معظم القنوات الفضائية الخاصة تعمل بنظام بيع ساعات البث والاتفاق مع إعلاميين من تخصصات عدة لتنفيذ برنامج أو عمل إعلامي يبيث خلال هذه الساعات لا بنظام عقود العمل.

نعلم أن النقابة اشترطت ذلك لحرصها على كون عضو النقابة إعلامياً فعلياً لا صورياً؛ ولكن يمكن إثبات ذلك بطرق عدة فبعد أن وضعنا مسبقاً أن الإعلام حالياً أصبح مهنة شبه حرة نوضح كيف تعاملت نقابة المحامين مع المحاماة كمهنة حرة للحرص على كون عضو النقابة محامياً فعلياً لا صورياً؛ فقد اشترطت لتجديد بطاقة العضوية كل عام إحضار عدة أدلة اشتغال رسمية كصور رسمية لصحف الدعاوى أو محاضر الجلسات مثبت بها اسم المحامي وبرنت تأمينات لإثبات أن المحامي غير مؤمن عليه كعامل بأية مؤسسة خاصة، وشهادة تحركات لإثبات أن سفره لخارج مصر كان لسبب غير العمل بمهنة أخرى إذا كان قد سافر²، وأرى أن الصواب أن تنتهج نقابة الإعلاميين ذلك النهج وأن تكون أدلة الاشتغال بالنسبة للإعلامي هي أرشيفه الإعلامي وشهادة بتصاريح دخوله مدينة الإنتاج الإعلامي مثلاً وشهادة من إدارة القناة المنفذ بها العمل الإعلامي، وقد اقترحت غرفة صناعة الإعلام المرئي والمسموع في ملاحظاتها المحدثه في 8 تموز/ يونيو 2017م حول مشروع قانون تنظيم الصحافة والإعلام التي أرسلتها لمجلس النواب إضافة تكملة لتعريف كل من الصحفي والإعلامي الواردين بالمادة الأولى من مشروع قانون تنظيم الصحافة والإعلام وهي: "أو الحاصل على ترخيص مؤقت بالعمل من نقابة الصحفيين و/ أو نقابة الإعلاميين، ويجوز لأي عضو من أعضاء نقابتي الصحفيين والإعلاميين أو المرخص لهم مؤقتاً بممارسة

¹ "الأعلى للإعلام" يصدر قراراً لتنظيم تأجير الوقت ونقل ملكيته في الفضائيات، محمد السيد، اليوم السابع، 7 أغسطس 2018م.

² الأوراق المطلوبة لتجديد عضوية نقابة المحامين 2018، أحمد متولي، صوت الأمة، السبت 23 ديسمبر 2017م.

المهنة العمل في الصحف والوسائل الإعلامية"، ورأت الغرفة أن سبب هذه الإضافة أن أغلبية مقدمي البرامج والمعدّين هم من أعضاء نقابة الصحفيين ويلزم وضع آلية قانونية لتلافي هذا الأمر¹.

المطلب الثالث:

الإجراءات القانونية المتخذة حتى الآن تجاه قرارات النقابة

تظلم عدة إعلاميين من قرار النقابة السلبي بالامتناع عن إدراج فئات: "المصور والمترجم والمراجع والرسام والمصمم والمحرر الخطاط ومسؤول التواصل الاجتماعي social media" ضمن من لهم حق القيد بالنقابة، ومن قرار النقابة السلبي بالامتناع عن قبول وسائل إثبات بديلة لعقد العمل ضمن الأوراق المطلوبة للقيد، وجاري اتخاذ إجراءات الطعن على قرارات النقابة.

كما تقدم بعض الإعلاميين ممن لا يملكون عقد عمل بأوراقهم للقيد بالنقابة وفي انتظار قرار رفض قيدهم للطعن عليه أمام القضاء الإداري.

المبحث الرابع:

عدم وجود تشريع يعاقب غير الموظفين العموميين على عدم تنفيذ الأحكام القضائية

رغم نص المادة 100 من الدستور على: "تصدر الأحكام وتنفذ باسم الشعب، وتكفل الدولة وسائل تنفيذها..."، إلا إن المشرع الجنائي المصري اقتصر في تناوله إشكالية الامتناع عن تنفيذ الأحكام القضائية على امتناع الموظفين العموميين فقط؛ فتتص المادة 123 من قانون العقوبات على: "يعاقب بالحبس والعزل كل موظف عمومي استعمل سلطة وظيفته في وقف تنفيذ الأوامر الصادرة من الحكومة أو أحكام القوانين واللوائح أو تأخير تحصيل الأموال والرسوم أو وقف تنفيذ حكم أو أمر صادر من المحكمة أو من أية جهة مختصة"، بينما لم يُعد امتناع غير الموظف العام عن تنفيذ حكم قضائي جريمة جنائية ولم يضع عقوبة جنائية مثيلة على من يمتنع عن تنفيذ حكم قضائي من غير الموظفين العموميين.

لكن المشرع تقديراً لضرورة حصول بعض الفئات على حقوقها اعتبر الامتناع عن تنفيذ بعض الأحكام القضائية جريمة جنائية ووضع في بعض التشريعات الخاصة عقوبات على بعض جرائم عدم تنفيذ الأحكام القضائية النهائية مثل وضعه عقوبة الحبس على من يمتنع عن تنفيذ الحكم النهائي الصادر ضده في

¹ الملاحظات المحدثّة لغرفة صناعة الإعلام المرئي والمسموع في 8 يونيو 2017م المرسلّة لمجلس النواب برقم صادر 48 في ذات التاريخ، ص2.

دعاوى النفقات والأجور وما في حكمها متى ثبت أن المحكوم عليه قادر على القيام بأداء ما حكم به¹، وقد كفل هذا التقنين حصول كثير من الزوجات والأطفال على النفقات المحكوم لهم بها، وأيضاً اعتبر المشرع الجنائي المصري الامتناع عن تسليم أي الوالدين أو الجدين ولده الصغير أو ولد ولده إلى من له الحق في طلبه بناءً على قرار من جهة القضاء صادر بشأن حضانته أو حفظه، وكذلك أي الوالدين أو الجدين خطفه بنفسه أو بواسطة غيره ممن لهم بمقتضى قرار من جهة القضاء حق حضانته أو حفظه ولو كان ذلك بغير تحايل أو إكراه، ووضع المشرع عقوبة الحبس مدة لا تتجاوز سنة أو الغرامة التي لا تزيد على خمسمائة جنيه على هذه الجريمة²، كما كفل المشرع المصري ضمناً تنفيذ أحكام الفرز والتجنيب وأحكام الريع والتسليم في التركات وعاقب الممتنع عن تسليم أحد الورثة نصيبه بالحبس مدة لا تقل عن ستة أشهر، وبغرامة لا تقل عن عشرين ألف جنيه، ولا تتجاوز مائة ألف جنيه، أو بإحدى هاتين العقوبتين³.

وإننا نرى وجود حقوق ضرورية لبعض الفئات كان يجب على المشرع الجنائي أن يحمي تنفيذ الأحكام القضائية الصادرة بخصوصها كالأحكام الخاصة بحقوق العمال الصادرة من المحاكم العمالية، والأحكام الخاصة بالنقابات الصادرة من محاكم القضاء الإداري؛ فكثيراً ما حصل صحفيون على أحكام من هذا القبيل

¹ مادة 76 مكرر من القانون رقم 1 لسنة 2000 م بإصدار قانون تنظيم بعض أوضاع وإجراءات التقاضي في مسائل الأحوال الشخصية: "إذا امتنع المحكوم عليه عن تنفيذ الحكم النهائي الصادر في دعاوى النفقات والأجور وما في حكمها جاز للمحكوم له أن يرفع الأمر إلى المحكمة التي أصدرت الحكم أو التي يجرى التنفيذ بدائرتها، ومتى ثبت لديها أن المحكوم عليه قادر على القيام بأداء ما حكم به وأمرته بالأداء ولم يمتثل حكمت بحبسه مدة لا تزيد عن ثلاثين يوماً".

² مادة ٢٩٢ من قانون العقوبات: "يعاقب بالحبس مدة لا تتجاوز سنة أو بغرامة لا تزيد على خمسمائة جنيه أي الوالدين أو الجدين لم يسلم ولده الصغير أو ولد ولده إلى من له الحق في طلبه بناءً على قرار من جهة القضاء صادر بشأن حضانته أو حفظه، وكذلك أي الوالدين أو الجدين خطفه بنفسه أو بواسطة غيره ممن لهم بمقتضى قرار من جهة القضاء حق حضانته أو حفظه ولو كان ذلك بغير تحايل أو إكراه".

³ مادة 49 من القانون رقم 77 لسنة 1943 بشأن المواريث المضافة بالقانون رقم 219 لسنة 2017: "مع عدم الإخلال بأي عقوبة أشد ينص عليها أي قانون آخر، يعاقب بالحبس مدة لا تقل عن ستة أشهر، وبغرامة لا تقل عن عشرين ألف جنيه، ولا تتجاوز مائة ألف جنيه، أو بإحدى هاتين العقوبتين، كل من امتنع عمداً عن تسليم أحد الورثة نصيبه الشرعي من الميراث، أو حجب سناً يؤكد نصيباً لوارث، أو امتنع عن تسليم ذلك السند حال طلبه من أي من الورثة الشرعيين. وتكون العقوبة في حالة العود الحبس الذي لا تقل مدته عن سنة".

ويجوز الصلح في الجرائم المنصوص عليها في هذه المادة في أي حالة تكون عليها الدعوى، ولو بعد صيرورة الحكم باتاً. ولكل من المجني عليه أو وكيله الخاص، ولورثته أو وكيلهم الخاص، وكذلك للمتهم أو المحكوم عليه أو وكيلهما الخاص، إثبات الصلح في هذه الجرائم أمام النيابة أو المحكمة، حسب الأحوال.

ويتربط على الصلح انقضاء الدعوى الجنائية، ولو كانت مرفوعة بطريق الادعاء المباشر، وتأمّر النيابة العامة بوقف تنفيذ العقوبة إذا تم الصلح أثناء تنفيذها، ولا يكون للصلح أثر على حقوق المضرور من الجريمة".

ولم يستطيعوا تنفيذها بسبب الفراغ التشريعي سالف الذكر؛ ومن أهم الأحكام التي لم تنفذ لهذا السبب حكم نهائي صدر لصالح "مصطفى عبيدو" الصحفي بصحيفة الجمهورية بتاريخ 2015/1/6م في القضية رقم 17/1831 ق دائرة 135 عمال بمحكمة استئناف القاهرة بإلزام رئيس مجلس إدارة مؤسسة دار التحرير "الجمهورية" بصفته باحتساب مدة التدريب التي قضاها في أقدميته مع ما يترتب على ذلك من آثار وفروق مالية، ولما لم ينفذ المحكوم ضده الحكم رفع "عبيدو" جنحة مباشرة ضد الأخير بشخصه مطالباً عقابه على جريمة الامتناع عن تنفيذ حكم قضائي المؤقتة بالمادة 123 من قانون العقوبات ولكن لم تقبل دعواه نظراً لعدم اعتبار المشرع رؤساء مجالس إدارة المؤسسات الصحفية موظفين عموميين بما فيهم رؤساء مجالس إدارة الصحف القومية؛ لأنه يرى أنها مؤسسات خاصة مملوكة ملكية خاصة للدولة¹، وبذلك لم يستطع تنفيذ الحكم بضم مدة التدريب، ولم يكن أمامه سوى اللجوء للقضاء المدني للمطالبة بالآثار المالية المترتبة على هذا الحكم.

وأيضاً من الأحكام النهائية التي لم يستطع بعض الصحفيين تنفيذها بسبب الفراغ التشريعي سالف الذكر حصول "محمد السيد" على حكم من محكمة القضاء الإداري بقيده بنقابة الصحفيين وامتنعت النقابة عن تنفيذ الحكم فرفع جنحة عدم تنفيذ حكم قضائي المؤقتة بالمادة 123 من قانون العقوبات ضد "مكرم محمد أحمد" - نقيب الصحفيين آنذاك - وقضى فيها ببراءة الأخير بسبب أن النقيب ليس موظفاً عاماً وبالتالي لا ينطبق عليه نص المادة 123 من قانون العقوبات²، وإننا نرى أن عدم اعتبار نقيب الصحفيين موظفاً عاماً لا يوافق صحيح القانون، لأننا نرى نقيب الصحفيين أو نقيب المحامين أو نقيب أية نقابة مهنية

¹ "إن المؤسسات الصحفية القومية لا تعدو أن تكون مؤسسات خاصة تملكها الدولة ويمارس حقوق الملكية عليها مجلس الشورى، وهي وإن اعتبرت مؤسسات عامة - حكماً لا فعلاً - في الأحوال المستثناة المنصوص عليها في القانون على سبيل الحصر - إلا إن هذا الاستثناء لا يجعل منها مؤسسات عامة بتعريفها ومعناها ولا يجوز القياس عليه أو التوسع في تفسيره. لما كان ذلك وكان نطاق تطبيق المادة 123 من قانون العقوبات مقصوراً - وفق صريح نصها في فقرتها - على الموظف العام كما هو معرف به في القانون - دون من في حكمه - فلا يدخل في هذا النطاق بالتالي العاملون بالمؤسسات الخاصة المعتبرة في حكم المؤسسات العامة لما هو مقرر من أن الموظف العام هو من يعهد إليه بعمل دائم في خدمة مرفق عام تديره الدولة أو أحد أشخاص القانون العام عن طريق شغله منصباً يدخل في التنظيم الإداري لذلك المرفق، وكان رؤساء مجالس إدارة المؤسسات الصحفية القومية المملوكة ملكية خاصة للدولة - وكون هذه المؤسسات بمنأى عن الخضوع للجهاز الإداري - شأنهم شأن العاملين بها ليسوا في عداد الموظفين العامين الذين يحكمهم ذلك النص، وكان تعيينهم من مجلس الشورى لا يسبغ عليهم هذه الصفة كما لا يتصف بها أحدهم لمجرد إقراره بتوافرها فيه مادام المرجع في تعريفها إلى القانون وحده". (الطعن رقم 3164 لسنة 55 جلسة 29/10/1987 س 38 ع 2 ص 908).

² براءة نقيب الصحفيين ووكيله من تهمة عدم تنفيذ حكم قضائي، أ.ش.أ، اليوم السابع، 5 سبتمبر 2010م.

