

المجلة العصرية للدراستات القانونية

مجلة علمية دولية محكمة
تصدر عن
الكلية العصرية الجامعية
رام الله فلسطين



المجلد (2) ، العدد (2) لعام 2024

ISSN (P.) 2958-9959

ISSN (online): 2958-9967

المجلد
(2)

العدد
(2)



المجلة العصرية للدراسات القانونية

2024

ISSN (P.) 2958-9959

هيئة التحرير

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

فلسطين

أ.د. سهيل الفتلاوي / دكتوراة قانون دولي / أستاذ القانون الدولي العام / رئيس قسم القانون العام، جامعة

جرش / رئيس الجمعية العلمية للدراسات والبحوث الاستراتيجية

العراق

أ.د. محمد الموسى / أستاذ القانون الدولي العام / الجامعة العربية الأمريكية،

مستشار في الأمم المتحدة

الأردن

أ.د. سعود هاشم / دكتوراة قانون عام، كلية الحقوق والعلوم السياسية،

جامعة محمد بوضياف المسيلة

الجزائر

د. عبد الرحيم طه / دكتوراة قانون عام / قانون اداري / الكلية العصرية الجامعية

فلسطين

د. محمود الشيخ / دكتوراة قانون جنائي / الكلية العصرية الجامعية

فلسطين

د. أمين الغنيمات / دكتوراة فلسفة القانون / الكلية العصرية الجامعية

فلسطين

مترجم ومدقق لغة انجليزية: أ. ليلي الخطيب / ماجستير ترجمة / جامعة القدس

فلسطين

مدقق لغة عربية: د. روهي زيادة / دكتوراة لغة عربية / الكلية العصرية الجامعية

فلسطين

مدقق لغة عربية: أ. أمجد التميمي / الكلية العصرية الجامعية

فلسطين

فهرس المحتويات			
الرقم	المحتوى	الصفحة	
1	هيئة التحرير	أعضاء هيئة التحرير	1
الرقم	عنوان البحث	اسم المؤلف/ة	الصفحة
1	انقضاء عقد التأجير التمويلي بانتهاء مدته: الآثار المترتبة عليه	ط.د. بيرم جمال عبد اللطيف غزال، جامعة الحسن الثاني، (المغرب)	29-5
2	الاختصاص التكميلي للمحكمة الجنائية الدولية حالة شيرين أبو عاقلة "تمودجاً"	د. سيف الدين جرادات الجامعة العربية الامريكية، (فلسطين)	68-31
3	الحوكمة وأثرها على التجارة الدولية	”د. نبيلة عبد الفتاح قشطي، (مصر)	88-70
4	دور الذكاء الاصطناعي في مكافحة الجريمة الإلكترونية، دراسة مقارنة	أ.مراد محمد غالب محمد قاسم، جامعة تعز، (اليمن)	114-90
5	الإطار القانوني للمسؤولية الجزائية عن جريمة التسول في فلسطين.	د. محمود الشيخ، الكلية العصرية الجامعية، (فلسطين)	143-116
6	حماية المستهلك في عقد التأمين في التشريع الفلسطيني.	د. أيمن محمد ظاهر، (فلسطين) أ.عاهد عماد مشاقي، الجامعة العربية الأمريكية، (فلسطين)	171-145
7	قراءة في بعض مظاهر التحول الاجتماعي في الجزائر وعلاقته بظاهرة الجريمة	د. نعباس حمزة، د.غلاي محمد ، جامعة تلمسان أبو بكر بلقايد، (الجزائر)	196-173
8	نظرية الموظف الفعلي وتطبيقاتها في القانون الإداري الفلسطيني	أ. عبد الرحيم كريم عودة فرج الجامعة العربية الأمريكية، (فلسطين)	213-198
9	مكافحة التهرب الضريبي وفقاً للقانون الفلسطيني	أ.داليا الشروف، جامعة القدس (فلسطين)	239-215
10	الاقتصاد المختلط كأحد أساليب إدارة المرفق العام في التشريع الفلسطيني	أ. محمود عبد الله فرج الله، الجامعة العربية الأمريكية، (فلسطين)	254-241
11	القانون الواجب التطبيق على عقود الاستثمار النفطي	م.د. سيف هادي عبد الله الزويني، جامعة النهرين، (العراق) م.د. سامح صبري جاسم الجبوري، جامعة المستنصرية، (العراق)	273-256

301-275	ط.د حمزة محمد ابو صالح الجامعة العربية الامريكية، (فلسطين)	12 القيمة القانونية للحكم القضائي الصادر عن محكمة العدل الدولية
325-303	د. مرسى عبد الكريم عبد الرازق، الكلية العصرية الجامعة، (فلسطين) أ. عبد الرحمن علي غنيم، أكاديمية شرطة دبي، (الإمارات العربية المتحدة)	13 التكييف القانوني لتسليم عهدة السلاح الحكومي لموظفي الشركات الأمنية الخاصة من قبل جهات إنفاذ القانون
353-327	أ.العنود إبراهيم عبيد الفارسية (سلطنة عمان)	14 فيروس كورونا بين نظريتي الظروف الطارئة والقوة القاهرة دراسة مقارنة تحليلية في ضوء القانون الفرنسي وقانون المعاملات المدنية العُماني والقانون المدني المصري
384-355	أ. لينا أبو حلوة الكلية العصرية الجامعة (فلسطين)	15 الطبيعة الخاصة لحماية المستهلك الإلكتروني ضمن قواعد القانون الدولي الخاص
405-386	Revlsya Faisal Abu Jaber (Palestine)	16 <i>Historical phases of diplomacy development</i>

انقضاء عقد التأجير التمويلي بانتهاء مدته: الآثار المترتبة
عليه

***The Termination of Lease Financing
Contract upon its Expiry: Subsequent
Implications***

ط.د. بيرم جمال عبد اللطيف غزال
جامعة الحسن الثاني
(المغرب)

انقضاء عقد التأجير التمويلي بإنهاء مدته: الآثار المترتبة عليه

"The Termination of Lease Financing Contract upon its Expiry: Subsequent Implications"

أ.بيرم جمال عبد اللطيف غزال

محامي ومحكم معتمد، باحث دكتوراه لدى جامعة الحسن الثاني

(المغرب)

beramghazal1994@gmail.com

تاريخ النشر: 2024-06-01

تاريخ القبول: 2024-05-07

تاريخ الاستلام: 2024-02-06

DOI: <https://doi.org/10.70411/MJLS.2.2.202488>

المخلص:

يشكل انتهاء عقد التأجير التمويلي لحظة حاسمة في العلاقة بين المؤجر والمستأجر، إذ يمثل مرحلة مهمة في العلاقة التعاقدية بينهما، ويترتب على ذلك انقضاء العقد بانقضاء المدة الزمنية المحددة له، مما يستلزم تقييم الآثار المترتبة على الأطراف المعنية، ويظهر التأثير الرئيس في ضوء هذا الحدث إما بتحول ملكية الأصول المستأجرة إلى المستأجر، مما يمنحه حقوق التملك بالكامل، أو يتعين على المستأجر اتخاذ قرارات حكيمة حول مستقبل العقد استناداً إلى انتهاء المدة العقدية، مثل تجديد العقد أو إعادة الممتلكات المستأجرة، من الناحية القانونية، يجب على المستأجر أن يلتزم بتسليم الممتلكات في حالة جيدة، مع مراعاة حالات الاستهلاك العادي، ويتطلب ذلك تفاهماً بين الطرفين لضمان سير العملية التعاقدية بسلاسة لإكمال الإجراءات القانونية ذات الصلة بانتهاء العقد.

هدفت هذه الدراسة البحثية إلى فهم الآثار المترتبة على كلٍ من المستأجر والمؤجر عند انقضاء عقد التأجير التمويلي من حيث استكشاف الخيارات المتاحة للمستأجر بمجرد انتهاء مدة العقد، سواء أكان ذلك من خلال شراء الأصول المستأجرة، أم تجديد العقد، أم اتخاذ خطوات أخرى تتعلق بالمستقبل الاستثماري للممتلكات، ولقد سلكت هذه الدراسة المنهج التحليلي الوصفي من حيث عرض النصوص القانونية بشأن الآثار المترتبة على انقضاء عقد التأجير التمويلي بإنهاء مدته والخيارات المترتبة على ذلك، وخلصت هذه الدراسة إلى أن عقد التأجير التمويلي هو أحد العقود المسماة حيث أن المشرع نظم أحكامها وفقاً للقرار بقانون بشأن التأجير التمويلي في فلسطين.

الكلمات المفتاحية: التأجير التمويلي، انتهاء العقد، الآثار المترتبة، القرار بقانون رقم 6 لسنة 2014-فلسطين.

Abstract:

The termination of a finance lease contract marks a pivotal moment in the relationship between the lessor and the lessee, representing a significant stage in their contractual relationship. This entails the expiration of the contract upon the end of the specified period, necessitating an evaluation of the implications for the parties involved. The primary impact of this event is either the transfer of ownership of the leased assets to the lessee, granting them full ownership rights, or requiring the lessee to make wise decisions regarding the contract's future based on its expiration, such as renewing the contract or returning the leased properties. Legally, lessee must commit to delivering the properties in good condition, taking into account normal consumption, requiring understanding between the parties to ensure the smooth progress of the contractual process to complete the relevant legal procedures upon contract termination.

The study aimed to understand the implications for both the lessee and the lessor upon the termination of a finance lease contract by exploring the available options for the lessee once the contract period ends, whether through purchasing the leased assets, renewing the contract, or taking other steps related to the investment future of the properties.

This study adopted the descriptive-analytical method in presenting the legal texts regarding the implications of the termination of a finance lease contract upon its expiry and the resulting options. It concluded that the finance lease contract is one of the regulated contracts, as the legislator has governed its provisions according to the law regarding finance leasing in Palestine.

Keywords: Financial Leasing – Contract Expiration – Subsequent Implications - Decree Law No. 6 of 2014 – Palestine.

المقدمة:

تعد عمليات التأجير التمويلي إحدى الوسائل الفعالة التي يعتمد عليها الأفراد والشركات لتأمين استخدام الأصول دون الحاجة للتملك الكامل، يتميز هذا النوع من العقود بالمرونة والفوائد المالية، إلا أن كل علاقة تأجير تمويلي تقتضي في نهاية المطاف الوصول إلى مرحلة الانتهاء، تعد هذه المرحلة لحظة حاسمة تتطلب دراسة متأنية لتبعاتها وتأثيراتها على الأطراف المعنية.

ويعد عقد التأجير التمويلي من المواضيع الحديثة والمهمة والتي شغلت بال المشرع في الكثير من الدول لما يمثله هذا العقد من وسيلة ناجحة لتمويل الاستثمارات والمشاريع الإنتاجية وبأسلوب يحقق أهداف المتعاقدين، ويعود بالنفع على الاقتصاد الوطني المحلي نتيجة لتطوير المشاريع ومواكبة عجلة التقدم التكنولوجي والتي تعد حالياً عماد التنمية المستدامة ونهضة الدولة.

ولقد ظهر نظام التأجير التمويلي في منتصف القرن الماضي في العام 1952 في الولايات المتحدة، وتم تطبيقه من خلال مؤسسات كبيرة كان أولها شركة التأجير التمويلي المستقلة (3) وبعد نجاح هذه الشركة وعدم تعرضها لمخاطر منح الائتمان أسست شركات أخرى في الولايات المتحدة وبريطانيا وألمانيا واليابان، كما أخذت فرنسا بهذه الفكرة، ولكن ظهرت بصورة تنظيمية مختلفة عن النظام القانوني الأمريكي؛ فعرف ب (Credit bail) وتم تأسيس أول شركة (Loca France) في العام 1962، فضلا عن أنشطة المصارف القائمة¹.

وعلى المستوى الدولي أعد المعهد الدولي لتوحيد القانون الخاص مشروع معاهدة دولية لتنظيم نشاط التأجير التمويلي للمنقولات؛ ووقعت هذه الاتفاقية في مدينة أوتاوا في كندا بتاريخ 1988/5/28 ودخلت حيز التنفيذ بعد إيداع تصديق كل من إيطاليا وفرنسا ونيجيريا، ولم تنضم إليها فلسطين.

ويعد عقد التأجير التمويلي كغيره من العقود تحكمها مدة تنتهي بانتهائها ويتميز عقد التأجير التمويلي عن غيره من العقود بخصوصية معينة منحها المشرع لمدة هذا العقد نظرا لما يحتويه هذا العقد من أهمية قانونية واقتصادية في شتى المجالات، حيث ما كان وإن تنتهي مدة هذا العقد إلا وأن تطرح خيارات تميز العقد عن غيره من العقود وهي خيار الشراء والتجديد والرد، ويعد عقد التأجير التمويلي من العقود المسماة التي نظم المشرع أحكامها وأضفى حماية لكل من المؤجر والمستأجر.

¹. عثمان التكروري، محاضرات في عقد التأجير التمويلي - القانون التجاري، منشور عبر الموقع الرسمي للأستاذ الدكتور عثمان التكروري، 2020، متاح عبر الرابط التالي: <http://www.othman.ps>، تاريخ الزيارة: 2024/1/28.

فالتأجير التمويلي هو نظام تمويلي يقوم فيه المؤجر (الممول) بتمويل شراء أصل رأسمالي بطلب من المستأجر (مستثمر) بهدف استثماره لمدة لا تقل عن (75%) من العمر الافتراضي للأصل، مقابل دفعات دورية (مقابل التأجير، على أن تكون دفعات مقابل التأجير قد غطت تكلفة الأصل وهامش ربح محدد)، مع احتفاظ المؤجر بملكية الأصل وحتى نهاية العقد، وحق المستأجر في خيار شراء الأصل عند نهاية مدة التأجير، أو تجديد عقد التأجير مرة أخرى، أو إعادة الأصل للمؤجر في نهاية مدة التأجير.

تناول هذا البحث موضوع انتهاء عقد التأجير التمويلي كظاهرة تعاقدية، حيث يتعين على المستأجر والمؤجر التفاعل مع هذه الحالة المحددة بعد انقضاء المدة الزمنية المتفق عليها. يهدف البحث إلى استكشاف التحديات والفرص المترتبة على هذا الانتقال في ملكية الأصول، مع التركيز على الجوانب المالية والقانونية المرتبطة بهذه العمليات.

سيتم تحليل الآثار المالية لانتهاء عقد التأجير التمويلي وكيف يتعين على الأطراف إدارة هذه الآثار بشكل فعال. سيتم أيضاً استعراض الأطر القانونية التي تحكم هذه العمليات وكيف يمكن تحسين التنسيق بين المستأجر والمؤجر لضمان انتقال سلس للملكية والامتثال للالتزامات القانونية.

مشكلة البحث:

تتمثل إشكالية البحث في تحديد طبيعة الأحكام السارية على انتهاء عقد التأجير التمويلي حيث أن هذا العقد يعد وكأنه عقد بصيغة مركبة، تتعدد النظم القانونية السارية عليه، حيث تهدف هذه الدراسة إلى تحديد ماهية المدة التي ينقضي بها عقد التأجير التمويلي وتحديد حقوق الأطراف المتعاقدين في حالة انتهاء العقد بانتهاء مدته، لهذا تسعى هذه الدراسة إلى الإجابة على السؤال الرئيس، ما هي الآثار المترتبة على انقضاء عقد التأجير التمويلي بانتهاء مدته؟ وعلى وجه التحديد تسعى هذه الدراسة إلى الإجابة على الأسئلة الفرعية الآتية:

1. ما المقصود بانقضاء عقد التأجير التمويلي بانتهاء مدته؟
2. ما هو الإطار القانوني الذي يحكم عقد التأجير التمويلي في الأراضي الفلسطينية؟
3. ما هي حالات انقضاء عقد التأجير التمويلي؟
4. ما هي خيارات المستأجر عند انقضاء عقد التأجير التمويلي بانتهاء مدته؟

أهداف البحث:

تناولت هذه الدراسة موضوع انقضاء عقد التأجير التمويلي بإنهاء مدته والتأثيرات الناتجة عن هذا الانتهاء، وتسلط هذه الدراسة الضوء على الإطار القانوني الناظم لعقد التأجير التمويلي في فلسطين، وهو القرار بقانون رقم 6 لسنة 2014، وهدفت هذه الدراسة إلى دراسة حالات انقضاء عقد التأجير التمويلي بإنهاء مدته، بالإضافة إلى فهم تأثير انتهاء عقد التأجير التمويلي بإنهاء مدته على كل من المستأجر والمؤجر. حيث تم التركيز على تقييم الآثار القانونية لهذا الانتهاء، بهدف تحديد التحديات والفرص التي قد تنشأ لكل طرف. كما وهدفت هذه الدراسة إلى تحليل الخيارات المتاحة للمستأجر بمجرد انتهاء مدة عقد التأجير التمويلي، بما يتضمن النظر في إمكانية شراء الأصول المستأجرة، أو تجديد العقد، أو إعادة الممتلكات المستأجرة.

تعد هذه الدراسة مساهمة أساسية في فهم تداولات وآثار انتهاء عقود التأجير التمويلي على المستوى الاقتصادي والقانوني، وتسليط الضوء على كيفية إدارة هذه العملية بشكل فعال لضمان استمرارية وتناغم العلاقة بين الأطراف المعنية.

أهمية البحث:

تأتي أهمية هذه الدراسة في ظل تسليط الضوء على أهم الأحكام المتعلقة بانقضاء عقد التأجير التمويلي، وذلك في ضوء ازدياد العقود المبرمة بين الأفراد، وسعي الكثير إلى حماية حقوقه من الاندثار، خاصة أن الكثير من المواطنين لديهم ضعف في أحكام هذا العقد كونه لا يتمدد ولا يتجدد إلا باتفاق الطرفين، بالإضافة إلى سعيهم حماية استثماراتهم القائمة، بالإضافة إلى حماية المستأجر من اللبس والغموض الذي يفرض عليه المؤجر في بعض الحالات، ومن المؤمل أن تستفيد الجهات الآتية من الدراسة: القضاة، والمؤجرين والمستأجرين في عقد التأجير التمويلي، وطلبة الحقوق، والباحثين .

محددات البحث:

قامت الدراسة على تحليل أحكام انقضاء عقد التأجير التمويلي بإنهاء مدته في ضوء القرار بقانون رقم 6 لسنة 2014 بشأن التأجير التمويلي في فلسطين.

منهجية البحث:

لقد سلك الباحث في موضوع الدراسة المنهج التحليلي الوصفي حيث قام الباحث بتحليل أحكام القرار بقانون رقم 6 لسنة 2014 بشأن التأجير التمويلي في فلسطين وما ورد في الفقه، وتسليط الضوء على بعض القواعد العامة القانونية النازمة للموضوع.

أدبيات البحث:

أولاً: دراسة أسامة إسماعيل محمد عمايرة، عقد التأجير التمويلي في فلسطين: الأحكام والانقضاء، رسالة ماجستير منشورة، جامعة بيرزيت - فلسطين، 2015:

لقد تناولت هذه الدراسة عرض أحكام عقد التأجير التمويلي والتزامات أطراف العقد وأحكام انقضاء العقد بمنهجية تحليلية وصفية مقارنة ما بين القرار بقانون بشأن التأجير التمويلي في فلسطين وقانون التأجير التمويلي المصري وقانون التأجير التمويلي الأردني.

ثانياً: دراسة عقيل مجيد كاظم السعدي، عقد الإيجار التمويلي (الليزنج)، بحث منشور، مجلة جامعة أهل البيت، العراق، 2009:

لقد تناولت هذه الدراسة ماهية عقد التأجير التمويلي وحقوق طرفي العقد مع الإشارة إلى دور المقاول "المورد" وكيفية انتهاء عقد التأجير التمويلي بمنهجية تحليلية وصفية مقارنة ما بين قانون التأجير التمويلي العراقي وقانون التأجير التمويلي اللبناني والمصري والفرنسي والتونسي والأردني.

ثالثاً: كتاب حسام الدين عبد الغني الصغير، الإيجار التمويلي، دار النهضة العربية، القاهرة، 1994:

لقد تناول الباحث أحكام عقد التأجير التمويلي المصري في بداياته وأشار الباحث إلى عدد من الثغرات القانونية التي تؤثر على حقوق طرفي عقد التأجير التمويلي، كما وتناول الكتاب أحكام انتهاء أجل العقد.

خطة البحث:

لقد تم تقسيم البحث إلى مطلبين أساسيين، حيث يركز المطلب الأول على انتهاء عقد التأجير التمويلي بانتهاء مدته، ويتضمن ثلاثة فروع رئيسية. يتعلق الفرع الأول بتوضيح مفهوم انتهاء عقد التأجير التمويلي بانتهاء مدته، بينما تناول الفرع الثاني الحالات التي يمكن أن ينتهي فيها عقد التأجير التمويلي، ويستكشف الفرع الثالث خيارات المستأجر عندما ينتهي عقد التأجير التمويلي بانتهاء مدته. أما المطلب الثاني، فهو يركز على الآثار المترتبة على انتهاء عقد التأجير التمويلي، ويتألف من ثلاثة فروع رئيسية. يناقش الفرع الأول الأثر المترتب على خيار شراء الأموال المؤجرة، بينما تطرق الفرع الثاني إلى الأثر المترتب على خيار إعادة استئجار الأموال المؤجرة، وناقش الفرع الثالث الأثر المترتب على خيار رد الأموال المؤجرة.

المطلب الأول:

انقضاء عقد التأجير التمويلي بإنهاء مدته

تمهيد وتقسيم

تم تقسيم المطلب الأول إلى ثلاثة فروع، وتناول الفرع الأول مفهوم انتهاء عقد التأجير التمويلي بإنهاء مدته، وتناول الفرع الثاني حالات وأحكام انتهاء عقد التأجير التمويلي، وتناول الفرع الثالث خيارات المستأجر عند انتهاء عقد التأجير التمويلي بإنهاء مدته.

بادئ ذي بدء، يُعرف عقد التأجير التمويلي على أنه "عقد خطي يُبرم وفقاً لأحكام القرار بقانون رقم (6) لسنة 2014 بشأن التأجير التمويلي بين طرفين؛ الطرف الأول وهو المؤجر ويعرف على أنه شركة أو مؤسسة مالية مرخصة من قبل الجهات المختصة بممارسة نشاط التأجير التمويلي، الطرف الثاني وهو المستأجر ويُعرف على أنه الشخص أو الجهة التي ترغب في الحصول على أصل معين (منقول أو غير منقول) لاستخدامه لفترة زمنية محددة"¹.

وفي الدراسات الفقهية المعاصرة، عرف التأجير التمويلي بأنه "إجارة يقترن بها الوعد بتمليك العين المؤجرة إلى المستأجر في نهاية مدة الإجارة أو في أثائها، ويتم التمليك بالبيع أو الهبة"².

ولم يسبق للفقهاء الأقدمين التعرض لهذا النوع من المعاملات، غير أن الاجتهاد الفقهي المعاصر توجه إلى الحكم على هذه المعاملة من خلال القواعد العامة للفقه الإسلامي³؛ حيث أكد مجلس مجمع الفقه الإسلامي الدولي في قراره رقم (110) على أنه "لا حرج في التعامل مع عقود الإجارة المنتهية بالتمليك أو التأجير التمويلي ونحوه بشرط مراعاة ضوابط جواز تلك العقود وهي"⁴:

¹ المادة 1 من قرار بقانون رقم (6) لسنة 2014م بشأن التأجير التمويلي النافذ في فلسطين، منشور عبر منظومة القضاء والتشريع في فلسطين، متاح عبر الرابط التالي: <http://muqtafi.birzeit.edu/pg/getleg.asp?id=16581>، تاريخ الزيارة: 2024/2/1.

² هيئة المحاسبة والمراجعة للمؤسسات المالية الإسلامية "الأيوبي"، المعايير الشرعية، 1431 هـ، ص 122.

³ آدم القضاة وموسى القضاة، واجبات المستأجر والمؤجر وحقوقهما في التأجير التمويلي: دراسة مقارنة بين الفقه الإسلامي والقانون الأردني، مجلة علوم الشريعة والقانون، المجلد 43، العدد 1، المملكة الأردنية الهاشمية، 2016، ص 244.

⁴ مجلس مجمع الفقه الإسلامي الدولي المنبثق عن منظمة المؤتمر الإسلامي، القرار رقم 110 (4/12) "بشأن موضوع الإيجار المنتهي بالتمليك وصكوك التأجير"، الدورة الثانية عشرة المنعقدة بالرياض في المملكة العربية السعودية، من 25 جمادى الآخرة إلى 1 رجب 1421 هـ الموافق 23 - 28 أيلول (سبتمبر) 2000م، <https://iifa-aifi.org/ar/2061.html>.

1- وجود عقدين منفصلين مستقل كل منهما عن الآخر زماناً، بحيث يكون إبرام عقد البيع بعد عقد الإجارة، أو وجود وعد بالتملك في نهاية مدة الإجارة، والخيار يوازي الوعد في الأحكام. 2- أن تكون الإجارة فعلية وليست ساترة للبيع. 3- أن يكون ضمان العين المؤجرة على المالك لا على المستأجر، وبذلك يتحمل المؤجر ما يلحق العين من { ضرر } غير ناشئ من تعد المستأجر، أو تقريطه، ولا يلزم المستأجر بشيء إذا فاتت المنفعة. 4- إذا اشتمل العقد على تأمين العين المؤجرة فيجب أن يكون التأمين تعاونياً إسلامياً لا تجارياً، ويتحملة المالك المؤجر وليس المستأجر. 5- يجب أن تطبق على عقد الإجارة المنتهية بالتملك أحكام الإجارة طوال مدة الإجارة وأحكام البيع عند تملك العين. 6- تكون نفقات الصيانة غير التشغيلية على المؤجر لا على المستأجر طوال مدة الإجارة.

ويختلف عقد التأجير التمويلي عن التأجير التشغيلي، في أن التأجير التمويلي ينقل إلى المستأجر المنافع ويتحمل المخاطر المترتبة على الملكية، ويشمل ذلك مخاطر التلف أو الضرر الذي يلحق عرضاً بالأصل (على الرغم من أنه يجوز التأمين ضد هذه المخاطر). وبالتالي، فإن الضرر الذي يجعل الأصل غير صالح للاستعمال لا يعفي المستأجر من التزاماته المالية إزاء المؤجر، أما في التأجير التشغيلي يحتفظ المؤجر بالملكية الاقتصادية، وجميع الحقوق والمسؤوليات المرتبطة بالأصل، ويشترى المؤجر وثائق التأمين ويتولى مسؤولية الصيانة¹.

بالإضافة إلى أنه، في التأجير التمويلي يكون هدف المستأجر إما شراء الأصل أو على الأقل استخدامه لمعظم عمره الاقتصادي واستناداً إلى ذلك، فإن المستأجر سيهدف إلى تغطية كامل أو معظم تكلفة الأصل في أثناء مدة التأجير، ومن ثم من المتوقع أن يطالب بحق ملكية الأصل في نهاية مدة التأجير. ويجوز للمستأجر الحصول على حق الملكية قبل انتهاء مدة التأجير، وليس قبل سداد تكلفة الأصل كاملة. أما في التأجير التشغيلي يكون هدف المستأجر استخدام الأصل المستأجر لتلبية حاجة معينة، ومن ثم فإن عقد التأجير التشغيلي يغطي فقط الاستخدام قصير الأجل للأصل. علاوة على ذلك عادة ما تكون فترة التأجير التشغيلي أقصر بكثير من العمر الافتراضي للأصل.

كما ويختلف التأجير التمويلي عن القروض من وجهة نظر المستأجر من خلال فرق جوهري واحد؛ ألا وهو أن مع القرض يكون الأصل ملكاً للمقرض، في حين أنه مع التأجير التمويلي يكون الأصل ملكاً للمؤجر.

¹. مؤسسة التمويل الدولية IFC، الدروس المستفادة من الاقتصادات الناشئة: تطوير التأجير التمويلي، 2005.

ولكي يكون التأجير تمويلياً لا بد أن تتوفر فيه الشروط الآتية:

أولاً: أن يقتصر التمويل على الأصول الرأسمالية بهدف الاستثمار وليس الاستهلاك ويكون الأصل استثمارياً عينياً (ويشمل جميع الأصول والسلع الرأسمالية والمعدات، ولا يشمل الأوراق المالية والتجارية كالنقد والسندات والاستثمار وأذونات الخزنة).

ثانياً: أن يكون الأصل المؤجر هو ضمان التمويل ومصدر سداد دفعات مقابل التأجير، وأن تعد دفعات مقابل التأجير جزءاً من ثمن الأصل المؤجر بالإضافة إلى أنها مقابل الانتفاع بالأصل.

ثالثاً: حق المستأجر بتملك الأصل المؤجر (خيار الشراء) في نهاية عقد التأجير التمويلي (على أن تكون دفعات مقابل التأجير قد غطت تكلفة الأصل وهامش ربح محدد) أو حقه في المشاركة في قيمة بيع الأصل المؤجر في نهاية العقد، أو الحق في تجديد العقد لفترة جديدة.

رابعاً: ألا تقل مدة العقد عن 75% من العمر الافتراضي للأصل المؤجر.

خامساً: أن يكون العقد غير قابل للإلغاء، وأن تغطي دفعات مقابل التأجير القيمة السوقية للأصل عند إبرام العقد بالإضافة إلى هامش ربح محدد، أو ألا تقل التغطية عن 90% من القيمة السوقية عند توقيع العقد. وختاماً: ملكية الأصل المؤجر تبقى وحتى نهاية العقد باسم المؤجر.

ويهدف عقد التأجير التمويلي إلى إتاحة الفرصة أمام المؤجر ليستثمر ماله، وذلك من خلال توفير احتياجات المستأجر، بحيث يقدم المؤجر للمستأجر احتياجاته من الأموال المنقولة أو غير المنقولة، لفترة زمنية يتم الاتفاق عليها في العقد مقابل دفعات مالية يدفعها المستأجر للمؤجر، وفي نظام التأجير التمويلي يقتصر دور المؤجر على تمويل شراء العين المؤجرة المحددة من قبل المستأجر، ويقوم المستأجر بتسليم العين المؤجرة والانتفاع بها وتسديد الدفعات المالية المترتبة عليه.

حيث أن عقد التأجير التمويلي يمكن المستأجر من استخدام ما يحتاجه في نشاطاته الاقتصادية دون الحاجة إلى دفع مبالغ ضخمة، أو تملك العين المؤجرة، إضافة إلى المنفعة التي يحققها المؤجر من تنظيم هذا النوع من العقود، فعند انتهاء العقد يسترد المؤجر ثمن العين المؤجرة مع تحقيق هامش ربح ناتج عن انتفاع المستأجر بالعين المؤجرة.

وتنقضي عقود التأجير التمويلي بانتهاء المدة المتفق عليها، إلا أنه قد تحدث أسباب تؤدي إلى انتهاء العقد قبل المدة المحددة له، بحيث يتم فسخ العقد من قبل الطرف المتضرر من الإخلال، وقد يكون الفسخ قضائي أو اتفاقي أو بقوة القانون¹.

يمثل انتهاء عقد التأجير التمويلي بانتهاء مدته مرحلة حيوية في دورة حياة العقد، حيث تنتهي الفترة الزمنية المحددة التي اتفق عليها المستأجر والمؤجر، ويترتب على هذا الانتهاء تحولات مهمة في العلاقة بين الأطراف، مما يفرض التفكير بعناية في الخطوات الآتية: يشمل ذلك اتخاذ قرارات إستراتيجية مثل تجديد العقد، وشراء الأصول المستأجرة، أو إعادة الممتلكات إلى المؤجر؛ وتناول هذا النقاش تأثيرات هذا الانتهاء على الأطراف والخيارات والآثار التي قد تنشأ عن هذه المرحلة المهمة في علاقة التأجير التمويلي.

الفرع الأول:

مفهوم انتهاء عقد التأجير التمويلي بانتهاء مدته

تعد الطريق الطبيعية للوفاء بالعقد هي أداء الطرفين لالتزاماتهم التعاقدية المفروضة عليهم بموجب العقد حيث أن الأصل براءة الذمة في العقود²، وينتهي عقد التأجير التمويلي نهاية طبيعية بانتهاء مدة عقد الإيجار التمويلي المتفق عليها بموجب العقد³.

وانتهاء عقد التأجير التمويلي هو المرحلة التي تحدث عند نهاية المدة الزمنية المتفق عليها في العقد بين المستأجر والمؤجر. في هذه المرحلة، يصبح المستأجر عادةً في موقف يمكنه من اتخاذ إحدى الخيارات الرئيسة. يمكن للمستأجر أن يشتري الأصول المستأجرة بمبلغ محدد مسبقاً (خيار الشراء)، أو أن يختار تجديد العقد مع شروط جديدة، أو إعادة الممتلكات إلى المؤجر.

إن انتهاء عقد التأجير التمويلي يترتب عليه تأثيرات مالية وتشغيلية يجب أن يتعامل المستأجر والمؤجر معها بناءً على الشروط المتفق عليها في العقد وتنظيمات القانون المحلية.

¹. أريج يوسف محمد برادعيه، آثار انتهاء عقد التأجير التمويلي في القانون الفلسطيني: دراسة مقارنة، رسالة ماجستير، جامعة القدس، فلسطين، 2022، ص 3.

². المادة 8 من مجلة الأحكام العدلية.

³. المادة 30 / 1 الجملة الأولى من القرار بقانون رقم 6 لسنة 2014 بشأن التأجير التمويلي تدل على أن الطريق الطبيعي لانتهاء عقد التأجير التمويلي هو بإنهاء مدته.

يشير مفهوم انتهاء عقد التأجير التمويلي إلى المرحلة النهائية في العلاقة التعاقدية بين المستأجر والمؤجر في إطار عقد تأجير تمويلي، يحدث هذا الانتهاء عند نهاية المدة الزمنية المحددة في العقد، حيث يصبح المستأجر مالكاً للأصل أو العتاد الذي كان يتم استئجاره بشكل تمويلي.

إذ يعد انتهاء عقد التأجير التمويلي لحظة مهمة تتطلب التنسيق والتفاهم بين الأطراف لضمان استكمال الإجراءات القانونية والمالية بشكل صحيح، وتحقيق تحول ملكية سلس وفقاً للشروط المتفق عليها في العقد. في هذه المرحلة، يختار المستأجر بين تجديد العقد لفترة جديدة، والتفاوض على شروط جديدة، أو إعادة الممتلكات المستأجرة إلى المؤجر. تتضمن هذه العملية التفاوض حول قضايا مثل شروط التأجير المستقبلية، وتقدير قيمة العتاد بعد فترة الاستخدام، والالتزامات المالية المترتبة على الطرفين.

وتختلف مدة هذا العقد باختلاف طبيعة الأموال المؤجرة بحيث تكون مدة العقد متقاربة إلى حد ما مع العمر الافتراضي لهذه الأموال المؤجرة.

وجرى العرف على أن تكون مدة عقد التأجير التمويلي من 5-10 خمس إلى عشر سنوات في العقود التي محلها منقولات ومن 10-20 عشر إلى عشرين سنة في العقود التي ترد على العقارات¹. ويخضع ذلك لعدة اعتبارات تتمثل في صعوبة إعادة تأجير الأصل المؤجر إلى مستأجر آخر أو بيعها إلى مشترٍ آخر يرغب في شرائها²، كما تتمثل في عدم رغبة المؤجر في استرداد العين المؤجرة لانخفاض قيمتها السوقية بعد استعمالها فترة من الزمن، بالإضافة إلى ذلك فإن المؤجر لا يرغب سوى استثمار أمواله ولا يُعنى بتسليم الأموال المؤجرة مرة أخرى. وخلاصة القول حول كم تدوم مدة التأجير التمويلي؛ فالإجابة عليها إنها تدوم معظم العمر الافتراضي للأصل، سواء أجرى أم لم يجر نقل الملكية في النهاية³.

حيث أن تملك المؤجر للعين المؤجرة طيلة فترة العقد هي ليست غاية على وجه التحديد؛ إنما وسيلة لضمان استرداد المؤجر لثمن شراء الأموال المؤجرة في حال تعثر المستأجر عن الالتزام ببند العقد أو دفع

¹. حسام الدين عبد الغني الصغير، الإيجار التمويلي، دار النهضة العربية، القاهرة، 1994، ص 49.

². عقيل مجيد كاظم السعدي، عقد الإيجار التمويلي (الليزنج)، بحث منشور، مجلة جامعة أهل البيت، العراق، 2009، ص 93.

³. مؤسسة التمويل الدولية IFC، الدروس المستفادة من الاقتصادات الناشئة: تطوير التأجير التمويلي، 2005.

دفعات التأجير التمويلي¹ المتفق عليها²، وفي فلسطين نظم المشرع أحكام انتهاء عقد التأجير التمويلي بموجب القرار بقانون رقم 6 لسنة 2014.

الفرع الثاني:

حالات وأحكام انتهاء عقد التأجير التمويلي

تمهيد وتقسيم

وتم تقسيم الفرع الأول إلى أربعة أقسام، أولاً: تناول انتهاء عقد التأجير التمويلي قبل انتهاء مدته، ثانياً: تناول انتهاء عقد التأجير التمويلي بانتهاء المدة المتفق عليها، ثالثاً: تناول انفساخ عقد التأجير التمويلي، رابعاً: تناول مدى تدخل القانون في تحديد مدة عقد التأجير التمويلي.

تتطوي حالات انتهاء عقد التأجير التمويلي بانتهاء مدته على مرحلة حاسمة في العلاقة بين المستأجر والمؤجر. يتجلى هذا الانتهاء عند انقضاء الفترة الزمنية المحددة في العقد، ويتطلب تقييماً دقيقاً للتأثيرات والتحويلات التي تنشأ عن هذا الحدث. تتنوع هذه الحالات وفقاً للظروف الفردية والشروط التي وردت في العقد، ويتعين على الأطراف التفاعل بحذر لضمان استكمال الإجراءات بشكل صحيح، سواء أكان ذلك بتجديد العقد أم إعادة الممتلكات المستأجرة؛ يسعى هذا النقاش إلى فهم المزيد حول السياقات المتنوعة التي يمكن أن ينتهي فيها عقد التأجير التمويلي بانتهاء مدته.

أولاً: انتهاء عقد التأجير التمويلي قبل انتهاء مدته

تُشير هذه الحالة إلى الانقضاء المبكر للاتفاق بين المستأجر والمؤجر قبل انتهاء الفترة الزمنية المحددة في العقد، ويمكن أن يكون ذلك ناتجاً عن اتفاق طرفين أو بناءً على ظروف خاصة تستدعي إنهاء الاتفاق قبل الموعد المحدد، مما يفرض تقييماً للتأثيرات المالية والقانونية لهذا الإنهاء المبكر.

ويجوز وفق أحكام المادة 29 من القرار بقانون رقم (6) لسنة 2014 بشأن التأجير التمويلي، إنهاء العقد قبل انتهاء مدته بطلب المؤجر فسخ العقد إذا أخل المستأجر بتنفيذ التزاماته الواردة في عقد التأجير التمويلي، سواء أكان بعدم دفع دفعات الإيجار، أم عدم قيامه بصيانة وإصلاح العين المؤجرة، أم لأية مخالفة جوهرية أخرى لعقد التأجير التمويلي أو التشريعات النافذة.

¹. عرفت المادة 1 من القرار بقانون رقم 6 لسنة 2014 دفعات التأجير: البديل الذي يدفعه المستأجر إلى المؤجر على دفعات وفق أحكام عقد التأجير التمويلي.

². أسامة إسماعيل محمد عمايرة، عقد التأجير التمويلي في فلسطين: الأحكام والانقضاء، رسالة ماجستير منشورة، جامعة بيرزيت- فلسطين، 2015، ص 118.

وغالباً ما ينص في عقد التأجير التمويلي على حق المؤجر بفسخ العقد بإرادته المنفردة بموجب شرط فاسخ صريح عند إخلال المستأجر بالتزاماته؛ فإذا لم يوجد مثل هذا الشرط يمكن للمؤجر طلب الفسخ بقرار من المحكمة المختصة.

على أنه وفق المادة 2/29 من القرار بقانون، لا يجوز للمؤجر فسخ عقد التأجير التمويلي إلا بعد إشعار المستأجر بموجب إخطار عدلي بوقوع إحدى المخالفات المنصوص عليها في الفقرة الأولى من هذه المادة، وامتناع المستأجر عن الرجوع عن تلك المخالفة خلال عشرة أيام من اليوم التالي لتاريخ تبليغه بالإخطار.

أما المستأجر فإنه لا يجوز له - وفق الفقرة 3 من هذه المادة - إنهاء عقد التأجير التمويلي إلا في حال عدم تمكين المؤجر له من الانتفاع بالعين المؤجرة وفقاً للمادة 22 من القرار بقانون، ولا يعد الإنهاء نافذاً إلا بعد إشعار المؤجر بذلك خطياً¹.

ثانياً: انتهاء عقد التأجير التمويلي بانتهاء المدة المتفق عليها

إذا اتفق المتعاقدان في عقد التأجير التمويلي وهما المؤجر والمستأجر على مدة معينة للعقد ففي هذه الحالة ينتهي العقد بمجرد انتهاء المدة المتفق عليها ودون الحاجة إلى القيام باتخاذ إجراءات معينة تتمثل بالتنبيه أو الإخطار، كون عقد الإيجار التمويلي هو من العقود المؤقتة بطبيعتها والتي لا يجوز أن تكون عقود مؤبدة².

ثالثاً: انفساخ عقد التأجير التمويلي

وفقاً للقواعد العامة، إذا أصبح من غير الممكن تنفيذ التزام معين نتيجة لتلف العين المستأجرة بسبب ظروف خارجة عن سيطرة المستأجر ينتهي الالتزام تلقائياً، ويتسبب ذلك في فسخ العقد بموجب القانون، وعلى الرغم من ذلك، نظراً للطبيعة الفريدة لعقد التأجير التمويلي، حيث يكون المؤجر مجرد ممول، ويكون الهدف من العقد هو امتلاك المستأجر للعين المستأجرة في نهاية فترة العقد.

¹ عثمان التكروري، محاضرات في عقد التأجير التمويلي - القانون التجاري، منشور عبر الموقع الرسمي للأستاذ الدكتور عثمان التكروري، 2020، متاح عبر الرابط التالي: <http://www.othman.ps>، تاريخ الزيارة: 2024/1/30، الساعة: 1:50 AM.

² سنداً للتعميم بشأن معلومات عقد التأجير التمويلي رقم 1 لسنة 2016 بموجب تعليمات رقم 1 لسنة 2016 بشأن ترخيص شركات التأجير التمويلي والرقابة عليها والصادرة عن مدير عام هيئة سوق رأس المال الفلسطينية.

وأكدت المادة (3/17) من القرار بقانون على أن هلاك العين المؤجرة أو استحالة استعمالها وفقاً للغايات المقررة لها بعد تسلم المستأجر لها، ولو كان ذلك عائداً لسبب أجنبي لا يد له فيه، لا يعفي المستأجر من التزاماته بموجب عقد التأجير التمويلي، ولا يحق له المطالبة بفسخ العقد. بمعنى أن هلاك العين المؤجرة لا يعفي المستأجر من دفع كامل أقساط الأجرة حتى تلك التي لم تستحق وقت هلاك العين.

رابعاً: مدى تدخل القانون في تحديد مدة عقد التأجير التمويلي

حسب الأصل العام في عقود الإيجار العادية فإنه يجب على الأطراف المتعاقدة تولي تحديد مدة العقد، لكن في حال لم يتم الاتفاق على مدة العقد فيما، بينهما أو تعذر إثبات المدة المتفق عليها، فإنه لا يبطل العقد؛ وإنما يتولى القانون تحديد مدة عقد الإيجار.

وتعد مدة عقد التأجير التمويلي مسألة تشكل أساساً للتنظيم والتوجيه في هذا النوع من العقود، إذ يعتمد ذلك على الأنظمة القانونية المحلية والقوانين المنظمة للعقود التمويلية، يتنوع التدخل القانوني من بلد لآخر، حيث قد تحدد بعض القوانين مدداً زمنية محددة لعقود التأجير التمويلي، بينما تتيح للأطراف في العقد في البلدان الأخرى حرية أكبر في تحديد هذه المدة، ويهدف التنظيم القانوني إلى تحقيق توازن بين حقوق الأطراف وضمان استدامة العلاقة التعاقدية.

وبموجب مشروع القانون المدني الفلسطيني فإنه في حال لم يتم تحديد مدة العقد عُدت مدة الإيجار هي مدة دفع الأجرة على ألا تزيد مدة العقد عن ثلاثين عاماً¹.

كما حددت مجلة الأحكام العدلية وهي القواعد العامة المطبقة في أحكام القانون المدني في فلسطين أن المدة القصوى في عقود الإيجار العادية هي السنة².

لكن جاء قانون المالكين والمستأجرين بقاعدة خاصة أعطت لعقد الإيجار خيارات بخصوص المدة من حيث التجديد الضمني والتجديد الاتفاقي والامتداد القانوني³.

أما فيما يتعلق بعقد الإيجار التمويلي فالقانون جاء بصورة خاصة تلزم أطراف عقد التأجير التمويلي بتحديد مدة العقد وفي حال عدم تحديد مدة لهذا العقد عُد العقد باطل ولا تقوم هيئة سوق رأس المال

¹. المادة 608 و 611 من مشروع القانون المدني الفلسطيني لعام 2012.

². المادة 484 من مجلة الأحكام العدلية.

³. قانون المالكين والمستأجرين رقم 62 لسنة 1953.

الفلسطينية¹ بصفتها صاحبة الولاية في الرقابة على تنظيم عقود التأجير التمويلي والرقابة على ترخيص شركات التأجير التمويلي² بإجازة هذا العقد وتسجيله في سجل عقود التأجير التمويلي. وهذا ما ورد بموجب أحكام التعميم الصادر عن المدير العام لهيئة سوق رأس المال الفلسطينية استناداً للتعليمات الصادرة عن الهيئة رقم 1 لسنة 2016 بشأن ترخيص شركات التأجير التمويلي والرقابة عليها.

الفرع الثالث:

خيارات المستأجر عند انتهاء عقد التأجير التمويلي بانتهاء مدته

تمهيد وتقسيم

وتم تقسيم الفرع الثاني إلى شقين، أولاً: تناول شراء الأموال المؤجرة، ثانياً: تجديد عقد التأجير التمويلي، ثالثاً: تناول رد الأموال المؤجرة.

أولاً: شراء الأموال المؤجرة

يعد هذا الخيار أحد الخصائص التي يتميز بها عقد التأجير التمويلي عن غيره من العقود المشابهة³، وشراء الأموال المؤجرة يعني استحواذ المستأجر على الأصول التي كان يستأجرها بنظام تأجير تمويلي، يتيح هذا الخيار للمستأجر فرصة شراء الممتلكات بعد انقضاء فترة التأجير، حيث يمكنه دفع مبلغ محدد لامتلاك الأصل بشكل كامل. يعد هذا الاستحواذ نهاية للعلاقة التعاقدية ويمنح المستأجر الفرصة للتمتع بالملكية الكاملة للأصل المستأجر.

وأشار المشرع الفلسطيني إلى هذا الخيار في القرار بقانون بشأن التأجير التمويلي؛ حيث عرفه المشرع الفلسطيني على أنه "خيار في عقد التأجير التمويلي يجيز للمستأجر شراء العين المستأجرة عند انتهاء مدة التأجير بالمبلغ المتفق عليه بموجب عقد التأجير التمويلي"⁴.

¹ القرار بقانون بشأن التأجير التمويلي، متاح عبر الرابط التالي:

² <http://muqtafi.birzeit.edu/pg/getleg.asp?id=16581>، تاريخ الزيارة: 2024/1/10، الساعة: 9:50 PM.

³ المادة 3 من قانون هيئة سوق رأس المال الفلسطيني رقم 13 لسنة 2004.

⁴ حسام الدين عبد الغني الصغير، مرجع سابق تم الإشارة إليه، ص 51.

⁵ المادة 1 من القرار بقانون رقم 6 لسنة 2014 بشأن التأجير التمويلي.

كما نص القرار بقانون على أنه " عند انتهاء عقد التأجير التمويلي أو إنهائه يجب على المستأجر أن يعيد العين المؤجرة إلى المؤجر ما لم يكن قد مارس حقه في شرائها ..."¹.

ويعد هذا الخيار ذو أهمية لدى المستأجر من حيث ضمان استمرارية مشروعه القائم في حال كان يعتمد في الأساس على العين المؤجرة، كما له أهمية ومصلحة بالنسبة للمؤجر من حيث أنه لا يرغب في الأصل استرداد الأموال المؤجرة، إما لصعوبة بيعها أو إعادة تأجيرها لمستأجر آخر أو من حيث انخفاض قيمتها السوقية أو عدم لحاقها بعجلة التطور التكنولوجي وعدم القدرة على تصريفها في الأسواق.

ولا بد من الإشارة إلى أنه يجب أن يشمل عقد التأجير التمويلي على شروط تتعلق بممارسة خيار الشراء وهي إعلان الرغبة في الشراء وتحديد مدة إعلان الرغبة في الشراء؛ وذلك بعد قيام المستأجر بسداد كامل دفعات التأجير التمويلي حتى يتسنى للمؤجر نقل ملكية الأموال المؤجرة إلى المستأجر.

بالإضافة إلى ذلك يجب تحديد ثمن الأموال المؤجرة في حال الاتفاق على خيار الشراء، وهذا يكون عند إبرام العقد، ويراعى في ذلك الأقساط التي دفعها المستأجر بالإضافة إلى المصاريف والتكاليف التي تكبدها والفوائد المضافة عليه².

ثانياً: رد الأموال المؤجرة

يشير هذا المفهوم إلى عملية إعادة الممتلكات المستأجرة إلى المؤجر بعد انتهاء فترة العقد، في هذا السياق، يقوم المستأجر بإعادة الأصول المؤجرة بناءً على الاتفاق القانوني، حيث يكون ملتزماً بتسليمها في حالة جيدة وفقاً لشروط العقد. تعد هذه العملية جزءاً من الإجراءات المتبعة عند انتهاء عقد التأجير التمويلي، حيث يتم تحديد حالة الأصول والتعويض المالي المحتمل بناءً على شروط وأحكام العقد. وهي الحالة الطبيعية للعقد حيث تتمثل في حالة انتهاء مدة عقد التأجير التمويلي دون أن يمارس المستأجر حقه في تجديد العقد أو تفعيل خيار الشراء.

وفي هذه الحالة يكون المستأجر ملزماً برد العين المؤجرة إلى المؤجر بالحالة التي كانت عليها قبل التعاقد، وغالباً ما يلجأ المستأجر إلى رد الأموال المؤجرة في حالة كانت العين المؤجرة قديمة لا تواكب التطور التجاري التكنولوجي، وقد أشار المشرع الفلسطيني إلى ذلك حيث نص على أنه " عند انتهاء عقد

¹. المادة 3/24 من القرار بقانون رقم 6 لسنة 2014 بشأن التأجير التمويلي.

². أسامة إسماعيل محمد عمارة، مرجع سابق تم الإشارة إليه، ص 134.

التأجير التمويلي أو إنهائه يجب على المستأجر أن يعيد العين المؤجرة إلى المؤجر ما لم يكن قد مارس حقه في شرائها أو إعادة استئجارها"¹.

والجدير بالإشارة إلى أن هذا الخيار بالواقع الفعلي هو ليس أحد الخيارات الممنوحة للمستأجر؛ إنما هو النتيجة الطبيعية التي يصل لها المستأجر في حال عدم استخدامه أحد الخيارات المطروحة وهو خيار الشراء أو إعادة الاستئجار.

ثالثاً: إعادة استئجار الشيء محل العقد "تجديد عقد التأجير التمويلي"

في حال انتهاء مدة عقد التأجير التمويلي وعدم رغبة المستأجر في شراء العين المؤجرة أو ردها أو عدم قدرته على الشراء؛ فله الخيار بتجديد عقد التأجير التمويلي، إذا ما رغب باستمرار المشروع القائم واستمرار انتفاعه بالعين المؤجرة.

وقد أشار المشرع الفلسطيني إلى هذا الخيار حيث نص على أنه "عند انتهاء عقد التأجير التمويلي أو إنهائه يجب على المستأجر أن يعيد العين المؤجرة إلى المؤجر ما لم يكن قد مارس حقه في شرائها أو إعادة استئجارها". ويشترط في المستأجر حتى يقوم بتفعيل هذا الخيار إعلان رغبته في تجديد عقد التأجير التمويلي قبل انتهاء العقد، وبالصورة التي تم الاتفاق عليها بينه وبين المؤجر بموجب أحكام العقد، حيث أنه في جميع الأحوال لا يتجدد العقد بصورة ضمنية ولا يتمدد امتداد قانوني؛ إنما بالاتفاق فيما بين أطراف العقد²، ويعود السبب في ذلك إلى اختلاف شروط عقد التأجير التمويلي الثاني عن عقد التأجير التمويلي الأول من حيث الأجرة والمدة، فالأجرة في العقد الجديد عادةً ما تكون ضئيلة مراعاة لانتهاء العمر الافتراضي للآلات أو المعدات عند بداية العقد الجديد³.

المطلب الثاني

الآثار المترتبة على انتهاء عقد التأجير التمويلي بانتهاء مدته

تمهيد وتقسيم:

تم تقسيم المطلب الثاني إلى ثلاثة فروع وتناول الفرع الأول الأثر المترتب على خيار شراء الأموال المؤجرة، وتناول الفرع الثاني الأثر المترتب على خيار إعادة استئجار الأموال المؤجرة، وتناول الفرع الثالث الأثر المترتب على خيار رد الأموال المؤجرة. الفرع الأول: الأثر المترتب على خيار شراء الأموال المؤجرة

¹ المادة 3/24 من القرار بقانون رقم 6 لسنة 2014 بشأن التأجير التمويلي.

² أسامة إسماعيل محمد عمارة، مرجع سابق تم الإشارة إليه، ص135.

³ حسام الدين عبد الغني الصغير، مرجع سابق تم الإشارة إليه، ص52.

في حال اختار المستأجر شراء الأموال المؤجرة وقام بأداء ما عليه من التزامات ووافق المؤجر على ذلك فإن المؤجر يلتزم بنقل ملكية الأصل المؤجر إلى المستأجر.

يظهر هذا الأثر بشكل حاسم عندما يقرر المستأجر استحوازه على الأصول بعد انقضاء فترة التأجير، يعكس هذا القرار تحولاً في ملكية الأصول، حيث يحقق المستأجر الامتيازات الكاملة للملكية، ويترتب على ذلك تأثير مالي وقانوني، حيث يجب دفع مبلغ محدد للحصول على الملكية الكاملة، ويتم تنظيم هذه العملية بموجب الشروط المنصوص عليها في العقد، ويتيح خيار شراء الأموال المؤجرة للمستأجر تحقيق استفادة كبيرة من الأصول التي قام بتأجيرها، مما يعزز مرونته واستقلاليته في إدارة الممتلكات.

وقد أشار المشرع الفلسطيني إلى ذلك حيث نص " عند قيام المستأجر بممارسة خيار شراء العين المؤجرة من غير المنقول أو من الأموال المنقولة الخاصة، أو في حال نص عقد التأجير التمويلي على انتقال ملكية العين المؤجرة محل العقد إلى المستأجر بعد سداده للالتزامات المترتبة عليه كافة، يجب على المؤجر تسجيل العين المؤجرة باسم المستأجر خلال 15 خمسة عشر يوماً من تاريخ أحقية المستأجر بتملك العين المؤجرة، وإذا لم يقم المؤجر بذلك للمستأجر الحق باللجوء إلى المحكمة المختصة للحصول على قرار بنقل ملكية العين المؤجرة إلى المستأجر"¹

حيث في حالة كانت العين المؤجرة من المنقولات التي لا تطلب إجراءات خاصة تنتقل ملكيتها للمستأجر مباشرة، ويعد هنا تسليم حكمي. أما إذا كانت من الأموال غير المنقولة أو المنقولات ذات الطبيعة الخاصة وجب على المؤجر تسجيلها لدى دوائر الإجراء المختصة خلال 15 خمسة عشر يوماً من تاريخ أحقية المستأجر بالتملك.

الفرع الثاني:

الأثر المترتب على خيار إعادة استئجار الأموال المؤجرة

في حال انتهاء مدة عقد التأجير التمويلي دون أن يمارس المستأجر حقه بالشراء أو رد الأموال المؤجرة فإنه إذا رغب في استمرار انتفاعه بالعين المؤجرة مع الحفاظ على مشروع القائم يكون له الحق بطلب إعادة تجديد العقد واستئجار الأصل المؤجر من المؤجر، ويشترط في ذلك أن يصرح المستأجر برغبته في إعادة الاستئجار قبل انتهاء مدة العقد أو كما تم الاتفاق بينه وبين المؤجر.

¹ المادة 5/31 من القرار بقانون رقم 6 لسنة 2014 بشأن التأجير التمويلي في فلسطين.

كما يشترط في هذه الحالة تحديد مدة إعلان رغبة إعادة الاستئجار حيث ذكر سابقاً فإن شروط عقد التأجير التمويلي السابق قد تختلف عن شروط العقد الجديد إما من حيث المدة أو الأجرة¹.

ويتجلى هذا الأثر في قدرة المستأجر على تجديد عقد التأجير التمويلي للأصول بعد انتهاء المدة الزمنية الأصلية. يوفر هذا الخيار للمستأجر فرصة للتفاوض على شروط جديدة، بما في ذلك فترة التجديد والشروط المالية. ويسهم هذا في تحقيق استمرارية الاستفادة من الأصول واستخدامها، مما يمنح المستأجر مرونة إضافية في إدارة الأموال المؤجرة وتكامل إستراتيجيات العمل والنمو.

وقد أشار المشرع الفلسطيني إلى ذلك حيث نص على أنه "عند انتهاء عقد التأجير التمويلي أو إنهائه يجب على المستأجر أن يعيد العين المؤجرة إلى المؤجر ما لم يكن قد مارس حقه في شرائها أو إعادة استئجارها"².

وفي حال امتنع المستأجر عن القيام برد الأموال أو ممارسة خياراته الأخرى؛ يعد مسؤولاً مسؤولية جنائية ومدنية حيث يعد مرتكباً لجريمة إساءة الائتمان،⁴³ كما يتحمل المصاريف والنفقات كافة في سبيل الحفاظ على العين المؤجرة، ويكون للمؤجر حق اللجوء إلى قاضي الأمور المستعجلة بطلب إعادة الأموال المؤجرة.

الفرع الثالث:

الأثر المترتب على خيار رد الأموال المؤجرة

في حال انتهاء مدة عقد الإيجار التمويلي دونما أن يمارس المستأجر حقه في خيار الشراء أو طلب إعادة الاستئجار؛ يلتزم المستأجر برد الأموال المؤجرة بالحالة التي كانت عليها أو بصورة مناسبة تبعاً لما طرأ عليها من تغييرات طيلة فترة العقد⁵.

يتجلى هذا الأثر في إعادة الممتلكات المستأجرة إلى المؤجر بعد انقضاء فترة العقد، يُعدّ هذا الخيار إستراتيجياً حيث يمكن للمستأجر تجديد العلاقة بشكل جديد بناءً على ظروف جديدة، أو البحث عن بدائل،

¹. حسام الدين عبد الغني الصغير، مرجع سابق تمت الإشارة إليه، ص50.

². المادة 3/24 من القرار بقانون رقم 6 لسنة 2014 بشأن التأجير التمويلي.

³. قانون العقوبات الأردني، متاح عبر الرابط التالي: <https://maqam.najah.edu/legislation/33>، تاريخ الزيارة:

2024/1/16، الساعة: 12:30 AM.

⁴. بموجب أحكام المادة 422 من قانون العقوبات الأردني رقم 16 لسنة 1960.

⁵. حسام الدين عبد الغني الصغير، مرجع سابق تمت الإشارة إليه، ص50.

ينعكس الأثر المالي لهذا الخيار في التحكم في التكاليف والتزامات العقد، مما يُتاح للمستأجر إمكانية تحديد الطريقة التي يفضلها لاستمرار العلاقة مع المؤجر.

وقد نظم المشرع الفلسطيني إجراءات رد الأموال المؤجرة إلى المستأجر¹ حيث نص على أنه "عند انتهاء عقد التأجير التمويلي أو إنهائه، يجب على المستأجر أن يعيد العين المؤجرة إلى المؤجر ما لم يكن قد مارس حقه في شرائها أو إعادة استئجارها"².
كما ونص المشرع الفلسطيني على أنه³:

1. عند انتهاء عقد التأجير التمويلي، أو إنهائه، ولم يقم المستأجر بممارسة حقه في شراء العين المؤجرة وفقاً للعقد، يلتزم المستأجر بإعادة العين المؤجرة إلى المؤجر.
2. إذا لم يقم المستأجر برد العين المؤجرة للمؤجر وفقاً للفقرة السابقة، يكون للمؤجر استعادة حيازة العين المؤجرة وحق التصرف بها.
3. يجوز للمؤجر تقديم طلب إلى قاضي الأمور المستعجلة لاستعادة العين المؤجرة والذي يقوم بإصدار قرار يلزم فيه المستأجر بإعادة العين المؤجرة إلى المؤجر.
4. لا يجوز للمؤجر تقديم طلب إلى قاضي الأمور المستعجلة لاستعادة حيازة العين المؤجرة قبل مضي عشرة أيام من تاريخ إشعار المستأجر بإخطار عدلي بالبريد المسجل بوجوب إعادة العين المؤجرة، وعدم قيام المستأجر بذلك خلال فترة الإشعار.
5. يصدر قاضي الأمور المستعجلة قراره بإعادة العين المؤجرة، بناءً على الوثائق التي يستند إليها المؤجر في طلبه خلال خمسة أيام من تاريخ تقديم طلبه باستعادة العين المؤجرة، ويجوز لقاضي الأمور المستعجلة تكليف المؤجر بتقديم كفالة عدلية أو مصرفية تعادل القيمة المقدرة للعين المؤجرة كما هي في تاريخ إخلال المستأجر بالتزامه بموجب عقد التأجير التمويلي.
6. يعد القرار المستعجل سنداً تنفيذياً قابلاً للتنفيذ كحكم قضائي وفق أحكام قانون التنفيذ الساري.
7. على الرغم مما ورد في أي تشريع آخر، لا يمنع الاستئناف ضد قرار قاضي الأمور المستعجلة بتسليم العين المؤجرة من تنفيذ القرار المستأنف.

¹. المادة 3/24 والمادة 30 من القرار بقانون رقم 6 لسنة 2014 بشأن التأجير التمويلي.

². المادة 3/24 من القرار بقانون رقم 6 لسنة 2014 بشأن التأجير التمويلي.

³. المادة 9/8/7/6/5/4/3/2/1/30 من القرار بقانون رقم 6 لسنة 2014 بشأن التأجير التمويلي في فلسطين.

8. إذا لم يقيم المستأجر بإقامة دعوى أو تقديم استئناف خلال الآجال القانونية¹، على القاضي إلغاء الكفالة العدلية أو المصرفية التي قام المؤجر بتقديمها.

9. على الرغم مما ورد في أي تشريع آخر، لا يكون المؤجر ملزماً بإقامة دعوى بموضوع الحق بشأن القرار المستعجل بإعادة حيازة العين المؤجرة أو التصرف فيها، كما لا يمس هذا القرار حق أي طرف بإقامة دعوى موضوعية ضد الطرف الآخر لتقديم أي ادعاءات أو مطالبات وفق أحكام التشريعات النافذة. كما أن امتناع المستأجر عن رد الأموال المؤجرة أو تأخره في ردها يترتب للمؤجر الحق في المطالبة بالتعويض³² وفقاً للشروط المتفق عليها في العقد.⁴

وبتحليل هذه النصوص، نرى أنها توفر إطاراً قانونياً مُحكماً للعلاقة بين المستأجر والمؤجر في حالة انتهاء عقد التأجير التمويلي؛ حيث تركز على ثلاثة محاور أساسية للعلاقة بينهما: أولاً: توازن المصالح؛ تُظهر هذه النصوص حرص القانون على تحقيق التوازن بين مصالح طرفي عقد التأجير التمويلي. فمن ناحية، يُلزم القانون المستأجر بإعادة العين المؤجرة عند انتهاء العقد أو إنهائه. ومن ناحية أخرى، يُمنح القانون المؤجر آليات فعالة لاستعادة حيازة العين في حال امتناع المستأجر عن ذلك.

ثانياً: العدالة والكفاءة؛ تُساهم هذه النصوص في تحقيق العدالة والكفاءة من خلال حماية حقوق كلا طرفي العقد وضمان استقرار المعاملات التجارية. فمن خلال إلزام المستأجر بإعادة العين، يُحافظ القانون على قيمة الأصل المؤجر ويُتيح للمؤجر التصرف فيه بحرية. كما تُتيح آليات استعادة العين للمؤجر استعادة ممتلكاته بسرعة وكفاءة دون الحاجة إلى اللجوء إلى دعاوى قضائية مطولة، وحمايته من تعسف المستأجر.

¹. حسب قانون أصول المحاكمات المدنية والتجارية فإنه يجب على المستدعي إقامة الدعوى خلال 8 ثمانية أيام من صدور القرار المستعجل.

². القانون المدني الأردني، متاح عبر الرابط الآتي:

<https://www.wipo.int/edocs/lexdocs/laws/ar/jo/jo019ar.pdf>، تاريخ الزيارة: 2024/1/20، الساعة

2:00 PM:

³. يسمى هذا النوع من التعويض بالتعويض الاتفاقي أو الشرط الجزائي بموجب أحكام المادة 364 من القانون المدني الأردني رقم 43 لعام 1976.

⁴. المادة 28 من القرار بقانون رقم 6 لسنة 2014 بشأن التأجير التمويلي في فلسطين.

ثالثاً: الأهمية الاجتماعية؛ تُعد هذه النصوص ذات أهمية اجتماعية كبيرة كونها تُساهم في تعزيز الثقة في المعاملات التجارية وتشجيع الاستثمار في مجال التأجير التمويلي وتمييزه عن التأجير التشغيلي.

الخاتمة:

تناولت هذه الدراسة البحث حول انتهاء عقد التأجير التمويلي بانتهاء مدته في ضوء أحكام القرار بقانون رقم 6 لسنة 2014 في فلسطين، وفي ختام هذا البحث، يتضح جلياً أن انتهاء عقد التأجير التمويلي يمثل مرحلة حيوية في العلاقة بين المستأجر والمؤجر، عزز هذا البحث أهمية فهم تأثيرات وتحديات هذه المرحلة، سواء أكانت من الناحية المالية أو القانونية؛ حيث يجب على الأطراف التفاعل بحذر، وتبني إستراتيجيات فعّالة لضمان تسوية سلسلة، وتجنب المشكلات المحتملة، بالتالي، أسهم هذا البحث في إلقاء الضوء على جوانب انتهاء عقد التأجير التمويلي، وشدد على أهمية اتخاذ القرارات المستنيرة والمدرسة في هذه المرحلة لضمان استمرارية العلاقة بشكل متوازن وفقاً للمصالح المتبادلة، وقد توصلت هذه الدراسة في نهايتها إلى عدد من النتائج والتوصيات:

أولاً: النتائج

1. توصلت هذه الدراسة، إلى أن عقد التأجير التمويلي من العقود المسماة التي نظم المشرع أحكامها بموجب القرار بقانون رقم 6 لسنة 2014، كما ويعد عقد التأجير التمويلي من العقود الزمنية المؤقتة بطبيعتها والتي لا يجوز أن تكون عقود مؤبدة.
2. أظهرت الدراسة إلى أن انتهاء عقد التأجير التمويلي يمكن أن يؤدي إلى تحول في ملكية الأصول المستأجرة، حيث يمنح المستأجر ثلاثة خيارات تميزه عن غيره من العقود وهو خيار الشراء أو التجديد أو الرد.
3. أبرزت هذه الدراسة، إلى أن مدة عقد التأجير التمويلي تختلف باختلاف طبيعة الأموال المؤجرة بحيث تكون مدة العقد متقاربة مع العمر الافتراضي للأموال المؤجرة.

ثانياً: التوصيات

1. يوصي الباحث المشرع بضرورة تحديد مدة معينة للعقد، أو تحديد سقف زمني معين لا يزيد عنه العقد بالتوافق مع غيره من القوانين، حمايةً لحقوق المؤجر والمستأجر ولضمان استقرار المشاريع القائمة.
2. نلتزم من المشرع بتحديد شروط تفعيل خيار الشراء وإلزام الأطراف بها عند إبرام العقد، وليس فقط تركها لاتفاقهم؛ وذلك لضمان التوازن بين حقوق كلٍ من طرفي العقد.

3. كما يوصي الباحث بتوسيع الدراسة البحثية لاستكشاف تأثيرات انتهاء عقد التأجير التمويلي بانتهاء مدته على المستثمرين، بما في ذلك التأثير على الأسواق المحلية والقطاع الاقتصادي بشكل عام.

بيان تضارب المصالح:

يقر جميع المؤلفين أنه ليس لديهم أي تضارب في المصالح.

قائمة المصادر والمراجع:

أولاً: المصادر

1. القرار بقانون رقم 6 لسنة 2014 بشأن التأجير التمويلي في فلسطين.
2. قانون هيئة سوق رأس المال الفلسطيني رقم 13 لسنة 2004.
3. تعليمات رقم (1) لسنة 2016 بترخيص شركات التأجير التمويلي والرقابة عليه.
4. تعميم بخصوص قرار معلومات عقد التأجير التمويلي رقم (1) لسنة 2016.
5. مشروع القانون المدني الفلسطيني ومجلة الأحكام العدلية.
6. قانون أصول المحاكمات المدنية والتجارية رقم 2 لسنة 2001.

ثانياً: المراجع

1. أسامة إسماعيل محمد عمارة، عقد التأجير التمويلي في فلسطين: الأحكام والانقضاء، رسالة ماجستير منشورة، جامعة بيرزيت - فلسطين، 2015.
2. أدم القضاة وموسى القضاة، واجبات المستأجر والمؤجر وحقوقهما في التأجير التمويلي: دراسة مقارنة بين الفقه الإسلامي والقانون الأردني، مجلة علوم الشريعة والقانون، المجلد 43، العدد 1، المملكة الأردنية الهاشمية، 2016، ص 244.
3. أريج يوسف محمد برادعيه، آثار انتهاء عقد التأجير التمويلي في القانون الفلسطيني: دراسة مقارنة، رسالة ماجستير، جامعة القدس، فلسطين، 2022، ص 3.
4. حسام الدين عبد الغني الصغير، الإيجار التمويلي، دار النهضة العربية، القاهرة، 1994.
5. عقيل مجيد كاظم السعدي، عقد الإيجار التمويلي (الليزنج)، دراسة منشور، مجلة جامعة أهل البيت، العراق، 2009.
6. عثمان التكروري، محاضرات في عقد التأجير التمويلي، دراسات بحثية منشورة عبر الموقع الرسمي للدكتور عثمان التكروري، فلسطين، 2020.
7. مجلس مجمع الفقه الإسلامي الدولي المنبثق عن منظمة المؤتمر الإسلامي، القرار رقم 110 (4/12) "بشأن موضوع الإيجار المنتهي بالتمليك وصكوك التأجير"، الدورة الثانية عشرة المنعقدة بالرياض في المملكة العربية السعودية، من 25 جمادى الآخرة إلى 1 رجب 1421 هـ الموافق 23 - 28 أيلول (سبتمبر) 2000م.

8. مؤسسة التمويل الدولية IFC، الدروس المستفادة من الاقتصادات الناشئة: تطوير التأجير التمويلي، 2005.

9. هيئة المحاسبة والمراجعة للمؤسسات المالية الإسلامية "الأيوبي"، المعايير الشرعية، 1431 هـ، ص 122.

ثالثاً: المراجع الإلكترونية

1. <http://muqtafi.birzeit.edu/pg/getleg.asp?id=16581>
2. [/http://www.othman.ps](http://www.othman.ps)
3. <https://www.wipo.int/edocs/lexdocs/laws/ar/jo/jo019ar.pdf>
4. [/https://maqam.najah.edu/legislation/33](https://maqam.najah.edu/legislation/33)
5. <https://iifa-aifi.org/ar/2061.html>

الاختصاص التكميلي للمحكمة الجنائية الدولية حالة شيرين
أبو عاقلة "نموذجاً"

*The Complementary Jurisdiction of the
International Criminal Court
The case of Sherine Abu Aqla as a "Model"*

د. سيف الدين جرادات
الجامعة العربية الأمريكية
(فلسطين)

الاختصاص التكميلي للمحكمة الجنائية الدولية حالة شيرين أبو عاقلة "نموذجاً"

*The Complementary Jurisdiction of the International Criminal Court
The case of Sherine Abu Aqla as a "Model"*

د. سيف الدين جرادات

الجامعة العربية الأمريكية، (فلسطين)

Saif.jaradat25@gmail.com

تاريخ النشر: 2024-06-01

تاريخ القبول: 2024-04-20

تاريخ الاستلام: 2024-02-14

DOI: <https://doi.org/10.70411/MJLS.2.2.2024104>**الملخص:**

كلفَت الجمعية العامة للأمم المتحدة لجنة القانون الدولي في نوفمبر 1992 بإعداد مشروع النظام الأساسي للمحكمة الجنائية الدولية واقترحت اللجنة عند تقديم تقريرها النهائي عام 1998 صيغة جديدة لمشروع النظام الأساسي، وأكد النظام الأساسي للمحكمة الجنائية الدولية بصيغته النهائية على مبدأ الاختصاص التكميلي للمحكمة، وجعل من اختصاص المحكمة النظر في أشد الجرائم خطورة ومنها: جرائم الإبادة الجماعية، وجرائم الحرب، والعدوان والجرائم ضد الإنسانية.

لذلك يُعتبر الاختصاص التكميلي للمحكمة الجنائية الدولية الحبر الأساسي في نظام المحكمة، واختصاصها لا يُعد بديلاً عن الاختصاص القضائي الوطني، وإنما مكمل له، وهو ما دفع العديد من الدول للمصادقة على ميثاق إنشاء المحكمة الجنائية الدولية، إذ إن الاختصاص التكميلي وفق بين الحفاظ على سيادة الدولة، وعدم إفلات المجرمين من الملاحقة والمساءلة، وهو ما يشكل وسيلة لمواجهة سياسة القتل العمد للمدنيين الفلسطينيين من قبيل حالة الصحفية الفلسطينية شيرين أبو عاقلة.

الكلمات المفتاحية: الاختصاص التكميلي، المحكمة الجنائية الدولية، القضاء الجنائي الدولي، المسؤولية الجنائية الدولية، شيرين أبو عاقلة.

Abstract:

In November 1992, the United Nations General Assembly commissioned the International Law Commission with preparing a draft statute for the International Criminal Court. The Commission proposed a new draft statute when submitting its final report in 1998, affirming the principle of the Court's complementary jurisdiction and specifying its competence to address the most serious crimes, including genocide, war crimes, aggression, and crimes against humanity.

The complementary jurisdiction of ICC is considered the cornerstone of the court's system, and its jurisdiction is not considered an alternative to national judicial jurisdiction, but rather complementary to it. This has led many countries to ratify the charter ICC, as complementary jurisdiction strikes a balance between preserving state sovereignty and ensuring no impunity for criminals from prosecution and accountability. It serves as a means to confront the Policy of premeditated killing of Palestinian civilians, such as the case of Palestinian journalist Sherine Abu Aqla.

Keywords: Complementary Jurisdiction, International Criminal Court, International Criminal Justice, International Criminal Responsibility, Sherine Abu Aqla.

المقدمة:

اشتدت في العصر الحديث حاجة المجتمع الدولي لإيجاد قضاء جنائي دولي يركز على مقومات الشرعية الجنائية الدولية، والديمومة للحد من الويلات التي عانت منها الأمم والشعوب نتيجة الحروب والمنازعات الدولية. وتعتبر معاهدة فرساي بتاريخ 1919/6/28، بمثابة الإعلان التأسيسي الدولي لإنشاء قضاء دولي جنائي، وشهد المجتمع الدولي أول تطبيق فعلي لها بتاريخ 1945/8/8، وبه كان الإعلان عن إنشاء محاكم نورمبرغ وطوكيو الجنائية الدولية العسكرية والمؤقتة والحصرية¹.

وأكدت قواعد القانون الدولي العرفية منها والمكتوبة على أن المسؤولية الدولية الجنائية ليست حكراً على الدول فحسب، وإنما تقع كذلك على الفرد، ومن أهم الأفعال التي يمكن أن يُسأل عنها الفرد جنائياً على المستوى الدولي، أعمال الإرهاب، وجرائم إبادة الجنس، وسياسة الفصل العنصري (الأبارتهايد)، وغيرها من الأفعال التي وردت في العديد من الاتفاقيات الدولية من قبيل: اتفاقية منع جريمة الإبادة الجماعية والمعاقبة عليها لعام 1948²، واتفاقيات جنيف الأربع لعام 1949، والبروتوكول الإضافي الأول لعام 1977، والاتفاقية الدولية لقمع جريمة الفصل العنصري والمعاقبة عليها لعام 1973³، وهكذا دواليك.

وأقرت هيئة الأمم المتحدة في عام 1946، بضرورة إنشاء المحكمة الجنائية الدولية، لمحاكمة مرتكبي الجرائم ضد الأمن والسلم الدوليين، وفي عام 1947، أوكلت الجمعية العامة إلى لجنة القانون الدولي مهمة صياغة تقنين عام للانتهاكات ضد الأمن والسلم الدوليين، وأسندت مهمة صياغة مشروع النظام الأساسي لإنشاء المحكمة الجنائية الدولية إلى مقرر خاص قدّم تقريره إلى لجنة القانون الدولي عام 1950، إلا أن غياب إجماع القوى العظمى أجهض الفكرة، واستمرت جهود الهيئة، إلا أنها كانت جهوداً مشتتة ومنفصلة⁴.

¹. علي جميل حرب، القضاء الدولي الجنائي المحاكم الجنائية الدولية، دار المنهل اللبناني للطباعة والنشر، بيروت، ط1، 2010، ص27-28.

². ذكرت المادة الرابعة من الاتفاقية الموقعة بتاريخ 9 ديسمبر/ 1948، والتي دخلت حيز التنفيذ بتاريخ 12 يناير/ 1951 أنه "يعاقب مرتكبو الإبادة الجماعية أو أي من الأفعال الأخرى المذكورة في المادة الثالثة، سواء كانوا حكماً دستوريين أو موظفين عامين أو أفراداً".

³. نصت المادة الأولى من الاتفاقية الموقعة بتاريخ 30 تشرين الثاني/ نوفمبر 1973، ودخلت حيز التنفيذ بتاريخ 18 تموز/ يوليو 1976، في بندها الثاني على أن "تعلن الدول الأطراف في هذه الاتفاقية تجريم المنظمات والمؤسسات والأشخاص الذين يرتكبون جريمة الفصل العنصري".

⁴. سهيل حسين الفتلاوي، موسوعة القانون الدولي الجنائي - الجزء الثالث - القضاء الدولي الجنائي، دار الثقافة للنشر والتوزيع، عمان، ط1، 2011، ص99-104.

ومع ذلك، فإنه لم يتم إنشاء محكمة جنائية دولية مباشرة بعد إنشاء هيئة الأمم المتحدة، كما تم إنشاء محكمة العدل الدولية. حيث احتاج الأمر لخمس عقود ونيف ليتم تأسيس محكمة جنائية دولية.

ودعا المؤتمر العالمي لحقوق الإنسان المُنعقد بتاريخ 1993/6/25، في فقراته 23 و 28 و 29¹، إلى تشديد العقاب على الأفراد أو الجماعات الذين يرتكبون أو يرخسون الأفعال الجنائية المرتبطة بالتطهير العرقي والإبادة الجماعية، ودعا المؤتمر المجتمع الدولي إلى استغلال الوسائل المتاحة لتقديم هؤلاء للعدالة، واتخاذ الإجراءات الكافية والكفيلة بمكافحة الجرائم الإنسانية كالإبادة الجماعية، والتطهير العرقي. وقد أصدر مجلس الأمن سلسلة من القرارات التي أنشأ بمقتضاها كلاً من المحكمة الجنائية الدولية الخاصة في يوغوسلافيا عام 1993، والمحكمة الجنائية الدولية الخاصة في روندا عام 1994، ونصت هذه القرارات على أن الغرض من إنشاء هاتين المحكمتين هو محاكمة الأشخاص المسؤولين عن الانتهاكات الجسيمة لقواعد القانون الدولي الإنساني.

لقد كلفت الجمعية العامة للأمم المتحدة لجنة القانون الدولي في تشرين الثاني/نوفمبر 1992، بإعداد مشروع النظام الأساسي للمحكمة الجنائية الدولية وقدمته عام 1994، وأدت مناقشات اللجنة المختصة واستنتاجاتها إلى إنشاء لجنة تحضيرية عام 1996، لدراسة مشروع النظام الأساسي مع مراعاة الآراء المختلفة وملاحظات اللجنة المختصة. واقترحت اللجنة عند تقديم تقريرها النهائي عام 1998، صيغة جديدة لمشروع النظام الأساسي وأدرجت مسألة التكاملية في المناقشة، وأدرج صراحة في ديباجة النظام الأساسي والمواد 1 و 17 و 18 و 19 من النظام الأساسي². ولم يدخل النظام الأساسي حيز التنفيذ إلا في العام 2002.

وأكد النظام الأساسي للمحكمة الجنائية الدولية على مبدأ الاختصاص التكميلي المنصوص عليه في الفقرة 6 من ديباجة النظام الأساسي بعبارة: "بأن واجب كل دولة أن تمارس ولايتها القضائية الجنائية"،

¹. جاء في نص الفقرة 23 "يؤكد المؤتمر العالمي لحقوق الإنسان من جديد أن كل إنسان، دون تمييز من أي نوع، يملك حق التماس اللجوء والتمتع به في بلدان أخرى خلاصاً من الاضطهاد فضلاً عن الحق في العودة إلى بلده. ونصت الفقرة 28 على "يعرب المؤتمر العالمي لحقوق الإنسان عن جزعه لانتهاكات حقوق الإنسان على نطاق واسع، ولا سيما تلك التي تتخذ شكل الإبادة الجماعية و"التطهير العرقي". وجاء في نص الفقرة 29 أن المؤتمر "يعرب المؤتمر العالمي لحقوق الإنسان عن شديد القلق إزاء استمرار انتهاكات حقوق الإنسان في جميع أنحاء العالم...".

². أوسكار سوليرا، الاختصاص القضائي التكميلي والقضاء الجنائي الدولي، المجلة الدولية للصليب الأحمر، مختارات من الأعداد 2002، جنيف، ص 164-165.

وكذلك الفقرة 10 من الديباجة بعبارة: "إذ تؤكد أن المحكمة الجنائية الدولية المنشأة بموجب هذا النظام الأساسي ستكون مكتملة للولايات القضائية الجنائية الوطنية". كما أكدت عليه المادة الأولى من النظام الأساسي من خلال تكرار ذات العبارات التي وردت في الديباجة.

لذلك يُعتبر الاختصاص التكميلي للمحكمة الجنائية الدولية الحجر الأساسي في نظام المحكمة، فاختصاصها لا يُعد بديلاً عن الاختصاص القضائي الوطني، وإنما هو مكمل له، ولولا هذه الفكرة لما صادق العديد من الدول على معاهدة إنشاء المحكمة الجنائية الدولية، وذلك بالتوفيق بين الحفاظ على سيادة الدولة، وعدم إفلات المجرمين من الملاحقة والمساءلة .

وتنص المادة الخامسة من النظام الأساسي للمحكمة الجنائية الدولية على الاختصاص الموضوعي (النوعي) للمحكمة، فقد أكدت أنه "يقتصر اختصاص المحكمة على أشد الجرائم خطورة موضوع اهتمام المجتمع الدولي بأسره، وللمحكمة بموجب هذا النظام الأساسي اختصاص النظر في الجرائم الآتية: "1- جريمة الإبادة الجماعية 2- الجرائم ضد الإنسانية 3- جرائم الحرب 4- جريمة العدوان".

وانطلاقاً من أن موضوع البحث يتناول حالة الصحفية الفلسطينية/ الأمريكية شيرين أبو عاقلة، فإنه لا بُد من الإشارة إلى مسألة انضمام دولة فلسطين للمحكمة الجنائية الدولية منذ عام 2015، هذا الانضمام الذي يخول المحكمة الجنائية الدولية صلاحية النظر في الجرائم التي تدخل ضمن اختصاصها المرتكبة على أرض دولة فلسطين. وهو الأمر الذي أكدته قرار المدعي العام للمحكمة الجنائية الدولية فاتي بن سودا بتاريخ 2021/2/5، والقاضي بانطباق الاختصاص الإقليمي للمحكمة الجنائية الدولية على الأراضي الفلسطينية (الضفة الغربية بما فيها القدس الشرقية وقطاع غزة).

وتقديراً لحالة تنازع الاختصاص بين القضاء الوطني الفلسطيني والقضاء الوطني الأمريكي كون شيرين أبو عاقلة حاملة للجنسيتين الفلسطينية والأمريكية، فإننا نشير هنا إلى أن الاختصاص يقع على عاتق القضاء الوطني الفلسطيني وليس الأمريكي، وذلك تطبيقاً لمبدأ إقليمية النص الجنائي ومبدأ السيادة؛ لكون الجريمة وقعت ضمن حدود الدولة الفلسطينية.

أهمية الموضوع:

تكمن أهمية الموضوع في البحث في وسائل مكافحة الجرائم الدولية والحد منها والإشكاليات الخاصة بمسائل السيادة الوطنية، وأحقية القضاء الوطني بالولاية على الجرائم التي تقع داخل البلد، والتجاذبات القائمة حول الاختصاص الموضوعي للمحكمة، وتناقض الاختصاصات والمواقف بينها وبين مجلس الأمن بالذات في مواجهة الدول غير الأطراف في نظام روما الأساسي. وتظهر لنا أهمية هذه الدراسة من أهمية

مبدأ التكامل ذاته، إذ إنّه يرسم الحدود الفاصلة بين ما يدخل في اختصاص القضاء الجنائي الوطني، وما يدخل في اختصاص القضاء الجنائي الدولي ممثلاً بالمحكمة الجنائية الدولية، وبمعنى آخر فإنه يحدد العلاقة بين القضاء الجنائي الوطني والقضاء الجنائي الدولي.

أسباب اختيار الموضوع:

عدا عن أهمية الموضوع هناك أسباب دفعت إلى كتابة هذا البحث تتعلق بالعلاقة التكاملية بين المحكمة الجنائية الدولية والمحاكم الوطنية، وما صاحبه من تنازع ومواجهات بين القضاء الوطني والقضاء الجنائي. وعلى المستوى الوطني الفلسطيني، فإن الممارسات والانتهاكات الإسرائيلية في الأراضي الفلسطينية وانتهاجها سياسة القتل العمد للمدنيين الفلسطينيين، واستهداف الطواقم الصحفية، كانت دافعاً وسبباً رئيسياً للبحث في هذا الموضوع، وذلك للحد من هذه الانتهاكات ومواجهتها على نطاق القانون الدولي ومبادئه، وما يتفرع عنها من أجهزة قضائية من قبيل المحكمة الجنائية الدولية.

إشكالية الدراسة:

انطلاقاً من أن المحكمة الجنائية الدولية قائمة على مبدأ أساسي وهو مبدأ التكامل، وباعتبار أن فلسطين دولة طرف في المحكمة الجنائية الدولية منذ عام 2015، وفي ظل ما تشهده الأراضي الفلسطينية من حالات قتل عمد للمدنيين الفلسطينيين من قبل دولة الاحتلال الإسرائيلي إلى الحد الذي وصل به الحال إلى استهداف الطواقم الصحفية التي تعمل على توثيق الأحداث والتي كان من بينها مقتل الصحفية شيرين أبو عاقلة. يمكن طرح السؤال البحثي على الشكل الآتي: إلى أي حد يمكن تطبيق مبدأ الاختصاص التكميلي للمحكمة الجنائية الدولية على حالة شيرين أبو عاقلة؟

ويتفرع عن هذه الإشكالية الرئيسة مجموعة من الأسئلة الفرعية يمكن طرحها على الشكل الآتي:

1. ماهية مبدأ التكامل للمحكمة الجنائية الدولية؟
2. ما هي حالات انعقاد اختصاص المحكمة الجنائية الدولية؟
3. ما هي الحدود الفاصلة بين القضاء الوطني واختصاص المحكمة الجنائية الدولية؟
4. هل ينعقد اختصاص المحكمة الجنائية الدولية على حالة شيرين أبو عاقلة؟

منهج الدراسة:

سيتناول الباحث ثانياً هذا الموضوع بالبحث والتفصيل معتمداً على المنهج الوصفي التحليلي، والمنهج الاستنباطي.

تقسيم الموضوع:

ينقسم الموضوع إلى مبحثين رئيسيين: **المبحث الأول:** ماهية مبدأ التكامل والحدود الفاصلة بين الاختصاص الوطني واختصاص المحكمة الجنائية الدولية. **المبحث الثاني:** انعقاد اختصاص المحكمة الجنائية الدولية على حالة شيرين أبو عاقلة.

المبحث الأول:

ماهية مبدأ التكامل والحدود الفاصلة بين الاختصاص الوطني واختصاص المحكمة الجنائية الدولية

يُعتبر مبدأ سيادة الدول من أهم المبادئ في القانون الدولي المعاصر إن لم نقل أهمها على الإطلاق، ومن مظاهر سيادة الدولة توفرها على جهاز قضائي يدعم منظومتها القانونية، حيث تكون مهمتهما معالجة كل الجرائم ذات الصلة بالدولة. ونظراً لأن القضاء الوطني لبعض الدول لا يقوم بتحمل مسؤولياته تجاه الجرائم الدولية التي تدخل ضمن اختصاصاته واختصاص المحكمة الجنائية الدولية لسبب أو لآخر، وتقادياً لظاهرة الإفلات من العقاب كان تبني مبدأ الاختصاص التكميلي ضرورة لا بُد منها لتفعيل القانون الدولي الجنائي.

ويرتب مضمون المسؤولية الدولية على الدول واجب منع وقوع أعمالٍ تنتهك القانون الدولي، كما يرتب عليها واجب القمع عند حصول الضرر، فتعاقب مرتكبي الضرر، وتؤمن التعويضات للمتضررين. وحين يكون من المستحيل معاقبة مرتكبي الضرر لأسباب خارجة عن الإرادة كالوفاة مثلاً، يكون طابع التعويض إصلاحي لا جزائي¹.

وقد حدد نظام روما الأساسي حدود تطبيق مبدأ التكامل من خلال تحديد حالات تطبيق هذا المبدأ، وانعقاد اختصاص المحكمة الجنائية الدولية بدلاً من القضاء الوطني، إلا أن ذلك لا يعني أن مبدأ الاختصاص التكميلي لم يعرف إشكالات في التطبيق.

لذلك يقتضي التعرف إلى ماهية مضمون مبدأ التكامل بين اختصاص المحكمة الجنائية الدولية والقضاء الوطني في محاربة الجرائم الدولية، تحديد مفهومه والأساس القانوني له وهو ما سنتناوله في (المطلب الأول)، ثم سنتطرق إلى الحدود الفاصلة بين اختصاص القضاء الوطني واختصاص المحكمة الجنائية الدولية (المطلب الثاني).

المطلب الأول:

مفهوم مبدأ التكامل والأساس القانوني له

حرص واضعو النظام الأساسي للمحكمة الجنائية الدولية على سيادة الدولة فيما يقع على إقليمها من أفعال تمثل أشد الجرائم خطورة، ومن ثم وضعوا مبدأ التكامل في نظام روما الأساسي، قصد التوفيق بين

¹. شارل روسو، القانون الدولي العام، ترجمة: شكر الله خليفة وعبد المحسن سعد، الأهلية للنشر والتوزيع، بيروت، ط1، 1987، ص126-130.

سيادة الدول وضمنان عدم إفلات الجناة من العقاب¹. لذلك لا بُد من تحديد المقصود بمبدأ التكامل وبيان صوره (الفرع الأول)، ثم التوجه نحو توضيح الأساس القانوني الذي يقوم عليه مبدأ التكامل (الفرع الثاني).

الفرع الأول:

مفهوم وصور مبدأ التكامل

أشارت ديباجة النظام الأساسي للمحكمة الجنائية الدولية إلى العلاقة التكميلية بين المحاكم الوطنية والمحكمة الجنائية الدولية، واعتبرت الديباجة أن الأولوية في الاختصاص يعود للمحاكم الوطنية². كما أشار النظام الأساسي للمحكمة الجنائية الدولية إلى الدور المكمل للمحكمة الجنائية الدولية، وذلك من خلال نص المادة الأولى منه والتي جاء فيها: "تنشأ بهذا محكمة جنائية دولية وتكون المحكمة هيئة دائمة لها السلطة لممارسة اختصاصها على الأشخاص إزاء أشد الجرائم خطورة موضع الاهتمام الدولي، وذلك على النحو المشار إليه في هذا النظام الأساسي، وتكون المحكمة مكملة للولايات القضائية الجنائية الوطنية، ويخضع اختصاص المحكمة وأسلوب عملها لأحكام هذا النظام الأساسي". لذلك سنتناول هذه الفقرة من خلال الإشارة (أولاً) إلى مفهوم مبدأ التكامل، ثم (ثانياً) بيان صور مبدأ التكامل.

¹. كان المجتمع الدولي أمام خيارين: فإما أن ينشئ محكمة دولية يكون اختصاصها القضائي أساسياً وإما مُكملاً. وأن يكون الاختصاص القضائي للمحكمة الجنائية الدولية أساسياً فهذا يعني أنها تستطيع أن تنظر في أي قضية حتى وإن كانت السلطة الوطنية تنظر فيها. وذلك من قبيل المحكمة العسكرية الدولية في نورمبرغ (1945)، والمحكمة الجنائية الدولية ليوغوسلافيا السابقة، والمحكمة الجنائية الدولية لرواندا في أواخر التسعينات من القرن المنصرم. أما أن يكون مُكملاً، فهذا يعني أن القضية تنظر بالأساس من قبل القضاء الوطني فإذا تعذر ذلك يمكن للقضاء الدولي النظر فيها. وكان الاختيار قد وقع على أن يكون الاختصاص القضائي للمحكمة مُكملاً؛ وذلك لتمسك الدول بمبدأ السيادة.

². جاء في ديباجة نظام روما الأساسي أنه "وإذ تذكر بأن من واجب كل دولة أن تمارس ولايتها القضائية الجنائية على أولئك المسؤولين عن ارتكاب جرائم دولية.... وإذ تؤكد أن المحكمة الجنائية الدولية المنشأة بموجب هذا النظام الأساسي ستكون مكملة للولايات القضائية الجنائية الوطنية".

أولاً: مفهوم مبدأ التكامل

لم يرد تعريف محدد لمبدأ التكامل في النظام الأساسي للمحكمة الجنائية الدولية، وإنما أُشير إليه من خلال نصوص مختلفة في نظام روما الأساسي¹. غير أن مبدأ التكامل من بين الركائز الأساسية التي ينعقد بها اختصاص المحكمة الجنائية الدولية، وهو ما جعل منه المبدأ الأساسي الذي يحكم العلاقة بين المحكمة الجنائية الدولية والمحاكم الوطنية.

لذلك فإن مبدأ التكامل يشير إلى العلاقة التكميلية بين القضاء الجنائي الوطني والقضاء الجنائي الدولي، فالأصل أن الأولوية تمنح للقضاء الجنائي الوطني².

بناءً على ما سبق يمكن تعريف مبدأ التكامل على أنه الصياغة التوفيقية التي تبناها المجتمع الدولي لتكون بمثابة نقطة ارتكاز لحث الدول على محاكمة المتهمين بارتكاب أشد الجرائم الدولية خطورة، على أن تكمل المحكمة الجنائية الدولية هذا النطاق من الاختصاص في حال عدم قدرة القضاء الوطني على إجراء هذه المحاكمة سواء لعدم اختصاصه أو لفشل منظومته القضائية أو لعدم إظهار الجدية في تقديم المتهمين للمحاكمة³.

ثانياً: صور مبدأ التكامل

تشمل صور مبدأ التكامل الجانب الموضوعي والإجرائي، علاوة على التكامل في تنفيذ العقوبة، وهو ما سنتناوله بالدراسة والتفصيل.

1- الجانب الموضوعي: يقصد بالتكامل الموضوعي ذلك التكامل المتعلق بأنواع الجرائم التي تقع في نطاق اختصاص المحكمة الجنائية الدولية، بحيث ينعقد لها الاختصاص على وجه التحديد، متى كان القضاء الوطني مختصاً بهذه الجرائم، فصفة الموضوعية هنا تتعلق بالجرائم محل الاختصاص، أي أنه إذا لم ينص القانون الجنائي الداخلي على تجريم للجرائم الواردة في المادة الخامسة من النظام الأساسي للمحكمة الجنائية

¹. Christine A. E. Bakker, Le principe de complémentarité et les "AUTO-SAISINES": un regard critique sur la pratique de la cour pénale internationale, Revue Générale De Droit International, A. Pédone, France, N° 2, 2008, p 362- 378.

². عواد شحرور، وظاهر عباس، مبدأ التكامل من إشكالات العدالة الدولية الجنائية، مجلة حقوق الإنسان والحريات العامة، الجزائر، العدد 1، مجلد 7، 2022، ص 6-7.

³. محمد شبلي العتوم، وعلاء عباسي، اختصاص المحكمة الجنائية الدولية استناداً إلى مبدأ التكامل، مجلة أبحاث اليرموك، الأردن، المجلد 27، العدد 1، 2011، ص 623.

الدولية، فإن القضاء الجنائي الدولي يُعد صاحب الاختصاص الأصيل في تحقيق ومحاكمة المتهمين بهذه الجرائم¹.

وتجدر الإشارة إلى أن إمكانية التوسع في نصوص التجريم المحددة في المادة الخامسة من النظام الأساسي للمحكمة الجنائية الدولية دفع محرري نظام روما إلى وضع قيديين لهما أهمية بالغة في الابتعاد عن تطبيق أحكامه طبقاً للأهواء والمعايير الشخصية، ويتمثل القيد الأول: فيما تضمنته المادة (9) التي حددت أركان الجرائم، حيث جاء في فقرتها الأولى: "تستعين المحكمة بأركان الجرائم في تفسير وتطبيق المواد (6، 7، 8) وتعتمد هذه الأركان بأغلبية ثلثي أعضاء جمعية الدول الأطراف". بينما أضافت الفقرة الثانية من هذه المادة أنه حال إجراء أية تعديلات على أركان الجرائم فإنه يتعين اعتمادها بأغلبية ثلثي أعضاء جمعية الدول الأطراف².

أما القيد الثاني فقد حددته المادة (2/22) من النظام الأساسي للمحكمة، حيث نصت على أنه: "يؤول تعريف الجريمة تأويلاً دقيقاً، ولا يجوز توسيع نطاقه عن طريق القياس وفي حال الغموض يفسر التعريف لصالح الشخص محل التحقيق أو المقاضاة أو الإدانة". وهو ما يُعد ضماناً لعدم توسع الدول في تفسير قسم من الأفعال بأنها تُعد جرائم ذات طابع دولي، وتدخل ضمن الاختصاص الموضوعي للمحكمة الجنائية الدولية.

¹. السيد مصطفى أحمد أبو الخير، المبادئ العامة في القانون الدولي المعاصر، الطبعة 1، إيتراك للنشر والتوزيع، القاهرة، 2006، ص 342.

نشير هنا إلى أنه عُلق اختصاص المحكمة في نظر جريمة العدوان إلى غاية إجراء التعديلات المتعلقة بنظام روما التي حُدثت مطلع 2009، وفي هذا السياق أنشئت لجنة خاصة أسندت لها مهمة وضع تعريف لجريمة العدوان، وتحديد الجهاز المسؤول عن ذلك، شريطة ألا يتعارض ذلك مع نص المادة (39) التي خولت لمجلس الأمن سلطة تقدير حالة العدوان. وقد انعقد المؤتمر الاستعراضي الخاص بتعريف جريمة العدوان في كمبالا عاصمة أوغندا في الفترة الممتدة من 31 مايو/ أيار - 11 يونيو/ حزيران 2010، وذلك وفقاً للمادتين (121 و 123) الخاصتين بتعديل أحكام النظام الأساسي للمحكمة الجنائية الدولية. وعرفت المادة (8) مكرر من النظام الأساسي للمحكمة الجنائية الدولية العمل العدواني على أنه كل استعمال للقوة المسلحة من جانب دولة ضد سيادة دولة أخرى أو سلامتها الإقليمية أو استقلالها السياسي، أو بأي طريقة أخرى تتعارض مع ميثاق الأمم المتحدة. انظر: المؤتمر الاستعراضي لنظام روما الأساسي للمحكمة الجنائية الدولية، كمبالا، 31 أيار/ مايو - 11 حزيران/ يونيو 2010، منشورات المحكمة الجنائية الدولية، 2010، على الرابط: [www. icc- cpi. Int](http://www.icc-cpi.int)

². انظر نص المادة 9 من القانون الأساسي للمحكمة الجنائية الدولية.

2- التكامل الإجرائي: يقصد بالتكامل الإجرائي التكامل في الإجراءات التي تبشرها المحكمة الجنائية الدولية للفصل في الدعاوى المعروضة عليها، والثابت أن جوهر تطبيق مبدأ التكامل هو إعطاء القضاء الجنائي الوطني الاختصاص الأصيل. والاستثناء ينعقد لاختصاص القضاء الدولي الجنائي بناءً على طلب الدول الأطراف في النظام الأساسي كما ورد في المواد (12، 13، 14)، أو بناءً على طلب دولة غير طرف في هذا النظام وفق المادة 12/3 إذا ما قدمت إعلاناً يودع لدى سجل المحكمة، أو إحالة حالة من مجلس الأمن إلى المدعي العام طبقاً للمادة 13/ب، أو من طرف المدعي العام من تلقاء نفسه) وفقاً للمادة 15.

إذ يجب على المحكمة أن تتحقق من انعقاد اختصاصها وفقاً للمادة 1/19، إضافة إلى أنه لا يجري التحقيق أو المقاضاة في الدعوى بمعرفة دولة لها ولاية عليها، وذلك وفقاً للمادة 1/17، أو إذا كانت هذه الدولة التي لها الولاية قد أجرت تحقيقاً في الدعوى وذلك طبقاً للمادة 1/17 ب¹. كما يُعد نص المادة 20 من نظام روما، التعبير الحقيقي عن التكامل الإجرائي، والذي يمنع انعقاد اختصاص المحكمة الجنائية الدولية في نظر دعوى معينة في حالات ثلاث هي:

أولاً: إذا قامت المحكمة الجنائية الدولية بنظر الدعوى سابقاً والفصل فيها سواء بالبراءة أو الإدانة والحكم كما هو النص في الفقرة الأولى من المادة 20.

ثانياً: إذا قامت المحكمة الجنائية الدولية بمحاكمة شخص معين وأصدرت قرارها سواء بالإدانة أو البراءة، فإنه لا يجوز لأي محكمة جنائية أخرى محاكمة الشخص نفسه عن الجريمة ذاتها كما نصت المادة 20/2.

ثالثاً: إذا قامت محكمة جنائية أخرى مختصة بإجراء محاكمة المتهم ذاته عن الجرم نفسه بشرط أن تكون هذه الإجراءات لم تكن بصورة محاباة أو أنها اتخذت لحماية المتهم، بمعنى أنه يجب أن تكون إجراءات المحاكمة متسمة بالاستقلال والنزاهة وطبقاً لأصول المحاكمات المعترف بها في القانون الدولي، ففي هذه الحالة لا ينعقد اختصاص المحكمة الجنائية الدولية.

¹. خالد عكاب حسون العبيدي، مبدأ التكامل في المحكمة الجنائية الدولية، دار النهضة العربية، القاهرة، 2006، الطبعة 1، ص 49.

3- التكامل في تنفيذ العقوبة : يُقصد بالتكامل في توقيع العقوبات بين التشريعات الوطنية والعقوبات التي

اعتمدها النظام الأساسي للمحكمة الجنائية الدولية، بحسب نص المادة 80 من نظام روما الأساسي¹.

كما حدد الباب العاشر من النظام الأساسي للمحكمة الجنائية الدولية حدود العلاقة بين المحكمة والدولة التي تتخذ العقوبة فيها، حيث أعطت المحكمة سلطة الإشراف على تنفيذ حكم السجن وفقاً للأوضاع السائدة في الدولة التي ستقرر المحكمة تنفيذ العقوبة فيها². وهذا التكامل يعطي المحكمة سلطات واسعة بما لا يخل بقواعد النظام الأساسي، مع عدم التدخل في التشريعات والنظم الإدارية الوطنية التي تحدد طرق وأساليب تنفيذ العقوبة الصادرة بموجب حكم المحكمة.

وتجدر الإشارة إلى أن تعيين الدولة التي ستنفذ فيها العقوبة يتم بناءً على طلب المحكمة، ولا يكون هذا التعيين ملزماً لهذه الدولة، حيث يمكن للدولة رفض هذا الطلب وتحديد أسباب ذلك، وفق ما جاء في المادة 103/1 ج، ولكن من حق الدولة أن تبين شروط محددة للتنفيذ بما لا يخرج عن ما جاء من أحكام وقواعد النظام الأساسي بنص المادة 103/1 ب، ويكون ذلك بطبيعة الحال وفقاً لشروط التنفيذ السائدة في الدولة التي ستحددها المحكمة وفقاً لنص المادة 106/2، وعلى هذه الدولة الالتزام بتطبيق المعايير الدولية الخاصة بمعاملة السجناء التي جاءت بها المعاهدات الدولية المقبولة على نطاق واسع.

غير أن المادة (104) من نظام روما أجازت للمحكمة أن تقرر، في أي وقت، نقل الشخص المحكوم عليه إلى سجن تابع لدولة أخرى، كما يجوز للشخص المحكوم عليه أن يُقدم للمحكمة، في أي وقت، طلباً لنقله من دولة التنفيذ. أما بالنسبة لتنفيذ أحكام الغرامة والمصادرة التي تصدرها المحكمة الجنائية الدولية على المحكوم عليه بهذه العقوبة، فقد ألزم نظام روما الدول الأطراف بتنفيذ هذه العقوبات وفقاً للإجراءات المنصوص عليها في قانونها الوطني دون المساس بحقوق الأطراف³.

¹. والتي نصت على أنه: "ليس هناك ما يمنع الدول من توقيع العقوبات المنصوص عليها في قوانينها الوطنية، أو يحول دون تطبيق قوانين الدول التي لا تنص على العقوبات المحددة في هذا الباب"، وذلك يعني أن: -وجود عقوبة في قانون دولة ما ليست موجودة في النظام الأساسي للمحكمة، أو عدم وجود عقوبة في قانون دولة ما، رغم وجوده في النظام الأساسي للمحكمة، لا يشكل تعارضاً بين النظام الأساسي والقانون الوطني. -المتهم لا يمكنه- إذا تمت محاكمته أمام القضاء الوطني- أن يطلب تطبيق قاعدة القانون الأصلح للمتهم الواردة في النظام الأساسي للمحكمة، إذا لم يقررها التشريع الوطني.

². انظر نص المادة 106/1 من النظام الأساسي للمحكمة الجنائية الدولية.

³. انظر المادة 109/1 من النظام الأساسي للمحكمة الجنائية الدولية.

لكن إذا كانت الدولة الطرف غير قادرة على تنفيذ أمر المصادرة يجب عليها أن تتخذ تدابير لاسترداد قيمة العائدات أو الممتلكات أو الأصول التي أمرت المحكمة بمصادرتها، وذلك من دون المساس بحقوق الأطراف¹. وفيما يخص مسألة تخفيض العقوبة، فإنه لا يجوز لدولة التنفيذ أن تفرج عن الشخص قبل انقضاء مدة العقوبة المقررة بالحكم الذي قضت به المحكمة، وللمحكمة وحدها حق الفصل في تخفيض أية عقوبة².

الفرع الثاني:

الأساس القانوني لمبدأ التكامل

يتجلى الأساس القانوني لمبدأ التكامل في نظام روما الأساسي، إذ حدد النظام الأساسي للمحكمة الجنائية الدولية في ديباجته طبيعة العلاقة بين المحكمة وبين القضاء الجنائي الوطني، إذ أكدت الفقرة العاشرة من الديباجة أن المحكمة الجنائية الدولية المنشأة بموجب هذا النظام ستكون مكملة للولايات القضائية الجنائية الوطنية. ومن ثم جاءت المادة الأولى المنشئة للمحكمة لتدعم ما جاء في ديباجتها، بنصها على أن "تنشأ بهذا محكمة جنائية دولية، وتكون المحكمة مكملة للولايات القضائية الجنائية الوطنية، ويخضع اختصاص المحكمة وأسلوب عملها لهذا النظام الأساسي".

يستخلص من النص السابق أن الاختصاص بالمعاقبة على أشد الجرائم خطورة موضع الاهتمام الدولي ينعقد بالأصل للقضاء الوطني، إلا أنه وعلى الرغم من تأكيد ولاية القضاء الوطني التي يجب أن تنعقد في الأصل، التي ورد ذكرها في الديباجة وتم التأكيد عليها في المادة الأولى في النظام الأساسي، أتت المادة السابعة عشرة المتعلقة بالمقبولية من عدمها لتنص على الحالات التي تكون فيها الدعوى غير مقبولة. ويتضح جلياً باستقراء المادة (17) من النظام الأساسي للمحكمة الجنائية الدولية، أن النظام الأساسي للمحكمة قد قيد ولاية القضاء الوطني، وأحقته في نظر الدعوى التي له ولاية عليها بقدرة الدولة المعنية ورغبتها في ذلك، أي إمكانية أن تتم المحاكمة بصورة حقيقية وجادة وتستوفي فيها جميع الإجراءات القضائية بشفافية كاملة، وألا تكون من قبيل المحاكمات الصورية التي تهدف إلى حماية الشخص المعني من الملاحقة الدولية.

¹. انظر نص المادة 2/109 من النظام الأساسي للمحكمة الجنائية الدولية.

². انظر المادة 110 من النظام الأساسي للمحكمة الجنائية الدولية.

كما قُيدت ولاية القضاء الوطني أيضاً بعدم القدرة على مباشرة الإجراءات القضائية نتيجة لانتهيار النظام القضائي نفسه في داخل الدولة كما حدث في رواندا. وعندها يجوز للمحكمة مباشرة اختصاصها على أن لا يخل ذلك بقواعد العدالة الجنائية ولا يهدد قيم الشرعية ومبادئها.

ونذكر هنا بعض السوابق القضائية للمحكمة الجنائية الدولية، والتي أكدت من خلالها على مبدأ الاختصاص التكميلي للمحكمة مثل: قرار اعتقال الرئيس السوداني عمر البشير الصادر عن المحكمة الجنائية الدولية عام 2009، حيث أدانت المحكمة عمر البشير بارتكاب جرائم حرب وجرائم ضد الإنسانية. كذلك أمر القبض القضائي بحق سيف الدين القذافي الذي أصدرته المحكمة الجنائية الدولية عام 2011، حيث أدانته بارتكاب جرائم ضد الإنسانية.

وعلى الرغم من أن النظام الأساسي للمحكمة قد أتى واضحاً بالنسبة إلى تحديد طبيعة العلاقة بين المحكمة الجنائية الدولية والقضاء الوطني، إلا أن ذلك لم يمنع الكثير من الجدل الذي أثير حول أحقية المحكمة الجنائية الدولية بنظر بعض الدعاوى، وذلك نظراً إلى عدم الوضوح الذي شاب العلاقة بينها وبين مجلس الأمن في كثير من الجوانب، وكذا التناقضات الكثيرة في مواقف مجلس الأمن تجاه العديد من القضايا والوقائع المتشابهة التي تدخل في اختصاص المحكمة الجنائية الدولية.

فبينما أُحيل النزاع في دارفور للمحكمة الجنائية الدولية من قبل مجلس الأمن متصرفاً بموجب الفصل السابع، لم يحلّ المسؤولين عن الجرائم ضد الإنسانية التي ارتكبت في سجن أبو غريب بالعراق، ومنتهكو حقوق الإنسان في فلسطين مثلاً إلى المحكمة الجنائية الدولية من قبل مجلس الأمن، منطلقاً من الدوافع نفسها وبموجب السلطات المذكورة نفسها. أثارت التناقضات المذكورة تحفظات كثير من الدول تجاه نظام روما الأساسي ومدى جدواه في إرساء العدالة الجنائية الدولية التي يمكن أن تعم المجتمع الدولي بأكمله في ظل تلك المعايير المزدوجة¹.

في الواقع أننا إذا تفحصنا النظام الأساسي وأيضاً خلفيات إنشاء المحكمة، فإننا يمكن أن نكتشف أن الدول في مؤتمر روما 1998، أصرت على استبدال عبارة "إن المحكمة ستكون مكملة للنظم القضائية" بعبارة "مكملة للولاية القضائية الجنائية الوطنية"، ولكن الدول الكبرى كانت متيقظة لهذه النقطة، وأرادت

¹. لؤي محمد حسين الناييف، العلاقة التكاملية بين المحكمة الجنائية الدولية والقضاء الوطني، مجلة جامعة دمشق للعلوم الاقتصادية والقانونية - المجلد 27 - العدد الثالث-2011، ص535.

من خلال ذلك أن تمارس المحكمة رقابة على السلطة القضائية للدول الأعضاء وهذا ما أثار إشكاليات كثيرة.

نخلص من هذا إلى أنه، رغم تأكيد حرية الدولة الواسعة في قبول هذا القضاء، فإن أحكاماً أخرى تأتي وتقيّد وتلغي هذه الإشارة وتجعل من هذه المحكمة سلطة عليا فوق الدول لتراقب القوانين والأحكام القضائية، وتجعل للدول الكبرى هيمنة على الدول الصغرى تمارسها من خلال هذه المحكمة لتحقيق أغراض سياسية.

المطلب الثاني:

الحدود الفاصلة بين اختصاص القضاء الوطني واختصاص المحكمة الجنائية الدولية

نعالج ضمن هذا المطلب حدود تطبيق مبدأ التكامل وذلك من خلال تحديد حالات تطبيق هذا المبدأ، وانعقاد اختصاص المحكمة الجنائية الدولية بدلاً من القضاء الوطني (الفرع الأول)، ثم ندرس إشكالات تطبيق مبدأ التكامل (الفرع الثاني).

الفرع الأول:

حالات انعقاد اختصاص المحكمة الجنائية الدولية

حددت المادة (17) من النظام الأساسي للمحكمة الجنائية الدولية معيارين أساسيين ينعقد على أساسهما اختصاص المحكمة في نظر الجرائم المحددة في المادة الخامسة، بدلاً من القضاء الوطني وتطبيقاً لمبدأ التكامل، وهما عدم الرغبة في الاضطلاع بالتحقيق أو المقاضاة (أولاً)، وعدم القدرة في الاضطلاع بالتحقيق أو المقاضاة (ثانياً).

أولاً: عدم رغبة القضاء الوطني بالنظر في جريمة دولية

نصت المادة (17) من نظام روما الأساسي على الحالات التي لا تقبل فيها الدعوى أمام المحكمة الجنائية الدولية، فقد جاء في المادة (17) أنه مع مراعاة الفقرة (10) من الديباجة والمادة (1) تقرر المحكمة أن الدعوى غير مقبولة في حالة:

-إذا كانت تجري التحقيق أو المقاضاة في الدعوى دولة لها ولاية عليها، ما لم تكن الدولة حقاً غير راغبة في النظر بالتحقيق أو المقاضاة أو غير قادرة على ذلك.

-إذا كانت قد أجرت التحقيق في الدعوى دولة لها ولاية عليها وقررت الدولة عدم مقاضاة الشخص المعني، ما لم يكن القرار ناتجاً عن عدم رغبة الدولة أو عدم قدرتها حقاً على المقاضاة.

-إذا كان الشخص المعني قد سبق أن حوكم على السلوك موضوع الشكوى، ولا يكون من الجائز للمحكمة إجراء محاكمة طبقاً للفقرة 3 من المادة 20. وإذا لم تكن الدعوى على درجة كافية من الخطورة تبرر اتخاذ المحكمة إجراء آخر.

ولكي تثبت المحكمة عدم رغبة الدولة في الاضطلاع بالتحقيق أو المقاضاة في دعوى ما، عليها أن تلتزم بما ورد في المادة (2/17) بأن تنتظر فيما إذا كان قد جرى الاضطلاع بالتدابير أو يجرى الاضطلاع بها، أو جرى اتخاذ القرار الوطني بفرض حماية الشخص المعني من المسؤولية الجنائية عن جرائم تدخل في اختصاص المحكمة، كما ينبغي على المحكمة أن تنتظر فيما إذا حدث تأخير لا مبرر له في التدابير بما يتعارض في هذه الظروف مع نية تقديم الشخص المعني للعدالة، زيادة على ضرورة نظر المحكمة فيما إذا كانت الدولة تباشر التدابير أو لا تجري مباشرتها بشكل مستقل أو نزيه، أو بوشرت أو تجري مباشرتها على نحو لا يتفق في هذه الظروف، مع نية تقديم الشخص المعني للعدالة بهدف محاكمته .

يمكن أن نذكر على هذه الحالة زعم دولة ما القيام بالمحاكمة مع تكييف جريمة دولية على أنها جريمة تدخل في إطار القانون العام، كتكييف جريمة إبادة على أنها جريمة قتل. ومثال ذلك أيضًا وسائل المماثلة للإفلات من اختصاص القضاء الجنائي الدولي¹.

كما أن إثبات عدم القدرة يصبح أيضًا أمرًا صعبًا في بعض الأحوال لعدم القدرة على الحصول على المعلومات الكافية حول الانهيار الجزئي أو الكلي للنظام القضائي الوطني، وقد فصل بعضهم خلال المفاوضات المتعلقة بإنشاء المحكمة استخدام عبارتي غير فعالة ineffective وغير متاح unavailable على أساس أنهما يقدمان معياراً موضوعياً لتقويم أداء المحاكم الوطنية، حيث ينصب عدم الفعالية على الإجراءات القضائية أمام المحاكم الوطنية، في حين تنصب عدم الإتاحة على النظام القضائي الوطني برمته، غير أن هذه الآراء لم يؤخذ بها وصدر النص على ما هو عليه أعلاه، إذ تم الإبقاء على عبارتي غير رغبة وغير قادرة.

ثانياً: عدم قدرة القضاء الوطني على النظر في جريمة دولية

يمكن للمحكمة أن تستخلص عدم قدرة القضاء الوطني للدولة على النظر في دعوى ما من خلال المادة (3/17) من النظام الأساسي المحكمة الجنائية الدولية، حيث تنتظر المحكمة فيما إذا كانت الدولة

¹. خالد بن بوعلام الحساني، مبدأ التكامل في اختصاص المحكمة الجنائية الدولية، مجلة جامعة القدس المفتوحة للأبحاث والدراسات، العدد السادس والثلاثون، حزيران، 2015، ص333.

غير قادرة، بسبب انهيار كلي أو جوهري لنظامها القضائي أو الوطني قدرته على إحضار المتهم أو الحصول على الأدلة والشهادة الضرورية أو غير قادرة لسبب آخر على الاضطلاع بإجراءاتها .

ونشير إلى أنه من أمثلة عدم القدرة على المتابعة نذكر مراسيم العفو العام أو الخاص أو التدابير المماثلة التي تفتح المجال للإفلات من العقاب أمام مرتكبي الجرائم الدولية وتمنع اكتشاف الحقيقة كما تحول دون تقديم الجناة أمام المحكمة الجنائية الدولية، مثلما حدث بالنسبة لأوغندا حيث أحال رئيسها القضية المتعلقة بحركة التمرد في شمال البلاد والمسماة جيش الرب للمقاومة (Farmée de resistance du seigneur) على المحكمة الجنائية الدولية، مبرراً ذلك بوجود قانون العفو الصادر في سنة 2000، والذي يمنع مقاضاتهم أمام القضاء الوطني¹.

لتحديد عدم الرغبة في دعوة معينة تنتظر المحكمة في مدى توافر واحد أو أكثر من الأمور الآتية ، حسب الحالة مع مراعاة أصول المحاكمات التي يعترف بها القانون الدولي:

أ- إذا جرى الاضطلاع بالإجراءات أو جرى الاضطلاع بها أو جرى اتخاذ القرار الوطني بغرض حماية الشخص المعني من المسؤولية الجنائية عن جرائم داخلية في اختصاص المحكمة على النحو المشار إليه في المادة الخامسة.

ب- إذا حدث تأخير لا مبرر له في الإجراءات بما يتعارض في هذه الظروف مع نية تقديم الشخص المعني إلى العدالة.

ج- إذا لم تباشر الإجراءات أو لا ترى مباشرتها بشكل مستقل أو نزيه أو بوشرت أو تجري مباشرتها على نحو لا يتفق في هذه الظروف مع نية تقديم الشخص المعني للعدالة.

لتحديد عدم القدرة في دعوة معينة، تنتظر المحكمة هل الدولة غير قادرة، بسبب انهيار كلي أو جوهري لنظامها القضائي أو الوطني أو بسبب عدم توافره على إحضار المتهم أو الحصول على الأدلة والشهادة الضرورية أو غير قادرة لسبب آخر على الاضطلاع بإجراءاتها.

ويبدو أن ما قرره النظام الأساسي هو الأرجح متماشياً مع القواعد العامة في الإثبات في القانون المدني، حيث إن البيئة على من ادعى، وعلى المدعى عليه أن يثبت عكس ذلك، ومن المقرر بالنسبة للإثبات في القانون الجنائي أن النيابة العامة يقع عليها إثبات التهمة ضد المتهم بأدلة الإثبات وعلى المتهم أن يأتي بأدلة النفي.

¹. خالد بن بوعلام الحساني، مبدأ التكامل في اختصاص المحكمة الجنائية الدولية، مرجع سابق، ص334.

الفرع الثاني:

إشكالات تطبيق مبدأ التكامل

على الرغم من عدم تعرض النظام الأساسي لمسألة العفو العام بشكل معمق، فإن التساؤل يثور حول مدى تعارض قرار منح هذا العفو بموجب القوانين الداخلية للدول مع الاختصاص التكميلي للمحكمة، خاصة أن قرارات العفو تُعتبر أكبر عائق لمبدأ التكامل. بالإضافة إلى ما يمكن أن تثيره السلطة الممنوحة لمجلس الأمن على هذا الاختصاص، سواء عند إصداره قراراً بإحالة حالة إلى المحكمة أو قيامه بإرجاء التحقيق أو المقاضاة. وهو ما سنتناوله على النحو الآتي : (أولاً) قرارات العفو (ثانياً) تأثير مجلس الأمن.

أولاً: قرارات العفو

جرت العادة عقب انتهاء النزاعات المسلحة أو الخروج من أزمات داخلية، إصدار الدول المعنية قوانين منح العفو لجميع الأشخاص بمن فيهم - المسؤولين - الذين ارتكبوا أو وقفوا وراء ارتكاب انتهاكات جسيمة لقواعد القانون الدولي الإنساني، والتي هي من دون شك جرائم تدخل ضمن اختصاص المحكمة الجنائية الدولية كشرط لاستعادة الأمن.

وبالرغم من عدم شرعية هذه القوانين في القانون الدولي¹، والمعارضة الشديدة التي توليها المنظمات الدولية الحكومية الدولية وغير الحكومية لهذه القوانين، فإن الدول ما زالت تُقدم على هذه الخطوة وتعمل على ربطها بسياسة تهدف إلى تحقيق المصالحة وتجاوز مراحل توتر عرفت ارتكاباً واسعاً لمختلف الجرائم التي تدخل ضمن اختصاص²، أما بالنسبة للقضاء الجنائي الدولي فلم يتضمن موقفاً صريحاً من هذه المسألة.

وبعد اعتماد النظام الأساسي، أُثير من جديد الإشكال المتعلق بالتعامل مع المعايير المنصوص عليها في المادة (17) سائلة الذكر حيث تساءل أعضاء البرلمان الفرنسي أثناء عرض النظام الأساسي للمحكمة الجنائية الدولية للدراسة حول إمكانية أن تكون للدولة الحرية في منح العفو لمرتكبي الجرائم الواردة في المادة

¹. انظر: قرار لجنة حقوق الإنسان التابعة لهيئة الأمم المتحدة في الوثيقة رقم: (CCR/C/79/Add.46, 5 Avril 1995,) (para, 10)

². نصر الدين بوسماحة، حقوق ضحايا الجرائم الدولية على ضوء أحكام القانون الدولي، دار الفكر الجامعي، الإسكندرية، 2007، ص 101-103.

(5) من النظام الأساسي للمحكمة الجنائية الدولية، فكانت الإجابة أنه بالرغم من الأولوية الممنوحة للقضاء الوطني للنظر في هذه الجرائم، إلا أنه لا يجوز للسلطات الوطنية إصدار قوانين بمنح العفو¹. إن تطبيق مبدأ التكامل بين اختصاص المحكمة والقضاء الوطني وفق المادة (17) ولو بالتنسيق مع نص المادة (20) التي تقضي بعدم جواز المحاكمة عن الجريمة ذاتها مرتين، يمكن أن يثير مشاكل كثيرة في إطار سير المصالحة الوطنية التي تتبعها الدول حديثة العهد بالديمقراطية، فمن جهة لا يمكن التغاضي عن طبيعة هذه الجرائم الشديدة التي تفرض العقاب مهما كانت المدة التي مرت على ارتكابها، وبغض النظر عن المكان الذي ارتكبت فيه².

ثانياً: تأثير مجلس الأمن

لقد حاول واضعو النظام الأساسي للمحكمة الجنائية الدولية أن يجعلوا للمحكمة ذاتية مستقلة عن أي منظمة دولية³، وإن كانت هذه الاستقلالية لا تمنع مجلس الأمن من إحالة أية قضية أمام المحكمة متصرفاً بموجب الفصل السابع من ميثاق الأمم المتحدة، وهي الحالة الوحيدة التي ينعقد فيها اختصاص المحكمة كاختصاص أصيل أمام المحاكم الوطنية⁴. وسنحاول دراسة تأثير مجلس الأمن في تطبيق مبدأ التكامل من زاوية الإحالة (1)، والإرجاء (2).

1- مدى تأثير إحالة مجلس الأمن في تطبيق مبدأ التكامل: لتسليط الضوء على مدى تأثير سلطة مجلس الأمن في الإحالة على تطبيق مبدأ التكامل، لا بُد من مناقشة بعض النقاط التي من شأنها توضيح هذا الإشكال، والمتمثلة في: ما تنص عليه المادة (18) من نظام روما والتي جاء فيها أنه: "إذا أُحيلت حالة إلى المحكمة عملاً بالمادة (13/أ) وقرر المدعي العام أن هناك أساساً معقول لبدء التحقيق، أو باشر المدعي العام التحقيق عملاً بالمادتين (13/ج و15)، يقوم المدعي العام بإشعار جميع الدول الأطراف والدول التي يرى في ضوء المعلومات المتاحة أن من عاداتها أن تمارس ولايتها على الجرائم موضع النظر...".

