

المجلة العصرية للدراستات القانونية

المجلد

(3)

العدد

(1)



المجلة العصرية للدراسات القانونية

2025

ISSN (P.) 2958-9959

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



المجلد (3) ، العدد (1) لعام 2025
ISSN (P.) 2958-9959
ISSN (online): 2958-9967

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. تالا الحلو

فلسطين

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

فلسطين

فهرس المحتويات			
الرقم	المحتوى	الصفحة	الصفحة
1	هيئة التحرير	أعضاء هيئة التحرير	1
الرقم	عنوان البحث	اسم المؤلف/ة	الصفحة
1	حماية المدنيين في ظل الحرب والاحتلال في سياق السياسة القانونية الدولية ما بين الثابت والمتغير	د. مرسى عبد الكريم محمود عبد الرازق الكلية العصرية الجامعية، (فلسطين)	31-5
2	رد الاعتبار في قانون الإجراءات الجزائية الفلسطيني رقم (3) لسنة 2001	أ. محمود إبراهيم النمورة جامعة القدس، (فلسطين)	51-33
3	التزام المستأجر في عقد التأجير التمويلي في ضمان هلاك المركبات المؤجرة تأجيراً تمويلياً في فلسطين: دراسة مقارنة بأحكام الفقه الإسلامي وفق معايير الأيوبي	أ. عبد الله محمد نواهضة الكلية العصرية الجامعية، (فلسطين)	72-53
4	مدى المسؤولية الجنائية الدولية لشركات الأسلحة عن انتهاك القانون الدولي الإنساني	د. إنعام أديب برقوق، (لبنان)	93-74
5	التفاوض على الاعتراف في التشريع الأمريكي وأثره على الدعوى الجنائية	د. محمد عاطف كامل كلية الحقوق جامعة طنطا، (مصر)	133-95
6	العمالة الفلسطينية في إسرائيل (دراسة في ضوء المواثيق الدولية)	د. رائد عدنان سفارة دولة فلسطين، (الجزائر)	157-135
7	المسؤولية الدولية لإسرائيل عن تقييد الحق في التنقل (تدمير مطار غزة: حالة دراسية)	د. شادي جبارين، الكلية العصرية الجامعية، (فلسطين) د. معتز ندى، الشرطة الفلسطينية، الإدارة العامة للتدريب، (فلسطين)	181-159
8	الذكاء الاصطناعي والخصوصية المتعلقة بحقوق براءة الاختراع	د. ديانا ناصر فاعور جامعة النجاح الوطنية (فلسطين)	202-183
9	التحديات الدستورية لحماية الخصوصية الرقمية	أ. غيث عمران عبد الله جامعة الحسن الثاني، (المغرب)	231-204
10	<i>The Legal Role of the Palestinian Government in Combating the COVID-19 Pandemic</i>	<i>Dr.Majd OWDA An-Najah National University (Palestine)</i>	243-233
11	الفائدة في المعاملات المدنية وفقاً للتشريعات النافذة في فلسطين	د. مجد عمر نزال الكلية العصرية الجامعية (فلسطين)	273-245

305-275	ط.د. عارف يوسف حسين صالح جامعة قرطاج، (تونس)	12	حل المجلس التشريعي الفلسطيني في ضوء قرار المحكمة الدستورية الفلسطينية
330-307	د. زيد كمال محمود الكمال	13	دعاوى المصرف الناشئة عن الورقة التجارية المخصومة
353-332	أ.مبارك بن عبد الله بن خلفان الشعلي جامعة السلطان قابوس، (سلطنة عمان)	14	صلاحية أطراف العقد في سلب الاختصاص القضائي، في ضوء القانون العماني
385-355	د. محمد بن عبدالله بن سعيد الجهوري المجلس الأعلى للقضاء (سلطنة عُمان) د. حسين بن سعيد بن سيف الغافري الجامعة العربية المفتوحة (سلطنة عُمان) د. ماهر إبراهيم عبيد إمام الجامعة العربية المفتوحة (سلطنة عُمان)	15	استقلال القضاء كأحد مقومات التنمية المستدامة
413-387	أ. مؤمن سمور جامعة الحسن الأول، (المغرب)	16	حكمة القضاء الإداري الفلسطيني في حماية الحقوق والحريات العامة

حماية المدنيين في ظل الحرب والاحتلال في سياق السياسة القانونية الدولية
ما بين الثابت والمتغير

*Protecting civilians during war and occupation in the
context of international legal policy: between the
constant and the variable*

د. مرسي عبد الكريم محمود عبد الرازق
الكلية العصرية الجامعية
(فلسطين)

حماية المدنيين في ظل الحرب والاحتلال في سياق السياسة القانونية الدولية ما بين الثابت والمتغير

Protecting civilians during war and occupation in the context of international legal policy: between the constant and the variable

د. مرسى عبد الكريم محمود عبد الرازق

أستاذ القانون العام المساعد

محاضر غير متفرغ في الكلية العصرية الجامعية، (فلسطين)

ORCID:3812-3367-0005-0009

mursisaleh9@gmail.com

DOI: <https://doi.org/10.70411/MJLS.1.1.202592>

تاريخ الاستلام: 2024-02-14 تاريخ المراجعة: 2024-08-03 تاريخ القبول: 2024-08-18

ملخص:

هدفت الدراسة إلى توضيح مسألة مشروعية الحرب في العصرين القديم والحديث بما يتفق وأحكام القانون، وإلى تبيان أهمية قضية حقوق الإنسان في وقت النزاع المسلح أو الاحتلال كونهما من أهم القضايا المعاصرة التي تشغل الرأي العام الدولي والمنظمات الإنسانية، لما تعانيه البشرية من كثرة الاعتداءات والظلم والحروب. وتبيان الجرائم ضد الإنسانية التي يقترفها الفرد بحق الغير، والتي تمس مصالح المجتمع الذي تقع فيه، وتمس مصالح الإنسانية جمعاء، وإلى البحث عن والتحليل في طبيعة وخصائص القواعد القانونية المقررة لحماية المدنيين خلال فترة النزاعات المسلحة أو الاحتلال من حيث الحقوق والالتزامات التي تركزها كل قاعدة قانونية انطلاقاً من الخصائص التي تنطبق عليها. وقد استعان الباحث في استكشافه لهذه الطبيعة بالنصوص القانونية وما انبثق منها من أحكام قضائية فضلاً عن سلوك الدول تجاه هذه القواعد باعتبارها المعنية بتنزيلها على أرض الواقع. واعتمد البحث على المنهج الاستدلالي والاستقرائي، متقلاً بين الوصف والتجريب بما يخدم البحث ويتقن آلياته العلمية. وتوصل باحث الدراسة إلى أن الحرب قديماً وسيلة مشروع في القانون الدولي وبالتبعية لا تحكمها أية ضوابط قانونية، وأن هذا الفعل أصبح في ظل قواعد القانون الدولي الحديث تصرفاً غير مقبول لحل النزاعات الدولية، لتناقض ذلك مع أحكام ميثاق الأمم المتحدة، وهو الحكم نفسه الذي ينطبق على الاحتلال الحربي من حيث المبدأ، وفي المقابل فإنه في حالة حدوث هذا الاحتلال فإن المجتمع الدولي أقر مجموعة من القواعد القانونية تنظم هذا التصرف من خلال العديد من الصكوك الدولية التي شرعت الأعمال الدفاعية والهجومية على أهداف عسكرية فقط، فيما اعتبرت أن الانتهاكات للقوانين والتشريعات الدولية ذات الصلة تستوجب المساءلة والمحاسبة أمام القضاء الدولي صاحب الولاية والاختصاص بعيداً عن سياسة الكيل بمكيالين أو سياسة تطويع القانون الدولي لصالح القوى العظمى، لذلك فإن استثمار ما يتيح القانون الدولي لصالح الحق والعدالة يدخل ضمن الاستراتيجية الهادفة لإنجاز التحرر الوطني وفقاً للصكوك الدولية.

الكلمات المفتاحية: الاحتلال، القانون الدولي، الأمم المتحدة، النزاعات المسلحة، الحرب، الحماية والرعاية، السكان المدنيين.

Abstract:

The study aimed to clarify the issue of the legality of war in ancient and modern times in accordance with the provisions of the law, and to demonstrate the importance of the human rights issue in times of armed conflict or occupation, as they are among the most important contemporary issues that preoccupy international public opinion and humanitarian organizations, due to the many attacks, injustice, and wars that humanity suffers from. It further aimed to explain the crimes against humanity committed by an individual against others, which affect the interests of the society in which they occur, and affect the interests of humanity as a whole. And also researching and analyzing the nature and characteristics of the legal rules established to protect civilians during the period of armed conflicts or occupation. In terms of the rights and obligations that each legal rule enshrines based on the characteristics that apply to it, the researcher used in his exploration of this nature legal texts and the judicial rulings that emerged from them, as well as the behavior of states towards these rules as they are concerned with implementing them on the ground. The research relied on the deductive and inductive approaches, moving between description and experimentation in a way that served the research and mastered its scientific mechanisms. The study concluded that war in the past was a legitimate means in international law and, consequently, not governed by any legal controls, and that this act has become, under the rules of modern international law, an unacceptable behavior for resolving international disputes, due to its contradiction with the provisions of the United Nations Charter, which is the same rule that applies to military occupation in principle. On the other hand, in the event of this occupation, the international community has approved a set of legal rules regulating this behavior through many international instruments that legitimize defensive and offensive actions against military objectives only, while it considered that violations of relevant international laws and legislation require accountability and accountability before the international judiciary that has jurisdiction and competence, away from the policy of double standards or the policy of subjugating international law to the benefit of the great powers. Therefore, investing what international law entails in the interest of truth and justice falls within the purposeful strategy to achieve national liberation in accordance with international instruments

Keywords: Occupation, international law, United Nations, armed conflicts, war, protection and care, civilian population.

المقدمة

يواجه السكان المدنيون ويلات جمة جراء الحروب والصراعات والنزاعات الدائرة في بعض أصقاع العالم الذي يستقوي فيه القوي على الضعيف، يسودها الهيمنة والنفوذ ضمن معادلة موازين القوى بالرغم من زيادة فاعلية القضاء الدولي، إلا أننا ما زلنا وسنبقى ضمن عالم مبني على القطب الواحد ما دامت الأزمات الاقتصادية والسياسية سيدة الموقف للدول العظمى والمتنفذة والتي غالباً لا تتفق إلا على تقسيم الثروات خارج إطار سيادتها، والسمة الجامعة لسياسات هذه الدول هي فَرْق تَسُد، ومن هذا المنحنى لا اتفاق للخروج من هيمنة القطب الواحد وفي الوقت ذاته لا قدرة لديهم حالياً، وإن المناداة لعالم متعدد الأقطاب للخروج من هذه الهيمنة لن يجدي نفعاً على الأقل حتى هذه اللحظة (2024) ما دامت الأمور على السياسة المتبعة نفسها، ولن يكون هناك تحول في موازين القوى على المستوى الدولي، التي أفضت إلى عصر الهيمنة والقوة المبنية على القطب الواحد خصوصاً عقب سقوط الاتحاد السوفييتي وانفراد الولايات المتحدة الأمريكية بقيادة العالم. وعلى الرغم من ظهور قضاء جنائي دولي لزيادة عنصر الردع القانوني للدول أو للأفراد إلا أن انتهاكات القانون الدولي الإنساني ضد المدنيين والأهداف المدنية مازالت تفوق التوقعات.

هذا الوضع المزري الراهن للمجتمع الدولي يحتم على الجميع عدم اللجوء إلى استخدام القوة أو شن الحروب أو احتلال الأقاليم لما لها من ويلات مروعة، إضافة إلى أنها محرمة دولياً، وإن حدثت تصبح الحاجة ملحة لضبط ولتحديد سلوك المقاتلين أثناء القتال للتخفيف من ويلات الصراعات والحروب على المدنيين وتقليل نسبة الضحايا، وتحديد وتحديث الاستراتيجيات والأعمال التي تحقق الحماية الشاملة للسكان والأعيان المدنية في حالات النزاعات المسلحة، أو أثناء احتلال الأقاليم للحفاظ على خصوصيتهم تحت شعار المقدس وهو النأي بالسكان والأعيان المدنية جانباً بعيداً عن أية أخطار قد تصيبهم، خصوصاً تلك الأعمال المتعلقة بالسلطة القائمة بالاحتلال التي تدينه الشرعية الدولية.

وفي ظل هذا العالم الفوضوي المبني على المصالح المشتركة ضمن سياسة المد والجزر لمحاولة التغيير في مستوى موازين القوى، تسعى الصين كقوة عالمية لطرح نفسها في السوق العالمية لإحداث هذا

التغيير¹. هذا الأمر أثار استياء سيدة العالم التي تقف بالمرصاد لكل من تسول له نفسه لزعة استقرار عالم القطب الواحد، لذلك حتى اللحظة لا تغيير في موازين القوى بشكل موضوعي².

إن الأمور السياسية أصبحت تتلاعب بآليات تنفيذ القانون الدولي وفق ما تقتضيه المصالح، بعيداً عن تحقيق العدالة الجنائية، لكن القانون الدولي لا يسمح بتجاهل مبادئه وقواعده الآمرة أو بالاتفاق على مخالفتها، وأن الشعوب كما تسعى لتحقيق العدالة الجنائية على المستوى الوطني فإنها تتطلع أيضاً لتحقيقها على المستوى الدولي بالمسار والمقياس نفسهما إحقاقاً للعدالة الدولية الناجزة³.

وجدير بالاهتمام أن ننظر إلى القواعد الآمرة والمبادئ القانونية الدولية كافة من منظور واقعي، ومن الأهمية بمكان أن ننظر أيضاً إلى ما يمكن أن يحققه القانون الدولي على المستوى الفعلي خصوصاً فيما يتعلق بالشعوب الراحة تحت الاحتلال أو في النزاعات المسلحة، فهو من وجهة نظر بعض المتمسكين به ما زال دون التوقعات المعهودة على المستوى العملي، وبالرغم من ذلك ما زالوا ينادون بالمواءمة مع التشريعات الوطنية للدول كافة كون قيمته أعلى من الدساتير⁴.

إشكالية البحث:

تتطلب الدراسة من سؤال يطرح نفسه بقوة: هل لدى الهيئات والمنظمات الأممية أو المجتمع الدولي القدرة الكافية على إجبار القوة القائمة بالاحتلال توفير الحماية اللازمة والمناسبة للسكان ولأعيان المدنية بما يتلاءم مع المبادئ والقواعد العامة للقانون الدولي في حالات الحرب والاحتلال تجاه السكان المدنيين في الأراضي المحتلة في ضوء القانون الدولي؟ أم أن سياسة تطويع القانون والشرعية الدولية أصبحت بيد موازين القوى؟

¹ راجع زغوني، الاستراتيجية الصينية للعالم العربي نحو الانتقال من الحيواقتصاد إلى الجيوبوليتيك، (العرب والصين؛ مستقبل العلاقة مع قوة صاعدة)، المركز العربي للأبحاث ودراسة السياسات، ط1، أكتوبر 2019، ص328.

² محمد بن صقر السلمي، التنافس الأمريكي - الصيني وانعكاساته على منطقة الشرق الأوسط، المعهد الدولي للدراسات الإيرانية، أبريل 2021، ص4.

³ محمد عدنان علي الزبر، تحقيق العدالة الجنائية الدولية: دراسة في نطاق القضاء الوطني، المركز العربي للأبحاث ودراسة السياسات، 2022.

⁴ 'Marauhn, Thilo, 'The International Rule of Law in Light of Legitimacy Claims', in Heike Krieger, Georg Nolte, and Andreas Zimmermann (eds), *The International Rule of Law: Rise or Decline?* (Oxford, 2019; online edn, Oxford Academic, 19 Sept. 2019), <https://doi.org/10.1093/oso/9780198843603.003.0018>, accessed 4 may 2023

ويتفرع عن هذه الإشكالية الرئيسية عدة أسئلة فرعية منها:

1. ما هو الأسلوب الأنجع لحماية السكان المدنيين والأعيان المدنية أثناء احتلال الأقاليم أو

النزاعات المسلحة في ضوء القانون الدولي؟

2. ما مدى قانونية استخدام القوة لتفكيك بُنى الاستعمار لغايات التحرر الوطني في ضوء القانون

الدولي؟ وهل يمكن التعرض لمدنيين القوة القائمة للاحتلال في ضوء القانون الدولي؟

3. كيف يمكن الاستفادة من المرجعيات القضائية الدولية أثناء النزاعات المسلحة أو الاحتلال في

ضوء موازين القوى؟

منهج البحث:

أهمية هذا الموضوع تتطلب منا استخدام عدة مناهج، وقد اتبع الباحث في هذه الدراسة المنهج التحليلي: وذلك من خلال تحليل الآراء ودراسة مسؤولية السلطة القائمة بالاحتلال تجاه السكان المدنيين؛ ومعرفة الضمانات التي كفلها القانون؛ وذلك لكي يتمكن القارئ من الوصول إلى الفائدة المرجوة من البحث، وكذلك اعتمد البحث على المنهج الاستنباطي والاستقرائي، متنقلاً بين الوصف والتجريب بما يخدم البحث وينقن آلياته العلمية. ولجأ الباحث إلى استعمال هذا المنهج من خلال استقراء النصوص الواردة في الاتفاقيات والمعاهدات الدولية والإقليمية التي تطرقت إليه.

تقسيم البحث:

وللوصول إلى الغاية المرجوة من البحث وللإجابة عن الأسئلة المطروحة والتي برزت من الإشكالية الرئيسية لموضوع البحث، تم تقسيم الدراسة إلى قسمين رئيسيين: الأول، تتمركز فكرته الرئيسية حول نظرة القانون الدولي لمسألة الاحتلال والحرب ما بين الثابت والمتغير، نظراً لتداخل المصالح والسياسات والتطويع وموازن القوى في الواقع، أما الثاني: فتتمحور فكرته الرئيسية حول توضيح موقف الصكوك الدولية وتأثيرها في السياسة الدولية حول مسؤولية الاحتلال تجاه السكان المدنيين من خلال قراءة معمقة في التشريعات والصكوك الدولية ذات الصلة.

أولاً: الاحتلال في القانون الدولي ما بين الثابت والمتغير

إن مسألة احتلال الأقاليم بحاجة إلى دراسة ومعاينة بشكل مسبق للجمهور بشكل دقيق من قبل السلطة القائمة بالاحتلال، كون الغاية منه فرض واقع جديد وطمس الحقائق وتشويهها؛ من أجل بسط السيطرة بشكل سلس على الأرض والسكان¹. في حين أن مسألة وضع اليد على الإقليم وبسط السيادة عليه من خلال ضم جزء أو أجزاء منه أو كله يتعارض مع القانون الدولي، كما أن فرض إجراءات وقوانين من قبل القوة القائمة بالاحتلال على السكان لا تصب في مصلحتهم لا يمكن وصفها بأنها قانونية بل على العكس تعتبر باطلة بطلاناً مطلقاً وفقاً للقانون الدولي².

ومن الأهمية بمكان توضيح قضية الإجراءات القاسية التي تفرضها القوة القائمة بالاحتلال على السكان المدنيين لتضييق سبل العيش الكريم لغايات التهجير والترحيل لفرض واقع محدد جديد، إضافة إلى سياسة الاستيطان الذي يمثل جوهر القوة الأساسية للاحتلال لفرض واقع جديد أيضاً يستحيل تغييره في أي عملية تفاوض أو حل دائم لواقع الإقليم المحتل³. والواقع أن التوجه للمنظمات الدولية ذات الصلة بمختلف مؤسساتها التي تعنى بالحياة الدولية تفرض على الجميع التوجه للقانون وللشرعية الدولية لتعزيز السلم والأمن الدولي التي نصت عليه مقاصد الأمم المتحدة⁴.

في الواقع القانوني المعاصر الذي يفرض على الحياة الدولية الحفاظ على السلم والأمن الدوليين بمقتضى ميثاق المنظمة الأممية في المواد (39-51) الذي زود المجلس التنفيذي بالعديد من الاختصاصات ذات الصلة التي تمنحه اتخاذ قرارات وتدابير سلمية أو عسكرية لتحقيق الأهداف والغايات التي قام من أجلها، لكن يغلب عليه الطابع الاستقوائي⁵.

¹ رونة سيلع، لمعاينة الجمهور، الفلسطينيون في الأرشيفات العسكرية الإسرائيلية، ترجمة: علاء حليجل، المركز الفلسطيني للدراسات الإسرائيلية مدار، فلسطين، حزيران 2018، ص 17-24.

² خالد الضيف شبلبي، الوضع الدستوري أثناء الاحتلال الحربي، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت، ط1، 2016، ص 220-221.

³ علا عامر موسي الجعب. اتجاهات اللاجئين الفلسطينيين نحو قضايا الحل الدائم، دار الجندي للنشر والتوزيع، ط1، القدس، 2016.

⁴ نادية الهواس، الوجيز في المنظمات الدولية: محاولة تقييم فعاليتها في الواقع الدولي، مرايا، ط1، الرباط 2005، ص 19.

⁵ معتز عبد القادر محمد الجبوري، قرارات مجلس الأمن دراسة تحليلية، دار شتات للنشر والبرمجيات، دار الكتب القانونية، مصر والإمارات، 2012، ص 25-29.

علمًا أن اللجوء إلى الأمم المتحدة وأجهزتها الرئيسية وقضائها الدولي من قبل أطراف النزاع محل الدعوى للفصل فيه ما هو إلا إشارة من تلك الدول أو أحد أطرافها للالتزام بالمبادئ والقواعد المتعلقة بالقانون الدولي وبالشرعية الدولية كافة، وبمقاصد ومبادئ الأمم المتحدة منعًا لأي انتهاك غير شرعي أو استخدام للقوة أو التهديد بها المحرم قانونًا¹، وبالإشارة إلى القانون الدولي نجده حافظ على العديد من المبادئ التي لا يجوز مخالفتها أو الاتفاق على مخالفتها وهي لا تقبل التجزئة، من ضمنها عدم جواز الاستيلاء على أراضي الغير بالقوة، حق تقرير المصير، الدفاع الشرعي، تجريم استخدام القوة أو التهديد بها، مبدأ المساواة بين الدول². في حين أن فقهاء القانون الدولي بمختلف توجهاتهم أجمعوا على أن ضم الأقاليم المحتلة أمرًا ليس شرعيًا أو قانونيًا ولا يترتب عليه في حالة حصوله أية آثار قانونية حتى لو التزموا بالأمور كافة المتعلقة بقواعد الحرب والاحتلال³. وهذا ما دعا المنظمة الأممية لتجريمه وتجريمه عبر قرارات عديدة في مناسبات كثيرة بشكل ثابت ودامغ⁴. والتي أكدت على جميع المبادئ القانونية ذات الصلة وكرست احترام سيادة الدول وسلامة أراضيها ومنع اللجوء للقوة⁵.

وفي ضوء ما سبق، فإن السيادة الفعلية تعود للسلطة القائمة بالاحتلال، أما السيادة القانونية تبقى للسكان الأصليين، كون الاحتلال يجمد هذه السيادة بفعل احتلاله المؤقت، وهذا الرأي متفق عليه بين فقهاء القانون الدولي كافة⁶. إضافة إلى الصكوك الدولية كافة ذات العلاقة وخصوصًا لائحة لاهاي

¹ مجد نعمان عبد الله وآخرون، مقدمة في القانون الدولي العام، منشورات مركز العصرية للدراسات والبحوث، الكلية العصرية الجامعية، رام الله - فلسطين، ط1، 2023، ص170.

² نبيل الرملاوي، الدبلوماسية الفلسطينية ودبلوماسية الحرب الإسرائيلية أمام القانون الدولي، دار الشروق للنشر والتوزيع، ط1، رام الله، 2014، ص179.

³ فادي شديد، حماية المدنيين تحت الاحتلال العسكري، فضاءات للنشر والتوزيع، ط1، عمان الأردن، 2011، ص292-293.

⁴ مصطفى أحمد أبو الخير، فتوى الجدار العازل والقانون الدولي، دار إيتراك للطباعة والنشر والتوزيع، ط1، مصر الجديدة، 2006، ص118-119.

⁵ ليث محمود المبيضين، الاحتلال الأمريكي للعراق من منظور الشرعية الدولية، دار الحامد للنشر والتوزيع، ط1، الأردن، 2012، ص101-109.

⁶ رجب عبد المنعم متولي، مبدأ تحريم الاستيلاء على أراضي الغير بالقوة في ضوء القانون الدولي المعاصر، مع دراسة تطبيقية للعدوان العراقي ضد الكويت، مطبعة العمرانية للأوفست، ط1، الجيزة، 1999، ص326.

واتفاقية جنيف الرابعة، واللذان أشارتا في متن نصوصهما إلى أن الاحتلال يدير الإقليم المحتل بصفة مؤقتة مكان الحكومة المنهزمة التي كانت تديره وبطبيعة الحال دون موافقتها على ذلك¹.

وإذا ما تعمقنا في التشريعات والصكوك الدولية كافة لا نجد نصاً صريحاً وواضحاً يسمح للمتحاربين بالمس بسلامة حياة السكان المدنيين، بل على العكس من ذلك، فقد حظرت اتفاقية جنيف الرابعة لعام 1949 ذلك، واعتبرت كل من يتعرض لهم يُعد مخالفة جسيمة للقانون الدولي ويستوجب المساءلة والمحاسبة سواء كان ذلك بالقتل خارج نطاق القانون، أو بالمعاملة القاسية اللاإنسانية، وأخذ الرهائن، والنفي والنقل القسري والإبعاد خارج أوطانهم، أو التمييز بينهم لأي سبب كان سواء من حيث الدين أو العرق أو الجنس أو بسبب سياسي². وهذا ما يتفق مع القانون الدولي لحقوق الإنسان والقانون الدولي الإنساني التي تراهن عليه حركات التحرر والدول التي تعد نفسها على خطى السياسة القانونية بالرغم من تطويع مؤسسات الشرعية الدولية لصالح القوى العظمى، لكن لا مفر من ذلك من قبل المتمسكين بالعدالة حتى ولو تم اللجوء إلى إصدار قرارات لا تشكل سوى مصدر إزعاج للسلطة القائمة بالاحتلال، وخير دليل على ذلك قرارات الجمعية العامة لصالح المسألة الفلسطينية كونها الأكثر إنصافاً وعدلاً من غيرها؛ لأن التنفيذ القضائي الدولي المعاصر أصبح عاجزاً أمام المسارات المتشعبة لتحقيق العدالة³.

لكن هذا لا يعني الاستسلام لصالح قوى الشر، كون أنصار العدالة وأصحاب الضمائر الحية لا يمكن لهم أن يحدوا عن المبادئ والقواعد القانونية الآمرة فمبدأ حق تقرير المصير واضح وصريح بحيث لا يجوز الاتفاق على مخالفته كونه يشكل قاعدة آمرة، فالأرض بموجبه تبقى محجوزة لصالح السكان الأصليين حتى ولو احتلت دهرًا، وأن مقاصد الأمم المتحدة اتجهت نحو عدم المس بسيادة الدول وإنماء العلاقات الودية بينهما بعيداً عن استخدام القوة أو التهديد بها، بل كرست مبدأ عاماً هو حماية السكان والأعيان المدنية أثناء الحرب أو الدفاع الشرعي، وحظرت أعمال الاحتلال غير المشروعة، إضافة إلى

¹ · Milano, E. (2017). Occupation. In J. Schechinger (Author) & A. Nollkaemper & I. Plakokefalos (Eds.), *The Practice of Shared Responsibility in International Law* (Shared Responsibility in International Law, pp. 733-760). Cambridge: Cambridge University Press. doi:10.1017/9781316227480.029

² - منتصر سعيد حموده، القانون الدولي المعاصر، دار الفكر الجامعي، ط1، الإسكندرية، 2008، ص429.

³ - عروبة جبار الخزرجي، القانون الدولي لحقوق الإنسان، دار الثقافة للنشر والتوزيع، ط1، عمان الأردن، 2010، ص121، 139، 488-489.

اهتمام العهد الدولي للحقوق المدنية والسياسية للعام 1966، والمجلس التنفيذي للأمم المتحدة بتطبيق أو بالمساهمة في تطبيق أو تنفيذ هذه الحقوق، أو تجريم الأعمال غير المشروعة¹.

إن الاحتلال الجزئي أو الكلي لأي إقليم يُعد مرحلة من مراحل الحرب أو النزاع المسلح بمقتضى القانون الدولي الإنساني². وهو عمل غير مشروع، حتى ولو تمت السيطرة الكاملة أو الجزئية بشكل فعلي على الإقليم وإدارته بشكل مؤقت وفق المبادئ القانونية ذات الصلة³. وهو ما يترتب التزامات وحقوق وواجبات تجاه السكان والأعيان المدنيين من قبل السلطة القائمة بالاحتلال⁴. بعد أن تستوي أمور الإقليم ويصبح تحت قبضته⁵. تحت تهديد السلاح وبقوته بغض النظر عن سيادته الفعلية كونه يتحكم بزمam الأمور، لكن الحق السيادي القانوني على الإقليم لا يترشح قيد أنملة لصالح السكان الأصليين طال زمن الاحتلال أم قصر⁶. وهذا ما جاء في التعريف المنسوب للدكتور أحمد أبو الوفا للإقليم المحتل الذي اعتبر مسألة الممارسة والسيطرة على الإقليم بشكل فعلي وممارسة السلطة عليه وحفظ الأمن فيه صلب العملية⁷. كما أن الصكوك الدولية أيدت ذلك، بالنظر إلى المادة (42) من اتفاقية لاهاي لعام 1907، في مسألة الممارسة الفعلية والإدارة المؤقتة⁸. كون السلطة القائمة بالاحتلال هدفها الاستراتيجي بسط سيطرتها الفعلية على الإقليم وإدارته بشكل فعلي، ولو كان ذلك بقوة السلاح، مع الاستفادة من موارد

¹ حكيم التوزاني، إشكالات مبدأ حق الشعوب في تقرير مصيرها في ضوء مستجدات القانون الدولي العام، عالم الفكر، الكويت، عدد 174، أبريل- يونيو 2018، ص 25-29.

² طيبي وردة، المبادئ العامة لقانون الاحتلال الحربي وتطبيقاتها في الأراضي الفلسطينية المحتلة، مجلة جيل حقوق الإنسان، عدد 27، فبراير 2018، ص 121.

³ زياد عبد اللطيف القريشي، الاحتلال في القانون الدولي، الحقوق والواجبات مع دراسة تطبيقية لحالة العراق، دار النهضة العربية، القاهرة، ط1، 2007، ص 28.

⁴ طيبي وردة، المبادئ العامة لقانون الاحتلال الحربي وتطبيقاتها في الأراضي الفلسطينية المحتلة، مجلة جيل حقوق الإنسان، عدد 27، لبنان، فبراير 2018، ص 121.

⁵ خلف رمضان الجبوري، أعمال الدولة في ظل الاحتلال، دار الجامعة الجديدة، ط1، القاهرة، 2010، ص 22.

⁶ خالد الضيف شبل، الوضع الدستوري أثناء الاحتلال الحربي، منشورات الحلبي الحقوقية، ط1، بيروت، 2016، ص 53-55.

⁷ Ahmed Abou-El- Wafa. The Occupation Bellica (Military Occupation). Recent Trends. Review Egyptian of the International Law. Vol. 64. 2008. P2.

⁸ أحمد إسماعيل العمري، نفاذ المعاهدات في ظل الاحتلال العسكري، دار الكتب القانونية ودار شتات للنشر والتوزيع، ط1، مصر-الإمارات، 2014، ص 28.

الإقليم المحتل حتى ولو بشكل مخالف للقانون الدولي كما يحصل مع الإقليم المحتل في الأراضي الفلسطينية¹.

وتجدر الإشارة إلى أن جميع فقهاء القانون الدولي متفقين في مسألة عجز دولة السيادة القانونية عن ممارسة سلطاتها في الإقليم، وانتقال السيادة الفعلية للسلطة القائمة بالاحتلال². بالرغم من أن مسألة احتلال الأقاليم كلها أو جزء منها مسألة غير قانونية أو شرعية بموجب القانون الدولي المعاصر لكنه ينظم واقعه ونتائجه³. وهنا وجب التنويه إلى أن مسألة الاحتلال ليست شرطاً أن تقوم به الدول الاستعمارية فقط، وإنما يمكن أن تقوم به مليشيات أو منظمات مسلحة لديها أهداف سياسية، ويمكن أن نشير لما حصل عام 2001، في محاولة لإحدى العصابات المسلحة احتلال إحدى جزر القمر، وهنا تطبق الأحكام والالتزامات كافة المتعلقة بمسألة احتلال الأقاليم بغض النظر عن يقوم به⁴.

وهنا لا بُد من الإشارة إلى مسألة في غاية الأهمية كان القانون الدولي المعاصر قد رتبها في صفوفه من حيث الشروط والتمييز في الفحوى والجوهر وهي حالي الاحتلال الحربي والحرب. فمسألة الحرب هي مرحلة "القتال والاشتباك على أرض المعركة لتحقيق أهداف سياسية أو اقتصادية". أما مسألة الاحتلال الحربي فهي "مرحلة مؤقتة تعقب العدوان المسلح والحرب"⁵. وبناءً على ذلك، وفي حالة تمت السيطرة الفعلية على الإقليم المحتل فإنه لا يوجد مانع قانوني من تطبيق التشريعات القانونية التي كانت سارية قبل الاحتلال خصوصاً القضائية والإدارية منها والتي تصب في مصلحة السكان، وهنا وجب التنويه إلى أنه في حالة امتثال القوة القائمة بالاحتلال للقانون الدولي وللصكوك الدولية ذات الصلة لا يعفيه بأن احتلاله

¹ عبد الرحمن أبو النصر، اتفاقية جنيف الرابعة لحماية المدنيين لعام 1949، وتطبيقها في الأراضي الفلسطينية المحتلة، مطابع مركز رشاد الشوا الثقافي، ط1، غزة، 2000، ص368. انظر أيضاً:

Arnold Duncan McNair, and Arthur Desmond Watts. The Legal Effects of War.. Cambridge: Cambridge U. P. , 4th ed 1966. P366.

² وريدة جندلي، الترحيل القسري للمدنيين أثناء النزاعات المسلحة، المكتب العربي للمعارف، ط1، القاهرة، 2018، ص103.

³ وليد بيطار، القانون العام الدولي، مجد المؤسسة الجامعية للدراسات والنشر والتوزيع، ط1، بيروت، 2008، ص801.

⁴ سهيل حسين الفتلاوي، الإرهاب الدولي وشرعية المقاومة، دار الثقافة للنشر والتوزيع، ط1، عمان، 2009، ص116-117.

⁵ خالد الضيف شيلي، الوضع الدستوري أثناء الاحتلال الحربي، مرجع سابق، ص48.

Ahmad –Abou El-Wafa, A. manual on the law of international organizations; Ibid. P42.

للإقليم أو لجزء منه بأنه غير شرعي ولا يحق له إجراء تغييرات جوهرية على الإقليم كونه لا يملك السيادة عليه¹.

وخلاصة القول بخصوص مسألة الاحتلال، أنه لا يوجد أي تشريع أو صك دولي يجيز للسلطة القائمة بالاحتلال ببسط سيطرته على أي إقليم تابع لسيادة أي دولة، وفي حالة الاحتلال الفعلي إن تم فلا يجوز له إجراء تغييرات جوهرية على الإقليم الذي احتله، ولا يجوز له نقل سكانه عليه، ونفي وترحيل سكانه الأصليين أصحاب الأرض، لغايات الاستيطان، وعليه الجميع منفق فقهاء وفلاسفة وأساتذة المتخصصين بالقانون الدولي أن الاحتلال ظاهرة وحالة مؤقتة غير شرعية وإن كانت قائمة ومعترف قانونياً بوجودها في الواقع مستندين على ذلك إلى ما جاء في متن المعاهدات والمواثيق والصكوك وقرارات المحاكم الدولية والمنظمات الدولية، مع تقييد الاختصاصات للسلطة القائمة للاحتلال بمقتضاها وفرض واجبات عليها من ضمنها إلزامهم بالسكان من حيث توفير الالتزامات كافة تجاههم خصوصاً فيما يتعلق بالصحة والتعليم والأمن والاقتصاد وغيرها من المسائل التي تصب في مصلحتهم.

ثانياً: الصكوك الدولية وتأثيرها في السياسة الدولية

حول مسؤولية الاحتلال تجاه السكان المدنيين

لقد كان فقهاء القانون الدولي على علم ويقين بأن النظام العالمي متقلب الود ومبني على ازدواجية المعايير وفقاً للمصالح، لذلك كان لزاماً عليهم تضمين مصالح الناس الضعفاء في قوالب قانونية تستوجب التطبيق والزجر في حالات المخالفة، فتم تقنين قوانين لحماية السكان المدنيين بمقتضى تشريعات ومعاهدات ملزمة للدول جمعاء، وفي حالات المخالفة والانتهاك تستوجب المسؤولية والعقاب، وخصوصاً فيما يتعلق بحقوق الإنسان أثناء النزعات المسلحة أو احتلال الأقاليم، لذلك تم إيجاد معايير رقابة وحماية دولية في الأوقات التي يستوجب فيها ذلك، وفي ضوء ذلك نلاحظ ما ورد من نصوص في العديد من التشريعات والاتفاقيات الدولية التي تتوافق مع ما ذكر، فقد أقرت اتفاقية لاهاي لعام 1907، نصوصاً ملزمة وصريحة على واجبات الاحتلال تجاه السكان في الإقليم المحتل، من خلال المواد (45، 46، 47، 50، 52)؛ فيما أقرت اتفاقية جنيف الرابعة لعام 1949، الباب الثالث منها حول وضع الأشخاص

¹ تجدر الإشارة إلى أن امتثال القوة المحتلة لنصوص القانون الدولي لا يلغي بطبيعة الحال عدم شرعية فعل الاحتلال. للمزيد انظر: عبد الرحمن أبو النصر، اتفاقية جنيف الرابعة لحماية المدنيين لعام 1949، وتطبيقها في الأراضي الفلسطينية المحتلة، مرجع سابق، ص 369-370. وأيضاً:

O. Ben-Naftali, A. M. Gross and K. Michaeli, "Illegal Occupation: Framing the Occupied Palestinian Territory", 23 Berkeley J. Int'l Law 2005, p 552.

المحميين ومعاملتهم من خلال المواد (27-62)، ضمن قواعد حظر أعمال التعذيب والانتقام، وأخذ الرهائن، والترحيل القسري للسكان، وهنا فرضت على السلطة القائمة بالاحتلال توفير حماية خاصة للأطفال والنساء والرضع والشيوخ، ومنعت بمقتضى هذه المواد الاعتداء عليهم أو على أي شخص يندرج تحت مسمى شخص مدني لا يمارس أعمال قتالية.

وهذا ما يتفق مع المبادئ الإنسانية التي زرعت الضمائر الحية لشعوب وسكان العالم، وهو ما جاء بشكل ملفت للنظر في المواثيق والصكوك الدولية، وما تم التأكيد عليه أيضاً في البروتوكول الإضافي الثاني لعام 1977، خصوصاً أثناء النزعات المسلحة أو احتلال الأقاليم، وهو ما أكدت عليه أيضاً ديباجة البروتوكول الإضافي الأول لعام 1977¹.

لذلك، تنبه الشارع الدولي حول مسألة استخدام الأسلحة أثناء النزاعات أو الحروب أو الدفاع الشرعي، فقد تم تحريم استخدام الأسلحة الفتاكة للجميع أو تلك التي تضر بالبيئة أو التي تحدث آلاماً غير مبررة، لذلك هناك تقييد في وسائل القتال وفقاً لما ورد في المادة (35) من البروتوكول الأول لعام 1977 والمادة (8) من اتفاقية جنيف الرابعة لعام 1949². وأن قضية استخدام السلاح بذريعة الدفاع الشرعي يجب أن تنصب في قالبها القانوني والشرعي بما يتوافق مع أهداف وميثاق الأمم المتحدة وتحت إشرافها، ويتناسب مع حجم الهجوم، أما غير ذلك فإن الأمر يكون في غير محله، ويترتب عليه مسؤولية كونه غير شرعي³.

وهنا وجب التنويه بعيداً عن السياسة الدولية الواقعة ما بين الثابت والمتغير في سياستها تجاه الحروب والصراعات الدائرة في أصقاع العالم، ولتقنين القواعد الرئيسية للسلوك الإنساني فقد تقرر وضع قواعد عامة ملزمة لجميع الأطراف، إضافة للعديد من الواجبات المحددة للسلطة القائمة للاحتلال وحددت الانتهاكات الجسيمة التي قد ترتكب تجاه السكان المدنيين في الإقليم المحتل⁴. وهنا لا بُد من الإشارة إلى

¹ انظر ديباجة البروتوكول الإضافي الثاني لعام 1977.

² انظر للمادة 35 من البروتوكول الإضافي الأول لعام 1977.

³ صلاح، رفيق محمد، وغائب، علي ألماس، مسؤولية دولة الاحتلال عن تعويض الأضرار المدنية، مجلة كلية القانون والعلوم السياسية، جامعة كركوك العراق، مجلد 7 عدد 76، 2018، ص 291.

⁴ نصت الفقرة 3 من المادة 85 من البروتوكول الإضافي الأول لعام 1977 على أنه "تُعد الأعمال التالية، فضلاً على الانتهاكات الجسيمة المحددة من المادة 11، بمثابة انتهاكات جسيمة لهذا الملحق "البروتوكول" إذا اقترفت عن عمد، مخالفة للنصوص الخاصة بها في هذا الملحق "البروتوكول"، وسببت وفاة أو أذى بالغاً بالجسد أو بالصحة: أ - جعل السكان المدنيين أو الأفراد المدنيين هدفاً للهجوم، ب - شن هجوم عشوائي، يصيب السكان المدنيين أو الأعيان المدنية عن

ما جاء في اتفاقية جنيف الرابعة لعام 1949، بعنوان عام وشامل وواضح وهو "الحماية العامة للسكان من بعض عواقب الحرب"، ونصت المادة (13) منه أنه "تشمل أحكام الباب الثاني مجموع سكان البلدان المشتركة في النزاع، دون أي تمييز محف يرفع بشكل خاص إلى العنصر، أو الجنسية أو الدين، أو الآراء السياسية، والمقصود بها تخفيف المعاناة الناجمة عن الحرب".

وتماشياً مع ما جاء في نصوص الاتفاقية الخاصة باحترام قوانين وأعراف الحرب البرية في لاهاي لعام 1907، وبالتحديد نص المادة 46¹، فإنه يقع على عاتق القوة القائمة بالاحتلال مسؤوليات جمة وعديدة من ضمنها احترام العقائد والمعتقدات والكرامة والحقوق العائلية وعدم التعرض للمدنيين تحت أي إطار ما دام أنهم لم يشتركوا بالأعمال العدائية، وهو ما أشارت إليه المادة (27) من اتفاقية جنيف الرابعة²، فضلاً عما جاء في المادة (23) في فقرتها الأولى من العهد الدولي الخاص بالحقوق المدنية والسياسية³، وهو ما كان متوافقاً ومنسجماً مع ما جاء به الإعلان العالمي لحقوق الإنسان الذي انصب جل اهتمامه على الحريات العامة والحقوق الخاصة لعموم الناس، وألزم الحكومات والدول بضرورة تمتع الناس بحرياتهم ومعتقداتهم وعدم التمييز بينهم على أساس العرق أو الدين أو السياسة، وأوجب توفير الحماية والرعاية لهم على قدم وساق.

كما لا بُد من التطرق إلى أن اتفاقية جنيف الرابعة في موادها ذات الأرقام (13، 32) حظرت أعمالاً كثيرة من شأنها المساس بسلامة أجساد المدنيين، خصوصاً في الأقاليم المحتلة أو وقت النزاعات المسلحة، فقد حظرت أعمال "التعذيب، والسلب، والمعاملة اللاإنسانية، والقتل"⁴، بحق السكان المدنيين، سواء كان

معرفة بأن مثل هذا الهجوم يسبب خسائر بالغة في الأرواح، أو إصابات بالأشخاص المدنيين أو أضراراً للأعيان المدنية كما جاء في الفقرة الثانية "1" ثالثاً من المادة 57، ج- شن هجوم على الأشغال الهندسية أو المنشآت التي تحوي قوى خطرة عن معرفة بأن مثل هذا الهجوم يسبب خسائر بالغة في الأرواح، أو إصابات بالأشخاص المدنيين، أو أضراراً للأعيان المدنية كما جاء في الفقرة الثانية "أ" ثالثاً من المادة 57، د- اتخاذ المواقع المجردة من وسائل الدفاع، أو المناطق المنزوعة السلاح هدفاً للهجوم، هـ- اتخاذ شخص ما هدفاً للهجوم، عن معرفة بأنه عاجز عن القتال، و- الاستعمال الغادر مخالف للمادة 37 للعلامة المميزة للصليب الأحمر أو الهلال الأحمر أو الأسد والشمس الأحمرين، أو أية علامات أخرى للحماية تقرأها الاتفاقيات أو هذا الملحق "البروتوكول".

¹ انظر إلى نص المادة 46 من اتفاقية لاهاي لعام 1907.

² انظر إلى نص المادة 27 من اتفاقية جنيف الرابعة لعام 1949.

³ انظر إلى نص الفقرة الأولى من المادة 23 من العهد الدولي الخاص بالحقوق المدنية والسياسية لعام 1977.

⁴ انظر المادة 31، 32 من اتفاقية جنيف الرابعة لعام 1949.

ذلك بشكل مباشر أو غير مباشر، وبغض النظر عن نوعية السلاح المستخدم المحرم والمحظور من الأسلحة البيولوجية وغيرها المتعارف عليها كالكيميائية والذرية، أو حتى المسموح بها، أو تلك الأعمال السلبية التي قد تؤدي إلى الموت نتيجة الإهمال أو الترك حتى يلقي المصاب أو العاجز حتفه دون أدنى مساعدة، بل على العكس من ذلك وجب توفير الوسائل الضرورية اللازمة وبذل أقصى الجهود لبقيهم على قيد الحياة. وهذا ما جاء أيضًا بشكل توافقي وواضح مع المادة (147) من اتفاقية جنيف الرابعة لعام 1949، التي أقرت بقاعدة عامة مبدأها الرئيسي الحماية العامة الكاملة والشاملة للسكان والممتلكات.

وعليه، وأمام المآسي التي قد تحصل للرايا والسكان والممتلكات المدنية، فقد أقرت مجموعة من التشريعات القضائية والقانونية نصوصًا عالجت فيها قضية التمييز ما بين الأهداف العسكرية والمدنية وما بين المقاتل والمدني مع ضرورة مراعاة حقوق الإنسان في الوسائل المستخدمة كافة، كما أبانت الأهداف العسكرية وعرفتتها وحددت معنى المقاتل والمدني في نصوص القوانين¹. الذي لا يجوز له الاشتراك في الأعمال القتالية وإلا تحولت صفته وأصبح هدفًا مشروعًا وهو الأمر ذاته ما ينطبق على الأهداف المدنية².

أما فيما يتعلق بالأراضي المحتلة وسكانها، فإن السلطة القائمة بالاحتلال تقع على عاتقها مسؤولية توفير كل ما يلزمه من غذاء ودواء وعناية وحوائجهم الأساسية كافة طبقًا لنص المادتين (55، 56) من اتفاقية جنيف الرابعة³.

مع ضرورة السماح لموظفي اللجنة الدولية للصليب الأحمر والهلال الأحمر بالقيام بالأنشطة اللازمة كافة بما يتفق وأحكام القانون في سياق المساعدات الإنسانية، لكن هذا الأمر لا يعفي السلطة القائمة بالاحتلال من مسؤولياتها تجاه سكان الأراضي المحتلة في توفير ما يلزم من احتياجات أساسية⁴. حتى على مستوى المؤسسات التعليمية التي يجب دعمها بكل الوسائل من قبل السلطة القائمة بالاحتلال،

¹. هشام مصطفى محمد، حقوق الإنسان في التشريعات العربية والمواثيق الدولية، دار المطبوعات الجامعية، ط1، الإسكندرية، 2016، ص223.

². أحمد عبيس الفتلاوي، رباب الكسار، الإلزام بإبعاد المدنيين عن سير العمليات العدائية في ضوء القانون الدولي الإنساني، مجلة مركز دراسات الكوفة، العراق، مجلد1، عدد56، 2020، ص90.

³. انظر نص المادتين 55، 56 من اتفاقية جنيف الرابعة لعام 1949.

⁴. انظر المادة 59 من اتفاقية جنيف الرابعة لعام 1949.

إضافة إلى توفير الرعايا للأطفال اليتامى الذي تبنوا بسبب الحرب، كل هذه الأمور عالجتها المادة (50) من اتفاقية جنيف الرابعة وفقاً لما يقتضيه القانون الدولي الإنساني¹.

أما المادة (44) من اتفاقية لاهاي لعام 1907، فقد ذهبت إلى أبعد من ذلك حين قالت بأنه "لا يجوز لأي طرف في النزاع أن يجبر سكان الأراضي المحتلة على الإدلاء بمعلومات عن القوات المسلحة للطرف الآخر، أو عن وسائل الدفاع التي تستخدمها هذه القوات". بل عمدت المادة (45) من الاتفاقية ذاتها إلى تبيان موضوع الولاء والطاعة فقد حظرت "إرغام سكان الأراضي المحتلة على تقديم الولاء للقوة المعادية"؛ أو الاشتراك بالمجهود الحربي ضد وطنهم حتى على مستوى أن يمدوا السلطة القائمة بالاحتلال بمعلومات من الممكن أن تساهم في تقوية مصالحهم الأمنية ضد أوطانهم، فلا ولاء من السكان للمحتل، وهو ما أشارت إليه المادة (51) من اتفاقية جنيف الرابعة لعام 1949²، في حين من الممكن الحديث عن أن الطاعة تكون في حدود القانون والأوامر التي تكون مشروعة حتى لا تمس بأمن المحتل، من غير ذلك لا شرعية له بفرض الطاعة والولاء له من قبل سكان الإقليم.

ومن هنا وجب التنويه لأمر في غاية الأهمية بموضوع النقل القسري أو الترحيل الفردي أو الجماعي لغايات بسط السيطرة والاستحواذ على الأرض، فقد حظرته المادة (49) من اتفاقية جنيف الرابعة لعام 1949، سواء من داخل الأراضي المحتلة أو من خارجها وهو ما أكدت عليه أيضاً المادة (17) من البروتوكول الإضافي الثاني لعام 1977³.

في حين يُعتبر الاستيطان من الجرائم المستمرة، لذلك يُمنع على السلطة القائمة بالاحتلال نقل مواطنيها إلى الدولة التي احتلتها، كما أن موضوع النقل أو الإخلاء للسكان المحميين بمقتضى القوانين يجب أن يكون ذلك في مصلحتهم، كما أنه يجب أن يكون مؤقتاً، ولفترة محدودة، مع ضرورة توفير مكان مناسب وملئم لحين العودة إلى مكان سكنهم، وإلا عُد غير ذلك مخالفة جسيمة وانتهاكاً خطيراً للقوانين الدولية وللكرامة الإنسانية استناداً لما نصت عليه المادة (49) من اتفاقية جنيف الرابعة⁴.

¹ انظر المادة 50 من اتفاقية جنيف الرابعة لعام 1949.

² انظر للمادة 51 من اتفاقية جنيف لعام 1949.

³ انظر للمادة 17 من البروتوكول الثاني لعام 1977.

⁴ انظر المادة 49 من اتفاقية جنيف الرابعة لعام 1949.

وفي السياق نفسه، واعتماداً على النصوص ذات الصلة فقد حظرت المادة (33) من اتفاقية جنيف الرابعة لعام 1949، والمادة (2/75) في الفقرة (د) من البروتوكول الإضافي الأول لعام 1977، العقوبات الجماعية بأشكالها كافة على السكان المحميين.

كما أن المعاملة الإنسانية أفردت له مساحة لا بأس بها في متن الاتفاقيات، بحيث حظرت الاعتداء على من لا يشترك بالأعمال العدائية أو الذين أصبحوا عاجزين عن القتال لأي سبب مقنع بسبب المرض أو الجرح أو من ألقوا السلاح بمحض إرادتهم، وفي الوقت ذاته الأشخاص المحتجزين، جلهم فرضت حماية لهم وألزمت السلطة القائمة بالاحتلال بمعاملتهم معاملة إنسانية بما يتوافق مع الكرامة الإنسانية طبقاً للمادة (1/3) والمادة (37) من اتفاقية جنيف الرابعة لعام 1949.

فيما أوجبت التشريعات والصكوك الدولية على أطراف النزاع المسلح أو حتى السلطة القائمة بالاحتلال أو من يتحكم بزمام الأمور عمل مسار آمن لمرور المرضى والجرحى وكبار السن، وتسهيل مهمة الخدمات الطبية والدينية بما يتوافق مع القانون بعيداً عن الأماكن الدائرة فيها النزاع المسلح طبقاً للمادة (17) من اتفاقية جنيف الرابعة لعام 1949. والبروتوكول الإضافي الأول لعام 1977، المعني بحماية ضحايا المنازعات الدولية المسلحة¹، ومن ضمنهم المدنيين من "طواقم ملاحاة الطائفة ومن يقوموا بتوريد المؤن الغذائية، والمراسلون الحربيون، والصحفيون"، حتى لو كانوا بصحبة القوات المسلحة دون أن يكونوا من قواتهم، لذلك في حالة القبض عليهم يتم معاملتهم معاملة أسرى الحرب². أما الذين يتم القبض عليهم من غير المقاتلين والذين لا ينطبق عليهم أسرى حرب، كون الأعمال التي ارتكبوها جنائية فيتم محاكمتهم محاكمة عادلة متمتعين بالضمانات والحقوق كافة التي تتماشى مع مبادئ العدل والإنصاف ومبادئ حقوق الإنسان³، التي تضمن تحقيق المحاكمة العادلة للجميع على حد سواء دون تمييز⁴، أمام هيئة قضائية مستقلة تلتزم بمجموعة من الضوابط القانونية التي تهدف إلى تحقيق المحاكمة العادلة للأفراد

¹ انظر للمادة 8 من البروتوكول الإضافي الأول لعام 1977.

² انظر للمادة 9 من البروتوكول الإضافي الأول لعام 1977.

³ رمضان غمسون، الحق في المحاكمة العادلة، دار الألفية للنشر والتوزيع، قسنطينة: الجزائر، ط1، سنة 2010م، ص18.

⁴ سعداوي بشير، حق المتقاضى في المحاكمة العادلة، مجلة القانون، المجتمع والسلطة، المجلد: 11، العدد: 1، سنة 2022م، ص58.

دون تحيز أو انتقاص من حقوقهم¹. وهو ما أشارت إليه المادة (10) من الإعلان العالمي لحقوق الإنسان لعام 1948، والتي نصت على أنه "لكل إنسان على قدم المساواة التامة مع الآخرين الحق في أن تنظر قضيته محكمة مستقلة ومحايدة، نظراً منصفاً وعلنياً، للفصل في حقوقه والتزاماته وفي أية حقوق جزائية توجه إليه"².

وقد أيدت ذلك المادة (14) من العهد الدولي الخاص بالحقوق المدنية والسياسية لعام 1966، بشيء من التفصيل في تحديد ضوابط المساواة بين الأفراد أمام القضاء؛ الإنصاف والعلنية في المحاكمة؛ وحيادية والاستقلالية؛ والمحاكمة الحضرية ومناقشة الشهود، والترجمة وغيرها من الضمانات ذات الصلة³. كذلك الأمر ما جاء في المادة السادسة في فقرتها الأولى من الاتفاقية الأوروبية لحقوق الإنسان

¹ بدرية عبد الله العوضي، المحاكمة العادلة في دساتير وقوانين السلطة القضائية، المجلة القانونية والقضائية، مركز الدراسات القانونية والقضائية، وزارة العدل، قطر، العدد 2، سنة 2011م، ص15.

² المادة رقم (10) من الإعلان العالمي لحقوق الإنسان عام 1948م.

³ المادة (14) من العهد الدولي الخاص بالحقوق المدنية والسياسية التي تنص على أنه "1. الناس جميعاً سواء أمام القضاء. ومن حق كل فرد، لدى الفصل في أية تهمة جزائية توجه إليه أو في حقوقه والتزاماته في أية دعوى مدنية، أن تكون قضيته محل نظر منصف وعلني من قبل محكمة مختصة مستقلة حيادية، منشأة بحكم القانون. ويجوز منع الصحافة والجمهور من حضور المحاكمة كلها أو بعضها لدواعي الآداب العامة أو النظام العام أو الأمن القومي في مجتمع ديمقراطي، أو لمقتضيات حرمة الحياة الخاصة لأطراف الدعوى، أو في أدنى الحدود التي تراها المحكمة ضرورية حين يكون من شأن العلنية في بعض الظروف الاستثنائية أن تخل بمصلحة العدالة، إلا أن أي حكم في قضية جزائية أو دعوى مدنية يجب أن يصدر بصورة علنية، إلا إذا كان الأمر يتصل بأحداث تقتضي مصلحتهم خلاف ذلك أو كانت الدعوى تتناول خلافات بين زوجين أو تتعلق بالوصاية على أطفال. 2. من حق كل متهم بارتكاب جريمة أن يعتبر بريئاً إلى أن يثبت عليه الجرم قانوناً. 3. لكل متهم بجريمة أن يتمتع أثناء النظر في قضيته، وعلى قدم المساواة التامة، بالضمانات الدنيا الآتية : (أ). أن يتم إعلامه سريعاً وبالتفصيل، وفي لغة يفهمها، بطبيعة التهمة الموجهة إليه وأسبابها، (ب). أن يعطى من الوقت ومن التسهيلات ما يكفي لإعداد دفاعه وللاتصال بمحام يختاره بنفسه، (ج). أن يحاكم دون تأخير لا مبرر له، (د). أن يحاكم حضورياً وأن يدافع عن نفسه بشخصه أو بواسطة محام من اختياره، وأن يخطر بحقه في وجود من يدافع عنه إذا لم يكن له من يدافع عنه، وأن تزوده المحكمة حكماً، كلما كانت مصلحة العدالة تقتضي ذلك، بمحام يدافع عنه، دون تحميله أجراً عن ذلك إذا كان لا يملك الوسائل الكافية لدفع هذا الأجر، (هـ). أن يناقش شهود الاتهام بنفسه أو من قبل غيره، وأن يحصل على الموافقة على استدعاء شهود النفي بالشروط المطبقة ذاتها في حالة شهود الاتهام، (و) أن يزود مجاناً بترجمان إذا كان لا يفهم أو لا يتكلم اللغة المستخدمة في المحكمة، (ز). ألا يُكره على الشهادة ضد نفسه أو على الاعتراف بذنب. 4. في حالة الأحداث، يراعى جعل الإجراءات مناسبة لسنهم ومواتية لضرورة العمل

لعام 1950، فيما يخص الضمانات والحقوق الممنوحة للمتقاضين أمام محاكم مُشكَّلة وفق القانون بشكل مستقل ومحايِد¹. وهو ما يتفق بشكل صريح مع ما نصت عليه المادة الثامنة في فقرتها الأولى من الاتفاقية الأمريكية لحقوق الإنسان لعام 1969². والمادتين الثالثة والسابعة من الميثاق الإفريقي لحقوق الإنسان والشعوب لعام 1981³. والميثاق العربي لحقوق الإنسان لعام 2004، والإعلان العالمي لحقوق الإنسان لعام 1948، وأحكام العهدين الدوليين للحقوق المدنية والسياسية والحقوق الاقتصادية والاجتماعية والثقافية لعام 1966.

وبالتالي على جميع الدول النقيذ بجميع المبادئ والضمانات التي كفلتها الصكوك الدولية، أما فيما يخص الجدل القائم حول مسؤولية الدولة وأركانها ومقوماتها وإن كانت ذات سيادة أم لا أو أنها معترف

على إعادة تأهيلهم. 5. لكل شخص أُدين بجريمة حق اللجوء، وفقاً للقانون، إلى محكمة أعلى كيما تعيد النظر في قرار إدانته وفي العقاب الذي حكم به عليه".

¹ انظر للمادة 6 فقرة 1 من الاتفاقية الأوروبية لحقوق الإنسان 1950م، والتي تنص على أنه "لكل شخص عند الفصل في حقوقه المدنية والتزاماته، أو في اتهام جنائي موجه إليه الحق في مرافعة علنية عادلة خلال مدة معقولة أمام محكمة مستقلة غير منحازة مشكلة طبقاً للقانون. ويصدر الحكم علنياً. ويجوز منع الصحفيين والجمهور من حضور كل الجلسات أو بعضها حسب مقتضيات النظام العام أو الآداب أو الأمن القومي في مجتمع ديمقراطي. أو عندما يتطلب ذلك مصلحة الصغار أو حماية الحياة الخاصة للأطراف. وكذلك إذا رأت المحكمة في ذلك ضرورة قصوى في ظروف خاصة حيث تكون العلنية ضارة بالعدالة".

² انظر للمادة 8 فقرة 1 من الاتفاقية الأمريكية لحقوق الإنسان لعام 1969م، والتي نصت على أنه "لكل شخص الحق في محاكمة تتوفر فيها الضمانات الكافية وتجربها خلال وقت معقول محكمة مختصة مستقلة غير متحيزة كانت قد أُسست سابقاً وفقاً للقانون، وذلك لإثبات أية تهمة ذات طبيعة جزائية موجهة إليه أو للبت في حقوقه أو واجباته ذات الصلة المدنية، أو المالية، أو المتعلقة بالعمل، أو أية صفة أخرى".

³ المادة رقم (3) من الميثاق الإفريقي لحقوق الإنسان والشعوب لعام 1969م، والتي تنص على أنه "1. الناس سواسية أمام القانون. 2. لكل فرد الحق في حماية متساوية أمام القانون" والمادة رقم (7) والتي تنص على أنه "1. حق التقاضي مكفول للجميع ويشمل هذا الحق:

أ- الحق في اللجوء إلى المحاكم الوطنية المختصة بالنظر في عمل يشكل خرقاً للحقوق الأساسية المعترف له بها، والتي تتضمنها الاتفاقيات والقوانين واللوائح والعرف السائد، ب- الإنسان بريء حتى تثبت إدانته أمام محكمة مختصة، ج- حق الدفاع بما في ذلك الحق في اختيار مدافع عنه، د- حق محاكمته خلال فترة معقولة وبواسطة محكمة محايدة. 2. لا يجوز إدانة شخص بسبب عمل أو امتناع عن عمل لا يشكل جريمة يعاقب عليه القانون وقت ارتكابه، ولا عقوبة إلا بنص، والعقوبة شخصية".

بها بشكل صريح أو ضمني من المجتمع الدولي أم لا، هذا الأمر غير مجدي لإثارته أمام الواقع المرير في النزاعات المسلحة أو في مسألة احتلال الأقاليم كوننا نتحدث عن الرعاية والحماية للسكان المدنيين، أما الاعتراف وأركان الدولة ومسؤولياتها من الممكن الاطلاع على معاهدة مونتفيدو 1933، التي أبانت ذلك، وعليه فإن مساءلة الدول من اختصاص محكمة العدل الدولية، أما مساءلة الأفراد فيما يخص الانتهاكات الجسيمة بحق السكان والراعي المحميين تكون أمام محكمة الجنايات الدولية صاحبة الولاية والاختصاص بحق الأفراد المجرمين¹. غير أن الأساس القانوني والشرعي للتفريق بين أعمال حركات التحرر الوطنية وبين أعمال السلطة القائمة بالاحتلال، أو المنظمات الجرمية الإرهابية، هو المبدأ العام والقاعدة الأمرة التي تتحدث عن مبدأ حق تقرير المصير، كون أفراد حركات التحرر يسعون جاهدين للتحرير وتصفية الاستعمار بشرط الالتزام بحدود القانون الدولي، أما غيرهم من المنظمات الجرمية التي تمارس الإرهاب السياسي والأيديولوجي فهو عمل غير مشروع ولا يمكن وصفه بأعمال شرعية وهو مُحَارَب من قبل الجميع حكومات وشعوب وأحزاب، والفرق شاسع ما بين التحرير والإرهاب².

وبناءً على ما سبق فإن الأفعال والأعمال الجسيمة التي تُرتكب بحق الراعي المدنيين ممن تشملهم الحماية والرعاية بمقتضى القانون الدولي الإنساني والصكوك الدولية ذات العلاقة، كان لميثاق روما المؤسس لمحكمة الجنايات الدولية بصمة واضحة في ذلك من خلال جعل كل من يرتكب جنایات بحق الإنسانية وجرائم حرب لا يمكن تقادمها تحت أي ظرف أو زمان ومصيره آجلاً أم عاجلاً تنفيذ العدالة بحقه، كما أن الأمور المتعلقة بالرعاية والحماية واضحة المعالم بمقتضى القانون الدولي واتفاقيات جنيف والبروتوكولات الملحق، فلا عذر لمن يخالفها بحجة عدم الاطلاع أو الجهل بها، لذلك وجب التمييز بين الأهداف المدنية والعسكرية وما بين المقاتل والمدني³، وهو ما أشارت إليه المادتان الثالثة والرابعة من اتفاقية جنيف الرابعة⁴. أما فيما يتعلق بحق الإنسان بالوجود وبحياته ومسارته، فكان للقانون الدولي رأي

¹ مرسى عبد الرازق، إسماعيل الرزاوي، حق تقرير المصير من منظور الشرعية الدولية، المجلة الإفريقية للدراسات

المتقدمة في العلوم الإنسانية والاجتماعية، ليبيا، المجلد الثاني، العدد الأول، (يناير - مارس) 2023، ص 307.

² مرسى عبد الرازق، المقاومة والإرهاب في ميزان القانون الدولي الإنساني، مجلة قضايا التطرف والجماعات المسلحة،

المركز الديمقراطي العربي للدراسات، ألمانيا - برلين، عدد 11، مايو 2023، ص 309،

³ القانون الدولي الإنساني وحماية السكان المدنيين خلال النزاعات المسلحة، سلسلة القانون الدولي الإنساني رقم (3)،

السنة: 2008، ص 3.

⁴ يعتبر شخص مدني وفقاً لنص المادة (1/3) من الاتفاقية الرابعة "كل من لا يشترك "يقا" في الأعمال العدائية بشكل

مباشر". ثم جاءت المادة (1/4) من الاتفاقية ذاتها لتُعرّف الأشخاص المدنيين حيث نصت على أنه "الأشخاص الذين

حاسم في قضية الإبادة، حيث اعتبرها من ضمن المسائل التي تستوجب المساءلة والعقاب للدول، وهو ما جاء في أحكام محكمة العدل الدولية، وخير دليل على ذلك قضية اتفاقية الإبادة الجماعية لعام 2007، (البوسنة/ صربيا)¹، التي قضت في حكمها أن "الالتزام بعدم ارتكاب جريمة إبادة جماعية ينطبق" على دولة أينما كانت تتصرف أو قد تكون قادرة على التصرف "بطريقة غير مقيدة بالحدود الإقليمية"². لأن مسألة الحق في الحياة مسألة لاصقة بالإنسان وتنبه لها الفقهاء والقانونيون الدوليون وتم التخصيص عليها

تحميهم هذه الاتفاقية هم أولئك الذين يجدون أنفسهم في لحظة ما وبأي شكل كان، في حالة قيام نزاع أو احتلال، تحت سلطة طرف ليسوا من رعاياها أو دولة احتلال ليسوا من رعاياها". أما القوات المسلحة فهي بموجب المادة 43 من البروتوكول الأول لعام 1979 هم: "1- تتكون القوات المسلحة لطرف النزاع من القوات المسلحة والمجموعات والوحدات النظامية كافة التي تكون تحت قيادة مسؤولة عن سلوك رؤوسها قبل ذلك الطرف حتى ولو كان ذلك الطرف ممثلاً بحكومة أو بسلطة لا يعترف الخصم بها. ويجب أن تخضع مثل هذه القوات المسلحة لنظام داخلي يكفل فيما يكفل اتباع قواعد القانون الدولي التي تطبق في النزاع المسلح.

2- يُعد أفراد القوات المسلحة لطرف النزاع (عدا أفراد الخدمات الطبية والوعاظ الذين تشملهم المادة 33 من الاتفاقية الثالثة) مقاتلين، بمعنى أن لهم حق المساهمة المباشرة في الأعمال العدائية.

3- إذا ضمت القوات المسلحة لطرف في نزاع هيئة شبه عسكرية مكلفة بفرض احترام القانون وجب عليه إخطار أطراف النزاع

الأخرى بذلك" لذلك تعمل أطراف النزاع بمقتضى المادة 48 من البروتوكول ذاته على "على التمييز بين السكان المدنيين والمقاتلين وبين الأعيان المدنية والأهداف العسكرية، ومن ثم توجه عملياتها ضد الأهداف العسكرية دون غيرها؛ وذلك من أجل تأمين احترام وحماية السكان المدنيين والأعيان المدنية"، وهنا كان للمادة 50 من البروتوكول الأول تعريف لغايات التمييز ما بين المدني والمقاتل فقد فرقت في ذلك عندما نصت على أنه "1- المدني هو أي شخص لا ينتمي إلى فئة من فئات الأشخاص المشار إليها في البنود الأول والثاني والثالث والسادس من الفقرة (أ) من المادة الرابعة من الاتفاقية الثالثة والمادة 43 من هذا الملحق "البروتوكول". وإذا ثار الشك حول ما إذا كان شخص ما مدنياً أم غير مدني فإن ذلك الشخص يُعد مدنياً .

2- يندرج في السكان المدنيين الأشخاص المدنيين كافة .

3- لا يجرّد السكان المدنيين من صفتهم المدنية وجود أفراد بينهم لا يسري عليهم تعريف المدنيين.

¹ Dinstein, Y. (2019). Protection of the Civilian Population under Belligerent Occupation. In *The International Law of Belligerent Occupation* (pp. 160-193). Cambridge: Cambridge University Press. doi:10.1017/9781108671477.008

² Dinstein, Y. (2009). Protection of the civilian population under belligerent occupation. In *The International Law of Belligerent Occupation* (pp. 146-179). Cambridge: Cambridge University Press. doi:10.1017/CBO9780511818257.008

في الصكوك والتشريعات الدولية كافة ذات الصلة كونها مسؤولية مشتركة ما بين الدول كافة¹. كما لا بُد من الإشارة والتنويه إلى أن بعضاً من الدول أو السلطات القائمة بالاحتلال من الممكن أن تستخدم مرتزقة أو شركات أمنية وطنية أو دولية في ممارسات غير مشروعة، لذلك كان القانون الدولي قد عالج هذه المسألة وفرض عليها التزامات ومسؤوليات بحقها وبحق أفرادها في حالات ارتكابهم لجرائم ضد الإنسانية أو أية أعمال غير مشروعة بموجب القانون الدولي².

الخاتمة

نخلص إلى القول إن سياسة تطويع القانون الدولي ومؤسساته الرسمية بيد القوى العظمى ليست ثابتة وإنما متغيرة حسب ما تقتضيه المصلحة الخاصة، كما أن التنفيذ القضائي العالمي مرهون أيضاً بالمصلحة ذاتها، لكن ما يبقى عنصر الأمل لدى أصحاب الحقوق بأن الجرائم والانتهاكات التي تُرتكب بحق البشرية والكرامة الإنسانية المنصوص عليها في ميثاق روما لا تسقط بالتقادم، وأن المبادئ الإنسانية للصيقة بالإنسان وجب احترامها، وأن الأطراف التي تحارب بعضها البعض في إطار النزاع المسلح، أو المواجهة ما بين أفراد حركات التحرر والسلطات القائمة بالاحتلال يجب عليهم الالتزام بقواعد الحرب المنصوص عليها في الصكوك الدولية، وفي القواعد والمبادئ العامة للقانون الدولي وأن جميع الأسلحة المستخدمة في النزاعات المسلحة وحتى تلك المستخدمة لغايات التحرر مقيدة وفق القانون الدولي. لكن مهم جداً إبراز أهمية التضامن العالمي المستمر بين الشعوب ودعمه في القضايا الإنسانية لدحض المبررات الأيديولوجية لارتكاب جرائم ضد الإنسانية والتأكيد على الرواية الحقيقية التاريخية لأية مسألة متنازع عليها ليكون المجتمع الدولي بعيداً عن السيناريوهات الخيالية التي تُعد من قبل العالم أحادي القطبية، فالحرب والاحتلال أداة متجددة من قبيل المنافسة العالمية الهدف منها القضاء على أي تحرك سياسي واقعي لخلق قوى جديدة لتغيير شكل النظام العالمي، خاصة روسيا والصين ودول أخرى كمجموعة البريكس وغيرها لعل وعسى أن يكون شكله عادلاً بعيداً عن تحقيق المصالح الاستعمارية،

¹ · Miller, D. (2009). The responsibility to protect human rights. In L. Meyer (Ed.), *Legitimacy, Justice and Public International Law* (pp. 232-251). Cambridge: Cambridge University Press. doi:10.1017/CBO9780511691720.009

² · Darcy, S. (2023). "Chapter 12 Private Sector Responsibility for the Treatment of Palestinian Prisoners and Detainees in Light of the Law and Policy of the International Criminal Court". In *Prolonged Occupation and International Law*. Leiden, The Netherlands: Brill | Nijhoff. doi: https://doi.org/10.1163/9789004503939_014

وأخيراً فإن الثابت في الأمر على مدى العقود الماضية قواعد ومبادئ القانون الدولي، أما المتغير فهي سياسة تطويع تنفيذ القانون الدولي ومؤسساته لصالح القوى العظمى من خلال السياسة الكلاسيكية المعتادة والمعهودة لصالح الاستعمار.

بيان تضارب المصالح:

يقر جميع المؤلفين أنه ليس لديهم أي تضارب في المصالح.

قائمة المصادر والمراجع

أولاً: المصادر

1. البروتوكول الإضافي الأول لعام 1977.
2. البروتوكول الإضافي الثاني لعام 1977.
3. اتفاقية لاهاي لعام 1907.
4. الإعلان العالمي لحقوق الإنسان عام 1948م.
5. الاتفاقية الأمريكية لحقوق الإنسان لعام 1969م.
6. الميثاق الإفريقي لحقوق الإنسان والشعوب لعام 1969م.

ثانياً: الكتب

1. أحمد إسماعيل العمري، نفاذ المعاهدات في ظل الاحتلال العسكري، دار الكتب القانونية ودار شتات للنشر والتوزيع، ط1، مصر - الإمارات، 2014.
2. خالد الضيف شبلي، الوضع الدستوري أثناء الاحتلال الحربي، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت، ط1، 2016، ص 220-221.
3. خالد الضيف شبلي، الوضع الدستوري أثناء الاحتلال الحربي، منشورات الحلبي الحقوقية، ط1، بيروت، 2016.
4. خلف رمضان الجبوري، أعمال الدولة في ظل الاحتلال، دار الجامعة الجديدة، ط1، القاهرة، 2010.
5. رابح زغوني، الإستراتيجية الصينية للعالم العربي نحو الانتقال من الجيواقتصاد إلى الجيوبوليتيك، (العرب والصين؛ مستقبل العلاقة مع قوة صاعدة)، المركز العربي للأبحاث ودراسة السياسات، ط1، أكتوبر 2019.
6. رجب عبد المنعم متولي، مبدأ تحريم الاستيلاء على أراضي الغير بالقوة في ضوء القانون الدولي المعاصر، مع دراسة تطبيقية للعدوان العراقي ضد الكويت، مطبعة العمرانية للأوفست، ط1، الجيزة، 1999.
7. رمضان غمسون، الحق في المحاكمة العادلة، دار الألمعية للنشر والتوزيع، قسنطينة: الجزائر، ط1، 2010.

8. رونة سيلع، لمعاينة الجمهور، الفلسطينيين في الأرشيفات العسكرية الإسرائيلية، ترجمة: علاء حليحل، المركز الفلسطيني للدراسات الإسرائيلية مدار، فلسطين، حزيران 2018.
9. زياد عبد اللطيف القريشي، الاحتلال في القانون الدولي، الحقوق والواجبات مع دراسة تطبيقية لحالة العراق، دار النهضة العربية، القاهرة، ط1، 2007، ص28.
10. سهيل حسين الفتلاوي، الإرهاب الدولي وشرعية المقاومة، دار الثقافة للنشر والتوزيع، ط1، عمان، 2009.
11. عبد الرحمن أبو النصر، اتفاقية جنيف الرابعة لحماية المدنيين لعام 1949 وتطبيقها في الأراضي الفلسطينية المحتلة، مطابع مركز رشاد الشوا الثقافي ط1، غزة، 2000.
12. عروبة جبار الخزرجي، القانون الدولي لحقوق الإنسان، دار الثقافة للنشر والتوزيع، ط1، عمان الأردن، 2010.
13. علا عامر موسي الجعب، اتجاهات اللاجئين الفلسطينيين نحو قضايا الحل الدائم، دار الجندي للنشر والتوزيع، القدس، 2016
14. فادي شديد، حماية المدنيين تحت الاحتلال العسكري، فضاءات للنشر والتوزيع، ط 1، عمان الأردن، 2011.
15. القانون الدولي الإنساني وحماية السكان المدنيين خلال النزاعات المسلحة، سلسلة القانون الدولي الإنساني رقم (3)، السنة: 2008.
16. ليث محمود المبيضين، الاحتلال الأمريكي للعراق من منظور الشرعية الدولية، دار الحامد للنشر والتوزيع، ط1، الأردن، 2012.
17. مجد نعمان عبد الله وآخرون، مقدمة في القانون الدولي العام، منشورات مركز العصرية للدراسات والبحوث، الكلية العصرية الجامعية - رام الله فلسطين، ط1، 2023.
18. محمد بن صقر السلمي، التنافس الأمريكي - الصيني وانعكاساته على منطقة الشرق الأوسط، المعهد الدولي للدراسات الإيرانية، أبريل 2021.
19. محمد عدنان علي الزبر، تحقيق العدالة الجنائية الدولية: دراسة في نطاق القضاء الوطني. المركز العربي للأبحاث ودراسة السياسات، 2022
20. مصطفى أحمد أبو الخير، فتوى الجدار العازل والقانون الدولي، دار إيتراك للطباعة والنشر والتوزيع، ط 1، مصر الجديدة، 2006.

21. معتز عبد القادر محمد الجبوري، قرارات مجلس الأمن دراسة تحليلية، دار شتات للنشر والبرمجيات، دار الكتب القانونية، مصر والإمارات، 2012.
22. منتصر سعيد حمودة ، القانون الدولي المعاصر، دار الفكر الجامعي، ط1، الإسكندرية، 2008.
23. نادية الهواس، الوجيز في المنظمات الدولية: محاولة تقييم فعاليتها في الواقع الدولي، مرايا، ط1، الرباط، 2005.
24. نبيل الرملاوي، الدبلوماسية الفلسطينية ودبلوماسية الحرب الإسرائيلية أمام القانون الدولي، دار الشروق للنشر والتوزيع، ط1، رام الله، 2014.
25. هشام مصطفى محمد، حقوق الإنسان في التشريعات العربية والمواثيق الدولية، دار المطبوعات الجامعية، ط1، الإسكندرية، 2016.
26. وريدة جندلي، الترحيل القسري للمدنيين أثناء النزاعات المسلحة، المكتب العربي للمعارف، ط1، القاهرة، 2018.
27. وليد بيطار، القانون العام الدولي، مجد المؤسسة الجامعية للدراسات والنشر والتوزيع، ط1، بيروت، 2008.

ثالثاً: المجالات

1. أحمد عبيس الفتلاوي، رباب الكسار، الإلزام بإبعاد المدنيين عن سير العمليات العدائية في ضوء القانون الدولي الإنساني، مجلة مركز دراسات الكوفة، العراق، مجلد1، عدد56، 2020.
2. بدرية عبد الله العوضي، المحاكمة العادلة في دساتير وقوانين السلطة القضائية، المجلة القانونية والقضائية، مركز الدراسات القانونية والقضائية، وزارة العدل، قطر، العدد2، 2011.
3. حكيم التوزاني، إشكالات مبدأ حق الشعوب في تقرير مصيرها على ضوء مستجدات القانون الدولي العام، عالم الفكر، الكويت، عدد 174، أبريل- يونيو 2018.
4. سعداوي بشير، حق المتقاضين في المحاكمة العادلة، مجلة القانون، المجتمع والسلطة، المجلد:11، العدد1، 2022.

5. صلاح، رفيق محمد ، وغائب، علي ألماس، مسؤولية دولة الاحتلال عن تعويض الأضرار المدنية، مجلة كلية القانون والعلوم السياسية، جامعة كركوك العراق، مجلد 7 عدد 76، 2018.

6. طيبي وردة، المبادئ العامة لقانون الاحتلال الحربي وتطبيقاتها في الأراضي الفلسطينية المحتلة، مجلة جيل حقوق الإنسان، عدد 27، لبنان، فبراير 2018.

7. مرسى عبد الرازق، إسماعيل الرزاوي، حق تقرير المصير من منظور الشرعية الدولية، المجلة الإفريقية للدراسات المتقدمة في العلوم الإنسانية والاجتماعية، ليبيا، المجلد الثاني، العدد الأول، (يناير - مارس) 2023.

8. مرسى عبد الرازق، المقاومة والإرهاب في ميزان القانون الدولي الإنساني، مجلة قضايا التطرف والجماعات المسلحة، المركز الديمقراطي العربي للدراسات، ألمانيا- برلين، عدد 11، مايو 2023.

رابعاً: المراجع الأجنبية

1. Darcy, S. (2023). "Chapter 12 Private Sector Responsibility for the Treatment of Palestinian Prisoners and Detainees in Light of the Law and Policy of the International Criminal Court". In *Prolonged Occupation and International Law*. Leiden, The Netherlands: Brill | Nijhoff. doi: https://doi.org/10.1163/9789004503939_014
2. Dinstein, Y. (2009). Protection of the civilian population under belligerent occupation. In *The International Law of Belligerent Occupation* (pp. 146-179). Cambridge: Cambridge University Press. doi:10.1017/CBO9780511818257.008
3. Dinstein, Y. (2019). Protection of the Civilian Population under Belligerent Occupation. In *The International Law of Belligerent Occupation* (pp. 160-193). Cambridge: Cambridge University Press. doi:10.1017/9781108671477.008
4. Miller, D. (2009). The responsibility to protect human rights. In L. Meyer (Ed.), *Legitimacy, Justice and Public International Law* (pp. 232-251). Cambridge: Cambridge University Press. doi:10.1017/CBO9780511691720.009
5. Ahmad –Abou El-Wafa, A. manual on the law of international organizations; Ibid. P42.
6. Ahmed Abou-El- Wafa. The Occupation Bellica (Military Occupation). Recent Trends. Review Egyptian of the International Law. Vol. 64. 2008. P2.
7. Arnold Duncan McNair, and Arthur Desmond Watts. The Legal Effects of War.. Cambridge: Cambridge U. P. , 4th ed 1966. P366.
8. Marauhn, Thilo, 'The International Rule of Law in Light of Legitimacy Claims', in Heike Krieger, Georg Nolte, and Andreas Zimmermann (eds), *The International Rule of Law: Rise or Decline?* (Oxford, 2019; online edn, Oxford Academic, 19 Sept. 2019), <https://doi.org/10.1093/oso/9780198843603.003.0018>, accessed 4 may 2023
9. Milano, E. (2017). Occupation. In J. Schechinger (Author) & A. Nollkaemper & I. Plakokefalos (Eds.), *The Practice of Shared Responsibility in International*

Law (Shared Responsibility in International Law, pp. 733-760). Cambridge: Cambridge University Press. doi:10.1017/9781316227480.029

10. O. Ben-Naftali, A. M. Gross and K. Michaeli, “Illegal Occupation: Framing the Occupied Palestinian Territory”, 23 Berkeley J. Int’l Law 2005, p 552

رد الاعتبار في قانون الإجراءات الجزائية الفلسطيني رقم (3) لسنة
2001

*Rehabilitation in the Palestinian Code of Criminal
Procedure No 3 of 2001*

أ. محمود إبراهيم النمورة
جامعة القدس
(فلسطين)

رد الاعتبار في قانون الإجراءات الجزائية الفلسطينية رقم (3) لسنة 2001

Rehabilitation in the Palestinian Code of Criminal Procedure No 3 of 2001

أ. محمود إبراهيم النمورة

جامعة القدس، (فلسطين)

Adviser_80@yahoo.com

DOI: <https://doi.org/10.70411/MJLS.1.1.2025113>

تاريخ القبول: 2024-07-30

تاريخ المراجعة: 2024-07-19

تاريخ الاستلام: 2024-03-29

الملخص:

يهدف هذا البحث إلى التعرف على مفهوم رد الاعتبار، وأهم الآثار المترتبة عليه، وإجراءات تقديمه والجهة المخولة في فصله، وأهم الأحكام القانونية المرتبطة به. ولتحقيق هذا الهدف استخدم الباحث المنهج الوصفي التحليلي، وذلك بهدف جمع المعلومات والأفكار المختلفة، وإدراجها بطريقة علمية، وذلك بدراسة النصوص القانونية، والاجتهادات القضائية، مع التطرق إلى مختلف الآراء الفقهية المتعلقة بموضوع رد الاعتبار، وذلك كما ورد في قانون الإجراءات الجزائية الفلسطينية رقم (3) لسنة 2001.

وتوصل الباحث إلى مجموعة من النتائج، أهمها: قررت أغلب الشرائع أحكاماً برد اعتبار المحكوم عليهم وجعلته نظاماً مقررًا لصالح المحكوم عليهم، بموجبه يستطيعون أن يحسنوا سيرهم وسلوكهم بغية مكافأتهم برد اعتبارهم إليهم. ولرد الاعتبار آثار قانونية معينة ولا تختلف هذه الآثار فيما لو كان رد الاعتبار قانونياً أو قضائياً، فإن الحكم القاضي بالإدانة يزول من أساسه ولا يترتب أي أثر مستقبلاً دون الماضي. كذلك يترتب على رد الاعتبار بالنسبة للمحكوم عليه نوعين من الآثار، وهي: محو حكم الإدانة، واستعادة الحقوق.

وبناءً عليها أوصى الباحث بمجموعة من التوصيات، أهمها: ألا يقتصر أمر السماع لأقوال الخصوم بناءً على تقدير المحكمة فقط، بل السماح أيضاً للخصوم - طالب رد الاعتبار أو النيابة العامة - بطلب ذلك من المحكمة، وكذلك النص على رد الاعتبار للشخص المعنوي من الناحية الجزائية سواء كان شخصاً معنوياً عاماً كالجمعيات والمنظمات، أو شخصاً معنوياً خاصاً كالشركات التجارية، نظراً لكثرة الشركات وتعدد الأنشطة التي تقوم بها مما يؤدي بها إلى ارتكاب جرائم جزائية. **الكلمات المفتاحية:** رد الاعتبار، قانون الإجراءات الجزائية، الحكم القضائي، الإدانة.

Abstract:

This research aims to identify the concept of rehabilitation ,the most important effects of it ,the procedures for submitting it ,the authority authorized to dismiss it ,and the most important legal provisions associated with it .To achieve this goal ,the researcher used the descriptive and analytical method ,with the aim of collecting various information and ideas , and including them in a scientific way ,by studying legal texts and jurisprudence ,while addressing the various jurisprudential opinions related to the subject of rehabilitation ,as stated in the Palestinian Code of Criminal Procedure No 3 .of.2001

The researcher reached a set of results, the most important of which are :most of the laws decided to provide for the rehabilitation of the convicted and made it a system established in favor of the convicted persons under which they can improve their conduct and behavior in order to reward them by rehabilitating them .Rehabilitation has certain legal effects ,and these effects do not differ whether the rehabilitation is legal or judicial ,the conviction is eliminated from its foundation and does not have any future effect other than the past .Rehabilitation also entails two types of effects for the convict :the erasure of the conviction and the restoration of rights.

Accordingly ,the researcher recommended a set of recommendations ,the most important of which are :not only to hear the statements of the litigants at the discretion of the court only , but also to allow the litigants - the applicant for rehabilitation or the Public Prosecution - to request this from the court ,as well as to provide for the rehabilitation of the legal person from a criminal point of view ,whether it is a public legal person such as associations and organizations or a private legal person such as commercial companies ,due to the large number of companies and the multiplicity of activities they carry out ,which leads them to commit criminal offenses.

Keywords :Rehabilitation ,Code of Criminal Procedure ,Judge's Judgment ,Conviction..

المقدمة

إن الاهتمام الكبير بالرعاية اللاحقة للمحكومين أمر في غاية الأهمية، فكل من يصدر بحقه حكم جزائي بات يحتاج إلى الرعاية في أثناء تنفيذ عقوبته وبعد تنفيذها ليعود عضواً نافعاً في مجتمعه، وليعيش في المجتمع كأى مواطن شريف لم تسبق إدانته بحكم جزائي، ولذلك تبنت معظم التشريعات نظام رد الاعتبار للمحكوم عليه الذي من شأنه أن يمحو آثار العقوبة ويخفي آثارها التي قد تسبب له العديد من المشاكل الاجتماعية الناتجة عن إدانته بارتكاب جريمة ما.

ولا شك أن الحكم بعقوبة جنائية أو جنحة يؤدي إلى الانتقال من شخصية المحكوم عليه ويحول دون استعادة مكانته الاجتماعية اللائقة ودون الوصول إلى مركز شريف؛ إذ إن الحكم بالعقاب يتبعه في غالب الأحوال الحرمان من بعض الحقوق السياسية والمدنية ويسجل في قلم السوابق فيتعذر على المحكوم عليه الاندماج ثانية في الهيئة الاجتماعية، كما أنه ليس من العدل أن يُحرم شخص من أن يتبوأ في الهيئة الاجتماعية المركز اللائق بكل وطني صالح إذا بذل مجهوداً ليحسن سيره وسلوكه وأقام الدليل على هذا بمرور فترة معينة دون أن يرتكب حوادث ما، لهذا قررت أغلب الشرائع أحكاماً برد اعتبار المحكوم عليهم وجعلته نظاماً مقررًا لصالح المحكوم عليهم بموجبه يستطيعون أن يحسنوا سيرهم وسلوكهم بغية مكافأتهم برد اعتبارهم إليهم، كما أنه نظام مقرر لصالح الهيئة الاجتماعية نفسها فمن مصلحتها أن يندمج فيها كل من تاب وأصلح فيؤدي أعمالاً لصالح نفسه ولصالح المجموع في آن واحد. فرد الاعتبار يُعُدُّ فرصة لإزالة الحكم الصادر بحق الجاني، بما يمتد أثره إلى إصلاح المجتمع، والمحافظة على المقومات الضرورية لحياة الإنسان، ولذلك فإن الدراسة ستقف على أهم القضايا المتعلقة برد الاعتبار في إطار قانون الإجراءات الجزائية الفلسطيني.

أهمية البحث

تكمن أهمية البحث في إزالة الآثار الجنائية الصادرة بحق المحكوم عليه بحكم جنائي بالإدانة في جريمة يكون قد ارتكبها، ولكي يأخذ المحكوم عليه وضعه في المجتمع؛ وذلك لتمكينه من الاندماج فيه كأى مواطن صالح لم تصدر بحقه أية أحكام جزائية ولتبيين حسن سلوكه التي قد تكون قد تحققت منها المحكمة.

أسباب اختيار موضوع البحث

السبب الرئيسي لاختيار هذا البحث هو ضعف البحوث الموجودة في هذا الموضوع، ولزيادة الاهتمام بنظام رد الاعتبار على المستوى القضائي مع الملاحظة أن معظم التشريعات خاصة قانون الإجراءات الجزائية الفلسطيني لم يتطرق إلى هذا الموضوع بشكل يفي بالغرض، وبالاطلاع على حالات رد الاعتبار

نجد أنها قليلة مقارنة بالأحكام الجزائية التي تصدر، والسبب في ذلك قلة المعرفة في الإجراءات القانونية والقضائية بنظام رد الاعتبار.

إشكالية البحث

نظم المشرع الفلسطيني أحكام رد الاعتبار في قانون الإجراءات الجزائية¹، باعتباره القانون الضابط للدعوى الجزائية والحكم فيها والآثار اللاحقة على هذا الحكم، ويمكن أن تزول هذه الآثار المترتبة على الحكم الجزائي برد الاعتبار، وبالتالي فإن مشكلة البحث تتمحور في السؤال الرئيسي الذي يطرحه موضوع الدراسة: هل وفق المشرع الفلسطيني في تنظيم أحكام رد الاعتبار في ضوء فلسفة إعمال رد الاعتبار على جهة لا يتعارض مع سياسة الردع وحجية الأحكام الجنائية؟

أهداف البحث

يهدف هذا البحث إلى تحقيق ما يلي:

1. التعرف على مفهوم رد الاعتبار.
2. التعرف على الآثار المترتبة على رد الاعتبار.
3. التعرف على الإجراءات الأولية لرد الاعتبار.
4. التعرف على الجهة المخولة في فصل طلب رد الاعتبار.

منهجية البحث

لا بُد لكل بحث من منهجية معينة يتبعها الباحث في إعداد بحثه، وفي هذا البحث سوف نعمل على اتباع المنهج الوصفي التحليلي، وذلك بهدف جمع المعلومات والأفكار المختلفة، وإدراجها بطريقة علمية، وذلك بدراسة النصوص القانونية، والاجتهادات القضائية، مع التطرق إلى مختلف الآراء الفقهية المتعلقة بموضوع رد الاعتبار، وذلك كما ورد في قانون الإجراءات الجزائية الفلسطينية رقم (3) لسنة 2001.

خطة البحث

المبحث الأول: ماهية نظام رد الاعتبار في قانون الإجراءات الجزائية الفلسطيني

المطلب الأول: مفهوم رد الاعتبار.

المطلب الثاني: الآثار المترتبة على رد الاعتبار.

المبحث الثاني: إجراءات رد الاعتبار في قانون الإجراءات الجزائية الفلسطيني

¹ قانون الإجراءات الجزائية رقم 3 الصادر بتاريخ 12 مايو/ أيار 2001، الوقائع الفلسطينية، العدد 38، 5 سبتمبر/ أيلول 2001، ص 94.

المطلب الأول: أحكام رد الاعتبار.

المطلب الثاني: الجهة المخولة في فصل طلب رد الاعتبار وإجراءاته.

المبحث الأول:

ماهية نظام رد الاعتبار في قانون الإجراءات الجزائية الفلسطيني

يأتي رد الاعتبار متوافقاً مع الاتجاه التوفيقي بين فكرة العدل بمجازاة المجرم على جريمته وفكرة مصلحة المجتمع، إذ إن رد الاعتبار للمجرم بعد خروجه من المؤسسة العقابية وتقبل المجتمع له يحقق منظومة الأمن المنشود في المجتمع¹.

ويشرع المبحث الأول من هذه الدراسة ببيان ماهية نظام رد الاعتبار في قانون الإجراءات الجزائية الفلسطيني بما يشمل علاقته بالأنظمة الأخرى ونشأته والحكمة من تشريعه؛ ليعطي تصوراً شمولياً لفكرة رد الاعتبار وتمييزه عن غيره من الأنظمة المشابهة له، وذلك من خلال المطالبين الآتين:

المطلب الأول:

مفهوم رد الاعتبار

يُعرف رد الاعتبار لدى الفقه القانوني بتعريفات عديدة، أهمها أنه "إجراء لاحق لتنفيذ العقوبة كاملة، يقتضي أن يوفي المحكوم عليه دينه بالنسبة للجماعة ابتداءً، ثم يوضع تحت الاختبار لمدة معينة، تختلف حسب الأحوال، فإن مرت بسلام يُرد إليه اعتباره سواء قضاءً أو قانوناً، وتخرج صحيفة سوابقه خالية من ذلك الحكم"².

وُعرف أيضاً بأنه إجراء يقصد به الإعلان عن حسن سلوك المحكوم عليه خلال الفترة التي مضت بين انتهاء تاريخ تنفيذ عقوبته ورد اعتباره، مما يدل على صلاح حاله وعودته عضواً نافعاً في المجتمع³، أو هو صدور قرار من الجهة المختصة يتضمن براءة المتهم مما نسب إليه، أو شطب الحكم الصادر بحقه رد الاعتبار بغية تمتعه بالحقوق المخولة للمواطن الصالح⁴.

وجاء في الموسوعة الجنائية بأن رد الاعتبار "وسيلة قانونية، الغرض منها محو آثار الحكم القاضي بالإدانة، وكل ما ينتج عنه من حرمان من التمتع ببعض الحقوق المدنية، فيصبح المحكوم عليه ابتداءً

¹ عادل محمد عطية الخوالدة، رد الاعتبار في الشريعة الإسلامية والقانون الوضعي: دراسة مقارنة، رسالة دكتوراه، جامعة العلوم الإسلامية العالمية، الأردن، 2013، ص5.

² حسن صادق المرصفاوي، رد الاعتبار للمجرم التائب في الدول العربية، دار النشر بالمركز العربي للدراسات الأمنية والتدريب، الرياض، 1990، ص32-33.

³ عادل محمد عطية الخوالدة، مرجع سابق، ص11.

⁴ عدنان خالد التركماني، الإجراءات الجنائية الإسلامية وتطبيقاتها في المملكة العربية السعودية، الطبعة الأولى، منشورات أكاديمية نايف العربية للعلوم الأمنية، الرياض، 1999، ص455.

من تاريخ إعادة اعتباره في مركز من لم تسبق إدانته¹. وعُرف أيضاً بأنه "مبدأ أقر لمصلحة المحكوم عليه، بحيث يتمكن من العودة إلى مجتمعه متساوياً في التعامل مع من لم يرتكب جرمًا وأدين به"².

إن المتتبع لهذه التعريفات جميعها يجد ما يأتي:

1. أنها ركزت على الجانب الإجرائي لرد الاعتبار بصفته إجراءً لاحقاً لتنفيذ العقوبة بقرار من الجهة ذات الاختصاص.

2. التعريف من خلال الأثر المترتب على رد الاعتبار، حيث محو آثار الحكم القاضي بالإدانة، وما ينتج عنها حرمان من الحقوق، وسائر الآثار الجنائية، فيكون حامل رد الاعتبار كامل الحقوق، طاهراً من القضايا التي نسبت إليه من دون أي اعتبار لما ارتكبه قبل رد الاعتبار.

3. أنها أهملت رد الاعتبار الشخصي المتمثل بالتوبة من الذنب، فالتوبة وسيلة أعظم لرد الاعتبار، وهو ما نظرت إليه الشريعة الإسلامية، فكان مجال رد الاعتبار أكثر رحابة من النظرة القاصرة للقانون الوضعي.

4. أنها لم تنظر إلى رد الاعتبار على أنه حق في ذاته، إذ إنه ثابت بحكم الإنسانية وتمتع الفرد بالأهلية دون المس بالحقوق الخاصة بالآخرين.

وعليه يمكن للباحث أن يُعرف رد الاعتبار بأنه: استعادة حق ثابت شرعاً بعد فقدته لارتكاب ذنب، قبل الحكم أو بعده، دون المس بحقوق الآخرين.

ولم تُعرف التشريعات العربية رد الاعتبار، وإنما اقتصر على توضيح أثره في نصوص القانون دون تعريفه وإنما ترك التعريف للفقهاء وشرح القانون، ومن هنا سوف نستعرض ما قد جاء في بعض التشريعات العربية. فقد جاء في قانون الإجراءات الجزائية الفلسطينية في المادة (436) على أن "تظل قائمة آثار الحكم بعقوبة جزائية إلى أن يسترد المحكوم عليه اعتباره بحكم القانون أو حكم قضائي، ويترتب على رد الاعتبار القانوني أو القضائي محو الحكم بالإدانة بالنسبة إلى المستقبل، وزوال كل ما يترتب عليه من آثار جنائية ولكن لا أثر له في حقوق الغير".

كما جاء المشرع المصري في قانون المرافعات وفق المادة (552) فقد نصت على أنه يترتب على رد الاعتبار "محو الحكم القضائي بالإدانة بالنسبة للمستقبل وزوال كل ما يترتب عليه من انعدام الأهلية والحرمان من الحقوق وسائر الآثار الجنائية".

¹ جندي عبد الملك، الموسوعة الجنائية، ط1، د5، دار إحياء التراث العربي، بيروت، دون سنة نشر، ص251.

² أحمد سعيد المومني، إعادة الاعتبار ووقف تنفيذ العقوبة، ط1، جمعية عمال المطابع التعاونية، عمان، 1982، ص11.

ونص المشرع الأردني على إعادة الاعتبار في قانون العقوبات في الفقرة السابعة من المادة (47)، حيث تنص على أن "إعادة الاعتبار ويترتب عليها سقوط الحكم القاضي بالإدانة في أي جريمة جنائية أو جنحية، ومحو جميع آثاره بالنسبة للمستقبل بما في ذلك الحرمان من الحقوق وأي آثار جريمة أخرى". ومن خلال استقراء التشريعات العربية يتضح أن أثر رد الاعتبار قد حل محل التعريف.

وبالنظر إلى أنواع رد الاعتبار، نجد أن المادة (436) من قانون الإجراءات الجزائية الفلسطيني تنص على أن "تظل قائمة آثار الحكم بعقوبة جزائية إلى أن يسترد المحكوم عليه اعتباره بحكم القانون أو حكم قضائي، ويترتب على رد الاعتبار القانوني أو القضائي محو الحكم بالإدانة بالنسبة إلى المستقبل وزوال كل ما يترتب عليه من آثار جنائية ولكن لا أثر له في حقوق الغير". وبذلك يكون لرد الاعتبار نوعان، هما¹:

1. **رد الاعتبار القانوني:** هو الذي يحصل عليه الشخص بحكم القانون بغير حاجة إلى طلب من المحكوم عليه أو صدور حكم به، فيكتسب حتماً دون وساطة القضاء بمجرد مرور زمن معين من تاريخ انقضاء العقوبة أو سقوطها.

2. **رد الاعتبار القضائي:** نظام يسمح لمن حُكم عليه بعقوبة في الحصول على حكم بحسن سلوكه من خلال محو الحكم القاضي بإدانته بحكم قضائي.

المطلب الثاني:

الآثار المترتبة على رد الاعتبار

لا ريب بأن إصدار حكم على شخص بجنائية أو جنحة له كبير الأثر في اعتباره ومكانته الاجتماعية عموماً، حتى لو لم يؤد ذلك لحرمانه من حقوقه المدنية والسياسية²، ولكن في بعض الأحيان يترتب على الحكم بالإدانة الحرمان من بعض الحقوق والمزايا، وقد يكون هذا الحرمان بنص صريح وقد يكون ضمناً وذلك من خلال الاشتراط فيمن يتقدم للوظيفة العمومية ألا يكون محكوماً في جنائية أو جنحة³.

¹ عوض بن سيف المنظري، رد الاعتبار الجزائي والإداري والتجاري في القانون العُماني، رسالة ماجستير، جامعة السلطان قابوس، مسقط، 2008، ص 63-64.

² محمد الفاضل، المبادئ العامة في التشريع الجزائي، مطبعة الداودي، دمشق، الطبعة الأولى، 1976، ص 538.

³ سعيد جودت سعيد خليفة، رد الاعتبار في قانون الإجراءات الجزائية الفلسطينية: دراسة مقارنة، رسالة ماجستير، جامعة النجاح الوطنية، نابلس، 2014، ص 73.

ولرد الاعتبار آثار قانونية معينة ولا تختلف هذه الآثار فيما لو كان رد الاعتبار قانونياً أو قضائياً فإن الحكم القاضي بالإدانة يزول من أساسه ولا يترتب أي أثر مستقبلاً دون الماضي. وعليه نتناول بالحديث في هذا المطلب آثار رد الاعتبار بالنسبة للمحكوم عليه، وبالنسبة للغير.

أولاً: أثر الحكم برد الاعتبار على المحكوم عليه

يترتب على رد الاعتبار بالنسبة للمحكوم عليه نوعين من الآثار، وهي:

1. محو حكم الإدانة: تناول المشرع الفلسطيني آثار رد الاعتبار بأحكام المادة (451) من قانون الإجراءات الجزائية الفلسطيني، حيث نصت على أنه "يترتب على رد الاعتبار محو الحكم القاضي بالإدانة بالنسبة للمستقبل، وزوال كل ما ترتب عليه من آثار جنائية، وبصفة خاصة حالات انعدام الأهلية والحرمان من الحقوق والمزايا"، وبالحكم نفسه جاء قانون الإجراءات الجنائية المصري وفق المادة (552) حيث نصت على أنه "يترتب على رد الاعتبار محو الحكم القاضي بالإدانة بالنسبة للمستقبل وزوال كل ما يترتب عليه من انعدام الأهلية والحرمان من الحقوق وسائر الآثار الجنائية".

حيث إن الأثر المترتب على رد الاعتبار هو أثر مستقبلي لا يمكن أن يترتب عليه محو الجريمة في ذاتها وإنما فقط على المستقبل من خلال محو الحكم بالإدانة من صحيفة السوابق، حيث إذا طُلب من أحد الأشخاص المتقدمين لشغل وظيفة شهادة عدم محكومية فإن هذه الجهة عليها أن تسلم هذا الشخص شهادة عدم محكومية حيث تثبت أن هذا الشخص الحاصل على رد الاعتبار لا يوجد له سوابق بالسجل العدلي¹.

2. استعادة الحقوق: فيما يتعلق بالحقوق التي يستردها المحكوم عليه برد الاعتبار لم يرد نص في قانون الإجراءات الجزائية الفلسطيني ولا في قانون العقوبات الأردني رقم (16) لسنة 1960، النافذ في فلسطين يجدد الحقوق التي يتمتع على المحكوم عليه التمتع بها بسبب الإدانة بعقوبة جنائية أو جنحية ولكن الحرمان ورد في معظم القوانين الخاصة بتولي الوظائف العامة، مثل قانون الخدمة المدنية، وقانون الخدمة في قوى الأمن الفلسطيني، وما تجب الإشارة إليه أن من رُد إليه اعتبار لا يعني ذلك من استعادة حقوقه وجوب الحصول على هذا الحق، وهذا ما قضت به محكمة العدل العليا الأردنية بحكم لها "يتضح من نص المادة (47/7) من قانون العقوبات رقم (15) لسنة 1991، الباحثة في رد الاعتبار والمادة الثامنة من قانون نقابة المحامين الباحثة في الشروط الواجب توافرها فيمن يطلب تسجيله في سجل المحامين، بأن الحكم برد الاعتبار يسقط حق الإدانة بمحو آثاره بالنسبة للمستقبل، مع بقاء واقع الجريمة

¹ سعيد جودت سعيد خليفة، مرجع سابق، ص 74-75.

قائماً ودلالاته ماثلة في المجتمع، غير أن هذا النص ينال من سلطة مجلس نقابة المحامين التقديرية لغايات تطبيق المادة الثامنة المشار إليها ولا تملك محكمة العدل العليا حق الرقابة على تقديره ما دام أن هذا التقدير قائم على أسباب تبرره وليس فيه ما يخالف القانون¹.

بالرغم من أن الحكم برد الاعتبار يترتب عليه محو الحكم بالإدانة بالنسبة للمستقبل ويزيل آثاره الجنائية، ويمكنه رد اعتباره من استعادة حقوقه التي حرم منها بحكم الإدانة، إلا أن المشرع الفلسطيني قد نص وفق المادة (16) من قانون السلطة القضائية الفلسطينية رقم (1) لسنة 2002، على أنه "يشترط فيمن يولى القضاء: 3- ألا يكون قد حُكم عليه من محكمة أو مجلس تأديب لعمل مخل بالشرف ولو كان قد رد إليه اعتباره أو شمله عفو عام".

ثانياً: آثار رد الاعتبار بالنسبة للغير

ذهبت أغلب التشريعات المقارنة إلى أنه لا يجوز الاحتجاج برد الاعتبار على الغير حيث إنه لا يجوز الاحتجاج برد الاعتبار على الغير فيما يتعلق بالحقوق التي ترتبت لهم بناءً على الحكم بالإدانة وعلى وجه الخصوص فيما يتعلق بالرد والتعويض، وهذا ما نصت عليه المادة (452) من قانون الإجراءات الجزائية الفلسطينية، وعلى النهج نفسه سار كل من المشرع المصري في المادة (553)، كما جاء هذا النص في قانون العقوبات الأردني وفق المادة (48) حيث جاء فيها "أن تأثير أسباب سقوط الأحكام الجزائية على الإلزامات المدنية، إن الأسباب التي تسقط الأحكام الجزائية أو تمنع تنفيذها أو تعلقها لا تأثير لها على الإلزامات المدنية التي يجب أن تظل خاضعة للأحكام الحقوقية".

ومن الجدير بالذكر أنه يجب لرد الاعتبار القضائي الوفاء بالالتزامات المالية وهذا هو الأصل وفق نص المادة (439) من قانون الإجراءات الجزائية الفلسطينية، والاستثناء أنه يمكن للمحكمة أن تجاوز هذا الشرط عند التأكد من حالة إفسار المحكوم عليه وعدم قدرته على الوفاء بالالتزامات المالية.

ويبقى للحكم الجزائي الحجية أمام المحاكم المدنية، حيث إن جمع التشريعات لا تجعل لرد الاعتبار أي أثر على حقوق الغير، ولأنه إذا كان رد الاعتبار يُمنح للمحكوم عليه الذي صلح أمره واستقام حتى يعيش كمواطن شريف فلا ذنب لمن تضرر من الجريمة التي اقترفها².

حيث إن آثاره تقتصر على الشق الجزائي دون المدني، ولذلك فإن المحكوم عليه وإن أعيد اعتباره يبقى مسؤولاً عن تعويض ما لحق الغير من ضرر. فلا يجوز للمحكوم برد اعتباره أن يدفع طلب

¹ محكمة العدل العليا الأردنية، عدل عليا رقم 1992/62، عمان - الأردن، 1992.

² حسن صادق المرصفاوي، مرجع سابق، ص 117.

التعويض بالحكم برد الاعتبار؛ لأنه إذا طهر من الوجهة الجنائية فلا يزال مسؤولاً عن كل ضرر ترتب على خطئه¹. كما أن آثار رد الاعتبار لا تمتد إلى الأحكام التأديبية كالغرامات الصادرة من السلطات التأديبية ولو كانت ناتجة بسبب الجريمة ذاتها موضوع الحكم الجزائي، وبالتالي فإن رد الاعتبار بشأن الحكم الجزائي لا يزيل أثر هذه القرارات أو الأحكام التأديبية². ونخلص إلى أن أثر رد الاعتبار هو أثر جزائي بحت ولا يرتب أي أثر على الجانب المدني بالنسبة لحقوق الغير.

المبحث الثاني:

إجراءات رد الاعتبار في قانون الإجراءات الجزائية الفلسطيني

يقرر رد الاعتبار القضائي بحكم صادر من المحكمة المختصة؛ ولا يكون ذلك إلا بناءً على طلب يتقدم به المحكوم عليه لتلك المحكمة³، حيث إنَّ تحديد مدى جدارة المحكوم عليه برد اعتباره يخضع للسلطة التقديرية للقاضي⁴، كما أنَّ رد الاعتبار القضائي لا يثير اعتراضاً من قبل فقهاء القانون، وذلك لأنَّ منح رد الاعتبار بحكم قضائي متوقف على فحص سلوك طالبه والتحقق من استقامته، الأمر الذي يتفق مع الغاية الذي وجد من أجلها نظام رد الاعتبار⁵.

وبناءً عليه نتحدث في هذا المبحث عن الأحكام القانونية لرد الاعتبار (المطلب الأول)، وكذلك نتحدث عن الجهة المخولة في فصل طلب رد الاعتبار وإجراءات ذلك (المطلب الثاني).

المطلب الأول:

أحكام رد الاعتبار

من حيث الجرائم التي يجوز فيها رد الاعتبار القضائي، فقد حدد القانون الفلسطيني الجرائم التي يجوز فيها رد الاعتبار بحكم القضاء، حيث نصت المادة (437) من قانون الإجراءات الجزائية على ذلك بقولها "يجوز رد الاعتبار إلى كل محكوم عليه في جنائية أو جنحة، ويصدر الحكم بذلك بناءً على طلبه من محكمة البداية التابع لها محل إقامته".

¹ جندي عبد الملك، الموسوعة الجنائية، مرجع سابق، ص 265.

² عبد الوهاب البنداري، العقوبات التأديبية للعاملين المدنيين بالدولة والقطاع العام وذوي الكادرات الخاصة، دار الفكر العربي، القاهرة، دون تاريخ نشر، ص 541.

³ أحمد فتحي سرور، الوسيط في قانون العقوبات - القسم العام، ص 661.

⁴ محمود نجيب حسني، شرح قانون العقوبات - القسم العام، الطبعة السادسة، دار النهضة العربية، القاهرة، 2015، ص 970.

⁵ أحمد عوض بلال، محاضرات في الجزاء الجنائي، دار النهضة العربية، القاهرة، 1997، ص 440.

وبناءً على ما سبق؛ فإنَّ المشرِّع الفلسطيني توافق مع المشرِّعين المصري والأردني حول الجرائم التي يجوز فيها رد الاعتبار بحصرها في الأحكام الصادرة في الجнг والجنابات، ويُفهم من ذلك أنَّه لا محل لرد الاعتبار في جرائم المخالفات، كونها جرائم بسيطة لا تمس الاعتبار ولا يتبعها حرماناً من حق، ولا تسجل في صحيفة السوابق الجنائية، ومن ثم لا يوجد فيها مصلحة في طلب رد الاعتبار¹، وهذا بخلاف خطة المشرِّع الفرنسي الذي أجاز رد الاعتبار في جرائم الجنابات والجنگ والمخالفات².

وكذلك يتضح أنَّ المشرِّعين الفلسطيني والمصري، منحا حق طلب رد الاعتبار لكل محكوم عليه بجنگة أو جنابة دون استثناء جرائم محددة، أو أن تكون الجريمة أو العقوبة من نوع معين، وسواء كانت الجريمة ماسة بالشرف أو غير ماسة به، أو كانت العقوبة مالية أو مقيدة للحرية أو غير ذلك، وسواء تتبع العقوبة حرمان المحكوم عليه من حقوقه المدنية والسياسية أو لا، وسواء كان الحكم صادراً من محاكم القضاء العادي أو من محاكم القضاء الاستثنائي، حيث جاءت النصوص عامة ومطلقة من كل قيد³، وذلك بخلاف القانون الأردني الذي استثنى جرائم الخيانة والتجسس من الحصول على رد الاعتبار.

ويتطلب صدور حكم قضائي برد الاعتبار للمحكوم عليه توافر مجموعة من الشروط، ومن هذه الشروط، أن تكون العقوبة قد نُفذت تنفيذاً كاملاً، أو صدر عفو عنها، أو سقطت بالتقادم، وكذلك انقضاء مدة التجربة والتي تعرف بفترة الاختبار، كما يتطلب الوفاء بالالتزامات المالية الناشئة عن الجريمة، وعدم صدور أحكام أخرى بالإدانة، وحُسن سلوك المحكوم عليه⁴.

باستقراء القوانين الفلسطينية والمصرية والأردنية؛ نجدُ أنها أجازت الحق في تقديم طلب رد الاعتبار لكل محكوم عليه بجنگة أو جنابة؛ حيث إن المعيار للحصول على قرار رد الاعتبار يتمثل في توافر الشروط، واتباع الإجراءات التي حددها القانون لذلك، وبالتالي لا عبرة بجنسية المحكوم عليه، فيستوي الوطني والأجنبي في حقهما بالحصول على رد الاعتبار⁵.

¹ · محمود نجيب حسني، شرح قانون العقوبات - القسم العام، مرجع سابق، ص 971.

² · نص المشرِّع الفرنسي على رد الاعتبار في الجنابات والجنگ والمخالفات في الفقرة 12 في المادة 133 من قانون العقوبات، والمادة 782 من قانون الإجراءات الجنائية.

³ · نقض مصري في القضية رقم 968 لسنة 2 قضائية، جلسة: 1932/1/4، مكتب فني (س2-ق316-ص422).

⁴ · أحمد عوض بلال، مرجع سابق، ص 998.

⁵ · محمد سعيد نمور، إعادة الاعتبار نظام نفقده في تشريعاتنا الجزائية في الأردن، مؤتة للبحوث والدراسات، المجلد الأول، العدد الأول، الأردن، 1986، ص 209.

كما أنَّهم قَصَرُوا الحق في تقديم طلب رد الاعتبار للمحكوم عليه نفسه فقط، حيث لم تتضمن التشريعات الفلسطينية والمصرية والأردنية نصوصاً تسمح لغير المحكوم عليه الحق في المطالبة برد اعتباره، وبالتالي لا يجوز للممثل القانوني للمحكوم عليه، أو ورثته، أو زوجته تقديم طلب رد الاعتبار القضائي¹؛ وذلك لأن إجراءات طلب رد الاعتبار القضائي تقتضي حضور الطالب بنفسه، وسماع أقواله²، وهذا لا يتحقق في حالة وفاة المحكوم عليه، إضافة إلى منح حق تقديم طلب رد الاعتبار لورثة المحكوم عليه ينبغي أن يستند إلى نصوص صريحة، وهذا غير منصوص عليه في القوانين الفلسطينية والمصرية والأردنية.

وبالعودة إلى التشريع الفلسطيني؛ فقد جاء في المادة رقم (437) من قانون الإجراءات الجزائية ما نصه "يجوز رد الاعتبار إلى كل محكوم عليه في جناية أو جنحة، ويصدر الحكم بذلك بناءً على طلبه من محكمة البداية التابع لها محل إقامته". حيث يتضح من نص المادة أنَّ المشرع الفلسطيني قصر الحق في تقديم طلب رد الاعتبار القضائي، على المحكوم عليه فقط، ولم يُجْزُ تقديم الطلب لممثله القانوني أو ورثته أو زوجته حتى بعد وفاته.

وكون أثر محل رد الاعتبار ينصرف بشكل رئيسي إلى محو العقوبة الجزائية من صحيفة السوابق الخاصة بالجاني، فعليه لا يكون هناك أية مشكلة في حصول المحكوم عليه على حكم رد اعتباره عندما يتقدم بطلب رد الاعتبار بنفسه وحال حياته؛ وبالتالي يترتب على رد اعتباره محو العقوبة من صحيفة السوابق الخاصة بالجاني، لكن المشكلة تثار عند وفاة المحكوم عليه، وبالتالي عدم السماح لورثته أو زوجته أو ممثله القانوني بتقديم طلب رد الاعتبار، من شأنه بقاء العقوبة الجزائية مسجلة في صحيفة السوابق، وبالتالي بقاء وصمة العار تلاحق المحكوم عليه حتى بعد وفاته، كما أنها تلاحق زوجته وكل ورثته، الأمر الذي يُعدّ عدم سماح المشرع الفلسطيني لورثة المحكوم عليه أو زوجته أو ممثله القانوني من تقديم طلب رد الاعتبار بعد وفاته قصوراً تشريعياً لا بُد من تداركه ومعالجته³.

¹ نبيل عبد الصبور النبروي، سقوط الحق في العقاب بين الفقه الإسلامي والقانون الوضعي، دار الفكر العربي، مصر، 1996، ص537.

² جندي عبد الملك، مرجع سابق، ص256.

³ عائد إسماعيل عبد السلام هنية، ضوابط رد الاعتبار في ضوء قانون الإجراءات الجزائية الفلسطيني (دراسة تحليلية مقارنة بالتشريعات الجنائية والفقه الإسلامي)، رسالة ماجستير، الجامعة الإسلامية، غزة، 2021، ص72.

المطلب الثاني:

الجهة المخولة في فصل طلب رد الاعتبار وإجراءات ذلك

هناك إجراءات يحددها القانون ويمكن من خلالها للمحكوم عليه التقدم للحصول على رد الاعتبار القضائي، حيث إن المحكمة لا تنتظر في طلب رد الاعتبار إلا بناءً على تقديمه من المحكوم عليه الذي صدرت بحقه أحكام جنائية بالإدانة، وهو حق لكل من حكم عليه بجناية أو جنحة في التشريعين الفلسطيني والمصري، أما المشرع الأردني فقد استثنى من صدرت بحقهم أحكام في جرائم التجسس والخيانة، وهذا ما نصت عليه المادة (364) من قانون أصول المحاكمات الجزائية الأردني، أما بالنسبة للمشرع الفرنسي فهو حق لكل من حكم عليه بجناية أو جنحة مخالفة من الدرجة الخامسة.

وفي هذا الإطار تنص المادة (441) من قانون الإجراءات الجزائية الفلسطيني على أنه "يقدم طلب رد الاعتبار بعريضة إلى النائب العام، ويجب أن تشتمل العريضة على البيانات اللازمة لتعيين شخصية الطالب رد الاعتبار، وأن يبين فيها تاريخ الحكم الصادر عليه والأماكن التي أقام فيها منذ ذلك الحين".

كما يجري النائب العام تحقيقاً بشأن الطلب للاستيثاق من تاريخ إقامة طالب رد الاعتبار في كل مكان نزل من وقت الحكم عليه، ومدة تلك الإقامة، والوقوف على سلوكه ووسائل ارتزاقه، وبوجه عام يتقصى عن كل ما يراه لازماً من المعلومات، ويضم التحقيق إلى الطلب ويرفعه إلى المحكمة خلال شهر من تاريخ تقديمه بتقرير يُدون فيه رأيه ويبين الأسباب التي بنى عليها، ويفرق بالطلب ما يلي: صورة الحكم الصادر على طالب رد الاعتبار، وشهادة بسوابقه، وتقرير عن سلوكه أثناء وجوده في مركز الإصلاح والتأهيل (السجن)¹.

حيث إن المشرع الفلسطيني أوجب على النيابة العامة تقديم الطلب إلى المحكمة خلال شهر من تاريخ تقديم الطلب إلى النيابة من المحكوم عليه.

وجاء في المادة (443) من قانون الإجراءات الجزائية ما نصه "تنتظر المحكمة الطلب وتفصل فيه في غرفة المداولة، ويجوز لها سماع أقوال النيابة العامة وطالب رد الاعتبار، كما يجوز لها استيفاء كل ما تراه لازماً من المعلومات، يكون إعلان الطالب بالحضور قبل الجلسة بثمانية أيام على الأقل، ويقبل الطعن في الحكم بطريق الاستئناف إذا بُني على أساس الخطأ في تطبيق القانون أو تأويله، وتتبع في الطعن الأوضاع والمواعيد المقررة للطعن في هذا القانون". حيث يتضح من نص المادة أن المشرع الفلسطيني جعل محكمة البداية تنتظر في طلب رد الاعتبار تدقيقاً وهذا هو الأصل، لكن يجوز للمحكمة

¹ . سعيد جودت سعيد خليفة، مرجع سابق، ص 59-60.

أن تستمع لأقوال النيابة العامة أو طالب رد الاعتبار، وعليها أن تُعلم طالب رد الاعتبار بالحضور إلى المحكمة قبل ثمانية أيام على الأقل، كما يجوز لها استيفاء أية معلومات تراها لازمة وضرورية في الطلب¹.

فالمشرع الفلسطيني جعل مسألة الاستماع لأقوال النيابة العامة أو طالب رد الاعتبار بناءً على طلب المحكمة، ولم يمنح الخصوم الطلب من المحكمة ذلك إذا أراد أحدهما توضيح مسألة للمحكمة، فإنّ طالب رد الاعتبار قد يكون لديه أوجه اعتراض على ما قامت به النيابة العامة من تقصي المعلومات حوله، فلا بُد من السماح له بذلك، ومنحه الحرية في مناقشة النيابة العامة عما ساقته من أدلة تعزز قناعة المحكمة بعدم رد اعتبار المحكوم عليه.

لذلك أوصي مشرعنا الفلسطيني بألا يقتصر أمر السماع لأقوال الخصوم بناءً على تقدير المحكمة فقط، بل السماح أيضاً للخصوم - طالب رد الاعتبار أو النيابة العامة - بطلب ذلك من المحكمة.

الخاتمة:

من المعروف أن العقوبة هي إحدى صورتَي الجزاء الجنائي إلى جانب التدابير الاحترازية، والعقوبة جزاء لمن ارتكب الجريمة، ولقد هدفت السياسة الجنائية من إيقاع العقوبة إلى تحقيق أغراض عدة من أهمها: الردع العام والخاص، ولقد تبنت السياسة الجنائية الحديثة أهدافاً جديدة بالإضافة إلى ما ذكر، أهمها: إصلاح الجاني وترميم ما أصاب سلوكه وأخلاقه من انحراف والذي حدا به إلى ارتكاب الجريمة. ولكن هذا الإصلاح وكهدف للعقوبة لن يحقق نتائجه طالما بقيت الآثار الجنائية لحكم الإدانة تلاحق المحكوم عليه وتسد في وجهه السبل كافة، بالرغم من تنفيذه للعقوبة واستقامة سلوكه بعد ذلك التنفيذ وتحرمه كذلك من كثير من الحقوق المدنية والسياسية وتقذح في اعتباره.

لذلك وتطبيقاً لفكرة الرعاية اللاحقة للمحكوم عليه ولمحو الآثار الجنائية المستقبلية لحكم الإدانة عنه ، ولكون العفو العام -والذي يترتب عليه محو حكم الإدانة- لا يصدر إلا نادراً فقد تبنت التشريعات الجنائية نظاماً يمحو حكم الإدانة بالنسبة للمستقبل ويزيل الآثار الجنائية السيئة كافة التي تنتج عن حكم الإدانة، مما يجعل المحكوم عليه في مركز الشخص الذي لم يسبق أن حكم عليه بجريمة قط. وهذا النظام هو إعادة الاعتبار بصورتيه القانونية والقضائية.

¹ . عائد إسماعيل عبد السلام هنية، مرجع سابق، ص 99.

وفي الختام توصلت إلى مجموعة من النتائج والتوصيات، لعل أهمها ما يلي:

أولاً: النتائج

1. قررت أغلب الشرائع أحكاماً برد اعتبار المحكوم عليهم وجعلته نظاماً مقررًا لصالح المحكوم عليهم بموجبه يستطيعون أن يحسنوا سيرهم وسلوكهم بغية مكافأتهم برد اعتبارهم إليهم.
2. يُعرف رد الاعتبار بأنه: استعادة حق ثابت شرعاً بعد فقدته لارتكاب ذنب، قبل الحكم أو بعده، دون المس بحقوق الآخرين.
3. لرد الاعتبار نوعان، هما: رد الاعتبار القانوني، ورد الاعتبار القضائي.
4. لرد الاعتبار آثار قانونية معينة ولا تختلف هذه الآثار فيما لو كان رد الاعتبار قانونياً أو قضائياً فإن الحكم القاضي بالإدانة يزول من أساسه ولا يترتب أي أثر مستقبلاً دون الماضي.
5. يترتب على رد الاعتبار بالنسبة للمحكوم عليه نوعين من الآثار، وهي: محو حكم الإدانة، واستعادة الحقوق.
6. يجب لرد الاعتبار القضائي الوفاء بالالتزامات المالية وهذا هو الأصل وفق نص المادة (439) من قانون الإجراءات الجزائية الفلسطيني، والاستثناء أنه يمكن للمحكمة أن تجاوز هذا الشرط عند التأكد من حالة إعسار المحكوم عليه وعدم قدرته على الوفاء بالالتزامات المالية.
7. يبقى للحكم الجزائي الحجية أمام المحاكم المدنية حيث إن جميع التشريعات لا تجعل لرد الاعتبار أي أثر على حقوق الغير؛ ولأنه إذا كان رد الاعتبار يُمنح للمحكوم عليه الذي صلح أمره واستقام حتى يعيش كمواطن شريف فلا ذنب لمن تضرر من الجريمة التي اقترفها.
8. إن المشرع الفلسطيني توافق مع المشرعين المصري والأردني حول الجرائم التي يجوز فيها رد الاعتبار بحصرها في الأحكام الصادرة في الجнг والجنايات، ويُفهم من ذلك أنه لا محل لرد الاعتبار في جرائم المخالفات، كونها جرائم بسيطة لا تمس الاعتبار ولا يتبعها حرماناً من حق، ولا تسجل في صحيفة السوابق الجنائية.

ثانياً: التوصيات

1. أوصي مشرعنا الفلسطيني بألا يقتصر أمر السماع لأقوال الخصوم بناءً على تقدير المحكمة فقط، بل السماح أيضاً للخصوم - طالب رد الاعتبار أو النيابة العامة - بطلب ذلك من المحكمة.
2. نوصي المشرع الفلسطيني بالنص على رد الاعتبار للشخص المعنوي من الناحية الجزائية سواء كان شخصاً معنوياً عاماً كالجمعيات والمنظمات أو شخصاً معنوياً خاصاً كالشركات التجارية، نظراً لكثرة الشركات وتعدد الأنشطة التي تقوم بها مما يؤدي بها إلى ارتكاب جرائم جزائية.
3. نوصي المشرع الفلسطيني بجعل نطاق رد الاعتبار القانوني فقط بالنسبة للأحكام التي لا تزيد مدتها عن خمس سنوات، وبهذا يكون المشرع الفلسطيني قد سار على نهج المشرع الفرنسي.
4. النص على جواز تكرار الحكم برد الاعتبار القضائي، حيث يمكن لمن حكم عليه بجريمة غير الجرائم المخلة بالشرف والأمانة قد سبق ورد اعتباره بأن يتقدم بطلب جديد مرة أخرى لرد اعتباره.

بيان تضارب المصالح:

يقر جميع المؤلفين أنه ليس لديهم أي تضارب في المصالح.

المصادر والمراجع

أولاً: المصادر

1. قانون أصول المحاكمات الجزائية الأردني رقم 9 لسنة 1961.
2. قانون الإجراءات الجزائية الفلسطينية رقم 3 لسنة 2001.
3. قانون الإجراءات المصري رقم 150 لسنة 1950.
4. قانون العقوبات الأردني رقم 16 لسنة 1960.
5. محكمة العدل العليا الأردنية، عدل عليا رقم 1992/62، عمان - الأردن، 1992.
6. نقض مصري في القضية رقم 968 لسنة 2 قضائية، جلسة: 1932/1/4، مكتب فني (س2-ق316-ص422).

ثانياً: المراجع

1. أحمد سعيد المومني، إعادة الاعتبار ووقف تنفيذ العقوبة، ط1، جمعية عمال المطابع التعاونية، عمان، 1982.
2. أحمد عوض بلال، محاضرات في الجزاء الجنائي، دار النهضة العربية، القاهرة، 1997.
3. جندي عبد الملك، الموسوعة الجنائية، ط1، د5، دار إحياء التراث العربي، بيروت، دون سنة نشر.
4. حسن صادق المرصفاوي، رد الاعتبار للمجرم التائب في الدول العربية، دار النشر بالمركز العربي للدراسات الأمنية والتدريب، الرياض، 1990.
5. سعيد جودت سعيد خليفة، رد الاعتبار في قانون الإجراءات الجزائية الفلسطينية: دراسة مقارنة، رسالة ماجستير، جامعة النجاح الوطنية، نابلس، 2014.
6. عادل محمد عطية الخوالدة، رد الاعتبار في الشريعة الإسلامية والقانون الوضعي: دراسة مقارنة، رسالة دكتوراه، جامعة العلوم الإسلامية العالمية، الأردن، 2013.
7. عائد إسماعيل عبد السلام هنية، ضوابط رد الاعتبار في ضوء قانون الإجراءات الجزائية الفلسطينية (دراسة تحليلية مقارنة بالتشريعات الجنائية والفقه الإسلامي)، رسالة ماجستير، الجامعة الإسلامية، غزة، 2021.
8. عبد الوهاب البنداري، العقوبات التأديبية للعاملين المدنيين بالدولة والقطاع العام وذوي الكادرات الخاصة، دار الفكر العربي، القاهرة، دون تاريخ نشر.

9. عدنان خالد التركماني، الإجراءات الجنائية الإسلامية وتطبيقاتها في المملكة العربية السعودية، الطبعة الأولى، منشورات أكاديمية نايف العربية للعلوم الأمنية، الرياض، 1999.
10. عوض بن سيف المنظري، رد الاعتبار الجزائي والإداري والتجاري في القانون العماني، رسالة ماجستير، جامعة السلطان قابوس، مسقط، 2008.
11. محمد الفاضل، المبادئ العامة في التشريع الجزائي، مطبعة الداودي، دمشق، الطبعة الأولى، 1976.
12. محمد سعيد نمور، إعادة الاعتبار نظام نفقده في تشريعاتنا الجزائية في الأردن، مؤتمة للبحوث والدراسات، المجلد الأول، العدد الأول، الأردن، 1986.
13. محمود نجيب حسني، شرح قانون العقوبات – القسم العام، الطبعة السادسة، دار النهضة العربية، القاهرة، 2015.
14. نبيل عبد الصبور النبراوي، سقوط الحق في العقاب بين الفقه الإسلامي والقانون الوضعي، دار الفكر العربي، مصر، 1996.