في حكم الموظف العام؛ حيث تقرر محكمه النقض بجلسة 1981/2/9 في الطعن رقم 2125 لسنة 50ق: "الموظف العام هو الذي يعهد إليه بعمل دائم في خدمة مرفق عام تديره الدولة أو أحد أشخاص القانون العام عن طريق شغله منصباً يدخل في التنظيم الإداري لذلك المرفق"، وتقرر المحكمة الدستورية العليا في الطعن رقم 6 لسنة 15ق دستورية جلسة 1995/4/15: "الأصل في النقابات المهنية هي أنها تُعد من أشخاص القانون العام التي تتولى تنظيم شؤون المهنة"، وتقرر المحكمة الإدارية العليا في الطعن رقم 801 لسنة 8 ق بجلسة 1966/3/27: "إن تنظيم المهن الحرة كالتب والمحاماة والهندسة يدخل أصلاً في صميم اختصاص الدولة بحسبانها قوامة على المرافق العامة وتخليها عن هذا لأعضاء المهنة أنفسهم وتخويلهم نصيباً في السلطة العامة لتأدية رسالتهم تحت إشرافها، فإن ذلك لا يغير من التكييف القانوني لهذه المهن بوصفها مرافق عامة"، ومن ثم فهي من أشخاص القانون العام".

الخاتمة:

أولاً: النتائج

- 1- رغم تقنين القانون المصري لحق الإعلامي في التغطية إلا إنه لم يضع عقوبة على منع الإعلامي من ممارسة هذا الحق، وبذلك أصبح هذا الحق معدوم القيمة وأخل بالحماية الإجرائية للإعلاميين وأعاق كثيراً منهم عن ممارسة عملهم، واستغل هذه الثغرة بعض المسؤولين في منع كثير من الإعلاميين من تغطية المؤتمرات والاجتماعات العامة الخاصة بعملهم عقب كشف هؤلاء الإعلاميين فسادهم من قبل، ولم يسع مشروع قانون تنظيم الصحافة والإعلام والمجلس الأعلى لتنظيم الإعلام لسد هذا الفراغ التشريعي رغم اقتراح جهات عدة سد هذه الثغرة في مشروع القانون سالف الذكر.
- 2- القانون رقم 180 لسنة 2018م بإصدار قانون تنظيم الصحافة والإعلام والمجلس الأعلى لتنظيم الإعلام الجديد اعترف بصحفي المواقع الإلكترونية وقن أوضاعهم لكنه لم يضع حلاً لصحفي الصحف المرخصة ترخيصاً أجنياً التي لا مقر لها بالخارج واستمر في عدم الاعتراف بهم وعدم منحهم صفة صحفي؛ لأنه لا يعترف بالصحف المرخصة ترخيصاً أجنياً التي لا مقر لها بالخارج كمؤسسات صحفية وذلك لسهولة ترخيصها، وافتقارها للضوابط الكافية لاعتبارها مؤسسات صحفية وسهولة صوريته بعكس الصحف المرخصة من المجلس الأعلى لتنظيم الإعلام التي يشترط لترخيصها ضوابط كافية لضمان جدية عملها وضمان عدم صوريته، وبالعكس الصحف المرخصة ترخيصاً أجنياً التي لا مقر لها بالخارج أيضاً؛ لأن القانون المصري يشترط لمنح ترخيص لممثليها في مصر تقديم مجموعة من الأوراق تثبت صحة وجود كيان الصحيفة بالخارج وفق الضوابط المشتركة في دولتها وعمل ممثليها بمصر بها فعلياً.

وعدم اعتراف القانون المصري بصحفيي الصحف المرخصة ترخيصاً أجنبياً التي لا مقر لها بالخارج يعدم الحماية الإجرائية لهم ويعوقهم عن ممارسة عملهم وتلاحقهم تهمة انتحال صفة صحفي.

3- حرم قرار الجمعية التأسيسية لنقابة الإعلاميين بتحديد ضوابط القيد بعض التخصصات من نيل عضوية النقابة؛ فرغم بيان المادة الأولى من قانون نقابة الإعلاميين ضمن التخصصات التي يطلق على من يمارسها لفظ "إعلامي" التخصصات الآتية: "...تقديم البرامج والإخراج والإعداد والتحرير والمراسلة الإعلامية وغيرها من المجالات التي يصدر بتحديد لها قرار من الجمعية العمومية"، إلا إن قرار اللجنة التأسيسية للنقابة لم يضيف على المجالات الخمسة المذكورة شيئاً، وبالتالي فلا يحق للمصور ولا المترجم ولا المراجع ولا الرسام ولا المصمم ولا المحرر الخطأ ولا مسؤول التواصل الاجتماعي social media القيد بالنقابة.

كما اشترطت الجمعية التأسيسية للنقابة شروطاً عجيبة لعضوية النقابة وهو وجود عقد عمل بين طالب القيد والمؤسسة التي يعمل بها وبرنت تأمينات، وهذا يدل على عدم تفهم الجمعية التأسيسية للنقابة لوضع العمل الإعلامي حالياً الذي يشبه تماماً العمل الحر بلا عقد عمل ولا تأمينات، رغم أن اللجنة كانت قد ناقشت في اجتماع سابق لها على وضع شروط القيد تطبيق المادة الأولى من قانون النقابة الخاصة بالرابطة القانونية التي تثبت ممارسة الإعلامي للمهنة "إذاعية أو تلفزيونية"، مراعاة لظروف الزملاء الإعلاميين ممن يعلمون دون أن يحصلوا على عقود، وذلك بعد ملاحظة أن عدد من الإعلاميين بالقنوات والإذاعات الخاصة لا يملكون عقوداً مع هذه الوسائل الإعلامية، واستمعت اللجنة للتفسير القانوني من المستشار الدكتور محمد الدمرداش، الذي أكد أن الرابطة القانونية بين الإعلامي والوسيلة الإعلامية المنصوص عليها في قانون النقابة وطبقاً لقانون العمل المصري، يمكن إثباتها بعدة أشكال منها العقود بين الطرفين أو المواد الإعلامية التي تثبت مشاركته بالعمل الإعلامي أو تكاليفات العمل أو كشوف المرتبات بشكل منتظم وأشكال أخرى كثيرة، وأن قانون إنشاء النقابة أعطى اللجنة التأسيسية الحق في تحديد الضوابط التي تتأكد بها من ممارسة الإعلامي للمهنة.

وهذا يعوق الاعتراف القانوني بالإعلاميين العاملين بوسائل الإعلام الخاصة وبالتالي يعدم الحماية الإجرائية لهم.

وقد استاء كثير من الإعلاميين من قرار الجمعية التأسيسية للنقابة وقام بعضهم بالطعن عليه قضائياً.

4- اقتصر المشرع الجنائي المصري في تناوله إشكالية الامتناع عن تنفيذ الأحكام القضائية على امتناع الموظفين العموميين فقط، وعد استعمالهم سلطاتهم في الامتناع عن تنفيذها جريمة جنائية ووضع عقوبة لها، بينما لم يُعد امتناع غير الموظف العام عن تنفيذ حكم قضائي جريمة جنائية ولم يضع عقوبة جنائية

مثيلة على من يمتنع عن تنفيذ حكم قضائي من غير الموظفين العموميين، لكن المشرع تقنياً لضرورة حصول بعض الفئات على حقوقها اعتبر الامتناع عن تنفيذ بعض الأحكام القضائية جريمة جنائية ووضع في بعض التشريعات الخاصة عقوبات على بعض جرائم عدم تنفيذ الأحكام القضائية النهائية، ولكن هذه الحالات لم تشمل أي شيء يتعلق بالصحفيين ولا الإعلاميين، وقد حصل كثير من الصحفيين والإعلاميين على أحكام نهائية لصالحهم من المحاكم العمالية ومحاكم القضاء الإداري ولم يستطيعوا تنفيذها للسبب سالف الذكر، ونرى هذا فراغاً تشريعياً يُعد إخلالاً بالحماية الإجرائية لهم.

ثانياً: التوصيات

- 1- تشريع عقوبة على منع الإعلامي من ممارسة حقه في التغطية الإعلامية في مشروع قانون تنظيم الصحافة والإعلام والمجلس الأعلى لتنظيم الإعلام.
- 2- تحديد وضع قانوني واضح للصحف التي تصدر في مصر بترخيص أجنبي دون أن يكون لها مقر في الخارج، وذلك إما بتشريع ضوابط لاستمرار صدورها تمهيداً لاعتراف القانون بالصحفيين العاملين بها، وإما بمنع صدورهم نهائياً حماية لصحافييها من الملاحقة القضائية بتهمة انتحال صفة صحفي.
- 3- تعديل قرار الجمعية التأسيسية لنقابة الإعلاميين الذي لم يمنح حق القيد بالنقابة للمصور ولا للمترجم ولا للمراجع ولا للرسم ولا للمصمم ولا للمحرر الخطاط ولا لمسؤول التواصل الاجتماعي social media، ووضع سياسة بديلة لعقد العمل وبرنت التأمينات لإثبات اشتغال طالب القيد بالإعلام كتقديم شهادة بتصاريح دخوله مدينة الإنتاج الإعلامي مثلاً، وشهادة من إدارة القناة المنفذ بها العمل الإعلامي.
- 4- تشريع عقوبة على كل من يستغل سلطاته في الامتناع عن تنفيذ حكم قضائي صادر من المحاكم العمالية أو حكم صادر من مجلس الدولة متعلق بالحقوق النقابية بصرف النظر عن كونه أو عدم كونه موظفاً عاماً.

قائمة المصادر والمراجع

- المواد المقيدة لحرية التعبير بالقوانين المصرية - تعديلات مقترحة، الشبكة العربية لمعلومات حقوق الإنسان، القاهرة، 2013م.
- موسوعة تشريعات الصحافة، حسام فاضل حشيش، مركز هشام مبارك للقانون، القاهرة، 2010م، ط1.
- الشامل في جرائم النشر فقهاً وقضاءً، المستشار/ صبري محمود الراعي وأ. رضا السيد عبد العاطي، شركة ناس للطباعة، القاهرة، 2012م، ط1.
- الجرائم التعبيرية جرائم الصحافة والنشر، عبد الحميد الشواربي، دار الكتب والدراسات العربية، القاهرة، 2017م.
- المسؤولية القانونية والأخلاقية للصحفي، فتحي حسين عامر، العربي للنشر والتوزيع، القاهرة، 2014م.
- الموسوعة الجنائية الشاملة في القيود والأوصاف والعقوبات، د. محمد علي سكيكر، نادي القضاة، القاهرة، 2018م، ط10.
- شرح قانون العقوبات، د.محمود نجيب حسني، نادي القضاة، القاهرة، 2018م، ط5.
- تقرير اللجنة المشتركة من لجنة الإعلام والثقافة والآثار، ومكتبي لجنتي الشؤون الدستورية والتشريعية والخطة والموازنة بمجلس النواب عن مشروع قانون مقدم من الحكومة بشأن إصدار قانون تنظيم الصحافة والإعلام، الفصل التشريعي الأول، دور الانعقاد العادي الثالث، يونيو 2018م.
- ملاحظات مجلس نقابة الصحفيين على مشروع قانون تنظيم الصحافة والإعلام، المرسلة للسيد رئيس لجنة الثقافة والإعلام بمجلس النواب بتاريخ 22 يونيو 2017م.
- الملاحظات المحدثه في 8 يونيو 2017م لغرفة صناعة الإعلام حول مشروع قانون تنظيم الصحافة والإعلام، المرسلة إلى رئيس لجنة الثقافة والإعلام والآثار بمجلس النواب برقم صادر 48 بتاريخ 8 يونيو 2017م.
- التقرير ربع السنوي الثاني لحالة حرية التعبير في مصر (الربع الثاني أبريل : يونيو 2018)، مؤسسة حرية الفكر والتعبير، القاهرة، يونيو 2018م.
- المرصد المصري يتقدم ببلاغ ضد نائب رئيس النادي المصري ببورسعيد، موقع المرصد المصري للصحافة والإعلام، 14 يوليو 2018م.
- صحافة مصرية في المنفى! إصدار صحيفة من قبرص لا يستغرق أسبوعاً شاملاً تصاريح الطباعة في مصر، سيد علي، الأهرام، 2001/7/17م.
- «الأعلى للصحافة» يوقف ترخيص جريدة البديل، مينا غالي، المصري اليوم، 2017/3/20م.

- ننشر نموذج عقد الصحفيين الجديد قبل تعميمه على الصحف.. و1200 جنيه الحد الأدنى للمرتب، عبد الوكيل أبو القاسم، صدى البلد، 24 أكتوبر 2015م.
- بالأرقام| بعد تنقية الجداول، استبعاد أكثر من 167 ألف محام في عام واحد، إسراء سليمان، الوطن، 2017/9/10م.
- "الأعلى للإعلام" يُصدر قراراً لتنظيم تأجير الوقت ونقل ملكيته في الفضائيات، محمد السيد، اليوم السابع، 7 أغسطس 2018م.
- الأوراق المطلوبة لتجديد عضوية نقابة المحامين 2018، أحمد متولي، صوت الأمة، السبت 23 ديسمبر 2017م.
- براءة نقيب الصحفيين ووكيله من تهمة عدم تنفيذ حكم قضائي، أ.ش.أ، اليوم السابع، 5 سبتمبر 2010م.

قاعدة تجنب عدم دستورية القوانين

The Rule of Avoiding the Unconstitutionality of Laws

المحامي علي خليل برهان، ماجستير قانون عام، العراق.

المحامي رسول جمعة خلف، ماجستير قانون عام، العراق.

mmonlight4@gmail.com

DOI: <https://doi.org/10.70411/MJLS.1.1.20236>

الملخص:

تعد قاعدة عدم التجنب من القواعد المهمة في القضاء الدستوري، والتي في ضوئها يقوم القاضي بإعطاء تفسير ينقذ النص من عدم دستوريته، بشرط أن تدعم لغة النص ذلك التفسير، فمن غير الممكن أن نعطي تفسيراً للنص غير موجود أصلاً ضمن طيات حروفه، إذ تعد تلك عملية تشريعية بحته وليس تفسيراً. ورغم أن القضاء الدستوري قد أقر هذه القاعدة في الكثير من القرارات وخصوصاً المحكمة العليا في الولايات المتحدة الأمريكية، إلا أنهم يرون بضرورة أن يكون اللجوء إلى هذه القاعدة في الحالات الحساسة والحرجة (الاعتبارات العملية) التي تلقي بضلالها أحياناً على المحكمة وتجعل استخدام هذه القاعدة أمراً لا مفر منه وعليه التجأ الباحث إلى البحث في مفهوم قاعدة تجنب عدم دستورية القوانين وموقف الفقه منها وأهم التطبيقات القضائية عليها. **الكلمات المفتاحية:** قانون دستوري، تجنب عدم الدستورية، الفصل بين السلطات.

Abstract :

The rule of avoiding the unconstitutionality of laws considered one of the important rules in the constitutional judiciary, according to which the judge gives an explanation that saves the text from its unconstitutionality provided that the language of the text supports that interpretation. It is not possible to give an explanation of the text that does not already exist within the folds of its letters, as these are considered a purely legislative process, not an explanation.

Although the constitutional judiciary has approved this rule in many decisions, especially the Supreme Court in the United States of America, but they believe that resorting to this rule should be in sensitive and critical cases (practical considerations) that sometimes mislead the court and makes it inevitable to use this rule. Therefore, the researcher resorted to research in the concept of the rule of avoiding the unconstitutionality of laws and the position of jurisprudence on them and the most important judicial applications on them.

Keywords : constitutional law, avoidance of unconstitutionality, separation of powers.