¹. André Dulait, Rapport d'information, « Souveraineté des États, justice étréconciliatio nationale », in : <http://www.senat.fr/rap/r98-313/r98-313.html>.

². Bérengère Taxil, « La Cour pénale internationale et la constitution Française », in Actualité et Droit International, février 1999, in : www.ridi.org/adi.

³. عبد الفتاح محمد سراج, مبدأ التكامل في القضاء الجنائي الدولي: دراسة تحليلية تأصيلية، دار النهضة العربية، القاهرة، 2001، ص110.

⁴. Flavia Lattanzi, « Compétence de la Cour pénale internationale et consentement des États », in Revue Générale du Droit International Public, N°2, 1999, p434.

من خلال هذه المادة يظهر أن المدعي يقوم بإشعار الدول الأطراف، والتي يمكن أن تكون لها ولاية قضائية على هذه الجرائم المقترفة في حالتين: عندما تكون الإحالة من قبل دولة طرف في نظام روما أو عندما يقوم المدعي العام للمحكمة الجنائية الدولية بمباشرة التحقيق من تلقاء نفسه، وبالتالي فإن إشعار الدول يكون مقتصرًا عند الإحالة من قبل دولة طرف أو المدعي العام، فنص المادة (18) من نظام روما لم يتحدث عن الإشعار في حالة الإحالة من قبل مجلس الأمن¹، ونستنتج أنه حتى إذا كان مبدأ التكامل سيطبق عند الإحالة من طرف مجلس الأمن، إلا أن هذا التطبيق سيكون ناقصًا لعدم استيفاء كل الإجراءات -الإشعار-؛ ذلك لأن الدول لم يتم إشعارها عند فتح التحقيق، بل تم اتباع إجراءات مستعجلة تقضي بالبداية في التحقيق مباشرة ومن دون أية تدابير تمهيدية.

أ- إذا تمت الإحالة من قبل مجلس الأمن استنادًا للفصل السابع من ميثاق الأمم المتحدة: إذا كانت هذه الدولة عضو في الأمم المتحدة، فإنه يمكن لمجلس الأمن وبموجب الصلاحيات المخولة له في إطار الفصل السابع أن يُرغم الدولة على التنازل عن الاختصاص لصالح المحكمة الجنائية الدولية، ويبدو ذلك ممكنًا استنادًا إلى بعض نصوص ميثاق الأمم المتحدة².

يتضح من خلال نصوص المواد الواردة أعلاه من ميثاق الأمم المتحدة أن على الدولة العضو في الأمم المتحدة أن تلتزم بقرار مجلس الأمن، ومن ثم تتنازل هذه الدولة عن متابعة هذه الحالة لصالح المحكمة الجنائية الدولية، الأمر الذي يُعتبر حالة مناقضة تمامًا لمبدأ التكامل، حيث إنه لن يكون هناك أي عائق أمام مقبولية القضية أمام المحكمة الجنائية الدولية، والتي ستكون مجرد متفرج سلبي ومستسلم لفعل مجلس الأمن.

¹. مجلة صوت القانون، العدد الرابع، تشرين الأول/أكتوبر/2015، ص 161-162.

². نص المادة 25 والذي جاء فيه "يتعهد أعضاء الأمم المتحدة بقبول قرارات مجلس الأمن وتنفيذها وفق هذا الميثاق".
نص المادة 48 والذي جاء فيه:

1- "الأعمال اللازمة لتنفيذ قرارات مجلس الأمن لحفظ السلم والأمن الدولي يقوم بها جميع أعضاء الأمم المتحدة أو بعض هؤلاء الأعضاء، وذلك حسبما يقرره المجلس".

2- "يقوم أعضاء الأمم المتحدة بتنفيذ القرارات المتقدمة مباشرة وبطريق العمل في الوكالات الدولية المتخصصة التي يكونون أعضاء فيها".

-نص المادة 103 والتي جاء فيها: "إذا تعارضت الالتزامات التي يرتبط بها أعضاء الأمم المتحدة وفقًا لأحكام هذا الميثاق مع أي التزام دولي آخر يرتبطون به فالعبرة بالتزاماتهم المترتبة على هذا الميثاق"

حالة أخرى يمكن تصور حدوثها عند الإحالة من طرف مجلس الأمن وتقابل هذه الإحالة برفض المحكمة الجنائية الدولية النظر في هذه القضية على أساس المقبولية، فهل يمكن لمجلس الأمن أن يلجأ إلى إنشاء محكمة خاصة على غرار محكمتي يوغوسلافيا سابقاً ورواندا؟.

على اعتبار أن هذه المحكمة الخاصة ستكون أكثر فعالية من المحكمة، فاحتمال وقوع هذه الحالة ضئيل، إلا أنه وارد خاصة أن مجلس الأمن هيئة سياسية دولية، يمكن أن يقوم بأي عمل لأجل الوصول إلى أهدافها، عدا عن أن أغلبية أعضاء مجلس الأمن معارضة على إنشاء المحكمة الجنائية الدولية، ومن شأن هذا الفرض - إنشاء محاكم جنائية خاصة - ليس فقط عدم تطبيق مبدأ التكامل القائم بين المحاكم الوطنية والمحكمة الجنائية الدولية، بل مزاحمتهم في الاختصاص¹.

2- تأثير سلطة مجلس الأمن بإرجاء تطبيق مبدأ التكامل: تأثير سلطة مجلس الأمن بالإرجاء على تطبيق مبدأ التكامل يظهر من طبيعة علاقة المحكمة الجنائية الدولية مع مجلس الأمن من خلال هذه السلطة المتمثلة في الإرجاء، ولفهم تأثير سلطة الإرجاء على مبدأ التكامل يجب معرفة ما أسسته سلطة مجلس الأمن في علاقة المحكمة الجنائية الدولية بمجلس الأمن.

إذ إن نص المادة (16) من نظام روما² يأتي مخالفاً لمفهوم العلاقة الطبيعية بين جهازين دوليين، بسبب خروجه عن القواعد الجوهرية التي تحكم تلك العلاقة، كالحاجة والتكامل والتنسيق والحفاظ على خصوصية الجهازين، كما أن العلاقة بين المحكمة الجنائية الدولية ومجلس الأمن في جانب الإرجاء ليست علاقة مقررّة بإرادة الطرفين، بل من طرف واحد يلتزم بالواجبات تجاه الطرف الآخر دون مقابل، رغم أن المحكمة الجنائية الدولية ليست فرعاً أو هيئة متخصصة منبثقة من مجلس الأمن أو الأمم المتحدة.

¹ . انظر الفصل السابع من ميثاق الأمم المتحدة المادة 41 التي تنص على أن "لمجلس الأمن أن يقرر ما يجب اتخاذه من التدابير التي لا تتطلب استخدام القوات المسلحة لتنفيذ قراراته، وله أن يطلب إلى أعضاء "الأمم المتحدة" تطبيق هذه التدابير، ويجوز أن يكون من بينها وقف الصلات الاقتصادية والمواصلات الحديدية والبحرية والجوية والبريدية والبرقية والملاسكية وغيرها من وسائل المواصلات وفقاً جزئياً أو كلياً وقطع العلاقات الدبلوماسية".

² . أشارت المادة 16 من نظام روما الأساسي إلى إرجاء التحقيق أو المقاضاة، ونصت على أنه "لا يجوز البدء أو المضي في تحقيق أو مقاضاة بموجب هذا النظام الأساسي لمدة اثني عشر شهراً بناءً على طلب من مجلس الأمن إلى المحكمة بهذا المعنى يتضمنه قرار يصدر عن المجلس بموجب الفصل السابع من ميثاق الأمم المتحدة، ويجوز للمجلس تجديد هذا الطلب بالشروط ذاتها".

إن خطورة المادة (16) من نظام روما تكمن في إدخال الجرائم الأكثر خطورة على المجتمع الدولي في المعادلة السياسية، وإخراجها من دائرة الملاحقة القضائية، فهذه المادة تسمح بغض الطرف عن الجرائم الدولية متى يأمر مجلس الأمن بذلك، باسم الأمن والسلم الدوليين، ويؤدي هذا إلى تقويض أحد أهم غايات إنشاء المحكمة الجنائية الدولية المتمثلة في وضع حد لإفلات مرتكبي الجرائم شديدة الخطورة المنصوص عليها في المادة (5) من نظام روما الأساسي من العقاب، كما يؤدي ذلك إلى عدم الإسهام في منع هذه الجرائم، كما ورد في ديباجة نظام روما، ناهيك عن ما قد يؤديه من التبخيس من مكانة المحكمة الجنائية الدولية بتحويلها إلى هيئة خاضعة إلى مجلس الأمن.

المبحث الثاني:

اختصاص المحكمة الجنائية الدولية بحالة شيرين أبو عاقلة

إن تحريك الدعوى العمومية ومباشرتها أمام القضاء في القوانين الوطنية المختلفة، سلطة منحها القانون لبعض الأشخاص فيمن تتوفر فيهم شروط ممارسة هذا الإجراء، وأعطاه القانون الأهمية الكافية، نظراً لأن تحريك الدعوى أمام القضاء عمل يتأثر غالباً بالنظام القضائي الذي تتبعه الدول.

وتتضاعف هذه الأهمية في القضاء الجنائي الدولي أمام المحكمة الجنائية الدولية، ذلك أن شأن الدعوى أمام هذه الأخيرة يختلف بعض الشيء عن شأن الدعوى في القانون الوطني، سواء من حيث طبيعة الجريمة التي تنظرها المحكمة، أو من حيث إحالة هذه الدعوى إلى القضاء، أو من حيث الشخص المتهم المتابع من طرفها، أو من حيث الإجراءات التي تمر بها الدعوى أمام هيئة الحكم المتمثلة في دوائر المحكمة.

لذلك سنتناول هذا المبحث من خلال مطلبين رئيسيين: (المطلب الأول) حالات انعقاد الاختصاص للمحكمة الجنائية الدولية، على أن نتطرق في (المطلب الثاني) إلى اختصاص المحكمة الجنائية الدولية بالمحاكمة في مقتل الصحفية شيرين أبو عاقلة.

المطلب الأول:

حالات انعقاد الاختصاص للمحكمة الجنائية الدولية

عقب مناقشة النظام الأساسي للمحكمة الجنائية الدولية من طرف الدول الأعضاء فيها، بخصوص تحريك الدعوى العمومية والتي كانت وجهات نظر الوفود مختلفة باختلاف أنظمتها القانونية والأنظمة القضائية التي تطبقها هذه الدول، فقد انتهى المؤتمر إلى صياغة نص المادة (13) من نظام روما الأساسي؛ تحت عنوان: ممارسة الاختصاص على نحو ممكن من طرف كل من: الدول الأطراف في

المحكمة (الفرع الأول)، ومجلس الأمن (الفرع الثاني)، وكذا المدعي العام عن طريق اللجوء إلى مباشرة الإحالة من تلقاء نفسه (الفرع الثالث).

الفرع الأول:

الإحالة من قبل الدولة الطرف

منح النظام الأساسي، في المادة (1/14) منه، إلى الدول الأطراف فيه سلطة إحالة حالة إلى المدعي العام، يبدو فيها أنّ جريمة أو أكثر من الجرائم الدولية المنصوص عليها بموجب المادة الخامسة من النظام نفسه قد ارتكبت، وأن تطلب من المدعي العام التحقيق في الحالة بغرض البت فيها، وتقرر ما إذا كان يتعين على المحكمة توجيه الاتهام إلى الأشخاص الذين يكونون قد شاركوا أو ساهموا، أو فاعلين أصليين في هذه الجرائم.

وبناءً عليه يتعين تحديد ما إذا كانت الدولة التي أحالت الحالة على المدعي العام تُعتبر طرفاً في النظام الأساسي من عدمه، كون أنه إذا لم تكن الدولة طرفاً في النظام الأساسي، فلا تكون الإحالة مقبولة، وبالتالي يتعين على المدعي العام عدم اتخاذ أي إجراء من إجراءات التحقيق وعدم البدء فيه، أما إذا كانت الدولة طرف في النظام الأساسي، فإن إحالة الحالة على المدعي العام من طرف هذه الأخيرة يكفي أن تدخل الحالة في حوزته ويلتزم باتخاذ إجراءات التحقيق فيها.

والحالة هي النص الفعلي الذي يعتقد بموجبه أنّ جريمة أو أكثر تدخل في اختصاص المحكمة قد تم ارتكابها فعلاً أو يجري ارتكابها، وبهذا يتضح بأن مصطلح الحالة لا يمكن تفسيره تفسيراً محدوداً أو ضيقاً الذي يعني قيام نزاع بين مجموعة أو أفراد وحدة عسكرية، أو يفسر ليتسبب في حدث معين دون الرجوع إلى السياق العام للنص، وبهذا فإن المقصود بلفظ الحالة سوف يكون بالطبع مختلفاً من واقعة إلى أخرى ولكن، يجب أن يتم تعريفه عن طريق المدعي العام¹.

وأخيراً نشير إلى أن عدم انضمام الدول إلى النظام الأساسي، من شأنه أن يحرم هذه الأخيرة من تعامل المحكمة مع الجرائم المرتكبة على إقليمها، أو بواسطة من ينتمون إليها، أو ضدّ رعاياها. وبالتالي فإن الدول غير الأطراف لا يمكن لها أن تحيل إلى المدعي العام أي حالة يبدو فيها أنّ جريمة أو أكثر من الجرائم التي تختص بها المحكمة قد ارتكبت أو يجري ارتكابها، سواء على إقليمها أو من طرف أحد رعاياها،

¹ . انظر المادتين (61، 82) من النظام الأساسي للمحكمة الجنائية الدولية.

أو كان الضحية أو الضحايا من رعايا هذه الدولة، خاصة إذا كانت هذه الدولة تعاني من انفلات داخلي خطير، وعدم استقرارها السياسي، أو ليس لديها من القدرات الكافية لمحاكمة هؤلاء المجرمين. ذلك؛ لأن الاختصاص الوطني ليس بالأمر السهل، لأنها تقتضي آليات فعالة وحقيقية؛ نظراً لأن الجريمة قد تتعدى حدود إقليم الدولة الواحدة أو لأن الجناة يتمتعون بجنسية أخرى غير جنسية الدولة التي وقعت الجريمة على إقليمها أو يتصفون بالمجرمين الكبار، ذلك أن الجرائم الدولية تُرتكب على نطاق واسع وفي إطار منهجي منظم¹.

الفرع الثاني: الإحالة من طرف مجلس الأمن

حاول نظام روما الأساسي تغليب الاعتبارات الإنسانية على الاعتبارات السياسية، وذلك من خلال اعترافه بالدور المهم لمجلس الأمن في العلاقة بين الأمم المتحدة والمحكمة الجنائية الدولية في كل ما يتعلق بالسلم والأمن الدوليين، على الرغم من بعض الانتقادات².

فقد ساد الاتجاه الغالب ونجح في وضع نص المادة (13/ب) من النظام الأساسي للمحكمة الجنائية الدولية، والتي جاء فيها "5- وفقاً لأحكام هذا النظام الأساسي في الأحوال التالية: إذا أحال مجلس الأمن متصرفاً بموجب الفصل السابع من ميثاق الأمم المتحدة، حالة إلى المدعي العام يبدو فيها أن جريمة أو أكثر من هذه الجرائم قد ارتكبت".

من الجانب القانوني نرى أن لسلطة مجلس الأمن في إحالة حالة ما إلى المحكمة الجنائية الدولية، يُعبر عن التكامل والتنسيق الموجودين بين كل من المجلس والمحكمة لاسيما في الحالة التي يقوم فيها مجلس الأمن بواجباته في حفظ السلم والأمن الدوليين، نظراً للعلاقة الوطيدة بين الجرائم الدولية والحفاظ على السلم.

الفرع الثالث:

مباشرة المدعي العام بالتحقيق

وفقاً لنص المادة (13) من النظام الأساسي للمحكمة الجنائية الدولية، والتي أشارت إلى مسألة ممارسة اختصاص المحكمة، فإن الفقرة (ج) منها أكدت أنه بإمكان المدعي العام مباشرة التحقيق فيما يتعلق بجريمة من هذه الجرائم وفقاً لنص المادة (15).

¹ . محمد عبد اللطيف محسن، المحكمة الجنائية الدولية، دار النهضة العربية، القاهرة، السنة 2004، ص298.

² . محمد عبد اللطيف محسن، المحكمة الجنائية الدولية، مرجع سابق، ص299.

وقد أكدت المادة (15) من نظام روما الأساسي أن المدعي العام يباشر في التحقيقات من تلقاء نفسه بناءً على المعلومات المتعلقة بنوعية الجرائم التي تدخل ضمن اختصاص المحكمة الجنائية الدولية¹. على أن يقوم المدعي العام بالتحليل الجدي للمعلومات التي يتلقاها، وذلك من خلال طلب معلومات إضافية من الدول أو المنظمات الحكومية أو غير الحكومية أو أجهزة الأمم المتحدة، أو أي مصادر أخرى موثوقة يراها المدعي العام ملائمة، كما يمكن للمدعي العام في سبيل التأكد من صحة المعلومات الواردة أن يتلقى الشهادة التحريرية أو الشفهية في مقر المحكمة².

وفي حال توصل المدعي العام إلى أن هناك أساساً معقولاً لبدء إجراءات التحقيق، يقدم إلى الدائرة التنفيذية للمحكمة طلباً للإذن بإجراء تحقيق مشفوعاً بأية أدلة يحوزها المدعي العام، وفي حال رأت الدائرة التنفيذية أن هناك أساساً معقولاً للبدء في إجراءات التحقيق، وأن الدعوى تقع في اختصاص المحكمة، تمنح المدعي العام الإذن بمباشرة التحقيق³. ورفض الدائرة التمهيدية منح القاضي الإجراء بالتحقيق لا يحول دون قيام المدعي العام بتقديم طلب لاحق يستند إلى وقائع وأدلة جديدة تتعلق بالحالة ذاتها⁴. وإذا ما توصل المدعي العام إلى أن المعلومات المقدمة لا تشكل أساساً مقبولاً لبدء إجراءات التحقيق، يُبلغ مقدمي المعلومات بذلك، دون أن يحول ذلك من أن ينظر المدعي العام في معلومات أخرى تقدم إليه عن الحالة ذاتها بوقائع وأدلة جديدة⁵.

المطلب الثاني:

اختصاص المحكمة الجنائية الدولية بالمحاكمة في قضية شيرين أبو عاقلة

رغم عدم انضمام إسرائيل إلى المحكمة الجنائية الدولية فإن قبول المحكمة عضوية فلسطين في الأول من أبريل/ نيسان 2015، يجعل لها ولاية جنائية على الأراضي الفلسطينية. وأكدت المحكمة في الخامس من فبراير/ شباط 2021، أنها تتمتع بصلاحيات تجيز لها النظر في الأوضاع بقطاع غزة والضفة الغربية والقدس الشرقية.

¹ . انظر نص المادة 15 من نظام روما الأساسي، الفقرة 1 منها.

² . انظر: الفقرة 2 من المادة 15 من نظام روما الأساسي.

³ . انظر: الفقرتين 3 و4 من المادة 15 من نظام روما الأساسي.

⁴ . انظر الفقرة 5 من المادة 15 من نظام روما الأساسي.

⁵ . انظر الفقرة 6 من المادة 15 من نظام روما الأساسي.

وبالتالي، فإن إعلان إسرائيل نيتها عدم إجراء تحقيق في قضية مقتل شيرين أبو عاقلة لعدم وجود شبهة جنائية حسب زعمها، يستشف منه أن السلطات الإسرائيلية لن تجري تحقيقاً، أو أنها في حالة إجرائه فلن يكون محايداً ومستقلاً. لذلك فإن السلوك الإسرائيلي في هذه القضية قد مهّد بقوة لأن تقوم السلطة الفلسطينية بإحالة القضية إلى المحكمة الجنائية الدولية.

وأعلن وزير خارجية فلسطين بأن وزارة الخارجية قدمت للمدعي العام لمحكمة الجنايات الدولية في لاهاي، ملفاً متكاملاً يتعلق بالتحقيق الذي أجراه المدعي العام الفلسطيني في قضية اغتيال الصحفية شيرين أبو عاقلة، مرفقاً به كافة البيانات التي تؤكد ضلوع الاحتلال الإسرائيلي وبعض مسؤوليه في ارتكاب تلك الجريمة.

وقد تحدث نظام روما الأساسي للمحكمة الجنائية الدولية عن اختصاصات المحكمة الجنائية الدولية، فتناول الاختصاص الزمني بنص المادة (11) والاختصاص المكاني بنص المادة (12) والاختصاص الشخصي بنص المادة (25) كذلك الاختصاص الموضوعي الذي ورد بنص المواد (5 و 6 و 7 و 8). بالإضافة إلى أن نظام روما الأساسي للمحكمة الجنائية الدولية أشار إلى ضرورة استعانة المحكمة بأركان الجريمة في تفسير وتطبيق المواد (6 و 7 و 8)، وذلك بنص المادة (9) من نظام روما الأساسي.

وسنتناول في هذا المطلب الحديث حول التكييف القانوني لحالة شيرين أبو عاقلة (الفرع الأول)، في حين سنتطرق إلى توافر أركان الجريمة في حالة شيرين أبو عاقلة (الفرع الثاني).

الفرع الأول:

التكييف القانوني لحالة شيرين أبو عاقلة

وجبت الإشارة إلى أن كل من ديباجة النظام الأساسي للمحكمة ومادته الأولى قد نصت على القواعد القانونية المهمة الآتية :

- إن اختصاص المحكمة يُعتبر تكميلياً (Complementary) لاختصاصات المحاكم الوطنية.
- إن المحكمة لا تتظر إلا في أشد الجرائم خطورة والتي تكون موضع الاهتمام الدولي. (المادتين الأولى والخامسة من النظام الأساسي).
- إن المحكمة لا تتظر إلا في الجرائم المسندة للأشخاص الطبيعيين وليس للدول أو المنظمات الوطنية والإقليمية والدولية. (المادة الأولى والمادة 25 من النظام الأساسي للمحكمة).

- يحق للمحكمة أن تقرر بأن الدعوى غير مقبولة في حالة ما إذا كانت إحدى الدول تجري التحقيق أو المقاضاة في الدعوى، إلا إذا كانت تلك الدولة غير راغبة حقاً في الاضطلاع بالتحقيق أو المقاضاة، أو غير قادرة على ذلك. (فقرة 1 من المادة 17).

- إن النظام الأساسي للمحكمة ينص على أن المحاكمة لا تتم إلا بحضور المتهم شخصياً أمام المحكمة، (المادة 63 من النظام الأساسي).

وبالعودة إلى ميثاق روما الأساسي، فقد أشارت المادة (5) في الفقرة (1) منها إلى الاختصاص الموضوعي للمحكمة الجنائية الدولية، وحددت الجرائم التي تدخل في اختصاص المحكمة الجنائية الدولية، واعتبرت أن جريمة الإبادة الجماعية وجريمة العدوان والجرائم ضد الإنسانية وجرائم الحرب، من الجرائم الأشد خطورة وللمحكمة الجنائية الدولية اختصاص النظر فيها¹.

وقد نصت الفقرة (1) من المادة (7) من نظام روما الأساسي على الأفعال التي تشكل جريمة ضد الإنسانية، وذكرت في البند (أ) أن القتل العمد يشكل فعلاً من الأفعال التي يُعد ارتكابها جريمة ضد الإنسانية. ونجد أن نص المادة (8) من ميثاق روما الأساسي، قد حدد الأفعال التي تصنف على أنها جرائم حرب، وذكرت في البند (1/أ/2) بأن القتل العمد يُعتبر فعلاً من أفعال جرائم الحرب.

ونذكرت أيضاً ذات المادة في الفقرة (2/ب/1) منها أنه يُعد من جرائم الحرب "الانتهاكات الخطيرة الأخرى للقوانين والأعراف السارية على المنازعات الدولية المسلحة في النطاق الثابت للقانون الدولي، أي فعل من الأفعال الآتية : 1- تَعْمُد توجيه هجمات ضد السكان المدنيين بصفتهم هذه أو ضد أفراد مدنيين لا يشاركون مباشرة في الأعمال الحربية".

وحول الاختصاص الزمني للمحكمة الجنائية الدولية فقد أكدت الفقرة (1) من المادة (11) من نظام روما الأساسي والتي موضوعها الاختصاص الزمني للمحكمة على أن المحكمة تنظر في الجرائم التي ترتكب بعد نفاذ نظام روما الأساسي أي بعد تاريخ 2022/7/17²، وقد ميزت المادة (11) من نظام

¹. نصت الفقرة (1) من المادة الخامسة من نظام روما الأساسي على أنه "يقتصر اختصاص المحكمة على أشد الجرائم خطورة موضع اهتمام المجتمع الدولي بأسره، وللمحكمة بموجب هذا النظام الأساسي اختصاص النظر في الجرائم الآتية : أ- جريمة الإبادة الجماعية. ب- الجرائم ضد الإنسانية. ج- جرائم الحرب. د- جريمة العدوان.

². نصت الفقرة (1) من المادة (11) من نظام روما الأساسي على أنه "ليس للمحكمة اختصاص إلا فيما يتعلق بالجرائم التي ترتكب بعد بدء نفاذ هذا النظام الأساسي".

المحكمة من حيث الاختصاص الزمني بين الدول التي صادقت على نظام روما الأساسي بتاريخه، وبين الدول اللاحقة في التصديق عليه بعد نفاذه. وذلك إنفاذاً لمبدأ عدم رجعية القانون الجنائي على الماضي. إذ إنه وطبقاً لنص الفقرة (2) من المادة (11) من نظام روما الأساسي، فإن الدول التي أصبحت طرفاً في نظام روما الأساسي بعد نفاذه تمارس المحكمة اختصاصها في الجرائم التي ترتكب بعد نفاذ نظام روما الأساسي بالنسبة لتلك الدول¹ أي في اليوم الأول من الشهر الذي يلي اليوم الستين من تاريخ انضمام الدولة لنظام روما الأساسي².

أما عن الاختصاص المكاني للمحكمة الجنائية الدولية، فقد حددت المادة (12) من نظام روما الأساسي الشروط السابقة على ممارسة اختصاص المحكمة الجنائية الدولية. وقد أشارت الفقرة (1) من المادة (12) من نظام روما إلى أنه وبمجرد أن تصبح الدولة طرفاً في نظام روما الأساسي، فإنها تقر بقبولها باختصاص المحكمة بالجرائم الواردة بنص المادة (5) من نظام روما الأساسي على إقليمها³. وتمارس المحكمة اختصاصها في حال أحالت دولة طرف في نظام روما الأساسي حالة يبدو فيها ارتكاب جريمة أو أكثر من الجرائم المشار إليها في المادة (5)⁴.

¹. نصت الفقرة 2 من المادة 11 من نظام روما الأساسي على أنه "إذا أصبحت دولة من الدول طرفاً في هذا النظام الأساسي بعد بدء نفاذه، لا يجوز للمحكمة أن تمارس اختصاصها إلا فيما يتعلق بالجرائم التي ترتكب بعد بدء نفاذ هذا النظام بالنسبة لتلك الدولة، ما لم تكن الدولة قد أصدرت إعلاناً بموجب الفقرة 3 من المادة 12".

². نصت المادة 126 المتعلقة ببدء نفاذ نظام روما الأساسي في الفقرة 1 على أنه "يبدأ نفاذ هذا النظام الأساسي في اليوم الأول من الشهر الذي يعقب اليوم الستين من تاريخ إيداع الصك الستين للتصديق أو القبول أو الموافقة أو الانضمام لدى الأمين العام للأمم المتحدة".

³. نصت الفقرة 1 من المادة 12 على أنه "الدولة التي تصبح طرفاً في هذا النظام الأساسي تقبل بذلك اختصاص المحكمة فيما يتعلق بالجرائم المشار إليها في المادة 5".

⁴. أكدت المادة 13 من نظام روما الأساسي على ممارسة المحكمة لاختصاصاتها بشأن الجريمة المشار إليها في المادة 5 من النظام في حال أحالت دولة طرف إلى المدعي العام وفقاً للمادة 14 حالة يبدو فيها أن جريمة أو أكثر من هذه الجرائم قد ارتكبت.

كما تمارس المحكمة اختصاصها على الدولة التي وقع في إقليمها سلوك قيد البحث، وكذلك الدولة التي يكون أحد رعاياها متهماً بجريمة، وهو ما أكدت عليه الفقرة (2) من المادة (12) بفروعها (أ) و(ب)¹. بالإضافة إلى أن المحكمة تمارس اختصاصها فيما يتعلق بجريمة مشار إليها في المادة (5) من النظام في حال أحال مجلس الأمن حالة يبدو فيها أن جريمة أو أكثر من هذه الجرائم قد ارتُكبت. وكذلك في حال كان المدعي العام للمحكمة قد باشر التحقيق بجريمة من هذه الجرائم².

وأخيراً فإن الاختصاص الشخصي للمحكمة يتمثل في أن المحكمة تحاكم الأشخاص الطبيعيين الذين يكونون مسؤولين كفاعلين أصليين أو شركاء عن ارتكاب أحد الجرائم التي تدخل ضمن اختصاص المحكمة وهو ما أكدته المادة (25) المتعلقة بالمسؤولية الجنائية الفردية في الفقرة (1) منها³.

كما حددت الفقرة (3) من المادة (25) من نظام روما الأساسي الحالات التي يُسأل عنها الشخص جنائياً وتجعله عرضة للعقاب عن أية جريمة تدخل ضمن اختصاص المحكمة. ووفقاً للفقرة (4) من المادة (25) من نظام روما الأساسي، فكون المحكمة لا تحاكم الدول، فإن المسؤولية الجنائية الفردية لا تؤثر في مسؤولية الدول، وذلك وفقاً للقانون الدولي.

وفي ضوء المواد المشار إليها أعلاه، نجد أنّ استهداف الصحفية شيرين أبو عاقلة قد جاء بشكل متعمد من طرف أفراد جيش الاحتلال الإسرائيلي، لاسيما إذا ما أخذنا بعين الاعتبار طبيعة العمل الذي كانت تقوم به الصحفية، وهو التغطية الإعلامية والصحفية للأحداث الدائرة في مخيم مدينة جنين آنذاك. ناهيك عن انتقاء صفة حمل السلاح عن الصحفية، حيث إنها تعتبر من المدنيين والطواقم الصحفية والإعلامية التي يجب عدم الاعتداء عليها، ووجبت حمايتها بموجب نصوص وأحكام وقواعد القانون الدولي،

¹. نصت الفقرة 2 من المادة 12 من نظام روما الأساسي على أن اختصاص المحكمة يقع على " (أ) الدولة التي وقع في إقليمها السلوك قيد البحث أو دولة تسجيل السفينة أو الطائرة إذا كانت الجريمة قد ارتُكبت على متن سفينة أو طائرة". (ب) الدولة التي يكون الشخص المتهم بالجريمة أحد رعاياها".

². نصت الفقرة ب من المادة 13 على أنه "إذا أحال مجلس الأمن، متصرفاً بموجب الفصل السابع من ميثاق الأمم المتحدة حالة إلى المدعي العام يبدو فيها أن جريمة أو أكثر من هذه الجرائم قد ارتُكبت". كما نصت الفقرة ج من ذات المادة على أنه "إذا كان المدعي العام قد بدأ بمباشرة تحقيق فيما يتعلق بجريمة من هذه الجرائم وفقاً للمادة 15".

³. جاء في نص الفقرة 1 من المادة 25 من نظام روما الأساسي أنه "يكون للمحكمة اختصاص على الأشخاص الطبيعيين عملاً بهذا النظام الأساسي".

بمختلف مصادره العرفية والمكتوبة. وبالتالي يتحقق الاختصاص الموضوعي للمحكمة في حالة شيرين أبو عاقلة وفقاً للمواد (7 و8) من ميثاق روما الأساسي.

كما أن شرط الاختصاص الزماني للمحكمة متوفر في حالة شيرين أبو عاقلة، وذلك وفقاً للمادة (11) من نظام روما الأساسي، إذ إن انضمام فلسطين للمحكمة الجنائية الدولية كان عام 2015، في حين أن مقتل شيرين أبو عاقلة كان بتاريخ 2022/5/11.

بالإضافة إلى أنه وبانضمام فلسطين للمحكمة الجنائية الدولية عام 2015، وبالتالي أصبحت طرفاً في نظام روما الأساسي، فإن دولة فلسطين قبلت باختصاص المحكمة الجنائية الدولية، وبالتالي يمكن للمحكمة ممارسة صلاحيتها وسلطتها بالتحقيق فيما يقع على أرض فلسطين من جرائم وفقاً للمادة (12) من نظام روما الأساسي. وهو ما يعني أن شرط الاختصاص المكاني للمحكمة قد تحقق في حالة شيرين أبو عاقلة.

وباعتبار أن مرتكب جريمة قتل شيرين أبو عاقلة هو شخص طبيعي والمحكمة تحاكم الأشخاص الطبيعيين، فإن المسؤولية الجنائية الفردية تقع على هذا الفرد، وبالتالي يقع الاختصاص الشخصي للمحكمة الجنائية الدولية على حالة شيرين أبو عاقلة، وذلك وفقاً لنص المادة (25) من نظام روما الأساسي. وبالتالي يمكن القول، إن مقتل الصحفية شيرين أبو عاقلة جريمة تقع ضمن اختصاص المحكمة الجنائية الدولية، باعتبارها جريمة حرب وكذلك جريمة ضد الإنسانية ويمكن فتح باب المساءلة والمحاسبة عنه أمام المحكمة الجنائية الدولية، لاسيما إذا ما أخذنا بعين الاعتبار أن دولة فلسطين قد أصبحت عضواً في المحكمة منذ عام 2015. يبقى لنا أن نشير في هذا المطلب إلى مدى توافر أركان الجريمة في حالة الصحفية شيرين أبو عاقلة، وهو ما سيكون محور حديث الفرع الثاني.

الفرع الثاني:

توافر أركان جريمة الحرب المتمثلة في القتل العمد في حالة شيرين أبو عاقلة

في ضوء ميثاق روما الأساسي، واستناداً لوثيقة أركان الجرائم المعتمدة من قبل جمعية الدول الأطراف في نظام روما الأساسي بتاريخ 3-10 أيلول/سبتمبر 2002، لاسيما (المادة 8/2/أ) والتي تبين أركان جريمة الحرب المتمثلة في القتل العمد، حيث جاء فيها بيان أركان هذه الجريمة كما يلي:

1. أن يقتل مرتكب الجريمة شخصاً واحداً أو أكثر.
2. أن يكون ذلك الشخص أو أولئك الأشخاص ممن تشملهم بالحماية اتفاقية أو أكثر من اتفاقيات جنيف لعام 1949.

3. أن يكون مرتكب الجريمة على علم بالظروف الواقعية التي تثبت ذلك الوضع المحمي..

4. أن يصدر السلوك في سياق نزاع مسلح دولي ويكون مقترباً به.

5. أن يكون مرتكب الجريمة على علم بالظروف الواقعية التي تثبت وجود نزاع مسلح.

وبالتطبيق على حالة مقتل شيرين أبو عاقلة، والبحث في مدى توفر الأركان المشار إليها آنفاً من عدمه، فإن الركن المادي للجريمة يتضح من خلال الشرط الأول والمتعلق بـ (أن يقتل مرتكب الجريمة شخصاً واحداً أو أكثر)، فإننا نجد أن مقتل شيرين أبو عاقلة يتوفر على هذا الركن، حيث أقدمت قوة تابعة لجيش الاحتلال الإسرائيلي على قتل الصحفية شيرين بتاريخ 2022/5/11 في مخيم مدينة جنين.

كما يُثبت الركن المادي للجريمة من خلال الشرط الثاني المتمثل في: (أن يكون ذلك الشخص أو أولئك الأشخاص ممن تشملهم بالحماية اتفاقية أو أكثر من اتفاقيات جنيف لعام 1949)، حيث أشارت اتفاقية جنيف الرابعة بشأن حماية الأشخاص المدنيين في وقت الحرب في المادة 1/3 إلى حظر الأعمال العدائية ضد الأشخاص الذين لا يشتركون مباشرة في الأعمال العدائية¹.

وفيما يتعلق بالركن المعنوي للجريمة فيمكن إثباته من خلال الشرط الثالث والمتعلق بـ (أن يكون مُرتكب الجريمة على علم بالظروف الواقعية التي تثبت ذلك الوضع المحمي)، وكذلك من خلال الشرط الخامس والمتعلق بـ (أن يكون مرتكب الجريمة على علم بالظروف الواقعية التي تثبت وجود نزاع مسلح). ويثبت القتل العمد للصحفية شيرين أبو عاقلة على يد عنصر تابع لوحدة الدوفوفان في الجيش الإسرائيلي على الرغم من ارتدائها الزي الرسمي للصحفيين، حيث وثقت الصور والفيديوهات التي غطت حالة مقتل أبو عاقلة أنها كانت ترتدي الزي الرسمي الكامل الخاص بالصحفيين، وهو ما يُستفاد منه العلم بالضرورة أن الهدف هو شخص مدني بالدرجة الأولى، وهو شخص مشمول بالحماية المقررة بموجب اتفاقية جنيف الرابعة.

¹. نصت المادة 1/3 من اتفاقية جنيف الرابعة على: "في حالة قيام نزاع مسلح ليس له طابع دولي في أراضي أحد الأطراف السامية المتعاقدة، يلتزم كل طرف في النزاع بأن يطبق كحد أدنى الأحكام الآتية :

(1) الأشخاص الذين لا يشتركون مباشرة في الأعمال العدائية، بمن فيهم أفراد القوات المسلحة الذين ألقوا عنهم أسلحتهم، والأشخاص العاجزين عن القتال بسبب المرض أو الجرح أو الاحتجاز أو لأي سبب آخر، يعاملون في جميع الأحوال معاملة إنسانية، دون أي تمييز ضار يقوم على العنصر أو اللون، أو الدين أو المعتقد، أو الجنس، أو المولد أو الثروة أو أي معيار مماثل آخر".

كما أن شهادة شهود العيان أكدت أن الصحفية شيرين أبو عاقلة كانت قد كشفت نفسها للوحدة التابعة للجيش الإسرائيلي لتبين لهم أنها متواجدة في المكان كصحفية مدنية تقوم بأداء واجبها الصحفي، وكل ذلك يبين التقدير العام لعناصر وحدة الدوفوفان التابعة للجيش الإسرائيلي بأن الهدف الذي أمامهم إنما هم أفراد صحفيين متواجدين في المكان لغرض تغطية الأحداث، وليس أفراد مقاومة مسلحة.

ويتجسد الركن الدولي للجريمة في الشرط الرابع والمتعلق بـ (أن يصدر السلوك في سياق نزاع مسلح دولي ويكون مقترناً به)، حيث إن سلوك القتل العمد الذي قام به عنصر تابع لوحدة الدوفوفان التابعة للجيش الإسرائيلي جاء ضمن سياق نزاع دولي مسلح، وهذا النزاع يتضح بالنظر إلى انطباق اتفاقية جنيف لعام 1949، على الأراضي الفلسطينية بما فيها مكان مقتل الصحفية شيرين أبو عاقلة وهو مدينة جنين، وكذلك قرار الجمعية العامة للأمم المتحدة رقم (67/191) عام 2012، والمتعلق بالاعتراف بدولة فلسطين، وكذلك فتوى محكمة العدل الدولية بشأن الجدار الصادر عن محكمة العدل الدولية في تموز 2004م، ثم التوقيع من قبل دولة فلسطين على اتفاقيات جنيف الأربع، والتي تؤكد كلها انطباق تلك الاتفاقيات على الأراضي التابعة لدولة فلسطين.

يضاف إلى ذلك، ما نصت عليه المادة (8/2/ب/1) من ميثاق روما الأساسي للمحكمة الجنائية الدولية، واستناداً لوثيقة أركان الجرائم المعتمدة من قبل جمعية الدول الأطراف في نظام روما الأساسي للمحكمة الجنائية الدولية بتاريخ 3-10 أيلول/سبتمبر 2002، والتي تبين أركان جريمة الحرب المتمثلة في جريمة الحرب المتعلقة بالهجوم على المدنيين¹.

يتضح من خلال نص المادة أعلاه أن أركان الجريمة التي يجب أن تتوفر في جريمة ما ضد المدنيين، جميعها تتوفر في حالة مقتل شيرين أبو عاقلة، حيث إن الركن المادي ينطبق على حالة شيرين أبو عاقلة من خلال النظر في الشرط الأول وكذلك الشرط الثاني:

حيث إن الحالة التي كانت سائدة في الوقت الذي قتلت خلاله الصحفية شيرين أبو عاقلة، كان يسوده حالة من الهجوم من طرف عناصر تابعة لجيش الاحتلال الإسرائيلي من جهة، وحالة من المقاومة والدفاع

¹. حيث جاء فيها بيان أركان هذه الجريمة كما يلي: 1- أن يوجه مُرتكب الجريمة هجوماً. 2- أن يكون هدف الهجوم سكاناً مدنيين بصفتهن هذه أو أفراداً مدنيين لا يشاركون مباشرة في الأعمال الحربية. 3- أن يتعمد مُرتكب الجريمة جعل هدف الهجوم السكان المدنيين بصفتهن هذه أو أفراداً مدنيين لا يشاركون مباشرة في الأعمال الحربية. 4- أن يصدر السلوك في سياق نزاع مسلح دولي ويكون مقترناً به. 5- أن يكون مُرتكب الجريمة على علم بالظروف الواقعية التي تثبت وجود نزاع مسلح.

من طرف المواطنين الفلسطينيين في مدينة جنين من جهة أخرى، وهؤلاء المواطنون لا ينطبق عليهم وصف مقاتل عسكري كونهم مدنيون ولا يحملون السلاح العسكري، وإنما قاموا بعمليات الدفاع المشروع في مواجهة الهجوم العسكري المسلح الذي نفذته عناصر وحدة الدوفوفان التابعة لجيش الاحتلال الإسرائيلي.

كما أن الركن المعنوي ينطبق على حالة شيرين أبو عاقلة ويجسده الشرط الثالث المتعلق بـ (أن يعتمد مُرتكب الجريمة جعل هدف الهجوم السكان المدنيين بصفتهم هذه أو أفراداً مدنيين لا يشاركون مباشرة في الأعمال الحربية)، وهنا نشير إلى موضوع الدورات التدريبية التي يتلقاها جنود الاحتلال الإسرائيلي في موضوعات أحكام وقواعد القانون الدولي الإنساني خصوصاً، والقانون الدولي بصفة عامة. وهي دورات يقع على عاتق الاحتلال الإسرائيلي أن يُعلم بها جنوده، لاسيما ما يتعلق منها بمبدأ التمييز بين المدنيين والعسكريين.

كذلك يتجسد الركن المعنوي من خلال الشرط الخامس والمتعلق بـ (أن يكون مرتكب الجريمة على علم بالظروف الواقعية التي تثبت وجود نزاع مسلح) وهو ما يُثبت بالنظر إلى الجاهزية التي يخرج بها عناصر الجيش الإسرائيلي وهذه الجاهزية تُعرف من خلال اللباس الذي يميز الجيش الإسرائيلي وحمل السلاح والعتاد الكامل الخاص بالجيش الإسرائيلي.

وعن الركن الدولي الذي يجسده الشرط الرابع المتمثل في (أن يصدر السلوك في سياق نزاع مسلح دولي ويكون مقترناً به) فإنه يتضح من خلال النظر إلى الاعتراف الدولي بدولة فلسطين وتوقيع فلسطين على الاتفاقيات الدولية كما أسلفنا سابقاً.

وفي ضوء المؤشرات القانونية والواقعية لوصف الحالة أعلاه، وبعد تطبيق نصوص نظام روما الأساسي ووثيقة أركان الجرائم الملحقه بالنظام الخاص بالمحكمة، يمكن القول إن: قيام عنصر/ عناصر تابعة لجيش الاحتلال (وحدة الدوفوفان)، بإطلاق الرصاص بشكل مباشر على الصحفية شيرين أبو عاقلة، يمكن تكييفه على أنه قتل عمد استناداً لنص المادة (1/8) من نظام روما الأساسي، وكذلك (8/ب/2) من ذات النظام، وهو ما يُصار إليه باعتباره جريمة حرب تقع ضمن الاختصاص الموضوعي/ النوعي للمحكمة الجنائية الدولية، لاسيما بعد إثبات أركان تلك الجريمة وفق ما تمت الإشارة إليه أعلاه.

الخاتمة:

أوضح البحث بجلاء أن إنشاء المحكمة الجنائية الدولية يُعد خطوة بارزة نحو حماية حقوق الإنسان وتدعيم أسس العدالة الجنائية الدولية، كما أن اختصاص المحكمة استناداً لمبدأ التكامل يشكل ضماناً من ضمانات القضاء على ظاهرة الإفلات من العقاب، ناهيك عن التوفيق بين محاربة الجرائم الدولية وسيادة الدول.

وقد تبين من خلال ثنايا هذا البحث أن مبدأ التكامل يشير إلى العلاقة التكاملية بين القضاء الجنائي الوطني والقضاء الجنائي الدولي، وتبين أن الأصل في الأولوية تُمنح للقضاء الجنائي الوطني، ليكون بذلك هناك حدود فاصلة بين القضاء الجنائي الوطني والقضاء الجنائي الدولي.

ولا شك أن محاكمة المتهم وفقاً لمبدأ الإقليمية له الأولوية في التطبيق على المبادئ الأخرى التي تحدد سريان النص الجنائي، فكلما كانت محاكمة المتهم في إقليم ارتكاب الجريمة ممكنة، فإن ذلك يسهل على السلطات الوطنية جمع أدلة الإثبات والحفاظ عليها، لذلك اشترطت الدول المطبقة لمبدأ الاختصاص الجنائي العالمي أن يكون المدعى عليه موجوداً على أراضي الدولة لمباشرة الدعوى ضده، حيث رفضت السلطات الدنماركية التحقيق في شكاوى ضد مسؤول صيني قبل وصوله إلى الدنمارك للمشاركة في مؤتمر في كوبنهاجن، على اعتبار أنه لا يوجد داخل إقليم الدنمارك، كما يتطلب القانون الفرنسي أيضاً شرط وجود المدعى عليه داخل فرنسا لبدء التحقيق، ولكن يمكن مباشرة الدعوى غيابياً إذا كان المدعى عليه قد غادر الأراضي الفرنسية¹.

وبناءً على ما سبق فقد خلص البحث إلى مجموعة من النتائج والتوصيات:

أولاً: النتائج

1. تبرز أهمية مبدأ التكامل في كونه يشكل ضماناً من ضمانات أسس العدالة الجنائية الدولية.
2. الأولوية في تطبيق مبدأ التكامل يعود للقضاء الجنائي الوطني.
3. ولاية القضاء الوطني وأحقيقته في نظر الدعوى التي له ولاية عليها لا تكون إلا بقدرة الدولة المعنية ورغبتها في ذلك.
4. ولاية القضاء الوطني لا تكون إلا بقدرة الدولة على مباشرة الإجراءات القضائية.

¹نزار حمدي قشطة، مبدأ الاختصاص الجنائي العالمي في نظام العدالة الدولية بين النظرية والتطبيق، مجلة الجامعة الإسلامية للدراسات الإسلامية، المجلد 22، العدد 2، حزيران/يونيو، 2014.

5. لعدم قدرة فلسطين على التحقيق في مقتل شيرين أو عاقلة وكذلك لعدم قدرتها على مباشرة الإجراءات القضائية توجهت فلسطين للمحكمة الجنائية الدولية.
6. ازدواجية مجلس الأمن في استخدام مبدأ التكامل وقرارات العفو تُعتبر من معوقات تطبيق مبدأ التكامل.
7. هناك صعوبات في إقامة الدعوى بشأن الجرائم خارج اقليم الدولة تتمثل في صعوبة جمع الأدلة، إذ إن معظم الأدلة لن تكون في دولة الادعاء بل في الدولة الذي ارتكبت فيها الجريمة، ومن ثم فإن الإثبات في القضية سوف يقتضي تكفل نقل الشهود والوثائق إلى دولة الادعاء.
8. يقع اختصاص المحكمة الجنائية الدولية على حالة شيرين أبو عاقلة.
9. تتوافر أركان الجريمة في حالة شيرين أبو عاقلة.

ثانياً: التوصيات

1. لا بُد من تجاوز بعض الثغرات في مبدأ التكامل خاصة فيما يتعلق بعقد المحاكم الصورية، وكذلك فيما يتعلق بإحالة القضايا من قبل مجلس الأمن.
2. التوجه الدولي نحو التعزيز من فاعلية مبدأ الاختصاص التكميلي.
3. بالنسبة للواقع الفلسطيني لا بُد من الاستثمار في مبدأ الاختصاص التكميلي ومتابعة الاحتلال الإسرائيلي ومحاسبته على الجرائم التي يرتكبها بحق الفلسطينيين.
4. الاستفادة من مبدأ الاختصاص الجنائي العالمي.
5. تعزيز التعاون الدولي والإقليمي من أجل محاكمة القادة الإسرائيليين في المحاكم الوطنية وفقاً لمبدأ التكامل.
6. إعداد ملفات قانونية خاصة بجريمة القتل العمد لحالات أخرى من قبيل حالة الصحفي سامر أبو دقة.
7. حصر جميع جرائم الاحتلال بحق الفلسطينيين التي تنطبق عليها صفة الجرائم الأشد خطورة.
8. حصر جميع جرائم الاحتلال المسندة للأشخاص الطبيعيين.

بيان تضارب المصالح:

يقر جميع المؤلفين أنه ليس لديهم أي تضارب في المصالح.

قائمة المصادر والمراجع

أولاً: المصادر

1. ميثاق الأمم المتحدة.
2. النظام الأساسي للمحكمة الجنائية الدولية.
3. قرار لجنة حقوق الإنسان التابعة لهيئة الأمم المتحدة في الوثيقة رقم: (5, 46, Add. 79/C/CCR
(10, para 1995, Avril).
4. اتفاقية جنيف الرابعة لعام 1949.

ثانياً: المراجع

أولاً: الكتب

1. علي جميل حرب، القضاء الدولي الجنائي المحاكم الجنائية الدولية، دار المنهل اللبناني للطباعة والنشر، بيروت، ط1، 2010.
2. سهيل حسين الفتلاوي، موسوعة القانون الدولي الجنائي - الجزء الثالث - القضاء الدولي الجنائي، دار الثقافة للنشر والتوزيع، عمان، ط1، 2011.
3. شارل روسو، القانون الدولي العام، ترجمة: شكر الله خليفة وعبد المحسن سعد، الأهلية للنشر والتوزيع، بيروت، ط1، 1987.
4. السيد مصطفى أحمد أبو الخير، المبادئ العامة في القانون الدولي المعاصر، الطبعة 1، دار إتراك للطباعة والنشر والتوزيع، القاهرة، 2006.
5. خالد عكاب حسون العبيدي، مبدأ التكامل في المحكمة الجنائية الدولية، الطبعة 1، دار النهضة العربية، القاهرة، 2006.
6. نصر الدين بوسماحة، حقوق ضحايا الجرائم الدولية على ضوء أحكام القانون الدولي، دار الفكر الجامعي، الإسكندرية، 2007.
7. عبد الفتاح محمد سراج، مبدأ التكامل في القضاء الجنائي الدولي: دراسة تحليلية تأصيلية، دار النهضة العربية، القاهرة، 2001.
8. محمد عبد اللطيف محسن، المحكمة الجنائية الدولية، دار النهضة العربية، القاهرة، السنة 2004.

ثانياً: الدوريات

1. عواد شحرور و طاهر عباس، مبدأ التكامل من إشكالات العدالة الدولية الجنائية، مجلة حقوق الإنسان والحريات العامة، الجزائر، العدد 1، مجلد 7، 2022.
2. أوسكار سوليرا، الاختصاص القضائي التكميلي والقضاء الجنائي الدولي، المجلة الدولية للصليب الأحمر، مختارات من الأعداد، جنيف، 2002.
3. محمد شبلي العتوم وعلاء عباسي، اختصاص المحكمة الجنائية الدولية استناداً إلى مبدأ التكامل، مجلة أبحاث اليرموك، الأردن، المجلد 27، العدد 1، 2011.
4. لؤي محمد حسين النافيف، العلاقة التكاملية بين المحكمة الجنائية الدولية والقضاء الوطني، مجلة جامعة دمشق للعلوم الاقتصادية والقانونية - المجلد 27 - العدد الثالث - 2011.
5. خالد بن بوعلام الحساني، مبدأ التكامل في اختصاص المحكمة الجنائية الدولية، مجلة جامعة القدس المفتوحة للأبحاث والدراسات، العدد السادس والثلاثون، حيران، 2015.
6. مجلة صوت القانون، العدد الرابع، أكتوبر/2015.
7. نزار حمدي قشطة، مبدأ الاختصاص الجنائي العالمي في نظام العدالة الدولية بين النظرية والتطبيق، مجلة الجامعة الإسلامية للدراسات الإسلامية، المجلد 22، العدد 2، يونيو، 2014.

ثالثاً: المؤتمرات العلمية

1. المؤتمر الاستعراضي لنظام روما الأساسي للمحكمة الجنائية الدولية، كمبالا، 31 أيار/ مايو - 11 حزيران/يونيو 2010، منشورات المحكمة الجنائية الدولية، 2010، على الرابط التالي: www.icc-cpi.int.

رابعاً: المراجع باللغة الأجنبية

1. Flavia Lattanzi, « Compétence de la Cour pénale internationale et consentement des États », in Revue Générale du Droit International Public, N°2, 1999, p434.
2. Bérengère Taxil, « La Cour pénale internationale et la constitution Française », in Actualité et Droit International, février 1999, in : www.ridi.org/adi.
3. André Dulait, Rapport d'information, « Souveraineté des États, justice et réconciliation nationale », in : <http://www.senat.fr/rap/r98-313/r98-313.html>.
4. Christine A. E. Bakker, Le principe de complémentarité et les "AUTO-SAISINES": un regard critique sur la pratique de la cour pénale internationale, Revue Générale De Droit International, A. Pédone, France, N° 2, 2008, p 362- 378.

الحوكمة وأثرها على التجارة الدولية

*Governance and its Impact on International
Trade*

د. نبيلة عبد الفتاح قشطي
(مصر)

الحوكمة وأثرها على التجارة الدولية

Governance and its Impact on International Trade

د. نبيلة عبد الفتاح قشطي

رئيس تحرير مجلة Hexi Tech الأمريكية، (مصر)

Noby.keshty2000@gmail.com

تاريخ النشر: 2024-06-01

تاريخ القبول: 2024-04-26

تاريخ الاستلام: 2024-02-15

DOI: <https://doi.org/10.70411/MJLS.2.2.202493>

ملخص:

أصبحت الحوكمة من أبرز الموضوعات المهمة على مستوى الإدارات والمؤسسات والمنظمات المحلية والإقليمية والدولية العامة والخاصة، وقد برزت هذه الأهمية في الآونة الأخيرة عندما أطاحت الأزمة المالية العالمية باقتصاديات عدد كبير من الدول المتقدمة والنامية، وعلى الرغم من ذلك فإن مفهوم الحوكمة لا يزال مبهمًا بعض الشيء لدى الكثير من الفئات في المجتمع، لهذا السبب تم اختياري لهذا الموضوع، والهدف من هذه الورقة عرض مفاهيم أساسية متعلقة بالحوكمة تتنوع بين تعريف الحوكمة وأهدافها وأهميتها، وضوابطها، كما توضح المعايير والمبادئ والمحددات التي تحكمها، بالإضافة إلى أثرها على التجارة الدولية.

الكلمات المفتاحية: الحوكمة، التجارة الدولية، الاقتصاد، أزمة مالية، محددات الحوكمة.

Abstract:

Governance has become one of the Most important issues at the Levels of administrations, institutions, and local, regional, and international public and private organizations. Its significance has been highlighted in recent times when the global financial crisis has toppled the economies of many advanced and developing countries. Despite this, the concept of governance remains somewhat ambiguous for many segments of society. For this reason, I was selected for this topic.

The purpose of this paper is to present fundamental concepts related to governance, ranging from its definition, objectives, and importance to its regulations. It also clarifies the criteria, principles, and determinants that govern it, in addition to its impact on international trade.

Keywords: Governance; International Trade; Economy; Financial Crisis; Governance Determinants.

المقدمة

تزايدت أهمية الحوكمة نتيجة لاتجاه كثير من دول العالم إلى التحول إلى النظم الاقتصادية الرأسمالية التي يعتمد فيها بدرجة كبيرة على الشركات الخاصة؛ لتحقيق معدلات مرتفعة ومتواصلة من النمو الاقتصادي.

وتعد الحوكمة من بين الحلول التي يمكن الاعتماد عليها من أجل إنجاح التحول الرقمي في المؤسسات، حيث تنفذ هذه المؤسسات برنامجاً رسمياً لحوكمة تكنولوجيا المعلومات التي تمكنها من إنجاح مشاريع التحول الرقمي، فالتحول الرقمي لا يعني فقط تطبيق التكنولوجيا داخل المؤسسة؛ وإنما هو برنامج شمولي يؤثر في المؤسسة داخلياً وخارجياً، وكيفية تقديم الخدمات للجمهور المستهدف.

أهمية البحث:

يمكن تقسيم الأهمية إلى:

- 1- أهمية نظرية: وهي تزويد الباحثين بمعلومات ونتائج وتوصيات تخدمهم في مجالاتهم واهتماماتهم، وتقديم إضافة علمية ونوعية جديدة للمكتبات العربية.
- 2- أهمية علمية: تأتي أهمية البحث للتأكيد على ضرورة التوسع في تطبيق الحوكمة في البيئة الاقتصادية الحالية، في مجال التجارة الدولية خاصة.

أهداف البحث:

يسعى البحث إلى تحقيق الأهداف الآتية:

- 1- معرفة ماهية الحوكمة.
- 2- التعرف إلى آليات ومعايير الحوكمة.
- 3- إبراز أهمية تطبيق الحوكمة لضمان تحسين التجارة الدولية.

إشكالية البحث:

الإشكالية الرئيسة لهذا البحث تتمحور في ضرورة الإجابة عن التساؤل الآتي:

ما واقع تطبيق معايير ومبادئ الحوكمة في التجارة الدولية؟ وينبثق عن هذا السؤال أسئلة فرعية:

- 1- ما المقصود بالحوكمة؟
- 2- ما هي آليات الحوكمة ومعاييرها؟
- 3- ما هو تأثير تطبيق مبادئ الحوكمة في التجارة الدولية؟

وتشكل الإجابة عن هذه التساؤلات جوهر مشكلة البحث التي تحاول الباحثة دراستها لاستخلاص النتائج، والوقوف على بعض التوصيات التي يمكن الاستفادة منها في المجال التطبيقي.

منهج البحث:

تحقيقاً لأهداف البحث والإجابة على إشكالية البحث، اعتمدت الباحثة على المناهج العلمية الآتية:

1- **المنهج الاستقرائي:** وذلك بهدف دراسة واستقراء القوانين المتعلقة بموضوع البحث

والكتابات التي يتضمنها الفكر الإداري للاستفادة منها في معالجة مشكلة البحث.

2- **المنهج الاستنباطي:** الذي يعتمد على التفكير الاستنتاجي لمحاولة الربط بطريقة منطقية

بين الجوانب المختلفة للحوكمة واستنتاج معايير ومحددات للحوكمة.

خطة البحث:

من أجل تحقيق أهداف البحث ومعالجة مشكلته بصورة علمية تم تقسيمه إضافة لهذه المقدمة

إلى المباحث الآتية:

المبحث الأول: الإطار المفاهيمي للحوكمة.

المبحث الثاني: تطبيق الحوكمة في التجارة الدولية.

المبحث الأول:

الإطار المفاهيمي للحوكمة

تعد الحوكمة من أهم المتطلبات التي أضحت تطبيقها أساساً في الآونة الأخيرة، وذلك لضمان تنظيم العمل سواء أكان في القطاع الخاص أم العام على المستوى الإقليمي والعالمي، وتهدف الحوكمة إلى تحقيق الشفافية والعدالة، ومراعاة مصالح العمل والعمال، والحد من استغلال السلطة في غير المصلحة العامة، وزيادة الثقة في الاقتصاد القومي، وتعميق دور سوق المال، وزيادة قدرته على تعبئة المدّخرات ورفع معدلات الاستثمار، والحفاظ على حقوق صغار المستثمرين، وتشجيع على نمو القطاع الخاص ودعم قدراته التنافسية، كما تساعد المشروعات في الحصول على التمويل وتوليد الأرباح، وأخيراً خلق فرص عمل، مع الالتزام بأحكام القانون، ووجود هيكليات إدارية تُمكن من محاسبة الإدارة أمام المساهمين، لتحقيق رقابة مستقلة على التنفيذ¹.

وظهرت الحاجة إلى الحوكمة في العديد من الاقتصاديات المتقدمة والناشئة خلال العقود القليلة الماضية، خاصةً في أعقاب الانهيارات الاقتصادية والأزمات المالية التي شهدتها عدد من دول شرق آسيا وأميركا اللاتينية، وروسيا في عقد التسعينيات من القرن العشرين، وكذلك ما شهدته الاقتصاد الأميركي مؤخراً من انهيارات مالية ومحاسبية خلال العام 2002.

المطلب الأول:

تعريف الحوكمة

هناك العديد من المصطلحات في اللغة الإنجليزية نجد لها معنى واضحاً ومتفقاً عليه إلى حد الإجماع في اللغة العربية، وعلى الرغم من ذلك فهناك العديد من المفاهيم التي لا توجد لها ترجمة حرفية في اللغة العربية تعكس ذات المعنى والدلالات التي تعكسها اللغة الإنجليزية، من هذه المفاهيم مصطلح Gouvernance، فعلى المستوى المحلي والإقليمي لم يتم التوصل إلى مرادف متفق عليه في اللغة العربية لهذا المصطلح، كما أن اقتران هذا المصطلح بكلمة Corporatif أعطاه أكثر من مدلول².

¹ المهتد، سوسن شهير، (2011)، تكنولوجيا الحكومة الإلكترونية، دار أسامة للنشر والتوزيع، الأردن، ص 25.

² سعاد، مقدم، (2021)، متطلبات تفعيل الحوكمة الإلكترونية في التنظيمات الإدارية الحديثة المفاهيم وآلية التطبيق، مجلة التميز الفكري للعلوم الاجتماعية والإنسانية، عدد خاص بأعمال الملتقى الافتراضي الدولي الحوكمة الإلكترونية والتنمية المستدامة في الدول النامية الواقع والتحديات، ص 31.

ويشير لفظ الحوكمة إلى الترجمة العربية للأصل الإنجليزي لكلمة (Gouvernance)؛ الذي توصل إليه مجمع اللغة العربية بعد عدة محاولات لتعريب الكلمة، حيث تم إطلاق مصطلحات أخرى قبل ذلك مثل الإدارة الرشيدة، الإدارة الجيدة، الضبط المؤسسي، التحكم المؤسسي، حوكمة الشركات ومصطلحات أخرى، إلا أن الأكثر شيوعاً وتداولاً من قِبَل الباحثين هو مصطلح حوكمة الشركات أو الحوكمة المؤسسية¹.

ولقد تعددت التعريفات المقدمة لمصطلح الحوكمة، بتعدد المهتمين بالمصطلح وانتماءاتهم السياسية والثقافية والاقتصادية والاجتماعية، حيث يعبر كل تعريف عن وجهة النظر التي يتبناها مقدم هذا التعريف، وفيما يلي يقدم بعض التعاريف على سبيل المثال لا الحصر².

1- فتعرف مؤسسة التمويل الدولية IFC الحوكمة بأنها: "هي النظام الذي يتم من خلاله إدارة الشركات والتحكم في أعمالها"³.

2- تعرفها منظمة التعاون الاقتصادي والتنمية OECD بأنها: "مجموعة من العلاقات فيما بين القائمين على إدارة الشركة ومجلس الإدارة وحملة الأسهم وغيرهم من المساهمين"⁴.

3- هناك من يعرفها بأنها: "مجموع" قواعد اللعبة" التي تستخدم لإدارة الشركة من الداخل، ولقيام مجلس الإدارة بالإشراف عليها لحماية المصالح والحقوق المالية للمساهمين" بمعنى آخر فإن الحوكمة تعني النظام؛ أي وجود نظم تحكم العلاقات بين الأطراف الأساسية التي تؤثر في الأداء، كما تشمل مقومات تقوية المؤسسة على المدى البعيد وتحديد المسئول والمسئولية⁵.

4- تعرف مؤسسة التمويل الدولية IFC الحوكمة بأنها: "هي النظام الذي يتم من خلاله إدارة الشركات والتحكم في أعمالها"

¹ . بن حسين، سليمة، (2015)، الحوكمة دراسة في المفاهيم، مجلة العلوم القانونية والسياسية، ع10، جامعة الشهيد حمة لخضر الوادي الجزائر، ص183

² . البنك الأهلي المصري، أسلوب ممارسة سلطات الإدارة الرشيدة في الشركات: حوكمة الشركات. النشرة الاقتصادية، العدد الثاني، المجلد السادس والخمسون، 2003.

³ Alamgir، M. (2007). Corporate Governance: A Risk Perspective، paper presented to: Corporate Governance and Reform: Paving the Way to Financial Stability and Development، a conference organized by the Egyptian Banking Institute، Cairo، May 7 – 8.

⁴ . Freeland، C. (2007)، Basel Committee Guidance on Corporate Governance for Banks، paper presented to: Corporate Governance and Reform: Paving the Way to Financial Stability and Development، a conference organized by the Egyptian Banking Institute، Cairo، May 7 – 8.

⁵ . Kirkpatrick G، (2009)، The Corporate Governance Lessons from the Financial Crisis. Financial Market Trends، OECD، p. 23.

5- وتُعرف الحوكمة بأنها: "منهج يرسم الإطارات المرنة، متضمنة مجموعة من القواعد والنظم والإجراءات التي تحكم العلاقات بين الأطراف الأساسية في منظومة العمل، مع تحديد الأهداف والمسارات، فالحوكمة تؤدي إلى وجود نظم تحكم العلاقات بين الأطراف الأساسية التي تؤثر في الأداء، وتتضمن الحوكمة أربعة مبادئ أساسية هي العدالة والمساءلة والشفافية والمسئولية، ضمن منظومة تعمل على تحقيق أهدافها وإستراتيجياتها¹.

المطلب الثاني:

آليات الحوكمة

هناك مجموعة من الآليات صنفها كل من Impetigo ، Hess إلى آليات حوكمة داخلية وأخرى خارجية، و تم تناول هذه الآليات بشكل مختصر كما يلي:

1- الآليات الداخلية للحوكمة:

الآليات الداخلية للحوكمة تتضمن الدور الإشرافي والرقابي الذي يقوم به مجلس الإدارة Board of Directors، واللجان التابعة له، خاصةً لجنة المراجعة Audit Committee، والمراجعة الداخلية، ويُعد مجلس الإدارة أحسن أداة لمراقبة سلوك الإدارة، حيث يحمي رأس المال المستثمر من سوء الاستعمال من قِبَل الإدارة، من خلال صلاحياته القانونية في تعيين وإعفاء ومكافأة الإدارة العليا، كما يشارك بفاعلية في وضع إستراتيجية المؤسسة، ويقدم الحوافز المناسبة للإدارة، ويراقب سلوكها، ويقوم أداءها². ولكي يتمكن مجلس الإدارة من القيام بواجباته في التوجيه والمراقبة، يلجا إلى تأليف مجموعة من اللجان أعضاؤها من غير التنفيذيين، ومن هذه اللجان:

أ- لجنة التدقيق:

تعد أداة من أدوات الحوكمة في زيادة الثقة والشفافية في المعلومات المالية التي تفصح عنها المؤسسة، من خلال دورها في إعداد التقارير المالية وإشرافها على وظيفة التدقيق الداخلي في المؤسسة، ودورها في دعم هيئات التدقيق الخارجي وزيادة استقلاليتها، والتأكيد على الالتزام بمبادئ الحوكمة.

¹ . خالدي، سارة، (2015)، الالتزام بمتطلبات لجنة بازل كمدخل لإرساء الحوكمة في الجهاز المصرفي الجزائري، جامعة محند اواحاج، الجزائر، ص15

² . مبارك، الرفاعي إبراهيم، (2012)، دور المراجعة الداخلية في تفعيل حوكمة الشركات- دراسة تطبيقية على شركات المساهمة السعودية، مجلة كلية التجارة للبحوث العلمية، كلية التجارة، جامعة الإسكندرية، ع1، مج49، ص134

وتتميز هذه اللجنة بأنها منبثقة عن مجلس الإدارة، وتقتصر عضويتها على أعضاء مجلس الإدارة من غير التنفيذيين الذين تتوافر لديهم الاستقلالية والخبرة في مجال المحاسبة والتدقيق، وتتعلق مسؤوليتها بتدقيق عمليات إعداد التقارير المالية ومراجعة عمليات التدقيق الداخلي والخارجي، وكذلك مراجعة الالتزام بتطبيق قواعد حوكمة الشركات من قبل إدارة الشركة.

ب-وظائف لجان التدقيق:

1- الإشراف على وظيفة التدقيق الداخلي، ومراجعة التقارير التي تقدمها والنتائج التي تتوصل إليها وتقديم التوصيات للإدارة لاتخاذ الإجراءات اللازمة.

2- التوصية بتعيين ومكافأة وإعفاء المدقق الخارجي.

3- القيام بأي واجبات تكلف بها من قبل مجلس الإدارة، والتي لها صلة بأعمال التدقيق والرقابة¹.

ب. لجنة المكافآت: تشكل لجان المكافآت من أعضاء مجلس الإدارة غير التنفيذيين، وتتركز وظائف لجنة المكافآت وواجباتها في:

1- تحديد الرواتب والمكافآت والمزايا الخاصة بالإدارة العليا، ومراجعتها والتوصية لمجلس الإدارة بالمصادقة عليها.

2- وضع سياسات لإدارة برامج مكافأة الإدارة العليا ومراجعة هذه السياسات بشكل دوري.

3- اتخاذ خطوات لتعديل برامج مكافآت الإدارة العليا التي ينتج عنها دفعات لا ترتبط بشكل معقول بأداء عضو الإدارة العليا.

4- وضع سياسات لمزايا الإدارة ومراجعتها باستمرار².

ج- لجنة التعيينات: يجب أن يتم تعيين أعضاء مجلس الإدارة والموظفين من بين أفضل المرشحين الذين تتلاءم مهاراتهم وخبراتهم مع المهارات والخبرات المحددة من المؤسسة، ولهذه اللجنة مجموعة من الواجبات هي:

1- تقوم مع مجلس الإدارة وبمصادقة الوزير المختص بوضع المهارات والخبرات المطلوب توافرها لدى عضو مجلس الإدارة والموظفين المطلوبين .

¹ Gill،A.& Obradovich،J. (2012) The impact of corporate governance and financial leverage on the value of American Firms،international research،journal of finance and economics،91

² راضيمحمد سامي، وعليريحام مصطفى عيسى، (2020)، دور تكنولوجيا المعلومات في دعم حوكمة المنظمات دراسة ميدانية، المجلة العلمية للدراسات المحاسبية، جامعة قناة السويس، كلية التجارة، مج2، ع1، ص1249.

- 2- تضع آليات شفافة للتعين، بما يضمن الحصول على أفضل المرشحين المؤهلين.
 - 3- تقوم اللجنة مع بقية أعضاء مجلس الإدارة بتقويم المهارات المطلوبة للمؤسسة باستمرار.
 - 4- تقوم اللجنة بالإعلان عن الوظيفة المطلوب إشغالها، ودعوة المؤهلين لتقديم طلباتهم للتعين¹.
- د. لجنة التدقيق الداخلي:** تؤدي وظيفة التدقيق الداخلي دوراً مهماً في عملية الحوكمة، بزيادة قدرة المواطنين على مساءلة المؤسسة، وزيادة المصداقية والعدالة، وتحسين سلوك الموظفين وتقليل مخاطر الفساد الإداري والمالي، فالتدقيق الداخلي يُعد آلية مهمة من آليات المراقبة ضمن إطار هيكلية الحوكمة، لضمان دقة ونزاهة التقارير المالية ومنع واكتشاف حالات الغش والتزوير².

2- الآليات الخارجية للحوكمة:

- تتصب الآليات الخارجية على أنشطة وفعاليات المؤسسة، واتخاذ الإجراءات اللازمة لتحقيق أهدافها وتتمثل آليات الحوكمة الخارجية بالرقابة التي يمارسها أصحاب المصالح الخارجيين على المؤسسة، والضغوط التي تمارسها المنظمات الدولية المهمة بهذا الموضوع، ومن الأمثلة على هذه الآليات ما يأتي:
- 1- **الاندماجيات والاكستسابات Mergers and Acquisitions:** يُعد الاكستساب آلية مهمة من آليات الحوكمة في الولايات المتحدة الأميركية، وبدونه لا يمكن السيطرة على سلوك الإدارة بشكل فعال، وغالباً يتم الاستغناء عن خدمات الإدارات ذات الأداء المنخفض عندما تحصل عملية الاكستساب أو الاندماج.
 - 2- **التدقيق الخارجي: External Auditing** يؤدي المدقق الخارجي دوراً مهماً في المساعدة على تحسين نوعية الكشوفات المالية، ويمثل التدقيق الخارجي حجر الزاوية لحوكمة جيدة، حيث يساعد المدققون الخارجيون على تحقيق المساءلة والنزاهة وتحسين العمليات فيها، ويغرسون الثقة بين أصحاب المصالح والمواطنين بشكل عام.

- 3- **التشريع والقوانين:** أثرت بعض التشريعات على الفاعلين الأساسيين في عملية الحوكمة، ليس فيما يتصل بدورهم ووظائفهم في هذه العملية؛ بل على كيفية تفاعلهم مع بعضهم.
- 4- **مراجعة الكشوفات المالية قبل تقديمها إلى مجلس الإدارة.**

¹. أبو شديدة، أيمن، (2016)، حوكمة تكنولوجيا المعلومات وأثرها على فحوة التوقعات في مظم المعلومات المحاسبية الإلكترونية دراسة ميدانية، رسالة ماجستير، جامعة طنطا، كلية التجارة، ص 87

². قاسم، بان والنداوي، جواد، (2017)، دور تكنولوجيا المعلومات في تحقيق الحوكمة دراسة تطبيقية في الهيئة العامة للضرائب، المجلة العراقية لتكنولوجيا المعلومات، الجمعية العراقية لتكنولوجيا المعلومات، مج 7، ع 4، ص 25

5- المناقشة مع المدققين الخارجيين والداخليين لتقويم فاعلية نظام الرقابة الداخلية في الشركة وإدارة المخاطر فيها.

6- منافسة سوق المنتجات- الخدمات- وسوق العمل الإداري: تعد إحدى الآليات المهمة للحوكمة، إذ إن منافسة سوق المنتجات أو الخدمات تُهذب سلوك الإدارة، خاصةً إذا كانت هناك سوق فعالة للعمل الإداري للإدارة العليا.

7- مناقشة نطاق وطبيعة الأولويات في التدقيق والاتفاق عليها¹.

نستخلص مما تقدم أن العوامل المؤثرة على جودة الحوكمة منها ما هو داخلي، ومنها ما هو خارجي:

1- الخارجي يتمثل في مناخ الاستثمار في الدولة المشتمل على:

أ. القوانين المنظمة للنشاط الاقتصادي، مثل قوانين سوق المال.

ب. كفاءة القطاع المالي، مثل توفير التمويل اللازم للمشاريع.

ت. كفاءة الأجهزة والهيئات الرقابية، مثل هيئة سوق المال.

2- الداخلية يتمثل في:

أ. كيفية اتخاذ القرارات وتوزيع السلطات داخل المنظمة بين مجلس الإدارة والمديرين

والتنفيذيين

ثالثاً: معايير الحوكمة

وفقاً لمنظمة التعاون الاقتصادي والتنمية يتم تطبيق الحوكمة بالمعايير الآتية:

1- الإفصاح والشفافية: الإفصاح عن المعلومات المهمة، كملكية النسبة العظمى من الأسهم،

والإفصاح عن أعضاء مجلس الإدارة والمديرين التنفيذيين، ويتم الإفصاح عن كل المعلومات بطريقة عادلة

بين جميع المساهمين وأصحاب المصالح في الوقت المناسب ودون تأخير.

¹. السمان، ثائر أحمد سعدون وعبد الجبوري، مراد موسى، (2016)، متطلبات حوكمة تقنية المعلومات ودورها في تحسين

جودة الخدمات دراسة حالة في المديرية العامة لإنتاج الطاقة الكهربائية، كلية الإدارة والاقتصاد، جامعة الموصل، العراق،

ص55.

- 2- المعاملة المتساوية بين جميع المساهمين: وحقهم في الدفاع عن حقوقهم القانونية، والتصويت في الجمعية العامة على القرارات الأساسية، وحمايتهم من أية عمليات استحواذ أو دمج مشكوك فيها، وحقهم في الاطلاع على المعاملات مع أعضاء مجلس الإدارة أو المديرين التنفيذيين كافة.
- 3- حفظ حقوق جميع المساهمين: تشمل نقل ملكية الأسهم، واختيار مجلس الإدارة، والحصول على عائد في الأرباح، ومراجعة القوائم المالية، وحق المساهمين في المشاركة الفعالة في اجتماعات الجمعية العامة.
- 4- دور أصحاب المصالح في أساليب ممارسة سلطات الإدارة بالشركة: تشمل احترام حقوقهم القانونية، والتعويض عن أي انتهاك لتلك الحقوق، وآليات مشاركتهم الفعالة في الرقابة على الشركة، وحصولهم على المعلومات المطلوبة¹.
- 5- ضمان وجود أساس لإطار فعال للحوكمة: يتضمن تعزيز شفافية الأسواق وكفاءتها، ومتناسق مع أحكام القانون، ويصوغ بوضوح تقسيم المسؤوليات فيما بين السلطات الإشرافية والتنظيمية والتنفيذية المختلفة.
- 6- المحافظة على أموال الدولة (حق الشعب): وذلك بإكمال المظلة القانونية والتشريعية، وبما يتلاءم مع التغيرات الحاصلة في البيئة الاقتصادية.
- 7- مسؤوليات مجلس الإدارة: تشمل هيكلة مجلس الإدارة وواجباته القانونية، وكيفية اختيار أعضائه ومهامه الأساسية، ودوره في الإشراف على الإدارة التنفيذية².

¹. مرزوق، فاروق جعفر عبد الحكيم، (2017)، حوكمة التعليم العالي المفهوم والمتطلبات، مجلة كلية التربية، جامعة الأزهر، ع172، الجزء الثاني، يناير، ص423

². الغباري، أيمن فتحي، (2012)، تقييم أثر تطبيق معايير حوكمة الشركات في حماية حقوق المساهمين وعلاقتها التكاملية بالرقابة والمراجعة الداخلية بمنظمات الأعمال، المجلة العلمية للاقتصاد والتجارة، كلية التجارة، جامعة عين شمس، العدد الثالث، المجلد الثالث، ص56.

المبحث الثاني:

تطبيق الحوكمة في التجارة الدولية

المطلب الأول:

أهمية التجارة الدولية

تُمثل التجارة الدولية أحد فروع التجارة التي تختص بمجال المعاملات التجارية التي تتم بين الدول، والتي يتم تبادلها بين البلد المصدر - الدولة البائعة - والبلد المستورد - الدولة المشتريّة -، وتقوم منظمة التجارة العالمية بدعم التجارة الدوليّة، وتأخذ على عاتقها كل ما يتعلق بها من قوانين ناظمة لها بين مختلف البلدان.

وتُعد التجارة الدولية من أهم عوامل النجاح الاقتصادي والتطور لجميع دول العالم، حيث تنعكس أهميتها في دعم كل دولة للانتفاع من المزايا التي توفرها الدول الأخرى؛ وتعد التجارة الدولية أحد أهم المقومات التي تساهم في عملية نجاح وازدهار الاقتصاد الخاص بدول العالم كافة، فالأهمية الخاصة بالتجارة الدولية تكمن في النقاط الآتية:

- 1- إدراجها كأحد المؤشرات المهمة لقياس المنافسة، ومبيعات المنتجات والقدرة الإنتاجية للدول في الأسواق العالمية والدولية.
- 2- تدعم التنمية الاقتصادية للبلاد من خلال زيادة الدخل القومي، ممّا يساعد على زيادة الدخل الشخصي وتنمية البلاد.
- 3- تدعم القدرات التسويقية للبلاد؛ لأنها تزيد من فرص إنشاء أسواق جديدة في المزيد من البلدان.
- 4- تساعد الشركات على اكتساب المزيد من الخبرة، وإتاحة الفرص للتطوير واعتماد التقنيات والمعايير الصناعية من منافسيها الأجانب.
- 5- تساعد على تحسين مستوى الرفاهية الاجتماعية، من خلال توفير العديد من المنتجات التي تؤدي إلى تنويع الخيارات الشخصية سواء أكان استهلاكاً أم استثماراً.
- 6- تساعد على رفع مستويات التوظيف والتخفيف من البطالة مساعدة كبيرة.

- 7- تساعد على الاهتمام بالمنافسة الأجنبية التي تعتمد بشكل أساسي على الواردات من خلال تقليل أسعار المنتجات على من يستهلكها¹.
- 8- تساهم في إعادة تخصيص القدرة التصنيعية؛ حيث أنه عندما تقوم إحدى الشركات بالتعهد بمصادر خارجية لمنتجاتها السلعية المنخفضة؛ فإنها تحرر القدرة التصنيعية للشركة لزيادة إنتاجها على كفاءتها الأساسية.
- 9- تساهم في الاستفادة وتبادل الخبرات بين الدول، سواء أكانت خبرات مادية أم بشرية أم تكنولوجية.
- 10- تساهم في تعزيز ميزان المدفوعات للدولة المصدرة؛ حيث أن زيادة الصادرات عن الواردات ستؤدي إلى وجود فائض في ميزان المدفوعات، ومن ثمّ زيادة فائض وثروة الدول.
- 11- تشارك البلدان في إنشاء نظام اقتصادي قوي وتعزيز تنميته المستدامة، من خلال توفير المعلومات المهمة والتكنولوجيا المناسبة.
- 12- تعدّ الوسيلة المباشرة لتعزيز العلاقات الدولية؛ وذلك بسبب دورها في ربط الدول معاً.
- 13- تعدّ بمنزلة شريان الحياة للدول، فمن خلالها يتم تبادل ونشر الثقافات والحضارات بين الدول.
- 14- تعمل على تقوية العلاقات السياسية بين البلدان وتوطيدها؛ حيث تعزز من العلاقات الدبلوماسية بين الدول، فتقوم الدول بإبرام العديد من الاتفاقيات والصفقات من خلال الاستيراد والتصدير للسلع والخدمات.
- 15- تفتح آفاقاً جديدة للمنتجات بدلاً من مجرد البيع في الدولة المنتجة.
- 16- تمكين الاقتصاد من النمو بكفاءة أكبر وجعله مشاركاً اقتصادياً منافساً.
- 17- تؤدي التجارة الدولية إلى زيادة الكفاءة، بالإضافة إلى أنها تسمح للدول بالمشاركة في الاقتصاد العالمي، مما يشجّع فرص الاستثمار الأجنبي المباشر.

¹. تقي الدين، عبير رياض، (2017)، الحوكمة الرشيدة ماهيتها معاييرها الدولية وخطوات القطاع المصرفي اللبناني لتعزيزها، مجلة البحوث الاقتصادية والمالية، جامعة العربي بن مهيدي أم البواقي، كلية العلوم الاقتصادية والتجارية وعلوم التسيير، مج4، ع2، ص357

- 18- تؤدي إلى زيادة الدخل القومي للدولة المصدرة، وتؤدي زيادة الإنتاجية بدورها إلى زيادة الدخل القومي ومن ثم تحقيق التنمية الاقتصادية.
- 19- دعم المنشآت المحلية عن طريق تزويدها بالخبرة التي تكون كافية؛ لكي يتم تقديم المنتجات إلى الأسواق العالمية الخارجية كافة.
- 20- ساهمت ولا زالت تساهم هذه التجارة في تعزيز وجود اقتصاد دولي يتأثر ويؤثر في الطلب والعرض والأسعار الدولية.
- 21- المحفز الأول للدول والأقطار المختلفة على زيادة إنتاجيتها من السلع، ومن ثم إشباع الاحتياجات السوقية المحلية والعالمية.
- 22- المساهمة في زيادة نقل التكنولوجيا؛ وذلك لأنها تنتقل من مؤلفها إلى المستخدم الثانوي، وغالباً ما يكون هذا المستخدم الثانوي دولة نامية.
- 23- يعد الاستثمار الأجنبي المباشر بالنسبة إلى الدول المستوردة وسيلة يمكن من خلالها الاستفادة من دخول العملات الأجنبية والخبرة إلى البلد¹.

المطلب الثاني:

دور الحوكمة في التجارة الدولية

يجب علينا إعادة تقييم النظام الحالي لتحديد الاتفاقيات التجارية التي أصبحت تدور حول القضايا التنظيمية والاستثمار أكثر منها حول إلغاء التعريفات الجمركية على الواردات أو غيرها من حواجز الاستيراد. فقد أصبحت الدول مترابطة أكثر على الصعيدين الاقتصادي والاجتماعي، بسبب التجارة والسفر والاتصالات السلكية واللاسلكية، بالإضافة إلى الشركات متعددة الجنسيات والتدفقات المالية الدولية، وأصبح الارتباط العالمي أوسع وأسرع في كل مكان أكثر من أي وقت مضى.

وقد تعترض الحوكمة في بعض الأحيان مطبات تعوقها مثل التباطؤ في التجارة الدولية، ولكن سوف تستمر التغييرات التكنولوجية الأساسية في إنكاء الترابط بين الناس والبلدان معاً، فالتحديات الكبرى التي نواجهها اليوم ذات طابع عالمي، تتطلب جهود التخفيف من آثار تغير المناخ تنسيقاً عالمياً متسقاً، حتى المبادرات المحلية يجب أن تندرج في إطار تقارب السياسات والالتزامات العالمية.

¹. بلعز، خير الدين وخوني، رابع (2014)، المنظمة العالمية للتجارة كمنتهى للحوكمة العالمية كيف تساهم المنظمة في إرساء وتعزيز الشفافية والحوكمة في التجارة الدولية، مجلة الندوة للدراسات القانونية، ع2، ص8.

كما يمكن للسياسات النقدية للبنوك المركزية ذات العملة الاحتياطية الكبيرة - مثل المجلس الاحتياطي الفيدرالي في الولايات المتحدة - أن تخلف آثاراً جانبية واسعة النطاق، كما يمكن لسياسات أسعار الصرف أو قوانين التدفقات المالية عبر الحدود أن تكون مدمرة، وفي معظم هذه الحالات فإن الضرر ينتقل من البلدان الكبرى إلى البلدان الصغرى، ولكن إذا تأثرت البلدان الصغيرة بما فيه الكفاية فإن الضرر الشامل سوف يصل إلى الاقتصادات الكبرى أيضاً¹.

وبالنظر إلى حجم هذه التحديات فليس لدينا أي خيار سوى التعاون على المستوى الدولي وتعزيز المؤسسات والأطر العالمية والإقليمية، مثل صندوق النقد الدولي والاتحاد الأوروبي، ومجموعة العشرين، التي ستجتمع في هانغتشو بالصين، ولكن لا يمكن اختزال الحوكمة العالمية في كلمة إما/ أو وعندما يتضح أن سياسات وطنية أو محلية هي كافية لمعالجة مشكلة من المشكلات في تلك الحالة ينبغي تنفيذها.

والواقع أن مبدأ الفرعية - حيث يجب أن تحدث عملية صنع القرار على المستوى المحلي المحض - أمراً حاسماً لمرونة وعمل الحوكمة العالمية، ويجب ألا يصبح وجود هيكليات الحوكمة العالمية ذريعة للنقاعس عن العمل الوطني أو المحلي، وتُعد السياسة العامة جهداً متعدد المستويات ومتعدد القنوات مع الأبعاد المحلية والوطنية والإقليمية والعالمية من الناحية المثالية، ينبغي أن تُقر النقاشات السياسية بهذه الحقيقة².

كما يجب الاعتراف أن هناك حاجة ملحة لحشد الثقة في الحوكمة العالمية من منظور آخر عبر الولايات المتحدة وآسيا وأوروبا والشرق الأوسط، يهدد تجدد سياسات الهوية والقومية الكارهة للأجانب بإعادة ارتكاب مآسي كبرى كما في القرن العشرين، على هذه الخلفية يُعد التأكيد على جود مجتمع عالمي واحتياجاته أمراً ضرورياً ليس فقط لأسباب اقتصادية، ولكن أيضاً للمساهمة في ضمان عالم يسوده السلام.

¹Atelier,(2006)«Gouvernance Mondiale et réforme des institutions internationales»Université de l'été du CRID,lille,France,1 juin,p5

².Mohamed Lotfi M'rini,(2005)«De La Havane à Doha»Bilan Juridique et Commercial de l'intégration des pays en développement dans le systéme commercial multilatéral,les presses d'université Laval,Canada,p51.

الخاتمة:

في ختام هذه الورقة البحثية- التي تحمل عنوان تأثير الحوكمة على التجارة الدولية والتي تم تقسيمها إلى مبحثين، تناولت الباحثة في المبحث الأول الإطار المفاهيمي للحوكمة، والمبحث الثاني تناولت فيه مدى تطبيق الحوكمة في التجارة الدولية- انتهت الباحثة إلى مجموعة من النتائج والمقترحات التي يرجو أن تدخل حيز التنفيذ وذلك على النحو الآتي:

أولاً: النتائج

- 1- تعد الحوكمة من أهم المتطلبات التي أضحت تطبيقها أساساً في الآونة الأخيرة، وذلك لضمان تنظيم العمل سواء أكان في القطاع الخاص أم العام على المستوى الإقليمي والعالمي.
- 2- العوامل المؤثرة على جودة الحوكمة منها ما هو خارجي ومنها ما هو داخلي، الخارجي يتمثل في مناخ الاستثمار في الدولة المشتغل على القوانين المنظمة للنشاط الاقتصادي، مثل قوانين سوق المال، كفاءة القطاع المالي، مثل توفير التمويل اللازم للمشاريع، كفاءة الأجهزة والهيئات الرقابية، مثل هيئة سوق المال، والداخلي يتمثل في كيفية اتخاذ القرارات وتوزيع السلطات داخل المنظمة بين مجلس الإدارة والمديرين والتنفيذيين.
- 3- تُعد التجارة الدولية من أهم عوامل النجاح الاقتصادي والتطور لجميع دول العالم، حيث تنعكس أهميتها في دعم كل دولة للانتفاع من المزايا التي توفرها الدول الأخرى.
- 4- هناك حاجة ملحة لحشد الثقة في الحوكمة العالمية من منظور آخر عبر الولايات المتحدة وآسيا وأوروبا والشرق الأوسط، يهدد تجدد سياسات الهوية والقومية الكارهة للأجانب بإعادة ارتكاب مآسي كبرى كما في القرن العشرين، على هذه الخلفية يُعد التأكيد على جود مجتمع عالمي واحتياجاته أمراً ضرورياً ليس فقط لأسباب اقتصادية؛ ولكن أيضاً للمساهمة في ضمان عالم يسوده السلام.

ثانياً: المقترحات

- 1- يتطلب تطبيق آليات الحوكمة نشر ثقافة الحوكمة في المجتمع، من خلال وسائل الإعلام ومنظمات المجتمع المدني، فإذا أدرك المجتمع أن الحوكمة تمثل له خط الدفاع الأول والحصن المنيع ضد سلب المجتمع ثرواته وأمواله ومكاسبه سوف يدعم تطبيقها وإرساء قواعدها والدفاع عنها.
- 2- توصي الباحثة باستحداث مركز يعني بقضايا الحوكمة، يتولى مهمة إعداد برامج إعلامية وتدريبية لترسيخ ثقافة الحوكمة.

3- تبني الحوكمة كأسلوب إداري حديث، والتعريف بها وبمعاييرها ومبادئها وأهدافها، وتوضيح قدرتها على رفع مستوى التجارة الدولية.

4- إصدار المزيد من القوانين واللوائح التشريعية الملزمة خاصة فيما يتعلق بالشفافية والنزاهة في تطبيق الحوكمة في النظام الاقتصادي.

5- يمكن لاتفاقيات التجارة أن تلعب دور أداة وظائفية في الحث على الإصلاحات المؤدية إلى الحوكمة، من خلال تصميم الإصلاحات الهيكلية للتغلب على النقص في الحوكمة.

6- إمكانية جعل منظمة التجارة العالمية أن تكون منظمة شاملة لكل المجالات التجارية، والاقتصادية، والاجتماعية، والسياسية.

بيان تضارب المصالح

يقر جميع المؤلفين أنه ليس لديهم أي تضارب مصالح.

المصادر والمراجع:

أولاً:المراجع العربية

- 1- أبو شديدة، أيمن، (2016)، حوكمة تكنولوجيا المعلومات وأثرها على فحوة التوقعات في مظم المعلومات المحاسبية الإلكترونية دراسة ميدانية، رسالة ماجستير، جامعة طنطا، كلية التجارة
- 2- بلعز، خير الدين وخوني، رابح (2014)، المنظمة العالمية للتجارة كمنتدى للحوكمة العالمية كيف تساهم المنظمة في إرساء وتعزيز الشفافية والحوكمة في التجارة الدولية، مجلة الندوة للدراسات القانونية، ع2.
- 3- بن حسين، سليمة، (2015)، الحوكمة دراسة في المفاهيم، مجلة العلوم القانونية والسياسية، ع10، جامعة الشهيد حمة لخضر الوادي الجزائر
- 4- البنك الأهلي المصري، أسلوب ممارسة سلطات الإدارة الرشيدة في الشركات: حوكمة الشركات. النشرة الاقتصادية، العدد الثاني، المجلد السادس والخمسون، 2003.
- 5- نقي الدين، عبير رياض، (2017)، الحوكمة الرشيدة ماهيتها معاييرها الدولية وخطوات القطاع المصرفي اللبناني لتعزيزها، مجلة البحوث الاقتصادية والمالية، جامعة العربي بن مهيدي أم البواقي، كلية العلوم الاقتصادية والتجارية وعلوم التسيير، مج4، ع2
- 6- جيجخ، فايزة وفرحات، سميرة، (2016)، حوكمة تكنولوجيا المعلومات ودورها في الوقاية من الأزمات، جامعة محمد خيضر - بسكرة، كلية العلوم الاقتصادية والعلوم التجارية وعلوم التسيير، مخبر مالية، بنوك وإدارة الأعمال، مجلة الاقتصاديات المالية البنكية وإدارة الأعمال، ع2
- 7- خالدي، سارة، (2015)، الالتزام بمتطلبات لجنة بازل كمدخل لإرساء الحوكمة في الجهاز المصرفي الجزائري، جامعة محند اواحاج، الجزائر
- 8- راضي، محمد سامي، وعلي، ريهام مصطفى عبسي، (2020)، دور تكنولوجيا المعلومات في دعم حوكمة المنظمات دراسة ميدانية، المجلة العلمية للدراسات المحاسبية، جامعة قناة السويس، كلية التجارة، مج2، ع1
- 9- سعاد، مقدم، (2021)، متطلبات تفعيل الحوكمة الإلكترونية في التنظيمات الإدارية الحديثة المفاهيم وآلية التطبيق، مجلة التميز الفكري للعلوم الاجتماعية والإنسانية، عدد خاص بأعمال الملتقى الافتراضي الدولي الحوكمة الإلكترونية والتنمية المستدامة في الدول النامية الواقع والتحديات

- 10- السمان، ثائر أحمد سعدون وعبد الجبوري، مراد موسى، (2016)، متطلبات حوكمة تقنية المعلومات ودورها في تحسين جودة الخدمات دراسة حالة في المديرية العامة لإنتاج الطاقة الكهربائية، كلية الإدارة والاقتصاد، جامعة الموصل، العراق
- 11- الغباري، أيمن فتحي، (2012)، تقييم أثر تطبيق معايير حوكمة الشركات في حماية حقوق المساهمين وعلاقتها التكاملية بالرقابة والمراجعة الداخلية بمنظمات الأعمال، المجلة العلمية للاقتصاد والتجارة، كلية التجارة، جامعة عين شمس، العدد الثالث، المجلد الثالث
- 12- قاسم، بان والنداوي، جواد، (2017)، دور تكنولوجيا المعلومات في تحقيق الحوكمة دراسة تطبيقية في الهيئة العامة للضرائب، المجلة العراقية لتكنولوجيا المعلومات، الجمعية العراقية لتكنولوجيا المعلومات، مج7، ع4
- 13- مبارك، الرفاعي إبراهيم، (2012)، دور المراجعة الداخلية في تفعيل حوكمة الشركات- دراسة تطبيقية على شركات المساهمة السعودية، مجلة كلية التجارة للبحوث العلمية، كلية التجارة، جامعة الإسكندرية، ع1، مج9
- 14- مرزوق، فاروق جعفر عبد الحكيم، (2017)، حوكمة التعليم العالي المفهوم والمتطلبات، مجلة كلية التربية، جامعة الأزهر، ع172، الجزء الثاني، يناير
- 15- المهدي، سوسن شهير، (2011)، تكنولوجيا الحكومة الإلكترونية، دار أسامة للنشر والتوزيع، الأردن.

ثانياً:المراجع الأجنبية

- 1- Alamgir,M. (2007). Corporate Governance: A Risk Perspective,paper presented to: Coorporate Governance and Reform: Paving the Way to Financial Stability and Development , a conference organized by the Egyptian Banking Institute,Cairo,May 7 – 8.- Freeland,C. (2007),Basel Committee Guidance on Corporate Governance for Banks,paper presented to: Coorporate Governance and Reform: Paving the Way to Financial Stability and Development,a conference organized by the Egyptian Banking Institute,Cairo,May 7- 8.
- 2- Atelier,(2006),Gouvernance Mondiale et réforme des institutions internationals,Université de l’été du CRID,lille,France,1 juin
- 3- Gill,A.& Obradovich,J. (2012) The impact of corporate governance and financial leverage on the value of American Firms,international research,journal of finance and economics,91
- 4- Kirkpatrick G,(2009),The Corporate Governance Lessons from the Financial Crisis. Financial Market Trends,OECD,

5- Mohamed Lotfi M'rini,(2005),De La Havane à Doha,Bilan Juridique et Commercial de l'intégration des pays en développement dans le systémé commercial multilatéral,les presses d'université Laval,Canada

دور الذكاء الاصطناعي في مكافحة الجريمة الإلكترونية
دراسة مقارنة

*The Role of Artificial Intelligence in
Combating Cybercrime
A Comparative Study*

أ. مراد محمد غالب محمد قاسم

جامعة تعز

(اليمن)

دور الذكاء الاصطناعي في مكافحة الجريمة الإلكترونية

دراسة مقارنة

The Role of Artificial Intelligence in Combating Cybercrime A Comparative Study

أ. مراد محمد غالب قاسم

مساعد باحث بجامعة الجند للعلوم والتكنولوجيا/ طالب ماجستير/ جامعة تعز، (اليمن)

qqyui3@gmail.com

تاريخ النشر: 2024-06-01

تاريخ القبول: 2024-04-26

تاريخ الاستلام: 2024-02-17

DOI: <https://doi.org/10.70411/MJLS.2.2.202495>

الملخص:

تُعَدُّ الجرائم الإلكترونية من أخطر الجرائم التي تواجه الأفراد والمؤسسات؛ كونها جرائم صامتة تتجاوز الحدود الجغرافية؛ حيث تستخدم شبكة الإنترنت وأجهزة الحاسوب في تنفيذ أعمال إرهاب إلكتروني واختراق وقرصنة البيانات، ومع ذلك لم تدم هذه الجريمة لفترة طويلة حتى ظهرت تقنية الذكاء الاصطناعي ذات المستوى العالي كحاجز لمكافحة الجرائم الإلكترونية، خاصة في الدول المتقدمة؛ فعن طريق السلطات الرقمية وتوقعات الجريمة قبل وقوعها ووسائل أخرى ساهم الذكاء الاصطناعي بشكل كبير في مكافحة الجريمة الإلكترونية، وانقسمت التشريعات العربية بين من يعمل على تنظيم قوانين خاصة بالجرائم الإلكترونية وبين من قام بتعديل القوانين القديمة لمواكبة التطورات الحاصلة في مبدأ مشروعية مكافحة الجرائم الإلكترونية.

تهدف هذه الدراسة إلى معرفة دور الذكاء الاصطناعي في مكافحة الجرائم الإلكترونية، وكيف ساهمت السلطات الرقمية وتقنيات التنبؤ بالجرائم في منع وتقليل الجرائم الإلكترونية؟ وما هو دور بعض التشريعات العربية في تنظيم مكافحة الجريمة الإلكترونية والآلية المتبعة لمواجهتها؟

ولتحقيق أهداف الدراسة استخدم الباحث المنهج الوصفي التحليلي لمعرفة آلية استخدام الذكاء الاصطناعي في مواجهة الجريمة الإلكترونية، والمنهج المقارن من خلال المقارنة بين الأنظمة القانونية ودورها في مكافحة الجريمة الإلكترونية.

الكلمات المفتاحية: الذكاء الاصطناعي، الجرائم الإلكترونية، الشرطة الرقمية، الإرهاب الإلكتروني.

Abstract:

Cybercrimes are among the most dangerous crimes facing individuals and institutions, as they are silent crimes that transcend geographical boundaries. The Internet and computer devices are used to execute acts of cyber terrorism, hacking, and data piracy. However, these crimes did not persist for long until the high-level artificial intelligence technology emerged as a barrier to combating cybercrimes, especially in developed countries.

Through digital authorities, crime prediction before it occurs, and other means, artificial intelligence has significantly contributed to combating cybercrimes. Arab legislations have been divided between those who working on regulating specific laws for cybercrimes and those who have amended old laws to keep pace with the developments in the principle of the legitimacy of combating cybercrimes.

This study aims to understand the role of artificial intelligence in combating cybercrimes, and how digital authorities and crime prediction techniques have contributed in preventing and reducing cybercrimes.

It also examines the role of some Arab legislations in regulating the fight against cybercrimes and the mechanism adopted to combat them.

To achieve the objectives of the study, the researcher utilized the descriptive-analytical approach to explore the mechanism of using artificial intelligence in combating cybercrimes, and the comparative approach by comparing the legal systems and their role in combating cybercrime.

Keywords: Artificial Intelligence, Cybercrimes, Digital Police, Cyber Terrorism.

المقدمة:

يُعد الذكاء الاصطناعي من المصطلحات التي ظهرت مؤخرًا، حيث أصبح الذكاء الاصطناعي يشهد تطورًا ملحوظًا في السنوات الأخيرة، ولعب دورًا مهمًا في شتى مجالات الحياة المختلفة القانونية والطبية والهندسية، وكان للذكاء الاصطناعي دور بارز في مكافحة الجرائم المستحدثة، ويمكن للذكاء الاصطناعي إن يُرمَج لمكافحة ومواجهة مخاطر جرائم معينة مثل الجرائم الإلكترونية أن يقوم بذلك، حيث عملت أغلب الدول المتقدمة على استخدام الذكاء الاصطناعي في مواجهة الجرائم الإلكترونية، أما بالنسبة للدول العربية فقد انقسمت بين من واكب التشريع القانوني بالتقدم التكنولوجي، واستخدم وسائل الذكاء الاصطناعي لمواجهة الجرائم الإلكترونية، وبين من ذهبت إلى تعديل بعض القوانين لتواكب التقدم الحديث لمكافحة الجرائم الإلكترونية، لكنها مازال تعمل بطرق بدائية لمواجهة خطر الجرائم الإلكترونية، وهذا ما سنتناوله في دراستنا هذه.

أهمية البحث:

تتمثل أهمية هذه الدراسة في تطور الذكاء الاصطناعي الجدي والحيوي، وهو دور الذكاء الاصطناعي في مكافحة الجريمة الإلكترونية دراسة مقارنة بين القوانين العربية، ومن هذا المنطلق يمكن تقسيم أهمية البحث إلى قسمين: الأهمية النظرية والأهمية العلمية كالآتي:

الأهمية النظرية: من خلال الإحاطة بمفهوم وخطورة الجرائم الإلكترونية، والكشف عن إمكانية استغلال الذكاء الاصطناعي في مكافحة هذه النوعية من الجرائم المستحدثة في العصر الحديث.

الأهمية العلمية: من خلال التوصيات التي سيوصي بها الباحث، والتي يمكن الاستفادة منها لوضع أسس وتنفيذ المفاهيم الجديدة؛ لتفعيل الذكاء الاصطناعي في مكافحة الجرائم الإلكترونية المستحدثة.

مشكلة البحث:

تكمن مشكلة البحث في ظهور أنماط جديدة من الجرائم الإلكترونية الحديثة التي تُرتكب عبر أجهزة الحاسوب، وتُعد من أهم التحديات الأمنية التي تواجه المجتمع؛ حيث إن أغلب المجرمين يتبعون وسائل التقنية الحديثة لارتكاب الجرائم، لذلك لا بُد من معرفة دور الذكاء الاصطناعي في مكافحة الجرائم الإلكترونية، والتصدي لها، ومعرفة مرتكبيها، ومواكبة التشريعات والقوانين النازمة لها، وبناءً على ذلك تتمثل مشكلة البحث في الآتي:

1. ما مفهوم الذكاء الصناعي والجريمة الإلكترونية؟
2. ما دور الذكاء الاصطناعي في مكافحة الجريمة الإلكترونية وموقف التشريعات القانونية منها؟

أهداف البحث:

بناءً على مشكلة الدراسة والتساؤلات المطروحة فيها تهدف الدراسة إلى الآتي:

1. التعرف على ماهية الذكاء الاصطناعي والجريمة الإلكترونية.
2. معرفة دور الذكاء الاصطناعي في مكافحة الجريمة وموقف التشريعات القانونية منها.

منهجية البحث:

تم الاعتماد في هذه الدراسة على المنهج الوصفي التحليلي من خلال معرفة ماهية الذكاء الاصطناعي والجريمة الإلكترونية، وماهية دور الذكاء الاصطناعي في مكافحة الجريمة، والمنهج المقارن من خلال معرفة موقف التشريعات العربية من دور الذكاء الاصطناعي في مواجهة الجريمة الإلكترونية.

خطة البحث:

تم تقسيم البحث الى المطلبين الآتيين :

المطلب الأول: ماهية الذكاء الاصطناعي والجريمة الإلكترونية.

المطلب الثاني: دور الذكاء الاصطناعي في مكافحة الجريمة الإلكترونية وموقف التشريعات القانونية العربية منها.

المطلب الأول :

ماهية الذكاء الاصطناعي والجريمة الإلكترونية

يُعد الذكاء الاصطناعي سلاحاً فعالاً ذو حدين يمكن استخدامه في مكافحة الجريمة وتتعقب المجرمين، ويمكن استخدامه في عملية تطوير الجريمة الإلكترونية¹، وتوجد علاقة ارتباط بين الذكاء الاصطناعي وبعض الجرائم الإلكترونية المستحدثة، لاسيما فيما يتعلق بالحاسب الآلي الذي يستخدم كآلية لعملية الجرائم الإلكترونية²؛ لذلك سنتطرق للتعرف على مفهوم الذكاء الاصطناعي في فرع أول ومفهوم الجريمة الإلكترونية في فرع ثانٍ.

الفرع الأول :

ماهية الذكاء الاصطناعي

يُعد الذكاء الاصطناعي من الوسائل الحديثة التي يتم الاعتماد عليها في مجالات عدة، منها مكافحة الجرائم الإلكترونية التي يقوم بها كثير من المجرمين في العالم، وسنسلط الضوء -هنا- على تعريف الذكاء الاصطناعي وأهميته وأهدافه وخصائصه في النقاط الآتية:

أولاً : تعريف الذكاء الاصطناعي

لمعرفة الذكاء الاصطناعي لا بُد من معرفة الذكاء الإنساني الذي يربط القدرة العقلية في التكيف على الظروف المحيطة بالإنسان، والاستفادة من التجارب والخبرات السابقة، والتفكير والتخطيط وحل المشاكل والقدرة على الاستنتاج³.

أما بالنسبة للذكاء الاصطناعي فيُعرف أنه: "الآلات المخترعة بطريقة يدوية تحاكي ذكاء الإنسان"⁴.

¹. رانا مصباح عبد المحسن عبد الرزاق، دور الذكاء الاصطناعي في مواجهة جرائم الإرهاب الإلكتروني، المجلة الأكاديمية لجامعة نورا، الرياض، 2023م، ص15.

². الأخنش نورة أمينة، العيداني محمد، الذكاء الاصطناعي كآلية لمجابهة الجريمة الإلكترونية، مجلة القانون والعلوم البيئية، المجلد2، العدد2، 2023م، ص529.

³. الذكاء الصناعي، مركز البحوث العربية، لسنة 2021م، ص5.

⁴. الأخنش نورة أمينة، العيداني محمد، المرجع السابق، ص529.

وقد عرّف البعض الذكاء الاصطناعي أنه: "أنظمة تستخدم تقنيات قادرة على جمع البيانات واستخدامها للتنبؤ أو التوصية أو اتخاذ القرار - بمستويات متفاوتة من التحكم الذاتي - واختيار أفضل إجراء لتحقيق أهداف محددة"¹.

ومنهم من عرفه أنه: "جزء من علوم الحاسب الآلي الذي يهدف إلى محاكاة قدرة معرفية لاستبدال الإنسان في أداء وظائف مناسبة في سياق معين تتطلب الذكاء"².

ويُعرف الذكاء الاصطناعي أنه: "دراسة وتصميم أنظمة ذكية تستوعب بيئتها، وتتخذ إجراءات تزيد من فرص نجاحها"، في حين يعرفه جون مكارثي أنه: "علم وهندسة صنع الآلات الذكية"³.

ويُعرف أنه: "مجموعة من السلوكيات التي تتسم بها البرامج الحاسوبية، ويكون الهدف منها تقوية القدرة الإنتاجية من جهة العمل على محاكاة القدرات الذهنية البشرية من جهة أخرى"⁴.

ويُعرف أنه: "ذلك الفرع من علوم الحاسوب الذي يمكن بواسطته خلق وتصميم برامج الحاسبات التي تحاكي أسلوب الذكاء الإنساني؛ لكي يتمكن الحاسب من أداء بعض المهام بدلاً عن الإنسان، والتي تتطلب قيام الحاسب الآلي بالتفكير والتفهم والسمع والتكلم والحركة بأسلوب منطقي ومنظم"⁵.

ثانياً: أهمية الذكاء الاصطناعي

يلعب الذكاء الاصطناعي دوراً مهماً في المجال الإداري والمحاسبي والإلكتروني، ويقوم بحل المشاكل والمسائل المحاسبية والإدارية والأعمال الصناعية⁶، ويعمل على تخفيف الكثير من المخاطر والضغوطات النفسية على الإنسان خاصةً في الميادين التي تتضمن تفاصيل تتسم بالتعقيد وتحتاج إلى تركيز عقلي

¹. عبد الله شرف الغامدي، الهيئة السعودية للبيانات والذكاء الاصطناعي، سلسلة الأدلة الإرشادية 1، السعودية، 2022م، ص 8.

². الأخنش نورة أمينة، العيداني محمد، المرجع السابق، ص 530.

³. سعود عبد القادر الشاعر، دور الذكاء الاصطناعي في تفعيل إجراءات التحقيق الجنائي في الجرائم الإلكترونية (دراسة مقارنة)، الإمارات العربية المتحدة، جامعة عجمان، 2020م، ص 11.

⁴. رانا مصباح محسن، المرجع السابق، ص 15 وما بعده.

⁵. عبدالله أحمد مطر الفلاسي، المسؤولية الجنائية الناتجة عن أخطاء الذكاء الاصطناعي، المجلة القانونية، مجلة متخصصة في الدراسات والبحوث القانونية، دون دار نشر، دون سنة نشر، ص 8.

⁶. الأخنش نورة أمينة، العيداني محمد، المرجع السابق، ص 530.

متعب وحضور ذهني متواصل¹، وله دور كبير في التحري والتحقيق في الجرائم الإلكترونية ومواجهتها من خلال مراقبة الاتصالات الرقمية والشبكة العنكبوتية، واكتشاف الجرائم قبل وقوعها²، وتبرز أهمية الذكاء الاصطناعي من خلال إدخال النظام الذكي في كاميرات المراقبة لإرسالها إلى الشرطة في حال وجود شخص يتصرف بطريقة غير طبيعية، ولذلك يعمل على المساهمة في الحد من الجرائم الإلكترونية ومكافحتها بشكل مستمر وفعال.

ثالثاً: أنواع الذكاء الاصطناعي

مع تقدم الذكاء الاصطناعي يمكن تقسيمه من حيث النطاق إلى عدة أقسام كما يأتي:

1. الذكاء الاصطناعي الضيق، وهو: الذكاء الذي يعمل وفق برمجة معينة ومحددة مسبقاً، ولا يمكن أن يتعداها³، على سبيل المثال: تصنيف البريد الإلكتروني كرسائل غير مرغوب فيها، أو أنه ليس عشوائياً.
2. الذكاء الاصطناعي بالمعنى الواسع، وهو الذي لديه القدرة على جمع المعلومات وتحليلها، ويتمكن من اكتساب المهارات والقدرات والعمل بصفة مستقلة ذاتية⁴، كما يمكن أن يؤدي الدور الذي يقوم به الإنسان⁵.
3. الذكاء الاصطناعي الفائق، وهو الذي يفوق قدرات الإنسان⁶، ويُعرفه الفيلسوف في جامعة أكسفورد، نيك بوستروم أنه: "فكر أذكى بكثير من أفضل العقول البشرية في كل مجال تقريباً، بما في ذلك الإبداع العلمي والحكمة العامة والمهارات الاجتماعية".

¹. أروى بنت عبد الرحمن الجلعود، أحكام تطبيقات الذكاء الاصطناعي في القضاء، السعودية، الطبعة الأولى، 1444هـ، ص46.

². رانا مصباح محسن، المرجع السابق، ص17.

³. رانا مصباح محسن، المرجع السابق، ص17.

⁴. المرجع نفسه.

⁵. نقلاً عن. الأخنش نورة أمينة، العيداني محمد، المرجع السابق، ص531.

رابعاً: خصائص الذكاء الاصطناعي

1. التعلم الآلي والمستمر: أي التعلم من المشكلات والاستفادة من مختلف الخبرات السابقة¹.
2. اتخاذ القرار: لديه القدرة على اتخاذ القرار بناءً على القواعد والبيانات الاحتمالية².
3. القدرة: من خلال استخدام التجربة الخطأ لاستكشاف الأمور المختلف عليها، مع زيادة قدرة الاستجابة السريعة للمواقف والظروف الجديدة والمختلفة والحالات الصعبة والمعقدة³.
4. الإبداع: يمكن له أن يولد أفكاراً وابتكارات جديدة في شتى المجالات المختلفة⁴.

الفرع الثاني:

الجرائم الإلكترونية

يُعد ظهور الأجهزة الإلكترونية والإنترنت ذا خطورة عالية خاصة في ظل انتشار الجريمة الإلكترونية المنظمة والتي تتجاوز حدود الدول، وتستطيع اختراقها، وأخذ المعلومات الخاصة بها، ولا تقف الجريمة الإلكترونية عند ذلك الحد، وإنما تتجاوز ذلك إلى مستوى خصوصية حياة الأفراد، بل إن أغلب عملية الاغتيالات والنصب والاحتيال والسرقات تتم عن طريق استخدام أجهزة الحاسوب وتقنية الإنترنت، ومن هنا سيتم التعرف في هذا الفرع عن ماهية الجريمة الإلكترونية وخصائصها وخطورتها للفرد والمجتمع كما يلي: -

أولاً: ماهية الجريمة الإلكترونية

اختلف فقهاء الأنظمة القانونية حول تعريف الجريمة الإلكترونية، وذلك حسب الزاوية التي تعالجها أو الجهة التي تنظر إليها، فمنهم من ذهب إلى التوسع في تعريف الجريمة الإلكترونية، ومنهم من ذهب إلى تضيق مفهوم الجريمة الإلكترونية، فالفرق الذي يُضيق من الجريمة الإلكترونية عرفها أنها: "تشاط غير مشروع موجه لنسخ أو تغيير أو حذف المعلومات، أو الوصول إلى المعلومات المخزنة داخل الحاسب

¹ . المرجع نفسه.

² .رشا محمد صائم، تطبيقات الذكاء الاصطناعي في اتخاذ القرارات الإدارية، رسالة مقدمة لاستكمال متطلبات درجة الماجستير، جامعة الشرق الأوسط، 2022م، ص26.

³ .عمار ياسر زهير البابلي، دور أنظمة الذكاء الاصطناعي في التنبؤ بالجريمة، مجلة الأمن والقانون، أكاديمية دبي للنشر، الإمارات، المجلد 29، العدد 1، 2021، ص141.

⁴ . المرجع نفسه.

الآلي أو تلك التي يتم تحويلها عن طريقه¹، ومنهم من عرفها أنها: "الفعل غير المشروع الذي يتورط في ارتكابه الحاسب الآلي"²، أما الاتجاه الموسع في تعريف الجريمة الإلكترونية فقد ذهب إلى أنها: "سلوك إجرامي يتم بمساعدة الكمبيوتر"، ومنهم من قال إنها: "كل جريمة تحيط في أجهزة الكمبيوتر"³، وقد ذهب فريق آخر إلى أنها: "كل فعل إجرامي يستخدم الحاسب الآلي في ارتكابه كأداة رئيسية"⁴.

أما بالنسبة للتعريفات القانونية للجريمة الإلكترونية فقد عرفها المشرع الأمريكي أنها: "الاستخدام غير المصرح به لأنظمة الكمبيوتر المحمية، أو ملفات البيانات، أو الاستخدام المتعمد الضار لأجهزة الكمبيوتر، أو ملفات البيانات، وتتراوح خطورة تلك الجريمة ما بين جنائية من الدرجة الثانية إلى جنائية من الدرجة الثالثة"⁵.

وقد عرّفها المشرع الفلسطيني أنها: "سلوك إنساني يرتكب بواسطة حاسب آلي، إخلالاً بقواعد القانون الجنائي؛ يترتب عليه المساس بمصلحة يحميها الشارع، ويوقع القضاء بحكم قضائي بات على مرتكبه الجزاء المناسب"⁶.

ويرى الباحث بأن التعريفات السابقة ليست شاملة جامعة لتعريف الجرائم الإلكترونية؛ إذ إن أغلب الفقهاء حصروا الجرائم الإلكترونية في أجهزة الكمبيوتر (الحاسب الآلي، ولم يتم التطرق إلى بقية الأجهزة الإلكترونية الحديثة التي تستخدم في ارتكاب جرائم معينة، وكذا انتهاك خصوصية المجني عليه دون مراعاة للحدود الجغرافية لاسيما جرائم الأجهزة المحمولة، وهناك قوانين لم تسلك تنظيم الجرائم الإلكترونية بعد، رغم أن هذه الجرائم تخالف العادات السائدة في المجتمع، ولو لم تكن مخالفة بصريح القانون، ومن خلال

¹ الجرائم الإلكترونية، إعداد اللجنة العلمية بمعهد الكويت للدراسات القضائية والقانونية، 2019م، ص8.

² سميرة معاشي، ماهية الجريمة المعلوماتية، مجلة المنتدى القانوني، جامعة محمد خضير بسكرة، العدد السابع، دون سنة نشر، ص277.

³ المرجع نفسه، ص277.

⁴ الجرائم الإلكترونية، إعداد اللجنة العلمية بمعهد الكويت للدراسات القضائية والقانونية، مرجع سابق، ص9.

⁵ نقلاً عن إيمان يوسف صبرة، حقوق المجني عليه في الجرائم الإلكترونية في التشريع الفلسطيني: دراسة مقارنة مع القانون والشريعة الإسلامية، رسالة مقدمة لأستكمال متطلبات الحصول درجة الماجستير، الجامعة الإسلامية بغزة، فلسطين، 2020م، ص11.

⁶ المرجع نفسه، ص14.

ذلك يعرف الباحث الجريمة الإلكترونية أنها: كل سلوك منظم وغير منظم تستخدم من خلاله الأجهزة الإلكترونية كافة في ارتكاب جرائم يعاقب عليها القانون أو تكون مخالفة للعرف المجتمعي.

ثانياً: خصائص الجريمة الإلكترونية

تتسم الجرائم الإلكترونية بأنها جريمة حديثة وخطيرة، ظهرت مع ظهور التقدم التكنولوجي في العصر الحديث، وهي جريمة عابرة للقارات، ولا تقف عند الحدود الجغرافية للدول، ولذلك سوف نتعرف عن خصائص الجريمة الإلكترونية كما يأتي:

1- خطورة الجريمة الإلكترونية:

تتسم الجريمة الإلكترونية بأنها جريمة تمس الحياة الخاصة للأفراد والمؤسسات، ومن شأن ذلك أن يترتب عليه خسائر غير مسبوقة باقتصاد الدول، فالجريمة الإلكترونية لا تحتاج إلى جهد عضلي، بل تحتاج إلى نوع من الذكاء والدراية الذهنية¹؛ فلا يمكن لشخص أن يرتكب الجريمة الإلكترونية دون وعي بتقنيات الحاسب الآلي والأجهزة الحديثة²، وتبرز خطورة هذه الجريمة في إمكانية ارتكابها بشكل ناعم، فلا يشترط وجود المجرم في مسرح الجريمة وإنما يمكن تنفيذها عن بُعد، كما أنها تعود على المجرمين بفوائد مالية كبيرة، لذلك تُعد الجريمة نوعاً من الإغراء للمجرمين لاستغلال التكنولوجيا الحديثة في ارتكاب الجريمة، لاسيما إن كان الجاني يعمل في شركة معينة تعتمد على الحاسب الآلي في عملها، فيكون لديه المعلومات اللازمة كافة لتحقيق اختراقات متعددة ومتتالية لأنظمة الحاسب الآلي في الشركة؛ فتحقق أرباحاً طائلة، وما يثبت ذلك الواقع الذي نعيشه³.

2- جريمة عابرة للحدود:

أعطى انتشار الإنترنت إمكانية لربط العالم في زاوية واحدة من خلال أجهزة الحاسوب المرتبطة بالشبكة العنكبوتية، وكذلك ارتباط أجهزة الهاتف النقال بشبكة الإنترنت، وهذا ما يجعل جريمة الحاسوب أو الهاتف النقال عابرة للحدود، وبالتالي قد يكون الجاني في دولة، والمجني عليه في دولة أخرى⁴، وهذا

¹. ثنيان ناصر آل ثنيان، إثبات الجريمة الإلكترونية دراسة تأصيلية تطبيقية، رسالة مقدمة لاستكمال متطلبات درجة

الماجستير في السياسة الجنائية، جامعة نايف للعلوم الأمنية، الرياض، 2012م، ص22.

². المرجع نفسه.

³. ثنيان ناصر آل ثنيان، المرجع السابق، ص23.

⁴. عبد الله دغش العجمي، المشكلات العلمية والقانونية للجرائم الإلكترونية دراسة مقارنة، رسالة مقدمة لاستكمال متطلبات

الماجستير، جامعة الشرق الأوسط، 2014م، ص20.

الأمر يتطلب وجود تنظيم قانوني دولي يعمل على حماية المجني عليه من الانتهاكات التي قد يتعرض لها من قبل أشخاص يقيمون في دولة أخرى؛ ف جرائم الحاسوب لم تُعد تقتصر على إقليم فلا تتعداه، بل أصبح بالإمكان ارتكاب جريمة عن طريق الحاسوب باختراقه لحاسوب في قارة أخرى، وقد أدى هذا التشتت إلى ضعف إمكانية مواجهة الجريمة الإلكترونية، وتُعد ملاحقة المجرمين فيها من النوع العسير؛ لاختلاف الإجراءات الجنائية من بلد إلى آخر، أو النزاع حول القانون الواجب تطبيقه¹.

3- صعوبة مكافحة الجريمة الإلكترونية:

تُعد الجريمة الإلكترونية جريمة مخفية بحيث لا يستطيع الشخص أو الشركة اكتشافها إلا بعد حصولها في بعض الأحيان؛ وذلك لأنها جريمة صامتة تحدث عن بُعد، ومما يُصعب مكافحة الجريمة - أيضًا - مساهمة المجني عليه في إخفائها حفاظاً على سمعة الشركة، وغالباً ما يتجه المجني عليه نحو اتخاذ إجراءات داخلية دون إبلاغ السلطات المختصة في ذلك الأمر، ويأتي إجماع المجني عليه من الإبلاغ عن الجريمة في كثير من المؤسسات الادخارية والبنوك؛ لأن مجلس إدارتها يرى بأن المطالبة القضائية سوف تؤثر على ثقة العملاء في البنك أو المؤسسة²، ويرى الباحث بأن إجماع الشركات والمؤسسات عن الإبلاغ عن الجرائم الإلكترونية يشجع المجرم على ارتكاب الجريمة؛ لأنه أمن العقوبة، كذلك يؤدي إلى ضعف مكافحة الدولة للجرائم الإلكترونية؛ لعدم تلقيها الشكاوى من الجهات المتضررة، ونرى بأن هذه الجرائم بحق البنوك وبعض المؤسسات تضر بالمصلحة العامة، وبالتالي يحق للدولة التدخل لمكافحتها حتى دون أي بلاغ أو شكوى من الجهة المتضررة من الجريمة.

ثالثاً: أنواع الجرائم الإلكترونية

يمتلك المجرمون سمات مشتركة يمكن إجمالها في شخص واحد يمتلك الخبرة والمهارة في القرصنة على أجهزة الحاسوب أو أجهزة الهاتف النقال، فالمجرم المحترف هو الذي يستخدم التقنية الحديثة من أجل ممارسة عملية النصب والاحتيال والاعتداء والسرقة وغيرها؛ بغية الحصول على المال³، ومن خلال ذلك يتضح لنا أن هناك أنواعاً للجرائم الإلكترونية متعددة كالآتي:

¹ الجرائم الإلكترونية، معهد الكويت للدراسات القضائية والقانونية، مرجع سابق، ص 14.

² جلال الدين محمد صالح، المرجع السابق، ص 25.