التزام المستأجر في عقد التأجير التمويلي في ضمان هلاك المركبات المؤجرة تأجييراً
تمويلأ في فلسطين: دراسة مقارنة بأحكام الفقه الإسلامي وفق معايير الأيووفي

*The Lessee's Obligation in a Finance Lease Contract to
Guarantee the Perishing of Leased Vehicles in Palestine: A
Comparative Study with the Provisions of Islamic
Jurisprudence According to AAOIFI Standards*

أ. عبد الله محمد نواهضة
الكلية العصرية الجامعية
(فلسطين)

التزام المستأجر في عقد التأجير التمويلي في ضمان هلاك المركبات المؤجرة تأجيراً تمويلاً في

فلسطين: دراسة مقارنة بأحكام الفقه الإسلامي وفق معايير الأيوبي

*The Lessee's Obligation in a Finance Lease Contract to Guarantee the Perishing of
Leased Vehicles in Palestine: A Comparative Study with the Provisions of Islamic
Jurisprudence According to AAOIFI Standards*

أ. عبد الله محمد نواهضة

باحث دكتوراه في الجامعة العربية الأمريكية، محاضر في الكلية العصرية الجامعية، (فلسطين)

abedalah.nawahdah@muc.edu.ps

DOI: <https://doi.org/10.70411/MJLS.1.1.2025119>

تاريخ القبول: 2024-07-25

تاريخ المراجعة: 2024-07-19

تاريخ الاستلام: 2024-04-01

ملخص:

تأتي هذه الدراسة لبيان طبيعة التزام المستأجر في عقد التأجير التمويلي ومقارنته بطبيعة التزام المستأجر في عقد الإجارة المنتهية بالتملك وفق معايير الأيوبي الشرعية بالمحافظة على العين المؤجرة، وضمان هلاكها، حيث أظهرت الدراسة أن التزام المستأجر المطلوب في استعمال العين المؤجرة بكلا العقدتين يتمثل ببذل العناية الواجبة والالتزام بالمحافظة عليها بالحالة ذاتها التي استلمها، على ألا يكون مسؤولاً عما قد يطرأ عليها من تغييرات نتيجة الاستعمال المعتاد. كما أظهرت الدراسة أن التزام المستأجر في عقد التأجير التمويلي يتحمل تبعه هلاك أو تلف العين المؤجرة منذ لحظة تسلمه الفعلي أو الحكمي لها سواء كان هلاكها بالسبب الأجنبي أو غيره، في حين لا يتحمل المستأجر في عقد الإجارة المنتهية بالتملك مسؤولية هلاك العين المؤجرة أو تلفها بعد تسلمه إياها حقيقة أو حكماً ما لم يكن ذلك بتعدٍ أو تقصير منه، على أن يتحمل المؤجر وحده مسؤولية هلاكها بالسبب الأجنبي باعتباره المالك للعين المؤجرة. الكلمات المفتاحية: التأجير التمويلي، قانون اليونيدروا التأجيري للتمويل، الإجارة المنتهية بالتملك، السبب الأجنبي، مسؤولية المستأجر، هلاك العين المؤجرة، معايير الأيوبي.

Abstract:

This study aims to clarify the nature of the lessee's obligation in a finance lease contract and compare it with the lessee's obligation in a lease-to-own contract according to AAOIFI Sharia standards regarding the maintenance and guarantee against the perishing of the leased asset. The study reveals that the lessee's required obligation in both contracts is to exercise due diligence in using the leased asset and to maintain it in the same condition as received, without being responsible for any changes resulting from ordinary use.

However, the study shows that in a finance lease contract, the lessee bears the risk of loss or damage to the leased asset from the moment of actual or constructive delivery, whether the loss is due to a foreign cause or otherwise. In contrast, in a lease-to-own contract, the lessee does not bear the responsibility for the loss or damage to the leased asset after actual or constructive delivery unless it is due to the lessee's negligence or misconduct. The lessor alone bears the responsibility for loss due to a foreign cause as the owner of the leased asset.

Keywords: Finance Leasing, UNIDROIT Leasing Law, Lease-to-Own, Foreign Cause, Lessee's Responsibility, Perishing of the Leased Asset, AAOIFI Standards.

المقدمة:

طبقاً للقواعد العامة للتأجير يتحمل المؤجر مسؤولية ضمان هلاك العين المؤجرة، ما لم يكن هلاكها بتعدٍ أو تقصير من المستأجر، إلا أن قانون التأجير التمويلي الفلسطيني خرج عن هذه القاعدة بتحميل المستأجر مسؤولية سلامة العين المؤجرة وضمانه لتبعية هلاكها منذ لحظة تسلمه الحقيقي، أو الحكمي للعين المؤجرة، ملزماً إياه ببذل العناية الواجبة في استخدام العين المؤجرة، والمحافظة عليها بالحالة التي كانت عليها وقت التسليم، دون أن يكون مسؤولاً عن أية تغييرات تحدث بها نتيجة الاستعمال المعتاد. وبالرجوع لأحكام المادة (17) من قانون التأجير التمويلي الفلسطيني يتبين أن المشرع قد تشدد في مسؤولية المستأجر في عقد التأجير التمويلي على حساب المؤجر من خلال تحميله تبعة هلاك العين المؤجرة، أو استحالة استعمالها وفقاً للغايات المقررة لها بعد تسلمه لها ولو كان ذلك عائداً لسبب أجنبي لا يد له فيه، وعليه وإزاء خروج المشرع في عقد التأجير التمويلي عن القواعد العامة لمسؤولية المؤجر في ضمان هلاك العين المؤجرة وصيانتها من خلال تحميلها للمستأجر في جميع الأحوال، سنعمل في هذه الدراسة على إجراء دراسة مقارنة بين التزامات المستأجر في عقد التأجير التمويلي والمستأجر في عقد الإجارة المنتهية بالتملك الموافق لأحكام الشريعة الإسلامية في ضمان هلاك العين المؤجرة للسبب الأجنبي.

اشكالية البحث

تتمثل مشكلة الدراسة في الإجابة عن التساؤل الآتي: ما مدى التزام المستأجر في عقدي التأجير التمويلي والإجارة المنتهية بالتملك في ضمان هلاك المركبات المؤجرة تأجييراً تمويلاً في فلسطين؟ ويتفرع عن هذه المشكلة عدد من الإشكاليات قمنا بصياغتها على شكل أسئلة على النحو الآتي:

1. ما طبيعة التزام المستأجر في عقدي التأجير التمويلي والإجارة المنتهية بالتملك في المحافظة على العين المؤجرة واستعمالها؟
2. مدى التزام المستأجر في عقدي التأجير التمويلي والإجارة المنتهية بالتملك في تحمل تبعة هلاك المركبات المؤجرة؟
3. ما أثر هلاك المركبات المؤجرة للسبب الأجنبي على مسؤولية المستأجر في ضمانها وفسخ العقد في كل من عقدي التأجير التمويلي والإجارة المنتهية بالتملك؟

أهمية البحث:

نظراً لانتشار التعامل بعقود الإجارة المنتهية بالتملك في فلسطين باعتبارها رديف شرعي لعقود التأجير التمويلي، وفي ظل ما قد يتعرض له المستأجر من هلاك للمركبة المؤجرة نتيجة استخدامها المعتاد أو لسبب أجنبي لا يد له فيه أو بسبب سوء الاستعمال أو بسبب اعتداءات الاحتلال الإسرائيلي على الممتلكات، فقد جاءت هذه الدراسة لبيان أثر هلاك العين المؤجرة على مسؤولية المستأجر في ضمان هلاكها واستمراره في تنفيذ العقد في كل من عقدي التأجير التمويلي وعقد الإجارة المنتهية بالتملك.

نطاق البحث:

ستقتصر الدراسة على بيان التزامات كل من المستأجر في عقد التأجير التمويلي والمستأجر في عقد الإجارة المنتهية بالتملك في ضمان هلاك المركبات المؤجرة وذلك في الضفة الغربية دون قطاع غزة؛ كون التشريعات السارية في الضفة الغربية تختلف عن التشريعات السارية في قطاع غزة.

منهجية البحث:

للإجابة على مشكلة الدراسة وإشكالياتها سيتبع الباحث المنهج الوصفي التحليلي من خلال تحديد الحالات التي يكون فيها المستأجر في عقد التأجير التمويلي مسؤولاً عن ضمان هلاك العين المؤجرة، ومدى تأثير هلاكها بفعل السبب الأجنبي على التزامه بالضمان، مستعيناً في الوقت ذاته بالمنهج المقارن من خلال مقارنة التزامات المستأجر بالضمان مع التزامه الوارد في قانون اليونيدرو النموذجي للتأجير وكذلك التزامه الوارد في عقد الإجارة المنتهية بالتملك، وفق المعايير الشرعية الصادرة عن هيئة المحاسبة والمراجعة للمؤسسات المالية الإسلامية المعروفة اختصاراً بـ"معايير الأيوبي" التي انضمت إليها دولة فلسطين في عام 2022¹.

¹ خبر صحفي منشور عبر الموقع الإلكتروني لصحيفة البلاد بعنوان "ملحم: فلسطين تعتمد معايير "أيوبي" للمحاسبة الإسلامية"، تاريخ الخبر 28 نوفمبر/2022 والمنشور عبر الرابط الآتي:

تاريخ الزيارة: 2023/12/25 <https://www.albiladpress.com/news/2022/5158/finance/785419.html>

تقسيم البحث:

تحقيقاً لأهداف الدراسة قام الباحث بتقسيم دراسته إلى مبحثين: الأول بعنوان: التزام المستأجر بالمحافظة على العين المؤجرة وصيانتها. والثاني بعنوان: التزامات المستأجر في ضمان هلاك العين المؤجرة الناشئة عن سبب أجنبي.

المبحث الأول:

التزام المستأجر بالمحافظة على العين المؤجرة وصيانتها

تُعد عقود التأجير التمويلي وعقود الإجارة المنتهية بالتملك إحدى العقود التجارية المستحدثة التي يلجأ إليها الأفراد لشراء الأموال المنقولة وغير المنقولة عبر شركات التأجير التمويلي ذات الطابع التجاري والإسلامي، ومن خلال هذه العقود يمكن للمستأجر شراء المركبات عبر استئجارها مدة من الزمن نظير أقساط شهرية تنتهي بقيام المؤجر بالتنازل عن ملكية المركبة المؤجرة للمستأجر.

ومنذ تسلم المستأجر للعين المؤجرة يفرض عليه القانون عدداً من الالتزامات بهدف المحافظة على العين المؤجرة وصيانتها على نحو يبقوها صالحة للاستعمال حيث لو تم فسخ العقد أو إنهائه يستطيع المؤجر إعادة تأجيرها للغير نظراً للحالة الجيدة التي ستكون عليها المركبة، وللوقوف على طبيعة التزام المستأجر بالمحافظة على سلامة العين المؤجرة وصيانتها قمنا بتقسيم هذا المبحث إلى ثلاثة مطالب، تناولنا في المطلب الأول التزام المستأجر ببذل العناية اللازمة عند استعمال العين المؤجرة، في حين تناولنا في المطلب الثاني التزام المستأجر بصيانة العين المؤجرة، أما في المطلب الثالث فقد تناولنا التزام المستأجر بالتأمين على العين المؤجرة.

المطلب الأول:

الالتزام ببذل العناية اللازمة عند استعمال العين المؤجرة

طبقاً لأحكام قانوني التأجير التمويلي الفلسطيني¹، وقانون اليونيدرو النموذجي للتأجير²، يتحمل المستأجر مسؤولية سلامة العين المؤجرة وتبعية أية مخاطر تتعلق بهلاكها أو تلفها أو سوء استخدامها أو استغلالها، وأية مخاطر أخرى وذلك منذ لحظة تسلمه الفعلي أو الحكمي للعين المؤجرة³، وينبغي عليه

¹ قرار بقانون رقم (6) لسنة 2014، بشأن التأجير التمويلي، المنشور على الصفحة (5) من مجلة الوقائع الفلسطينية، العدد رقم (107)، تاريخ النشر 2014/05/28م.

² راجع المادة (18) من قانون اليونيدرو النموذجي للتمويل نسخة 2008.

³ راجع المادة (17) من قانون التأجير التمويلي الفلسطيني. وقد أشارت المادة (582) من مجلة الأحكام العدلية (تسليم المأجور هو عبارة عن إجارة الأجر ورخصته للمستأجر بأن ينفع به بلا مانع)، وإذا لم يتفق الطرفان على طريقة التسليم أو مكانه أو زمانه أو نفقاته طبقت الأحكام الخاصة بتسليم المبيع، فخصوص كيفية التسليم هنالك تسليم حقيقي وتسليم حكمي، وتختلف كفيته باختلاف المبيع، والتسليم الحقيقي، يكون إما بالانتقال المالي للمبيع، أو بتمكين المشتري من قبضه بإزالة كل مانع أو عائق يحول دون حصول ذلك، أو إذن البائع له بالقبض، أو رؤية البائع للمشتري وهو يستلم المبيع دون

بذل العناية الواجبة عند استعمالها؛ وذلك من خلال استخدامها بطريقة معقولة وبالطريقة نفسها التي تستخدم فيها عادةً، وأن يحافظ عليها في الحالة ذاتها التي استلمها، على ألا يكون مسؤولاً عما يطرأ عليها من تغييرات نتيجة الاستعمال المعتاد¹، وعلى سبيل المثال فإن من يستأجر مركبة خصوصية لا يجوز له أن يستعملها كمعدة هندسية أو مركبة عمومية لنقل الركاب مقابل أجر؛ لأن استخدامها على هذا النحو يتنافى مع طبيعة الاستعمال المعتاد للمركبة الخصوصية الأمر الذي يؤثر على كفاءتها. ويرتبط هذا الالتزام بمبدأ حسن النية في تنفيذ الالتزام، حيث لا يؤدي استخدامها على نحو مخالف للاتفاق على حالة المأجور عند نهاية العقد، فيكون في حالة غير صالحة للاستعمال مما يترتب عليه عدول المستأجر عن فكرة شرائه، وعدم إمكانية إعادة تأجيره أو بيعه من قبل المؤجر للغير²، والأصل أن يستخدم المستأجر العين المؤجرة على النحو المتفق عليه، وبعبارة ذلك لا بُد من الرجوع إلى ما أعد له المأجور أو ما يقتضيه العرف³.

معارضة، فقد يتناول البائع المنقول المبيع، أو يرسله له في مستودعه أو متجره، وفقاً لشروط العقد، وإذا كان المبيع عقاراً، فإنه يخليه من الشواغل والشاغليين، ويعطي المشتري مفاتيحه وهكذا. والتسليم الحكمي: هو ما يكون بحكم القانون أو الاتفاق، وعادة ما لا يقتضي الانتقال الوجودي الفعلي للمبيع، فقد يتفق المتعاقدان في العقد على اعتبار البائع منفذاً للالتزام بالتسليم في حالة معينة؛ كأن يتفقا على قيام المشتري باستلامه في زمان ومكان معين، فإن لم يحضر، عد متسلماً للمبيع، وقد يكون المبيع بحوزة المشتري أو تحت تصرفه قبل إبرام عقد البيع لأي سبب آخر؛ كالإجارة أو الإعارة أو الوديعة، أو حتى لو كان مغتصباً للمبيع، فعندها يكون البائع قد نفذ التزامه بالتسليم، ما لم يتفق على خلاف ذلك، أو في حالة الاتفاق على إبقاء المبيع تحت يد البائع لأي سبب كان، وكذلك الحال في حال هلاك المبيع بسبب المشتري قبل تسلمه، فإنه يعتبر قد تسلمه لتسببه في الهلاك، وقد يكون التسليم في بعض البيوع بتسليم السند المنشئ للحق كما في حقوق الملكية الفكرية، وحالة الحق، وفي الحقوق العينية المجردة، كحق المرور، فبالإضافة إلى تسليم الحق، يلتزم البائع بتمكين صاحبه من ممارسته وعدم القيام بما يمنع من استعماله "أمين دواس، محمود دودين، عقد البيع في مجلة الأحكام العدلية دراسة مقارنة، 2013، رام الله، ص307. علي هادي العبيدي، العقود المسماة البيع والإيجار وقانون المالكين والمستأجرين، دار الثقافة، عمان، ط3، 2009، ص272.

¹ راجع المادة (1/24) من قانون التأجير التمويلي الفلسطيني.

² نسرين محاسنة، التأجير التمويلي في القانون الأردني مقارناً بالإجارة المنتهية بالتملك وفق الفقه الإسلامي، مجلة الحقوق، جامعة الكويت، مج32، ع4، 2008، ص158.

³ منذر الفضل، صاحب الفتاوى: "شرح القانون المدني الأردني: العقود المسماة، دار الثقافة، عمان، 1993، ص277.

أما بالنسبة لمسؤولية المستأجر في عقد الإجارة المنتهية بالتملك، فإن العين المؤجرة أمانة بيده، لا يضمنها إلا إذا حصل الهلاك بالتعدي أو التقصير منه¹، وحينئذ يعوضها بمثلها إذا كان لها مثل، وإلا فإنه يتحمل القيمة التي تقدر بها عند الهلاك²، ويجوز تقييد المستأجر بالاستعمال الملائم للعين المؤجرة أو بالمتعارف عليه، وذلك بالشروط المتفق عليها والمقبولة شرعاً، ويجب عليه تجنب إلحاق الضرر بالعين المؤجرة نتيجة سوء الاستعمال أو بالتعدي أو بالإهمال³، تحت طائلة تحميله مسؤولية إصلاحها وضمنان هلاكها.

المطلب الثاني:

الالتزام بصيانة العين المؤجرة

تشير القاعدة العامة للتأجير التمويلي إلى أن المؤجر من يتحمل مسؤولية صيانة العين المؤجرة، إلا أن هذا الالتزام ليس من القواعد الآمرة للقانون وإنما من القواعد المكملة التي يجوز الاتفاق على مخالفتها⁴، وبناءً عليه إذا تعرض المال المؤجر تأجييراً تمويلياً لهلاك جزئي أو كلي نتيجة الاستعمال المعتاد للمأجور فإنه يجوز الاتفاق على تكليف المستأجر بصيانته⁵، كما يجوز تكليفه بذلك في حال كان

¹ لقد أخذت معايير الأيوبي بالالتزام ذاته الذي أخذت به مجلة الأحكام العدلية في المادة (601) من المجلة (لا يَلْزَمُ الضَّمانُ إِذَا تَلَفَ الْمَأْجُورُ فِي يَدِ الْمُسْتَأْجِرِ مَا لَمْ يَكُنْ بِتَقْصِيرِهِ أَوْ تَعَدِيهِ أَوْ مُخَالَفَتِهِ لِمَأْذُونِيَّتِهِ).

² راجع البند (4/1/7) من المعيار الشرعي (9).

³ راجع البند (4/1/5) من المعيار الشرعي (9)، لهيئة المحاسبة والمراجعة للمؤسسات المالية الإسلامية، المعايير الشرعية، النماة، 2017.

⁴ راجع المادة (2+1/24) بدلالة المادة (6) من قانون التأجير التمويلي الفلسطيني، (وقد أخذ قانون التأجير التمويلي الأردني رقم (45) لسنة 2008 بنفسه الاتجاه في المواد (2) و (3) و (10) و (14) من قانون التأجير التمويلي والتي يستفاد منها بأن هذا العقد يعطي المستأجر حق المنفعة في المأجور دون الملكية أثناء الإجارة وقبل انتهائها بالتملك وتبقى ملكية المأجور لحين التنازل عنه للمؤجر على أن يلتزم المستأجر الذي يملك حق المنفعة بالمحافظة على المأجور بالحالة التي تسلمه بها مع مراعاة ما قد يطرأ على المأجور من تغييرات نتيجة الاستعمال المعتاد وأي تغييرات أخرى يتفق عليها الطرفان، وملزم أيضاً بصيانته على نفقته الخاصة وأنه يتحمل مسؤولية وسلامة المأجور وأي مخاطر متعلقة بهلاكه أو تلفه أو سوء استخدامه أو استغلاله وأي مخاطر أخرى منذ لحظة تسلمه الفعلي ما لم يتم الاتفاق على غير ذلك) ينظر: الحكم رقم 7084 لسنة 2022 محكمة تمييز حقوق (منشورات قسطاس).

⁵ "في حال الاتفاق على تحميل المستأجر مسؤولية إصلاح العين المؤجرة، فإن التزامه بالمحافظة على العين المؤجرة ينقلب إلى تحقيق نتيجة، بحيث يعد مخطئاً بحق المؤجر في حال لم يتم بتنفيذ التزامه بالمحافظة على العين المؤجرة أو

المورد أو المصنع قد أصدر تعليمات فنية تتعلق بكيفية استعماله¹، ويجوز الاتفاق على تحميل المستأجر جميع أعمال الصيانة سواء كانت جوهرية أو غير جوهرية، وعلة ذلك الجواز أن قوانين التأجير التمويلي تنظر إلى المستأجر باعتباره مالكاً ستنقل إليه ملكية الأصل المؤجر، لذلك لا يوجد ما يمنع من تحميله تبعات الملكية منذ بدء انتفاعه بالأصل المؤجر².

أما بالنسبة لعقد الإجارة المنتهية بالتملك فإنه وفي حال فوات المنفعة كلياً أو جزئياً بتعدي المستأجر مع بقاء العين، فإنه يضمن إعادة المنفعة أو إصلاحها، ولا تسقط الأجرة عن مدة فوات المنفعة³، ولا يجوز أن يشترط المؤجر على المستأجر إجراء الصيانة الأساسية للعين المؤجرة التي يتوقف عليها بقاء المنفعة⁴، حيث إن المؤجر من يتحملها، لكن يجوز الاتفاق على تحميله نفقات إجراء الصيانة التشغيلية أو الدورية⁵.

وقد ميز الفقه بين ما كان معلوماً من نفقات الصيانة الجوهرية التي تتعلق بتمكين المستأجر من الانتفاع بالعين المؤجرة، وما هو غير معلوم، فذهبوا إلى القول: إن ما كان معلوماً من نفقات الصيانة

إدارتها أو توكي الحيلة في تنفيذ التزامه، حيث يجب عليه الاستمرار بتنفيذ التزاماته، وهذه الالتزامات هي تحقيق نتيجة وليس بذل عناية، وعدم تحقيق النتيجة لا يقتصر على القيام بعمل معين، أي القيام بالصيانة والمحافظة فحسب، بل يتعداه إلى الامتناع عن أي عمل من شأنه أن يضر بالمأجور، كتشغيل الآلات ساعات طويلة، أو استعمالها في غير الغرض المعد لها ... ويقع عبء إثبات الخطأ العقدي في هذا النوع من الالتزامات على عاتق الدائن، وهي شركة التأجير التمويلي، فيكفي أن تثبت أن النتيجة المقصودة من الالتزام بالمحافظة على الأصل المؤجر لم تتحقق، فيثبت تقصير المستأجر في تنفيذ التزامه بالمحافظة على الأصل، إلا إذا أثبت أن عدم تحقق النتيجة يعود لسبب أجنبي لا يد له فيه، ويخرج من السبب الأجنبي القوة القاهرة، حيث يتحملها المستأجر بواسطة وثيقة التأمين التي بموجبها يلتزم بأداء أقساط التأمين، بينما المستفيد من التأمين هي شركة التأجير التمويلي". نداء المولى، التوازن بين مسؤوليتي المؤجر والمستأجر في عقد التأجير التمويلي "دراسة في التشريع الأردني"، مجلة الزرقاء للبحوث والدراسات الإنسانية، م13، ع2، 2013، ص129.

¹ راجع المادة (2/24) من قانون التأجير التمويلي الفلسطيني.

² محمد المجالي، التزامات شركة التأجير التمويلي والمستفيد في عقد التأجير التمويلي العقاري: دراسة مقارنة، (رسالة ماجستير)، جامعة مؤتة، 2005، ص90.

³ راجع البند (6/1/5) من المعيار الشرعي (9)، المرجع السابق.

⁴ فتاوى الهيئة الشرعية للبركة رقم (9/9)، تمت الإشارة إليها في كتاب: هيئة المحاسبة والمراجعة للمؤسسات المالية الإسلامية، المعايير الشرعية، المرجع السابق، ص265.

⁵ راجع البند (7/1/5) من المعيار الشرعي (9)، المرجع السابق.

الجوهريّة التي تتعلق بتمكين المستأجر من الانتفاع كتغيير إطارات المركبة أو استبدال زيوتها أو عمل صيانة لمساحاتها فيمكن تحميلها بالشرط على المستأجر؛ لأنه يكون -عند الشرط- جزءاً من الأجرة، أما ما هو غير معلوم، -كاستبدال محرك المركبة فيرى الباحث عدم صحة اشتراطه على المستأجر-؛ لأنه يدخل جهالة في مقدار الأجرة مما يفسد العقد، وإن كان من الجائز توكيل المستأجر القيام به، على أن يعود على المؤجر بما دفع من نفقات صيانة¹.

المطلب الثالث:

الالتزام بالتأمين على العين المؤجرة

لم ينص قانون التأجير التمويلي الفلسطيني ولا قانون اليونيدروا النموذجي للتأجير على ضرورة إلزام المستأجر بالتأمين² على العين المؤجرة، وعادة ما تلجأ شركات التأجير التمويلي لإعفاء نفسها من المسؤولية المدنية الناتجة عن هلاك المركبة المؤجرة، وطبقاً للأحكام والشروط التي يجوز مخالفتها بموجب أحكام المادة (6) من قانون التأجير التمويلي فإنه يصح الاتفاق على إلزام المستأجر بالتأمين

¹ طبقاً لما قرره مجمع الفقه الإسلامي فإن المؤجر مطالب بالإبقاء على العين المؤجرة بحالة يستطيع معها المستأجر استخلاص منافعها، والتعيب في المأجور يكون على المؤجر في كل الأحوال بصفته مالكا. راجع القرار رقم (1)، الدورة الثالثة 8-31/2/1407هـ، عمان الأردن. انظر: الخصاونة، صخر أحمد، عقد التأجير التمويلي وآثاره في القانون الأردني، مرجع سابق ص157. قحف منذر، الإجارة المنتهية بالتملك وصكوك الأعيان المؤجرة، مرجع سابق، ص24. أشار إليهما: وليد هويل عوجان، عقد التأجير التمويلي وعقد الإجارة المنتهية بالتملك: دراسة مقارنة في الفقه الإسلامي والقانون، المجلة الأردنية في القانون والعلوم السياسية، مجلد (3)، عدد (3)، رجب 1432هـ/ تموز 2011، ص42-43.

² عرفت المادة (1) من قانون التأمين الفلسطيني رقم (20) لسنة 2005م، عقد التأمين بأنه: "أي اتفاق أو تعهد يلتزم بمقتضاه المؤمن أن يؤدي إلى المؤمن له أو إلى المستفيد الذي اشترط التأمين لصالحه مبلغاً من المال، أو إيراداً أو مرتباً أو أي عوض مالي آخر في حال وقوع الحادث، أو تحقق الخطر المبين بالعقد، وذلك نظير قسط أو أية دفعة مالية أخرى يؤديها المؤمن له للمؤمن". وعلى الرغم من عدم إلزامية التأمين في عقود التأجير التمويلي، إلا أن المادة (137) من قانون التأمين الفلسطيني رقم (20) لسنة 2005م، وتعديلاته نصت على إلزامية التأمين على المركبات، وعلى عدم جواز استعمال أية مركبة آلية دون وجود تأمين خاص بها، وبالتالي نرى أن التأمين على المركبات وإن كان اختيارياً في عقود التأجير التمويلي والإجارة المنتهية بالتملك، إلا أنه إلزامي بموجب قانون التأمين الفلسطيني. قانون التأمين الفلسطيني رقم (20) لسنة 2005م وتعديلاته، المنشور على الصفحة (5) من مجلة الوقائع الفلسطينية، عدد (62)، المنشور في 2006/03/25م.

على المركبة المؤجرة لدى إحدى شركات التأمين وتحميله أقساط التأمين، وبأن يكون المؤجر نفسه المستفيد من مبلغ التعويض.

أما في عقود الإجارة المنتهية بالتمليك فقد جاء في قرار مجمع الفقه الإسلامي بعدم جواز تحميل المستأجر مصروفات التأمين وتحميلها للمؤجر باعتبارها ضمان الملك على المالك¹، إلا أنه من الممكن الاتفاق بأن تكون الأجرة مكونة من جزئين محددين أحدهما يسلم للمؤجر، والآخر يبقى لدى المستأجر لتغطية أية مصروفات أو نفقات يقرها المؤجر؛ مثل تلك التي تتعلق بتكاليف الصيانة الأساسية والتأمينات وغيرها، ويكون الفائض من الجزء الثاني من الأجرة تحت الحساب حقاً للمؤجر، وما نقص فعلى المؤجر تحمله².

المبحث الثاني:

التزامات المستأجر في ضمان هلاك العين المؤجرة الناشئة عن سبب أجنبي

وفقاً للقواعد العامة في عقود التأجير تُعد يد المستأجر على المأجور يد أمانة لا يضمن بموجبها تلف المال المؤجر الذي بين يديه ما لم يكن ذلك نتيجة تعدٍ أو تقصير من قبله³، إلا أن ذلك الحكم لا يسري بشكل مطلق على عقد التأجير التمويلي الذي طبقاً لأحكام المادة (3/17) من قانون التأجير التمويلي الفلسطيني يتحمل المستأجر مسؤولية ضمان هلاك المركبة المؤجرة بعد تسلمه لها حتى لو كان ذلك عائداً لسبب أجنبي كالقوة القاهرة والتي لا دخل له في حدوثها⁴، ولا يعتبر القانون هلاك المركبة

¹ قرارات مجمع الفقه الإسلامي الدولي رقم (3/1/ 13): تمت الإشارة إليها في كتاب: هيئة المحاسبة والمراجعة للمؤسسات المالية الإسلامية، المعايير الشرعية، المرجع السابق، ص 265.

² راجع البند (4/2/5) من المعيار الشرعي (9)، المرجع السابق.

³ وهذا ما أكدت عليه مجلة الأحكام العدلية في المواد (601) و (607) و (609). وقد أخذ القضاء الفلسطيني بهذا المبدأ في أحكامه المتعلقة بالتزام المؤجر في صيانة العين المؤجرة، وتطبيقاً لذلك قررت محكمة استئناف رام الله في الطعن الحقوقي رقم (2017/380) الصادر بتاريخ 2017/11/5 (بأن المستأجر لا يلتزم بتعويض المؤجر عن الأضرار التي تلحق بالمأجور خلال مدة الإجارة ما لم تكن هذه الأضرار قد لحقت بسبب تقصير أو إهمال أو تعدي من المستأجر، وأن التعدي أو التقصير أو الإهمال أمر غير مفترض بموجب نصوص مجلة الأحكام العدلية). وفي الاتجاه نفسه ذهبت محكمة التمييز الأردنية في حكمها رقم 187 لسنة 1964 صفحة 856، والذي جاء فيه "على المدعي المؤجر أن يثبت بأن الخراب في المأجور حدث بفعل المستأجر المدعي عليه وتعيده، وإلا ترد دعوى المؤجر بطلب قيمة نفقات تصليح المأجور".

⁴ راجع المادة (3/17) من قانون التأجير التمويلي الفلسطيني.

المؤجرة للسبب الأجنبي سبباً موجباً لإنهاء عقد التأجير التمويلي، حيث يبقى المستأجر ملتزماً بمواجهة المؤجر بدفع قيمة الأقساط الشهرية المتبقية دون الاكتراث بالقيمة السوقية للمركبة المؤجرة لحظة هلاكها، أو بإرجاع جزء من الأرباح عن تأجيل الأقساط نتيجة قبض المؤجر لإجمالي قيمة المركبة المؤجرة من المؤمن دفعة واحدة¹.

أما في عقد الإجارة المنتهية بالتملك فإن الإجارة تنتهي بالهلاك الكلي للعين المؤجرة المعينة أو بتعذر استيفاء المنفعة؛ وذلك لفوات المنفعة المقصودة²، وفي حالة الهلاك الكلي للعين يفسخ عقد الإجارة إذا كانت الإجارة لمدة معينة، ولا يجوز أن يشترط في حالة الهلاك الكلي للعين المؤجرة أداء بقية الأقساط³، أما في حالة الهلاك الجزئي للعين المخل بالمنفعة فيحق للمستأجر فسخ الإجارة، ويجوز أن يتفق في حينه على تعديل قيمة الأجرة في حالة الهلاك الجزئي للعين، وذلك إذا تولى المستأجر عن حقه في فسخ العقد⁴، وتبقى العين المؤجرة على ضمان المؤجر طيلة مدة الإجارة ما لم يقع من المستأجر تعدٍ أو تقصير⁵.

يتضح مما سبق أن قانون التأجير التمويلي تشدد في مسؤولية المستأجر بضمان هلاك العين المؤجرة في عقد التأجير التمويلي مقارنة بمسؤولية المستأجر في عقد الإجارة المنتهية بالتملك، حتى لو كان سبب الهلاك عائداً لسبب أجنبي كالقوة القاهرة أو بفعل الغير أو فعل المضرور⁶. وفي هذا المبحث الذي تم تقسيمه إلى ثلاثة مطالب سنعمل على بيان مسؤولية المستأجر في ضمان هلاك العين المؤجرة

¹ رياض فخري، التوازن العقدي بين الواقع والنظرية في عقد التأجير التمويلي، مجلة المرافعة، ع10، مارس، 2000، ص82. وقد جاء في نص المادة (3/17) من قانون التأجير التمويلي (إن 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)، وبذلك فإن بدل الأقساط المؤجلة تبقى نافذة بمواجهة المستأجر دون الاكتراث بهبوط قيمة المركبة وقت هلاكها مقارنة بوقت إبرام العقد.

² راجع البند (4/2/7) من المعيار الشرعي (9)، المرجع السابق.

³ انظر البند (3/1/7) من المعيار الشرعي (9)، المرجع السابق.

⁴ انظر البند (5/1/7) من المعيار الشرعي (9)، المرجع السابق.

⁵ انظر البند (8/1/5) من المعيار الشرعي (9)، المرجع السابق.

⁶ عدنان السرحان، نوري خاطر، شرح القانون المدني مصادر الحقوق الشخصية "الالتزامات"، عمان، دار الثقافة، ط1، 2009، ص443.

بفعل القوة القاهرة وذلك في المطلب الأول، وبيان مسؤولية المستأجر في ضمان هلاك العين المؤجرة بسبب فعل المؤجر أو إهماله وذلك في المطلب الثاني، وبيان مسؤولية المستأجر في ضمان هلاك العين المؤجرة بسبب فعل الغير وذلك في المطلب الثالث.

الفرع الأول:

مسؤولية المستأجر في ضمان العين المؤجرة لهلاكها بفعل القوة القاهرة

لم تنص المادة (3/17) من قانون التأجير التمويلي على إعفاء المستأجر في عقد التأجير التمويلي من مسؤوليته بضمان هلاك العين المؤجرة ولو كان ذلك الهلاك بسبب القوة القاهرة الطبيعية وغير الطبيعية، مقرر في الوقت ذاته التزاماً على المستأجر بدفع الأقساط الشهرية المتبقية وعدم أحقيته في المطالبة بفسخ العقد، ويُعد هذا الالتزام خروجاً على القواعد العامة في عقد التأجير الذي بموجبه يتحمل المؤجر مسؤولية ضمان هلاك العين المؤجرة في حال هلاك العين المؤجرة بفعل القوة القاهرة¹، أما في عقود الإجارة المنتهية بالتمليك فإن المؤجر وحده من يتحمل تبعه هلاك العين المؤجرة بفعل القوة القاهرة². ويفسر بعض فقهاء القانون سبب تحميل المستأجر في عقد التأجير التمويلي لتبعة هلاك العين المؤجرة بفعل القوة القاهرة؛ وذلك لنظرتهم إليه بصفته مشترياً مستقبلياً للأصل المؤجر وبأن ملكيته للأصل المؤجر ستؤول إليه عند نهاية العقد، لذا فهو يتحمل تبعه الهلاك بسبب القوة القاهرة³، إلا أننا نأخذ على هذا التفسير عدم مراعاته لعقود التأجير التمويلي التي لا يكون قصد المستأجر منها تملك العين المؤجرة

¹ هذا ما أكدت عليه المادة (11/1 ج) من قانون اليونيدرو النموذجي للتأجير التي تنص على (في التأجير غير التمويلي تظل تبعه الهلاك على عاتق المؤجر ولا تنتقل إلى المستأجر)، وما أخذت به مجلة الأحكام العدلية في المادة 601 من مجلة الأحكام العدلية بقولها (لا يلزم الضمان إذا تلف المأجور في يد المستأجر ما لم يكن بتقصيره أو تعديه أو مخالفته لمأذونيته).

² انظر البند (3/1/7) من المعيار الشرعي (9) المرجع السابق، والتي تنص: "العين المؤجرة أمانة عند المستأجر، فلا يضمنها إلا إذا حصل الهلاك بالتعدي أو التقصير منه، وحينئذ يعوضها بمثلها إن كان لها مثل، وإلا فإنه يتحمل القيمة التي تقدر بها عند الهلاك".

³ هاني دويدار، النظام القانوني للتأجير التمويلي، مكتبة ومطبعة الإشعاع الفنية، ط/2، 1998، بند 433، ص454. أشارت إليه: نداء المولى، التوازن بين مسؤوليتي المؤجر والمستأجر في عقد التأجير التمويلي "دراسة في التشريع الأردني"، مجلة الزرقاء للبحوث والدراسات الإنسانية، م13، ع2، 2013، ص127.

وإنما الاكتفاء باستئجارها لمدة معينة، حيث تعامل معهم المشرع بمعاملة المستأجر نفسها الذي ستؤول ملكية الأصل المستأجر إليه بنهاية عقد الإجارة.

ولا يشكل التأمين الإلزامي أو التكميلي ضماناً للمستأجر لتعويضه عن هلاك المركبة المؤجرة بشكل كلي أو جزئي بسبب القوة القاهرة، ما لم يرد في وثيقة التأمين شمول التغطية التأمينية للأضرار الناتجة عن القوة القاهرة¹؛ حيث إن القوة القاهرة غير مشمولة بالضمان عملاً ببند وثيقة التأمين التكميلي الموحدة في فلسطين التي لا تشمل التغطية التأمينية فيها التعويض عن الأضرار الناتجة عن هلاك المركبة جزئياً أو كلياً بطريقة مباشرة أو غير مباشرة بسبب القوة القاهرة الطبيعية وغير الطبيعية²، بما في ذلك الأضرار الناتجة عن اعتداءات المستوطنين والأعمال العدائية من قبل جيش الاحتلال الإسرائيلي. وعليه وفي حال عدم شمول وثيقة التأمين للأضرار الناتجة عن القوة القاهرة فإن المستأجر في عقد التأجير التمويلي يتحمل تبعه هلاك العين المؤجرة ولا يعتبر هلاك المركبة في مثل هذه الحالة سبباً موجباً لفسخ العقد، إذ يبقى المستأجر ملتزماً بمواجهة المؤجر بدفع قيمة الأقساط المتبقية من ثمن المركبة وفقاً لما هو محدد باتفاقية التأجير³، أما في عقد الإجارة المنتهية بالتمليك فإن المؤجر وحده من يتحمل تبعه هلاك العين المؤجرة لهلاكها بفعل القوة القاهرة كما بينا ذلك في بداية مطلب.

¹ إن قانون التأمين الفلسطيني رقم (20) لسنة 2005م، وتعديلاته لم يتناول الأحكام المتعلقة بالقوة القاهرة ومدى شمولها في التغطية التأمينية من عدمه، لذلك تم إجراء مقابلة مع رئيس قسم التحقيق في شركة التكافل للتأمين الذي أفاد (بأن القوة القاهرة غير مشمولة في وثيقة التأمين ما لم يتفق الأطراف على شمولها في التغطية التأمينية، بعد توضيح حالات القوة القاهرة المراد تغطيتها وكتابتها في وثيقة التأمين، وذلك نظير قسط إضافي يدفعه المؤمن له لصالح شركة التأمين)، مقابلة شفوية تم إجراؤها مع رئيس قسم التحقيق في شركة التكافل للتأمين الأستاذ وائل درويش بتاريخ 2023/12/09 الساعة 1:30م.

² راجع القسم الثالث من وثيقة التأمين التكميلي لتغطية الأضرار المادية لجسم المركبة الخاصة بشركة التكافل الفلسطينية للتأمين المعتمدة من هيئة سوق رأس المال الفلسطينية بموجب القرار رقم (4) لسنة 2020، بتاريخ 2020/10/22، والمنشور على الصفحة (103) في العدد (1733) من مجلة الوقائع الفلسطينية المنشورة في 2020/11/25. وكذلك راجع القسم الثالث من وثيقة التأمين التكميلي لتغطية الأضرار المادية لجسم المركبة الخاصة بشركة فلسطين للتأمين والمصادق عليها بموجب القرار رقم (3) لسنة 2020م في 2020/07/22م، والمنشور على الصفحة (81) من العدد (1733) من مجلة الوقائع الفلسطينية المنشورة في 2020/11/25. كما تضمنت أيضاً وثائق التأمين الموحدة لبقية الشركات العاملة في فلسطين الاستثناء ذاته.

³ راجع المادة (3/17) من قانون التأجير التمويلي.

المطلب الثاني:

مسؤولية المستأجر في ضمان العين المؤجرة لهلاكها بسبب فعل المؤجر أو إهماله

على الرغم من أن مسؤولية ضمان هلاك العين المؤجرة تنتقل للمستأجر في عقد التأجير التمويلي بمجرد استلامه للعين المؤجرة، إلا أن المادة (14) من قانون التأجير التمويلي وعلى خلاف ما ذهب إليه قانون اليونيدروا النموذجي للتأجير¹، أبقت على مسؤولية المؤجر بمواجهة المستأجر أو الغير في حال لحقت أي أضرار بالممتلكات لأي سبب عائد للعين المؤجرة سواء كان ذلك أثناء عملية تركيب العين المؤجرة أو تخزينها أو صيانتها أو استعمالها إذا كان الفعل عائداً لفعل المؤجر وإهماله²، إلا أن هذا الالتزام بالضمان يُعد من القواعد المكملّة للقانون التي يجوز الاتفاق على مخالفتها حسبما أشارت إلى ذلك المادة (6) من قانون التأجير التمويلي.

وبمقارنة ما جاء في أحكام الفقه الإسلامي فيما يتعلق بعقود الإجارة المنتهية بالتملك مع ما أورده في الفقرة السابقة نجد أن القاعدة العامة في طبيعة يد المستأجر على المأجور بأنها يد أمانة لا يضمن بموجبها المستأجر تلف المأجور أو هلاكه إلا إذا كان ذلك بتعدي أو تقصير منه، وبالتالي فإن المؤجر وحده من يتحمل تبعه هلاك العين المؤجرة في حال كان هلاكها دون تعد أو تقصير من المستأجر، ولا يجوز للمؤجر أن يشترط عدم مسؤوليته بالضمان عما قد يطرأ على العين المؤجرة من خلل في المنفعة المقصودة منها بسبب فعل المستأجر الشخصي أو لأي سبب خارج عن إرادته³.

¹ تنص المادة (9) من قانون اليونيدروا للتأجير على ما يلي "في التأجير التمويلي، لا يكون المؤجر لمجرد كونه مؤجراً أو مالكا في نطاق عملية التأجير طبقاً لما هو ثابت في اتفاقيتي التوريد والتأجير مسؤولاً قبل المستأجر أو الغير عن الوفاة أو الأضرار الشخصية أو الأضرار التي تلحق بالممتلكات التي يتسبب فيها الأصل أو استخدامه"، كما أشارت المادة (11/ج) من قانون اليونيدروا للتأجير نص على ما يلي: "في التأجير غير التمويلي تظل تبعه الهلاك على عاتق المؤجر ولا تنتقل إلى المستأجر"، ويُعد هذا الحكم إقراراً منها بأن أحكام التأجير التمويلي تُعد خروجاً عن الأصل.

² راجع المادة (14) من قانون التأجير التمويلي.

³ راجع البند (5/1/5) من المعيار الشرعي (9)، المرجع السابق.

المطلب الثالث:

مسؤولية المستأجر في ضمان العين المؤجرة لهلاكها بسبب فعل الغير

لم يعالج قانون التأجير التمويلي¹، وكذلك قانون اليونيدرو النموذجي للتأجير²، مسألة تلف العين المؤجرة أو هلاكها من قبل الغير، مكتفين بتحميل المستأجر مسؤولية ضمان هلاكها بمجرد تسلمه للعين المؤجرة، وبذلك يعتبر المستأجر أو شركة التأمين المؤمن لديها المستأجر مسؤولين بمواجهة المؤجر عن ضمان هلاك المركبة المؤجرة، على أن تبقى مسؤولية الغير في اقتضاء التعويض نتيجة الضرر الذي أصابه نتيجة استعمال المركبة قائمة بمواجهة المستأجر بمقدار الضرر الذي أصابه، وذلك طبقاً للقواعد العامة للمسؤولية المدنية³.

أما بالنسبة لعقد الإجارة المنتهية بالتملك، فإن يد المستأجر كما بينا سابقاً يد أمانة، لا يضمن بموجبها هلاك العين المؤجرة إلا إذا حصل الهلاك بالتعدي أو التقصير منه⁴، وللمؤجر الحق في مطالبة الغير أو شركة التأمين إذا كانت المركبة مؤمن عليها، بقيمة الأضرار المادية التي لحقت بالمركبة نتيجة خطأ الغير نتيجة حادث الطرق أو غيره وذلك وفقاً للتشريعات السارية.

الخاتمة:

أولاً: النتائج

لقد توصل الباحث في دراسته إلى عدد من النتائج على النحو الآتي:

1. يتحمل المستأجر في عقد التأجير التمويلي وقانون اليونيدرو للتأجير مسؤولية سلامة العين المؤجرة وتبعية أية مخاطر متعلقة بهلاكها أو تلفها أو استخدامها أو استغلالها، أو أية مخاطر

¹ راجع المادة (1/14) من قانون التأجير التمويلي والتي تنص "يتحمل المستأجر المسؤولية عن أية أضرار قد تلحق بالغير بعد تسلمه للعين المؤجرة، أو حيازته لها، أو انتفاعه بها"، وعلاوة على ذلك لم تعتبر المادة (3/17) من القانون ذاته السبب الأجنبي أحد الأسباب الموجبة لإعفاء المستأجر من مسؤوليته في ضمان هلاك العين المؤجرة بعد تسلمه للعين المؤجرة.

² راجع المادة (1/11 ج) من قانون اليونيدرو النموذجي للتأجير التي تنص على أنه "في التأجير غير التمويلي تظل تبعية الهلاك على عاتق المؤجر ولا تنتقل إلى المستأجر".

³ راجع المادة (55) مكررة (ب) من قانون المخالفات المدنية وتعديلاتها رقم (36) لسنة 1944م وتعديلاته المنشور بتاريخ 1944/12/28م على الصفحة (149) من مجلة الوقائع الفلسطينية (الانتداب البريطاني)، عدد (1380).

⁴ راجع البند (4/1/7) من المعيار الشرعي (9)، المرجع السابق.

أخرى منذ لحظة تسلمه الفعلي للعين المؤجرة، بينما لا يتحمل المستأجر في عقد الإجارة المنتهية بالتملك وفق معايير الأيوبي مسؤولية ضمان هلاك العين المؤجرة بين يديه ما لم يكن هلاكها بتعدي أو تقصير منه.

2. يقع على عاتق المستأجر في عقد التأجير التمويلي وعقد الإجارة المنتهية بالتملك التزام ببذل العناية اللازمة في استعمال العين المؤجرة؛ وذلك من خلال استخدامها بطريقة معقولة وبالطريقة نفسها التي تستخدم فيها عادةً، وأن يحافظ عليها في ذات الحالة التي استلمها، على ألا يكون مسؤولاً عما يطرأ عليها من تغييرات نتيجة الاستعمال المعتاد.

3. في عقد التأجير التمويلي يجوز الاتفاق على تحميل المستأجر نفقات الصيانة سواء كانت جوهرية أو غير جوهرية، وعلة ذلك الجواز أن قوانين التأجير التمويلي تنظر إلى المستأجر باعتباره مالكاً ستنتقل إليه ملكية الأصل المؤجر، لذلك لا يوجد ما يمنع من تحميله تبعات الملكية منذ بدء انتفاعه بالأصل المؤجر، وهذا على خلاف عقد الإجارة المنتهية بالتملك التي لا يجوز فيه تحميل المستأجر نفقات الصيانة الأساسية، مع جواز تكليفه بتحمل النفقات التشغيلية الدورية.

4. لقد تشدد قانون التأجير التمويلي في مسؤولية المستأجر بضمان هلاك العين المؤجرة في حال كان هلاكها عائداً لسبب أجنبي كالقوة القاهرة أو فعل المؤجر نفسه أو فعل الغير، محملاً المستأجر مسؤولية ضمان هلاك العين المؤجرة وعدم اعتباره سبباً موجباً لفسخ عقد التأجير التمويلي، في حين أبقى عقد الإجارة المنتهية بالتملك على مسؤولية المؤجر وحده في ضمان هلاك العين المؤجرة الناشئة عن سبب أجنبي.

ثانياً: التوصيات

كما توصل الباحث إلى عدد من التوصيات، يدعو بموجبها المشرع الفلسطيني للقيام بالآتي:

1. تعديل قانون التأجير التمويلي لجعل التزامات المستأجر والمؤجر في الحفاظ على العين المؤجرة وصيانتها من القواعد الآمرة للقانون التي لا يجوز الاتفاق على مخالفتها، مما يعيد التوازن بين مسؤوليات أطراف عقد التأجير في ضمان هلاك العين المؤجرة على نحو يحقق العدالة للطرفين.
2. تحديد ماهية الإصلاحات التي يجوز تكليف المستأجر القيام بها في عقد التأجير التمويلي، وعدم تحميله الإصلاحات كافة سيما التي لا يكون هو المتسبب بحدوثها.

3. النص على إلزامية وجود تأمين تكميلي في عقد التأجير التمويلي وعقد الإجارة المنتهية بالتملك وعدم الاكتفاء بالتأمين الإلزامي المنصوص عليه في قانون المرور الفلسطيني.

4. اعتبار هلاك العين المؤجرة بسبب القوة القاهرة أحد أسباب فسخ عقد التأجير التمويلي، وعدم تحميل المستأجر مسؤولية ضمان هلاك العين المؤجرة سيما في الحالات التي لا يكون فيها المستأجر راعياً في شراء العين المؤجرة واكتفائه باستئجارها مدة معلومة.

بيان تضارب المصالح:

يقر جميع المؤلفين أنه ليس لديهم أي تضارب في المصالح.

قائمة المصادر والمراجع

أولاً: قائمة المصادر

1. مجلة الأحكام العدلية.
2. هيئة المحاسبة والمراجعة للمؤسسات المالية الإسلامية، المعايير الشرعية، المنامة، 2017.
3. قرار بقانون رقم (6) لسنة 2014م بشأن التأجير التمويلي.
4. قانون التأمين الفلسطيني رقم (20) لسنة 2005م وتعديلاته.
5. قانون المخالفات المدنية رقم (36) لسنة 1944م وتعديلاته.
6. اتفاقية قانون اليونيدرو النموذجي للتمويل نسخة 2008.
7. وثيقة التأمين التكميلي لتغطية الأضرار المادية لجسم المركبة الخاصة بشركة التكافل الفلسطينية للتأمين المعتمدة من هيئة سوق رأس المال بموجب القرار رقم (4) لسنة 2020، بتاريخ 2020/10/22.
8. وثيقة التأمين التكميلي لتغطية الأضرار المادية لجسم المركبة الخاصة بشركة فلسطين للتأمين والمصادق عليها بموجب القرار رقم (3) لسنة 2020م، في 2020/07/22.

ثانياً: قائمة المراجع

1. الكتب القانونية

1. أمين دواس، محمود دودين، عقد البيع في مجلة الأحكام العدلية: دراسة مقارنة، 2013، رام الله.
2. علي هادي العبيدي، العقود المسماة البيع والإيجار وقانون المالكين والمستأجرين، دار الثقافة، عمان، ط/3/2009.
3. عدنان السرحان، نوري خاطر، شرح القانون المدني مصادر الحقوق الشخصية "الالتزامات"، عمان، دار الثقافة، ط1، 2009.
4. هاني دويدار، النظام القانوني للتأجير التمويلي، مكتبة ومطبعة الإشعاع الفنية، ط/2، 1998.
5. منذر الفضل، صاحب الفتاوى: "شرح القانون المدني الأردني: العقود المسماة، دار الثقافة، عمان، 1993.

2. الرسائل الجامعية

1. محمد المجالي، التزامات شركة التأجير التمويلي والمستفيد في عقد التأجير التمويلي العقاري: دراسة مقارنة، (رسالة ماجستير)، جامعة مؤتة، 2005.
2. أسامة عمايرة، عقد التأجير التمويلي في فلسطين: الأحكام والانقضاء، رسالة ماجستير، جامعة بيرزيت، 2015.

3. الأبحاث المحكمة

1. نسرین محاسنة، التأجير التمويلي في القانون الأردني مقارناً بالإجارة المنتهية بالتملك وفق الفقه الإسلامي، مجلة الحقوق، جامعة الكويت، مج32، ع4، 2008.
2. نداء المولى، التوازن بين مسؤوليتي المؤجر والمستأجر في عقد التأجير التمويلي "دراسة في التشريع الأردني"، مجلة الزرقاء للبحوث والدراسات الإنسانية، م13، ع2، 2013.
3. وليد هويل عوجان، عقد التأجير التمويلي وعقد الإجارة المنتهية بالتملك: دراسة مقارنة في الفقه الإسلامي والقانون، المجلة الأردنية في القانون والعلوم السياسية، المجلد (3)، العدد (3)، رجب 1432هـ/ تموز 2011.
4. رياض فخري، التوازن العقدي بين الواقع والنظرية في عقد التأجير التمويلي، مجلة المرافعة، ع10، مارس، 2000.

4. الأحكام القضائية

1. محكمة استئناف رام الله في الطعن الحقوقي رقم (2017/380) الصادر بتاريخ 2017/11/5.
2. قرار محكمة التمييز الأردنية رقم 187 لسنة 1964، ص 856.
3. الحكم رقم 7084 لسنة 2022، محكمة تمييز حقوق (منشورات قسطاس).

5. المقابلات

1. مقابلة شفوية أجريت مع رئيس قسم التحقيق في شركة التكافل للتأمين الأستاذ وائل درويش بتاريخ 2023/12/09، الساعة 1:30م.

6. المواقع الإلكترونية

<https://www.albiladpress.com>

مدى المسؤولية الجنائية الدولية لشركات الأسلحة عن انتهاك
القانون الدولي الإنساني

*Extent of International responsibility of arms
companies for violating International
Humanitarian Law*

د. إنعام أديب برقوق
(لبنان)

مدى المسؤولية الجنائية الدولية لشركات الأسلحة عن انتهاك القانون الدولي الإنساني

Extent of International responsibility of arms companies for violating International Humanitarian Law

د. إنعام أديب برقوق

دكتوراه في القانون الجنائي الدولي، (لبنان)

inaam.barkouk@outlook.com

DOI: <https://doi.org/10.70411/MJLS.1.1.2025133>

تاريخ الاستلام: 2024-07-04 تاريخ المراجعة: 2024-07-25 تاريخ القبول: 2024-07-29

الملخص:

شكل دور شركات الأسلحة في النزاعات الدموية التي شابتها انتهاكات جسيمة لحقوق الإنسان مشكلة واضحة منذ زمن طويل، على الرغم من أن التزامات الدول بإزاء حقوق الإنسان بتنظيم التجارة الدولية للأسلحة محددة الآن بوضوح بموجب معاهدة تجارة الأسلحة، والتشريعات الإقليمية والمحلية، فإن الدور بالغ الأهمية للشركات في توريد السلع والخدمات العسكرية غالباً ما يتم تجاهله؛ على الرغم من المخاطر الكامنة، في كثير من الأحيان، في طبيعة أعمالها ومنتجاتها، لذلك هذا الدور السلبي لشركات الأسلحة جعل منها مساهماً جنائياً في الجرائم الدولية التي تُرتكب في الصراعات الدولية وجعلها محل مسؤولية جنائية من خلال ممثليها الطبيعيين، سواء على صعيد المحاكم الوطنية أو المحكمة الجنائية الدولية.

الكلمات المفتاحية: شركات الأسلحة، المساهمة الجنائية، حقوق الإنسان، المسؤولية الجنائية

Abstract:

The role of arms companies in bloody conflicts marred by gross human rights abuses has long been a clear problem, although States' human rights obligations to regulate the international arms trade are now clearly defined by the Arms Trade Treaty, and regional and domestic legislation. The critical role of companies in the supply of military goods and services is often overlooked; despite the risks inherent in the nature of their business and products, this negative role of arms companies has made them a criminal contributor to international crimes committed in international conflicts, and make them a criminal contributor to international crimes committed in international conflicts and make them criminally liable through their natural representatives, whether at the level of national courts or the International Criminal Court.

Keywords: Arms companies, criminal contribution, human rights, criminal responsibility.

المقدمة

تُعد الجريمة فعلاً غير مشروع يخالف القانون، تُرتكب من قبل شخص يحقق أركانها بنفسه أو بالاشتراك مع غيره وهو ما يعرف بالمساهمة الجنائية، حيث يسأل كل من هؤلاء عن جريمة واحدة بسبب وحدة أركانها لدى هؤلاء الجناة وتفرض عليه العقوبة المقررة للفاعلين والمساهمين¹، وهذا لا ينطبق فقط على الجرائم المحلية بل أيضاً على الصعيد الدولي، فالجرائم الدولية هي الانتهاكات التي تشهدها الحروب والصراعات بين الدول تؤدي إلى المساس بالسلم والأمن الدوليين²، لذلك أعار المجتمع الدولي اهتمامه لها وبذل جهوده لملاحقة مرتكبيها، حيث كانت محكمتا نورمبرغ وطوكيو العسكريتين الزائلتين، النواة الأولى التي انبثق عنها القانون الدولي الجنائي الذي أسبغ الحماية الجنائية على مصالح المجتمع الدولي، وحدد الجرائم الدولية والإجراءات الواجب اتباعها وصولاً إلى توقيع الجزاء على من تثبت مسؤوليته، والمحاكم الجنائية الدولية الأخرى المختلفة المؤقتة التي شكلت أيضاً سوابق قضائية طورت القضاء الجنائي الدولي الذي مر بعدة مراحل حتى استقر على المحكمة الجنائية الدولية كهيئة دولية دائمة، من شأنها تحقيق العدالة الجنائية الدولية التي أقرت قواعد المسؤولية الجنائية الدولية على مرتكبي الانتهاكات المخالفة لقواعد القانون الدولي الإنساني وحقوق الإنسان مهما كانت صفتهم، سواء كانوا فاعلين أصليين أو مساهمين بشكل غير مباشر ومهما كانت صفتهم في دولهم رؤساء أو قادة أو أشخاص عاديين³.

وأحد أهم المساهمين في الجرائم الدولية هي شركات الأسلحة بشكل خاص بعد الحربين العالميتين الأولى والثانية، عندما مرت تجارة الأسلحة بتحويلات واسعة وعرف العالم خلالها أنواعاً مختلفة من الأسلحة وبروز تقنيات مختلفة منها، حيث ولدت ظاهرة سباق التسلح مع بروز العلاقة التنافسية بين دولتين أو أكثر بالإنفاق العسكري من أجل زيادة كمية ترساناتها بالأسلحة، وبدأ الدور السلبي لشركات

¹ محمود نجيب حسني، شرح قانون العقوبات القسم العام، ، المجلد الأول، منشورات الحلبي الحقوقية، الطبعة الثالثة، بيروت، 1998، ص217.

² تعددت تعريفات الجريمة الدولية فقد عرفها الدكتور محي الدين عوض أنها: "كل مخالفة للقانون الدولي سواء كان يحظرها القانون الوطني أو يقرها، تقع بفعل أو ترك من شخص محتفظ بحرية الاختيار، تحدث أضراراً بالأفراد أو المجتمع الدولي، بناءً على طلب الدولة أو بتشجيعها أو رضی منها. في الغالب يكون من الممكن مجازاته جنائياً عنها طبقاً لأحكام ذلك القانون". سامي محمد عبد العال، الجزاءات الجنائية في القانون الدولي العام: دراسة تأصيلية تحليلية تطبيقية في ضوء قواعد القانون الدولي، دار الجامعة الجديدة، الإسكندرية، 2015، ص233.

³ علي عبد القادر قهوجي، القانون الدولي، أهم الجرائم الدولية، المحاكم الدولية الجنائية، منشورات الحلبي الحقوقية، الطبعة الأولى، بيروت، 2001، ص311.

الأسلحة بالظهور والتي من ناحية كان هدفها مادياً فالعبرة لمن يدفع أكثر وبالمعنى الاقتصادي هو الحصول على عملات أجنبية وإثارة مشاعر الحرب لزيادة مبيعاتها، ومن ناحية أخرى ومن خلالها ارتكاب أبشع الجرائم وأخطرها على البشرية، تتجاوز حدود الدولة الواحدة أو تشمل عدة دول وقد تصل خطورتها إلى المساس بالمجتمع الدولي والسلم والأمن الدوليين¹.

رغم وجود الاتفاقيات الدولية التي تنظم تجارة الأسلحة ورغم وجود قواعد القانون الدولي الإنساني التي تُعد حجر الزاوية للحد من آثار النزاعات وحماية المدنيين والمقاتلين أثناء سير العمليات العدائية، الذي وضعت اتفاقيات جنيف الأربع والتي كرست بدورها القواعد القانونية لحماية الأعيان المدنية سواء في النزاعات الدولية أو غير الدولية، ومن ثم إقرار المسؤولية الجنائية الدولية عن استخدام هذه الأسلحة التي يشكل استخدامها جريمة دولية، ووصولاً للإطار التنظيمي المتمثل بمعاهدة تجارة الأسلحة 2013، ومحاولة ضبط تجارة الأسلحة واستخدامها، إلا أن أساليب شركات الأسلحة الدولية لم يتغير حتى يومنا هذا، فهي تساهم بشكل غير مباشر في الجرائم الدولية عندما تقوم بإصدار تراخيص بيع وتصدير الأسلحة بهدف تحقيق الأرباح المادية لبيع آلات الدمار والقتل وتوزيعها على أنحاء العالم دون الاكتراث بما يحدث من انتهاكات لحقوق الإنسان الناجمة عنها كونها تؤدي إزهاق أرواح البشر وتلحق الخسائر بالممتلكات ويسفر عنها تحويل مساحات من الأراضي إلى صحارى قاحلة لا يعيش فيها إنسان ولا ينبت فيها نبات².

وقبل الخوض في موضوع بحثنا نوضح أبرز عناصر المقدمة في الآتي:

أهمية البحث

وعليه فإن لموضوع البحث أهمية تكمن في تسليط الضوء على الدور السلبي لشركات الأسلحة والمتمثل في المساهمة الجنائية في ارتكاب الجرائم المرتكبة بحق المدنيين والأعيان المدنية، بشكل خاص خلال الصراعات والحروب والنزاعات المسلحة الدولية التي يشهدها عالمنا.

¹ كرولين يوسف، أحمد سمير الحمداني، تجارة الأسلحة وأثرها في انتهاكات حقوق الإنسان، منشورات زين الحقوقية، بيروت، 2013، ص40.

² محمد المجذوب، القانون الدولي العام، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت، 2007، ص873 وما بعدها.

مشكلة البحث

أن الإفراط في التسلح وتكديس الأسلحة وتسابق الدول العربية منها والأجنبية حول هذا التسلح والذي نجم عنه درجات الشراسة بتيسير من شركات الأسلحة لهذا الأمر، وهذا ما دفعنا إلى طرح الإشكالية الآتية: ما هو نطاق الأحكام الخاصة في تطبيق قواعد المساهمة الجنائية على شركات الأسلحة عن الجرائم الدولية؟

أهداف الدراسة

1. بيان كيفية مساهمة شركات الأسلحة في الجرائم الدولية.
2. ضرورة توضيح مخالفة شركات الأسلحة لقواعد القانون الدولي الإنساني.
3. معرفة إذا كان يمكن إقرار المسؤولية الجنائية على شركات الأسلحة على الصعيدين الوطني والدولي.

منهجية البحث

للإجابة عن الإشكالية المطروحة والوقوف السليم على هذه المشكلة اعتمدت هذه الدراسة على المنهج التحليلي، من خلال عرض وتحليل نصوص المواثيق والاتفاقيات الدولية المتعلقة بتجارة الأسلحة وكيفية مخالفتها لقواعد القانون الدولي الإنساني، ومن ثم كيفية تطبيق القواعد الخاصة بالمساهمة الجنائية على شركات الأسلحة عن الأفعال التي تعتبر جرائم دولية.

خطة البحث

المطلب الأول: انتهاك شركات الأسلحة لأحكام القانون الدولي.
المطلب الثاني: الأحكام الخاصة بالمساهمة الجنائية لشركات الأسلحة عن الجرائم الدولية. **المطلب الأول:**

انتهاك شركات الأسلحة لأحكام القانون الدولي

بعد أن وضع المجتمع الدولي العديد من الاتفاقيات المتعلقة بأسلحة الدمار الشامل كشكل من أشكال ضبط استخدامها، لما تشكله هذه الأسلحة من خطر على الأمن الإنساني، انصب اهتمامه على الأسلحة التقليدية لما نجم عنها من انتهاكات جسيمة لحقوق الإنسان وتهديدات للأمن والسلم الدوليين في الحروب والنزاعات المسلحة، لذلك وقع على عاتق المجتمع الدولي مسؤولية وجود الهيكل التنظيمي الذي يؤكد حق الدولة بالتسلح، إلا أنه يهدف إلى منع الاتجار غير المشروع بالأسلحة التقليدية والقضاء عليه ومنع تسريبها إلى السوق غير المشروعة، أو استخدامها بطرق غير المأذون بها أو من قبل أشخاص غير مأذون لهم استخدامها¹.

بالإضافة إلى دور القانون الدولي الإنساني في هذا الخصوص الذي يُعد الأكثر ارتباطاً بمفهوم الأسلحة والذي يتضمن قواعد عرفية واتفاقية تهدف إلى حماية أشخاص محددين وحماية الممتلكات والبيئة، ولكونها تستخدم كهدف في العمليات العدائية خلال النزاعات المسلحة الدولية وغير الدولية، وهو الذي يقوم على مجموعة من المبادئ تطبق على كل سبل ووسائل الحرب خاصة الأسلحة التي لا يمكن التحكم في آثارها، وتقيد سلوك المتحاربين وتحظر استخدام وسائل وأساليب معينة لا سيما التي تسبب أضراراً زائدة ومعاناة بحق المدنيين، إذ تعود اعتباراته الأساسية لحماية الإنسان بصرف النظر عن أي اعتبار آخر سواء كان من المدنيين أو الجرحى أو المرضى والأسرى².

إلا أنه رغم وجود التنظيم القانوني في الساحة الدولية الذي ينظم تجارة الأسلحة من مختلف نواحيها، ما زالت الدول تنتهك هذه القواعد من خلال شراء الأسلحة لتستخدمها في الهجمات والعشوائية والتدمير وإلحاق الضرر بالمدنيين وذلك عبر الشركات التي تقوم بتصدير الأسلحة، وهذه التراخيص لا تُعد صفقة تجارية محايدة ولا تعفي الشركات من التزامها باحترام حقوق الإنسان؛ لذلك يعتبر مديرو هذه الشركات مخالفين للقانون الدولي الإنساني، وعليه سوف نقوم بتفصيل ذلك من خلال الفرعين الآتيين:

¹ ديباجة معاهدة تجارة الأسلحة 2013، دخلت حيز التنفيذ في ديسمبر 2014.

² ديباجة معاهدة تجارة الأسلحة 2013، دخلت حيز التنفيذ في ديسمبر 2014.

الفرع الأول:

التنظيم القانوني الدولي لتجارة الأسلحة

بعد مرحلة طويلة من الآثار المدمرة للأسلحة من كوارث إنسانية وتهديدات أمنية شكلت انتهاكات جسيمة لحقوق الإنسان، ومع بداية التسعينيات سعى المجتمع الدولي إلى وضع خطوات ومبادئ لنقل الأسلحة، للحد من الانتهاكات في البلدان المتلقية للأسلحة، كان أهمها مجموعة المبادئ التوجيهية التي قامت بها الدول الأعضاء في مجلس الأمن عام 1991، والتي تضمنت مجموعة معايير لنقل الأسلحة مع سجل الأمم المتحدة كآلية قادرة على التنبؤ في تجارة الأسلحة¹. إلا أن خطورة هذه الأسلحة في الساحات الدولية جعل المجتمع الدولي يرى ضرورة وضع معاهدة تتكون من مجموعة معايير وضوابط تنظم عملية تجارة الأسلحة التقليدية المشروعة وغير المشروعة على الصعيد العالمي. لذلك قررت الجمعية للأمم المتحدة تقديم طلب إلى الأمين العام تطلب فيه إجراء استفتاء رأي للدول الأعضاء بشأن إنشاء معاهدة خاصة بتجارة الأسلحة، نجم عنه رغبة ما يقارب من 100 دولة في العام 2007 لإبرام هذه المعاهدة، وهذا ما دل على اهتمامهم الواسع في هذه الخطوة وأهميتها².

ومنذ عام 2009، لم تتوقف جهود الجمعية العامة للأمم المتحدة القائمة على مفاوضات ومؤتمرات ركزت على المسائل الاجرائية بشأن وضع صك قانوني ملزم يضع الضوابط والمعايير لنقل الأسلحة التقليدية، حتى تم اعتماد النص النهائي للمعاهدة في 2 نيسان 2013³.

وقد كانت الأحكام الرئيسية التي تقوم عليها معاهدة تجارة الأسلحة التقليدية بمثابة الحد من المعاناة في النزاعات، فهي بعد أن حددت فئات الأسلحة التي تدخل ضمن نطاق هذه المعاهدة (دبابات القتال، السفن الحربية، القذائف....)، أكدت ضرورة منع الاتجار غير المشروع بالأسلحة التقليدية ومنع استخدامها في الأعمال الإرهابية، وتنظم عمليات النقل الدولية للأسلحة التقليدية بجميع مكوناتها على

قرار الجمعية العامة للأمم المتحدة 46/36 الذي تضمن إنشاء سجل الأمم المتحدة للأسلحة التقليدية، والمبادئ التوجيهية¹.
لهيئة نزع السلاح التابعة للأمم المتحدة بشأن عمليات النقل الدولي للأسلحة التقليدية، دورة 36، نيويورك 1991/12/9.

² بيتر وولكوت، معاهدة تجارة الأسلحة، مكتبة الأمم المتحدة للقانون الدولي، نيويورك 2020، ص 1.

³ عقد مؤتمر في تاريخ 2009/12/2، بعد قرار الأمم المتحدة لإعداد صك قانوني ملزم بشأن الأسلحة التقليدية، اتخذ بأغلبية 151 صوتاً مقابل 1 وامتناع 20 عضواً، حيث عقدت 3 دورات للجنة التحضيرية بين عامي 2010 و 2011 حتى عقد المؤتمر الدبلوماسي في نيويورك ما بين 2 و 2012/7/27.

صعيد الاستيراد والتصدير، وذلك من أجل الحد من المعاناة الإنسانية الناتجة عنها؛ لأن عمليات التصدير لها تأثير على السلم والأمن الدولي والإقليمي، لأنه يمكن استخدام الأسلحة المصدرة لارتكاب أفعال تشكل انتهاكاً للقانون الدولي أو تسهل ارتكابه، كما ألزمت هذه الاتفاقية الدول المستوردة لهذه الأسلحة باتخاذ جميع التدابير التي من شأنها توفير المعلومات المناسبة التي تساعد الدول المصدرة لإجراء التقييمات الملائمة للقيام بعملية التصدير، وأيضاً يقع على الدول الأطراف في هذه المعاهدة أن تتخذ التدابير كافة التي من شأنها إنشاء آلية ونظام مراقبة وطنية من تعيين سلطات للمراقبة وحفظ السجلات الخاصة بهذه العمليات¹، لذلك نستنتج أن تنفيذ هذه المعاهدة من قبل الدول مرهون بالاعتبارات الإنسانية عن طريق حظر نقل الأسلحة المراد نقلها عند وجود مستوى معين لاحتمالية اللجوء لهذه الأسلحة لارتكاب جرائم خطيرة تنتهك قواعد القانون الدولي لحقوق الإنسان، إلا أنه حتى اليوم ورغم جهود الأمم المتحدة لضمان فعالية وتنفيذ هذه المعاهدة عن طريق إنشاء أمانة خاصة لمساعدة الدول في ذلك وعقد المؤتمرات الخاصة، إلا أنه لم تصدق على المعاهدة سوى 81 دولة وموافقة 130 دولة لكنها لم تصدق، وهذا ما يشكل خطراً خاصة في ظل توسع أسواق الأسلحة التي يشهدها العالم².

الفرع الثاني:

انتهاك شركات الأسلحة لمبادئ القانون الدولي الإنساني

يتشكل القانون الدولي الإنساني من مجموعة مبادئ أساسية تنفّر منها المفاهيم الأخرى، ويشكل حجر الزاوية الذي يؤمّن الحماية للبشر والطبيعة، والتي تتألف من أحكام تفصيلية تهدف إلى تحقيق تحديد الضمانات اللازمة للحد من آثار النزاعات المسلحة والعمليات الحربية على الأشخاص الذين لا يشاركون في القتال أو أصبحوا غير قادرين على المشاركة فيها. وتشمل هذه الضمانات حماية الممتلكات الخاصة والأعيان المدنية والثقافية التي يلحق بها الضرر أو قد تكون معرضة له، كما أنها تقيد أساليب ووسائل القتال وتفرض على الدول المتنازعة مجموعة واجبات واردة في مواثيقه من شأنها أن تضمن حماية المدنيين، ومن ضمن هذه الواجبات الأسلحة المسموح استخدامها، إلا أن الدول لا تكثر لذلك وتقوم باستخدام الأسلحة التي تخالف قوانين الحرب، وذلك من خلال شركات الأسلحة التي واصلت نقل الأسلحة وتقديم الخدمات العسكرية رغم علمها بالجرائم الدولية المرتكبة ضد المدنيين، ومثال على ذلك خلال الحرب الإسرائيلية على قطاع غزة عام 2023، عندما أرسل المدير التنفيذي لشركة الأسلحة

¹ مواد معاهدة تجارة الأسلحة 2013.

² United Nations, Status of ratifications and accessions – Treaty- Trade Arms 24/12/2014

الأميركية "آر تي إكس" جريج هايز تقريراً للمستثمرين بعد أيام من حرب غزة، يحثهم فيه على تأييد تقديم المساعدات العسكرية الأميركية لإسرائيل، مؤكداً أن المساعدات الأميركية ستنتج اتفاقيات جديدة لتصدير الصواريخ¹، لذلك هنا تكون هذه الشركات من خلال الجهات المانحة لتراخيص التصدير قد خالفت القانون مبادئ القانون الدولي الإنساني باعتبار أن هذه الأسلحة:

- أسلحة الشركات تخالف مبدأ الآلام التي لا مبرر لها (المعاناة غير الضرورية): هذا المبدأ التاريخي²، وجد أول مرة على صعيد القانون الدولي في إعلان سان بترسبورغ لسنة 1868، ذلك الصك القانوني الذي أكد ضرورة التخفيف بقدر الإمكان من كوارث الحرب، وأكدت ديباجته على أنه يجب أن يكون الغرض الشرعي الوحيد الذي تستهدفه الدول أثناء الحرب هو إضعاف القوات العسكرية الأخرى التابعة للعدو، وبعد إعلان سان بترسبورغ 1868، عقدت العديد من المفاوضات والمؤتمرات الدولية للحث على حظر وتقييد الوسائل التي تؤدي إلى معاناة المدنيين وتعرضهم للخطر، أكد أيضاً على حظر الأسلحة والقذائف التي تسبب الآلام التي لا داعي لها³.

ثم جاءت اتفاقية جنيف الأولى لعام 1949، في المادة (50) منها والتي نصت على "المخالفات الجسيمة التي تشير إليها المادة السابقة هي التي تتضمن أحد الأفعال التالية إذا اقترفت ضد أشخاص محميين أو ممتلكات محمية بالاتفاقية: القتل العمد، التعذيب أو المعاملة اللاإنسانية، بما في ذلك التجارب الخاصة بعلم الحياة، وتعتمد إحداث آلام شديدة أو الإضرار الخطير بالسلامة البدنية أو بالصحة، وتدمير الممتلكات أو الاستيلاء عليها على نطاق واسع لا تبرره الضرورات الحربية، وبطريقة غير مشروعة وتعسفية".

¹ شاهر أحمد، حرب غزة التدميرية تسيل لعاب شركات الأسلحة الأميركية، مدونات موقع الجزيرة نت:

www.aljazeera.net

² يعود مبدأ الآلام التي لا مبرر لها إلى الحضارات القديمة، والديانات السماوية التي أكدت على النبل الذي يجب أن يتمتع به المقاتلون في الحرب كأحد سمات الشرف العسكريين، والتي تجعله لا يتجاوز الحدود المبنية في مبادئ الفروسية كعدم مهاجمة العاجزين عن القتال؛ لأن الهجوم سيؤدي إلى مضاعفة الآلام وهذا لا يتلاءم مع الشرف العسكري للمقاتل. محمد المجذوب ود. طارق المجذوب، القانون الدولي الإنساني، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت، 2009، ص36.

³ راجع إعلان سان بترسبورغ لسنة 1868، بغية حظر استعمال قذائف معينة في زمن الحرب.

وإذا بحثنا عن المقصود بعبارة "الآلام المفرطة لامبرر لها" نجد أنها كانت موضع جدل: - البعض اعتبرها أنها الأسلحة التي تؤثر على الصحة^[1]، كما عرفت محاكمة العدل الدولية في رأيها الاستشاري الصادر عام 1996، حول شرعية استخدام الأسلحة أو التهديد بها أنه "ضرر أكبر من الضرر المتوقع إحداثه من أجل تحقيق أهداف العمليات العسكرية"^[2].

- مبادرة لجنة الصليب الأحمر الدولي اعتمدت عدة معايير أخرى لتحديد مدى المعاناة والألم حتى تكون غير ضرورية وغير مبررة، وهي الممارسة العملية للدول الذي يدل على عدم مشروعية أي سلاح لكونه يسبب آلاماً مفرطة، زيادة على هذا هناك معيار آخر هو إحداث الموت الحتمي لتحديد درجة الآلام والأضرار المفرطة، فالأسلحة التي تحدث بالضرورة الموت على من تقع عليه تتجاوز هدف العمليات الحربية المتمثل في عزل ووضع العدو خارج المعركة، وليس القضاء النهائي عليه، فكل الأسلحة التي لا تترك أية فرصة للحياة لمن تستهدفه فهي أسلحة تسبب أضراراً مفرطة وبالتالي هي محظورة³.

ومثال على ذلك استخدام الفوسفور الأبيض في الحرب على غزة عام 2008، التي تعتبر إحدى خصائص خطره أنه يسبب معاناة إنسانية كبيرة، حيث أكد أطباء فلسطينيون وأجانب عالجا ضحايا الحروق لـ "هيومن رايتس ووتش" أنهم شاهدوا حروقا كثيفة وعميقة للغاية. وفي بعض الحالات بدأت الجراح في الاحتراق ثانية أثناء تنظيفها، وهو ما يستقيم مع حقيقة أن الفوسفور الأبيض يشتعل حين يلامس الأوكسجين، وبحسب شهادة عينية لأحد الأطباء بمستشفى الشفاء في مدينة غزة لـ "هيومن رايتس ووتش" عن مدى عمق الحروق التي تصل إلى العظام⁴. وقد كان هناك أدلة على أن الجيش الإسرائيلي استخدم قذائف دخان الفوسفور الأبيض من عيار 155 ملم الذي كتب عليها رمز M825A1 كذخيرة من الفوسفور صناعة أمريكية تصدر لإسرائيل على متن سفن الأسلحة الأمريكية، ولم تقتصر الصادرات إلى

¹ روبن م. كوبلاند، وبتر هيربي، استعراض لمشروعية الأسلحة: مدخل جديد لمشروع "الإصابات المفرطة أو الآلام التي لا مبرر لها، المجلة الدولية للصليب الأحمر، العدد 835، 1999، ص5.

² Dissenting Opinion of Judge Weeramanatry to the Advisory Opinion of JCI on the legality of Nuclear Weapons 1996, page 50

³ Blix Hans, Means of Methods of Combat, International Dimension of humanitarian Law, UNESCO, 1988, www.unescodoc.org

⁴ أمطار النار استخدام إسرائيل غير القانوني للفوسفور الأبيض موقع: human right watch

www.hrw.org

إسرائيل على الفوسفور بل هناك أنواع أخرى من الأسلحة شهدتها حروب المنطقة سببت آلاماً ومعاناة للمدنيين وهذا ما يؤكد تواطؤ هذه الشركات في ارتكاب الجرائم الدولية بحق المدنيين¹.

أسلحة الشركات عشوائية الأثر: لا يوجد تعريف متفق عليه للأسلحة العشوائية، إلا أن اللجنة الدولية للصليب الأحمر تستشهد بمعياريين جعلها تعتبر الأسلحة العشوائية أنها: "هي التي لا يمكن توجيهها إلى هدف عسكري أو التي لا يمكن حصر آثارها على النحو الذي يتلاءم مع قواعد القانون الدولي الإنساني".

وإذا أردنا الحديث عن الأسلحة عشوائية الأثر، لا بد من التطرق إلى مبدأ التمييز الذي هو أحد أهم المبادئ العرفية في القانون الدولي الإنساني، والذي أكد على أهمية التمييز بين المقاتلين وغير المقاتلين، والتمييز بين الأعيان المدنية والأهداف العسكرية:

مبدأ التمييز بين المقاتلين وغير المقاتلين (المدنيين): لم تنص اتفاقيات القانون الدولي الإنساني عليه بشكل صريح، بل أشار العديد منها إلى نتائج وآثار المبدأ ومنها في إعلان سان بيترسبورغ 1886، الذي أوجب أن تتوجه العمليات الحربية إلى أفراد القوات المسلحة فقط دون الأشخاص الذي ليس لهم دور في هذه العمليات. بالإضافة إلى ذلك نجد اللائحة المتعلقة بالحرب البرية الملحقه باتفاقية جنيف 1907، في المادة 25 منها أكدت على حظر قصف المدن والأماكن السكنية²، وما جاء في البروتوكول الإضافي سنة 1977، في المادة 48 منه التي نصت: "تعمل أطراف النزاع على التمييز بين السكان المدنيين والمقاتلين وبين الأعيان المدنية والأهداف العسكرية، ومن ثم توجه عملياتها ضد الأهداف العسكرية دون غيرها، وذلك من أجل تأمين احترام وحماية السكان المدنيين والأعيان المدنية".

على الرغم أن قواعد القانون الدولي الإنساني لم تضع تعريفاً محدداً "للسكان المدنيين"، إلا أنه كان هناك العديد من المحاولات لتوضيح ما المقصود بالمدنيين نذكر منها:

لا تكون الأعيان المدنية محلاً للهجوم أو لهجمات الردع، والأعيان المدنية هي الأعيان كافة التي ليست أهدافاً عسكرية وفقاً لما حددته الفقرة الثانية .

تقتصر الهجمات على الأهداف العسكرية فحسب وتتحصر هذه الأهداف فيما يتعلق بالأعيان على تلك التي تسهم مساهمة فعالة في العمل العسكري سواء كان ذلك بطبيعتها أم بموقعها أم بغايتها أم

¹ تأجيل النزاع إمدادات الأسلحة الأجنبية إلى إسرائيل غزة، منظمة العفو الدولية، المملكة المتحدة، 2009، ص35.

² المادة (25) من الاتفاقية الخاصة باحترام قوانين وأعراف الحرب البرية 1907، والتي نصت: "تحظر مهاجمة أو قصف المدن والقرى والمساكن والمباني غير المحمية أيأ كانت الوسيلة المستعملة".

باستخدامها، والتي يحقق تدميرها التام أو الجزئي أو الاستيلاء عليها أو تعطيلها في الظروف السائدة حينذاك ميزة عسكرية أكيدة.

في حالة إثارة الشك حول ما إذا كانت عين ما تكرر عادةً لأغراض مدنية مثل مكان العبادة أو منزل أو أي مسكن آخر أو مدرسة، إنما تستخدم في تقديم مساهمة فعالة للعمل العسكري، فإنه يفترض أنه لا يتم استخدامها لذلك.

ويتبين لنا من هذا التعريف أن الأعيان المدنية هي التي لا تخدم العمليات العدائية، البعض انتقد هذا التعريف واعتبر أنه يثير استفهاماً حول الجهة التي تحدد إذا ما كانت هذه الأعيان تخدم العمليات العدائية، مما يجعل الأطراف المتنازعة هي صاحبة السلطة في تقدير هذا الأمر، ويجعل استهداف الأعيان المدنية مرتبطاً بالمصالح السياسية لهذه الأطراف، والبعض الآخر اعتبره تعريفاً ملائماً نظراً لظروف كل حالة في الواقع العملي¹. وهذا ما أثبتته الحروب الواقعة في المنطقة إذ نرى أن الشركات تزود الدول بكميات كبيرة من الأسلحة، وهذه الأسلحة أثبتت عشوائية استخدامها في كثير من الدول كاليمين وفلسطين وغيرها من الدول التي شهدت حروباً أدت إلى قتل وتدمير وإتلاف منازل ومستشفيات وغيرها من البنى التحتية المدنية، على الرغم من التأكيد على حمايتها في قواعد القانون الدولي الإنساني، إلا أن أطراف العمليات العسكرية تخترق هذه القواعد بالاشتراك مع الدول والشركات الموردة لهذه الأسلحة والتي تشهد على هذا الخرق وتستمر في ذلك؛ لأغراض مادية مما يثبت مسؤوليتها عن هذه الجرائم الدولية.

المطلب الثاني:

الأحكام الخاصة بالمساهمة الجنائية لمديري شركات الأسلحة عن الجرائم الدولية

ذكرنا في ما سلف أن المساهمة الجنائية حالة من حالات تعدد الجناة المرتكبين لجريمة واحدة، فالمساهمة الجنائية هي قيام مجموعة من الأفراد بالتعاون فيما بينهم للقيام بأدوار مختلفة؛ من أجل تنفيذ فعل يشكل جريمة ما، حيث يُسأل كل من هؤلاء عن جريمة واحدة بسبب وحدة أركانها لدى هؤلاء الجناة، والمساهمة الجنائية نوعان، الأول المساهم الأصلي وهو الذي ساهم بشكل مباشر في تنفيذ الجريمة وهو

¹ فقد اقترحت اللجنة الدولية للصليب الأحمر في خمسينيات القرن العشرين أن تقبل الحكومات قائمة تبين فئات الأعيان التي يمكن اعتبارها أهدافاً عسكرية إلا إن هذه الفكرة لم تكلل بالنجاح نظراً لعدم القدرة على حصر هذا الأمر. فريتش كالهوفن وإليزابيث تسغولد، ضوابط تحكم خوض الحرب، اللجنة الدولية للصليب الأحمر، جنيف، حزيران 2004، ص52.

ما يسمى بالفاعل أو الشريك، والثاني هو المساهم التبعية وهو الذي يقدم مساعدة للفاعل أو الفاعلين الأصليين لتنفيذ الجريمة، فهو لم يرتكب الفعل المادي بل أعد الوسائل اللازمة لارتكابها أو أخفى معالمها¹. وما تم ذكره ينطبق على الحروب بين الدول التي قد تقع ويتعدد جناتها بين فاعلين أصليين كالقادة العسكريين والرؤساء وبين فاعلين تبعيين أو ما يعرف بالمساهمة التبعية كشركات الأسلحة المتمثلة بأصحاب هذه الشركات أو المدراء فيها ، ولذلك على صعيد القانون الجنائي الدولي هناك قاعدة عامة تحكم المساهمة الجنائية في الجرائم الدولية الخاضعة إلى أحكامه والعقوبة عليها، وهذا ما سيتم تفصيله في هذا المطلب من خلال الفرعين الآتيين:

الفرع الأول:

مدى تطبيق قواعد المساهمة الجنائية على مديري شركات الأسلحة عن الجرائم الدولية

تنوعت صور المساهمة الجنائية التبعية في إطار الجرائم الدولية كما هو في القوانين الوطنية، حيث تناولت قواعد القضاء الجنائي الدولي بشكل مفصل المساهمة الجنائية باعتبارها القيام بدور مباشر في تنفيذ الجريمة، أو إتيان النشاط الذي يجرمه القانون بواسطة فاعل أصلي وحده أو مع غيره من يساعده في إتمام السلوك الجرمي للجريمة وذلك بين التحريض والمساعدة والاتفاق².

وإذا أردنا تطبيق صور هذه المساهمة على أفعال شركات الأسلحة القائمة على منح تراخيص تؤدي إلى انتهاكات تصل حد جسامتها إلى جرائم دولية، نجدها تدخل ضمن إطار المساعدة وهي واحدة من صور الاشتراك الجرمي، والتي تعني تقديم وسائل سابقة على تنفيذ الفعل المادي للجريمة أو أثناء تنفيذه

¹ سمير عالية، ترتيب تركي الدرويش، شرح قواعد القسم العام في قانون العقوبات، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت، 2023، ص333.

² المادة 25 من نظام المحكمة الجنائية الدولية في الفقرة 3: يُسأل الشخص جنائياً ويكون عرضة للعقاب عن أية جريمة تدخل في اختصاص المحكمة في حال قيام هذا الشخص بما يلي:

(أ) ارتكاب هذه الجريمة سواء بصفته الفردية أو بالاشتراك مع آخر أو عن طريق شخص آخر، بغض النظر عما إذا كان ذلك الآخر مسؤولاً جنائياً.

(ب) الأمر أو الإغراء بارتكاب، أو الحث على ارتكاب جريمة وقعت بالفعل أو شرع فيها.

(ج) تقديم العون أو التحريض أو المساعدة بأي شكل آخر لغرض تيسير ارتكاب هذه الجريمة أو الشروع في ارتكابها، بما في ذلك توفير وسائل ارتكابها.

ويكون من شأنها أن تشكل عوناً إلى الفاعل الأصلي بصورة مادية قائمة على تقديم الوسائل اللازمة كالأسلحة أو صورة معنوية قائمة على تقديم معلومات إلى الجاني من شأنها أن تساهم في إتمام جريمته¹. وعناصر الاشتراك الجرمي من خلال المساعدة قائمة على أركان شأنها شأن أية جريمة، فالركن المادي هو السلوك الجرمي المتمثل بوسائل الاشتراك الذي يجب أن تكون سابقة على الجريمة المرتكبة أو معاصرة لها، أما الوسائل اللاحقة فلا تكون وسيلة من وسائل الاشتراك وينظر لها كجريمة مستقلة بذاتها. بالإضافة للسلوك الجرمي للشريك يجب أن يترتب على الفعل المرتكب من الشريك فعل معاقب عليه قانوناً، ولا يكفي لتوفر الركن المادي في الاشتراك أن يحقق الشريك سلوكاً يتطلبه القانون كالمساعدة، بل يجب أن ترتبط الجريمة المرتكبة برابطة مادية وهي العلاقة السببية والتي تعني العوامل الكافية لإحداث ظاهرة من الظواهر، وهذه العلاقة هي التي تؤكد وحدة الركن المادي في الجريمة التي يتعدد فيها المساهمون، لذلك يجب أن يثبت كل من هؤلاء أنه أسهم بفعله في ارتكاب الجريمة. بالإضافة إلى الركن المعنوي القائم على القصد الجنائي المبني على العلم والإرادة، ففي الاشتراك الجرمي يستلزم القصد الجرمي أن يكون الجاني عالماً بأفعال الآخرين وأن تتجه إرادته بالعمل الذي يأتيه إلى إقحام نشاطه الإجرامي في سلسلة العوامل التي أدت مجتمعة إلى حدوث النتيجة، فإذا توافر القصد على هذه الصورة كان الفاعل أو الشريك مسؤولاً عن النتيجة التي تمت على يد غيره².

وعليه حتى تكون شركات الأسلحة مسؤولة عن المساعدة على جريمة دولية أثناء ممارسة نشاطها التجاري في توريد الأسلحة يكفي أن تكون عالمة أن هذه الأسلحة محل النشاط التجاري سينجم عن استخدامها انتهاكات جسيمة من قبل دولة ما، وأن تراخيص بيع هذه الأسلحة ستؤدي إلى تغذية الحروب القائمة، وتسهل انتهاك قواعد القانون الدولي الإنساني المتعلقة بقواعد الحرب مما يؤدي إلى سفك للدماء وتخريب للعمران وتهجير للمدنيين الأبرياء وانتهاك لحقوقهم. وأيضاً لا يمكن لهذه الشركات أن تتذرع بأن إصدار التراخيص يتم من قبل جهات حكومية؛ لأن ذلك لا يعفيها من مسؤوليتها عن الامتناع عن الانخراط في تصدير الأسلحة التي تستخدم لارتكاب جرائم دولية.

¹ محمد عوض، قانون العقوبات القسم العام، دار المطبوعات الجامعية، الإسكندرية، 1998، ص 372.

² ترتيب تركي الدرويش، الإطار الموضوعي لأحكام الاشتراك الجرمي (دراسة مقارنة)، مجلة الدراسات القانونية، جامعة بيروت العربية، العدد 2021، سنة 2022، ص 13.

الفرع الثاني:

كيفية تحقيق المساءلة الجنائية لشركات الأسلحة عن الجرائم الدولية

إن تراخيص الأسلحة واستخدامها بشكل مخالف لقواعد القانون الدولي الإنساني جعل هذه الشركات محل مسؤولية عن هذه الجرائم والانتهاكات، وهنا يثور التساؤل حول كيفية مساءلة هذه الشركات عن مساهمتها في الجرائم الدولية؟

وللإجابة عن هذا السؤال لا بُد من أن نتطرق إلى نقطتين هما:

على صعيد التشريعات الجنائية الوطنية: كما أسلفنا الذكر أن أصحاب شركات الأسلحة ومديروها التنفيذيين مسؤولون عن الجرائم الدولية عند إصدارهم للتراخيص التي يرتكب فيها أفعال مخالفة لقواعد الحرب، وبحسب نظام المحكمة الجنائية الدولية نجد أن أولوية الاختصاص هي للمحاكم الجنائية الوطنية¹.

العلاقة بين هذه المحكمة والدولة علاقة تبعية، بل هي علاقة تكاملية، بمعنى أنها متممة لاختصاص القضاء الوطني للدولة دون المساس بسيادتها. أي أن هذه العلاقة تهدف إلى إسناد ودعم المحاكم المحلية عند قصورها الناجم عن أسباب محددة هي:

1- عدم قدرة المحاكم الوطنية على ممارسة اختصاصها الجنائي وتكون عندما²:

أ. إذا كان النظام القضائي معدوماً أو منهكاً كلياً أو جزئياً.

ب. إذا كان القضاء عاجزاً عن إحضار المتهم أو الحصول على أدلة وشهود.

ج. وجود أي سبب آخر يحول دون اتخاذ الإجراءات القانونية.

2- عدم رغبة المحاكم الوطنية في ممارسة اختصاصها الجنائي وتكون عندما³:

أ. القيام بإجراءات من شأنها حماية من تقع عليهم المسؤولية الجنائية بسبب جرائم ارتكبوها وتدخل

في اختصاص المحكمة الدولية، أو إذا ثبت أن القضاء الوطني يقوم بإجراءات صورية لمساءلة

هؤلاء بغية عدم تدخل المحكمة.

¹ ديباجة نظام المحكمة الجنائية الدولية التي تم النص فيها على "أن من واجب كل دولة أن تمارس ولايتها القضائية الجنائية على أولئك المسؤولين عن ارتكاب جرائم دولية"، والمادة 1 منه التي ذكرت "تكون المحكمة مكتملة للولايات القضائية الجنائية الوطنية".

² فيدا نجيب حمد، المحكمة الجنائية الدولية نحو العدالة الدولية، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت 2006، ص78.

³ المادة 17 من نظام المحكمة الجنائية الدولية.

ب. بطء في الإجراءات القانونية من قبل القضاء الوطني دون مبرر قانوني.

ج. إذا لم تقم المحكمة الوطنية بمباشرة اختصاصها بشكل مستقل، أو إذا لم تقم بالمباشرة بالإجراءات بهدف عدم مثول الشخص مرتكب الجريمة أمام العدالة، الأمر الذي يؤدي إلى منح المحكمة الدولية الحق في التدخل.

لذلك إذا كانت الدولة لديها قدرة ورغبة في المحاكمة عن الجرائم الدولية يجب عليها أن تتعاون مع المحكمة الجنائية الدولية، وهذا التعاون يكون بعدة صور أهمها: ملاءمة التشريعات ملاءمة الوطنية مع الدولية وذلك يكون إما عن طريق القواعد الدستورية بعد إجراء تعديلاتها عن طريق التفسير في حدود النص الدستوري، أو من خلال إدراج الجرائم في قانون العقوبات الداخلي، إذ إن الهدف الأساسي يكمن في تكريس المحاكمة العادلة، سواء على المستوى الدولي أو الداخلي¹.

وبالعودة للحديث عن شركات الأسلحة، يمكن أن تكون جنسية الدولة التي تقوم بإصدار التراخيص مصادقة على نظام المحكمة الجنائية الدولية وتجزم في تشريعاتها الجنائية الجرائم الدولية. ولثبوت المسؤولية الجنائية لشركات الأسلحة يجب أن ترتكب الأفعال من ممثلي الشركة وغالباً هم أصحاب شركات الأسلحة أو مديروها التنفيذيين، وأن تكون الجريمة قد ارتكبت بهدف تحقيق مصلحة للشركات والتي هي الأرباح المادية لشركات الأسلحة². وعلى سبيل المثال فإن فرنسا قامت بالإجراءات اللازمة لتعديل قانون العقوبات لعام 2010، لتكثيف الجرائم ضد الإنسانية، وأكدت المادة (121) من قانون العقوبات الفرنسي أن الشريك هو الشخص الذي أقدم على علم وعن طريق المساعدة أو المساندة على تسهيل الإعداد لجريمة أو ارتكابها، وهذه النصوص التشريعية ساهمت في عام 2012، بإدانة إحدى الشركات الفرنسية تدعى "لافارج" عن تواطئها في جرائم ضد الإنسانية في سوريا أمام محكمة النقض التي أقرت بإمكانية تواطؤ الشركة حتى ولو لم يكن لديها نية المشاركة في الجرائم المذكورة، بل يكفي علمها بقيام الجاني الرئيسي بالتحضير للجرائم، وأن تصرف الشركة بهدف تجاري لا يمنعها أن تكون شريكاً³.

- على صعيد القضاء الجنائي الدولي:

¹ FONTANAUD (D) 'La Justice Pénale Internationale', La Documentation Française, N° 826, 1999P 26.

² سامية قيسي ويوسف زروق، المسؤولية الجنائية في جرائم الشركات التجارية، مجلة دراسات وأبحاث المجلة العربية في العلوم الإنسانية والاجتماعية، مجلد 10، عدد 4، ديسمبر 2018، ص 821.

³ موقع مواطنة لحقوق الإنسان: www.mwatana.org

تُعد هذه الشركات من الأشخاص المعنوية الخاصة التي يمتلكها أشخاص طبيعيين لتحقيق الأرباح المادية، لها شخصية قانونية لاكتساب الحقوق وتحمل الواجبات، لا يمكن أن تتحمل المسؤولية الجنائية الدولية¹، وقد ظل الفرد بعيداً البعد التام عن الالتزام بقواعد القانون الدولي ولا يتحمل أية مسؤولية وذلك خلال حقبة زمنية معينة، حيث لم يكن القانون الدولي التقليدي يعترف له أصلاً بالخضوع لأحكامه إلا أن هذا الوضع لم يستمر طويلاً، إلى أن تطور الأمر وبدأت المواثيق الدولية والتي أهمها ميثاق الأمم المتحدة بالاعتراف بحقوق الفرد على الصعيد الدولي لا سيما بعد الحرب العالمية الثانية، وتوالت الاتفاقيات والمواثيق الدولية التي تعترف للفرد بالحقوق وتحدد له الواجبات²، وهذا ما جعل فكرة المسؤولية الجنائية الدولية للفرد محل جدل واسع حتى تطورت وظهرت للوجود لا سيما في جميع المحاكم الجنائية الدولية الزائلة³ والمؤقتة وإقرارها في نظام المحكمة الجنائية الدولية الدائمة التي حددت الجرائم التي تدخل ضمن اختصاصه الموضوعي، وأقرها على الأشخاص الطبيعيين فقط عند ارتكابهم الجرائم الدولية أو ساهموا فيها أيّاً كانت درجة المساهمة.

وعليه فشركات الأسلحة كشخص معنوي لا يمكن مساءلتها أمام المحكمة الجنائية الدولية إلا من خلال ممثليها أصحابها أو المديرين التنفيذيين لها، وهذا يكون من خلال أن تكون الدولة المتضررة من أسلحة الشركات طرفاً في نظام المحكمة أو أن جنسية المديرين وأصحابها تابعون لدولة طرف في هذه المحكمة^[4]، أو من خلال إحالة مجلس الأمن القضية إلى المحكمة الجنائية الدولية بموجب الفصل السابع

¹ المسؤولية الجنائية تعني: "الجزاء القانوني الذي يترتب القانون الدولي على عدم احترام أحد أشخاص هذا القانون لالتزاماته الدولية"، عبد العزيز سرحان، القانون الدولي العام، دار النهضة العربية، القاهرة، 1969، ص377.

² د. علا عزت عبد المحسن، اختصاص المحكمة الجنائية الدولية (دراسة تحليلية تأصيلية)، دار النهضة العربية، القاهرة، 2010، ص101.

³ نص المادة (6) والمادة (7) من نظام محكمة يوغسلافيا اللتان حصرتا الاختصاص الشخصي للمحكمة الدولية بالأشخاص الطبيعيين من دون الأشخاص الاعتباريين: مثل الرابطات، أو المنظمات، أو الجمعيات، ويقاضى أمامها المساهمين، والمخططين، والمساعدين. ويسألون بصفتهم الشخصية عن الجرائم والأفعال الجرمية المبينة في النظام بالمادة 1/7. الموقع الرسمي لنظام محكمة يوغسلافيا: www.icty.org تاريخ الزيارة 25-11-2023.

⁴ المادة 12 من نظام المحكمة الجنائية الدولية في فقرتها (1) و(2) التي نصت على الآتي:

1- تقبل الدولة التي تصبح طرفاً في هذا النظام الأساسي اختصاص المحكمة فيما يتعلق بالجرائم المشار إليها في المادة 5.

وهي من أهم صلاحياته، لو لم تكن الدولة طرفاً، لذا هي ملزمة بالتعاون بهدف تحقيق السلم والأمن الدوليين. أو من خلال مدعي عام هذه المحكمة الذي منحه نظام روما صلاحية واسعة في غاية الأهمية، ألا وهي حقه في تحريك الدعوى الجنائية المرتبطة بالجرائم الدولية، إذا توفرت له المعلومات حيث يقوم بتحليلها، واستقصاء مدى صحتها وجديتها، مع حق أصيل له يتمثل بطلب المعلومات من أية جهة يريدها، سواء من الدول، أو أجهزة الأمم المتحدة، أو أي مصادر أخرى، قد يراها تخدم القضية، كما يؤكد أنها جريمة تدخل في اختصاص المحكمة الجنائية الدولية، من دون إحالة من مجلس الأمن في الحالات التي تنطبق عليها أحكام الفصل السابع أو من خلال دولة طرف¹. ونأخذ مثلاً نؤكد فيه على اختصاص المحكمة الجنائية الدولية بهذه القضية، وهو عندما قدم المركز الأوروبي لحقوق الأوروبية وبدعم من خمس منظمات غير حكومية مذكرة تتألف من 300 صفحة إلى مكتب المدعي العام للمحكمة مدعومة بالأدلة لإجراء التحقيق مع المسؤولين أصحاب شركات الأسلحة ومدراءها التنفيذيين والمسؤولين الحكوميين من جنسيات مختلفة، عن تراخيص الأسلحة خلال الحرب على اليمن بسبب كيفية استخدامها التي أدت إلى وقوع كم هائل من الانتهاكات الخطيرة²، إلا أن صوت المصالح السياسية أعلى من صوت العدالة الجنائية الدولية لذلك لم نجد أي حكم يدين مسؤولين في شركات أسلحة عن جرائمهم الدولية

الخاتمة:

تولت هذه الدراسة من خلال أوراقها البحث في كيفية مساهمة شركات الأسلحة الدولية في ارتكاب الجرائم الدولية، وتبين ما يلي:

أولاً: النتائج

1. لكل دولة حق في التسلح عن طريق الإنتاج أو الشراء من الدول المنتجة مع ضرورة مراعاة معايير وضوابط القانون الدولي الإنساني.

2- في حالة الفقرة (أ) أو (ج) من المادة 13، يجوز للمحكمة أن تمارس اختصاصها إذا كانت واحدة، أو أكثر من الدول التالية الطرف في هذا النظام الأساسي، أو قبلت باختصاص المحكمة وفقاً للفقرة 3-:

(أ) الدولة التي يقع في إقليمها السلوك قيد البحث، أو دولة تسجيل السفينة، أو الطائرة إذا كانت الجريمة قد ارتكبت على متن سفينة أو طائرة. (ب) الدولة التي يكون الشخص المتهم بالجريمة أحد رعاياها.

¹ الفقرة الأولى من المادة 15 من النظام الأساسي للمحكمة الجنائية الدولية التي نصت على الآتي: " للمدعي العام مباشرة التحقيقات من تلقاء نفسه على أساس المعلومات المتعلقة بجرائم تدخل في اختصاص المحكمة".

² موقع منظمة العفو الدولية: www.amnesty.org تاريخ الزيارة 2023/12/10.

2. هناك ارتباط وثيق بين انتعاش تجارة الأسلحة واتساع أسواقها وبين الانتهاكات الجسيمة لحقوق الإنسان.

3. إن شركات الأسلحة المصنعة والمصدرة للأسلحة في العالم هي مساهم بصورة غير مباشرة في الجرائم الدولية الناجمة عن انتهاكات حقوق الإنسان وقواعد القانون الدولي الإنساني المرتكبة في الحروب عند استخدام هذه الأسلحة.

4. يتحمل الممثلون الطبيعيون عن شركات الأسلحة المسؤولية الجنائية، ما يستلزم مساءلتهم سواء أمام المحاكم الوطنية أو أمام المحكمة الجنائية الدولية.

ثانياً: الاقتراحات

1. يجب على أصحاب شركات الأسلحة أو مديريها التنفيذيين إجراء تقييم وفحص قراراتهم بشأن تزويد دولة ما بالأسلحة خاصة عندما تكون هذه الدولة في حالة حرب.
2. ضرورة إعادة النظر في قواعد القانون الجنائي الدولي التي تجرم المساهم وتوضحها وإزالة الغموض واللبس الذي يدور حولها.
3. إبرام معاهدة دولية خاصة بالمساهمة الجنائية الدولية لتعزيز المسؤولية الدولية حيال ذلك.
4. تعديل معاهدة تجارة الأسلحة بما يجعلها تتضمن أحكاماً أوسع حول آليات وإجراءات صفقات شركات الأسلحة مع الدول.
5. فرض عقوبات عسكرية ودولية على الدول التي تساهم في تصدير أسلحة من شأنها تؤدي إلى ارتكاب جرائم دولية.

بيان تضارب المصالح:

يقر جميع المؤلفين أنه ليس لديهم أي تضارب في المصالح.

المراجع:

أولاً: الكتب

1. بيتر وولكوت، معاهدة تجارة الأسلحة، مكتبة الأمم المتحدة للقانون الدولي، نيويورك 2020.
2. سامي محمد عبد العال، الجزاءات الجنائية في القانون الدولي العام (دراسة تأصيلية تحليلية تطبيقية) في ضوء قواعد القانون الدولي، دار الجامعة الجديدة، الإسكندرية، 2015.
3. سمير عالية، ترتيب تركي الدرويش، شرح قواعد القسم العام في قانون العقوبات، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت، 2023.
4. سمير عاليه، القانون الدولي الإنساني (الحماية الدولية للإنسانية خلال النزاعات المسلحة)، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت، 2022.
5. عبد العزيز سرحان، القانون الدولي العام، دار النهضة العربية، القاهرة، 1969.
6. علا عزت عبد المحسن، اختصاص المحكمة الجنائية الدولية (دراسة تحليلية تأصيلية)، دار النهضة العربية، القاهرة، 2010.
7. علي عبد القادر قهوجي، القانون الدولي أهم الجرائم الدولية، المحاكم الدولية الجنائية، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت، 2001.
8. فريتس كالمسوفن وإليزابيث تسغفلد، ضوابط تحكم خوض الحرب، اللجنة الدولية للصليب الأحمر، جنيف، حزيران 2004.
9. فيدا نجيب حمد، المحكمة الجنائية الدولية نحو العدالة الدولية، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت، 2006.
10. كرولين يوسف، أحمد سمير الحمداني، تجارة الأسلحة وأثرها في انتهاكات حقوق الإنسان، منشورات زين الحقوقية، بيروت، 2013.
11. محمد المجذوب، القانون الدولي العام، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت، 2007.
12. محمد المجذوب وطارق المجذوب، القانون الدولي الإنساني، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت، 2009.
13. محمد عوض، قانون العقوبات القسم العام، دار المطبوعات الجامعية، الإسكندرية، 1998.

14. محمود نجيب حسني، شرح قانون العقوبات القسم العام، المجلد الأول، منشورات الحلبي الحقوقية، الطبعة الثالثة، بيروت، 1998.

ثانياً: المراجع الأجنبية

1. Dissenting Opinion of Judge Weeramanantary to the Advisory Opinion of JCI on the legality of Nuclear Weapons 1996.
2. FONTANAUD (D) ،La Justice Pénale Internationale ،La Documentation Française ،N° 826 ,1999.

ثالثاً: المجلات والدوريات القانونية

1. ترتيل تركي الدرويش، الإطار الموضوعي لأحكام الاشتراك الجرمي (دراسة مقارنة)، مجلة الدراسات القانونية، جامعة بيروت العربية، العدد 2021، سنة 2022.
2. روبن م. كوبلاند، وبيتر هيربي، استعراض لمشروعية الأسلحة: مدخل جديد لمشروع "الإصابات المفرطة أو الآلام التي لا مبرر لها، المجلة الدولية للصليب الأحمر، العدد 835، 1999.
3. سامية قيسي ويوسف زروق، المسؤولية الجنائية في جرائم الشركات التجارية، مجلة دراسات وأبحاث المجلة العربية في العلوم الإنسانية والاجتماعية، مجلد 10، عدد 4، ديسمبر 2018.

رابعاً: المواقع الإلكترونية:

1. موقع منظمة العفو الدولية: www.amnesty.org
2. الموقع الرسمي لنظام محكمة يوغسلافيا: www.icty.org
3. موقع human right watch : www.hrw.org
4. موقع اليونسكو: www.unescodoc.org
5. موقع قناة الجزيرة: www.aljazeera.net
6. موقع مواطنة لحقوق الإنسان : www.mwatana.org
7. موقع الأمم المتحدة: www.un.org

خامساً: الاتفاقيات الدولية

1. نظام المحكمة الجنائية الدولية.
2. الاتفاقية الخاصة باحترام قوانين وأعراف الحرب البرية 1907.
3. معاهدة تجارة الأسلحة 2013.

التفاوض على الاعتراف في التشريع الأمريكي وأثره على الدعوى الجنائية

*Plea Bargaining in American Legislation and
Its Impact on Criminal Litigation*

د. محمد عاطف عبد المعطي كامل
كلية الحقوق جامعة طنطا
(مصر)

التفاوض على الاعتراف في التشريع الأمريكي وأثره على الدعوى الجنائية

Plea Bargaining in American Legislation and Its Impact on Criminal Litigation

د. محمد عاطف عبد المعطي كامل

محاضر في كلية الحقوق

دكتوراه في القانون الجنائي، كلية الحقوق جامعة طنطا، (مصر)

mohammadatefkamel@gmail.com

DOI: <https://doi.org/10.70411/MJLS.1.1.2025135>

تاريخ القبول: 2024-08-15

تاريخ المراجعة: 2024-08-09

تاريخ الاستلام: 2024-07-05

الملخص

اتجهت السياسة الجنائية الحديثة إلى استحداث أنماط قضائية إجرائية؛ بقصد الوصول إلى إجراء مُيسر لعملية التقاضي للفصل المُنجز في دعاوى الجنائية قبل عرضها على المحاكم؛ وذلك للمحافظة على حقوق أطراف الدعوى الجنائية، والتخفيف عن كاهل المحاكم من القضايا المُكدسة لديها وقليلة الأهمية، مع إيجاد حلٍ لبطء آليات التقاضي والإسراع في الفصل في القضايا، وكنتيجة منطقية لظروف الزيادة في معدلات الجريمة في الآونة الأخيرة، ظهر في الأفق نظام "التفاوض على الاعتراف" والذي يُعد إجراءً قضائياً مُتخذاً قبل المثول أمام المحكمة، تُختزل به إجراءات التقاضي بشكلها التقليدي، لذلك يُعد من أنظمة العقوبة الرضائية، الأمر الذي تطلب تحديد مفهوم هذا النظام ومدى علاقته بالدعوى الجنائية والخصومة الجنائية.

الكلمات المفتاحية: التفاوض على الاعتراف، التفاوض، العقوبة الرضائية، المحاكمات التقليدية، الدعوى الجنائية، الخصومة الجنائية

Abstract:

Modern criminal policy has shifted towards establishing procedural judicial models aimed at achieving expedited litigation processes for conclusive judgments in criminal cases before they are brought to court. This is to safeguard the rights of the parties involved, alleviate the burden of courts from accumulating trivial cases, and expedite legal proceedings. To address the increase in crime rates, the plea bargaining system has emerged as a pre-court judicial procedure that streamlines traditional litigation procedures. Therefore, it is considered a consensual punishment system, and it is necessary to clarify its concept and its relationship with criminal cases and adversarial litigation.

Keywords: Plea Bargaining, Negotiation, Consensual Punishment, Traditional Trials, Criminal Case, Criminal Adversary.

مقدمة

شهدت الأنظمة القانونية تطورات تشريعية في مختلف الميادين، لا سيما في الوقت الحالي، بقصد مواجهة الجرائم الجنائية والإجراءات المؤدية إلى ببطء عمليات التقاضي من أجل عدالة جنائية ناجزة¹، فلقد دعت التطورات القانونية والمعايير الدولية إلى إيجاد أسلوب إجرائي يهدف إلى سرعة البت في الدعاوى²، وتيسير الإجراءات الجنائية، وتبسيط إجراءات التقاضي والمحاكمات التقليدية التي أدت إلى تكس المحاكم بالدعاوى البسيطة وقليلة الأهمية³؛ وذلك لتخفيف العبء عن الجهاز القضائي من

¹. العدالة الجنائية الناجزة، تتم من خلال الإجراءات التي عبّر عنها الفقه بالإجراءات المؤجزة أو البسيطة أو السريعة أو تيسير الإجراءات الجنائية، وهي توصيف فقهي لوسائل تشريعية تهدف إلى سرعة الفصل في الدعاوى دون إجراءات معقدة، وتتميز هذه الإجراءات بأنها تؤدي إلى تطبيق عقوبة - إن صح التعبير - بسيطة تتمثل في الغرامة، ومن ناحية ثانية فإنها تقتض أن وقائع الجريمة سهلة وواضحة الإثبات، ومن ناحية ثالثة فهي تقتصر على الجرائم قليلة الأهمية، عمر سالم، نحو تيسير الإجراءات الجنائية، دراسة مقارنة، دار النهضة العربية، الطبعة الأولى، 1997م، ص 21-22.

². سرعة البت في الدعاوى لا تعني التعجل أو التسرع في إجراءات المحاكمة، وحيث إن الحق في محاكمة لا تتعاس إجراءاتها، من الحقوق النسبية التي يُنظر في تحديد وقتها المعقول إلى ظروفها وملابساتها، وعلى الأخص من جهة تعقد الجريمة وخطورتها، وتنوع أدلتها وتعدد شهودها، وبمراعاة أن الأضرار الناجمة عن تأخر الفصل في الاتهام تُقتضى، فلا يكون إثباتها مطلوباً، وبوجه خاص كلما كان التأخير متعمداً أو جسيماً لا عرضياً أو محدود الأثر، إلا أن الحق في محاكمة لا يكون تسويقها معطلاً لها، لا يعني تقييد بنائها من خلال اختصارها واختزال إجراءاتها، بما يفقدها ضماناتها، حكم المحكمة الدستورية العليا المصرية القضية رقم 64، س 17 ق دستورية، جلسة 1998/2/7م.

³. المحاكمات التقليدية، هي المحاكمة من خلال الإجراءات العامة والعادية التي حددها قانون الإجراءات الجنائية دون اللجوء إلى طريق خاص بقصد سرعة البت والفصل في القضايا المعروضة على جهات التحقيق أو الدعاوى المنظورة أمام المحاكم الجنائية، وذلك من خلال إجراءات شكلية معقدة تؤدي إلى إطالة أمد التقاضي كالإسراف في مد الأجل القانوني وطول المدة بين الأجل وبعضها، فطول الإجراءات قد يؤثر على القيمة الثبوتية للأدلة المادية، فتأخر وصول الحق لأصحابه بهذه الإجراءات التقليدية لهو الظلم بعينه، فالمحاكمات التقليدية على سبيل المثال تتمثل في سلطة النيابة في تحريك الدعوى الجنائية وعدم تنازلها عنها دون مساومة أو تفاوض، فالنيابة لا تملك أن تتنازل عن ذلك بالتصالح مع المتهم، وبذلك تُعد الدعوى الجنائية وبحق إحدى حلقات الشرعية التي حرصت الإنسانية على التمسك بها لما تنطوي عليه من ضمان إجراء محاكمة عادلة للفصل في إدانة الفرد من عدمه عن أي جريمة تنسب إليه، حيث تهدف إلى تحقيق العدالة، وتعتبر ضماناً مؤكدة من ضمانات المتهم، أحمد فتحي سرور، الوسيط في قانون الإجراءات الجنائية، دار النهضة العربية، 1985م، ص 98-99؛ مدحت محمد عبد العزيز إبراهيم، الصلح والتصالح في قانون الإجراءات الجنائية، دراسة تحليلية

الدعوى المعروضة عليه.

فتيسير الإجراءات الجنائية، إذن وسيلة تتجه إلى تحقيق غاية محددة وهي السرعة في الإجراءات نظراً لما تمثله من أغراض نفعية للمتهم والمجتمع والمجني عليه¹، مع الأخذ في الاعتبار التوازن بين مصلحة وحماية الحقوق والحريات الفردية وضمان حماية المصلحة العامة، فمن التطبيقات التي تؤدي إلى اختزال والإسراع في وتيرة إجراءات التقاضي الجنائية للمحاكمات بشكلها الكلاسيكي التقليدي، النمط الذي هو موضوع بحثنا وهو نظام "التفاوض على الاعتراف Plea Bargaining".

وظهر نظام "التفاوض على الاعتراف Plea Bargaining" والذي يُعد أداة وآلية إجرائية جديدة من نتائج تطبيقات العدالة الناجزة السريعة الميسرة لإجراءات التقاضي، والذي يمثل أحد الخيارات المتاحة للبت في الدعوى المكدة بالمحاكم، فظهر في دول القانون العام ذات النظام الأنجلو-سكسوني «Anglo-saxons» كإجراء جنائي لإدارة الخصومة الجنائية، حيث اتجه الأنجلو-سكسونيين «Les Anglo-saxons» إلى الاعتماد على نظام "التفاوض على الاعتراف بالجريمة أو الاتفاق على الإقرار بالذنب" وعلى رأسها الولايات المتحدة الأمريكية مهد نظام "التفاوض على الاعتراف"².

والرضائية نفسها هي جوهر نظام "التفاوض على الاعتراف" والتي تتعد بين أطرافه -الادعاء العام والمتهم- حول الاتفاق على الإقرار بالجريمة المرتكبة، مقابل بعض الامتيازات للمتهم، لذلك يُعد هذا النظام إجراءً جنائياً مصدره أنظمة العدالة الرضائية، أو العدالة التصالحية، أو العدالة التفاوضية³.

مقارنة بين التشريعين المصري والفرنسي طبقاً لأحدث التعديلات المدخلة بالقانون رقم 174 لسنة 1998م، الطبعة الأولى، دار النهضة العربية، القاهرة، 2004م، ص 8-9.

¹. السيد عتيق، التفاوض على الاعتراف في قانون الإجراءات الجنائية الفرنسي في ضوء أحدث التعديلات، دراسة مقارنة، دار النهضة العربية، 2005م، ص 34.

². Pradel Jean، Le plaider coupable, confrontation des droits américain, italien et français. In، Revue internationale de droit comparé. Vol. 57 N°2, 2005. pp. 473-491, p.475.

³. ومصطلح الرضائية، مستمد من كلمة «consensus» وهو تعبير من أصل لاتيني، ويعني الاتفاق، ويبرز مصطلح الرضائية في الواقع من حرية الإرادات ويستلزم هذا المصطلح بالضرورة روح الرضا والتفاوض والتسوية، محمد سامي الشوا، الوساطة والعدالة الجنائية، اتجاهات حديثة في الدعوى الجنائية، دار النهضة العربية، القاهرة، 1977م، البند 5، ص 7؛ والعدالة التصالحية، عرفها المجلس الاقتصادي والاجتماعي لدى الأمم المتحدة بأنها، "رد آخذ في التطور تجاه الجريمة يحترم كرامة ومساواة كل شخص ويبني التفاهم ويعزز الانسجام الاجتماعي من خلال علاج

أهمية البحث

تظهر أهمية البحث في العوامل التي تعرقل سير العدالة الجنائية بشكلها التقليدي التي تتعدد وتتضاعف يوماً بعد يوم من تعقيد الإجراءات إلى الحد الذي أمكن عنه القول إن العدالة الجنائية: -المرفق الذي يُنصف الآخرين- قد أصبح بحاجة لمن ينصفه، فالعدالة البطيئة صورة من صور الظلم¹. فلقد نتج عن المحاكمات التقليدية العجز عن مواجهة الزيادة في الظاهرة الإجرامية، لتضمنها إجراءات شكلية تُبطيء من سرعة البت في الدعاوى الجنائية، لذلك اتجهت الأنظمة القانونية المختلفة إلى البحث عن بدائل لإجراءات المحاكمات الجنائية بشكلها التقليدي²، حيث إن هذه البدائل إحدى وسائل

الضحايا والجناة والمجتمعات المحلية"، لجنة منع الجريمة والعدالة الجنائية، تقرير عن أعمال الدورة الحادية عشرة، الفترة من 16-25 إبريل 2002م، مشاريع قرارات يرد من المجلس الاقتصادي والاجتماعي أن يعتمدها، المبادئ الأساسية لاستخدام برامج العدالة التصالحية في المسائل الجنائية، ص12، وقد اعتمد ونشر هذا القرار على الملأ بموجب قرار المجلس الاقتصادي والاجتماعي رقم 12/2002، المؤرخ في 24 تموز/ يوليو 2002م؛ كما عرفها البعض بأنها، "نظم إجرائية جوهرها التصالح تتيح للمجني عليه والمتهم أو المتهم والدولة في الأحوال بالشروط التي ينص عليها القانون استبدال الدعوى الجنائية الناشئة عن الجريمة بما يترتب عليها من آثار بأحد الإجراءات أو التدابير أو الالتزامات التي تختلف من نظام إجرائي تصالحي إلى آخر"، سليمان عبد المنعم، آلية الإقرار بالجرم كمظهر لتطور مفهوم العدالة التصالحية في المجال الجنائي، بحث منشور بمجلة البحوث القانونية والاقتصادية، مجلد 2007، الجزء 1، العدد 1، يناير، 2007م، ص67؛ أما المعنى الاصطلاحي لكلمة التفاوض أي = النقاش بين الأطراف للتوصل إلى اتفاق، و(العدالة التفاوضية يقصد بها بالمعنى الدقيق، "إجراءات تفتح المجال للتبادل بين الأطراف المشاركين في الإجراءات الجنائية، والشركاء الكاملين في اجتماع الوصايا في شكل اقتراحات واقتراحات مضادة".

-Sarah-Marie Cabon. La négociation en matière pénale. Droit, Thèse de Docteur de Université de Bordeaux, France, 2014,p.34.

¹ عمر سالم، مرجع سابق، ص4.

² هذه البدائل تعني أن الجريمة قد وقعت، ويمكن للنيابة العامة أن ترفع الدعوى الجنائية، إلا أنه في ضوء الأفكار التي تتطلب الحد من العقوبات المقيدة للحرية قصيرة المدة، والحد من العقاب، بل والحد من التجريم، فإنه يجب عدم تعريض المتهم للإجراءات التقليدية للخصومة الجنائية، منعاً من تعريضه لمخاطر المحاكمة الجنائية، السيد عتيق، مرجع سابق، ص28-29.

السياسة الجنائية¹.

فبدائل إجراءات المحاكمات الجنائية بشكلها التقليدي، تهدف إلى تفعيل دور العدالة الجنائية وتيسير الإجراءات الجنائية، كما أنها تؤدي إلى هدفين، أولهما عدم تعريض نوع من المتهمين لأخطار المحاكمة الجنائية وآثارها السلبية عليه، وثانيهما الحد من القضايا الجنائية التي تشغل ساحات المحاكم وإعطائها الفرصة للتركيز في حل القضايا الأخرى².

أسباب اختيار البحث

التوسع في التجريم أدى إلى الإسراف في استخدام الدعوى الجنائية لتحقيق سلطة الدولة في العقاب، وتزامن هذا الإسراف مع طول الإجراءات الجنائية، فسعت الدول لمواجهتها من خلال توسيع نطاق التجريم ولا سيما في مجال الجرائم الاقتصادية، كجرائم النقد، والتهريب، والاحتكار، والتسكير، والتهرب الضريبي³، وترتب

¹ ويُقصد بالسياسة الجنائية، بأنها تعبير عن سياسة الدولة في مواجهة الجريمة، سواء من حيث التجريم أو العقاب أو التدابير الاحترازية أو من حيث الإجراءات الجنائية، التي تُتخذ لملاحقة المتهم بارتكابها، وهي في هذا الشأن سياسة تشريعية يُعبر عنها المشرع لمواجهة الجريمة ومرتكبها، أحمد فتحي سرور، الوسيط في قانون العقوبات، القسم العام، الطبعة السادسة، دار النهضة العربية، مطورة ومنقحة، 2015م، ص21، وقد عرف سيادته السياسة الجنائية بأنها، "هي التي تضع القواعد التي تتحدد في ضوءها صياغة نصوص القانون الجنائي سواء فيما يتعلق بالتجريم أو الوقاية من الجريمة أو معالجتها، وهي التي تبين المبادئ اللازم السير عليها في تحديد ما يعتبر جريمة وفي اتخاذ التدابير المانعة والعقوبات المقررة لها"، أحمد فتحي سرور، أصول السياسة الجنائية، دار النهضة العربية، 1972م، ص17.

² السيد عتيق، مرجع سابق، ص29.

³ فتدخل الدول أدى إلى اتساع نطاق التجريم ليشمل أفعالاً ليست بتلك الخطورة والتهديد الذي يهدد أمن المجتمع، فالسيولة الزائدة في التشريعات وتشعبها ترتب عليها صعوبة في التعرف على أحكامها وما هو نافذ وغير نافذ منها، فانتشار القوانين، وهذا التضخم التشريعي في النصوص التي تتزايد إشكالياتها وتعقيداتها باستمرار والتي تضر إلهاماتها المتناقضة بتماسك الكل يثقل القانون ويضر بجودة القانون وسلطته، وفي معنى التضخم التشريعي، عبد السلام مرسي بليغ، تقديم مؤلف "الاعتذار بالجهل بالقانون" للمستشار/ محمد وجدي عبد الصمد، دراسة تأصيلية تحليلية مقارنة، عالم الكتاب، القاهرة، الطبعة الثانية، 1987م، ص7؛ أحمد محمد براك، العقوبة الرضائية في الشريعة الإسلامية والأنظمة الجنائية المعاصرة، دراسة مقارنة، رسالة دكتوراه، كلية الحقوق، جامعة القاهرة، 1430هـ-2009م، ص30-31؛ أحمد عبد الظاهر، القوانين الجنائية الخاصة، النظرية العامة، الكتاب الأول، دار النهضة العربية، الطبعة الأولى، 2011م، ص9.

-Voir، Zwiersykowski Piotr، L'inflation législative - quelques repères méthodologiques sur l'exemple de la législation polonaise. In، Revue internationale de droit comparé. Vol. 57 N°3, 2005. pp. 735-765; p738.

على ذلك ظهور ما يعرف «بالتضخم التشريعي Inflation Pénale» والذي ظهر نتيجة اتجاه الدول كافة لسن تشريعات جديدة حمايةً لمصالحها بتجريم الأفعال كافة التي من الممكن أن تشكل جريمة وتمس بتلك المصالح سواء مصالح عامة أو خاصة، الأمر الذي أثر على النظر في الدعاوى الخطيرة أو الجسيمة، فكان لا بُد من استحداث بدائل لنظر الدعوى الجنائية بشكلها التقليدي المعتاد باختزال طول الإجراءات والإسراع في وتيرة التقاضي للحد من هذه السلبات.

أهداف البحث

يحرص البحث على تطبيق السياسة الجنائية الحديثة وما نتج عنها من ظهور ما يسمى بالعدالة الجنائية أو الرضائية أو الاتفاقية¹، وذلك للحد من سلبات المحاكمات التقليدية وما نتج عنها من إهدار في الوقت عند الفصل في الدعاوى الجنائية، وزيادة في الأعباء والتكاليف المالية، والآجال طويلة الأمد، من خلال استحداث أنماط جديدة. ومن أنماط إنجاز واختصار المحاكمات والقضايا الجنائية بشكلها التقليدي، نمط يُعتمد عليه لتيسير إجراءات التقاضي وتحقيق العدالة الجنائية والقضاء على تكس الدعاوى في المحاكم البسيط منها والجسيم، فلتحقيق العدالة الجنائية ينبغي النظر في الدعاوى كافة البسيطة والجسيمة المنظورة أمام المحاكم دون تفرقة.

إشكالية البحث

يثير نظام التفاوض على الاعتراف إشكالية احتمالية اعتراف المتهم طواعية ضد نفسه عن جريمة لم يرتكبها مقابل إعفائه من العقاب أو تخفيض مدة العقوبة، الأمر الذي قد يشوه مفهوم العدالة الجنائية، كما تثار إشكالية تصادم نظام التفاوض على الاعتراف باعتباره نظاماً من الأنظمة البديلة للمحاكمة الجنائية بشكلها التقليدي بالدعوى الجنائية والخصومة الجنائية، كما تظهر فكرة تنازل المتهم عن حقوقه الدستورية المتعلقة بالمحاكمة أمام هيئة محلفين.

- Béatrice Penaud، De l'inflation législative à la surpopulation carcérale ، pour une réforme des peines، sur le site <https://banpublic.org/beatrice-penaud-de-l-inflation>، consulté، 19/12/2023.
- Alain MARC، Inflation législative، Texte n° 2682014-2015 ، déposé au Sénat le 29 janvier 2015، p3، sur le site <https://www.senat.fr/leg/ppr14-268.html> ، consulté، 19/12/2023.

¹. أحمد فتحي سرور، الوسيط في قانون العقوبات، القسم العام، مرجع سابق ص 21.

تساؤلات البحث:

يطرح البحث السؤال الرئيسي الآتي :

هل حقق التفاوض على الاعتراف الغرض الذي تقرر من أجله، وهو تيسير واختزال إجراءات المحاكمات الجنائية بشكلها التقليدي، أم لا؟

ويتفرع عنه عدة تساؤلات، هي :

1. ما هو نظام التفاوض على الاعتراف؟

2. مدى اعتبار نظام التفاوض على الاعتراف إجراءً من إجراءات الدعوى الجنائية أم الخصومة الجنائية؟

3. ما هو نوع العقد الذي يثيره نظام التفاوض على الاعتراف؟

4. والعديد من التساؤلات نجيب عنها أثناء عرض البحث.

منهج البحث:

اتبع الباحث عند كتابة البحث المنهج الوصفي التحليلي للتشريع الأمريكي في النقاط التي عرضها البحث.

الدراسات السابقة:

1. Sarah-Marie Cabon: La négociation en matière pénale. Droit, Thèse de Docteur de Université de Bordeaux, France, 2014.

عرضت هذه الدراسة فكرة الاعتراف «La négociation» بشكل عام في القانون الجنائي، وعرض نظام التفاوض على الاعتراف كموضوع ثانوي به، كما أنه ميز بين الإقرار بالذنب «guilty plea» والمساومة أو التفاوض على الاعتراف بالجريمة «Plea Bargaining»، كما تطرقت تلك الدراسة إلى نظام التفاوض على الاعتراف في العديد التشريعات المقارنة كأمريكا وإيطاليا وفرنسا.

في حين جاء بحثنا محدداً ومقتصراً على تعريف أحكام التفاوض على الاعتراف «Plea Bargaining» بشكل مفصل وبيان أنواعه، ولم نعرض نظام الإقرار بالذنب «guilty plea» الذي يسبق التفاوض على الاعتراف، واقتصر على بيان نظام التفاوض على الاعتراف في التشريع الأمريكي فقط كدراسة تحليلية.

2. Emilio C. Viano: Plea Bargaining in the United States ; a prévision of justice; Dans Revue internationale de droit pénal Revue internationale de droit pénal 2012/1 (Vol. 83) 2012/1 (Vol. 83), Éditions Érès.

تناولت هذه الدراسة نظام التفاوض على الاعتراف من وجهة نظر التشريع الأمريكي، وعرض الآراء

المؤيدة والمعارضة له بشكل مجمل دون تحديد أي نوع من أنواع المفاوضات.

أما بالنسبة لبحثنا المعروض فقد تناول أنواع نظام التفاوض على الاعتراف والتي تعددت بين أكثر من نوع، كما عرضنا علاقة التفاوض على الاعتراف بالدعوى الجنائية والخصومة الجنائية.

3. Albert W. ALSCHULER: Plea bargaining and Its History, 79 Columbia Law Review, January, 1979, n1.

تناولت هذه الدراسة بشكل أصيل تأصيلاً تاريخياً لنظام التفاوض على الاعتراف، وعرضه قبل الحرب الأهلية الأمريكية، كما عرض المقصود بهذا النظام.

أما في بحثنا فقد عرضنا التطور التاريخي لنظام التفاوض على الاعتراف، وآليات عمله، وبيئاً فيه كذلك الطبيعة القانونية لهذه الممارسة، وعلاقتها بالدعوى الجنائية والخصومة الجنائية.

