

المجلة العصرية للدراستات القانونية

المجلد

(3)

العدد

(2)



المجلة العصرية للدراسات القانونية

2025

ISSN (P.) 2958-9959

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



المجلد (3) ، العدد (2) 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

مدير التحرير: د. محمود سلامه الشريف / دكتوراة قانون جنائي / جامعة الاسكندرية

مصر

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. وان عبد الفتاح بن وان اسماعيل / دكتوراة قانون الاثبات / جامعة العلوم الإسلامية الماليزية

ماليزيا

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

مستشار في الأمم المتحدة

الأردن

أ.د. سعودي هشام / دكتوراة قانون عام، كلية الحقوق والعلوم السياسية،

جامعة محمد بوضياف المسيلة

الجزائر

د. اكرام الشاعر / دكتوراة قانون جنائي / رئيسة محكمة جزاء بيروت

بيروت

د. سيف هادي عبدالله الزويني / دكتوراة القانون الخاص / جامعة النهرين

العراق

د. محمد بن عبدالله الجهوري / القانون العام / المجلس الأعلى للقضاء

سلطنة عُمان

د. مرتضى عبد الله خيرى عبد الله / دكتوراة القانون العام / جامعة الشرقية

السودان

د. عبد الرحيم طه / دكتوراة قانون عام / 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
1	هيئة التحرير	أعضاء هيئة التحرير	1
الرقم	عنوان البحث	اسم المؤلف/ة	الصفحة
1	خصوصية الشركة الفعلية وآثارها	د.سلام عدنان هائيس الزيدي، (العراق)	28-5
2	الأحكام القانونية لمبدأ استقلال التوقيع في الورقة التجارية (الكمبيالة) وفق القانون العماني	أ. أصيلة بنت علي بن حسن المعمرية جامعة السلطان قابوس، (سلطنة عمان)	62-30
3	مكافحة الاتجار بالبشر في القانون الدولي	د. جابر بن الصبحي غنيمي المدرسة الدولية/ سوسة، (تونس)	100-64
4	الجريمة ضد الإنسانية في القانون الدولي: ماهيتها، وأركانها، والمسؤولية الجنائية عنها	أ.سيف بن علي بن سيف العجمي جامعة السلطان قابوس، (سلطنة عُمان)	138-102
5	تعزيز حقوق المرأة من خلال آليات العدالة الانتقالية	أ.أماني المساعيد، الجامعة العربية الأمريكية، (فلسطين)	163-140
6	بيع المساومة في البنوك الإسلامية "البنك الإسلامي الفلسطيني نموذجاً"	أ.آمنة عبد الكريم جعدي، (فلسطين)	187-165
7	الدعوى المباشرة لمقاولة البناء من الباطن تجاه صاحب العمل دراسة مقارنة بين التشريع العماني والتشريع المصري	أ.يوسف بن فاضل بن سالم البلوشي جامعة السلطان قابوس، (سلطنة عمان)	220-189
8	الطلاق الإلكتروني وإثباته في ضوء قانون الأحوال الشخصية الأردني	أ. "محمد علي" جهاد سارة جامعة الموصل، (العراق)	252-222
9	منظومة تقييم الأداء الفردي للموظف العام في ظل أحكام القانون الكويتي والعماني دراسة تحليلية مقارنة	أ.فجر علي القصار كلية القانون الكويتية العالمية، (الكويت)	285-254
10	حجية الاعتراف وفق قانون الإجراءات الجزائية الفلسطيني رقم 3 لسنة 2001 في الإجراءات المتخذة ضد المتهم	أ.عبد الله مازن غزاوي، (فلسطين)	313-287
11	المسؤولية الدولية الناشئة عن اعتراف الولايات المتحدة بالقدس الموحدة عاصمة لإسرائيل ونقل سفارتها إليها	أ.يسرا فيصل عقاب دراغمة في جامعة القدس، (فلسطين)	347-315

399-349	د. عثمان محمد أحمد الأمين حماد جامعة حائل كلية الشريعة والقانون، (السعودية)	رقابة الاختصاص القضائي عند تنفيذ الأحكام الأجنبية في النظام السعودي	12
425-401	د. حسن جميل سليم الجامعة العربية الاميركية، (فلسطين)	صلاحيات الجمعية العامة للمحاكم الإدارية وفقاً للتشريعات الفلسطينية	13
448-427	أ. معتصم صبحي سلامه جنديّة جامعة قرطاج، (الجمهورية التونسية)	العدالة المناخية في القانون الدولي لحقوق الإنسان	14
486-450	د. محمود سلامة الشريف (مصر)	مشروعية استخدام البيانات الشخصية في مرحلة الشُرطة التنبؤيّة "في ضوء قانون الذكاء الاصطناعي الأوروبي لعام 2024"	15
516-488	Yasmeen Hamad Arab American University (Palestine)	<i>Occupation and the right to self- defense in international law: A case study on Gaza strip</i>	16

خصوصية الشركة الفعلية وآثارها

The Privacy and Implications of the Actual Company

د. سلام عدنان هابس الزيدي

(العراق)

خصوصية الشركة الفعلية وآثارها

The Privacy and Implications of the Actual Company

د. سلام عدنان هائيس الزبيدي

(العراق)

y.albalushi2@squ.edu.om

DOI: <https://doi.org/10.70411/MJLS.3.2.2025156>

تاريخ القبول: 2025-03-04

تاريخ المراجعة: 2024-08-21

تاريخ الاستلام: 2024-08-21

الملخص:

تقضي القاعدة العامة في البطلان بإعادة الشركاء إلى الحالة التي كانوا عليها قبل التعاقد، وهذا ما يعني أن للبطلان أثراً رجعياً فينهار العقد برمته، ويمكن تطبيق هذه القاعدة إذا كشف سبب البطلان منذ البداية. ولكن إذا كان العقد قد نفذ ونشأ عنه الشخص المعنوي فإذا طبقت عليه القاعدة العامة أدى ذلك إلى إهدار المعاملات التي قام بها الشخص المعنوي وإزالة آثارها، الأمر الذي سيؤدي إلى نتائج غير عادية سواء من الناحية العملية أو الاقتصادية، فلو طبق الأثر الرجعي للبطلان أدى ذلك إلى تجاهل أوضاع ووقائع وجدت فعلاً الفترة السابقة على الحكم بالبطلان، وأهمها وجود شخص معنوي ارتبط بمعاملات مع الغير فأصبح بموجبها دائناً أو مدينّاً وحصل على أرباح ومُنِي بخسائر، لذا استقر القضاء على أنه متى حكم ببطلان الشركة اقتضت آثاره على المستقبل فحسب دون أن يمتد إلى الماضي، إذ تعتبر الشركة قائمة ويُعتد بنشاطها للفترة الواقعة بين تكوينها والحكم بالبطلان. غير أن الاعتراف بالشركة خلال هذه الفترة ليس سوى اعتراف في الوجود الفعلي أو الواقعي للشركة ولا يركز على أساس قانون، لذا تسمى هذه الشركة بالشركة الفعلية.

الكلمات المفتاحية: الشركة الفعلية، بطلان الشركة، الشركة الواقعية، الشركات التجارية.

Abstract:

The general rule of nullity requires that the partners be returned to the state they were in before the contract, which means that nullity has a retroactive effect, so the contract collapses in its entirety. This rule can be applied if the reason for nullity is revealed from the beginning, but if the contract has been executed and the legal entity has emerged from it, then if the general rule is applied to it, this will lead to the squandering of the transactions carried out by the legal entity and the elimination of their effects, which will lead to unusual results, whether from a practical or economic perspective. If the retroactive effect of nullity is applied, this will lead to ignoring situations and facts that actually existed during the period prior to the ruling of nullity, the most important of which is the existence of a legal entity that was involved in transactions with others, and thus became a creditor or debtor and obtained profits and suffered losses. Therefore, the judiciary has settled that when a ruling is made to nullify the company, its effects are limited to the future only and do not extend to the past, as the company is considered to exist and its activity is taken into account for the period between its formation and the ruling of nullity. However, recognition of the company during this period is nothing more than recognition of the actual or de facto existence of the company and is not based on a legal basis. Therefore, this company is called the actual company.

Keywords: the actual company, invalidity of the company, the real company, commercial companies

المقدمة

القاعدة أنه إذا صدر حكم ببطلان عقد الشركة التجارية فيكون للبطلان أثر رجعي طبقاً للقواعد العامة في نظرية العقد، أي إعادة الشركاء إلى الحالة التي كانوا عليها قبل التعاقد¹. ولكن تطبيق هذه القاعدة في مجال الشركات التجارية أدى إلى نتائج ضارة، لعل أهمها الإضرار بالغير حسن النية الذي تعامل مع الشركة على إنها صحيحة، ولتقادي مثل هذه النتائج السيئة اجتهد القضاء مسترشداً بالفقه القانوني في وضع نظرية الشركة الفعلية.

إن البحث في مضمون الشركة الفعلية، من شأنه التمييز بين الشركة القانونية المستوفية لجميع الأركان التي يتطلبها القانون في جميع الشركات عامة والشركات التجارية خاصة، والتي تنشأ بصورة غير نظامية ويعترف لها بالوجود الواقعي كما يحتفظ لها بالمراكز القانونية المترتبة عن قيامها بنشاطها.

فمن البديهي أن بطلان الشركة السابق على ممارستها للنشاط الذي قامت من أجله، لا يثير إشكالات جدية، إذ يعود الشركاء إلى الحالة التي كانوا عليها قبل التعاقد، وكأن الشركة لم توجد أصلاً، ويتحمل المؤسسون المسؤولية بالتضامن فيما بينهم. والشركة عقد بين شخصين أو أكثر لأجل القيام بعمل مشترك واقتسام ما ينتج عنه من ربح أو خسارة، غير أن هذا العقد ليس كغيره من سائر العقود، فهو يمثل أحسن وسيلة لتجميع واستثمار رؤوس الأموال؛ ذلك أن جوهر فكرة الشركة يتمثل في اجتماع عدة أشخاص واقتسام ما ينتج عن العمل بينهم، وهذا الاجتماع يحقق في الواقع نتائج أقوى وأفضل من المجهودات الفردية تجاه التعاون المشترك، وضم المجهود في سبيل القيام بمشروعات تجارية وصناعية².

في إطار القواعد العامة فإن العقد قد يكون باطلاً أو قابلاً للإبطال وإذا ما تقرر البطلان سواء في إطار العقد الباطل أو في إطار العقد القابل للإبطال؛ فإن العقد يكون هو والعدم سواء ولا يترتب عليه أي أثر، ويستوجب هذا الحال إعادة الأمور لما كانت عليه قبل التعاقد، فإذا كان التصرف بيعاً مثلاً ردّ المشتري المبيع ورد البائع الثمن، فإذا أصبح الرد مستحيلاً بأن هلك المبيع مثلاً في يد المشتري بخطأ منه، حكم القاضي بتعويض عادل في حدود رد قيمة المبيع وقت هلاكه.

إن للشركات التجارية حالياً أهمية اقتصادية كبيرة، الأمر الذي أدى بها إلى التأثير المباشر في نواحي الحياة الاجتماعية والاقتصادية للدولة؛ حيث إن هذه الشركات تملك الإمكانيات والأجهزة الهائلة،

¹ سلامة عبد الفتاح حلبية، أحكام الوضع الظاهر في الفقه الإسلامي والقانون الوضعي، دار الجامعة الجديدة للنشر، 2005، ص 97.

² سميحة القليوبي، الشركات التجارية، نادي القضاة، 2020، ص 19.

الأمر الذي يسمح لها بالاستثمار في المجال الاقتصادي للدولة، وهذا حسب نوع الشركة من جهة، ومن جهة أخرى حسب رأسمالها، ويكون لهذه الشركات تأثير سواء في الدول التي تتبع النظام الاقتصادي الحر أو النظام الاشتراكي¹، فحينها تتحدد طبيعة البطلان، فهو ليس جزاءً، ولا عدم ترتيب آثار، وإنما وصف للتصرف القانوني المعيب باعتباره مصدر الآثار القانونية المقصودة هو حال به².

هذا حكم القواعد العامة للبطلان، وفي إطار عقد الشركة فإنه يضاف إلى نوعي البطلان نوع ثالث يشكل بطلاناً من نوع خاص، يستقل بأحكام منفردة تستشف في جانب منها من بعض النصوص القانونية المتعلقة في الشركات، ويبقى جانب آخر رسم خطوطه القضاء أساساً من خلال تكريس فكرة شركة الواقع بقصد التغلب على صعوبات طرأت في الواقع العملي بسبب تقرير بطلان الشركة نتيجة تخلف أحد الأركان الشكلية بصفة خاصة وحالات العقد القابل للإبطال بصفة عامة³.

بيد أنه إذا تم التصريح ببطلان الشركة بمقتضى حكم أحرز على قوة اتصال القضاء فإن انحلال الشركة يقع وفق مقتضيات العقد التأسيسي وأحكام القانون الجاري به العمل والذي يُعد ترجمة تشريعية للبناء الفقهي والفقهاء القضائي لنظرية الشركة الفعلية، إن هذا السند التشريعي يساعدنا على ضبط نطاق تطبيق نظرية الشركة الفعلية من حيث حالات البطلان، ومن حيث شكل الشركة، فمن حيث حالات البطلان لم يستهدف القضاء من وراء نظرية الشركة الفعلية التحايل على الأحكام التشريعية ببطلان الشركات بقدر ما استهدف التحويل والتضليل من آثاره، حفاظاً على حقوق الغير ورغبة في عدم زعزعة المراكز القانونية التي استقرت⁴.

ثانياً: أهمية البحث

تكمن أهمية البحث في ضرورة إظهار خصوصية الشركة الفعلية التي تتعارض مع الضوابط القانونية من حيث شروط نشأتها ولكن في حقيقة الأمر تفرض وجودها في الواقع، إذن إن تطبيق نظرية

¹. أحمد محمد محرز، الشركات التجارية، مطبعة النسر الذهبي للطباعة، 2000م، ص15.

². جميل الشراقوي، نظرية بطلان التصرف القانوني في القانون المدني المصري، مطبعة جامعة القاهرة، 1956م، ص13761، وأيضاً: نزيه المهدي، المدخل لدراسات القانون، ج 1، نظرية القانون، دار النهضة العربية، 2002 م، ص42، وجاء به (فهو البطلان) وصف يلحق التصرف القانوني المعيب، والذي يتحقق عيبه بسبب مخالفة أحكام القانون التي تنفذ إنشأؤه، وهذا الوصف يعني أن هذا التصرف غير صالح لإنتاج الآثار القانونية.

³. عباس مصطفى المصري، تنظيم الشركات التجارية، الأشخاص والأموال، دار النهضة العربية، 2001م، ص34.

⁴. مفلح عواد القضاة، الوجود الفعلي والوجود الواقعي، مكتبة دار الثقافة للنشر والتوزيع، 1990، ص18.

الشركة الفعلية، إلى فكرة حماية الغير من الآثار التي ترتبت على الوضع الظاهر، والتي تقوم على أساس إقرار صحة المعاملات التي تمت بين الشركة والغير على أساس مظهر الشركة النظامي خصوصاً بالنسبة للغير حسن النية، على اعتبار أن هذا هو الحل الذي تمليه العدالة وتحتمله الضرورة، وكذلك تأسيساً على الاتجاه العام للتخفيف من آثار البطلان والذي تتبناه التشريعات في مختلف الدول.

ثالثاً: نطاق البحث

نتناول في هذا البحث إبراز خصوصية وسمات الشركة الفعلية حال مقارنتها بغيرها من الشركات الأخرى كالشركة التي توجب بسبب الواقع أو التي هي في طور الإنشاء أو غيرها، كما أن نطاق البحث يمتد لبيان الغرض من مشروعية الشركة الفعلية والآثار المترتبة على بقائها لا سيما حماية الغير حسن النية.

رابعاً: إشكالية البحث وتساؤلاته

تكمن إشكالية البحث في ماهية الخصوصية التي تتمتع بها الشركة الفعلية وآثارها؟ ويتفرع عن هذه الإشكالية عدة تساؤلات يجاب عليها خلال الدراسة، على النحو الآتي:

- 1- ما الذي يميز الشركة الفعلية عن غيرها من الشركات؟
- 2- ما الغرض من نشوء نظرية الشركة الفعلية؟
- 3- كيف حمى القانون الغير حسن النية من خلال الشركة الفعلية؟

خامساً: خطة البحث

قسم البحث إلى مبحثين، الأول يتناول خصوصية الشركة الفعلية أما الثاني فيتناول آثار الشركة الفعلية، وذلك على النحو الآتي:

المبحث الأول: خصوصية الشركة الفعلية

المبحث الثاني: آثار الشركة الفعلية

المبحث الأول

خصوصية الشركة الفعلية

تمهيد

الشركة عقد يجب أن تتوفر فيه الأركان العامة في العقد وهي الرضا والمحل والسبب، كما يجب أن تتوفر فيه الأركان الخاصة بعقد الشركة وهي أن يصدر العقد من أكثر من شخص يقدم كلاً منهم حصة من مال أو عمل، وقد اشترط المشرع إضافة إلى ذلك شرطي الكتابة والنشر، فإن حدث إخلال بتلك الأركان والشروط، بعضها أو جميعها، كان الجواب بطلان الشركة وفقاً لما حدده القانون¹، وبالتبعية تنشأة شركة فعلية لغرض حماية المتعاملين معها، ونتناول فيما يلي تمييز الشركة الفعلية عن الشركات المشابهة لها من ناحية، ومن ناحية أخرى نورد الغرض من إنشاء هذه الشركة على النحو الآتي:

المطلب الأول: تمييز الشركة الفعلية

المطلب الثاني: الغرض من الشركة الفعلية

المطلب الأول

تمييز الشركة الفعلية

معظم المحاولات التي وجدت لتعريف الشركة الفعلية اقتصرت على أنها من صنع القضاء، وأيده الفقه الذي وضع أسسها وحدد الأثر القانوني لها بعدم رجعية بطلانها، فأكد القضاء على وجودها الواقعي، وهذا ما استقرت عليه أغلب التشريعات ومعظم الفقه القانوني، لكن لم يستقر الفقه في المقابل على وضع تسمية محددة لها، ففي الفقه المقارن نجد لها تسميات مختلفة. وبالنظر إلى الأساس القانوني الذي اعتمدت عليه هذه النظرية وهو اعتبار عقد الشركة من العقود المستمرة فإذا قضي بالبطلان تناول البطلان مستقبل العقد فقط، وبالنسبة للماضي فتعتبر الشركة موجودة لكن وجودها ليس له كيان قانوني إنما كيان فعلي، وقد اعترف المشرعان العراقي والمصري بالشركة الفعلية بعد الحكم ببطلانها وذلك باعتبار أنها قائمة فعلاً لا قانوناً في الفترة ما بين انعقادها والحكم ببطلانها، وكنيجة لهذا الأساس وجدنا أن الشركة الفعلية تتشابه مع عدة شركات أخرى، نتناولها من خلال تقسيم هذه الفقرة إلى أربعة أفرع، نخصص الفرع الأول للتمييز بين الشركة الفعلية والشركة الناشئة بصورة فعلية، ونخصص الفرع الثاني

¹ وتبقى الشركة قائمة ومستمرة في أعمالها حتى صدور هذا الحكم بالإبطال. أمين محمد حطيط، قانون التجارة اللبناني، منشورات زين الحقوقية، 2021، ص 285.

للتمييز بين الشركة الفعلية ونظرية تحول العقد، ونخصص الفرع الثالث للتمييز بين الشركة الفعلية وشركة المحاصة، ونخصص الفرع الرابع للتمييز بين الشركة الفعلية وشركة في طور التأسيس.

أولاً: الشركة الفعلية والشركة الناشئة بصورة فعلية

يجب في الواقع التمييز بين الشركة الفعلية والشركة الناشئة بصورة فعلية لغرض إزالة اللبس من مفهومها، فالشركة الفعلية هي الحالة التي تكون عليها الشركة بعد إبطال عقدها بحكم قضائي، بحيث يسري أثر البطلان مستقبلياً ولا ينصرف إلى ما قبل إبطال العقد بحيث تكون قائمة وموجودة بشكل فعلي بخلاف الشركة الصحيحة القانونية المنشئة لآثارها بشكل قانوني، فالشركة الفعلية عقد استجمع في مظهره كل مقومات الشركة الصحيحة، إذ إنها تعبر عن إرادة الشركاء الظاهرة على الأقل في إنشاء حالة قانونية تدخل في الإطار العادي المعروف من القانون، فهي ذات نموذج محدد، وقد تتخذ جميع الصور المعروفة في القانون، عدا شركة المحاصة، إذ يمكن أن تكون هذه الأخيرة شركة فعلية، وليس هناك شك في وجود نية الأطراف لغرض إنشاءها، فالشركة الفعلية إذ تنشأ أصلاً لتكون شركة قانونية ولكن ينقصها إجراء معين ويحصر نطاقها في الحدود التي لا تتعارض مع طبيعة البطلان ومدى الجزاء المترتب عليه¹.

على العكس من ذلك فإن الشركة الناشئة بصورة فعلية تنشأ بصورة تلقائية نتيجة سلوك ذوي الشأن وتعاونهم بصدد استغلال مشروع معين دون أن يكون في نيتهن إنشاء لشركة ما، ويتشابه هذا التعاون التلقائي من حيث المظهر الخاص مع البناء القانوني للشركة، فالشركة الناشئة بصورة فعلية تختلف عن الشركة الفعلية لأن هذه الأخيرة تكون في الأصل شركة ابتدأت قانونية وأصبحت فعلية لعدم إتمام المعاملات اللازمة، بينما الشركة الناشئة بصورة فعلية تكون دون عقد شراكة، ودون نية تأسيس الشركة، وقد تنشأ الشركة المؤسسة بصورة فعلية نتيجة اشتراك بعض الحرفيين وصغار التجار، في نشاط تجاري دون كتابة عقد، وبهذه الصورة فإنه يترتب على التمييز بين الشركتين الشركة الفعلية والشركة الناشئة بصورة فعلية نتيجتين هامتين تتعلق الأولى بنوع الشركة، وتتعلق الثانية بتصفية الشركة².

1- فما يتعلق بنوع الشركة:

الشركة الفعلية شركة قانونية معطوبة لم يراع في تأسيسها القواعد التي نص عليها القانون، وكان لأطراف فيها نية تأسيس الشركة ذات نموذج محدد وهي تأخذ جميع أشكال الشركات، فيمكن أن تكون الشركة مدنية فعلية، أو شركة تجارية فعلية، أما الشركات الناشئة بصورة فعلية فإن النشوء التلقائي لها هو

¹ سليم عبد الله الجبوري، الشركة الفعلية، منشورات الحلبي الحقوقية، 2011، ص 74.

² سليم عبد الله الجبوري، الشركة الفعلية، المرجع السابق، ص 78.

نتيجة لاشتراك عدة أشخاص معاً لتحقيق هدف واحد دون أن تكون لهم نية إنشاء شركة، وتخضع للقواعد العامة في القانون المدني والقانون التجاري، وليس لها شخصية اعتبارية، وإنما تظهر كمشروع اقتصادي جماعي.

2- فيما يتعلق بتصفية الشركة:

إذا دخلت الشركة الفعلية طور التصفية تتم تصفيتها كقاعدة عامة، وفقاً لما اتفق عليه الشركاء في عقد الشركة المقرر إبطاله، وتتعرض الشركة للتوقف عن الدفع وإشهار إفلاسها أو للتسوية القضائية، ولتصفية أموالها مع تحمل الشركاء للنتائج المترتبة على شكل الشركة الذي اتفقوا عليه.

أما بخصوص الشركة الناشئة بصورة فعلية وكونها شركة متكونة بصورة تلقائية نتيجة سلوك ذوي الشأن وتعاونهم دون وجود عقد ينظم حقوق الأطراف والتزاماتهم، حتى في وقت التصفية لذلك تتم تصفيتها دائماً بالاستناد إلى القواعد العامة المقررة في القانون، دون التقيد بشروط أو ضوابط قد تضعها الأطراف فيما لو كان هناك عقد الشركة كما هو الحال في الشركة الفعلية¹.

وبهذا المفهوم تختلف الشركة الفعلية، عن شركة منشأة بصورة فعلية حيث تظهر هذه الأخيرة نتيجة وضع وجد فيها شخصان أو أكثر يستجمع العناصر والشروط التي تكفي لقيام الشركة قانوناً، باستثناء وجود العقد الخطي، فهذا الوضع يكرس وجود شركة منشأة فعلياً، ويمكن إثباتها من قبل الغير بوجه الشركاء²، والإثبات هنا يتم بالطرق كافة ومنها القرائن والبيئة الشخصية³.

ثانياً: الشركة الفعلية والشركة قيد التأسيس

الشركة قيد التأسيس هي شركة اتجهت إرادة الأطراف إلى تكوينها، من خلال قيام الشركاء بإبرام عقد الشركة والاتفاق على جميع المسائل الجوهرية للعقد، غير أن إجراءات التأسيس لم يتم استكمالها كالقيد في السجل التجاري والنشر، لكن نية الشركاء تقصد استكمالها، ولم تباشر نشاطها بعد، والفرق الجوهرى بين الشركة قيد التأسيس وبين الشركة التجارية الفعلية هو أن الأولى لا تعترف لها مختلف التشريعات بالشخصية المعنوية في هذه المرحلة، ولا تخضع لإجراءات التصفية ولا لنظام الإفلاس، في

¹ محمد فريد العريني، الشركات التجارية، دار الجامعة الجديدة، 2010، ص 281.

² أمين محمد حطيط، قانون التجارة اللبناني، المرجع السابق، ص 289.

³ أمين محمد حطيط، قانون التجارة اللبناني، المرجع السابق، ص 289.

حين تتمتع الشركة الفعلية بالشخصية المعنوية في الفترة السابقة على الحكم ببطلانها، وتمثلها جهة الإدارة وتساءل الشركة الفعلية كشخص معنوي كقاعدة عامة، كما إنها تخضع للتصفية والإفلاس¹.

ثالثاً: الشركة الفعلية وشركة المحاصة

شركة المحاصة لها وجود قانوني لكن بين الشركاء فقط، فهي شركة مستترة وهي مغفأة من الأحكام الشكلية. وبالتالي لا يلزم كتابة عقدها كما أنه لا يجوز شهر هذا العقد وإلا فقدت الشركة صفتها كشركة محاصة وهي شركة مستترة لا تتمتع بالشخصية المعنوية وليس لها ذمة مالية مستقلة عن ذمة الشركاء²، وليس لها ممثل قانوني، أي مدير يعمل باسمها ولحسابها، وإنما ينظم الشركاء عادة طريقة الإدارة في عقد الشركة كما أنها لا تخضع لإجراءات التصفية، ولا تخضع لأحكام الإفلاس إنما يمكن طلب شهر إفلاس الشريك الذي يدير أعمالها باسمه ويوقع على التزاماتها بصفته الشخصية³.

في حين الشركة الفعلية كما سبق ذكرها هي شركة اتجهت إرادة الأطراف إلى تكوينها لكن تم إغفال أحد الإجراءات الشكلية مما يهدد الشركة بالبطلان.

مع الإشارة إلى أنه يمكن أن تتحول شركة المحاصة إلى شركة فعلية، إذا ظهرت علناً، وفي هذه الحالة تطبق عليها أحكام الشركة الفعلية⁴.

رابعاً: الشركة الفعلية ونظرية تحوّل العقد الباطل

يقصد بنظرية تحول العقد أنه إذا كان العقد باطلاً وتوافرت فيه أركان عقد آخر فإن العقد يكون صحيحاً باعتباره العقد الذي توافرت أركانه إذا تبين أن المتعاقدين كانت نيتهما تتصرف إلى إبرام هذا العقد، وأساس هذا الحكم أن التصرف الباطل قد يتضمن رغم بطلانه عناصر تصرف آخر فيتحوّل التصرف المقصود أصلاً⁵، فتحول العقد يُعد من الآثار العرضية التي تترتب على العقد الباطل بوصفه

¹. المرجع نفسه، ص 100، 101.

². حيث نصت المادة 251 من قانون التجارة البرية اللبناني الجديد على أن "لا تعتبر شركة المحاصة شخصاً معنوياً".

³. راشد فهم، الإفلاس والصلح الواقي منه، المكتب الفني للإصدارات القانونية، 2000، ص 197.

⁴. سلامة عبد الفتاح حليبة، أحكام الوضع الظاهر في الفقه الإسلامي والقانون الوضعي، المرجع السابق، ص 100.

⁵. السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني، منشورات الحلبي الحقوقية، 2022، ص 501 هامش (2)، وكذلك مؤلفه،

مصادر الحق في الفقه الإسلامي، الجزء الرابع، المرجع السابق، ص 104، صاحب عبيد الفتاوي، تحول العقد في

ضوء متطلبات التحول الاشتراكي، رسالة دكتوراه مقدمة إلى كلية القانون، جامعة بغداد، 1986، ص 195-196، عبد

العزیز المرسي حمود، نظرية إنقاص التصرف القانوني في القانون المدني المصري (دراسة تحليلية وتأصيلية مقارنة)،

دار الشمس للطباعة، 2006، ص 372-373.

واقعة قانونية، فالآثار التي تترتب على العقد بعد تحوله، هي الآثار التي لم يقصدها المتعاقدان فهي ترتبت على العقد الجديد وليس على العقد الذي وقع باطلاً، فالتحول لا يسمح ببقاء العقد الذي وقع باطلاً وإنما يتحقق باستبدال عقد جديد صحيح بعقد قديم باطل⁽²⁾.

تحول العقد إذن هو تحول التصرف الباطل إلى التصرف الذي توافرت عناصره وهو صحيح ولتطبيق هذا التحول يشترط توفر ثلاثة شروط:

1- بطلان التصرف الأصلي، فإذا كان صحيحاً فلا مجال فيه للتحويل حتى ولو تضمن عناصر تصرف آخر.

2- وجوب أن يتضمن التصرف الباطل جميع عناصر التصرف الآخر، فإذا لم يتحقق هذا الشرط فإن العقد لا يقبل التحول.

3- يجب أن تتجه إرادة المتعاقدين المحتملة إلى التصرف الآخر، الذي يتحول إليه.

وفي حالة عقد الشركة، فإن هذا التحول ينتج عنه شركة تجارية قانونية قائمة بشكل صحيح غير أنها تختلف عن الشركة التي كانت قائمة قبل التحول، وذلك بسبب توافر شروط الشركة الجديدة في العقد الذي شابه البطلان.

أما في حالة الحكم ببطلان عقد الشركة، وسريان هذا البطلان بالنسبة للمستقبل فقط، نكون أمام شركة فعلية، عقد إنشائها حكم ببطلانه، ولا تعتبر قانونية في الفترة قبل البطلان، وإنما فعلية لا يمكن تجاهل ما ترتب على وجودها في فترة زمنية معينة قبل الحكم ببطلان من آثار¹.

². وهذا ما أجمع عليه الفقه، السنهوري، مصادر الحق في الفقه الإسلامي، جامعة الدول العربية، معهد الدراسات العربية العالية، 1959، ص502، إياد عبد الجبار ملوكي، تحول العقد، مجلة العلوم القانونية، المجلد 31، العدد 1، 30 يونيو/حزيران 2016، ص205، أحمد يسري، تحول التصرف القانوني، رسالة دكتوراه، جامعة هيدلبرج، 1995، ص209، صاحب عبيد الفتلاوي، تحول العقد في ضوء متطلبات التحول الاشتراكي، المرجع السابق، ص176، صالح ناصر العتيبي، فكرة الجوهرية في العلاقة العقدية، دار المطبوعات الجامعية، 2012، ص137، أحمد حشمت أبو ستيت، نظرية الالتزام في القانون المدني الجديد، مطبعة مصر، 1945، ص271.

¹. شمس الدين الوكيل، دروس في العقد وبعض أحكام الالتزام، ط1، منشأة المعارف، 1961، ص139.

المطلب الثاني

الغرض من الشركة الفعلية

تقضي القاعدة العامة في البطلان المطلق والبطلان النسبي بإعادة الشركاء إلى الحالة التي كانوا عليها قبل التعاقد وهذا ما يعني أن للبطلان أثراً رجعياً فينهار العقد برمته ويمكن تطبيق هذه القاعدة إذا كشف سبب البطلان منذ البداية؛ ولكن إذا كان العقد قد نفذ ونشأ عنه الشخص المعنوي فإذا طبقت عليه القاعدة العامة أدى ذلك إلى إهدار المعاملات التي قام بها الشخص المعنوي وإزالة آثارها، الأمر الذي سيؤدي إلى نتائج غير عادية سواء من الناحية العملية أو الاقتصادية فلو طبق الأثر الرجعي للبطلان أدى ذلك إلى تجاهل أوضاع ووقائع وجدت فعلاً للفترة السابقة على الحكم بالبطلان، وأهمها وجود شخص معنوي ارتبط بمعاملات مع الغير فأصبح بموجبها دائناً أو مدينناً وحصل على أرباح ومُنِي بخسائر لذا استقر القضاء على أنه متى حكم ببطلان الشركة اقتصر آثاره على المستقبل فحسب دون أن يمتد إلى الماضي إذ تعتبر الشركة قائمة ويعتد بنشاطها للفترة الواقعة بين تكوينها والحكم بالبطلان غير أن الاعتراف بالشركة خلال هذه الفترة ليس سوى اعتراف بالوجود الفعلي للشركة في الوقت منذ إنشائها وحتى الحكم ببطلانها¹.

وقد اعتنق المشرع العراقي والمصري وغيرهم النموذج القانوني للشركة الفعلية والتي تتمتع بمركز قانوني خاص يحمي القانون من خلالها الأشخاص المتعاملين معها حسني النية²، فالشركة الفعلية شركة باطلة، حد القانون والقضاء من آثار بطلانها بالنسبة للماضي بما يحفظ مبدأ استقرار المعاملات وتلافياً للأضرار الناتجة عن البطلان، ولتعذر إعادة جميع أصحاب العلاقة لحالتهم السابقة.

يستند كذلك تطبيق نظرية الشركة الفعلية، إلى فكرة حماية الغير من الآثار التي ترتبت على الوضع الظاهر، والتي تقوم على أساس إقرار صحة المعاملات التي تمت بين الشركة والغير على أساس مظهر الشركة النظامي خصوصاً بالنسبة للغير حسن النية، على اعتبار أن هذا هو الحل الذي تمليه العدالة وتحتمله الضرورة، وكذلك تأسيساً على الاتجاه العام للتخفيف من آثار البطلان والذي تتبناه التشريعات في مختلف الدول والتي تؤسسه على نظرية حماية الظاهر والحكمة من إيجاد نظرية الشركة الفعلية قصد حماية الأوضاع الظاهرة تحقيقاً لاستقرار المراكز القانونية لأن الغير تعامل مع الشركة قبل الحكم ببطلانها على أساس أنها شركة صحيحة، ومن ثم فلا يسوغ أن يفاجئ هذا الغير الذي اطمأن إلى الوضع

¹ محمد فريد العريني، الشركات التجارية، المرجع السابق، ص 73.

² محمد شكري، حسن النية في العقود دراسة مقارنة، منشورات الحلبي الحقوقية، 2006، ص 104.

الظاهر؛ ببطلان الشركة لسبب خفي عليه، أما الأساس القانوني التي اعتمدت عليه هذه النظرية فهو اعتبار عقد الشركة من العقود المستمرة فإذا قضي بالبطلان تناول البطلان مستقبل العقد فقط وبالنسبة للماضي فتعتبر الشركة موجودة لكن وجودها ليس له كيان قانوني وإنما كيان فعلي واقعي¹.

تقضي القاعدة العامة في البطلان بنوعيتها المطلق والنسبي بإعادة الأطراف إلى الحالة التي كانوا عليها قبل التعاقد، وهو ما يعني أن للبطلان أثرًا رجعيًا حيث ينهار العقد برمته؛ لكن في حالة العقد الذي يُقضى ببطلانه بعد أن نشأ عنه شخص معنوي، إذا طبقت عليه القاعدة العامة في البطلان، أدى ذلك إلى إهدار المعاملات التي قام بها الشخص المعنوي وإزالة آثارها، الأمر الذي سيؤدي إلى نتائج غير عادية سواء من الناحية العملية أو الاقتصادية.

فلو طبق الأثر الرجعي يؤدي ذلك إلى تجاهل الأوضاع والوقائع نتيجة الحكم بالبطلان، وأهمها الشخص المعنوي الذي أوجده العقد الباطل وقد ارتبط بمعاملات مع الغير فأصبح بموجبها دائنًا أو مدينًا وحصل على أرباح ومُنِي بخسائر، لذا استقر القضاء على أنه متى حكم ببطلان الشركة اقتضت آثاره على المستقبل فحسب دون أن يمتد إلى الماضي، إذ تعتبر الشركة قائمة ويعتد بنشاطها للفترة الواقعة بين تكوينها والحكم بالبطلان غير أن الاعتراف بالشركة خلال هذه الفترة ليس سوى اعتراف بالوجود الفعلي أو الواقعي للشركة، ولا يركز على أساس قانون لذا تسمى هذه الشركة بالشركة الفعلية أو الشركة الواقعية، ومن أجل حماية الأوضاع الظاهرة للشركة الفعلية تحقيقًا لاستقرار المراكز القانونية؛ لأن الغير تعامل مع الشركة قبل الحكم ببطلانه على أساس إنها شركة صحيحة، ومن ثم فلا يجوز أن يفاجأ هذا الغير الذي اطمئن إلى الوضع الظاهر ببطلان الشركة لسبب خفي عليه.

وللوضع الظاهر ركنين، لا بُد من توافرها لإضفاء الحماية التي قررتها نظرية الأوضاع الظاهرة على الغير الذي تعامل مع صاحب الوضع الظاهر المخالف للحقيقة²، ركن مادي وآخر معنوي³؛

¹ نادية فوزيل، أحكام الشركة طبقا للقانون التجاري، دار هومة للنشر، 2006، ص51.

² عبد الباسط جميعي، نظرية الأوضاع الظاهرة، رسالة دكتوراه، جامعة القاهرة، كلية الحقوق، 1955، ص99، وكذلك نعمان جمعة، أركان الظاهر كمصدر للحق، جامعة الدول العربية، المنظمة العربية للتربية والثقافة والعلوم، معهد البحوث والدراسات العربية، 1977، ص60 وما بعدها، وكذلك المستشار/ فتيحة قرة، النظرية القضائية المستحدثة للأوضاع الظاهرة، منشأة المعارف، 1988، من ص 35 إلى ص39.

³ محمود زواوي، نظرية الظاهر في القانون الخاص رسالة دكتوراه الدولة في القانون، كلية الحقوق، جامعة الجزائر، 1998، ص 173.

الركن المادي: هو وجود وضع ظاهري يخالف الواقع، ينشأ عن تصرفات صاحب الحق أو تقصيره. وفي حالة الشركة الفعلية فإن الركن المادي يتمثل في وجود تصرفات تُظهر وجود شركة بين أشخاص، بينما لا يوجد عقد شركة فعلي.

الركن المعنوي: هو حسن نية الغير الذي تعامل مع صاحب الوضع الظاهر. وفي حالة الشركة الفعلية الركن المعنوي يتمثل في حسن نية الغير الذي تعامل مع الشركة الظاهرة، معتقداً أنها شركة حقيقية¹.

وكل ما تقدم كان سبباً في أن يتدخل المشرع في كل مجالات القانون، ويفرض حماية مؤقتة للظاهر، وحماية للمتعاملين مع الظاهر على وفق الشروط التي يحددها القانون كما هو في الشركة الفعلية²، وبالتالي فلا يطالب المدعي بإثبات كل عنصر من العناصر المكونة للواقعة المنشئة للحق المدعى به، وإنما يطالب فقط بإثبات العناصر المخالفة للظاهر³.

جدير بالذكر أنه لم تسلم هذه النظرية أيضاً من الانتقادات الفقهية بحيث يرى البعض أن حسن النية والذي هو من شروط الظاهرة سيكون غير دائم، إذ إن الأفراد الذين يتعاملون مع شركة تجارية لا يجهلون أن الشخصية لتلك الشركة لا تقرر لها إلا بقيدها في السجل التجاري، كما أن الآثار القانونية للشركة لا تتولد عن المظهر بمعنى الكلمة وإنما عن الوجود الفعلي للشركة في الماضي غير أن الانتقادات الموجهة لهذه النظرية لا تؤثر على أهميتها في تفسير واقع الشركة الفعلية، فهذه الشركة ومنذ لحظة تعاملها مع الغير تدخل في إطار الأوضاع الظاهرة بصفتها شركة صحيحة ترتب الآثار القانونية اللازمة لذلك الارتباط⁴.

¹. سليم عبد الله الجبوري، الشركة الفعلية، المرجع السابق، ص 72 .

² محسن عبد الحميد إبراهيم البيه، نظرية الوارث الظاهر (دراسة تحليلية، تأصيلية في القوانين المصري والكويتي والفرنسي)، مكتبة الجلاء الجديدة، 1993، ص 12.

³ نجلاء توفيق نجيب فليح، عبء الإثبات في الدعوى المدنية (دراسة مقارنة)، جامعة الزرقاء، مج 18، ع 1، 2018، ص 215.

⁴. مرجع نفسه، ص 72.

المبحث الثاني

آثار الشركة الفعلية

تمهيد

الشركة الفعلية هي الشركة التي يعتريها عيب في إجراءات تأسيسها، دون تصحيح عيبها وتستمر تتعامل مع الغير وتدرس نشاطها، قبل أن يحكم القضاء ببطلانها الأمر الذي لو طبق عليها آثار البطلان التي مؤداها اعتبار تصرفات الشركة باطلة، فتتعدم آثارها بما يصطدم مع استقرار المراكز القانونية¹.

بتعبير آخر إن مؤدى الشركة الفعلية هي الاعتراف بالوجود الواقعي للشركة في الفترة ما بين التأسيس والحكم ببطلانها بحيث يدل تعبير الشركة الفعلية عن شركة باطلة قانوناً إلا أن الشركاء أرادوا تكوينها فباشرت نشاطها قبل إعلان بطلانها².

نستطيع القول أيضاً إن الشركة الفعلية هي الشركة التي أنشأت في ظاهرها على إنها سليمة وبني على ذلك تعاملات مع الغير ونشوء مراكز قانونية دائن أو مدين تم الحكم ببطلانها لتخلف إحدى الشروط الموضوعية العامة أو الخاصة، أو الشروط الشكلية³.

وتقضي القاعدة العامة في البطلان المطلق والبطلان النسبي بإعادة الشركاء إلى الحالة التي كانوا عليها قبل التعاقد إذا كشف سبب البطلان منذ البداية. أما إذا نشأ عن العقد شخص معنوي فتطبق القاعدة العامة؛ لأن ذلك يؤدي إلى نتائج غير عادية سواء من الناحية العملية أو الاقتصادية، فتطبق الأثر الرجعي للبطلان يؤدي إلى تجاهل وقائع وجدت فعلاً في الفترة السابقة بالحكم بالبطلان⁴.

ويترتب على وجود الشركة الفعلية مجموعة من الآثار يمكن تقسيمها إلى آثار عامة وأخرى خاصة على النحو الآتي:

¹ عبد الحميد الشواربي، الإفلاس في ضوء القانون رقم 17 لسنة 1999 منشأة المعارف، 2003، ص 787.

² حلو عبد الرحمان، أبو حلو محمد حسين يشايرة، مفهوم الشركة الفعلية ونطاق تطبيقها: دراسة "مقارنة، المجلة الجزائرية للعلوم القانونية والاقتصادية والسياسية"، 2007، ص 5.

³ هاني سري الدين، مبادئ في القانون التجاري المصري، دون ذكر دار نشر أو سنة نشر، ص 193.

⁴ أحمد محمد محرز، الشركات التجارية، المرجع السابق، ص 92-93.

المطلب الأول

الآثار العامة

يُعد الإقرار بوجود الشركة الباطلة خلال المدة من تكوينها إلى الحكم ببطلانها من أهم الآثار التي تترتب على إعمال نظرية الشركة الفعلية، وبمعنى آخر فإن الشركة تتمتع بالشخصية المعنوية بمجرد تكوينها، ويترتب على ذلك جميع النتائج التي ترتبت على هذه الشخصية، وبناءً على ذلك تُعد تعهداتها وتصرفاتها مع الغير قائمة وصحيحة وترتب عليها كل آثارها القانونية، وينبني على ذلك أنه يجوز - على سبيل المثال - لدائني الشركة استعمال حقهم على ذمة الشركة المالية، كما تُعد صحيحة أيضًا العلاقات التي تمت بين الشركاء أنفسهم، ويتم توزيع الأرباح والخسائر فيما بينهم وفقًا لعقد الشركة، كما لو كانت الشركة صحيحة ومنتجة لكل آثارها خلال هذه الفترة¹.

يترتب على اعتبار أن الشركة الباطلة موجودة خلال الفترة الواقعة بين تكوينها والحكم ببطلانها عدة آثار يمكن أن نجملها فيما يلي:

متى توافرت شروط تطبيق الشركة الفعلية على النحو السالف ذكره فإن هذه الشركة تحتفظ بالشخصية المعنوية وما يترتب على ذلك من آثار²، فيجوز إشهار إفلاس الشركة الفعلية متى توقفت عن دفع ديونها التجارية³، ويكون كل ما اكتسبته الشركة من حقوق وما التزمت به من التزامات نافذة وصحيحة في الفترة ما بين تكوينها والحكم ببطلانها، سواء فيما بين الشركاء أو بالنسبة إلى الغير، ومن ناحية أخرى تكون هذه الشركة خاضعة للضريبة على فترة نشاطها قبل الحكم ببطلانها⁴.

والأصل أنه يترتب على تخلف ركن من أركان عقد الشركة بطلان هذا العقد أو يصبح قابلاً للإبطال، أو بطلاناً خاصاً، حسب الركن الذي تخلف عند تكوين الشركة.

ووفقاً للقواعد العامة، فإنه في حالتي بطلان العقد وإبطاله يعاد الشركاء إلى الحالة التي كانوا عليها قبل العقد، تطبيقاً للأثر الرجعي للبطلان المادة (142) مدني مصري سالف الذكر، فالآثار التي تترتب على بطلان الشركة تختلف باختلاف السبب الذي أدى إليه.

¹ سميحة القليوب، الشركات التجارية، المرجع السابق، ص121.

² نقض مصري الطعن رقم (448) لسنة 35 ق، جلسة 23 / 2 / 1972 م، س 23، ص233.

³ نقض مصري الطعن رقم (302) لسنة 32 ق، جلسة 10 / 11 / 1969 م، ص 17، ص1655.

⁴ هاني سري الدين، مبادئ في القانون التجاري المصري، المرجع السابق، ص193.

كما أنها تختلف باختلاف شكل الشركة فإذا كان جزءا تخلف أحد أركان العقد هو البطلان، وهو يكون كذلك إذا كان البطلان لسبب يحتج به في مواجهة الجميع، فإن هذا البطلان يعدم كيان الشركة في الماضي وفي المستقبل وتعد الشركة كأن لم تكن؛ لذا لا يخلف بطلان هذا العقد وراء شركة فعلية، والأسباب التي يحتج بها في مواجهة الجميع هي التي تمس العقد في ذاته، كعدم مشروعية غرض الشركة لمخالفته للنظام العام، وتخلف شرط تعدد الشركاء أو عدم تقديم الحصص كما تقدم، أما إذا كان البطلان لأسباب لا تمس عقد الشركة في ذاته ومن ثم لا يحتج به في مواجهة الجميع، فالأصل أن هذا البطلان لا يعدم كيان الشركة في الماضي ويقتصر أثره على المستقبل، غير أنه في بعض الفروض قد يعدم كيان الشركة في الماضي وفي المستقبل¹.

ومتى أبطل عقد الشركة سواء أكان العقد باطلاً أو قابلاً للإبطال، فإن القواعد العامة تقضي بأن يعاد الشركاء إلى الحال التي كانوا عليها قبل العقد تطبيقاً للأثر الرجعي للبطلان. بيد أن تطبيق القواعد العامة على عقد الشركة والقول برد الحالة إلى ما كانت عليه قبل التعاقد وإن كان يستقيم نظرياً فإنه لا يستقيم عملاً؛ إذ هو لا يقيم وزناً للعقود التي ارتبطت بها الشركة مع الغير وأصبحت بمقتضاها.

المطلب الثاني

الآثار الخاصة بالنسبة للشركاء

تُعد الشركة الفعلية (أي الشركة في الفترة السابقة على البطلان) شركة صحيحة²، فتكون حيازتهم للأرباح التي وزعت عليهم صحيحة ويكتسب الشريك المتضامن صفة التاجر، ويطالب الشركاء الغير بحقوق الشركة ويوفون بالتزاماتها، وتكون الشركة متمتعة بشخصيتها المعنوية وذمتها المالية حتى يصدر الحكم ببطلانها، وحتى بعد الحل تحتفظ الشركة بشخصيتها المعنوية لحين الانتهاء من عمليات التصفية وتصفى الشركة طبقاً للشروط الواردة في العقد الذي تم إبطاله؛ لأن الحكم بالبطلان لم يكن لسبب في العقد ذاته.

¹ عزيز العكلي، الشركات التجارية في القانون الأردني، دار الثقافة للنشر والتوزيع، 1995، ص 64.

² سميحة القليوبي، الشركات التجارية، المرجع السابق، ص 85، علي جمال الدين عوض، الوجيز في القانون التجاري، دار النهضة العربية، 1975، ص 389، محسن شفيق، الوسيط في القانون التجاري، مكتبة النهضة المصرية، 1959، ص 303، فايز رضوان، الشركات التجارية، المركز القومي للإصدارات القانونية، 2008، ص 94.

كما أنه بالنسبة للشركاء أيضا يظل العقد صحيحاً فيما بين الشركاء فيتم توزيع الأرباح والخسائر فيما بينهم وفقاً لشروط العقد كما لو كانت الشركة صحيحة ومنتجة لجميع آثارها خلال هذه الفترة وذلك فيما عدا الشريك الذي أبطلت الشركة في مواجهته إذ يسترد حصته دون أن يشارك في الأرباح والخسائر¹.

غير أن الفقه اختلف حول الطريقة التي يتم عليها توزيع الربح أو الخسارة بين الشركاء. فيرى البعض أن يتم توزيع الأرباح أو الخسائر طبقاً لما نص عليه العقد التأسيسي للشركة، وقد تبني المشرع الفرنسي والمصري هذا المبدأ²، كما استقر القضاء في أحكامه العديدة على ما جاء به العقد التأسيسي للشركة في علاقات الشركاء فيما بينهم³، ويرى البعض الآخر تطبيق نصوص القانون الخاصة بتوزيع الأرباح والخسائر عند عدم اتفاق الشركاء أن يتم التوزيع بالتساوي كل بحسب الحصة المقدمة⁴.

والرأي المختار، هو الذي يستبعد نصوص العقد، وكذلك أحكام القانون، ويرى أن يتم التوزيع على أساس من العدالة بأن يترك القاضي الموضوع للسلطة التقديرية، على أنه بالنسبة لحالة البطلان لعدم إتمام الشركة لإجراءات التأسيس، يجب تطبيق أحكام العقد باعتبار أن سبب البطلان خارج عنه ولاحق على إبرامه⁵.

المطلب الثالث

الآثار الخاصة بالنسبة للغير

فله الخيار⁶، بين اعتبار الشركة صحيحة في الماضي أو طلب البطلان بأثر رجعي، حسبما تقتضيه مصلحته، فالدائن الشخصي للشريك له مصلحة في التمسك بالأثر الرجعي للبطلان حتى يستطيع

¹ حسام الدين عبد الغني الصغير، الشركات التجارية، دار الثقافة والنشر والتوزيع، 1986، ص56.

² المادة (368) من قانون الشركات الفرنسي، والمادة (1844)، 15 من قانون 4 يناير 1975، والمادة (507) من القانون المدني المصري، والمادة (545) من القانون المدني الفلسطيني، والمادة (741) من القانون التجاري الجزائري.

³ نقض مدني مصري، بتاريخ 1965/11/9م، مجموعة الأحكام س 16، ع 3، ص1957.

⁴ عليوة رابح، الشركة الفعلية، دراسة مقارنة، جامعة عنابة، 2011، ص58.

⁵ عليوة رابح، الشركة الفعلية، دراسة مقارنة، المرجع السابق، ص98، وأيضا نقض فرنسي بتاريخ 1962/5/13م، دالوز، 1، 1862، 338، موسوعة دالوز، الشركة الفعلية رقم 70 - 73، ويراجع في ذلك عليوة رابح، الشركة الفعلية، دراسة مقارنة، المرجع السابق، ص98.

⁶ قارن هاميل مشار إليه سابقاً، ص139، حيث يرى أن حق الخيار لم يعد موجوداً في القانون الفرنسي منذ صدور قانون الشركات لسنة 1966م، وتعديل (4) يناير 1978م، للمادة (1844 - 16) من القانون المدني، حيث قرر المشرع أن

التنفيذ على المال الذي قدمه الشريك كحصة في الشركة، ولدائن الشركة مصلحة في اعتبار الشركة صحيحة حتى يتمكن من التنفيذ على أموالها دون مزاحمة من دائني الشركاء¹، ولكن ما الحل إذا تمسك أحد من الغير باعتبار الشركة صحيحة قبل الحكم ببطلانها، وتمسك آخر بالأثر الرجعي للبطلان؟ الراجح أنه يجب الحكم بالبطلان لأنه الأصل في حالة مخالفة أحكام القانون².

وبالنسبة لعلاقات الشركة مع الغير، تُعد التصرفات التي قامت بها الشركة مع الغير صحيحة ومنتجة لآثارها حتى عند تقرير بطلانها، ويجوز لدائني الشركة التمسك ببقائها ليتفادوا مزاحمة الدائنين الشخصيين للشركاء، ويكون لهم الحق في التنفيذ بديونهم على أموال الشركة، وفي حالة عدم كفايته بسبب عدم تقديم عدد من الشركاء لحصصهم فإن لهم حق المطالبة بتقديمها، فضلاً عن ذلك فإنه من المسلم به أن لهم حق طلب شهر إفلاس الشركة، وتقسيم أموالها لاستيفاء ديونهم حسب قواعد الإفلاس³.

أما إذا تعارضت اختيارات دائني الشركة أنفسهم، فتمسك بعضهم ببطلان الشركة كما لو كانوا دائنين شخصيين في الوقت نفسه لبعض الشركاء بينما تمسك الآخرون ببقاء الشركة فيرجح الجانب الذي يتمسك بالبطلان؛ لأنه هو الأصل الذي يتفق مع المحكمة التي توخاها المشرع من قواعد البطلان⁴.

أما بالنسبة لدائني الشركاء الشخصيين، فمن المسلم به أنه من الملائم لهم التمسك ببطلان الشركة، طالما لهم مصلحة في ذلك وهي التنفيذ على حصة الشريك المدين بعد تصفية الشركة نتيجة

الشركة الفعلية شركة صحيحة قبل الحكم بالبطلان ومع ذلك فإن الغير حسن النية له الاعتراض على الشركاء الذين يتمسكون بالبطلان ليستردوا حصصهم من الشركاء أو لا يتحملون ما لحقها من خسائر.

¹ عاشور عبد الجواد عبد الحميد، الشركات التجارية، دار النهضة العربية، 1992، ص 81.

² سميحة القليوبي، الشركات التجارية، المرجع السابق ص 91، علي البارودي، القانون التجاري، دار المطبوعات الجامعية، 2012، ص 159، أبو زيد رضوان، الشركات التجارية، دار الفكر العربي، 1978، ص 109، هامش 1 مصطفى كمال طه، القانون التجاري، منشورات الحلبي الحقوقية، 2006، ص 51، ثروت عبد الرحيم، الوجيز في القانون التجاري، دار النهضة العربية، 1995، ص 373.

³ أحمد محمد محرز، الوجيز في الشركات التجارية، دار النهضة العربية، 1999، ص 148.

⁴ في المعنى: أبو زيد رضوان، الشركات التجارية، المرجع السابق، 1988م، ص 98، وأحكام القضاء والفقه المشار إليه ومناقشاته لتعارض اختيارات الغير بشأن بطلان الشركة.

الحكم ببطلانها¹، ولهذا استقر القضاء على أنه في حالة الحكم ببطلان الشركة يجب تعطيل آثارها بالنسبة للمستقبل فقط، دون انسحاب آثاره إلى الماضي².

وتتجلى نظرية الشركة الفعلية في العلاقة بين الشركاء، فطبقاً للفكرة التقليدية للبطلان لكل شريك الحق في استرداد حصته كاملة غير منقوصة كما يحرم عليه أن يدعي حقاً في الأرباح، وهذا الحكم ينطبق بالنسبة لناقص الأهلية، أو الشريك الذي فقد رضاه، إذا حكم ببطلان الشركة، غير أن هذا الحكم لا يعمل به بالنسبة لبقية الشركاء الذين لا يحميهم القانون بصفة فردية؛ لأن استرداد الشركاء لحصصهم مرتبط بتصفية الشركة وتحديد نصيب كل منهم في الأرباح والخسائر³.

الخاتمة

يرتبط أصل فكرة الشركة الفعلية، ارتباطاً وثيقاً بمشكلة بطلان العقد ومدى تطبيقه على عقد الشركة، وفكرة الشركة الفعلية، كما رسمها الفقه والقضاء، سابقاً تقوم على أساس الاعتراف بوجود الشركة فعلياً، وأن يكون بطلانها قد تقرر بعد مزاولتها لنشاطها فعلاً، ومن جهة أخرى فإنه بعد تقرير البطلان لا يعود لهذه الشركة أي أثر بالنسبة للمستقبل. ولم يتردد القضاء في الاعتراف بنظام قانوني لتلك الشركات الفعلية استوحاه من النصوص القانونية للشركة الفعلية، عمل قضائي، ومجهود فقهي نشأت على هامش نصوص القانون المدني والتجاري، مؤداها استبعاد النتائج المترتبة على أثر الرجعي للبطلان، وتنوع أسباب البطلان أدى إلى تنوع المفاهيم القضائية والفقهية للشركة الفعلية، وتنوع صورها، وكانت في هذا المجال مثار جدل وخلاف فقهي، وخلص البحث إلى مجموعة من النتائج والتوصيات على النحو الآتي:

النتائج:

1. الشركة الناشئة بصورة فعلية تختلف عن الشركة الفعلية؛ لأن هذه الأخيرة تكون في الأصل شركة ابتدأت قانونية وأصبحت فعلية لعدم إتمام المعاملات اللازمة، بينما الشركة الناشئة بصورة فعلية تكون دون عقد شراكة، ودون نية تأسيس الشركة، وقد تنشأ الشركة المؤسسة بصورة فعلية نتيجة اشتراك بعض الحرفيين وصغار التجار، في نشاط تجاري دون كتابة عقد.
2. الفرق الجوهرية بين الشركة قيد التأسيس وبين الشركة التجارية الفعلية هو أن الأولى لا تعترف لها مختلف التشريعات بالشخصية المعنوية في هذه المرحلة، ولا تخضع لإجراءات التصفية ولا

¹ أحمد محمد محرز، الوجيز في الشركات التجارية، المرجع السابق، ص 148 وما بعدها.

² الطعن رقم (287) سنة 35 ق جلسة 12/ 6/ 1969 م، ص 20، ص 929.

³ زكي الشعراوي، الوجيز في الشركات التجارية، المكتب العربي الحديث، 1980، ص 53.

لنظام الإفلاس، في حين تتمتع الشركة الفعلية بالشخصية المعنوية في الفترة السابقة على الحكم ببطلانها، وتمثلها جهة الإدارة وتسأل الشركة الفعلية كشخص معنوي كقاعدة عامة، كما أنها تخضع للتصفية والإفلاس.

3. الشركة الفعلية لا تقوم إلا في حالات البطلان الخاص بسبب تخلف ركن من الأركان الشكلية أو في حالات العقد القابل للإبطال بناءً على طلب أحد الشركاء لنقص أهليته أو لعب شاب رضاه، هذا ويعد قيام الشركة الفعلية مما يدخل في سلطة قاضي الموضوع ولا معقب عليه في ذلك متى أقام قضاءه على أسباب سائغة.

4. إذا تخلف ركن من أركان عقد الشركة ترتب على ذلك بطلان العقد بطلاناً مطلقاً. ويكون العقد باطلاً إذا استوفى كل أركانه وتخلف شرط المشروعية، أو كان المحل أو السبب غير مشروعين في هذه الحالة ينقذ العقد؛ لأنه استكمل أركانه، ولكن العقد يكون باطلاً لعدم مشروعيته.

5. في حالة التحول عن عقد الشركة، فإن هذا التحول ينتج عنه شركة تجارية قانونية قائمة بشكل صحيح غير أنها تختلف عن الشركة التي كانت قائمة قبل التحول، وذلك بسبب توافر شروط الشركة الجديدة في العقد الذي شابه البطلان. أما في حالة الحكم ببطلان عقد الشركة، وسريان هذا البطلان بالنسبة للمستقبل فقط، نكون أمام شركة فعلية، عقد إنشائها حكم ببطلانه، ولا تعتبر قانونية في الفترة قبل البطلان، وإنما فعلية لا يمكن تجاهل ما ترتب على وجودها في فترة زمنية معينة قبل الحكم ببطلان من آثار.

6. يستند كذلك تطبيق نظرية الشركة الفعلية، إلى فكرة حماية الغير من الآثار التي ترتبت على الوضع الظاهر، والتي تقوم على أساس إقرار صحة المعاملات التي تمت بين الشركة والغير على أساس مظهر الشركة النظامي خصوصاً بالنسبة للغير حسن النية، على اعتبار أن هذا هو الحل الذي تمليه العدالة وتحتمله الضرورة.

التوصيات

1. نوصي بصياغة مواد تشريعية تحدد الإطار العام للشركة الفعلية في كل من مصر والعراق، وتتضمن استثناءات ترد على هذا الإطار العام وأحكام خاصة بمجموعة الشركات.
2. لا يزال النظام القانوني للشركة الفعلية معتمد على مجموعة من الاجتهادات الفقهية والقضائية، ونوصي المستثمرين بضرورة الالتزام بالإجراءات القانونية عند تأسيس شركة تجارية، تجنباً للحكم على عقد الشركة بالبطلان والتحول للشركة الفعلية.

3. يجب على الشركاء مراعاة الشكلية عند إبرام العقد سواء من خلال كتابة العقد بصورة رسمية أو غير رسمية، وكذلك استيفاء شكلية الإشهار؛ والمتمثلة في التسجيل والإيداع والإلصاق والنشر والإعلان لعقد الشركة، حتى لا يبقى عقد الشركة في حالة إغفال الشكلية فيه تحت رحمة طلب بطلانه من قبل صاحب صفة ومصلحة، ذلك إن توافر الشكلية في عقد الشركة؛ يكسبها الصفة الاعتبارية المستقلة عن أطراف عقد الشركة.

4. الشركة الفعلية تثير مشكلات عملية ما يستوجب ضرورة معالجة المخاطر الاقتصادية والمالية المترتبة على صدور أحكام ببطلان شركات قابضة أو وطنية عبر دولية.

بيان تضارب المصالح

يقر جميع المؤلفين أنه ليس لديهم أي تضارب في المصالح.

قائمة المراجع

1. أبو زيد رضوان: الشركات التجارية، دار الفكر العربي، 1978.
2. أحمد حشمت أبو ستيت: نظرية الالتزام في القانون المدني الجديد، مطبعة مصر، 1945.
3. أحمد محمد محرز: الشركات التجارية، مطبعة النسر الذهبي للطباعة، 2000م.
4. أحمد محمد محرز: الوجيز في الشركات التجارية، دار النهضة العربية، 1999.
5. أحمد يسري: تحول التصرف القانوني، رسالة دكتوراه، جامعة هيدلبرج، 1995.
6. أمين محمد حطيط: قانون التجارة اللبناني، منشورات زين الحقوقية، 2021.
7. إياد عبد الجبار ملوكي: تحول العقد، مجلة العلوم القانونية، المجلد 31، العدد 1، 30 يونيو/حزيران 2016.
8. ثروت عبد الرحيم: الوجيز في القانون التجاري، دار النهضة العربية، 1995.
9. جميل الشراقوي: نظرية بطلان التصرف القانوني في القانون المدني المصري، مطبعة جامعة القاهرة، 1956م.
10. حسام الدين عبد الغني الصغير: الشركات التجارية، دار الثقافة والنشر والتوزيع، 1986.
11. حلو عبد الرحمان، أبو حلو محمد حسين يشايرة: مفهوم الشركة الفعلية ونطاق تطبيقها: دراسة "مقارنة، المجلة الجزائرية للعلوم القانونية والاقتصادية والسياسية"، 2007.
12. راشد فهيم: الإفلاس والصلح الواقي منه، المكتب الفني للإصدارات القانونية، 2000.
13. زكي الشعراوي: الوجيز في الشركات التجارية، المكتب العربي الحديث، 1980.
14. سلامة عبد الفتاح حليبة: أحكام الوضع الظاهر في الفقه الإسلامي والقانون الوضعي، دار الجامعة الجديدة للنشر، 2005.
15. سليم عبد الله أحمد الجبوري: الشركة الفعلية، منشورات الحلبي الحقوقية، 2011.
16. سميحة القليوبي: الشركات التجارية، نادي القضاة، 2020.
17. السنهوري: الوسيط في شرح القانون المدني، منشورات الحلبي الحقوقية، 2022.
18. السنهوري: مصادر الحق في الفقه الإسلامي، جامعة الدول العربية، معهد الدراسات العربية العالية، 1959.
19. شمس الدين الوكيل: دروس في العقد وبعض أحكام الالتزام، ط1، منشأة المعارف، 1961.

20. صاحب عبيد الفتلاوي: تحول العقد في ضوء متطلبات التحول الاشتراكي، رسالة دكتوراه مقدمة إلى كلية القانون، جامعة بغداد، 1986.
21. صالح ناصر العتيبي: فكرة الجوهرية في العلاقة العقدية، دار المطبوعات الجامعية، 2012.
22. عاشور عبد الجواد عبد الحميد: الشركات التجارية، دار النهضة العربية، 1992.
23. عباس مصطفى المصري: تنظيم الشركات التجارية، الأشخاص والأموال، دار النهضة العربية، 2001م.
24. عبد الباسط جميعي: نظرية الأوضاع الظاهرة، رسالة دكتوراه، جامعة القاهرة، كلية الحقوق، 1955.
25. عبد الحميد الشواربي: الإفلاس في ضوء القانون رقم 17 لسنة 1999، منشأة المعارف، 2003.
26. عبد العزيز المرسي حمود: نظرية إنقاص التصرف القانوني في القانون المدني المصري (دراسة تحليلية وتأصيلية مقارنة)، دار الشمس للطباعة، 2006.
27. عزيز العكيلي: الشركات التجارية في القانون الأردني، دار الثقافة للنشر والتوزيع، 1995.
28. علي البارودي: القانون التجاري، دار المطبوعات الجامعية، 2012.
29. علي جمال الدين عوض: الوجيز في القانون التجاري، دار النهضة العربية، 1975.
30. عليوة رابح: الشركة الفعلية، دراسة مقارنة، جامعة عنابة، 2011.
31. فايز رضوان: الشركات التجارية، المركز القومي للإصدارات القانونية، 2008.
32. فتيحة قرّة: النظرية القضائية المستحدثة للأوضاع الظاهرة، منشأة المعارف، 1988.
33. محسن شفيق: الوسيط في القانون التجاري، مكتبة النهضة المصرية، 1959.
34. محسن عبد الحميد إبراهيم البيه: نظرية الوارث الظاهر (دراسة تحليلية، تأصيلية في القوانين المصري والكويتي والفرنسي)، مكتبة الجلاء الجديدة، 1993.
35. محمد شكري: حسن النية في العقود دراسة مقارنة، منشورات الحلبي الحقوقية، 2006.
36. محمد فريد العريني: الشركات التجارية، دار الجامعة الجديدة، 2010.
37. محمود زواوي: نظرية الظاهر في القانون الخاص رسالة دكتوراه، الدولة في القانون، كلية الحقوق، جامعة الجزائر، 1998.
38. مصطفى كمال طه: القانون التجاري، منشورات الحلبي الحقوقية، 2006.
39. مفلح عواد القضاة: الوجود الفعلي والوجود الواقعي، مكتبة دار الثقافة للنشر والتوزيع، 1990.