³ الملتقى الوطني، آليات مكافحة الجريمة الإلكترونية في التشريع الجزائري، الجزائر، 2017م، ص 10 وما بعده

1-الجرائم الماسة بالأشخاص:

هذه الجرائم تتم عبر المس بشخصية المجني عليه، وتسمى بجرائم الإنترنت الشخصية، مثل: جريمة سرقة الهوية، أو سرقة الاشتراك في موقع شبكات الإنترنت¹، كذلك تتم من خلال الوصول إلى المعلومات بشكل غير شرعي كسرقة المعلومات الشخصية للأفراد، أو الاطلاع عليها، أو حذفها، أو تغييرها بما يحقق هدف المجرم، وأكثر ما يتعرض له الأشخاص هو الاعتداء على حرمة المراسلات الخاصة التي تتعدد بالفتح والإخفاء أو الاختلاس أو التعدي أو إفشاء الأسرار، ومن أقوى الوسائل التي يتبعها منفذ الجريمة الإلكترونية هي اتخاذ من رسائل البريد الإلكتروني فرصة للإيقاع بالضحايا والتي يتم إرسال الملايين منها يوميًا شأنها شأن بقية وسائل التواصل الأخرى، ومن أشهر الجرائم المرتبطة بالبريد الإلكتروني هي جرائم الغش وإرسال الفيروسات والتكبير والتشهير² وغيرها من الجرائم التي يُهاجم بها الأشخاص.

2-جرائم انتهاك الملكية:

هذه الجريمة تشكل خطورة على المؤسسات والهيئات الخاصة كالبنوك والشركات والأجهزة الحكومية، وتتمثل الجريمة بقيام المجرم بإرسال برامج ضارة لتدمير الأجهزة الخاصة بالمؤسسات، وغالبًا ما تتصف هذه الهجمات بالسياسية البحتة التي قد تحدث بين الدول، وتُعد جرائم الإضرار بالبيانات من أخطر الجرائم التي تؤثر على المؤسسات، وتشمل كل أنشطة تعديل أو محو أو سرقة أو إتلاف البيانات، وبالنسبة لتلك الجرائم التي يرتكبها أفراد أو محترفون يطلق عليهم: المحترفون ذوو القبعات السوداء، وهم يقومون بذلك بغرض الاستفادة المالية، وقد تكبدت المؤسسات في الولايات المتحدة الأمريكية خلال العام 2003م، خسارة مالية كبيرة فاقت: (70 مليون دولار أمريكي؛ جراء تعطيل نشاط نظم المعلومات في أمريكا³.

رابعاً: الجرائم الماسة بالمجتمع

تُعد هذه الجرائم ماسة بحق الأشخاص والمؤسسات بأنواعها، ويهدف المجرمون من وراء ذلك إلى جني الأموال الطائلة من خلال الابتزاز الذي يمارس على الأشخاص أو المؤسسات، غير أن جرائم الابتزاز الواقعة على الأشخاص تمتد إلى التأثير على أمن المجتمع خاصة في المجتمعات القبلية التي ترى أن العار لا يمكن أن يكون الانتقام له إلا من خلال الدم، وتأتي الخطورة الكبرى حين يتم استخدام هذه الجرائم ضد المؤسسات المالية أو شركات عملاقة كبرى؛ فتسبب لها أضرارًا كبيرة، كذلك عندما تهاجم أنظمة

¹. المرجع نفسه، ص 10.

². عبد الحليم موسى يعقوب، الإعلام الجديد والجريمة الإلكترونية، الدار العالمية للنشر، السعودية، 2014م، ص 223.

³. عبد الحليم موسى يعقوب، المرجع السابق، ص 221.

حكومية، وتختلف أضرارًا بالغة في الاقتصاد القومي لبعض الدول، أو ممارسة التجسس الصناعي والعسكري والتخريب المعلوماتي الذي ينعكس أثره على المجتمع¹، وتُعد جرائم تزوير البيانات من أكثر الجرائم شيوعًا من بين الجرائم الإلكترونية، ويكون ذلك بالدخول إلى قاعدة البيانات الموجودة، وتعديل تلك البيانات من حيث الإلغاء أو الإضافة²، كما يمكن للتنظيمات الإرهابية أو الدول الاستعمارية أن تمارس أبشع الجرائم بحق المجتمع من خلال استخدام التقنيات الحديثة في صنع المتفجرات وتفجيرها عن بُعد، أو تحديد الأهداف من قبل دولة الاحتلال لقصف الأبرياء بطريقة همجية، وتُعد الأجهزة الإلكترونية سلاحًا ذا حدين يمكن استخدامها لخدمة المجتمع أو ضده.

المطلب الثاني:

دور الذكاء الاصطناعي في مكافحة الجريمة الإلكترونية وموقف التشريعات القانونية العربية منها

مع التقدم التكنولوجي الحاصل تُعد الجريمة الإلكترونية خارقة للعادة الكونية، إذ من خلالها يمكن للأشخاص ممارسة الجرائم بحق الأشخاص الآخرين والمؤسسات بطريقة احترافية دون أن يتنبه المستهدفون لذلك، لكن تقدم الذكاء الاصطناعي كان أسرع في مكافحة الجرائم الإلكترونية من حيث اكتشافها منذ اللحظة الأولى، وتُعد التشريعات العربية منقسمة في مجال مكافحة الجرائم الإلكترونية، فمنها ما تُعد قديمة لم تتناول الجرائم الإلكترونية بقانون منفصل، ولا تزال تستخدم طرائق تقليدية في مواجهة الجريمة الإلكترونية، ومنها ما تناول ذلك بقانون، ورتب لها جزاء معينًا، واستخدمت تكنولوجيا الذكاء الاصطناعي في مواجهة الجرائم الإلكترونية، وسنتعرف في الفرعين الآتيين على دور الذكاء الاصطناعي في مكافحة الجريمة الإلكترونية وموقف الأنظمة العربية منها.

الفرع الأول:

دور الذكاء الاصطناعي في مكافحة الجريمة الإلكترونية

بما أن الجرائم الإلكترونية ذات طابع تقني حديث؛ حيث تُعد جرائم مخفية وغير قابلة للكشف بسهولة، فإن الذكاء الاصطناعي ذا طبيعة خاصة في مكافحة الجريمة الإلكترونية من خلال المراقبة الرقمية عبر الأجهزة الذكية، كما أن تكامل الذكاء الاصطناعي في تنقيب البيانات والشبكات العصبية الذكية يساعد في تحليل البيانات المخزنة وتدعيمها لإدارة أمن المعلومات، واكتشاف شبكات التجسس والتلاعب بالبيانات،

¹. لطرش فيروز ابن عزوز حاتم، المرجع السابق، ص 325.

². دولي لخضر ناصري نفيسة، دور الذكاء الاصطناعي في مكافحة الجرائم الإلكترونية، مجلة المؤشر للدراسات

الاقتصادية، المجلد 2، العدد 2، 2018م، ص 59.

ويُعد الهدف من استخدام الذكاء الاصطناعي هو تطوير وتحسين العمليات الرقابية، وتحسين إنشاء القواعد المعرفية بخصوص التهديدات والمخاطر المتعلقة بأمن المعلومات¹؛ مما يساعد على كشف الجريمة الإلكترونية في وقت مبكر أو التنبؤ بها قبل وقوعها.

أولاً: دور الذكاء الاصطناعي في مكافحة الجرائم الإلكترونية التي تقع على الأموال

تُعد الجرائم على الأموال من أكبر العوائد التي تعود على مجرمي الجرائم الإلكترونية بالنفع الكبير، وغالبًا ما يستخدم المجرمون أسلوب القرصنة والابتزاز من أجل الحصول على الأموال، وبالتالي فإن العالم يحتاج إلى جدار حماية يحول بينه وبين مرتكبي هذه الجرائم، ولما للذكاء الاصطناعي من دور مهم في مكافحة الجريمة كان لا بُد من دمج أجهزة الذكاء الاصطناعي في الأنظمة المالية المحاسبية وتفعيل الشبكات العصبية والخوارزميات التي تستخدم في التنبؤ بالجريمة قبل وقوعها؛ حيث تعمل الخوارزميات في العديد من مصادر البيانات الضخمة؛ إذ تُعد هي الوسيلة التي تستخدم لمسح وتصفية وفهم وتحليل البيانات وفرزها، وتساعد على اكتشاف الجرائم قبل حدوثها في وقت كافٍ للشركات المالية وأصحاب الأموال لاتخاذ الإجراءات اللازمة²، وتستطيع الدولة استخدام تقنيات الذكاء الاصطناعي لمجابهة الجريمة الإلكترونية، وتحسين عملها؛ لخلق نوع من التوازن بين الجرائم المرتكبة ووسائل مجابقتها، حيث يعمل الذكاء الاصطناعي على مواجهة الجريمة وفقًا للآلية والتقنية المحددة له؛ حيث يقوم بترتيب العمل الأمني ومعالجة البيانات والتقصي عنها في العالم الرقمي وأنظمة المعلومات³.

ثانيًا: الشرطة الرقمية

وتعني تطوير أجهزة الشرطة من خلال استخدام تقنيات الذكاء الاصطناعي لتصبح أكثر اعتماداً على الأجهزة الحديثة⁴، وربط كافة الأنظمة التابعة للشركات والمؤسسات الخاصة تحت رقابة الدولة، وبالتالي فإن أي جريمة قد تحدث تستطيع الشرطة التنبؤ بها ومكافحتها قبل وقوعها⁵، كما يساهم الذكاء الاصطناعي

¹. دولي الخضر، المرجع السابق، ص 60.

². رانا مصباح عبد المحسن عبد الرزاق، المرجع السابق ص 17.

³. الأخنش نورة أمينة، العيداني محمد، المرجع السابق، ص 537.

⁴. حمزة قده، إيمان كحيط، توظيف تطبيقات الذكاء الاصطناعي في مكافحة الجرائم الإلكترونية، المؤتمر الدولي العام حول التكنولوجيا الرقمية من التأصيل إلى الابتكار، دون مجلد، الإمارات العربية المتحدة، جامعة أم القيوين، 2022، ص 8.

⁵. البابلي عمار ياسر محمد زهير، المرجع السابق، ص 151.

الشرطة الرقمية في مجال التحقيق الرقمي الذي يسارع في اكتشاف هوية الجاني من خلال الرسائل الخاصة به أو الرقم الهاتفي الخاص به، والكشف عن الأدلة، وتحليل البيانات الخاصة بالمجرمين، وجعلهم تحت المراقبة، وتعتمد الدول المتقدمة على بصمة المخ التي تستخدم في مسح دماغ المشتبه به قبل التحقيق الجنائي، والتي من خلالها يتم تحديد ما إذا كان المجرم لديه معلومات معينة عن الجريمة المطلوبة أم لا¹، وبالتالي لا يستطيع المجرم الكذب أو استخدام طرائق احتيالية في التزييف على الشرطة الرقمية، وتختلف تقنية بصمة المخ عن جهاز كشف الكذب الذي يأتي من خلال استخدام الضغط العصبي؛ حيث إن الشخص الذي يكذب يزداد قلقه فضلاً عن التغيرات العاطفية التي تحصل للمجرم، أما بصمة المخ فيمكن من خلالها كشف الكذب دون الحاجة إلى الضغط العصبي²، كما يُعد جهاز الإنذار المبكر صماماً للمحافظة على الأمن والاستقرار؛ حيث يشكل الإنذار المبكر أحد المكونات التي تساهم في توقع حدوث الجريمة والمنع الوقائي منها³.

ثالثاً: مكافحة جرائم الإرهاب السيبراني

يُعد الإرهاب السيبراني من أكثر الظواهر الإجرامية مدعاة للقلق خاصة في السنوات الأخيرة لاسيما مع انتشار البرامج الذكية والخبثية لأجهزة الحاسوب؛ إذ يستخدم الإرهابيون شبكة الإنترنت في وضع شبكة قنابل إلكترونية مؤقتة في عدد من المدن، ويمكن ربطها بعضها ببعض وتوجيهها في وقت واحد، وليس بالضرورة أن يتواجد المجرم في الدولة نفسها، وهذه الجرائم قد تتسبب في تعطيل الشركات التجارية، مثل: شركات الطيران والبورصات والبنوك وتغير مستويات الاحتياط لدى البنوك⁴، ويبرز دور الذكاء الاصطناعي في مكافحة الإرهاب السيبراني من خلال المصادر التقنية التي تعتمد على شبكات التتبع كالتصوير بالأقمار الاصطناعية، وتتبع البيانات المستمدة من الهواتف المحمولة لتحديد الموقع الجغرافي للمجرم، ويمكن استخدام كاميرات (آي بي)، ونشرها في جميع الأماكن المهمة والحيوية لضبط مراقبة البث المباشر للأنشطة غير القانونية التي تقوم الكاميرات بمراقبتها، وما يميز هذه الكاميرات هو نظام التعرف على الوجه الذي يطابق أوجه الأشخاص الذين أمام الكاميرات بالأشخاص المدرجين لدى القائمة السوداء

¹. رانا مصباح عبد المحسن عبد الرزاق، المرجع السابق، ص18.

². المرجع نفسه، ص18.

³. سعود عبد القادر الشاعر، المرجع السابق ص21.

⁴. علي أحمد إبراهيم، تطبيقات الذكاء الاصطناعي في مواجهة الجرائم الإلكترونية، المجلة القانونية، دون عدد، دون سنة

نشر، ص22-28.

المخزنة مسبقاً لدى الأجهزة الأمنية، كما تساعد تقنيات الذكاء الاصطناعي على خلق بيئة عمل قابلة لظاهرة التنبؤ بالجرائم قبل وقوعها من خلال عمليات تحليل البيانات بطريقة معقدة¹.

وللذكاء الاصطناعي أثر كبير في المجال الأمني من خلال توفير الحماية اللازمة لرجال الأمن في عمليات مواجهة الإرهاب السيبراني؛ حيث يتم استخدام البرامج الإلكترونية على الحاسب الآلي لتحقيق عملية رصد وتتبع المجرمين، وكذا نظام المراقبة الحية والذكية، ونظم الاستلام الإلكتروني².

رابعاً: دور الذكاء الاصطناعي في تطوير الأجهزة الأمنية

ظلت أجهزة الأمن-لاسيما في الدول الفقيرة- تعمل بالنظام التقليدي لمكافحة الجريمة، ومع التقدم التكنولوجي في العالم لم تُعد الوسائل البدائية مجدية في مكافحة الجريمة؛ إذ أصبحت معقدة ومركبة، وبإمكان المجرم أن يقوم بها عن بُعد من خلال الأجهزة الإلكترونية، وقد ساهم الذكاء الاصطناعي في تعزيز وتطوير المؤسسات الأمنية بشكل غير مسبوق، فقد وفر للجهات الأمنية فرصة التنقيب عن ملايين المعلومات الموجودة في مواقع التواصل الاجتماعي وكاميرات المراقبة في الشوارع ووسائل الإعلام والبيانات الحكومية للعثور على أية معلومة تتصل بمرتكبي الجرائم³، وتستخدم بعض المؤسسات الأمنية مثل الولايات المتحدة الأمريكية أجهزة محاكاة أبراج الهواتف الخلوية المعروفة باسم "ستينجراي"، وهي عبارة عن أجهزة رصد وتجسس محمولة تقوم بإطلاق تردد يفوق تردد الاتصالات الخلوية الحقيقية القريبة منها، وهو ما يدفع الأجهزة المحمولة بالاتصال بـستينجراي، مما يجعل الجهاز يطلع على قواعد البيانات والرسائل والاتصالات في منطقة بأكملها، كما يمكن استخدام الذكاء الاصطناعي من قبل قوات حفظ السلام الدولية التي تعمل على تخفيف حدة التوتر بين الأطراف المتنازعة، والتقليل من الخسائر البشرية عن طريق التنبؤ بأماكن الغارات الجوية، وتنبيه المدنيين في المناطق المستهدفة⁴.

¹. سعود عبد القادر الشاعر، المرجع السابق، ص17.

². عمار ياسر زهير البابلي، المرجع السابق، ص136.

³. المرجع نفسه، ص149 وما بعده.

⁴. على شريف، دور الذكاء الاصطناعي في نشر وتعزيز ثقافة السلام في مناطق النزاعات المسلحة، 2021م، ص4.

الفرع الثاني:

موقف الأنظمة العربية من الذكاء الاصطناعي

مع تقدم التكنولوجيا في العالم والتطور الحاصل في ارتكاب الجرائم عن طريق استخدام التقدم العلمي كان لا بُد للقوانين أن تسلك مسلكاً يوازي التقدم والتطور المستخدم في ارتكاب الجريمة، فكان لا بُد من وجود تشريعات تنظم عملية مكافحة الجريمة الإلكترونية والإرهاب الإلكتروني؛ وتقنيات حديثة تستخدمها الدول لمجابهة الجرائم الإلكترونية، لذلك عملت بعض الدول العربية على تحديث تشريعات تواكب التطور والتقدم التكنولوجي وعملت على استخدام وسائل الذكاء الاصطناعي في مكافحة الجريمة، والبعض الآخر أدخل تعديلات على القوانين تشمل جزئية تشير إلى مكافحة الجرائم الإلكترونية وما زال يستخدم طرق تقليدية لمكافحة الجريمة الإلكترونية، ومن هنا سوف نتعرف في هذا الفرع على موقف بعض أنظمة الدول العربية في مكافحة الجريمة الإلكترونية عبر استخدام الذكاء الاصطناعي على النحو الآتي:

أولاً: موقف المشرع السعودي

تمثل الجريمة الإلكترونية مصدر خطر يهدد الجميع؛ فقد عرفها نظام مكافحة الجرائم المعلوماتية في السعودية أنها: "أي فعل يُرتكب متضمناً استخدام الحاسب الآلي أو الشبكة المعلوماتية بالمخالفة لأحكام هذا النظام"¹، ويمثل الذكاء الصناعي بالنسبة للمملكة العربية السعودية ضرورة ملحة لاعتماد قطاعات عدة عليه، مثل: التعليم والصحة والمؤسسات الأمنية والعسكرية²؛ فقد صدر نظام مكافحة الجرائم المعلوماتية بموجب المرسوم الملكي رقم (17 لسنة 2010م)، تضمن هذا المرسوم صوراً لجرائم المعلومات بشكل عام وجرائم الإرهاب الإلكتروني بشكل خاص، وقد استخدم النظام السعودي وسائل الذكاء الاصطناعي في سبيل منع الجرائم الإرهابية بالذات من خلال تجريمه إنشاء مواقع إلكترونية للمنظمات الإرهابية؛ لتسهيل عملية التواصل بين قياداتها، وقد غرم أي شخص يسعى لذلك بغرامة تبلغ خمسة ملايين ريال سعودي مع السجن عشر سنوات، وتستخدم السعودية تقنيات عالية في سبيل توحيد الجهود الأمنية لمكافحة الجريمة عبر الذكاء الاصطناعي³، كما أنها تستخدم أعمال الشرطة الرقمية وكاميرات المراقبة الحديثة التي تحدد هوية المجرمين، وترسل إشارتها إلى الشرطة للقبض عليهم، وقد عمل المشرع السعودي على تدريب فريق خاص من الشرطة في مجال التقنيات الحديثة سواء في مجال مكافحة الجريمة الإلكترونية قبل وقوعها أو

¹ مادة (1) الفقرة (8) من نظام مكافحة الجرائم المعلوماتية السعودي، أقره المجلس الوزاري في 1428هـ-2007م.

² الذكاء الاصطناعي، مركز البحوث، دبي، 2021م، ص6.

³ رانا مصباح عبد المحسن عبد الرزاق، المرجع السابق، ص23.

من خلال إثبات الجريمة بعد وقوعها، وقد أتاح للشرطة استخدام التقنيات العالية للوصول إلى أدلة الإثبات¹، وقد أطلقت السعودية العديد من المنصات والهيئات التي تستخدم الذكاء الاصطناعي لمكافحة الجرائم الإلكترونية مثل منصة "فوكال" لمكافحة الجرائم المالية عبر الذكاء الاصطناعي²، وعملت السعودية على تأسيس الهيئة الوطنية للأمن السيبراني للحد من الجرائم الإلكترونية، كما عملت على تعزيز وتشجيع التعاون العربي والدولي في مجال مكافحة الجرائم الإلكترونية من خلال مشاركتها في المبادرات الدولية وتبادل المعلومات والخبرات في مجال الأمن السيبراني³.

ثانياً: موقف المشرع الفلسطيني

يعاني القانون الفلسطيني انشطاراً بين الضفة الغربية من جهة وقطاع غزة من جهة أخرى، حيث يطبق القانون رقم (74 لسنة 1936م، في غزة، والقانون رقم (16 لسنة 1960م في الضفة الغربية، لكن هذه القوانين لم تنطرق لمكافحة الجرائم الإلكترونية، وبالتالي تم تعديل القانون في الضفة الغربية في العام 2010م، وأفرد المشرع عقوبات خاصة لكل من استخدم الأجهزة الإلكترونية بقصد الإساءة للغير أو التتصت عليهم أو انتهاك خصوصياتهم⁴، ولم تكن القوانين المشار إليها تعاقب على الجريمة الإلكترونية، ونتيجة الانقسام السياسي الحاصل اتجهت قطاع غزة إلى سد الفراغ من خلال تعديل بعض مواد قانون العقوبات الساري في القطاع، وأضافت المادة (262) مكرر والتي جاء فيها: "كل من أساء عمداً لاستعمال أجهزة الخطوط الهاتفية أو الإنترنت أو أي وسيلة تكنولوجية أخرى، بأن روج أو نقل أو طبع أو نسخ مواد إباحية أو إزعاج الغير أو وجه إليهم ألفاظاً بذيئة أو مخلة في الحياء..."، من خلال ذلك اتجه المشرع في غزة إلى تعديل قانون العقوبات؛ من أجل إرساء مبدأ الشرعية في فرض العقوبات بالجرائم الإلكترونية، كذلك أدخل تعديلات في عام 2010م، على المواد (545، 547، 548 وما بعدها حيث تم إفراد باب خاص بجرائم المعلومات، لكن استخدام الذكاء الاصطناعي في مجال مكافحة الجريمة بما فيها مقاومة

¹. ثيان ناصر آل ثيان، إثبات الجريمة الإلكترونية: دراسة تأصيلية تطبيقية، رسالة مقدمة لاستكمال متطلبات درجة

الماجستير في السياسة الجنائية، جامعة نايف للعلوم الأمنية، الرياض، 2012م، ص 45 وما بعده

². نسيم رمضان، صحيفة الشرق الأوسط العرب الأولى، تاريخ الزيارة 2024/4/11م، وقت الزيارة 10 مساءً على الرابط:

<https://aawsat.com>

³. رانا مصباح عبد المحسن، آليات مكافحة الجريمة الإلكترونية في السعودية "دراسة تحليلية"، المجلة القانونية، دون مجلد،

دون عدد، 2022م، ص 13.

⁴. إيمان يوسف صبرة، المرجع السابق، ص 30.

الاحتلال كان لافتاً في ظل الحصار التي تشهده غزة منذ عشرات السنوات؛ إلا أنها كانت تستخدم وسائل وتقنية حديثة استطاعت من خلالها تحقيق مكاسب كبرى في مكافحة الجرائم الإلكترونية، ويتضح من التعديلات المنصوص عليها في قانون العقوبات الفلسطيني المعدل من المادة (546) إلى المادة (560) والتي تناولت الجرائم الإلكترونية، أن المشرع الفلسطيني قد تناول أغلب صور الجرائم الإلكترونية التي ظهرت على الساحة الفلسطينية¹، ولكنها لم تكن شاملة لجميع الجرائم الموجودة في فلسطين، لكن المشرع الفلسطيني تدارك الموقف في التعديل الحاصل على قانون العقوبات وأضاف جرائم لم يكن يعاقب عليها القانون من قبل، وبالتالي لا يستطيع المجرم الإلكتروني الإفلات من العقاب²، ويتضح من ذلك بأن المشرع الفلسطيني يتخذ طرقاً وتقنيات حديثة في مكافحة الجرائم الإلكترونية ولكنها لا ترقى إلى مستوى تقنية الذكاء الاصطناعي في مكافحة الجريمة.

ثالثاً: موقف المشرع الإماراتي

تسعى دولة الإمارات إلى عملية دمج تقنيات الذكاء الاصطناعي في العمل الجنائي من خلال التنبؤ بالجرائم بطريقة ذكية، وتعمل على إدخال الذكاء الاصطناعي في مجال عمل الأدلة الجنائية وعمليات الشرطة، إلى جانب استخدامه في تعزيز الأمن والسلامة في الطرقات، واستخدامه لإدارة الكوارث والأزمات كنظام الأزمات والحشود، وهو نظام ذكي يعمل على دراسة وتحليل الحشود ورفع تقرير مباشر إلى متخذي القرار³، وتسعى دولة الإمارات إلى الاعتماد الكلي على تقنيات الذكاء الاصطناعي بشكل كلي بحلول العام 2031م، وتتبنى دولة الإمارات أحدث التقنية في الأداء المعلوماتي لخلق البيئة المتميزة على مستوى العالم⁴، وتعمل أيضاً على تطوير أنظمة الذكاء الاصطناعي بشكل كبير في مجال مكافحة جرائم القرصنة الإلكترونية أو الجرائم العادية، ومن الآليات التي انتهجت في دولة الإمارات تنمية وتطوير الكفاءات العلمية المتخصصة والقدرات المحلية في مجال الذكاء الاصطناعي، وتدريب موظفيها عبر دورات متخصصة في علم البيانات، وخلق ثقافة الذكاء الاصطناعي لدى المجتمع، وتعمل كذلك على إدماج الجهات الحكومية كافة في مجال مكافحة الجريمة الإلكترونية من خلال تضافر الجهود الإعلامية، وقد خصصت لذلك وزارة

¹. إيمان يوسف صبرة، المرجع السابق، ص 27 وما بعده.

². المرجع نفسه.

³. سعود عبد القادر الشاعر، المرجع السابق، ص 19.

⁴. رانا عبد الرزاق المصباح، المرجع السابق، ص 18.

مستقلة في حلول العام 2017م¹، وقد أصدرت دولة الإمارات العربية المتحدة قانون مكافحة الجرائم المعلوماتية رقم (2) لسنة 2006م، الذي تم تعديله في عام 2012م، وهنا يرى الباحث بأن دولة الإمارات قد اتجهت نحو التقدم في استخدام الذكاء الاصطناعي لمكافحة الجرائم الإلكترونية.

رابعاً: موقف المشرع اليمني

ما زال المشرع اليمني يعمل بالطرق التقليدية لمكافحة الجرائم الإلكترونية على الصعيدين العملي والتشريعي؛ إذ لا يوجد قانون خاص بتنظيم أحكام الجرائم الإلكترونية في اليمن، فقد أشار الدستور اليمني في المادة (53) منه إلى أن "حرية وسرية المواصلات البريدية والهاتفية والبرقية وكافة وسائل الاتصال مكفولة، ولا يجوز مراقبتها..."²، وقد أكد على ذلك قانون الإجراءات الجزائية اليمني³، وقد حدد لها قانون العقوبات اليمني الجزاء المترتب على ذلك في عدة نصوص قانونية، نذكر منها نص المادة (255) التي نصت على أنه "يعاقب بالحبس مدة لا تزيد على سنة أو بغرامة من فتح بغير حق خطاباً مرسلًا للغير، أو احتجز رسالة برقية أو هاتفية..."⁴، ومع هذا ما زالت اليمن تعمل بالطرق التقليدية للبحث والتحري عن الجرائم الإلكترونية في مجال مكافحتها عن طريق الشرطة العادية، ولا تمتلك الأجهزة الأمنية-خاصة بعد الحرب- أي مقومات إلكترونية تستخدم لمكافحة الإرهاب الإلكتروني في اليمن؛ ويعود ذلك إلى عدة أسباب، منها: هشاشة الدولة وتمزقها في الفترات الأخيرة، لكن الملاحظ أن الجرائم الإلكترونية انتشرت بشكل لافت خاصة جرائم الابتزاز الإلكتروني لدى الشباب والشابات، وذلك من خلال القيام باختراق أجهزة الهاتف المحمول، وسحب بيانات وصور خاصة للمجني عليه وابتزازه بها، وعند تعامل الشرطة مع هكذا قضايا تصبح الإجراءات أكثر صعوبة، ولا تستطيع الشرطة متابعة المجرم في عدة حالات، ولم تدخل أجهزة الذكاء الاصطناعي في اليمن الخدمة للأسباب المشار إليها سابقاً.

¹. سعود عبد القادر الشاعر، المرجع السابق، ص22.

². المادة (53) من الدستور اليمني.

³. تنص الفقرة (2) من المادة (12) من قانون الإجراءات الجزائية اليمني على أن "حرية المراسلات البريدية والسلكية واللاسلكية وكافة وسائل الاتصال مكفولة وفقاً للدستور...".

⁴. المادة (255) من قانون العقوبات اليمني.

الخاتمة:

تناولت هذه الدراسة دور الذكاء الاصطناعي في مواجهة الجريمة الإلكترونية، وموقف الأنظمة العربية من تحديث القوانين لمواكبة التقدم التكنولوجي، واستخدام الذكاء الاصطناعي في مواجهة الجرائم الإلكترونية، وقد توصلت الدراسة إلى مجموعة من النتائج والتوصيات كالاتي:

أولاً: النتائج

1. أكدت الدراسة على دور استخدام الذكاء الاصطناعي في مواجهة الجرائم الإلكترونية قبل حدوثها، أو المساعدة في التوصل لإثبات الجريمة والكشف عن هوية المجرمين بعد حدوث الجريمة.
2. بينت الدراسة خطورة الجرائم الإلكترونية على مستوى الأفراد أو المجتمع أو الدول من خلال قيام المجرمين باستخدام هذه الجرائم لجني الأموال من المؤسسات المتضررة من جرائمها؛ كونها جرائم عابرة للقارات، ويصعب كشفها أو التنبؤ بها بسهولة.
3. كشفت الدراسة عن إمكانية استخدام التقنيات الصناعية في مواجهة جرائم المحتلين للبلدان، وإمكانية إرباك التقنيات الاصطناعية التي يعتمد عليها العدو في جرائمه ضد الشعوب.
4. بينت الدراسة موقف بعض الأنظمة العربية من مواكبة التقدم التكنولوجي، واستخدام وسائل الذكاء الاصطناعي من أجل مكافحة الجريمة؛ حيث عمل النظامان السعودي والإماراتي على مواكبة التقدم الاصطناعي بشقيه الصناعي والقانوني؛ فقد أعدت قوانين مستقلة لمواجهة الجرائم الإلكترونية، وعملت على تطوير أداء الأجهزة الأمنية من حيث تمكينها من استخدام وسائل الذكاء الاصطناعي للكشف عن الجرائم الإلكترونية، بينما ذهب المشرع الفلسطيني في غزة إلى تعديل قانون العقوبات لفرض مبدأ الشرعية في مكافحة الجرائم الإلكترونية، وما يزال المشرع اليمني يستخدم القوانين القديمة التي أشارت إلى مواجهة الجرائم الإلكترونية بشكل خفيف، وما زالت الطرق البدائية هي السبيل الوحيد لمكافحة الجرائم الإلكترونية.
5. بينت الدراسة إمكانية استخدام الشبكات العصبية والخوارزميات لمواجهة الجرائم الإلكترونية من حيث استخدام قواعد البيانات وتحليلها؛ لكشف هوية المجرمين، والمساعدة في كشف كذبهم في التحقيق باستخدام الذكاء الاصطناعي.

ثانياً: التوصيات

1. يوصي الباحث، المشرعين اليمني والفلسطيني بضرورة إصدار قانون ينظم عمل مكافحة الجرائم الإلكترونية والعقوبات المناسبة لها، وبناء جهاز أمني مدرب لاستخدام تقنيات الذكاء الاصطناعي، وتوفير الأجهزة الخاصة به.
2. تعزيز التعاون العربي والدولي وتبادل المعلومات والخبرات بين الدول والمنظمات الدولية المختصة في مجال مكافحة الجرائم الإلكترونية، وذلك للتصدي للتهديدات السيبرانية المتزايدة والمبتكرة عبر تقنيات الذكاء الاصطناعي.
3. يوصي الباحث بضرورة استخدام أجهزة الذكاء الاصطناعي لمواجهة الجرائم الإلكترونية؛ لثبوت فعاليتها بكفاءة عالية في قمع أغلب الجرائم المتعلقة بالإرهاب السيبراني.

بيان تضارب المصالح:

يقر جميع المؤلفين أنه ليس لديهم أي تضارب في المصالح.

قائمة المصادر والمراجع

أولاً: الكتب العامة

1. أروى بنت عبد الرحمن الجلعود، أحكام تطبيقات الذكاء الاصطناعي في القضاء، السعودية، الطبعة الأولى، 1444هـ.
2. سعود عبد القادر الشاعر، دور الذكاء الاصطناعي في تفعيل إجراءات التحقيق الجنائي في الجرائم الإلكترونية (دراسة مقارنة، جامعة عجمان، الإمارات العربية المتحدة، 2020م.

ثانياً: الرسائل العلمية

1. إيمان يوسف صبرة، حقوق المجني عليه في الجرائم الإلكترونية في التشريع الفلسطيني: دراسة مقارنة مع القانون والشرعية الإسلامية، رسالة مقدمة لاستكمال متطلبات الحصول على درجة الماجستير، الجامعة الإسلامية بغزة، فلسطين، 2020م.
2. ثيان ناصر آل ثنيان، إثبات الجريمة الإلكترونية: دراسة تأصيلية تطبيقية، رسالة مقدمة لاستكمال متطلبات درجة الماجستير في السياسة الجنائية، جامعة نايف للعلوم الأمنية، الرياض، 2012م.
3. جلال الدين محمد صالح، إثبات الجريمة الإلكترونية: دراسة تأصيلية تطبيقية، رسالة مقدمة لاستكمال متطلبات درجة الماجستير في السياسة الجنائية، جامعة نايف للعلوم الأمنية، الرياض، 2012م.
4. رشا محمد صائم، تطبيقات الذكاء الاصطناعي في اتخاذ القرارات الإدارية، رسالة مقدمة لاستكمال متطلبات درجة الماجستير، جامعة الشرق الأوسط، 2022م.
5. عبد الله دغش العجمي، المشكلات العلمية والقانونية للجرائم الإلكترونية: دراسة مقارنة، رسالة مقدمة لاستكمال متطلبات الماجستير، جامعة الشرق الأوسط، 2014م.

ثالثاً: المجلات والدوريات العلمية

1. الأخنش نورة أمينة، العيداني محمد، الذكاء الاصطناعي كآلية لمجابهة الجريمة الإلكترونية، مجلة القانون والعلوم البيئية، المجلد 2، العدد 2، 2023م.
2. دولي لخضر، ناصري نفيسة، دور الذكاء الاصطناعي في مكافحة الجرائم الإلكترونية، مجلة المؤشر للدراسات الاقتصادية، المجلد 2، العدد 2، 2018م.
3. رانا مصباح عبد المحسن عبد الرزاق، دور الذكاء الاصطناعي في مواجهة جرائم الإرهاب الإلكتروني: دراسة مقارنة، المجلة الأكاديمية لجامعة نورة، الرياض، 2023م.

4. رانا مصباح عبد المحسن، آليات مكافحة الجريمة الإلكترونية في السعودية "دراسة تحليلية" المجلة القانونية، دون مجلد، دون عدد، 2022.
 5. سميرة معاشي، ماهية الجريمة المعلوماتية، مجلة المنتدى القانوني، جامعة محمد خضير بسكرة، العدد السابع، دون سنة نشر.
 6. عبد الله أحمد مطر الفلاسي، المسؤولية الجنائية الناتجة عن أخطاء الذكاء الاصطناعي، المجلة القانونية، مجلة متخصصة في الدراسات والبحوث القانونية، دون دار نشر، دون سنة نشر.
 7. علي أحمد إبراهيم، تطبيقات الذكاء الاصطناعي في مواجهة الجرائم الإلكترونية، المجلة القانونية، دون عدد، دون سنة نشر.
 8. عبد الحليم موسى يعقوب، الإعلام الجديد والجريمة الإلكترونية، الدار العالمية للنشر، السعودية، 2014م.
 9. عمار ياسر زهير البابلي، دور أنظمة الذكاء الاصطناعي في التنبؤ بالجريمة، مجلة الأمن والقانون، أكاديمية دبي للنشر، الإمارات، المجلد 29، العدد 1، 2021.
 10. الجرائم الإلكترونية، إعداد اللجنة العلمية بمعهد الكويت للدراسات القضائية والقانونية، 2019م.
- رابعًا: المؤتمرات العلمية**
1. الذكاء الصناعي، مركز البحوث العربية، لسنة 2021م.
 2. عبد الله شرف الغامدي، الهيئة السعودية للبيانات والذكاء الاصطناعي، سلسلة الأدلة الإرشادية 1، السعودية، 2022م.
 3. الملتقى الوطني آليات مكافحة الجريمة الإلكترونية في التشريع الجزائري، الجزائر، 2017م.
 4. علي شريف، دور الذكاء الاصطناعي في نشر وتعزيز ثقافة السلام في مناطق النزاعات المسلحة، 2021م.
 5. الذكاء الاصطناعي، مركز البحوث، دبي، 2021م.
- خامسًا: النصوص القانونية**
1. نظام مكافحة الجرائم المعلوماتية السعودي، أقره المجلس الوزاري في 1428هـ.
 2. المادة (53) من الدستور اليمني.
 3. المادة (255) من قانون العقوبات اليمني.

سادساً: المواقع الإلكترونية

1. نسيم رمضان، صحيفة الشرق الأوسط العرب الأولى، تاريخ الزيارة 2024/4/11م وقت الزيارة

10 مساءً على الرابط: <https://aawsat.com>.

الإطار القانوني للمسؤولية الجزائية عن جريمة التسول
في فلسطين

*The Legal Framework for Criminal
Responsibility for the Crime of Begging
in Palestine*

د. محمود الشيخ
الكلية العصرية الجامعية
(فلسطين)

الإطار القانوني للمسؤولية الجزائية عن جريمة التسول في فلسطين

The Legal Framework for Criminal Responsibility for the Crime of Begging in Palestine

د. محمود الشيخ

الكلية العصرية الجامعية ، فلسطين

Mahmoud.alshaikh@muc.edu.ps

تاريخ النشر: 2024-06-01

تاريخ القبول: 2024-05-01

تاريخ الاستلام: 2024-03-15

DOI: <https://doi.org/10.70411/MJLS.2.2.2024122>

المخلص:

تناولت الدراسة موضوعاً على درجة من الأهمية يتمثل بالإطار القانوني الناظم للمسؤولية الجزائية عن جريمة التسول في فلسطين ، ونظراً لخطورة هذه الجريمة فقد أفرد قانون العقوبات الأردني رقم (16) لسنة 1960 النافذ في الضفة الغربية وقانون العقوبات الفلسطيني رقم (74) لسنة 1936 النافذ في غزة نصوصاً قانونية ناظمة لها .

هدفت الدراسة الى بيان الإطار القانوني الناظم لجريمة التسول في فلسطين من خلال بيان الاساليب التي تقع بها هذه الجريمة وشروط قيامها والجزاء المترتبة على السلوك الإجرامي من خلال استعراض النصوص القانونية الناظمة لها وبيان العقوبات والتدابير الاحترازية المترتبة على فعل المتسول ، كما بينت هذه الدراسة الآثار المترتبة على ظاهرة التسول وصولاً الى طرق علاج هذه الظاهرة من خلال استخدام المنهج الوصفي التحليلي للنصوص القانونية ذات العلاقة بموضوع البحث .

كما خلصت الدراسة الى مجموعة من النتائج والتوصيات اهمها، أن المادة (389) من قانون العقوبات الأردني النافذ في الضفة الغربية والمادة (193) من قانون العقوبات الفلسطيني النافذ في غزة نصتا على صور السلوك الإجرامي الذي تقع به هذه الجريمة ، اما أهم التوصيات فهي أن على المشرع اعادة النظر في العقوبات والتدابير على مرتكب هذه الجريمة حتى تحقق الردع ، وكذلك على المشرع بيان مصير الأموال المتحصلة عن جريمة التسول ، وغيرها من النتائج والتوصيات .

الكلمات المفتاحية : الجريمة، التسول، اركان الجريمة، العقوبة، التدابير الاحترازية .

Abstract:

The study addresses a topic of importance, which is the legal framework governing criminal responsibility for the crime of begging in Palestine. Due to the seriousness of this crime, the Jordanian Penal Code No. (16) of 1960 in force in the West Bank and the Palestinian Penal Code No. (74) of 1936 in force in Gaza have designated legal texts regulating it.

The study aimed to clarify the legal framework governing the crime of begging in Palestine by delineating the methods by which this crime occurs, its conditions of establishment, and the penalty for criminal behavior through a review of the legal texts governing it. Additionally, it outlined the statement of penalties and precautionary measures resulting from the act of the beggar. Furthermore, this study illustrated the effects of the begging phenomenon down to ways to treat it using the descriptive-analytical approach to the legal texts related to research topic.

The study also concluded with a set of results and recommendations, the most important of which is that Article (389) of the Jordanian Penal Code in force in the West Bank and Article (193) of the Palestinian Penal Code in force in Gaza stipulate the forms of criminal behavior in which this crime occurs. The most important recommendations are that the legislature should reconsider penalties and measures against perpetrators of this crime to achieve deterrence. Additionally, the legislature should clarify the fate of funds obtained from the crime of begging, among other findings and recommendations.

Keywords: Crime, Begging, Elements of the Crime, Punishment, Precautionary Measures.

المقدمة:

تعتبر جريمة التسول من الجرائم المنتشرة في جميع المجتمعات بحيث لا يكاد يخلو مجتمع من هذه الظاهرة، والمجتمع الفلسطيني هو جزء من هذه المجتمعات الذي يعاني من هذه الظاهرة، كما أن هذه الظاهر ليست جديدة فهي قديمة ولكن لوحظ ازدياد هذه الظاهرة في الآونة الأخيرة سواء في الدول الفقيرة أو الغنية.

إن ظاهرة التسول من الظواهر الخطيرة على المجتمع بالنظر إلى الأسباب و الدوافع التي تقف وراء هذه الظاهرة وصولاً إلى النتائج الوخيمة المترتبة عليها، كما أن مرتكب هذه الظاهرة قد يكون ليس بحاجة إلى المال إنما يمارس هذه الظاهرة من قبل المهنة بالإضافة ان هذه الظاهرة تتعدد اماكن وقوعها فيمكن أن تقع في الشوارع والأسواق والمساجد وغيرها من الأماكن .

وبالوقوف وراء اسباب هذه الظاهرة نجد انها تتنوع ما بين الاسباب الاقتصادية كال فقر والبطالة والحاجة وسوء المعيشة، واسباب اجتماعية كتفكك الأسرة والطلاق والمشاكل العائلية، واسباب صحية كالمرض، واسباب سياسية في بعض الأحيان من أجل تتبع ومراقبة بعض الأفراد أو المنظمات الإرهابية وغيرها.

ونتيجة لكل ما سبق فإن هذه الأسباب السالفة الذكر يمكن ان تنعكس سلباً على المجتمعات، الأمر الذي يؤدي إلى ارتفاع نسبة الجريمة في سبيل الحصول على المال وهذه يهدد السلم والأمن الاجتماعيين، وبالتالي وحتى يتحقق الأمن ويتم القضاء على هذه الجريمة لا بد من وضع نصوص قانونية رادعة تجرم هذه الظاهرة الخطيرة، وهذا ما قام به المشرع الفلسطيني الذي هو محور دراستنا في هذا البحث.

حيث نصت المادة (389) من قانون العقوبات الأردني رقم (16) لسنة 1960 النافذ في فلسطين على هذه الجريمة وبينت الاساليب والسلوك الإجرامي التي تقع بها هذه الجريمة، كما انها حددت العقوبة والتدابير الاحترازية المقررة لها.

ولتسليط الضوء على هذه الجريمة فقد تم تقسيم البحث إلى مطلبين تناول الباحث في المطلب الأول ماهية جريمة التسو، بينما تناول المطلب الثاني طبيعة المسؤولية الجزائية المترتبة على التسول.

إشكالية البحث:

تكمن مشكلة البحث في أن نص المادة (389) من قانون العقوبات الأردني رقم (16) لسنة 1960 لم يضع عقوبات رادعة لجريمة التسول، بالإضافة أن الفقرة الثانية من المادة (389) السالفة الذكر قد حصرت السلوك الإجرامي في المتسول الذي يقود ولداً دون السادسة عشر من عمره، فهل ذكر المشرع السلوك الإجرامي على سبيل المثال ام الحصر؟ ولماذا حدد سن الولد بستة عشرة فقط ؟ بالإضافة الى ان

المشرع لم يحدد ضوابط معينة لسلطة القاضي في محاكمة المتسول أو إحالته الى أية مؤسسة معينة من قبل وزير التنمية الإجتماعية للعناية بالمتسولين؟

أسئلة البحث:

- 1- ما هي جريمة التسول؟
- 2- ماهي انواع التسول في المجتمع الفلسطيني؟
- 3- ما هي اسباب جريمة التسول داخل المجتمع الفلسطيني؟
- 3- ما هي اركان جريمة التسول؟
- 4- ما هو الوصف القانوني لجريمة التسول؟
- 5- ما هي العقوبة والتدابير الإحترازية لجريمة التسول في فلسطين؟
- 6- ما هي اثار جريمة التسول وطرق علاجها؟

أهمية البحث :

تتمثل أهمية البحث في أنه يتناول طبيعة المسؤولية الجنائية المترتبة على جريمة التسول في فلسطين بالإضافة الى بيان السلوك الإجرامي الذي يقوم به الجاني من خلال الرجوع الى النصوص القانونية الناطمة لها، ومن ناحية اخرى تكمن أهمية البحث في بيان مدى كفاية النصوص القانونية المتعلقة بجريمة التسول الأمر الذي يتطلب بيان الأركان الخاصة بهذه الجريمة والعقوبة المترتبة عليها.

منهج البحث:

لدراسة موضوع البحث، اتبع الباحث المنهج الوصفي التحليلي من جهة، والمنهج المقارن المتعلق بالنصوص القانونية والتطبيقات القضائية ذات العلاقة بموضوع البحث من جهةٍ أخرى.

خطة البحث:

قسم الباحث دراسته إلى مطالب وفروع وهي على النحو التالي:

المطلب الأول: ماهية جريمة التسول

الفرع الأول: مفهوم جريمة التسول

الفرع الثاني: أسباب جريمة التسول في المجتمع الفلسطيني

الفرع الثالث: شروط التسول وأنواعه في المجتمع الفلسطيني

المطلب الثاني: المسؤولية الجزائية لجريمة التسول

الفرع الأول: أركان جريمة التسول

الفرع الثاني: جريمة التسول بين العقوبة والتدابير الاحترازية في فلسطين

الفرع الثالث: آثار جريمة التسول وطرق علاجها في المجتمع الفلسطيني

المطلب الأول:

ماهية جريمة التسول

سيتناول الباحث في هذا المطلب مفهوم التسول وفقاً للتشريعات النازمة لها من خلال الرجوع الى قانون العقوبات الأردني النافذ في فلسطين وكذلك التشريعات المقارنة وموقف الفقه والقضاء من مفهوم جريمة التسول.

الفرع الأول:

مفهوم جريمة التسول

بالرجوع الى نص المادة (389) من قانون العقوبات الاردني (16) لسنة 1960 النافذ في فلسطين نجد انها لم تعرف التسول إنما ذكرت السلوك الإجرامي الذي يقوم به الجاني للحصول على المال والعقوبة المقررة لها، وكذلك باستعراض النصوص القانونية في التشريعات المقارنة نجد ان أغلبها لم تضع تعريفاً لجريمة التسول، حيث أن اغلب التشريعات تحدثت عن وسائل ارتكاب هذه الجريمة والعقوبة المقررة لها، الأمر الذي يتطلب الرجوع الى الفقه والقضاء للوقوف على تعريف جريمة التسول، حيث سيتناول الباحث مفهوم التسول لغةً واصطلاحاً وقانوناً.

أولاً: التسول لغة

أصل كلمة التسول التساؤل وهي مأخوذة من سأل ، والسؤال ما يسأله الإنسان، حيث قال تعالى: "أوتيت سؤلِكَ يا موسى " ¹.

تسؤل: تسؤل يتسؤل، تسؤلاً، فهو متسؤل: تسؤل فلان شحذ، سأل واستعطى، طلب العطيّة والإحسان ، تسؤل الحماية: التمسها، أحدث أساليب التّسؤل، أعطيت المتسؤل بعض النقود².

ثانياً: التسول اصطلاحاً

هو طلب الصدقة من الأفراد في الطريق العام ، والمتسول هو الشخص الذي يتعيش من التسول ويجعل منه حرفة له ومصدراً وحيداً للرزق ³.

¹. سورة طه، الآية 36.

². <https://www.almaany.com> ، معجم المعاني ، تم الدخول بتاريخ 15-3-2024 ، الساعة 3:30 عصراً .

³. ابراهيم بن رشاد ، الفقهي ، التسول أسبابه وعلاجه ، الطبعة الأولى، بدون دار نشر ، 2009 ، ص 3.

وقد عرف الدكتور محمد صبحي نجم التسول بأنه التبطل والتكاسل والقعود عن العمل، وطلب المساعدة والعون من الناس بطريقة مهينة ومؤذية ومحرجة للشعور خاصة عندما يتعود المتسول الإلحاح وملاحقة العامة والإستجداء حتى يحصل على النقود¹.

ثالثاً: التسول قانوناً

بإمعان النظر في نص المادة (389) من قانون العقوبات الاردني النافذ في فلسطين نجد أن ما جاء فيها يتوافق مع بعض التعريفات الفقهية التي تعرف التسول بأنه: "السلوك الإجرامي غير المشروع الذي يقوم به الجاني ويتمثل بالاستجداء وطلب الصدقة من الغير بدون مقابل أو بمقابل تافه لم يطلبه ذلك الغير يرتب عليه القانون عقوبة او تدابير احترازية"².

كما عرفت المادة (51) من نظام مكافحة التسول السعودي ، التسول بأنه: "من يستجدي للحصول على مال غيره دون مقابل أو بمقابل غير مقصود بذاته نقداً أو عيناً بطريقة مباشرة أو غير مباشرة ، في الاماكن العامة أو المحال أو في وسائل التقنية والتواصل الحديثة ، أو بأي وسيلة كانت"³ . وبالرجوع الى قانون مكافحة التسول الإماراتي نجد انه عرف التسول بأنه : "الإستجداء بهدف الحصول على منفعة مادية أو عينية بأية صورة أو وسيلة"⁴.

من خلال استعراض التعريفات في التشريعات المقارنة نجد أنها تُجمع على تجريم هذه الظاهرة بالإضافة الى أن بعض التشريعات وضعت عقوبات رادعة وبعضها نص على تدابير احترازية على من يرتكب هذه الجريمة ، بالإضافة إلى ان هذه التعريفات اشارت أن هذه الجريمة تقع بأكثر من اسلوب منها ما هو تقليدي ومنها ما هو تقني أو حديث بواسطة استخدام وسائل الكترونية حديثة ، وهذا ما سيتناوله الباحث في سياق هذا البحث .

¹ . محمد صبحي، نجم، شرح قانون العقوبات الجزائري القسم الخاص، الطبعة السادسة، ديوان المطبوعات الجزائرية، الجزائر، 2006، ص 203.

² . فهد هادي ، حبتور، جريمة التسول في النظام السعودي، مجلة البحوث الفقهية والقانونية، جامعة الازهر، العدد الاربعين، 2023، ص 1466.

³ . المادة (51) نظام مكافحة التسول السعودي رقم (م 20\) بتاريخ 9-2-1443 هـ.

⁴ . المادة (1) قانون مكافحة التسول الإماراتي رقم (9) لسنة 2018.

الفرع الثاني:

أسباب جريمة التسول في المجتمع الفلسطيني

تتعد الأسباب التي تقف وراء إنتشار ظاهرة التسول داخل المجتمع الفلسطيني بالنظر الى الواقع الذي يعيشه خاصة في ظل وجود الإحتلال الإسرائيلي، بالإضافة إلى انه هذه الاسباب تتنوع وتختلف كباقي المجتمعات، فمنها ما هو سياسي وإقتصادي وإجتماعي وديني واخلاقي وشخصي وغيرها من الاسباب والتي ستناولها الباحث على النحو الآتي:

أولاً: الأسباب السياسية

لعب الإحتلال الإسرائيلي دوراً هاماً في دفع العديد من أبناء الشعب الفلسطيني إلى ممارسة هذه الظاهرة الخطيرة ، بسبب فرضه إجراءات القمع والقتل والإعتقال والإغلاق على ابناء الشعب الفلسطيني ما أدى إلى فقدان العديد من الأسر الفلسطينية إلى المُعيل ، كما أن الإنتفاضات التي مر بها الشعب الفلسطيني من الانتفاضة الأولى عام 1987 وانتفاضة الأقصى عام 2003 والحروب العديدة التي شنها الإحتلال الاسرائيلي على قطاع غزة وآخرها حرب اكتوبر 2023 من خلال استهداف المصانع والجامعات وكل مقومات الحياة ما دفع بالعديد من العائلات والافراد إلى ممارسة التسول لسد إحتياجاتهم.

ومن الأسباب السياسية التي ساهمت في إيجاد هذه الظاهرة داخل المجتمع الفلسطيني الإنقسام الفلسطيني عام 2007 بين فتح وحماس، حيث كان المتضرر الأكبر هو قطاع غزة، ونظراً لوجود حكومتين في كل من قطاع غزة والضفة الغربية وعدم قيام كل حكومة بالدور المطلوب منها انعكس ذلك على المجتمع الفلسطيني من خلال تعطيل العديد من المنشآت عن العمل ما أدى إلى ارتفاع نسبة البطالة وازدياد الفقر وغلاء في الاسعار، مما دفع العديد من الأفراد إلى اللجوء للتسول لسد احتياجاتهم¹.

ثانياً: الأسباب الإقتصادية

تتنوع الاسباب الإقتصادية داخل المجتمع الفلسطيني التي تدفع العديد من افراد المجتمع لممارسة هذه الظاهر كالفقر والعوز والبطالة والإستكثار وغيرها من الاسباب، فمثلاً يلعب الفقر والعوز دوراً كبيراً في انتشار هذه الظاهرة نظراً لقيام الفقير بهذا السلوك من أجل سد إحتياجاته وإحتياجات من يعولهم لإنعدام

¹. للمزيد أنظر : مؤسسة الضمير لحقوق الإنسان، ورقة بحثية حول واقع التسول في قطاع غزة ، نوفمبر 2022، رابط

الموقع <https://drive.google.com/file/d/1Y00gIoG-VIunAvobppdYALLAqP-psT1V/view> ، ص4 ،

تم الدخول في 23-3-2024 ، الساعة 5:30 صباحاً.

مصدر الدخل، بينما أدى إنتشار البطالة في فلسطين إلى لجوء الكثير من الافراد إلى التسول تحت ذريعة البطالة ، في حين أن البعض يقوم بالتسول ويسأل الناس المال ليس لحاجة إنما لصييح غنياً وهو ما يسمى بالإستكثار¹.

ثالثاً: الأسباب الإجتماعية

ساهمت الاسباب الإجتماعية في زيادة نسبة مرتكبي جريمة التسول داخل المجتمع الفلسطيني، ومن هذا الاسباب التفكك الأسري، حيث لوحظ إنتشاراً كبيراً لظاهرة الطلاق وسوء معاملة الأطفال داخل الأسرة الأمر الذي دفع بالعديد منهم إلى اللجوء لظاهر التسول نتيجة عدم وجود الدخل او سوء المعاملة، وغالباً ما تتجه المرأة المطلقة أو الاطفال إلى ممارسة التسول لسد حاجياتهم الأساسية، وكذلك تعاطي المواد المخدرة وانحراف سلوك الأفراد داخل المجتمع يعتبر سبباً لممارسة التسول، حيث يمارس بعض افراد المجتمع التسول من أجل الحصول على المال لشراء المواد المخدرة أو المسكرة، ومن الأسباب الإجتماعية ايضاً انتماء بعض الأفراد الى أسر تمتهن التسول من أجل الحصول على المال كما أن بعض الأسر تستغل مرض بعض افراد العائلة من أجل كسب ود الناس للحصول على المال، ومن الاسباب ايضاً العادات والتقاليد وتدني المستوى الثقافي والتعليمي داخل المجتمع ما يؤدي إلى تساهل المجتمع ومؤسساته وطبقاته مع هذه الفئات مما يساعد في إزدياد هذه الظاهرة².

رابعاً : الأسباب الدينية

يلعب الوازع الديني دوراً في التخفيف من هذه الجريمة، فغياب الوازع الديني ينعكس سلباً على الافراد داخل المجتمع ما يدفع العديد منهم الى ارتكاب المخالفات الشرعية دون الإلتفات أن هذا السلوك حلالاً أو حراماً بسبب عدم التوازن وعدم الانضباط في سلوك الفرد، كما أن الشريعة الاسلامية سنة الزكاة والصدقة للحد من ظاهرة التسول³.

¹ علي يوسف محمد، عبد الحي، رسالة ماجستير منشورة بعنوان " واقع ظاهرة التسول في الضفة الغربية : حالة دراسية رام الله والبيرة " ، جامعة النجاح الوطنية ، فلسطين ، 2017 ، ص 24 .

² شرين عامر عباس ، بحث منشور على الانترنت بعنوان " جريمة التسول " ، قسم القانون ، جامعة ديالى ، 2018 ،

ص 15، رابط البحث -<https://www.studocu.com/row/document/jamaa%D8%A9-aleskndry%D8%A9/drasat-kanony%D8%A9-koanyn-almhlyat/shyryn-aaamr-aabas/48281043>

تم الدخول بتاريخ 23-4-2024 ، الساعة 7 صباحاً ،

³ علي يوسف محمد، عبد الحي، مرجع سابق، ص 41 .

الفرع الثالث:

شروط التسول وأنواعه في المجتمع الفلسطيني

بالرجوع الى نص المادة (389) من قانون العقوبات الاردني والفقهاء يمكن استخلاص شروط وانواع التسول ، إذ أن الجاني قد يقوم بفعله بإحدى صورتين ، إما بإستجداء الغير من اجل الحصول على المال بتصرف شأن ومنافٍ للأداب في محلٍ عام وإما القيام بفعل يعرض من خلاله جروحه أو عاهة أو أن يقود ولداً دون السادسة عشرة من عمره لكسب تعاطف الناس أو من خلال عرض اشياء تافه للبيع بغية التسول ، ومن خلال ذلك يمكن استعراض شروط التسول وانواعه على النحو الآتي:

أولاً: شروط التسول

حتى تقوم المسؤولية الجزائية عن جريمة التسول لا بد من توافر مجموعة من الشروط فيمن يقوم بفعل التسول ، حيث ستناول الباحث هذه الشروط على النحو الآتي :

- 1- ان يعتاد المتسول على طلب المساعدة، وهذا يعني ان يتخذ المتسول هذا الفعل حرفة له في سبيل الحصول على المال، اذا لا يكفي القيام بهذا الفعل مرة واحدة إنما يجب ان يكرر الفعل اكثر من مرة . وهذا يعني تكرار الفعل نفسه يغض النظر عن المكان الذي يكرر فيه فعله شرطاً للتجريم.
- 2- أن يحصل المتسول على المال دون مقابل، وهذا يعني أن حصول الشخص على المال نتيجة عرضها مواد تجارية أو نحوها ينفي قيام جريمة التسول، إلا ان البعض يرى ان بعض المتسول قد يستخدم بعض انواع التجارة وعرضها بمبلغ زهيد نوعاً من انواع التسول، كعرض المتسول مسابح أو عطور او هدايا كأسلوب للحصول على المال.
- 3- أن يكون الحصول على المساعدة من اجل تحقيق مصلحة شخصية له أو لأحد الأقرباء، وهذا يعني ان الحصول على المساعدة من أجل مصلحة يترتب على مسؤولية جزائية عن جريمة التسولة، في حين ان طلب المساعدة من أجل الحصول على منفعة عامة لا يترتب مسؤولية جزائية كطلب المساعدة لبناء دار للأيتام أو لبناء مساجد أو لرعاية الفقراء وغيرها من الأفعال التي تحقق مصلحة عامة.
- 4- وجود مصدر دخل للمتسول، فاذا كان للمتسول مصدر دخل مشروع يمكن من خلاله ان يعتاش لأو أن لديه القدرة على العمل إلا أنه قام بهذا الفعل فإنه يُسأل جنائياً، وبمفهوم المخالفة فإذا كان المتسول

مريضاً أو يعاني من عاهة ما أو كبيراً بالسن ولا يتقاضى معونة من وزارة التنمية الاجتماعية فإنه قد يستفيد من موانع العقاب أو موانع المسؤولية¹.

5- أن يمارس المتسول نشاطه في ملك أو على مقربة منه أو في طريق أو شارع عام أو في مكان محاذي لهما².

ويرى الباحث ان هذه الشروط السابقة الذكر والتي نص عليها قانون العقوبات الأردني رقم (16) لسنة 1960 النافذ في الضفة الغربية وقانون العقوبات الفلسطيني رقم (74) لسنة 1936 النافذ في قطاع غزة والفقه والشرع يجب ان تتوفر في مرتكب جريمة التسول حتى تقوم المسؤولية الجزائية عليه، الأمر الذي يتطلب التأكد من إنطباقها على من يتم القاء القبض عليه متسولاً.

ثانياً : انواع جريمة التسول

تتعدد الأنماط التي تقع فيها جريمة التسول ، حيث تختلف انواع هذه الجريمة من مجتمع لآخر ويعود اختلاف هذه الأنماط الى عوامل اجتماعية وسياسية واقتصادية وتكنولوجية ، وبالتالي سيتناول الباحث انواع التسول على النحو التالي :

1- التسول الظاهر أو المعلن:

يعتبر هذا النوع من اوضح صور التسول حيث أن الجاني يقوم بطلب المساعدة واستجداء الناس بشكل مباشرة ، إذ أن المتسول قد يتعرض للناس ويطلب المال بشكل مباشر وهذا ما نشاهده من المتسولين الذي يتجولون في الاسواق وفي الشوارع وعند الإشارات الضوئية .

2- التسول غير الظاهر (المقنع):

وفي هذا النوع من التسول يقوم المتسول بطلب المساعدة بشكل غير مباشر، حيث يقوم المتسول بعمل نمطي من خلال عرض اشاء للبيع أو خدمات رمزية، وهذا النوع من التسول يتمثل بقيام الجاني ببيع اشاء رخيصة من اجل ان يحصل على المال من الناس، او قد يقوم بمسح زجاج السيارات او عرض المساعدة في نقل بعض البضائع من أجل الحصول على المال³.

¹ . سعد خليفة العبار ، احكام التسول فقهاً وقانوناً، الطبعة الأولى، دار الكتب الوطنية، بنغازي ،2018، ص49.

² . المادة (4/389) قانون العقوبات الاردني رقم (16) لسنة 1960.

³ . مؤسسة الضمير لحقوق الإنسان ، ورقة بحثية حول واقع التسول في قطاع غزة ، نوفمبر 2022، رابط الموقع

<https://drive.google.com/file/d/1Y00gIoG-VIunAvobppdYALLAqP-psT1V/view> ، ص5، تم

الدخول في 2024-3-22، الساعة 11:55.

3- التسول الموسمي (الوقتي):

هذا النوع من التسول مرتبط بمواسم معينة، يقوم المتسول بإستغلال بعض المناسبات فيقوم بطلي المساعدة في هذه المناسبات مستغلاً أوقات هذه المناسبات، حيث يكثر عدد المتسولين فيها كما في شهر رمضان والاعياد ومواسم الحج والحروب ومواسم السياحة وغيرها¹.

4- التسول العارض:

يكون هذا التسول في ظروف طارئة دفعت المتسول الى القيام بفعل التسول، اذ أن هذا الظروف الجات المتسول الى الاستجد بالآخرين وطلب المساعد نتيجة ما يمر به من ظروف، ومن هذا الظروف فقد مبلغ من المال اثناء وجوده في الغربة أو خارج بلده ، او نتيجة لظروف اسرية دفعت للتسول، وفي الغالب فإن من يمارس هذا النوع من التسول ليس لديه الرغبة في امتهان التسول².

5- التسول الإجباري:

في هذا النوع من التسول يقوم المتسول بهذا السلوك نتيجة مُكراً لوجود شخص دفعه لقيام بفعل التسول، إي الإرادة لدى المتسول معدومة، وفي هذا السياق قد يتم استغلال الأطفال والنساء وهذا ما نصت عليه الفقرة الثانية من المادة (2\389) من قانون العقوبات الأردني النافذ في فلسطين بقولها " وجد يقود ولداً دون السادسة عشرة من عمره للتسول وجمع الصدقات أو يشجعه على ذلك"³ من أجل القيام بالتسول الأمر الذي يتطلب من المتسول اثبات وقوع عنصر الإكراه لإنعدام المسؤولية الجزائية عليه⁴.

6- التسول الإحترافي (الإختياري):

هذا النوع من التسول من اخطر الأنواع، إذ أن المتسول يمتهن التسول بحيث يكون مصدر دخله المادي من خلال طلب المساعدة واستجداء الناس، رغم أنه قادر على العمل وكسب المال إلا أنه يختار التسول كمهنة وعمل في سبيل كسب المال⁵.

¹ . عكرمة أيمن، رسالة ماجستير منشورة بعنوان " جريمة التسول في التشريع الجزائري " ، رسالة منشورة ، قسم الحقوق ،

جامعة العربي التبسي، الجزائر ، 2022 ، ص22.

² . فهد هادي حبتور، مرجع سابق، ص20.

³ . انظر المادة (2\389) من قانون العقوبات الأردني رقم (16) لسنة 1960 النافذ في الضفة الغربية.

⁴ . يوسف أحمد محمد جمعة ، رسالة ماجستير منشورة بعنوان " ظاهرة التسول المجتمعية في ميزان السنة النبوية،

الجامعة الإسلامية، غزة ، 2019، ص 24.

⁵ . مؤسسة الضمير لحقوق الإنسان، مرجع سابق، ص 5 .

7- التسول الإلطاري (غير القادر):

في هذا النوع من التسول يكون المتسول مجبراً على التسول بسبب انه يعاني من مرض عقلي أو نفسي أو المريض ، كما قد يكون المتسول عاجزاً عن العمل فيضطر لطلب المساعدة من الناس واستجدهم بسبب عدم وجود دخل مادي يسد احتياجاته¹ .

8- التسول بالوسائل الحديثة (الإلكتروني):

نتيجة التقدم التكنولوجي في شتى المجالات قام الكثير من الاشخاص باستغلال هذا التطور بطرق سلبية بسبب تردي الأوضاع الاقتصادية في الكثير من المجتمعات ومنها فلسطين نتيجة للحروب والاضاع الاقتصادية الصعبة التي يفرضها الاحتلال الاسرائيلي ما دفع العديد من الاشخاص لإستغلال وسائل التواصل الحديثة لممارسة التسول ، من خلال طلب مبالغ مالية بواسطة الايميل او الوتساب والفيس بوك وغيرها من هذه الوسائل².

ويرى الباحث أن انواع التسول منها ما هو تقليدي بالنظر الى المكان كالشوارع والامكان العامة والمساجد ومنه ما هو مستحدث كالتسول عن طريق وسائل التواصل الإجتماعي ومنه ما هو مرتبط بالظروف التي يمر بها المتسول كالتسول الإجباري والعارض ومنها ما هو مرتبط بالحالة النفسية والجسدية للمتسول كالمرض والإعاقة وغيرها.

المطلب الثاني:**المسؤولية الجزائية لجريمة التسول**

عند الحديث عن جريمة التسول لا بد من بيان عناصر قيام المسؤولية الجزائية لفعل التسول الأمر الذي يتطلب الوقوف عند أركان جريمة التسول حيث لا يتصور أن تقوم أي جريمة الا بتوافر الركن الشرعي الذي هو الأساس للتجريم والعقاب كما لا بد من توضيح السلوك الإجرامي غير المشروع الذي يقوم به الجاني لقيام الجريمة بالإضافة الى الركن المعنوي الذي من خلاله يتبين ان هذه الجريمة من الجرائم المقصودة أو غير المقصودة ، وفي حال ثبوت المسؤولية الجزائية لا بد من معرفة العقوبة أو التدابير الاحترازية المترتبة على الفعل الإجرامي ، حيث ستناول الباحث في هذا المطلب اركان جريمة التسول في الفرع الأول، وفي الفرع الثاني جريمة التسول بين العقوبة والتدابير الاحترازية.

¹. يوسف أحمد محمد جمعة، مرجع سابق ، ص 24 .

². مؤسسة الضمير لحقوق الإنسان، مرجع سابق ، ص5.

الفرع الأول:

أركان جريمة التسول

تقوم الجريمة بصفة عامة بتوافر ثلاثة أركان هي الركن الشرعي الذي هو أساس التجريم والعقاب والركن المادي ويتمثل بالفعل والنتيجة والعلاقة السببية والركن المعنوي ويتمثل بالإرادة التي يقترن بها الفعل الذي يتكون من عنصري العلم والإرادة، حيث سيتناول الباحث هذه الأركان على النحو الآتي:

أولاً: الركن الشرعي (القانوني)

حتى يعتبر الفعل أو السلوك مجرمًا لا بد من وجود نصاً قانونياً يبين الفعل المكون للجريمة ويحدد العقاب على مرتكب هذا الفعل أو السلوك وهذا ما يسمى بمبدأ الشرعية، كما أن قيام الجريمة من الناحية القانونية يتطلب أمران، الأول خضوع الفعل للنص الذي يجرم وهو ما يطلق عليه بالصفة غير المشروعة للفعل بمعنى أن يكون الفعل مخالف للنص القانوني الذي يجرم فعل التسول، والثاني عدم خضوع الفعل لأي سبب من اسباب التبرير والاباحة والذي يُضفي على الفعل المجرم صفة الإباحة¹، والمرجع في تحديده هو نص قانون العقوبات بحيث لا يمكن قيام الجريمة إلا بوجود هذا الركن.

كما تعتبر قاعدة " لا جريمة ولا عقوبة إلا بنص " من المبادئ الأساسية التي نصت عليها اغلب الدساتير والتشريعات العالمية، حيث نصت على هذا المبدأ المادة (15) من القانون الاساسي الفلسطيني². وبالرجوع الى نص المادة (389) من قانون العقوبات الأردني رقم (16) لسنة 1960 ساري المفعول في فلسطين نجد ان انها نصت على اعتبار التسول جريمة معاقبة عليها حيث جاءت المادة المذكورة في خمسة فقرات بينت السلوك الإجرامي المعاقب عليه وصور هذا السلوك بحيث يتصرف الجاني تصرفاً منافياً للأداب في مكان عام أو في الشوارع أو من كان يقود ولداً دون السادسة عشرة من عمره أو يشجعه على التسول من أجل استعطاف الناس وطلب المساعدة منهم ، كما بينت المادة المذكورة نوعان من العقاب على جريمة التسول ، ففي المرة الأولى التي يُلقى القبض فيها على المتسول تقرر المحكمة حبسه مدة لا تزيد على ثلا أشهر أو إحالته الى مؤسسة لرعايته بالتنسيق مع وزارة التنمية الإجتماعية مدة تتراوح ما بين السنة

¹. كامل السعيد، شرح الأحكام العامة في قانون العقوبات ، الطبعة الثالثة ، دار الثقافة للنشر والتوزيع، عمان ، 2011، ص54 .

². المادة (15) من القانون الأساسي الفلسطيني المعدل لسنة 2003 .

والثلاثة سنوات، ثم اذا تبين أن المتسول قد كرر فعله تحكم المحكمة عليه بالحبس مدة لا تزيد على سنة واحدة¹، أي ان المشرع اعتبر تكرار الفعل ظرفاً مشدداً في جريمة التسول.

ولا بد من الإشارة أن قانون العقوبات الفلسطيني رقم (74) لسنة 1936 المطبق في غزة² قد نص في المادة (193) على نفس ما جاء في المادة (389) من قانون العقوبات الأردني رقم (16) لسنة 1960 الساري في الضفة الغربية بنفس العبارات ، من حيث العقوبة والسلوك الإجرامي والتكرار كظرف مشدد.

ثانياً: الركن المادي

يتمثل الركن المادي في جريمة التسول بالسلوك الإجرامي غير المشروع الذي يقوم به الجاني من خلال استعطاف الآخرين للحصول على منفعة مادية، إذ أن المسؤولية الجزائية تقوم سواء تحققت النتيجة ام لم تتحقق فمجرد قيام المتسول بالسلوك الإجرامي تقوم المسؤولية الجزائية وسواء حصل المتسول على

¹. تنص المادة (389) من قانون العقوبات الأردني رقم (16) لسنة 1960 على أنه كل من:

1- تصرف تصرفاً شائناً أو منافياً للآداب في محل عام.

2- استعطى أو طلب الصدقة من الناس متذرعاً إلى ذلك بعرض جروحه أو عاهة فيه أو بأية وسيلة أخرى، سواء أكان متجولاً أو جالساً في محل عام، أو وجد يقود ولداً دون السادسة عشرة من عمره للتسول وجمع الصدقات أو يشجعه على ذلك.

3- وجد منتقلاً من مكان إلى آخر لجمع التبرعات الخيرية مهما كان نوعها بالاستناد إلى ادعاء كاذب.

4- تصرف في أي محل عمومي تصرفاً يحتمل أن يحدث إخلالاً بالطمأنينة العامة.

5- وجد متجولاً في أي ملك أو على مقربة منه أو في أية طريق أو شارع عام أو في مكان محاذٍ لهما أو في أي محل عام آخر في وقت وظروف يستنتج منه بأنه موجود لغاية غير مشروعة أو غير لائقة.

يعاقب في المرة الأولى بالحبس مدة لا تزيد على ثلاثة أشهر أو أن تقرر المحكمة إحالته على أية مؤسسة معينة من قبل وزير الشؤون الاجتماعية للعناية بالمتسولين لمدة لا تقل عن سنة ولا تزيد على ثلاث سنوات.

غير أنه يجوز لوزير الشؤون الاجتماعية في وقت شاء أن يفرج عن أي شخص عهد به إلى أية مؤسسة بمقتضى هذه المادة وفق الشروط التي يراها مناسبة كما يجوز له أن يعيده إلى المؤسسة المذكورة لإكمال المدة المحكوم بها إذا ما خولفت هذه الشروط، وفي المرة الثانية أو ما يليها بالحبس مدة لا تزيد على سنة واحدة.

² انظر المادة (193) قانون العقوبات الفلسطيني رقم (74) لسنة 1936 .

منفعة أم لا، كما أن السلوك الإجرامي إما أن يكون سلوكاً إيجابياً أو سلبياً، إلا أنه في جريمة التسول لا يتصور أن تقع الجريمة إلا بفعل أو سلوك إيجابي فقط¹.

كما أن جريمة التسول تعتبر من الجرائم الشكلية التي لا يتطلب المشرع لقيامها تحقق النتيجة فهي تقوم بمجرد تحقق السلوك الإجرامي بغض النظر حقق الجاني منفعة أم لا، وهذا يعني أيضاً أنه لا يتصور الشروع فيها فإما أن تقع الجريمة تامة أو لا تقع، إلا أنه بالرجوع إلى نص المادة (389) من قانون العقوبات الأردني النافذ في فلسطين نجد أنه ساوى في العقوبة بين الجريمة التامة والشروع فيها، أي أنه عامل الشروع في الجريمة نفس معاملة الجريمة التامة².

وبإمعان النظر في نص المادة (389) من قانون العقوبات ساري المفعول في فلسطين نجد أن السلوك الإجرامي يتمثل بكل تصرف منافٍ للآداب من خلال استعطاف وطلب المساعدة من الآخرين بعرض جروحه أو عاهة أو يحضر طفلاً عمره أقل من ستة عشرة سنة للتسول أو أن يجمع الصدقات أو التبرعات بإدعاء كاذب أو باستخدام أية وسيلة أخرى، إذ أن المادة المذكورة ذكرت وسائل قيام جريمة التسول على سبيل المثال وليس على سبيل الحصر الأمر الذي يدفعنا للقول أن هذه الجريمة يمكن أن تقع أيضاً بوسائل الكترونية أو عبر وسائل التواصل الاجتماعي، وإذا ما وقعت هذه الجريمة بإحدى هذه الوسائل فإن القانون الواجب التطبيق هو قانون العقوبات الأردني رقم (16) لسنة 1960، وبالرجوع إلى قانون الجرائم الإلكترونية الفلسطيني رقم (10) لسنة 2018 لم يجد الباحث نصاً قانونياً يعالج ظاهرة التسول الإلكتروني.

وتجدر الإشارة إلى الركن المادي لهذه الجريمة يتصور فيه قيام المسؤولية الجنائية عن المساهمة الجنائية سواء كان دور المساهم فاعلاً أو أصلياً أو شريكاً أو متدخلاً أو محرضاً، حيث أن السلوك الإجرامي الذي يقوم به الجاني متنوع إذا قد يقوم الجاني باصطحاب أطفال أو نساء أو أشخاص يعانون من أمراض أو يُقدم المتسول خدمة تافهة ليُعطى على تسوله³.

¹. طلال أبو عفيفة، شرح قانون العقوبات القسم العام، الطبعة الأولى، دار الثقافة للنشر والتوزيع، عمان، 2012، ص 242.

². نظام توفيق المجالي، شرح قانون العقوبات القسم العام، الطبعة الرابعة، دار الثقافة للنشر والتوزيع، عمان، 2012، ص 240.

³. فهد هادي حبتور، مرجع سابق، ص 30.

ويستنتج الباحث ان المادة (389) من قانون العقوبات الاردني قد ركزت على امرين، الأول السلوك الإجرامي الذي يقوم به الجاني في سبيل الحصول على منقعة وقد سبق بيان هذه الأساليب، والثاني مكان وقع هذه الجريمة حيث نصت المادة المذكورة على وقوعها في المحال العامة والشوارع وغيرها من الأماكن. ويرى الباحث من خلال إمعان النظر في نص المادة (389) قانون العقوبات الأردني ساري المفعول في فلسطين أن تكرار فعل التسول سيؤدي إلى قيام المسؤولية الجزائية عن الجريمة التسول والحبس مدة لا تتجاوز السنة، أي أن هذه الجريمة تعتبر من جرائم الإعتياد التي يتطلب المشرع فيها تكرار الفعل أو السلوك الإجرامي أكثر من مرة حتى يحاسب بالحبس مدة لا تزيد عن سنة، بينما من يُلقى القبض عليه متسولاً أول مرة فإما أن يعاقب بالحبس الذي لا يزيد عن ثلاثة أشهر أو يُتخذ بحقه تدابير إحترازية.

أما النتيجة الإجرامية في جريمة التسول فتتمثل بالأثر المترتب على النشاط الإجرامي الذي يصدر عن الجاني وهذه النتيجة قد تبدأ وتنتهي في وقت قصير فتسمى النتيجة وقتية وهذا ينطبق على الجرائم الوقتية كجريمة القتل والسرقة ، أو أن النتيجة تبقى مستمرة ومرتبطة بالنشاط الإجرامي أي أن النتيجة بطبيعتها تقبل الاستمرار بحيث يتصور استمرار الإعتداء على الحق فترة من الزمن وهذا ما ينطبق على جريمة التسول ، حيث يستمر النشاط الإجرامي لفترة من الزمن ويتوقف مداه على إرادة الجاني¹.

بالإضافة إلى أن هذه الجريمة تقوم بمجرد قيام الجاني بالسلوك الأجرامي بغض النظر عن تحقق النتيجة، إذ أن المسؤولية الجزائية تقوم اذا حصل المتسول على الأموال نتيجة استعطاف الآخرين أو طلب المساعدة منهم بالأساليب التي تم ذكرها سابقاً بحيث يتم ضبطه وبحوزته المال الذي حصل عليه، وقد تقوم الجريمة فقط لقيام الجاني بالنشاط الأجرامي دون الحصول على المال، أي انه هذه الجريمة تقوم بمجرد قيام السلوك الأجرامي وهو ما يسمى بجرائم السلوك أو الجرائم التي لا يتطلب المشرع لقيامها تحقق النتيجة².

أما فيما يتعلق بالعلاقة السببية فلا بد من إثباتها، إذا لا يمكن محاسبة شخص عن جريمة التسول إلا بعد اثبات أن المال الذي بحوزته ناتج عن فعل التسول، فعلاقة السببية هي التي تسند النتيجة إلى السلوك حتى تقوم المسؤولية الجزائية على مرتكب هذه الجريمة الأمر الذي يسهل حصر وتحديد نطاق المسؤولية الجزائية، إذ أن انتفاء العلاقة السببية في الجرائم المقصود يُسأل الجاني عن شروع في الجريمة

¹. عبد الرحمن توفيق أحمد ، شرح قانون العقوبات القسم العام ، الطبعة الأولى ، دار الثقافة للنشر والتوزيع ، 2012 ، ص 133-134 .

². عكروم أيمن ، مرجع سابق ، ص 33.

بينما انتفاء العلاقة السببية في الجريمة غير المقصودة يؤدي إلى انتفاء المسؤولية الجزائية عن الجريمة المرتكبة¹.

وهذا يعني أنه يجب أن يكون فعل المتسول بمد يده واعتراض الماره أو اصطحاب الاطفال دون السادسة عشر سنة وجلسه في مكان عام وفي الشوار وطلب المساعدة هو من اجل الحصول على المنفعة، أي أن العلاقة متوافرة بين الفعل النتيجة في سبيل الحصول على المال وهذا يؤكد توافر العلاقة السببية في جريمة التسول ما يُسهل قيام المسؤولية الجزائية .

ثالثاً: الركن المعنوي

يلعب الركن المعنوي دوراً مهماً في تحديد التكييف القانوني للواقعة الإجرامي، فلما أن تتوفر لدى الجاني إرادة ارتكاب الجريمة فيسأل عن جريمة مقصودة إما أن يتحقق السلوك الإجرامي دون وجود النية الإجرامية فيسأل الجاني عن جريمة غير مقصودة ، ومن خلال الرجوع الى نص المادة (389) من قانون العقوبات يمكن القول أن جريمة التسول من الجرائم المقصودة ولا يتصور قيامها بالخطأ أو بدون قصد جنائي.

ويشترط لقيام القصد الجرمي أن يوجه الجاني إرادته إلى ارتكاب الجريمة على النحو الذي يحدده القانون بحيث ان يكون لدى الجاني العلم بعناصر السلوك الإجرامي بالإضافة الإرادة بحيث يوجه الجاني نيته الى ارتكاب جريمة التسول²، إذ ان الركن المعنوي في جريمة التسول يقوم على عنصرين هما، العلم والأردة والتي سيتطرق اليهما الباحث لاحقاً بشكل أكثر تفصيلاً، كما ان من أنواع القصد، القصد العام والقصد الخاص، فهل يتطلب توافر القصد العام والقصد الخاص أم يكفي توافر القصد العام دون الخاص؟

الركن المعنوي في جريمة التسول اساساً لقيام المسؤولية الجزائية على اعتبار ان جريمة التسول من الجرائم المقصودة، وهذا يعني أن ينصرف علم الجاني الى ماديات الجريمة والقيام بالافعال التي نصت عليه المادة (389) من قانون العقوبات الاردني الساري في فلسطين كعلم الجاني بأنه يقوم بمد يده وطلب المساعدة من الناس في المحال العامة وفي الشوارع وكذلك يعلم بانه يقود ولداً دون السادسة عشرة من عمره وكذلك يعلم بانه يجمع التبرعات بإدعاء كاذب، أي أن العلم يجب أن يكون في الفعل والنتيجة والعلاقة السببية ، فإذا ثبت توافر العلم مع الإرادة فإن القصد الجنائي يكون قد تحقق، كذلك بالنسبة للأرادة أو النية

¹. نظام توفيق المجالي، مرجع سابق ص 241 .

². كامل السعيد، مرجع سابق، ص 245 .

لا بد من أن تكون متوافرة ، فالأرادة هي المحرك نحو القيام باسلوك الإجرامي وهي المحرك لتحقيق النتيجة الإجرامية أي أن تتجه ارادة الجاني الى الحصول على المال من الناس بالطرق التي سبق ذكرها ، والارادة يجب ان تكون حرة سليمة خالية من أي عيب من عيوب الإرادة كالإكراه والضرورة والجنون وغيرها ، يجب أن يكون الفعل قد صدر عن شخص بالغ عاقل مدركاً لكِنَّة - ماهية - أفعاله¹.

إذاً يبقى القصد الجنائي قائماً حتى لو لم تتحقق النتيجة الإجرامية في جريمة التسول.

وفيما يتعلق بالقصد الخاص والقصد العام فإنه يكفي توافر القصد العام لقيام المسؤولية الجزائية عن جريمة التسول أي ان الفعل يبقى في حدود الشروع في هذه الحالة، ويقصد بالقصد العام اتجاه الإرادة إلى تحقيق الفعل الإجرامي مع العلم بعناصره أي أنه الفعل المكون للجريمة كمد اليد للمارة أو طلب المساعدة من أجل الحصول على المال، بينما القصد الخاص يتمثل بالإضافة إلى إرتكاب الفعل الإجرامي عن إرادة وعلم بعناصر الجريمة أن تتجه الإرادة إلى تحقيق غاية من وراء الفعل وهو الحصول على المال، فإذا توافر القصد الخاص فإن جريمة التسول تكون قد تحققت بكامل أركانها، وبالتالي فإنه ليس بالضرورة تحقق القصد العام والقصد الخاص لقيام المسؤولية الجزائية عن جريمة التسول فيكي تحقق القصد العام فقط لقيام الجريمة².

الفرع الثاني:

جريمة التسول بين العقوبة والتدابير الاحترازية في فلسطين

يترتب على الفعل غير المشروع الصادر عن إرادة جنائية عقوبة أو تدابير احترازية بموجب ما يقرره النص القانوني الذي يجرم فعل التسول، حيث نصت المادة (389) من قانون العقوبات الأردني ساري المفعول في فلسطين على انه للقاضي ان يوقع عقوبة الحبس على المتسول أو له أن يقرر تدابير احترازية على مرتكب فعل التسول، وبالتالي سيقوم الباحث ببيان السياسة العقابية المتبعة لمواجهة جريمة التسول على النحو الآتي:

أولاً: عقوبة الحبس في جريمة التسول

من خلال نص المادة سابقة الذكر نجد ان المشرع قد نص على عقوبة الحبس على من يقوم بارتكاب جريمة التسول ألا أنه قرنهما بالتدابير الاحترازية ، أي ان للقاضي حسب ظروف ووقائع الجريمة أن يقرر

¹. محمد صبحي نجم، مرجع سابق، ص 297، 298، 302.

². محمد صبحي نجم، مرجع سابق، ص 306.

إيقاع العقوبة المقررة لفعل التسول حيث نصت المادة (5\389) من قانون العقوبات الاردني ان من يرتب جريمة التسول تقرر المحكمة حبسه مدة لا تتجاوز الثلاثة أشهر، هذا في حال قدر القاضي واختار إيقاع عقوبة الحبس وليس اتخاذ تدابير احترازية ، إذا اختار العقوبة أو التدابير الإحترازية هي سلطة تقديرية للقاضي¹.

ومن خلال نص المادة (389) من قانون العقوبات الاردني يفهم أن هذه الجريمة لا تقوم إلا إذا قام المتسول بتكرار الفعل أكثر من مرة وهذا ما يسمى بجرائم الإعتياد، أي أن المشرع لا يعاقب عن جريمة التسول إلا اذا قام الجاني بتكرار فعله الإجرامي أكثر من مرة حسب ما نصت عليه الفقرة الخامسة من المادة المذكورة بينما نصت الفقرة الأولى من ذات المادة أنه عندما يتم القاء القبض على متسول لأول مرة يمكن حبسه أو اتخاذ تدابير احترازية بحقه، وتجدر الإشارة الى أن المشرع لم يحدد المرات المتطلبية لقيام حالة الاعتياد على اعتبار أن هذه مسألة تقديرية للقضاء والفقهاء ، فالبعض يكتفي بتكرار الفعل مرتين والبعض الآخر يرى بأن الحد الأدنى لإرتكاب الفعل لا اقل من ثلاثة مرات، كما ان المشرع لم يحدد المدة الزمنية بين كل فعل من الافعال المكونة للجريمة إلا أنه يمكن القول أن للقاضي سلطة تقديرية في تقدير هذه المدة حيث أن قاضي الموضوع هو الذي يستطيع تحديد هذه الظروف واستظهار دلالتها وله أن يعتبر التقارب الزمني من أحد الظروف الكاشفة عن فعل الإعتياد².

كما أن الفقرة الأخيرة من المادة (389) من قانون العقوبات الأردني الساري في فلسطين جاءت لتؤكد ما تم ذكره سالفاً من أنه حتى يعاقب الجاني عن جريمة التسول لا بد من تكرار أو الاعتياد على نفس الفعل حتى تقوم الجريمة حيث جاءت العبارة على النحو التالي " وفي المرة الثاني أو ما يليها بالحبس مدة لا تزيد على سنة واحدة "³.

ومن خلال تعليق الباحث على عقوبة الحبس التي تم ذكرها سابقاً، يرى الباحث أن إيقاع العقوبة سلطة تقديرية بيد القاضي فإيما أن يقرر حبس المتهم مدة لا تزيد على ثلاثة اشهر هذا في حال تم القبض على المتهم من أول مرة وله أن يثّر تطبيق التدابير الإحترازية بحقه، بينما إذا قام المتسول بتكرار فعله أكثر من مرة فقد جاء موقف المشرع واضحاً أن للقاضي أن يحكم على المتهم بالحبس مدة لا تزيد لا سنة واحدة، وهذا يعني أم المشرع تشدد في عقوبة التسول في حال الإعتياد.

¹. المادة (5\389) قانون العقوبات الأردني رقم (16) لسنة 1960 ساري المفعول في فلسطين.

². نظام توفيق المجالي، مرجع سابق ، ص 81-82.

³. المادة (5\389) قانون العقوبات الاردني رقم (16) لسنة 1960.

وهنا لا بد من الإشارة الى ان هناك فرق بين جرائم الإعتياد والجرائم العود، فالأولى تتطلب أن يكرر الجاني فعله أكثر من مرة حتى تقوم الجريمة وهذا ينسحب على العديد من الجرائم منها التسول وممارسة البغاء ، بينما جرائم العود تعتبر ظرف مشدد للجريمة وهذا يعني ان يقوم الجاني بارتكاب جريمة ما ويتم محاكمته عليها ثم يعاود ويرتكب الجريمة مرةً أخرى، ففي المرة الثانية تشدد العقوبة على الجاني لتوافر ظرف التكرار الذي هو احد الظروف المشددة في الجريمة.

ثانياً: التدابير الإحترازية في جريمة التسول

اتجهت اغلب التشريعات الحديثة إلى الأخذ بنظام التدابير الإحترازية بإعتبارها من صور الجزاء الجنائي سواء باعتبار أن هذه التدابير بديلاً عن العقوبة أحياناً أو بإعتبارها مكملّة للعقوبة إحياناً أخرى، بينما نجد أن أغلب التشريعات أخذت بالإتجاه الذي يجمع بينهما.

ويقصد بالتدابير الإحترازية إنها: جزاء جنائي يتمثل في مجموعة من الإجراءات التي يقررها القانون ويوقعها القاضي على من تثبت خطورته الإجرامية. بالإضافة إلى أن التدابير تمتاز بمجموعة من الخصائص، منها أن مصدرها القانون أي تخضع لمبدأ الشرعية، وكذلك التدابير قضائية أي لا تصدر إلا بناءً على حكم قضائي وهي أيضاً شخصية لا تنطبق على من تتوافر فيه شروط انطباقها¹.

ومن خلال نص المادة (5\389) من قانون العقوبات الأردني الساري في فلسطين نجد أن المشرع أعطى سلطة تقديرية للقاضي في إتخاذ التدابير اللازمة وإحالة المتسول إلى جهة معينة تابعة لوزارة التنمية الإجتماعية، على ان يلتزم المتسول بالشروط المطلوبة فترة ايداعه في احد المراكز المتخصصة لرعاية المتسولين من التقيد بمدة الإيداع والالتزام بما يطلب منه وعدم تكرار فعله وغيرها، كما حددت المادة المذكورة مدة هذه التدابير بحيث لا تقل عن سنة ولا تزيد عن ثلاثة سنوات، فإذا تم إتخاذ تدابير بحق المتسول فقد أعطى القانون الحق لوزير التنمية الإجتماعية في أي وقت أن يفرج عن أي شخص وفق هذه المادة وبموجب الشروط التي يراها الوزير مناسبة، وإذا لم يلتزم المتسول بشروط الإفراج جاز للوزير إعادته إلى المؤسسة لأكمال المدة المحكوم بها عليه².

¹. نظام توفيق المجالي ، مرجع سابق ، ص485.

². تنص المادة (5\389) قانون العقوبات الاردني على أنه (يعاقب في المرة الأولى بالحبس مدة لا تزيد على ثلاثة أشهر أو أن تقرر المحكمة إحالته على أية مؤسسة معينة من قبل وزير الشؤون الاجتماعية للعناية بالمتسولين لمدة لا تقل عن سنة ولا تزيد على ثلاث سنوات.

غير أنه يجوز لوزير الشؤون الاجتماعية في وقت شاء أن يفرج عن أي شخص عهد به إلى أية مؤسسة بمقتضى هذه

كما أن قرار الإحالة الى الى المؤسسة الإجتماعية لا يكون إلا بموجب قرار من المحكمة بعد ادانة المتسول للمرة الأولى عن قيامه بجريمة التسول بإحدى الوسائل التي ذكرتها المادة (389) من قانون العقوبات الأردني الساري في فلسطين.

وخلاصة القول، يُعاقب المتسول لأول مرة أما بالحبس مدة لا تزيد على ثلاثة أشهر أو ان تقرر المحكمة أحواله إلى مؤسسة إجتماعية بالتنسيق مع وزارة التنمية الإجتماعية الفلسطينية.

الفرع الثالث:

آثار جريمة التسول وطرق علاجها في المجتمع الفلسطيني

يترتب على ارتكاب جريمة التسول العديد من الآثار التي تنعكس سلباً داخل المجتمع الفلسطيني، وتتنوع هذه الآثار ما بين إجتماعية وإقتصادية ودينية ، حيث سيتناول الباحث هذه الآثار على النحو الآتي:

أولاً: آثار جريمة التسول داخل المجتمع الفلسطيني

1- الآثار الإجتماعية

يتأثر الفرد والمجتمع من ظاهرة التسول حيث أن هذه الظاهرة تحد من كرامة الإنسان وسمعته، بالإضافة الى أنه نتيجة استغلال الاطفال واستخدام العنف معهم سيؤدي ذلك ان يكون المجتمع غير سوي وهذا يؤثر على الاطفال فقد يصبحوا مرضاء نفسيين أو مجرمين أو مدمنين بالإضافة الى النظرة الدونية من قبل المجتمعات الأخرى بسبب انتشار هذه الظاهرة، كذلك الأمر فإن هذه الظاهر تساعد في إرتفاع نسبة الأمية بسبب ان العديد من المتسولين قد امتهنوا هذه السلوك منذ الصغر وتسرب العديد من الاطفال من المدارس، ناهيك عن انعكاس ذلك بشكل كبير على الاسرة في داخل المجتمع ما يؤدي الى تفككها وانحرافها بسبب استغلال الاطفال والنساء جنسياً ومادياً فالكثير منهم تعرض للتحرش والإغتصاب والإبتزاز والسرقة نتيجة لقيامه بالتسول ، كما أن الكثير منهم وجود مدهوساً في الشوارع وعند الإشارات الضوئية والمنتزهات أضف إلى ذلك أن الكثير من المتسولين وخاصة الاطفال وكبار السن تجده ينام في الشوارع والحدائق من أجل استجداء الناس وطلب المساعدة¹.

المادة وفق الشروط التي يراها مناسبة كما يجوز له أن يعيده إلى المؤسسة المذكورة لإكمال المدة المحكوم بها إذا ما خولفت هذه الشروط، وفي المرة الثانية أو ما يليها بالحبس مدة لا تزيد على سنة واحدة)

¹. علي يوسف محمد، عبد الحي، مرجع سابق ، ص43.

2- الآثار الاقتصادية

حيث تعزز هذه الظاهرة من انتشار البطالة داخل المجتمع بسبب الخمول لدى الفرد وقعوده عن العمل ما يعكس صورة غير حضارية عن هذه المجتمعات بحيث يكون الانطباع عن هذه المجتمعات بأنها فقيرة وأن المؤسسات العامة والجمعيات الخيرية لم تعتني بها، كما أن هذه الظاهر تؤثر على انتاج المجتمع فيصبح مجتمع مستهلك وليس منتج وهذا نتيجة إهدار طاقات الشباب والإطفال مستقبلياً، حيث أنه في الآونة الأخيرة تم القاء القبض على العديد من المتسول في فلسطين وفي حوزتهم مبالغ مالية كبيرة جداً تم جمعها من خلال التسول أي أن هذه المبالغ الضخمة موجودة في أي أيدي فئة جاهلة وغير واعية لا بل أن هناك عدد من اصحاب رؤوس الأموال هم من المتسولين¹.

3- الآثار الدينية والإخلاقية

يعتبر التسول بيئة خصبة لسوء الإخلاق ولإبتعاد الناس عن دينهم، إذ أن المتسول قد يكتسب بعض الصفات التي تؤدي إلى إنحراف سلوكه فتدفعه إلى ارتكاب الجرائم العديد من الجرائم كالسرقة وتعاطي المخدرات وبيعها، الأمر الذي يتعارض مع الدين والأخلاق في داخل المجتمع².

ثانياً: طرق علاج ظاهرة التسول داخل المجتمع الفلسطيني

أن علاج ظاهر التسول هي مسؤولية مشتركة ومتكاملة تقع على الدولة والفرد على حدٍ سواء ، بحيث يتم إتخاذ عدة خطوات وإجراءات سواء من قبل مؤسسات الدولة أو مؤسسات المجتمع المدني أو الافراد للحد من هذه الظاهرة ، ويمكن استعراض أهم هذه الطرق للحد من التسول على النحو الآتي :

1- تفعل دور وزارة التنمية الإجتماعية ومؤسسات المجتمع المدني و الافراد داخل الدولة من اجل الأهتمام ورعاية المتسولين ، من خلال وضع موازنة خاصة وتوفير اماكن لرعاية المتسولين وإيوائهم في أماكن تحفظ كرامتهم وحياتهم خاصة فئة الأطفال وكبار السن³.

2- حث المؤسسات الرسمية ومؤسسات المجتمع المدني والافراد على تقديم الدعم والمساعدة المادية للأسر الفقيرة والعاطلين عن العمل والايتام والمشردين نتيجة الحروب والقتل الي يمارس من قبل جيش الإحتلال الإسرائيلي.

¹. عكروم ، أيمن ، مرجع سابق ، ص 29.

². عكروم ، أيمن ، مرجع سابق ، ص 27.

³. شرين عامر عباس ، مرجع سابق ، ص 15.

3- تفعيل دور الاعلام من اجل نشر الوعي والثقافة من خطورة التسول على المجتمع وذلك من وخلال وسائل الاتصال المرئية والمسموعة للحد من هذه الظاهر ، وكذلك للحد من ظاهر تسرب الأطفال من المدارس¹.

4- خلق فرص عمل للحد من البطالة والفقر والتي هي من الاسباب الرئيسية لانتشار ظاهر التسول.
5- مراجعة شاملة للمنظومة القانونية التي تنص على جريمة التسول من اجل وضع نصوص قانونية رادعة وتغليظ العقوبة على مرتكبي جريمة التسول ، وخاصة عند تكرار الفعل أو وجود جماعات منظمة تمارس هذه الظاهرة².

6- على الدولة توفير الضمان الإجتماعي والصحي والتعليمي للأسر الفقيرة وكبار السن والعاجزين عن العمل خاصة في ظل وجود الاحتلال الاسرائيلي والانقسام الفلسطيني الذي اثر بشكل كبير على المجتمع الفلسطيني.

7- تشجيع أعداد الابحاث القانونية والمسحية والاحصائية والاجتماعية التي تسلط الضوء على ظاهرة التسول من حيث الاسباب والدوافع والاثار ووضع الحلول للقضاء على هذه الظاهرة³.

الخاتمة :

تعتبر جريمة التسول من أخطر انواع الجرائم في داخل المجتمع، الأمر الذي يتطلب البحث في الجوانب القانونية النازمة لها، كما أن اغلب الدول العربية تحديداً تعيش ظروفاً اقتصادية وسياسية صعبة جداً مما يزيد من مؤشر ارتكاب هذه الجريمة.

وللوقوف عند الجوانب القانونية لجريمة التسول بين الباحث المقصود بجريمة التسول من الناحية القانونية والفقهية كما بين أهم انواعها وشروط قيامها، بالإضافة إلى أن الباحث تناول طبيعة المسؤولية الجزائية عن جريمة التسول من خلال بيان اركان الجريمة، حيث بين في الركن المادي صور السلوك الإجرامي التي ذكرتها المادة (389) من قانون العقوبات كمد اليد وطلب المساعدة وقيادة طفل عمره أقل من ستة عشرة سنة ، كما بين الباحث انه ليس شرطاً أن تتحقق النتيجة في جريمة التسول فيكفي اثبات وقوع الفعل او السلوك المكون للجريمة ، ثم بين الباحث الركن المعنوي لجريمة التسول من خلال توافر عنصري العلم والإرادة وأن جريمة التسول من الجرائم المقصودة .

¹. مؤسسة الضمير لحقوق الإنسان ، مرجع سابق ، ص15 .

². مؤسسة الضمير لحقوق الإنسان ، مرجع سابق ، ص15 .

³. علي يوسف محمد، عبد الحي، مرجع سابق ، ص49.

وبين الباحث السياسة العقابية في جريمة التسول ما بين العقوبة والتدابير الاحترازية بحيث اذا ارتكب الفعل للمرة الأولى تكون العقوبة الحبس حتى ثلاثة أشهر أو إتخاذ تدابير احترازية بحقه وإذا كرر فعله يعاقب بالحبس حتى سنة.

بالإضافة الى أن المشرع ساوى في العقوبة بين الجريمة التامة والشروع فيها على إعتبار أن هذه جريمة التسول من الجرائم الشكلية التي تقوم بمجرد تحقق السلوك الإجرامي. وخلصت الدراسة إلى مجموعة من النتائج والتوصيات على النحو الآتي :

النتائج:

1- لم تعرف المادة (389) من قانون العقوبات الأردني رقم (16) لسنة 1960 النافذ في فلسطين جريمة التسول بينما عرفها الفقه والقضاء .

2- بينت المادة (389) من قانون العقوبات الاردني النافذ في فلسطين انواع السلوك الاجرامي لجريمة التوسل كالتوسل المعلن والمقنع والاحترافي والإجبار والتسول بالوسائل الحديثة من خلال طلب المساعدة من الناس في الاماكن العامة والشوارع أو اقتياد ولد دون السادسة عشرة من عمره وغيرها من الاساليب.

3- تعتبر جريمة التسول من الجرائم الشكلية، أي انها تقوم بمجرد تحقق السلوك الإجرامي دون الحاجة الى تحقق النتيجة الإجرامية.

4- تقوم جريمة التسول كباقي الجرائم على ثلاثة أركان هي الركن القانوني والركن المادي والركن المعنوي.

5- تتنوع الاسباب وراء ارتكاب جريمة التسول ، منها ما هو سياسي واقتصادي وإجتماعي أو على سبيل المهنة ولا تقتصر على الفقراء بل قد يمارسها الإغنياء .

6- في حال ثبت ارتكاب جريمة التسول يتم ايقاع عقوبة الحبس لمدة لا تتجاوز ثلاثة أشهر أو اتخاذ التدابير الاحترازية للمتسول في المرة الأولى ، بينما اذا كرر الفعل اكثر من مرة فتكون العقوبة الحبس الذي لا يتجاوز السنة.

التوصيات:

1- اعادة النظر في النصوص القانونية النازمة لجريمة التسول وتحديد نص المادة(389) قانون العقوبات الاردني النافذ في فلسطين من حيث تشديد العقوبة على مرتكب هذه الجريمة.

2- وجوب حصر السلوك الإجرامي بشكل اكثر وضوحاً بعيداً عن اللبس والغموض لمعرفة دلالة استخدام المشرع اقتياد ولد عمره ستة عشرة سنة فما دون.

- 3- على المشرع أن ينص صراحة وبشكل أكثر وضوحاً على وجود الشروع في جريمة التسول .
 - 4- ضرورة بيان طبيعة التدابير التي سيتم اتخاذها بحق المتسول في حال قرر القاضي الذهاب باتجاه التدابير الاحترازية.
 - 5- على المشرع تحديد معياراً محدداً لسلطة القاضي التقديرية في اختيار ايقاع العقوبة أو التدابير الإحترازية على المتسول.
 - 6- على المشرع أن ينص على مصادرة الاموال المتحصلة عن جريمة التسول لصالح وزارة التنمية الإجتماعية.
- بيان تضارب المصالح**
- يقر جميع المؤلفين أنه ليس لديهم أي تضارب مصالح.

قائمة المصادر والمراجع :

أولاً: المصادر

- 1 - القرآن الكريم.
- 2- السنة النبوية.
- 3- من القانون الأساسي الفلسطيني المعدل لسنة 2003.
- 4- قانون العقوبات الاردني رقم 16 لسنة 1960.
- 5- قانون العقوبات الفلسطيني رقم 74 لسنة 1936.
- 6- قانون مكافحة التسول الإماراتي رقم (9) لسنة 2018.
- 7- نظام مكافحة التسول السعودي رقم (م 20\) بتاريخ 9-2-1443 هـ.

ثانياً: المراجع

أولاً: الكتب

- 1- ابراهيم بن رشاد، الفقي، التسول أسبابه وعلاجه، الطبعة الأولى، بدون دار نشر، 2009.
- 2- طلال، أبو عفيفة ، شرح قانون العقوبات القسم العام، دار الثقافة للنشر والتوزيع، الطبعة الأولى، عمان، 2012 .
- 3- عبد الرحمن، توفيق، أحمد، شرح قانون العقوبات القسم العام، دار الثقافة للنشر والتوزيع، الطبعة الأولى، 2012.
- 4- كامل، السعيد، شرح الأحكام العامة في قانون العقوبات ، دار الثقافة للنشر والتوزيع ،الطبعة الثالثة، عمان، 2011.
- 5- سعد، خليفة، العبار ، أحكام التسول فقهاً وقانوناً، دار الكتب الوطنية، الطبعة الأولى، ليبيا، 2018.
- 6- نظام، توفيق، شرح قانون العقوبات القسم العام، دار الثقافة للنشر والتوزيع، عمان، الطبعة الرابعة، 2012.
- 7- محمد، صبحي، نجم، شرح قانون العقوبات الأردني - القسم العام، دار الثقافة للنشر والتوزيع، الطبعة الثالث، الأردن، 2018 .
- 8- محمد صبحي، نجم، شرح قانون العقوبات الجزائري القسم الخاص، الطبعة السادسة، ديوان المطبوعات الجزائرية، الجزائر، 2006 .

ثانياً : الرسائل الجامعية

1- عكروم، أيمن، رسالة ماجستير منشورة بعنوان " جريمة التسول في التشريع الجزائري "جامعة العربي التبسي، الجزائر، 2022.

2- علي، يوسف، محمد، عبد الحي، رسالة ماجستير منشورة بعنوان " واقع ظاهرة التسول في الضفة الغربية : حالة دراسية رام لله والبيرة " ، جامعة النجاح الوطنية ، فلسطين، 2017.

2- يوسف، احمد، جمعة، رسالة ماجستير بعنوان ظاهر التسول المجتمعية في ميزان السنة النبوية، مجلة جامعة الأزهر، مصر، 2019.

ثالثاً: الأبحاث المنشورة

1- شرين عامر عباس، بحث منشور على الانترنت بعنوان " جريمة التسول "، قسم القانون، جامعة ديالى، 2018، رابط البحث <https://www.studocu.com/row/document/jamaa%D8%A9-aleskndry%D8%A9/drasat-kanony%D8%A9-koanyn-almhlyat/shyryn-aaamr-aabas/48281043> ، تم الدخول بتاريخ 23-4-2024 ، الساعة 7 صباحاً.

2- فهد، هادي، حبتور، جريمة التسول في النظام السعودي، مجلة البحوث الفقهية والقانونية، العدد الاربعون، جامعة الأزهر، مصر.

3- هاشم، سكيمة احمد محمد، بحث بعنوان مشكلة التسول في المجتمع اليمني، مجلة بحوث ودراسات تربوية، العدد السادس، اليمن.

4- ورقة بحثية حول واقع التسول في قطاع غزة ، مؤسسة الضمير لحقوق الإنسان، رابط الموقع <https://drive.google.com/file/d/1Y00gIoG-VIunAvobppdYALLAqP-psT1V/view> ، تم الدخول في 22-3-2024 ، الساعة 11 مساءً.

رابعاً: المواقع الإلكترونية

1- <https://www.almaany.com> ، معجم المعاني ، تم الدخول بتاريخ 15-3-2024 ، الساعة 3:30 عصراً .

2- مؤسسة الضمير لحقوق الإنسان، ورقة بحثية حول واقع التسول في قطاع غزة ، نوفمبر 2022، رابط الموقع <https://drive.google.com/file/d/1Y00gIoG-VIunAvobppdYALLAqP-psT1V/view> ، ص5 ، تم الدخول في 22-3-2024 ، الساعة 11 مساءً.

حماية المستهلك في عقد التأمين في التشريع الفلسطيني

*Consumer Protection in Insurance Contracts
in Palestinian Legislation*

د. أيمن محمد ظاهر

(فلسطين)

أ. عاهد عماد مشاقي

الجامعة العربية الأمريكية

(فلسطين)

حماية المستهلك في عقد التأمين في التشريع الفلسطيني

Consumer Protection in Insurance Contracts in Palestinian Legislation

د. أيمن محمد ظاهر

دكتوراه في القانون المدني/ جامعة النيلين، (فلسطين)

aymanthaher17@gmail.com

أ. عاهد عماد مشاقي

ماجستير في القانون التجاري/ الجامعة العربية الأمريكية، (فلسطين)

ahedmashaqi@gmail.com

تاريخ النشر: 2024-06-01

تاريخ القبول: 2024-04-12

تاريخ الاستلام: 2024-03-16

DOI: <https://doi.org/10.70411/MJLS.2.2.2024103>

المخلص:

تتناول الدراسة حماية المستهلك في عقد التأمين في التشريع الفلسطيني استناداً لقانون حماية المستهلك الفلسطيني رقم (21) لسنة 2005، وقانون التأمين الفلسطيني رقم (20) لسنة 2005. تركز الدراسة على بحث الحماية القانونية للمستهلك في عقد التأمين وقت إبرام العقد، ونطاق هذه الحماية، من حيث مضمون التزام المؤمن بالإعلام لحماية المستهلك في عقد التأمين، وجزاء المؤمن في حال الإخلال بواجب إعلام المؤمن له (المستهلك) بالمعلومات المتعلقة بعقد التأمين، وتركز الدراسة أيضاً على الحماية القانونية للمؤمن له في مرحلة تنفيذ العقد، وكذلك خيار المستهلك في الرجوع عن العقد في مرحلة تنفيذ العقد. ومن أهم النتائج التي توصلت إليها الدراسة: لم ينص المشرع الفلسطيني في قانون التأمين على واجبات المؤمن بالإعلام ما قبل التعاقد أو أثناء التعاقد، إلا أنه وباعتبار عقد التأمين من عقود الاستهلاك فإنه يمكن الرجوع إلى نصوص قانون حماية المستهلك التي قد توفر الحماية للمؤمن له بوصفه طرفاً ضعيفاً وتضمن له الحماية في هذا الحق؛ ولذلك يكون من حق المؤمن له الحصول على معلومات صحيحة ووافية عن خدمة التأمين والشروط التي تتعلق بها، ويكون التزام المؤمن في هذه الحالة التزام بتحقيق نتيجة. الكلمات المفتاحية: المؤمن له، المؤمن، المستهلك، عقد التأمين، الحماية، الطرف الضعيف.

Abstract:

The study addresses consumer protection in insurance contract in Palestinian legislation based on the Palestinian Consumer Protection Law No. 21 of 2005, and the Palestinian Insurance Law No. 20 of 2005. The study focuses on examining the legal protection of the consumer in the insurance contract at the time of its conclusion, and the scope of this protection, in terms of the content of the insurer's obligation to inform to protect the consumer in the insurance contract, and the insurer's penalty in the event of a breach of the duty to inform the insured (the consumer) about information related to the insurance contract. The study also focuses on the legal protection of the insured during the contract implementation stage, as well as the consumer's option to withdraw from the contract during the contract implementation phase.

Among the most important findings reached by the study: The Palestinian legislator did not stipulate the duties of the insurer to inform either before or during the contract in the Insurance Law. However, considering insurance contract as a consumption contract, reference can be made to the provisions of the Consumer Protection Law, which may provide protection for the insured as a weak party and guarantee protection of this right in this regard.

Therefore, the insured has the right to obtain accurate and sufficient information about the insurance service and the related conditions. In this case, the insurer's obligation is an obligation to achieve a result.

Keywords: Insured, Insurer, Consumer, Insurance Contract, Protection, The Weak Party.

المقدمة

يُعتبر موضوع حماية المستهلك من الموضوعات المهمة في الوقت الحالي، باعتبار أن الاستهلاك له دور أساسي في الحياة الاقتصادية والاجتماعية وله تأثير على الحياة اليومية للشخص والذي يتجسد في شكل عقد الاستهلاك، وباعتباره عقدًا ملزمًا لجانبين يتطلب وجود طرفين الأول العارض للسلع والخدمات، والثاني يتمثل في المستهلك لها¹.

ويُعتبر عقد التأمين من عقود الاستهلاك، فالمؤمن له يلجأ بغرض تغطيته من خطر ما إلى شركة التأمين التي تمتلك المعرفة والخبرة الكافية في مجال الخدمة التي تقدمها²، إلا أن عقد التأمين يُعتبر من عقود الإذعان، ويتمثل الإذعان في أن الوثائق التي تقدمها شركات التأمين تحتوي على كم من البنود والاستثناءات والشروط التي يُعد المؤمن له مناصح لتنفيذها بمجرد التوقيع على العقد وختمه من قبل شركة التأمين ولا يملك مناقشة هذه الشروط أو التهرب من تنفيذها³.

ونتيجة لتطور خبرات شركات التأمين وتعمق الآليات التي تتبعها في صياغة الوثائق رغم وجود قانون خاص ينظم ذلك، إلا أنها معقدة يصعب فهمها من جانب المستهلك، المجرد من الخبرة، وحالة عدم الكفاءة للمستهلك تزداد يومًا بعد يوم، نضيف لها عدم التعادل في القوة الاقتصادية، فيتضح لنا مدى العدم في التوازن بين طرفي عقد التأمين، ولتوفير الحماية الكافية للمؤمن له يتطلب العمل على التوفيق بين مصالح طرفي عقد التأمين، وتحديد واجبات وحقوق كلا الطرفين، لذلك نظم المشرع الفلسطيني قواعد قانونية آمرة لحماية المستهلك في عقد التأمين، إذ سن تشريع عام وهو قانون حماية المستهلك رقم (21) لسنة 2005، وتشريع خاص وهو قانون التأمين رقم (20) لسنة 2005.

¹ قنوش زينب، وكموش ياسمين. آليات حماية المستهلك (عقد التأمين نموذجاً)، رسالة ماجستير في القانون الخاص، جامعة 08 - ماي

1945، قالمة، الجزائر، 2017، ص1.

² بغدادي إيمان، حماية المؤمن له في عقد التأمين، مجلة العلوم الإدارية والمالية، جامعة الشهيد حمه لخضر بالوادي، الجزائر المجلد 01، العدد 01، ديسمبر 2017، ص613.

³ صوافطة ريم، الموجز في شرح أحكام عقد التأمين على ضوء قانون التأمين الفلسطيني، ط1، نابلس، الشامل للنشر، 2018، ص 32-33.

مشكلة الدراسة:

تتمثل مشكلة الدراسة بالتساؤل الآتي : ما مدى الحماية التي حققها المشرع الفلسطيني للمؤمن له بصفته مستهلك في عقد التأمين، في ظل قانون حماية المستهلك وقانون التأمين الفلسطيني؟
ويندرج تحت هذا التساؤل مجموعة من الأسئلة الأخرى:

1. ما هي السبل القانونية لحماية المستهلك أثناء انعقاد عقد التأمين وسريانه؟

2. ما هي الآليات القانونية المتبعة لحماية المؤمن له عند انتهاء العقد؟

3. ما مدى نجاح الآليات القانونية لحماية المستهلك في عقد التأمين؟

أهداف الدراسة:

تهدف هذه الدراسة إلى التعرف على السبل القانونية لحماية المستهلك أثناء انعقاد عقد التأمين وأثناء سريانه، كما تهدف إلى تبيان الآليات القانونية المتبعة لحماية المؤمن له عند انتهاء العقد، ومدى نجاح الآليات القانونية لحماية المستهلك في عقد التأمين.

أهمية الدراسة:

تكمن أهمية هذه الدراسة في الوقوف على مدى نجاح القواعد التي خص بها المشرع حماية المستهلك في عقد التأمين، باعتباره طرفاً مدعناً في عقد إذعان فضلاً عن كونه مستهلكاً في عقد استهلاك، وبهذا الجانب وجدنا أن الدراسات في حماية المستهلك في عقد التأمين لم تأخذ حظها من العناية في النظم القانونية التي ما زالت غير مواكبة لمثل هذا النوع من المعاملات.

منهج الدراسة:

سيتم اتباع المنهج الوصفي التحليلي الذي يهتم بدراسة الظواهر ووصفها وصفاً دقيقاً، وذلك من خلال وصف النصوص القانونية المتعلقة بموضوع الدراسة، وتوضيح خصائصها، وتحليلها، وذلك بعد الاطلاع على الدراسات السابقة والآراء الفقهية المتعلقة بموضوع الدراسة من كتب وأبحاث ودراسات مختلفة، كما سيتم الاستعانة بآراء أحكام المحاكم المتعلقة بموضوع الدراسة كونها صاحبة الاختصاص بتفسير القوانين ووضع المبادئ القانونية التي تسيّر عليها المعاملات والالتزامات كافة.

خطة الدراسة:

قسمنا هذه الدراسة إلى مبحثين رئيسيين كل منهما يحتوي على مطلبين على النحو الآتي :

تناولنا في المبحث الأول: الحماية القانونية للمؤمن له وقت إبرام العقد، وفيه بحثنا مضمون التزام المؤمن بالإعلام لحماية المستهلك في عقد التأمين، أما في المطلب الثاني فتم البحث عن جزاء إخلال المؤمن بالإعلام في عقد التأمين.

في المبحث الثاني: تناولنا الحماية القانونية للمؤمن له في مرحلة تنفيذ العقد، وقسمنا هذا المبحث إلى مطلبين، وتم البحث في المطلب الأول في حماية المؤمن له من الشروط التعسفية في عقد التأمين، وفي المطلب الثاني تم البحث في خيار المستهلك في الرجوع عن العقد في مرحلة تنفيذ العقد.

المبحث الأول:

الحماية القانونية للمؤمن له وقت إبرام العقد

يُعتبر عقد التأمين من عقود الاستهلاك، فالمؤمن له يلجأ بغرض تغطيته من خطرٍ ما إلى المؤمن الذي يمتلك المعرفة والخبرة الواسعة في مجال الخدمة التي يقدمها¹، لذلك فرض المشرع مجموعة من الالتزامات على طرفي عقد التأمين، كما فرض جزاءات على إخلال الأطراف بهذه الالتزامات، ولذلك تم تقسيم هذا المبحث إلى مطلبين، في المطلب الأول سيتم الحديث عن مضمون التزام المؤمن بالإعلام لحماية المستهلك في عقد التأمين، وفي المطلب الثاني سيتم الحديث عن موضوع جزاء إخلال المؤمن بالإعلام.

المطلب الأول:

مضمون التزام المؤمن بالإعلام لحماية المستهلك في عقد التأمين

الالتزام بإعلام المستهلك هو التزام عام يغطي المرحلة السابقة على التعاقد في جميع عقود الاستهلاك، ويتعلق بالإدلاء بالمعلومات والبيانات اللازمة كافة؛ بهدف تنوير المستهلك بالشروط والأوصاف المتعلقة بالسلعة أو الخدمة محل العقد، ولإيجاد رضا حر سليم لدى المستهلك².

وبالرجوع إلى قانون التأمين الفلسطيني نجده في المادة (2/15) ينص على أنه: "يلتزم المؤمن له أن يقر وقت إبرام العقد بكل المعلومات التي يطلب المؤمن معرفتها لتقدير المخاطر التي يأخذها على عاتقه"، ومن هذا النص يتبين لنا بأن المشرع الفلسطيني في قانون التأمين لم ينص بشكل خاص ومباشر على التزام المؤمن بالإعلام، لذلك يتحقق التزام المؤمن بطريقة غير مباشرة من خلال تزويد المؤمن له بمجموعة من الأوراق والمستندات، والتي يجب أن تتسم بالوضوح والتحديد والتي تعينه على تفهم الجوانب

¹. بغدادي، إيمان، حماية المؤمن له في عقد التأمين، مجلة الأمير جامعة عبد القادر للعلوم الإسلامية، الجزائر، المجلد 33، العدد 01، 2019، ص 1049.

². موسى إبراهيم، عبد المنعم، حماية المستهلك، دراسة مقارنة، ط1، بيروت، منشورات الحلبي الحقوقية، 2007، ص 366-368.

المختلفة لعملية التأمين، خاصة ما تعلق منها بنطاق الضمان والحقوق والالتزامات المالية¹. وهذا يؤكد على أن الالتزام بالإعلام لا يُعد التزاماً من جانب واحد، بل يجب التعاون بشأنه بين أطراف العقد². وبالرجوع إلى القواعد العامة وبالتحديد ما جاء في المادة (200) من مجلة الأحكام العدلية والتي تنص على أنه: "يُلْزَمُ أَنْ يَكُونَ الْمَبِيعُ مَعْلُومًا عِنْدَ الْمُشْتَرِي"، والمادة (201) من مجلة الأحكام العدلية التي تنص على أنه: "يَصِيرُ الْمَبِيعُ مَعْلُومًا بَيَّانٍ أَحْوَالِهِ وَصِفَاتِهِ الَّتِي تُمَيِّزُهُ عَنْ غَيْرِهِ مَثَلًا لَوْ بَاعَهُ كَذَا مُدًّا مِنْ الْحِنْطَةِ الْحَمْرَاءِ أَوْ بَاعَهُ أَرْضًا مَعَ بَيَّانٍ حُدُودِهَا صَارَ الْمَبِيعُ مَعْلُومًا وَصَحَّ الْبَيْعُ"، وبإسقاط ذلك على عقد التأمين، فإنه يقع على المتعاقد الإدلاء بالمعلومات الحقيقية والصحيحة كافة دون خداع أو تضليل، وهنا لا بُد من التنويه إلى قاعدة: "الوصف في الحاضر لغو وفي الغائب معتبر"، وهذا يوجب على المؤمن وصف الخدمة وصفاً يزيل الجهالة الفاحشة³ بطريقة تؤدي إلى تنوير إرادة المستهلك، مما يجعل سلامة وصحة الرضاء أساس وجود العقد⁴.

أما بالنسبة للتشريعات الخاصة بحماية المستهلك، فإن المشرع الفلسطيني أكد حق المستهلك في الإعلام بصفة عامة، دون أن يحدد وقت هذا الالتزام، هل يتم في مرحلة ما قبل التعاقد أم أثناء التعاقد، وهذا واضح من المادة (6/3) من قانون حماية المستهلك الفلسطيني التي نصت على أنه: "يتمتع المستهلك بالحق في الحصول على المعلومات الصحيحة عن المنتجات التي يشتريها أو يستخدمها ليتسنى له ممارسة حقه بالاختيار الحر والواعي بين كافة السلع والخدمات المعروضة في السوق"، كما نصت المادة (2/4) من اللائحة التنفيذية لقانون حماية المستهلك على أنه: "يتمتع المستهلك بالحق بالحصول على معلومات صحيحة وواضحة ووافية تتعلق بالسلعة أو الخدمة والشروط المتعلقة بأي منهما". وبموجب هذه المواد تلتزم شركة التأمين بتزويد المؤمن له بالمعلومات الصحيحة والوافية والواضحة والجوهرية، وبالاستناد إلى نص المادة (12 و 15) من اللائحة التنفيذية لقانون حماية المستهلك لعام 2009، فإن التزام الشركة بالإعلام عن المعلومات الصحيحة والجوهرية هو التزام بتحقيق نتيجة وليس

¹. بغدادي، إيمان، حماية المؤمن له في عقد التأمين، مرجع سابق، ص 614.

². بوادلي، محمد، حماية المستهلك في القانون المقارن، دراسة مقارنة مع القانون الفرنسي، القاهرة، دار الكتاب الحديث، 2006، ص 72.

³. الصياد، موسى، شرح أحكام قانون التأمين الفلسطيني، ط1، فلسطين، 2015، ص 106.

⁴. موسى إبراهيم، عبد المنعم، حماية المستهلك دراسة مقارنة، المرجع السابق، ص 370.

ببذل عناية¹، والهدف من ذلك هو إعطاء المستهلك (المؤمن له) صورة كاملة وواضحة عن الخدمة بحيث يكون قادرًا على اتخاذ القرار الصائب بشأنها، والاستفادة من معاملة عادلة ودون تمييز من قبل المزود للخدمة التي يقدمها².

ويتجسد الالتزام بالإعلام ما قبل التعاقد على عاتق المؤمن في مواجهة المؤمن له، حيث هو مستمد من قانون التأمين، فيلزم المؤمن بتسليم المؤمن له مجموعة من الوثائق الخاصة بالتأمين ما قبل التعاقد، وهو يمثل التزام مجرد بالإعلام، وتتمثل في اقتراح التأمين وبيانات المعلومات³:

أولاً: اقتراح التأمين

وهو محرر يسلمه المؤمن للمؤمن له، بحيث يدرج هذا الأخير المعلومات اللازمة كافة لتمكين المؤمن من تقسيم الخطر المراد تغطيته، ومن ثم تحديد شروط تلك التغطية⁴، ويجب أن يقتصر طلب التأمين بتوقيع المؤمن له، ولا يُعد الطلب ملزماً للمؤمن وإنما هو مجرد إيجاب بحاجة لاقتترانه بقبول المؤمن لينعقد العقد⁵، ومن الناحية العملية هو عبارة عن مطبوع يحتوي على استمارة تتضمن مجموعة من الأسئلة يطرحها المؤمن مباشرة على المؤمن له لتمكينه من المعلومات اللازمة حول الخطر المراد تغطيته، وأقسام التأمين الواجب دفعها وطرق سدادها ومبلغ التأمين وغير ذلك من البيانات الجوهرية⁶. وبالرجوع إلى قانون التأمين الفلسطيني نجد أن المشرع الفلسطيني لم ينص على إلزامية اقتراح التأمين كما لم يبين ما المقصود فيه، وإنما اكتفى بالنص في المواد (114) و (115) على أمور تدور حول ذلك الطلب.

حيث نصت المادة (114) من قانون التأمين الفلسطيني على أنه: "لا يجوز لوكيل التأمين قبول أي مبلغ من المال بشأن طلب تأمين إلا إذا كانت الشركة قد قبلت ذلك الطلب أو إذا أرفق بالمبلغ طلب تأمين

¹. الصياد، موسى، شرح أحكام قانون التأمين الفلسطيني، المرجع السابق، ص105.