نطاق البحث:

ترتكز دراسة هذا البحث على نقاط محددة مبعثها فكرة ممارسة التفاوض على الاعتراف بالجريمة كأحد مظاهر تطور فكرة العقوبات الرضائية دون الخوض فيها بشكل مفسر، ونُقصر بحثنا على عرض ماهية التفاوض على الاعتراف وتكييفه القانوني في التشريع الأمريكي وعلاقته بالدعوى الجنائية والخصومة الجنائية، كما أننا عرضنا البحث في شكل دراسة تحليلية للتشريع الأمريكي فقط.

خطة البحث:

قسمنا البحث إلى مطلب تمهيدي وثلاثة مباحث على النحو الآتي بيانه:

مطلب تمهيدي: تأصيل تاريخي لنظام التفاوض على الاعتراف في التشريع الأمريكي «Plea Bargaining»

المبحث الأول: ماهية نظام التفاوض على الاعتراف.

المطلب الأول: مفهوم نظام التفاوض على الاعتراف.

المطلب الثاني: أنواع نظام التفاوض على الاعتراف.

المطلب الثالث: خصائص نظام التفاوض على الاعتراف.

المبحث الثاني: التكييف القانوني لنظام التفاوض على الاعتراف.

المطلب الأول: آلية عمل نظام التفاوض على الاعتراف.

المطلب الثاني: الطبيعة القانونية لنظام التفاوض على الاعتراف.

المطلب الثالث: وجهة نظرنا حول الطبيعة القانونية للتفاوض على الاعتراف.

المبحث الثالث: مدى تصادم نظام التفاوض على الاعتراف مع الدعوى الجنائية والخصومة الجنائية

المطلب الأول: القاعدة العامة للدعوى الجنائية.

المطلب الثاني : القاعدة العامة للخصومة الجنائية.

المطلب الثالث: التطبيق على ممارسة التفاوض على الاعتراف.

مطلب تمهيدي:

تأصيل تاريخي لنظام التفاوض على الاعتراف في التشريع الأمريكي

«Plea Bargaining»

تبنى المشرع الأمريكي أنظمة العقوبة الرضائية¹، فبدأ بنظام التفاوض على الاعتراف، ففي منتصف القرن التاسع عشر وأوائل القرن العشرين أصبح التفاوض على الاعتراف الإجراء المفضل للتعامل مع التزايد المستمر في القضايا الجنائية²، حيث ظهرت أول حالة أو قضية طُبّق فيها نظام "التفاوض على الاعتراف" في ولاية "ماساتشوستس" الأمريكية في عام 1804م³.

وقد عُرف هذا النظام في أمريكا باسم «Plea Bargaining» ولاعتبارات عملية-مثل الزيادة السكانية في الولايات المتحدة الأمريكية والتي أدت إلى ارتفاع نسبة الجرائم- كان يلجأ إليه الادعاء العام دون أساس قانوني مُعتمد⁴، ثم توغل في أرجاء الولايات المتحدة الأمريكية كافة على الرغم من الرفض العام له في البداية، حيث إن أغلب فقهاء القانون كانوا يعارضون المساومة على الاعتراف بالذنب، ويرون أنها غير فعّالة وغير عادلة⁵.

وعلى العكس من موقف الفقه القانوني في هذا التوقيت، فإن الاعتماد الكامل للمحاكمات في النظام الأنجلو-سكسوني يعتمد على هذه العبارة التمهيدية: "هل أنت مُذنب أم غير مُذنب؟" والتي تكون من خلال جلسة تمهيدية للحكم تُسمى "الاستدعاء" تتمثل في استدعاء المتهم وإخطاره بالتهم الموجهة إليه والتصرف بموقفه فيما يتعلق بذنبه -الاعتراف- لبقية الإجراء، فيكون مصير المتهم عند تسوية الجريمة

¹ تُعرف العقوبة الرضائية بأنها، "إجراء رضائي بديل عن الدعوى الجنائية واستناداً إلى مبدأ ملائمة الدعوى الجنائية يقضي بفرض عقوبة بديلة متفق عليها بين سلطة تنفيذ القانون والمتهم منصوص عليها قانوناً، تهدف إلى تحقيق أهداف العقاب، وتؤدي إلى انقضاء الدعوى الجنائية، وذلك لمواجهة أزمة العدالة الجنائية طبقاً للاتجاهات المعاصرة للسياسة الجنائية" أحمد محمد براك، مرجع سابق، ص 208.

² George Fisher, 'Plea Bargaining's Triumph', A History of Plea Bargaining in America. Stanford, Stanford University Press. 2003, (published on 'American Journal of Ophthalmology, October, 2004, p.1245; Emilio C. Viano, 'Plea Bargaining in the United States ; a prévision of justice; Dans Revue internationale de droit pénal Revue internationale de droit pénal 2012/1Vol. 83 2012/1Vol. 83, Éditions Érès, p.112-113.

³ Babacar Niang, 'QU'EST-CE QUE LE PLEA BARGAINING ?', Dalloz « Les Cahiers de la Justice » 2012/3 N°3 , pages 89 à 101, p. 92.

⁴ Emilio C. Viano, 'Plea Bargaining in the United States; Op. Cit, p. 113.

⁵ Albert W. ALSCHULER, "The Changing Plea Bargaining Debate." *California Law Review*, vol. 69, no. 3, 1981, pp. 652-730, p.652; Schulhofer, Stephen J, "Is Plea Bargaining Inevitable?" *Harvard Law Review*, vol. 97, no. 5, 1984, p. 1037.

أن يتنازل عن الحق الدستوري المتمثل في محاكمته أمام هيئة المُحلفين، وكذلك عدد من الحقوق الدستورية، كالحق في الدفاع من خلال مناقشة الشهود، أو التأجيل لتجهيز دفاعه، وكذلك الحق في عدم تقديم دليل ضد نفسه، والحق في مواجهة المتهمين طبقاً لما هو مقرر بالدستور الأمريكي بالتعديل الخامس¹.

ومع ذلك فإن هذا النظام تحكمه بعض الضمانات الإجرائية توفيراً لحماية المتهمين لعمل نوع من التوازن بين الحقوق المتنازل عنها وبين اعترافه بموجب التفاوض، كدخوله في نظام التفاوض على الاعتراف بناءً على علم ووعي وإدراك ودراسة وإرادة حرة، فما دون ذلك يُعد انتهاكاً للإجراءات القانونية الواجبة²، رغم أن هذه العملية لا تستند أساساً على نصوص تشريعية، وإنما إلى "عُرف" عملي واسع النطاق، حتى أنه قيل عن أعضاء جهاز الادعاء العام الذين يضطلعون بتلك الممارسة -التفاوض على الاعتراف- غدوا تحت تأثيرها موظفين شبه قضائيين، وأنهم أصبح يمارسون في الواقع وظيفة قضائية³.

ونوصي ببعض الضمانات الإجرائية للمتهم والتي من شأنها أن يتم الاعتراف بالجريمة في إطار من الصحة في الإجراءات ودون أى انتهاكات، وعلى سبيل الذكر وجود سند حقيقي وواقعي يستند إليه الاعتراف، ويقصد بذلك أن يكون هناك جريمة ارتكبت بالفعل من المتهم، ويساوم ويفاوض المتهم أو الادعاء العام على الاعتراف بها في مقابل بعض الامتيازات.

كما نوصي كذلك بإيراد نص تشريعي بالنظام القانوني الأمريكي، يبين أحكام التفاوض على الاعتراف وكيفية الدخول فيه، وحقوق وضمانات المتهم وأطراف التفاوض على الاعتراف المشاركين فيه.

¹)The Constitution of the United States, On September 17, 1787, Fifth Amendment, No person shall be held to answer for a capital, or otherwise infamous crime, unless on a presentment or indictment of a Grand Jury, except in cases arising in the land or naval forces, or in the Militia, when in actual service in time of War or public danger; nor shall any person be subject for the same offence to be twice put in jeopardy of life or limb; nor shall be compelled in any criminal case to be a witness against himself, nor be deprived of life, liberty, or property, without due process of law; nor shall private property be taken for public use without just compensation.,(published on: <https://tinyurl.com/mrx6d2se>, Accessed 5/4/2024.

²Sarah-Marie Cabon, La négociation en matière pénale. Op. Cit, p.18&21; Krystia Reed, Allison Franz, Vincent Calderon, et al, Reported Experiences with Plea Bargaining, A Theoretical Analysis of the Legal Standard, 124 W. Va. L. Rev. 421 (2022), p.423

³.أحمد عوض بلال، التطبيقات المعاصرة لنظام الاتهام في القانون الأنجلو أمريكي، دار النهضة العربية، القاهرة، 1992م، ص111.

وفي نهاية القرن التاسع عشر وبداية القرن العشرين أصبح التفاوض على الاعتراف هو الإجراء الغالب لحل الدعاوى الجنائية¹، حيث إن أغلب المشاركين في عملية التفاوض على الاعتراف بالجريمة بما في ذلك -وربما بشكل خاص- المحاكم يبدون موافقين إلى حد كبير على نظام التفاوض على الاعتراف، كما في قضية "برادي ضد الولايات المتحدة الأمريكية Brady v. United States"² الأمر الذي يُقضى معه أن إطلاق حوار بين المتهم والادعاء العام، بهدف إلى إبرام اتفاق على الحكم -والذي سيقدمه الادعاء العام إلى القاضي للتصديق عليه- سيسمح بالتغلب على تأخيرات المحاكمة الجنائية وتوفير الموارد وأنظمة الدولة المثقلة والجهد المبذول³.

وفي الإطار ذاته: قرر أغلب الفقه الأمريكي تأييد هذا النظام، حيث قرر أنه دون هذا الإجراء سوف ينهار النظام القضائي؛ لأنه من الصعوبة بمكان مباشرة المحاكم القضايا كافة المنظورة أمامها، وزيادة على ذلك فإن هذا النظام اكتسب هيمنة ودعمًا مؤسسيًا من جميع أركان نظام العدالة الجنائية خلال النصف الثاني من القرن التاسع عشر⁴.

والدليل على قوة هذا النظام في التشريع الأمريكي، أنه تم حل أكثر من حوالي 90% من القضايا في الولايات المتحدة الأمريكية، مستندين في ذلك على نظام التفاوض على الاعتراف دون الاستماع إلى الأدلة، وفي المجمل يفوز المتهم بتخفيف العقوبة مقابل اعترافه⁵.

ومن هذا المنطلق وأمام المحكمة العليا الأمريكية في عام 1970م، تم الاعتراف به كنظام قضائي للفصل في القضايا الجنائية، وذلك في قضية "برادي ضد الولايات المتحدة الأمريكية Brady v. United States" والتي أضفت عليه صفة المشروعية إذا كان طوعياً وإرادياً وبناءً على معرفة وذكاء من المتهم، مُعللة ذلك أنه مفيداً للمتهمين والمدعين العامين والمحاكم، واعتبرته عنصراً فعالاً

1. Albert W. ALSCHULER, Plea bargaining and Its History, 79 Columbia Law Review, January, 1979, n°1, p.6.
2. U.S. Supreme Court, Brady v. United States, 397 U.S. 742 1970, published on <https://tinyurl.com/4skh8nrc>, Accessed, 10 November 2023.
3. Sarah-Marie Cabon, La négociation en matière pénale. Op. Cit, p.19; Emilio C. Viano, Plea Bargaining in the United States; Op. Cit, p.113.
4. Sarah-Marie Cabon, La négociation en matière pénale. Ibid., p.23; Oren Bar-Gill, and Omri Ben-Shahar, The prisoners' plea bargain dilemma. Journal of Legal Analysis, Summer, 2010, Volume 1, Number 2, pages 737-773, p.769; George Fisher, Op. Cit, p.1245.
5. Babacar Niang, QU'EST-CE QUE LE PLEA BARGAINING ?, Op. Cit, p. 93; Rachel A. Van Cleave, an offer you can't refuse ? punishment without trial in Italy and United states, the search for truth and Efficient criminal justice system 11, Emory Int' L .Rev, 419, (1997, p.429, Footnote 46.

في إدارة العدالة الجنائية، لتبسيطها لإجراءات القضائية والدعوى الجنائية في مواجهة زيادة حجم القضايا المصحوبة بنقص في الموظفين رغم الرفض العام له في البداية¹.

وفي الشأن ذاته في عام 1971م، قضت المحكمة العليا الأمريكية في قضية "سانتوبيلو ضد نيويورك" *Santobello v. New York* بإلغاء الحكم الذي قضى بحبس المتهم سنة وهي الحد الأقصى للعقوبة لعدم اعتداد محكمة الدرجة الأولى بالوعد أو الاتفاق بين المدعى العام والمتهم، والذي تضمن نصاً يلتزم به الادعاء العام بتخفيف العقوبة عن المتهم، لكن الادعاء العام في محكمة أول درجة انتهك اتفاق التفاوض على الاعتراف بينه وبين المتهم عندما طلب فعلاً الحد الأقصى للعقوبة، وعندما عُرض الحكم على المحكمة العليا الأمريكية قضت بإلغاء الحكم، وقررت أنه لكي تكون صفقة التفاوض على الاعتراف صحيحة من الناحية القانونية، فيتعين على الادعاء العام والمتهم احترام شروط الاتفاقية، وهو أنه عندما يعتمد الإقرار بدرجة كبيرة على وعد أو موافقة الادعاء العام على قبول الاعتراف بناءً على التفاوض بينه وبينه المتهم، بحيث يمكن القول إنه جزء من الإغراء أو المقابل، فيجب الوفاء بهذا الوعد، حيث إن مصلحة العدالة والاعتراف المناسب بواجبات الادعاء فيما يتعلق بالوعد التي تم التعهد بها في التفاوض على الاعتراف سيتم خدمتهما على أفضل وجه من خلال إعادة النظر في القضية².

المبحث الأول:

ماهية نظام التفاوض على الاعتراف

تمهيد وتقسيم

في مستهل القول فإن: ظاهرة التفاوض على الاعتراف هي ظاهرة محض فكر وإرادة القانون العام (النظام الأنجلو-سكسوني)، حيث استخدم المشرع الأمريكي مصطلح "التفاوض على الاعتراف" *Plea Bargaining* كتعبير عن المقصود به، وهو حدوث مساومة بين الجاني والادعاء العام على الاعتراف بالجريمة، ويجوز للادعاء العام أن يقبل اعتراف المتهم بأنه مذنب بارتكاب جريمة أقل خطورة من تلك التي كان ينوي توجيه الاتهام له بارتكابها، أو الأقل خطورة من بين الجرائم المرتكبة في حالة وجود عدد من الجرائم³.

¹ Brady v. United States, 397 U.S. 742 1970, Op.Cit; Albert W. ALSCHULER, Plea bargaining and Its History, Op.Cit, p.6; Krystia , Allison Franz, Vincent Calderon, et al. Reported Experiences with Plea Bargaining, Op.Cit, p.423.

² U.S. Supreme Court, Santobello v. New York, 404 U.S. 257 1971, published on <https://tinyurl.com/23eup3s9>, Accessed, 10 November 2023.

³ Sarah-Marie Cabon, La négociation en matière pénale. Op. Cit, p24.

وتطبيقاً حول تلك الممارسة فيطالعنا ما قرره "خالد شيخ محمد" المتهم والمُخْطِط الرئيسي لانفجارات 11 سبتمبر 2011م، واثنين من المشاركين معه في الجريمة وهما "وليد بن عطاش ومصطفى الهوساوي" والتي نفذها تنظيم القاعدة، والتي انفجر على إثرها برج التجارة العالمية بأمريكا، وقتل فيها أكثر من 3000 شخص، حيث قرر الدخول في نظام التفاوض على الاعتراف مع السلطات الأمريكية حول اعترافه بالجريمة مقابل تخفيض العقوبة الجنائية ضده، وذلك حسبما ذكرت وزارة الدفاع الأمريكية، ويأتي اتفاق الولايات المتحدة مع المتهم بعد أكثر من (16) عاماً من بدء محاكمته بتهمة الهجوم الذي نفذته تنظيم القاعدة، حيث إن المتهمين سيعاقبون وفقاً لتلك الممارسة بعقوبة السجن مدى الحياة بدلاً عن الإعدام¹.

إلا أنه وفي وقت لاحق رفض وألغى وزير الدفاع الأمريكي هذه الاتفاقية، لما له من سلطة واسعة وهو الجهة الوحيدة المنوط بها الدخول أو عدم الدخول ورفض أو قبول ممارسة التفاوض على الاعتراف حول هذه الجريمة، ليتولى بنفسه محاكمة المتهمين في خليج غوانتانامو، ليقرر برفضه ذلك، عودة عقوبة الإعدام مرة أخرى على الطاولة لثلاثة من المتهمين، الذين كان من الممكن أن يحكم عليهم بالسجن مدى الحياة في القاعدة الأمريكية في غوانتانامو، مقابل الاعتراف بالذنب².

ويلاحظ من خلال القراءة الأولية أن: التفاوض على الاعتراف يقوم على التزامات متقابلة بين المتهم وسلطة الادعاء العام، فالمتهم يُدين نفسه ويعترف على نفسه بارتكابه الجرم، في مقابل الالتزام بالعقوبة التي صدقت عليها المحكمة أو أوصى بها المدعي العام في الجريمة المتهم بها³.

وفي معرض البحث عن مفهوم هذا النظام فقد عُرض نظام التفاوض على الاعتراف على التشريع الكندي في لجنة إصلاح القانون في كندا فعرفته بأنه: "أي اتفاق يوافق بموجبه المتهم على الاعتراف بالذنب، ويوافق المدعي العام مقابل تبني أو عدم تبني مسار عمل معين"⁴.

1. See, ELLEN KNICKMEYER, LARRY NEUMEISTER and MICHAEL R. SISAK, Khalid Sheikh Mohammed, accused as the main plotter of 9/11 attacks, agrees to plead guilty, published on <https://tinyurl.com/4jz9sprp>, Accessed, 2/8/ 2024.

2. See, Luis Martinez, Austin revokes plea deal for alleged 9/11 mastermind Khalid Sheikh Mohammed and 2 others, published on <https://tinyurl.com/3797z978>, Accessed, 3/8/ 2024.

3. Albert W. ALSCHULER, Plea bargaining and Its History, Op. Cit, p.3.

4. La Commission de réforme du droit au Canada parle, «d'entente sur le plaidoyer» et définit celle-ci comme «toute entente suivant laquelle l'accusé accepte de plaider coupable, le poursuivant s'engageant en échange à adopter ou à ne pas adopter une ligne de conduite donnée», Les discussions et ententes sur le plaidoyer, Commission de réforme du droit au

المطلب الأول:

مفهوم نظام التفاوض على الاعتراف

"التفاوض" اسم والفعل "يفاض" أي "يساوم" والتفاوض مصطلح مشتق من الكلمة اللاتينية «negociation» والتي تعني "التفاوض" لعملية التفاوض تتسم بعدة خصائص، حيث تمر بعدة مراحل تبدأ بتشخيص القضية التفاوضية وانتهاء بالنتائج، كما أنها عملية تبادلية تقوم على الأخذ والعطاء بين طرفين أو أكثر، وتتسم عملية التفاوض بأنها علاقة اختيارية إرادية، أي أن الأطراف المتفاوضة لا تدخل في العملية التفاوضية دون اقتناع بأن التفاوض سيؤدي إلى مكسب لكل منهما¹.

وفي الاصطلاح يُعرف "التفاوض" بأنه: "مجموعة من المناقشات أو المحادثات بين الناس والشركاء الاجتماعيين وممثلي الدولة، التي أُجريت بهدف التوصل إلى اتفاق حول القضايا المطروحة، هذه المناقشات أو المحادثات تتمحور حول المصالح المادية أو قضايا قابلة للقياس بين اثنين أو أكثر من المتحاورين، وينطوي هذا التفاوض على مواجهة المصالح المتباينة التي سيحاول كل طرف من أطراف التفاوض القيام بها من خلال مجموعة من التنازلات المتبادلة بين الأطراف"².

والتفاوض باللغة الإنجليزية يقصد به: "عملية مساومة توافقية يسعى فيها الطرفان إلى التوصل إلى اتفاق بشأن مسألة متنازع عليها أو قد تصبح متنازعا عليها"³. واستناداً لهذا التعريف فقد تأثر بعض الفقه بتعريف التفاوض على الاعتراف بأنه: "الاعتراف بطريق المساومة يعتبر شكلاً للتفاوض، أو المساومة بين السلطات القضائية والمتهم بهدف الوصول إلى تسوية"⁴، كما عرفه الفقه بأنه: "موافقة المتهم بناءً على مفاوضات بينه وبين الادعاء العام على اعترافه بأنه مذنب بالتهم الجنائية

Canada, Document de travail n° 60, Ministère des Approvisionnements et Services Canada, 1989, p.4, sur le site <https://publications.gc.ca/site/fra/9.912094/publication.html>, consulté 12 November 2023.

¹. شيماء عادل فاضل، جواد كاظم الشمري، أساسيات العملية التفاوضية - رؤية مفاهيمية، بحث منشور في مجلة كلية مدينة العلم الجامعة، العراق، بغداد، المجلد 14، العدد 3، السنة 22، ص 64.

². Sarah-Marie Cabon, La négociation en matière pénale. Op.Cit, p13.

³. negotiation, n.1. A consensual bargaining process in which the parties attempt to reach agreement on a disputed or potentially disputed matter. B. A. GARNER, Black's Law Dictionary 8th ed. 2004, p. 3290.

⁴. السيد عتيق، مرجع سابق، ص 57.

الموجهة ضده وقبوله للحكم الصادر من المحكمة¹.

فالمفاوضة تقوم على تبادل الآراء ووجهات النظر وعرض الأفكار وطرح المناقشات وجوهرها هو الأخذ والعطاء بين الأطراف بحرية مطلقة ويُستبعد منها تمييز طرف على الآخر بتحقيق مكاسب له تزيد عن مكاسب أي من الأطراف، ومن الجدير بالملاحظة أن المفاوضات ترتب التزاماً ببذل العناية على عاتق أطرافها، وليس التزاماً بتحقيق نتيجة، فأطراف المفاوضات ليسوا ملزمين بإبرام التعاقد، فالمفاوضات يجب أن تتم بحسن نية².

أما مصطلح "الاعتراف" وطبقاً لما قرره الحكومة الأمريكية في قانون الولايات المتحدة الأمريكية بالفصل 201، القسم 3501، بالفقرة (e)، فإنه يُعرف بأنه: "أي اعتراف بالذنب بارتكاب أي جريمة جنائية أو أي بيان يدين نفسه يتم الإدلاء به أو الإدلاء به شفهيًا أو كتابيًا"³.

وفي إطار التفاوض على الاعتراف بالجريمة، فإن ما بين أطراف هذا النظام إنما هو اتفاق وتفاوض حول العقوبة وكذلك الاعتراف بالجريمة، فيقع من خلال إيجاب وقبول صحيحين، فإذا رفض أحد أطراف عملية التفاوض الدخول فيها، فلا يمكن إلزامه بقبولها، فلا يمكن إلزام المتهم بقبول الاعتراف نظير تخفيض التهمة أو تخفيف الحكم عليه، كما لا يشترط إلزام الادعاء العام بالعرض الذي يتقدم به المتهم⁴.

ويُقصد بنظام التفاوض على الاعتراف، أنه إجراء جنائي مُبسّط ينفذه المدعي العام، والذي يتاح من خلاله إمكانية التفاوض أو المساومة بين المتهم وسلطة الادعاء العام حول مجازاته بعقوبة مخففة، بإجراء حوار بين النيابة والمتهم، على أن يعترف المتهم بارتكابه الجريمة محل التحقيق أو بعض وقائعها، في مقابل بعض الامتيازات التي تمنحها له جهة الادعاء العام، مثل تكييف الواقعة الإجرامية محل

¹ Herbert S. Miller, William F. McDonald, et al., Plea Bargaining in the United States, National Institute of Law Enforcement and Criminal Justice, Law Enforcement Assistance Administration, U.S. Department of Justice, September, 1978, p12.

² هاني عبد العاطي عبد المعطي الغيتاوي، المفاوضات وأثرها على التوازن العقدي، دراسة مقارنة، بحث منشور بمجلة كلية الشريعة والقانون بطنطا، مجلد 34، العدد 3، يوليو، 2019م، ص 113.

³ refer to، 18 U.S. Code § 3501 - Admissibility of confessions، As used in this section, the term "confession" means "any confession of guilt of any criminal offense or any self-incriminating statement made or given orally or in writing" , published on: <https://www.law.cornell.edu/uscode/text/18/3501> , Accessed 10/6/2024.

⁴ غنام محمد غنام، مفاوضات الاعتراف بين المتهم والنيابة العامة في القانون الأمريكي، دار النهضة العربية، 1993م، ص 23.

الاعتراف بتكليف أقل شدة أو تقرير عقوبة أقل في مدتها، وغيرها من المسائل الإيجابية التي يستفيد منها المتهم إذا قبل التفاوض على الاعتراف¹.

التعريف المختار:

يمكن تعريف التفاوض على الاعتراف على أنه: "إجراء قانوني ينشأ بين المتهم والادعاء العام، يُقصد منه اختزال مراحل المحاكمة الجنائية التقليدية، بالدخول في مساومة حول العقوبة أو الجريمة محل الاتهام، والتي يعترف بها المتهم، في مقابل التزام جهة الادعاء العام بتخفيض العقوبة أو تغيير وصف الاتهام للجريمة، أو تقليل عدد التهم الموجهة للمتهم، ويلجأ إليه أطراف الدعوى الجنائية، للفصل فيها بعقوبة رضائية يتفق عليها أطرافها".

المطلب الثاني:

أنواع نظام التفاوض على الاعتراف

عبر وميز الفقه الأمريكي بين أنواع التفاوض والتي تتعدد بين عدة أنواع متمثلة في الأنواع الآتي بيانها، فالأول وهو «Charge Bargaining» التفاوض حول التهمة وتكييفها القانوني وإعطاء وصف قانوني أقل شدة، مثالاً لذلك، جريمة السطو المسلح التي توصف بأنها سرقة مشددة، ولكن يتم التفاوض على أنها سرقة ممتلكات الغير، كذلك إذا أتهم المتهم في الأصل بجريمة الاتجار بالمخدرات، فقد يشارك محامي الدفاع عن تهمة المخدرات لتغيير الاتهام إلى جريمة حيازة مخدرات، والثاني التفاوض حول عدد الجرائم «Count Bargaining» فيعترف بارتكابه جريمة واحدة بدلاً من عدد من الجرائم، وعلى سبيل المثال، ارتكاب متهم جريمتي سرقة واعتداء، فيُتفق على تقليل عدد الجرائم ويُعاقب بجريمة واحدة فقط هي السرقة ويسقط عنه الاتهام بالاعتداء، أما الثالث «Sentence Bargaining» والذي يجمع بين النوعين الأول والثاني وهو وعد المتهم بمنحه عقوبة بسيطة وأكثر تساهلاً من العقوبة المقررة للجريمة المرتكبة قبل اعترافه، وعلى سبيل المثال، يرتكب المتهم جريمة مقاومة الاعتقال وعقوبتها السجن، ولكن تتم المساومة على تطبيق عقوبة أقل من السجن مقابل الاعتراف عن التهمة ذاتها، النوع الرابع «Fact Bargaining» ويُعد هذا النوع أقل شيوعاً من غيره

¹. plea bargain, n. A negotiated agreement between a prosecutor and a criminal defendant whereby the defendant pleads guilty to a lesser offense or to one of multiple charges in exchange for some concession by the prosecutor, usually a more lenient sentence or a dismissal of the other charges. — Also termed plea agreement; negotiated plea; sentence bargain, B. A. GARNER, ed., Black's Law Dictionary, Op.Cit., v°Plea bargain, p. 3657; Sarah-Marie Cabon, 'La négociation en matière pénale', Op.Cit., p.24.

من الأنواع، ويقصد به أن الادعاء العام يحجب بعض الحقائق المعينة عن الجرائم التي ارتكبها المتهم والتي قد تؤثر بشكل سلبي على العقوبة المقررة وذلك بتشديدها على المتهم بدلاً من تخفيفها، ومقابل ذلك يعترف المتهم بارتكابه الجريمة كاملة، وعلى سبيل المثال، اتهم المتهم بتهرب مخدرات والقبض عليه وبحوزته (5 كيلو جرامات) من المخدرات (كوكايين) وهذه الجريمة عقوبتها السجن مدة طويلة، ولكن يُقدم المتهم بحرز من المخدرات (كوكايين) أقل من الخمسة كيلو جرامات المضبوطة فعلاً¹.

فالتفاوض على الاعتراف في التشريع الأمريكي، يتعهد فيه المتهم بالاعتراف بالتهمة ويتراجع على أنه مذنب، في مقابل تعهد سلطة الادعاء العام باختيار وصف قانوني للتهمة أخف من التكييف الأصلي لها، أو أقل الأوصاف شدة من بين أوجه الاتهام المتضمنة في ورقة الاتهام².

المطلب الثالث:

خصائص نظام التفاوض على الاعتراف

اتصف نظام التفاوض على الاعتراف بعدة خصائص نظراً لذاتيته، وهذه الخصائص متعلقة بالمقاصد التي يهدف لها، والآثار المترتبة عليه، ونعرضها بالشكل الآتي:

1. مقاصد نظام التفاوض على الاعتراف:

يهدف نظام التفاوض على الاعتراف إلى تحقيق نوع من التوازن بين حقوق المجتمع وحقوق الضحايا وحقوق المتهمين، وبين إسرار وتيرة التقاضي وإصدار أحكام عادلة في محاكمة ناجزة غير متسعة ومختلفة عن إجراءات المحاكمات الجنائية التقليدية المتخمة بالإجراءات الشكلية التي سببت بطء التقاضي وإصدار الأحكام في القضايا المودعة بالمحاكم، كما تتمثل مقاصد هذا النظام في ازدواجيته بين مقصده الذي يُنشده من الناحية العملية وكذلك من الناحية الفلسفية.

فمن الناحية العملية فإنه نظام مُدعم ومُبرر من قبل الحكومة، لتقليله أمد التقاضي بشكل كبير مقارنة بالتقاضي بالشكل التقليدي، كما أنه أكثر إنتاجية في معالجة القضايا وأكثر فعالية في الحصول على الإدانات، أضف إلى ذلك أنه يُقصد في الموارد المالية وذلك بترشيد الإجراءات الجنائية للمحاكمات ودمجها بجلسة واحدة بدلاً من نظرها في عدة جلسات الأمر الذي يجعله حلاً فعالاً لمعالجة التكدس في

¹. Pradel Jean، Le plaider coupable, confrontation des droits américain, italienet français. Op. Cit, p.474; Micah Schwartzbach،What Are the Different Kinds of Plea Bargaining?,published on <https://tinyurl.com/bm2ncjkh> , Accessed10/5/2024; Linda Sanabria, J.D. | Legally reviewed by Lisa Burden, J.D. ، Last reviewed September 12, 2023, published on <https://tinyurl.com/nbuxw6fj> , Accessed10/5/2024.

². أحمد عوض بلال، مرجع سابق، ص109.

المحاكم والدعاوى الجنائية وبطء وتراخي الفصل فيها مما يجعله سبيلاً للعدالة الناجزة، ويتيح كذلك للحكومة إضافة المزيد من الجرائم إلى القانون الجنائي بحيث تكون حياة المواطنين أكثر تنظيماً؛ نظراً لأنه يُنظر دون هيئة المحلفين المشكلة بغرض المحاكمة¹.

أما الناحية الفلسفية فتتمثل في إسباغ اللفتة الإنسانية على العدالة الجنائية المتمركزة في معناها التقليدي وسط المعاملة العقابية الموسومة بالقوة والعنف والشدة كسلب حرية المتهم كجزاء عقابي، فهذا النظام يهدف إلى تدارك إصلاح آثار الجريمة متى أمكن ذلك بدلاً عن إجراءات جنائية تقليدية طويلة ومرهقة.

ويظهر الطابع الإنساني على وجه الخصوص في النموذج الأمريكي الذي يركز بصفة أساسية على تطبيق مجموعة من التدابير غير العقابية والبرامج التأهيلية ونظم العمل التطوعي بدلاً عن عقوبة السجن².

2. آثار نظام التفاوض على الاعتراف:

لما كان المتهم قد اتجه بإرادته الحرة نحو الاعتراف بالجريمة التي ارتكبها، فكان لا بُد من مكافأته على اعترافه بمعاملة قضائية مخففة كأثر مترتب على اعترافه³، فعند الاتفاق بين الادعاء العام والمتهم حول العقوبة واجبة التطبيق والتهمة المسندة إليه، يحال الاتفاق إلى المحكمة الجنائية للتصديق عليه، وكذلك مراقبته ومراجعته بأنه تم بناءً على اتفاق رضائي بين الطرفين ليتأكد القاضي من سلامة إجراءات التفاوض، والتأكد من إرادة المتهم وأهليته وأن اعترافه صدر صحيحاً بناءً على إرادة حرة واعية، أي الإرادة الحرة غير الخاضعة لأي تأثير أو إكراه، بجانب التحقق من الاعتراف بالوقائع وبصحتها من قبل الشخص وقبوله للعقوبة المقترحة⁴، ليصدر القاضي الحكم بتوقيع العقوبة المتفق عليها، وبذلك تغلق القضية بصور الحكم المتفق عليه.

كما يُسهم التفاوض على الاعتراف في تقليل المصروفات القضائية وتوفير التكاليف المالية للقضايا، كما يساعد في تحسين سير العدالة عن طريق تقليل الوقت المخصص لكثير من القضايا التي يقبل فيها المتهم الأمر بين الإدانة والبراءة، حيث إنه يؤدي إلى إلغاء المثول أمام هيئة المحلفين التي

¹ Emilio C. Viano، Plea Bargaining in the United States; Op.Cit, p.118.

² سليمان عبد المنعم، مرجع سابق، ص 83.

³ Emilio C. Viano، Plea Bargaining in the United States; Op. Cit, p.118.

⁴ Sarah Dupont، le plaider coupable dans les systèmes Anglo-Saxon et Romano-Germanique, Revue les cahiers de la justice, édition Dalloz N°01 -France ,2015,75 à 85, p 84.

تُشكّل من أجل المحاكمة¹، رغم أنه يلاحظ أنه يترتب أعباء مالية على الدولة، خاصة إذا ما انتهى بحكم سالب للحرية، وذلك لما تتطلبه رعاية المحكوم عليه وتأهيله من نفقات².
ويتربّط كذلك على التفاوض على الاعتراف بأن المحكمة تلتزم وتتنقيد بآثار الاتفاق المبرم بين طرفي التفاوض، طالما كانت في نطاق السلطة التقديرية للدعاء العام ولم تتجاوز هذه السلطة³.
كما يترتب على نظام التفاوض على الاعتراف آثار مفادها تنازل المتهم عن عدة حقوق، ونجملها في الآتي:

1. حقه في ألا يُجبر على الشهادة ضد نفسه.
2. حقه في الحضور أمام شهود الإثبات وحدث مواجهة معهم.
3. حقه في ألا يُؤخذ بالأدلة التي تم الحصول عليها بشكل مخالف.
4. حقه في أن يُقرر المُحلفون كونه مذنباً من عدمه، حيث إن حق المتهم في المحاكمة أمام هيئة محلفين هو حق دستوري طبقاً للدستور الأمريكي الصادر بتاريخ في 17 سبتمبر 1787م⁴، بالتعديل السادس منه، والذي منح الحق للمتهم في أن تجرى محاكمته علناً وبهيئة محلفين⁵.

¹. Emilio C. Viano، Plea Bargaining in the United States; Op. Cit, p. 118.

². مدحت محمد عبد العزيز إبراهيم، مرجع سابق، ص38-39.

³. U.S.Supreme Court of Rhode Island، STATE v. Richard E. FREEMAN and John M. Abbott. 351 A.2d 8241976,(published on، <https://tinyurl.com/5adsvfmj> , Accessed، 10 November 2023.

⁴.On September 17, 1787, the United States Constitution—the oldest written constitution still in effect today—was approved and signed in Philadelphia by thirty-nine delegates to the federal conventionpublished on،<https://tinyurl.com/4b9kzan3>, Accessed، 5/4 /2024.

- ففي 17 سبتمبر 1787م، تمت الموافقة على دستور الولايات المتحدة - وهو أقدم دستور مكتوب لا يزال ساريًا حتى اليوم- وتم التوقيع عليه في فيلادلفيا من قبل تسعة وثلاثين مندوبًا إلى المؤتمر الفيدرالي.

⁵.The Constitution of the United States,On September 17, 1787, Sixth Amendment.In all criminal prosecutions, the accused shall enjoy the right to a speedy and public trial, by an impartial jury of the State and district wherein the crime shall have been committed, which district shall have been previously ascertained by law, and to be informed of the nature and cause of the accusation; to be confronted with the witnesses against him; to have compulsory process for obtaining Witnesses in his favor, and to have the assistance of counsel for his defence.,published on، <https://tinyurl.com/mrx6d2se> , Accessed 5/4/2024.

ولكن في حالة اعترافه استناداً إلى عملية التفاوض على الاعتراف، فلا مبرر لبقاء هذا الحق.

المبحث الثاني:

التكييف القانوني لنظام التفاوض على الاعتراف

تمهيد وتقسيم

نشير في هذا المبحث إلى كيفية إجراء نظام التفاوض على الاعتراف وآلية عمله بالمطلب الأول، كما نتناول الطبيعة القانونية لهذا النظام والتكييف القانوني له في المطلب الثاني، ونعرض في المطلب الثالث وجهة نظرنا حول الطبيعة القانونية للتفاوض على الاعتراف.

المطلب الأول:

آلية عمل نظام التفاوض على الاعتراف

يتميز التفاوض على الاعتراف بخاصية «الأخذ والعطاء give and take» ومعنى ذلك أن المتهم والذي يمثلته محامى مدافع عنه -وهذه ضمانات إجرائية له- قادر على الاختيار السليم وقدرته على الاقتناع بعرض واقتراح الادعاء العام، مثله مثل أي طرف في أي عقد¹، فجوهر هذا النظام هو اعتراف المتهم بالتهمة التي نسبتهما إليه سلطة الادعاء العام في مقابل العقاب بعقوبة مخففة أو تدبير عقابي بناءً على مقترح من الادعاء العام، حيث يحصل على ميزة هامة متمثلة في وصف أخف للتهمة، ثم تقضي المحكمة بهذه العقوبة في جلسة علنية بعد استدعاء المتهم للمثول أمام المحكمة ليعلن أمامها في مراحل مبكرة علناً ما إذا كان يعترف أو ينفي التهم الموجهة ضده²، لذلك سماه البعض العدالة الجنائية المتفاوض عليها³ «la justice pénale négociée».

- ومن الجدير بالذكر، أن التعديل السادس لدستور الولايات المتحدة أقر ضمن التعديلات العشرة الأولى من الدستور بـ «وثيقة الحقوق» وكانت قد اقترحت في 25 سبتمبر 1789م، وقد تم إقرارها في 15 ديسمبر 1791، وأن هذه التعديلات التي اقترحتها الكونغرس قد صادقت عليها الهيئات التشريعية لمختلف الولايات وفقاً للمادة الخامسة من الدستور، الدستور الأمريكي، التعديلات العشرة الأولى.

¹ Gifford, Donald G, Meaningful Reform of Plea Bargaining, The Control of Prosecutorial Discretion, University of Illinois Law, Rev.37, 1983, p38.

² Claire SAAS, De la composition pénale au plaider-coupable, le pouvoir de sanction du procureur. Revue de science criminelle et de droit pénal comparé, 2004, 04, p 827.

³ CÉRÉ Jean-Paul, «De la composition pénale à la comparution sur reconnaissance préalable de culpabilité, le plaider coupable à la française», AJ Pénal, 2003, p. 45.

وتخضع العدالة الجنائية في أمريكا للضمانات الدستورية الفيدرالية، إلا أنها تقع في المقام الأول على عاتق الولايات الخمسين، وليس الحكومة الفيدرالية، نظراً للطبيعة الفيدرالية للولايات المتحدة، فالولايات والمحليات لديها قوانينها الموضوعية والإجرائية الخاصة بها، ومن ثم فإن البيانات المتعلقة بالإدانة وبالاعتراف بالجريمة تختلف من ولاية إلى أخرى، وحتى إذا كانت القواعد الإجرائية تختلف من ولاية إلى أخرى، فإن الأنظمة المختلفة متشابهة بدرجة كافية بحيث يكون من الممكن تحديد المبادئ العامة لفكرة التفاوض على الاعتراف¹.

كما أن الأطراف في نظام التفاوض على الاعتراف -الادعاء العام والمتهم- يسيطرون على نتيجة القضية، فللمتهمين الحق في المطالبة بحقوقهم أو المساومة عليها، ويتمتع الادعاء العام بسلطة واسعة في اتخاذ القرار ليقرر ما إذا كان المتهم سيحاكم أم لا، اعتماداً على متغيرات مختلفة، بدءاً من قوة الأدلة ضد المتهم أو مصداقية المتهم والشهود، وهذا يمنح الادعاء العام السلطة التقديرية والمرونة في التفاوض والمساومة على الاعتراف بالجريمة²، كما أنه لا يجوز للمتهمين التفاوض على الاعتراف إلا إذا كانوا يعرفون عواقب القيام بذلك³.

المطلب الثاني:

الطبيعة القانونية لنظام التفاوض على الاعتراف

تُبنى ممارسة التفاوض على الاعتراف على الإيجاب والقبول بين الطرفين وتوافق إرادتهما معاً على الدخول في هذه الممارسة، حيث يتم الإيجاب والقبول الصحيحين بين المتهم والادعاء العام على مقترحات العقوبة المقررة والاعتراف حول الجريمة، حيث يرى هذا الاتجاه أن أقوى حقوق المتهم يمكن العثور عليها بالفعل في قانون العقود وليس في قانون المحاكمة الإجرائية⁴.
فالإيجاب سواء كان صريحاً أو ضمنياً فيكون من خلال عدد من التنازلات لصالح المتهم حتى يوافق هو أيضاً على تقديم تنازلات من جانبه، وقد يصدر الإيجاب من المتهم ويكون القبول أو الرفض

1. Emilio C. Viano, Plea Bargaining in the United States; Op. Cit, p.110; LES DOCUMENTS DE TRAVAIL DU SÉNAT, Série LÉGISLATION COMPARÉE, LE PLAIDER COUPABLE, Étude de législation comparée n° 122 - mai 2003, p.29.

2. Emilio C. Viano, Plea Bargaining in the United States, Ibid., p.111.

3. U.S. Supreme Court, McCarthy v. United States, 394 U.S. 459 (1969), (published on, <https://tinyurl.com/bddkefuk>, Accessed 12/5/2024).

4. Robert E. Scott & William J. Stuntz, Plea-Bargaining as a Social Contract, 101 YALE L. J. 1909 (1992), p.1910.

من الادعاء العام¹، أما القبول فيشترط فيه أن يكون صحيحاً بصدوره من المتهم نفسه، ولا يكفي أن يتفق محاميه مع عضو الادعاء العام دون عرض الأمر على المتهم وقبول هذا الأخير للاتفاق، كذلك يكون مبنياً على علم وإرادة، ويقصد بذلك أن يفهم المتهم معنى التفاوض على الاعتراف والتهمة الموجهة إليه، ويصدر بناءً عن إرادة واعية²، كذلك يشترط لصحة اعترافه بناءً على التفاوض أن يحصل على مساعدة من محاميه الخاص، وإن تعذر ذلك انتدب له محامياً مدافعاً عنه، مع الأخذ في الاعتبار، أحقية المتهم في التنازل عن حقه في وجود محامياً مدافعاً عنه؛ لأنه من الحقوق التي يجوز التنازل عنها³.

وننتقد هذا الاتجاه في أحقية المتهم في التنازل عن المحامي المدافع عنه باعتباره من الحقوق التي يجوز التنازل عنها، وسندنا في ذلك أن المحامين أقدر فئة مدركة لحقيقة الوقائع القانونية، وأجدر فئة لديها قدر وإف وفني في معرفة القوانين والنقاط الفنية المتعلقة بالدعاوي، لذلك نوصي بعدم جواز تنازل المتهم عن محاميه المدافع عنه سواء كان التنازل أمام الادعاء العام أو المحكمة تقديراً للدور الفعال الذي يقوم به المحامي.

التفاوض على الاعتراف له طبيعة تعاقدية:

شبه الفقه الأمريكي نظام التفاوض على الاعتراف بنظام التفاوض على العقد، حيث يتم الإيجاب والقبول الصحيحين بين المتهم والادعاء العام على مقترحات العقوبة المقررة والاعتراف حول الجريمة، ويرى الفقه الأمريكي أن أقوى حقوق للمتهم يمكن العثور عليها بالفعل في قانون العقود وليس في قانون المحاكمة الإجرائية⁴، كما تتعامل المحاكم مع صفقات التفاوض على الاعتراف على أنها عقود بين المدعين العامين والمدعى عليهم (المتهمين) وأن انتهاك المدعى عليه (المتهم) لصفقة الإقرار بالذنب

¹ غنام محمد غنام، مرجع سابق، ص 29-30.

² Sarah Dupont، le plaider coupable dans les systèmes Anglo-Saxon et Romano-Germanique, Op. Cit, p 84.

-People v. Campbell, 346 NE 2d 441 - Ill، Appellate Court, 5th Dist. 1976, published on <https://www.courtlistener.com/opinion/2241546/people-v-campbell/>, Accessed، 10/5/2024.

- «Federal Rule of Criminal Procedure 11(d requires that the court not accept a plea of guilty or nolo contendere without first, by addressing the defendant personally in open court, determining that the plea is voluntary and not the result of force or threats or of promises apart from a plea agreement», published on <https://tinyurl.com/5n7wcrjf> , Accessed، 1/12/2023.

³ People v. Campbell, 346 NE 2d 441, Op. Cit.

⁴ Robert E. Scott & William J. Stuntz، Plea-Bargaining as a Social Contract, Op. Cit, p.1910.

يشبه خرق العقد، الأمر الذي سيؤدي إلى عدم التزام المدعي العام بالتزاماته في صفقة الإقرار بالذنب¹.
والتساؤل المطروح، ما هو نوع العقد الذي يمثل طبيعة نظام التفاوض على الاعتراف؟
ونبين فيما يأتي تالياً نوع العقد وطبيعته العقدية في النظام التشريعي الأمريكي.

التفاوض على الاعتراف عقد "مساومة" في التشريع الأمريكي

في البداية للوقوف على موقف التشريع الأمريكي حول اعتبار التفاوض على الاعتراف عقد مساومة، ينبغي تعريف عقد المساومة، فيعرف عقد المساومة بأنه: "عقد يناقش طرفاه سائر شروطه إلى أن يتفقا على ما يرتضياه منها كعقد البيع أو الإيجار"².

وهذا التعريف يستدل منه على خصائص وشروط عقد المساومة، وهي قائمة على التساوي بين أطراف العقد في الإرادة، والمركز القانوني المتساوي بين أطراف العقد، وتبادل المناقشات بكامل الحرية المطلقة، فكل طرف مطلق الحرية في التعاقد على بنود العقد كافة أو بعضها دون التأثير على إرادته.

تطبيق خصائص عقد المساومة على نظام التفاوض على الاعتراف في التشريع الأمريكي:

في التفاوض على الاعتراف تظهر المساومة الحقيقية بين الأطراف المشاركة في عملية التفاوض حول الاعتراف بالجريمة، والتي تقوم على تبادل الاقتراحات والمناقشات حول العقوبة التي يتراضى عليها أطراف التفاوض وهما المتهم والادعاء العام، فهذه الاقتراحات يعرضها الادعاء العام على المتهم بما يسمى الإيجاب من أجل الدخول في مفاوضات الاعتراف، وذلك في حالة إن كانت الأدلة على إدانة المتهم بالتهمة الموجهة إليه ضعيفة ولا ترقى إلى عقابه، وفي المقابل يكون هناك قبول من المتهم -رفقة محاميه- في حالة قبوله للعرض المقدم من الادعاء العام وهكذا إلى أن يتم الاتفاق بينهما، فهو في واقع الأمر تفاوضاً حقيقياً وفعلياً دائر بين الأخذ والعطاء³، الأمر الذي يجعل التفاوض على الاعتراف

¹ plea bargain, published on https://www.law.cornell.edu/wex/plea_bargain, Accessed 10/5/2024.

² محمد حلمي السيد عيسى، تعريف العقد وتقسيماته، دراسة فقهية مقارنة بين الفقه الإسلامي والقانون المدني، بحث منشور في مجلة البحوث القانونية والاقتصادية، كلية الحقوق، جامعة المنوفية، مصر، مجلد 10، عدد 20، أكتوبر، 2001م، ص 347.

³ Pradel Jean, Le plaider coupable, confrontation des droits américain, italien et français. Op. Cit, p.480.

تصرفاً قانونياً أقرب إلى عقود المساومة¹، لما فيه من إيجاب وقبول بين الأطراف ودخولهم في مساومات ومفاوضات حول العقوبة التي ستطبق.

وتأييداً لذلك قضت المحكمة العليا للولايات المتحدة الأمريكية في إحدى أحكامها بأن فكرة العقد هي التي تحكم العلاقة بين الادعاء العام والمتهم، وهي التي تحكم تفسير عملية التفاوض على الاعتراف، فقضت في قضية "ويذرورد ضد بورسي Weatherford v. Bursey" بأن التفاوض على الاعتراف ليس من الحقوق الدستورية، وأنه ليس من النصوص التي قررت التشريعات القانونية العادية، فالأمر لا يعدو كونه اتفاق إرادتين بين طرفي التفاوض على الاعتراف².

المطلب الثالث:

وجهة نظرنا حول الطبيعة القانونية للتفاوض على الاعتراف

الطابع الخاص والخصائص الأساسية لنظام التفاوض على الاعتراف من أهم السمات التي تميزه، حيث يمثل كلّ منها موضوعاً متعمقاً في ذاته، كما أنه يشكل نوعاً جديداً من العدالة التصالحية الرضائية البديلة عن إجراءات التقاضي في معناها التقليدي³، وما ينتج عنها من تأخر وبطء في إصدار الأحكام واستهلاك للموارد المالية، بالإضافة لذلك فهو يمثل نوعاً من أنواع التصرفات في الدعاوى الجنائية، بدايةً من التفاوض مع المتهم وانتهاءً بتنفيذ هذا الاتفاق عند قبوله بتطبيق عقوبة مخففة قبل المتهم.

وتوضيحاً لذلك: فالمتهم يتخلى عن الحق في المثل أمام المحكمة لنظر الدعوى الجنائية بشكلها التقليدي-مع أية فرصة للبراءة- في حين أن المدعي العام يتخلى عن حقه في طلب أقصى عقوبة أو متابعة أو التنازل عن بعض التهم الممكنة⁴.

فيُعد نظام التفاوض على الاعتراف (استسلام) من جانب المتهم في مقابلة الادعاء العام، والذي

¹. التصرف القانوني، يقوم على إرادة منفردة لإحداث أثر قانوني، وينشئ الحقوق الشخصية والوصية، وهو بذلك تصرفاً قانونياً يقوم على إرادة منفردة، ويكسب الحقوق العينية، عبد الرزاق السنهوري، التصرف القانوني والواقعة القانونية، دروس لقسم الدكتوراه، دبلوم القانون الخاص، محاضرة ألقاها بكلية الحقوق جامعة القاهرة، 1953م-1954م، ص3.

². U.S. Supreme Court, Weatherford v. Bursey, 429 U.S. 545 (1977), published on <https://supreme.justia.com/cases/federal/us/429/545/>, Accessed, 10/5/2024.

³. فقد أثبتت العدالة التقليدية عدم استطاعتها مواجهة الزيادة في الظاهرة الإجرامية، وما تحمله هذه العدالة من شكليات تعرقل سرعة الفصل في القضايا، السيد عتيق، مرجع سابق، ص26.

⁴. Robert E. Scott & William J. Stuntz, Plea-Bargaining as a Social Contract, Op. Cit, p.1909.

يدخل مع المتهم في مفاوضات أو مساومة حول قبول اقتراح بشأن تخفيف التهمة عنه أو إسقاط بعض الجرائم أو تعديل عقوبة مشددة ليحل محلها عقوبة بسيطة، واستسلام المتهم يرجع لطبيعة نظام التفاوض على الاعتراف والذي يقوم على سند من الرضائية والتراضي والطوعية حول الاعتراف بالجريمة دون إكراه وإلا كان باطلاً.

كما أنه يمثل شكلاً جديداً من أشكال الفصل في الخصومة الجنائية، والذي يُعد حلاً بديلاً لإجراءات المحاكمات الجنائية بإجراءاتها التقليدية المعتادة وما بها من تأخير في الفصل في الدعاوى، وبطء في إجراءات التقاضي، وكثرة جلسات نظر الدعوى الجنائية، والتي تعتمد على عدة جلسات متوالية، لذلك يُعد هذا النظام إجراءً استثنائياً ذو سمات خاصة ميزته عن المحاكمات التقليدية لمواجهة أزمة العدالة الجنائية وما بها من بطء في إصدار الأحكام وفصل في الدعاوى الجنائية المعروضة على المحاكم، حيث يُفصل في الدعاوى على وجه السرعة بموجب اعتراف المتهم، الذي قُبِلَ بالعقوبة أو الحكم الذي سيصدر في حقه بناءً على تفاوضه مع الادعاء العام، كما أنه من أنظمة العقوبات الرضائية حيث يتفق الأطراف على نوع العقوبة ومقدارها بناءً على الاعتراف بارتكاب جريمة معينة.

ونرى أن التفاوض على الاعتراف في ذاته إجراء قانوني قضائي، وتصدر العقوبة فيه من القضاء وليس الادعاء العام، حيث إن دور الادعاء العام مقتصر على التفاوض مع المتهم حول التهمة والعقوبة، أما التصديق وإصدار الحكم فيقع على كاهل القضاء.

ونرى كذلك أن الحكم الصادر في دعوى تم حلها عن طريق التفاوض هو بالفعل عمل قانوني، ولكنه يختلف عن الأحكام التقليدية الناتجة عن إجراءات الخصومة، ولا يُعد الحكم مجرد خطوة إجرائية، بل هو إعلان رسمي للشروط التي اتفق عليها الطرفان أثناء المفاوضات، وبهذا المعنى، فإنه يحمل ثقلًا قانونياً وآثاراً كبيرة على جميع الأطراف المعنية، وبإصدار الحكم، تؤكد المحكمة أن الشروط المتفق عليها قابلة للتنفيذ بموجب القانون وأن الطرفان قد أوفيا بالتزاماتهما وفقاً لبنود الاتفاق.

وبالنسبة للتفاوض على الاعتراف في التشريع الأمريكي، فنجد أن التفاوض أو المساومة أو التجاذب نجد لها محلاً ظاهراً بوضوح في طبيعة العلاقة بين الادعاء العام والمتهم؛ لأنه يعيد التوازن بينهما ويجعلهما في مراكز متساوية، فالمساومة والرضائية جوهر التفاوض على الاعتراف، الأمر الذي يؤكد على أن كلا الطرفين في مركز مساوٍ للآخر دون تمييز بينهما عند الدخول في المفاوضات على الاعتراف، من خلال الإيجاب والقبول الصادر منهما حول التنازل عن بعض الحقوق والالتزامات من كل طرف، لذلك تُعد هذه الممارسة أشبه بعقود المساومة بسبب تلاقي الإرادات بين

الطرفين وما فيه من إيجاب وقبول حول الاعتراف بالتهمة وكذلك تقرير عقوبة أقل أو تهمة أخف وصفاً، لتصدر عقوبة تُرضي الأطراف.

المبحث الثالث:

مدى تصادم نظام التفاوض على الاعتراف مع الدعوى الجنائية والخصومة الجنائية

تمهيد وتقسيم:

جرى العمل من جانب الفقه التقليدي للإجراءات الجنائية على أن يخلط بين فكرة الدعوى الجنائية وفكرة الخصومة الجنائية، والمنهج العلمي يقتضي بالضرورة التمييز بينهما بوصفهما نظامان قانونيان مختلفان فكرةً ونطاقاً وأشخاصاً وآثاراً¹، فيجب عدم الخلط بين الدعوى الجنائية والخصومة الجنائية²، ويرجع سبب الخلط إلى أن قوانين الإجراءات الجنائية نفسها لا تميز بين هذين التعبيرين وإنما تستعمل وبصورة مطردة تعبيراً واحداً هو "الدعوى الجنائية" كما في قانون الإجراءات الجنائية المصري³، غير أنه جرى العمل في أغلب الأحيان أن تستعمل محكمة النقض المصرية تعبير "الخصومة الجنائية" للدلالة على معنى "الدعوى الجنائية"⁴.

ونعرض هذا المبحث من خلال طرح تساؤل ونحاول الرد عليه مجتهدين فيه للوصول إلى إجابة صحيحة متفقة مع صحيح القانون وإجراءات نظام التفاوض على الاعتراف.

والتساؤل هو: هل تُعد ممارسة التفاوض على الاعتراف باعتبارها نظاماً من الأنظمة البديلة للمحاكمة الجنائية بشكلها التقليدي، إجراءً من إجراءات الدعوى الجنائية أم من إجراءات الخصومة الجنائية، والذي تُغلق به القضية كأثر مترتب على الدخول في مفاوضات الاعتراف؟

وللرد على هذا التساؤل نقسم هذا المبحث إلى ثلاثة مطالب، الأول بعنوان: القاعدة العامة للدعوى الجنائية، والثاني القاعدة العامة للخصومة الجنائية، أما الثالث فقد جاء بعنوان: التطبيق على ممارسة التفاوض على الاعتراف.

¹. جلال ثروت، نظم الإجراءات الجنائية، دار الجامعة الجديدة للنشر، 1997م، ص271.

². أحمد فتحي سرور، الوسيط في قانون الإجراءات الجنائية، مرجع سابق، ص215.

³. جلال ثروت، مرجع سابق، ص78.

⁴. الطعن 776، لسنة 49 ق، جلسة 25 / 10 / 1979، مكتب فني 30، ق 166، ص784.

المطلب الأول:

القاعدة العامة للدعوى الجنائية

في البداية تُعرف الدعوى الجنائية بأنها: "مجموعة إجراءات يحددها القانون، وتستهدف الوصول إلى حكم قضائي، بشأن ارتكاب جريمة ونسبتها إلى شخص معين"¹.

الدعوى الجنائية: هي الطلب الموجه من الدولة إلى القضاء لإقرار حقها في العقاب عن طريق إثبات وقوع الجريمة ونسبتها إلى متهم²، ولا تعدو أن تكون وسيلة الدولة في المطالبة أمام القضاء بحق العقاب، ولذلك فتُعرف بأنها المطالبة بالحق أمام القضاء أو مطالبة النيابة العامة بتوقيع العقاب على المتهم في جريمة بواسطة القضاء الجنائي، فالحق الموضوعي للدعوى الجنائية هو حق الدولة في العقاب ذلك أنه بوقوع الجريمة ينشأ حق الدولة في عقاب المجرم، لكنها لكي تصل إلى حقها هذا لا بُد أن تطرحه على القضاء، أي أنها لا بُد أن تحرك الدعوى العمومية، وعندما تتحرك الدعوى العمومية أمام القضاء، تنشأ خصومة تتكون من مجموعة من الإجراءات المتتابعة ولا بُد في النهاية من الفصل فيها من قبل القضاء، وبذا توجد رابطة إجرائية أخرى ويتحدد أطرافها من النيابة العامة (ممثلة للمجتمع في الادعاء) والمتهم والقاضي، ويتفرد موضوعها³.

وتحريك الدعوى الجنائية هو العمل الافتتاحي للخصومة الجنائية والأداة المحركة لها، ويشتمل إلى جانب ذلك على مجموعة أخرى من الأعمال الإجرائية يربطها غرض واحد وينظمها قانون الإجراءات الجنائية، وقد يتلاقى تحريك الدعوى الجنائية مع نشوء الخصومة الجنائية كاملة، وذلك إذا كان التحريك ضد متهم معين⁴، والخصوم في الدعوى الجنائية هم النيابة العامة والمتهم⁵.

¹. نبيل مدحت سالم، المرجع نفسه، ص51.

². أحمد فتحي سرور، الوسيط في قانون الإجراءات الجنائية، مرجع سابق، ص215.

³. جلال ثروت، مرجع سابق، ص271، 272، وكذلك الصفحات من 78-79.

⁴. د/أحمد فتحي سرور، الوسيط في قانون الإجراءات الجنائية، مرجع سابق ص91؛ آمال عبد الرحيم عثمان، شرح قانون الإجراءات الجنائية، الهيئة المصرية العامة للكتاب، 1991م، ص39.

⁵. جلال ثروت، مرجع سابق، ص224؛ نبيل مدحت سالم، شرح قانون الإجراءات الجنائية، دار الثقافة الجامعية، الطبعة الرابعة، 1990م، ص55.

المطلب الثاني:

القاعدة العامة للخصومة الجنائية

الخصومة الجنائية: تُعرّف بأنها: "مجموعة من الأعمال الإجرائية تتابع منذ تحريك الدعوى وتنتهي بصدر حكم بات أو بسبب آخر من أسباب الانقضاء"¹، كما أن الخصومة الجنائية لا تترادف في معناها مع الدعوى الجنائية، فهي تعبير عن الحالة القانونية الناشئة عن رفع الدعوى الجنائية أمام القضاء، وتُشكّل الخصومة بهذا المعنى علاقة قانونية بين طرفي الدعوى الجنائية تمنحهما حقوقاً وتلزمهما بواجبات².

وتشمل الطلب الموجه من الدولة إلى القضاء لإقرار حقها في العقاب عن طريق إثبات وقوع الجريمة ونسبتها إلى متهم-وهذا هو ما تشمله الدعوى الجنائية- وكذلك الإجراءات الجنائية كافة التالية له حتى تنقضي بحكم بات أو بغير ذلك من أسباب الانقضاء³.

والخصومة الجنائية تتسم بسمات خاصة، حيث تبدأ الخصومة الجنائية من وقت تحريك الدعوى الجنائية للمطالبة بإقرار سلطة الدولة في العقاب في مواجهة شخص معين (المتهم)، وهذا معناه أنها تبدأ في مرحلة قضاء التحقيق لا قضاء الحكم، وبذلك تبدأ الخصومة الجنائية بعمل من أعمال التحقيق أيّاً كان شخص القائم به، فالعبرة بالعمل لا بشخص القائم به، ومن أجل ذلك كانت أعمال التحقيق التي يأتينا قاضي التحقيق أو عضو النيابة العامة بداية إجراءات الخصومة⁴.

وإصطلاح الخصومة يعبر عن أن أعمالها في حالة حركة، فهي تنتقل من حالة إلى أخرى ومن مرحلة لما يليها، وتبدأ مراحل الخصومة الجنائية بالتحقيق الابتدائي، ومرحلة المحاكمة، أو التحقيق النهائي، ومرحلة الطعن في الأحكام، لذلك هي عمل قانوني مُركب يأتلف من مجموعة من الأعمال المتتابعة، أما عن أطرافها فيوجد طرف أول صاحب الحق -وهو الدولة تمثلها النيابة العامة- في المطالبة بحق العقاب، وفي طرف مقابل يوجد حامل الالتزام -وهو المتهم باعتبار أنه يؤدي ذلك الحق- بيد أن هناك عنصراً قضائياً وهو القاضي فهو ملتزم أيضاً، فبمجرد أن تنشأ الخصومة عليه واجب

¹. جلال ثروت، مرجع سابق، ص 272.

². جلال ثروت، مرجع سابق، ص 272؛ نبيل مدحت سالم، المرجع نفسه، ص 52.

³. أحمد فتحي سرور، الوسيط في قانون الإجراءات الجنائية، مرجع سابق، ص 215.

⁴. نبيل مدحت سالم، المرجع نفسه، ص 52؛ جلال ثروت، المرجع نفسه، ص 275؛ أحمد فتحي سرور، الوسيط في قانون

الإجراءات الجنائية، مرجع سابق، ص 91.

القضاء في الخصومة وفض النزاع وإلا كان منكرًا للعدالة فيحق عليه الجزاء جنائياً أو تأديباً، كما أنه يحصن الادعاء ويزيل الجهالة¹.

ومن العرض السابق يتضح أن فكرة الدعوى الجنائية تفتقر عن الخصومة الجنائية، ذلك أن الخصومة الجنائية هي الشكل الإجرائي مطروحاً أمام القضاء بقصد البت في ذلك الادعاء عن طريق إزالة الجهالة فيه وإعلان حكم القانون بإزائه، لذلك فهي عمل قانوني بالضرورة؛ لأنها الوسيلة التي رسمها قانون الإجراءات لطرح النزاع أمام القضاء وكيفية البت فيه².

المطلب الثالث:

التطبيق على ممارسة التفاوض على الاعتراف

وتماشياً مع ما تم ذكره وما تناولناه من أحكام متعلقة بفكرة الدعوى الجنائية وفكرة الخصومة الجنائية، وما بيّناه من كيفية ممارسة التفاوض على الاعتراف، ورداً على التساؤل المعروض، فلعله من المفيد أن نبين أن ممارسة التفاوض على الاعتراف أسلوباً إجرائياً متبعاً في بعض الأنظمة القانونية، والذي يُقصد منه اختزال وابتسار إجراءات التقاضي أمام المحاكم الجنائية بشكلها التقليدي المعتاد، والذي يُعد بديلاً من بدائل إجراءات المحاكمات الجنائية بشكلها الكلاسيكي، والتي يمكن أن نعرفها- بدائل إجراءات المحاكمات الجنائية- بأنها: "وسيلة رضائية من وسائل السياسة الجنائية الحديثة، تهدف إلى إدارة الخصومة الجنائية، وتيسير الإجراءات الجنائية والتقاضي، للحد من بُطئها باختصارها، والفصل فيها على وجه السرعة بشكل ميسر وبإجراءات خاصة، وتؤدي إلى انقضاء الخصومة الجنائية".

ويبدأ التفاوض على الاعتراف بالجرم كما بيّنّا بإيجاب سواء صدر من المتهم أو الادعاء العام للدخول في مفاوضات الاعتراف، يتبعه قبول من جانب الطرف الآخر، وعند الاتفاق بين هذين الطرفين فلا ينتهي الأمر عند هذا الحد في هذه المرحلة، ولكن يليها مرحلة أخرى وهي عرض الاتفاق على المحكمة الجنائية لكي يراقبه القاضي من النواحي الشكلية ويتأكد من أن الدخول في مفاوضات الاعتراف كان بناءً على إرادة حرة واعية دون إكراه، وأنه تم صحيحاً، بأن تم تبصير المتهم بحقوقه المتنازل عنها، والتي لن يحصل عليها أمام المحكمة، كالحق في المحاكمة أمام هيئة محلفين، كل ذلك بقصد أن يصدر القاضي الجنائي الحكم بالعقوبة المتفق عليها مسبقاً بين أطراف التفاوض على الاعتراف (المتهم والادعاء العام)، لتعلق القضية بحكم قضائي.

¹. جلال ثروت، المرجع نفسه، ص279؛ آمال عبد الرحيم عثمان، مرجع سابق، ص40.

². جلال ثروت، المرجع نفسه، ص274.

وهذا إن دل على شيء فإنما يدل على أن: التفاوض على الاعتراف لا يقف عند حد سلطة التحقيق وهي الادعاء العام ولا ينتهي بين طرفي التفاوض وهما (المتهم والادعاء العام) مثل الدعوى الجنائية، وإنما يمتد كإجراء إلى الإحالة للمحكمة للقاضي الجنائي ليصدر حكماً قضائياً متفق عليه ليصبح القاضي نفسه طرفاً ثالثاً في القضية وهذا ما يظهر في فكرة الخصومة الجنائية، حيث إنها تبدأ بالتحقيق مروراً بالإحالة للمحكمة الجنائية لنظر الدعوى، كما أن القاضي يكون طرفاً ثالثاً في الخصومة الجنائية وهو الحال في التفاوض على الاعتراف، ولا تحول فكرة الاتفاق على العقوبة التي انفق عليها الطرفان أو الجريمة المسندة للمتهم بالاتفاق وإحالة التحقيق للمحكمة لإصدار حكمها من اعتبار أن التفاوض على الاعتراف حكماً جنائياً يصدر من المحكمة الجنائية، وكذلك لا يحول ذلك من اعتباره إجراءً من إجراءات الخصومة الجنائية، فهو لا يقف عند حد التحقيق ولكن يمتد أثره للمحكمة بصور حكم بات.

وبما لا يدع مجالاً للشك نصل إلى نتيجة مؤداها: أن ممارسة التفاوض على الاعتراف تُعد نظاماً من الأنظمة البديلة للمحاكمة الجنائية بشكلها التقليدي الكلاسيكي، وأنها إجراء من إجراءات الخصومة الجنائية، والذي تُغلق به القضية كأثر مترتب على الدخول في مفاوضات الاعتراف.

الخاتمة

إن السياسة الجنائية الحديثة تهدف إلى الحد من سلبات إجراءات نظر الدعاوى الجنائية أمام المحاكم، وإيجاد حلول من شأنها تسريع وتيرة التقاضي لإنهاء حالة البطء في المحاكمات بشكلها التقليدي، باستنباط وسائل جديدة تحقيقاً للعدالة الجنائية كالعقوبات الرضائية التي يتفق عليها أطراف الخصومة الجنائية، ويأتي نظام التفاوض على الاعتراف المتبع في النظام القانوني الأمريكي تجسيداً لهذه الفكرة وابتساراً للإجراءات المطولة، ولقد عرضنا في بحثنا المعروض والمُعنون: "التفاوض على الاعتراف في التشريع الأمريكي وأثره على الدعوى الجنائية" ممارسة التفاوض على الاعتراف كنمط إجرائي في التشريع الأمريكي، وناقشناه من خلال تقسيم البحث إلى مطلب تمهيدي وثلاثة مباحث، جاء المطلب التمهيدي بعنوان "تأصيل تاريخي لنظام التفاوض على الاعتراف في التشريع الأمريكي" «Plea Bargaining»، وعرضنا فيه التطور التاريخي لممارسة التفاوض على الاعتراف في الولايات المتحدة الأمريكية، أما المبحث الأول فقد جاء بعنوان "ماهية نظام التفاوض على الاعتراف"، وقسمناه إلى مطلب أول بعنوان "مفهوم نظام التفاوض على الاعتراف"، وعرضنا معنى مصطلح التفاوض ومصطلح الاعتراف في الاصطلاح الفقهي، كما عرضنا المقصود بفكرة التفاوض على الاعتراف، وبيّنا

في ختام المطلب تعريفنا المختار لممارسة التفاوض على الاعتراف، ومطلب ثانٍ بعنوان "أنواع نظام التفاوض على الاعتراف"، والتي تعددت فيه أنواع ممارسة التفاوض على الاعتراف التي يمكن أن يلجأ إليها الادعاء العام أو المتهم، ومطلب ثالث بعنوان "خصائص نظام التفاوض على الاعتراف"، وبيناً فيه مقاصده من الناحية العملية والفلسفية، وكذلك آثاره، والمبحث الثاني جاء بعنوان "التكييف القانوني لنظام التفاوض على الاعتراف"، وعرضناه فيه ثلاثة مطالب، جاء الأول بعنوان "آلية عمل نظام التفاوض على الاعتراف"، والمطلب الثاني بعنوان "الطبيعة القانونية لنظام التفاوض على الاعتراف"، ووضحنا فيه أن التفاوض على الاعتراف مبني على الإيجاب والقبول الصحيحين بين المتهم والادعاء العام، وأن التفاوض على الاعتراف له طبيعة تعاقدية وهو أشبه بعقود المساومة، والمطلب الثالث بعنوان "وجهة نظرنا حول الطبيعة القانونية للتفاوض على الاعتراف"، وبيناً فيه أن التفاوض أو المساومة أو التجاذب نجد لها محلاً ظاهراً بوضوح في طبيعة العلاقة بين الادعاء العام والمتهم، وختمنا البحث بالمبحث الثالث المعنون بـ "مدى تصادم نظام التفاوض على الاعتراف مع الدعوى الجنائية والخصومة الجنائية"، وعرضناه في ثلاثة مطالب، أما المطلب الأول والمُعنون بـ "القاعدة العامة للدعوى الجنائية"، وتطرقنا فيه إلى بيان الأحكام العامة للدعوى الجنائية وتعريفها، والمطلب الثاني الذي جاء بعنوان "القاعدة العامة للخصومة الجنائية"، وعرضنا فيه معنى الخصومة الجنائية وكذلك تعريفها، أما عن المطلب الثالث الذي جاء بعنوان "التطبيق على ممارسة التفاوض على الاعتراف"، وبيناً فيه أن ممارسة التفاوض على الاعتراف تُعد نظاماً من الأنظمة البديلة للمحاكمة الجنائية بشكلها التقليدي، وأنها إجراء من إجراءات الخصومة الجنائية.

ولقد تبين لنا من خلال هذا البحث مجموعة من النتائج، نعرضها.

أولاً: النتائج

1. قرر أغلب الفقه الأمريكي تأييد نظام التفاوض على الاعتراف؛ لأنه من الصعوبة بمكان مباشرة المحاكم القضايا المنظورة أمامها كافة.
2. يقع نظام التفاوض على الاعتراف من خلال إيجاب وقبول صحيحين، فإذا رفض أحد أطراف عملية التفاوض الدخول فيها فلا يمكن إلزامه بقبولها، فلا يمكن إلزام المتهم بقبول الاعتراف.
3. توصلنا إلى تعريفنا الراجح بممارسة التفاوض على الاعتراف كما بيّناه أثناء عرض البحث.
4. يهدف نظام التفاوض على الاعتراف إلى تحقيق نوع من التوازن بين حقوق المجتمع وحقوق الضحايا وحقوق المتهمين وبين تسريع وتيرة التقاضي بمحاكمات غير تقليدية.

5. يسهم التفاوض على الاعتراف في تقليل المصروفات القضائية وتوفير التكاليف المالية للقضايا، كما يساعد في تحسين سير العدالة عن طريق تقليل الوقت المخصص لكثير من القضايا التي يقبل فيها المتهم الأمر بين الإدانة والبراءة.
6. يترتب على التفاوض على الاعتراف تنازل المتهم عن حقه الدستوري في المحاكمة أمام هيئة محلفين.
7. يقوم التفاوض على الاعتراف على المساومة الحقيقية بين الأطراف، والتي تقوم على تبادل الاقتراحات والمناقشات حول العقوبة التي يتراضى عليها أطراف التفاوض وهما المتهم والادعاء.
8. التفاوض على الاعتراف إجراء استثنائي ذو سمات خاصة ميزته عن المحاكمات التقليدية لمواجهة أزمة العدالة الجنائية، ويشكل نوعاً جديداً من العدالة التصالحية الرضائية البديلة عن إجراءات التقاضي في معناها التقليدي، فهو شكلاً جديداً من أشكال الفصل في الدعاوى الجنائية.
9. التفاوض على الاعتراف في ذاته إجراء قانوني قضائي، وتصدر العقوبة فيه من القضاء وليس الادعاء العام، حيث إن دور الادعاء العام مقتصر على التفاوض مع المتهم حول التهمة والعقوبة، أما التصديق وإصدار الحكم فيقع على كاهل القضاء، وطالما كان الإجراء استثنائياً ومختلفاً عن المحاكمات التقليدية.
10. توصلنا إلى تعريف خاص لبدائل إجراءات المحاكمات الجنائية بشكلها التقليدي، والتي يمكن أن نعرفها بأنها: "وسيلة رضائية من وسائل السياسة الجنائية الحديثة، تهدف إلى إدارة الخصومة الجنائية، وتيسير الإجراءات الجنائية والتقاضي، للحد من بُطئها باختصارها، والفصل فيها على وجه السرعة بشكل ميسر وبإجراءات خاصة، وتؤدي إلى انقضاء الخصومة الجنائية".
11. التفاوض على الاعتراف لا يقف عند حد سلطة التحقيق وهي الادعاء العام ولا ينتهي بين طرفي التفاوض وهما (المتهم والادعاء العام) مثل الدعوى الجنائية، وإنما يمتد كإجراء إلى الإحالة للمحكمة للقاضي الجنائي ليصدر حكماً قضائياً متفق عليه ليصبح القاضي نفسه طرفاً ثالثاً في القضية وهذا ما يظهر في فكرة الخصومة الجنائية، لذلك يُعد التفاوض على الاعتراف من إجراءات الخصومة الجنائية.

ثانياً: التوصيات

1. نوصي ببعض الضمانات الإجرائية للمتهم والتي من شأنها أن يتم الاعتراف بالجريمة في إطار من الصحة في الإجراءات ودون أي انتهاكات، وعلى سبيل الذكر وجود سند حقيقي وواقعي يستند إليه الاعتراف.
2. نوصي كذلك بإيراد نص تشريعي في النظام القانوني الأمريكي، يبين أحكام التفاوض على الاعتراف وكيفية الدخول فيه، وحقوق وضمانات المتهم وأطراف التفاوض على الاعتراف المشاركين فيه.
3. نوصي بعدم جواز تنازل المتهم عن محاميه المدافع عنه سواء كان التنازل أمام الادعاء العام أو المحكمة تقديراً للدور الفعال الذي يقوم به المحامي، وإلمامه بالنواحي القانونية كافة والتنوع في الدعاوى الجنائية.

بيان تضارب المصالح:

يقر جميع المؤلفين أنه ليس لديهم أي تضارب في المصالح.

قائمة المراجع:

مراجع اللغة العربية

أولاً: المراجع القانونية:

1. أحمد عبد الظاهر، القوانين الجنائية الخاصة، النظرية العامة، الكتاب الأول، دار النهضة العربية، الطبعة الأولى، 2011م.
2. أحمد فتحي سرور: أ. أصول السياسة الجنائية، دار النهضة العربية، 1972م.
- ب. الوسيط في قانون الإجراءات الجنائية، دار النهضة العربية، 1985م.
- ج. الوسيط في قانون العقوبات، القسم العام، الطبعة السادسة، دار النهضة العربية، مطبوعة ومنقحة، 2015م.
3. آمال عبد الرحيم عثمان، شرح قانون الإجراءات الجنائية، الهيئة المصرية العامة للكتاب، دون رقم طبعة، دون سنة نشر.
4. جلال ثروت، نظم الإجراءات الجنائية، دار الجامعة الجديدة للنشر، 1997م.
5. نبيل مدحت سالم، شرح قانون الإجراءات الجنائية، دار الثقافة الجامعية، الطبعة الرابعة، 1990م.
6. أحمد عوض بلال، التطبيقات المعاصرة لنظام الاتهام في القانون الأنجلو- أمريكي، دار النهضة العربية، القاهرة، 1992م.
7. السيد عتيق، التفاوض على الاعتراف في قانون الإجراءات الجنائية الفرنسي في ضوء أحدث التعديلات، دراسة مقارنة، دار النهضة العربية، 2005م.
8. عمر سالم، نحو تيسير الإجراءات الجنائية، دراسة مقارنة، دار النهضة العربية، الطبعة الأولى، 1997م.
9. غنام محمد غنام، مفاوضات الاعتراف بين المتهم والنيابة العامة في القانون الأمريكي، دار النهضة العربية، 1993م.
10. محمد سامي الشوا، الوساطة والعدالة الجنائية، اتجاهات حديثة في الدعوى الجنائية، دار النهضة العربية، القاهرة، 1977م.
11. محمد وجدي عبد الصمد، دراسة تأصيلية تحليلية مقارنة، عالم الكتاب، القاهرة، الطبعة

الثانية، 1987م.

12. مدحت محمد عبد العزيز إبراهيم، الصلح والتصالح في قانون الإجراءات الجنائية، دراسة تحليلية مقارنة بين التشريعين المصري والفرنسي طبقاً لأحداث التعديلات المدخلة بالقانون رقم 174 لسنة 1998م، الطبعة الأولى، دار النهضة العربية، القاهرة، 2004م.

ثانياً: الرسائل العلمية

1. أحمد محمد براك، العقوبة الرضائية في الشريعة الإسلامية والأنظمة الجنائية المعاصرة، دراسة مقارنة، رسالة دكتوراه، كلية الحقوق، جامعة القاهرة، 1430هـ-2009م.

ثالثاً: المقالات والندوات ومواقع الإنترنت:

أ- المقالات في المجلات:

1. سليمان عبد المنعم، آلية الإقرار بالجريمة كمظهر لتطور مفهوم العدالة التصالحية في المجال الجنائي، بحث منشور بمجلة البحوث القانونية والاقتصادية، مجلد 2007، الجزء 1، العدد 1، يناير 2007م.
2. شيماء عادل فاضل، جواد كاظم الشمري، أساسيات العملية التفاوضية- رؤية مفاهيمية، بحث منشور في مجلة كلية مدينة العلم الجامعة، العراق، بغداد، المجلد 14، العدد 3، السنة 22.
3. محمد حلمي السيد عيسى، تعريف العقد وتقسيماته، دراسة فقهية مقارنة بين الفقه الإسلامي والقانون المدني، بحث منشور في مجلة البحوث القانونية والاقتصادية، كلية الحقوق، جامعة المنوفية، مصر، مجلد 10، عدد 20، أكتوبر 2001م.
4. هاني عبد العاطي عبد المعطي الغيتاوي، المفاوضات وأثرها على التوازن العقدي، دراسة مقارنة، بحث منشور بمجلة كلية الشريعة والقانون بطنطا، مجلد 34، العدد 3، يوليو 2019م.

ب- المقالات في الندوات:

1. عبد الرزاق السنهوري، التصرف القانوني والواقعة القانونية، دروس لقسم الدكتوراه، دبلوم القانون الخاص، محاضرة ألقاها في كلية الحقوق جامعة القاهرة، 1953م-1954م.

رابعاً: الأحكام القضائية

1. أحكام المحكمة الدستورية العليا المصرية.
2. أحكام محكمة النقض المصرية.

مراجع اللغات الأجنبية

أولاً: المراجع باللغة الفرنسية

Les Ouvrages:

- 1- **Babacar Niang:** QU'EST-CE QUE LE PLEA BARGAINING ?, Dalloz, , France, « Les Cahiers de la Justice » 2012/3 N°3.
- 2- **CÉRÉ Jean-Paul:** « De la composition pénale à la comparution sur reconnaissance préalable de culpabilité : le plaider coupable à la française », AJ Pénal, , France, 2003.
- 3- **Sarah Dupont:** le plaider coupable dans les systèmes Anglo-Saxon et Romano-Germanique, Revue les cahiers de la justice, édition Dalloz N°01 -France, 2015.

Les thèses:

- **Sarah-Marie Cabon:** La négociation en matière pénale. Droit, Thèse de Docteur de Université de Bordeaux, France, 2014.

Les articles:

- 1- **Claire SAAS:** De la composition pénale au plaider-coupable : le pouvoir de sanction du procureur. Revue de science criminelle et de droit pénal comparé, 2004, no 4.
- 2- **Pradel Jean:** Le plaider coupable, confrontation des droits américain, italien et français. In: Revue internationale de droit comparé. Vol. 57 N°2, 2005.
- 3- **Zwierskiowski Piotr:** L'inflation législative - quelques repères méthodologiques sur l'exemple de la législation polonaise. In: Revue internationale de droit comparé. Vol. 57 N°3, 2005.

Rapports:

- 1- La Commission de réforme du droit au Canada parle: (sur le site): <https://publications.gc.ca/site/fra/9.912094/publication.html>.
- 2- **LES DOCUMENTS DE TRAVAIL DU SÉNAT**, Série LÉGISLATION COMPARÉE, LE PLAIDER COUPABLE, Étude de législation comparée n° 122 - mai 2003.

Sites internet:

- 1- **Alain MARC:** Inflation législative, Texte n° 268 (2014-2015) , déposé au Sénat le 29 janvier 2015, (sur le site): <https://www.senat.fr/leg/ppr14-268.html>.
- 2- **Béatrice Penaud:** De l'inflation législative à la surpopulation carcérale : pour une réforme des peines, (sur le site): <https://banpublic.org/beatrice-penaud-de-l-inflation>.
- 3- <https://www.senat.fr/lng/ar.html> .

ثانياً: المراجع باللغة الإنجليزية

Dictionaries:

- **B. A. GARNER (ed.):** Black's Law Dictionary (8th ed. 2004).

Journal Articles:

- 1- **Albert W. ALSCHULER:**
- Plea bargaining and Its History, 79 Columbia Law Review, January, 1979, n°1.
 - The Changing Plea Bargaining Debate, California Law Review, vol. 69, no. 3, 1981.
- 2- **Emilio C. Viano:** Plea Bargaining in the United States ; a prévision of justice; Dans Revue internationale de droit pénal Revue internationale de droit pénal 2012/1 (Vol. 83) 2012/1 (Vol. 83), Éditions Érès.

3- **George Fisher:** Plea Bargaining's Triumph: A History of Plea Bargaining in America. Stanford: Stanford University Press. 2003, (published on): American Journal of Ophthalmology, October, 2004.

4- **Gifford, Donald G:** Meaningful Reform of Plea Bargaining: The Control of Prosecutorial Discretion University of Illinois Law, Rev.37, 1983.

5- **Herbert S. Miller, William F. McDonald, et al.:** Plea Bargaining in the United States, National Institute of Law Enforcement and Criminal Justice, Law Enforcement Assistance Administration, U.S. Department of Justice, September, 1978.

6- **Krystia Reed, Allison Franz, Vincent Calderon, et al:** Reported Experiences with Plea Bargaining: A Theoretical Analysis of the Legal Standard, 124 W. Va. L. Rev. 421 (2022).

7- **Oren Bar-Gill, and Omri Ben-Shahar:** The prisoners' (plea bargain) dilemma. Journal of Legal Analysis, Summer, 2010: Volume 1, Number 2.

8- **Rachel A. Van Cleave,:** an offer you can't refuse ?punishment without trial in Italy and United states :the search for truth and Efficient criminal justice system 11 ,Emory Int' L.Rev ,419,(1997).

9- **Robert E. Scott & William J. Stuntz:** Plea-Bargaining as a Social Contract, 101 YALE L. J. 1909 (1992).

10- **Schulhofer, Stephen J:** "Is Plea Bargaining Inevitable?" Harvard Law Review, vol. 97, no. 5, 1984.

Websites:

1- **ELLEN KNICKMEYER, LARRY NEUMEISTER and MICHAEL R. SISAK:**

Khalid Sheikh Mohammed, accused as the main plotter of 9/11 attacks, agrees to plead guilty, published on :<https://tinyurl.com/4jz9sprp>.

2- **Linda Sanabria, J.D:** Legally reviewed by Lisa Burden, J.D, Last reviewed September 12, 2023, published on: <https://tinyurl.com/nbuxw6fj>.

3- **Luis Martinez:** Austin revokes plea deal for alleged 9/11 mastermind Khalid Sheikh Mohammed and 2 others, published on : <https://tinyurl.com/3797z978> .

4- **Micah Schwartzbach:** What Are the Different Kinds of Plea Bargaining?, published on: <https://tinyurl.com/bm2ncjkh>.

Legal Texts:

a) Constitutions:

- The Constitution of the United States, On September 17, 1787.

b) Laws:

1- U.S. Code on June 19, 1968.

2- Federal Rules of Criminal Procedure - Enacted December 26, 1944 , United States.

Court Cases:

1- **U.S. Supreme Court:** McCarthy v. United States, 394 U.S. 459 (1969), (published on): <https://tinyurl.com/bddkefuk>.

2- **U.S. Supreme Court:** Brady v. United States, 397 U.S. 742 (1970), published on: <https://tinyurl.com/4skh8nrc>.

3- **U.S. Supreme Court:** Santobello v. New York, 404 U.S. 257 (1971), published on: <https://tinyurl.com/23eup3s9>.

4- U.S. Supreme Court of Rhode Island: STATE v. Richard E. FREEMAN and John M. Abbott. 351 A.2d 824 (1976), (published on): <https://tinyurl.com/5adsvfmj>.

5- People v. Campbell, 346 NE 2d 441 - Ill: Appellate Court, 5th Dist. 1976, published on: <https://2u.pw/95cexSg2..>

6- U.S. Supreme Court, Weatherford v. Bursey, 429 U.S. 545 (1977), published on: <https://supreme.justia.com/cases/federal/us/429/545/>.

i. webs:

1- <https://www.britannica.com/> .

2- <https://www.canada.ca/fr.html> .

3- <https://supreme.justia.com/> .

العمالة الفلسطينية في إسرائيل (دراسة في ضوء المواثيق الدولية)

*Palestinian employment in Israel (a study in the
light of international
Conventions)*

د. رائد عدنان
سفارة دولة فلسطين
(الجزائر)

العمالة الفلسطينية في إسرائيل (دراسة في ضوء المواثيق الدولية)

Palestinian employment in Israel (a study in the light of international conventions)

د. رائد عدنان

سفارة دولة فلسطين، (الجزائر)

raed.asad69@yahoo.com

DOI: <https://doi.org/10.70411/MJLS.1.1.2025138>

تاريخ القبول: 2024-07-29

تاريخ المراجعة: 2024-07-24

تاريخ الاستلام: 2024-07-08

ملخص:

عندما وقعت فلسطين في يد الاحتلال الإسرائيلي، عمد المحتل إلى إلحاق الاقتصاد الفلسطيني بتبعية الاقتصاد الإسرائيلي، حتى يبقى الفلسطيني خاضعاً للمحتل، وقد ألحق العمال الفلسطينيين للعمل في السوق الإسرائيلية ضمن سياسات خاصة لضمان خضوع الفلسطيني في معيشته أيضاً إلى إسرائيل، وتوافدت اليد العاملة الفلسطينية إلى إسرائيل تحت وطأة الحاجة، إلا أن المحتل اتخذ من العمال ورقة للضغط على الفلسطينيين حسب ما تمليه مصلحته وظروفه السياسية والاقتصادية، ما أدى إلى خرق المحتل لكثير من المواثيق الدولية والقانون الدولي الإنساني ومختلف الاتفاقيات الدولية التي تضمن حرية وسلامة وحقوق العمل للعامل، خاصة اتفاقية جنيف الرابعة التي تحدد واجبات الدولة المحتلة تجاه الشعب الفلسطيني.

الكلمات المفتاحية: قانون العمل، العمال الفلسطينيين، سوق العمل، العهد الدولي للحقوق الاقتصادية والاجتماعية والثقافية، الاحتلال الإسرائيلي، حق العمل، البطالة، القانون الدولي الإنساني.

Abstract:

When Palestine fell into the hands of the Israeli occupation, the occupier intended to subordinate the Palestinian economy to the Israeli economy, so that the Palestinians would remain subject to the occupier. Palestinian workers were assigned to work in Israel within special policies to ensure that the Palestinian's livelihood would also be subject to Israel, and Palestinian workers flocked to Israel under the need of poverty and lack of opportunities, the occupier used the workers' card as a pressure card, so they applied pressure according to what Israel's interest and political and economic circumstances dictated, which led to the occupier's violation of many international conventions, international humanitarian law, and various international agreements that guarantee the freedom, safety, and right to work of the worker, especially the Fourth Geneva Convention, which It defines the duties of the occupying state towards the Palestinian people.

Keywords: Labor law, Palestinian workers, labor market, International Covenant on Economic Social and Cultural Rights, Israeli occupation, right to work, unemployment, international humanitarian law.

المقدمة

تعرضت الأراضي الفلسطينية إلى موجات عديدة من هجرة الأيدي العاملة فيها إلى الخارج تركزت بصورة رئيسية في الأردن وحول دول الخليج العربي، وبعد الاحتلال الإسرائيلي لهذه الأراضي عام 1968، شهدت الأراضي الفلسطينية تطور نوع آخر جديد من الهجرة، فقد تدفق عشرات الآلاف من العاملين منها إلى سوق العمل الإسرائيلية، وفي المقابل كان لفقدان القوى العاملة أثر مباشر على اقتصادها.

ولا بُد من أن التوجه نحو السوق الإسرائيلية كان له أسبابه، ورغم ذلك فإن هذه العمالة مرت بمراحل عديدة منذ العام 1968، حيث تميزت كل مرحلة بخصائص معينة سواء من حيث السياسة الإسرائيلية أو من حيث عرض العمالة الفلسطينية نفسها.

وحق العمل كواحد من أبرز وأهم الحقوق الاقتصادية التي تضمنها العهد الدولي للحقوق الاقتصادية والاجتماعية والثقافية، التي تُعد إسرائيل طرفاً فيه، حق مقدس ويجب أن يحترم، لكن من الواضح أن العمالة الفلسطينية في إسرائيل تعاني من انتهاك واضح لحقوقها بشكل عام، سواء من قبل الحكومة الإسرائيلية وأجهزتها التنفيذية أو من أرباب العمل، والعمالة الفلسطينية تعاني من تمييز عنصري وحقوقى. يهدف هذا البحث إلى إلقاء الضوء على العمالة الفلسطينية في إسرائيل من حيث السياسية والاستراتيجية الإسرائيلية تجاه العمالة الفلسطينية، والتزامات إسرائيل كدولة محتلة تجاه العمالة الفلسطينية، فما هي ظروف العمالة الفلسطينية في إسرائيل، وما مدى التزام إسرائيل تجاه العمال الفلسطينيين حسب المواثيق الدولية والقانون الدولية؟ وللإجابة عن هذه الأسئلة ارتأينا تقسيم البحث إلى مقدمة ومبحثين وخلاصة، وعنوانت المبحث الأول بـ "العمالة الفلسطينية في إسرائيل"، وأما المبحث الثاني فقد عنوانته بـ "الالتزام الإسرائيلي بالمعايير القانونية الدولية"، مع استخدام المنهج الوصفي التحليلي في سبيل تحقيق الهدف المنشود، وعليه ذيلنا الخاتمة بالخلاصة التي تتضمن أبرز النتائج والتوصيات.

المبحث الأول:

العمالة الفلسطينية في إسرائيل

مع احتلال إسرائيل الأراضي الفلسطينية عمدت منذ البداية إلى إلحاق الاقتصاد الفلسطيني في تبعيتها، وبالضرورة إلحاق العمال الفلسطينيين للعمل داخل الأراضي المحتلة وذلك ضمن ما يتمشى مع السياسات الإسرائيلية سواء الاقتصادية أو السياسية أو غيرها من السياسات.

المطلب الأول:

السياسة الإسرائيلية تجاه العمالة الفلسطينية

قبل الحديث عن السياسة الإسرائيلية لا بُد من التعرف على ماهية العمالة، فهناك مفاهيم تتداخل مع مفهوم العمالة أو تختلف عنها، يتعين التفرقة بينهما، وأكثر ما يظهر هذا التداخل بين مفاهيم القوة البشرية والقوة العاملة والطبقة العاملة.

ولعلّ أشمل هذه المفاهيم وأوسعها هو القوة البشرية، الذي يُقصد به جميع الأفراد في المجتمع الذين أتموا الحد الأدنى لسن العمل فأكثر، والحد الأدنى في سن العمل يختلف من دولة لأخرى، فالقوة البشرية هو مفهوم سكاني.

أما القوى العاملة فيعني جميع الأفراد الذين هم في سن العمل ممن يعملون أو يبحثون عن عمل، أما مفهوم العمالة فهو يشمل فقط جميع الأفراد الذين هم في سن العمل ممن يعملون والمفهوم لا يشمل المتعطلين عن العمل¹، وعند الحديث عن العمالة الفلسطينية في إسرائيل، فإننا نتحدث عن الأشخاص الفلسطينيين الذين يعملون داخل إسرائيل دون غيرهم.

لم تتخذ أية حكومة إسرائيلية مطلقاً قراراً رسمياً يقضي بمنع الانفتاح الاقتصادي مع الأراضي الفلسطينية المحتلة، ومع هذا كانت السياسة التنفيذية تعمل على إخضاع الاقتصاد الفلسطيني لاحتياجات الاقتصاد الإسرائيلي وعدم تمكينه من بلورة اقتصاد مستقل.

تعمل سياسة الاحتلال الإسرائيلي الاقتصادية إلى إلحاق الاقتصاد الفلسطيني في الضفة الغربية وقطاع غزة بالتبعية إلى الاقتصاد الإسرائيلي، حيث قامت إسرائيل ومنذ احتلالها للأراضي الفلسطينية بتحويلها إلى طرف تابع لها، وفرضت عليها نمطاً من تقسيم العمل يخدم عملية التراكم لاقتصادها، ومن

¹. ماجد صبيح، العمالة الفلسطينية ماهيتها وخصائصها الهيكلية، مركز الديمقراطية وحقوق العاملين، رام الله، 1997، ص2-5.

أهم معالم تقسيم العمل ذلك هو قيام إسرائيل بالسيطرة على الأسواق الفلسطينية وجعلها سوقاً لبضائعها، في الوقت نفسه فرضت عليها أن تتخصص في توريد الأيدي العاملة كأحد عناصر الإنتاج إلى السوق الإسرائيلية، ومن أجل تحقيق هذه الأهداف اتبعت إسرائيل سياسات عدة منها السيطرة على الأسواق الفلسطينية وإغراقها بالبضائع الإسرائيلية والسياسة الضريبية والسيطرة على الموارد الاقتصادية وسياسة الاستيطان¹، الأمر الذي أدى في المحصلة إلى عدم قدرة الاقتصاد الفلسطيني على بناء نفسه وتدمير أركانه منذ البداية وجعله اقتصاداً تابعاً للاقتصاد الإسرائيلي.

اختلفت وجهات النظر حول تشغيل العمالة الفلسطينية في إسرائيل، سواء عند الفلسطينيين أنفسهم أو لدى الإسرائيليين، وكل من الجانبين يورد الأسباب والمسوغات لوجهة نظره، سواء المؤيد أو المعارض لهذا الموضوع².

أولاً: وجهات النظر الإسرائيلية حول العمالة الفلسطينية تنقسم إلى تيارين

الأول: المؤيدون لتشغيل اليد العاملة العبرية أو من يسمون بـ (الاستعباديين التقليديين)، حيث يهدفون إلى خلق ظروف صعبة تجبر الفلسطينيين على الهجرة، ويرون أن المناطق المحتلة جذابة ومغرية، ولكن أهلها متمردون وهم بالتالي يرفضون تشغيل اليد العاملة العربية؛ لأنهم يؤمنون (بنقاء الدولة اليهودية) ويخافون من التزايد في أعداد السكان الفلسطينيين، لأنهم بذلك سيصبحون أكثرية في إسرائيل، وكذلك فإن العمالة الفلسطينية ستغير من الدور التاريخي للعمالة اليهودية، أما أنصار وجهة النظر هذه فهم رجال الإدارة في المؤسسة الحكومية الذين يركزون على أمور منها:

التخوف على الطابع اليهودي لإسرائيل، وأن يشوه فرق الأجور صورة إسرائيل عالمياً، والتخوف كذلك من تبعات ترك العمالة الفلسطينية للعمل في إسرائيل، ومن حدوث منافسة بين اليهود الشرقيين والعمال الفلسطينيين، وقد كان صاحب هذه الفكرة هو وزير المالية الأسبق (بنحاس سبير).

الثاني: المؤيدون لتشغيل اليد العاملة الفلسطينية وهم أنصار "استغلال السكان العرب"¹، حيث يرون أن إسرائيل أصبحت دولة معترف بها، وأن مسوغات العمل العبري لم تُعد موجودة، وكذلك فهم يرون أن

¹ عبد الفتاح أبو شكر، الأوضاع الاجتماعية والاقتصادية لعمال الضفة الغربية وقطاع غزة في إسرائيل، مركز التوثيق والمخطوطات والنشر، جامعة النجاح، نابلس، 1987، ص 42.

² محمد خليفة، الطلب على العمالة الفلسطينية في إسرائيل والأراضي المحتلة، برنامج دراسات التنمية، جامعة بيرزيت، 1996، ص 121.

الاقتصاد الإسرائيلي بحاجة ماسة للعمال الفلسطينيين، وتحقيق الرفاهية لليهود على حساب العرب، وقد طرح هذه الفكرة وزير الدفاع الأسبق (موشيه ديان).

وتلقى وجهة النظر هذه التأييد من قبل المستوطنين، خاصة أصحاب الأملاك الزراعية ومقاولي البناء وأرباب العمل، وذلك لزيادة أرباحهم بسبب استخدام العمالة الفلسطينية لرخص أجرها، وتجدر الإشارة أيضا إلى أن أصحاب شعار العمل العبري لم يكن رفضهم مطلقاً، وإنما يرون أن يتم تشغيل العمال الفلسطينيين في ظروف معينة ومواسم معينة، حين يكون هناك نقص في العمالة اليهودية، أما حكومة رئيسة الوزراء الإسرائيلية جولدا مائير في ذلك الوقت، فقد أخذت برأي ديان ورفضت رأي سبير².

ثانياً: وجهات النظر الفلسطينية حول العمل الفلسطيني في إسرائيل حيث تضمن هذا الجانب وجهتي نظر

- أ. ترفض العمل داخل إسرائيل من منطلق المقاومة للاحتلال، ومقاطعة العمل، والبضائع الإسرائيلية ومنعاً للتطبيع والدمج، وهذا الموقف الذي تبنته الفصائل المسلحة وعلى رأسها حركة "فتح".
- ب. تؤيد العمل في إسرائيل من منطلق الحاجة وكسب العيش، وهذا ما تبناه الحزب الشيوعي الأردني.

إلا أن الواضح أنه لم يكن هناك سياسة إسرائيلية ثابتة واحدة تجاه هذه القضية منذ العام 1967 وحتى اللحظة، بل إن هذه السياسة الإسرائيلية تأثرت بالكثير من الظروف التي مرت بها الأراضي المحتلة، كما أنها تراوحت بين مد وجزر فيما يتعلق بالسماح للعمال الفلسطينيين بالعمل في إسرائيل وما يفعلونه على الواقع، فأرباب العمل دائماً كانوا يفضلون العمال الفلسطينيين على غيرهم، حتى وإن رفضت السلطات ذلك، وذلك لأسباب اقتصادية ونفعية بالنسبة لهم.

المطلب الثاني:

مراحل العمالة الفلسطينية في إسرائيل

من أجل التعرف أكثر على السياسة الإسرائيلية تجاه العمالة الفلسطينية فلا بُد من التطرق إلى المراحل التي مرت بها العمالة الفلسطينية في إسرائيل، والتي كانت على النحو الآتي :

¹ عبد الفتاح حجازي، الكيان الصهيوني يبتلع اقتصاديات المناطق المحتلة، مجلة مركز الدراسات الفلسطينية، العدد 31، بغداد، 1978، ص 90.

² جهاد جحشن، وماجد مرقعة، ترجمة وتحليل مواقف وآراء حول الإغلاق، رابطة الجامعيين، الخليل، 1994، ص 15.

1- الفترة ما بين 1968 - 1973م: تميزت هذه المرحلة بفتح السوق الإسرائيلية أمام العمالة الفلسطينية لتلبية الطلب المتنامي والناجم عن الازدهار الذي شهده الاقتصاد الإسرائيلي خلال تلك الفترة، حيث وصل حجم العمالة الفلسطينية في إسرائيل إلى 60 ألف عامل، أي ما يعادل 30% من إجمالي العمالة الفلسطينية آنذاك¹، ولذلك فإن إسرائيل وخلال تلك الفترة قامت بفرض الدمج الشامل على الأراضي المحتلة مع بقاء اقتصادها منفصلاً شكلياً، وهدفت إسرائيل من ذلك جني منافع الدمج دون أن تتحمل أية أعباء، ولذلك عملت على إضعاف وتشويه بنية الاقتصاد الفلسطيني وإحاقه باقتصادها².

2- الفترة ما بين 1974 - 1987م: تميزت هذه المرحلة بنوع من الانكماش الاقتصادي الإسرائيلي ترافق مع انفتاح أسواق دول الخليج العربي أمام العمالة الفلسطينية من الضفة الغربية، وقد أدى تدفق هذه العمالة من الضفة الغربية إلى دول الخليج إلى تقليص حجم العرض منها، وفي سوق العمل الإسرائيلية وحلت محلها العمالة الفلسطينية من قطاع غزة، أما فيما يتعلق بالسياسة الإسرائيلية فبقيت على حالها.

3- الفترة ما بين 1987 - 1993: وهي المرحلة التي شهدت فيها الأراضي الفلسطينية الانتفاضة الشعبية الفلسطينية، والتي شارك العمال في فعاليتها وتوقفوا عن العمل في إسرائيل أيام الإضراب الشامل، وتوقفوا جزئياً عن العمل في المستوطنات، وقد أدى ذلك إلى جانب الإجراءات الإسرائيلية لمواجهة الانتفاضة كالحصار الاقتصادي ومنع التجول إلى حدوث تدبذب ملحوظ في أعداد العاملين في إسرائيل، حيث تراجعت نسبة العمالة الفلسطينية في إسرائيل من 35% إلى 26.6%³، وذلك لأن الانتفاضة الفلسطينية ساهمت في تعميق الأزمة الاقتصادية في إسرائيل، والتي تمثلت في الركود الاقتصادي وزيادة عدد العاطلين عن العمل، ما أدى إلى ارتفاع نسبة البطالة، وألحقت الانتفاضة خسائر فادحة بالاقتصاد

¹ ليلي فرسخ، تطور العمالة الفلسطينية في إسرائيل 1967 - 1997، معهد أبحاث السياسات الاقتصادية الفلسطينية "ماس"، رام الله، 1998، ص 1.

² باسم مكحول، تحليل العرض والطلب على العمالة الفلسطينية، معهد أبحاث السياسات الاقتصادية الفلسطينية "ماس"، رام الله، 2000، ص 7.

³ المرجع نفسه، ص 11 - 12.

الإسرائيلي، ودفع شبح الانتفاضة الحكومة الإسرائيلية لاستخدام عمالة أجنبية لسد الفراغ الذي أحدثته امتناع العمال الفلسطينيين عن العمل في أسواقها¹.

وقد شهدت هذه الفترة اتخاذ إسرائيل عدة إجراءات خاصة في أعقاب حرب الخليج الأولى عام 1990، إذ هدفت هذه الإجراءات إلى تقليل حجم العمالة الفلسطينية وفرض الإغلاق الشامل على الأراضي الفلسطينية وضرورة حصول العمال الفلسطينيين على تصاريح لدخول إسرائيل.

ويؤكد معظم الدارسين أن إسرائيل في ذلك الحين فرضت بعض القيود تحت مبرر الدواعي الأمنية والهجمات "الانتحارية" لتقليل عدد العمال الفلسطينيين، وبالتالي تشجيع القدرة المحلية للتشغيل لاستيعاب الأيدي العاملة، وهذا ما كان يترافق مع رغبة الفلسطينيين في النمو الذاتي².

4- الفترة من 1994 - 2000م: وهي الفترة التي شهدت توقيع اتفاقيات السلام ما بين منظمة التحرير الفلسطينية (م.ت.ف) وإسرائيل، وقد اختلفت هذه الفترة عن غيرها، حيث شهدت هذه المرحلة دخول السلطة الفلسطينية وبروز القطاع العام، إضافةً إلى الحد من سياسة الإغلاق الإسرائيلي والتذبذب الحاد في عدد الفلسطينيين العاملين في إسرائيل³، لقد شهدت هذه المرحلة توقيع الاتفاق الاقتصادي الفلسطيني الإسرائيلي - بروتوكول باريس - في العاصمة الفرنسية باريس في 1994/4/29م، والذي تناول تنظيم القضايا والعلاقة الاقتصادية المختلفة بين الجانبين، كما تضمن المحافظة على حرية حركة العمال بين الجانبين، وسيكون لكل جانب مكتب استخدام لدى الجانب الآخر، ينظم وضع تشغيل العمال وفقاً للقوانين، كما سيتم شمول العمال الفلسطينيين في إسرائيل بنظام التأمين الاجتماعي الإسرائيلي بالاتفاق بين مؤسسة التأمين الوطني الإسرائيلية والسلطة الفلسطينية.

والملاحظ أن هذا الاتفاق لم يعالج قضايا عامة مثل الإغلاق الذي كانت تفرضه إسرائيل على الأراضي الفلسطينية، وبقيت إسرائيل كما كانت تمنع العمال الفلسطينيين من التوجه إليها متى تشاء، وتلقي القبض على العمال الذين يدخلون إليها دون تصاريح...الخ⁴.

¹ ربحي قطامش، طرد العمال العرب مأزق اقتصادي سياسي، مركز الزهراء للدراسات والأبحاث، القدس، الطبعة الأولى، 1991، ص 37-42.

² نيلي فرسخ، مرجع سابق ص 40-41.

³ باسم مكحول، مرجع سابق، ص 13.

⁴ محمد خليفة، مرجع سابق، ص 152-157.

لقد تميزت هذه المرحلة بتحول السياسة الرسمية الإسرائيلية، تجاه تقليص الاعتماد على العمال الفلسطينيين، واعتمادها على العمالة الأجنبية وانتهاج إسرائيل سياسة تقييد دخول العمال الفلسطينيين وسياسة الإغلاق، ولذلك فقد شهدت هذه المرحلة تراجعاً كبيراً في حجم العمالة الفلسطينية في إسرائيل وانخفاض عدد العمال الفلسطينيين في سوق العمل الإسرائيلية من 120 ألف عامل إلى 36 ألف عامل. وقد أدت السياسة الإسرائيلية إلى انعكاسات اقتصادية بالغة السلبية على الاقتصاد الفلسطيني، حيث ارتفعت معدلات البطالة وتراجع الدخل وتراجع مستويات المعيشة¹، وتزايد دور القطاع العام في التوظيف بفعل تشكيل الوزارات والمؤسسات والأجهزة التابعة للسلطة الفلسطينية والتي لم تستطع توفير البديل الكافي والحل الوافي لهذه المشكلة.

5- الفترة منذ سنة 2000: أي منذ اندلاع انتفاضة الأقصى والتي استغلتها الحكومة الإسرائيلية للتوصل من جميع الاتفاقيات، وفيما يتعلق بالعمالة الفلسطينية، فقد شهدت هذه الفترة تراجعاً كبيراً لم يسبق له مثيل في حجم هذه العمالة، وذلك بفعل الإجراءات الإسرائيلية التي لم يسبق لها مثيل من الإغلاق والحصار والحواجز الدائمة وإقامة الجدار العازل ومنع إصدار التصاريح... الخ، وقد اتسمت هذه الفترة باستفحال الأزمة الاقتصادية والاجتماعية في الأراضي المحتلة، وأدت الإجراءات الإسرائيلية إلى تراجع هائل في مستويات الاستهلاك والدخل والعمل وانكماش غير مسبوق في النشاط الاقتصادي، وقد تراجع الدخل القومي الفلسطيني في نهاية عام 2002 بنسبة 38%، والسبب الأقرب للأزمة الاقتصادية الفلسطينية هو الإغلاق².

المطلب الثالث:

ظروف العمالة الفلسطينية في إسرائيل

العمالة الفلسطينية في إسرائيل ومنذ الاحتلال الإسرائيلي للضفة الغربية وقطاع غزة عام 1967م، لم تستمر بوتيرة واحدة وثابتة، وقد تعرضت خلال ذلك لعدة ظروف وضعتها في حيز المعاناة، ومن هذه الظروف:

1- تشغيل الأحداث: من المعروف أن قانون العمل الإسرائيلي لا يسمح بهذه المسألة، ولذلك فإن ذلك كان يتم عن طريق سماسرة العمال، وبالتالي كان هؤلاء الأحداث عرضة للاستغلال والتحكم من

¹ ليلى فرسخ، مرجع سابق، ص2.

² منظمة العفو الدولية، إسرائيل والأرض المحتلة، العيش تحت الحصار، وثيقة رقم MDE15/064/2003، 2003.

السماسة وأصحاب العمل، عدا عن الظلم لطفولتهم وإقحامهم في العمل وإبعادهم عن مقاعد الدراسة، وفي العام 1978م، أثارت ضجة في إسرائيل حول هذا الموضوع واتهم رئيس الوزراء الإسرائيلي الأسبق اريئيل شارون بتشغيل أحداث في مزرعته الخاصة، فأقام الجيش حواجز على مدخل غزة لمنع الأطفال من الذهاب للعمل داخل إسرائيل¹.

2- طول يوم العمل: من المعروف أن العامل الفلسطيني كان يبدأ العمل عند المشغل الإسرائيلي في ساعات الصباح الباكر (الرابعة أو الخامسة) ويستمر حتى الخامسة أو السادسة مساءً، عدا عن أنه يعمل في أعمال شاقة، بالإضافة إلى السفر والتنقل لمسافات طويلة في حافلات غير مريحة مع تحمل العمال لتكاليف السفر.

3- المبيت في أماكن العمل: هناك نسبة ليست بسيطة من العمال، كانت تفضل المبيت في أماكن عملها وذلك لأسباب طول فترة العمل، وبسبب الوقت الطويل الذي كان يستغرقه العامل ذهاباً وإياباً وارتفاع تكاليف السفر، علماً أن المبيت في إسرائيل كان يُعد مخالفة قانونية، إضافةً إلى الخطورة التي كان يواجهها العمال بسبب ذلك، بالإضافة إلى ظروف المبيت السيئة.

4- الفصل التعسفي من العمل: تبين أن 95% من العمال الفلسطينيين المفصولين من عملهم تم فصلهم دون إنذار مسبق من صاحب العمل الإسرائيلي، والفصل لأي سبب كان دون دفع أي تعويض لهم².

بل إن الاتحاد العام لعمال إسرائيل "الهستدروت"، والحكومة الإسرائيلية شجعا أرباب العمل اليهود على فصل العمال العرب في أوقات الأزمات الاقتصادية، ما كان يؤدي إلى زيادة نسبة العاطلين عن العمل في صفوف العمال الفلسطينيين³.

إضافة إلى أن الاقتصاد الفلسطيني بشكل عام والعمالة بشكل خاص تتأثر بشكل كبير بالتقلبات التي تحدث في الاقتصاد الإسرائيلي، فعندما تحدث أزمة في إسرائيل، فإن العمالة الفلسطينية هي المتضرر الأول، وبالتالي فإن إجراءات الاحتلال كالإغلاق والحصار تؤثر سلباً على العمالة الفلسطينية

¹ غطاس أبو عطية، واقع الطبقة العاملة في الضفة الغربية وقطاع غزة، صامد الاقتصادي، المجلد الخامس، السنة السادسة، العدد 39، 1983، ص15.

² محمد خليفة، مرجع سابق، ص138.

³ جورج كرز، موقع قوة العمل العربية في الاقتصاد الإسرائيلي وآفاق التغيير، مركز العمل التنموي، القدس، 1995، ص

في إسرائيل؛ لأن هذه العمالة تشكل ثلث العمالة الفلسطينية، وعوائد العاملين الفلسطينيين في الاقتصاد الإسرائيلي تشكل ثلث الناتج المحلي الإجمالي للأراضي المحتلة، ولهذا السبب أصبح العمال الفلسطينيون ورقة ضغط سياسية بيد إسرائيل.

إن انتقال العمالة الفلسطينية في إسرائيل يؤدي إلى حدوث اختناقات في السوق الفلسطينية، حيث تحدث البطالة في قطاعات عديدة وفائض عمالة في قطاعات أخرى، كما أن هذا الانتقال يؤثر على حجم العمالة الفلسطينية وتوزيعها القطاعي، ما يجعلها تتسم بالتذبذب.

وانتقال العمالة إلى إسرائيل يزيد من تكاليف الإنتاج في الاقتصاد الفلسطيني، وذلك بسبب زيادة مستوى الأجور في الأراضي المحتلة، كما أن لانتقال العمالة الفلسطينية في إسرائيل، آثار سلبية من الناحية الاجتماعية، حيث يزداد تشغيل الأحداث وإضعاف مستواهم العلمي، بالإضافة إلى تحويل الفلاح إلى عامل وبالتالي فك ارتباطه بأرضه وإضعاف القطاع الزراعي¹، ولعل السبب الرئيس والمباشر لتحويل الكثير من الفلاحين إلى عمال يعملون في السوق الإسرائيلية هو نهج سلطات الاحتلال لأراضيهم ومواردهم الزراعية، وبالتالي ضرب قطاع الزراعة الفلسطينية².

المطلب الرابع:

عوامل توجه العمال الفلسطينيين إلى إسرائيل

أولاً: أسباب تدفق العمالة الفلسطينية إلى إسرائيل

معظم الدراسات تشير إلى أن آلية توجه العمال الفلسطينيين إلى السوق الإسرائيلية تتمثل في عوامل الدفع في الأراضي المحتلة، وعوامل الجذب في الجانب الإسرائيلي المقابل، حيث تتمثل كل من عوامل الدفع والجذب في أمور كثيرة³، ورغم أن هناك رفضاً من قبل الفلسطينيين للعمل في إسرائيل من منطلق المقاومة ورفض التطبيع والدمج، إلا أن هناك ظروفًا وأسباباً دفعتهم للعمل فيها ومنها:

أ- البطالة في الأراضي المحتلة: من المعروف أن الاحتلال الإسرائيلي كان سبباً لهذه البطالة، وهو لم يعمل على إنهاء هذه المشكلة بدليل قيامه بإنشاء مشروعات استهلاكية ليست إنتاجية، وهذه المشروعات كانت مكتملة لحاجة الاقتصاد الإسرائيلي، ويُعد تخلف القطاعات الاقتصادية وعدم مقدرتها

¹ محمد خليفة، مرجع سابق، ص 150 - 152.

² جورج كرزيم، مرجع سابق، ص 23.

³ عبد الفتاح أبو شكر، مرجع سابق، ص 33.

على استيعاب العمالة الفلسطينية السبب الرئيس لهذه البطالة¹، وقد كان تدفق الهجرة اليهودية ونمو السكان اليهود في فلسطين هو المؤثر الرئيس في الحالة العمالية وظهور البطالة في صفوف العمال الفلسطينيين، وذلك لأن السلطات الإسرائيلية جهدت لتوفير ظروف العمل لليهود؛ ولأن انتشار البطالة بينهم قد يعيق قدومهم إلى فلسطين، وقد وصلت البطالة ذروتها في العام 1968م، ثم عادت للانخفاض بعد ذلك².

ب- فرق الأجور بين الأراضي المحتلة وإسرائيل: فمن المعروف أن أجور العمال داخل إسرائيل كانت أفضل من الأجور في الأراضي الفلسطينية المحتلة، وهذا بعد ذاته يشكل عامل دفع وجذب، فالأجر المنخفض في الأراضي المحتلة، يدفع العمال إلى التوجه للعمل في السوق الإسرائيلية، والأجر المرتفع في السوق الإسرائيلية يجذب العمالة الفلسطينية باتجاهه.

ج- التسهيلات الإسرائيلية: والمتمثلة في توفير وسائل النقل للعمال خاصة في بدايات السماح للعمال الفلسطينيين بالعمل في إسرائيل، كذلك وسيلة دفع الأجر التي كانت في معظمها أسبوعية.

د- التبدل في الموقف السياسي³: كانت أفكار الفلسطينيين تدور حول أن الاحتلال مؤقت وسيزول ولذلك كانت الدعوة قوية لمقاطعة العمل في إسرائيل، ومع مرور الوقت وبقاء الاحتلال أجبر الناس على التعامل معه وقبول العمل في إسرائيل.

هـ- حالة الفقر وسوء البنية التحتية وعدم تطور أسواق العمل الفلسطينية: مع النمو السريع لحجم العمالة الفلسطينية وعرضها.

و- انخفاض مستوى التعليم والتدريب المهني لدى العمال الفلسطينيين.

ثانياً: دوافع الطلب الإسرائيلي على العمالة الفلسطينية

إن مسألة تشغيل العمال الفلسطينيين في الاقتصاد الإسرائيلي شكلت حلقة أساسية في سياق السيطرة الاقتصادية، ولذلك كان البعد الاقتصادي والسياسي هو المحرك الأساسي لتشغيل الأيدي العاملة الفلسطينية في إسرائيل، ولذلك فدوافع تشغيل العمالة الفلسطينية من قبل إسرائيل لم تكن دوافع اقتصادية فقط، فقد ترافقت معها دوافع سياسية.

¹ محمد خليفة، مرجع سابق، 145-146.

² إياس سعد، إسرائيل والبطالة، مركز الأبحاث، (م.ت.ف، بيروت)، 1968، ص23.

³ رجي قطامش، مرجع سابق، ص23.

أ- **الدوافع الاقتصادية:** من المعروف أن العمال الفلسطينيين كانوا تحت ضغط الحاجة والاستعداد للعمل تحت أية ظروف، ولذلك فقد كانوا يعملون في ظروف استثنائية في الأعمال الشاقة، وأهمها قطاعي البناء والزراعة، دون المطالبة بتوفير إجراءات السلامة المطلوبة، ولذلك هناك فارق كبير من الأجور ما بين العمال الفلسطينيين والعمال اليهود والأجانب، وأرباب العمل كانوا بحاجة إلى خفض تكاليف الإنتاج، كما أن تكلفة العامل الفلسطيني كانت أقل بكثير من نظيره العامل اليهودي أو الأجنبي¹.

ب- **الدوافع السياسية** التي تمثلت في:

1. إن رفع المستوى المعيشي للفلسطينيين كما توقع موشيه ديان، سيكون بمثابة التعويض لهم عن فقدان الحقوق السياسية وفي مقدمتها حق الاستقلال الوطني وتجسيد الكيان الفلسطيني المستقل.
2. تخفيف روح الولاء الوطني والروح الثورية بإزالة التحفظات والصراع من جانب واحد، أي الشعب الفلسطيني إزاء الاحتلال بمعنى (التطبيع).
3. حل الأزمة الاقتصادية في الأراضي المحتلة لإبعاد الفلسطينيين عن أعمال العنف والمقاومة المسلحة، على اعتبار أنها نتيجة للفقر والأزمة الاقتصادية والسكانية².

المبحث الثاني:

الالتزام الإسرائيلي بالمعايير القانونية الدولية

المطلب الأول:

التزامات إسرائيل كدولة احتلال تجاه الفلسطينيين

تتطبق مجموعتان من الأطر القانونية المكملة لبعضها على سلوك إسرائيل في الأراضي المحتلة وقطاع غزة، وهما القانون الدولي لحقوق الإنسان والقانون الدولي الإنساني.

أولاً: القانون الدولي لحقوق الإنسان

يتضمن القانون الدولي لحقوق الإنسان ذو الصلة بمعاهدات حقوق الإنسان التي صادقت عليها إسرائيل، وأكثرها أهمية العهد الدولي الخاص بالحقوق الاقتصادية والاجتماعية والثقافية والعهد الدولي

¹ ليلي فرسخ، مرجع سابق، ص 36-39.

² ريجي قطامش، مرجع سابق، ص 24-26.

الخاص بالحقوق المدنية والسياسية، والاتفاقية الدولية للقضاء على جميع أشكال التمييز العنصري وغيرها...¹.

أ- العهد الدولي الخاص بالحقوق الاقتصادية والاجتماعية والثقافية

يقتضي العهد الدولي الخاص بالحقوق الاقتصادية والاجتماعية والثقافية التي صادقت عليه إسرائيل في العام 1991م، من الدول الأطراف ضمان إنفاذ بعض الحقوق الأساسية، بما فيها حق العمل والتعليم والصحة والحق في مستوى معيشي وافٍ، وحق العمل أداة توصل إلى ممارسة الحقوق الأخرى، مثل مستوى المعيشة الكافي، كما أن العمل يشكل جانباً ملازماً لكرامة الإنسان وتحقيق ذاته وحاجة إنسانية أساسية تستحق اعتبارها حقاً منفصلاً في العهد الدولي الخاص بالحقوق الاقتصادية والاجتماعية والثقافية. ولذلك يكفل العهد الدولي الخاص بالحقوق الاقتصادية والاجتماعية والثقافية حق العمل في المادة (6)، التي تنص على:

- تعترف الدول الأطراف في هذا العهد بالحق في العمل، الذي يشمل ما لكل شخص من حق في أن تتاح له إمكانية كسب رزقه بعمل يختاره، أو يقبله بحرية، وتقوم باتخاذ تدابير مناسبة لصون هذا الحق.

- يجب أن تشمل التدابير التي تتخذها كل من الدول الأطراف في هذا العهد، لتأمين الممارسة الكاملة لهذا الحق بتوفير برامج التوجيه والتدريب التقنيين والمهنيين، والأخذ في هذا المجال بسياسات وتقنيات من شأنها تحقيق تنمية اقتصادية واجتماعية وثقافية مطردة وعمالة كاملة ومنتجة في ظل شروط تضمن للفرد الحريات السياسية والاقتصادية الأساسية، ويكفل هذا العهد في المادة السابعة حق جميع الأشخاص أن يعيشوا عيشاً كريماً هم وأسره.

ويفرض الحق في العمل ثلاثة أنواع من الواجبات على الدول الأطراف:

- الاحترام الذي يقتضي من الدول الأطراف عدم اتخاذ تدابير تمنع الوصول إلى العمل.
- الحماية التي تقتضي عدم إقدام المؤسسات والأفراد غير التابعين للدول على حرمان الأشخاص من الوصول إلى عملهم.
- الوفاء الذي يقتضي من الدول الأطراف اتخاذ المبادرة للقيام بأنشطة ترمي إلى تعزيز حصول الشخص على العمل.
-

¹. منظمة العفو الدولية، مرجع سابق، ص55

ب- العهد الدولي الخاص بالحقوق المدنية والسياسية:

تكفل مواد هذا العهد عدة حقوق من أبرزها حق الحرية في التنقل في المادة (12)، وإذا ما أُجيز لدول أن تفرض قيوداً على هذا الحق في ظروف معينة، فيجب أن تكون هذه القيود متمشية مع الحقوق الأخرى، المعترف بها في العهد. ويقتضي العهد على الدول الأطراف اتخاذ التدابير اللازمة لحماية هذا الحق، كما نص العهد الدولي للحقوق المدنية والسياسية في المادة (7) على عدم التعرض للمعاملة أو العقوبة القاسية أو اللاإنسانية أو الكرامة، ويترتب على الدول الأطراف احترام وكفالة هذه الحقوق دون تمييز بسبب العرق أو اللون أو الجنس أو اللغة أو الدين أو الرأي سياسياً أو غير سياسي أو الأصل العرقي أو الاجتماعي أو الثروة أو النسب، أو غير ذلك من الأسباب حسب المادة (2).

ثانياً: القانون الدولي الإنساني

ترد القواعد الأهم التي تنظم سلوك دولة الاحتلال في معاملتها للمدنيين في الأراضي المحتلة في اتفاقية جنيف الرابعة وبروتوكولات لاهاي، وتعتبر هذه القواعد قانوناً دولياً عرفياً ملزماً لجميع الدول، والمادة (27) هي حجر الأساس في اتفاقية جنيف الرابعة، حيث تحدد مبدأ احترام شخص الإنسان وعدم جواز انتهاك الحقوق الأساسية وحقه في عدم التعرض للتمييز.

والسؤال الذي يفرض نفسه، ما هي واجبات دولة الاحتلال طبقاً لاتفاقية جنيف الرابعة وأنظمة لاهاي، وما هي الأمور التي لا يجوز لدولة الاحتلال القيام بها طبقاً لهذه الاتفاقية.

واجبات دولة الاحتلال¹:

1. معاملة السكان الرازحين تحت الاحتلال معاملة إنسانية في جميع الأوقات حسب المادة (27) من اتفاقية جنيف الرابعة.
2. ضمان توفير المؤن الغذائية والطبية للسكان الرازحين تحت الاحتلال حسب المادة (55) من اتفاقية جنيف الرابعة.
3. ضمان توفير الخدمات الطبية والصحة العامة والمرافق الصحية والحفاظ عليها في الأراضي المحتلة وضمان قيام أفراد الجسم الطبي من جميع الفئات بمهامهم حسب المادة (56) من اتفاقية جنيف الرابعة.
4. السماح بإغاثة السكان الخاضعين للاحتلال وتسهيلها حسب المادة (59) من اتفاقية جنيف الرابعة.

¹ منظمة العفو الدولية، مصدر سابق، ص13.

والإغاثة التي يقدمها الآخرون لا تعفي دولة الاحتلال بأي شكل من الأشكال من أي من المسؤوليات المترتبة عليها بموجب المواد (55، 56، 59)، وذلك حسب المادة (61) من اتفاقية جنيف الرابعة، وهذا يؤكد أن ما تقوم به لجان الصليب الأحمر والأونروا لا يعفي إسرائيل من تحمل مسؤوليتها تجاه الفلسطينيين.

وهذا يثير التساؤل حول الأمور التي لا يجوز لدولة الاحتلال القيام بها:

1. استخدام العقاب الجماعي أو التخويف ضد السكان الرازحين تحت الاحتلال حسب المادة (33) من اتفاقية جنيف الرابعة.
2. النقل القسري لسكان الأراضي المحتلة على أراضيها أو إلى أي مكان آخر وعدم نقل شرائح من سكانها المدنيين إلى الأراضي التي تحتلها المادة (49) من اتفاقية جنيف الرابعة.
3. اتخاذ إجراءات تهدف إلى التسبب بالبطالة أو تقييد فرص العمالة في الأراضي المحتلة؛ من أجل تشجيع السكان الخاضعين للاحتلال على العمل لدى دولة الاحتلال حسب المادة (52) من اتفاقية جنيف الرابعة.
4. تدمير الممتلكات الخاصة أو العامة، حيث تدعو الضرورة المطلقة للعمليات العسكرية حسب المادة (53) من اتفاقية جنيف الرابعة.
5. مصادرة الممتلكات الخاصة أو العامة أو الموارد الطبيعية التي تعتبر دولة الاحتلال مديرة لها فقط حسب المادة (55) من أنظمة لاهاي.

ثالثاً: موقف إسرائيل من القانون الدولي

إسرائيل مسؤولة عن الالتزامات المترتبة عليها بموجب القانون الدولي لحقوق الإنسان والقانون الدولي الإنساني في معاملة الفلسطينيين الذين يعيشون في الأراضي الفلسطينية المحتلة، لكنها تنكر أنها ملزمة بتطبيق معاهدات حقوق الإنسان المتعمدة لدى الأمم المتحدة بما فيها العهد الدولي الخاص بالحقوق الاقتصادية والاجتماعية والثقافية في الأراضي المحتلة، باستثناء القدس الشرقية؛ لأنها تزعم أنه بموجب القانون الدولي فهي ليست ملزمة بتطبيق هذه المعاهدات على المناطق التي لا تشكل جزءاً من أراضيها ذات السيادة، وترى إسرائيل أن القانون الإنساني يجب أن يطبق في الأراضي المحتلة مع استبعاد القانون الدولي لحقوق الإنسان، ولكن من المبادئ الأساسية لقانون حقوق الإنسان أن يطبق العهد الدولي الخاص بالحقوق الاقتصادية والاجتماعية والثقافية وغيره من معاهدات حقوق الإنسان في جميع المناطق

التي تمارس فيها الدول الأطراف سيطرة فعلية بصرف النظر عما إذا كانت تمارس سيادتها على تلك المنطقة أم لا¹.

كما أن إسرائيل تجادل بأنه لا يمكن أن تكون مسؤولة دوليًا عن ضمان تنفيذ العهد الدولي الخاص بالحقوق الاقتصادية والاجتماعية والثقافية في الأراضي المحتلة؛ لأن أغلبية السلطات والمسؤوليات المدنية قد نقلت إلى السلطة الفلسطينية بموجب اتفاقيات أوسلو، إلا أن المادة (47) من اتفاقية جنيف الرابعة تنص على (لا يحرم الأشخاص المحميون الذين يوجدون في أي إقليم محتل في أي حال ولا بأية كيفية من الانتفاع بهذه الاتفاقية سواء بسبب أي تغيير يطرأ نتيجة لاحتلال الأراضي على مؤسسات الإقليم المذكور أو حكومته أو بسبب أي اتفاق يعقد بين سلطات الإقليم المحتل ودولة الاحتلال أو كذلك بسبب قيام هذه الدولة بضم كل أو جزء من الأراضي المحتلة).

ولم تقبل أي من الهيئات المسؤولة عن مراقبة تنفيذ معاهدات حقوق الإنسان التابعة للأمم المتحدة موقف إسرائيل حول انطباق معاهدات حقوق الإنسان على الأراضي الفلسطينية المحتلة، وهذا ما صرحت به لجنة الحقوق الاقتصادية والاجتماعية والثقافية سنة 2000م، وكذلك اللجنة الدولية للصليب الأحمر ومنظمة العفو الدولية في تقاريرها حول الأوضاع في الأراضي المحتلة.

ورغم ذلك فإن إسرائيل مازالت ترفض تطبيق معاهدات حقوق الإنسان على الأراضي الفلسطينية، وترى أن النظام القانوني المناسب الواجب تطبيقه في الأراضي المحتلة هو القانون الإنساني فقط، فقد رفضت القبول بأن العديد من المعايير واجبة التطبيق، وفي حين أنها أقرت بالانطباق القانوني لأنظمة لاهاي فقد رفضت تطبيق اتفاقية جنيف الرابعة على الأراضي المحتلة، رغم إصرار الأمم المتحدة واللجنة الدولية للصليب الأحمر والمجتمع الدولي عمومًا على أن اتفاقية جنيف الرابعة تنطبق انطباقًا كاملاً على الأراضي المحتلة.

المطلب الثاني:

الإجراءات الإسرائيلية وانتهاك حقوق العمالة الفلسطينية

لقد اتخذت إسرائيل هذه الإجراءات منذ بداية الانتفاضة عام 1989م، وبعد حرب الخليج عام 1991م، وذلك للحد من تلك الإجراءات هي قرار سياسي²، والدافع وراءه هو الهجرة اليهودية من الاتحاد السوفييتي وذلك لاستيعابهم وتشغيلهم بدلاً من العمال الفلسطينيين والعودة لتطبيق شعار العمل العبري،

¹ منظمة العفو الدولية، مصدر سابق.

² ريجي قطامش، مرجع سابق، ص 106.

وقد اتضح أنه من الصعب على الاقتصاد الإسرائيلي التخلي عن العمالة الفلسطينية، ولذلك لم ينجح بديل الاستعاضة عن العمالة الفلسطينية بعمالة أجنبية.