40. نادية فوزيل: أحكام الشركة طبقاً للقانون التجاري، دار هومة للنشر، 2006.
41. نجلاء توفيق نجيب فليح: عبء الإثبات في الدعوى المدنية (دراسة مقارنة)، جامعة الزرقاء، مج18، ع1، 2018.
42. نزيه المهدي: المدخل لدراسات القانون، ج 1، نظرية القانون، دار النهضة العربية، 2002 م.
43. نعمان جمعة: أركان الظاهر كمصدر للحق، جامعة الدول العربية، المنظمة العربية للتربية والثقافة والعلوم، معهد البحوث والدراسات العربية، 1977.
44. هاني سري الدين: مبادئ في القانون التجاري المصري، دون ذكر دار نشر أو سنة نشر.

الأحكام القانونية لمبدأ استقلال التواقيع في الورقة التجارية (الكمبيالة) وفق القانون العماني

*The Legal Provisions Governing the Principle of
Independence of Signatures on Commercial Paper and
Bills of Exchange Under Omani Law*

أ. أصيلة بنت علي بن حسن المعمرية

جامعة السلطان قابوس

(سلطنة عمان)

الأحكام القانونية لمبدأ استقلال التوقيعات في الورقة التجارية-الكمبيالة- وفق القانون العماني

The Legal Provisions Governing the Principle of Independence of Signatures on Commercial Paper and Bills of Exchange Under Omani Law

أ. أصيلة بنت علي بن حسن المعمرية

مدرس القانون التجاري/ جامعة السلطان قابوس

جامعة السلطان قابوس، (سلطنة عمان)

a.almaamari@squ.edu.om

ORCID ID: 0009-0008-7300-7138

DOI: <https://doi.org/10.70411/MJLS.3.2.2025171>

تاريخ القبول: 2025-01-07

تاريخ المراجعة: 2024-10-24

تاريخ الاستلام: 2024-09-26

الملخص:

تتعدد المبادئ العامة التي تحكم الورقة التجارية (الكمبيالة) ومنها مبدأ الشكلية الذي يشترط أن تكون الورقة التجارية مكتوبة وتتضمن بيانات نص عليها المشرع، إلى جانب هذا المبدأ يأتي مبدأ الكفاية الذاتية للورقة التجارية (الكمبيالة)، والذي بمقتضاه تكون الورقة التجارية كافية بذاتها لإثبات الحق الوارد فيها دون الحاجة للرجوع إلى أي علاقات قانونية أخرى، سواء كانت سابقة أو لاحقة على إنشاء الورقة التجارية؛ من أجل إثبات الحق الوارد فيها. وأخيراً فإن أهم المبادئ الحاكمة والمنظمة للورقة التجارية هو مبدأ استقلال التوقيعات والذي سنركز على دراسته بشكل مستفيض في هذا البحث.

الجدير بالذكر، أن هذا المبدأ الأخير يُعد من أكثر المبادئ المنظمة للورقة التجارية خروجاً عن القواعد العامة، وبتطبيق هذا المبدأ يُعتبر التزام كل شخص وقع على الورقة التزاماً مستقلاً ومنفصلاً عن باقي الموقعين، أو عن الالتزامات الأخرى الثابتة في الورقة التجارية، مما يؤدي في النهاية إلى حماية حق الحامل الشرعي للورقة التجارية، لذا سيتناول هذا البحث دراسة مبدأ استقلال التوقيعات على الورقة التجارية (الكمبيالة)؛ وبيان أهميته من الناحية العملية وكذلك توضيح الأثر المترتب على تطبيق هذا المبدأ، بالإضافة إلى توضيح الشروط الواجب توافرها لتطبيق هذا المبدأ، وذلك وفق القانون العماني.

الكلمات المفتاحية: مبدأ استقلال التوقيعات، التظهير، الدفع الشكلي، الدفع الموضوعية، الحامل حسن النية.

Abstract:

The negotiable instrument (bill of exchange) is governed by several fundamental principles, including the principle of formality, which requires that the instrument must be written and contain the particulars specified by law. Alongside this principle, there is a principle of self-sufficiency, whereby the negotiable instrument is sufficient to prove the right contained therein without the need to refer to any other legal relationships, whether prior or subsequent to the creation of the instrument, in order to prove the right contained therein.

Finally, the most important principle governing and regulating the negotiable instrument is the principle of independence of signatures, which will be examined in this study.

This principle is an exception to the general rule. It means that each person who signs the bill of exchange is individually responsible for their own obligations, regardless of the obligations of others or any other terms in the document. This ultimately protects the rights of the legitimate holder.

This study will explore the principle of the independence of signatures on commercial paper, specifically bills of exchange. It will discuss the practical implications of this principle, its legal effects, and the conditions required for its application under Omani law.

Keywords: Principle of Independence of Signatures, Endorsement, Formal Defenses, Substantive Defenses, Holder in Due Course.

المقدمة

لقد شكلت التجارة عصب الاقتصاد منذ أن استكملت البشرية إنسانيتها في العصور السحيقة منذ القدم، وإن كانت قد بدأت بأساليب بدائية إلا أن هذه الأساليب تطورت بتطور البشرية وتطور الأنظمة، لذلك نجد أن العالم يتجه بصورة حثيثة وباهتمام بالغ إلى خلق مناخ أكثر سهولة ويسر في تداول الأموال وتسهيل المعاملات التجارية، فالجميع يحاول أن يكون رائدًا في مجال التجارة سواء على المستوى الدولي أو المؤسسي أو الفردي، فاستقرار الدول واستتباب الأمن ومرونة الممارسات التجارية فيها وتسهيل الإجراءات، إنما يتأتى بوجود نظام تجاري محكم وآمن ومرن وسريع، لذلك جاءت فكرة الأوراق التجارية وأعطتها الأنظمة وظائف عديدة تضطلع بها، وشرّعت القوانين المنظمة والحاكمة لها ووفرت لها البيئة الآمنة سواء من حيث حجيتها أو من حيث تجريم التلاعب بها بأي شكل من الأشكال، وقد أطلقت بعض التشريعات على القانون المنظم للأوراق التجارية (قانون الصرف) على اعتبار أن العقد الحاكم لها هو عقد الصرف بحسب التشريعات في تلك الدول، بينما في القانون العماني أُدرجت من ضمن مواد قانون التجارة، وعُنوانت تحت مسمى (الكتاب الرابع: الأوراق التجارية)، ولعل أهم ما يميز هذا القانون ويجعله يختلف عن القواعد العامة الحاكمة لأي التزام آخر هو ارتكازه على أسسٍ مختلفة تُمكن وتُعزز الورقة التجارية من أداء وظيفتها الاقتصادية كأداة وفاء وائتمان. كما يتميز هذا القانون بجملة من الخصائص التي تتضافر معًا لتؤكد فكرة أن الأوراق التجارية لا يمكن أن تؤدي وظائفها المختلفة إلا إذا كان تداولها سهلًا يسيرًا، وكان جميع الحاملين لها مطمئنين إلى استيفاء الحق الثابت بها في موعد الاستحقاق.

لذا فقد جاءت الأحكام المنظمة للأوراق التجارية بقواعد ومبادئ عامة تختص بها الأوراق التجارية، ومن أهم هذه القواعد هي مبدأ الشكلية، ومبدأ الشكلية أحد أهم الأسس التي يقوم عليها الالتزام الصرفي، حيث يشترط هذا المبدأ أن تكون الورقة التجارية أيًا كان نوعها مكتوبة -محرر مكتوب-، كما يجب أن تشمل وجوبًا على بيانات محددة وفق القانون، وفي حال تخلف أحد هذه البيانات يفقد المحرر صفته كورقة تجارية، الأمر الذي يؤدي إلى انحسار تطبيق قانون الصرف عليه وتحكمه تبعًا لذلك القواعد العامة.¹

ونظرًا لتداول الورقة التجارية بشكل واسع بين الأفراد فقد يصعب على البعض معرفة سبب جميع العلاقات السابقة التي مرت بها، لذلك جاء مبدأ الكفاية الذاتية للورقة التجارية لجعلها كافية بذاتها لبيان

¹ محمد الكيلاني، الموسوعة التجارية والمصرفية (الأوراق التجارية)، الطبعة الأولى، دار الثقافة للنشر والتوزيع، 2009، ص30.

الحق الثابت فيها وإثباته بشكل مستقل دون الرجوع إلى وقائع خارجية أو علاقات قانونية سابقة أو لاحقة لإنشاء الورقة التجارية.¹

والى جانب هذين المبدأين أظهرت الحياة التجارية مبدأ آخر يحكم الأوراق التجارية، وهو استقلال التوقييعات -الذي سيكون محل بحثنا-، حيث يُعتبر من أكثر المبادئ خروجًا عن القواعد العامة، ويعني هذا المبدأ أن التزام كل مُوقع على الورقة التجارية يكون مستقلًا عن باقي الموقعين، وتجدر الإشارة إلى أن الالتزام الناشئ عن توقيع الورقة التجارية يسمى بالالتزام الصرفي، وهو التزام شكلي مستقل عن غيره من الالتزامات الثابتة بالورقة التجارية ومجرد عن العلاقات التي كانت سبب إنشائه، ويتفرع عن هذا المبدأ المهم قاعدة أخرى تكمله وهي قاعدة تطهير الدفع، حيث يعملان معًا في حماية حق حامل الورقة التجارية حسن النية.²

أهمية البحث:

تأتي أهمية البحث من خلال الدور الكبير الذي يلعبه مبدأ استقلال التوقييعات في الأوراق التجارية، حيث يُعتبر هذا المبدأ من أبرز المبادئ والمرتكزات الجوهرية التي يقوم عليها قانون الصرف؛ ذلك أن تفعيل هذا المبدأ يؤدي إلى جعل كل توقيع يورد على الورقة مستقلًا عن باقي التوقييعات، الأمر الذي يضمن حماية حق الحامل الشرعي المتعامل بالورقة التجارية، ويجعلها تحتفظ بشرعيتها القانونية مهما كانت أسباب البطلان الناشئة عن أي توقيع آخر سابق أو لاحق في الورقة.

أهداف البحث:

يهدف هذا البحث إلى بيان التنظيم القانوني في التشريع العماني لمبدأ استقلال التوقييعات في الورقة التجارية (الكمبيالة)، وإبراز الأهمية الكبيرة لهذا المبدأ في الحياة التجارية وإظهار الآثار المترتبة على تطبيقه، كما سيسلط هذا البحث الضوء على التنظيم القانوني لقاعدة تطهير الدفع المتفرعة عن المبدأ السابق وأهميتها والآثار المترتب عليها، والشروط الواجب توافرها للاستفادة من هذا الأثر.

إشكالية البحث:

ولتحقيق الأهداف التي يسعى إليها البحث فإنه سيُجيب على التساؤلات الآتية :

ما المقصود بمبدأ استقلال التوقييعات؟

¹سوليم نصير، دراسة حول أنواع الأوراق التجارية، 1 مايو 2024، بحث قانوني ودراسة حول أنواع الأوراق التجارية (mohamah.net)، 2024/9/20.

²محمد الكيلاني، المرجع السابق، ص 31.

ما هي أهمية مبدأ استقلال التوقييع في الحياة العملية؟

ما هو الأثر المترتب على تطبيق مبدأ استقلال التوقييع؟

ماذا يقصد بقاعدة تطهير الدفع المتفرعة عن مبدأ استقلال التوقييع، وما هي فائدتها العملية؟

وما هي الشروط الواجب توافرها لتطبيق قاعدة تطهير الدفع؟

منهجية البحث:

للإجابة عن الأسئلة الواردة أعلاه فإن الأمر يستدعي اتباع منهج التحليل الوصفي من خلال جمع المعلومات ذات الصلة بالموضوع، إلى جانب دراسة الأحكام القانونية المنظمة لمبدأ استقلال التوقييعات في الورقة التجارية (الكمبيالة) وتحليلها، والاستعانة بشروحات الفقهاء والأحكام القضائية في هذا الجانب للوصول إلى النتائج الختامية.

خطة البحث:

عليه ساقسم هذا البحث إلى مطلبين، حيث سيتناول الأول منهما بيان المقصود بمبدأ استقلال التوقييعات وأهميته في الحياة التجارية في فرع أول، وبيان الآثار المترتبة على تطبيقه في فرع ثانٍ، في حين يستقل المطلب الثاني للحديث عن ماهية قاعدة تطهير الدفع وأهميتها العملية في فرع أول، ثم بيان الشروط الحاكمة لتطبيقها في فرع ثانٍ.

المطلب الأول

مبدأ استقلال التوقييع

عالج المشرع العماني الأحكام الخاصة بمبدأ استقلال التوقييع في الورقة التجارية في قانون التجارة رقم (55) لسنة 1990، حيث أفرد نصوصاً خاصة بالآثار المترتبة على تطبيق هذا المبدأ الصرفي المهم، لذا سأخصص هذا المبحث للحديث عن المقصود بمبدأ استقلال التوقييع وأهميته في الحياة التجارية في مطلب أول، ثم استعراض الآثار المترتبة على تطبيقه في مبحث ثانٍ.

الفرع الأول

ماهية مبدأ استقلال التوقييع

يعتبر مبدأ استقلال التوقييع في الورقة التجارية (الكمبيالة) من أبرز المبادئ التي يعززها قانون الصرف، ويُقصد بهذا المبدأ أن كل من وقَّع على الورقة التجارية يصبح ملتزماً بوفاء الحق الثابت فيها متى ما امتنع المدين الأصلي عن ذلك¹، حيث يُعتبر كل توقيع وارد على الورقة التجارية مستقلاً عن جميع التوقييعات السابقة أو اللاحقة للموقعين عليها²، فلا يتأثر ولا يزول بزوال التزامات بقية الموقعين³، وعليه فإذا شاب عيب في أحد التوقييعات الواردة على الورقة التجارية فإن هذا لا يمنع من الرجوع على أصحاب التوقييعات الأخرى لاستقلال كل منها عن الآخر، فإذا استطاع أحد الموقعين على الورقة التمسك بانقضاء التزامه لأي سبب كان في مواجهة الحامل، فإن هذا الأمر لا يؤدي إلى أعفاء الموقعين الآخرين من الوفاء بقيمتها عند رجوع الحامل عليهم، فالورقة التجارية تكتسب قوة إضافية أكبر كلما دخل عليها توقيع جديد عن طريق التظهير بغض النظر عن صفة الموقع⁴. ولعل ذلك يرجع إلى نشوء التزام صرفي قائم ومستقل بذاته في ذمة كل موقع على الورقة التجارية⁵.

¹ علي فوزي الموسوي، فكرة التجريد في الالتزام الصرفي، مجلة كلية القانون بالجامعة المستنصرية، مج9، ع 30 (2017)، ص7.

² إسماعيل الصيدلاني، ورقة عمل بعنوان "نظام الأوراق التجارية، الملتقى السنوي للحقوقيين"، جدة، 2015، ص8.

³ عبد الغني الربيع، المبادئ القانونية التي تحكم الأوراق التجارية، المكتبة القانونية العربية، المبادئ القانونية التي تحكم الأوراق التجارية من إنجاز الطالب الباحث: عبد الغني الربيع (bibliotdroit.com)، 2024/9/22.

⁴ عصام حنيف محمود، الأوراق التجارية (المجموعة التجارية)، دار النهضة العربية، 2017، ص11.

⁵ علي فوزي الموسوي، المرجع السابق، ص11.

بحيث يكون ملتزماً بوفاء قيمتها إذا امتنع المدين عن الوفاء بها في تاريخ الاستحقاق¹ وبمعنى آخر: إذا تبين أن أحد التوقييعات في الورقة التجارية كان باطلاً بسبب نقص الأهلية أو عيب شاب الإرادة أو لعدم مشروعية العمل الذي سُحبت أو ظهرت الورقة لأجله، فإن هذا العيب أو البطلان لا يمكن أن ينسحب ليشمل التوقييعات الأخرى طالما أنها وضعت بصورة قانونية، ومثال ذلك: إذا قام المستفيد بتظهير الورقة التجارية إلى شخص آخر، فإن التزام المستفيد الأول يبقى صحيحاً قبل المظهر إليه الجديد.²

والجدير بالذكر، أن مبدأ استقلال التوقييع يُعتبر من أهم التطبيقات لفكرة تجريد الالتزام الصرفي في مجال الأوراق التجارية، ويقصد بالتجريد: استقلال الورقة التجارية من لحظة إنشائها عن العلاقات التي من أجلها حُررت، أي إن كل التزام ناشئ عن الورقة التجارية هو التزام مستقل تماماً عن السبب أو العلاقة الأصلية التي سُحبت أو ظُهرت الورقة بمناسبةها. فالالتزام الصرفي ينشأ إلى جاني الالتزام الأصلي ويكون مستقلاً يقع على كاهل الملتزم به، وعلة ذلك تكمن في عدم تعذر تداول الورقة التجارية بسبب علاقات أجنبية عنها.³

وعلى ذلك فقد قضى المجلس الأعلى المغربي "لما كان الطاعن مسحوباً عليه بحكم توقيعه وموقع على الكبيالة توقيع القبول يصبح مدينًا صرفيًا ومباشراً تجاه كل حامل لها بصرف النظر عن العلاقات السابقة التي أدت إلى نشوئها أو قبولها، وبالتالي فإن للحامل حق الادعاء المباشر تجاه المسحوب عليه المذكور".⁴

ويظهر بجلاء مبدأ استقلال التوقييع عند الحديث عن قاعدة تضامن الموقعين في الورقة التجارية، فتطبيقاً لهذه القاعدة إذا نشأت الورقة بمناسبة عملية تجارية يلتزم جميع الموقعين عليها بالتضامن ما لم ينص القانون أو الاتفاق على غير ذلك⁵، فكل موقع ولو أنه ملزم بالتضامن مع باقي الموقعين إلا أن

¹. وقد نصت المادة (464) من قانون التجارة العماني على تحديد موعد الاستحقاق بقولها "ميعاد استحقاق الكبيالة يكون على أحد الوجوه الآتية : أ/ لدى الاطلاع، ب/ بعد مضي مدة معينة من الاطلاع، ج/ بعد مضي مدة معينة من تاريخ الكبيالة، د/ في يوم معين، والكبيالات المشتملة على مواعيد استحقاق أخرى أو على مواعيد استحقاق متعاقبة تكون باطلة.

². علي فوزي الموسوي، المرجع السابق، ص 12.

³. المرجع السابق، ص 13.

⁴. عصام جنيف محمود، المرجع السابق، ص 15.

⁵. وهذا ما أكدت عليه المادة (493) من قانون التجارة العماني بقولها: "ساحب الكبيالة وقابلها ومظهرها وضامنهما الاحتياطي مسؤولون جميعاً بالتضامن نحو حاملها وتجاوز مطالبتهم منفردين أو مجتمعين دون مراعاة أي ترتيب، ويثبت

ذلك لا يهدر فكرة أن التزام كل موقع مستقل عن التزام بقية الموقعين؛ وذلك لاختلاف السبب الذي يلتزم به كل منهم، حيث إن تجمع كل الالتزامات في صك واحد لا يحوّ أبدأً اختلاف مصدر كل التزام، وهذا لا يُعد تضامناً في الحقيقة، فالساحب الذي حرر الكبيالة عندما يطلب من المسحوب عليه قبولها فإن هذا الأخير يلتزم بوعده الذي أعطاه، ويكون الساحب ملتزماً بدينه الأصلي قبل المستفيد، وعلى هذا الأساس فإن المطالبة القضائية لأحد الضامنين أو اعترافه بالدين يترتب عليه قطع المدة بالنسبة لهذا التضامن فقط ولكنه لا يقطعها بالنسبة لبقية الملتزمين الذين لم تشملهم هذه الإجراءات، كما أن إبراء الحامل لأحد الموقعين لا يؤثر في حقوقه قبل الآخرين¹، وعلى هذا الأساس قضى المجلس الأعلى المغربي تطبيقاً لقاعدة استقلال التوقيع: "إن جميع الموقعين على الكبيالة بما في ذلك الساحب والمظهرين والضامنين والمسحوب عليه القابل يلتزمون كلهم بالتضامن نحو الحامل لها؛ لأن التوقيع على الكبيالة ينشئ للحامل حقاً مجرداً ناتجاً عن الكبيالة ذاتها ومستقلاً عن العلاقات الشخصية التي تربط الموقعين عليها، وذلك بقصد تمكينها من أداء وظيفتها في ميدان التداول".²

لقد أبرزت قواعد قانون الصرف مبدأ استقلال التوقيع لأسباب اقتصادية وتجارية وجيهة، تهدف من جهة إلى حماية حسن نية المتعامل بالأوراق التجارية، وإلى حماية الائتمان من جهة أخرى³. وتظهر أهمية هذا المبدأ من خلال الآتي:

أولاً: في تشجيع تداول الورقة التجارية وانتقال الحق الثابت فيها بالسرعة التي تتوافق مع متطلبات النشاط التجاري، وضمان أكبر قدر من الثقة لدى حامل الورقة التجارية بأنه سيحصل على قيمتها في تاريخ الاستحقاق ولن يتأتى ذلك إلا من خلال منع الاحتجاج ببعض الدفع في مواجهة بعض الأشخاص، الأمر الذي ينعكس إيجاباً على التجار فيطمئنوا للتعامل بالورقة التجارية كأداة وفاء وائتمان مما يسهم في تداولها بشكل ناجح.⁴

هذا الحق لكل موقع على كبيالة وفي بقيمتها تجاه المسؤولين نحوه، والدعوى المقامة على أحد الملتزمين لا تحول دون مطالبة الباقيين ولو كان التزامهم لاحقاً لمن وجهت إليه الدعوى ابتداءً.

¹ علي فوزي الموسوي المرجع السابق، ص 9.

² عصام حنيف محمود، المرجع السابق، ص 16.

³ المرجع السابق، ص 17.

⁴ سويلم نصير، المرجع السابق، ص 2.

ثانيًا: يسهم هذا المبدأ بشكل كبير في استقرار المعاملات، فهذه الميزة هي التي تعطي للورقة التجارية قوتها الدافعة وسرعتها في التداول ويطمئن كل حامل لها حسن النية، حيث تجنبهم المفاجآت التي قد تظهر وتعترض الوفاء بقيمة الورقة التجارية في ميعاد استحقاقها.¹

الفرع الثاني

الأثر المترتب على مبدأ استقلال التوقيعات

يُعتبر التزام كل من وضع توقيعه على الورقة التجارية مستقلاً عن غيره من التزامات الموقعين، الأمر الذي يترتب عليه صحة الكمبيالة حتى وإن كان أحد التوقعات الواردة عليها باطلاً لأي سبب من الأسباب، لذا ستركز في هذا الفرع على دراسة مختلف الحالات التي تطرأ على التوقيع في الكمبيالة وتظل مع ذلك محتفظة بشرعيتها القانونية تطبيقاً لمبدأ استقلال التوقيعات.

أولاً: توقيع الكمبيالة من أشخاص لا تتوافر فيهم الأهلية القانونية

يُعتبر تحرير الكمبيالة من ضمن الأعمال التجارية التي نص عليها قانون التجارة العماني بقوله: "تعد بوجه خاص الأعمال التالية أعمال تجارية: 9/ الأوراق التجارية كالكمبيالات والسندات لأمر والشيكات".²

وترتيباً على ذلك فإنه لا بُد من أن تتوافر الأهلية فيمن يقوم بهذا التصرف القانوني، والأهلية التي تطلبها المشرع للقيام بمثل هذه التصرفات هي بلوغ سن الثامنة عشرة من العمر بالحساب الميلادي سواء أكان الساحب للكمبيالة تاجرًا أم غير تاجر، وسواء أكان ذكرًا أم أنثى ودون أن يكون ناقص الأهلية أو مصاب بأي عارض من عوارض الأهلية وهي: الجنون، العته، السفه، الغفلة³، بشرط أن يكون محجوراً عليه إذا قام به أحد السببين الأخيرين أو كان المتعامل معه سيء النية، وذلك تطبيقاً لما نص عليه قانون التجارة من أنه: "كل من بلغ الثامنة عشرة ميلادياً ولم يقم به مانع قانوني يتعلق بشخصه أو بنوع المعاملة التجارية التي يباشرها يكون أهلاً للاشتغال بالتجارة".⁴

¹ علي فوزي الموسوي، المرجع السابق، ص 9.

² المادة (9) من قانون التجارة العماني.

³ عادل المقدادي، القانون التجاري (الأوراق التجارية)، مجلس النشر العلمي، جامعة السلطان قابوس، مسقط، 2008، ص 29.

⁴ المادة (21) من قانون التجارة.

وتكمن أهمية اشتراط توافر الأهلية فيمن يقوم بإنشاء الكبيالة، في أن تحرير الكبيالة يترتب التزاماً في ذمة الساحب تجاه المستفيد، متمثلاً في دفع قيمة الكبيالة في حال عدم الوفاء بها من قبل المسحوب عليه عند حلول ميعاد الاستحقاق، لذا وجب أن يكون الساحب متمتع بالأهلية القانونية التي تتطلبها الأعمال التجارية.¹

ونظراً لتعدد الالتزامات في الورقة التجارية عن طريق تعدد أشخاص الموقعين عليها، فإنه قد يحدث أن يكون أحد الأشخاص ممن وقع على الكبيالة لا تتوفر فيه أهلية الالتزام كما حددها القانون، وذلك من خلال مختلف الفروض الآتية:

1- توقيع القاصر التاجر على الكبيالة

هذه الحالة لا تثير في الغالب إشكالية بخصوص التوقيع على الكبيالة، فالقاصر التاجر بموجب الأذن الممنوح له لممارسة التجارة يكون أهلاً للقيام بالأعمال التجارية. وهذا ما أكدته قانون الأحوال الشخصية العُماني في المادة (148) حيث نص على أنه: "يُعتبر الصغير كامل الأهلية فيما أُذن له فيه"، كما ورد النص ذاته في قانون المعاملات المدنية العُماني في المادة (94) حيث نصت على أن "الصغير المأذون له كالبالغ سن الرشد فيما أُذن له فيه".

وتطبيقاً لذلك، يجوز للقاصر التاجر سحب كميالات والتوقيع عليها في حدود الأذن الممنوح له لممارسة التجارة وعلى قدر حاجتها، وفي المقابل لا يجوز له سحب كميالات لتسوية دين غير متعلق بالتجارة التي مُنح الأذن فيها، ولحامل الكبيالة أن يستفيد من قرينة صحة الورقة لاعتبار أن الكبيالة المسحوبة متعلقة بالتجارة حتى يثبت عكس ذلك.²

2- توقيع القاصر غير التاجر ومن في حكمه على الكبيالة

يُعتبر قيام القاصر غير المأذون له بممارسة التجارة، وكذا المحجور عليه لسفه أو لغفلة بتوقيع كبيالة أو الالتزام بها باطلاً بالنسبة إليهم فقط، وعليه يجوز لهم التمسك بالبطان قبل كل حامل للكبيالة³، وتأكيذاً لذلك فقد صدر عن القضاء الفرنسي في هذا الشأن "يجوز ذلك حتى إذا لجأ القاصر إلى طرق احتيالية لإخفاء أهليته"⁴، وبعبارة أخرى: يجوز لناقص الأهلية والمحجور عليه لسفه أو لغفلة

¹ عادل المقدادي، القانون التجاري (الأوراق التجارية)، المرجع السابق، ص30.

² عبد الحكم محمد عثمان، الأوراق التجارية والإفلاس كلية شرطة دبي، 1995، ص59.

³ المرجع السابق، ص60.

⁴ حكم عن محكمة النقض الفرنسية في 10 أكتوبر 1967، المجلة الفصلية للقانون التجاري، فرنسا، 1968، ص734.

أن يحتجوا بنقص أهليتهم حتى في مواجهة حامل الورقة التجارية حسن النية، ذلك أن قانون التجارة قد قدم مصلحة حماية هؤلاء على حماية الحامل حسن النية، مما يترتب عليه بطلان التزام ناقص الأهلية الناشئ عن التوقيع على الكبيالة، إلا أن ذلك لا يحول دون الرجوع عليه بقدر ما عاد عليه من المنفعة بسبب توقيع الكبيالة، وذلك حتى لا يثري على حساب الغير بلا حق، وفي الحالة التي يكون فيها ناقص الأهلية قد لجأ إلى طرق احتيالية لإيهام الغير بأهليته، فلا تُبرأ ذمته في هذه الحالة من الالتزامات المترتبة على ارتكابه جريمة مثل: تزوير تاريخ الكبيالة، تقديم أوراق مزورة،..... على أن مجرد الادعاء ببلوغ سن الرشد لا يُعتبر من الطرق الاحتياطية المعاقب عليها¹، وتطبيقاً لذلك فقد قضت محكمة النقض المصرية:

"يُعتبر القاصر مسؤولاً عن التعويض للغش الذي صدر منه تطبيقاً لقواعد المسؤولية التقصيرية"². وعلى هذا الأمر جرت المادة (176) من قانون المعاملات المدنية، حيث نصت على أن "كل إضرار بالغير يُلزم صاحبه ولو كان غير مميز بالتعويض".

وتجدر الإشارة إلى أن مثل هذا البطلان لا يجوز لأي أحد من الموقعين على الورقة التجارية الاحتجاج به قبل الحامل حسن النية، باستثناء القاصر ومن في حكمه كما أوضحنا، وذلك تطبيقاً لمبدأ استقلال التوقيعات في الورقة التجارية، وهذا ما أكدت عليه محكمة التمييز العراقية في حكمها بأن: "ناقص الأهلية لصغر أو عته أو جنون إذا وقع بوليصة أو كبيالة تكون باطلة بالنسبة إليه فقط دون غيره"³.

والمقصود بالبطلان الناشئ لنقص الأهلية هو البطلان الخاص بالالتزام الصرفي الناشئ عن التوقيع على الكبيالة، دون أن ينسحب أو يرتبط بأهلية إبرام التصرف القانوني الذي أدى إلى تحرير الكبيالة أو التوقيع عليها، ومثال ذلك: أن يكون القاصر مأذوناً له في الإدارة فيصح التزامه في حدود هذا الإذن طبقاً للقواعد العامة في القانون المدني، ولكن يبطل التزامه الصرفي إذا قام بتسوية هذا الالتزام عن طريق سحب كميالات وذلك لنقص الأهلية⁴.

¹ عبدالحكيم محمد عثمان، المرجع السابق، ص 61.

² حكم عن محكمة النقض المصرية صادر في 3 مارس 1970، مجموعة أحكام محكمة النقض، س 17، ص 396، رقم 46.

³ علي فوزي الموسوي، المرجع السابق، ص 9.

⁴ عبد الحكم محمد عثمان، المرجع السابق، ص 60.

وهذا ما أكد عليه قانون التجارة العُماني بقوله: "التزامات القُصر غير التجار وعديمي الأهلية الناشئة عن توقيعاتهم على الكمبيالة كساحبين أو مظهرين أو بأي صفة أخرى، تكون باطلة بالنسبة إليهم فقط ويجوز لهم التمسك بهذا البطلان في مواجهة كل حامل للكمبيالة".¹

3- توقيع عديمي الأهلية على الكمبيالة

يتضح من نص المادة (421) من قانون التجارة العُماني أن المشرع قد ساوى في الحكم بين ناقص الأهلية غير المأذون له بالتجارة وعديم الأهلية بشأن بطلان التزامهم الناشئ عن التوقيع على الكمبيالة، بالرغم من أن القواعد العامة في القانون المدني ترتب البطلان المطلق للالتزامات عديم الأهلية، والذي يترتب عليه كذلك جواز التمسك بهذا البطلان من جانب كل ذي مصلحة لا من جانب عديم الأهلية فقط²، إلا أن هذا الأمر يُعَلَّل عن طريق تطبيق مبدأ استقلال التوقيعات الذي يعززه قانون الصرف في الورقة التجارية، وعليه لا تبطل الكمبيالة في هذه الحالة إلا بالنسبة لعديم الأهلية فقط وتظل بذلك صحيحة ملزمة لسائر الموقعين عليها، فلا يجوز لأي منهم أن يحتج بالبطلان الحاصل طالما كانت الكمبيالة مستوفية الاشتراطات التي تطلبها القانون.³

وتجدر الإشارة إلى ضرورة عدم الخلط بين عديمي الأهلية والأشخاص الممنوعين من القيام بالأعمال التجارية، حيث تنص بعض القوانين أو الأنظمة الخاصة على منع فئات معينة من احتراف التجارة، كقانون السلطة القضائية الذي حظر على القضاة ممارسة الأعمال التجارية بقولها: "يحظر على القاضي القيام بأي عمل تجاري....."⁴، ومثلهم رجال الجيش والمحامين وسماسرة بورصة الأوراق المالية وغيرهم، إلا أن التعامل بالأوراق التجارية ليس ممنوعاً عليهم؛ لأن الممنوع هو ممارسة الأنشطة التجارية، والأوراق التجارية وإن كانت تُعد من قبيل الأعمال التجارية إلا أنها لا تشكل بذاتها نشاطاً تجارياً، وإنما لا تعدو أن تكون أداة وفاء وإئتمان، وبالتالي فإن توقيعهم على الورقة التجارية يأخذ مجراه الطبيعي ويساءلون عن التزامهم بموجبه.

¹ المادة (421) من قانون التجارة العُماني.

² فوزي محمد سامي، شرح القانون التجاري (الأوراق التجارية)، ط1، دار الثقافة للنشر والتوزيع، عمان، 1999، ص270.

³ عبد الحكم محمد عثمان، المرجع السابق، ص61.

⁴ المادة (51) من قانون السلطة القضائية.

4- توقيع الأجنبي على الكبيالة

أحال قانون التجارة العماني بخصوص أهلية الأجنبي الملزم بموجب كبيالة إلى قانون دولته الوطني أيًا كانت صفته، أي سواء أكان ساحبًا أو مظهرًا أو ضامنًا أو قابلاً للكبيالة، فإذا كان الأجنبي الذي وضع توقيعه على الكبيالة يعتبر كامل الأهلية وفقًا لقانون بلده فإن التزامه بالكبيالة يظل صحيحًا¹، وذلك تطبيقًا لما نص عليه قانون التجارة من أنه: "يرجع في تحديد أهلية الملزم بموجب الكبيالة إلى قانونه الوطني، وإذا كان الملزم ناقص الأهلية طبقًا لقانونه الوطني، فإن التزامه مع ذلك يظل صحيحًا إذا وضع توقيعه في إقليم دولة يعتبره تشريعها كامل الأهلية"².

وفي الفرض الذي يُعتبر فيه الأجنبي ناقص الأهلية وفقًا لقانون بلده فلا يطبق عليه هذا القانون إذا كان قد وقع الكبيالة في إقليم دولة يعتبره قانونها كامل الأهلية فيصح التزامه بالكبيالة وفقًا لذلك³، ويتضح ذلك أكثر من خلال المثال الآتي: لو حرر شخص من دولة الإمارات العربية المتحدة كبيالة في سلطنة عمان وكان ناقص الأهلية وفقًا لقانون بلده عند التوقيع على الكبيالة، أي أنه لم يبلغ سن 21 سنة كما حدده قانون المعاملات التجارية الإماراتي والذي نص على أنه "كل من أتم إحدى وعشرين سنة ميلادية ولم يقم به مانع قانوني يكون أهلاً لمباشرة التجارة"⁴.

فإن التزامه بموجب الكبيالة في هذه الحالة يكون صحيحًا طالما وضع توقيعه في دولة أخرى يُعتبر بالنسبة لقانونها كامل الأهلية، وهو قانون التجارة العماني الذي يعتبر سن كمال الأهلية ببلوغ سن 18 سنة كما حدده في المادة (21) منه.

وتجدر الملاحظة بأن الأجنبي الذي يكون ناقص الأهلية وفقًا لقانون بلده وبالمثل يُعتبر ناقص الأهلية وفقًا لقانون الدولة التي وضع توقيعه على الكبيالة فيها ولم يكن مأذونًا له بممارسة التجارة، فإنه في هذه الحالة يخضع لحكم المادة (421) سالف الذكر والتي تعتبر التزامه باطلاً بالنسبة له فقط لانعدام الأهلية، بينما تبقى التزامات باقي الموقعين على الكبيالة صحيحة⁵.

¹ عادل المقدادي، القانون التجاري (الأوراق التجارية)، المرجع السابق، ص 30.

² المادة (420) من قانون التجارة العماني.

³ عبد الحكم محمد عثمان، المرجع السابق، ص 64.

⁴ المادة (18) من قانون المعاملات المدنية الإماراتي.

⁵ عبد الحكم محمد عثمان، المرجع السابق، ص 65.

ثانياً: تزوير الكمبيالة

يرجع إنشاء الكمبيالة أساساً إلى علاقة المستفيد بالساحب؛ لأنه المدين الأصلي والأول بها، فضلاً عن أن الكمبيالة لا تتضمن ابتداءً إلا توقيعه، أي التزامه الصرفي قبل المستفيد، وعليه فإن تزوير هذا التوقيع يؤدي إلى انعدام رضا الساحب وبالتالي بطلان التزامه، فيجوز لمن زور توقيعه أن يدفع بهذا التزوير في مواجهة الحامل حسن النية للكمبيالة، سواء أكان التزوير بتقليد التوقيع أم بتغيير أحد البيانات، ويكون لهذا الدفع ما يبرره إذ ليس من العدالة بشيء أن يلتزم المرء دون إرادته، فضلاً عن أن إلزام من زور توقيعه إلزاماً صرفياً وقصر حقه على الرجوع بالتعويض على فاعل التزوير يُعد أمراً قاسياً على الشخص لذي زور توقيعه دون أي فعل صادر منه بخصوص ذلك، أما في حال إذا ثبتت مسؤولية من زور توقيعه عن إهمال صادر منه أدى إلى تسهيل عملية تزوير الكمبيالة، عندئذ جاز تحميله نتيجة لذلك التعويض لصالح الحامل حسن النية عما لحقه من ضرر، على أن الالتزام بالتعويض في هذه الحالة لا يعتبر التزاماً صرفياً ناشئاً عن الكمبيالة بل يكون مرده إلى الفعل الضار.¹

وتطبيقاً لذلك قضت محكمة الاستئناف المصرية بأن "المحرر الموقع عليه بإمضاء مزور لا يمكن أن يترتب عليه أي التزام ضد الساحب، وهذا العيب يتبع السند مهما كان الحامل له.....".²

وتجدر الإشارة إلى أن الدفع ببطلان الكمبيالة نتيجة التزوير قاصر فقط على الشخص الذي زور توقيعه دون غيره من الموقعين على الكمبيالة، حيث إنهم لا يستفيدون من الدفع بالبطلان في هذه الحالة، ذلك أن مبدأ استقلال التوقيعات يحول دون تمسكهم بهذا الدفع أمام الحامل حسن النية، طالما تم تداول الكمبيالة وكانت توقيعاتهم الواردة عليه قد تمت وفقاً لرضا صحيح بدفع قيمتها.³

وتطبيقاً لذلك فقد قضت محكمة النقض الفرنسية في أحد أحكامها أنه "لما كان الشخص قد سرق الكمبيالة من حاملها بعد قبولها من المسحوب عليه ثم زور الساحب توقيع الحامل وظهرها بموجب هذا التوقيع إلى حامل جديد حسن النية، فقضت المحكمة بصحة التوقيعات كافة فيما عدا التوقيع المزور، ومن ثم أجازت للحامل الأخير الرجوع بمقتضى الكمبيالة على المسحوب عليه القابل".⁴

¹ محمد الشافعي، الأوراق التجارية في مدونة التجارة، سلسلة البحوث القانونية 11، الطبعة الثالثة 2006، المطبعة والوراقة الوطنية بمراكش، ص 63.

² حكم صادر عن محكمة الاستئناف المصرية رقم 38355، سنة 124ق، 2010/6/16.

³ عبد الحكم محمد عثمان، المرجع السابق، ص 68.

⁴ المرجع السابق، ص 171، 172.

ويتضح هذا الحكم جلياً في قانون التجارة العُماني حيث قضى "إذا حملت الكمبيالة توقيعات أشخاص ليست لهم أهلية الالتزام بها أو توقيعات مزورة أو لأشخاص وهميين أو لم تكن التوقيعات ملزمة لأصحابها ولا لمن وقعت الكمبيالة بأسمائهم لأسباب أخرى، فإن التزامات غيرهم من الموقعين عليها تظل مع ذلك صحيحة".¹

ثالثاً: تحريف بيانات الكمبيالة

إذا حدث تحريف في بيان أو أكثر من البيانات التي تحتوي عليها الكمبيالة دون علم الساحب فإن ذلك يمكنه من الاحتجاج بذلك التحريف في مواجهة الحامل حسن النية، ذلك أن التحريف يكون بمثابة تغيير في إرادة الساحب بخصوص البيانات الواردة في الكمبيالة، وقد يحدث التحريف في مبلغ الكمبيالة، أو ميعاد الاستحقاق، أو اسم المستفيد، أو غيرها.²

وعلى فرض أن وقع تحريف في أحد البيانات الواردة في الكمبيالة فإنه لا مناص حينئذ من تطبيق نص المادة التي تقضي بأنه: "إذا وقع تحريف في متن الكمبيالة، التزم الموقعون اللاحقون لهذا التحريف بما ورد في المتن المحرف، أما الموقعون السابقون فيلتزمون بما ورد في المتن الأصلي وحده".³

ويلاحظ من نص المادة سالفه الذكر أن المشرع العُماني قد فرق بين الموقعين السابقين على حصول التحريف والموقعين اللاحقين عليه، وترتيباً على ذلك لا يكون الموقعين السابقين على حصول التحريف مسؤولين إلا بقدر البيانات التي سحبت الكمبيالة في ضوءها، في حين أن المشرع ألزم الموقعين اللاحقين على التحريف الواقع في بيانات الكمبيالة أمام الحامل حسن النية وذلك عملاً بمبدأ استقلال التوقيعات.⁴

رابعاً: إسناد التوقيع على الكمبيالة إلى نائب

يجوز للساحب أن يعهد إلى غيره التوقيع على الكمبيالة نيابة عنه، على أن يبين الغير صفته عند التوقيع على الكمبيالة، ولا يهم ما هي صفة النائب في هذه الحالة، أي يستوي أن يكون وكيلًا قضائياً أو قانونياً لشخص معنوي أو طبيعى أو نائباً اتفاقياً، وعليه تسري في هذه الحالة القواعد العامة التي تنظم علاقة الوكيل بالموكل، فيكون الوكيل ملزماً بحدود التفويض استناداً لنص المادة (680) من قانون

¹ المادة (422) من قانون التجارة العُماني.

² عبد الحكم محمد عثمان، المرجع السابق، ص 69.

³ المادة (441) من قانون التجارة العُماني.

⁴ عادل المقدادي، القانون التجاري (الأوراق التجارية)، المرجع السابق، ص 115.

المعاملات المدنية العُماني والتي نصت على أنه: "يجب على الوكيل أن يلتزم في تنفيذ الوكالة حدودها المرسومة فلا يجاوز هذه الحدود..."، كما نصت المادة (182) من قانون الأحوال الشخصية العماني على أنه: "لا يجوز للوصي القيام بالأعمال التالية إلا بإذن من المحكمة: 1- التصرف في أموال القاصر بالبيع أو الشراء أو المقايضة أو الشركة أو الرهن أو أي نوع من أنواع التصرفات الناقلة للملكية"، فإذا كان النائب قد تصرف في حدود الصلاحيات الممنوحة له، فإنه تتصرف تبعاً لذلك الآثار المصرفية إلى الموكل مباشرة دون الوكيل فيلتزم الموكل التزاماً صرفياً كما لو كان هو الموقع على الكبيالة لا الوكيل.¹ وعلى هذا نصت المادة (692) من قانون المعاملات المدنية العُماني على أنه "يلتزم الموكل بكل ما ترتب في ذمة الوكيل من حقوق بسبب تنفيذ الوكالة تنفيذاً معتاداً".

وعلى هذا الأساس اعتبر المشرع العُماني كل من وقع أثناء تحرير الكبيالة نيابة عن آخر دون أن يكون حاصلًا على تفويض منه بذلك، ملتزماً شخصياً تجاه المستفيد التزاماً صرفياً بكل ما يترتب على ذلك من آثار له أو عليه.²

وعليه يجوز لمن ادُعيت النيابة عنه أن يدفع بعدم التزامه بموجب الكبيالة لانعدام النيابة ويجوز ذلك حتى في مواجهة الحامل حسن النية، ومع ذلك تبقى الكبيالة صحيحة ولا تبطل بالنسبة لباقي الموقعين عليها تطبيقاً لمبدأ استقلال التوقيع، وهذا ما عبرت عنه المادة (423) من قانون التجارة العُماني بقولها: "مَنْ وقع كبيالة نيابة عن آخر دون تفويض منه التزم شخصياً بموجب الكبيالة، فإذا وفاها آلت إليه الحقوق التي كانت تؤول إلى من ادعى النيابة عنه، ويسري هذا الحكم على من جاوز حدود النيابة"، وقد ألحق المشرع في المادة السابقة الدفع بتجاوز حدود الكبيالة بالدفع بانعدامها، حيث إنه في هذه الحالة يستطيع الساحب أن يحتج تجاه حامل الكبيالة بتجاوز النائب أو الوكيل حدود النيابة الموكلة إليه، ولا يدفع من قيمتها للحامل إلا المبلغ الذي خول به الوكيل، ويلتزم الوكيل تجاه الحامل بما تبقى من مبلغ الكبيالة.³

¹ عادل المقدادي، القانون التجاري (الأوراق التجارية)، المرجع السابق، ص73.

² المرجع السابق، ص32.

³ المرجع السابق، ص116.

ويُعتبر الحكم الوارد في المادة السابقة استثناءً يخرج عن القواعد العامة، حيث إنه وفقاً للقواعد العامة لا يُسأل الوكيل عن الالتزام المصرفي في الحالتين السابقتين؛ ذلك لأنه لم يلتزم لحساب نفسه، وعليه يجوز للغير المتعاقد معه مطالبته بقيمة الكبيالة كتعويض عن الضرر الذي تسبب فيه بخطئه.¹

وقد سبق وأن تصدرت محكمة النقض المصرية لهذه المسألة بحكمها حيث قضت "أن توقيع مدير الشركة أو من يمثله بعنوانها ينصرف أثره إليها ولا ينصرف أثره إليه بصفة شخصية".²

كما قضت المحكمة ذاتها بالخصوص نفسه "أن توقيع الطاعن على ورقة تجارية دون أن يوقعه بأي صفة يترتب التزاماً شخصياً بقيمة الورقة التي وقع عليها".³

والحقيقة أن تبني القانون هذا الحكم الخارج عن القواعد العامة له ميزة في زيادة الثقة في الورقة التجارية، فلم يُعد يهم الغير أن يفحص حقيقة الوكالة أو حدودها، ذلك أن الكبيالة لا بُد أن تتضمن صاحباً ملتزماً بقواعد قانون الصرف فيكون هو الموكل في حال كانت الوكالة حقيقياً وتصرف الوكيل في حدودها، ويكون هو الوكيل إذا ادعى الوكالة بغير الحصول على تفويض من الموكل أو تجاوز حدود الوكالة.⁴

من جميع ما تقدم يمكن القول إن مبدأ استقلال التوقيعات يحافظ على الورقة التجارية من أن يطالها البطلان في الفروض السابقة جميعها، وإلى جانب هذا المبدأ يوجد قاعدة تطهير الدفع والتي تعمل مع المبدأ السابق لحماية الحامل حسن النية والاحتفاظ بصحة الورقة التجارية، وهذا ما سنبينه بالتفصيل في المبحث الثاني.

المطلب الثاني

قاعدة تطهير الدفع

تتفرع قاعدة تطهير الدفع عن مبدأ استقلال التوقيعات، وتُعتبر هذه القاعدة من أهم الآثار المترتبة على التطهير الناقل للملكية، وأكثر المبادئ خروجاً على القواعد العامة؛ لأنه يشكل حجر الأساس في قانون الصرف، وقد نظمها المشرع العماني في المادة (433) من قانون التجارة، لذا سأتناول في هذا

¹ عبد الحكم محمد عثمان، المرجع السابق، ص74.

² نقض مصري رقم 123 لسنة 52 ق، جلسة بتاريخ: 1987/2/23.

³ نقض مصري رقم 366، لسنة 14 ق، جلسة 1976/4/5، ص852.

⁴ عبد الحكم محمد عثمان، المرجع السابق، ص74.

المطلب تعريف هذه القاعدة وأهميتها العملية في فرع أول، ثم شروط تطبيق هذه القاعدة للاستفادة من الأثر المترتب عليها في فرع ثانٍ.

الفرع الأول

ماهية قاعدة تطهير الدفع

تُعتبر قاعدة تطهير الدفع من أهم الآثار المترتبة على التطهير الناقل للملكية وأكثرها خروجًا على القواعد العامة، بل إنها تُشكل حجر الأساس في قانون الصرف كله¹، حيث إنه وفقًا للقواعد العامة في القانون المدني، فإن الدائن عندما يُحيل حقه إلى شخص آخر، فإنه يُحيله بما يلحقه من عيوب ودفع وما قد يشوبه من أسباب الفسخ أو البطلان، ولعل مرد ذلك هو أن المُحيل لا يستطيع أن يعطي أكثر مما يملك، وهو لا يملك إلا الحق الذي أحاله بما عليه من عيوب²، وعلى ذلك نصت المادة (785) من قانون المعاملات المدنية العُماني أنه "للمحال عليه أن يتمسك قبل المحال له بكافة الدفع المتعلقة بالدين والتي كانت له في مواجهة المحيل، وله أن يتمسك بكافة الدفع التي للمحيل قبل المحال له"³.

إلا أن هذا الأمر لا يمكن تطبيقه عند التعامل بالأوراق التجارية؛ لأنه ببساطه يعرقل تداولها وأدائها لوظيفتها كأداة ائتمان، وذلك من خلال تمكين المدين من مواجهة حامل الورقة بالدفع الناشئة عن العلاقة بينه وبين من ظهرها إليه وعن سائر العلاقات السابقة، الأمر الذي يؤدي إلى زيادة ما يتعرض له الحامل من أسباب انقضاء أو بطلان بما تضيفه العلاقة الجديدة إلى عيوب العلاقة السابقة عند انتقال الورقة التجارية، لذلك كان من الضروري تطهير الدفع كلما انتقلت الورقة إلى شخص جديد حسن النية لا يعلم ما يشوب العلاقة السابقة؛ لأنه لم يكن طرفًا فيها، حتى يطمئن إلى التعامل بالورقة التجارية ويؤمن المفاجآت التي قد تظهر أثناء تداولها⁴.

ومؤدى هذه القاعدة أنه لا يجوز للمدين أن يتمسك في مواجهة الحامل حسن النية بالدفع التي كان يستطيع التمسك بها في مواجهة حامل سابق، فكأن التطهير الناقل للملكية قد طهر الورقة مما علق بها من دفع، وترتيبًا على ذلك لا يستفيد من هذه القاعدة إلا حاملها الشرعي إذا كان حسن النية أي أنه لا يعلم بالدفع التي لدى المدين بالورقة التجارية، أما إذا كان حامل الورقة سيئ النية وقد قصد من وراء

¹ علي البارودي ومحمد فريد العريني، الأوراق التجارية والإفلاس، دار الجامعة الجديدة، 2004، ص56.

² المرجع السابق، ص15.

³ المادة (785) من قانون المعاملات المدنية العُماني.

⁴ علي البارودي ومحمد العريني، المرجع السابق، ص15.

انتقال الكمبيالة إليه الإضرار بالمدين فلا يستفيد من هذه القاعدة، وهذا ما أكدت عليه المادة (433) من قانون التجارة العُماني بقولها: "تنتقل بالتظهير جميع الحقوق الناشئة عن الكمبيالة. ومع عدم الإخلال بحكم المادة (421) ليس للمدين الذي أُقيمت عليه دعوى بكمبيالة أن يحتج على حاملها بالدفع المبنية على علاقته الشخصية بساحبها أو بحاملها السابقين، ما لم يكن قصد الحامل وقت حصوله على الكمبيالة الإضرار بالمدين"، أما بخصوص المادة (421) فقد قضت أنه "إذا كان المدين بالورقة التجارية قاصراً أو عديم الأهلية عند توقيعه عليها، فالتزامه في هذه الحالة يكون باطلاً ويجوز له أولوية التمسك بهذا البطان تجاه حامل الكمبيالة سواء أكان حسن النية أم سيئ النية يعلم بذلك؛ لأن التظهير لا يظهر الكمبيالة من هذه الدفع".¹

وتطبيقاً لحكم المادة السابقة، إذا طالب الحامل حسن النية المدين بدفع قيمة الكمبيالة عند حلول ميعاد استحقاقها، فلا يجوز للمدين الاحتجاج ضده بالدفع التي يجوز له التمسك بها في مواجهة الساحب أو المستفيد أو أي موقع على الورقة؛ لأن التظهير في هذه الحالة يظهر الكمبيالة من الدفع الناشئة بين الموقعين عليها.²

ويرجع الأصل التاريخي لهذه القاعدة إلى الأعراف التجارية المستقرة قديماً والسابقة على تقنيات القرن التاسع عشر، حيث أوجدها العرف لتتلاءم مع متطلبات وضرورات الحياة التجارية القائمة على السرعة والائتمان، وقد تزامن ظهور هذا المبدأ مع ظهور عملية خصم الكمبيالات التي تجريها المصارف، فمن أجل ضمان حماية المصرف من المخاطر التي قد تواجهه من المدين الأصلي عند المطالبة بقيمة الكمبيالة في ميعاد الاستحقاق، أوجد العرف التجاري هذه القاعدة، حيث يستطيع بموجبها المصرف الذي يخضم الكمبيالات أن يتحصن من الدفع الناشئة عن العلاقات الشخصية القائمة بين الموقعين على الكمبيالة.³

¹ عادل المقدادي، القانون التجاري (الأوراق التجارية)، المرجع السابق، ص 107.

² عادل المقدادي، القانون التجاري (الأوراق التجارية)، المرجع السابق، ص 108.

³ عادل المقدادي، القانون التجاري (المبادئ العامة وفقاً لأحكام قانون التجارة العماني)، دار الثقافة للنشر والتوزيع، عمان، ط2، 2022، ص 82.

وتجدر الإشارة إلى أنه لولا وجود هذه القاعدة لما كان المظهر إليه سيقبل بانتقال الكمبيالة إليه عن طريق التظهير؛ لأنه لن يكون عالمًا بالدفع الناشئة بين الموقعين عليها، لذا فقد ساهمت هذه القاعدة بشكل واضح في انتشار استخدام الأوراق التجارية.¹

الفرع الثاني

شروط تطبيق قاعدة تطهير الدفع

يجب توافر شروط معينة حتى يستفيد حامل الكمبيالة من قاعدة تطهير الدفع، ويمكن إجمال هذه الشروط في أربعة، حيث يتعلق الأول بقابلية الكمبيالة للتظهير، والثاني بنوعية التظهير والذي يلزم أن يكون تظهيراً ناقلاً للملكية، والثالث خاص بالحامل الذي ظُهرت له الكمبيالة، حيث يجب أن يكون حسن النية وقت تظهيرها إليه، أما الرابع فيخص الدفع ذاتها، أي يجب أن تكون من الدفع التي يطهرها التظهير²، وتفصيل ذلك كالآتي:

أولاً: أن تكون الكمبيالة قابلة للتظهير

الأصل في الكمبيالة أنها قابلة للتظهير، إلا أنه يجوز للساحب أو المظهر أن يحظر هذه الميزة، وذلك بأن ينص في الكمبيالة عند إنشائها أو تظهيرها أنها غير قابلة للتظهير، فقد نصت المادة (431) من قانون التجارة العماني أنه: "... ويجوز له حظر تظهيرها من جديد، وفي هذه الحالة لا يكون ملزماً بالضمان تجاه من تؤول إليهم الكمبيالة بتظهير لاحق"، ويجب أن يكون الحظر ظاهراً ومكتوباً في الكمبيالة، لا أن يكون مكتوباً في عقد البيع مثلاً، وذلك لحماية الحامل حسن النية، وقد نصت المادة (425) من القانون ذاته على أن: "ولا يجوز تداول الكمبيالة التي يضع فيها صاحبها عبارة (ليست لأمر) أو أية عبارة أخرى تفيد هذا المعنى". كما أنه يمكن أن تنشأ الكمبيالة وهي قابلة للتظهير وتنتقل من شخص إلى آخر ثم يقرر المظهر الأخير عدم إمكانية تظهيرها.

ثانياً: أن يكون التظهير ناقلاً للملكية

بداية حتى يستفيد الحامل الشرعي للكمبيالة من قاعدة تطهير الدفع، لا بد أن تكون الكمبيالة مستوفية لشروطها القانونية، وإلى جانب ذلك فإنه يلزم أن تكون الكمبيالة قد انتقلت إلى المظهر إليه عن طريق التظهير الناقل للملكية³، لا عن طريق تظهير آخر كالتظهير التوكيلي والذي بموجبه يوكل المظهر

¹ علي البارودي، المرجع السابق، ص 19.

² عادل المقدادي، القانون التجاري (الأوراق التجارية)، المرجع السابق، ص 108.

³ عادل المقدادي، القانون التجاري (الأوراق التجارية)، المرجع السابق، ص 109.

المظهر إليه في قبض قيمة الورقة، فهذا التظهير لا يظهر الدفع، إذ يجوز أن يدفع في مواجهة الوكيل بالدفع التي يمكن توجيهها للموكل¹، وذلك تطبيقاً لحكم المادة (434) من قانون التجارة العماني والتي قضت بأنه: "إذا اشتمل التظهير على عبارة (القيمة للتحصيل) أو (القيمة للقبض) أو (بالتوكيل) أو أي بيان آخر يفيد التوكيل، جاز للحامل مباشرة جميع الحقوق الناشئة عن الكبيالة، وإنما لا يجوز له تظهيرها إلا على سبيل التوكيل، وليس للملتزمين في هذه الحالة الاحتجاج على الحامل إلا بالدفع التي يجوز لهم الاحتجاج بها على المظهر، ولا تنقضي الوكالة التي يتضمنها التظهير التوكيلي بوفاء الموكل أو بحدوث ما يخل بأهليته".

كما أن الحامل لا يستفيد من قاعدة تطهير الدفع إذا انتقلت إليه الكبيالة عن طريق حوالة الحق²، أو إذا كان تاريخ التظهير لاحقاً على تحرير الاحتجاج لعدم الوفاء؛ لأن هذا التظهير لا يرتب إلا آثار حوالة الحق³.

وبالمثل لا يستفيد الحامل من هذه القاعدة إذا انتقلت إليه الكبيالة عن طريق الوصية أو الميراث؛ لأنه في جميع الحالات السابقة ينتقل الحق الذي تتضمنه الكبيالة وهو محملاً بالدفع كافة التي يجوز التمسك بها في مواجهة المٌحال له أو الوارث أو الموصى له⁴.

وفي المقابل فإن التظهير التأميني يأخذ حكم التظهير الناقل للملكية، وعلى هذا الأساس فإنه يظهر الدفع أيضاً⁵، وهذا ما يستفاد من نص المادة (435) من قانون التجارة التي نصت على أنه: "إذا اشتمل التظهير على عبارة (القيمة للضمان) أو (القيمة للرهن) أو أي بيان آخر يفيد التأمين، جاز للحامل أن يباشر جميع الحقوق الناشئة عن الكبيالة، فإذا ظهرها اعتبر التظهير على سبيل التوكيل، وليس للمدين بالكبيالة الاحتجاج على الحامل بالدفع المبنية على علاقته الشخصية بالمظهر، ما لم يكن قصد الحامل وقت حصوله عليها الإضرار بالمدين".

¹ عبد الحكم محمد عثمان، المرجع السابق، ص163.

² عادل المقدادي، القانون التجاري (الأوراق التجارية)، المرجع السابق، ص108.

³ عبد الحكم محمد عثمان، المرجع السابق، ص164.

⁴ عادل المقدادي، القانون التجاري (الأوراق التجارية)، المرجع السابق، ص109.

⁵ عبد الحكم محمد عثمان، المرجع السابق، ص164.

وفي هذا الشأن قضت محكمة الاستئناف بمصر أن: "التظهير التام ينقل ملكية الحق الثابت في الورقة إلى المظهر إليه ويظهرها من الدفع بحيث لا يجوز للمدين الأصلي فيها التمسك في مواجهة المظهر إليه حسن النية بالدفع التي كان يستطيع التمسك بها قبل المظهر".¹

ثالثاً: أن يكون الحامل حسن النية

لا بُد أن تتوفر في الدائن صفة الحامل الشرعي كما حددها قانون التجارة العُماني في المادة (432) بقوله: "يعتبر حائز الكبيالة حاملها الشرعي متى أثبت أنه صاحب الحق فيها بتظهيرات غير منقطعة ولو كان آخرها تظهيراً على بياض، والتظهيرات المشطوبة تُعتبر في هذا الشأن كأن لم تكن، إذا أعقب التظهير على بياض تظهير آخر، اعتبر الموقع على هذا التظهير الأخير أنه هو الذي آل إليه الحق في الكبيالة بالتظهير على بياض، وإذا فقد شخص حيازة كبيالة على إثر حادث ما، لم يلزم حاملها بالتخلي عنها متى أثبت حقه فيها على مقتضى الأحكام المتقدمة، إلا إذا كان حصوله عليها قد تم بسوء نية أو ارتكب في سبيله خطأ جسيماً، فعندما يكون الدائن حاملاً شرعياً للكبيالة، فحينئذ يصبح أهلاً للحماية القانونية المتمثلة في تطهير الدفع.

مما تقدم يمكن القول إن صحة التظهير وشرعية حيازة الكبيالة تتوقف على شكل التظهير، بمعنى: وجود سلسلة متصلة من التظهيرات؛ لأنه يتعذر بطبيعة الحال البحث في صحة التوقيعات السابقة عند إجراء تظهير جديد، حيث إن هذا الأمر يتناقض مع السرعة التي تتطلبها ممارسة الأعمال التجارية. ومع ذلك فإن قرينة الحيازة الشرعية المستمدة من شكل التظهير قد تزول متى ثبت عكسها، فقد يحصل أن يعثر شخص على كبيالة مظهرة على بياض في الطريق فيقوم بملء الفراغ وكتابة اسمه عليها، ففي هذه الحالة تكون حيازة الحامل شرعة طبقاً لشكل التظهير، ولكنه ليس هو المالك الحقيقي لها.²

كما يقتضي تحقق صفة الحامل في الدائن، أن تكون ملكية الكبيالة قد آلت إليه عن طريق التظهير الناقل للملكية، لا عن طريق الحوالة المدنية أو الإرث أو الوصية كما سبق بيانه.³ ولا يكفي أن يكون الدائن حاملاً شرعياً للكبيالة حتى يستفيد من قاعدة تطهير الدفع حماية له، وإنما لا بُد أن يكون علاوة على ذلك حسن النية. وتجدر الإشارة إلى أنه من الصعوبة بمكان تمييز

¹ حكم عن محكمة الاستئناف بمصر، صدر بتاريخ: 1930/3/6، س 10، ص 757، رقم 431.

² فوزي محمد سامي، المرجع السابق، ص 282.

³ عبد الحكم محمد عثمان، المرجع السابق، ص 165، 164.

الحامل حسن النية عن سيئ النية، إلا أن الآراء الفقهية في هذا الخصوص ترددت بين ضابطين وهما: التواطؤ والعلم.

فيرى البعض أن مجرد علم الحامل بالدفع وقت تظهير الكبيالة إليه، يكون كافياً لاعتباره سيئ النية، وعلى ذلك يجوز الاحتجاج في مواجهته بالدفع كافة التي يملكها المدين في مواجهة المظهر، فعلى سبيل المثال: لو أن المظهر إليه وقت تظهير الكبيالة كان يعلم بإمكانية تمسك المسحوب عليه بالمقاصة في مواجهة المظهر، فإن مجرد هذا العلم يكفي لاعتبار الحامل سيئ النية، وعليه فإنه يمكن للمسحوب عليه أن يتمتع عن الوفاء تمسكاً بالدفع السابق.¹

والجدير بالذكر أن هذا الرأي تبنته محكمة النقض المصرية في أحد أحكامها حيث قضت بأنه: "انتفاء سوء نية المظهر إليه مناطه ثبوت حصول التظهير قبل حصول الوفاء للمظهر، أما إذا كان التظهير قد حصل بعد الوفاء مع علم المظهر إليه بذلك فإن سوء النية لا ينتفي."²

كما قضت في حكم آخر لها بالخصوص ذاته أن: "... ويكفي لاعتبار الحامل سيئ النية إثبات مجرد علمه وقت التظهير بوجود دفع يستطيع المدين توجيهه للمظهر ولو لم يثبت التواطؤ بينه وبين المظهر على حرمان المدين من الدفع."³

إلا أنه يؤخذ على هذا الرأي أنه يعرقل تداول الورقة التجارية وأدائها لوظائفها الاقتصادية، كما أنه يخالف الاتجاه الحديث والذي لا يكتفي بمجرد العلم لإثبات سوء النية وإنما يشترط تواطؤ بين المظهر والمظهر إليه، والأخذ بهذا الرأي يُقلل من نطاق تعطيل قاعدة تطهير الدفع ويوفر الحماية للحامل ويساعد في تداول الورقة التجارية.

وعلى هذا الخلاف الحاصل بين الرأيين، فإن قانون جنيف الموحد قد حسم المسألة وقرر عدم سوء نية الحامل إلا إذا قصد الإضرار بالمدين وقت حصوله على الكبيالة، وهذا ما ترجمته قوانين التجارة الأخرى أخذاً عن قانون جنيف الموحد.⁴

¹ المرجع السابق، ص 166.

² حكم عن محكمة النقض المصرية، صادر بتاريخ: 1969/1/9، مجموعة الأحكام، ص 20، طعن رقم 453، لسنة 34 ق، ص 73.