². حسين ناصر الدين، نسرین، القوة الملزمة للعقد في ظل قانون حماية المستهلك، ط1، لبنان، مكتبة زين الحقوقية والأدبية، 2018، ص 296-297.

³. بغدادی، ایمان، الآليات الحماية للمؤمن له في عقد التأمين - دراسة بالتشريع الجزائري، أطروحة دكتوراه في القانون الخاص، جامعة الأخوة منتوري، الجزائر، 2019، ص81.

⁴. جعبوب، عمار، محمدي، بدر الدين، حماية الطرف الضعيف - المؤمن له - في عقد التأمين، مجلة القانون والعلوم السياسية، المجلد 07/ العدد 02، 2021، ص160-161.

⁵. صوافطة، ريم، الموجز في شرح أحكام عقد التأمين على ضوء قانون التأمين الفلسطيني، المرجع السابق، ص67.

⁶. بغدادی، ایمان، الآليات الحمائية للمؤمن له في عقد التأمين - دراسة بالتشريع الجزائري، المرجع السابق، ص82.

مكتمل، وفي حالة تجديد وثيقة التأمين يشترط لقبول مبالغ من العميل أن تكون الشركة قد وافقت على التجديد".

وقد نصت المادة (115) من قانون التأمين الفلسطيني على أنه: إذا قام وكيل التأمين بقبول اقتراح مكتمل قدمه العميل بقصد إبرام وثيقة تأمين أو إذا قبل الوكيل تجديد وثيقة تأمين بناءً على رغبة العميل ولم يكن مفوضاً من الشركة بإصدار وثيقة التأمين، فعليه أن يزود العميل بشهادة مؤقتة لفترة لا تزيد عن شهر ويذكر فيها أنها صادرة بموجب هذه المادة وتتضمن البيانات الآتية.

وبالرجوع إلى المادة (3) من تعليمات رقم (4) لسنة 2007، الصادرة عن هيئة سوق رأس المال الفلسطينية، نجد بأنها نظمت اقتراح التأمين، ونصت على ضرورة أن يكون اقتراح التأمين منظم بلغة واضحة وبسيطة، وعلى ضرورة قيام شركة التأمين بتبصير المؤمن له بأهمية المعلومات المقدمة بموجب طلب التأمين والمتعلقة بنوع وفرع ومحل التأمين المطلوب لغايات إصدار وثيقة التأمين، والتأكيد على ضرورة أن تكون هذه المعلومات صحيحة.

ثانياً: إعلام المؤمن له بالمعلومات المتعلقة بالعقد

بالرجوع إلى قانون التأمين الفلسطيني نجد أنه لم ينظم مسألة تقديم المعلومات قبل التعاقد، وهذا يُعد قصوراً لا بُد من معالجته، فإعلام المؤمن له بالمعلومات المتعلقة بالعقد من الأمور المهمة لانعقاد العقد بإرادة سليمة خالية من أي عيب يمكن أن يؤثر على إرادة المؤمن له.

ولكن بالرجوع إلى المادة (4/2) من تعليمات رقم (4) لسنة 2007، لهيئة سوق رأس المال الفلسطينية، نجد أنها قد تداركت القصور الذي اعترى قانون التأمين الفلسطيني، حيث نصت على أنه: "على الشركة أن تتأكد من أن التغطية التأمينية الممنوحة للمؤمن له هي اللازمة والكافية لتلبية احتياجاته التأمينية وأن تزود المؤمن له بالمعلومات الكافية التي توضح طبيعة التغطيات المقدمة". وبالرجوع أيضاً إلى المادة (2/4) من اللائحة التنفيذية، يظهر لنا أهمية بيان المعلومات لتوضيح إرادة المؤمن له، لذلك يتعين على المؤمن إعلام المؤمن له بالمعلومات المهمة والضرورية والتي من شأنها تنوير رضا المؤمن له¹. فيجب على المؤمن أن يُعلم المؤمن له بمدة الضمان والخطر موضوع التأمين²، وبالاستثناءات والقيود

¹. جعوب، عمار، حماية الطرف الضعيف - المؤمن له - في عقد التأمين، المرجع السابق، ص161.

². بغدادي، إيمان، الآليات الحمائية للمؤمن له في عقد التأمين، المرجع السابق، ص89-90.

المتعلقة بالضمانات وحالات سقوط الحق وكيفية احتساب قسط التأمين، وآثار عدم أداء قسط التأمين، وبالوحدات الحسابية المعتمدة بالعقد¹ وكل ذلك دون أي خداع أو تضليل².

هذا وقد أوجب المشرع الفلسطيني لزومية وجود مجموعة من الوثائق لتحقيق الالتزام بالإعلام، وهو عن طريق البيانات التي تتضمنها مذكرة التغطية المؤقتة، وبيانات وثيقة التأمين، وملحق التأمين. **أولاً: مذكرة التغطية:** هي اتفاق بين المؤمن له والمؤمن، بمقتضى هذا الاتفاق يلتزم المؤمن بتغطية الخطر المؤمن منه في الفترة من تقديم التأمين إلى حين البت في هذا الطلب وصور وثيقة التأمين، وقد تسمى بالمذكرة المؤقتة أو خطاب التغطية³. وهذه المذكرة لا يحملها كل طالب تأمين وإنما تقدم لمن يطلب الحماية التأمينية على وجه السرعة ولا يملك الوقت لانتظار القبول من شركة التأمين للبوليصة⁴، وغالباً ما تكون لمدة لا تزيد عن شهر⁵.

ثانياً: وثيقة التأمين: وهي الوثيقة التي تصدرها شركة التأمين التي تثبت وجود عقد التأمين، بين المؤمن والمؤمن له، بل هي العقد ذاته، ويجب على المؤمن ذكر جميع البيانات والمعلومات اللازمة فيها، كالأخطار المضمونة ومبلغ القسط، ومبلغ التعويض، ومدة سريان العقد وغيرها من البيانات اللازمة لتفصل للمؤمن له جميع المسائل المتعلقة بعقد التأمين⁶، ويجب أن تكون مطبوعة ومكتوبة باللغة العربية⁷، وهذا يتفق مع موقف قانون حماية المستهلك الفلسطيني في نص المادة (1/24)⁸.

ثالثاً: ملحق وثيقة التأمين: وهو اتفاق إضافي لإضافة أو حذف بند من بنود وثيقة التأمين، فيكون لكل من طرفي العقد إخطار الطرف الآخر قبل 30 يوماً لنية التعديل، ويسري التعديل من تاريخ الملحق⁹.

¹. الزوجال، يوسف، حماية المستهلك في عقد التأمين في التشريع المغربي، مجلة الملف، العدد 19، 2012، ص136.

². انظر المادة 15 من قانون حماية المستهلك الفلسطيني رقم 21 لسنة 2006.

³. بغدادي، إيمان، الآليات الحماائية للمؤمن له في عقد التأمين، المرجع السابق، ص188.

⁴. صوافطة، ريم، الموجز في شرح أحكام عقد التأمين على ضوء قانون التأمين الفلسطيني، المرجع السابق، ص68.

⁵. انظر نص المادة 115 من قانون التأمين الفلسطيني رقم 20 لسنة 2005.

⁶. جعيوب، عمار، حماية الطرف الضعيف - المؤمن له - في عقد التأمين، المرجع السابق، ص162.

⁷. انظر نص المادة 3/46 من قانون التأمين الفلسطيني رقم 20 لسنة 2005.

⁸. انظر نص المادة 1/24 من قانون حماية المستهلك الفلسطيني رقم 21 لسنة 2005.

⁹. صوافطة، ريم، الموجز في شرح أحكام عقد التأمين على ضوء قانون التأمين الفلسطيني، المرجع السابق، ص72.

المطلب الثاني:

جزء إخلال المؤمن بالإعلام

بالرجوع إلى المادة (16) من قانون التأمين الفلسطيني نجد أنها قد نظمت حالة إخلال المؤمن له (المستهلك) بالإعلام، إلا أنها أغفلت تنظيم حالة إخلال المؤمن (المزود) بالإعلام، والقصد من ذلك هو عدم ترتيب جزاء على ما يبدو، ونحن نرى بأن هذا قصور تشريعي يجب تلافيه، وإلا لكان هذا الالتزام بلا معنى، فما قيمة التزام لا يترتب على الإخلال به جزاء، وإلى أن يجري تعديل تشريعي يعالج القصور في هذه المسألة، تبقى القواعد العامة هي سيدة الموقف¹. وذلك بالرجوع لمجلة الأحكام العدلية باعتبارها الشريعة العامة للقانون.

أولاً: البطلان كجزاء لعدم التزام المؤمن بالإعلام

البطلان هو الجزاء الذي يقرره المشرع إما لعدم توافر ركن من أركان العقد، وإما بموجب نص قانوني خاص في حالات يقرر فيها المشرع بطلان العقد، ولو استجمع أركانه لاعتبارات لها صلة بالنظام العام²، ونظرًا لعدم وجود نص قانوني يبين صراحة قابلية العقد للإبطال في حالة الإخلال بالالتزام بالإعلام، فإنه يمكن الرجوع إلى نظرية عيوب الرضا، خاصة عيبي الغلط والتدليس، لارتباطهما الوثيق بالالتزام بالإعلام؛ لأن هذا الالتزام يهدف أساسًا إلى تقديم المعلومات من أجل أن يكون الرضا مستنيرًا³.

ويعرف الغلط بأنه حالة تقوم في النفس تحمل على توهم غير الواقع، وغير الواقع إما أن يكون واقعة غير صحيحة يتوهم الإنسان صحتها أو واقعة صحيحة يتوهم عدم صحتها⁴، وقد نص مشروع القانون المدني الفلسطيني في المادة (118) على أنه: "إذا وقع الغلط في ماهية العقد أو في السبب أو في المحل، بطل العقد"، ونصت المادة (119) من ذات المشروع على أنه: "إذا وقع المتعاقد في غلط جوهري جاز له

¹. فارس الكخن، حلمي، "الفارس في التأمين واحتساب تعويض مصابي حوادث الطرق"، ط1، فلسطين، 2018، ص90-91.

². نجيب، مصطفى، والمسعود، عثمان، ونكير، محمد، حماية المستهلك في عقود التأمين، بحث لنيل الإجازة في القانون الخاص، جامعة ابن زهر الأكاديمية، 2017، ص 24.

³. بغدادي، إيمان، الآليات الحمائية للمؤمن له في عقد التأمين - دراسة بالتشريع الجزائري، أطروحة دكتوراه في القانون الخاص، المرجع السابق، ص99.

⁴. الحماية القانونية للمستهلك في عقد التأمين البري وفقًا للتشريع الجزائري، أطروحة مقدمة لنيل شهادة الدكتوراه تخصص قانون الأعمال، جامعة أحمد دارية، أدرار، 2021، ص106.

أن يطلب إبطال العقد"، والغلط كعيب من عيوب الرضا، تم بحثه لدى الفقهاء المسلمين وتوصلوا في النتيجة إلى المطالبة بإبطال العقد للغلط والتدليس وهو ما ورد في مجلة الأحكام العدلية في نصوص متفرقة وشروحات فقهية كثيرة حول موضوع الالتزام بالتبصير¹.

وعليه فإن إخلال المؤمن بالتزامه بالنصيحة والإعلام تجاه المؤمن له يؤدي به إلى الوقوع في الغلط مما ينشأ له الحق في طلب إبطال العقد، وذلك لوجود ارتباط وثيق بين الالتزام بالإعلام قبل التعاقد عن بيانات الخدمة وبين نظرية العقد؛ لأن الإعلام يحول دون وقوع المتعاقد في الغلط²، لذلك فإن تحقق الغلط في مسألة جوهرية في العقد كأن يسكت المؤمن عن معلومات منصبة على صفة جوهرية في محل العقد عندئذ يكون للدائن الحق بأن يطالب بإبطال العقد³.

ولا يجوز للقضاء أن يبطل عقد بمجرد أن أحد المتعاقدين قد وقع في غلط ما دام المتعاقد الآخر كان حسن النية، ولم يكن واجباً عليه أن يتحقق من وجوده، إلا إذا وقع في صفة جوهرية وكان واجباً على المتعاقد التحقق من وجوده، وكانت الصفة الجوهرية هي الدافع للتعاقد⁴، وفي هذا الجانب نصت المادة

¹. من ذلك ما ورد في حكم الغبن اليسير والغبن الفاحش في البيع، ومن ذلك أيضاً ما ورد في درر الحكام شرح مجلة الأحكام لعلي حيدر في الجزء الأول ص 307، حيث جاء فيه، "إذا اشترى شخص بقرة، وظهر بعد الشراء أنها غير حلوب، فإذا كان من المتعارف أن شراء تلك البقرة إنما هي لكونها حلوباً، فللمشتري أن يردها"، ويرى ابن حزم ببطلان العقد في حال تخلف وصف أساسي للمعقود عليه، ذلك أن اختلاف الوصف يؤدي إلى اختلاف الجنس، فكأن المشتري حصل على بضاعة أخرى، ابن حزم، محمد علي، المحلى، بيروت، المكتب التجاري للطباعة، ص 342، لذلك فإننا نرى بأنه من الخطأ القول بأن مجلة الأحكام العدلية لم تتناول موضوع الغلط كعيب من عيوب الرضا، كما يرى البعض، حطاب، مؤيد، الوجيز في شرح مصادر الالتزام، ج1، جامعة النجاح الوطنية، 2018، ص 46 (غير منشور)، فمجلة الأحكام العدلية وإن لم تتناول الغلط كعيب من عيوب الرضا بنصوص مترابطة كما فعل ذلك مشروع القانون المدني الفلسطيني المشار إليه أعلاه والقوانين المدنية المتأثر بها، إلا أنها بحثتها في عدة جوانب وموضوعات متفرقة كما هو حال الفقه الإسلامي في تنظيمه لأحكام المعاملات،
². الحماية القانونية للمستهلك في عقد التأمين البري وفقاً للتشريع الجزائري، المرجع السابق، ص106.

³. قناديلو، نور، حماية المؤمن له كمستهلك في عقد التأمين، أطروحة ماجستير في القانون الخاص، جامعة النجاح الوطنية، فلسطين، 2020، ص66.

⁴. بغدادي، إيمان، الآليات الحمائية للمؤمن له في عقد التأمين، المرجع السابق، ص100.

(123) من مشروع القانون المدني الفلسطيني على أنه "ليس لمن وقع في الغلط أن يتمسك به على وجه يتعارض مع ما يقضي به حسن النية"¹.

كما أن التدليس عن طريق الكتمان يجعل العقد موقوفاً (قابلاً للإبطال)²، و يشترط لوقوع واقعة التدليس توفر عنصريه المادي المتمثل في استعمال الحيل، والعنصر الشخصي بأن تكون هذه الحيل من الجسامة، بحيث لولاها لما أبرم المدلس عليه العقد³، ويُعتبر من قبيل الحيل الكذب في الإدلاء بمعلومات تتعلق بوقائع العقد وملابساته أو السكوت عن ذكرها، ويمكن أن يتحقق التدليس - كذلك - بالامتناع عن الإدلاء بمعلومات ضرورية تتعلق بعملية التأمين، وتطبيقاً لذلك قضت محكمة النقض الفرنسية في حكم لها: "إن إخلال المؤمن بالتزامه بالمعلومات يُعد من قبيل التدليس الذي يعيب إرادة المؤمن له، مما يجيز للأخير أن يتمسك بالبطلان للعيب الذي لحق إرادته ولولاه ما كان قد أبرم العقد"⁴.

ثانياً: الفسخ كجزاء للإخلال بالتزام بإعلام المستهلك

يُعد الفسخ خياراً متاحاً يمكن اللجوء إليه من قبل أحد الطرفين عند قيامه بتنفيذ التزامه، وامتناع الطرف الآخر عن تنفيذ ما يقابله من التزام، لذلك يشترط بأن يكون أحد الأطراف قد أخل بتنفيذ التزامه

¹. ولقد أخذت محكمة الاستئناف المختلطة المصرية، بالغلط كسبب لإبطال العقد من جانب المؤمن له ورد ذلك في قضية تتلخص وقائعها في قيام الدائن المرتهن بالتأمين على السيارة التي تقع في حوزته، وكان يجهل بوجود شرط في عقد التأمين ينص على أن يكون المؤمن له هو مالك السيارة، وعلى إثر ذلك طالب بإبطال العقد لغلط على اعتبار أنه كان يجهل وجود هذا الشرط، ولقد أجابته المحكمة إلى طلبه على اعتبار أن المؤمن له قد وقع في غلط جوهري يتعلق بتحديد المستفيد من الضمان حيث إنه كان يعتقد أنه هو الذي سيحصل على مبلغ التأمين في حالة وقوع الخطر، ولكن تبين أنه ليس صاحب الحق نتيجة وجود هذا الشرط العقدي"، راجع الحكم من خلال بغدادي، إيمان، الآليات الحمائية للمؤمن له في عقد التأمين، المرجع السابق، ص 100.

². نجيب، مصطفى، والمسعود، عثمان، ونكير، محمد، حماية المستهلك في عقود التأمين، المرجع السابق، ص 27.

³. الحماية القانونية للمستهلك في عقد التأمين البري وفقاً للتشريع الجزائري، المرجع السابق، ص 108.

⁴. بغدادي، إيمان، الآليات الحمائية للمؤمن له في عقد التأمين، المرجع السابق، ص 102.

نصت المادة (357) من مجلة الأحكام العدلية على أنه، "إذا غرر أحد المتبايعين الآخر وتحقق أن في البيع غبنًا فاحشاً فلمغبون أن يفسخ البيع".

وقصر به، و كان الامتناع عنه كلياً أو بشكل جزئي، ناتج عن خطأ منه أو لقوة القاهرة، أو كان التنفيذ معيباً¹.

فالأصل أن عقد التأمين ينتهي بانتهاء مدته، غير أنه قد ينقضي بالفسخ قبل انتهاء المدة، كما في حالة إخلال المؤمن بالتزامه بإعلام المؤمن له، ويقتصر أثر الفسخ في هذه الحالة على المدة اللاحقة على الفسخ دون أن يؤثر هذا على الالتزامات التي ترتبت قبل الفسخ²، فمثلاً نص المشرع المغربي في المادة (6) من مدونة التأمينات الجديدة على حق المؤمن له بفسخ عقد التأمين عند عدم كتابة مدة عقد التأمين التي تزيد عن سنة بالحروف البارزة جداً، لذلك فإن عدم تذكير المستهلك بهذه المدة وعدم العمل بها في العقد يُعتبر مخالفاً لإرادة المستهلك ويعطيه الحق بفسخ العقد³.

أما بخصوص المسؤولية الجزائية للمؤمن، فقد أوجب المشرع على المزود (المؤمن) المسؤولية الجزائية إذا ما قام بمخالفة أو خرق للالتزام بالإعلام، وتتوزع هذه الحماية بين نصوص قانون حماية المستهلك وقانون التأمين وتعليمات هيئة سوق رأس المال، ومن هذه المواد ما نصت عليه المادة (7/27) من قانون حماية المستهلك: "كل معلن لم يستعمل اللغة العربية في الإعلان عن السلعة أو الخدمة، أو خاف أحكام المواد (15،21) من هذا القانون، يعاقب بغرامة لا تتجاوز خمسمائة دينار أردني أو ما يعادلها بالعملة المتداولة قانوناً".

ونصت المادة (28) من القانون ذاته على أنه: "يجب على المزود أن لا يخدع المتعاقد معه وأن لا يخفي عنه معلومات أو صفات جوهرية كان يجب أن يعلمها وإلا عوقب بالسجن مدة 3 سنوات أو بغرامة لا تتجاوز 3000 دينار أردني".

ونصت المادة (1/179) من قانون التأمين الفلسطيني على أنه: "يعاقب بالحبس مدة لا تقل عن شهر واحد ولا تزيد عن ستة أشهر أو بغرامة لا تقل عن ثلاثة آلاف دينار أردني، أو ما يعادلها من العملة المتداولة قانوناً، ولا تزيد عن سبعة آلاف دينار، أو ما يعادلها بالعملة المتداولة قانوناً، أو بكلتا العقوبتين، كل شخص قام بإصدار عقود تأمين خلافاً لأحكام هذا القانون".

¹. كوبري، هبة، الإطار القانوني لفسخ العقود الملزمة لجانبين، رسالة ماجستير في القانون الخاص، جامعة الشرق الأوسط، الأردن، 2021، ص 24-25.

². فارس الكخن، حلمي، "الفارس في التأمين واحتساب تعويض مصابي حوادث الطرق"، المرجع السابق، ص 114.

³. قناديلو، نور، حماية المؤمن له كمستهلك في عقد التأمين، المرجع السابق، ص 67-68.

ونرى بأن هذا النص الأخير وبالصيغة العمومية التي جاء فيها يسمح بتطبيقه كجزء على المؤمن في حالة إخلاله بإعلام المؤمن له عن المعلومات الجوهرية الواجب معرفتها، كذلك في حالة التدليس والخداع والغلط، كل ذلك لإضفاء النزاهة والشفافية على عملية التأمين وتحقيق الحماية لرضا المستهلك.

نستنتج مما سبق أن قانون التأمين الفلسطيني قد جاء خالياً من أي حماية للمؤمن له وقت إبرام العقد، وبالتالي لا يكفي قانون التأمين وحده لتوفير الحماية اللازمة للمؤمن له، لكون نصوصه قد تمت صياغتها بشكل يحمي مصلحة المؤمن على حساب مصلحة المؤمن له، لذلك فإنه لا بُد من إكمال النقص الذي اعتري قانون التأمين بالعودة إلى قانون حماية المستهلك الفلسطيني واللائحة التنفيذية للتأكيد على أهمية إعلام المؤمن له بالمعلومات الضرورية كافة لانعقاد العقد.

كما تبين لنا بأن كلاً من قانون التأمين وقانون حماية المستهلك لم يبيننا الحماية المدنية للمستهلك في عقد التأمين، لذلك لا بُد من الرجوع إلى القواعد العامة لسد هذا النقص، أما الجزاءات فقد نظمها قانون حماية المستهلك الفلسطيني، أما قانون التأمين فقد ورد فيه نص عام واسع التفسير، ولا يمكن اعتماده بشكل أساسي كعقوبة جزائية على إخلال المؤمن بالتزام تقديم المعلومات الأساسية للمؤمن له في مرحلة ما قبل التعاقد.

المبحث الثاني:

الحماية القانونية للمؤمن له في مرحلة تنفيذ العقد

تدعو الضرورة الحتمية إلى حماية المؤمن له باعتباره طرفاً ضعيفاً في عقد التأمين، وذلك من خلال تبني المشرع آليات تحميه أثناء مرحلة تنفيذ عقد التأمين، ومن أهم هذه الآليات، آلية إلغاء البنود التعسفية، وآلية حق التراجع عن العقد في مرحلة تنفيذه، وهو ما سوف نبثه في مطلبين متتاليين، ففي المطلب الأول سيتم تناول موضوع حماية المؤمن له من الشروط التعسفية في عقد التأمين، وفي المطلب الثاني سيتم تناول موضوع خيار المستهلك في الرجوع عن العقد في مرحلة تنفيذ العقد.

المطلب الأول:

حماية المؤمن له من الشروط التعسفية في عقد التأمين

بالرجوع إلى قانون حماية المستهلك الفلسطيني نجد أنه لم يُعرف الشرط التعسفي ولم ينص عليه إلا في المادة (23) والتي تنص على: "يجوز للمجلس أن يراجع مدى معقولية وعدالة الشروط الواردة في عقود الاستهلاك والعقود النموذجية، وأن يوصي إلى الوزير أو الجهة التي تصدر عنها هذه العقود إزالة الشروط التي ترى أنها مجحفة بحق المستهلك أو يطلب إعادة النظر بها، على أن يصدر مجلس الوزراء نظاماً يحدد معايير لتقدير البنود التي يمكن اعتبارها تعسفية في عقود الاستهلاك"، أما قانون التأمين الفلسطيني فلم يُعرف هو الآخر الشرط التعسفي بطريقة مباشرة بل تبنى قائمة على سبيل المثال نص فيها على الشروط التي تعتبر تعسفية في المادة (12) منه¹.

والشرط التعسفي هو شرط يدرج في عقد بين مهني ومستهلك ويعطي للأول ميزة فاحشة، الأمر الذي يؤدي إلى اختلال في التوازن العقدي²، وعُرفت محكمة النقض المصرية الشرط التعسفي بأنه ذلك الشرط الذي يأتي متناقضاً مع جوهر العقد باعتباره مخالفاً للنظام العام³، ويُعتبر الشرط تعسفياً وباطلاً، إذا كان

¹. انظر المادة 12 من قانون التأمين الفلسطيني رقم 20 لسنة 2005،

². حسين ناصر الدين، نسرین، القوة الملزمة للعقد في ظل قانون حماية المستهلك، ط1، لبنان، مكتبة زين الحقوقية والأدبية، 2018، ص96.

³. حسين ناصر الدين، نسرین، القوة الملزمة للعقد في ظل قانون حماية المستهلك، المرجع السابق. ص98.

مجحفاً أو في غير مصلحة المستهلك بشكل مفرط ومبالغ فيه، بما يتنافى وحسن النية الواجبة في المعاملات¹.

ويمكن تعريف الشروط التعسفية في عقد التأمين بأنها تلك الشروط التي تفرض على المؤمن له في عقد التأمين من قبل المؤمن نتيجة تعسف الأخير باستعمال سلطته الاقتصادية والفنية، والتي ترتب عدم التوازن والضعف في كفة المؤمن نتيجة تعسف الأخير باستعمال سلطته الفنية والاقتصادية².

وأمام هذا الطابع غير المتوازن بين أطراف عقد التأمين، تدخل المشرع الفلسطيني للحد من تعسفات المؤمن كمهني لمنعه من إدراج الشروط التعسفية في عقد التأمين³؛ وذلك لأن وثيقة التأمين قد تتضمن شروطاً لا يكون المؤمن له على بينة منها ومعرفة أبعادها، وتلافياً لذلك يُبطل المشرع مثل هذه الشروط، وقد نصت المادة (12) من قانون التأمين الفلسطيني على هذه الشروط، والتي تنص على أنه: "يقع باطلاً كل ما يرد في وثيقة التأمين من الشروط الآتية: 1- الشرط الذي يقضي بسقوط الحق في التأمين بسبب مخالفة القوانين إلا إذا انطوت المخالفة على جريمة عمدية. 2- الشرط الذي يقضي بسقوط حق المؤمن له بسبب تأخره في إعلان الحادث المؤمن منه إلى الجهات المطلوب إخطارها أو في تقديم المستندات، إذا تبين أن التأخير كان لعذر مقبول. 3- كل شرط مطبوع لم يبرز بشكل ظاهر وكان متعلقاً بحالة من الأحوال التي تؤدي إلى البطلان أو السقوط. 4- شرط التحكيم إذا ورد في الوثيقة بين شروطها العامة المطبوعة، لا في صورة اتفاق خاص منفصل عن الشروط العامة. 5- كل شرط تعسفي آخر لم يكن لمخالفته أثر في وقوع الحادث المؤمن منه".

ولذلك سيتم تناول الشروط سابقة الذكر وفقاً للآتي :

أولاً: سقوط الحق في التأمين بسبب مخالفة القوانين إلا إذا انطوت المخالفة على جريمة عمدية

لقد حرص المشرع الفلسطيني على حماية المؤمن له وعدم إفراغ عقد التأمين من مضمونه، فاعتبر شرطاً باطلاً "سقوط الحق في التعويض بسبب مخالفة القوانين"، وهذا يعني عدم جواز أن يتضمن عقد التأمين شرطاً يعني شركة التأمين من مسؤوليتها في التعويض عن أي ضرر قد ينشأ بسبب مخالفة القوانين، واستثنى من ذلك المخالفات التي تقع من المؤمن له بشكل عمدي مما يشكل جريمة عمدية، وغالباً

¹. بوادلي، محمد، حماية المستهلك في القانون المقارن، دراسة مقارنة مع القانون الفرنسي، القاهرة، دار الكتاب الحديث، 2006، ص 235.

². قناديلو، نور، حماية المؤمن له كمستهلك في عقد التأمين، أطروحة ماجستير في القانون الخاص، المرجع السابق، ص 83.

³. نجيب، مصطفى، والمسعود، عثمان، ونكير، محمد، حماية المستهلك في عقود التأمين، المرجع السابق، ص 40.

ما يتم النص على هذا الشرط في وثائق التأمين على حوادث السيارات؛ لأن أغلب حوادث المرور تقع بسبب مخالفة المؤمن له، فالخطأ العمدي لا يستحق فيه المؤمن له التعويض، ويستحقه إذا كان خارج عن إرادته ولا يد له فيه، هذا هو الأساس في التأمين، فوقوع الخطر بطريقة عمدية مستبعد من الضمان، ويستبعد أيضًا الأفعال التي تُعتبر جناية أو جنحة من الضمان¹.

وتطبيقًا لذلك قضت محكمة التمييز الأردنية بأنه: "لا تُعتبر السرعة الزائدة التي تسببت في صدم السيارة المؤمن عليها جنحة قصدية، ولا تدخل في عداد الاستثناءات التي تعفي شركة التأمين من التعويض، وذلك لكون القصد الجرمي لم يتوفر لدى السائق وعليه يستحق التعويض، ويُعتبر الشرط الوارد في عقد التأمين المتضمن سقوط الحق في التأمين بسبب مخالفة القوانين باطلاً²، أما في حالة قيادة المركبة من قبل المؤمن له (المستهلك) أو أي شخص مرخص له تحت تأثير المشروبات الروحية، يسقط الحق بالتعويض لكون هذه المخالفة تشكل جنحة قصدية، وهي من الحالات التي يجوز لشركة التأمين الرجوع على المؤمن له وسائق المركبة بالتعويض الذي دفعته للغير، وفي هذه الحالة يكون الشرط الذي يعفي المؤمن من التعويض صحيح وملزم³.

ثانيًا: الشرط الذي يقضي بسقوط حق المؤمن له بسبب تأخر في إعلان الحادث المؤمن منه إلى السلطات أو تقديم المستندات:

جعل المشرع من الشرط الذي يقضي بسقوط حق المؤمن له بالتعويض، بسبب تأخره في القيام بالالتزامات المترتبة على وقوع الحادث بإعلام الجهات المختصة، على الرغم من أن لديه عذرًا مقبولًا يبرر هذا التأخير، يُعتبر شرطًا تعسفيًا؛ لأن من العدل ألا يُحرم من حقه في التعويض إذا لم يقم بهذه الالتزامات بناءً على هذا العذر، ومن قبيل الأعذار المقبولة، الحادث الفجائي الذي يمنع المؤمن له عن الإعلان عن الحادث في المدة المتفق عليها، والقوة القاهرة⁴.

¹. بغداديايمان، الآليات الحمائية للمؤمن له في عقد التأمين - دراسة بالتشريع الجزائري، أطروحة دكتوراه في القانون الخاص، المرجع السابق، ص 256.

². حكم محكمة التمييز الأردنية رقم 482 لسنة 2002.

³. الحكم رقم 19811 لسنة 2017 الصادر عن محكمة استئناف عمان.

⁴. عبد أحمد هاشم، حماية المؤمن له من الشروط التعسفية، مجلة الكوفة للعلوم القانونية، مج 9، ع 8، العراق، 2016، ص 237-238.

ويجب على قائد المركبة التي تسببت بالحادث إبلاغ أقرب مركز شرطة من مكان الحادث خلال موعد أقصاه 24 ساعة من وقت وقوع الحادث¹. وتطبيقاً لذلك قضت محكمة النقض الفلسطينية بأنه وحيث لم يثبت لمحكمة الموضوع وجود عذر مقبول في تأخر المؤمن له في إعلان الحادث المؤمن منه إلى الجهات المطلوب إخطارها (الشرطة) طبقاً لما جاء في المادة (12) من قانون التأمين سائلة الإشارة، فإن عدم إبلاغ المؤمن له للشرطة بالحادث يغدو مخالفاً لشروط العقد وللواجب القانوني، مما يتعين معه نقض الحكم المطعون فيه، ويجعل الدعوى مستوجبة الرد، وبالتالي لا يستحق المؤمن له أي تعويض².

ثالثاً: كل شرط مطبوع لم يبرز بشكل ظاهر وكان متعلقاً بحالة من الأحوال التي تؤدي إلى البطلان أو السقوط:

يُفهم من هذا الاستثناء الوارد في النص بأنه ينبغي إبراز كل شرط مطبوع يؤدي إلى بطلان أو سقوط حق المؤمن له بشكل ظاهر في وثيقة التأمين وإلا كان باطلاً لا يُعتد به، وعلّة بطلان الشرط هنا ترجع لاعتبارات شكلية تستهدف حماية رضا المؤمن له³، ولا يكفي الوضوح الشكلي بل لا بُد من الوضوح الموضوعي، فيلزم أن يكون واضحاً ومحددًا بعيداً عن الغموض⁴، وذلك حماية للطرف الضعيف بصفته أحد طرفي عقد من عقود الإذعان⁵.

وتطبيقاً لذلك قضت محكمة النقض الفلسطينية بأنه: "من المفهوم والمتفق عليه هنا أن التغطية التأمينية تشمل فقط العمال الذين تزيد أعمارهم على 18 سنة وأقل من 60 سنة، وفيما عدا ذلك تبقى شروط وأحكام استثناءات البوليصة الأصلية وأي تجيير لاحقة كما هي دون تغيير، ولما كان هذا الشرط مطبوع ضمن كتابة متسلسلة بذات جذر ورقم ونوع الخط المطبوع لجميع بنود وشروط الوثيقة، ولم يبرز شرط الإعفاء بشكل ظاهر، إن ذلك الشرط قد وضع بقالب الشرط التعسفي، كونه رتب اختلافاً كبيراً بين

¹. انظر المادة 74 من قانون المرور الفلسطيني رقم 5 لسنة 2000.

². الحكم رقم 444 لسنة 2013، الصادر عن محكمة النقض الفلسطينية.

³. محمد عماد الدين، عياض، حماية المؤمن له من الشروط التعسفية، جامعة قاصدي مرباح – ورقلة، مجلة الأستاذ الباحث، العدد 8، 2017، ص 548.

⁴. قناديلو، نور، حماية المؤمن له كمستهلك في عقد التأمين، أطروحة ماجستير في القانون الخاص، المرجع السابق، ص 95.

⁵. حكم رقم 2758 لسنة 2021، الصادر عن محكمة التمييز الأردنية.

حقوق وواجبات طرفي العقد على حساب الفريق المتضرر، لذلك فإن الشرط المفروض من قبل المؤمن، يندرج ضمن معيار التعسف في استخدام سلطته التعاقدية¹.

رابعاً: شرط التحكيم إذا ورد في الوثيقة بين شروطها العامة المطبوعة، لا في صورة اتفاق خاص منفصل عن الشروط العامة

شرط التحكيم الذي يتم النص عليه في وثيقة التأمين ضمن شروط العقد العامة لا يُعتد به، هو والبطلان سيان، فيبطل الشرط ويصح العقد، وحتى يتم الاعتداد بشرط التحكيم يجب أن يتم النص عليه باتفاق خاص ومستقل عن وثيقة التأمين، وسواء تم النص على شرط التحكيم عند التعاقد بين طرفي عقد التأمين، أو بعد التعاقد وقبل وقوع الحادث، فالمهم هنا أن يتم النص عليه في صورة اتفاق خاص ومستقل عن عقد التأمين الذي يحوي الشروط العامة للعقد.

والعلة من وراء بطلان شرط التحكيم في حال وروده ضمن الشروط العامة للعقد، هي أن شركة التأمين (المؤمن) ذات نفوذ أقوى من المستفيد (المؤمن له) وهو الطرف الضعيف في العقد، فعادة ما يكون لشركات التأمين علاقات أكبر من المستفيد في مجال التحكيم، لذلك يُعد ورود شرط التحكيم ضمن بنود العقد العامة فيه نوع من الغبن الذي قد يقع فيه المؤمن له عند التوقيع على وثيقة التأمين، كونه يوقع على عقد إذعان قابلاً لكل شروطه دون نقاش، لذلك ونوع من الحماية للمؤمن له، نص المشرع على بطلان شرط التحكيم دون أن يوافق عليه صراحة المؤمن له بوروده في اتفاق خاص منفصل عن البنود العامة لوثيقة التأمين الموقع عليها بين الطرفين.

خامساً: كل شرط تعسفي آخر يتبين أنه لم يكن لمخالفته أثر في وقوع الحادث المؤمن منه

يمكن للمؤمن أن يضع شروطاً بين بنود عقد التأمين العامة، والتي قد تنص على استثناءات من الضمان وعلى شروط متعلقة بسقوط الحق بالتعويض طالما تم إبرازها بشكل ظاهر، ولا تُعتبر تعسفية إذا كان لمخالفته أثر في وقوع الحادث المؤمن منه²، كما لو نص العقد على وجوب الإخطار في شكل معين وتمسك المؤمن بهذا الشرط على الرغم من ثبوت قيام المؤمن له بالإخطار فعلاً ولكن في شكل آخر غير المنصوص عليه في العقد³، ويعود تقدير ذلك الشرط التعسفي لمحكمة الموضوع، ويكون لها الرقابة على

¹ حكم محكمة النقض الفلسطينية رقم 2018/945 الصادر في 2021/12/22.

² ناديلو، نور، حماية المؤمن له كمستهلك في عقد التأمين، أطروحة ماجستير في القانون الخاص، المرجع السابق، ص 97.

³ محمد عماد الدين، عياض، حماية المؤمن له من الشروط التعسفية، المرجع السابق، ص 549.

فرض الجزاء بمنع إعمال الشرط حسب ظروف كل واقعة ينطوي عليها التعسف في حق المؤمن له (المستهلك)¹.

وفي النتيجة نرى بأن الشروط السابق ذكرها والواردة في المادة (12) من قانون التأمين، وبمجرد ورودها في عقد التأمين تُعتبر باطلة لمخالفتها للنظام العام، كما يتضح أيضاً بأن المشرع الفلسطيني بموجب المادة (12) قد منح للقاضي سلطة رقابية أراد من خلالها حماية المستهلك في عقد التأمين من تعسف المزود (المؤمن)، الذي غالباً ما يدرج في العقد شروطاً تعسفية لا يملك الطرف المذعن إلى القبول بها، فخوله إلغاء هذه الشروط التعسفية.

ويمكننا القول إنه في الوقت الذي أغفل فيه قانون حماية المستهلك الفلسطيني عن تنظيم الحماية الكافية للمستهلك من الشروط التعسفية، وبالرغم من أن قانون التأمين قد نُظم في جل أحكامه لصالح شركات التأمين، إلا أن المادة (12) من قانون التأمين جاءت لمصلحة المستهلك في عقد التأمين، وفي الوقت ذاته أعطت سلطة مقيدة للقاضي، وذلك من خلال ذكر بعض الحالات التي يُعتبر فيها الشرط باطلاً، ويكون للقاضي تحديد هل الشرط تعسفي أو لا، إلا أنها لم تنص على الحالات التي يخول فيها القاضي تعديل الشرط ليصبح غير تعسفي.

المطلب الثاني:

خيار المستهلك في الرجوع عن العقد في مرحلة تنفيذ العقد

يُطلق على حق الرجوع عن العقد أكثر من مصطلح، فهناك من يُطلق عليه مصطلح مهلة التروي أو حق الخيار، ومهما اختلفت المصطلحات، فإنها تدل على معنى واحد وغاية واحدة، وهي تمكين المستهلك من حقه في الرجوع عن العقد بإرادته المنفردة، والتحلل من آثاره، وعليه فإن حق الرجوع يُعتبر تحولاً كبيراً في نظام العقود، لكونه يتعارض مع مبدأ القوة الملزمة للعقد، ويؤثر سلباً على استقرار المعاملات²، ويُعتبر حق الرجوع عن التعاقد مكنة قانونية يقرها المشرع، ولا يملكها إلا من تقررت له وهو المستهلك³.

¹. مومني، بشار طلال أحمد، نحو تشريع خاص لحماية المستهلك في مراحل العقد في القانون الأردني، مجلة كلية القانون الكويتية، ع 22، 2018، ص 618.

². كوتو، صباح، حق المستهلك في التراجع عن العقد، جامعة الحسن الأول، مجلة القانون والأعمال، ع 11، 2016، ص 13.

³. الكيوي، ياسين، حق التراجع كآلية لحماية المستهلك المتعاقد عن بُعد، مجلة البوغاز للدراسات القانونية والقضائية، ع 2، 2020، ص 178.

ومن خلال خيار الرجوع عن العقد فإن المستهلك يتمتع بمهلة قانونية معقولة حتى يتدبر ويتفكر في بنود العقد على مهل وروية، ما يتيح له أيضاً استشارة من يريد استشارته من معارفه أو من أصحاب الخبرة، وإذا لم يتراجع المستهلك عن العقد خلال مدة التفكير يلزم عندئذ بتنفيذ العقد¹، ومن التشريعات التي نظمت حق الرجوع عن العقد، قانون حماية المستهلك المغربي الذي حدد مدة ممارسة المستهلك لحقه في الرجوع بسبعة أيام كاملة، وذلك حسب ما نصت عليه الفقرة الأولى من المادة (36) من قانون رقم (31.08) المتعلق بتحديد تدابير لحماية المستهلك، والمشرع الفرنسي حدد مدة الرجوع عن العقد بأربعة عشر يوماً².

وبالرجوع إلى قانون حماية المستهلك الفلسطيني نجد أنه لم ينص صراحة على حق المستهلك بالرجوع عن التعاقد خلال مدة معينة، وإنما اكتفى بالنص في المادة (4/4) باللائحة التنفيذية لقانون حماية المستهلك على أنه: "يحق للمستهلك استبدال السلعة أو إصلاحها أو إرجاعها أو الرجوع عن الخدمة واسترداد المبالغ التي دفعها لقاء الحصول على السلعة أو الخدمة، في حال عدم مطابقتها للشروط المتفق عليها أو المعمول بها"، ونجد هنا أن هذا النص لا يعطي المؤمن له حق للرجوع إلا إذا توافر سبب عدم المطابقة أو عدم انصراف إرادة المستهلك لما تم الاتفاق عليه بالعقد، أو في الحالة التي يصيب فيها إرادة المستهلك عيب أو خلل، لذلك لا نعتبر هذا النص قد نظم حق الرجوع بمعنى التروي؛ لأنه لو أراد ذلك لاشترط مدة معينة للرجوع، لا أن يجعل الرجوع سببه عدم المطابقة للشروط المتفق عليها.

أما قانون التأمين الفلسطيني فقد نظم حق التراجع عن العقد فقط في التأمين على الحياة، فقد نصت المادة (37) منه على أنه: "يجوز للمؤمن له الذي التزم بدفع أقساط دورية أن يتحلل في أي وقت من العقد بإخطار كتابي يرسله إلى المؤمن برغبته في ذلك، وتبرأ ذمته من الأقساط اللاحقة"، ووفق هذه المادة فإن المشرع الفلسطيني لم يحدد وقتاً معيناً للرجوع عن العقد في التأمين على الحياة، بحيث يحق للمؤمن له الرجوع عن العقد في التأمين على الحياة في أي وقت شاء خلال تنفيذ العقد، كما لا يستحق المؤمن له ما دفع من أقساط خلال مدة تنفيذ العقد، بحيث تُعتبر تلك الأقساط مقابلاً لما تحمل المؤمن من تغطية تأمينية لتلك المدة.

¹. بوفلحة، سارة، حماية المستهلك وعقود التأمين، ملخص الدروس التطبيقية في قانون التأمينات، قسم القانون الخاص، جامعة الأخوة منتوري، الجزائر، 2021-2022، ص19.

². الكيوي، ياسين، حق التراجع كآلية لحماية المستهلك المتعاقد عن بعد، المرجع السابق، ص185.

نفهم مما سبق ذكره بأن المشرع الفلسطيني رغم عدم نصه على بطلان الشروط التعسفية في قانون حماية المستهلك ولم يعم بتتظيمها في لائحة خاصة، إلا أنه قد قرر بطلان الكثير من الشروط التعسفية في عقد التأمين، وذلك من خلال تحديده قائمة في قانون التأمين تنص على الشروط التعسفية التي تُعتبر باطلة، أما بالنسبة لحق الرجوع عن التعاقد في مرحلة تنفيذ العقد، قد خلا قانون حماية المستهلك من تنظيمه، إلا أن قانون التأمين الفلسطيني قد نظم حق الرجوع عن التعاقد في التأمين على الحياة، أما بقية عقود التأمين الأخرى لم يرد نص يمنح المؤمن له حق الرجوع عن التعاقد فيها.

الخاتمة:

بناءً على ما تم بحثه من خلال هذه الدراسة، فقد تم تسليط الضوء على الحماية القانونية للمؤمن له وقت إبرام العقد، من حيث مضمون التزام المؤمن بالإعلام لحماية المستهلك في عقد التأمين والجزاء المترتب على إخلاله بالإعلام، كما تم التطرق إلى الحماية القانونية للمؤمن له في مرحلة تنفيذ العقد من حيث حماية المؤمن له من الشروط التعسفية في عقد التأمين، وحقه في الرجوع عن العقد في مرحلة تنفيذ العقد، وعلى ضوء ذلك كله، فإننا توصلنا إلى النتائج والتوصيات الآتية :

أولاً: النتائج

1. لم ينص المشرع الفلسطيني في قانون التأمين على واجبات المؤمن بالإعلام ما قبل التعاقد أو أثناء التعاقد، إلا أنه وباعتبار عقد التأمين من عقود الاستهلاك فإنه يمكن الرجوع إلى نصوص قانون حماية المستهلك التي قد توفر الحماية للمؤمن له، بوصفه طرفاً ضعيفاً وتضمن له الحماية في هذا الحق، ولذلك يكون من حق المؤمن له بالحصول على معلومات صحيحة ووافية عن خدمة التأمين والشروط التي تتعلق بها، ويكون التزام المؤمن في هذه الحالة التزام بتحقيق نتيجة.
2. إن إخلال المؤمن بالتزامه بالنصيحة والإعلام تجاه المؤمن له يؤدي به إلى الوقوع في الغلط، مما ينشأ له الحق في طلب إبطال العقد، وذلك لوجود ارتباط وثيق بين الالتزام بالإعلام قبل التعاقد عن بيانات الخدمة وبين نظرية العقد؛ لأن الإعلام يحول دون وقوع المتعاقد في الغلط، كما أن التدليس عن طريق كتمان المؤمن للمعلومات الضرورية يجعل العقد موقوفاً (قابلاً للإبطال).

3. أما عن العقوبات الجزائية لإخلال المؤمن له بالإعلام، فقد نظمها قانون حماية المستهلك الفلسطيني، أما قانون التأمين فقد ورد فيه نص عام واسع التفسير، ولا يمكن اعتماده بشكل أساسي

كعقوبة جزائية لإخلال المؤمن بالتزام تقديم المعلومات الأساسية للمؤمن له في مرحلة ما قبل التعاقد.

4. حماية المستهلك من الشروط التعسفية بإلغائها عن طريق قانون حماية المستهلك جاءت قاصرة، إذ يظهر ضعف في المعالجة التشريعية لموضوع الشروط التعسفية في قانون حماية المستهلك، إلا أن المستهلك في عقد التأمين يتمتع بحماية أكبر من باقي المستهلكين في عقود الاستهلاك الأخرى، لكونه يسري عليه قانون التأمين الذي اتبع نظام القائمة للحماية من الشروط التعسفية.
5. يؤخذ على تشريعنا الفلسطيني لحماية المستهلك، بأنه لم يعالج مسألة حق الرجوع عن التعاقد في عقود الاستهلاك، وهو ما يُعتبر في نظرنا قصوراً في جانب حماية المستهلك بشكل عام، وانتبه المشرع لهذا القصور في قانون التأمين ونص على إمكانية التراجع عن التعاقد في مجال التأمين على الحياة، دون باقي أنواع التأمينات الأخرى.

ثانياً: التوصيات

1. نوصي بضرورة قيام المشرع بالنص على إنشاء التزام ما قبل التعاقد يقع على عاتق المؤمن، مضمونه تسليم بيان للمعلومات للمؤمن له، متضمناً مجموعة من البيانات تكون بمثابة وسيلة إيضاح، تحقق رضا المؤمن له أكثر.
2. نوصي بضرورة تضمين قانون التأمين نصوصاً خاصة تحكم موضوع الغلط والتدليس في عقد التأمين.
3. نوصي بتضمين قانون التأمين الفلسطيني لجزاءات خاصة بواجب المؤمن له بالإعلام، كونه قانون خاص يحكم أحكام عقد التأمين كافة.
4. نوصي بمعالجة القصور التشريعي في قانون حماية المستهلك، وحماية المستهلك من أي شرط تعسفي قد يجبر على القبول به لعدم وجود أي نص تشريعي يبطله.
5. نوصي المشرع الفلسطيني بالتدخل والنص على حق التراجع أو الرجوع عن التعاقد، وبالتالي يكون من حق المؤمن له التراجع عن العقد في باقي عقود التأمين، باستثناء التأمين الإلزامي الذي لا يجوز منح هذا الحق في نطاقه.

بيان تضارب المصالح:

يقر جميع المؤلفين أنه ليس لديهم أي تضارب في المصالح.

المصادر والمراجع:

أولاً: المصادر

1. مجلة الأحكام العدلية.
2. مشروع القانون المدني الفلسطيني رقم (4) لسنة 2012.
3. قانون التأمين الفلسطيني رقم (20) لسنة 2005.
4. قانون حماية المستهلك الفلسطيني رقم (21) لسنة 2005.
5. قانون المرور الفلسطيني رقم (5) لسنة 2000.
6. قرار مجلس الوزراء رقم (13) لعام 2009م، باللائحة التنفيذية لقانون حماية المستهلك.
7. أحكام محكمة النقض الفلسطينية.
8. أحكام محاكم الاستئناف الفلسطينية.
9. أحكام محكمة التمييز الأردنية.

ثانياً: المراجع

1- الكتب الرسمية

1. إبراهيم، عبد المنعم موسى. حماية المستهلك دراسة مقارنة. ط1. بيروت: منشورات الحلبي الحقوقية. 2007.
2. بوالدي، محمد. حماية المستهلك في القانون المقارن: دراسة مقارنة مع القانون الفرنسي. القاهرة: دار الكتاب الحديث. 2006.
3. صوافطة، ريم. الموجز في شرح أحكام عقد التأمين على ضوء قانون التأمين الفلسطيني. ط1. نابلس: الشامل للنشر، 2018.
4. الصياد. موسى. شرح أحكام قانون التأمين الفلسطيني. ط1. فلسطين. 2015.
5. فارس الكخن، حلمي. "الفارس في التأمين واحتساب تعويض مصابي حوادث الطرق". ط1. فلسطين. 2018.
6. حسين ناصر الدين. نسرين. القوة الملزمة للعقد في ظل قانون حماية المستهلك. ط1. لبنان: مكتبة زين الحقوقية والأدبية. 2018.
7. خطاب، مؤيد. الوجيز في شرح مصادر الالتزام. ج1. جامعة النجاح الوطنية. 2018 (غير منشور).

2- الرسائل العلمية:

1. بغدادي، إيمان. الآليات الحمائية للمؤمن له في عقد التأمين - دراسة بالتشريع الجزائري. أطروحة دكتوراه في القانون الخاص. جامعة الأخوة منتوري. الجزائر. 2019.
2. الحماية القانونية للمستهلك في عقد التأمين البري وفقاً للتشريع الجزائري. أطروحة مقدمة لنيل شهادة الدكتوراه تخصص قانون الأعمال. جامعة أحمد دارية. أدرار. 2021.
3. كوبري، هبة. الإطار القانوني لفسخ العقود الملزمة لجانبين. رسالة ماجستير في القانون الخاص. جامعة الشرق الأوسط. الأردن. 2021.
4. نجيب، مصطفى. والمسعود، عثمان. ونكير، محمد. حماية المستهلك في عقود التأمين. بحث لنيل الإجازة في القانون الخاص. جامعة ابن زهر الأكاديمية. 2017.
5. قناديلو، نور. حماية المؤمن له كمستهلك في عقد التأمين. أطروحة ماجستير في القانون الخاص. جامعة النجاح الوطنية. فلسطين. 2020.

3- الأبحاث والمقالات

1. بغدادي، إيمان. حماية المؤمن له في عقد التأمين. مجلة العلوم الإدارية والمالية، جامعة الشهيد حمه لخضر بالوادي. الجزائر. المجلد 01، العدد 01، ديسمبر 2017.
2. جعبوب، عمار. حماية الطرف الضعيف - المؤمن له- في عقد التأمين. مجلة القانون والعلوم السياسية. المجلد 07/ العدد 02. 2021.
3. الزوجال، يوسف. حماية المستهلك في عقد التأمين في التشريع المغربي. مجلة الملف. العدد 19. 2012.
4. كوتو، صباح. حق المستهلك في التراجع عن العقد. جامعة الحسن الأول. مجلة القانون والأعمال. ع 11. 2016.
5. بوفلحة، سارة. حماية المستهلك وعقود التأمين. ملخص الدروس التطبيقية في قانون التأمينات. قسم القانون الخاص. جامعة الأخوة منتوري. الجزائر. 2021-2022.
6. الكيوي. ياسين. حق التراجع كآلية لحماية المستهلك المتعاقد عن بعد. مجلة البوغاز للدراسات القانونية والقضائية. ع 2. 2020.
7. مومني، بشار طلال أحمد. نحو تشريع خاص لحماية المستهلك في مراحل العقد في القانون الأردني. مجلة كلية القانون الكويتية. ع 22. 2018.

8. محمد عماد الدين، عياض. حماية المؤمن له من الشروط التعسفية. جامعة قاصدي مرباح – ورقلة. مجلة الأستاذ الباحث. العدد 8. 2017.
9. عبد، أحمد هاشم. حماية المؤمن له من الشروط التعسفية. مجلة الكوفة للعلوم القانونية. مج9، ع 8. العراق. 2016.

قراءة في بعض مظاهر التحول الاجتماعي في الجزائر
وعلاقته بظاهرة الجريمة

*A Reading of Some Aspects of Social
Transformation in Algeria and its Relation to
the Phenomenon of Crime*

د. نعاس حمزة
جامعة تلمسان أبو بكر بلقايد
(الجزائر)
د. غلاي محمد
جامعة تلمسان أبو بكر بلقايد
(الجزائر)

قراءة في بعض مظاهر التحول الاجتماعي في الجزائر وعلاقته بظاهرة الجريمة

A Reading of Some Aspects of Social Transformation in Algeria and its Relation to the Phenomenon of Crime

د. نعام حمزة

كلية الحقوق والعلوم السياسية/ جامعة تلمسان أبو بكر بلقايد، (الجزائر)

Decteurh.n2017@gmail.com

د. غلاي محمد

كلية الحقوق والعلوم السياسية/ جامعة تلمسان أبو بكر بلقايد، (الجزائر)

ghellaimohammed@yahoo.fr

تاريخ النشر: 2024-06-01

تاريخ القبول: 2024-04-30

تاريخ الاستلام: 2024-03-17

DOI: <https://doi.org/10.70411/MJLS.2.2.2024106>

الملخص:

التغير والتحول سمة المجتمعات وتخضع له جميع الظواهر، ما يعني وجود قوى اجتماعية تسهم في حدوث التغير، بل إن التطور اللافت للإعلام والتكنولوجيا، والتغير النمطي في شكل الحياة، وتراجع مؤسسات التنشئة الاجتماعية في أدائها كان له الأثر السلبي على المجتمع الجزائري في ظاهرة الانحراف والإجرام سواء لدى البالغين أو الأحداث، والانحراف والإجرام كحصيلة لعدة عوامل اجتماعية متنوعة سواء التقليدية منها كالفقر والحديثة كالذكاء الاصطناعي والتطور التكنولوجي كبيئة اجتماعية خاصة يمكن أن تكون من أهم العوامل المؤثرة في هذه الظواهر.

الكلمات المفتاحية: تحول، انحراف، إجرام، تكنولوجيا، فساد، فقر، أسرة.

Abstract:

Change and transformation are a characteristic of societies, subjecting all phenomena to it, This implies the presence of social forces contributing to the occurrence of change. The remarkable development in media and technology, along with the patterned change in the form of life, and the decline in the performance of social upbringing institutions, had a negative impact on Algerian society in terms of the deviance and crime phenomenon among adults and juveniles. Deviance and crime are the result of various social factors, whether traditional like poverty or modern such as artificial intelligence and technological development. As a specific social environment can be among the most important influential factors in these phenomena.

Keywords: Transformation, Deviance, Crime, Technology, Corruption, Poverty, Family.

المقدمة:

مما لا شك فيه أن انتشار الجريمة في أي مجتمع ينتج عنها الكثير من المفاصد الأخلاقية، وانتشار الخوف وعدم الأمان لدى الأفراد، وتراجعا للاقتصاد والمشروعات وغيرها من المشكلات ، وهذا كله يتنافى مع قواعد بناء أي مجتمع، ومع استمرار هذه الأوضاع سينهار المجتمع، واليوم تشهد المجتمعات العديد من التحولات والتي تمس البنى المجتمعية، والجزائر كغيرها من المجتمعات النامية ارتقت مدارج لا بأس بها في سلم النمو خصوصا بعد بداية القرن 21، تميزت بحركية محسوسة في السنوات الأخيرة ما أدى إلى تغيرات على مستوى الأبنية والنظم الاجتماعية والثقافية، ومثابرة حكوماتها على العمل على رفع مستوى رفاهية وكفاية شعوبها من خلال ما تنفذه من خطط لإنعاش اقتصادها والقضاء على الجريمة بكل أشكالها، وتندرج هذه الجهود تحت مسمى التغيير المقصود أو المخطط جراء ما شهدته الجزائر من تحولات، فما هي بعض مظاهر التحول والتغير الاجتماعي التي ميزت المجتمع الجزائري، وما هي مخاطره على مستوى مسار ارتكاب السلوك الإجرامي؟

هذا ما سنتم دراسته من خلال الخطة الآتية في مبحث وحيد وسيقسم إلى:

المطلب الأول: الذكاء الاصطناعي وتكنولوجيات الإعلام والاتصال وانتشار جرائم الفساد

المطلب الثاني: ظاهرة الفقر في المجتمع الجزائري

المطلب الثالث: مظاهر التمايز الاجتماعي والتغير الأسري وبروز ظاهرة جنوح الأحداث

المطلب الأول:

الذكاء الاصطناعي وتكنولوجيات الإعلام والاتصال وانتشار جرائم الفساد

أدى التطور التكنولوجي وانتشار تكنولوجيا الإعلام والاتصال إلى ما يعرف بالإذاعة والتلفاز والقنوات التلفزيونية وأجهزة الكمبيوتر والذكاء الاصطناعي وظهور الرقمنة واستخدام الإنترنت... إلخ، وانتشار العولمة، كل هذه التحولات ساهم بهذا أو تلك في تغيير المجتمع وسلوكياته وأنماط الحياة التي كانت تقليدية، وأصبحت ما هي عليه الآن. ومن أبرز هذه الجرائم هناك ما يطلق عليه المخدرات الإلكترونية، الجريمة الإلكترونية... إلخ، حيث سيتم تحليل هذه العناصر من خلال الفرعين الأساسيين الآتين:

الفرع الأول:

الذكاء الاصطناعي وتكنولوجيات الإعلام والاتصال بأنواعها المختلفة

أولاً: بالنسبة للذكاء الاصطناعي ومخاطره المحتملة

أصبح الذكاء الاصطناعي بسرعة جزءاً لا يتجزأ من حياتنا اليومية، ما أدى إلى تغيير طريقة عملنا والتواصل والتفاعل مع العالم من حولنا، ومع استمرار تقدم الذكاء الاصطناعي وزيادة تطوره، من المهم مراعاة المخاطر والعواقب المحتملة المرتبطة بتطويره، ومن أسوأ السيناريوهات التي يمكن أن تنشأ عن التطور غير المنضبط للذكاء الاصطناعي، بدءاً من احتمال أن تسبب الأسلحة المستقلة (ذاتية التشغيل) الفوضى، إلى خطر تحول الذكاء الاصطناعي الخارق ضد الإنسانية، فنسلط بذلك الضوء على المخاطر المحتملة التي يجب أن نضعها في الاعتبار بينما يواصل البشر تطوير هذه التقنيات القوية والاعتماد عليها¹.

فهناك مخاوف من إمكانية استخدام الذكاء الاصطناعي لتوليد صور أو مقاطع فيديو أو صوتاً ونصوص مزيفة (التزييف العميق) باستخدام أدوات التعلم الآلي المتقدمة، ما من شأنه أن يؤدي إلى انتشار المعلومات المضللة على نطاقات ضخمة عبر الإنترنت، وهذا يمكن أن يقوض سلامة المعلومات ويقوض الثقة في مصادر الأخبار وفي نزاهة المؤسسات الديمقراطية.

ومن السيناريوهات المرعبة، أن ظهور التزييف العميق قد يدفع صناع القرار في مجال الأمن القومي في يوم من الأيام إلى اتخاذ إجراءات فعلية بناءً على معلومات خاطئة، ما قد يؤدي بدوره إلى أزمة كبيرة،

¹. علي جميل حرب، القضاء الدولي الجنائي المحاكم الجنائية الدولية، دار المنهل اللبناني للطباعة والنشر، بيروت، ط1،

أو أسوأ من ذلك: الحرب وسباق التسلح بالذكاء الاصطناعي، عندما يتعلق الأمر بالذكاء الاصطناعي والأمن القومي، فإن السرعة هي النقطة المهمة، لكنها أيضاً المشكلة؛ ولأن أنظمة الذكاء الاصطناعي تمنح مستخدميها مزايا سرعة أكبر فإن الدول التي تطور تطبيقاتها العسكرية تكتسب ميزة إستراتيجية، لكن في المقابل قد يكون بهذا الأمر خطورة بالغة قد يتسبب بها أبسط عيب في النظام والذي يمكن للمخترقين استغلاله.

ففي مثل هذا السيناريو، قد تؤدي الحاجة الملحة للفوز بسباق التسلح في مجال الذكاء الاصطناعي إلى عدم كفاية تدابير السلامة، ما يزيد من احتمالية إنشاء أنظمة ذكاء اصطناعي ذات عواقب غير مقصودة وربما كارثية.

كما يمكن في سيناريو آخر، من خلال استغلال بعض العيوب أو الثغرات في أنظمة الذكاء الاصطناعي، شن هجمات إلكترونية تؤدي إلى تعطيل البنية التحتية الحيوية للدول المتقدمة، أو سرقة بيانات حساسة لديها، أو نشر معلومات مضللة بين السكان بهدف إحداث بلبلة واضطراب شعبي، أو حتى تضليل أصحاب القرار بمعلومات مزيفة، كما ذكرنا في النقطة الأولى.

ومن المخاوف أيضاً نهاية الخصوصية والإرادة الحرة، ومع كل إجراء رقمي نتخذه فإننا ننتج بيانات جديدة: رسائل البريد الإلكتروني، النصوص، ما نحملة من الإنترنت، المشتريات، المنشورات، صور السلفي، نظام التوضع العالمي "جي بي إس"، ومن خلال السماح للشركات والحكومات بالوصول غير المقيد إلى هذه البيانات، فإننا نسلمها أدوات المراقبة والتحكم¹.

وللتخفيف من هذه المخاطر، يعمل الباحثون وصناع السياسات على تطوير طرق آمنة وموثوقة لتصميم ونشر أنظمة الذكاء الاصطناعي، ويشمل ذلك وضع مبادئ توجيهية أخلاقية لتطوير الذكاء الاصطناعي، وضمان الشفافية والمساءلة في صنع القرار الخاص بالذكاء الاصطناعي، وبناء الضمانات لمنع العواقب غير المقصودة، والعمل على تطوير أنظمة ذكاء اصطناعي شفافة وقابلة للتفسير، وتطوير أنظمة ذكاء اصطناعي تتماشى مع القيم الإنسانية؛ لإعطاء الأولوية لسلامة الإنسان ورفاهيته، ولتجنب الإجراءات التي من شأنها الإضرار بالبشر، وتحقيق التعاون متعدد التخصصات بمعالجة مخاطر الذكاء الاصطناعي. يتضمن ذلك الجمع بين الخبراء من مجالات عدة، مثل: علوم الحاسوب؛ والهندسة؛ والأخلاق؛

¹. علي جميل حرب، القضاء الدولي الجنائي المحاكم الجنائية الدولية، دار المنهل اللبناني للطباعة والنشر، بيروت، ط1،

والقانون؛ والعلوم الاجتماعية، للعمل معًا لتطوير حلول تعالج التحديات المعقدة التي يطرحها الذكاء الاصطناعي¹.

ثانيًا: تكنولوجيا الإعلام والاتصال بأنواعها المختلفة

ظهر مفهوم التكنولوجيا في القرن الماضي نتيجة التقدم الصناعي والتقني في المجالات المختلفة وعرفها "جليبريث": "بأنها التطبيق النظامي للمعرفة العلمية أو أية معرفة منظمة من أجل أغراض علمية"². وتظهر التكنولوجيا الحديثة للإعلام والاتصال من خلال الجمع بين الكلمة المكتوبة والمنطوقة والصور الساكنة والمتحركة بين الاتصالات السلكية واللاسلكية أرضية أو فضائية، ثم تخزين المعطيات وتحليل مضامينها وإتاحتها بالشكل المرغوب في الوقت المناسب والسرعة اللازمة³، ويُعرفها معالي فهمي حيدر بأن "التكنولوجيات الجديدة للإعلام والاتصال تشير إلى جميع أنواع التكنولوجيا المستخدمة في تشغيل ونقل وتخزين المعلومات في شكل إلكتروني، وتشمل تكنولوجيا الحاسبات الآلية، ووسائل الاتصالات وشبكات الربط وأجهزة الفاكس وغيرها من المعدات التي تستخدم بشدة في الاتصال"⁴.

ويُعد مجال تكنولوجيا الاتصال من المجالات التي شهدت خلال السنوات الأخيرة تطورًا سريعًا ومذهلاً، هذا التطور الذي ألقى بتأثيراته المباشرة على مختلف جوانب الحياة، وسواء كانت هذه التأثيرات إيجابية أو سلبية فقد كان لها وزنها الذي يُعبر عن فعاليتها كوسائل حديثة لا يمكن الاستغناء عنها، وأفضل دليل على ذلك أنها أصبحت تُعتبر المصدر الرئيسي للمعلومات حول الجريمة وآليات تنفيذها، باعتبارها النافذة الأكثر سهولة لاستيفاء كل ما يتعلق بالجرائم، فمهما تنوعت الجرائم ومهما اختلف مرتكبوها ومهما تباعدت مواقعها فإن وسائل الاتصال والتكنولوجيا الحديثة كفيلة بأن تجمعها بين يدي طالبها، وتقدمها له دونما عناء وبأبسط

¹. علي جميل حرب، القضاء الدولي الجنائي المحاكم الجنائية الدولية، دار المنهل اللبناني للطباعة والنشر، بيروت، ط1، 2010، ص27-28.

². علي جميل حرب، القضاء الدولي الجنائي المحاكم الجنائية الدولية، دار المنهل اللبناني للطباعة والنشر، بيروت، ط1، 2010، ص27-28.

³. علي جميل حرب، القضاء الدولي الجنائي المحاكم الجنائية الدولية، دار المنهل اللبناني للطباعة والنشر، بيروت، ط1، 2010، ص27-28.

⁴. علي جميل حرب، القضاء الدولي الجنائي المحاكم الجنائية الدولية، دار المنهل اللبناني للطباعة والنشر، بيروت، ط1، 2010، ص27-28.

وأسهل الطرق الممكنة، وقد تصل حتى إلى تقديم واقع افتراضي محاكي للواقع الحقيقي، كما أنها قد تضفي نوعاً من الإثارة على حيثيات الجريمة ومرتكبها، ما يشكل تشويهاً لمبدأ سلبية الجريمة¹.

وبالتالي فقد أصبح الحاسوب والهواتف الذكية أداة لارتكاب الجرائم المعلوماتية أو الإلكترونية، كما أن العديد من الجرائم تُرتكب عبر شبكة الإنترنت، فالجريمة المعلوماتية لا حدود جغرافية لها، ويتميز مرتكب الجريمة بأنه شخص ذو خبرة في مجال الحاسب الآلي مثل، المخترقون أو المتطفلون، أو مجرمو الحاسوب المحترفين، أو الحاقدين.

إن الجرائم الإلكترونية ظواهر إجرامية تفرع أجراس الخطر لتنبه مجتمعنا إلى حجم المخاطر والخسائر التي يمكن أن تنجم عنها، خاصة أنها جرائم ذكية تنشأ وتحدث في بيئة إلكترونية أو بمعنى أدق رقمية، يقترفها أشخاص مرتفعي الذكاء ويمتلكون أدوات المعرفة التقنية، ما يسبب خسائر للمجتمع ككل على المستويات الاقتصادية والاجتماعية والثقافية والأمنية. وإذا كانت مجتمعاتنا العربية لم تتأثر بشكل كبير من مثل هذه الظواهر الإجرامية، إلا أن هناك دولاً عربية كثيرة أضحت مهتمة بتلك الظواهر، ومفهومها القانوني، وسمات المجرم المعلوماتي، وهو ما سوف نحاول أن نتعرض له بشيء من التفصيل في هذا البحث محاولين أن نضع ولو لبنة صغيرة في الإطار التنظيمي والتشريعي في تلك المسألة².

إن التغيير أو التحديث غير المخطط له بما فيه الكفاية وغير المكيف مع مجتمع عانى من ويلات الاستعمار أكثر من قرن ونصف القرن، وما يزال يتكبد ويدفع ثمن تلك المأساة الإنسانية من أمية وفقير وآثار مدمرة خلفها الاستعمار، كان وللأسف مفروضاً علينا كسلعة مجبرين على اقتنائها، وكانت سرعته فوق مقدرة الفرد الجزائري على مسايرته وتحقيق التكيف الملائم مع بيئة هجينة، أصبحت غريبة عنه، بدا ذلك في كل العلاقات الاجتماعية دون استثناء، فعلى سبيل المثال لا الحصر أصبح خروج المرأة إلى العمل مقتضى عادي عند العامة من الناس، في حين كان هذا الأمر فترة زمنية قريبة ماضية غير مسموح به إطلاقاً، وكذلك أمور كثيرة لا يمكننا حصرها تُعبر عنها مقولة: "أصبح المقبول والمشروع رمزاً للتخلف والتعصب وحتى الخرافة، في حين أصبح ينظر لبعض المنبوز واللامشروع وحتى المحرم على أنه تحرراً من قيود لطالما قيدت الإنسانية"، وبين ذلك وذاك، وقف الفرد الجزائري حائراً أمام ما يراه فينظره ضالة عن

¹. علي جميل حرب، القضاء الدولي الجنائي المحاكم الجنائية الدولية، دار المنهل اللبناني للطباعة والنشر، بيروت، ط1، 2010، ص27-28.

². علي جميل حرب، القضاء الدولي الجنائي المحاكم الجنائية الدولية، دار المنهل اللبناني للطباعة والنشر، بيروت، ط1، 2010، ص27-28.

الطريق القويم أم يعارض ويوصف بصفات تحرمه بلوغ حاجته الفطرية الملحة للانتماء لهم، "صراع بين المحافظين والمجددين".

هذا الصراع أدى إلى تذبذب واضح في قيم الفرد الجزائري، وأدخل الجزائر برمتها في دوامة من المشاكل الاجتماعية والسياسية والاقتصادية، بدا ذلك واضحًا في تفاقم المشكلات الاجتماعية وانتشار الظاهرة الإجرامية، ومشكلات أخرى كثيرة ومتعددة لا يمكن حصرها.

لقد أحدثت وسائل الاتصال المتقدمة ما يمكن أن نسميه بالصدمة الحضارية في العديد من المجتمعات، ويبدو أن هذه المجتمعات خصوصًا في الدول النامية وفي المجتمعات المحافظة بما فيها مجتمعنا، قد باتت تخشى آثار هذا الاحتكاك الكبير بالثقافات الغربية للدرجة التي دفعت بالكثيرين إلى المناداة بالعودة إلى الماضي، والتمسك بثقافة السلف ونبذ كل المستحدثات أو الأفكار الجديدة، وفي هذا السعي للأخذ بما ينفعنا من المستحدثات والتكنولوجيات الجديدة عبورًا إلى العصرية مع الاحتفاظ بجوهر أصالتنا الحضارية.

وفي إطار قيمنا الدينية والأخلاقية، وهذا لن يتأتى إلا من خلال الدراسة العلمية الشاملة للقيم والاتجاهات والمعايير السائدة، ودراسة العوامل المؤثرة فيها وتقييمها تمهيدًا لتقييمها وتغييرها في ضوء ما هو مرغوب فيه، عن طريق الأجهزة التربوية والإعلامية؛ وذلك لبلوغ تحقيق التكامل بين عنصري الثقافة: العنصر المادي الذي يشمل وسائل الإنتاج والتكنولوجيا؛ والعنصر المعنوي الذي يشمل النظم الدينية والسياسية والاقتصادية والأفكار والمعايير والقيم الأخلاقية.

الفرع الثاني:

انتشار جرائم الفساد

الفساد ظاهرة قديمة عرفت البشرية على مر الأزمنة والعصور، إذ كانت العامل الأساسي في انهيار أغلب الحضارات والأنظمة السياسية على اختلافها، بل أنها أصبحت محركًا فعالًا للثورات والانقلابات في الوقت الراهن، وهي ظاهرة لا تعترف بالحدود الزمانية ولا المكانية، فوجودها لا يقتصر على مجتمع ما، أو دولة دون أخرى، فلا يوجد على وجه البسيطة مجتمع فاضل يخلو من الفساد والمفسدين.

وتُعتبر ظاهرة الفساد من أكبر الآفات انتشارًا في الوقت الراهن كونها؛ أحد أهم الأسباب التي تؤدي لضعف الدول داخليًا وخارجيًا، وهي في جوهرها حالة انحراف نتيجة لعدم احترام القانون، وتستخدم كلمة

“فساد” للتعبير عن عدد كبير من السلوكيات المجرمة مثل: الرشوة والابتزاز وتبييض الأموال، والإثراء غير المشروع¹.

وبدخول الجزائر في سلسلة من المعاهدات والاتفاقيات الدولية الحديثة العالمية ومتعددة الأطراف، وبعد مصادقتها على كثير من الاتفاقيات المنشئة لقواعد قانونية متميزة وخاصة، ونشير بالخصوص هنا إلى اتفاقية الأمم المتحدة لمكافحة الفساد، فقد تبني المشرع الجزائري ما جاء في هذه الاتفاقية فأصدر القانون رقم (01/06) المؤرخ في 20 شباط/فبراير 2006، والمتعلق بالوقاية من الفساد ومكافحته، ولذا سنتعرض لأهم ما جاء فيه، لذلك نجد أن المشرع الجزائري من خلال هذا القانون أعطى نوعاً من الخصوصية لجرائم الفساد، وذلك من خلال منح القضاء نوعاً من الفعالية في جزر تلك الجرائم بداية من تحريك الدعوى العمومية إلى غاية تطبيق العقوبة المقررة لتلك الجرائم بموجب هذا القانون².

وقد أخذت جرائم الفساد في العصر الحديث في الازدياد بشكل كبير ومطرد من حيث عددها ونطاقها؛ ويرجع هذا الازدياد السريع إلى أسباب عدة، منها التطور التكنولوجي الهائل في وسائل الاتصال والمواصلات بشكل لم تُعد أية دولة بمفردها قادرة على أن تكافح بنجاح كبير تلك النوعية من الجرائم، بل أصبحت هناك حاجة ماسة للتعاون الدولي في مواجهتها³.

كل هذا التطور الحاصل في ميدان الجريمة كان دافعاً وضرورة حتمية انطلق منها المشرع في مراجعة قانوني العقوبات وقانون الإجراءات الجزائية؛ بغرض استحداث قواعد إجرائية وموضوعية جديدة مناسبة لتحقيق الوقاية والمكافحة الفعالة لتلك الظواهر سيما ما تعلق منها بالفساد.

المطلب الثاني:

ظاهرتي الفقر والبطالة في المجتمع الجزائري

أصبحت ظواهر الفقر والبطالة والجوع منتشرة في الجزائر خصوصاً في الآونة الأخيرة بعد انتشار فيروس كورونا والأزمات السياسية والاقتصادية المتوالية على الدولة الجزائرية، إلى جانب ضعف القدرة

¹. علي جميل حرب، القضاء الدولي الجنائي المحاكم الجنائية الدولية، دار المنهل اللبناني للطباعة والنشر، بيروت، ط1، 2010، ص27-28.

². علي جميل حرب، القضاء الدولي الجنائي المحاكم الجنائية الدولية، دار المنهل اللبناني للطباعة والنشر، بيروت، ط1، 2010، ص27-28.

³. علي جميل حرب، القضاء الدولي الجنائي المحاكم الجنائية الدولية، دار المنهل اللبناني للطباعة والنشر، بيروت، ط1، 2010، ص27-28.

الشرائية وتراجع مدخول الفرد الجزائري، ما أدى إلى تفشي ظواهر وآفات خطيرة في المجتمع، قد تؤدي إلى تهديد حقيقي للأمن القومي والأمن الاقتصادي للجزائر، وفي خضم تلك الأزمات وجدت الدولة نفسها عاجزة أمام حل هذه المشكلات، لذا ستتم معالجة الفقر من خلال فرع أول ثم ظاهرة البطالة في المجتمع الجزائري في فرع ثانٍ .

الفرع الأول:

ظاهرة الفقر في المجتمع الجزائري

أثار موضوع الفقر اهتمام الباحثين في علم الإجرام منذ القدم وإلى يومنا هذا؛ من أجل تبين علاقة هذا العامل الاقتصادي الخاص بالظاهرة الإجرامية من الناحية الكمية والنوعية، ويُعتبر الفقر من المفاهيم المجردة والنسبية التي تحاول وصف ظاهرة اجتماعية واقتصادية بالغة التعقيد والتشابك من جهة، ومن جهة أخرى، تختلف باختلاف المجتمعات والفترات التاريخية وأدوات القياس، وكذا باختلاف الخلفيات الفكرية والأخلاقية لدارسيه من جهة ثالثة. ولعل هذا ما يفسر عدم التمكن من التوصل إلى تحديد علمي ودقيق له، والفقر لغة ضد الغنى، مثل القوة والضعف، والفقر لغة الرديئة، الفقير الذي لا شيء لديه ، والفقر الحاجة وفعله الافتقار¹.

ويُقصد بالفقر اصطلاحاً: عجز الموارد عن تغطية الاحتياجات الأساسية أو الضرورية للفرد²، ولعل هذا التعريف يكشف عن المفهوم النسبي للفقر، ذلك أن ما يُعد من قبيل الاحتياجات الأساسية الضرورية يختلف باختلاف الزمان والمكان سواء داخل المجتمع الواحد أو من مجتمع لآخر، فما يُعد داخل المجتمع ضرورياً اليوم ربما كان بالأمس ترفاً كامتلاك وسائل الإعلام المختلفة أو امتلاك السيارات والهواتف ، وكذلك ما يُعد ضرورياً في مجتمع معين قد يُعتبر من الكماليات في مجتمع آخر³.

لقد قيل في الفقر أشياء كثيرة، من قبيل: "كاد الفقر أن يكون كفراً"، و"لو كان الفقر رجلاً لقتلته"، ويروى عن سقراط أنه قال "الفقر هو أبو الثورات والجرائم"، يقول سقراط: "إن الفقر هو أبو الثورة وأبو الجريمة".

¹. علي جميل حرب، القضاء الدولي الجنائي المحاكم الجنائية الدولية، دار المنهل اللبناني للطباعة والنشر، بيروت، ط1، 2010، ص27-28.

². علي جميل حرب، القضاء الدولي الجنائي المحاكم الجنائية الدولية، دار المنهل اللبناني للطباعة والنشر، بيروت، ط1، 2010، ص27-28.

³. علي جميل حرب، القضاء الدولي الجنائي المحاكم الجنائية الدولية، دار المنهل اللبناني للطباعة والنشر، بيروت، ط1، 2010، ص27-28.

كما تحدث الفيلسوفان "أرسطو" و"أفلاطون" عن علاقة الفقر بالجريمة وقدا الكثير من الفرضيات والآراء حولها، وفي تقديرهما أن الفقر يُؤلّد لدى الفرد انفعالات متدنية لما يشعر به من الظلم وانعدام العدالة، وهذا بدوره يؤدي إلى الرذيلة وما الجريمة إلا واحدة من صورها.

وحديثاً قال "كلارك" إن جرائم الفقراء وجرائم الناس مسلوبي القوة غالباً ما تكون بسبب السخط والكره اتجاه الأغنياء، وإن الفقراء قد يُحملون حملاً على ممارسة الجريمة من أجل توفير الغنى والثروة وهذا يعني أن ظروف الفقر اللإنسانية هي التي تخلق من بين الفقراء من يتجه إلى ممارسة الجريمة¹.

وقد اختلف العلماء في مجال دراسات الجريمة حول تفسير الصلة بين الفقر وبين الظاهرة الإجرامية، فهناك من رأى أنه لا توجد للفقر أية صلة سببية بالسلوك الإجرامي، فبينما يرى العالم "فولد" أنه لا دور للفقر في الإجرام، يرى "ديتيليو" أن الفقر لا يشكل دافعاً للجريمة إلا بصورة عرضية، وأن الفقير الصالح لا يُقبل بصفة عامة على الجريمة مهما اشتد به الفقر ما لم يكن له تكوين إجرامي².

أما العالم البلجيكي "كتليه" فقد انتهى من دراساته للإحصاءات الجنائية الفرنسية إلى أن بعض المناطق الفقيرة في فرنسا مثل لكسمبورغ كانت أقل إجراماً من غيرها من المناطق، وأيدته بحوث كثيرة انتهت إلى النتائج نفسها، وفي الاتجاه نفسه هناك من قال إن السلوك الإجرامي والفقر يرجعان معاً إلى عامل واحد هو الشذوذ النفسي أو العضوي في تكوين الفرد، فالفقر والإجرام نتيجتان لسبب واحد، ولا يُعد أحدهما سبباً للآخر، بيد أن هذا الرأي مردود عليه بأن نسبة كبيرة من أفراد المجتمع من الفقراء لا يعانون شذوذاً وليسوا من المجرمين، في حين نجد أن كثيراً من هؤلاء لا يعانون شذوذاً ولا يشكون الفاقة والعوز³.

¹. علي جميل حرب، القضاء الدولي الجنائي المحاكم الجنائية الدولية، دار المنهل اللبناني للطباعة والنشر، بيروت، ط1، 2010، ص27-28.

². علي جميل حرب، القضاء الدولي الجنائي المحاكم الجنائية الدولية، دار المنهل اللبناني للطباعة والنشر، بيروت، ط1، 2010، ص27-28.

³. علي جميل حرب، القضاء الدولي الجنائي المحاكم الجنائية الدولية، دار المنهل اللبناني للطباعة والنشر، بيروت، ط1، 2010، ص27-28.

ولقد تطرف البعض إلى حد القول إن الفقر هو العامل المباشر الذي يقف وراء الجريمة، ومن بين مؤيدي هذا الرأي هم من أنصار المدرسة الاشتراكية، القائلين إن الفقر الذي يرجع إلى مساوئ التنظيم الاقتصادي في المجتمع الرأسمالي هو الذي يقف وراء الظاهرة الإجرامية¹.

ولا يتضمن القانون الجزائري تعريفاً محدداً للفقر، وبما أن الجزائر عضو في الجمعية العامة للأمم المتحدة وتعمل بمختلف القوانين الدولية، فيمكن إسقاط التعريف المعتمد دولياً لتحديد الفئة الفقيرة وأبعادها في الجزائر.

وتقول الأمم المتحدة إن "الفقر أكثر من مجرد الافتقار إلى الدخل أو الموارد أو ضمان مصدر رزق مستدام؛ لأن مظاهره تشمل الجوع وسوء التغذية وانحسار إمكانية الحصول على التعليم والخدمات الأساسية، إضافة إلى التمييز الاجتماعي والاستبعاد من المجتمع، وانعدام فرص المشاركة في اتخاذ القرارات، وبالنظر إلى بعض العناصر المحددة من طرف الأمم المتحدة، يجب الإشارة إلى أن الدستور الجزائري ينص على حق التغذية والتعليم والصحة...إلخ.

وبحسب منظمة الأمم المتحدة فإنه بحلول عام 2030، سيصنف كل شخص يعيش على 1.9 دولار (266 ديناراً جزائرياً) في اليوم ضمن من يعانون الفقر المدقع، وبالنظر إلى أن الحد الأدنى للأجور في الجزائر يقدر بـ 20 ألف دينار شهرياً، أي براتب 667 ديناراً في اليوم، فإن صاحب هذا الراتب لا يجب أن ينفقه على أكثر من شخصين حتى لا يصنف ضمن هذه الفئة، وهو ما لا يتطابق مع الواقع، إذ إن الأسرة الجزائرية الحديثة تتكون في الغالب من 5 أفراد، وهو رقم أقل مما كان يسجل سابقاً².

ويُعتبر الفقر من أبرز المشاكل الاقتصادية والاجتماعية التي تهدد استقرار الجزائر، وقد ساهم تنفيذ الإصلاحات الاقتصادية في الثمانينيات، وبرامج التعديل الهيكلي في التسعينيات في تفاقم ظاهرة الفقر وتدهور الأوضاع الاقتصادية والاجتماعية للفئات الضعيفة في ظل التحول من نظام اشتراكي اقتصادي إلى نظام تحكمه قواعد السوق ويضبطه قانون المنافسة، مع وجود جهاز إنتاجي ضعيف أثر سلباً على مستوى معيشة المواطن. ومن خلال الإصلاحات الاقتصادية المتخذة في الجزائر نجد إعادة الهيكلة التي تعتمد على استخدام الأساليب الإنتاجية كثيفة رأس المال ما أثر سلباً على مستوى التشغيل، بالإضافة إلى

¹. علي جميل حرب، القضاء الدولي الجنائي المحاكم الجنائية الدولية، دار المنهل اللبناني للطباعة والنشر، بيروت، ط1، 2010، ص27-28.

². علي جميل حرب، القضاء الدولي الجنائي المحاكم الجنائية الدولية، دار المنهل اللبناني للطباعة والنشر، بيروت، ط1، 2010، ص27-28.

اعتماد إجراء التصفية للمؤسسات المفلسة ومع تخفيض قيمة الدينار الجزائري، وتحديد الأسعار ورفع الدعم عن السلع الأساسية لسنة 1992، أدى إلى تراجع القدرة الشرائية للعملة وتدهور مستوى المعيشة للأفراد، لذلك فإن حوالي 14 مليون جزائري في حاجة إلى مساعدة اجتماعية، و 1.9 مليون جزائري نجد محتاجون منهم 370 ألفاً فقط يستفيدون من الحماية الاجتماعية، بالإضافة إلى 169 ألف بيت قصديري (الصفوح) مقامة على كامل التراب الوطني خاصة في المدن الكبرى و 136 ألف بيت غير صالح للسكن، جلها مهددة بالانهيار ومع ذلك تقطنه عائلات.

أصبح من المعترف به لدى الجميع اليوم، أن مشكلات الفقر لبلد ما من البلدان تؤثر وتشارك في زيادة أو التقليل من الظاهرة الإجرامية، ولا بُد هنا من أخذ مفهوم الفقر في علاقته بالسلوك الاجتماعي، فإن العمل على القضاء عليه من العوامل الأساسية للتقدم الإيجابي للبناء الاجتماعي، لهذا أخذت مسألة الفقر حجماً واسعاً في المجتمع الجزائري، ما يُعتبر عاملاً مساعداً في انتشار الظاهرة الإجرامية، وليس من قبيل الصدفة أن نلاحظ العلاقة الجدلية بين الجوع والامية والتخلف الاقتصادي¹.

ويزداد تذمر الجزائريين، خاصة من متوسطي ومحدودي الدخل، من تزايد الصعوبات المعيشية والخوف من المستقبل تعززه مؤشرات اقتصادية واجتماعية ضاغطة، والواقع يراوح مكانه، فيما تتجه توقعات الفقر والبطالة والتضخم نحو الارتفاع، وفي المقابل تزداد المخاوف على العملة المحلية، وبالنتيجة، يقبع الشارع الجزائري أمام معادلة صعبة.

فقد عادت المخاوف من ارتفاع الأسعار لتصدر المشهد الاقتصادي، وحملت بداية سنة 2022، أخباراً غير سارة عنوانها "تهاوي سعر صرف الدينار الجزائري أمام الدولار الأمريكي وتسجيل قفزات في الأسعار"، ما أثقل كاهل الأسر الجزائرية بعدما رأت أن قدرتها الشرائية تتهاوى في السنوات الأخيرة بفعل تدهور الدينار، الذي فقد ثلث قيمته منذ نهاية 2016².

¹. علي جميل حرب، القضاء الدولي الجنائي المحاكم الجنائية الدولية، دار المنهل اللبناني للطباعة والنشر، بيروت، ط1، 2010، ص27-28.

². علي جميل حرب، القضاء الدولي الجنائي المحاكم الجنائية الدولية، دار المنهل اللبناني للطباعة والنشر، بيروت، ط1، 2010، ص27-28.

الفرع الثاني:

ظاهرة البطالة في المجتمع الجزائري

تُعتبر البطالة ظاهرة شائعة في العالم، بالأخص في دول العالم الثالث، فهي مشكلة أثرت على المجتمعات من الناحية النفسية والاجتماعية، وعليه فإن توقف أو قعود الشخص عن العمل دون أن يكون له مورد رزق ثابت ووسيلة مشروعة لإشباع احتياجاته الأساسية تعني البطالة، وعادة ما ترجع البطالة إلى اختلال في التوازن بين عرض اليد العاملة والطلب عليها، أي حين يكون المعروض منها أكثر من المطلوب، ولعل أكثر ما ساعد على تضخيم حجم البطالة في الوقت الحاضر هو التوسع التكنولوجي في استخدام الآلة والأجهزة الحديثة التي تساهم في الاستغناء عن عدد كبير من اليد العاملة البشرية¹.

وقد تكون البطالة أو القعود عن العمل اختيارياً، متى كان الشخص قادراً على العمل ووجدت فرصته متاحة أمامه، ويُطلق البعض على هذا الفرض مسمى "التبطل"، وقد تكون جبرية وذلك إذا كان القعود راجعاً إلى انعدام فرصة العمل أمام الشخص لأسباب لا دخل له فيها، هذا الفرض الأخير هو الذي يفرق البطالة عن حالة العجز الشخصي عن العمل، التي تتحصل في عدم القدرة العمل لأسباب صحية أو عضوية، وهذا الفرض الأخير قلما يعني الباحثون في علم الإجرام؛ نظراً لأنه قلما يترتب عليها عوامل إجرامية تدفع إلى التردّي في سبيل الجريمة².

وتُعتبر البطالة من المشكلات التي يحسب لها ألف حساب لما لها من عواقب وخيمة قد تصل إلى الصراع والدمار كما هو الحال بالنسبة لبعض دول الربيع العربي التي علت فيها أصوات العاطلين عن العمل.

ومن أهم أسباب انتشار البطالة في الجزائر، نجد تخلي الدولة عن الالتزام بالتعيين لخريجي الجامعات، وتجميد التوظيف الحكومي، وتقليص دور الدولة في النشاط الاقتصادي، وسياسة الدولة في مساعدة الفقراء والعاطلين عن العمل والتي أصبحت تشكل مصدراً من مصادر الكسل والافتكال على ما يوفره القطاع العام

¹. علي جميل حرب، القضاء الدولي الجنائي المحاكم الجنائية الدولية، دار المنهل اللبناني للطباعة والنشر، بيروت، ط1، 2010، ص27-28.

². علي جميل حرب، القضاء الدولي الجنائي المحاكم الجنائية الدولية، دار المنهل اللبناني للطباعة والنشر، بيروت، ط1، 2010، ص27-28.

من فرص عمل¹، وهو الذي يُعتبر المشغل الرئيسي لليد العاملة، وهذا نتيجة طبيعية للطبيعة الريفية للاقتصاد.

ومنذ بداية ثورات الربيع العربي في كانون الثاني/يناير 2011، وبالتزامن مع الاحتياطات الكبيرة المجمعة خلال فترات ازدهار أسعار النفط، بدأت الحكومة تنفيذ مخطط كبير لتعزيز الأوضاع الاجتماعية لمواطنيها من خلال الإبقاء على سياسة دعم السلع الأساسية، وصرف زيادات في الأجور، وخلق واستحداث المزيد من فرص العمل، ورفع أجور عمال عقود ما قبل التشغيل وإدماج العديد منهم في وظائف دائمة، وتقديم الوكالة الوطنية لدعم وتشغيل الشباب (أونساج) منح قروض للشباب المقاول من أجل إنجاز مشاريعهم.

وركز أغلب الأشخاص الذين حصلوا على تلك القروض على الاستثمار في خدمات النقل ومشروعات أخرى غير مجدية اقتصاديًا وليست لها القدرة على تطوير الاقتصاد الوطني.

ورغم الامتيازات الكبيرة التي منحتها الحكومة للشباب من خلال تلك القروض، إلا أن العديد من المستفيدين تخلوا عن مشاريعهم، وهناك مستفيدون آخرون ما زالوا في نزاع مع البنوك بسبب عدم قدرتهم على سداد الأقساط المستحقة عليهم، وعندما تهاوت أسعار النفط جمدت الحكومة تمويل قائمة كبيرة من المشروعات، بالإضافة إلى تجميد التوظيف في القطاع العام، وهكذا وصلت الحكومة إلى مفترق طرق يصعب فيه الجمع بين السياسات الهادفة إلى تقادي الغليان الشعبي الذي قد يفجر ثورة تضاف إلى ثورات الربيع العربي والسياسات الهادفة إلى تقليل حدة أزمة انخفاض أسعار النفط².

وبالرغم من جميع المجهودات التي قامت بها الدولة الجزائرية من أجل خلق مناصب عمل، إلا أنها ما زالت تعاني من مشكل البطالة التي تُعتبر بابًا للانحراف والجريمة والهجرة الشرعية وغير الشرعية.

المطلب الثالث:

مظاهر التمايز الاجتماعي والتغير الأسري وبروز ظاهرة جنوح الأحداث

ضرورة حتمية نتيجة تفاقم الفقر والجوع والبطالة وتراجع القدرة الشرائية وتدهور الأوضاع الاقتصادية والاجتماعية، ما جعل أرباب الأسر عاجزين وغير قادرين عن توفير الاحتياجات العائلية. ونظرًا لانهماكهم

¹. علي جميل حرب، القضاء الدولي الجنائي المحاكم الجنائية الدولية، دار المنهل اللبناني للطباعة والنشر، بيروت، ط1، 2010، ص27-28.

². علي جميل حرب، القضاء الدولي الجنائي المحاكم الجنائية الدولية، دار المنهل اللبناني للطباعة والنشر، بيروت، ط1، 2010، ص27-28.

في العمل من أجل توفير لقمة العيش لأطفالهم، أدى ذلك بالضرورة إلى ظهور ما يعرف بعمالة الأطفال، وانتشار التسول، والتسرب المدرسي، وهذه الأمور قد تؤدي بالأطفال والقصر إلى ارتكاب جرائم وخروجهم عن المسار الحقيقي الذي من المفروض يكونون عليه، حيث سيتم في هذا المطلب تحليل مظاهر التمايز الاجتماعي والتغير الأسري وبروز ظاهرة جنوح الأحداث من خلال فرعين أساسيين.

الفرع الأول:

مظاهر التمايز الاجتماعي والتغير الأسري

تتم دراسة مظاهر التمايز الاجتماعي والتغير الأسري على التوالي:

أولاً: مظاهر التمايز الاجتماعي

التمايز الاجتماعي هو مفهوم اجتماعي يحدد تقسيم المجتمع إلى مجموعات من الأشخاص الذين يختلفون في وضعهم الاجتماعي، وتُظهر الأبحاث أن التقسيم الطبقي الاجتماعي متأصل في أي نظام اجتماعي، على سبيل المثال، في القبائل البدائية كان المجتمع مقسماً حسب العمر والجنس، وكان لكل منهم امتيازاته ومسؤولياته الخاصة، من ناحية كان على رأس القبيلة زعيم محترم ومؤثر مع حاشيته، ومن ناحية أخرى منبوذون يعيشون "خارج القانون"¹.

ويتحدث علماء الاجتماع عن التراتب الاجتماعي لوصف حالات اللامساواة التي تقوم بين الأفراد والجماعات في المجتمعات البشرية، وبهذا يكون الحديث عن التراتب الاجتماعي هو تقسيم المجتمع إلى طبقات أو شرائح، فتحتل فيه قمة الفئات التي تتمتع بأنواع عديدة من الامتيازات، بينما تبقى بعض الفئات في أدنى الهرم أو قاعدته، هذه الامتيازات تستحوذ عليها الفئات العليا للتراتب الاجتماعي لذلك فهي تجسد صورة لتمايز المجتمع².

وعلى الرغم من أن الوضعية المالية للدولة الجزائرية مريحة في السنوات الأخيرة، حيث شهدت أسعار البترول ارتفاعات متواترة، إلا أن جيوب الفقر ما فتئت تتنامى في المجتمع، فالرخاء المالي لم يتجسد ميدانياً، ولم يلمس العديد من الفئات في المجتمع الجزائري مثل هذا التحسن على مستوى الجبهة الاجتماعية، وهو ما يعمق من حدة الفوارق الاجتماعية على الرغم من أن الجزائر سجلت خلال السنوات الأربع الماضية

¹. علي جميل حرب، القضاء الدولي الجنائي المحاكم الجنائية الدولية، دار المنهل اللبناني للطباعة والنشر، بيروت، ط1، 2010، ص27-28.

². علي جميل حرب، القضاء الدولي الجنائي المحاكم الجنائية الدولية، دار المنهل اللبناني للطباعة والنشر، بيروت، ط1، 2010، ص27-28.

أعلى مداخيلها، تراوحت بين 18 و31 مليار دولار أمريكي، ومع ذلك تبقى الزيادات الطفيفة المسجلة في كتلة الأجور بعيدة عن الوفاء باحتياجات المواطن الجزائري البسيط الذي ما فتئ يستيقظ على وقع زيادات في أسعار المواد الاستهلاكية الضرورية، يحدث هذا في الوقت الذي تسجل فيه مداخيل الدولة أرقامًا قياسية في الارتفاع لاسيما مع الطفرة التي شهدتها أسعار البترول، غير أن ذلك لم ينعكس على واقع معيشة المواطن الجزائري الذي ما تزال قدرته الشرائية ضعيفة، بسبب البطء في التصرف، وتعقيد الإجراءات، وعدم الاكتراث بمصالح المجتمع والمواطنين، فالفساد وموروثات البيروقراطية يساهمان في تعطيل مشروعات النهضة الاقتصادية المنشودة، فالفساد يؤدي الفقراء بشكل غير مباشر؛ لأنه يعرقل النمو الاقتصادي، ويكرس عدم المساواة، ويلحق الأذى بتوزيع الإنفاق العام، ومن خلال قنوات أخرى عديدة فإنه يقف عائقًا أمام تخفيف حدة الفقر. وقد أظهرت الدراسات الأمبريقية أن الفقراء يدفعون نصيبًا من دخلهم على الرشاوى أكثر من الأغنياء، ويعتمدون على الخدمات العامة أكثر من الأغنياء، ولا يخلو المجتمع الجزائري من تفشي مظاهر التمايز الاجتماعي الفاحش أحيانًا، الذي ينعكس سلبيًا على التماسك الاجتماعي، فهذه الازدواجية في المجتمع الجزائري تنمي الشعور باللامساواة عند الفئة المحرومة من العمل الثابت، كما أنها تؤدي إلى استقرار شعور بالانتماء في النسيج الاجتماعي وإلى زيادة ظاهرة الإقصاء والإفقار عند هذه الفئات، والتي تؤدي حتماً إلى تفاقم الهامشية أو أكثر إلى الجريمة بكل أنواعها¹.

ثانياً: مظاهر التغير الأسري

إن المجتمع البدوي والريفي في الجزائر، كما في معظم بلدان العالم في تراجع مستمر بينما المجتمع الحضري في نمو وتزايد بسبب التحضر، حيث بلغت نسبة التحضر في الجزائر 58.3% عام 1997، مقارنة مع 7% سنة 1987، ما يعني أن السير السريع نحو تعميم نمط المعيشة الحضرية على السكان الجزائريين في غضون العشرية والعشرين سنة التي بعدها، إن هذا الانتقال من الريف إلى المراكز الحضرية أعطيناها مصطلح الحضرية فهي تعني أسلوب أو نمط حياة يتميز به سكان المدن وتفرضه الطبيعة الإيكولوجية والاجتماعية والثقافية، إن الحضرية مظهر من مظاهر التغير الأسري للأسر المهاجرة من المناطق الريفية إلى المراكز الحضرية، فالحضرية هي الحويلة النهائية لعملية التحضر أي هي تلك

¹. علي جميل حرب، القضاء الدولي الجنائي المحاكم الجنائية الدولية، دار المنهل اللبناني للطباعة والنشر، بيروت، ط1،

التغيرات الاجتماعية المصاحبة للتحضر بسبب إقامة الأفراد في المدن بغض النظر عن كيفية الوصول إما بالميلاد أو بالهجرة.

وهنا لا نقصد بالتغير الأسري الحاصل أنه ذلك التغير الكلي والراديكالي للأسر، لسبب بسيط أن التغير الحاصل للأسر الجزائرية عامة سواء ريفية أو حضرية فيما يخص التوسع الإعلامي والتغير البشري في النموذج الأسري حيث "إن التغير الذي عرفه المجتمع الجزائري هو تغير شامل طال جميع البنيات الريفية والحضرية على حد سواء، ويتجلى ذلك في الاختلافات البسيطة بين البيئتين اعتباراً للمراكز الحضرية تنظيم مفتوح تخضع في تسييرها إلى قوانين وقواعد تنظيمية، لذا فإن الأفراد والجماعات الاجتماعية المتواجدة فيها ترسم في ضوء ذلك إستراتيجية تحقق من خلالها قدرًا من المنفعة والتكيف، وإذا عدنا إلى البيئة الحضرية الجزائرية نجدها تتوفر على مجموعة من التناقضات التي تدفع الأسرة إلى التكيف معها، والمتمثلة في عجز الخدمات الحضرية مع نمط السكن الذي لا يتوافق مع الاحتياج وهذا ما يبعث على خلق فضاءات عمرانية فوضوية جديدة من أجل الإيواء، غالبًا ما يكون في الضواحي على أطراف التجمعات السكنية الجديدة، كل هذه الصعوبات تدفع إلى التمسك بالنسق الاجتماعي الأول والتي تطبع صورتها على البناء الاجتماعي للحياة الحضرية، وهذا يؤدي بنا إلى وضع فرض جديد وهو أنه ليس هناك فرقًا وتباينًا بين الحياة الريفية والحضرية فيما يخص الذهنيات، فالمجتمع الحضري ما زال في حد ذاته يحمل بعض الخصائص المتعلقة بالمجتمع الريفي، فالأسرة الحضرية تجمع بين الأنماط القديمة والجديدة ويبدو هذا من خلال الأدوار والوظائف التي يؤديها الأفراد، فتكثر مظاهر الجريمة والانحراف في البيئات الصناعية نتيجة استفحال المشكلات الاجتماعية في تلك البيئات، وتتجسد المشكلات الاجتماعية في تلك البيئات أو المدن الصناعية في تفسخ العائلة والطلاق وجنوح الأحداث، والأحياء المتخلفة والإدمان الكحولي والتفسخ الاجتماعي، هذه المشكلات تعرض الأفراد الذين يقعون في شباكها على ارتكاب أنواع الجرائم، لكثرة العناصر السكانية والفئات الإثنولوجية القومية التي تتكون منهما المدينة الصناعية، إن المدينة الصناعية نتيجة لخاصية الأيدي العاملة تستقطب أنواع العناصر والفئات السكانية والأقليات الإثنولوجية والقوميات الأجنبية، هذه الكثرة التعددية تجعل الأفراد والجماعات تنقسم على نفسها إذ تتضارب مصالحها وأهدافها، لذا فإن إخفاق الفرد في تحقيق هدفه يجعله لا يتردد عن القيام بالسلوك الإجرامي ضد الآخرين انتقامًا منهم فتزداد معدلات الجرائم في المجتمع الصناعي، لأن هذا المجتمع يوفر المناخ الإيجابي للمجرمين المحترفين وللشلل والعصابات الإجرامية، ويؤدي إلى ظهور الجرائم المنظمة لاسيما الجرائم الاقتصادية وجرائم المهنيين التي تُرتكب يوميًا بحق القانطين من أبناء المدينة الصناعية. إن المدينة الصناعية فيها مرتع للمجرمين ويتأثر

الأشخاص الأسوياء عندما يكونون على اتصال معهم، وعندما يحتك السوي بالمجرم المحترف فإنه سرعان ما يتأثر ويكتسب منه فنونه وخبراته وتجاربه الإجرامية، ويأخذ منه أخلاقه وقيمه ومقاييسه المنحرفة، ويتحلى بها حتى تصبح جزءاً لا يتجزأ من ذاتيته الشخصية، وبعد برهة من الزمن تسيطر القيم الإجرامية والمنحرفة على شخصية الفرد حتى تصبح قيماً سوية عنده. وهنا يبدأ الفرد بارتكاب أنواع الجرائم والمخالفات بحق المجتمع معتقداً بأنها أعمال سوية لا خلل فيها، مما ذكر نستنتج أن المدينة الصناعية بيئة ملائمة لظهور الجريمة وانتشارها.

الفرع الثاني:

بروز ظاهرة جنوح الأحداث

يشير مصطلح جنوح الأحداث إلى تورط المراهقين في سلوك غير قانوني عادة ما يكونون دون سن 18 عاماً وارتكاب فعل يُعتبر جريمة، ويُعرف الطفل بأنه جانح عندما يرتكب خطأ مخالفاً للقانون ولا يقبله المجتمع، لكن علماء الاجتماع ينظرون إلى مفهوم جنوح الأحداث على نطاق أوسع من خلال الاعتقاد بأنه يشمل عدداً كبيراً من الانتهاكات المختلفة للأعراف القانونية والاجتماعية من الجرائم البسيطة إلى الجرائم الجسيمة التي يرتكبها الأحداث¹.

إن وضع جرائم الأحداث التي أخذت أبعاداً خطيرة في السنوات الأخيرة في مجتمعنا الجزائري المعاصر، وذلك بالنظر إلى الإحصائيات الرسمية الصادرة عن الشرطة القضائية أو المحاكم أو مراكز إيداع الأحداث الجانحين وغيرها من النظم والمؤسسات المعنية بشؤون الأحداث والتي لا تبعث على الارتياح، وهو ما دفع بالسلطات لاتخاذ تدابير عاجلة للتكفل بهؤلاء الأحداث من خلال عزم السلطة التنفيذية على إنشاء ما يزيد على 15 مؤسسة عقابية جديدة تزود بأجنحة خاصة لإيداع الأحداث الجانحين، كما نجد أن التشريع الجزائري خص فئة الأحداث بجملة من القواعد والإجراءات الواجب اتباعها أثناء التعامل مع الحدث الجانح، وهذه القواعد المتميزة يغلب عليها الطابع التربوي والتعديبي أكثر منه عقابي وردعي هادفاً من وراء ذلك إلى حماية وتربية الحدث بما يتماشى وخصوصية سنه لإبعاده قدر الإمكان عن سلوك طريق الانحراف

¹. علي جميل حرب، القضاء الدولي الجنائي المحاكم الجنائية الدولية، دار المنهل اللبناني للطباعة والنشر، بيروت، ط1،

والإجرام، وعلاجه وتربيته إذا وقع فيها، ويكون بذلك المشرع الجزائري قد أخذ بالأساليب الحديثة لمعاملة الحدث مراعيًا من وراء ذلك مصلحة الطفل¹.

ومن أهم الاستنتاجات التي خلص إليها الباحثون من خلال ما سبق عرضه هي أنه ثمة حقيقة لا بُد من التأكيد عليها، مفادها أن التفكك الأسري يُعد من العوامل الأساسية المؤثرة في تفاقم ظاهرة جنوح الأحداث، والنتيجة أساسًا تحت وطأة تأثير التغيرات الاجتماعية التي أصابت المجتمع الجزائري المعاصر في ظل عصر العولمة، وما صاحبها من تحولات وتغيرات سريعة ومتلاحقة، أهمها ظهور ثورة تكنولوجيا المعلومات والاتصالات التي كان لها انعكاسات على تعقد الحياة الاجتماعية وتحول المجتمع وتطوره على الأُسعدة كافة، وعليه ومن أجل وقاية الأبناء من الجنوح ينبغي الحرص على تقوية الروابط الأسرية وحماية البيت الأسري من التصدع من خلال إرساء قيم التسامح والتكافل والتواصل والحوار الأسري، مع ضرورة اعتماد أسلوب التربية الإسلامية الصحيحة للأبناء وترسيخ القيم الدينية والأخلاقية في البيئة العائلية، وذلك لما لها من أثر كبير في حماية الأسرة من التفكك والانحلال الأخلاقي والروحي والتربوي وتفعيل دورها في تنشئة الأبناء تنشئة اجتماعية صالحة، على اعتبار أن الدين هو العنصر الأساسي في تكوين الأسرة الصالحة، فإذا غاب يغيب بذلك الأمن والحماية ويكون الجو الأسري مهينًا لجنوح الأحداث، وهذا من منطلق تلك الحقيقة البديهية المسلم بها كون أن الأسرة تُعد الخلية الأولى في المجتمع إذا صلحت تيسلح المجتمع كله وإذا فسدت يفسد المجتمع كله².

¹. علي جميل حرب، القضاء الدولي الجنائي المحاكم الجنائية الدولية، دار المنهل اللبناني للطباعة والنشر، بيروت، ط1، 2010، ص27-28.

². علي جميل حرب، القضاء الدولي الجنائي المحاكم الجنائية الدولية، دار المنهل اللبناني للطباعة والنشر، بيروت، ط1، 2010، ص27-28.

الخاتمة:

من خلال ما تم التطرق إليه في هذه الورقة البحثية المتواضعة، قراءة في بعض مظاهر التحول الاجتماعي في الجزائر وعلاقته بظاهرة الجريمة، نخرج بمجموعة من الاستنتاجات واقتراح مجموعة من الحلول والتوصيات كالاتي:

أولاً: النتائج

1. إن التغير والتحول الاجتماعي سمة من سمات الكون.
2. إن التغير يمس جوانب الحياة سواء منها المادية أو المعنوية بما فيها السياسية والاقتصادية والاجتماعية والثقافية...إلخ.
3. إن أي تغير يمس الأفراد والجماعات والمجتمعات، خاصة فئة الشباب الذي يعتبر متلقيًا ومتأثرًا بدرجة أكبر من غيره من الفئات.
4. كما أن تغير المجتمع مرتبط بالتحضر والتنمية والنمو والتقدم والتكنولوجيا والإعلام وأسلوب الحكم.
5. إن التغير يمس التنشئة الاجتماعية وطريقة الحياة، سواء نحو التقدم أو التأخر ومنه سلوك سبيل الجريمة التي تتطلب منا التحليل للواقع المعاش في الجزائر، وأهم تحولاته بمعطيات وإحصاءات دقيقة وواضحة للوصول إلى نتائج سليمة تساعد على معالجة أزمة السياسة الجنائية المعاصرة؛ لأن ثمة حاجة ملحة لتعبئة سياسية وثقافية حول متطلبات إصلاح القانون الجنائي لتخليصه من عيوبه الراهنة، واستعادة طبيعته المتميزة كنظام للضمانات ووظيفتها لأصلية أداة للحد من الإجرام ولحماية المصالح الأساسية للمجتمع وأفراده.
6. تبقى ظاهرة الجريمة مرتبطة بالأوضاع والظروف التي يمر بها المجتمع في ظل استخدام وسائل الاتصال الحديثة، وسيلة الانترنت نموذجًا توضح أن الرابطة الاجتماعية تمر بأزمة الضعف والتلاشي في المجتمع الجزائري، عند فئة الشباب فهي روابط اصطناعية وافتراسية مؤقتة، وأقل عمقًا وحميمية.
7. إن أي تغير يحدث قد يؤدي إلى ظهور نوع جديد من الإجرام وهذا ما نلاحظه في الجريمة الإلكترونية التي جاءت نتيجة لظهور الإنترنت.
8. إن انتشار الجريمة مرتبط بالتحويلات الاجتماعية، ولدراسة الظواهر الإجرامية لا بُد من دراسة المجتمع.

ثانياً: التوصيات

1. الدراسة المسبقة للتحول الذي سيمر به المجتمع في المستقبل وتهيئة الظروف للأجيال القادمة لحمايتها من مخاطر هذه التحولات الاجتماعية.
2. وضع قوانين جديدة تتماشى مع المتغيرات الاجتماعية وتطوراتها، بحيث لا تصبح القوانين الحالية عقيمة أمام التحولات التي يمر بها المجتمع وتطوراته.
3. أصبحت التكنولوجيا تؤثر في المجتمع، وبما أن الفرد هو الذي يؤثر ويتأثر، فعلى استغلال هذه التكنولوجيا للتأثير بشكل إيجابي في المجتمع وفي الفرد، والاستفادة من التكنولوجيا وخدماتها.

بيان تضارب المصالح:

يقر جميع المؤلفين أنه ليس لديهم أي تضارب في المصالح.

قائمة المصادر والمراجع:

أولاً: الكتب

1. ابن منظور، لسان العرب، ط 3، دار صادر، بيروت، 1949، ص 60.
2. عادل عبد العال إبراهيم خراشي، مكافحة جرائم الفساد في ضوء اتفاقية الأمم المتحدة بين القانون الوضعي والفقهاء الإسلامي - دراسة مقارنة، دار الجامعة الجديدة للنشر، الإسكندرية، 2016.
3. عبد الستار فوزية، مبادئ علم الإجرام وعلم العقاب، دون طبعة، دار المطبوعات الجامعية، الإسكندرية، 2007.
4. عبد الله الوريكات، مبادئ علم الإجرام، دار وائل للنشر والتوزيع، الأردن، 2008.
5. محمد ذبيان عزوي، الأسس النفسية لتكنولوجيا التعليم، عمان، 2000.
6. معالي فهمي حيدر، نظم المعلومات، مدخل لتحقيق الميزة التنافسية، الدار الجامعية، الإسكندرية، 2002.
7. معن خليل عمر، التفكك الاجتماعي، الطبعة الأولى، دار الشروق للنشر، عمان، 2005.
8. موسى عبد الله، وبلال أحمد حبيب، الذكاء الاصطناعي، ثورة في تقنيات العصر، المجموعة العربية للتدريب والنشر، القاهرة، 2019.

ثانياً: رسائل الدكتوراه والماجستير

1. خلف الله شمس الدين، اليات مكافحة الفساد في التشريع الجزائري، رسالة دكتوراه، كلية الحقوق، جامعة تبسة، 2021/2022.

ثالثاً: المجلات العلمية

1. تمزوت بلحول، وفضيل عبد الكريم، الفقر وعلاقته بالعوامل الاقتصادية والاجتماعية والديموغرافية في الجزائر، مجلة الرواق، العدد 9، المركز الجامعي غليزان، 2017.
2. جهاد الغرام، ظاهرة الجريمة وعلاقتها بالتحويلات الحاصلة في المجتمع الجزائري، مجلة التراث، العدد الرابع عشر - شهر حزيران/ يونيو -، جامعة زيان عاشور الجلفة، سنة 2014.
3. حسينة شرون، الأحكام الإجرائية والموضوعية المستحدثة في قانون الوقاية من الفساد ومكافحته، مجلة الحقوق والحريات، العدد 2، جامعة بسكرة، 2016.
4. دخان أمال، التوسع في تجريم أفعال الفساد بموجب قانون الوقاية من الفساد ومكافحته، مجلة الدراسات والبحوث القانونية، المجلد 6، العدد 2، جامعة المسيلة، 2021.

5. ربعة تمار، وناصر بودبرة، التمايز الاجتماعي والممارسات الاستهلاكية في الأسرة الجزائرية، مجلة الباحث في العلوم الإنسانية والاجتماعية، جامعة ورقلة، العدد 35، أيلول/سبتمبر، 2018.
6. الربيعي نوري إسماعيل، الحقل السياسي وتسربات اللاشعور الطبقي، دفاتر السياسة والقانون، العدد 13، جامعة ورقلة، حزيران/يونيو، 2015.
7. رتيبة طايبي، التغير الاجتماعي وأثره في بروز ظاهرة جنوح الأحداث في المجتمع الجزائري المعاصر، مجلة جيل العلوم الإنسانية والاجتماعية، العدد 70، جامعة البليدة 2، الجزائر.
8. سراء جبريل رشاد مرعي، "الجرائم الإلكترونية الأهداف - الأسباب - طرق الجريمة ومعالجتها"، المركز الديمقراطي العربي للدراسات الاستراتيجية السياسية والاقتصادية، برلين - ألمانيا، 2016.
9. شينار سامية، وبوتعني فريد، الجريمة في وسائل الاتصال وتكنولوجياته الحديثة بين الإثارة والتشويه والانحراف، مجلة المقدمة للدراسات الإنسانية والاجتماعية، كلية العلوم الإنسانية والاجتماعية، جامعة باتنة، العدد 11، كانون الأول/ديسمبر، 2021.
10. طاهري لخضر بن العيد، ظاهرة البطالة في الجزائر وآثارها الاجتماعية على المجتمع، مجلة الحوار الفكري، العدد 1، جامعة أدرار، 2023.
11. عبد الرحمان سولامية، استخدامات تكنولوجيا الاتصال الحديثة وانعكاساتها على نمط الحياة في المجتمع الريفي، مجلة العلوم الإنسانية والاجتماعية، جامعة باتنة، العدد 21، كانون الأول/ديسمبر، 2015.
12. عبد الرزاق الفارس، الفقر وتوزيع الدخل في الوطن العربي، مركز دراسات لوحدة العربية، بيروت، 2001.
13. عبد الوهاب شادي، فرص وتهديدات الذكاء الاصطناعي في السنوات العشر القادمة، مركز الأبحاث والدراسات المتقدمة، دورية اتجاهات الأحداث، العدد 27، الإمارات العربية المتحدة، 2018.
14. غلاي محمد، وممشاوي حفصة، محاضرات في علم الإجرام، منشورات رأس الجبل، قسنطينة، الجزائر، 2023.

رابعاً: مواقع الإنترنت

1. رماح الدلقموني، مستقبل الذكاء الاصطناعي..ما هي أسوأ مخاطره المحتملة؟ وكيف نتصدى لها؟، <https://www.aljazeera.net>، تاريخ الاطلاع يوم 2023/8/3، على الساعة منتصف النهار.

2. عبد الحفيظ سجال، الفقر في الجزائر 1 من بين كل 3 مواطنين يعيشون فقرًا مدقعًا، مقال عبر الإنترنت على الرابط: <https://www.noonpost.com/conten>، تاريخ الاطلاع يوم 2023/07/01، على الساعة 14 بعد الزوال.
3. حمزة كحال، معادلة الجزائر الصعبة، الأزمات المعيشية تتعمق وتزيد الفقر والبطالة، مقال على الرابط <https://www.alaraby.co.uk/economy> تاريخ الاطلاع يوم 2023/70/4 على الساعة العاشرة صباحا.
4. سهام معط الله، البطالة في الجزائر واقع ينخر في الاستقرار الأمني، مقال على الرابط: <https://www.alaraby.co.uk>، تاريخ الزيارة يوم 2023/07/05 على الساعة التاسعة صباحا.

نظرية الموظف الفعلي وتطبيقاتها في القانون الإداري
الفلسطيني

*The De Facto Employee Theory and its
Applications in Palestinian Administrative
Law*

أ. عبد الرحيم كريم عودة فرج
الجامعة العربية الأمريكية
(فلسطين)

نظرية الموظف الفعلي وتطبيقاتها في القانون الإداري الفلسطيني

The De Facto Employee Theory and its Applications in Palestinian Administrative Law

أ. عبد الرحيم كريم عودة فرج

الجامعة العربية الأمريكية، (فلسطين)

abdalfaraj2525@gmail.com

تاريخ النشر: 2024-06-01

تاريخ القبول: 2024-05-06

تاريخ الاستلام: 2024-03-19

DOI: <https://doi.org/10.70411/MJLS.2.2.2024107>

الملخص:

هدفت هذه الدراسة التعرف إلى نظرية الموظف الفعلي وتطبيقاتها في النظام الفلسطيني، وذلك من خلال دراسة ماهية هذه النظرية، والتعرف على مفهوميها، وكما سعت الدراسة إلى البحث في الحالات التي تنطبق فيها نظرية الموظف الفعلي، وأحكام تصرفات الموظف الفعلي، ومدى تطبيق هذه النظرية في فلسطين، وقد خرجت هذه الدراسة بعدد من النتائج أهمها أن نظرية الموظف الفعلي إحدى النظريات القضائية التي ابتدعها مجلس الدولة الفرنسي، وأن القضاء الإداري العربي أخذ بهذه النظرية، وأن هذه النظرية تهدف إلى حماية الغير حسن النية، ودوام سير المرافق العامة بانتظام واطرداء، وأن تصرفات الموظف الفعلي صحيحة حتى بعد زوال الظروف الاستثنائية، وإن الهدف من هذه النظرية لضمان سير المرافق العامة بانتظام واطرداء.

كما خرجت الدراسة بعدد من التوصيات أهمها اعتماد نظرية الموظف الفعلي وتبنيها بشكل واضح من خلال نص قانوني صريح، وعدم ترك الموضوع للاجتهاد القضائي وحده، وضرورة وضع الأسس العامة لها وتنظيمها تشريعياً.

الكلمات المفتاحية: الموظف الفعلي، نظرية، الوظيفة العامة، المرفق العام، ظروف استثنائية.

Abstract:

This study aimed to explore the theory of the de facto employee and its applications in the Palestinian system by examining the nature and concept of this theory. It also sought to investigate the cases where the theory of the de facto employee applies, the judgments regarding the actions of the de facto employee, and the extent of the application of this theory in Palestine. The study has yielded several significant findings, which the theory of the de facto employee is a judicial theory originated by the French Council of State and adopted by Arab administrative judiciary to protect the interests of Non-bona fide third parties and ensure the regular and continuous operation of public facilities.

Furthermore, it asserted that the actions of the de facto employee remain valid even after the exceptional circumstances have ceased, aiming to ensure the smooth and continuous operation of public facilities. Furthermore, the study also recommended, most importantly, the adoption and clear endorsement of the de facto employee theory through explicit legal provisions, avoiding leaving the matter solely to judicial discretion, and the necessity of establishing its general principles and legislative regulation.

Keywords: De Facto Employee, Theory, Public Function, Public Facility, Exceptional Circumstances.

المقدمة

تمارس الدولة نشاطها من خلال المرافق العامة لتحقيق الغاية التي أنشئت من أجلها، ويدير الموظفون العموميون المرافق العامة في الدولة وشؤون الدولة كافة، وتسيير العمل في أجهزتها المختلفة وعلى وجه التحديد إدارة المرافق العامة الإجبارية مثل مرافق الصحة والقضاء والتعليم والأمن.

فالإدارة بطبيعتها لا تستطيع أن تؤدي أهدافها إلا عن طريق شخص طبيعي آدمي يكون المعبر عن إرادتها، وهذا الشخص هو الموظف العام، وبذلك يعد الموظف العام الركيزة الأساسية لسير المرافق العامة على حسن أداء خدماتها، فهو الأداة لتحقيق المصلحة العامة، فلا يتصور وجود مرفق إداري دون موظفين يقومون بالعمل فيه.

ولكي يقوم الشخص بأعباء وظيفته يجب تكليفه من الجهة المتخصصة بذلك؛ لكي يكتسب صفة الموظف العام، والقاعدة العامة تقضي بأنه لا يحق للأفراد العاديين ممارسة مهمات الوظيفة العامة من دون تعيين أو انتخاب أو تفويض؛ لأنهم حينذاك يكونون مغتصبين لها وتقع جميع تصرفاتهم باطلة. وطالما كان لكل قاعدة استثناء فإن هناك استثناء يرد على هذا القاعدة يطلق عليه نظرية الموظف الفعلي، تبرر الحاجة لإدارة مرفق عام حيوي من قبل الأفراد دون توليهم الوظيفة بالطرق المنصوص عليها قانوناً، حيث تعد تصرفاته مشروعة استناداً إلى مبدأ ضرورة سير المرافق العامة بانتظام واطراد.

وتعد نظرية الموظف الفعلي خروجاً عن حدود الاختصاص للموظف العام، وهي من خلق وإبداع مجلس الدولة الفرنسي للمواءمة بين الاعتبارات التي تحيط بالمنازعات الواقعية المعقدة، ومصالح الأفراد وحفاظاً على سير المرافق العامة بانتظام واطراد، وحماية مصالح الغير حسن النية، ومن الصعب أن يقوم المواطن بالتأكد من الوضع الوظيفي للموظف العام، وتتبع أهميتها أيضاً من حمايتها للمصلحة العامة والخاصة على حد سواء، لذلك فإن دراسة الموظف الفعلي تهدف إلى استقرار المعاملات والحفاظ على الثقة في التعامل مع الموظف العام متى كانت الدلائل والعلامات والشواهد المحيطة بالأوضاع الظاهرة من شأنها أن تولد الاعتقاد لدى الغير بمطابقة الظاهر للقانون.

أهمية البحث:

تكمن أهمية البحث كون نظرية الموظف الفعلي هي فكرة جديدة بالدراسة والتعمق، حتى يمكن وضع الأسس العامة لها وتنظيمها تشريعياً، لما لها من دور مهم وفاعل في الحياة الإدارية، بما يكفل سير المرافق العامة بانتظام واطراد، وكما يسلط هذا البحث الضوء على نظرية الموظف الفعلي وتطبيقها على الواقع الفلسطيني، وذلك من خلال معالجة عدة قضايا من الناحية القانونية.

إشكالية البحث:

تتمحور إشكالية البحث حول ما مدى تطبيق نظرية الموظف الفعلي في فلسطين؟

أسئلة البحث:

1. ما هو مفهوم الموظف الفعلي وما الذي يميزه عن غيره من المصطلحات؟
2. ما هي حالات تطبيق نظرية الموظف الفعلي؟
3. ما هي أحكام تصرفات الموظف الفعلي؟
4. ماهي أهم تطبيقات الموظف الفعلي في فلسطين؟

أهداف البحث:

1. التعرف على مفهوم الموظف الفعلي وما يميزه عن غيره من المصطلحات.
2. التعرف على حالات تطبيق نظرية الموظف الفعلي.
3. التعرف على أحكام تصرفات الموظف الفعلي.
4. التعرف على أهم تطبيقات الموظف الفعلي في فلسطين.