المقدمة

إن أساس قاعدة تجنب عدم الدستورية هي أن على المحاكم محاولة تفسير القوانين بأكثر من تفسير لغرض تقادي عدم دستوريته. فقد كانت المحكمة العليا الأمريكية سباقة في تبني هذه القاعدة ووصفتها بأنها سياسة مستقرة في آليه عملها، فهو مبدأ القديم متمثل في أنه لا ينبغي للمحاكم أن تفسر النص بصورة بسيطة تجعله غير دستوري إذا توفر بعض التفسيرات الأخرى.

وعلى الرغم من رفض الفقهاء لهذه القاعدة بحجة أنها تمكن القضاة من صياغة مبادئ دستورية جديدة دون أن يكون هناك حدود لهم، وتؤدي إلى تفسيرات متعددة للنص القانوني، مما يشجع القضاة على تعديل القوانين، من أجل تجنب عدم دستوريته التي حددها القضاة، إلا أن هذه العقيدة مورست من قبل المحاكم الدستورية.

من المعلوم أن النظريات التفسيرية كثيرة ومتعددة وأن قواعده متشعبة فهي تعتمد على وجهات نظر لمعرفة الطريقة الأسلم في التفسير، ومعرفة هدفه فالنظرية النصية تعد أن معنى النص هو الدليل على هذه هدفه. في حين يرى غيرهم أن غاية المشرع النبيلة، هي الدليل على هدفه التي من الممكن التعرف عليها خلال لغة النص القانوني ذاته واللجوء إلى محاضر كتابة القانون وتقارير اللجان. ورغم الخلاف الدائر بينهم إلا أنهم متفقون على وجوب أن تطبق المحاكم المبادئ التي تكون دليل على غاية المشرع. فإذا كان تفسير النص بصورة تجعله معرضاً لعدم الدستورية، فعلى المحكمة أن تجد تفسيراً آخر من شأنه أن يجنب النص هذه الخطورة.

كما أن الهيئة تشريع القوانين ضمن الحدود الدستورية، وهذه الحدود لا تستطيع المحاكم بكل الأحوال التعرف عليها كي تثبت بالأمر. فإن السلطة التشريعية تستخدم كافة الوسائل المتاحة لغرض تحقيق المنفعة العامة. عندما لا يكون هناك دليل معقول على المعنى المقصود لنص معين، فعلى المحكمة افتراض غاية المشرع وتجنب النص مع الحفاظ على الحدود الحرفية للنص وعدم تجاوزها

تتجلى أهمية هذا البحث في تجنب النصوص القانونية مغبة عدم دستوريته وذلك بإعطاء تفسير مواز للتفسير الذي يجعل النص غير دستوري، إذ يؤدي التفسير المضاد دوراً فعالاً في تطبيق النص بصورة نموذجية، وهنا تلعب غاية المشرع دوراً بارزاً في تحديد مضمون النص. والذي بدوره يعطي حرية للسلطة التشريعية في تشريع عملها، لأن السلطة القضائية ستنتظر إلى النصوص باعتبارها سلطة تهتم للمصلحة العامة.

أما بالنسبة لإشكالية البحث فتكون في اعتماد القاضي على الأدوات التي يستطيع الرجوع إليها من أجل تجنب النص المشكلات الدستورية، ورغم ذلك فلا يجب على القاضي تجاوز الحدود الحرفية للنص وإدخال تعديلات عليه بحجة إنقاذ النص.

إن هنالك تساؤلاً مهماً ورئيساً في بحثنا هذا وهو: ماهي قاعدة تجنبت عدم دستورية النص؟ وما هو أثر غاية المشرع في قاعدة التجنب؟

المطلب الأول

مفهوم قاعدة تجنب عدم دستورية القوانين وموقف الفقه منها

تعني قاعدة تجنب عدم دستورية القوانين أن المحاكم ملزمة باختيار تفسير يجنب النص الدستوري عدم دستوريته. إذ طورت هذا القاعدة من قبل المحاكم الدستورية الأمريكية واستمرت عليها كونها تخدم عمل السلطات الثلاث وتجنبها العديد من المشكلات، ذلك خلال إبقاء المحاكم الدستورية ضمن دورها الصحيح واحترام التفوق التشريعي للسلطة التشريعية، وتجنب المشكلات بين السلطة التشريعية والقضاء الدستوري، وذلك باحترام نصوص المشرع، فالنص القانوني من المحتمل أن يحتمل عدة تفسيرات مختلفة، فالقاضي الدستوري ملزم باحترام أكثر التفسيرات منطقية وانسجاماً مع الدستور

فإذا كان النص القانوني التشريعي يحتمل أكثر من تفسير، يعرض أحد هذه التفسيرات النص إلى الحكم بعدم دستوريته، فعلى المحكمة تجنب هذا التفسير وإعطاء تفسير آخر يكون أكثر تناسبا وانسجاماً مع النص الدستوري؛ أي تكون عملية تطويع نص القانون العادي على النص الدستوري. وهذه القاعدة تقلل تأثير القضاء الدستوري على السلطة التشريعية.¹

فطبيعة التقاضي الدستوري ينطوي على التماس السلطة التشريعية بالقضاء الدستوري، الذي ينظر في النص القانوني المشرع من قبل السلطة المختصة، وهذا يتطلب من المحاكم الدستورية احترام النص الذي شرع من قبل هيئة تشريعية. وبدلاً من نقض النص بعدم دستوريته، ترفض المحكمة ذلك، بإعطاء تفسير قانوني للنص ذاته بصورة مجردة، والذي في الغالب يكون بعيداً عما تنبأت به السلطة التشريعية أو قصده.²

¹ إن صحة القانون الصادر من السلطة التشريعية، وحتى إذا أثرت شكوك جدية في عدم دستوريته، فمن الأساسي أن تتأكد هذه المحكمة أولاً من إمكانية تجنبه عدم الدستورية، يمثل هذا المبدأ الوسيلة الأكثر فعالية لتجنب الأسئلة الدستورية.

See Supreme Court Interpretation of Statutes to Avoid Constitutional Decisions, Columbia Law Review, Vol. 53, No. 5 (May, 1953), pp. 633-636. : Columbia Law Review Association, Inc.

² William K. Kelley, Avoiding Constitutional Questions as a Three-Branch Problem, Cornell Law Review, Volume 86, Article 3, Issue 4 May, 2001, p 834.

كما أن مسألة إعطاء تفسير لم تقصده الهيئة التشريعية، يتجاوز المفهوم الدقيق للتفسير، وتصل أحياناً لمسألة تشريع النص من جديد.¹

في كل قضية دستورية يكون هنالك افتراض لدى المحكمة هل أن السلطة التشريعية تجاوزت حدودها أم لا؟

بالنظر إلى الطابع الاستمراري في عمل القضاء الدستوري في الدول الديمقراطية، الذي يتوجب عليها حماية الدستور والحقوق والحريات وعدم تجاوز أي حق أو قاعدة محمية دستورية، فإنها أيضاً تسعى لاحترام الهيئة التشريعية وتقليل التصادمات والتجاذبات بين كلتا السلطتين، واتخاذ القرارات الدستورية بما يقدم الاحترام التقدير الكامل للسلطة التشريعية، باعتبارها الهيئة التي تمثل الشعب وتهدف لتحقيق تطلعاته.²

إن جذور الرقابة على دستورية القوانين ظهرت في قضية ماربوري ضد ماديسون، إذ قال رئيس المحكمة العليا مارشال: إن سلطة الرقابة على دستورية القوانين تمارس وفق افتراض أن الهيئة التشريعية قد تصرفت وفق الدستور، ويجب عدم تفسير النص القانوني بصورة تشير إلى انتهاك النصوص الدستورية³، فيجب أن يكون هناك احترام عالٍ للسلطة التشريعية، مع ضرورة عدم القضاء بدستورية النص القانوني وافتراض أن الهيئة التشريعية، قامت بتشريع دستوري؛ وأن المحكمة بصفتها هيئة غير تمثيلية يجب أن تتجنب زج نفسها في العملية الديمقراطية.⁴

إن النصوص القانونية هي الأداة الفعالة التي تملكها السلطة التشريعية لتنفيذ سياسيتها وتحقيق المصلحة العامة فأصبحت مبادئ التقييد القضائي مهمة للقضاة الذين عارضوا الرقابة على دستورية القوانين، والذين أخذوا بدلاً من ذلك المفاهيم التقليدية للسيادة التشريعية.⁵

ورغم ذلك فإن التاريخ الدستوري يوضح لنا إلغاء القضاء الدستوري للعديد من النصوص الدستورية غير الدستورية.

¹ Antonin Scalia, A Matter of Interpretation, Princeton University Press, 1997, pp80-90.

² Martin v. Hunter's Lessee, 14 U.S. (1 Wheat.) 304, 342 (1816), and see Herb v. Pitcairn, 324 U.S. 117, 127-28 (1945).

³ Shane Mountjoy, Marbury v. Madison, Infobase Publishing, 2007.

⁴ William K. Kelley, Avoiding Constitutional Questions as a Three-Branch Problem, op, cit, pp 337-339.

⁵ Kevin A. Ring, Scalia's Court, Library of Congress, 2016,p, ix, 96.

ويرى بعض الفقهاء إذا كان تفسير النص القانوني يؤدي لإثارة مسألة دستورية جدية وكانت دستورية في الواقع، عندها سيتم تفعيلها؛ أما إذا كان التفسير غير دستوري، فيجب إزالة الجزء غير الدستوري. وأمام المحكمة خياران، إما تبني قراءة أخرى مسموح بها للنص كان ذلك دستورياً، أم لتنفيذ أفضل تفسير.¹

وتمثل قاعدة تجنب عدم الدستورية مبدأ التفوق التشريعي وافترض دستورية القوانين وإعطاء الاحترام الكافي للهيئة التي شرعت النص والتي تتمتع بالحكمة والنزاهة² واحترام أولوية السلطة التشريعية في مجال التشريع، هذه القاعدة هي ليست وسيلة تفسيرية لحل الغموض في النصوص؛ بل هي قاعدة مفترضة لتخليص النص من عدم دستوريته³

كما تؤدي هذه القاعدة إلى الحفاظ على التماسك في النص القانوني وعدم المساس به، لأنها تمثل الوظيفة الديمقراطية وهذه الوظيفة بدورها تسعى للحفاظ على هيكل النصوص القانونية بمجموعها بدلاً من نقض القوانين وتشويه الخيارات التي اتخذها المشرع لغرض حماية المصالح العامة.⁴

وانتقدت هذه القاعدة من قبل الفقه؛ إذ رأى عدد من الفقهاء المبالغة في إعطاء قاعدة التفوق التشريعي هذه الأهمية، لأن العملية التشريعية تمر بمراحل عديدة معقدة، ومن الممكن أن يكون هناك انتهاك لنص الدستور، إذ يكون الطعن بعدم دستوريته أمراً لا مفر منه، فلا يجب تفسير النص بصورة تتعارض مع تاريخه دلالة معانيه لأجل تجنب عدم دستوريته؛ بل يجب أن يكون التفسير معقولاً، فقاعدة التجنب ليست ترخيصاً للقاضي الدستوري لتصحيح اللغة التي شرعتها الهيئة التشريعية⁵، لأن اللغة القانونية قائمة على افتراض أن السلطة التشريعية ينبغي أن تفسر النص وفق سياقه وكلمات لغته، فلا يمكن الافتراض بأن السلطة التشريعية تريد أن تفسر النص لتقادي عدم دستوريته⁶، فلا توجد وسيلة أفضل من اللغة لكي تعبر السلطة التشريعية عن غايتها غير اللغة القانونية.⁷

¹ To more see Frederick Schauer, Playing by the Rules: A Philosophical Examination of Rule-Based Decision Making in Law and in Life, Oxford University Press, Oxford, 1993

² William K. Kelley, Avoiding Constitutional Questions as a Three-Branch Problem, op, cit, p 843,

³ Adrian Vermeule, Interprete CJoice, 75 N.Y.U. L RE%. 74, 85 (2000).

⁴ Aharon Barak, proportionality. Constitutional Rights and their Limitations, cambridge university press

⁵ Felix Frankfurter, Some Reflections on the Reading of Statutes, Volume 23 | Issue 3 Article 18, Colum. L. Rev. 527, 543, p 47

⁶ Andrei Marmor, The Language of Law, Oxford University Press, 2014, p4.

⁷ يمكن للقاضي إذا كانت اللغة عامة أو غامضة أن يعطي خياراً يعزز به غاية المشرع عن طريق البناء القانوني والخروج من التفسير الحرفي الذي قد يهدر الغاية التشريعية، إذ يفسر النص في ضوء نية المشرع مع الأخذ بالخيار الذي ينسجم مع غاية المشرع وروح النص.

See G.V.Akshaya, Courts and Intention of Legislature Enacting The Statute, op, cit, P98.