³ حكم عن محكمة النقض المصرية، صدر بتاريخ: 1970/5/12، مجموعة الأحكام، ص 21، ص 810.

⁴ عبد الحكم محمد عثمان، المرجع السابق، ص 167.

وقصد الإضرار الذي اعتمده قانون جنيف يأتي في مرتبة وسطى بين الرأي الذي يكتفي بمجرد العلم والرأي الذي يشترط التواطؤ في تحديد سوء نية الحامل، حيث إن تعمد الإضرار بالمدين لا يتطلب تواطؤاً ثابتاً بين طرفي التظهير وإنما يكفي فيه إثبات علم الحامل بحقيقة الدفع الذي للمدين تجاه المظهر ثم تلقى الكبيالة بقصد حرمان المدين من الاحتجاج بهذا الدفع، ففي هذه الحالة لا يشترط التواطؤ ولا وجود هذه النية لدى المظهر، بل يكفي إثبات واقعة الإضرار بالنسبة للحامل لاعتباره سيئ النية ويحرم من الاستفادة من قاعدة تطهير الدفع.¹

وتجدر الإشارة إلى أن العبرة في تحقق سوء نية الحامل بتوافر قصد الإضرار لديه وقت وقوع التظهير لا بعده وعليه فإذا كان الحامل جاهلاً للعيب وقت وقوع التظهير، فإنه يعتبر حسن النية، حتى لو علم بذلك العيب في وقت لاحق على واقعة التظهير.²

وتطبيقاً لذلك قضت محكمة الاستئناف المصرية بأنه "قد تثور صعوبة في تحديد الوقت الذي يُعتد به في هذا الخصوص، كما إذا خصمت كبيالة في حساب مصرفي، ولكن حدث شطب القيد بعد ذلك بسبب ما، وأُعيد خصمها ثانية، ففي هذه الحالة تكون العبرة بوقت التظهير الثاني الجديد ما لم يكن هذا التظهير مرتبطاً ارتباطاً وثيقاً بالتظهير الأول، كحالة العدول عن قيد عكسي تم في وقت سابق".³

من جميع ما تقدم يمكن القول إن حسن النية قرينة مفترضة في الحامل الذي يتلقى الورقة بمقتضى تظهير ناقل للملكية أو تظهير تأميني، وعليه يقع عبء إثبات سوء النية لمن يدعي عكس هذه القرينة بطرق الإثبات كافة، وهذا ما أكدت عليه محكمة النقض المصرية في أحد أحكامها بقولها: "وحسن النية مفترض في الحامل الذي يتلقى الورقة بمقتضى تظهير ناقل للملكية، وعلى المدين إذا ادعى سوء نية هذا الحامل عبء نفي هذه القرينة بكافة طرق الإثبات بما فيها البينة والقرائن".

وتجدر الإشارة إلى أنه إذا كان الحامل شخص معنوي فيُعتد في سوء نيته من عدمها بالمثل القانوني للشخص المعنوي.⁴

¹ المرجع السابق، ص 168.

² فوزي محمد سامي، المرجع السابق، ص 283.

³ حكم صادر عن استئناف القاهرة بتاريخ: 1961/11/28، المجموعة الرسمية، س 60، ص 158.

⁴ عبد الحكم محمد عثمان، المرجع السابق، ص 168.

رابعاً: أن تكون الدفوع مما يطهرها التظهير

يُعتبر هذا الشرط من الشروط البديهية لاتفاقه مع الحكمة من تقرير هذه القاعدة المهمة ، وهي عدم مفاجأة الحامل بالدفوع التي لا يعلم عنها ولم يكن سبباً في نشأتها، لأنها نشأت عن علاقة سابقة على علاقة الحامل بالمدين الصرفي وهذا ما أوضحتها المادة (433) من قانون التجارة العُماني بقولها: "تنتقل بالتظهير جميع الحقوق الناشئة عن الكمبيالة. ومع عدم الإخلال بحكم المادة (421) من القانون ذاته". ليس للمدين الذي أُقيمت عليه دعوى بكمبيالة أن يحتج على حاملها بالدفوع المبنية على علاقته الشخصية بساحبها أو بحاملها السابقين، ما لم يكن قصد الحامل وقت حصوله على الكمبيالة الإضرار بالمدين".

ويستفاد من ذلك أن الدفوع التي يُطهرها التظهير هي الدفوع التي تكون مبنية على العلاقات الشخصية لساحب الكمبيالة أو الموقعين عليها، أي هي الدفوع التي لا يجوز الاحتجاج بها من الموقعين على الكمبيالة تجاه الحامل حسن النية وهي: الدفوع المتعلقة بعيوب الرضا، والدفوع الخاصة بانعدام السبب أو عدم مشروعيتها، والدفوع الناشئة من انقضاء الالتزام الذي حررت من أجله الكمبيالة، والدفوع المستمدة من واقعة لاحقة أدت إلى فسخ أو بطلان العلاقة الأصلية بين الساحب والمستفيد¹، وذلك على التفصيل الآتي:

1- الدفوع المتعلقة بعيوب الرضا

من المعلوم أن الرضا هو أحد الأركان المكونة للعقد، ومناط الرضا هو الإرادة الكاملة الصادرة دون شائبة، فيمكن أن تكون الإرادة معدومة كتصرفات الصبي غير المميز والمجنون، وقد تكون متأرجحة بين الإجازة والبطلان لمصلحة الصبي إذا كان مميزاً ولم يبلغ سن الرشد، كما يمكن أن تكون الإرادة حاضرة، إذا صدرت من كامل الأهلية، ولكنها معيبة بعيب (الإكراه أو التغيرير والغبن أو الغلط).²

لذلك فإن من مميزات تظهير الكمبيالة أنه يطهرها من عيوب الرضا التي قد تلحقها -باستثناء عيب الإكراه-، وعلى ذلك فإذا قام الساحب بتحرير كمبيالة للمستفيد كان واقعاً في غلط، حيث كان يعتقد بأنه مدين له، وقام المستفيد بتظهير الكمبيالة إلى شخص آخر، ثم اكتشف الساحب الغلط الذي كان واقعاً

¹ عادل المقدادي، القانون التجاري (الأوراق التجارية)، المرجع السابق، ص110.

² محمد إبراهيم بنداري، المدخل لدراسة القانون العُماني، مكتبة الدراسات العربية للنشر والتوزيع، نزوى، 2023، ص53.

فيه، ففي هذه الحالة لا يحق للساحب التمسك ببطلان الكبيالة تجاه الحامل الجديد (المظهر إليه)؛ لأن التظهير الناقل للملكية قد ظهر الكبيالة من هذه الدفع.¹

على أن الساحب يستطيع أن يحتج بهذا الدفع قبل المستفيد الأول؛ لأنه كان عالمًا بذلك كما يستطيع التمسك به في مواجهة المظهر له أو أي حامل للكبيالة إذا كان سيئ النية يعلم بالغلط الذي وقع فيه الساحب وكان قصده الإضرار بالساحب لمنعه من التمسك بالغلط الذي وقع فيه.²

وطبق الحكم ذاته في حال وقوع الساحب ضحية تغيير اقترن بغبن فاحش أدى إلى تحرير الكبيالة بناءً على طرق احتيالية مؤرست ضده. ففي هذه الحالة لا يجوز للساحب الاحتجاج بذلك ضد الحامل حسن النية الذي لم يكن يعلم شيئاً عن ذلك، في حين لو كان الحامل سيئ النية فيحق للساحب الاحتجاج ضده بالبطلان؛ لأنه غير جدير بالحماية في هذه الحالة، كما يطبق الحكم ذاته إذا كان الساحب قد وقع الكبيالة بناءً على استغلاله، إلا أنه يستثنى من ميزة تطهير الدفع المتعلقة بعيوب الرضا، عيب الإكراه، فلو وقع الساحب على الكبيالة وكان واقعاً تحت تأثير إكراه مادي يعدم إرادته فيحق له التمسك بالبطلان في مواجهة الحامل سواء أكان حسن أم سيئ النية، لأن حكم الإكراه في هذه الحالة يشابه حكم التزوير³، والذي سبق الإشارة إليه عند الحديث عن مبدأ استقلال التوقعات.

2- الدفع بانعدام السبب أو عدم مشروعيته

طبقاً للقواعد العامة يجب أن يكون لجميع العقود سبباً مشروعاً لإبرامها، وإلا كان العقد باطلاً تبعاً لبطلان السبب، وعلى ذلك نصت المادة (121) من قانون المعاملات المدنية العُماني بأن: "إذا لم يكن للعقد سبب، أو كان سببه مخالفاً للشريعة الإسلامية أو النظام العام أو الآداب العامة كان العقد باطلاً"، ويتعدد السبب في الكبيالة بتعدد أشخاصها فيكون كل ملتزم فيها له سبب قائم ومستقل بذاته، إلا أن التزام الساحب هو سبب لنشأة الكبيالة حيث يكون التزامه سابق على تحرير الكبيالة التي لم تكن لولا توقيعه عند إنشائها وهو الالتزام الذي قصد الساحب انقضائه عن طريق سحب كبيالة للمستفيد، وعليه فإذا انعدم السبب نتيجة القضاء بفسخ العلاقة بين الساحب والمستفيد أو بطلانها، أو إذا كان السبب غير

¹ فوزي محمد سامي، المرجع السابق، ص 281.

² عادل المقدادي، القانون التجاري (الأوراق التجارية)، المرجع السابق، ص 111.

³ المرجع السابق، ص 111.

مشروع نتيجة لتحرير كبيالة بهدف تسوية دين قمار أو ثمنًا لارتكاب فعل يجرمه القانون، فإن التزام الساحب يقع باطلًا في هذه الحالات إما لانعدام السبب أو عدم مشروعيته.¹

إلا أن هذا البطالان لا يكون إلا في العلاقة بين الساحب والمستفيد، أي لا يجوز للساحب التمسك بهذا البطالان في مواجهة حامل حسن النية الذي انتقلت له الكبيالة بناءً على تظهير دون علمه بعدم وجود السبب أو عدم مشروعيته، حيث إن مثل هذه الدفوع يطهرها التظهير كما سبق بيانه. وعلى هذا فقد استقرت أحكام المحكمة العليا العُمانية-الدائرة التجارية- في عام 2013 على أن حامل الشيك لا يمكن الاحتجاج في مواجهته بانعدام سبب تحريره بين الساحب والمستفيد، عن طريق ثبوت عدم أحقية المستفيد به، ما دام أنه انتقل إلى الحامل انتقالًا ناقلاً للملكية أيًا كانت النية التي تسلم بها الشيك. وبالمثل يقاس هذا الحكم على الكبيالة باعتبارها الورقة التجارية الأقدم ظهورًا والتي تُعتبر قواعد حاكمة لبقية الأوراق التجارية في حال عدم النص عليها.

على أنه يجوز لمن وقع على الكبيالة سواء أكان ساحبًا عند تحريرها أو مستفيدًا أول عند تظهير الكبيالة أن يحتج بانعدام السبب أو عدم مشروعيته أن يتمسك ببطلانها في مواجهة الدائن الذي تسلم الكبيالة مباشرة، أما إذا جرى تظهيرها فلا يجوز للساحب أو المستفيد مواجهة الحامل حسن النية الذي انتقلت إليه الكبيالة بطريق التظهير ببطلانها.²

والجدير بالذكر أن قانون التجارة العُماني لم يشترط بيان السبب في الكبيالة عند تحريرها وعليه يُعتبر توقيع الساحب على الكبيالة قرينة على وجود السبب ومشروعيته، وعلى من يدعي العكس إثبات ذلك بطرق الإثبات كافة.³

3- الدفع بانقضاء الالتزام الذي من أجله حُررت الكبيالة

تنشأ الكبيالة صحيحة بين أطرافها عن طريق تحريرها من الساحب للمستفيد، أو تظهيرها من المستفيد للمظهر إليه، لتسوية العلاقات بينهم، إلا أنه قد يحصل أن يصبح الساحب دائنًا للمستفيد بعد تحرير الكبيالة له، أو أن يكون المستفيد دائنًا للمظهر إليه، ففي هذه الأحوال يحق للساحب الاحتجاج بتوافر المقاصة تجاه المستفيد الأول، ويستطيع المستفيد أيضًا الدفع بالمقاصة في مواجهة المظهر إليه، إلا أنه لا يمكن لكلٍ من الساحب والمستفيد الأول التمسك في مواجهة الحامل بعدم الدفع لتوافر المقاصة

¹ عبد الحكم محمد عثمان، المرجع السابق، ص70.

² عادل المقدادي، القانون التجاري (الأوراق التجارية)، المرجع السابق، ص111.

³ عبد الحكم محمد عثمان، المرجع السابق، ص71.

بينهم وبين من حررت أو ظهرت الكبيالة له، حيث إن مثل هذه الدفوع تكون مطهرة بالتطهير فلا يجوز الاحتجاج بها في مواجهة الحامل حسن النية الذي لا يعلم بذلك، ويطبق الحكم ذاته على جميع طرق انقضاء الالتزام المصرفي للساحب أو أي موقع على الكبيالة مثل: اتحاد الذمة أو الإبراء وغيرها.¹

4- الدفع بوجود واقعة لاحقة لتحرير الكبيالة أدت إلى فسخ أو بطلان العلاقة الأصلية

إذا تم سحب كبيالة من قبل الساحب للوفاء بعقد بيع تم مع المستفيد منها، ولاحقاً فُسخ عقد البيع الذي كان سبباً في تحرير الكبيالة، ففي هذه الحالة يجوز أن يتمسك الساحب في مواجهة المستفيد بعدم دفع قيمتها عند امتناع المسحوب عليه عن الوفاء بها في ميعاد الاستحقاق وذلك نظراً لفسخ العلاقة الأصلية التي كانت السبب في تحرير الكبيالة (عقد البيع)، على أنه لو قام المستفيد بتطهير هذه الكبيالة إلى شخص آخر (المظهر إليه)، وكان هذا الأخير لا يعلم بفسخ العقد السابق، ففي هذه الحالة لا يجوز للساحب الاحتجاج قبل الحامل الجديد حسن النية بفسخ العلاقة التي أدت إلى تحرير الكبيالة²، ويرجع ذلك إلى أن التطهير الحاصل قد طهر الكبيالة من مثل هذه الدفوع، ويبقى الحامل حسن النية أجنبياً عن العلاقة الأصلية الحاصلة بين الساحب والمستفيد، وذلك تطبيقاً لقاعدة تطهير الدفوع لحماية الحامل حسن النية للكبيالة. على أن الساحب بإمكانه التمسك بهذا الدفع تجاه من كان طرفاً في عقد البيع، وكذا تجاه الحامل سيئ النية الذي يعلم بشأن انفساخ العقد، حيث لا تشمل حماية قاعدة تطهير الدفوع في هذه الحالة.³

من جميع ما تقدم يمكن القول إنه لا يجوز الدفع في مواجهة الحامل حسن النية بالبطلان لعيب من عيوب الرضا، ولا البطلان لانعدام السبب أو عدم مشروعيته، وكذا الدفع في مواجهة الحامل حسن النية بفسخ العلاقة الأصلية أو انقضائها بأي سبب من أسباب الانقضاء.

ومع ذلك وجب التنبيه إلى أن تطهير الورقة التجارية لا يظهر جميع الدفوع، إذ إن هنالك دفوعاً يحق فيها للساحب أو أي موقع على الكبيالة الاحتجاج بها في مواجهة حامل الكبيالة حسن النية؛ لأن قاعدة تطهير الدفوع لا تطبق عليها حتى وإن كانت الكبيالة قد انتقلت إلى الغير الحامل حسن النية عن طريق التطهير الناقل للملكية.

¹ عادل المقدادي، القانون التجاري (الأوراق التجارية)، المرجع السابق، ص 112.

² المرجع السابق، ص 113، 112.

³ علي البارودي، المرجع السابق، ص 61، 60.

وتكون هذه الدفع على نوعين: الأولى شكلية تتعلق بشكل الورقة التجارية، والثانية موضوعية تتعلق بالالتزام الذي تحويه الورقة، وعلة ذلك أن الدفع الشكلي التي يجوز التمسك بها في مواجهة الحامل حسن النية لا تتضمن أي مباغة أو مفاجأة له، إذ إنه يعلم بها وقبل الورقة التجارية بناءً عليها، وعلى هذا الأساس لا يكون جديرًا بالحماية التي يوفرها مبدأ تطهير الدفع، أما بالنسبة للدفع الموضوعية التي يجوز التمسك بها في مواجهة الحامل حسن النية، فهي الدفع التي تكون مصلحة الموقع على الورقة مقدمة على مصلحة الحامل لها، ومثال ذلك: حالة تزوير توقيع الساحب أو تزوير بيانات الكبيالة أو تجاوز وكيل الساحب حدود النيابة أو عندما يكون أحد الموقعين عديم الأهلية أو ناقصها، ففي جميع الحالات السابقة يحق للموقعين على الورقة التجارية الاحتجاج بها في مواجهة الحامل حسن النية، وذلك تطبيقًا لمبدأ استقلال التوقييع كما سبق بيانه في المطلب الأول.

ومع ذلك فإنه عند عجز قاعدة تطهير الدفع عن حماية الحامل حسن النية، يتدخل فوراً مبدأ استقلال التوقييعات ليحد ويضيق من نطاق هذا العجز ويخفف من مضاره بالنسبة للحامل كما سبق بيانه، وفي ذلك كله خروج مركب ومزدوج على القواعد العامة من أجل حماية الحامل حسن النية وتسهيلاً لتداول الورقة التجارية.

الخاتمة:

يُعد مبدأ استقلال التوقييع وتطهير الدفع من أهم المبادئ الجوهرية التي يقوم عليها قانون الصرف، حيث إنهما يعملان معاً لتحقيق غايات مشتركة في البيئة التجارية مثل: تسهيل تداول الورقة التجارية وضمان تمتعها بخصائصها الأصلية للقيام بأداء وظائفها المنوطة بها على أكمل وجه؛ لأنها تقوم مقام النقد وتُعتبر أداة وفاء وائتمان في الوقت نفسه، وأخيراً تحقيق الهدف الأكبر من وراء وجود هذه المبادئ وهو حماية الحامل حسن النية المتعامل بالأوراق التجارية.

بعد الانتهاء من كتابة هذا البحث خلصنا إلى بعض النتائج التي نذكرها تباعاً:

1. يُعتبر مبدأ استقلال التوقييع من أهم المبادئ الحاكمة لقانون الصرف، ويعني: أن كل توقيع يورد على الورقة التجارية يُعتبر مستقلاً وقائماً بذاته عن باقي التوقييعات.
2. يبعث مبدأ استقلال التوقييعات مزيداً من الثقة والائتمان لدى جميع المتعاملين بالورقة التجارية مما يساهم بشكل كبير في استقرار المعاملات وتحقيق الغاية التي قصدها المشرع.

3. تكون الكبيالة صحيحة حتى وإن كان أحد التوقييع الواردة عليها من قبل أشخاص لا تتوافر فيهم الأهلية القانونية أو في حال تزوير أحد التوقييع عليها، وبالمثل في حال كون أحد التوقييع قد تم دون نيابة (وكالة) أو تجاوز حدودها في حال وجودها.
4. تعمل قاعدة تطهير الدفع على حماية الحامل حسن النية من خلال عدم سماحها للمدين بأن يتمسك ضده بالدفع التي كان يستطيع التمسك بها في مواجهة الساحب أو المستفيد أو أي موقع آخر على الورقة.
5. يستفيد الحامل من قاعدة تطهير الدفع في الورقة التجارية إذا كانت قد انتقلت له عن طريق التظهير الناقل للملكية، وكان حسن النية، بالإضافة إلى كون الدفع الموجهة له من ضمن نطاق الدفع التي يطهرها التظهير.
6. الدفع المستمدة من عيوب الرضا، والدفع المبنية على انعدام السبب أو عدم مشروعيتها، والدفع المستمدة من انقضاء الالتزام الذي من أجله حررت الكبيالة، والدفع الناشئة من واقعة لاحقه لتحرير الكبيالة أدت إلى فسخ أو بطلان العلاقة الأصلية، تُعتبر جميعاً من الدفع التي يطهرها التظهير.
7. الدفع المتعلقة بشكالية الورقة التجارية، والدفع التي تكون فيها مصلحة الموقع أجدر بالحماية من الحامل حسن النية مثل: (التوقيع على الكبيالة من ناقص الأهلية أو عديمها، تزوير توقيع الساحب، تجاوز وكيل الساحب لحدود النيابة)، تكون من الدفع التي لا يطهرها التظهير، إلا أن مبدأ استقلال التوقييع هو من يتدخل لتبقى الكبيالة قابلة للتداول والصرف.

التوصيات:

1. إن الكبيالة والأوراق المالية عموماً إنما شرعت من أجل الدفع بعجلة الاقتصاد إلى الأمام من خلال تطوير وسائل الوفاء والائتمان، إلا أن إعطاء الحق لكل من بلغ الثامنة عشرة بتداولها والتصرف بها يعود على الفرد والمجتمع بالمفاسد أكثر من المكاسب، فمجتمعات القرن الحادي والعشرين في عموم الحال، يكون فيها القاصر ملتحقاً بصفوف الدراسة حتى عمر الثامنة عشرة، ثم يخرج إلى سوق العمل دون أية خبرة تؤهله لممارسة النشاط التجاري بشكله الموسع، وعندما نضع في يديه السلطة في تحرير الكبيالات والشيكات فإنه يكون عرضة لتوريط نفسه من حيث لا يشعر، وبالتالي فإن أول توصية في نهاية هذا البحث هو رفع السن الذي يخول صاحبه ممارسة التجارة فيما بعد.

2. دراسة أسباب عزوف التاجر العُماني عن العمل بمقتضى الكمبيالات في ممارساته التجارية، ثم وضع التشريعات والآليات لحلها وذلك لدفع التجار إلى الإقبال عليها، وتقنين عقوبة جزائية لمن يخل بالوفاء بها أسوة بالشيك.

3. فرز الدفوع التي تشملها قاعدة تطهير الدفوع بالتطهير، من تلك التي لا تشملها القاعدة في قانون التجارة.

بيان تضارب المصالح

يقر جميع المؤلفين أنه ليس لديهم أي تضارب في المصالح.

قائمة المصادر و المراجع:

أولاً: القوانين

1. قانون الأحوال الشخصية الصادر بالمرسوم السلطاني رقم (2013/29).
2. قانون التجارة العُماني الصادر بالمرسوم السلطاني رقم (1990/55).
3. قانون السلطة القضائية الصادر بالمرسوم السلطاني رقم (1999/9).
4. قانون المعاملات التجارية الاتحادي رقم (1993/18).
5. قانون المعاملات المدنية العُماني الصادر بالمرسوم السلطاني رقم (2013/29).

ثانياً: الكتب

1. عادل المقدادي، القانون التجاري (الأوراق التجارية)، جامعة السلطان قابوس/ مجلس النشر العلمي، 2008.
2. عادل المقدادي، القانون التجاري (المبادئ العامة وفقاً لأحكام قانون التجارة العُماني)، دار الثقافة للنشر والتوزيع، عمان، ط2، 2022.
3. عبد الحكم محمد عثمان، الأوراق التجارية والإفلاس، كلية شرطة دبي، 1990.
4. عصام حنيف محمود، الأوراق التجارية (المجموعة التجارية)، دار النهضة العربية، 2017.
5. علي البارودي ومحمد فريد العريني، الأوراق التجارية والإفلاس، دار الجامعة الجديدة، 2004.
6. فوزي محمد سامي، شرح القانون التجاري (الأوراق التجارية)، ط1، دار الثقافة للنشر والتوزيع، عمان، 1999.
7. محمد إبراهيم بنداري، المدخل لدراسة القانون العُماني، مكتبة الدراسات العربية للنشر والتوزيع، نزوى، 2023.
8. محمد الشافعي، الأوراق التجارية في مدونة التجارة، سلسلة البحوث القانونية 11، المطبعة والوراقة الوطنية بمراكش، الطبعة الثالثة، 2006.
9. محمد الكيلاني، الموسوعة التجارية والمصرفية (الأوراق التجارية)، دار الثقافة للنشر والتوزيع، 2004.

ثالثاً: المجالات والرسائل والدوريات.

1. إسماعيل الصيدلاني، ورقة عمل بعنوان "نظام الأوراق التجارية"، الملتقى السنوي للحقوقيين، جدة، 2015، مسترجع من نظام الأوراق التجارية - نظام الأوراق التجارية - عمل ورقة الأوراق التجارية نظام إعداد إسماعيل Studocu -
 2. سويلم نصير، دراسة حول أنواع الأوراق التجارية، 1 مايو 2024، مسترجع من بحث قانوني ودراسة حول أنواع الأوراق التجارية (mohamah.net)، 2024/9/20.
 3. عبد الغني الربيع، المبادئ القانونية التي تحكم الأوراق التجارية، المكتبة القانونية العربية، مسترجع من المبادئ القانونية التي تحكم الأوراق التجارية من إنجاز الطالب الباحث: عبد الغني الربيع (bibliotdroit.com)، 2024/9/22.
 4. علي فوزي الموسوي، فكرة التجريد في الالتزام المصرفي، مجلة كلية القانون بالجامعة المستنصرية، مج9، ع30 (2017)، مسترجع من مارك: فكرة التجريد في الالتزام المصرفي (mandumah.com).
- رابعاً: الأحكام القضائية (الطعون).

1. استئناف مصري، صدر بتاريخ: 1930/3/6، س10ق، رقم431.
2. استئناف القاهرة بتاريخ: 1961/11/28، المجموعة الرسمية، س 60.
3. استئناف مصري، صدر بتاريخ: 2010/6/16، س124ق، رقم38355.
4. نقض مصري، 10 أكتوبر 1967، المجلة الفصلية للقانون التجاري، 1968
5. نقض مصري، صادر بتاريخ: 1969/1/9، مجموعة الأحكام، س20، طعن رقم 453، لسنة 34 ق.
6. نقض مصري، 3 مارس 1970، مجموعة أحكام محكمة النقض، س 17، رقم 46.
7. نقض مصري، صدر بتاريخ: 1970/5/12، مجموعة الأحكام، س 21.
8. نقض مصري رقم 366، لسنة 14 ق، جلسة 1976/4/5
9. نقض مصري رقم 123 لسنة 52 ق، جلسة بتاريخ: 1987/2/23

مكافحة الاتجار بالبشر في القانون الدولي

Combating Human Trafficking Under International Law

د. جابر بن الصحبي غنيمي

المدرسة الدولية/ سوسة

(تونس)

مكافحة الاتجار بالبشر في القانون الدولي

Combating Human Trafficking Under International Law

د. جابر بن الصبحي غنيمي

قاضي، ومدرس جامعي

المدرسة الدولية، سوسة (تونس)

janaghni4@gmail.com

DOI: <https://doi.org/10.70411/MJLS.3.2.2025175>

تاريخ القبول: 2025-03-25

تاريخ المراجعة: 2024-11-29

تاريخ الاستلام: 2024-10-19

الملخص:

تُعتبر جرائم الاتجار بالبشر بجميع أشكالها وصورها من أخطر القضايا على الساحة الدولية، حيث تمثل ثالث أكبر تجارة إجرامية غير مشروعة في العالم بعد تجارة المخدرات وتجارة السلاح، وتحقق أرباحًا طائلة تقدر بالمليارات. هذه الأنشطة تستغل الفئات الأكثر ضعفًا في المجتمع، خاصة النساء والأطفال، نتيجة للفقر والجهل وانعدام الفرص المتكافئة، مما خلق بيئة مواتية للاتجار غير المشروع في الأشخاص. تتميز جرائم الاتجار بالبشر بكونها جرائم عابرة للحدود تعاني منها جميع دول العالم، ولذلك سعى المجتمع الدولي إلى إبرام اتفاقيات أممية وإقليمية لمكافحة هذه الجرائم وتنسيق التعاون بينها. و تتمثل إشكالية البحث في إظهار الجهود الدولية لمكافحة الاتجار بالبشر، لقد اعتمد الباحث المنهج التحليلي والمنهج الوصفي وكذلك المنهج التاريخي.

وللإجابة على الإشكالية قسم الباحث الدراسة إلى مبحثين الأول، للجهود الأممية لمكافحة الاتجار بالبشر، والثاني للجهود الإقليمية المعنية بمكافحة الاتجار بالبشر.

الكلمات المفتاحية: اتجار بالبشر، اتفاقيات أممية، اتفاقيات إقليمية، مجهود دولي، تعاون دولي.

Abstract:

Human trafficking crimes in all their forms and manifestations are considered one of the most dangerous issues on the international scene, as they represent the third-largest illegal criminal trade in the world after the drug trade and the arms trade, and generate huge profits estimated at billions. These activities exploit the most vulnerable groups in society, especially women and children, as a result of poverty, ignorance, and lack of equal opportunities, which create an environment conducive to illicit trafficking in persons. Human trafficking is a cross-border crime that affects all countries worldwide; therefore, the international community has sought to conclude international and regional agreements to combat these crimes and coordinate cooperation among nations.

The research problem is to highlight the international legal framework for combating human trafficking.

The researcher adopted the analytical method, the descriptive method, and the historical method.

To answer the problem, the researcher divided the study into two sections, the first for international efforts concerned with combating human trafficking and the second for regional efforts concerned with combating human trafficking.

Keywords: human trafficking, international agreements, regional agreements, international efforts, international cooperation

المقدمة

يعد الاتجار بالبشر مظهرًا خطيرًا من مظاهر انتهاك حقوق الإنسان وأعنف أشكال التعدي على كرامة الذات البشرية¹، ورغم إلغاء العبودية في شكلها التقليدي المؤسس على ملكية الذات البشرية فإن ذلك لم يمنع من ظهور ممارسات شبيهة بالرق تقوم على إجبار شخص على تقديم جسده أو عمله للغير على غرار العمل القسري أو السخرة أو الدعارة².

ونظرًا للتفاوت الاقتصادي بين الدول والتسارع نحو تحقيق الأرباح المالية، اتخذت هذه الجريمة أشكالًا مستحدثة تقوم على استغلال الذات البشرية استغلالًا فاحشًا للانقاع بجسدها أو بجهدا في ظروف مهينة وقاسية للغاية³.

وبدأت تداعيات مشكلة الاتجار بالبشر تظهر بشكل أكثر وضوحاً منذ ثمانينيات القرن العشرين وحتى التسعينيات، وذلك عن طريق إثارة القضية في مؤتمرات الأمم المتحدة والتقارير المتعلقة بحقوق الإنسان، مما أكسب ذلك زخماً تجلّى مؤخراً في الالتزام الدولي بأهمية وضع نهاية لجرائم الاتجار بالبشر والتي تقشت كالوباء في بعض دول العالم، الأمر الذي يوجب على المجتمع الدولي ممثلاً في الأمم المتحدة والمنظمات الدولية المتخصصة⁴ المعنية التعامل مع مشاكل حقوق الإنسان بوجه عام والاتجار بالبشر بوجه خاص - بوضع عناصر متسقة متجانسة تقوم على العدل والمساواة وبعيدة عن التحيز والتمييز بين البشر⁵.

ويمكن أن تُرتكب الجريمة داخل إقليم دولة واحدة. كما يمكن أن تُرتكب في عدة دول، وهو ما يجعلها جريمة عبر وطنية، وتصبح بذلك ذات خطورة دولية كونها جرائم ضد الأمن البشري عموماً، وضد

¹ أمية محمد الشاعر، الاتجار بالبشر - قراءة قانونية واجتماعية -، الطبعة الأولى، منشورات الحلبي الحقوقية، سوريا، 2012، ص 9.

² سوزي عدلي ناشد، الاتجار في البشر بين الاقتصاد الخفي والاقتصاد الرسمي، المكتبة القانونية، الإسكندرية، دار الجامعة الجديدة للنشر، 2005، ص 45.

³ أكرم عمر دهام، جريمة الاتجار بالبشر، دار الكتب القانونية، مطابع شتات، مصر، الطبعة الأولى، 2011، ص 78.

⁴ صدر عن منظمة العمل الدولية اتفاقية العمل الدولية رقم 182 بشأن أسوأ أشكال عمل الأطفال بتاريخ 17 جوان 1999، واتفاقية تحريم السخرة الاتفاقية (رقم 105) الخاصة بتحريم السخرة لعام 1957.

⁵ إبراهيم الساكت، الاتجار بالبشر (المفهوم والتطور)، حلقة علمية لمكافحة الاتجار بالبشر، جامعة نايف، الرياض، 2014، ص 134.

أمن الدولة بصفة خاصة، لذا يتطلب الأمر اعتماد سياسات عامة عبر وطنية تقتضي تعاوناً دولياً في العمل من خلال تبادل المعلومات وتبادل المساعدات¹.

وتُعد جرائم الاتجار بالبشر بأشكالها وصورها كافة من أبرز وأخطر وأسرع القضايا نمواً على الساحة الدولية، بحيث باتت تمثل ثالث أكبر تجارة إجرامية غير مشروعة في العالم بعد تجارة المخدرات، وتجارة السلاح، تحقق أنشطتها أرباحاً طائلة تقدر بالمليارات، وذلك على حساب أكثر فئات المجتمع عرضة للاستغلال وهما النساء والأطفال - بالفقر والجهل وانعدام الفرص المتكافئة للتنمية أدت مُجتمعة إلى خلق بيئة مواتية للاتجار غير المشروع في الأشخاص وجعلتهم أكثر عرضة للوقوع كضحايا للمتاجرين².

وعرف جانب من فقهاء القانون الاتجار بالبشر بأنه التصرفات المشروعة وغير المشروعة كافة التي تُحول الإنسان إلى مجرد سلعة أو ضحية يتم التصرف فيه بواسطة وسطاء محترفين عبر الحدود الوطنية بقصد استغلاله في أعمال ذات أجر متدن أو في أعمال جنسية أو ما شابه ذلك، وسواء تم هذا التصرف بإرادة الضحية أو قسراً عنها أو بأي صورة أخرى من صور العبودية³، كما عرف بروتوكول منع وقمع ومعاقبة الاتجار بالأشخاص وخاصة النساء والأطفال، المكمل لاتفاقية الأمم المتحدة لمكافحة الجريمة المنظمة عبر الوطنية لعام 2000 (1) الاتجار بالبشر في المادة الثالثة فقرة (أ) بأنه "تجنيد أشخاص أو نقلهم أو تنقيطهم أو إيوائهم أو استقبالهم بواسطة التهديد بالقوة أو استعمالها أو غير ذلك من أشكال القسر أو الاختطاف أو الاحتيال أو الخداع أو استغلال السلطة أو استغلال حالة استضعاف أو بإعطاء أو تلقي مبالغ مالية أو مزايا لنيل موافقة شخص له سيطرة على شخص آخر لغرض الاستغلال، ويشمل الاستغلال كحد أدنى، استغلال دعارة الغير أو سائر أشكال الاستغلال الجنسي، أو السخرة أو الخدمة قسراً أو الاسترقاق أو الممارسات الشبيهة بالرق أو الاستعباد أو نزع الأعضاء"⁴.

¹ حامد سيد محمد حامد: الاتجار في البشر كجريمة منظمة عابرة للحدود، ط 1، المركز القومي للإصدارات القانونية، القاهرة، 2010، ص 12.

² إيناس البهجي، جرائم الاتجار بالبشر، المركز القومي للإصدارات القانونية، القاهرة، ط 1، 2013، ص 77.

³ أحمد عبد القادر خلف محمود، تعريف جريمة الاتجار بالبشر في المعاهدات والاتفاقيات الدولية، مذكرة مقدمة ضمن متطلبات استكمال درجة الماجستير في القانون الجنائي، كلية الحقوق، جامعة النهريين، العراق، 2013، ص 89.

⁴ إبراهيم، حسني عبد السميع، المعالجة الفقهية والاجتماعية للاتجار بالبشر بين الشريعة الإسلامية والقوانين الوضعية، ط 1، الإسكندرية: منشأة المعارف، ص 45.

ونظرًا للصبغة عبر الوطنية لجرائم الاتجار بالبشر، حيث إن هذه الظاهرة تشمل جميع دول العالم فقد تم إبرام اتفاقيات أممية وإقليمية تتعلق بمكافحتها وتعزيز التعاون الدولي¹.

أهمية البحث:

نظرًا لانتشار ظاهرة الاتجار بالبشر وتحولها إلى جريمة عابرة للحدود كان لا بُد من تضافر الجهود الدولية قصد مكافحة هذه الظاهرة، ومن هنا تأتي أهمية البحث في إظهار المجهود الدولي في مكافحة جرائم الاتجار بالبشر من خلال استعراض الوثائق الدولية الصادرة في هذا المجال ومدى تحقيقها النجاعة المطلوبة في مكافحة الاتجار بالبشر.

إشكالية البحث:

تتمثل إشكالية البحث في:

ما هو الإطار القانوني الدولي لمكافحة الاتجار بالبشر؟

تساؤلات البحث:

يتفرع من سؤال الدراسة الرئيس مجموعة من الأسئلة الفرعية:

1. ما هي الاتفاقيات العالمية المعنية بمكافحة الاتجار بالبشر؟
2. ما هي الاتفاقيات الإقليمية المعنية بمكافحة الاتجار بالبشر؟
3. هل حققت الاتفاقيات الدولية الأهداف التي أبرمت من أجلها، وهي وضع حد لظاهرة الاتجار بالبشر؟

أهداف البحث:

يهدف الباحث من وراء خوض غمار هذا الموضوع إلى تحقيق بعض الغايات التي تتجسد في الآتي:

1. تحديد مفهوم الاتجار بالبشر.
2. إظهار الجهود الدولية والإقليمية المتعلقة بمكافحة الاتجار بالبشر.
3. نجاعة هذه الجهود في مكافحة الاتجار بالبشر.

¹ إبراهيم، حسني عبد السميع، المعالجة الفقهية والاجتماعية للاتجار بالبشر بين الشريعة الإسلامية والقوانين الوضعية، ط1، الإسكندرية: منشأة المعارف، ص45.

البروتوكول المكمل لاتفاقية الأمم المتحدة لمكافحة الجريمة المنظمة عبر الوطنية لسنة 2000.

منهجية البحث:

سنعتمد المنهج التحليلي الوصفي لبيان أهم الجهود الدولية في مكافحة الاتجار بالبشر، وذلك بتحليل ودراسة الاتفاقيات الأممية والإقليمية المتعلقة بمكافحة الاتجار بالبشر. وكذلك المنهج التاريخي باستعراض التطور التاريخي لمختلف الجهود الدولية والإقليمية الخاصة بمكافحة الاتجار بالبشر.

الدراسات السابقة:

1. عاطف فؤاد النعماني (2015)، الجهود الدولية والإقليمية لمكافحة الاتجار بالبشر، دراسة تضمنت استعراض لمختلف الجهود الدولية والإقليمية المتعلقة بمكافحة الاتجار بالبشر. وقد توصل الباحث إلى نتائج تتمثل في تعدد الجهود الدولية العالمية والإقليمية المعنية بمنع الاتجار بالبشر. وأوصى بمزيد من تعزيز هذه الجهود وخلق آليات فعالة لتفعيل الصكوك الدولية المعنية بحظر الاتجار بالبشر.

2. أسامة غربي (2013)، جريمة الاتجار بالنساء والأطفال في ضوء القانون الدولي، أطروحة دكتوراه، كلية الحقوق والعلوم السياسية، بليدة 2، تناولت أركان جريمة الاتجار بالنساء والأطفال وصورها. واستعرضت سبل مكافحتها. وتوصل الباحث إلى تحديد أركان جريمة الاتجار بالنساء والأطفال في القانون الدولي. وأوصى بتعزيز حماية هذه الفئات الضعيفة الأكثر تعرضاً إلى ظاهرة الاتجار بالبشر.

3. كزونة صفاء، (2013-2014)، جريمة الاتجار بالبشر وفقاً للوثائق الدولية، رسالة لنيل شهادة الماجستير، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة محمد خيضر، بسكرة، استعرضت الوثائق الدولية المتعلقة بمكافحة الاتجار بالبشر. وتوصلت الباحثة إلى وجود عديد الوثائق الدولية المعنية بمكافحة الاتجار بالبشر. وأوصت بخلق آليات تعاون دولي فعالة وناجعة للحد من هذه الظاهرة الخطيرة.

خطة البحث:

سنتبع خطة البحث الآتية :

المبحث الأول: الجهود الأممية لمكافحة الاتجار بالبشر

المطلب الأول: الوثائق الدولية العامة المعنية بحقوق الإنسان.

الفرع الأول- الإعلان العالمي لحقوق الإنسان.

الفرع الثاني- العهد الدولي لحقوق الإنسان السياسية والمدنية.

الفرع الثالث- العهد الدولي الخاص بالحقوق الاقتصادية والاجتماعية والثقافية.

المطلب الثاني: الاتفاقيات الدولية الخاصة بالاتجار بالبشر.

الفرع الأول- الاتفاقية الخاصة بالرق.

الفرع الثاني- الاتفاقية التكميلية لإبطال الرق وتجارة الرقيق والأعراف والممارسات الشبيهة بالرق.

الفرع الثالث- اتفاقية الأمم المتحدة الخاصة بحظر الاتجار بالأشخاص واستغلال دعارة الغير.

الفرع الرابع- اتفاقية القضاء على جميع أشكال التمييز ضد المرأة.

الفرع الخامس- اتفاقية حقوق الطفل.

الفرع السادس - البروتوكولين الاختياريين لاتفاقية حقوق الطفل بشأن بيع الأطفال واستغلال

الأطفال في البغاء وفي المواد الإباحية وبشأن اشتراك الأطفال في المنازعات المسلحة.

الفرع السابع - بروتوكول الأمم المتحدة لمنع وقمع ومعاقبة الاتجار بالأشخاص لا سيما النساء

والأطفال المكمل لاتفاقية الأمم المتحدة لمكافحة الجريمة المنظمة عبر الوطنية.

المبحث الثاني: الجهود الإقليمية لمكافحة الاتجار بالبشر

المطلب الأول: جهود الدول الأوروبية لمكافحة الاتجار بالبشر.

الفرع الأول: دور المجلس الأوروبي في مكافحة الاتجار بالبشر.

الفرع الثاني: دور الاتحاد الأوروبي في مكافحة الاتجار بالبشر.

المطلب الثاني: جهود الدول الأمريكية لمكافحة الاتجار بالبشر.

الفرع الأول- الاتفاقية الأمريكية لحقوق الإنسان.

الفرع الثاني- الاتفاقية الأمريكية الخاصة بمنع العنف ضد النساء والعقاب عليه.

المطلب الثالث: جهود الدول الإفريقية لمكافحة الاتجار بالبشر.

الفرع الأول- الميثاق الإفريقي لحقوق الإنسان.

الفرع الثاني- الميثاق الإفريقي لحقوق ورفاهية الطفل.

الفرع الثالث- البروتوكول الخاص بحقوق المرأة في إفريقيا.

المطلب الرابع: جهود جامعة الدول العربية لمكافحة الاتجار بالبشر.

الفرع الأول- الميثاق العربي لحقوق الإنسان.

الفرع الثاني- القانون العربي الاسترشادي لمكافحة الاتجار بالبشر.

الفرع الثالث- الإستراتيجية العربية الشاملة لمكافحة الاتجار بالبشر.

المطلب الخامس: دور مجلس دول التعاون الخليجي لمكافحة الاتجار بالبشر.
الفرع الأول- وثيقة أبو ظبي للنظام (القانون) الموحد الاسترشادي لمكافحة الاتجار بالأشخاص.
الفرع الثاني- إعلان حقوق الإنسان لمجلس التعاون لدول الخليج العربية.
النتائج والتوصيات.

المبحث الأول

الجهود الأممية لمكافحة الاتجار بالبشر

تشكل جرائم الاتجار بالبشر خطراً وتهديداً حقيقياً لأمن المجتمعات واستقرارها، كما تعتبر حجر عثرة في سبيل تقدمها، إضافة إلى تأثيراتها السلبية على بنيتها الاقتصادية والاجتماعية والأمنية¹، فضلاً عن كونها تشكل تحدياً حقيقياً لأجهزة الأمن في دول العالم كافة، الأمر الذي دعا المجتمع الدولي إلى مواجهتها والتصدي لها بإبرام الاتفاقيات والمواثيق التي انصبت على محاربة الرق والاستعباد، كونه يُشكل أحد علل العالم الأكثر خزيًا، وانتهاكاً دون رحمة لحقوق الإنسان والمتاجرة بحياة البشر وبيعها واستغلالها، باعتباره نموذجاً للجريمة المنظمة العابرة للحدود عبر الوطنية².

و في إطار جهود منظمة الأمم المتحدة لمكافحة الاتجار بالبشر صدر عنها جملة من الوثائق التي تنقسم إلى وثائق عالمية عامة متعلقة بحقوق الإنسان (المطلب الأول)، ووثائق عالمية خاصة بالاتجار بالبشر (المطلب الثاني).

المطلب الأول

الوثائق الدولية العامة المعنية بحقوق الإنسان

تعمل الأمم المتحدة على تعزيز احترام حقوق الإنسان كافة بوجه عام، وقد صدر عنها عدة وثائق معنية بحقوق الإنسان وأهمها: الإعلان العالمي لحقوق الإنسان (الفرع الأول)، والعهد الدولي للحقوق السياسية والمدنية (الفرع الثاني)، والعهد الدولي الخاص بالحقوق الاقتصادية والاجتماعية والثقافية (الفرع الثالث)

الفرع الأول

الإعلان العالمي لحقوق الإنسان

صدرت الوثيقة الأبرز في مجال حقوق الإنسان وهي الإعلان العالمي لحقوق الإنسان وهي وثيقة تاريخية مهمة في مجال حقوق الإنسان، صاغها ممثلون من مختلف الخلفيات القانونية والثقافية من جميع أنحاء العالم، واعتمدت الجمعية العامة للأمم المتحدة الإعلان العالمي لحقوق الإنسان في باريس في 10

¹ عبد الفتاح الصفي، الجريمة المنظمة التعريف والأنماط والاتجاهات، أكاديمية نايف العربية للعلوم الأمنية، مركز البحوث والدراسات، الرياض، 1999، ص 105.

² عبد الهادي هاشم محمد، الاتجار بالبشر بين الفقه الإسلامي والقانون الوضعي، دار الفكر الجامعي، الإسكندرية، ط 1، 2015، ص 76.

ديسمبر 1948، بموجب القرار 217 ألف بوصفه المعيار المشترك الذي ينبغي أن تستهدفه الشعوب والأمم كافة¹، وهو يحدد للمرة الأولى، حقوق الإنسان الأساسية التي يتعين حمايتها عالمياً، وقد وضع في ديباجته معايير عامة تمنع التمييز بأنواعه كافة، وأكد على الاعتراف بكرامة جميع أعضاء الأسرة البشرية وبحقوقهم المتساوية الثابتة كونه يشكل أساس الحرية والعدل والسلام في العالم، ونص على حق كل إنسان بالتمتع بجميع الحقوق والحريات، دون أي تمييز بسبب النوع أو بسبب العنصر، أو اللون، أو الجنس، أو اللغة، أو الدين، أو الرأي سياسياً وغير سياسي، أو الأصل الوطني أو الاجتماعي، أو الثروة، أو المولد، أو أي وضع آخر. وفضلاً عن ذلك لا يجوز التمييز على أساس الوضع السياسي أو القانوني أو الدولي للبلد أو الإقليم الذي ينتمي إليه الشخص، سواء أكان مستقلاً أو موضوعاً تحت الوصاية أو غير متمتع بالحكم الذاتي أم خاضعاً لأي قيد آخر على سيادته. أما المادة الثالثة منه فقد أكدت على حق الإنسان في الحرية، ونصت المادة الرابعة على حظر الاتجار بالرقيق بأشكاله كافة².

الفرع الثاني

العهد الدولي الخاص بالحقوق السياسية والمدنية

اعتمد العهد الدولي للحقوق السياسية والمدنية وعرض للتوقيع والتصديق والانضمام بموجب قرار الجمعية العامة للأمم المتحدة 2200 ألف (د-21) المؤرخ في 16 ديسمبر 1966، والذي اعتبر نافذاً بتاريخ 23 مارس 1976، وقد جاء العهد الدولي بنص مماثل لنص لما جاء في الإعلان العالمي لحقوق الإنسان وذلك في المادة الثامنة منه التي نصت على أنه (لا يجوز استرقاق أحد)، وبأنه يحظر الرق والاتجار بالرقيق بجميع صورهما وأشكالهما، ولا يجوز إخضاع أحد للعبودية. ويتضح أن هذه المادة قد ميزت بين مصطلح الاسترقاق ومصطلح الاستعباد، حيث يرى اتجاه أن مصطلح الاسترقاق يمثل قضاءً على الشخصية القانونية للفرد ويُعتبر بذلك مصطلحاً ذات مفهوم نسبياً، أما الاستعباد فهو المصطلح الذي يحمل المفهوم الأعم ويشمل جميع الأشكال الممكنة لسيطرة الإنسان على الإنسان، والرق في رأيه هو الشكل المألوف من أشكال هذه السيطرة³.

¹ أحمد أبو الوفاء، الحماية الدولية لحقوق الإنسان في إطار منظمة الأمم المتحدة والوكالات الدولية المتخصصة دار النهضة العربية، القاهرة، 2000، ص55.

² ظلال الشرفات، جرائم الاتجار بالبشر - دراسة مقارنة، الطبعة الأولى، دار وائل للنشر، الأردن، 2012، ص56.

³ كوركيس يوسف داود، الجريمة المنظمة، الطبعة الأولى، الدار العلمية الدولية ودار الثقافة للنشر والتوزيع، عمان، 2001، ص41.

الفرع الثالث

العهد الدولي الخاص بالحقوق الاقتصادية والاجتماعية والثقافية

اعتمد العهد الدولي الخاص بالحقوق الاقتصادية والاجتماعية والثقافية وعُرض للتوقيع والتصديق والانضمام بموجب قرار الجمعية العامة للأمم المتحدة 2200 ألف (د-21) المؤرخ في 16 ديسمبر 1966، ودخل حيز النفاذ في 3 جانفي 1976. وجاء هذا العهد ليؤكد على حماية الإنسان من ظاهرة الاتجار بالبشر لا سيما الأطفال، حيث نصت المادة 10 من العهد على وجوب اتخاذ تدابير خاصة لحماية ومساعدة جميع الأطفال والمراهقين، دون أي تمييز بسبب النسب أو غيره من الظروف، وأكدت على وجوب حماية الأطفال والمراهقين من الاستغلال الاقتصادي والاجتماعي، وبأنه يجب جعل القانون يعاقب على استخدامهم في أي عمل من شأنه إفساد أخلاقهم أو الأضرار بصحتهم أو تهديد حياتهم بالخطر أو إلحاق الأذى بنموهم الطبيعي، وعلى الدول أيضًا أن تفرض حدودًا دنيا للسكن للتشغيل¹.

المطلب الثاني

الاتفاقيات الدولية الخاصة بالاتجار بالبشر

في إطار مكافحة الاتجار بالبشر عملت منظمة الأمم المتحدة على إقرار عدد من الاتفاقيات الخاصة بهذا الأمر، ومن أهمها: الاتفاقية الخاصة بالرق (الفرع الأول)، والاتفاقية التكميلية لإبطال الرق وتجارة الرقيق والأعراف والممارسات الشبيهة بالرق (الفرع الثاني)، واتفاقية الأمم المتحدة الخاصة بحظر الاتجار بالأشخاص واستغلال دعارة الغير (الفرع الثالث)، واتفاقية القضاء على جميع أشكال التمييز ضد المرأة (الفرع الرابع)، واتفاقية حقوق الطفل (الفرع الخامس)، والبروتوكول الاختياري لاتفاقية حقوق الطفل بشأن بيع الأطفال واستغلال الأطفال في البغاء وفي المواد الإباحية وبشأن اشتراك الأطفال في المنازعات المسلحة (الفرع السادس)، وبروتوكول الأمم المتحدة لمنع وقمع ومعاقبة الاتجار بالأشخاص لا سيما النساء والأطفال المكمل لاتفاقية الأمم المتحدة لمكافحة الجريمة المنظمة عبر الوطنية (الفرع السابع).

¹ ماجد عادل: مكافحة جرائم الاتجار بالبشر في الاتفاقيات الدولية والقانون الوطني لدولة الإمارات العربية المتحدة، تحت عنوان الجهود الدولية في مكافحة الاتجار بالبشر، ط1، ج1، الرياض، 2010، ص126.

الفرع الأول

الاتفاقية الخاصة بالرق

تُعرف هذه الاتفاقية أيضاً باسم اتفاقية "قمع تجارة الرقيق"، وهي اتفاقية دولية تم إنشاؤها تحت رعاية عصبة الأمم. وقد أكدت الدول الأطراف في ديباجتها عزمهم على ضمان القضاء الكامل على الرق بجميع صوره وعلى الاتجار بالرق في البر وفي البحر. وفي ضوء تقرير لجنة الرق المؤقتة التي عينها مجلس عصبة الأمم المتحدة في 12 جوان 1924، وقعت هذه الاتفاقية في 25 سبتمبر 1926، وسجلت في عصبة الأمم سلسلة معاهدات في 9 مارس 1927، وفي اليوم نفيه دخلت حيز التنفيذ¹.

وكان الهدف من الاتفاقية التأكيد ودفع قمع الرق وتجارة الرقيق، حيث عرفت الرق في المادة 1 على "أنه حالة أو وضع أي شخص تمارس عليه السلطات الناجمة عن حق الملكية، كلها أو بعضها"، كما وضعت الإطار العام لعمليات الاتجار بالرق بأنّها تشمل "جميع الأفعال التي ينطوي عليها أسر شخص ما أو احتيازه أو التخلي عنه للغير على قصد تحويله إلى رقيق، وجميع الأفعال التي ينطوي عليها احتياز رقيق ما بغية بيعه أو مبادلته وجميع أفعال التخلي، بيعاً أو مبادلة عن رقيق تم احتيازه على قصد بيعه أو مبادلته، وكذلك، عمومًا، أي اتجار بالأرقاء أو نقل لهم²". ويتضح من المادة أعلاه أن هذه الاتفاقية قد تناولت الصور الأكثر شيوعاً في ذلك الوقت من عمليات الاتجار بالبشر وهي تجارة الرقيق، حيث كان يُستخدم الأفارقة بصفة خاصة والعديد من الأشخاص من أمريكا اللاتينية وقارة آسيا كعبيد، وهذا ما جعل دول الأطراف في عصبة الأمم المتحدة تدرك خطورة هذه الجرائم على الجنس البشري مستقبلاً وحماية الأفراد من هذه الجرائم³.

¹ طارق أحمد فتحي سرور: الجماعة الإجرامية المنظمة، دراسة، دار النهضة العربية، 2000، ص17.

² د. محمد أحمد محمد النونة المخلافي، الأحكام الجنائية لجرائم الاتجار بالبشر (دراسة قانونية في مشروع قانون مكافحة الاتجار بالبشر اليمني والتشريعات العربية)، جامعة الأندلس للعلوم والتقنية، مجلة الأندلس للعلوم الإنسانية والاجتماعية، ع13، مج15، 2017، ص88.

³ خالد مصطفى فهمي، النظام القانوني لمكافحة الاتجار بالبشر، دار الفكر الجامعي، الإسكندرية، الطبعة الأولى، 2011، ص69.

الفرع الثاني

الاتفاقية التكميلية لإبطال الرق وتجارة الرقيق والأعراف والممارسات الشبيهة بالرق

اعتمدت هذه الاتفاقية من قبل مؤتمر مفوضين دُعي للانعقاد بقرار المجلس الاقتصادي والاجتماعي 608 (د-21) المؤرخ في 30 أبريل 1956، وحررت في جنيف في 7 سبتمبر 1956، ثم دخلت حيز التنفيذ بتاريخ 30 أبريل 1957. وتتميز هذه الاتفاقية بأنها قد أضافت صوراً جديدة وممارسات أخرى تأخذ شكل الرق ولم تذكر في اتفاقية الرق، حيث إن الاتفاقية التكميلية قد تلافت أوجه القصور التي وردت في الاتفاقية الأصلية وتداركت الكثير من خلال وضع مفهوم أوسع للرق، فقد تعهدت الدول الأطراف بموجبه باتخاذ جميع التدابير التشريعية وغير التشريعية القابلة للتنفيذ العملي والضرورية للوصول تدريجياً وبالسرية الممكنة إلى إبطال أو هجر الأعراف والممارسات الشبيهة بالرق حيثما استمر وجودها، وسواء شملها أم لم يشملها تعريف "الرق" الوارد في الاتفاقية الخاصة بالرق لسنة 1926، وتشمل الصور الجديدة ما يأتي¹:

- 1- إفسار الدَّين، ويراد بذلك الحال أو الوضع الناجم عن ارتهان مدين بتقديم خدماته الشخصية أو خدمات شخص تابع له ضماناً لدين عليه، إذ كانت القيمة المنصفة لهذه الخدمات لا تستخدم لتصفية هذا الدين أو لم تكن مدة هذه الخدمات أو طبيعتها محددة.²
- 2- القنانة، ويراد بذلك حال أو وضع أي شخص ملزم، بالعرف أو القانون أو عن طريق الاتفاق، بأن يعيش ويعمل على أرض شخص آخر وأن يقدم خدمات معينة لهذا الشخص، بعوض أو بلا عوض، ودون أن يملك حرية تغيير وضعه.²
- 3- أي من الأعراف أو الممارسات التي تتيح بتزويج امرأة، أو تزويجها فعلاً، دون أن تملك حق الرفض، ولقاء بدل مالي أو عيني يدفع لأبويها أو للوصي عليها أو لأسرتها أو لأي شخص آخر أو أية مجموعة أشخاص أخرى، أو منح الزوج أو أسرته أو قبيلته حق التنازل عن زوجته لشخص آخر، لقاء ثمن أو عوض آخر، إمكان جعل المرأة، لدى وفاة زوجها، إرثاً ينتقل إلى شخص آخر.⁴

¹ عادل ماجد، مكافحة جرائم الاتجار بالبشر في الاتفاقيات الدولية والقانون الوطني لدولة الإمارات العربية المتحدة، جامعة نايف للعلوم الأمنية، الرياض، 2006، ص146.

² د. لمياء محمد المغربي، الاتجار بالبشر في الوطن العربي، ع1، مج46، مجلة العلمية للاقتصاد والتجارة، كلية الاقتصاد، جامعة عين شمس، 2015، ص313.

4- أي من الأعراف أو الممارسات التي تسمح لأحد الأبوين أو كليهما، أو للوصي، بتسليم طفل أو مرافق دون الثامنة عشرة إلى شخص آخر، لقاء عوض أو بلا عوض، على قصد استغلال الطفل أو المرافق أو استغلال عمله¹.

كما تناولت الاتفاقية حظر الاتجار بالرقيق واعتبرته جريمة دولية وذلك ضمن المادة الثالثة، حيث يشكل نقل الرقيق من بلد إلى آخر بأية وسيلة، أو محاولة هذا النقل أو الاشتراك فيه، جرماً جنائياً في نظر قوانين الدول الأطراف في هذه الاتفاقية، ويتعرض الأشخاص الذين يدانون بهذه الجريمة لعقوبات شديدة جداً. وتناولت الاتفاقية أيضاً التدابير الدولية الكفيلة بمكافحة الاتجار بالبشر، فنصت على ضرورة التعاون الدولي وتبليغ المعلومات بين الدول الأطراف بالإضافة إلى تعاونهم مع الأمم المتحدة من خلال تعهد الدول الأطراف بأن يرسلوا إلى الأمين العام للأمم المتحدة صوراً من أي قانون وأي نظام وأي تدبير إداري تتخذه أو تعمل به إنفاذاً لأحكام هذه الاتفاقية².

الفرع الثالث

اتفاقية الأمم المتحدة الخاصة بحظر الاتجار بالأشخاص واستغلال دعارة الغير

سُميت بالاتفاقية الدولية لتحريم الاتجار بالرقيق الأبيض لسنة 1949، وتُعد أهم الاتفاقيات على صعيد تجريم الاتجار بالأشخاص لأغراض الدعارة، حيث قضت بإنزال العقاب بأي شخص يقوم، إرضاءً بقوادة شخص آخر أو غوايته أو تضليله، بقصد الدعارة، سواء وقع الفعل برضاء هذا الشخص، أو دون رضاه، كما نصت على معاقبة من يقوم باستغلال دعارة الغير، حتى برضاء هذا الغير، كما التزمت أطراف الاتفاقية، كذلك، بإنزال العقاب بكل شخص³ يملك أو يدير مآخراً للدعارة، أو يقوم، عن علم، بتمويله أو المشاركة في تمويله، ويؤجر أو يستأجر، كلياً أو جزئياً، وعن علم، مبنى أو مكاناً آخر لاستغلال دعارة الغير، ومن هنا جاء حق كل شخص نكراً كان أم أنثى في حمايته من أي فعل يمس كرامته كحمايته من أعمال الدعارة وخاصة النساء باعتبار أن هذه الأعمال مخلة بالآداب العامة ومسيئة

¹ خالد مصطفى فهمي، النظام القانوني لمكافحة الاتجار بالبشر، دار الفكر الجامعي، الإسكندرية، الطبعة الأولى، 2011، ص112.

² ارتيمة، وجدان سليمان، الأحكام العامة لجرائم الاتجار بالبشر، دراسة مقارنة، ط1، عمان: دار الثقافة للنشر والتوزيع، 2014، ص53.

³ أحمد عبد القادر خلف محمود، تعريف جريمة الاتجار بالبشر في المعاهدات والاتفاقيات الدولية، رسالة ماجستير، كلية الحقوق، جامعة النهرين، 2013، ص74.

بحقهن في الكرامة، وعليه فقد تناولت باقي المواد الأمور التنظيمية والتدابير التي على الدول اتخاذها لمنع ارتكاب هذه الجريمة من خلال أجهزة الدولة ذات الصلة، كما دعت لتوفير الرعاية والتأهيل لضحايا هذه الجريمة وإعادتهم إلى مكانهم في المجتمع، كما تضمنت وضع الترتيبات لإعادة الضحايا إلى أوطانهم شريطة رغبتهم بذلك آخذين بنظر الاعتبار بأن لا يُنفذ ترحيلهم إلا بعد الحصول على اتفاق مع الدولة التي سيذهبون إليها، وحثت الدول على تسهيل مرور هؤلاء الأشخاص وتحمّل الدول تكاليف عودتهم إلى أوطانهم في حال وجود معيل لهم¹.

الفرع الرابع

اتفاقية القضاء على جميع أشكال التمييز ضد المرأة

وقد اعتمدتها الجمعية العامة وعرضتها للتوقيع والتصديق والانضمام بقرارها (180/34) المؤرخ في 18 ديسمبر 1979، ودخلت حيز النفاذ في 3 سبتمبر 1981، وقد جاء في ديباجتها النص على أن التمييز ضد المرأة يُشكل انتهاكاً لمبدأي المساواة في الحقوق واحترام كرامة الإنسان²، ويُعد عقبة أمام مشاركة المرأة، على قدم المساواة مع الرجل، في حياة بلدهما السياسية والاجتماعية والاقتصادية والثقافية، ويعوق نمو رخاء المجتمع والأسرة ويزيد من صعوبة التنمية الكاملة لإمكانات المرأة في خدمة بلدها والبشرية وبأنها يساورها القلق، وهي ترى النساء، في حالات الفقر، لا ينلن إلا أدنى نصيب من الغذاء والصحة والتعليم والتدريب وفرص العمالة والحاجات الأخرى، وأنها تؤمن بأن إقامة النظام الاقتصادي الدولي الجديد، القائم على الإنصاف والعدل، سيسهم إسهاماً بارزاً في النهوض بالمساواة بين الرجل والمرأة، وعليه، فقد تم إبرام هذه المعاهدة التي حددت المقصود بمصطلح التمييز ضد المرأة في المادة الأولى منها على أنه أي تفرقة أو استبعاد أو تقييد يتم على أساس الجنس ويكون من آثاره أو أغراضه توهين أو إحباط الاعتراف للمرأة بحقوق الإنسان والحريات الأساسية في الميادين السياسية والاقتصادية والاجتماعية والثقافية والمدنية أو في أي ميدان آخر، أو توهين أو إحباط تمتعها بهذه الحقوق أو ممارستها لها، بصرف النظر عن حالتها الزوجية وعلى أساس المساواة بينها وبين الرجل، وعليه فقد نصت هذه الاتفاقية على بنود تشجب فيها الدول الأطراف جميع أشكال التمييز ضد المرأة وأن تنتهج بكل

¹ محمد أحمد عيسى، الاتجار بالبشر في القانون وأحكام الشريعة الإسلامية، مجلة رسالة الحقوق، جامعة كربلاء، العراق، مجلد (4)، عدد (2)، 2012، ص 65.

² هيدز مونتجيري، زوسا دي ساس كرويونيكي، روز إيفانز، الاتجار بالنساء والأطفال: مكافحة تجارة الجنس غير المشروعة، مركز دراسات اللاجئين، 2005، ص 35 وما بعدها.

الوسائل المناسبة سياسة تستهدف القضاء على التمييز ضد المرأة، منها إدماج مبدأ المساواة بين الرجل والمرأة في الدساتير والتشريعات وفرض حماية قانونية لحقوق المرأة وإلغاء الأحكام الجزائية التي تُعد تمييزاً ضد المرأة¹.

وأشارت أيضاً إلى وجوب أن تتخذ الدول الأطراف جميع التدابير المناسبة، بما في ذلك التشريعي منها، لمكافحة جميع أشكال الاتجار بالمرأة واستغلال بغاء المرأة، حيث يظهر من هذا النص القانوني الصريح أن الاتفاقية قد أقرت حماية قانونية خاصة من ظاهر الاتجار وهو ما يُعد خطوة إيجابية على مستوى دولي شامل².

الفرع الخامس

اتفاقية حقوق الطفل

جاء اعتماد اتفاقية حقوق الطفل بمثابة تنويع لما يزيد عن ستة عقود من العمل على تطوير وتدوين القواعد الدولية المعنية بحقوق الطفل، إذ صدر إعلان جنيف في عام 1924، كأول وثيقة دولية خاصة بحقوق الطفل.

وتُعد الاتفاقية بمثابة قائمة فريدة في شمولها لمعايير حقوق الإنسان المتعلقة بالأطفال، فضلاً عن كونها تتضمن الحقوق الاقتصادية والاجتماعية والثقافية والمدنية والسياسية للأطفال، فقد اهتمت أيضاً بوضعية الأطفال في النزاعات المسلحة والأطفال اللاجئين³.

وتحظى اتفاقية حقوق الطفل بما يشبه الإجماع العالمي، فكل دول العالم أطرافاً في الاتفاقية عدا الولايات المتحدة الأمريكية والصومال. واعتمدت اتفاقية حقوق الطفل في 20 نوفمبر 1989، ودخلت حيز النفاذ في سبتمبر 1990، وعرفت الطفل بموجب المادة الأولى منها بأنه كل إنسان لم يتجاوز الثامنة عشرة، وعالجت هذه الاتفاقية عدة مسائل منها ما نصت عليه المادة 19 والتي تناولت التزامات الدول الأطراف كافة باتخاذ جميع التدابير التشريعية والإدارية والاجتماعية والتعليمية الملائمة؛ من أجل حماية الطفل من كل أشكال العنف أو الضرر أو الإساءة البدنية أو العقلية أو الإهمال أو المعاملة

¹ إسراء محمد علي سليم، جريمة الاتجار بالبشر لأغراض التجارب الطبية - دراسة مقارنة، مجلة المحقق للعلوم القانونية والإدارية، العدد 04، 2016، جامعة بابل، العراق، ص77.