منهجية البحث:

يعتمد هذا البحث على المنهج الوصفي التحليلي للنصوص القانونية التي تنظم نظرية الموظف الفعلي لفهم أبعادها، وهدف المشرع من ورائها وذلك من خلال إلقاء الضوء عليها بشكل أوسع.

خطة البحث:

تم تقسيم هذه الدراسة إلى مبحثين جاء المبحث الأول تحت عنوان "ماهية نظرية الموظف الفعلي"، وتم تقسيمه إلى مطلبين، عالج المطلب الأول مفهوم نظرية الموظف الفعلي، بينما تم تخصيص المطلب الثاني لحالات انطباق نظرية الموظف الفعلي، أما المبحث الثاني، فقد جاء تحت عنوان "تطبيقات نظرية الموظف الفعلي"، عالج المطلب الأول حكم تصرفات الموظف الفعلي، وتم تخصيص المطلب الثاني لتطبيق نظرية الموظف الفعلي في فلسطين.

المبحث الأول:

ماهية نظرية الموظف الفعلي

وضح الباحث في هذا المبحث مفهوم نظرية الموظف الفعلي، وذلك في مطلبين أساسيين هما على النحو الآتي:

المطلب الأول:

مفهوم نظرية الموظف الفعلي

تهدف الوظيفة العمومية إلى خدمة المواطنين وتحقيق المصلحة العامة طبقاً للقوانين والأنظمة. فإن القانون يشترط لاعتبار الشخص موظفاً عاماً أن يكون قد التحق بالوظيفة العامة وفقاً للشروط والأوضاع المقررة قانوناً لشغلها؛ بمعنى أن تقوم الجهات المختصة في الدولة بتقليد الشخص الوظيفة العامة بمقتضى قرار إداري، أو وفقاً لعقد استخدام تبرمه معه، أو بأية طريقة أخرى ينص عليها القانون.¹ وعليه فإن قرار التعيين في الوظيفة العمومية تحكمه العديد من المبادئ، فإن عدم توافر الصفة اللازمة لشغل الوظيفة العامة، ألا يكون الموظف صالحاً لممارسة أعمالها وتحمل أعبائها ومسؤولياتها، وعليه فإن شغل الموظف للوظيفة في هذه الحالة من شأنه أن يشوب تصرفاته بالانعدام. فقد استقر الفقه والاجتهاد القضائي على إضفاء الشرعية في بعض الحالات على التصرفات الصادرة عن من يتدخل في الوظيفة العامة دون توافر السند الصحيح نزولاً عند مقتضيات حماية الغير حسن النية، ودوام سير المرافق العامة بانتظام واطراد.² وقد أطلق الفقه على من يقوم بأعمال الوظيفة العامة في هذه الحالة اصطلاح "الموظف الفعلي"، فقد عرف العديد من الفقهاء الموظف الفعلي بعدة تعريفات. فمنهم من عرفه بأنه "هو من يتولى الوظيفة دون صدور قرار إداري من الجهة المختصة بتعيينه في وظيفته. واما لصدور قرار إداري بتعيينه، ولكن القرار مشوب بعيب يجعله غير صحيح"³

¹. عبد الله الشانبي، نظرية الموظف الفعلي والموظف الظاهر بين الفقه والقضاء، مجلة العلوم القانونية والشرعية، العدد

الثامن، كلية القانون جامعة الزاوية، ص 90

². محمد عبد الحميد أبو زيد، دوام سير المرافق العامة، رسالة دكتوراه منشورة، جامعة القاهرة، القاهرة/ مصر، عام

1975، ص 182_ 183

³. علي سلمان جميل، نظرية الموظف الفعلي وسلطة الأمر الواقع ومدى انطباقها في العراق، مجلة كلية المعارف

الجامعة، المجلد 31 العدد 2، الأنبار/ العراق، 2020، ص 372

وعرفه البعض بأن الموظف الفعلي "ذلك الذي يتولى وظيفة معينة دون سند شرعي أو دون سند إطلاقاً ويمارس صلاحيات الوظيفة كافة، ويصدر القرارات الإدارية التي تخوله إياها بحيث تعد تصرفاته مشروعة في الظروف الاستثنائية استناداً إلى مبدأ ضرورة سير المرافق العامة بانتظام واطراد، ما دامت هذه التصرفات كانت تستهدف تحقيق ذلك المبدأ".¹

كما عرفه البعض الآخر بأنه "ذلك الشخص الذي عين تعييناً معيباً، أو لم يصدر بتعيينه قرار إطلاقاً، وعلى الرغم من أن الأصل العام يقتضي بطلان الأعمال التي تصدر عنه، لصدورها من شخص غير مختص أو مغتصب ذلك القرار، إلا إن القضاء سلم بصحة تلك الأعمال في بعض الحالات وعلى أسس مختلفة".²

وخلص الباحث أن الموظف الفعلي هو ذلك الشخص غير المختص الذي لم يُقَلد الوظيفة العامة أصلاً أو كان قرار تقليده للوظيفة العامة معيباً من الناحية القانونية، أو كان موظفاً وزالت عنه صفته الوظيفية لأي سبب كان، أو هو من يباشر الوظيفة العامة تحت ضغط ظروف استثنائية أو دوافع سياسية أو اجتماعية أو بدافع المصلحة الوطنية. وبهدف عدم توقف المرافق العامة الحيوية وخاصة في أوقات الحروب وغياب السلطات العامة أو انحسارها، استناداً إلى مبدأ ضرورة سير المرافق العامة بانتظام واطراد. ومما يستنتج من هذه التعريفات، أن نظرية الموظف الفعلي ما هي إلا استثناء من أصل عام. والأصل في تولي الموظف العام للوظيفة العامة أن يكون وفقاً لإجراءات قانونية صحيحة.

ولذلك فإن الشخص الذي تولى مهمات إحدى الوظائف العامة على الرغم من عدم قيام الجهات المختصة بتعيينه للوظيفة، أو أنها قامت فعلاً بتعيينه لإحدى الوظائف؛ ولكن ليس وفق الإجراءات القانونية الصحيحة، عُدَّ موظفاً فعلياً.

ووفقاً لمقتضى هذه النظرية تعد تصرفات الموظف الفعلي الذي عين بشكل معيب أو لم يعين إطلاقاً تعد صحيحة؛ وذلك حماية للغير حسن النية، ودوام سير المرافق العامة بشكل دائم ومنظم. وكما تم الإيضاح سابقاً بأن التعيين في الوظائف تحكمه العديد من الشروط والإجراءات، فإنه لا بد من تمييز مفهوم الموظف الفعلي عن غيره من المفاهيم، ومنها مفهوم الموظف القانوني ومغتصب السلطة، وعليه يتوجب توضيح كل منها فيما يأتي:

¹ . حسام الدين مرعي، الموظف الفعلي والموظف الظاهر فقهاً وقضاءً، مجلة الدراسات القانونية والاقتصادية، كليات

الخليج للعلوم الإدارية والإنسانية، ص 11

² . سليمان الطماوي، مبادئ القانون الإداري، دار الفكر الجامعي، الطبعة الثانية، القاهرة/ مصر، 1979، ص 16

أولاً: الموظف القانوني

هو الموظف الذي يشغل الوظيفة القانونية ويمارس صلاحياتها، ويصدر القرارات الإدارية التي تخوله إياها تلك الوظيفة عقب تأهيل قانوني مشروع (تعيين أو انتخاب مشروع)، وفي الوقت الذي يكون هذا التأهيل قائماً¹.

ثانياً: مغتصب السلطة (منتحل الوظيفة العامة)

هو الشخص الذي يشغل الوظيفة ويمارس مهماتها دون أي تأهيل قانوني، فهو بذلك يدعي انتماءه للوظيفة العامة دون وجه حق، وتختلف الصورة العملية لمنتحل الوظيفة العامة في الظروف العادية عنها في الظروف الاستثنائية².

فإنه يتشابه كل من الموظف الفعلي والموظف القانوني بوجود تأهيل في شغل الوظيفة، ولكن يختلفان عن بعضهما البعض بمشروعية التأهيل، فالتأهيل موجود في الحالتين، فيكون التأهيل قانونياً ومشروعاً في حالة الموظف القانوني، بينما يكون التأهيل غير مشروع في حالة الموظف الفعلي وعدم المشروعية قد يكون منذ البداية كأن يعلن انتخاب أو تعيين أحد الأفراد خطأ ليشغل إحدى الوظائف العامة فيقطع في انتخابه أو تعيينه، ومن ثم يقضى ببطلان هذا الانتخاب أو التعيين غير المشروع، وقد تكون عدم مشروعيته التأهيل في حالة تفويض أحد الرؤساء الإداريين أحد مرؤوسيه تفويضاً مخالفاً للقانون في أن يزاول سلطاته. في حين أنه قد تكون عدم مشروعيته التأهيل لاحقة لإعلان الانتخابات أو التعيين كحالة انتهاء خدمات الموظف العام لأي سبب من الأسباب، أو في حالة حل المجالس أو انتهاء مدة الانتخاب أو التعيين³.

وبذلك يختلف الموظف القانوني والفعلي عن مغتصب السلطة بوجود التأهيل القانوني الذي يتجرد من أي تأهيل لمباشرة الوظيفة، وأن الموظف الفعلي يتصرف بموجب تأهيل غير قانوني، ويصدر القرارات الإدارية ضمن هذا الإطار، هكذا يختلف عن الموظف القانوني ويقترّب من مغتصب السلطة الذي يتجرد من أي تأهيل لمباشرة مهماته الوظيفية، ولكن يصعب في كثير من الأحيان التمييز بين الموظف الفعلي ومغتصب السلطة.

¹. علي خطار مبادئ القانون الإداري الأردني، مطبعة الجامعة الأردنية، عمان/الأردن، 1996، ص 279

². فرحان المساعيد، الموظف الفعلي وما يميزه في القانون الإداري، مجلة الحقوق، جامعة آل البيت، المجلد الثامن،

عمان/الأردن 186

³. علي خطار، مرجع سابق، ص 279

ألا أن معيار التمييز بينهما هو أن تأهيل الموظف الفعلي يكون ظاهراً، وعدم وجود تأهيل أصلاً أو أنه غير ظاهر في حالة منتحل الوظيفة الرسمية؛ أي أن الاعتراف بشرعية الموظف الفعلي ترجع إلى حماية الغير الذي يجهل تماماً عدم شرعية التأهيل وضمان استمرارية سير المرافق العامة بانتظام، وحتى يكون الغير جديراً بالحماية يجب أن يتوافر في اعتقاده شرعية شغل الوظيفة، وأن يكون الاعتقاد مبنياً على أسباب معقولة.¹

وبعد إيضاح مفهوم الموظف الفعلي وما يقابله من المفاهيم، لا بد من بيان الحالات الواجب مراعاتها للأخذ بنظرية الموظف الفعلي.

المطلب الثاني:

حالات انطباق نظرية الموظف الفعلي

لتطبيق نظرية الموظف الفعلي يشترط توفر عدة شروط، منها وجود ظروف استثنائية والمحافظة على استمرارية المرافق العامة، سيتم إيضاها على النحو الآتي:

أولاً: وجود ظروف استثنائية

أن الأساس القانوني لنظرية الموظف الفعلي في الظروف الاستثنائية تتمثل في الظرف الاستثنائي ذاته، لذا قد تواجه الإدارة في بعض الأوقات ظروفاً استثنائية تهدد سير عمل المرفق العام مثل الحروب والثورات، حيث يتغيب الموظفون عن العمل الوظيفي أو يتم هجر وترك المرافق العامة للدولة بلا عمل، فلا يوجد من يتولى تسيير المرافق العامة للدولة، فيأتي شخص عادي ليس له علاقة بالوظيفة العامة ويمارس العمل الوظيفي ويقوم بتصرفات وظيفية. وبذلك تحتم هذه الظروف الاستثنائية جهة الإدارة أن تعهد إلى هؤلاء الأشخاص بالخدمة العامة، إذ لا يتسع أمامها الوقت لاتباع أحكام الوظيفة العامة في شأنهم.

الأمر الذي يجبر الإدارة على اتخاذ بعض الإجراءات التي تعد غير مشروعة في الظروف العادية حماية للنظام العام وحسن سير المرافق العامة، فتضفي على إجراءاتها تلك صفة المشروعية الاستثنائية على الرغم من غياب النصوص القانونية النازمة لحالة وجود الظروف الاستثنائية في التشريع الفلسطيني.

¹. فرحان المساعيد، الموظف الفعلي وما يميزه في القانون الإداري، مرجع سابق، ص 187.

فالإدارة تبقى مسئولة في ظل الظروف الاستثنائية على أساس الخطأ الذي قد يقع منها، غير أن الخطأ في حالة الظروف الاستثنائية يقاس بمعيار آخر، ويوزن بميزان مغاير لذلك الذي يوزن به في ظل الظروف العادية، فيستلزم القضاء فيه أكبر من الجسامة.¹

ولعل أهم الإجراءات التي تتخذها الإدارة الأخذ بنظرية الموظف الفعلي بهدف حماية النظام العام وحسن سير المرافق العامة.

إلا أنه من الممكن تطبيق نظرية مشابهة لنظرية الموظف الفعلي في الظروف العادية، وعليه فإن الأساس القانوني لنظرية الموظف الفعلي في الظروف العادية هو فكرة الظاهر، كأساس الاعتراف بشرعية الأعمال والتصرفات الصادرة عن الموظف الفعلي وترتيبها لمختلف الآثار القانونية، يعود إلى ما يتمتع به ذلك الموظف في الظروف العادية من مظاهر خارجية تؤدي لإيهام المتعاملين معه وتدفعهم هذه المظاهر إلى الاعتقاد بصحة شغل الموظف للوظيفة، فالاعتداد بالظاهر يستهدف توفير الأمن والاستقرار في المجتمع، وضمان سير المرافق العامة بانتظام واطرد؛ لأن توفير الأمن يتعلق بالثقة في التعامل مع الإدارة، وهذه الثقة قد تختل إذا لم ترتب تصرفات الإدارة مع الأفراد مختلف آثارها في الأحوال التي توحى بصحة تلك التصرفات، الأمر الذي قد يدفع الأفراد إلى العدول عن التعامل مع الإدارة، وهذا بلا شك سيؤثر على المرافق العامة، ويفقد الثقة بها من جانب الأفراد.²

بناءً على ما سبق فإنه يطلق على هذه النظرية المشابهة لنظرية الموظف الفعلي مفهوم نظرية الموظف الظاهر الذي يدفع الإدارة للأخذ بنظرية الموظف الظاهر في الظروف العادية، ليس بهدف حماية النظام العام وحسن سير المرافق العامة فقط، وإنما كذلك استناداً إلى فكرة الظاهر وحماية المواطنين الذين تعاملوا مع هؤلاء الموظفين الظاهرين بحسن نية لعدم وضوح حقيقة أمرهم.

ثانياً: المحافظة على استمرارية العمل بالمرافق العامة

بالإضافة إلى الظروف الاستثنائية يشترط لتطبيق نظرية الموظف الفعلي أن يكون لغرض دوام سير المرافق العامة.

¹. حسام الدين مرعي، الموظف الفعلي والموظف الظاهر فقهاً وقضاءً، مرجع سابق، ص 12

². عثمان أبو مسامح، عمران أبو مسامح، نظرية الموظف الفعلي دراسة قانونية على الواقع الفلسطيني، فلسطين، بحث منشور، 2023م.

بحيث تكون الغاية من تطبيق النظرية هي ضمان استمرار سير المرافق العامة بانتظام واطرداء، وحماية للجمهور الذي يتعامل مع الإدارة، ولا تمكنه الظروف من معرفة حقيقة الموظف الذي يتعامل معه، فتكون الحاجة ماسة إلى الاستعانة بمن يقومون بتسيير العمل حرصاً على تأدية الخدمات للمنتفعين بالمرافق العام. فضرورة سير المرافق العامة بانتظام واضطراد تقتضي الاعتراف بسلامة التصرفات الصادرة عن الأفراد الذين يتدخلون في إدارة المرافق العامة، مادامت تلك التصرفات تهدف إلى استمرار سير المرافق العامة؛ نظراً لأهمية الخدمات التي تقدمها تلك المرافق، وتعلقها في معظم الأحيان بالحاجات الأساسية للمواطنين، والمرتبطة بحياتهم اليومية.¹

المبحث الثاني:

تطبيقات نظرية الموظف الفعلي

إن الموظف الفعلي هو الركيزة الأساسية لسير المرافق العامة على أحسن أداء فلا بد أن تكون التصرفات الصادرة عن الموظف الفعلي مشروعة، ولا بدنا لنا من الغوص في تطبيقات نظرية الموظف الفعلي في الواقع الفلسطيني، وأثر الانقسام على نظرية الموظف الفعلي؛ وذلك من خلال هذا المبحث الثاني حيث تناول الباحث حكم تصرفات الموظف الفعلي في (المطلب الأول)، ومن ثم سيخصص (المطلب الثاني) لتطبيق نظرية الموظف الفعلي في فلسطين.

المطلب الأول:

حكم تصرفات الموظف الفعلي

تعد تصرفات الموظف الفعلي صحيحة استناداً لمبدأ دوام واستمرارية المرافق العامة، فالحكم بطلان تصرفات الموظف الفعلي قد يلحق ضرراً جسيماً بجمهور الأفراد المتعاملين مع الموظف الفعلي الذين اعتمدوا عن حسن نية على المظاهر الخارجية التي تسمح بتأكيد الظن بتوافر صفة الموظف العمومي لهذا الشخص، وحتى تقوم الإدارة بممارسة أعمالها بشكل صحيح عليها الاستناد لعدة وسائل ومن هذا الوسائل القانونية أولاً (إصدار القرارات الإدارية)، ثانياً (إبرام العقود الإدارية).

¹. عبد الله البطوش، نظرية الموظف الفعلي فقهاً وقضاءً، ماجستير منشورة، جامعة مؤتة، الكرك/الأردن، عام 2006، ص

أولاً: إصدار القرارات الإدارية

تحتل القرارات الإدارية مكاناً بارزاً في مجال ممارسة الوظيفة تعد من أهم مظاهر امتيازات السلطة العامة التي تتمتع بها الجهات الإدارية عن طريقها تتمكن هذه الجهات من التعبير عن سلطتها الأمر وإرادتها المنفردة الملزمة، وذلك بما تصدره من أوامر للأفراد وبما تمنحه لهم من حقوق ونقرض عليهم من التزامات، كما يجب أن يتوافر في القرار الإداري العناصر المطلوبة لصحته كافة، وأهمها العنصر الشخصي؛ أي يجب تحديد الأفراد الذين لهم إصدار القرارات الإدارية والأفراد الذين لا يجوز لهم إصدار القرارات الإدارية.¹

1. صدور القرار الإداري من الموظف الفعلي

أن الموظف الفعلي هو الشخص الذي لا يملك صفة الموظف الفعلي أو كان يملك صفة الموظف العام ولكن سقطت عنه، وبالنظر إلى القضاء الإداري الفرنسي هو الذي ابتدع نظرية الموظف الفعلي؛ وذلك للتخفيف من الغلو في إلغاء القرارات الإدارية الصادرة من غير الموظفين بحيث عدّ القضاء الفرنسي الأعمال الصادرة من الأشخاص العاديين كما لو أنها صادرة من موظفين عامين؛ وذلك لحماية المتعاملين مع جهة الإدارة ولحسن سير المرافق العامة.²

2. صدور القرار الإداري من شخص لا يتمتع بصفة الموظف العام

تتجلى هذه الفكرة في أن فرداً لا ينتمي للإدارة وليس له أية صفة أو صله لاتخاذ قرار إداري ومع ذلك يعطي لنفسه حق الاختصاص في إصدار قرارات إدارية؛ أي أن هذه الأعمال التي يقوم بها هؤلاء الأفراد أو تلك الهيئات الخاصة ليس لها أية قيمة، وتعد اغتصاباً للسلطة وتكون هذه القرارات معدومة ولا يترتب عليها أي أثر قانوني، ولا يجوز وصفها بأنها قرارات إدارية ففي هذه الحالة يعد القرار الصادر مشوباً بمخالفة جسيمة ويكون معدوماً.³

بما أن صدور القرار من فرد عادي لا علاقة له بالإدارة يكون مشوباً بعيب عدم الاختصاص الجسيم؛ إلا أنه يستثنى من ذلك نظرية الموظف الفعلي، وهي نظرية من ابتكار القاضي الإداري لتكون سنداً يصوغ مشروعية القرارات الصادرة من هذا الموظف تحقيقاً للمصلحة العامة، بحيث تعد القرارات والتصرفات الصادرة منه سليمة وقانونية ومنتجة لأثارها.

¹ . محمد الحراري، أصول القانون الإداري الليبي، المكتبة الجامعية الزاوية، 2010م، ط6، ص543.

² . محمد الحراري، أصول القانون الإداري الليبي، مرجع سابق، 356.

³ . خالد الزعبي، القرار الإداري بين النظرية والتطبيق، دار الثقافة للنشر والتوزيع، الأردن، ص77.

ثانياً: إبرام العقود الإدارية

إن العقود الإدارية يحكمها نظام قانوني مختلف عن مبادئ القانون المدني فإن القانون الإداري يضع على الإدارة التزامات وقيود بصورة إجراءات قد لا يتبعها الأفراد فيما بينهم كما قد يقع على عاتق من تعاقد مع الإدارة التزامات كثيرة تتطلبها فكرة المصلحة العامة التي يعلو بها القانون على المصلحة الخاصة للمتعاقد مع الإدارة.¹

إن العقود الإدارية التي يبرمها الموظف الفعلي في الظروف الاستثنائية صحيحة حتى بعد زوال الظروف الاستثنائية وعودة الموظفين الرسميين للعمل الوظيفي مره أخرى، ولا يجوز بأية حال من الأحوال أبطاله أو فسخه أو إنهاؤه، وترجع أسباب اعتبار تصرفات الموظف الفعلي بأنها سليمة ويعتد بها أعمالاً لمبدأ سير المرفق العام بانتظام واطراد.²

المطلب الثاني:

تطبيق نظرية الموظف الفعلي في فلسطين

أن الواقع الفلسطيني هو واقع استثنائي لا يرقى إلى تطبيق نظرية الظروف الاستثنائية عليه، لانعدام توافر شروطها، غير أن الانقسام الفلسطيني جعل منه واقعاً استثنائياً، فلا بد لنا من دراسة السلطات الثلاث لتطبيق نظرية الموظف الفعلي:

أولاً: السلطة التشريعية

أن المجلس التشريعي يتم انتخابه انتخاباً عاماً حراً ومباشراً من الشعب، بيد أن الملاحظ أن مدة المجلس التشريعي الحالي تجاوزت الأربع سنوات؛ وذلك بسبب عدم إجراء انتخابات تشريعية جديدة، حيث نصت المادة (47) من القانون الأساسي الفلسطيني "بأنه تنتهي مدة ولاية المجلس التشريعي في حال أداء أعضاء المجلس الجديد المنتخب اليمين الدستورية.."³ مما يعطي شرعية دستورية للمجلس التشريعي الحالي. وفيما يتعلق بالتوكيلات وتطبيق نظرية الموظف الفعلي عليها، نلاحظ أنها تتمثل في حالة الاختصاص الظاهر لموظف قانوني؛ أي تتعلق بموظف رسمي لا شك في إجراءات توليته أو تمتعه بصفة الموظف العام بحيث تتجاوز اختصاصات وظيفته للقيام ببعض التصرفات التي تخرج عن إطارها مما كان يقتضي بطلانها لعدم الاختصاص، كما وتعد التوكيلات غير دستورية وغير قانونية استناداً إلى القاعدة لا

¹ . محمود الجبور، العقود الإدارية، دار الثقافة للنشر والتوزيع، عمان، ط1، 2010م، ص55.

² . أسعد طه أحمد، نظرية العقد الإداري في الفقه والقضاء، مذكرات لطلبة دبلوم القانون العام، جامعة الزاوية، ص13.

³ . القانون الأساسي الفلسطيني المعدل لسنة 2003.

تفويض و/ أو إنابة في الاختصاصات الدستوري إلا بناء على نص دستوري يجيز ذلك.¹ إلا أنه من الممكن الخروج من هذا الخلاف بإصدار قانون من المجلس التشريعي يجيز إنابة النواب لبعضهم البعض خاصة في ظل الظروف التي يمر فيها الواقع الفلسطيني، أو تعديل النظام الداخلي للمجلس التشريعي الفلسطيني بما يجيز ذلك.

ثانياً: السلطة التنفيذية

أ. رئيس السلطة الوطنية الفلسطينية:

تتكون السلطة التنفيذية من رئيس السلطة الوطنية الفلسطينية والوزارة، كما أخذ النظام الفلسطيني بثنائية السلطة التنفيذية على الرغم من أفراد باب مستقل لرئيس السلطة الوطنية الفلسطينية، حيث نصت المادة (36) من القانون الأساسي على أن "مدة رئاسة السلطة الوطنية الفلسطينية هي أربع سنوات، ويحق للرئيس ترشيح نفسه لفترة رئاسية ثانية على ألا يشغل منصب الرئاسة أكثر من دورتين متتاليتين.." نلاحظ من خلال نص المادة المذكور أعلاه أن رئيس السلطة الفلسطينية قد تجاوز المدة الممنوحة له وفق القانون الأساسي لتوليته رئاسة السلطة، ونلاحظ أيضاً أن الرئيس مازال متمسكاً بمنصبه إلى وقتنا الحالي حيث تجاوزت مدة توليه (11) إحدى عشرة سنة، وهذا يدل على أن ذلك اختراق واضح لنص القانون الأساسي، وبالتالي فإن ولايته انتهت، وغير دستورية طبقاً لأحكام نص المادة المذكور أعلاه من القانون الأساسي.

ب. الوزراء

نصت المادة (1/66) من القانون الأساسي على أنه "فور اختيار رئيس الوزراء لأعضاء حكومته يتقدم بطلب إلى المجلس التشريعي لعقد جلسة خاصة للتصويت على الثقة بهم بعد الاستماع والانتهاج من مناقشة البيان الوزاري المكتوب الذي يحدد برنامج وسياسة الحكومة، على أن تعقد الجلسة في موعد أقصاه أسبوع من تاريخ الطلب..."، يتضح لنا من خلال نص المادة المذكور أعلاه أنه لكي يكون تشكيل الحكومة وفق القانون الأساسي لا بد أن تؤدي اليمين الدستورية أمام رئيس السلطة الفلسطينية، وذلك بعد الحصول على الثقة من البرلمان وقبل مباشرة أعمالها، وبتسليط الضوء على الواقع الفلسطيني فإنه لم تعرض الحكومة على المجلس التشريعي لنيل الثقة.

¹ . ماجد راغب الحلو، نظرية الظاهر للقانون الإداري، مجلة الحقوق والشرعية بالكويت، العدد الأول من السنة الرابعة،

يناير 1980، ص 130 وما بعدها.

نلاحظ في هذه الحالة أن الحكومة غير دستورية وغير قانونية، إلا أنها تمارس أعمالها على الرغم من عدم دستورتها، وبالتالي تعد هذه الحالة من حالات نظرية الموظف الفعلي في الظروف العادية (بطلان التولية)، وعلى الرغم من بطلان قرار التعيين لانطوائه على أكثر من عيب من عيوب القرار الإداري (عيب في الشكل لعدم اتباع الشكليات والإجراءات التي يتطلبها القانون لصحة التعيين، وعيب في المحل لمخالفة قرار التعيين للقانون) تعد تصرفاتها خلال فترة ممارستها الفعلية لأعمال الحكومة صحيحة، وذلك استناداً إلى الظاهر وحماية للمواطنين وإعمالاً لقاعدة استمرار سير المرافق العامة بانتظام واطراد.

وفيما يتعلق بأعماله وتصرفاته الصادرة عنه في أثناء شغل الوظيفة مشروعة، ما دام أنها غير مشوبة بأحد أوجه عدم المشروعية أسوة بالأعمال والتصرفات التي يقوم بها الموظفون الرسميون الذين تقلدوا الوظيفة العامة طبقاً لأوضاعهم القانونية، وذلك حماية لمصالح الغير الذي تعامل معه واعتمد على المظاهر الخارجية التي توحي فعلاً بأنه موظف قانوني، أما الأعمال والتصرفات الصادرة بعد صدور الحكم بإلغاء التعيين أو الانتخاب فلا تعد بالطبع صحيحة، وإنما تصبح تصرفات باطلة حيث لا يلتبس في هذه الحالة عذر حسن النية، والجهل بعدم مشروعية هذه التصرفات.¹

ثالثاً: السلطة القضائية

إن نظرية الموظف الفعلي وفي أثناء تطبيقها على السلطة القضائية نجد أنها تنطبق في عدة حالاتها عدم التولية، وبطلان التولية، والاستمرار غير المشروع في الوظيفة، والاختصاص الظاهر لموظف قانوني) حيث تعد التصرفات الصادرة عن موظفي السلطة القضائية صحيحة ومشروعة استناداً إلى فكرة الظاهر وحماية للمواطنين، بالإضافة إلى الحفاظ على سير المرافق العامة بانتظام واطراد، ونلاحظ أن أثر الانقسام قد وصل إلى التأثير على السلطة القضائية، فبإيعاز من حزب استتكتف القضاة عن أعمالهم وبقرار من آخر تم تعيين آخرين بدلاً منهم، وبهذا أصبحت السلطة القضائية ليست بمعزل عن دوامة الانقسام والمصالح الحزبية وأصبحت التعيينات بناء على المصالح لا على أساس قانوني سليم، وبالتالي أصبحت السلطة القضائية بمعزل عن القانون والاستقلال.²

¹ . عثمان أبو مسامح، عمران أبو مسامح، نظرية الموظف الفعلي دراسة قانونية على الواقع الفلسطيني، وفيق شحاتة،

مبادئ القانون الإداري، دار النشر للجامعات المصرية، 1955، ص168.

² . عثمان أبو مسامح، عمران أبو مسامح، نظرية الموظف الفعلي دراسة قانونية على الواقع الفلسطيني، فلسطين، بحث منشور، 2023م.

الخاتمة:

تناولت هذه الدراسة موضوع نظرية الموظف الفعلي، وحالات انطباق نظرية الموظف الفعلي، وأحكام تصرفات الموظف الفعلي، وتطبيقات نظرية الموظف الفعلي في فلسطين، نظراً لأهمية هذا الموضوع من الناحية العلمية والعملية.

وقد خلص الباحث في هذه الدراسة إلى جملة من النتائج والتوصيات الآتية:

أولاً: النتائج

1. تعد نظرية الموظف الفعلي إحدى النظريات القضائية التي ابتدعها مجلس الدولة الفرنسي، وقد تبناها القضاء الإداري العربي، وتهدف هذه النظرية إلى حماية الغير حسن النية، ودوام سير المرافق العامة بانتظام واطراد.
2. تصرفات الموظف الفعلي صحيحة حتى بعد زوال الظروف الاستثنائية، ويرجع ذلك لضمان سير المرافق العامة بانتظام واطراد.

ثانياً: التوصيات

1. اعتماد نظرية الموظف الفعلي وتبنيها بشكل واضح من خلال نص قانوني صريح، لكثرة تطبيقاتها في مجال الوظيفة العامة، وعدم ترك الموضوع للاجتهاد القضائي وحده.
2. ضرورة وضع الأسس العامة لها وتنظيمها تشريعياً، لما لها من دور مهم وفاعل في الحياة الإدارية، بما يكفل سير المرافق العامة بانتظام واطراد.

بيان تضارب المصالح:

3. يقر جميع المؤلفين أنه ليس لديهم أي تضارب في المصالح.

قائمة المصادر والمراجع

أولاً: الكتب القانونية

1. سليمان الطماوي، مبادئ القانون الإداري، دار الفكر الجامعي، الطبعة الثانية، القاهرة/ مصر، ١٩٧٩.
2. علي خطار، مبادئ القانون الإداري الأردني، مطبعة الجامعة الأردنية، عمان/ الأردن، ١٩٩٦.
3. عثمان أبو مسامح، د. عمران أبو مسامح، نظرية الموظف الفعلي دراسة قانونية على الواقع الفلسطيني، وفيق شحاتة، مبادئ القانون الإداري، دار النشر للجامعات المصرية، 1955.
4. خالد الزعبي، القرار الإداري بين النظرية والتطبيق، دار الثقافة للنشر والتوزيع، الأردن..
5. محمود الجبور، العقود الإدارية، دار الثقافة للنشر والتوزيع، عمان، ط1، 2010م

ثانياً: رسائل الماجستير

1. عبد الله البطوش، نظرية الموظف الفعلي فقهاً وقضاءً، ماجستير منشورة، جامعة مؤتة، الكرك/الأردن، عام ٢٠٠٦.

ثالثاً: مجلات علمية

1. عبد الله الشانبي: نظرية الموظف الفعلي والموظف الظاهر بين الفقه والقضاء، مجلة العلوم القانونية والشرعية العدد الثامن، كلية القانون جامعة الزاوية.
2. علي سلمان جميل، نظرية الموظف الفعلي وسلطة الأمر الواقع ومدى انطباقها في العراق، مجلة كلية المعارف الجامعة، المجلد 31 العدد 2، الأنبار/ العراق، 2020
3. حسام الدين مرعي، الموظف الفعلي والموظف الظاهر فقهاً وقضاءً، مجلة الدراسات القانونية والاقتصادية، كليات الخليج للعلوم الإدارية والإنسانية.
4. فرحان المساعيد، الموظف الفعلي وما يميزه في القانون الإداري، مجلة الحقوق، جامعة آل البيت، المجلد الثامن، عمان/الأردن.
5. ماجد راغب الحلو، نظرية الظاهر للقانون الإداري، مجلة الحقوق والشرعية بالكويت، العدد الأول من السنة الرابعة، يناير 1980.

مكافحة التهرب الضريبي وفقاً للقانون الفلسطيني

Combatting Tax Evasion in Palestinian Law

أ. داليا الشروف
جامعة القدس
(فلسطين)

مكافحة التهرب الضريبي وفقاً للقانون الفلسطيني

Combating Tax Evasion in Palestinian Law

أ. داليا الشروف

ماجستير قانون عام/جامعة القدس، (فلسطين)

Daliashrouf57@gmail.com

تاريخ النشر: 2024-06-01

تاريخ القبول: 2024-05-06

تاريخ الاستلام: 2024-03-20

DOI: <https://doi.org/10.70411/MJLS.2.2.2024108>

الملخص:

يتمحور هذا البحث حول مكافحة التهرب الضريبي وفقاً للقانون الفلسطيني، ويهدف بشكل رئيس إلى التعرف على كيفية معالجة المشرع الفلسطيني لجريمة التهرب الضريبي من حيث العقوبات التي يفرضها ومناقشتها وتحليلها، وبذلك تنبع أهمية هذا البحث من ضرورة البحث في القوانين الضريبية المعاصرة وأهم القضايا والمشكلات التي تعترض السياسات الضريبية؛ نظراً للأهمية التي تتمتع بها الضريبة في السياسة المالية للدولة. ويتبع هذا البحث المنهج الوصفي التحليلي للإجابة على الإشكالية التي تدور حول التساؤل الرئيس الذي ينص على: كيف عالج المشرع الفلسطيني التهرب الضريبي، وفقاً للقرار بقانون رقم (8) لسنة 2011م بشأن ضريبة الدخل وتعديلاته¹؟

وتوصل هذا البحث إلى مجموعة من النتائج، من أهمها: يعتري القرار بقانون رقم (8) لسنة 2011م بشأن ضريبة الدخل الفلسطيني بعض المآخذ القانونية ومنها؛ أنه منح صلاحيات واسعة لمدير دائرة ضريبة الدخل قد تشكل خطراً من مخاطر الفساد الإداري من جانب كما في المادة (38) منه، وقد تشكل اعتداء على صلاحيات النائب العام من جانب آخر كما في المادة (4/33). وكان من أهم التوصيات التي خرج بها البحث: ضمان حق وصول المواطن للمعلومات ومعرفة أوجه صرف المبالغ الضريبية، لزيادة الشفافية

¹. قرار بقانون رقم (8) لسنة 2011م بشأن ضريبة الدخل، المنشور في العدد 0 من الوقائع الفلسطينية، بتاريخ

2011/10/24، ص0.

والمعدل بموجب القرار بقانون رقم (4) لسنة 2014م بشأن تعديل القرار بقانون رقم (8) لسنة 2011م بشأن ضريبة الدخل، المنشور في العدد 106 من الوقائع الفلسطينية، بتاريخ 2014/04/10، ص15.

وبموجب القرار بقانون رقم (14) لسنة 2016م بشأن تعديل قرار بقانون ضريبة الدخل رقم (8) لسنة 2011م وتعديلاته المنشور في العدد 123 من الوقائع الفلسطينية، بتاريخ 2016/07/31، ص3.

والنزاهة وزيادة ثقة المواطن بالدولة، ومراجعة وتطوير القرار بقانون رقم (8) لسنة 2011 بشأن ضريبة الدخل الفلسطيني لمعالجة الملاحظات القانونية التي تعترضه.

الكلمات المفتاحية:الضريبة، التهرب الضريبي، ضريبة الدخل، قانون ضريبة الدخل الفلسطيني، مكافحة التهرب الضريبي.

Abstract:

This research revolves around combating tax evasion according to Palestinian law, primarily aiming to understand how the Palestinian legislator addresses the crime of tax evasion in terms of the penalties imposed, discussed, and analyzed. Thus, the significance of this research stems from the necessity to explore contemporary tax laws and the key issues and problems facing tax policies, given the importance of taxation in the state's financial policy.

The research follows a descriptive-analytical approach to answer the problem revolving around the main question which states: How did the Palestinian legislator address tax evasion, according to Law No. (8) of 2011 regarding income tax and its amendments?

This research has yielded several findings, among the most important of which are that Law No. (8) of 2011 regarding Palestinian income tax raises some legal concerns. Including, it grants wide-ranging powers to the director of the Income Tax Department, which may pose a risk of administrative corruption, as outlined in Article (38) thereof. Additionally, it may encroach upon the powers of the public prosecutor, as stated in Article (33/4).

One of the key recommendations of this research is to ensure citizens' right to access tax information and knowledge of how tax amounts are spent to increase transparency, integrity, and citizen trust in the state. Furthermore, the study suggests reviewing and developing Law No. (8) of 2011 regarding Palestinian income tax to address the legal observations it faces.

Keywords: Tax, Tax Evasion, Income Tax, Palestinian Income Tax Law, Combating Tax Evasion.

المقدمة:

تعد الضريبة أداة مهمة من أدوات السياسة المالية، ومن أهم مصادر الدخل العام في النظام المالي للدولة، وقد اتسعت أهداف الضريبة لتشمل أهدافاً اقتصادية، واجتماعية، وسياسية، فلم يعد دورها يقتصر على الهدف المالي فقط. وعلى الرغم من أهمية الضريبة ودورها في تغذية الخزينة العامة للدولة إلا أن الدول تواجه الكثير من المشكلات في تحصيلها، ومن أهم العقبات التي تواجه الدول في سبيل تحصيل الضرائب ظاهرة التهرب الضريبي، والتي من خلالها لا يلتزم المكلف بأداء الضريبة المستحقة عليه متبعاً أساليب تنطوي على الغش والاحتيال ضاراً بذلك إيرادات الخزينة العامة للدولة. ويعد التهرب الضريبي جريمة اقتصادية تمس الاقتصاد الوطني للبلاد، والتي لا تضر بمدخولات الخزينة العامة فحسب؛ بل تتعارض مع أهم المبادئ الضريبية وهو مبدأ العدالة، لذلك لا بد من وجود أدوات فاعلة للحد من التهرب الضريبي إلى جانب وجود عقوبات رادعة لمكافحته.

أهمية البحث:

تتبع أهمية هذا البحث من ضرورة البحث في القوانين الضريبية المعاصرة، وأهم القضايا والمشكلات التي تعترض السياسات الضريبية، وأهمها ظاهرة التهرب الضريبي؛ نظراً للأهمية التي تتمتع بها الضريبة في السياسة المالية للدولة، وأهمية معالجة المشكلات الناجمة عنها؛ سعياً وراء تحقيق نظام ضريبي فعال، وتحقيق العدالة الضريبية.

إشكالية البحث:

تعد المشكلات المالية من أكثر المشكلات التي تعاني منها المجتمعات، وقد ارتبطت الثورات بالثورات على مر العصور، حيث أن أي عمل من قبل السلطة العامة في الدولة يمس الذمة المالية للمواطنين يُجابه بالرفض، ولعل الضريبة تعد من أكثر الواجبات المالية رفضاً من قبل الأشخاص، فيسعون جاهدين للتخلص من العبء الضريبي بمخالفة القانون أو التحايل عليه؛ فإن لم يكن هناك نظام عقوبات ضريبي فعال فلن تتمكن الدولة من التغلب على ظاهرة التهرب الضريبي والحد منها. وتدور إشكالية البحث حول التساؤل الرئيس الآتي:

كيف عالج المشرع الفلسطيني التهرب الضريبي، وفقاً للقرار بقانون رقم (8) لسنة 2011م بشأن ضريبة الدخل وتعديلاته؟

أسئلة البحث:

يتفرع عن إشكالية البحث التساؤلات الآتية:

1. ما مفهوم التهرب الضريبي، وما هي أنواعه؟
2. ماهي الطبيعة القانونية لجريمة التهرب الضريبي؟
3. ما هي العقوبات المترتبة على جريمة التهرب الضريبي وفقاً لقانون ضريبة الدخل الفلسطيني؟

أهداف البحث:

1. التعرف إلى مفهوم التهرب الضريبي وأنواعه.
2. تحديد طبيعة جريمة التهرب الضريبي.
3. التعرف إلى العقوبات التي يفرضها المشرع الفلسطيني على التهرب الضريبي ومناقشتها وتحليلها.

منهج البحث:

اتبعت الدراسة المنهج الوصفي التحليلي، في الوقوف على مفهوم جريمة التهرب الضريبي وأنواعها، وتحديد طبيعتها، ووصف وتحليل النصوص القانونية المتعلقة بعقوبة التهرب الضريبي في القانون الفلسطيني.

تقسيم البحث:

اقتضت الغاية من هذا البحث تقسيمه إلى مبحثين على النحو الآتي:

المبحث الأول: ماهية جريمة التهرب الضريبي

المطلب الأول: مفهوم التهرب الضريبي وأنواعه.

المطلب الثاني: طبيعة جريمة التهرب الضريبي.

المبحث الثاني: عقوبة التهرب الضريبي في قانون ضريبة الدخل الفلسطيني

المطلب الأول: عقوبة الغرامة.

المطلب الثاني: عقوبة الحبس.

المبحث الأول:

ماهية جريمة التهرب الضريبي

تمثل الضريبة استقطاعاً جبرياً من أموال الأفراد، ونظراً لما يتسم به هذا الاستقطاع من إلزام وجبرية تلجأ شريحة كبيرة من الأفراد إلى تفاديها بطرق مختلفة؛ منها ما هو مشروع، ومنها ما يعد جريمة مُعاقباً عليها.¹

ويعد التهرب الضريبي ظاهرة عامة تعاني منها معظم دول العالم وتنتشر بشكل كبير في الدول النامية، وهذه الظاهرة منتشرة بشكل كبير في فلسطين على الرغم من عدم وجود تحديد دقيق لحجمها، ولها أكبر الأثر في العجز الضريبي في الموازنة العامة، وبالتالي فإن تجاهل ظاهرة التهرب الضريبي وعدم مكافحتها يشجع الفساد في هذا المجال.²

وفي هذا المبحث نتعرف إلى مفهوم التهرب الضريبي، وأنواعه، وتحديد طبيعته. وذلك في مطلبين على النحو الآتي:

المطلب الأول:

مفهوم التهرب الضريبي، وأنواعه

أولاً: مفهوم التهرب الضريبي

التهرب الضريبي هو جريمة ضريبية، وتتميز الجريمة الضريبية عن سائر الجرائم بأنها تتضمن اعتداءً على مصلحة الخزينة العامة للدولة،³ وتُعرف الجريمة الضريبية بأنها كل مخالفة للقوانين الضريبية التي تفرض على المكلفين عملاً أو امتناعاً لتحديد وعاء الضريبة.⁴

وقد اختلف الفقهاء في تعريف التهرب الضريبي، ويعود السبب في ذلك إلى أن مفهوم التهرب يختلف من دولة إلى أخرى تبعاً لاختلاف سياستها الاجتماعية والاقتصادية والسياسية.⁵

¹. سلطان الخنة، الأحكام الفقهية للتهرب الضريبي، مجلة كلية الدراسات الإسلامية، العدد 35، ص1889.

². الإلتلاف من أجل النزاهة والمساءلة "أمان"، تقرير حول التهرب الضريبي، 2017، ص2.

³. أحمد سرور، الجرائم الضريبية، دار النهضة العربية، بدون طبعة، القاهرة، 1990، ص35.

⁴. المرجع سابق، ص36.

⁵. رنا العصور، التهرب من ضريبة الدخل في الأردن، ط1، مطابع الشمس، عمان، 1990، ص72.

وجديرٌ بالذكر أن المشرع الفلسطيني لم يتطرق إلى تعريف التهرب الضريبي في القرار بقانون رقم (8) لسنة 2011م بشأن ضريبة الدخل وتعديلاته؛ إنما ذكر الحالات التي تعد تهرباً وعقوباتها. ويمكن تعريف التهرب الضريبي بأنه: "الإفلات من دفع الضريبة كلها أو بعضها من خلال مخالفة المكلف لأحكام القانون عمداً".¹

وبعبارة أخرى التهرب الضريبي هو سعي المكلف للتخلص من التزامه القانوني بأداء الضريبة المستحقة عليه؛ أي أنه على الرغم من تحقق الواقعة المنشئة للضريبة فإن المكلف يعتمد إلى سلوك طرق احتيالية للتخلص من عبئها، وعدم سدادها للخزينة العامة للدولة.²

والمتهرب من الضريبة هو كل شخص طبيعي أو اعتباري تُستحق عليه الضريبة حسب أحكام القانون ولم يقدّم بالوفاء بها.³

نلاحظ من التعريفات السابقة أن جريمة التهرب الضريبي تقع سواء أتهرب المكلف من أداء الضريبة بأكملها أم تهرب من أداء جزء منها؛ فلا عبء لحجم الضريبة إنما العبء في فعل التهرب. ويؤخذ على التعريفات السابقة أنها ركزت على مخالفة المكلف للقوانين الضريبية حتى يتحقق التهرب الضريبي، وبذلك فقد أغفلت هذه التعريفات لنوع التهرب الضريبي الذي لا ينضوي على أية مخالفة للقانون إنما يكون باستغلال ثغرات القانون، أو باتباع أساليب مشروعة للتهرب من أداء الضريبة دون مخالفة أحكام القانون.

ويمكن تبرير اقتصار التعريفات على مخالفة المتهرب القانون في أنها اقتصرت على تناول فعل التهرب الضريبي غير المشروع الذي يعد جريمة بمخالفة أحكام القانون سواء أكان في إطار فقهي أم قانوني؛ ولذلك لم تتناول التهرب المشروع الذي لا يعد جريمة، وبذلك لا تترتب عليه عقوبة. ويستخلص الباحث من التعريفات السابقة الشروط التي تتحقق بها جريمة التهرب الضريبي: فجريمة التهرب الضريبي تقع بمخالفة

¹. إيهاب منصور، العقوبات الضريبية ومدى فاعليتها في مكافحة التهرب من ضريبة الدخل الفلسطينية، رسالة ماجستير في

المنازعات الضريبية، جامعة النجاح الوطنية، نابلس - فلسطين، 2004م، ص 73.

². رنا العصور، مرجع سابق، ص 74.

³. صخر الجنيدي، نحو قانون عقوبات ضريبي يواجه تحديات العصر، ط 1، دار الثقافة للنشر والتوزيع، 2004، ص 79.

المكلف لقواعد القانون، متخلصاً بذلك من عبء الضريبة، عن طريق اللجوء إلى إحدى الطرق الاحتياطية. فلا بد أن تتوافر هذه الشروط الثلاثة حتى نقول بتحقيق جريمة التهرب الضريبي.¹

ثانياً: أنواع التهرب الضريبي:

يمكن تقسيم التهرب الضريبي وفقاً لعدة معايير؛ من حيث مشروعيته، ووفقاً لمعيار حجمه، ووفقاً لمعيار مكان حدوثه، على النحو الآتي:

1. التهرب الضريبي من حيث مشروعيته:

التهرب الضريبي قد لا يقع مخالفاً للقانون وفي هذه الحالة يكون التهرب مشروعاً، وقد يقع مخالفاً لأحكام القانون ويكون حينئذٍ غير مشروع ويسمى بالغش الضريبي.² والغش الضريبي - من وجهة نظر الباحثة - هو أي فعل ينضوي على الخداع وأساليب الاحتيال للتهرب من أداء الضريبة بأكملها أو تخفيف الوعاء الضريبي للمتهرب.

أ. التهرب الضريبي المشروع:

وهو ما يمكن تسميته بالتجنب الضريبي، ويقصد به تجنب المكلف تحمل الضريبة أو الالتزام بها دون مخالفة أحكام التشريعات، وذلك بالابتعاد عن مواطن التكليف، مثل التهرب من تصاعدية ضريبة الدخل من خلال تجزئة الشركة الكبرى إلى عدة شركات صغيرة بحيث تكون كل واحدة منها مستقلة قانونياً عن الأخرى، أو امتناع المكلف عن تحقيق الواقعة المنشأة للضريبة كما لو فرضت ضريبة جمركية على استيراد نوع معين من السلع فيمتنع المكلف حينها عن استيراد هذا النوع، أو يلجأ المكلف إلى الاستفادة من الثغرات القانونية في القانون الضريبي.³

ترى الباحثة أنه لا بد من تطبيق الأحكام الخاصة بالتهرب الضريبي غير المشروع على بعض الأفعال التي لا تنضوي على مخالفة لأحكام القانون ولكنها تنضوي على سوء نية من المكلف بقصد التهرب من أداء الضريبة والإضرار بالخزينة العامة للدولة.

¹. سامح العطوط، أثر قانون ضريبة الدخل رقم (17) للعام 2004 على ظاهرة التهرب الضريبي في فلسطين، مجلة جامعة القدس المفتوحة للأبحاث والدراسات، العدد 17، 2009، ص161.

². محمد مراد، مالية الدولة، دار النهضة العربية، القاهرة، 1959م، ص256.

³. محمد أبو معيلق، التهرب الضريبي، بحث غير منشور، جامعة النجاح الوطنية، 2019، ص4.

ب. التهرب الضريبي غير المشروع:

يقصد به إقدام المكلف على مخالفة التشريعات واتباع أساليب الغش والاحتيال من أجل التهرب من دفع الضريبة المستحقة عليه، وهو ما يطلق عليه الغش الضريبي ويتخذ صوراً مختلفة.¹

ومن أهم صور التهرب الضريبي غير المشروع: عدم إعلان المكلف أصلاً عن النشاط، وبالتالي عن الدخل الخاضع للضريبة، أو قيام المكلف بإعلان وتقديم بيانات غير حقيقية عن المتغيرات الاقتصادية والاجتماعية له، والتي على أساسها يتم تحديد وعاء الضريبة، ويتم ذلك بإعلانه عن دخل أقل من الدخل الحقيقي. أو عدم الإفصاح عن الدخل كله أو إخفاء بعض مصادره. أو إعطاء بيانات غير صحيحة عن ظروفه الشخصية، كادعاء وجود مصروفات وهمية. ومن صور التهرب غير المشروع أيضاً قيام المكلف بتفسير القانون تفسيراً مغلوطاً عن قصد حتى يخفف العبء الضريبي الواقع عليه بسوء نية.²

وفي رأي الباحثة يعد التهرب الضريبي غير المشروع من أكثر صور التهرب انتشاراً في المجتمع الفلسطيني خاصة في التجمعات القروية، وفيما يتعلق بالأنشطة الاقتصادية الصغيرة التي لا يسجلها أصحابها خاصة في المناطق التي لا تخضع للسيطرة الأمنية الفلسطينية، ويتم اتباعه بصورة وأشكاله كافة من قبل المكلفين الذين غالباً لا يعرفون أنهم يرتكبون بذلك جريمة؛ نظراً لأن الثقافة لضريبة تعد حديثة نوعاً ما على الأفراد ما يجعلهم يجهلون بالقوانين الضريبية.

2. التهرب الضريبي وفقاً لحجمه:

ينقسم التهرب الضريبي وفقاً لمعيار الحجم إلى تهرب ضريبي كلي، وتهرب ضريبي جزئي.

أ. التهرب الضريبي الكلي: هو التهرب الحاصل عندما يتخلص المكلف من الضريبة المفروضة عليه بصورة كلية، بعدم تسديدها للخرينة العامة للدولة، وذلك باتباع طرق وأساليب احتيالية لإخفاء مصادر دخله.³ ومثال ذلك أن يمتنع المكلف عن الإفصاح عن مصدر دخله بشكل كلي أو بتقديمه بيانات غير صحيحة أو بأية صورة أخرى تنضوي على غش وخداع، وتؤدي إلى إخفاء كلي الوعاء الضريبي للمكلف فيتهرب بذلك من توريد الضريبة بشكل كامل.

¹. محمد أبو معيلق، مرجع سابق، ص4.

². عبد الحكيم الشراقوي، التهرب الضريبي والاقتصاد الأسود، بدون طبعة، دار الجامعة الجديدة، الإسكندرية، ص111، 112.

³. رعد حسين، أسباب التهرب الضريبي، بحث مقدم لنيل درجة البكالوريوس في القانون، جامعة ديالى، 2018، ص8.

ب. **التهرب الضريبي الجزئي:** يتمثل بقيام المكلف بالتخلص من جزء من الضريبة المستحقة عليه، وذلك إما بإسقاط بعض عناصر نشاطه الخاضع للضريبة قانوناً، أو من خلال تمكنه من التخلص جزئياً من نوع ما من الضرائب بإسقاط بعض العمليات أو الإيرادات الخاضعة لهذه الضريبة.¹ ومن أقرب الأمثلة على التهرب الضريبي الجزئي أن يقوم المكلف بالإفصاح عن جزء من نشاطه الخاضع للضريبة بقصد التهرب من أداء الضريبة عن الجزء المخفي.

3. التهرب الضريبي وفقاً لمكان حدوثه:

التهرب الضريبي قد يقع داخل حدود الدولة وقد يتعدى حدودها، ويقسم بذلك إلى تهرب ضريبي داخلي وتهرب ضريبي خارجي:

أ. **التهرب الضريبي الداخلي:** ويقصد به التهرب الضريبي الوطني الذي يقع داخل حدود الدولة الواحدة، ويكثر اللجوء إليه في إطار الضرائب المباشرة، وفي هذا النوع تقع الأفعال المشككة لجريمة التهرب الضريبي داخل حدود الدولة والمكلف يجد نفسه في مواجهة إدارة ضريبية واحدة.²

ب. **التهرب الضريبي الخارجي:** ويقصد به التهرب الضريبي الدولي، وظهر هذا النوع بعد ظهور الشركات الدولية والشركات متعددة الجنسيات، ويحصل التهرب خارج حدود الدولة الواحدة نتيجة قيام المكلف باستغلال ارتباطه بعدة دول، سواء أكان حسب الجنسية أو بالتبعية الاقتصادية أو السياسية.³ ومن خلال تناول أنواع التهرب الضريبي فإن التهرب الضريبي وفقاً لمكان حدوثه قد يقع داخل حدود الدولة أو خارجها بشكل كلي أو جزئي، وفي رأي الباحثة يعد التهرب الداخل الأكثر شيوعاً داخل المجتمع الفلسطيني نظراً لطبيعة الأنشطة التي يمارسها أفراد المجتمع والتي تنحصر في غالبها داخل حدود الدولة.

المطلب الثاني:

تحديد طبيعة جريمة التهرب الضريبي

اختلفت الآراء في تحديد طبيعة جريمة التهرب الضريبي فيما إذا كانت جريمة جنائية تتبع لقانون العقوبات العام وتخضع له، أم لا تتعدى عن كونها جريمة إدارية تتبع للقانون الإداري، أو أن القانون

¹. المرجع السابق، ص 8.

². رغد حسين، مرجع السابق، ص 9.

³. رغد حسين، مرجع السابق، ص 9.

الضريبي له استقلاله الخاص عن قانون العقوبات والقانون الإداري، وفيما يلي ستعرض الدراسة الآراء المختلفة في تحديد طبيعة جريمة التهرب الضريبي والحجج التي تبناها كل رأي:

أولاً: الطبيعة الجنائية العادية

هناك مجموعة من الحجج والبراهين التي تدعم الطبيعة الجنائية لجريمة التهرب الضريبي، وهي على النحو الآتي:

1. يهدف المشرع من تجريم التهرب الضريبي إلى تحقيق نفس الغرض الذي يتوخاه من تجريم باقي الجرائم وهو حماية الصالح العام، وبما أن القانون الضريبي يرمي إلى تحقيق نفس الأغراض التي يهدف إليها القانون الجنائي فليس هناك ما يحول دون تشبيه الأول بالثاني، أو أن يتم اللجوء على الأقل في القانون الضريبي إلى وسائل عقاب مشابهة، فغاية التجريم في القانون الضريبي تجد ما يحققها في القواعد العامة لأحكام القانون الجنائي.¹
2. تتضمن جريمة التهرب الضريبي اعتداءً على حق مالي للدولة، فهي تشبه جرائم الأموال كالسرقة وخيانة الأمانة والاختلاس، الأمر الذي لا يستقيم معه معاملة الجريمة الضريبية بطريقة أخف من معاملة الجريمة العادية.²
3. متى ثبت غش المكلف توافرت في التهرب من الضريبة جميع العناصر القانونية لجريمة النصب، وخاصة أن مرتكب الغش لا يهدف إلى تعطيل إرادة أعمال الدولة بقدر ما يهدف إلى تجنب التقليل من ثروته أو إيراده، شأنه في ذلك شأن من يرتكب إحدى جرائم الأموال، الأمر الذي يتعين معه مساواته بالمجرم العادي في العقاب.³

إلا أنه وعلى الرغم من الأسباب سالفة الذكر فإن القانون الضريبي يستقل عن قانون العقوبات بعدة أمور يحتج بها من يؤيدون استقلاله، وأياً كانت الطبيعة التي تتمتع بها جريمة التهرب الضريبي فهو جريمة

¹ عبد الله بالقاسم وبرابح فاروق، الطبيعة القانونية للجريمة الضريبية، رسالة ماجستير في الحقوق، جامعة محمد بوضياف،

المسيلة- الجزائر، 2018/2017، ص28.

² أحمد سرور، مرجع سابق، ص41، 42.

³ أحمد سرور، مرجع سابق، ص41، 42.

ضريبية تتمثل بعمل أو امتناع عن عمل يؤدي إلى الإضرار بمصلحة ضريبية للدولة، ويفرض القانون عقاباً على ارتكابها¹.

وتتمثل استقلالية القانون الضريبي عن قانون العقوبات بما يلي:²

1. إن القانون الضريبي يعامل العقوبة على الجرائم الضريبية على نحو خاص بحيث يجمع بين العقوبة الجنائية والتعويض المدني.
 2. القانون الضريبي الأصل فيه حرية الإدارة الضريبية في طلب رفع الدعوى الضريبية على خلاف، ما هو معمول به في القانون الجنائي من إلزام النيابة العامة في رفع الدعوى الجنائية ومباشرتها.
 3. لا يعترف القانون الضريبي بقاعدة الجنائي يعقل (يوقف) المدني.
- من خلال دراسة الحجج التي تؤيد الطبيعة الجنائية العادية لجريمة التهرب الضريبي والتي تؤكد على ضرورة معاملتها كسائر الجرائم وعدم تخصيص أحكام خاصة لها نجد أنها حجج واقعية، ولكن استقلال الجريمة الضريبية من حيث الجمع ما بين العقوبة والتعويض، وحرية طلب رفع الدعوى، وعدم الأخذ بقاعدة الجنائي يعقل المدني؛ يقود إلى تأييد الرأي الذي يؤكد على انتفاء الطبيعة الجنائية العادية عن جريمة التهرب الضريبي.

ثانياً: الطبيعة الإدارية

ذهب رأي آخر إلى أن الجرائم الضريبية لها طبيعة إدارية استناداً إلى الحجج الآتية:^{3, 4}

1. يهدف القانون الضريبي إلى تنظيم تحصيل الضريبة وهو ينشئ علاقة إدارية بين إدارة الضرائب والمكلف، ومخالفته لا تعدو عن كونها مخالفة لأوامر الإدارة؛ أي القرارات ذات الطبيعة الإدارية؛ مما يتعين عليه أن يكون العقاب في يد السلطة الإدارية.
2. لا محل لتشبيه الغش الضريبي بجرائم الأموال؛ وذلك لأن الضرائب التي تجمعها الإدارة تدخل في الذمة المالية للدولة، وجبايتها تتوقف على سلطتها السياسية وحدها، فهو مظهر من مظاهر

¹. إيهاب عبد المطلب، الموسوعة الجنائية الحديثة في شرح قانون الإجراءات الجنائية، ط7، المركز القومي للإصدارات الوطنية، القاهرة، 2015، ص80.

². إيهاب منصور، مرجع سابق، ص97.

³. المرجع سابق، ص98.

⁴. عبد الحميد الشواربي، موسوعة الضرائب، منشأة المعارف، الإسكندرية، 1997، ص737.

سيادتها وليس استعمال لحق من الحقوق التي يحميها القانون المدني، فالضرائب تدخل في إيرادات الدولة بصفقتها شخصاً عاماً، وليس شخصاً معنوياً من أشخاص القانون الخاص، ولذلك لا يصح تشبيه الغش الضريبي بجرائم الاعتداء على أموال الأشخاص، ولا يجوز إخضاعهم لنظام جنائي واحد.

3. إن القواعد القانونية التي تنظم العلاقات بين المواطنين تختلف تماماً عن تلك التي تنظم العلاقة بين الدولة والأفراد، كالعلاقة التي ينشئها قانون الضريبة التي تقوم على عنصر القهر؛ بالتالي قيمتها القانونية تختلف عن قيمة النصوص المطبقة في المجالات الأخرى التي تنظم العلاقة بين المواطنين؛ وبذلك لا مجال لتشبيه الجريمة الضريبية بالجرائم الجنائية، وإنما تجد موضعها في نطاق القانون الإداري.

على الرغم من واقعية الحجج السابقة إلا أنه لا شك في أن القانون الضريبي يختلف عن القانون الإداري، وفيما يلي أهم الاختلافات التي يحتج بها من يؤيدون استقلال القانون الضريبي عن الإداري:¹

1. الإدارة الضريبية لها الحق في الالتجاء إلى التنفيذ المباشر للحصول على الضرائب المستحقة على المكلفين، أما في القانون الإداري فالأصل هو وجوب التجاء الإدارة إلى القضاء للحصول على حقوقها.

2. لا يجوز وقف تنفيذ قرار ربط الضريبة، في المقابل يجوز وقف تنفيذ القرار الإداري.

3. لا يعترف القانون الضريبي بفكرة العقود في الأمور الضريبية، بينما ينظم القانون الإداري العقود الإدارية ومنح الإدارة الحق في تغيير شروطها بما يتناسب مع الصالح العام.

4. القانون الضريبي لا يلتزم إلا بأحكامه وليس من صلاحيته أن يعطي مركزاً إدارياً غير قانوني صفة المشروعية.

ثالثاً: الطبيعة الخاصة

إن الرأي الأقرب إلى الصواب في تحديد طبيعة جريمة التهرب الضريبي هو اعتبارها جريمة ذات طبيعة خاصة، فهي ليست جريمة جنائية عادية كجريمة السرقة والاختلاس، كما أنها لا تعد جريمة إدارية كباقي المخالفات الإدارية التي تقع من قبل موظفي الإدارة؛ لذلك فهي تمتاز بأنها جريمة جنائية ذات طبيعة خاصة بحيث لا تحكمها القواعد الجنائية العامة بشكل كامل ولا القواعد الإدارية.

¹. إيهاب منصور، مرجع سابق، ص 98.

ويترب على اعتبار التهرب الضريبي جريمة ذات طبيعة خاصة ما يلي: المصدر الخاص للجريمة الضريبية هو قانون الضريبة، وما لم يرد به نص مرجعه القواعد العامة في قانون العقوبات. ومن مظاهر الاستقلال أيضاً أن الحكم بالجزاءات الضريبية لا يكون بناءً على طلب بل يحكم به القاضي من تلقاء نفسه.¹

وتجدر الإشارة إلى أن الجرائم الضريبية لا يتوقف العقاب فيها على تحقق ضرر فعلي فارتكاب تلك الأفعال يهدد المصلحة التي يحميها المشرع بخطر، فالجرائم الضريبية من جرائم الخطر التي لا نتيجة لها.² وتتفق الباحثة مع الرأي الذي يؤكد على الطبيعة الخاصة لجريمة التهرب الضريبي وفقاً للحجج والبراهين التي أوردها الفقهاء؛ لتأكيد اختلافها عن الجريمة الجنائية العادية وانتفاء الطبيعة الإدارية عنها، فتفريد الجرائم الضريبية ضمن أحكام خاصة يساعد في وضوح أحكامها للمكلفين وتسهيل تحصيلها على الإدارة الضريبية ومتابعة المتهربين وتقديمهم للعدالة لمحاسبتهم.

وبذلك تناولت الدراسة في هذا المبحث مفهوم التهرب الضريبي، والذي قد يكون مشروعاً أو غير مشروع، وقد يقع داخل حدود الدولة أو خارجها، وقد يتهرب المكلف من الضريبة كلها أو بعضها. ولا يمكن الجزم بأن الجريمة الضريبية تتبع للقانون الإداري أو الجنائي على الرغم من تقاطع الكثير من النقاط بينها وبين هذين القانونين إلا أنها تتمتع بطبيعة خاصة.

المبحث الثاني:

العقوبات على التهرب الضريبي في القانون الفلسطيني

يترب على التهرب الضريبي نتائج سيئة عديدة فهو يضر بالخزينة العامة للدولة، حيث تقل حصيلة الضرائب وتقل بذلك الإيرادات العامة، كما يضر بالمكلفين الملتزمين بأداء الضريبة؛ فيتحملون وحدهم العبء الضريبي مما يتعارض مع مبدأ العدالة الضريبية، وقد تضطر الدولة لرفع الضرائب الموجودة أو فرض ضرائب جديدة لكي تعوض النقص في الإيرادات الناجم عن التهرب الضريبي، مما يؤدي إلى زيادة العبء على كاهل المكلفين الملتزمين بدفع الضرائب، فتتحقيق العدالة الضريبية من أهم خصائص النظام

¹ محمد قاسم، الجريمة الضريبية والقضاء المختص، رسالة ماجستير في المنازعات الضريبية، جامعة النجاح الوطنية، نابلس- فلسطين، 2014، ص70.

² ياسر بهنس، الجرائم الضريبية، ط1، مركز الدراسات العربية للنشر والتوزيع، 2015، ص 100، 103.

الضريبي الجيد، وعدم التمييز لجهة على حساب جهة أخرى، والموازنة بين مصالح المكلفين ومصالح الدولة.¹

وتعد قاعدة العدالة الضريبية ذات أهمية خاصة يعتمد عليها النظام الضريبي؛ لأنها تمس المراكز القانونية للمكلفين وعلاقة المكلف بدائرة الضريبة.² ولتجنب التهرب الضريبي وبالتالي تجنب الاعتداء على العدالة الضريبية وتجنب ظلم المكلفين الملتزمين بأداء الضريبة لا بد من وجود عقوبات فاعلة تحد من ظاهرة التهرب وتحقق العدالة الضريبية.³

ونظراً لأهمية الإيرادات الضريبية ودورها في تمويل النفقات العامة بدأت الدول بفرض امتيازات القانون العام والسلطة العامة على كل ما له علاقة بالضريبة وضرورة تحصيلها في المواعيد المحددة لها، ومن ذلك فرض الجزاءات على مخالفة بعض الالتزامات الضريبية، وكان هذا الجزاء بمنزلة الشرط الجزائي الذي ينظم أحكامه القانون المدني في باب التنفيذ الجبري في نظرية الالتزام، ثم تطور الأمر إلى فرض جزاء مالي على مخالفة الالتزام الضريبي، ولكن لوحظ أن هذا الجزاء لم يقلل من حالات الغش والتهرب الضريبي؛ مما عرّض النظام الضريبي لأشد الأضرار، ولدرء هذه الخطورة لم يجد المشرع وسيلة سوى اللجوء إلى العقوبات الجزائية لحماية المصالح الضريبية، ففرض العقوبات التي تصيب المكلف في ماله أحياناً وفي حريته أحياناً أخرى، إذا امتنع أو تقاعس عن تنفيذ التزاماته الضريبية كلها أو بعضها في الوقت المحدد.⁴

وعلى ذلك يمكن تعريف التشريع الجزائي الضريبي بأنه: مجموعة القواعد القانونية التي تقتزن بمؤيدات جزائية لحماية بعض المصالح الضريبية. وبناءً على ذلك ليست كل مخالفة لقواعد القانون الضريبي جريمة

¹. شريف أبو كرش، إدارة المنازعات الضريبية في ربط وتحصيل الضرائب، ط1، دار المناهج للنشر والتوزيع، عمان-الأردن، 2004، ص231.

². أيمن جرادات، أثر التعديلات التي تمت على قانون ضريبة الدخل خلال عامي 2014 و2015 على تشجيع الاستثمار وتحقيق العدالة الضريبية، رسالة ماجستير في المنازعات الضريبية، جامعة النجاح الوطنية، نابلس- فلسطين، 2017، ص7.

³. دعاء عبد الدايم، أثر الإعفاءات الضريبية في تحقيق العدالة الاجتماعية في النظم الضريبية (الدخل، القيمة المضافة، الأملاك) المطبقة في فلسطين، رسالة ماجستير في المنازعات الضريبية، جامعة النجاح الوطنية، نابلس- فلسطين، 2018، ص62.

⁴. محمد العكام، الجريمة الضريبية، موقع الموسوعة العربية، <http://arab-ency.com.sy/law/detail/164547>، تمت مراجعته بتاريخ، 2019/12/15م.

ضريبية، ولا تعد هذه المخالفة جريمة ضريبية إلا إذا اقترنت القاعدة بمؤيد جزائي، فإذا اقترنت بمؤيد مدني أو مالي أو إداري فلا تعد مخالفتها جريمة ضريبية.¹

وتنقسم العقوبات الجزائية التي أخذ بها المشرع الفلسطيني على جريمة التهرب الضريبي إلى عقوبة مقيدة للحرية وهي الحبس، وإلى عقوبة مالية وهي الغرامة، وهما عقوبتان أصليتان، حيث تناول القرار بقانون رقم (8) لسنة 2011 بشأن ضريبة الدخل وتعديلاته في الفصل السابع منه صور التهرب الضريبي على درجتين، فالمادة (36) تناولت الحالات التي يستحق فاعلها الغرامة، أما المادة (37) تناولت صور التهرب الضريبي التي يستحق فاعلها الحبس، والتي سيتم تناولها على النحو الآتي:

المطلب الأول:

عقوبة الغرامة

الغرامة بشكل عام هي إلزام المحكوم عليه بدفع المبلغ المحدد في الحكم إلى الخزينة العامة للدولة² والغرامة الضريبية هي مبلغ من النقود يلزم المحكوم به في أحد الجرائم الضريبية بدفعه للخزينة العامة للدولة بالنظر إلى ما انطوت عليه هذه الجريمة من اعتداء على المصلحة الضريبية للدولة، والغرامة الضريبية قد تفرضها الإدارة الضريبية أو المحكمة الضريبية المختصة وفقاً للنظام الضريبي المتبع في الدولة.³ وجدير بالذكر أنه قد ثار الجدل حول الطبيعة القانونية للغرامة الضريبية فيما إذا كانت تعويضاً مدنياً أو عقوبة جنائية، فمؤيدي الرأي الأول يرون أنها تعويض لخزينة الدولة عما أصابها من ضرر، أما أصحاب الرأي الثاني يرون أنها عقوبة جنائية تحكم بها المحكمة من تلقاء نفسها دون الحاجة إلى إثبات الضرر.⁴

¹. محمد العكام، مرجع الكتروني سابق.

². صباح محمود وأحمد الدخيل، الطبيعة القانونية للجزاءات المالية الضريبية - دراسة مقارنة، مجلة جامعة تكريت، العدد 2، 2007، ص 454.

³. صبا خضر، الطبيعة القانونية للغرامة الضريبية، بحث منشور على الإنترنت،

⁴. صبا خضر، مرجع السابق. <https://www.iasj.net/iasj?func=fulltext&aId=64814>. تمت مراجعته بتاريخ 2019/12/17م.

وقد أخذ المشرع الفلسطيني بالغرامات الضريبية ونص على الحالات التي تستوجب الغرامة وحددت نسبتها لكل حالة على النحو الآتي¹:

- غرامة بنسبة (2%) من مقدار الضريبة عن كل شهر تأخير عن الموعد المحدد قانوناً لأداء الضريبة.

- غرامة على التأخير في تقديم الإقرار الضريبي في الموعد المحدد بما نسبته (3%) من الضريبة المستحقة عن كل شهر تأخير وبحد أقصى لا يتجاوز (20%) من الضريبة المستحقة، وفي جميع الأحوال يجب ألا تقل غرامة التأخير عن (300 شيقل) للشخص الطبيعي و(3000 شيقل) للشخص المعنوي.

- غرامة تأخير بنسبة (2%) من قيمة الضريبة الواجب اقتطاعها عن كل شهر تأخير على أي مكلف باقتطاع ضريبة بمقتضى أحكام القانون ولم يقدّم بتوريدها في الموعد المحدد.

نلاحظ أن المشرع فرض الغرامة على التأخير في أداء الضريبة أو التأخر في تقديم الإقرار الضريبي مفترضاً بذلك نية المكلف بالتهرب من أداء الضريبة، وفرض نسبة غرامة أعلى على التأخر في تقديم الإقرار من نسبة الغرامة المفروضة على التأخر في موعد أداء الضريبة، كما فرض غرامة تأخير على كل مكلف باقتطاع الضريبة ولم يوردها للدائرة في موعدها، والمشرع بذلك أخذ بفكرة الغرامة التأخيرية في العقود الإدارية.

والغرامة التأخيرية: هي أحد الجزاءات الإدارية المختلفة في العقود الإدارية، وهي وسيلة لإلزام المتعاقد بضرورة إنجاز أهداف الإدارة في أسرع وقت ممكن، لضمان سير المرفق العام بانتظام واطراد، حيث أن التأخير عن هذا الوقت يمثل ضرراً مفترضاً يستلزم الغرامة التأخيرية.² والغرامة توقع بمجرد حصول التأخير وبغير إلزام جهة الإدارة بأن تثبت الضرر، كما لا يجوز للشخص الذي فرضت عليه الغرامة التأخيرية أن يدفع بعدم حدوث ضرر كي يفلت منها.³

¹. المادة (36) من القرار بقانون رقم (8) لسنة 2011م بشأن ضريبة الدخل.

². المرجع السابق.

³. محمد مرعي، الجزاءات الجنائية والمالية في العقود الإدارية- دراسة تحليلية مقارنة، ط1، المركز العربي للنشر والتوزيع، 2018، ص157.

وقد راعى المشرع تحقيق العدالة من خلال إعفاء المكلف الذي تأخر عن الدفع أو تقديم الضريبة لأسباب خارجة عن إرادته من دفع الغرامة، حيث منح مدير دائرة الضريبة أو من يفوضه خطياً صلاحية إعفاء أي مكلف من أداء الغرامة أو جزء منها إذا اقتنع بأن المكلف تأخر عن الدفع أو تقديم الإقرار لأسباب خارجة عن إرادته، آخذاً بذلك بفكرة الإكراه في القانون الجنائي.¹

كما أنه لمجلس الوزراء بناءً على تنسيب من وزير المالية، إعفاء أي مكلف من الضرائب المستحقة عليه كلها أو بعضها ومن الغرامات المنصوص عليها في قانون ضريبة الدخل كلها أو بعضها في أي من الحالات الآتية:

1. إذا توفي المكلف عن غير تركة أو تركة مثقلة بالديون.
2. إذا أشهر إفلاسه أو ثبت عدم قدرته على السداد، أو في حال عدم وجود مال يمكن التنفيذ عليه.
3. إذا كان المكلف قد أنهى نشاطه، وكان له أموالاً يمكن التنفيذ عليها بقي بـكل أو بعض الاستحقاقات الضريبة يراعى أن يتبقى للمكلف أو لورثته بعد التنفيذ ما يعادل الإعفاءات الشخصية والعائلية المقررة له بمقتضى أحكام القانون سنوياً.²

يتبين من خلال الحالات السابقة أن المشرع قد خالف مبدأ شخصية العقوبة كون أن الغرامة كعقوبة ضريبية قد تطال أموال تركة الجاني بعد وفاته، ولا يعفى منها بعد وفاته إلا بناءً على قرار مجلس الوزراء بتنسيب من الوزير في حال توفي من غير تركة أو تركة مثقلة بالديون.³

¹. المادة (36) من القرار بقانون رقم (8) لسنة 2011م بشأن ضريبة الدخل.

². المادة (38) من القرار بقانون رقم (8) لسنة 2011م بشأن ضريبة الدخل.

³. سهى عريقات، الشرعية الجنائية في الجرائم الضريبية، رسالة ماجستير في القانون الجنائي، جامعة القدس - فلسطين، 2016، ص58.

المطلب الثاني:

عقوبة الحبس

هي إحدى العقوبات السالبة للحرية، وتعرف بأنها وضع المحكوم عليه في أماكن خاصة طوال المدة المحددة في الحكم.¹

وقد أخذ المشرع الفلسطيني بعقوبة الحبس لمرتكبي جريمة التهرب الضريبي، على الرغم من أن أحد الآراء ذهب بالقول: إن التهرب الضريبي جريمة مالية وليست جنائية، ويجب أن تكون عقوبتها مالية بمضاعفة الغرامات أما العقوبات الجسدية فليس مكانها قانون ضريبة الدخل.²

وقد حدد القانون الفلسطيني حالات التهرب الضريبي المعاقب عليها بالحبس في ثلاث عشرة حالة على سبيل الحصر، وهي على النحو الآتي³:

- تقديم الإقرار الضريبي السنوي استناداً لدفاتر أو سجلات أو حسابات أو مستندات مصطنعة مع تضمينه بيانات تخالف ما هو مثبت بها.
- تقديم إقرار ضريبي غير صحيح وذلك بإغفال أو إنقاص أو حذف أي دخل أو أي جزء منه.
- تقديم إقرار ضريبي سنوي على أساس عدم وجود دفاتر أو سجلات أو حسابات أو مستندات مع تضمينه بيانات تخالف ما هو مثبت لديه في دفاتر أو سجلات أو حسابات أو مستندات أخفاها عن موظف الضريبة.
- إتلاف أو إخفاء الدفاتر أو السجلات أو المستندات قبل انقضاء المدة اللازمة لحفظها وفقاً للقوانين والأنظمة المعمول بها.
- إدراج أي بيان كاذب أو قيد صوري غير صحيح في كشف أو بيان قدم بمقتضى أحكام القانون.
- توزيع المكلف الأرباح على شركاء وهميين بقصد تخفيض نصيبه من الأرباح.

¹. صباح محمود وأحمد الدخيل، مرجع سابق، ص455.

². عصام قضماني، العقوبات في قانون ضريبة الدخل، موقع صحيفة الرأي الأردنية على الإنترنت، 2018، <http://alrai.com/article/10437385>، كتاب/العقوبات-في-قانون-ضريبة-الدخل، تمت مراجعته بتاريخ،

2019/12/17م.

³. المادة (38) من القرار بقانون رقم (8) لسنة 2011م بشأن ضريبة الدخل.

- اصطناع أو تغيير فواتير الشراء أو البيع أو غيرها من المستندات بغية تخفيض الأرباح أو زيادة الخسائر.
 - إخفاء نشاط أو أكثر مما يخضع للضريبة.
 - الامتناع عن تقديم المعلومات التي طلب من المكلف تقديمها أو أعطى معلومات أو بيانات غير صحيحة من شأنها أن تؤثر في مسؤوليته أو مسؤولية أي شخص آخر في دفع الضريبة أو تحديد مقدارها.
 - تقديم جواب كاذب عن أي سؤال أو طلب وجه إليه للحصول على معلومات أو بيانات يتطلبها قانون ضريبة الدخل.
 - عدم التزام المكلف بتسجيل نشاط أعماله لدى دائرة ضريبة الدخل.
 - عدم الالتزام بخصم الضريبة أو خصمها وعدم توريدها لحساب دائرة ضريبة الدخل.
 - تزوير أي نموذج أو مستند أو وثيقة صادرة عن دائرة ضريبة الدخل.
- وقد عاقب المشرع بالحبس مدة لا تقل عن شهر ولا تزيد عن سنة أو بغرامة لا تقل عن (1000 شيقل) ولا تزيد عن (10000 شيقل) أو بكلتا العقوبتين معاً - مع عدم الإخلال بأية عقوبة أشد في قانون آخر - كل من تهرب أو حاول أو حرض أو اتفق أو ساعد غيره على القيام بأي فعل من الأفعال السابقة¹.
- ويلاحظ أن الحالات السابقة جميعها حالات تتطوي على غش وخداع من المكلف، وإتباع أساليب احتيالية وتزوير بقصد التهرب من الضريبة. ويلاحظ أن المشرع عاقب كل شريك في جريمة التهرب الضريبي سواء أكان شارك بالاتفاق أم بالتحريض أم بالمساعدة عقوبة الفاعل الأصلي، وخير المشرع ما بين عقوبة الحبس والغرامة أو إيقاع العقوبتين معاً على الفاعل.
- ولا بد من الإشارة إلى أن فرض العقوبات على مرتكبي جريمة التهرب الضريبي لا يعفي الشخص من مسؤولية دفع الضريبة.²
- وجدير بالذكر أن المشرع أجاز لمدير دائرة ضريبة الدخل أن يجري المصالحة عن أي فعل ارتكب خلافاً لأحكام لمادة (38) من قانون ضريبة الدخل الفلسطيني، والتي تتضمن في أحكامها حالات التهرب الضريبي سالفة الذكر، حيث منح المشرع مدير دائرة ضريبة الدخل صلاحية أن يوقف أي إجراء متخذ،

¹ المادة (38) من القرار بقانون رقم (8) لسنة 2016م بشأن ضريبة الدخل.

² المادة (38) من القرار بقانون رقم (8) لسنة 2011م بشأن ضريبة الدخل.

وأن يجري أية مصالحة وفقاً للمبالغ التي يحددها قبل صدور الحكم¹، ومثل تلك الصلاحيات الممنوحة للمدير فإنها تشكل تساهلاً غير مبرر في مكافحة جرائم التهرب الضريبي، وتخلو من أي إجراءات أو ضمانات تكفل عدم التعسف في استخدام تلك الصلاحيات، وقد تشكل مدخلاً للفساد الإداري والمالي، ولا شك في أنها تمس باستقلال القضاء.²

يُستنتج مما سبق أن المشرع الفلسطيني أخذ بنوعين من العقوبات الضريبية، وهما: الحبس والغرامة. ولم يأخذ بعقوبة زيادة الضريبة والتي - على سبيل المثال - أخذ بها المشرع العراقي إلى جانب الحبس والغرامة.³

ومن التدابير الاحترازية التي نص عليها قانون ضريبة الدخل الفلسطيني منع السفر، فلمدير دائرة ضريبة الدخل أن يطلب من المحكمة المختصة منع أي مكلف من مغادرة البلاد قبل تسوية ديونه، أو تقديم كفالة أو كفيل لضمان دفع الضريبة والغرامات المستحقة عليه، ويعد الكفيل مسؤولاً عن دفع الضريبة والغرامات المترتبة عليه بالتكافل والتضامن مع المكلف كما لو كانت ضريبة مستحقة عليه.⁴ وجديرٌ بأن هذه الطلبات أو الإجراءات القضائية التحفظية يختص بها النائب العام، وهذه إحدى الإشكاليات القانونية التي تعتري قانون ضريبة الدخل.⁵

¹. المادة (5/38) من القرار بقانون رقم (8) لسنة 2011م بشأن ضريبة الدخل.

². عصام عابدين، ملاحظات قانونية أولية بشأن ضريبة الدخل، مؤسسة الحق، 2012،

<http://www.alhaq.org/ar/advocacy/2561.html>، تمت مراجعته بتاريخ، 2019/12/15م.

³. صباح محمود وأحمد الدخيل، مرجع سابق، ص451.

⁴. المادة (4/33) من القرار بقانون رقم (8) لسنة 2011م بشأن ضريبة الدخل.

⁵. عصام عابدين، مرجع سابق.

الخاتمة:

إن جريمة التهرب الضريبي لا تؤدي فقط إلى حرمان خزينة الدولة من الأموال المستحقة في ذمة المتهربين، وإنما أيضاً تؤدي إلى ظلم المكلفين الملتزمين بدفع الضريبة، ويعد التهرب الضريبي أحد أهم الأسباب التي تتعارض مع قاعدة العدالة الضريبية؛ لذلك لا بد من العمل على مكافحته بالعقوبات الرادعة للمتهربين.

وتوصلت الدراسة إلى مجموعة من النتائج والتوصيات على النحو الآتي:

أولاً: النتائج

1. التهرب الضريبي جريمة تنتهك أهم المبادئ الضريبية العامة وهو مبدأ العدالة الضريبية.
2. لم ينص المشرع الفلسطيني على تعريف للتهرب الضريبي، وإنما اكتفى بتحديد صورته وحالاته.
3. التهرب الضريبي قد يكون مشروعاً من خلال استغلال المكلف للثغرات القانونية في قانون ضريبة الدخل، أو ابتعاده عن الوقائع المنشئة للضريبة، وقد يكون غير مشروع بإتباع المكلف وسائل احتيالية.
4. المصدر الخاص للجريمة الضريبية هو قانون الضريبة، وما لم يرد به نص مرجعه القواعد العامة في قانون العقوبات.
5. الجرائم الضريبية ومنها التهرب الضريبي هي جرائم جنائية ذات طابع خاص جعلها تتميز عن سائر الجرائم الجنائية بخضوعها لقواعد خاصة.
6. أخذ المشرع الفلسطيني بعقوبتي الحبس والغرامة وبالتدابير الاحترازية في مكافحة التهرب الضريبي.
7. يعترى القرار بقانون رقم (8) لسنة 2011 بشأن ضريبة الدخل الفلسطيني بعض المآخذ القانونية ومنها؛ أنه منح صلاحيات واسعة لمدير دائرة ضريبة الدخل قد تشكل خطراً من مخاطر الفساد الإداري من جانب كما في المادة (38)، وقد تشكل اعتداء على صلاحيات النائب العام من جانب آخر كما في المادة (4/33).

ثانياً: التوصيات

1. زيادة الوعي الضريبي لدى أفراد المجتمع، من خلال زيادة الوعي بالتشريعات الضريبية وأهمية دفع الضريبة وخطورة التهرب منها.
2. العمل على زيادة كفاءة العاملين في تحصيل الضريبة حتى لا يفلت أحد من دفع الضريبة.

3. زيادة عدد العاملين في الإدارة الضريبية للعمل على المتابعة والتقصي المستمر لدخول الأفراد حتى لا يتهرب أحد من دفع الضريبة.
4. ضمان حق وصول المواطن للمعلومات ومعرفة أوجه صرف المبالغ الضريبية، لزيادة الشفافية والنزاهة وزيادة ثقة المواطن بالدولة.
5. مراجعة وتطوير القرار بقانون رقم (8) لسنة 2011 بشأن ضريبة الدخل الفلسطيني لمعالجة الملاحظات القانونية التي تعتريه.

بيان تضارب المصالح:

يقر جميع المؤلفين أنه ليس لديهم أي تضارب في المصالح.

قائمة المراجع:

أولاً: الكتب

1. أحمد سرور، الجرائم الضريبية، بدون طبعة، دار النهضة العربية، القاهرة، 1990.
2. إيهاب عبد المطلب، الموسوعة الجنائية الحديثة في شرح قانون الإجراءات الجنائية، ط7، المركز القومي للإصدارات الوطنية، القاهرة، 2015.
3. رنا العصور، التهرب من ضريبة الدخل في الأردن، ط1، مطابع الشمس، عمان، 1990.
4. شريف أبو كرش، إدارة المنازعات الضريبية في ربط وتحصيل الضرائب، ط1، دار المناهج للنشر والتوزيع، عمان - الأردن، 2004.
5. صخر الجنيدي، نحو قانون عقوبات ضريبي يواجه تحديات العصر، ط1، دار الثقافة للنشر والتوزيع، 2004.
6. عبد الحكيم الشرقاوي، التهرب الضريبي والاقتصاد الأسود، بدون طبعة، دار الجامعة الجديدة، الإسكندرية.
7. عبد الحميد الشواربي، موسوعة الضرائب، منشأة المعارف، الإسكندرية، 1997.
8. محمد مراد، مالية الدولة، دار النهضة العربية، القاهرة، 1959م.
9. محمد مرعي، الجزاءات الجنائية والمالية في العقود الإدارية - دراسة تحليلية مقارنة، ط1، المركز العربي للنشر والتوزيع، 2018.
10. ياسر بهنس، الجرائم الضريبية، ط1، مركز الدراسات العربية للنشر والتوزيع، 2015.

ثانياً: المجلات والدوريات

1. سامح العطعوط، أثر قانون ضريبة الدخل رقم (17) للعام 2004 على ظاهرة التهرب الضريبي في فلسطين، مجلة جامعة القدس المفتوحة للأبحاث والدراسات، العدد 17، 2009.
2. سلطان الخنة، الأحكام الفقهية للتهرب الضريبي، مجلة كلية الدراسات الإسلامية، العدد 35.
3. صباح محمود وأحمد الدخيل، الطبيعة القانونية للجزاءات المالية الضريبية - دراسة مقارنة، مجلة جامعة تكريت، العدد 2، 2007.

ثالثاً: الرسائل العلمية

1. أيمن جرادات، أثر التعديلات التي تمت على قانون ضريبة الدخل خلال عامي 2014 و2015 على تشجيع الاستثمار وتحقيق العدالة الضريبية، رسالة ماجستير في المنازعات الضريبية، جامعة النجاح الوطنية، نابلس- فلسطين، 2017.
2. إيهاب منصور، العقوبات الضريبية ومدى فاعليتها في مكافحة التهرب من ضريبة الدخل الفلسطينية، رسالة ماجستير في المنازعات الضريبية، جامعة النجاح الوطنية، نابلس- فلسطين، 2004م.
3. دعاء عبد الدايم، أثر الإعفاءات الضريبية في تحقيق العدالة الاجتماعية في النظم الضريبية (الدخل، القيمة المضافة، الأملاك) المطبقة في فلسطين، رسالة ماجستير في المنازعات الضريبية، جامعة النجاح الوطنية، نابلس- فلسطين، 2018.
4. سهى عريقات، الشرعية الجنائية في الجرائم الضريبية، رسالة ماجستير في القانون الجنائي، جامعة القدس - فلسطين، 2016.
5. صباح محمود وأحمد الدخيل، الطبيعة القانونية للجزاءات المالية الضريبية- دراسة مقارنة، مجلة جامعة تكريت، العدد 2، 2007.
6. عبد الله بالقاسم وبرابح فاروق، الطبيعة القانونية للجريمة الضريبية، رسالة ماجستير في الحقوق، جامعة محمد بوضياف، المسيلة-الجزائر، 2017/2018.

رابعاً: الأبحاث والتقارير

1. الإئتلاف من أجل النزاهة والمساءلة "أمان"، تقرير حول التهرب الضريبي، 2017.
2. رغد حسين، أسباب التهرب الضريبي، بحث مقدم لنيل درجة البكالوريوس في القانون، جامعة ديالى، 2018.
3. محمد أبو معيلق، التهرب الضريبي، بحث غير منشور، جامعة النجاح الوطنية، 2019.

خامساً: المواقع الإلكترونية

1. صبا خضر، الطبيعة القانونية للغرامة الضريبية، بحث منشور على الإنترنت، <https://www.iasj.net/iasj?func=fulltext&aId=64814>
2. عصام قزمان، العقوبات في قانون ضريبة الدخل، موقع صحيفة الرأي الأردنية على الإنترنت، 2018، <http://alrai.com/article/10437385> كتاب/العقوبات-في-قانون-ضريبة-الدخل.

3. محمد العكام، الجريمة الضريبية، موقع الموسوعة العربية، <http://arab-ency.com.sy/law/detail/164547>

عصام عابدين، ملاحظات قانونية أولية بشأن ضريبة الدخل، مؤسسة الحق، 2012،

<http://www.alhaq.org/ar/advocacy/2561.html>

الاقتصاد المختلط كأحد أساليب إدارة المرفق العام في
التشريع الفلسطيني

*Mixed Economy as One of the Methods of
Managing Public Facilities in Palestinian
Legislation*

أ. محمود عبد الله فرج الله
الجامعة العربية الأمريكية
(فلسطين)

الاقتصاد المختلط كأحد أساليب إدارة المرفق العام في التشريع الفلسطيني

Mixed Economy as One of the Methods of Managing Public Facilities in Palestinian Legislation

أ. محمود عبد الله فرج الله

الجامعة العربية الأمريكية، (فلسطين)

mahmoud121983@gmail.com

تاريخ النشر: 2024-06-01

تاريخ القبول: 2024-05-06

تاريخ الاستلام: 2024-03-28

DOI: <https://doi.org/10.70411/MJLS.2.2.2024111>

ملخص:

للمرفق العام أهمية كبيرة في توفير الخدمات للجمهور وتوفير احتياجاتهم، لكونه أفضل وسيلة لتلبية متطلبات الأفراد، وكما يُعتبر المرفق العام أساس القانون الإداري، ومنه يستمد أهم مبادئه، كما يُعتبر المرفق العام أحد أهم المعايير لتطبيق القانون الإداري واختصاصاته، ولذلك احتلت نظرية المرفق العام أهمية خاصة، لكونه يحوي داخله الموظف العمومي، والأموال العامة، وما تبرمه الإدارة من عقود إدارية.

ويهدف هذا البحث إلى التعرف على أسلوب الاقتصاد المختلط كأحد أساليب إدارة المرافق العامة في فلسطين، ويكتسب هذا البحث أهمية خاصة تتمثل في التعرف على النظام القانوني الذي يحكم المرفق العام، والتي تتعلق بكيفية إشائه وإلغائه، وكذلك كيفية إدارته وتنظيمه، وطرق سير المرفق العام.

وتم تقسيم هذا البحث إلى مبحثين تناول الأول منهما، ماهية الاقتصاد المختلط، وتم تقسيمه إلى مطلبين، تعريف الاقتصاد المختلط وأوجه التشابه والاختلاف بين نظام الاستغلال المختلط وأسلوب الامتياز، أما المبحث الثاني فتناول موضوع التنظيم القانوني لشركات الاقتصاد المختلط، وقسم إلى مطلبين، الأول تناول النظام القانوني لشركات الاقتصاد المختلط، أما الثاني فتناول النتائج المترتبة على الأخذ بنظام الاقتصاد المختلط.

وتمحوورت إشكالية الدراسة حول مدى تطبيق هذا النظام في إدارة المرافق العامة في فلسطين، وأثره على سير المرفق العام بانتظام واطراد.

وقد خرجت الدراسة بعدد من النتائج أهمها أن نظام الاستغلال المختلط أحد أساليب إدارة المرافق العامة، تقوم على الشراكة بين الإدارة العامة والقطاع الخاص.

كما توصلت إلى عدد من التوصيات أهمها ضرورة إيجاد تشريعات خاصة تنظم عمل شركات الاقتصاد المختلط في فلسطين.

الكلمات المفتاحية: المرفق العام، إدارة المرفق العام، الاقتصاد المختلط، الامتياز، الأسلوب غير المباشر.

Abstract:

The public facility is of great importance in providing services to the public and meeting their needs, as it is the best means to meet the needs of individuals. It is considered the basis of administrative law, from which its most important principles are derived. Also, it is considered one of the most important criteria for the application of administrative law and its competences. Therefore, the theory of public facility has gained special importance, as it contains within it the public employee, public funds, and administrative contracts concluded by the administration.

This research aims to identify the mixed economy approach as one of the methods of managing public facilities in Palestine. Additionally, it gains special importance in identifying the legal system governing the public facility, which relates to how it is established, abolished, managed, regulated, and its operational procedures.

This research has been divided into two sections, the first discusses the nature of the mixed economy, which has been divided into two subtopics: Defining the mixed economy and exploring the similarities and differences between the mixed exploitation system and the franchising method. As for the second section, it addresses the legal regulation of mixed economy companies, which is divided into two subtopics. The first deals with the legal system for mixed economy companies, while the second addresses the outcomes resulting from adopting the mixed economy system.

The problem statement of the study revolved around the extent of implementation of this system in managing public facilities in Palestine, and its impact on the regular and steady functioning of the public facility.

The study yielded several a number of results, the most important of which is that the mixed exploitation system is one of the methods of managing public facilities, based on a partnership between public administration and the private sector.

It also concluded with several recommendations, the most important of which is the necessity of establishing special legislation to regulate the work of mixed economy companies in Palestine.

Keywords: Public Facility, Public Facility Management, Mixed Economy, Franchising, Indirect Method.

المقدمة

يمثل المرفق العام أساس القانون الإداري، وهو الركن الأساسي في معظم المبادئ والنظريات الإدارية، وهو أحد معايير انطباق القواعد الإدارية والقانون الإداري، واختصاص القضاء الإداري، ويختلف عن النشاط الفردي بأنه لغايات إدارة المشروعات العامة المخصصة للمصلحة العامة¹.

والهدف من إيجاد المرافق العامة هو توفير حاجات الأفراد المستمرة واللامتناهية، وذلك من خلال إنشاء مرافق متخصصة بكل نشاط لغايات ضمان حسن سير هذه المرافق على أفضل وجه، وبأفضل صورة وجودة ممكنة².

وتتملك الإدارة السلطة التقديرية في كيفية إدارة المرافق العامة، مستندة إلى عاملين في هذا الاختيار وهما: سياسة الدولة وفلسفتها الاقتصادية، وطبيعة النشاط، والذي قد يصلح إدارته بإحدى الطرق دون الأخرى، ومن هذه الطرق طرق الإدارة المباشرة، وطريقة الامتياز، والاقتصاد المختلط. وسنتناول في هذا البحث طريقة الاقتصاد المباشر كأحد الطرق غير المباشرة لإدارة المرافق العامة، من خلال الوقوف على تعريفها وخصائصها وأوجه التشابه والاختلاف بين نظام الاستغلال المختلط وأسلوب الامتياز والتنظيم القانوني لشركات الاقتصاد المختلط.

أهمية البحث:

تأتي أهمية هذا البحث من خلال الموضوع الذي يتناوله وهو نظام الاقتصاد المختلط كأحد أساليب إدارة المرفق العام، والذي له دور كبير في الحفاظ على سير بعض المرافق العامة، وكذلك تمييزه عن الطرق المباشرة والطرق الأخرى غير المباشرة في إدارة المرافق العامة، كما أن أهميته تتجلى في قلة الأبحاث والدراسات التي تناولت هذا الموضوع، ما يعني إضافة جديدة في مجال البحث العلمي.

إشكالية البحث:

يعتبر إشراك المجتمع المحلي والمؤسسات والشركات الاقتصادية في إدارة المرافق العامة من الموضوعات التي ثار حولها جدل بين الفقهاء والاقتصاديين، شأنها في ذلك شأن عقود الامتياز، وذهب البعض إلى تأييده وفيما ذهب آخرون إلى معارضته ولكل منهما أسانيده ومبرراته، ومن هنا تجلت إشكالية الدراسة، والمتمثلة في البحث في أسلوب النظام المختلط كأحد أساليب إدارة المرافق العامة، ويمكن صياغة

¹. رحمة الله أبو القاسم رحمة الله، طرق إدارة المرفق العام، رسالة ماجستير غير منشورة، جامعة النيلين، مصر، 2019، ص11.

². علي خطار شطناوي، الوجيز في القانون الإداري، ط1، دار وائل للطباعة والنشر والتوزيع، عمان، 2003، ص215.

إشكالية البحث بالسؤال الآتي: ما هو التنظيم القانوني لنظام الاقتصاد المختلط كأحد أساليب إدارة المرفق العام في فلسطين؟

أهداف البحث:

يهدف هذا البحث إلى ما يلي:

1. التعرف على ماهية إدارة المرافق العامة من خلال نظام الاقتصاد المختلط.
2. التمييز بين نظام الاقتصاد المختلط ونظام الامتياز.
3. التعرف على النظام القانوني لشركات الاستغلال المختلط.
4. بيان النتائج المترتبة على الأخذ بطريقة الاقتصاد المختلط.

منهجية الدراسة:

ستتبع هذه الدراسة المنهج الوصفي التحليلي من خلال دراسة نظام الاقتصاد المختلط كأحد أساليب إدارة المرافق العامة، وبيان الأحكام القانونية وتحليلها والبحث في القرارات القضائية ذات الصلة إن وجدت.

تقسيم البحث:

تم تقسيم البحث إلى مبحثين يحوي كل مبحث مطلبين بالإضافة إلى مقدمة وخاتمة، وذلك كما يلي:

المبحث الأول: ماهية الاقتصاد المختلط

المطلب الأول: تعريف الاقتصاد المختلط

المطلب الثاني: أوجه التشابه والاختلاف بين نظام الاستغلال المختلط وأسلوب الامتياز.

المبحث الثاني: التنظيم القانوني لشركات الاقتصاد المختلط

المطلب الأول: النظام القانوني لشركات الاقتصاد المختلط.

المطلب الثاني: النتائج المترتبة على الأخذ بنظام الاقتصاد المختلط.

المبحث الأول:

ماهية الاقتصاد المختلط

تقوم الدولة عادة بمنح بعض الجهات الخاصة مسؤولية إدارة المرافق العامة سواء بأسلوب الامتياز أو أسلوب الاستغلال المختلط، وكلاهما شكل من أشكال إدارة المرافق العامة، ولقد وجد نظام الاقتصاد المختلط أو ما يُعرف بالاستغلال المختلط كأحد أساليب إدارة المرافق العامة نتيجة لحاجة الدولة للتشارك مع الأشخاص العاديين أو المعنويين؛ من أجل إدارة مشروعات ذات نفع عام لا تستطيع الدولة وحدها القيام بها، وبذات المقام يمكن توكيل أمر إدارتها للقطاع الخاص نظراً لماهيتها وحساسيتها في منفعة الأفراد، ومن هنا لا بُد من التعرف على مفهوم هذا النظام، وتمييزه عن أسلوب الامتياز.

المطلب الأول:

تعريف الاقتصاد المختلط

أُطلق على هذا الأسلوب مصطلح الاقتصاد المختلط، والبعض أطلق عليه مصطلح الاستغلال المختلط، وهما مصطلحان مترادفان.

يُقصد بالاقتصاد المختلط في إدارة المرفق العام أن يكون بواسطة شركة تجارية بمساهمة من السلطة العامة والأفراد، فإدارة المرفق وفق هذا النظام تكون من هيئة مختلطة عامة ممثلة بالإدارة العامة (الحكومة) وخاصة مكونة من قبل الأفراد سواء كان فرداً طبيعياً أو معنوياً¹.

فيما عُرِف الاستغلال المختلط بأنه: "طريقة في إدارة المرافق العامة، وتعني أن تشارك الدولة مع الأفراد في إنشاء شركة مساهمة بهدف إدارة مرفق عام اقتصادي (صناعي وتجاري)"².
وكما عُرِف هذا النظام بأنه: "اشتراك الدولة أو الأشخاص العامة مع أشخاص خاصة في تكوين شركة مساهمة لإدارة أحد المرافق العامة"³.

¹. رحمة الله أبو القاسم رحمة الله، مرجع سابق، ص74.

². محمد رفعت عبد الوهاب، عبد الغني البسيوني، القانون الإداري، دون دار نشر، دون مكان نشر، ص266.

³. عبد الغني بسيوني عبد الله، القانون الإداري: دراسة مقارنة لأسس ومبادئ القانون الإداري وتطبيقاتها في مصر، ط1، منشأة المعارف، الإسكندرية، 1991، ص439.

وعرّفها الدكتور عدنان عمرو "اكتتاب الدولة أو الشخص المعنوي العام مع الأفراد أو الهيئات في رأسمال شركة مساهمة تتولى تسيير مرفق عام"¹.

وإننا نرى أن الاستغلال المختلط هو وضع إدارة المرفق العام تحت إدارة شخص طبيعي كان أم معنوي مقابل عوض مالي تحقيقاً للمصلحة العامة، على أن تبقى ملكية المرفق العام للدولة. ومن خلال التعريف السابق يمكن استنباط أهم خصائص أسلوب الاقتصاد المختلط:

1. تكون الدولة طرفاً في عقد إدارة المرفق العام من خلال شركات الاقتصاد المختلط.
2. لا بُد من إنشاء شركات الاقتصاد المختلط بموجب قانون خاص بها.
3. يكون للدولة جزء من رأسمال شركة الاقتصاد المختلط، وتبقى من أشخاص القانون الخاص سواء كانت الدولة تتولى إدارة المرفق أم لا².
4. تنشأ شركة الاقتصاد المختلط التي تدير المرفق العام بموجب قانون أو بناءً على قانون³.
5. إنّ عقد شركة الاقتصاد المختلط المكلفة بإدارة المرفق العام يكون عقد امتياز بين الشركة وبين الدولة أو أحد أشخاص القانون العام.
6. على الرغم من أن الإدارة هي طرف في العقد إلا أنها تملك الحق في الرقابة والإشراف على المرفق العام، سواء كانت رقابة داخلية من خلال ممثلي الدولة في الشركة أو بموجب القوانين والأنظمة.

¹ عدنان عمرو، مبادئ القانون الإداري: ماهية القانون الإداري والتنظيم الإداري والنشاط الإداري، دراسة مقارنة، جامعة القدس، 2020، ص146.

² هاني علي الطهراوي، القانون الإداري، ج1، ط1، دار الثقافة للنشر والتوزيع، 1998، ص290.

³ إبراهيم طه الفياض، القانون الإداري، ط1، مكتبة الفلاح للنشر والتوزيع، الكويت، 2008، ص200.

المطلب الثاني:

أوجه التشابه والاختلاف بين نظام الاستغلال المختلط وأسلوب الامتياز

هناك تقارب بين أسلوب الاستغلال غير المباشر وأسلوب الامتياز، وبرغم ذلك فإنه يوجد اختلاف بين كلا الأسلوبين، وهذا التشابه والاختلاف يمكن إيجازه بما يلي:

أولاً: أوجه التشابه

إن كلا الحالتين يهدفان إلى تحقيق الربح من خلال استغلال المرفق العام وما ينتج عنه من إيرادات مالية، وتحقيق أكبر ربح من خلال إدارة المرفق العام¹، كما أنه في كلا الحالتين تتم إدارة المرفق من قبل شخص من أشخاص القانون الخاص².

ومن أوجه التشابه بينهما أن الإدارة تمارس عملها مقابل عوض مالي من الإدارة، وعادة ما يتكون هذا العوض من عنصرين:

1. عنصر ثابت ومضمون: ويكون على شكل نسبة من رأس مال الشركة ولا يتغير بربح المشروع أو خسارته؛ وذلك بسبب تحمل الإدارة للمخاطر المالية لإدارة المشروع³، ويفهم من هذا أن الإدارة تكون بمثابة ضامن للمتعاقد معها سواء بشركة الاقتصاد المختلط أو نظام الامتياز، ونجد أن الإدارة كمساهم في شركات الاقتصاد وتضمن للشركة تعويضها من أي خسارة قد تقع، فإنها تكون ضامن لاستثماراتها في تلك الشركة، أما فيما يتعلق بنظام الامتياز فالأصل أن تكون الشركة المتحصلة على الامتياز هي المسؤولة عن جبر خسارتها بنفسها بأي طريقة تراها مناسبة، ولكن استثناءً على ذلك ولضمان سير المرفق العام في هذا النظام فإن الإدارة تتحمل هذا التعويض لغايات المصلحة العامة.

2. عنصر متغير: ويكون على شكل مكافأة بحسب زيادة نسبة النشاط الذي تقدمه الشركة في الإدارة، وذلك من باب تحفيز الشركة على أقصى ما تستطيع من نشاط، وتكون المكافأة بحسب الربح الصافي، أو الدخل الإجمالي⁴، ونرى أن أسلوب الربح الصافي أفضل لكونها ستحرص على تحقيق أرباح بشكل أكبر، في حين أن أسلوب الدخل الإجمالي قد يذهب منه جزء كنفقات ومصروفات، بالتالي فإن مصلحة الإدارة بمنح المكافأة حسب الربح الصافي.

¹. علي خطار شطناوي، مرجع سابق، ص 311.

². محسن خليل، تنمة مبادئ القانون الإداري اللبناني، مكتبة كريدية إخوان، بيروت، 1975، ص 405.

³. مصطفى أبو زيد فهمي، القانون الإداري، الدار الجامعية، الإسكندرية، 1992، ص 361.

⁴. سليمان الطماوي، مبادئ القانون الإداري، ط6، دار الفكر العربي، القاهرة، 2007، ص 474.

ثانياً: أوجه الاختلاف

هناك خيط رفيع بين أسلوب الاستغلال المختلط وأسلوب الامتياز، وقد حاول البعض وضع معايير للفرقة بينهما ومن أبرز هذه المعايير:

1. المشاركة في الخسائر المالية: يستفيد القائم على إدارة المرفق العام بأسلوب الاستغلال المختلط من الأرباح المتحصلة من المرفق العام، في حين أنه لا يتحمل الخسارة، وتحملها الإدارة العامة (الدولة)، على عكس الامتياز الذي يتحمل الربح والخسارة الناتجة عن المرفق العام¹، إلا أن من الانتقادات الموجهة لهذا المعيار أن هناك عدداً من عقود الامتياز تتحمل فيها الإدارة العامة جزءاً من الخسائر. وإننا نرى أن واجب الإدارة ضمان حسن سير المرفق العام، بالتالي يقع على عاتقها حماية المرافق العامة لضمان حسن سيرها بانتظام، من غير المتصور تعطل مرفق عام يُدار بطريق الامتياز نتيجة خسارة الشركة المتعاقدة، وهذا من باب رعاية مصالح الأفراد في الدولة.
2. معيار رقابة الإدارة العامة على سير المرفق العام: وهذا المعيار يقوم على أن الإدارة العامة تمارس رقابة دائمة وقوية في حالة الاستغلال المختلط نتيجة مسؤولية الإدارة العامة عن النتائج المالية المتحققة، في حين أن الامتياز تكون رقابة الإدارة بسيطة ومحدودة، وذلك نتيجة تحمل الجهة صاحبة الامتياز النتائج المترتبة على إدارتها للمرفق العام، ومن الانتقادات الموجهة لهذا المعيار أن الإدارة العامة لها صلاحيات واسعة في تنظيم وإدارة المرفق العام في حالة الاستغلال المختلط، كما أن لها -أي الإدارة العامة- صلاحية في بعض عقود الامتياز بصلاحيات برقابة واسعة عليها، ويؤدي إلى تقييد حرية صاحب الامتياز². ونجد أن هذه الانتقادات في غير محلها ذلك أن للإدارة جزء كبير من أسهم هذه الشركات والتي عادة يكون لها النسبة الأكبر فيها، فمن الطبيعي أن تمتلك الإدارة هذه الصلاحية، وذلك كسبيل لضمان عدم استغلال المرفق من قبل الشركة أو الشركات المساهمة في شركات الاقتصاد المختلط، وهذا كله كما أشرنا لغايات حسن سير المرفق العام وتحقيق الغاية من إنشائه .
3. المقابل الذي تتقاضاه جهة الإدارة: حيث إن المقابل الذي تتقاضاه الإدارة في نظام الاستغلال المختلط يكون لحساب الإدارة العامة لا لحسابها³.

¹. علي خطار شطناوي، مرجع سابق، ص 249.

². سليمان الطماوي، مرجع سابق، ص 474-475.

³. سليمان الطماوي، مرجع سابق، ص 474.

وإنني أتفق مع أصحاب المعيار الثاني، حيث أجد أنه لا بُدَّ على الجهة التي تدير المرفق العام بكلا الأسلوبين أن تتحمل جزءاً من الخسائر، لاسيما عندما تكون الخسائر ناتجة عن إهمال وسوء إدارة المرفق العام، كما أن المعيار الثالث لا يتناسب وطبيعة الإدارة العامة بأنها لا تسعى لتحقيق الأرباح وإنما تقديم الخدمات العامة، على الرغم من أهمية دخل الحكومة من هذه الأنشطة، وعليه يكون المعيار الثاني هو الأفضل لكون أن الإدارة العامة يجب أن تكون جهة رقابية على كلا النوعين، إلا أن رقابتها على أسلوب الاقتصاد المختلط يجب أن يكون بشكل يكفل حسن إدارة المرفق العام.

المبحث الثاني:

التنظيم القانوني لشركات الاقتصاد المختلط

إن إنشاء شركات الاقتصاد المختلط لا بُدَّ أن يكون بموجب قانون ينظمها ويبين جميع ما يتعلق بها، ولا يترك أمرها عبثاً وفقاً لأهواء الشركاء أو رغبة جهة الإدارة في السلطة العامة.

المطلب الأول:

النظام القانوني لشركات الاستغلال المختلط

تقوم شركات الاقتصاد المختلط على العديد من الأمور القانونية، والتي تمثل النظام القانوني لهذا النوع من الشركات، وسنبحثها من خلال الفرعين الآتيين :

الفرع الأول:

الاشتراك بين الدولة مع الأشخاص العاديين

ويقوم هذا الاشتراك على ركنين هما الدولة أو أحد أشخاص القانون العام من جهة، وبين أشخاص عاديين سواء كانوا أشخاصاً عاديين أم معنويين، ويتمثل هذا الاشتراك في تمويل المشروع، حيث تحتفظ السلطة العامة بملكية نسبة من الأسهم أو السندات الخاصة بالشركة التي يُعهد لها بإدارة المرفق العام، فيما يترك الباقي للشركة أو الأفراد¹.

ومن ناحية أخرى، يشترك الطرفان في إدارة هذا المرفق؛ وذلك نتيجة الاشتراك في تمويله، ويكون هنا للسلطة ممثلين في مجلس الإدارة بصفتها مالكة لنسبة من أسهم الشركة، ويشتركون في إدارة المرفق مع إدارة الشركة من أصحاب الأسهم في الشركة².

¹. سليمان الطماوي، مرجع سابق، ص 477.

². محسن خليل، مرجع سابق، ص 406.

وكما تقوم شركة الاقتصاد المختلط على عنصرين أساسيين هما:

أولاً: نية المشاركة

وذلك من خلال المشاركة الإدارية برضى وقبول الطرفين، لغايات إيجاد نوع من التعاون المطلوب لتحقيق الغاية التي أنشئت لأجلها الشركة، وتأتي هذه النية للمشاركة من رضى الطرفين ورغبتهما في التعاون والشراكة والعمل معاً لتحقيق الهدف المشترك وهو الربح.

ثانياً: المساهمة المالية الكافية

وذلك لغايات تحقيق المشاركة بحيث يعمل كل شريك على تقديم حصته من رأس المال، ولا يجوز النص في عقد الشركة على إعفاء أحدهم من المشاركة في رأس المال، وبالتالي يفقد صفته كشريك، أما في حال كانت مساهمة أحدهم في رأس المال بسيطة أو رمزية فتعتبر الشركة في تلك الحالة باطلة، وتتنقي معها نية المشاركة لخلوها من وسيلة مادية لتحقيقها¹.

الفرع الثاني:

أركان شركات الاقتصاد المختلط

تقوم شركات الاقتصاد المختلط على عدة أركان لا بُد من توافرها حتى تُعتبر شركة اقتصاد مختلط، وهذه الأركان يمكن تفصيلها كما يلي:

أولاً: المرفق العام: إن شركات الاقتصاد المختلط تتعلق بإدارة مرفق عام، وهو ما يميزها عن شركات المساهمة الخاصة، الأمر الذي يتيح للسلطة الإدارية الرقابة على هذه الشركة بصفتها شريكاً في الشركة وبصفتها الحامية للمصلحة العامة.

ثانياً: الشركة المساهمة: تخضع شركات الاقتصاد المختلط للقانون التجاري ذلك نتيجة اتخاذ أشخاص القانون العام والأفراد المساهمين في الشركة فيما يتعلق بتسيير شؤون المرفق العام شركة المساهمة.

ثالثاً: الشخص العام: وهو ما يعني مشاركة شخص عام في شركة الاقتصاد المختلط سواء مالياً أو عينياً في رأسمالها².

¹. علي خطار شطناوي، مرجع سابق، ص 253.

². عدنان عمرو، مرجع سابق، ص 147.

المطلب الثاني:

النتائج المترتبة على الأخذ بطريقة الاقتصاد المختلط

- لأخذ بأسلوب الاقتصاد المختلط نتائج قانونية، فمن هذه النتائج ما يتعلق بالدولة أو السلطة العامة ومنها ما يتعلق بشركة الاقتصاد المختلط ذاتها، ومن أهم هذه النتائج ما يلي:
1. شركات الاقتصاد المختلط شخص من أشخاص القانون الخاص، تخضع للتشريعات المدنية ولاسيما قانون الشركات، والدولة هنا تُعتبر مساهم وشريك فيها لا صاحبة سلطة وسيادة.
 2. تزاوُل شركة الاقتصاد المختلط أعمالها وتمارس نشاطاتها طبقاً لأحكام قانون الشركات، وللدولة فيها امتيازات خاصة نظراً لتملكها النسبة الأكبر من حصة الشركة، فهي من تعين رئيس مجلس الإدارة والمدراء.
 3. إن ممارسة نشاط الشركة ينطوي على تقديم النفع العام، وهذا يقودنا للتمييز بين المسائل المتعلقة بالتنظيم الداخلي للشركة، والنشاط الذي تزاوُلُه، ففي مجال التنظيم الداخلي وعلاقة أعضائها والعاملين فيها وعلاقتها مع الغير تتبع القانون الخاص، وبالتالي فالقضاء النظامي يختص في نظر المنازعات الناجمة عن هذه العلاقات، في حين تتمتع إدارتها العامة ببعض الامتيازات مثل تعيين مجلس الإدارة والممثلين فيها، وتمارس سلطتها الرقابية بشكل يتناسب مع الظروف والأحوال المحيطة، وهي امتيازات القانون العام، ويحكمها القانون العام، ويختص القضاء الإداري بالنظر في أي منازعات تنشأ عنها¹.
 4. تمارس الدولة في هذا النوع من الشركات رقابتها التي تفرضها طبيعتها كمرفق عام، وهذه الرقابة تتمثل في تعيين من يمثلها في مجلس الإدارة أو رئيسها، كما تستعمل حقها في الاعتراض وإسقاط أي قرارات لا تتفق مع مقتضيات سير المرفق العام².
 5. باعتبار هذه الشركة مرفقاً عاماً فإنها تخضع للمبادئ التي تحكم سير المرافق العامة، على خلاف الشركات الخاصة التي يحكمها القانون الخاص³.

¹. علي خطار شطناوي، مرجع سابق، ص 254.

². هاني علي الطهراوي، مرجع سابق، ص 291.

³. إبراهيم طه الفياض، مرجع سابق، ص 201.

الخاتمة:

إن الدافع لوجود شركات الاقتصاد المختلط واستخدام هذا النوع من الشركات هو عدم قدرة الدولة لوحدها، على إدارة بعض الأنواع من الخدمات والمشروعات ذات النفع العام، هذا من جهة، ومن جهة أخرى، فإن ذات الأمر ينطبق على القطاع الخاص، فيكون الاتفاق بين الإدارة العامة والقطاع الخاص على إنشاء مثل هذه الشركات لتقديم الخدمات في الدولة.

وفي ختام هذا البحث فقد خرجنا بعدد من النتائج والتوصيات كما يلي:

أولاً: النتائج

1. يُعتبر نظام الاستغلال المختلط أحد أساليب إدارة المرافق العامة، يقوم على الشراكة بين الإدارة العامة والقطاع الخاص.
2. يتشابه نظام الاقتصاد المختلط مع عقود الامتياز في بعض الأمور ويختلف في بعضها الآخر.
3. تُعتبر الدولة عادة صاحبة الحصة الأكبر في أسهم شركات الاقتصاد المختلط.
4. تسعى الإدارة العامة من خلال الإشراف والرقابة على شركات الاقتصاد المختلط للحفاظ على سير الشركة كمرفق عام.
5. يحكم نظام شركات الاقتصاد المختلط القانون الخاص عندما يتعلق الأمر بالعلاقة بين الشركاء ونظام الإدارة الداخلي للشركة، في حين تتبع القانون العام عندما يتعلق الأمر بالتعيين والرقابة والإشراف على الشركة.

ثانياً: التوصيات

1. ضرورة سن تشريعات خاصة تنظم عمل شركات الاقتصاد المختلط في فلسطين.
2. العمل على الموازنة بين مصلحة الدولة ومصلحة القطاع الخاص عند تأسيس شركات الاقتصاد المختلط.
3. العمل على تعديل نص المادة (9/69 أ) من القانون الأساسي بحيث توضح بشكل لا لبس فيه على عاتق من يقع إنشاء المرافق العامة وإلغائها، ونوصي بأن تكون السلطة التشريعية هي صاحبة الاختصاص في ذلك، بحيث تصبح هذه الصلاحية ضمن الباب الرابع المتعلق؟؟؟؟، ونقترح أن يكون النص كما يلي: (إنشاء أو إلغاء الهيئات والمؤسسات والسلطات أو من في حكمها من وحدات الجهاز الإداري التي يشملها الجهاز التنفيذي التابع للحكومة، على أن ينظم كل منها بقانون).

4. ضرورة تحديد طبيعة الخدمات والمرافق التي يستلزم فيها إنشاء شركات اقتصاد مختلط لإدارتها.

بيان تضارب المصالح:

يقر جميع المؤلفين أنه ليس لديهم أي تضارب في المصالح.

المصادر والمراجع

أولاً: المصادر

1. القانون الأساسي المعدل لسنة 2003، المنشور في جريدة الوقائع الفلسطينية، العدد (ممتاز 1)، بتاريخ 2002/06/07، ص4.

ثانياً: المراجع

1. إبراهيم طه الفياض، القانون الإداري، ط1، مكتبة الفلاح للنشر والتوزيع، الكويت، 2008.
2. سليمان الطماوي، مبادئ القانون الإداري، ط6، دار الفكر العربي، القاهرة، 2007.
3. عبد الغني بسيوني عبد الله، القانون الإداري: دراسة مقارنة لأسس ومبادئ القانون الإداري وتطبيقاتها في مصر، ط1، منشأة المعارف، الإسكندرية، 1991.
4. عدنان عمرو، مبادئ القانون الإداري: ماهية القانون الإداري والتنظيم الإداري والنشاط الإداري، دراسة مقارنة، جامعة القدس، 2020.
5. علي خطار شطناوي، الوجيز في القانون الإداري، ج2، مطبعة الجامعة الأردنية، عمان، 1996.
6. علي خطار شطناوي، الوجيز في القانون الإداري، ط1، دار وائل للنشر، عمان، 2003، ص 215.
7. محسن خليل، تنمة مبادئ القانون الإداري اللبناني، مكتبة كريدية إخوان، بيروت، 1975.
8. محمد رفعت عبد الوهاب، عبد الغني البسيوني، القانون الإداري، دون دار نشر، دون مكان نشر، 1989.
9. مصطفى أبو زيد فهمي، القانون الإداري، الدار الجامعية، الإسكندرية، 1992.
10. هاني علي الطهراوي، القانون الإداري، ج1، ط1، دار الثقافة للنشر والتوزيع، 1998.

رسائل الماجستير والدكتوراه:

1. رحمة الله أبو القاسم رحمة الله، طرق إدارة المرافق العامة، رسالة ماجستير غير منشورة، جامعة النيلين، السودان، 2019.

القانون الواجب التطبيق على عقود الاستثمار النفطي

The law applicable to oil investment contracts

م.د. سيف هادي عبدالله الزويني
جامعة النهرين
(العراق)

م.د. سامح صبري جاسم الجبوري
جامعة المستنصرية
(العراق)

القانون الواجب التطبيق على عقود الاستثمار النفطي

The law applicable to oil investment contracts

م.د. سيف هادي عبدالله الزويني

كلية الحقوق، جامعة النهرين، (العراق)

Saif.hadi@nahrainuniv.edu.iq

م.د. سامح صبري جاسم الجبوري

كلية القانون، جامعة المستنصرية، (العراق)

sameh.sabry91@uomustansiriyah.edu.iq

تاريخ النشر: 2024-06-01

تاريخ القبول: 2024-04-29

تاريخ الاستلام: 2024-03-29

DOI: <https://doi.org/10.70411/MJLS.2.2.2024112>

ملخص:

إن مسألة تحديد القانون الواجب التطبيق على عقود الاستثمار النفطي الذي يحكم تزداد صعوبة وتعقيداً بالنظر إلى الأهمية الخاصة التي تتمتع بها تلك العقود لأنها تتعدّد بين الدول من جهة والأشخاص المعنوية الأجنبية من جهة أخرى، فالمستثمر الأجنبي عادةً ما يتطلع إلى بقاء قانون العقد ثابت ومستقر كما هو وقت إبرام العقد، بينما نجد الدولة، بوصفها صاحبة سلطة العامة التي تستأثر بممارسة الوظيفة التشريعية حماية للصالح العام، ونظراً لأهمية النشاط التجارية الاستثمارية التي تأخذ الصفة العقدية في القانون التجاري ودورها في تنمية الثروة العالمية ودعم الاقتصاد الدولي فإننا سنتناول في هذا البحث دراسة على المستوى الدولي من خلال تسليط الضوء على القانون الواجب التطبيق على عقود الاستثمار النفطي الكلمات المفتاحية: عقود الاستثمار، تنازع القوانين، الاستثمار الأجنبي، قانون واجب التطبيق والتحكيم.

Abstract:

The issue of determining the applicable law governing oil investment contracts becomes increasingly difficult and complex due to the special significance to these contracts, which are concluded between states on one hand and foreign legal entities on the other. Foreign investor typically seek to maintain the stability and consistency of contract law as it was at time of contract formation. Meanwhile, states, as the holders of public authority exercising legislative function to protect the public interest. Given the importance of commercial investment activity, which takes contractual form in commercial law, and its role in global wealth development and supporting the international economy. This research will undertake an international-level study by shedding light on the applicable law to oil investment contracts.