إذ يكون التساؤل من قبل القاضي الدستوري بشأن ما كان يريده المشرع، في ظل دراسة النص وتاريخه. ومن غير المنطقي تخمين غاية غير موجودة في النص لتصور الهيئة التشريعية للنص.¹

بعبارة أخرى لا يمكن القول: بأن على القاضي أن يتصور إجابة السلطة التشريعية في حال طرح السؤال نفسه المطروح على السلطة القضائية، واعتماد إجابتها، وكيف صوتت لو تم تقديم صيغة بديلة للغة قبل (أو بعد) تلك اللغة؟ كيف ستصوت على التعديلات المحتملة؟

للإجابة على هذه الأسئلة يجب أن نعرف هل صوت كل عضو على مشروع القانون أوضده، ويجب معرفة مدى توقع الأعضاء للمشكلات الدستورية التي من الممكن أن تثار بسبب النص القانوني، أو ربما يكون كل منهم قد رفض التصويت لصالح مشروع قانون اعتمد بعبارات واضحة البناء الذي اختارت المحكمة لاحقاً من أجل تجنب القرار الدستوري، وربما يكون قد صوت لصالح مشروع القانون على أساس أنه يمثل مشكلات دستورية خطيرة. أو ربما صوت كل عضو في السلطة التشريعية مع جهله بالمشكلات الدستورية التي ستتسبب من النص، أو ربما يكون على دراية بها وغير مبالٍ بها.²

ومع ذلك قد ترى المحكمة بأن السلطة التشريعية لا تنوي تشريع قانون يخالف الدستور، وتتصرف بصورة دستورية، وتريد تفسير النص على أنه لا يقترب من النصوص الدستورية ويعارضها، فيتم تفسير النص على نحو يجعله دستورياً، لأن الهيئة التشريعية لا يمكن أن تبتغي انتهاك نصوص الدستور.³ هذا لا يعني أن تتجاوز المحاكم دورها ويتعدى إلى تشريع نص جديد فمن المنطقي التقيد مبدأ الفصل بين السلطات والتمسك بالسياسات التقليدية كقاعدة افتراضية من أجل بقاء السلطة القضائية ضمن عملها الصحيح.⁴

ويرى جانب من الفقه أن المحكمة تعمل على تطبيق قانون يفسر بالرجوع إلى قاعدة التجنب وهذا الأمر غير منطقي، لأن على المحكمة فهم ما هو المقصود من النص؟ ومن ثم تشارك في تحليل دستوري جدي لصحة النص القانوني.⁵

فالتفسير الخاطئ للنص القانوني، أقل ضرراً بالهيكل الدستوري، من إبطال أسس دستورية لعمل السلطة التشريعية، لأن السلطة التشريعية يمكنها تعديل هذا النص بسهولة من خلال تشريع نص قانوني جديد⁶ لأن

1 Frank H. Easterbrook, Statutes' Domains, 50 U. Cm. L. REV. 533, 548 (1983). pp, 534-543.

2 William K. Kelley, Avoiding Constitutional Questions as a Three-Branch Problem, op, cit, p852.

3 Kevin A. Ring, Scalia's Court, Library of Congress, 2016, p95-96.

4 To more see Antonin Scalia, A Matter of Interpretation, op, cit.

5 See Eric S. Fish, Constitutional Avoidance as Interpretation and as Remedy, Michigan Law Review, Volume 114 Issue 7, 2016, p

6 Aptheker v. Sec'y of State, 378 U.S. 500, 507 (1964)

المحكمة تكون أمام خيارين فإذا أخطأت بعدم دستورية النص، فقد أخطأت ورفضت نتاج العملية الديمقراطية. أما إذا أقر المجلس التشريعي قانوناً غير دستوري، وقامت المحكمة بإلغائه. في هذه الحالة تكون السلطة التشريعية بحكم تعريفه بالسلطة التي لا يملكها.¹

إذ تتمحور فكرة قاعدة التجنب على أن الهيئة التشريعية هي المسؤولة ديمقراطياً من خلال تشريع القوانين، وأن دور المحكمة هو تقديم تفسيرات تنفذ نصوص الهيئة التشريعية. ومع ذلك فإن للمحكمة السلطة والحق في نقض أي قانون، إذا خالف النصوص الدستورية.²

مع ذلك فإن قاعدة التجنب لا تتجاوز الدستور وتحمي أكثر من الحقوق الدستورية، وتضع المحاكم في أدوار تشريعية، وهذا بدوره يقوض استقلال القضاء "فالمحاكم ليست وحدها من تمارس التفسير الدستوري. فالهيئات التشريعية، والمسؤولون التنفيذيون، يفسرون الدستور في عملهم اليومي، وعليهم التمسك بالدستور. ومع ذلك فإن مبدأ التجنب يتم التذرع به في الحالات الحساسة اجتماعياً وسياسياً. مثل إلغاء التمييز العنصري والتمييز وخطاب المعارضة.³

وهناك من يرى من الفقهاء أن المحكمة بهذه العملية تقوم بمسألة بناء قانوني خلال استنباط القاعدة التي تتوافق مع الدستور وإعادة بنائها من جديد بقواعد جديدة تختلف عن القواعد التي سنت عليها النص.⁴ قاعدة التجنب وجدت هي لتنفيذ الغايات التشريعية التي أراد المشرع تحقيقها، وأن جل اعتراض الفقهاء على هذا القاعدة هي في إعادة صياغة اللغة القانونية التي شرعتها السلطة المختصة بصورة صريحة أو ضمنية، وهذا الأمر بحد ذاته يعد تعدياً على السلطة التشريعية. فلا يجب تفسير النصوص التي تكون فيها اللغة القانونية حقيقية وصحيحة إلى حد الذي ينتج تفسيرات متعددة.⁵

لأن المحكمة تلجأ أحياناً إلى تبريرات تحتال بها على النص لحماية النص من عدم دستوريته فالنصوص ستكون غير مستقرة من الناحية الموضوعية كونها تخضع لتقدير القاضي الدستوري فلا يمكن التنبؤ فيما يتعلق بالبت بقضية دستورية الأسباب.

وهذه القاعدة تستند إلى أهمية أن تكون السياسة الموضوعية الموضوعية من قبل السلطة التشريعية لتقليل دور المحكمة المتعلقة بخيارات المشرع، من خلال تقليل عدد الحالات التي نقضي المحكمة بعدم

¹ To more see Richard H. Pildes, Avoiding Balancing: The Role of Exclusionary Reasons in Constitutional Law, Hastings Law Journal, Volume 45 | Issue 4 Article 2.1994.

² René Reyes, Legislativ Legislative Sovereignty, Executive Power, and Judicial Review: Comparative Insights from Brexit, Michigan Law Review, Volume 115, Article 6, 2017, pp92-96.

³ William K. Kelley, Avoiding Constitutional Questions as a Three-Branch Problem, op, cit, p 860-861.

⁴ Supreme Court Interpretation of Statutes to Avoid Constitutional Decisions, Columbia Law Review, Vol. 53, No. 5 (May, 1953), pp. 633-636. : Columbia Law Review Association, Inc, p634-635

⁵ Eric S. Fish, Constitutional Avoidance as Interpretation and as Remedy, op, cit, pp1295-1313.

دستورية النص؛ لأن هذه النصوص هي نتاج العملية الديمقراطية، وأيضا لتمكين المحكمة من أداء دورها كوسيلة تطبق نصوص السلطة التشريعية.

المطلب الثاني

التطبيقات القضائية لقاعدة تجنب عدم دستورية القوانين

إن لقاعدة تجنب عدم دستورية القوانين تطبيقات كثيرة خصوصا في الولايات المتحدة الأمريكية، إذ لجأت المحكمة في عديد المناسبات لهذه القاعدة لغرض حماية النص القانوني وجعله مطابقا للدستور. وقد طور القضاء الدستوري الأمريكي هذه القاعدة، إذ مرت بمرحلتين، المرحلة الأولى، بدأت في أول ممارسة لعملية الرقابة على دستورية القوانين وانتهت في أول القرن العشرين. والمرحلة الثانية، بدأت في القرن العشرين، إذ أضاف القضاء مبادئ جديدة لهذه القاعدة.¹

ففي الولايات المتحدة الأمريكية ففي قضية Murray vs. The Charming Betsey عام 1804. قالت المحكمة يجب ألا يفسر تشريع الكونغرس على أنه ينتهك الدستور الأمريكي، ففي حالة وجود تفسير آخر محتمل يجعل النص دستورياً فعلى المحكمة أن تسلك ذلك السبيل، وبالتالي لا يمكن تفسيره على أنه ينتهك الحقوق أو يؤثر على التجارة المحايدة أكثر مما هو مطلوب بموجب الدستور.²

فالمحاكم القضائية ملزمة بحكم الهيئة التشريعية في النص، حتى عندما تكون خيارات السياسة التشريعية شديدة وغير معقولة، فإن المحاكم لا تملك صلاحية تعديل تلك النصوص التي اختارتها السلطة التشريعية³ إذ تمثل هذه القاعدة (قاعدة التجنب) تنفيذ مبدأ التفوق التشريعي.⁴

وفي قضية Ashwander v. Tennessee Valley Authority عام 1934 صاغت المحكمة على يد القاضي برانديز صياغة واسعة لمبدأ التجنب. إذ قالت المحكمة: إن الرقابة على دستورية القوانين مسألة حساسة، ولا يجب أن تمارسها المحكمة بصورة خاطئة أو تعسفية. مع ذلك يجب أن لا تعتدي سلطة على سلطة أخرى على وفق مبدأ الفصل بين السلطات⁵ ووضع برانديز قواعده السبعة لقاعدة التجنب وهي:

¹المزيد ينظر د. حسين جبر حسين الشويلي، قرينة دستورية التشريع، دراسة مقارنة، الطبعة الأولى، منشورات الحلبي الحقوقية، 2018، ص 309 إلى 312.

² Murray v. The Charming Betsey :: 6 U.S. 64 (1804)

³ United States v. Locke, 471 U.S. 84, 95 (1985).

⁴ Hans Kelsen, Pure Theory of Law, Knight trans. from German, 2d ed. 2009, p348.

⁵"ينبغي للمحاكم في ممارسة سلطاتها التقديرية بصورة، وأن ترفض أي أمر قضائي ما لم يكن البطلان المزعوم واضحاً. وتأييد صحة أي قانون تشريعي إلى أن يثبت انتهاكه للدستور".

"1- لا تقض المحكمة بعدم دستورية النص إلا في الحالات الضرورية

"2- أن يكون استخدام المحكمة لقواعد الدستور تتناسب مع الوقائع المحددة، وعدم التوسع في استخدامها

"3- على المحكمة الامتناع عن البت في القضية الدستورية إذا كان هناك طريق آخر لحلها غير قواعد

الدستور

4- لا يجب أن تنتظر المحكمة للقضية الدستورية إلا إذا كان هناك نزاع حقيقي قائم

5- يجب إثبات الضرر الذي يدعيه المدعي؛ لكي تبت المحكمة بعدم دستورية النص

6- لا يمكن البت في عدم دستورية النص إذا كان المدعي قد استفاد بجانب من جوانب النص

"6- يجب على المحكمة أن تبحث دائماً على تفسير يجنب النص عدم دستوريته".⁽¹⁾

وفي مصر ذكرت المحكمة الدستورية العليا، وحيث إن من المقرر أن المحكمة الدستورية العليا لا يجوز أن تتصل من اختصاص نيّط بها وفقاً للدستور، أو القانون أو كلاهما، وعليها كذلك وبفسّ القدر ألا تخوض في اختصاص ليس لها، ذلك أن إنكارها لولايتها أو مجاوزتها لتخومها ممتنعان من الناحية الدستورية ولا يجوز من ثم أن تترخص فيما عهّد إليها به من المسائل الدستورية⁽²⁾ كلما كان تصديها لها لازماً ولو لابتستها صعوبات لها وزنها أو قارنتها محاذير لها خطرهما بيد أن ذلك لا يعنى الاندفاع بالرقابة على الدستورية إلى آفاق تجاوز مقتضياتها أو مباشرتها دون قيود تتوازن بها؛ بل وعليها دوماً - وكشرط أولى لممارستها رقابتها على الدستورية - "أن تستوثق مما إذا كان ممكناً تأويل النص التشريعي المطعون عليه علي نحو يجنبها الحكم بعدم دستوريته".³

¹ Ashwander v. Tennessee Valley Authority, 297 U.S. 288 (1936)

² ويتعين أن تكون هذه الرقابة ولضمان فاعليتها محددة طرائقها ومداخلها، جلية أسسها ومناهجها، وأن تمارس في إطار مجموعة من الضوابط التي تصفها الهيئة القضائية التي تتولاها، ولا تفرضها عليها سلطة أعلى لتحذ بها من حركتها، لضمان أن تكون الرقابة على الدستورية منحصرة في حدودها المنطقية، فلا يكون التدخل بها مؤذناً بانفلاتها من كوابحها، بل مقيداً بما يصون موجباتها ولا يخرجها عن حقيقة مراميها كأداة تكفل في آن واحد سيادة الدستور ومباشرة السلطتين التشريعية والتنفيذية لاختصاصاتها التقديرية دون عائق، ومن ثم كان اللجوء إليها مقيداً بضرورة أن يكون التدخل بها لازماً ومبرراً بوصفها ملاذاً نهائياً، وليس باعتبارها إجراء احتياطياً وتتحل هذه الضوابط في واقعها إلى قيود ذاتية تفرضها على نفسها الهيئة القضائية التي عهد إليها الدستور أو المشرع برقابة الدستورية، وذلك تقديراً منها لخطورة هذه الرقابة ودقتها، ولأن المصالح التي تواجهها فريدة في بابها بالنظر إلى تشابكها واتساعها وتعقدها، واتصالها المباشر بمراكز هؤلاء الذين يمسه النص التشريعي المطعون فيه.

³ ولو كانوا من غير أطراف المنازعة الدستورية وفي ضوء التنظيم المقارن للرقابة على الدستورية، لا يجوز أن تفصل الهيئة التي تتولاها في دستورية نص تشريعي في غير خصومه، تعكس بمضمونها حقيقة التناقض بين مصالح أطرافها، ولا أن تقرر قاعدة دستورية لم يحن بعد أو أن إرسائها أو قاعدة دستورية تجاوز باتساعها أو مداها الحدود التي يستلزمها الفصل في

حيث إنه ولئن كان صحيحاً أن الرقابة القضائية التي تباشرها هذه المحكمة في شأن الشرعية الدستورية لا تستقيم موطناً لإبطال نصوص قانونية يحتمل مضمونها تأويلاً يجنبها الوقوع في هاوية المخالفة الدستورية، إلا أنه من المسلم أيضاً أنه إذا ما استعصى تفسير النصوص المطعون عليها بما يوائم بين مضمونها وأحكام الدستور، فإن وصمها بعدم الدستورية يغدو محتماً؛ إذ لا يسوغ أن تفسر النصوص القانونية قسراً على وجه لا تحتمله عباراتها ولا يستقيم مع فحواها بقصد تجنب الحكم بعدم دستورتها؛ وإلا انحلت الرقابة الدستورية عبثاً.¹

إن القوانين ليس لها معنى حقيقي واحد، وأن الدستور لا يتضمن دائماً قاعدة واحدة حاسمة حول الشك بعدم دستورية النص. لذا فعن طريق قاعدة التجنب، نفترض أن هناك مجموعة من المعاني القانونية متوافقة مع الدستور، وأخرى غير متوافقة مع الدستور، كما أن قاعدة التجنب "ليست ترخيصاً للسلطة القضائي لإعادة كتابة اللغة التي سنتها الهيئة التشريعية".²

وحيث إن رقابة المحكمة الدستورية العليا للنصوص التشريعية المطعون عليها وعلى ما جرى به قضاؤها - هي رقابة شاملة تستهدف بها المحكمة بحث دستورتها عن طريق ردها إلى أحكام الدستور جميعاً تغليباً لتلك الأحكام على ما دونها وتوكيداً لسموها على ما عداها لتظل الكلمة العليا للدستور باعتباره القانون الأساسي الأعلى الذي يرسى القواعد والأصول التي يقوم عليها نظام الحكم في حدد للسلطات التشريعية والتنفيذية والقضائية صلاحياتها، ووضعاً الحدود التي تقيد أنشطتها³. والرقابة القضائية التي تباشرها هذه المحكمة في شأن الشرعية الدستورية "لا تستقيم موطناً لإبطال نصوص قانونية يحتمل مضمونها تأويلاً يجنبها الوقوع في هاوية المخالفة الدستورية، إذ يتعين دوماً تفسير النصوص المطعون عليها بما يوائم

النزاع المعروض عليها وليس لها كذلك الفصل في المسائل الدستورية التي يثيرها النص التشريعي المطعون عليه، إذا كان الطاعن قد أفاد من مزايه أو كانت الأضرار التي رتبها لا تتصل بالمصالح التي يدعيها اتصالاً شخصياً ومباشراً، أو كان ممكناً حمل حكمها في النزاع المطروح عليها على أساس آخر قضية رقم 35 لسنة 9 قضائية في 1994/8/4.