² شاعر، راميا محمد، الاتجار بالبشر، قرأه قانونية اجتماعية، ط1، بيروت، منشورات الحلبي الحقوقية، 2014، ص52.

³ خالد مصطفى فهمي، النظام القانوني لمكافحة الاتجار بالبشر، دار الفكر الجامعي، الإسكندرية، الطبعة الأولى، 2011، ص114.

المنطوية على إهمال أو إساءة المعاملة أو الاستغلال، بما في ذلك الإساءة الجنسية، سواء كان الطفل في رعاية الوالدين أو الوصي القانوني أو الأوصياء القانونيين عليه، أو أي شخص آخر يتعهد الطفل برعايته¹، ويجب أن تشمل هذه التدابير الوقائية، حسب الاقتضاء، إجراءات فعالة لوضع برامج اجتماعية لتوفير الدعم اللازم للطفل ولأولئك الذين يتعهدون الطفل برعايتهم، وكذلك للأشكال الأخرى من الوقاية، وتحديد حالات إساءة معاملة الطفل والإبلاغ عنها والإحالة بشأنها والتحقيق فيها ومعالجتها ومتابعتها، فضلاً عن معالجتها للاتجار بالأطفال، حيث كان طبيعياً أن تتعرض هذه الاتفاقية لمكافحة بغاء الأطفال واستغلالهم جنسياً، إذ نصت المادة 34 منها على أن تتعهد الدول الأطراف بحماية الطفل من كل أشكال الاستغلال الجنسي والانتهاك الجنسي من خلال تشريعاتها الداخلية أو من خلال التعاون الثنائي والجماعي مع باقي الدول؛ وذلك من أجل حماية الطفل في أي مكان في العالم، وكذلك من الممارسات الجنسية الأخرى غير المشروعة كافة وحمايته في العروض والمواد الإباحية من خلال شرائط الفيديو والصور أو عن طريق الإنترنت. ويلاحظ من هذه المادة أنها ألزمت الدول الأطراف بحماية أي صورة من صور الاستغلال الجنسي دون الاعتداد برأي الطفل طالما لم يتجاوز الثامنة عشرة من عمره².

الفرع السادس

البروتوكول الاختياري لاتفاقية حقوق الطفل بشأن بيع الأطفال واستغلال الأطفال في البغاء وفي

المواد الإباحية وبشأن اشتراك الأطفال في المنازعات المسلحة

تم اقرارهما في 25 ماي 2000، ودخلا حيز النفاذ في 18 جانفي 2002. وتشمل الأحكام الرئيسية الواردة في البروتوكول الاختياري الملحق باتفاقية حقوق الطفل والخاص باشتراك الأطفال في النزاع المسلح، التزام الدولة الطرف فيه بأن تتخذ جميع التدابير الممكنة عملياً لكفالة عدم اشتراك أفراد قواتها المسلحة الذين يقل سنهم عن ثماني عشرة سنة اشتراكاً مباشراً في الأعمال العدائية، وأنه لا يجوز للدول الأطراف تجنيد أي شخص قسرياً ما لم يبلغ سن الثامنة عشرة. كما يحظر البروتوكول على الجماعات المتمردة أو الجماعات المسلحة غير الحكومية تجنيد الأشخاص الذين لم يبلغ سنهم ثماني عشرة سنة أو استخدامهم في الأعمال العدائية. ويطالب الدول الأطراف بتجريم هذه الممارسات وأن تتخذ

¹ حسين علي الدريدي، كريمة عبد الرحيم الطائي، حقوق الإنسان وحياته الأساسية في المواثيق الدولية وبعض الدساتير العربية، دار إيلة للنشر والتوزيع، الأردن، الطبعة الأولى، 2009م، ص 63.

² الربيعي، ماجد حاوي علوان، حظر الاتجار بالبشر في القانون الدولي، دراسة مقارنة، ط1، القاهرة، مركز الدراسات العربية للنشر والتوزيع، 2015، ص 56.

التدابير المناسبة لمنع هذه الجماعات من تجنيد واستخدام الأطفال¹. وبموجب البروتوكول على الدول الأطراف أن ترفع الحد الأدنى لسن التجنيد الطوعي فوق خمس عشرة سنة².

ويجب وضع التدابير اللازمة للتأكد من أن تجنيد الأشخاص الذين نقل أعمارهم عن ثماني عشرة هو طوعي بالفعل، وأنه يتم بموافقة عن علم من والدي الشخص أو أوصيائه القانونيين، وأن يكون المجندون على علم كامل بالواجبات التي سيضطعون بها في الخدمة العسكرية، والتأكد من عمر المجند. أما البروتوكول الاختياري الملحق باتفاقية حقوق الطفل بشأن بيع الأطفال واستغلالهم في البغاء وفي المواد الإباحية لسنة 2000، فكان دوره فعال وشديد في مكافحة الاتجار بالبشر، إذ عرفت المادة الثانية المقصود بعمليات "بيع واستغلال الأطفال" على أنه يقصد ببيع الأطفال أي فعل يتم بمقتضاه نقل طفل من جانب أي شخص أو مجموعة من الأشخاص إلى شخص آخر لقاء مكافأة أو أي شكل آخر من أشكال العوض، أما استغلال الأطفال فيقصد به استخدام طفل لغرض أنشطة جنسية لقاء مكافأة أو أي شكل آخر من أشكال العوض³.

وقد ألزمت المادة الثالثة من البروتوكول ذاته الدول الأطراف بإنزال العقوبة على مرتكبي الأفعال التي جرمها البروتوكول وتضمنين قوانينها الجنائية العقاب سواء ارتكبت هذه الجريمة داخل إقليمها أو خارجه بشكل فردي أو منظم، كما توجب المادة الرابعة من البروتوكول على الدول الأطراف اتخاذ التدابير لإقامة ولايتها القضائية على الجرائم المشار إليها، بالبروتوكول وفي حال ارتكبت داخل إقليمها أو على متن سفينة أو طائرة مسجلة في تلك الدولة عليها اتخاذ التدابير في حالات مختلفة كأن يكون المجرم أو الضحية مواطن أو مقيم، كما توجب المادة اتخاذ ما هو ضروري لإقامة ولايتها القضائية على الجرائم التي نص عليها البروتوكول وتحديداً عندما يكون المجرم المتهم موجوداً في إقليمها ولا تقوم بتسليمه أو

¹ خالد بن محمد سليمان المرزوق، جريمة الاتجار بالنساء والأطفال وعقوباتها في الشريعة الإسلامية والقانون الدولي، رسالة ماجستير، كلية الدراسات العليا، قسم العدالة الجنائية تخصص سياسة جنائية، جامعة نايف العربية للعلوم الأمنية، الرياض، غير منشورة، 2005م، ص 56.

² خالد مصطفى فهمي، النظام القانوني لمكافحة الاتجار بالبشر، دار الفكر الجامعي، الإسكندرية، الطبعة الأولى، 2011، ص 96.

³ صفاء كزونة، جريمة الاتجار بالبشر وفقاً للمواثيق الدولية، مذكرة الماستر، تخصص قانون جنائي، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة محمد خيضر، بسكرة، 2013-2014، ص 11.

تسليمها إلى دولة أخرى طرف في البروتوكول على أساس أن الجريمة ارتكبتها مواطن من مواطنيها، وأن لا يستبعد هذا البروتوكول أي ولاية قضائية جنائية تمارس وفقاً للقانون الدولي¹.

الفرع السابع

بروتوكول الأمم المتحدة لمنع وقمع ومعاقبة الاتجار بالأشخاص لا سيما النساء والأطفال المكمل

لاتفاقية الأمم المتحدة لمكافحة الجريمة المنظمة عبر الوطنية

بحلول أواخر التسعينيات انتقلت قضية الاتجار بالبشر من منظومة حقوق الإنسان الدولية إلى مجال عمل مكتب المخدرات والجرائم، حيث تم اعتماد اتفاقية الأمم المتحدة لمكافحة الجريمة المنظمة عبر الوطنية والبروتوكول الملحق بها لمنع الاتجار بالبشر المعروف ببروتوكول باليرمو عام 2002. ويتمثل غرض البروتوكول بتعزيز التعاون الدولي من أجل مكافحة ومعاقبة الاتجار بالأشخاص وخاصة النساء والأطفال بصورة غير مشروعة².

وقد عرّف البروتوكول الاتجار بالبشر في المادة 3 منه على أنه "تجنيد أشخاص أو نقلهم أو تنقلهم أو إيوائهم أو استقبالهم بواسطة التهديد بالقوة أو استعمالها أو غير ذلك من أشكال القسر أو الاختطاف أو الاحتيال أو الخداع أو إساءة استعمال السلطة أو إساءة استغلال حالة استضعاف أو بإعطاء أو تلقي مبالغ مالية أو مزايا لنيل موافقة شخص له سيطرة على شخص آخر لغرض استغلال، ويشمل الاستغلال كحد أدنى استغلال دعارة الغير أو سائر أشكال الاستغلال الجنسي أو السخرة أو الخدمة قسراً أو الاسترقاق أو الممارسات الشبيهة بالرق أو الاستعباد أو نزع الأعضاء. وبخصوص موافقة ضحية الاتجار فإن البروتوكول المذكور لم يعطٍ لتلك الموافقة أي اعتبار عندما يتم الاتجار بالضحية بواسطة استخدام أية وسيلة من الوسائل المبينة في التعريف، والتي تتمثل في التهديد بالقوة، أو استخدام تلك القوة، أو غير ذلك من أشكال القسر، أو الاختطاف، أو الاحتيال، أو الخداع، أو إساءة استعمال السلطة، أو إساءة استغلال حالة استضعاف، أو بإعطاء أو تلقي مبالغ مالية، أو مزايا لنيل موافقة شخص له سيطرة على شخص آخر".

¹ نحية عبد اللطيف، جهود الأمم المتحدة في مكافحة جرائم الاتجار بالبشر، مجلة التواصل في الاقتصاد والإدارة والقانون، العدد 83، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة المسيلة، جوان 201، ص 89.

² محمد أحمد عيسى، الاتجار بالبشر في القانون وأحكام الشريعة الإسلامية، مجلة رسالة الحقوق، جامعة كربلاء، العراق، مجلد (4)، عدد (2)، 2012، ص 78.

كما نص البروتوكول على اتخاذ إجراءات فعالة لمنع وقمع الاتجار بالبشر تشمل تدابير منع ذلك الاتجار كافة ومعاينة المتاجرين وحماية ضحايا ذلك الاتجار بوسائل منها حماية حقوقهم الإنسانية المعترف بها دولياً. وقد اختصت المادة السادسة ببيان الوسائل والإجراءات اللازمة لمساعدة ضحايا الاتجار بالأشخاص وحمايتهم مثل جعل الإجراءات القانونية المتعلقة بمكافحة ذلك الاتجار سرية، وذلك صوناً للحرمة الشخصية للضحايا فضلاً عن توفير الرعاية والضمانات لحقوقهم الأساسية مثل الرعاية الصحية عند اقتضائها والمأوى اللائق والمساعدة القانونية لتعريفهم بحقوقهم القانونية وفرص توفير التعليم والعمل وإمكانية الحصول على التعويض المادي الجابر للأضرار التي لحقت بهم سواء الأضرار المادية أو الأدبية¹.

وقد عيّنت المادة السابعة ببيان وضع ضحايا الاتجار بالأشخاص في الدول المستقبلية وذلك بإمكانية بقائهم في أراضيها سواء بصورة دائمة أو مؤقتة مع مراعاة الجوانب الإنسانية عند اتخاذ القرار في هذا الشأن. وقد جاءت المادة الثامنة بتحديد البديل لما هو وارد بالمادة السابقة، وذلك ببيان أحكام إعادة ضحايا الاتجار بالأشخاص إلى أوطانهم، وذلك بوضع بعض الالتزامات على الدولة الطرف التي يكون ضحايا الاتجار من الأشخاص من رعاياها أو كانوا يتمتعون بحق الإقامة الدائمة فيها مثل تسهيل عودتهم إلى بلدانهم بصورة آمنة مع التحقق من صفتهم كضحايا لهذا النشاط غير المشروع، فضلاً عن توفير الوثائق اللازمة لسفرهم في حالة فقدانهم إياها مع الأخذ في الاعتبار أية اتفاقات أو ترتيبات ثنائية متعددة الأطراف تحكم عودة هؤلاء الضحايا².

وبيّنت المادة العاشرة وسائل تبادل المعلومات مع كفالة سرية تلك المعلومات حسب الاقتضاء، وذلك فيما يتعلق بالأفراد الذين يعبرون الحدود أو عقدوا العزم على عبورها بوثائق تخص أشخاصاً آخرين أو دون وثائق ولتحديد صفة هؤلاء الأشخاص عما إذا كانوا ضحايا أو مرتكبي الجريمة.

وقد وضحت الفقرة الثانية من المادة العاشرة أهمية وسائل التدريب والمساعدة التقنية والمالية والمادية اللازمة لمكافحة تلك الظاهرة، خاصة تدريب موظفي الهجرة وأموري الضبط القضائي المختصين

¹ زهراء ثامر سامان، المتاجرة بالأشخاص، دار وائل للنشر والتوزيع، الأردن، الطبعة الأولى، 2012، ص 72.

² محمد أحمد عيسى، الاتجار بالبشر في القانون وأحكام الشريعة الإسلامية، مجلة رسالة الحقوق، جامعة كربلاء، العراق، مجلد (4)، عدد (2)، 2012، ص 78.

بمكافحة الاتجار بالأشخاص مع شرح ومراعاة حقوق الإنسان والترتيبات اللازمة التي قد تتعلق بالأطفال أو نوع الجنس.

أما المادة الحادية عشرة فقد تناولت التدابير الحدودية والتي حثت على زيادة فعالية تدابير مراقبة السفر والعبور، وفعالية التعاون عبر الحدود بين أجهزة الضبط القضائي وإرساء التزام الناقلين التجاريين فيما يتعلق بالتأكد من حمل الركاب لوثائق السفر اللازمة لدخول الدولة المستقبلة. وحددت المادة الثانية عشرة السبل المتعلقة بأمن الوثائق ومراقبتها، بحيث يصعب تزوير أو إساءة استعمال تلك الوثائق، وأوردت المادة الثالثة عشرة منهجية التعاون فيما يتعلق بالتأكد من شرعية الوثائق وصلاحياتها¹. ونخلص من استعراض أحكام بروتوكول الأمم المتحدة لمنع وقمع ومعاقبة الاتجار بالأفراد خاصة النساء والأطفال إلى أنه على الرغم من أنه يعطي أهمية للنساء والأطفال إلا أن نطاقه يشمل مختلف الأشخاص بغض النظر عن اللون أو الجنس أو السن أو اللغة، كما أنه يؤكد على ضرورة قيام جميع الدول الأطراف بمكافحة وتجريم عملية الاتجار بالبشر، وعلى أن تمد يد المساعدة والحماية لضحايا هذه التجارة، وأن تتعاون على الصعيد الدولي من أجل تحقيق هذه الأهداف، وعليه، فإن البروتوكول يقدم معالجة عالمية شاملة لمكافحة هذه التجارة.

المبحث الثاني

الجهود الإقليمية لمكافحة الاتجار بالبشر

بالإضافة إلى الآليات الدولية المهمة بمكافحة الجريمة، ظهرت منظمات إقليمية عملت أيضاً على مكافحة هذه الظاهرة. وقد عقدت هذه المنظمات العديد من الاتفاقيات الإقليمية لحماية ضحايا الاتجار بالبشر.

إن مكافحة الاتجار بالبشر على المستوى الإقليمي يقتضي التعرض إلى جهود الدول الأوروبية (المطلب الأول)، وجهود الدول الأمريكية (المطلب الثاني)، وجهود الدول الإفريقية (المطلب الثالث)، وجهود جامعة الدول العربية (المطلب الرابع)، وجهود مجلس دول التعاون الخليجي (المطلب الخامس).

¹ عبد الحافظ عبد الهادي عبد الحميد، الآثار الاقتصادية والاجتماعية لظاهرة الاتجار بالبشر، جامعه نايف العربية للعلوم الأمنية، الطبعة الأولى، الرياض، 2005، ص 67.

المطلب الأول

جهود الدول الأوروبية لمكافحة الاتجار بالبشر

لقد بذلت الدول الأوروبية جهودًا كبيرة لمكافحة الاتجار بالبشر. وسنحاول في هذا المطلب التطرق إلى دور المجلس الأوروبي (الفرع الأول)، والاتحاد الأوروبي (الفرع الثاني)، في هذا المجال.

الفرع الأول

دور المجلس الأوروبي في مكافحة الاتجار بالبشر

تأسس المجلس الأوروبي عام 1949، وهو يُعد من أقدم التنظيمات السياسية الأوروبية، ومقره في مدينة ستراسبورغ (Strasbourg) بفرنسا، ويمارس المجلس الأوروبي نشاطه في مكافحة الجريمة المنظمة من خلال "اللجنة الأوروبية الخاصة بمشاكل الجريمة". وللمجلس الأوروبي نشاطات كثيرة تتمثل في مجال الجريمة المنظمة وسعيه إلى مكافحة كل الصور التي تدخل ضمن مفهوم الجريمة المنظمة. وفي سنة 1991 تم إنشاء لجنة مختصة من خبراء في القانون الجنائي، هدفها توضيح الإجرام المنظم واقتراح وسائل التعاون الدولي، وقد توصل المجلس إلى تبني توصيات لحماية الشهود في قضايا الإجرام المنظم.

وقد اجتمعت دول المجلس الأوروبي في مؤتمرها الثاني الذي تناول موضوع الأمن ومكافحة الاتجار بالمخدرات والنساء والأطفال، كما دعا إلى حماية الأطفال¹. كما ساهم المجلس الأوروبي من خلال حملة تحت شعار "البشر ليسوا للبيع"، في التوعية بهذه الظاهرة والبحث عن الحلول الممكنة لها.

وسارت اتفاقية مجلس أوروبا الخاصة بالعمل ضد الاتجار بالبشر لعام 2005، على النهج نفسه لبرتوكول باليرمو في تعريف الاتجار بالبشر، وهذا من خلال المادة الرابعة فقرة (أ) وأضافت الاتفاقية عناصر لم تكن في اتفاقية باليرمو، حيث دعت إلى تطبيق هذه الاتفاقية على أشكال الاتجار بالبشر كافة، سواء الوطني أو العابر للحدود الوطنية، وبصرف النظر عن ارتباطها بالجريمة المنظمة، وهذا الذي لا يبدو في بروتوكول باليرمو الذي تُطبق أحكامه عندما تكون جريمة الاتجار بالبشر جرائم عابرة للحدود الوطنية أو مرتبطة بجماعة إجرامية منظمة.

¹ محمد أحمد عيسى، الاتجار بالبشر في القانون وأحكام الشريعة الإسلامية، مجلة رسالة الحقوق، جامعة كربلاء، العراق، مجلد (4)، عدد (2)، 2012، ص 96.

كما دعا المجلس الأوروبي الدول الأطراف في هذه الاتفاقية إلى تجسيد أجهزتها المختلفة لمنع الاتجار بالبشر، من خلال وضع سياسية جنائية وبرامج فعالة من خلال¹ :

- حملات التوعية.
- الوقائية.
- تدابير معالجة الأسباب المساهمة في انتشار هذه الجريمة.
- البرامج التدريبية.

الفرع الثاني

دور الاتحاد الأوروبي في مكافحة الاتجار بالبشر

ظهر التعاون الأمني بين الدول الأوروبية بعد توقيع هذه الدول على معاهدة الوحدة الأوروبية المعروفة بمعاهدة ماستريخت عام 1991، وقد سهلت هذه الاتفاقية تنقل رأس المال والأشخاص والسلع والخدمات بين حدود هذه الدول، مما دفع المنظمات الإجرامية إلى توسيع نطاق أنشطتها ليشمل مختلف الدول الأعضاء في المعاهدة الأوروبية.

وتم في سنة 1993، تأسيس "وحدة المخدرات الأوروبية"، ومقرها مدينة (لاهاي) بهولندا، بحيث تمثلت مهامها في البداية في تبادل المعلومات في مجال المخدرات وغسل الأموال وتبادل المعلومات في مجال الأنشطة الإجرامية المنظمة التي تمتد آثارها إلى دولتين فأكثر، والاتجار غير المشروع بالمخدرات، ثم أضيف إليها سنة 1991، جرائم الاتجار بالأشخاص.

ولتأكيدا على أهمية التعاون الدولي في مكافحة الجريمة المنظمة، أبرمت الدول الأعضاء في الاتحاد عدداً من الاتفاقيات نذكر منها:

- 1- اتفاقية حول تسهيل إجراءات تسليم المجرمين بين الدول الأعضاء، التي تبناها المجلس الأوروبي في 01 آذار 1995.
- 2- اتفاقية تسليم المجرمين بين الدول الأعضاء في الاتحاد الأوروبي، والتي تبناها المجلس الأوروبي بتاريخ 72 أيلول 1996.

3- معاهدة الاتحاد الأوروبي حول المساعدة المتبادلة في المسائل الجنائية: والتي تم اعتمادها عام 1997، وتهدف إلى تذليل الصعوبات الناجمة عن البحث في الدليل خارج حدود الدول الأعضاء،

¹ محمد أحمد عيسى، الاتجار بالبشر في القانون وأحكام الشريعة الإسلامية، مرجع سابق، ص74.

وتبسيط الإجراءات من خلال تيسير الحصول على الدليل من البلدان الأخرى، وتطوير التحقيقات عبر الحدود¹.

المطلب الثاني

جهود الدول الأمريكية لمكافحة الاتجار بالبشر

عملت الدول الأمريكية في إطار منظمة الدول الأمريكية على إقرار عدة اتفاقيات تتعلق بمكافحة الاتجار بالبشر، والتي من بينها: الاتفاقية الأمريكية لحقوق الإنسان (الفرع الأول)، والاتفاقية الأمريكية الخاصة بمنع العنف ضد النساء والعقاب عليه (الفرع الثاني).

الفرع الأول

الاتفاقية الأمريكية لحقوق الإنسان

تم إقرارها سنة 1969، ونصت هذه الاتفاقية على أن لكل إنسان الحق في أن تكون حياته محترمة، وأن هذا الحق يحميه القانون، وبشكل عام، منذ لحظة الحمل، ولا يجوز أن يحرم أحد من حياته بصورة تعسفية. كما نصت على حظر الاسترقاق والعبودية، حيث جاءت المادة 6 تحت عنوان "تحریم الرق والعبودية". وتضمن النص أنه لا يجوز إخضاع أحد للعبودية أو الرق غير الإرادي، فهما محظوران بكل أشكالهما، وكذلك الاتجار بالرقيق والنساء، وبأنه لا يجوز إكراه أحد على السخرة أو العمل الإلزامي، وفي البلدان التي تجيز المعاقبة على بعض الجرائم بالسجن مع الأشغال الشاقة، لا يجوز تفسير النص على نحو يجعله يمنع تنفيذ تلك العقوبة الصادرة عن محكمة مختصة، ومع ذلك لا يجوز للعمل الإلزامي أو الشغل الشاق أن يؤدي كرامة السجين أو قدراته الجسدية أو الفكرية².

¹ محمد جميل النور وعلا غازي عباسي، الاتجار بالبشر كجريمة منظمة عابرة للحدود الوطنية وسبل مكافحتها - دراسة تحليلية في ضوء التشريعات الدولية والوطنية، مجلة دراسات علوم الشريعة والقانون، المجلد 41، عدد 3، 2014، جامعة البلقاء التطبيقية، الأردن، ص73.

² محمد أحمد عيسى، الاتجار بالبشر في القانون وأحكام الشريعة الإسلامية، مجلة رسالة الحقوق، جامعة كربلاء، العراق، مجلد (4)، عدد (2)، 2012، ص68.

الفرع الثاني

الاتفاقية الأمريكية بشأن منع واستئصال العنف ضد النساء والعقاب

تم إقرارها عام 1994، وتضمنت المادة 4 منها الاعتراف لكل امرأة حقوق الإنسان والحريات الأساسية كافة والتمتع بها وممارستها وحمايتها، والتي تجسدها الوثائق الإقليمية والدولية لحقوق الإنسان، وتتضمن هذه الحقوق:

1. الحق في احترام حياتها.
2. الحق في احترام سلامتها البدنية والعقلية والأخلاقية.
3. الحق في الحرية والأمن الشخصيين.
4. الحق في عدم تعرضها للتعذيب.
5. الحق في احترام كرامة شخصها وأسرته.
6. الحق في حماية القانون وفي المساواة أمام القانون.
7. الحق في اللجوء المبسط والفوري إلى المحكمة المختصة من أجل الحماية ضد الأفعال التي تنتهك حقوقها.
8. الحق في الارتباط بحرية.
9. الحق في حرية اعتناق ديانتها ومعتقداتها داخل نطاق القانون.
10. الحق في التمتع العادل بالخدمات العامة لبلدها والمشاركة في الشؤون العامة بما في ذلك صنع القرار.

وأنشأت الاتفاقية اللجنة الأمريكية للمرأة، حيث يجوز لأي شخص أو جماعة أو أي كيان معترف به قانوناً في واحدة أو أكثر من الدول الأعضاء في المنظمة الأمريكية أن تتقدم بالتماسات لدى اللجنة الأمريكية لحقوق الإنسان تشتمل على تبليغ أو شكاوى بالانتهاكات من قبل أي دولة طرف¹.

¹ المادة 12 من الاتفاقية الأمريكية بشأن منع واستئصال العنف ضد النساء والعقاب.

المطلب الثالث

جهود الدول الإفريقية لمكافحة الاتجار بالبشر

سعت الدول الإفريقية في إطار الاتحاد الإفريقي إلى إقرار عدد من الاتفاقيات المتعلقة بمكافحة الاتجار بالبشر والتي من بينها: الميثاق الإفريقي لحقوق الإنسان (الفرع الأول)، والميثاق الإفريقي لحقوق ورفاهية الطفل (الفرع الثاني)، والبروتوكول الخاص بحقوق المرأة في إفريقيا (الفرع الثالث).

الفرع الأول

الميثاق الإفريقي لحقوق الإنسان

طُرِح مشروع الميثاق للتوقيع عليه خلال قمة نيروبي في 27 جوان 1981، ودخل حيز النفاذ في 21 أكتوبر 1986، وعلى الرغم من تقسيمه إلى ثلاثة أجزاء إلا أن اتساع المحتوى الموضوعي له جعله أقرب إلى إعلانات الحقوق. وقد نص هذا الميثاق على أنه لا يجوز انتهاك حرمة الإنسان، ومن حقه احترام حياته وسلامة شخصه البدنية والمعنوية، ولا يجوز حرمانه من هذا الحق تعسفًا. وحرصاً على الاعتراف بضرورة احترام الكرامة الإنسانية حظر الميثاق أوجه الاستغلال كافة وذلك بموجب المادة 5 والتي جاء فيها "لكل فرد الحق في احترام كرامته والاعتراف بشخصيته القانونية وحظر كافة أشكال استغلاله وامتداده واستعباده خاصة الاسترقاق والتعذيب بكافة أنواعه والعقوبات والمعاملة الوحشية أو اللاإنسانية أو المذلة¹.

الفرع الثاني

الميثاق الإفريقي لحقوق ورفاهية الطفل

والذي تم إقراره في عام 1990، وقد اكتسب أهمية خاصة باعتباره أول المواثيق الإقليمية التي أفردت نصوصاً خاصة بحظر تشغيل الأطفال واستغلالهم جنسياً واختطاف وبيع الأطفال والاتجار بهم. كما أنه ألزم الدول الأطراف بضرورة اتخاذ التدابير التشريعية لمنع بيع الأطفال والاتجار بهم².

¹ محمد فتحي عيد، عصابات الإجرام المنظم ودورها في الاتجار بالبشر، جامعة نايف العربية للعلوم الأمنية، الرياض، الطبعة الأولى، 2005، ص 65.

² محمد مختار القاضي، الاتجار في البشر، دار المعرفة الجامعية للنشر والتوزيع، الإسكندرية، الطبعة الأولى، 2010، ص 59.

الفرع الثالث

البروتوكول الخاص بحقوق المرأة في إفريقيا

صدر عام 2003، ويوعز إلى الدول الأطراف باتخاذ التدابير المناسبة والفعالة "لمنع الاتجار بالمرأة والتنديد به ومعاقبة مرتكبيه وحماية النساء اللاتي يتعرضن لمخاطره بصورة أكبر" (المادة 4-ز)¹.

المطلب الرابع

جهود جامعة الدول العربية لمكافحة الاتجار بالبشر

قامت الدول العربية في إطار جامعة الدول العربية بإقرار عدة اتفاقيات تتعلق بمكافحة الاتجار بالبشر من بينها: الميثاق العربي لحقوق الإنسان (الفرع الأول)، والقانون العربي الاسترشادي لمكافحة الاتجار بالبشر (الفرع الثاني)، والإستراتيجية العربية الشاملة لمكافحة الاتجار بالبشر (الفرع الثالث).

الفرع الأول

الميثاق العربي لحقوق الإنسان

تحظر المادتان التاسعة والعاشر من الميثاق العربي لحقوق الإنسان الاتجار بالبشر والاتجار في الأعضاء البشرية. فطبقاً للمادة 9: لا يجوز إجراء تجارب طبية أو علمية على أي شخص أو استغلال أعضائهم من دون رضائهم الحر وإدراكهم الكامل للمضاعفات التي قد تنجم عنها، مع مراعاة الضوابط والقواعد الأخلاقية والإنسانية والمهنية، والتقيد بالإجراءات الطبية الكفيلة بضمان سلامتهم الشخصية، وفقاً للتشريعات النافذة في كل دولة طرف، ولا يجوز بأي حال من الأحوال الاتجار بالأعضاء البشرية.

ونصت المادة 10 من الميثاق العربي على:

1- يحظر الرق والاتجار بالأفراد في جميع صورهما، ويعاقب على ذلك فلا يجوز بأي حال من الأحوال الاسترقاق والاستعباد.

2- تحظر السخرة والاتجار بالأفراد من أجل الدعارة أو الاستغلال الجنسي أو استغلال دعارة الغير أو أي شكل آخر أو استغلال الأطفال في النزاعات المسلحة.

ونرى حظراً مماثلاً في المادة الحادية عشرة من إعلان القاهرة حول حقوق الإنسان في الإسلام، حيث ينص على "يولد الإنسان حراً وليس لأحد أن يستعبده أو يذله أو يقهره أو يستغله".

¹ محمد بشير مصمودي، "المحكمة الإفريقية لحقوق الإنسان والشعوب: طموح ومحدودية"، مجلة المفكر، العدد الخامس، جامعة محمد خيضر بسكرة، مارس 2011.

الفرع الثاني

القانون العربي الاسترشادي لمكافحة الاتجار بالبشر

اعتمدته مجلس وزراء العدل العرب في دورته الـ (21) بالقرار رقم (601-د21) وتاريخ 1426/10/28هـ، ومجلس وزراء الداخلية العرب في دورته الـ (23) بالقرار رقم (473-د23) والمعدل بموجب قرار مجلس وزراء العدل العرب رقم (920-د28) بتاريخ 2012/11/16م.

الفرع الثالث

الإستراتيجية العربية الشاملة لمكافحة الاتجار بالبشر

صدرت وفقاً لقرار مجلس وزراء العدل العرب رقم (ق879/د27) بتاريخ 2012/2/15م وتقوم على عدة محاور، منها: تجريم صور وأشكال الاتجار بالبشر، وضمان كفاءة التحقيق واللاتهام والمحاكمة في جرائم الاتجار بالبشر، وحماية الضحايا، وتعزيز القدرات المؤسسية الوطنية اللازمة لمكافحة الاتجار بالبشر¹.

المطلب الخامس

دور مجلس دول التعاون الخليجي لمكافحة الاتجار بالبشر

سعى مجلس دول التعاون الخليجي إلى اعتماد عدة وثائق تتعلق بمكافحة الاتجار بالبشر تتمثل في وثيقة أبو ظبي للنظام (القانون) الموحد الاسترشادي لمكافحة الاتجار بالأشخاص (الفرع الأول)، وإعلان حقوق الإنسان لمجلس التعاون لدول الخليج العربية (الفرع الثاني).

الفقرة الأولى

وثيقة أبو ظبي للنظام (القانون) الموحد الاسترشادي لمكافحة الاتجار بالأشخاص

اعتمدها المجلس الأعلى لمجلس التعاون لدول الخليج العربية في دورته الـ 27 بتاريخ 2006/9/10، وقد نصت المادة العاشرة منها على عدة إجراءات لحماية ضحايا الاتجار بالأشخاص لضمان حقوقهم في الحصول على المعلومات، والعناية الطبية والنفسية، والإيواء وكذلك الحق في الإقامة أثناء مرحلتي التحقيق والمحاكمة إذا اقتضت الضرورة ذلك.

¹ محمد أحمد عيسى، الاتجار بالبشر في القانون وأحكام الشريعة الإسلامية، مجلة رسالة الحقوق، جامعة كربلاء، العراق، مجلد (4)، عدد (2)، 2012، ص99.

الفرع الثاني

إعلان حقوق الإنسان لمجلس التعاون لدول الخليج العربية

اعتمده المجلس الأعلى لدول مجلس التعاون الخليجي في دورته الخامسة والثلاثين التي عقدت في الدوحة بتاريخ 2004/11/9م، والموافق عليه بقرار مجلس الوزراء رقم (376) بتاريخ 1436/8/21هـ.

وقد جرم هذا الإعلان استخدام الأشخاص في التجارب الطبية والاتجار في الأشخاص والاتجار في الأعضاء البشرية¹.

الخاتمة:

أولاً: النتائج

1. لا توجد دولة محصنة من هذه الجريمة، والتي في أغلب الأحيان لا تعترف بالحدود وتكون (عبر وطنية)، بحيث تُرتكب في دولة ما وضحاياها من دولة أخرى للاستغلال بهم في دولة ثالثة. إذ أشارت التقارير الدولية المتعاقبة إلى أن هذه الجريمة تنتشر بشكل كبير وتصنف ثالث أكبر جريمة من حيث الدخل.
2. جريمة الاتجار بالبشر من الجرائم الخطيرة جداً على الصعيدين الوطني والدولي وينبغي التصدي لها بشكل جيد.
3. ترتبط هذه الجريمة ارتباطاً وثيقاً بالأزمات الاقتصادية والنزاعات المسلحة والانفلات الأمني وضعف وتورط الأجهزة الأمنية المختلفة المعنية بالكشف وضبط مرتكبيها.
4. جريمة الاتجار بالبشر ذات طابع خاص كون موضوعها وسلعتها الإنسان، وبالتالي تُعتبر جريمة منافية ومخالفة للشرائع السماوية والمواثيق الدولية.
5. رغم سعي المجتمع الدولي إلى إبرام عدد من الاتفاقيات سواء على المستوى الأممي أو الإقليمي للتصدي لهذه الظاهرة إلا أن هذه الظاهرة ما زالت تشهد تنامياً كبيراً.
6. تبقى الجهود الدولية قاصرة على وضع حد للاتجار بالبشر، ما يستلزم البحث عن آليات أخرى أكثر جدوى ونجاعة.

¹ إبراهيم العناني، نحو تنفيذ فعال لمعاهدات مواجهة الاتجار في البشر، المجلة الجنائية القومية، المركز القومي للبحوث الاجتماعية والجنائية، 2010، ص36.

ثانياً: التوصيات

1. على الدول كافة التي لم تسن تشريعاً خاصاً بمكافحة الاتجار بالبشر الإسراع بإصداره؛ وذلك لعدم كفاية القوانين التقليدية السارية المفعول لمواجهة الأساليب والممارسات الحديثة التي تستخدمها عصابات الجريمة المنظمة؛ فضلاً عن ضرورة مراجعة التشريعات المكملة لتشريعات مكافحة الاتجار بالبشر، خاصة تشريعات العمل، ومكافحة العنف ضد المرأة، وحماية الطفل... وغيرها من التشريعات التي تتعلق بحقوق الإنسان، والنظر في توفير الحماية القانونية اللازمة للعمال، وذلك من خلال قانون العمل، بما يكفل الحد من وقوعهم ضحايا الاتجار بالبشر، وتوفير حماية خاصة للفئات الأكثر عرضة للاتجار كالعمالة المنزلية، وفقاً لبروتوكول الأمم المتحدة لمكافحة الاتجار بالبشر لعام 2000.

2. ضرورة اتخاذ الإجراءات القانونية الرادعة والتي من شأنها الحد من تفشي هذه الظاهرة.

3. حث الدول على مساعدة ضحايا هذه الجرائم، وضمان الحقوق الإنسانية لهم سواء من الناحية القانونية أو الاقتصادية أو الصحية، والنص عليها في التشريعات أمام سلطاتهم المحلية، وكذلك أمام سلطات الدول الأخرى.

4. العمل على وضع عملية مكافحة الاتجار بالبشر ضمن أولويات الجهات والهيئات المعنية كافة داخلياً وخارجياً، وتعزيز وتطوير طرق وإجراءات التعرف المبكر على الضحايا المحتملين والفعليين وتحديدهم بغرض منع استغلالهم، وذلك من خلال إصدار إرشادات للمتعاملين مع الضحايا، والتحقق من كونهم ضحايا محتملين للاتجار بالبشر وكيفية التعامل معهم، وتطوير شبكة و فرق عمل محلية تشمل جميع المنظمات غير الحكومية والهيئات والمؤسسات الدينية والحقوقية ودوائر تنفيذ القانون، لتأمين العثور على الضحايا دون تعريض حياتهم للخطر وتسهيل مساعدتهم، في حالة إنقاذهم، والعمل على توسيع هذه الشبكة، بحيث لا تقتصر على الدول التي تشكل المحطة النهائية فحسب، بل تشمل أيضاً دول العبور والمصدر، فضلاً عن تنمية القدرات البشرية والترويج للتشريعات الوطنية والدولية ذات الصلة بمكافحة ومنع الاتجار بالبشر.

5. ضرورة تكثيف التعاون الإقليمي والدولي في مجال مكافحة الاتجار بالبشر، خاصة تبادل المعلومات والخبرات والتدريب، وتنفيذ أحكام الآليات الدولية المتعلقة بالتعاون القضائي على المستوى الدولي في المجال الجنائي من خلال الاتفاقيات الثنائية أو متعددة الأطراف أو الإقليمية أو الدولية، وعلى رأسها اتفاقية الجريمة المنظمة عبر الوطنية وبروتوكولاتها، خاصة بروتوكول

"باليرمو" المتعلق بتهريب المهاجرين عبر البرّ والبحر والجو، والبروتوكول المتعلق بمكافحة الاتجار بالبشر.

6. ضرورة تجفيف منابع الاتجار كأهم العوامل التي ستساعد في مواجهة المشكلة، لذا فمن الأهمية رفع الوعي بقيمة الأسرة وحقوق الإنسان والطفل وتوفير المشورة والمساندة القانونية لضحايا الاتجار، والاهتمام بالشباب، وبحث المشكلات والتحديات التي تواجه هذه الشريحة المهمة، كالبطالة، وضعف مشاركتهم الفعلية في العملية السياسية والتنمية، فضلاً عن قلة فرصهم لمواصلة التعليم الجامعي، وضرورة رفع وعي الأسر بمخاطر زواج الأطفال، وبمخاطر العادات والتقاليد، ومناهضة زواج الأطفال تحت سن 18 سنة، وتوعية الأسر بمخاطره على الطفلة والأسرة والمجتمع بشكل عام، وتزويد المسؤولين بالأجهزة الحكومية بمجموعة من العلوم الإنسانية والاجتماعية التي تساعد على فهم طبيعة التعامل مع أبعاد هذه الجرائم.

7. إجراء دراسات لتحليل أسباب وعوامل الاتجار بالبشر، والتصدي للعوامل الاجتماعية والاقتصادية والثقافية والسياسية والأمنية، المؤدية إلى تفاقم وتنامي تلك الظاهرة، وإعداد قاعدة بيانات مركزية ومعلومات لرصد جرائم الاتجار بالبشر وأنواعها، وجمع الإحصاءات والبيانات الخاصة بالانتهاكات والمحاكمات والأحكام الصادرة في تلك الجرائم، ومدى الحماية والمساعدات التي توفرها الدولة لضحايا الاتجار بالبشر، وإتاحة تلك البيانات للباحثين ومتخذي القرار، وذلك بالتنسيق مع الجهات الوطنية المعنية، وتشجيع الدراسات القانونية والاجتماعية المقارنة للتعرف على أوجه النقص والقصور في بعض التشريعات في مجال مكافحة الاتجار بالبشر.

8. التركيز على الحراك المجتمعي لمناهضة ظاهرة العنف من خلال التوعية وتضافر الجهود الوطنية لمواجهة تداعيات الاتجار، وتفعيل دور المؤسسات الإعلامية الحكومية وغير الحكومية (وسائل الاتصال) من خلال الندوات والمؤتمرات والمقالات والخطب في المساجد حول مكافحة وأسباب وآثار الاتجار بالبشر، وبناء شراكة بين منظمات المجتمع المدني والقطاع الخاص والإعلام في سبيل مكافحة الاتجار بالبشر، وخلق الوعي المجتمعي بكيفية التعامل مع ضحايا الاتجار بالبشر، وكيفية التصدي للقضية في المجتمع المصري والعربي والدولي، وتعزيز دور المؤسسات التعليمية المختلفة في مجال التوعية بخطورة الاتجار بالبشر، وذلك من خلال إدراج ثقافة مكافحة في المناهج التعليمية، وتضمين الجوانب المختلفة المتعلقة بالاتجار بالبشر بالمناهج والمقررات

- الخاصة بمادة حقوق الإنسان بالجامعات، فضلاً عن ضرورة تكوين رأي عام حول ظاهرة الاتجار بالبشر، وإلقاء الضوء على التداعيات الخطيرة للظاهرة، وكيفية التعامل معها.
9. الدعوة إلى تدريب فريق من الخبراء والمدرّبين الوطنيين من الجهات الشريكة بمعرفة الأمم المتحدة لاستخدامهم كخبراء على المستوى الوطني، وكذلك في برامج الأمم المتحدة على المستويين الإقليمي والدولي.
10. تبادل الخبرات بين الدول في مجال مكافحة الاتجار بالبشر وحماية الضحايا، وتكثيف التعاون الدولي في دعم جهود بناء القدرات الوطنية على المستويين الحكومي وغير الحكومي من خلال توفير المساعدة الفنية وتبادل الخبرات الدولية الناجحة، وضرورة التعاون لمكافحة تلك الظاهرة، فيما يتعلق ببناء القدرات وإعداد الكوادر، أو فيما يخص إعداد الخبراء في مجال إنفاذ القوانين والخدمات الاجتماعية والقيادات المحلية التطوعية للقادرين على إنفاذ الإطار بالتوازي مع البرامج والسياسات الواردة في خطة الدولة لمكافحة الاتجار بالبشر، وضرورة مكافحة جرائم الاتجار بالبشر على الصعد الدولية والإقليمية والوطنية، والتعاون بين الدول الحدودية على المستويين الإقليمي والعالمي وتبادل المعلومات المتعلقة بالتجار والضحايا، والتركيز على المعابر الحدودية وأماكن التسلل وغيرها من الأماكن التي قد توفر وتسهل عملية الاتجار بالبشر، والحيلولة دون وقوع انتهاكات مستقبلية، ولا ضرر أن يكون التعاون ثنائي أو متعدد الأطراف مع شركاء إقليميين أو عالميين.
11. وضع الإستراتيجيات الواقعية لمكافحة هذه الجريمة بنهج تشابكي وتشاركي مع منظمات المجتمع المدني المحلية والدولية منها وتطبيق المعايير الدولية مستفيدين من الدراسات والأدوات والمعايير التي تطبقها أجهزة الأمم المتحدة المعنية ومنها مكتب الأمم المتحدة المعني لمكافحة الجريمة والمخدرات.
12. استحداث محاكم دولية أو إقليمية ووطنية لمحاكمة مجرمي جريمة الاتجار بالبشر في ضوء التجربة الناجحة التي أدتها في النهاية إلى إنشاء المحكمة الجنائية الدولية.
13. توحيد المعايير الدولية لمكافحة جريمة الاتجار بالبشر من خلال جهاز واحد معني يقدر حجم المشكلة ويعنى بشكل عام ومستقل بجريمة الاتجار بالبشر على غرار ما جاء به البريتوكول مبرراً وجوده بأن هناك صكوكاً واتفاقيات وإعلانات دولية وإقليمية ووطنية كثيرة لمكافحة جريمة الاتجار بالبشر، إلا أنها وبسبب هذا التنوع ومعالجتها بكل صورة على حدة لم تتمكن من الحد من هذه الجريمة ومكافحتها.

14. العمل على وضع ضحايا الاتجار بالبشر في برامج رعاية تكفل تعافيهم النفسي والصحي والمادي إذا أمكن ومن ثم إعادة إدماجهم بالمجتمعات مع ضمان عدم المتاجرة بهم مرة أخرى.
15. التعرف عليهم ورصدهم ووضع برامج تطبيق القانون يتوضح فيها المصطلحات القانونية وتنسيق مسؤوليات سلطات تنفيذ القانون ومحاكمة المتاجرين ومن يقدم المساعدة لهم أو يحرضهم أو يستفيد منهم متجاهلاً القانون، ونشر أسماءهم بعد المحاكمات العادلة ومن ثم وضعهم ببرامج إدماج تكفل ردعهم وعدم تكرارهم لمثل هذا الجرم.
16. تكثيف برامج التأهيل والتدريب المستمر، لبناء القدرات وتنميتها لدى القائمين على أجهزة تنفيذ القانون من رؤساء ومرؤوسين في الأجهزة القضائية والأمنية الموظفين والمسؤولين الحكوميين على تقنيات مكافحة الاتجار بالبشر وأساليبها، للاعتراف في ملاحقة هذه الجرائم والتحقيق فيها ومحاكمة الفاعلين.

بيان تضارب المصالح

يقر جميع المؤلفين أنه ليس لديهم أي تضارب في المصالح.

قائمة المصادر والمراجع:

أولاً: باللغة العربية

1- الكتب:

1. أبو جعفر، أحمد حسن. حكم الاتجار بالأعضاء البشرية وفقاً لأحكام الشريعة الإسلامية والقوانين الوطنية وأحكام القانون الدولي، جامعة الاستقلال - كلية القانون، فلسطين، 2021.
2. أحمد لطفي السيد مرعي، إستراتيجية مكافحة جرائم الاتجار بالبشر، دار النهضة العربية، القاهرة، 2009.
3. إيناس البهجي، جرائم الاتجار بالبشر، المركز القومي للإصدارات القانونية، القاهرة، ط1، 2012.
4. إبراهيم محمد عبد العزيز، آليات المنظمات الاجتماعية الحكومية والأهلية في مواجهة مشكلة الاتجار بالأطفال، ط1، دار الكتب والوثائق القومية، القاهرة، 2014.
5. أسماء أحمد الرشيد، الاتجار بالبشر وتطوره التاريخي، ط1، دار النهضة العربية، القاهرة، 2009.
6. أكرم عمر، دهام، جريمة الاتجار بالبشر، دار الكتب القانونية، مطابع شتات، مصر، الطبعة الأولى، 2011.
7. أميرة محمد البحيري، الاتجار بالبشر وبخاصة الأطفال من وجهة النظر العلمية والنفسية والاجتماعية والقانونية، ط1، دار النهضة العربية، القاهرة، 2011.
8. إبراهيم، حسني عبد السميع، المعالجة الفقهية والاجتماعية للإتجار بالبشر بين الشريعة الإسلامية والقوانين الوضعية، ط1، الإسكندرية، منشأة المعارف، 2013.
9. أبو سارة، أسيل خالد جمال، الهجرة غير الشرعية وأثرها على قضايا الاتجار بالبشر، ط1، عمان، دار وائل للنشر والتوزيع، 2021.
10. ارتيمة، وجدان سليمان، الأحكام العامة لجرائم الاتجار بالبشر، دراسة مقارنة، ط1، عمان، دار الثقافة للنشر والتوزيع، 2014.
11. البنا، يحيى أحمد، إطلالة على أحكام بروتوكول منع وقمع ومعاقبة الاتجار بالأشخاص وبخاصة النساء والأطفال، القاهرة، جامعة الدول العربية، 2011.
12. النقبى - سالم، جرائم الاتجار بالبشر، شركة الدليل للدراسات والتدريب، القاهرة، 2012.

13. عبد الحي- عبد المنعم، علم السكان وأسس النظرية والأبعاد الاجتماعية، مكتبة الجامعة الحديثة، ط1، الإسكندرية، 1985.
14. حامد سيد محمد حامد، العنف الجنسي ضد المرأة في القانون الدولي إطلالة موجزة عن مكافحته طبقاً لأحكام الشريعة الإسلامية، ط1، المركز القومي للإصدارات القانونية، القاهرة، 2016.
15. حامد سيد محمد حامد، الاتجار بالبشر كجريمة منظمة عابرة للحدود، المركز القومي للإصدارات القانونية، القاهرة، الطبعة الأولى، 2013.
16. الشناوي، محمد محمود. مكافحة جرائم الاتجار بالبشر، المركز القومي للإصدارات القانونية، 2014.
17. حسين علي الدريدي، كريمة عبد الرحيم الطائي، حقوق الإنسان وحياته الأساسية في المواثيق الدولية وبعض الدساتير العربية، دار إيلة للنشر والتوزيع، الأردن، الطبعة الأولى، 2009.
18. خالد مصطفى فهمي، النظام القانوني لمكافحة الاتجار بالبشر، دار الفكر الجامعي، الإسكندرية، الطبعة الأولى، 2011.
19. راميا محمد شاعر، الاتجار بالبشر - قراءة قانونية اجتماعية، ط1، منشورات الحلبي الحقوقية، لبنان، 2012.
20. رمضان عيسى الليموني، أمراء الاستعباد - الرأسمالية وصناعة العبيد، ط1، إصدارات إي-كتب، لندن، 2016.
21. محمد، حامد سيد. الاتجار بالبشر كجريمة منظمة عابرة للحدود "بين الأسباب والتداعيات الرؤى الإستراتيجية"، المركز القومي للإصدارات القانونية، ط1، القاهرة، 2013.
22. مخيمر، عادل ياسين. التعاون الدولي في مواجهة جرائم الاتجار بالبشر، المركز القومي للإصدارات القانونية، ط1، 2022.
23. مطر، محمد يحيى، تشريعات مكافحة الاتجار بالبشر في العالم العربي، مطبوعات مكتب الأمم المتحدة المعني بالمخدرات والجريمة، بالتعاون مع الجامعة القطرية لمكافحة الاتجار بالبشر، الدوحة 2014.
24. ماجد، عادل. سبل التعاون العربي لمكافحة جرائم الاتجار بالبشر، جامعة الأمير نايف للعلوم الأمنية وجامعة الدول العربية، بلا تاريخ.

25. مطر، محمد، الجهود الدولية في مكافحة الاتجار بالبشر، جامعة الأمير نايف للعلوم الأمنية، الجزء الأول، 2010.
26. محمد سامي الشوا، الجريمة المنظمة وصادها على الأنظمة العقابية، دار النهضة العربية، 1998.
27. هاني السبكي، عمليات الاتجار بالبشر، الطبعة الأولى، دار الفكر الجامعي، الإسكندرية، 2010.
28. الشرفات، طلال رفيفان، جرائم الاتجار بالبشر، دراسة مقارنة، الطبعة الأولى، دار وائل للنشر، الأردن، 2012.
29. فتحي، محمد، عصابات الإجرام المنظم ودورها في الاتجار بالأشخاص، مكافحة الاتجار بالأشخاص والأعضاء البشرية، جامعة نايف العربية للعلوم الأمنية، 2005.
30. الطالباني، ضحى نشأت، الحماية القانونية للعمالة المنزلية من جريمة الاتجار بالبشر على الصعيد الدولي والوطني، ط1، الأردن، دار وائل للنشر والتوزيع، 2017.
31. الطراونة، مخلد، مفهوم الاتجار بالبشر وتاريخه، ط1، قطر، المؤسسة القطرية لمكافحة الاتجار بالبشر، 2011.

ثانيًا: الرسائل العلمية والصحف والمجلات

1. المشهداني - أكرم عبد الرزاق، جرائم الاتجار بالبشر، نظرة في أبعادها القانونية والاقتصادية والاجتماعية، المنظمة العربية للتنمية الإدارية، بحوث ودراسات، القاهرة، 2014.
2. مبارك، هشام عبد العزيز، الاتجار بالبشر بين الواقع والقانون، بحث علمي منشور ومحكم، الأكاديمية الملكية للشرطة، مركز الإعلام الأمني، البحرين، 2010.
3. قبيسي، رشاد، الاتجار بالبشر في القانون الدولي، مجلة العربي الجديد، 2016.
4. المرزوق، خالد محمد سليمان، جريمة الاتجار بالأطفال والنساء وعقوبتها في القانون الدولي والشرعية الإسلامية - دراسة تأصيلية مقارنة، رسالة ماجستير، أكاديمية نايف العربية للعلوم الأمنية، الرياض، 2005.
5. عبد الرحمن خلف وآخرون، التعاون الدولي لمواجهة الجريمة المنظمة عبر الحدود الوطنية، مركز بحوث الشرطة، الإصدار الثامن، يناير 2006.

6. عبد الحميد، عبد الحافظ عبد الهادي، الآثار الاقتصادية والاجتماعية لظاهرة الاتجار بالأشخاص، بحث علمي في مجلة جامعة نايف العربية للعلوم الأمنية، الرياض- السعودية، 2005.

7. الجازي، علي، ورقة عمل مقدمة حول الاتجار المفهوم والصور والأسباب بالبشر للملتقى العلمي (آليات التعاون الدولي والإقليمي حول مكافحة الاتجار بالبشر)، عمان، 2012.

8. الحربي، خالد بن سليم، ضحايا التهريب البشري من الأطفال، بحث علمي منشور في مجلة جامعة نايف العربية للعلوم الأمنية، الرياض- السعودية، 2001.

9. عيد، محمد فتحي، التجارب الدولية في مكافحة الهجرة غير المشروعة، بحث علمي منشور في مجلة جامعة نايف العربية للعلوم الأمنية، الرياض-السعودية، 2010.

ثالثاً: المراجع باللغة الأجنبية

1. A global alliance against forced labour", ILO, 11 May 2005.
2. Amnesty International – People smuggling". Amnesty.org.au. 23 March 2009. Archived from the original on 9 March 2011. Retrieved 22 March 2011.
3. Blue Heart Campaign Against Human Trafficking – Mexico Campaign". Unodc.org. Retrieved 21 January 2012.
4. Bassiouni, Cherif. (2008) International Criminal Law: Multilateral and bilateral enforcement, Vol. II, Koninklijke Brill NV, Leiden, The Netherlands. 2- Nawak, M. (2003). Introduction to the International Human Rights Regime. Martinus Nijhoff Publishers, Leiden, Netherlands. 3- (Obakata, T 2005). Trafficking of Human Beings as a Crime against Humanity: Some Implications for the International Legal System. The International and Comparative Law Quarterly Vol. 54, No. 2 (Apr. 2005)
5. Counter-Trafficking and Assistance to Vulnerable Migrants, Annual Report of activities 2011" (PDF). International Organization for Migration. Geneva. "Mission". International Organization for Migration. 8 July 2014. Retrieved 28 Novembr 2018.

الجريمة ضد الإنسانية في القانون الدولي: ماهيتها، وأركانها، والمسؤولية الجنائية عنها

*Crimes Against Humanity in International Law: Their
Nature, Elements, and Criminal Responsibility*

أ. سيف بن علي بن سيف العجمي

جامعة السلطان قابوس

(سلطنة عُمان)

الجريمة ضد الإنسانية في القانون الدولي: ماهيتها، وأركانها، والمسؤولية الجنائية عنها

Crimes Against Humanity in International Law: Their Nature, Elements, and Criminal Responsibility

أ. سيف بن علي بن سيف العجمي

باحث قانوني جامعة السلطان قابوس، (سلطنة عُمان)

S.ajmi@squ.edu.om

ORCID: 0009-0003-7948-8351

DOI: <https://doi.org/10.70411/MJLS.3.2.2025184>

تاريخ القبول: 2025-03-25

تاريخ المراجعة: 2025-02-03

تاريخ الاستلام: 2024-11-13

المخلص:

لطالما شهد العالم أحداثًا وتقلبات سياسية متباعدة، غير أن العديد منها كان مصحوبًا بانتهاكات وجرائم يندى لها الجبين، ولعل واحدة من أبشع صور هذه الجرائم كانت الجرائم ضد الإنسانية. من هذا المنطلق تناول هذا البحث الجرائم ضد الإنسانية من ناحية ماهيتها والأحكام ذات الصلة بها، وذلك بهدف دراسة الأحكام التي قررتها التشريعات الدولية والقرارات الأممية لمواجهة الجرائم ضد الإنسانية، بغية الوصول إلى نتائج تساعد على فهم الإطار القانوني للجرائم ضد الإنسانية على الصعيد الدولي، وتقييم مدى كفاية تلك الأحكام والقرارات. وقد تناولت الدراسة هذا الموضوع في مطلب تمهيدي ومبحثين، حيث تناول المطلب التمهيدي ماهية الجرائم ضد الإنسانية، بينما تطرق المبحث الأول لأركان الجريمة ضد الإنسانية والأفعال المكونة لها، في حين ناقش المبحث الثاني المسؤولية الجنائية عن الجرائم ضد الإنسانية أمام المحاكم الدولية. واتبعت الدراسة المنهج الوصفي والتحليلي والتاريخي والمنهج المقارن.

وتوصلت الدراسة إلى مجموعة من النتائج كان أهمها: أن النظامين الأساسيين لمحكمة طوكيو نورمبرغ كانا أساس تطور الجرائم ضد الإنسانية على الرغم مما اعتراهما من طغيان للجوانب السياسية، بالإضافة إلى وجود تحديات عديدة تواجهها المحكمة الجنائية الدولية، وأهمها: عدم مصادقة عدد كبير من الدول على النظام الأساسي للمحكمة، وعدم قيام مجلس الأمن بإحالة عدة قضايا وقعت فيها جرائم ضد الإنسانية إلى المحكمة الجنائية الدولية؛ لاعتبارات سياسية، بجانب وجود صعوبة في تسليم المتهمين بارتكاب هذه الجرائم للمحكمة.

ولذلك فقد أوصت الدراسة بضرورة أن تضع الدول مصالحها السياسية جانبًا عندما يتعلق الأمر بالجرائم ضد الإنسانية وغيرها من الجرائم الدولية، كما اقترحت أن يتم جعل نظام روما الأساسي جزءًا من معاهدة الأمم المتحدة؛ ليكون أعضاء الأمم المتحدة تلقائيًا أطرافًا في النظام الأساسي للمحكمة أسوةً

بمحكمة العدل الدولية. وحثت هذه الدراسة الأمم المتحدة على ضرورة مراجعة آلية اتخاذ القرار في مجلس الأمن، خصوصاً حق النقض الفيتو، علاوة على أهمية أن يكلف مجلس الأمن بشكل تلقائي بمتابعة تنفيذ الأحكام الصادرة عن المحكمة الجنائية الدولية واتخاذ الإجراءات اللازمة.

الكلمات المفتاحية: جنائي، جرائم، ضد الإنسانية، القانون الدولي، المجرمون.

Abstract:

The world has witnessed numerous political events and upheavals, many of which have been accompanied by violations and crimes that shock the conscience. One of the most heinous among them is crimes against humanity. Based on this premise, this research examines crimes against humanity in terms of their nature and the relevant legal provisions. The objective is to analyze the international legal frameworks and UN resolutions addressing these crimes to assess their adequacy in combating them and to provide a better understanding of the international legal framework governing crimes against humanity. The study is structured into a preliminary section and two main chapters. The preliminary section discusses the concept of crimes against humanity, while the first chapter examines the elements of the crime and its constitutive acts. The second chapter discusses criminal responsibility for crimes against humanity before international courts. The research adopts a descriptive, analytical, historical, and comparative methodology.

The study reached several key findings, the most important of which is that the statutes of the Nuremberg and Tokyo Tribunals laid the foundation for the development of the concept of crimes against humanity, despite the political influences that shaped them. Additionally, the study concluded that the International Criminal Court (ICC) faces significant challenges, including the refusal of many states to ratify the Rome Statute, the reluctance of the UN Security Council to refer certain cases involving crimes against humanity to the ICC for political reasons, and the difficulty of apprehending and surrendering accused individuals to the Court.

Accordingly, the study recommends that states set aside political interests when addressing crimes against humanity and other international crimes. It also proposes that the Rome Statute be incorporated into the UN treaty framework so that all UN member states automatically become parties to it, similar to the International Court of Justice. Furthermore, the study urges the United Nations to review the decision-making process within the Security Council, particularly regarding the veto power. Additionally, it emphasizes the need for the Security Council to be automatically tasked with ensuring the enforcement of ICC rulings and taking necessary measures for their implementation.

Keywords: criminal, crimes, against humanity, international law, offenders

المقدمة

على مر العصور شهد العالم عديد الصراعات بين البشر والتي ارتكبت فيها العديد من الجرائم والفظائع، ولعل واحدة من أبشع صورها هي الجرائم ضد الإنسانية، حيث تُعد هذه الجرائم إحدى أشد الانتهاكات خطورةً على حياة الإنسان وكرامته بل وعلى حقوقه الأساسية، وفي ظل تلك الانتهاكات والجرائم الفظيعة التي شهدتها العالم خلال الحربين العالميتين وما بعدهما، ظهرت الحاجة الملحة لوضع قواعد قانونية على الصعيد الدولي لضمان مساءلة مرتكبي تلك الجرائم البشعة، وتلبيةً لذلك أُقرت عديد الاتفاقيات الدولية والقرارات الأممية لمواجهة هذه الجرائم والتصدي لها.

إشكالية البحث:

تكمن إشكالية البحث ومرتكزه على التساؤل الآتي : ما هي الجرائم ضد الإنسانية، وكيف تنشأ المسؤولية الجنائية الدولية عنها، وما مدى كفاية سبل التصدي لها؟

أسئلة البحث:

1. ماذا يُقصد بالجرائم ضد الإنسانية؟
2. هل هنالك شروط يجب توافرها لإدراج جريمة معينة في إطار الجرائم ضد الإنسانية؟
3. ما هي الأركان اللازمة لقيام جريمة ضد الإنسانية؟
4. ما الأفعال التي تدخل ضمن دائرة الجرائم ضد الإنسانية؟
5. ما هي المحاكم المختصة في النظر بقضايا الجرائم ضد الإنسانية؟
6. ما نوعية التدابير الجزائية التي حددها القانون الدولي لضمان معاقبة مرتكبي الجرائم ضد الإنسانية؟ وما مدى كفايتها؟

أهداف البحث:

يهدف هذا البحث إلى معرفة وتحديد نطاق الجرائم ضد الإنسانية، ودراسة الأحكام التي قررتها التشريعات الدولية والقرارات الأممية لمواجهة الجرائم ضد الإنسانية، بهدف الوصول إلى نتائج تساعد على فهم الإطار القانوني للجرائم ضد الإنسانية على الصعيد الدولي، وتقييم مدى كفاية الأحكام والقرارات ذات الصلة في مواجهتها.

منهجية البحث:

سيتمتع هذا البحث بالمنهج الوصفي والتحليلي والمنهج المقارن كما سيستعين بالمنهج التاريخي، وذلك من خلال سرد الإطار التاريخي للموضوعات ذات الصلة بالجرائم ضد الإنسانية وتحليلها ووصفها،

بالإضافة إلى وصف وتحليل الآراء الفقهية والنصوص الواردة في التشريعات الدولية والقرارات الأممية المنظمة للمسؤولية عن الجرائم ضد الإنسانية ومواجهتها، مع مقارنة تلك الآراء والنصوص ببعضها للوقوف على أوجه القصور والتحسين في كل منها، بغية تقييم مدى كفاية أحكام التشريعات الدولية والقرارات الأممية المتعلقة بالجرائم ضد الإنسانية.

خطة البحث :

المطلب التمهيدي: ماهية الجريمة ضد الإنسانية.

الفرع الأول: تعريف الجريمة ضد الإنسانية.

الفرع الثاني: شروط تحقق الجريمة ضد الإنسانية.

المبحث الأول: الجريمة ضد الإنسانية من حيث أركانها والأفعال المكونة لها.

المطلب الأول: أركان الجريمة ضد الإنسانية.

المطلب الثاني: الأفعال المصنفة ضمن الجرائم الواقعة ضد الإنسانية.

المبحث الثاني: المسؤولية الجنائية عن الجرائم ضد الإنسانية أمام المحاكم الجنائية الدولية.

المطلب الأول: المحاكم الجنائية الدولية.

المطلب الثاني: التدابير الجنائية الدولية للتصدي للجرائم ضد الإنسانية ومدى كفايتها.

المطلب التمهيدي

مفهوم الجرائم ضد الإنسانية

يُعد مصطلح الجرائم ضد الإنسانية من المفاهيم القانونية ذات الطابع الدولي التي نشأت في إطار محاولات المجتمع الدولي لتنظيم المسؤولية الجنائية الدولية الناشئة عن الانتهاكات الجسيمة لحقوق الإنسان، وعلى الرغم من أن هذه الأفعال التي تشكل جرائم ضد الإنسانية قديمة قدم التاريخ، إلا أن المصطلح نفسه لم يتبلور بصيغته القانونية الحالية إلا في القرن المنصرم، لا سيما بعد الحرب العالمية الثانية، حيث تم استخدامه بشكل صريح في ميثاق محكمة نورمبرغ واعتباره إحدى الجرائم الموجبة للمسؤولية الجنائية الدولية، ومنذ ذلك الوقت تطور هذا المصطلح ليشمل مجموعة من الأفعال المرتكبة في سياق هجوم واسع النطاق أو ممنهج ضد المدنيين، ليتجاوز بذلك حدود النزاعات المسلحة ويشمل الانتهاكات الجسيمة للأفراد المدنيين حتى في أوقات السلم.

سنبحث في هذا المطلب مفهوم الجرائم ضد الإنسانية من خلال تبيان تعريفها، ومن ثم توضيح الشروط الواجب توافرها لقيام هذه الجريمة.

الفرع الأول

تعريف الجريمة ضد الإنسانية

يُعتبر تحديد تعريف للجريمة ضد الإنسانية خطوة أساسية لفهم وتحديد نطاقها، وسنتناول في هذا الفرع التعريفات التي قدمها الفقه ومن ثم التعريفات التي قدمها القضاء الدولي والقانون.