إن العديد من المؤسسات والشركات والمصانع وورش العمل الإسرائيلية بما فيها مجمعات صناعية تابعة "لهستدروت" كمجمع (كور)، قررت منذ أوائل التسعينات تسريح العديد من العمال الفلسطينيين واستبدالهم بعمال يهود من الاتحاد السوفييتي، وكانت تقدم الإغراءات والتسهيلات لتشجيع المهاجرين اليهود على العمل في إسرائيل¹، وقد اتخذت إسرائيل نوعين من الإجراءات للحد من تدفق العمالة الفلسطينية إليها وهي:

أولاً: القيود الإسرائيلية المفروضة على العمال الفلسطينيين

أ- إصدار الهويات الخضراء، حيث شرع بها منذ سنة 1988م، حيث كانت تعطي للمعتقلين المفرج عنهم ويمنع من يحملها من دخول إسرائيل، بالإضافة إلى ما يواجهه من متاعب إذا ما أوقفه جنود الاحتلال.

ب- إصدار البطاقات الممغنطة، حيث بدأ العمل بها منذ أيار 1989م، في قطاع غزة ولا يستطيع أي شخص دخول إسرائيل دون حصوله على هذه البطاقة، لذلك كانت أجهزة الأمن الإسرائيلي ومازالت تستغل هذه القضية لابتزاز العمال.

* (ي. د) العمر 48 عاماً متزوج ويعيل تسعة أفراد أورد أنه بتاريخ 99/2/28م، توجه إلى معبر بيت حانون "ايرز" لاستصدار بطاقة ممغنطة، حيث تم استدعائه لمقابلة ضابط مخابرات إسرائيلي والذي أخبره أنه لن يحصل على بطاقة ممغنطة إلا إذا تعامل معهم².

ج- نظام تصاريح العمل، حيث فرض هذا النظام عام 1991م، بعد حرب الخليج واشترطت السلطات الإسرائيلية حصول العامل على هذا التصريح للعمل داخل إسرائيل واستخدام هذا النظام لمعاقبة الكثير من العمال، سواء بعدم منحهم التصاريح أو إتلافها من قبل الشرطة الإسرائيلية أو قوات الجيش. إن نظام تصاريح العمل في إسرائيل كان وما زال أحد أهم وسائل الابتزاز والتحايل على العمال، وأحد أبرز المظاهر لانتهاك الحقوق الاقتصادية والاجتماعية وحرمان العمال من العيش الكريم، وهذا

¹ جورج كرزيم، مرجع سابق، ص 97.

² مركز الديمقراطية وحقوق العاملين في فلسطين، وحدة الدراسات والإعلام، حقوق عمال، رام الله، 1999، ص 5.

النظام يبقي العمال تحت رحمة رجال المخابرات الإسرائيلية الذين بيدهم قرار المنح أو عدمه، حيث يسامون العمال للعمل ضد معتقداتهم وانتمائهم مستغلين حاجة العامل للعمل¹.

(ر. م) العمر 23 عاماً متزوج ويعيل أربعة أفراد أورد أنه بتاريخ 1999/1/24م أراد استصدار تصريح عمل بعد أن تم سحبه منه سابقاً، حيث قابل ضابط مخابرات إسرائيلي يدعى إباد والذي صرح له أنه سيعطيه تصريح عمل مقابل التوقيع على ورقة يستعد فيها للعمل معهم.

د- نظام التمييز العنصري والحقوقى بحق العمال الفلسطينيين فيما يتعلق بالأمور المتعلقة بحق العمل كافة، كالأجور والإجازات والضمان الاجتماعي والتأمين، وطبيعة الأعمال التي يقوم بها العمال الفلسطينيون.

هـ- الإغلاق والحصار ومنع التجول والحواجز الفعلية على مداخل المدن والقرى والحواجز على مداخل الخط الأخضر، وأخيراً جدار الفصل العنصري، لقد اتخذت السلطات الإسرائيلية هذه الإجراءات تحت حجة الأمن ومنع العمليات ومحاربة الإرهاب وكانت تفرضها بعد كل عملية، لكن من الواضح للعيان بأن الأمن ومحاربة الإرهاب ما هو إلا غطاء لاتخاذ هذه الإجراءات التي تنتهك الحقوق الأساسية للشعب الفلسطيني، حيث كان لهذه الإجراءات عدة أهداف غير الأمن، منها إضعاف موقف المفاوض الفلسطيني وإضعاف الموقف الشعبي في حالة وجود إملاءات إسرائيلية، وتعميق التبعية الفلسطينية للاقتصاد الإسرائيلي، فالسبب وراء هذه القيود ليس التأثير على العمالة الفلسطينية فقط، وإنما هناك أسباب سياسية حيث صممت هذه القيود خاصة الحصار والإغلاق للتأثير على نتائج المحادثات، فهي تتسجم وتتنام مع المصالح الكولونيالية الإسرائيلية².

وكل هذه القيود هي أساساً قائماً على التمييز وتُفرض على الفلسطينيين وحدهم دون المستوطنين وغالباً ما تفرض لمصلحة المستوطنين، كل هذه القيود تنتهك الحقوق الفلسطينية، فهي تمس أولاً بحق الحرية في التنقل، وبالتالي تمنع العمال من الوصول إلى أعمالهم وتمنع الطلاب من الالتحاق بمدارسهم... الخ، وهذا انتهاك للقانون الدولي لحقوق الإنسان، وانتهاك لاتفاقية جنيف الرابعة، والتي تحظر العقاب الجماعي، وهي انتهاك للاتفاقية الدولية للقضاء على جميع أشكال التمييز العنصري.

¹ المرجع نفسه، ص 15.

² زهير الصباغ، العمال الفلسطينيون بين مطرقة الكولونيالية وسندان التبعية، السياسة الفلسطينية، العدد 17، مركز البحوث والدراسات الفلسطينية، 1998، ص 58-61.

و- اعتقال العمال، حيث تقوم الشرطة الإسرائيلية بنصب كمائن لهم أو مdahمة أماكن عملهم لاعتقالهم وفرض غرامات باهظة عليهم¹.

ز- مهاجمة العمال والاعتداء عليهم من قبل الشرطة أو حرس الحدود أو المستوطنين أو المتطرفين اليهود، حيث أدى تعزيز الحكومة للرأي العام الإسرائيلي بأن العمال العرب يشكلون تهديداً أمنياً محتملاً إلى هجمات غوغائية قام بها إسرائيليون ضد العمال، وقد كانت هذه الهجمات واسعة الانتشار وكانت تقوم على أساس عنصري، وأبرز مثال على ذلك الجريمة البشعة والمجزرة الدموية التي نفذها أحد الإسرائيليين بتاريخ 1995/5/20، ضد عمال فلسطينيين في عيون قارة، أسفرت عن استشهاد سبعة عمال وجرح آخرين، ولم يكن هذا الهجوم الأول أو الأخير في مسلسل السياسة الإسرائيلية المبرمجة²، حيث تنوعت الانتهاكات الإسرائيلية ما بين قتل أو طعن أو إطلاق نار أو الاعتداء بالضرب، وهذا مخالف للمادة الخامسة من الإعلان العالمي لحقوق الإنسان، التي تمنع تعريض أحد للتعذيب أو المعاملة القاسية اللاإنسانية أو الحاطة بالكرامة، كما أن حوادث الطعن والاعتداءات وإطلاق النار هي انتهاك صريح بحق العمال الفلسطينيين في الحياة والعمل وحقوقهم في الحركة والتنقل، ومن أمثلة ذلك مقتل العامل إياد العملة من قرية قبلان جراء إطلاق النار عليه سنة 1994م، وأثناء ذهابه للعمل والاعتداء بالضرب المبرح على العامل جعفر عودة من قبل صاحب العمل إيلي آرون وإخوته في أور يهودا، بسبب مطالبة جعفر بأجرته، وطعن العامل خيرى علقم بالسكاكين من قبل يهود أثناء عمله في سوبرماركت في حي مالة شعاريم، واستشهاد ثلاثة عمال من دورا على حاجز ترقوميا بعد إطلاق النار عليهم من قبل الجيش³.

ح- انتهاك أرباب العمل لحقوق العمال الفلسطينيين، حيث ظهر ذلك من خلال عدم التزام أصحاب العمل بدفع الحد الأدنى للأجر للعمال الفلسطينيين وحرمانهم من حقوقهم الاجتماعية، كالإجازة السنوية والأعياد الدينية وأجور المواصلات والنقاهة والضمان الاجتماعي، وعدم مراعاة السلامة العامة والشخصية وعدم مراعاة دفع الخطر عن العمال الفلسطينيين أثناء العمل، وبما يخالف ليس فقط العهد الدولي للحقوق الاقتصادية والاجتماعية، بل ويتعارض مع قوانين وتشريعات العمل في إسرائيل ذاتها⁴.

¹ مركز المعلومات الفلسطيني لحقوق الإنسان، من الميدان، القوة العاملة تحت سيطرة الأمن، القدس، 1992، ص12.

² رشاد المدني وزيد أبو صالح، مجزرة عيون قارة، توثيق إعلامي، الطبعة الأولى، غزة، 1990.

³ مركز الديمقراطية وحقوق العاملين في فلسطين، وحدة الدراسات والإعلام، حقوق العمال، رام الله، 1998، ص1.

⁴ المرجع نفسه، ص2.

ثانياً: القيود المفروضة على أرباب العمل والحوافز الممنوحة لهم

في الوقت الذي فرضت فيه السلطات الإسرائيلية قيوداً على العمال الفلسطينيين للحد من تدفقهم لإسرائيل، فقد فرضت قيوداً على أرباب العمل الإسرائيليين للغرض نفسه، كما قدمت لهم الحوافز من أجل تشغيل إسرائيليون من المهاجرين الجدد كالمساهمة بدفع جزءٍ من الأجرة، فقد فرضت عقوبات على أصحاب العمل الذين يشغلون عمالاً فلسطينيين لا يحملون تصاريح عمل، كما منعت أصحاب العمل من تشغيل العمال الفلسطينيين أثناء الليل، حيث صادق الكنيست الإسرائيلي في آذار 1991م، على إنزال عقوبات بحق أصحاب العمل اليهود من خلال فرض غرامة أولية بمبلغ 7000 دولار أمريكي، على كل عامل غير مسجل، بالإضافة إلى غرامة بمبلغ 9000 دولار على كل عامل في كل يوم إضافي يخرق فيه القانون¹، كذلك فقد تم تحديد السن والحالة الاجتماعية للعمال الذين يستطيع أرباب العمل تشغيلهم.

ثالثاً: الآثار الناجمة عن هذه القيود

1. طرد العمال من أعمالهم.
2. ازدياد معدلات البطالة.
3. انخفاض معدلات الأجور بسبب الحوافز المقدمة لأرباب العمل.
4. فقدان العمال لحقوقهم وللتعويضات المستحقة لهم.

الخاتمة:

ازداد اعتماد أرباب العمل الإسرائيليين والعمال الفلسطينيين اقتصادياً على بعضهم البعض منذ احتلال الضفة الغربية وقطاع غزة عام 1967م، واعتمد أرباب العمل الإسرائيليين على وفرة الأيدي العاملة الفلسطينية ورخصها، فيما اعتمد الفلسطينيون على الأعمال في إسرائيل لكسب رزقهم، إلا أن إسرائيل حافظت على وجود اقتصاد فلسطيني غير مستقل وتابع للاقتصاد الإسرائيلي وفي الوقت نفسه أن يبقى اقتصاد عاجز عن القيام بمسؤولياته، إلا أن الانتفاضة الفلسطينية والهجرة الجماعية للسوفييت وغيرهم من اليهود أدى إلى استخدام إجراءات جديدة حدت من الاعتماد الإسرائيلي على العمالة الفلسطينية. إن عدم استقرار عمل العمال الفلسطينيين في إسرائيل هو أحد المظاهر الرئيسية التي تميز بها العمل، حيث يستطيع صانعو السياسة خلال فترة وجيزة التأثير على اتجاه وحجم العمالة الفلسطينية في إسرائيل، إن التمييز غير العادل الذي يمارس ضد الفلسطينيين من حيث مستوى الأجور والحقوق

¹ منيرة زعرب وقاسم أبو دية، تأثير نظام تصاريح العمل على العمال الفلسطينيين في إسرائيل، مركز المعلومات الفلسطيني لحقوق الإنسان، القدس، 1992، ص9.

والعوائد هو مظهر من مظاهر العمل الفلسطيني في إسرائيل، وكل ما تقوم به إسرائيل بحق العمال قائم على أساس التمييز العنصري، فالسياسة تمييزية هدفها سلب حقوق العمال الفلسطينيين والحد من كرامتهم.

أولاً: النتائج

1. في القانون والممارسة على السواء انتهكت السلطات الإسرائيلية الواجبات المترتبة عليها بموجب القانون الدولي لحقوق الإنسان والقانون الإنساني الدولي في احترام الحقوق الفلسطينية، وما تتخذه إسرائيل من قيود لا تنتهك الحق في حرية التنقل فحسب، بل تنتهك الحق في العمل وغيره من الحقوق الاقتصادية والاجتماعية والثقافية للفلسطينيين.
2. لعبت البطالة وعدم قدرة الاقتصاد الفلسطيني على خلق عدد كاف من فرص العمل لاستيعاب القوة العاملة عوامل لتدفق العمالة إلى إسرائيل، كما لعبت العوامل السياسية دوراً في حركة العمال الفلسطينيين وتوجههم إلى إسرائيل، حيث عملت السياسات الإستراتيجية على تقرير التبعية الفلسطينية ووضع العراقيل أمام النمو الذاتي الفلسطيني في الأراضي المحتلة.
3. رغم اتفاقيات السلام بين الجانبين الفلسطيني والإسرائيلي، إلا أن تصاعد العنف ضد العمال الفلسطينيين ظل مستمراً، وتنوعت مظاهر هذا العنف من قتل وطعن وجرح.
4. استطاعت إسرائيل أن تضع العمالة الفلسطينية تحت سيطرة الأمن الإسرائيلي، سواء من خلال ما يقوم به الجيش من إغلاق وحصار واعتقال، أو ما يقوم به ضابط المخابرات الإسرائيلية من مساومة العمال على العمل معهم مقابل تصريح عمل أو بطاقة ممغنطة.
5. إن العمالة الفلسطينية كانت ومازالت أداة ضغط سياسية بيد إسرائيل خلال المفاوضات مع السلطة الوطنية الفلسطينية.

ثانياً: التوصيات

1. الدعوة إلى الحد من استخدام العمالة الفلسطينية في الداخل الإسرائيلي كأداة ضغط سياسية.
2. الدعوة إلى احترام حقوق العمال وإنهاء سوء الممارسة والعنصرية الموجهة ضدهم.

بيان تضارب المصالح:

يقر جميع المؤلفين أنه ليس لديهم أي تضارب في المصالح.

قائمة المصادر والمراجع:

أولاً: المصادر

1. اتفاقية جنيف الرابعة، 1949.
2. اتفاقية لاهاي والأنظمة الملحقة بها، 1970.
3. العهدان الدوليان للحقوق المدنية والسياسية والاقتصادية والاجتماعية والثقافية.
4. منظمة العفو الدولية، إسرائيل والأرض المحتلة، العيش تحت الحصار، وثيقة رقم mde15/064، 2003.

ثانياً: المراجع:

أ. الكتب:

1. باسم مكحول، تحليل العرض والطلب على العمالة الفلسطينية، "ماس"، رام الله، 2000.
2. جهاد جحشن وماجد مرقعة، ترجمة وتحليل مواقف وآراء حول الإغلاق، رابطة الجامعيين، الخليل، 1993.
3. جورج كرزيم، موقع قوة العمل العربية في الاقتصاد الإسرائيلي وآفاق التغيير، مركز معاً، القدس، 1995.
4. ربحي قطامش، طرد العمال العرب مأزق اقتصادي سياسي، مركز الزهراء للدراسات والأبحاث، القدس، الطبعة الأولى، 1991.
5. رشاد المدني وزياد أبو صالح، مجزرة عيون قارة، توثيق إعلامي، الطبعة الأولى، غزة، 1996.
6. عبد الفتاح أبو شكر، الأوضاع الاجتماعية والاقتصادية لعمال الضفة الغربية وقطاع غزة في إسرائيل، مركز التوثيق والمخطوطات والنشر، جامعة النجاح، نابلس، 1987.
7. ليلى فرسخ، تطور العمالة الفلسطينية في إسرائيل 1967-1997، "ماس"، رام الله، 1998.
8. ماجد صبيح، العمالة الفلسطينية ماهيتها وخصائصها الهيكلية، مركز الديمقراطية وحقوق العاملين، رام الله، 1997.
9. محمد خليفة، الطلب على العمالة الفلسطينية في إسرائيل والأراضي المحتلة، برنامج دراسات التنمية، جامعة بيرزيت، 1996.
10. منيرة زعرب وقاسم أبو دية، تأثير نظام تصاريح العمل على العمال الفلسطينيين في إسرائيل، مركز المعلومات الفلسطيني لحقوق الإنسان، القدس، 1992.

ب. المجلات والدوريات والدراسات:

1. زهير الصباغ، العمال الفلسطينيون بين مطرقة الكولونيالية وسندان التبعية، السياسة الفلسطينية، العدد 17، مركز البحوث والدراسات الفلسطينية، 1998.
2. عبد الفتاح حجازي، الكيان الصهيوني يبتلع اقتصاديات المناطق المحتلة، مجلة مركز الدراسات الفلسطينية، العدد 31، بغداد، 1978.
3. غطاس أبو عطية، واقع الطبقة العاملة في الضفة الغربية وقطاع غزة، صامد الاقتصادي، المجلد الخامس، السنة السادسة، العدد 39، 1983.
4. مركز الديمقراطية وحقوق العاملين في فلسطين، وحدة الدراسات والإعلام، حقوق عمال، رام الله، 2000.
5. مركز المعلومات الفلسطيني لحقوق الإنسان، من الميدان، القوة العاملة تحت سيطرة الأمن، القدس، 1992.

المسؤولية الدولية لإسرائيل عن تقييد الحق في التنقل (تدمير مطار
غزة: حالة دراسية)

*The International Responsibility of Israel for
Restricting the Right to Freedom of Movement: The
Destruction of Gaza Airport as a Case Study*

د. شادي جبارين
الكلية العصرية الجامعية
(فلسطين)

د. معتز ندى
الشرطة الفلسطينية/الإدارة العامة للتدريب
(فلسطين)

المسؤولية الدولية لإسرائيل عن تقييد الحق في التنقل (تدمير مطار غزة: حالة دراسية)

The International Responsibility of Israel for Restricting the Right to Freedom of Movement: The Destruction of Gaza Airport as a Case Study

د. شادي جبارين

الكلية العصرية الجامعية، قسم القانون، (فلسطين).

shadioja@gmail.com

د. معتر ندى

الشرطة الفلسطينية، الإدارة العامة للتدريب، (فلسطين).

Motaz.k.nada@gmail.com

DOI: <https://doi.org/10.70411/MJLS.1.1.2025142>

تاريخ القبول: 2024-08-18

تاريخ المراجعة: 2024-08-17

تاريخ الاستلام: 2024-07-21

الملخص

تهدف هذه الدراسة إلى البحث في انتهاك حق الفلسطينيين في التنقل من قبل سلطات الاحتلال الإسرائيلي، متخذة من الحق في التنقل جواً، خاصة مطار غزة الدولي حالة دراسية، حيث بحثت في بيان الأطر القانونية الناضجة لتأسيس المطار وتوضيح المسؤولية الواقعة على عاتق الاحتلال نتيجة تدمير البنية التحتية في فلسطين بشكل عام وفي قطاع غزة بشكل خاص، ما أثر على حق الفلسطينيين في التنقل مخالفة بذلك كل المواثيق والاتفاقيات الدولية، ومن ضمن ذلك تدمير المطار محل الدراسة. انطلقت الدراسة من سؤال رئيسي مفاده البحث في ماهية المسؤولية القانونية الواقعة على الاحتلال الإسرائيلي لتدميره مطار غزة الدولي، متخذة من المنهج الوصفي التحليلي منهجاً للدراسة. وبعد البحث وتحليل أسئلة الدراسة خلصت الدراسة إلى مجموعة من النتائج، أهمها أن دولة الاحتلال انتهكت المجال الجوي الفلسطيني؛ وأن الاحتلال التزم بموجب اتفاقية أوسلو الموقعة بين منظمة التحرير الفلسطينية ودولة الاحتلال على بإنشاء مطار فلسطيني في غزة تحت مسمى مطار غزة الدولي. وعمل المطار لمدة 3 سنوات، إلا أن إسرائيل دمرته أثناء الانتفاضة الفلسطينية الثانية، وانتهكت حقوق الفلسطينيين الجوية وتكررت لكل الاتفاقيات الموقعة، ما كان له أثراً سلبياً على الحياة الاقتصادية والاجتماعية للفلسطينيين. أوصت الدراسة بالتوجه للمحافل الدولية للضغط على الاحتلال وإلزامه بعدم انتهاك المجال الجوي الفلسطيني، والعمل على إلزام الاحتلال بإعادة بناء وتشغيل مطار غزة الدولي، وقبول الإشراف الإداري الدولي للمطار في الوقت الراهن، إضافة إلى مطالبة دولة الاحتلال بتعويض مالي للفلسطينيين لانتهاكها المجال الجوي الفلسطيني منذ عام 1967، باعتبار أراضي عام 1967، هي أراضي دولة فلسطين الحالية، وأخيراً التوجه للمحافل الدولية لإلزام دولة الاحتلال بتنفيذ قرار منظمة الطيران المدني الدولي "إيكافو" المتمثل بتحملها المسؤولية الكاملة عن تدمير مطار غزة.

الكلمات المفتاحية: المجال الجوي، مسؤولية الاحتلال، مطار غزة الدولي.

Abstract

This study aims to investigate the violation of Palestinians' right to movement by the Israeli occupation, using the right to aerial mobility, specifically Gaza International Airport, as a case study. It examines the legal frameworks governing the establishment of the airport and clarifies the responsibility of the occupation for the destruction of infrastructure in Palestine generally and in Gaza specifically, which has impacted Palestinians' right to movement and violated various international treaties and agreements, including the destruction of the airport in question. The study is guided by the main research question concerning the legal responsibility of the Israeli occupation for the destruction of Gaza International Airport. Employing a descriptive-analytical methodology, the study reaches several conclusions, the most significant being that the occupying state violated Palestinian airspace. The occupation was committed, under the Oslo Accords signed between the Palestine Liberation Organization and the occupying state, to establish a Palestinian airport in Gaza under the name Gaza International Airport, which operated for three years. However, it was destroyed during the Second Intifada, violating the aerial rights of Palestinians and disregarding all signed agreements, which adversely affected the economic and social life of Palestinians. The study recommends international forums be engaged to pressure the occupying state to refrain from violating Palestinian airspace and to be obligated to rebuild and operate Gaza International Airport. It also suggests accepting international administrative supervision of the airport at present, demanding financial compensation from the occupying state for violations of Palestinian airspace since 1967, as the lands of 1967 are now considered the State of Palestine. Finally, the study advises turning to international bodies to enforce the ICAO resolution holding the occupying state fully responsible for the destruction of Gaza Airport.

Keywords: Airspace, Occupation responsibility, Gaza International Airport.

المقدمة

فلسطين التي كانت ومازالت أرض صراع ومطمع للغير بسبب موقعها وخيراتها، والتي تعيش اليوم إن صح وصفها بأقصى لحظات الظلم والقهر، حيث تشاركت قوى العالم في دعم الاحتلال الإسرائيلي بكل ما يلزم للتنكيل بالشعب الفلسطيني المكلوم المحاصر، الذي يعيش قساوة السجن الكبير في أرضه، والذي لا يمكنه التحرك سواء داخله أو خارجه دون مراقبة وتفتيش، وإن أراد الاحتلال في أي وقت أن يمنعه حتى من التنقل، وأحياناً تصل لاعتقاله دون إبداء أية أسباب، فتمثل قضية النزاع الفلسطيني الإسرائيلي إحدى القضايا الدولية المعقدة التي تثير الكثير من التساؤلات حول الحقوق الإنسانية والقانون الدولي الإنساني.

ومن الجدير بالذكر هنا إلقاء النظر على طريقة تقويض حرية هذا الشعب الفلسطيني في التنقل، والتي كفلتها جميع القوانين والشرائع كحق أساسي من حقوق الإنسان، وممارسة الاحتلال لكل الطرق كي يمنع حرية حركته ويضيق الخناق على هذا الشعب، ومن هذه الإجراءات تدمير المطارات، ووضع الحواجز التفتيشية، وإجبار الفلسطيني على التقيد بإجازات وأعياد الاحتلال في الحركة الحدودية ... إلخ. يعتبر تدمير مطار غزة من قبل الاحتلال الإسرائيلي أحد الأحداث الملحمية التي تطرح العديد من الأسئلة حول المسؤولية القانونية والتبعات الإنسانية، بعد أن استهدف الاحتلال أيضاً كفة البنى التحتية كافة في الأراضي الفلسطينية وليس المطار فقط. يهدف هذا البحث إلى تحليل المسؤولية القانونية للاحتلال الإسرائيلي عن تدمير مطار غزة والتركيز على حقوق الفلسطينيين في المجال الجوي، ويعكس تدمير المطار الفلسطيني تصاعد التوترات في المنطقة ويتسبب في تأثيرات هائلة على الحياة اليومية للفلسطينيين، خاصة فيما يتعلق بوسائل النقل والاقتصاد. سيعرض هذا البحث تحليلاً قانونياً دقيقاً للإجراءات التي اتخذتها إسرائيل والمعايير الدولية المتعلقة بحقوق الإنسان والقانون الإنساني الدولي. ويُعد البحث في حقوق الفلسطينيين في المجال الجوي من خلال هذه الحادثة أمراً حيوياً لفهم التداعيات القانونية والأخلاقية لتصرفات الأطراف المعنية، ويهدف البحث أيضاً إلى استكشاف سبل تعزيز حقوق الفلسطينيين في المستقبل وتحسين فهم المجتمع الدولي للتحديات التي يواجهونها.

مشكلة الدراسة

تتمثل مشكلة الدراسة في السؤال الآتي: ما هي المسؤولية القانونية الواقعة على الاحتلال الإسرائيلي لتدميره مطار غزة الدولي؟

1. ما هي الأطر القانونية النازمة لتأسيس مطار غزة؟

2. ما المسؤولية الواقعة على عاتق الاحتلال نتيجة تدمير المطار؟

3. كيف يمكن تحسين الظروف الحالية وحماية حقوق الفلسطينيين في المجال الجوي؟

أهداف الدراسة

1. بيان الأطر القانونية النازمة لتأسيس مطار غزة.

2. توضيح مسؤولية الاحتلال من الناحية القانونية عن انتهاك حرية التنقل وتدمير وسائله.

3. طرح رؤية من شأنها العمل على حماية المجال الجوي الفلسطيني وحقوق الفلسطينيين.

منهج الدراسة

تتبنى هذه الدراسة المنهج الوصفي التحليلي، حيث يكون الهدف منه جمع البيانات والحقائق المتعلقة بطبيعة الموضوع، ثم تحليلها وتفسيرها بهدف استخلاص دلالتها وتحديد شكل كافي، يهدف هذا المنهج إلى الوصول إلى نتائج نهائية يمكن تعميمها، وذلك من خلال التركيز على كيفية تحليل وتصنيف الحقائق والبيانات لتحقيق هدف الدراسة، كما تبنت الدراسة المنهج التاريخي لتوضيح خلفية الصراع من جانب، ومن جانب آخر، تسليط الضوء على الواقع التاريخي لحق الفلسطينيين في استعمال أجوائهم بحرية تامة.

حدود الدراسة

الحدود المكانية (الجغرافية): تم إجراء هذه الدراسة على مطار غزة الدولي والذي يقع في الحدود الجغرافية لمدينة غزة في القطاع الفلسطيني المحتل الذي يعتبر جزءاً من الأراضي الفلسطينية المحتلة عام 1967، فهو جزء من الأراضي التي تعترف بها الجمعية العامة للأمم المتحدة بأنها دولة فلسطين. الحدود الزمانية: تم إجراء الدراسة في الفترة الزمنية الواقعة بين عام 1993، وهي الفترة التي تم فيها توقيع اتفاق أوسلو بين منظمة التحرير الفلسطينية والتي أشير فيها للمرة الأولى لإنشاء المطار، وتلك الفترة التي تمتد حتى عام 2024، وهو تاريخ كتابة هذه الورقة.

خطة الدراسة

تم تقسيم الدراسة إلى ما يلي:

المبحث الأول: الخلفية التاريخية والتنظيم القانوني

المطلب الأول: الخلفية التاريخية

المطلب الثاني: إحدائيات المطار

المطلب الثالث: الأطر القانونية النازمة لمطار غزة الدولي

المبحث الثاني: مسؤولية الاحتلال والآثار الناتجة عن التدمير

المطلب الأول: تدمير المطار ومسؤولية الاحتلال.

المطلب الثاني: الآثار المترتبة على تدمير المطار.

المبحث الأول:

الخلفية التاريخية والتنظيم القانوني

يناقش في هذا المبحث ثلاثة مطالب على النحو الآتي:

المطلب الأول:

خلفية تاريخية

يُعرف المجال الجوي على أنه: الفضاء الذي يتبع لدولة معينة، وتقوم الدولة بتقديم الدعم اللازم لأية طائرة تعبر أجواءها، بشرط أن يكون لديها تصريح مسبق للدخول إلى هذا المجال الجوي، وفي حالة عدم حصول الطائرة على التصريح المسبق، يُعتبر تواجدها داخل المجال الجوي لتلك الدولة تصرفاً عدائياً، وتتخذ قوات الدفاع الجوي إجراءات للتعامل معها¹.

عادةً ما تكون حدود المجال الجوي للدولة متسقة مع حدودها السياسية، وقد تمتد بعض المجالات الجوية للدول الساحلية لتشمل أجزاءً من المساحة البحرية أو المحيط التي تطل عليه تلك الدولة، ويتم تحديد هذه القواعد والتوجيهات بناءً على توصيات منظمة الطيران المدني الدولي (إيكاف)².

الفلسطينيون كغيرهم من شعوب العالم لهم الحق في استثمار واستعمال مجالهم الجوي بالطريقة التي يرونها مناسبة وفق الأسس الموضحة في القواعد الدولية المتعلقة بالطيران المدني، إلا أن الاحتلال ومنذ عام 1948، يمنع الفلسطينيون من أدنى حقوقهم المدنية والمتعلقة بالمجالات كافة ومنها المجال الجوي، وتعمق ذلك أيضاً بعد احتلال الجزء المتبقي من فلسطين عام 1967، والمتمثل في أراضي الضفة الغربية وقطاع غزة.

في الأراضي المحتلة عام 1948، أقام الاحتلال دولته وأعلن استقلال كيانه على هذه المنطقة، وبعد عام 1967، اعتبرت الأراضي التي سيطر عليها الاحتلال في هذا التاريخ محتلة، وهي الأراضي التي تم اعتبارها فيما بعد أراضي دولة فلسطين وهي أيضاً الأراضي التي وقعت تحت ولاية السلطة الوطنية بموجب الاتفاقيات الموقعة بين منظمة التحرير الفلسطينية ودولة الاحتلال وتم إنشاء المطار³.

¹ الرأي (2022/1/1). المجال الجوي. <https://alray.ps/ar/post>

² المرجع نفسه.

³ إعلان المبادئ حول ترتيبات الحكم الذاتي الانتقالي (اتفاقية أوسلو) وكانت نقاطها الرئيسية:

دولة الاحتلال لم تسمح للفلسطينيين باستثمار أي من ثرواتهم ولا السيطرة على الحدود، واعتبرت الحدود واللاجئين والقدس من قضايا الحل النهائي الذي تنصلت منه إسرائيل ومن أي اتفاقية أخرى، كما لم تسمح للفلسطينيين باستغلال مجالهم الجوي، بل على العكس هي من سيطرت عليه كقوة قائمة بالاحتلال.

في الأراضي المحتلة عام 1976، يمكن الإشارة إلى أكثر من مطار خارج حدود الدراسة كمطار القدس الدولي (قلنديا). عام 1920، أقامه البريطانيون على الأرض المجاورة للطريق الرابطة بين القدس ورام الله. أطلق عليه اسم "مطار كولونيا"، المطار الأول والوحيد في فلسطين الانتدابية.

بعد النزاع العربي الإسرائيلي في عام 1967، تم ضمّ الموقع إلى الأراضي التي احتلتها إسرائيل، ولكن في عام 1970، تمت مصادرتها. في تلك الفترة، كان المطار ما يزال مُدرجًا كواحد من الممتلكات الموجودة في الأراضي المحتلة. ونتيجة لذلك، فإن إسرائيل واجهت صعوبات في استخدامه كمطار دولي لسنوات عديدة، كان المطار مسجلاً ضمن السيطرة القانونية للأردن وفقاً لخطة الملاحة الجوية التابعة لمنظمة الطيران المدني الدولي (الإيكاو) في منطقة الشرق الأدنى، وحاولت إسرائيل التفاوض والتلاعب بهذا الاتفاق، ولكن دون أي نجاح، كانت هذه فترة استثنائية حيث بقيت الدول العربية جميعها متحدة في هذا الصدد. منذ عام 1970 وحتى عام 2000، اقتصررت حركة الطيران على الرحلات الداخلية، وكانت غالبيتها تتجه نحو تل أبيب، وتم إيقاف هذه الرحلات تماماً بعد اندلاع الانتفاضة الثانية في أوائل القرن الواحد والعشرين¹.

1. تتبذ منظمة التحرير الفلسطينية الإرهاب والعنف وتحذف البنود التي تتعلق بها في ميثاقها كالعامل المسلح وتدمير إسرائيل.

2. تعترف إسرائيل بمنظمة التحرير الفلسطينية على أنها الممثل الشرعي للشعب الفلسطيني.

3. تعترف منظمة التحرير الفلسطينية بدولة إسرائيل.

4. خلال خمس سنين تنسحب إسرائيل من أراض في الضفة الغربية وقطاع غزة على مراحل أولها أريحا وغزة اللتين تشكلان 1.5% من أرض فلسطين.

5. تقر إسرائيل بحق الفلسطينيين في إقامة حكم ذاتي على الأراضي التي تنسحب منها في الضفة الغربية وغزة.

¹ ايبان، لورنت باربييان. 2020/5/5. "رحلات قلنديا المجدولة، أو مطار القدس المنسي، فلسطين إسرائيل".

<https://orientxxi.info/magazine/article3859>

كما أنه وفي العام 1941، بنى البريطانيون أول مطار في غزة استعدادًا لمواجهة الصراع الحتمي مع القوات الألمانية في شمال إفريقيا. كان هذا المطار العسكري يبعد 15 كيلومترًا عن مطار غزة الدولي الذي لم يستمر طويلًا. قام البريطانيون خلال الفترة بين عامي 1942 و1943 بنقل الذخائر والإمدادات إلى الوحدات العسكرية في الصحراء الغربية. بعد نهاية الحرب العالمية الثانية، شهد ذلك المطار عدة رحلات شحن متجهة إلى قبرص ولندن. ومع انسحاب البريطانيين من فلسطين في عام 1948، توقف المطار عن العمل وعُطِّي بالرمال¹.

المطار الثالث الذي يمكن الإشارة إليه هنا هو مطار اللد والذي يعتبر واحدًا من أوائل المطارات في منطقة الشرق الأوسط، حيث تأسس في عام 1936، خلال سنوات الاحتلال البريطاني لفلسطين. كان هذا المطار هو أول مطار مُسجل في فلسطين، وشهد هبوط أولى طائرات الخطوط الفلسطينية في ثلاثينيات القرن الماضي. بدأت الخطوط الجوية الفلسطينية بطائرتين من طراز (S.16) ذات سدادات قصيرة، مع محركين من طراز (Pobjoy)، وفي آب/ أغسطس 1937، بدأت الخطوط الجوية الفلسطينية تشغيل رحلات داخلية بين اللد وحيفا بتردد ثلاث مرات في الأسبوع. وفي أيلول/ سبتمبر 1938، تم توسيع الخدمة لتشمل بيروت في لبنان، ما أدى إلى إطلاق أول مسار دولي للخطوط الجوية الفلسطينية. كما أنه ومع بداية الاحتلال الإسرائيلي للأراضي الفلسطينية، أصبح المطار تحت السيطرة الإسرائيلية، وفي عام 1973 تمت تسميته باسم رئيس وزراء الاحتلال الأول، دافيد بن غوريون، حيث أصبح يعرف باسم مطار بن غوريون².

وأخيرًا مطار غزة الدولي، وهو محور الدراسة في هذه الورقة والذي أقيم بموجب اتفاق أوسلو الموقع بين منظمة التحرير الفلسطينية وإسرائيل والذي دمره الاحتلال على إثر الانتفاضة الفلسطينية الثانية وأخرجه عن الخدمة.

¹ أخبار العالم العربي. RT. (2023/11/24). مطار غزة الدولي حلم تحقق مثل سحابة

صيف. https://arabic.rt.com/middle_east/1515228

² مطار غزة الحلم المدمر. (2018/11/25). الحياة الجديدة. عدد 8260. ص6.

المطلب الثاني:

إحداثيات المطار

مطار غزة الدولي والذي تسميه إسرائيل بمطار الدهنية، أطلق عليه الفلسطينيون بعد استشهاد الرئيس ياسر عرفات اسم مطار ياسر عرفات الدولي بناءً على المرسوم الرئاسي الصادر في هذا الشأن في مادته الأولى "يسمى مطار غزة الدولي باسم مطار ياسر عرفات الدولي". ويُعد المطار الوحيد الذي عمل بعد توقيع اتفاق أوسلو، ووضع حجر الأساس من قبل الرئيس الفلسطيني ياسر عرفات في عام 1996/1/20، في مدينة رفح بالقرب من الحدود المصرية الفلسطينية بمدرج طوله: 3080 متراً، وبمساحة إجمالية تقدر 2350 دونماً مع وجود صالة رئيسية للمسافرين بمساحة 4000 متر مربع تستوعب 750 ألف مسافر سنوياً. ويحتوي المطار على عدة مباني رئيسية لإدارة الطيران، الشحن، التشريلات، الطوارئ والإسعاف، الوقود، الصيانة، برج المراقبة بارتفاع 28 متراً. وجميعها ضمن التصميم والطرز المعماري الإسلامي المستوحى من أبنية القدس¹.

يرتفع المطار 98 متراً عن سطح البحر، ومزخرف بالقرميد المغربي حيث أنشأه مهندسون مغربيون تم تمويلهم من الملك الحسن الثاني ملك المملكة المغربية ليتم توأمته مع مطار محمد الخامس الدولي في الدار البيضاء في المملكة المغربية، بينما تم تمويل إنشاء المطار من كل من اليابان، مصر، السعودية، إسبانيا وألمانيا بتكلفة مقدارها 80 مليون دولار².

المطلب الثالث:

الأطر القانونية النازمة لمطار غزة الدولي

عند الحديث عن الأطر القانونية لا بُد من الإشارة إلى اتفاقيات جنيف، خاصة البروتوكول الإضافي الأول لعام 1977، الذي يتناول حماية المدنيين والبنية التحتية المدنية أثناء النزاعات المسلحة. يمكن الاستناد إلى هذه الاتفاقية لتوضيح الانتهاكات الإسرائيلية التي تستهدف حرية التنقل للشعب الفلسطيني كشعب واقع تحت الاحتلال، والسيطرة على وسائل النقل وتدميرها، وأحد هذه الأمثلة الشاهدة على الاحتلال هو المطار الذي يشكل نافذة قطاع غزة على العالم.

¹ المرجع نفسه.

² زبون، كفاح. (2014/10/8). غزة في اتفاقيتي أوسلو والقاهرة. الشرق الأوسط. ص10.

<https://aawsat.com/home/article/156416>

لا يخفى على أحد أن الاحتلال الإسرائيلي بصفته القوة القائمة على الأرض انتهك كل قرارات الأمم المتحدة والمواثيق الدولية التي تكفل حقوق المدنيين تحت الاحتلال، والتي تلزم الدولة المحتلة وقواتها بعدم التغيير في معالم الدولة الواقعة تحت الاحتلال وواقعها السكاني، لقد خالفت دولة الاحتلال اتفاقية لاهي 1907، التي تحمي الممتلكات المدنية والأعيان الثقافية أثناء النزاعات المسلحة. كما خالفت قرار الجمعية العامة للأمم المتحدة رقم 3236 (1974)، الذي يعترف بحق الشعب الفلسطيني في تقرير المصير، بما في ذلك حقه في استقلال وسيادة أراضيه.

تأسيس مطار يُعد أمراً ذا أهمية استراتيجية واقتصادية كبيرة، حيث يشكل مرفق الطيران عنصراً أساسياً للتطور الاقتصادي وتعزيز الاتصالات الدولية. يأتي تأسيس مطار غزة في سياق استعادة السيادة وتحقيق الاستقلال للفلسطينيين، إلا أن هذا المسعى يواجه تحديات قانونية كبيرة نتيجة للظروف السياسية والاحتلال الإسرائيلي. في هذا المطلب سيتم مناقشة الأطر القانونية النازمة لتشكيل مطار غزة الدولي وفق الاتفاقيات الموقعة بين منظمة التحرير الفلسطينية وإسرائيل، حيث تمت الإشارة إلى تشييد المطار في اتفاق أوسلو.

لقد أشير لأول مرة إلى مسألة إقامة مطار دولي وذلك في اتفاقية القاهرة في أيار /مايو 1994 (أوسلو 2). البند 4 الولاية "خ- ممارسة السلطة فيما يتعلق بالمجال الكهرومغناطيسي والمجال الجوي، ستكون حسب شروط هذه الاتفاقية"¹.

وفي سبتمبر (أيلول) 1994، أصدر الرئيس الفلسطيني ياسر عرفات مرسوماً رئاسياً (رقم 87-94) القاضي بتأسيس سلطة الطيران المدني الفلسطيني كهيئة مستقلة. وفي عام 1996، تم إصدار قرار تنشأ بموجبه الخطوط الجوية الفلسطينية، ومنحها القرار الشخصية الاعتبارية وأتبعها لسلطة الطيران المدني الفلسطيني ونص على ذلك في المادة 1 منه².

¹ اتفاقية أوسلو 2: 1993.

² قرار رقم 173 لسنة 1996، بإنشاء المؤسسة الفلسطينية للنقل الجوي. الوقائع الفلسطينية (1997/1/30). العدد،

كما حدد القرار أن مركز المؤسسة سيكون في مدينة غزة ولها أن تفتح فروع ووكالات داخل أو خارج البلاد. برأس مال يقدر بـ 50 مليون دولار أمريكي، ولها أن تطرح جزءاً من رأسمالها للاكتتاب العام كما أشار في المادة 4 من القرار ذاته¹.

إضافة إلى أنه تم تحديد وتوضيح الأغراض التي بسببها أنشئت هذه المؤسسة في المادة 3 وهي على النحو الآتي:

1. تشكيل الخطوط الجوية الفلسطينية وتعمل على شراء وبيع وتأجير الطائرات المروحية والنفاثة والهليكوبتر.

2. العمل على نقل الركاب و شحن البضائع من وإلى فلسطين برحلات طيران منتظمة وغير منتظمة.

3. عمل المشاريع الاستثمارية المتعلقة بالسياحة والأسواق الحرة وغيرها من الأعمال التجارية ذات الصلة بالطيران.

4. صياغة العقود مع الدول والشركات والمؤسسات والهيئات المماثلة أو أي جهة من أجل تحسين وتطوير الخطوط الجوية الفلسطينية.

5. العمل على تحسين وتطوير الخطوط الجوية الفلسطينية².

سلطة الطيران المدني الفلسطيني لها صلاحية الإشراف على العاملين في المطار بصرف النظر عن الجهات التابعين لها، كما لها الحق في متابعة كل القضايا المتعلقة بسير العمل والتحقيق في المخالفات المباشرة في المادة رقم 1 من القرار المتعلق بإدارة المطار³.

أنيط بمدير عام المطار مهمة متابعة أمن وسلامة المسافرين، وله الحق في متابعة غرف المراقبة الإلكترونية والأمن والمهبط والممرات، بينما أنيطت مهمة حراسة الأبراج والأسوار والبوابات الخارجية بالأمن الوطني الفلسطيني، فيما يتولى جهاز أمن الرئاسة حراسة الصالة الرئاسية وما يؤدي إليها. أشير إلى أن جهاز أمن الرئاسة تم حله ودمجه ضمن جهازي الأمن الوطني وجهاز حرس الرئيس الخاص،

¹. المرجع نفسه.

². المرجع نفسه.

³. قرار رقم 6 لسنة 1999، بإنشاء إدارة المطار. الوقائع الفلسطينية. (17/7/1999). العدد 29. ص 47.

وعليه من الممكن أن تكون هذه المهمة من صلاحيات حرس الرئيس الخاص بالوضع العادي لو أن المطار ما زال يعمل، وذلك بنص المادة 2 من القرار المتعلق بإدارة المطار¹.
القرار المذكور حدد مسؤولية الجهات الأمنية في مادته الثالثة وتم تقسيمها على الأجهزة الأمنية وفقاً لما يلي:

الأمن الوقائي: ثلاثة ضباط في المناوبة وعلى ثلاث منوبات.
المخابرات العامة: ثلاثة ضباط في المناوبة وعلى ثلاث منوبات.
الأمن العسكري: ثلاثة ضباط في المناوبة وعلى ثلاث منوبات.
الشرطة الجنائية² ومكافحة المخدرات: ثلاثة ضباط في المناوبة وعلى ثلاث منوبات.
الجمارك: يتواجد ستة ضباط لكل مناوبة وعلى ثلاث منوبات.
الارتباط المدني: يتواجد أربعة ضباط لكل مناوبة وعلى ثلاث منوبات.
الجوازات: يتواجد ثمانية ضباط شرطة في كل مناوبة وعلى ثلاث منوبات.
الهيئة العامة للاستعلامات: ثلاثة ضباط في المناوبة وعلى ثلاث منوبات.
السلطة الفلسطينية عملت على تطوير سلطة الطيران المدني الفلسطيني، بل حتى تقوم بدورها بما يكفل الاستمرارية والتطور اعتبرتها سلطة مستقلة واتبعها لرئيس السلطة بشكل مباشر، واعتبرت رئيسها لمزيد من الصلاحيات برتبة وزير وذلك في المادتين 1، 2 من القرار المتعلق باعتبار سلطة الطيران المدني سلطة مستقلة³.
تجدر الإشارة إلى أن فلسطين أصبحت عضواً بصفة مراقب في المنظمة الدولية للطيران المدني (إيكاف)، كما أنها حازت على العضوية الكاملة في الوكالة الدولية للأوروبية للسلامة الجوية، وعضوية لجنة أمن الطيران ولجنة السلامة في المنظمة العربية للطيران المدني⁴.

¹ قرار رقم 6 لسنة 1999. مرجع سابق.

² المسمى الرسمي للشرطة الجنائية هو إدارة المباحث العامة وهي إحدى إدارات الشرطة الفلسطينية والتي تتبع مباشرة لمساعد مدير عام الشرطة للبحث الجنائي.

³ قرار رقم 99 لسنة 2003. اعتبار سلطة الطيران المدني الفلسطيني سلطة مستقلة. الوقائع الفلسطينية (أكتوبر/2003). العدد، 47، ص 89.

⁴ عاصم، سالم. (2022). "الطيران العربي". المنظمة العربية للطيران المدني، العدد 47، ص 7.

وتم تثبيت عضويته في مجلس المطارات العالمي (ACI) برمز دولي مستقل (LVGZ). ويشار إلى أن الرئيس ياسر عرفات طلب من الرئيس المصري محمد حسني مبارك، شهادة الكفاءة الدولية (AOC) الذي وافق بدوره على الطلب الفلسطيني وتقدم بطلب هذه الشهادة من الجهات المختصة باعتبار مصر دولة ذات سيادة كاملة¹.

المبحث الثاني:

مسؤولية الاحتلال والآثار الناتجة عن التدمير

يناقش هذا المبحث في مطلبين:

المطلب الأول:

تدمير المطار ومسؤولية الاحتلال

تدمير المطار في قطاع غزة يشكل حدثاً ذو أهمية استراتيجية وقانونية كبيرة، وي طرح تساؤلات حول مسؤولية الاحتلال الإسرائيلي في هذا السياق. يمكننا استكشاف هذا الموضوع من خلال التحليل القانوني للمسؤولية، مع التركيز على القوانين الدولية والإنسانية ذات الصلة.

يمكن التطرق لاتفاقية شيكاغو 1944، وهي الأساس لعمل الطيران المدني الدولي، وتنص المادة 6 من الاتفاقية على أن "لكل الدول الموقعة عليها السيادة الكاملة على مجالها الجوي، بحيث "لا يجوز لأي خط جوي دولي منتظم أن يطير فوق إقليم دولة متعاقدة إلا إذا كان يحمل إذنًا خاصًا أو ترخيصًا من قبل تلك الدولة"².

كما أن المادة 9 من الاتفاقية ذاتها أكدت أنه من حق أي دولة أن تمنع الطيران في مجالها الجوي لظروف استثنائية "أو أثناء أزمة أو لأسباب تتعلق بالأمن العام"، شريطة عدم التمييز بين الجنسيات³. بناءً على ذلك يمكن الإشارة إلى أن دولة الاحتلال الإسرائيلي تستبج المجال الجوي الفلسطيني المحفوظ في المواثيق الدولية، مطلوب من صانع السياسة الفلسطيني الانضمام فوراً لهذه الاتفاقية، مطلوب تحميل إسرائيل مسؤولية تدمير المطار الدولي في غزة ومحاسبة إسرائيل عن مخالفتها للقانون الدولي الذي يحفظ

¹ زبون، كفاح. (2014/10/8). غزة في اتفاقيتي أوسلو والقاهرة. الشرق الأوسط. ص10. مرجع سابق.

² اتفاقية شيكاغو: 1944.

³ المرجع نفسه.

الحق الفلسطيني في المجال والملاحة الجوية، كما أنه يمكن مطالبة دولة الاحتلال بمردود مقابل استعمالها للمجال الجوي الفلسطيني¹.

أثناء الانتفاضة الفلسطينية الثانية تنكرت إسرائيل للاتفاقيات الموقعة بما فيها الاتفاقيات المتعلقة بالمطار، وعملت على قصفه وتدميره وذلك في 4 كانون الأول/ ديسمبر 2001 و 10 كانون الثاني/ يناير 2002، حتى أصبح غير صالح للعمل. وتم تقديم شكوى من خلال المؤتمر الوزاري رفيع المستوى المعني بأمن الطيران الذي عقد في المقر الرئيسي لمنظمة الطيران المدني الدولي يومي 19 و 20 شباط/ فبراير 2002، قدمتها الدول العربية الأعضاء في الهيئة العربية للطيران المدني. وفي مونتريال بكندا بتاريخ 13 آذار/ مارس 2002، اعتمد مجلس منظمة الطيران المدني الدولي (إيكاو) قراراً يدين بشدة تدمير مطار غزة الدولي ومرافق الملاحة الجوية التابعة له، معتبراً الاعتداء على المطار انتهاكاً للمبادئ المنصوص عليها في اتفاقية الطيران المدني الدولي. كما اعتبر أن الاعتداء يتعارض مع مبادئ اتفاقية قمع الأعمال غير المشروعة الموجهة ضد سلامة الطيران المدني².

والبروتوكول الخاص بقمع أعمال العنف غير المشروعة في المطارات التي تخدم سلامة الطيران المدني الدولي، المكمل لها³. الذي يعتبر أن أعمال العنف غير المشروعة التي تعرض سلامة المطارات للخطر تعيق السلوك الآمن والمنظم للطيران المدني لجميع الدول. (القرار) وعليه فقد نص القرار على:

1. إدانة جميع أعمال التدخل غير المشروع ضد الطيران المدني، أينما ارتكبت وأياً كان مرتكبها وأياً كانت الأسباب.

2. إدانة تدمير مطار غزة الدولي ومرافق الملاحة الجوية فيه مستعملاً كلمة "بشدة".

3. التأكيد على الدور المهم الذي تضطلع به منظمة الطيران المدني الدولي في تسهيل حل

المسائل التي قد تنشأ بين الدول المتعاقدة، فيما يتعلق بالمسائل التي تؤثر على التشغيل الآمن

والمنظم للطيران المدني الدولي في جميع أنحاء العالم.

4. العمل على إلزام إسرائيل بأهداف وغايات اتفاقية شيكاغو.

¹ عريقات، دلال. (2024/7/24). المطار والحقوق الجوية والإيكاو. القدس.

<https://www.alquds.com/ar/posts/26456>

² اتفاقية مونتريال: 1971.

³ بروتوكول مونتريال: 1988.

5. حث إسرائيل بشدة على اتخاذ التدابير اللازمة لإعادة تشغيل مطار غزة الدولي؛ من أجل السماح بإعادة فتحه في أقرب وقت ممكن.

6. تكليف رئيس المجلس الاهتمام بتنفيذ هذا القرار، وخاصة البنود السابقة 3 و 4 و 5، 7. تكليف الأمين العام بإبلاغ جميع الدول المتعاقدة البالغ عددها 187 دولة بهذا القرار.

وأخيراً لا بُد من الإشارة هنا إلى قرار الجمعية العامة حول مسؤولية الدول عن الأفعال غير المشروعة دولياً، في المادة 31 والمتعلقة بمسؤولية الدول عن الأفعال غير المشروعة دولياً، والذي يلزم الدولة المعتدية بجبر كامل الخسارة الناجمة عن الفعل الذي اقترفته. وتعرف "الخسارة" على أنها أي ضرر، سواء كان مادياً أو معنوياً، ينجم عن الفعل، رغم أنه تنبغي الإشارة إلى أن المواد لا تنص على تقديم أي نوع من التعويض عن "الضرر المعنوي" إلى الدولة المضروعة، تماشياً مع الممارسات الواضحة التي تتبعها الدول في هذا الشأن. ويعالج نص المادة 31 سلسلة من الشواغل حيث تقيد بأنه:

"(أ). من الضروري صياغة الحكم بطريقة تحافظ على الفصل المفاهيمي بين فكرتي الخسارة و"الضرر"؛ (ب). واعتبر أنه من المفيد الإبقاء على فكرة "الضرر المعنوي"، على الرغم مما قد يرتبط بها من صعوبات في التفسير؛ وذلك من أجل إدراج جميع أنواع الخسارة غير المادية التي يمكن التعويض عنها في إطار عبارة واحدة؛ (ج). حلت مسألة السببية التي طال الجدل حولها من خلال اعتماد عبارة "الناجمة عن" لفسح المجال أمام مختلف حالات بعد الصلة والعلاقة السببية التي قد تناسب مختلف الالتزامات أو مختلف السياقات، مع مراعاة المصلحة التي تسعى القاعدة الأساسية ذات الصلة إلى حمايتها"¹.

وتتناول المواد 35 إلى 37 بالتفصيل الأشكال التي يمكن أن يتخذها الجبر، وهي: الرد والتعويض والترضية. ورغم أنه يحق للدولة المضروعة أن تحدد نوع الجبر الذي تفضله، فإن الرد يعتبر الشكل الأساسي للجبر، باستثناء الحالات التي يكون فيها الرد مستحيلاً مادياً أو يكون مستتباً لعبء لا يتناسب إطلاقاً مع المنفعة المتأتية من اختياره بدلاً من دفع التعويض، وفي حال لم يكن الرد متاحاً أو كافياً لكفالة الجبر الكامل، يدفع تعويض عن الخسارة "القابلة للتقييم من الناحية المالية".

¹ قرار الجمعية العامة حول مسؤولية الدول عن الأفعال غير المشروعة دولياً، الباب الثاني: مضمون المسؤولية

الدولية للدولة، الفصل الأول: مبادئ عامة، المادة 31.

وفي الحالات التي يتعذر فيها إصلاح نتائج الخسارة عن طريق الرد أو التعويض، على الدولة المسؤولة التزام بتقديم ترضية عن الخسارة التي تسببت فيها¹.

وبناءً على ما سبق يتضح أهمية تحمل الاحتلال المسؤولية القانونية والمعنوية بصفته القوة القائمة على الأرض وهو بذلك متحكم بالأرض وبمقدراتها، وما يترتب عليه من نتائج برد الحال لما كان عليه أو التعويض أو الترضية.

المطلب الثاني:

الآثار المترتبة على تدمير المطار

يتطلب النظر في حق الفلسطينيين بالتنقل اهتماماً خاصاً نظراً للتحديات الكبيرة التي يواجهونها، والتي تزداد تعقيداً بفعل الظروف السياسية المعقدة. من الضروري أن نقوم بتحليل دقيق لمدى الالتزام بالقوانين الدولية التي تحكم هذه الحقوق، وكيفية توافق هذه القوانين مع الوضع الحالي، الذي يشهد احتلالاً وتوتراً دائماً في المنطقة، يعكس استثمار الفلسطينيين لحقهم في التنقل جواً أبعاداً اقتصادية واجتماعية حيوية. يمكن لتطوير هذا المجال تعزيز فرص التنمية المستدامة وتحسين جودة حياة السكان، بالإضافة إلى تعزيز الاتصالات والتبادل الثقافي. يتعين على المجتمع الدولي العمل بشكل فعال للتأكيد على حق الفلسطينيين في التمتع بمجالهم الجوي بحرية ودون قيود غير مبررة تعرقل التقدم نحو التنمية والازدهار.

بعد تدمير المطار كان هناك الكثير من النتائج المترتبة على ذلك ويمكن الحديث عنها في عدة محاور: إدارية وقانونية من جانب، اجتماعية واقتصادية من جانب آخر، وذلك على النحو الآتي:

1- الآثار الإدارية والقانونية:

لم تتضح القرارات الإدارية للسلطة الوطنية الفلسطينية حول الخطوط الجوية الفلسطينية بشكل جلي، ما جعل البعض يتحدث عن الإجراءات التي تتخذها السلطة ويبني عليها مواقفهم وقراراته، حيث إن السلطة الفلسطينية عملت على إحالة موظفي سلطة الطيران المدني الفلسطيني للتقاعد وخاطبت القاهرة

¹ قرار الجمعية العامة حول مسؤولية الدول عن الأفعال غير المشروعة دولياً، الباب الثاني: مضمون المسؤولية

الدولية للدولة، الفصل الثاني: جبر الخسارة، المواد 35-37.

في نهاية العام 2020، عن طريق وزارة النقل والمواصلات الفلسطينية بعدم رغبتها في تجديد رخصة الطيران الممنوحة للسلطة الفلسطينية¹.

بينما أفاد مدير عام الخطوط الجوية الفلسطينية في إحدى لقاءاته الصحفية أنه لم يتم إغلاق الخطوط الجوية الفلسطينية، بل على العكس السلطة تحافظ على استمرارية عملها وإنما قامت ببيع الطائرتين التابعتين لها لقدمهما وزيادة الكلفة المتعلقة بصيانتهم وإنها أيضا عمدت إلى تجميد رخصة النقل الجوي (AOC) وليس إلغائها، وذلك لحين توفر الظروف لشراء طائرات حديثة تتناسب وظروف العمل.

أما القرارات المتعلقة بموظفي سلطة الطيران المدني الفلسطيني والذي يبلغ عددهم 42 موظفاً فقد تم تقليصهم إلى 34 موظفاً، ومن ثم إلى 8 موظفين: ثلاثة طيارين، ثلاثة إداريين، اثنين في قسم الهندسة. بينما تم إعادة باقي الموظفين إلى حالتهم السابقة².

حيث إن باقي الموظفين بشكل عام هم ثلاث فئات على النحو الآتي:

- عسكريين تم انتدابهم ومن ثم إنهاء الانتداب وإعادتهم إلى المؤسسة الأمنية.
- موظفي عقود مياومة مع وزارة المالية وتم إعادتهم كذلك.
- موظفي ديوان الموظفين العام.

وأن معظم هؤلاء الموظفين كانوا يتلقون رواتبهم تحت بند فرق الراتب إضافة إلى رواتبهم الشهرية كتخفيض لهم ولمساواتهم بمرتبات موظفي الشركات الأخرى، وتراوح هذه الفروق بين 400 إلى 1100 دولار أمريكي لكل موظف شهرياً³.

تدمير مطار غزة الدولي يؤدي إلى آثار إدارية خطيرة، حيث يتطلب التعامل مع العواقب الإدارية لهذا الحدث تحديات كبيرة. أحد الآثار الرئيسية هو تأثيره على إدارة الحدود والجمارك، حيث يزيد الضغط على المنافذ البديلة ويتسبب في زيادة الأعباء الإدارية واللوجستية. كما يمكن أن يؤدي إلحاق الضرر بالمطار إلى تأثيرات سلبية على إدارة النقل واللوجستيات، ما يتطلب إعادة التفكير في الخطط والبرامج الإدارية

¹. العقاد، هاني. (2021/1/3). تصفية الخطوط الجوية الفلسطينية جريمة وطنية. الوطن نيوز.

<https://www.wattan.net/ar/news/329200.html>

². المرجع نفسه.

³. النقل والمواصلات الفلسطينية. (2020/12/29). قرار بإغلاق الخطوط الجوية الفلسطينية وبيع الطائرات التابعة لها.

<https://paltimeps.ps/post/283525/>

لضمان استمرار تدفق البضائع والأفراد. بالإضافة إلى ذلك، يمكن أن يؤثر تدمير المطار على القدرة الإدارية للحكومة المحلية في تقديم الخدمات العامة والطوارئ. قد يحتاج إعادة بناء البنية التحتية الإدارية إلى استثمارات إضافية وتكامل الجهود لضمان استمرار تقديم الخدمات الأساسية للمواطنين. بصفة عامة، تتطلب إدارة العواقب الإدارية لتدمير مطار مرونة وتكيفاً سريعاً لتلبية احتياجات المجتمع وضمان استمرار تقديم الخدمات الحيوية بشكل فعال.

كما أنه يمكن الإشارة إلى إصدار قرار بشأن إعادة تشكيل المجلس الأعلى لإدارة الخطوط الجوية الفلسطينية؛ من أجل إعداد النظام الأساسي والأنظمة اللازمة لعمل المجلس. حيث اعتمد القرار بنص م 1 منه وزير المواصلات رئيساً للمجلس وعضوية ممثلين عن الوزارات والمؤسسات المعنية، حيث يكون كبار الموظفين في هذه المؤسسات هم الممثلين للوزارات كما حددت م 2 منه، وهذه المؤسسات هي:

- وزارة المالية.
- وزارة السياحة والآثار.
- وزارة النقل والمواصلات.
- وزارة الاقتصاد الوطني.
- مدير عام الخطوط الجوية الفلسطينية.
- خبير في مجال الطيران يسميه رئيس المجلس.
- ممثلين اثنين عن القطاع الخاص يسميهما رئيس المجلس.

2- الآثار الاجتماعية والاقتصادية.

فيما يتعلق بالآثار الاجتماعية والاقتصادية فإن تدمير المطار يتسبب في آثار اجتماعية واسعة النطاق. أحد الآثار الرئيسية هو زيادة العزلة وتقليل فرص التواصل والتبادل الثقافي، حيث يلعب المطار دوراً حيوياً في تسهيل حركة الأشخاص والبضائع. تأثير ذلك يتسبب في تقليل الفرص الاقتصادية والثقافية للمواطنين.

على صعيد آخر، يمكن أن يؤدي إلى زيادة الصعوبات في الوصول إلى الخدمات الطبية والتعليم. كما قد يؤدي الإضرار بالبنية التحتية إلى تدهور الظروف المعيشية والبيئية، ما يخلق تحديات إضافية للمجتمع. بشكل عام، هناك تأثيرات متعددة الأوجه على الحياة الاجتماعية في المنطقة، ما يتطلب جهوداً متكاملة لتعزيز التعاون وإعادة بناء البنية التحتية لتحسين جودة حياة السكان.

ويمكن لنا هنا أن نعمل على بيان بعض الآثار الاجتماعية والاقتصادية المترتبة على تدمير المطار، وذلك على النحو الآتي:

- التأثير على النشاط الاقتصادي: يعتبر المطار عادةً محوراً حيوياً للنشاط الاقتصادي والتجاري، وتدميره يمكن أن يؤدي إلى تراجع حركة السفر والتجارة الجوية، ما يؤثر سلباً على الأعمال التجارية والاستثمار.
- زيادة التكاليف اللوجستية: تدمير المطار يفرض تحديات كبيرة على سلسلة التوريد واللوجستيات، فزيادة التكاليف والتأخر في نقل البضائع يمكن أن يؤثر على الصناعات المحلية والدولية.
- التأثير على القطاع السياحي: إذا كان المطار مرتبطاً بقطاع السياحة، فإن تدميره يمكن أن يؤدي إلى انخفاض عدد السياح وبالتالي تراجع في الإيرادات السياحية وفقدان فرص العمل.
- تداول العملة والتأثير الاقتصادي العام: يمكن أن يؤدي تراجع النشاط الاقتصادي إلى تأثير سلبي على قيمة العملة المحلية والاقتصاد العام للمنطقة.
- التأثير على سوق العمل: قد يؤدي تدهور النشاط الاقتصادي إلى تزايد معدلات البطالة نتيجة لإغلاق الشركات وتقليل الاستثمارات. من المهم ملاحظة أن هذه الآثار يمكن أن تكون مؤقتة أو طويلة الأمد اعتماداً على قدرة المنطقة على التعافي وإعادة بناء البنية التحتية الاقتصادية.

الخاتمة

في ختام هذه الدراسة والموسومة بـ"المسؤولية الدولية لإسرائيل عن تقييد الحق بالتنقل (تدمير مطار غزة حالة دراسية)". والتي تم تقسيمها إلى مبحثين تناول الباحثان في المبحث الأول: الخلفية التاريخية والتنظيم القانوني. وفي المبحث الثاني: مسؤولية الاحتلال والآثار الناتجة عن التدمير. انتهى الباحثان إلى مجموعة من النتائج والتوصيات نأمل أن تؤخذ بالحسبان وهي على النحو الآتي:

أولاً: النتائج

1. انتهكت إسرائيل كدولة احتلال حق الفلسطينيين بالتنقل براً وبحراً وجواً، وعملت على منع الفلسطينيين من استعمال هذه الحقوق بالسبل كافة.
2. عملت إسرائيل وهي دولة الاحتلال على تدمير البنية التحتية للأراضي الفلسطينية من شبكات مياه وصرف صحي وطرق برية وصولاً إلى تدمير الميناء وكذلك المطار.

3. المجال الجوي هو الفضاء الذي يتبع لتلك الدولة ويمتد ليشمل أجزاء من المساحة البحرية التي تطل عليها الدولة.
4. انتهكت إسرائيل دولة الاحتلال، المجال الجوي الفلسطيني منذ عام 1948، وسيطرت على المطارات التي أنشأها الانتداب البريطاني والذي يجب أن ينتقل لدولة فلسطين أثناء الاستقلال.
5. بعد احتلال باقي أجزاء فلسطين عام 1967، سيطرت دولة الاحتلال على الأجواء الفلسطينية كافة.
6. بموجب اتفاقية أوسلو بين منظمة التحرير الفلسطينية ودولة الاحتلال تم الاتفاق على إنشاء مطار فلسطيني في غزة تحت مسمى مطار غزة الدولي وعمل المطار لمدة 3 سنوات.
7. أثناء الانتفاضة الفلسطينية الثانية دمرت دولة الاحتلال المطار وانتهكت حقوق الفلسطينيين الجوية مرة أخرى وتكررت لكل الاتفاقيات.
8. أثر تدمير المطار على الحياة الاقتصادية والاجتماعية للفلسطينيين ودمرت مظهر من مظاهر السيادة للفلسطينيين.

ثانياً: التوصيات

1. التوجه للمحافل الدولية للضغط على الاحتلال وإلزامه بعدم انتهاك المجال الجوي الفلسطيني.
2. إلزام الاحتلال بإعادة بناء مطار قلنديا الدولي في الضفة الغربية.
3. إلزام الاحتلال بإعادة بناء وتشغيل مطار غزة الدولي.
4. إعادة تفعيل الرخصة الدولية التي جمدها السلطة الوطنية الفلسطينية باعتبارها من أهم مظاهر السيادة.
5. التعامل بإيجابية مع فكرة الإدارة الدولية للمطار في الوقت الراهن.
6. العمل على عدم ربط فكرة إنشاء وتشغيل المطار بملف المصالحة الفلسطينية ليستفيد الفلسطينيون كافة من المطار.
7. اقتراح استخدام الطائرات الفلسطينية المسار البحري لتبديد مخاوف الاحتلال التي من الممكن أن يستند إليها.
8. ترسيخ فكرة مفادها أن المطار هو مصلحة وطنية فلسطينية.

9. تشكيل لجنة من خبراء فلسطينيين لوضع مقترحات لتشغيل المطار وإعادة ترميمه ومناقشة كل الجوانب الاقتصادية والسياسية، بما فيها القانونية أيضًا المترتبة على ذلك.
 10. مطالبة دولة الاحتلال عن تعويض مالي للفلسطينيين لانتهاكهم المجال الجوي الفلسطيني منذ عام 1967، باعتبار أراضي عام 67 هي أراضي دولة فلسطين الحالية.
 11. التوجه للمحافل الدولية لإلزام دولة الاحتلال بتنفيذ قرار "الإيكاف" المتمثل بتحملها المسؤولية الكاملة عن تدمير مطار غزة، خاصة البند المتعلق بحث إسرائيل على اتخاذ التدابير اللازمة لإعادة تشغيل مطار غزة الدولي؛ من أجل السماح بإعادة فتحه في أقرب وقت ممكن.
- بيان تضارب المصالح:**
- يقر جميع المؤلفين أنه ليس لديهم أي تضارب في المصالح.

المراجع:

1. العقاد، هاني. (2021/1/3). تصفية الخطوط الجوية الفلسطينية جريمة وطنية. الوطن نيوز. <https://www.wattan.net/ar/news/329200.html>
2. النقل والمواصلات الفلسطينية. (2020/12/29). قرار بإغلاق الخطوط الجوية الفلسطينية وبيع الطائرات التابعة لها. <https://paltimeps.ps/post/283525/>
3. اتفاقية أوسلو 1993.
4. اتفاقية جنيف الرابعة البروتوكول الإضافي الأول 1977.
5. اتفاقية شيكاغو 1944.
6. اتفاقية لاهاي 1907.
7. اتفاقية مونتريال 1971.
8. أخبار العالم العربي. RT. (2023/11/24). مطار غزة الدولي حلم تحقق مثل سحابة صيف. https://arabic.rt.com/middle_east/1515228
9. ايبان، لورنت باربييان. 2020/5/5. "رحلات قلنديا المجدولة، أو مطار القدس المنسي، فلسطين إسرائيل". <https://orientxxi.info/magazine/article3859>
10. إيكو. 2002/3/13. تدمير مطار غزة الدولي. <https://www.un.org/unispal/document/auto-insert-199706>
11. بروتوكول مونتريال 1988.
12. الرأي. (2022/1/1). المجال الجوي. <https://alray.ps/ar/post>
13. زبون، كفاح. (2014/10/8). غزة في اتفاقيتي أوسلو والقاهرة. الشرق الأوسط. ص 10. <https://aawsat.com/home/article/156416>
14. شبكة البلد. (2018/6/5). معلومات عن مطار اللد <https://www.wepal.net/ar/?articles=topic&topic=4823>
15. عاصم، سالم. (2022). "الطيران العربي". المنظمة العربية للطيران المدني، العدد 47. ص 7.
16. عريقات، دلال. (2024/7/24). المطار والحقوق الجوية والإيكو. القدس. <https://www.alquds.com/ar/posts/26456>

17. قرار الجمعية العامة للأمم المتحدة المتعلق بمسؤولية الدولة عن أفعالها غير المشروعة دوليًا.
18. قرار رقم 17 لسنة 2013، بشأن إعادة تشكيل المجلس العالي لإدارة الخطوط الجوية الفلسطينية. (2013/8/20). الوقائع الفلسطينية. العدد 10. ص110.
19. قرار رقم 173 لسنة 1996، بإنشاء المؤسسة الفلسطينية للنقل الجوي. الوقائع الفلسطينية (1997/1/30). العدد، 16. ص28.
20. قرار رقم 6 لسنة 1999، بإنشاء إدارة المطار. الوقائع الفلسطينية. (1999/7/17). العدد 29. ص47.
21. قرار رقم 99 لسنة 2003. اعتبار سلطة الطيران المدني الفلسطيني سلطة مستقلة. الوقائع الفلسطينية (أكتوبر/2003). العدد، 47. ص89.
22. مرسوم رئاسي رقم 16 لسنة 2004، بتغيير تسمية مطار غزة الدولي. الوقائع الفلسطينية. 2005/1/18. العدد 52. ص52.
23. مطار غزة الحلم المدمر. (2018/11/25). الحياة الجديدة. عدد 8260. ص6.
24. وكالة وطن للأنباء. (2021/1/4). إغلاق الخطوط الجوية الفلسطينية: إسدال الستار على الحلم وأحد رموز السيادة الوطنية. <https://www.wattan.net/ar/news/329261.html>.

الذكاء الاصطناعي والخصوصية المتعلقة بحقوق براءة الاختراع

***Artificial Intelligence and Privacy Related to Patent
Rights***

د. ديانا ناصر فاعور
جامعة النجاح الوطنية
(فلسطين)

الذكاء الاصطناعي والخصوصية المتعلقة بحقوق براءة الاختراع
Artificial Intelligence and Privacy Related to Patent Rights
د. ديانا ناصر فاعور

محاضرة جامعية غير متفرغة، جامعة النجاح الوطنية (فلسطين)

محامية وخبيرة في حقوق الملكية الفكرية في شركة سراج للمحاماة والملكية الفكرية والتحكيم

d.faur71@hotmail.com

adv.dr.dyana@siraj-co.ps

DOI: <https://doi.org/10.70411/MJLS.1.1.2025144>

تاريخ القبول: 2024-09-24

تاريخ المراجعة: 2024-09-24

تاريخ الاستلام: 2024-07-29

الملخص:

شهدت السنوات الأخيرة تطوراً ملحوظاً في مجال الذكاء الاصطناعي، ما أدى إلى ظهور تحديات قانونية وتنظيمية جديدة، لا سيما فيما يتعلق بحقوق براءة الاختراع. لذلك، فإن هذا البحث يتناول التداخل بين الذكاء الاصطناعي والخصوصية المتعلقة بحقوق براءة الاختراع من خلال تحليل دور الذكاء الاصطناعي في ابتكار تقنيات جديدة، وتأثير ذلك على حقوق الملكية الفكرية وحماية الخصوصية.

يهدف هذا البحث إلى دراسة تأثير تطبيقات الذكاء الاصطناعي على حقوق المخترع، من خلال تحليل كيفية تطور هذه التكنولوجيا وأثرها على النظام القانوني لحماية حقوق الملكية الفكرية. ويسعى البحث إلى استكشاف التحديات التي تواجه المخترعين في عصر الذكاء الاصطناعي، فإن أحد المحاور الرئيسية التي يناقشها البحث هو ما إذا كان ينبغي منح براءة الاختراع للاختراعات التي يتم تطويرها بواسطة أنظمة الذكاء الاصطناعي دون تدخل بشري كبير.

ويؤكد هذا البحث ضرورة وضع أطر قانونية وتنظيمية متوازنة تضمن حماية حقوق المخترعين، سواء كانوا أفراداً أو أنظمة ذكاء اصطناعي، بالإضافة إلى تقييم مدى كفاية التشريعات الحالية في حماية حقوقهم. كما يهدف إلى تقديم توصيات قانونية للمشرعين وصناع السياسات لضمان توازن عادل بين تشجيع الابتكار وحماية حقوق المخترعين في ظل التطورات التكنولوجية المتسارعة.

الكلمات المفتاحية: الذكاء الاصطناعي، براءة الاختراع، الملكية الفكرية، الحماية القانونية.

Abstract:

Recent years have witnessed remarkable development in the field of artificial intelligence, which has led to the emergence of new legal and regulatory challenges, especially with regard to patent rights. Therefore, this research addresses the intersection between artificial intelligence and privacy related to patent rights by analyzing the role of artificial intelligence in creating new technologies, and its impact on intellectual property rights and privacy protection.

This research study aims to study the impact of artificial intelligence applications on inventor rights, by analyzing how this technology develops and its impact on the legal system for protecting intellectual property rights. The research seeks to explore the challenges facing inventors in the age of artificial intelligence. One of the main topics that the research discusses is whether patents should be granted for inventions that are developed by artificial intelligence systems without significant human intervention.

This research emphasizes the necessity of developing balanced legal and regulatory frameworks that guarantee the protection of the rights of inventors, whether they are individuals or artificial intelligence systems, in addition to evaluating the adequacy of current legislation in protecting their rights. It also aims to provide legal recommendations to legislators and policy makers to ensure a fair balance between encouraging innovation and protecting the rights of inventors in light of rapid technological developments

Keywords: artificial intelligence, patent, intellectual property, legal protection.

المقدمة

تُعتبر حقوق الملكية الفكرية حجر الأساس والعامل الرئيسي في تحقيق التقدم وازدهار الدول، فهي شكلت الدافع الرئيسي في تطور اقتصاديات الكثير من الدول، بالإضافة إلى تحقيق التطور في الجوانب الأخرى كالنون والآداب والعلوم، وغيرها من المجالات الأخرى. ومن هنا، سعت الدول إلى العمل على تطوير القوانين الداخلية؛ من أجل تحقيق أكبر استفادة ممكنة والنهوض في القطاعات الاقتصادية والتكنولوجية والعلمية والصحية وغيرها، وذلك انسجاماً مع الاتفاقيات الدولية التي نظمت كل ما يخص حقوق الملكية الفكرية.

في الوقت ذاته، شهد العالم في الآونة الأخيرة تحديداً ثورة هائلة في مجال نظم المعلومات والتكنولوجيا، والتي أدت إلى إحداث الكثير من التغيرات الجذرية، حيث ظهرت تقنيات جديدة كان أبرزها ما يُعرف بتقنيات الذكاء الاصطناعي- الذي يُعد مجالاً جديداً- وإذ يشكل سيفاً ذو حدين، حيث تشير هذه التقنية إلى إمكانية استخدامها في المجالات التكنولوجية كافة، وكذلك تمتد لاستخدامها والاستفادة منها في قطاعات متعددة أخرى لا يمكن حصرها ولا عدها.

ومن الجدير بالذكر، أن ظهور هذه التقنية واستخدامها ليس بالأمر الطبيعي إنما تشكل تحدياً حقيقياً أمام الكثير من القوانين والاتفاقيات الدولية، وإننا إذ نجد أن تطبيق هذه التقنية سوف يتعارض مع الكثير من حقوق الملكية الفكرية وقد يصل الأمر إلى المساس بها وانتهاكها؛ وذلك لأن القواعد القانونية المطبقة لن تكون قادرة على تقديم الحلول لجميع الإشكاليات التي قد يثيرها الذكاء الاصطناعي، وبالتالي نحن بحاجة إلى تنظيم كل الآثار الناتجة عن تطبيق هذه التقنية بصورة قانونية، والوقوف على سلبات الذكاء الاصطناعي والعمل على الحد منه وتنظيمه.

أهمية البحث

تُعتبر تقنية الذكاء الاصطناعي من المستجدات العلمية الحديثة التي أصبحت تشكل هاجساً مخيفاً لدى معظم الدول، وذلك لارتباطها بالعديد من المجالات وتأثيرها المباشر عليها، حيث قد يصل الأمر إلى الاستغناء عن الأيدي العاملة في هذه المجالات واستبدالها بتقنية الذكاء الاصطناعي، إن الأهمية العلمية القانونية لموضوع البحث ترتبط بصورة كبيرة بالجزئية المراد البحث فيها وهي نظام براءات الاختراع، خاصة أن الذكاء الاصطناعي ترك تأثيراً مباشراً على نظام براءات الاختراع ومدى إمكانية تطبيق القواعد القانونية المنظمة لحقوق المخترع على الاختراعات التي تم الوصول إليها بواسطة تقنية الذكاء الاصطناعي.

وتتصبب الأهمية العملية لموضوع البحث من خلال تسليط الضوء على العلاقة بين الذكاء الاصطناعي وحقوق براءة الاختراع، وبيان مدى تأثير الذكاء الاصطناعي على شروط منح براءة الاختراع وعلى أنظمة الفحص المتبعة للتأكد من جديتها، هذا إلى جانب أثره في تحديد صفة المخترع. ومما لا شك فيه بأنه يتوجب أن يكون المخترع شخصاً طبيعياً، لكن في ظل تقنية الذكاء الاصطناعي سوف نجد الكثير من الاختراعات التي مصدرها الآلة وليس المخترع الطبيعي، ولا يستغرق كذلك اختراعها سوى فترة وجيزة من الوقت. ويقدم البحث إسهاماً مهماً لصانعي السياسات القانونية والمشرعين في تطوير أطر قانونية تحمي ابتكارات الذكاء الاصطناعي بما يضمن حماية حقوق الملكية الفكرية. بالإضافة إلى ذلك يساهم البحث في توعية الشركات والمؤسسات التقنية بالتحديات المتعلقة بتقنيات الذكاء الاصطناعي، وكذلك يساعد المؤسسات الأكاديمية والبحثية لفهم الأبعاد القانونية والتنظيمية لحقوق براءة الاختراع المتعلقة بالذكاء الاصطناعي، ما يُعزز من جودة البحوث في هذا الإطار. وفي النهاية يُمكن أن يُستفاد من نتائج هذا البحث في دعم تطوير استراتيجيات قانونية متقدمة تنظم العلاقة بين الابتكار التكنولوجي وحقوق الملكية الفكرية. كل ما سبق يشكل أهمية علمية وعملية كبيرة، لذلك لا بُد من بيان آثار الذكاء الاصطناعي على نظام البراءة والوقوف عليها.

إشكالية البحث

يواجه العالم اليوم تحديات جديدة نتيجة التطور السريع للذكاء الاصطناعي، الذي أصبح أداة رئيسية في الابتكار وخلق اختراعات جديدة. ومع تزايد اعتماد أنظمة الذكاء الاصطناعي على كميات هائلة من البيانات، يبرز تساؤل حول كيفية التعامل مع حقوق براءة الاختراع الناجمة عن ابتكارات تعتمد بشكل كبير أو كامل على الذكاء الاصطناعي. فالإشكالية الرئيسية التي يثيرها البحث تتمثل في مدى إمكانية تطبيق الأحكام والقواعد القانونية لحقوق براءة الاختراع على ما استحدث بواسطة تقنيات الذكاء الاصطناعي، وبالتالي هل تتطلب هذه الأحكام والقواعد القانونية إدخال أو إضافة تعديلات للأحكام القانونية الجديدة لتواكب ما ينبثق عن الذكاء الاصطناعي، أو أنه يمكن الاكتفاء بما هو قائم من أحكام قانونية لتطبيقه على هذه التقنية الجديدة؟ وعليه، تتفرع عن هذه الإشكالية مجموعة من الأسئلة الفرعية، كالآتي:

1. هل تستطيع الاتفاقيات الدولية المنظمة لحقوق الملكية الفكرية ومنها براءة الاختراع وكذلك القوانين الداخلية للدول المنضمة إلى هذه الاتفاقيات حماية نظام البراءات والمخترع

وخصوصيتهما في ظل ما هو متوقع أن ينبثق عن تقنية الذكاء الاصطناعي من اختراعات لا حصر لها؟!

2. مدى انطباق النظام المتبع في فحص الاختراعات على تلك الصادرة بتقنية الذكاء الاصطناعي؟

3. هل من الصواب اعتبار كل ما يصدر عن الذكاء الاصطناعي اختراعات، وبالتالي منحه البراءة دون قيد أو شرط؟

4. هل الروبوت الآلي الذي استحدث بتقنية الذكاء الاصطناعي لإخراج اختراعات إلى حيز الوجود بصرف النظر عن نوعها، يطلق عليه وصف المخترع؟

منهجية البحث

اعتمدتُ في إعداد هذا البحث على المنهج الوصفي في إيراد مفاهيم للذكاء الاصطناعي وتطبيقاته وكذلك براءة الاختراع والمخترع، وكذلك المنهج التحليلي في تحليل النصوص القانونية المنظمة لأحكام الذكاء الاصطناعي وبراءة الاختراع والوقوف على الثغرات القانونية كافة، مع الإجابة عن الإشكاليات المثارة والمتعلقة بآلية حماية ما يستجد عن تطبيقات الذكاء الاصطناعي وفق قواعد الملكية الفكرية ومدى انسجامها مع نظم الحماية الممنوحة للاختراعات.

أهداف البحث

يهدف هذا البحث إلى بيان ما يلي:

1. الإطار العام للذكاء الاصطناعي من حيث مفهومه، آليته، والطبيعة الخاصة به.
2. القواعد القانونية المنظمة لما ينبثق عن تقنيات الذكاء الاصطناعي.
3. الخصوصية المتعلقة بحقوق براءة الاختراع.
4. بيان الاختلاف بين طبيعة براءة الاختراع وتقنيات الذكاء الاصطناعي.

خطة البحث

قُسم هذا البحث إلى مطلبين رئيسيين: المطلب الأول بعنوان: مفهوم الذكاء الاصطناعي: "التطبيقات العملية والتحديات القانونية"، وتم تقسيم المطلب الأول إلى فرعين، تناول الفرع الأول الإطار العام للذكاء الاصطناعي من حيث مفهومه والطبيعة القانونية الخاصة به، وتناول الفرع الثاني التحديات القانونية أمام تطبيق الذكاء الاصطناعي في مختلف الحقول والقطاعات الأخرى، مع بيان دور الأنظمة والقوانين الداخلية في مواجهة تقنية الذكاء الاصطناعي.

أما المطلب الثاني فكان بعنوان: أثر الذكاء الاصطناعي على حقوق المخترع ومعايير منح براءة الاختراع، حيث تم تقسيم المطلب الثاني إلى فرعين، تناول الفرع الأول تأثير الذكاء الاصطناعي على شروط منح براءة الاختراع، وتناول الفرع الثاني مدى تأثير مخرجات الذكاء الاصطناعي على أحكام حقوق براءة الاختراع، وذلك وفقاً لقوانين براءات الاختراع وكذلك الاتفاقيات الدولية الخاصة بها.

المطلب الأول:

ماهية الذكاء الاصطناعي

شهد التطور الهائل في مجال التكنولوجيا في الآونة الأخيرة ظهور تقنية جديدة تسمى "الذكاء الاصطناعي"، ومما لا شك فيه أن هذه التقنية سوف تسهم في إحداث تغيرات وتسهيلات هائلة في مختلف القطاعات لا سيما قطاع الصناعة والإنتاج. ومما تجدر الإشارة إليه أن تقنية الذكاء الاصطناعي لا تقف عند حدود قطاع معين، حيث إن الباحث في هذا المجال سوف يجد أثراً لتطبيقات الذكاء الاصطناعي في شتى المجالات والتي منها الاختراعات المستتبهة بواسطة الذكاء الاصطناعي. كل ما تقدم، يشير إلى أن جذور هذه التقنية ممتدة في شتى المجالات، لذلك سوف أستعرض في هذا المطلب بعض المفاهيم الأساسية للذكاء الاصطناعي، والطبيعة الخاصة بهذه التقنية وآلياتها، بالإضافة إلى تحديد طبيعة القواعد القانونية المنظمة لما يستتبط بواسطة الذكاء الاصطناعي.

الفرع الأول:

مفهوم الذكاء الاصطناعي

لقد عرّف البعض الذكاء الاصطناعي بأنه يشير إلى أحد الطرق التي يتم من خلالها محاكاة قدرات الذكاء البشري، فهو جزء من علم الحاسوب الذي يتعامل مع عملية تصميم تقنيات الأنظمة الذكية، حيث تكشف هذه التقنيات عن مجموعة من الخصائص تتشابه إلى حد ما بالسلوكيات البشرية، وبالتالي يتم ربطها بالذكاء المتعلق بهذه السلوكيات البشرية¹. وعرّفه البعض الآخر على أنه نظام المحاكاة الميكانيكية الذي يعمل على جمع المعلومات والمعرفة التي تتعلق بمختلف القطاعات في العالم، ومن ثم العمل على معالجتها ونشرها للاستفادة منها على شكل ذكاء عملي².

وقد عرّفت المنظمة العالمية للملكية الفكرية (WIPO) الذكاء الاصطناعي بأنه "تخصص في علم الحاسوب يهدف إلى تطوير آلات وأنظمة بإمكانها أن تؤدي مهاماً ينظر إليها على أنها تتطلب ذكاءً

¹ نورة محمد العزام، دور الذكاء الاصطناعي في رفع كفاءة النظم الإدارية لإدارة الموارد البشرية، المجلة التربوية، جامعة اليرموك، العدد (84)، المجلد 1، أبريل-2021، ص 11.

² Conclaves, M. M, & de Lima Albuquerque, J. *Solid Waste Management at the University Restaurant of the Federal Rural University of Pernambuco: Diagnosis and Analysis from the Perspective of the Environmental Agenda for Public Administration*. Revista de Administracao da UFSM, 12(6), (1260-1277), 2019.

بشرياً¹، سواء كان ذلك بتدخل بشري محدود أو دون تدخل بشري. ولأغراض هذه الوثيقة، الذكاء الاصطناعي يساوي عموماً "الذكاء الاصطناعي الضيق"، ويقصد بذلك التكنولوجيات والتطبيقات المبرمجة لأداء مهام منفردة². وعرفه البعض الآخر بأنه "فن تصنيع آلات قادرة على القيام بعمليات تتطلب الذكاء عندما يقوم بها الإنسان"³.

ويرى الباحث أن هنالك آراء مختلفة حول مفهوم الذكاء الاصطناعي، لكن هناك إجماع حول فكرة مشتركة تتمثل في أن تقنيات الذكاء الاصطناعي تؤدي مهامها في الآلات أو الحواسيب بواسطة القدرات البشرية الذهنية، بمعنى آخر أن الإنسان هو الذي يصنع ويصب هذا الذكاء في مخرجات تقنيات الذكاء الاصطناعي.

ومن الجدير ذكره في هذا الجانب، أن تطبيقات الذكاء الاصطناعي تتميز بطبيعة خاصة تميزها عن غيرها من التطبيقات التكنولوجية الأخرى. بالتالي فإن هذه التطبيقات تحاكي المهام الموكلة للأيدي العاملة والعقل البشري⁴. أي أننا قد نجد أحد تطبيقات الذكاء الاصطناعي حلّاً بديلاً عن الكثير من المهام التي يؤديها الإنسان إلى الحد الذي يمكن معه الاستغناء عن مهام العقل البشري والاستعاضة عنه بمخرجات الذكاء الاصطناعي، على سبيل المثال في مجال الصناعة والإنتاج.

علاوة على ذلك، فإنّ الذكاء الاصطناعي يُعتبر سيفاً ذو حدين، بمعنى أنه قد يقدم شيئاً جديداً وتسهيلات بواسطة الآلات في قطاع معين، الأمر الذي يمكن معه تحقيق التطور والتقدم السريع في أحد هذه المجالات. وفي جانب آخر، نجد أنه من الممكن أن يصبح بديلاً للكثير من الأيدي العاملة وبالتالي سوف تسود البطالة وتزداد، فضلاً عن أن تقنية الذكاء الاصطناعي قد تقدم حلولاً للكثير من الدول في قطاعات معينة بصورة اختراعات، ويبقى السؤال الأكثر تعقيداً هل يمكن للذكاء الاصطناعي أن يقدم

¹. سمير محمود والي، الذكاء الاصطناعي، ط1، الدار المصرية اللبنانية للسلسلة: العلم بين يديك، القاهرة، 2008، ص10.

². المنظمة العالمية للملكية الفكرية (WIPO)، ندوة بعنوان: محادثة الويبيو بشأن الملكية الفكرية والذكاء الاصطناعي، الدورة الثانية، 11/02/2020، ص04.

³. صلاح الفضلي، آلية عمل العقل عند الإنسان، ط1، عصير الكتب للترجمة والنشر والتوزيع، القاهرة، مصر، 2018، ص147.

⁴. نورة العزام، مرجع سابق، ص7.

اختراعات للبشرية؟ هل تمنح الآلة و/أو الروبوت براءة الاختراع؟ هل يتصور أن يطلق مصطلح المخترع على الآلة؟

في الحقيقة، إن التساؤلات سابقة الذكر تُعتبر من التحديات الشائكة أمام تطبيق تقنية الذكاء الاصطناعي، ولا بُد من البحث فيها بصورة قانونية ووفقاً للقوانين والاتفاقيات المنظمة لهذه التقنية، وعليه سوف أستعرض الإجابة عن ذلك بصورة تحليلية في الموضوع اللاحق.

الفرع الثاني:

التحديات القانونية أمام تطبيق الذكاء الاصطناعي

يشكل الذكاء الاصطناعي تحدياً جديداً أمام القانون، وذلك من حيث مدى إمكانية تطبيق القواعد القانونية الموجودة على مخرجات الذكاء الاصطناعي، ولهذا هنالك اهتمام دولي هائل من حيث تحديد الطبيعة والشخصية القانونية لتقنية الذكاء الاصطناعي، ولعل السبب الرئيسي في ذلك هو الخشية من أن تجد الدول لا سيما العظمى نفسها أمام مخرجات للذكاء الاصطناعي في حقول مختلفة ولا تجد قواعد قانونية تنظمها، بل قد يصل الأمر إلى أبعد من ذلك فعلى سبيل المثال من الممكن أن يتعارض أحد مخرجات الذكاء الاصطناعي مع حق قانوني منظم بموجب القواعد القانونية كما هو الحال في حقوق براءة الاختراع والمخترع، لذلك نحن بحاجة للحد من مخاطر الذكاء الاصطناعي وتجاوزه لحدوده أن يتم ضبط ورسم حدود الشخصية القانونية له¹.

ووفقاً لما تقدم، فإن ما سبق يشكل التحدي القانوني الأول الذي قد يواجه القانون من حيث المسؤولية القانونية عن سلوكيات مخرجات الذكاء الاصطناعي. فعلى سبيل المثال الروبوت الآلي الذي تلقى التعليمات والأوامر البشرية وتم بموجب ذلك الوصول إلى اختراع في حقل معين، فما هي مسؤولية القواعد القانونية القائمة إن أخطأ هذا الروبوت في أحد مخرجاته.

لذلك، فإنه لا بُد من ضبط المعايير المتعلقة بالذكاء الاصطناعي كافة؛ لأن الأمر قد يصل إلى حد التجاوز، وبالتالي يتحقق الضرر وانطباق المسؤولية الجزائية والمدنية وذلك بموجب القواعد القانونية المنظمة لكل مجال من المجالات والقطاعات المختلفة، بالنسبة للتشريعات العربية ما زالت تقنية الذكاء الاصطناعي جديدة بالنسبة لها، وما زالت تسعى في معظمها لمعالجة قوانينها الداخلية، والبعض الآخر نص على البعض من مخرجات الذكاء الاصطناعي، كما هو الحال بالنسبة لقانون المعاملات والتجارة

¹ سعد غالب ياسين، أساسيات نظم المعلومات الإدارية وتكنولوجيا المعلومات، ط1، دار المناهج للنشر والتوزيع، عمان، الأردن، 2012، ص114.

الإلكترونية الإماراتي¹، أما على صعيد التشريعات الأجنبية فإنها تضمنت الإشارة صراحة إلى برامج الذكاء الاصطناعي، كما هو الحال في قانون الأونسيترال النموذجي بشأن التجارة الإلكترونية، حيث عالج رسائل البيانات التي يتم إنشاءها إلكترونياً بواسطة أجهزة الحاسوب دون التدخل البشري المباشر². ومن الجدير ذكره هنا أيضاً، أن منظمة الأمم المتحدة للتربية والعلم والثقافة (يونسكو) أطلقت دعوة إلى جميع الحكومات وذلك لغايات تنفيذ قواعد أخلاقيات الذكاء الاصطناعي التي عمدت على وضعها بهدف الحد من مخاطر تقنيات الذكاء الاصطناعي والتخفيف منها³.

المطلب الثاني:

أثر الذكاء الاصطناعي على حقوق المخترع ومعايير منح براءة الاختراع

إن براءة الاختراع قد استحوذت على اهتمام العديد من الدول ولعقود من الزمن وما زالت، وذلك لارتباطها الوثيق بإحداث التقدم والتطور في مختلف القطاعات الصحية والتكنولوجية والاقتصادية، وقد شهدنا العديد من الاختراعات التي جاءت بحلول لمشاكل صحية وإنتاجية وتكنولوجية مختلفة⁴. ومما تجدر الإشارة إليه، أن التطور التكنولوجي الهائل ساهم في ظهور وتقدم تقنية الذكاء الاصطناعي التي أصبحت تمتد جذورها في مجالات مختلفة، وبالتالي كان لها تأثير إيجابي في مختلف المجالات ومنها الاختراعات. لذلك فإن التساؤل الذي يثور هنا، حول أثر مخرجات الذكاء الاصطناعي على حقوق براءة الاختراع، بمعنى آخر أثر الذكاء الاصطناعي على القوانين المنظمة لأحكام البراءات وحقوق المخترع، هل تتماشى مع هذه التقنية أم أنها بحاجة لإجراء التعديلات لمواكبتها ولعدم المساس بحقوق البراءات. وعليه، في هذا المحور سوف يتم التطرق إلى خصوصية حقوق براءة الاختراع في ظل تقنيات الذكاء الاصطناعي والقوانين وأنظمة الفحص المطبقة.

¹ تطرق التشريع الإماراتي في قانون المعاملات والتجارة الإلكترونية الاتحادي رقم 01 لسنة 2006 إلى الوكيل والوسيط الإلكتروني المؤتمن، حيث تعامل المشرع الإماراتي مع الأنظمة الآلية التي تعمل فقط بشكل مؤتمن في حدود البرمجة المسبقة والتعليمات المقررة سلفاً من المستخدمين.

² خالد زواتين، الذكاء الاصطناعي وحقوق الملكية الفكرية أي علاقة ترابطية؟، مجلة حقوق الإنسان والحريات العامة، العدد 02، المجلد 07، 2022، ص 8.

³ أزولاي أودري، تقرير منشور على الموقع الرسمي لمنظمة اليونسكو (UNESCO)، 30/3/2023، تاريخ آخر زيارة 25/9/2023، الوقت 12:00 PM، منشور على الموقع الآتي: <https://www.unesco.org/>

⁴ سينوت حليم دوس، كيف تكتب وتفسر براءة الاختراع؟، ط 1، منشأة المعارف، القاهرة، 2005، ص 55.

الفرع الأول:

تأثير الذكاء الاصطناعي على شروط منح براءة الاختراع

لقد شهدنا في الآونة الأخيرة تحقيق تقدم ملحوظ في مجال تقنيات الذكاء الاصطناعي ومخرجاته، الأمر الذي زادت معه الحاجة إلى تصويب الأوضاع القانونية لهذه المخرجات في ظل القواعد القانونية المنظمة لأحكام الاختراعات، وذلك نتيجة لانقسام الآراء في هذا المجال بين مؤيد لاعتبار مخرجات الذكاء الاصطناعي في بعض المجالات اختراعات وبالتالي تستحق البراءة، وبين آخرون معارضون لهذا المبدأ لمخالفته لطبيعة شروط البراءة والقواعد القانونية المنظمة لها¹، وبالتالي فإن براءة الاختراع تُعتبر أحد أهم عناصر الملكية الصناعية التي سوف تتأثر بالتقنيات الحديثة للذكاء الاصطناعي. وسوف يتم بيان ذلك كالاتي:

أ. مفهوم براءة الاختراع

يُقصد في براءة الاختراع" الوثيقة التي تصدرها الدولة للمخترع اعترافاً منها بحقه فيما اخترع، أو للمكتشف فيما اكتشف، فبراءة الاختراع لا تعدو أن تكون سوى شهادة رسمية -صك- تصدرها جهة إدارية مختصة في الدولة إلى صاحب الاختراع أو الاكتشاف، ويستطيع هذا الأخير بمقتضى هذه الشهادة احتكار استغلال اختراعه أو اكتشافه زراعياً أو تجارياً أو صناعياً لمدة محددة ووفق قيود معينة تختلف من تشريع لآخر².

وقد عرفت الويبو (WIPO) براءة الاختراع بأنها "صك تصدره الدولة للمخترع الذي استوفى اختراعه الشروط اللازمة لمنح براءة اختراع صحيحة"، وبموجب ذلك تكفل البراءة لمالكها حق البت في طريقة- أو إمكانية استخدام الغير للاختراع³. وقد عرفت معاهدة التعاون الدولي بشأن البراءات (PCT)⁴، البراءة بأنها

¹ سعيد محمد القطب، دور قواعد الملكية الفكرية في مواجهة تحديات الذكاء الاصطناعي، دراسة قانونية تحليلية مقارنة، مجلة البحوث القانونية والاقتصادية، كلية الحقوق، جامعة المنصورة، العدد 26، 2021، ص1641.

² صلاح زين الدين، الملكية الصناعية والتجارية (براءات الاختراع -الرسوم الصناعية- النماذج الصناعية- العلامات التجارية- البيانات التجارية)، ط3، دار الثقافة للنشر والتوزيع، عمان، 2001، ص23.

³ المنظمة العالمية للملكية الفكرية (WIPO)، محادثة الويبو الوطنية عن الملكية الفكرية للصحفيين ووسائل الإعلام، 2004/6/16، ص02.

⁴ معاهدة التعاون بشأن البراءات (PCT)، تم التوقيع عليها في واشنطن 1970 وقد عدلت في 1979، وعدلت أيضاً في 1984، وأصبحت نافذة في 1992. وتم إنشاؤها بين دول اتحاد باريس للتعاون في مجال إيداع طلبات حماية الاختراعات.

"كل براءة تمنحها إدارة وطنية أو إدارة حكومية وطنية يخول لها منح براءات سارية المفعول في أكثر من دولة"¹.

ووفقاً لما تقدم، ترى الباحثة أن الاتفاقيات الدولية قد وضعت القواعد القانونية الأساسية لحماية الاختراعات وفق أسس ومبادئ معينة، والتي على أساسها انطلقت الدول في حماية الاختراعات بموجب قوانينها الداخلية. ومن هنا، فإن البراءة تمنحها الدول للمخترع عن اختراعه وتقديرًا لجهوده الابتكارية في هذا المجال، وحماية له من التقليد وحفظاً لحقوقه بالاستغلال. مع الإشارة إلى أن قانون امتيازات الاختراعات والرسوم رقم (22) لسنة 1953، لم يُعرف براءة الاختراع.

وترى الباحثة من خلال ما تقدم، أنه وفقاً للمفاهيم الدولية لبراءة الاختراع فإنه يُستشف منها أنها شهادة تمنح من الدولة للمخترع نتيجة جهده البشري في التوصل إلى اختراع ما في حقل معين، بمعنى آخر أنه في ظل تقنية الذكاء الاصطناعي فإنه من غير المتصور أن تمنح الدولة شهادة للخوارزميات و/أو الروبوت الآلي الذي توصل لاختراع ما! هذا من جانب، ولذلك فإنني أرى من الصواب في حال ارتأت المنظمات الدولية و/أو غيرها من الجهات المختصة تقدير مخرجات الذكاء الاصطناعي واعتبارها من قبيل الاختراعات، فإنه لا بُد من أن يتم النص عليها بصورة مباشرة. بمعنى آخر فإنه من الممكن أن يتم اعتبار مخرجات الذكاء الاصطناعي من قبيل الاختراعات إن انطبقت شروطها اللازمة وتمنح بموجب ذلك الشهادة لمؤسسة العمل و/أو الجهة القائمة على منح هذا الروبوت الخوارزميات.

ب. أثر تقنيات الذكاء الاصطناعي على شروط منح براءة الاختراع

إن القواعد القانونية التي تحكم براءة الاختراع، والتي نظمت بموجب الاتفاقيات الدولية قد حددت الشروط الواجب توافرها في الاختراع حتى يكون قابلاً لاستصدار البراءة عنه، حيث حددت اتفاقية الجوانب المتصلة بالتجارة من حقوق الملكية الفكرية (تريبس) لعام 1994 هذه الشروط كالآتي²:

1- ضرورة توافر عنصر الاختراع.

2- اشتراط توافر عنصر الجدة في الاختراع.

¹ انظر المادة (2) من اتفاقية التعاون الدولي بشأن البراءات (PCT) لسنة 1970.

² المادة (27) من اتفاقية الجوانب المتصلة بالتجارة من حقوق الملكية الفكرية (تريبس) المنبثقة عن اتفاقية (GATE) والتي عدلت بعض الأحكام الواردة في اتفاقية باريس لحماية حقوق الملكية الصناعية لعام 1883. نصت على أنه: "تتاج إمكانية الحصول على براءات اختراع لأي اختراعات سواء كانت منتجات أم عمليات صناعية، في ميادين التكنولوجيا كافة، شريطة كونها جديدة".

3- أن يكون الاختراع قابلاً للتطبيق الصناعي.

4- ألا يخالف الاختراع النظام العام والآداب العامة.

وانطلاقاً من ذلك أخذت الدول على اختلافها بناء قوانينها الداخلية في حماية الاختراعات وفقاً للأساس القانوني الذي وضعته اتفاقية الجوانب المتصلة بالتجارة من حقوق الملكية الفكرية، إلى جانب اتفاق ستراسبورغ الدولي المتعلق بأحكام براءات الاختراع¹.

ومن الجدير ذكره، أن تقنية الذكاء الاصطناعي عمدت ولعقود من الزمن إلى السعي لتوليد منتجات مؤهلة للحصول على براءة اختراع؛ ربما كان ذلك ممكناً في حال تم اعتبار الذكاء الاصطناعي شخصاً طبيعياً، ووفقاً لما تقدم ذكره فإن مخرجات الذكاء الاصطناعي لا بُد أن تنطبق عليها الشروط الموضوعية الواجب توافرها في الاختراعات كما سبق بيانه.

لكن التساؤل الذي يثار هنا، ما هو الحال بالنسبة للشروط الشكلية الواجب توافرها في الاختراع حتى يكون قابلاً لاستصدار البراءة عنه؟، لا سيما أن هذه الشروط تتعلق بأنظمة الفحص المتبعة في كل دولة، فالبعض يعتمد على فحص الاختراع من الناحية الشكلية والموضوعية للتأكد من جديته وتوافر شروط الابتكارية، والبعض الآخر يعتمد على نظام الفحص الشكلي دون الموضوعي². في الحقيقة إن هذا النوع من أنظمة الفحص يثير العديد من الإشكاليات في ظل مخرجات الذكاء الاصطناعي التي لن تكون خاضعة لأي فحص موضوعي من حيث الجدية والقابلية للاستغلال الصناعي، الأمر الذي سوف يضعنا أمام المزيد من الاختراعات الفاقدة لشروط الجودة.

الفرع الثاني:

مدى تأثير مخرجات الذكاء الاصطناعي على أحكام حقوق براءة الاختراع

إن الحقوق الممنوحة للمخترع بموجب أحكام براءة الاختراع تُحمى بموجب القواعد القانونية المنظمة لها، وحتى يتمكن نظام براءات الاختراع من مواجهة تقنيات الذكاء الاصطناعي، فإنه لا بُد من تحقيق الانسجام بين مفاصل النظام القانونية من جهة وبين التقدم التكنولوجي الهائل من جهة أخرى، وذلك حتى

¹ المادة (6) من اتفاق ستراسبورغ الخاص بالتصنيف الدولي للبراءات، حيث أبرم عام 1954م، وبدأ نفاذ هذا الاتفاق في أول أيلول/سبتمبر عام 1968م. نصت على أنه: "كل اختراع يعتبر بأنه يحمل نشاطاً اختراعياً إذا لم يكن هذا النشاط ينبع بصورة تلقائية من الحالة التقنية السابقة".

² شيماء خضر النادي، براءة الاختراع في الفقه الإسلامي وتطبيقاتها المعاصرة في فلسطين، منشورة، قسم الشريعة، الجامعة الإسلامية، غزة، 2012، ص45.

تكون الأنظمة القانونية قادرة على معالجة جميع مخرجات الذكاء الاصطناعي التي تسعى للحصول على براءات اختراع¹. والسؤال الذي يطرح نفسه في هذا الصدد، هل هنالك قواعد قانونية عالجت مسألة منح البراءات لمخرجات الذكاء الاصطناعي؟

في الحقيقة، هنالك غياب شبه تام للتشريعات التي عالجت مسألة منح مخرجات الذكاء الاصطناعي البراءة، ولعل السبب في ذلك هو مدى انطباق وصف المخترع على منتجات الذكاء الاصطناعي، بمعنى آخر اعتمدت القوانين الداخلية للدول اعتبار المخترع "شخصاً طبيعياً"، وبناءً على ذلك فإنه من غير المتصور أن تمنح مخرجات الذكاء الاصطناعي البراءة؛ لأنها لم تصدر من شخص طبيعي ونتيجة جهد بشري، إنما هي صنع آلة. وفضلاً عن ذلك فإن تقديم الاختراع أيضاً من الشركات التجارية لغايات الحصول على البراءة، فإنه ووفقاً لمبدأ وجوب أن يكون المخترع شخصاً طبيعياً فمتى تحققت ابتكارية وانطبقت شروط الاختراع، فإن هذه الشركات تمنح البراءة لكن مع الاحتفاظ بالحقوق الفكرية للشخص الطبيعي وهو المخترع، وهذا ما لا يمكن تحقيقه في مخرجات الذكاء الاصطناعي². ولكل ما تقدم، فإنه من الضروري أن يتم وضع قواعد قانونية لمعالجة مسألة منح مخرجات الذكاء الاصطناعي البراءات لضمان حقوقها وتحديد طبيعتها، وما سبق يشكل أحد المفارقات بين البراءة والذكاء الاصطناعي.

أما فيما يتعلق بحق الاختراع وملكية الاختراع حال استخدام تقنيات الذكاء الاصطناعي، فبالرجوع إلى القواعد القانونية في كل من قانون امتيازات الاختراعات والرسوم رقم (22) لسنة 1953، المعمول به في الضفة الغربية، وكذلك قانون براءات الاختراع الأردني لسنة 1999³، نجد بأنه قد أثبتت القوانين

¹ خالد زواتين، مرجع سابق، ص 12.

² ريان آبوت، كيف سيؤثر الذكاء الاصطناعي على شروط منح براءة الاختراع، مجلة بوبيولار ساينس-العلوم للعموم، 20/1/2020، تاريخ الدخول 20/9/2023، وقت الزيارة PM11:00، منشور على الموقع الآتي: <https://gx.ae/ar/resources/kyf>.

³ 1- قانون امتيازات الاختراعات والرسوم رقم (22) لسنة 1953، المعمول به في الضفة الغربية، منشور في الجريدة الرسمية الأردنية في العدد رقم (1131)، في تاريخ 17/1/1953، ص 491. تم تطبيقه في الضفة الغربية/ فلسطين بموجب القرار رقم (1) لسنة 1994، المنشور في الجريدة الرسمية الفلسطينية في العدد رقم (1) بتاريخ 20/11/1994، ص 10. متاح على الموقع الإلكتروني الآتي: <http://muqtafi.birzeit.edu>. 2- قانون براءات الاختراع الأردني رقم قانون براءات الاختراع (32) لسنة 1999 وتعديلاته، المنشور في الجريدة الرسمية الأردنية في العدد رقم (4389) بتاريخ 1/11/1999، ص 1173.

سابقة الذكر على سبيل المثال، بأن الحق في البراءة للمخترع أو لمن آلت إليه حقوقه¹، والمخترع هو أول من قام بإيداع طلب البراءة، أو هو من طالب بحق الأولوية من حيث أقدمية الطلب²، مع الإشارة إلى أن هذه القوانين سألقة الذكر لم تتطرق إلى الاختراع بصفته مخرجاً من تقنيات الذكاء الاصطناعي.

في الحقيقة، إنه من المتصور أن تمنح البراءة للمخترع بوصفه شخصاً طبيعياً قدم جهداً بشرياً و/أو للشخص المعنوي لكن ليس لصفته وإنما نتيجة الجهد الجماعي من العاملين في هذه المؤسسة و/أو الشركة ذات الشخصية المعنوية. لكن التساؤل الذي يثور، حول الحالة التي يمكن فيها التوصل إلى اختراع بفعل شخص طبيعي لكن باستخدام تكنولوجيا متطورة قادرة على الابتكار والاختراع، وفي هذه الحالة هل هذه التكنولوجيا تعتبر مخترعاً؟ وهل يمكن اعتبار هذا الاختراع وتسجيله على أساس أن هذا التطبيق هو المخترع؟ هل تؤول حقوق الاستغلال إلى الذكاء الاصطناعي؟

ما سبق يمثل الإشكاليات التي لم تجب عنها القواعد القانونية المنظمة لأحكام البراءات، ولكنني أتفق مع الرأي القائل إنه من غير المتصور إطلاق وصف المخترع على تقنية الذكاء الاصطناعي، وفي الوقت ذاته لا يمكن صرف النظر عن أهمية مخرجات تقنية الذكاء الاصطناعي، ولذلك فإنه من الصواب معالجة هذه المسألة عن طريق إطلاق لقب المخترع على الشخص الذي أمر هذا النظام بحل مشكلة معينة، فإنه من الممكن اعتبار هذا الشخص مخترعاً إذا صاغ المشكلة أو نظمها بطريقة تتطلب مهارة ابتكارية³.

من الجدير ذكره وفقاً لما تقدم، أنه من الضرورة أن يتم العمل على تفعيل حماية الاختراعات المستنبطة بواسطة الذكاء الاصطناعي لما قد تحرزه من تقدم هائل في شتى المجالات، فضلاً عن أن هذه المستنبطات قد تسهم في تقديم حلول لمشكلات متعددة وخلال فترة وجيزة، الأمر الذي يجب معه السعي من المنظمة العالمية للملكية الفكرية (WIPO)، بالإضافة إلى الجهات والمنظمات المختصة الأخرى لتنظيم أحكام البراءات التي تمنح لاختراعات الذكاء الاصطناعي بمعزل عن تلك التي تمنح للمخترع البشري. فضلاً عن ذلك ووفقاً لما تقدم، فإن الأنظمة القانونية الحالية غير مستعدة لمواجهة

¹ المادة (47) من قانون امتيازات الاختراعات والرسوم رقم (22) لسنة 1953.

² المادة (5) من قانون امتيازات الاختراعات والرسوم رقم (22) لسنة 1953، وقانون براءات الاختراع الأردني رقم (32) لسنة 1999.

³ ريان أبوت، مشروع المخترع الاصطناعي، مجلة المنظمة العالمية للملكية الفكرية (WIPO)، 2019، منشور على الموقع الآتي: https://www.wipo.int/wipo_magazine، تاريخ الدخول 2024/2/20، وقت الزيارة PM 12:00

مخرجات الذكاء الاصطناعي من خلال تطبيق أحكام البراءات؛ لأن هنالك فوارق متعددة بحاجة إلى معالجتها من حيث آلية قياس شرط الجدة لمخرجات الذكاء الاصطناعي؟ كيف يمكن أن يتحقق الإفصاح عن هذا الاختراع؟ لمن تقول حقوقه ومن يحدد آلية الاستغلال؟

وعلى الرغم مما سبق بيانه، إلا أن هنالك العديد من الطلبات المقدمة بشأن الحصول على البراءة لمخرجات الذكاء الاصطناعي في ظل القواعد القانونية الحالية، فعلى سبيل المثال قضية (DABUS) في عام 2019، رفع طلب براءة اختراع إلى مكتب براءات الاختراع والعلامات التجارية بالولايات المتحدة (USPTO) وأثار جدلاً واسعاً في كثير من الدول. وهو طلب يتعلق بآلة ذكاء اصطناعي أنشأها الدكتور ستيفن ثالر، تسمى بـ "جهاز للإقلاع الذاتي للحاسة الموحدة" وتعرف اختصاراً باسم (DABUS). وقد نسب الدكتور ثالر إلى هذه الآلة اختراعاً ادعى أن الآلة بنفسها قامت به وليس هو، وهذا الاختراع عبارة عن حاوية طعام وتقنية لجذب الانتباه المعزز، إن الدكتور ثالر كان يسعى إلى الاعتراف بـ DABUS بصفته مخترعاً، ولكن عندما قدم الدكتور ثالر طلب براءة الاختراع بالنيابة عن جهاز DABUS إلى مكتب براءات الاختراع الأمريكي رُفض هذا الطلب، على اعتبار أنه من غير المتصور أن يصدر الاختراع إلا من شخص طبيعي¹.

كل ما سبق يجعلنا ننهي بالقول، إنه بعد البحث والتقصي والانتهاء من إعداد هذا البحث فإنني أرى أنه من غير المتصور حصول مخرجات الذكاء الاصطناعي على براءة الاختراع، فهذا غير ممكن؛ لأنه لا يتمتع بأية حقوق معنوية أو مادية، إنما من الممكن أن نحمي هذه التقنيات بواسطة المخترعين البشر، ولذلك فإنه من غير المتصور مواجهة التحديات التي يفرضها الذكاء الاصطناعي في ظل القوانين الحالية.

الخاتمة

من الأهمية وضع سياسات مناسبة للتعامل مع الاختراعات المستنبطة بالذكاء الاصطناعي، حيث تُعتبر تقنية الذكاء الاصطناعي سيف ذو حدين، فمن شأنها أن تحدث تطوراً هائلاً في جميع المجالات، وفي الوقت ذاته إن عدم وجود سياسات قانونية لتنظيمها سوف يجعل مخرجاتها تتعارض مع أحكام منح براءات الاختراع.

¹ يحيى عيد الزهراني، حماية اختراعات الذكاء الاصطناعي (قضية DABUS)، مقال منشور على موقع الهيئة السعودية للملكية الفكرية، 23/11/2022، تاريخ آخر زيارة 27/9/2023، وقت آخر زيارة PM10:00، <https://www.saip.gov>.

تناولت هذه الورقة البحثية أحد أهم الموضوعات الشائكة والمستجدة في عصر الذكاء الاصطناعي، إنه لا بُد من تحقيق المقاربة ما بين مخرجات الذكاء الاصطناعي وأحكام براءات الاختراع من وجود قواعد قانونية تنظم هذه الأحكام ولا تترك هذه التقنية تمتد جذورها دون تحديد أحكامها وفصلها عن نظام البراءات. وقد توصلت من خلال إعداد هذا البحث إلى عدة نتائج وتوصيات لإثراء هذا البحث، كالآتي:

أولاً: النتائج

1. إن تقنية الذكاء الاصطناعي من المستجدات الحديثة، وبالتالي هناك فراغ تشريعي في تنظيم هذه المسألة.
2. إن نظام براءات الاختراع نظام مستقل، وله أحكام وقواعد قانونية تنظمه تختلف بطبيعتها عن مخرجات الذكاء الاصطناعي.
3. الحقوق الممنوحة للمخترع البشري ليس بالضرورة أن تمنح لمخرجات الذكاء الاصطناعي، ولذلك فإنه من الضروري وجود قواعد قانونية تنظم هذه المسألة، والسبب في ذلك يعود إلى طبيعة وصف المخترع.
4. الذكاء الاصطناعي لا يمكن أن يملك أي براءة، فهو لا يملك أية حقوق مادية أو معنوية.
5. إن انطباق وصف المخترع على الذكاء الاصطناعي لا يعني أن الآلة قد منحت حقوقاً معنوية ومادية، إنما يعود ذلك إلى مخترع هذه التقنية و/أو الشخص الذي أمر الآلة بجل مشكلة معينة.
6. هناك اختلافات شائكة بين كل من أحكام نظام البراءات من حيث شروط الاختراع وآلية الفحص وتقدير الخطوة الإبداعية والمسؤولية عن الخطأ.

ثانياً: التوصيات

1. العمل على وضع قواعد قانونية لحماية مخرجات الذكاء الاصطناعي، وفصل أحكامه عن نظام البراءات، حيث إن هذه التقنية من شأنها أن تحقق تقدماً هائلاً في شتى المجالات.
2. وضع نظام قانوني خاص بالاختراعات الصادرة بواسطة تقنية الذكاء الاصطناعي بوصفها أحد طرق الوصول إلى الاختراع، بحيث يتم تحديد وصف المخترع وآلية الاستغلال وللمن تقول إليهم الحقوق...الخ.

3. إن ترك مسألة الذكاء الاصطناعي دون تحديد إن كان من الممكن حمايتها أم لا، من شأنه أن يسبب إشكالات كثيرة في التطبيق وسوف يجعلنا أمام المزيد من الاختراعات، ولربما سوف تتزايد عمليات التقليد.
 4. تعزيز التعاون الدولي بين الدول والمنظمات الدولية من أجل وضع أطر قانونية وتنظيمية موحدة لتنظيم حقوق براءات الاختراع الخاصة بالذكاء الاصطناعي.
 5. تعزيز القوانين والسياسات المتعلقة بحماية البيانات الشخصية، وضمان استخدامها بشكل قانوني وأمن في عمليات الابتكار المرتبطة بالذكاء الاصطناعي، مع تطبيق معايير صارمة لضمان سرية وأمان المعلومات.
 6. التوعية المجتمعية والتدريب المهني من خلال تطوير برامج توعية وتدريب تستهدف مختلف الفئات المعنية. بما في ذلك المحامين والمخترعين والشركات، لزيادة الوعي حول القضايا القانونية المتعلقة بالذكاء الاصطناعي وبراءات الاختراع.
- بيان تضارب المصالح:**
- يقر جميع المؤلفين أنه ليس لديهم أي تضارب في المصالح.

قائمة المصادر والمراجع:

أولاً: المصادر

أ. القوانين الداخلية

1. قانون امتيازات الاختراعات والرسوم الأردني رقم (22) لسنة 1953، المنشور في الجريدة الرسمية الأردنية في العدد رقم (1131) بتاريخ 1953/1/17، ص491. وتم تطبيقه في الضفة الغربية/ فلسطين بموجب القرار رقم (1) لسنة 1994، المنشور في الجريدة الرسمية الفلسطينية في العدد رقم (1) بتاريخ 20/11/1994، ص10.
2. قانون براءات الاختراع الأردني رقم (32) لسنة 1999 وتعديلاته، المنشور في الجريدة الرسمية الأردنية في العدد رقم (4389) بتاريخ 1/11/1999، ص1173.
3. قانون المعاملات والتجارة الإلكترونية الاتحادي رقم (01) لسنة 2006.

ب. الاتفاقيات الدولية

1. اتفاقية الجوانب المتصلة بالتجارة من حقوق الملكية الفكرية (تريبس) لعام 1994.
2. اتفاق ستراسبورغ بشأن التصنيف الدولي للبراءات لسنة 1971م.

ثانياً: المراجع باللغة العربية

أ. الكتب العربية

1. صلاح الفضلي، آلية عمل العقل عند الإنسان، ط1، عصير الكتب للترجمة والنشر والتوزيع، القاهرة، مصر، 2018.
2. صلاح زين الدين، الملكية الصناعية والتجارية (براءات الاختراع-الرسوم الصناعية-النماذج الصناعية-العلامات التجارية-البيانات التجارية)، ط3، دار الثقافة للنشر والتوزيع، عمان، 2001.
3. سعد غالب ياسين، أساسيات نظم المعلومات الإدارية وتكنولوجيا المعلومات، ط1، دار المناهج للنشر والتوزيع، عمان، الأردن، 2012.
4. سمير محمود والي، الذكاء الاصطناعي، ط1، الدار المصرية اللبنانية للسلسلة: العلم بين يديك، القاهرة، 2008.
5. سينوت حليم دوس، كيف تكتب وتفسر براءة الاختراع، ط1، منشأة المعارف، القاهرة، 2005.

ب. الكتب الأجنبية

1. Goncalves, M. M, &de Lima Albuquerque, J. Solid Waste Management at the University Restaurant of the Federal Rural University of Pernambuco: Diagnosis and Analysis from the Perspective of the Environmental Agenda for Public Administration, 2019.

ت. الرسائل العلمية

1. شيماء خضر النادي، براءة الاختراع في الفقه الإسلامي وتطبيقاتها المعاصرة في فلسطين، رسالة ماجستير منشورة، الجامعة الإسلامية، غزة، 2012.

ث. المجلات العلمية

1. نورة محمد عبد الله العزام، دور الذكاء الاصطناعي في رفع كفاءة النظم الإدارية لإدارة الموارد البشرية، المجلة التربوية، جامعة تبوك، العدد (84)، المجلد 1، 2021.
2. خالد زواتين، الذكاء الاصطناعي وحقوق الملكية الفكرية أي علاقة ترابطية، مجلة حقوق الإنسان والحريات العامة، العدد 02، المجلد 07، 2022.

ج. المواقع الإلكترونية

1. أودري أزولاي، تقرير منشور على الموقع الرسمي لمنظمة اليونسكو (UNESCO)، 30/3/2023، منشور على الموقع الآتي: <https://www.unesco.org>.
2. ريان أبوت، كيف سيؤثر الذكاء الاصطناعي على شروط منح براءة الاختراع، مجلة بوبيولار ساينس-العلوم للعموم، 20/1/2020، منشور على الموقع الآتي: <https://gx.ae/ar/resources>.
3. ريان أبوت، مشروع المخترع الاصطناعي، مجلة المنظمة العالمية للملكية الفكرية (WIPO)، 2019، منشور على الموقع الإلكتروني الآتي: https://www.wipo.int/wipo_magazine.
4. يحيى عيد الزهراني، حماية الاختراعات الذكاء الاصطناعي (قضية DABOUS)، مقال منشور على موقع الهيئة السعودية للملكية الفكرية، 23/11/2022، ومنشور على الموقع الإلكتروني الآتي: <https://www.saip.gov>.

ح. قواعد البيانات

1. قاعدة بيانات المنظمة العالمية للملكية الفكرية (WIPO).
2. قاعدة بيانات منظومة القضاء والتشريع في فلسطين (المقتفي)

التحديات الدستورية لحماية الخصوصية الرقمية

*Constitutional challenges to protecting digital
privacy*

أ. غيث عمران عبد الله
باحث دكتوراه لدى جامعة الحسن الثاني
(المغرب)

التحديات الدستورية لحماية الخصوصية الرقمية

Constitutional challenges to protecting digital privacy

أ. غيث عمران عبد الله

باحث دكتوراه لدى جامعة الحسن الثاني، (المغرب)

Ghaith2017abdallah@gmail.com

ORCID: 0009-0004-3894.1356

DOI: <https://doi.org/10.70411/MJLS.1.1.2025149>

تاريخ القبول: 2024-08-31

تاريخ المراجعة: 2024-08-31

تاريخ الاستلام: 2024-07-31

الملخص

تتناول الدراسة التحديات الدستورية التي واجهت التكنولوجيا الرقمية، حيث برزت عدة قضايا تتعلق بالحقوق الأساسية، الخصوصية، والأمن السيبراني. وكيف يمكن للتحديات الدستورية أن تكون عائقاً أمام الدساتير، وعليه تبحث الدراسة في التعديلات الدستورية التي تحول دون المساس بالخصوصية للأفراد، وتُحلل الدراسة كيف يمكن للقوانين والسياسات أن تتلاءم مع التطورات التكنولوجية لحماية الحقوق والحريات. وتشير الدراسة إلى أن حماية الخصوصية أصبحت من أبرز القضايا مع تنامي جمع البيانات الشخصية واستخدامها عن طريق الشركات والحكومات. كما تتطرق الدراسة إلى القوانين الدستورية المتعلقة بحماية الخصوصية، وسلطة الضوء على أهمية تأمين الأنظمة والشبكات الإلكترونية لضمان سلامة المجتمعات من الهجمات السيبرانية. وتناقش الدراسة المعاهدات والمواثيق الدولية التي قننت وضع حقوق الإنسان في الخصوصية والوصول للمعلومة، وتركز الدراسة أيضاً على أهمية التعاون بين القطاعين العام والخاص والمجتمع المدني في مجال الأمن السيبراني.

الكلمات المفتاحية: التكنولوجيا الرقمية، التحديات الدستورية، الحقوق الأساسية، الخصوصية، الأمن السيبراني، التعديلات الدستورية، البيانات الشخصية.

Abstract:

The study addresses the constitutional challenges accompanying digital technology, highlighting various issues related to fundamental rights, privacy, and cybersecurity. It examines how these constitutional challenges can pose obstacles to constitutions and explores the necessary constitutional amendments to protect individual privacy. The study analyzes how laws and policies can adapt to technological advancements to safeguard rights and freedoms. It emphasizes that privacy protection has become a critical issue with the increasing collection and use of personal data by companies and governments. The study also delves into constitutional laws concerning privacy protection, highlighting the importance of securing electronic systems and networks to safeguard societies from cyberattacks. Additionally, the study discusses international treaties and conventions that have established human rights regarding privacy and access to information, focusing on the importance of collaboration between the public and private sectors and civil society in the field of cybersecurity.

Keywords: Digital technology, constitutional challenges, fundamental rights, privacy, cybersecurity, constitutional amendments, personal data.

مقدمة

خلال العقود الأخيرة، شهد العالم تحولات رقمية هائلة غيرت مناحي الحياة بطرق لم تكن متوقعة. الثورة الرقمية التي نعيشها اليوم تمثل تحولاً جذرياً في كيفية تفاعل الأفراد مع بعضهم البعض وكيفية تنفيذ الأعمال وتقديم الخدمات الحكومية. بفضل التقدم التكنولوجي، أصبحت الأدوات الرقمية جزءاً لا يتجزأ من حياتنا اليومية، ما أتاح لنا فرصاً وابتكارات غير محدودة. الإنترنت، الهواتف الذكية، الذكاء الاصطناعي، والبيانات الضخمة هي بعض من التقنيات التي شكلت عالمنا الحديث. الإنترنت، الذي بدأ كتجربة أكاديمية محدودة، أصبح اليوم بنية تحتية أساسية تُدير من خلالها معظم جوانب الحياة اليومية. التجارة الإلكترونية، وسائل التواصل الاجتماعي، التعليم الإلكتروني، والرعاية الصحية عن بُعد هي أمثلة على كيفية استخدام الإنترنت لتقديم خدمات بشكل أسرع وأكثر كفاءة¹، من خلال الهواتف الذكية، أصبح لدينا القدرة على الوصول إلى المعلومات والتواصل مع الآخرين في أي وقت وأي مكان، ما جعل العالم قرية صغيرة متصلة بعضها ببعض. الذكاء الاصطناعي (AI) هو أحد أبرز التطورات التكنولوجية التي أثرت بشكل كبير على حياتنا اليومية. من خلال تطبيقات الذكاء الاصطناعي، يمكننا تحسين الكفاءة في الأعمال، وتحليل كميات ضخمة من البيانات، وتقديم تجارب مستخدمة مخصصة. على سبيل المثال، يمكن للأنظمة الذكية تحليل سلوك المستخدمين على الإنترنت لتقديم إعلانات مستهدفة أو توصيات شخصية. ومع ذلك، يتطلب استخدام الذكاء الاصطناعي التعامل مع كميات هائلة من البيانات الشخصية، ما يثير مخاوف جدية حول الخصوصية والأمان².

تقنية البيانات الضخمة تلعب دوراً كبيراً في تحسين القرارات وتطوير الخدمات المقدمة للمواطنين، ولكن يجب أن يتم جمع واستخدام هذه البيانات بحذر لحماية الخصوصية الشخصية وتجنب الانتهاكات والاختراقات. ومع زيادة الاعتماد على التقنيات الرقمية، أصبحت الخصوصية قضية أساسية تتطلب اهتماماً خاصاً، حيث أصبحت البيانات الشخصية سلعة ثمينة يجب حمايتها ومعالجتها بعناية. وقد أدى

¹ دعاء عادل إبراهيم السيد. تأثير تطبيق الرقمنة على جودة الخدمات الحكومية المقدمة: دراسة تطبيقية على مصلحة الضرائب المصرية. المجلة العلمية للدراسات التجارية والبيئية. مج 14، ع 1، 2023، ص 799.

² هناء رزق محمد، مفهوم الذكاء الاصطناعي. مجلة دراسات في التعليم الجامعي. ع 52، 2021، ص 574.

الاعتماد المتزايد على التكنولوجيا إلى زيادة مخاطر انتهاكات الخصوصية، ما يجعلها تهديداً يومياً لسلامة البيانات الشخصية¹.

في هذا السياق، يتطلب الأمر إيجاد توازن بين التقدم التكنولوجي وحماية حقوق الأفراد في الخصوصية. يجب على الحكومات وضع تشريعات وقوانين تحمي البيانات الشخصية وتعزز الشفافية والمساءلة في كيفية جمع واستخدام هذه البيانات. كما يجب على الشركات تبني سياسات وممارسات تحترم خصوصية المستخدمين وتضمن أمان البيانات. إضافة إلى ذلك، يحتاج الأفراد إلى زيادة وعيهم بمخاطر التكنولوجيا الرقمية وكيفية حماية خصوصيتهم. يمكن تحقيق ذلك من خلال التثقيف والتوعية بأهمية الخصوصية الرقمية وطرق حماية البيانات الشخصية، مثل استخدام كلمات مرور قوية، وتفعيل التحقق الثنائي، وتجنب مشاركة المعلومات الشخصية على الإنترنت. إذاً، التحولات الرقمية الحديثة جلبت معها فوائد هائلة ولكنها أيضاً طرحت تحديات جديدة تتعلق بحماية الخصوصية. مع استمرار التقدم التكنولوجي، يصبح من الضروري تكثيف الجهود لضمان أن الخصوصية تظل محمية وأن البيانات الشخصية تُدار بمسؤولية وشفافية².

في ظل الثورة الرقمية والتحولات التكنولوجية المتسارعة التي شهدتها العالم في العقود الأخيرة، أصبحت التكنولوجيا الرقمية جزءاً لا يتجزأ من حياتنا اليومية، ما أدى إلى فوائد كبيرة وتحسينات في مختلف مجالات الحياة. ومع ذلك، يبرز تحدٍ كبير يتمثل في حماية الخصوصية الشخصية في عصر الرقمنة. يتزايد الاعتماد على التقنيات الرقمية مثل الإنترنت، الذكاء الاصطناعي، والبيانات الضخمة، ما يزيد من حجم البيانات الشخصية التي يتم جمعها ومعالجتها وتخزينها. هذا الاستخدام الواسع للتكنولوجيا يثير العديد من التساؤلات حول مدى قدرة القوانين الدستورية الحالية على حماية حقوق الأفراد في الخصوصية، والتحديات التي تواجهها هذه القوانين في مواجهة التهديدات التكنولوجية المتنامية.