¹ قضية رقم 11 لسنة 13 قضائية المحكمة الدستورية العليا "دستورية" سنة 2000.

² Bradley C. S. Watson, ourselves and our posterity, Essays in Constitutional Originalism, Lexington Books, 2009, p23.

³ وتحول دون تدخل كل منها في أعمال الأخرى، مقررراً الحقوق والحريات العامة مرتباً ضماناتها ذلك أن وثيقة الدستور تتوخى أن تحدد لأشكال من العلائق السياسية والاجتماعية والاقتصادية مقوماتها، ولحقوق المواطنين وحرياتهم تلك الدائرة التي لا يجوز اقتحامها، فلا يمكن أن تكون النصوص الدستورية - وتلك غاياتها - مجرد نصوص تصدر لقيم مثالية ترنو الأجيال إليها، وإنما هي قواعد ملزمة لا يجوز تهميشها أو تجريدها من آثارها، ويجب أن يعلو الدستور ولا يعلو عليه وأن يسمو ولا يسمى عليه.

بين مضمونها وأحكام الدستور جميعاً، بحيث لا يكون وصمها بعدم الدستورية إلا عند تعذر ذلك التفسير وتلك المواءمة".¹

فإن قاعدة التجنب تستند إلى بناء افتراضي حول غاية المشرع، لأن المشرع لا يريد أن يسيء فهم نصوصه القانونية. لأن القوانين دائماً تكون غير شاملة فيما يتعلق بالمسألة موضوع تنظيم القانون. وكلما زاد التدقيق والفحص التي يتطلبها العملية القضائية من الناحية التشريعية في النصوص، زاد صعوبة تحقيق السلطة التشريعية لأهدافه السياسية الجوهرية من خلال التشريعات. وبعبارة أخرى، فإن محتوى قاعدة التجنب المتمثل في أن تلتزم العملية التشريعية بالتفسيرية القضائية (حتى كقاعدة افتراضية)، يجعل التشريع أكثر صعوبة من الذي يفرض على العملية التشريعية. علاوة على ذلك، فإن قاعدة التجنب تتضمن أن تتحمل السلطة القضائية أخطاء وهفوات السلطة التشريعية.²

وفي العراق لجأت المحكمة الاتحادية العليا إلى قاعدة التجنب بعدم دستورية النص، وذلك عن طريق تفسير النص بصورة تجعله متفقاً مع الدستور في الكثير من أحكامها.³ ولغرض الحفاظ على أن تكون المعاملات المالية مستقرة بخصوص قرارات الاستيلاء الصادرة من مجلس قيادة الثورة المنحل، فسرت المحكمة أن قرارات الاستيلاء الصادرة من مجلس قيادة الثورة المنحل، هي لغرض المصلحة العامة، وتغليب مفهوم المصلحة العامة على مفهوم المصادرة، طالما أن القانون قد حدد جهة للطعن بها.⁴

¹ وحيث إن الأصل في النصوص الدستورية أنها تعمل في إطار وحدة عضوية تجعل من أحكامها نسيجاً متآلفاً متماسكاً، بما مؤداه: أن يكون لكل نصٍ منها مضمون محدد مستقل به عن غيره من النصوص استقلالاً لا يزلها عن بعضها البعض، وإنما يقيم منها في مجموعها ذلك البنيان الذي يعكس ما ارتأته الإرادة الشعبية أقوم لدعم مصالحها في المجالات السياسية والاقتصادية والاجتماعية، ولا يجوز بالتالي أن تفسر النصوص الدستورية بما يبتعد بها عن الغاية النهائية المقصودة منها، ولا أن ينظر إليها بوصفها هائمة في الفراغ أو باعتبارها قيماً مثالية من فصلة عن محيطها الاجتماعي قضية رقم 76 لسنة 39 ق عام 2007.

² William K. Kelley, Avoiding Constitutional Questions as a Three-Branch Problem, op, cit, p 867.

³ د. حسين جبر الحسيني، قرينة دستورية التشريع، المصدر السابق، ص 317.

⁴ قرار المحكمة الاتحادية رقم 48/اتحادية/2008 في 2009/10/12 الذي قضت به المحكمة إلى أن تفسير نزع الملكية لأغراض تنفيذ الطرق العامة هو استيلاء للمنفعة العامة، وليس مصادرة للأرض كما يدعي المدعي. ينظر د. حسين جبر الحسيني الشويلي، المصدر السابق، 318.

الخاتمة

وفي ختام بحثنا توصلنا لعدد من النتائج والتوصيات وسنعرضها كما يأتي.

أولاً: النتائج

1- إن هناك طبيعة مزدوجة لقاعدة تجنب الدستور. فهي ليست مجرد مبدأ للتفسير، فيجب فهمه على أنه حل لبعض المشكلات الدستورية. كما أنه يؤدي إلى التماسك المنطقي لغرض التهرب من عدم دستورية القوانين، ويوضح طبيعة سلطة المحاكم لتغيير معاني القوانين بشكل فعال من خلال تفسيرها.

2- إن قاعدة التجنب هي نتيجة حتمية لمبدأ التفوق التشريعي أو السيادة البرلمانية، وتكون غاية المشرع هي البوصلة التي تؤدي دوراً رئيساً في تجنب النص عدم دستوريته، وهذا لا يعني تجاوز الحدود الحرفية للنص؛ بل يجب أن يكون ضمن الحدود الحرفية ذاتها، لأن الخروج عن حرفية النص يعد تشريعاً وليس تفسيراً.

1- في معظم الأحيان نحتاج إلى موازنة بين التفسيرات المختلفة للنص القانوني، واختيار أفضل تفسير منها، فقد يتضمن النص حقوقاً عامة وأخرى خاصة، ومن خلال إجراء موازنة بين التفسيرات المختلفة نستطيع أن نصل لأفضل تفسير يوازن بين الحقوق ويجنب النص وصمة عدم دستوريته.

2- كما لجأت المحكمة العليا في الولايات المتحدة لهذه القاعدة في الكثير من القرارات وأعلنت تبني هذه القاعدة في أحكامها، وهذا ما سارت عليه أيضاً المحكمة الدستورية العليا في مصر، إذ أعلنت بوضوح عن تبني هذا النهج، أما في العراق فلم توضح المحكمة الاتحادية العليا بصورة صريحة، إلا أنه من خلال استقراء النصوص وجدنا أن المحكمة قد أخذت بهذه القاعدة.

ثانياً: التوصيات

1- نوصي القضاء الدستوري في العراق بالأخذ بقاعدة التجنب ضمن الحدود الحرفية للنص وعدم تجاوز تلك القيود؛ لأن تجاوز تلك الحدود يعد تشريعاً.

2- نوصي المحكمة الاتحادية بالاستعانة بالفقهاء، وخصوصاً أساتذة الجامعات المختصين بالقانون الدستوري، كونهم لديهم علم ودراية بروح القانون وصياغة التفسيرات الدستورية.

3- عدم الإسراف في الأخذ بقاعدة التجنب إلا في الحالات الحساسة والضرورية والتي لا يكون لها مخرج آخر.

قائمة المصادر والمراجع

1. د حسين جبر حسين الشويلي، قرينة دستورية التشريع، دراسة مقارنة، الطبعة الأولى، منشورات الحلبي الحقوقية، 2018.
2. William K. Kelley, Avoiding Constitutional Questions as a Three-Branch Problem, 2001
3. Cornell Law Review, Volume 86, Article 3, Issue 4 May, 2001,
4. (Antonin Scalia, A Matter of Interpretation, Princeton University Press, 1997
5. Shane Mountjoy, Marbury v. Madison, Infobase Publishing, 2007.
6. Kevin A. Ring, Scalia's Court, Library of Congress, 2016,p, ix, 1996.
7. Felix Frankfurter, Some Reflections on the Reading of Statutes, Volume 23 | Issue 3 Article 18, Colum. L. Rev. 527, 543.
8. ¹ Andrei Marmor, The Language of Law, Oxford University Press,.
9. (Frank H. Easterbrook, Statutes' Domains, 50 U. Cm. L. REV. 533, 548 (1983).,
10. Kevin A. Ring, Scalia's Court, Library of Congress, 2016,.
11. See Eric S. Fish, Constitutional Avoidance as Interpretation and as Remedy, Michigan Law Review, Volume 114 Issue 7, 2016,
12. Supreme Court Interpretation of Statutes to Avoid Constitutional Decisions, Columbia Law Review, Vol. 53, No. 5 (May, 1953), pp. 633-636. : Columbia Law Review Association, Inc,
13. (Hans Kelsen, Pure Theory of Law, Knight trans. from German, 2d ed. 2009,.
14. Ashwander v. Tennessee Valley Authority, 297 U.S. 288 (1936)
15. Bradley C. S.Watson, ourselves and ourposterity ,Essays in Constitutional Originalism, Lexington Books, 2009.

التطور التاريخي للعقوبة

The historical development of punishment

مهدي حوامدة

ماجستير قانون عام، الشرطة الفلسطينية،

بيت لحم - فلسطين

mahdihawamda@gmail.com

DOI: <https://doi.org/10.70411/MJLS.1.1.20235>

المخلص:

هدف هذا البحث التعرف إلى ماهية العقوبة ونشأتها وتطورها، حيث استخدم هذا البحث المنهج التحليلي والمنهج التاريخي.

فقسم هذا البحث إلى مبحثين، بحيث تناول المبحث الأول ماهية العقوبة والتي شملت مفهوم العقوبة وخصائصها وعناصرها وأيضاً الغرض منها وأنواعها والآثار المترتبة على تمييزها عن غيرها من الجزاءات، أما المبحث الثاني فقد تناول نشأة العقوبة وتطورها وشمل العقوبة في العصر البدائي والعصر المتوسط والعصر الحديث.

وقد توصل البحث إلى مجموعة من النتائج أهمها: لم يعرف المشرع الفلسطيني في مشروع قانون العقوبات الفلسطينية لسنة (2001) وقانون العقوبات الفلسطيني رقم (74) لسنة (1936) لم يعرف العقوبة وتركها للفقهاء، قانون العقوبات الفلسطيني غير ملائم للعصر الحالي وتطوراته، وذلك يعود لقدمه، فالقانون الساري في فلسطين هو قانون العقوبات الأردني، لا يشير مشروع قانون العقوبات الفلسطيني أو قانون العقوبات الأردني المطبق في فلسطين إلى الرعاية اللاحقة بالمحكوم عليه، يهدف مبدأ تفريد العقوبة إلى تحقيق التناسب بين الجريمة، والعقوبة وفق ظروف المجرم، والجريمة، وبالتالي إلى تحقيق وترسيخ مبادئ العدالة الجنائية، إلغاء عقوبة الإعدام في فلسطين وعدم تطبيقها، وذلك بعد الانضمام إلى الاتفاقيات الدولية التي تنص على ذلك.

وبناءً على النتائج السابقة فقد أوصى الباحث بضرورة العمل على إقرار قانون العقوبات الفلسطيني وذلك بهدف توحيد النظام العقابي في فلسطين وحتى يصبح نظام العقوبات في فلسطين كاملاً يغطي جميع جوانب العقوبة، العمل على وضع نظام الرعاية اللاحقة بالمحكوم عليه في التشريعات العقابية في فلسطين، ضرورة تعديل قانون العقوبات الفلسطيني بحيث يصبح مواكباً لتطور العصر الحالي.

الكلمات المفتاحية: العقوبة، التطور التاريخي، قانون العقوبات الفلسطيني، مبادئ العدالة الجنائية.

Abstract :

The study aims to identify the nature of punishment and its historical development. The study is based on a combination of the analytical and the historical review methods.

This study is divided into two sections where the first section deals with the nature of punishment that includes the concept of punishment, its characteristics and elements, as well as its purpose and types, and the effects of distinguishing it from other penalties. The second section deals with the historical development of punishment and includes the punishment in primitive, middle and modern eras.

Among the results, the study found the Palestinian legislator, in the Palestinian Penal Code of (2001) and the Palestinian Penal Code No. (74) of (1936), did not recognize or define the punishment and left it for interpretation. Also, The Palestinian Penal Code is not suitable for the current era and its developments, and this is due to its antiquity since The applicable

law in Palestine is the Jordanian Penal Code. The Palestinian Penal Code and the Jordanian Penal Code applied in Palestine do not refer to the aftercare of the convict. The principle of individualization of punishment aims to achieve proportionality between the crime and the punishment according to the circumstances of the convict and the crime, which in turn would achieve and consolidate the principles of criminal justice. Finally, the elimination of the death penalty in Palestine and its non-application after joining the international conventions that stipulate for it.

The study recommends establishing and approving the Palestinian Penal Code, with the aim of unifying the penal system in Palestine, and so that the penal system in Palestine becomes complete and covers all aspects of punishment. The study also recommends establishing a system of aftercare for the convict in the punitive legislations in Palestine.

Keywords: punishment, historical development, Palestinian penal code, principles of criminal justice.

مقدمة:

تعد مكافحة الظاهرة الإجرامية والحد منها هو الهدف الأسمى الذي تسعى له المجتمعات الإنسانية وذلك عبر سن القوانين الجزائية لمكافحة هذه الظاهرة التي لا يخلو منها مجتمع، فالعقوبة تعد ضرورة اجتماعية أوجدت لحماية المجتمع وأفراده من أضرار ومخالفات يرتكبها البعض، وقد عرفت العقوبة بأنها جزاء مادي أو معنوي مفروض سلفاً يجعل المكلف يحجم عن ارتكاب الجريمة فإذا ارتكبها زجرٌ بالعقوبة حتى لا يعاود الجريمة مرة أخرى حتى يكون عبرة لغيره¹.

فإيقاع العقوبة من قبل الدولة واجب (التزام) وهو يحتم عليها فضلاً عن تحقيق العدالة - أن تتبنى من الإجراءات العقابية التي تكفل إيقاع العقوبة على المجرمين باعتبارها صاحبة سلطة عامة استأثرت وحدها بحق إيقاع العقوبة ليس فقط حماية وانتقاماً للمعتدى عليه؛ بل إرضاء للمجتمع ككل ذلك أن المجني عليه قد ارتضى أن يسلب حقه في الاقتصاص مقابل أن تكفل الدولة أمنه واستقراره وعيشه في مجتمع آمن ومطمئن².

ولقد مرت العقوبة في مراحل متلاحقة كانت لكل مرحلة ميزة ويتخللها تطورات عدة، الأمر الذي يتطلب الوقف على هذه المراحل بدءاً من العصور البدائية وصولاً إلى المرحلة الحديثة، فمرحلة العصور البدائية هي مرحلة ما قبل نشوء الدولة حيث كانت العقوبة تقوم على رد الفعل الغريزي القائم على الثأر

¹ أبو حجلة، رفعات، العقوبات المجتمعية كإحدى العقوبات البديلة في التشريع الأردني، رسالة ماجستير غير منشورة، جامعة الشرق الأوسط، الأردن، 2019، ص 1.