أولاً: التعريف الفقهي للجريمة ضد الإنسانية

إن مفهوم الجريمة ضد الإنسانية يُعد من المفاهيم الحديثة التي ظهرت في وقت قريب، ونظرًا لحداثته وعدم اتساع معالمه كافة، لم يتمكن الفقه من التوصل إلى تعريف ثابت ومحدد له لغاية الآن. ومع ذلك، ظهرت بعض الاجتهادات الفقهية التي حاولت تعريف هذا المفهوم، وقد تباينت هذه التعريفات فيما بينها، ومن بين هذه التعريفات نذكر ما يلي:

"الجرائم الدولية في القانون العام التي بموجبها تُعتبر الدولة قد أضرت بحياة أو حرية أو حقوق شخص أو مجموعة من الأشخاص الأبرياء بسبب الجنس أو التعصب أو غير ذلك من أسباب الجريمة، لأسباب سياسية أو دينية، أو عندما يكون الضرر أكبر من الضرر الناجم عن تنفيذه"¹، والملاحظ على

¹ علي عبد القادر القهوجي، القانون الجنائي الدولي - أهم الجرائم الدولية، المحاكم الجنائية الدولية، الطبعة الأولى، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت - لبنان، 2001م، ص 113.

هذا التعريف أنه حصر ارتكاب الجرائم ضد الإنسانية من قبل الدول فقط، كما جعل من الممكن قيام الجريمة ضد الإنسانية ولو كان الفعل موجهاً لشخص واحد، إضافةً إلى أنه لم يخص وقوع هذه الجريمة على المدنيين فقط، وعليه نلاحظ أن هذا التعريف جاء واسعاً جداً في تعريف الجرائم ضد الإنسانية حتى وإن حصر ارتكابها على الدول.

كما عرّف رافائيل ليمكين الجريمة ضد الإنسانية بأنها: "خطة منظمة لأعمال كثيرة ترمي إلى هدم الأسس الاجتماعية لحياة جماعات وطنية بقصد القضاء على هذه الجماعات؛ بهدف هدم النظم السياسية والاجتماعية والثقافية واللغة والمشاعر الوطنية والدين والكيان الاجتماعي والاقتصادي للجماعات الوطنية والقضاء على الأمن الشخصي والحرية الشخصية وصحة الأشخاص وكرامتهم، بل والقضاء كذلك على حياة الأفراد المنتمين لهذه الجماعات"¹. وقد بيّن هذا التعريف بأنه لقيام الجريمة ضد الإنسانية يلزم لتلك الجريمة أن تكون منظمة وممنهجة ضد جماعة من الناس، كما لم يحصر التعريف ارتكاب هذه الجريمة على الدول وإنما اكتفى باشتراط أن يكون ارتكابها وفقاً لخطة منظمة، إضافةً إلى أنه لم يذكر صراحةً مدى لزوم أن تكون الجريمة واقعة على أفراد مدنيين أم لا. وعليه، يلاحظ أن هذا التعريف على الرغم من كونه أكثر دقة وأفضل من سابقه، إلا أنه توسّع في تعريف الجريمة ضد الإنسانية كذلك.

أيضاً تم تعريف الجرائم ضد الإنسانية في سياق آخر على أنها: "الجرائم التي يرتكبها أفراد من دولة ما ضد أفراد آخرين من دولتهم أو من غير دولتهم بشكل منهجي، قصد الإضرار المتعمد ضد الطرف الآخر، بسبب الانتماء الفكري أو الديني أو العرقي أو الإثني أو الوطني أو لأية أسباب أخرى، وغالبا ترتكب من الدولة المسيطرة ولكن ينفذها الأفراد"². وقد جاء هذا التعريف معتدلاً؛ فلم يتوسع بشكل مبالغ فيه في تعريف الجرائم ضد الإنسانية ولم يضيّقها إلى حدٍ كبير، كما أنه لم يقصر هذه الجريمة على الدول، بل كان متسماً بالواقعية فذكر بأنها غالباً ما ترتكب من قبل الدول، غير أن هذا التعريف كسابقيه لم يبين هل تقتصر الجرائم ضد الإنسانية على المدنيين أم لا، على الرغم من وجود شبه إجماع من قبل الأنظمة الأساسية لمختلف المحاكم الجنائية الدولية في أن الجرائم ضد الإنسانية تقع على المدنيين كما سنوضح لاحقاً في الفرع الثاني.

¹ جواد كاظم الصيرفي، الجرائم ضد الإنسانية في ضوء أحكام القانون الدولي - دراسة مقارنة، الطبعة الأولى، المركز العربي للنشر والتوزيع، مصر، 2017م، ص21.

² عادل حمزة عثمان، "المسؤولية الدولية عن الجرائم الدولية - دراسة في حالة الموقف الأمريكي"، "مجلة الدراسات الدولية"، العراق، ع48، 2011/04/03م، ص98.

ثانيًا: تعريف القوانين الدولية للجريمة ضد الإنسانية

قدّمت بعض من التشريعات الدولية تعريفات للجريمة ضد الإنسانية وذلك كالاتي:

1. النظام الأساسي لمحكمة نورمبرغ: عرّفت الفقرة (ج) من المادة السادسة من النظام الأساسي

لمحكمة نورمبرغ الجرائم ضد الإنسانية، وذلك كما يلي: "الجرائم ضد الإنسانية: وهي القتل والإبادة والاستعباد والإبعاد وغيرها من الأعمال اللاإنسانية المرتكبة ضد أي سكان مدنيين، قبل الحرب أو أثناءها، أو الاضطهادات على أسس سياسية أو عرقية أو دينية تنفيذاً لأي جريمة تدخل في اختصاص المحكمة أو فيما يتصل بها، سواء كانت مخالفة للقانون الداخلي للبلد الذي ارتكبت فيه أم لا"¹.

2. النظام الأساسي لمحكمة طوكيو: نصت المادة (5/ج) منه على الآتي: "الجرائم ضد الإنسانية:

وهي القتل والإبادة والاستعباد والإبعاد وغير ذلك من الأفعال اللاإنسانية التي ترتكب ضد أي سكان مدنيين، قبل الحرب أو أثناءها، أو الاضطهاد لأسباب سياسية أو عنصرية في تنفيذ أو فيما يتصل بأي جريمة تدخل في اختصاص المحكمة، سواء كانت مخالفة للقانون الداخلي للبلد الذي ارتكبت فيه أم لا..²

والملاحظ في التشريعات المذكورة أعلاه أنها عندما عرّفت الجرائم ضد الإنسانية قامت بتعريفها عن طريق ذكر حالات بعينها باعتبارها من قبيل الجرائم ضد الإنسانية، ولذلك نحن نعتقد بأن التعريفات السابقة كانت معيبة؛ إذ إن الأصل في التعريفات أن تأتي جامعة مانعة، بحيث تكون دقيقة في حصر ما يندرج تحت المصطلح من عناصر وما يخرج عنه، كما أنّ التعريف عن طريق ذكر أمثلة بعينها قد يُخرج حالات كثيرة من إطار المصطلح، ناهيك عن أن التعريف بهذه الصورة سيجعل منه جامداً غير قابل للاستيعاب الحالات المستقبلية والتعامل معها؛ بسبب افتقاره للعناصر العامة المجردة التي تميز هذا المصطلح عن غيره.

¹ النظام الأساسي لمحكمة العسكرية الدولية في نورمبرغ، تم إنشاؤه بموجب اتفاقية مقاضاة ومعاقبة كبار مجرمي الحرب من دول المحور الأوروبية، تم التوقيع عليها في لندن في 8 أغسطس 1945م، وتم توقيعه بتاريخه في طوكيو.

انظر: Charter of the International Military Tribunal، الأمم المتحدة، <https://www.un.org>

² النظام الأساسي لمحكمة العسكرية الدولية للشرق الأقصى في طوكيو، صادر بتاريخ 19/01/1946م، وتم توقيعه بتاريخه في طوكيو.

انظر: International Military Tribunal for the Far East، مفوضية الأمم المتحدة السامية لحقوق الإنسان، www.ohchr.org

أما فيما يتعلق بالنظام الأساسي لكل من المحكمة الجنائية الدولية لجرائم الحرب والجرائم ضد الإنسانية في كل من رواندا ويوغوسلافيا وكذلك النظام الأساسي للمحكمة الجنائية الدولية، فيلاحظ بأنها توافقت الوقوع في هذا الخطأ الذي وقعت فيه الأنظمة الأساسية للمحكمتين السابقتين، فلم تقدّم ما يمكن اعتباره تعريفاً للجرائم ضد الإنسانية وإنما اكتفت بذكر بعض الحالات التي تشكل جرائم ضد الإنسانية، وحقيقةً لا نعتقد بأن عدم تقديمها تعريفاً للجريمة ضد الإنسانية يُعد عيباً بها؛ إذ إن المعلوم أن التشريعات ليست مهمتها تقديم التعريفات، وإنما الفقه هو من يلعب هذا الدور.

كما تجدر الإشارة هنا إلى أننا لم نقف على أي أحكام قدمت فيها المحاكم الدولية أي تعريفات جامعة مانعة للجرائم ضد الإنسانية، وإنما اكتفت في بعض أحكامها إلى الإشارة إلى صور الجرائم الواردة في الأنظمة الأساسية للمحاكم المذكورة آنفاً.

الفرع الثاني

شروط تحقق الجريمة ضد الإنسانية

من خلال التعريفات الواردة سلفاً وكذلك الحالات التي حددتها النصوص المنصوص عليها في النظام الأساسي لكل من محكمتي رواندا ويوغوسلافيا وكذلك المحكمة الجنائية الدولية، نجد أن هنالك عناصر أساسية لا بُد من توفرها لاعتبار فعلٍ ما من قبيل الجرائم ضد الإنسانية، وسنقوم بتوضيحها في هذا الفرع.

أولاً: وقوع الجريمة بشكل ممنهج أو واسع النطاق

ورد هذا الشرط في المادة (7) من النظام الأساسي للمحكمة الجنائية الدولية "يشكل أي فعل من الأفعال الآتية "جريمة ضد الإنسانية" متى ارتكب في إطار هجوم واسع النطاق أو منهجي...¹، وكذلك في المادة (3) من النظام الأساسي للمحكمة الجنائية الدولية برواندا بنصها على أنه: "تتمتع المحكمة الدولية لرواندا بسلطة مقاضاة الأشخاص المسؤولين عن الجرائم الآتية عندما ترتكب كجزء من هجوم واسع النطاق أو منهجي...²".

¹ نظام روما الأساسي للمحكمة الجنائية الدولية، صادر بتاريخ 17/07/1998م، في المؤتمر الدبلوماسي للمندوبين المفوضين المعني بإنشاء محكمة جنائية دولية، تم عقده في روما، ودخل حيز التنفيذ بتاريخ 01/06/2002م.

انظر: نظام روما الأساسي للمحكمة الجنائية الدولية، مفوضية الأمم المتحدة السامية لحقوق الإنسان، www.ohchr.org.

² النظام الأساسي للمحكمة الدولية برواندا، تم إصداره بتاريخ 08/11/1994م، بموجب قرار مجلس الأمن رقم (955).

إن الواضح من خلال النصوص السابقة أن الهجوم الممنهج والهجوم واسع النطاق هما عنصران مستقلان عن بعضهما لا يشترط تلازمهما معاً، ولذلك وردا معاً كشرطين تخييريّين، بمعنى أنه يكفي تحقق أحدهما لتحقيق هذا الشرط، ولكن السؤال الذي يثار هنا هو: ماذا يقصد بالجريمة الممنهجة أو واسعة النطاق؟ وحتى نجيب عن هذا التساؤل سيتعين علينا أن نفهم معنى كلا المصطلحين.

1. الهجوم أو الجريمة الممنهجة: يقصد به "اتباع النمط المرسوم من قبل الدولة أو المنظمة وفقاً لسياسة معينة لارتكاب مثل هذا النوع من الجرائم"¹. وقد أكد النظام الأساسي للمحكمة الجنائية الدولية على المعنى ذاته في الفقرة (2/أ) من المادة (7)، حيث نصت على ما يلي: "تعني عبارة "هجوم موجه ضد أية مجموعة من السكان المدنيين" نهجاً سلوكياً يتضمن الارتكاب المتكرر للأفعال المشار إليها في الفقرة (1) ضد أية مجموعة من السكان المدنيين، عملاً بسياسة دولة أو منظمة تقضي بارتكاب هذا الهجوم، أو تعزيزاً لهذه السياسة"². ويتبين من خلالها بأن هذا النوع من الجرائم يقع عملاً بسياسة معينة من دولة أو منظمة بشكل ممنهج وسياسة متبعة في ارتكابها، فيجب أن يقع هذا الفعل الجرمي وفقاً لهذه السياسة والممنهجة وعملاً بها حتى تتحقق هذه الجريمة.

2. الهجوم أو الجريمة واسعة النطاق: لم توضح الأنظمة الأساسية سالف الذكر المقصود بالهجوم واسع النطاق، ولكن الفقه أوضح بأن هذه الجرائم تقع على نطاق واسع بحيث إنها لا تستهدف أفراداً بعينهم، وإنما يتم من خلالها استهداف مجموعة كبيرة من الناس، بحيث يكون ذلك عملاً بسياسة دولة أو منظمة، وعليه فإن هذا الشرط يُخرج الجرائم الفردية التي تقع على أشخاص بعينهم من اعتبارها جزءاً من الجرائم ضد الإنسانية³.

انظر: Statute of the International Criminal Tribunal for the Prosecution of Persons Responsible for Genocide and Other Serious Violations of International Humanitarian Law Committed in the Territory of Rwanda and Rwandan Citizens Responsible for Genocide and Other Such Violations Committed in the Territory of Neighboring States, between 1 January 1994 and 31 December 1994

المتحدة السامية لحقوق الإنسان، www.ohchr.org

¹ وسام سليمان الصغير، "مفهوم الجرائم ضد الإنسانية: التعريف - العناصر"، "مجلة البحوث القانونية"، ليبيا، مج2020، ع11، 2020/12/31، ص26.

² نظام روما الأساسي للمحكمة الجنائية الدولية، مرجع سابق.

³ وسام سليمان الصغير، مرجع سابق، ص26.

ثانياً: أن تكون الجريمة موجهة ضد أفراد مدنيين

أكدت الأنظمة الأساسية لكل من محاكم نورمبرغ وطوكيو وروانداويوغوسلافيا وكذلك المحكمة الجنائية الدولية على أن الجريمة ضد الإنسانية يجب أن تقع على أفراد مدنيين.

نصت الفقرة (ج) من المادة السادسة من النظام الأساسي لمحكمة نورمبرغ على أن: "الجرائم ضد الإنسانية: وهي القتل والإبادة والاستعباد والإبعاد وغيرها من الأعمال اللاإنسانية المرتكبة ضد أي سكان مدنيين..¹، وكذلك النظام الأساسي لمحكمة طوكيو جاء تكراراً لسابقه، حيث نصت المادة (5/ج) منه على الآتي: "الجرائم ضد الإنسانية: وهي القتل والإبادة والاستعباد والإبعاد وغير ذلك من الأفعال اللاإنسانية التي ترتكب ضد أي سكان مدنيين..² كما جاءت المادة (5) من النظام الأساسي لمحكمة يوغوسلافيا على النمط ذاته حيث نصت على أنه: "تتمتع المحكمة الدولية بسلطة محاكمة الأشخاص المسؤولين عن الجرائم الآتية عندما ترتكب في نزاع مسلح، سواء كان دولياً أو داخلياً بطبيعته، وموجهاً ضد أي مجموعة من السكان المدنيين..³، وبالمثل نصت المادة الثالثة من النظام الأساسي للمحكمة الجنائية الدولية برواندا على الأمر ذاته بنصها: "تتمتع المحكمة الدولية لرواندا بسلطة مقاضاة الأشخاص المسؤولين عن الجرائم الآتية عندما ترتكب كجزء من هجوم واسع النطاق أو منهجي ضد أي مجموعة من السكان المدنيين..⁴، وأيضاً أكدت المادة (7) من نظام روما الأساسي للمحكمة الجنائية الدولية على الفكرة ذاتها حيث نصت على أنه: "يشكل أي فعل من الأفعال الآتية "جريمة ضد الإنسانية" متى ارتكب في إطار هجوم واسع النطاق أو منهجي موجه ضد أية مجموعة من السكان المدنيين..⁵."

وقد حدد البروتوكول الإضافي الأول لعام 1977، الملحق باتفاقيات جنيف لعام 1949م، في المادة (50) منه الأشخاص الذين ينطبق عليهم وصف المدنيين حيث نص على أن:

1. "المدني هو أي شخص لا ينتمي إلى إحدى فئات الأشخاص المشار إليها في المادة (4/أ/1)، (2)، (3) و(6) من الاتفاقية الثالثة وفي المادة (43) من هذا البروتوكول. وفي حالة الشك فيما إذا كان الشخص مدنياً أم لا، فيعتبر ذلك الشخص مدنياً.

¹ النظام الأساسي للمحكمة العسكرية الدولية في نورمبرغ، مرجع سابق.

² النظام الأساسي للمحكمة العسكرية الدولية للشرق الأقصى في طوكيو، مرجع سابق.

³ النظام الأساسي للمحكمة الدولية في يوغوسلافيا السابقة، مرجع سابق.

⁴ النظام الأساسي للمحكمة الدولية في رواندا، مرجع سابق.

⁵ نظام روما الأساسي للمحكمة الجنائية الدولية، مرجع سابق.

2. يشمل السكان المدنيون جميع الأشخاص المدنيين.

3. إن وجود أفراداً لا يندرجون ضمن تعريف المدنيين بين السكان المدنيين لا يحرم السكان من صفتهم المدنية¹.

وبتطبيق ما ورد أعلاه نجد بأن المدنيين لا يشملون الفئات الآتية التي أشارت لها المادة السابقة بدلالة المادة (1/4) من اتفاقية جنيف الثالثة بشأن معاملة أسرى الحرب:

1. "أفراد القوات المسلحة لطرف في النزاع، وكذلك أفراد الميليشيات أو فرق المتطوعين التي تشكل جزءاً من هذه القوات المسلحة".

2. أعضاء الميليشيات الأخرى وأعضاء هيئات المتطوعين الأخرى، بما في ذلك أعضاء حركات المقاومة المنظمة، الذين ينتمون إلى أحد أطراف النزاع ويعملون داخل أو خارج إقليمهم، حتى لو كان هذا الإقليم محتلاً.

3. أفراد القوات المسلحة النظامية الذين يعلنون الولاء لحكومة أو سلطة لا تعترف بها القوة الحازمة.

6. سكان الأراضي غير المحتلة الذين يحملون السلاح من تلقاء أنفسهم عند اقتراب العدو لمقاومة القوات الغازية، دون أن يتوفر لهم الوقت لتشكيل وحدات مسلحة نظامية، بشرط أن يحملوا السلاح علانية وأن يحترموا قوانين وعادات الحرب².

بالإضافة إلى أن المدنيين لا يشملون الفئات الآتية الواردة في المادة (43) من البروتوكول الثالث المشار إليه أعلاه، حيث حددت هذه المادة القوات المسلحة على أنها:

1. "تتألف القوات المسلحة لطرف في نزاع من جميع القوات المسلحة المنظمة والمجموعات والوحدات التي تخضع لقيادة مسؤولة أمام ذلك الطرف عن سلوك مرؤوسيه، حتى ولو كان ذلك الطرف ممثلاً بحكومة أو سلطة لا يعترف بها الطرف الخصم. وتخضع هذه القوات المسلحة لنظام

¹ البروتوكول الأول الإضافي إلى اتفاقيات جنيف، تم اعتماده في المؤتمر الدبلوماسي بشأن إعادة تأكيد القانون الدولي الإنساني المنطبق على المنازعات المسلحة وتطويره، تم عقده بتاريخ 1977/06/08م.

انظر: البروتوكول الأول الإضافي إلى اتفاقيات جنيف، 1977، مفوضية الأمم المتحدة السامية لحقوق الإنسان، www.ohchr.org

² اتفاقية جنيف الثالثة بشأن معاملة أسرى الحرب، تم اعتماده في المؤتمر الدبلوماسي لوضع اتفاقيات دولية لحماية ضحايا الحروب، تم عقده بتاريخ 1949/08/12م.

انظر: اتفاقية جنيف الثالثة بشأن معاملة أسرى الحرب، اللجنة الدولية للصليب الأحمر، www.icrc.org.

انضباطي داخلي يفرض، "من بين أمور أخرى"، الامتثال لقواعد القانون الدولي المنطبقة في النزاع المسلح".

2. يُعتبر أفراد القوات المسلحة لطرف في نزاع (باستثناء أفراد الخدمات الطبية ورجال الدين الذين تشملهم المادة 33 من الاتفاقية الثالثة) مقاتلين، أي أن لهم الحق في المشاركة المباشرة في الأعمال العدائية.

3. كلما قام طرف في نزاع بدمج وكالة شبه عسكرية أو مسلحة لإنفاذ القانون في قواته المسلحة، فإنه يتعين عليه إخطار الأطراف الأخرى في النزاع بذلك¹.

عليه، فإن المدنيين بشكل عام هم الأفراد الذين لا يشاركون في الأعمال الحربية ولا يخطر ببالهم وفقاً لما تم توضيحه في المواد أعلاه تفصيلاً، وقد اهتمت القوانين الدولية بتوفير الحماية لهم وتجرم أي أفعال تكون موجهة ضدهم بحيث نلاحظ بأن القانون الدولي قد حمى الأفراد المدنيين حتى في حال تواجد أفراد غير مدنيين بينهم، فلم يجعل ذلك مبرراً لعدم حمايتهم أو لنزع الصفة المدنية عنهم، كما أنه جعل الأصل في الأفراد هو أنهم مدنيون، وعليه فإنه في حالة وجود شك حول صفتهم المدنية فإن ذلك الشك لا يزيل عنهم الصفة المدنية بل يتم اعتبارهم مدنيين حتى يثبت العكس.

ثالثاً: علم الجاني بأن سلوكه يشكل جريمة ضد الإنسانية

يقصد بهذا الشرط هو علم الجاني بأن الأفعال التي يقوم بها تشكل جريمة ضد الإنسانية، وإن المقصود هنا ليس هو علمه بالمصطلح بحد ذاته، وإنما علمه بعناصر هذه الجريمة؛ فيكون عالمًا بأن نشاطه الجرمي موجّه ضد أفراد مدنيين، بالإضافة إلى وجوب أن يكون عالمًا بأن فعله هو جزء من هجوم ممنهج أو واسع النطاق، وبالتالي عند علمه بهذه الشروط بالإضافة إلى توافر أركان الجريمة كافة سنكون أمام جريمة ضد الإنسانية².

المبحث الأول

الجريمة ضد الإنسانية من حيث أركانها والأفعال المكونة لها

يتطلب فهم الجريمة ضد الإنسانية وتحديد نطاقها معرفة أركانها والأفعال المكونة لها، وسنتعرف في هذا المبحث على الأركان التي تتشكل منها هذه الجريمة في المطلب الأول، ومن ثم في المطلب الثاني

¹ اتفاقية جنيف الثالثة بشأن معاملة أسرى الحرب، مرجع سابق.

² مراد كواشي، "الجرائم ضد الإنسانية وآثارها على تطبيق القانون الدولي الإنساني وتحقيق السلم والأمن الدوليين"، مجلة دراسات، الجزائر، مج12، ع 1 (2021)، 2021/12/22م، ص257.

سنتعرف على الأفعال التي تشكل جرائم ضد الإنسانية، وذلك من خلال الوقوف على الأنظمة الأساسية لكل من محاكم نورمبرغ، وطوكيو. ورواندا. ويوغوسلافيا، وكذلك النظام الأساسي للمحكمة الجنائية الدولية، بالإضافة إلى الاستعانة بما استقر عليه الفقه في هذا الشأن.

المطلب الأول

أركان الجريمة ضد الإنسانية

إن لكل جريمة أركاناً يجب توافرها واجتماعها مكتملة حتى تقوم تلك الجريمة بوصفها الذي أعطاهها لها القانون، وإن الجريمة ضد الإنسانية ليست استثناءً على هذه القاعدة، فمن خلال تتبع الفقه ونظام روما الأساسي للمحكمة الجنائية الدولية يمكن تحديد الأركان اللازمة لتحقيق الجريمة ضد الإنسانية، وهي كالآتي:

أولاً: الركن المادي

يقوم الركن المادي للجريمة بشكل عام على ثلاثة عناصر يجب تحققها مجتمعة، وهي: الفعل، والنتيجة، وعلاقة السببية.

بالنسبة للفعل الجرمي فإن نظام روما الأساسي للمحكمة الجنائية الدولية قد حدد الأفعال التي تشكل جرائم ضد الإنسانية في الفقرة الأولى من مادته السابعة والتي سنتطرق إليها تفصيلاً في المطلب الثاني. إذ يجب أن تكون هذه الأفعال قد تمت كجزء من هجوم واسع النطاق أو ممنهج وموجه ضد أفراد مدنيين كما ذكرناه سابقاً في المطلب التمهيدي¹.

أما بالنسبة للنتيجة، فإنه يجب أن يترتب على قيام الجاني بالأفعال المحددة في المادة السابعة من نظام روما الأساسي للمحكمة الجنائية الدولية تحقق تلك الجريمة كما وردت في هذا الأخير بالضبط حتى تشكل جريمة من الجرائم ضد الإنسانية. على سبيل المثال كان من ضمن الحالات العديدة التي تطرقت لها المادة السابعة جريمة القتل العمد، وبفرض تطبيقها فإنه يجب أن يؤدي الفعل الجرمي الذي قام به الجاني إلى وفاة أفراد مدنيين أبرياء.

وآخر عنصر هو علاقة السببية، فيلزم أن تتوافر رابطة مباشرة بين النتيجة التي حدثت والفعل المرتكب من قبل الجاني، فإن لم يكن فعل الجاني سبباً مباشراً في النتيجة التي حدثت للمجني عليه، فعندها تنتفي المسؤولية الجزائية عنه.

¹ جواد كاظم الصيرفي، مرجع سابق، ص 214.

ثانياً: الركن المعنوي

حتى تتحقق الجريمة ضد الإنسانية لا بُد أن يتوافر لدى الجاني القصد الجرمي، ويتألف القصد الجرمي في هذه الجريمة من عنصرين، هما: القصد العام والقصد الخاص.

القصد العام هو علم الجاني عند قيامه بالفعل بأنه يرتكب فعلاً مجرمًا قانونًا، بالإضافة إلى اتجاه إرادته لإحداث الفعل والنتيجة. أما القصد الخاص في الجريمة ضد الإنسانية فقد حددها نظام روما الأساسي في اتجاه نية الجاني عند ارتكاب الجريمة إلى إيذاء المدنيين على نحو واسع النطاق أو ممنهج رغم علمه بأنهم ليسوا من ضمن المحاربين، أو القيام باضطهادهم لأسباب سياسية أو عرقية أو دينية وغيرها، أو اتجاه نيته إلى القيام بأفعال لا إنسانية ضد المدنيين عن قصد على نحو يسبب لهم أذى ومعاناة شديدة، وبالتالي يلزم أن يكون لدى الجاني علم وإرادة بأن فعله سيؤدي إلى النتائج المذكورة أعلاه تجاه جماعة بعينها من الأفراد المدنيين حتى تقوم عليه المسؤولية الجزائية عن الجريمة ضد الإنسانية¹.

ونعتقد بأن العلم والإرادة المقصودين هنا يتم استخلاصهما من خلال القرائن إذ من الاستحالة معرفة ما بداخل عقل ونفس الشخص، ولكن يمكن استخلاصهما من خلال الأدلة والقرائن الخارجية والظروف المحيطة التي لا تدع مجالاً للشك.

ثالثاً: الركن الخاص

إلى جانب الأركان العامة التي بيّناها أعلاه فقد نصت الفقرة (2/أ) من المادة السابعة من نظام روما الأساسي للمحكمة الجنائية الدولية على أنه: "تعني عبارة "هجوم موجّه ضد أية مجموعة من السكان المدنيين" نهجاً سلوكياً يتضمن الارتكاب المتكرر للأفعال المشار إليها في الفقرة (1) ضد أية مجموعة من السكان المدنيين، عملاً بسياسة دولة أو منظمة تقضي بارتكاب هذا الهجوم، أو تعزيزاً لهذه السياسة"². ويتجلى من خلال النص السابق بأننا لكي نكون أمام جريمة ضد الإنسانية، فإنه يتعين توافر ركنهم - إلى جانب الأركان السابقة - وهو أن تكون هذه الأفعال التي تمت، قد جرى تنفيذها عملاً بسياسة دولة معينة أو منظمة بعينها من خلال خطة مدروسة، وتنفيذ تلك السياسة يقتضي ارتكاب واحدة أو أكثر من الجرائم الواردة في الفقرة الأولى من المادة السابعة من النظام الأساسي ذاته، وبمفهوم المخالفة إذا كانت تلك الأفعال لم تتم من خلال خطط مدروسة وواضحة لارتكابها من قبل دولة أو منظمة معينة

¹ عادل بن الطاهر بوعزيزي، "الجرائم ضد الإنسانية كجريمة دولية: دراسة تحليلية"، رسالة ماجستير منشورة، كلية القانون، جامعة المرقب، ليبيا، 2010م، ص40.

² نظام روما الأساسي للمحكمة الجنائية الدولية، مرجع سابق.

فإنها لن تندرج تحت دائرة الجرائم ضد الإنسانية حتى وإن تضمنت فعلاً أو أكثر من تلك الواردة بالفقرة الأولى من المادة (7)¹. علاوة على أنه لا يلزم أن تكون تلك الأفعال قد تمت وفق سياسة انتهجتها دولة أو دول معينة فقط - كما حصل مؤخراً في غزة من قبل الكيان المحتل ضد المدنيين العزل هناك -، وإنما يمكن أن تقع أيضاً من كيانات أخرى منظمة كالمليشيات المسلحة والتي قد تقوم بارتكاب جرائم ضد الإنسانية مثل ما حدث في السودان في الآونة الأخيرة، حيث يتم استهداف المدنيين هناك وقتلهم دون مسوغ لذلك، ودون وجود حاجة عسكرية، وغيرها الكثير من صور الجرائم ضد الإنسانية الواردة في نظام روما الأساسي للمحكمة الجنائية الدولية.

كما تجدر الإشارة أخيراً إلى أنه لا يشترط لارتكاب الجريمة ضد الإنسانية وجود نزاع مسلح، سواء كان دولياً أو غير دولي، وقد أثارت هذه القضية جدلاً كبيراً خلال مؤتمر روما المتعلق بالنظام الأساسي للمحكمة الجنائية الدولية، حيث دعمت بعض الدول ربط الجرائم ضد الإنسانية بظرف النزاع المسلح، بينما رأى البعض الآخر منها أهمية عدم اقتصار الجرائم ضد الإنسانية على حالة الحرب، وقد تم في النهاية الاتفاق على أن الجريمة ضد الإنسانية يمكن أن تحدث بغض النظر عن وجود نزاع مسلح من عدمه، حيث تتحقق الجريمة بمجرد توافر شروطها وأوصافها، سواء كانت في زمن السلم أو الحرب².

المطلب الثاني

الأفعال المصنفة ضمن الجرائم الواقعة ضد الإنسانية

يُعد القانون الدولي كما أسلفنا هو أول من أبرز هذا المصطلح وصنّف عدداً من الجرائم بأنها تقع ضمن دائرة الجرائم ضد الإنسانية، حيث بدأ استخدام هذا المصطلح بشكل صريح لأول مرة في عام 1915م، حين أصدرت كل من فرنسا وإيطاليا وروسيا إعلاناً قامت من خلاله بتحذير تركيا بأن الأفعال التي ترتكبها ضد الأقلية الأرمنية تُعد "جرائم ضد الإنسانية والمدنية"، ولكن بحسب وجهة نظر البعض لم يكن لاستخدام هذا المصطلح في ذلك الوقت الأثر القانوني الذي هو عليه اليوم³. وقد تبلورت بشكل أكبر فكرة الجرائم ضد الإنسانية في أعقاب الحرب العالمية الأولى ولكن على استحياء نوعاً ما، حيث ظهر

¹ محمد هشام فريجة، "تطور تقنين الجرائم ضد الإنسانية: دراسة في مفهوم وأركان الجريمة ضد الإنسانية"، مجلة كلية القانون الكويتية، الكويت، مج6، ع21، 2018/03، ص387.

² عمر مكي، ومحمد محمود الكمالي، "أركان الجرائم الدولية دراسة تطبيقية حول قانون الجرائم الدولية الإماراتي"، بحث منشور في موقع اللجنة الدولية للصليب الأحمر، 2022م، www.icrc.org، تاريخ الزيارة 2024/10/16م، ص22.

³ رشيد حمد العنزي، مرجع سابق، ص135.

استخدام هذا المصطلح في تقرير اللجنة المصغرة للمؤتمر التمهيدي للسلام وذلك في عام 1919م، إذ ورد في التقرير دعوة لمحاكمة الأشخاص "الذين ارتكبوا جرائم ضد عادات وتقاليدهم الحرب أو جرائم ضد القواعد الإنسانية"، ولكن لم تلق فكرة الجرائم ضد الإنسانية آنذاك ذلك القبول الكبير من المجتمع الدولي وخصوصاً من الولايات المتحدة الأمريكية، غير أن ذلك الوضع تغير إبان الحرب العالمية الثانية نظراً للفظاعات والانتهاكات الإنسانية الشديدة التي شهدتها العالم في خضمها، فجاء النظامان الأساسيان لمحكمة نورمبرغ وطوكيو لمحاكمة مجرمي الحرب العالمية الثانية ليؤكدوا على ضرورة محاكمة مجرمي الحرب عما ارتكبوه من جرائم في الحرب العالمية الثانية بما فيها جرائم الحرب والجرائم ضد الإنسانية، وبناءً عليه اكتسبت الجرائم ضد الإنسانية أهمية أكبر وأصبح لها قيمة قانونية منذ ذلك الحين¹.

لقد سعى المجتمع الدولي منذ ذلك الوقت إلى تكريس مصطلح الجرائم ضد الإنسانية وتجريرها حيث بدأ ذلك كما ذكرنا بالنظامين الأساسيين لمحكمة نورمبرغ وطوكيو، ومن ثم تلتها خطوات عديدة في السياق ذاته كان من أبرزها إصدار النظام الأساسي لمحكمة رواندا ويوغوسلافيا وانتهاءً بنظام روما الأساسي للمحكمة الجنائية الدولية. من خلال هذا المطالب سنستعرض الأفعال التي تشكل جرائم ضد الإنسانية وفقاً للأنظمة الأساسية للمحاكم الجنائية الدولية آنفة الذكر.

أ. الجرائم ضد الإنسانية في النظام الأساسي لمحكمة نورمبرغ وطوكيو

حددت الفقرة (ج) من المادة السادسة من النظام الأساسي لمحكمة نورمبرغ صور الجرائم ضد الإنسانية، وذلك كما يلي: "الجرائم ضد الإنسانية: وهي القتل والإبادة والاستعباد والإبعاد وغيرها من الأعمال اللاإنسانية المرتكبة ضد أي سكان مدنيين، قبل الحرب أو أثناءها، أو الاضطهاد على أسس سياسية أو عرقية أو دينية تنفيذاً لأي جريمة تدخل في اختصاص المحكمة أو فيما يتصل بها، سواء كانت مخالفة للقانون الداخلي للبلد الذي ارتكبت فيه أم لا"². والذي يتبين بأن المادة سالفة الذكر قد حددت بشكل صريح لأول مرة ما هي الجرائم ضد الإنسانية، ووضعتها في صنفين، هما: الجرائم التي تقع ضد المدنيين قبل الحرب أو أثناءها: وتشمل القتل، الإبادة، الاستعباد، والإبعاد، أو غيرها من الأعمال غير الإنسانية. أما الصنف الآخر فهو الجرائم المتعلقة بالاضطهاد سواء كان لأسباب سياسية أو عرقية

¹ المرجع السابق، ص 136-137

² النظام الأساسي للمحكمة العسكرية الدولية في نورمبرغ، مرجع سابق.

أو دينية، وذلك تنفيذًا لجريمة تدخل في اختصاص المحكمة أو تتصل بها. وهكذا أصبح النظام الأساسي لمحكمة نورمبرغ 1945، مرجعًا يُستند عليه لتحديد الجرائم ضد الإنسانية.

إلا أن ما يلاحظ على هذه المادة بأنها حصرت الصنف الثاني - وهو جرائم الاضطهاد - على أسس ثلاثة فقط، وهي السياسية والعرقية والدينية، حيث كان من الواضح بأنها موجهة لمسألة المسؤولين النازيين عن محرقة الهولوكوست، ولكن السؤال الذي يطرح نفسه هنا هو ماذا عن الأسباب الأخرى للاضطهاد؟ كالاضطهاد على أساس الجنس وغيرها الكثير؟ حيث لم تشمل المادة أي أسباب أخرى غير تلك المذكورة آنفًا ولم تدع مجالاً في صياغتها لتفسيرها بأن تلك الأنواع الثلاثة قد وردت على سبيل المثال لا الحصر. عليه، نرى بأن هذه المادة اعتراها القصور إذ ركزت بشكل كبير على ثلاثة أسباب في الصنف الثاني وأغفلت أسباباً أخرى مساوية لها في السياق ذاته، وقد كان من الأفضل لتجنب ذلك أن يتم ذكر تلك الأسباب على سبيل المثال لا الحصر.

كما أنه بالنسبة للصنف الأول - أي الجرائم الواقعة على المدنيين قبل الحرب أو أثناءها - فيمكن كذلك أن تكون محل نقد؛ وذلك لأن ظاهر النص يوحي بأنه تم حصر الجرائم ضد الإنسانية في هذه الحالة على حالة الحرب فقط، فعبارة "قبل الحرب" لم تأت جازمة هل المقصود بها قبيل وقوع الحرب؟ أم أنه يمكن تصنيف هذه الجرائم بأنها من الجرائم ضد الإنسانية حتى دون وجود حالة حرب - أي في حالة السلم -؟ والأرجح أن المقصود بها هو قبيل وقوع الحرب - أي عند التحضير لشن الحرب -؛ وما يعزز من ذلك هو تفسير محكمة نورمبرغ نفسها لهذه العبارة حيث جاء تفسيرها لها كما يلي: "لكي تُعتبر هذه الأفعال المرتكبة قبل الحرب، جرائم ضد الإنسانية، يجب أن تكون تنفيذًا لمؤامرة أو مخطط مدروس، يرمي إلى شن الحرب العدوانية وقيادتها، أو أن تكون ذات صلة - في أقل الحالات - بهذه الحرب. وإن المحكمة ترى أنه لا يوجد دليل يثبت وجود هذه الصلة رغم شناعة الأفعال المرتكبة وفضاعتها، ولهذا لا نستطيع القول إن الأفعال المنسوبة للنازية، والمرتكبة قبيل 1939/9/1 (إعلان الحرب العالمية الثانية)، يمكن أن تشكل جرائم ضد الإنسانية، بالمعنى الذي يشير إليه نظام المحكمة"¹. لذا كان الأفضل والأسلم أن تأتي الصياغة واضحة وجازمة بأنه يمكن اعتبار هذه الأفعال الواردة بالصنف الأول جرائم ضد الإنسانية حتى في حالات السلم، وليس فقط في حالة الحرب.

أما بالنسبة للنظام الأساسي لمحكمة طوكيو فلم يأت مختلفاً عن سابقه اختلافاً يذكر، بل جاء تكراراً له، حيث نصت المادة (5/ج) منه على الآتي: "الجرائم ضد الإنسانية: وهي القتل والإبادة والاستعباد

¹ عبد الوهاب حومد، الإجرام الدولي، الطبعة الأولى، مطبوعات جامعة الكويت، الكويت، 1978م، ص216.

والإبعاد وغير ذلك من الأفعال اللاإنسانية التي ترتكب ضد أي سكان مدنيين، قبل الحرب أو أثناءها، أو الاضطهاد لأسباب سياسية أو عنصرية في تنفيذ أو فيما يتصل بأي جريمة تدخل في اختصاص المحكمة، سواء كانت مخالفة للقانون الداخلي للبلد الذي ارتكبت فيه أم لا..¹، وعليه يتبين بأن كلا النصين قد جاءا متطابقين تقريباً، باستثناء ما يتعلق بالاضطهاد والذي انحسر بشكل أكبر في النظام الأساسي لمحكمة طوكيو ليغدو مبنياً على سببين فقط وهما الأسباب السياسية أو العنصرية، في حين زاد النظام الأساسي لمحكمة نورمبرغ على ذلك في الاضطهاد لأسباب دينية، والتي نعتقد بأنه تم تضمينها في نظام محكمة نورمبرغ لمساءلة القادة النازيين عن محرقة الهولوكوست ضد اليهود.

ب. النظام الأساسي لمحكمة يوغوسلافيا السابقة ورواندا

حددت المادة (5) من النظام الأساسي لمحكمة يوغوسلافيا الأفعال التي تشكل جرائم ضد الإنسانية على النحو الآتي: "تتمتع المحكمة الدولية بسلطة محاكمة الأشخاص المسؤولين عن الجرائم الآتية عندما ترتكب في نزاع مسلح، سواء كان دولياً أو داخلياً بطبيعته، وموجهاً ضد أي مجموعة من السكان المدنيين:

(أ) القتل.

(ب) الإبادة.

(ج) الاستعباد.

(د) الترحيل.

(هـ) السجن.

(و) التعذيب.

(ز) الاغتصاب.

(ح) الاضطهاد لأسباب سياسية أو عرقية أو دينية.

(ط) الأفعال اللاإنسانية الأخرى².

¹ النظام الأساسي للمحكمة العسكرية الدولية للشرق الأقصى في طوكيو، مرجع سابق.

² النظام الأساسي للمحكمة الدولية في يوغوسلافيا السابقة، تم إصداره بتاريخ 1993/05/25م، بموجب قرار مجلس الأمن رقم (827).

وبالمثل نصت المادة الثالثة من النظام الأساسي للمحكمة الجنائية الدولية برواندا على الأفعال التي تشكل جرائم ضد الإنسانية وذلك كما يلي: "تتمتع المحكمة الدولية لرواندا بسلطة مقاضاة الأشخاص المسؤولين عن الجرائم الآتية عندما ترتكب كجزء من هجوم واسع النطاق أو منهجي ضد أي مجموعة من السكان المدنيين على أسس وطنية أو سياسية أو عرقية أو عنصرية أو دينية:

(أ) القتل.

(ب) الإبادة.

(ج) الاستعباد.

(د) الترحيل.

(هـ) السجن.

(و) التعذيب.

(ز) الاغتصاب.

(ح) الاضطهادات لأسباب سياسية أو عرقية أو دينية.

(أ) الأفعال اللاإنسانية الأخرى¹.

والملاحظ أن الحالات الواردة في النظام الأساسي لمحكمة رواندا باعتبار أنها تشكل جرائم ضد الإنسانية قد جاءت تكررًا لما ورد في النظام الأساسي لمحكمة يوغوسلافيا، والأمر الآخر الملفت في كلا النظامين أنهما أضافا حالات عديدة تشكل جرائم ضد الإنسانية لم تتطرق لها محكمتا نورمبرغ وطوكيو، وتتمثل تلك الجرائم بالسجن والتعذيب والاغتصاب، وجدير بالذكر أن كلا المحكمتين حصرتا جرائم الحرب على المدنيين فقط كما فعل النظامان الأساسيان لمحكمتي نورمبرغ وطوكيو، بيد أن أبرز اختلاف بين صور الجرائم ضد الإنسانية في النظام الأساسي لكلا المحكمتين هو أن النظام الأساسي لمحكمة رواندا قد اشترط لوقوع الجريمة ضد الإنسانية أن تكون الأفعال المرتكبة ضد المدنيين قد تمت بناءً على أسس وطنية أو سياسية أو عرقية أو عنصرية أو دينية حصراً، فإن لم تكن ارتكبت بناءً على واحدة من هذه الأسس فلا تتحقق الجريمة ضد الإنسانية، في الوقت الذي خلا النظام الأساسي لمحكمة

(International Tribunal for the Former Yugoslavia) since 1991، مفوضية الأمم المتحدة السامية لحقوق

الإنسان، www.ohchr.org

¹ النظام الأساسي للمحكمة الدولية في رواندا، مرجع سابق.

يوغوسلافيا من هذه الزيادة التي لا نراها موفقة، حيث إنها تؤدي للكيل بمكيالين عن ذات الأفعال ذاتها، وذلك فقط بسبب اختلاف الأساس الذي تمت بناءً عليه. فضلاً عن ذلك يمكن أن نلاحظ بأن النظام الأساسي للمحكمة قد حدد الاضطهاد الذي يشكل جريمة ضد الإنسانية بثلاث حالات فقط، وقد تطرقنا سابقاً لذلك في معرض حديثنا عن محكمتي نورمبرغ وطوكيو، وعليه فإننا نحيل بشأن ذلك لما ذكرناه أعلاه.

ج. نظام روما الأساسي للمحكمة الجنائية الدولية

تناول النظام الأساسي للمحكمة الجنائية الدولية الجرائم ضد الإنسانية وحددها بشكل صريح، حيث ورد في الفقرة الأولى من المادة الخامسة منه بأنه: "يقتصر اختصاص المحكمة على أشد الجرائم خطورة موضع اهتمام المجتمع الدولي بأسره، وللمحكمة بموجب هذا النظام الأساسي اختصاص النظر في الجرائم الآتية: .. (ب) الجرائم ضد الإنسانية"¹، كما أن الفقرة الأولى من المادة (7) من النظام ذاته حددت صور الجرائم ضد الإنسانية وذلك كالآتي: "لغرض هذا النظام الأساسي، يشكل أي فعل من الأفعال الآتية "جريمة ضد الإنسانية" متى ارتكب في إطار هجوم واسع النطاق أو منهجي موجه ضد أية مجموعة من السكان المدنيين، وعن علم بالهجوم:-

أ. القتل العمد.

ب. الإبادة.

ج. الاسترقاق.

د. إبعاد السكان أو النقل القسري للسكان.

هـ. السجن أو الحرمان الشديد على أي نحو آخر من الحرية البدنية بما يخالف القواعد الأساسية للقانون الدولي.

و. التعذيب.

ز. الاغتصاب أو الاستعباد الجنسي أو الإكراه على البغاء، أو الحمل القسري، أو التعقيم القسري، أو أي شكل آخر من أشكال العنف الجنسي على مثل هذه الدرجة من الخطورة.

ح. اضطهاد أية جماعة محددة أو مجموع محدد من السكان لأسباب سياسية، أو عرقية أو قومية أو إثنية أو ثقافية أو دينية، أو متعلقة بنوع الجنس على النحو المعرف في الفقرة (3)، أو لأسباب

¹ نظام روما الأساسي للمحكمة الجنائية الدولية، مرجع سابق.

أخرى من المسلم عالمياً بأن القانون الدولي لا يجيزها، وذلك فيما يتصل بأي فعل مشار إليه في هذه الفقرة أو أية جريمة تدخل في اختصاص المحكمة.

ط. الاختفاء القسري للأشخاص.

ي. جريمة الفصل العنصري.

ك. الأفعال اللاإنسانية الأخرى ذات الطابع المماثل التي تتسبب عمداً في معاناة شديدة أو في أذى خطير يلحق بالجسم أو بالصحة العقلية أو البدنية¹.

ويستدل من صياغة هذا النص بأنه جاء أوسع وأكثر شمولاً من ناحية تحديد الأفعال المندرجة ضمن الجرائم الواقعة ضد الإنسانية مقارنة بالنظام الأساسي لمحاكم نورمبرغ، وطوكيو، ويوغوسلافيا، ورواندا، كما أنه تلافى العيوب التي كانت موجودة في الأنظمة الأساسية لتلك المحاكم؛ فهو من جانب لم يقيد الجرائم ضد الإنسانية على حالة الحرب فقط، حيث إنّ حصرها على زمن الحرب فيه من الخطورة الشيء الكبير؛ إذا ما وضعنا في عين الاعتبار بأنّ كثيراً من الجرائم ضد الإنسانية لا تقع في زمن الحرب وحسب، ناهيك عن أن تجاهل ذلك سيؤدي لإحداث خلط كبير بين مفهومي الجرائم ضد الإنسانية وجرائم الحرب لدرجة يصعب فيها التمييز بينهما².

من جانب آخر، حاول نظام روما الأساسي تجريم الاضطهاد بأشكاله كافة؛ فلم يحصره على عدد قليل من أشكال الاضطهاد كما فعل النظام الأساسي لكل من محكمة نورمبرغ وطوكيو ويوغوسلافيا ورواندا. علاوة على أنه شمل جرائم إضافية ذات درجة عالية من الخطورة لم يكن قد تطرق لها النظام الأساسي للمحاكم المذكورة، والأكثر من ذلك أن الفقرتين الثانية والثالثة من المادة السابعة من نظام روما الأساسي قد عرّفت المصطلحات التي تحتل التأويل حتى لا تدع مجالاً للشك، فقامت بتوضيحها وتفسيرها بشكل لا لبس فيه.

وبذلك يغدو نظام روما الأساسي للمحكمة الجنائية الدولية هو النموذج والمرجع الأهم حالياً لتحديد الأفعال التي تشكل جرائم ضد الإنسانية، على اعتبار أنه شمل أهم وربما أغلب صور الجرائم التي تصنف بأنها جرائم ضد الإنسانية، علاوة على وضعه لمعايير يمكن الاهتداء بها لتصنيف أي جرائم أخرى لم يذكرها النظام الأساسي للمحكمة ضمن الجرائم ضد الإنسانية من عدمه، فكان أكثر مرونة من الاتفاقيات السابقة له؛ نظراً لكونه لم يجعل الجرائم الواردة به على سبيل الحصر. وهذا وإن كان محل نقد

¹ نظام روما الأساسي للمحكمة الجنائية الدولية، مرجع سابق.

² وسام سليمان الصغير، مرجع سابق، ص 18.

من البعض على أساس مخالفته لمبدأ الشرعية الجنائية "لا جريمة ولا عقوبة إلا بنص"، غير أن ذلك مردود عليه بأن النص الجزائي في حقيقة الأمر موجود وإن كان قد سمح بتجريم أفعال لم يحددها على وجه الخصوص، ولا نرى حرجاً عليه في ذلك؛ لأن الجرائم ضد الإنسانية بمفهومها الحالي تُعد حديثة النشأة، ويصعب حصرها وتقييدها بحالات بعينها، إذ إن ذلك من شأنه أن يغفل يد المجتمع الدولي من ملاحقة ومحاكمة بعض المجرمين المرتكبين للجرائم ضد الإنسانية.

المبحث الثاني

المسؤولية الجنائية عن الجرائم ضد الإنسانية أمام المحاكم الجنائية الدولية

تُعد الجرائم ضد الإنسانية من أخطر الجرائم التي تمس الضمير الإنساني، حيث إن هذه الجرائم قد تجاوزت حدود الدول وباتت محل اهتمام المجتمع الدولي بأسره، وقد أفرزت الأحداث التاريخية التي شهدتها العالم في القرن الماضي تطورات عديدة على الصعيد الدولي للتصدي لهذه الجرائم ومعاقبة مرتكبيها، حيث ساهمت تلك الأحداث - خصوصاً الحربين العالميتين الأولى والثانية - في إبراز ما يُعرف بالجرائم ضد الإنسانية وتزايد الاهتمام بها، وسيتناول هذا المبحث الموضوع في مطلبين، بحيث يتناول المطلب الأول المحاكم الجنائية الدولية التي تمت إقامتها لمساءلة مرتكبي الجرائم ضد الإنسانية، في حين يتناول المطلب الثاني نوعية التدابير الدولية التي تناولها القانون الدولي والأنظمة الأساسية للمحاكم آفة الذكر للتصدي لهذه الجرائم وتقييم مدى كفايتها.

المطلب الأول

المحاكم الجنائية الدولية

منذ انتهاء الحرب العالمية الثانية وتبلور الاهتمام بالجرائم ضد الإنسانية على الصعيد الدولي لم يلبث المجتمع الدولي طويلاً للشروع في محاسبة مرتكبي الجرائم ضد الإنسانية وردعهم، فبدءاً من محكمة نورمبرغ عام 1945م، أخذ المجتمع الدولي في العمل على ردع هذه الجرائم والسعي إلى معاقبة مرتكبيها، وسنستعرض هنا تلك المحاكم التي تمت إقامتها لمحاسبة مرتكبي الجرائم ضد الإنسانية ومعاقبتهم.

يمكن تقسيم المحاكم الجنائية الدولية التي تمت إقامتها إلى نوعين من المحاكم وهما المحاكم الجنائية الدولية المؤقتة، والمحاكم الجنائية الدولية الدائمة.

أولاً: المحاكم الجنائية الدولية المؤقتة

بعد نهاية الحرب العالمية الثانية تم عقد عدد من المحاكم الدولية المؤقتة لمحاكمة مجرمي الحرب ومرتكبي الجرائم ضد الإنسانية ومعاقبتهم، وقد كان من أبرز هذه المحاكم ما يلي:

أ. **المحكمة العسكرية الدولية في نورمبرغ 1945م:** تم إنشاء هذه المحكمة من قبل دول الحلفاء (بريطانيا، فرنسا، الولايات المتحدة، والاتحاد السوفيتي) نتيجة لاتفاق لندن كما أشارت لذلك ديباجة الاتفاقية¹. وكان الهدف المعلن من إقامتها هو محاكمة القادة النازيين المشاركين في الحرب العالمية الثانية، إضافة إلى الأشخاص الطبيعيين الذين ينتمون لدول المحور والذين شاركوا في هذه الحرب. وقد تم توجيه عديد الانتقادات لهذه المحكمة بدءاً من تأسيسها، حيث تم تأسيسها من قبل دول الحلفاء، كما أن قضاة هذه المحكمة بموجب المادة الثانية من نظامها الأساسي يتم تعيينهم من قبل تلك الدول نفسها، فكيف للخصم أن يكون هو القاضي! وبالتالي كانت العدالة فيها ناقصة، أو كما أطلق عليها بعض الفقه "عدالة المنتصرين". أيضاً، تم انتقاد ازدواجية المعايير التي أخذت بها هذه المحكمة، حيث إنها ركزت فقط على الجرائم التي ارتكبتها القادة النازيون، متجاهلةً عديد الجرائم التي ارتكبتها الحلفاء في الحرب ذاتها².

ب. **المحكمة العسكرية الدولية في طوكيو 1946م:** أسست هذه المحكمة بغرض محاكمة مرتكبي جرائم الحرب والجرائم ضد الإنسانية خلال الحرب العالمية الثانية في الشرق الأقصى وتحديداً اليابانيين³، ولعل واحدة من الاختلافات البارزة بين محكمة نورمبرغ وطوكيو تكمن في أن الأولى تم إنشاؤها بموجب اتفاقية دولية في حين أن الأخيرة أنشئت بموجب إعلان عسكري من قبل الجنرال الأمريكي ماك آرثر، وبالتالي فهو ليس ميثاقاً بالمعنى القانوني الدقيق⁴، علاوة على وجود اختلاف في آلية اختيار القضاة بين المحكمتين، فبالنسبة لمحكمة طوكيو لم يتم تعيين القضاة

¹ وسام سليمان الصغير، مرجع سابق، ص18.

انظر أيضاً: النظام الأساسي للمحكمة العسكرية الدولية في نورمبرغ، مرجع سابق.

² نهاري نصيرة، "مبدأ التكامل في ظل القضاء الجنائي المؤقت (محكمة نورمبرغ وطوكيو نموذجاً)"، "مجلة صوت القانون"، الجزائر مج 8، العدد الخاص 2، 2022/10، ص479-480.

³ حسين علي الساعدي، "المحكمة الجنائية الدولية ودورها في القانون الدولي المعاصر"، رسالة ماجستير منشورة، كلية الحقوق، جامعة النهدين، العراق، 2013م، ص13.

⁴ نهاري نصيرة، مرجع سابق، ص481.

فيها من قبل دول الحلفاء الأربع وحسب، وإنما نصت المادة الثانية من النظام الأساسي للمحكمة على أن: "تتألف المحكمة من عدد لا يقل عن خمسة ولا يزيد على تسعة أعضاء، يعينهم القائد الأعلى للقوات المتحالفة من بين الأسماء التي قدمها الموقعون على وثيقة الاستسلام"¹.

لم تسلم هذه المحكمة كذلك من سهام النقد، حيث طالتها الانتقادات ذاتها الموجهة لمحكمة نورمبرغ، خصوصاً في مسألة ازدواجية المعايير؛ إذ لم تتطرق محكمة طوكيو إلى الجرائم ضد الإنسانية رغم النص عليها في النظام الأساسي للمحكمة، ولعل السبب الأرجح في ذلك هو تقادي توريط الولايات المتحدة؛ حيث إن رميها للقنبلتين النوويتين في ناغازاكي وهيروشيما هو أبشع الجرائم ضد الإنسانية التي شهدتها هذه الحرب، إذ إنها كانت موجهة بشكل صريح للمدنيين الأبرياء². فضلاً عن ذلك، لم يتم إدانة الإمبراطور الياباني هيروهيتو على الرغم من أنه كان على رأس الحكومة اليابانية التي تمت إدانة عدد من أعضائها لضلوعهم في جرائم حرب، وقد تم استبعاده من المسؤولية على الأرجح لأسباب سياسية تغيتها الولايات المتحدة الأمريكية من ذلك أيضاً³.

ج. محكمتي يوغوسلافيا ورواندا: تم إنشاء كلتا المحكمتين بموجب قرارات صادرة من مجلس الأمن، إذ تم إنشاء محكمة يوغوسلافيا بموجب قرار مجلس الأمن رقم (1993/827). وقد ذكر بوثيقة القرار أنه تم إنشاء هذه المحكمة "لمقاضاة الأشخاص المسؤولين عن الانتهاكات الجسيمة للقانون الإنساني التي ارتكبت في إقليم يوغوسلافيا السابقة منذ عام 1991"⁴. أما محكمة رواندا فقد تم إنشاؤها بموجب قرار مجلس الأمن رقم (1994/955) وذلك لمحاكمة المسؤولين عن الجرائم التي تشكل انتهاكاً جسيماً للقانون الدولي الإنساني كالإبادة الجماعية في رواندا، وذلك خلال الفترة بين يناير 1994 وديسمبر من العام نفسه⁵. وقد تطرقت كلتا المحكمتين في أنظمتها

¹ النظام الأساسي للمحكمة العسكرية الدولية للشرق الأقصى في طوكيو، مرجع سابق.

² حسين علي الساعدي، مرجع سابق، ص 28-37.

³ نهاري نصيرة، مرجع سابق، ص 483.

⁴ قرار مجلس الأمن رقم (1993/827)، في الجلسة رقم (3217)، المنعقدة بتاريخ 1993/05/25م.

انظر: قرار مجلس الأمن رقم (1993/827)، موقع الأمم المتحدة، www.un.org.

⁵ المحاكم الدولية | مجلس الأمن - the United Nations، موقع الأمم المتحدة، www.main.un.org، تاريخ الزيارة

الأساسية للجرائم ضد الإنسانية، وتميّز نظامهما الأساسي بإضافة جرائم لم ينص عليها النظامان الأساسيان لمحكمتي نورمبيرغ وطوكيو¹.

ثانياً: المحاكم الجنائية الدولية الدائمة

بعد إقامة المحاكم الجنائية الدولية المؤقتة المذكورة أعلاه حدثت نقلة نوعية مهمة على صعيد القانون الدولي والمجتمع الدولي بشكل عام، وهي إقامة المحكمة الجنائية الدولية الدائمة في لاهاي، وذلك بموجب نظام روما الأساسي للمحكمة الجنائية الدولية الصادر عام 1998م، في مؤتمر روما بمقر منظمة الأمم المتحدة للأغذية والزراعة "فاو"، وقد جاء ذلك تنويعاً لجهود أكثر من نصف قرن من العمل المتواصل لإنشاء هذه المحكمة²، وقد انضمت لهذه الاتفاقية 123 دولة حتى الآن، وتُعد هي المحكمة الجنائية الدولية الدائمة الوحيدة في العالم لغاية الآن³.

وبشكل عام فإن نظام روما الأساسي أصبح هو المرجع الأهم بالنسبة للجرائم ضد الإنسانية في الوقت الراهن كما أسلفنا، ورغم ذلك اعتزى هذه المحكمة ونظامها الأساسي بعض القصور وذلك كطبيعة أي عمل بشري، نظراً لأن المشكلة الأبرز هي عدم مصادقة عدد ليس بقليل من الدول على هذه الاتفاقية، فقد ذكرنا بأن 123 دولة فقط صادقت على هذه الاتفاقية، وبالرغم من أنه عدداً ليس بالقليل ولكنه ليس بالكافي لضمان بسط هذه المحكمة سلطتها ونفوذها على المجرمين وملاحقتهم قضائياً، حيث إن الدول غير الأطراف في هذه المعاهدة ليست ملزمة بالامتثال للنظام الأساسي لهذه المحكمة؛ وذلك تطبيقاً لقاعدة نسبية المعاهدة وعدم جواز إلزام الدول غير الأطراف في المعاهدة بالالتزامات الناشئة عنها، وحتى وإن كان هنالك استثناء على هذه القاعدة وهو المعاهدات الشارعة، فإنها ليست محل حديث هنا؛ حيث إن تلك المعاهدات تنظم أوضاعاً عامة وتضع قواعد عامة في القانون الدولي، ويكون الالتزام بها لغير الأطراف بسبب العرف الناشئ عن تطبيقها وليس بسبب المعاهدة ذاتها⁴، كما أنه من المبكر الحديث عن اعتبار نظام روما الأساسي معاهدة شارعة لكونه يعتبر حديثاً نسبياً، حيث إنه صدر في أواخر القرن الماضي، ولم تثر حتى وقتنا الحالي قضايا بشأن إلزامية الدول غير الموقعة على قواعده

¹ لمزيد من التفاصيل، انظر: وسام سليمان الصغير، مرجع سابق، ص 11 - ص 14.

² حسين علي الساعدي، مرجع سابق، ص 37.

³ المحكمة الجنائية الدولية في ١١ فصلاً، المحكمة الجنائية الدولية، www.icc-cpi.int، تاريخ الزيارة 2024/10/1م.

⁴ نجم عبود السامرائي، المدخل إلى القانون الدولي العام، دار الكتاب الجامعي، الإمارات العربية المتحدة، الطبعة الثانية،

باعتباره معاهدة شارة، وبالتالي فإنه ما تزال هناك فرصة قائمة للمجرمين للإفلات من العقوبات المنصوص عليها بموجب هذا النظام، وليس ببعيد عنا ما حدث منذ وقت قريب على مرأى ومسمع العالم عامة والمحكمة الجنائية الدولية خاصة من جرائم وفظائع مرتكبة من قبل الكيان الصهيوني في غزة، حيث ظلت المحكمة الجنائية الدولية في خضمها عاجزة نظراً لعدم انضمام إسرائيل لهذه المعاهدة، ورغم إصدار المحكمة مذكرة اعتقال في حق رئيس حكومة الكيان المحتل، إلا أنه لم يكن من الممكن إلقاء القبض عليه لعدم انضمام إسرائيل لهذه المعاهدة كما ذكرنا، وبالتالي عدم وجود ما يلزمها قانوناً. كما أنه لا يمكن التعويل بتاتاً على مجلس الأمن لإحالة مثل هذه القضايا وغيرها للمحكمة الجنائية الدولية في ظل وجود حق النقض "الفيتو" وتغليب المصالح السياسية على سيادة القانون، وهو ما جعل إحالة هذه القضايا من قبل مجلس الأمن إلى المحكمة الجنائية الدولية ذا طابع انتقائي¹.

المطلب الثاني

التدابير الجنائية الدولية للتصدي للجرائم ضد الإنسانية ومدى كفايتها

لا شك أن الجرائم ضد الإنسانية تُعد من أخطر الجرائم التي تهدد الضمير الإنساني وأبشعها، ولا جدوى من تجريمها دون وجود سبل ناجعة للمعاقبة عليها وردعها، سواءً أكان ردعاً عاماً أم خاصاً. ومن هذا المنطلق سنقوم في هذا المطلب بالنظر إلى الوسائل التي تبناها القانون الدولي لردع الجرائم ضد الإنسانية، ومن ثم سنقيّم مدى كفايتها ومدى الالتزام بتلك التدابير والنصوص على أرض الواقع.

أولاً: عدم التمييز بين مرتكبي الجرائم مهما كانت صفتهم

يُعد هذا المبدأ ذو أهمية كبيرة إذا أخذنا في الحسبان أن كثيراً من مرتكبي الجرائم ضد الإنسانية يشغلون مناصب رسمية رفيعة المستوى وقت ارتكابهم لهذه الجرائم الفظيعة، ولذلك كان من الأهمية بمكان أن يتم النص على أن صفتهم الوظيفية أو السياسية لا تعتبر سبباً لإعفائهم من العقوبة أو تخفيفها عنهم، وقد استقر هذا المبدأ في معظم القوانين الجنائية الدولية، حيث سنتطرق في إطار بحثنا إلى ما نص عليه النظام الأساسي لكل من محكمتي نورمبرغ وطوكيو والمحكمة الجنائية الدولية.

¹ يوسف الشيخ علي، "التحديات القانونية والموضوعية لعمل المحكمة الجنائية الدولية: دراسة نقدية للإطار القانوني والسياسي"، مجلة الباحث للدراسات القانونية والقضائية، المغرب، ع71، 2024/9م، ص232.

نصت المادة (7) من النظام الأساسي لمحكمة نورمبرغ على أنه: "لا يُعتبر المنصب الرسمي الذي يشغله المتهم، سواء كان رئيس دولة أو مسؤولاً حكومياً، سبباً للإعفاء من المسؤولية أو لتخفيف العقوبة"¹.

وكذلك نصت المادة (27) من النظام الأساسي للمحكمة الجنائية الدولية فيما يتعلق بالجرائم التي تدخل في اختصاصها على أنه: "1- يطبق هذا النظام الأساسي على جميع الأشخاص بصورة متساوية دون أي تمييز بسبب الصفة الرسمية، وبوجه خاص فإن الصفة الرسمية للشخص سواء كان رئيساً لدولة أو حكومة أو عضواً في حكومة أو برلمان أو ممثلاً منتخباً أو موظفاً حكومياً، لا تعفيه بأي حال من الأحوال من المسؤولية الجنائية بموجب هذا النظام الأساسي، كما أنها لا تشكل في حد ذاتها، سبباً لتخفيف العقوبة. 2- لا تحول الحصانات أو القواعد الإجرائية الخاصة التي قد ترتبط بالصفة الرسمية للشخص سواء كانت في إطار القانون الوطني أو الدولي، دون ممارسة المحكمة اختصاصها على هذا الشخص"².

في حين نصت المادة (6) من النظام الأساسي لمحكمة طوكيو على أنه: "لا يكفي في حد ذاته أن يكون المتهم في أي وقت يشغل منصباً رسمياً، ولا أن يكون المتهم قد تصرف وفقاً لأمر من حكومته أو من رئيسه، لإعفاء المتهم من المسؤولية عن أي جريمة يُتهم بارتكابها، ولكن يجوز اعتبار مثل هذه الظروف تخفيفاً للعقوبة إذا قررت المحكمة أن العدالة تقتضي ذلك"³.