إشكالية الدراسة:

لقد غيرت الثورة الرقمية كل جانب من جوانب الحياة الحديثة، ما أدى إلى تقدم غير مسبوق في الاتصالات والتجارة والحوكمة. ومع ذلك، فقد أثارت هذه التطورات التكنولوجية أيضاً مخاوف كبيرة بشأن حماية الخصوصية الفردية. مع تزايد جمع البيانات الشخصية واستخدامها، أصبحت كفاية الحماية

¹ وسام نعمت إبراهيم السعدي، الحقوق الرقمية وآليات الحماية الدولية المقررة لها في إطار القانون الدولي لحقوق الإنسان، المؤتمر الدولي الرابع للقضايا القانونية، جامعة نيشك الدولية، المجلد الأول، 30 نيسان 2019، ص353.

² وسام نعمت إبراهيم السعدي، المرجع نفسه، ص574.

الدستورية الحالية موضع تساؤل. كيف يمكن تكيف الأطر الدستورية لحماية حقوق الخصوصية في مواجهة التطورات الرقمية السريعة؟
أسئلة الدراسة:

وعليه تتمثل تساؤلات الدراسة في:

1. كيف يمكن للقوانين الدستورية أن تتكيف مع التحولات التكنولوجية الحديثة لضمان حماية فعالة للخصوصية الشخصية في العصر الرقمي؟
2. ما هي التحديات التي تواجهها هذه القوانين في ظل التطورات التكنولوجية المتسارعة.
3. وكيف يمكن معالجتها لتحقيق توازن بين التقدم التكنولوجي وحماية حقوق الأفراد في الخصوصية؟

أهمية الدراسة:

مع انتشار التكنولوجيا الرقمية، أصبحت البيانات الشخصية أكثر عرضة للاختراق والاستخدام غير المشروع. يمكن للتقنيات الحديثة تتبع الأنشطة اليومية للأفراد، من تفضيلاتهم الشرائية إلى تحركاتهم اليومية. لذلك، أصبحت حماية الخصوصية قضية حيوية في العصر الرقمي، حيث تؤثر على الحرية الشخصية والأمن القومي. تتزايد المخاوف بشأن كيفية جمع واستخدام البيانات الشخصية من قبل الشركات والحكومات، ما يجعل من الضروري إيجاد توازن بين التقدم التكنولوجي وحقوق الأفراد في الخصوصية.

هدف الدراسة:

يهدف هذا البحث إلى استكشاف التحديات الدستورية التي تواجه حماية الخصوصية في العصر الرقمي. سيقوم البحث بتحليل القوانين الحالية والتشريعات المتعلقة بحماية الخصوصية، وسيسلط الضوء على التهديدات التكنولوجية التي تؤثر على الخصوصية. كما سيستعرض الاستراتيجيات القانونية والتقنية المقترحة لتعزيز حماية الخصوصية، مع تقديم توصيات للمشرعين وصانعي السياسات حول كيفية تحسين الإطار القانوني لحماية الخصوصية في العصر الرقمي.

منهج الدراسة:

تم اختيار المنهج الوصفي التحليلي في هذه الدراسة، حيث يقوم هذا المنهج على وصف الظواهر المتعلقة بالتكنولوجيا الرقمية وتأثيرها على القوانين الدستورية، مع تحليل التحديات المتعلقة بحماية الخصوصية. تم جمع البيانات من مصادر متعددة، بما في ذلك القوانين والتشريعات الحالية، الدراسات

السابقة، والتقارير التقنية، لتقديم فهم شامل ومتعمق للمسألة. يعتمد المنهج أيضًا على المقارنة بين السياسات والتشريعات الدولية والمحلية لتحديد أفضل الممارسات والتوصيات المناسبة لتعزيز حماية الخصوصية في العصر الرقمي. وتحليل السياسات والتشريعات الدولية والمحلية التي ستكون موضع المقارنة، يمكن تحديد مجموعة من المعايير الأساسية التي ستستخدم في هذه المقارنة. عادةً ما تشمل هذه المعايير:

1. التشريعات الدولية:

أ. القوانين والاتفاقيات الدولية المعنية بحماية البيانات والخصوصية في العصر الرقمي.

ب. المعايير الدولية للأمن السيبراني وحماية المعلومات.

ج. التشريعات المتعلقة بالتجارة الإلكترونية وحماية المستهلك في البيئة الرقمية.

2. التشريعات المحلية:

أ. القوانين الوطنية المتعلقة بحماية البيانات الشخصية والخصوصية في البيئة الرقمية.

ب. السياسات المحلية المتعلقة بالأمن السيبراني واستخدام التكنولوجيا الرقمية في المؤسسات الحكومية.

ج. التشريعات المحلية المتعلقة بالتجارة الإلكترونية وتنظيم النشاطات الرقمية.

ستتم مقارنة هذه المعايير الدولية والمحلية لتحديد التحديات الدستورية التي تواجهها الدول في ظل التكنولوجيا الرقمية، مع التركيز على الفجوات والاختلافات التي قد تؤثر على تنفيذ هذه السياسات والتشريعات.

المطلب الأول:

ماهية التكنولوجيا الرقمية

تعتبر التكنولوجيا الرقمية من أبرز الابتكارات التي أحدثت تحولاً جذرياً في مختلف جوانب الحياة المعاصرة. وقد أدى هذا التحول إلى ظهور مجموعة من التحديات والفرص التي تؤثر بشكل مباشر على البنى الدستورية والقانونية في المجتمعات. سيتناول هذا المطلب تعريفات التكنولوجيا الرقمية وتأثيراتها الواسعة على المجالات الاقتصادية والاجتماعية والسياسية. سنتطرق خلال هذا المطلب لتعريف التكنولوجيا الرقمية والتأثيرات التي أحدثتها في عالمنا المعاصر.

الفرع الأول:

مفهوم التكنولوجيا الرقمية

في عصر التكنولوجيا الرقمية، أصبحت الخصوصية من أبرز القضايا التي تثير اهتمام الأفراد والمؤسسات على حد سواء. مع تزايد استخدام الأجهزة المتصلة بالشبكة العنكبوتية وجمع البيانات الشخصية على نطاق واسع، تزايدت المخاوف بشأن كيفية حماية هذه المعلومات من الانتهاكات والاستغلال غير المصرح به. هذا الفقرة تناقش مفهوم الخصوصية في ظل التطورات التكنولوجية الحديثة، والتحديات التي تواجهها، والسبل الممكنة لحمايتها في هذا العصر الرقمي المتسارع.

تعود الجذور المفاهيمية للخصوصية إلى الفلاسفة الكلاسيكيين، ولكن بدأ تعريفها الحديث في التشكل في نهاية القرن التاسع عشر. يُعدُّ مقال "الحق في الخصوصية" الذي نُشر في عام 1890، من قبل المحامين الأمريكيين صمويل وارن ولويس برانديز، نقطة تحول مهمة في صياغة المفهوم الحديث للخصوصية. ودعوا في هذا المقال إلى الاعتراف بالخصوصية كحق قانوني، مستنديين إلى التطورات الاجتماعية والتكنولوجية التي كانت تحدث في ذلك الوقت.

الخصوصية هي حق أساسي للأفراد في الحفاظ على سرية معلوماتهم الشخصية وحمايتها من الاستغلال أو الوصول غير المصرح به. وتعتبر الخصوصية حقاً إنسانياً معترفاً به دولياً، وتتضمن حماية الحريات الشخصية للفرد من التدخلات غير المرغوب فيها. وفي السياق القانوني، يشير مفهوم الخصوصية إلى الحق في أن يترك الشخص شأنه، وأن تكون معلوماته الشخصية محمية من الاستخدام أو الكشف غير المصرح به¹.

التكنولوجيا الرقمية هي استخدام الأجهزة الرقمية والبرامج المتطورة والأنظمة المتصلة بالشبكة العنكبوتية لتخزين ومعالجة ونقل المعلومات بكفاءة وسرعة عالية. وتشمل هذه التكنولوجيا مجموعة واسعة من الأدوات والتقنيات المبتكرة التي تسهم في تحسين حياتنا اليومية وتغير طريقة تفاعلنا مع العالم من حولنا. تتضمن التكنولوجيا الرقمية أجهزة الكمبيوتر القوية والمحمولة، والهواتف الذكية الحديثة التي توفر لنا إمكانية الاتصال الفوري والحصول على المعلومات بسهولة ويسر. كما تتضمن أيضًا الإنترنت

¹ الحق في الخصوصية في القوانين المصرية: معوقات تشريعية وخطوات لم تكتمل. مسار مجتمع التقنية والقانون، 2021.

وتطبيقات السحابة الإلكترونية التي تسمح لنا بتخزين البيانات والوصول إليها من أي مكان وفي أي وقت¹.

على المستوى العالمي، الحق في الخصوصية يُعتبر حقاً أساسياً وضرورياً للإنسان في عدة اتفاقيات ومعاهدات دولية مهمة. تؤكد المادة (12) من الإعلان العالمي لحقوق الإنسان لعام 1948، والمادة (17) من العهد الدولي الخاص بالحقوق المدنية والسياسية لعام 1966، على الحق في الخصوصية، وهو أحد الحقوق الأساسية التي ينبغي أن تحظى بالاحترام والحماية. يُعتبر الحق في الخصوصية إحدى القيم الأساسية التي يجب أن يكون لكل شخص الحق في الاستمتاع بها بحرية وسلامة، دون تعرض لأي تدخل أو انتهاك من أي جهة كانت. علاوة على ذلك، يُعتبر الحق في الخصوصية جزءاً لا يتجزأ من الكرامة الإنسانية والحياة الخاصة للفرد، حيث يتيح للأفراد إمكانية الحفاظ على هويتهم وعدم الكشف عن معلومات شخصية تخصهم دون إذنهم الصريح. وبناءً على ذلك، من الضروري والمهم جداً أن تتوفر الضمانات القانونية والتنظيمية اللازمة لحماية الخصوصية الفردية ومنع أي انتهاك لها².

تختلف طرق حماية الخصوصية من بلد إلى آخر وفقاً للقوانين والدساتير الوطنية³، في الولايات المتحدة، على سبيل المثال، لا تتمتع الخصوصية بحماية مباشرة وقانونية في الدستور، وإنما قامت المحكمة العليا بتأمين حماية الخصوصية من خلال تفسيرات لتعديلات مختلفة للدستور، مثل التعديلين الأول والرابع⁴. وعلى الجانب الآخر، تعترف العديد من الدساتير الأوروبية بالخصوصية كحق أساسي، كما هو الحال في الدستور الألماني الذي يحمي الخصوصية بموجب المادة (2) والمادة (10)⁵.

الفرع الثاني: انعكاسات التكنولوجيا الرقمية

¹ Johannes Morsink. Article by Article: The Universal Declaration of Human Rights for a New Generation. University of Pennsylvania Press. 2021.p142.

² Kretzmer, D., & Klein, E. The concept of human dignity in human rights discourse. 2002.p212.

³ رجب دسوقي إبراهيم، الحماية الدستورية للحق في الخصوصية في ظل الثورة المعلوماتية "دراسة تحليلية مقارنة"، 2024، ص351.

⁴ حميد حنون خالد، المحكمة العليا ودورها في بناء وحماية النظام الدستوري في الولايات المتحدة الأمريكية. مجلة العلوم القانونية، مجلد. 27، ع. 1، 2012، ص3.

⁵ الدستور الألماني. متاح على الرابط الآتي:

سوف نتحدث في هذا الفرع عن تأثير التكنولوجيا الرقمية على المجتمع (أولاً)، و(ثانياً) عن التحديات التي تفرضها التكنولوجيا الرقمية.

أولاً: تأثير التكنولوجيا الرقمية على المجتمع

لقد أحدثت التكنولوجيا الرقمية تحولاً عميقاً في بنية المجتمعات الحديثة، متجاوزة الحدود الجغرافية والثقافية لتعيد تشكيل العديد من جوانب الحياة اليومية. من خلال توفير وسائل اتصال جديدة ومصادر معلومات غير مسبقة، غيرت التكنولوجيا الرقمية طريقة تفاعل الأفراد والمؤسسات، ما أثر بشكل كبير على القيم الاجتماعية والسلوكيات العامة. ستركز هذه الفقرة على استعراض التأثيرات المختلفة للتكنولوجيا الرقمية على المجتمع، بما في ذلك الجوانب الإيجابية والسلبية، وتحديد التحديات والفرص الناشئة عن هذا التحول الرقمي.

التكنولوجيا الرقمية أثرت على المجتمع بطرق متعددة، تشمل:

1. التواصل:

تغيرت الطرق التي يتفاعل بها الأفراد مع بعضهم البعض بفضل التغيرات التي طرأت على الإنترنت ووسائل التواصل الاجتماعي، ما أتاح لنا القدرة على التواصل الفوري والمستمر مع الناس في كل أصقاع العالم. حيث أصبح بإمكاننا الآن التواصل مع الأصدقاء والعائلة والمعارف والمجتمعات الأخرى بسهولة ويسر. بفضل هذه التكنولوجيا الحديثة، يمكننا الآن مشاركة الأخبار والأحداث المهمة والصور والفيديوهات وتبادل الأفكار والآراء في الوقت الفعلي. هذا يعني أننا لم نعد مقيدين بالمسافات الجغرافية أو بالأوقات، بل يمكننا الاتصال بأي شخص في أي وقت ومن أي مكان. وبالإضافة إلى ذلك، فإن التواصل الاجتماعي له تأثيرات إيجابية عديدة على حياتنا اليومية؛ فبفضله نستطيع التعرف على ثقافات مختلفة وتبادل المعرفة والخبرات، وذلك من خلال التواصل مع أشخاص من خلفيات مختلفة ومناطق جغرافية مختلفة. كما يوفر لنا التواصل الاجتماعي منصة للتعبير عن أنفسنا ونشر اهتماماتنا ومواهبنا، سواء كان ذلك من خلال كتابة المقالات أو مشاركة الصور ومقاطع الفيديو¹.

¹ Eric Richardson & Colleen Devine. Emergencies End Eventually: How to Better Analyze Human Rights Restrictions Sparked by the COVID-19 Pandemic Under the International Covenant on Civil and Political Rights, 42 MICH. J. INT'L L.2020. p 105.

2. العمل:

التقدم التقني الذي حدث في السنوات الأخيرة أدى إلى تحقيق تغيرات هائلة في ساحة العمل. فقد تم تمكين العمل عن بُعد بشكل فعال وممكن، وقد تم تحسين الأدوات والتطبيقات بشكل كبير لزيادة الإنتاجية وتعزيز الكفاءة. بالفعل، أصبح من الممكن للأفراد والشركات أن يعملوا عبر الإنترنت من أي مكان في العالم، ما يتيح فرصًا جديدة ومثيرة لتحقيق النجاح. إن فوائد العمل عن بُعد واضحة ومتعددة، حيث يمكن للفرق أن تتعاون بشكل فعال عبر البرامج والتطبيقات الحديثة، ويمكن للموظفين تنظيم وقتهم بشكل أفضل وزيادة إنتاجيتهم. بالإضافة إلى ذلك، فإن الابتكارات التقنية المتقدمة مثل الذكاء الاصطناعي وتحليل البيانات فتحت أبوابًا جديدة لتحسين العمليات واتخاذ القرارات الذكية. بشكل عام، فإن التقدم التقني أحدث ثورة حقيقية في ساحة العمل، ولا شك في أنه سيستمر في تغيير وتحسين الطرق التي نعمل بها في المستقبل¹.

3. التعليم:

فتح التعليم عن بُعد الباب الواسع أمام مصادر تعليمية غير محدودة وأدوات تعليمية تفاعلية ومبتكرة، ما أسهم بشكل كبير في تحسين وتطوير جودة التعليم وزيادة الفرص التعليمية المتاحة للطلاب. تم توسيع نطاق هذا النظام التعليمي المتطور ليصبح أكثر انسجامًا مع احتياجات الطلاب ومتطلبات العصر الحديث. فقد تم تطوير برامج تعليمية متميزة وشاملة تشمل مختلف المواد الأكاديمية والثقافية والتربوية، بالإضافة إلى المنصات التعليمية الرقمية الحديثة التي تسهم في توفير تجارب تعليمية متنوعة ومتكاملة. تعزز هذه الأدوات التعليمية الجديدة التواصل الفعال بين الطلاب والمعلمين وتعزز التفاعل والمشاركة الفعالة في العملية التعليمية. بالإضافة إلى ذلك، توفر هذه الوسائل التعليمية الحديثة مرونة أكبر في التعلم، حيث يمكن للطلاب الوصول إلى المحتوى التعليمي في أي وقت ومن أي مكان يناسبهم، ما يعزز الدراسة الذاتية ويسهم في تعزيز قدراتهم التعليمية والتنموية. وفي هذا السياق، تُعد التقنية الحديثة محركًا رئيسيًا للتغيير التعليمي الذي نشهده حاليًا، حيث تعمل على تحقيق تحول جذري في طرق التدريس

¹ الأمم المتحدة. (دون تاريخ). تأثير التكنولوجيات الرقمية. موقع الأمم المتحدة، متاح على الرابط الآتي :

<https://www.un.org/ar/un75/impact-digital-technologies>

والتعلم، وتعزيز الابتكار والإبداع في المجال التعليمي، وتعمل على تمكين الطلاب من اكتساب المهارات والمعارف اللازمة للنجاح في مجتمع المعرفة الحديث¹.

4. الرعاية الصحية:

التكنولوجيا الرقمية حسنت من الخدمات الصحية من خلال تقديم الرعاية عن بُعد، ومراقبة المرضى عبر الأجهزة المتصلة، وتحليل البيانات الصحية لتحسين التشخيص والعلاج².

5. الاقتصاد:

أدى الاقتصاد الرقمي إلى ظهور نماذج تجارية جديدة، مثل التجارة الإلكترونية المبنية على استخدام الإنترنت والتكنولوجيا الحديثة والتي تتيح للأفراد والشركات فتح أبوابها لعالم التجارة الإلكترونية على نطاق واسع، بالإضافة إلى تيسير تنفيذ العمليات المالية والبنكية بشكل آمن ومريح من خلال الخدمات المصرفية عبر الإنترنت، وكذلك ظهور العملات الرقمية كوسيلة للتبادل المالي والاستثمار الإلكتروني والمال الرقمي. ومن خلال هذه الابتكارات التي تمتاز بالتكنولوجيا الرقمية، يتم تحقيق تفاعلات اقتصادية فعالة وسريعة ومنتشرة حول العالم، ما يدفع بالتنمية الاقتصادية والتجارية إلى آفاق جديدة وفرص متعددة. ومن المهم أن نستمر في استكشاف واستغلال إمكانات الاقتصاد الرقمي لتعزيز التعاون والتطور الاقتصادي والاجتماعي³.

6. الثقافة والترفيه:

المنصات الرقمية غيرت كيفية استهلاكنا للترفيه، حيث أصبحت خدمات البث المباشر، والألعاب الإلكترونية، والكتب الإلكترونية شائعة جداً. ولا يمكن إنكار أن هذا التغيير أحدث تحولاً جذرياً في صناعات الترفيه والإعلام، حيث تفتحت أمامنا العديد من الفرص الجديدة للاستمتاع بالترفيه بأشكاله المختلفة، وذلك بفضل التكنولوجيا والتطور المستمر في مجال الإنترنت⁴.

¹ التقرير العالمي لرصد التعليم 2023: التكنولوجيا في مجال التعليم: أداة وفق أي شروط؟ مكتبة اليونسكو، متاح على الرابط الآتي : https://unesdoc.unesco.org/ark:/48223/pf0000386165_ara

² سبيكيوبوس، تحرير ويندلر، توماس، ترجمة حاتم النجدي. (2015). التطورات في تكنولوجيا الرعاية الصحية تشكيل مستقبل الرعاية الصحية Advances in Healthcare Technology Shaping the Future of Medical Care

³ ثناء أبا زيد. واقع التجارة الإلكترونية والتحديات التي تواجهها عربياً ومحلياً. الموسوعة السياسية، 2019، ص 77.

⁴ الغد، المنصات الترفيهية الرقمية.. الراح الأكبر من الجائحة. 2020، موقع الغد الإلكتروني.

ثانياً: التحديات التي تفرضها التكنولوجيا الرقمية

نرى أن التحديات التي تفرضها التكنولوجيا الرقمية، تشمل:

1- الخصوصية والأمان:

تزايد تجميع وتخزين البيانات الشخصية قد جعل من مسألة الخصوصية قضية حيوية بشكل كبير، حيث يصبح الأفراد معرضين بشكل أكبر للاختراقات الإلكترونية وسوء استخدام البيانات. تتزايد المخاوف من انتهاك الخصوصية وسرقة البيانات الشخصية، ما يؤدي إلى زيادة الحاجة لاتخاذ إجراءات وسياسات فعالة لحماية الخصوصية الشخصية. على الرغم من أن التكنولوجيا قد سهلت حياة الناس في العديد من الجوانب، فإنها تحمل أيضًا مخاطر وتحديات جديدة. فمثلاً، يمكن للهackerز غير الأخلاقيين الدخول إلى أنظمة التخزين السحابي والهواتف الذكية والحواسيب الشخصية لسرقة المعلومات الشخصية واستخدامها بطرق غير قانونية. حماية البيانات الشخصية أمر ضروري للغاية في هذا العصر الرقمي الحديث. يجب على الأفراد والمنظمات على حد سواء تعزيز الوعي بمخاطر الإنترنت وتنفيذ استراتيجيات الأمان المناسبة¹.

2- الفجوة الرقمية:

على الرغم من أن التكنولوجيا الرقمية تُسهّل الوصول إلى المعلومات والخدمات إلا أنها تُساهم أيضًا في تعميق الفجوة بين من يمتلكون التكنولوجيا ومن لا يمتلكونها، ما يؤدي إلى تفاوتات اجتماعية واقتصادية. وبالتالي فإننا نحتاج إلى تحقيق التوازن بين استخدام التكنولوجيا وتعزيز الوصول إليها لجميع الفئات المجتمعية. على سبيل المثال، يمكن للحكومات والمؤسسات العامة توفير فرص التعليم والتدريب على التكنولوجيا الرقمية للأفراد الذين يفتقرون إلى هذه المهارات. كما يمكن تعزيز الوعي بأهمية التكنولوجيا الرقمية وفوائدها من خلال حملات توعية اجتماعية وتعليمية. بالإضافة إلى ذلك، ينبغي علينا العمل على توفير البنية التحتية اللازمة لدعم الوصول الشامل للتكنولوجيا الرقمية، مثل توفير خدمات الإنترنت عالية السرعة في المناطق النائية والمجتمعات الهامشية. إن هذه المبادرات والإجراءات يمكن أن تعمل على تقليص الفجوة الرقمية وتحقيق تكافؤ الفرص للجميع².

¹ رجب دسوقي إبراهيم، مرجع سابق، ص 351.

² تغريد بنت عبد الفتاح الرحيلي؛ علي بن شرف الموسوي؛ وآخرون. الفجوة الرقمية: التحديات والتطبيقات في البيئة التربوية العربية. 2023، ص 122.

3- التوظيف:

التحول الرقمي قد يسفر عن فقدان الوظائف التقليدية نتيجة للأتمتة والذكاء الاصطناعي، ما يتطلب تأهيل العمالة لمواكبة المتطلبات الجديدة واكتساب المهارات الرقمية اللازمة. يجب على العمالة أن تتكيف مع التغيرات التكنولوجية السريعة وأن تتعلم كيفية استخدام الأدوات والبرامج الجديدة المدعومة بالحوسبة السحابية. بالإضافة إلى ذلك، يجب على العمالة أن تطور مهاراتها في مجالات مثل تحليل البيانات والذكاء الاصطناعي وتطبيقات الويب والتسويق الرقمي. علاوة على ذلك، يجب على العمالة أن تكون متجاربة وقادرة على التعامل مع الأتمتة والروبوتات الذكية في مختلف الصناعات. إن التحول الرقمي هو واقع لا يمكن تجاهله، ويحتاج الموظفون إلى الاستعداد لهذه الثورة التقنية والتكنولوجية المستمرة¹.

4- الأمان السيبراني:

تزايد الاعتماد الكبير واللامتناهي على التكنولوجيا واستخدامها في مختلف جوانب الحياة يجعل من الأمان السيبراني أمراً ضرورياً جداً للغاية. فمن خلال تأمين الأنظمة والشبكات الإلكترونية، يمكن الحفاظ على سلامة المجتمعات وحمايتها من الهجمات الإلكترونية الضارة وغير القانونية. من أجل القيام بذلك، يتعين على الأفراد والمؤسسات والحكومات تطوير استراتيجيات أمان فعّالة وقوية للتصدي لزيادة تهديدات السيبرانية والهجمات المتطورة. يجب أن تكون هذه الاستراتيجيات شاملة لتغطية جميع جوانب الاعتماد على التكنولوجيا، بدءاً من حماية البيانات والمعلومات الحساسة وحتى حماية البنية التحتية الرقمية والأنظمة الحيوية. علاوة على ذلك، يجب تعزيز التعاون والتنسيق بين الأطراف المعنية، بما في ذلك القطاعين العام والخاص والمجتمع المدني، لضمان تبادل المعلومات والخبرات والتعاون في مجال الأمان السيبراني².

المطلب الثاني:

التحديات الدستورية في ظل التكنولوجيا الرقمية

مع تطور التكنولوجيا الرقمية واندماجها المتزايد في حياتنا اليومية، برزت العديد من التحديات الدستورية التي تستوجب دراسة معمقة وفهماً شاملاً. فالتكنولوجيا الرقمية لم تقتصر على تحسين الاتصال وزيادة الوصول إلى المعلومات، بل طرحت أيضاً قضايا معقدة تتعلق بالحقوق الأساسية، الخصوصية،

¹ اليونسكو. (2023). مرجع سبق ذكره.

² برادة عبد الرزاق؛ القصير فتحي، الأمن السيبراني ودوره في الحد من الهجمات الإلكترونية، 2024، ص432.

والأمن السيبراني. سيتناول هذا المطلب تحليل هذه التحديات الدستورية، ويستعرض كيف يمكن للقوانين والسياسات أن تتكيف مع هذه التطورات التكنولوجية لضمان حماية الحقوق والحريات في العصر الرقمي.

الفرع الأول:

حماية الخصوصية في العصر الرقمي

في ظل الثورة الرقمية والتوسع الهائل في استخدام التكنولوجيا، أصبحت حماية الخصوصية من أبرز القضايا التي تواجه الأفراد والمجتمعات. مع تزايد جمع البيانات الشخصية واستخدامها من قبل الشركات والحكومات، تتزايد المخاوف بشأن كيفية حماية هذه المعلومات من الانتهاكات والاستخدام غير المشروع. تهدف هذه الفقرة إلى استعراض مفهوم الخصوصية في العصر الرقمي، وتحديد التحديات التي تواجه حمايتها، واستعراض السبل الممكنة لضمان أمان البيانات الشخصية في هذا السياق المتسارع. وقبل الخوض في موضوع حماية الخصوصية بكل فروعه.

أولاً: القوانين الدستورية المتعلقة بحماية الخصوصية

يتميز العديد من الدساتير حول العالم بإيلاء اهتمام كبير وعميق لحماية الخصوصية والحقوق التي تنبعث منها. وعلى الرغم من اختلاف القوانين الدستورية من دولة إلى أخرى، إلا أنها عادة ما تؤكد وتشدد على حق الأفراد في الخصوصية كجزء أساسي وغير قابل للتجاوز من حقوقهم وحرياتهم الأصلية. وفي هذا السياق الشامل والإيجابي، سنستعرض بعض الأمثلة فائقة الأهمية التي تتعلق بالقوانين الدستورية التي تهدف إلى حماية الخصوصية الفردية والجماعية في بعض البلدان المتقدمة والديمقراطية¹.

1- الولايات المتحدة الأمريكية

يلاحظ المراقبون في الولايات المتحدة، أن المحكمة العليا الأمريكية أكدت وجود الحق في الخصوصية عن طريق تفسير بعض التعديلات الدستورية، وتحديدًا التعديل الرابع الذي يحمي الأفراد من التفتيش والضبط غير المبرر من قبل الحكومة. في القضية الشهيرة "رو ضد ويد"، أكدت المحكمة العليا أن الحق في الخصوصية يمتد ليشمل قرارات الفرد المتعلقة بصحته الشخصية والإنجاب. وتتأكد اليوم أن الدستور الأمريكي ينص على حماية الحق في الخصوصية بمزيد من التفصيل. فالقضاء الأمريكي يعتبر

¹ Seubert, S., & Becker, C. The Democratic Impact of Strengthening European Fundamental Rights in the Digital Age: The Example of Privacy Protection. *German Law Journal*, 22(1), 2021. p 31-44.

الخصوصية حقاً أساسياً يجب أن يتمتع به كل فرد في البلاد، على الرغم من عدم وجود نص واضح في الدستور¹.

2- الاتحاد الأوروبي

يُعد حفظ الخصوصية هو حق الحقوق الأساسية في الاتحاد الأوروبي. يمثل الميثاق الأوروبي لحقوق الإنسان، الذي استطاع أن يُصبح جزءاً لا يتجزأ من القانون الأوروبي بعد التوقيع على معاهدة لشبونة، يضمن الحق الأزلي والمقدس في احترام الحياة الخاصة وحماية البيانات الشخصية. لا ريب أن المادة السابعة في الميثاق تؤكد بشكل قوي على "حق كل فرد في احترام حياته الخاصة وحياته العائلية ومسكنه ومراسلاته"، فيما تُضفي المادة الثامنة بريقاً لا يُضاهى على هذا الحق الأساسي بتأكيد "حماية البيانات الشخصية" التي تُعد أحد أركان الاطمئنان والسلامة الشخصية. ينبغي على الجميع أن يدركوا أهمية هذه الحقوق حتى تظل قيمة الفرد والحقوق الأساسية محفوظة وآمنة في مجتمعنا المتطور. أصدر الاتحاد الأوروبي الميثاق الأوروبي لحقوق الإنسان الذي يُعد جزءاً لا يتجزأ من القوانين الأوروبية².

بالإضافة إلى ذلك، تضيف المادة الثامنة من الميثاق مفهوم حماية البيانات الشخصية، وهي مسألة لها أهمية بالغة في العالم الرقمي الحديث. حماية البيانات الشخصية تُعد ضرورة للحفاظ على خصوصية الأفراد ومنع استغلالها غير المشروع. وقد تم تعزيز هذه الحماية بمرور الوقت، وذلك عبر إصدار قوانين وتشريعات خاصة تهدف إلى ضمان سلامة وأمان البيانات الشخصية. في النهاية، يجب على الجميع الاستدلال على أهمية حفظ الخصوصية وحماية البيانات الشخصية. فقد وضع الميثاق الأوروبي لحقوق الإنسان قوانين صارمة لحماية هذه الحقوق الأساسية، ويتوجب على الأفراد والمؤسسات الالتزام بهذه القوانين والمحافظة على سلامة المعلومات الشخصية. بالتالي، سيظل الفرد وحقوقه محفوظة وآمنة في مجتمعنا المتطور³.

3- ألمانيا

يحتوي الدستور الألماني (القانون الأساسي) على عدد كبير من المواد التي ترتبط بحماية الخصوصية وتعززها. المادة رقم (1) تُعلن بوضوح أنه "لا يمكن المساس بكرامة الإنسان"، في حين تؤكد

¹ Wuest, J. A Conservative Right to Privacy: Legal, Ideological, and Coalitional Transformations in US Social Conservatism. *Law & Social Inquiry*, 46(4), 2021. p. 964–992.

² Yi Zhang, Mengjia Wu, George Yijun Tian, Guangquan Zhang, Jie Lu. Ethics and privacy of artificial intelligence: Understandings from bibliometrics, Knowledge-Based Systems, Volume. 2021. p222.

³ Ibid.

المادة رقم (2) على "حق الفرد في التنمية الحرة لشخصيته"، وتم تفسير هذا الحق على أنه يضمن الحق في الخصوصية. بالإضافة إلى ذلك، تتضمن المادة رقم (10) "سرية المراسلات والبريد والاتصالات"، وتمنح حماية إضافية شاملة للخصوصية وسرية المراسلات. إن دستور ألمانيا يؤكد بشكل قاطع أهمية حقوق الفرد وخصوصيته، ويعمل على توفير إطار قانوني يحمي هذه الحقوق الأساسية¹.

4- فلسطين

يُعتبر قانون حماية الخصوصية والبيانات الشخصية في فلسطين من القضايا الناشئة والمهمة التي تسعى إلى توفير حماية قانونية لمواطنيها. رغم غياب تشريع شامل ينظم حماية البيانات الشخصية، أصدر قرار مجلس الوزراء رقم (3) لسنة 2019، الذي يفرض حظر استخدام البيانات الشخصية للأغراض التجارية دون إذن مسبق من المواطنين، ويشدد على ضرورة تنفيذ الجهات المختصة لأحكام هذا القرار².

تواجه الخصوصية الرقمية في فلسطين تحديات كبيرة بسبب غياب قانون شامل يضمن حماية البيانات الشخصية. تقارير عديدة أظهرت أن حقوق الفلسطينيين في الخصوصية تُنتهك من قبل السلطات الإسرائيلية والفلسطينية على حد سواء، وأبرزت ضرورة وجود قانون يحمي البيانات الشخصية ويضمن المساءلة عند انتهاك هذه الحقوق. مثل هذه التقارير تُظهر الحاجة الملحة لتشكيل هيئة فلسطينية تُعنى بتنظيم وحماية الخصوصية الرقمية³. توصي الدراسات المختلفة بضرورة سن قانون شامل لحماية الخصوصية والبيانات الشخصية في فلسطين، وأهمية التوعية المجتمعية بقضية الخصوصية وحماية البيانات على المستويين الشعبي والرسمي⁴.

ثانياً: المعاهدات والاتفاقيات الدولية المتعلقة بالخصوصية

على المستوى الدولي، توجد العديد من الاتفاقيات والمعاهدات التي تهدف إلى حماية الخصوصية وضمان احترام البيانات الشخصية. تُعتبر هذه الاتفاقيات جزءاً أساسياً من النظام القانوني الدولي لحماية

¹ ليلي عبد المجيد، التنظيم التشريعي والقانوني للإعلام التقليدي والإلكتروني. العربي للنشر، 2021، ص22.

² قرار مجلس الوزراء رقم (3) لسنة 2019، بالبيانات الشخصية الخاصة بالمواطنين. تم الاسترجاع من <http://maqam.najah.edu/legislation/85/view>.

³ واقع الخصوصية الرقمية وحماية البيانات في فلسطين، IFEX. 2021. تم الاسترجاع من <https://ifex.org/ar/palestine-reality-of-digital-privacy-and-data-protection/>.

⁴ شبكة فلسطين الإخبارية. "حملة" يطلق تقريراً جديداً حول واقع الخصوصية وحماية البيانات في فلسطين. دون تاريخ نشر. تم الاسترجاع من <https://pnn.ps/news/55442>.

حقوق الإنسان. ومن بين هذه الاتفاقيات والمعاهدات المهمة ، يمكن الإشارة إلى اتفاقية الأمم المتحدة لحقوق الطفل واتفاقية منظمة العمل الدولية بشأن حماية البيانات الشخصية. وتهدف هذه الاتفاقيات إلى ضمان الحماية القانونية والقوانين الدولية للأفراد وضمان حقوقهم في حماية خصوصيتهم وحقوقهم في السيطرة على بياناتهم الشخصية. بالإضافة إلى ذلك، توجد مبادئ توجيهية وقواعد سلوك دولية تهدف إلى حماية البيانات الشخصية وتنظيم استخدامها ونقلها. تعتمد هذه المبادئ والقواعد على مبدأ الموافقة المسبقة المطلقة والشفافية في جمع واستخدام المعلومات الشخصية. علاوة على ذلك، يجب أن تتم المعالجة الشرعية وفقًا لأغراض محددة ومشروعة، ويجب تضمين آليات لمنع الوصول غير المصرح به إلى هذه البيانات¹.

1- الإعلان العالمي لحقوق الإنسان

الإعلان العالمي لحقوق الإنسان، الذي تم تبنيه من قبل الجمعية العامة للأمم المتحدة في عام 1948، يتضمن عدة مواد تتعلق بسرية الحياة الشخصية. تنص المادة (12) على أنه "لا يجوز تعريض أي شخص لتدخل تعسفي في حياته الشخصية أو أسرته أو منزله أو مراسلاته، ولا لحملات على شرفه وسمعته. ولكل شخص الحق في الحماية القانونية من مثل هذا التدخل أو تلك الحملات"². تُعد هذه المادة من بين أهم المواد التي يركز عليها الإعلان العالمي لحقوق الإنسان، حيث تضمن حماية حقوق الأفراد فيما يتعلق بسريتهم الشخصية وحماية الحياة الخاصة للأفراد وعائلاتهم وممتلكاتهم. يهدف الإعلان أيضًا إلى منع أي تدخل غير قانوني أو تعسفي في حياة الأفراد وضمان حقوقهم في الحصول على الحماية اللازمة والتدخل القانوني في حالة تعرضهم لأي انتهاك لسريتهم الشخصية. إن الحق في الحماية القانونية يعتبر حقًا أساسيًا لجميع الأفراد، حيث يجب على الدول الالتزام بتوفير الإجراءات اللازمة للحفاظ على سرية حياة الأفراد وممتلكاتهم وضمان احترام حقوقهم الشخصية. فالتدخل التعسفي في الحياة الشخصية يمكن أن يؤدي إلى تكديس الحياة الخاصة للأفراد وانتهاك حقوقهم في الحصول على حياة كريمة وسليمة. وبهذا، فإن هذه المادة تعكس أهمية حماية سرية الحياة الشخصية وضرورة منع أي تدخلات غير قانونية أو تعسفية في حياة الأفراد³.

¹ Eskens, S. The personal information sphere: An integral approach to privacy and related information and communication rights. Journal of the Association for Information Science and Technology, 71(9), 2020, p 1116-1128.

² Cortez, E. K. Data protection around the world: privacy laws in action. Springer, 2020. P.15.

³ Solove, Daniel J. and Schwartz, Paul M., Privacy Law Fundamentals. D. Solove & P. Schwartz, PRIVACY LAW FUNDAMENTALS, International Association of Privacy

2- العهد الدولي الخاص بالحقوق المدنية والسياسية

العهد الدولي للحقوق المدنية والسياسية، الذي دخل حيز التنفيذ في عام 1976، يحتوي على نص شبيه بذلك الموجود في الإعلان العالمي لحقوق الإنسان. وفقاً للمادة (17)، يحظر تعريض أي شخص لتدخل تعسفي أو غير قانوني في خصوصياته أو شؤون أسرته أو بيته أو مراسلاته، ويلحق الضرر بشرفه وسمعته. ويحق لكل شخص أن يحصل على حماية قانونية من مثل هذا التدخل أو تلك الهجمات. تُعتبر هذه الوثيقة التاريخية إرثاً قوياً يسعى إلى حماية حقوق الإنسان في كل ركن من أركان العالم. فهي تزود الأفراد بحماية وكفاءة قانونية للدفاع عن حياتهم الشخصية وحياة أسرهم ومنازلهم ومراسلاتهم. ومن خلال التأكيد على أهمية الخصوصية، فإن هذا العهد يسلط الضوء على حقوق الأفراد في الاحتفاظ بكرامتهم وسمعته المهمة¹.

3- الاتفاقية الأوروبية لحقوق الإنسان

اتفاقية حقوق الإنسان الأوروبية، التي اعتمدها مجلس أوروبا في عام 1950، تتضمن مادة تتعلق بحماية الخصوصية. تنص المادة (8) على أن "لكل فرد الحق في احترام حياته الخاصة والعائلية ومنازله ومراسلاته". وتوضح المادة أن هذا الحق يمكن أن يتعرض لبعض القيود إذا كانت ضرورية في مجتمع ديمقراطي لأغراض محددة مثل الأمن الوطني أو السلامة العامة².

4- اتفاقية حماية الأفراد فيما يتعلق بمعالجة البيانات الشخصية

اتفاقية حماية الأفراد فيما يتعلق بمعالجة البيانات الشخصية، المعروفة أيضاً باسم اتفاقية رقم (108)، تم اعتمادها من قبل مجلس أوروبا في عام 1981. تُعد هذه الاتفاقية أول وثيقة قانونية ملزمة دولياً تهدف إلى حماية الأفراد من خلال ضمان احترام حقوقهم الأساسية فيما يتعلق بمعالجة البيانات الشخصية. تحتوي الاتفاقية على مبادئ أساسية يجب اتباعها من قبل الدول الأعضاء في معالجتها للبيانات الشخصية، بما في ذلك جمع البيانات بطريقة قانونية وشفافة، واستخدامها فقط للأغراض المحددة والمشروعة، وتخزينها فقط للمدة اللازمة لتحقيق تلك الأغراض³.

Professionals, GWU Law School Public Law Research Paper No. 542, UC Berkeley Public Law Research Paper No. 1790262, GWU Legal Studies Research Paper No. 542, 2011. Available at SSRN: <https://ssrn.com/abstract=1790262>

¹ Gstrein, O., Beaulieu, A. How to protect privacy in a datafied society? A presentation of multiple legal and conceptual approaches. *Philos. Technol.* 2022. P.35

² Eskens, S. (2020). Op. Cit.

³ Solove, Daniel J. and Schwartz, Paul M., (2011). Op. Cit.

الفرع الثاني:

تأثير التكنولوجيا الحديثة على الخصوصية

مع التقدم التكنولوجي الحديث، أصبح موضوع الخصوصية أكثر تعقيداً وتحدياً. تقنيات مثل الإنترنت، ووسائل التواصل الاجتماعي، والأجهزة الذكية، وتقنيات التعرف على الوجه، وتجميع البيانات الضخمة، غيرت بشكل كبير في كيفية جمع واستخدام وحماية البيانات الشخصية. هذا التطور السريع في التكنولوجيا يفرض تحديات جديدة على القوانين الدستورية والمعاهدات الدولية التي تهدف إلى حماية الخصوصية¹.

في هذا السياق، اتخذت العديد من الدول والمنظمات الدولية تدابير وقوانين جديدة لحماية الخصوصية في العصر الرقمي. على سبيل المثال، اعتمد الاتحاد الأوروبي اللائحة العامة لحماية البيانات (GDPR) في عام 2018، وهي واحدة من أقوى القوانين لحماية البيانات الشخصية في العالم. تهدف هذه اللائحة إلى تعزيز حقوق الأفراد فيما يتعلق ببياناتهم الشخصية وضمان أن الشركات التي تعالج هذه البيانات تقوم بذلك بشفافية وأمان².

نظراً للطبيعة العالمية للإنترنت وتكنولوجيا المعلومات، فإن حماية الخصوصية في العصر الرقمي تتطلب تعاوناً دولياً واسع النطاق. تعمل الدول والمنظمات الدولية بشكل مستمر على تطوير وتنفيذ معايير وأطر قانونية مشتركة لتعزيز حماية الخصوصية على مستوى عالمي. تتضمن هذه الجهود التعاون بين الهيئات التنظيمية لتبادل المعلومات والخبرات، وتطوير اتفاقيات دولية جديدة لمواجهة التحديات الحديثة، وزيادة الوعي بأهمية الخصوصية بين الأفراد والشركات³.

أولاً: التحديات الدستورية

في العصر الرقمي الحديث، أصبحت حماية الخصوصية مسألة بالغة الأهمية. مع تزايد استخدام التكنولوجيا وتوسع الإنترنت، أصبح من الضروري أن تتكيف التشريعات الحالية مع التحديات الجديدة التي تفرضها هذه التقنيات. هناك العديد من القوانين التي تهدف إلى حماية الخصوصية، لكن كثيراً منها يحتاج إلى تحديثات لمواكبة التطورات الحديثة.

1- قوانين الخصوصية في الولايات المتحدة الأمريكية: التحديات والتغيرات

¹ Hartzog, Woodrow and Richards, Neil M., (2020). Op. Cit.

² Gstrein, O., Beaulieu. (2022). Op. Cit.

³ Lypalo, Can competition protect privacy? An analysis based on the German Facebook case. World Competition 44(Issue 2)2021.p:169-198.

أ- قانون حماية البيانات الشخصية الطفولية عبر الإنترنت (COPPA): يسعى إلى حماية خصوصية الأطفال على الإنترنت وضمان سلامتهم الرقمية.

ب- قانون حماية البيانات الصحية (HIPAA): يحمي المعلومات الصحية الشخصية ويضمن سرية وخصوصية معلومات الفرد الطبية.

ج- قانون حماية البيانات الاستهلاكية في كاليفورنيا (CCPA): يمنح سكان كاليفورنيا حقوقاً واسعة بشأن جمع واستخدام بياناتهم الشخصية ويساهم في تعزيز الثقة في الخدمات الرقمية.

2- الاتحاد الأوروبي

اعتمد الاتحاد الأوروبي نهجاً تحليلياً أكثر شمولية من خلال اللائحة العامة لحماية البيانات (GDPR)، التي دخلت حيز التنفيذ في أيار/ مايو 2018. إن (GDPR) تُعتبر واحدة من أكثر القوانين شمولاً وتفصيلاً في العالم فيما يتعلق بحماية البيانات الشخصية وسيادتها¹.

3- الدول الأخرى

يعتمد العديد من الدول قوانين متشابهة لتتناسب مع متطلبات العصر الرقمي، مثل قانون حماية البيانات الشخصية في كندا (PIPEDA)، وقانون حماية البيانات في أستراليا. تُعدّ هذه القوانين جزءاً أساسياً من الإطار التشريعي الهادف إلى حماية البيانات الشخصية وضمان الخصوصية للمواطنين. هدف هذه القوانين تعزيز الثقة في استخدام التكنولوجيا المتقدمة وضمان الحفاظ على سلامة المعلومات الشخصية للأفراد. بالتالي، تحمي الحقوق المدنية والأمان الرقمي للأفراد في هذه الدول، وتساهم في تعزيز التعاون العابر للحدود في قضايا البيانات الشخصية والتحقق من الامتثال للمعايير العالمية في مجال حماية البيانات. تُعدّ هذه القوانين خطوة مهمة نحو إنشاء إطار قانوني قوي وشامل لمواجهة التحديات القائمة حول الاستخدام الآمن والمسؤول للبيانات الشخصية.

يرى الباحث بناءً على القوانين السابق ذكرها أن نقاط القوة والضعف في هذه التشريعات تتمثل فيما يلي:

1- نقاط القوة

أ. التنظيم الشامل: توفر اللائحة العامة لحماية البيانات إطاراً شاملاً يغطي جميع جوانب حماية البيانات الشخصية ويضمن حماية متسقة عبر الاتحاد الأوروبي.

¹ Yi Zhang, Mengjia Wu, George Yijun Tian, Guangquan Zhang, Jie Lu. (2021). Op. Cit.

- ب. حقوق الفرد: تمنح التشريعات مثل (CCPA) و (GDPR) حقوقاً قوية للأفراد، بما في ذلك الحق في الوصول إلى البيانات وتصحيحها وحذفها.
- ج. التنظيم والامتثال: تفرض التشريعات مثل (GDPR) و (HIPAA) متطلبات صارمة على الشركات فيما يتعلق بامتثالها لحماية البيانات، ما يعزز ثقافة الامتثال والشفافية.

2- نقاط الضعف

- أ. تطبيق وتفسير القوانين في ظل التكنولوجيا الحديثة: يواجه العديد من التشريعات تحديات في تطبيقها وتفسيرها بسبب التكنولوجيا الحديثة التي تتطور بسرعة.
- ب. الفجوات القانونية: قد تحتوي بعض القوانين على فجوات أو نقاط غموض يتم استغلالها من قبل الشركات لتجنب الامتثال الكامل في الأنظمة القانونية.
- ج. التفاوت الدولي في حماية الخصوصية: رغم وجود تشريعات قوية في بعض الدول، إلا أن هناك تفاوتاً كبيراً في مستوى حماية الخصوصية بين الدول المختلفة، ما يخلق تحديات إضافية في بيئة عالمية مترابطة.

ثانياً: حماية الخصوصية في العصر الرقمي

يمكن القول إن حماية الخصوصية لم تستلزم فقط وضع استراتيجيات وسياسات، بل يجب اتخاذ بعض التدابير القانونية والتقنية التي تعزز من فرص الحماية وعليه يمكن اتخاذها على النحو الآتي :

1. التدابير القانونية

مما لا يشك فيه، أن المجال وفقاً لما تم عرضه أعلاه فلا بُد من اتخاذ بعض التدابير القانونية، والتي سوف تأخذ منحى الاستراتيجيات المعززة للخصوصية ويمكن تناولها على النحو الآتي :

الاستراتيجيات القانونية المقترحة لتعزيز حماية الخصوصية

مع تقدم التكنولوجيا الرقمية وزيادة الاعتماد على الإنترنت، أصبح الحفاظ على الخصوصية أمراً حيوياً. لضمان الحماية الكفؤة للخصوصية، يتوجب اعتماد استراتيجيات قانونية شاملة تعزز حقوق الأفراد وتحمي بياناتهم الشخصية من الاستخدام غير المشروع. ومن بين الاستراتيجيات القانونية المقترحة لتعزيز الحماية الخصوصية:

أ- إصلاح التشريعات الحالية: ينبغي مراجعة القوانين الحالية وتحديثها لتكون متوافقة مع التقنيات الحديثة. يتضمن ذلك تعديل القوانين لتغطية الجوانب الجديدة مثل البيانات الضخمة، الذكاء الاصطناعي، وإنترنت الأشياء¹.

ب- تعزيز حقوق الأفراد: يجب تأمين حقوق الأفراد في الوصول إلى بياناتهم الشخصية وتصحيحها وحذفها. يجب أن تشمل القوانين حق الأفراد في معرفة كيفية جمع واستخدام بياناتهم².

ج- تطبيق العقوبات على الانتهاكات: يتوجب تطبيق عقوبات صارمة على الشركات والمؤسسات التي تنتهك قوانين الخصوصية. يمكن أن تتضمن هذه العقوبات غرامات مالية كبيرة وعقوبات جنائية.

د- تعزيز التعاون الدولي: بناءً على الطبيعة الشاملة لشبكة الإنترنت، من الضروري تعزيز التعاون الدولي لضمان الحفاظ على الخصوصية عبر الحدود. يمكن تحقيق هذا الهدف من خلال توقيع اتفاقيات ومعاهدات دولية تهدف إلى تعزيز الحماية لبيانات الأفراد³. وعليه يمكن نقل هذه التدابير إلى فلسطين من وجهة نظر الباحث، كتدابير قانونية احترازية.

2. التدابير التقنية

الأدوات والتقنيات التي يمكن أن تساعد في حماية الخصوصية مع تطور التهديدات الرقمية، أصبحت الأدوات والتقنيات التقنية جزءاً لا يتجزأ من استراتيجيات حماية الخصوصية. يمكن أن تساعد هذه الأدوات في حماية البيانات الشخصية وضمان استخدامها بشكل آمن ومشروع.

أ- التشفير

التشفير هو عملية تحويل البيانات إلى شكل غير قابل للقراءة، حماية البيانات خلال عملية النقل والتخزين. يضمن أن البيانات لا يمكن قراءتها إلا من قبل الأشخاص المخولين. تُعتبر تقنيات التشفير

¹ OECD Guidelines on the Protection of Privacy and Transborder Flows of Personal Data]: <http://www.oecd.org/internet/ieconomy/oecdguidelinesonthe protectionofprivacyandtransborderflowsofpersonaldata.html>.

² General Data Protection Regulation (GDPR): <https://gdpr.eu/>

³ Convention 108 and Protocol: <https://www.coe.int/en/web/data-protection/convention108-and-protocol>

القوية مثل AES (Advanced Encryption Standard) و RSA (Rivest-Shamir-Adleman) من بين الأكثر استخداماً¹.

ب-تقنيات إخفاء الهوية

تقنيات إخفاء الهوية يمكن أن تلعب دوراً مهماً في حماية الخصوصية من خلال تعديل أو إزالة المعلومات الشخصية حيث لا يمكن تتبعها من الأفراد. يتم استخدام هذه التقنيات على نطاق واسع في مجالات البيانات الصحية والبحثية².

ج-التحكم في الوصول

أنظمة التحكم في الوصول تهدف إلى ضمان الوصول فقط للأشخاص المصرح لهم بالاطلاع على البيانات الشخصية. يمكن استخدام تقنيات مثل التحقق الثنائي وتحديد الهوية البيومترية لتعزيز مستوى الأمان³.

د-إدارة الحقوق الرقمية

تهدف إدارة الحقوق الرقمية (DRM) إلى حماية المحتوى الرقمي من الاستخدام غير المصرح به. يمكن أن تسهم هذه التقنيات في حماية البيانات الشخصية وحقوق الملكية الفكرية⁴.

هـ-التوازن بين الاستخدام الفعال للتكنولوجيا والحفاظ على الخصوصية

مبدأ الخصوصية منذ التصميم هو نهج أساسي لضمان حماية الخصوصية. يتطلب هذا النهج دمج مبادئ الخصوصية في مراحل تصميم وتطوير الأنظمة والتطبيقات⁵. يرى الباحث ضرورة استخدام هذا النهج في فلسطين.

¹ National Institute of Standards and Technology (NIST):

<https://csrc.nist.gov/publications/detail/sp/800-57-part-1/rev-5/final>

² Anonymisation: Managing Data Protection Risk Code of Practice:

<https://ico.org.uk/media/1061/anonymisation-code.pdf>

³ Two-Factor Authentication (2FA) for Security (2022): <https://www.cisa.gov/two-factor-authentication-2fa>

⁴ Digital Rights Management (DRM) Technology: <https://www.ibm.com/topics/digital-rights-management>

⁵ Privacy Transparency. (2018). Privacy by Design: <https://www.ipc.on.ca/privacy/privacy-by-design/>

و- الشفافية والمساءلة

ينبغي على الشركات والمؤسسات أن تكون شفافة حول كيفية تجميع واستخدام البيانات الشخصية. ويشمل ذلك إشعار الأفراد بأساليب جمع البيانات والأغراض المتعلقة باستخدامها وحقوقهم المتعلقة بها¹. وعليه نرى ضرورة اعتماد الشفافية والمساءلة في دولة فلسطين.

ز- التوعية والتثقيف

يجب توعية الأفراد حول أهمية الخصوصية وكيفية حماية بياناتهم الشخصية. يمكن أن تشمل هذه الجهود حملات توعية وتدريبات عملية حول أفضل الممارسات لحماية الخصوصية².
الأمثلة العملية:

- أ- أجهزة المنزل الذكية: يمكن استخدام التشفير وضبط الخصوصية بشكل قوي لحماية البيانات التي يتم جمعها من قبل الأجهزة المنزلية الذكية مثل مكبرات الصوت والكاميرات³.
 - ب- تطبيقات الصحة: تستخدم تقنيات الإخفاء والتشفير لحماية البيانات الصحية الحساسة⁴.
- حماية الخصوصية في العصر الرقمي تتطلب جهوداً قانونية وتقنية متكاملة لضمان الحماية الكاملة للبيانات الشخصية. يجب أن يكون هناك توازن بين الاستخدام الفعال للتكنولوجيا والحفاظ على الخصوصية؛ من أجل مستقبل رقمي آمن وموثوق. ويرى الباحث إجمالاً ضرورة اتخاذ التدابير التقنية كافة في دولة فلسطين.

الخاتمة

تناولت هذه الدراسة التحديات الدستورية التي تواجه حماية الخصوصية في العصر الرقمي، وتم استعراض التأثيرات الكبيرة للتكنولوجيا الرقمية على حياتنا اليومية، وكيفية تحولها إلى أداة أساسية في التفاعل الاجتماعي، والعمل، والتعليم، والرعاية الصحية، والاقتصاد، والثقافة والترفيه. كما تم تحليل القوانين الحالية والتشريعات المتعلقة بحماية الخصوصية، بالإضافة إلى تسليط الضوء على التهديدات

¹ Transparency and Accountability in Data Privacy: <https://iapp.org/news/a/the-importance-of-transparency-and-accountability-in-privacy-and-data-protection/>

² Privacy Awareness Training: <https://www.sans.org/security-awareness-training/privacy-awareness/>

³ Hall, Fraser. Maglaras, Leandros. Aivaliotis, Theodoros. Xagoraris, Loukas. Kantzavelou, Ioanna. (2020). Smart Homes: Security Challenges and Privacy Concerns. ResearchGate.

⁴ Health App Privacy: <https://www.healthit.gov/topic/privacy-security-and-hipaa/health-app-developers-privacy-security-resources>

التكنولوجية التي تؤثر على الخصوصية. وتوصلت الدراسة إلى أن التكنولوجيا الرقمية تحمل فوائد هائلة ولكنها تفرض أيضاً تحديات جديدة تتعلق بحماية الخصوصية.

أولاً: النتائج

1. الحاجة إلى تحديث التشريعات: للحفاظ على حماية كافية للخصوصية في العصر الرقمي، من المهم الآن تحديث وتطوير التشريعات القائمة في ضوء الصعوبات الدستورية والتكنولوجية المعاصرة.
2. استخدام التكنولوجيات المعاصرة: مع معالجة الصعوبات التي تطرحها التكنولوجيا الرقمية، والتركيز على استخدام التكنولوجيات المعاصرة لحماية البيانات الشخصية.
3. تفعيل الحقوق الشخصية: في ضوء التطورات التكنولوجية، من الضروري وضع قوانين واستراتيجيات متطورة لضمان تفعيل وحماية الحقوق الشخصية.
4. احترام الحقوق الفردية: مع وجود أساليب لحماية هذه الحقوق، يجب مراعاة الحقوق الفردية والخصوصية في ضوء التطورات التكنولوجية الحديثة.
5. استدامة الخصوصية: من أجل تلبية معالجة المشكلات التكنولوجية بشكل صحيح، يجب تغيير التنظيم لضمان الخصوصية في العصر الرقمي.
6. الحاجة إلى التوازن القانوني: يجلب استخدام التكنولوجيا الرقمية معه صعوبات جديدة تحتاج إلى توازن قانوني بين حماية المعلومات الشخصية واستخدامها بشكل مناسب وفعال.

ثانياً: التوصيات

1. وضع وتحديث التشريعات: لمواكبة السرعة التي تتغير بها التكنولوجيا، يجب على المشرعين وصانعي السياسات وضع وتعديل القواعد واللوائح المتعلقة بحماية البيانات الشخصية.
2. المعايير الصارمة: وفقاً لأفضل الممارسات العالمية، ينبغي وضع مبادئ توجيهية صارمة لجمع البيانات واستخدامها مع حماية حق الأفراد في الخصوصية.
3. من الضروري تعزيز التعاون الدولي لتبادل أفضل الممارسات وتوفير مبادئ توجيهية موحدة لحماية البيانات الشخصية عبر الحدود، لا سيما في ضوء العقبات التقنية المتزايدة العابرة للحدود.
4. دعم البحث والتطوير: يُعد البحث والتطوير في مجال حماية البيانات الشخصية أمر بالغ الأهمية؛ لأنه يساعد في إيجاد نُهج تكنولوجية وقانونية جديدة لمعالجة المشكلات الجديدة.

5. زيادة معرفة المجتمع: من خلال مبادرات التعليم والتوعية المستمرة، يزداد فهم الناس لقيمة حماية حقوقهم وخصوصيتهم في العصر الرقمي.

بيان تضارب المصالح:

يقر جميع المؤلفين أنه ليس لديهم أي تضارب في المصالح.

قائمة المصادر والمراجع

أولاً: النصوص القانونية والمواثيق:

1. الأمم المتحدة. تأثير التكنولوجيات الرقمية. موقع الأمم المتحدة، متاح على الرابط الآتي :

<https://www.un.org/ar/un75/impact-digital-technologies>

تاريخ الزيارة 24-7-2024.

2. الدستور الألماني. متاح على الرابط الآتي:

https://www.constituteproject.org/constitution/German_Federal_Republic_2012?language=ar

تاريخ الزيارة 27-7-2024.

3. قرار مجلس الوزراء الفلسطيني رقم (3) لسنة 2019، بالبيانات الشخصية الخاصة بالمواطنين.

تم الاسترجاع من <http://maqam.najah.edu/legislation/85/view>.

تاريخ الزيارة 24-7-2024.

ثانياً: المراجع

الكتب العربية:

1. برادة عبد الرزاق؛ القصير فتحي، الأمن السيبراني ودوره في الحد من الهجمات الإلكترونية،

2024.

2. تغريد بنت عبد الفتاح الرحيلي؛ علي بن شرف الموسوي؛ وآخرون، الفجوة الرقمية: التحديات

والتطبيقات في البيئة التربوية العربية، 2023.

3. ثناء أبازيد، واقع التجارة الإلكترونية والتحديات التي تواجهها عربياً ومحلياً. الموسوعة السياسية،

2019.

4. سبيكيوس، تحرير ويندler، توماس، ترجمة حاتم النجدي، التطورات في تكنولوجيا الرعاية

الصحية تشكيل مستقبل الرعاية الصحية، 2015.

5. ليلي عبد المجيد، التنظيم التشريعي والقانوني للإعلام التقليدي والإلكتروني. العربي للنشر،

2021.

الرسائل العلمية:

1. حميد حنون خالد. المحكمة العليا ودورها في بناء وحماية النظام الدستوري في الولايات المتحدة

الأمريكية، مجلة العلوم القانونية، مجلد. 27، ع. 1، 2012.

2. دعاء عادل إبراهيم السيد، تأثير تطبيق الرقمنة على جودة الخدمات الحكومية المقدمة: دراسة تطبيقية على مصلحة الضرائب المصرية. المجلة العلمية للدراسات التجارية والبيئية. مج 14، ع 1، 2023.

3. رجب دسوقي إبراهيم، الحماية الدستورية للحق في الخصوصية في ظل الثورة المعلوماتية "دراسة تحليلية مقارنة"، 2024.

4. وسام نعمت إبراهيم السعدي، الحقوق الرقمية وآليات الحماية الدولية المقررة لها في إطار القانون الدولي لحقوق الإنسان، المؤتمر الدولي الرابع للقضايا القانونية، جامعة تيشك الدولية، المجلد الأول، 30 نيسان، 2019. الكتب الأجنبية:

1. Cortez, E. K. Data protection around the world: privacy laws in action. Springer. 2020.
2. Johannes Morsink .Article by Article: The Universal Declaration of Human Rights for a New Generation. University of Pennsylvania Press. 2021.
3. Kretzmer, D., & Klein, E. The concept of human dignity in human rights discourse. 2002.
4. Solove, Daniel J. and Schwartz, Paul M. Privacy Law Fundamentals. International Association of Privacy Professionals. 2011.

الدوريات:

1. Eskens, S. The personal information sphere: An integral approach to privacy and related information and communication rights. Journal of the Association for Information Science and Technology, 71(9), 2020.
2. Seubert, S., & Becker, C. The Democratic Impact of Strengthening European Fundamental Rights in the Digital Age: The Example of Privacy Protection. *German Law Journal*, 22(1). 2021.
3. Wuest, J. A Conservative Right to Privacy: Legal, Ideological, and Coalitional Transformations in US Social Conservatism. *Law & Social Inquiry*, 46(4), 2021

المؤتمرات العلمية:

1. Eric Richardson & Colleen Devine. Emergencies End Eventually: How to Better Analyze Human Rights Restrictions Sparked by the COVID-19 Pandemic Under the International Covenant on Civil and Political Rights, 42 MICH. J. INT'L 2020.

مواقع الإنترنت:

1. واقع الخصوصية الرقمية وحماية البيانات في فلسطين. IFEX. تم الاسترجاع من
2. <https://ifex.org/ar/palestine-reality-of-digital-privacy-and-data-protection/>. تاريخ الزيارة 2024-7-28.

3. شبكة فلسطين الإخبارية. حملة يطلق تقرير جديد حول واقع الخصوصية وحماية البيانات في فلسطين. تم الاسترجاع من <https://pnn.ps/news/55442> تاريخ الزيارة 2024-7-25.
4. اليونسكو. (2023). التقرير العالمي لرصد التعليم 2023: التكنولوجيا في مجال التعليم: أداة وفق أيّ شروط؟ مكتبة اليونسكو 2023، متاح على الرابط الآتي : https://unesdoc.unesco.org/ark:/48223/pf0000386165_ara، تاريخ الزيارة 2024-7-25.

مواقع الإنترنت باللغة الإنجليزية:

1. Anonymisation: Managing Data Protection Risk Code of Practice: <https://ico.org.uk/media/1061/anonymisation-code.pdf> , retrieved on 24-7-2024.
2. Convention 108 and Protocol: <https://www.coe.int/en/web/data-protection/convention108-and-protocol> , retrieved on 27-7-2024.
3. Digital Rights Management (DRM) Technology: <https://www.ibm.com/topics/digital-rights-management> , retrieved on 25-7-2024.
4. European Data Protection Board: https://edpb.europa.eu/edpb_en , retrieved on 28-7-2024.
5. General Data Protection Regulation (GDPR): <https://gdpr.eu/> , retrieved on 28-7-2024.
6. Health App Privacy: <https://www.healthit.gov/topic/privacy-security-and-hipaa/health-app-developers-privacy-security-resources> , retrieved on 28-7-2024.
7. National Institute of Standards and Technology (NIST): <https://csrc.nist.gov/publications/detail/sp/800-57-part-1/rev-5/final> , retrieved on 25-7-2024.
8. OECD Guidelines on the Protection of Privacy and Transborder Flows of Personal Data: <http://www.oecd.org/internet/ieconomy/oecdguidelinesonthe protection of privacy and transborder flows of personal data.html> . retrieved on 28-7-2024.
9. Office of the Australian Information Commissioner: <https://www.oaic.gov.au/privacy/the-privacy-act/> , retrieved on 25-7-2024.
10. Office of the Privacy Commissioner of Canada: <https://www.priv.gc.ca/en/privacy-topics/privacy-laws-in-canada/the-personal-information-protection-and-electronic-documents-act-pipeda/> , retrieved on 27-7-2024.
11. Privacy Awareness Training: <https://www.sans.org/security-awareness-training/privacy-awareness/> , retrieved on 28-7-2024.
12. Privacy Transparency. (2018). Privacy by Design: <https://www.ipc.on.ca/privacy/privacy-by-design/> , retrieved on 28-7-2024.
13. Transparency and Accountability in Data Privacy: <https://iapp.org/news/a/the-importance-of-transparency-and-accountability-in-privacy-and-data-protection/> , retrieved on 28-7-2024.
14. Two-Factor Authentication (2FA) for Security (2022): <https://www.cisa.gov/two-factor-authentication-2fa> , retrieved on 28-7-2024.

الدور القانوني للحكومة الفلسطينية في مواجهة وباء كوفيد-11

***The Legal Role of the Palestinian Government in
Combating the COVID-19 Pandemic***

Dr.Majd OWDA

**An-Najah National University
(Palestine)**

الدور القانوني للحكومة الفلسطينية في مواجهة وباء كوفيد-11

The Legal Role of the Palestinian Government in Combating the COVID-19 Pandemic

Dr.Majd OWDA

Assistant Professor, An-Najah National University, PhD in International Relations and
Diplomacy, CEDS, Paris 6

ORCID: 0000-0003-4443-793

majd.owda@najah.edu

DOI: <https://doi.org/10.70411/MJLS.1.1.2025148>

تاريخ القبول: 04-09-2024

تاريخ المراجعة: 03-09-2024

تاريخ الاستلام: 31-07-2024

Abstract:

Following a brief overview of the Palestinian history, this paper delves into the Palestinian COVID-19 pandemic experience on various levels. At the outset, this paper examines the co-occurrence of the declaration of a state of emergency, which is in line with the Palestinian constitution, with one of the consequences for the existing political division and legal reality, i.e., the absence of the supervisory powers of the Palestinian Legislative Council. In addition to the key measures and decisions adopted by the Palestinian government, this paper highlights and evaluates the impacts of such measures on the worst affected group, i.e., Palestinian workers who lack permanent jobs (irregular workers), especially by the complete shutdown policy. Moreover, this research paper attempts to evaluate one of the major private-sector sponsored initiatives led by the government to reduce the impacts entailed by the pandemic through establishing the "Waqfet Ezz Fund" as well as the major challenges it faced.

Keywords: COVID-19, State of Emergency, Pandemic, Public Health Regulations, Human Rights.

الملخص

تقدم هذه الورقة تحليلاً لدور الحكومة الفلسطينية القانوني واستجابتها لجائحة COVID-19، وذلك في سياق التحديات السياسية والاقتصادية المستمرة في فلسطين. لقد زادت الجائحة من تعقيد المشكلات القائمة في فلسطين، بما في ذلك الانقسام السياسي، والجمود الاقتصادي، لاسيما في ظل الاحتلال الإسرائيلي. تبدأ الدراسة بفحص الآثار القانونية والدستورية لإعلان حالة الطوارئ التي أعلنتها السلطة الفلسطينية، مع التركيز على تأثير غياب دور المجلس التشريعي الفلسطيني عن الحكم والمساءلة. كما تقيم الورقة تأثير التدابير المتعلقة بالجائحة على العمال غير النظاميين الذين تأثروا بشكل كبير، وتستعرض الإيجابيات والتحديات المرتبطة بصندوق "وقفة عز"، وهو مبادرة رئيسية تهدف إلى تخفيف آثار الأزمة. من خلال هذا التحليل، تسلط الورقة الضوء على العلاقة المعقدة بين حالة الطوارئ، والهياكل القانونية، والظروف الاجتماعية والاقتصادية في فلسطين خلال أزمة صحية عالمية.

الكلمات المفتاحية: كوفيد-19، حالة الطوارئ، الوباء، لوائح الصحة العامة، حقوق الإنسان.

Introduction

The birth of the Palestinian cause can be, as suggested by its historical context, dated back to the end of World War I and the collapse of the Ottoman Empire, following the British Mandate and the British government's "Balfour Declaration". The latter stipulates "the establishment of a national home for the Jewish people in Palestine." As World War II and the British Mandate over Palestine came to an end, the United Nations General Assembly issued Partition Resolution 181 establishing two states: Arab and Jewish. Accordingly, the State of Israel was established in 1948. Israel's establishment was then followed by the 1948 Arab-Israeli war. In 1949, however, an armistice agreement was signed between Israel and neighboring countries, the Green Line, by the United Nations. In less than two decades, the remainder of Mandatory Palestine was taken over by the Israeli occupation as an aftermath of the War of 1967. Today, this is known as the Occupied Palestinian Territories, which comprises the West Bank, the Gaza Strip, and East Jerusalem. Later, the Palestinian government was established with the launch of the peace process in Oslo in the year 1993. Therefore, Palestinians were granted autonomy, and the first Palestinian Legislative Council (PLC) was elected in 1996. In 2006, the second elections were held, leading to a split between the two dominant political factions in Palestine, namely Fatah and Hamas, following Hamas' victory in the 2006 Legislative Council elections.

The spread of the COVID-19 pandemic, as well as the declaration of the state of emergency, has recently posed many challenges on the Palestinian National Authority which strove to respond to such unprecedented circumstances in the Occupied Palestinian Territories. This array of challenges includes the exceptional political circumstances represented by the occupation as well as the existing internal division among the major Palestinian political parties, and the internally weakened political system. Yet another factor is the effect of the political system on the economy. In other words, this factor impacts the economic situation in Palestine, leading to considerable economic challenges, such as an increased dependency on both the Israeli economy and donor countries.

The PLC (acting as a Parliament), nevertheless, played no part during these unprecedented times. Consequently, the Palestinian experience came to be drastically different from that in other countries. The Fatah-Hamas division had led to the 15-year absence of the PLC, despite being the most dispensable instrument to ensure regulation, accountability, and accurate citizen representation. The present paper traces Palestine's state of emergency declaration, its legal implications, as well as the most essential steps taken by the Palestinian government to tackle the pandemic. Additionally, the paper sheds light on the situation of Palestinian irregular workers (those with an irregular work status) and the "Waqfet Ezz Fund".¹

This paper offers an examination of the legal responsibilities and actions taken by the Palestinian government in response to the COVID-19 pandemic, set against the backdrop of ongoing political and economic difficulties. The pandemic intensified existing challenges in Palestine, including political fragmentation, economic stagnation, and the Israeli occupation. Initially, the paper explores the legal and constitutional ramifications of the state of emergency declared by the Palestinian Authority, paying particular attention to the implications of the

¹. "Waqfet Ezz Fund" was established on the 2nd of April 2020, by a decision from the Palestinian Prime Minister in collaboration with the business community to organize fundraising, and enable businesses, citizens and civil societies to donate and contribute to the medical and social needs during the crisis.

Palestinian Legislative Council's absence on governance and accountability. It also assesses the impact of pandemic-related policies on irregular workers, who were significantly affected, and reviews the effectiveness and issues associated with the "Waqfet Ezz Fund," a key government initiative aimed at mitigating the crisis's effects. Through this analysis, the paper highlights the intricate relationship between emergency governance, legal structures, and socio-economic conditions in Palestine during a global health emergency.

1. The Declaration of a State of Emergency in Palestine

During the COVID-19 pandemic, the legality and constitutionality of declaring a state of emergency in Palestine became crucial in managing the public health crisis. Under Palestinian law, the government has the authority to declare a state of emergency to address urgent situations, including pandemics. This declaration grants the government exceptional powers to implement restrictive measures, such as lockdowns, curfews, and travel bans, aimed at controlling the virus's spread. The Palestinian Basic Law provides a framework for these emergency powers, ensuring they are used within legal bounds and for a limited duration. However, the implementation of such measures must also adhere to constitutional principles, particularly concerning human rights and civil liberties. Balancing emergency responses with the protection of fundamental rights is essential to maintain both public health and constitutional integrity during the pandemic.

On March 5, 2020, the Palestinian President, Mahmoud Abbas, declared a state of emergency for a period of thirty days pursuant to the emergency provisions under Title Seven – State of Emergency Provisions (Article 110) of the Palestinian Basic Law, and in accordance with Presidential Decree No. 1 of 2020.¹ This measure has been taken with an aim of confronting the danger of the spread of COVID-19 and preventing its spread. As a result, the aforementioned decree was followed by Decree-Law No. 7 of 2020 regarding the coordination of the arrangements, the necessary measures, and the penalties imposed in case of violation. The competent bodies tasked with the implementation were also specified.² Subsequently, the state of emergency was extended for another period of thirty days.³

Numerous questions regarding declaring a state of emergency and extending it were raised at the outbreak of the virus. In fact, this may have stemmed from Article 2/110 of the Amended Basic Law which requires the approval of a majority of the PLC members in the event of extending the state of emergency. The aforementioned article stipulates that the state of emergency may be extended for 30 more days. However, in order for this to take place, a two-thirds majority of the PLC will have to vote in favor of the extension.⁴

¹ Decree No. 1 of 2020 Concerning the Declaration of the State of Emergency.

² Law by Decree No. 7 of 2020 Concerning the State of Emergency.

³ "In reference of The Amended Basic Law of 2003, as amended, particularly the provisions of Title VII thereunder, ... In pursuance of my constitutional duties of fully catering for the interests of the Palestinian people, In pursuance of the public interest..." Decree No. 3 of 2020 Concerning the Extension of the State of Emergency; see more at Part VII. State of Emergency Provisions of "The Amended Basic Law of 2003". Online at: <https://security-legislation.ps/en/law/100028> accessed November 2022.

⁴ The Amended Basic Law of 2003, Art.110/2 "The state of emergency may be extended for another period of thirty (30) days if a majority of two-thirds (2/3) of the members of the Legislative Council votes in favor of the extension."

Today's status quo, however, is far removed from this process. The reasons behind this are the ongoing political split between the two parties, Fatah and Hamas, and the continuing malfunction of the 2006 elected PLC. For instance, the PLC was dissolved by the Constitutional Court's Decision issued in December 2018.¹ The dissolution resulted from the fact that the PLC had not exercised its jurisdiction since it was elected on January 25, 2006. Furthermore, the completely absent PLC had not convened since July 5, 2007. Therefore, the above-mentioned factors sufficed to justify the end of its term of office while malfunctioning on January 25, 2010.² Accordingly, the Constitutional Court ruled that the PLC be dissolved, and instructed the President of the Palestinian Authority to hold legislative elections within a six-month period, as of the date of the ruling. To date, the elections have yet to take place³.

The COVID-19 state of emergency had repeatedly been renewed every 30 days for a period exceeding two and a half years, i.e., from March 2020 to October 2022.⁴ It is noteworthy to stress that both procedures, namely the declaration and extension of the COVID-19 state of emergency, did not abide by the constitutional context under the Amended Basic Law. Nevertheless, it was an adopted control strategy as well as an exerted effort by the executive authority to face the pandemic, protect the Palestinian citizens and sustain a state of emergency until handled. It is also worth pointing out that one of the decisions taken by the Palestinian Cabinet during session No. 177, which was held on October 3, 2022, calls for having no further renewal of the decree related to the COVID-19 state of emergency by the President of Palestine.⁵

On the whole, the Palestinian situation on multiple levels: the occupation, Fatah-Hamas split since 2007, and the failure of the PLC, has become a basis for turning the uniqueness of the Palestinian case into a legal reality, not to mention an outlet for the sovereignty of the executive authority over others. The dissolved PLC was succeeded by the executive authority. This dissolution gave rise to the latter to exercise its powers while lacking any legislative oversight. Therefore, numerous legal violations, especially during the pandemic and the state of emergency period were committed.⁶

¹ Supreme Constitutional Court, Application (10)/(3) Supreme Constitutional Court "interpretation", online at: http://wafa.ps/ar_page.aspx?id=9VLwdPa844831164474a9VLwdP%3E. accessed November 2022

² Newspaper Review: Decision to dissolve Palestine Legislative Council focus of dailies, online at: <https://english.wafa.ps/page.aspx?id=vzcZ0Na107868829761avzcZ0N> accessed November 2022.

³ Position Paper: Constitutional Court's Decision to Dissolve PLC is Political and Illegal, online at: Supreme Constitutional Court, Application (10)/(3) Supreme Constitutional Court "interpretation", http://wafa.ps/ar_page.aspx?id=9VLwdPa844831164474a9VLwdP%3E. accessed October 2022.

⁴ Decree No.15 of 2022 Concerning the Declaration of the State of Emergency.

⁵ Decisions taken by the Palestinian Cabinet during its session No. 177. Online at: <http://www.palestinecabinet.gov.ps/portal/Decree/Details/3958e20d-8389-42cc-a628-5179be409e91> accessed November 2022.

⁶ Bdair, Nouar, et al., To what extent the declaration of a state of emergency is consistent with the Palestinian Basic Law and international human rights conventions "to confront the spread of Corona Virus (Covid 19)", Al-Haq, Geneva Centre for Security Sector Governance (DCAF), 2020. ISBN: 92-9222-521-9. P.9-10.

1. Impacts of Government Measures Post Emergency State Deceleration

The imposition of a state of emergency in Palestine during the COVID-19 pandemic had a significant impact on public rights and freedoms, especially concerning the right to freedom of movement. To manage the spread of the virus, the Palestinian Authority enforced several restrictions, including curfews, lockdowns, and travel bans. Although these measures were necessary for safeguarding public health, they also limited individual freedoms and restricted movement. These restrictions, while legally supported under emergency powers, affected daily life by restricting travel, limiting access to essential services, and disrupting business activities. The main challenge is finding a balance between enforcing effective public health measures and upholding fundamental rights, ensuring that any limitations are reasonable, temporary, and in line with international human rights standards.

The global outbreak of COVID-19 has led the Palestinian government to take a series of preventive and remedial actions against the spread of this virus which has had a destabilizing impact on the world. These measures have been adopted so as to safeguard both the health and lives of Palestinian citizens. The measures implemented by the Palestinian government include imposing social distancing, a ban on gatherings, the shutdown of schools and other businesses as well as home quarantine. Those measures have addressed all segments of society, including Palestinian workers in Israel and Israeli settlements.¹

The massive shutdown was announced in Palestine in early March 2020, and drastic steps were taken to prevent the spread of COVID-19. Nevertheless, a permanent and comprehensive system for facing and preventing disasters in Palestine had been introduced by then. The shutdown policies aimed to allow restrictions to the right to movement and the freedom for peaceful assembly — a measure adopted by most countries to combat a possible COVID-19 spike.² However, such measures did not consider the economic situation of irregular workers or owners of small projects and businesses who had not been on a monthly payroll. The following section illuminates the situation of those workers during the massive shutdown period, especially Palestinian workforces in Israel.

2. Irregular Workers During COVID-19 Pandemic³

In examining the legal role of the Palestinian government in combating the COVID-19 pandemic, it is crucial to understand the broader economic and social context that influenced the government's response. The pandemic exacerbated existing economic challenges in Palestine, particularly impacting irregular workers who faced severe job losses due to the enforced quarantine measures and lockdowns. This section will explore how the economic stagnation and dependence on Israeli economic structures, coupled with high unemployment

¹ COVID-19 Is Here to Stay. How Do We Cope? "Dr. Mai S. Al-Kaileh, Minister of Health, Policies and Challenges: COVID-19 in Palestine", *This Week in Palestine*, December 2020, pp. 10-15. available online: <https://thisweekinpalestine.com/policies-and-challenges-covid-19-in-palestine/>, accessed November 2022.

² COVID 19 Epidemiological Surveillance System, MoH website, online at: <http://site.moh.ps/index/covid19/LanguageVersion/0/Language/ar>. Accessed November 2022.

³ "According to PCBS, informal sector workers are the employers or self-employed who work in establishments/enterprises where he/she works does not have tax record nor a book accounting record. The informally employed include wage employees who do not receive any of the labor market rights whether it is retirement/end-of-service gratuity, or a paid annual leave, not paid sick leave" PCBS State of Palestine Palestinian Central Bureau of Statistics (2020).

rates and a significant proportion of irregular workers, shaped the Palestinian Authority's legal and policy measures during the crisis.

During the pandemic, the situation in Palestine stood out for different reasons. First and foremost, the Palestinian economy had been stagnant prior to the outbreak of the pandemic. As a consequence, this particular factor was interwoven with several others, including the Israeli occupation since 1967,¹ and the unjust restrictions imposed on the Palestinian following the 1994 Protocol on Economic Relations (Paris Protocol), an annex attached to the Oslo II Accord governing the two countries' economic spheres.² This combination reinforced the Palestinian Authority's economic shortage and the overwhelming dependence on the economy of the Israeli occupation.³

According to the data reported by the Palestinian Central Bureau of Statistics (PCBS) in March 2020, the number of workers in the Occupied Palestinian Territories reached 1.01 million, as follows: 616 thousand in the West Bank, 261 thousand in the Gaza Strip and 133 thousand in Israel and Israeli settlements. In other words, the workers in Israel and Israeli settlements comprised 13.2 % of the Palestinian workforce. As far as the unemployment rate is concerned, it reached 17.6% in the West Bank while 52% in the Gaza Strip. Thus, as a consequence of the quarantine measures and shutdown procedures taken to combat the pandemic, a large number of these workers lost their only source of income. In fact, the percentage of irregular workers, mostly in the agriculture and construction sectors, reached approximately 57% of the total number of workers in the Occupied Palestinian Territories (59% in the West Bank; 51% in the Gaza Strip).⁴

At the outset of the COVID-19 pandemic, the Israeli government allowed 80 thousand workers to remain in their workplaces in Israel, while no clear arrangements were made to guarantee workers' safety and no accommodation or cleaning facilities were provided.⁵ Notwithstanding, there was a change of course starting on March 25, 2020, when a Palestinian worker who had developed the symptoms of COVID-19, was abandoned at some border crossing. The Palestinian government, on the other hand, took a major step prohibiting Palestinian workers from going into their workplaces in Israel. This precautionary measure was adopted so as to control the spread of the virus as there was a sharp rise in the number of COVID-19 cases in Israel.⁶

Taking this step, however, overlooked the unforeseen impact exerted on a great number of workers, specifically between mid-March and mid-July of the year 2020. It is estimated that the policies pursued during the COVID-19 pandemic led to 70 thousand job losses, hence the effect entailed on the income of at least 50 thousand household income earners. Unsupported,

¹ Palestinian Central Bureau of Statistics, "The Labour Force Survey Results 2019", 13 February 2020.

² Protocol Paris. "Protocol on Economic Relations between the Government of Israel and the PLO." Gaza-Jericho Agreement Annex IV, April 29 (1994).

³ Samhuri, Mohammed. "Fifty Years of Israeli-Palestinian Economic Relations, 1967-2017: What Have We Learned?." Palestine-Israel Journal of Politics, Economics, and Culture 22.2/3 (2017): 137.

⁴ Impact of the Covid-19 pandemic on the labour market in the occupied Palestinian territory: A forecasting model assessment. Beirut, 2020, p.16-19.

⁵ Hagar Shezaf, "Israel Doesn't Oversee Palestinian Workers' Health Amid Coronavirus," Haaretz News, 20 April 2020.

⁶ Riya Al'sanah, Workers' Rights in Crisis, "Palestinian workers in Israel and the settlements", LO Norway. online at: <https://www.ituc-csi.org/>. accessed October 2022.

the affected families continued to face the consequences on their own— with the absence of any form of guarantee, aid, or government program that would help them to provide the minimum needs for a decent life. In spite of the efforts put into helping crisis-hit families,¹ such as the private-sector-sponsored initiative launched by the government to establish the “Waqfet Ezz Fund”, further action needed to be taken.

The pandemic underscored the vulnerabilities faced by irregular workers in Palestine, revealing the limitations of the government's response amidst a strained economic environment. While the Palestinian Authority's decision to restrict workers' movement into Israel was a necessary public health measure, it also highlighted the urgent need for comprehensive support systems for affected workers. The legal role of the Palestinian government thus involves not only managing the immediate public health crisis but also addressing the broader socio-economic impacts to ensure that future responses can better protect and support vulnerable populations.

3. Waqfet Ezz Fund

The “Waqfet Ezz Fund” was launched on April 2, 2022, following a decision announced by the Palestinian Prime Minister, Mohammad Shtayyeh, as directed by the Palestinian President, Mahmoud Abbas. The establishment of the fund aimed at concentrating the Palestinian national efforts in facing the repercussions of the COVID-19 crisis in Palestine on a number of levels: economic, social, and health. Another role the establishment of the fund played was strengthening the solidarity and interdependence among the Palestinian people as it integrated all Palestinian efforts to minimize the effects of the crisis and confront the pandemic. The collaborative Palestinian effort, for example, was channeled towards helping crisis-stricken families as well as per diem and seasonal workers. Generally speaking, the fund reflected the importance of solidarity initiatives in times of crisis, especially in countries suffering from economic shortage, including Palestine.²

The fundraising goal was \$28 million, \$18 million of which had been raised by July 2020. At the first stage, \$500 thousand was given to 40 thousand pandemic-stricken workers, where each received an amount of \$200.³ However, the fund had been receiving criticism at this point as revealed by the State Audit Administrative Control Bureau (SAACB) in the SAACB Annual Report 2020. The report notes that in the Gaza Strip, merely 5.7 thousand workers benefit from the fund as opposed to 34.3 thousand workers as fundraising beneficiaries in the West Bank. Additionally, SAACB reports that the fund has also allocated 136 loans, estimated at 1 million and 700 thousand dollars, to 603 workers helping them to secure their jobs, through the loan program “Summoud”. Surprisingly, 128 loans were granted to workers from the West Bank, yet only 8 loans were given to those in the Gaza Strip.⁴

¹ Op.cit., Impact of the Covid-19 pandemic on the labour market in the OPT, 2020,

² Position paper (2): Towards institutionalizing solidarity funds and promoting values of transparency and accountability in their work environment - Wakfet IZZ Fund as a model, Human Rights and Democracy Media Centers SHAMS, 2020; Wakfet IZZ Fund “Brief Report”, Miftah, 2020, 1-4. Online at <http://www.miftah.org/>. accessed November 2022.

³ Government performance report for the year of emergency 2020, online at: <http://www.palestinecabinet.gov.ps/portal/publication/7/1>, accessed November 2022.

⁴ The report of the Audit Bureau reveals violations in the distribution of "Waqfet Ezz" Fund, online at: <https://www.maannnews.net/news/2051455.html>. Accessed October 2022.

The fund was denounced for its unbalanced representativeness due to excluding its membership to West Bank private sector figures, whereas the Gaza Strip and the Diaspora were left unrepresented. The same issue applied to academics, media and civil society figures in addition to workers. Likewise, the fund was criticized for its unawareness of the legal standards which, controlled the fundraising processes as well as its mechanisms. This inexperience, thus, set the stage for corruption. To clarify, discriminatory standards were applied in terms of aid distribution, which, subsequently, was disclosed in the report of SAACB on the performance of the government for the year 2020.¹

In addition to the previously discussed criticisms, the criteria for selecting the beneficiaries of the Palestinian Ministry of Labor supervised fund, constituted the gravest violation. The 2020 report reveals that three diplomatic passport holders as well as Paltel (Palestine Telecommunications Company) employees, merchants, and bank employees have benefited from the financial aid granted by the fund, hence the clear violation of the criteria laid down by the ministry.² Moreover, the report notes a loophole regarding the number of beneficiaries from the same family due to the absence of this criterion. This loophole has resulted in granting financial aid to six members of the same family in some cases. As a result, the Palestinian Ministry of Labor has demanded a refund from those who have proved to be ineligible.³

Drawing on the “Waqfet Ezz Fund” experience, it is indicated that the earlier mentioned obstacles can be overcome by providing the fund with solid legal foundations in addition to striking a balance between donations given to the health sector and those allocated for financial aid in the West Bank and Gaza Strip. In fact, this process should take place fairly and without discrimination— especially under exceptional circumstances, including the COVID-19 pandemic, where solidarity and collaboration are a pressing necessity. Based on this experience, it is also suggested that a financial committee be created in order to subject the Fund to strict oversight, where the standards of integrity, transparency, and anti-corruption are borne into mind.

4. Conclusion

The legal foundation of the Palestinian Authority's decision to declare a state of emergency during the COVID-19 pandemic is complex, involving both statutory and constitutional considerations. According to Palestinian law, the government has the authority to declare a state of emergency in extreme situations like pandemics, which enables it to enforce exceptional measures such as lockdowns and travel restrictions. This decision is closely tied to sovereign acts, as it involves safeguarding public health and national security. However, the absence of a legislative council complicates matters, since the Palestinian Basic Law generally requires legislative approval for such declarations. This lack of a functioning legislature raises

¹ Asaad, Ahmad, “The Country with its People’s Carry”: Waqfet Ezz Fund, The Optimism of Reason and the Pessimism of Will, Institute for Palestine Studies, May 2020. Online at: <https://www.palestine-studies.org/ar/node/1650092>. accessed November 2022. (Arabic).

² Shawar, Essam, Standing proud and shameful stances, Palestine Online, October 12, 2021, online: <https://felesteen.news/post>. accessed November 2022 (Arabic).

³ The Ministry of Labor admits that there have been violations in the distribution of aid from “Wakfet Ezz Fund”, Ultra Sawt, October 10, 2021, online: <https://ultrapal.ultrasawt.com> (Arabic).

issues regarding the balance between emergency powers and democratic oversight. Despite this, the government's actions must still adhere to legal and human rights standards, and there is scope for judicial review to ensure that these measures are legally justified and respect constitutional rights.

The COVID-19 pandemic shows that, despite the efforts exerted by the Palestinian government, there is a need for a legal reference during times of crisis. Although the government took numerous exceptional measures and issued a Decree-Law in an attempt to regulate those procedures and measures during the pandemic, the insufficient experience and legal basis led to the lack of control and work specialization which was reflected through the committees' work and violations. The "Waqfet Ezz Fund" is an example of a clear case where the committees tasked with the distribution of donations and humanitarian aid did not meet the standards of transparency and integrity due to the legal and regulatory inadequacy.

It is recommended that, in the future, plans be devised to provide protection for the poor, vulnerable, and marginalized groups, and for those who may be impacted as a result of future emergency situations— on the state level. Furthermore, special attention must be given to building legal foundations, which may take different forms, such as the enactment of the Social Security Law in addition to the establishment of a special fund allocated for irregular worker insurances during any future crises. This experience has unveiled the significance of setting up a robust and efficient database, building up on the registered data at both Palestine's Ministry of Social Development and Ministry of Labor. Lastly, it is recommended that the information systems used by government entities be developed to guarantee a real-time crisis response, providing citizens with adequate protection and conducting the state's affairs under exceptional circumstances.

In summary, this paper has explored the complex legal and constitutional dimensions of the Palestinian government's response to the COVID-19 pandemic. It has examined the interplay between the declaration of a state of emergency and the absence of the Palestinian Legislative Council, highlighting how these factors influenced the government's ability to manage the crisis effectively. The analysis further extended to the impact of emergency measures on irregular workers, who were significantly affected by the pandemic's economic fallout, and assessed the government's efforts through the "Waqfet Ezz Fund" to mitigate these impacts. The research underscores the necessity of balancing public health measures with the protection of fundamental rights and the importance of robust legal frameworks and support systems to address both immediate and long-term challenges. As Palestine continues to navigate these unprecedented circumstances, the insights provided offer valuable lessons for future crisis management and legal governance.

Conflict of interest statement:

All authors declare that they have no conflicts of interest

REFERENCES

1. Decree No. 1 of 2020 Concerning the Declaration of the State of Emergency.
2. Law by Decree No. 7 of 2020 Concerning the State of Emergency.
3. Decree No. 3 of 2020 Concerning the Extension of the State of Emergency; see more at Part VII. State of Emergency Provisions of "The Amended Basic Law of 2003". Online at: <https://security-legislation.ps/en/law/100028> accessed November 2022.
4. The Amended Basic Law of 2003, Art.110/2 *"The state of emergency may be extended for another period of thirty (30) days if a majority of two-thirds (2/3) of the members of the Legislative Council votes in favor of the extension."*
5. Supreme Constitutional Court, Application (10)/(3) Supreme Constitutional Court "interpretation", online at: http://wafa.ps/ar_page.aspx?id=9VLwdPa844831164474a9VLwdP%3E. accessed November 2022
6. Newspaper Review: Decision to dissolve Palestine Legislative Council focus of dailies, online at: <https://english.wafa.ps/page.aspx?id=vzcZ0Na107868829761avzcZ0N> accessed November 2022.
7. Position Paper: Constitutional Court's Decision to Dissolve PLC is Political and Illegal, online at: Supreme Constitutional Court, Application (10)/(3) Supreme Constitutional Court "interpretation", http://wafa.ps/ar_page.aspx?id=9VLwdPa844831164474a9VLwdP%3E. accessed October 2022.
8. Decree No. 15 of 2022 Concerning the Declaration of the State of Emergency.
9. Decisions taken by the Palestinian Cabinet during its session No. 177. Online at: <http://www.palestinecabinet.gov.ps/portal/Decree/Details/3958e20d-8389-42cc-a628-5179be409e91> accessed November 2022.
10. Bdair, Nouar, et al., To what extent the declaration of a state of emergency is consistent with the Palestinian Basic Law and international human rights conventions "to confront the spread of Corona Virus (Covid 19)", Al-Haq, Geneva Centre for Security Sector Governance (DCAF), 2020. ISBN: 92-9222-521-9. P.9-10.
11. COVID-19 Is Here to Stay. How Do We Cope? "Dr. Mai S. Al-Kaileh, Minister of Health, Policies and Challenges: COVID-19 in Palestine", This Week in Palestine, December 2020, pp. 10-15. available online: <https://thisweekinpalestine.com/policies-and-challenges-covid-19-in-palestine/>, accessed November 2022.
12. COVID-19 Epidemiological Surveillance System, MoH website, online at: <http://site.moh.ps/index/covid19/LanguageVersion/0/Language/ar>. Accessed November 2022.
13. PCBS State of Palestine Palestinian Central Bureau of Statistics (2020).
14. Palestinian Central Bureau of Statistics, "The Labour Force Survey Results 2019", 13 February 2020.
15. Protocol Paris. "Protocol on Economic Relations between the Government of Israel and the PLO." Gaza-Jericho Agreement Annex IV, April 29 (1994).

16. Samhouri, Mohammed. "Fifty Years of Israeli-Palestinian Economic Relations, 1967-2017: What Have We Learned?." *Palestine-Israel Journal of Politics, Economics, and Culture* 22.2/3 (2017): 137.
17. Impact of the Covid-19 pandemic on the labour market in the occupied Palestinian territory: A forecasting model assessment. Beirut, 2020, p.16-19.
18. Hagar Shezaf, "Israel Doesn't Oversee Palestinian Workers' Health Amid Coronavirus," *Haaretz News*, 20 April 2020.
19. Riya Al'sanah, *Workers' Rights in Crisis, "Palestinian Workers in Israel and the Settlements"*, LO Norway. online at: <https://www.ituc-csi.org/>. accessed October 2022.
20. Position paper (2): Towards institutionalizing solidarity funds and promoting values of transparency and accountability in their work environment - Wakfet IZZ Fund as a model, Human Rights and Democracy Media Centers SHAMS, 2020; Wakfet IZZ Fund "Brief Report", Miftah, 2020, 1-4. Online at <http://www.miftah.org/>. accessed November 2022.
21. Government performance report for the year of emergency 2020, online at: <http://www.palestinecabinet.gov.ps/portal/publication/7/1>, accessed November 2022.
22. The report of the Audit Bureau reveals violations in the distribution of "Waqfet Ezz" Fund, online at: <https://www.maannnews.net/news/2051455.html>. Accessed October 2022.
23. Asaad, Ahmad, "The Country with its People's Carry": Waqfet Ezz Fund, The Optimism of Reason and the Pessimism of Will, Institute for Palestine Studies, May 2020. Online at: <https://www.palestine-studies.org/ar/node/1650092>. accessed November 2022. (Arabic).
24. Shawar, Essam, Standing proud and shameful stances, *Palestine Online*, October 12, 2021, online: <https://felesteen.news/post>. accessed November 2022 (Arabic).
25. The Ministry of Labor admits that there have been violations in the distribution of aid from "Wakfet Ezz Fund", *Ultra Sawt*, October 10, 2021, online: <https://ultrapal.ultrasawt.com> (Arabic).

الفائدة في المعاملات المدنية وفقاً للتشريعات النافذة في فلسطين

*Interest in civil transactions in accordance with the
legislation in force in Palestine*

د. مجد عمر نزال
الكلية العصرية الجامعية
(فلسطين)

الفائدة في المعاملات المدنية وفقاً للتشريعات النافذة في فلسطين

Interest in civil transactions in accordance with the legislation in force in Palestine

د. مجد عمر نزال

عضو هيئة تدريس، الكلية العصرية الجامعية (فلسطين)

Majd.nazzal@muc.edu.ps

ORCID: 0009-0007-1816-9575

DOI: <https://doi.org/10.70411/MJLS.1.1.2025150>

تاريخ الاستلام: 2024-08-01 تاريخ المراجعة: 2024-09-16 تاريخ القبول: 2024-09-17

الملخص

تناولنا في هذا البحث موضوعاً في غاية الأهمية، وهو الفائدة في المعاملات المدنية وفقاً لأحكام التشريعات النافذة في فلسطين، حيث تبين لنا أن هنالك تناقض في تنظيم أحكام الفائدة فيما يتعلق بالمعاملات المدنية، إذ وجدنا أن بعض القوانين المطبقة في فلسطين مثل مجلة الأحكام العدلية تحظر تقاضي الفائدة في المعاملات المدنية، في حين توجد بعض القوانين الأخرى تُجيز ذلك مثل نظام المرابحة العثماني، الأمر الذي تسبب بوجود إشكاليات قانونية عملية في موضوع الفائدة، وكذلك صعوبات في العمل القضائي لا سيما تضارب بعض الأحكام القضائية التي تتعلق بالفائدة لعدم وجود حسم تشريعي حولها، وقد هدف البحث إلى بيان الطبيعة القانونية للفائدة، والتمييز بينها وبين المصطلحات الشبيهة فيها، وبيان موقف القوانين النافذة في فلسطين من الفائدة.

واتبعت الباحثة المنهج الوصفي التحليلي في هذه الدراسة، أما المنهج الوصفي لكي يتم وصف وتحديد القوانين ذات العلاقة بموضوع الدراسة، وأما التحليلي لتحليل النصوص القانونية وبيان مضمونها.

وقد توصلت الباحثة إلى مجموعة من النتائج أهمها، أن العديد من التشريعات السارية في فلسطين قد نظمت أحكام الفائدة في المعاملات المدنية، وذلك على خلاف مجلة الأحكام العدلية التي حظرت التعامل بالفائدة. الكلمات المفتاحية: الفائدة، المعاملات المدنية، قانون المرابحة العثماني، مجلة الأحكام العدلية، الربا.

Abstract

In this research, we addressed a very important topic, which is interest in civil transactions in accordance with the provisions of the legislation in force in Palestine. We found that there was a contradiction in regulating the provisions of interest in relation to civil transactions. We further found that some laws applied in Palestine, such as the Ottoman Civil Code (the Mecelle), prohibit the collection of interest in civil transactions, while there are some other laws that permit it, such as the Ottoman Murabaha system. This caused practical legal problems in the subject of interest, as well as difficulties in judicial work, in particular the conflict of some judicial rulings related to interest due to the lack of a legislative decision on it.

The researcher followed the descriptive analytical approach in this study. The descriptive approach was to describe and identify the laws related to the subject of the study, and the analytical approach was to analyze the legal texts and explain their content.

The researcher reached a series of findings, the most important of which being that many of the legislation in force in Palestine regulated the provisions of interest in civil transactions, contrary to the Ottoman Civil Code (the Mecelle), which prohibited the transaction of interest.

Keyword: Interest, civil transactions, Ottoman Murabaha Law, the Ottoman Civil Code (the Mecelle), Usury

المقدمة

وجدت الفائدة منذ قديم الزمان، واستُخدمت في مختلف القرون، باعتبارها إحدى الوسائل التي يلجأ إليها الأفراد للحصول على زيادة في رأس المال دون أي عناءٍ منهم، وعن طريقها يمكن لصاحب المال أن يُقرض ماله مقابل الحصول على زيادة في رأس المال الذي أقرضه بنسبة معينة.

وقد عُرفت الفائدة في عهد الفراعنة، وانتشر التعامل بها في حضارة ما بين النهرين، وكذلك فقد كانت منتشرة في الحضارة الرومانية، كما تعامل بها العرب في العصر الجاهلي لا سيما في عقدي البيع والقرض. وحينما نزلت الديانات السماوية فقد حُرمت الفوائد بأشكالها كافة، إلا أن الفقهاء المسلمين لم يتبعوا مسلكاً واحداً من الفائدة، حيث اختلفوا حول مدى ونطاق تحريمها، فذهب بعض الفقهاء إلى التشدد في نطاق التحريم وجعله شاملاً لكل المعاملات، في حين ذهب البعض إلى تضيق نطاق التحريم وعدم التشدد فيه. وقد استمر الخلاف الفقهي بين العلماء المسلمين حول نطاق تحريم الفائدة إلى أن آلت الدولة الإسلامية تحت الحكم العثماني؛ حيث قامت الدولة العثمانية بإقرار مجلة الأحكام العدلية، ونصت بشكل واضح فيها على تحريم التعامل بالفوائد، إلا أنه في مرحلة لاحقة، وبسبب الضعف الذي أصاب الدولة العثمانية فقد لجأت إلى التعامل بالفوائد، ما دفعها إلى سن تشريع ينظم ويجيز التعامل بها، وكان أول تشريع تصدره لهذه الغاية نظام المراجعة العثماني لعام 1863م، ثم ألغت هذا النظام وأصدرت نظاماً آخر عام 1925م، ينظم الفائدة.

وتنظم التشريعات السارية في فلسطين أحكام الفائدة في المعاملات المدنية؛ إلا أن معالجتها لم تكن متصفة بالتوازن والاتساق، بل كانت مختلفة ومتنوعة من تشريع لآخر، ولم يأت المشرع الفلسطيني بقانون واحد ينظم ويفصل أحكام الفائدة، وإنما جاء بقواعد متفرقة يشوبها الغموض أحياناً، والتناقض أحياناً أخرى، حيث تبنت بعض تلك التشريعات موقف الحظر التام لتقاضي أي فوائد في المعاملات المدنية واعتبار ذلك بمثابة الربا المحرم في الشريعة الإسلامية، في حين أباحت تشريعات أخرى نافذة في فلسطين تقاضي الفائدة في المعاملات المدنية.

أهمية البحث:

تتمثل أهمية البحث في أن الفائدة تتدرج ضمن إطار الحماية التي يوفرها القانون للدائن في حال تأخر المدين عن تنفيذ التزام بدفع مبلغ من النقود، إلا أن اختلاف التشريعات المنظمة للفائدة في المعاملات المدنية في فلسطين والتي بعضها قرر منع الفائدة بشكل مطلق، وبعضها الآخر قرر إباحتها،

الأمر الذي انعكس بشكل سلبي على التعامل بها خاصة بين الأشخاص المتعاملين بها، انطلاقاً من مبدأ التحريم الذي أقرته الشريعة الإسلامية.

إشكالية البحث:

تكمن إشكالية البحث في النصوص القانونية التي عالجتها الفائدة القانونية في التشريعات الفلسطينية، والتي اختلف موقفها وتدرج من تشريع لآخر، بحيث جاءت مجلة الأحكام العدلية والتي تُعد بمثابة القانون المدني في فلسطين محرمة لكل اشتراط للفائدة في المعاملات المدنية، وهو الأمر الذي يتعارض مع ما جاء به قانون المرافعة العثماني والذي قرر جواز الحكم بالفائدة في المعاملات المدنية. لذلك ستجيب إشكالية الدراسة عن سؤال أساسي مفاده: "كيف يمكن التوفيق بين النصوص القانونية النافذة للفائدة في التشريعات النافذة في فلسطين؟".

أسئلة البحث:

- 1- ما الفرق بين الربا والفائدة؟
- 2- ما هي الطبيعة القانونية للفائدة، وهل يصح القول إن المشرع أباحها على سبيل التعويض؟
- 3- ما هي الخصائص التي تتمتع بها الفائدة؟
- 4- ما هو الفرق بين الفائدة والمصطلحات المشابهة؟
- 5- ما هو موقف التشريعات النافذة في فلسطين من تقاضي الفائدة في المعاملات المدنية؟
- 6- كم مقدار نسبة الفائدة المنصوص عليه في التشريعات النافذة في فلسطين؟

منهج البحث:

اتبعنا في هذا البحث المنهج الوصفي التحليلي ، أما المنهج الوصفي لكي يتم وصف وتحديد القوانين ذات العلاقة بموضوع الدراسة، وأما التحليلي لتحليل النصوص القانونية وبيان مضمونها.

تقسيم الموضوع:

ينقسم الموضوع إلى مبحثين رئيسيين: المبحث الأول: التعريف بالفائدة وتمييزها عن المصطلحات المتشابهة. المبحث الثاني: حكم الفائدة في المعاملات المدنية وفقاً للتشريعات النافذة في فلسطين.

المبحث الأول:

التعريف بالفائدة وتمييزها عن المصطلحات المتشابهة

تُعد الفائدة من الظواهر التي تنثير الكثير من التعقيد والجدل بين المشتغلين بعلم الاقتصاد، أو بين فقهاء الشريعة الإسلامية، وفقهاء القانون، سواء من حيث تعريفها أو من حيث مبررات حظرها أو إباحتها خاصة في نطاق المعاملات المدنية.

وتمتاز الفائدة بمجموعة من الخصائص التي تميزها عن غيرها من الأنظمة القانونية، وقد جاء المشرع محدداً مقدارها الذي يلتزم المدين بدفعه، وذلك في حال التزامه بدفع مبلغ معين من النقود ولكنه تأخر عن الوفاء به في الموعد المحدد، أو عندما ينتفع المدين بمبلغ من النقود مسلم إليه لفترة معينة من الزمن ليكون ملتزماً مقابل هذا الانتفاع بدفع مبلغ من النقود على سبيل التعويض.

لذلك يقتضي بيان التنظيم القانوني للفائدة (تحتاج صياغة) تحديد مفهومها وطبيعتها القانونية وخصائصها (المطلب الأول)، ثم التمييز بين الفائدة والمصطلحات المشابهة لها (المطلب الثاني).

المطلب الأول:

الطبيعة القانونية للفائدة وخصائصها

اختلف الفقهاء في وضع مفهوم دقيق للفائدة أو تحديد لطبيعتها القانونية، لأسباب مختلفة تتعلق بمدى فهمهم لمصطلح الفائدة وطبيعتها في الحياة الاقتصادية والاجتماعية (الفرع الأول)، وتمتاز الفائدة بالعديد من الخصائص التي تميزها عن غيرها من المصطلحات (الفرع الثاني).

الفرع الأول:

الطبيعة القانونية للفائدة

تُعرف الفائدة بأنها: "أجر أو عوض يلتزم المدين بدفعه للدائن لقاء انتفاعه بالدين، وهي الزيادة التي يحصل عليها صاحب رأس المال من الشخص المنتفع بماله لقاء الأجل، مع ضرورة رد رأس المال إلى صاحبه عند نهاية الأجل¹"، كما تعرف بأنها: "مبلغ من النقود يلتزم المدين بدفعه للدائن على سبيل التعويض عن التأخير في تنفيذ التزام محله مبلغ من النقود عن الميعاد المحدد له أو نظير انتفاعه بمبلغ

¹. محمد علي البناء، القرض المصرفي، دار الكتب العلمية، بيروت، 2006م، ص331.

من المال في عقد من عقود المعاوضة¹. ويقابل مصطلح الفائدة في الفقه الإسلامي بمصطلح "الربا" والذي يعني "زيادة أحد البدلين المتجانسين من غير أن يقابل هذه الزيادة عوض²".

يتضح من التعريفات السابقة أن الفائدة أو الربا تتحقق عندما تحدث زيادة على رأس المال، بحيث تُسلم تلك الزيادة من قبل المدين إلى الدائن مقابل انتفاعه بأصل الدين إلى أجل معين. إلا أنه وفق الاصطلاح القانوني تختلف الفائدة عن مفهوم الربا، حيث إن الربا قانوناً تتمثل بزيادة الفائدة المستوفاة عن السقف الأعلى المسموح به وفقاً لأحكام القانون، وقد استعمل المشرع الفلسطيني مصطلح "الربا" في قانون الربا الفاحش رقم (20) لسنة 1934م³.

ويلحظ أن الفقهاء في تعريفاتهم للفائدة قد تطرقوا إلى طبيعتها القانونية، حيث اعتبر بعضهم أن الفائدة تُدفع على سبيل التعويض؛ بسبب تأخر المدين عن سداد الدين الذي بذمته ويكون قد حان وقت سدادها، أو بسبب استخدام المدين لمبلغ معين لمدة من الزمن فتكون الفائدة ثمناً لهذه المدة، وتبرر الفائدة في مثل هذه الحالة على أنها تعويض يلتزم به المدين مقابل حصوله على رأس المال، واستغلاله والانتفاع به، ويستحق للدائن كمقابل لعدم استغلاله لهذا المبلغ، وكمقابل للكسب والربح الذي من الممكن أنه فات عليه من جراء ذلك⁴.

ويثور تساؤل هنا، حول مدى التوافق بين نظرية التعويض⁵ والفائدة، ومدى صوابية القول إن الفائدة تُدفع على سبيل التعويض؟ حيث إنه من المعروف أن التعويض في القانون يُفرض كجزاء على الطرف الذي تسبب بضرر ما لطرف آخر، سواء أكان الضرر عن خسارة لحقت المضرور بالفعل أو كسب

¹ عبد الباقي البكري، وآخرون، القانون المدني وأحكام الالتزام، مؤسسة دار الكتب، المجلد الثاني، بغداد، 1980م، ص 179.

² عبد الرحمن الجزيري، كتاب الفقه على المذاهب الأربعة، الجزء الثاني، المكتب الثقافي للنشر والتوزيع، (د.ت) ص 185.

³ انظر: قانون الربا الفاحش رقم (20) لسنة 1934م المنشور في الوقائع الفلسطينية، العدد رقم (459) الملحق رقم (1) لعام 1934م، والذي لا يزال ساري المفعول.

⁴ أنور سلطان، أحكام الالتزام، الموجز في النظرية العامة للالتزام، دار النهضة العربية، بيروت، 1974م، ص 87.

⁵ أطلقت مجلة الأحكام العدلية على مصطلح التعويض "الضمان"، وعرفته بأنه: "إعطاء مثل الشيء إن كان من المثليات وقيمته إن كان من القيميات" انظر: المادة (416) من مجلة الأحكام العدلية.

فأنت، فيكون الهدف من التعويض إزالة الضرر¹؛ وعليه فما هو الضرر الذي أصاب الدائن عندما قام بمنح المدين مبلغاً من المال بكامل إرادته؟ وهل فعلاً توجد علاقة بين نظرية الضرر والفائدة حيث يمكننا القول إن الفائدة تُدفع على سبيل التعويض لجبر الضرر الذي لحق بالدائن نتيجة تأخر المدين عن سداد الدين؟

وللإجابة عن السؤال السابق، نجد أن القانون الفلسطيني قد خلا من أية إجابة عن طبيعة الفائدة وعلاقتها بالضرر؛ إلا أنه من خلال الرجوع لنص المادة رقم (55) من قرار بقانون رقم (8) لسنة 2022م، بشأن تعديل قانون أصول المحاكمات المدنية والتجارية رقم (2) لسنة 2001م، وتعديلاته (الملغى)² وهو النص المشابه والمماثل تماماً للمادة (1/167) من قانون أصول المحاكمات المدنية الأردني، نجد أن المادتين أجابتا عن السؤال السابق، حيث نص القانونان على أنه: "1. إذا كان المدين قد تعهد بتأدية مبلغ من النقود في وقت معين وامتنع عن أدائها عند حلول الأجل يحكم عليه بالفائدة دون أن يكلف الدائن إثبات تضرره من عدم الدفع³". والملاحظ من هذه المادة أنها قد افترضت وقوع الضرر في حالة استحقاق الفائدة، دون الحاجة إلى أن يُثبت الدائن وقوع أي ضرر عليه؛ والسبب في ذلك أن المشرع اعتبر أن تأخر المدين بسداد الدين عن الأجل المتفق عليه، هو حرمان للدائن من الانتفاع بأمواله واستغلالها؛ الأمر الذي يترتب ضرراً مفترضاً على الدائن، بما أن المدين قد فوت عليه كسباً وربحاً كان من الممكن أن يحصل عليه لو كان المال بحوزته⁴، الأمر الذي يوجب تعويض الدائن من خلال استرداد ما دفعه من مدينه الذي تأخر بالوفاء، وأن آلية الاسترداد تكون من خلال إلزام المدين بدفع فائدة على التأخر بالوفاء، وتحتسب بنسبة مئوية معينة من أصل رأس المال⁵.

وترى الباحثة في القول إن الفائدة تُدفع على سبيل التعويض، وربطها بالضرر المفترض، هو خطأ فادح؛ لأن الدائن بالأساس غير مُجبر على منح ماله للمدين، وقد كان قادراً على الانتفاع بذلك المال

¹ خليل البوسعيد، دعاوى التعويض في الفقه وتطبيقاتها القضائية، رسالة ماجستير، كلية الدراسات العليا، الجامعة الأردنية، الأردن، 2005م، ص23.

² تم إلغاؤه بموجب قرار بقانون رقم (42) لسنة 2022م، بشأن إلغاء قرارات بقانون.

³ انظر: المادة رقم (55) من قرار بقانون رقم (8) لسنة 2022م، بشأن تعديل قانون أصول المحاكمات المدنية والتجارية رقم (2) لسنة 2001م، وتعديلاته (الملغى)، والمادة (167/1) من قانون أصول المحاكمات المدنية الأردني.

⁴ مهند الزعبي، الفائدة المصرفية في القانون الأردني، رسالة ماجستير، كلية القانون، جامعة اليرموك، الأردن، 2012م، ص218.

⁵ مهند الزعبي، مرجع سابق، ص220.

بنفسه، وطالما أنه قام بإعطاء ماله للمدين كدين بكامل إرادته فإنه لا يوجد أي ضرر من الممكن تحققه أو تصوره في هذه الحالة. كما أن استحقاق الدائن للتعويض المذكور (الفائدة) دون أن يتحمل أية خسارة قد تصيب المدين بسبب انتفاعه برأس المال يخل بالقاعدة العامة المنصوص عليها في مجلة الأحكام العدلية، والتي تنص على أن "الغرم بالغنم" على اعتبار أن الدائن يحصل على منفعة ثابتة ومحددة من رأس المال، ولا يتحمل أي ضرر يذكر مقابل ذلك¹.

وبسبب عدم إمكانية وصلاحيّة اعتبار التعويض كطبيعة قانونية للفائدة، يمكننا القول إن التكيف الأصح للطبيعة القانونية للفائدة أنها "ثمن خدمة الدين"، بمعنى أن الدائن يحصل على ثمن مقابل خروج المبالغ النقدية من حيازته إلى حيازة المدين للانتفاع بها، وهي نسبة القيمة المضافة إلى أصل المبلغ وتحسب على أساس سنوي في مجالات التعاملات التجارية، وكذلك تُعد استثماراً في نطاق البنوك المصرفية عندما يتم إيداعها من قبل المستثمر المودع، حيث تجلب له مبلغاً إضافياً إلى رأسماله المودع، وكذلك تُعد نشاطاً استثمارياً للبنك عندما يلجأ إلى إقراض مبالغ مالية للغير مقابل فائدة سنوية².

وقد تضاربت أحكام القضاء الفلسطيني في بيان طبيعة الفائدة، فاعتبرتها بعض الأحكام القضائية تعويضاً، إذ قررت محكمة الاستئناف الفلسطينية في أحد أحكامها بأنه: "ومن المستقر عليه فقهاً وقضاءً أن لا يحكم القضاء ما لم تكن من ضمن الطلب في الوارد في لائحة الدعوى، ويجب أن تشمل وكالة المحامي على المطالبة بالفائدة القانونية، وطالما أن وكالة المحامي للجهة المستأنفة متضمنة المطالبة بالفائدة القانونية، فكان من واجب محكمة الدرجة الأولى الحكم بالفائدة لوجود أساس قانوني سليم لها وفقاً لما بيناه أعلاه باعتبار أن الفائدة تعتبر تعويضاً والحكم بها يكون وفقاً للقانون الذي أقيمت الدعوى في ظله³". في حين أن محكمة الاستئناف في قرارات أخرى رفضت اعتبار الفائدة تعويضاً، حيث قررت محكمة الاستئناف في أحد أحكامها بأنه: "أما وبشأن مخالفته لقانون العمل الفلسطيني، فتجد المحكمة أن الحكم الأجنبي قد تضمن في فقرته الحكمية الحكم للمدعي على المدعى عليه بفائدة قانونية على مبلغ

¹ انظر: المادة رقم (87) من مجلة الأحكام العدلية. وقد ورد في شرح هذه المادة لعلي حيدر قوله: "... أي أن من ينال نفع شيء يجب أن يتحمل ضرره، مثلاً أحد الشركاء في المال يلزمه من الخسارة بنسبة ماله من المال المشترك كما يأخذ من الربح" انظر: علي حيدر، درر الحكام شرح مجلة الأحكام، المجلد الأول، دار الكتب العلمية، بيروت، ص79.

² لبنى قعدان، الفائدة التجارية وضوابط أسعارها في التشريعات الأردنية، مجلة الميزان للدراسات الإسلامية والقانونية، المجلد العاشر، العدد الرابع، 2023م، ص30.

³ انظر: قرار محكمة استئناف رام الله، في القضية رقم (2017/833) منشور عبر مقام.

التعويضات الناشئة عن بدل الفصل التعسفي، وهو الأمر الذي لا تجد فيه محكمتنا ما يسنده وفق قانون العمل النافذ في فلسطين، وهو الأمر الذي يجعل من هذه الجزئية من هذا السبب ترد على الحكم بالفائدة القانونية، أو ربط المبلغ المحكوم به الناتج عن تعويضات عمالية بجدول غلاء المعيشة أيضاً¹.

الفرع الثاني:

خصائص الفائدة

تمتاز الفوائد القانونية بخصائص تميزها عن غيرها، ومن أبرز هذه الخصائص:

أولاً: الفائدة وجوبية

للفائدة صفة الوجوبية؛ لأن المدين يقوم بدفعها بحكم وقوة القانون، وهذا ما قرره محكمة النقض الفلسطينية، حيث جاء في أحد أحكامها: "فضلاً عن أن المشرع الفلسطيني لم يحظر الحكم بالفائدة القانونية بالمطلق، إذ نص على الحكم بالفائدة القانونية في العديد من القوانين الفلسطينية منها قوانين المصارف والبنوك، وكذلك الفائدة القانونية التي لم تحظرها التشريعات الفلسطينية"².

وعلى سبيل المثال نجد أن قانون التجارة الأردني المطبق في الضفة الغربية، جعل الفائدة المصرفية من مقتضيات عقد الحساب الجاري، وأثراً من الآثار الناتجة عن دخول الدين في هذا الحساب، وجعلها تترتب حتماً لمصلحة العميل، فقد نصت المادة (110) منه على أنه: "إن الدفعات تنتج حتماً لمصلحة المسلم على المتسلم فائدة تحسب على (المعدل) القانوني إذا لم تكن معينة بمقتضى العقد أو العرف"³.

ثانياً: الفائدة نسبة مئوية من قيمة أصل الدين

تستوفي الفائدة بنسبة مئوية محددة من أصل رأس المال طبقاً لنص القانون، حيث إن هنالك نصوصاً قانونية، حددت الفائدة بنسبة مئوية لا يجوز تجاوزها، ومن ذلك المادة رقم (1) من نظام المربحة العثماني⁴ الذي حدد السقف الأعلى للفائدة بنسبة (9%) سنوياً لأنواع المداينات العادية والتجارية كافة، حيث نص القانون على أنه: "اعتباراً من تاريخ نشر هذا النظام تعين تسعة في المائة فائدة سنوية حداً أعظمًا لكل أنواع المعاينات العادية والتجارية"⁵.

¹ انظر: الحكم الصادر عن محكمة استئناف القدس، في الاستئناف المدني رقم (2018/642).

² انظر: قرار محكمة النقض الفلسطينية في الطعن رقم (2019/463) الصادر في تاريخ 16 شباط/فبراير 2022م.

³ انظر: المادة (110) من قانون التجارة رقم 12 لسنة 1966م.

⁴ صدر نظام المربحة العثماني بتاريخ (1303/3/22هـ - 1885م).

⁵ انظر: المادة (1) من نظام المربحة العثماني رقم 61 لسنة 1887م.

ثالثاً: عدم جواز تجاوز النسبة المئوية للفائدة:

تُعد نسبة الفائدة القانونية من القواعد الآمرة التي لا يجوز لأي من المتعاقدين الاتفاق على مخالفتها. وقد حدد نظام المربحة العثماني نسبة الفائدة بـ (9%) سنوياً لكل الديون التجارية والمدنية. وفي حال الاتفاق على نسبة أعلى للفائدة، يجوز للمدين الامتناع عن دفع المبلغ الزائد، وعند المنازعة يلتزم القضاء برد النسبة إلى 9%، حيث نص نظام المربحة العثماني على أنه: "فائدة الديون مهما مر عليها من السنين فلا يجب أن تتجاوز مقدار رأس المال، وجميع الحكام ممنوعون من الحكم بالفائدة التي تتجاوز رأس المال"¹. وقد أكد قانون الربا الفاحش رقم (20) لسنة 1934م، على هذه القاعدة، ونص على أنه سواء كانت الفائدة مذكورة في العقد كفائدة أو مضمونة إلى رأس المال أو مستحقة الدفع بأية صورة أخرى، تزيد على المعدل الذي يجيزه القانون، فعلى المحاكم إجراء محاسبة بين الطرفين ورد الفائدة إلى حدها القانوني الأعلى².

رابعاً: الفائدة تكون على جميع العملات المتداولة قانوناً

جعل قضاء محكمة النقض الفلسطينية نسبة الفائدة على جميع العملات المتداولة قانوناً، وليس على عملة الدينار فقط، كما كان العمل جارٍ عليه في السابق استناداً للأمر العسكري رقم (980) لسنة 1982م، بشأن الحكم بالفائدة والارتباط، حيث قررت محكمة النقض الفلسطينية في أحد قراراتها بأنه: "وبالنسبة للسبب الثالث من أسباب الطعن ولمّا كانت محكمة الاستئناف قد قررت أن نسبة الفائدة الواردة

¹ انظر: المادة (4) من نظام المربحة العثماني رقم 61 لسنة 1887م.

² انظر: المادة (2/1) من قانون الربا الفاحش لسنة 1934م. وقد قررت محكمة الاستئناف الفلسطينية في الدعوى الحقوقية رقم 460 لسنة 2008م، الصادر بتاريخ 2010/12/9م بأنه: "... كما هو واضح من لائحة الدعوى ذاتها فإن المبلغ المذكور هو حصيلة ربا فاحش وفائدة مركبة، وعليه وبما أن نظام المربحة قد حدد في المادة الأولى من هذا النظام أن نسبة الفائدة القانونية كحد أعلى هي 9% لكل أنواع المداينات العادية والتجارية، واشترط في المادة الرابعة من هذا النظام أنه لا يجوز أن تتجاوز هذه الفائدة مقدار رأس المال، والحكام ممنوعون من الحكم بالفائدة التي تتجاوز رأس المال، وما نصت عليه المادة الثانية من قانون الربا الفاحش رقم 2 لسنة 1934م، والذي لا زال ساري المفعول في الضفة الغربية والتي جاء في فقرتها الأولى (إذا أُقيمت إجراءات أمام أية محكمة لتحصيل دين ووجدت بينة تقنع المحكمة بأن الفائدة المستوفاة عن الدين الحقيقي سواء كانت مذكورة في العقد كفائدة أو مضمومة إلى رأس المال أو مستحقة الدفع بأية صورة أخرى تزيد على المعدل الذي يجيزه القانون، فيجوز للمحكمة أن تدقق في المعاملة ثانية وأن تجري محاسبة بين الدائن والمدعى عليه..) وطالما أنه من الثابت من المبرز م/1 ومن لائحة الدعوى أن نسبة الفائدة تزيد على 9%، فتكون زيادة الفائدة على هذه النسبة مخالفة للقانون والنظام.

في العقد المبرر م/1 وهي 22% هي نسبة ضمن النسبة القانونية؛ لأن المبلغ بالشكيل وأن قانون المراجعة العثماني لا يحكم مثل هذه العلاقة سنداً للأمر رقم 980 لسنة 1982م، الذي نص على عدم سريان قانون المراجعة بشأن مقدار الفائدة إذا كان الأمر يتعلق بعملة الشيكال، ولما كانت المادة (43) من لائحة لاهاي لعام 1907م، الخاصة بالحرب البرية قد أوجبت على سلطة الاحتلال المحافظة على القوانين المطبقة في البلد المحتل ما لم يحل دون ذلك مانع مطلق، حيث تبقى التشريعات التي كانت عشية الاحتلال سارية المفعول ولا يجوز لسلطة الاحتلال تعديل هذه التشريعات إلا إذا تطلب ذلك المحافظة على أمن قواته أو اقتضت ذلك مصلحة ظاهرة فيه للسكان، يل يبدو جلياً أنه تقرر لمصلحة الاحتلال ومواطنيه ومؤسساته العاملة في المناطق المحتلة حين صدوره، وبذا فإنه يغدو مخالفاً لأحكام القانون الدولي ويتعين على القضاء الوطني استبعاده والامتناع عن تطبيقه، ولما كان نظام المراجعة الساري المفعول قد حدد نسبة (9%) باعتبار ذلك حداً أعلى لكل أنواع المداينات العادية والتجارية وأوجب على المحكمة رد الفائدة إلى هذه النسبة في حالة ثبوت زيادتها عن هذا الحد، وبناءً على ذلك كان على محكمة الموضوع عملاً بالمادة الأولى من قانون الربا الفاحش أن تدقق الحساب ثانياً وأن تجري محاسبة بين المدعي والمدعى عليه وأن تعفي المدعى عليه من دفع أي مبلغ يزيد عن المبلغ الذي تحكم المحكمة باستحقاقه وفق أحكام القانون، ولما لم تفعل ذلك فإن حكمها يكون حرياً بالنقض لهذا السبب¹.

خامساً: الفائدة مرتبطة بالزمن ولها ميعاد لبدء سريانها

من خصائص الفائدة أنها مرتبطة بالزمن؛ حيث إن الفائدة تكون بناءً على اتفاق المدين والدائن بمبلغ معين من النقود ليتم الوفاء به في موعد معين ومن ثم تأخر المدين عن الوفاء بالتزامه في هذا الموعد، أي أن هذا التأخير والذي يعتبر مرتبطاً بفكرة الزمن قد أقام المشرع عليه مسؤولية المدين في كل فترة يتمادى فيها بعدم الوفاء بالتزامه².

وقد ورد في الأمر العسكري رقم (980) والمعدل بالرقم (1359) أمر بشأن فائدة وارتباط (تعديل)، حيث حدد فترة الفائدة في الحكم بأنها تكون من يوم تقديم الدعوى أو من يوم آخر، ابتداءً من يوم حدوث

¹ حكم محكمة النقض المنعقدة في رام الله في الدعوى الحقوقية رقم 156 لسنة 2006م، الصادر بتاريخ 2007/7/4م.

² سيف الدين عتوم، الفائدة القانونية: قراءة تحليلية في ضوء القوانين الأردنية، رسالة ماجستير، كلية القانون، جامعة اليرموك، الأردن، 2017م، ص42.

سبب الدعوى وإلى يوم الدفع، وفي بدل أتعاب المحاماة من يوم إصدار الحكم حتى القيام بالدفع وكل ذلك إذا لم تقرر المحكمة بفترة أقصر¹.

سادساً: الفائدة مرتبطة بأصل الدين الأساسي

لا يجوز للدائن أن يطالب بالفائدة بمعزل عن مطالبة بأصل الدين الأساسي؛ وذلك لأن الفائدة ترتبط بشكل وثيق بالدين الأصلي، كما أن الحكم بالفائدة يُعد أثراً من آثار الدعوى وليس أثراً من آثار الحق، وهذا ما قرره القضاء الأردني في بعض أحكامه؛ حيث قضى بأنه إذا كانت الدعوى المقامة لمنع المطالبة بالدين وتوابعه صحيحة فإنه يترتب على ذلك انقضاء الدين وفوائده، وإذا كانت الدعوى غير صحيحة تترتب على ذلك ثبوت الدين وفوائده².

سابعاً: المطالبة القضائية بالفائدة

تُعد المطالبة القضائية شرطاً وصفة للفوائد القانونية تميزها عن غيرها من الأنظمة، وتُعد بذلك خروجاً عن القواعد العامة في التعويض، وحتى يحكم بها القاضي فإنه لا بُد من طلب المدعي شخصياً وذلك في الحالات التي يسمح بها القانون المثل أمام القاضي، أو بناءً على طلب موكله بالفائدة ويجب أن تتضمن الوكالة المعطاة من الدائن النص الصريح على المطالبة بالفوائد القانونية³. وهذا ما استقر عليه القضاء الفلسطيني، حيث جاء في أحد قراراته: "ومن المستقر عليه فقهاً وقضاءً أن لا يحكم القضاء بالفائدة ما لم تكن من ضمن الطلب الوارد في لائحة الدعوى، ويجب أن تشمل وكالة المحامي على المطالبة بالفائدة القانونية. وطالما أن وكالة المحامي للجهة المستأنفة متضمنة المطالبة بالفائدة القانونية فكان من واجب محكمة الدرجة الأولى الحكم بالفائدة لوجود أساس قانوني سليم لها وفقاً لما بيناه أعلاه باعتبار أن الفائدة تعتبر تعويضاً والحكم بها يكون وفقاً للقانون الذي أقيمت الدعوى في ظله"⁴.

¹ انظر: المادة (6) من أمر رقم 980 لسنة 1982.

² تمييز حقوق، رقم (1987/411) المنشور في مجلة نقابة المحامين لسنة م=1990م، ص864.

³ سيف الدين عتوم، مرجع سابق، ص44.

⁴ انظر: قرار محكمة استئناف رام الله، استئناف حقوق، في القضية رقم (2017/833) الصادر في 27 سبتمبر

2017م.

المطلب الثاني:

تمييز الفائدة عن المصطلحات المشابهة بها

تتشابه الفائدة في معناها مع عدة مصطلحات، حيث يخلط البعض بقصد أو دون قصد بين مصطلح الفائدة ومصطلحي الربح والعمولة (الفرع الأول) كما يخلط البعض بين مصطلح الفائدة ومصطلح الشرط الجزائي وما يُعرف بالمرابحة (الفرع الثاني) ولتوضيح أوجه التشابه والاختلاف بين جميع هذه المصطلحات وبين الفائدة، لا بُد من تناول كل واحد منها على حدة وبشيء من التفصيل، وذلك من خلال الفروع الآتية:

الفرع الأول:

تمييز الفائدة عن الربح والعمولة

يوجد فرق كبير بين مصطلح الفائدة ومصطلح الربح رغم خلط البعض بينهما بسبب أن كلا المصطلحين يعني الزيادة في رأس المال، إلا أن الاختلاف بينهما يكمن في العبرة من الزيادة التي تحدث برأس المال، ففي الربح تكون الزيادة مشروعة كون أنها تمر بالعديد من المخاطر التي يتحملها التاجر، ويكون على علم بأنه معرض للخسارة في حال فشلت تجارته. أما الزيادة الناتجة عن الفائدة فلا يكون فيها أي مخاطر، ومع ذلك فيكون للدائن حق ثابت يتمثل في مبلغ محدد من المال يلتزم المدين بدفعه في نهاية القرض أو مدة استعمال النقود، فضلاً عن حقه في استرداد أصل الدين¹. كما يختلف الربح عن الفائدة في أن الأول يقوم على معاوضة حقيقية، فالبائع مثلاً يتلقى الربح عندما يقوم ببيع بضاعته ويحصل على ثمنها مضافاً إليه الربح. أما الفائدة فإن المعاوضة فيها منتفية، حيث إن الزيادة على رأس المال التي يحصل عليها الدائن من مدينه عند سداد الدين تكون بلا عوض، أي أن الدائن لا يقدم أي سلعة أو منفعة أو أي مقابل لقاء الزيادة التي يحصل عليها منه².