² الجبور، جواهر، السلطة التقديرية للقاضي في إصدار العقوبة بين حديها الأدنى والأعلى، رسالة ماجستير غير منشورة، جامعة الشرق الأوسط، الأردن، 2013، ص 4.

وانتقام الفرد المنبثقة عن المسؤولية القبلية العشائرية بشقيها الإيجابي والسلبي وتمتد آثارها إلى قبيلتي الجاني والمجني عليه ومنها ازدادت قسوة هذا النظام الجائر لخلق الفوضى وتسيطر القوى في حروب تؤدي إلى فناء القبائل المتحاربة¹.

وبما أن الإنسان يميل بطبعه إلى مبدأ الممنوع مرغوب ولكن تختلف درجة الرغبة من فرد لآخر، لذا فالعقوبة لها أثر كبير في المجتمع فهي للجاني مثلث الردع الخاص الذي يهدف إلى إعادة تقويم المحكوم عليه وتعديل سلوكه لإعادته مرة أخرى للمجتمع مؤثراً فيه ومُتأثراً به وللمجتمع مثلث الردع العام، وعليه فقد جاءت هذه الدراسة للبحث في موضوع العقوبة والتطرق إليها من حيث المفهوم والعناصر والتطور التاريخي لها وغيرها من المواضيع المتعلقة بها.

مشكلة البحث

إن أمن المجتمع يرتبط ارتباطاً كبيراً بوجود العقوبة الرادعة التي تقف في طريق الجريمة، ولتحقيق العدل بين أفراد المجتمع وإنصاف المجني عليه وجب معاقبة الجاني بمقدار الضرر الذي تسبب فيه بهدف الإصلاح والتأهيل وليس الانتقام منه ومن كرامته الإنسانية، وبناء على ذلك فقد تمثلت مشكلة الدراسة في السؤال الرئيس التالي:

" ما مدى تطور العقوبة وتعديلها في إصلاح المجرم وتعديل سلوكه الإجرامي؟"

ويتفرع عنه مجموعة أسئلة وهي:

- ما هي ماهية العقوبة وخصائصها؟
- ما عناصر العقوبة وما أهم أنواعها؟
- ما الآثار المترتبة على تمييز العقوبة عن غيرها من الجزاءات؟
- ما مراحل تطور العقوبة عبر التاريخ؟

أهداف البحث

هدف البحث إلى ما يلي:

- التعرف إلى ماهية العقوبة وخصائصها.
- التعرف إلى عناصر العقوبة وأهم أنواعها.
- التعرف إلى الآثار المترتبة على تمييز العقوبة عن غيرها من الجزاءات.
- التعرف إلى مراحل تطور العقوبة عبر التاريخ.

¹ أبو حجلة، رفعات، مرجع سابق، ص 2.

أهمية البحث

تكمن أهمية البحث في التعرف على العقوبة وأثرها على المجتمع وما للقوانين العقابية من أهمية بالغة لتقدم وتطور المجتمع، كما تتمثل أهميتها في التعرف إلى العلاقة القائمة بين تطور المجتمع الإنساني وارتباط ذلك بتطور العقوبات.

أيضاً انبغثت أهمية البحث في كون أن العقوبة من شأنها احترام حقوق الإنسان وكرامته؛ أي من الضروري تغيير السياسية الجنائية بناء على التطور السريع للمجتمع؛ بل إن الأمر في حاجة لمراجعة شاملة لكافة الأنظمة العقابية في فلسطين، لمواكبة العصر والسير على النمط العقابي الحديث مع الأخذ في عين الاعتبار موروثنا الثقافي والاجتماعي ومجموع الاتفاقيات الدولية التي قمنا بالانضمام إليها عند وضع تلك القوانين التي تحدد نوعيه العقوبة.

تقسيم البحث

لقد قسم هذا البحث إلى مقدمة ومبحثين وخاتمة، وهي كالتالي:
أولاً: المقدمة والتي تشمل على مشكلة البحث وأهداف البحث وأهمية البحث.
ثانياً: مباحث البحث وهي:

المبحث الأول: بعنوان ماهية العقوبة
المبحث الثاني: نشأة العقوبة وتطورها

المبحث الأول

ماهية العقوبة

المطلب الأول: تعريف العقوبة

لم تعرف معظم قوانين العقوبات في العالم مفهوم العقوبة ومنها قانون العقوبات الأردني رقم (16) لسنة (1960)، وكذلك فعل المشرع المصري في قانون العقوبات المصري رقم (58) لسنة (1937)، وأيضاً المشرع الفلسطيني في مشروع قانون العقوبات الفلسطيني لسنة (2010)، وقانون العقوبات الفلسطيني رقم (74) لسنة (1936)، وإنما ترك تعريف مفهوم العقوبة للفقهاء¹.

¹ كنعان، قاسم، نظام العقوبة في التشريع الجزائري الفلسطيني: دراسة مقارنة، رسالة ماجستير غير منشورة، جامعة القدس، فلسطين، 2011، ص 17.

أولاً: العقوبة لغة:

من تعريفات العقوبة لغة ما يلي:

- عرف ابن منظور العقوبة بقوله: "العقاب والمعاقبة أن تجزي الرجل بما فعل سوءاً، والاسم العقوبة"، فالعقوبة هي الجزاء عن السوء¹.
- تستخدم كلمة عقب في اللغة لتدل على تأخر الشيء عن غيره، ويقال عقب الشيء وعاقبته وعُقباه أي بمعنى آخره، ومنه عَقِبَ القدم أي مؤخرتها، ويقال عقب الشيء يعقبه إذا خلفه وجاء بعده، ومنه قيل لولد الرجل عَقْبُهُ أي أولاده الذين يبقون بعده².

ثانياً: العقوبة في الاصطلاح الشرعي

وعرفت العقوبة بالاصطلاح الشرعي على أنها "العقوبة هي جزاء وضعه الشارع للردع عن ارتكاب ما نهى عنه وترك ما أمر به، فهي جزاء مفروض سلفاً يجعل المكلف يحجم عن ارتكاب الجريمة، فإذا ارتكبها زجر بالعقوبة حتى لا يعاود الجريمة مرة أخرى كما يكون عبرة لغيره³.

ثالثاً: العقوبة قانوناً

لتعريف العقوبة قانونياً هناك أكثر من مفهوم ونذكر منها:

- هي "جزاء تقويمي يتضمن إيلاماً مقصوداً، تتول بمرتكب جريمة ذي أهلية لتحملها، بناء على حكم قضائي مستند إلى نص قانوني محدد، ويترتب عليه إهدار حق لمرتكب الفعل الجرمي أو لمصلحة له أو ينقصهما أو يعطل استعمالها"⁴.
- هي "جزاء يوقع باسم المجتمع تنفيذاً لحكم قضائي على من تثبت مسؤوليته عن الجريمة"⁽⁵⁾.

¹ زياني، عبد الله، العقوبات البديلة في القانون الجزائري: دراسة مقارنة، أطروحة دكتوراه غير منشورة، جامعة وهران 2، الجزائر، 2020، ص 56.

² صبيح، علي، العمل للمنفعة العامة كعقوبة بديلة في القانون الجزائري الفلسطيني، رسالة ماجستير غير منشورة، جامعة النجاح الوطنية، فلسطين، 2017، ص 7.

³ زياني، عبد الله، مرجع سابق، ص 56.

⁴ ربيع، علي، دور العقوبة وبرامج الإصلاح والتأهيل في الحد من العودة للجريمة في فلسطين، رسالة ماجستير غير منشورة، جامعة القدس، فلسطين، 2018، ص 12.

⁵ صبح، شادي، الحرمان من الحقوق المدنية كعقوبة في التشريع الجنائي الفلسطيني: دراسة مقارنة، رسالة ماجستير غير منشورة، جامعة النجاح الوطنية، فلسطين، 2019، ص 26.

المطلب الثاني: خصائص العقوبة

تتميز العقوبة بمجموعة من الخصائص، ومنها: قانونية العقوبة، شخصية العقوبة، المساواة في العقوبة، قضائية العقوبة، العقوبة تتناسب في طبيعتها ومقدارها مع شخصية الجاني، وفيما يلي سيتم توضيحها بشكل أكثر وضوحاً.

الفرع الأول: قانونية العقوبة

المبدأ "لا جريمة ولا عقوبة إلا بنص" هو الدليل على هذه السمة، فلا يمكن إيقاع عقوبة على أي شخص دون نص قانوني يجرم الفعل الذي قام به الشخص ويضع له العقوبة المناسبة¹. وقد جاء بمبدأ الشرعية الذي ورد في معظم دساتير العالم، بأنه لا جريمة ولا عقوبة إلا بنص القانون، ولا عقاب إلا على الأفعال اللاحقة لصدور القانون، كما أن تنفيذ العقوبة على الجاني من قبل السلطة التنفيذية المختصة لا يكون إلا بعد النطق بالعقوبة ووفقاً للأحكام المقررة لكل عقوبة على حدا؛ لأنه يشترط في العقوبة أن تكون محددة سلفاً بنص قانوني يبين نوعها ويحدد مقدارها حتى تكتمل شرعيتها وقانونيتها، فلا عقوبة بدون نص وأنه لا تجوز المعاقبة بمقتضى القانون العام ما دام هنالك تشريعاً خاصاً يتعلق بالجريمة².

الفرع الثاني: شخصية العقوبة

أي أنه من يرتكب جريمة يتوقع العقوبة، فالعقوبة تقع في حقه وحق من شارك في الجريمة أو حرض عليها أو تدخل فيها، وهذا بالطبع يعني أنه لا يمكن معاقبة أحد دون الآخر، فينبغي لمن يرتكب الجريمة أن يعاقب³.

وبلا شك فإن القانون الأساسي الفلسطيني المعدل لسنة (2005) قد أكد على هذا المبدأ، وذلك في المادة (15)، والتي نصت على "العقوبة الشخصية وتمنع العقوبات الجماعية، ولا جريمة ولا عقوبة إلا بنص قانوني، ولا توقع عقوبة إلا بحكم قضائي، ولا عقاب إلا على الأفعال اللاحقة لنفاذ القانون"⁴.

¹ ربيع، علي، مرجع سابق، ص 14.

² عمرية، شاهين، تأثير إلغاء عقوبة الإعدام على ظاهرة الجريمة في فلسطين، رسالة ماجستير غير منشورة، جامعة النجاح الوطنية، فلسطين، 2015، ص 37.

³ ربيع، علي، مرجع سابق، ص 14.

⁴ أبو الطرابيش، أحمد، تقادم العقوبة في التشريع الفلسطيني: دراسة تحليلية مقارنة، رسالة ماجستير غير منشورة، برنامج الدراسات العليا المشترك بين العليا أكاديمية الإدارة والسياسة للدراسات وجامعة الأقصى بغزة، 2018، ص 14.

الفرع الثالث: المساواة في العقوبة

وينطبق النص القانوني الذي ينص على عقوبات على الأفعال الإجرامية بالتساوي على مرتكبي الجرائم، ولا يعني ذلك أن القضاة مجبرون على تطبيق النص في جميع القضايا بنفي المقدار، حيث أن القانون أعطى فرصة للقاضي ووفقاً للأصول والقواعد العامة التي تُعنى بالمساواة بين الناس أن يقدر الموقف ويختار المناسب¹.

وقد نصت المادة رقم (9) من القانون الأساسي الفلسطيني المعدل لسنة (2003) على أن "الفلسطينيون أمام القانون والقضاء سواء لا تمييز بينهم بسبب العرق أو الجنس أو اللون أو الدين أو الرأي السياسي أو الإعاقة"².

الفرع الرابع: قضائية العقوبة

أي أنه لا عقوبة إلا بحكم قضائي، وتعد قضائيتها تنمة لشريعتها وبالتالي يجب أن يتم توقيع العقوبة من قبل جهة قضائية مختصة وفقاً لقانون الإجراءات الجزائية في القوانين الوضعية³.

واختصاص القضاء دون غيره من السلطات في العصر الحديث بتوقيع العقوبات الجزائية، فلم يتقرر إلا بعد أن زال نظام الانتقام الفردي وساد مبدأ الفصل بين السلطات، ففي الماضي كان توقيع العقاب من شؤون المجني عليه أو وليه، ولما تولت الدولة مهمة العقاب على الجرائم، لم يكن ذلك من اختصاص القضاء؛ بل كان يتولاه الحاكم بما له من سلطان مطلق، أما في العصر الحديث فقد استقر مبدأ قضائية العقوبة وانفردت السلطة القضائية بهذا الاختصاص وفقاً للضوابط التي يقرها قانون الإجراءات الجزائية⁴.

الفرع الخامس: العقوبة تتناسب في طبيعتها ومدارها مع شخصية الجاني

هذا هو مضمون نظرية تفريد العقوبة، وتتص هذه النظرية على أن شخصية الجاني يجب أن تكون المكان الأول في القانون الجنائي، وأن كل شخص يرتكب جريمة يجب أن يُعاقب بما يتناسب مع شخصيته، فكل مجرم أو جاني يرتكب فعل إجرامي لا بد وأن يكون متأثراً بعوامل اجتماعية واقتصادية

¹ ربيع، علي، مرجع سابق، ص 14.

² كنعان، قاسم، مرجع سابق، ص 30.

³ عواد، ضياء، السياسة الجنائية في تفريد العقوبة في النظام الجزائي الفلسطيني: دراسة مقارنة، رسالة ماجستير غير منشورة، جامعة النجاح الوطنية، فلسطين، 2018، ص 32.

⁴ لمقدم، حمر العين، الدور الإصلاحي للجزاء الجنائي، أطروحة دكتوراه غير منشورة، جامعة أبو بكر بلقايد تلمسان، الجزائر، 2015، ص 65.

ونفسية متعددة، فالعقوبة هنا لا بد وأن تكون ملائمة من حيث النوع والمقدار من أجل إصلاح الجاني وتعديل سلوكه ودمجه في المجتمع¹.

المطلب الثالث:

عناصر العقوبة

إن لكل متطلب مهم في أي أمر مجموعة من العناصر التي تفسره وتبين المراد منه، وكذلك فإن للعقوبة عدة عناصر نذكر منها: إيلام يصيب المجرم، وارتباط العقوبة بالمحكوم عليه، وفيما يلي سيتم توضيح هذه العناصر:

أولاً: إيلام يصيب المجرم

ويلحق الجاني هذا الألم من خلال حرمانه من حق أو أكثر من الحقوق التي يتمتع بها، سواء على المدى القصير أو الطويل، فقد يحرم الجاني من حقوقه الشخصية أو المالية أو من أحد حقوق الإنسان مثل الحق في الحياة، تؤثر العقوبة على هذا الحق من خلال عقوبة الإعدام، والحق في السلامة الجسدية، والحق في الحرية من خلال الحبس أو حرمانه من دخول أماكن محددة، أو فرض عليه قيود كإثبات تواجد في المركز الأمني كل يوم².