Keywords: Investment Contracts, Conflict of Laws, Foreign Investment, Applicable law and Arbitration

المقدمة

تمتاز عقود الاستثمار بخصوصية تكون ناتجة عن كونها تعقد (تبرم) بين أحد أطراف القانون العام الدولة أو بين المؤسسات العامة التي تكون تابعة لها وبين أطراف القانون الخاص سواء كانوا هؤلاء الأشخاص أو الاطراف شخصاً طبيعياً أم معنوياً فهذا الأمر الذي يمكن ان يطرح مسألة التوافق بين الاهداف العامة التي من الممكن ان تكون الدولة بمسعى إلى تحقيقها هذا من جهة و الاهداف و المصالح التي ينشدها المستثمر والتي تكون من جهة ثانية أو أخرى ،وتحظى عقود الإستثمار بأهمية خاصة تبررها طبيعتها، كونها تبرم بين الدول والأشخاص الأجنبية الأخرى، ويضاف إلى ذلك أثرها في تحقيق التنمية في الدولة المستضيفة ،و على ضوء هذا التزايد وانتشار عقود الإستثمار النفطي ولكثرة الخلافات و المنازعات دولياً ؛ فقد صار من المهم و الضروري تنظيم الاحكام القانونية التي تحديد القانون الواجب التطبيق على تلك العقود ، وهذا الأمر بدوره يثير ازمة عملية ناجمة عن دور الإرادة في تحديد القانون الواجب التطبيق على عقود الاستثمار النفطي ،وعاقبة غياب وتخلف الاختيار الصحيح التي من الممكن أن تضع تحدياً بخصوص اسلوب الإسناد سواء اكان أجنبياً أم طنياً للكشف عن القانون الذي يحكم عقود الاستثمار النفطي فضلاً عن دور القضاء المحلي وهيئات التحكيم في المساعدة في حل هذه الأزمة باستخدام آليات متباينة من أجل تحديد القانون الواجب التطبيق.

إن التغلب على هذه المشكلات لا يقتصر على جهود المؤسسات التي تحسم النزاعات سواء أكانت مؤسسات تحكيمية او قضائية بل لا بد من مساهمة تشريعية جادة تحسم مواطن الاختلاف والغموض والنقص.

أهمية البحث:

يعد موضوع انواع العقود النفطية الدولية من المواضيع الدقيقة والمهمة في دراسة القانون الخاص بشكل عام والقانون التجاري بشكل خاص ، وترجع أهمية هذا الموضوع إلى أسباب رئيسية أهمها بيان دور إرادة المتعاقدين في تحديد القانون الواجب التطبيق على عقود الاستثمار الأجنبي، فضلاً عن تسليط الضوء على دور القضاء والتحكيم في حكم هذه المسألة.

مشكلة البحث:

يثير هنا في مشكلة البحث موضوع بحثنا بعض الإشكاليات بما يتعلق بقاعدة التنازع التي تهيمن و تحكم عقود الاستثمار النفطي وهذا يثير عدة تساؤلات ابرزها ما هو القانون الي يكون واجباً للتطبيق على هذه المنازعات في عقود الاستثمار التي تكون ذات عنصر أجنبي ؟ ما مدى ملائمة قاعدة قانون الإرادة

لتحديد القواعد القانونية التي تفصل في النزاعات المتعلقة بالاتفاقات الاستثمارية ؟ وما الأثر المترتب على غياب.

قانون الإرادة في حكم هذه المسألة؟ وهل يتمتع القاضي الوطني بسلطة في تحديد القانون الواجب التطبيق على عقود الاستثمار النفطي؟ وهل يتمتع المحكم بسلطة لتحديد القواعد القانونية التي تحكم الاتفاقات النفطية ذا الطابع التعاقد .

منهجية البحث:

ترتكز دراسة موضوع البحث بشكل أساسي على منهج وصفي قائم على التحليل القانوني يعتمد على الاطلاع على عرض الآراء الفقهية المتخصصة في موضوع البحث وتحليل جميع النصوص المختصة به.

خطة البحث:

تم تقسيم الدراسة إلى ثلاثة مباحث، تناولنا في المبحث الأول، دراسة تطبيق القانون الذي يحكم اتفاقات المتعاقدين على الاتفاقات الاستثمارية في حين خصصنا المبحث الثاني، للحديث عن سلطة القاضي الوطني في تحديد القانون الواجب التطبيق على عقود الاستثمار النفطي كما ناقشنا في المبحث الثالث سلطة المحكم في تحديد القانون الواجب التطبيق على عقود الاستثمار النفطي.

المبحث الأول:

مفهوم القانون الواجب التطبيق على عقود الاستثمار النفطي

إن أصل نشأة فكرة قانون الإرادة يرجع إلى القانون الداخلي أين طبق مبدأ سلطان الإرادة في العقود الداخلية وفقاً وطبقاً لمبدأ العقد شريعة المتعاقدين؛ فهذا المبدأ يعد أنسب لتحقيق العدل في المعاملات المالية للأفراد ما دام أن العقد يتم إبرامه بتراضي الطرفين و بإمكانهم تضمين عقدهم بالشروط التي تكفل مصالحهم، فمن الطبيعي أن يرتضي الفرد التعاقد كلما كان ذلك في مصلحته.¹

بالرغم من عدم تحديد المشرع العراقي مفهوم العقد الدولي بشكل عام إلا أنه بين في المادة (25) من القانون المدني العراقي رقم 40 لسنة 1951 النافذ، القانون الواجب التطبيق على الالتزامات التعاقدية في إطار تنازع القوانين من حيث المكان والتي نصت على أنه " يسري على الالتزامات التعاقدية قانون الدولة التي يوجد فيها الموطن المشترك للمتعاقدین إذا اتحدا موطناً، فإذا اختلفا يسري قانون الدولة التي تم فيها العقد هذا ما لم يتفق المتعاقدان أو يتبين من الظروف أن قانوناً آخر يراد تطبيقه"

أما بالنسبة للمشرع الجزائري فإن العقود تخضع بموجب المادة 18 من القانون المدني الجزائري من حيث الأصل وبصفة عامة لقانون الإرادة لكن يكون هنا الأمر مختلف في عقود الاستثمار بحيث يكون دور هذه القاعدة أو هذه المادة تتلاشى وذلك بسبب الحد من اختصاصها عند تنظيمه، ويكون ذلك بواسطة التجميد الزمني لقانون الإرادة أو ما يعرف بشروط الثبات التشريعي، تعتبر هذه القاعدة التي تجعل العقد خاضع إلى الإرادة وهي من أهم قواعد الإسناد التي أقرتها التشريعات، حيث تجعل هذه الآلية بوضع الحل لمشكلة تنازع القوانين التي تحكم العقود الدولية وبالأخص النظام القانوني التي تكون خاضعة لها هذه العقود، ومن هنا يثور التساؤل حول مدى ملائمة هذه القاعدة للتطبيق على عقود الاستثمار خاصة في ظل وجود الدولة أو أحد مشروعاتها العامة كطرف في هذا العقد؟ إن توافق الإرادات المتعاقدة كافياً حتى يكون مصدراً للالتزام، وأن القانون الذي تحدده الإرادة هو الأنسب للمتعاقدین حيث ينسجم مع طبيعة العلاقة التعاقدية.²

¹. أحمد الخريجي، اشتراك الدول في إدارة الامتياز البترولي، بحث كان مقدم الى مؤتمر البترول العربي السادس، بغداد، 1967، ص 68.

². كما تم تطبيق هذا المبدأ على صعيد العلاقات الدولية الخاصة في مجال العقود الدولية التي تخضع في تكوينها وآثارها لنظام قانوني معين يتم تحديده من قبل الأطراف المتعاقدة ويرجع الفضل في ظهور فكرة قانون الإرادة إلى الفقيه الفرنسي ديمولان " في القرن السادس عشر بمناسبة فتواه الشهيرة في قضية الزوجين " دوجاني " حيث اعتبر أن الاعتبارات المالية للزوجين

كما أن صفة الدولة أو أحد مؤسساتها كطرف في العقد لا يؤثر على تطبيق قاعدة خضوع العقد لقانون الإرادة فقد أقرت الدول المجتمعة في اليونان في مؤتمر في دورته المنعقدة في أثينا لعام 1979 بهذا المبدأ؛ حيث جاء في نص المادة الثانية أنه يطبق على الاتفاقات التي يتم عقدها بين الدول وطرف غير محلي القواعد التي يتم ويكون الاتفاق عليها، من قبل الأشخاص¹.

بالنسبة لوقت إختيار قانون العقد، فإذا كان الأصل أن يتم الاتفاق على تطبيق قانون الإرادة وقت إبرام العقد الأصلي، فإنه من الجائز أن يتم ذلك بموجب اتفاق لاحق، بل حتى في مرحلة عرض النزاع على المحكمة ولكن قبل الفصل فيه. فلا يحرم المتعاقدان من مزايا تطبيق قاعدة الإسناد الخاصة بالعقد والتي تستهدف التيسير والتسهيل على المتعاقدين. ويؤكد بعض الفقه على أن من الشروط الأساسية لقيام تنازع بين القوانين أن يكون هذا التنازع قائم بين قوانين دول فقط؛ أي بمفهوم الدولة في القانون الدولي العام متى توافرت أركانها الأساسية. ومن ثم فإن الشرائع التي لا تنتمي لسيادة إقليمية معينة كقواعد التجارة الدولية المستمدة من الأعراف التجارية، لا يمكن أن تكون محلاً للتنازع بين القوانين؛ ومن ثم لا يمكن اختيارها للتطبيق، كما توجد بعض التشريعات التي حددت بصريح العبارة أن المقصود بالقانون الواجب التطبيق هو قانون الدولة. لقد ظل المفهوم السابق سائدا لفترة طويلة إلا أنه مع التطورات الحديثة في عالم التجارة الدولية وما نتج عن ذلك من قواعد قانونية ذات صبغة عالمية لا تنتمي لسيادة دولة وطنية معينة ساهم المحكمين في ظهورها وتطورها، أصبح من الجائز إخضاع عقود الإستثمار لقوانين لا تنتمي لقانون دولة معينة. أو اختيار تطبيق أحكام معاهدة دولية، أو إذا اقتضى الأمر تطبيق بعض المبادئ العامة للقانون.² وذهب جانب من الفقه في انتقاد قانون الإرادة المطبق على عقود الاستثمار النفطي بقوله غالى أنصار النظرية الشخصية في تقديس مبدأ سلطان الإرادة إلى حد القول بأن إرادة المتعاقدين هي شريعتهم الملزمة، وهي لا تحتاج في هذا الإلزام إلى قوة القانون. فالعقد ملزم في ذاته، وهو لا يستمد هذا الإلزام من القانون، وإنما من إرادة المتعاقدين.

تخضع لقانون الموطن الأول للزوجية، د. سعد علام، موسوعة التشريعات البترولية للدول العربية، منظمة الخليج العربي، الدوحة، قطر، ط 1، 1978، ص 13.

¹. د. حسن عطيه الله، سيادة الدول النامية على موارد الأرض الطبيعية، دراسة في القانون الدولي للموارد الاقتصادية، دار النهضة العربية، 1978، ص 118.

². د. عبد الحميد الأحديب، النظام القانوني للبترول في المملكة العربية السعودية، مؤسسة نوفل، ط 1، 1982، ص 79.

وإذا كان للقانون دور في هذا المجال فهو مجرد تأكيد الاحترام المتطلب لحرية الأفراد في التعاقد دون أن تكون من وظيفته رعاية المصالح العامة للجماعة في مواجهة النزعات الأنانية للأفراد.

نظرت المدرسة الفردية التقليدية إلى القانون في خلفية فكر أنصارها، وكأنه خصم الحرية الفردية وعدوها اللدود ولهذا فإن دوره يجب أن ينحصر في حماية هذه الحرية، وأن ينصرف على هذا النحو عن تأدية أي دور اجتماعي أو اقتصادي آخر سواء حماية للطرف الضعيف أو إدراكاً للمصلحة عامة.

وهكذا تدخل المشرع في الدول الرأسمالية ذاتها، وحتى في ظل سيطرة الأفكار الليبرالية، بنصوص آمرة لحماية الطرف الضعيف في العقد، وتزايدت مع مرور الزمن صور تدخل الدولة في العلاقات الاجتماعية والاقتصادية لإبطال الشروط التعاقدية التي تتعارض مع المصلحة العامة وبهذه المثابة لم تعد حرية المتعاقدين مطلقة، إنما هي حرية مقيدة بنصوص القانون الآمرة التي تهدف إلى حماية المصالح العليا للجماعة، فالعقد ليس مسألة خاصة بالأفراد، وإنما هو واقع اجتماعي، يخضع للقانون الذي تفرضه الجماعة ولا يرتب آثاره إلا في حدود ما يسمح به هذا القانون.

وإذا كان العقد الدولي هو العقد الذي يتصل بحسب الأصل بأكثر من نظام قانوني واحد، فقد استخلص أنصار النظرية الشخصية، التي تنتمي إلى تعاليم المذاهب الفردية، أنه قد أصبح على هذا النحو عقداً يخرج من تحت طائلة أي تنظيم قانوني، وخلافاً لما رأيناه بصدد عقود القانون الداخلي ومشكلة اختيار القانون الذي يخضع له العقد الدولي فهذا الفرض من بين القانونيين المتنازعين تكشف في ذاتها وفقاً لأنصار النظرية الشخصية عن حقيقة أن أي من هذين القانونيين لا يدعي خضوع العقد لسلطانه وهكذا يفلت العقد الدولي في نظر هذا الفقه من حكم القانون ليخضع لسلطان الإرادة.¹

وليس هناك ما يمنع المتعاقدين وفقاً لهذا النظر من اختيار قانون دولة معينة لينطبق على العقد الدولي المبرم بينهم، مثل القانون الفرنسي أو القانون الإنجليزي في المثال السابق، على أن يظل مفهوماً أن هذا الاختيار لم يتم بناء على قاعدة من قواعد تنازع القوانين، وإنما يرتد الاختيار في حالتنا إلى مطلق مبدأ سلطان الإرادة.

سارت محكمة النقض الفرنسية نحو إخضاع العقد الدولي لمطلق سلطان الإرادة، وهو ما يخول للمتعاقدین حق اختيار قانون معين يندمج في العقد وتنزل أحكامه منزلة الشروط التعاقدية، وذلك في حكمها

¹ . لما أحمد كوجان، التحكيم في عقود الاستثمار، منشورات زين الحقوقية، بيروت - لبنان، 2008، ص46

الشهير الصادر في 5 ديسمبر 1910، والذي قررت فيه أن "القانون الواجب التطبيق على العقود .. هو القانون الذي تبنته إرادة المتعاقدين.

وبهذه المثابة أصبح القانون الذي اختارته إرادة المتعاقدين وفقاً لهذا الحكم جزءاً من العقد، لتندمج أحكامه على هذا النحو ضمن شروطه التعاقدية واندماج القانون المختار في العقد على هذا النحو يفترض بداهة أن تكون إرادة المتعاقدين في هذا الاختيار صريحة، أو في القليل يمكن استخلاصها من ظروف الحال على نحو قاطع.¹

أما لو لم تكن إرادتهم في هذا الشأن واضحة، فقد يصعب تصور الإندماج. إذ الغرض في هذه الحالة أن ينطبق القانون الذي تشير به قواعد الإسناد الاحتياطية في قانون القاضي، أو القانون الذي يحدده القاضي بوصفه الأكثر اقتراباً من العلاقة العقدية، وفي هذه الحالات الأخيرة يتعذر القول بأننا بصدد قانون اختارته إرادة المتعاقدين، وإنما نكون بصدد قانون عينه المشرع أو القاضي ليحكم الرابطة التعاقدية ان إدماج أحكام القانون المختار في العقد لا يمنع المتعاقدين من استبعاد بعض هذه الأحكام ولو تمتعت بالصفة الأمرة، وأساس ذلك أنه إذا كان قانون الإرادة لا ينطبق على العقد الدولي بوصفه قانوناً، وإنما باعتبار أن نصوصه قد اندمجت في العقد واعتبرت على هذا النحو في حكم الشروط التعاقدية، فيكون من حق المتعاقدين بداهة الاتفاق على أي شروط أخرى ولو خالفت نص أمر من نصوص القانون المختار أما بالنسبة للقضاء العراقي فقد اخضع العقود الدولية لقانون الإرادة وتطبيقاً لذلك صدر قرار لمحكمة التمييز بموجب قضية تتلخص وقائعها حول عقد ابرم بين سائق عراقي مع عامل سوري في سوريا لغرض القيام بإصلاح السيارة العائدة للعراقي لقاء مبلغ من المال وامتنع العراقي عن دفع الأجور التي بذمته وقد قام السوري برفع دعوى ضد السائق أمام محكمة تلغفر مطالباً الحكم له بالمبلغ المستحق في ذمة السائق العراق الا ان محكمة التمييز قررت نقض الحكم وقالت في حيثيات الحكم " لما كان الالتزام التعاقدي موضوع الدعوى قد نشأ عن عقد مدني تم إبرامه في سوريا بين عراقي وسوري فتسري والحالة هذه أحكام القانون السوري بوصفه قانون الدولة التي تم إبرام العقد فيها تطبيقاً لنص المادة (1/25) من القانون المدني العراقي رقم 40 لسنة 1951 النافذ".²

¹ . Mustapha Les aspects des rapports entre Etats producteurs de pétrole et compagnies pétrolières étrangères, thèse paris, 1971, p55.

² . قرار محكمة التمييز في 18/10/1977 نقلاً عن سلطان عبد الله محمود الجوازي، القانون الواجب التطبيق على الحساب الجاري والاعتماد المستندي (دراسة مقارنة)، ط1، منشورات الحلبي الحقوقية، لبنان، 2010، ص54.

المبحث الثاني:

ضوابط تحديد القانون الواجب التطبيق على عقود الاستثمار النفطي

إذا توافقت إرادة أطراف عقد الاستثمار النفطي دون ان يكون هناك مشاكل في اختيار القانون

الواجب التطبيق

على عقود الاستثمار النفطي عندئذ يتم تطبيق القانون الذي اتجهت اليه الارادة النابعة عن توافق الأطراف مما يعني انه لا نزاع في القانون الواجب التطبيق على عقود الاستثمار النفطي الدولية حال توافق الإرادة الا ان الاشكالية تظهر في حالة سكوت الارادة فيرى جانباً من فقه القانون الدولي الخاص بأن لعلاج تلك الإشكالية لا بد من اللجوء إلى القواعد الإسناد الجامدة في التوصل إلى القانون الواجب التطبيق، كالموطن المشترك للمتعاقدين أو الجنسية المشتركة، أو كمكان إبرام العقد ومكان تنفيذ العقد، وهو الأمر الذي قد نص عليه المشرع العراقي صراحة في القانون المدني العراقي النافذ، كما يرى جانب آخر من الفقه ان حل هذه الإشكالية يكمن في استخدام ضوابط الاسناد المرنة، ويرى اتجاه ثالث أن القواعد الموضوعية هي التي تحدد القانون الواجب التطبيق على عقود الاستثمار النفطي وليس قواعد الاسناد المرنة منها والجامدة¹، مما يلزم البحث عن ضوابط تحديد القانون الواجب التطبيق على تلك العقود وهذا ما سنبيّنه في المطلبين الآتيين :

المطلب الأول:

القانون الواجب التطبيق على عقود الاستثمار النفطي بموجب قواعد الإسناد الجامدة

تعرف قواعد الإسناد الجامدة بأنها تلك القواعد المتعلقة بالموطن المشترك والجنسية المشتركة للمتعاقدين، ثم قواعد الإسناد المتعلقة بإبرام العقد ومكان تنفيذ العقد للمتعاقدين وسنتناول توضيحها على النحو الآتي:

أولاً: قواعد الإسناد المتعلقة بالموطن المشترك والجنسية المشتركة للمتعاقدين

ولأن الموطن المشترك هو قاعدة إسناد مختلفة عن قانون الجنسية المشتركة فسيتم تقسيم تطبيق قانون الموطن المشترك للمتعاقدين على عقد الاستثمار النفطي، ومن ثم سيتم تقسيم قانون الجنسية المشتركة للمتعاقدين على عقد الاستثمار النفطي:

¹ . د. طلال ياسين العيسى العقود الدولية وتطبيقاتها في القانون العراقي، اطروحة دكتوراه مقدمة إلى كلية القانون جامعة بغداد، 1992، ص22.

1- قانون الموطن المشترك للمتعاقدین على عقد الاستثمار النفطي:

يُعرف الموطن في القانون الدولي الخاص على أنه " الرابطة التي تقوم بين الفرد وإقليم دولة ، فهو المكان الذي يرى به الشخص له استمرارية البقاء فيه، ويستقر أو يتخذ منه مركزاً معينة لمصالحه المختلفة. وفي مجال أعمال قانون الموطن المشترك لجعله القانون الواجب التطبيق على العقد الدولي ، فما يراه الباحث إن تطبيق قانون الموطن المشترك لا يصلح لأن يُطبق على عقود الاستثمار النفطي ، وذلك لأنه قد يستوي لأن يكون لأحد الأطراف أكثر من موطن، عدا عن أنه قد يكون الموطن الذي يتخذه أحد الأطراف هو موطن عارض ومؤقت وليس موطن بالمعنى الصحيح.¹

2- قانون الجنسية المشتركة للمتعاقدین في عقد الاستثمار النفطي :

يُعرف قانون الجنسية بأنه القانون الذي يتبعه أطراف العلاقة بجنسياتهم، أما عن الجنسية فهي الرابطة السياسية والقانونية التي تربط الفرد بالدولة التي ينتمي إليها أي رابطة تحدد انتماء الأشخاص إلى بلدانهم، وعليه تسري على الأفراد الأحكام القانونية للدولة التي تتبعها لها تلك الجنسية مما يعطيه الحقوق وترتب عليهم واجبات.

يُعد قانون الجنسية ضابط إسناد ممتاز لحالات لمسائل الأحوال الشخصية، وقد يمكن أن يكون جيداً في حل النزاعات حول العقد الدولي التقليدي إذا ما اشتركت جنسيات الأطراف وذلك لتعزيز الرابطة الوطنية ما بين الفرد وقانون بلده، كما إن المشرع العراقي قد أخذ بمعيار الجنسية كضابط استناد احتياطي للقانون الواجب التطبيق على العقد ما بين الأحياء حالة سكوت الإرادة²، إلا أن الأمر في العقود الدولية للاستثمار النفطي تأخذ شكلاً مختلفاً ، ويعود ذلك لصعوبة التحقق من جنسية الأفراد وصعوبة التحقق من هويتهم الحقيقية أو تحديد أماكن تواجدهم عدا عن أنه غالباً ما تتم هذه العقود دون أن تتحد جنسية الأطراف، كما إنه قد تثار إشكالية التنازع السلبي في الجنسية وهو أن يكون أحد الأطراف يحمل أكثر من جنسية وكل دولة من تلك الدول التي تتبع لها الجنسية تنص في قوانينها على تبعية الأفراد لها واختصاص قانونها في

¹. Aitchaalapays producteurs de petrole et companies internationals thelausane ،1977،p76.

² . 10. د. احمد السمدان، القانون الواجب التطبيق في التحكيم التجاري الدولي، بحث منشور في مجلة الحقوق جامعة الكويت، العدد 1251، الكويت، 1993، ص13.

القانون الواجب التطبيق وفقاً لقانون جنسيتها، هذا ويستوي أن يكون أحد الأطراف عديم الجنسية ويستوي أن تكون الشركة المزودة للنفط من جنسية والأطراف كل واحد منهم من جنسية.¹

ثانياً: قواعد الإسناد المتعلقة بمكان إبرام العقد ومكان تنفيذ العقد للمتعاقدين

يُقصد بمكان إبرام العقد أي الموقع الذي تم التعاقد فيه، أما مكان تنفيذ العقد هو المكان الذي يتم فيه تبادل الالتزامات المتفق عليها بموجب العقد، وعليه سنبين قواعد الإسناد المتعلقة بمكان إبرام العقد ومكان تنفيذ العقد.

1- مكان إبرام العقد

إن مكان إبرام العقد هو من أفضل قواعد الإسناد التقليدية بحيث إنه يوفر للمتعاقدين الصامته أو الغائبة إرادتهم عن تحديد قانون واجب للتطبيق على العقد فرصة للمعرفة السابقة في تحديد القانون الواجب التطبيق، كما إنه الاتجاه الذي يراه الباحث أكثر صلة في العقد كون الإرادة للمتعاقدين اتجهت إلى إبرام العقد في دولة معينة وهذا يدل على تسليمهم بالنظام القانوني التابع للدولة التي يتم إبرام العقد فيها وهو من المعايير الأكثر دقة في الأكثر دقة في تحديد القانون الواجب التطبيق على عقود الاستثمار النفطي.²

2- مكان تنفيذ العقد

يُعتبر مكان التنفيذ أحد أشكال الإسناد المسبق للدولة التي يتم تنفيذ العقد فيها، بيد إنه يُعبر عن مركز الثقل في العلاقة التعاقدية عند سكوت الإرادة في تحديد القانون الواجب التطبيق على عقود الاستثمار النفطي سواء في الإتفاق الصريح أو الضمني.

أما عن مجال تطبيق قانون محل تنفيذ العقد على عقود الاستثمار النفطي فهو يواجه العديد من الانتقادات بناءً على ما يراه الباحث فلا يمكن الأخذ به في شكل مطلق وذلك لأنه من المحتمل أن يكون تنفيذ الالتزام مرتبطاً بأكثر من دولة، أو عند تعدد أماكن التنفيذ، كما إنه هناك مشكلة حول إذا ما كان المقصود بالتنفيذ العقد هو تنفيذ مقدم المنتجات النفطية أو الخدمات أم تنفيذ المشتري فكلا الحالتين يُعتد

¹ . 11. باسم سعيد يونس، القانون الواجب التطبيق على العقد الدولي، اطروحة دكتوراه مقدمة إلى كلية القانون في جامعة الموصل، 1998، ص70.

² . HANDJANT_ Les arbitrages enterles Etats-et les societies> petrolieres ،Memoire pour le diplome> d Etudes> superieures de droit public> paris l. 1975،p11.

بهم في اعتبارهم تنفيذاً إلا إنه يبقى أكثر صلة بأمر العقد لو تم معالجة تلك الإشكاليات أو عدم التطرق إليها كما إنه يُعبر بنحو أكثر أدق على مركز الثقل ما بين أطراف العقد في العلاقة التعاقدية.¹

المطلب الثاني:

القانون الواجب التطبيق على عقود الاستثمار النفطي بموجب قواعد الإسناد المرنة

بعد قصور قواعد الإسناد الجامدة والتي بينها الباحث سابقاً على قدرتها في علاج مشكلة القانون الواجب التطبيق على عقود الاستثمار النفطي، كونها وضعت أصلاً لتعالج العقد الدولي في حالته التقليدية، أنفق الفقه إلى التطرق لطرق أخرى تعمل في البحث لعلاج تلك الإشكالية، أي الاتجاه إلى ما يسمى الضوابط المرنة والتي يُعبر بها عن الأداء المميز للعقد.²

لتنوع العقود واختلاف إشكالاتها ولما كبت التطور المستمر في أشكال التعاقد وآلياته كان لا بد والنظر بأفق يتعدى مداها قواعد الإسناد الجامدة والتي كانت قد صلت لانطباقها على عقود ولم تصلح لعقود أكثر بسبب ثباتها وعدم مراعاتها أشكال العقود والتكيف على أساس ظروفه وطبيعته وليس بإسناد القاعدة التي ستحكمه وتحكم نزاعه مسبقاً، الأمر الذي دعا بالفقه للالتفات نحو إيجاد معيار يعمل على تحقيق التوافق ما بين الاعتبارات القانونية والتجارية التي لا بد ومراعاتها في تحديد القانون الواجب التطبيق بناءً على طبيعة العقد وظروفه وهيكلية تشكيله، بالإضافة إلى أنه يُحقق المرونة والتكافؤ في توفيق الحلول التي تتشكل والعقد بل إنه أيضاً في ذات الوقت يصون الأمان القانوني ويحفظ التوازن في علاقات الأشخاص التعاقدية كما ويعمل على احترام توقعاتهم المشروعة وذلك من خلال اعتبار المعيار المميز ومركز النقل في العقد فقد عُرف على إنه، الأداء الذي يجيز وصف وتحديد ماهية العقد وتميزه عن غيره من أشكال العقود الأخرى، فهو يقوم على مبدأ تفصيل وتبرغ أحكام العقد والبحث فيها عن الأهمية الواقعية أو العنصر الأكثر صلة وفعالية في العقد، أو بناءً على الالتزام الرئيسي أو بمكان الوفاء بالالتزام أو بمكان الإقامة المعتادة للمدين بالأداء المميز ومكان الموطن المعتاد للمدين بالأداء المميز عادة ما يعتبره الفقهاء الرابطة الأكثر صلة بالعقد ليقوم منهج الأداء المميز على أساسها، إذ إنه الأصل مع السماح للقضاة بالخروج عن هذا المعيار والأخذ بالظروف والملابسة والمشكلة لطبيعة العقد من المعايير التي تُشكل وزناً قانونياً في

¹ . بوسماحة الشيخ، تنازع القوانين في علاقات العمل الفردية رسالة لنيل شهادة دكتوراه في القانون الخاص، جامعة جيلالي اليايس بسيدي بلعباس، الجزائر، 2008، ص12.

² . احمد عبد الحميد عشوش ، قانون النفط، مؤسسة شباب الجامعة ' الاسكندرية، 1989، ص13.

العقد إن مفاد معيار الأداء المميز تدور حول البحث عن الوظيفة الأساسية في العقد، أي البحث في أداء الأطراف بالعلاقة التعاقدية للتوصل إلى الأداء المميز من خلال أطراف العقد، فهو معيار يعمل بتحديد القانون الواجب التطبيق بالعقد وفقاً لآليات غير ثابتة حيث إن المعتمد في تحديد المعيار الأداء المميز في العقد هو ظروف العقد وطبيعته ويأخذ على أنه معيار مكان إقامة المدين بالعنصر العقدي الذي تم التوصل على أنه هو عنصر الأداء المميز بالعقد، ولا بد في التوصل للقانون الأكثر صلة والأكثر ارتباطاً في العقد الولوج لنقطتين أساسيتين وهما كما التالي:

1- البحث عن معيار الأداء المميز وتحديده

لنتمكن من الأخذ في معيار الأداء المميز للعقد لابد والبحث عن ذلك المعيار وتحديده عن غيره، فمعيار الأداء المميز ليس ذاته في كل العقود، وإنما ينصرف في تحديده نحو كل عقد وطبيعته، الأمر الذي هو سبباً في صعوبة توصل القاضي لمعيار الأداء المميز، فالبحث في طبيعة العقد يلزم بأن يتم من خلال تحليل عناصر العقد تحليلاً وافياً للتوصل إلى الأداء الجوهرية في العقد، كما حال في عقد الاستثمار النفطي الذي يُعتبر أداءً مميزاً فمعيار الأداء المميز هو الطرف الملزم بتقديم الهبة أو التبرع كونه مدين بالعنصر الجوهرية في العقد، وقد يحتمل لأن ينصرف العقد في محله على عناصر متكافئة الثقل وليس منها ما هو مميز.¹

المدين بالأداء المميز هو الشركة المختصة في هذا المجال أو المصرف لكونهما يُمارس أحكام العقد وفقاً لوصفهما المهني، وبمقتضى نشاطهما الوظيفي حيث أن تلك العقود تنقسم ما بين طرف (عادي) وطرف (مهني) ورئيس يمارس ذلك العمل باحتراف وانتظام.²

2- التركيز لمعيار الأداء المميز في النظام القانوني

لتحديد ماهية الأداء المميز في العقد أهمية بالغة لإيجاد القانون الواجب التطبيق على عقود الاستثمار النفطي لكنه غير كافٍ دون أن يتم تركيز الأداء الذي تم تعيينه على إنه الأداء المميز الذي يُعتد بكونه

¹ . باسم سعيد يونس، مصدر سابق، ص44.

² . حسنين ضياء نوري الموسوي، الإرادة ودورها في تحديد الاختصاص القضائي الدولي العراقي، بحث منشور في مجلة أبحاث ميسان، العراق، المجلد الثامن، العدد 16، العراق، 2016، ص37.

أكثر ارتباطاً في القانون الواجب التطبيق والأكثر صلة فيه، والذي هو كان المدين بالأداء الذي تم تحديده على أنه الأداء المميز.¹

وما يراه الباحث فيما يخص معيار الأداء المميز بأنه المعيار الأكثر كفاءة في تحديد القانون الواجب التطبيق، وذلك لما يضيفه من مرونة على تحديد القانون الواجب التطبيق، كما إنه يعمل على مراعاة اعتبارات العدالة بجانب اعتبارات المرونة حيث إنه لا يضع اعتبارات مسبقة التحديد على العقد فهو يعتمد إلى وضع قواعد تتجسد بناءً على طبيعة العقد ليلائم كافة أشكال العقود، بالإضافة إلى أنه يحقق الحماية والأمان القانوني للمتعاقدين بجانب كفالاته واحترامه لتوقعاتهم المشروعة، فهو يقدم حلاً تتصف بالوضوح والثبات ويتلائم مع التوقعات المشروعة لأطراف العلاقة التعاقد.²

المطلب الثالث:

القانون الواجب التطبيق على عقود الاستثمار النفطي بموجب القواعد الموضوعية

يقصد بالقواعد الموضوعية تلك القواعد التي تنظم العلاقات الدولية الخاصة المعروضة على القاضي والتي يطبق عليها قانونه الوطني الموضوعي تطبيقاً مباشراً، ودون المرور بقاعدة تنازع القوانين³، وتمتاز بأنها قواعد مباشرة لحل للنزاع، فضلاً عن أنها قواعد مفردة الجانب بمعنى آخر أنها تقرر اختصاص قانون دولة ما بصورة مباشرة.⁴

ويمكن أن تعرف أيضاً بأنها مجموعة القواعد المادية المستقاة من مصادر متعددة وتقدم تنظيمًا قانونياً وحلولاً ذاتية لمعاملات التجارة الدولية على نحو يجعل منها بحق قانوناً خاصاً مستقلاً عن القانون الذي يحكم الروابط الداخلية البحتة.⁵

¹. HANDJANT(A)> Les arbitrages enter les Etats et les societies> petrolieres ،Memoire pour le diplom>e d Etudes> superieures de> droit public paris I. 1975.

². هنية، القانون الواجب التطبيق على العقد التجاري الدولي، مذكرة لنيل شهادة الماجستير في القانون الخاص، كلية الحقوق والعلوم القانونية، جامعة الجزائر، 2002، ص32.

³. بوسماحة الشيخ، مصدر سابق، ص53.

⁴. سعد الدين، العقد الدولي بين التوطين والتدويل رسالة تخرج لنيل شهادة الماجستير في القانون العام، جامعة سة بن بوعلي، الشلف، سنة 2007، ص87.

⁵. رائد صيوان عطوان، مدى إمكانية تطبيق القانون الوطني للدولة النفطية على عقود الاستثمار النفطي، بحث منشور في مجلة دراسات البصرة، كلية القانون، جامعة البصرة، العدد 23، العراق، 2017، ص19.

تتميز القواعد الموضوعية بعدة خصائص تمثل الجانب الإيجابي للمنهج الموضوعي لحل النزاع التجاري المتعلق بعقود الاستثمار النفطي ومن أبرز هذه الخصائص أنها قواعد مباشرة، كونها تقدم حلولاً موضوعية مباشرة المسائل المثارة ولا تميل إلى غيرها من القوانين، كما تتميز بـ الفئوية والنوعية، فهي فئوية لأنها تخاطب فئة معينة من الأفراد المتعاملين في التجارة الدولية، وهي قواعد نوعية لأنها تضع حلاً لنوع معين من المشكلات، وهي تلك الناشئة في الأوساط التجارية الدولية كما أنها تتميز بكونها قواعد تلقائية الناشئة، فهي تعد ذات نمو تلقائي من حيث الصدور والتطبيق، لكونها خرجت من مجتمع معين وفق شروط معينة

دون المرور بالقنوات الرسمية لسن القانون وهي تلقائية من حيث التطبيق لأن تطبيقها لا يحتاج إلى تدخل السلطة إذ يكفل ذلك وفاء المتعاملين بها وكذلك ملائمتها للنزاعات في نطاق التجارة الدولية.¹ غير أن من أهم الخصائص التي تتميز بها أنها قاعدة تجارية دولية، فمن المعلوم أن السبب الرئيسي في ظهور القواعد الموضوعية حالة الضرورة التي استوجبتها حاجات التجارة الدولية، فتطور الحياة الاقتصادية ونمو التجارة الدولية عبر الحدود، أبرز الحاجة إلى حلول موضوعية تلئم معطيات هذه التجارة، فكانت الحاجة لما بالقانون التجاري الدولي في إطار العقود الدولية ذات العنصر الأجنبي، يعمل على تجنب اختلافات القوانين الوطنية الذي يعيق هذه التجارة.²

القواعد الموضوعية تكون على صورتين فتكون ذات مصدر دولي وذات مصدر وطني ذلك أن بعض التشريعات الوطنية قد وضعت قواعد موضوعية، استجابة لإجاز التجارة است لاحتاجات ومتطلبات العلاقات الخاصة الدولية في مجال العلاقات التجارية، ويرى البعض أن قواعد القانون الدولي الخاص في شأن تنظيم مركز الأجانب تقدم المثل الواضح لتلك القواعد.³

والقواعد الموضوعية ذات المصدر الدولي نجدها في الاتفاقيات الدولية أو في المبادئ العامة للقانون أو في الأعراف التجارية أو ما يطلق عليه القواعد العرفية وهي مصادر عدها الفقهاء من مصادر قانون التجارة الدولية، ويختلف دور هذه القواعد في تحديد القانون الواجب التطبيق على موضوع النزاع تبعاً

¹. خالد شويرب، القانون الواجب التطبيق على العقد التجاري الدولي، أطروحة دكتوراه في الحقوق: فرع الملكية الفكرية جامعة بن يوسف بن خدة، الجزائر، سنة 2003، ص22.

². د. محمد يونس الصائغ، أنماط عقود الاستثمارات النفطية في ظل القانون الدولي المالي، بحث منشور في مجلة الرافدين للحقوق المجلد 12، العدد 46، بغداد، 2010، ص235.

³. خالد شويرب، مصدر سابق، ص55.

لمصدرها فقد اعتبر جانب من الفقه ان الاتفاقيات الدولية هي مصادر رئيسية لهذه القواعد في حين تكون المبادئ العامة والأعراف التجارية مصادر ثانوية.¹

وعليه فإن القواعد الموضوعية المبينة في الاتفاقيات تلعب الدور الرئيسي في تحديد القانون واجب التطبيق على موضوع النزاع، فالقانون الموضوعي يتركز أساساً في الاتفاقيات الدولية لأنها تشكل اللبنة الأساسية في انشاء نظام التجارة متعددة الأطراف وينحصر دور المحكم فيها على التطبيق السليم لنصوص وأحكام هذه الاتفاقيات (مثل اتفاقية الجوانب المتصلة بالتجارة من حقوق الملكية الفكرية IRIPS، واتفاقية التجارة في الخدمات GATS واتفاقية مكافحة الإغراق...، تحقيقاً للغاية الأساسية من ابرامها المتمثلة بتحرير التجارة وإزالة جميع مظاهر التمييز في التجارة الدولية.²

الخاتمة:

بعد الانتهاء من دراسة موضوع القانون الواجب التطبيق على عقود الاستثمار النفطي نورد أهم النتائج التي والتوصيات الهامة المتعلقة بموضوع الدراسة وعلى النحو الآتي:

أولاً: النتائج

- 1- يفتقر المشرع العراقي لمفهوم موحد للاستثمار النفطي لسببين أولهما توزع أنشطة الاستثمار المختلفة بين قانون الاستثمار من جهة والقوانين المتعلقة باستغلال الثروة النفطية من جهة أخرى فضلاً عن عدم وجود قانون اتحادي للنفط.
- 2- تعطي قواعد القانون الدولي الخاص في قانون الاستثمار الاتحادي والكوردستاني وقانون النفط والغاز لإقليم كردستان العراق مهمة تحديد القانون الواجب التطبيق لهيئة التحكيم التي تمارسها وفقاً لقواعد التحكيم الدولية المعروفة بالرغم من ان قانون القانون الكوردستاني الصادر والنافذ في 9- آب- 2007 يؤكد احالة النزاعات الى هيئات التحكيم وامكانية تطبيق قواعد اتفاقية واشنطن لعام 1965 إلا أن هذه الاخيرة لم تصبح نافذة بالنسبة للعراق الا بتاريخ 2015/12/17.
- 3- لقد أبرزت من خلال هذه الدراسة مدى إمكانية تطبيق قاعدة الإسناد التي تحكم العقود الدولية (قانون الإرادة) للتطبيق على عقود الاستثمار النفطي.

¹. فراس كريم شيعان أثر اتفاقيات التجارة الدولية في تطور قواعد تنازع القوانين ، أطروحة دكتوراه، كلية القانون جامعة الموصل، 2007، ص23.

². رائد صيوان، مصدر سابق، ص27.

- 4- بينت الدراسة أن صفة الدولة أو أحد مؤسساتها لا يؤثر على تطبيق قاعدة خضوع العقد لقانون الإرادة. ومن أهم الخيارات المتاحة أمام الأطراف المتعاقدة؛ تطبيق القانون الوطني للدولة المضيفة للاستثمار باعتباره قانون محل الإبرام ومكان تنفيذ العقد.
- 5- بينت الدراسة عدم وجود مانع من الاتفاق على إخضاع عقود الاستثمار النفطي للمعاهدات الدولية باعتبارها أحد أهم قواعد القانون الدولي العام، ومن التطبيقات المتاحة أيضاً للأطراف تطبيق قواعد قانون التجارة الدولية مع ضرورة مراعاة خصوصية عقود الاستثمار النفطي.
- 6- كشفت الدراسة عن تطبيق مبدأ التجميد الزمني لقانون الإرادة بشكل خاص في مجال العقود الدولية للاستثمار النفطي، إن الأثر المترتب على ذلك هو توقيف سريان العقد من حيث الزمان، فلا تسري على هذه العقود إلا الأحكام النافذة لقانون الإرادة وقت إبرام العقد، ومن ثم تستبعد التشريعات اللاحقة التي قد تطرأ عليه في المستقبل من أجل تحقيق الحفاظ على مبدأ استقرار العلاقة التعاقدية.

ثانياً: التوصيات

- 1- نوصي المشرع العراقي بضرورة نقادي إدراج شروط الثبات التشريعي في عقود الاستثمار النفطي متى كان الهدف من وضعها هو الهروب من القانون الوطني للدولة المضيفة للاستثمار.
- 2- هناك حاجة ملحة إلى وجود نص قانوني صريح ضمن قواعد القانون الدولي الخاص العراقي يسمح للقاضي العراقي بتطبيق القواعد الآمرة العراقية بصرف النظر عن نتيجة تطبيق قاعدة الإسناد حينما ترتبط العلاقة القانونية سواء اكانت تعاقدية ام غير تعاقدية بالنظام القانوني العراقي بشكل وثيق.
- 3- الحاجة الى سن قواعد إسناد خاصة تدرج في قانون اتحادي للنفط والغاز أو سن قواعد اسناد تدرج في القانون المدني اكثر انسجاما مع التطورات التشريعية في ميدان المسائل التعاقدية.

بيان تضارب المصالح

يقر جميع المؤلفين أنه ليس لديهم أي تضارب في المصالح.

قائمة المصادر والمراجع

أولاً: المصادر

القوانين

1. قانون النفط والغاز العراقي لعام 2007.
2. قانون الاستثمار العراقي رقم 13 لسنة 2006
3. قانون تنظيم الاستثمار المعدني العراقي رقم 91 لسنة 1988.

ثانياً: المراجع العربية

1- الكتب القانونية

1. أحمد الخريجي ، اشتراك الدول في إدارة الامتياز البترولي ، بحث كان مقدم إلى مؤتمر البترول العربي السادس ، بغداد ، 1967.
2. سعد علام ، موسوعة التشريعات البترولية للدول العربية، منظمة الخليج العربي ، الدوحة ، قطر ، ط 1 ، 1978.
3. عبد الحميد الأحذب ، النظام القانوني للبترول في المملكة العربية السعودية ، مؤسسة نوفل ، ط 1 ، 1982.
4. حسن عطيه الله ، سيادة الدول النامية على موارد الأرض الطبيعية، دراسة في القانون الدولي للموارد الاقتصادية ، دار النهضة العربية، 1978.
5. احمد عبد الحميد عشوش ،قانون النفط ،مؤسسة شباب الجامعة ' الاسكندرية، 1989.
6. احمد كوجان، التحكيم في عقود الاستثمار، منشورات زين الحقوقية، بيروت - لبنان، 2008 .
7. سلطان عبد الله محمود الجواري، القانون الواجب التطبيق على الحساب الجاري والاعتماد المستندي (دراسة مقارنة)، ط1، منشورات الحلبي الحقوقية ، لبنان، 2010.

2- الرسائل والاطاريح

1. باسم سعيد يونس، القانون الواجب التطبيق على العقد الدولي، أطروحة دكتوراه مقدمة إلى كلية القانون في جامعة الموصل، 1998.
2. بوسماحة الشيخ، تنازع القوانين في علاقات العمل الفردية رسالة لنيل شهادة دكتوراه في القانون الخاص، جامعة جيلالي اليابس بسيدي بلعباس، الجزائر، 2008.

3. خالد شويرب، القانون الواجب التطبيق على العقد التجاري الدولي، أطروحة دكتوراه في الحقوق : فرع الملكية الفكرية جامعة بن يوسف بن خدة، الجزائر، سنة 2003.
4. سعد الدين، العقد الدولي بين التوطن والتدويل رسالة تخرج لنيل شهادة الماجستير في القانون العام، جامعة سة بن بوعلي، الشلف، سنة 2007.
5. طلال ياسين العيسى العقود الدولية وتطبيقاتها في القانون العراقي، أطروحة دكتوراه مقدمة إلى كلية القانون جامعة بغداد، 1992.
6. فراس كريم شيعان ، أثر اتفاقيات التجارة الدولية في تطور قواعد تنازع القوانين ، أطروحة دكتوراه ، كلية القانون جامعة الموصل ، 2007.
7. هنية، القانون الواجب التطبيق على العقد التجاري الدولي، مذكرة لنيل شهادة الماجستير في القانون الخاص، كلية الحقوق والعلوم القانونية، جامعة الجزائر ، 2002.

3- البحوث القانونية

1. احمد السمدان، القانون الواجب التطبيق في التحكيم التجاري الدولي، بحث منشور في مجلة الحقوق جامعة الكويت، العدد 1251، الكويت، 1993.
2. حسنين ضياء نوري الموسوي، الإرادة ودورها في تحديد الاختصاص القضائي الدولي العراقي ، بحث منشور في مجلة أبحاث ميسان ، العراق، المجلد الثامن ، العدد 16 ، العراق، 2016.
3. رائد صيوان عطوان ،مدى إمكانية تطبيق القانون الوطني للدولة النفطية على عقود الاستثمار النفطي ،بحث منشور في مجلة دراسات البصرة ،كلية القانون ،جامعة البصرة،العدد 23،العراق،2017.
4. محمد يونس الصائغ ،أنماط عقود الاستثمارات النفطية في ظل القانون الدولي المالي، بحث منشور في مجلة الرافدين للحقوق المجلد 12،العدد 46 ،بغداد، 2010.

ثالثاً: المراجع الأجنبية

1. Aitchaalapays producteurs de petrole et companies internationals thelausane ،1977،p76.
2. HANDJANT(A)> Les arbitrages enter lesEtats etles societies> petrolieres ،Memoire pour le diplom>e d Etudes> superieures de> droit public paris l. 1975.
3. HANDJANT_ Les arbitrages enterles Etats-et les societies> petrolieres ،Memoire pour le diplome> d Etudes> superieures de droit public> paris l. 1975،p11.
4. MustaphLes aspectsdes rapports entre Etatsproducteurs epetrole et companiespetrolières étrangères ،thes paris ،1971 ،p55.

القيمة القانونية للحكم القضائي الصادر عن محكمة العدل الدولية

The Shareholder's Right to Monitor the Public Joint-Stock Company

ط.د. حمزة محمد ابو صالح
الجامعة العربية الامريكية
(فلسطين)

القيمة القانونية للحكم القضائي الصادر عن محكمة العدل الدولية

Legal Value of the Judgment of the International Court of Justice

ط. د. حمزة محمد أبو صالح

الجامعة العربية الأمريكية، (فلسطين)

adviser_80@yahoo.com

تاريخ النشر: 2024-06-01

تاريخ القبول: 2024-04-30

تاريخ الاستلام: 2024-3-30

DOI: <https://doi.org/10.70411/MJLS.2.2.2024110>**ملخص:**

تهدف دراسة القيمة القانونية للحكم القضائي الصادر عن محكمة العدل الدولية إلى معرفة فيما إذا كانت النصوص الواردة في النظام الأساسي لمحكمة العدل الدولية وفي ميثاق الأمم المتحدة واضحة وكافية لتحديد القيمة القانونية للحكم القضائي، أم أنها بحاجة لتعديل وتوضيح الغموض الذي يختلط فيه الأمر ما بين القوة الإلزامية للقرار القضائي ذاته مع القوة اللازمة لتنفيذ مضمونه، وذلك لما لها من أهمية في بيان مدى إلزامية الحكم فور صدوره ومدى اقترانه بقرينة حجية الأمر المقضي به.

حيث يطرح الموضوع إشكالية رئيسية تتمثل في: بيان مدى القوة الإلزامية للحكم الصادر عن محكمة العدل الدولية، وهل له حجية مطلقة أم أن حجته نسبية؟ والتفرقة فيما بينه وما بين إلزامية التنفيذ، ومن هي الجهة المختصة بذلك؟ ومن ثم معرفة المعوقات التي قد تعترض آلية لتنفيذ، واختتمت الدراسة بخاتمة تحوي مجموعة من النتائج أهمها: أن الحكم الصادر عن محكمة العدل الدولية يحوز على قوة الأمر المقضي به فور صدوره، كونه نهائياً لا يقبل الطعن بالاستئناف، ومجموعة من التوصيات الأخرى أهمها: ضرورة الإسراع في تعديل نصوص ميثاق الأمم المتحدة، وتعديل نظام المحكمة بالتبعية لتعزيز الثقة في أحكامها وتفعيل دور الجمعية العامة في تنفيذ أحكام المحكمة.

الكلمات المفتاحية: محكمة العدل الدولية، القرار القضائي، قوة الأمر المقضي به، تنفيذ قرارات المحكمة

Abstract:

The study of the legal value of the judgments issued by the International Court of Justice aims to determine whether the provisions contained in the Statute of the International Court of Justice and in the United Nations Charter are clear and sufficient to determine the legal value of judgment, or if they need to be amended and clarified to address the ambiguity that arises between the binding force of the judgment itself and the necessary force for implementing its content. This is crucial in indicating the immediacy of the judgment's binding nature upon its issuance and its connection to the legitimacy of the matter decided upon.

The topic raises a primary issue represented by: clarifying the extent of the binding force of the judgment issued by the International Court of Justice, whether it has absolute legitimacy, or its legitimacy is relative? distinguishing between it and the enforceability of the judgment, and who is competent for that? and then identifying the obstacles that may hinder the mechanism of implementation.

With a conclusion that contains a set of results, the most important of which are: the judgment issued by the International Court of Justice immediately acquires the force of a res judicata decided upon its issuance, as it is final and not subject to appeal.

A group of other recommendations, the most important of which are: the urgency of amending the provisions of the United Nations Charter, and amending the Court's system accordingly to enhance confidence in its judgments and activate the role of the General Assembly in implementing the Court's rulings.

Keywords : International Court of Justice, Judicial Decision, Force of Res Judicata , Implementation of Court Decisions

المقدمة:

تعد محكمة العدل الدولية (International Court of Justice) أعلى سلطة قضائية دولية، فهي الجهة الرئيسية لتسوية المنازعات القانونية بين الدول، وتم تشكيلها بموجب ميثاق الأمم المتحدة ومقرها في لاهاي هولندا، ولا تصدر أحكامها القضائية إلا في المنازعات ذات الطابع القانوني فيما بين الدول، إذ إنها لا تستقبل قضايا من الأفراد أو من المنظمات الدولية، وتعد الأحكام الصادرة عنها أحكاماً نهائية لا تقبل الطعن بالاستئناف، وبالتالي تحوز أحكامها على قوة الأمر المقضي به فور صدورها، وتعد قراراتها حجة على أطرافها فيما فصلت به من نزاع متعلق بالخصوم ذاتهم والسبب، إلا أن اقتصار حجية أحكامها على أطراف النزاع مسألة نسبية في بعض الحالات.

ومن الجدير بالذكر أن إلزامية الأحكام مسألة مختلفة عن إلزامية تنفيذ هذه الأحكام، فالأولى عمل قضائي له طبيعة قانونية في حين أن الثانية - أي التنفيذ - مسألة سياسية ذات طابع إجرائي، إلا أن تفويض مجلس الأمن بتنفيذ أحكام المحكمة جعل من مسألة التنفيذ مسألة سياسية تخضع لأهواء المجلس، وتجادب موازين القوى الدولية لا سيما في ظل وجود حق النقض الفيتو في يد المجلس وغياب الدور الرقابي للمحكمة على صحة تنفيذ أحكامها بسبب خلو نظامها من النصوص التي تخولها دوراً كهذا، مما كان سبباً في زعزعة الثقة في اللجوء إليها، وعلى الرغم من أهمية قراراتها القضائية وإلزامية تنفيذها إلا أن هناك إشكاليات قد تعترض عملية التنفيذ، وإن النصوص الواردة سواء أكانت في نظام المحكمة أم في ميثاق الأمم المتحدة حالياً غير كافية لمعالجة هذه الإشكالات.

وتنحصر دراستنا هذه في بيان مدى القوة الإلزامية للحكم القضائي الصادر عن المحكمة في حدود القرارات القابلة للتنفيذ، والمنهية للخصومة ضمن إطار المادة (94، ف1) من ميثاق الأمم المتحدة دون غيرها من واجبات المحكمة الأخرى، وقد تم تقسيم الدراسة إلى مبحثين هما:

المبحث الأول: حجية الحكم القضائي الصادر عن محكمة العدل الدولية واستثناءاته.

المبحث الثاني: سبل تنفيذ الأحكام القضائية الصادرة عن محكمة العدل الدولية وإشكالاتها.

ومن ثم خرجت الدراسة بخاتمة وتوصيات من شأنها أن تعزز الثقة في عمل المحكمة مستقبلاً.

إشكالية الدراسة:

إن الغاية الأساسية من إنشاء محكمة العدل الدولية هي تحقيق أهداف الأمم المتحدة، وأهمها تعزيز الأمن والسلم الدوليين، وحل المنازعات الدولية بطرق سلمية بعيدة عن الحروب وويلاتها، ولتحقيق هذه الغاية لا بد وأن يكون لأحكام المحكمة طابع نهائي وإلزامي، تكون الدول بموجبها قابلة لما يصدر عن

المحكمة من قرارات، وبالتبعية التزامها بتنفيذ منطوق تلك الأحكام باعتبارها متمتعة بقوة الأمر المقضي به فور صدورها، غير أن الدول المتنازعة قد لا تلتزم بتنفيذ الحكم بعد معرفة مضمونه.

من هنا ظهرت لنا إشكالية الدراسة الرئيسية المتمثلة في بيان ماهو مدى القوة الإلزامية للحكم الصادر عن محكمة العدل الدولية؟

أهمية الدراسة:

تأتي أهمية الدراسة لبيان القيمة الإلزامية للحكم القضائي الصادر عن محكمة العدل الدولية، وأن القيمة الإلزامية للحكم تختلف عن إلزامية التنفيذ، فأحكام المحكمة تحوز فور صدورها على قوة الأمر المقضي به باعتبارها صفة ملازمة للحكم فور صدوره ما بين أطراف الخصومة القضائية، إلا أن قوة الأمر المقضي به مسألة نسبية قد تتجاوز أطراف النزاع القضائي في حالات معينة لتمتد لغيرهم.

كما أوضحت الدراسة أن هناك فرقاً واضحاً ما بين مسألة إلزامية الحكم، وما بين إلزامية تنفيذه، إذ إن هناك طبيعة وخصائص مختلفة لكل من هاتين المسألتين، وانحصر نطاق الدراسة في الأحكام النهائية الواجبة التنفيذ ضمن مفهوم المادة (94، ف1) من ميثاق الأمم المتحدة دون غيرها من مهمات المحكمة الأخرى.

مبررات الدراسة والأهداف:

1. بيان القيمة القانونية للحكم القضائي الصادر عن محكمة العدل الدولية.
2. ضرورة التفرقة ما بين إلزامية الحكم القضائي، وإلزامية التنفيذ، ومعرفة الأساس القانوني لهذه التفرقة.
3. معرفة فيما إذا كانت النصوص الواردة في النظام الأساسي للمحكمة وفي ميثاق الأمم المتحدة كافية لبيان القيمة القانونية لأحكامها أم أنها بحاجة لتعديل.

منهج البحث ووسائله:

اتبعت الدراسة المنهج الوصفي التحليلي؛ وذلك لتحليل النصوص الواردة في النظام الأساسي للمحكمة وميثاق الأمم المتحدة، وكذلك المنهج الاستنباطي، وذلك من خلال دراسة نصوص المواد القانونية واستنباط الغاية منها.

المبحث الأول:

الحكم القضائي الصادر عن محكمة العدل الدولية ومبدأ قوة الأمر المقضي به

تشير الإحصاءات إلى أنه وقعت أكثر من "14000 حرب خلال 500 عام من التاريخ، إذ لم ينعم العالم سوى ب 250 عاما من السلام خلال 3400 سنة"¹، وكانت السمة البارزة لتسوية المنازعات الدولية من خلال الحروب فقط، نتيجة لذلك اتجه العالم إلى البحث عن وسائل أكثر حضارية من اللجوء إلى الحرب لحل الخلاف ما بين الدول، وتم إنشاء هيئة الأمم المتحدة في النصف الأول من القرن السابق لتجنب ويلات الحروب والتي من ضمن أجهزتها الرئيسة محكمة العدل الدولية التي تعد أعلى جهة قضائية دولية، كوسيلة تلجأ إليها الدول لفض المنازعات القانونية بينها بالطرق السلمية، وتتمتع قرارات المحكمة بمبدأ حجية الأمر المقضي به فور صدورها ما بين أطرافها، غير أن هذه الحجية يرد عليها بعض الاستثناءات أحيانا، ولتوضيح ذلك تم تقسيم هذا المبحث إلى المطلبين الآتيين:

المطلب الأول:

مفهوم الحكم القضائي لمحكمة العدل الدولية ومبدأ قوة الأمر المقضي به.

ثمانية وسبعون عاماً مرت على إنشاء منظمة الأمم المتحدة والتي جاء في ديباجة ميثاقها "نحن شعوب الأمم المتحدة، وقد آلينا على أنفسنا أن ننقذ الأجيال المقبلة من ويلات الحرب التي في خلال جيل واحد جلبت على الإنسانية مرتين أحزاناً يعجز عنها الوصف."²

بعد أن تجرعت معظم دول العالم الألم والمعاناة في أعقاب الحرب العالمية الأولى والثانية، تم إنشاء منظمة الأمم المتحدة بهدف تنظيم العلاقات ما بين أعضاء المجتمع الدولي، وتحقيق الاستقرار والأمن والسلم الدوليين. عقب ما عانته الدول من ويلات وخراب وأصبح العالم يبحث عن وسيلة جديدة أكثر حضارية لحل النزاعات ما بين الدول غير وسيلة الحرب، وعلى إثر ذلك نشأت هيئة الأمم المتحدة في العام 1945 ليست كحكومة عالمية تسن القوانين، بل جاءت كمنظمة دولية تتخذ قرارات تمنح "الشرعية" لبعض التدخلات الدولية؛ بهدف حفظ الأمن والسلم الدوليين، وحل المنازعات الدولية بطريق غير الحرب، وفي سبيل ذلك كان لها ستة أذرع رئيسة، وأحد هذه الأذرع المركزية هي محكمة العدل الدولية التي جاءت خلفاً للمحكمة الدائمة للعدل الدولي، التي أنشئت في ظل عصبة الأمم سابقاً كجهاز قضائي رئيس للأمم المتحدة،

¹. إسماعيل عبد الرحمن، الاسس الدولية للقانون الإنساني الدولي، في القانون الدولي الإنساني دليل للتطبيق على الصعيد

الوطني، هيئة الصليب الأحمر، سنة 2003، بلا رقم عدد، ص 15.

². ديباجة ميثاق الأمم المتحدة الصادر عام 1945.

وتعمل محكمة العدل الدولية بموجب نظام أساسي يشبه إلى حد ما ميثاق المحكمة الدائمة للعدل الدولي مرفقاً بميثاق الأمم المتحدة، ويعد جزءاً منه، حيث ورد في ميثاق الأمم المتحدة "محكمة العدل الدولية هي الأداة القضائية الرئيسية للأمم المتحدة"، وتقوم بعملها وفق نظامها الأساسي الملحق بهذا الميثاق وهو مبني على النظام الأساسي للمحكمة الدائمة للعدل الدولي، وجزء لا يتجزأ من الميثاق¹.

بدأت المحكمة عملها في العام 1946 ضمن إطار عمل مزدوج لحل النزاعات القانونية ما بين الدول، الدور الأول يتمثل في إصدار القرارات القضائية فيما يعرض عليها من نزاعات ذات طابع قانوني ما بين الدول دون غيرها من أشخاص القانون الدولي الآخرين، والدور الثاني يتمثل في إصدار المحكمة للفتاوى والآراء الاستشارية فيما يعرض عليها سواء أكانت من الدول أم من غيرها من أشخاص القانون الدولي كالمنظمات الدولية، وتمارس المحكمة اختصاصات محددة بموجب "النظام الأساسي الخاص بها"².

ومن الجدير بالذكر أنه من الشائع في أدبيات القانون الدولي أن "المجتمع الدولي يفتقد لسلطة قضائية مركزية على شاكلة السلطات المعروفة في المجتمعات المحلية، وهو قول لا يخلو من الواقعية والصحة"³ ومرد ذلك يعود إلى طبيعة التنظيم الدولي وخصائصه، إذ إن الدول في التنظيم الدولي لا تصطف بشكل هرمي من أعلى إلى أدنى؛ بل إنه تنظيم أفقي مبني على المساواة في السيادة ما بين الدول.

ولا ينكر القول إن التنظيم الدولي المعاصر ساهم من خلال الأحكام القضائية التي يصدرها في حل الكثير من النزاعات الدولية، وساهم في تحقيق مقاصد الأمم المتحدة في الحد من ويلات الحروب وتحقيق الأمن والسلم والاستقرار الدوليين، ومن أهم الهيئات القضائية في المجتمع الدولي هي محكمة العدل الدولية التي جاءت كأعلى جهة قضائية دولية على مستوى التنظيم الدولي المعاصر والتي تتصف قراراتها بطبيعة خاصة، لها أهمية مركزية في تحقيق مقاصدها التي أنشئت من أجلها ولمعرفة مفهوم الحكم القضائي الصادر عن محكمة العدل الدولية لا بد من بيان طبيعته ومتى يحوز هذا الحكم حجية الأمر المقضي به.

¹. مادة 92 المرجع السابق.

². النظام الأساسي لمحكمة العدل الدولية يتألف من 70 مادة ويعد جزءاً من ميثاق الأمم المتحدة وهو ملزم للدول الأعضاء في هيئة الأمم المتحدة كافة.

³. د محمد خليل موسى، الوظيفة القضائية للمنظمات الدولية - الهيئات المعنية بتسوية نزاعات حقوق الإنسان والبيئة والتجارة الدولية-، دار وائل للنشر ط1 جامعة ال البيت، سنة 2003، ص 5

أولاً: ماهية الحكم القضائي الصادر عن محكمة العدل الدولية

يعد مفهوم وطبيعة الحكم القضائي الصادر عن محكمة العدل الدولية محل خلاف بين فقهاء القانون الدولي، فالحكم القضائي الصادر عن المحكمة يعد عملاً قانونياً صادراً عن جانب واحد؛ أي عن جهة قضائية دولية لها سلطة إصدار الأحكام القضائية للفصل في المنازعات القانونية الدولية التي تنشأ ما بين الدول، وبالتالي فهو يرتب حقوق والتزامات على أطرافه ويخلق مراكز قانونية جديدة للمتقاضين، وقد تنازعت الطبيعة القانونية للحكم الصادر عن محكمة العدل الدولية ثلاثة آراء ما بين فقهاء القانون الدولي ضمن الآتي:

"الرأي الأول: يرى بعض الفقهاء ومنهم (موريلي سيلفيو) أن الحكم الدولي ما هو إلا اتفاق نشأ نتيجة لإقرار إرادة الدول المتنازعة من خلال القاضي باعتباره عضواً مشتركاً بينها، وبالتالي فإن حل النزاع لا يكون من عمل أطرافه؛ بل هو أمر موكول إلى القاضي".

الرأي الثاني: يرى فقهاء آخرون ومنهم (أنزليوتي) أن الحكم الدولي عبارة عن واقعة قانونية، فاتفق الأطراف المتنازعة على اللجوء للقضاء هو الوسيلة الوحيدة لحل النزاع، وليس الحكم الدولي سوى عنصر مكمل لهذا الاتفاق، وما دام هذا الاتفاق عملاً إرادياً صادراً عن شخص دولي فالحكم إذاً يعد واقعة قانونية بالمعنى الواسع.

الرأي الثالث: يرى فريق ثالث من الفقهاء ومنهم (كلسن) أن القانون الدولي هو عبارة عن قاعدة قانونية ذات طابع تشريعي، فالحكم يتكون دائماً من تطبيق لإحدى القواعد العامة على حالات خاصة، ويرتب عليها آثاراً قانونية وبالتالي فإن الحكم يملك قيمة تشريعية تتميز عن القاعدة التي يطبقها".¹

وعلى الرغم من التنازع في هذه الآراء إلا أنني أرى أن الأرجح من بينها هو اعتبار الحكم الصادر عن محكمة العدل الدولية عملاً قانونياً صادراً عن جانب واحد له سلطة إصدار هكذا قرارات؛ للفصل في منازعة معروضة عليه بموجب نظام توافق المتنازعين على عرضه عليه سلفاً، وبالتالي يكون القرار الصادر عنه ملزماً لأطرافه، وعليهم القبول بالمركز القانوني الجديد الذي يقرره لهم هذا القرار؛ لأن إرادتهم اتجهت ضمناً لقبول مضمونه بتوافقهم على اللجوء إلى المحكمة مصدرة القرار للفصل في المنازعة محل النظر؛

¹. نبيل نويس، القوة الإلزامية لأحكام محكمة العدل الدولية، مجلة الفكر القانوني والسياسي، المجلد السادس، العدد الأول،

الجزائر، سنة 2022 ص 739.

أي أن القرار القضائي الصادر عن محكمة العدل الدولية يكون واجب النفاذ بصدوره" وهذا ما نص عليه ميثاق الأمم المتحدة¹، بالتالي يحوز القرار على قوة الأمر المقضي به بمجرد صدوره.

ثانياً: الفرق ما بين قوة الأمر المقضي به وحجية الأمر المقضي به.

يعد مبدأ (قوة الأمر المقضي به) قاعدة أصيلة من قواعد استقرار الأعمال القضائية في الأنظمة القانونية الداخلية للدول كذلك، والمقصود بهذه القاعدة "أن الأحكام التي يصدرها القضاء تكون حجة فيما فصلت فيه، ولا يجوز للخصوم طرح الأمر على القضاء من جديد، بينما لهم حق اللجوء إلى طرق الطعن التي قررها القانون سواء أكانت عادية أم غير عادية"² ونص قانون البينات الفلسطيني على هذه القاعدة أيضاً ضمن قانون البينات النافذ ضمن النص الآتي:

"1. الأحكام النهائية تكون حجة فيما فصلت فيه من الحقوق، ولا يجوز قبول دليل ينقض هذه الحجة، ولكن لا تكون لتلك الأحكام هذه الحجة إلا في نزاع قام بين الخصوم أنفسهم دون أن تتغير صفاتهم وتتعلق بذات الحق محلاً وسبباً، 2. تقضي المحكمة بهذه الحجة من تلقاء نفسها."³

ولا يشترط في الحكم أن يكون نهائياً حتى يحوز على حجية الأمر المقضي به، وبهذا يختلف مبدأ حجية الأمر المقضي به عن مبدأ قوة الأمر المقضي به، "فالمقصود بحجية الأمر المقضي به أنه وصف يلحق بالحكم القضائي بمجرد صدوره، أما قوة الأمر المقضي به فهو وصف يلحق بالحكم القضائي الذي لا يقبل الطعن فيه بالطرق العادية، فالحكم يكتسب حجية الشيء المقضي به من تاريخ صدوره وتقف هذه الحجة بمجرد الاستئناف ضده"⁴، بينما قوة الأمر المقضي به صفة ملازمة للحكم الذي ليس له طريق طعن عادي.

تبعاً لذلك فإن أحكام محكمة العدل الدولية تتمتع بخاصية قوة الأمر المقضي بمجرد صدورها، كون أحكامها نهائية وملزمة لأطرافها، لا تقبل الطعن بالاستئناف ولا بالنقض، وبالتالي نجد أن التفرقة التي يقيمها فقهاء القانون الداخلي ما بين حجية الأمر المقضي به وقوة الأمر المقضي به لا وزن لها على

¹. نصت المادة 94 من ميثاق الأمم المتحدة "يتعهد كل عضو من أعضاء "الأمم المتحدة" أن ينزل على حكم محكمة العدل الدولية في أية قضية يكون طرفاً فيها"

². عبد الحميد الشواربي "حجية الأحكام المدنية والجنائية في ضوء الفقه والقضاء" منشأة المعارف، الإسكندرية سنة 1987 ص78.

³. مادة (معرفة بالألف واللام) (110) من قانون البينات في المواد المدنية والتجارية الفلسطيني رقم (4) لسنة 2001م.

⁴. احمد ابو الوفا، التعليق على نصوص قانون الإثبات، الإسكندرية، دار المطبوعات الجامعية، 2007، ص 296.

الصعيد الدولي، باعتقادنا نظراً لأن حكم محكمة العدل الدولية له قوة الأمر المقضي به، وهو حجة على أطرافه كونه لا يجوز الطعن فيه بطرق الطعن المعروفة، وهذا ما أكد عليه النظام الأساسي لمحكمة العدل الدولية إذ ورد النص ¹ "على أن أحكام المحكمة نهائية غير قابلة للاستئناف؛ وإذا حصل نزاع في معنى الحكم أو مدلوله تقوم المحكمة بتفسيره بناء على طلب أي من أطرافه".

ويمكننا أن ندرج الفروقات بين حجية الأمر المقضي في القانون الدولي والقانون الداخلي بما يلي، فحجية الأمر المقضي به في إطار القانون الدولي لها ما يميزها عن القانون الداخلي باعتبارها قرينة قانونية تثبت بموجبها الوقائع، وبها يتم الاعتراف بالحق بمقتضى حكم لا يمكن المعارضة فيه من جديد بالطرق المتعارف عليها في القوانين الداخلية، كالاستئناف والنقض، وأنها تتمتع بأثر ملزم وتنفيذي ونهائي فور صدور الحكم، وإن هذه الحجية تثبت للحكم بمجرد صدوره فوراً، وأن هذه الحجية ملزمة لأطراف النزاع المتقاضين أمام المحكمة، ولا تمتد لغيرهم إلا في حالات استثنائية، وأن هذه الحجية تطل الحكم والوقائع ولا تتأثر بطرق الطعن التي رسمها النظام الأساسي للمحكمة سواء أكانت فيما يتعلق بالتماس إعادة النظر أو بطلب تفسير غموض الحكم أو تصحيحه.

تبقى هذه الحجية نافذة ما لم تقرر المحكمة إيقافها بقرار يلغي القرار السابق في حالة إجابة طلب التماس إعادة النظر، وإن هناك فرقاً في المدد التي منحها القانون لهذه الطلبات عن المدد الممنوحة للمتقاضين في إطار القانون الداخلي.

هذا يدل على رأينا السابق بأنه لا وزن للتفرقة بين قوة الأمر المقضي به وحجية الأمر المقضي به في إطار القانون الدولي، بينما في إطار القانون الداخلي هناك أهمية للتمييز ما بين قوة الأمر المقضي به وحجية الأمر المقضي به، حيث تكون هذه الحجية في إطار القانون الداخلي قلقة غير مستقرة لحين اكتساب الحكم قوة الأمر المقضي به، كما أن حجية الأمر المقضي به في إطار القانون الداخلي تطل الحكم دون أن تطل الوقائع القانونية، وإنها لا تثبت إلا بعد استنفاد جميع طرق ومواعيد الطعن وفق تدرج هرمي للمحاكم.

وبالتالي يعد الحكم الصادر عن المحكمة عنواناً للحقيقة وملزماً لأطرافه، ولكن لا يكون للحكم هذه القوة الإلزامية² إلا بالنسبة للأطراف ذاتها، ولا يتعداهم لغيرهم، وبخصوص النزاع الذي فصل فيه² وقد أكدت

¹. نص المادة 60 من النظام الأساسي لمحكمة العدل الدولية.

². مادة 59 من المرجع السابق.

الممارسة الدولية على هذا المبدأ" فنجد المحكمة الدائمة للعدل الدولي جاءت في أمرها الصادر في 6 سبتمبر 1930 قراراً يقضي بأنه يتعارض مع القوة الإلزامية المنصوص عليها في المادة 59 من النظام الأساسي للمحكمة أن يتم تعليق قوة الحكم على موافقة أحد الأطراف، لأن ذلك يجعل الحكم بلا فائدة ويجرده من حجته¹.

ويختلف الحكم القضائي الصادر عن محكمة العدل الدولية عن الآراء الاستشارية التي تصدرها المحكمة، فالحكم لا يكون إلا في منازعة قانونية بين دول ولا يملك الأفراد حق المثل أمامها أو التقاضي إليها وكذلك الحال بالنسبة للمنظمات الدولية²، وبالتالي لا يتصور أن يصدر حكم عن هذه المحكمة يخص فرداً؛ بل إن الدول هي التي يحق لها أن تتقاضى أمامها، أما الآراء الاستشارية فقد تكون للدول أو للمنظمات أو غيرها ممن ورد ذكرهم حصراً في الميثاق³ وهذا ما أكدته ميثاق الأمم المتحدة إذ ورد النص (1- لأي من الجمعية العامة أو مجلس الأمن أن يطلب إلى محكمة العدل الدولية إفتاءه في أية مسألة قانونية. 2- ولسائر فروع الهيئة والوكالات المتخصصة المرتبطة بها ممن يجوز أن تأذن لها الجمعية العامة بذلك في أي وقت أن تطلب أيضاً من المحكمة إفتاءها فيما يعرض لها من المسائل القانونية الداخلة في نطاق أعمالها).

يمكننا القول إن الحكم الصادر عن محكمة العدل الدولية يعد قراراً قانونياً نهائياً يتعين على الدول الأعضاء احترامه وتنفيذه، يُطلق عليه في القانون الدولي مصطلح "حجية الأمر المقضي به" (Binding Force) وهو يملك صفة الإلزام القانوني على الدول المتنازعة في النزاع، وهي ملزمة بتنفيذ الحكم وتنفيذ ما يلزم من أجل تحقيق النتائج القانونية المنصوص عليها في الحكم، وتعتمد حجية الحكم على مبدأ المساواة السيادية للدول، وهذا يعني أن جميع الدول المعنية بالنزاع ملزمة بالالتزام بالحكم بالتساوي ودون تمييز فيما بينها.

المطلب الثاني:

الاستثناءات على مبدأ حجية الأمر المقضي به لقرارات محكمة العدل الدولية

من الوهلة الأولى عند النظر إلى نصوص النظام الأساسي لمحكمة العدل الدولية يظهر أن أحكامها لها طبيعة خاصة من حيث الحجية، فإن كان الحكم القضائي هو عنوان للحقيقة إلا أن نطاق حجته بحسب

¹. نبيل نويس، القوة الإلزامية، مرجع سابق، ص 732.

². د محمد خليل موسى، مرجع سابق، ص 230.

³. مادة 96 من ميثاق الأمم المتحدة، مرجع سابق.

نص المادة (59) من نظام المحكمة قاصر على أطرافه" ليس لقرار المحكمة قوة ملزمة إلا بين الطرفين وفيما يتعلق بهذه القضية بالذات"¹، ولكن المنازعات الدولية لها طابع خاص، ولكون الدول لا تعيش في عزلة؛ بل تتداخل مصالحها وعلاقاتها مع بعضها البعض، وكذلك حدودها والتزاماتها أحياناً، لذا كان هناك اتجاه مؤيد من الفقه الدولي بأن هناك حالات يمتد فيها نطاق الحجة إلى الغير؛ أي أن هناك استثناءات على هذه القاعدة ومن الأمثلة على هذه الاستثناءات.

أولاً: الحالة التي يخلق فيها الحكم مركزاً قانونياً موضوعياً

قد تصدر المحكمة قرارات لها طابع موضوعية مجردة؛ أي التقرير بمراكز قانونية من خلال نظرها في النزاع، كأن تقوم بتحديد ملكية جزيرة معينة لدولتين متنازعتين حول ملكيتها، فهذا يعني أن المحكمة أقرت لهذه الجزيرة بمركز قانوني معين يلزم الدولتين المتنازعتين عليها، ويلزم غيرهما من الدول أيضاً. ومن الأمثلة الدولية على ذلك ما قررته محكمة العدل الدولية في العام 2001 بخصوص النزاع القطري البحريني على ملكية جزر متنازع عليها بينهما في أطول نزاع تاريخي يتعلق بالحدود عرض على محكمة العدل الدولية، والذي قررت المحكمة نتيجته "بقاء سيادة قطر على منطقة زبارة وجزيرة جنان فيشت الديبل، وسيادة البحرين على جزيرة حوار وقطعة جرادة"² وقبلت الدولتان بهذا القرار.

كما أن قرارات المحكمة بترسيم الحدود البرية والبحرية لدولة ما من خلال حكم قضائي يكون لهذا الحكم حجية متعدية على أطراف النزاع، وتلزم الغير لا سيما فيما يتعلق بترسيم الحدود البحرية والمياه الإقليمية لدولة ما، إذ إن المنطق القانوني السليم يقتضي على أطراف المجموعة الدولية احترام هذا القرار والالتزام به، وبالتالي تكون هنا حجية القرار متعدية لأطرافه وملزمة للغير أيضاً بوجوب احترامه والأخذ بما جاء فيه.

ثانياً: الحالة التي يتعلق فيها الحكم بتفسير معاهدة شائعة لدولة أخطرت بالدعوى المنظورة

جاء في النظام الأساسي للمحكمة أن من مهمات المحكمة "تفسير معاهدة من المعاهدات"³، في حال كان هناك خلاف حول بنود هذه المعاهدة، ولا تثار هذه الإشكالية في حال كانت المعاهدة ثنائية، ولكن في حال كانت المعاهدة متعددة الأطراف فإن "على المحكمة لزوماً أن تخطر باقي الدول التي لم تكن طرفاً في

¹. المادة 59 من النظام الأساسي لمحكمة العدل الدولية، مرجع سابق.

². <https://www.albayan.ae/one-world/2001-03-18-1.1171656>

³. المادة 36 من النظام الأساسي للمحكمة، مرجع سابق.

النزاع القضائي المطروح أمام المحكمة¹، فإذا تدخلت في الدعوى كان الحكم القضائي ملزماً لها من حيث حجية التفسير.

وهنا لا بد من الإشارة إلى حالة أخرى وهي إذا لم يتم إشعار الدولة غير الطرف في النزاع القضائي بضرورة التدخل القضائي، فهذا لا يكون لحكم التفسير حجية عليها، ولكن يكون هذا التفسير استشارياً لها في حال طلبت هي التفسير مرة أخرى، وغير ملزم لها، أما إذا أخطرت الدولة الموقعة على المعاهدة بأن هناك دعوى تفسير مقامة من دولة على دولة أخرى حول خلاف معين يتعلق ببنود المعاهدة أو تفسير مضمونها وسكنت هذه الدولة أو لم تستعمل حقها في التدخل فإن القرار الصادر عن المحكمة يعد ملزماً لها كون سكوتها عن التدخل يعد إقراراً ضمناً بقبول القرار مستقبلاً².

ثالثاً: الحالة التي يتعلق فيها الحكم بدولة غائبة

الأصل في الأحكام الصادرة عن محكمة العدل الدولية أنها تصدر وجاهية بحضور الأطراف المتنازعة؛ لأن النزاعات الدولية على قدر عالٍ من الخطورة والحساسية، ولكن أحياناً قد تتعنت دولة ما وترفض مواجهة المحكمة في أثناء نظر النزاع المقام ضدها، أو قد تعجز الدولة "وهذا افتراض أخذته المحكمة عند إعدادها للنظام الأساسي الخاص بها"³.

فإذا تحققت المحكمة من صحة بسط ولايتها على النزاع محل النظر، ووجدت الدعوى صالحة للفصل فيها، فإنها تصدر حكمها في مواجهة الدولة الحاضرة، وفي غياب الدولة التي دعيت ولم تحضر أو قصرت في متابعة ادعائها، ويكون لهذا الحكم حجية الأمر المقضي به في مواجهة الدولة الحاضرة والغائبة على حد سواء.

رابعاً: حالة الدولة المتدخلة في النزاع القضائي

التدخل في النزاع الدولي هو إجراء عارض تلجأ إليه الدولة أو المحكمة من تلقاء ذاتها ضمن شروط محددة وفق النظام الأساسي للمحكمة، وقد "نظرت المحكمة في أربع حالات لطلبات تدخل في الفترة الواقعة ما بين العام 1980 والعام 1999 أمام محكمة العدل الدولية"⁴.

¹ مادة 63 ف1 من النظام الأساسي للمحكمة، مرجع سابق.

² بيل نويس، مرجع سابق ص 737.

³ مادة 53 من النظام الأساسي لمحكمة العدل الدولية، مرجع سابق.

⁴ للاطلاع حول موضوع التدخل يمكن الرجوع إلى دراسة للباحثة جلال نسيمه جلاخ، التدخل في الدعوى أمام محكمة العدل الدولية، المجلة الجزائرية للعلوم القانونية والسياسية، سنة 2017، ص 473-494.

وهناك نوعان من التدخل بيّنها النظام الأساسي للمحكمة:

النوع الأول من التدخل: يتعلق بأن يكون لدولة ما مصلحة في دعوى قائمة بين طرفين متنازعين، فللدولة التي من الممكن أن تتأثر مصلحتها من هذا النزاع أن تقدم طلباً للمحكمة بالتدخل في الدعوى القائمة، ومسألة الفصل في التدخل من عدمه هو أمر مردود للمحكمة ذاتها وفق المعطيات التي تستند إليها الدولة المتدخلة؛ أي أن قبول التدخل من عدمه لا يخضع لإرادة الخصوم، فإذا ما تم إدخال الدولة المتقدمة بالطلب فإن القرار الذي سيصدر يكون حجة عليها بصفتها طرفاً في النزاع كدولة متدخلة إما كمدعية أو مدعى عليها.

إن اشتراط المصلحة القانونية لطالب التدخل شرط لقبول طلب التدخل، إذ إن المحكمة ليست ملزمة بقبول كل طلب تدخل يقدم إليها، وهناك أمثلة دولية رفضت فيها المحكمة طلبات للتدخل في نزاع قائم بين طرفين، فقد رفضت المحكمة طلب التدخل الذي تقدمت به السلفادور في "القضية التي كانت منظورة بين نيكاراغوا والولايات المتحدة الأميركية في قضية الأنشطة الحربية والشبه حربية كون النزاع يتعلق بنزاع دولي مسلح"¹.

من الممكن أن تكون الدولة المتدخلة ليست طرفاً في النظام الأساسي للمحكمة، إذ لا يوجد ما يمنع من تدخل دولة ليست طرفاً في النظام الأساسي في دعوى قائمة، وما دامت قبلت ولاية المحكمة بتقديمها طلب التدخل فإن القرار سيكون حجة عليها، وقد أكد مجلس الأمن الدولي هذا الحق في القرار الصادر عنه رقم 9 لسنة 1946، "بل إنه أعطى الحق أيضاً للدولة التي ليست طرفاً في النظام الأساسي للمحكمة أن تلجأ إليها ابتداءً لنظر نزاع معين"².

تضمن قرار مجلس الأمن الدولي "رقم 9، الصادر في 15 أكتوبر 1946م، أن الدولة التي ليست عضواً في محكمة العدل الدولية، يمكنها أن تقدم قضية أمام المحكمة طواعية طالما أن تلك الدولة ملتزمة بالامتثال لقرار المحكمة، وقد اعتمده المجلس بالإجماع"³.

¹ . هاني حسن العشري، الإجراءات في النظام القضائي الدولي، دار الجامعة الجديدة، الإسكندرية سنة 2011، ص 452.
² . كان الهدف من هكذا قرار توسيع صلاحيات المحكمة لتشمل دولاً ليست أعضاء في النظام الأساسي وتشجيع هذه الدول على تحقيق مقاصد الأمم المتحدة بحل النزاعات بالطرق السلمية والقضائية بعيداً عن منطق الحرب والقوة وهو نص حسن.

³ . <https://ar.wikipedia.org/wiki/>

مما تقدم نجد الأصل العام أن لأحكام محكمة العدل الدولية حجية الأمر المقضي به في مواجهة أطراف النزاع الدولي للمتقاضين أمام المحكمة كأصل عام، ولكن هذه الحجية قد تتعدهم إلى غيرهم من الدول حتى وإن لم يكونوا أطرافاً في النظام الأساسي للمحكمة ضمن حالات معينة، وعليه يمكن القول: إن الحكم الصادر عن محكمة العدل الدولية يكون عنواناً للحقيقة في مواجهة أطرافه دائماً وفي مواجهة الغير، إذا تدخل أو أُشعر بالتدخل وغاب عن متابعة إجراءات التقاضي، أو كان من شأن الحكم أن يخلق مركزاً قانونياً مجرداً في مواجهة كافة، أو إذا أرسى مبدأ قانونياً موضوعياً .

المبحث الثاني:

تنفيذ الأحكام القضائية الصادرة عن محكمة العدل الدولية وإشكالاتها

الأصل أن تنفيذ القرارات الصادرة عن محكمة العدل الدولية يكون طوعاً واختياراً من قبل المتقاضين، وفي حالات معينة يتم تنفيذه جبراً عنهما من خلال الوسائل التي حددها نظام المحكمة، وميثاق الأمم المتحدة، إلا أن عملية التنفيذ قد تعترضها أحياناً بعض الإشكالات التي تحد من إمكانية تنفيذها، ولتوضيح ذلك تم تقسيم هذا المبحث إلى المطلبين الآتيين.

المطلب الأول:

وسائل تنفيذ أحكام محكمة العدل الدولية

في القوانين الوطنية يلجأ الأفراد إلى المحاكم المحلية لفض نزاعاتهم والحصول على حكم قضائي من خلال الدعاوى التي يقيمونها تجاه بعضهم البعض أو تجاه السلطات العامة، وبعد استنفاد طرق الطعن في المحاكم الأعلى درجة من المحكمة مصدرة القرار وفق التدرج الهرمي الذي ينظم عمل المحاكم الوطنية تطرح هذه الأحكام متى اكتسبت الدرجة القطعية لدى دوائر التنفيذ (دائرة الإجراء) من خلال أطراف الدعوى لضمان تنفيذ هذه الأحكام التي قد تنفذ طوعاً أو جبراً بواسطة السلطة التنفيذية كذراع تنفيذي للأحكام القضائية.

وفي النظام الدولي المسألة تختلف، إذ إن المحاكم الدولية تصطف إلى جانب بعضها البعض من حيث القوة، إذ ليس لها تدرج هرمي معين إلا إذا ورد نص خاص لبعض المحاكم، وبخصوص محكمة العدل الدولية يحوز الحكم القضائي الصادر عنها على "قوة الأمر المقضي به فور صدوره"¹ أي أنه يتمتع بالقطعية بمجرد صدوره، وتكون له صفة الإلزام تجاه أطرافه من الناحية الشخصية والموضوعية.

¹ . المادة 60 من النظام الأساسي لمحكمة العدل الدولية، مرجع سابق.

وتجدر الإشارة أن هناك حالات محددة يتم فيها تقديم طلب التماس إعادة النظر في الحكم، "ومع ذلك يعد البعض أن التماس إعادة النظر في الأحكام الصادرة عن محكمة العدل الدولية يعد مرحلة ثانية من مراحل نظر الدعوى، وليس درجة ثانية من درجات التقاضي"¹.

وتعد إلزامية الحكم مسألة مختلفة عن تنفيذ الحكم الصادر عن المحكمة، فالإلزامية صفة ملازمة للحكم كونه حجة على أطراف النزاع لإنهاء منازعة دولية نظرتها المحكمة وأصدرت حكمها بشأنها؛ أي أنه بمجرد صدوره يوضع حداً للإجراءات القضائية، أما تنفيذ الحكم فهو الوسيلة التي يلجأ إليها أحد أطراف النزاع لتطبيق آثار الحكم على الطرف المتنازع معه.

أي أن تنفيذ الحكم ليس عملية قانونية بقدر ما هو عملية سياسية، وبالعودة للنظام الأساسي لمحكمة العدل الدولية نجد أن المشرع الدولي تجاهل عمداً وضع وسيلة محددة لتنفيذ أحكامها؛ ولعل السبب من وراء ذلك تشجيع الانضمام لنظام المحكمة كي لا تصدم بمبدأ سيادة الدول ضمن المجتمع الدولي، إلا أنه بالعودة لميثاق الأمم المتحدة نجد أنه نص بشكل واضح على ضرورة التزام الدول بأحكام محكمة العدل الدولية "يتعهد كل عضو من أعضاء الأمم المتحدة" أن ينزل على حكم محكمة العدل الدولية في أية قضية يكون طرفاً فيها"².

وهذا مبدأ قديم من مبادئ القانون الدولي المستقرة (Pacta Sunt Servanda) أكد عليه الميثاق وهو تنفيذ الالتزامات بحسن نية استناداً لمبدأ العقد شريعة المتعاقدين، فما دام أطراف النزاع ارتضوا باللجوء إلى المحكمة لتسوية نزاعهم فإن وجوب تنفيذ القرار الصادر عن المحكمة أمر ملزم لكليهما، إلا أنه في حالات معينة قد يمتنع من صدر الحكم لغير صالحه عن تنفيذه وقد عالج ميثاق الأمم المتحدة هذا الفرض أيضاً من خلال تفويض مجلس الأمن بتنفيذ أحكام المحكمة، إذ ورد النص أنه "إذا امتنع أحد المتقاضين في قضية ما عن القيام بما يفرضه عليه حكم تصدره المحكمة، فللطرف الآخر أن يلجأ إلى مجلس الأمن، ولهذا المجلس، إذا رأى ضرورة لذلك أن يقدم توصياته أو يصدر قراراً بالتدابير التي يجب اتخاذها لتنفيذ هذا الحكم"³.

¹ ناصر سعد الغزاوي، تنفيذ أحكام القضاء الدولي "دراسة تحليلية مقارنة"، رسالة ماجستير، جامعة الأزهر، سنة 2018، ص 144.

² المادة 1/94 من ميثاق الأمم المتحدة، مرجع سابق.

³ المادة 94 / 2 المرجع السابق.

وقد منح مجلس الأمن الدولي صلاحيات مختلفة للتنفيذ منها رفع التوصيات ضمن النص المذكور، إما بتنفيذ الحكم أو برفع توصيات، أو اتخاذ تدابير معينة، ويرى الباحث أن النص المذكور قد أخفق في تحديد صلاحيات المجلس كجهة تنفيذ، وجعل من تنفيذ أحكام المحكمة عرضة للتقلبات السياسية وموازن القوى الدولية التي يخضع لها مجلس الأمن، لا سيما في ظل وجود نظام الفيتو في يد الدول الخمس الدائمة العضوية.

مما تقدم نجد أن هناك وسائل لتنفيذ الأحكام الصادرة عن محكمة العدل الدولية قد تكون اختيارية أو إجبارية، وتناول الباحث هذه الوسائل بالتفصيل كما يأتي:

أولاً: تنفيذ قرار محكمة العدل الدولية طوعاً واختياراً

تعد الالتزامات الدولية قائمة في الأساس على الرضائية والمساواة في السيادة وتنفيذ هذه الالتزامات بحسن نية تحقيقاً لمقاصد الأمم المتحدة، وهذا ما أكدته الميثاق بقوله "لكي يكفل أعضاء الهيئة لأنفسهم جميعاً الحقوق والمزايا المترتبة على صفة العضوية يقومون في حسن نية بالالتزامات التي أخذوها على أنفسهم بهذا الميثاق"¹.

يعد الالتزام بتنفيذ الحكم الصادر عن محكمة العدل الدولية مظهرًا مهمًا لاحترام الدول لحقوق الدول الأخرى، والالتزام بقواعد القانون الدولي، إلا أنه ليس هناك قوة تنفيذية مباشرة لدى المحكمة لفرض الحكم على الدول، فهي تفترض رضائية الدول لمنطوق أحكامها واحترام الدول لتنفيذها، كون الامتثال الطوعي للحكم يساهم بشكل مباشر في إرساء مبادئ العدالة الدولية وتعزيز السلم والاستقرار في المجتمع الدولي، وعلى الرغم من ذلك نجد أنه إذا لم تتعاون الدول المتنازعة في تنفيذ الحكم، لا بد من البحث عن وسائل أخرى ضمن ميثاق الأمم المتحدة للتوصل إلى آلية تنفيذ الحكم لتحقيق هذه الغاية.

وبالتالي نجد أن النظام الأساسي لمحكمة العدل الدولية لم يشير إلى آلية تنفيذ للأحكام؛ بل إنه افترض أن تنفيذ الحكم القضائي الصادر عن المحكمة هو واجب أساسي تفرضه قواعد القانون الدولي العام والأعراف الدولية².

بمعنى أن الدولة تقوم بتنفيذ القرار القضائي طوعاً واختياراً بمجرد صدور الحكم وبحسن نية إيفاء لالتزاماتها الدولية بموجب ميثاق الأمم المتحدة والنظام الأساسي لمحكمة العدل الدولية، كونه جزءاً مكملًا

¹. مادة 2 فقره 2 من ميثاق الأمم المتحدة، مرجع سابق.

². أحمد بلقاسم، القضاء الدولي، دار هومة للنشر والطباعة والتوزيع، الجزائر، سنة 2005، ص 228.

لميثاق الأمم المتحدة، والحالة الوحيدة التي نص عليها النظام الأساسي بالزامية تنفيذ الحكم الصادر عنها طوعاً واختياراً هي طلب المحكمة من طالب التماس إعادة النظر في القرار وتنفيذ مضمونه حيث ورد النص كما يلي "يجوز للمحكمة أن تطلب التقيد المسبق بشروط الحكم قبل أن تقبل الإجراءات قيد المراجعة"،¹ والمقصود بالتقيد هنا تنفيذ طالب التماس إعادة النظر لمضمون الحكم قبل البت في طلب إعادة النظر. وفي اعتقاد الباحث أن هذا النص بحاجة لتعديل، إذ إن المحكمة أعطت لنفسها حق إلزام الطرف طالب التماس إعادة النظر بضرورة الالتزام بتنفيذ قرارها، في حين أنها قد تلغيه بموجب وقائع حاسمة كان يجهلها عند صدور الحكم، ونرى أن مسلك المحكمة وفق هذا النص محل نظر يستلزم تعديله.

يشار إلى أن المحكمة قد تساهم في تنفيذ الحكم بصورة غير مباشرة من خلال إقرار إجراءات تحفظية قبل الفصل في موضوع النزاع النهائي، ومن القضايا التي قررت فيها المحكمة ذلك قضية النشاطات المسلحة في الكونغو (جمهورية الكونغو ضد أوغندا) فجاء في الفقرة الأولى من الأمر التحفظي الذي أصدرته المحكمة في 1/7/2000م على أنه "ينبغي على كلا الطرفين أن يمتنعا وأن يكفا على الفور عن كل عمل ولا سيما أي عمل مسلح قد يمس حقوق الطرف الآخر، فيما يتعلق بأي حكم قد تصدره المحكمة في القضية، أو يزيد من خطورة النزاع المعروض على المحكمة أو يطيله أو يجعل حله أكثر صعوبة".²

وقد يتم التنفيذ أيضاً طوعاً واختياراً عن طريق التفاوض المباشر أو عن طريق وسيط، وهذا مبدأ من مبادئ الدبلوماسية الدولية لتنفيذ الأحكام القضائية، وعادة ما يتم اللجوء إلى هذا النوع من الوسائل في قضايا التعويضات بين الدول، حيث تراعي الدول في هذا النوع من القضايا إمكانات بعضها البعض.

ومن السوابق الدولية في هذا الجانب "قضية المناطق الحرة بين فرنسا وسويسرا les zones franches في عهد المحكمة الدائمة للعدل الدولي، وكذلك في عهد محكمة العدل الدولية مع قضية الحدود بين مالي وبوركينا فاسو، بمساعدة من لجنة خاصة شكلتها المحكمة نفسها بموجب توصية صادرة عنها في 9 أبريل 1987 وبمساهمة مالية من الاتحاد السويسري ونفس الشيء في النزاع الحدودي بين ليبيا وتشاد".³

¹ مادة 61 ف3 من النظام الأساسي لمحكمة العدل الدولية، مرجع سابق.

² نصر سعد الغزاوي، مرجع سابق، ص 167.

³ عبد الصمد بازغ، الآثار القانونية لأحكام محكمة العدل الدولية مقال منشور عبر الموقع الإلكتروني:

<https://www.ahewar.org/debat/show.art.asp?aid=350113>

ثانياً: التنفيذ الجبري لقرار محكمة العدل الدولية

هناك أكثر من آلية يمكن اللجوء إليها في حال امتناع الدول عن تنفيذ قرارات المحكمة، تلك الآليات يمكن استنباطها من ميثاق الأمم المتحدة ذاته ومن هذه الآليات:

أ. التنفيذ بواسطة الجمعية العامة للأمم المتحدة:

عقب صدور القرار القضائي قد تمتنع إحدى الدول المتنازعة عن تنفيذ مضمونه، ومسألة التنفيذ الجبري أمر وارد وضروري لحفظ الأمن والسلم الدوليين تحقيقاً لمقاصد الهيئة، ولضمان استمرار هيبة الأحكام الصادرة عن محكمة العدل الدولية، وقد يكون ذلك بالقوة الجبرية وهذا لا يتنافى مع مقاصد الأمم المتحدة.

وفي ذلك يقول الأستاذ محمد طلعت الغنيمي بأن إجبار الدولة بالقوة أمر يتعارض مع المذهب السلمي، وقد يؤدي بالعالم إلى القوة التي يريد تجنبها، هو قول فيه مغالاة، ذلك أن القوة في سبيل إقرار السلام ليست أمراً مستهجناً، خصوصاً إذا كان استعمالها مأموراً به في حكم قضائي¹

وقد خولت المادة 10 من ميثاق الأمم المتحدة الجمعية العامة صلاحية التدخل في أعمال تنفيذ الأحكام القضائية، ويستتبط ذلك من صياغة النص والتي جاء فيها "للجمعية العامة أن تناقش أية مسألة أو أمراً يدخل في نطاق هذا الميثاق، أو يتصل بسلطات فرع من الفروع المنصوص عليها فيه أو وظائفه. كما أن لها فيما عدا ما نصّ عليه في المادة 12 أن توصي أعضاء الهيئة أو مجلس الأمن أو كليهما بما تراه في تلك المسائل والأمور".²

وبتمتع نص المادة السالف الإشارة إليه مع باقي نصوص مواد الميثاق لا سيما المادة 2 والمادة 94 يتضح أن هناك صلاحية للجمعية العامة للتدخل في تنفيذ الأحكام، ورفع توصياتها في هذا الشأن إما لمجلس الأمن أو من خلال باقي أذرع الهيئة الأخرى ووكالاتها المتخصصة كالمجلس الاقتصادي والاجتماعي.

تعد جميع هذه الأجهزة مرتبطة مع بعضها البعض بموجب اتفاقيات تعاهديه لتحقيق مقاصدها مجتمعة، وبالتالي نجد أن للجمعية العامة صلاحية التدخل في تنفيذ قرارات محكمة العدل الدولية من خلال

¹ محمد طلعت الغنيمي، الأحكام العامة في قانون الأمم - دراسة كل من الفكر المعاصر والفكر الإسلامي، منشأة المعارف الإسكندرية، 1983، ص (795)

² مادة 10 من ميثاق الأمم المتحدة، مرجع سابق.

استخدام صلاحياتها برفع التوصيات للدولة الممتنعة عن التنفيذ بضرورة التنفيذ، أو للوكالات التابعة لها لاستخدامها كوسيلة ضغط على الدولة الممتنعة.

ويرى الباحث أن تدخل الجمعية العامة يكون وجوبياً لتنفيذ قرارات المحكمة في حالة فشل مجلس الأمن لتنفيذ القرار أو امتناعه عن التنفيذ إذا كان من شأن ذلك تهديد السلم والأمن الدوليين، استناداً لصلاحياتها وفق منطوق "قرار الاتحاد من أجل السلام"¹ الذي صدر عن الجمعية العامة تحت رقم 377د/5 سنة 1950.

وبدراسة التطبيقات العملية لدور الجمعية العامة في تنفيذ أحكام محكمة العدل الدولية نجد أنه لم يطلب منها أن تتدخل إلا مرة واحدة، وذلك في "قضية الأنشطة الحربية وشبه الحربية في نيكاراغوا" حيث طلبت نيكاراغوا التدخل ضد الولايات المتحدة الأمريكية لرفضها تنفيذ الحكم بعد فشل مجلس الأمن في تنفيذه بسبب الفيتو، وقد أصدرت الجمعية العامة قراراً بوقف أميركا لجميع تصرفاتها غير المشروعة كتقديم الدعم للمعارضة ووضع الألغام"².

ب. التنفيذ بواسطة مجلس الأمن الدولي.

يكون لمجلس الأمن الدولي دور تنفيذ مباشر لقرار محكمة العدل الدولية في حالتين فقط هما الحالة الأولى: في حال طلب أحد أطراف النزاع من المجلس تنفيذ مضمون القرار، وهذا ما أكدته المادة 94 ف2 من ميثاق الأمم المتحدة بنصها أن مهمة تنفيذ الأحكام الصادرة عن محكمة العدل الدولية منطوية أساساً بمجلس الأمن، إلا أن المجلس له صلاحيات واسعة في هذا المجال ضمن شروط محددة، وقد جاء النص كما يلي (إذا امتنع أحد المتقاضين في قضية ما عن القيام بما يفرضه عليه حكم تصدره المحكمة، فللطرف الآخر أن يلجأ إلى مجلس الأمن، ولهذا المجلس إذا رأى ضرورة لذلك أن يقدم توصياته أو يصدر قراراً بالتدابير التي يجب اتخاذها لتنفيذ هذا الحكم).

وبتحليل هذا النص نجد أن تدخل مجلس الأمن مشروط بطلب يقدمه إليه أحد أطراف النزاع، وبالتالي نجد أن المشرع الدولي لم يجعل من مجلس الأمن جهة مباشرة لتنفيذ القرار الدولي إلا إذا طلب منه ذلك، وبشروط حددت ضمن النص المذكور.

¹. شرف عرفات، إدماج قرارات مجلس الأمن الصادرة طبقاً للفصل السابع من الميثاق، المجلة المصرية للقانون الدولي، المجلد 61، سنة 2005م، ص. 35.

². الخير قشي، إشكالية تنفيذ أحكام المحاكم الدولية بين النص والواقع، ط/1، المؤسسة الجامعية للدراسات والنشر والتوزيع، لبنان، 2000، ص 397.

الحالة الثانية: وهي الحالة التي ينص فيها القرار ذاته على آلية لتنفيذه تتضمن وجوب تدخل المجلس، ويظهر ذلك من خلال ميثاق الأمم المتحدة مادة 34 والتي جاء فيها "لمجلس الأمن أن يفحص أي نزاع أو أي موقف قد يؤدي إلى احتكاك دولي أو قد يثير نزاعاً؛ لكي يقرر ما إذا كان استمرار هذا النزاع أو الموقف من شأنه أن يعرض للخطر حفظ السلم والأمن الدولي".

نجد أن لمجلس الأمن صلاحية التدخل الإجمالي واتخاذ موقف من تنفيذ القرار بموجب صلاحياته إذا كان من شأن امتناع دوله عن تنفيذ مضمونه، أو إذا كان من شأن قيام الدولة التي صدر القرار لصالحها بتنفيذه مباشرة حصول تهديد للأمن والسلم الدولي، فهنا له صلاحية التدخل لتنفيذ مضمون القرار، وقد أشار بعض الفقهاء العرب إلى أن صلاحيته هنا محصورة بتقديم توصية لتنفيذ القرار "وليس لها صفة الإلزام استناداً لما أكدته المادة (35) من الميثاق ذاته"¹.

يرى الباحث أن هذا الرأي جاء في ظل فهم المادة المذكورة دون ربطها بباقي مواد ميثاق الأمم المتحدة الأخرى، فعبارة تهديد الأمن والسلم الدوليين مرتبطة ارتباطاً كلياً بما للمجلس من صلاحيات بما فيها صلاحياته بموجب الفصل السابع، وبالتالي يكون لهذه التوصيات صفة الإلزام والمجلس صلاحية حماية توصياته وتنفيذها، وبالتالي امتداد صلاحيته أيضاً بالضرورة لتنفيذ ذات القرار القضائي تجاه الممتنع عن تنفيذه بهدف حفظ الأمن والسلم الدوليين.

أما فيما يتعلق بالتدابير المؤقتة فالأمر مختلف، إذ إن للمجلس دوراً تنفيذياً مباشراً دون حاجة لطلب تدخله من أحد الأطراف، وحتى لو لم يرد نص في القرار ذاته على وجوب تدخل المجلس، إذ إن صلاحية المجلس لتنفيذ مضمون التدابير مستمدة من النظام الأساسي المنظم لعمل المحكمة، وهذا ما أكدته "المادة 41 من نظام المحكمة"² إذ إن للمجلس دوراً تنفيذياً مباشراً لهذه التدابير بعد أن تقوم المحكمة بإبلاغه بهذه التدابير، وله أن يتخذ الإجراء الذي يراه مناسباً في ذلك.

¹. ماهر عبد المنعم أبو يونس، استخدام القوة في فرض الشرعية الدولية، المكتبة المصرية، الإسكندرية، 2004، ص 219.

². نصت المادة 41 من النظام الأساسي لمحكمة العدل الدولية على ما يلي (1. يكون للمحكمة سلطة أن تبين، إذا رأت أن الظروف تتطلب ذلك أي تدابير مؤقتة ينبغي اتخاذها للحفاظ على الحقوق الخاصة بأي من الطرفين. 2. ريثما يتم اتخاذ القرار النهائي، يجب على الفور إبلاغ الأطراف ومجلس الأمن بالتدابير المقترحة).

المطلب الثاني:

العقبات التي تعترض تنفيذ الأحكام القضائية.

قد تعترض عملية تنفيذ قرار محكمة العدل الدولية بعض الإشكاليات التي تشكل عائقاً من تنفيذ مضمونه، وهذه العقبات هي التي قد تضعف دور المحكمة وتكون سبباً في عدم اللجوء إليها كوسيلة لتسوية المنازعات الدولية، لذا يجب تطوير نظام المحكمة للحد من هذه العقبات والإشكاليات في أثناء مرحلة التنفيذ ومن أهم هذه العقبات.

أولاً: عدم وجود نصوص كافية وملزمة خاصة بالتنفيذ في النظام الأساسي للمحكمة

لم يولِ المشرع الدولي فكرة تنفيذ الأحكام القضائية أهمية ضمن النظام الأساسي للمحكمة، إذ جعل للمحكمة دوراً محدداً يقتصر على إصدار الحكم، وإن ميثاق الأمم المتحدة يولي هذه المهمة لمجلس الأمن الدولي.

هنا تخضع عملية التنفيذ لأهواء الدول الكبرى ومصالحها، وقد يصدم بحق النقض الفيتو، وهناك العديد من الأحكام لم يرق المجلس بتنفيذها، ومنها على سبيل المثال لا الحصر "قضية الأنشطة الحربية لنيكاراجوا وقضية مضيق كورفو، وقضية حق اللجوء وقضية الزيوت الأنجلو إيرانية وقضية حق المرور، وقضية الولاية على المصايد..."¹، وبالتالي جعل النظام الأساسي للمحكمة من عملية التنفيذ عملية سياسية تخضع لازدواجية المعاملة بالنظر إلى طبيعة عمل مجلس الأمن الدولي هذا من جانب، ومن جانب آخر جاء النص في ميثاق الأمم المتحدة فضفاضاً بأن أعطى لمجلس الأمن الدولي "صلاحية تقدير التنفيذ حسب وجهة نظره"² حيث ورد النص (إذا رأى ضرورة لذلك) وهذا النص ضمن التطبيق العملي جعل المجلس يمارس صلاحياته في حق الدول الضعيفة والنامية ويتجاهل القيام بمهامه تجاه الدول العظمى

هذه الازدواجية في معايير التنفيذ شكلت عائقاً أمام تنفيذ أحكام المحكمة، وأضعفت الثقة في دورها القضائي لحسم المنازعات بطريقة سلمية، كما أن غياب النصوص القانونية المجردة الخاصة بتنفيذ الأحكام عن النظام الأساسي للمحكمة عزز الشك في قواعد القانون الدولي برمته، وشكل عائقاً لالتزام الدول بتنفيذ أحكامها، وهذا شك قديم متجدد كان الأجدر تداركه، وهذا ما أكدته أعضاء لجنة القانون الدولي منذ 1957

¹. الخير قشي، مرجع سابق، ص 155.

². مادة 94 من ميثاق الأمم المتحدة نصت على "إذا امتنع أحد المتقاضين في قضية ما عن القيام بما يفرضه عليه حكم تصدره المحكمة، فللطرف الآخر أن يلجأ إلى مجلس الأمن، ولهذا المجلس، إذا رأى ضرورة لذلك أن يقدم توصياته أو يصدر قراراً بالتدابير التي يجب اتخاذها لتنفيذ هذا الحكم."

بقولهم "إن الشك في قواعد القانون الدولي في تطور مستمر، والسبب الرئيس هو التشكيك في خصائص القاعدة القانونية الدولية، حتى في عنصري العمومية والتجريد والحياد التي في أغلب الأحيان تغلب مصالح الدول الكبرى على حساب مصالح الدول النامية"¹.

وفقاً لهذا الشك أصبحت الدول النامية غالباً تتخوف من اللجوء إلى محكمة العدل الدولية لتحصيل حقوقها من الدول العظمى؛ لأنها تعلم مسبقاً عجز المحكمة عن تنفيذ الأحكام ضدها، سواء أكان ذلك فيما يتعلق بالقرارات النهائية أم فيما يتعلق بالتدابير المؤقتة، خاصة أن النظام الداخلي للمحكمة خلا من ذكر أي اختصاص للمحكمة يتعلق بصلاحياتها تنفيذ "التدابير المؤقتة الصادرة عنها"²، ولأسف فإن المحكمة ذاتها أكدت على ذلك في أحد قراراتها الصادر بتاريخ 7 حزيران 2001 بقولها "إنها لا تملك الوسائل الكفيلة بتنفيذ الأوامر الصادرة عنها بموجب المادة 41 من نظامها الأساسي"³.

ثانياً: إشكاليات تتعلق بمبدأ سيادة الدول

السيادة تثبت للدول على المستويين الداخلي والخارجي، فعلى المستوى الداخلي "تنظم الدولة سلطاتها الثلاث التنفيذية والتشريعية والقضائية بالطريقة التي تراها مناسبة، باعتبار ذلك من مظاهر سيادتها، أما السيادة على المستوى الخارجي فتتولى الدولة تنظيم علاقتها مع غيرها من الدول والمنظمات الدولية"⁴ وفقاً للطريقة التي تراها مناسبة ضمن الإطار العام للقانون الدولي، وجاء القانون الدولي مؤيداً ومناصرًا لمبدأ سيادة الدول، حتى أنه عدّ أن التدخل في الشؤون الداخلية للدول يعد انتهاكاً لسيادتها وخروجاً عن مبدأ الشرعية الدولية، وهذا ما أكدته محكمة العدل الدولية في العديد من قراراتها.

"ففي قضية مضيق كورفو اعتبرت المحكمة أن احترام السيادة الإقليمية يعد أحد أهم الأسس الجوهرية للعلاقات الدولية، مما يثبت أن القانون الدولي يحترم فكرة السيادة ويقدها"⁵، وما دامت السيادة للدول متساوية فهنا تبرز الإشكالية بين مسألتي السيادة والقضاء الدولي ليس في صعوبة إيجاد حلول قانونية للنزاعات الدولية؛ بل إنها تظهر في معرفة مدى استعداد الدول لتنفيذ تلك الحلول.

¹. صفية يوسف، المرجع السابق، ص 31.

². مادة 41 من النظام الأساسي لمحكمة العدل الدولية، مرجع سابق.

³. <https://jordan-lawyer.com> عقبات تنفيذ أحكام محكمة العدل الدولية.

⁴. سالم محمد سليمان الأوجلي، أحكام المسؤولية الجنائية، الدار الجماهيرية للنشر والتوزيع والإعلان، ليبيا، 2000 ص 52.

⁵. عبد الكريم عوض خليفة، أحكام القضاء الدولي ودورها في إرساء قواعد العرف الدولي والمبادئ العامة، دار الجامعة

الجديدة للنشر، الإسكندرية، 2009 ص 33-34.

إن اللجوء إلى القضاء الدولي يعتمد على إرادة الدول غالباً، لذلك ترافق هذه الإرادة جميع مراحل النزاع الدولي لا سيما عند التنفيذ، إذ قد تختار الدولة سبيلاً للتنفيذ وفق ما ترتأي؛ للحفاظ على سيادتها، أو قد تستبعد الدول بعض المسائل وتتحفظ على امتداد ولاية القضاء الدولي لهذه المسائل احتراماً لسيادتها مما يشكل عائقاً يحول دون تدخل محكمة العدل الدولية للنظر في هذه المسائل أساساً أو تنفيذ أحكامها حولها. ومن الأمثلة الدولية على ذلك ما "أبدته الولايات المتحدة الأمريكية في سنة 1946 عندما انخرقت عن التعامل المستقر بقبولها الولاية الإلزامية للمحكمة مع التحفظ بعدم شمول هذا الاختصاص للمنازعات المتعلقة بالمسائل التي تدخل أساساً في نطاق الاختصاص الداخلي للولايات المتحدة الأمريكية كما تحدده هذه الأخيرة" وهو ما يعرف بتعديل كونايلي¹.

تبعه بعد ذلك بمدة قصيرة التصريح الفرنسي الصادر في العام 1947 والذي استبعد من اختصاص المحكمة المنازعات المتعلقة بمسائل تدخل أساساً في الاختصاص الوطني كما تفهمه الجمهورية الفرنسية، وبالتالي نجد أن من معوقات تنفيذ أحكام محكمة العدل الدولية تمسك الدول بسيادتها المطلقة ورفضها التنازل عن هذه السيادة جزئياً لصالح تنفيذ الأحكام القضائية، ويرى الباحث أن هذا النهج يحتاج إلى تغيير في المفاهيم لتطويره، إذ إن الخضوع للحكم القضائي الدولي لا يشكل بأية حال من الأحوال تنازلاً أو انتهاكاً لسيادة الدول؛ بل هو ضرورة لتحقيق الأمن والسلم الدوليين.

ثالثاً: إشكاليات تتعلق بطبيعة التنظيم الدولي بشكل عام

إن طبيعة النظام الدولي مبني على اعتبارات سياسية تفرض ذاتها على عمل جميع المؤسسات الدولية ذلك الاعتبار السياسي يفرض ظلاله عند تعيين القضاة الذين ينظرون الدعاوى القضائية، ومع غلبة الطابع السياسي على تشكيل المحكمة أصبح هناك نهج واضح في هذه المحكمة أنها لا تملك الإرادة السياسية لتنفيذ كل أحكامها مما أضعف الثقة في اللجوء إليها.

عزز هذا الاعتقاد أيضاً مسألتان:

المسألة الأولى: تتعلق بتقاعس مجلس الأمن الدولي عن تنفيذ قرارات محكمة العدل الدولية، بسبب سياسة الدول العظمى واستخدامها لحق النقض (الفيتو) لأسباب تتعلق برغبات سياسية بعيدة عن المنطق القانوني.

¹. الخير قشي، القضاء الدولي، مرجع سابق، ص 24.

والمسألة الثانية: تتعلق بغموض الإجراءات التي يحق للمجلس اتخاذها لتنفيذ الأحكام لا سيما أيضاً في ظل عدم وضوح النص ضمن النظام الأساسي للمحكمة.

هذا التقاعس والغموض وكنتيجة له الامتناع عن تنفيذ القرارات والاكتفاء بالتوصية دفع ببعض الدول إلى اتباع وسائل أخرى لتنفيذ الأحكام، منها قيامها بالتنفيذ المباشر للحكم بطريقتها الخاصة، متذرة بحجة تنفيذها لقرارات الشرعية الدولية، وهذا من شأنه أن يعيد الحروب إلى الواجهة كوسيلة لتنفيذ الأحكام القضائية، لا سيما أن دور الجمعية العامة نظراً لطبيعة القرارات التي تصدر عنها كتوصيات لا تحمل صفة الإلزام من وجهة نظر بعض الدول أضعف الثقة بتنفيذ أحكام المحاكم الدولية.

كما أن من شأن التنفيذ المباشر للحكم من قبل الدولة التي صدر الحكم لصالحها "أمر لا يستقيم عند الحديث عن تنفيذ أحكام دولية يفترض صدورها بعد فحص الأدلة التي استند إليها كل طرف لتدعيم موقفه، لذلك يجب تحويل ما نص عليه الحكم إلى واقع ملموس"¹.

الخاتمة:

من خلال ما تقدم وجد الباحث أن الحكم الصادر عن محكمة العدل الدولية يحوز على قوة الأمر المقضي به فور صدوره، كونه نهائياً لا يقبل الطعن بالاستئناف، وأنه يعد حجة على أطرافه إلا أن هذه الحجية قد يرد عليها بعض الاستثناءات في ظروف محددة لتمتد لغير الأطراف في حالات معينة.

وإن مسألة إلزامية الحكم تستند في قوتها إلى نظام المحكمة بينما يستمد الحكم إلزامية تنفيذه من ميثاق الأمم المتحدة، وإن تنفيذ الأحكام القضائية الدولية كأصل عام يتم برضا الأطراف المتنازعة إلا أن هناك حالات يتم تنفيذها جبراً عن الأطراف من خلال وسائل محددة يعتريها الطابع السياسي، وأهواء الدول العظمى، وطبيعة النظام الدولي، مما يهز الثقة في إلزامية أحكام المحكمة ويبعدها عن تحقيق الغاية التي أنشئت من أجلها، وإن العلة في ذلك أيضاً تعود إلى غياب النصوص القانونية سواء أكانت في النظام الأساسي المنظم لعمل المحكمة أم في ميثاق الأمم المتحدة ذاته.

وخلصت الدراسة إلى أن إناطة تنفيذ الأحكام بمجلس الأمن وفق النص المذكور في الميثاق من شأنه أن يضعف الثقة في اللجوء إلى قضاء هذه المحكمة لفض النزاعات، كونه مرتبطاً بالأهواء السياسية للمجلس وغلبة موازين القوى.

¹. جمعه صالح عمر: القضاء الدولي وتأثير السيادة الوطنية في تنفيذ الأحكام الدولية، دار النهضة العربية، القاهرة،

1998م، ص 430.

التوصيات:

وتوصي الدراسة بضرورة الإسراع في تعديل نصوص ميثاق الأمم المتحدة، وتعديل نظام المحكمة بالتبعية، وخاصة في الجانب المتعلق بتحديد جهة وآلية لتنفيذ الأحكام أكثر وضوحاً من النصوص الحالية؛ وذلك لتعزيز الثقة في أحكام المحكمة، وعدم حصر الأمر في مجلس الأمن من خلال تفعيل دور الجمعية العامة في تنفيذ الأحكام.

بيان تضارب المصالح:

يقر جميع المؤلفين أنه ليس لديهم أي تضارب في المصالح.

قائمة المصادر والمراجع:

1. ميثاق الأمم المتحدة الصادر في العام 1945.
2. النظام الأساسي لمحكمة العدل الدولية الذي دخل حيز التنفيذ وفقاً للفقرة 3 من المادة 110 من الميثاق في 24 أكتوبر 1945.
3. إسماعيل عبد الرحمن، الأسس الدولية للقانون الإنساني الدولي، في القانون الدولي الإنساني دليل للتطبيق على الصعيد الوطني، هيئة الصليب الأحمر، بدون بلد نشر، سنة 2003
4. محمد خليل موسى، الوظيفة القضائية للمنظمات الدولية_ الهيئات المعنية بتسوية نزاعات حقوق الإنساني والبيئة والتجارة الدولية، دار وائل للنشر، ط1، عمان، سنة 2003
5. نبيل نويس، القوة الإلزامية لأحكام محكمة العدل الدولية، مجلة الفكر القانوني والسياسي، المجلد السادس، العدد الأول، مؤسسة المركز الجامعي سي حواس- بركة، الجزائر، سنة 2022.
6. عبد الحميد الشواربي "حجية الأحكام المدنية والجنائية في ضوء الفقه والقضاء" منشأة المعارف، الإسكندرية، مصر سنة 1987.
7. قانون البيانات في المواد المدنية والتجارية الفلسطيني رقم (4) لسنة 2001م.
8. أحمد أبو الوفا، التعليق على نصوص قانون الإثبات، دار المطبوعات الجامعية، الإسكندرية، مصر، سنة 2007.
9. جلال نسيمه جلاخ، التدخل في الدعوى أمام محكمة العدل الدولية، المجلة الجزائرية للعلوم القانونية والاقتصادية والسياسية، كلية الحقوق سعيد حمدين، الجزائر، سنة 2017.
10. هاني حسن العشري، الإجراءات في النظام القضائي الدولي، دار الجامعة الجديدة، الإسكندرية، مصر، سنة 2011.
11. أحمد بلقاسم، القضاء الدولي، دار هومة للنشر والطباعة والتوزيع، الجزائر، سنة 2005.
12. محمد طلعت الغنيمي، الأحكام العامة في قانون الأمم- دراسة كل من الفكر المعاصر والفكر الإسلامي، منشأة المعارف الإسكندرية، مصر، سنة 1983.
13. شرف عرفات، إدماج قرارات مجلس الأمن الصادرة طبقاً للفصل السابع من الميثاق، المجلة المصرية للقانون الدولي، المجلد 61، الجمعية القانونية للقانون الدولي، سنة 2005.
14. الخير قشي، إشكالية تنفيذ أحكام المحاكم الدولية بين النص والواقع، ط1، المؤسسة الجامعية للدراسات والنشر والتوزيع، لبنان، 2000.

15. ماهر عبد المنعم أبو يونس، استخدام القوة في فرض الشرعية الدولية، المكتبة المصرية، الإسكندرية، مصر، سنة 2004.
16. صفية يوسف، الآراء المخالفة والانفرادية لقضاة محكمة العدل الدولية ودورها في تطور القانون الدولي، رسالة دكتوراه كلية الحقوق جامعة الجزائر 1، الجزائر، سنة 2015.
17. سالم محمد سليمان الأوجلي، أحكام المسؤولية الجنائية، الدار الجماهيرية للنشر والتوزيع والإعلان، ليبيا، 2000.
18. عبد الكريم عوض خليفة، أحكام القضاء الدولي ودورها في إرساء قواعد العرف الدولي والمبادئ العامة، دار الجامعة الجديدة للنشر، الإسكندرية، مصر، سنة 2009.
19. جمعه صالح عمر: القضاء الدولي وتأثير السيادة الوطنية في تنفيذ الأحكام الدولية، دار النهضة العربية، القاهرة، مصر، سنة 1998م.
20. ناصر سعد الغزاوي، تنفيذ أحكام القضاء الدولي "دراسة تحليلية مقارنة"، رسالة ماجستير، جامعة الأزهر، مصر، سنة 2018.
21. <https://ar.wikipedia.org/wiki/> تم الرجوع للموقع بتاريخ 2023/5/22
22. عقبات تنفيذ أحكام محكمة العدل الدولية مقال منشور عبر الإنترنت - <https://jordan-lawyer.com> - لكاتبه أميرة سعيد موقع حماة الحق تم الاطلاع عليه بتاريخ 2024/2/20
23. عبد الصمد بازغ، الآثار القانونية لأحكام محكمة العدل الدولية مقال منشور عبر الموقع الالكتروني <https://www.ahewar.org/debat/show.art.asp?aid=350113> تم الاطلاع عليه بتاريخ 2024/2/28

التكييف القانوني لتسليم عهدة السلاح الحكومي لموظفي
الشركات الأمنية الخاصة
من قبل جهات إنفاذ القانون

***The Legal Conditioning of Delivering
Government Weapons Custody to Employees
of Private Security Companies by Law
Enforcement Agencies***

د. مرسي عبد الكريم عبد الرازق
الكلية العصرية الجامعية
(فلسطين)
أ. عبد الرحمن علي غنيم
أكاديمية شرطة دبي
(الإمارات العربية المتحدة)

التكييف القانوني لتسليم عهدة السلاح الحكومي لموظفي الشركات الأمنية الخاصة

من قبل جهات إنفاذ القانون

The Legal Conditioning of Delivering Government Weapons Custody to Employees of Private Security Companies by Law Enforcement Agencies

د. مرسي عبد الكريم عبد الرازق

أستاذ مساعد غير متفرغ بالقانون العام والعلوم السياسية

الكلية العصرية الجامعية/ رام الله، (فلسطين)

Morsi.Saleh@muc.edu.ps

أ.عبد الرحمن علي غنيم

ماجستير في القانون الدولي/ أكاديمية شرطة دبي، (الإمارات العربية المتحدة)

Hammamali986@yahoo.com

تاريخ النشر: 2024-06-01

تاريخ القبول: 2024-04-29

تاريخ الاستلام: 2024-03-30

DOI: <https://doi.org/10.70411/MJLS.2.2.2024115>

ملخص:

إن مسألة تسليم عهدة السلاح الحكومي لموظفي الشركات الأمنية الخاصة من قبل جهات إنفاذ القانون تُعد مسألة شائكة؛ كونها لم تطرح في القوانين والقرارات الفلسطينية ذات الصلة، فالتكييف القانوني لمسألة تسليم عناصر الشرطة الفلسطينية سلاحهم الحكومي لموظف الأمن التابع للشركات الأمنية الخاصة ينطوي على مخاطر ويشوبه الغموض؛ لعدم التأكد فيما إذا كان موظف الأمن يتمتع بصفة رسمية تمكنه من مزاوله عمله في المنشآت التجارية، أم كان ينتحل صفة موظف الأمن، وفي الحالتين حدد قانون العقوبات الأردني النافذ في الضفة الغربية عقوبات على الموظف الذي ينتحل صفة موظف الأمن، كما حدد قانون العقوبات الثوري لمنظمة التحرير الفلسطينية وقرار وزير الداخلية الفلسطيني عقوبات تقع على عناصر الشرطة الفلسطينية الذين يسلمون سلاحهم وعهدتهم لأي شخص كان، ومن ضمنهم موظفي الأمن التابعين للشركات الأمنية الخاصة.