كما يوجد فرق بين الفائدة والعمولة³، فالعمولة تُستحق مقابل خدمة تُقدم للعميل، فمثلاً يحصل البنك على عمولة من العميل مقابل ما يقدمها له من خدمات في إدارة حساباته المصرفية، إلا أنه بسبب

¹ عبد الرحمن يسري أحمد، قضايا إسلامية معاصرة في النقود والبنوك والتمويل، الدار الجامعية، 2004م، ص20.

² محمد علي البنا، مرجع سابق، ص334.

³ العمولة هي ما يتقاضاه البنك من العميل مقابل الخدمة التي يقدمها له، مثل فتح حساب جاري أو حساب توفير أو صرف دفتر شيكات أو إجراء تحويل مصرفي.

التدخل بين مصطلحي العمولة والفائدة تقوم البنوك باستغلال هذا التدخل بهدف زيادة الأرباح¹، فتقوم بتحصيل أموال من العملاء تحت بند العمولة دون تقديم أي خدمة، وبذلك تصبح العمولة مجرد فائدة مستترة؛ كون أن الخدمات التي يقوم بها البنك كمقابل لتقاضي العمولة ما هي إلا خدمات وهمية وغير حقيقية².

الفرع الثاني:

تمييز الفائدة عن الشرط الجزائي والمرابحة

تتشابه الفائدة مع الشرط الجزائي³، في أن كلاهما يمكن فيه تحديد مقدار التعويض سلفاً في العقد، كما يتفقان بأن كلاهما يعد تابعاً للالتزام الأصلي، إضافة إلى أن للقضاء الحق في كليهما في التعديل، فإذا كانت الفوائد القانونية تزيد على الحد القانوني فإنه يكون للقضاء الحق بالتعديل عليها وإرجاعها إلى الحد المسموح به، وكذلك الحال في الشرط الجزائي يكون للقاضي الحق في تعديله إذا كان فيه إجحاف بحق المدين ليكون متناسباً مع الضرر الواقع فعلاً⁴. ورغم تشابه الفائدة مع الشرط الجزائي بالعديد من الجوانب، إلا أنه يوجد العديد من الاختلافات بينهما، حيث إنهما يختلفان من حيث المصدر؛ كون أن مصدر الشرط الجزائي هو اتفاق المتعاقدين، بينما الفائدة مصدرها قد يكون الاتفاق أو نص القانون. كما

¹ استقر القضاء الفرنسي على إبطال العمولة إذا كانت مجرد وسيلة للتحايل والهروب من السقف الأعلى للفائدة، كما شدد في طبيعة الخدمات المقدمة للعميل من قبل البنك والتي تقابلها عمولة، كما أعطى القاضي سلطة تقديرية في تقدير الخدمة المقدمة من البنك كمقابل للعمولة من حيث اعتبارها حقيقية من عدمه، غير أن القضاء الفرنسي لم يستمر على موقفه واتجه إلى ضرورة إثبات غش البنك لاعتبار العمولة فائدة مخفية، الأمر الذي سيصعب إثباته من قبل العميل. للمزيد انظر: علي جمال الدين عوض، عمليات البنوك من الوجهة القانونية، الطبعة الثالثة، دار النهضة العربية، القاهرة، 2002م، ص 404.

² محمود الكيلاني، الجوانب القانونية في عمليات البنوك، معهد الدراسات المصرفية، عمان، 2006م، ص 112.

³ نصت العديد من التشريعات على الشرط الجزائي بصورة واضحة، فقد نصت المادة (240) من القانون المدني الفلسطيني رقم 4 لسنة 2012م، المطبق في قطاع غزة على أنه: "يجوز للمتعاقدين أن يحددا مقدماً مقدار التعويض بالنص عليه في العقد أو في اتفاق لاحق، مع مراعاة أحكام القانون". وإذا لم تكن مجلة الأحكام العدلية بصفتها القانون المدني المطبق في الضفة الغربية قد نصت على الشرط الجزائي بصورة واضحة، إلا أنها احتوت العديد من القواعد الفقهية والنصوص القانونية التي تصلح أساساً للاعتراف بالشرط الجزائي في ظلها، كما احتوت قواعد تؤيد تعديل الشرط الجزائي، ومن تلك القواعد ما جاء في المواد (19، 20، 60، 12، 83) من مجلة الأحكام العدلية.

⁴ سيف الدين عتوم، مرجع سابق، ص 64.

أن الشرط الجزائي يحدد مقدار التعويض فيه في حال أخل أحد المتعاقدين بالتزامه التعاقدية، وبالتالي فهو لا يصلح تعويضاً في حال المسؤولية التقصيرية، بينما الفوائد القانونية تستحق إذا تأخر المدين عن تنفيذ التزامه التعاقدية، وتستحق عن تأخر المدين عن دفع المبلغ المحكوم به والناجم عن فعل ضار، بمعنى أنها تستحق في المسؤولية العقدية والمسؤولية التقصيرية¹.

كما يوجد فرق بين الفائدة والمربحة، فالمربحة هي البيع الذي يتم بعد تصريح البائع بالثمن الذي اشترى به المبيع مع زيادة ربح معلوم على ذلك الثمن، كأن يقول البائع للمشتري قد كلفني هذا المال مائة ريال فأبيعه لك بمائة وعشر ريالات²، وعلى الرغم من وجود اختلافات بين المصطلحين إلا أنه يُلاحظ أن نظام المربحة العثماني المطبق في الضفة الغربية، قد استخدم مصطلح المربحة كمصطلح مرادف لمصطلح الفائدة³، وما تراه الباحثة أن هذا مجانب للصواب لوجود فرق جلي بين المصطلحين. فالمربحة هي أحد العقود المعترف بها شرعاً وقانوناً، ويوجد له أركان ويرتب آثار على المتعاقدين، وهي عقد ناقل للملكية بصورة مستمرة، وذلك بعكس الفائدة التي لا يمكن اعتبارها عقداً وإنما هي تابعة لعقد آخر مثل عقد القرض التجاري الذي تكون الفائدة جزء منها⁴. كما أن المربحة هي أحد بيوع الأمانة التي تتعامل بها المصارف الإسلامية، بعكس الفائدة التي يحظر على المصارف الإسلامية أن تتعامل بها، وهذا ما نص عليه القرار بقانون بشأن المصارف في فلسطين في المادة (2/ب) منه والتي جاء فيها: "يحظر على المصارف التعامل بفائدة البيوع في إطار العمل المصرفي في حالات الصرف المرتبط بتنفيذها بأجل، وكذلك الفائدة التي تنطوي عليها"⁵، وعليه فإن قيام المصرف الإسلامي بالزيادة على الثمن العاجل في البيع الآجل عند تأخر المدين بالسداد يعتبر ربا؛ وذلك لأن الزيادة تكون فقط في البيع بفائدة وليس في بيع المربحة، كما أنه لا يجوز مثلاً للمصرف الإسلامي فرض فائدة على المدين في بيع المربحة عند تأخره عن سداد الأقساط، وإلا تحول هذا البيع إلى بيع بفائدة، فعندئذ لا يصبح فرق في معاملاته

¹ سيف الدين عتوم، مرجع سابق، ص 65.

² علي حيدر، مرجع سابق، ص 114.

³ انظر: المواد (1، 2، 3) من نظام المربحة العثماني رقم 61 لسنة 1887م.

⁴ محمد علي البناء، مرجع سابق، ص 454.

⁵ انظر: المادة (2/ب) من القرار بقانون رقم (9) لسنة 2010م بشأن المصارف.

والمعاملات الأخرى الصادرة عن المصارف التجارية، لعدم تقيده بالتعليمات والأنظمة الصادرة وفقاً للقرار بقانون بشأن المصارف¹.

المبحث الثاني:

حكم الفائدة في المعاملات المدنية وفقاً للتشريعات النافذة في فلسطين

تنص العديد من التشريعات العربية المقارنة على إجازة الفائدة سواء في المواد المدنية أو التجارية²، وإن كان بعضها يفرق بين المعاملات المدنية والمعاملات التجارية فيما يتعلق بسعر الفائدة. في حين أن بعض التشريعات قد حظرت الفائدة بشكل جزئي، أي أنها حظرتها في المعاملات المدنية، وأباحتها في المعاملات التجارية³. وتحظر بعض التشريعات المقارنة الفائدة بشكل كامل، سواء في المعاملات المدنية أو المعاملات التجارية⁴.

وتتسم التشريعات النافذة في فلسطين والتشريعات المقارنة العربية عموماً بنوع من الازدواجية، ففي المادة المدنية يغلب عليها التأثير بالشرعية الإسلامية التي تمنع الفائدة بمختلف صورها وأنواعها، أما في المادة التجارية والمصرفية فنجد أنها لا تمنع التعامل بالفائدة وإن كانت تضع حدوداً لسعرها، وبذلك نجد

¹ نداء صبري، خصوصية التنظيم القانوني لعقد المراجعة للأمر بالشراء، رسالة ماجستير، كلية الدراسات العليا، جامعة النجاح الوطنية، فلسطين، 2015م، ص35.

² من تلك التشريعات التي تبيح الفائدة بأنواعها كافة، القانون المصري، والذي نص في المواد 226 حتى 232 من القانون المدني المصري على تنظيم الفائدة، حيث نص المشرع المصري في المادة (226) من القانون المدني المصري على أنه: "إذا تأخر المدين عن الوفاء بالدين، كان ملزماً بأن يدفع للدائن على سبيل التعويض عن التأخر فوائد قدرها أربعة في المائة في المسائل المدنية وخمسة في المائة في المسائل التجارية".

³ من التشريعات التي حظرت الفائدة في المعاملات المدنية بشكل كامل وأباحتها في المعاملات التجارية القانون الكويتي؛ حيث منع تقاضي الفوائد بجميع أنواعها وأشكالها، ولم يدع مجالاً للاجتهاد في ذلك، حيث نصت المادة (305) من القانون المدني الكويتي رقم 1980/67م على أنه: "1. يقع باطلاً كل اتفاق على تقاضي فوائد مقابل الانتفاع بمبلغ من النقود أو مقابل التأخير في الوفاء بالالتزام به 2. ويعتبر في حكم الفائدة كل منفعة أو عمولة أيأ كان نوعها اشترطها الدائن إذا ما ثبت أن ذلك لا يقابلها خدمة حقيقية متناسبة يكون الدائن قد أداها فعلاً".

⁴ من تلك التشريعات القانون الليبي، حيث سن المشرع الليبي قانون رقم (1) لسنة 2013م، في شأن منع المعاملات الربوية، ونصت المادة (1) من ذلك القانون على أنه: "يمنع التعامل بالفوائد الدائنة والمدينة في جميع المعاملات المدنية والتجارية التي تجرى بين الأشخاص الطبيعية والاعتبارية، ويبطل بطلاناً مطلقاً كل ما يترتب على هذه المعاملات من فوائد ربوية ظاهرة أو مستترة".

أن القاعدة القانونية نفسها في التشريعات النافذة في فلسطين وبعض التشريعات العربية في حالة تجاذب بين نظامين قانونيين متناقضين: نظام يقر الفائدة وينظمه، ونظام يمنعه ويحاربه.

ونجد أن التشريعات النافذة في فلسطين قد اتسمت بالازدواج فيما يتعلق بحكم الفائدة في المعاملات المدنية، ففي نطاق مجلة الأحكام العدلية ومشروع القانون المدني الفلسطيني وقانون أصول المحاكمات المدنية والتجارية نجد أن التشريعات النافذة في فلسطين قد حظرت الفائدة باعتبارها فائدة ربوية حرمتها أحكام الشريعة الإسلامية والفقهاء الإسلامي (المطلب الأول) إلا أننا نجد أن قانون المرافعة العثماني وأوامر عسكرية أخرى قد أباحت الفائدة في المعاملات المدنية والتجارية (المطلب الثاني).

المطلب الأول:

التشريعات ومشاريع القانون التي تحظر الفائدة في المعاملات المدنية

حظرت بعض التشريعات المدنية النافذة أحكامها في فلسطين تقاضي الفائدة في المعاملات المدنية سواء بشكل مباشر أو غير مباشر، ومن تلك التشريعات مجلة الأحكام العدلية (الفرع الأول) ومشروع القانون المدني الفلسطيني (الفرع الثاني) وقانون أصول المحاكمات المدنية والتجارية (الفرع الثالث).

الفرع الأول

موقف مجلة الأحكام العدلية من الفائدة

تعتبر مجلة الأحكام العدلية العثمانية بمثابة القانون المدني في فلسطين وسارية حتى وقتنا الحالي لحين صدور قانون مدني فلسطيني جديد. ومن خلال استطلاع الباحثة لنصوص مجلة الأحكام العدلية فإنها تجد أن المجلة لم تتضمن أي نص يجيز تقاضي الفائدة، سواء في المعاملات المدنية، أو المعاملات التجارية، وهذا ما أكدت عليه أحكام القضاء الفلسطيني ومنها ما جاء في حكم لمحكمة الاستئناف الفلسطينية بأنه: "إذ تشير المحكمة هنا إلى أن الفائدة القانونية يدفعها العميل عندما يكون مقتضياً (حاصلاً على تسهيلات من البنك) فلم تعرف مجلة الأحكام العدلية الفائدة القانونية وإنما تم تنظيم الفائدة القانونية إبان العهد العثماني بموجب نظام المرافعة العثماني الساري المفعول الصادر عام 1304 هجرية¹".

وقد ورد في مجلة الأحكام العدلية بعض النصوص والقواعد الأصولية التي يُفهم منها حظر المجلة للفائدة، ومنها نص المادة (87) والتي جاء فيها: "الْعُرْمُ بِالْعُنْمِ"². وتعني تلك القاعدة أن الحصول على

¹ انظر: استئناف حقوق، محكمة استئناف رام الله، في القضية رقم (2017/833) منشور عبر مقام.

² انظر: المادة (87) من مجلة الأحكام العدلية.

الربح وهو (الغُرم) يكون بقدر تحمل المشقة، كما أن الخسارة، وهي (الغُرم) يكون بقدر الاستعداد لتحمل الخسارة. وكذلك نص المادة (19) من المجلة والتي جاء فيها: "لا ضرر ولا ضرار"¹، ونص المادة (20) والتي جاء فيها: "الضرر يزال"².

ويلاحظ أن مجلة الأحكام العدلية قد حظرت الفائدة تحت أي مسمى آخر قد يكون وسيلة للتعويض في التزام مدني محله مبلغ من النقود، كما هو الحال في الاتفاق على شرط جزائي يتضمن الالتزام بدفع مبلغ محدد أو نسبة معينة نتيجة تأخر المدين في الوفاء بمبلغ من النقود، حيث لم تنص المجلة على الشرط الجزائي كما فعلت القوانين المدنية الأخرى³. وهذا ما أكدته محكمة استئناف رام الله في أحد أحكامها والذي جاء فيه: ".. وبما أن العقد يترتب آثاره فإن أي إخلال أو عدم تنفيذ له يترتب القانون عليه التعويض بشرط إثبات وقوع الإخلال بالعقد بعدم تنفيذ الالتزام مع ضرورة إثبات الضرر، بما لا يتجاوز واقع حكم المادة (11) من المجلة بإضافة الحادث إلى أقرب أوقاته، بمعنى أن كل دائن وقع عليه ضرر جراء عدم تنفيذ المدين لتعهدده عليه إثبات أمرين: الأول إثبات عدم تنفيذ المدين لتعهدده، والثاني إثبات قيمة الضرر الواقع، ما ينفي في نظامنا القانوني التمسك بالشرط الجزائي على أساس القواعد المذكورة في المجلة"⁴.

ولم تقرر مجلة الأحكام العدلية قواعد خاصة ومباشرة بشأن عقد القرض، وفوائد القروض المدنية، وإنما وردت إشارات وأحكام غير مباشرة، في سياق التمثيل على قواعد معينة في أغلب الأحيان⁵؛ مثل قاعدة "المشقة تجلب التيسير"⁶، أي نظرة الميسرة في جانب المقترض المعسر حسبما هو مقرر في الفقه الإسلامي. وعليه، فيما عدا القواعد الآمرة الواردة في القانون المدني، يعتبر العقد قانون المتعاقدين فلهما أن يضمناهما ما يريدان؛ إذ يسود سلطان الإرادة على سلطان القانون فيما لا يخالف النظام العام والآداب،

¹ انظر: المادة (19) من مجلة الأحكام العدلية.

² انظر: المادة (20) من مجلة الأحكام العدلية.

³ انظر: نص المادة (240) من مشروع القانون المدني الفلسطيني، ونص المادة (364) من القانون المدني الأردني.

⁴ محكمة استئناف رام الله، حقوق رقم 2018/9، بتاريخ 2018/4/24، منشور على موقع المقتفي.

⁵ انظر مثلاً المواد: (1713، 1711، 1631، 1628، 1604، 1589، 1581، 1509، 1380، 1351، 1094) من مجلة الأحكام العدلية.

⁶ انظر: المادة (17) من مجلة الأحكام العدلية.

والتعسف في استعمال الحقوق حيث تنعقد للقاضي من حيث الأصل سلطة في مراجعة الشروط التعسفية الواردة في العقود، وهذا ما ينطبق على عقود القرض¹.

يتضح مما سبق أن مجلة الأحكام العدلية بصفتها القانون المدني المطبق في الضفة الغربية لا تقر الفائدة ولا تجيز استيفائها بأي صورة من الصور، إلا أنه يوجد نصوص قانونية أخرى في التشريعات النافذة في فلسطين قد نسفت الحظر المقرر في مجلة الأحكام العدلية بشأن منع استيفاء الفائدة، حيث من المعلوم أنه إذا تناقضت أحكام المجلة مع أحكام أي قوانين خاصة، فقد كانت أحكام القوانين الخاصة هي الأولى بالتطبيق حتى ولو كانت أحكام تلك القوانين متناقضة مع أحكام الفقه الإسلامي، وفي ظل وجود نصوص قانونية واضحة في قوانين أخرى نافذة في فلسطين تجيز استيفاء الفائدة على التعاملات المدنية، مثل قانون المراجعة العثماني، فلا يمكننا الاستناد إلى مجلة الأحكام العدلية في حظر الفائدة ومنعها².

الفرع الثاني:

موقف مشروع القانون المدني الفلسطيني من الفائدة

صرح مشروع القانون المدني الفلسطيني في المادة (579) بمنع الفائدة الزائدة عن مقتضى العقد أو رأس المال في عقد القرض، حيث نصت هذه المادة على أنه: "القرض عقد يلتزم بمقتضاه المقرض بأن ينقل إلى المقرض ملكية مبلغ من النقود أو أي شيء مثلي آخر، على أن يرد إليه المقرض عند نهاية مدة القرض شيئاً مثله في مقداره ونوعه وصفه"³. كما حظر مشروع القانون المدني الفلسطيني الفائدة في عقد البيع، حيث نصت المادة (446) منه على أنه: "1- يجوز البيع بطريق المراجعة أو الوضعية أو التولية إذا كانت تكلفة المبيع معلومة حين العقد وكان مقدار الربح في المراجعة ومقدار الخسارة في الوضعية محدداً. 2. إذا ظهر أن البائع قد زاد في مقدار التكلفة للمشتري حط الزيادة"⁴.

يتضح من النصوص السابقة أن المشرع الفلسطيني قد منع الفوائد في مجال عقود القرض والبيع؛ وحسناً ما فعل المشرع في مشروع القانون المدني الفلسطيني، ويرجع أساس هذا الموقف إلى المصدر الذي أخذ منه مشروع القانون المدني أحكامه المتمثلة بالشرعية الإسلامية، حيث إنها حرمت الفائدة

¹ محمود دودين، قطاع التمويل الصغير في فلسطين: الإطار القانوني وتنفيذ عقود القرض، معهد أبحاث السياسات الاقتصادية الفلسطينية (ماس) 2013م، ص92.

² ستناقش الباحثة القوانين الفلسطينية التي تجيز الفائدة في المعاملات المدنية في الصفحات القادمة.

³ انظر: المادة (579) من مشروع القانون المدني الفلسطيني.

⁴ انظر: المادة (446) من مشروع القانون المدني الفلسطيني.

واعتبرتها من الربا الذي يرتب زيادة لا يقابلها أي منفعة أو جهد مُعتبر شرعاً. وعليه؛ فإن مشروع القانون المدني الفلسطيني اعتبر كل زيادة تترتب على رأس المال في عقود القرض أو بيع المربحة أو الوضعية أو التولية هي منفعة زائدة، وبالتالي يمتنع أخذها والمطالبة بها.

الفرع الثالث:

موقف قانون أصول المحاكمات المدنية والتجارية من الفائدة

لم ينص قانون أصول المحاكمات المدنية والتجارية الفلسطيني رقم (2) لسنة 2001م، على الفائدة بأي شكل من أشكالها، ولم يعترف بها. وهذا ما أكدته محكمة الاستئناف في أحد قراراتها التي جاء فيها: "وفي الوقت نفسه يوجب ألا تتجاوز الفوائد مقدار رأس المال على الرغم من أن قانون أصول المحاكمات المدنية والتجارية قد خلا من ذكر الفائدة القانونية إلا إن قانون التجارة قد نص في مواده 114، 115 على استحقاق الفائدة¹."

وعلى الرغم من عدم النص على الفائدة في قانون أصول المحاكمات المدنية والتجارية الفلسطيني فإن البنود (1.2.6) من الأمر العسكري رقم (980) أوضحت مبادئ عامة، وبالتالي تطبق هذه المبادئ على مبلغ التعويضات بصفة عامة، لذلك لو أُقيمت دعوى أمام المحاكم وحكم للمدعي بالتعويضات فإنه يتوجب على المحكمة وفقاً لبنود الأمر العسكري رقم (980) ربط المبلغ المحكوم به بجدول غلاء المعيشة والحكم بالفائدة القانونية².

وتجدر الإشارة إلى أن المشرع الفلسطيني قد أصدر عام 2022م، تعديلاً على قانون أصول المحاكمات المدنية والتجارية النافذ، حيث أصدر القرار بقانون رقم (8) لسنة 2022م، بشأن تعديل قانون أصول المحاكمات المدنية والتجارية رقم (2) لسنة 2001م وتعديلاته، وقد سار في القانون الجديد الذي تم إلغائه لاحقاً³، على نهج المشرع الأردني في قانون أصول المحاكمات المدنية والتجارية الأردني فيما

¹ انظر: استئناف حقوق، محكمة استئناف رام الله، في القضية رقم (2017/833) منشور عبر مقام.

² انظر: البنود رقم من (1.2.6) من الأمر العسكري رقم (980) المنشور في العدد 55 من المناشير والأوامر والتعيينات (الاحتلال الإسرائيلي - الضفة الغربية) بتاريخ 1983/05/05م.

³ ألغي بموجب القرار بقانون رقم (42) لسنة 2022م بشأن إلغاء قرارات بقانون، حيث نصت المادة (1) منه على أنه: "إلغاء القرارات بقانون الآتية: 1. قرار بقانون رقم (7) لسنة 2022م بشأن تعديل قانون الإجراءات الجزائية رقم (3) لسنة 2001م وتعديلاته. 2. قرار بقانون رقم (8) لسنة 2022م بشأن تعديل قانون أصول المحاكمات المدنية والتجارية رقم (2) لسنة 2001م وتعديلاته. 3. قرار بقانون رقم (12) لسنة 2022م بشأن تعديل قانون التنفيذ رقم (23) لسنة 2005م. 4. قرار بقانون بشأن تعديل قانون التنفيذ رقم (23) لسنة 2005م وتعديلاته الصادر بتاريخ 2022/07/13م".

يتعلق بتنظيم الفائدة، فنجد أن المشرع الفلسطيني في قانون أصول المحاكمات المدنية الفلسطيني "الملغى" قد اقتبس نص المادة (167) من قانون أصول المحاكمات المدنية الأردني، ووضعها في القرار بقانون رقم (8) لسنة 2022 (الملغى) والتي تنص على أنه: "1. إذا كان المدين قد تعهد بتأدية مبلغ من النقود في وقت معين وامتنع عن أدائها عند حلول الأجل يحكم عليه بالفائدة دون أن يكلف الدائن إثبات تضرره من عدم الدفع. 2. إذا كان في العقد شرط بشأن الفائدة يحكم بما قضى به الشرط، وإن لم يكن هنالك شرط بشأنها فتحسب من تاريخ الإخطار العدلي، وإلا فمن تاريخ المطالبة بها في لائحة الدعوى وبالادعاء الحادث بعد تقديم اللائحة المذكورة. 3. تترتب الفائدة على التعويض والتضمينات التي تحكم بها المحكمة لأحد الخصوم وتحسب الفائدة من تاريخ إقامة الدعوى. 4. مع مراعاة ما ورد في أي قانون خاص تحسب الفائدة القانونية بنسبة (9%) سنوياً ولا يجوز الاتفاق على تجاوز هذه النسبة. 5. إذا سلم المدعى عليه باستحقاق المدعي لأي جزء من المبلغ المدعى به وأودع هذا الجزء في صندوق المحكمة، فلا تحسب فوائد قانونية على ذلك الجزء اعتباراً من تاريخ إيداعه¹."

وبتأمل المادة السابقة من القرار بقانون الملغى نجد أنها أعطت الحق للدائن في الحصول على فائدة على مقدار الدين النقدي نتيجة لإخلال المدين بالتزامه بالوفاء عند حلول الأجل، وحصول الدائن على هذه الفائدة - باعتبارها تعويضاً - غير مقيد بوقوع أي ضرر لدى الدائن، أي سواء لحق الدائن ضرر أم لا، ودون أن يُكلف الدائن بإثبات هذا الضرر، ودون النظر إلى تناسب مقدار الفائدة مع حجم الضرر، وبذلك يكون المشرع الفلسطيني في القرار بقانون الملغى قد افترض حكماً حصول الضرر للدائن بمجرد حلول الأجل دون الوفاء، دون إتاحة الفرصة للمدين لنفي وقوع الضرر أو بيان مقداره أو تناسب قيمة الفائدة مع حجم الضرر². وقد قصد المشرع الفلسطيني من تنظيمه لأحكام الفائدة القانونية ضمن نصوص القرار بقانون رقم (8) لسنة 2022م (الملغى) اعتبار الفائدة تعويضاً للدائن عن الضرر المفترض حكماً، نتيجة لإخلال المدين بالتزامه المتضمن تأدية مبلغ من النقود عند حلول الأجل المتفق

¹ انظر: المادة رقم (55) من القرار بقانون رقم (8) لسنة 2022م، بشأن تعديل قانون أصول المحاكمات المدنية والتجارية رقم (2) لسنة 2001م وتعديلاته (الملغى).

² فاضل أبو صيني، التنظيم القانوني لأحكام الفائدة القانونية في القانون الأردني: دراسة مقارنة بالفقه الإسلامي، رسالة دكتوراه، كلية الدراسات العليا، جامعة العلوم الإسلامية العالمية، الأردن، 2016م، ص74.

عليه دون الوفاء به، واعتبار هذه الفائدة أيضاً مقابلاً أو تعويضاً إضافياً للدائن إلى جانب التعويض المحكوم به في الدعوى الأصلية الناشئة عن أي مصدر من مصادر الالتزام فيما عدا العقد أو التعهد¹. وترى الباحثة أن المشرع الفلسطيني قد أحسن عند إلغائه القرار بقانون رقم (8) لسنة 2022م، بشأن تعديل قانون أصول المحاكمات المدنية والتجارية رقم (2) لسنة 2001م وتعديلاته، لا سيما المادة (55) منه، كون أنها تؤسس لنهج مخالف للنصوص الواردة في مجلة الأحكام العدلية، ومشروع القانون المدني الفلسطيني، وأحكام الشريعة الإسلامية، التي قررت حق الدائن بالحصول على تعويض قضائي عادل بعيداً عن نظام الفائدة.

المطلب الثاني:

التشريعات التي تُجيز الفائدة في المعاملات المدنية

أجازت بعض التشريعات النافذة في الأراضي الفلسطينية أن تقاضي الفائدة في المعاملات المدنية، ومن هذه التشريعات نظام المربحة العثماني (الفرع الأول)، قانون الربا الفاحش (الفرع الثاني) والأمر العسكري رقم 980 (الفرع الثالث).

الفرع الأول: موقف نظام المربحة العثماني من الفائدة

يُعد نظام المربحة العثماني²، هو المنظم الأساسي للفائدة القانونية وما يرتبط بها من أحكام في الضفة الغربية، حيث حدد هذا النظام الفائدة بنسبة تسعة في المائة سنوياً من أصل الدين المدني والتجاري على حد سواء، حيث نصت المادة (1) منه على أنه: "اعتباراً من تاريخ النشر هذا النظام تعين تسعة في المائة فائدة سنوية حداً أعظها لكل أنواع المعاينات العادية والتجارية"³. يتبين من المادة السابقة أن نظام المربحة العثماني قد أباح الفائدة في المعاملات المدنية والتجارية، وقد ورد في هذا النظام العديد من الضوابط التي تحكم الفائدة وهي:

1- لا يجوز أن تزيد الفائدة عن تسعة في المائة، وفي حال زيادتها يتوجب تخفيضها إلى الحد المسموح به قانوناً، وفقاً لما نصت عليه المادة (3) من النظام والتي تنص على أنه: "إذا تبين وقوع مقاوله على فائدة زائدة عن حدها النظامي إما صراحة في السند بين الدائن والمدين أو

¹ فاضل أبو صيني، مرجع سابق، ص 74.

² صدر نظام المربحة العثماني سنة (1926) المنشور في مجموعة عارف رمضان (الحكم العثماني) ص 265 ولا يزال ساري المفعول ضمن التشريعات والتطبيقات القضائية في فلسطين حتى الآن.

³ انظر: المادة (1) من نظام المربحة العثماني.

بثبوت ضمها إلى رأس المال فيصير تنزيل مقدار الفائدة السنوية إلى تسعة في المائة¹. وهذا ما أكدته المادة الأولى من قانون الربا الفاحش رقم (20) لسنة 1934م.

2- يجب ألا تتجاوز الفائدة مقدار رأس المال أو مبلغ الدين مهما طالت المدة لحين الوفاء، وهو ما نصت عليه المادة (4) من النظام والتي جاء فيها: "فائدة الديون مهما مر عليها من السنين فلا يجب أن تتجاوز مقدار رأس المال وجميع الحكام ممنوعون من الحكم بالفائدة التي تتجاوز رأس المال"².

3- منع الفوائد المركبة³.

الفرع الثاني:

موقف قانون الربا الفاحش من الفائدة

إنّ قانون الربا الفاحش الساري المفعول هو القانون رقم (20) لسنة 1934⁴، المكون من أربع مواد فقط، وقد ألغت المادة (4) منه بصورة صريحة المادة السادسة من نظام المربحة العثماني والتي تمنع سماع الادعاء بتنزيل الفائض الفاحش لحدّه النظامي إذا كان المدين قد أدّى الدين تماماً وكانت المعاملة قد قطعت بين الدائن والمدين.

وقد أكد قانون الربا الفاحش في المادتين الثانية والثالثة منه، ما جاء في نظام المربحة العثماني بعدم مجاوزة الفائدة للحد المسموح به قانوناً، ومنح المحكمة صلاحية تنزيل مقدار الفائدة إذا زادت عن الحد القانوني، ورد المبالغ الزائدة، وإتاحة المجال للنظر وقبول أي بينة تثبت تجاوز الفائدة للحد القانوني⁵.

¹. انظر: المادة (3) من نظام المربحة العثماني.

². انظر: المادة (4) من نظام المربحة العثماني.

³. انظر: المادة (5) من نظام المربحة العثماني.

⁴. قانون الربا الفاحش رقم (20) الصادر سنة 1934م، المنشور في العدد (459) من الوقائع الفلسطينية بتاريخ

1934/8/17. ولا يزال ساري المفعول ضمن التشريعات والتطبيقات القضائية في فلسطين حتى الآن.

⁵. انظر: المادة (2، 3) من قانون الربا الفاحش.

الفرع الثالث:

موقف الأمر العسكري رقم (980) من الفائدة

أوقف الأمر العسكري رقم (980) الصادر عن سلطات الاحتلال، العمل بنظام المراجعة فيما يخص فائدة الديون بعملة الشيك، ووضع العديد من الأحكام الخاصة بالفائدة عن هذه الديون بعملة الشيك وهي:

1- أن الحكم بالفائدة يشمل أصل الدين المحكوم به كلاً أو جزءاً، ويشمل كذلك أتعاب المحاماة، ونفقات المحاكم¹.

2- أن نسبة الفائدة تصل إلى (120%) سنوياً، ما لم تقرر المحكمة نسبة أقل².

3- إذا حدث تغيير على نسبة الفائدة فيسري على مبلغ الدين المتبقي الذي لم يتم الوفاء به³.

4- استثنى هذا الأمر من أحكامه الفوائد والتعويضات المتفق عليها بين الأطراف عن التأخير في الدفع⁴.

5- لم يأخذ بالفائدة المركبة، ولكنه في المقابل لم يمنع تجاوز مقدار الفائدة أصل الدين، لأنه حدد الفائدة بنسبة (120%) سنوياً⁵.

6- حدد استحقاق الفائدة من تاريخ تقديم الدعوى أو من يوم حدوث سبب الدعوى وحتى يوم الدفع، وأما نفقات المحاكم فتحسب الفائدة عنها من تاريخ صرفها وحتى دفعها، وأتعاب المحاماة يبدأ احتساب الفائدة عنها من تاريخ صدور الحكم وحتى دفعها، ما لم تقرر المحكمة مدة أقصر⁶.

وتجدر الإشارة إلى أن محكمة النقض الفلسطينية قد رفضت الحكم بمقتضى الأمر العسكري رقم (980)، كونه صادر عن سلطات الاحتلال ولا يتعلق بأمنها وليست فيه مصلحة ظاهرة لمن هم تحت الاحتلال، حيث جاء في قرارها أنه: "لما كانت المادة (43) من لائحة لاهاي لعام 1907، الخاصة بالحرب البرية قد أوجبت على سلطة الاحتلال المحافظة على القوانين المطبقة في البلد المحتل ما لم يحل دون ذلك

¹. انظر: المادة (3) من الأمر العسكري رقم (980).

². انظر: المادة (5/أ) من الأمر العسكري رقم (980).

³. انظر: المادة (5/ج) من الأمر العسكري رقم (980).

⁴. انظر: المادة (7/أ) من الأمر العسكري رقم (980).

⁵. انظر: المادة (8) من الأمر العسكري رقم (980).

⁶. انظر: المادة (6) من الأمر العسكري رقم (980).

مانع مطلق، بحيث تبقى التشريعات التي كانت عشية الاحتلال سارية المفعول ولا يجوز لسلطة الاحتلال تعديل هذه التشريعات إلا إذا تطلب ذلك المحافظة على أمن قواته أو اقتضى ذلك مصلحة السكان، ولما كان الأمر 980 الذي استثنى عملة الشيكل من الخضوع لنظام المربحة بالنسبة للحد الأقصى لسعر الفائدة لا يتعلق بأمن قوات الاحتلال ولا مصلحة فيه للسكان، بل يبدو جلياً أنه تقرر لمصلحة الاحتلال ومواطنيه ومؤسساته العاملة في المناطق المحتلة حين صدوره، وبذا فإنه يغدو مخالفاً لأحكام القانون الدولي ويتعين على القضاء الوطني استبعاده والامتناع عن تطبيقه¹.

وعلى الرغم من أن محكمة النقض الفلسطينية رفضت الحكم بمقتضى الأمر العسكري في القرار السابق، إلا أنها وفي قرارات أخرى لاحقة تعاطت مع الأمر العسكري، ودعمت أحكامها بالاعتماد على ما جاء فيه من أحكام متعلقة بالفائدة القانونية، ومن ذلك القرار رقم (2006/194) والذي جاء فيه: "وفي الموضوع وبالنسبة للسبب الأول وحيث يبدأ حساب الفائدة المحكوم بها من يوم تقديم الدعوى ما لم تحدد المحكمة يوماً آخر بما لها من سلطة تقديرية سنداً للمادة (6/أ) من الأمر رقم (980) المعدل بشأن الفائدة والارتباط والتي تنص على أنه: (تكون فترة الفائدة في الحكم وفقاً للبند (2) من يوم تقديم الدعوى ... إن لم تقرر المحكمة بفترة أقصر) فإن قرار المحكمة ربط المبلغ المحكوم به بجدول غلاء المعيشة والفائدة من تاريخ اكتساب الحكم الدرجة القطعية يتفق ونص المادة المذكورة ويكون هذا السبب غير وارد وتقرر رده"²، وكذلك اعتمدت محكمة النقض الفلسطينية على ذلك الأمر العسكري في قرارها رقم (2008/146) والذي جاء فيه: "وفي الموضوع وبالنسبة للسبب الأول، ولما كان تحديد وقت ربط المبلغ المحكوم به بجدول غلاء المعيشة والفائدة القانونية يعود لمحكمة الموضوع وفق نص المادتين (6/أ) و (4) من الأمر رقم 980 لسنة 1982، بشأن الحكم بالفائدة والارتباط، وقد مارست المحكمة خيارها وطبقت أحكام الأمر تطبيقاً سليماً، فإن حكمها يكون واقعاً في محله ويكون هذا السبب غير وارد وحرماً بالرد"³.

الخاتمة

تناول البحث الفائدة في المعاملات المدنية وفق أحكام التشريعات النافذة في فلسطين، وتبين لنا أن هناك تناقض في تنظيم أحكام الفائدة فيما يتعلق بالمعاملات المدنية، حيث وجدنا أن بعض القوانين

¹ قرار محكمة النقض الفلسطينية رقم (2006/156) نقض مدني) تاريخ 2007/7/4، منشور عبر المقتفي.

² قرار محكمة النقض رقم (2006/194) نقض مدني) تاريخ 2008/11/3، منشور عبر المقتفي.

³ قرار محكمة النقض رقم (2008/146) نقض مدني) تاريخ 2008/5/26، منشور عبر المقتفي.

المطبقة في فلسطين مثل مجلة الأحكام العدلية تحظر تقاضي الفائدة في المعاملات المدنية، في حين يوجد بعض القوانين تُجيز ذلك مثل نظام المربحة العثماني، الأمر الذي تسبب بوجود إشكاليات قانونية عملية في موضوع الفائدة، وكذلك صعوبات في العمل القضائي لا سيما تضارب بعض الأحكام القضائية التي تتعلق بالفائدة لعدم وجود حسم تشريعي حولها.

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

أولاً: النتائج

- 1- تم تنظيم أحكام الفائدة في المعاملات المدنية والأخذ بها في نصوص بعض التشريعات السارية في فلسطين، على خلاف مجلة الأحكام العدلية التي حظرت التعامل بالفائدة في المعاملات المدنية، وعلى الرغم من حظر المجلة لتقاضي الفائدة فإنه من المعلوم أنه إذا تناقضت أحكام المجلة مع أحكام أي قوانين خاصة، فتطبق أحكام القوانين الخاصة حتى ولو كانت أحكام تلك القوانين متناقضة مع أحكام الفقه الإسلامي.
- 2- يختلف وفق الاصطلاح القانوني مصطلح الفائدة عن مصطلح الربا، فالربا بالقانون يتمثل بزيادة الفائدة المستوفاة عن السقف الأعلى المسموح به وفقاً لأحكام القانون، وذلك بعكس الشريعة الإسلامية التي تساوي تماماً بين حكم الفائدة والربا وتعتبرهما مصطلحين مترادفين.
- 3- اعتبر بعض الفقهاء القانونيين، واستقرت الاجتهادات القضائية في العديد من الدول على اعتبار الفائدة تعويضاً عن ضرر مفترض يترتب للدائن نتيجة لإخلال المدين بالتزامه، وهو ما ترفضه الباحثة كون أن هذا الرأي يتعارض مع قاعدة أساسية نصت عليها مجلة الأحكام العدلية وهي "الغرم بالغنم".
- 4- إن تنظيم أحكام الفوائد المركبة في قانون المربحة العثماني يعتريه النقص، وذلك لاقتصاره على بيان حكمها في عقد القرض وفي الحساب الجاري دونما بيان لأحكام الفوائد المركبة في العقود الأخرى.
- 5- تُعد نسبة الفائدة القانونية من القواعد الآمرة التي لا يجوز لأي من المتعاقدين الاتفاق على مخالفتها، وقد حدد نظام المربحة العثماني نسبة الفائدة بـ (9%) سنوياً لكل الديون التجارية والمدنية، وفي حال الاتفاق على نسبة أعلى للفائدة، يجوز للمدين الامتناع عن دفع المبلغ الزائد، وعند المنازعة يلتزم القضاء برد النسبة إلى 9%.

- 6- جعل قضاء محكمة النقض الفلسطينية نسبة الفائدة على جميع العملات المتداولة قانوناً، وليس على عملة الدينار فقط، كما كان العمل جار عليه في السابق استناداً للأمر العسكري رقم (980) لسنة 1982م بشأن الحكم بالفائدة والارتباط.
- 7- لقد ثبت تعلق سعر الفائدة بحده الأعلى بالنظام العام، بالاعتماد على ألفاظ النصوص الناظمة لها ومن طبيعة المصلحة التي تحميها هذه النصوص، ويترتب على مجاوزة الحد الأعلى بطلان الزيادة؛ وبالنتيجة إن قبضها الدائن يعتبر قبضاً لغير المستحق.
- 8- لم يكن مشروع القانون المدني الفلسطيني واضحاً في بيان حكم الفائدة في المعاملات المدنية بصورها كافة وفي شتى المعاملات، وإنما اكتفى ببيان حظرها في عقد القرض.
- 9- إن التعارض الواضح في تنظيم المسألة الواحدة في عدة تشريعات مع الإبقاء على حكم المخالف منها، يظهر تخطيط المشرع الفلسطيني في تنظيمه لحكم الفائدة في المعاملات المدنية.

ثانياً: التوصيات

- 1- أوصي المشرع الفلسطيني عند إقراره لمشروع القانون المدني الفلسطيني بأن يتوسع في نطاق حظر الفائدة في المعاملات المدنية، ليصبح الحظر شاملاً لأي اتفاق أو عقد يتضمن تقاضي زيادة أو منفعة أو عمولة، إذا كانت مقابل استعمال أو استغلال مبلغ من النقود والانتفاع به أو مقابل تأخير موعد الوفاء بالالتزام الأصلي.
- 2- أوصي المشرع الكريم؛ بإيجاد نظام قانوني موحد للفوائد يخرجنا من الغموض الذي شاب تنظيمه لها، والتعارض بين النصوص المنطبقة عليها في التشريعات المختلفة الناظمة لها.

بيان تضارب المصالح

يقر جميع المؤلفين أنه ليس لديهم أي تضارب في المصالح.

قائمة المصادر والمراجع:

أولاً: المصادر

- 1- القرآن الكريم.
- 2- مجلة الأحكام العدلية.
- 3- مشروع القانون المدني الفلسطيني.
- 4- قانون أصول المحاكمات المدنية والتجارية رقم (2) لسنة 2001م.
- 5- قانون الربا الفاحش رقم (20) لسنة 1934.
- 6- نظام المرافحة العثماني رقم 61 لسنة 1887م.
- 7- الأمر العسكري رقم 980 لسنة 1982.
- 8- قرار بقانون رقم (42) لسنة 2022م بشأن إلغاء قرارات بقانون.
- 9- قرار بقانون رقم (8) لسنة 2022م، بشأن تعديل قانون أصول المحاكمات المدنية والتجارية رقم (2) لسنة 2001م وتعديلاته (الملغى).

ثانياً: المراجع

أولاً: الكتب

- 1- أنور سلطان، أحكام الالتزام، الموجز في النظرية العامة للالتزام، دار النهضة العربية، بيروت، 1974م.
- 2- عبد الباقي البكري، وآخرون، القانون المدني وأحكام الالتزام، مؤسسة دار الكتب، المجلد الثاني، بغداد، 1980م.
- 3- عبد الرحمن الجزيري، كتاب الفقه على المذاهب الأربعة، الجزء الثاني، المكتب الثقافي للنشر والتوزيع، (د.ت).
- 4- عبد الرحمن يسري أحمد، قضايا إسلامية معاصرة في النقود والبنوك والتمويل، الدار الجامعية، 2004م.
- 5- علي حيدر، درر الحكام شرح مجلة الأحكام، المجلد الأول، دار الكتب العلمية، بيروت.
- 6- علي جمال الدين عوض، عمليات البنوك من الوجهة القانونية، الطبعة الثالثة، دار النهضة العربية، القاهرة، 2002م.
- 7- محمد علي البناء، القرض المصرفي، دار الكتب العلمية، بيروت، 2006م.

8- محمود الكيلاني، الجوانب القانونية في عمليات البنوك، معهد الدراسات المصرفية، عمان، 2006م.

ثانياً: الرسائل الجامعية

- 1- خليل البوسعيد، دعاوى التعويض في الفقه وتطبيقاتها القضائية، رسالة ماجستير، كلية الدراسات العليا، الجامعة الأردنية، الأردن، 2005م.
- 2- سيف الدين عتوم، الفائدة القانونية: قراءة تحليلية في ضوء القوانين الأردنية، رسالة ماجستير، كلية القانون، جامعة اليرموك، الأردن، 2017م.
- 3- فاضل أبو صيني، التنظيم القانوني لأحكام الفائدة القانونية في القانون الأردني: دراسة مقارنة بالفقه الإسلامي، رسالة دكتوراه، كلية الدراسات العليا، جامعة العلوم الإسلامية العالمية، الأردن، 2016م.
- 4- نداء صبري، خصوصية التنظيم القانوني لعقد المربحة للآمر بالشراء، رسالة ماجستير، كلية الدراسات العليا، جامعة النجاح الوطنية، فلسطين، 2015م.
- 5- ثالثاً: الأبحاث المنشورة
- 6- محمود دودين، قطاع التمويل الصغير في فلسطين: الإطار القانوني وتنفيذ عقود القرض، معهد أبحاث السياسات الاقتصادية الفلسطينية (ماس) 2013م.
- 7- لبنى قعدان، الفائدة التجارية وضوابط أسعارها في التشريعات الأردنية، مجلة الميزان للدراسات الإسلامية والقانونية، المجلد العاشر، العدد الرابع، 2023م.

حل المجلس التشريعي الفلسطيني في ضوء قرار المحكمة الدستورية
الفلسطينية

*(Dissolution of the Palestinian Legal Council in
light of the Decision of the Palestinian
Constitutional Court)*

ط.د. عارف يوسف حسين صالح
كلية العلوم القانونية والسياسية والاجتماعية/ جامعة قرطاج
(تونس)

حل المجلس التشريعي الفلسطيني في ضوء قرار المحكمة الدستورية الفلسطينية

Dissolution of the Palestinian Legal Council in light of the Decision of the Palestinian Constitutional Court

ط.د. عارف يوسف حسين صالح

تخصص علوم سياسية، كلية العلوم القانونية والسياسية والاجتماعية، جامعة قرطاج

(تونس)

Aresaleh52@gmail.com

DOI: <https://doi.org/10.70411/MJLS.1.1.2025151>

تاريخ الاستلام: 2024-08-04 تاريخ القبول: 2024-09-03 تاريخ النشر: 2024-09-03

الملخص:

تهدف دراسة موضوع حل المجلس التشريعي الفلسطيني في ضوء قرار المحكمة الدستورية الفلسطينية إلى بيان شكل قرار المحكمة الدستورية بحل المجلس التشريعي؛ لأنه شكّل جدلاً قانونياً وسياسياً فلسطينياً واسعاً بين من يعتبره قراراً غير دستوري سيكرس الانفصال بين شقي الوطن، وبين من يعتبره مخالفة دستورية وقانونية بالقرار تجعله باطلاً وغير دستوري، وغير وطني وجريمة، لما للموضوع من أهمية تتمثل في إثراء النقاش حول سبل معالجة الانقسام الفلسطيني وتعزيز الديمقراطية في فلسطين، حيث يطرح الموضوع إشكالية رئيسية حول مدى مشروعية قرار المحكمة الدستورية في حل المجلس التشريعي الفلسطيني.

وللإجابة على الإشكالية تم الاعتماد على التقسيم الثنائي على نحو مبحثين الأول: بعنوان ماهية المجلس التشريعي الفلسطيني وصلاحياته، والمبحث الثاني، بعنوان الاعتبارات القانونية والسياسية لحل المجلس التشريعي على الساحة الفلسطينية وخطورة تعطيله، وتختتم الدراسة بخاتمة، تحتوي على العديد من النتائج والتوصيات.

الكلمات المفتاحية: المجلس التشريعي، المحكمة الدستورية، الانقسام، الرقابة التشريعية.

Abstract :

The study of the issue of dissolving the Palestinian Legislative Council in light of the decision of the Palestinian Constitutional Court aims to clarify the form of the Constitutional Court's decision to dissolve the Legislative Council because it constituted a wide Palestinian legal and political controversy between those who consider it an unconstitutional decision that will perpetuate the separation between the two parts of the homeland and those who consider it a constitutional and legal violation of the decision that makes it null and unconstitutional , unpatriotic and a crime, due to the issue's importance in enriching the debate on ways to address the Palestinian division and promote democracy in Palestine. Further, The topic poses a major problem about the legitimacy of the Constitutional Court's decision to dissolve the Palestinian Legislative Council.

To answer the problem ,the bilateral division was relied on in two sections ,the first entitled the nature of the Palestinian Legislative Council and its powers ,and the second section entitled Legal and political considerations for the legislative solution on the Palestinian arena and the danger of disrupting it ,and the study concludes with a conclusion, containing many results and recommendations

Keywords: Legislative Council ,Constitutional Court ,Division ,Legislative Oversight.

المقدمة

المجلس التشريعي الفلسطيني هو أحد مؤسسات السلطة الوطنية الفلسطينية، تم تأسيسه بناءً على إعلان المبادئ واتفاقية أوسلو عام 1993م، الموقعة بين منظمة التحرير الفلسطينية والحكومة الإسرائيلية. ولقد تأسس المجلس في عام 1996م، إثر الانتخابات التشريعية والرئاسية التي جرت في بداية ذلك العام. ويقوم المجلس التشريعي الفلسطيني بمهام البرلمان حيث أنيطت به مسؤولية سن القوانين والرقابة على السلطة التنفيذية. تُعد تجربة السلطة الوطنية الفلسطينية أول تجربة حكم ذاتي للفلسطينيين. حيث قامت السلطات الإسرائيلية بإدارة المناطق الفلسطينية المحتلة من خلال الإدارة المدنية الإسرائيلية. تضمن إعلان المبادئ التزاماً إسرائيلياً بحل الإدارة المدنية، وكان لزاماً على الطرفين إيجاد جسم تتاط به مسؤولية إدارة المناطق الخاضعة لسلطة هذه الإدارة. وبذلك تم الاتفاق على إنشاء مجلس يتم انتخابه من الفلسطينيين القاطنين في الضفة الغربية وقطاع غزة.

ظهرت فكرة المجلس التشريعي في اتفاقية إعلان المبادئ الموقعة بين منظمة التحرير الفلسطينية وحكومة إسرائيل، حيث نصت الاتفاقية على إنشاء مجلس حكم ليملاً الفراغ الناتج عن انسحاب القوات الإسرائيلية من بعض المناطق الفلسطينية المحتلة. ونصت الاتفاقية المؤقتة المعروفة بأوسلو عام 1993م، على أن يتكون هذا المجلس من 83 عضواً بالإضافة إلى «الرئيس». بحسب هذه الاتفاقية كان يتعين على المجلس أن يقوم بالوظيفتين التشريعية والتنفيذية للسلطة الوطنية الفلسطينية، إلا أن قانون الانتخابات الفلسطيني رقم (13) لعام 1995، والذي أصدره الرئيس الراحل ياسر عرفات لتنظيم العملية الانتخابية، حدد أعضاء المجلس بـ 83 عضواً، وفصل أحكاماً مختلفة لاختيار المرشح الذي سيشغل منصب «الرئيس».

ويقوم المجلس بمراقبة الحكومة ومؤسساتها الرسمية، فيقوم بمنح الثقة وحجبها عن الحكومة. وقد منح المجلس الثقة للحكومة مرتين عامي 1996 و1998، وطالب بتعديل وزاري عام 1997. وأقر الموازنة العامة في الأعوام 1997 و1999 و2000. ويشارك المجلس في وضع السياسة العامة للسلطة ومراجعة الخطط والاتفاقيات وإقرارها.

في 22 كانون الأول/ ديسمبر 2018، أصدرت المحكمة الدستورية العليا الفلسطينية قراراً بحل المجلس التشريعي الفلسطيني وإجراء انتخابات تشريعية جديدة خلال ستة أشهر. واجه هذا القرار جدلاً واسعاً بين الأوساط الفلسطينية، مع اختلاف الآراء حول دستوريته وتأثيره على مستقبل النظام السياسي الفلسطيني.

إشكالية البحث:

تتمثل الإشكالية الرئيسية لهذا البحث في تقييم شرعية قرار المحكمة الدستورية بحل المجلس التشريعي الفلسطيني، وتحليل تداعياته القانونية والسياسية على النظام السياسي الفلسطيني، ودراسة وتحليل القرار الصادر في 22 كانون الأول/ ديسمبر 2023، إذ أصدرت المحكمة الدستورية العليا الفلسطينية قراراً بوقف العمل بالمجلس التشريعي الفلسطيني مؤقتاً وهذا يقودنا الى طرح الإشكالية الآتية :

ما مدى مشروعية قرار المحكمة الدستورية في حل المجلس التشريعي الفلسطيني؟

الأسئلة البحثية:

1. ما هي الأسباب التي دفعت المحكمة الدستورية إلى حل المجلس التشريعي الفلسطيني؟
2. ما هي الآثار القانونية والسياسية لقرار حل المجلس التشريعي الفلسطيني؟
3. ما هي البدائل المتاحة لمعالجة الانقسام الفلسطيني في ظل غياب المجلس التشريعي؟
4. ما هي البدائل التي قد نوجدها كبديل للمجلس التشريعي الفلسطيني؟

منهجية البحث:

سيتبع البحث منهجية تحليلية تعتمد على دراسة الوثائق والمواد القانونية والتقارير المتعلقة بقرار حل المجلس التشريعي الفلسطيني، وسيجري الباحث مقابلات مع خبراء القانون والسياسة الفلسطينية لتقييم تداعيات القرار، وسيقوم الباحث بتحليل البيانات المتاحة حول الانقسام الفلسطيني وتأثيره على النظام السياسي الفلسطيني.

أهمية البحث:

يكتسب هذا البحث أهمية كبيرة في ظل الظروف الراهنة التي يشهدها النظام السياسي الفلسطيني، خاصة بعد حل المجلس التشريعي الفلسطيني، وسوف يقوم البحث بالإسهام في إثراء النقاش حول سبل معالجة الانقسام الفلسطيني وتعزيز الديمقراطية في فلسطين، وايضاً سيوفر البحث معلومات قيمة لصانعي القرار الفلسطيني حول كيفية معالجة التحديات التي تواجه النظام السياسي الفلسطيني، ويتوقع البحث أن يقدم تحليلاً دقيقاً لأسباب حل المجلس التشريعي الفلسطيني وتدابيره القانونية والسياسية، ويقوم البحث في تقييم البدائل المتاحة لمعالجة الانقسام الفلسطيني في ظل غياب المجلس التشريعي، وسيتضمن البحث توصيات لصانعي القرار الفلسطيني حول كيفية معالجة الانقسام وتعزيز النظام السياسي الفلسطيني.

خطة البحث:

المبحث الأول: ماهية المجلس التشريعي الفلسطيني وصلاحياته

المبحث الثاني: الاعتبارات القانونية والسياسية لحل المجلس التشريعي على الساحة الفلسطينية وخطورة تعطيله.

المبحث الأول: ماهية المجلس التشريعي الفلسطيني وصلاحياته

المطلب الأول: التعريف بالمجلس التشريعي الفلسطيني

المبحث الأول:

ماهية المجلس التشريعي الفلسطيني وصلاحياته

المطلب الأول:

التعريف بالمجلس التشريعي الفلسطيني

تسمى السلطة التشريعية في النظام الدستوري الفلسطيني بالمجلس التشريعي الفلسطيني، وهذا ما يفهم من نص المادة (47) الفقرة (1) من القانون الأساسي الفلسطيني المعدل لعام 2003، إذ جاء فيها: «المجلس التشريعي الفلسطيني هو السلطة التشريعية المنتخبة»¹، ويُنتخب أعضاء المجلس التشريعي بالانتخاب العام المباشر من قبل الشعب الفلسطيني في الضفة الغربية وقطاع غزة لمدة أربع سنوات، ويمارس المجلس التشريعي صلاحيات تشريعية ورقابية.

المجلس التشريعي هو المؤسسة الدستورية التي أنشأها القانون الأساسي (الدستور) الفلسطيني لجسد المشاركة الشعبية الفلسطينية في الحياة السياسية العامة؛ بوضع القوانين التي تنظم أدوات الحكم، وإسناد السلطة للحكام الذين يختارهم الشعب، وتحديد اختصاصاتهم، لتنفيذ السياسات الوطنية لإدارة الكيان السياسي (الدولة)، كما يحدد أحكام مساءلتهم عن تنفيذها، كما ينظم الفصل الوظيفي بين السلطات العامة الثلاث؛ السلطة التشريعية، والسلطة التنفيذية، والسلطة القضائية، وكيفية التعاون بينها والرقابة المتبادلة لتجسد كلها مجتمعة كيان سياسي (دولة) واحد. فالشعب ينتخب مجلسه التشريعي (النيابي) لينوب عنه في التشريع بوضع القوانين المنظمة للحياة العامة والمشاركة في الحكم والرقابة على السلطة التنفيذية في تنفيذها لتلك القوانين، ولا يُترك الأمر للسلطة التنفيذية لتكون هي الحاكم المطلق؛ تشرع وتنفذ وتأمّر القضاء ليشرعن مخالفتها للدستور والقوانين، فذلك يتنافى مع القواعد الأساسية للديمقراطية النيابية، التي أخذ بها القانون الأساسي الفلسطيني (دستور السلطة الفلسطينية). حيث جاء نص المادة الثانية من القانون الأساسي مؤكداً ذلك بقوله إن "الشعب مصدر السلطات، ويمارسها عن طريق السلطات التشريعية والتنفيذية والقضائية على أساس مبدأ الفصل بين السلطات على الوجه المبين في هذا القانون الأساسي".

وأكد القانون الأساسي على ذلك في المادة (5) منه، حيث قررت أن: "نظام الحكم في فلسطين نظام ديمقراطي نيابي يعتمد على التعددية السياسية والحزبية، ويُنتخب فيه رئيس السلطة الوطنية انتخاباً مباشراً من قبل الشعب، وتكون الحكومة مسؤولة أمام الرئيس والمجلس التشريعي الفلسطيني". وحددت المادة (36) من القانون الأساسي الفلسطيني المدة التي يجوز لرئيس السلطة البقاء فيها في رئاسة

¹ المادة (74) من القانون الأساسي الفلسطيني المعدل لعام 2003.

السلطة على النحو الآتي: "مدة رئاسة السلطة الوطنية الفلسطينية هي أربع سنوات، ويحق للرئيس ترشيح نفسه لفترة رئاسية ثانية على ألا يشغل منصب الرئاسة أكثر من دورتين متتاليتين".

ووفقاً للمادة (47) من القانون الأساسي الفلسطيني، فإن المجلس التشريعي هو السلطة التشريعية المُنتخبة. وتمتد صلاحياته وفقاً للمادة (47) مكرر إلى حين انتخاب المجلس التشريعي الجديد، وأداء الأعضاء الجدد المُنتخبين اليمين الدستورية. وحددت المادة (47) الفقرة الثالثة من القانون الأساسي مدة دورات الانتخاب للمجلس التشريعي كل أربع سنوات بالنص: "3- مدة المجلس التشريعي أربع سنوات من تاريخ انتخابه، وتجرى الانتخابات مرة كل أربع سنوات بصورة دورية". ولم تحدد المادة (48) من القانون الأساسي أي قيد على الفترات التي يمكن لعضو المجلس التشريعي أن يرشح نفسه لها.

وبعد الانتخابات التشريعية الأخيرة التي أجريت في أوائل سنة 2006، وفازت فيها حركة "حماس" بأغلبية مقاعد المجلس التشريعي، ورفضت حركة "فتح" المشاركة في تشكيل الحكومة، ورهان البعض على فشل الحكومة التي شكلتها "حماس"، لم ينتظم المجلس التشريعي في الانعقاد، وتوقفت اجتماعاته المشتركة بين الضفة الغربية وقطاع غزة، حيث لم يُدعَ المجلس للانعقاد، وبقي المجلس شبه معطل في الضفة الغربية وينعقد جزئياً في قطاع غزة.

المطلب الثاني:

صلاحيات ومهام المجلس التشريعي الفلسطيني

الفرع الأول:

الاختصاص الرقابي للمجلس التشريعي

حرص المشرع الفلسطيني على التأكيد على المهمة الرقابية للمجلس التشريعي على أداء الحكومة باعتبارها واحدة من مهامه الأساسية، بل من أبرز مبررات وجوده، وهذا ما يتضح من نص المادة (74) فقرة (3) من القانون الأساسي الفلسطيني المعدل لعام 2003، والتي تشير إلى أن رئيس الوزراء وأعضاء حكومته مسؤولون مسؤولية فردية وتضامنية أمام المجلس التشريعي. كما أن المادة (47) فقرة (2) من القانون ذاته نصت على «أنه بما لا يتعارض مع أحكام هذا القانون يتولى المجلس التشريعي مهامه التشريعية والرقابية على الوجه المبين في نظامه الداخلي»، ما يعني أن النظام السياسي الفلسطيني أخذ بمسؤولية الحكومة أمام المجلس التشريعي، في ضوء رقابته على أعمالها وتصرفاتها والتحقق من مدى التزامها بتنفيذ السياسات العامة، وإدارة شؤون الدولة والمجتمع، بما يتفق مع احترام القوانين والقواعد

الدستورية، ولكي يقوم المجلس التشريعي بدوره الرقابي على أكمل وجه كان لا بُد من اعتماد سلسلة من الآليات والوسائل الرقابية التي تتلخص في الأمور الآتية:

1- توجيه الأسئلة¹

تُعد الأسئلة البرلمانية²، وسيلة يستعملها أعضاء البرلمان للإعلام والإخبار عن سياسة الحكومة، وتعني طلب إرشادات وتفسيرات يقوم بها أعضاء البرلمان سواء أكانت كتابية أم شفوية³، فالحق بالسؤال يعني تمكين عضو البرلمان من توجيه أسئلة إلى الوزراء للاستفسار عن أمر يجهله، أو بقصد لفت نظره إلى أمر من الأمور، فالسؤال يحصر المناقشة بين عضو البرلمان والوزير دون تدخل من أعضاء البرلمان الآخرين فهو حق شخصي لعضو البرلمان، فله أن يتنازل عنه وله أيضا أن يحوله إلى استجواب إذا لم يقتنع بإجابة الوزير عن سؤاله⁴، فالسؤال وسيلة رقابية ضعيفة حيث يقتصر على مجرد الاستيضاح والاستفسار ولا يترتب عليه مناقشة عامة ولا يفضي لطرح الثقة بالوزارة⁵.

ولم يخرج المشرع الفلسطيني عن المسلك السابق، فقد أعطى القانون الأساسي المعدل العام 2003، لنواب المجلس التشريعي، حق توجيه أسئلة إلى الحكومة أو إلى أحد الوزراء ومن في حكمهم⁶، في حين أن النظام الداخلي للمجلس التشريعي كان أكثر تفصيلاً في تنظيم هذه الوسيلة، حيث أشار إلى حق العضو في توجيه السؤال بهدف معرفة حقيقة ما، أو التحقق حصول واقعة علم بها النائب ويريد التحقق

¹ طريقة الأسئلة مستمدة من التقليد البرلماني الإنجليزي، حيث يلجأ النواب في بريطانيا لطرح الأسئلة على الوزراء، ورئيس مجلس الوزراء عن بعض القضايا، ويخصص مجلس العموم ثلاثة أرباع الساعة الأولى من كل جلسة للأسئلة التي يجيب عنها الوزراء بإيجاز، بكلمة نعم أو لا. المركز الفلسطيني لاستقلال المحاماة والقضاة، مساواة، دور المجلس التشريعي الرقابي على أعمال السلطة التنفيذية المتعلقة بالقضاء، رام الله، 2003، ص46.

² المادة (75) من النظام الداخلي للمجلس التشريعي الفلسطيني.

³ بخصوص الأسئلة التي كان يوجهها نواب المجلس التشريعي للوزراء خلال الدورات البرلمانية للمجلس التشريعي من 1996، 2005، يراجع يوسف صافي، تجربة المجلس التشريعي الفلسطيني من 1996-2008، مركز هدف لحقوق الإنسان، 2008، ص65. منشور على رابط <http://cutt.us/7XqT>.

⁴ المادة (76) من النظام الداخلي للمجلس التشريعي الفلسطيني.

⁵ المادة (75) من النظام الداخلي للمجلس التشريعي الفلسطيني.

⁶ المادة (79) من النظام الداخلي للمجلس التشريعي الفلسطيني.

من الإجراءات التي اتخذت بشأنها¹، وقد وضع النظام الداخلي آليات محددة لاستخدام هذا الحق، حيث يسجل النواب الأسئلة لدى رئيس المجلس التشريعي الذي يقوم بإبلاغها للوزير المعني أو الوزراء المعنيين²، ويدرجه في جدول أعمال أقرب جلسة على أن يكون قد مضى أسبوع على الأقل من تاريخ إبلاغ الوزير المعني، ويخصص المجلس في أول الجلسة نصف ساعة للأسئلة إلا إذا قرر المجلس خلاف ذلك، ويشترط لقبول السؤال أن يكون مكتوباً وواضحاً ومحددلاً للأمور المراد الاستفسار عنها دون أي تعليق³.

ويعطي الكلام للوزير للإجابة عن السؤال ويحق للوزير أن يطلب تأجيل الإجابة لجلسة أخرى يحددها المجلس، أما في حالة الاستعجال فإنه يحق للوزير أن يجيب عن سؤال واحد فقط في أول جلسة للمجلس حتى ولو كان غير مدرج على جدول أعمال المجلس ولكن بشرط إخطار رئيس المجلس بذلك ويؤشر بها في محضر الجلسة⁴، ولا تحتاج الأسئلة الموجهة للوزراء شفاهة في أثناء المناقشة العامة لأية إجراءات خاصة⁵.

٢- الاستجواب

يُعد لجوء أعضاء البرلمان إلى الاستجواب مرحلة متقدمة من ناحية الإجراءات الرقابية على الحكومة، ولا يتم اللجوء إليه إلا إذا تم التأكد من حدوث انحراف وخروج للحكومة أو أي من هيئاتها أو أفرادها عن برنامجها، أو تجاوزها لصلاحياتها ومسؤولياتها⁶.

ويُقصد بالاستجواب: حق عضو البرلمان في اتهام الحكومة ومساءلتها فردياً أو تضامنياً عن أية تجاوزات أو أخطاء تم ارتكابها، يثبتها مقدم الاستجواب أمام البرلمان بالأدلة لينتهي من ذلك إلى فتح باب المناقشة أمام البرلمان بحيث يجوز لسائر أعضاء البرلمان الاشتراك فيه⁷، وينتهي الاستجواب لصالح

¹ مروان البرغوثي، الأداء التشريعي والرقابي والسياسي للمجلس التشريعي الفلسطيني 1996-2006، مركز دراسات الوحدة العربية، رام الله، 2010، ص 275.

² صالح الكاظم وعلي العاني، مرجع سابق، ص 71.

³ محمد المسلماني، القانون الدستوري والنظم السياسية، الطبعة الأولى، دراسة مقارنة، دار الفكر الجامعي، الإسكندرية، 2015، ص 498.

⁴ زهير المظهر، القانونية والدستورية والمؤسسات السياسية، مركز البحوث والدراسات الإدارية، تونس، 1992، ص 210.

⁵ مساواة، مرجع سابق، ص 46.

⁶ يوسف صافي، مرجع سابق، ص 68.

⁷ جهاد حرب، المجلس التشريعي الفلسطيني للمرحلة الانتقالية، مركز البحوث والدراسات الإدارية، تونس، ص 149.

الحكومة أو ضدها، وقد يصل لسحب الثقة من الحكومة أو الوزير المستجوب حسب الأحوال، وبالتالي يترتب على سحب الثقة من الحكومة حلها واستبدالها بغيرها¹، وإذا تم سحب الثقة من الوزير المستجوب يتم استبداله بوزير آخر وفقاً للإجراءات الدستورية.

ويرى الباحث أن الاستجواب يُعد أكثر خطورة على الوزارة من السؤال، فلا يُعد مجرد طلب أو استفسار عن قضية معينة كما هو الحال بالنسبة للسؤال، بل هو عبارة عن محاسبة للحكومة أو أحد وزرائها على تصرف من التصرفات العامة، فهو استيضاح يتضمن في طياته الاتهام أو الانتقاد لأي عمل تقوم به الحكومة أو أحد وزرائها، ومن الممكن أن يؤدي إلى مناقشات عامة في البرلمان تقضي إلى سحب الثقة من الوزير أو من الحكومة بأكملها.

3- جلسات الاستماع (جلسات المناقشة)

استخدم المجلس التشريعي وسيلة رقابة شبيهة بالاستجواب وهي المناقشة تحت عنوان (جلسات الاستماع) لأعضاء مجلس الوزراء أو أحد كبار الموظفين في السلطة²، وتهدف إلى لفت نظر الحكومة إلى موضوع معين يجري نقاشه ولا تتضمن أي اتهام للحكومة، وتنتهي إما بإقفال باب المناقشة والانتقال لجدول أعمال المجلس، أو بقرار يرغبه المجلس في أمر معين دون أن تؤدي هذه الوسيلة إلى إقالة الحكومة أو أحد الوزراء على العكس من الاستجواب³.

ويرى الباحث أنه على الرغم من عدم النص على هذه الوسيلة الرقابية في القانون الأساسي الفلسطيني، أو حتى في النظام الداخلي للمجلس الفلسطيني، إلا أنه تم اللجوء إلى الأعراف البرلمانية لاستحداث هذه الوسيلة تحت قبة المجلس التشريعي الفلسطيني.

4- لجان التحقيق ولجان تقصي الحقائق

للتحقيق البرلماني أثر كبير في أعمال الرقابة على السلطة التنفيذية من قبل البرلمان، ويمارس البرلمان هذه الاختصاصات الرقابية عبر لجان متخصصة تهدف من خلال تقصي الحقائق إلى التحقيق في أي خلل عام في أداء الجهاز التنفيذي، وتوضيح القضايا للرأي العام⁴، كما ويحتاج البرلمان في ممارسته لوظيفته الرئيسة المتمثلة في مراقبة العمل الحكومي إلى الاطلاع على الملفات والتحري حول

¹ يُشكل المجلس التشريعي اللجان الدائمة للرقابة ولبحث مشاريع القوانين والقضايا التي يحيلها المجلس أو رئيسه.

² المادة (58) من القانون الأساسي الفلسطيني المعدل لسنة 2003.

³ مساواة، مرجع سابق، ص 261.

⁴ المادة (77) من القانون الأساسي الفلسطيني المعدل لسنة 2003.

قضايا تهم السياسة العامة للبلاد، فإن اللجان تُعد الوسيلة الرئيسية لتمكين المجلس من الاطلاع على سياسة الحكومة ومناقشتها قبل تحديد الموقف السياسي منها في الجلسة العامة، فاللجان إلى جانب دورها في التشريع تشارك في وظيفة الرقابة¹.

وقد منح القانون الأساسي الفلسطيني المجلس التشريعي صلاحية تشكيل لجان خاصة²، كما ومنحه أيضاً صلاحية تكليف إحدى لجانه من أجل القيام بمهمة تقصي الحقائق في قضايا محددة، وذلك ليتمكن المجلس من القيام بمهامه على أكمل وجه³، كما أعطى النظام الداخلي للمجلس التشريعي صلاحية تشكيل لجان أخرى للتحقيق أو لمتابعة قضايا محددة، وهذه اللجان تقدم توصياتها للمجلس التشريعي عن نتائج أعمالها، ولا تملك صلاحيات إصدار قرارات في الموضوعات المكلفة بها.

5- حجب الثقة

تُعد هذه الوسيلة الرقابية أخطر أنواع الوسائل الرقابية للمجلس التشريعي على الحكومة، وهذه الوسيلة نتيجة منطقية لنص المادة (74) فقرة (3) من القانون الأساسي الفلسطيني المعدل لعام 2003، والتي قررت أن رئيس الوزراء وأعضاء حكومته مسؤولون مسؤولية فردية وتضامنية أمام المجلس التشريعي، وكقاعدة عامة فإن طرح حجب الثقة عن الحكومة أو أحد وزرائها يمثل جزءاً يوقعه المجلس التشريعي على الحكومة أو أحد وزرائها نتيجة الإخلال بالمسؤولية، حيث إن حجب الثقة عن الحكومة يوجب عليها دستورياً الاستقالة فوراً، وحجب الثقة عن أحد الوزراء يوجب عليه دستورياً الاعتزال من منصبه فوراً بإعلان استقالته⁴.

ويُعد حجب الثقة آخر وسيلة يلجأ إليها البرلمان بعد لجان تقصي الحقائق أو الاستجواب لمحاسبة الحكومة أو أحد أعضائها، وتُمثل أعلى مستويات الرقابة البرلمانية وبدونها تختفي أهم ركائز ودعائم النظام البرلماني، وتُشكل هذه الوسيلة تجسيدا للمساءلة السياسية للحكومة أمام البرلمان⁵.

¹ المادة (77) من القانون الأساسي الفلسطيني المعدل لسنة 2003.

² المادة (78) من القانون الأساسي الفلسطيني المعدل لسنة 2003.

³ قرار المحكمة الدستورية الفلسطينية رقم (10) لسنة 2018، بشأن تفسير المادة (67) من القانون الأساسي الفلسطيني:

<https://maqam.najah.edu> تم دخول الموقع بتاريخ 2024/7/3.

⁴ هل من حق المحكمة الدستورية حل المجلس التشريعي؟: <https://wafa.ps> تم دخول الموقع بتاريخ 2024/4/3.

⁵ القانون الأساسي الفلسطيني: ينص القانون الأساسي الفلسطيني على أحكام تتعلق بحل المجلس التشريعي، بما في ذلك شروط حله وإجراءات ذلك.

ف نجد أن القانون الأساسي قد أعطى الحق لعشرة من أعضاء المجلس التشريعي أن يتقدموا بطلب إلى رئيس المجلس التشريعي من أجل عقد جلسة خاصة لطرح الثقة بالحكومة بأكملها أو أحد الوزراء، بشرط أن يكون ذلك بعد استجواب وبعد مضي ثلاثة أيام على تقديم الطلب يتم تحديد أول جلسة، ولا يجوز أن يتجاوز موعدها أسبوعين من ذلك التاريخ¹، كما أن حجب الثقة عن رئيس الوزراء وحكومته يتم بالأغلبية المطلقة لأعضاء المجلس التشريعي، ويترتب على حجب الثقة عن رئيس الوزراء وحكومته انتهاء ولايتهم، وعند انتهاء ولايتهم يمارسون أعمالهم باعتبارها حكومة تسيير أعمال، وعند ذلك لا يجوز لهم أن يتخذوا من القرارات إلا ما هو لازم وضروري لتسيير الأعمال التنفيذية لحين تشكيل حكومة جديدة².

الفرع الثاني:

الاختصاصات المالية للمجلس التشريعي

يمارس المجلس التشريعي هذه الاختصاصات انطلاقاً من حرصه على حماية المال العام، فقد أوجب القانون الأساسي الفلسطيني المعدل لعام 2003، في كثير من مواده عرض جميع التصرفات التي قد يترتب عليها تكاليف مالية لمالية السلطة على المجلس التشريعي للموافقة عليها، وإلا فإن هذه التصرفات ستنتسم بعدم الشرعية وتتمثل هذه الاختصاصات في:

1. إقرار الموازنة العامة السنوية للسلطة.
2. إقرار الحساب الختامي لميزانية السلطة.
3. فرض الضرائب والرسوم، فلا يجوز فرض الضرائب العامة والرسوم أو تعديلها أو إلغائها إلا بقانون.
4. يقر المجلس الخطة العامة للتنمية.
5. المصادقة على اتفاقيات القروض والموافقة على المشاريع التي يترتب عليها إنفاق مبالغ من الخزينة العامة للسلطة.
6. إصدار القوانين النازمة للقواعد والإجراءات الخاصة.

¹ مرسوم الرئيس بشأن حلّ المجلس التشريعي: صدر هذا المرسوم في عام 2018.

² القانون الأساسي الفلسطيني: <https://menarights.org> تم دخول الموقع بتاريخ 2024/7/9م.

المطلب الثالث:

تحليل قرار المحكمة الدستورية في حل المجلس التشريعي الفلسطيني

أصدرت المحكمة الدستورية الفلسطينية في 27 كانون الأول/ ديسمبر 2018، قراراً بحل المجلس التشريعي الفلسطيني والدعوة إلى إجراء انتخابات تشريعية جديدة خلال ستة أشهر. أثار هذا القرار جدلاً واسعاً في الأراضي الفلسطينية، مع وجود مؤيدين ومعارضين له. فيما يلي تحليل موجز للقرار وأبعاده:

أسس القرار:

استندت المحكمة الدستورية في قرارها إلى عدة أسس، أهمها:

عدم انعقاد المجلس التشريعي منذ عام 2007، بسبب الانقسام الفلسطيني بين الضفة الغربية وقطاع غزة.

تعطل عمل المجلس التشريعي:

1. عدم قدرته على ممارسة مهامه التشريعية والرقابية.
 2. فقدان النصاب القانوني لعقد جلساته.
- مخالفة استمرار عمل المجلس التشريعي للمادة (67) من القانون الأساسي الفلسطيني:
1. تنص هذه المادة على مدة ولاية المجلس التشريعي بأربع سنوات.
 2. تجاوزت مدة ولاية المجلس الحالي 12 عاماً.
- آثار القرار:

حل المجلس التشريعي الفلسطيني:

1. يعني ذلك انتهاء ولاية أعضاء المجلس الحاليين.
 2. فقدانهم الحصانة البرلمانية¹.
- الدعوة إلى إجراء انتخابات تشريعية جديدة خلال ستة أشهر:
1. تهدف هذه الدعوة إلى تجديد الشرعية الديمقراطية الفلسطينية.
 2. إتاحة الفرصة للشعب الفلسطيني لاختيار ممثلين جدد لهم.

¹ مرسوم الرئيس بشأن حلّ المجلس التشريعي: <https://maqam.najah.edu/judgments/4364>

المطلب الثاني:

تداعيات حل المجلس التشريعي الفلسطيني وقانونية تعطيله

الفرع الأول: الأسباب السياسية لقرار حل المجلس التشريعي الفلسطيني

1. تعطل عمل المجلس:

يُعَدُّ تعطل عمل المجلس التشريعي الفلسطيني أحد أهم الأسباب السياسية وراء قرار حله. فمنذ عام 2006، واجه المجلس انقسامًا حادًا بين كتلتي "فتح" و"حماس"، ما أدّى إلى عدم قدرته على عقد جلسات مكتملة النصاب والقيام بوظائفه التشريعية والرقابية.

2. تعزيز سيطرة السلطة التنفيذية:

يرى البعض أنّ حلّ المجلس التشريعي سمح للسلطة التنفيذية، بقيادة الرئيس محمود عباس، بتعزيز سيطرتها على الحكم دون قيود تُذكر. فقد اعتُبر حلّ المجلس فرصةً لتركيز الصلاحيات بيد الرئيس، ما سهل عليه تمرير القرارات وتنفيذ السياسات دون الحاجة إلى موافقة المجلس.

3. الخلافات بين فتح وحماس:

شكّلت الخلافات الأيديولوجية والسياسية بين حركتي "فتح" و"حماس" عقبةً كبيرةً أمام عمل المجلس التشريعي. ففي عام 2007، سيطرت "حماس" على قطاع غزة، بينما ظلت فتح مسيطرةً على الضفة الغربية. أدّى هذا الانقسام إلى شللٍ في عمل المجلس، حيث لم يتمكن نواب حماس من حضور جلسات المجلس في الضفة الغربية بسبب منعهم من قبل السلطات الإسرائيلية.

4. مساعي إصلاح النظام السياسي:

برّر بعض مؤيدي حلّ المجلس قرارهم بضرورة إصلاح النظام السياسي الفلسطيني. فقد اعتبروا أنّ حلّ المجلس خطوةً ضروريةً لإنهاء الانقسام وإجراء انتخاباتٍ جديدةٍ تُفضي إلى برلمانٍ يُمثّل جميع فئات الشعب الفلسطيني.

5. ضغوطات دولية:

تعرّضت السلطة الفلسطينية لضغوطاتٍ دوليةٍ من أجل حلّ المجلس التشريعي وإجراء انتخاباتٍ جديدةٍ. فالدول المانحة، وعلى رأسها الولايات المتحدة الأمريكية، رأت أنّ حلّ المجلس ضروريًا لخلق بيئةٍ سياسيةٍ مُستقرةٍ تجذب الاستثمارات وتُساهم في تحسين الاقتصاد الفلسطيني¹.

¹ قرارات المحكمة الدستورية الفلسطينية: <https://www.wafa.ps> تم دخول الموقع بتاريخ 2024/7/9م.

وكالة معًا الإخبارية: <https://www.maannnews.net/> تم دخول الموقع بتاريخ 2024/7/9م.

الفرع الثاني:

الأسباب القانونية لقرار حل المجلس التشريعي الفلسطيني

يُشير قرار حلّ المجلس التشريعي الفلسطيني عام 2018، جدلاً واسعاً حول مدى دستوريته وصحة الإجراءات المتخذة.

يُجادل مؤيدو القرار بوجود سندٍ قانونيٍّ له من خلال:

1. المادة (34) من القانون الأساسي الفلسطيني: تُتيح للرئيس الفلسطيني حلّ المجلس التشريعي "في

حالة الطوارئ أو في حال وجود ما يهدد وحدة الوطن أو سلامته أو أمنه أو نظامه العام".

2. مرسوم الرئيس بشأن حلّ المجلس التشريعي: صدر هذا المرسوم في عام 2018، ويتضمن

مبررات حلّ المجلس:

أ- أبرزها تعطلّ عمل المجلس بسبب الانقسام: حيث اعتبر المرسوم أنّ استمرار هذا الانقسام يُعيق

عمل المجلس ويهدد وحدة النظام السياسي الفلسطيني.

ب- عدم قدرة المجلس على عقد جلساتٍ مكتملة النصاب:

يُعزى ذلك إلى منع السلطات الإسرائيلية نواب "حماس" من حضور الجلسات في الضفة الغربية.

3. قرارات المحكمة الدستورية الفلسطينية:

أ- أصدرت المحكمة الدستورية قراراً عام 2020، اعتبرت فيه أنّ حلّ المجلس التشريعي "معطلّ

منتهي الولاية الدستورية".

ب- وأنّه "لا يجوز له ممارسة أيّ صلاحياتٍ تشريعيةٍ أو رقابية".

بينما يرى معارضو القرار أنّ حلّه جاء مُخالفًا للقانون الأساسي الفلسطيني لعدة أسباب:

1. عدم توافر شروط الطوارئ: يُجادلون بأنّ حلّ المجلس لم يتمّ في ظلّ حالةٍ طارئةٍ تُهدد وحدة

الوطن أو سلامته أو أمنه أو نظامه العام.

2. تجاوز صلاحيات الرئيس: يُشيرون إلى أنّ المادة (34) من القانون الأساسي تُحدّد حالاتٍ

محددةٍ يجوز للرئيس حلّ المجلس فيها، وأنّ حلّ المجلس لم يندرج تحت أيّ من هذه الحالات.

3. غياب الرقابة البرلمانية: يُحذّرون من مخاطر حلّ المجلس التشريعي، ما يُؤدّي إلى غياب

الرقابة البرلمانية على عمل السلطة التنفيذية¹.

4. إعاقة المسار الديمقراطي: يعتبرون أنّ حلّ المجلس يُعيق المسار الديمقراطي ويُؤدّي إلى تكريس الانقسام الفلسطيني.

وهنا يرى الباحث أنّ جدلية حلّ المجلس التشريعي الفلسطيني ما تزال مُستمرة، مع وجود آراء قانونية مُتباينة حول دستورية القرار.

المطلب الثالث:

قانونية القرار الرئاسي في حلّ المجلس التشريعي الفلسطيني:

أصدر الرئيس الفلسطيني محمود عباس في 22 كانون الأول/ ديسمبر 2018، مرسوماً رئاسياً بحلّ المجلس التشريعي الفلسطيني والدعوة إلى انتخابات تشريعية جديدة خلال ستة أشهر. أثار هذا القرار جدلاً واسعاً حول مدى قانونيته، مع وجود آراء متباينة من خبراء القانون والدستور الفلسطيني. وجهات النظر المؤيدة لقانونية القرار:

1. استناداً إلى المادة (34) من القانون الأساسي الفلسطيني: والتي تُتيح للرئيس حلّ المجلس التشريعيّ بقرارٍ مُسبّب، في حال تعذر عقد اجتماعاته لأكثر من أربعة أشهر متتالية، أو في حال حصول شغور في ثلثي أعضائه.

2. أرجع حلّ المجلس التشريعيّ إلى عدم انعقاده منذ عام 2017: بسبب الانقسام الفلسطينيّ بين الضفة الغربية وقطاع غزة، وعدم تمكن أعضائه من مختلف الفصائل من عقد جلساتٍ مشتركة.

3. رأت المحكمة الدستورية الفلسطينية في 27 كانون الأول/ ديسمبر 2018: أنّ حلّ المجلس التشريعيّ قرارٌ قانونيٌّ، وأنّ على الرئيس إصدار مرسومٍ جديدٍ بالدعوة إلى انتخاباتٍ تشريعيةٍ خلال ستة أشهر.

وجهات النظر المعارضة لقانونية القرار:

1. اعتبرت فصائل فلسطينية، منها حركة "حماس": أنّ حلّ المجلس التشريعيّ يهدف إلى تقويض الشرعية الفلسطينية وإجهاض مساعي المصالحة الوطنية.

2. جادل بعض خبراء القانون: بأنّ شروط حلّ المجلس التشريعيّ بموجب المادة (34) من القانون الأساسي لم تكن مُتوافرة، حيث لم يتعذر عقد اجتماعاته لأربعة أشهر متتالية، ولم يحصل شغور في ثلثي أعضائه.

3. أشاروا إلى أنّ حلّ المجلس التشريعيّ يُشكّل خرقاً لمبدأ الفصل بين السلطات: ويُعزّز هيمنة السلطة التنفيذية على السلطة التشريعية.

الآثار المترتبة على حلّ المجلس التشريعي:

1. فقدان السلطة التشريعية الفلسطينية لدورها الرقابي على السلطة التنفيذية: ما يُثير مخاوف من تراجع المساءلة والحكم الرشيد.

2. تعطل العملية التشريعية الفلسطينية: ما يُعيق إصدار قوانين جديدة وتعديل القوانين القائمة.

3. تعميق الانقسام الفلسطيني: حيث تقاطع حركة "حماس" القرار وتُصرّ على شرعية المجلس التشريعي المنتخب عام 2006.

هنا يرى الباحث أن جدلية قانونية القرار الرئاسي بحلّ المجلس التشريعي الفلسطيني ما تزال قائمة حتى الآن. وتختلف وجهات النظر حول مدى دستورية القرار، مع وجود حجج قوية تؤيد القرار وأخرى تعارض القرار، وتُلقي هذه المسألة بظلالها على مستقبل النظام السياسي الفلسطيني: وتؤثّر على مسار عملية السلام والمصالحة الوطنية، ومن المهم متابعة التطورات القانونية والسياسية المتعلقة بهذا الموضوع: لفهم آثاره على المدى الطويل¹.

المبحث الثاني:

الاعتبارات القانونية والسياسية لحلّ المجلس التشريعي على الساحة الفلسطينية وخطورة تعطيله

المطلب الأول:

واقع المجلس التشريعي الفلسطيني ودوافع تعطيل صلاحيته

الفرع الأول:

واقع المجلس التشريعي

في مطلع عام 2006، تم تنظيم ثاني انتخابات تشريعية فلسطينية، وهي أول انتخابات تشارك فيها "حماس" التي حققت مفاجأة بحصد أغلبية المقاعد في المجلس التشريعي، ليسارع القيادي في حركة فتح محمد دحلان إلى التصريح بأنه من العار على "فتح" المشاركة في حكومة تقودها حماس، في حين دعا الرئيس محمود عباس الحكومة القادمة إلى الالتزام باتفاقات منظمة التحرير ونهج السلام. في أيار/ مايو 2006م، أطلقت قيادات الأسرى الفلسطينيين وثيقة للمصالحة سُميت لاحقاً بوثيقة الأسرى التي لاقت ترحيباً من جميع الأطراف، وعلى أثرها عُقد مؤتمر الحوار الوطني يوم 25 أيار/ مايو

¹ تفسير المادة (47) و(47 مكرر) والمادة (55) من القانون الأساسي وتعديلاته.

موقع الجزيرة نت <https://www.aljazeera.net> تم دخول الموقع بتاريخ 2024/7/13م.

2006، ومع ذلك ظلّ الانقسام قائماً ولم تتوقف الاشتباكات المسلحة، وفشلت وساطات عديدة بينها الوساطة القطرية في تشرين الأول/أكتوبر 2006، في تهدئة الأوضاع.

وحسب إحصائية أعدتها الهيئة الفلسطينية المستقلة لحقوق المواطن، فقد قُتل نتيجة الانفلات الأمني خلال الفترة المتراوحة بين كانون الثاني/يناير وتشرين الثاني/نوفمبر 2006، نحو 322 فلسطينياً منهم 236 في قطاع غزة و86 في الضفة الغربية.

وفي كانون الأول/ديسمبر 2006، دعا الرئيس محمود عباس إلى عقد انتخابات لمجلس تشريعي فلسطيني جديد، لكن عدداً من قيادات الفصائل الفلسطينية في دمشق رفض الدعوة وانفجرت الأوضاع مجدداً، وتعرض وزير الداخلية سعيد صيام لمحاولة اغتيال فاشلة في العاشر من كانون الثاني/ديسمبر 2006 م.

بعد اتفاق مكة بأسابيع قليلة تجددت الاشتباكات بين مسلحي "فتح" و"حماس"، وهو ما انتهى بسيطرة "حماس" على قطاع غزة بما عُرف باسم «الحسم العسكري»، ليتحول الانقسام الجغرافي إلى انقسام سيطرة سياسية كامل يوم 14 حزيران/يونيو 2007 م.

وحسب إحصائية أعدتها الهيئة الفلسطينية المستقلة لحقوق المواطن، فقد قُتل نتيجة الانفلات الأمني خلال الفترة المتراوحة بين كانون الأول/يناير وتشرين الثاني/نوفمبر 2006، نحو 322 فلسطينياً منهم 236 في قطاع غزة و86 في الضفة الغربية.

أولاً: نشأة ازدواجية الحكومات

وفي رام الله أعلن الرئيس الفلسطيني محمود عباس إقالة حكومة إسماعيل هنية، وكلف سلام فياض بتشكيل حكومة جديدة، وقد رفضت حركة "حماس" على لسان الناطق باسمها فوزي برهوم تكليف فياض بتشكيل حكومة طوارئ واعتبرته «انقلاباً ضد الشرعية وتجاوزاً لكل القوانين الفلسطينية»، وقال إسماعيل هنية إن حكومته جاءت «بإرادة شعبية ديمقراطية». وأنها «ستمارس عملها ولن تتخلى عن مسؤولياتها». ووصف القرارات التي اتخذها الرئيس الفلسطيني بإقالته وإعلان حالة الطوارئ في الأراضي الفلسطينية بأنها «قرارات متسرعة». وأكد أن حركة "حماس" لا تعتزم إعلان دولة في قطاع غزة. وأوضح أن «قطاع غزة جزء لا يتجزأ من الوطن الفلسطيني العزيز وشعبنا في القطاع جزء لا يتجزأ من شعبنا في كامل أماكن وجوده، واستمرت الأمور بحكومتين واحدة في الضفة وأخرى في غزة».

ثانياً: اندلاع موجة الاحتجاجات العربية والمطالبة بإنهاء الانقسام الفلسطيني

مع اندلاع الثورات العربية أو ما يسمى بـ "الربيع العربي" في مطلع عام 2011، وفشل خيار المفاوضات مع إسرائيل، ارتفعت مجدداً أصوات الشبان الفلسطينيين مطالبةً بإنهاء الانقسام والعودة للوحدة الوطنية. فنظموا حملة من المظاهرات والمسيرات انطلقت في 15 آذار/ مارس عام 2011، في كل من الضفة الغربية وقطاع غزة لإنهاء الانقسام الفلسطيني بين حركتي "فتح" و"حماس".

وفي يوم الأربعاء الموافق 2011/5/4م، وقعت الفصائل الفلسطينية في القاهرة على الورقة المصرية (وثيقة الوفاق الوطني للمصالحة وإنهاء الانقسام الفلسطيني)، وأقيم احتفال موسع بحضور الرئيس الفلسطيني محمود عباس، والأمين العام لجامعة الدول العربية عمرو موسى، ووزير خارجية مصر نبيل العربي، ورئيس المكتب السياسي لحركة المقاومة الإسلامية (حماس) خالد مشعل.

الفرع الثاني:

تعطيل الصلاحية الدستورية للوظيفة التشريعية

أجازت المادة (43) من القانون الأساسي لرئيس السلطة الوطنية وضع قرارات لها قوة القانون في غير أدوار انعقاد المجلس التشريعي، إذا استدعت الضرورة ذلك، ولم يكن بالإمكان الانتظار إلى حين انعقاد المجلس التشريعي، على أن يتم عرض هذه القرارات على المجلس التشريعي في أول جلسة يعقدها بعد صدور هذه القرارات، وإلا زال ما كان لها من قوة القانون¹.

وبالتالي، وحتى يجوز لرئيس السلطة الوطنية وضع قرارات لها قوة القانون بحسب النص المذكور، من الضروري أن تتوفر الشروط الآتية:

أولاً: حتى يجوز لرئيس السلطة الوطنية وضع قرارات لها قوة القانون، تُشرع أحكام قانونية جديدة أو تُعدل الأحكام القانونية النافذة، يجب ألا يكون المجلس التشريعي منعقداً. وبالتالي، يجب على رئيس السلطة الوطنية أن يتحرى عن المجلس التشريعي فيما إذا كان منعقداً أم غير منعقد قبل إقدامه على

¹ نصت المادة (43) من القانون الأساسي الفلسطيني على أنه: "لرئيس السلطة الوطنية في حالات الضرورة التي لا تحتمل التأخير في غير أدوار انعقاد المجلس التشريعي، إصدار قرارات لها قوة القانون، ويجب عرضها على المجلس التشريعي في أول جلسة يعقدها بعد صدور هذه القرارات وإلا زال ما كان لها من قوة القانون، أما إذا عُرضت على المجلس التشريعي على النحو السابق ولم يقرها زال ما يكون لها من قوة القانون".

² أقر المجلس التشريعي عدداً من القوانين التي عالجت ذات الموضوعات التي عالجتها القرارات بقانون التي صدرت عن رئيس السلطة الوطنية في الفترة السابقة مثل قانون الاستثمار.

وضع قرارات لها قوة القانون، ذلك أن المجلس التشريعي هو الجهة الأصلية التي تملك التشريع، واستثناءً يكون بإمكان رئيس السلطة الوطنية وضع قرارات لها قوة القانون في حال عدم انعقاد جهة التشريع الأصلية، شريطة توفر الشرطين اللاحقين.

ثانيًا: أن يكون هناك حالة ضرورة لا تحتل التأخر في وضع القانون والانتظار إلى حين انعقاد المجلس التشريعي.

ثالثًا: أن تُعرض هذه القرارات على المجلس التشريعي في أول اجتماع له بعد صدور هذه القرارات، ويكون للمجلس الحرية التامة في إقرار هذه القرارات أو إبطالها.

من ناحية عملية، وعلى الرغم من وجود النص الدستوري الذي يجيز لرئيس السلطة الوطنية وضع قرارات لها قوة القانون شرط عرضها على المجلس التشريعي والشروط الأخرى آنفة الذكر)، وعلى الرغم من إقدام رئيس السلطة الوطنية على وضع عشرات القرارات التي لها قوة القانون منذ قيام السلطة الوطنية، إلا أنه للآن لم يتم عرض أي من هذه القرارات على المجلس التشريعي. كما لم يتخذ المجلس التشريعي الفلسطيني أي إجراء بشأن أغلب تلك القرارات، بل وقام في آذار/ مارس من العام 1999، برد مشروع قانون المطبوعات والنشر الذي تقدم به أحد أعضاء المجلس التشريعي، بحجة أن هذا المشروع هو ذاته القانون النافذ منذ العام 1995، رغم أن القانون المذكور هو في ذاته القرار بقانون الذي وضعه رئيس السلطة الوطنية، وكان يفترض أن يبت فيه المجلس التشريعي في أول جلسة يعقدها بحسب القانون الأساسي (أو على الأقل في أول جلسة عقدها المجلس التشريعي بعد نفاذ القانون الأساسي في العام 2002، باعتباره القانون الذي وضع النص الصريح الذي يبين الحالة التي يجوز فيها لرئيس السلطة الوطنية وضع قرارات لها قوة القانون وشروط ذلك). وكان من المفترض أن يتم التعامل مع مشروع القانون المذكور من قبل المجلس التشريعي، حتى وإن لم يطرح كمشروع قانون.

ولكن وبما أنه لم يتم عرض أي من تلك القرارات المراسيم بقانون على المجلس التشريعي، يعتبر أنه زال كل ما يكون لها من أثر قانوني، وتصبح كأن لم تكن، بحسب المادة (43) من القانون الأساسي¹.

¹ وهذا يعني أن هناك ما يقرب من 30 قراراً بقانون صدرت عن رئيس السلطة الوطنية منذ قيام السلطة زال ما يكون لها من قوة القانون بحسب المادة (43) من القانون الأساسي المذكورة.

المطلب الثاني:

السبل الممكنة لإعادة تفعيل المجلس التشريعي الفلسطيني

الفرع الأول:

الانتخابات التشريعية وتشكيل المجلس التشريعي ومدة ولايته

اكتفى القانون الأساسي الفلسطيني بالنص على تشكيل المجلس التشريعي بالانتخاب العام المباشر وتحديد مدة ولايته، وأحال تنظيم الانتخاب وتحديد النظام الانتخابي وتحديد عدد أعضائه إلى قانون الانتخابات.

أولاً: طريقة تشكيل المجلس التشريعي

وفقاً لأحكام المادة (47) من القانون الأساسي الفلسطيني المعدل، يُعد المجلس التشريعي هو السلطة التشريعية المنتخبة، بمعنى أن طريقة تشكيله تكون بالانتخاب، وهذا ما أكدته المادة (48) من القانون الأساسي المعدل، إذ جاء فيها: 1- يُنتخب أعضاء المجلس التشريعي انتخاباً عاماً حراً ومباشراً وفقاً لأحكام قانون الانتخابات، ويحدد القانون عدد الأعضاء والدوائر والنظام الانتخابي. 2- إذا شغل مركز عضو أو أكثر من أعضاء المجلس التشريعي يتم ملء الشاغر وفقاً لأحكام قانون الانتخابات». وقد أحال القانون الأساسي الفلسطيني المعدل لعام 2003، لقانون الانتخابات العامة رقم (9) لسنة 2005، تنظيم انتخابات المجلس التشريعي وتحديد عدد أعضائه واختيار النظام الانتخابي، وقد أُجريت الانتخابات العامة للمجلس التشريعي الحالي في العام 2006، على أساسه وتم تحديد عدد أعضاء المجلس التشريعي بـ(132) مائة واثنين وثلاثين نائباً، فقد تبنى هذا القانون نظاماً انتخابياً مختلطاً لانتخاب أعضاء المجلس التشريعي، أما القرار بقانون رقم (1) لسنة 2007، المعدل لقانون الانتخابات السابق فقد تبنى نظام انتخابي يقوم على التمثيل النسبي الكامل لانتخاب أعضاء المجلس التشريعي وأبقى على عدد أعضاء المجلس كما هو في القانون السابق.

1. شروط الترشح لعضوية المجلس التشريعي

- يشترط في المرشح لعضوية المجلس التشريعي وفقاً لأحكام المادة (45) من القرار بقانون رقم (1) لسنة 2007، عدة شروط وهي على النحو الآتي:
- أ- أن يكون فلسطينياً.
 - ب- أن يكون قد أتم ثمانية وعشرين عاماً من العمر أو أكثر في اليوم المحدد لإجراء الاقتراع.
 - ت- أن يكون اسمه مدرجاً في سجل الناخبين النهائي.

ث- أن يكون مقيماً إقامة دائمة في الأراضي الفلسطينية.

ج- الالتزام بمنظمة التحرير الفلسطينية باعتبارها الممثل الشرعي والوحيد للشعب الفلسطيني وبوثيقة الاستقلال وبأحكام القانون الأساسي الفلسطيني¹.

ويتم الترشح ضمن قوائم انتخابية، وتتشكل القائمة من حزب أو ائتلاف أحزاب أو مجموعة من الناخبين لغرض المشاركة في الانتخابات²، ويجب ألا يقل عدد مرشحي القائمة الانتخابية عن ستة عشر مرشحاً³، وتُعد قائمة المرشحين. مغلقة، وتكون أسماء المرشحين فيها مرتبة. أولوية التسجيل لكل مرشح⁴، ويجب أن تتضمن كل قائمة من القوائم الانتخابية المرشحة للانتخابات حداً أدنى لتمثيل المرأة لا يقل عن امرأة واحدة من بين كل من: «1- الأسماء الثلاثة الأولى في القائمة. 2- الأسماء الأربعة التي تلي ذلك. 3- كل خمسة أسماء تلي ذلك»⁵.

ويحظر على الشخص الترشح ضمن أكثر من قائمة لعضوية المجلس، أو الجمع بين عضوية المجلس والترشح لمنصب الرئيس ما لم يقدم العضو استقالته من عضوية المجلس أولاً⁶، كما أن هناك فئات يحظر عليها الترشح لانتخابات المجلس، أو لمنصب الرئيس قبل تقديم استقالتها كالوزراء وموظفي السلطة المدنية والأمنيين، والذين يتقاضون راتباً أو مخصصاً شهرياً من خزينة السلطة، أو الصناديق العامة التابعة لها، أو الخاضعة لإشرافها، وموظفو المؤسسات العامة والهيئات الدولية ومجالس الهيئات المحلية، ومديرو ورؤساء وموظفو المنظمات الأهلية.. إلخ⁷.

2. الفوز بعضوية المجلس التشريعي

تبنى القرار بقانون رقم (1) لسنة 2007، نظام الانتخاب بالقوائم المغلقة على مستوى الوطن باعتباره دائرة انتخابية واحدة، لانتخاب كامل أعضاء المجلس التشريعي على أساس نظام التمثيل النسبي وفقاً لطريقة «سانت لوجي»، حيث يتم توزيع المقاعد وفقاً لعدد الأصوات التي تفوز بها كل قائمة اجتازت

¹. هذا الشرط لم يكن موجوداً في قانون الانتخابات رقم (9) لسنة 2005.

². المادة رقم (4) فقرة (4) من القرار بقانون رقم (1) لسنة 2007.

³. المادة (48) فقرة (2) من القرار بقانون رقم (1) لسنة 2007.

⁴. المادة (47) فقرة (3) من القرار بقانون رقم (1) لسنة 2007.

⁵. المادة رقم (5) من القرار بقانون رقم (1) لسنة 2007.

⁶. المادة (46) من القرار بقانون رقم (1) لسنة 2007.

⁷. للمزيد من التفصيل حول هذه الفئات يراجع المادة (8) من القرار بقانون رقم (1) لسنة 2007.

نسبة الحسم وهي (1.5%) من مجموع الأصوات الصحيحة للمقترعين¹، ويجرى التوزيع طبقاً لطريقة (سانت لوجي) حسب الأسلوب الآتي:

أ- يقسم عدد الأصوات الذي حصلت عليه كل قائمة على (1، 3، 5، 7، 9، 11) وهكذا حسبما تدعو الضرورة من أجل تخصيص المقاعد.

ب- الأرقام الناتجة عن عمليات القسمة هي نواتج القسمة، وترتب أرقام نواتج القسمة ترتيباً تنازلياً.

ت- توزع المقاعد حسب الترتيب بداية من أعلى رقم إلى أن ينتهي توزيع كل المقاعد.

ث- في حال تساوي ناتجين أو أكثر من نواتج القسمة خلال عملية توزيع المقاعد تحصل كل من القوائم التي حصل بينها التساوي على مقعد، ويتم الانتقال بالمقعد اللاحق للقائمة التي تليهم.

ج- في حال كان تساوي نواتج القسمة عند المقعد الأخير، يعطى المقعد للقائمة التي حصلت على العدد الأكبر من أصوات الناخبين الصحيحة.

ح- في حال وصلت القائمة إلى عدد المقاعد الذي يساوي عدد المرشحين فيها، يتوقف حصولها على مقاعد ويتم الانتقال للقوائم التي تليها².

أما نظام الانتخاب الذي تبناه المشرع الفلسطيني في قانون الانتخابات رقم (9) لسنة 2005، والذي أجريت بموجبه الانتخابات التشريعية للمجلس التشريعي الحالي في العام 2006، فكان نظاماً مختلطاً (3)، على النحو الآتي:

أ- (66) نائباً يتم انتخابهم على أساس نظام تعدد الدوائر، موزعين على (16) دائرة انتخابية على مستوى الوطن حسب عدد السكان في كل دائرة وبما لا يقل عن مقعد واحد لكل دائرة. يخصص منها (6) نواب للمسيحيين من دوائر عدة يتم تحديدها بمرسوم رئاسي.

ب- (66) نائباً يتم انتخابهم على أساس نظام التمثيل النسبي (القوائم) على اعتبار الوطن كله دائرة انتخابية واحدة. تشكل القائمة الانتخابية من حزب واحد، أو ائتلاف أحزاب، أو مجموعة من الأشخاص لغرض الانتخابات على أن تستوفي شروط الترشح وفقاً لأحكام هذا القانون³. ويشمل

¹ المادة (101) من القرار بقانون رقم (1) لسنة 2007.

² المادة (95) فقره (ج) قانون الانتخابات رقم (9) لسنة 2005.

³ المادة (4) قانون الانتخابات رقم (9) لسنة 2005.

تشكيل القوائم ضمان حد أدنى لتمثيل المرأة لا يقل عن امرأة واحدة من بين كل من: الأسماء الثلاثة الأولى في القائمة، وامرأة واحدة من بين الأسماء الأربعة التي تلي ذلك، وامرأة واحدة من بين كل خمسة أسماء تلي ذلك¹.

3. مدة المجلس التشريعي وانتهاء ولايته:

حددت المادة (47) فقرة (3) من القانون الأساسي الفلسطيني المعدل لعام 2003، المعدلة في العام 2005، مدة ولاية المجلس التشريعي بأربع سنوات من تاريخ انتخابه، حيث جاء فيها: (مدة المجلس التشريعي أربع سنوات من تاريخ انتخابه وتجري الانتخابات مرة كل أربع سنوات بصورة دورية)²، وتنتهي مدة ولاية المجلس التشريعي القائم عند أداء أعضاء المجلس الجديد المنتخب اليمين الدستورية، ولا يجوز بأي حال من الأحوال حل المجلس التشريعي حتى في حالة الطوارئ، وهي ميزة خاصة بالقانون الأساسي الفلسطيني³.

4. دورات عمل المجلس التشريعي:

وفقاً لأحكام المادة (50) من القانون الأساسي المعدل لعام 2003، يقوم المجلس التشريعي بانتخاب رئيس له ونائبين للرئيس وأميناً للسر، ويشكل هؤلاء الأربعة مجتمعين هيئة مكتب رئاسة المجلس، ولا يجوز الجمع بين عضوية هذا المكتب وبين رئاسة السلطة الوطنية أو عضوية الحكومة أو أي منصب حكومي آخر، وتمتد ولايته إلى يوم افتتاح الدورة العادية التالية، وتتم عملية انتخاب مكتب هيئة الرئاسة⁴.

¹ المادة (1) فقرة (3) من القانون الأساسي الفلسطيني المعدل لعام 2005، الذي أجري على القانون الأساسي لعام 2003، بعد أن كانت المدة هي المرحلة الانتقالية.

² المادة (113) من القانون الأساسي المعدل لعام 2003.

³ المادة (4) من النظام الداخلي للمجلس التشريعي لعام 2000.

⁴ شبكة نوى، شبكة نسوية إخبارية <https://nawa.ps/ar/post/33993> المطالبة بتوحيد المجلس التشريعي وتفعيل دوره في إصدار القوانين، تم الولوج للموقع بتاريخ 2024/7/15م.

الفرع الثاني:

المبادرات القانونية ودور مؤسسات العمل المجتمعي

طالب ممثلو منظمات أهلية وحقوقيون وإعلاميون وبرلمانيون بالعمل الجاد على توحيد المجلس التشريعي الفلسطيني وإخراجه من دائرة التجاذبات السياسية؛ من أجل تفعيل دوره الرقابي على أداء السلطتين التنفيذية والقضائية، وسن القوانين والتشريعات النازمة لحياة المواطنين والحفاظة لحقوقهم. وشددوا على أهمية استقلال وتحييد وسائل الإعلام المحلية، وأخذ دورها في المطالبة بالوحدة التشريعي والقانونية، وفضح انتهاكات حقوق الإنسان سواء كان على الصعيد المحلي، أو على الصعيد الوطني من قبل سلطات الاحتلال التي أمعنت في القتل والاعتقال والاستيطان وهدم المنازل وتهويد القدس.

ودعوا أصحاب القرار السياسي إلى ضمان مشاركة منظمات المجتمع المدني في اتخاذ أي قرارات تهم الصالح الفلسطيني العام؛ وذلك بهدف تحمل المسؤولية الجماعية، كما دعوا إلى وقف إصدار التشريعات والقرارات بقانون الانقسامية، ومراجعة وإعادة النظر في القرارات بقانون كافة البالغ عددها 157 قراراً، التي أُقرت من قبل الرئيس محمود عباس خلال فترة الانقسام، والقوانين التي تم تشريعها من قبل كتلة "حماس" البرلمانية في غزة والبالغ عددها نحو 60 قانوناً، بما يراعي الحقوق وتحقيق العدالة من خلال مجلس تشريعي موحد.

جاء ذلك خلال المؤتمر الذي نظّمته شبكة المنظمات الأهلية في مدينة غزة، تحت عنوان "تداعيات تعطل المجلس التشريعي ودور المنظمات الأهلية في توحيد وتفعيله"، وذلك ضمن مشروع تعزيز دور المنظمات الأهلية تجاه تحقيق نظام قانوني عادل في الأراضي الفلسطينية بالشراكة مع برنامج سواسية، البرنامج المشترك لبرنامج الأمم المتحدة الإنمائي، وهيئة الأمم المتحدة للمرأة، برنامج تعزيز سيادة القانون والعدالة والأمن للشعب الفلسطيني¹.

وبدأ المؤتمر بجلسة افتتاحية تحدث فيها عضو الهيئة التنسيقية للشبكة الدكتور عائد ياغي، عن مدى التأثير الحاصل للانقسام السياسي الذي طال أمده على مناحي الحياة كافة، قائلاً: "وما أزمة الكهرباء، وتشكيل المحكمة الدستورية، ورفع الحصانة عن النواب، والتعدي على حقوق الإنسان، وتشديد

¹ المركز الفلسطيني للأبحاث السياسية والدراسات الاستراتيجية - مسار <https://www.masarat.ps/article/5186> تم دخول الموقع بتاريخ 2024/7/15م.

الحصار، وزيادة حجم البطالة والفقر وغيرها الكثير، إلا تجليات لهذا الانقسام الذي يحتاج منا جميعاً رفع الصوت عالياً لوقف حالة التدهور الحاصلة".

وأعرب ياغي عن أمله في أن تخرج اجتماعات اللجنة التحضيرية لانعقاد المجلس الوطني الفلسطيني المنعقدة في العاصمة اللبنانية "بيروت"، بقرارات تساهم بشكل جدي في إنهاء الانقسام وتوحيد الشعب الفلسطيني.

الفرع الثالث:

إنهاء حالة الانقسام وتوحيد الصف الفلسطيني

في الوقت الذي يقف فيه المرء وجلاً ليقدم تحية فخر واعتزاز وإجلال لصمود الشعب الفلسطيني، وإصراره على مقاومة الكيان الصهيوني، مهما بلغت التضحيات والمعاناة؛ يقف في غاية الخجل والحسرة والألم للفشل الذي مُنيت به محاولات توحيد الصفّ الوطني الفلسطيني، ورأب الصدع، ومعالجة الجرح الغائر الذي خلفه الانقسام في صدر القضية الفلسطينية لأكثر من 17 عامًا.

وما يزيدك حسرة وألمًا، أنك تكاد لا تجد مثلاً لهذا الفشل عبر التاريخ، لأمة تمرّ في مثل ظروف القضية الفلسطينية، ويواجه فيها الشعب الفلسطيني عدوًا مشتركًا كالعدو الصهيوني.

وما يجعلنا لا نتوقع من لقاء المصالحة المنعقد في الصين حاليًا أي تقدّم، كثرت اللقاءات التي انعقدت من قبل في العديد من العواصم العربية، وانتهت جميعها بالفشل، على الرغم من أنها لم تكن تمرّ بالظروف التي تمر بها القضية الفلسطينية حاليًا. ولتوضيح ذلك نمرّ سريعًا على أبرز لقاءات المصالحة منذ بداية الانقسام إلى اليوم:

1. بعد وفاة الزعيم الراحل ياسر عرفات، انعقد اجتماع في القاهرة ضم معظم الفصائل الفلسطينية، -

ومن بينها حركتا فتح وحماس، في آذار/ مارس 2005م-؛ بهدف توحيد الفصائل الفلسطينية ضد الاحتلال، وإعادة هيكلة منظمة التحرير الفلسطينية.

2. بعد الانتخابات التشريعية التي فازت فيها حركة حماس في كانون الثاني / يناير 2006، اجتمع

زعماء الفصائل الفلسطينية في سجون الاحتلال - بمن فيهم فتح وحماس، في أيار/ مايو

2006م - واتفقوا على وثيقة توافق وطنية عُرفت باسم "وثيقة الأسرى"؛ بهدف توحيد الجهود بين

الفصائل الفلسطينية ضد الاحتلال، وقد نصّت الوثيقة على تشكيل حكومة وحدة وطنية، وقيام

- دولة فلسطينية على حدود 1967م، وقد وافق الرئيس محمود عباس على هذه الوثيقة، إلا أن المكتب السياسي لحركة حماس رفضها؛ لأنها تستوجب اعترافها بدولة الكيان الصهيوني¹.
3. بعد سيطرة حماس على قطاع غزة سيطرة كاملة في حزيران/ يونيو 2007م، وانقسام السلطة الفلسطينية رأسياً وأفقياً إلى سلطتين: الأولى بقيادة حركة فتح في الضفة الغربية، والثانية بقيادة حركة حماس في قطاع غزة، اجتمع الطرفان في صنعاء في آذار/ مارس 2008م، واتفقا على استئناف الحوار لرأب الصدع، والعودة إلى ما كان عليه الوضع قبل أحداث غزة.
4. بعد معركة الفرقان (عملية الرصاص المصبوب) على قطاع غزة في كانون الأول/ ديسمبر 2008م، قدّمت القاهرة في تشرين الأول / أكتوبر 2009م، وثيقة للمصالحة بين الفصائل الفلسطينية، وقّعت عليها حركة فتح، إلا أن حماس من ضمن 7 فصائل أخرى رفضت التوقيع على الوثيقة، إلا إذا نصت على الثوابت الوطنية وحقوق المقاومة.
5. في أيلول / سبتمبر 2010م، اتفقت حركتا فتح وحماس في دمشق على الخطوات اللازمة لتأخذها لتحقيق المصالحة بينهما، وعلى معالجة بعض المسائل العالقة باتفاقية القاهرة للمصالحة بين الفصائل الفلسطينية.
6. في أيار / مايو 2011م، تم توقيع وثيقة القاهرة في احتفال خاص، والاتفاق على تشكيل حكومة مؤقتة مشتركة، وإجراء انتخابات رئاسية وتشريعية في عام 2012م.
7. تم الاجتماع بين الطرفين في الدوحة في شباط / فبراير 2012م، لمتابعة خطوات تنفيذ اتفاق القاهرة، الذي تم التأكيد عليه في القاهرة مرة أخرى في أيار/ مايو 2012م.
8. في نيسان/ أبريل وقّعت فتح وحماس مرة أخرى في غزة على تشكيل حكومة وحدة وطنية وإجراء انتخابات.
9. بعد معركة العصف المأكول (الجرف الصامد) في تموز / يوليو 2014م؛ وقّعت فتح وحماس اتفاق القاهرة في أيلول / سبتمبر 2014م، والذي أكد على تمكين حكومة الوفاق الوطني من القيام بمهامها في القطاع غزة، وتنفيذ الإعمار وحل الإشكاليات العالقة وتوحيد المؤسسات المدنية والأمنية.
10. التقى وفدا الحركتين في الدوحة في شباط / فبراير 2016م؛ لبحث آلية تنفيذ الاتفاقيات السابقة، وعلى أن يتم تشكيل حكومة وحدة وطنية والإعداد للانتخابات في غضون ستة أشهر.

¹ الجزيرة نت <https://www.ajnet.me> تمت زيارة الموقع بتاريخ 2024/7/18م.

11. في تشرين الأول / أكتوبر 2017م، وقّعت الحركتان على اتفاق القاهرة الذي اعتبره الرئيس محمود عباس اتفاقاً نهائياً لإنهاء الانقسام، والذي تم الاتفاق فيه على تمكين حكومة الوفاق الوطني من ممارسة مهامها والقيام بمسؤوليتها الكاملة في إدارة شؤون قطاع غزة، بحد أقصى الأول من كانون الأول / ديسمبر 2017م.
 12. لم يتم تنفيذ شيء مما سبق، وتوالت الاجتماعات بين القاهرة وبيروت وإسطنبول، دون أن تسفر عن شيء خارج الورق والتصريحات والبيانات الصحفية.
 13. في تشرين الثاني / نوفمبر 2022، اجتمعت الحركتان في الجزائر، واتفقتا على المصالحة وإنهاء الانقسام، إلا أن هذا الاتفاق لم يتجاوز كذلك إصدار البيانات والتقاط الصور التذكارية.
 14. في نهاية تموز / يوليو 2023م، اجتمع عدد من الأمناء العامين للفصائل الفلسطينية في مدينة العَلَمين المصرية؛ بهدف المصالحة وإنهاء الانقسام - من بينها حركة فتح وحماس - وحضره الرئيس محمود عباس ، وإسماعيل هنية رئيس المكتب السياسي لحركة حماس.
 15. وأخيراً جاء اجتماع الفصائل الفلسطينية في موسكو أواخر شباط / فبراير 2024 ، بدعوة من الخارجية الروسية - وعلى رأسها حركة فتح وحماس -؛ من أجل توحيد الصف الفلسطيني وإنهاء الانقسام؛ تحقيقاً لمصلحة الشعب الفلسطيني والقضية الفلسطينية في هذه المرحلة الحرجة، وانتهى الاجتماع دون أن يحقق شيئاً يتماشى مع ما يجري على الأرض الفلسطينية في قطاع غزة والضفة الغربية، ولكنهم اتفقوا على مواصلة الحوار وصولاً إلى الوحدة الوطنية الشاملة في إطار منظمة التحرير الفلسطينية، وكأنهم يجتمعون للمرة الأولى لهذا الغرض.
- هذا الاستعراض السريع يكشف لنا هشاشة البنية السياسية الفلسطينية، وعجزها عن مواكبة تفاصيل حرب الإبادة الشاملة الصهيونية - أميركية في قطاع غزة، وتداعياتها على الشعب الفلسطيني وقضيته، ويؤكد لنا للأسف الشديد أن اللقاء الجاري في بكين لا يتوقع له أن يسفر عن نتائج تساعد في معالجة انقسام الصف الفلسطيني.
- وسيبقى اللقاء مجرد تلبية بروتوكولية لدعوة الخارجية الصينية، ستضاف إلى سابقتها من اللقاءات التي لم تغلح -رغم كثرتها- في معالجة الانقسام وتوحيد الصف الفلسطيني، والوقوف جنباً إلى جنب في مواجهة التوحّش السافر للكيان الصهيوني وحلفائه.

خاتمة:

وفي الختام، إنَّ حلَّ المجلس التشريعي غير مشروع دستورياً ووطنياً وقفزة إلى المجهول، خصوصاً إذا لم يتم التوافق بين قوى الشعب الفلسطيني الفاعلة على الأرض على إجراء انتخابات تشريعية ورئاسية، فضلاً عما يترتب عليه عملياً من إلغاء للقانون الأساسي الفلسطيني، بما يتضمنه من أحكام قانونية تنظم تداول السلطة ديمقراطياً وسلمياً التي تشكل الضمانة لعدم انهيار السلطة وأن تعم الفوضى. وما سيؤدي إليه من تقليص دور وحجم منظمة التحرير الفلسطينية عملياً في المجلس المركزي الفلسطيني، ودمج المجلس المركزي في السلطة الفلسطينية أو يحل محلها ويحول المنظمة من تمثيلها للشعب الفلسطيني لتصبح على الأكثر تمثل الفلسطينيين في الضفة فقط تحت الاحتلال الإسرائيلي، وتحويل الانقسام بين الضفة وغزة إلى انفصال تام، وفي المجمل هذه الخطوة ستفقد الشعب الفلسطيني قدراً كبيراً من العمل في سبيل التحرير والعودة وتقرير المصير، وقد أثبتت المفاوضات خلال ما يزيد عن عقدين من الزمن أن الاحتلال لن يعيد أي من الحقوق الأساسية للشعب الفلسطيني في العودة وتقرير المصير.

أولاً: النتائج

1. الجدل حول دستورية القرار: يرى البعض أنَّ قرار حلَّ المجلس التشريعي تجاوز صلاحيات المحكمة الدستورية، بينما يرى آخرون أنَّه كان ضرورياً لإنهاء حالة الشلل السياسي.
2. مخاوف من تكريس الانقسام: يخشى البعض من أنَّ حلَّ المجلس التشريعي سيكسر الانقسام بين الضفة الغربية وقطاع غزة، حيث إنَّ حركة حماس ترفض الاعتراف بالقرار.
3. التأثير على شرعية السلطة الفلسطينية: يرى البعض أنَّ حلَّ المجلس التشريعي يُهدد شرعية السلطة الفلسطينية، حيث إنَّ المجلس يُعتبر مكوناً رئيسياً من مكونات النظام السياسي الفلسطيني.

ثانياً: التوصيات

1. العمل على إنهاء الانقسام الفلسطيني وتحقيق المصالحة الوطنية.
2. إجراء انتخابات تشريعية رئاسية حرة ونزيهة في أقرب وقت ممكن.
3. إصلاح النظام السياسي الفلسطيني وتعزيز مشاركة جميع مكونات المجتمع.
4. دعم الجهود الفلسطينية لتحقيق المصالحة الوطنية وإجراء الانتخابات.
5. المساهمة في إصلاح النظام السياسي الفلسطيني وتعزيز مؤسساته الديمقراطية.

بيان تضارب المصالح

يقر جميع المؤلفين أنه ليس لديهم أي تضارب في المصالح.

قائمة المصادر والمراجع:

المصادر:

1. القانون الأساسي الفلسطيني المعدل لعام 2003.
2. النظام الداخلي للمجلس التشريعي الفلسطيني لعام 2003م.
3. قانون الانتخابات رقم (9) لسنة 2005.
4. مجموعة من القرارات بقانون التي أصدرت عن رئيس السلطة الوطنية الفلسطينية.

الكتب:

1. جهاد حرب، المجلس التشريعي الفلسطيني للمرحلة الانتقالية، مركز البحوث والدراسات الإدارية، تونس 1999.
2. جهاد حرب، المجلس التشريعي الفلسطيني للمرحلة الانتقالية، مركز البحوث والدراسات الإدارية، تونس 1999.
3. محسن خليل، النظام السياسي والقانوني والدستوري، دار المعارف، الإسكندرية، 1971.
4. صالح الكاظم وعلي العاني، الأنظمة السياسية، كلية القانون، جامعة بغداد، 1990-1991.
5. شعبان رمضان، وأحمد عبد الراضي، الوسيط في الأنظمة السياسية والقانون الدستوري، الطبعة الأولى، دار النهضة العربية، القاهرة، 2016.
6. مروان البرغوثي، الأداء التشريعي والرقابي والسياسي للمجلس التشريعي الفلسطيني 1996-2006، مركز دراسات الوحدة العربية، رام الله، 2010.
7. زهير المظهر، القانونية والدستورية والمؤسسات السياسية، مركز البحوث والدراسات الإدارية، تونس، 1992.
8. جهاد حرب، المجلس التشريعي الفلسطيني للمرحلة الانتقالية، مركز البحوث والدراسات الإدارية، تونس، 1999.

المواقع الإلكترونية:

- 1) المجلس التشريعي الفلسطيني: <http://www.pal-plc.org>.
- 2) <https://www.alzaytouna.net>
- 3) <https://maqam.najah.edu>
- 4) <https://wafa.ps>
- 5) <https://menarights.org>
- 6) <https://maqam.najah.edu>
- 7) <https://www.wafa.ps>

www.maannnews.net (8)

https://nawa.ps (9)

/https://www.masarat.ps (10)

https://www.ajnet.me (11)

دعاوى المصرف الناشئة عن الورقة التجارية المخصومة

*Bank claims arising from discounted commercial
paper*

د. زيد كمال محمود الكمال

دعاوى المصرف الناشئة عن الورقة التجارية المخصومة
Bank claims arising from discounted commercial paper

د. زيد كمال محمود الكمال

Meeemooo_odaa@yahoo.com

DOI: <https://doi.org/10.70411/MJLS.1.1.2025159>

تاريخ القبول: 2024-09-25

تاريخ المراجعة: 2024-09-14

تاريخ الاستلام: 2024-8-22

الملخص:

إن البحث في دعاوى المصرف الناشئة عن الورقة التجارية المخصومة يساهم في تعزيز المعاملات المصرفية المعقدة وحماية حقوق جميع الأطراف المعنية. وتبرز أهمية هذه الدعاوى المصرفية بجلاء في الحياة العملية، في حالة فقدان المصرف حقه في إقامة الدعوى المصرفية بإهماله أو بالتقادم أو إذا كان السند لا يخضع لأحكام القانون المصرفي، وهذه الأهمية في الحقيقة من شأنها أن تزيل الفارق بينها وبين الدعوى المصرفية باعتبار أن الأخيرة تمنح المصرف ضمانات لا مثيل لها ضمن الدعوى القائمة على عقد الخصم، إذ إن القانون المصرفي يمنح المصرف ملكية مقابل الوفاء. **الكلمات المفتاحية:** المصرف، الورقة التجارية، الخصم، العميل.

Abstract:

Researching bank claims arising from discounted commercial paper contributes to enhancing complex banking transactions and protecting the rights of all parties involved. The importance of these banking lawsuits is clearly evident in practical life, in the event that the bank loses its right to file a banking lawsuit due to its negligence or prescription or if the instrument is not subject to the provisions of the banking law, and this importance in fact eliminates the difference between it and the banking lawsuit considering that the latter grants the bank unparalleled guarantees within the lawsuit based on the discount contract, as the banking law grants the bank ownership in return for fulfillment.

Keywords: Bank, Commercial Paper, Discount, Customer..

المقدمة

يُعدُّ الخصم¹ من أهم وأشهر العمليات المصرفية في مختلف الأنظمة القانونية المقارنة على صعيدي التشريع والتطبيق المصرفي؛ نظراً لما تتمتاز به من سهولة وبساطة ومرونة. إن الحق الثابت في الورقة التجارية ينتقل إلى المصرف الخاص بالتظهير الناقل للملكية، والذي يرتب آثاره المعتادة التي من أهمها تحويل المصرف الخاص باعتباره حاملاً قانونياً للورقة التجارية المخصوصة حق الرجوع صرفياً إلى العميل الذي ظهر له الورقة تظهيراً ناقلاً للملكية على سبيل الخصم هذا من جهة، ومن جهة أخرى وحيث إن الورقة التي نقلت ملكيتها إلى المصرف تخول الأخير حق مطالبة الغير، فسوف يكون للمصرف الخاص دعوى مستمدة من قانون الصرف أيضاً يقيمها على المدين بها سواء أكان مسحوباً عليه أم محرراً للورقة، وهذا ما تقرره أغلب التشريعات العربية²، ومنها المشرع العراقي حيث قرر في المادة (286-أولاً) من قانون التجارة العراقي النافذ (للمصرف تجاه المدين الأصلي في الورقة والمستفيد من الخصم وغيرهما من الملتزمين الآخرين جميع الحقوق الناشئة عن الورقة التي خصمها).

¹ فيما يخص بداية ظهور عملية الخصم هنالك من يرى أن هذه العملية عُرفت في العراق القديم منذ العهد البابلي، وهنالك من يرى أيضاً أن اليهود هم الذين بدأوا لتهريب أموالهم عندما كانوا في إيطاليا تجنباً لمصادرتها من قبل السلطات التي كانت تطاردتهم. انظر هذه الآراء لدى: حسن النجفي، معجم المصطلحات القانونية والاقتصادية، دار واسط للدراسات والنشر، 1982، ص 35-36، إلا أن بعض المؤلفات الفرنسية تشير إلى أن نظام الخصم نشأ بعد ابتكار التظهير من قبل الصيارفة الإنكليز في القرن الثامن عشر، وقد استُخدم في بادئ الأمر ضمن الإطار التجاري لغرض تسهيل شراء السلع والبضائع وأداء الخدمات أيضاً. وفي القرن التاسع عشر وبمبادرة من (Henri Germain)، فقد تم استخدام الخصم في مجال الأوراق التجارية، فالصيارفة الذين تغريهم الفوائد التي يمكن الحصول عليها من الاحتفاظ بالورقة التجارية تمكنوا من ابتكار طريقة يتم من خلالها دمج الديون التي تتكون لهم في ذمة عملائهم والنتيجة عن قروض تم الاتفاق عليها فيما بينهم، إذ يتم دمج هذه الديون ضمن إطار الأوراق أو السندات القابلة للتداول، وبعد الحرب العالمية الثانية تم السماح للشركات والمؤسسات والمشاريع بأن تقوم بالاستثمار واستخدام القروض بعيدة الأجل، ولغرض تبسيط هذه الفكرة فقد قبلت هذه المؤسسات الحوالات التجارية المسحوبة عليها من قبل الأشخاص الذين قاموا بالبيع لها، فقد قام هؤلاء الباعة بإجراء الخصم لدى مصارفهم التي قامت بدورها بتسهيل تداول القروض التي اتفقت عليها، ثم خصم هذه السندات لدى مصرف الاعتماد الوطني، بهذه الطريقة لم يُعد الخصم وسيلة لتداول القروض قصيرة الأجل، بل لتداول القروض طويلة الأجل.. لمزيد من التفصيل في هذا التطور انظر:

Jean Claude Grosliere, Escompte, Repertoire de droit commercial, Dalloz 1988, P. 1-2, No. (3,4,5,6,7,8).

² لاحظ م/ 353 تجارة مصري جديد.

وعقد الخصم من العقود الرضائية الملزمة للجانبين، وهو عقد تجاري، ويقوم على الاعتبار الشخصي، وأخيراً فإنه عقد يحكم الكثير من قواعده العادات والأصول المصرفية. ويُعدّ الخصم من أهم عمليات الائتمان¹ التي تقوم بها المصارف في مجال التجارة وتسوية الأمور المالية المتعلقة بالصفقات التجارية، فمن البديهي أن المبادلات التجارية لا تسوى على الأغلب نقداً وبصورة فورية، وإنما تسوى بصورة مؤجلة وتكتب بها سندات تتضمن آجالاً معينة (الحوالات التجارية والكمبيالات)، يتفق عليها طرفا العملية التجارية، وهنا يبرز دور المصرف في تقديم العون والدعم إلى أي منهما وذلك من خلال منح الائتمان الذي يتحقق بقبوله دفع قيمة الورقة التجارية إلى المستفيد منها قبل أن يحل أجل استحقاقها مقابل مبلغ يقطع من قيمة هذه الورقة عن المدة من تاريخ الدفع وحتى تاريخ الاستحقاق، ويسمى هذا المبلغ بالفائدة أو سعر الخصم، وعند ذلك يقوم المصرف باستثمار الأموال المودعة لديه استثماراً قصيراً الأجل بدلاً من إبقائها مجمدة لديه، وعادة لا يقوم إلا بخصم الأوراق التجارية المضمونة التي تكفل له تحقيق مبدأ السيولة لا سيما وأنه يستثمر جزءاً لا بأس به من موارده في هذا النمط من النشاط².

أهمية البحث:

تُعتبر الورقة التجارية المخصومة من الأدوات المالية المهمة في المعاملات التجارية، وتلعب دوراً محورياً في تسهيل المديونيات وتسهيل التجارة. ومع ذلك، فإن هذه العملية قد تؤدي إلى نشوء نزاعات قانونية بين المصرف والعميل، ما يستدعي إجراء بحوث قانونية متعمقة لفهم أبعاد هذه النزاعات وحماية حقوق الأطراف المعنية.