فلا عقاب بلا إيلام، وهذا الإيلام يصيب أحد حقوق المحكوم عليه، على سبيل المثال، عندما يقتل شخص آخر، ويحكم عليه بالإعدام، يحرم من حقه في الحياة بشكل دائم عندما تكون العقوبة طبقت عليه، وعندما يصدر حكماً بالسجن ثلاث سنوات على سارق، فإن الألم الذي يصيب المحكوم عليه هو حرمانه من حرية التنقل لفترة مؤقتة. أما كون الإيلام مقصوداً، فيعني أن الإيلام الناتج عن إجراءات التحقيق، مثل الحبس الاحتياطي، ليس عقوبة لأنه غير مقصود³.

ثانياً: ارتباط العقوبة بالمحكوم عليه

إن من يتحمل العقوبة هو الجاني كون العقوبة ناتجة عن ارتكاب الجريمة وتعتمد على الفاعل وتقع عليه، ويشير هذا العنصر إلى مبدأ هام، وهو مبدأ شخصية العقوبة، بمعنى آخر، أن العقوبة لا

¹ صبح، شادي، مرجع سابق، ص 31.

² الجبور، جواهر، مرجع سابق، ص 22.

³ عواد، ضياء، مرجع سابق، ص 19.

تنطبق إلا على مرتكب الجريمة نفسه، وهذا ينطبق عليه سواء كجاني أساسي أو مباشر، أو كعامل مساعد مثل المحرض أو المتدخل¹.

المطلب الرابع:

أنواع العقوبة

يمكن تقسيم أنواع العقوبات إلى العقوبات الأصلية والعقوبات التبعية والتكميلية، وسيتم توضيحها بشكل أكثر دقة فيما يلي:

الفرع الأول:

العقوبات الأصلية

وهي العقوبات التي ما كان بعضها يمس جسد الإنسان أو حريته أو ذمته المالية، وفي التشريع الفلسطيني نرى أن العقوبات الأصلية المنصوص عليها في قانون العقوبات المطبق في المحافظات الجنوبية والقانون المطبق في المحافظات الشمالية هي الإعدام (والتي ألغيت فيما بعد) والعقوبات السالبة للحرية، مثل: الأشغال الشاقة والاعتقال والحبس والغرامة والوضع تحت المراقبة.

أولاً: عقوبة الإعدام

وهي أشد عقوبة وأكثر قسوة، وتعد أقدم عقوبة جنائية عرفها التشريع الجنائي. اختلفت الآراء حولها بين مؤيد لها ورافض لها داعٍ لإلغائها نتيجة قسوتها. وأنه لا يجوز للإنسان إنهاء حياة غيره؛ وكون الله تعالى هو الذي وهب الحياة وهو الذي يأخذها، إضافة إلى أن هذه العقوبة بالغة الخطورة. إذا تم تنفيذها وثبت خطأها، فكيف يمكن معالجة الواقع، فإن عقوبة الإعدام هي فقدان روح المحكوم عليه أو الجاني بأية وسيلة يحددها القانون، وذلك بعد صدور حكم نهائي بحقه من محكمة مختصة بالإعدام نظراً لارتكابه جريمة جسيمة ينص عليها القانون².

وتنص المادة (394) من قانون الإجراءات الجزائية الفلسطيني على أنه "لا تنفذ الأحكام الصادرة من المحاكم الجزائية إلا إذا أصبحت نهائية.. وبناءً عليه فإن عقوبة الإعدام كغيرها من العقوبات الجزائية لا يصار إلى تنفيذها إلا بصدور حكم بالإعدام عن المحكمة المختصة ثم صيرورة حكم الإعدام نهائياً³.

¹ المرجع نفسه، ص 19.

² أبو الطرايش، أحمد، مرجع سابق، ص 20.

³ عمران، سيما، تنفيذ عقوبة الإعدام في ظل قانون الإجراءات الجزائية الفلسطيني: دراسة مقارنة، رسالة ماجستير غير منشورة، جامعة القدس، فلسطين، 2011، ص 19.

وقد أوجبت المعايير والاتفاقات الدولية حصر عقوبة الإعدام في البلدان التي تصر على إبقائها، في أشد الجرائم خطورة على أن يكون مفهومها أن نطاقها ينبغي ألا يتعدى الجرائم المتعمدة التي تؤدي إلى نتائج مميتة أو نتائج بالغة الخطورة، كما لا يجوز فرض عقوبة الإعدام إلا في حالة جريمة ينص القانون وقت ارتكابها على عقوبة الإعدام فيها¹.

ثانياً: العقوبات السالبة للحرية

وتتمثل هذه العقوبات في الأشغال الشاقة والحبس والاعتقال والوضع تحت المراقبة.

أ. الأشغال الشاقة

أوضح المشرع الأردني في المادة (18) من قانون العقوبات أن الأشغال الشاقة هي تشغيل المحكوم عليه في الأشغال المجهددة التي تتناسب وصحته وسنه، سواء في داخل السجن أم خارجه²، وهي تقسم إلى³:

– الأشغال الشاقة المؤبدة: هي التي تستغرق كامل عمر المحكوم عليه، وتستمر حتى وفاة المحكوم عليه نظرياً، ولكنها في الواقع تتوقف عندما يقضي المحكوم عليه عشرين عاماً في المؤسسة العقابية وحسن سلوكه.

– الأشغال الشاقة المؤقتة: وهي بين حدين، الحد الأدنى وهي ثلاث سنوات، والحد الأقصى خمس عشرة سنة ما لم ينص القانون على غير ذلك.

ب. الاعتقال

أوضح المشرع في المادة (19) من قانون العقوبات الأردني المقصود بعقوبة الاعتقال بأنه وضع المحكوم عليه في أحد سجون الدولة المدة المحكوم بها عليه مع منحه معاملة خاصة، وعدم إلزامه بارتداء زي السجناء وعدم تشغيله بأي عمل داخل السجن أو خارجه إلا برضاه⁴.

¹ عمرية، شاهين، مرجع سابق، ص 101.

² أحمد، عبد الرحمن، محاضرات في الأحكام العامة لقانون العقوبات، الطبعة الأولى، الجزء (2)، دار وائل للنشر، الأردن، 2006، ص 212.

³ أبو الطرابيش، أحمد، مرجع سابق، ص 23.

⁴ أحمد، عبد الرحمن، مرجع سابق، ص 214.

الفرع الثاني:

العقوبات التبعية

تعرف العقوبة التبعية بأنها "العقوبة الثانوية التي تلحق بالعقوبة الأصلية دون الحاجة للنص عليها في الحكم فهي تدور مع العقوبة الأصلية وجوداً وعدماً"، ومن أمثلتها: حرمان القاتل من الميراث، وتتميز العقوبات التبعية عن غيرها من العقوبات بكونها¹:

- مرتبطة بالعقوبة الأصلية ولا يتصور توقيعها بمفردها.
- يحكم بها على الجاني دون حاجة لأن ينطق بها القاضي، حيث توقع بقوة القانون لمجرد الحكم بالعقوبة الأصلية.
- أنها جزاء ثانوي للجريمة يستهدف تدعيم العقوبة الأصلية.

الفرع الثالث:

العقوبات التكميلية

وتعرف العقوبة التكميلية بأنها "عقوبة تترتب على حكم بعقوبة أصلية ولا تلحق المحكوم عليه إلا إذا نص عليها القاضي في حكمه"، ومن الأمثلة عليها: التغريب، النفي في الزنا، الحبس، ومن خصائصها²:

- أنها تتوقف على عقوبة أصلية.
- لا يحكم بها على الجاني إلا إذا نص عليها القاضي.
- أنها جزاء مرتبط بالجريمة.

المطلب الخامس:

الغرض من العقوبة

لقد تم وضع العقوبة للعديد من الأهداف والأغراض، فالعقوبة هي رادع لكل سلوك وتصرف سيء ينتج عن المجرم أو الجاني، لذلك كان لا بد من وضع عقوبة تحد من الجرائم السائدة والمنتشرة بشكل كبير في المجتمع، وفيما يلي مجموعة من الأغراض التي وضعت العقوبة من أجل تحقيقها وهي:

¹ العثمان، مساعد، العقوبات التكميلية وتطبيقاتها في المملكة العربية السعودية، رسالة ماجستير غير منشورة، جامعة نايف العربية للعلوم الأمنية، المملكة العربية السعودية، 2006، ص 41.

² العثمان، مساعد، مرجع سابق، ص 44.

- الردع الخاص: ويقصد به إصلاح المجرم عن طريق استئصال الخطورة الإجرامية الكامنة في شخصه بقصد تأهيله للحياة الاجتماعية، فإذا تمثلت الخطورة الإجرامية لدى الجاني في احتمال عودته لارتكاب الجريمة، فإن الردع الخاص يكون بالقضاء على هذا الاحتمال، وذلك عن طريق تأهيل المحكوم عليه وتوفير جميع الإمكانيات التي تؤدي إلى إصلاحه بحيث يكون سلوكه منسجماً مع حكم القانون¹.

- الردع العام: وهو إنذار الناس كافة عن طريق التهديد بالعقوبة، بسوء عاقبة الإجرام كي يجتنبوه، ويكون ذلك عن طريق محاربة الإجرام بأدوات مضادة له تتوازن مع الدوافع الإجرامية أو ترجح عليها، وأهم هذه الأدوات، العقوبة أو التهديد بها، وهو ما يُنفّر أفراد المجتمع من الجريمة ومن التفكير بها².

وانتقد أن اعتبار الردع العام كهدف للعقاب يميل إلى أن يكون أكثر قسوة، حيث أن فعالية التهديد بالعقوبة تزداد بازدياد شدتها، وقد قيل منطقياً بأنه يجوز إلحاق الألم بالشخص من أجل التأثير على غيره مما ليس لهم علاقة به، وبين جانب من الفقه الجنائي العربي بأنه هذا الانتقاد غير صحيح كون الردع العام لا يقود إلى القسوة في العقاب، وتثبت التجربة أن العقوبة الشديدة لا تحقق رادعاً عاماً لأن القضاء غالباً ما يحجم عن التصريح بها ثم يسعى جاهد للبحث عن أسباب تبرئة فيولد أملاً بارتكاب الجريمة وتقادي عقابها، أما فيما يتعلق بقول أن التأثير على شخص للتأثير على الآخرين فهو مغالطة، واستهداف هذه الغاية لا ينفي الدليل على الحق في ألم الاعتداء على الحقوق التي يحميها القانون، والشرعية الإسلامية لها تعريفات كثيرة لفكرة الردع العام من خلال قواعدها بما في ذلك "القاتل يقتل"³.

¹ مركز الميزان لحقوق الإنسان، قراءة قانونية في: قانون رقم (3) لسنة 2019 م بشأن العقوبات والتدابير البديلة، وحدة المساعدة القانونية، 2020، ص 7.

² المرجع نفسه، ص 7.

³ كنعان، قاسم، مرجع سابق، ص 27.

المطلب السادس:

الآثار المترتبة على تمييز العقوبة عن غيرها من الجزاءات

لقد تميزت العقوبة عن الكثير من غيرها من الجزاءات، وقد ترتب على ذلك العديد من الآثار، ومن أهم هذه الآثار نذكر ما يلي¹:

1. إمكانية الجمع بين العقوبة والجزاءات الأخرى، حيث يجوز لضحايا الجرائم المرتكبة المطالبة بحقوقهم الشخصية (التعويض) عن الأضرار التي لحقت بهم، ولهم اتخاذ الإجراءات المناسبة إذا كان الجاني موظفًا في إحدى الجهات الحكومية، إذ يجوز لها اتخاذ العقوبات التأديبية الملائمة بحقه والمناسبة له.

2. إذا ارتكب شخص عدداً من الجرائم ذات الصلة وغير القابلة للتجزئة، فيحكم عليه بعقوبة واحدة، ولكن هذا لا يمنع من جواز التعويض عن كل فعل على حدة أو الحكم عليه بعقوبات تأديبية متعددة إذا نصت على ذلك قواعد القانون التأديبي.

المبحث الثاني

نشأة العقوبة وتطورها

لا يمكن أن يتم إرجاع العقوبة إلى تاريخ معين بالذات، فالعقوبة موجودة منذ الوجود البشري، فالله سبحانه وتعالى عاقب آدم - عليه السلام - وزوجته حواء بالنقل من الجنة إلى الأرض، عندما عصيا أمره وأكلا من الشجرة التي منعا أن يأكلا منها، أي أن العقوبة قديمة قدم المجتمع البشري، وهي ترتبط بوجود الظاهرة الإجرامية أو مخالفة قواعد السلوك الاجتماعي، وترد بتوقيع شر آخر مقابل الشر الذي يرتكبه الجاني².

وقد مرت العقوبة بعدة تطورات تاريخية من المجتمعات القديمة إلى المجتمعات الحديثة، وسيتم تناولها فيما يلي:

¹ الجبور، جواهر، مرجع سابق، ص 29.

² عواد، ضياء، مرجع سابق، ص 34.

المطلب الأول:

العقوبة في العصر البدائي والقديم

يرتبط التطور التاريخي للعقوبات بظهور المجتمعات البشرية نفسها، لأنها تمثل ردود فعل طبيعية للعنوان مهما كان شكله. كانت العقوبة موجودة منذ أن اتخذت الجريمة شكل الشر الذي أشعله شر آخر، وما زالت تمثل العقوبة الأساسية التي حمت المجتمع من الظواهر الإجرامية لعدة قرون، والسبب في ذلك أن العقوبة هي دفاع تلقائي وغريزي عن النفس يتخذ شكل الانتقام والإيذاء للمعتدي والمجرم وإلحاق الضرر به¹.

عندما كان الناس في المجتمعات البدائية القديمة يعيشون في قبائل وقبائل منفصلة، لم يكونوا مرتبطين بنظام، ولم يحكموا على علاقاتهم ومنازعتها بالقوانين والسلاطين، وكانت العقوبة انتقالاتاً رأسياً للانتقام الفردي بأي صورة من صور العنف، وفيما بعد انتقل هذا الانتقام إلى رب الأسرة، وتأخذ العقوبة شكل التوبيخ الذي يوقعه رب الأسرة على أفرادها، ومن ثم انتقلت العقوبة من سلطة رب الأسرة إلى سلطة رأس العشيرة أو القبيلة، والذي كان في يده سلطة إدارة المحاكمات وإصدار العقوبات أو الأحكام كما كان له الحق في الحكم بالحياة أو الموت على الجناة، وقد تميزت العقوبات بالطابع الجماعي من المجرم وذلك كونه خارج على نظام القبيلة، وفي حين يكون الجاني من قبيلة غير قبيلة المجني عليه فإن ذلك يؤدي إلى إعلان حرب كانتقام جماعي بين القبيلتين، وأيضاً فقد اتسمت أيضاً العقوبات بالطابع الديني².