الكلمات المفتاحية: عناصر الشرطة، السلاح الحكومي، العهدة، الشركات الأمنية، موظف الأمن.

Abstract:

The issue of delivering government weapons custody to employees of private security companies by law enforcement agencies is a thorny issue because it has not been addressed in the relevant Palestinian laws and decisions. The legal conditioning of delivering of Palestinian police officers' government weapons to private security company employees entails risks and is tainted by ambiguity. It is unclear whether the security employee has an official status enabling him to perform his duties in commercial establishments or if he is impersonating a security employee. In both cases, the Jordanian Penal Code in force in the West Bank specified penalties for the employee who impersonates a security employee. Additionally, the Revolutionary Penal Code of the Palestine Liberation Organization and a decision by the Palestinian Minister of the Interior also specified penalties for Palestinian police officers who surrender their weapons and custody to anyone, including private security company employees.

Keywords: Police Officers, Government Weapons, Custody, Security Companies, Security Employee.

المقدمة

تلجأ المؤسسات الخاصة المصرفية والتجارية لحماية مقدراتها إلى توظيف أفراد أمن تابعين لشركات أمنية خاصة، فهم ليسوا على ملاك أي من الدوائر الحكومية، ولا يحملون رتباً عسكرية على أكتافهم، لذا نجد أن هذه الفئة ينبغي امتثالها لقواعد وشروط معينة في العمل حتى لا تصبح مصدر إزعاج بالنسبة لعملاء البنوك أو زوار المحال التجارية وصلات العرض لتلقي بعض الخدمات.

وإن ظاهرة موظفي الشركات الأمنية الخاصة وعلى الرغم من كونها تطبيقاً عملياً لنظرية العولمة القانونية من خلال مسارها العكسي وانتقالها من ظاهرة قانونية دولية إلى ظاهرة وطنية داخلية، لاسيما في دول العالم الثالث، إلا أن هذه الحركة التشريعية لم تصاحبها حركة فقهية وعلمية قانونية، فعلى الرغم من كثرة الدراسات التي تناولت هذه الظاهرة وتنظيمها من وجهة نظر القانون الدولي، إلا أنها لم تلقَ ذلك الاهتمام والدراسة القانونية في الأنظمة القانونية الوطنية المقارنة¹، ومن ضمنها النظام القانوني الفلسطيني. وفي ضوء عدم وجود قواعد قانونية محددة بشكل دقيق تنظم عمل موظفي الشركات الأمنية الخاصة في فلسطين، وتجاوز بعضهم حدود القانون، قد يصل الأمر بموظف الأمن الخاص في منشأة تجارية ما إلى الطلب من أحد مأموري الضبط القضائي التابعين لأجهزة الأمن العام الفلسطيني ترك سلاحه مع موظف الأمن الخاص، وقد يصل الأمر إلى العبث به دون أن يأبه لخطورة هكذا فعل، وعليه فقد جاء هذا البحث بعنوان "التكليف القانوني لتسليم عهدة السلاح الحكومي لموظفي الشركات الأمنية الخاصة من قبل جهات إنفاذ القانون".

مشكلة البحث:

ترتكز مشكلة الدراسة حول التكليف القانوني لتسليم عهدة السلاح الحكومي لموظفي الشركات الأمنية الخاصة في فلسطين من قبل جهات إنفاذ القانون، والتي تتمثل في مأموري الضبط القضائي لكونهم يمثلون عناصر الشرطة الفلسطينية الذين تم تنظيم عملهم والمهام الملقاة على عاتقهم بموجب قانون الإجراءات الجزائية الفلسطينية رقم (3) لسنة 2001م، ويسعى هذا البحث لتسليط الضوء على مشكلة تزامن ظهورها مع توظيف أفراد تابعين للشركات الأمنية الخاصة الفلسطينية في بعض المنشآت كالبنوك وشركات الاتصالات وأماكن الترفيه مثل المولات والمتنزهات أو من في حكمهم، إذ تبدأ المشكلة محل الخلاف عندما

¹ . محمد البشير أحمودة. النظام القانوني لموظفي الشركات الأمنية الخاصة "دراسة مقارنة"، رسالة ماجستير غير منشورة، جامعة الشهيد حمة لخضر - الوادي، الجزائر، 2018، ص7.

يطلب الموظف من عنصر الشرطة تسليم سلاحه الحكومي قبل دخوله إلى المنشأة، علماً بأن السلاح بالنسبة لعنصر الشرطة هو عهدة لا يجب تركها في أي مكان نظراً لخطورة الأفعال التي قد ترتكب في حال تم استخدام السلاح من قبل موظف الأمن أو من في حكمه لأغراض تهدد حياة الأفراد.

أهمية البحث :

تكمن أهمية هذا البحث من أهمية الموضوع نفسه؛ حيث إن السلاح الحكومي هو بمثابة عهدة بالنسبة لجهات إنفاذ القانون، ولا يمكن إعطائه لأحد إلا بموجب أمر مباشر من الرئيس المباشر لعنصر الشرطة، فعندما يعطي عنصر الشرطة سلاحه لموظف الأمن في أحد البنوك أو المحال التجارية - على سبيل المثال لا الحصر - كشرط لدخوله لذلك المكان، فإن ضمانات عدم حدوث شيء مفاجئ واحتمالية استخدام سلاح عنصر الشرطة وإطلاق النار منه وإيقاع إصابات مباشرة أمراً لا يمكن التنبؤ به أو ضمانه، وهنا تكمن أهمية هذا البحث من خلال تسليط الضوء على حيثيات القانون وتكييفه إزاء هكذا تصرفات.

أهداف البحث

يشتمل هذا البحث على عدة أهداف منها ما يلي:

1. بيان المقصود بمأموري الضبط القضائي.
2. التعرف إلى اختصاصات ومهام مأموري الضبط القضائي.
3. بيان المقصود بالشركات الأمنية الخاصة.
4. توضيح التكليف القانوني مع مسألة تسليم عهدة السلاح الحكومي لموظفي الشركات الأمنية الخاصة من قبل جهات إنفاذ القانون.

منهج البحث :

استخدم البحث المنهج الوصفي التحليلي، لكونه المنهج الأكثر ملائمة لطبيعة هذه الدراسة، حيث يبدأ البحث بوصف مأموري الضبط القضائي من خلال المفهوم والخصائص والمهام، ومن ثم وصف الشركات الأمنية الخاصة من خلال توضيح مفهومها وخصائصها، ومن ثم تحليل المواد الخاصة بالبحث من قانون الإجراءات الجزائية الفلسطينية رقم (3) لسنة 2001م، بالإضافة إلى قرار مجلس الوزراء الفلسطيني رقم (2) لسنة 2018م، بنظام تنظيم مزولة الخدمات الأمنية الخاصة والقوانين ذات العلاقة.

المبحث الأول :

مفهوم مأموري الضبط القضائي واختصاصاتهم

تفترض الضبطية القضائية أن جريمة ما قد ارتكبت، فنتجه أعمال الاستدلال إلى جمع المعلومات عن هذه الجريمة ومرتكبيها، أما الضبطية الإدارية فوظيفتها هي اتخاذ الإجراءات السابقة على ارتكاب الجريمة بهدف منع وقوعها والحيلولة دون ارتكابها، وتُعبّر الضبطية الإدارية عن الدور الوقائي للقانون الجزائي في منع ارتكاب الجريمة قبل وقوعها¹.

وبعبارة أخرى فإن الضابطة الإدارية هي الجهة التي تقوم باتخاذ الإجراءات الوقائية والاحتياطات اللازمة لمنع وقوع الجرائم، وهي تشمل الجهات التي تتمثل مهامها في الحفاظ على الأمن والنظام العام والسكينة في البلاد، وتمارس مهامها قبل وقوع الجريمة وتهدف بذلك إلى منع وقوع الجرائم ومنع الإخلال بالأمن العام والنظام والسلم الأهلي والاجتماعي، وعليه فإن التبعية الإدارية لمأموري الضبط الإداري هي للسلطة التنفيذية ولا علاقة للنياحة العامة أو السلطة القضائية بهم من هذه الناحية، أما في حال وقوع الجريمة وفشل عمل الضابطة الإدارية، تختص الضابطة القضائية بالقيام بتقصي المعلومات حول الجريمة وملاساتها ومرتكبيها وتقديم المعلومات التي تتوصل إليها سلطة التحقيق، ويُعتبر عمل الضابطة القضائية لاحقاً عليه، ويخضع عملها ومهامها إلى النياحة العامة².

وعليه يتمحور الحديث في هذا المبحث عن مفهوم مأموري الضبط القضائي واختصاصاتهم، وذلك من خلال مطلبين يتناول المطلب الأول الحديث عن مفهوم مأموري الضبط القضائي، أما المطلب الثاني فخصص للحديث عن اختصاصات ومهام مأموري الضبط القضائي.

المطلب الأول :

مفهوم مأموري الضبط القضائي

يُعتبر أعضاء الضبطية القضائية موظفين عامين، يميزهم اختصاصهم بالاستدلال، ويستمد مأمور الضبط القضائي صفته واختصاصه من نص القانون على ذلك، ومن ثم كان بيان المشرع لمأموري الضبط القضائي بياناً على سبيل الحصر، ويعني ذلك أن اكتساب الموظف صفة مأمور الضبط القضائي لا تكفي

¹. أشرف توفيق شمس الدين. شرح قانون الإجراءات الجنائية، ط4، الجيزة، مطبعة أكتوبر الهندسية، 2015، ص231.

². مصطفى عبد الباقي. شرح قانون الإجراءات الجزائية الفلسطينية رقم (3) لسنة 2003م "دراسة مقارنة"، فلسطين، وحدة البحث العلمي والنشر، 2015، ص148.

فيه المبادئ العامة في القانون أو نوع اختصاصه العام، وإنما يتعين أن يقرر ذلك نص تشريعي، وتعلل هذه القاعدة بالسلطة الواسعة التي حولها المشرع لمأمور الضبط القضائي، فلا يريد أن يباشرها إلا أشخاص وثق فيهم ابتداءً¹.

ويُقصد بمأموري الضبط القضائي (عناصر الشرطة الفلسطينية) بأنهم قوة مزودة بالرجال والعتاد والسلاح لها وظيفتان: **الوظيفة الأولى** هي قطع دابر الخطر المنذر بالضرر في حياة الناس أيّاً كان مصدر ذلك الخطر وأيّاً كان نوع الضرر المخوف منه، وسواء أكان الخطر صادراً عن الطبيعة، كسيل جارف أو فيضان كاسح، أو جيش من الجراد، أو نيران مشتعلة، أم كان صادراً عن إنسان مجنون أو في حالة هياج أو أجرب يُخشى أن ينقل إلى الناس عدوى الجرب، **والوظيفة الثانية** هي تسجيل الجريمة إذا صارت أمراً واقعاً للإخفاق في إزالة خطرهما، والتوصل إلى مقترفيها لتقديمهم إلى سلطة التحقيق تمهيداً لتقديم هذه السلطة إلى القضاء بطلب البت في قيام الصلة بين الجريمة وبين المتهم بها وإنزال الجزاء به حين تثبت هذه الصلة².

وهم فئات من الموظفين أسند لهم المشرع مهمة جمع الاستدلالات حول الجرائم ومرتكبيها، تحت إدارة وإشراف النيابة العامة، فهم ليسوا أعضاء في السلطة القضائية بل هم فئة تتبع السلطة التنفيذية، لذلك فهم يخضعون بحسب الأصل وبحكم وظائفهم لسلطة رؤسائهم الإداريين تحت وصاية وزارة الداخلية التي يتبعونها³.

ويُعرف مأمورو الضبط القضائي أيضاً بأنهم "مجموعة العاملين في مجال منع الجريمة وحفظ النظام والتحقق من مدى الالتزام بالأنظمة والقوانين، أو إلى الأجهزة التي لها صلاحية من قبل المجتمع لاستخدام القوة الجبرية وغيرها من الوسائل لمنع الانحراف وحفظ النظام وحماية الأشخاص والممتلكات والتحري عن

¹ محمود نجيب حسني. شرح قانون الإجراءات الجنائية وفقاً لأحدث التعديلات التشريعية، ط6، الإسكندرية، دار المطبوعات الجامعية، 2018، ص419.

² رمسيس بهنام. الإجراءات الجنائية، تأصيلاً وتحليلاً، الإسكندرية، منشأة المعارف الإسكندرية، 1984، ص423-424.

³ علي شمال. الجديد في شرح قانون الإجراءات الجزائية-الكتاب الأول- الاستدلال والاثهام"، ط3، الجزائر، دار هومة للطباعة، 2017، ص14.

الجرائم قبل وقوعها أو بعده"¹، وهو أحد منتسبي جهاز الأمن، وبوجه خاص جهاز الشرطة، مهمته حفظ الأمن واكتشاف الجريمة وتقديم المساعدة لمن يحتاجونها².

ولقد خول القانون مهمة جمع الاستدلالات لمأموري الضبط القضائي وهي فئة نص عليها القانون وأورد فئاتها على سبيل الحصر وفق أحكام المادة رقم (21) من قانون الإجراءات الجزائية الفلسطينية النافذ رقم (3) لسنة 2001م، والتي تنص على "أنه يكون من مأموري الضبط القضائي مدير الشرطة ونوابه ومساعدوه ومديرو شرطة المحافظات والإدارات العامة، والضباط وضباط صف الشرطة كل في دائرة اختصاصه، ورؤساء المراكب البحرية والجوية، والموظفون الذين خولوا صلاحيات الضبط القضائي بموجب القانون"³.

ويقابلها المادة رقم (12) من قانون أصول المحاكمات الجزائية الثوري النافذ لمنظمة التحرير الفلسطينية لعام 1979م، والتي تنص على أنه "يكون من أعضاء الضابطة القضائية الضباط وصف ضباط الأمن والوحدات والأجهزة، وضباط وصف ضباط الشرطة العسكرية، وضباط قوات الثورة الفلسطينية المسلحة، والأفراد الذين يُمنحون هذه السلطة من القائد الأعلى أو من يفوضه فيما يكلفون به من أعمال، ومن يخول هذه الصفة بمقتضى قوانين أو أنظمة أخرى منبثقة عنها، وقادة الوحدات والتشكيلات والمواقع، وقادة مراكز الكفاح المسلح الفلسطيني"⁴.

ومما سبق يُعتبر عناصر الشرطة في المادة رقم (1) وفقاً لأحكام القرار بقانون رقم (23) لسنة 2017م، بشأن الشرطة الفلسطينية هم ضباط وضباط الصف وأفراد الشرطة من كلا الجنسين⁵، كما وذكر القرار ذاته في المادة رقم (6) والتي منحت صفة الضابطة القضائية لعناصر الشرطة بقولها "يتمتع الضباط وضباط صف الشرطة بصفة الضبطية القضائية أثناء تأدية واجباتهم، كل في حدود اختصاصه، وفقاً لأحكام

¹. محمود شاكر سعيد، وخالد بن عبد العزيز الحرفش. مفاهيم أمنية، ط1، الرياض، جامعة نايف العربية للعلوم الأمنية، 2010، ص66.

². خالد بن سعود البشر. المصطلحات المستخدمة في أجهزة العدالة الجنائية العربية، الرياض، دار جامعة نايف للنشر، 2016، ص364.

³. انظر، المادة رقم (21) من قانون الإجراءات الجزائية الفلسطينية رقم (3) لسنة 2001م.

⁴. انظر، المادة رقم (12) من قانون أصول المحاكمات الجزائية الثوري لمنظمة التحرير الفلسطينية لعام 1979م.

⁵. انظر، المادة رقم (1) من القرار بقانون رقم (23) لسنة 2017م بشأن الشرطة الفلسطينية.

قانون الإجراءات الجزائية النافذ، ويباشرون أعمالهم بصفتهم ضابطة قضائية تحت إشراف النائب العام بصفته رئيس الضابطة القضائية"¹.

المطلب الثاني:

اختصاصات ومهام مأموري الضبط القضائي

يقوم مأمورو الضبط القضائي ببعض الاختصاصات والمهام التي تسند إليهم وهي على النحو الآتي:

1. حماية الحقوق الدستورية للمواطنين والحفاظ على تقاليدهم واعتقاداتهم.
2. السيطرة على العوامل التي تهدد الأرواح والممتلكات.
3. تقليل فرص ارتكاب الجريمة.
4. فهم ومعالجة المشاكل الاجتماعية المستترة قبل أن ترقى إلى ظاهرة إجرامية.
5. خلق الإحساس بالأمن والطمأنينة في المجتمع.
6. إبعاد الأفراد عن مخاطر الوقوع كضحايا للجريمة.
7. معاونة مرضى ذوي الاحتياجات الخاصة والصغار والعجزة.
8. إدارة حركة المرور.
9. تحقيق العدل بين المواطنين.
10. التعرف على المجرمين ومخالفي القانون وتقديمهم للعدالة.
11. أن يكون قدوة ومثالاً في السلوك والتزام جانب القانون².

كما وقد نصت المادة رقم (22) من قانون الإجراءات الجزائية الفلسطيني رقم (3) لسنة 2001م، والتي تقابلها المادة رقم (13) من قانون أصول المحاكمات الجزائية الثوري لمنظمة التحرير الفلسطينية لعام

¹. انظر، المادة رقم (6) من القرار بقانون رقم (23) لسنة 2017م بشأن الشرطة الفلسطينية.

². عباس أبو شامة ومحمد الأمين البشري، نظم وإدارة الشرطة العربية، منظور أمني، ط1، الرياض، مكتبة الرشد ناشرون، 2005، ص123.

1979م¹، على قيام مأموري الضبط القضائي ببعض الوظائف والمهام، ونصت على أنه: وفقاً لأحكام القانون على مأموري الضبط القيام بما يلي²:

1. قبول البلاغات والشكاوى التي ترد إليهم بشأن الجرائم وعرضها دون تأخير على النيابة العامة.
2. إجراء الكشف والمعاينة والحصول على الإيضاحات اللازمة لتسهيل التحقيق والاستعانة بالخبراء المختصين والشهود دون حلف يمين.
3. اتخاذ جميع الوسائل اللازمة للمحافظة على أدلة الجريمة.
4. إثبات جميع الإجراءات التي يقومون بها في محاضر رسمية بعد توقيعها منهم ومن المعنيين بها.

أما القرار بقانون رقم (23) لسنة 2017م بشأن الشرطة الفلسطينية فقد حدد اختصاصات الشرطة بموجب المادة رقم (3)، حيث تختص الشرطة بالمهام الآتية³:

1. المحافظة على النظام والأمن العام، والآداب العامة، والسكينة العامة.
2. حماية الأرواح والأعراض والأموال.
3. منع ومكافحة الجريمة، وضبط مرتكبيها بموجب القوانين المعمول بها.
4. مكافحة أعمال الشغب ومظاهر الإخلال بالأمن العام كافة.

¹ انظر، المادة رقم (13) من قانون أصول المحاكمات الجزائية الثوري لمنظمة التحرير الفلسطينية لعام 1979م، والتي تنص على أنه "أ. في المراكز التي لا يوجد فيها مدعي عام يقوم أعضاء الضابطة القضائية المذكورين في المادة رقم (12) بتلقي الإخبارات المتعلقة بالجرائم المرتكبة في الأماكن التي يمارسون فيها وظائفهم، وإخبار المدعي العام المختص حالاً بالجرائم المشهودة في حينها. ب. وهم ملزمون في حال وقوع جرم مشهود أو حالما يطلبهم صاحب البيت أن ينظموا ورقة الضبط ويستمعوا لإفادات الشهود والأشخاص المقبوض عليهم وأن يجروا التحريات وتفتيش المنازل وسائر المعاملات التي هي في مثل هذه الأحوال من وظائف المدعي العام، وأن يثبتوها في محاضر موقع عليها منهم يبين فيها ساعة وتاريخ ومكان حدوثها وأن يرفعها مع المواد المضبوطة إلى المدعي العام المختص عن طريق قادة وحداتهم فور الانتهاء من التحقيق. ج. في الجرائم التي لا يوكل إليهم القانون أمر تحقيقها مباشرة عليهم أن يخبروا المدعي العام وأن يرسلوا إليه الأخبار المقدم إليهم".

² انظر، المادة رقم (22) من قانون الإجراءات الجزائية الفلسطينية رقم (3) لسنة 2001م.

³ انظر، المادة رقم (3) من القرار بقانون رقم (23) لسنة 2017م بشأن الشرطة الفلسطينية.

5. حماية الحقوق والحريات المشروعة التي يكفلها القانون الأساسي والقوانين ذات الصلة، والاتفاقيات الدولية التي تكون الدولة طرفاً فيها.
 6. حماية الممتلكات العامة والخاصة للدولة والأفراد.
 7. مساعدة قوى الأمن والسلطات العامة الأخرى في أداء مهامها بموجب أحكام القانون.
 8. التعاون الشرطي العربي والإقليمي والدولي في مجال مكافحة الجريمة من خلال جمع وتوثيق وتبادل المعلومات والبيانات والأدلة عن الجرائم ومرتكبيها، وتقديم خدمات التعاون الشرطي والأمني وفقاً للتشريعات والقوانين النافذة، والاتفاقيات الدولية التي تكون الدولة طرفاً فيها.
 9. تنفيذ ما تفرضه عليها القوانين واللوائح والأنظمة من واجبات ومهام.
 10. تقديم المعلومات والإرشادات للمواطنين بالوسائل التي تساعد على مكافحة الجريمة، ووقايتهم منها، وتسهيل تنفيذ واجبات الشرطة بما يحقق ضمان مساهمة المواطنين في معاونتها ودعمها في واجباتها كافة.
 11. توعية المواطنين بحقوقهم وواجباتهم، لضمان المشاركة المجتمعية في حفظ النظام والأمن العام في المجتمع.
 12. تحقيق الأمن الداخلي للوطن والمواطنين، والمساهمة في تحقيق الأمن القومي بالتنسيق والتعاون مع الأجهزة الأمنية المختصة، والمؤسسات العامة، ومؤسسات المجتمع المدني، ووسائل الإعلام، ولها تنظيم مذكرات تفاهم بهذا الخصوص.
- كما ويلتزم عناصر الشرطة الفلسطينية أثناء تأدية واجباتهم بالوظائف والاختصاصات المسندة إليهم كافة بموجب القانون الأساسي وبالأنظمة والتعليمات كافة، ومعايير الشفافية والحيادية والنزاهة والمساءلة، واحترام حقوق الإنسان والحريات العامة، بالإضافة إلى احترام سيادة القانون، وعدم التعدي على استقلالية القضاء، والتعامل مع المواطنين كافة دون تمييز لأي سبب كان، ومراعاة الحصانة الممنوحة وفقاً للقوانين النافذة في الدولة¹.

في ضوء ما سبق، ومن خلال مراجعة جميع المهام والوظائف المسندة إلى مأموري الضبط القضائي "عناصر الشرطة الفلسطينية"، نجد أن مجمل وظيفة عناصر الشرطة تنصب على حفظ الأمن والسلام، والمحافظة على عدم الإخلال بالأخلاق المجتمعية والآداب العامة، بالإضافة إلى الحرص على تطبيق

¹. انظر، المادة رقم (4) من القرار بقانون رقم (23) لسنة 2017م بشأن الشرطة الفلسطينية.

القانون في الأماكن العامة، لذا فإنه من غير العقل والمنطق تخلي عنصر الشرطة عن سلاحه وعهده عند دخوله إلى إحدى الأماكن العامة كالمعارض أو البنوك أو الشركات. وهذا ما سيتم معالجته في المبحث الآتي .

المبحث الثاني:

الشركات الأمنية الخاصة

تُعد شركات الأمن الخاصة من الشركات الحديثة نسبياً في المجتمعات العربية، ويرجع ظهورها في الوقت الحاضر نتيجة الدور الذي تقوم به، والمتمثل في حراسة المؤسسات العامة والخاصة كالجامعات والمشافي والشركات والمصانع وغيرها، كما أنها تعمل على تأمين نقل الأموال بين المؤسسات المصرفية والمالية، وتقوم بمهام الحراسة والأمن والذي يشبه إلى حد كبير لجزء من دور وزارة الداخلية في الدول¹. وعليه يتمحور الحديث في هذا المبحث عن ماهية الشركات الأمنية الخاصة، وذلك من خلال مطلبين يتناول المطلب الأول الحديث عن مفهوم الشركات الأمنية الخاصة، أما المطلب الثاني فخصص للحديث عن التكليف القانوني لتسليم السلاح الحكومي لموظف أو حارس الأمن.

المطلب الأول:

ماهية الشركات الأمنية الخاصة

يشتمل هذا المطلب على مفهوم الشركات الأمنية الخاصة، وخصائص تلك الشركات والخدمات التي تقدمها، فضلاً عن الواجبات الملقة على عاتقها، والشروط الواجب توافرها في الأفراد العاملين في تلك الشركات بالاستناد إلى قرار مجلس الوزراء الفلسطيني رقم (2) لسنة 2018م، بنظام تنظيم مزولة الخدمات الأمنية الخاصة.

أولاً: مفهوم الشركات الأمنية الخاصة

يُقصد بالشركات الأمنية الخاصة أنها: "كيان تجاري كأى شركة تجارية يمكن أن يكون مملوكاً لجهة واحدة أو أن يكون شراكة أو رابطة أو شركة أو مؤسسة تقدم خدمات أمنية مدنية خاصة"².

¹ محمود محي الدين بكري. النظام القانوني لشركات حراسة المنشآت ونقل الأموال "دراسة تحليلية مقارنة"، مجلة القانون والدراسات الاجتماعية، المجلد (2)، العدد (4)، 2023، ص404.

² مكتب الأمم المتحدة المعني بالمخدرات والجريمة. التنظيم الحكومي للخدمات الأمنية المدنية الخاصة ومدى إسهامها في منع الجريمة وسلامة المجتمع، نيويورك، الأمم المتحدة، 2014، ص87.

وهي الشركات التي تختص بتوفير المهارات الأمنية، بما في ذلك عمليات التخطيط الاستراتيجي، والدعم التشغيلي، وتدريب الموظفين العاملين، والمساعدة التقنية وغيرها من الخدمات المتصلة بالجانب الأمني؛ من أجل تحقيق أقصى قدر من الأرباح¹.

وتُعرّف بأنها الشركات المرخص لها القيام بأنشطة أمنية كأعمال الحراسة المسلحة وغير المسلحة على المنشآت العقارية والمنقولات ونقل الأموال بما فيها الذهب والمجوهرات والوثائق والمستندات، وغير ذلك مما يكون له قيمة لصاحبه، ملتزمة في أداء مهامها بالواجبات والالتزامات التي يفرضها عليها القانون، وسواء كان طالب الخدمة من أشخاص القانون العام كالمؤسسات والمصالح الحكومية، أو أشخاص القانون الخاص كالشركات الخاصة، وتكون تلك الخدمات مقابل عائد مادي يحدد في التعاقد².

كما عرّفها نظام تنظيم مزاوله الخدمات الأمنية الخاصة بموجب قرار مجلس الوزراء الفلسطيني رقم (2) لسنة 2018م بأنها "شركة الخدمات الأمنية الخاصة والمرخص لها بمزاوله الخدمات الأمنية الخاصة وفقاً لأحكام هذا النظام، والمسجلة لدى مراقب الشركات وفقاً لأحكام قانون الشركات النافذ"³.

نستخلص مما سبق أن المهام الرئيسية لهذه الشركات المكلفة بالرقابة والحماية والحراسة وتوفير الأمن، تتمحور حول توفير الحماية والأمن للأفراد والممتلكات، وهذا بمقتضى رابطة تعاقدية بين شركات الأمن والهيئات والمؤسسات أو حتى الأشخاص الذين يطلبون خدماتها⁴.

ويجب التنويه إلى أن موظفي الشركات الأمنية الخاصة لا يتم تصنيفهم في الخانة نفسها مع الموظفين العموميين، ولا يتلقون راتباً من الدولة، فهم غير مدرجين على السلم الوظيفي، وإنما يخضعون للقواعد العامة لقانون العمل الفلسطيني النافذ رقم (7) لسنة 2000م⁵، والتي تتمثل فيه حقوقهم كافة، وفي

¹. سارة لقليطي، ومحمد محاد. الوضع القانوني للشركات الأمنية في القانون الدولي وأثرها على أمن الدول، رسالة ماجستير غير منشورة، جامعة زيان عاشور - الجلفة، الجزائر، 2020، ص8.

². محمود محي الدين بكري. مرجع سابق، ص409-410.

³ انظر، المادة رقم (1) من قرار مجلس الوزراء الفلسطيني رقم (2) لسنة 2018م بنظام تنظيم مزاوله الخدمات الأمنية الخاصة.

⁴. فايزة دحموش، ومحمد جغام. شركات الحراسة الخاصة وخدمة الأمن العمومي، المجلة العربية في العلوم الإنسانية والاجتماعية، المجلد (14)، العدد (3)، 2022، ص229.

⁵. انظر، المواد من (1-141) من قانون العمل الفلسطيني رقم (7) لسنة 2000م. وانظر، المواد من (1-20) من قرار مجلس الوزراء الفلسطيني رقم (2) لسنة 2018م بنظام تنظيم مزاوله الخدمات الأمنية الخاصة.

بعض النصوص الواردة في التشريعات المتعلقة بتنظيم الشركات الأمنية الخاصة، وهي في الوقت ذاته واجبات على المستخدم، فالراتب الذي يتقاضاه يكون من الذمة المالية للشركة بحكم العلاقة التعاقدية بين موظفي الشركات الأمنية الخاصة والمستخدم "الشركة".

ثانياً: خصائص الشركات الأمنية الخاصة

هنالك مجموعة من الخصائص تميز الشركات الأمنية الخاصة عن غيرها ممن هم في حكمها، ومن هذه الخصائص ما يلي¹:

1. إنها شركات تقدم خدمات أمنية، أي الاختصاص الرئيسي لهذه الشركات هي تقديم الخدمات الأمنية الوقائية، وتوفير الحماية للأشخاص والأماكن.
2. إنها شركات تجارية؛ لأنها تقدم على وجه الاحتراف الخدمات الاستشارية والحماية وفق العقد المبرم بين الشركة والطرف الثاني بمقابل مادي.
3. إنها شركات تتميز بخاصية ازدواجية، من حيث التسجيل والرقابة، فيجب على مؤسس الشركة القيام بتسجيل الشركة وفق الإجراءات المطلوبة في القانون الخاص للشركات التجارية الأخرى.
4. إنها شركات تلتزم بتنفيذ الأوامر، يقع على عاتق الموظفين العاملين في هذه الشركات الالتزام بتنفيذ الأوامر العليا، خاصة تلك المتعلقة بحماية الأشخاص والممتلكات والمباني والزي الموحد واستخدام الأجهزة المرخصة لهم والمحافظة عليها وفق القانون والتعليمات.
5. إنها شركات ذات الملكية الخاصة، أي إنها شركات تابعة للقطاع الخاص وليس للقطاع العام ومملوكة للأفراد وليس للدولة.
6. إنها شركات لا تقبل العاملين فيها أن يكونوا موظفين حكوميين لا في الخدمة العسكرية ولا المدنية.
7. إنها شركات لها نظامها الداخلي الخاص، تمتلك هيكلية إدارية ولها تنظيمها الداخلي الخاص بالشركة، فلها هيئتها العامة ورئيس وأعضاء مجلس الإدارة ومدير مفوض وعاملين إداريين ومركز رئيسي وفروع.... وغيرها.

¹. هفال صديق إسماعيل. وحامد ناظم خورشيد. التعريف بالشركات الأمنية الخاصة- دراسة تحليلية مقارنة، مجلة كلية القانون للعلوم القانونية والسياسية، المجلد (13)، العدد (47)، 2023، ص650-651.

ثالثاً: الخدمات التي تقدمها الشركات الأمنية الخاصة

تتمثل الخدمات الأمنية التي تقدمها الشركات الأمنية الخاصة في فلسطين فيما يلي¹:

1. خدمات حراسة وحماية المنشآت والمباني.
2. خدمات حراسة وحماية المقتنيات الثمينة والأموال الخاصة المنقولة وغير المنقولة.
3. خدمات حراسة وحماية الأفراد.
4. أي خدمات أخرى يوافق عليها الوزير.

رابعاً: الشروط الواجب توافرها في الفرد العامل في الشركات الأمنية الخاصة

الشروط الواجب توافرها في الفرد العامل في الشركة تتمثل في الآتي²:

1. أن يكون فلسطينياً.
2. ألا يقل عمره عن (18) سنة ميلادية.
3. أن يكون حاصلًا على شهادة حسن السيرة والسلوك من الوزارة.
4. ألا يكون قد صدر بحقه حكم قطعي بعقوبة جنائية أو جنحة مخلة بالشرف أو الأمانة.
5. ألا يكون موظفًا عمومياً (مدنياً أو عسكرياً).
6. أن يكون حاصلًا على دورات خاصة في الخدمات الأمنية من الجهة التي يحددها الوزير.

خامساً: واجبات الشركات الأمنية الخاصة

- أ. الالتزام بارتداء بدلات خاصة ومميزة: أن يكون لكل شركة شعاراً مميزاً لها، مطبوع عليه بشكل ظاهر عبارة "شركة خدمة أمنية خاصة"، وزياً خاصاً بحيث لا يكون مشابهاً لأي قوة من قوى الأمن الفلسطينية، وبطاقات إثبات شخصية خاصة بها³.

¹. انظر، المادة رقم (2) من قرار مجلس الوزراء الفلسطيني رقم (2) لسنة 2018م بنظام تنظيم مزاوله الخدمات الأمنية الخاصة.

². انظر، المادة رقم (10) من قرار مجلس الوزراء الفلسطيني رقم (2) لسنة 2018م بنظام تنظيم مزاوله الخدمات الأمنية الخاصة.

³. انظر، المادة رقم (1/16) من قرار مجلس الوزراء الفلسطيني رقم (2) لسنة 2018م بنظام تنظيم مزاوله الخدمات الأمنية الخاصة.

ب. ممارسة العمل داخل المكان المحدد: ممارسة أعمالها في حدود المكان أو المنشأة المتعاقد على تقديم الخدمات الأمنية لها، ولا يمتد عملها خارج نطاق المكان أو المنشأة إلا إذا كانت طبيعة العمل أو نوع الخدمة يقتضي ذلك، وذلك بعد موافقة السلطة المختصة¹.

ج. عدم المشاركة في نزاعات العمل: أي عدم المشاركة في التدخل في أي نزاع يحدث بين المنشأة المتعاقد معها والعاملين فيها².

د. تقديم المعلومات ذات الطابع الأمني والجنائي: يجب على الشركة تقديم المعلومات ذات الطابع الأمني أو الجنائي التي قد تحصل عليها أثناء مزاوله نشاطها إلى جهاز الشرطة الفلسطينية³.
يجب على أفراد الخدمة الأمنية الخاصة أداء أعمالهم وفقاً لما تقرره التشريعات النافذة بالدولة، وفي حدود الخدمات المتعاقد عليها، وعليهم الاستعانة بأفراد الشرطة، وتقديم المعلومات والمساعدة لهم، والتعاون معهم فيما يتعلق باختصاص قوى الأمن الفلسطينية⁴.

المطلب الثاني:

التكليف القانوني لتسليم السلاح الحكومي لموظف أو حارس الأمن

إن عناصر الشرطة الفلسطينية مكلفين "بمنع ومكافحة الجريمة" أينما تقع، وإن الدولة قد مكنتهم من القيام بذلك وهو ما نص عليه القرار بقانون رقم (23) لسنة 2017م بشأن الشرطة الفلسطينية بدلالة المادة رقم (3/3) والتي تنص على أن عناصر الشرطة مكلفين بـ "منع ومكافحة الجريمة، وضبط مرتكبيها بموجب القوانين المعمول بها"⁵. وذلك من خلال تطبيق القانون باستعمال السلاح كوسيلة من وسائل "القوة" لدفع خطر حال واقع.

¹. انظر، المادة رقم (2/14) من قرار مجلس الوزراء الفلسطيني رقم (2) لسنة 2018م بنظام تنظيم مزاوله الخدمات الأمنية الخاصة.

². انظر، المادة رقم (1/12) من قرار مجلس الوزراء الفلسطيني رقم (2) لسنة 2018م بنظام تنظيم مزاوله الخدمات الأمنية الخاصة.

³. انظر، المادة رقم (2/13) من قرار مجلس الوزراء الفلسطيني رقم (2) لسنة 2018م بنظام تنظيم مزاوله الخدمات الأمنية الخاصة.

⁴. انظر، المادة رقم (1/11) من قرار مجلس الوزراء الفلسطيني رقم (2) لسنة 2018م بنظام تنظيم مزاوله الخدمات الأمنية الخاصة.

⁵. انظر، المادة رقم (3/3) من القرار بقانون رقم (23) لسنة 2017م بشأن الشرطة الفلسطينية.

أولاً: مفهوم السلاح الناري وحالات استخدامه

يُقصد بالسلاح الناري: كل سلاح ناري يتم استخدامه من قبل عناصر الشرطة الفلسطينية أثناء تأدية مهامهم وفقاً للقوانين والأنظمة النافذة ذات العلاقة¹، وبموجب أحكام المادة رقم (31) من قانون رقم (2) لسنة 1998م بشأن الأسلحة النارية والذخائر الفلسطينية²، ووفقاً لما جاء في قرار وزير الداخلية الفلسطيني رقم (187) لسنة 2020م بشأن التعليمات والإجراءات الخاصة باستخدام القوة والسلاح الناري من قبل عناصر الشرطة الفلسطينية بدلالة المادة رقم (2/3) والمادة رقم (6) التي حددت الحالات التي يتم فيها استخدام القوة والأسلحة النارية وهي: "حالة الدفاع الشرعي، وحالة القبض على شخص متهم بجناية أو جنحة متلبساً بها، وحالة القبض على محكوم بعقوبة جنائية أو عقوبة الحبس إذا قاوم أو حاول الهرب، وحالة صد هجوم أو أية مقاومة مقترنة باستعمال القوة، وحالة منع ارتكاب جريمة بالغة الخطورة، وحالة تحرير الرهائن المحتجزين، ولتفريق التجمهر غير المشروع الذي يتضمن أعمال عنف، وحالات استخدام الأسلحة النارية المنصوص عليها في قانون رقم (6) لسنة 1998م بشأن مراكز الإصلاح والتأهيل الفلسطيني، وحالة إزالة خطر الحيوانات أو الكلاب الضالة، وأية حالات أخرى تنص عليها القوانين والأنظمة النافذة"³، وبموجب القرار بقانون بشأن الشرطة الفلسطينية بدلالة المادة رقم (52) والتي تنص على أنه "1- لعناصر الشرطة اللجوء إلى استعمال القوة واستعمال السلاح الناري بالقدر اللازم لأداء الواجبات والمهام المشروعة في الحالات التي تجيزها التشريعات النافذة، بشرط مراعاة الآتي: أ. أن تكون هي الوسيلة الوحيدة

¹. انظر، المادة رقم (1) من قرار وزير الداخلية الفلسطيني رقم (187) لسنة 2020م بشأن التعليمات والإجراءات الخاصة باستخدام القوة والسلاح الناري من قبل عناصر الشرطة الفلسطينية. وانظر، قانون رقم (2) لسنة 1998م بشأن الأسلحة النارية والذخائر الفلسطيني المادة رقم (1).

². انظر، قانون رقم (2) لسنة 1998م بشأن الأسلحة النارية والذخائر الفلسطيني المادة رقم (31) والتي تنص على استثناء "أسلحة قوات الأمن الفلسطيني المأذون بحملها من أحكام هذا القانون لا تسري أحكام هذا القانون الخاص بحمل السلاح وإحرازه وحيازته على أسلحة السلطة الوطنية الفلسطينية المسلمة إلى قوات الأمن الفلسطيني المأذون لهم بحملها في حدود القوانين المعمول بها".

³. انظر، قرار وزير الداخلية الفلسطيني رقم (187) لسنة 2020م بشأن التعليمات والإجراءات الخاصة باستخدام القوة والسلاح الناري من قبل عناصر الشرطة المادة رقم (2/3) والتي تنص على أنه "أن يكون استخدام القوة والسلاح الناري عند الضرورة، ويتناسب مع الهدف المشروع الذي ترغب الشرطة في تحقيقه، وبالقدر اللازم لدرء الخطر، مع الأخذ بعين الاعتبار تطبيق مبدأ التدرج، والمادة رقم (6) والتي تنص على الحالات التي يجوز معها استخدام القوة والأسلحة النارية.

بعد استنفاد الوسائل الأخرى غير العنيفة. كافة ب. أن يكون استعمال القوة عند الضرورة وبشكل تدريجي يتناسب مع الهدف الذي ترغب عناصر الشرطة في تحقيقه. ج. أن يكون استعمال القوة بالقدر اللازم لدرء الخطر. 2- يتم مراعاة الإجراءات والوسائل في حالات استخدام القوة والسلاح الناري وفق ما نصت عليه القوانين النافذة¹.

ثانياً: انتحال موظف الأمن صفة رسمية

إن من واجبات "عناصر الشرطة الفلسطينية" الحفاظ على النظام والأمن العام، والآداب العامة، والسكينة العامة، وهو ما نص عليه القانون الأساسي الفلسطيني المعدل لسنة 2003م في نص المادة رقم (1/84) على أن "قوات الأمن والشرطة قوة نظامية وهي القوة المسلحة في البلاد وتنحصر وظيفتها في الدفاع عن الوطن وخدمة الشعب وحماية المجتمع والسهر على حفظ الأمن والنظام العام والآداب العامة وتؤدي واجبها في الحدود التي رسمها القانون في احترام كامل للحقوق والحريات"²، وهو ما نص عليه أيضاً القرار بقانون بشأن الشرطة الفلسطينية وفق أحكام المادة رقم (1/3) على اختصاصات الشرطة بالمهام ومنها "المحافظة على النظام والأمن العام، والآداب العامة، والسكينة العامة".

ومما سبق فإن المعارض أو البنوك أو من في حكمها هي "محال عامة" وغير خاضعة لتعليمات تمنع دخول "المكلفين بخدمة عامة"، وتشمل عبارة "مكان عام أو محل عام" كل طريق عام وكل مكان أو ممر يباح للجمهور المرور به أو الدخول إليه في كل وقت وبغير قيد أو كان مقيداً بدفع مبلغ من النقود، وكل بناء أو مكان يستعمل إذ ذاك لأي اجتماع أو حفل عمومي أو ديني أو كساحة مكشوفة³.

والجدير بالذكر أنه يترتب على طلب تسليم "السلاح الحكومي" من قبل "الموظف أو العامل أو الحارس" "مسؤولية جزائية" وفق أحكام المادة رقم (202) من قانون العقوبات الأردني النافذ في الضفة الغربية رقم (16) لسنة 1960م⁴، ويقابلها المادة رقم (6/5/271) من قانون العقوبات الثوري لمنظمة

¹. انظر، المادة رقم (52) من القرار بقانون رقم (23) لسنة 2017م بشأن الشرطة الفلسطينية.

². انظر، المادة رقم (1/84) من القانون الأساسي الفلسطيني المعدل لسنة 2003م.

³. انظر، المادة رقم (2) من قانون العقوبات الأردني النافذ في الضفة الغربية رقم (16) لسنة 1960م. والمادة رقم (3/و) من قانون العقوبات الثوري لمنظمة التحرير الفلسطينية لسنة 1979م.

⁴. انظر، المادة رقم (202) من قانون العقوبات الأردني النافذ في الضفة الغربية رقم (16) لسنة 1960م، والتي تنص على أنه "1- يعاقب بالحبس من شهر إلى سنة كل من، أ. انتحل شخصية موظف في الخدمة العامة مدنية كانت أو عسكرية في

التحرير الفلسطينية لسنة 1979م¹؛ وذلك لأن "العامل" منح نفسه "صفة رسمية" وانتحل "صفة" وعمل عملاً من أعمال الخدمة العامة مدنية كانت أو عسكرية دون إذن من جهة رسمية مختصة أو جهة قضائية.

ثالثاً: عمل موظف الأمن بصفة رسمية

في حال عدم انتحال صفة رسمية وكان تابع لإحدى شركات الأمن الخاصة والمرخص بها بموجب القوانين النافذة فلا يجوز لعناصر الشرطة تسليم السلاح الحكومي تحت أي ظرف كان؛ وذلك لأنه مخول بقوة القانون بحمل السلاح كما أشرنا سابقاً، كما لا يجوز بأي حال من الأحوال لأفراد الأمن التابعين للشركات الأمنية أن يطلبوا من عناصر الشرطة الفلسطينية تسليم السلاح الحكومي لهم وإلا تعرضوا للمساءلة القانونية والجزائية.

كما ويعرض "عنصر الشرطة الفلسطينية" نفسه للمساءلة القانونية والجزائية فيما لو قام بتسليم سلاحه الشخصي، وذلك بموجب المادة رقم (32/187) من قانون العقوبات الثوري لمنظمة التحرير الفلسطينية والتي تنص على الجرائم الانضباطية في غير أوقات العمليات الحربية ومنها "عدم الاعتناء بالعُهدة أو صيانتها"²، ويقابلها المادة رقم (29/4) من قرار وزير الداخلية رقم (188) لسنة 2020م بشأن لائحة المخالفات لعناصر الشرطة الفلسطينية³، وبالرغم من عدم وجود عبارة واضحة في قانون العقوبات الثوري لمنظمة التحرير الفلسطينية وقرار وزير الداخلية بشأن لائحة المخالفات لعناصر الشرطة الفلسطينية عبارة تشير إلى عدم تسليم عُهدة السلاح الحكومي لموظفي الأمن التابعين للشركات الأمنية الخاصة أو من في

مناسبة كان فيها ذلك الموظف مكلفاً بالقيام بفعل أو بالحضور إلى مكان بحكم وظيفته. ب. تظاهر دون حق بأنه موظف في الخدمة العامة مدنية كانت أو عسكرية وادعى بأنه من حقه أن يقوم بأي فعل من الأفعال أو أن يحضر إلى مكان من الأمكنة لأجل القيام بأي فعل بحكم وظيفته. 2- ويعاقب بالحبس من ثلاثة أشهر إلى سنتين إذا اقترب أيّاً من الأفعال المذكورة في الفقرتين السابقتين وهو مرتدّ في أثناء العمل زياً أو شارة خاصيتين بالموظفين".

¹. انظر، المادة رقم (6/5/أ/271) من قانون العقوبات الثوري لمنظمة التحرير الفلسطينية لسنة 1979م، والتي تنص على أنه "يعاقب بالحبس ثلاثة أشهر على الأقل كل من انتحل شخصية موظف في الخدمة العامة مدنية كانت أو عسكرية، تظاهر دون حق بأنه موظف في الخدمة العامة للثورة، وادعى بأن من حقه أن يقوم بأي فعل من الأفعال أو أن يحضر إلى مكان من الأمكنة لأجل القيام بأي فعل بحكم خدمته".

². انظر، المادة رقم (32/187) من قانون العقوبات الثوري لمنظمة التحرير الفلسطينية لسنة 1979م.

³. انظر، المادة رقم (29/4) من قرار وزير الداخلية الفلسطيني رقم (188) لسنة 2020م بشأن لائحة المخالفات لعناصر الشرطة الفلسطينية، والتي تنص على "الإهمال أو التقصير في أداء الواجب".

حكمهم، إلا أن قانون العقوبات الثوري أشار بموجب المادة رقم (32/187) إلى عبارة عدم الاعتناء بالعُهدة أو صيانتها كما أشار قرار وزير الداخلية في المادة رقم (29/4) إلى عبارة الإهمال أو التقصير في أداء الواجب.

وعليه فقد حدد قانون العقوبات الثوري الفلسطيني¹، وقرار وزير الداخلية الفلسطيني سالف الذكر عقوبات رادعة على تسليم عهدة السلاح الحكومي استثناساً بالمواد السابقة، حيث حدد قرار وزير الداخلية الفلسطيني سلم العقوبات التأديبية والتي تعتبر من المخالفات التي تندرج ضمن مخالفات الدرجة الأولى لعناصر الشرطة الفلسطينية، وتتراوح العقوبات التأديبية وفقاً للمادة رقم (5)² والمادة رقم (6)³ من ذات القرار بين عقوبة الإنذار النهائي بالطرد إلى الاستغناء عن الخدمة.

¹. انظر، المواد من (189-195) الفصل الثاني صلاحيات القادة، قانون العقوبات الثوري لمنظمة التحرير الفلسطينية لسنة 1979م.

². انظر، المادة رقم (5) من قرار وزير الداخلية الفلسطيني رقم (188) لسنة 2020م بشأن لائحة المخالفات لعناصر الشرطة والتي تنص على أنه "يتم إيقاع العقوبات التأديبية على الضباط مرتكبي أي من مخالفات الدرجة الأولى بعد مثول المخالف أمام المجلس التأديبي، واستكمال كافة إجراءات التحقيق ورفع التوصية بالعقوبات إلى المدير العام والذي له سلطة تقديرية في تشديد أو تخفيض العقوبة الموصى بها، وتكون نافذة بعد مصادقته عليها، ويقوم المدير العام بعرض توصيات المجالس التأديبية على لجنة الضباط فيما يتعلق باختصاصها وتكون هذه التوصيات نافذة بعد مصادقة الرئيس أو الوزير المختص كل في حدود اختصاصه، ويتم إيقاع إحدى العقوبات الآتية ، 1-الإنذار النهائي بالطرد 2-الحجز مع العمل لمدة ثلاثة أشهر على الأكثر 3-إنهاء الندب 4-الترك في الرتبة بما لا يزيد عن السنتين 5-تنزيل الرتبة 6-تأخير الأقدمية لمدة عام على الأكثر 7-الإحالة للاستيداع التأديبي 8-الحرمان من العلاوة الدورية أو علاوة القيادة 9-الاستغناء عن الخدمة.

³انظر، المادة رقم (6) من قرار وزير الداخلية الفلسطيني رقم (188) لسنة 2020م بشأن لائحة المخالفات لعناصر الشرطة والتي تنص على أنه "يتم إيقاع العقوبات التأديبية على ضباط الصف أو الفرد مرتكب أي من مخالفات الدرجة الأولى بعد مثول المخالف أمام المجلس التأديبي أو لجنة التحقيق المختصة بالنظر في صلاحيته للخدمة وفقاً لنص المادة (182) من قانون الخدمة في قوى الأمن الفلسطينية، واستكمال كافة إجراءات التحقيق ورفع التوصية بالعقوبات إلى المدير العام والذي له سلطة تقديرية في تشديد أو تخفيض العقوبة الموصى بها، وتكون التوصيات نافذة بعد مصادقة المدير العام أو الوزير المختص عليها كل في حدود اختصاصه، ويتم إيقاع إحدى العقوبات الآتية " ، 1-الإنذار النهائي بالطرد 2-الحجز مع العمل لمدة شهر على الأكثر 3-تأخير الأقدمية لمدة ستة أشهر على الأكثر 4-تنزيل الرتبة رتبة واحدة 5-الاستغناء عن الخدمة.

ولذلك اقتضى التنويه إلى أنه بموجب القانون لا يجوز أبداً الاستخفاف بشخصية عناصر الشرطة، ومن يستخف بشخصية عناصر الشرطة أو يتعامل معهم خلافاً للقانون ومقتضيات الأدب والاحترام، يعرض نفسه للمساءلة القانونية وفق التشريعات النافذة؛ لأن "عناصر الشرطة" وجدوا لغرض الحفاظ على النظام والأمن العام، والآداب العامة، والسكينة العامة.

تعقيباً على ما سبق، يمكننا الجزم بأن مسألة تسليم سلاح عناصر الشرطة لموظف الأمن أو حارس الأمن التابع للشركات الأمنية الخاصة لا يجوز بأي شكل من الأشكال، سواء كان ذلك الموظف يحمل صفة رسمية ويتبع بالفعل إلى شركة مرخصة ولها وضع قانوني يسمح لها بتوظيف الأفراد، أو كان شخصاً ينتحل صفة حارس الأمن؛ وذلك لأن السلاح عهدة ويجب حمايته والحرص عليه كما يحرص الفرد على نفسه، وذلك نظراً للخطورة المترتبة على إساءة استخدام السلاح من قبل الغير.

الخاتمة

ركز هذا البحث على موضوع التكليف القانوني لتسليم السلاح الحكومي لحارس الأمن التابع للشركات الأمنية الخاصة، وفي ختامه توصل إلى مجموعة من النتائج والتوصيات، ومنها ما يلي:

أولاً: نتائج البحث

1. يُعبر مأمورو الضبط القضائي عن قوة تؤدي عملها بشكل رسمي للكشف عن الجرائم وملابساتها، وجمع الأدلة، وملاحقة المجرمين من أجل تسليمهم للقضاء ومحاسبتهم عما اقترفوه من جرائم وجنایات.
2. يقوم مأمورو الضبط القضائي بتأدية اختصاصات ومهام ويلقى على عاتقهم مسؤوليات ينصب مجملها على حفظ الأمن والسلم، والمحافظة على عدم الإخلال بالأخلاق المجتمعية والآداب العامة، بالإضافة إلى الحرص على تطبيق القانون في الأماكن العامة، وعدم السماح لأي شخص كان مخالفة أحكام القانون.
3. تُعد الشركات الأمنية الخاصة شركات مرخص لها القيام بأنشطة أمنية، تتلخص أعمالها في مهمات الحراسة المسلحة وغير المسلحة على المنشآت العقارية ونقل الأموال بما فيها الذهب والمجوهرات والوثائق والمستندات، وتقوم بعملها وفقاً للقانون الخاص بتنظيم عمل الشركات الخاصة، وتكون تلك الخدمات مقابل عائد مادي يحدد في التعاقد بين الشركة وموظف الأمن التابع لها.

4. ينصب التكليف القانوني لمسألة تسليم عنصر الشرطة سلاحه الخاص لموظف الأمن الخاص التابع للشركات الأمنية الخاصة على ما إذا كان موظف الأمن يتمتع بصفة رسمية تمكنه من مزاوله عمله في المنشآت التجارية، أو كان ينتحل صفة موظف الأمن، وفي كلتا الحالتين حدد قانون العقوبات الأردني النافذ في الضفة الغربية، وقانون العقوبات الثوري لمنظمة التحرير الفلسطينية، عقوبات على عنصر الشرطة الذي يسلم سلاحه وعُهدته لأي شخص كان ومن ضمنهم موظفي الأمن التابعين للشركات الأمنية الخاصة.

ثانياً: التوصيات

1. توصي الدراسة بضرورة إضافة عبارة واضحة تنص على حظر عناصر الشرطة تسليم أسلحتهم أو ذخائرهم للقائمين بأعمال الحراسة الأمنية الخاصة أو من في حكمهم في قانون العقوبات الثوري لمنظمة التحرير الفلسطينية لسنة 1979م، والقرار بقانون رقم (23) لسنة 2017م بشأن الشرطة الفلسطينية، وقرار وزير الداخلية الفلسطيني رقم (188) لسنة 2020م بشأن لائحة المخالفات لعناصر الشرطة الفلسطينية.
2. توصي الدراسة بضرورة إضافة تعريف واضح ومحدد لمفهوم موظف الأمن العامل في شركات الأمن الخاصة في قرار مجلس الوزراء الفلسطيني رقم (2) لسنة 2018م بنظام تنظيم مزاوله الخدمات الأمنية الخاصة في فلسطين.
3. توصي الدراسة بضرورة إصدار تعليمات من قبل وزير الداخلية بامتناع موظفي شركات الخدمات الأمنية الخاصة عن الطلب من عناصر الشرطة الفلسطينية تسليح السلاح الحكومي عند دخولهم لإحدى المنشآت.
4. توصي الدراسة بضرورة إصدار قرار بقانون ينظم عمل شركات الخدمات الأمنية الخاصة في فلسطين، واحتوائه على المسؤولية المترتبة على الأضرار التي قد تلحقها تلك الشركات بالغير.

بيان تضارب المصالح:

يقر جميع المؤلفين أنه ليس لديهم أي تضارب في المصالح.

قائمة المصادر والمراجع:

أولاً: القوانين

1. قانون العقوبات الأردني النافذ في الضفة الغربية رقم (16) لسنة 1960م.
2. قانون العقوبات الثوري لمنظمة التحرير الفلسطينية لسنة 1979م.
3. قانون أصول المحاكمات الجزائية الثوري لمنظمة التحرير الفلسطينية لعام 1979م.
4. قانون رقم (2) لسنة 1998م بشأن الأسلحة النارية والذخائر الفلسطيني.
5. قانون الإجراءات الجزائية الفلسطينية رقم (3) لسنة 2001م.
6. قانون العمل الفلسطيني رقم (7) لسنة 2000م.
7. القانون الأساسي الفلسطيني المعدل لسنة 2003م.

ثانياً: القرارات

1. قرار بقانون رقم (23) لسنة 2017م بشأن الشرطة الفلسطينية.
2. قرار مجلس الوزراء الفلسطيني رقم (2) لسنة 2018م بنظام تنظيم مزاولة الخدمات الأمنية الخاصة.
3. قرار وزير الداخلية الفلسطيني رقم (187) لسنة 2020م بشأن التعليمات والإجراءات الخاصة باستخدام القوة والسلاح الناري من قبل عناصر الشرطة الفلسطينية.
4. قرار وزير الداخلية الفلسطيني رقم (188) لسنة 2020م بشأن لائحة المخالفات لعناصر الشرطة الفلسطينية.

ثالثاً: الكتب القانونية العامة

1. خالد بن سعود البشر، المصطلحات المستخدمة في أجهزة العدالة الجنائية العربية، الرياض: دار جامعة نايف للنشر، 2016.
2. عباس أبو شامة، ومحمد الأمين البشري. نظم وإدارة الشرطة العربية: منظور أمني، ط1، الرياض: مكتبة الرشد ناشرون، 2005.
3. محمود شاكر سعيد، وخالد بن عبد العزيز الحرفش. مفاهيم أمنية، ط1، الرياض: جامعة نايف العربية للعلوم الأمنية، 2010.

4. مكتب الأمم المتحدة المعني بالمخدرات والجريمة.

التنظيم الحكومي للخدمات الأمنية المدنية الخاصة ومدى إسهامها في منع الجريمة وسلامة المجتمع، نيويورك: الأمم المتحدة، 2014.

رابعاً: الكتب القانونية المتخصصة

1. أشرف توفيق شمس الدين. شرح قانون الإجراءات الجنائية، ط4، الجيزة: مطبعة أكتوبر الهندسية، 2015.

2. رمسيس بهنام. الإجراءات الجنائية تأصيلاً وتحليلاً، الإسكندرية: منشأة المعارف الإسكندرية، 1984.

3. علي شمالال. الجديد في شرح قانون الإجراءات الجزائية-الكتاب الأول- الاستدلال والاثهام، ط3، الجزائر: دار هومة للطباعة، 2017.

4. محمود نجيب حسني. شرح قانون الإجراءات الجنائية وفقاً لأحدث التعديلات التشريعية، ط6، الإسكندرية: دار المطبوعات الجامعية، 2018.

5. مصطفى عبد الباقي. شرح قانون الإجراءات الجزائية الفلسطيني رقم (3) لسنة 2003م "دراسة مقارنة"، فلسطين: وحدة البحث العلمي والنشر، 2015.

خامساً: المقالات والدوريات

1. فايزة دحموش، ومحمد جغام. شركات الحراسة الخاصة وخدمة الأمن العمومي، المجلة العربية في العلوم الإنسانية والاجتماعية، المجلد (14)، العدد (3)، 2022.

2. محمود محي الدين بكري. النظام القانوني لشركات حراسة المنشآت ونقل الأموال "دراسة تحليلية مقارنة"، مجلة القانون والدراسات الاجتماعية، المجلد(2)، العدد(4)، 2023.

3. هفال صديق إسماعيل، وحامد ناظم خورشيد. التعريف بالشركات الأمنية الخاصة- دراسة تحليلية مقارنة، مجلة كلية القانون للعلوم القانونية والسياسية، المجلد (13)، العدد (47)، 2023.

سادساً: الرسائل الجامعية

1. سارة لقلبي، ومحمد محاد. الوضع القانوني للشركات الأمنية في القانون الدولي وأثرها على أمن الدول، رسالة ماجستير غير منشورة، جامعة زيان عاشور - الجلفة، الجزائر: 2020.

2. محمد البشير أحمودة. النظام القانوني لموظفي الشركات الأمنية الخاصة "دراسة مقارنة"، رسالة ماجستير غير منشورة، جامعة الشهيد حمة لخضر - الوادي، الجزائر: 2018.

فيروس كورونا بين نظريتي الظروف الطارئة والقوة القاهرة
دراسة مقارنة تحليلية
في ضوء القانون الفرنسي وقانون المعاملات المدنية العُماني
والقانون المدني المصري

***Post-trial guarantees for the accused
A comparative study
In view of Palestinian legislation and
international standards "the Rome Statute"***

أ. العنود إبراهيم عبيد الفارسية
(سلطنة عمان)

فيروس كورونا بين نظريتي الظروف الطارئة والقوة القاهرة دراسة مقارنة تحليلية

في ضوء القانون الفرنسي وقانون المعاملات المدنية العُماني والقانون المدني المصري
Coronavirus Between the Theories of Emergency Circumstances and Force Majeure :
A Comparative Analytical Study
In light of French Law, Omani Civil Transactions Law, and Egyptian Civil Law

أ. العنود إبراهيم عبيد الفارسية

باحثة قانونية، (سلطنة عمان)

alanoodalfarsia@gmail.com

تاريخ النشر: 2024-06-01

تاريخ القبول: 2024-04-26

تاريخ الاستلام: 2024-03-31

DOI: <https://doi.org/10.70411/MJLS.2.2.2024114>

ملخص:

أدى ظهور فيروس كورونا (COVID-19) في نهاية عام 2019، إلى إخلال المتعاقدين بالتزاماتهم، إذ أصبحت إما مرهقة إرهاباً شديداً للمدين أو يستحيل تنفيذها، ما أدى إلى مطالبة المدين أمام القضاء بتطبيق نظرية القوة القاهرة أو نظرية الظروف الطارئة على فيروس كورونا. ومن خلال المنهج التحليلي المقارن بين فرنسا، ومصر، وسلطنة عمان، تم التوصل إلى عدد من النتائج أهمها: فيروس كورونا يُصنف بأنه ظرف طارئ إذا كان تنفيذ الالتزام مرهقاً إرهاباً شديداً، وقوة القاهرة إذا كان تنفيذ الالتزام مستحيلاً، كما إنه لا يمكن القول بأن فيروس كورونا يُعد قوة القاهرة أو ظرفاً طارئاً لجميع الالتزامات التعاقدية؛ وذلك لأن الأثر المترتب على هذا الفيروس يختلف من التزام لآخر.

الكلمات المفتاحية: قوة القاهرة، ظرف طارئ، الالتزام التعاقدية، فيروس .

Abstract:

The emergence of Coronavirus (COVID-19) at the end of 2019 led to a disruption of contractual obligations, as they became either excessively burdensome for the debtor or impossible to implement, promoting debtors to seek the application of the theory of an emergency circumstance, or the theory of force majeure regarding the Coronavirus before the court. Through a comparative analytical approach between France, Egypt, and the Sultanate of Oman, several key findings were reached, including: classifying the Coronavirus as an emergency circumstance if implementation of the obligation is excessively burdensome, and as force majeure if the implementation of the obligation is impossible. Furthermore, it cannot be said that the Coronavirus is considered as a force majeure or an emergency circumstance for all contractual obligations, as the impact of this virus varies from one obligation to another.

Keywords: Force Majeure, Emergency Circumstance, Contractual Obligation, Coronavirus.

المقدمة

أعلن المدير العام لمنظمة الصحة العالمية تيدروس أدهانوم غيبريسوس (Tedros Adhanom Ghebreyesus) بيوم الأربعاء (11 آذار/ مارس 2020)، أن المنظمة التابعة للأمم المتحدة باتت تعتبر فيروس كورونا المستجد المسبب لمرض "كوفيد-19" والذي ينتشر في مختلف أرجاء العالم "وباءً عالمياً"¹. وتُعرف فيروسات كورونا بأنها مجموعة من الفيروسات التي يمكنها أن تسبب أمراضاً مثل: الزكام والالتهاب التنفسي الحاد الوخيم (السارس)، ومتلازمة الشرق الأوسط التنفسية (ميرز)، كما تم اكتشاف نوع جديد من فيروس كورونا بعد أن تم التعرف عليه كمسبب لانتشار أحد الأمراض التي بدأت في الصين في 2019. ويُعرف الفيروس الآن باسم "فيروس المتلازمة التنفسية الحادة الوخيمة كورونا2"، ويُرمز إليه بـ SARS-CoV-2. ويسمى المرض الناتج عنه مرض فيروس كورونا 2019 (كوفيد 19)².

وعند التطرق إلى آثار الفيروس نجد أنه لم يقتصر على الجانب الصحي فقط بل امتد ليشمل الجانبين الاجتماعي والاقتصادي، حيث نجد بعد إعلان منظمة الصحة العالمية بأن فيروس كورونا هو وباء عالمي، بدأت الدول باتخاذ العديد من الإجراءات الوقائية في سبيل منع نقشي وانتشار الفيروس، حيث توقفت الملاحة البحرية، والجوية، وأغلقت الحدود البرية، ومنعت الدول التنقل بين مناطق البلد الواحد، رغبةً منها في الحد من انتشار الفيروس، ومن بين الآثار المترتبة على ظهور الفيروس وقف تنفيذ الالتزامات التعاقدية؛ إما لأنها أصبحت مستحيلة التنفيذ، أو مرهقة إرهاباً شديداً.

وكما هو معلوم أن العقد شريعة المتعاقدين، وأن على كل متعاقد الوفاء بما أوجبه العقد عليه من التزامات، وهذا ما يسمى بالقوة الملزمة للعقد؛ فالعقد بمثابة القانون في العلاقة بين طرفيه، ولكن استثناءً أجاز القانون للقاضي تعديل العقد بدافع تحقيق العدالة، ومن الحالات التي يتدخل بها القاضي حدوث الظرف الطارئ، حيث نصت المادة (159) من قانون المعاملات المدنية العُماني رقم 2013/29³، وتقابلها

¹. دون اسم مؤلف، 2020، منظمة الصحة العالمية تعلن فيروس كورونا وباءً عالمياً، (Deutsche Welle (DW، [منظمة الصحة العالمية تعلن فيروس كورونا وباءً عالمياً DW - 2020/3/11 - تم الاطلاع \(2021/12/13\)](https://www.dw.com/de/koronavirus-erstaube-der-welt/article-4614441).

². المرجع نفسه.

³. قانون المعاملات المدنية العُماني الصادر بالمرسوم السلطاني رقم 2013/29، تاريخ 26 من أيار/ مايو سنة 2013، والمنشور في عدد الجريدة الرسمية (1012) الصادر في 2013/5/12.

المادة (2/147) من القانون المدني المصري رقم (131)/1984¹ بأن "إذا طرأت حوادث استثنائية عامة لم يكن في الوسخ توقعها وقت التعاقد وترتب على حدوثها أن تنفيذ الالتزام التعاقدى، وإن لم يصبح مستحيلًا صار مرهقًا للمدين بحيث يهدده بخسارة فادحة، جاز للمحكمة تبعًا للظروف وبعد الموازنة بين مصلحة الطرفين، أن ترد الالتزام المرهق إلى الحد المعقول ويقع باطلًا كل اتفاق خلاف ذلك". ومن النص يُفهم بأن المادة تُطبق في حالة توفر الإرهاق الشديد.

ولكن في حالة استحالة تنفيذ الالتزام أقر القانون بأن الالتزام ينقضي تحت ما يسمى بالقوة القاهرة، حيث نصت المادة (177) من قانون المعاملات المدنية²، والمادة (2/673) من القانون المدني المصري على القوة القاهرة وبأنها تُعد حالة من حالات السبب الأجنبي، ويترتب على وقوعها فسخ العقد بقوة القانون، ومن منطلق أن فيروس كورونا أعاق تنفيذ الالتزامات التعاقدية ظهرت المطالبات القضائية بتكييفه كقوة القاهرة أو ظرف طارئ.

إشكالية البحث:

تكمن إشكالية البحث في الإجابة عن مدى إمكانية اعتبار فيروس كورونا قوة القاهرة، أو ظرف طارئ لدفع المسؤولية التعاقدية، وما هي الآثار المترتبة على ذلك، ويتفرع من هذه الإشكالية عدد من التساؤلات الفرعية:

1. ما هو فيروس كورونا؟
2. ما هي إمكانية تكييف فيروس كورونا على أنه ظرف طارئ؟
3. ما هي إمكانية تكييف فيروس كورونا على أنه قوة القاهرة؟
4. ما هو الأثر المترتب على اعتبار فيروس كورونا قوة القاهرة؟

¹ القانون المدني المصري رقم (131) لسنة 1984، الصادر في 16 تموز/ يوليو سنة 1984م، والمنشور بتاريخ 1984/7/29م.

² المادة (177) من قانون المعاملات المدنية العماني على "إذا أثبت الشخص أن الضرر قد نشأ عن سبب أجنبي لا يد له فيه كآفة سماوية أو حادث فجائي أو قوة القاهرة أو فعل الغير أو فعل المضرور كان غير ملزم بالتعويض ما لم يقض القانون أو الاتفاق بغير ذلك".

أهمية البحث:

تتمثل أهمية البحث في حسم الجدل الذي لا يزال يُثار بشأن التكييف المناسب لفيروس كورونا، وذلك من خلال بيان طبيعة الفيروس، وشروط النظريات حتى يتم تطبيقها على فيروس كورونا، وبيان الآثار المترتبة على تكييف فيروس كورونا قوة القاهرة، أو ظرف طارئ، وكذلك توضيح اتجاه القضاء فيما يتعلق بتكييف الفيروس.

أهداف البحث:

يهدف هذا البحث إلى:

1. التعرف على مفهوم نظرية الظروف الطارئة والقوة القاهرة.
2. توضيح مدى انطباق شروط نظرية الظروف الطارئة ونظرية القوة القاهرة على فيروس كورونا.
3. توضيح الأحكام القضائية والآراء الفقهية المقارنة في هذا الموضوع.

منهج البحث:

يتبع هذا البحث المنهج التحليلي المقارن القائم على تحليل النصوص التي تناولت نظرية الظروف الطارئة، ونظرية القوة القاهرة وتحليل ظروف مرض فيروس كورونا من جميع جوانبه مثل تعريفه وبيان التكييف المناسب له، والآثار المترتبة على تكييف فيروس كورونا ظرفاً طارئاً أو قوة القاهرة، وكذلك تحليل الآراء الفقهية في البلدان محل المقارنة، وبيان أوجه التشابه والاختلاف بين الأنظمة محل المقارنة، مع توضيح اتجاهات القضاء في موضوع البحث.

تقسيم البحث:

لمعالجة إشكالية البحث الرئيسية والتساؤلات الفرعية الناتجة منها سيتم تقسيم البحث إلى مبحثين، يستعرض المبحث الأول ماهية نظريتي الظروف الطارئة والقوة القاهرة، والمبحث الثاني يتطرق إلى تكييف فيروس كورونا.

المبحث الأول:

ماهية نظريتي الظروف الطارئة والقوة القاهرة

يسمح القانون للقاضي بتعديل العقد في بعض الحالات بدافع العدالة، ويكون ذلك في الحالات التي يترتب فيها على الالتزام بقاعدة العقد شريعة المتعاقدين، المساس بالعدالة بل وإهدارها في بعض الحالات على أن أهم حالات تدخل القاضي في العقد استثناءً من قاعدة العقد شريعة المتعاقدين هي حالة حدوث ظروف طارئة وقوة القاهرة¹، وسيتم التطرق في هذا المبحث إلى نظرية الظروف الطارئة والقوة القاهرة بشيء من التفصيل، وعليه سنقسم هذا المبحث إلى الآتي: المطلب الأول، ماهية نظرية الظروف الطارئة، المطلب الثاني، ماهية نظرية القوة القاهرة.

المطلب الأول:

ماهية نظرية الظروف الطارئة

يُعد تحديد مفهوم نظرية الظروف الطارئة مدخلاً رئيسياً للتعرف على أبعاد هذه النظرية، فمن خلال هذا المفهوم نستطيع التعرف على ماهية هذه النظرية والمواصفات التي تتمتع بها والتي تميزها عن غيرها من النظريات التي تتفق معها في العديد من النقاط، كما أنه من خلال المفهوم نستطيع تحديد الأساس القانوني الذي تستند إليه هذه النظرية، واستخلاص الشروط الواجب توافرها لتطبيق هذه النظرية². وعليه سيتم تقسيم هذا المطلب على النحو الآتي:

الفرع الأول: مفهوم نظرية الظروف الطارئة وأساسها القانوني.

الفرع الثاني: شروط نظرية الظروف الطارئة.

الفرع الأول:

مفهوم نظرية الظروف الطارئة

يتكون مصطلح الظروف الطارئة من كلمتين هما: كلمة الظروف وكلمة الطارئة، وكل كلمة لها دلالة مختلفة؛ ويرجع ذلك إلى الأصل اللغوي المتباين.

¹ محمد إبراهيم بنداري، الوجيز في مصادر الالتزام في قانون المعاملات العماني، الطبعة (1)، الأجيال، 2020، ص 231.

² خميس صالح ناصر المنصوري، نظرية الظروف الطارئة وأثرها في التوازن الاقتصادي للعقد (دراسة تحليلية في ضوء قانون المعاملات المدنية الإماراتي)، رسالة ماجستير، جامعة الإمارات العربية المتحدة، 2017، ص 33.

الظروف لغة: أصلها اللغوي ظرف وجمعها ظروف وتحمل العديد من المعاني:

1. البراعة وذكاء القلب، وحسن العبارة، والهيئة وظرف الشيء وعأؤه، ومنه ظروف الأزمة والأمكنة،

فالظرف وعاء كل شيء¹.

الطارئة لغة: هذه الكلمة تقول إلى أصلها الاشتقاقي طراً، وتعني ما حدث وخرج فجأة، ويقال طراً على القوم، أي أتاهم من مكان بعيد فجأة، كما يقال للغرباء الطراء، والطارئة هي كلمة مؤنثة لكلمة الطارئ، والطارئ جمع طوارئ، وطارئات بمعنى الداهية²؛ لأنها تأتي من داهمته فجأة، ولم يتحسب لها³.

من الناحية الفقهية:

لم يُعرف الفقه الإسلامي نظرية الظروف الطارئة، حيث لم يهتم الفقه الإسلامي بالنظريات العامة، وإنما يتم البحث في كل حالة على استقلال، والاجتهاد في استنباط الأحكام إن وجدت، وقد عرض بعض المعاصرين النظرية بأنها "مجموعة القواعد والأحكام التي تعالج الآثار الضارة اللاحقة بأحد العاقدین الناتجة عن تغير الظروف التي تم بناء العقد في ظلها"⁴، بينما عرّف الفقه الفرنسي الظروف الطارئة بأنها الحالات التي يكون فيها العقد مستمر في التنفيذ، أو مؤجل التنفيذ، وحدثت ظروف غير متوقعة بعد إبرامه، وأصبح تنفيذ العقد صعباً، ومرهقاً للمدين⁵.

ومن التعريفات التي وردت في الفقه المصري عن ظرف الطارئ هو "كل حادث عام لاحق على تكوين العقد، وغير متوقع الحصول أثناء التعاقد، ينجم عنه اختلال بين في المنافع المتولدة عن عقد يتراخى تنفيذه إلى أجل أو آجال، بحيث يصبح تنفيذ المدين لالتزامه كما أوجبه العقد يرهقه إرهاقاً شديداً ويهدده

¹ محمد بوكماش، نظرية الظروف الطارئة وعلاقتها بالجوائح، مجلة الحقوق والعلوم الإنسانية، العدد (10)، كانون الثاني/يناير 2013، ص (323).

² خميس صالح ناصر المنصوري، المرجع السابق، ص 36.

³ طلعت يوسف حلمي خاطر، الظروف الطارئة في قانون المرافعات: دراسة تأصيلية مقارنة، مجلة الدراسات القانونية والاقتصادية، المجلد (4)، العدد (1)، 2018، ص 8.

⁴ أحمد الصويعي شليبيك، نظرية الظروف الطارئة: أركانها وشروطها، المجلة الأردنية في الدراسات الإسلامية، المجلد (3) العدد (2)، 2007، ص 172.

⁵ طلعت يوسف حلمي خاطر، المرجع السابق، ص 9.

بخسارة فادحة تخرج عن الحد المألوف في خسائر التجار؛ وذلك كخروج سلعة تعهد المدين بتوريدها من التسعيرة، وارتفاع سعرها ارتفاعاً فاحشاً غير مألوف ولا متوقع"¹.

من الناحية التشريعية:

نصت العديد من التشريعات على نظرية الظروف الطارئة حماية للمتعاقدين في العقد، ونذكر على سبيل المثال المادة (159) من قانون المعاملات المدنية العماني²، وكذلك المادة (147) من القانون المدني المصري³، وعرفت هذه القوانين الظروف الطارئة بأنها حوادث استثنائية وعامة أي لا تخص فرداً معيناً، وتحدث بعد إبرام العقد، وقبل تنفيذه، وتكون غير متوقعة وقت التعاقد، وتجعل تنفيذ الالتزام التعاقدى مرهقاً، ما يتسبب بخسارة كبيرة للمدين، وفي هذه الحالة يحق للمحكمة التدخل والموازنة بين مصالح الأفراد، وأن ترد الالتزام المرهق إلى حد معقول، ولا يجوز الاتفاق على خلاف ذلك.

الفرع الثاني:

شروط نظرية الظروف الطارئة

يشترط لتطبيق نظرية الظروف الطارئة توافر عدة شروط نذكرها على النحو الآتي:

الشرط الأول: أن يكون العقد متراخي التنفيذ لغير تقصير من المدين.

قد يكون العقد متراخي التنفيذ في عدة حالات: كطبيعته مثل عقد الإيجار، أو قد يكون العقد مستمراً، أو عقد متراخي التنفيذ ذات تنفيذ مؤجل، بينما العقود التي يتم تنفيذها فور انعقادها لا يمكن أن تطبق فيها

¹. محمد بوكماش، المرجع السابق، ص323.

². تنص المادة (159) من قانون المعاملات المدنية على "إذا طرأت حوادث استثنائية عامة لم يكن في الوسع توقعها وقت التعاقد وترتب على حدوثها أن تنفيذ الالتزام التعاقدى وإن لم يصبح مستحيلًا صار مرهقاً للمدين بحيث يهدده بخسارة فادحة جاز للمحكمة تبعاً للظروف وبعد الموازنة بين مصلحة الطرفين أن ترد الالتزام المرهق إلى الحد المعقول، ويقع باطلاً كل اتفاق على خلاف ذلك".

³. تنص المادة (147) من القانون المدني المصري على "1-العقد شريعة المتعاقدين، ولا يجوز نقضه ولا تعديله إلا باتفاق الطرفين، أو للأسباب التي يقررها القانون.

ومع ذلك إذا طرأت حوادث استثنائية عامة لم يكن في الوسع توقعها وترتب على حدوثها أن تنفيذ الالتزام التعاقدى، وإن لم يصبح مستحيلًا، صار مرهقاً للمدين بحيث يهدده بخسارة فادحة، جاز للقاضي تبعاً للظروف وبعد الموازنة بين مصلحة الطرفين أن يرد الالتزام المرهق إلى الحد المعقول، ويقع باطلاً كل اتفاق على خلاف ذلك".

نظرية الظروف الطارئة، وكذلك لا تنطبق هذه النظرية على العقود الاحتمالية؛ وذلك لأن المتعاقد يتعرض إلى الخسارة أو الربح في هذا العقد، إذ إن الأمر احتمالي¹.

وتجدر الإشارة إلى أنه إذا كان تراخي تنفيذ العقد يرجع إلى خطأ المدين فلا تطبق النظرية؛ لأنه لا يجوز للمخطي أن يستفيد من خطئه، ومثال على ذلك إذا تأخر المدين في تنفيذ التزامه دون مبرر وحدث الظرف الطارئ²، أما إذا حدث ظرف طارئ أثناء سريان الأجل القضائي، فأجاز البعض بالإثبات تطبيق نظرية الظروف الطارئة على المدين الممنوح له نظرة الميسرة، ولكن الدكتور محمد إبراهيم بنداري في كتابه "الوجيز في مصادر الالتزام في قانون المعاملات المدنية" لم يؤيد هذا الاتجاه معللاً رأيه "أن نظرية الميسرة لا تمنع من استحقاق الدين ولكنها فقط توقف إجراءات التنفيذ، كما أنها تمنح على خلاف الأصل و لا يجوز الإضرار بالدائن عن تطبيق نظرية الظروف الطارئة على المدين؛ لأنه متأخر في التنفيذ"³.

الشرط الثاني: أن يطرأ بعد إبرام العقد وقبل تنفيذه ظرف عام استثنائي لا يمكن توقعه ولا يمكن دفعه. ويقصد بالظرف أو الحدث الاستثنائي "ذلك الظرف الذي يندر حصوله بحيث يبدو شاذاً بحسب المؤلف من شؤون الحياة، فلا يعول عليه الرجل العادي ولا يدخل في حساباته"، وقد يتمثل الظرف الاستثنائي في حالة الحرب والزلازل والفيضانات الشديدة، أو وباء فاحش، أو صدور قانون بتسعيرة جبرية أو بإلغاء تسعيرة كانت موجودة، أو الانهيار الشديد في العملة⁴، ومن هنا نستنتج أن الظرف الاستثنائي قد يكون في صورة واقعة مادية أو في صورة تشريع.

ويقصد بالظرف العام أن يقع في الدولة بأكملها، أو في إقليم معين من الدولة، أو يشمل أصحاب مهنة معينة، في حين إذا وقع الظرف على المدين: كمرضه، أو إفلاسه، أو حريق مصنعه، أو سرقة أمواله، أو إضراب عماله، أو انتشار الآفات في محصوله الزراعي، وبالتالي كل الأمثلة هذه تعتبر ظرفاً خاصة بالمدين لا تدخل في معنى الظروف الطارئة⁵، ونصت التشريعات العربية على شرط العمومية، وبالمقابل لا يوجد هذا الشرط في القوانين الأجنبية، كالأنظمة القانونية الأوروبية، فعلى سبيل المثال المادة (1195)

1. محمد بوكماش، المرجع السابق، ص 326.

2. محمد إبراهيم بنداري، المرجع السابق، ص 235.

3. محمد إبراهيم بنداري، المرجع السابق، ص 237.

4. خميس صالح ناصر المنصوري، المرجع السابق، ص 72.

5. محمد إبراهيم بنداري، المرجع السابق، ص 236.

من القانون المدني الفرنسي التي اشترطت أن يترتب على الظرف الطارئ أثر قانوني يتعلق بأطراف العقد فقط، ولم يرد ذكر شرط العمومية¹، ورفض القضاء الفرنسي هذا الشرط كذلك².

كما يشترط في الظرف الطارئ أن يكون غير متوقع، وهذا ما يميز الظرف الطارئ عن غيره من الظروف³. ويقصد بهذا الشرط "عدم احتمالية التفكير وقت التعاقد بأن حدثاً معيناً سيعيق تنفيذ العقد إلى حد الإرهاق"، وتجد الإشارة إلى أنه يجب أن تكون هناك علاقة تناسبية بين عدد مرات وقوع الظرف وعنصري الاستثنائية وشرط التوقع، فكلما قل عدد وقوع الظرف كلما كان الظرف استثنائياً وغير متوقع، وعلى خلاف ذلك كلما زاد وقوع الظرف فإنه يعتبر مألوفاً ومتوقعاً⁴. ومعيار التوقع وعدمه هو معيار موضوعي وليس شخصي؛ ولذلك إذا كان الحادث متوقعاً فلا يقع تحت الظروف الطارئة، ويجب على المتعاقد أن يضعه في الحسبان عند التعاقد، ومثال ذلك إبرام عقد توريد في بلد يوجد بها حرب؛ إذ في هذه الحالة يجب أن يتوقع المتعاقد حدوث ارتفاع كبير في أسعار السلع أو حدوث أزمة خانقة فيها⁵. وأخيراً يجب ألا يكون في استطاعة المدين دفع هذا الظرف الاستثنائي، وهذا الشرط أخذ به الفقه والقضاء دون أن يتم النص عليه في التشريعات، واستناداً على ذلك إذا كان في مقدور الفرد دفعه ولم يفعل ذلك، فلا يحق له المطالبة بتطبيق نظرية الظروف الطارئة⁶.

الشرط الثالث: أن يترتب على هذه الظروف جعل تنفيذ الالتزام مرهقاً إرهاباً شديداً للمدين:

¹. تنص المادة (1195) من القانون المدني الفرنسي على "في حالة حدوث ظروف غير متوقعة، أي تغيير غير متوقع في الظروف الخارجية للعقد مما يجعل تنفيذه مرهقاً للغاية بالنسبة لأحد الطرفين، يجوز لهذا الأخير أن يطلب إعادة التفاوض على العقد. إذا فشلت إعادة التفاوض، يمكن للطرفين الذهاب إلى المحكمة لمراجعة العقد أو حله"، للاطلاع على المادة أنظر الرابط [Article 1195 du Code civil | Doctrine](#) (2023/10/28) (AM 3:12).

². طلعت يوسف حلمي خاطر، المرجع السابق، ص30.

³. شعبان رأفت أحمد عبد اللطيف، مدى إمكانية الاستغناء عن أحكام نظرية الظروف الطارئة بأحكام الغبن اللاحق، دراسة مقارنة، دار الكتب القانونية، دار شتات للنشر والبرمجيات، مصر - الإمارات، 2013.

⁴. طلعت يوسف حلمي خاطر، المرجع السابق، ص32.

⁵. محمد إبراهيم بنداري، المرجع السابق، ص237.

⁶. شعبان رأفت أحمد عبد اللطيف، المرجع السابق، ص159.

إذا توافرت الشروط التي سبق ذكرها ولكن الطرف لم يكن مرهقاً إرهاباً شديداً للمدين لا يحق للمدين المطالبة به، إذ لا يكفي الإرهاق العادي؛ لأن العقود تقوم على الربح والخسارة¹، واستناداً على ذلك لا يمكن المطالبة بتطبيق أحكام نظرية الظروف الطارئة إلا إذا كان تنفيذ الالتزام مرهقاً إرهاباً شديداً؛ لأن بلوغ هذا الحد هو أمر غير مألوف²، ويقصد بالإرهاق بأنه: "وصف يلحق بالالتزام أحد المتعاقدين يجعل تنفيذه لالتزامه مهدداً إياه بخسارة فادحة نتيجة تأثر هذا الالتزام بطرف طراً بعد إبرام العقد"³.

ومعيار الإرهاق موضوعي، حيث لا يتم الاعتراف بظروف المدين الشخصية، إذ قد يكون المدين موسراً يساراً كبيراً لا يتأثر بالظروف الطارئة، ولكنه يستفيد من تطبيق النظرية؛ لأن معيار الإرهاق موضوعياً وليس شخصياً، وعليه فإنه لتقدير الإرهاق يتم النظر إلى الصفقة في ذاتها، وما إذا كان الطرف سبب خسارة كبيرة لها ولا يتم النظر إلى ثروة المدين، ومسألة تقدير الإرهاق الشديد للمدين ترجع إلى محكمة الموضوع⁴.

المطلب الثاني:

ماهية نظرية القوة القاهرة

تُعد نظرية القوة القاهرة من النظريات التي نادى البعض بتكييف فايروس كورونا وفقاً لها، لذلك لا بُد من التعرف إلى مفهوم النظرية وشروطها والتمييز بينها وبين نظرية الظروف الطارئة وذلك على النحو الآتي:

الفرع الأول: مفهوم نظرية القوة القاهرة وشروطها.

الفرع الثاني: الفرق بين نظريتي الظروف الطارئة والقوة القاهرة.

¹. محمد إبراهيم بنداري، المرجع السابق، ص 237.

². شعبان رأفت أحمد عبد اللطيف، المرجع السابق، ص 163.

³. محمد محيي الدين إبراهيم سليم، نظرية الظروف الطارئة بين القانون المدني والفقهاء الإسلامي دراسة مقارنة، دار المطبوعات الجامعية، 200، ص 282.

⁴. محمد إبراهيم بنداري، المرجع السابق، ص 237-238.

الفرع الأول:

مفهوم نظرية القوة القاهرة وشروطها

تعود نشأة نظرية القوة القاهرة للقانون الروماني، والذي عرفها بأنها "كل ما يستعصي توقعه بوسائل الإدراك الإنساني، حتى وإن أمكن توقعه فإنه يستعصي على المقاومة"¹، عرّف جانب من الفقه القوة القاهرة بأنها: "كل فعل لا شأن لإرادة المدين فيه ولم يمكن توقعه ولا منعه ويصبح به تنفيذ الالتزام مستحيلاً"². ومن التعريفات الواردة أيضاً بأنه "حادث غير ممكن توقعه، ويستحيل دفعه، ومن شأنه أن يجعل تنفيذ العقد مستحيلاً استحالة مطلقة، كقيام حرب غير متوقعة أو حصول فيضان عال غير متوقع، أو زلزال، أو كارثة"³.

لم يرد تعريف للقوة القاهرة في القانون العُماني أو المصري، ولكن تجدر الإشارة إلى أن من الملاحظ أن المشرعين أخذوا بوحدة مفهومي القوة القاهرة والحادث الفجائي، حيث يتم التعبير عنهما بمصطلح السبب الأجنبي، وهو مصطلح شامل يعبر في الوقت ذاته عن القوة القاهرة والحادث الفجائي وخطأ الدائن وخطأ الغير، وفي المقابل فإن محكمة النقض المصرية قضت بأن مصطلح القوة القاهرة الوارد في المادة (165) من القانون المدني يقصد به حرب، أو زلزالاً، أو حريقاً، كما قد تكون أمراً إدارياً واجب التنفيذ، مع اشتراط أن يتوافر فيها عدم إمكانية التوقع والدفع، وانقضاء التزام المدين بها من المسؤولية العقدية، وتنقضي بها علاقة السببية بين الخطأ والضرر في المسؤولية التقصيرية، فلا يكون هناك محل للتعويض في الحالتين⁴. جاء ذكر مصطلح القوة القاهرة في المادة (177) من قانون المعاملات المدنية العُماني، وتقابلها المادة (165) من القانون المدني المصري، والتي نصت على أنه "إذا أثبت الشخص أن الضرر قد نشأ

¹. بلال الصنديد، محمود المغربي، التكييف القانوني للجائحة الكورونية على ضوء الثوابت الدستورية والدولية والمبادئ القانونية المستقرة بين صلاية المسلمات ومرونة الاعتبارات: دراسة مقارنة، مجلة كلية القانون الكويتية العالمية الخاصة، العدد (6)، حزيران/ يونيو، 2020، ص71.

². محمد محيي الدين إبراهيم سليم، المرجع السابق، ص528.

³. خميس صالح ناصر المنصوري، المرجع السابق، ص42-43.

⁴. هيثم السيد أحمد عيسى، مدى انطباق نظرية القوة القاهرة على جائحة فيروس كورونا في إطار العقود المدنية، مجلة الدراسات القانونية والاقتصادية، المجلد (7)، العدد (1)، 2021، ص7.

عن سبب أجنبي لا يد له فيه كآفة سماوية أو حادث فجائي أو قوة القاهرة أو فعل الغير أو فعل المضرور،
كان غير ملزم بالتعويض ما لم يقض القانون أو الاتفاق بغير ذلك".

وكذلك المادة (215) من القانون المصري تناولت السبب الأجنبي والتي تُعد القوة القاهرة حالة من حالاته وتقبله المادة (339) من قانون المعاملات المدنية العُماني والتي تنص على "إذا استحال على المدين أن ينفذ الالتزام عينًا حكم عليه بالتعويض لعدم الوفاء بالتزامه، ما لم يثبت أن استحالة التنفيذ قد نشأت عن سبب أجنبي لا يد له فيه، ويكون الحكم كذلك إذا تأخر المدين في تنفيذ التزامه"، وبالتالي يُفهم من المادة بأن استحالة تنفيذ الالتزام عينًا يترتب عليه الحكم بالتعويض، إلا أن المُشرع العُماني استثنى حالة السبب الأجنبي الذي لا يترتب عليه حكم التعويض.

ويتبين من التعريفات السابقة أن هناك أربعة شروط لا بُد من توافرها لتطبيق نظرية القوة القاهرة،
نذكرها على النحو الآتي:

الشرط الأول: أن تكون القوة القاهرة غير متوقعة

وبالمفهوم المخالف إذا كانت الواقعة المانعة من تنفيذ الالتزام متوقعة فلا يمكن المطالبة بتطبيق نظرية القوة القاهرة، والمعيار في هذه الحالة موضوعي بمعنى أنه لا يعتد بالظروف الشخصية للمدين، وفيما يخص تقدير عدم التوقع فالاتجاه السائد يعتمد الاستحالة المطلقة لتنفيذ الالتزام، وبالتالي تُكيف الواقعة على أنها قوة القاهرة، ومع ذلك ظهر اتجاه قضائي يعتمد الاحتمال الجاد لوقوع الفعل مقياسًا لتكييف الواقعة على أنها قوة القاهرة، وصدر حكم فرنسي قديم صادر عن محكمة (السين) الابتدائية في تاريخ 1894/8/10، وجاء في الحكم "الحروب والكوارث توجد في أمريكا الجنوبية بصفة تكاد مستمرة، فهي تشتعل اليوم لتتطفئ غدًا، ثم تعود إلى الاشتعال والانطفاء بصفة دائمة، فإن الحروب والثورة لا يمكن أن تعتبر إذا حدثت بعد إبرام العقد قوة القاهرة، بل إنهما تُعتبران ظروفًا عادية كان يجب توقعها، وإن التجار الذين يتعاملون مع هذه البلاد يتوقعون حدوثها"¹.

¹. بلال الصنديد، محمود المغربي، المرجع السابق، ص72.

كما رفضت المحكمة العليا العُمانية في الدائرة المدنية تطبيق القوة القاهرة على واقعة تتمثل في ضياع محرك السيارة نتيجة دخول قائدها إلى الوادي، حيث اعتبرت ذلك متوقعًا وتدخلت فيه إرادة السائق، ومن شروط القوة القاهرة أن تكون غير متوقعة، وألا تتدخل إرادة أحد الأطراف في وقوعها¹.

الشرط الثاني: أن يستحيل دفع القوة القاهرة

ويُقصد بها عدم إمكانية تجنب آثار الحادث ولو بتضحيات كبيرة²، وفي هذا الصدد يقول الدكتور عبد الرزاق السنهوري "يجب أن يكون الحادث من شأنه أن يجعل تنفيذ الالتزام مستحيلًا، وأن تكون الاستحالة مطلقة ويستوي أن تكون استحالة التنفيذ مادية أو تكون معنوية³.

الشرط الثالث: ألا يكون سبب القوة القاهرة راجعاً لخطأ المدين

ورد هذا الشرط في المادة (177) من قانون المعاملات المدنية العُمانية، وتقابلها المادة (165) من القانون المدني المصري "لسبب لا يد له فيه"، ومعنى ذلك أنه يجب ألا يتسبب المدين في الحادث، أي أن يكون أجنبياً عنه وخارجاً عن إرادته.

وفي هذا الصدد ظهر حكمٌ ملفتٌ من محكمة استئناف بواتيه في فرنسا بتاريخ 2012/2/24، وقضى بأن "حجز البضائع، والأفئعة المستوردة في الجمارك بسبب عدم مطابقتها للمواصفات المطلوبة وقت انتشار فيروس إنفلونزا الطيور، لا يشكل قوة القاهرة أو سبباً لإعفاء المدين من التعويض عن عدم التسليم أو التسليم المتأخر؛ ذلك أنه كان يجب عليه اختيار مورد موثوق به، والتحقق من أن الأفئعة سيتم تصنيعها وفقاً للمعايير المعلن عنها"، وهذا يعني أن المحكمة رأت أن حجز الأفئعة المستوردة كان بسبب خطأ المدين يجب عليه تقاديه⁴.

¹. الطعن رقم 2/ 2006م مدني عليا جلسة 03 / 06 / 2006، مجموعة أحكام دائرة التعويضات ((الديات والأروش))، الصادرة عن المحكمة العليا مع المبادئ المستخلصة منها والدليل الاسترشادي بالإصابات والديات والتعويضات المقدرة لها، الطبعة الأولى، 2018، متوفر على موقع لورتال الإلكتروني، تاريخ الاطلاع (2024/4/23 - 6:10 pm).

². محمد محيي الدين إبراهيم سليم، المرجع السابق، ص 529.

³. محمد شتا أبو سعد، مفهوم القوة القاهرة، مجلة مصر المعاصرة، المجلد (74)، العدد (393/394)، 1983، ص 182.

⁴. هيثم السيد أحمد عيسى، المرجع السابق، ص 11.

الشرط الرابع: أن يكون تنفيذ الالتزام مستحيلًا استحالة مطلقة

المعيار في تحديد الاستحالة إذا كانت مطلقة أو لا، موضوعي بمعنى أنه يعتد بتقديرها بقدرات الرجل العادي إذا وجد في مثل ظروف المدين، والاستحالة إما أن تكون مادية، مثل هلاك الشيء المطلوب تسليمه، أو تكون معنوية كتلف الأحبال الصوتية لمطرب التزم بالغناء في حفل معين أو موت إنسان عزيز عليه بدرجة تجعله لا يستطيع الغناء بالكفاءة المطلوبة¹.

وتجدر الإشارة إلى أن المشرع العُماني اعتد بالاستحالة النسبية من خلال المادة (2/172) والتي نصت على أنه "إذا كانت الاستحالة جزئية انقضى ما يقابل الجزء الذي استحال تنفيذه، وينطبق هذا الحكم على الاستحالة الوقتية في العقود المستمرة، وفي هاتين الحالتين يجوز للدائن فسخ العقد بشرط إعدار المدين". ونرى هنا أن المشرع قرر إذا كان جزء من العقد مستحيل التنفيذ ينقضي هذا الجزء ويبقى ما كان من الممكن تنفيذه من الالتزام قائماً، كما أنه في حال كون تنفيذ الالتزام مستحيل التنفيذ مؤقتاً يترتب على ذلك انقضاء الالتزام في ذلك الوقت، وفي كلتا الحالتين يجوز للدائن فسخ العقد مقيداً بشرط إعدار المدين بفسخ العقد، وإذا توافرت الاستحالة الكلية فإنها تؤدي إلى انفساخ العقد وانقضاء الالتزام، أما إذا كانت مؤقتة فلا ينقضي بها الالتزام ولكن يقف تنفيذ الالتزام إلى حين زوال القوة القاهرة، وهذا ما يفهم من النص الذي سبق ذكره.

المبحث الثاني:

تكييف فيروس كورونا

من أحد أهم نتائج انتشار مرض فيروس كورونا هو عدم قدرة الكثيرين على تنفيذ التزاماتهم العقدية، وبالتالي دفع المسؤولية إما عن طريق نظرية الظروف الطارئة أو القوة القاهرة، واستناداً على ذلك سيتم التطرق في هذا المبحث إلى مدى إمكانية اعتبار مرض (كوفيد -19) ظرفاً طارئاً؟ وما هي النتائج المترتبة على ذلك؟ في المطلب الأول، ومدى إمكانية تكييف هذا المرض على أنه قوة القاهرة في المطلب الثاني.

المطلب الأول:

فيروس كورونا والظروف الطارئة

لكي يتم تطبيق نظرية الظروف الطارئة لا بُد أن يكون المدين بصدد تنفيذ عقد يجب مترaxي التنفيذ دون تقصير من المدين، ويكون العقد في هذه الحالة إما من القعود الزمنية كعقد العمل، وعقد التوريد، وإما

¹. محمد محيي الدين إبراهيم سليم، المرجع السابق، ص530.

أنه من العقود الفورية المؤجلة أو مقسطة التنفيذ مثل تأجيل تسليم المبيع، وكذلك إذا كان تنفيذ العقد يستغرق وقتاً كعقد المقاولة، وبعد إبرام أي من هذه العقود وقبل تنفيذها وقع فيروس كورونا، حيث إنه يُعد أمراً غير مألوف، وعاماً أصاب العالم بأجمعه، كما أنه لا يمكن توقعه أو دفعه، حيث لم يصدر عن المراكز الطبية العالمية عقار لعلاج، ولا لقاح لمنع انتشاره إلا بعد مضي سنة من الظهور¹، وأخيراً يجب على من يطالب بتطبيق نظرية الظروف الطارئة أن يكون تنفيذ التزامه مرهقاً إرهافاً شديداً.

إذا لجأ المدين إلى المحكمة مطالباً إياها بتطبيق نظرية الظروف الطارئة على التزامه، فإن المحكمة تقوم في البداية بفحص الحادث الفجائي الذي طرأ على العقد مما جعل تنفيذ الالتزام مرهقاً إرهافاً شديداً، ويقع على المدين عبء إثبات وجود الحادث الفجائي، وتحقيقه شروط نظرية الظروف الطارئة، والظرف الطارئ واقعة مادية ومن ثم فإنه يجوز إثباتها بطرق الإثبات كافة بما في ذلك البيئة والقرائن².

وبعد أن يتحقق القاضي من وجود الظرف الطارئ، والتأكد بأن هذا الظرف هو السبب في جعل الالتزام مرهقاً للمدين فإنه يستطيع رد الالتزام المرهق إلى الحد المعقول، ونصت على ذلك المادة (159) من قانون المعاملات المدنية العُماني، وتقابلها المادة (2/147) من القانون المدني المصري "للمحكمة تبعاً للظروف وبعد الموازنة بين مصلحة الطرفين أن ترد الالتزام المرهق إلى الحد المعقول"، وللقاضي أن يلجأ إلى إحدى الوسائل الآتية في سبيل رد الالتزام المرهق إلى الحد المعقول حسب الفقه:

1) وقف تنفيذ العقد:

قد يرى القاضي بعد تحليل الواقعة وقف تنفيذ العقد حتى يزول الظرف الطارئ، وذلك متى ما رأى بأن الظرف مؤقت وسيزول في وقت قريب، ومثال ذلك ارتفاع ثمن السلع نتيجة اندلاع حرب بين دولتين، وكان من المتوقع انتهاء هذه الحرب في وقت قريب، في هذه الحالة يجوز للقاضي وقف تنفيذ العقد حتى تنتهي الحرب ويعود ثمن السلعة إلى معدلها الطبيعي³، ولكن هذا مشروط بأن لا يترتب على وقف تنفيذ العقد إرهاف شديد للدائن، حيث إن صلاحية القاضي هنا مقيدة بمعياريين يجب أن يراهما وهما: ظروف

¹. أس فيصل التورة، تأثيرات جائحة فيروس كورونا على عقد العمل بين الظروف الطارئة والقوة القاهرة، مجلة كلية

القانون الكويتية العالمية، العدد (6)، حزيران/ يونيو، 2020، ص304.

². شعبان رأفت أحمد عبد اللطيف، المرجع السابق، ص199-200.

³. محمد إبراهيم بنداري، المرجع السابق، ص239.

القضية، ومصلحة الطرفين، إذ إنه قد يرى أن الظروف لا تستلزم إنقاص الالتزام المرهق ولا زيادة الالتزام المقابل، فيأمر بتنفيذ العقد¹.

(2) إنقاص الالتزام المرهق:

قد يقرر القاضي بأن رفع الإرهاق عن المدين يتحقق بإنقاص الالتزام المرهق سواء من حيث الكم أو الكيف، وكذلك إذا كان العقد ملزماً لجانب واحد أو ملزماً لجانبيين، وتجدر الإشارة هنا إلى أنه لا يجوز للقاضي في هذه الحالة رفع الإرهاق كلياً عن المدين؛ وذلك من باب العدالة التي تستلزم عدم تحمل الدائن كل العبء، حيث إن العقد لم يلزمه بشيء من ذلك².

(3) زيادة الالتزام المقابل للالتزام المرهق:

إذا كان الشيء محل العقد قد ارتفع ثمنه كثيراً نتيجة الظروف الطارئ، يحق للقاضي زيادة المقابل المتفق عليه، ولكن أن يُلزم المتعاقد الآخر بالمقابل الجديد، ويحق له فسخ العقد إذا لم يرغب بتعديل العقد، كما لا يحق للقاضي فسخ العقد بسبب تحقق نظرية الظروف الطارئة³.

ولعل من المفيد التأكيد هنا بأن القاضي لا ينقل الإرهاق الناتج عن الظروف الطارئ من المدين إلى الدائن، ولكن يقلل من حدة الإرهاق من خلال توزيع الخسارة بين الطرفين، على أنه كذلك لا يشترط أن يتم تقسيم الخسارة بالتساوي بين الطرفين، وإنما على أساس العدالة التي يقدرها القاضي⁴.

وسلطة القاضي في التدخل لتعديل العقد في حالة تواجد نظرية الظروف الطارئة كما هو الحال في فيروس كورونا تختلف من دولة لأخرى، فهي تتواجد بين التقييد والإطلاق، فعلى سبيل المثال منحت المادة (1195) من القانون المدني الفرنسي القاضي الحق في تعديل العقد أثناء ظهور ظرف طارئ، ولكن هذا الحق مقيد بطلب من له مصلحة في ذلك⁵، وبالمقابل فإن المشرعين العُماني والمصري جعلوا الظروف

¹. عبد السلام الترماني، نظرية الظروف الطارئة، دراسة تاريخية ومقارنة للنظرية في الشريعة الإسلامية والشرائع

الأوروبية وتطبيقات النظرية في تقنيات البلاد العربية، دار الفكر، 1971م، ص 166.

². محمد محيي الدين إبراهيم سليم، المرجع السابق، ص 441.

³. محمد إبراهيم بنداري، المرجع السابق، ص 240.

⁴. المرجع نفسه، ص 240-241.

⁵. مولاي زكرياء، بن الزين محمد الأمين، خدام كريمة، تأثير فيروس كورونا (كوفيد -19) على تنفيذ الالتزامات التعاقدية،

حوليات جامعة الجزائر، المجلد (34)، 2020، ص 349.

الاستثنائي متعلقاً بالنظام العام، وبالتالي للقاضي أن يتدخل من تلقاء نفسه في تعديل العقد شريطة أن يتم تقديم ما يثبت ذلك من قبل من يطالب بتطبيق النظرية.

وقد يثور تساؤل مفاده متى يمكن للمدين أن يحتج بالظرف الطارئ ليحق له المطالبة بتعديل بنود العقد، فعلى صعيد مرض (كوفيد - 19) يجب أن تتم المطالبة خلال مدة الجائحة، فبزوالها وعودة الأمور إلى طبيعتها فإن العقد يفترض أن يرجع على ما تم إبرامه، ولذلك قد يتم الاتفاق في عقود التوريد على التوقف خلال مدة الجائحة، وهذا يُعد اتفاقاً ضمنياً بأن لا تعديل في الالتزامات التعاقدية التي تستأنف بزوال الجائحة، وهذا يعتمد على عدة عوامل منها تكييف الجائحة هل تُعد جائحة طارئة دائمة أم جائحة طارئة مؤقتة، وعلى طبيعة العقد، ومدته، ومحلته¹.

وتماشياً مع جهود السلطنة في احتواء الآثار الاجتماعية والاقتصادية لفيروس كورونا أصدر البنك المركزي العُماني عدداً من التوجيهات للمصارف وشركات التمويل والتأجير التمويلي كافة، تتضمن حزمة من الإجراءات والحوافز للمقترضين الأفراد والمؤسسات، واشتملت التوجيهات على استمرار القطاع المصرفي بمنح مهلة للسداد للمقترضين المتأثرين بالجائحة لفئات معينة².

رأي الباحثة:

مما سبق بيانه يتضح أنه بالإمكان تكييف فيروس كورونا كظرف طارئ إذا أدى إلى جعل تنفيذ الالتزام مرهقاً إرهاباً شديداً، ولكن لا بُد من استحضار نوعية الالتزام التعاقدية الذي يجب تنفيذه في ظل وجود فيروس كورونا، وطبيعة العقد، حيث يجب أن يكون محل الالتزام التعاقدية غير قابل للهلاك ويمكن التراخي في تنفيذه، لكن ظهور فيروس كورونا جعل تنفيذه مرهقاً إرهاباً شديداً للمدين.

¹. ياسر عبد الحميد الإفتيحات ، جائحة فيروس كورونا وأثرها على تنفيذ الالتزامات التعاقدية، مجلة كلية القانون الكويتية العالمية، العدد (6)، 2020، ص 791.

². دون اسم مؤلف، 2021، صحيفة الأثير،

<https://www.atheer.om/archives/571792/%d8%a7%d9%84%d8%a8%d9%86%d9%83-%d8%a7%d9%84%d9%85%d8%b1%d9%83%d8%b2%d9%8a-%d9%8a%d8%b5%d8%af%d8%b1-%d8%aa%d9%88%d8%ac%d9%8a%d9%87%d8%a7%d8%aa-%d9%84%d9%84%d9%85%d8%b5%d8%a7%d8%b1%d9%81-%d9%88%d8%b4>

تم الاطلاع / (2021/12/10)

ومن ناحية طبيعة العقود نرى أن عقد العمل على سبيل المثال لا يترتب عليه استحالة تنفيذ، وإنما يتوفر معيار الإرهاق، أي يمكن أن يستمر عقد العمل معه وعلى الطرف المتضرر من هذا الطرف اللجوء إلى القضاء لطلب رد الالتزام إلى الحد المعقول بأي وسيلة يراها القاضي كافية؛ لإعادة التوازن للعلاقة التعاقدية واستقرار علاقة العمل. وإذا كان صاحب العمل ملزماً بالحفاظ على استقرار علاقة العمل في الأيام العادية فهذا الالتزام يزداد أهمية في الظروف الطارئة.

المطلب الثاني:

فيروس كورونا والقوة القاهرة

بالنظر إلى السوابق القضائية القائمة بشأن الأمراض والأوبئة لم يتم تصنيف أي منهما بالقوة القاهرة، فعلى سبيل المثال، لم يعتبر مرض الطاعون 6، أو الأنفلونزا H1N1، أو فيروس حمى الضنك، أزمات صحية تشكل أحداثاً قوة القاهرة، ومع ذلك فإن الوضع مع فيروس كورونا مختلف جداً من خلال حجم وشدة الظاهرة¹.

وعند تطبيق شروط القوة القاهرة على فيروس كورونا نجد أنه:

أولاً: لم يكن من المتوقع حدوثه، حيث إنه لم يحدث مطلقاً من قبل ولا توجد علامات تدل على حدوثه، ويتم الاعتداد بشرط عدم التوقع وقت إبرام العقد؛ ذلك لأنه في هذا الوقت يفترض بالأطراف المتعاقدة أنهم قد توقعوا كل ما هو ممكن حدوثه، ولم يرد بذهنهم وقوع فيروس كورونا.

ولكي تتم المطالبة بتطبيق نظرية القوة القاهرة على فيروس كورونا لا بُد من النظر إلى تاريخ إبرام العقد وهو ما أخذت به محكمة النقض الفرنسية في تاريخ 2009/12/29، لمناسبة قضية تتعلق بوباء (chukungunya) الذي ظهر في شهر كانون الثاني/يناير 2006، معتبرة أن شرط عدم التوقع الذي يبرر فسخ العقد لم يتحقق ما دام أن الاتفاق تم في شهر آب/أغسطس سنة 2006، أي بعد ظهور الوباء بأشهر²، كما أن محكمة استئناف بيزنسون لم تعتبر فيروس إنفلونزا الخنازير H1N1 قوة القاهرة؛ لأنه كان متوقعاً وقت التعاقد وذلك للإعلانات التي صدرت قبل تنفيذ التدابير الصحية³.

¹. جلطي منصور، الآثار القانونية لفيروس كورونا المستجد Covid-19 على الالتزامات التعاقدية، حوليات جامعة

الجزائر 1، المجلد (34)، 2020 ص496.

². جلطي منصور، المرجع نفسه، ص491.

³. هيثم السيد أحمد عيسى، المرجع السابق، ص21.

ومن هنا نستنتج أن العقود التي أبرمت قبل ظهور فيروس كورونا يمكنها الدفع بالقوة القاهرة، ولكن التساؤل هنا يظهر حول العقود التي أبرمت بعد ظهور فيروس كورونا، وهل يتم اعتماد تاريخ إعلان الصين بتقشي فيروس كورونا؟ أم تاريخ البلد الذي يوجد به من يتمسك بالقوة القاهرة؟ أم التاريخ الذي حددته منظمة الصحة العالمية؟ أم من تاريخ إغلاق حدود البلاد التي يوجد بها من يدفع بالقوة القاهرة؟ وفيما يخص الإعلان عن الفيروس يرى الكاتب هيثم السيد في بحثه بعنوان "مدى انطباق نظرية القوة القاهرة على جائحة فيروس كورونا" بأنه لا يصلح ضابطاً في هذا الشأن ومن بين الأسباب التي ذكرها ماذا لو أنه حدث الإعلان بالفعل عن الفيروس ولم يتوقع أحد نطاق انتشاره، أو حدثه، أو لم يتوقع الشخص المعتاد ذلك"، فإذا تم إبرام عقد بعد إعلان فيروس كورونا هل يمكن للمدين الاحتجاج بفيروس كورونا كقوة القاهرة لنفي مسؤوليته عن عدم التنفيذ على أساس أنه لم يتوقع نطاق انتشاره أو حدثه؟ فعلى صعيد القضاء نفت محكمة استئناف أوكس أون بروفانس Aix en Provence المسؤولية عن صاحب الفندق ووكالة السفر؛ لأنه لم يكن بإمكانهما توقع نطاق انتشار فيروس التهاب المعدة والأمعاء على الرغم من أنه مرض شائع؛ أي لم يتوقعا شدته وضراوته¹.

ولكن في واقعة عُرضت على محكمة استئناف نانسي الفرنسية، الغرفة الخامسة، بتاريخ 5 أيار/ مايو 2020، رفضت تأجيل تنفيذ الالتزام الذي يطالب المدين به على أساس أن فيروس كورونا هو قوة القاهرة؛ لأن المستأنف كان قد قدم العرض بالتعاقد بتاريخ لاحق لتاريخ 30 كانون الثاني/ يناير 2020، الذي أعلنت فيه منظمة الصحة العالمية عن جائحة كورونا، وإعلان إيطاليا وفرنسا عن إجراءات قسرية تتعلق بالحد من انتشار الفيروس، بالإضافة إلى ذلك فإن هذه الإجراءات القسرية لم تمنع من إمكانية تأسيس الشركة التي اتفق على أن تشتري أصول الشركة المستأنف ضدها؛ ولهذا السبب لا يمكن للمستأنف المدين المطالبة بتطبيق القوة القاهرة؛ لأن الحالة الصحية التي تمر بها فرنسا لا تُعد بالنسبة له قوة القاهرة لا يمكن توقعها أو دفعها²، واستناداً لذلك فإن شرط عدم التوقع نسبي يتغير بتغير الظروف الزمانية والمكانية، فما يُعد مألوفاً في منطقة لا يُعد كذلك في منطقة أخرى، فعلى سبيل المثال تُعد اليابان من المناطق النشطة

¹. المرجع نفسه، ص 22.

². أحمد إشراقية، الوسائل القانونية الخاصة بمواجهة آثار جائحة فيروس كورونا المستجد على العلاقات التعاقدية: دراسة في القانونين الفرنسي واللبناني، مجلة كلية القانون الكويتية العالمية، 2020، ص 731.

التي تسجل فيها الزلازل بشكل يومي، بينما سلطنة عُمان ومصر لم تشهدا زلازل مدمرة، وكل هذا يخضع لتقدير قاضي الموضوع¹.

ثانياً: لا يمكن دفعه، لأن لم يتم إيجاد علاج للمصابين بهذا الفيروس إلى الآن وفقاً لمنظمة الصحة العالمية أو لقاح للوقاية منه إلا بعد سنة من انتشاره، أضف إلى ذلك سرعة تفشيه في العالم في وقت قصير، ما جعل منظمة الصحة العالمية تعلنه كجائحة؛ وقد ساعد على ذلك طول فترة حضائته التي قد تصل إلى 14 يوماً؛ بالرغم من عدم ظهور أية أعراض على المصاب خلال هذه المدة أو تظهر عليه مجرد أعراض خفيفة، وبالتالي يمكن أن ينقل المصاب الفيروس دون أن يعلم ذلك².

ثالثاً: شرط أن يكون تنفيذ التزام المدين مستحيلاً استحالة مطلقة، وهذا الشرط نجد أنه تحقق في كثير من الالتزامات التعاقدية، إذ أصبحت مستحيلة التنفيذ، ومما سبق ذكره نجد أن فيروس كورونا قد يصبح قوة القاهرة، ولكن من غير الممكن تعميمه على جميع الحالات إذ يجب دراسة كل حالة على حدة، ويقع عبء الإثبات على عاتق المدين في إثبات تحقق الشروط، ويكون على سبيل اليقين لا سبيل الشك والاحتمال³.

وفيما يتعلق بالأثر المترتب على وقوع قوة القاهرة على التزام المدين يصبح مستحيل التنفيذ فإن العقد يفسخ بقوة القانون دون حاجة إلى إعدار أو حكم قضائي، وفي هذا الشأن نصت المادة (172) من قانون المعاملات المدنية العُمانية على أن "في العقود الملزمة للجانبين إذا طرأت قوة القاهرة تجعل تنفيذ الالتزام مستحيلاً انقضى معه الالتزام المقابل له وانفسخ العقد من تلقاء نفسه"، وأقرت المادة بأن حال وقوع قوة القاهرة يجعل تنفيذ الالتزام مستحيلاً يفسخ العقد بقوة القانون.

¹. بوغرة الصالح، انتشار فيروس كورونا سبب أجنبي لدفع المسؤولية بين تطبيق نظريتي القوة القاهرة والظروف الطارئة، حوليات جامعة الجزائر 1، المجلد (34)، 2020 ص 321/320.

². دون اسم مؤلف، 2023، منظمة الصحة العالمية، "مرض فيروس كورونا (كوفيد-19)"، من خلال هذا الرابط: <https://www.who.int/ar/emergencies/diseases/novel-coronavirus-2019/question-and-answers-hub/q-a-detail/coronavirus-disease-covid-19> تم الاطلاع بتاريخ (2020/12/12)

³. محمد الخضراوي، الآثار القانونية لفيروس كورونا المستجد على الالتزامات التعاقدية، رأي قانوني، دون سنة نشر.

أما من حيث من يتحمل تبعه العقد محل الالتزام فإننا حسب المادة المشار إليها نفرق بين العقد الملزم للجانبين والعقد الملزم لجانب واحد، في العقد الأخير يتحمل الدائن تبعه الحادث القهري، بينما في حالة العقد الملزم للجانبين يتحمل المدين تبعه القوة القاهرة¹.

ونذكر بعض الأمثلة الواقعية التي أثّر حولها الجدل حول إمكانية تكييف فيروس كورونا بالقوة القاهرة:

(1) رحلات الحج والعمرة والعقود التي كانت مبرمة بين شركات الحج والعمرة والحجاج، إذ أصبح من المستحيل تنفيذ هذه التعاقدات بسبب إغلاق الحدود بين الدول، وبالتالي لا يتحمل أصحاب الشركات المسؤولية، ويتم إرجاع تكلفة الحجز إلى أصحابها بسبب القوة القاهرة².

(2) الاتفاقات المبرمة بين أصحاب صالات الأفراح وبين الأشخاص المقبلين على الزواج، فقد أصبح تنفيذ الالتزام المتمثل بإحياء العرس في الصالة أمراً مستحيلاً مع فرض البلد حظر التجوال في سلطنة عُمان ومصر، وكذلك قرار إغلاق صالات الأفراح، وبالتالي يعفى صاحب صالة الأفراح من المسؤولية التعاقدية بسبب وجود قوة القاهرة، وتُرجع تكلفة الحجز إلى أصحابها كما أن هذه القرارات الصادرة من السلطات المختصة تجعل تنفيذ الالتزام مستحيلاً، بالتالي يُعتبر من القوة القاهرة.

وتجدر الإشارة إلى أنه إذا كان المدين قادراً على تنفيذ التزاماته التعاقدية رغم ظروف فيروس كورونا ولم ينفذ يُعد مُخلاً بالتزاماته التعاقدية، وتقوم مسؤوليته التعاقدية حتى لو كان تنفيذه للالتزام فيه مشقة وتعب، ومثال على ذلك استمرار المدرس بتقديم الخدمات التعليمية للطلبة بواسطة الوسائل الإلكترونية بناءً على عقده من الجامعة، فهذا الالتزام يبقى قائماً رغم ظروف الفيروس؛ لأنه لم يصبح مستحيلاً بالنسبة له³.

(3) ومن الأمور التي أثّر حولها الجدل هي سقوط الأجرة عن المستأجر؛ نتيجة لقرار الإغلاق الصادر من اللجنة العليا المكلفة بمتابعة التطورات لجائحة كورونا. ونرى أن المادة (172) من قانون المعاملات المدنية العُماني وتقابلها المادة (215) من القانون المدني المصري، هما محل التطبيق وقد سبق ذكرهما

¹ محمد محيي الدين إبراهيم سليم، نظرية الظروف الطارئة بين القانون المدني والفقهاء الإسلامي دراسة مقارنة، دار المطبوعات الجامعية، 2007، ص 536.

² عمر خضر يونس سعد، جائحة كورونا وأثرها على الالتزامات التعاقدية: في ضوء نظريتي الظروف الطارئة والقوة القاهرة، مجلة الجامعة الإسلامية للدراسات الشرعية والقانونية، المجلد (29)، 2021، ص 14-15.

³ عمر خضر يونس سعد، المرجع السابق، ص 15.

أعلاه، حيث إن عقد الإيجار ملزم للجانبين وطرأت قوة القاهرة أثناء تنفيذه، وهي فيروس كورونا والقرار الصادر بمنع الحركة، ولكن هنا الاستحالة ليست مطلقة وإنما وقتية، ونصت المادة في الفقرة الثانية على الاستحالة الوقتية في العقود المستمرة وفي هاتين الحالتين للدائن فسخ العقد بشرط إضرار المدين، أي تسقط الأجرة طوال فترة القرار وللمستأجر فسخ العقد ولكن ينبغي عليه إضرار المؤجر بذلك.

أما بالنسبة للقضاء، فعلى صعيد القضاء المصري فقد اعتبر جائحة (كوفيد-19) قوة القاهرة توقف سريان مواعيد الطعن على الأحكام وفقاً لقراري رئيس مجلس الوزراء باعتبار المدة 2020/3/17 وحتى 2020/6/27 قوة القاهرة¹، وفي حكم مشابه صادر من محكمة القضاء الإداري بسلطنة عُمان اعتبرت المدة التي اتخذت فيها تدابير مواجهة فيروس كورونا بمثابة قوة القاهرة تقف معها جميع مدد المواعيد الإجرائية، وجاء في الحكم "ولمّا كان من المعلوم بالضرورة، أن اللجنة العليا المكلفة ببحث آلية التعامل مع التطورات الناتجة عن انتشار فيروس كورونا (كوفيد-19)، قد اتخذت عدة تدابير استثنائية من شأنها مواجهة التطورات سالفة الإشارة، مثل الحد من حرية التنقل في بعض الأماكن بمنع دخولها أو الخروج منها كلياً أو جزئياً، وفرض الحجر الصحي على بعض المحافظات، واتخاذ التدابير الوقتية اللازمة لتسيير العمل بالجهات الحكومية في ضوء مستجدات الجائحة المبينة، وقد امتدت تلك التدابير لتطال حرية الأفراد في مباشرة النشاط المعتاد، وأصبحت إجراءات التباعد الاجتماعي قيداً على حرية التواصل بينهم وبين وكلائهم من المحامين من ناحية، ومن ناحية أخرى، أصبح من الصعب الوصول لمرافق القضاء، وهذا ما يؤثر على حق التقاضي والدفاع المكفولين بالحماية بناءً على أحكام النظام الأساسي للدولة.

وعلى ذلك، وإذ توفر في كل ما سبق مفهوم القوة القاهرة التي لا يمكن توقعها بحكم كونها ظرفاً استثنائية نادرة الحدوث، كما لا يمكن دفعها بالنظر لوقوع من يخالف تلك التدابير تحت الجزاءات المقررة على مخالفتها، واستناداً على ذلك تُعد مدة الإغلاق قوة القاهرة توقف جميع المدد الإجرائية بدايةً من 2020/4/1م، على أن تستكمل تلك المدد ابتداءً من 2020/5/31م؛ باعتباره أول يوم عمل تال لمدة الوقف².

¹ حكم محكمة النقض دائرة السبب مدني ج، الطعن رقم 9919 لسنة 90 قضائية.

² حكم الدائرة الاستئنافية الأولى بمحكمة القضاء الإداري في سلطنة عُمان في الاستئناف رقم 20/854 ق. س بجلصة 2020/7/13م.

رأي الباحثة: وفقاً لما سبق ذكره نرى بأن فيروس كورونا يُعتبر قوة القاهرة تؤدي لفسخ العقد بقوة القانون، ولكن لا يمكن تعميم هذا الأمر؛ لأن أثر فيروس كورونا يختلف حسب محل الالتزام التعاقدية، أي نرى هل فيروس كورونا جعل تنفيذ الالتزام مستحيلاً أم لا؟ وذلك حسب اشتراط المادة (339) من قانون المعاملات المدنية العُماني والمادة (165) من القانون المدني المصري، لذلك يجب دراسة كل حالة على حدة وهذا من عمل القاضي المدني في حالة عرض الحالة عليه، فنرى من حيث الواقع والحياة العملية بأن بعض النشاطات توقفت كلياً بسبب فيروس كورونا وبسبب قرارات الدولة لحماية الصحة العامة، كدور الحضانة وصلات الأفرح والمؤسسات الرياضية الخاصة، بالتالي يمكن القول إن تنفيذ الالتزام مستحيلاً، وبالتالي فإن جائحة كورونا أصبحت قوة القاهرة بالنسبة له، وبالمقابل هناك بعض الالتزامات لم يصبح تنفيذها مستحيلاً ولكن مرهقة إرهافاً شديداً، في هذه الحالة لا يمكن تطبيق نظرية القوة القاهرة؛ لأن الالتزام لم يصبح مستحيلاً، بل نطبق نظرية الظروف الطارئة.