والذي يتضح من خلال ما تقدم أن النظام الأساسي للمحكمة الجنائية الدولية ومحكمة نورمبرغ ينطبق على الأشخاص كافة على قدم المساواة دون أي تمييز أو اعتبار على أساس الصفة الرسمية للمتهم، سواءً أكان رئيس دولة، أو مسؤولاً حكومياً، أو عضواً منتخباً في البرلمان، أو موظفاً حكومياً، فكل هذه الأوضاع الرسمية لا تعفيه بأي حال من الأحوال من المسؤولية الجنائية، كما لا يمكن أن يكون الوضع الرسمي المذكور سبباً لتخفيف العقوبة.

إلا أن النظام الأساسي لمحكمة طوكيو خالف هذا المبدأ جزئياً؛ نظراً لأنه لم يجعل الصفة الرسمية لمرتكب الجريمة سبباً في الإعفاء من العقوبة، ولكن سمح بجعلها سبباً لتخفيف العقوبة إذا ارتأت المحكمة ذلك، وقد ناقشنا سابقاً الأسباب المحتملة لمثل هذا التباين بين نظامي طوكيو ونورمبرغ مع أنهما

¹ النظام الأساسي للمحكمة العسكرية في نورمبرغ، مرجع سابق.

² نظام روما الأساسي للمحكمة الجنائية الدولية، مرجع سابق.

³ النظام الأساسي للمحكمة الدولية العسكرية للشرق الأقصى في طوكيو، مرجع سابق.

كانا في الفترة ذاتها تقريباً، وهو ما أدى لسياسة الكيل بمكيالين في الفترة الزمنية ذاتها والأحداث المرتبطة بالحرب العالمية الثانية ذاتها، في بلدين كانا حلفاء وهما اليابان وألمانيا النازية، مما يثير عديد التساؤلات. وعموماً نرى أن الإشكالية الحقيقية في هذه النصوص هو مدى القدرة على تطبيقها؛ فبالنسبة للنظام الأساسي للمحكمة الجنائية الدولية فهناك عدد معتبر من الدول لم تصادق عليه، الأمر الذي يؤدي لصعوبة مساءلة مرتكبي هذه الجرائم عند انتماهم لدول ليست أطرافاً في هذه الاتفاقية، وعلى وجهٍ أخص في حال شغلهم لوظائف عامة في تلك الدول أو مناصب سياسية، فيغدو من المستبعد أن تقوم دولهم بتسليمهم، بل قد لا ترغب حتى في محاكمتهم إن كانوا شاغلين لوظائف رفيعة المستوى في البلد وكان ارتكابهم لهذه الجرائم ضمن إطار حكومي ممنهج من الدولة ذاتها، كما هو الحال مع دولة الاحتلال الصهيوني، والأمر ذاته منطبق على الولايات المتحدة في عديد من جرائمها التي ارتكبتها في العراق وأفغانستان.

أما بالنسبة لنظامي نورمبرغ وطوكيو فقد توقّف العمل بهما بانتهاء المحكمتين، وبالتالي لا يمكن الاستناد عليهما عند تطبيق هذا المبدأ في الوقت الراهن.

ثانياً: عدم تقادم الجرائم ضد الإنسانية

لا شك بأن تقادم الجريمة أو سقوطها هي واحدة من أخطر الأمور التي تهدد العدالة الجنائية، بحيث إنها تتيح للمجرمين الفرصة للإفلات من العدالة، وتقادياً لذلك فقد عمدت الأمم المتحدة إلى سد هذه الثغرة من خلال منع الجرائم الأشد خطورة من أن تسقط بالتقادم، وبناءً عليه فقد أصدرت الأمم المتحدة اتفاقية عدم تقادم جرائم الحرب والجرائم المرتكبة ضد الإنسانية وذلك في عام 1968م¹.

إلا أن مبدأ عدم تقادم الجرائم ضد الإنسانية الذي تم إقراره بموجب هذه الاتفاقية كان يتعارض مع التشريعات الوطنية لمعظم الدول التي لا تقر بمبدأ عدم تقادم الجريمة لعدد الأسباب، كإعطاء فرصة للمجرم في الانخراط في المجتمع مرة أخرى، وصعوبة إثبات الجريمة بعد مضي مدة طويلة على

¹ اتفاقية عدم تقادم جرائم الحرب والجرائم المرتكبة ضد الإنسانية، اعتُمدت وُغُضت للتوقيع والتصديق والانضمام بموجب قرار الجمعية العامة للأمم المتحدة رقم (2391) د-23 بتاريخ 1968/11/26م.

انظر: اتفاقية عدم تقادم جرائم الحرب والجرائم المرتكبة ضد الإنسانية، مفوضية الأمم المتحدة السامية لحقوق الإنسان، www.ohchr.org.

انظر أيضاً: مكتبة حقوق الإنسان بجامعة مينيسوتا University of Minnesota، <http://hrlibrary.umn.edu/>، تاريخ الزيارة: 2024/10/07م.

وقوعها¹. كما أن هنالك من يرى بأن عدم تقادم الجرائم سيخالف مبدأً مهماً وأساساً في التشريع الجنائي وهو عدم رجعية القانون بالنسبة للتجريم عن الأفعال المرتكبة قبل صدور القانون، بالإضافة إلى مخالفته لمبدأ الشرعية، وهو بلا شك فيه من الخطورة الشيء الكبير؛ حيث سيتم بموجبه معاقبة أشخاص عن ارتكابهم لأفعال كانت مباحة في حينها²، إلا أن الرأي الذي يرى بعدم تقادم الجرائم ضد الإنسانية يجد أصحابه مبرراً في ذلك؛ على اعتبار أن هذا النوع من الجرائم ومثيلاتها يُعد استثناءً على القواعد السابقة نظراً لخطورتها الكبيرة وضرورة عدم إفلات مرتكبيها من العقاب، وبناءً عليه فقد نصت مبادئ برينستون المتعلقة بمبدأ الولاية القضائية العالمية المعلن عنها في ديسمبر 2001م، وتحديداً في المبدأ السادس منها على أنه: "لا تنطبق قوانين التقادم أو غيرها من أشكال التقادم على الجرائم الخطيرة بموجب القانون الدولي كما هو محدد في المبدأ (1)2"³، وقد حدد المبدأ رقم (1/2) من مبادئ برينستون الجرائم الخطيرة، وذلك كما يلي: "لأغراض هذه المبادئ، تشمل الجرائم الخطيرة بموجب القانون الدولي ما يلي: (1) القرصنة؛ (2) العبودية؛ (3) جرائم الحرب؛ (4) الجرائم ضد السلام؛ (5) الجرائم ضد الإنسانية؛ (6) الإبادة الجماعية؛ والتعذيب"⁴.

على ذات النهج سار نظام روما الأساسي للمحكمة الجنائية الدولية، مؤكداً على قاعدة عدم تقادم جرائم الحرب، حيث نصت المادة (29) منه بشكل صريح على أنه: "لا تسقط الجرائم التي تدخل في اختصاص المحكمة بالتقادم أيّاً كانت أحكامه"⁵. ولكن ما ميّز نظام روما هو نصه على عدم سريان النصوص التجريبية الواردة فيه بأثر رجعي، حيث نصت المادة (1/22) منه على أنه: "لا يُسأل الشخص

¹ فاطمة الزهرة لبدو، "المبادئ القانونية لضمان عدم إفلات مرتكبي التعذيب من العقاب"، مجلة مسارات في الأبحاث والدراسات القانونية، المغرب، مج 2022، ع23، 2022/06/30م، ص54.

² القانون الدولي الإنساني العرفي - القاعدة 160. قانون التقادم، الجمعية الدولية للصليب الأحمر، www.ihl-databases.icrc.org، تاريخ الزيارة: 2024/10/08م.

³ مبادئ برينستون بشأن الاختصاص القضائي العالمي، تم الإعلان عنها في الدورة 56 للجمعية العامة بتاريخ 2001/12/04م.

انظر: Princeton Principles on Universal Jurisdiction، محكمة العدل الدولية، www.icj.org، تم الاطلاع بتاريخ 2024/10/08م.

انظر أيضاً: فاطمة الزهرة لبدو، مرجع سابق، ص54.

⁴ مبادئ برينستون بشأن الاختصاص القضائي العالمي، مرجع سابق.

⁵ نظام روما الأساسي للمحكمة الجنائية الدولية، مرجع سابق.

جنائياً بموجب هذا النظام الأساسي ما لم يشكل السلوك المعني وقت وقوعه جريمة تدخل في اختصاص المحكمة¹. وبالتالي فإن هذا النص قد أعمل مبدأ الشرعية "لا جريمة ولا عقوبة إلا بنص".

ولعل ما ذهب إليه نظام روما الأساسي كان هو الخيار الأمثل؛ لكونهوازن بين الأمرين، فأعطى أهمية لهذه الجرائم فأخرجها من دائرة السقوط بالتقادم حتى لا يفلت مرتكبوها من العقاب، خصوصاً إذا وضعنا بالحسبان خصوصية هذه الجرائم بسبب أن كثيراً من مرتكبيها يشغلون وقت ارتكابهم لها مناصب قيادية في الحكومات تجعل من الصعوبة الشديدة محاسبتهم إلا بعد مضي وقت طويل، ويكون ذلك غالباً بعد انتهاء مناصبهم السياسية أو سقوط الحكومة التي كانوا يحتمون تحت ظلها، إلا أنه تجدر الإشارة إلى أن نظام روما لم يهمل في الوقت ذاته مبدأ الشرعية، والذي يعتبر واحداً من أهم المبادئ الجنائية، حيث إنّ تجاهله قد يفتح الباب للتعسف وإدخال الاعتبارات السياسية وتفصيل القوانين والتشريعات على هوى صانعيها، بحيث تكون مناسبة لمعاقبة أشخاص معينين واستبعاد من يشاؤون من دائرة العقاب، وذلك ما حدث في محكمتي نورمبرغ وطوكيو على سبيل المثال، حين قامت الدول المنتصرة بصياغة النظام الأساسي للمحكمتين بطريقة جعلت جُل أصابع الاتهام متجهة لأعضاء الحكومات في دول المحور مع استبعاد ما قد يشكل جرائم ضد دول الحلفاء، بل وحتى محاسبة من يشاؤون من دول المحور وترك من لا يرغبون بمعاقبتهم.

ثالثاً: عقد اتفاقيات لتسليم مرتكبي الجرائم ضد الإنسانية وملاحقتهم دولياً

منذ نهاية الحرب العالمية الثانية تصاعد الاهتمام الدولي بإيجاد آليات لتسليم مرتكبي الجرائم الدولية، وذلك من خلال عقد عدة اتفاقات دولية في هذا الإطار، لضمان عدم إفلات المجرمين من العقاب، خصوصاً إذا تم ارتكاب الجريمة في أراضي الدولة طالبة التسليم، حيث تم إبرام عديد المعاهدات المتضمنة تسليم مرتكبي الجرائم الدولية، وكان من أهم هذه الاتفاقات الدولية اتفاقية منع الإبادة في عام 1948م، واتفاقيات جنيف 1949 وبروتوكولاتها، كما أصدرت الجمعية العامة للأمم المتحدة في قرارها رقم (13074) والصادر بالدورة رقم (28) المنعقدة بتاريخ 1973/12/3م، قراراً بشأن أهمية تسليم ومعاقبة مرتكبي جرائم الحرب والجرائم ضد الإنسانية². ولكن الإشكالية الأكبر التي كانت تواجه المجتمع الدولي هي كيفية إعمال تلك الاتفاقيات، خاصة أن كثيراً من الدول امتنعت عن الانضمام لتلك الاتفاقيات

¹ نظام روما الأساسي للمحكمة الجنائية الدولية، مرجع سابق.

² فيصل بن زحاف، "تسليم مرتكبي الجرائم الدولية"، أطروحة دكتوراه منشورة، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة وهران، الجزائر، 2011-2012م، ص8.

المتعلقة بتسليم المجرمين، مما أدى إلى امتناع عدد كبير من الدول غير الأطراف عن تسليم المجرمين الموجودين على أراضيها إعمالاً لقاعدة "لا تسليم دون معاهدة"، علاوة على أن بعض الدول لا ترغب أساساً في تسليم ولا معاقبة مرتكبي تلك الجرائم نظراً لاعتلائهم مناصب رفيعة في الدولة¹، بالإضافة إلى مبدأ عدم تسليم الدولة لرعاياها، حيث إن كثيراً من الدول تتمسك بهذا المبدأ، بل إن بعض الدساتير الوطنية تنص بشكل صريح على عدم جواز تسليم الدولة لرعاياها².

لمعالجة هذه الإشكاليات فقد حاولت الأمم المتحدة إقامة محاكم جنائية دولية مؤقتة لمحاكمة مجرمي الحرب في أي مكان يرتكبون به جرائم ضد الإنسانية أو جرائم حرب، بحيث يكون لهذه المحاكم الأولوية في الاختصاص على المحاكم الوطنية على غرار محكمتي نورمبيرغ وطوكيو، وقد تم بالفعل إقامة محكمتي يوغوسلافيا ورواندا - وقد تطرقنا لهما سابقاً -، ومع ذلك فقد واجهت كلتا المحكمتين صعوبات في تعقب وملاحقة جميع المتهمين؛ نظراً لوجود شكوك من بعض الدول تجاه هاتين المحكمتين، وأنهما كسابقتيهما تغطي عليهما الاعتبارات السياسية، وإن ما يطبق فيهما ليس إلا عدالة المنتصرين. عليه، تم إعادة توجيه الجهود الأممية لإيجاد وسيلة أخرى أكثر حياداً ونيلاً للثقة، وبناءً على ذلك قامت لجنة القانون الدولي في عام 1996، بطرح مدونة الجرائم ضد سلم وأمن البشرية، والتي تضمنت في المادتين (9 و10) منها على ضرورة التزام الدول إما بتسليم المتهمين أو محاكمتهم، وفي عام 1998، أثمرت الجهود الدولية عن إنشاء أول محكمة جنائية دولية دائمة بموجب نظام روما الأساسي للمحكمة الجنائية الدولية³، وقد نصت المادة الأولى من النظام الأساسي للمحكمة على أنه: "تتشأ بهذا محكمة جنائية دولية ("المحكمة")، وتكون المحكمة هيئة دائمة لها السلطة لممارسة اختصاصها على الأشخاص إزاء أشد الجرائم خطورة موضع الاهتمام الدولي، وذلك على النحو المشار إليه في هذا النظام الأساسي، وتكون المحكمة مكملة للولايات القضائية الجنائية الوطنية، ويخضع اختصاص المحكمة وأسلوب عملها لأحكام هذا النظام الأساسي"⁴، والملاحظ من خلال النص السابق أنه جاء متوافقاً مع المادتين (9 و10) من مدونة الجرائم ضد سلم و أمن البشرية؛ حيث إن كلاهما أقرّا بأولوية المحاكم الوطنية في محاكمة

¹ فيصل بن زحاف، مرجع سابق، ص9.

² تسليم المجرمين، مكتب الأمم المتحدة المعني بالمخدرات والجريمة، <https://sherloc.unodc.org/>، تم الاطلاع بتاريخ: 2024/10/11م.

³ فيصل بن زحاف، مرجع سابق، ص9-10.

⁴ نظام روما الأساسي للمحكمة الجنائية الدولية، مرجع سابق.

المجرمين وأن المحاكم الدولية تلعب دورًا مكملًا، وذلك على خلاف الوضع الذي كان قائمًا في المحاكم الدولية السابقة، بالإضافة إلى أن الاتفاقيات الثنائية ومتعددة الأطراف بشأن تسليم المجرمين قد ذلت بشكل كبير آلية تسليم المجرمين.

ولكن ما زالت هذه الوسائل - من وجهة نظرنا - حتى الآن يعتريها القصور وليست كافية لضمان تسليم مرتكبي الجرائم ضد الإنسانية، خصوصًا في ظل امتناع بعض الدول عن الانضمام لأي اتفاقيات متضمنة لتسليم مرتكبي الجرائم ضد الإنسانية، ولعل أهمها نظام روما الأساسي، أضف إلى ذلك ضلوع حكومات بنففسها في تلك الجرائم، مما يجعل من الاستحالة قيامها بتسليم أي أفراد من جانبها متهمين بارتكاب جرائم ضد الإنسانية.

الخاتمة

في ختام هذا البحث الذي تطرقنا فيه لماهية الجريمة ضد الإنسانية، والوسائل القانونية المقررة لردعها ومحاسبة مرتكبيها، فإننا قد خلصنا من خلاله إلى عدد من النتائج والتوصيات، وذلك كما يلي:

أولاً: النتائج

1. نظرًا لكون فكرة الجريمة ضد الإنسانية ما زالت حديثة نسبيًا فلم يتم حتى الآن - فيما وقفنا عليه - تقديم تعريف جامع مانع لها متفق عليه من حيث أركانه وعناصره لا من قبل الفقه ولا القضاء ولا التشريعات الدولية على حد سواء.
2. أسهمت محاكم نورمبرغ وطوكيو ورواندا ويوغوسلافيا في تطوير التشريعات المتعلقة بالجرائم ضد الإنسانية، حيث شكلت كل منها الأساس الذي بني عليه للمحكمة التالية لها، وجميع تلك المحاكم كانت حجر الأساس للمحكمة الجنائية الدولية الحالية، حيث استند عليها نظام روما الأساسي مع إدخال بعض التحسينات عليها حتى بات هو المرجع الأهم حاليًا للجرائم ضد الإنسانية.
3. رغم الإيجابيات العديدة لمحكمتي نورمبرغ وطوكيو، إلا أن الجانب السياسي طغى عليهما، سواء من ناحية صياغة نظامهما الأساسي، أو تعيين القضاة، أو حتى المجرمين المحالين للمحاكمة، فجميعها تمت على أسس انتقائية مفتقرة للحياد والموضوعية.
4. على الرغم من سعي الأمم المتحدة لتحسين الأنظمة الأساسية لمحكمتي رواندا ويوغوسلافيا وإيجاد ضمانات أكبر لمحاسبة مرتكبي الجرائم ضد الإنسانية فيهما، إلا أنهما لم تتجحا في ذلك، إذ تأثرتا بالصورة النمطية لمحكمتي نورمبرغ وطوكيو، خصوصًا أنه تم إنشاؤهما بموجب قرارات

من مجلس الأمن، والخاضع لسيطرة الدول دائمة العضوية، ولذلك فقد ظلت الشكوك تحوم حول مصادقية تلك المحاكم وحياديتها.

5. شكلت المحكمة الجنائية الدولية ونظامها الأساسي تنويجاً لجهود نصف قرن من العمل على إنشاء محكمة مختصة ومقبولة دولياً لنظر القضايا الجنائية الدولية بما فيها الجرائم ضد الإنسانية.

6. رغم تقادي المحكمة الجنائية الدولية عيوب المحاكم الدولية السابقة، إلا أن عدم مصادقة عدد كافٍ من الدول على نظامها الأساسي يعوق إنفاذ أحكامها وملاحقة مرتكبي هذه الجرائم، كما أن اعتبار نظامها الأساسي معاهدة شارعة ما يزال مبكراً، ولم تطرح قضايا بهذا الصدد بعد.

7. لا يمكن التعويل على مجلس الأمن في إحالة قضايا الجرائم ضد الإنسانية للمحكمة الجنائية الدولية؛ نظراً لتضارب المصالح المستمر بين الدول دائمة العضوية، حيث باتت إحالتها إلى المحكمة انتقائية؛ بسبب تضارب مصالح الدول دائمة العضوية مما أخرجها من دائرة الشرعية إلى وحل المصالح السياسية.

8. أهم عيوب عدم التمييز بين مرتكبي الجرائم ضد الإنسانية هو غياب آليات فاعلة لمحاسبتهم، خاصة أن معظمهم قادة دول أو أصحاب نفوذ ومناصب في تلك الحكومات، وبالتالي لا تقوم تلك الدول بتسليم هؤلاء المجرمين ولا حتى معاقبتهم، كما هو الحال مع دولة الاحتلال الإسرائيلي.

9. عدم تقادم الجرائم ضد الإنسانية يضمن إمكانية محاسبة مرتكبيها مهما طال الزمن، ولكنها تبقى وسيلة محدودة من حيث طول المدة، التي قد تطول لسنوات حتى يتم محاسبة الجناة وربما لا يتم محاسبتهم إطلاقاً.

10. واجهت المحاكم الجنائية الدولية صعوبة في تسليم المجرمين رغم الاتفاقيات العديدة لتسليمهم، ولكن الوضع تحسن مع صدور مدونة الجرائم ضد الإنسانية ونظام روما الأساسي، والذان قررا الأولوية للمحاكم الوطنية، ومع ذلك يبقى التحدي قائماً بسبب عدم مصادقة العديد من الدول عليهما.

11. التحدي الأكبر الذي تواجهه المحكمة الجنائية الدولية في مواجهة الجرائم ضد الإنسانية هو تحدٍ سياسي أكثر منه قانوني.

ثانياً: التوصيات

1. يجب نزع المصالح السياسية عند صياغة التشريعات الدولية، إذ إن ذلك مؤداه إلى وجود عدالة ناقصة وازدواجية في المعايير وفقدان للثقة في تلك التشريعات، ولنا فيما حدث بمحكمة نورمبرغ وطوكيو عبرة، إذ إن طغيان المصالح السياسية فيهما أدى إلى التشكيك بالمحاكم اللاحقة لهما.
2. لتفادي إشكالية عدم تصديق عدد كبير من الدول على النظام الأساسي للمحكمة الجنائية الدولية فإننا نقترح أن يُجعل هذا النظام جزءاً لا يتجزأ من ميثاق الأمم المتحدة، بحيث يصبح أعضاء الأمم المتحدة تلقائياً أطرافاً في النظام الأساسي للمحكمة الجنائية الدولية.
3. نحث من خلال هذه الدراسة الأمم المتحدة على إعادة النظر في آلية اتخاذ القرارات في مجلس الأمن خاصة حق النقض "الفيتو"؛ لأن طغيان المصالح السياسية فيه وتضاربها يؤدي إلى الإضرار بالعدالة، بل إن هذا الضرر يطال المجتمع الدولي بأسره.
4. على مجلس الأمن التجرد من المصالح السياسية عند نظره لقضايا الجرائم ضد الإنسانية وغيرها من القضايا الدولية، حيث إن تغليب هذه المصالح السياسية على المعايير القانونية والإنسانية أدى إلى شل مجلس الأمن وأصبح دوره سلبياً فلم يعد يستطيع أن يتخذ قراراً حاسماً في القضايا الماسة بالأمن والسلم الدوليين والتي من ضمنها الجرائم ضد الإنسانية.
5. في سبيل تعزيز العدالة الناجزة وزيادة فاعلية دور المحكمة الجنائية الدولية، نقترح إيجاد آلية يكون مجلس الأمن ملزماً بموجبها بتنفيذ الأحكام الصادرة عن المحكمة، حتى وإن لم يكن هو من قام بإحالتها لها، بحيث يجوز له استعمال القوة في تنفيذ هذه الأحكام إذا تطلب الأمر.
6. يتعين على المشرعين الوطنيين كافةً تجريم الجرائم ضد الإنسانية الواردة بنظام روما الأساسي للمحكمة الجنائية الدولية، حيث إن هذا الأخير نصّ على أن دوره مكملاً للمحاكم الوطنية وأن الأولوية لمحاسبة ومعاقبة مرتكبي الجرائم الدولية ومنها الجرائم ضد الإنسانية هو للمحاكم الوطنية.

بيان تضارب المصالح:

يقر جميع المؤلفين أنه ليس لديهم أي تضارب في المصالح.

قائمة المصادر والمراجع:

أولاً: القوانين والاتفاقيات الدولية

1. النظام الأساسي للمحكمة العسكرية الدولية في نورمبيرغ، تم إنشاؤه بموجب اتفاقية مقاضاة ومعاقبة كبار مجرمي الحرب من دول المحور الأوروبية، تم التوقيع عليها في لندن في 8 أغسطس 1945م.
2. النظام الأساسي للمحكمة العسكرية الدولية للشرق الأقصى في طوكيو، صادر بتاريخ 19/01/1946م، وتم توقيعه بتاريخه في طوكيو.
3. اتفاقية جنيف الثالثة بشأن معاملة أسرى الحرب، تم اعتماده في المؤتمر الدبلوماسي لوضع اتفاقيات دولية لحماية ضحايا الحروب، تم عقده بتاريخ 12/08/1949م.
4. اتفاقية عدم تقادم جرائم الحرب والجرائم المرتكبة ضد الإنسانية، اعتمدت وعُرضت للتوقيع والتصديق والانضمام بموجب قرار الجمعية العامة للأمم المتحدة رقم (2391) د-23 بتاريخ 26/11/1968م.
5. البروتوكول الأول الإضافي إلى اتفاقيات جنيف، تم اعتماده في المؤتمر الدبلوماسي بشأن إعادة تأكيد القانون الدولي الإنساني المنطبق على المنازعات المسلحة وتطويره، تم عقده بتاريخ 08/06/1977م.
6. النظام الأساسي للمحكمة الدولية في يوغوسلافيا السابقة، صادر بتاريخ 25/05/1993م، بموجب قرار مجلس الأمن رقم (827).
7. قرار مجلس الأمن رقم (1993/827)، في الجلسة رقم (3217)، المنعقدة بتاريخ 25/05/1993م.
8. النظام الأساسي للمحكمة الدولية برواندا، صادر بتاريخ 08/11/1994م، بموجب قرار مجلس الأمن رقم (955).
9. نظام روما الأساسي للمحكمة الجنائية الدولية، صادر بتاريخ 17/07/1998م، في المؤتمر الدبلوماسي للمندوبين المفوضين المعني بإنشاء محكمة جنائية دولية، تم عقده في روما، ودخل حيز التنفيذ بتاريخ 01/06/2002م.
10. مبادئ برينستون بشأن الاختصاص القضائي العالمي، تم الإعلان عنها في الدورة 56 للجمعية العامة بتاريخ 04/12/2001م.

ثانيًا: الكتب العربية

1. جواد كاظم الصيرفي، الجرائم ضد الإنسانية في ضوء أحكام القانون الدولي - دراسة مقارنة، الطبعة الأولى، المركز العربي للنشر والتوزيع، مصر، 2017م.
2. عبد الوهاب حومد، الإجرام الدولي، الطبعة الأولى، مطبوعات جامعة الكويت، الكويت، 1978م.
3. علي عبد القادر القهوجي، القانون الجنائي الدولي - أهم الجرائم الدولية، المحاكم الجنائية الدولية، الطبعة الأولى، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت - لبنان، 2001م.

ثالثًا: الرسائل العلمية

1. حسين علي الساعدي، "المحكمة الجنائية الدولية ودورها في القانون الدولي المعاصر"، رسالة ماجستير منشورة، كلية الحقوق، جامعة النهدين، العراق، 2013م.
2. عادل بن الطاهر بوعزيزي، "الجرائم ضد الإنسانية كجريمة دولية: دراسة تحليلية"، رسالة ماجستير منشورة، كلية القانون، جامعة المرقب، ليبيا، 2010م.
3. فيصل بن زحاف، "تسليم مرتكبي الجرائم الدولية"، أطروحة دكتوراه منشورة، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة وهران، الجزائر، 2011-2012م.

رابعًا: المجلات والدوريات

1. رشيد حمد العنزي، "الجرائم ضد الإنسانية: دراسة في مفهومها وأساسها القانوني ودور الأمم المتحدة في مكافحتها"، مجلة البحوث القانونية والاقتصادية، مصر، ع16، 1994م.
2. عادل حمزة عثمان، "المسؤولية الدولية عن الجرائم الدولية - دراسة في حالة الموقف الأمريكي"، مجلة الدراسات الدولية، العراق، ع48، 2011/04/03م.
3. فاطمة الزهرة لبدو، "المبادئ القانونية لضمان عدم إفلات مرتكبي التعذيب من العقاب"، مجلة مسارات في الأبحاث والدراسات القانونية، المغرب، مج 2022، ع23، 2022/06/30م.
4. محمد هشام فريجة، "تطور تقنين الجرائم ضد الإنسانية: دراسة في مفهوم وأركان الجريمة ضد الإنسانية"، مجلة كلية القانون الكويتية، الكويت، مج6، ع21، 2018/03م.
5. مراد كواشي، "الجرائم ضد الإنسانية وآثارها على تطبيق القانون الدولي الإنساني وتحقيق السلم والأمن الدوليين"، مجلة دراسات، الجزائر، مج12، ع1 (2021)، 2021/12/22م.

6. نهاري نصيرة، "مبدأ التكامل في ظل القضاء الجنائي المؤقت (محكمتي نورمبورغ وطوكيو نموذجًا)"، "مجلة صوت القانون"، الجزائر مج 8، العدد الخاص 2، 2022/10م.
7. وسام سليمان الصغير، "مفهوم الجرائم ضد الإنسانية: التعريف - العناصر"، "مجلة البحوث القانونية"، ليبيا، مج 2020، ع 11، 2020/12/31م.
8. يوسف الشيخ علي، "التحديات القانونية والموضوعية لعمل المحكمة الجنائية الدولية: دراسة نقدية للإطار القانوني والسياسي"، "مجلة الباحث للدراسات القانونية والقضائية"، المغرب، ع 71، 2024/9م.

خامسًا: المواقع الإلكترونية

1. "القانون الدولي الإنساني العرفي - القاعدة 160. قانون التقادم"، الجمعية الدولية للصليب الأحمر، www.ihl-databases.icrc.org، تاريخ الزيارة: 2024/10/08م.
2. "المحاكم الدولية مجلس الأمن - the United Nations"، موقع الأمم المتحدة، www.main.un.org، تاريخ الزيارة 2024/10/1م.
3. "المحكمة الجنائية الدولية في ١١ فصلاً"، المحكمة الجنائية الدولية، www.icc-cpi.int، تاريخ الزيارة 2024/10/1م.
4. "تسليم المجرمين"، مكتب الأمم المتحدة المعني بالمخدرات والجريمة، <https://sherloc.unodc.org/>، تم الاطلاع بتاريخ: 2024/10/11م.
5. عمر مكي، ومحمد محمود الكمالي، "أركان الجرائم الدولية دراسة تطبيقية حول قانون الجرائم الدولية الإماراتي"، بحث منشور في موقع اللجنة الدولية للصليب الأحمر، 2022م، www.icrc.org، تاريخ الزيارة 2024/10/16م.
6. مكتبة حقوق الإنسان بجامعة منيسوتا، University of Minnesota، <http://hrlibrary.umn.edu/>، تاريخ الزيارة: 2024/10/07م.

تعزيز حقوق المرأة من خلال آليات العدالة الانتقالية

Women's Rights in the Transitional Justice Process

أ.أمانى المساعيد

الجامعة العربية الأمريكية

(فلسطين)

تعزيز حقوق المرأة من خلال آليات العدالة الانتقالية

Women's Rights in the Transitional Justice Process

أ. أمانى المساعيد

الجامعة العربية الأمريكية، (فلسطين)

amanimasaid@yahoo.com

ORCID :6656-6052-0002-0009

DOI: <https://doi.org/10.70411/MJLS.3.2.2025191>

تاريخ القبول: 2025-03-09

تاريخ المراجعة: 2025-01-08

تاريخ الاستلام: 2025-01-05

الملخص:

تبرز ضرورة اعتماد آلية فعالة للعدالة الانتقالية في المنطقة العربية في ظل التغيرات السياسية الحاصلة نتيجة الثورات أو الانقلابات العسكرية على سدة الحكم، حيث تساهم هذه الآلية في تحقيق الهدف المرجو منها من خلال إشراك جميع الأطراف المعنية، مع مراعاة دور إدماج النوع الاجتماعي في مراحل العدالة الانتقالية كافة، خاصة وأن النساء يتأثرن بشكل كبير في ظل الحروب والصراعات. وعليه، فإن تسليط الضوء على آلية العدالة الانتقالية كضمانة أساسية لحقوق الإنسان تهدف إلى بيان الأساس القانوني الدولي في إدماج المرأة في المجالات السياسية والاقتصادية والاجتماعية كافة في حالة اعتماد آليات العدالة الانتقالية للمرحلة التالية لتغييرات السياسة في الدول. تم اعتماد المنهج الوصفي التحليلي في هذه الدراسة، من خلال سرد نصوص الاتفاقيات الدولية ذات العلاقة، بالإضافة إلى قرارات مجلس الأمن الدولي حول المرأة والأمن والسلام، وتحليل آليات العدالة الانتقالية القضائية وغير القضائية وأهمية إدماج حقوق المرأة في إجراءاتها. توصلت الدراسة إلى أن العدالة الانتقالية تقوم على مبادئ دولية راسخة تتضمن أساساً قانونية ضامنة لحقوق الإنسان، بالإضافة إلى مبادئ وطنية تتلاءم مع سمات المجتمعات التي تقوم بها العدالة الانتقالية بحيث تناسب الثقافة المجتمعة السائدة، وتتاسب تطلعات هذه المجتمعات إلى ترسيخ سلام مستدام.

الكلمات المفتاحية: العدالة الانتقالية، مجلس الأمن، حقوق المرأة، المشاركة الفاعلة، جبر الضرر.

Abstract:

The necessity of adopting an effective mechanism for transitional justice in the Arab region becomes evident in light of the political changes resulting from revolutions or military coups that have taken place. This mechanism contributes to achieving the desired goal by involving all concerned parties, while taking into account the role of integrating gender throughout all stages of transitional justice, especially since women are significantly affected in times of war and conflict. The importance of this study lies in highlighting the mechanism of transitional justice as a fundamental guarantee for human rights. It aims to demonstrate the international legal foundation for integrating women in all political, economic, and social areas when transitional justice mechanisms are adopted for the next phase of political changes in countries. The descriptive-analytical approach was adopted in this study by presenting the texts of relevant international agreements, along with the decisions of the Security Council regarding women, security, and peace. It also includes analyzing the mechanisms of transitional justice, both judicial and non-judicial, and the importance of integrating women's rights into its procedures. The study concluded that transitional justice is based on established international principles, including legal foundations that guarantee human rights, as well as national principles that align with the characteristics of the societies implementing transitional justice, ensuring that it fits the prevailing societal culture and meets the aspirations of these societies by establishing sustainable peace.

Keywords : transitional justice, security council, women's rights, active participation, reparation

المقدمة

تمثل العدالة الانتقالية إحدى الآليات التي تساهم في تحقيق الحق في العدالة، وتستند على أسس حقوق الإنسان، حيث ظهرت العدالة الانتقالية بشكل بارز في أواخر الثمانينيات وأوائل تسعينيات القرن العشرين، وكانت استجابة للتغيرات السياسية التي شهدتها أمريكا اللاتينية وشرق أوروبا إثر تصاعد المطالبات بالعدالة في هاتين المنطقتين. في تلك الفترة، سعى المدافعون عن حقوق الإنسان وغيرهم للتصدي للانتهاكات المنهجية التي ارتكبتها الأنظمة السابقة، وقد أُطلق على هذه التحولات اسم "الانتقال الديمقراطي". ومن هنا بدأ يُعرف هذا المجال الجديد متعدد التخصصات بمصطلح "العدالة الانتقالية". وتُعد العدالة الانتقالية أداة فعالة للتخلص من آثار الانتهاكات الجسيمة لحقوق الإنسان، مما يساعد في الانتقال التدريجي نحو الديمقراطية على أسس راسخة، كما أنها تعزز شروط التسامح والمصالحة والشرعية والتعددية والاستقرار داخل المجتمع بعيداً عن ثقافة الثأر والانتقام.

أهمية البحث:

تتمثل أهمية البحث في محاولة الوصول إلى أفضل الطرق لتحقيق العدالة الانتقالية التي غالباً ما ترتبط بالثورات والانقلابات والصراعات المسلحة. فمنذ اندلاع الربيع العربي وبدء الثورات في المنطقة العربية، أصبحت هذه الأحداث محط اهتمام العديد من الباحثين الذين يتساءلون عن مصير ما بعد هذه الثورات، والتي ما زالت نتائجها تتواصل في تغيير الأنظمة السياسية، وآخر مثال على ذلك ما شهدته سوريا. وفي هذا السياق، تبرز ضرورة اعتماد آلية فعالة للعدالة الانتقالية في المنطقة العربية في ظل التغيرات والثورات المستمرة، بحيث تساهم هذه الآلية في تحقيق الهدف المرجو منها من خلال إشراك جميع الأطراف المعنية، مع مراعاة دور إدماج النوع الاجتماعي في مراحل العدالة الانتقالية كافة، خاصة وأن النساء يتأثرن بشكل كبير في ظل الحروب والصراعات. كما تكمن أهمية دراسة العدالة الانتقالية في توسيع الرؤى نحو تطبيق آليات وإستراتيجيات تهدف إلى بناء مستقبل قائم على الديمقراطية والأمن والمساواة.

أهداف البحث:

تهدف دراسة حقوق المرأة في عملية العدالة الانتقالية إلى فهم إطار تطبيق العدالة الانتقالية على ضحايا الانتهاكات التي طالت حقوق المرأة، من خلال الاستناد إلى محاكمات عادلة وأهمية إشراك المرأة في عمليات اتخاذ القرار، بالإضافة إلى مقارنة الوصول إلى تحقيق توازن بين محاكمة مرتكبي الجرائم

والاعتبارات السياسية والاجتماعية التي تقتضي تحقيق السلام والاستقرار في مرحلة ما بعد النزاعات، مما يمكن من الوصول إلى جبر ضرر الضحايا النساء على جميع الأصعدة النفسية والجسدية والاجتماعية.

إشكالية البحث:

تتجلى في إطار هذا البحث إشكالية مهمة تتبع من عدة عوامل، أبرزها مدى إمكانية تطبيق العدالة الانتقالية في ظل تطور الوعي لدى الشعوب الساعية إلى تحقيق الحرية والتخلص من الأنظمة الاستبدادية التي حكمتها لسنوات طويلة، كما هو حال العديد من الدول العربية التي ثار بعضها لسقوط الأنظمة الاستبدادية. إضافة إلى ذلك، تساهم الحروب الاحتلالية، كما في فلسطين، والنزاعات الأهلية، كما في السودان، في تعميق انتهاك حقوق الإنسان لا سيما الفئات الضعيفة كالمرأة والطفل وكبار السن. وفي هذا السياق، تبرز تساؤلات رئيسية حول إمكانية تطبيق آليات العدالة الانتقالية التي تتسم بإدماج جميع فئات المجتمع، خاصة النساء اللاتي يعانين بشكل خاص من هذه الظروف. وقد تمحورت الأسئلة البحثية فيما يلي:

1. ما مدى اهتمام المجتمع الدولي بتعزيز أهمية العدالة الانتقالية في المجتمعات التي تعاني من أزمات سياسية واقتصادية واجتماعية؟
2. ما أهمية ربط حقوق المرأة بعملية العدالة الانتقالية؟
3. هل يمكن تصحيح الأوضاع التمييزية ضد النساء من خلال تطبيق آليات العدالة الانتقالية؟

حدود البحث:

تركز الدراسة على بيان قرارات مجلس الأمن حول المرأة والأمن والسلام منذ عام 2000 إلى عام 2019، وما تضمنته هذه القرارات من آليات ضامنة لمجتمع ديمقراطي قائم على المساواة وسيادة القانون، بالإضافة إلى تسليط الضوء على النصوص والاتفاقيات الدولية فيما يتعلق بحقوق الإنسان الأساسية لتطبيق العدالة الانتقالية.

منهج البحث:

يقتضي التصدي لإشكاليات دراسة حقوق المرأة في إجراءات العدالة الانتقالية، اتباع المنهج الوصفي التحليلي؛ كون هذه الدراسة سوف تقدم تفسيرات حول ماهية العدالة الانتقالية، كما أنه سيتم الوصول إلى المعلومات والبيانات من مصادرها الأصلية، وعليه، سيتم اعتماد أدوات المنهج الوصفي التحليلي القائمة على ما يلي:

1. سرد النصوص والقرارات الدولية الأممية الصادرة بشأن العدالة الانتقالية، خاصة القرارات المتعلقة بمسألة العدالة الانتقالية حول المرأة والأمن والسلام الصادرة من مجلس الأمن التابع لمنظمة الأمم المتحدة.

2. دراسة آليات العدالة الانتقالية وتحليلها بما يضمن إدماج حقوق المرأة في إجراءاتها.

تقسيم البحث:

سيتم تقسيم البحث إلى مبحثين، نتناول في المبحث الأول العدالة الانتقالية كأحد آليات حماية المرأة، وتتضمن مطلبين، تضمن المطلب الأول ماهية العدالة الانتقالية من حيث المفهوم وأبرز تعريفاته، بالإضافة إلى تمييزه عن العدالة التقليدية، أما المطلب الثاني فيسلط الضوء على كيفية معالجة العدالة الانتقالية من خلال القرارات الدولية، كما نتاولنا في المبحث الثاني تطبيق حقوق المرأة من خلال آليات العدالة الانتقالية، نتاول هذا المبحث آليات العدالة الانتقالية في ضمان حماية حقوق المرأة من خلال المطلب الأول، أما المطلب الثاني فيتناول تطبيق آليات العدالة الانتقالية من منظور النوع الاجتماعي.

الدراسات السابقة:

1. فاطمة، بوخاري، بوزيان، مكلل، بحث بعنوان: "العدالة الانتقالية في القانون الدولي". (2020)، بحث منشور في مجلة الحوار المتوسطي، (مجلد 11).

سُلط الضوء في هذا البحث على الإطار المفاهيمي للعدالة الانتقالية، بالإضافة إلى التطور التاريخي للعدالة الانتقالية من خلال تطور الآليات والمعايير التي تعمل على معالجة الانتهاكات الجسيمة لحقوق الإنسان، وقد خرج هذا البحث بنتائج أبرزها: أن العدالة الانتقالية تتسم بالأولوية التي يحظى بها التوازن والإدماج، حيث تركز هذه العدالة على إرساء التوازن بين الأهداف على اختلافها وتتافسها.

2. عمر، عمر، بحث بعنوان: "مفهوم العدالة الانتقالية من وجهة نظر القانون الدولي العام". (2019). بحث منشور في مجلة جامعة تكريت للحقوق، (مجلد 4).

سُلط الضوء في هذا البحث على هيكلية وأهداف العدالة الانتقالية، بالإضافة إلى تحليل المفاهيم المتعلقة بالعدالة الانتقالية، وكيف أثرت المرجعيات الدولية في تطوير آليات العدالة الانتقالية، وقد خرج البحث بعدة نتائج أبرزها: أن العدالة الانتقالية مفهوم نسبي، فما يصلح للتطبيق في بلد ما لا يصلح للتطبيق في بلدان أخرى بسبب الاختلاف في الظروف، بالإضافة إلى أنه يجب أن تكون

خارطة طريق العدالة الانتقالية قائمة على عمل مؤسسي وقانوني وليست على أساس العدالة الثورية.

المبحث الأول

العدالة الانتقالية كأحد آليات حماية حقوق المرأة

تبلور الإطار العام للعدالة الانتقالية نتيجة الاضطرابات السياسية التي ألمت بالمجتمعات في العقود الأخيرة، مما نتج عن ذلك تطور في فهم كيفية معالجة الانتهاكات الناتجة في النزاعات والتي تؤثر على فئات المجتمع كافة، وعليه، أصبح التوجه إلى تطبيق آليات فعالة ضامنة لاحترام حقوق الإنسان مما يمكن تجسيد حكم القانون من خلال تطبيق آليات قضائية وآليات أخرى ملائمة لاسترجاع الحقوق المسلوقة في فترة النزاعات. وعليه، تم تقسيم هذا المبحث إلى مطلبين، تضمن المطلب الأول ماهية العدالة الانتقالية من حيث المفهوم وأبرز تعريفاته، بالإضافة إلى تمييزه عن العدالة التقليدية، أما المطلب الثاني فقد سلط الضوء على كيفية معالجة العدالة الانتقالية من خلال القرارات الدولية.

المطلب الأول

ماهية العدالة الانتقالية

العدالة الانتقالية هي آلية دولية تهدف إلى معالجة الجرائم والانتهاكات التي حدثت في فترات النزاع أو الأنظمة القمعية وهي تهدف إلى تحقيق العدالة للضحايا، مع الحفاظ على الاستقرار الاجتماعي والسياسي في مرحلة ما بعد النزاع، تُعتبر العدالة الانتقالية مكوناً أساسياً في بناء السلام وتعزيز حقوق الإنسان، حيث تتعامل مع الجرائم التي ارتكبت أثناء الأنظمة الاستبدادية أو الصراعات المسلحة من خلال مجموعة من الآليات القانونية والاجتماعية. وعليه سيتم تقسيم هذا المطلب إلى فرعين على التوالي: أولاً، مفهوم العدالة الانتقالية، ثانياً، مبادئ العدالة الانتقالية.

الفرع الأول

مفهوم العدالة الانتقالية

يشمل مصطلح العدالة الانتقالية كل الأدوات والإجراءات المتخذة للتعامل مع مجتمع عانى من نزاعات مسلحة أو حكم دكتاتوري بهدف تمهيد الطريق لمستقبل أفضل¹، حيث عرّف الأمين العام للأمم المتحدة العدالة الانتقالية بأنها "آليات مرتبطة بالمحاولات التي يبذلها المجتمع لتقهم ما تم في الماضي من

¹ المركز الفلسطيني لاستقلال المحاماة والقضاء مساواة، "إستراتيجية العدالة الانتقالية في فلسطين في أعقاب الصراع الداخلي"، 2023، ص3.

تجاوزات واسعة النطاق بغية كفالة المساءلة وإقامة العدالة وتحقيق المصالحة¹، كما عرّفها مركز حقوق الإنسان والعدالة الانتقالية بأنها "الطموح إلى مساعدة المجتمعات المقموعة على التحول إلى مجتمعات حرة، عن طريق التصدي لمظالم الماضي بواسطة تدابير تحقيق مستقبل عادل، بالتركيز على تناول الجرائم والانتهاكات التي ارتكبت خلال فترة النزاع والتي سبقت هذا النزاع"².

كما تم تعريفها بأنها "الاستجابة للانتهاكات المنهجية أو واسعة النطاق لحقوق الإنسان، بهدف تحقيق الاعتراف الواجب بما كابده الضحايا من انتهاكات، وتعزيز إمكانيات تحقيق السلام والمصالحة والديمقراطية. أي أنها تكييف للعدالة على النحو الذي يلائم مجتمعات تخوض مرحلة من التحولات في أعقاب حقبة من تفشي انتهاكات حقوق الإنسان؛ سواء حدثت هذه التحولات فجأة أو على مدى عقود طويلة. بعبارة أخرى، يربط مفهوم العدالة الانتقالية بين مفهومين هما العدالة والانتقال، أي: تحقيق العدالة أثناء المرحلة الانتقالية التي تمر بها دولة من الدول"³.

وقد يعتري مصطلح العدالة الانتقالية بعض الغموض أو قد يتداخل مع مفهوم العدالة التقليدية، حيث تعنى العدالة الانتقالية بالفترات الانتقالية مثل: الانتقال من حالة نزاع داخلي مسلح إلى حالة السلم، أو الانتقال من حكم سياسي تسلطي إلى حالة الحكم الديمقراطي، أو التحرر من احتلال أجنبي باستعادة أو تأسيس حكم محلي، وكل هذه المراحل تواكبها في العادة بعض الإجراءات الإصلاحية الضرورية وسعي لجبر الأضرار لضحايا الانتهاكات الخطيرة⁴.

وعليه، يمكننا القول إن آلية العدالة الانتقالية هي مرحلة ديناميكية وفعالة تعمل على إنهاء التراكمات التي خلفتها انتهاكات حقوق الإنسان. وتعمل هذه الآلية على تنظيم التحول المتدرج نحو الديمقراطية القائمة على ضمان حقوق الإنسان وسيادة القانون، حيث تقوم العدالة الانتقالية على تدابير

¹ تقرير الأمين العام إلى مجلس الأمن الدولي، "بشأن سيادة القانون والعدالة الانتقالية في مجتمعات ما بعد الصراعات"، مجلس الأمن، الأمم المتحدة، التقرير رقم 2004/616، صدر بتاريخ 2004/8/24، ص4.

² لويز آربور، "العدالة الاقتصادية والاجتماعية للمجتمعات التي تمر بالعدالة الانتقالية، المحاضرة السنوية 12 عن العدالة الانتقالية"، مركز حقوق الإنسان والعدالة العالمية التابع لكلية الحقوق - جامعة نيويورك بالشراكة مع المركز الدولي للعدالة الانتقالية، نيويورك، ص1.

³ مروة النظير، "العدالة الانتقالية، قراءة مفاهيمية ومعرفية". منظمة كُتاب عراقيون من أجل الحرية، 2004، ص4.

⁴ عبد الحسين، شعبان، "العدالة الانتقالية وذاكرة الضحايا"، مركز دمشق للدراسات النظرية والحقوق المدنية، ص2.

منظمة بعيدة عن مسألة الثأر، مع السير بأطر قانونية وسياسية عادلة لجميع الأطراف، ومساءلة مرتكبي الجرائم الماسة بحقوق الإنسان.

الفرع الثاني

مبادئ العدالة الانتقالية

تمتاز عملية العدالة الانتقالية بارتباطها بانتهاء حالة نزاع مسلح أو صراع إلى السلم أو ثورات هدفها التحول من حكم تسلطي إلى حكم ديمقراطي في مجتمع أو دولة¹. تضمن العدالة الانتقالية العمل على آليات قضائية وغير قضائية تهدف إلى البحث عن الحقيقة، وتقديم التعويضات للضحايا، بما في ذلك التعويض المادي والمعنوي، بالإضافة إلى الإصلاح المؤسسي والحفاظ على الذاكرة التاريخية. ويتم تنفيذ هذه الآليات بشكل متكامل ومتناسق وفقاً لثلاثة مبادئ أساسية أقرها المركز الدولي للعدالة الانتقالية²:

1. يجب أن تلتزم أعمالها بالقانون الدولي، ويشمل ذلك ميثاق الأمم المتحدة، بالإضافة إلى القوانين الدولية لحقوق الإنسان، والقانون الدولي الإنساني، والقانون الجزائي الدولي، وقانون اللاجئين الدولي. هذه القوانين تشكل الأساس الذي تُبنى عليه مبادرات العدالة الانتقالية، حيث تحدد بوضوح ضرورة إجراء تحقيقات ومتابعة فعّالة لانتهاكات خطيرة للقانون الدولي في المجال الإنساني. كما تؤكد هذه القوانين حق الضحايا في الحصول على التعويضات وحقوقهم في معرفة الحقيقة بشأن الانتهاكات التي تعرضوا لها، وتضمن عدم تكرار هذه الانتهاكات في المستقبل.

2. من الضروري أخذ خصوصيات البلاد وإطارها في الاعتبار عند تصميم وتنفيذ آليات العدالة الانتقالية. وقد أظهرت التجربة أن نجاح إستراتيجيات العدالة الانتقالية يتطلب مشاركة فعّالة من المواطنين، من خلال مسار من الاستشارات الوطنية الشاملة، الذي يتيح للضحايا وغيرهم ممن تعرضوا للتعسف فرصة التعبير عن تجاربهم وتحديد احتياجاتهم وحقوقهم، فضلاً عن تحديد الأولويات التي تسهم في تحقيق السلام المستدام.

3. يجب على آليات العدالة الانتقالية أن تعالج قضايا عدم المساواة بين الجنسين والتمييز ضد النساء، بهدف ضمان عدم تعرض النساء لمظاهر التعسف وسوء المعاملة. كما يجب أن تتناول

¹ هند حسن، أسعد عبد الرضا، العدالة الانتقالية: دراسة في المفهوم والآليات، مجلة العلوم السياسية، العدد (95)، 2020، ص120.

² المركز الدولي للعدالة الانتقالية، تقرير بحثي حول آليات العدالة الانتقالية، 2021، ص13. الموقع الإلكتروني:

<https://www.ictj.org/ar/resource-library?f%5B0%5D=publication3>

هذه الآليات حقوق النساء وطموحاتهن بطريقة مناسبة، وأن تمنع جميع أشكال التمييز القائمة على الانتماء الفكري أو السياسي، مع ضمان تحقيق التوازن الاجتماعي والاقتصادي بين مختلف الجهات.

وعليه، نستنتج أن العدالة الانتقالية تقوم على مبادئ دولية راسخة تتضمن أساساً قانونية ضامنة لحقوق الإنسان، بالإضافة لمبادئ وطنية تتلاءم مع سمات المجتمعات التي تقوم بها العدالة الانتقالية بحيث تناسب الثقافة المجتمعية السائدة، وتتاسب تطلعات هذه المجتمعات بترسيخ سلام مستدام. وهذا ما تم تطبيقه في تجربة العدالة الانتقالية في سيراليون من حيث تشكيل محكمة خاصة بسيراليون¹، وتُعد النموذج الذي يحتذى به في تطبيق العدالة الانتقالية من حيث نجاحها في مواجهة الانتهاكات الخطيرة للقانون الدولي الإنساني منذ بداية التسعينيات ولغاية العام 2000.

المطلب الثاني

العدالة الانتقالية استناداً إلى قرارات مجلس الأمن حول المرأة والأمن والسلام

تُعد العدالة الانتقالية أحد آليات القانون الدولي لحقوق الإنسان، لذلك تُعد المعايير الدولية وقرارات الأمم المتحدة التي تُنشئ ضمانات لحماية حقوق المرأة أحد أسس عملية العدالة الانتقالية. ومن خلال التطورات الحاصلة في القانون الدولي حول الانتهاكات المتصلة بالنوع الاجتماعي فقد اعتمد مجلس الأمن قرارات تعمل على تعزيز حماية المرأة وكرامتها، ومن هذه القرارات:

أولاً: قرار مجلس الأمن رقم 1325

يؤكد هذا القرار على ضرورة إشراك المرأة في مختلف مراحل الفترة الانتقالية، يحدد هذا القرار جملة الأمور الواجبة أثناء المفاوضات بين الأطراف المشتركة بعملية السلام بأن تأخذ بعين الاعتبار ما يلي²:

1. مراعاة الاحتياجات الخاصة للمرأة والفتاة أثناء الإعادة إلى الوطن وإعادة التوطين وما يتعلق من هذه الاحتياجات بإعادة التأهيل وإعادة الإدماج والتعمير بعد انتهاء الصراع.
2. اتخاذ تدابير تدعم مبادرات السلام المحلية للمرأة والعمليات التي يقوم بها السكان الأصليون لحل الصراعات، وتدابير تشرك المرأة في جميع آليات تنفيذ اتفاقات السلام.

¹ حكيمة سماتي، المحكمة الخاصة لسيراليون كآلية لتجسيد مفهوم العدالة الانتقالية، المجلة الجزائرية للعلوم القانونية،

السياسية والاقتصادية. المجلد 57، 2020. ص 195-221.

² قرار مجلس الأمن رقم 1325، تم اعتماده في الجلسة رقم 4213، بتاريخ 31 أكتوبر لسنة 2000.

3. اتخاذ تدابير تضمن حماية واحترام حقوق الإنسان للمرأة والفتاة، خاصة ما يتعلق منها بالدستور والنظام الانتخابي والشرطة والقضاء.

ثانياً: قرار مجلس الأمن رقم 1820

شدد هذا القرار على أهمية اتخاذ سبل جدية في تنفيذ القرار 1325 سابق الذكر، ووضّح دور المرأة أهمية مساهمتها ومشاركتها على جميع المستويات القائمة على حفظ السلام والأمن، ودورها الفاعل في صنع القرار في مرحلة ما بعد النزاعات. وتضمن عدة آليات في هذا الصدد منها¹:

1. إنفاذ الإجراءات التأديبية العسكرية المناسبة والتشديد على مبدأ مسؤولية القيادة وتدريب القوات العسكرية المستقبلية على حظر القيام بأعمال تشكل عنفاً جنسياً ضد المدنيين.
2. ضرورة استثناء جرائم العنف الجنسي من أحكام العفو العام في سياق عمليات حل النزاعات.
3. ضمان حماية متكافئة بمقتضى القانون والمساواة في فرصة اللجوء إلى العدالة.
4. إدراج سبل معالجة العنف الجنسي المرتكب خلال النزاع وبعده.

ثالثاً: قرار مجلس الأمن رقم 1889²

يدعو القرار إلى تقديم التقارير الخاصة بحوادث واتجاهات العنف الجنسي إلى مجلس الأمن بشكل أكثر انتظاماً، فضلاً عن اتخاذ الإجراءات اللازمة لحماية المدنيين أثناء عمليات حفظ السلام، وتحديد أطراف النزاع المسلح المشتبه في ارتكابهم لجرائم الاغتصاب وغيره من أنواع العنف الجنسي، وبعد عام من صدور القرار رقم 1820، اعتمد مجلس الأمن الدولي القرار رقم 1888 في أيلول/سبتمبر 2009. والهدف من القرار 1888 هو تعزيز القرار 1820 من خلال تكرار المطالب نفسها ومعالجة بعض المسائل المتعلقة بالتطبيق العملي. يشمل القرار 1888 أيضاً تعيين ممثل خاص بالأمم المتحدة للعنف الجنسي أثناء النزاعات³.

¹ قرار مجلس الأمن رقم 1820، تم اعتماده في الجلسة رقم 5916، بتاريخ 19 حزيران 2008.

² قرار مجلس الأمن رقم 1889، تم اعتماده في الجلسة رقم 6196، بتاريخ 5 أكتوبر 2009.

³ قرار مجلس الأمن رقم 1888، تم اعتماده في الجلسة رقم 6195، بتاريخ 30 سبتمبر 2009.

رابعاً: قرار مجلس الأمن رقم 2467

يتضمن هذا القرار أهمية العمل على المساواة بين المرأة والرجل، وشدد على أهمية تمكين المرأة في جميع الأصعدة الاقتصادية والسياسية والاجتماعية، كما أكد على أهمية إنزال العقاب على جرائم العنف الجنسي التي حديثاً أثناء النزاعات والصراعات. وتضمن آليات لعمل ذلك منها¹:

1. العمل على محاكمة المسؤولين عن الجرائم ضد الإنسانية والإبادة الجماعية وجرائم الحرب المرتكبة ضد المدنيين.

2. تعهد جميع الأطراف القائمين على عملية بناء السلام والأمن بالتزامات محددة لمكافحة العنف الجنسي وتنفيذها من خلال وضع مدونات لقواعد السلوك تحظر العنف الجنسي، وإرساء إجراءات إنفاذ ذات المصلحة لضمان المساءلة عن خرق القواعد الضامنة لحقوق المرأة وحمايتها.

3. وضع آليات واضحة ومنظمة للحفاظ على سلامة الناجين وسرية معلوماتهم، ووضع إستراتيجيات الرصد والتحقيق بحيث تكون مرتبطة بقنوات إحالة إلى أخصائيين من قطاعات متعددة لتوفير الخدمات للناجين.

وتجدر الإشارة إلى وجود العديد من قرارات مجلس الأمن في مسألة المرأة والسلام والأمن، ولكن تعتبر هذه القرارات سابقة الذكر أهمها لاحتوائها على آليات وإجراءات واجبة على الأطراف المعنية بعمليات بناء السلام والأمن في الحفاظ على حقوق المرأة وحقوق الضحايا. وعليه، نستنتج أن عملية العدالة الانتقالية التي تقوم بها الأطراف الفاعلة في الدولة بعد النزاعات والصراعات تتطلب بناء إجراءات للعدالة الانتقالية استناداً إلى الآليات التي تضمنتها قرارات مجلس الأمن، وذلك لأهميتها في ضمان حقوق المرأة وحقوق الضحايا نتيجة النزاعات السابقة.

المبحث الثاني

تطبيق حقوق المرأة من خلال آليات العدالة الانتقالية

تُعتبر العدالة الانتقالية فرصة لإعادة بناء المجتمعات بما يعزز حقوق المرأة التي عانت نتيجة ارتكاب انتهاكات جسيمة بحقها كونها الطرف الأضعف في النزاعات، ومن خلال أسس تطبيق عدالة انتقالية فعالة فهذا يدعم مساهمة ومشاركة النساء في لجان المصالحة والقدرة على ترشحها في الهيئات القضائية المعنية بالتحقيق في الانتهاكات مما يعزز الوصول إلى العدالة. تناول هذا المبحث آليات

¹ قرار مجلس الأمن رقم 2467، تم اعتماده في الجلسة رقم 8514، بتاريخ 23 نيسان لسنة 2019.

العدالة الانتقالية في ضمان حماية حقوق المرأة من خلال المطلب الأول، أما المطلب الثاني فيتناول تطبيق آليات العدالة الانتقالية من منظور النوع الاجتماعي.

المطلب الأول

آليات العدالة الانتقالية في ضمان حماية حقوق المرأة

تُعتبر آليات العدالة الانتقالية مجموعة من الوسائل المتنوعة والمتطورة والقابلة للإبداع، هدفها التعامل مع إرث الماضي بما يضمن عدم تكرار أحداثه، وبناء دولة ديمقراطية. ووفقاً لتقرير الأمين العام للأمم المتحدة بشأن العدالة الانتقالية، فقد أشار إلى أربع أدوات أساسية للعدالة الانتقالية، ولكنها ليست الوحيدة، بل ذكرها على سبيل المثال لا الحصر، إذ يمكن إضافة أية أداة أخرى تحقق الهدف المرجو من العدالة الانتقالية¹.

كما أشار الأمين العام إلى مجلس الأمن الدولي في تقريره بشأن سيادة القانون والعدالة الانتقالية في مجتمعات ما بعد الصراعات، بأن آليات العدالة الانتقالية تشكل كلاً من الآليات القضائية وغير القضائية على السواء، لجان تقصي الحقائق، والإصلاح الدستوري وفحص السجلات الشخصية للكشف عن التجاوزات².

وعليه، تم تقسيم هذا المطلب إلى أربعة أفرع على التوالي: أولاً، المبادرات القضائية. ثانياً، لجان التحقيق. ثالثاً، جبر الضرر والتعويض. رابعاً، الإصلاح المؤسسي.

الفرع الأول

المبادرات القضائية

تُعتبر المبادرات القضائية إحدى الآليات التي تقوم عليها العدالة الانتقالية، حيث تُعد المحاكمات القضائية واحدة من أهم العناصر المحورية في أي إستراتيجية انتقالية للعدالة، والتي يمكن التعويل عليها في مجال المحاسبة، وتدخل ضمن هذه المبادرات القضائية المحاكم المحلية، والمحاكم الجنائية الدولية،

¹ المركز الفلسطيني لاستقلال المحاماة والقضاء مساواة، إستراتيجية العدالة الانتقالية في فلسطين في أعقاب الصراع الداخلي، 2023، ص7.

² تقرير الأمين العام المقدم إلى مجلس الأمن الدولي، "بشأن سيادة القانون والعدالة الانتقالية"، 2011.

والمحاكم المختلطة، ويكون هدف تلك المحاكم إجراء محاكمات جنائية للمسؤولين عن ارتكاب الجرائم بما في ذلك الانتهاكات الخطرة لحقوق الإنسان¹.

كما أن هذه الآلية مصانة دوليًا من خلال الإعلان العالمي لحقوق الإنسان في المادة (8) والتي نصت على "أن لكل شخص الحق في أن يلجأ إلى المحاكم الوطنية لإنصافه من أعمال فيها اعتداء على الحقوق الأساسية التي يمنحها له القانون"، بالإضافة إلى المادة (13) من اتفاقية مناهضة التعذيب وغيره من ضروب المعاملة أو العقوبة القاسية أو اللاإنسانية أو المهينة والتي نصت على "أن تضمن كل دولة طرف لأي فرد يدعي بأنه قد تعرض للتعذيب في أي إقليم يخضع لولايتها القضائية، الحق في أن يرفع شكوى إلى سلطاتها المختصة وفي أن تنتظر هذه السلطات في حالته على وجه السرعة وبنزاهة"². وينبغي اتخاذ الخطوات اللازمة لضمان حماية مقدم الشكوى والشهود من أنواع المعاملة السيئة كافة أو التخويف نتيجة لشكواه أو لأي أدلة تقدم³.

بالإضافة إلى نص المادة 3 الفقرة 2 من العهد الدولي الخاص بالحقوق المدنية والسياسية والتي نصت على "تتعهد كل دولة طرف في هذا العهد (أ) بأن تكفل توفير سبيل فعال للتظلم لأي شخص انتهكت حقوقه أو حرياته المعترف بها في هذا العهد، حتى لو صدر الانتهاك عن أشخاص يتصرفون بصفتهم الرسمية. (ب) بأن تكفل لكل متظلم على هذا النحو أن تثبت في الحقوق التي يدعي انتهاكها سلطة قضائية أو إدارية أو تشريعية مختصة، أو أية سلطة مختصة أخرى ينص عليها نظام الدولة القانوني، وبأن تنمي إمكانيات التظلم القضائي. (ج) بأن تكفل السلطات المختصة بإنفاذ الأحكام الصادرة لمصالح المتظلمين"⁴.

وعليه وبناء على ما كفتله هذه النصوص الدولية من محاكمة المسؤولين عن ارتكاب الجرائم، والانتهاكات التي تمت بحق المرأة، وللوصول إلى عدالة تشمل أمن المرأة وحقوقها فإنه لا بد من تطوير

¹ هند حسن، أسعد عبد الرضا، "العدالة الانتقالية دراسة في المفهوم والآليات"، مجلة العلوم السياسية، العدد 95، 2020، ص120.

² الإعلان العالمي لحقوق الإنسان، تم تبنيه وإعلانه من قبل الجمعية العامة للأمم المتحدة بتاريخ 10 كانون الثاني 1945.

³ اتفاقية مناهضة التعذيب وغيره من ضروب المعاملة، تم اعتمادها من قبل الجمعية العامة بتاريخ 10 ديسمبر لسنة 1984.

⁴ العهد الدولي الخاص بالحقوق المدنية والسياسية، تم اعتماده من قبل الجمعية العامة للأمم المتحدة بتاريخ 16 ديسمبر لسنة 1966.

وتعزيز قدرات وطنية قادرة على التحقيق والوصول الى أدلة لمقاضاة المسؤولين عن جرائم العنف الجنسي، وهذا يتطلب بناء سلطة قضائية مستقلة وفعالة ومحايدة، كما يتطلب بناء آليات حماية قضائية تشمل الشهود والضحايا.