الأهمية الكبيرة التي تحققها عملية الخصم والتي تجسدت في المزايا التي تنفرد بها عن بقية العمليات المصرفية الأخرى، فالخصم يشكل مجموعة فريدة من الأعمال المصرفية وهو لذلك يعامل بشكل

¹ وداد يونس يحيى، تخطيط ورقابة الائتمان المصرفي في العراق، بغداد، ساعدت وزارة الثقافة والإعلام على طبعه، 1982، ص 5 وص 31. كما عُرِفَ الائتمان اقتصادياً بأنه منح المدين أجلاً لدفع الدين.. انظر د. نعمة الله نجيب، د. محمود يونس، د. عبد المنعم مبارك، مقدمة في اقتصاديات النقود والصيرفة والسياسات النقدية، الدار الجامعية بالإسكندرية، 2001، ص 100، بينما يُعرّف قانون البنك المركزي العراقي رقم (64) لسنة 1976 المعدّل الائتمان في الفقرة (6) من المادة الأولى منه بأنه (التسهيلات والقروض والسلف النقدية بأشكالها وآجالها المختلفة التي تقدمها المصارف والمؤسسات المالية الوسيطة).

² انظر د. حسن محمد كمال، د. حسن احمد غلاب، دراسات في التنظيم المحاسبي (البنوك التجارية)، القاهرة، دون دار نشر، 1977، ص 121.

خاص¹، دفعت معظم التشريعات إلى وضع تعريف لها، وقد أثارت هذه العملية اهتمام الفقهاء وحملتهم على إيراد تعاريف كثيرة بشأنها قبل ذلك.

نطاق البحث:

لما كانت الوسائل القانونية التي يستخدمها المصرف في أداء وظائفه المصرفية² عديدة ومتنوعة، من بينها عملية الخصم والدعوى القضائية الناشئة عنه وضمانات البنك أو المصرف خلال تلك العملية وهو ما يشمل نطاق البحث، من ثم لا يمتد نطاق البحث لنظر الوسائل الأخرى التي يستخدمها المصرف كالتحصيل والاعتماد بالقبول، والإقراض (التسليف) بضمان أوراق تجارية وخصم الديون.

إشكالية البحث وتساؤلاته:

يثير البحث إشكالية ماهية الدعوى المصرفية التي يقيمها المصرف ضد مُظهر الورقة التجارية والغير والناشئة عن الورقة التجارية المخصوصة؟ ويتفرع من هذه الإشكالية عدة تساؤلات نتناول الإجابة عنها خلال الدراسة، ولعل أهمها؛

1. ما هو مفهوم خصم الورقة التجارية؟

2. كيف تحدد أنواع الدعوى المصرفية ضد العميل بوصفه مُظهراً للورقة التجارية المخصوصة وخصائصها؟

3. هل يمكن رفع الدعوى المصرفية ضد الغير وما المقصود بالغير وما هو مركزه القانوني؟

4. ما هو الموضع الصحيح الذي يجب أن يرد فيه شرط الجراف؟

منهج البحث:

عمدت الدراسة إلى تحليل النصوص القانونية المتعلقة بعملة الخصم المصرفية، والدعوى القضائية الناشئة عنها كأساس لضمان البنك أو المصرف في الحصول على مستحقاته المالية، وذلك بالإشارة لتحليل بعض النصوص القانونية في التشريعات المقارنة.

¹ Ivan Meznerics, Law of Banking In East-West Trade, Oceana publications Inc-dobbs Ferry, N. Y., 1973, p. 69.

² إلياس ناصيف، الكامل في قانون التجارة، ج3، (عمليات المصارف)، ط1، مكتبة الحلبي الحقوقية، 1985، ص423.

نطاق البحث:

يتناول البحث دعاوى المصرف الناشئة عن الورقة التجارية المخصوصة في العراق، سواء اتخذ المصرف تلك الدعاوى ضد العميل ذاته أو ضد الغير، وبالتالي يخرج عن نطاق البحث العمليات البنكية الأخرى التي يقوم بها المصرف أيا كان نوعها، كذلك أي دعاوى أخرى غير مرتبطة بموضوع البحث.

خطة البحث:

نتناول في هذا البحث مطلبين، على النحو الآتي:

المطلب الأول: الدعوى المصرفية ضد العميل بوصفه مظهرًا للورقة التجارية المخصوصة.

المطلب الثاني: الدعوى المصرفية ضد الغير.

المطلب الأول:

الدعوى المصرفية ضد العميل بوصفه مُظهرًا للورقة التجارية المخصوصة

يُعرّف المشرع العراقي الخصم في المادة (283) - أولاً- من قانون التجارة النافذ ذي الرقم (30) لسنة 1984، بأنه (اتفاق يتعهد المصرف بمقتضاه بأن يدفع مقدماً قيمة ورقة تجارية أو أي مستند آخر قابل للتداول إلى المستفيد مقابل نقل ملكيته إلى المصرف مع التزام المستفيد برد القيمة إلى المصرف إذا لم يدفعها المدين الأصلي¹).

أما المشرع الفرنسي فإنه لم يورد في قانون التجارة الفرنسي تعريفاً لهذا المفهوم الذي نشأ من جراء التعامل التجاري²، إلا أن المرسوم التشريعي الصادر بتاريخ 31 كانون الأول 1936، في فرنسا تصدى فقط للسندات التي يجوز خصمها، إذ نصت المادة 112 منه على أن: (المصرف يقوم بخصم جميع الأوراق التجارية والسندات الأخرى القابلة للتداول والتي تحدد مواعيد استحقاقها بفترة لا تتجاوز الثلاثة أشهر فقط)³.

بينما يُعرّف المشرع المصري الخصم بأنه (اتفاق يتعهد البنك بمقتضاه بأن يدفع مقدماً قيمة صك قابل للتداول إلى المستفيد في الصك مقابل نقل ملكيته إلى البنك مع التزام المستفيد برد القيمة الإسمية إلى البنك، إذا لم يدفعها المدين الأصلي)⁴.

للمصرف الخاص باعتباره مُظهرًا إليه دعوى يقيمها على العميل المستفيد من الخصم باعتباره موقعاً بالتظهير على الورقة التجارية المخصوصة، وأساس هذه الدعوى هو قانون الصرف وينبغي أن لا يخلط بين هذه الدعوى والدعوى التي يقيمها المصرف استناداً إلى عقد الخصم ذاته، وإن كان المدعى عليه هو ذاته في الدعويين إلا وهو العميل، الدعوى المصرفية تقام من قبل المصرف ضد العميل بوصفه مظهرًا أي موقعاً على الورقة التجارية، أما الدعوى المقامة على أساس العقد فيبأشرها المصرف ضد العميل بوصفه طرفاً في علاقة المديونية التي نشأت بينه وبين المصرف لمناسبة خصم الورقة التجارية.

¹. لاحظ نص م/ (391 أولاً) من قانون التجارة العراقي المُلغى رقم 149 لسنة 1970.

² Jean clauds Grosliere, Escompte, Op. Cit, p. 1, No. 1.

³ Code de Commerce, Dalloz, paris, 1954, p. 608.

⁴ احظ نص م/ 351 ف1 من قانون التجارة المصري الجديد رقم 17 لسنة 1999.

وتتماز هذه الدعوى بالخصائص الآتية:

أولاً: إن الدعوى المصرفية ضد العميل المستفيد من الخصم باعتباره المظهر الأخير للورقة لا يُصار إليها ما لم يكن قد سبق للمصرف أن عمد إلى مطالبة المدين الأصلي على الوفاء بقيمتها وتعذر عليه ذلك، أي لا يجوز للمصرف بمجرد استحقاق الورقة التجارية المخصومة مطالبة عميله المستفيد من الخصم بأداء قيمتها، وإنما يجب على المصرف مطالبة المسحوب عليه القابل أو محرر السند لأمر أولاً، فإذا لم يستوف القيمة كان له مطالبة بقية الموقعين الآخرين على الورقة التجارية المخصومة¹، وهذا ما يقتضيه الدفع بالتجريد الذي يمنع الدائن من القيام بالتنفيذ على أموال المدين².

إلا أن الملاحظ في العراق هو أن المصارف تقوم بمطالبة العميل المستفيد من الخصم والكفيل والمدين الأصلي في دعوى واحدة دون مراعاة المادة 283 -أولاً- من قانون التجارة العراقي النافذ، التي توجب إقامة الدعوى أولاً على المدين الأصلي، فإذا تعذر الحصول منه على قيمة الورقة المخصومة تقام الدعوى على العميل المستفيد من الخصم وبقية الموقعين وأكثر من ذلك فإن القضاء نفسه يساير المصارف في ذلك، أي أنه يلزم جميع الموقعين في حكم واحد مع العميل المستفيد من الخصم بأداء قيمة الورقة بالتضامن والتكافل دون الرجوع إلى الأحكام الخاصة بالخصم، ففي هذا الشأن أصدرت محكمة بداءة الرصافة قراراً بتاريخ 1999/8/2 تتلخص وقائعه بما يأتي:

(ادعى وكيل مدير عام مصرف الرشيد، إضافة لوظيفته بأنه سبق لموكله وإن منح المدعى عليهم الأول (وهو العميل المستفيد من الخصم) تسهيلات مصرفية لحساب الخصم وبكفالة المدعى عليه الثاني (وهو الموقع على الورقة المخصومة بصفة كفيل ضامن)، وموثوقة بكفالة اعتماد الخصم المؤرخ في 1997/8/27، فتم خصم الكمبيالة البالغ قيمتها (250000) دينار المحررة في 1997/11/1، والمستحقة الأداء في 1998/5/2، من قبل المدعى عليه الثالث (المدين الأصلي على الورقة المخصومة) وأنه بالرغم من المطالبات المتكررة، فهم ممتنعون عن التسديد، وعليه طلب إلزامهم بتسديد مبلغ الكمبيالة المذكور مع الفائدة الاتفاقية ونسبة 20% من تاريخ الاستحقاق ولحين التأدية الفعلية...

¹ أكرم ياملكي؛ فائق الشماع، القانون التجاري، جامعة بغداد، 1980، ص421.

² نبيل إبراهيم سعد، التأمينات العينية والشخصية (الرهن الرسمي - حق الاختصاص - الرهن الحيازي، حقوق الامتياز، الكفالة)، الإسكندرية، دون ذكر دار نشر وسنة نشر، ص307، بند 286.

أصدرت المحكمة قراراً حاسوبياً يقضي بإلزام المدعى عليهم بتأديتهم الفعلية وتحملهم الرسوم والمصاريف...¹

بل إن محكمة استئناف بغداد ذهبت في قرارها المرقم (228/227) س/هـ/2002 وتاريخ 2002/5/29، إلى تأييد الحكم البدائي الصادر من محكمة بداءة الكرامة بالدعوى البدائية المرقمة 2447/ب/2001 وتاريخ 2001/11/6 - سبق وأن تم التصدي له في موضوع الفائدة الاتفاقية - والذي جاء فيه: (حيث إن الكفلاء متضامنون فيما بينهم ومتضامنين مع المدين في الكفالة التجارية، وحيث إن الدائن (المصرف) مخير في مطالبة المدين أو الكفيل أو مطالبتهما معاً، ولما تقدم قرر الحكم بإلزام المدعى عليهم.. وبضمنهم المدعى عليه الأول (المستفيد من الخصم) بالتكافل والتضامن بتأديتهم للمدعي إضافة لوظيفته مبلغاً مقداره (800000) دينار مع الفائدة القانونية²).

يتضح من القرارين المذكورين وقرارات أخرى كثيرة³ تتجه الاتجاه نفسه أن القضاء العراقي لم يلتفت إلى الطبيعة الخاصة لعملية الخصم كعملية مصرفية وإنه أغفل منطوق المادة (283-أولاً) من قانون التجارة النافذ الذي يستوجب الرجوع على المدين الأصلي أولاً ثم إقامة الدعوى على العميل المستفيد من الخصم بوصفه مظهراً وبقية الموقعين، واستند إلى القواعد العامة في القانون المدني المتعلقة بأحكام التضامن بين المدنيين على الرغم من وجود نصوص قانونية خاصة في قانون التجارة تحدد أحكام الدعوى التقييمية المصرف على عملائه المستفيدين من الخصم، فهل يعود سبب ذلك إلى عدم اهتمام العاملين في مجال القانون والقضاء بالعمليات المصرفية؟ وهل أصبحت الدعوى المتعلقة بهذه العمليات عبئاً كبيراً على الجهات القضائية بحيث لم تراعى الأحكام الخاصة بهذه العمليات؟ إذن يكون من الضروري تشكيل محكمة خاصة بالمصارف على غرار المحاكم الكمركية (الجمركية) تختص بالنظر في الدعوى المتعلقة بالعمليات المصرفية؛ من أجل ضمان مراعاة خصوصية هذه العمليات أثناء النظر في الدعوى الخاصة بها من قبل القضاء واتخاذ الإجراءات المناسبة التي تستند إلى النصوص التشريعية المنصوص عليها في قانون التجارة.

¹ القرار غير منشور، الدعوى المرقمة 1132/ب/1999 محكمة بداءة الرصافة.

² القرار غير منشور، الدعوى البدائية 2447/ب/2001 محكمة بداءة الكرامة.

³ مثل القرار المرقم 1129/ب/1999 في 8/9/1999 محكمة بداءة الكرامة والقرار المرقم 1783/ب/2001 في 21/11/2001 محكمة بداءة البيع، والقرار المرقم 327/ب/2001 وتاريخ 29/12/2001، محكمة بداءة المسيب، وهي قرارات غير منشورة.

ثانياً. الدعوى المصرفية مدار البحث تخضع للأحكام التي قررها قانون الصرف، وليس هنالك من أحكام خاصة بعقد الخصم في هذا الشأن سوى ما قد يرد من شروط في اتفاق الطرفين، أو ما تشتمل عليها الورقة التجارية المخصومة ذاتها، قد تشدد على العميل المستفيد من الخصم أو تخفف من التزاماته.

مثال: الشروط التي ترد في الورقة التجارية المخصومة والتي من شأنها أن تشدد على العميل المستفيد من الخصم لصالح المصرف الخاص، فأهمها وأكثرها انتشاراً في العمل هو شرط منع المصرف من سحب احتجاج عدم الوفاء، وهذا الشرط يرد في صورة بيان اختياري مكتوب في متن الورقة ذاتها وبصورة صريحة ومن شأنه أن يحقق مزايا عديدة للمصرف، حيث سيُصان حقه من السقوط الذي ينجم عن الإهمال في مراعاة إجراءات ومواعيد عمل الاحتجاج، ويجنبه هو وبقيّة الملتزمين مصاريف هذا الإجراء¹.

مثال: الشروط التي ترد في اتفاق الطرفين والتي من شأنها التخفيف على العميل المستفيد من الخصم لصالح المصرف أيضاً. هو شرط الإعفاء من نتائج التأخر في تقديم الورقة للوفاء إلى المدين الأصلي ومع ذلك يذهب جانب من الفقه إلى أن هذا الشرط لا يعفي المصرف من هذه النتائج إلا إذا كان لتأخيره ما يبرره من ظروف لا تصل إلى مستوى القوة القاهرة، وبذلك يبقى مسؤولاً عن خطئه المهني الذي لا تبرره الظروف².

يتضح مما تقدم، أنه يترتب على وجود مثل هذه الشروط في الورقة التجارية المخصومة الأثرين الآتيين:

1. إن هذه الشروط عبارة عن بيانات اختيارية تؤثر على مدى الالتزام المصرفي فحسب، وحيث إن هذه البيانات وضعت بموافقة العميل المستفيد من الخصم - وهو مُظهر لهذه الورقة - وبعد الاتفاق عليها مع المصرف الخاص، لذا فإنها وفقاً لقانون الصرف تمتاز بنسبية الأثر، وبالتالي فلا تمتد إلى غيره من الموقعين على الورقة ما لم يثبت قبولهم لها، ومن ثم فهي تنفذ في حق الموقعين اللاحقين بعد أن انتقلت إليهم هذه الورقة بكل الشروط التي تحملها وهم رضوا بحالتها بعكس الموقعين السابقين، إذ إنهم لا يعلمون بهذه الشروط ولم يقبلوها بها، فلا تنفذ عليهم.

¹ في هذا المعنى انظر د. فائق الشماخ، الحساب المصرفي (دراسة قانونية مقارنة)، ط1، الإصدار الأول، الدار العلمية الدولية للنشر والتوزيع ودار الثقافة للنشر والتوزيع، عمان، 2003، ص143-145.

² علي جمال الدين عوض، عمليات البنوك من الوجهة القانونية في قانون التجارة الجديد وتشريعات البلاد العربية، ط3، دار النهضة العربية، القاهرة، 2000، ص657، هامش (1).

2. إن الاتفاق على إعفاء المصرف من نتائج التأخر في تقديم الورقة المخصومة إلى المدين الأصلي أو الإعفاء من سحب الاحتجاج يمكن تكيفه على أنه صورة للاتفاق بين العميل والمصرف على تخفيف مسؤولية الأخير، فالأصل أن يقوم المصرف بسحب الاحتجاج بل الرجوع والمطالبة بقيمة الورقة المخصومة، وكذلك أن يقدم الورقة في موعد الاستحقاق ودون تأخر، وإن في اشتراط الرجوع دون سحب الاحتجاج وعدم المسؤولية عن نتائج التأخر في تقديم الورقة يكون قد خفف من مسؤوليته الأمر الذي تجيزه م/259 ف2 من القانون المدني العراقي¹.

مثال: الشروط التي تكون في صالح المستفيد من الخصم هو شرط الجفاف، ويُقصد بهذا الشرط اصطلاحاً الاتفاق في عقود خصم الأوراق التجارية والسندات القابلة للتداول على عدم ضمان العميل المستفيد من الخصم استيفاء قيمة الورقة أو السند، بمعنى أنه لا يضمن يسار المدين فيها ولا يتحمل خطر إعساره، وبذلك لا يكون للمصرف حق الرجوع على هذا العميل، ويُعبّر عن الخصم هنا بأنه خصم جزافي، إذ إن المصرف الخاص يتحمل مخاطره².

لكن ما هو الموضع الصحيح الذي يجب أن يرد فيه هذا الشرط لكي يرتب أثره المتمثل بإعفاء العميل المستفيد من الخصم من ضمان استيفاء قيمة الورقة؟ وما هو التكيف القانوني لهذا الإعفاء؟ وما هو نطاقه؟

الموضع الصحيح الذي يجب أن يرد فيه الشرط:

1. الأصل أن هذا الشرط يُدرج في عقد الخصم، وهو يُعطل رجوع المصرف سواء على أساس عقدي - عقد الخصم - أم رجوعاً صرفياً.
2. ويفهم شرط الجفاف كذلك من عبارة في التظهير (لا للضمان)، ولكن هذه الوسيلة غير مأمونة تماماً؛ لأن هذا الشرط لا ينفذ على الغير حامل الورقة إذا كان صادراً عن الساحب، كما أن من المشكوك فيه ما إذا كان شرط عدم الضمان، هذا الوارد بالتظهير يشمل الرجوع غير الصرفي الناشئ من عقد الخصم أم لا؟
3. وقد يرد شرط الإعفاء من الضمان على الورقة ذاتها، وإن كان ذلك نادراً؛ لأن وجوده عليها يضعف الثقة فيها ويعوّق تداولها وبالذات إعادة خصمها.

¹ تنص م/259 ف2 مدني عراقي على أنه (وكذلك يجوز الاتفاق على إعفاء المدين من كل مسؤولية تترتب على عدم تنفيذ التزامه التعاقدية..).

² انظر حسن النجفي، معجم المصطلحات القانونية والاقتصادية، المرجع السابق، ص57.

4. وغالباً ما يتفق في ورقة مستقلة عن الورقة المخصوصة على شرط الجفاف ويكفي لذلك عبارة في قائمة الخصم أو في ورقة أخرى ما دام قصدهما واضح¹.

ويمكن القول إن شرط الجفاف يجب أن يرد في عقد الخصم حصراً، بعد أن يتم الاتفاق عليه بين الطرفين المصرف والعميل بصورة صريحة، وذلك لأهمية الأثر المترتب عليه، وهو منع المصرف من الرجوع على العميل المستفيد من الخصم على أساس عقدي أم على أساس صرفي، فلا يجوز أن يؤخذ مثل هذا الشرط بالدلالة والاستنتاج من خلال عبارة عدم الضمان التي جاءت بصورة مطلقة لا يعرف ما إذا كان المقصود منها هو عدم الوفاء، أم عدم ضمان القبول اللذين أجاز للمظهر في الورقة اشتراطهما. التكييف القانوني لهذا الشرط:

فقد وردت بهذا الشأن آراء كثيرة، فهناك من يرى أنه عبارة عن ضمان من المصرف يسار المدين لصالح الساحب، وهناك من يرى أنه تأمين ضد إفسار المسحوب عليه لكونه يتضمن عناصر التأمين، في حين أن هنالك من يجد في هذا الإعفاء مجرد تنازل عن ضمان ناشئ من العقد لمصلحته².

ويمكن القول بإمكانية تكييف هذا الشرط على أنه عبارة عن اتفاق على التخفيف من مسؤولية العميل المستفيد من الخصم وهذا ما أجازته القواعد العامة في القانون المدني، مثلاً كان للمصرف أن يخفف من مسؤوليته عن طريق بعض الشروط مثل الرجوع دون سحب الاحتجاج، فإنه يكون كذلك للعميل المستفيد من الخصم أن يخفف من مسؤوليته باشتراط أن يكون الخصم جزافياً بأن يعفي نفسه من ضمان استيفاء الحق المخصوص.

ولا يمكن أن يتسع شرط الجفاف ليشمل كل أسباب عدم وفاء الورقة التجارية وإلا أصبحت العملية شراءً وليس خصماً، بل إن هذا النطاق ينحصر ليشمل إعفاء العميل من ضمان يسار المدين الأصلي

¹ علي جمال الدين عوض، عمليات البنوك من الوجهة القانونية في قانون التجارة الجديد وتشريعات البلاد العربية، المرجع السابق، ص 658، بند 660.

² في هذا المعنى تقريباً، علي جمال الدين عوض، عمليات البنوك من الوجهة القانونية في قانون التجارة الجديد وتشريعات البلاد العربية، المرجع السابق، ص 660، بند 674.

فقط ولا تعفيه من خطئه الشخصي، أي ضمان وجود الحق ذاته والمخاطر الأخرى¹، وتطبيقاً لذلك يقرر الدكتور علي جمال الدين عوض بأنه:

(إذا لم يقدم الساحب العميل (المستفيد من الخصم) مقابل الوفاء أو لم ينفذ شروط المقابلة بينه وبين المسحوب عليه بشكل يستحق به له مقابل الوفاء لدى رب العمل (المسحوب عليه)، ورفض المسحوب عليه الوفاء لعدم وجود المقابل فليس للعميل الساحب أن يحتمي وراء شرط الجراف لدفع رجوع المصرف عليه؛ لأنه وإن كان ليس للمسحوب عليه الدفع على المستفيد بدفع غير ظاهر في الورقة، فإن هذا المبدأ مفروض على المسحوب عليه القابل، ولأن الساحب على أي فرض ضامن وجود مقابل الوفاء عند حلول أجل الورقة، أما إذا كان العميل هو أحد مظهري الورقة وليس الساحب فالمسألة تختلف؛ لأن العميل لا يكون عندئذ المسؤول الأول عن وجود مقابل الوفاء ولكن لو كان يعلم بأنه لن يوجد عند الأجل كان مسؤولاً أمام المصرف بوصفه قدم للخصم ورقة يعلم أن بها عيباً يجعلها غير قابلة للاستيفاء.. ثم يتساءل ذلك عما إذا كان العميل المظهر حسن النية، أي لا يعلم ولم يكن بوسعه أن يعلم بهذا العيب في الورقة هل يبقى ضامناً وجود وصحة التزامات الموقعين، ونجيب عن ذلك بأن مثل هذا العميل إذا كان قد اشترط عدم مسؤوليته عن استيفاء الورقة، فمعنى ذلك أنه أراد الاحتياط لاحتتمالات عدم الوفاء كافة، ولكن في جميع الأحوال، وما دامت العملية خصماً، فالمصرف لم يقصد المضاربة أبداً، ولا يقبل باحتمالية عدم وجود التزامات الموقعين نهائياً؛ لأن ذلك يتعارض مع الثقة التي تسيطر على العمليات الائتمانية)².

المطلب الثاني:

الدعوى المصرفية ضد الغير

يقصد بالغير هنا، المدين الأصلي في الورقة التجارية المخصومة، وأي موقع آخر عليها سواء أكان هذا الموقع مظهراً أم قابل بالتدخل أو موفي بالتدخل أم ضامن.

فالمصرف باعتباره مالكا للورقة المخصومة أي حاملاً قانونياً لها يكون له قبل المدين الأصلي في الورقة المخصومة، والمستفيد من الخصم (العميل) بوصفه مظهراً، وغيرهما من الموقعين الآخرين جميع

¹ لا بُد من الإشارة إلى أنني استقيت هذا الرأي من مضمون رأي د. محسن شفيق بصدد بيان عدم الضمان الذي يورده المظهر عند تظهيره الورقة التجارية إلى المظهر إليه... انظر في ذلك د. محسن شفيق، الوسيط في القانون التجاري المصري، ج2، ط2، الإسكندرية، دون ذكر دار نشر، 1955، ص215، بند 243.

² للتفصيل في هذا الرأي د. علي جمال الدين عوض، عمليات البنوك من الوجهة القانونية في قانون التجارة الجديد وتشريعات البلاد العربية، المرجع السابق، ص659-660، بند 673 و674.

الحقوق الناشئة عن الورقة التي تم خصمها، وعلى هذا الأساس للمصرف الخصم دعوى صرفية نابعة من طبيعة الورقة التجارية قبل المظهر الأخير لهذه الورقة - كما تقدم في المقصد الأول - ودعوى صرفية أخرى قبل المدين الأصلي في هذه الورقة (المسحوب عليه القابل في الحوالة التجارية أو محرر السند للأمر (الكبيلة)، وكل موقع آخر على هذه الورقة كمظهر أو ضامن¹، والتي يجب أن نأخذ بنظر الاعتبار بشأنها الأحكام الآتية:

أولاً. إن مركز الغير- المدين الأصلي والموقعين الآخرين على الورقة التجارية لا يتأثر بوجود عقد الخصم بين المصرف الخصم والعميل الذي ألقى إليه بالورقة، ويترتب على ذلك أن يكون للمصرف كامل الحقوق الصرفية، وينبغي عليه احترام إجراءات المطالبة التي يفرضها عليه قانون الصرف في مواجهة هذا الغير، فيكون للمصرف أن يستفيد من تضامن الموقعين، وعدم جواز الاحتجاج عليه بالدفع المبينة على العلاقات الشخصية التي تربط المدين الأصلي بالساحب والموقعين السابقين (قاعدة التطهير من الدفع).

ثانياً. وحيث يقرر للمصرف بوصفه حاملاً قانونياً أخيراً للورقة المخصومة من قبله بالاستفادة من قاعدة التطهير من الدفع فإنه لا بُد من تحقق شرط حسن النية فيه - أي في المصرف الخصم، ويفترض فيه إنه كذلك، لكن إذا تبين عكس هذا الافتراض أي إذا ثبت انه سيئ النية، أي أنه أخذ الورقة وهو عالم أنه بذلك يضر المدين بها، أو يعلم أن المدين لديه دفعاً يريد التمسك بها، وأنه حُرِم من ذلك بسبب أيلولة الورقة إلى المصرف، فإن هذا الافتراض يزول، وبالتالي لا يستطيع المصرف الاستفادة من هذه القاعدة²، ويقول أستاذنا د. فائق الشماع في هذا الصدد: (إن القضاء العراقي يستند حالياً في اعتبار الحامل القانوني - وهو هنا المصرف الخصم- سيئ النية إلى معيار العلم، وهو كان يأخذ بالمعيار الأخير حتى في ظل التشريع الملغى الأسبق ذي الرقم (60) لسنة 1943، والذي كان يشترط المواضعة كمعيار لاعتبار المصرف سيئ النية)³.

¹ لاحظ م/286- أولاً- تجارة عراقي نافذ، م/354ف1 تجارة مصري جديد، م/442/2 ف1 من قانون المعاملات التجارية الإماراتي، م/528 من مدونة التجارة المغربية، م/746 من المجلة التجارية التونسية.

² لاحظ م/57 تجارة عراقي نافذ، م/399، ف2 تجارة مصري جديد، م/147 تجارة أردني، م/171 من مدونة التجارة المغربية، م/280 من المجلة التجارية التونسية، م/506 من قانون المعاملات التجارية الإماراتي.

³ فائق الشماع، الحساب المصرفي (دراسة قانونية مقارنة)، المرجع السابق، ص152-154.

أما القضاء المصري، فإنه يلاقي مشكلات عديدة بصدد إثبات سوء نية المصرف بقبوله خصم أوراق تجارية يعلم بما فيها من عيب ويحاول المدعى عليه التمسك عليه بهذا الدفع، بينما يسعى المصرف إلى إثبات حسن نيته ومسالة إثبات سوء نية المصرف تُعتبر مسألة وقائع؛ لأنها إثبات لحالة نفسية لدى موظف أو موظفي المصرف الذين استلموا الورقة وقبلوها لغرض الخصم نيابة عن المصرف، ويستخلص القاضي هذه الحالة من القرائن إن لم يَقم عليها دليل مكتوب¹.

أما القضاء الفرنسي فقد استند في القرارات الصادرة عنه بخصوص سوء نية المصرف الخاص إلى معطيات متعددة، إذ قررت محكمة باريس في قرارها الصادر بتاريخ 4 تموز 1975 إلى: (أن معرفة المصرف بالصعوبات التي تعاني منها موارد العميل المستفيد من الخصم لا تشكل بالنسبة إليه وبحكم الواقع أي سوء نية)، في حين ذهبت المحكمة التجارية في قرارها الصادر بتاريخ 29 حزيران 1964، إلى (عدم اعتبار المصرف ملزماً بالتحقيق والتحري بشأن طبيعة العلاقات القانونية التي تربط الساحب بالمسحوب عليه، كذلك فهو غير ملزم أيضاً بضمان حقيقة وجود مقابل الوفاء). وفي قرار آخر لها صادر بتاريخ 1980/12/3 قررت (أن المصرف لا يُعد سيئ النية في حالة قيامه بإعادة الورقة لمعرفته بوجود نزاع أو خصومة بين الساحب والمسحوب عليه، ومن ثم يقوم باسترجاع الورقة لغرض الخصم ومن دون الاطلاع على تطور النزاع بين الطرفين).

وبخلاف ما تقدم فقد فرضت أحد القرارات الصادرة عن الهيئة التجارية بتاريخ 1974/10/28، على المصرف الخاص واجب الإعلام والمشورة، بل إن محكمة (Nimes) فرضت هذا الواجب بشكل مبالغ ومغالي فيه وذلك في قرارها الصادر بتاريخ 1977/10/26، والأكثر من ذلك فقد سلم القضاء الفرنسي بإمكانية قيام قاضي الموضوع بمباشرة التحريات والتحقيقات بغية إثبات حسن أو سوء النية، كما أصدرت المحكمة التجارية بتاريخ 1971/7/12 قراراً جاء بمثابة رد على قيام أحد المصارف بالتمسك بالقرينة المنبثقة عن المادة 116/ من قانون التجارة الفرنسي. وقد تضمن هذا الرد فكرة مفادها أن هذا النص يدعم الدليل العكسي². وتتص م/116 من قانون التجارة الفرنسي على أنه: (يعتبر مقابل الوفاء موجوداً إذا كان المسحوب عليه مدنياً للساحب أو للأمر بالسحب في ميعاد استحقاق الحوالة بمبلغ من النقود مستحق الأداء ومساوٍ على الأقل لمبلغ الحوالة).

¹ في هذا المعنى، علي جمال الدين عوض، عمليات البنوك من الوجهة القانونية في قانون التجارة الجديد وتشريعات البلاد العربية، المرجع السابق، ص 667، بند 682.

² Jean Claudi Grosliere, Op. Cit., p. 3, No. 28,29,30,31,32,33.

ثالثاً. ويذهب جانب من الفقه المقارن إلى أن سقوط حق المصرف الخاص في هذه الدعوى المصرفية لعدم مراعاته الإجراءات والمواعيد المنصوص عليها لا يسلبه حقه في إجراء القيد العكسي استناداً إلى حقه في دعوى الضمان الناشئة عن عقد الخصم¹.

ويبدو من الأهمية بمكان التساؤل عن إمكانية رجوع المصرف الخاص على العميل المستفيد من الخصم بدعوى الإثراء بلا سبب في حالة سقوط حقه في الرجوع صرفياً بسبب إهماله أو بالتقادم؟ للإجابة عن هذا التساؤل بدقة ينبغي التمييز بين حالي الإهمال والتقادم.

بالنسبة لحالة سقوط حق المصرف في الرجوع صرفياً بسبب الإهمال يقول بعض الفقه في هذا الصدد: (.. يجب التأكيد على أن السقوط بسبب الإهمال لا يشمل سوى الرجوع الصرفي، لكن الحامل يحتفظ بالنسبة لمن نقل إليه الحوالة بحقه في مطالبته بناءً على العلاقة القائمة بينهما بموجب القانون المدني أو التجاري، وهي العلاقة التي كانت سبباً في نشوء الحوالة أو تظهيرها)².

ويمكن القول إن إسقاط المصرف الخاص حقه في الرجوع الصرفي بسبب إهماله لا يخوله الرجوع على عميله المستفيد من الخصم بدعوى الإثراء بلا سبب؛ لأن الخصم عملية مصرفية تنصب في الغالب على الأوراق التجارية - السفاتيح والكمبيالات، والتي تخضع لأحكام قانونية خاصة بها، وهي أحكام قانون الصرف التي وضعت إجراءات ومواعيد خاصة يجب مراعاتها من قبل الحامل القانوني للمطالبة بحقه، سيما وأن هذا الحامل القانوني هو المصرف الذي يُعد مؤسسة متخصصة بالقيام بالأعمال المصرفية، فيفترض فيه أن يكون أكثر حرصاً في مراعاة هذه الإجراءات والمواعيد من الشخص الطبيعي، وبعبارة أخرى يسقط حقه في الرجوع على العميل المستفيد من الخصم، وأياً كان الأساس الذي يقوم عليه صرفياً أم على أساس القواعد العامة في الإثراء بلا سبب، وهذا ما تقتضيه العدالة فمثلاً يتشدد قانون الصرف على المدينين للوفاء بقيمة الورقة التجارية في موعد الاستحقاق، فيستوجب حرمان الدائن - المصرف الخاص هنا من الرجوع لأي سبب كان إذا ما تسبب في إسقاط حقه بإهماله.

¹ سميحة القليوبي، الموجز في القانون التجاري، دار النهضة العربية، 1978، ص 86، كذلك يعقوب يوسف صرخوة، عمليات البنوك من الوجهة القانونية في القانون الكويتي، مجلة دراسات الخليج والجزيرة العربية، س 15، ع 57، 1989، ص 145، بند 95، كذلك عبد المجيد محمد عبودة، النظام البنكي في المملكة العربية السعودية، مطبعة معهد الإدارة العامة، الرياض، 1986، ص 207.

² فائق الشماع، الحساب المصرفي (دراسة قانونية مقارنة)، المرجع السابق، ص 270.

أما بالنسبة لسقوط حق المصرف الخاص في الرجوع صرفياً لسبب التقادم فيجيب جانب من الفقه المصري بالنفي معللاً ذلك بما يلي:

1. إن سقوط حق الرجوع المصرفي هو في الحقيقة نوع من أنواع مضي المدة المسقط، ويترتب على ذلك أنه إذا تمسك المظهر (العميل) بحقه فيه بسقط الضمان الواجب عليه بسبب عملية التظهير ويعتبر بريئاً منه.

2. إن المظهر (العميل) وإن بقي ملتزم التزاماً أدبياً بعد ذلك أمام المصرف الخاص بسبب التظهير الذي حصل منه، إلا أن هذا الالتزام لا يحميه القانون، ولا يجوز لصاحبه المطالبة بتنفيذه أمام القضاء، وإن كان يجوز للمدين أن يوفيه إن أراد وفي أي وقت شاء.

3. لأنه لا يجوز اعتبار المصرف الخاص في هذه الحالة في مركز الشخص الذي يقوم بوفاء تعهد لم يكن ملزماً به؛ لأنه قام بالوفاء للمظهر (العميل) نتيجة لعملية الخصم التي تمت بينهما، ولم يقدّم به تحت تأثير الغش أو الإكراه أو تنفيذاً لاتفاق وهمي لا أساس له من الواقع أو من القانون حتى يؤذن له في استرداد ما دفع.

4. لأنه يشترط في الإثراء بلا سبب على حساب الغير توفر شروط أربعة:

أ. حصول إثراء للمدين، أي زيادة في مجموع أمواله.

ب. حصول افتقار للدائن، أي نقص في مجموع أمواله.

ج. وجود علاقة سببية بين الإثراء والافتقار، أي أن يكون الافتقار نتيجة مباشرة للإثراء.

د. أن يكون ذلك الإثراء وهذا الافتقار دون سبب قانوني وهذه الشروط غير متوفرة في حالة المصرف الخاص الذي قصر في استعمال حق الرجوع¹.

ويمكن القول إن التعليل الرابع الذي قدمه ذلك الجانب من الفقه والمتضمن عدم جواز رجوع المصرف الخاص على العميل المستفيد من الخصم بدعوى الإثراء بلا سبب، في حالة سقوط حقه بالرجوع صرفياً بالتقادم لعدم توافر شروط الإثراء بلا سبب هو الأجدر بالتأييد؛ لأن المصرف الخاص لم يدفع قيمة الورقة التجارية المخصوصة إلى عميله إلاّ بناءً على عقد الخصم، فالسبب القانوني لذلك الإثراء - إثراء العميل - وهذا الافتقار - افتقار المصرف موجود وهو عقد الخصم، وبذلك ينتفي أحد أركان الإثراء بلا سبب ألا وهو انعدام السبب القانوني للإثراء. ومن ثم يتقوض الأساس الذي يمكن الاستناد

¹ سميحة القليوبي، الموجز في القانون التجاري، المرجع السابق، ص 567-569، بند 737.

عليه لإعطاء المصرف الخاص حق إقامة الدعوى على عميله المستفيد من الخصم إذا ما سقط حقه بسبب التقادم.

والتحدث عن الضمانات التي يتمتع بها المصرف الخاص عند عدم استيفاء قيمة الورقة المخصومة يلزم في الواقع طرح التساؤل عن إمكانية أن تكون إحدى هذه الضمانات هو الحجز الاحتياطي على الأموال التي يملكها المدين الأصلي (المسحوب عليه القابل في الورقة المخصومة) أو (العميل المستفيد من الخصم) أو أي من الموقعين على هذه الورقة؟

1. استناداً إلى المادة 113/ من قانون التجارة العراقي النافذ - الخاصة بأحكام وضع الحجر الاحتياطي أو التحفظي على منقولات كل من الساحب أو المسحوب عليه القابل أو المظهر أو الضامن أو غيرهم الموقعين، ودون حاجة إلى تقديم كفالة، فإنه يكون للمصرف الخاص بوصفه حاملاً قانونياً للورقة المخصومة الحق في وضع الحجر الاحتياطي على منقولات أي من الموقعين وبضمنهم المسحوب عليه القابل والمستفيد من الخصم، شريطة أن يكون قد سحب الاحتجاج اللازم لذلك حتى ولو كانت الورقة المخصومة متضمنة شرط عدم سحب الاحتجاج.

2. استناداً لأحكام الفقرة الأولى من المادة الخامسة - بعد تعديلها وفق قرار مجلس قيادة الثورة السابق ذي الرقم (50) لسنة 2000 - من قانون تحصيل الديون الحكومية ذي الرقم (56) لسنة 1977 المعدل التي تنص على أنه (إذا لم يدفع المدين عند انتهاء مدة الإنذار يصدر المخول بتطبيق القانون قراراً بحجز أموال المدين المنقولة بما فيها أرصده وودائعه لدى المصارف بما يعادل مقدار الدين، فإذا لم تكفِ تحجز أمواله غير المنقولة بما يعادل الدين)¹.

وهذا يعني أن قانون تحصيل الديون الحكومية يقرر حجز أموال المدين وفق خطوتين:

الخطوة الأولى: حجز الأموال المنقولة العائدة له بما في ذلك أرصده وودائعه لدى المصارف وبما يعادل مقدار الدين. وفي هذا الصدد تجدر الإشارة إلى قراراتين صادرتين من محكمة بداءة الرصافة، الأول في الدعوى المرقمة 2441/ب/2001 بتاريخ 2002/1/31، والثاني في الدعوى المرقمة 1130/ب/1999 بتاريخ 1999/8/22، يلاحظ فيها أن المحكمة لم تبين موقفها بالإيجاب أو الرفض تجاه طلب المصرف

¹ التعديل منشور في جريدة الوقائع العراقية العدد 3846 بتاريخ 2000/10/2، ص 720. م/5 ف1 من قانون تحصيل الديون الحكومية رقم 56 لسنة 1977 قبل التعديل تنص على أنه:

(1). إذا لم يدفع الدين عند انتهاء مدة الإنذار، فيصدر المخول بتطبيق القانون قراراً بحجز أموال المدين المنقولة، بما يعادل مقدار الدين، فإن لم تكفِ يجري حجز أمواله غير المنقولة، بما يعادل الدين).

بوضع الحجز الاحتياطي على الأموال المنقولة للمدينين في القرار الأول وعلى أرصدتهم في القرار الثاني.

مضمون القرار الأول يتلخص بما يأتي:

(ادعى وكيل المدعي مدير عام مصرف الرشيد إضافة لوظيفته بأن موكله منح تسهيلات مصرفية بخصم الأوراق التجارية إلى المدعى عليه الأول - العميل المستفيد من الخصم، وبكفالة المدعى عليهما الثالث والرابع، وقد تم خصم الكمبيالة الأولى المؤرخة في 1999/11/20 بمبلغ (750000) دينار وقد استحققت بتاريخ 2000/5/20، والكمبيالة الثانية مؤرخة في 1999/11/22 بمبلغ (750000) دينار وقد استحققت بتاريخ 2000/5/22 المدين فيها المدعى عليها الثانية، ورغم المطالبات المتكررة فإنهم ممتنعون عن التسديد، وطلب وكيل المدعى دعوى المدعى عليهم للمرافعة وإلزامهم بالتكافل والتضامن بالمبلغ المطالب به بالكمبيالتين والبالغ (1500000) مليون وخمسمائة ألف دينار مع الفائدة الاتفاقية 20% من تاريخ نشوء الدين، ولحين التأدية الفعلية ووضع الحجز الاحتياطي على أموال المدعى عليهم المنقولة وتحميلهم الرسوم والمصاريف وأتعاب المحاماة كافة.

أصدرت المحكمة حكماً حضورياً يقضي بإلزام المدعى عليهم الأول والثاني والثالث والرابع بتأديتهم إلى المدعي السيد مدير مصرف الرشيد إضافة لوظيفته مبلغ قدره (1500000) دينار مع الفائدة الاتفاقية اعتباراً من تاريخ نشوء الكمبيالتين الأولى في 1999/11/20 ومبلغها (750000) دينار والثاني في 1999/11/22 ومبلغها 750000 دينار وبنسبة فائدة 20% من المبلغ بالتكافل والتضامن إلى تاريخ التأدية الفعلية وتحميل المدعى عليهم رسوم ومصاريف الدعوى وأتعاب المحاماة دون أن تجيب المحكمة على طلب المصرف بوضع الحجز الاحتياطي على منقولات المدينين)¹.

مضمون القرار الثاني ويتلخص بما يلي:

(ادعى وكيل المدعي - مدير عام مصرف الرشيد إضافة لوظيفته بأنه سبق لموكله وأن منح المدعى عليه الأول تسهيلات مصرفية لحساب الخصم وبكفالة المدعى عليه الثاني وموثقة بكفالة اعتماد الخصم المؤرخة في 1998/8/27، فتم خصم الكمبيالة البالغة 150000 دينار المحررة في 1997/9/11، والمستحقة الأداء في 1998/3/1، من قبل المدعى عليه الثالث ولأمر المدعى عليه الأول وبالرغم من المطالبات المتكررة فإنهم ممتنعون عن التسديد فطلب إلزامهم بمبلغ الكمبيالة البالغة (150000) دينار

¹ القرار غير منشور، للدعوى المرقمة 24/ب/2001، محكمة بداءة الرصافة.

مع الفائدة الاتفاقية بنسبة 20% من تاريخ الاستحقاق، ولحين التأدية الفعلية وطلب وضع الحجز الاحتياطي على ما لديهم من أرصدة لدى فروع مصرفي الرشيد والرافدين.

أصدرت المحكمة وعلى النهج نفسه في الدعوى السالف ذكرها حكماً حضورياً يتضمن إلزام المدعي عليهم بالتضامن والتكافل بتأديتهم مبلغ مقداره (150000) دينار مع الفائدة الاتفاقية بنسبة 20% من تاريخ الاستحقاق ولحين التأدية الفعلية دون أن تحدد موقفها من طلب المصرف بإيقاع الحجز الاحتياطي على أرصدة المدينين¹.

الخطوة الثانية: في حالة عدم كفاية أرصدة وودائع المدينين لدى المصارف بما يعادل مقدار الدين الذي بذمتهم لمناسبة عملية خصم الورقة الموقع عليها من قبلهم، فإنه يجري حجز أموالهم غير المنقولة بما يعادل الدين، وفي هذا الصدد نشير إلى قرار صادر عن محكمة بداءة البيع في الدعوى المرقمة 3158/ب/2000 وتاريخ 2001/2/11، تضمن وضع الحجز الاحتياطي على السهام المملوكة لأحد المدعى عليهم في العقار المذكور في القرار الذي يتلخص مضمونه بما يلي:

(لدعوى المدعي مدير عام مصرف الرشيد إضافة لوظيفته والمرافعة الحضورية العلنية وحجة القيمومة الصادرة عن محكمة الأحوال الشخصية في أبي غريب بالعدد 185/ في 2000/8/5 والمبين فيه نَصْبُ (ع) قِيَمًا على المدعى عليه الأول المحكوم بالسجن لمدة سبع سنوات ولكتاب وزارة العمل والشؤون الاجتماعية دائرة إصلاح الكبار المرقم 24981 في 2000/8/2 والمشار فيها إلى كون المذكور المدعى عليه الأول محكوم لمدة سبع سنوات ومودع في الدائرة المذكورة، ولسند الكمبيالة المؤرخ في 1999/10/24 بمبلغ (6000000) ستة ملايين دينار لأمر المدعى عليه الأول -العميل المستفيد من الخصم ومحرر من قبل المدعى عليه الثاني (م) والمسحوب لأمر مصرف الرشيد البو شجاع رقم 507، ومستند الكفالة المنظمة من مصرف الرشيد في 1999/2/20 بين الكفلاء - المدعى عليهم الثالث والرابع والخامس)، والمكفول - المدعى عليه الأول، ولتعهد خصم الأوراق التجارية (كمبيالات) الموقع لدى مصرف الرشيد فرع السيدية في 1999/2/20، ولإستحقاق ذلك المبلغ وعدم تسديد المدين وكفلائه فقد وضعت المحكمة الحجز الاحتياطي على سهام المدعى عليه الأول في العقار المرقم 540 سوق الغزل والعقار المرقم (2473/1) م4 الوزيرية التي آلت إليه من مورثه (س) بموجب القسّام الشرعي الصادر من محكمة الأحوال الشخصية في الكرامة بالعدد 457 في 2000/7/15، وحيث إن التضامن بين الكفلاء والمدين قد اشترط بعقد الكفالة، لذا يكون المذكورين متضامنين في تسديد مبلغ الدين، وما يترتب عليه من

¹القرار غير منشور، للدعوى المرقمة 1130/ب/1999، محكمة بداءة الرصافة.

فوائد ومصاريف ولا يمكن للكفلاء التخلص من مسؤولية التسديد طالما أن المدين لم ينفذ التزامه بالتسديد بغض النظر عما لديه من أموال تكفي لسداد الدين من عدمه، لذا قرر الحكم بإلزام المدعى عليهم بالتكافل والتضامن بتأديته للمدعى مبلغ (سنة ملايين) دينار مع الفائدة الاتفاقية البالغة 18% من تاريخ المطالبة القضائية في 2000/10/25، ولغاية التأدية الفعلية وتأبيد الحجز الاحتياطي الصادر من هذه المحكمة بتاريخ 2000/11/8 على سهام المدعى عليه الأول في العقارين 540 سوق الغزل (2473/1) مقاطعة (4) الوزيرية وتحميل المدعى عليهم الرسوم والأتعاب¹.

ويتبين من موقف المحاكم غير الواضح بشأن مسألة وضع الحجز الاحتياطي على الأموال التي يمتلكها أي من الموقعين على الورقة التجارية المخصومة أن هنالك ضرورة ملحة لأن يورد المشرع العراقي ضمن النصوص المتعلقة بخضم الأوراق التجارية في قانون التجارة نصاً مماثلاً لنص (المادة الخامسة - الفقرة الأولى) من قانون تحصيل الديون الحكومية لسد الفراغ التشريعي أولاً وضماناً لحقوق المصرف في إيقاع ذلك الحجز على منقولات وعقارات أي من الموقعين على الورقة التجارية ثانياً، ونكرر ما قدم من مقترح بشأن إنشاء محكمة خاصة بالمصارف، تنتظر بعين الاهتمام إلى كل ما يضمن حق المصرف الخاصم في استيفاء ما عجله من مبلغ إلى عميله المستفيد من الخصم.

الخاتمة

تتفرد عن كل العمليات المصرفية ببساطة وسهولة وسيلة تحقيقها (التظهير الناقل للملكية)، وبضماناتها القانونية المتعددة المتمثلة بتلك النابعة من عقد الخصم ذاته، وتلك المتأتية من التوقعات الموجودة على الورقة المخصومة، إضافة إلى حق المصرف في اختيار إجراء القيد العكسي بقيمة الورقة المخصومة غير المدفوعة، وذلك عندما يكون الخصم قد تم تنفيذه في إطار الحساب الجاري.

أولاً: النتائج

1. حدد القانون مسلك الدعاوى القضائية سواء على العميل بوصفه مظهرًا للورقة التجارية المخصومة أو عبر الغير.
2. إن الخصم عملية مصرفية تتميز بشكل واضح عن كل العمليات المصرفية الأخرى، وهذا التميز يمكن أن يبرز أساساً في كونها تتكون من جزأين، الجزء الأول هو العقد المبرم بين الطرفين، والجزء الثاني هو أسلوب تنفيذ هذا العقد.

¹ القرار غير منشور، للدعوى المرقمة 3158/ب/2000، محكمة بداءة البياح.

3. عملية الخصم تشكل أداة تمويل وائتمان تحقق فوائد عديدة لكل من المصرف الخاص والعميل المستفيد من الخصم، وإنها تُعد تسهياً مصرفياً قصيراً الأجل ترغب المصارف في منحه للعملاء لإشباع حاجتها في استثمار أموالها بفترة تكاد تكون قصيرة جداً لا تتعدى ستة أشهر فقط، وبذلك تفضل هذه العملية على التسهيلات المصرفية الأخرى طويلة الأجل.
4. تبين لنا أن الائتمان يُعد الدعاية الأساسية للحياة التجارية، كما أن أي عمل تجاري لا يمكن أن يكون بمعزل عن الائتمان وعلى وجه الخصوص التجارة الدولية فإنها لا تنشط إلا عن طريق الائتمان.

ثانياً: التوصيات

1. من أجل تخصيص (المادة 284) من قانون التجارة العراقي النافذ لبيان نسبة سعر الخصم (الفائدة) والعمولة وكيفية احتسابهما فإنه يفضل أن تضاف الفقرة (ثانياً) من (المادة 283) من القانون نفسه (التي تحدثت عن المبلغ الذي يقطعه المصرف من قيمة الورقة التجارية المخصومة كفاية، إضافة إلى العمولة أن كانت مشروطة) إلى (المادة 284)، وتصبح الفقرة (أولاً) فيها، ثم تكون الفقرة (أولاً) من المادة (284) ثانياً فيها، وتصبح الفقرة (ثانياً) من المادة (284) ثالثاً فيها، وهكذا تصبح الفقرة (ثالثاً) من المادة 284 (رابعاً) فيها، أي تصاغ المادة (284) بالشكل الآتي:

أولاً: يقطع المصرف مما يدفعه للمستفيد من الخصم فائدة عن مبلغ الورقة فضلاً عن العمولة إن كانت مشروطة.

ثانياً: تحسب الفائدة على أساس الوقت الذي ينقضي حتى تاريخ حلول ميعاد استحقاق الورقة أو على أساس مدة أقصر من ذلك بالنسبة إلى عمليات الرهن وغيرها من العمليات التي تتضمن تعهد المستفيد من الخصم برد ما قبضه قبل حلول أجل الأداء.

ثالثاً: تقدر العمولة على أساس قيمة الورقة.

رابعاً: يجوز تعيين حد أدنى للفائدة والعمولة.

2. وضع نصوص تشريعية تنظم بمقتضاها عملية خصم الديون أو حوالة الديون المهنية، ويمكن أن تصاغ هذه المواد حالياً أو على غرار ما نصت عليه التشريعات المنظمة لهذه العملية بالشكل الآتي:

أولاً: يكون لكل شخص طبيعي أو معنوي أن يحول دينه المترتب له في ذمة البائع إلى المصرف بمجرد تسليم قائمة البيع، ويلتزم المصرف بأن يدفع مقدماً قيمة هذا الدين إلى البائع مقابل أن ينقل إليه العميل (المشتري) ملكية هذا الدين.

ثانياً: يكون كل دين قابل للتحويل حتى وإن كان مبلغه وتاريخ استحقاقه غير محددين.

ثالثاً: تكون هذه الحوالة نافذة في حق المصرف أو في حق الغير إذا قبلها المصرف أو أعلنت له، على أن نفاذها في حق الغير بقبول المصرف يستلزم أن يكون هذا القبول ثابت التاريخ، وابتداءً من هذا التاريخ لا يمكن للعميل دون موافقة المصرف أن يغير مدى الحقوق المرتبطة بالديون الواردة بالقائمة.

رابعاً: لا يمكن للمدين (المشتري) مواجهة المصرف بالدفع المبنية على علاقاته الشخصية بالمحيل إلا إذا تعمد المصرف بقبوله الدين الإضرار بالمدين.

خامساً: تنتقل الحوالة للمصرف الضمانات التي تضمن الدين، ويضمن المحيل بالتضامن أداء الدين المحال.

سادساً: يمكن للمصرف في أي وقت أن يمنع المدين بالدين المحال من الأداء إلى المحال له فلا تبرا ذمة المدين من الدين المحال إلا بالأداء للمصرف.

بيان تضارب المصالح:

يقر جميع المؤلفين أنه ليس لديهم أي تضارب في المصالح.

قائمة المراجع:

أولاً: المراجع القانونية

1. أكرم ياملكي، فائق الشماع: القانون التجاري، جامعة بغداد، 1980.
2. بيريسليجين: المالية والائتمان في الاتحاد السوفييتي، موسكو دون ذكر دار نشر أو سنة نشر.
3. حسن النجفي: معجم المصطلحات القانونية والاقتصادية، دار واسط للدراسات والنشر، 1982.
4. حسن محمد كمال، حسن أحمد غلاب: دراسات في التنظيم المحاسبي (البنوك التجارية)، القاهرة، دون ذكر دار نشر، 1977.
5. سميحة القليوبي: الموجز في القانون التجاري، دار النهضة العربية، 1978.
6. عبد المجيد محمد عبودة: النظام البنكي في المملكة العربية السعودية، مطبعة معهد الإدارة العامة، الرياض، 1986.
7. علي جمال الدين عوض: عمليات البنوك من الوجهة القانونية في قانون التجارة الجديد وتشريعات البلاد العربية، ط3، دار النهضة العربية، القاهرة، 2000.
8. فائق الشماع: الحساب المصرفي (دراسة قانونية مقارنة)، ط1، الإصدار الأول، الدار العلمية الدولية للنشر والتوزيع ودار الثقافة للنشر والتوزيع، عمان، 2003.
9. محسن شفيق: الوسيط في القانون التجاري المصري، ج2، ط2، الإسكندرية، دون ذكر دار نشر، 1955.
10. نبيل إبراهيم سعد: التأمينات العينية والشخصية (الرهن الرسمي - حق الاختصاص - الرهن الحيازي، حقوق الامتياز، الكفالة)، الإسكندرية، دون ذكر دار نشر وسنة نشر.
11. نعمة الله نجيب، محمود يونس، عبد المنعم مبارك: مقدمة في اقتصاديات النقود والصيرفة والسياسات النقدية، الدار الجامعية بالإسكندرية، 2001.
12. وداد يونس يحيى: تخطيط ورقابة الائتمان المصرفي في العراق، بغداد، ساعدت وزارة الثقافة والإعلام على طبعه، 1982.
13. إلياس ناصيف: الكامل في قانون التجارة، ج3، (عمليات المصارف)، ط1، مكتبة الحلبي الحقوقية، 1985.

ثانيًا: المجالات والمنشورات والمقالات

1. يعقوب يوسف صرخوة: عمليات البنوك من الوجهة القانونية في القانون الكويتي، مجلة دراسات الخليج والجزيرة العربية، س 15، ع 57، 1989.

ثالثًا: المراجع الأجنبية

1. Ivan Meznerics, Law of Banking In East-West Trade, Oceana publications Inc-dobbs Ferry, N. Y., 1973.
2. Jean ClaudiGrosliere, Escompte, Repertoire de droit commercial, Dalloz 1988.

صلاحية أطراف العقد في سلب الاختصاص القضائي، في ضوء
القانون العُماني

*The eligibility of parties to deprive the court of its
jurisdiction in the Omani law*

أ.مبارك بن عبد الله بن خلفان الشعيلى
جامعة السلطان قابوس
(سلطنة عمان)

صلاحية أطراف العقد في سلب الاختصاص القضائي، في ضوء القانون العماني

The eligibility of parties to deprive the court of its jurisdiction in the Omani law

أ.مبارك بن عبد الله بن خلفان الشيعلي

محامي وباحث ماجستير في كلية الحقوق، جامعة السلطان قابوس، (سلطنة عمان)

mubarakaka1999@gmail.com

ORCID: 0009-0009-9891-1876

DOI: <https://doi.org/10.70411/MJLS.1.1.2025162>

تاريخ الاستلام: 2024-08-29 تاريخ المراجعة: 2024-09-15 تاريخ القبول: 2024-09-17

الملخص:

تتناول البحث أحد موضوعات القانون الدولي الخاص وهي مسألة الاختصاص القضائي، فالاختصاص القضائي يُقصد به مدى أحقية المحكمة لنظر نزاع ما موجه لها والبعض يشير له بولاية المحكمة على نزاع ما، ومن خلال هذا البحث يشير الباحث إلى بعض المسائل من خلال الاستنباط والدراسة واستقراء النصوص والأحكام والتوجهات القضائية وتغيرها. ففي هذا البحث نتناول عدداً من الموضوعات، من خلال عدد من المطالب. فالأول يتعلق بالاختصاص القضائي والذي نتناول فيه ثلاثة فروع، هي: ما هو التكييف القانوني وإمكانية التنازل عن الاختصاص القضائي وأخيراً الآثار، يليه المطلب الثاني والذي عنوانه "النظم المقارنة" وفيه فرعان الأول هو التشريع والثاني القضاء والفقه.

وأخيراً المطلب الثالث والذي سيكون مركزاً وهو اتجاه المشرع العماني في مسألة سلب الاختصاص، وفيه ثلاثة فروع، فالفرع الأول التشريع؛ والفرع الثاني الفقه والقضاء؛ والفرع الثالث التطبيقات العملية، وتتمثل الغاية من البحث في استنباط توجه المشرع العماني في مسألة السماح لأطراف العقد بسلب اختصاص المحكمة المختصة عن نظر نزاعهم. وكيف يتم تفسير توجه المشرع في هذه المسألة عند غياب النص الصريح، فهل يكون بالجواز أو بالمنع أم أنه اتخذ موقفاً محايداً؟.

الكلمات المفتاحية: الاختصاص القضائي، جلب الاختصاص، سلب الاختصاص، اتفاق الأطراف

Abstract:

The research deals with one of the topics of private international law, which is the issue of judicial jurisdiction. Judicial jurisdiction means the extent of the court's right to consider a dispute directed to it, and some refer to it as the court's jurisdiction over a dispute. Through this research, the researcher refers to some issues through deduction, study, and extrapolation of texts, rulings, judicial verdicts, and their changes.

In this research, we address a number of topics, through a number of subjects. The first one relates to judicial jurisdiction, in which we address three branches: what is the legal classification, the possibility of waiving judicial jurisdiction, and finally the effects. It is followed by the second subject, which is entitled Comparative Systems, and it has two branches: the first is legislation and the second is the judiciary and scholars opinions. Finally, the third topic, which will be focused on, is the direction of the Omani legislator in the issue of depriving jurisdiction, and it has three branches: the first branch is legislation, the second branch is jurisprudence and the judiciary, and the third branch is practical applications.

The aim of the research is to deduce the direction of the Omani legislator in the issue of allowing the parties to the contract to deprive the competent court of jurisdiction to consider their dispute. And how is the legislator's approach to this issue interpreted in the absence of an explicit text? Is it permissibility or prohibition, or did he take a neutral position?

Keywords: Judicial jurisdiction, , Attract jurisdiction, Deprive jurisdiction, Parties' agreement.

المقدمة

إن مناط الحديث عن الاتفاق يستدعي الإشارة إلى العقد، والعقد هو اتجاه إرادة الأطراف لإحداث أثر قانوني معين، والعقد يتكون من عدد من البنود، ومن أهم هذه البنود هو بند اختيار المحكمة المختصة، وبموجب هذا البند يوضح الأطراف ويترجموا فيه رغبتهم في اختيار محكمة ما، وهذا يترجم أيضاً برغبتهم في استبعاد محكمة أخرى، وأحياناً يكون لاختيار قانون معين وهكذا بحسب طبيعة الاتفاق¹.

سيتم من خلال البحث قراءة عدد من المواد القانونية ومن عدد من التشريعات مع التركيز على موقف المشرع العماني كما تمت الإشارة سلفاً، ومن خلال دراسة المواد القانونية نتوصل لتوجه التشريع من مسألة سلب الاختصاص القضائي للمحاكم الوطنية.

وكذلك سيتم تسليط الضوء على الاختصاص القضائي ومدى استجابة القضاء لرغبة الأطراف التي تم تضمينها في عقودهم سلباً وإيجاباً للاختصاص القضائي، مع التركيز هنا على مسألة سلب الاختصاص القضائي، والسلب يراد به أخذ اختصاص محكمة ما تكون مختصة وإعطائه لمحكمة أجنبية ليست مختصة؛ وذلك استجابة لرغبة طرفي العقد، أي وكأن الأثر الإيجابي لسلب الاختصاص القضائي من المحكمة الأولى أثر إيجاباً على المحكمة التي جلب الاختصاص لها².

مشكلة البحث:

من خلال البحث يتم النظر إلى موقف المشرع العماني من مسألة سلب الاختصاص القضائي للمحاكم العُمانية، في ظل أن المشرع العماني قد نص صراحة على مسألة جلب الاختصاص القضائي، إلا أن مسألة سلب الاختصاص سُكت عنها ولا يوجد نص صريح يشير لهذه المسألة، وفي ضوء ذلك ومن خلال هذا البحث نحاول الإجابة عن عدد من التساؤلات وهي:

1. هل يتبنى المشرع العماني فكر سلب الاختصاص القضائي للمحاكم العمانية؟

2. هل المواد القانونية في القانون العُماني المتعلقة بالاختصاص القضائي تشير إلى سلب الاختصاص القضائي؟

¹ إياد محمد الساييدة، نور حمد الحجابيا، القانون الذي يحكم اتفاق الأطراف على اختيار المحكمة المختصة، رسالة ماجستير، جامعة مؤتة، 2012، ص 1-4 مسترجع من: <http://search.mandumah.com/Record/783762>

² سعيد شموح، حدود تأثير الاختصاص القضائي الدولي لضابط الخوض الاختياري، مجلة القانون والأعمال، ع21، (2018)، ص 56 - 69، مسترجع من: <http://search.mandumah.com/Record/885883>

3. ما هو موقف التطبيق القضائي لقواعد القانون الدولي الخاص من مسألة سلب الاختصاص القضائي؟

4. ما هو تكييف الاتفاق على سلب الاختصاص؟

5. وهل السلب يُعد اعتداءً على سيادة الدولة في اختصاصها؟

هدف البحث:

يتناول البحث موضوع سلب الاختصاص القضائي للمحاكم الوطنية، فمع سكوت المشرع العُماني عن هذه المسألة مع بيان موقفه الإيجابي من مسألة جلب الاختصاص، لذلك تهدف هذه الدراسة بشكل عام لبيان موقف النظم القانونية من هذه المسألة، وبشكل خاص الوصول لرغبة المشرع العُماني التي لم تأتي صريحة، فمن خلال ما سنتناوله نستهدف بيان الموقف من المواد القانونية التي سيتم استقراءها وكذلك الأحكام القضائية وتباين هذه الأحكام مع تطور القضاء.

أهمية البحث:

أهمية البحث تكمن في تبيان الجانب النظري بداية من خلال مواقف الفقه والقضاء والتشريع، وأخيراً الجانب العملي من خلال بيان موقف المشرع العُماني من مسألة سلب الاختصاص القضائي وذلك من خلال أخذ عدد من النصوص من فترات زمنية مختلفة، وكذلك أخذ عدد من الأحكام من فترات مختلفة. والهدف من ذلك البحث في توجه القضاء العُماني من هذا الأمر. ومن المؤمل أن يكون في هذا البحث جواب لسكوت المشرع عن هذه المسألة، وتوجه نافع للطلاب والباحثين وغيرهم من العاملين في المجال القانوني.

منهجية البحث:

سيتم اتباع المنهج التحليلي الوصفي، وذلك من خلال تناول بداية ماهية التكييف والاختصاص القضائي، يلي ذلك تحليل المواد القانونية والأحكام القانونية وترجمة الإرادة الضمنية للمشرع بما يتوافق مع الأسس السليمة في تحليل النص وقراءة الأحكام، وأخيراً تسليط الضوء على أهم المبادئ القضائية التي تشير وبشكل واضح إلى ما تبناه المشرع العُماني من موقف في مسألة سلب الاختصاص القضائي للمحاكم.

خطة البحث:

لقد تم تقسيم البحث إلى ثلاثة مطالب: فالمطلب الأول والذي نتحدث فيه عن ماهية الاختصاص القضائي وماهية الاختصاص الإيجابي والسلبي والتكييف والآثار، يليه المطلب الثاني بعنوان "النظم

المقارنة" ونتطرق فيه إلى نظرة التشريع والقضاء والفقه في هذا الشأن، وأخيراً المطلب الثالث ويتناول توجه المشرع العُماني في مسألة سلب الاختصاص. وسيتم بدايةً تناول ما يراه الفقه والقضاء العُماني في مسألة سلب الاختصاص القضائي، يليه القانون العُماني، وأخيراً نركز على بعض التطبيقات القضائية؛ وذلك محاولةً للوصول لإرادة المشرع العُماني وتوجهه في هذه المسألة وهي سلب الاختصاص القضائي.

المطلب الأول:

ماهية الاختصاص القضائي

تمهيد وتقسيم:

في المطلب الأول سيتم التطرق بدايةً للتكييف القانوني، وتكمن أهمية معرفة تكييف مسألة سلب الاختصاص في معرفة الفلسفة التي بنى على عليها المشرع توجهه في مسألة ما، فهل التشريع القانوني في مكان ما يتوجه توجهاً كبيراً للجلب وذلك على غرار فكرة السيادة المنبثقة من سيادة قضاء الدولة على إقليمها، وهو ما يدفع الدولة لسحب الاختصاص لها. فتحديد هذا الأمر يحقق للقارئ الفهم العميق للمسألة، يلي ذلك الفرع الثاني وهو إمكانية سلب الاختصاص بالنسبة لطرفي العقد، وأخيراً الفرع الثالث والذي يحتوي الأثر الذي يخلفه وجود مثل هذا الاتفاق وإثارته أمام القضاء من عدمه.

الفرع الأول:

التكييف القانوني

إذاً ما هو الاختصاص القضائي؟ وهل نُكَيّف الأمر من هذا المنطلق بأن الاختصاص القضائي أحد السلطات الثلاث، وعليه فلا يمكن الاعتداء على هذه السلطة بسلب حقها في نظر النزاع؛ لأن مرفق القضاء الوطني هو المختص بنظر النزاعات التي تحصل في داخل الدولة، وكيف للأطراف أن يتفقوا على إنهاء حق الدولة وحرمانها من نظر النزاع بمجرد أن إرادتهم تتجه لذلك؟ أم نقول إنه اختصاص سيادي وعليه فكون المساس بمرفق القضاء يمثل مساس بسيادة الدولة، ولذلك فهذا الحق السيادي للدولة وحدها تنظمه وهي التي تختص بتحديد ما يمكن للأطراف أن يتفقوا عليه، وأما من ناحية الأصل فالدولة ممثلة في مرفق القضاء هي وحدها صاحبة هذا الاختصاص¹، وإن كان هناك رغبة في تنازل الدولة عن

¹ محمد وليد المصري، دور الإدارة في تحديد الاختصاص الدولي للمحاكم البحرينية: دراسة تحليلية مقارنة، مجلة جامعة

الإمارات للبحوث القانونية (36)، العدد (92)، (2022)، ص 193 - 253، مسترجع من:

<http://search.mandumah.com/Record/1331287>

هذا الاختصاص تصرّح به وتبين ذلك من خلال التشريعات التي تصدرها، وبغير ذلك لا يمكن بأي حال من الأحوال أن يفسر بأنه رضى لصالح التنازل عن هذا الحق السيادي، ولكن ليس في كل الأحوال يكون النص واضحاً في السماح والمنع، وكذلك الحال عندما يعترف المشرع بأمر ما بكل صراحة ويلتفت عن مسألة أخرى ولا يعالجها؛ فكيف يتم تحديد رغبة المشرع؟ إن الاختصاص القضائي في العصر الحديث خاصة في مسائل العقود التي غالباً تكون لأغراض تجارية لا ينبغي أن تفسر على هذا النحو، فالأصل أن المسائل التي تكون بين الأفراد والتي محل نظرها القانون الخاص لا تمس بسيادة الدولة بل على العكس تماماً فترك الأمر لأطراف العقد يحقق عدداً من المنافع وعلى رأسها تقليل ازدحام مرفق القضاء الوطني وهو ما تعاني منه الأنظمة القضائية في هذا العصر.

الفرع الثاني:

القابلية لسلب الاختصاص

إن تحديد هذه المسألة ضروري للغاية لعدم مخالفة القانون، وذلك عبر معرفة سياسة المشرع من النصوص، وعليه تتم معرفة النصوص والتطبيق عليها، ومثال على ذلك لو أن النص جعل سلطة القاضي مقيدة فلا يصح له التوسع في الأمر، ولو كان بالإلزام فلا يجوز للقاضي الذهاب للجواز وهذا يستدل به من عبارات النصوص القانونية، وعند الحديث عن التنازل عن الاختصاص القضائي ينبغي النظر للتوجه الذي قصده المشرع في النص وكذلك للنصوص اللاحقة التي جاءت حتى لو وجد تعارض معين فإنه ينبغي النظر على أنه تعارض ظاهري، فقواعد التفسير كثيرة فقد يكون عاماً وخُصص أو أنه مطلق وتم تقييده، وبناءً على ذلك نستطيع تحديد هل المشرع سمح للأطراف بالتنازل عن هذا الاختصاص أم لم يسمح بذلك، وهل سكوت المشرع وترك الأمر هكذا دون تحديد ينبغي تفسيره على أنه ترك الأمر للقوانين اللاحقة أو لأن يترك مساحة مستقبلية للقضاء لينظر في الأمر. ولكن الوسيلة الأنسب لتحديد الموقف يكون بداية من خلال المواد القانونية فلا اجتهاد مع مورد النص فإن لم يوجد نص يتم التفسير والاستنتاج مع الأخذ بالاعتبار نوع النظام القانوني. والحال الغالب في الدول العربية هو عدم إلزامية السوابق القضائية، ولذلك يتم التوجه للتفسير بالرجوع للأحكام والفقه وما اتجه له، وفي ضوء ذلك تطبق المحكمة الحل الأنسب للنزاع.

الفرع الثالث:

آثار التمسك أو الترك

إن التمسك أمام المحكمة بوجود اتفاق سابق على عدم اختصاص القضاء الوطني يحقق الأثر السلبي في عدم ملاءمة المحكمة لنظر النزاع، ويعطي الملاءمة أي الأثر الإيجابي للمحكمة التي تم الاتفاق على اختصاصها بين الأطراف، والتمسك بالإرادة وعدم اختصاص القضاء كونه الحل الأمثل لهذه العلاقة الخاصة يستتبع أمر مهماً وهو أن هذا الأمر ليس من النظام العام ولو تنازل عنه الأطراف أو أن أحدهم لم يتمسك به أمام القضاء الوطني أي الدفع بعدم الاختصاص؛ فعليه يُعد ذلك تسليمًا للمحكمة الوطنية¹. وتتباين المواقف التشريعية خاصة مع عدم وجود النص الصريح فالأمر متروك لسلطة قاضي الموضوع، فالمشرع العُماني له مواقف مغايرة ومتباينة من هذا الأمر والذي سيتم الإشارة لموقفه لاحقاً في المطلب الثالث.

المطلب الثاني:

صلاحية سلب الاختصاص في النظم المقارنة

تمهيد وتقسيم:

في الطلب القادم ستم الإشارة إلى عدد من القوانين والتي سيتم من خلالها تناول ما جاء في التشريعات المقارنة، مسألة صلاحية الأطراف في سلب الاختصاص القضائي، ففي هذا المطلب نتناول فرعين الأول: يتعلق بالتشريعات المقارنة والثاني: يتعلق بالقضاء والفقه.

الفرع الأول:

التشريع

الكثير من التشريعات نصت على إمكانية جلب النزاع لها، ولكن مسألة سلب الاختصاص لم يتم التطرق إليها غالباً، وبداية المشرع البحريني في قانون المرافعات المدنية والتجاري في المادة (15) والتي نصت على "تختص محاكم البحرين بنظر الدعاوى التي ترفع على غير البحريني الذي ليس له موطن أو محل إقامة في البحرين وذلك في الأحوال الآتية:- إذا كان له في البحرين موطن مختار - إذا كانت الدعوى متعلقة بمال موجود في البحرين أو كانت متعلقة بالتزام نشأ أو نفذ أو كان واجباً تنفيذه فيها أو

¹ ياسين محمد ثروت الشاذلي، نظرية المحكمة غير الملائمة Forum Non Conveniens وأثرها على الاختصاص القضائي الدولي في منازعات النقل الجوي: دراسة مقارنة، مجلة البحوث القانونية والاقتصادية، ع71، (2020)، ص

كانت متعلقة بإفلاس أشهر فيها- إذا كانت الدعوى معارضة في عقد زواج وكان العقد يراد إبرامه لدى جهات التوثيق في البحرين- إذا كانت الدعوى متعلقة بطلب فسخ الزواج أو بالتطليق أو بالانفصال وكانت مرفوعة من زوجة لها موطن في البحرين على زوجها الذي كان له موطن فيها متى كان الزوج قد هجر زوجته وجعل موطنه في الخارج بعد قيام سبب الفسخ أو التطليق أو الانفصال أو كان قد أبعد عن البلاد- إذا كانت الدعوى متعلقة بطلب نفقة للأُم أو الزوجة متى كان لهما موطن في البحرين أو للصغير المقيم فيها- إذا كانت الدعوى متعلقة بمسألة من مسائل الأحوال الشخصية وكان المدعي وطنياً أو كان أجنبياً له موطن في البحرين وذلك إذا لم يكن للمدعى عليه موطن معروف في الخارج أو إذا كان القانون البحريني واجب التطبيق في الدعوى- إذا كانت الدعوى بشأن نسب صغير يقيم في البحرين أو بسلب الولاية على نفسه أو الحد منها أو وقفها أو استردادها- إذا كانت الدعوى متعلقة بمسألة الولاية على المال متى كان للناصر أو المطلوب الحجز عليه أو مساعدته قضائياً موطن أو محل إقامة في البحرين أو إذا كان بها آخر موطن أو محل إقامة للغائب- إذا كان لأحد المدعى عليهم موطن أو محل إقامة في البحرين¹. ويتبين من خلال المادة المشار لها كل الحالات التي من خلالها تختص المحاكم البحرينية بالنزاع الدولي، إلا أنه في مسألة سلب الاختصاص بالنسبة للنزاع ذو الطابع الدولي في البحرين فلم تتم الإشارة له. أما بالنسبة للمشرع الأردني في المادة (102) من الدستور الأردني والتي نصت على: "تمارس المحاكم النظامية في المملكة الأردنية الهاشمية حق القضاء على جميع الأشخاص في المواد المدنية، باستثناء المواد التي قد يفوض فيها حق القضاء إلى محاكم دينية أو محاكم خاصة بموجب أحكام أي قانون آخر"². فنرى أن موقف المشرع الأردني مماثل إلا أنه قد شدد في الأمر أكثر وجعل الاختصاص دائماً للمحاكم الأردنية ما لم يوجد نص قانوني يسمح بغير ذلك، وعليه يكون موقفه أكثر وضوحاً، وهناك من الدول التي اتخذت موقفاً صريحاً بجواز سلب الاختصاص بنص خاص، ومنها موقف المشرع العراقي فقد نص في قانون تنفيذ الأحكام الأجنبية رقم (1928/30) على جواز انعقاد الاختصاص للمحاكم الأجنبية³، ونرى كذلك موقف المشرع المصري في قانون المرافعات في المادة

¹ قانون المرافعات المدنية والتجارية البحريني، مرسوم رقم 12، لسنة 1971، الصادر بتاريخ 1971/06/22.

² دستور المملكة الأردنية الهاشمية، الصادر بتاريخ 1952/01/08.

³ محمد وليد المصري، دور الإدارة في تحديد الاختصاص الدولي للمحاكم البحرينية: دراسة تحليلية مقارنة، مجلة جامعة الإمارات للبحوث القانونية مج36، ع92، (2022)، ص 204 - 221. مسترجع من:

<http://search.mandumah.com/Record/1331287>

(30) "تختص محاكم الجمهورية بنظر الدعاوى التي ترفع على الأجنبي الذي ليس له موطن أو محل إقامة في الجمهورية وذلك في الأحوال الآتية: (1) إذا كان له في الجمهورية موطن مختار. (2) إذا كانت الدعوى متعلقة بمال موجود في الجمهورية أو كانت متعلقة بالتزام نشأ أو نفذ أو كان واجباً تنفيذه فيها أو كانت متعلقة بإفلاس أشهر فيها. (3) إذا كانت الدعوى معارضة في عقد زواج وكان العقد يراد إبرامه لدى موثق مصري. (4) إذا كانت الدعوى متعلقة بطلب فسخ الزواج أو بالتطليق أو بالانفصال وكانت مرفوعة من زوجة فقدت جنسية الجمهورية بالزواج متى كان لها موطن في الجمهورية، أو كانت الدعوى مرفوعة من زوجة لها موطن في الجمهورية على زوجها الذي كان له موطن فيها متى كان الزوج قد هجر زوجته وجعل موطنه في الخارج بعد قيام سبب الفسخ أو التطليق أو الانفصال أو كان قد أبعد عن الجمهورية. (5) إذا كانت الدعوى متعلقة بطلب نفقة للأُم أو للزوجة متى كان لهما موطن في الجمهورية أو للصغير المقيم فيها. (6) إذا كانت الدعوى بشأن نسب صغير يقيم في الجمهورية أو بسلب الولاية على نفسه أو الحد منها أو وقفها أو استردادها. (7) إذا كانت الدعوى متعلقة بمسألة من مسائل الأحوال الشخصية وكان المدعي وطنياً أو كان أجنبياً له موطن في الجمهورية، وذلك إذا لم يكن للمدعى عليه موطن معروف في الخارج أو إذا كان القانون الوطني واجب التطبيق في الدعوى. (8) إذا كانت الدعوى متعلقة بمسألة من مسائل الولاية على المال متى كان للقاصر أو المطلوب الحجر عليه أو مساعدته قضائياً موطن أو محل إقامة في الجمهورية أو إذا كان بها آخر موطن أو محل إقامة للغائب. (9) إذا كان لأحد المدعى عليهم موطن أو محل إقامة في الجمهورية"¹. ونشير إلى أن موقف المشرع المصري من مسألة جلب الاختصاص واضحة ولكن مسألة سلب الاختصاص لم يتم التطرق لها.

ولكن مع متطلبات العصر تغير هذا الموقف ومع سكوت المشرع عن هذه المسألة بدأت المحاكم تتجه إلى طريق مغاير وهو جواز السلب وفق ضوابط محددة وشروط لا بُد من توافرها وهو ما نوضحه في الفرع القادم.

الفرع الثاني:

الفقه والقضاء

بطبيعة الحال ولمواكبة تطورات الحياة وبالتحديد المتطلبات الحديثة الضرورية فقد اتجه القضاء لتفسير النصوص بما يسمح بسلب الاختصاص فنرى حكم محكمة النقض المصرية في العام 2014، في الطعينين 18507، 15808 لسنة 1980 القضائية واللذان نصا على (الخضوع الاختياري للقضاء

¹ قانون المرافعات المدنية والتجارية، رقم 13 لسنة 1968، المنشور في 1986/09/05.

الوطني. ماهيته. اتفاق الخصوم صراحة أو ضمناً على قبول ولاية القضاء المصري لنظر النزاع حال كونه غير خاضع في الأصل لاختصاصه. م32 مرافعات- الاتفاق السالب لاختصاص المحاكم الوطنية. ماهيته. اتفاق الأطراف على الخضوع اختياريًا لقضاء دولة أجنبية رغم اختصاص المحاكم الوطنية بنظر النزاع. سكوت المشرع عن النص على أثر ذلك الاتفاق. عدم اعتباره رفضاً له-) فمن خلال الطعنان يتبين أن القضاء المصري قد خطا خطوة واضحة من إمكانية الأطراف على سلب الاختصاص القضائي، وبينت المحكمة في الحكم المشار له من أن السكوت لا يُفسر بالرفض، ولكن الأمر لا بُد من أن يكون وفق معايير وأسس وشروط، فالأمر بلا شك لا بُد من تقنيته وتنظيمه بما لا يخل بنظام الدولة، ويرى الفقهاء أنه منعاً للازدواجية فإن استقبال المشرع للاختصاص الأجنبي إذا قبلوا به يستدعي بالضرورة أن يُقبل إن قرروا التوجه لقضاء آخر، فكما تم احترام الإرادة للإيجاب فينبغي كذلك في حال السلب في حدود الضوابط القانونية¹.

ومن خلال السابق نذكر مجمل الشروط التي قررتها المحاكم والآراء الفقهية في سبيل السماح بسلب الاختصاص القضائي للمحاكم وهي:

1. أن يكون للنزاع صبغة دولية فهو غير متصور في النزاع الوطني البحث².
2. ألا يؤدي سلب الاختصاص القضائي إلى المساس بأي شيء يتعلق بالسيادة في الدولة أو النظام العام.
3. أن يكون هنالك رابطة جدية بين النزاع والمحكمة التي تم إحالة النزاع إليها³.
4. أن تكون المحكمة التي تم اختيارها لنظر النزاع مختصة؛ وذلك كي لا يكون النزاع بلا جهة مختصة لتظهره⁴.
5. أن يكون الاختصاص السالب مشروعاً وفقاً للقانون المختص.

¹ محمد وليد المصري، المرجع السابق، ص30-32.

² جمال محيي الدين، تنازع الاختصاص القضائي الدولي، المواد (10 - 11) من قانون الإجراءات المدنية الجزائرية، مجلة /المفكر ع 6، (2010)، ص67 - 88، مسترجع من: <http://search.mandumah.com/Record/458583>

³ عبد السلام الإدريسي، الاختصاص القضائي الدولي في منازعات المعاملات الإلكترونية، مجلة القانون المغربي ع37، (2018): 141 - 152، ص49، مسترجع من: <http://search.mandumah.com/Record/943580>.

⁴ محمد الروبي، نظرية المحكمة غير الملائمة كوسيلة للتعاون القضائي الدولي، مجلة الأمن والقانون مج 22، ع1 (2014): 99 - 158، ص33-35، مسترجع من: <http://search.mandumah.com/Record/771554>

6. ألا يؤدي هذا السلب إلى أخذ الاختصاصات الحصرية للقضاء الوطني.

7. أن يكون الاتفاق هذا لسلب الاختصاص موثقاً سواءً بالكتابة أو أية وسيلة أخرى؛ وذلك للرجوع إليه لاحقاً والاعتداد به¹.

المطلب الثالث:

اتجاه المشرع العُماني في مسألة سلب الاختصاص القضائي

تمهيد وتقسيم:

يتناول هذا المطلب الجزء الأكبر من هذه الدراسة ومن خلاله نتوصل لموقف التشريع العُماني والقضاء. وأخيراً بتناول عدد من الأحكام والمواد وتحليلها لمعرفة توجه المشرع العُماني على اعتبار أن المشرع العُماني أيضاً لم يتخذ موقفاً صريحاً في هذا الشأن.

الفرع الأول:

التشريع

إن تأصيل وتحديد موقف المشرع العُماني ينبغي أن يستخلص من خلال نصوص المواد القانونية التي أوردها في هذا الموضوع، وعليه فإن تحديد الأمر بشكل عام يكون بالرجوع للنص العام في تنظيم هذه المسألة، وعليه نرجع لقانون الإجراءات المدنية والتجارية بصفته الشريعة العامة لكل المسائل الإجرائية في القانون، حيث إن المادة (30) من قانون الإجراءات المدنية والتجارية العُماني في باب الاختصاص الدولي للمحاكم نصت على أنه "تختص المحاكم العُمانية بنظر الدعاوى التي ترفع على غير العُماني الذي ليس له موطن أو محل إقامة في السلطنة في أي من الحالات الآتية: (أ) - إذا كان له في السلطنة موطن مختار. ب- إذا كانت الدعوى متعلقة بمال موجود في السلطنة أو كانت متعلقة بالتزام نشأ أو نفذ أو كان واجباً تنفيذه فيها أو كانت متعلقة بإفلاس أشهر فيها. ج- إذا كانت الدعوى معارضة في عقد زواج وكان العقد يراد إبرامه لدى موثق عُماني. د- إذا كانت الدعوى متعلقة بطلب الطلاق أو التطلاق أو الانفصال وكانت مرفوعة من زوجة فقدت الجنسية العُمانية بالزواج متى كان لها موطن في السلطنة، أو كانت الدعوى مرفوعة من زوجة لها موطن في السلطنة على زوجها الذي كان له موطن فيها متى كان الزوج قد هجر زوجته وجعل موطنه في الخارج بعد قيام سبب الطلاق أو التطلاق أو الانفصال أو كان قد أبعد عن السلطنة. هـ- إذا كانت الدعوى متعلقة بطلب نفقة لأحد الأقارب أو للزوجة أو

¹ محمود لطفي محمود عبد العزيز، الوجيز في القانون الدولي الخاص العُماني، دار الكتاب الجامعي، دولة الإمارات العربية المتحدة، 2020، ص310-327.

الصغير متى كان لأي منهم موطن في السلطنة أو للصغير المقيم فيها. و- إذا كانت الدعوى بشأن نسب صغير يقيم في السلطنة أو بسلب الولاية على نفسه أو الحد منها أو استردادها. ز- إذا كانت الدعوى متعلقة بمسألة من مسائل الأحوال الشخصية وكان المدعي عُمانياً أو كان غير عماني له موطن في السلطنة، وذلك إذا لم يكن للمدعي عليه موطن معروف في الخارج أو إذا كان القانون العماني واجب التطبيق في الدعوى. ح- إذا كانت الدعوى متعلقة بمسألة من مسائل الولاية على المال متى كان للقاصر) فنرى من خلال المادة كيف بسط المشرع العُماني يده على النزاع الأجنبي وحدد الحالات لذلك، ومتى تختص المحاكم العُمانية بنظر هذا النزاع." وكذلك نصت المادة (32) على أنه: "تختص المحاكم العُمانية بالفصل في الدعوى - في غير الحالات المنصوص عليها في المواد السابقة - إذا قبل المدعي عليه ولايتها صراحة أو ضمناً"¹. نلاحظ أن المشرع العُماني أورد المسألة في قانون الإجراءات إذ كَتَبَهَا بأنها مسألة إجرائية، وبشكل عام فإن وجود مسألة ما في الشريعة العامة للإجراءات في كثير من الأحوال يكون مآله إلى تخصيصه بشكل أو بآخر وذلك وفق ما يخدم مسألة قانونية معينة، فالمادة بينت وبكل وضوح منح واستقبال الاختصاص القضائي الأجنبي للأطراف إن اختاروا القضاء العُماني في نزاع هو ليس مختصاً فيه أصالةً، فهل يمكن تفسير النص هذا بأسلوب المخالفة وهو بأنه إذا أراد الأطراف سلب الاختصاص فلهم ذلك مثلما يثبت لهم ذلك إن أرادوا جلب الاختصاص؟ المنطق السليم برأينا لا ولكنها قد تكون إشارة إيجابية لسلب الاختصاص؛ لأن دخول الأمر في الاختصاص واستقبال النزاع مغاير لمسألة فقدان الشيء أو انتزاع الاختصاص، فالقياس هكذا وبهذا التأسيس لا يصح خاصة وأن مسائل الاختصاص كثير منها من النظام العام. ولكن إرادة المشرع العُماني خاصة في القوانين الصادرة حديثاً يمكن أن يُستشف منها سماح المشرع في بعض المسائل بسلب الاختصاص. وندلل على ذلك بمثال وهو النظام الأساسي الصادر بالمرسوم رقم 2021/6، جاء في نص المادة (89) على أنه: "لا يخل تطبيق هذا النظام بما ارتبطت به السلطنة مع الدول والهيئات والمنظمات الدولية من معاهدات واتفاقيات"². هذا النص وهو نص دستوري وسمو الدستور يجعل من تطبيق المواد القانونية اللاحقة التي جاءت في ضوئه صحيحة وموافقة للدستور فالسلطنة ليست بمعزل عن المجتمع الدولي وما يحوي من تحديات وعلاقات

¹ قانون الإجراءات المدنية والتجارية، سلطنة عمان مرسوم سلطاني رقم 2002/29، رقم (715) الجريدة الرسمية، 6 آذار/ مارس 2002.

² النظام الأساسي سلطنة عمان مرسوم سلطاني رقم 2021/6، رقم (1374) الجريدة الرسمية، 11 كانون الثاني/ يناير 2021.

دولية، وثانيًا فإن النص أعطى المعاهدات قوة والتي في أحوال كثيرة تكون هي المدخل للعنصر الأجنبي، وعليه فإن هنا توجد إشارة قوية على وجود الفرصة للأفراد باختيار قانونهم واختيار المحكمة المختصة إذا ما وجد نص خاص يسمح لهم بذلك، ونتطرق لاحقًا في البحث لنصوص قانونية أخرى تحمل في طياتها إشارة للسماح بسلب الاختصاص القضائي للمحاكم.

الفرع الثاني:

الفقه والقضاء

نورد هنا ما جاء من الفقه والتفسير وما أكدت عليه أحكام المحكمة العليا في هذا الشأن، فبداية وفيما يتعلق بالفقه من أن الخصوم لهم الخضوع للقضاء العُماني صراحةً أو ضمناً وفق نص المادة (32)، فالصريح يكون من خلال النص على ما جاء في التعامل القانوني القائم بينهم، وأما الضمني فهو بلجوتهم مباشرة للقضاء العُماني وعدم اعتراض أي خصم على ذلك، ولكن حتى مع ذكر جلب الاختصاص إلا أن جانب من الفقه يرى أنه لا يمكن سلب اختصاص القضاء عن نظر النزاع وإعطائه لقضاء أجنبي؛ وذلك لأن قواعد الاختصاص هي من النظام العام وعليه لا يجوز سلب الاختصاص وذلك لتحقيق الصالح العام¹.

وفيما يتعلق بموقف القضاء وبما قرره المحكمة العليا في سلطنة عُمان فالذي يمكن استخلاصه من خلال أحكامها المتتالية:

- هيئة حسم المنازعات التجارية الدعوى رقم 97/475 جلسة 1997/12/24، لا يُعد موقفاً واضحاً مباشراً ولكن الحكم هنا قد أكد على أمر مهم في إطار دخول السلطنة في اتفاقية تنفيذ الأحكام والإعلانات والإعلانات في دول مجلس التعاون لدول الخليج العربية، بأن الحكم الذي صار حاز قوة الأمر المقضي من أي دولة في إطار الاتفاقية يمكن تنفيذه في الدول الأعضاء. وهذا إن دل على شيء فإنه يشير بشكل غير مباشر إلى أن المشرع العُماني عندما سمح بتنفيذ الحكم الأجنبي في داخل السلطنة والذي صدر من محاكم أجنبية من دولة أخرى، فهذا بحد ذاته رضى وقبول بما قرره قضاء أجنبي في أراضيه، وفي الحقيقة هذا لا يتعارض مع سيادة الدولة فلا يمكن القول إن المشرع العُماني إذ سمح بتطبيق الحكم الأجنبي فإنه تنازل عن سيادته على أراضيه

¹ أحمد مليجي، موسوعة التعليق على قانون الإجراءات المدنية والتجارية بسلطنة عُمان، دار العلم والإيمان، مسقط الخوير، 2008، ص 200-201.

وسمح لسيادة دولة أخرى بالتواجد على أراضيه، ولذلك نجد من هنا إشارة قوية على إمكانية سلب الاختصاص القضائي للمحاكم¹.

- ما قررته المحكمة في الطعنين الأول: الطعن رقم 2012/966 مدني عليا جلسة 2013/12/29 والثاني: الطعن رقم 2014/288 م جلسة 2014/12/04²، فترى من خلال ما جاء في الطعنين أن المحكمة العليا قد بينت وأكدت أن الدفع بعدم الاختصاص ليس من النظام العام، وحيث إن الخصم لم يتمسك به في البداية وهو بعدم ولاية القضاء العُماني فلا يجوز له التمسك بذلك أمام المحكمة الأعلى درجة، وعليه فإنه من خلال ما جاء في الطعنين يتبين توجه القضاء في هذه المسألة وهو بجواز الاتفاق الذي يحدد اختصاص محكمة أخرى طالما أنه جاء وفق الحالات التي حددها القانون وفي حدود ضيقة حصراً لا مثلاً، ولذلك لو أن الخصم الذي يصب في مصلحته الدفع بعدم الاختصاص الولائي للمحكمة قد تم إيدأؤه قبل الخوض في الموضوع لكان مقبولاً التمسك به ولقبِلت به المحكمة، إلا أن تركه وركنه جانباً لما بعد صدور الحكم وهو ما يعد تنازلاً منه، فمن خلال تسبيب المحكمة في المبدأ السابق يستنتج هذا الأمر. إذًا هنا ومرة أخرى نرى أن القضاء سمح بسلب الاختصاص بطريق غير مباشر ما دام أنه وفق ما سمح به القانون ووفق الضوابط والأصول للمرافعات³.

- وفي الطعن رقم 2018/215 م جلسة 2019/11/26 فقد سائر هذا الطعن التوجه بالسماح بسلب الاختصاص القضائي إلا أن التعبير عن ذلك لم يكن صريحاً، فمن خلال ما ذكره الطعن وبيان سبب عدم السماح بالسلب؛ وذلك لكون العلاقة عُمانية وتنفيذها في سلطنة عُمان وآثارها في سلطنة عُمان فهنا لا يمكن الاتفاق على سلب الاختصاص وهو ما يسائر ما جاء في المادة (30) من قانون الإجراءات المدنية والتجارية العُماني حيث نصت المادة على أنه: "ب- إذا

¹ هيئة حسم المنازعات التجارية الدعوى رقم 97/475 جلسة 1997/12/24، مجموعة القواعد القانونية التي قررتها الهيئة في عامها الرابع عشر 1997-1998.

² الطعن رقم 2014/288 م جلسة 2014/12/04، مجموعة الأحكام الصادرة عن الدوائر المدنية بالمحكمة العليا والمبادئ المستخلصة منها في الفترة من 2014/10/1 وحتى 2016/6/30 للسنتين القضائيتين الخامسة عشرة والسادسة عشرة.

³ الطعن رقم 2012/966 مدني عليا جلسة 2013/12/29، مجموعة أحكام دائرة التعويضات ((الديات والأروش)) الصادرة عن المحكمة العليا مع المبادئ المستخلصة منها والدليل الاسترشادين بالإصابات والديات والتعويضات المقدرة لها، سنة 2018.

كانت الدعوى متعلقة بمال موجود في السلطنة أو كانت متعلقة بالالتزام نشأ أو نُفذ أو كان واجباً تنفيذه فيها أو كانت متعلقة بإفلاس أشهر فيه" فكل الالتزام محله سلطنة عُمان فلا يوجد مُبرر لأن يختص القضاء الأجنبي في هذا النزاع، ولكن لو كان الأمر مغايراً بأن يكون الأثر في الخارج أو الالتزام متعلق بعنصر أجنبي ومتصل به بشكل كبير لكان الأمر مقبولاً وهذا ما نستخلصه من خلال هذا الحكم، ونؤكد على هذا من خلال حكم المحكمة العليا والذي ساير الحكم السابق في الطعن رقم 2019/1084م جلسة 2023/09/14¹، حيث أكدت أن اقتصاص الاختصاص للمحاكم العُمانية وفق قانون الإجراءات المدنية والتجارية هو في إطار تحقق أسباب المادة (30) أما غير ذلك يفهم منه إمكان سلب الاختصاص².

وعليه من الممكن القول إن المشرع العُماني من خلال المادة (32) من قانون الإجراءات والمادة (30) من القانون ذاته وتوجهات القضاء العُماني يشيران إلى إمكانية سلب الاختصاص وفق ما تم بيانه وذكره سلفاً رغم عدم وجود نص صريح، ومن الضروري الإشارة إلى مسألة مهمة وذلك أن القول بإمكانية جلب الاختصاص الأجنبي دون السلب يتعارض مع المبادئ القانونية فمن غير المعقول الرضى بجلب اختصاص أجنبي ورفض فكرة سلب الاختصاص فهذا مآله إشارة كبيرة إلى التناقض والأنانية.

الفرع الثالث:

تطبيقات عملية

وأخيراً وفي آخر مطلب نتناول بعض النماذج من النصوص القانونية التي جاءت في التشريع العُماني ونحاول الربط بينها، واستنتاج توجه المشرع في مسألة جواز سلب الاختصاص القضائي من عدمه.

وسنبداً بالتحليل متناولين عدداً من النصوص وذلك وفق الآتي:

- من قانون الإجراءات المدنية والتجارية في المادة (32) والتي جاء فيها لفظة (قبول) في: "إذا قبل بها المدعى عليه صراحة أو ضمناً". فمن خلال النص يمكن أن نستنتج بأن المشرع يشير إلى مسألة وجود عقد؛ فالقبول مسألة موجودة في العقود وأيضاً لفظة "صرحة أو ضمناً" كذلك، فالعقد

¹ الطعن رقم 2019/1084م جلسة 2023/09/14، مجموعة الأحكام الصادرة عن دوائر المحكمة العليا الشرعية والمدنية والمبادئ المستخلصة منها في الفترة من 2019/10/1م حتى 2020/9/30م.

² الطعن رقم 2018/215 م جلسة 2019/11/26، مجموعة الأحكام الصادرة عن دوائر المحكمة العليا (العمالية-التجارية-الإيجارات) والمبادئ المستخلصة منها في الفترة من 2019/10/1م حتى 2020/9/30م.

وفق نص المادة (66) من قانون المعاملات المدنية العماني التي تنص على أنه: "هو ارتباط الإيجاب بالقبول وتوافقهما على وجه يثبت أثره في المعقود عليه"¹. فإن فسرنا النص في ضوء قانون الإجراءات المدنية والتجارية وفق ما جاء في قانون المعاملات المدنية نرى أن المشرع قد قرر بأن مسألة جلب الاختصاص بداية مرتبطة بإرادة الأطراف، والإرادة هي أساس ركن الرضى وهو بدوره ركن أصيل لتكوين العقد فيمكن القول إن الأمر مناطه وجود عقد لتحديد هذه المسألة، وعليه نصل للقول بأن مسألة جلب الاختصاص أو سلب الاختصاص محله العقد، ولا يمكن بأي حال أن يكون المشرع تبنى منهجاً مزدوجاً أنانياً في أن يجلب الاختصاص له، ولكنه يرفض أن يتفق الأطراف على سلب الاختصاص، فالمشرع هو من تنازل عن الأمر لمصلحة الأطراف الخاصة وليس الأطراف هم من سلبوا الاختصاص القضائي، ولو سلمنا لمن يقول بأن مسألة الاختصاص القضائي بشكل مطلق هي للقضاء الوطني في كل الأحوال فهذا سيشكل تعارضاً صارخاً بين النصوص؛ فعلى سبيل المثال بالعودة إلى المادة (211) من قانون الإجراءات المدنية والتجارية التي نصت على: ".....ويجوز الاتفاق ولو قبل رفع الدعوى على أن يكون حكم محكمة أول درجة انتهائي"². فالنص أجاز التنازل عن طريق من طرق الطعن إن ارتضى الأطراف بذلك وفق ما يجيزه القانون فهنا إشارة قوية إلى حرية الأطراف في حال رغبتهم في التنازل عن طريق من طرق الطعن مع أنه يشكل ضمانته وهو من النظام العام.

- وبالرجوع للقانون البحري العُماني والذي صدر حديثاً بالمرسوم رقم 2023/19 في المادة (275) والتي نصت على: "يقع باطلاً كل اتفاق يقضي باختصاص محكمة أجنبية بنظر الدعاوى الناشئة عن عملية الإنقاذ البحري أو بإجراء التحكيم في هذه الدعاوى خارج سلطنة عمان، وذلك إذا كانت عملية الإنقاذ البحري قد تمت في البحر الإقليمي لسلطنة عُمان، وكانت كل من السفينة التي قامت بعملية الإنقاذ البحري، والسفينة التي أُنقذت تتمتع بالجنسية العمانية"³. ما نستنتجه من

¹ قانون المعاملات المدنية سلطنة عُمان مرسوم سلطاني رقم 2013/29، العدد رقم (1012) الجريدة الرسمية، 6 أيار/مايو 2013.

² قانون الإجراءات المدنية والتجارية سلطنة عُمان مرسوم سلطاني رقم 2002/29، رقم (715) الجريدة الرسمية، 6 آذار/مارس 2002.

³ القانون البحري سلطنة عُمان مرسوم سلطنة عمان مرسوم سلطاني رقم 2023/9، رقم (1487) الجريدة الرسمية، 30 آذار/مارس 2023.

نص المادة وبكل وضوح أن المشرع عندما أراد أن يمنع سلب الاختصاص بشكل تام في مسألة ما جاء بنص صريح واضح لا يقبل التأويل، فنرى بأنه أورد كلمة "يقع باطلاً كل اتفاق" أي بشكل عام باستخدام لفظة العموم (كل) أي كل شرط أو اتفاق أيًا يكن المسمى فإنه يسلب المحاكم العُمانية من هذا الاختصاص فمرد ذلك للبطلان، وأيضًا منع التحكيم للتأكيد فكلمة البطلان جديرة بإيصال المعنى ولكن تأكيدًا ذكر المشرع التحكيم على سبيل المثال في ما يتعلق بالبطلان، فأى إشارة إلى سلب الاختصاص بأي وجهه فالبطلان هو الأثر المترتب، وهنا إشارة قوية إلى أن سكوت المشرع في مسألة سلب الاختصاص تشير إلى الجواز، حيث لو أراد المنع لصرح بذلك، والجواز يكون وفق القانون بكل تأكيد ووفق طبيعة النزاع فالتشديد والتضييق في مسألة معينة يقابله الجواز في غير تلك الحالات التي عندما أراد المشرع المنع وشدد فيها نص على ذلك.

- وكذلك بالرجوع إلى قانون استثمار رأس المال الأجنبي الصادر بالمرسوم رقم 2019/50، في نص المادة (17) منه والتي نصت على: "تختص المحاكم العُمانية بنظر أي نزاع ينشأ بين المشروع الاستثماري والغير، وتكون لقضايا المشروعات الاستثمارية صفة الاستعجال عند نظرها أمام هذه المحاكم، ويجوز تسوية الخلافات والمنازعات عن طريق التحكيم"¹. فهنا نجد في بداية المادة اختصاص المحاكم العُمانية بكل صراحة، ولكن إذا أرادت الأطراف سلب الاختصاص والاتجاه للتحكيم فلهم ذلك، فهنا دلالة قوية أخرى على السماح بسلب الاختصاص القضائي للمحاكم الوطنية رغم انعقاده للمحاكم الوطنية.

فمن خلال الطعون والمواد التي تمت الإشارة لها وتحليلها بطرق تفسير القوانين تبين لنا أن موقف المشرع العُماني من مسألة سلب الاختصاص القضائي للمحاكم قد تغير مع تطور القوانين وتطور الحياة وتدخل العنصر الأجنبي بشكل كبير في العلاقات التجارية، وهو ما يستدعي بالضرورة تغير النظرة والتوجه الذي كان يتبناه المشرع العُماني في التشريع والقضاء.

¹ قانون استثمار رأس المال الأجنبي سلطنة عُمان مرسوم سلطاني رقم 2019/50، رقم (1300) الجريدة الرسمية، 1 تموز/ يوليو 2019.

الخاتمة:

لا يمكن بشكل عام التسليم المباشر لمسألة سلب الاختصاص القضائي للمحاكم الوطنية؛ وذلك للصعوبات العملية التي قد تواجه الأطراف، فالأمر لا بُد من أن يكون وفق ضوابط واشتراطات ومعايير محددة تحقق فعلاً مصلحة الأفراد الخاصة. ومن خلال المطالب الثلاثة التي تم تناولها اتضح بشكل عام من أغلب التشريعات اتجهت لأن تسحب الاختصاص لها دون أن تبين مسألة سلب الاختصاص، ولعل ذلك له علاقة كبيرة بحدثة أمر سلب الاختصاص بالنسبة للتشريعات التي تم تناولها وهو ما ثبت فعلاً من خلال الأحكام الحديثة التي صدرت وكذلك القوانين الصادرة.

وأخيراً فإنه من الضروري تناول المواد وربطها ببعضها للوصول لحقيقة السياسة التشريعية التي تبناها المشرع العُماني، وذلك بالرجوع لطريقة تبني وتعاطي المشرع العُماني مع هذه المسائل وربط النصوص ببعضها ومتابعتها من الأقدم للأحدث وكذلك باستقراء الأحكام القضائية الصادرة عن المحكمة العليا والوقوف على المواقف القضائية وما قرره المحكمة لتحديد توجه المشرع العُماني.

أولاً: النتائج

1. إلى الآن لا يوجد نص صريح في مسألة سلب الاختصاص.
2. من خلال القوانين التي صدرت حديثاً كالقانون البحري وقانون استثمار رأس المال الأجنبي يتبين أن المشرع العُماني بدأ في تبيان موقفه عند الرغبة في جلب وسلب الاختصاص القضائي للمحاكم الوطنية.
3. اتجهت المحكمة العليا في سلطنة عمان وفق آخر الأحكام إلى التطرق لمسألة الاختصاص الدولي للمحاكم بشكل مفصل، وهو ما يستنتج منه مسألة السماح بسلب الاختصاص وفق ضوابط وشروط محددة وضيقة.

ثانياً: التوصيات

1. أن يتدخل المشرع العُماني لإزالة الإبهام واللبس وما يشوب النصوص من غموض، وكذلك من الممكن في الوقت الحالي وقبل التعديل في القوانين العامة كقانون الإجراءات وقانون المعاملات المدنية أن تكون النصوص في القوانين الحديثة والتي تصدر واضحة.
2. أن يحسم المشرع العُماني الأمر فيما يتعلق بسلب الاختصاص القضائي للمحاكم الوطنية وذلك من خلال تبيان شروط سلب الاختصاص القضائي والآلية لذلك وأي نزاع من الممكن سلب الاختصاص فيه.

3. وكذلك نوصي بضرورة النظر في شأن الاتفاقيات التي أبرمتها السلطنة المتعلقة بمضامين القانون الدولي الخاص والتي تُعد جزءًا من القانون وفق النظام الأساسي وذلك لتسهيل تطبيق أحكام هذه الاتفاقيات.

بيان تضارب المصالح:

يقر جميع المؤلفين أنه ليس لديهم أي تضارب في المصالح.

المراجع:

أولاً: الكتب

1. أحمد مليجي ، موسوعة التعليق على قانون الإجراءات المدنية والتجارية بسلطنة عُمان، دار العلم والإيمان، مسقط الخوير، 2008.
2. صادق هشام علي، مدى حق القضاء المصري في التخلي عن اختصاصه الدولي بالمنازعات المدنية والتجارية، منشورات جامعة الإسكندرية، 2014.
3. محمود لطفي محمود عبد العزيز، الوجيز في القانون الدولي الخاص العماني، دار الكتاب الجامعي دولة الإمارات العربية المتحدة، 2020.

ثانياً: المجلات والرسائل والدوريات:

1. جمال محيي الدين، تنازع الاختصاص القضائي الدولي: المواد 10 - 11 من قانون الإجراءات المدنية الجزائرية، مجلة *المفكر* ع 6، (2010)، مسترجع من:
<http://search.mandumah.com/Record/458583>
2. سعيد شموح، حدود تأثر الاختصاص القضائي الدولي لضابط الخضوع الاختياري، مجلة *القانون والأعمال* ع 21، (2018)، مسترجع من:
<http://search.mandumah.com/Record/885883>
3. عبد السلام الإدريسي، الاختصاص القضائي الدولي في منازعات المعاملات الإلكترونية، مجلة *القانون المغربي* ع 37، (2018)، مسترجع من:
<http://search.mandumah.com/Record/943580>
4. محمد الروبي، نظرية المحكمة غير الملائمة كوسيلة للتعاون القضائي الدولي، مجلة الأمن والقانون مج 22، ع 1، (2014)، مسترجع من:
<http://search.mandumah.com/Record/771554>
5. إياد محمد السيادية، نور حمد الحجابا، القانون الذي يحكم اتفاق الأطراف على اختيار المحكمة المختصة، رسالة ماجستير، جامعة مؤتة، مؤتة، 2012، مسترجع من:
<http://search.mandumah.com/Record/783762>
6. محمد وليد المصري، دور الإدارة في تحديد الاختصاص الدولي للمحاكم البحرينية: دراسة تحليلية مقارنة، مجلة *جامعة الإمارات للبحوث القانونية* مج 36، ع 92، (2022)، مسترجع من:
<http://search.mandumah.com/Record/1331287>
7. ياسين محمد ثروت الشاذلي، نظرية المحكمة غير الملائمة Forum Non Conveniens وأثرها على الاختصاص القضائي الدولي في منازعات النقل الجوي: دراسة مقارنة، مجلة *البحوث*

القانونية والاقتصادية ع71، (2020)، مسترجع من:

<http://search.mandumah.com/Record/1092983>

رابعًا: القوانين

1. النظام الأساسي سلطنة عُمان مرسوم سلطاني رقم 2021/6، رقم (1374) الجريدة الرسمية، 11 يناير 2021.
2. القانون البحري سلطنة عمان مرسوم سلطنة عمان مرسوم سلطاني رقم 2023/9، رقم (1487) الجريدة الرسمية، 30 مارس 2023.
3. قانون استثمار رأس المال الأجنبي سلطنة عُمان مرسوم سلطاني رقم 2019/50، رقم (1300) الجريدة الرسمية، 1 يوليو 2019.
4. قانون الإجراءات المدنية والتجارية سلطنة عمان مرسوم سلطاني رقم 2002/29، رقم (715) الجريدة الرسمية، 6 مارس 2002.
5. قانون المعاملات المدنية سلطنة عُمان مرسوم سلطاني رقم 2013/29، العدد رقم (1012) الجريدة الرسمية، 6 مايو 2013.

خامسًا: الطعون

1. الطعن رقم 2018/215م جلسة 2019/11/26، مجموعة الأحكام الصادرة عن دوائر المحكمة العليا (العمالية- التجارية- الإجراءات) والمبادئ المستخلصة منها في الفترة من 2019/10/1م حتى 2020/9/30م.
2. الطعن رقم 2014/288م جلسة 2014/12/04، مجموعة الأحكام الصادرة عن الدوائر المدنية بالمحكمة العليا والمبادئ المستخلصة منها في الفترة من 2014/10/1 وحتى 2016/6/30 للسنتين القضائيتين الخامسة عشرة والسادسة عشرة.
3. الطعن رقم 2012/966 مدني عليا جلسة 2013/12/29، مجموعة أحكام دائرة التعويضات ((الديات والأروش)) الصادرة عن المحكمة العليا مع المبادئ المستخلصة منها والدليل الاسترشادي بالإصابات والديات والتعويضات المقدرة لها، سنة 2018.
4. الطعن رقم 2019/1084م جلسة 2023/09/14، مجموعة الأحكام الصادرة عن دوائر المحكمة العليا الشرعية والمدنية والمبادئ المستخلصة منها في الفترة من 2019/10/1م حتى 2020/9/30م.

5. هيئة حسم المنازعات التجارية الدعوى رقم 97/475 جلسة 1997/12/24، مجموعة القواعد القانونية التي قررتها الهيئة في عامها الرابع عشر 1997-1998.

استقلال القضاء كأحد مقومات التنمية المستدامة

*Independence of judiciary as a component of
sustainable development*

د. محمد بن عبدالله بن سعيد الجهوري
الجامعة العربية المفتوحة
(سلطنة عُمان)

د. حسين بن سعيد بن سيف الغافري
كلية القانون الجامعة العربية المفتوحة
(سلطنة عُمان)

د. ماهر إبراهيم عبيد إمام
كلية القانون الجامعة العربية المفتوحة
(سلطنة عُمان)

استقلال القضاء كأحد مقومات التنمية المستدامة

Independence of judiciary as a component of sustainable development

د. محمد بن عبدالله بن سعيد الجهوري

المجلس الأعلى للقضاء، سلطنة عُمان، كبير الباحثين القانونيين

أستاذ القانون العام المساعد/ زائر/ الجامعة العربية المفتوحة، (سلطنة عُمان)

mohd.8013@gmail.com

ORCID: 0009-0005-8549-3469

د. حسين بن سعيد بن سيف الغافري

أستاذ القانون العام المشارك، كلية القانون الجامعة العربية المفتوحة، (سلطنة عُمان)

hussain.g@aou.edu.om

ORCID: 0009-0006-0240-8888

د. ماهر إبراهيم عبيد إمام

أستاذ القانون العام كلية القانون الجامعة العربية المفتوحة (سلطنة عُمان)

maher.e@aou.edu.om

ORCID :0009-0004-4275-9311

DOI: <https://doi.org/10.70411/MJLS.1.1.2025163>

تاريخ القبول: 2024-09-29

تاريخ المراجعة: 2024-09-28

تاريخ الاستلام: 2024-09-04

الملخص:

لا شك أن استقلال القضاء يُعتبر ركناً أساسياً لضمان تحقيق العدالة وحماية حقوق الإنسان في داخل الدول، وبالتالي يسهم في التنمية المستدامة التي تضمن النمو المستدام الذي يهدف إلى تلبية احتياجات الجيل الحالي من دون المساس بقدرة الأجيال المستقبلية على تلبية احتياجاتها، والتي تهتم كذلك بتحسين جودة الحياة للأفراد وتعزيز المساواة والعدالة الاجتماعية، واستقلال القضاء في أي نظام دستوري يُعتبر هو الضمانة الأساسية للحقوق والحريات الفردية، كما يتعين لضمان حريات الأفراد إعمال مبدأ الفصل بين السلطات، وهنا يمكن القول إن تطبيق مبدأ الفصل بين السلطات يُعد من مقترضات استقلال القضاء، فلا وجود لفكرة استقلال القضاء إن لم يكن هنالك فصل فعلي بين السلطات، بحيث لا تقتنص إحداها على الأخرى، فلا تعتدي السلطة التنفيذية على استقلال السلطة القضائية فيفقد القضاء بذلك كل قيمة له.

الكلمات المفتاحية: استقلال القضاء، التنمية المستدامة، رؤية عُمان 2040، الفصل بين السلطات.

Abstract:

There is no doubt that independence of judiciary is considered a fundamental pillar for ensuring the achievement of justice and the protection of human rights within countries, and thus contributes to sustainable development that ensures sustainable growth that aims to meet the needs of the current generation without compromising the ability of future generations to meet their needs, which are also concerned with improving the quality of life for individuals and promoting equality and social justice. Independence of judiciary in any constitutional system is considered the basic guarantee of individual rights and freedoms. In addition, to guarantee the freedoms of individuals, the principle of separation of powers must be implemented. Here, it can be said that applying the principle of separation of powers is one of the assumptions of independence of judiciary. The idea of judicial independence does not exist if there is no actual separation of powers, such that one does not cease to control the other. Thus, the executive authority does not infringe on the independence of the judiciary, and thus the judiciary loses all value.

Keywords: Independence of judiciary, Sustainable development ‘Oman Vision 2040 ‘, Separation of powers.

المقدمة

يُساعد استقلال القضاء على تعزيز سيادة القانون، حيث يُصبح القانون هو المصدر الوحيد للسلطة، وهو ما يؤدي إلى بيئة أكثر استقراراً وأماناً، ما يُشجع ويعزز التنمية المستدامة بالتبعية. علاوة على حماية حقوق الإنسان، حيث يُصبح القضاء ملجأً للمواطنين ضد أي انتهاكات لحقوقهم، وهذا يؤدي إلى مجتمع أكثر عدلاً ومساواة، ما يُشجع على التنمية المستدامة، وتتطلع سلطنة عُمان إلى تحقيق التنمية المستدامة من خلال رؤية عُمان 2040، التي تُعد إستراتيجية شاملة تهدف إلى تحقيق التنمية المستدامة في الاقتصاد والبيئة والمجتمع والتكنولوجيا. حيث تهدف رؤية عُمان 2040، إلى تنمية الاقتصاد الوطني بطريقة مستدامة ومتوازنة وذلك من خلال تعزيز دور القطاع الخاص وتشجيع الاستثمارات الوطنية والأجنبية، فضلاً عن تعزيز الابتكار وتطبيق التكنولوجيا لتعزيز الإنتاجية وتنويع قاعدة الاقتصاد وتحسين فرص العمل والأعمال.

يُعتبر الحفاظ على البيئة والتنمية المستدامة من أهم الأولويات في رؤية عُمان 2040، حيث يتم تعزيز الاستدامة البيئية من خلال تبني سياسات وبرامج للحفاظ على الموارد الطبيعية وتعزيز الاستدامة البيئية، وتشجيع استخدام التكنولوجيا النظيفة والمتجددة وتعزيز الوعي البيئي لدى المجتمع.

تُعزّز كذلك رؤية عمان 2040، التنمية الاجتماعية المستدامة من خلال تحسين جودة حياة المواطنين وتوفير خدمات اجتماعية عالية الجودة لا سيما في التعليم والرعاية الصحية والإسكان والثقافة والرياضة، وتعزيز التكافل الاجتماعي وتقديم الدعم للفئات الهشة والمحتاجة.

ووفقاً للمحور الثالث من محاور رؤية عُمان 2040، وهو (محور الحكومة والأداء المؤسسي) فإن أهم الأولويات المرتبطة به في التشريع والقضاء والرقابة هو التوجه الإستراتيجي نحو نظام قضائي مستقل. بناءً عليه يُعد استقلال القضاء أحد مقومات التنمية المستدامة.

مشكلة البحث:

تتجسد مشكلة البحث في ماهية العلاقة بين استقلال القضاء كأحد مظاهر مبدأ الفصل بين السلطات من ناحية والتنمية المستدامة من ناحية أخرى؟ ويترتب على هذه الإشكالية عدة تساؤلات لعل أهمها الآتي؛ ما المقصود باستقلال القضاء، وما هي المرتكزات التي يقوم عليها هذا الاستقلال؟ ما المقصود بالتنمية المستدامة وفقاً لرؤية عُمان 2040؟ كيف يؤثر استقلال القضاء على تعزيز التنمية المستدامة؟

أهمية البحث:

يضمن استقلال القضاء في سلطنة عُمان وفقاً لرؤية 2040، تعزيز سيادة القانون، حيث يتم تطبيق القوانين بشكل متساوٍ على الجميع دون تفضيل لأحد. وهذا يعزز النظام القانوني في المجتمع ويعطي الجميع الثقة في العدالة من ناحية، ومن ناحية أخرى يُعتبر استقلال القضاء عاملاً مهماً في جذب الاستثمارات الوطنية والأجنبية. فالاستثمارات تتطلب بيئة قانونية مستقلة وموثوقة، حيث يتم تحقيق حماية الملكية وتطبيق العقود بمصادقية.

أهداف البحث:

يبرز البحث العلاقة الوثيقة بين استقلال القضاء في سلطنة عُمان وتحقيق التنمية المستدامة باعتبارها أحد مقوماتها الحقيقية الفاعلة. كما تهدف لبيان أوجه تعزيز التنمية المستدامة من خلال استقلال القضاء.

منهجية البحث:

اعتمد البحث استخدام المنهج الوصفي والتحليلي والمقارن؛ وذلك لوصف وتحليل النصوص التي أوردها المشرع العُماني لمبدأ استقلال القضاء سواء في النظام الأساسي للدولة لعام 2021، وكذلك في القوانين والتشريعات.

خطة البحث:

جاء تقسيم البحث إلى مبحثين تناول المبحث الأول؛ مفهوم استقلال القضاء ومركزاته، وتناولنا فيه: مفهوم استقلال القضاء، ومركزات استقلال القضاء، أما المبحث الثاني فجاء بعنوان "دور استقلال القضاء في تعزيز التنمية المستدامة"، وتحدثنا فيه عن المقصود بالتنمية المستدامة، وصور تعزيز التنمية المستدامة من خلال استقلال القضاء.

المبحث الأول:

مفهوم استقلال القضاء ومرتكزاته

تمهيد

يُعتبر مبدأ استقلال القضاء من المبادئ الأساسية التي نصت عليها أغلب دساتير الدول المعاصرة¹؛ لأنه لا معنى للمناداة بسيادة القانون والفصل بين السلطات دون وجود قضاء مستقل يعمل بمنأى عن أي تدخلات من قبل باقي سلطات الدولة، فالقضاء هو حامي الحقوق وميزان العدالة في الدولة، لذا فمن أجل أن يمارس مهامه لا بُد أن يكون مستقلاً في عمله عن السلطتين التشريعية والتنفيذية. فلا شك أن استقلال السلطة القضائية وتمتعها بالضمانات الكافية لصيانته هذا الاستقلال، ضروريان لتحقيق رقابة فعالة ومنتجة. ولا شك أن ما يتمتع به القضاء من حصانة واستقلال وعلى الخصوص تجاه السلطة التنفيذية، كفيلاً بتحقيق رقابة قوية على الإدارة، وبضمان تطبيق مبدأ المشروعية بخضوع الجميع لحكم القانون بمعناه الواسع. أما حيث يفقد القضاء استقلاله، فيكون رجاله من حيث اختيارهم أو ترقيتهم أو ممارسة اختصاصاتهم، خاضعين للسلطة التنفيذية، فإن الرقابة القضائية تفقد فعاليتها، وتبعاً لذلك يصبح مبدأ خضوع الدولة للقانون مبدأ نظري لا وجود له في أرض الواقع².

المطلب الأول:

مفهوم استقلال القضاء

يُعد استقلال القضاء من المقومات الأساسية التي تضطلع بتعزيز التنمية المستدامة، وقد وردت عدة تعريفات لاستقلال القضاء منها يقصد باستقلال القضاء أن لا يخضع القضاء والمحاكم في الدولة لسلطان أي جهة أخرى، وأن يكون عملهم خالصاً لإقرار الحق والعدل، خاضعاً لما يُمليه الشرع أو القانون والضمير دون أي اعتبار آخر، وأن تكون الأحكام والقرارات الصادرة منهم نافذة غير ممكن التعديل أو الإلغاء أو التعليق عليها من قبل أي جهة، كما عرّفت منظمة العفو الدولية استقلال القضاء بأن يصدر الحكم في أي قضية مطروحة أمامها في إطار من الحيادة وعلى أساس الوقائع وطبقاً لأحكام القانون دون

¹ ثار خلاف حول اعتبار القضاء سلطة مستقلة فذهب اتجاه لاعتباره جزء من السلطة التنفيذية، ولكن أغلبية الآراء تذهب لاعتبار القضاء سلطة مستقلة، الدكتور/ سليمان الطماوي، النظم السياسية والقانون الدستوري، دراسة مقارنة، دون ذكر دار نشر، 1988، ص557.

² سليمان الطماوي، النظم السياسية والقانون الدستوري، المرجع السابق، ص344.

أي تدخل أو ضغوط أو تأثير غير مناسب من أي سلطة حكومية أو غير حكومية، كما أن الاستقلالية تعني أن يكون المعيار في اختيار الأشخاص الذين يتولون مناصب القضاء هو خبرتهم القانونية¹. ويُعتبر حجر الزاوية في أي نظام قضائي، مدى قدرته على تحقيق العدالة لمواطنيه، وإذا مثل الاستقلال الهيكلي أو التنظيمي أو المؤسسي للقضاء نقطة بدايته، فإن استقلال القاضي هو نقطه نهايته فلا سبيل للحديث عن استقلال القضاء ما لم يكن يقوم على تطبيق القانون قاضٍ مستقل.

فاستقلال القاضي هو تسليمه بحاكمية القانون، دون انصياعه لنوازع النفس وشهوة السلطة أو المال، ودون انقياده وراء أهوائه ومعتقداته، متخلياً عما قد يؤثر فيحكمه ويتصل بتكوينه أو ثقافته أو انتماءاته.

وتحرص الدساتير في مختلف الدول على كفالة ضمانات استقلال القضاء بصفة عامة، وعند تعرضها للقضاء الدستوري فإنها تخصصه بالمزيد من هذه الضمانات²، وهو حرص ينبع من تصور أن سلطتي الدولة الآخرين (التنفيذية والتشريعية) هما الأكثر نفوذاً وقوة مقارنة بسلطة القضاء، وهي ظاهرة تبدو ماثلة تقريباً، في كل النظم السياسية، وعلى مختلف أقطار العالم معاصرة وماضية، فلم نكد نصادف قضاءً له من السلطات ما للسلطات الأخرى لا سيما السلطة التنفيذية³.

¹ حسين الغافري، ماهر إبراهيم، ومحمد العالم آدم، مبدأ استقلال القضاء بين النظرية والتطبيق في النظامين العُماني والسوداني، دراسة مقارنة، مجلة الدراسات الفقهية والقانونية، المعهد العالي للقضاء بسلطنة عُمان، العدد الخامس عشر، تموز/ يوليو 2023م، ص161.

² المستشاران ياقوت العشماوي وعبد الحميد عثمان، أحكام وقرارات المحكمة العليا الجزء الأول، دون ذكر دار نشر، 1973، ص9-10.

³ بل إن الفقه الفرنسي استغرق دهوراً في الخلاف حول ما إذا كان القضاء يُعد من حيث الأصل سلطة ثالثة تضاف إلى جانب السلطتين التشريعية والتنفيذية، أم أنه مجرد فرع لتلك السلطة الأخيرة.

وفي هذا الإطار فإن الفقيه الأمريكي Alexander Hamilton يصف القضاء بأنه "الفرع الأقل خطراً"؛ لأنه لا يملك القوة التي تمكنه من إنفاذ حكم القانون دون تدخل من باقي مؤسسات الدولة. إبراهيم محمد حسنين، الرقابة على دستورية القوانين في الفقه والقضاء، منشأة المعارف، 2000، ص 606.

وفي تقديرنا أن ذلك يعزى -أيضاً- إلى أن السلطة القضائية موزعة ومفتتة أفقياً، بين محاكم وجهات قضاء وغيرها، تنقسم فيما بينها الولاية القضائية، وهو ما يغيّر وضع السلطة التنفيذية، التي تتركز فيها السلطة رأسياً، بمعنى أن رأس السلطة التنفيذية، وفقاً لمبدأ التدرج الرئاسي، هو من يملك صلاحيات تلك السلطة كافة ويباشرها من خلال وزراء ومعاونين.

ومن قبيل هذه الضمانات ما يكون تعزيزاً لقوة القضاء تجاه سلطات الدولة الأخرى أو تحديداً للعلاقة بينهما، فمثل هذه الضمانات القصد منها دعم استقلال القضاء بوصفه بناءً مؤسسياً. وبهذه المثابة فهو ذو طبيعة خارجية. يهدف لتوقي تأثير غيره من سلطات الدولة عليه.

على أنه يلاحظ أن استقلال القضاء مرهون ليس فحسب بنصوص تسعى لكفالاته إنما مرهون قبل ذلك بممارسة عملية نتاج علاقات القوى الفاعلة في المجتمع، انطلاقاً من أن مثل هذا الاستقلال لا يعكس مجرد كونه قضية قانونية، إنما أبعاده تتجاوز مسألة تنظيمه القانوني لتتداخل مع سائر ظواهر المجتمع وأخصها الظاهرة السياسية، وبالإجمالي هو جزء لا يتجزأ من نظم الحياة للمجتمعات البشرية، يبلغ فيها القضاء أبعد مراتب استقلاله كلما بلغت مظاهر الرقي والتحضر فيها ذات المرتبة، ولو لم تكن نصوصاً قانونية تضمنه، وبالعكس مهما كانت مثل هذه النصوص قائمة؛ فإنها لا تمنع العصف باستقلال القضاء لا يضمنه تنظيمًا حياتيًا راقياً.

والهدف الذي سعت له الدساتير من وراء إضفاءها ضمانات حقيقية وجادة لكفالة استقلال القضاء هو الحيلولة دون نفاذ أي تأثير في تفسيرات القضاة للنصوص القانونية المطروحة عليهم، ومن هذه الأساليب ما تمارسه السلطات الرسمية في الدولة، ويكون ذلك من خلال استخدام سياسة التعيين ومحاولة إعادة تشكيل المحكمة بتعيين قضاة يتبنون تفسيرات الجهة التي عينتهم أو من خلال سعي هذه السلطات للحد من دور القضاء الدستوري بتقليص صلاحياته، وأخيراً ما يكون من خلال الالتفاف حول تفسيراته وتجريدها من مضمونها.

شروط تولي القضاء في سلطنة عُمان:

درجت القوانين التي تنظم السلطة القضائية على وضع شروط عامة للتعين في السلطة القضائية علاوة على الشروط الخاصة وشرط الأهلية، وتتمثل الشروط العامة التي لا يخلو منها أي نظام قضائي في الآتي:

1. أن يكون حسن الأخلاق محمود السيرة: وهذا الشرط أساسي وضروري ويجب أن يتوفر فيمن يلي القضاء؛ وذلك لأن القاضي هو الأمين على حقوق الناس وهو الذي يرد الحق المغصوب إلى صاحبه لذلك يجب أن تتوافر فيه الأخلاق الحميدة حتى يطمئن المتقاضون إلى حكمه وعدله.

2. ألا يكون قد صدر حكم من محكمة مختصة أو من مجلس محاسبة في أمر مغل بالشرف أو الأمانة حتى لو صدر قرار بالعفو عنه. وهذا الشرط أيضاً تم وضعه للتأكد من نزاهة الشخص المرشح للهيئة القضائية.

3. المؤهل العلمي: كذلك من ضمن شروط تولي القضاء المؤهل العلمي، ووفقاً لهذا الشرط يجب أن يكون المترشح لمنصب القضاء حاصلاً على درجة في القانون من جامعة معترف بها.¹ كما نص المشرع العماني في قانون السلطة القضائية لسنة 1999، على الشروط الخاصة وذلك في المادة 25 بقوله (مع مراعاة أحكام المادة (21)، يجوز أن يعين في إحدى الوظائف القضائية التالية من اشتغل بتدريس الشريعة الإسلامية أو القانون في الجامعات والمعاهد العليا المعترف بها، أو مارس المحاماة مدة لا تقل عن:

أ- ثلاث سنوات، إذا كان التعيين في وظيفة قاض.

ب- ست سنوات، إذا كان التعيين في وظيفة قاضي محكمة ابتدائية ثان، منها بالنسبة إلى المحامين سنتان أمام المحاكم الابتدائية.

ت- ثماني سنوات، إذا كان التعيين في وظيفة قاضي محكمة ابتدائية أول، منها بالنسبة إلى المحامين ثلاث سنوات أمام المحاكم الابتدائية.

ث- اثنتي عشرة سنة، إذا كان التعيين في وظيفة قاضي محكمة استئناف، منها بالنسبة إلى المحامين سنتان أمام محاكم الاستئناف.

ج- سبع عشرة سنة إذا كان التعيين في وظيفة قاضي المحكمة العليا، منها بالنسبة إلى المحامين سنتان أمام المحكمة العليا).

كما نصت المادة 26 على جواز التعيين في الوظائف القضائية من اشتغل في أعمال نظيره بقوله (مع مراعاة أحكام المادة (21)، يجوز أن يعين في إحدى الوظائف القضائية الآتية، من مضى على اشتغاله بأعمال قانونية نظيرة، مدة لا تقل عن:

أ- خمس سنوات، إذا كان التعيين في وظيفة قاض.

ب- ثماني سنوات، إذا كان التعيين في وظيفة قاضي محكمة ابتدائية ثان.

ت- عشر سنوات، إذا كان التعيين في وظيفة قاضي محكمة ابتدائية أول.

ث- أربع عشرة سنة، إذا كان التعيين في وظيفة قاضي محكمة استئناف.

¹ انظر قانون السلطة القضائية العماني المادة 25.

ج- تسع عشرة سنة، إذا كان التعيين في وظيفة قاضي المحكمة العليا.