المطلب الثاني:

العقوبة في العصور الوسطى

لم تكن التدايعات الدينية سهلة في هذا العصر الذي بنى وجود إقطاعيات بعد سقوط الإمبراطورية الرومانية بل كان لها تأثير كبير حيث أن الكنيسة قد جمعت بين السلطة الدينية والمدنية، وقد عمل رجال الدين بالقضاء الجنائي في محاكمهم الخاصة، فالغرض من العقوبة ليس مجرد انتقام؛ بل توبة والعقوبة ليست قاسية كما في الدلالات المسيحية القديمة. وهناك اتجاه عام في المسيحية هو: تقليل شدة العقوبة، وذلك من خلال استبعاد العقوبات القاسية؛ حيث أنه لم يرحب رجال الكنيسة بعقوبة الإعدام³.

¹ زيان، عبد الله، مرجع سابق، ص 17.

² المعمري، أحمد، التنفيذ العقابي في دولة الإمارات العربية المتحدة، مجلة جامعة الشارقة، مجلد (12)، عدد (2)، 2015، ص 269.

³ عواد، ضياء، مرجع سابق، ص 34.

المطلب الثالث:

العقوبة في العصر الحديث

في القرنين الثامن عشر والتاسع عشر، شهد العقل البشري تطوراً هائلاً، بما في ذلك مختلف العلوم الفكرية والإنسانية. ونتيجة لهذه التطورات، تقدم الفكر الإنساني والحياة، واكتشف الأفراد آفاقاً جديدة في الحياة المادية والعلاقات الاجتماعية، تنعكس جميعها في النظام العام للقانون. ولا سيما فكرة العقاب. ويمكن تلخيص تطور العقوبة الحديثة في أربعة جوانب:

أولاً: الحد من قسوة العقوبات المطبقة

معظم التشريعات تنازلت عن عقوبات البتر والجلد والتقطيع وجميع العقوبات الأخرى الواردة في التشريع القديم التي تجمع بين القسوة والعنف والعدد غير المتناسب للعقوبات، كذلك تقليص عدد الجرائم أو الجرائم والعقوبات التي تطبق عليها، فعقوبة الإعدام مقصورة على الاعتداء على الحياة والتجسس، كما ظهرت فكرة الظروف المخففة، وتم إصدار الحكم بين الحد الأدنى والحد الأقصى، واختار القاضي العقوبة بين الاثنين وفقاً لشخصية المجرم ومهارات ارتكابه¹.

ثانياً: تغير أساليب التنفيذ العقابي وصيرورتها أكثر رحمة

ظهر ذلك في تنفيذ عقوبة الإعدام، وتجريدها من قسوة ماضيها. وينحصر تنفيذ العقوبة في فقدان الروح فاخفت مظاهر التعذيب الجسدي والنفسي المحيط بتنفيذ العقوبة لفترة من الزمن².

ثالثاً: نبذ فكري الانتقام والتكفير كأساس العقاب وبزوغ أفكار جديدة حلت محلها كفكرة إصلاح المجرم وتأهيله

تدعو كتابات المفكرين والفلاسفة إلى اعتبار المجرم (إنساناً)، فليس من مصلحة المجتمع تجريده من إنسانيته، لكن يمكنه العودة كعضو صالح في الجماعة. لهذا السبب، تم تخفيض العقوبات في مرحلة التنفيذ العقابي، وتم تطوير دور السجن، وحدثت زيادة عامة في الاهتمام بمرحلة التنفيذ العقابي³.

رابعاً: سلطة القاضي في تقدير العقوبة

تؤكد السياسة الجنائية الحديثة - مع الاعتراف بأن القضاة يتمتعون بسلطة تقديرية واسعة لإضفاء الطابع الفردي على العقوبة - على منع هذه السلطة من أن تكون تعسفية وتملي أنها يجب أن تمارس في

¹ <https://www.mohamah.net>

² المرجع نفسه.

³ عبد المنعم، سليمان، أصول علم الإجرام والجزاء، المؤسسة الجامعية للدراسات والنشر، بيروت، 1996، ص 416.

الإطار القانوني من حيث الشكل والمضمون. مع تأهيل قاضي جنائي بناءً على تعليمات قانونية محددة وبناءً على فحص دقيق لشخصية الجاني وتخصصه وتدريب مساعديه من الخبراء المؤهلين. تنعكس هذه السياسة بشكل أفضل في توصيات لجنة المؤتمرين الدوليين السابع والثامن لقانون العقوبات، والتي نصت على ما يلي¹:

- تستلزم السياسة الجنائية الحديثة للعقوبات الفردية منح القضاة صلاحيات واسعة لتقييم العناصر المختلفة للقضية، بما في ذلك تقييم الأدلة وإثبات الجرم وتحديد العقوبات والإجراءات.
- مبدأ مشروعية الجريمة والعقاب هو الضمان الأساسي للحرية الفردية ولا يمنع القضاة من تفويض هذه الصلاحيات.
- لا يجب اعتبار الصلاحيات الممنوحة تعسفية، بل يجب ممارستها في نطاق القانون، وفقاً للمبادئ العامة للقانون والقواعد الإجرائية التي تمنع الرقابة.
- من أجل إعطاء القاضي السلطة الواجبة، يجب أن يحدد القانون عقوبات وتدابير مختلفة له، حتى يتمكن من اختيار العقوبة أو الإجراء الأنسب.
- عندما يمارس القاضي سلطته التقديرية في تقرير العقوبة أو الإجراء، يجب أن يسترشد بقواعد القانون في هذا الصدد، والتي يجب أن ينص عليها القانون بوضوح.
- يجب مراعاة شخصية الجاني عند تحديد العقوبة أو التدبير، ومن ثم لا بد من النص على القواعد التي يجب على أساسها فحص هذه الشخصية، ويقوم القاضي بالتنسيق مع الأخصائيين بتنظيم إجراءاتها وقراراتها، ويختار الخبراء على أساس أن التحقيقات والاستجابات تجري على نحو لا يضر بالمتهم أو بالآخرين، ويعرض نتائجهم على مناقشة وجهاً لوجه بين الخصوم، ويحتفظ القاضي بحرية تقييمها.
- لضمان نزاهة ممارسة القاضي الجنائي لسلطته التقديرية الواسعة، يجب عليه أن يقدّر تماماً المسؤولية التي تفرضها عليه مهمته الاجتماعية الخطيرة، ويجب عليه أيضاً:
أ. تخصيصها للقضاء الجزائي فقط.

¹ إبراهيم، أكرم، الحدود القانونية لسلطة القاضي الجنائي في تقدير العقوبة، مكتبة دار الثقافة للنشر والتوزيع، عمان، 1998، ص 56 وما بعدها.

ب. الحرص في اختياره، والتأكيد على ملاءمة تكوينه الأخلاقي والعلمي لمنصبه، مع التأكيد بشكل خاص على أنه أكمل دراسة مناسبة في فروع علم الإجرام المتنوعة عن العلوم الإنسانية، بالإضافة إلى دراسته القانونية الكافية.

ج. تأمين الحصانة القانونية لحماية استقلاليتهم، وتلبية احتياجاته المادية التي توفر له مكاناً معيشياً يتناسب مع كرامة منصبه القضائي.

د. إعداد متخصصين مؤهلين من أطباء وعلماء نفس وباحثين اجتماعيين لمساعدته في مهمته.

خاتمة

الحمد لله فاطر الأرض والسموات، الذي خلق كل شيء فأبدعه، وجعله دلائل على ربوبيته وآياته، وأجرى البحار والأنهار وأرسى الجبال الشامخات، وزين السماء بالكواكب وجعلها حفظاً من مسترقي السمع، وجعل الشمس والقمر آيتين من آياته الباهرات، وأنزل الكتاب فيه الآيات الحكيمات على سيد المرسلين وخاتم النبيين محمد صلى الله عليه وسلم. فأما بعد..

لقد تناولت هذه الدراسة موضوع العقوبة من خلال العديد من الجوانب من حيث المفهوم والعناصر والأغراض وأيضاً نشأتها وتطورها، وقد عرفت العقوبة بأنها "فرض سلطة رسمية لشيء سلبي أو مؤلم على شخص أو حيوان أو منظمة أو كيان ردّاً على سلوك يعتبره فرد أو مجموعة أو كيان آخر غير مقبول. السلطة هي إما مجموعة أو فرد واحد، ويمكن تنفيذ العقوبة رسمياً بموجب قانون أو بشكل غير رسمي في أنواع أخرى من البيئات الاجتماعية مثل الأسرة". وقد توصلت هذه الدراسة إلى العديد من النتائج والتي من أهمها:

– تمثلت أهم خصائص العقوبة في قانونية العقوبة، قضائية العقوبة، شخصية العقوبة، المساواة في العقوبة، العقوبة تتناسب في طبيعتها ومدارها مع شخصية الجاني.

– تطورت العقوبة في العصر الحديث من خلال أربعة جوانب وهي: الحد من قسوة العقوبات المطبقة، تغير أساليب التنفيذ العقابي وصيرورتها أكثر رحمة، نبذ فكري الانتقام والتكفير كأساس العقاب وزرع أفكار جديدة حلت محلها كفكرة إصلاح المجرم وتأهيله، وسلطة القاضي في تقدير العقوبة.

– لم يعرف المشرع الفلسطيني في مشروع قانون العقوبات الفلسطينية لسنة (2001) وقانون العقوبات الفلسطيني رقم (74) لسنة (1936) لم يعرف العقوبة وتركها للفقه.

- قانون العقوبات الفلسطيني غير ملائم للعصر الحالي وتطوراته، وذلك يعود لقدمه فالقانون الساري في فلسطين هو قانون العقوبات الأردني.
 - لا يشير مشروع قانون العقوبات الفلسطيني أو قانون العقوبات الأردني المطبق في فلسطين إلى الرعاية اللاحقة بالمحكوم عليه.
 - يهدف مبدأ تقرير العقوبة إلى تحقيق التناسب بين الجريمة، والعقوبة وفق ظروف المجرم، والجريمة، وبالتالي إلى تحقيق وترسيخ مبادئ العدالة الجنائية.
 - عدم نص المشرع الفلسطيني على عقوبة الاعتقال المؤبد أو المؤقت في مشروع قانون العقوبات الفلسطيني.
 - إلغاء عقوبة الإعدام في فلسطين وعدم تطبيقها وذلك بعد الانضمام إلى الاتفاقيات الدولية التي تنص على ذلك.
- وعليه فإن الباحث يوصي بما يلي:
- ضرورة العمل على إقرار قانون العقوبات الفلسطيني وذلك بهدف توحيد النظام العقابي في فلسطين وحتى يصبح نظام العقوبة في فلسطين كاملاً يغطي جميع جوانب العقوبة.
 - العمل على وضع نظام الرعاية اللاحقة بالمحكوم عليه في التشريعات العقابية في فلسطين.
 - ضرورة وضع قانون واضح في قانون العقوبات الفلسطيني يختص بالاعتقال سواء المؤبد أم المؤقت.
 - ضرورة تعديل قانون العقوبات الفلسطيني بحيث يصبح مواكباً لتطور العصر الحالي.
 - بضرورة عمل المزيد من الأبحاث العلمية والدراسات التي تنتظر في موضوع العقوبة خاصة في القانون الفلسطيني وذلك لندرة مثل هذه الأبحاث.

قائمة المصادر والمراجع:

1. أبو حجلة، رفعات، العقوبات المجتمعية كإحدى العقوبات البديلة في التشريع الأردني، رسالة ماجستير غير منشورة، جامعة الشرق الأوسط، الأردن، 2019.
2. الجبور، جواهر، السلطة التقديرية للقاضي في إصدار العقوبة بين حديها الأدنى والأعلى، رسالة ماجستير غير منشورة، جامعة الشرق الأوسط، الأردن، 2013.
3. كنعان، قاسم، نظام العقوبة في التشريع الجزائري الفلسطيني: دراسة مقارنة، رسالة ماجستير غير منشورة، جامعة القدس، فلسطين، 2011.
4. زيان، عبد الله، العقوبات البديلة في القانون الجزائري: دراسة مقارنة، أطروحة دكتوراه غير منشورة، جامعة وهران 2، الجزائر، 2020.
5. صبيح، علي، العمل للمنفعة العامة كعقوبة بديلة في القانون الجزائري الفلسطيني، رسالة ماجستير غير منشورة، جامعة النجاح الوطنية، فلسطين، 2017.
6. ربيع، علي، دور العقوبة وبرامج الإصلاح والتأهيل في الحد من العودة للجريمة في فلسطين، رسالة ماجستير غير منشورة، جامعة القدس، فلسطين، 2018.
7. صبح، شادي، الحرمان من الحقوق المدنية كعقوبة في التشريع الجنائي الفلسطيني: دراسة مقارنة، رسالة ماجستير غير منشورة، جامعة النجاح الوطنية، فلسطين، 2019.
8. عمري، شاهين، تأثير إلغاء عقوبة الإعدام على ظاهرة الجريمة في فلسطين، رسالة ماجستير غير منشورة، جامعة النجاح الوطنية، فلسطين، 2015.
9. أبو الطرابيش، أحمد، تقادم العقوبة في التشريع الفلسطيني: دراسة تحليلية مقارنة، رسالة ماجستير غير منشورة، برنامج الدراسات العليا المشترك بين العليا أكاديمية الإدارة والسياسة للدراسات وجامعة الأقصى بغزة، 2018.
10. عواد، ضياء، السياسة الجنائية في تفريد العقوبة في النظام الجزائري الفلسطيني: دراسة مقارنة، رسالة ماجستير غير منشورة، جامعة النجاح الوطنية، فلسطين، 2018.
11. لمقدم، حمر العين، الدور الإصلاحي للجزاء الجنائي، أطروحة دكتوراه غير منشورة، جامعة أبو بكر بلقايد تلمسان، الجزائر، 2015.
12. عمران، سيما، تنفيذ عقوبة الإعدام في ظل قانون الإجراءات الجزائية الفلسطيني: دراسة مقارنة، رسالة ماجستير غير منشورة، جامعة القدس، فلسطين، 2011.

13. أحمد، عبد الرحمن، محاضرات في الأحكام العامة لقانون العقوبات، الطبعة الأولى، الجزء (2)، دار وائل للنشر، الأردن، 2006.
14. العثمان، مساعد، العقوبات التكميلية وتطبيقاتها في المملكة العربية السعودية، رسالة ماجستير غير منشورة، جامعة نايف العربية للعلوم الأمنية، المملكة العربية السعودية، 2006.
15. مركز الميزان لحقوق الإنسان، قراءة قانونية في: قانون رقم (3) لسنة 2019 م بشأن العقوبات والتدابير البديلة، وحدة المساعدة القانونية، 2020.
16. المعمري، أحمد، التنفيذ العقابي في دولة الإمارات العربية المتحدة، مجلة جامعة الشارقة، مجلد (12)، عدد (2)، 2015، ص 265 - 303.
17. عبد المنعم، سليمان، أصول علم الإجرام والجزاء، المؤسسة الجامعية للدراسات والنشر، بيروت، 1996.
18. إبراهيم، أكرم، الحدود القانونية لسلطة القاضي الجنائي في تقدير العقوبة، مكتبة دار الثقافة للنشر والتوزيع، عمان، 1998.
19. تمت المشاهدة بتاريخ 2022/11/2، الساعة 06:59 مساءً <https://www.mohamah.net/law>