الخاتمة

وفقاً لما أشرنا إليه من خلال البحث بأن فيروس كورونا هو فيروس جديد ويُعد من أبرز الكوارث العالمية، ووفقاً لمنظمة الصحة العالمية بأن مازال الكثير عنه مجهول، ولا يوجد له علاج، بالإضافة إلى أنه ما زال ينتشر ولم ينتهِ بعد، ولم تقتصر آثار هذا الفيروس على الجانب الصحي بل امتدت إلى الجانب الاقتصادي والاجتماعي، واستخلاصاً لما سبق تم التوصل إلى النتائج والتوصيات على النحو الآتي:

أولاً: النتائج

1- يمكن تكييف فيروس كورونا بأنه ظرف طارئ إذا أدى إلى جعل تنفيذ الالتزام مرهقاً إرهافاً شديداً ولكن لا بُد من استحضار نوعية الالتزام التعاقدية الذي يجب تنفيذه في ظل وجود فيروس كورونا، وطبيعة العقد، حيث يجب أن يكون محل الالتزام التعاقدية غير قابل للهلاك ويمكن التراخي في تنفيذه.

2- يمكن القول بأن الظرف الاستثنائي أو القوة القاهرة غير متوقع، حينما يكون إبرام العقد قبل إعلان منظمة الصحة العالمية، بينما لا يمكن الاحتجاج بعدم التوقع بعد الإعلان.

3- يترتب على تكييف فيروس كورونا بأنه قوة القاهرة انفساخ العقد بقوة القانون دون حاجة إلى إعدار أو حكم قضائي.

4- يمكن تكييف فيروس كورونا على أنه قوة القاهرة، وبالتالي يُفسخ العقد بقوة القانون، ولكن لا يمكن تعميمه على جميع الحالات؛ لأن أثر فيروس كورونا يختلف حسب محل الالتزام التعاقدية.

ثانياً: التوصيات

1- ينبغي التنبيه من قبل الدولة إلى عدم السماح لكل متهاون بأن يحتج بتطبيق نظرية الظروف الطارئة أو القوة القاهرة؛ فمن المعلوم أن بعض الأنشطة حققت أعلى معدل للأرباح خلال ظهور فيروس كورونا كالمشافي الخاصة.

2- بناءً على تطور الفيروس من فترة لأخرى وعدم توافر العلاج إلى الآن، بالتالي يجب على الأطراف المتعاقدة النص في العقد على بنود تتعلق بمعالجة الآثار الناتجة عن الأوبئة، على سبيل المثال، إعادة التفاوض، أو الوساطة، بحيث يقوم على إيجاد الحلول بشكل أسرع ودون تعقيد كما هو الحال في المحاكم.

3- يجب على القضاء العُماني بيان موقفه بشأن عقد الإيجار والذي ثار حوله جدلاً واسعاً حول سقوط الأجرة لعدم انتفاع المستأجر بالعين المؤجرة، حيث نرى أن لا حاجة لتعديل تشريعي في هذا الجانب؛ بسبب وجود نصوص قانونية تعالج هذه الحالة.

بيان تضارب المصالح:

يقر جميع المؤلفين أنه ليس لديهم أي تضارب في المصالح.

المصادر والمراجع:

أولاً: القوانين

1. المرسوم السلطاني رقم 2013/29، بإصدار قانون المعاملات المدنية العماني تاريخ 26 أيار/ مايو سنة 2013، والمنشور في عدد الجريدة الرسمية (1012) الصادر في 2013/5/12.
2. القانون المدني المصري رقم (131) لسنة 1948، الصادر في 16 تموز/ يوليو سنة 1948م، والمنشور بتاريخ 1948/7/29م.

ثانياً: الكتب

1. شعبان رأفت أحمد عبد اللطيف، مدى إمكانية الاستغناء عن أحكام نظرية الظروف الطارئة بأحكام الغبن اللاحق، دراسة مقارنة، دار الكتب القانونية، دار شتات للنشر والبرمجيات، مصر - الإمارات، 2013.
2. عبد السلام الترماني، نظرية الظروف الطارئة، دار الفكر، دون طبعة، دمشق، سوريا، 2013.
3. محمد إبراهيم بنداري، الوجيز في مصادر الالتزام في قانون المعاملات المدنية العماني، الأجيال، الطبعة الأولى، سلطنة عُمان، 2020.
4. محمد محيي الدين إبراهيم سليم، نظرية الظروف الطارئة بين القانون المدني والفقهاء الإسلاميين، دراسة مقارنة، دار المطبوعات الجامعية، الإسكندرية، 2007.
5. محمود علي الرشدان، نظرية الظروف الطارئة: دراسة مقارنة في القانون المدني والشرعية الإسلامية والقانون الإداري: دراسة تحليلية مدعمة بالأحكام القضائية، دار اليازوري العلمية للنشر والتوزيع، 2014.

ثالثاً: الرسائل العلمية

1. خميس صالح ناصر المنصوري، نظرية الظروف الطارئة وأثرها في التوازن الاقتصادي للعقد (دراسة تحليلية في ضوء قانون المعاملات المدنية الإماراتي)، رسالة ماجستير، جامعة الإمارات العربية المتحدة، 2017.

رابعاً: المجلات العلمية

1. أحمد إشراقية، الوسائل القانونية الخاصة بمواجهة آثار جائحة فيروس كورونا المستجد على العلاقات التعاقدية: دراسة في القانونين الفرنسي واللبناني، مجلة كلية القانون الكويتية العالمية، (2020).

2. أحمد الصويحي شليبيك ، نظرية الظروف الطارئة: أركانها وشروطها، المجلة الأردنية في الدراسات الإسلامية، المجلد (3)، العدد (2)، 2007.
3. أنس فيصل التورة، تأثيرات جائحة فيروس كورونا على عقد العمل بين الظروف الطارئة والقوة القاهرة، مجلة كلية القانون الكويتية العالمية، العدد(6)، حزيران/ يونيو، 2020.
4. بلال الصنديد، محمود المغربي، التكيف القانوني للجائحة الكورونية على ضوء الثوابت الدستورية والدولية والمبادئ القانونية المستقرة بين صلابة المسلمات ومرونة الاعتبارات دراسة مقارنة، مجلة كلية القانون الكويتية العالمية الخاصة، العدد(6)، حزيران/ يونيو، 2020.
5. بوغرارة الصالح، انتشار فيروس كورونا سبب أجنبي لدفع المسؤولية بين تطبيق نظريتي القوة القاهرة والظروف الطارئة، حوليات جامعة الجزائر 1، المجلد (34)، 2020.
6. جلطي منصور، الآثار القانونية لفيروس كورونا المستجد (Covid- 19) على الالتزامات التعاقدية، حوليات جامعة الجزائر 1، المجلد (34)، 2020.
7. طلعت يوسف حلمي خاطر، الظروف الطارئة في قانون المرافعات: دراسة تأصيلية مقارنة، مجلة الدراسات القانونية والاقتصادية، المجلد (4) العدد (1)، 2018.
8. عمر خضر يونس سعد، جائحة كورونا وأثرها على الالتزامات: في ضوء نظريتي الظروف الطارئة والقوة القاهرة، مجلة الجامعة للدراسات الشرعية والقانونية، المجلد (29)، العدد(3)، 2021.
9. محمد الخضراوي، الآثار القانونية لفيروس كورونا المستجد على الالتزامات التعاقدية، رأي قانوني، دون سنة نشر.
10. محمد بوكماش، نظرية الظروف الطارئة وعلاقتها بالجوائح، مجلة الحقوق والعلوم الإنسانية، العدد (10)، كانون الثاني/ يناير، 2013.
11. محمد شتا أبو سعد، مفهوم القوة القاهرة، مجلة مصر المعاصرة، المجلد (74)، العدد (394/393)، 1983.
12. محمود سيد أحمد إبراهيم، الظروف الطارئة والقوة القاهرة وتداعيات جائحة كورونا على الالتزامات المدنية والإجرائية في التشريع المصري، مجلة إدارة المخاطر والأزمات، المجلد (3)، العدد (1)، 2021.
13. مولاي زكرياء، بن الزين محمد الأمين، خدائهم كريم، تأثير فيروس كورونا (كوفيد - 19) على تنفيذ الالتزامات التعاقدية، حوليات جامعة الجزائر، المجلد (34)، 2020.

14. هيثم السيد أحمد عيسى، مدى انطباق نظرية القوة القاهرة على جائحة فيروس كورونا في إطار العقود المدنية، مجلة الدراسات القانونية والاقتصادية، المجلد (7)، العدد (1)، 2021.

15. ياسر عبد الحميد الإفتيحات، جائحة فيروس كورونا وأثرها على تنفيذ الالتزامات التعاقدية، مجلة كلية القانون الكويتية العالمية، العدد (6)، 2020.

خامساً: القوانين

1. المرسوم السلطاني رقم 2013/29، بإصدار قانون المعاملات المدنية العُماني تاريخ 26 أيار/ مايو سنة 2013، والمنشور في عدد الجريدة الرسمية (1012) الصادر في 2013/5/12.

2. القانون المدني المصري رقم (131) لسنة 1948، الصادر في 16 تموز/ يوليو سنة 1948م، والمنشور بتاريخ 1948/7/29م.

سادساً: المواقع الإلكترونية

1. دون اسم مؤلف، 2020، منظمة الصحة العالمية تعلن فيروس كورونا وباءً عالمياً، [Deutsche Welle \(DW\)](https://www.dw.com/de/koronavirus-2020-03-11)، منظمة الصحة العالمية تعلن فيروس كورونا وباءً عالمياً – [2020/3/11](https://www.dw.com/de/koronavirus-2020-03-11)

2. دون اسم مؤلف، 2023، منظمة الصحة العالمية، <https://www.who.int/ar/emergencies/diseases/novel-coronavirus-2019/question-and-answers-hub/q-a-detail/coronavirus-disease-covid-19>

3. دون اسم مؤلف، 2021، صحيفة الأثير، <https://www.atheer.om/archives/571792/%d8%a7%d9%84%d8%a8%d9%86%d9%83-%d8%a7%d9%84%d9%85%d8%b1%d9%83%d8%b2%d9%8a-%d9%8a%d8%b5%d8%af%d8%b1-%d8%aa%d9%88%d8%ac%d9%8a%d9%87%d8%a7%d8%aa-%d9%84%d9%84%d9%85%d8%b5%d8%a7%d8%b1%d9%81-%d9%88%d8%b4>

4. موقع لورتال الإلكتروني العُماني: بوابة التشريعات العُمانية، [لورتال: بوابة التشريعات العُمانية](http://lawrtal.com) (lawrtal.com).

الطبيعة الخاصة لحماية المستهلك الإلكتروني ضمن قواعد
القانون الدولي الخاص

*The Special Nature of Electronic
Consumer Protection within the Rules
of Private International Law*

أ. لينا أبو حلوة
الكلية العصرية الجامعية
(فلسطين)

الطبيعة الخاصة لحماية المستهلك الإلكتروني ضمن قواعد القانون الدولي الخاص

The Special Nature of Electronic Consumer Protection within the Rules of Private International Law

أ. لينا أبو حلوة، عضو هيئة أكاديمية

الكلية العصرية الجامعية، (فلسطين)

Lina.abuhelweh@muc.edu.ps

تاريخ النشر: 2024-06-01

تاريخ القبول: 2024-05-13

تاريخ الاستلام: 2024-03-31

DOI: <https://doi.org/10.70411/MJLS.2.2.2024116>**ملخص:**

تُعد عقود الاستهلاك الإلكتروني من أكثر وسائل التسوق انتشاراً خاصةً مع التطور التكنولوجي الهائل، بحيث يستطيع الفرد شراء أية سلعة من أي مكان في العالم دون أن ينتقل من مكانه؛ وهذا من شأنه أن تضمن العلاقة القانونية وجود عنصر أجنبي، ما يثير مسألة تنازع القوانين وضرورة تحديد القانون الواجب التطبيق، والقصور التشريعي سواء في التشريع الفلسطيني أو معظم تشريعات الدول الأخرى أدى إلى صعوبة في تحديد دولية مثل هذه العقود، ومن ناحية أخرى فإن قواعد تنازع القوانين التقليدية أصبحت غير ملائمة لتطبيقها على عقود المستهلك الإلكتروني؛ كون مثل هذه العقود تقتصر للتوازن بين أطرافها.

الأمر الذي تتطلب تحديد مفهوم المستهلك الإلكتروني وخصوصية حمايته في إطار القانون الدولي الخاص، وتحديد المعيار الملائم لتحديد دولية عقود المستهلك الإلكتروني، وتوضيح علاقة القانون الدولي الخاص بحماية المستهلك في العقود الإلكترونية من خلال مناقشة مدى ملائمة ضابط الإرادة وضابط الأداء المميز، وقواعد الإسناد التقليدية في حماية المستهلك في عقود الاستهلاك الإلكترونية.

وخلصت الدراسة إلى عدة نتائج، منها: عدم ملائمة ضابط الأداء المميز في تحديد القانون الواجب التطبيق على عقود الاستهلاك الإلكترونية؛ لأنه يؤدي بالنتيجة إلى تطبيق قانون المورد، وبالتالي لن يكفل حماية المستهلك (الطرف الضعيف)، وعدم ملائمة ضابطي الإسناد الاحتياطي والذين نص عليهما المشرع الفلسطيني في مشروع القانون المدني الفلسطيني رقم (4) لسنة 2012، في توفير الحماية للمستهلك الإلكتروني عند تحديد القانون الواجب التطبيق على العقد، وأن ضابط الإسناد إلى القانون الأكثر حماية للمستهلك من أكثر ضوابط الإسناد ملائمة ليحكم عقد الاستهلاك الإلكتروني.

الكلمات المفتاحية: تسوق إلكتروني، تنازع قوانين، حماية المستهلك، عقد الاستهلاك الإلكتروني الدولي.

Abstract:

Consumer electronic contracts are one of the most widespread shopping methods, especially with the tremendous technological development. Whereby an individual can purchase any commodity from anywhere in the world without having to move from their location. This entails ensuring the legal relationship includes of a foreign element, raising the issue of conflict of laws and the necessity to determine the applicable law. Legislative shortcomings, whether in Palestinian legislation or most other countries' legislation, have led to difficulty in determining the international nature of such contracts. On the other hand, traditional conflict of laws rules have become unsuitable for applying to electronic consumer contracts, as such contracts lack balance between their parties.

This requires defining the concept of the electronic consumer and the specificity of its protection within the framework of private international law, determining the appropriate standard for international electronic consumer contracts, and clarifying the relationship of private international law to consumer protection in electronic contracts by discussing the suitability of the principle of autonomy of will and the principle of specific performance, as well as traditional attribution rules in consumer protection in electronic consumer contracts.

The study concluded several findings, including: the inadequacy of the principle of specific performance in determining the applicable law to electronic consumer contracts, as it results in the application of the supplier's law, thus failing to ensure consumer protection (the weak party). Additionally, the inadequacy of the two reserved attribution principles, as stipulated by the Palestinian legislator in the draft Palestinian Civil Law No. (4) of 2012, in providing protection for the electronic consumer when determining the applicable law to the contract. Furthermore, attributing the law that offers the most protection to the consumer is more suitable among attribution principles to govern electronic consumer contracts.

Keywords: Online Shopping, Conflict of Laws, Consumer Protection, International Electronic Consumer Contract.

المقدمة:

أصبح التسوق الإلكتروني جزءًا أساسيًا من الحركة التجارية؛ حيث أصبح الأشخاص يعقدون في اليوم الواحد العديد من الصفقات سواء مع المنتجين أو الموزعين، ولكن مثل هذه الصفقات تقتصر للتوازن؛ كون البائع أو مقدم السلعة يتمتع بنفوذ اقتصادي وخبرة في مجال اختصاصه، أما المستهلك فهو الطرف الضعيف في مثل هذه الصفقات؛ فظهرت الحاجة لحمايته، وأصبحت الحكومات مهتمة بوضع سياسات وقوانين؛ من أجل ضمان حماية المستهلك، فعلى المستوى الوطني أصدر المشرع الفلسطيني قانون حماية المستهلك رقم (12) لسنة 2005، وعلى المستوى العربي هناك العديد من تشريعات حماية المستهلك ومنها على سبيل المثال، قانون حماية المستهلك في مصر رقم (67) لسنة 2006، ولائحته التنفيذية، وقانون حماية المستهلك في قطر رقم (8) لسنة 2008، والمعدل بالمرسوم بقانون رقم (14) لسنة 2011،... وغيرها.

بالإضافة إلى المبادئ التوجيهية لعام 1980، الصادرة عن الأمم المتحدة؛ من أجل توجيه الحكومات في مختلف الدول بالاقترحات المناسبة التي ترشدكم عند وضع القوانين أو السياسات المتعلقة بحماية المستهلك¹.

فإن كانت مثل هذه القوانين تنظم حماية المستهلك في وطنه، فماذا مع التطور التكنولوجي المتسارع ودخول العديد من الأجهزة الإلكترونية والاعتماد على شبكة الإنترنت في إبرام الصفقات، فأصبحت عقود الاستهلاك الإلكتروني تتخذ غالباً الصفة الدولية، بالتالي فإن حل أي منازعة ناشئة عنها سوف يتعلق بتنازع القوانين.

¹ المبادئ التوجيهية الصادرة عن الأمم المتحدة لحماية المستهلك، ومن أهم حقوق المستهلك التي أشارت إليها هذه المبادئ هي: "الحق في بيئة صحية، والحق في الحصول على السلع والخدمات الأساسية، والحق في ضمان السلامة والأمان، والحق في الاختيار بين مجموعة من المنتجات والخدمات المتنوعة بأسعار تنافسية، مع ضمان توعية مرضية وتوفير الضمانات اللازمة للمستهلك، والحق في أن يحصل المستهلك على المعلومات كافة التي يحتاجها، وحق الحماية من الإعلانات والبيانات المضللة وغير الصحيحة والتأثيرية، وحق المستهلك في الحصول على تعويض عن السلع الرديئة والخدمات غير المرضية".

منشورة على الموقع https://unctad.org/en/PublicationsLibrary/ditccplpmisc2016d1_ar.pdf تاريخ

الدخول 2020/9/14.

وبسبب حداثة عقود الاستهلاك في مجال القانون الدولي الخاص ظهر قصور في النظرية التقليدية لقواعد القانون الدولي الخاص التي تشير إلى القانون الواجب التطبيق دون النظر إلى موضوع النزاع أو أطرافه أو حاجة أحد الأطراف إلى حماية خاصة، ومن هنا ظهر الاهتمام لتطوير قواعد القانون الدولي الخاص بما يتناسب مع خصوصية بعض العقود.

من المهم وجود قواعد قانونية تواجه الإشكاليات القانونية الناجمة عن عقود الاستهلاك الإلكتروني والمتعلقة بتنازع القوانين لحل المنازعات الناتجة عن الإنترنت، وبسبب تنوع موضوعات عقود الاستهلاك الإلكتروني، فقد قصرت الباحثة هذه الدراسة على موضوع محدد وهو الطبيعة الخاصة لحماية المستهلك ضمن قواعد القانون الدولي الخاص وبشكل خاص ما يتعلق بقواعد الإسناد.

إشكالية البحث:

تكمن إشكالية البحث في القصور التشريعي وعدم كفاية القواعد القانونية العامة سواء في التشريع الفلسطيني، أو تشريعات بعض الدول فيما يتعلق بحماية المستهلك في عقود الاستهلاك الإلكتروني، فما هي معايير وضوابط تحديد دولية عقود الاستهلاك الإلكتروني؟ وما هو المعيار المناسب لتحديد القانون الواجب على عقود الاستهلاك الإلكتروني الدولية، وما مدى ملائمة قواعد تنازع القوانين التقليدية، في عقود الاستهلاك الإلكتروني؟

أسئلة البحث:

يحاول هذا البحث الإجابة عن الأسئلة الآتية:

1. ما مفهوم المستهلك الإلكتروني في إطار القانون الدولي الخاص؟
2. هل يقع ضمن اختصاص القانون الدولي الخاص حماية الطرف الضعيف (المستهلك)؟
3. كيف يتم تحديد مدى دولية عقد الاستهلاك الإلكتروني؟ وما هو القانون الأنسب الواجب التطبيق؟

4. وماهي ضوابط الإسناد الأكثر ملائمة لحماية المستهلك الإلكتروني؟

أهمية البحث:

تكمن أهمية هذا البحث في كونه يسلط الضوء على أهم المشكلات القانونية التي تواجه عقود الاستهلاك الإلكتروني والتي تتم عبر الإنترنت، فأصبح المستهلك يُبرم العديد من الصفقات مع المنتجين أو الموزعين من مختلف دول العالم دون أن ينتقل من مكانه؛ وذلك عبر شبكة الإنترنت، وهذا يؤدي إلى وجود علاقة قانونية تحتوي على عنصر أجنبي، مما يؤدي إلى الخوض في مسألة تنازع القوانين وتحديد

القانون الواجب التطبيق، بالإضافة إلى ضرورة حماية المستهلك في مثل هذه العلاقات كونه الطرف الضعيف، فكان لا بُد من الوقوف عند خصوصية حماية المستهلك الإلكتروني في إطار القانون الدولي الخاص، من خلال الوقوف على القواعد القانونية ذات العلاقة ومناقشة مدى ملائمة ضابط الإرادة وضابط الأداء المميز، وقواعد الإسناد التقليدية في حماية المستهلك الإلكتروني في عقود الاستهلاك الإلكترونية وتوجيه المشرع؛ من أجل إيجاد قواعد تضمن الحماية للمستهلك الإلكتروني.

أهداف البحث:

تكمّن أهداف البحث فيما يلي:

1. بيان مفهوم المستهلك الإلكتروني.
2. بيان خصوصية حماية المستهلك الإلكتروني في إطار القانون الدولي الخاص.
3. بيان مدى فعالية قواعد تنازع القوانين في حماية المستهلك الإلكتروني في التشريع الفلسطيني أو التشريعات الأخرى.
4. بيان ضوابط الإسناد الأكثر ملائمة لحماية المستهلك الإلكتروني.

خطة البحث:

المبحث الأول: ماهية المستهلك الإلكتروني ومعايير دولية عقود المستهلكين الإلكترونيين.

المطلب الأول: مفهوم المستهلك الإلكتروني وخصوصية حماية المستهلك في إطار القانون الدولي الخاص.

المطلب الثاني: المعيار الملائم لتحديد دولية عقود المستهلك الإلكتروني.

المبحث الثاني: علاقة القانون الدولي الخاص بحماية المستهلك في العقود الإلكترونية.

المطلب الأول: ضابط الإرادة.

المطلب الثاني: قواعد الإسناد التقليدية وضابط الأداء المميز ومدى ملائمتهم لحماية المستهلك.

المطلب الثالث: ضوابط الإسناد الملائمة لحماية المستهلك الإلكتروني.

المبحث الأول:

ماهية المستهلك الإلكتروني ومعايير دولية عقود المستهلكين الإلكترونيين

إن بيان الطبيعة الخاصة لعقد الاستهلاك الإلكتروني في إطار القانون الدولي الخاص تتطلب بيان ماهية المستهلك الإلكتروني، وتحديد معيار دولية هذه العقود، وعليه تم تقسيم هذا المبحث إلى مطلبين، الأول، لبيان مفهوم المستهلك الإلكتروني وخصوصية حماية المستهلك في إطار القانون الدولي الخاص، والثاني، لبيان المعيار الملائم لتحديد دولية عقود المستهلك الإلكتروني.

المطلب الأول:

مفهوم المستهلك الإلكتروني وخصوصية حماية المستهلك في إطار القانون الدولي الخاص

على الرغم من وجود قوانين خاصة لحماية المستهلك، إلا أنه بقي من الصعب تحديد مفهوم المستهلك في ظل الاختلاف الفقهي والقضائي في تحديده، والمستهلك الإلكتروني هو نفسه المستهلك التقليدي ويتمتع بالحقوق نفسها ولكن مع اختلاف وسيلة التعاقد وهي الإنترنت والأخذ بعين الاعتبار القواعد الخاصة المتعلقة بالتعاقد الإلكتروني، وعليه تم تخصيص هذا المطلب لبيان مفهوم المستهلك الإلكتروني في الفرع الأول من هذا المطلب، وخصوصية حماية المستهلك في القانون الدولي الخاص في الفرع الثاني.

الفرع الأول:

مفهوم المستهلك الإلكتروني

يُعد مصطلح المستهلك من المصطلحات الدخيلة على الفقه القانوني فهو مصطلح اقتصادي بالأصل، فالاستهلاك من الناحية الاقتصادية يعرف على أنه "آخر العمليات الاقتصادية التي تخصص فيها القيم الاقتصادية لإشباع الحاجات"، وبقي هناك صعوبة في تحديد مفهوم المستهلك بشكل واضح في ظل خلاف ما بين الفقهاء والقضاء في بيان مفهوم المستهلك¹.

يُعرف الاستهلاك في القانون بأنه "التصرف القانوني الذي يبرمه المستهلك للحصول على السلع والخدمات التي يشبع بها احتياجاته الشخصية أو العائلية"، بناءً على هذا التعريف نجد أن الاستهلاك

¹. خالد ممدوح إبراهيم، حماية المستهلك في المعاملات الإلكترونية، دراسة مقارنة، الدار الجامعية، الإسكندرية، 2007،

كتصرف قانوني، يشمل جميع التصرفات القانونية، من ضمنها المعاملات الإلكترونية التي تتم عبر شبكة الإنترنت التي يكون الهدف منها الحصول على السلع أو والخدمات بمختلف أنواعها¹.

لا بُد من توضيح أن المستهلك الإلكتروني هو نفسه المستهلك في العقود التقليدية، إلا أن وسيلة التعاقد هي المختلفة، بالتالي فإن المستهلك الإلكتروني له حقوق التعاقد العادي نفسها ولكن مع مراعاة القواعد الخاصة بالتعاقد الإلكتروني، ويُعرف الفقه المستهلك بأنه "كل شخص يتعاقد بقصد إشباع حاجاته الشخصية أو العائلية"²، وأن لا يكون الغرض من هذه السلع والخدمات الاستعمال المهني أو التجاري³. ولكن السؤال هنا هل مصطلح المستهلك يقتصر على الشخص الطبيعي أم يشمل الشخص المعنوي أيضاً، معظم التعريفات الفقهية والتشريعية وبعض الأحكام القضائية تقصر وصف المستهلك على المستهلك الطبيعي ومنها حكم محكمة العدل الأوروبية في قرارها الصادر في 2001/11/22، وجاء فيه "إن المقصود بالمستهلك الوارد في المادة الثانية من التوجيه الأوروبي رقم (93/13) بشأن الشروط التعسفية في العقود المبرمة مع المستهلك هو فقط الشخص الطبيعي"⁴.

وقد حددت بعض الأنظمة في الدول الغربية مفهوم المستهلك في إطار القانون الدولي الخاص وحصرتها بالشخص الطبيعي دون المعنوي، فمثلاً نصت المادة (6) من تنظيم روما الأوروبي 2008/593 بشأن القانون الواجب التطبيق على الالتزامات التعاقدية في المسائل المدنية والتجارية على "أن المستهلك هو الشخص الطبيعي الذي ينتفع بالخدمات والمنقولات المادية للاستخدام الذي يُعد خارجاً عن نشاطه المهني"، أما تنظيم بروكسل الأوروبي المعدل في 2012، المتعلق باختصاص القضاء الدولي للمحاكم الوطنية والاعتراف بالأحكام القضائية الأجنبية، فقد عرف المستهلك في المادة الأولى أنه

¹. حسن عبد الباسط جميعي، حماية المستهلك، الحماية الخاصة لرضاء المستهلك في عقود الاستهلاك، دار النهضة العربية، القاهرة، 1996، ص8.

². محمد السيد عمران، حماية المستهلك أثناء تكوين العقد، دراسة تحليلية وتطبيقية للنصوص الخاصة بحماية المستهلك، منشأة المعارف، الإسكندرية، 1986، ص6.

³. حمد الله محمد حمد الله، حماية المستهلك في مواجهة الشروط التعسفية في عقود الاستهلاك، دراسة مقارنة، دار الفكر العربي، القاهرة، 1997، ص12.

⁴. Word schemmackers, the notion "consumer" in European private law, Master's thesis of the study program master of law' Universty of Ghent, 2014, page56. Available online date of entry 10/10/2020 https://lib.ugent.be/fulltxt/RUG01/002/163/256/RUG01-002163256_2014_0001_AC.pdf

"كل شخص طبيعى يتصرف لأهداف لا تدخل في إطار نشاطه المهني أو التجاري"، وعليه تم استثناء الشخص الاعتباري؛ كونه على درجة من الإمكانات والخبرات والتي تخوله بتحمل تبعات تعاملاته الدولية.

بالعودة إلى تنظيم روما الأوروبي (2008/593) نجد أن المادة (6) تحدد نطاق تطبيق قواعد الإسناد الخاصة بعقود المستهلك ووضعت شروطاً لتطبيق هذه القواعد وهي: ضرورة أن يقوم التاجر أو المهني بأنشطته التجارية في بلد الإقامة المعتادة للمستهلك أو أن يوجه أنشطته إلى هذا البلد، وضرورة أن يكون العقد قد أبرم بالفعل في نطاق هذه الأنشطة¹.

وتُعد هذه الشروط شروطاً خاصة لاعتبار العقد محل النزاع عقد استهلاك دولي، وبناءً على هذه الشروط فإن القواعد الخاصة بحماية المستهلك في هذه التنظيمات لا تنطبق على جميع عقود الاستهلاك التي تتضمن عنصراً أجنبياً وإنما يقتصر تطبيقها على العقود التي أبرمها المستهلك الإلكتروني في حدود دولته، بمعنى أنه قام فعلياً بشراء المنتج من محل التاجر الذي يباشر نشاطه في دولة المستهلك، وكان التعاقد باستخدام المواقع الإلكترونية أو البريد الإلكتروني "الإيميل" أو أي وسيلة أخرى.

وفي تحديد فيما إذا كان التاجر الذي يبيع منتجاته عبر الإنترنت قد وجه نشاطه إلى دولة إقامة المستهلك أم لا، وفي ذلك فقد اعتمدت محكمة العدل الأوروبية على عدة عناصر أهمها: أن يسمح الموقع الإلكتروني إبرام العقد مع أشخاص من عدة دول بما فيها دولة إقامة المستهلك، والسماح بإجراء الدفع الإلكتروني من محل إقامة المستهلك، وذكر رقم الهاتف مع الرمز الدولي من أجل تسهيل الوصول إلى موقع التاجر أو موقع الوسيط من قبل المستهلكين المقيمين في دول أخرى، واستخدام لغة وعملة دولة إقامة المستهلك².

¹. وهذه الشروط أيضاً نص عليها تنظيم بروكسل رقم 2012/1215 الخاص بتحديد المحكمة المختصة في المادة 15.

². ECJ, Peter Pammer v. Reederei Karl Schlüter GmbH & Co. KG (C-585/08) and Hotel Alpenhof GesmbH v. Olivier Heller (C-144/09), Joined Cases C-585/08 and C-144/09. Available online date of entry 5/10/2020

[https://eur-lex.europa.eu/legal-](https://eur-lex.europa.eu/legal-content/en/TXT/PDF/?uri=uriserv%3AOJ.C_.2011.055.01.0004.01.ENG)

[content/en/TXT/PDF/?uri=uriserv%3AOJ.C_.2011.055.01.0004.01.ENG](https://eur-lex.europa.eu/legal-content/en/TXT/PDF/?uri=uriserv%3AOJ.C_.2011.055.01.0004.01.ENG)

الفرع الثاني:

خصوصية حماية المستهلك في القانون الدولي الخاص

لوحظ أن القانون الدولي الخاص يشهد تطوراً فيما يتعلق بحماية الطرف الضعيف في العلاقة القانونية، كون القواعد التقليدية للقانون الدولي الخاص لم تعد كافية لمواكبة التطورات وتحقيق العدالة الاجتماعية في إطار حماية الطرف الضعيف في التعاقد، فقد قامت بعض التشريعات بوضع قواعد خاصة في إطار القانون الدولي الخاص لحماية الطرف الضعيف في عقود الاستهلاك الدولية؛ وذلك بسبب الإجحاف الذي يلحق بالطرف الضعيف في مثل هذه العقود فيما لو تم تطبيق مبدأ حرية الإرادة بشكل مطلق في ظل تنافس القوانين، ومن أبرز هذه القواعد ما يلي:

الاستبعاد الكلي لمبدأ حرية الإرادة أو قانون الإرادة

ويُقصد بهذه القاعدة استبعاد قانون الإرادة في العقود التي يكون أحد أطرافها ضعيفاً من حيث القوة التفاوضية، ويتم تحديد القانون الواجب التطبيق في هذه الأحوال من قبل المشرع، وتم اتباع هذه القاعدة في القانون الدولي الخاص في بعض الدول منها سويسرا والصين¹، لكن من الآثار السلبية المترتبة على هذا الأسلوب عزوف التجار عن إبرام عقود دولية خوفاً من تطبيق قوانين أجنبية عليها لا تتلاءم قواعدها مع نشاطهم التجاري، وقد لا يحقق الاستبعاد الكلي للإرادة حماية الطرف الضعيف في العقد؛ لأنه ليس بالضرورة أن يكون القانون المختار دائماً ضاراً بالمستهلك، بل على العكس قد يكون أكثر تطوراً في مجال حماية المستهلك من قانون دولة إقامته، لذلك قد لا يكون من المبرر حرمان المستهلك من إمكانية اختيار قانون قد يكون أكثر صلاحية له من قانون محل إقامته المعتادة².

تقييد حرية الأطراف في اختيار القانون الواجب التطبيق

وقد يتم تقييد حرية الأطراف في اختيار القانون الواجب التطبيق من خلال اتباع أحد الأساليب الآتية:

1- أن يكون لأطراف العقد الدولي الحرية في اختيار القانون الذي يحكم العقد لكن بشرط أن يتم هذا الاختيار بعد نشوء النزاع بينهم وليس قبل ذلك، وذلك من أجل إتاحة الفرصة لأطراف النزاع من

¹. أبو العلا علي النمر، حماية المستهلك في العلاقات الخاصة ذات الطابع الدولي، القاهرة، دار النهضة العربية، 1998، ص28.

². عادل أبو هشيمة، عقود خدمات المعلومات الإلكترونية في القانون الدولي الخاص، القاهرة، دار النهضة العربية، 2005، ص124.

تقييم النتائج التي قد تترتب على اختيارهم، وهذا الأسلوب جاء في تنظيم بروكسل رقم (2012/1215) في المادة (19) وذلك بخصوص اختيار المحكمة المختصة في عقود الاستهلاك، فقد اعتبر أن اتفاق الأطراف على اختيار دولة أجنبية غير الدولة التي يقيم فيها المستهلك اتفاقاً باطلاً إذا كان قبل نشوء النزاع. وتبنى هذا الأسلوب أيضاً تنظيم روما الثاني (رقم 2007/864) الخاص بتحديد القانون الواجب التطبيق على الالتزامات غير التعاقدية، حيث اعتبر أي اتفاق تم قبل وقوع النزاع أو الضرر باطلاً.

2- أن يكون لأطراف العقد الحرية في اختيار قانون معين من بين القوانين التي حددها المشرع بنص صريح؛ كونها تتصل بشكل وثيق بالعلاقة القانونية محل النزاع من وجهة نظر المشرع، ومن ضمن هذه القوانين قانون الدولة التي يقيم فيها المستهلك، وقد تبنى هذا الأسلوب تنظيم روما رقم (2008/593) فيما يتعلق بعقد نقل الأشخاص وذلك في المادة (5)، وعقد التأمين ضد المخاطر الصغيرة وذلك في المادة (7)، والهدف من هذا الأسلوب استبعاد تطبيق أي قانون ليس له صلة لا بالعقد ولا بأطراف النزاع مما يترتب على ذلك حماية التوقعات المشروعة للطرف الضعيف¹.

3- تطبيق القواعد القانونية الأمرة لقانون دولة إقامة الطرف الضعيف إلى جانب القانون المختار من قبل الأطراف. وهذا الأسلوب تم اعتماده من قبل تنظيم روما رقم (2008/593) فيما يتعلق بالمستهلكين، وأيضاً العمال في حال كانوا أطرافاً في العقد الدولي، حيث تنص المادة (2/6) المتعلقة بالمستهلك والمادة (8/1) والمتعلقة بالعمال من تنظيم روما الأوروبي رقم (2008/593)، بحرية الأطراف في اختيار القانون الواجب التطبيق بشرط أن لا يؤدي هذا الاختيار إلى حرمان المستهلك أو العامل من الحماية التي يقررها له قانون بلد إقامته.

وتؤيد الباحثة هذا الأسلوب، كونه يُعطي الأطراف حقهم في اختيار القانون الواجب التطبيق من جهة، ومن جهة أخرى، يقيدهم بقواعد دولة إقامة المستهلك-الطرف الضعيف- الحماية الأمرة؛ حتى توفر له بعض الحماية كونه على علم بها أكثر من أي قواعد أخرى.

¹. تبنى ذلك تنظيم روما الأوروبي (2008/593) هذا المنهج في المادة (2/5) فيما يتعلق بعقد نقل الركاب وفي المادة

(3/7هـ) فيما يتعلق بعقد التأمين للمخاطر الصغيرة [https://eur-lex.europa.eu/legal-](https://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/PDF/?uri=CELEX:32008R0593&from=EN)

[content/EN/TXT/PDF/?uri=CELEX:32008R0593&from=EN](https://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/PDF/?uri=CELEX:32008R0593&from=EN)

تاريخ الدخول 2020/10/12.

المطلب الثاني:

المعيار الملائم لتحديد دولية عقود المستهلك الإلكتروني

ماذا لو فرضنا أن شركة يقع مكتبها الرئيسي في فلسطين، وقسم التسويق في الأردن، وخادم الإنترنت في أمريكا، وتعاقدت مع شخص من لبنان لشراء سلعة، في مثل هذه الحالات من المهم تحديد مدى دولية مثل هذه العقود، ولبيان هذه المسألة لا بُد من التطرق إلى المعايير الأساسية لدولية العقد، ثم إلى موقف الفقه من تطبيق معايير دولية العقد على عقود التجارة الإلكترونية، ثم استنتاج المعيار الملائم لتحديد دولية عقود المستهلك الإلكتروني وذلك كما يلي:

أولاً: معيار دولية العقد

من المهم تحديد مدى دولية العقود؛ فمثلاً لو عرض على القاضي نزاع متعلق بالعقود، عليه تحديد مدى دولية هذا العقد؛ من أجل تطبيق قواعد الاختصاص الدولي، وهنا تظهر أهمية مسألة تحديد المعيار الملائم للكشف عن دولية عقود الاستهلاك الإلكتروني، ولكن القواعد القانونية في تشريعات حماية المستهلك لم تضع معياراً لتحديد دولية العقود، وتركت هذه المسألة لاجتهاد الفقه والقضاء، وبناءً على الفقه فإنه يوجد معيارين أساسيين لتحديد دولية العقود وهما¹:

1- المعيار الاقتصادي: يكشف هذا المعيار عن دولية العقد بناءً على فكرة مدى اتصال العقد بمصالح التجارة الدولية، وما يترتب على العقد من انتقال القيم والأموال عبر الحدود الدولية دون النظر إلى جنسية أطراف العقد.

2- المعيار القانوني: يكشف هذا المعيار عن دولية العقد بناءً فكرة ارتباطه بأكثر من نظام قانوني، وذلك من خلال توفر الصفة الأجنبية لأي عنصر من عناصر العقد، سواء تعلقت الصفة الأجنبية بأحد أطراف العقد، أو بلد الإبرام... أو غيرها، دون النظر لوزن العنصر الأجنبي أو مدى تأثيره، وهذا ما يسمى بالمعيار القانوني الموسع²، وهذا ما أخذ به جانب من الفقه، أما الجانب الآخر فإنه يرى أن الصفة الأجنبية لا بُد أن ترتبط بأحد العناصر المؤثرة في العقد مثل مكان إبرام العقد أو مكان تنفيذ العقد وفي هذه الحالة نكون أمام المعيار القانوني المضيق³.

¹ عادل أبو هشيمة، مرجع سابق، ص 35.

² محمد ياقوت، حرية المتعاقدين في اختيار قانون العقد الدولي بين النظرية والتطبيق، منشأة المعارف، 2004، ص 42.

³ هشام صادق، القانون الواجب التطبيق على عقود التجارة الدولية، منشأة المعارف، الإسكندرية، 1995، ص 61.

بالنسبة لعقود الإستهلاك الإلكتروني، فإن بعضها يتم بين أشخاص ينتمون إلى دولة واحدة وتوصف بالعقود الداخلية، وبعضها الآخر يتم إبرامه بين أشخاص ينتمون إلى دول مختلفة وهنا توصف بالعقود الدولية، بالتالي أي من المعيارين السابقين هو الأكثر ملاءمة للكشف عن دولية عقود الإستهلاك الإلكتروني؟ فهل تُعد هذه العقود سواء كانت دولية أو داخلية، دولية بطبيعتها، أم يجب التفرقة بينهما؟

ثانياً: موقف الفقه من تطبيق معايير دولية العقد على عقود التجارة الإلكترونية

اختلفت آراء الفقهاء حول تحديد معيار دولية عقود التجارة الدولية، وكان من أبرزها اتجاهين رئيسيين

وهما:

الاتجاه الأول: عقود التجارة الدولية هي عقود دولية بطبيعتها

يستند أصحاب هذا الاتجاه في رأيهم بدولية العقود التي تبرم خلال شبكة الإنترنت إلى وسيلة التعاقد نفسها؛ فهي تستمد صفتها الدولية من صفة الشبكة الدولية نفسها¹، واستخدام شبكة الإنترنت يُعد سوقاً واسعة فتحت المجال أمام العديد من التجار والمستهلكين للحصول على السلع والخدمات دون الحاجة للانتقال من مكان لآخر، ويصعب اعتبار هذه المعاملات التي تتم عبر شبكة الإنترنت أنها وطنية، خاصةً وأنها تضم أشخاصاً ينتمون إلى دول مختلفة، ويرى أصحاب هذا الاتجاه أن العلاقات في مثل هذه المعاملات تنتم بالدولية كونها تتصل بأكثر من دولة وتنطبق عليها المعايير اللازمة لدولية العقد مثل اختلاف مراكز الأعمال أو محال الإقامة، بالإضافة إلى انتقال السلع أو الخدمات عبر الحدود الدولية، بالتالي فهي لا بُد أن تكون ذات طابع دولي².

ويذهب هذا الاتجاه لاعتبار أن معيار الدولية يتحقق في العقود الإلكترونية التي تتم عبر الإنترنت حتى لو كان أطراف العلاقة شخصين مقيمين في الدولة نفسها³؛ والسبب أن هناك أطرافاً آخرون في العلاقة قد تلحقهم الصفة الأجنبية مثل مزود خدمة الإنترنت، أو ناقل البيانات، وأن هناك صعوبة في

¹. أحمد عبد الكريم سلامة، الإنترنت والقانون الدولي الخاص فراق أم تلاق، بحث مقدم لمؤتمر القانون والتكنولوجيا والإنترنت، كلية الشريعة والقانون، جامعة الإمارات العربية المتحدة، المجلد الأول، الطبعة الثانية، 2004م، ص29.

². سامي مصطفى فرحان، تنازع القوانين في عقود التجارة الإلكترونية، رسالة دكتوراة، كلية الحقوق، جامعة عين شمس، 2006، ص67.

³. عزت محمد البحيري، القانون الواجب التطبيق على المعاملات الإلكترونية، بحث مقدم إلى مؤتمر الأعمال المصرفية الإلكترونية بين الشريعة والقانون، كلية الشريعة والقانون، جامعة الإمارات العربية المتحدة، المجلد الرابع، 2003، ص1669.

التفرقة ما بين العقود الدولية والعقود الوطنية التي تتم عبر شبكة الإنترنت فهي ليس لها حدود فاصلة، ولا يُمكن تركيزها في مكان معين أو نطاق جغرافي محدد¹، ويحتج أصحاب هذا الرأي أيضاً بأن معظم العقود التي يتم إبرامها عبر الإنترنت تتضمن شرطاً يحدد القانون الواجب التطبيق، ويكون لهم كامل الحرية في اختياره، وأن هذا من شأنه التمييز بين العقود الدولية والعقود الوطنية².

يتضح للباحثة أن هذا الاتجاه قد أخذ بالمعيار القانوني الواسع لدولية العقد والذي يعتد بدولية العقد لمجرد توافر عنصر أجنبي واحد في العقد بغض النظر عن وزن هذا العنصر.

لا يُمكن القول بأن العقود التي تتم عبر الإنترنت أنها دولية بطبيعتها لمجرد أنها تمت عبر وسيلة دولية، فهذا الاتجاه يخلط ما بين أن شبكة الإنترنت وسيلة حديثة واسعة الانتشار تربط العالم وتجعله كالقرية الصغيرة، وأنها سهلت على المتعاقدين إبرام العقود دون التواجد المادي لهم، وبين دولية العقد بحد ذاتها، ولكن هذا لا يكفي لجعل العقود التي تتم عبر شبكة الإنترنت دولية بطبيعتها³، وبالعودة إلى قانون الأونسيترال النموذجي بشأن التجارة الإلكترونية الصادر في 12 حزيران/ يونيو 1996م⁴، نجد أن المادة (1) منه تشير إلى أن هناك فرقاً ما بين ما يُعد عقداً إلكترونياً داخلياً وعقداً إلكترونياً دولياً، فلو أن شخصاً فلسطيني الجنسية يقيم في رام الله طلب وجبة طعام عبر شبكة الإنترنت من مطعم هارديز الكائن في شارع الإرسال بمدينة البيرة في الضفة الغربية، ودفع الحساب عبر الشبكة، على أن يتولى المطعم توصيل الطلب لعنوان المشتري، فإن هذا لا يُعد عقداً دولياً لمجرد إبرامه عبر شبكة الإنترنت.

ومن ناحية أخرى، فإن العقود التي تُبرم عبر شبكة الإنترنت تقبل التركيز المكاني، فمن الممكن ربطها بإقليم دولة معينة، فيجوز اعتبار الدولة التي علم فيها الموجب بالقبول مكان إبرام العقد؛ وغالباً تكون هي الدولة التي فيها مركز إدارة الشركة العارضة على الإنترنت من خلال صفحتها الإلكترونية، واعتبار مكان التنفيذ هو المكان الذي تُسلم فيه البضاعة وهو غالباً دولة المشتري التي أعلن عنها

¹. سامي مصطفى فرحان، تنازع القوانين في عقود التجارة الإلكترونية، مرجع سابق، ص 55.

². إبراهيم أحمد زمزمي، القانون الواجب التطبيق في منازعات عقود التجارة الإلكترونية، دراسة مقارنة، رسالة دكتوراه، كلية الحقوق جامعة عين شمس، 2007، ص 433.

³. صلاح علي حسين، القانون الواجب التطبيق على عقود التجارة الإلكترونية ذات الطابع الدولي، مرجع سابق، ص 15.

⁴. قانون الأونسيترال النموذجي بشأن التجارة الإلكترونية الصادر في 12 حزيران/ يونيو 1995م، منشور على موقع لجنة الأمم المتحدة للقانون التجاري الدولي <https://uncitral.un.org/sites/uncitral.un.org/files/media->

documents/uncitral/ar/ml-ecomm-a_ebook_1.pdf تاريخ الدخول 2020/11/3.

المشتري للبائع عند إبرام العقد الإلكتروني. ولا بُد من الإشارة هنا إلى أنه لا عبء لمكان التواجد الفعلي للمشتري لحظة التعاقد الإلكتروني؛ بسبب صعوبة تحديده على وجه الدقة، ومن الأفضل الأخذ بالدولة التي يقيم فيها المشتري بصفة دائمة والتي أقر بها للبائع على صفحة الإنترنت عند إبرامه للعقد¹. ولا يمكن قبول فكرة دولية العقد الإلكتروني لمجرد اختيار أطراف العقد قانوناً أجنبياً ليطبق على هذا العقد، ذلك أنه لكي يطبق القاضي قواعد الإسناد عليه أن يتأكد في البداية وبشكل أولي من مدى دولية العلاقة التي ينظرها، فلا يمكن للقاضي اعتبار اختيار الأطراف للقانون الواجب التطبيق على العقد سبباً لإضفاء الصفة الدولية عليه².

الاتجاه الثاني: لزوم التمييز بين عقود التجارة الإلكترونية الدولية والمحلية

يرى أصحاب هذا الرأي أنه لا بُد من التفرقة بين العقود التي تُبرم عبر الإنترنت عن طريق وضع معيار لهذه التفرقة والذي يتمثل بقصر العرض وإطلاقه³، والمقصود بذلك هل عرض الموجب يقتصر على حدود دولة معينة أم أنه مطلق وذلك كما يلي:

- 1- عقود يقتصر عرضها من قبل مقدم العرض داخل حدود دولة معينة، ويبرم العقد عبر شبكة الإنترنت، ويتم تنفيذه داخل حدود الدولة محل العرض، بالتالي يتم تركيز جميع عناصر العقد داخل دولة واحدة، ولا يوجد عناصر أجنبية تضيف عليه صفة دولية بناءً على المعيار القانوني، ولا يتضمن انتقال للقيم الاقتصادية بناءً على المعيار الاقتصادي⁴، وبالتالي لا مجال لإعمال قواعد القانون الدولي الخاص⁵.

¹. حسام أسامة شعبان، الاختصاص الدولي للمحاكم وهيئات التحكيم في منازعات التجارة الإلكترونية، رسالة دكتوراه، كلية الحقوق قسم القانون الدولي الخاص، جامعة الإسكندرية، 2008، ص13.

². حسام أسامة شعبان، الاختصاص الدولي للمحاكم وهيئات التحكيم في منازعات التجارة الإلكترونية، المرجع السابق، ص14.

³. حسام أسامة شعبان، الاختصاص الدولي للمحاكم وهيئات التحكيم في منازعات التجارة الإلكترونية، المرجع السابق، ص24.

⁴. أشرف وفا، عقود التجارة الإلكترونية في القانون الدولي الخاص، بحث منشور، المجلة المصرية للقانون الدولي، مجلد57، 2001، ص197.

⁵. حسام أسامة شعبان، الاختصاص الدولي للمحاكم وهيئات التحكيم في منازعات التجارة الإلكترونية، المرجع السابق، ص34.

2- يقوم مقدم العرض بإطلاق عرضه ولا يقتصر على حدود دولة معينة، بالتالي فهو يُعطي المجال لمختلف الأشخاص مهما كانت جنسيتهم أو مكان إقامتهم المعتاد، فهو عرض عام يعطي للطرف الأول (المستهلك) أن يتعاقد مع مورد الخدمة والسلعة والمتواجد في دولة ثانية، وقد تكون شركة التكنولوجيا المعالجة للبيانات في دولة ثالثة، فهنا يكون العقد دولياً¹ ويكون هناك إمكانية لتطبيق قواعد القانون الدولي الخاص عليه. وهنا يتحقق المعيار القانوني بسبب احتواء العقد على عنصر أجنبي مثل اختلاف جنسية الأطراف أو محل إقامتهم، وأيضاً يتحقق المعيار الاقتصادي بسبب انتقال السلع والأموال عبر الحدود بين الدول².

ثالثاً: المعيار الملائم لتحديد دولية عقود المستهلك الإلكتروني

يعجز المعيار الاقتصادي عن تفسير دولية بعض العقود الاستهلاكية الإلكترونية التي تُبرم وتنفذ إلكترونياً، مثل الكتب والمجلات الإلكترونية والبرامج الحاسوبية والأفلام وملفات الموسيقى ... وغيرها³؛ لأن هذه العقود يكفي اختلاف محل إقامة الأطراف حتى يتحقق العنصر الأجنبي والاعتداد بدولية العقد، ومن ناحية أخرى فإن المعيار القانوني الموسع لا يكشف عن دولية العقد، ونرى ذلك في حال ارتباط العقد بعنصر أجنبي غير فعال لا يُضفي الصفة الدولية للعقد، كما لو أن فلسطينياً تعاقد لشراء سلعة من أردني وكلاهما يقيم في فلسطين على أن يدفع الطرف الأول ثمن السلعة عبر الإنترنت ويقوم الثاني بتوصيل السلعة للطرف الأول، بالتالي على الرغم من توفر الصفة الأجنبية -اختلاف جنسية الأطراف- إلا أنها لم تضيف صفة الدولية للعقد والتي تثير مسألة تنازع القوانين، فإن المعيار القانوني المضيق القائم على ارتباط الصفة الأجنبية بأحد العناصر المؤثرة في العقد مثل مكان إبرام العقد أو مكان تنفيذ العقد... هو الأنسب للكشف عن دولية عقود الاستهلاك الإلكترونية.

¹. أحمد الهواري، عقود التجارة الإلكترونية في القانون الدولي الخاص، بحث مقدم إلى مؤتمر الأعمال المصرفي الإلكترونية بين الشريعة والقانون، كلية الشريعة والقانون، جامعة الإمارات العربية المتحدة، 2003، المجلد الرابع، ص 1645.

². سليمان أحمد فضل، المنازعات الناشئة عن عقود التجارة الإلكترونية في إطار القانون الدولي الخاص، مرجع سابق، ص 149.

³. حسام أسامة شعبان، الاختصاص الدولي للمحاكم وهيئات التحكيم في منازعات التجارة الإلكترونية، مرجع سابق، ص 55.

وفي كل الأحوال لا بُد أن تخضع مسألة تحديد مدى فعالية وتأثير العنصر الأجنبي على دولية العقد الاستهلاكي الإلكتروني لتقدير القاضي المعروض أمامه النزاع؛ كون العناصر الفعالة قد تختلف من قضية إلى أخرى، بحيث يصعب تحديدها بشكل مسبق ومن الأفضل تركها لتقدير القاضي مع فرض الرقابة عليه.

وتجد الباحثة أنه لا بُد من التمييز بين العقود التي تبرم عبر الإنترنت فيما إذا اتجهت إرادة المنتج أو البائع لطرح هذه المنتجات داخل حدود دولة معينة، أم أنها لا تقتصر على حدود دولة معينة وأنها مطلقة العرض، ولتحقيق ذلك لا بُد أن تُلزم قوانين حماية المستهلك المنتج أو البائع بضرورة تقديم بيانات تحدد نطاق عرض منتجه وتحديد موقعه الجغرافي؛ كون ذلك يساهم وبشكل فعال في تحديد مدى دولية عقود الاستهلاك الإلكتروني.

المبحث الثاني:

علاقة القانون الدولي الخاص بحماية المستهلك في العقود الإلكترونية

نص المشرع الفلسطيني في مشروع القانون المدني رقم (4) لسنة 2012 في المادة (1/25) أنه "يسري على الالتزامات التعاقدية قانون الدولة التي يوجد فيها الموطن المشترك للمتعاقدين، وإن اختلفا موطناً يسري قانون الدولة التي تم فيها العقد ما لم يتفق المتعاقدان أو يتبين من الظروف أن قانوناً آخر هو المراد تطبيقه"، ويتضح من هذا النص أن ضابط الإسناد في العقود الدولية هو قانون الإرادة، ثم يليه قانون دولة الموطن المشترك للمتعاقدين ثم قانون دولة إبرام العقد. فما مدى ملائمة تطبيق هذه القواعد على عقود الاستهلاك الإلكترونية، خاصة وأن المستهلك هو الطرف الضعيف الذي لا يملك القوة الاقتصادية أو القانونية وكون أن رضا المستهلك في عقود الاستهلاك الإلكترونية غالباً ما يضلها ويؤثر عليها الكم الهائل من الإعلانات التي تدفعه إلى التعاقد. وهنا ظهر دور الفقه الحديث الذي يبحث عن قواعد أكثر ملائمة لحماية المستهلك في العقود الإلكترونية الدولية وهذه القواعد تتطلب أن تكون مرنة؛ من أجل أن تسمح للقاضي باختيار القانون الأكثر حماية للمستهلك من بين القوانين المتزاحمة، وعليه تم تقسيم هذا المبحث الى ثلاثة مطالب، المطلب الأول للحديث عن ضابط الإرادة، والمطلب الثاني للحديث عن قواعد الإسناد التقليدية وضابط الأداء المميز، ومدى ملائمتهم لحماية المستهلك في عقود الاستهلاك الإلكترونية الدولية، والمطلب الثالث لبيان ضوابط الإسناد الملائمة لحماية المستهلك الإلكتروني .

المطلب الأول:

ضابط الإرادة

استقرت معظم التشريعات الوطنية وكذلك الاتفاقيات الدولية على أن تُخضع عقودها الدولية لقانون الإرادة. فهل يراعي ضابط الإرادة خصوصية عقود الاستهلاك الدولية؟

الفرع الأول:

مبررات ضابط الإرادة

إن القاعدة الرئيسية التي حددتها نظرية تنازع القوانين في إطار العقود الدولية هي إخضاع العقد الدولي للقانون الذي يحدده الأطراف بإرادتهم¹، ولقد تم تكريس هذا المبدأ في العديد من الاتفاقيات الدولية، أذكر منها اتفاقية روما بشأن القانون الواجب التطبيق على الالتزامات التعاقدية لسنة 1980، في المادة (3) منها، واتفاقية لاهاي بشأن القانون الواجب التطبيق على البيوع الدولية للبضائع لسنة 1986، في المادة (1/7)، وتم تكريس هذا المبدأ في معظم التشريعات الوطنية ومنها القانون المدني المصري في المادة (19) ومشروع القانون المدني الفلسطيني في المادة (1/25). ونجد أن مبررات قبول مبدأ سلطان الإرادة في الفقه أنه كفيل بحماية توقعات أطراف العقد سيما وأنهم عندما يحددون التزاماتهم وواجباتهم ينظرون إلى قانون معين يتوقعون انطباقه على عقودهم². وأنه يمكن للمتعاقدين عن طريق تعيين قانون معين معرفة الالتزامات الخاصة بهم وتوقع ما قد يترتب على اختيارهم من نتائج في حال عرض النزاع على محكمة مختصة³، أو أن الأطراف يريدون اختيار قانون على درجة من النضج الفني تؤهله لحكم عقودهم؛ كونه الأكثر ملائمة من غيره من القوانين، وهذا ما جاء في أحد أحكام القضاء الأمريكي في عام 2001، في حكم للمحكمة الاتحادية حيث حصل نزاع بين مغنية (Manson) وشركة إنتاج (Radioactive) في عام 1992، واتفق الأطراف أن تكون محكمة نيويورك هي المحكمة المختصة وتطبيق قانونها، في عام 2000، رفعت المغنية دعوى على الشركة أمام محكمة كاليفورنيا، ودفعت

¹. أحمد عيد الكريم سلامة، نظرية العقد الدولي الطليق بين القانون الدولي الخاص وقانون التجارة الدولية (دراسة تأصيلية انتقادية)، دار النهضة العربية، القاهرة، 1989، ص 91.

². خالد عبد الفتاح خليل، حماية المستهلك في القانون الدولي الخاص، دار النهضة العربية، القاهرة، ط 1، 2002.

³. خالد عيد الفتاح محمد خليل، مرجع سابق، ص 82.

الشركة بوجود اتفاق على اختصاص محكمة نيويورك، ورُفِع الأمر إلى المحكمة الاتحادية وقررت أن شرط الاختيار صحيح وأن ولاية نيويورك لديها خبرة كبيرة في مثل هذه العقود¹. وإن اختيار الأطراف للقانون الذي يحكم عقودهم يفتح المجال أمام حرية التجارة الدولية كون استبعاد قانون الإرادة وتطبيق قانون آخر قد يؤدي إلى إعاقة حركة التجارة الدولية².

الفرع الثاني:

مدى ملائمة ضابط الإرادة في عقود الاستهلاك الإلكتروني

اتجه قسم من الفقه لاستبعاد قانون الإرادة في عقود الاستهلاك كونه يؤدي إلى تطبيق قانون ليس قانون محل إقامة المستهلك، وبالتالي يخسر المستهلك المزايا التي يوفرها له قانون محل إقامته المعتاد، ومن الأمثلة على ذلك حق فسخ العقد الذي يمنحه المشرع الفرنسي للطالب في عقود التعليم بالمراسلة حتى لا يكون الطرف الآخر متعسفاً معه، فإذا احتوى العقد على شرط تطبيق قانون غير القانون الفرنسي قد يُحرم الطالب من هذا الحق إذا كان غير معترف به في ذلك القانون³، ويرى البعض أن المشرع في استبعاده لقانون الإرادة في عقود الاستهلاك الإلكتروني الدولية يريد إعادة التوازن بين أطراف العقد وللحد من سلطان الطرف القوي الذي قد يجعل إرادة المستهلك وهو الطرف الضعيف شبه منعدمة⁴. وعلى صعيد التطبيقات التشريعية فإن بعض الدول تبنت ضمن قوانينها استبعاد قانون الإرادة في عقود الاستهلاك الإلكتروني ومنها سويسرا وذلك في نص المادة (2/120) من القانون الدولي الخاص لسنة 1987، حيث حظرت اللجوء لقانون مختار في عقود الاستهلاك⁵.

¹. يمكن الاطلاع على القضية من خلال الرابط

تاريخ الدخول [/https://law.justia.com/cases/federal/district-courts/FSupp2/153/462/2433434](https://law.justia.com/cases/federal/district-courts/FSupp2/153/462/2433434) 2020/12/28

². خالد عبد الفتاح محمد خليل، مرجع سابق، ص 84.

³. خالد عبد الفتاح محمد خليل، مرجع سابق، ص 100.

⁴. سلامة فارس عرب، وسائل معالجة اختلاف توازن العلاقات التعاقدية في قانون التجارة الدولية، رسالة دكتوراه، كلية الحقوق، جامعة القاهرة، 1998، ص 244.

⁵. https://www.unine.ch/files/live/sites/florence.guillaume/files/shared/publications/pil_act_1987_as_from_1_1_2017.pdf تاريخ الدخول 2020/12/28

ويرى البعض أن اختيار الأطراف للقانون الواجب التطبيق على عقود الاستهلاك هو بمثابة اختيار للقانون الدولي الخاص، بالتالي يُعد بمثابة قاعدة تنازع ولكنها غير عادية تقتضي على القاضي المقارنة بين القانون المختار وقانون محل الإقامة المعتادة للمستهلك لتحديد أيهما يكفل حماية أفضل للمستهلك¹. مما سبق فإنه لا يتم استبعاد دور الإرادة بشكل مطلق، وإنما يكون دورها مقيد من أجل حماية المستهلك ومنح الثقة للمستهلكين في عقود الاستهلاك ذات الطابع الدولي، فمثلاً لو تعاقد فلسطيني مع شركة في ألمانيا لشراء منتج معين وكان العقد يتضمن تطبيق القانون الألماني فإن المورد (الشركة الألمانية) لا يستطيع أن يمنع تطبيق القواعد الإلزامية والأكثر حماية للمستهلك في فلسطين.

المطلب الثاني:

مدى ملائمة قواعد الإسناد التقليدية وضابط الأداء المميز في حماية المستهلك

في حال عدم اختيار الأطراف للقانون الواجب التطبيق فما مدى ملائمة قواعد الإسناد الجامدة في حماية المستهلك الإلكتروني، وهذا ما ستنم مناقشته في الفرع الأول من هذا المطلب، أما الفرع الثاني لتوضيح ضابط الأداء المميز الذي سنته بعض التشريعات الوطنية والاتفاقيات الدولية كقاعدة مرنة بجانب قواعد الإسناد الجامدة.

الفرع الأول:

مدى ملائمة قواعد الإسناد التقليدية في حماية المستهلك الإلكتروني

معظم التشريعات الوطنية ومن ضمنها مشروع القانون المدني الفلسطيني حددت ضابطين احتياطيين يتم اللجوء إليهما في حال لم تقم الأطراف بتحديد القانون الواجب التطبيق سواء بشكل صريح أو ضمني²، وهما:

1- **ضابط الموطن المشترك:** قد يصعب تطبيق هذا الضابط في إطار العقود التجارية الدولية؛ لأنه غالباً ما يختلف موطن المتعاقدين في مثل هذه العقود³، ومن غير المتصور الأخذ بهذا الضابط في عقود الاستهلاك الإلكترونية؛ فهي تتم عبر شبكة الإنترنت وبالتالي فإن أطراف العقد لا يعلمون بموطن بعضهما البعض.

¹ سلامة فارس عرب، وسائل معالجة اختلال توازن العلاقات التعاقدية في قانون التجارة الدولية، مرجع سابق، ص 259.

² المادة (1/25) من مشروع القانون المدني الفلسطيني، المادة (19) من القانون المدني المصري.

³ حسام الدين ناصف، حماية المستهلك من خلال قواعد تنازع القوانين، دار النهضة العربية، القاهرة، 2004، ص 27.

2- ضابط محل إبرام العقد: يتم تحديد مكان انعقاد العقد بين غائبين في العقود التقليدية بناءً على فكرة الوحدة أو التلازم بين مكان انعقاد العقد وزمان الانعقاد¹، وتطبيقاً لذلك نص المشرع الفلسطيني في المادة (85) من مشروع القانون المدني الفلسطيني أنه "1- يُعد التعاقد ما بين غائبين قد تم في المكان والزمان اللذين يعلم فيهما الموجب بالقبول ما لم يوجد اتفاق أو نص يقضي بغير ذلك 2- يفترض أن الموجب قد علم بالقبول في المكان والزمان اللذين وصل إليه فيهما هذا القبول". ولكن من الصعب تطبيق ذلك على العقود الإلكترونية كونها تتم من خلال الإنترنت الذي يمثل محيطاً افتراضياً لا يهتم بالحدود المكانية والزمانية. فلو تعاقد شخص فلسطيني مع شركة فلسطينية يقع مقرها في فلسطين، وأرسل المشتري قبوله عبر الإنترنت، ولكن البائع (الموجب) علم بالقبول عند فتحه للبريد الإلكتروني وهو في السعودية، هنا يكون مكان إبرام العقد هو السعودية، وعلى الرغم من أن العلاقة القانونية تحكمها القواعد الوطنية في الأساس إلا أنها أصبحت تخضع لقواعد القانون الدولي الخاص لتوافر العنصر الأجنبي، لذلك فإن التشريعات التي تعالج التجارة الإلكترونية لم تأخذ بفكرة التلازم بين الزمان والمكان وإنما بفكرة الإزدواج التي تقوم على أساس الفصل بين زمان ومكان انعقاد العقد، بالتالي يكون العقد انعقد في لحظة معينة، ويكون مكان الانعقاد مكاناً آخر لا يرتبط بالمكان الذي انعقد فيه زماناً².

يرى الفقه عدم ملاءمة ضابط محل إبرام العقد في عقود الاستهلاك؛ كونه لا يقدم حماية فعالة للمستهلك، سيما وأن المهني من السهل عليه أن يتحكم في تحديد محل إبرام العقد بشكل يصب في مصلحته³، وإعمال ضابط مكان إبرام العقد في عقود التجارة الإلكترونية يكون عديم الفائدة؛ لأنه يفترض اتصاله في جميع الدول المرتبطة بشبكة الإنترنت⁴، حيث إن إبرام عقد الاستهلاك عبر شبكة الإنترنت يجعله متصل بكل دولة من الدول المرتبطة بها؛ كون المستخدم قد يتصل بقاعدة البيانات من أي مكان في العالم.

¹. محمد حسن قاسم، ص 91.

². محمد حسن قاسم، ص 91.

³. محمد أحمد الهواري، حماية العاقد الضعيف في القانون الدولي الخاص، في القانون الدولي الخاص، دار النهضة العربية، القاهرة، 2004، ص 137.

⁴. سليمان أحمد فضل، المنازعات الناشئة عن عقود التجارة الدولية في إطار القانون الدولي الخاص، دار النهضة العربية، القاهرة، 2011، ص 20.

بناءً على ما سبق فإن ضوابط الإسناد التقليدية التي جاءت في المادة (1/25) من مشروع القانون المدني الفلسطيني غير ملائمة لتحديد القانون الواجب التطبيق في عقود الاستهلاك الإلكترونية الدولية.

الفرع الثاني:

ضابط الأداء المميز

تقوم فكرة ضابط الأداء المميز على أساس أن هناك التزام أساسي في كل عقد التزامات أخرى ثانوية، وتحديد القانون الواجب التطبيق يكون حسب أهمية الالتزام الأساسي¹، ويمتاز ضابط الأداء المميز عن غيره بأنه "يقوم على ضرورة تحليل العناصر المتصلة بالعقد كل على حدة من أجل معرفة الإقليم الذي يتحقق فيه الأداء المميز وذلك حسب طبيعة كل عقد ونوعه، وذلك يُعد مسألة تكييف تحتاج لمجهود ذهني يتم التوصل إليها بواسطة القاضي الذي ينظر النزاع، وهنا لا يتم الاهتداء إلى القانون الواجب التطبيق إلا بمعرفة قاضي الموضوع، وهذا يعني عدم معرفة أطراف العقد بمضمون هذا القانون قبل هذه اللحظة"². ومن غير الممكن أن يكون الأداء المميز هو التزام دفع الثمن، والسبب في ذلك أن جميع العقود تشترك فيه، بالتالي يكون الأداء المميز في عقود البيع هو التزام البائع، وعند إعمال ضابط الأداء المميز من أجل تحديد القانون الواجب التطبيق على العقود الدولية ينتج عن ذلك قانون موطن أو محل إقامة الطرف صاحب الأداء المميز وهو البائع في عقد البيع³.

ومن التشريعات العربية التي تضمنت ضابط الأداء المميز القانون الدولي الخاص التونسي رقم (97) لسنة 1998، في المادة (62) وجاء فيها "يخضع العقد للقانون الذي تعينه الأطراف وإذا لم تحدد الأطراف القانون المنطبق يعتمد قانون الدولة التي يوجد بها مقر الطرف الذي يكون التزامه مؤثراً في تكييف العقد أو مقر مؤسسته إذا كان العقد قد أبرم في نطاق نشاط مهني أو تجاري"⁴.

¹. عبد المنعم زمزم، عقود الفرائض بين القانون الدولي الخاص وعقود التجارة الدولية، دار النهضة العربية، القاهرة، 2000، ص186.

². عبد المنعم زمزم، المرجع السابق، ص188.

³. هذا ما نصت عليه المادة (3) من اتفاقية لاهاي 1955، الخاصة بالقانون الواجب التطبيق على البيوع الدولية للمنتجات المادية والتي أشارت إلى "خضوع عقد البيع لقانون محل إقامة البائع بصفته الملتزم بتقديم الأداء المميز للعقد" رابط الاتفاقية على الموقع <https://www.hcch.net/en/instruments/conventions/full-text/?cid=31> تم الدخول بتاريخ 2020/11/17.

⁴. منشور على الموقع، تاريخ الدخول 2020/12/12 http://www.legislation.tn/affich-code/Code-de-droit-international-priv%C3%A9_79

على الرغم من إقرار هذا الضابط في العديد من التشريعات الوطنية والاتفاقية الدولية، إلا أنه غير ملائم لعقود الاستهلاك الإلكترونية الدولية؛ كونه يؤدي إلى تطبيق قانون المورد، وهذا لن يكفل حماية المستهلك -الطرف الضعيف- وسوف يؤثر على حقوقه التي يكفلها له قانون محل إقامته المعتاد¹.

المطلب الثالث:

ضوابط الإسناد الأكثر ملاءمة لحماية المستهلك

اتجه الفقه لوضع ضوابط إسناد تراعي وضعية المستهلك في عقود الاستهلاك الإلكترونية وتراعي حمايته؛ كونه الطرف الضعيف وهي: 1- ضابط محل إقامة المستهلك وسيتم نقاشه في الفرع الأول من هذا المطلب، 2- ضابط الإسناد إلى القانون الأكثر حماية للمستهلك وسيتم نقاشه في الفرع الثاني من هذا المطلب.

الفرع الأول:

ضابط محل إقامة المستهلك

يقوم هذا الضابط على إسناد العقد لقانون الطرف الضعيف في العقد وهو المستهلك وهو عكس ضابط الأداء المميز الذي كان من شأنه أن يُسند العقد لقانون محل إقامة المورد².
بالتالي فإن المستهلك يخضع للقواعد الحمائية التي يتضمنها قانون محل إقامة المورد، والتي رغب المشرع من خلالها تحقيق التوازن بين أطراف العقد في عقود الاستهلاك الإلكترونية. وبالمقارنة مع ضابط الأداء المميز الذي يركز على المورد أو المهني ويُهمل المستهلك كونه الملتزم بالأداء النقدي والذي لا يُعد مركز ثقل في العقد، فإن ضابط الأداء المميز جاء ليقبّل المعادلة ويصبح ضابط محل إقامة الطرف الضعيف هو المعتبر؛ من أجل تحديد القانون الواجب التطبيق في عقود الاستهلاك³.
هناك العديد من الاتفاقيات التي تبنت ضابط محل إقامة المستهلك ضمن نصوصها، اتفاقية روما لسنة 1980، في المادة (2/5) والتي أكدت علي أنه لا يجوز حرمان المستهلك من النصوص الحمائية

¹. أحمد محمد الهواري، حماية العاقد الضعيف في القانون الدولي الخاص، مرجع سابق، ص151.

². أحمد محمد الهواري، حماية العاقد الضعيف في القانون الدولي الخاص، مرجع سابق، ص154.

³. أحمد عبد الكريم سلامة، علم قاعدة التنازع والاختيار بين الشرائع أصولاً ومنهجاً، مكتبة الجلاء الجديدة، المنصورة،

ط1، دون سنة نشر، ص207.

الأمرة في قانون محل إقامته المعتاد¹، ومن القوانين الوطنية التي تبنت هذا الضابط القانون الدولي الخاص التركي في المادة (2/26) أنه "في حال لم يحدد الأطراف القانون الواجب التطبيق على عقدهم يسري قانون محل إقامة المعتاد للمستهلك"².

على الرغم من تبني العديد من التشريعات لضابط محل إقامة المستهلك إلا أنه قد لا يكون الأكثر حماية للمستهلك، وذلك بسبب اختلاف التشريعات عند وضعها للنصوص والقواعد الحمائية للمستهلك، بمعنى أن قانون محل إقامة المستهلك قد لا يحقق الحماية الأفضل له بالمقارنة مع قانون آخر كان من الممكن أن يُطبق على العقد فيما لو لم يتدخل قانون محل إقامة المستهلك³. وعليه لا بُد أن تتضمن قاعدة التنازع الخاصة بإسناد عقود الاستهلاك الإلكتروني إلى قانون محل إقامة المستهلك استثناءً يمنح القاضي صلاحية تطبيق قانون آخر غير قانون محل إقامة المستهلك متى كان أصلح للمستهلك وأكثر حماية له⁴.

الفرع الثاني:

الإسناد إلى القانون الأكثر حماية للمستهلك

جاءت فكرة القانون الأكثر حماية للمستهلك بسبب اختلاف التشريعات في تقديرها للحماية المطلوبة للمستهلك، فهناك تشريعات كانت على درجة من النضج الفني، وتشريعات أخرى لم تواكب التطورات الحديثة. والإسناد إلى القانون الأكثر حماية جاء كقاعدة مساندة لقاعدة الإسناد المتمثلة بضابط موطن أو محل الإقامة المعتاد للمستهلك، وإعطاء القاضي دوراً إيجابياً يتمثل بأن يبحث في القوانين المتزاحمة أيهما أفضل للمستهلك⁵. وهنا يُفترض تعدد ضوابط الإسناد التي تحدد القانون الواجب التطبيق، فمثلاً تقوم

¹ [https://eur-](https://eur-lex.europa.eu/legalcontent/EN/TXT/PDF/?uri=CELEX:41998A0126(02)&from=EN)

[lex.europa.eu/legalcontent/EN/TXT/PDF/?uri=CELEX:41998A0126\(02\)&from=EN](https://eur-lex.europa.eu/legalcontent/EN/TXT/PDF/?uri=CELEX:41998A0126(02)&from=EN) تاريخ

الدخول 2020/10/28

² <https://www.ispramed.com/wp-content/uploads/2018/07/IPPL-Turkey.pdf> تاريخ الدخول

2020/12/22

³ أحمد محمد هوارى، مرجع سابق، ص 157.

⁴ حسام الدين فتحي ناصف، مرجع سابق، ص 64.

⁵ حسام الدين ناصف، مرجع سابق، ص 67..

الأطراف باختيار قانون من أجل أن يحكم عقدهم، فيقوم القاضي بالتنقل بين ضوابط الإسناد من أجل اختيار القانون الذي يوفر حماية أفضل من بين القوانين المتزاحمة¹.

بالتالي فإن استبعاد قانون الإرادة وتطبيق قانون محل إقامة المستهلك المعتاد قد يأتي بأثار سلبية على المستهلك نفسه، والأمر نفسه أيضاً عند تطبيق القانون الأوثق صلة بالعقد، بالتالي لا بُد من إعطاء الأولوية لضابط الإسناد الذي يؤدي إلى توفير حماية أكثر للطرف الضعيف².

العديد من التطبيقات التشريعية الدولية والوطنية أخذت بهذا الضابط، ومنها اتفاقية روما 1980، في المادة (5) وجاءت بصيغة تعترف بالقانون المختار من قبل الأطراف، إلا أنها تقيده بتحقيق حماية أفضل من الحماية المقررة في قانون محل إقامة المستهلك المعتاد³.

وفي حال عدم وجود قانون مختار من قبل أطراف العقد، يتم تطبيق قانون محل إقامة المستهلك المعتاد والذي يوفر الحد الأدنى من الحماية⁴.

بناءً على ما سبق يُعد هذا الضابط من أكثر ضوابط الإسناد ملاءمة ليحكم عقد الاستهلاك الإلكتروني، فهو من ناحية لا يحرم الأطراف من حرية اختيار القانون الذي سيحكم عقدهم، ومن ناحية أخرى فهو يأخذ بعين الاعتبار قانون محل الإقامة المعتاد للمستهلك في حال أخل قانون الإرادة بمصلحة المستهلك.

الخاتمة:

بعد الإلتهاء من هذا البحث الذي أعدته الباحثة بعنوان "الطبيعة الخاصة لحماية المستهلك ضمن قواعد القانون الدولي الخاص"، وضحت الباحثة مفهوم المستهلك الإلكتروني وخصوصية حمايته في إطار القانون الدولي الخاص، وبيّنت المعيار الملائم لتحديد دولية عقود المستهلك الإلكتروني، وبيّنت علاقة القانون الدولي الخاص بحماية المستهلك في العقود الإلكترونية من خلال مناقشة مدى ملائمة ضابط الإرادة وضابط الأداء المميز، وقواعد الإسناد التقليدية في حماية المستهلك في عقود الاستهلاك

¹. خالد عبد الفتاح خليل، مرجع سابق، ص 197.

². خالد عبد الفتاح خليل، مرجع سابق، ص 199.

³. <https://eur-lex.europa.eu/legal->

⁴. حسام الدين ناصف، مرجع سابق، ص 69.

الإلكترونية. ومن أجل واكتمال الفائدة المرجوة من هذا البحث استنتجت الباحثة مجموعة من النتائج بالإضافة إلى وضع بعض التوصيات على النحو الآتي:

أولاً: النتائج.

1. وضعت بعض التشريعات قواعد خاصة لحماية المستهلك في إطار القانون الدولي الخاص ومنها الاستبعاد الكلي لمبدأ حرية الإرادة، وقاعدة تقييد حرية الأطراف في اختيار القانون الواجب التطبيق.
2. إن المعيار الأنسب للكشف عن دولية عقود الاستهلاك الإلكتروني هو المعيار القانوني المضيق؛ الذي يفترض ارتباط الصفة الأجنبية بأحد العناصر المؤثرة في العقد، ويترك تحديد مدى فعالية العنصر الأجنبي وتأثيره على دولية العقد لتقدير القاضي بسبب صعوبة تحديدها بشكل مسبق.
3. معظم التشريعات والتطبيقات القضائية تبنت فكرة استبعاد قانون الإرادة في حال لم يحقق حماية للمستهلك، وهذا بدوره يمنح الثقة للمستهلكين، ويحقق نوع من العدالة لهم.
4. قصور التشريعات الفلسطينية من ناحية إدراج قواعد إسناد تساعد في تحديد القانون الواجب التطبيق.
5. عدم ملاءمة ضابطي الإسناد الاحتياطين والذين نص عليهما المشرع الفلسطيني في مشروع القانون المدني الفلسطيني رقم (4) لسنة 2012، وهما: ضابط الموطن المشترك، وضابط محل إبرام العقد في توفير الحماية المطلوبة للمستهلك عند تحديد القانون الواجب التطبيق على عقود الاستهلاك الإلكترونية الدولية.
6. عدم ملاءمة ضابط الأداء المميز في تحديد القانون الواجب التطبيق على عقود الاستهلاك الإلكترونية، فهو يؤدي إلى تطبيق قانون المورد وبالتالي لن يكفل حماية المستهلك (الطرف الضعيف).
7. يُعد ضابط الإسناد إلى القانون الأكثر حماية للمستهلك من أكثر ضوابط الإسناد ملاءمة ليحكم عقد الاستهلاك الإلكتروني، فهو يعطي الأطراف حق اختيار القانون الذي سيطبق على عقدهم، وأيضاً يأخذ بعين الاعتبار محل الإقامة المعتاد للمستهلك في حال أخل قانون الإرادة بمصلحة المستهلك.

ثانياً: التوصيات

1. العمل على إصدار قانون دولي خاص فلسطيني، والعمل على أفراد نصوص قانونية خاصة تنظم مسألة تنازع القوانين في عقود الاستهلاك الإلكترونية ذات الطابع الدولي، والنص على ضوابط إسناد تتلاءم مع طبيعة عقود الاستهلاك الإلكترونية مثل ضابط إسناد محل إقامة المستهلك وضابط الإسناد إلى القانون الأكثر حماية للمستهلك.

2. أوصي المشرع الفلسطيني بأن يتصدى ضمن النصوص القانونية وبشكل صريح لمسألة إلزام المنتج (المهني) في عقود الاستهلاك الإلكتروني بالإدلاء بالبيانات اللازمة لتحديد نطاق عرضه الموجه للجمهور، وتحديد موقعه الجغرافي؛ وذلك من أجل تحقيق التفرقة بين العقود التي تُبرم عبر الإنترنت، وتمييز مدى تحقق دولية عقود الاستهلاك وإمكانية تطبيق قواعد القانون الدولي الخاص عليها.

3. العمل على استحداث قضاة مختصون للنظر في منازعات عقود الاستهلاك عامةً وذات الطابع الدولي خاصةً.

بيان تضارب المصالح:

يقر جميع المؤلفين أنه ليس لديهم أي تضارب في المصالح

قائمة المصادر و المراجع:

أولاً: التشريعات

1. المبادئ التوجيهية الصادرة عن الأمم المتحدة لحماية المستهلك منشورة على الموقع https://unctad.org/en/PublicationsLibrary/ditccplpmisc2016d1_ar.pdf تاريخ الدخول 2020/9/14.
2. مشروع القانون المدني الفلسطيني رقم (4) لسنة 2012.
3. تنظيم بروكسيل المعدل في 2012، المتعلق بالاختصاص القضائي الدولي للمحاكم الوطنية والاعتراف بالأحكام القضائية الأجنبية منشور على الرابط: eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=OJ:L:2012:351:0001:0032:en:P
4. تنظيم روما الأوروبي (2008/593) بشأن القانون الواجب التطبيق على الالتزامات التعاقدية في المسائل المدنية والتجارية، منشور على الرابط: eurlex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=OJ:L:2008:177:0006:0016:EN:PDF
5. القانون الدولي الخاص التركي رقم (5718) لسنة 2007، منشور على الرابط: <https://www.ispramed.com/wp-content/uploads/2018/07/IPPL-Turkey.pdf> تاريخ الدخول 2020/12/22.
6. الدولي الخاص التونسي رقم (97) لسنة 1998، منشور على الرابط: <http://www.legislation.tn/affich-code/Code-de-droit-international-priv%C3%A9>
7. قانون الأونسيتال النموذجي بشأن التجارة الإلكترونية الصادر في 12 حزيران/ يونيو 1995، منشور على موقع لجنة الأمم المتحدة للقانون التجاري الدولي https://uncitral.un.org/sites/uncitral.un.org/files/media-documents/uncitral/ar/ml-ecomm-a_ebook_1.pdf تاريخ الدخول 2020/11/3
8. القانون الدولي الخاص السويسري 1987، منشور على الرابط: https://www.unine.ch/files/live/sites/florence.guillaume/files/shared/publications/pil_a-ct_1987_as_from_1_1_2017.pdf تاريخ الدخول 2020/12/28
9. اتفاقية روما بشأن القانون الواجب التطبيق على الالتزامات التعاقدية 1980، تاريخ الدخول 2020/10/28. منشور على الرابط: [https://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/PDF/?uri=CELEX:41998A0126\(02\)&from=EN](https://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/PDF/?uri=CELEX:41998A0126(02)&from=EN)
10. القانون الموحد للعقود في التشريع الإنجليزي منشور على الرابط: <https://www.legislation.gov.uk/ukpga/1977/50/section/27> تاريخ الدخول 2020/12/28

ثانياً: الكتب

1. إبراهيم، خالد ممدوح، حماية المستهلك في المعاملات الإلكترونية، دراسة مقارنة، الدار الجامعية، الإسكندرية، 2007.
2. النمر، أبو العلا علي، حماية المستهلك في العلاقات الخاصة ذات الطابع الدولي، القاهرة، دار النهضة العربية، 1998.
3. الهواري، محمد أحمد، حماية العاقد الضعيف في القانون الدولي الخاص، في القانون الدولي الخاص، دار النهضة العربية، القاهرة، 2004.
4. أبو هشيمة، عادل، عقود خدمات المعلومات الإلكترونية في القانون الدولي الخاص، القاهرة، دار النهضة العربية، 2005.
5. جميعي، حسن عبد الباسط، حماية المستهلك، الحماية الخاصة لرضاء المستهلك في عقود الاستهلاك، دار النهضة العربية، القاهرة، 1996.
6. حمد الله، محمد حمد الله، حماية المستهلك في مواجهة الشروط التعسفية في عقود الاستهلاك، دراسة مقارنة، دار الفكر العربي، القاهرة، 1997.
7. خليل، خالد عبد الفتاح، حماية المستهلك في القانون الدولي الخاص، دار النهضة العربية، القاهرة، ط1، 2002.
8. زمزم، عبد المنعم، عقود الفرانشيز بين القانون الدولي الخاص وعقود التجارة الدولية، دار النهضة العربية، القاهرة، 2000.
9. سلامة، أحمد عبد الكريم، نظرية العقد الدولي الطليق بين القانون الدولي الخاص وقانون التجارة الدولية، دار النهضة العربية، القاهرة، 1989.
10. سلامة، أحمد عبد الكريم، علم قاعدة التنازع والاختيار بين الشرائع أصولاً ومنهجاً، مكتبة الجلاء الجديدة، المنصورة، ط1، دون سنة نشر.
11. صادق، هشام، القانون الواجب التطبيق على عقود التجارة الدولية، منشأة المعارف، الإسكندرية، 1995.
12. عمران، محمد السيد، حماية المستهلك أثناء تكوين العقد، دراسة تحليلية وتطبيقية للنصوص الخاصة بحماية المستهلك، منشأة المعارف، الإسكندرية، 1986.

13. فضل، سليمان أحمد، المنازعات الناشئة عن عقود التجارة الدولية في إطار القانون الدولي الخاص، دار النهضة العربية، القاهرة، 2011.

14. ناصف، حسام الدين، حماية المستهلك من خلال قواعد تنازع القوانين، دار النهضة العربية، القاهرة، 2004.

15. ياقوت، محمد، حرية المتعاقدين في اختيار قانون العقد الدولي بين النظرية والتطبيق، منشأة المعارف، 2004.

ثالثاً: الأبحاث والدراسات

1. البحيري، عزت محمد، القانون الواجب التطبيق على المعاملات الإلكترونية، بحث مقدم إلى مؤتمر الأعمال المصرفية الإلكترونية بين الشريعة والقانون، كلية الشريعة والقانون، جامعة الإمارات العربية المتحدة، المجلد الرابع، 2003.

2. الهواري، أحمد، عقود التجارة الإلكترونية في القانون الدولي الخاص، بحث مقدم إلى مؤتمر الأعمال المصرفية الإلكترونية بين الشريعة والقانون، كلية الشريعة والقانون، جامعة الإمارات العربية المتحدة، 2003، المجلد الرابع.

3. زمزمي، إبراهيم أحمد، القانون الواجب التطبيق في منازعات عقود التجارة الإلكترونية، دراسة مقارنة، رسالة دكتوراه، كلية الحقوق جامعة عين شمس، 2007.

4. سلامة، أحمد عبد الكريم، الإنترنت والقانون الدولي الخاص فراق أم تلاق، بحث مقدم لمؤتمر القانون التكنولوجي والإنترنت، كلية الشريعة والقانون، جامعة الإمارات العربية المتحدة، المجلد الأول، الطبعة الثانية، 2004م.

5. شعبان، حسام أسامة، الاختصاص الدولي للمحاكم وهيئات التحكيم في منازعات التجارة الإلكترونية، رسالة دكتوراه، كلية الحقوق قسم القانون الدولي الخاص، جامعة الإسكندرية، 2008.

6. عرب، سلامة فارس، وسائل معالجة اختلاف توازن العلاقات التعاقدية في قانون التجارة الدولية، رسالة دكتوراه، كلية الحقوق، جامعة القاهرة، 1998.

7. فرحان، سامي مصطفى، تنازع القوانين في عقود التجارة الإلكترونية، رسالة دكتوراه، كلية الحقوق، جامعة عين شمس، 2006.

رابعاً: أحكام قضائية

1. ECJ, Peter Pammer v. Reederei Karl Schlüter GmbH & Co. KG (C-585/08) and Hotel Alpenhof GmbH v. Olivier Heller (C-144/09), Joined Cases C-585/08 and C-144/09 . Available online date of entry 5/10/2020
2. https://eurlex.europa.eu/legalcontent/en/TXT/PDF/?uri=uriserv%3AOJ.C_.2011.055.01.0004.01.ENG
3. Radioactive, JV v. Manson, 153 F. Supp. 2d 462 (S.D.N.Y. 2001) Available online date of entry 28/12/2020
<https://law.justia.com/cases/federal/districtcourts/FSupp2/153/462/2433434/>

خامساً: الدراسات الأجنبية

1. Word schemmaekers, the notion "consumer" in European private law, Master's thesis of the study program master of law' Universty of Ghent, 2014, page 56. Available online date of entry 10/10/2020
https://lib.ugent.be/fulltxt/RUG01/002/163/256/RUG01-002163256_2014_0001_AC.pdf

Historical phases of diplomacy development

المراحل التاريخية لتطور الدبلوماسية

**Revlsya Faisal Abu Jaber
(Palestine)**

Historical phases of diplomacy development

المراحل التاريخية لتطور الدبلوماسية

Revlsya Faisal Abu Jaber
Palestinian Bar Association
Revlsya.faisal@gmail.com

Received date: 31-03-2024

Acceptance date: 20-04-2024

Date of publication: 01-06-2024

DOI: <https://doi.org/10.70411/MJLS.2.2.2024118>**Abstract:**

in international relations diplomacy serves as the channel for representation. States through the practice of diplomacy expose and position themselves in the international system by the use of the soft power because, its values are not imposed forcefully on countries but they rather inculcate the habit by practicing, reciprocity, and mutual consent. aiding in the expansion of political, economic and cultural ties between countries in the global system, and most importantly aid at ending up in a peaceful correlation among states. The research begin by introducing diplomacy, the origin of this word and concept, the diplomat, the most important practices and roles that he carries out, in addition to the international treaties that govern diplomatic relations, and exploring the historical development of diplomacy and reviewing its origins, starting with the correspondence that was sent between tribes and the immunity enjoyed by the messenger, all the way to the Renaissance era in Europe, and Italy in particular, and their advancement of diplomacy to what closely resembles modern-day diplomacy. Then move quickly to post-World Wars diplomacy as a pivotal point in the history of the development of diplomacy after countries found themselves recovering from devastating wars, and which worked to dissolve the traditional concept of borders, especially with the presence of the Internet and the unprecedented development in all means of communication 7 social media platforms and its contribution to performing all the tasks of diplomacy in a proper smother manner as well as the emergence of the concept of digital diplomacy. and how the change in the international system affected the development of diplomacy, its function and its concept.

Keywords: Modern diplomacy, diplomate, historical development ,diploma, globalization.

الملخص:

إنّ الدبلوماسية في العلاقات الدولية تُعتبر بمثابة قناة للتمثيل. إنّ الدّول من خلال ممارستها للدبلوماسية تكشف عن نفسها، وتضع نفسها في النظام الدّولي عن طريق استخدام القوة النّاعمة، لأن قيمها لا تُفرض بالقوة على الدّول، بل تُغرس هذه العادة من خلال الممارسة والمعاملة بالمثل والموافقة المتبادلة. وتهدف الدبلوماسية في كثير من الأحيان إلى المساعدة في توسيع العلاقات السّياسية والإقتصادية والثقافية بين الدّول في النظام العالمي، كذلك تساهم في المحافظة على علاقة سلمية بين الدّول، أو المساهمة في الوصول إلى حلول سلمية في أوقات الأزمات و الصراعات. يشمل البحث التعريف بالدبلوماسية ونشأتها، والمفهوم و الدبلوماسي وأهم الممارسات والأدوار التي يقوم بها بالإضافة إلى المعاهدات الدولية التي تحكم العلاقات الدبلوماسية، ثم بتطرق البحث إلى التطور التاريخي للدبلوماسية واستعراض أصولها بدءاً من المراسيل التي كانت تُبعث ما بين القبائل، والحصانة الذي يتمتع بها الرسول وصولاً الى عصر النهضة في أوروبا تحديداً في إيطاليا ونهضتهم بالدبلوماسية إلى أقرب ما تشبه فيه الدبلوماسية في العصر الحديث. ثم الانتقال إلى دبلوماسية ما بعد الحربين العالميتين كنقطة محورية في تاريخ تطور الدبلوماسية بعد أن وجدت الدّول نفسها تتعافى من حروب مدمرة، وبدأ ظهور أشخاص جدد في المنظومة الدولية على الساحة الدبلوماسية مثل المنظمات الدولية والاقليمية، حتى نصل إلى الدبلوماسية الحديثة، وتأثير ظاهرة العولمة التي عملت على اذابة مفهوم الحدود التقليدي خاصة مع وجود الانترنت والتطور غير المسبوق في كافة وسائل الاتصال والتواصل وإسهامه في أداء كافة مهام الدبلوماسية بشكل سلس وظهور مفهوم الدبلوماسية الرقمية، وكيف أثر التغير في النظام الدولي على تطور الدبلوماسية وظيفاً ومفهوماً.

الكلمات المفتاحية: الدبلوماسية، التطور التاريخي، الدبلوماس، الدبلوماسية الحديثة، العولمة.

Introduction

Diplomacy is the way in which the state express its image and existence on the international level, or as described by Robin Hobb “Diplomacy is the velvet glove that cloaks the fist of power.” Or by the Syrian expert, Mamoun al-Hamwi, diplomacy is a practical exercise of running the foreign affairs of the state, and it is a science and art ... a science that requires a deep study of the existing relations between states and their mutual interests, in the past and the present, and it is an art because it is based on special talents of the diplomat whose mainstay is tact, prudence and strength of observation also awareness and knowledge

There is no doubt that humans have always engaged in activities that involve sending messages back and forth. However, Edmund Burke was the first to label diplomacy in 1796, (Iriqat) , in international relations diplomacy serves as the channel for representation. States through the practice of diplomacy expose and position themselves in the international system, its often called out as the second oldest profession, or called as the soft power because, its values are not imposed forcefully on countries but they rather inculcate the habit by practicing, reciprocity, and mutual consent.

Countries by diplomacy set out the broader goals and strategies that guide their interactions with the rest of the world. International treaties, agreements, alliances, are usually the result of diplomatic relation, states correlate with each in a cordial manner , to negotiate on policies that correspond to the interest of both states ,so do the diplomats who voice out the views, policies and objections of countries as participators in the international system, aiding in the expansion of political, economic and cultural ties between countries in the global system , and most importantly aid at ending up in a peaceful correlation among states.

Starting with the correspondence that was sent between tribes and the immunity enjoyed by the messenger, the research begins by introducing diplomacy, the origin of this word and concept, the diplomat, the primary duties and roles that a diplomat carries out, as well as to the international treaties that regulate diplomatic relations. It then explores the historical development of diplomacy and reviews its origins, all the way up to the Renaissance era in Europe, and specifically Italy, and their advancement of diplomacy to what closely resembles modern-day diplomacy. Then, as states started recovering from catastrophic conflicts, swiftly shift to post-World War II diplomacy as a turning point in the history of the profession.

Chapter one:

Definition and concept of Diplomacy

As Sir Ernest Satow said “Diplomacy is the application of intelligence and tact to the conduct of official relations between governments of independent states.” Or way, with which the government and the private individuals and groups can directly or indirectly influence those public opinions and positions, which directly influence the foreign politics decisions of another government (Benno H. Signitzer, 1992), or that its the conduct of international relations by negotiation and dialog or by any other means to promote peaceful relations among states by a set of practices, institutions, and discourses that are key for the functional and normative needs (Cornago, 2019.).

A diplomat is a person appointed by a state to conduct its diplomatic affairs with other countries or with international organizations. This diplomat enjoys diplomatic immunity, which means a kind of legal immunity. It is a policy followed among the governments of countries to ensure that their diplomats are not prosecuted and tried under any legal penalty by the host country. Within an agreement that was signed and considered international law at the Vienna Conference on Diplomatic Relations, which was held in the year one thousand nine hundred and sixty-one. (الحلايقة، آخر تحديث: ١٢:٤٩ ، ٢٧ يونيو ٢٠١٩).

Vienna Convention on Diplomatic Relations 1961. A treaty of an international nature that established the procedures and controls that govern diplomatic work between countries, defines the meaning of a diplomatic mission and the rights and duties of its members, and precisely clarifies the concepts of diplomatic immunities and privileges and mechanisms for severing relations. In fact, it is an extension of a historical context in which peoples have tried since ancient times to deal with each other through peaceful channels, in which the diplomatic envoy represents the cornerstone role. (Salmon, 1994) (خداوي, 2020/2019)

In addition to Vienna Convention on Consular Relations: 1969: This agreement came as a result of a long history of consular practice that was primarily linked to commercial relations and was later colored by political, judicial and maritime relations and others. We can say that the Convention regulates consular relations from the perspective of the jurisdiction of international law so that determine the basic principles of these relationships, and this is what can be read in its four sections (chapters), dealing with the first establishing consular relations, appointing consuls, their duties, mechanisms for performing them, and

terminating those relations. The second section: Immunities and privileges of the consular mission and immunities and privileges of acting consuls. While the third chapter specified the immunities and privileges of honorary consuls, the fourth and final section was devoted to general and final provisions. (خداوي, 2020/2019)

Tasks and duties of diplomacy: The diplomatic delegate outside the country collects information about every matter that carries value from the point of view of his country, and then sends official reports that often come in the form of symbols and codes to their country. The diplomatic delegate also defends the rights of his citizens who reside outside their country in the country to which he is envoyed. The permanent and main headquarters of diplomats is the embassy or legation. There is only one difference between the embassy and the legation, which is the degree of assignment of the diplomat. The ambassador heads the embassy, while the minister plenipotentiary is responsible for heading the commission. (الحلايقة, آخر تحديث: ١٢:٤٩، ٢٧، يونيو ٢٠١٩)

The one thing that we could be sure of all the above that there isn't actually a one standard definition of diplomacy, all of them together shape what could be diplomacy by adding or removing important keys of it, diplomacy can be seen as an ever-changing concept that digests all the needs to comply with the changes.

Function of diplomacy

The structure of diplomatic posts has changed from a loose one to an organized institution made for mostly a specific purpose, we can say that its main function that derive from the Vienna convention on diplomatic relations are, first representing a state's interests and conducting negotiations or discussions designed to identify common interests as well as points of contention between the parties, in order to accomplish governmental objectives and prevent conflict (anoun, 2009).

The second function of diplomacy includes "gathering of information and subsequent identification and evaluation of the receiving state's foreign policy goals" (Ameri), Information collecting is the responsibility of diplomatic postings; nevertheless, when returning home with the material, a Foreign Ministry examines it and decides what foreign policy should be implemented.

The third critical function of diplomacy is working on the expansibility of political, economic, and cultural ties between two countries,) (UN, 1961). which is one of the main characteristics that govern modern world international relation. Ties could be build between states based on the mutual culture or shared historic background. Even a war could be stopped somenly on the fact that it would affect

economic ties between a state and another. So, the use of diplomatic function for the expansion of these aspects specifically in the modern world is a treasure with right use.

Finally, the fourth function of diplomacy is that “diplomacy is the facilitating or enforcing vehicle for the observation of international law” (Ameri 2). It is the diplomat’s job to promote the country’s national interests and keep ties with other countries open (anoun, 2009), sign agreements on behalf of their countries and These agreements cover a wide range of topics that are beneficial to both nations and encourage peaceful cooperation. Additionally, individuals benefit from the services provided by several diplomatic posts worldwide. They primarily provide consular services to people traveling abroad. Visas for foreign travel are issued by the embassies, high commissions, and other consulates. and have the chance to travel, do business, and further their education abroad. At their duty stations, they also support and safeguard nationals of their nations. Because of this, people can live in a different country in relative ease and with little to no worry. (Antwi, March 2019).

Diplomacy has various works like mediations, arbitration and summits, but its main two works are Bargaining and Negotiation: the later is the key component in diplomacy, because in negotiating the representatives of states find a common interest, which is vital, with its representatives are able to devise a solution that is in the interest of both sides, and sometimes the stage of pre negotiations is often more important than the actual phase of negotiations.

This puts the pressure on a diplomat to be an excellent negotiator, Talleyrand said “A diplomat who says “yes” means “maybe”, a diplomat who says “maybe” means “no”, and a diplomat who says “no is no diplomat.” Such delivery must rely on a mix-and-match set of techniques and tools of persuasion negotiation and pressure of coercion, a nation's diplomat, is required to function as his or her country's eyes, ears, and voice abroad, must be aware of national interests and values while being able to understand foreign politics and cultures. Intelligence, tact, discretion, circumspection, patience, self-control, teamwork, adaptability, creative imagination, and the capacity to signal and communicate accurately to the intended audience while being able to point to plausible alternative meanings to other audiences are among the skills required of professional diplomats. They also need to have the linguistic versatility and intellectual facility to present the necessary accommodations and compromises that come from intense bargaining to reach a win-win situation. (Andrew F. Cooper)

And above all, a diplomat has to be a catalyst for peace and understanding between peoples, because of his\her principal role to foster peaceful relations between states. This role takes on heightened importance once war breaks out, negotiation and diplomatic relation must necessarily continue but within significantly altered contexts.

Chapter two:

Historical background

There were elements of statehood in early cultures, and intertribal connections gave rise to the earliest international law. Laws governing trade and hunting were negotiated by the tribes. Messengers and envoys were accredited, sacred, and inviolable; they usually carried some emblem, such as a message stick, and were received with elaborate ceremonies.

Diplomacy in its traditional form was concerned primarily with the transition from a state of war to a state of peace and vice versa. In other words, diplomacy is concerned with aspects of conflict communication and peacemaking. Although this is an essential aspect of diplomatic activities in the past and present, it must also be noted that today this aspect is considered the single most important aspect of all; Diplomacy has become to a large extent broader in scope than the diplomatic policies practiced by states and governments, and although the formal legal formalities of diplomacy that were based on the Vienna Conference held in 1961 on diplomatic relations only recognize diplomatic relations on the international scale; It is difficult to turn a blind eye to the diplomatic policies that are practiced throughout the international economic system, from the activities of multinational companies to the interventions of intergovernmental economic organizations operating at the global level, especially the World Trade Organization. These organizations, in turn, have networks of diplomatic relations that operate within and outside traditional diplomatic systems. The same applies to another wide range of diplomatic activity: civil society organizations. The epic stories of failed states, those in the process of failure, civil conflict, and international terrorism; In fact, it has resulted in a whole new world of urgent communication between states and NGOs, between NGOs on the one hand and intergovernmental organizations on the other, and between NGOs and one another. (سرياكوسا، 2017/01/26)

Middle Ages Diplomacy

Diplomacy has existed since the time when States, empires or other centers of power dealt with each other on an official basis. Egypt has uncovered a large number of diplomatic records that date back to the 13th century BC. At the time, international relations were mostly conducted through what was called back then negotiation, which carried out the functions in parallel with professional activities, The greatest knowledge of early diplomacy comes from the Middle East, the Mediterranean, China, and India. Treaty records from the city-states of Mesopotamia go back to approximately 2850 BCE. After that, Akkadian, also known as Babylonian, emerged as the first diplomatic language and remained the Middle East's common speech until Aramaic took its place. On cuneiform tablets written in Akkadian, neither of the two kingdoms' native tongues, there was a diplomatic exchange between the Egyptian court and a Hittite monarch from the fourteenth century BCE.. The oldest treaties of which full texts survive, from about 1280 BCE, were between Ramses II of Egypt and Hittite leaders. (Marks)

Diplomacy and international relations at this stage were active in the Middle East, where cities were established in this region that extended from the land of Mesopotamia, the Tigris and Euphrates, to the Nile Valley, surrounded by small cities and city-states, the largest of which was the Empire of the Chaldeans, the Babylonians, or the Empire of the Pharaohs. International relations were characterized by the characteristics of Asian society that shaped A common denominator for vast civilizations extending from Egypt to Syria, Persia, and even Indochina. Authority was strongly concentrated to manage the affairs of government, and the ruler or king embodied the state. Diplomacy and international relations were implemented to serve the foreign policy whose goals were determined by the emperors and kings, and all public and private problems were solved. (Usually by war) or (by peace), within an agreement or treaty concluded after negotiation through envoys or messengers.

For example: Egypt was following rules based on pursuing a foreign policy based on the principle of strong balance and the policy of providing financial aid and gifts to neighbouring kings in addition to intermarriage. It was also discovered a group of diplomatic letters, numbering 360 clay tablets, which represent diplomatic correspondence exchanged between the pharaohs of the Eighteenth Dynasty, which ruled Egypt in the fifteenth and fourteenth centuries, and the kings of Babylon, the Hittites, Syria, and Palestine, most of which were written in the Babylonian language, the diplomatic language of the era. This is confirmed by the Treaty of Kadesh between the Pharaohs and the Hittites in 1279 BC. The most

important principles of this treaty are: The importance of envoys and messengers and the recognition of their position in achieving foreign policy. Emphasizing the establishment of friendly relations and spreading peace based on ensuring the deprivation of the territories of the two states and defining the alliance and common defense. The principle of the gods' care for the covenant as an oath and the prohibition of breaking the covenant. The principle of extraditing criminals and pardoning them, but without distinguishing between the ordinary criminal and the political criminal. The importance of this treaty (Kadesh) in the history of international relations is highlighted in three matters: This treaty is considered the oldest written document so far in the history of international law. This treaty remained until the Middle Ages (the model followed) in drafting treaties because of the introductions, body, and conclusion it contained. This treaty paints for us an honest and secure picture of the conditions of the kingdoms in the ancient East and of how the state became fused with the person of the ruler or king.(خميس)

The Italian Renaissance

In the late Middle Ages diplomacy was organized largely on a Bilateral basis, undertaking in secrecy characterized by distinctive rules and procedures. in the early Renaissance period, most embassies were temporary, lasting from three months to two years. as early as the late 14th and early 15th centuries, however in Italy because of the formation of city-state style like Naples, Milan, Florence, Venice, and the Papal State, there was a need for a better communication between these city-state actors, actually Milan was the first to send a representative to the court of France in 1455. however refused to host French representatives fearing espionage and possible intervention in internal affairs (Ediplomat, 19\12\2020), so the Italian Renaissance created the main elements of the future European states ,also it started a mechanism for continuous & sustained diplomacy to manage the engagement of the state to the world , soon all the major European powers were exchanging representatives, When Spain sent an ambassador to the Court of England in 1487, it was the first country that appointed a permanent representative.. By the late 16th century, permanent, resident ambassadors' missions along with the immunities became the standard specially in Europe.

n the fourteenth century AD, the city of Venice decided to confront the influence of the Duke of Milan, Gian Galeazzo Visconti, by assigning Zacarias Bembo, an articulate man and orator, to Rome as its permanent representative in order to strengthen Venice's position in the face of its opponents. Thus, it changed the diplomatic game forever, and after that, the Italian states assigned permanent

envoys to protect their interests. They were in Paris, London, and Istanbul, and wherever the merchant ships arrived, the representatives of the kings arrived. Not only did Venice take the lead in approving a type of report called a *relazioni*, which are reports written by envoys at the end of their mission, providing a complete guide to the country to which they were accredited, and a presentation of the nature of its relationship with Venice, so that decision-makers benefit from it, in addition to the newly appointed envoys, and they are exactly the same. The core work of diplomatic missions in countries around the world. The church in the Vatican brought another development, as its permanent envoys became ranked higher than others as representatives of the Pope! As it is known today that the ambassador represents the head of state, this was the privilege of the so-called primacy of representatives of the Holy See stipulated by the Vienna Treaty on Diplomatic Relations in 1961 AD on official and diplomatic occasions over ambassadors and other permanent envoys until today. (الفضلي، نوفمبر – ديسمبر | (2021

Diplomatic representation flourished during the Roman Empire, as they adopted and expanded the practices of previous civilizations. The Romans established a formal system of ambassadors known as the *Legati*, who represented the Senate and the Roman Emperor in foreign lands. They were charged with negotiating treaties, ensuring peaceful relations, and managing Roman interests abroad. This structure laid the foundation for the establishment of permanent diplomatic missions and the codification of diplomatic norms.

Later, the fall of the Roman Empire saw a decline in formal diplomatic institutions, giving way to a fragmented system of *ad hoc* diplomacy. During the Middle Ages, European kings and nobles engaged in personal diplomacy, often conducting direct negotiations with each other. However, the Crusades and other from religiously motivated missions to establishing permanent embassies in foreign lands, the Byzantine Empire also played an important role in developing diplomatic practices, influencing neighbouring regions and promoting cross-cultural communication. The Renaissance period also witnessed a major shift in diplomatic representation, and as trade and cultural exchange flourished, The European powers recognized the importance of maintaining formal diplomatic channels. As diplomats became more specialized and began to exclusively represent their sovereign's interests, prominent diplomats of the era, such as Niccolò Machiavelli and Cardinal Richelieu, shaped modern diplomatic practices

and doctrines, emphasizing the importance of statecraft and realpolitik. (والعشرين، 2023)

Modern Diplomacy

Europe created modern diplomacy, after the peace of Westphalia and the emergence of the modern geographically sovereign states, this new form of international actors created a new international system, which required a new kind of diplomacy to match the needs and the nature of the new international relation (Bartholomees, 2012), the elements of modern diplomacy slowly spread to Eastern Europe and arrived in Russia by the early eighteenth century. The entire system was greatly disrupted by the French Revolution and the subsequent years of warfare. the revolution made commoners take over the diplomacy

Sir Harold Nicolson described the chief characteristics of the diplomacy of the period from Vienna to the First World War, First, diplomacy was Eurocentric. Europe was regarded as the most important area of the world, Second, diplomacy was Great-Power-centric. The smaller and weaker powers were drawn into the orbits of one of the Great Powers, Third, the Great Powers possessed a "common responsibility for the conduct of the Small Powers and the preservation of peace between them." This suggested that the Great states had the authority to intervene in disputes and crises involving the smaller and weaker states. Fourth, a "professional diplomatic service on a more or less identical model" was established in almost every country in Europe. (Nicolson, 1966,) The 19th century produced advances in diplomatic institutions in response to developments in military affairs, economic expansion, nationalist ambitions, and the rise of public opinion, Governments also began to engage in cultural diplomacy by supporting missionaries they saw as spreading their languages and cultures as well as the faith. (Anderson, 1993)

Post World War I Diplomacy

The twentieth century brought unparalleled challenges and opportunities for diplomatic representation, as the two world wars highlighted the importance of international cooperation and diplomacy in preventing conflict and maintaining peace. The League of Nations (1920) and later the United Nations (1945) also became important platforms for multilateral diplomacy and conflict resolution, as the formation of regional organizations such as the European Union (1957) and the African Union (2001) have expanded diplomatic cooperation on a regional scale (والعشرين، 2023)

World War I accelerated many changes in diplomacy, since it produced the great powers regime that rejected the views of the Western world (indeed the Soviet Union or the commoners), but after the end of the war, the chief innovation of the peace negotiations was the creation of the League of Nations as the first permanent major international organization, despite all of its weakness it amplified diplomacy by the peace negotiations and the revival of conference diplomacy, it sponsored conferences especially on economic questions and disarmament and supervised specialized agencies, unfortunately as expected, on the important matters, foreign ministers attending League councils met privately in hotel rooms, the topics of parliamentary diplomacy were often trivial (Freeman, November 09, 2020)

The "new diplomacy" that existed in the early 20th century was actually nothing new, despite these modifications. The negotiating process stayed the same notwithstanding all the rhetoric at Geneva, the summits of the 1920s, and the specialized conferences and organizations. The discussions persisted in being held behind closed doors, with the public typically only hearing the outcomes.

Post World War II and the Cold war Diplomacy

The UN, replaced the League of Nations in 1946, After WWII the world divided into two tight blocs, one dominated by the United States and one by the Soviet Union, with a mostly of newly independent countries lying precariously in between, these new states were often undeveloped and technologically weak, with a limited pool of educated elites for the establishment of a modern diplomatic corps. Many of them accredited ambassadors only to the former colonial power, or major powers that might extend military and financial assistance (Freeman, November 09, 2020), The microstates conducted a few small-scale missions and experimented via joint representation and shared facilities, sending one ambassador to numerous capitals and holding meetings in their own capitals with foreign envoys.

The exponential growth in the number of states to staff numerous diplomatic missions simultaneously arose from the exponential expansion in the number of states, which complicates diplomacy by requiring countries especially the major powers to staff many different diplomatic missions at once. As state, transnational, and diplomatic entities proliferated, so did the functions of diplomacy. Although leaders met more often than before, there was a lot more, not less work, for diplomats to keep up with and do. Thus, the size of the missions of major powers increased enormously, to the point where some U.S. diplomatic

missions were three times larger than the foreign ministry of the state to which they were accredited. (Marks)

Also, The Cold War took place, so do the increase of the export of officially sanctioned information and sometimes entailed more espionage, nevertheless endless disarmament negotiations, much conference diplomacy, many summits, as a result, a premium pressure was placed on the diplomatic art of continuing to talk.

This era to some extent is the most important one of shaping the diplomacy as we know it today , and yet opened the door for further for the evolution of diplomacy , at this time the recognition of the importance of diplomacy enormously grew , so do the need of establishing some kind of law or treaties to govern the diplomatic relation , this happened when states finally reached a point of signing to the Vienna Convention on Diplomatic Relations , in which privileges and immunities were insured for diplomats to contribute to the development of friendly relations among nations (UN, 1961), it has set out the classes ,functions, practices of diplomatic missions, and the governing rules of establishing it and most importantly its by mutual consent of the sending and the receiving states and much more other procedures , instructions , and guidance for diplomats or most diplomatic relations , and later on the Vienna Convention on Consular Relations 1963 (UnitedNantion, 24 April 1963)was adopted for regulating almost a similar matters for consular relations and other important conventions like the International Conference on Information Technology and Diplomacy (May 1997) and the International Conference on Modern Diplomacy (February 1998). until now and for later the tow Vienna conventions represents holy books and reference to all diplomatic and consular relations around the world.

The end of the cold war terminated the US-Soviet great power rivalry, brought victory for the liberal over a totalitarian ideology. This elimination led to almost an imperial order by the US power that posed a major challenge for diplomacy: how to interact with a unipolar Washington that viewed itself as uniquely virtuous, (Stanley Hoffmann with Frederic Bozo, 2005)and exempt from restrictions that applied to all others. A second and related challenge was how to interact with one another without always routing relations through Washington in a hub-spoke model.

Globalization and the new diplomacy

The conduct of diplomacy has been influenced by new types of issues brought about by globalization and state interdependence. Due to the growing complexity of the actors, dialogue subjects, communication modalities, and multiple agendas, it has become multifunctional, pluridirectional, explosive, and intense. New topics of diplomacy abounded, so do that the Multilateral Diplomacy, UN Conferences, country representatives try to move toward agenda setting programs for international society - non-state actors like religious organizations, non-governmental organizations (NGOs), multinational corporations, and even individuals, whether they be celebrities, philanthropists, or terrorists, attempt to influence the rules and norms of any agreements made and the age of democracy brought accompanying pressures for open and transparent diplomacy, negotiations, and treaties.

National frontiers are becoming less relevant in determining the flow of ideas, information, goods, services, capital, Labour, and technology. On temporary communication speed has made borders increasingly vulnerable, and the amount of cross-border flows is threatening to overwhelm states' ability to control them. Globalization and intricate interconnection have, far from decreasing, expanded the range and volume of discussions, particularly in multilateral venues. The process of negotiation has become more intricate due to a variety of factors, including an increase in the number of participants, an increase in the number of issues that are currently the focus of international negotiations, a diversity of negotiating styles among officials from widely disparate political cultures and developmental stages, and the technical complexity of the issues up for discussion, and the technical complexity of the subject matters up for negotiation have combined to make the process of negotiation more elaborate, highly technical, and more protracted. (Edited by Andrew F. Cooper, 2013) This has been obvious in this century already with respect to climate change in the effort to move beyond the Kyoto Protocol at major international conferences in Bali (2008), Copenhagen (2009), Cancun (2010), and Durban (2011)

Using modernised travel and communications, not only can leaders, presidents, prime ministers, and foreign ministers go over the ambassador's head directly to their counterparts in the other countries; often so can others like business executives, trade union leaders, journalists, and NGOs. Not only is diplomacy no longer the exclusive preserve of foreign ministries; it is no longer

the exclusive preserve of foreign ministers. There are meetings of non-foreign ministers in the packed schedule of international diplomacy.

The intensity and impact of Track Two diplomacy have also increased recently. Track One refers to the standard form of diplomacy involving negotiations between officials of two or more countries counting on a small number of players deal solely with other members of an exclusive club, comprised of governmental officials or fellow diplomats, a highly hierarchical structure, based largely on written communication and on low transparency. Track Two diplomacy involves unofficial and generally informal interaction between non-governmental actors its based on a much larger number of players (particularly of civil society), a flatter structure, a more significant oral component, and greater transparency. This including NGOs, scholars, humanitarian organizations, and former government officials and Civil society actors who can play one or more of the following roles: research; outreach education; advocacy and norm promotion; agenda-setting; lobbying governments and intergovernmental organizations to adopt and police laws, policies, and courses of action implementing programs and delivering services and humanitarian assistance; monitoring implementation of international commitments; and direct action (Andrew F. Cooper)

Taking into consideration that public opinion was declared to be the ‘second’ or perhaps the ‘only global superpower’ empowered by connectivity and innumerable news sources (Tyler, 2013) and the network which built on links bringing together various actors with different levels of engagement and interest, which led several UN agencies, for example UNICEF and UNHCR, have taken to appointing Hollywood and other celebrities as ‘goodwill ambassadors’. This is but one example of a growing trend of celebrity diplomacy, with several others joining to do good deeds like alleviate famine suffering and highlight the harsh humanitarian consequences of antipersonnel landmines. (Andrew F. Cooper) , Diplomats now find themselves having to reach beyond their circle of peers towards a much more diversified group of players. In doing so, they take advantage of their position as the representative of their country and communicate the social, cultural, and economic values of their countries while abroad.

The emergence of the Internet and digital technologies has revolutionized the way diplomacy is conducted. Digital diplomacy, also known as e-diplomacy, uses social media and online platforms. The Internet and virtual meetings to communicate with foreign governments and global audiences allow diplomats to reach broader audiences, engage in public diplomacy, and respond to global issues

quickly. However, digital diplomacy also presents challenges, including issues of cybersecurity, disinformation, and data privacy. (والعشرين, 2023)

There is no doubt that the digital age and its high speed evolution had an impact on everything in our lives as individuals , so do states and particularly there diplomatic activism , the whole concept and nature of diplomacy as an ever-changing concept adapts the different changes on our world which requires a constant change among diplomatic work and means .it should be noted that digital diplomacy is to some extent new .yet states around the world are racing to make the best use of it in serving their diplomacy and empower it .

Conclusion:

There is no uniformed , universally agreed on definition of diplomacy , however we can spot how its definition evolutes side by side to the international relation ,with a large capacity of adapting ,agendas ,functions, terms ,ideologies and actors .

Our world is increasingly interconnected, new subjects crowd the international agenda, domestically and abroad, many actors participate in international affairs, and managing external affairs is more complex, involving focus on performance and reaching out to publics. And diplomats have to operate much more in the glare of global media scrutiny much more than ever before, which has heightened the requirement for public diplomacy skills.

The traditional diplomatic perspective is insufficient in a world that is becoming increasingly networked, although that the main traditional practices would stay the core point specially between officials kind of diplomacy , but there is a continuous need on developing and adapting new methods and function specially that the media give a easy wide rang access to any targeted group or people and can be used to mobilize public support , and the states are now getting to point where they are becoming Brands , and it's on behalf of diplomacy and diplomats to market their own state , by which they become the mirror which reflect the best image of the states to others .

In all the stages and eras of evolution, diplomacy arose most significantly from wars, knowing that, it must be appreciated, the role that the diplomacy has been playing, and continue to play, it will be always a matter rising its star, where it seems that diplomacy is staying and evolving and not disappearing yet.

Recommendation:

Old fashioned diplomacy became ineffective. So, states should develop more updated programmes for their diplomate to develop their abilities to aid a better implementation of a foreign state policy specially in the developing countries

The modern communication platform must be used in expansive ways such as websites, platforms, and social media as a way of effective implementation of digital diplomacy and ease off accessibility

Diplomacy should be thought of as the new marketing ideology for states, by bulding narratives and as a mean of expressing the culture of the state which builds cultural communication with different international actors and could develop economic income

Knowing the destruction that the world suffered after the world wars, diplomates must focus on maintaing friendly relations between states, all times and specifically in times of conflict. Diplomacy should be the peaceful route of dispute settlement and prevent escalations at all costs.

Conflict of interest statement:

All authors declare that they have no conflicts of interest

References:

1. (FDFA), S. F. (2008). In Bernn, ABC of Diplomacy (p. 3). Swiss Federal Department of Foreign Affairs (FDFA).
2. Ameri, D. H. (n.d.). former diplomat and now professor of international relations in Geneva.
3. Anderson, M. S. (1993). The Rise of Modern Diplomacy, 1450-1919. New York: Longman pp. 128-141.
4. Andrew F. Cooper, J. H. (n.d.). the challenges of 21st century dilomacy . Oxford handbook of modern diplomacy .
5. anon. (2009). The Functions of Diplomacy. Webster University Geneva: Written for: Dr. Houshang Ameri.
6. Antwi, G. A. (March 2019). Imoportance of dilomacy. Project: Journal Of Years, avalibale at Research Gate .
7. Bartholomees, J. B. (2012). VOLUME I: THEORY OF WAR AND STRATEGY. Strategic Studies Institute, US Army War College, CHAPTER 14 THEORY AND PRACTICE OF MODERN DIPLOMACY: ORIGINS AND DEVELOPMENT TO 1914, by Louis J. Nigro page 179.
8. Benno H. Signitzer, T. C. (1992). Public relations and public diplomacy: Conceptual covergences. 138.
9. Cornago, N. (2019.). Diplomacy. 2008 Elsevier Inc , Encyclopedia of Violence, Peace, & Conflict, 17 April.
10. Ediplomat. (19\12\2020). a brief history of diplomacy . ediplomat.
11. Edited by Andrew F. Cooper, J. H. (2013). Introduction: The Challenges of 21st-Century Diplomacy. The Oxford Handbook of Modern Diplomacy scholarly research review .
12. Freeman, S. M. (November 09, 2020). Diplomacy. Encyclopædia, Britannica ,access date December 25, 2020, <https://www.britannica.com/topic/diplomacy>.

13. Iriqat, D. (n.d.). Public Diplomacy in the Twenty-First Century , Examining the Changing Channels of International Relations and Country Branding. This Week In Palestine , access date 10\1\2021.
14. Marks, C. W. (n.d.). Diplomacy. Encyclopædia Britannica November 09, 2020 , access date December 22, 2020, <https://www.britannica.com/topic/diplomacy>.
15. Nicolson, H. (1966,). The Evolution of Diplomacy, Oxford and New York. Oxford University Press ,pp. 100-105.
16. Salmon, J. (1994). Manuel de droit diplomatique. Bruxelles : Bruylant p 25.
17. Stanley Hoffmann with Frederic Bozo, G. U. (2005). America's Imperial Temptation and the War in Iraq. Lanham MD: Rowman & Littlefield Publishers.
18. Tyler, P. (2013). A New Power in the Streets. New York: New York.
19. UN. (1961). Vienna Convention on Diplomatic Relations . Entered into force on 24 April 1964. Done at Vienna: Treaty Series, vol. 500, p. 95.
20. United Nations. (24 April 1963). Vienna Convention on Consular Relations . Entered into force on 19 March 1967. Done at Vienna: United Nations, Treaty Series, vol. 596, p. 261.
21. الحلايقة, غ. (آخر تحديث: ١٢:٤٩ ، ٢٧ يونيو ٢٠١٩, تم زيارته 2024/03/30). ما معنى الدبلوماسية. Retrieved from موقع عربي بالعالم : https://mawdoo3.com/%D9%85%D8%A7_%D9%85%D8%B9%D9%86%D9%89_%D8%AF%D8%A8%D9%84%D9%88%D9%85%D8%A7%D8%B3%D9%8A
22. الفضلي, ن. (نوفمبر – ديسمبر | 2021). الدبلوماسية.. تاريخ وتطور. القافلة مجلة ثقافية متنوعة. تصدر كل شهرين.
23. خداوي, ا. م. (2020/2019). مدخل إلى الدبلوماسية. جامعة الدكتور موالى الطاهر سعيدة كلية الحقوق والعلوم السياسية قسم العلوم السياسية والعلاقات الدولية.
24. ح. د. خميس, د. ح. (n.d.). دراسات الدبلوماسية. [http://www.siironline.org/alabwab/derasat\(01\)/208.htm](http://www.siironline.org/alabwab/derasat(01)/208.htm).

25. الملشهرة برقم (Vol. سرياكوسا, ت. ج. (2017/01/26). الدبلوماسية مقدمة قصيرة جدا. المملكة المتحدة: مؤسسة هنداي (Trans., س. م. محمد & Ed., م. ع. يس). (١٠٥٨٥٩٧٠).
- 26.48 Retrieved 03 29, 2024, from <https://www.arab48.com/%D9%85%D8%AC%D9%84%D8%A9-%D8%B9%D8%B1%D8%A8-48/%D9%85%D8%AC%D9%84%D8%A9-%D8%B9%D8%B1%D8%A8-48/2023/07/21/%D8%A7%D9%84%D8%AA%D9%85%D8%AB%D9%8A%D9%84-%D8%A7%D9%84%D8%AF%D8%A8%D9%84%D9%88%D9%85%D8%A7%D8%B3%D9%8A-%D9%85%D9%86-%D8%A7%D9%84%D8%A9-%D8%B9%D8%B1%D8%A8-48/>