الفرع الثاني

لجان تحقيق

تُعتبر لجان التحقيق من أهم الأمور التي أكدت عليها قرارات مجلس الأمن حول المرأة والأمن والسلام، لذلك تُعد هذه القرارات سنداً رئيسياً لعمل لجان التحقيق، حيث تُعرف لجان التحقيق بأنها "هيئات تحقيق غير قضائية أو شبه قضائية، تتولى تقصي أنماط أعمال العنف المرتكبة في الماضي، وكشف أسباب تلك الأفعال الهدامة وتبعاتها. حيث تشمل نشاطاتها عادة جميع أقوال الضحايا والشهود، وإجراء بحوث موضوعية منها التحليلات القائمة على النوع الاجتماعي وما عانته المرأة خلال فترة الصراع"¹. تعمل لجان التحقيق على التركيز بشكل مباشر على حالات القتل، والاختفاء، والتعذيب أثناء الحبس، والاختطاف أو السجن دون سند قانوني، وكلها جرائم تلحق إصابات بدنية ويشار إليها في العادة بتعبير الانتهاكات الجسيمة لحقوق الإنسان، كما يساعد التحقيق في هذه الانتهاكات في الكشف عن التعذيب المرتبط بنوع الجنس، بما في ذلك الاغتصاب والعنف الجنسي القسري المرتكب ضد السجينات². وتُعتبر لجنة الحقيقة والمصالحة التي أنشئت في سيراليون بموجب مرسوم برلماني في عام 2000، من أهم الآليات التي طبقتها جمهورية سيراليون في عملية العدالة الانتقالية بعد سنوات من الصراع المسلح منذ عام 1990 إلى عام 2000، وكانت اللجنة قائمة على عدة قضايا منها المرأة، حيث اعتبر الوعي بقضايا نوع الجنس من السبل بالغة الأهمية في التحقيق³.

¹ فاسوكي نسياء. لجان الحقيقة ونوع الجنس المبادئ والسياسات والإجراءات. لصالح المركز الدولي للعدالة الانتقالية.

2006. ص43.

² فاسوكي. المرجع السابق. ص33.

³ عبد الحسين شعبان، العدالة الانتقالية وخصوصيات المنطقة العربية، مركز دمشق للدراسات النظرية والحقوق المدنية، 2010، ص6.

الفرع الثالث

التعويض وجبر الضرر

تعتمد هذه الآلية على وسائل تضمن علاج الأضرار التي لحقت بالأفراد والجماعات والمجتمعات بسبب الفظائع التي ارتكبت أثناء النزاعات المسلحة، ولتحقيق السلام عن طريق التأكد من عدم تكرار الانتهاكات التي حدثت في الماضي¹. حيث نصت اتفاقية مناهضة التعذيب وغيره من ضروب المعاملة أو العقوبة القاسية أو اللاإنسانية أو المهينة في المادة (14) والتي نصت على 1- "أن تضمن كل دولة طرف، في نظامها القانوني، إنصاف من يتعرض لعمل من أعمال التعذيب وتمتعه بحق قابل للتنفيذ في تعويض عادل ومناسب بما في ذلك وسائل إعادة تأهيله على أكمل وجه ممكن، وفي حالة وفاة المعتدى عليه نتيجة لعمل من أعمال التعذيب، يكون للأشخاص الذين كان يعولهم الحق في التعويض. 2- ليس في هذه المادة ما يمس أي حق للمعتدى عليه أو لغيره من الأشخاص فيما قد يوجد من تعويض بمقتضى القانون الوطني"².

كما توجد قرارات صدرت عن الجمعية العامة للأمم المتحدة بخصوص جبر الضحايا مثل: المبادئ الأساسية والمبادئ التوجيهية بشأن الحق في الانتصاف والجبر لضحايا الانتهاكات الجسيمة للقانون الدولي لحقوق الإنسان والانتهاكات الخطيرة للقانون الإنساني الدولي³، حيث تحدد هذه المبادئ آليات وإجراءات وأساليب تتعلق بمسألة تنفيذ الالتزامات القانونية القائمة في إطار القانون الدولي لحقوق الإنسان والقانون الإنساني الدولي من خلال اعتماد إجراءات تشريعية وإدارية مناسبة وفعالة، واتخاذ تدابير مناسبة أخرى تضمن الوصول النزيه والفعال والسريع للعدالة، بالإضافة إلى إتاحة سبل انتصاف مناسبة وملائمة ومنها جبر الضرر. كما تضمنت الفقرة (15) منها "ينبغي للجبر أن يكون متناسباً مع فداحة الانتهاكات والأضرار المترتبة عليها، وتوفر الدولة وفقاً لقوانينها المحلية والتزاماتها القانونية الدولية الجبر لضحايا ما تقوم به من أو تمتع عنه من أفعال تشكل انتهاكات جسيمة للقانون الدولي لحقوق الإنسان وانتهاكات خطيرة للقانون الإنساني الدولي".

¹ المركز الدولي للعدالة الانتقالية، مرجع سابق، 2021، ص 9.

² اتفاقية مناهضة التعذيب وغيره من ضروب المعاملة، تم اعتمادها من قبل الجمعية العامة بتاريخ 10 ديسمبر لسنة 1984.

³ اعتمدها بموجب قرار الجمعية العامة للأمم المتحدة رقم 147/60، المؤرخ في 16 ديسمبر 2005.

كما عرفت هذه المبادئ الضحايا من خلال الفقرة (8) بأنهم "الأشخاص الذين لحق بهم ضرر، أفرادًا كانوا أم جماعات بما في ذلك الضرر البدني أو العقلي أو المعاناة النفسية أو الخسارة الاقتصادية أو الحرمان بدرجة كبيرة من التمتع بحقوقهم الأساسية، ومن ذلك من خلال عمل أو امتناع عن عمل يشكل انتهاكًا جسيمًا للقانون الدولي لحقوق الإنسان أو انتهاكًا خطيرًا للقانون الإنساني الدولي، وعند الاقتضاء ووفقًا للقانون المحلي يشمل مصطلح "ضحية" أيضًا أفراد الأسرة المباشرين أو من تعيلهم الضحية المباشرة والأشخاص الذين لحق بهم ضرر أثناء تدخلهم لمساعدة الضحايا المعرضين للخطر أو لمنع تعرضهم للخطر.

ولأهمية آلية جبر الضرر فإن مبادئ بلغاست أشارت إلى أن آلية جبر الضرر آلية مستقلة وواجبة لا تغني عن تطبيق آليات العدالة الانتقالية الأخرى، وينبغي العمل على آلية جبر الضرر بالتنسيق مع آليات العدالة الانتقالية الأخرى وبشكل تكاملي لها على المستوى الوطني وحيثما أمكن، وعلى المستوى الانتقالي أو المستوى الدولي، كما أكدت هذه المبادئ على أن "عملية جبر الضرر ليست بدلًا عن آليات التقاضي أو كشف الحقائق أو العكس، حيث الخضوع للمساءلة والوصول إلى سبل العدالة هما صورتان رئيسيتان من صور عمليات العدالة، بالإضافة إلى أن قبول الضحايا لعمليات جبر الضرر لا يعفي الدولة من مسؤوليتها عن التحقيق مع المسؤولين عن ارتكاب الانتهاكات وملاحقتهم قضائيًا وعقابهم¹.

الفرع الرابع

الإصلاح المؤسسي

تُعتبر المؤسسات الحكومية والقانونية والأمنية والاقتصادية هي الأساس في إصلاح النظام في فترة الانتقال إلى نظام سياسي يمتاز بإصلاحات قائمة على سيادة القانون، حيث إن هذه المؤسسات تعمل على تعزيز حماية حقوق الإنسان وضمان العدالة والمساواة، وفي سياق العدالة الانتقالية فإن آلية الإصلاح المؤسسي تركز على إصلاح المؤسسات التي قد تكون تورطت في انتهاكات لحقوق الإنسان، كما تُعتبر آلية الإصلاح المؤسسي قائمة على بناء مؤسسات ديمقراطية فعالة وشفافة، تحترم حقوق الإنسان، وتكون محل ثقة الجمهور وتعمل على منع تكرار انتهاكات الماضي².

¹ مبادئ بلغاست التوجيهية بشأن عمليات جبر الضرر في المجتمعات التي تمر بمرحلة ما بعد النزاع، دون تاريخ. الموقع

الإلكتروني: <https://reparations.qub.ac.uk/belfast-guidelines-on-reparations-in-post-conflict-societies/arabicguidelines>

² المركز الفلسطيني لاستقلال المحاماة والقضاء مساواة، مرجع سابق، 2023، ص7.

كما تلعب هذه الآلية دوراً حيوياً في تنظيم المجتمع، وتعزيز التعددية الفكرية والسياسية، واحترام حق المعارضة. كما تضمن حياد السلطة القضائية واستقلالها، وتراقب أداء السلطة التنفيذية، وتعمل على تعزيز مبدأ سيادة القانون وضمان تداول السلطة. إضافة إلى ذلك، تساهم في حماية وتعزيز مؤسسات المجتمع المدني، وهذا كله يعزز من احترام حقوق المرأة، ويؤكد على أن البيئة السياسية والمدنية قادرة على تمكين المرأة من المشاركة الفعالة في الحياة العامة، وصنع القرار، والتخطيط لمستقبلها ووطنها ومجتمعها، والتمتع بكامل حقوقها¹.

كما تبرز أهمية هذه الآلية في أنها تتيح إقامة العدالة وقطاع الأمن، وحفظ السجلات الرسمية وإتاحة الفرصة للجمهور للاطلاع عليها، كذلك تعمل على إجراء إصلاحات بالغة الأهمية تبرز تاريخ انتهاكات حقوق الإنسان المرتبطة بالنوع والجنس². كما ضمنت المادة (21) من الإعلان العالمي لحقوق الإنسان لعام 1948، أهمية مشاركة الأفراد في إدارة شؤون البلاد والتي نصت على "لكل فرد الحق في الاشتراك في إدارة الشؤون العامة لبلاده إما مباشرة وإما بواسطة ممثلين يختارون اختياراً حراً".

وعليه، فإن الإصلاح المؤسسي هو حجر الزاوية في عملية العدالة الانتقالية، من خلال إصلاح المؤسسات التي كانت قد ساهمت في القمع أو التي تعرضت للتدهور بسبب النظام السابق، ويمكن للمجتمع أن يبدأ في بناء مستقبل أكثر عدلاً وسلاماً. وعلى الرغم من التحديات التي قد تواجهها هذه الإصلاحات، فإنها تُعد خطوة ضرورية لتحقيق الاستقرار والتنمية في المجتمعات المتأثرة بالصراعات.

المطلب الثاني

تطبيق آليات العدالة الانتقالية من منظور النوع الاجتماعي

يُعتبر إدماج النوع الاجتماعي في سياق إطار العدالة الانتقالية خطوة أساسية نحو تحقيق العدالة والمساواة بعد فترات الصراع والانتهاكات الجسيمة التي تطال حقوق النساء، حيث يعكس إدماج النوع الاجتماعي الاعتراف بأن النساء يتعرضن لانتهاكات جسيمة مغايرة لتلك التي يتعرض لها الرجال، وأن معالجتها تتطلب العمل على مستويات تشريعية وقضائية واجتماعية واقتصادية للوصول إلى العدالة. تضمن هذا المطلب فرعين على التوالي أولاً: إدماج دور المرأة في عملية العدالة الانتقالية، ثانياً: التخطيط لآليات العدالة الانتقالية من منظور النوع الاجتماعي.

¹ أسمى خضر، "القانون ومستقبل المرأة الفلسطينية"، منشورات مركز المرأة للإرشاد القانوني والاجتماعي، 2019، ص58.

² المركز الدولي للعدالة الانتقالية، "ما هي العدالة الانتقالية"، 2003، متوفر على الصفحة الإلكترونية الآتية :

<http://ictj.org/sites/default/files/ICTJ-Global-Transitional%20Justice-2009-Arabic.pdf>

الفرع الأول

إدماج دور المرأة في عملية العدالة الانتقالية

تكمُن أهمية دمج قضايا النوع الاجتماعي في عملية العدالة الانتقالية في تعزيز مفاهيم الحقيقة والعدالة والمحاسبة لحقوق الإنسان المنتهكة بناءً على النوع الاجتماعي، خصوصاً في سياق الانتهاكات الواسعة أو المنتظمة. ويُعد العنف القائم على النوع الاجتماعي أحد العوامل المشتركة في النزاعات والأنظمة السلطوية، حيث يرافقه غالباً إفلات من العقاب بحق النساء. في الوقت نفسه، تُستبعد النساء أو لا يتم تمثيلهن بشكل كافٍ في الجهود الرامية إلى معالجة هذه الانتهاكات. على الرغم من تزايد الاهتمام الدولي بالجوانب المرتبطة بالنوع الاجتماعي في النزاعات، ما زال من الضروري تضمين قضايا العدالة المتعلقة بالنوع الاجتماعي في العديد من مبادرات العدالة الانتقالية¹.

لذلك فإن تسليط الضوء على دور المرأة في المسار الانتقالي، ينتج حالة من الوعي العام في الابتكار في تطبيق الآليات التي من شأنها أن تدعم المحافظة على حقوقها من خلال اعتماد حقوق المرأة السياسة والمدنية، وحقوقها الاقتصادية والاجتماعية والثقافية، وإرساء هذه الحقوق في البنود الرئيسية في عملية العدالة الانتقالية. ومن هنا يتبين لنا أهمية ربط عملية العدالة الانتقالية بحقوق المرأة من خلال ما يلي:

1. إزالة مظاهر التمييز ضد المرأة في مختلف المجالات التشريعية، بما في ذلك قوانين الجنسية، الأحوال الشخصية، التقاعد، الضمان الاجتماعي، التأمين الصحي، العمل، قانون العقوبات، والنقابات المهنية، مع تعديل أو إلغاء أي نص يشكل تمييزاً ضد المرأة. وهذا ما تضمنته اتفاقية سيداو في المادة (2 الفقرة أ) والتي نصت على "تشجب الدول الأطراف جميع أشكال التمييز ضد المرأة، وتوافق على أن تنتهج بكل الوسائل المناسبة ودون إبطاء سياسة القضاء على التمييز ضد المرأة، وتحقيقاً لذلك، تتعهد بالقيام بتجسيد مبدأ المساواة بين الرجل والمرأة في دساتيرها الوطنية أو تشريعاتها المناسبة الأخرى، إذا لم يكن هذا المبدأ قد أُدمج بها حتى الآن، وكفالة التحقيق العملي لهذا المبدأ من خلال القانون والوسائل المناسبة الأخرى"². ولا بُد أن يكون هنالك مساح جيدة

¹ عبد الحسين شعبان، 2010، مرجع سابق، ص5.

² اتفاقية القضاء على أشكال التمييز ضد المرأة كافة (سيداو)، تم اعتمادها من قبل الجمعية العامة للأمم المتحدة، دخلت حيز التنفيذ في 1 آذار 1980.

- لإصدار تشريعات تضمن للمرأة ممارسة حقوقها السياسية والاقتصادية والاجتماعية والثقافية بما يتماشى مع الاتفاقيات الدولية المتعلقة بقضايا وحقوق المرأة¹.
2. ضمان تشكيل أجهزة عدالة قضائية قادرة على التعامل مع قضايا النوع الاجتماعي من خلال تطبيق النظام القضائي الجنائي القائم على حماية حقوق المرأة، من خلال إجراءات فعالة وسريعة تتسم بالحيادية في الجرائم الماسة بالنساء.
3. تصميم وتطوير عمليات العدالة الانتقالية بحيث تخاطب انتهاكات حقوق المرأة خلال فترات الصراع العنيف أو الحكم الاستبدادي، خاصة وأن المرأة هي الأكثر عرضة للانتهاكات إن كانت (الأم التي تريد حماية أطفالها أثناء النزعات، أو المعتدى عليها "التي يتم اغتصابها"، أو زوجة الشهيد، أو التي تحلم بالتعلم دون الوصول له بسبب التقييد الاجتماعي التقليدي أو بُعد المسافات، أو المرأة التي تقمع لأنها سياسية ولها رأي وتريد إيصال صوتها". جميعها نماذج يقع عليها انتهاكات أثناء الصراعات والنزاعات المسلحة، ويتم بعد ذلك تهميشها وكأنها عنصر ثانوي، حيث إن الإساءات الموجهة للمرأة أكثر عرضة للتجاهل والاستهانة بها في إطار المرحلة الانتقالية التي تعصف بها الدول المطالبة بالحرية والديمقراطية².

الفرع الثاني

التخطيط لآليات العدالة الانتقالية من منظور النوع الاجتماعي

تقدم آليات العدالة الانتقالية وسيلة لتحقيق العدالة المتعلقة بالنوع الاجتماعي عبر الكشف عن أنماط انتهاكات متصلة بالنوع الاجتماعي، وعبر تعزيز النفاذ إلى العدالة والتحفيز على الإصلاح. كذلك تقدم آليات العدالة الانتقالية وسيلة تساعد الناشطين في مجال النوع الاجتماعي على تحدي الأسباب الهيكلية لعدم المساواة بين الجنسين. ومن خلال الإقرار علنًا بالعوامل التي أتاحت ارتكاب هذه الانتهاكات³، بالإضافة إلى تقديمها فرصًا حقيقية للنساء في عمليات بناء السلام وللتأثير عليها، ويمكن أن يتحقق ذلك عبر ضمان مشاركة مجموعات حقوق المرأة والضحايا في إعداد عمليات بناء نظام حكم ديمقراطي يضمن

¹ أسمى خضر، "القانون ومستقبل المرأة الفلسطينية"، منشورات مركز المرأة للإرشاد القانوني والاجتماعي، 1998، ص8.

² عبد الحسين شعبان، 2010، مرجع سابق. ص5.

³ مؤسسة المستقبل، "النوع الاجتماعي ومسار العدالة الانتقالية في المغرب"، 2011، عمان. ص37.

إعادة الحقوق إلى أصحابها وفي كشف الحقيقة. ولا يمكن تحقيق تحول فعلي للديمقراطية بمعزل عن العدالة الانتقالية التي تعتبر اللبنة الأولى للمسار الديمقراطي.

تكمن أهمية النظر في قضايا المرأة عند التخطيط لإنشاء آليات العدالة الانتقالية في أن الهيكلية الهرمية السائدة لانتهاكات حقوق الإنسان غالباً ما تؤدي إلى تهميش أولويات المرأة ودورها في مواجهة الحرب والاستبداد وما إلى ذلك. كما أن هذه الهيكلية قد تخفي أنماطاً وهيكل لانتهاكات حقوق الإنسان التي ترتبط بنوع الجنس. غالباً ما يتعزز هذا الاختفاء من خلال الهياكل الاجتماعية والإيديولوجيات السائدة، بما في ذلك التمييز المتأصل في النظام القانوني، وقلة عدد النساء في المجالات السياسية، والحوافز التي تحول دون وصول المرأة إلى الإعلام، إضافة إلى الممارسات المؤسسية في لجان الحقيقة وغيرها من منظمات حقوق الإنسان.

وعليه، يمكننا القول إن الممارسات التمييزية والأيديولوجيات المرتبطة بانتهاكات حقوق المرأة في سياقات الحروب والصراعات، ولكنها أحياناً تنتقل إلى ما بعد انتهاء هذه الصراعات إلى وقت السلم، وبما أن آليات العدالة الانتقالية التي تمتاز بإدماج المرأة وتبتعد عن العنف التمييزي، فإن هذه الآليات تعمل على إبراز خبرات المرأة في جميع مستويات العدالة التي تهدف إلى الإنصاف وسيادة القانون.

الخاتمة:

من خلال دراسة "حقوق المرأة في عملية العدالة الانتقالية" فقد توصلت الباحثة لعدة نتائج وتوصيات

أهمها:

أولاً: النتائج

1. يولي نهج العدالة الانتقالية اهتماماً خاصاً للانتهاكات التي ترتكب ضد الفئات الأكثر تأثراً بالنزاع، خاصة النساء، التي تعتبر الفئة الأكثر تضرراً في الصراعات والحروب من حيث تعدد أشكال العنف الجنسي ضد النساء والفتيات، مثل العنف الجنسي المنهجي والذي يستمر في كثير من الأحيان بعد انتهاء النزاع، وبسبب الوصم الاجتماعي والآثار النفسية الناجمة عن الإبلاغ عن هذه الجرائم.

2. تعزز آليات العدالة الانتقالية دور النساء في عمليات صنع القرار حسب ما تم تأكيده في قرارات مجلس الأمن منذ عام 2000، والتي أولت اهتماماً بمسألة المرأة والأمن والسلام، بحيث تعمل هذه الآليات على ضمان المساءلة عن انتهاكات حقوق المرأة المرتبطة بالنزاع وضمان عدم استمرار اضطهادها أو سوء معاملتها.

3. إن العدالة الانتقالية تقوم على مبادئ دولية راسخة تتضمن أساساً قانونية ضامنة لحقوق الإنسان، بالإضافة لمبادئ وطنية تتلاءم مع سمات المجتمعات التي تقوم بها العدالة الانتقالية، بحيث تناسب الثقافة المجتمعة السائدة، وتتناسب تطلعات هذه المجتمعات بترسيخ سلام مستدام.

ثانياً: التوصيات

1. لا بُد من تطوير وتعزيز قدرات وطنية قادرة على التحقيق والوصول إلى أدلة لمقاضاة المسؤولين عن جرائم العنف الجنسي، وهذا يتطلب بناء سلطة قضائية مستقلة وفعالة ومحايدة، كما يتطلب بناء آليات حماية قضائية تشمل الشهود والضحايا.
2. يجب على الأطراف التي تريد اعتماد العدالة الانتقالية أن تعمل على إدماج المرأة في عملية صنع القرار في المستويات كافة المتعلقة بتطبيق الآليات القضائية أو غير القضائية، مما يوفر للضحايا دعماً نفسياً مرحلياً حتى يتم التعويض وجبر الضرر بنهاية الإجراءات الانتقالية.
3. تبني سياسات وتشريعات وبرامج تعمل على تعزيز قيم حقوق المرأة، وتأسيس الآليات الكفيلة بمراقبة هذا الالتزام، بحيث يتم تصميم الأنظمة التشريعية والقضائية وإعطائها مهمة حماية حقوق المرأة.

بيان تضارب المصالح

يقر جميع المؤلفين أنه ليس لديهم أي تضارب في المصالح.

قائمة المصادر والمراجع

أولاً: المصادر

1. الإعلان العالمي لحقوق الإنسان، تم اعتماده من قبل الجمعية العامة للأمم المتحدة بتاريخ 10 ديسمبر لسنة 1948.
2. اتفاقية مناهضة التعذيب وغيره من ضروب المعاملة، تم اعتمادها من قبل الجمعية العامة بتاريخ 10 ديسمبر لسنة 1984.
3. قرار مجلس الأمن رقم 1325، تم اعتماده في الجلسة رقم 4213، بتاريخ 31 أكتوبر لسنة 2000.
4. قرار مجلس الأمن رقم 1820، تم اعتماده في الجلسة رقم 5916، بتاريخ 19 حزيران 2008.
5. قرار مجلس الأمن رقم 1889، تم اعتماده في الجلسة رقم 6196، بتاريخ 30 سبتمبر 2009.
6. قرار مجلس الأمن رقم 2467، تم اعتماده في الجلسة رقم 8514، بتاريخ 23 نيسان لسنة 2019.
7. قرار الجمعية العامة للأمم المتحدة بشأن المبادئ الأساسية والمبادئ التوجيهية بشأن الحق في الانتصاف والجبر لضحايا الانتهاكات الجسيمة للقانون الدولي لحقوق الإنسان والانتهاكات الخطيرة للقانون الإنساني الدولي، تم اعتمادها بموجب قرار رقم 147/60 المؤرخ في 16 ديسمبر 2005.

ثانياً: المراجع

1. فاطمة بوخاري، بوزيان مكلل، " العدالة الانتقالية في القانون الدولي"، مجلة الحوار المتوسطي، مجلد 11، عدد 1، 2021.
2. عمر عمر، "مفهوم العدالة الانتقالية من وجهة نظر القانون الدولي العام"، مجلة جامعة تكريت للحقوق، مجلد 4، عدد 2، 2019.
3. مروة النظير، "العدالة الانتقالية، قراءة مفاهيمية ومعرفية"، منظمة كتاب عراقيون من أجل الحرية، 2024.
4. هند حسن، أسعد عبد الرضا، العدالة الانتقالية دراسة في المفهوم والآليات، 2020، مجلة العلوم السياسية، العدد (95).

5. المركز الفلسطيني لاستقلال المحاماة والقضاء مساواة، إستراتيجية العدالة الانتقالية في فلسطين في أعقاب الصراع الداخلي.
6. أسى خضر، "القانون ومستقبل المرأة الفلسطينية"، منشورات مركز المرأة للإرشاد القانوني والاجتماعي، 1998.
7. أريك سوتاس، "العدالة الانتقالية والعقوبات"، المجلة الدولية للصليب الأحمر، مجلد 90، عدد 870، 2008.
8. عبد الحسين شعبان، "العدالة الانتقالية وذاكرة الضحايا"، مركز دمشق للدراسات النظرية والحقوق المدنية، 2008.
9. عبد الحسين شعبان، العدالة الانتقالية وخصوصيات المنطقة العربية، مركز دمشق للدراسات النظرية والحقوق المدنية، 2010.
10. تقرير الأمين العام المقدم إلى مجلس الأمن الدولي. بشأن سيادة القانون والعدالة الانتقالية، 2011.
11. تقرير الأمين العام إلى مجلس الأمن الدولي بشأن سيادة القانون، والعدالة الانتقالية في مجتمعات ما بعد الصراعات، مجلس الأمن، الأمم المتحدة، التقرير رقم 2004/616، صدر بتاريخ 2004/8/24.
12. لويز آربو، "العدالة الاقتصادية والاجتماعية للمجتمعات التي تمر بالعدالة الانتقالية، المحاضرة السنوية 12 عن العدالة الانتقالية"، مركز حقوق الإنسان والعدالة العالمية التابع لكلية الحقوق جامعة نيويورك بالشراكة مع المركز الدولي للعدالة الانتقالية، نيويورك، 2006.
13. مؤسسة المستقبل، "النوع الاجتماعي ومسار العدالة الانتقالية في المغرب"، عمان، 2011.

ثالثاً: مواقع إلكترونية

1. منظمة كتاب عراقيون من أجل الحرية، العدالة الانتقالية: قراءة مفاهيمية ومعرفية. منشور على الصفحة الإلكترونية الآتية:
http://iwffo.org/index.php?option=com_content&view=article&id=37880:2011-05-26-21-59-25&catid=6:2009-05-11-20-56-01&Itemid=7
2. المركز الدولي للعدالة الانتقالية، ما هي العدالة الانتقالية. متوفر على الصفحة الإلكترونية الآتية:- <http://ictj.org/sites/default/files/ICTJ-Global-Transitional%20Justice-Arabic.pdf>

3. مركز دمشق للدراسات النظرية والحقوق المدنية، العدالة الانتقالية وذاكرة الضحايا، 2008.
<http://www.arabruloflaw.org/Files/PDF2012/DrHusseinChaaban-Article1-Ar.pdf>
4. المركز العربي لتطوير حكم القانون والنزاهة، العدالة الانتقالية وخصوصيات المنطقة العربية.
متوفر على الصفحة الإلكترونية الآتية:
<http://arabsi.org/attachments/article/383>
- 5.

بيع المساومة في البنوك الإسلامية "البنك الإسلامي اللسطيني نموذجاً"

*Sale of Bargaining in Islamic Banks "Palestinian
Islamic Bank Model"*

أ.آمنة عبد الكريم جعدي
(فلسطين)

بيع المساومة في البنوك الإسلامية "البنك الإسلامي الفلسطيني نموذجاً"

Sale of Bargaining in Islamic Banks "Palestinian Islamic Bank Model"

أ. آمنة عبد الكريم جعدي

(فلسطين)

amnajouide@gmail.com

ORCID ID: 0009-0008-7822-887X

DOI: <https://doi.org/10.70411/MJLS.3.2.193>

تاريخ القبول: 2025-04-08

تاريخ المراجعة: 2025-02-03

تاريخ الاستلام: 2025-01-10

الملخص:

تناولت الدراسة بيع المساومة في البنوك الإسلامية كأحد أدوات الهندسة المالية الإسلامية، حيث يقوم البنك الإسلامي بتمويل احتياجات الأفراد أو التجار من السلع والمنتجات وغيرها من الخدمات اللازمة لهم، سواء كانت للاستخدام الشخصي أو التجاري، ويتم ذلك من خلال إبرام البنك العقود مع الموردين أو التجار أو المنتجين لشراء المبيع الموصوف بناءً على طلب العميل، وبعد انتقال ملكية المبيع إلى البنك الإسلامي يقوم ببيع المبيع إلى العميل بموجب عقد بيع بالمساومة دون الإفصاح عن السعر الحقيقي الذي قام بدفعه البنك أو نسبة الربح التي حققها، وبمبلغ متفق عليه يتم سداده على أقساط محددة زمنياً، ومن الضروري أن يكون المبيع المتعاقد عليه مباح شرعاً ومتوافق مع المعايير الإسلامية التي تعتمدها البنوك الإسلامية، بعيداً عن الربا، وتهدف الدراسة إلى بيان الفروقات بين بيع المساومة التقليدي وبيع المساومة في البنوك الإسلامية، بالإضافة إلى بيان صور بيع المساومة والشروط العامة والخاصة الواجب توافرها في البيع، والتطرق إلى إجراءات بيع المساومة في البنك الإسلامي الفلسطيني، والرقابة الشرعية التي تتم على البيع.

كما خلصت الدراسة إلى مجموعة من النتائج والتوصيات أهمها، أن التشريعات الفلسطينية لم تنظم بيع المساومة في البنوك الإسلامية، ولم توجد أحكاماً أو مبادئ واضحة واجب الالتزام بها عند تطبيق البيع في البنوك الإسلامية، وأن صيغة بيع المساومة للأمر بالشراء في البنك الإسلامي الفلسطيني هي المطبقة عند إبرام العقد في البنك، ونقص المعرفة ببيع المساومة كصيغة من صيغ التمويل الإسلامي وقلة الدراسات الشارحة له. وأوصت الدراسة بضرورة العمل على إصدار التنظيم القانوني لبيع المساومة في البنوك الإسلامية ضمن التشريعات الفلسطينية، يوضح المبادئ والأحكام الخاصة ببيع المساومة لتفادي الاختلافات في التطبيق العملي وتقليل التحديات التي تواجه عمل البنوك الإسلامية، وغيرها من النتائج والتوصيات.

الكلمات المفتاحية: البنك الإسلامي، بيع المساومة، التمويل الإسلامي، العميل، الأمر بالشراء، المبيع.

Abstract:

The study addressed the practice of bargain sale in Islamic banks as one of the tools of Islamic financial engineering, In this context, the Islamic Bank finances the needs of individuals or merchants of goods, products and other services necessary for them, whether for personal or commercial use. This is achieved through contracts with suppliers, merchants, or producers to purchase the specified sale at the request of the customer. Once ownership of the goods is transferred to the Islamic bank, the bank sells the sale to the customer under a bargain sale contract without disclosing the real price paid the profit margin achieved. The agreed amount is then paid in time-bound installments. It is essential that the sale contract complies with Shariah and adheres to the Islamic standards adopted by Islamic banks, remaining free from riba (usury). The study aims to clarify the differences between traditional bargaining sales and bargaining sales in Islamic banks. It also explains the various forms of bargaining sales, the general and specific conditions required, the procedures followed by Palestine Islamic Bank, and the Sharia control applied to such sales.

The study concluded with a set of findings and recommendations, the most important of which are as follows: Palestinian legislation does not regulate the sale of bargaining in Islamic banks, and there are no clear provisions or principles that must be adhered to when applying this type of sale. Additionally, the formula for selling bargaining for the purchase order at the Palestine Islamic Bank is applied when concluding a contract at the bank. Furthermore, there is a lack of awareness about selling bargaining as a form of Islamic finance, as well as a lack of studies explaining it. The study recommended issuing a legal regulation for selling bargaining in Islamic banks within Palestinian legislation to clarify the principles and provisions, thereby avoiding differences in application and minimizing challenges faced by Islamic banks.

Keyword: Islamic bank bargain sale, Islamic finance, client, purchase order, sale.

المقدمة

يساهم بيع المساومة كصيغة من صيغ التمويل الإسلامي في تعزيز التنمية الاقتصادية ومواكبة التطورات المالية الحديثة، ويتم تنفيذه وفقاً لأحكام الشريعة الإسلامية، من خلال تلبية الاحتياجات من السلع والمنتجات وغيرها من الخدمات التي تقدمها البنوك الإسلامية، وبيع المساومة يمتاز بالمرونة، ويهدف إلى التعاون وتحقيق المنافع المتبادلة، ويجلب الاستثمارات للبنوك الإسلامية عن طريق الربح العائد إليها، وأسلوب لتنويع الخدمات المصرفية الإسلامية، حيث تسعى البنوك الإسلامية إلى توفير المنتجات المالية الإسلامية المتوافقة مع السلامة الشرعية والقانونية.

إشكالية البحث

تتمثل الإشكالية في وجود الخلط بين بيع المربحة وبيع المساومة كصيغ للتمويل الإسلامي التي تجريها البنوك الإسلامية، ووجود الفروقات بين بيع المساومة العادي وهو البيع الذي يتم بين الأفراد في معاملاتهم الخاصة وبيع المساومة الذي تجريه البنوك الإسلامية، وكذلك عدم توفر الخبرة والمعرفة الكافية للعاملين والمتعاملين في صيغ التمويل الإسلامي فيما يتعلق ببيع المساومة، وخلو التشريعات الفلسطينية من التنظيم القانوني للضوابط التي تحكم بيع المساومة في البنوك الإسلامية، مما نتج عن ذلك اختلاف في تطبيق البيع في البنوك الإسلامية.

أهداف البحث

يهدف البحث إلى:

1. التعرف على بيع المساومة كأداة من أدوات التمويل الإسلامي، والتعرف على صور بيع المساومة المستخدمة في البنوك الإسلامية، وبيان الفرق بين بيع المساومة العادي وبيع المساومة في البنوك الإسلامية.
2. التعرف على الضمانات المعتمدة شرعاً لتحوط البنوك الإسلامية جراء نكول العميل عن عملية الشراء.
3. بيان إجراءات بيع المساومة في البنك الإسلامي الفلسطيني، والرقابة الشرعية التي تتم على تنفيذ البيع.
4. رصد وإثراء الدراسات المتعلقة بالتمويل الإسلامي بصيغة بيع المساومة في البنوك الإسلامية.

المنهجية

اتبعت الباحثة في هذا البحث المنهج التحليلي الاستقرائي، حيث قامت بالرجوع إلى الدراسات المتخصصة والأبحاث والمقالات المتعلقة ببيع المساومة في البنوك الإسلامية، وعملت على تحليلها، مع التركيز على تجربة بيع المساومة في البنك الإسلامي الفلسطيني.

خطة البحث

تم تقسيم البحث إلى مطلبين، تطرق المطلب الأول إلى بيان الطبيعة القانونية لبيع المساومة وقُسم المطلب إلى ثلاثة فروع ، تناول الفرع الأول: تعريف بيع المساومة، والفرع الثاني: صور بيع المساومة في البنوك الإسلامية، والفرع الثالث: الشروط الواجبة توافرها في عقد بيع المساومة، والمطلب الثاني: بعنوان التطبيق العملي لبيع المساومة في البنوك الإسلامية، وقُسم إلى فرعين، تناول الفرع الأول: إجراءات بيع المساومة في البنك الإسلامي الفلسطيني، والفرع الثاني: الرقابة الشرعية على بيع المساومة في البنوك الإسلامية.

المطلب الأول

الطبيعة القانونية لبيع المساومة

يساهم بيع المساومة في سد حاجات الأفراد من خلال توفير ما يلزمهم على الصعيد الشخصي، وهو أيضًا وسيلة للاستثمار في عملهم. وسنتطرق في هذا المطلب إلى بيان مفهوم بيع المساومة والفرقة بين بيع المساومة العادي وبيع المساومة في البنوك الإسلامية، وضمن أي من تقسيمات البيوع يتم إدراجه، وصور بيع المساومة وأركان عقد البيع بالمساومة في البنوك الإسلامية.

الفرع الأول

مفهوم بيع المساومة

يُعرف بيع المساومة على أنه البيع الذي يتم بين البائع والمشتري ويُتفق بموجبه على الثمن دون الإفصاح عن القيمة الفعلية التي تملك بها البائع المبيع¹، ويُعتبر من البيوع التي يخفى على المشتري رأس المال الحقيقي الذي دفعه البائع في المبيع، أو نسبة الربح العائدة على البائع عند شرائه المبيع، وإنما يتم بيع المساومة بناءً على الثمن النهائي الذي تراضا به البائع والمشتري².

ويُعد بيع المساومة من أنواع البيوع التي يندرج تصنيفه تحت إطار تحديد الثمن³، ويقال له أيضًا بيع المماكسة، كونه يتم عن طريق المناقشة والمفاصلة بين البائع والمشتري في ثمن المبيع بالزيادة والنقصان حتى يتوافقا على الثمن النهائي⁴.

¹ علي حيدر، دُرر الحكام شرح مجلة الأحكام العدلية، المجلد الأول، دار الكتب العالمية، بيروت-لبنان، 2003، ص114.

² محمد سميران، "بيع المساومة مفهومه وأحكامه"، مجلة المنارة للبحوث والدراسات، الأردن، المجلد 16، 2010، ص235، وجمال أحمد المجلي أبو شريعة وأحمد علي الأزرق، مشروعية الاستثمار في المصارف الإسلامية في نطاق البيع بالمساومة والاستصناع، رسالة دكتوراه منشورة، جامعة القرآن الكريم والدراسات الإسلامية، السودان، 1995، ص84.

³ حسام الدين بن موسى عفانة، يسألونك، الجزء التاسع عشر، كلية الدعوة وأصول الدين، القدس، 2014، ص218. وقُسم البيع بالنسبة إلى الثمن إلى أربعة أقسام: 1. بيع المراجعة: هو بيع بالثمن الأول مع بيان نسبة الربح التي يستوفيها البنك الإسلامي 2. بيع التولية: البيع برأس المال دون أن تتم الزيادة أو النقصان 3. بيع الوضعية: هو البيع بنقصان من الثمن المثل أي بخسارة 4. بيع المساومة: وهو البيع الذي لا تعرف فيه نسبة الربح.

⁴ محمد سليمان الأشقر، ماجد محمد أبو رحية، ومحمد عثمان شبير، وعمر سليمان الأشقر، بحوث فقهية في قضايا اقتصادية معاصرة، المجلد 1، دار النفائس للنشر والتوزيع، الأردن، 1998، ص154.

وبيع المساومة في البنوك الإسلامية، يخضع في أحكامه كسائر صيغ التمويل الإسلامي إلى القواعد الفقهية "الغرم بالغنم" و"الخارج بالضمنان"؛ وذلك لأن الربح والخسارة التي تنتج عن عملية البيع يتحملها كل من البائع (البنك) والمشتري (العميل)¹، ووسيلة تساعد المشتري (العميل) في الحصول على المبيع ونقله إلى ملكه².

وصيغة بيع المساومة في البنوك الإسلامية، تلبي احتياجات العملاء من الأصول، ويتمثل ذلك من خلال توجه العميل إلى البنك الإسلامي للتعبير عن رغبته بشراء المبيع دون معرفة القيمة الفعلية التي تقوم على البنك (البائع) عند شرائه من صاحب المبيع الأصلي، وبدوره يقوم البنك بالتعاقد مع الموردين أو المنتجين أو التجار، وذلك حسب طبيعة محل المبيع في كونه من السلع أو المنتجات أو العقار، وبدوره البنك يكون في علاقة تعاقدية ثنائية، الأولى عند تعاقد مع صاحب المبيع الأصلي وشرائه المبيع منه، والثاني عند تعاقد مع المشتري (العميل) وبيعه المبيع وفق أسلوب بيع المساومة. وتوجد عدة أشكال لشراء الأصول (محل البيع) من قبل البنوك الإسلامية لبيعها وفق صيغة البيع بالمساومة:

1. التعاقد مع شبكة التجار أو الموردين للاستفادة من الخصومات والعروضات التي قد يقدمونها مما يعود على البنك بالربح عند إتمام بيع المساومة، ومن أمثلة ذلك السلع الرأسمالية أو الاستهلاكية، شريطة عدم الصورية في نقل الملكية.
2. قيام المنتجين والمصانع بطرح عطاءاتهما للبنوك الإسلامية والتي تقوم بدورها ببيعها للعملاء وفق صيغة بيع بالمساومة، ويؤدي ذلك إلى التنوع في خدمات البنك المصرفية³، ويتم من خلال اتفاقية بين التاجر أو المورد والبنك ويُعتبر التاجر أو المورد عارضاً سلعته للبيع عند تعاقد مع البنك⁴.

¹ أحلام رزوق وعزة محيي الدين، تنويع صيغ التمويل الإسلامي كآلية لدعم الاقتصاد الوطني دراسة حالة بنك البركة -

وكالة برج بوعرييج "رسالة ماجستير"، جامعة محمد بشير الإبراهيمي، برج بوعرييج، 2021، ص8.

² سهايلية حدة وحماة حسيبة، واقع صيغ التمويل الإسلامي في البنوك الإسلامية - دراسة حالة بنك البركة وبنك السلام

"رسالة ماجستير منشورة"، كلية العلوم الاقتصادية والتجارية وعلوم التسيير، الجزائر، 2021، ص114.

³ محمد محمود بني عيسى وعماد رفيق بركات، "بيع التسيير القائم على أسلوب المساومة في التطبيق المعاصر"، كلية

الشريعة والدراسات الإسلامية، جامعة اليرموك، الأردن، ص33.

⁴ مرجع سابق، ص36.

3. قيام البنوك الإسلامية بشراء البضائع الرائجة لبيعها وفقاً لأسلوب بيع بالمساومة، وهي تلك البضائع التي لها سوقاً رائجةً ويتمكّلها ويبيعها مساومة، بحيث يصبح البنك الإسلامي التاجر الحقيقي بدلاً من أن يلجأ إلى أحد التجار للشراء¹.

وعند شراء البنك الإسلامي المبيع لا يوجد اطلاع من قبل العميل على تفاصيل الشراء التي تمت من قبل البائع (البنك)، وكيف تمت عملية الربح بينه وصاحب المبيع الأصلي، وإنما فقط يكون هدف العميل من هذا البيع هو الحصول على المبيع بأقل التكاليف الممكنة²

وربح البنك في بيع المساومة، يكون من خلال ما يقدمه صاحب المبيع الأصلي من خصومات على المبيع عند شرائه، وهذه الخصومات تختلف من مورد أو تاجر إلى مورد أو تاجر آخر وأن المبلغ الذي اتفق عليه البنك وصاحب المبيع الأصلي لا يتغير وإنما يتمثل الربح في نسبة الخصم المقدمة إلى البنك³، وفي حال عدم توافر الخصم فإن ربح البنك يتمثل في الفرق بين ما قام البنك بدفعه لصاحب المبيع الأصلي وثمان المبيع النهائي الذي يدفعه العميل عند شراءه المبيع وفقاً لصيغة بيع بالمساومة.

في حين أن هنالك اختلافاً حول محل التعاقد في بيع المساومة في البنوك الإسلامية، وذلك في أن بيع المساومة يقتصر على المنقولات دون العقارات أم أنه يشمل العقارات والمنقولات؟ حيث اختلف بشأن ذلك، فالبعض رأى اقتصار محل بيع المساومة على المنقولات (السلع، المنتجات) دون العقارات، وسندهم في ذلك أن بيع المساومة وسيلة لتقليل كلفة التمويل على العميل (المشتري) في تملك الأصول من السلع والمنتجات⁴، وهنالك من شمل محل بيع المساومة ليكون عقارات ومنقولات، كما في عقد بيع المساومة النموذجي المتبع في البنك الإسلامي الفلسطيني حيث شمل المنقولات (السلع والمنتجات) والعقارات⁵. وترى الباحثة أن الطريقة الرائجة لاختيار صيغة بيع المساومة هي لتمويل الأصول من السلع الاستهلاكية والرأسمالية والمنتجات، وأن العقارات لها صيغ تمويل أخرى تكون أكثر فائدة للعميل وتلبي غاياته.

¹. علي حسن علي طعمنه، وميساء منير حسن ملحم، بيع المساومة للأمر بالشراء في المصارف الإسلامية الأردنية: تقييم اقتصادي مالي، "رسالة ماجستير منشورة"، كلية الشريعة والدراسات الإسلامية، الأردن - إربد، 2019، ص 76 و 77.

². محمد محمود بني عيسى، وعماد رفيق بركات، مرجع سابق، ص 32.

³. علي حسن علي طعمنه، وميساء منير حسن ملحم، مرجع سابق، ص 46.

⁴. علي حسن علي طعمنه، وميساء منير حسن ملحم، مرجع سابق، ص 127.

⁵. العقد النموذجي لبيع المساومة في البنك الإسلامي الفلسطيني.

والفروقات التي يتم التمييز بها بين بيع المساومة العادي وبيع المساومة الذي تجريه البنوك الإسلامية، في أن بيع المساومة العادي من البيوع القديمة التي جرى التعامل بها، بينما بيع المساومة في البنوك الإسلامية بيع مستحدث ليتلاءم مع التطورات المالية الإسلامية الحديثة¹، وكذلك أن بيع المساومة العادي تتم المناقشة والتفاوض بين البائع والمشتري حتى يتوافقا على الثمن²، في حين بيع المساومة في البنوك الإسلامية يحدد الثمن في طلب الشراء بين البائع (البنك) والعميل (المشتري) دون الزيادة أو النقصان.

وتختلف طريقة الدفع في بيع المساومة العادي عن بيع المساومة في البنوك الإسلامية، حيث الدفع في بيع المساومة العادي يتم على عدة صور: أ. الدفع الفوري، بأن يتفق أطراف البيع على الثمن ويتم الاستلام ودفع الثمن في مجلس العقد. ب. الدفع بالتقسيط، بأن يتفق أطراف البيع على الثمن ويتم تسديده على أقساط محددة. ج. الدفع المؤجل، بأن يتفق أطراف البيع على الثمن ويتم تسليم المبيع عند انعقاد العقد ودفع الثمن في موعد لاحق يتم تحديده، أما بيع المساومة في البنوك الإسلامية يتم الدفع على أقساط محددة زمنياً على دفعات وفقاً للاتفاق في عقد البيع بالمساومة³.

وفي بيع المساومة العادي محل المبيع موجود ولا يوجد وعد بالشراء من قبل المشتري، أما في بيع المساومة في البنوك الإسلامية محل المبيع موصوف من قبل العميل (المشتري) ويوجد وعد من العميل بشراء السلعة عند تحقق المواصفات التي قام بتحديددها ووفقاً للثمن الذي تم الاتفاق عليه⁴. إلا أن التشابه في كل من بيع المساومة العادي وبيع المساومة في البنوك الإسلامية، يتمثل في عدم العلم بالثمن الحقيقي الذي يدفع للحصول على المبيع⁵.

¹ مرجع سابق، ص 23.

² محمد رمضان أحمد عطية، "أحكام المساومة في البيع - دراسة فقهية مقارنة"، مجلة كلية الدراسات الإسلامية والغربية للبنات بكفر الشيخ، جامعة الأزهر، مصر، 2020، ص 466.

³ سامر مظهر قنطججي، "الفروق الجوهرية بين المرابحة والقروض الربوية"، مجلة الأحياء، الجزائر، مجلد 2010، 14، ص 2.

⁴ علي حسن علي طعامن، وميساء منير حسن ملحم، مرجع سابق، ص 20.

⁵ مرجع سابق، ص 23.

الفرع الثاني

صور بيع المساومة في البنوك الإسلامية

يجري بيع المساومة في البنوك الإسلامية وفقاً لصور عدة، سواء من حيث طريقة دفع الثمن، حيث يدفع على أقساط محددة وعلى فترات زمنية متعاقبة، أو من خلال أسلوب الشراء الذي يتم في بيع المساومة فيكون بين البائع الأصلي (صاحب المبيع الأصلي) والبنك، ومن ثم بين البنك والعميل (المشتري)، وعليه نستعرض صور بيع المساومة:

1. بيع المساومة من العقود المالية المركبة، وذلك لاشتماله على عقدين هما، عقد بيع بالمساومة وعقد بيع بالتقسيط، وبهذا يسمى بيع التقسيط عن طريق المساومة¹، حيث إن العقدين لهما ذات الآثار المترتبة عند التنفيذ، وحقوق والتزامات كل عقد من هذه العقود واحدة لا تتجزأ في العقد المركب². ويصار عند بيع التقسيط عن طريق المساومة إلى زيادة الثمن نتيجة عدم الدفع في الحال³.

2. خيار الشرط في عقد البيع بالمساومة من خلال منح العميل خيار الموافقة على المبيع أو عدم الموافقة، ويرجع البنك إلى صاحب المبيع الأصلي في حال عدم الموافقة على الشراء من قبل العميل⁴. حيث يمنح البنك العميل فترة زمنية محددة للتمسك بخيار الشرط، وعند انقضاء المدة يصبح عقد البيع بالمساومة تاماً ويسقط الخيار، وينقضي حقه في التمسك به حتى في حال كانت البضاعة مخالفة للشروط أو معيبة⁵، ويعتبر خيار الشرط مصلحة للبنك الإسلامي والعميل

¹ محمد محمود بني عيسى، وعماد رفيق بركات، مرجع سابق، ص 23.

² عبدالله بن محمد بن عبدالله العمراني، العقود المالية المركبة (دراسة فقهية تأصيلية وتطبيقية)، "رسالة دكتوراه"، دار كنوز إشبيلية، الرياض، 2010، ص 33.

³ علي حسن علي طعامنه، وميساء منير حسن ملحم، مرجع سابق، ص 55.

⁴ مرجع سابق، ص 71.

⁵ جمال أحمد المجلي أبو شريعة، وأحمد علي الأزرق، مرجع سابق، ص 98.

(المشتري) على حد سواء¹، وذلك لإمكانية تدارك مخاطر النكول من قبل العميل (المشتري)²، وإعطاء الحرية والمرونة للأطراف في فسخ العقد³.

واللجوء إلى خيار الشرط فائدة للبنوك الإسلامية من خلال تدارك المخاطر المتمثلة في العيوب الخفية في محل المبيع أو التلاعب في الأسعار أو إفلاس السفن الناقلة أو هلاكها في حال كان المبيع مصدره أجنبياً، وإمكانية إرجاع محل البيع في حال مخالفته للشروط أو عدم توفر الشروط المطلوبة، والتأكد من سلامة المبيع⁴، ويسقط خيار الشرط عند إتمام المدة المتفق عليها للتمسك بالخيار⁵.

3. بيع المساومة وفقاً لأسلوب التوكيل، وذلك من خلال قيام البنك الإسلامي بتوكيل أحد الخبراء المختصين بشراء المبيع⁶، وبعد تملكه يخاطب البنك العميل بشرائه وفقاً لصيغة البيع بالمساومة، وهذا البيع يُعد عملية مركبة بين عقد وكالة بين البنك والوكيل، وعقد بين البنك والعميل؛ وذلك لأن عملية شراء المبيع تمت عن طريق وكيل البنك⁷.

4. الوعد والمواعدة في بيع المساومة، فلا يوجد مواعدة في بيع المساومة؛ وذلك لأن البائع (البنك الإسلامي) مالك للمبيع، والعميل (المشتري) مالك للثمن والمبيع متواجد، أما الوعد فإن العميل يعد البنك الإسلامي بشراء المبيع بعد تملكه الحقيقي أو الحكمي، أي يصدر وعد من طرف واحد وهو العميل بشراء المبيع⁸.

¹ . مرجع سابق، ص 85.

² . محمد محمود بني عيسى، وعماد رفيق بركات، مرجع سابق، ص 43.

³ . محمد عبيد ادن، "التحوط بخيار الشرط في المعاملات المالية المعاصرة"، "المعهد الإسلامي للبحوث والتدريب"، أم القرى، مجلد 24، 2018، ص 68.

⁴ . جمال أحمد المجلي أبو شريعة، وأحمد علي الأزرق، مرجع سابق، ص 95.

⁵ . بكر محمود ربحان، "عينة من الصيغ المهمة للتمويل الإسلامي"، "مجلة العلوم المالية والمصرفية"، الجزء الأول، 2010، ص 14.

⁶ . عبد الله فهد العنزي، أحكام المساومة في الفقه الإسلامي، "رسالة ماجستير منشورة"، جامعة آل البيت، الأردن، 2016، ص 29.

⁷ . جمال أحمد المجلي أبو شريعة، وأحمد علي الأزرق، مرجع سابق، ص 109.

⁸ . علي حسن علي طعامنه، وميساء منير حسن ملحم، مرجع سابق، ص 24.

وقد يثار تساؤل حول إلزامية الوعد الصادر من قبل العميل (المشتري) من عدم إلزاميته ؟ ويرى البعض أن الأفضل للبنك الإسلامي جعل الوعد بالشراء غير ملزم واللجوء إلى خيار الشرط في حال عدم إتمام البيع وفيه يرجع المبيع إلى مالكه الأصلي¹، بحيث يكون خيار الشرط الحل الأمثل في حال نكول العميل عن الشراء².

وإن خيار الشرط الضامن لحقوق البنك والعميل على حد سواء، من خلال النص عليه في اتفاقية الشراء التي تبرم بين البنك وصاحب المبيع الأصلي عند إبرام عملية الشراء بينهما.

5. قد تلجأ البنوك الإسلامية إلى بيع المساومة عند تطبيقها لصيغ التمويل الأخرى، كعقد بيع المرابحة أو عقد الاستصناع، وذلك في حال تعذر العميل عن سداد الأقساط، ووجود رهن للبنك على الأصول، فعندها يمكن للبنك الإسلامي أن يقوم بالمبيع وفقاً لصيغة البيع بالمساومة، وإذا كانت قيمة المبيع أعلى من المبالغ المراد استيفاءها فالبنك الإسلامي يرجعها إلى العميل كونه المالك، أما إذا كانت قيمة المبيع أقل من المبلغ الذي تم استيفاءه فيطالبه بالباقي³. وفي صيغة الإجارة المنتهية بالتملك، عندما تقوم بتمويل الأصول، ومن ثم تأجيرها إلى العميل لمدة يتفق عليها مقابل دفعات إيجاريه وتعذر السداد، بيع الأصل المؤجر إلى طرف ثالث بيع بالمساومة⁴.

ويوجد عدة صور لجبر الضرر الذي قد يقع على البنك نتيجة نكول العميل عن الشراء أو عن دفع الأقساط التي يتفق عليها في عقد البيع بالمساومة، ومنها:

1. الاتفاق على دفع العربون في عقد البيع بالمساومة بالتراضي بين البائع (البنك) والعميل (المشتري)⁵، وهو المبلغ الذي يدفعه العميل على سبيل الضمان للوفاء بالتزامه.
2. الاتفاق على الشرط الجزائي في حال امتناع العميل عن إتمام عملية البيع أو الوفاء بالثمن، شريطة أن يكون الشرط متفقاً مع أحكام الشريعة الإسلامية ولا ينتقص أو يبطل أي حق من الحقوق⁶.

¹. مرجع سابق، ص 37.

² محمد عبيد ادن، مرجع سابق، ص 69.

³ بنك نزوى، المرجع الإلكتروني <https://www.banknizwa.om>، آخر زيارة 2024\3\22.

⁴. مرجع سابق.

⁵ عبد الله فهد العنزي، مرجع سابق، ص 26.

⁶ محمد محمود بني عيسى، وعماد رفيق بركات، مرجع سابق، ص 32.

وفرض الشرط الجزائي من قبل البنك هو بمثابة التعويض عن الضرر الذي قد يلحق به نتيجة نكول العميل، مما يترتب عليه فوات الكسب المحتمل لديه من ضياع الفرصة¹.

3. الاتفاق على هامش الجدية، من خلال مبلغ يدفعه العميل بناءً على طلب من البنك للتأكد والتحوط من أن العميل جاد في طلب الشراء، على أنه إن عدل العميل عن وعده فيجبر الضرر الفعلي الذي يلحق بالبنك جراء هذا النكول، وتغطي خسارة البنك من مبلغ هامش الربح وإذا لم يغط كامل الضرر فله أن يعود على العميل بما تبقى من خسارة ويقيده على حسابه².

وفي حال نكول البنك وعدم إتمام البيع، فيصار إلى تعويض العميل إلا إذا كان النكول راجعاً إلى صاحب المبيع الأصلي فلا مسؤولية على البنك ولا يصار إلى التعويض³.

ويكمن الفرق بين هامش الجدية والعربون والشرط الجزائي، في أن هامش الجدية إجراء احتياطي من خلال دفعة من المال يدفعها العميل إلى البنك قبل تملك المبيع للتأكد من جدية العميل في الشراء، بينما العربون والشرط الجزائي يُتفق عليهما ضمن بنود عقد بيع المساومة وبعد تملك البنك للمبيع.

الفرع الثالث

شروط بيع المساومة في البنوك الإسلامية

ينعقد بيع المساومة في البنوك الإسلامية من خلال توافر الشروط العامة التي تتطلبها سائر العقود المالية، والشروط الخاصة التي تتميز بها صيغة بيع المساومة عن غيرها من صيغ التمويل التي تجريها البنوك الإسلامية.

والشروط العامة المكونة لعقد بيع المساومة:

1. أهلية الأطراف: ينعقد البيع بتوافر التمييز والتراضي التام بين أطراف العقد، وانعقاد الإيجاب والقبول.
2. المعقود عليه (محل البيع): وذلك بأن يكون محل البيع مالا متقوماً⁴، ويخضع المحل إلى القواعد العامة من حيث إنه موجود أو قابل للوجود ومعين أو قابل للتعيين ومعلومًا وخاضعًا لمقتضى العقد ومقدور التسليم وبعيد عن الغرر والجهالة⁵، ولا ينطبق بيع المساومة على النقود والذهب والفضة والديون.

¹. مرجع سابق، ص 40.

². عمر يوسف عبدالله عابنه، "هامش الجدية وتطبيقاته في المصارف الإسلامية"، مجلة العلوم الاقتصادية والقانونية والمالية، الأردن، المجلد 5، 2021، ص 67.

³. مرجع سابق، ص 71.

⁴. محمد محمود بني عيسى، وعماد رفيق بركات، مرجع سابق، ص 24 و 24.

3. يجب على أطراف عقد البيع بالمساومة الالتزام بالضوابط والشروط الشرعية عند إتمام العقد، وذلك حتى لا يقع البطلان في العقد¹، فلا يصح الغبن أو الإكراه أو ما يؤدي إلى الربا أو الإذعان أو الاحتكار أو الاستغلال².

4. أن يكون العقد ذات نفع للعميل (المشتري)³.

5. وجود الحاجة إلى التعاقد، وعلى كل طرف تحمل تبعات ما يعود عليه من العقد بالتوازن⁴، بحيث يعود تبعات العقد على الأطراف بالعدل والإنصاف.

الشروط الخاصة لبيع المساومة في البنوك الإسلامية:

1. تملك البنك للمبيع تملكاً حقيقياً بعقد صحيح وأن يتم القبض الحقيقي أو الحكمي⁵.

2. عدم إفصاح البنك عن الثمن الحقيقي الذي اشترى به المبيع وقام بدفعه⁶.

3. أن تكون مواصفات المبيع محددة ومعروفة.

4. أن يتحمل البنك الأضرار أو الهلاك الجزئي أو الكلي للمبيع قبل تسليمه للمشتري، وذلك حتى يتوافق البيع مع أحكام الشريعة الإسلامية.

5. أن يرجع العميل على البائع (البنك) في حال العيب الخفي أو اختلاف المواصفات.

6. ألا يزيد البنك أي مبلغ في حال تأخر المشتري عن دفع الأقساط، وفي حال تأخر العميل عن الدفع فإن المستحق هو المبلغ النهائي فقط فلا يجوز الزيادة على نسبة الربح، وإنما قد يتفق على التعويض

⁵ عبد الكريم أحمد قندوز، المالية الإسلامية، صندوق النقد العربي، 2019، ص29.

¹ عبد الله فهد العنزي، مرجع سابق، ص25.

² آلاء محمود ديدح، "القواعد الفقهية وتطبيقاتها في المعاملات المالية"، مجلة الاقتصاد الإسلامي العالمي، المجلد 137، 2023، ص77.

³ منذر قحف، أساسيات التمويل الإسلامي، 2013، ص45.

⁴ محمد عمر جاسر، نحو منتجات مالية إسلامية مبتكرة، ورقة عمل مقدمة إلى مؤتمر المصارف الإسلامية اليمنية المقام تحت عنوان "الواقع.. وتحديات المستقبل"، تنظيم نادي رجال الأعمال اليمنيين في الفترة 20-21 مارس 2010، صنعاء - الجمهورية العربية اليمنية، ص5.

⁵ حسام الدين عفانة، مرجع سابق، ص221.

⁶ فارس سالم عامر سلطان العجمي، "الضوابط الشرعية لبيع المساومة"، كلية الدراسات الإسلامية والعربية للبنات - بني سويف -، جامعة الأزهر، ص595.

والذي يقدر بناءً على الضرر الذي أصاب البنك، وأن أي زيادة على ثمن المبيع في حال عدم السداد يعتبر ربا¹.

7. عدم تواصل المشتري مع صاحب المبيع الأصلي لمعرفة تفاصيل الشراء.

المطلب الثاني

التطبيق العملي لبيع المساومة في البنوك الإسلامية

سنتناول في هذا المطلب إجراءات بيع المساومة في البنك الإسلامي الفلسطيني، وذلك بناءً على أمر الشراء بالمساومة الصادر من العميل (الأمر بالشراء) إلى البنك، والتطرق إلى البنود التي يتفق بشأنها في عقد البيع بالمساومة وأي من صور البيع يتم الأخذ بها عند تنفيذ بيع المساومة، ودور هيئة الرقابة الشرعية عند انعقاد عقد البيع بالمساومة.

الفرع الأول

إجراءات البيع بالمساومة في البنك الإسلامي الفلسطيني

سنتطرق إلى بيان كيفية إبرام عقد البيع بالمساومة في البنك الإسلامي الفلسطيني، والبنود التي يتفق بشأنها²:

1. يتوجه العميل (الأمر بالشراء) إلى البنك ويعبر عن رغبته في الشراء وفقاً لصيغة البيع بالمساومة على اعتبارها أحد صيغ التمويل في البنوك الإسلامية، والذي يوصف المبيع المراد شراؤه عن طريق البنك وصفاً دقيقاً تماماً لا لبس فيه، ويقوم البنك بدراسة شخصية العميل ووضعه المالي ودراسة الجدوى لعملية الشراء للتأكد من موافقة البيع للشروط الشرعية والقانونية، ودراسة المخاطر التي قد تحيط بالبيع، وللتأكد من جدية الشراء، ويأخذ المعلومات الكافية حول المبيع المراد شراؤه والتأكد من إمكانية العميل للوفاء بالتزاماته.

2. يقوم البنك والعميل بتوقيع طلب الشراء والذي يتضمن قيام البنك بشراء المبيع وبيعه للعميل (الأمر بالشراء)، ووعد ملزم من العميل بشراء المبيع في حال مطابقته للشروط المذكورة في طلب الشراء وخلوه من العيوب وذلك بعد أن يقوم بتفحص المبيع، ويبين في طلب الشراء مواصفات المبيع الذي يرغب بشرائه سواء كان بضاعة أو سلعة أو عقار أو منتج ...، وقد يكون المبيع

¹ عائشة بوشاكور، متطلبات تفعيل الصيرفة الإسلامية في دعم ونمو المؤسسات الصغيرة والمتوسطة، "رسالة ماجستير

منشورة"، الجزائر، 2022، ص104.

² العقد النموذجي لبيع المساومة كما يجريه البنك الإسلامي الفلسطيني.

مستورداً أو محلياً مصدره من مورد أو تاجر أو منتج ويوقعه كل من البنك والأمر بالشراء بحيث يوصف المبيع وصفاً كافياً.

3. بعد توقيع طلب الشراء يقوم البنك بناءً على طلب ورغبة العميل (الأمر بالشراء) وعلى مسؤوليته بالتواصل مع شبكة المنتجين أو الموردين أو التجار المتعاقد معهم حسب طبيعة محل المبيع المراد شراءه بالمساومة وبعد الاتفاق مع أحدهم على كونه الأنسب للبنك، يتم إبرام (اتفاقية شراء بالمساومة) وهذه الاتفاقية أطرافها البنك بصفته (المشتري للمبيع) والبائع الأصلي (صاحب المبيع المراد شراءه)، وتتضمن الاتفاقية أهم البيانات اللازمة للتعاقد، مثل: الثمن الأصلي للمبيع ومكان وتاريخ الاستلام والتكاليف المصاحبة لعملية الشراء حتى وصولها للمخازن والمخاطر المصاحبة لعملية الشراء والنقل، ويتم الاتفاق على أنه في حال ظهور العيب الخفي أو أي اختلاف في المواصفات يرجع فيها على البائع الأصلي.

4. هناك حالات يكون العميل (الأمر بالشراء) هو من يختار ويحدد المبيع على أن يقوم البنك بالتعاقد مع صاحب المبيع الأصلي، إلا أنه لا يكون هنالك أي تدخل من قبل العميل (الأمر بالشراء)، وإنما فقط عليه أن يحدد المبيع دون أن يعلم مقدار الربح وهامشه أو الذي تم خصمه من قبل صاحب المبيع الأصلي للبنك، وذلك حتى يتوافق بيع المساومة مع أحكام الشريعة الإسلامية، وحيث إن الذي يتعاقد ويشترى من صاحب المبيع الأصلي هو البنك، ودور العميل (الأمر بالشراء) هو اختيار مصدر المبيع الأصلي فقط.

5. بعد حيازة البنك وتملكه للمبيع تملكاً حقيقياً، يتم التعاقد مع العميل (الأمر بالشراء)، ويقوم البنك بصياغة العقد للتوقيع عليه، وأطراف العقد ثلاثة: البائع وهو (البنك الإسلامي الفلسطيني)، والمشتري أو المشتريين الأمر بالشراء (شخص طبيعي أو معنوي)، والكفيل أو الكفلاء على اعتبارهم طرفاً ثالثاً، ولا يتم التوقيع على عقد بيع المساومة إلا بعد قيام العميل بتفحص المبيع فحصاً دقيقاً وفي حال خلوه من العيوب، والتأكد من مطابقته للمواصفات التي قام بتحديدتها في طلب الشراء وتملك المبيع من قبل البنك، يتم إبرام عقد المساومة وفقاً لشروط يُتفق عليها فيما بينهم بما يتوافق مع أحكام الشريعة الإسلامية.

6. يتم التوافق في عقد البيع بالمساومة على الثمن الإجمالي الواجب دفعه من قبل العميل (الأمر بالشراء) ودفعات الأقساط المستحقة وتاريخها وتاريخ آخر قسط والفترات الزمنية واجبة الدفع، ويمكن للبنك أن يشترط على العميل تقديم دفعه نقدية معينة لموافقته على طلب التمويل بالمساومة.

وفي حال كان المبيع المراد شراؤه من مورد أو منتج أجنبي، فيتم الاتفاق على أن يجري بيع المساومة عن طريق قيام (الأمر بالشراء) بفتح اعتماد مستندي لدى البنك الإسلامي وعند وصول المستندات والبضاعة يقوم البنك الإسلامي ببيعها له مساومة من خلال دفع الأقساط، ويقوم البنك بتحويله للمستفيد وهو المورد أو المنتج الأجنبي مقابل نسبة ربح تعود له، بحيث يتم ذلك عند وصول المبيع، والبنك يحسم من حساب العميل ويحوّله إلى حساب المورد أو المنتج الأجنبي¹.