كما تنص المادة 32 من القانون ذاته بأن يكون التعيين بناءً على مرسوم سلطاني ما عدا التعيين في وظيفة مساعد قضائي بقولها: (يكون التعيين في الوظائف القضائية بمرسوم سلطاني، بناءً على ترشيح مجلس الشؤون الإدارية، وذلك فيما عدا وظيفة قاض مساعد فيكون التعيين فيها بقرار من وزير العدل بعد موافقة المجلس)²

المطلب الثاني:

مرتكزات استقلال القضاء

لكفالة استقلال القضاة في الدولة القانونية، بحيث يصبح القضاء حامياً حقيقياً للحقوق والحريات وقيداً فعلياً بتكريس مبدأ المشروعية وتطبيق حكم القانون، لا بُد من وجود أسس ضرورية ولازمة، ولإمكان وجود رقابه فعالة على انحراف سلطة التشريع وخروجها على مبادئ الدستور، حيث إنه بوجود تلك الأسس مجتمعة يمكن أن توجد الوسائل التي تمكن من رقابة القضاء على تكريس مبدأ المشروعية، ومن هذه الوسائل⁽¹⁾، انفراد القضاء بالفصل في المنازعات الناشئة بين الأفراد أو بينهم وبين الإدارة، واستقلال القضاء بإصدار أحكام الإدانة أو البراءة، كذلك حظر تحصين أي عمل من رقابة القضاء، فضلاً عن عدم قابلية القضاة للعزل، ما يدعم استقلال القضاء من ناحية ويكفل نوعاً من رقابة الرأي العام على أعماله من ناحية أخرى، علنية جلساته ونشر أحكامه كمبدأ عام¹.

أولاً: انفراد القضاء بالفصل في المنازعات الناشئة بين الأفراد أو بينهم وبين الإدارة

بمعنى أن القضاة هم وحدهم دون غيرهم الذين يستقلون بتطبيق القانون على المنازعات والدعاوى بين الأفراد أو بين الأفراد والسلطة التنفيذية، ولا يجوز لأي جهة في الدولة أياً كانت أن تتدخل في أعمال القضاة أو أن تطلب تطبيقاً معيناً لنص معين أو أن تفرض حكماً معيناً في قضية معينة، ويُعتبر مثل هذا التدخل جريمة بموجب المادة (78) من النظام الأساسي للدولة لسنة 2021م، والتي جاء نصها "لا سلطان على القضاة في قضائهم لغير القانون... ولا يجوز لأية جهة التدخل في القضايا أو في شؤون العدالة. ويُعتبر مثل هذا التدخل جريمة يعاقب عليها القانون"².

¹ محسن العبودي، رئيس الدولة بين النظم المعاصرة والفكر السياسي الإسلامي، دار النهضة العربية، 1999، ص 420.

² يحيى الجمل، (المرجع نفسه)، ص 237-238.

وبمفهوم المخالفة لا يجوز لغير القضاة أن يحكموا في الدعاوى؛ لأن القاضي الطبيعي هو الذي يجب أن يناط به وحده الفصل في الأفضية والمنازعات في الدولة القانونية¹. أما أن تنتزع بعض الأفضية لأهمية خاصة تقوم في نظر السلطات ويعطي الاختصاص بالفصل في تلك الأفضية لغير جهة القضاء العادي فهو أمر يتعارض مع مفهوم استقلال القضاء تماماً². لكن ذلك لا يمنع إطلاقاً من أن غالبية دول العالم يوجد لديها إلى جوار القضاء العادي قضاء استثنائي يختص بالنظر في قضايا معينة، كالقضاء العسكري الذي يفصل في الجرائم العسكرية، وما إلى ذلك ولكن هذا القضاء الاستثنائي يستمد ولايته من قوانين قائمة قبل ارتكاب الأفعال يعلم بها سلفاً المخاطبون بأحكام القانون أو يفترض فيهم العلم بها. وأن هذا القضاء الاستثنائي يأخذ معنى القضاء العادي من ناحية أنه وإن اختص بنوع معين من الدعاوى استثناء من أصل عام إلا أن وجوده نفسه مقرر في قوانين عادية معلومة للكافة ويجب على الكافة مراعاة وجود تلك القوانين.

ثانياً: استقلال القضاء بإصدار أحكام الإدانة أو البراءة

يستقل القضاة وحدهم دون غيرهم بإنزال أحكام القوانين الجزائية على الناس، وذلك يستلزم بالضرورة أن يكون الحبس الاحتياطي بكل صوره - ويدخل فيه الاعتقال في غير حالة الأحكام العرفية التي يجب أن تبقى في أضيق نطاق - من اختصاص القضاة وحدهم، كذلك فإنه يتفرع عن ذلك أنه يجوز لأي شخص يوضع في حالة من حالات الحبس الاحتياطي أو الاعتقال أن يلجأ إلى القضاء متظلماً من ذلك، وللقضاء الحق الكامل في النظر في ذلك التظلم وإنزال حكم القانون عليه.

ولا شك أن السلطة في الدولة القانونية قائمة على فكرة القانون ومرتبطة بها ولتحقيق احترام القانون لا بُد من التمكين للسلطة من تحقيق النظام العام، والذي لا تجد السلطة في مجتمع من المجتمعات مبرراً لوجودها إلا بالعمل على تحقيقه لدى الجماعة. لكن هذه السلطة لا بُد أن تتحرك في إطار من ضمانات احترام حقوق الإنسان وحرية الإنسان، ذلك لأن حرية الإنسان في إطار مجتمعه وبغير عدوان على ذلك المجتمع هي غاية كفاح الشعوب منذ فجر التاريخ حتى اليوم، لذا لا يمكن أن يكون حرمان إنسان من هذه الحرية في الدولة القانونية بغير تدخل من قاضيه الطبيعي.

والواقع أن النظام المعروف في إنجلترا باسم (habeas corpus) يحقق هذه الغاية على نحو ممتاز. ومقتضى هذا النظام أنه يجوز لأي شخص تم الاعتداء على جسده سواء بالحبس أو الاعتقال أو تقييد

¹ ماجد الحلو، الدولة في ميزان الشريعة، دار المطبوعات الجامعية، 1994، ص 212.

² يحيى الجمل، الرقابة على دستورية القوانين، جامعة عين شمس، 1967، ص 33.

الحركة بمنع السفر أو بالإبعاد إلى مكان معين أو بفرض إقامة جبرية أو ما إلى ذلك من صنوف الاعتداء على حرية الجسد في الحركة؛ أن يتظلم أمام القاضي وأن ينظر تظلمه ويفصل فيه خلال أربع وعشرين ساعة. وهذا الإجراء أو ما يشبهه في فرنسا كنظام الحماية المستعجلة للحريات الأساسية¹، يُعدّ كفالة أساسية من كفالات الحرية وقيد حقيقي على ممارسة السلطة لتكون دائماً في إطار القانون.

ثالثاً: حظر تحصين أي عمل من رقابة القضاء

إن القول بأن ممارسة السلطة يجب أن تكون دائماً في إطار القانون، يؤدي بالضرورة إلى مسؤولية أجهزة السلطة العامة عن أفعالها، وأنه لا يجوز أن تكون تلك الأعمال محصنة من المسؤولية أمام القضاء. فيجب لضمان الحقوق والحريات أن تخضع الإدارة لنوع من الرقابة القضائية عندما تدخل في علاقات مع الأفراد أو عندما تقوم مراكز قانونية بينها وبين العاملين فيها؛ ذلك لأن خضوع أعمال أجهزة السلطة للقانون وإعطاء القضاء الحق في مراقبة هذا الخضوع وكفالة حق الالتجاء إلى القضاء لصاحب مصلحة تضرر بسبب سوء تصرف الأجهزة الإدارية، أمر من صميم الدولة القانونية.

وترتيباً على ذلك يمكن القول إن نظرية أعمال السيادة يجب أن تظل في أضيق نطاق؛ ذلك لأن التوسع في الأعمال التي تدخل في نطاق السيادة يؤدي إلى توسيع نطاق الأفعال التي لا تخضع لمراقبة الجهة القضائية، لذا يجب أن تبقى النظرية في إطار الاستثناء لا تعدوها؛ لأن التوسع فيها ينال من قانونية الدولة بقدر هذا التوسع نفسه².

والمستقر عليه فقهاً وقضاً أن مفهوم أعمال السيادة بأنها الأعمال التي تصدر عن الحكومة بوصفها سلطة حكم وليس بوصفها سلطة إدارية، ويعني ذلك أن أعمال السيادة هي التي تباشرها الحكومة باعتبارها سلطة عامة في نطاق وظيفتها السياسية، ويشمل ذلك الأعمال المتصلة بالشؤون الخارجية للدولة، والأعمال المتصلة بالحرب والتدابير المتعلقة بأمن الدولة الداخلي والخارجي وغيرها، أما الأعمال الإدارية فهي التي تقوم بها السلطة التنفيذية في حدود وظيفتها الإدارية.

وحيث إن المشرع العُماني وفق المادة (7) من قانون محكمة القضاء الإداري لم يحدد أعمال السيادة ولم يضع تعريفاً لها، أسوة في ذلك بقوانين القضاء الإداري المقارن، وهو ما يعني أنه ترك الأمر للمحكمة

¹ محمد باهي أبو يونس، الحماية القضائية المستعجلة للحرية الأساسية، دراسة لدور قاضي الأمور المستعجلة الإدارية في حماية الحرية الأساسية وفقاً لقانون المرافعات الإدارية الفرنسي الجديد، دار الجامعة الجديدة للنشر، 2008، ص158.

² حسين جميل، حقوق الإنسان في الوطن العربي، مركز دراسات الوحدة العربية، 2001، ص141.

لنقرر بسلطتها التقديرية ما يُعتبر من أعمال السيادة فتخرجها من اختصاصاتها وما لا يُعتبر كذلك فتخضعها لرقابتها، ومع ذلك قد يتدخل المُشرع ويحدد بعض هذه الأعمال إما بمرسوم أو أمر سلطاني^[1]. وبذلك فإن المشرع العُماني ترك تحديد ما يدخل في نطاق أعمال السيادة من عدمه للقضاء.

ويُسجل للقضاء الإداري في سلطنة عُمان إصداره لأحكام تاريخية؛ لأنه لم يلتزم فيها بتطبيق القانون فقط، بل ذهب باتجاه الدعوة لتصويب النصوص القانونية، ويتعلق الأمر بالقرار الصادر عن محكمة الاستئناف في جلسة 11 تشرين الثاني/ نوفمبر لعام 2019م، والتي أُرست من خلاله أن القاضي الإداري هو الحارس الأمين على مبدأ المشروعية، وقالت في ذلك إن المحكمة ما كان ليفوتها أن تهيب بالسلطة المختصة بمجلس الشورى وجوب تعديل نص المادة (95) من لائحة تنظيم شؤون موظفي مجلس الشورى بما يتوافق وأحكام قانون البعثات والمنح والإعانات الدراسية؛ ذلك لأن تقرير صرف بدل التدريب طبقاً للمادة المذكورة، إنما يتعارض مع الحكمة التشريعية من تقريره، كما يؤدي إلى تمييز بين موظفي الدولة الموفدين في بعثات للحصول على دراسات عليا فوق الجامعية^[2].

وفي حكم آخر ذهب القضاء الإداري العُماني إلى دعوة المشرع إلى وضع قوانين بشأن التعويضات عن الكوارث، وذلك بقولها (المحكمة في النهاية تهيب بالمشرع أن يتدخل لوضع قوانين التعويض عن الكوارث الطبيعية، فيحدد نطاقه، وأوضاعه، في ضوء ظروف المجتمع والاقتصادية، وقدراته المالية، وذلك بعد أن أصبح من المألوف تأثر السلطنة بعوامل الطبيعة وفي مدد متقاربة، نتج عنها إلحاق أضرار بالإنسان والممتلكات يصعب مواجهتها من الفرد)^[3].

كما ذهب القضاء المصري تجاه الدعوة لتصويب النصوص الدستورية، ويتعلق الأمر بالقرار الصادر عن المحكمة الإدارية العليا في جلسة 2005/9/6، والتي أُرست من خلاله مبدأً عاماً أن القاضي الإداري هو الحارس الأمين على مبدأ المشروعية، وقالت المحكمة في ذات القرار "إن مبدأ المشروعية لا يتفق وتحصين قرارات لجنة الانتخابات المشرفة على انتخاب رئيس الجمهورية من رقابة القضاء باعتبارها قرارات إدارية مما يختص القضاء الإداري بفحص مشروعيتها، إلا أن القاضي الإداري التزاماً منه بمبدأ المشروعية أعلن التزامه بتطبيق النص الدستوري الذي حصن قرارات تلك اللجنة". وذهبت المحكمة للدعوة لتصويب النص الدستوري وتعديله بما يجعل للقضاء الإداري ولاية كاملة تشمل كل

¹ حكم الاستئناف رقم (س أ - 994 - 21) جلسة 2021/4/25م.

² حكم الاستئناف رقم (س أ - 1074) للسنة (19) ق. س.

³ حكم الاستئناف رقم (س أ - 965 - 21) جلسة 8 تشرين الثاني/ نوفمبر 2021م.

القرارات الإدارية تطبيقاً لمبدأ المشروعية وحفاظاً على حقوق الأفراد بقولها "والمحكمة إذ تقضي بذلك، فإنها تهيب بالمشروع الدستوري أن يعيد النظر جدياً في نص المادة (76) من الدستور في ضوء ما تقدم بحيث يرجع النص إلى الأصل العام والمبادئ المستقرة في شأن عدم تحصين أي قرار من رقابة القضاء الإداري"¹.

رابعاً: عدم قابلية القضاء للعزل

مؤدى هذه الضمانة الحيلولة دون مؤاخذة القاضي بإنهاء ولايته القضائية، عقاباً على مواقفه واتجاهاته، حتى لا يُعد اجتهاده سيقاً مسلطاً عليه إذا لم يوافق اتجاه السلطة التي بيدها إنهاء ولايته القضائية. وعلى هذا النحو لا تعني هذه الضمانة، عدم إنهاء ولاية القاضي لغير هذا السبب، فيمكن ذلك لأسباب تتعلق بعدم الصلاحية لأسباب فنية أو تأديبية أو صحية أو للتقاعد. كما تشمل هذه الضمانة نقل القاضي أو ندبه أو إعارته دون موافقته؛ لما في ذلك من إنهاء ولايته القضائية وبما ينطوي على عقاب له. ويمثل ذلك المعنى الضيق لهذه الضمانة.

من ثم لا يجوز عزل القضاة بغير الطريق التأديبي²، عموماً وفي أحوال محددة ووفقاً لإجراءات معينة يرسمها القانون بوضوح، حيث لا يجوز لأي سلطة التدخل في القضايا أو شؤون العدالة³. وضماناً لعدم التحايل على عدم قابلية القضاء للعزل عن طريق نقلهم إدارياً ما يؤدي بدوره إلى تغير نطاق اختصاصهم المكاني والزمني، ويؤكد استقلال القضاء؛ أن يكون تعيين القضاة ونقلهم وفقاً لإجراءات معينة يراعى فيها قدر من التشدد الواجب عند تعيينهم. كذلك فإن تأديب القضاة وعزلهم يجب أن تستقل به الجهة القضائية وحدها وأن يُعطى القاضي أوسع الضمانات للدفاع عن نفسه⁴.

وتستهدف هذه الضمانة، على نحو ما يبدو، أن يأمن القاضي، وهو يقيم العدل، من أن يطال في عمله أو يمس في مورد رزقه. فينطلق مقيماً للعدل، بغير خوف أو رهبة، فهي ضمانة مقررّة ليس حماية للقاضي في ذاته، وإنما وقاية لحقوق المتقاضين من أن يحيف بها خوفاً أو يبغى عليها رهباً⁵.

¹ محمد منير، دور القضاء الإداري في ترسيخ مبدأ المشروعية من خلال الأحكام القضائية، مطبوعات المنظمة العربية للتنمية الإدارية، 2008، ص 40.

² محمد كامل عبيد، استقلال القضاء، دون ذكر دار نشر، 1988، ص 277.

³ سليمان الطماوي، النظم السياسية والقانون الدستوري، المرجع السابق، ص 558.

⁴ محسن العبودي، المرجع نفسه، ص 739.

⁵ LACHAIRE (F.): La Protection Constitutionnelle des droits et libertés publiques. Paris. Economica 1998 - p. 202.

وهذه الغاية أُلقت بظلالها على معنى هذه الضمانة ونطاقها. فمن ناحية أنها تعني في أخص مفهومها أن رئيس أو نائب رئيس المحكمة بعد توليته لا يمكن فصله منها، ولا يجوز وقفه عن العمل، ولا نقله إلى عمل آخر، ولا تصح إحالته إلى التقاعد إلا وفقًا لما يقرره القانون، ومن ناحية أخرى ينحسر عن هذه الضمانة وصف الإطلاق، فهي إن كانت تعصم رئيس أو نائب رئيس المحكمة من كل تصرف تأتيه الدولة يحول دون ممارسته لأعمال وظيفته، إلا أنها تتوقف عند الحالات التي يسوغ فيها الحيلولة دون هذه الممارسة، إذ على نحو ما يقضى به منطق الأشياء لا تحول هذه الضمانات دون إحالته إلى التقاعد، إما بلوغًا لسن التقاعد، وإما لظروف صحية يستحيل معها تأدية مهام وظيفته، وإما لافتقاده لشرط من شروط صحة تولية القضاء أو لتوافر سبب من أسباب عدم صلاحيته على نحو ما يأتي بيانه تباعًا.

خامسًا: الاستقلال المالي والإداري للقضاء

لا يكتمل الاستقلال للقضاء دون توافر مقومات استقلاله ماليًا وإداريًا عن غيره، والذي ينصرف إلى الجهات ذات التأثير المفترض عليه من السلطتين التنفيذية والتشريعية.

ومؤدى الاستقلال المالي ضمان عدم تبعية جهة القضاء فيما يتصل بكيفية تصريف وإدارة شؤونها المالية، ويشير الفقه عادة إلى مثل هذا الاستقلال، أنه ضمانة مالية فيقتصر دور السلطة التشريعية المنوط بها إصدار قوانين ربط الموازنة العامة، بإدراج المبالغ المخصصة لجهة القضاء في الموازنة دون أن تتدخل هي أو السلطة التنفيذية في تحديد أولويات الإنفاق وأوجهه، ومؤدى الاستقلال الإداري أن تخضع الشؤون الإدارية والمتعلقة بتنظيم سير العمل والأطقم البشرية غير الفنية كافة لتصريف وإدارة ذاتية من القضاء.

وقد نص النظام الأساسي للدولة الصادر بالمرسوم السلطاني 2021/6م، في المادة (77) على استقلالية القضاء، وأن سيادة القانون أساس الحكم في الدولة وشرف القضاء ونزاهة القضاة وعدلهم ضمان للحقوق والحريات. وقد شهد القضاء في سلطنة عُمان نقلة نوعية نحو الاستقلال التام، وجاء المرسوم السلطاني رقم (2023/35) بشأن تنظيم إدارة شؤون القضاء إعلاءً لمبدأ سيادة القانون، ومعززًا مكانة القضاء في سلطنة عُمان، وذلك من خلال إنشاء مجلس أعلى للقضاء برئاسة جلالة السلطان ونص في مادته الأولى على أن (ينشأ مجلس يسمى "المجلس الأعلى للقضاء"، يتمتع بالشخصية الاعتبارية والاستقلال المالي والإداري...).

ويُمنح المجلس الأعلى للقضاء الشخصية الاعتبارية والاستقلال المالي والإداري، يتولى الشؤون المتعلقة بالقضاء كافة، ويُخصّص له ميزانية سنوية مستقلة، من حيث رفده بالكوادر الفنية والإدارية

المتخصصة، وحتى تكون الأعمال الإدارية والمالية ذات الصلة بالقضاء فقد عُني التنظيم الجديد للقضاء في السلطنة بكفالة التفويض الإداري اللازم في مختلف المستويات، لتحقيق الأهداف المرجوة وفقاً لرؤية عُمان 2040، بشأن منظومة قضائية مستقلة تُرسخ العدالة والقانون.

المبحث الثاني:

دور استقلال القضاء في تعزيز التنمية المستدامة

تمهيد

لا شك أنه من تبعات استقلال القضاء تعزيز التنمية المستدامة، فاستقلال القضاء يعزز ثقة المتعاملين مع الدولة، في عدالتها وقيمها القضائية ويوفر الطمأنينة بأن لا أحد قادر أن يتعدى على الحقوق سواء فرد أو مؤسسة أو حتى الدولة ذاتها، ولو حصل ذلك فالقضاء باستقلاله لديه القدرة أن يُرجع الحقوق إلى أصحابها، وتتبدى أهم مظاهر وصور تعزيز التنمية المستدامة من خلال استقلال القضاء، في جذب الاستثمارات والترقية الاقتصادية من ناحية، وتعزيز حقوق الإنسان من ناحية أخرى، ونتناول ذلك فيما يلي:

المطلب الأول:

المقصود بالتنمية المستدامة

بالرغم من اكتساب مصطلح التنمية المستدامة اهتماماً عالمياً كبيراً بعد ظهور تقرير لجنة برونتلاند والذي صاغ أول تعريف للتنمية المستدامة، إذ عرفها بأنها "التنمية التي تلبي الاحتياجات الحالية الراهنة دون المساومة على قدرة الأجيال المقبلة في تلبية حاجاتهم"¹، ومن هذا التعريف يتعين على الأجيال الحاضرة عدم تجاهل حقوق الأجيال المقبلة في البيئة والموارد الطبيعية عند استخدامها، إذ بلا شك يمثل هذا التجاهل تهديداً بعدم استمرارية التنمية في المستقبل، فالحفاظ على قاعدة الموارد الطبيعية يؤدي إلى تحقيق التقدم الاقتصادي والاجتماعي المنشود.

كما عُرِفَت التنمية المستدامة بمؤتمر منظمة الزراعة والأغذية العالمية (FAO) بأنها "إدارة قاعدة الموارد وصونها وتوجيه عملية التغير البيولوجي والمؤسسي على نحو يضمن إشباع الحاجات الإنسانية

¹ حسونة عبد الغني، الحماية القانونية للبيئة في إطار التنمية المستدامة، رسالة دكتوراه منشورة، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة محمد خيضر بسكرة، الجزائر، 2012/ 2013، ص 23.

للأجيال الحاضرة والمقبلة بصفة مستمرة في كل القطاعات الاقتصادية، ولا تؤدي إلى تدهور البيئة وتتسم بالفنية والقبول"¹.

فيما عرفها المؤتمر الدولي للتنمية المستدامة الذي انعقد في جوهانسبورغ في عام 2002، بأنها "الالتزام بإقامة مجتمع عالمي منصف يدرك ضرورة كفالة الكرامة الإنسانية للمجتمع، حيث يمثل السلام والأمن والاستقرار واحترام الإنسان والحريات الأساسية بما فيها الحق في التنمية واحترام التنوع الثقافي"². وذخرت التشريعات العمانية وكذلك المصرية على مصطلح التنمية المستدامة، حيث نص دستور مصر الحالي في المادة (27) منه على مصطلح "التنمية المستدامة"³، كذلك نص النظام الأساسي لسلطنة عُمان الصادر بالمرسوم السلطاني رقم (6 / 2021) في الفصل الثالث في المادة (15) منه على أن " ... - تعمل الدولة على حماية البيئة، وتوازنها الطبيعي؛ تحقيقاً للتنمية الشاملة والمستدامة لكل الأجيال، وعلى المواطنين والمقيمين المحافظة عليها، وعدم الإضرار بها".

كما نصت بعض نصوص التشريعات على المصطلح ذاته مثل قانون البيئة⁴، كما نص المشرع العُماني في مرسوم سلطاني رقم (114 / 2001)، بإصدار قانون حماية البيئة ومكافحة التلوث في المادة

¹ الموسوعة السياسية political-encyclopedia.org.

² الإشارة السابقة ذاتها.

³ نصت المادة 27 من الدستور على أن "يهدف النظام الاقتصادي إلى تحقيق الرخاء في البلاد من خلال التنمية المستدامة والعدالة الاجتماعية، بما يكفل رفع معدل النمو الحقيقي للاقتصاد القومي، ورفع مستوى المعيشة، وزيادة فرص العمل وتقليل معدلات البطالة، والقضاء على..... الفقر".

كما نصت المادة 41 من الدستور أيضاً على "تلتزم الدولة بتنفيذ برنامج سكاني يهدف إلى تحقيق التوازن بين معدلات النمو السكاني والموارد المتاحة، وتعظيم الاستثمار في الطاقة البشرية وتحسين خصائصها، وذلك في إطار تحقيق التنمية المستدامة".

وأخيراً نصت المادة 46 من الدستور ذاته على أن "لكل شخص الحق في بيئة صحية سليمة وحمايتها واجب وطني. وتلتزم الدولة باتخاذ التدابير اللازمة للحفاظ عليها، وعدم الإضرار بها، والاستخدام الرشيد للموارد الطبيعية بما يكفل تحقيق التنمية المستدامة، وضمان حقوق الأجيال القادمة فيها".

⁴ نصت المادة 14 من تعديلات قانون البيئة بالقانون رقم 105 لسنة 2015، على أن "يهدف (صندوق حماية البيئة) المنشأ بجهاز شؤون البيئة بموجب هذا القانون، إلى تمويل الأنشطة والدراسات والمشروعات البيئية لدعم جهود الدولة في مجال حماية البيئة والثروات الطبيعية وتحقيق التنمية المستدامة، وذلك من خلال تمويل المشروعات الرائدة والتجريبية،.....".

انظر المادة 48 من قانون البيئة المعدل رقم 9 لسنة 2000.

الأولى منه على أن "التنمية المستدامة: ربط الاعتبارات البيئية بسياسة التخطيط والتنمية بما يحقق احتياجات وتطلعات الحاضر دون إخلال بالقدرة على تحقيق احتياجات ومتطلبات المستقبل. كما نصت المادة (29) على أن "يجب على الجهات التي تقوم بإعداد خطط التنمية واستخدامات الأراضي وتنفيذها، التنسيق مع الوزارة عند إعداد الخطط وقبل البدء في التنفيذ وأثنائه ومراعاة الاعتبارات البيئية في جميع مراحل ومستويات التخطيط وجعل التخطيط البيئي جزءاً أساسياً من التخطيط الشامل للتنمية في جميع المجالات، تحقيقاً لمفهوم التنمية المستدامة، وإعطاء الأولوية لمبدأ حماية البيئة ومنع تلوثها".

وقد نشأ مفهوم التنمية المستدامة نتيجة للنقص الملحوظ في النماذج السابقة للنمو الاقتصادي والتنمية التي لم توفر قاعدة عريضة بصورة كافية يُستند إليها في إصدار الأحكام المتوازنة عن تكاليف ومنافع مختلف السياسات، واتجهت بدلاً من ذلك إلى التركيز على المكاسب قصيرة الأجل على حساب الطموحات في المدى البعيد. والتنمية المستدامة ببساطة هي "التنمية التي تلبي احتياجات الجيل الحالي دون الإضرار بقدرة الأجيال المقبلة على تلبية احتياجاتها الخاصة"¹.

فالتنمية المستدامة تعاني من التزاحم الشديد في التعريفات والمعاني، فأصبحت المشكلة ليست في غياب التعريف وإنما في تعدد وتنوع التعريفات، حيث ظهر العديد من التعريفات التي تضمنت عناصر وشروط هذه التنمية، فذلك تضمن التقرير الصادر عن معهد الموارد العالمية حصر عشرة تعريفات واسعة التداول للتنمية المستدامة، وقد قسم هذا التقرير تلك التعريفات إلى أربع مجموعات: (اقتصادية، اجتماعية، بيئية، تكنولوجية)، وذكر تقرير الموارد الطبيعية أن القاسم المشترك لهذه التعريفات هو أن التنمية لكي تكون تنمية مستدامة يجب أن لا تتجاهل الضغوط البيئية، وألا تؤدي إلى دمار واستنزاف الموارد الطبيعية، كما أن تحدث تحولاً تقنياً للقواعد الصناعية والتكنولوجية السائدة².

وفي قمة أممية تاريخية عقدت في أيلول/سبتمبر 2015، اجتمع قادة العالم في مقر الأمم المتحدة بمدينة نيويورك الأمريكية، واعتمدوا 17 هدفاً للتنمية المستدامة لجميع البلدان الفقيرة والغنية والمتوسطة والدخول للعمل لتعزيز الازدهار مع الأخذ بالاعتبار حماية كوكب الأرض، وتدرك هذه الأهداف بأن القضاء على الفقر يجب أن يسير جنباً إلى جنب مع الإستراتيجيات التي تبني النمو

¹<https://kenanaonline.com/users/ahmedkordy/posts/159124>

مؤتمر الأمم المتحدة المعني بالبيئة والتنمية لعام 1987.

² حسونة عبد الغني، المرجع نفسه، ص 23-24.

الاقتصادي، كما تناول مجموعة من الاحتياجات الاجتماعية بما في ذلك التعليم والصحة والحماية الاجتماعية وفرص العمل مع معالجة تغير المناخ وحماية البيئة.

وبحلول الأول من كانون الثاني/يناير عام 2016، بدأ رسمياً نفاذ أهداف التنمية المستدامة الـ 17 لخطة التنمية المستدامة لعام 2030، وبالرغم من أن أهداف التنمية المستدامة ليست ملزمة قانوناً، فإنه من المتوقع أن تسعى الحكومات لتحقيق أهداف التنمية المستدامة الـ 17 وغايتها الـ 169 من خلال استخدام مجموعة من المؤشرات العالمية التي تعتمدها اللجنة الإحصائية¹.

ويُعد من أهم المحاور الإستراتيجية للتنمية المستدامة، العدالة والاندماج الاجتماعي والمشاركة: وتشمل تحقيق المساواة في الحقوق والفرص، وتحقيق العدالة وسد الفجوات التنموية الجغرافية، وتمكين المرأة والشباب والفئات الأكثر احتياجاً، وضمان حقوقهم السياسية والاقتصادية والاجتماعية، ودعم المشاركة المجتمعية في التنمية للفئات كافة، وتعزيز روح الولاء والانتماء للهوية وتنوعها الثقافي، وتعزيز الشمول الرقمي.

مما سبق وتقدم فالتنمية المستدامة وإن كانت مصطلحاً اقتصادياً اجتماعياً أممياً، أطلقتها الأمم المتحدة ورسمت له خارطة للتنمية البيئية والاجتماعية والاقتصادية على مستوى العالم، والهدف الأساسي الأول له هو تحسين ظروف المعيشة لكل فرد في المجتمع، وتطوير وسائل الإنتاج وأساليبه، وإدارتها بطرق لا تؤدي إلى استنزاف موارد كوكب الأرض الطبيعية، حتى لا نحرّم الأجيال القادمة من هذه الموارد، ودون الإفراط في استخدام الموارد الطبيعية المتبقية على كوكبنا، لذلك يجب تشريع القوانين التي تتعامل معها التنمية المستدامة ومنها القوانين التي تتعلق بالزراعة وأنماط الاستهلاك والإنتاج والنواحي السكانية والصحة والصناعة والمياه العذبة وبناء القدرات والبيئة، وأن يكون رسم السياسات من قبل الحكومة لمراعاة جميع الجوانب الاقتصادية والاجتماعية عند تشريع أي قانون وتطبيقه من قبل الحكومة.

فاستخدام التقنية الحديثة والرقمنة أصبح أحد أهم أدوات المؤسسات الحكومية لدفعها إلى اختصار الوقت والجهد والمال، في المجالات والخطط التنموية والاقتصادية والاستثمارية كافة، كما أصبحت هذه التقنيات إحدى وسائل حل المنازعات في السلطة القضائية في البلدان المتقدمة بل في أغلب دول العالم. وتلعب السلطة القضائية دوراً مهماً في تحسين البيئة الاستثمارية والاقتصادية في حالة اعتمادها على إجراءات قضائية سريعة وبسيطة لإنهاء النزاع في المسائل والمنازعات المطروحة، وهو ما يؤدي بما لا يدع مجالاً للشك لتحسين صورة الدولة أمام المستثمرين ويسمح بتدفق رؤوس الأموال، ويؤدي إلى جذب

¹ موقع الهيئة العامة للاستعلامات <https://www.sis.gov.eg> 2021/4/4.

الاستثمارات وإنجاح خطط التنمية، وقد أضحي واضحاً أن رؤوس الأموال والاستثمارات تتفر من الدول التي تعتمد على التقاضي التقليدي بطيء الإجراءات.

ولمّا كان تنفيذ البرامج التنموية للدولة يحتاج إلى آليات عمل سريعة لإنهاء أي نزاع قانوني أو قضائي قد يعيق تنفيذ الخطط التنموية فاتجهت أغلب الدول المتقدمة إلى طرح النزاعات المتعلقة بالاستثمار إلكترونياً من خلال محاكم إلكترونية، واتباع إجراءات التقاضي عن بُعد، ولمّا كانت التنمية المستدامة متنوعة ومختلفة فإن تحقيق تلك التنمية يحتاج إلى تخصص قضائي من خلال محاكم إلكترونية متخصصة أو على الأقل دوائر متخصصة داخل المحاكم.

المطلب الثاني:

صور تعزيز التنمية المستدامة من خلال استقلال القضاء

أولاً: التنمية المستدامة في مجال الاستثمار

التنمية المستدامة في مجال الاستثمار هي إحدى النتائج المترتبة على استقلال القضاء، وقد ازدادت أهمية الاستثمار الأجنبي ودوره في عملية التنمية، خصوصاً بعد التغيرات الكبيرة التي طرأت على النظام المالي الدولي في أعقاب أزمة المديونية الخارجية في أوائل عقد الثمانينات من القرن الماضي¹. فقد أخذت معظم الدول النامية تسعى إلى جذب هذا النوع من الموارد الأجنبية للاستعانة به في تمويل مشاريعها وفي مواجهة بعض مشكلاتها الاقتصادية الملحة.

والثابت لدى علماء الاقتصاد أنه يتعين أن تتكفل الموارد الداخلية للدول بتدبير الشطر الأعظم من الأموال اللازمة لتمويل التنمية الاقتصادية²، ولمّا كان حجم المدخرات المحلية في الدول النامية يعجز عن تمويل المستوى الملائم للاستثمار لتحقيق معدلات مرتفعة في التنمية، فقد اقتضى ذلك قيام هذه الدول بتدعيم مصادرها الوطنية بمصادر خارجية تتيح لها فرصة تحقيق تلك المعدلات³.

¹ برزت هذه الأزمة عندما أعلنت كل من البرازيل والمكسيك عام 1982، عدم قدرتهما على سداد الديون الدولية. راجع ذلك في: السيد أحمد عبد الخالق، البنوك التجارية الدولية وأزمة المديونية العالمية، مكتبة الجلاء، 1992، ص 140 وما بعدها.

² تتمثل هذه المصادر الوطنية بمدخرات قطاع الأعمال ومدخرات القطاع الحكومي ثم في مدخرات القطاع العائلي. راجع هذه المصادر في: إبراهيم الفار، دور التمويل الخارجي في تنمية اقتصاديات البلاد النامية: رسالة دكتوراه منشورة، مقدمة إلى كلية الحقوق جامعة عين الشمس، 1984، ص 51 وما بعدها.

³ سالم توفيق النجفي، أساسيات علم الاقتصاد، الدار الدولية للاستثمارات الثقافية، 2000، ص 302 وما بعدها.

وتنقسم عادة المصادر الخارجية لتمويل التنمية إلى استثمارات عامة، وأخرى خاصة. وبما أن الاستثمارات الأجنبية العامة التي تحصل عليها الدول النامية تحكمها اعتبارات سياسية، إذ تستخدم المنح والمساعدات والقروض من الحكومات الأجنبية سلاحاً للسياسة الخارجية للدول التي تقدمها وغالباً ما تكون مقترنة بشروط تمس الاستقلال الوطني للدولة المتلقية لها¹، كما تتأثر القروض الممنوحة من المنظمات المالية الدولية بالاتجاهات السياسية لكبار المساهمين فيها²، فقد اتجهت الدول النامية بكثرة خلال العقدين الأخيرين من القرن العشرين إلى جذب الاستثمارات الأجنبية الخاصة³، على الرغم من الدور المشبوه الذي أدته هذه الاستثمارات في استعمار كثير من الدول وفي تكريس تخلفها الاقتصادي⁴.

¹ إبراهيم شحاته، الحدود السياسية للتمويل الخارجي، مجلة مصر المعاصرة، العدد 798، 1967، ص 55 وما بعدها، عادل فليح العلي، المالية العامة والتشريع المالي والضريبي، دار الحامد للنشر والتوزيع، 2003، ص 164.

² على الرغم من النصوص العديدة التي وردت في الاتفاقيات المنشئة للمؤسسات المالية الدولية والتي حرصت على تأكيد حيادها السياسي وأن قراراتها سوف تحكمها الاعتبارات الاقتصادية وحدها، فإنها تتأثر من الناحية الواقعية بالاعتبارات السياسية إلى حد كبير؛ وذلك لأن نظام التصويت فيها مرتبط بنصيب كل دولة عضو في رأس المال المؤسسة. فعلى سبيل المثال يعترض ممثل الولايات المتحدة في صندوق النقد الدولي على أي قرض يمكن أن يمنح إلى دولة لا تسير في ركب السياسة الأمريكية.

راجع إبراهيم شحاته، (المرجع نفسه)، ص 59 وما بعدها، مصطفى سلامة حسين، العلاقات الدولية، دار المطبوعات الجامعية، 1984، ص 124 وما بعدها.

³ لقد ارتبط تاريخ الاستثمار الأجنبي الخاص في القرن السادس عشر وأوائل القرن السابع عشر ارتباطاً وثيقاً بالاستعمار، إذ كانت الدول الاستعمارية قبل أن تستعمر بلداً من البلدان تنشئ فيه ما يسمى بالشركات الاستثمارية كأداة للتغلغل الاستعماري ونهب ثروات ذلك البلد، ولذلك سميت تلك الشركات بالشركات الاستعمارية، ومن أهمها شركة الهند الشرقية البريطانية التي أنشئت سنة 1600، والشركة الإفريقية الملكية البريطانية التي أنشئت سنة 1672، وكذلك شركة الهند الشرقية الهولندية.

راجع، أحمد بديع بليح، الاقتصاد الدولي، مكتبة الجلاء الجديدة، 1984، ص 104.

⁴ باعتبار أن هذه الاستثمارات لم تدخل في مجالات الصناعات التحويلية في الدول النامية بشكل أساسي وإنما اتجهت إلى ميادين الصناعات الاستخراجية والإنتاج الأولي (المزارع والمناجم والنفط)، وذلك بهدف الإنتاج للتصدير. أما الاستثمارات الأخرى التي تركزت في مجال النقل والبنوك والتأمين والسياحة فكلها كانت من قبيل الاستثمارات المكملة لقطاع الصادرات. راجع، رمزي زكي، أزمة الديون الخارجية، رؤية من العالم الثالث، الهيئة المصرية للكتاب، 1987، ص 173، أيضاً بشأن الآثار الإيجابية والسلبية للاستثمارات الأجنبية الخاصة على الدول النامية المضيفة لها في:

Line –SHIHATA (F-I), Legal treatment of foreign investment. the world Bank guide martinusNijhoffpublishers , Boston , London , 1993,p.11.

وتُعدّ مسألة وجود منازعات في أي مجال من مجالات الحياة ظاهرة طبيعية؛ لأن التعامل والاحتكاك بين الأشخاص في أي مجتمع من المجتمعات غالباً ما يولد صدامات بينهم وخلافات نتيجة تعارض مصالحهم.

ومن الثابت أن العلاقة بين المستثمر الأجنبي والدولة المضيفة له - وإن ظهرت حسنة في بدايتها - سرعان ما تتبدل، ولا سيما أن مصالح الطرفين لا تسير دائماً في اتجاه واحد¹. وهنا تتبدى أهمية استقلال القضاء في منازعات الاستثمار.

ومن المعروف أن الدول النامية شرّعت قوانين استثمار وطنية، وقد تضمنت هذه القوانين مواد عالجت مسائل تسوية منازعات الاستثمار، إلا أن هذه المواد المخصصة لتسوية منازعات الاستثمار تناولت المرجعية في التسوية على سبيل التعداد، ومن خلال هذا التعداد يتجلى أمامنا سمو المعاهدات التي أبرمتها أو دخلت فيها الدولة المضيفة لرأس المال الأجنبي، على مرجعيات التسوية الأخرى وذلك عند فشل طرفي النزاع بحله من خلال التسوية الرضائية أو إخفاقهم في التوصل إلى اتفاق على آلية أو وسيلة حل معينة. ونظراً لكون المعاهدات عملاً دولياً ملزماً للدولة، لا تستطيع التنصل منه أو تعديل التزاماتها فيه بإرادتها المنفردة كما تفعل في القوانين الداخلية على أساس مبدأ سيادة الدولة الإقليمية.

وقد جاءت الاتفاقيات الدولية التي تلزم المستثمر الأجنبي باللجوء إلى القضاء الوطني للدولة المضيفة قبل إحالة النزاع إلى التحكيم الدولي متفقة مع قواعد القانون الدولي العرفية التي تعقد الاختصاص للقضاء الوطني بالفصل في هذه المنازعات بوصفه صاحب الاختصاص الأصيل².

وتُعد سلطة القضاء أهم مظهر من مظاهر سيادة الدولة الداخلية، لذلك تصر الدول النامية على إخضاع جميع ما على إقليمها من أموال عقارية كانت أو منقولة، ومن أشخاص وطنيين كانوا أو أجانب، لمحاكمها وقوانينها، ولا شك أن إخضاع الوطنيين لقضاء دولتهم يُعدّ أمراً طبيعياً، كما أن إخضاع الأجانب لقضاء الدولة التي يوجدون فيها يُعدّ أمراً طبيعياً؛ لأنهم يتمتعون بحمايتها، فيجب مقابل ذلك أن يخضعوا لقضائها.

¹ لمزيد من التفصيل حول تاريخ منازعات الاستثمار بين الدول ورعايا الدول الأخرى راجع:

Avoidance and Settlement of International Investment Disputes, P. A., S. I. L., 1984, P. 38 et seq.

² يقصر القانون الدولي العام النزاع الدولي على الخلاف حول مسألة قانونية أو واقعية يتمثل في تناقض الآراء القانونية أو تعارضها لشخصين أو أكثر من أشخاص القانون الدولي، لذلك لا تُعدّ منازعات الاستثمار منازعات دولية وفقاً لهذا التعريف، وإن كانت تُعدّ كذلك في إطار القانون الدولي الخاص.

ويحسن بنا القول إن نجاح الدول النامية في التمسك في عدد من المعاهدات التي أبرمتها مع الدول المتقدمة بضرورة إخضاع منازعات الاستثمار إلى قضائها قبل إحالته إلى هيئات دولية، جاء متفقاً مع مبادئ النظام الاقتصادي الدولي الجديد الذي تطالب به هذه الدول لإعادة العدالة للنظام القانوني الذي يحكم العلاقات الاقتصادية الدولية، إذ تؤكد هذه المبادئ على أن الدولة يجب أن تمارس سيادتها على مواردها الطبيعية من خلال إخضاع كل المنازعات الناشئة عن الاستثمارات في هذه الموارد إلى محاكمها ووفقاً لقوانينها، عوضاً عن اللجوء مباشرة إلى الإجراءات الدولية التي تتطلبها الدولة المتقدمة. فقد نصّت المادة (2/2) من ميثاق الحقوق والواجبات الاقتصادية للدول على ما يأتي: (عندما تثير مسألة التعويض خلافاً، يتم حل هذا الخلاف بمقتضى القانون الوطني للدولة المؤممة وعن طريق محاكمها، ما لم يوجد اتفاق من قبل الدول المعنية على اتباع طرق سلمية أخرى على أساس المساواة في السيادة ووفقاً لمبدأ الاختيار الحر للوسائل).

بيد أن لجوء المستثمر الأجنبي إلى المحاكم الوطنية للدولة المضيفة لا يخلو من صعوبات، سواء أكانت موجودة بالفعل أم أنه لا يثق هو بقدرة هذا القضاء على إنصافه، ما يجعل هذه الوسيلة غير فعالة بالنسبة إليه، فيفضل اللجوء إلى التحكيم الدولي.

ولجوء المستثمر الأجنبي المتضرر إلى المحاكم الوطنية للدولة المضيفة أو لدولته قد يثير عدة صعوبات مصدرها اختلاف المركز القانوني لأطراف النزاع، إذ إن أحد الطرفين دولة ذات سيادة، والطرف الآخر فرد أو شركة أجنبية، ولا ريب في أن هذا الاختلاف في المركز القانوني بين طرفي النزاع يؤدي إلى صعوبة تحقيق المساواة الكاملة بينهما أمام محاكم الدولة المضيفة¹. الأمر الذي قد يؤدي إلى عدم حصول المستثمر على إجراءات تقاضي عادلة، وعلى ذلك قد يصعب على المحاكم الداخلية في الدولة المضيفة تقديم ضمان كاف لطمأنة المستثمر الأجنبي الخاص على نتيجة دعواه².

كما يصطدم المستثمر الأجنبي بعائق آخر هو مبدأ حصانة الدولة ضد التقاضي ImmunityFrom Judicial Process³. فقد تكون الهيئات القضائية الداخلية في الدولة المضيفة ممنوعة من التعرض

¹ تتحقق المساواة الكاملة بين الأطراف إذا كان كل طرف قادراً على المثول أمام المحكمة وعلى عرض دعواه أمامها دون قيد، على أن تلتزم المحكمة بالاستماع الكامل ولكلا الطرفين.

² عصام بسيم، النظام القانوني للاستثمارات الأجنبية الخاصة في الدول الآخذة في النمو، دار النهضة العربية، 1972، ص166.

³ يذهب القاضي الإنكليزي الشهير Denning إلى القول:

لتصرفات الدولة، كما قد تدفع ظروف القضية المستثمر الأجنبي إلى رفع دعوى أمام محاكم دولة ثالثة أو محاكم دولته الوطنية. ولا شك أنه في كل هذه الفروض سيثار التساؤل حول ما إذا كان من الملائم أن تكون الدولة ذات السيادة طرفاً في دعوى قضائية أمام المحاكم الوطنية أو الأجنبية؟

ويتوقف ذلك على تطبيق مبدأ الحصانة الرسمية للدولة ذات السيادة Sovereign Immunity بوصفه من المبادئ الثابتة في القانون الدولي العام. ويُقصد بهذا المبدأ منع المحاكم الوطنية في بلد ما من محاكمة دولة أجنبية أو مؤسساتها، أو أن محاكم الدولة نفسها لا تستطيع أن تقاضي الدولة عن بعض التصرفات التي تقوم بها؛ لأنها تتمتع بالحصانة القضائية.

وكان صدور قانون تبسيط إجراءات التقاضي في شأن بعض المنازعات بموجب المرسوم السلطاني 2002/125م، أحد مظاهر التحديث في منظومة العمل القضائي في عُمان وتحقيق نظام قضائي متخصص وناجز ورقابة فاعلة وشفافة، حيث ينطوي القانون على آليات وإجراءات خاصة بأنواع معينة من المنازعات التي لها تأثير كبير على الوضع الاقتصادي للدولة، وذلك لتعزيز الاستثمار عن طريق تسريع وتيرة الفصل في المنازعات المتعلقة بالاستثمار والاقتصاد، وتسريع تنفيذ الأحكام المتعلقة بها، بالإضافة إلى استخدام وسائل التقنية الحديثة في العمل القضائي، وفقاً للتوجه الإستراتيجي في رؤية عُمان 2040، بشأن قضاءٍ مستقل يوظف تقنيات المستقبل.

وتطبيقاً لقانون تبسيط إجراءات التقاضي في شأن بعض المنازعات، وتعزيزاً للاستثمارات العامة والخاصة وتحفيزاً للتنمية المستدامة، فقد أنشأ المجلس الأعلى للقضاء دوائر قضائية استثمارية متخصصة في 44 محكمة ابتدائية موزعة في محافظات وولايات السلطنة كافة.

ثانياً: التنمية المستدامة في مجال حقوق الإنسان

تُعتبر حقوق الإنسان واحدة من الركائز الأساسية للتنمية المستدامة والاستقرار الاجتماعي والاقتصادي. ومن بين العوامل الرئيسية التي تؤثر على حقوق الإنسان هو استقلال القضاء. فاستقلال القضاء يعني أن السلطة القضائية لديها القدرة على اتخاذ القرارات المستقلة والعادلة دون تدخل من السلطات التنفيذية أو التشريعية.

“It is more in keeping with the dignity of a foreign sovereign to submit himself to the rule of law than to claim to be above it”.

Rawding. N., Protecting Investments under States Contracts, Some Legal and Ethical Issues. A. I. Q. Vol. 11, 1995, P. 352.

من ثم فإن استقلال القضاء يعزز التنمية المستدامة في مجال حقوق الإنسان من خلال تعزيز سيادة القانون، وضمان المساءلة، وتعزيز الحكم الرشيد، وتعزيز الثقة والاستقرار، وتعزيز النمو الاقتصادي. لذا، يجب على الدول العمل على تعزيز استقلالية القضاء وتوفير الإطار القانوني والمؤسسي اللازم لضمان حقوق الإنسان والتنمية المستدامة.

إن مفهوم حقوق الإنسان في مضمونه يعود إلى تلك الفترة التي ظهر فيها كل من مفهوم الإنسان ومفهوم الحق¹، وهي فترة لا يمكن تحديد بدايتها وبالتالي، فإن الفكرة نفسها يمكن إرجاعها إلى خلق الإنسان نفسه، وبداية تكوين أول أسرة من آدم وحواء، ولتحديد مفهوم حقوق الإنسان يمكن القول إنها: "تلك الحقوق التي تؤول إلى الفرد كونه بشراً أي "حقوقه كإنسان" وهذه الحقوق يلزم توافرها على أسس أخلاقية، لكل البشر ودونما تمييز"².

وقد عرّفت الأمم المتحدة، حقوق الإنسان بأنها "ضمانات قانونية عالمية لحماية الأفراد والجماعات من إجراءات الحكومات التي تمس الحريات الأساسية والكرامة الإنسانية، ويلزم قانون حقوق الإنسان الحكومات ببعض الأشياء ويمنعها من القيام بأشياء أخرى"، أي أن رؤية المنظمة الدولية لحقوق الإنسان تقوم على أساس أنها حقوق أصيلة في طبيعة الإنسان والتي دونها لا يستطيع العيش كإنسان³.

وتكمن أهمية الاعتراف بحقوق الإنسان في أن ظاهرة طغيان السلطة على الحرية، وما ينبثق عنها من تمييز بين الحاكم والمحكومين في داخل المجتمع السياسي، أدت إلى نشوء صراع بين السلطة والحرية، انعكست آثاره على العلاقة بين الفرد والدولة⁴، كل ذلك أدى إلى البحث عن معايير محددة وضوابط واضحة لحدود سلطة الدولة إزاء حرية الفرد، وإيجاد الضمانات الفعالة الكافلة للحرية ضد طغيان واستبداد

¹ أميرة مطر، الفلسفة السياسية من أفلاطون إلى ماركس، دار المعارف، 1986، ص40.

² أماني قنديل، الموسوعة العربية للمجتمع المدني، الهيئة المصرية العامة للكتاب، 2008، ص119.

³ صبحي محمصاني، أركان حقوق الإنسان، دار العلم للملايين، 1979، ص25.

⁴ عبد المنعم محفوظ، علاقة الفرد بالسلطة، الحريات العامة وضمانات ممارستها، دراسة مقارنة، المجلد الثالث، الطبعة الأولى، دون ذكر دار نشر أو سنة نشر، ص17.

السلطة وتوغلها على حقوق الأفراد¹. وتبلورت هذه الضمانات في فكرة الدولة القانونية، التي تقوم على فكرة احترام الحقوق والحريات².

جدير بالذكر أنه كان للحقوق الفردية في الفكر التقليدي الذي يقوم على المذهب الفردي في ظل الدولة الحارسة مدلولاً واسعاً يجعل من تلك الحقوق والحريات حواجز منيعة أمام سلطان الدولة³، ويسد في وجهها مجالات معينة يحظر عليها الاقتراب منها، وبالتالي فقد كانت تشكل قيوداً على سلطات الدولة⁴. بيد أنه في ظل المذاهب التداخلية - الاشتراكية - أخذت نظرية الحقوق والحريات الفردية مدلولاً مغايراً يوجب على الدولة في كثير من الأحيان التدخل بالتنظيم في مجالات معينة خاصة الاقتصادية والاجتماعية من أجل تحقيق مستوى مادي معين للأفراد، وبالتالي أصبحت الحقوق الفردية بمدلولها الجديد لا تتطلب حتماً تقييد سلطات الدولة، بل على العكس توجب تدخلها في بعض الأحيان بما يمثل توسع في سلطاتها⁵.

ولكن ذلك لا يعني أن الحقوق الفردية في مفهومها الحديث تتنافي مع مبدأ خضوع الدولة للقانون⁶، وإنما على العكس من ذلك فهي تدعم هذا المبدأ وتقويه من حيث إنها تفرض على الدولة التزامات معينة،

¹ راجب جبريل خميس راجب سكران، الصراع بين حرية الفرد وسلطة الدولة، المكتب الجامعي الحديث، 2009، ص 50.

² أحمد عبد الكريم سلامة، حقوق الإنسان وأخلاقيات المهنة: دراسة في القوانين المصرية والمواثيق الدولية، جامعة حلوان، دون ذكر سنة نشر، ص 17.

³ الدولة الحارسة: هي الدولة التي يكون دورها سلبياً إزاء حقوق الفرد وحياته، فالدولة يُحرم عليها التدخل في تنظيم الحريات، وإنما يقتصر تدخلها على حماية وتنظيم حقوق الفرد وحياته دون الانتقاص منها أو إضعافها، ذلك أن هذا النظام يقوم على تقديس حقوق الفرد باعتباره غاية وجود الجماعات، وبالتالي على الدولة أن تعمل على تحقيق أغراضه وتأمين حقوقه.

⁴ أحمد الرشدي، حقوق الإنسان دراسة مقارنة في النظرية والتطبيق، مكتبة الشروق الدولية، 2005م، ص 28.

⁵ ثروت بدوي، النظم السياسية، دار النهضة العربية، 2011، ص 161.

⁶ إبراهيم أبو الغار، دراسات في علم الاجتماع القانوني، دار المعارف، 1978، ص 68. و منصور مصطفى منصور، دروس في المدخل لدراسة العلوم القانونية، مبادئ القانون، دار النهضة العربية، 1972، ص 92.

⁷ مبدأ خضوع الدولة للقانون: يعنى خضوع جميع السلطات العامة في الدولة للقانون بمعناه الواسع الذي يشمل مختلف القواعد القانونية بحسب تدرجها كالقواعد الدستورية والقوانين العادية واللوائح، إضافة إلى العرف والمبادئ العامة، وبالتالي يطلق على الدولة التي يسود فيها هذا المبدأ "الدولة القانونية"، ومن هنا تختلف الدولة القانونية عن الدولة الاستبدادية، فالأخيرة هي تلك الدولة التي لا تخضع في حكمها لقوانين وأنظمة عامة، وإنما يستعمل الحاكم سلطته كما يشاء دون قيود أو حدود ويتخذ ما يعني له من إجراءات لا تخضع لحكم القانون.

غاية ما في الأمر أن مدلول هذا المبدأ قد تغير، فبعد أن كان خضوع الدولة للقانون خضوعاً سلبياً، حيث يتمتع عليها الاعتداء على الحقوق الفردية إعمالاً للفكر التقليدي الحر¹، أصبح الخضوع إيجابياً في الدولة الحديثة ذات النزعات الاشتراكية، نظراً لما يفرضه عليها القانون من التزامات إيجابية بقصد تحقيق مستوى مادي معين للأفراد، ففي كلتا الحالتين تخضع الدولة للقانون، وإن كان خضوعها في الحالة الثانية أضيق من خضوعها في الحالة الأولى²، ففي الحالتين يحكم السلطة مبدأ الدولة القانونية، الذي يهدف في المقام الأول إلى حماية الأفراد من عسف السلطات العامة واعتدائها على حقوقهم وحررياتهم، وضمان تمتع الأفراد بتلك الحقوق والحرريات.

بناءً عليه، فالتنمية المستدامة في مجال حقوق الإنسان تعزز العدالة الاجتماعية والمساواة والسلام والاستقرار، ويساهم استقلال القضاء في ضمان حقوق الإنسان في بناء مجتمع أكثر عدلاً وتقدماً وازدهاراً، حيث يتمتع جميع الأفراد بحقوقهم الأساسية ويمكنهم المشاركة الفعالة في الحياة العامة.

الخاتمة

تبين من خلال الدراسة أن ثمة علاقة وطيدة بين استقلال القضاء من ناحية، وتحقيق التنمية المستدامة من ناحية أخرى، إذ إن أحد أضلع هذه التنمية ترسيخ مبدأ استقلال القضاء، وخلص البحث إلى عدة نتائج وتوصيات نوردها على الوجه الآتي:

أولاً: النتائج

1. أورد المشرع العُماني مصطلح التنمية المستدامة في عدد من التشريعات على رأسها النظام الأساسي للدولة الصادر في عام 2021، وقانون حماية البيئة، ما يدل على أن المشرع وضع نصب عينيه تحقيق هذا النمط من الاستدامة في التنمية.
2. وجود القضاء المستقل في الدول يُعد ضماناً لحقوق الإنسان وحمايتها .
3. يقع على عاتق القضاء المستقل في الدول تطبيق مبدأ المشروعية، بإخضاع الجميع لحكم القانون بمعناه الواسع.
4. يُعد استقلال القضاء ركناً جوهرياً لتحقيق العدالة في الدول.

ثروت بدوي، النظم السياسية، المرجع نفسه، ص152.

¹ محمد أحمد مفتي، وسامي صالح الوكيل، حقوق الإنسان في الفكر السياسي الغربي والشرع الإسلامي (دراسة مقارنة)، دار النهضة الإسلامية، 1992، ص28.

² شعبان أحمد رمضان، الوجيز في القانون الدستوري والأنظمة السياسية، دون ذكر دار نشر، 2007، ص69.

5. يُعتبر واحد من متطلبات استقلال القضاء، ضرورة النظر في الشروط الواجب توافرها في القاضي، وفي الآلية التي يتم بها اختياره، ومحاسبته.
6. ترتب على التعديلات في القوانين الخاصة بالقضاء في سلطنة عُمان تشكيل دوائر قضائية استثمارية للنظر في منازعات الاستثمار وتحفيز التنمية المستدامة، منتشرة في ربوع محافظات وولايات سلطنة عُمان يبلغ عددها (44) دائرة ابتدائية.

ثانياً: التوصيات

1. استقلال القضاء وفقاً لرؤية عُمان 2040، يتطلب تعزيز الضمانات الدستورية والتي تمثل إطاراً قانونياً لحماية استقلال القضاء وضمان عدم تدخل السلطات الأخرى في عمل القضاء. كما تكفل الضمانات الدستورية استقلالية القضاء في اتخاذ القرارات وتطبيق القانون دون تأثير خارجي يؤثر على العدالة، ويضمن تطبيق مبدأ الفصل بين السلطات، حيث يمنع افتئات سلطة على الأخرى إلا وفق الحدود الدستورية التي ينص عليها النظام الأساسي للدولة، وفي ذلك ضمانة فعالة لحقوق الإنسان وحرياته الأساسية.
2. بذل كل الجهود لضمان استقلال القضاء وحمايته، وذلك عن طريق تعزيز التشريعات التي تكفل استقلالية السلطة القضائية ومنع التدخل غير القانوني في عملها. وبالإضافة إلى ذلك، يجب علينا أن نعمل جميعاً على تعزيز الشفافية في المنظومة القضائية ومكافحة الفساد. على سبيل المثال، يمكننا تطوير آليات للرقابة القضائية وتعزيز نظام الإفصاح عن المصالح المالية للقضاة والموظفين القضائيين، وتعزيز الحوكمة الرشيدة والمعايير الأخلاقية في العمل القضائي.
3. استقلال القضاء وفقاً لرؤية عُمان 2040، يتطلب أن يكون هنالك قضاء مستقل لمنازعات الاستثمار تمنح الثقة للمستثمر حتى تكون الدولة جاذبة للاستثمار وفعالة في هذا المجال، الأمر الذي ينعكس بطبيعة الحال على جودة الاقتصاد وجودة معيشة المواطن العُماني، لذلك من الأهمية استحداث محاكم متخصصة ويتم رفدها بقضاة متخصصين.
4. زيادة توفير الفرص الملائمة لتنمية مهارات القضاة وأعاونهم لتحسين معرفتهم بأحدث التطورات القانونية والقضائية، بهدف تعزيز تقديم العدالة بطريقة أفضل وتخصيصية في مجال الاستثمار.

5. ضمان نشر المعلومات القضائية والقرارات القضائية بشكل عام وإتاحة الوصول إلى العدالة بصورة عادلة ومتساوية وشفافة، لتعزيز الثقة بالنظام القضائي وضمان تحقيق العدالة وتشجيع المستثمرين.

بيان تضارب المصالح:

يقر جميع المؤلفين أنه ليس لديهم أي تضارب في المصالح

قائمة المراجع:

أولاً: المراجع القانونية

1. إبراهيم أبو الغار دراسات في علم الاجتماع القانوني، دار المعارف، 1978م.
2. إبراهيم محمد حسنين الرقابة على دستورية القوانين في الفقه والقضاء، منشأة المعارف، 2000م.
3. أحمد الرشيدي حقوق الإنسان دراسة مقارنة في النظرية والتطبيق، مكتبة الشروق الدولية، 2005م.
4. أحمد بديع بليح الاقتصاد الدولي، مكتبة الجلاء الجديدة، 1984م.
5. أحمد عبد الكريم سلامة حقوق الإنسان وأخلاقيات المهنة دراسة في القوانين المصرية والمواثيق الدولية، جامعة حلوان، دون ذكر سنة نشر.
6. أماني قنديل الموسوعة العربية للمجتمع المدني، الهيئة المصرية العامة للكتاب، 2008م.
7. السيد أحمد عبد الخالق البنوك التجارية الدولية وأزمة المديونية العالمية، مكتبة الجلاء، 1992م.
8. أميرة مطر الفلسفة السياسية من أفلاطون إلى ماركس، دار المعارف، 1986م.
9. حسين جميل حقوق الإنسان في الوطن العربي، مركز دراسات الوحدة العربية، 2001م.
10. ياقوت العشماوي، وعبد الحميد عثمان أحكام وقرارات المحكمة العليا الجزء الأول، دون ذكر دار نشر، 1973م.
11. يحيى الجمل النظام الدستوري في جمهورية مصر العربية، دار النهضة العربية، 1974م.
12. يحيى الجمل الرقابة على دستورية القوانين، جامعة عين شمس، 1967م.
13. سالم توفيق النجفي أساسيات علم الاقتصاد، الدار الدولية للاستثمارات الثقافية، 2000م.
14. سليمان الطماوي النظم السياسية والقانون الدستوري، دراسة مقارنة، دون ذكر دار نشر، 1988م.
15. محمد باهي أبو يونس الحماية القضائية المستعجلة للحرية الأساسية، دراسة لدور قاضي الأمور المستعجلة الإدارية في حماية الحرية الأساسية وفقاً لقانون المرافعات الإدارية الفرنسي الجديد، دار الجامعة الجديدة للنشر، 2008م.
16. محمد كامل عبيد استقلال القضاء، دون ذكر دار نشر، 1988م.

17. محمد منير دور القضاء الإداري في ترسيخ مبدأ المشروعية من خلال الأحكام القضائية، مطبوعات المنظمة العربية للتنمية الإدارية، 2008م.
 18. مصطفى سلامة حسين العلاقات الدولية، دار المطبوعات الجامعية، 1984م.
 19. منصور مصطفى منصور دروس في المدخل لدراسة العلوم القانونية، مبادئ القانون، دار النهضة العربية، 1972م.
 20. ماجد الحلو الدولة في ميزان الشريعة، دار المطبوعات الجامعية، 1994م.
 21. محسن العبودي رئيس الدولة بين النظم المعاصرة والفكر السياسي الإسلامي، دار النهضة العربية، 1999م.
 22. محمد أحمد مفتي، وسامي صالح الوكيل حقوق الإنسان في الفكر السياسي الغربي والشرع الإسلامي، دراسة مقارنة، دار النهضة الإسلامية، 1992م.
 23. عادل فليح العلي المالية العامة والتشريع المالي والضريبي، دار الحامد للنشر والتوزيع، 2003م.
 24. عبد المنعم محفوظ علاقة الفرد بالسلطة، الحريات العامة وضمانات ممارستها، دراسة مقارنة، المجلد الثالث، الطبعة الأولى، دون ذكر دار نشر أو سنة نشر.
 25. عصام بسيم النظام القانوني للاستثمارات الأجنبية الخاصة في الدول الآخذة في النمو، دار النهضة العربية، 1972م.
 26. راغب جبريل خميس راغب سكران الصراع بين حرية الفرد وسلطة الدولة، المكتب الجامعي الحديث، 2009م.
 27. رمزي زكي أزمة الديون الخارجية، رؤية من العالم الثالث، الهيئة المصرية للكتاب، 1987م.
 28. شعبان أحمد رمضان الوجيز في القانون الدستوري والأنظمة السياسية، دون ذكر دار نشر، 2007م.
 29. صبحي محمصاني أركان حقوق الإنسان، دار العلم للملايين، 1979م.
 30. ثروت بدوي النظم السياسية، دار النهضة العربية، 2011م.
- ثانيًا: الرسائل العلمية (رسائل الدكتوراه)
- ¹ إبراهيم الفار: دور التمويل الخارجي في تنمية اقتصاديات البلاد النامية: رسالة دكتوراه، مقدمة إلى كلية الحقوق جامعة عين الشمس، 1984م.

2. حسونة عبد الغني، الحماية القانونية للبيئة في إطار التنمية المستدامة، رسالة دكتوراه، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة محمد خيضر بسكرة، الجزائر، عام 2012/ 2013م.

ثالثًا: المجلات والمنشورات والمقالات

1. إبراهيم شحاته، الحدود السياسية للتمويل الخارجي، مجلة مصر المعاصرة، العدد 798، 1967م.

رابعًا: المراجع الأجنبية

1. Avoidance and Settlement of International Investment Disputes, P. A., S. I. L., 1984, P. 38 et seq.
2. LACHAIRE (F.): La Protection Constitutionnelle des droits et liberés publiques. Paris. Economica 1998 - p. 202.
3. Rawding. N., Protecting Investments under States Contracts, Some Legal and Ethical Issues. A. I. Q. Vol. 11, 1995, P. 352.
4. SHIHATA (F-I), Legal treatment of foreign investment. the world Bank guide –Line martinusNijhoffpublishers , Boston , London , 1993,p.11.

حكمة القضاء الإداري الفلسطيني في حماية الحقوق والحريات العامة

Palestinian Administrative Judiciary Governance in Protecting Public Rights and Freedoms

أ. مؤمن سمور

جامعة الحسن الأول
(المغرب)

حكمة القضاء الإداري الفلسطيني في حماية الحقوق والحريات العامة

Palestinian Administrative Judiciary Governance in Protecting Public Rights and Freedoms

أ. مؤمن سمور

جامعة الحسن الأول، (المغرب)

momin.sammour@gmail.com

ORCID: 3307-6806-0003-0009

DOI: <https://doi.org/10.70411/MJLS.1.1.2025164>

تاريخ القبول: 2024-09-23

تاريخ المراجعة: 2024-09-21

تاريخ الاستلام: 2024-09-07

الملخص:

تناول هذا البحث موضوع دور المحاكم الإدارية الفلسطينية في تكريس وحماية الحقوق والحريات العامة في فلسطين، وقد استخدم الباحث المنهج التحليلي لتحليل مجموعة من قرارات المحاكم ذات العلاقة، وقد بين الباحث التنظيم القانوني لكل من الحقوق والحريات المدنية والسياسية والجماعية والفردية في فلسطين وذلك من خلال مجموعة من القواعد القانونية التي نص عليها القانون الأساسي الفلسطيني ونظمها في فلسطين، كما عالج الباحث إسهامات القضاء الإداري في الرقابة على القرارات الإدارية الفردية أو التنظيمية التي تصدر عن السلطة التنفيذية وتتضمن مساساً بهذه الحقوق، كما بيّن الباحث مهمة القضاء الإداري في تكريس مجموعة من الحقوق والحريات في معرض ممارستها من قبل المواطنين من خلال تقرير ثبوتها وحدود ممارستها عن طريق تقريرها في أحكامه كمبادئ عامة للقانون استقرت وثبتت في القضاء الإداري والدستوري.

وقد توصل البحث إلى مجموعة من النتائج أهمها، تبين اجتهد القضاء الإداري في تكريس بعض الحقوق والحريات، والاكتفاء بالإشارة إلى بعض الحقوق دون وجود دور حقيقي في تكريسها، كما توصل الباحث إلى مجموعة من التوصيات أهمها، ضرورة إدخال بعض التعديلات فيما يخص بعض الحقوق والحريات على القانون الأساسي الفلسطيني خصوصاً ما يتعلق بالمعاهدات وحق المسكن وحق العمل والبيئة. وكذلك إدخال مجموعة من التعديلات على قانون المحكمة الدستورية والمحكمة الإدارية حتى نضمن استقلالية المحاكم عن السلطة التنفيذية.

الكلمات المفتاحية: الحقوق، الحريات العامة، القضاء الإداري، المحكمة الإدارية، مبادئ القانون.

Abstract:

This research dealt with the role of Palestinian administrative courts in the enshrinement and protection of public rights and freedoms in Palestine. The researcher used the analytical approach to analyse a range of relevant court decisions and further described the legal organization of both civil, political, collective and individual rights and freedoms in Palestine through a set of legal norms enshrined in the Palestinian Basic Law and its regulations in Palestine. The researcher also dealt with the contributions of the administrative judiciary to oversight of individual or organizational administrative decisions of the executive branch that infringe these rights. The researcher also explained the task of the administrative judiciary in establishing a group of rights and freedoms in the exercise of the rights and freedoms of citizens by determining their validity and the limits of their exercise through its determination in its provisions as general principles of law established and proven in the administrative and constitutional judiciary.

The research reached a set of findings, the most important of which is the variation in the efforts of the administrative judiciary in establishing certain rights and freedoms, and the mere reference to some rights without a real role in affirming them. A set of recommendations were reached, the most significant of which is the necessity of introducing some amendments regarding certain rights and freedoms in the Palestinian Basic Law, particularly concerning treaties, the right to housing, the right to work, and the environment. Additionally, we will introduce a series of amendments to the Constitutional Court and Administrative Court laws to ensure the independence of the judiciary from the executive authority.

Keywords: Rights, public freedoms, administrative justice, administrative court, principles of law.

المقدمة

يُعتبر موضوع الحقوق والحريات العامة من أهم الموضوعات التي يوليها القانون اهتمامًا بالغًا، ويحرص القضاء الإداري على ترسيخ هذه الحقوق بالشكل الذي نصت عليه القوانين وضمن الضوابط التي شرعت لاستخدام هذه الحقوق.

وقد حرص القانون الأساسي الفلسطيني أسوة بالدساتير كافة على أن يتضمن مجموعة من الحقوق والحريات العامة من خلال النص عليها في أكثر من مادة قانونية، وقد بيّن كذلك الإطار العام لاستخدام بعض هذه الحقوق ضمن الضوابط القانونية التي ترك المجال لها للتنظيم من خلال القانون الذي يصدر عن المجلس التشريعي.

وقد كرس من خلال جملة من النصوص دور السلطة التنفيذية في ضبط ممارسة هذه الحقوق والحريات من خلال دورها الرئيس في ضمان تنفيذ القوانين بدايةً، ومن خلال تفعيل سلطتها في إصدار اللوائح الخاصة التي قد تنطوي على مساس بهذه الحقوق، أو ما قد تقوم به هذه السلطة من ممارسات تعمل على تقييد هذه الحقوق بشكل كلي أو جزئي.

وانطلاقاً من فكرة ضرورة انتفاع واستعمال هذه الحقوق والحريات بشكل فاعل دون أدنى مساس بها كفل القانون الأساسي الفلسطيني إنشاء جهة رقابية قضائية تتولى مهمة الرقابة على ممارسة هذه الحقوق وتعسف الإدارة في تقييدها أو حجبها في بعض الأحيان، وهو ما أطلق عليه الفقه بالرقابة القضائية، حيث تمارس الرقابة القضائية من خلال المحكمة الدستورية ومن خلال المحاكم الإدارية التي تتولى مهمة القضاء الإداري في فلسطين بموجب القرار بقانون رقم (41) لسنة 2020.

أهمية البحث:

يكتسب هذا الموضوع أهمية بالغة كونه يقوم على تحديد حيادية واستقلالية السلطة القضائية المتمثلة في المحاكم الإدارية في ممارسة دورها الرقابي على ممارسة الحقوق والحريات العامة في فلسطين، حيث يقدم هذا البحث تصوراً لمدى تمتع المواطنين بهذه الحقوق والحريات، وكيف ساهم القضاء الإداري الفلسطيني في صيانتها وحمايتها من تعسف السلطة التنفيذية. ومن جانب آخر هذا الموضوع مهم من الجانب العملي باعتباره يمثل ركيزة تطبيقية لتحليل مجموعة من قرارات محكمة العدل العليا والمحاكم الإدارية، ما يعمل على استخلاص مجموعة متكاملة من المبادئ العامة للقانون وعلى وجه الخصوص في فلسطين.

أهداف البحث:

يهدف هذا البحث إلى تحقيق مجموعة من الأهداف أهمها:

1. تحديد أنواع وأقسام الحقوق والحريات العامة في فلسطين.
2. بيان دور القضاء الإداري الفلسطيني في الرقابة على ممارسة الحقوق والحريات العامة.
3. بيان دور القضاء الإداري في الرقابة على مشروعية القرارات الخاصة بالحقوق والحريات.
4. بيان دور القضاء الإداري الفلسطيني في ترسيخ مفاهيم الحقوق والحريات العامة.

إشكالية البحث:

تُعتبر الحقوق والحريات العامة محلاً للنزاع والصراع المستمر بين المواطنين وبين السلطة التنفيذية، حيث يعكس مقدار تمتع المواطنين لها مستوى احترام السلطة التنفيذية للدستور والقانون، إلا أن عدم تمتع المواطنين بهذه الحقوق والحريات نتيجة تغول السلطة التنفيذية في هذه الحقوق يستوجب تفعيل الرقابة القضائية المتمثلة بالقضاء الإداري؛ لضمان كبح جماح السلطة التنفيذية من التغول عليها، وهو ما يثير الإشكالية الرئيسية لهذا البحث والتي تتمحور حول كيف يساهم القضاء الإداري الفلسطيني في ترسيخ

الحقوق والحريات العامة؟

إشكالية البحث تثير مجموعة من التساؤلات الفرعية أهمها:

1. كيف يتم تقسيم الحقوق والحريات العامة؟
2. هل تختص المحكمة الإدارية بالرقابة على ممارسة الحقوق والحريات العامة؟
3. كيف تمارس الرقابة من قبل القضاء الإداري على مشروعية القرارات الخاصة بالحقوق والحريات العامة؟

المنهج العلمي:

إن الإجابة على إشكالية البحث تقتضي أن يستخدم الباحث المنهج التحليلي؛ وذلك لتحليل مجموعة من النصوص القانونية ذات العلاقة، ومن ثم تحليل مجموعة من قرارات محكمة العدل العليا والمحكمة الإدارية الفلسطينية والتي تتضمن إشارة إلى الحقوق والحريات العامة وصولاً للنتائج المطلوبة من هذا البحث.

تقسيم البحث:

إن دراسة هذا الموضوع باستخدام المنهج التحليلي يقتضي أن يتم تقسيم البحث إلى مبحثين: يتناول الأول القواعد القانونية النازمة للحقوق والحريات العامة في فلسطين من خلال مطلبين يتناول الأول تنظيم

الحقوق والحريات المدنية والسياسية، ويتناول الثاني تنظيم الحقوق والحريات الاقتصادية والاجتماعية، والمبحث الثاني الذي يتناول الرقابة القضائية الفلسطينية على الحقوق والحريات العامة، وذلك من خلال مطلبين، الأول رقابة القضاء الإداري على الحقوق والحريات العامة.

المبحث الأول:

القواعد القانونية النازمة للحقوق والحريات العامة في فلسطين

تُعتبر الحقوق والحريات العامة هي الأساس الذي تقوم عليه فكرة الإنسانية والمواطنة، حيث لا يمكن تصور وجود دولة ديمقراطية دون وجود أدنى المتطلبات الأساسية للحقوق والحريات العامة¹، وتُعتبر هذه الحقوق والحريات تطبيقاً لما كرسه الإعلان العالمي لحقوق الإنسان الذي يُعتبر الشرعة الدولية لحقوق الإنسان عالمياً، والذي انضمت إليه فلسطين وأصبح واجب التطبيق فيها، إضافة إلى مجموعة من الاتفاقيات الدولية مثل الإعلان العالمي لحقوق الإنسان، والعهد الدولي الخاص بالحقوق المدنية والسياسية، والعهد الدولي الخاص بالحقوق الاقتصادية والاجتماعية والثقافية، واتفاقية القضاء على جميع أشكال التمييز ضد المرأة، واتفاقية مناهضة التعذيب وغيره من ضروب المعاملة أو العقوبة القاسية أو اللاإنسانية أو المهينة، والبروتوكول الاختياري الملحق باتفاقية مناهضة التعذيب وغيره من ضروب المعاملة أو العقوبة القاسية أو اللاإنسانية أو المهينة، واتفاقية بشأن الحقوق السياسية للمرأة، واتفاقية حقوق الطفل وغيرها من الاتفاقيات التي انضمت إليها فلسطين والتي تتضمن العديد من الحقوق والحريات²، وقد أقرت المحكمة الدستورية بأن هذه المعاهدات تعلو مرتبة القانون العادي الصادر عن المجلس التشريعي³، ما يدفع إلى ضرورة مواءمة التشريعات الفلسطينية مع ما ورد في هذه الاتفاقيات⁴، حيث حرص القانون الأساسي الفلسطيني على هذه الحقوق عندما نص على الانضمام إلى هذه المواثيق دون إبطاء⁵.

وتُعتبر الحقوق والحريات العامة من أهم القواعد الدستورية التي تتناولها جميع الدساتير العالمية، حيث يعكس التزام هذه الدساتير بالحقوق والحريات الالتزام الحقيقي بحرص الدولة على تبني الإعلان العالمي لحقوق الإنسان. وعلى هذا النهج نجد أن القانون الأساسي الفلسطيني قد كرس هذه الحقوق

¹ أبو الخير، عادل السعيد محمد، اجتهاد القضاء الإداري في مجال الحقوق والحريات، مجلة الاجتهاد القضائي، جامعة محمد خيضر بسكرة، العدد 2، 2006، ص 44.

² بعلوشة، شريف أحمد، دور القضاء الفلسطيني في حماية الحقوق والحريات ومناهضة التعذيب، مجلة جامعة الإسراء للمؤتمرات العلمية، العدد 1، 2018 . ص 123.

³ القضية رقم 5/2017 المنعقدة في المحكمة الدستورية العليا بتاريخ 12-03-2018.

⁴ القضية رقم 4/2017 المنعقدة في المحكمة الدستورية العليا بتاريخ 19-11-2017، بشأن العلاقة بين القانون الداخلي والقانون الدولي ومبدأ سمو الاتفاقيات الدولية، وتطبيق الاتفاقية الدولية.

⁵ انظر المادة 10 من القانون الأساسي الفلسطيني.

والحريات بشكل يتماشى مع أغلب القواعد التي وردت في الإعلان العالمي لحقوق الإنسان¹، كما جعل من الاعتداء على هذه الحقوق جريمة لا تسقط بالتقادم وتضمن عنها السلطة الفلسطينية تعويضاً عادلاً². وعند الحديث عن هذه الحقوق والحريات العامة في النظام الفلسطيني نجد أنه قد كرس هذه الحقوق بشكل لا يدعو للشك، إذ بيّن أن هذه الحقوق والحريات العامة ملزمة وواجبة الاحترام³. وعليه، يجب بداية تحديد طبيعة هذه الحقوق، إذ تدرج الأنظمة العالمية لتقسيمها وفقاً لطبيعة وجودها وتكريسها إلى حقوق مدنية وسياسية، وأخرى حقوق اجتماعية واقتصادية، وسنبينها من خلال ما يلي:

المطلب الأول:

تنظيم الحقوق والحريات المدنية والسياسية

تقوم فكرة الحقوق والحريات المدنية والسياسية على مبدأ السلامة الجسدية للإنسان وحقه في التمتع بالمقومات التي يركز عليها وجوده في المجتمع، وهي تنقسم وفقاً لطبيعة التمتع بها إلى حقوق مدنية تشترك برابط الكرامة الخاصة بالإنسان بشكل طبيعي وبشكل معنوي، وتقوم على فكرة المساواة التامة بين جميع شعوب العالم، ومجموعة من الحقوق ذات الطابع الفردي للإنسان بما يتصل بطبيعته البشرية التي تقتضي أن يتمتع بمجموعة من هذه الحقوق كحرية الفكر والتعبير والدين وغيرها، وذلك وفقاً لما قرره الإعلان العالمي لحقوق الإنسان. ويمثل الجانب الآخر الحقوق السياسية، وهي تقوم على الفكرة الجماعية للفرد في إطار المجتمع الذي ينتمي إليه، وقد ترتبط بروابط ذات طابع سياسي كحق الانتخاب أو تشكيل الأحزاب السياسية، أو قد تدرج ضمن طائفة الحقوق الخاصة بالعدالة الجنائية والإجرائية للمتهمين أمام القضاء كحق المتهم في محاكمة عادلة. وسنبينها من خلال ما يلي:

الفرع الأول:

الحقوق المدنية في القانون الأساسي الفلسطيني

تمتاز هذه الحقوق بأنها تنصب على الأوضاع المدنية للناس وللمواطنين على حد سواء¹، وهي طائفة من الحقوق والحريات التي ترتبط بالحياة العامة، لذلك تقوم في فكرتها على احترام كينونة الذات البشرية من التقيد الذي قد يلحق بها أثناء ممارستها في الحياة اليومية²، وتتمثل هذه الحقوق في ما يلي:

¹ المواد (9/32) من القانون الأساسي الفلسطيني لسنة 2003، والذي يعتبر بمثابة الدستور الفلسطيني.

² المادة 32 من القانون الأساسي الفلسطيني.

³ المادة 10 من القانون الأساسي الفلسطيني.

1- المساواة أمام القانون والقضاء: ويُعتبر مبدأ المساواة من أهم الحقوق التي كرسها القانون الأساسي الفلسطيني، إذ بيّن أن المساواة هي مطلقة لجميع الفلسطينيين سواء كانت أمام القضاء أم أمام القانون، وإنه لا يجوز التمييز بينهم للاعتبارات العامة والخاصة التي يدخل فيها التمييز، سواء كان هذا التمييز بسبب العرق أو الجنس أو اللون أو الدين أو الرأي السياسي أو الإعاقة³.

ويُعد هذا الحق الأساس الشامل لجميع هذه الحقوق والحريات، ويعتمد مقدار وجودها وممارستها بشكل كبير على مقدار توفر هذا الحق في المجتمع، وعليه يبنى قياس ديمقراطية الدولة وحرصها واهتمامها بالحقوق والحريات العامة، ويتفرع عن هذا المبدأ مبدأ المساواة أمام القانون، وأمام الضرائب، والمساواة في استعمال الأموال العامة، وأمام الوظائف العامة، ومساواة المنتفعين بخدمات المرافق العامة، والمساواة أمام الأعباء والتكاليف العامة وغيرها من المبادئ .

2- حق الحرية الشخصية: وتُمثل الحرية الشخصية الأساس العام لجميع الحريات في المجتمع، وهي صلاحية الشخص لأن يختار القيام بالأمر أو عدمه إذا كان هذا الأمر غير مجرم في القوانين. وتقوم الحرية الشخصية على عدم تقييد الفرد في المجتمع بقيود تسلب حقه في التنقل أو الحركة أو التعبير عن الرأي أو ما يدخل في إطار الحريات العامة⁴.

وقد بيّن القانون الأساسي أن الحرية الشخصية مكفولة بالقانون وهي من ضمن الحقوق الطبيعية التي تثبت للإنسان، ويترتب على ذلك منع حبس أحد أو تقييده أو سلبه لحق التنقل أو تقييد حريته بأي شكل من الأشكال⁵.

ويتفرع عن هذا الحق مبادئ عديدة مثل حرية التجارة والصناعة، وحرية العقيدة، وحرية العمل، وحرية التعليم، وحرية الرأي، وحرية الإرادة، وحرية التنقل والتظاهر والسكن، وغيرها من الحريات.

¹ عدو، عبد القادر، دور قضاء الاستعجال الإداري في حماية الحريات الأساسية، مجلة الحقوق، جامعة الكويت، المجلد 41، العدد 3، 2017، ص271.

² الزهري، يونس، القضاء الإداري وحماية الحقوق والحريات الأساسية، المجلة المغربية للدراسات القانونية والقضائية، العدد 7، 2012، ص69.

³ - المادة 9 من القانون الأساسي الفلسطيني.

⁴ مزياي، فريدة، دور القضاء الإداري في حماية الحقوق والحريات العامة في الجزائر، مجلة الاجتهاد القضائي، العدد3، 2006، ص12.

⁵ المادة 11 من القانون الأساسي الفلسطيني.

3- حظر التجارب الطبية: ويأخذ هذا الحق طابعاً خاصاً في اعتباره، يقوم على سلامة جسد الإنسان¹، لذلك حرص القانون الأساسي على حماية الجسد من التجارب الطبية والعلمية التي يمكن أن تقع عليه دون رضاه المسبق، كما بين أن القانون هو من يتولى تنظيم إجراء العمليات الجراحية والفحص الطبي².

4- حرمة المساكن: أولى المشرع القانون اهتماماً لحق السكن وجعله من الحقوق التي يجب توفيرها للجميع، كذلك إحاطتها بمجموعة من الضوابط التي تجعل منها ذات خصوصية، لذلك فالقانون الأساسي منع دخول هذه المساكن دون إذن مالكيها، وفي حال وجد هنالك ما يبرر قانوناً دخولها فإنه لا يجوز ذلك إلا بموجب أمر قضائي مسبب ينظمه القانون، لذلك يمنع دخول المنازل أو مراقبتها ضمناً للخصوصية التي تتمتع بها³.

5- حرية العقيدة والعبادة: وتمثل الديانة أهم القضايا الحساسة التي ترتبط بموضوع حقوق الإنسان والحريات العامة تبعاً للنظام المعتمد في الدولة، لذلك تحرص غالبية الدساتير على النص على حرية العقيدة والعبادة، لذلك يكون لكل شخص الحق في الاعتقاد والتفكير بالمنطق الذي يراه مناسباً، كما له أن يمارس الشعائر الدينية والعبادة بالطريقة التي تمارس فيها ضمن الضوابط العامة لممارسة هذه العبادة، ويجب أن تتماشى هذه العبادة بما يتفق مع النظام العام⁴.

6- حرية الرأي: وحرصاً على هذا الحق وتمييزاً له عن غيره من الحقوق وخصوصاً الحرية الشخصية فقد أفرد القانون الفلسطيني بنداً خاصاً بهذا الحق، إذ كرس هذا الحق للجميع، لذلك بين أنه لا يجوز المساس بحرية الرأي والتعبير وهو حق مفترض يقوم على فكرة أن لكل إنسان الحق في التعبير عن رأيه بالطريقة التي يراها مناسبة وذلك بما يتفق مع أحكام القانون الخاص الذي ينظمه.

الفرع الثاني:

الحقوق والحريات العامة السياسية

تمتاز هذه الطائفة من الحقوق بأنها ترتبط بالمشاركة السياسية للفرد في المجتمع، وهذه الحقوق تُمنح للمواطنين فقط دون اتساع؛ وذلك لكونها تشكل الرابط الوثيق بين حق الفرد في التمثيل السياسي

¹ مزياني، فريدة، دور القضاء الإداري في حماية الحقوق والحريات العامة في الجزائر، مرجع سابق، ص13.

² المادة 16 من القانون الأساسي الفلسطيني.

³ المادة 17 من القانون الأساسي الفلسطيني.

⁴ المادة 18 من القانون الأساسي الفلسطيني.

لنظام وللدولة والشخص الذي سيحكمه، لذلك تقوم الدساتير العالمية بمنحها فقط للمواطنين في الدولة الذين يحملون جنسيتها سواء بشكل طبيعي أو بالتجنس، كما تشمل كذلك مجموعة من الحقوق ذات الطابع الجنائي المتصل بالعدالة الجنائية إذ يمكن تصنيفها على أنها تتدرج ضمن الحقوق السياسية، ومن أهم هذه الحقوق ما يلي:

أولاً: الحقوق المرتبطة بالمشاركة السياسية

ويتمتع بها حصراً مواطنو الدولة ممن يحملون جنسيتها، وتقتصر على حق الأفراد في التمثيل السياسي لاختيار النظام السياسي الحاكم، وكذلك حقهم في تشكيل الأحزاب والجمعيات، ومن أهمها:

1- الحق في المشاركة في الحياة السياسية: ويُعتبر هذا الحق تكريساً لمواطنة الفرد في الدولة¹،

وتعبيراً حقيقياً لحق الفرد في مشاركة فاعلة في اختيار من يمثلونه أمام النظام السياسي القائم، لذلك من حق كل مواطن فلسطيني أن يشارك في الحياة السياسية ما لم يصدر بحقه قرار قضائي بحرمانه من هذا الحق.

2- تشكيل الأحزاب السياسية والجمعيات: للمواطن الحق في تشكيل الأحزاب السياسية وفقاً لما ينظمه

القانون الأساسي والقوانين ذات العلاقة²، وله على سبيل ذلك الانضمام لها والانتساب منها والخروج منها بالطريقة التي يراها مناسبة دون أدنى ضغط أو إكراه أو وعد أو وعيد، وله على سبيل ذلك الحق في تشكيل الجمعيات والأندية والانضمام لها بذات الطريقة ذاتها³.

3- التصويت والترشيح في الانتخابات: ويمثل هذا الحق تطبيقاً لحق الإنسان في المشاركة في الحياة

السياسية⁴، لذلك حرص القانون على أن كل فرد له الحق في التصويت والترشح في الانتخابات ما لم تصدر بحقه عقوبة جنائية تسحب هذا الحق منه⁵.

¹ مزياي، فريدة، دور القضاء الإداري في حماية الحقوق والحريات العامة في الجزائر، مرجع سابق، ص13.

² ولد البلاد، حميد، مرتكزات حقوق الإنسان في تطبيقات القضاء الإداري، المجلة المغربية، المجلد 133، 2017، ص 71.

³ المادة 26 من القانون الأساسي الفلسطيني.

⁴ السرار، عبد الغني، دور القضاء الإداري بالمغرب في حماية الحقوق والحريات، مجلة الفقه والقانون، العدد 88، 2020، ص75.

⁵ المادة 26 من القانون الأساسي الفلسطيني.

4- عقد الاجتماعات الخاصة: إن من أهم الحقوق المرتبطة بالجانب السياسي للمواطن التي كفلها القانون الأساسي هو الحق في عقد الاجتماعات الخاصة تعبيراً عما يمكن أن ينتمي إليه هذا الاجتماع من تمثيل سياسي أو اقتصادي أو ثقافي أو حتى تعارفي، ولعل أهم الضمانات التي كفلها القانون في ذلك هي ضمان عدم وجود رجال الأمن، إلا أن هذا الحق أصلاً مكفول في الحدود التي ينص عليها القانون والتي تكفل عدم المساس بالنظام العام والآداب العامة¹.

5- الحق الخاص بمنع الإبعاد: وفي هذا الحق نجد أن التشريعات الدولية والمحلية كافة تنص صراحة على عدم جواز الإبعاد عن الوطن الأصلي، لذلك نجد أن القانون الأساسي الفلسطيني قد أوجب هذا الحق بشكل أساسي، وهذا الحق ثابت سواء تعلق بمنع المغادرة أو الحرمان من العودة إلى الوطن بعد المغادرة².

ثانياً: الحقوق والحريات المرتبطة بالعدالة الجنائية

تنقسم الحقوق والحريات المرتبطة بالعدالة الجنائية التي نص عليها القانون الأساسي إلى ما يتصل بالشق الموضوعي الجنائي كقاعدة شخصية العقوبة، أو ما يرتبط بالجانب الإجرائي كالمبادئ الخاصة بأنه لا تصدر عقوبة إلا بموجب محاكمة عادلة، وسنتناولها كما يلي³:

1- شخصية العقوبة: تُعد العقوبة الجنائية الهدف الأساسي من التجريم الوارد في قوانين العقوبات والقوانين ذات العلاقة، لذلك حرص القانون الأساسي الفلسطيني على أن يجعل العقوبة شخصية تفرض فقط على مرتكب الجريمة بعد محاكمة عادلة تجريها الجهات المختصة قانوناً، كما أنه كرس مبدأ منع العقوبات الجماعية بأشكالها وأنواعها كافة تحقيقاً لمبدأ شخصية العقوبة، وقد بيّن القانون الأساسي كذلك أن المبدأ المهم الذي يحكم هذه القاعدة الذي يقوم على أنه لا جريمة ولا عقوبة إلا بنص قانوني.

2- حق التقاضي: تنظم المحاكم بموجب قوانين خاصة تبين اختصاصاتها وإجراءات التقاضي أمامها بما يشمل سرعة الفصل في القضايا مع التأكيد على تناسق وترابط بقية الضمانات، وذلك وفقاً لما بيّنه الباب السادس من القانون الأساسي الفلسطيني، وقد كرس هذا القانون حق التقاضي كأحد أهم

¹ المادة 26 من القانون الأساسي الفلسطيني.

² المادة 28 من القانون الأساسي الفلسطيني.

³ راجع على سبيل المثال هذه الحقوق في: - أجعون، أحمد، القضاء الإداري المغربي ضمانات الحقوق والحريات، المجلة المغربية للأنظمة السياسية والقانونية، العدد 2، 2002، ص 130. 29 - المادة 15 من القانون الأساسي الفلسطيني.

الحقوق المصونة للناس كافة، حيث أجاز لكل فلسطيني أن يلجأ إلى قاضيه الطبيعي، كما ضمن كذلك وضماناً لهذا الحق منع تحصين القرارات الإدارية التي كانت محصنة من الطعن أمام القضاء¹.

3- إعلام المتهم بالتهمة: إن من أهم الحقوق الثابتة للمتهم في الجانب الجنائي هي حقه في إعلامه بالتهمة المسندة إليه، ويقوم هذا الحق على فلسفة أنه كيف يتم التحقيق مع المتهم حول تهمة ما فإنه من باب أولى أن يعلم فحوى ومضمون وطبيعة التهمة التي تسندها الجهات المختصة له قبل الشروع في عملية التحقيق والمحاكمة، لذلك أوجب القانون الأساسي أن يتم تبليغ كل شخص يُقبض عليه بالسبب وراء ذلك إضافة إلى ضرورة إعلامه بالتهمة المسندة إليه بلغة سليمة يستطيع المتهم أن يفهمها ويدرك جميع مضامينها، ويتفرع عن هذا الحق بشكل طبيعي ما يتبع هذا الإعلام من حقوق فرعية تتمثل في حقه بالاتصال بمحام وغيرها من الحقوق².

4- حظر الإكراه أو التعذيب: ويُعتبر التعذيب أحد الوسائل القديمة التي كانت تستخدم في الحصول على اعتراف المتهم بالجريمة التي ارتكبها، ومع صدور الإعلان العالمي لحقوق الإنسان أصبح التعذيب مُجرماً دولياً، وكذلك سار القانون الأساسي على هذا النهج إذ منع التعذيب بأشكاله وطرقه كافة، ومنع ألا يستخدم الإكراه بشكل منفرد أو مع التعذيب للوصول إلى اعترافات واقعة تحت التهديد والتعذيب التي اعتبرها القانون باطلة، لذلك حرص القانون على أن يُعامل كل من يُقبض عليه حول تهمة ما أو بسبب حرمان أحدهم من حريته معاملة لائقة تتفق ونص القانون.

5- حق المتهم في محاكمة قانونية: ويمثل هذا الحق تكريساً للحقوق ذات الطابع الجنائي كافة، إذ لا يمكن أن يُسلب حق الإنسان في المحاكمة العادلة التي تتشارك مع الضمانات والحقوق والحريات العامة كافة بشكل عام، ومع بعض الحقوق المتخصصة بشكل خاص، فتطبيق قاعدة ومبدأ الشرعية القائل إنه لا جريمة ولا عقوبة إلا بنص، تقتضي أن الأصل في المتهم أنه بريء إلا إذا ثبتت إدانته بموجب محاكمة عادلة تكتسب ضمانات الدفاع عن نفسه كافة³.

¹ المادة 30 من القانون الأساسي الفلسطيني.

² المادة 12 من القانون الأساسي الفلسطيني.

³ المادة 16 من القانون الأساسي الفلسطيني.

المطلب الثاني:

تنظيم الحقوق والحريات الاقتصادية والاجتماعية

تُعتبر هذه الحقوق طائفة من الحقوق التي تتصل بالجانب الاقتصادي والاجتماعي للفرد في المجتمع، لذلك ينعكس مقدراً تمتع الأفراد بهذه الحقوق بمستوى الدولة الاقتصادي والاجتماعي، على عكس الحقوق المدنية والسياسية التي يجب أن تكرر بشكل كامل دون أي انتهاك بغض النظر عن وضع الدولة الاقتصادي والاجتماعي، وتتقسم هذه الحقوق إلى حقوق اقتصادية واجتماعية، نبيها من خلال:

الفرع الأول:

الحقوق الاقتصادية

يقتصر هذا النوع من الحقوق على ما يتصل بالنظام الاقتصادي الذي تتبناه الدولة، لذلك تُعتبر جميع الحقوق الاقتصادية انعكاساً طبيعياً للوضع الاقتصادي في الدولة، سواء تعلق هذا الأمر بطبيعة هذا النظام، أم تعلق بالملكية الخاصة في ظل هذا النظام¹.

وقد بين القانون الأساسي الفلسطيني هذه الحقوق عندما نص على أن الاقتصاد الحر هو الذي يحكم النظام الاقتصادي الفلسطيني، وهو ما يتفرع عنه من حرية ممارسة النشاط الاقتصادي والتي يجب بدوره أن ينظمها القانون وفقاً للضوابط العامة للتجارة². وفيما يخص حق الملكية الخاصة فقد كفل القانون الفلسطيني هذه الملكية من الاعتداء أو الاستيلاء عليها، حيث لا يجوز أن يرد عليها أية اعتداءات إلا إذا كان هذا الأمر يتعلق بنزع الملكية الخاصة لتحقيق منفعة عامة وبشرط أن يرد على هذا النزع تعويضاً عادلاً³.

الفرع الثاني:

الحقوق الاجتماعية

يتسم هذا النوع من الحقوق في كونه ينصب على الشق الاجتماعي بشكل مباشر، وهي طائفة من الحقوق التي تتصل بتحسين الوضع الاجتماعي للمواطنين من خلال ضمان الانتفاع بها، ومن أهم هذه الحقوق ما يلي:

¹ مزياني، فريدة، دور القضاء الإداري في حماية الحقوق والحريات العامة في الجزائر، مرجع سابق، ص13.

² المادة 21 من القانون الأساسي الفلسطيني.

³ المادة 21 من القانون الأساسي الفلسطيني.

1_التأمين الاجتماعي: ويشكل التأمين أساس الحقوق الاجتماعية. وقد درجت التشريعات الدولية والمحلية على أن يُنظم بقانون خاصة، ويشمل هذا الحق توفير التأمين الاجتماعي في قطاع الصحة والشيخوخة والعجز وغيرها من قطاعات اجتماعية تهم بعض الفئات الخاصة كأسر الشهداء والأسرى والجرحى، حيث تتكفل السلطة الوطنية الفلسطينية لهم بهذا التأمين¹.

2_ حق السكن: ويُعتبر هذا الحق من الحقوق الحيوية والأساسية التي يجب على الدولة أن توفرها لجميع الأفراد وعلى وجه الخصوص للمواطنين، ويُعتبر المسكن المناسب جوهرياً لاستمرار التمتع ببقية الحقوق والحريات، ومن الثابت فلسطينياً أن السلطة الوطنية الفلسطينية لم تلزم نفسها بهذا الحق إلا بالقدر الذي يتناسب مع وضعها الاقتصادي والسياسي².

3_ الحق في التعليم: ويُعتبر هذا الحق من الحقوق الاجتماعية التي أولاهها الإعلان العالمي لحقوق الإنسان اهتماماً كبيراً من حيث شمولية القواعد التي كفلها حماية له، وقد سارت الدساتير المحلية على تكريس هذا الحق من خلال مجموعة من الضوابط أهمها التأكيد على أن هذا الحق مكفول لكل مواطن ويجب أن يكون إلزامياً حتى نهاية المرحلة الأساسية ومجانياً في المدارس والمعاهد، كما جعل مهمة الإشراف العام على التعليم في المراحل الدنيا أو مؤسسات التعليم العالي للسلطة الوطنية الفلسطينية التي بدورها يجب أن تكفل استقلالية الجامعات والمعاهد ومراكز البحث العلمي، كما تشرف على وضع المناهج التعليمية لمراحل التعليم الأساسي والثانوي كافة³.

4- الحق في العمل: ويتمثل هذا الحق في منح القادرين على العمل فرصة للعمل بما يتناسب مع المؤهلات التي يملكها المواطن، لذلك يُعتبر العمل واجب وشرف وحق يجب أن يتوفر لكل مواطن، كما يجب أن يراعى في ذلك حماية هذا الحق من الاعتداء وتنظيم كل ما يعترى هذا الحق من قضايا ترتبط به كالحق في الرعاية الاجتماعية والصحية، وقد حرص القانون الأساسي على التأكيد على هذا الحق إلا أنه لم يكن بالمستوى المطلوب إذ اكتفى بالقول إن السلطة تسعى إلى توفيره لكل قادر عليه⁴.

¹ المادة 22 من القانون الأساسي الفلسطيني.

² المادة 23 من القانون الأساسي الفلسطيني.

³ المادة 24 من القانون الأساسي الفلسطيني.

⁴ المادة 25 من القانون الأساسي الفلسطيني.

5- الحق في الإضراب: يمثل الإضراب أحد صور التعبير عن إرادة المواطنين في المطالبة بحقوقهم تجاه النظام الإداري في بعض الحالات¹، وقد بين القانون الأساسي أن هذا الحق مكفول في النظام الفلسطيني وواجب الاحترام، إلا أنه قد وضع ضوابط معينة إذ ألزم أن يكون هذا الإضراب في حدود القانون وفي الإطار الذي يحدده القانون.

6- رعاية الأمومة والطفولة: يُعتبر هذا الحق من صميم الحقوق الاجتماعية حيث ينصب على الاهتمام بالأسرة والأمومة والطفولة من جانب وطني وأخلاقي، لذلك يجب أن تحرص السلطة الفلسطينية على تقديم الرعاية الشاملة لهم ومنع الاعتداء عليهم أو تعريضهم للمعاملة القاسية، ومنعهم من الاستغلال بالطرق كافة، وإصدار قوانين خاصة لمحاكمتهم تختلف عن القوانين الخاصة بالبالغين.

7- الحق في البيئة: ويُعتبر هذا الحق من ضمن الحقوق الاجتماعية التي يجب أن ينعم بها الجميع، فالبيئة النظيفة من أهم حقوق الإنسان، لذلك فقد حرص القانون الأساسي الفلسطيني على تكريس هذا الحق بالنص على احترام البيئة وحمايتها من التلوث.

المبحث الثاني:

الرقابة القضائية الفلسطينية على الحقوق والحريات العامة

يُقصد بالرقابة القضائية سلطة المحاكم ذات العلاقة في التأكد من تطبيق النصوص القانونية الخاصة بالحقوق والحريات عند النظر في القضايا التي تتطوي على مساس بهذه الحقوق، وتشكل المحكمة الدستورية والمحاكم الإدارية الأساس الرقابي القضائي في فلسطين، حيث تمارس المحكمة الدستورية هذا الاختصاص استناداً للقانون الأساسي الفلسطيني، وإلى قانون المحكمة الدستورية الفلسطينية.

وتمارس المحاكم الإدارية في فلسطين هذه الصلاحية بموجب القرارات بقانون التي نصت على إنشاء محكمة إدارية تتولى الرقابة على القرارات الإدارية والتي تُعد الحقوق والحريات جوهر هذه القرارات، حيث تعمل المحكمة الإدارية التي تمثل القضاء الإداري على إلغاء القرارات الإدارية الباطلة وتترك القرارات الإدارية الصحيحة نافذة إذا ما تم الطعن بها.

¹ نزال، ثائرة، القاضي الإداري ودوره في حماية الحقوق والحريات: حق الإضراب في المرافق العامة نموذجاً، مرجع سابق، ص 356. 41 - المادة 25 من القانون الأساسي الفلسطيني.

المطلب الأول:

رقابة القضاء الإداري على الحقوق والحريات العامة

تظهر الرقابة القضائية التي تمارسها المحاكم الإدارية مستوى احترام الإدارة للحقوق والحريات العامة وذلك من خلال طبيعة القرارات التي تتخذها¹، ومن خلال مستوى الإجراءات التي تقوم بها الإدارة تكريسا لتمتع المواطنين بهذه الحقوق².

وقد استقر الاجتهاد القضائي العالمي بأنه يجب أن تخضع الإدارة في جميع قراراتها وأعمالها للقانون من خلال تفعيل رقابة قضائية يتولاها القضاء الإداري³.

ومن أجل تحقيق هذا الغرض نص القانون الأساسي الفلسطيني على جواز إنشاء محاكم إدارية بقانون، تتولى هذه المهام والصلاحيات وفقاً للقانون الخاص بها⁴، وقد جاء القرار بقانون رقم (41) لسنة 2020، الخاص بالمحاكم الإدارية تطبيقاً لذلك، حيث نص على إنشاء محاكم إدارية على درجتين تتولى الرقابة على القرارات الإدارية والتأكد من عدم مخالفتها للقانون⁵.

وعند الحديث عن دور القضاء الإداري في الرقابة على الحقوق والحريات العامة فإنه يجب أن نبين الجوانب الموضوعية لرقابة القضاء الإداري على الحقوق والحريات العامة، والجوانب الإجرائية للرقابة على الحقوق والحريات العامة وذلك كما يلي:

¹. السرار، عبد الغني، دور القضاء الإداري بالمغرب في حماية الحقوق والحريات، مرجع سابق، ص79.

². مسعودي، هشام، الحماية القضائية في القضاء الإداري الاستعجالي وصون الحريات الأساسية للأفراد، مرجع سابق، ص163.

³. الفحصي، محمد بلحاج، تقوية القضاء الإداري في الموازنة بين المصلحة العامة والحريات، مجلة المتوسط للدراسات القانونية والقضائية، العدد 2، 2016، ص497.

⁴. المادة 102 من القانون الأساسي الفلسطيني لسنة 2003 وتعديلاته.

⁵. انظر القرار بقانون رقم 41 لسنة 2020 الخاص بالمحاكم الإدارية.

الفرع الأول:

الجوانب الموضوعية للرقابة على الحقوق والحريات العامة

تتمثل هذه الجوانب في القواعد الموضوعية التي من خلالها يمكن للقضاء الإداري أن يمارس هذه الرقابة بشكل صحيح¹، وتتضمن مجموعة من الأحكام المرتبطة بشكل أساسي في اختصاص المحكمة الإدارية في الرقابة ومن ثم أوجه الإلغاء أو ما يُعرف بالشروط الموضوعية للرقابة القضائية².

وفي هذا الإطار يظهر دور المحكمة الإدارية في الرقابة على الحقوق والحريات من خلال تحليل ما ورد في القانون من اختصاص للمحكمة الإدارية في هذا الجانب³، حيث يثبت وبالرجوع إلى القرار بقانون الخاص بالمحكمة الإدارية أنها تختص في مجموعة من الأمور على أساس قاعدة أن جميع القرارات الإدارية التي تخضع لولايتها يجب أن تتطوي على مخالفة لسبب أو أكثر من الأسباب الموجبة للطعن القضائي⁴، وتتمثل بعدم الاختصاص أو مخالفة الدستور أو القوانين أو الأنظمة أو الخطأ في تطبيقها أو تأويلها، أو اقتران القرار أو إجراءات إصداره بعيب في الشكل، إضافة إلى إساءة استعمال السلطة، وكذلك عيب السبب، وأخيراً امتناع الجهة المختصة عن إصدار قرار ألزمها به القانون⁵.

وكما نجد أن ذات القانون قد حدد هذا الاختصاص في أمور معينة لا تتعداها المحكمة الإدارية وفي مجملها تتركز حول القرارات الإدارية ومخالفتها لما ورد في القانون سواء تعلقت بالحقوق الواردة على الوظيفة العامة أم بالحرية الشخصية أم بأمور أخرى تتطوي جميعها على رابط متصل بالحقوق والحريات الأساسية التي كفلها الدستور أو التشريعات⁶.

¹ العليق، نايف عبد الرحمن محمد، دور القضاء الإداري في حماية حقوق الإنسان والحريات العامة، مجلة المنارة للدراسات القانونية والإدارية، العدد 37، 2022، ص2012.

² بن صالح، محمد الحاج عيسى، تفعيل مكانة القاضي الإداري، ضمانات لحماية الحقوق والحريات، مجلة المستنصرية للدراسات العربية والدولية، العدد 71، 2020، ص9.

³ شلال، رضا، رقابة القضاء الإداري في مجال الحقوق والحريات العامة، مجلة الحقوق والعلوم الإنسانية، جامعة زيان عاشور بالجلفة، العدد 1، 2008، ص126.

⁴ غول، عمر، القضاء الإداري وحماية الحقوق والحريات الفردية في الجزائر، مجلة الفقه والقانون، العدد 50، 2016، ص80.

⁵ المادة 22 من القرار بقانون رقم 41 لسنة 2020 الخاص بالمحكمة الإدارية.

⁶ المادة 19 من القرار بقانون رقم 41 لسنة 2020 الخاص بالمحكمة الإدارية.

وبتحليل قواعد الاختصاص هذه نجد أن جميع القرارات القابلة للطعن أمام المحكمة الإدارية يجب أن تقترب بمسببات أو بالشروط الموضوعية للرقابة، حيث يظهر اشتراط القانون لأسباب واقعية للطعن تندرج مجمل هذه الأسباب على مخالفة القانون والخطأ في تطبيقه، ما يشكل مساساً بالمراكز القانونية أو بالحقوق والحريات التي كفلتها التشريعات للمواطنين، وهو ما يبرر بطبيعة الحال إلغاء هذه القرارات لمخالفتها الجوانب الإجرائية للرقابة على الحقوق والحريات العامة.

وتتمثل هذه الجوانب في الإجراءات التي تتبعها المحكمة الإدارية عند ممارستها للرقابة القضائية، سواء كانت دعوى أصلية أم تعلق بطلب مستعجل¹، ومن ثم مدى تطبيقها للقواعد الموضوعية الخاصة بالرقابة وربطها بالحقوق والحريات العامة من خلال نتيجة الأحكام القضائية التي تصدر عنها، لذلك سنقوم بتبيانها من خلال إجراءات التقاضي أمام المحكمة، ومن ثم تطبيق المبادئ العامة للقانون الخاصة بالحقوق والحريات كنتيجة لتفعيل الرقابة وذلك كما يلي:

أولاً: إجراءات التقاضي أمام المحكمة الإدارية

تبدأ إجراءات الرقابة من خلال استدعاء يقدم بواسطة محام مزاوّل مدة تزيد على خمس سنوات للمحكمة الإدارية خلال مدة 60 يوماً من العلم بالقرار الإداري، ويجب أن يتضمن هذا الاستدعاء مجموعة من البيانات الجوهرية والثانوية²، وهنا يتم دفع الرسم القانوني لهذا الاستدعاء، وكما أقر القانون للمستدعي ضده الحق في تقديم لائحة جوابية خلال مدة خمسة عشر يوماً من تبليغه، ويتم تبليغ المستدعي اللائحة الجوابية ومرفقاتها خلال مدة عشرة أيام من تقديمها، وقد ترى المحكمة ضرورة تقديم أية مذكرات إيضاحية ترى ضرورة تقديمها في الدعوى ثم تعين المحكمة ميعاداً للنظر في القضية وتنتظر بها مرافعة، وفي الجلسة المحددة يعرض المستدعي وقائعه وإثباتاته ثم يقدم المستدعي ضده أوجه دفاعه وبياناته ثم تستمع المحكمة إلى المرافعة الختامية للطرفين ومن ثم تصدر الحكم في الدعوى³.

ومن الملاحظ هنا أن إجراءات التقاضي هذه التي جاء بها القانون الفلسطيني تنطوي على تكريس حقيقي لما جاء في القانون الأساسي الفلسطيني من مبدأ العدالة والمساواة وكفالة حق الدفاع، لذلك يمكن

¹ مسعودي، هشام، الحماية القضائية في القضاء الإداري الاستعجالي وصون الحريات الأساسية للأفراد، مرجع سابق، ص168.

² المادة 23 من القرار بقانون رقم 41 لسنة 2020 الخاص بالمحكمة الإدارية.

³ انظر المواد (25/36) من القرار بقانون رقم 41 لسنة 2020 الخاص بالمحكمة الإدارية.

اعتبار هذه الإجراءات المتبعة بمثابة شاهد على دور القضاء الإداري في تكريس الحقوق والحريات العامة.

ثانياً: الحقوق والحريات كمبادئ عامة للقانون في الاجتهاد القضائي

إن قرارات القضاء الإداري تُعتبر مصدراً ثانوياً من مصادر القانوني النظام الفلسطيني، إلا أنه لا يمكن إنكار ما تحتويه هذه القرارات من أهمية باعتبار أنها تقرر العديد من المبادئ العامة للقانون وهو الدور الإنشائي الذي تمارسه هذه المحكمة باجتهاد وتطور القانون الإداري الذي نشأ بواسطة القضاء¹، ومن بعض الأمثلة على تطبيقات القضاء الإداري والدستوري لحماية الحقوق والحريات:

1- القضية الخاصة بممارسة حق الإضراب في الوظيفة العمومية، وترتبط هذه القضية بالحق العام الخاص بالإضراب في الوظيفة العمومية الذي تكرسه التشريعات الدولية كافة²، والذي كرسه القانون الأساسي الفلسطيني بشكل أساسي الذي تم ضبطه في قوانين خاصة، وقد حظر القرار بقانون الخاص بالإضراب على بعض الفئات الوظيفية من ممارسة الحق في الإضراب كالأطباء³، ونجد أن المحكمة الدستورية قد قررت في الطلب المقدم من نقابة الأطباء بعدم دستورية المادة (4/1) من هذا القرار بقانون؛ وذلك لأنها تخالف ما ورد في القانون الأساسي والذي كفل حق الإضراب بشكل عام⁴، حيث قررت عدم دستورية المادة وإلغاء ما يترتب عليها من آثار⁵.

2- القضية الخاصة بالحقوق والحريات الدينية، وتتعلق هذه القضية في قرار وزارة الداخلية في حذف بند الديانة من الهوية الفلسطينية من تاريخ 2014/2/1، وقد قررت المحكمة الدستورية في هذا الأمر أن إدراج بند الديانة في الهوية الفلسطينية يتنافى مع أبسط القواعد الدستورية التي كلفها القانون الأساسي الفلسطيني في أن الفلسطينيين متساوون في الحقوق ولا تمييز بينهم بسبب العرق أو اللغة أو

¹ أبو الخير، عادل السعيد محمد، اجتهاد القضاء الإداري في مجال الحقوق والحريات مجلة الاجتهاد القضائي، مرجع سابق، ص 35.

² نزال، ثائرة، القاضي الإداري ودوره في حماية الحقوق والحريات حق الإضراب في المرافق العامة نموذجاً.

³ المادة 4/1 من القرار بقانون رقم 11 لسنة 2017 والخاص بالإضراب والتي نصت على "يحظر ممارسة الإضراب على موظفي القطاع الصحي ما عدا الإداريين منهم".

⁴ المادة 25/4 من القانون الأساسي الفلسطيني 2004 وتعديلاته.

⁵ القرار الصادر عن المحكمة الدستورية رقم (2018/8) بتاريخ 2020/2/26.

الدين أو الانتماء السياسي، وعليه قررت المحكمة الدستورية عدم دستورية إدراج بند الديانة في الهوية الفلسطينية¹.

3- القضية الخاصة بالحق في التعليم، وتتعلق هذه القضية في أن مجلس أمناء جامعة بير زيت/ المجلس الأكاديمي/ رئاسة الجامعة، قام بإصدار قرار بمنع الطالب من الدخول إلى الجامعة مع توجيه إشعار إليه بصفة غير قانونية ودون دليل ومبرر قانوني، وذلك على ذمة تحقيق المجلس الخاص بالجامعة، وبناءً على عدم وجود مبرر قانوني للقرار وحيث أن حق التعليم قد نُص عليه في المواثيق والمعاهدات الدولية بشكل عام وفي القانون الأساسي الفلسطيني بشكل خاص في مادة (24) منه، لذلك قررت محكمة العدل العليا إلغاء القرار الصادر من الجامعة ورد الدعوى عن المدعى عليهم².

4 - القضية الخاصة بصحة القرار الإداري، أنه قد استقر الفقه والقضاء الإداري على أن يتولى القضاء الإداري التحقيق والتثبت من الوجود المادي للوقائع التي استندت عليها الإدارة في إصدار القرار الإداري وموافقة مع المصلحة العامة، حيث تقتضي مشروعية الأسباب الواقعية أن تكون قائمة حين إصدار القرار تحت يد ونظر مصدره وتقديره، وإلا كان القرار غير مشروع، إذ يجب أن تكون الوقائع التي بُني عليها القرار مكيفة قانونياً صحيحاً؛ لأنها تخضع لرقابة القضاء الإداري وإلا كانت عرضة للإلغاء³.

5- القضية الخاصة بإلغاء القرار الإداري، حيث وإنه قررت المحكمة في أحد الطعون المقدمة من موظفة أخرى تعمل معلمة لدى وزارة التربية والتعليم رد الدعوى، وسبب ذلك بمرور 21 سنة على تعيينها في الوظيفة، ووجود سلطة تقديرية لمجلس الوزراء في اتخاذ القرار وفقاً لاعتبارات المصلحة العامة، حيث استند مجلس الوزراء في قراره على أن استمرار الموظفة في عملها يضر بالمصلحة العامة لكونها تعاني من عجز بصري، وذلك على الرغم من كون المستدعية قد تم تعيينها في الوظيفة وهي تعاني من ذلك العجز، أي أنه لم يطرأ عليها بعد التعيين في الوظيفة، وإنما جرى تعيينها وهي تعاني من نسبة العجز ذاتها، وبالتالي من غير المنطقي والقانوني إحالتها إلى التقاعد بأسباب كانت متوفرة عند تعيينها، وهو ما

¹ قرار المحكمة العليا بصفحتها محكمة دستورية رقم (1/2013) والصادر بتاريخ 2013/3/18.

² قرار محكمة العدل العليا المنعقدة في رام الله في الدعوى رقم (40/2018) والصادر بتاريخ 2018/3/26.

³ قرار محكمة العدل العليا المنعقدة في رام الله في الدعوى رقم (31/2014) الصادر بتاريخ 2013/12/31.

يدل على عدم فرض المحكمة رقابتها على مشروعية ركن السبب من حيث وجود الوقائع وصحة تكييفها من قبل الإدارة مصدرة القرار¹.

لذلك فإن ما يصدر عن هذه المحكمة من قرارات إدارية يمكن استخلاص طائفة من المبادئ العامة للقانون المرتبطة بشكل كبير جدًا في وجود الحقوق والحريات العامة في فلسطين والتي من أهمها ما يلي: -

1- مبدأ الحرية: ويتفرع عنه مبادئ عديدة مثل حرية التجارة والصناعة، وحرية العقيدة، وحرية العمل، وحرية التعليم، وحرية الرأي، وحرية الإرادة، وحرية التنقل والتظاهر والسكن، وغيرها من الحريات².

2- مبدأ المساواة: ويتفرع عنه مبدأ المساواة أمام القانون، وأمام الضرائب، والمساواة في استعمال الأموال العامة، وأمام الوظائف العامة، ومساواة المنفعين بخدمات المرافق العامة، والمساواة أمام الأعباء والتكاليف العامة³.

3- مبدأ العدالة: ويُعرف هذا المبدأ في جميع مجالات القانون ومنها القانون الإداري، ويتفرع عنه مبادئ كثيرة كمبدأ كفالة حق الدفاع، وقانونية الجريمة، والعقوبة، وعدم جواز المساءلة مرتين على الجرم الواحد، ومبدأ عدم رجعية القانون، ومبدأ علانية المحاكمات، ومبدأ من ينشد الإنصاف عليه أن يتقدم بأيدٍ نظيفة، ومبدأ عدم جواز الإثراء على حساب الغير دون سبب، ومبدأ ضمان الإدارة لعمالها ضد الأحكام التي تصدر ضدهم حتى لو لم يوجد نص بهذا المعنى⁴.

¹ حكم محكمة العدل العليا المنعقدة في رام الله في الدعوى (2018/126) الصادر بتاريخ 2018/6/26.

² عمرو، عدنان، القضاء الإداري الفلسطيني مبدأ المشروعية، مطبعة بيت المقدس، رام الله، 2001، ص33.

³ - جاء في قرار م. ع. ف. 24/2009 وكذلك الحكم رقم 240/2011 (إن حقوق الفلسطينيين في العمل والمشاركة في الحياة السياسية وحق تقلد المناصب والوظائف العامة على قاعدة المساواة وتكافؤ الفرص وتوفير الشروط العامة التي يجب توافرها في المعين في وظيفة عامة). مجموعة المبادئ لمحكمة العدل العليا المنعقدة برام الله لسنة 2010-2011، المكتب الفني. مجلس القضاء الأعلى، رام الله، 2012.

⁴ الشراقوي، سعاد، المنازعات الإدارية، الطبعة الأولى، دار النهضة العربية، القاهرة، دون سنة نشر، ص103.

4- مبدأ كفالة حق الدفاع: ومقتضى هذا المبدأ أن حق الدفاع يقتضي أن يعلن الشخص عن فحوى الشكوى المقدمة ضده حتى ولو لم ينص القانون على ذلك، وأن لا يكون الخصم حكماً، وأن تتاح للفرد الفرصة لتقديم بينته، وجميع هذه المبادئ تملئها قواعد العدالة التي تتضمنها¹.

5- مبدأ استقرار المعاملات والأوضاع القانونية: ويعرف هذا المبدأ العديد من التطبيقات مثل، عدم رجعية القرارات الإدارية، وقوة الشيء المقضي به، وحجية الشيء المقضي به، وعدم المساس بالآثار المترتبة على القرارات الإدارية الفردية، ومبدأ صيانة الحقوق المكتسبة، ومبدأ سير المرافق العامة بانتظام وباطراد، وعدم جواز سحب القرارات الإدارية غير المشروعة، ومبدأ عدم جواز الحجز على أموال المرفق العام².

6- مبدأ المشروعية: إن مبدأ المشروعية يعني "خضوع الحكام والمحكومين للقانون، وخضوع الإدارة العامة للقانون، وتصرفاتها وفق أحكامه، وعندما تحاول الإدارة الخروج على مبدأ المشروعية فإن دور القضاء بصورة عامة والقضاء الإداري بصورة خاصة هو إعادة الجهة الإدارية المطعون في قرارها إلى جادة القانون، وتمارس هذا الدور محكمة العدل العليا باعتبارها محكمة قضاء إداري تختص بإلغاء القرارات الإدارية والنظر في التعويضات عن القرارات والإجراءات التي تقع ضمن حدود ولايتها القضائية". ولا يكفي لحماية حقوق الأفراد وحرياتهم أن تتحقق سيادة القانون عن طريق تنظيم سلطات الدولة وتحديد العلاقات فيما بينهما وإنما يتوجب أن تتوفر الضمانات بما يكفي لاحترام هذه السلطات والاختصاصات المنوطة بها وحتى يمكن توقيع الجزاء اللازم في حالة مخالفة الإدارة للقانون.

7- مبدأ عدم تحصين القرار الإداري: في حكم قضائي بارز، أكدت محكمة التمييز الإدارية عدم جواز تحصين القرارات الإدارية الصادرة من الجهات الحكومية، أو التقرير بعدم الطعن عليها أمام القضاء؛ لأن ذلك يثير شبهة عدم دستورية القوانين المقررة لذلك التحصين أو الحجب عن رقابة القضاء³.

¹ نده، حنا إبراهيم، القضاء الإداري، الطبعة الأولى، المطابع التعاونية، عمان، 1972، ص 40.

² عمرو، عدنان، القضاء الإداري الفلسطيني مبدأ المشروعية، مرجع سابق، ص 35.

³ مثال على ذلك قرار محكمة العدل العليا رقم (2017/208) الصادر بتاريخ 30 أبريل 2018 انظر:

[/https://maqam.najah.edu/judgments/6070](https://maqam.najah.edu/judgments/6070)

وهو ما نصت عليه المادة (30) من القانون الأساسي الفلسطيني في أن 1- التقاضي حق مصون ومكفول للناس كافة، ولكل فلسطيني حق اللجوء إلى قاضيه الطبيعي، وينظم القانون إجراءات التقاضي بما يضمن سرعة الفصل في القضايا. 2- يحظر النص في القوانين على تحصين أي قرار أو عمل إداري من رقابة القضاء. 3- يترتب على الخطأ القضائي تعويض من السلطة الوطنية يحدد القانون شروطه وكيفياته¹.

الخاتمة:

إن دراسة موضوع دور القضاء الإداري في ترسيخ الحقوق والحريات العامة يظهر طبيعة الحقوق والحريات العامة التي أقرها القانون الأساسي الفلسطيني، كما يظهر من خلال ذلك حرص المشرع الدستوري والمشرع القانوني على احترام هذه الحقوق بالنص عليها بداية والحرص على تطبيقها تطبيقاً صحيحاً نتيجة ورودها في القانون الأساسي الفلسطيني الذي يعتبر بمثابة دستور فلسطين.

وقد قدم البحث أهم الحقوق المدنية والسياسية والاجتماعية والثقافية التي نصت عليها القواعد القانونية في فلسطين، كما بين أهم الحقوق ذات الطابع السياسي والجنائي في إطار تكامل التشريعات القانونية ذات العلاقة، وتم ربط مجموعة من هذه الحقوق بالإعلانات والمعاهدات والاتفاقيات الدولية التي انضمت إليها فلسطين وما تبع ذلك من ضرورة مواءمة التشريعات الوطنية مع ما ورد في هذه المعاهدات.

وعلى صعيد آخر، تم الحديث عن الرقابة التي يمارسها القضاء الإداري على تطبيق هذه الحقوق وذلك من خلال دراسة وتحليل العديد من أحكام المحاكم المختصة؛ لفهم حقيقة تطبيق هذه المحاكم لما ورد في التشريعات ذات العلاقة من ترسيخ للحقوق والحريات، حيث ظهر ومن خلال اجتهاد المحكمة الدستورية والمحكمة الإدارية أن هنالك تكريس حقيقي واحترام كبير من جانب المحاكم لتطبيق هذه الحقوق وهو ما يظهر من خلال إلغاء العديد من القوانين والنصوص والقرارات التي تتطوي على مخالفة لبعض الحقوق والحريات.

أولاً: النتائج

توصل البحث إلى مجموعة من النتائج أهمها:

1. هنالك تكريس واضح للقواعد الموضوعية النازمة للحقوق والحريات العامة في فلسطين.

¹ القانون الأساسي المعدل الصادر بتاريخ 2013/3/18.

2. وجود بعض الحقوق والحريات التي اكتفى القانون الأساسي الفلسطيني بالإشارة إليها دون تكريسها بشكل فاعل كحق العمل وحق السكن، إذ اكتفى بالنص عليها كحق دون وجود دور في توفيرها.

3. فاعلية تكريس الحقوق والحريات العامة في فقه قضاء المحكمة الدستورية والمحكمة الإدارية.

4. هنالك تباين في اجتهاد المحكمة الإدارية في تقرير بعض الحقوق والحريات العامة كحق الإضراب والذي كرسته في أحكام وأهدرته في أحكام أخرى.

ثانياً: التوصيات

توصل البحث إلى مجموعة من التوصيات أهمها:

1. ضرورة إدخال بعض التعديلات على القانون الأساسي الفلسطيني فيما يخص بعض الحقوق والحريات خصوصاً ما يتعلق بالمعاهدات وحق المسكن وحق العمل والبيئة.
2. ضرورة توحيد الاجتهاد القضائي للمحكمة الإدارية فيما يخص العديد من الحريات والحقوق العامة ورفع التناقض بينها.
3. رفع التناقض الوارد في الاختصاص بالطعن في اللوائح بين اختصاص المحكمتين الدستورية والإدارية.
4. إجراء الانتخابات العامة والتشريعية لتكريس جانب كبير من الحقوق والحريات العامة التي أهدرت نتيجة تعطل ذلك أكثر من سبع عشرة سنة، ولتفعيل الرقابة البرلمانية كونها تشكل أكبر ضمانة لهذه الرقابة.
5. إدخال مجموعة من التعديلات على قانون المحكمة الدستورية والمحكمة الإدارية حتى نضمن استقلالية المحاكم عن السلطة التنفيذية.

بيان تضارب المصالح:

يقر جميع المؤلفين أنه ليس لديهم أي تضارب في المصالح.

قائمة المصادر والمراجع

أولاً: المصادر

1. القانون الأساسي الفلسطيني لسنة 2003م وتعديلاته.
2. الإعلان العالمي لحقوق الإنسان 1948م.
3. العهد الدولي الخاص بالحقوق المدنية والسياسية 1966م.
4. العهد الدولي الخاص بالحقوق الاجتماعية والاقتصادية 1966م.
5. القرار بقانون رقم 41 لسنة 2020 الخاص بالمحاكم الإدارية.
6. قانون المحكمة الدستورية رقم (3) لسنة 2006م.

ثانياً: المراجع

1. الشرفاوي، سعاد، المنازعات الإدارية، الطبعة الأولى، دار النهضة العربية، القاهرة، دون سنة نشر.
2. عمرو، عدنان، القضاء الإداري الفلسطيني الطبعة الأولى، المطبعة الحديثة، القدس، 2015.
3. عمرو، عدنان، القانون الإداري، الطبعة الأولى، جامعة القدس، القدس، 2010.
4. عمرو، عدنان، القضاء الإداري الفلسطيني مبدأ المشروعية، مطبعة بيت المقدس، رام الله، 2001.
5. علاونة، فادي، الرقابة القضائية على القرارات الإدارية، الطبعة الأولى، دار الشامل للنشر والتوزيع، فلسطين، 2020.
6. نده، حنا إبراهيم، القضاء الإداري، الطبعة الأولى، المطابع التعاونية، عمان، 1972.

ثالثاً: التقارير والمجلات

1. أبو الخير، عادل السعيد محمد، اجتهاد القضاء الإداري في مجال الحقوق والحريات، مجلة الاجتهاد القضائي، جامعة محمد خيضر بسكرة، العدد 2، 2006.
2. أجعون، أحمد، القضاء الإداري المغربي ضمانات الحقوق والحريات، المجلة المغربية للأنظمة السياسية والقانونية، العدد 2، 2002.
3. الزهري، يونس، القضاء الإداري وحماية الحقوق والحريات الأساسية، المجلة المغربية للدراسات القانونية والقضائية، العدد 7، 2012.

4. السرار، عبد الغني، دور القضاء الإداري بالمغرب في حماية الحقوق والحريات، مجلة الفقه والقانون، العدد 88، 2020.
5. العليق، نايف عبد الرحمن محمد، دور القضاء الإداري في حماية حقوق الإنسان والحريات العامة، مجلة المنارة للدراسات القانونية والإدارية، العدد 37، 2022، ص2012. للتأكد من رقم الصفحة
6. الفحصي، محمد بلحاج، تقوية القضاء الإداري في الموازنة بين المصلحة العامة والحريات، مجلة المتوسط للدراسات القانونية والقضائية، العدد 2، 2016.
7. بعلوشة، شريف أحمد، دور القضاء الفلسطيني في حماية الحقوق والحريات ومناهضة التعذيب، مجلة جامعة الإسراء للمؤتمرات العلمية، العدد 1، 2018.
8. بن صالح، محمد الحاج عيسى، تفعيل مكانة القاضي الإداري، ضمانات لحماية الحقوق والحريات،
9. مجلة المستنصرية للدراسات العربية والدولية، العدد 71، 2020.
10. شلال، رضا، رقابة القضاء الإداري في مجال الحقوق والحريات العامة، مجلة الحقوق والعلوم الإنسانية، جامعة زيان عاشور بالجلفة، العدد 1، 2008.
11. عدو، عبد القادر، دور قضاء الاستعجال الإداري في حماية الحريات الأساسية، مجلة الحقوق، جامعة الكويت، المجلد 41، العدد 3، 2017.
12. مسعودي، هشام، الحماية القضائية في القضاء الإداري الاستعجالي وصون الحريات الأساسية للأفراد، المجلة المصرية للدراسات القانونية والاقتصادية، العدد 4، القاهرة، 2015.
13. نزال، ثائرة، القاضي الإداري ودوره في حماية الحقوق والحريات حق الإضراب في المرافق العامة نموذجاً، مجلة المنارة للدراسات القانونية والإدارية، العدد 17، 2017.
14. شهاب، رشيدة، حماية الحريات العامة وحقوق الإنسان بقضاء الإلغاء، مجلة الرقيب، العدد 2، 2012.
15. ولد البلاد، حميد، مرتكزات حقوق الإنسان في تطبيقات القضاء الإداري، المجلة المغربية، المجلد 133، 2017.

رابعاً: المجموعات القانونية

1. مجموعة المبادئ لمحكمة العدل العليا المنعقدة برام الله لسنتي 2010 - 2011، المكتب الفني. مجلس القضاء الأعلى، رام الله، 2012.