وعقد البيع بالمساومة النموذجي في البنك الإسلامي الفلسطيني، يتفق على أن العميل (الأمر بالشراء) ملزم بقبول المستندات المطابقة لوصفه في شروط الاعتماد والذي على أساسها تم فتح الاعتماد المستندي، وفي حال امتنع عن استلام المستندات، فللبنك الحرية في التصرف كيفما شاء بالمبيع مع حفظ حقه بالرجوع على الأمر بالشراء وعلى الكفيل في حال وجود كفالة بأي أضرار قد تلحق به جراء ذلك الامتناع.

ويخضع وجود الكفيل أو الكفلاء في عقد البيع بالمساومة إلى الاتفاق، وقد يطلب البنك عند إبرام عقد المساومة الكفالة حتى يحفظ حقوقه في حال امتناع العميل الأمر بالشراء أو إهماله أو غشه أو عدم تنفيذ التزاماته²، والبنك يضم ذمة الكفيل إلى ذمة الأصيل ويرجع إليه في حال عدم تنفيذ الأمر بالشراء لالتزاماته³.

ويتفق كذلك في عقد بيع المساومة النموذجي في البنك الإسلامي الفلسطيني على الكفالة، والكفالة ملزمة على وجه التضامن والتكافل عند المطالبة بأي من التزامات العقد، ولا تتأثر بأي تأمينات تحصل أو قد يحصل عليها البنك، ولا تتأثر كذلك بأي مبالغ يتم دفعها أو أي من حالات الإفلاس أو الإعسار أو فقدان أو الوفاة أو تسديد الاعتماد.

ولا يتم انتهاء الكفالة إلا بتسديد الالتزامات المترتبة على العميل الأمر بالشراء كافة، حتى لو تم التساهل أو التسامح مع الأمر بالشراء من قبل البنك كجدولة الدين أو تأجيل دفع الأقساط أو تسديد قيمة الاعتماد أو التمويل.

¹ محمد محمود بني عيسى، وعماد رفيق بركات، مرجع سابق، ص 27.

² علي حسن علي طعامنه، وميساء منير حسن ملحم، مرجع سابق، ص 90.

³ مرجع سابق، ص 94.

وفي حال منح البنك العميل الأمر بالشراء إعادة جدولة الدين عند تعذر إتمام البيع، دون أن يؤدي ذلك إلى التلاعب في الأسعار¹.

ويُتفق كذلك في عقد بيع المساومة النموذجي على التأمين، لضمان إتمام الصفقة أو ما يتحقق من مطالبات نتيجة مخالفة شروط العقد، عن طريق قيام البنك بالطلب من العميل الأمر بالشراء تأميناً نقدياً بنسبة معينة عند فتح الاعتماد عند تكليفه بشراء المبيع، ويقوم الأمر بالشراء بتقويض البنك بالتعاقد مع شركة تأمين إسلامية لإصدار بوليصة تأمين تكافلي على حياته و/أو الأموال المنقولة أو غير المنقولة خلال فترة سريان العقد، وذلك بعد إعلام وموافقة الأمر بالشراء، وأن المستفيد الأول والوحيد من هذا التأمين هو البنك؛ وذلك لتسديد أي تعويضات تنشأ عن تنفيذ عقد البيع بالمساومة.

ولجوء البنك الإسلامي إلى التأمين التكافلي، كونه قائم على التعاون من خلال التبرع، لا على الغرر والاحتمالية²، كذلك هو الوسيلة لحماية البنك على اعتباره أداة من أدوات مخاطر الائتمان في حال الخسارة التي قد تنجم عن العقد³.

الفرع الثاني

الرقابة الشرعية على بيع المساومة في البنوك الإسلامية

يتمثل وجود هيئة الرقابة الشرعية في كل بنك إسلامي إلى حماية العقود التي يبرمها البنك من خلال المراقبة والإشراف على كل عملية تمويل يجريها والعمل على تدقيقها للتأكد من مطابقتها لأحكام الشريعة الإسلامية.

وهيئة الرقابة الشرعية هي الجهة المخولة بمراقبة أعمال البنوك الإسلامية من خلال عملياته التمويلية والاستثمارية لإرشادها بالآراء والفتاوى وتطبيق الأحكام الشرعية، في ظل التغيير الذي يطرأ على

¹. عائشة بوشاكور، مرجع سابق، ص10.

². كاسحي موسى، وبراني عبد الناصر، ودھليس عادل، "العلاقة التكاملية بين شركات التأمين التكافلي والمصارف الإسلامية"، مجلة أبحاث ودراسات التنمية، الجزائر، المجلد9، 2022، ص541.

³. طارق عبد القادر، وتومي إبراهيم، "نظام التأمين التكافلي ودوره في إدارة المخاطر الائتمانية في المصارف الإسلامية (دراسة حالة المصرف الإسلامي الأردني)"، مجلة الاقتصاديات المالية البنكية وإدارة الأعمال، المجلد10، 2021، ص50.

الأحكام الشرعية لهذه العمليات بين الحين والآخر¹، وأن الرقابة على عمليات التمويل يعطي الصفة القانونية والشرعية للقرارات والفتاوى التي تصدرها الهيئة².

وبيع المساومة على اعتباره أحد صيغ التمويل الإسلامي تعترضه مخاطر يتوجب مواجهتها من خلال إدارتها والتخفيف منها والتحكم بها، وذلك من خلال الرقابة الكافية التي تضمن تطبيق المبادئ الإسلامية وما يعتمد من إجراءات في كل بنك³.

إلا أنه يوجد صعوبات تواجه تطبيق مبادئ الشريعة الإسلامية في البنوك الإسلامية، من حيث تكيف المخالفة التي تعرض عقد البيع فيما لو عرضت على القضاء، ذلك لتعدد المذاهب والتفاسير في الشريعة الإسلامية مكاناً وزماناً، خاصة في ظل عدم وجود قانون ينظم هذه المخاطر مما ينتج عن ذلك اللبس في تكيف العقد وأحكامه والمؤدي إلى ضياع للحقوق⁴.

وبالرجوع إلى القرار بقانون رقم (9) لسنة 2010م، بشأن المصارف المنشور في العدد الممتاز رقم (4) من الجريدة الرسمية بتاريخ 27 تشرين الأول 2010، وهو التشريع القانوني الناظم لعمليات المصارف في فلسطين، نجد أنه نص على خضوع عمليات المصارف الإسلامية إلى رقابة هيئة الرقابة الشرعية التي تراقب عمل البنوك وإصدار القرارات المتعلقة بالتمويل والبيع⁵.

¹ حسام الدين عفانة، "مرجعية الرقابة الشرعية في المصارف الإسلامية البنك الإسلامي الفلسطيني كمثال تطبيقي"، مركز القدس للدراسات والإعلام الإسلامي، فلسطين، 2010، ص7.

² مرجع سابق، ص11 و19.

³ سعيدة ضيف، "إدارة مخاطر صيغ التمويل الإسلامي"، مجلة المنتدى للدراسات والأبحاث الاقتصادية، المجلد3، 2019، ص43، والمادة (21) من قانون المصارف والمادة (24) "3. تتولى هيئة الرقابة الشرعية مسؤولية التأكد من كون جميع أعمال المصرف ونشاطاتها متفقة مع أحكام الشريعة الإسلامية ومبادئها قبل مباشرة المصرف بالقيام بهذه النشاطات والأعمال وخلال تنفيذها والانتهاء منها".

⁴ منصور عبد السلام الصرايرة، ورياض منصور الخليلي، "مراجعة نقدية بشأن مصادر القانون المدني الرسمية" دراسة بين التشريعين الأردني والكويتي"، "المجلة الأردنية في القانون والعلوم السياسية"، الأردن، المجلد 5، 2013، ص42.

⁵ المادة (20) من قانون المصارف "1. تمارس المصارف الإسلامية جميع أعمالها وأنشطتها وفقاً لأحكام الشريعة الإسلامية ومبادئها ولما تعتمده هيئة الرقابة الشرعية في المصرف، وبما لا يتعارض مع هذا القانون وأنظمة وتعليمات وقرارات سلطة النقد الصادرة بمقتضاه. والمادة (21) "تصدر سلطة النقد التعليمات والقرارات التي تراها ضرورية لتنظيم أعمال المصارف الإسلامية وفقاً لأحكام هذا القانون".

وبما أن سلطة النقد الفلسطينية بموجب القانون هي الجهة المشرفة على عمل البنوك الإسلامية أصدرت العديد من التعاميم والمذكرات التي خولها القانون إصدارها لتنظيم عمل الهيئة، وحيث ألزمت البنوك الإسلامية عند تطبيقها لعمليات التمويل بالمعايير الشرعية ومعايير المحاسبة والمراجعة والحوكمة والأخلاقيات الصادرة عن هيئة المحاسبة والمراجعة للمؤسسات المالية الإسلامية¹.

إلا أنه يتضح من خلال الرجوع إلى المعايير الشرعية والمحاسبية، أنها لم تتطرق إلى تنظيم بيع المساومة في معيار خاصة به يوضح أهدافه وأقسامه وتفاصيل البيع وكيف يتم.

وقامت البنوك الإسلامية في فلسطين بإعداد نموذج لعقد البيع بالمساومة يتضمن الشروط كافة التي يمكنها من تدارك المخاطر التي تواجهها في البيع، بحيث يراعى عند صياغة العقد حقوق الأطراف، والمخاطر الشرعية والقانونية التي قد تنتج كأن تكون شروط العقد مخالفة للقواعد الآمرة والشرعية أو أن تكون مبهمة غير واضحة، أو أنها تحتل أكثر من معنى، أو في غير محلها.

بحيث يُحرص في ذلك على الصياغة الدقيقة للعقد لحفظ الحقوق وعدم ضياعها كالوصف الدقيق لمحل البيع والمخاطر التي تعترضه².

وتؤدي الصياغة السليمة للعقد، إلى التوازن في الحقوق بين المتعاقدين، وإعطاء العقد القوة الإلزامية، ليصبح عقد صحيح منتج لآثاره القانونية³.

الخاتمة:

توصلت الباحثة إلى مجموعة من النتائج والتوصيات، على النحو الآتي :

أولاً: النتائج

1. تعدد صور وأشكال بيع المساومة المستخدمة في البنوك الإسلامية، حيث للبنك الخيار في اختيار شكل أو عدة أشكال لتنفيذ البيع بما يراها مناسبة.

¹ تعليمات سلطة النقد الفلسطينية رقم (15) / 2019، بشأن هيئة الرقابة الشرعية، حيث نصت المادة (5) من التعليمات على "يجب على إدارة المصرف الإسلامي القيام بما يلي: 2. الالتزام بالقرارات كافة الصادرة عن كل من الهيئة العليا للرقابة الشرعية وهيئة الرقابة الشرعية في المصرف بالإضافة إلى الالتزام بالمعايير الشرعية ومعايير المحاسبة والمراجعة والحوكمة والأخلاقيات الصادرة عن هيئة المحاسبة والمراجعة للمؤسسات المالية الإسلامية".

² أحمد شوقي سليمان، سلسلة مخاطر صيغ التمويل الإسلامي نظرة تأصيلية للواقع التطبيقي، الجزء الثاني، ص1.

³ رهان لطيفي، "صياغة العقود في تمويلات البنوك التشاركية عقد المراجعة نموذجاً"، "المجلة الإلكترونية للأبحاث القانونية"، العدد 5، 2020، ص84.

2. يتخذ البنك الإسلامي الضمانات الكفيلة لضمان حقه عند نكول العميل أو تخلفه عن دفع الأقساط، وذلك من خلال النص عليها في عقد بيع المساومة.
3. تطبق صورة الوعد الملزم من قبل العميل، وأسلوب المساومة للأمر بالشراء عند تنفيذ بيع المساومة في البنك الإسلامي الفلسطيني.
4. يطبق بيع المساومة في البنوك الإسلامية داخلياً (في حال كان المبيع محل التعاقد مصدره محلياً وخارجياً (في حال كان المبيع محل التعاقد أجنبياً، من خلال الاعتماد المستندي).
5. خلو التشريعات الفلسطينية من التنظيم القانوني لبيع المساومة في البنوك الإسلامية، ولا توجد أحكام أو مبادئ واضحة واجب الالتزام بها عند تطبيق البيع، كما أن المعايير الشرعية المعتمدة من هيئة المراجعة والمحاسبة للمؤسسات المالية لم تتطرق إلى النص على معيار خاص ينظم بيع المساومة في البنوك الإسلامية.

ثانياً: التوصيات

1. نوصي بتطبيق صورة "خيار الشرط" عند إجراء بيع المساومة في البنوك الإسلامية، لإمكانية إعادة المبيع إلى مالكة الأصلي في حال نكول العميل، وذلك كونه الخيار الأمثل لتجنب التعرض للخسارة من قبل البنك أو من قبل العميل.
2. نوصي بالعمل على إصدار ضوابط قانونية لبيع المساومة في البنوك الإسلامية ضمن التشريعات الفلسطينية، توضح المبادئ والأحكام الخاصة ببيع المساومة لتفادي الاختلافات في التطبيق وتقليل التحديات التي تواجه عمل البنوك الإسلامية، وبما يضمن صياغة العقد بما يحقق مصلحة الأطراف والتوازن بينهما.
3. عقد اللقاءات والتدريبات لزيادة معرفة التعامل مع بيع المساومة في البنوك الإسلامية على اعتباره أحد صيغ التمويل الإسلامي.

بيان تضارب المصالح:

يقر جميع المؤلفين أنه ليس لديهم أي تضارب في المصالح.

قائمة المصادر والمراجع:

أولاً: المصادر

1. قرار بقانون رقم (9) لسنة 2010، بشأن المصارف.

ثانياً: المراجع

الكتب العلمية:

1. أحمد شوقي سليمان، سلسلة مخاطر صيغ التمويل الإسلامي نظرة تأصيلية للواقع التطبيقي، الجزء الثاني.
2. حسام الدين بن موسى عفانة، يسألونك، الجزء التاسع عشر، كلية الدعوة وأصول الدين، القدس، 2014.
3. عبد الكريم أحمد قندوز، المالية الإسلامية، صندوق النقد العربي، 2019.
4. علي حيدر، درر الحكام شرح مجلة الأحكام العدلية، المجلد الأول، دار الكتب العالمية، بيروت-لبنان، 2003.
5. منذر قحف، أساسيات التمويل الإسلامي، 2013.

الرسائل الجامعية والأطروحات:

1. أحلام رزوق، وعزة محيي الدين، تنويع صيغ التمويل الإسلامي كآلية لدعم الاقتصاد الوطني دراسة حالة بنك البركة - وكالة برج بوعرييج "رسالة ماجستير منشورة"، جامعة محمد بشير الإبراهيمي، برج بوعرييج، 2021.
2. جمال أحمد المجلي أبو شريعة، وأحمد علي الأزرق، مشروعية الاستثمار في المصارف الإسلامية في نطاق البيع بالمساومة والاستصناع، "رسالة دكتوراه منشورة"، جامعة القرآن الكريم والدراسات الإسلامية، السودان، 1995.
3. سهيلية حدة، وحمادة حسيبة، واقع صيغ التمويل الإسلامي في البنوك الإسلامية دراسة حالة بنك البركة وبنك السلام "رسالة ماجستير منشورة"، كلية العلوم الاقتصادية والتجارية وعلوم التسيير، الجزائر، 2021.
4. عائشة بوشاكور، متطلبات تفعيل الصيرفة الإسلامية في دعم ونمو المؤسسات الصغيرة والمتوسطة، "رسالة ماجستير منشورة"، الجزائر، 2022.

5. عبدالله بن محمد العمراني، العقود المالية المركبة (دراسة فقهية تأصيلية وتطبيقية)، "رسالة دكتوراة منشورة"، دار كنوز إشبيلية، الرياض، 2010.

6. عبد الله فهد العنزي، أحكام المساومة في الفقه الإسلامي، "رسالة ماجستير منشورة"، جامعة آل البيت، الأردن، 2016.

المجلات العلمية:

1. آلاء محمود ديدح، "القواعد الفقهية وتطبيقاتها في المعاملات المالية"، مجلة الاقتصاد الإسلامي العالمي، المجلد 137، 2023.

2. بكر محمود ربحان، "عينة من الصيغ المهمة للتمويل الإسلامي"، مجلة العلوم المالية والمصرفية، الجزء الأول، 2010.

3. حسام الدين عفانة، "مرجعية الرقابة الشرعية في المصارف الإسلامية البنك الإسلامي الفلسطيني كمثال تطبيقي"، "مركز القدس للدراسات والإعلام الإسلامي"، فلسطين، 2010.

4. رهان لطيفي، "صياغة العقود في تمويلات البنوك التشاركية عقد المربحة نموذجاً"، "المجلة الإلكترونية للأبحاث القانونية"، العدد 5، 2020.

5. سامر مظهر قنطقجي، "الفروق الجوهرية بين المربحة والقروض الربوية"، "مجلة الاحياء"، الجزائر، مجلد 14، 2010.

6. سعيذة ضيف، "إدارة مخاطر صيغ التمويل الإسلامي"، "مجلة المنتدى للدراسات والأبحاث الاقتصادية"، المجلد 3، 2019.

7. طارق عبد القادر وتومي إبراهيم، "نظام التأمين التكافلي ودوره في إدارة المخاطر الائتمانية في المصارف الإسلامية (دراسة حالة المصرف الإسلامي الأردني)"، "مجلة الاقتصاديات المالية البنكية وإدارة الأعمال"، المجلد 10، 2021.

8. عمر يوسف عبد الله عباينة، "هامش الجدية وتطبيقاته في المصارف الإسلامية"، "مجلة العلوم الاقتصادية والقانونية والمالية"، الأردن، المجلد 5، 2021.

9. فارس سالم عامر سلطان العجمي، "الضوابط الشرعية لبيع المساومة"، "كلية الدراسات الإسلامية والعربية للبنات - بني سويف -"، جامعة الأزهر.

10. كاسحي موسى، وبراني عبد الناصر، ودهلبيس عادل، "العلاقة التكاملية بين شركات التأمين التكافلي والمصارف الإسلامية"، "مجلة أبحاث ودراسات التنمية"، الجزائر، المجلد 9، 2022.

11. محمد عبدي ادن، "التحوط بخيار الشرط في المعاملات المالية المعاصرة"، "المعهد الإسلامي للبحوث والتدريب"، أم القرى، مجلد 24، 2018.
 12. محمد سميران، "بيع المساومة مفهومه وأحكامه"، "مجلة المنارة للبحوث والدراسات"، الأردن، المجلد 16، 2010.
 13. محمد محمود بني عيسى، وعماد رفيق بركات، "بيع التقسيط القائم على أسلوب المساومة في التطبيق المعاصر"، كلية الشريعة والدراسات الإسلامية، جامعة اليرموك، الأردن.
 14. محمد رمضان أحمد عطية، "أحكام المساومة في البيع دراسة فقهية مقارنة"، "مجلة كلية الدراسات الإسلامية والغربية للبنات بكفر الشيخ"، جامعة الأزهر، مصر، 2020.
 15. محمد سليمان الأشقر، ماجد محمد أبو رحية، ومحمد عثمان شبير، وعمر سليمان الأشقر، "بحوث فقهية في قضايا اقتصادية معاصرة"، المجلد 1، دار النفاس للنشر والتوزيع، الأردن، 1998.
 16. منصور عبد السلام الصرايرة، ورياض منصور الخلفي، "مراجعة نقدية بشأن مصادر القانون المدني الرسمية دراسة بين التشريعين الأردني والكويتي"، "المجلة الأردنية في القانون والعلوم السياسية"، الأردن، المجلد 5، 2013.
 17. محمد عمر جاسر، "نحو منتجات مالية إسلامية مبتكرة"، ورقة عمل مقدمة إلى مؤتمر المصارف الإسلامية اليمنية المقام تحت عنوان "الواقع .. وتحديات المستقبل"، تنظيم نادي رجال الأعمال اليمنيين في الفترة 20-21 مارس 2010، صنعاء - الجمهورية العربية اليمنية.
- المواقع الإلكترونية:**

1. بنك نزوى، المرجع الإلكتروني: <https://www.banknizwa.om>

الدعوى المباشرة لمقاول البناء من الباطن تجاه
صاحب العمل دراسة مقارنة بين التشريع العُماني
والتشريع المصري

*Direct Lawsuit of the Subcontractor Against the
Employer: A Comparative Study*

أ.يوسف بن فاضل بن سالم البلوشي
جامعة السلطان قابوس
(سلطنة عمان)

الدعوى المباشرة لمقاول البناء من الباطن تجاه صاحب العمل دراسة مقارنة بين التشريع العُماني والتشريع المصري

Direct Lawsuit of the Subcontractor Against the Employer: A Comparative Study

أ.يوسف بن فاضل بن سالم البلوشي

مدرس بكلية الحقوق

جامعة السلطان قابوس، (سلطنة عمان)

y.albalushi@squ.edu.om

ORCID ID:9777-3848-0004-0009

DOI: <https://doi.org/10.70411/MJLS.3.2.2025196>

تاريخ القبول: 2025-03-16

تاريخ المراجعة: 2025-02-04

تاريخ الاستلام: 2025-01-14

المخلص:

تهدف هذه الدراسة إلى إجراء تحليل للدعوى المباشرة التي يمكن أن يرفعها مقاول البناء من الباطن تجاه صاحب العمل في كل من سلطنة عُمان وجمهورية مصر العربية، حيث تُعتبر الدعوى المباشرة لمقاول البناء من الباطن تجاه صاحب العمل أمراً بالغ الأهمية وضرورياً في مجال البناء والتشييد وتمنح هذه الدعوى المقاولين من الباطن الحق في المطالبة بالمستحقات المالية والقانونية وفقاً للشروط المحددة في العقود المبرمة. ومن خلال تحديد الحقوق والمسؤوليات بوضوح، فإن ذلك يُعزز الثقة بين الطرفين ويعمل على تحسين مستوى الأداء في تنفيذ المشاريع، وبالتالي يساهم في تحقيق الأهداف المرجوة في عالم البناء. ومن أجل تعزيز الحماية القانونية لمقاولي البناء من الباطن، فمن المهم تحسين الإجراءات القانونية المتعلقة بتقديم الدعوى وتبني نظامها.

الكلمات المفتاحية: الدعوى المباشرة، مقاول الباطن، عقود المقاولة، القانون العُماني، القانون المصري.

Abstract:

This study aims to analyze the direct lawsuit that a subcontractor in the construction sector can file against the employer in both the Sultanate of Oman and the Arab Republic of Egypt. The direct lawsuit of the subcontractor against the employer is of great importance and necessity in the field of construction. This legal mechanism grants subcontractors the right to claim financial and legal entitlements under the terms specified in the concluded contracts. By clearly defining the rights and responsibilities of the parties, this lawsuit enhances mutual trust and improves performance levels in project execution, thereby contributing to the achievement of the desired objectives in the construction industry. To strengthen the legal protection of subcontractors, it is essential to improve the legal procedures for filing the direct lawsuit and to adopt an effective legal framework for its implementation.

Keywords: Direct lawsuit, subcontractor, construction contracts, Omani legislation, Egyptian legislation

المقدمة

إن التطورات والتغيرات التي شهدها العالم في الآونة الأخيرة كان لها أثرٌ في مختلف مجالات الحياة، بما في ذلك المباني والإنشاءات؛ إذ توسعت رغبة الأفراد في تشييد المباني والإنشاءات الضخمة التي تتطلب وقتاً وجهداً كبيرين. ولإنجاز هذه الإنشاءات، يحتاج المقاولون - إلى جانب الأعمال المادية - أعمالاً أخرى تنسم بالفنية والتخصصية الدقيقة التي لا يمكن إنجازها من قبل المقاول الأصلي وحده، مما يتطلب الاستعانة بأشخاص آخرين ذوي خبرة فنية لازمة. من هنا تبرز فكرة "المقولة من الباطن"، حيث يعهد المقاول الأصلي إلى مقاول آخر بتنفيذ جزءٍ أو كل الأعمال الموكلة إليه. ونظراً لتطور عقود المقولة وظهور المقاول من الباطن، تطور مفهوم عقد المقولة التقليدي الذي كانت آثاره تقتصر على طرفيه فقط، إلى عقد يمتد تأثيره إلى الغير كالمقاول من الباطن. وبطبيعة الحال، ظهرت بعض الإشكاليات التي تحتاج إلى تدخل تشريعي ينظم الأحكام المتعلقة بالتعاقد مع المقاول من الباطن ومسؤوليته وعلاقته بأطراف عقد المقولة الأصلي.

أهمية البحث

تتمثل أهمية هذا البحث في مناقشة أحد الموضوعات التي باتت تُشكّل أهمية بالغة في الوقت الراهن، ألا وهو عقدُ المقولة من الباطن. وتبرز أهمية هذا الموضوع في تحليل الأحكام المتعلقة بعقد المقولة من الباطن، وعلاقته بأحكام الدعوى المباشرة وفقاً للتشريع العُماني والتشريع المصري؛ وذلك من أجل معرفة مدى جواز رفع الدعوى المباشرة من المقاول من الباطن تجاه صاحب العمل، بالرغم من عدم وجود أيّ رابطة عقدية بينهما.

مشكلة البحث وتساؤلاته

تتجسد مشكلة البحث الرئيسة في عدم وجود تنظيم تشريعي واضح للدعوى المباشرة سواء في التشريع العُماني أو المصري، حيث وردت تطبيقات متفرقة للدعوى المباشرة في بعض الحالات. وقد نتج عن هذا الغموض التشريعي اجتهادات من الفقهاء حول مدى جواز رفع الدعوى المباشرة من قبل المقاول من الباطن على صاحب العمل للمطالبة بحقوقه الثابتة لدى المقاول الأصلي، ومدى وجود بدائل أخرى يمكن اللجوء إليها. وبناءً عليه تنثور عدة تساؤلات مهمة يسعى البحث إلى الإجابة عنها وهي:

1. ما هو عقد المقولة، وكيف يتميز عن غيره من العقود؟
2. ما هو عقد المقولة من الباطن، وما هي طبيعته القانونية؟
3. ما هو الأساس القانوني لتطبيق الدعوى المباشرة في عقد المقولة من الباطن؟

4. مدى جواز قيام المقاول من الباطن برفع دعوى مباشرة تجاه صاحب العمل وفقاً للتشريع العُماني والتشريع المقارن؟

أهداف الدراسة

تسعى هذه الدراسة إلى تحقيق الأهداف الآتية:

1. تحديد الشروط والضوابط القانونية اللازمة لرفع الدعوى المباشرة لمقاول البناء من الباطن في مواجهة صاحب العمل.
2. استعراض وتحليل النصوص القانونية التي تنظم حق مقاول الباطن في رفع دعوى مباشرة ضد صاحب العمل، وتوضيح الأسس التي يستند إليها هذا الحق في كل من القانون العُماني والقانون المصري.
3. تقييم موقف كل من المشرع العُماني والمشرع المصري من الأخذ بالدعوى المباشرة في عقد المقاولة من الباطن، واستعراض الآثار المترتبة على ذلك.

الدراسات السابقة

يوجد عدد قليل من الدراسات السابقة التي تناولت هذا الموضوع بالتحديد وفقاً للتشريعين العُماني والمصري، ولكن توجد دراسات تناولت موضوع الدعوى المباشرة في عقد المقاولة من الباطن بشكل عام، ومن هذه الدراسات:

1. أشرف عبد العظيم، "الطبيعة القانونية للعلاقة بين رب العمل والمقاول من الباطن"، رسالة دكتوراه، جامعة عين شمس، 2007. استعرضت هذه الدراسة الطبيعة القانونية للعلاقة بين رب العمل والمقاول من الباطن في إطار التشريع المصري، وحددت التزامات وحقوق الأطراف المتعاقدة.
2. عبد الله محمد حنظل، "الدعوى المباشرة لمقاول البناء من الباطن تجاه رب العمل"، بحث منشور في المجلة القانونية، مج8، ع10، 2020. تناولت هذه الدراسة الدعوى المباشرة لمقاول البناء من الباطن ضد رب العمل وفقاً للتشريع اليمني وبعض التشريعات الأخرى.

منهجية البحث

اعتمد الباحث في هذا الموضوع على عدة مناهج بحثية للوصول إلى نتائج تُجيب عن المشكلة البحثية، وهي:

1. **المنهج التحليلي:** لتحليل الأحكام والقواعد التي قررها كل من المشرع العُماني والمُشرع المصري في الدعوى المباشرة ومدى إمكانية تطبيقها على عقد المقاولة من الباطن.
2. **المنهج المقارن:** لمقارنة النصوص التشريعية التي قررها المشرع العُماني مع المشرع المصري في مجال عقد المقاولة من الباطن وعلاقته بالدعوى المباشرة.

خطة البحث

- تتمثل خطة هذا البحث في المحاور الآتية:
- المبحث التمهيدي: ماهية عقد المقاولة.
- المبحث الأول: ماهية عقد المقاولة من الباطن وطبيعته.
- المبحث الثاني: نطاق تطبيق الدعوى المباشرة في عقد المقاولة من الباطن وآثارها.

المبحث التمهيدي

ماهية عقد المقاولة

إن دراسة مدى إمكانية قيام المقاول من الباطن برفع دعوى مباشرة تجاه صاحب العمل يتطلب - قبل الخوض في تفاصيل الموضوع - تناول ماهية عقد المقاولة؛ وذلك لمعرفة ما قرّره التشريعات والفقه بشأن هذا الموضوع. وسوف نتناول المبحث التمهيدي في مطلبين نتطرق في المطلب الأول إلى استعراض مفهوم عقد المقاولة، وأما المطلب الثاني فسيتناول تمييز عقد المقاولة عن غيره من العقود التي تتشابه معه في بعض الخصائص وفقاً لما يلي:

المطلب الأول

مفهوم عقد المقاولة

نظمت التشريعات - بما فيها التشريع العُماني والتشريع المصري - عقد المقاولة، من حيث النص على تعريف عقد المقاولة، وبيان الأحكام المنظمة له. وفي هذا المطلب سنتطرق إلى تعريف عقد المقاولة في الفرع الأول، وخصائص عقد المقاولة في الفرع الثاني.

الفرع الأول

تعريف عقد المقاولة

تُعرّف المقاولة في اللغة والاصطلاح الشرعي بأنها: المفاوضة، والمجادلة، وكذلك تُطلق على إعطاء العمل للآخر¹. وأما في الاصطلاح الشرعي فإنه لا يوجد تعريف دقيق لهذا المصطلح؛ نظراً لعدم استخدامه في تلك الفترة، إذ كان يُستخدم عوضاً عن هذا المصطلح عقد الاستصناع². وقد عرّف المشرع العُماني عقد المقاولة في المادة (626) من قانون المعاملات المدنية العُماني (2013/29) بأنه "عقد يلتزم بمقتضاه المقاول بصنع شيء، أو أداء عمل لقاء أجر"³. ويقابل هذا النص المادة (646) من القانون المدني المصري، التي عرّفت عقد المقاولة بأنه "عقد يتعهد بمقتضاه أحد المتعاقدين أن يصنع شيئاً، أو أن يؤدي عملاً لقاء أجر يتعهد به المتعاقد الآخر"¹.

¹ محمد بن مكرم ابن منظور، لسان العرب، ج5، ط3، دار صادر - بيروت، ص345؛ وانظر: محمد مرتضى الزبيدي، تاج العروس، ج5، دار الهداية، ص641.

² إبراهيم شاشو، عقد المقاولة في الفقه الإسلامي، مجلة جامعة دمشق للعلوم الاقتصادية والقانونية، مج26، ع2، 2010م، ص745.

³ قانون المعاملات المدنية العُماني رقم 2013/29، الجريدة الرسمية رقم 1012، 6 مايو 2013م.

ويرى الباحث أن كلا التشريعين لم يختلفا في تعريف عقد المقاولة من حيث المضمون، وإنما وقع الاختلاف في صياغة النص القانوني. ويشير هذا التعريف إلى أن عقد المقاولة يتكون من عنصرين رئيسيين: **عنصر العمل** الذي يقوم به المقاول لصالح رب العمل، و**عنصر الأجر** المنقّب عليه بين الطرفين.

وقد اختلف الفقهاء أيضًا في تعريف عقد المقاولة؛ نتيجة لتقاربه مع عقود أخرى. فذهب فريق منهم إلى تعريف عقد المقاولة بأنه "عقدٌ يتعهد بموجبه أحد طرفيه بأن يصنع شيئاً، أو يؤدي عملاً لقاء بدل يتعهد به الطرف الآخر"¹، بينما يرى آخرون أن عقد المقاولة هو "اتفاق بين متعاقدين، يتعهد بمقتضاه أحد الأطراف بأن يصنع للمتعاقد الآخر شيئاً، أو أن يؤدي عملاً بمقابل مالي يتعهد به المتعاقد الآخر"². يتضح مما سبق أنه كان من الأفضل أن تتضمن تعريفات الفقهاء إشارة إلى أن المقاول وإن كان يخضع لإشراف وتوجيه صاحب العمل، فإنه لا يُعد تابعاً له؛ حيث يؤدي المقاول العمل بصورة مستقلة دون خضوع لتبعية معينة. وهذا يميز -برأينا- عقد المقاولة عن عقد العمل؛ فكلاهما يشتركان في وجود عنصري: الأجر، والعمل في العقد، ولكن يكمن وجه الاختلاف بينهما في أن عقد العمل يكون العامل فيه تابعاً لصاحب العمل، بينما ينتفي ذلك في عقد المقاولة. لذا يرى الباحث أن التعريف الأنسب لعقد المقاولة هو "اتفاق بين طرفين، يتعهد بموجبه أحد الطرفين بصناعة شيء، أو أداء عمل لقاء أجر، دون أن يكون أحدهما تابعاً للآخر".

الفرع الثاني

خصائص عقد المقاولة

بعد أن استعرضنا التعريفات التي وردت بشأن عقد المقاولة، فإنه يتضح جلياً أن عقد المقاولة يتميز ببعض الخصائص التي تجعله مختلفاً عن بقية العقود وفيما يلي بعض من هذه الخصائص التي يتميز بها عقد المقاولة.

أولاً: عقد المقاولة عقد رضائي

يُعدّ عقد المقاولة من العقود الرضائية التي تتعقد بمجرد توافق إرادة صاحب العمل مع إرادة المقاول؛ سواء كان ذلك الاتفاق شفاهة، أو كتابة، أو بمجرد الإشارة، دون حاجة إلى اتباع شكل معين لإبرام العقد

¹. وهبة الزحيلي، العقود المسماة في قانون المعاملات المدنية الإماراتي والقانون المدني الأردني، دار الفكر، 1987م، ص276.

². توفيق يونس المصري، الجامع في أصول الربا، ط2، دار القلم - دمشق، 2001م.

ومما يدل على أن عقد المقاولة من العقود الرضائية عدم اشتراط المُشرع العُماني أو المُشرع المقارن أي شكل يجب اتّباعه لإبرام عقد المقاولة. ومع هذا، فإنه لا يوجد ما يمنع من أن يكون عقد المقاولة عقدًا شكليًا إذا وُجد نص قانوني خاص يفيد ذلك في بعض التشريعات الأخرى؛ ومثالًا على ذلك: ما اشترطه المشرع الفرنسي في المادة (1/131) من قانون البناء والمساكن الفرنسي؛ من ضرورة كتابة عقد المقاولة حتى يكون صحيحًا، وإلا اعتُبر باطلاً¹.

ثانيًا: عقد المقاولة مُلزِمٌ للجانبين

يُعدّ عقد المقاولة من العقود الملزمة للجانبين؛ وذلك نتيجة لما يترتب على عقد المقاولة من التزامات متبادلة على عاتق طرفي عقد المقاولة بمجرد انعقاد العقد ولعل من أهم هذه الالتزامات دَفْعُ الأجرة المستحقّة للمقاول بالنسبة لصاحب العمل، وإنجاز العمل المتفق عليه بالنسبة للمقاول. ويترتب على اعتبار عقد المقاولة من العقود الملزمة للجانبين نتائج مهمة ، تتعلق بمدى إمكانية الفسخ، والدفع بعدم التنفيذ².

ثالثًا: عقد المقاولة عقد معاوضة

يستحقّ المقاول مقابلًا لما أنجزه من العمل، ومن ثم فإنّ عقد المقاولة سيكون من عقود المعاوضة التي يُشترط فيها أن يحصل أحد الأطراف في العقد على عوض لما يعطيه للطرف الآخر. والمقابل في عقد المقاولة لا يُشترط أن يكون معيّنًا عند إبرام العقد، وإنما يمكن أن يكون قابلاً للتعيين لاحقًا؛ إما بموجب نص القانون، أو وفقًا للقواعد المهنية، أو العرف المتّبع في عقود المقاولة. ولذلك، فإن الأصل في عقود المقاولة أنها ليست تبرّعية، وإنما تقتض أن العمل الذي يقوم به المقاول له مقابل وليس تبرّعًا، ويقع عبء الإثبات على من يدّعي خلاف ذلك³.

رابعًا: عقد المقاولة عقد يرد على عمل

إن من الخصائص التي يتميز بها عقد المقاولة أن محل العقد يكون دائمًا القيام بعمل معين، بغض النظر عن طبيعة أو نوع هذا العمل المراد القيام به من قِبَل المقاول، ورغم أن هذا العمل يتم لقاء مقابل،

¹ أحمد عبد العال أبو قرين، الأحكام العامة لعقد المقاولة مع دراسات تطبيقية لمقاولات المنشآت المعمارية، ط1، دار النهضة العربية، 2003م، ص5.

² محمد لبيب شنب، شرح أحكام عقد المقاولة، منشأة المعارف، 2004م، ص17.

³ أحمد عبد العال أبو قرين، الأحكام العامة لعقد المقاولة، مرجع سابق، ص7.

فإن الاعتداد في وصف العقد بالأداء الرئيس فيه وليس بالمقابل، ويقوم المقاول بالعمل المكلف به مستقلاً عن أي توجيه، أو إشراف من صاحب العمل¹.

المطلب الثاني

تمييز عقد المقاولة عن العقود الأخرى

يشارك عقد المقاولة مع بعض العقود الأخرى في خصائص معينة؛ كالقيام بعمل وأداء الأجرة، ومن ثم فقد يُثير ذلك التشابه لبساً لدى البعض في التمييز بين عقد المقاولة وغيره من العقود؛ ولذلك سوف نوضح فيما يلي الفرق بين عقد المقاولة وعقد البيع وعقد العمل وعقد الوكالة؛ وذلك على النحو الآتي:

أولاً: عقد المقاولة وعقد البيع

يقوم عقد البيع على فكرة وجود عقد بين البائع والمشتري، يلتزم بموجبه البائع بنقل ملكية شيء، أو حق مالي إلى المشتري مقابل ثمن نقدي، في حين يقتضي عقد المقاولة أن يتعهد المقاول بأن يقوم بعمل معين لحساب صاحب العمل مقابل أجر متفق عليه بينهما. ومن ثم فإنه يتضح أن وجه الاختلاف بين العقدين هو أن عقد البيع يتطلب تحديد الثمن بين الطرفين في العقد، وإلا فلن نكون بصدد عقد بيع، وفي المقابل فإنه إذا لم يحدد الأجر في عقد المقاولة، فيُرجع في تحديده إلى قيمة العمل ونفقات المقاول؛ وكذلك فإن عقد البيع يحكمه مبدأ (العقد شريعة المتعاقدين)؛ بمعنى أنه لا يجوز تعديل بنوده، أو إلغائه إلا باتفاق الإرادتين؛ في حين أن عقد المقاولة يمكن أن يقوم أحد الأطراف بتعديله، أو إلغائه في بعض الحالات².

ثانياً: عقد المقاولة وعقد العمل

يُعد عقد العمل من أكثر العقود تشابهاً مع عقد المقاولة؛ حيث يشترك كلا العقدين في ضرورة القيام بعمل ما، وكذلك وجود الأجرة، ولكن يبرز وجه الاختلاف بينهما في أن عقد العمل يكون العامل فيه تابعاً لصاحب العمل، بحيث يتلقى الإشراف والتوجيه من قبله. وأما في عقد المقاولة، فإن المقاول يقوم مستقلاً بالعمل المتفق عليه، دون الخضوع لإشراف أو توجيه من رب العمل، ومن ثم فإن وجه الاختلاف بين العقدين يتمثل في تحقق التبعية القانونية في عقد العمل، وانتفاءها في عقد المقاولة³.

¹ محمد ليبب شنب، شرح أحكام عقد المقاولة، مرجع سابق، ص 17-18.

² عزت عبد القادر، عقد المقاولة، دار الألفي، 2001م، ص 15.

³ عزت عبد القادر، عقد المقاولة، مرجع سابق، ص 16.

ثالثاً: عقد المقاولة وعقد الوكالة

يشارك عقد المقاولة مع عقد الوكالة في أن محل الالتزام في كلٍ منهما هو قيام أحد الأطراف بعمل لحساب الطرف الآخر، غير أن وجه الاختلاف بين العقدين يتمثل في أن محل عقد الوكالة يكون دائماً القيام بعمل قانوني، في حين أن محل عقد المقاولة هو القيام بعمل مادي؛ وكذلك فإن الوكيل في عقد الوكالة يقوم بالعمل المسند إليه باسم الموكل ولحسابه، وأما المقاول في عقد المقاولة فإنه يعمل باسمه الخاص، ولا ينوب عن صاحب العمل ولا يمثله¹

وبناءً على ما سبق؛ فإنه يتضح جلياً أن عقد المقاولة وإن كان يتشابه مع بعض العقود في بعض الخصائص، فإنه يظل مختلفاً عنها في بعض الجوانب الأساسية الأخرى، ومن ثمَّ ينبغي عدم الخلط بين عقد المقاولة وغيره من العقود؛ نظراً لاختلاف الآثار القانونية المترتبة على تكييف العق

المبحث الأول

ماهية عقد المقاولة من الباطن وطبيعته

سبقت الإشارة إلى أن عقد المقاولة هو عقد يلتزم بمقتضاه المقاول بإنجاز عمل لصالح صاحب العمل لقاء أجر، ومع تطور عقود المقاولة، لا سيما في مجال الإنشاءات، فقد أصبح من الصعوبة بمكان أن يُنجز المقاول بمفرده العمل المسند إليه، وكان من اللازم الاستعانة بمقاولين آخرين؛ لمساعدة المقاول الأصلي في إنجاز العمل، ويطلق على هؤلاء المقاولين الذين يستعين بهم المقاول الأصلي (المقاولون من الباطن). وفي هذا المبحث سوف نتطرق إلى مفهوم عقد المقاولة من الباطن وشروطه.

المطلب الأول

مفهوم عقد المقاولة من الباطن

أصبح التعاقد من الباطن ضرورة لا مفرَّ منها في عقود المقاولات الضخمة، التي تتطلب وجود أعمال تخصصية مهنية في العمل؛ كأعمال الديكور، والأصباغ، والأعمال الكهربائية، وغيرها من الأعمال المهنية التي يكون المقاول الأصلي غير قادرٍ على القيام بها؛ ولذلك يلجأ إلى إبرام عقد مقاولة من الباطن². وفيما يلي سنتناول التعريف التشريعي والفقه للمقاول من الباطن.

¹ . محمد كمال باشا، شرح القانون المدني - العقود المسماة، منشأة المعارف، 2005م، ص 199-200.

² . هشام جاد الله شخاترة، المقاولة من الباطن: دراسة نظرية وعملية مقارنة، رسالة ماجستير بكلية الحقوق في جامعة

عمان الأهلية، 2013م، ص 3.

الفرع الأول

التعريف التشريعي للمقاوول من الباطن

إن اتفاق المقاوول الأصلي مع المقاوول من الباطن هو أمر استدعته مقتضيات الواقع العملي؛ وذلك نظرًا لصعوبة إلمام المقاوول الأصلي بكل المسائل والخبرات الفنية المتعلقة بالعمل الموكل إليه، ولذلك أجازت التشريعات للمقاوول الأصلي أن يسند بعض -أو كل- العمل إلى المقاوول من الباطن، وفي هذا الشأن نصَّ قانون المعاملات المدنية العُماني (2013/29) في الفقرة الأولى من المادة (644) على أنه "يجوز للمقاوول أن يكلَّ تنفيذَ العمل كله أو بعضه إلى مقاوول آخر، إذا لم يمنعه شرطٌ في العقد، أو لم تكن طبيعة العمل تقتضي أن يقوم به بنفسه"¹.

في المقابل، أورد المشرع المصري النص السابق ذاته في القانون المدني المصري؛ حيث نصَّت المادة (661) من القانون ذاته على أنه: "يجوز للمقاوول أن يكلَّ تنفيذَ العمل في جملته أو في جزءٍ منه إلى مقاوول من الباطن، إذا لم يمنعه من ذلك شرطٌ في العقد، أو لم تكن طبيعة العمل تفترض الاعتماد على كفايته الشخصية"².

وعليه؛ فإن الباحث يخلص من النصوص السابقة إلى أن كلا المشرعين لم يضعوا تعريفًا واضحًا لعقد المقاولة من الباطن، وإنما جاءت النصوص لتبيِّن ضوابط اللجوء إلى عقد المقاولة من الباطن؛ حيث أجاز المشرع العُماني والمشرع المصري للمقاوول الأصلي أن يوكلَ كلَّ -أو بعض- العمل إلى المقاوول من الباطن، شريطة ألا يوجد هناك شرط يمنع المقاولة من الباطن صراحةً أو ضمناً في العقد المبرم بين صاحب العمل والمقاوول الأصلي، ويشتترط كذلك ألا تكون شخصية المقاوول محلَّ اعتبار لدى صاحب العمل، بحيث إنه لم يكن صاحب العمل ليتعاقد على إنجاز العمل لولا وجود شخصية المقاوول الأصلي.

وفي جميع الأحوال، فإنه يمكن لصاحب العمل أن يتنازل عن الشرط الذي يمنع المقاولة من الباطن لاحقاً؛ سواء كان هذا التنازل صراحةً، كالسماح للمقاوول الأصلي بالتعاقد مع المقاوول من الباطن، أو ضمناً، كأن يقوم صاحب العمل بدفع الأجرة إلى المقاوول من الباطن بدلاً من دفعها إلى المقاوول الأصلي. وأما في حالة عدم تنازل صاحب العمل عن الشرط المانع لعقد المقاولة من الباطن، ومع ذلك لجأ المقاوول الأصلي إلى الاستعانة بمقاوول من الباطن، حينئذٍ يحق لصاحب العمل أن يُجبر المقاوول

¹ . قانون المعاملات المدنية العُماني رقم 2013/29، الجريدة الرسمية رقم 1012، 6 مايو 2013م.

² . القانون المدني المصري، رقم 1948/131، الصادر بتاريخ 28 أكتوبر 1883م.

الأصلي على التنفيذ العيني لما التزم به، أو يكون له خيارٌ فسخ العقد، مع طلب التعويض إن كان له مقتضى¹.

كما أن النصوص السابقة ميّزت بين عقد المقاولة من الباطن وحالة الحق؛ حيث إن عقد المقاولة من الباطن يظل عقدًا يوكل بموجبه المقاوّل الأصلي إلى المقاوّل الفرعي كل -أو بعض- العمل المسند إليه من رب العمل إلى المقاوّل من الباطن لقاء أجر دون أن يكون الأخير خاضعًا لإشراف وتوجيه المقاوّل الأصلي، في حين تفترض حالة الحق تنازل المقاوّل الأصلي إلى المقاوّل من الباطن عن جميع ما ورد في عقد المقاولة بما يحتويه من حقوق والتزامات، فيقوم المقاوّل من الباطن مقام المقاوّل الأصلي في مواجهة صاحب العمل، ومن ثم فإنه لا مجال لوقوع الخلط بين المقاوّل من الباطن وحالة الحق².

يمكن كذلك ملاحظة أن المشرع العُماني والمشرع المصري اشترطا لعقد المقاولة من الباطن أن يكون الطرف الذي أسند المقاوّل الأصلي العمل إليه مقاولًا، وليس مؤدًا أو أي شخص آخر. وهذا ما أكدته محكمة النقض الفرنسية، حينما ذهب في أحد أحكامها إلى عدم الاعتراف للشركة المدّعية بصفة المقاوّل من الباطن؛ وذلك نظرًا للدور الذي كانت تقوم به، وهو توريد قطع غيار فقط³.

الفرع الثاني

التعريف الفقهي للمقاولة من الباطن

لقد اختلف الفقهاء في تعريف عقد المقاولة من الباطن؛ حيث ذهب فريق منهم إلى القول بأن المقاوّل من الباطن هو "كل من يوكل إليه المقاوّل الأصلي تنفيذ العمل الذي التزم به في عقد المقاولة، في جملة أو في جزء منه، ويتم هذا الإيكال عن طريق إبرام عقد ما بين المقاوّل الأصلي والمقاوّل الثانوي، يُعرّف بعقد المقاولة الثانوي، أو من الباطن، يتضمن إلزام المقاوّل الثانوي بتنفيذ العمل الذي التزم به المقاوّل الأصلي في مواجهة صاحب العمل"⁴. في حين عرّفه آخرون بأنه "ذلك العقد الذي يعهد فيه

¹. لارا مارون ونا، المقاولة من الباطن، رسالة ماجستير بكلية الحقوق والعلوم السياسية والإدارية في الجامعة اللبنانية، 2019م، ص44-45.

². رأفت محمد حماد، المسؤولية المدنية لمقاوّل البناء من الباطن في القانون المدني - دراسة مقارنة، دار النهضة العربية، ص16.

³. عثمان عبد الحميد، المسؤولية المدنية للمقاوّل من الباطن، بحث منشور في مجلة البحوث القانونية والاقتصادية، 2002م، ص8.

⁴. محمد حنون جعفر، مسؤولية المقاوّل العقدية عن فعل الغير، المؤسسة الحديثة للكتاب، 2011م، ص13.

المقاوول إلى شخصٍ أجنبي يسمى المقاوول من الباطن بتنفيذ كل -أو بعض- الأعمال الموكلة إليه¹. وغيرها من التعريفات التي أوردها الفقهاء في توضيح مفهوم عقد المقاولة من الباطن، والتي وإن كانت تختلف في صياغتها الشكلية، فإنها تجتمع في المضمون. ونحن نرى أن التعريف الأنسب لعقد المقاولة من الباطن هو أنه عقدٌ يتفق بموجبه المقاوول الأصلي على إسناد كل -أو بعض- العمل المسند إليه إلى المقاوول من الباطن، لقاء أجر متفق عليه، دون أن يكون الأخير تابعاً للمقاوول الأصلي.

وتجب الإشارة هنا إلى أمر في غاية الأهمية، وهو أنه بالرغم من انتشار مصطلح (المقاوول من الباطن) في أغلب التشريعات العربية، فإنه ما زالت بعض التشريعات تستخدم مصطلحات مرادفة للدلالة على المقاوول من الباطن؛ حيث ورد في القانون المدني الأردني مصطلح (المقاوول الثاني) عوضاً عن المقاوول من الباطن، وأما في القانون المدني العراقي فقد وردت عبارات للدلالة على المقاوول الفرعي؛ كـ(مقاوول المقاوول)، و(المقاوول الثاني)، وأطلق عليه المشرع السوري لفظ (المقاوول الثانوي). كما استخدمت بعض التشريعات لفظ (المقاوول الفرعي)؛ للدلالة على المقاوول من الباطن².

وبالرغم من أن عقد المقاولة الأصلي (بين صاحب العمل والمقاوول الأصلي) يُعد مستقلاً عن عقد المقاولة من الباطن (بين المقاوول الأصلي والمقاوول من الباطن)، فإنهما يشتركان في محل العقد وموضوعه، وهو القيام بعمل لصالح رب العمل، ومن ثم فإنه وإن لم توجد علاقة عقدية مباشرة بين صاحب العمل والمقاوول من الباطن، فإن إنجاز عقد المقاولة الأصلي يتوقف على إنجاز المقاوول من الباطن عمله تجاه المقاوول الأصلي³.

المطلب الثاني

تكوين عقد المقاولة من الباطن

يُعد عقد المقاولة من الباطن عقداً مستقلاً في حد ذاته، حتى وإن كان يستلزم في وجوده إلى عقد سابق، وهو عقد المقاولة الأصلي بين صاحب العمل والمقاوول الأصلي، ومن ثم فإنه لا بُد أن تتوفر الأركان العامة لصحة العقود في عقد المقاولة من الباطن، وإلى جانب تلك الأركان العامة، فإنه لا بُد من توافر بعض الشروط الخاصة اللازمة لانعقاد عقد المقاولة من الباطن. وسنتناول في هذا المطلب الشروط العامة، والشروط الخاصة لتكوين عقد المقاولة من الباطن، وذلك على الوجه الآتي:

¹. محمد كامل مرسى، العقود المسماة، ج2، ط1، دار النشر للجامعات المصرية، 1949م، ص529.

². هشام جاد الله شخاترة، المقاولة من الباطن، مرجع سابق، ص5.

³. أحمد عبد العال أبو قرين، الأحكام العامة لعقد المقاولة، مرجع سابق، ص1.

الفرع الأول

الشروط العامة لعقد المقاولة من الباطن

إن عقد المقاولة من الباطن يتطلب تحقق شروطٍ معيّنة حتى يكون صحيحاً، وهذه شروط عامة تلزم أيّ عقد حتى يكون صحيحاً، متمثلة في: الرضا، والمحل، والسبب. ونستعرض كلاً منها على النحو الآتي:

أولاً: الرضا في عقد المقاولة من الباطن

يخضع عنصر الرضا في عقد المقاولة من الباطن للشروط ذاتها التي يخضع لها في كل العقود الأخرى؛ حيث يجب أن يقترن القبول بالإيجاب حتى ينعقد العقد بين المقاول الأصلي والمقاول من الباطن، ويجب أن يتطابق الإيجاب مع القبول على ماهية العمل، والعمل المطلوب تأديته، وكذلك الأجر، وكل المسائل الجوهرية المتعلقة بالعقد، كما يجب أن يكون كل طرف في عقد المقاولة من الباطن كامل الأهلية حتى ينعقد العقد صحيحاً. ويمكن للأطراف أن يبرموا العقد بصفتهم الشخصية، كما يمكن أن يُنيبوا غيرهم في إبرام العقد بالوكالة، مع انصراف آثار العقد إلى الأطراف. ويجب أن تكون إرادة الأطراف حرةً غير معيبة بأي عيب من عيوب الرضا؛ كالإكراه، أو التغرير، أو الغبن الفاحش، أو الغبن اليسير، أو الغلط¹.

ثانياً: المحل في عقد المقاولة من الباطن

يتمثل المحل في عقد المقاولة من الباطن في العمل المطلوب تأديته من المقاول، في حين أن المحل بالنسبة لصاحب العمل يتحقق في الأجر المستحق للمقاول؛ ولذلك فإنه يُشترط أن يكون المحل ممكناً للمقاول غير مستحيل القيام به، كما يجب أن يكون مشروعاً غير مخالف للقوانين والأنظمة، وكذلك يجب أن يكون معيّناً أو قابلاً للتعيين. وتطبيقاً لذلك؛ فإنه يجب توضيح موقع العمل، وطبيعته، ومواصفاته، وكل ما من شأنه تعيين العمل المتفق عليه تعييناً نافياً للجهالة الفاحشة، وكذلك الحال في الأجر المستحق للمقاول؛ فإنه يجب أن يكون معيّناً، أو قابلاً للتعيين، وأن يكون ممكناً ومشروعاً².

¹ عبد الرزاق أحمد السنهاوري، الوسيط في شرح القانون المدني المجلد الأول - العقود الواردة على العمل، دار إحياء التراث العربي، 1964م، ص33.

² هارون أحمد غرابية، أحكام العلاقة القانونية بين رب العمل والمقاول من الباطن، رسالة دكتوراه بكلية الدراسات العليا في جامعة العلوم الإسلامية العالمية، 2015م، ص35.

الجدير بالذكر هنا، أن محل عقد المقاولة من الباطن هو ذاته محل عقد المقاولة الأصلي؛ وذلك لكون عقد المقاولة من الباطن عقدًا مستندًا في وجوده إلى عقد سابق، ومن ثم لا يمكن أن يكون موضوعه مختلفًا عن العقد الأصلي، وإلا عدَّ ذلك عقدًا جديدًا¹.

ثالثًا: السبب في عقد المقاولة من الباطن

يُعرف السبب بأنه الغرض المباشر الذي يسعى المتعاقد للوصول إليه عن طريق التعاقد، وشروط السبب في عقد المقاولة هي ذاتها في كل العقود الأخرى، بحيث يجب أن يكون العقد موجودًا، وصحيحًا، ومشروعًا غير مخالفٍ للنظام العام أو الآداب العامة. وحتى يتحقق عنصر السبب في عقد المقاولة من الباطن، فإنه لا بُد أن يكون الغرض الذي يسعى المقاول من الباطن إلى تحقيقه مشروعًا، ومنسجمًا مع طبيعة عقد المقاولة والغرض منها. وفي عقد المقاولة من الباطن يلتزم المقاول بأداء العمل المتفق عليه في مواجهة المقاول الأصلي، بهدف الحصول على أجرٍ محدّد بينهما².

الفرع الثاني

الشروط الخاصة لعقد المقاولة من الباطن

يُشترط في صحة عقد المقاولة من الباطن أن تتحقق فيه الشروط العامة لصحة العقود؛ من رضا، ومحل، وسبب. وإلى جانب هذه الشروط العامة، فإنه لا بُد من تحقق بعض الشروط الخاصة التي يتميز بها عقد المقاولة من الباطن، المتمثلة في: انتفاء الشرط المانع من عقد المقاولة من الباطن، وكذلك انتفاء الاعتبار الشخصية في العقد وبتناول كلاً منهما على الوجه الآتي:

أولاً: انتفاء الشرط المانع في عقد المقاولة من الباطن

يستند عقد المقاولة من الباطن في وجوده على عقد المقاولة الأصلي المُبرم بين صاحب العمل والمقاول الأصلي، وذلك حينما يرى المقاول الأصلي ضرورة إبرام عقدٍ مقاولةٍ من الباطن من أجل تنفيذ بعض -أو كل- العمل المسند إليه، ولكن في حالة ما إذا اشترط صاحب العمل على المقاول عدم إسناد العمل إلى مقاولٍ آخر، فإنه ينبغي في هذه الحالة على المقاول الأصلي الالتزام بشروط العقد، وعدم

¹ سامي محمد فريج، التخطيط للعقد: إدارة المخاطر - الجوانب القانونية - التزامات الأطراف، دار النشر للجامعات، 2007م، ص36.

² مصطفى عبد السيد الجارحي، عقد المقاولة من الباطن دراسة مقارنة بين القانون المصري والفرنسي، دار النهضة العربية، 1988م، ص3.

اللجوء إلى المقاول من الباطن، وقد يرد شرط المنع صراحةً في العقد، وقد يرد ضمناً، بحيث يمكن استنتاجه من خلال الظروف والملابسات المحيطة بعقد المقاولة¹.

وقد يَرِدُ في عقد المقاولة الأصلي شرطٌ يمنع التعاقد من الباطن، وقد يرد أيضاً شرط الحصول على موافقة صاحب العمل، ولا ينبغي الخلط بينهما؛ حيث إن خلوَّ عقد المقاولة الأصلي من الشرط المانع للتعاقد من الباطن لا يعني بالضرورة حرية المقاول الأصلي في الاستعانة بالمقاول من الباطن، وإنما لا بُد من الحصول على موافقة صاحب العمل إذا ورد في العقد الأصلي شرطٌ يفيد وجوب الحصول على موافقته قبل إبرام عقد مقاولة من الباطن؛ وإلا فلن يُعْتَدَ بالمقاول من الباطن².

وفي حالة قيام المقاول الأصلي بإبرام عقد مقاولة من الباطن رغم وجود شرط مانع في عقد المقاولة المُبرَم بينه وبين صاحب العمل؛ فإنه يحق لصاحب العمل في هذه الحالة مطالبة المقاول بالتنفيذ العيني لما التزم به، أو التعويض في حالة تعذر التنفيذ العيني، كما يحق لصاحب العمل فسخ العقد نتيجة إخلال المقاول من الباطن لأحد التزاماته³.

ثانياً: انتفاء الاعتبارات الشخصية في عقد المقاولة من الباطن

تعتمد بعض أنواع عقود المقاولة على الطابع الشخصي للمقاول؛ نظراً لكونها تتطلب مؤهلات وكفايات شخصية لدى المقاول للقيام ببعض الأعمال المهنية الدقيقة اللازمة لإنجاز العمل؛ كالتعاقد مع رسام على رسم لوحة معينة، نظراً لما يتمتع به من خبرات ومهارات لا تتوافر لدى غيره، ومن ثَمَّ فإنه ليس من الصواب القول بأن كل عقود المقاولة تعتمد على الطابع الشخصي للمقاول، بحيث يكون محل اعتبار عند صاحب العمل، وإنما توجد بعض العقود التي يُبرمها صاحب العمل استناداً إلى شخصية المقاول، ويمكن استنتاج ما إذا كانت شخصية المقاول محل اعتبار من عدمه؛ إما عن طريق اتفاق الطرفين صراحةً، وإما لكون طبيعة العمل تعتمد على شخصية المقاول.

وعليه؛ فحتى يتمكن المقاول الأصلي من الاستعانة بمقاول من الباطن، يُشترط ألا تكون شخصيته محل اعتبار لدى صاحب العمل؛ إذ قد يلجأ صاحب العمل في بعض الأحيان إلى إبرام عقد مقاولة مع مقاول معين، نظراً لما يمتلكه من خبرة وكفاية عالية في مجال العمل، ومن ثَمَّ إذا كانت طبيعة العمل

¹. عبد الرزاق السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني، مرجع سابق، ص209.

². لارا مارون ونا، المقاولة من الباطن، مرجع سابق، ص42-43.

³. لارا مارون ونا، المقاولة من الباطن، مرجع سابق، ص44.

تقتضي اشتراطاتٍ معيّنة تنطبق على المقاول، فإن عقد المقاولة في هذه الحالة سيكون عقدًا قائمًا على الاعتبار الشخصي، ومن ثمّ فإنه لا يمكن للمقاول اللجوء إلى المقاولة من الباطن¹.

المبحث الثاني

نطاق تطبيق الدعوى المباشرة في عقد المقاولة من الباطن وآثارها

لم تتناول غالبية التشريعات -ومنها التشريعين العُماني والمصري- الدعوى المباشرة كمنظرة عامة، وإنما أخذت بها في بعض التطبيقات المتناثرة في القوانين الداخلية، وتقوم فكرة الدعوى المباشرة على حماية حق الدائن، وذلك من خلال إعطاء الدائن الحق في مطالبة مدين مدينه بصورة مباشرة، ويكون له حق امتياز في استيفاء دينه على بقية الدائنين الآخرين، وهذا ما يجعل الدعوى المباشرة تختلف عن الدعوى غير المباشرة؛ حيث إن الدعوى غير المباشرة تعطي للدائن الحق في مطالبة مدين مدينه، وذلك في حالة تقاعس أو إهمال الأخير في المطالبة بحقوقه لدى الغير. ويتم تقسيم الحق موضوع الدعاوى على الدائنين بالتساوي، وهو ما يسمى بقسمة الغرماء، ومن ثمّ فإن هذه الدعوى لا تعطي أيّ امتياز للدائن على بقية الدائنين؛ ولذلك أوجدت التشريعات ما يسمى بالدعوى المباشرة في بعض التطبيقات، ومن ضمنها عقد المقاولة من الباطن².

وتتمثل فكرة الدعوى المباشرة في عقد المقاولة من الباطن في كونها دعوى يُقيمها الدائن (المقاول من الباطن)؛ لمطالبة مدين مدينه (صاحب العمل) بشكل مباشر بما له من حق لدى المدين (المقاول الأصلي)، وفي حدود ما للأخير لدى صاحب العمل؛ ليستأثر المقاول من الباطن بالحق موضوع الدعوى استثنائيًا لا يزاحمه فيه أحد، ومن ثمّ فإنه حتى يستطيع المقاول من الباطن اللجوء إلى الدعوى المباشرة، لا بُد من وجود نص قانوني يُجيز ذلك، ولا يُشترط أن يكون المقاول الأصلي متقاعسًا، أو مهملاً في الوفاء بالتزامه تجاه المقاول من الباطن، وإنما يكون للأخير الحق في اللجوء إلى صاحب العمل أو المقاول الأصلي³.

¹ إلياس ناصيف، موسوعة العقود المدنية والتجارية - عقد المقاولة، ج18، 2023م، ص293.

² ياسين الجبوري، الدعوى المباشرة في القانون المدني الأردني، بحث منشور في مجلة الشريعة والقانون، مج26، ع52، 2012م، ص272-273.

³ عبد الله محمد حنظل، الدعوى المباشرة لمقاول البناء من الباطن تجاه رب العمل، بحث منشور في المجلة القانونية، مج8، ع10، 2020م، ص3489.

وسوف نتناول في هذا المبحث بدايةً شروط تطبيق الدعوى المباشرة في عقد المقاولة من الباطن، ومن ثم آثار الدعوى المباشرة في عقد المقاولة من الباطن وانتهاءً بتقييم موقف المشرع العُماني والمشرع المصري من تطبيق الدعوى المباشرة في عقد المقاولة من الباطن.

المطلب الأول

شروط تطبيق الدعوى المباشرة في عقد المقاولة من الباطن

حتى يتمكن المقاول من الباطن رفع دعوى مباشرة على صاحب العمل، لا بُد من تحقق بعض الشروط، منها ما هو متعلق بالمقاول من الباطن، ومنها ما هو متعلق بالمقاول الأصلي، ومنها ما يتعلق بصاحب العمل، وجميع هذه الشروط ليست منصوصاً عليها صراحةً في التشريع العُماني، أو المقارن، ولكنها نتاج اجتهادات الفقهاء. ونفصّل هذه الشروط على النحو الآتي:

الفرع الأول

الشروط الخاصة بمقاول البناء من الباطن

يجب أن يكون المقاول من الباطن دائئاً للمقاول الأصلي، وأن تكون له مصلحة في ملاحقة صاحب العمل. ونوضح هذه الشروط كما يلي:

أولاً: أن يكون المقاول من الباطن دائئاً للمقاول الأصلي

يُشترط أن يكون المقاول من الباطن دائئاً للمقاول الأصلي؛ وذلك حتى يتمكن من مطالبة صاحب العمل مباشرة بما لا يجاوز ما هو مستحقّ له في ذمة المقاول الأصلي. ويُعد هذا شرطاً مُفترَضاً في الدعوى المباشرة؛ إذ إن المشرّع حينما قرّر حقّ المقاول من الباطن في رفع الدعوى المباشرة على صاحب العمل، فإنه قرّر هذا الحقّ من أجل ضمان حصول الدائن على حقه، ومن ثمّ إذا لم يكن المقاول من الباطن دائئاً للمقاول الأصلي، كأن يكون متبرّعاً، فإنه لا مجال للحديث عن الحق في الاستفادة من الدعوى المباشرة¹.

ثانياً: إغذار المقاول الأصلي بسداد ما عليه تجاه المقاول من الباطن

تتمثل فائدة إغذار المقاول الأصلي في اعتبار الأخير متأخراً، أو ممتنعاً عن تنفيذ التزامه المتعلق بسداد أجرة المقاول من الباطن، أو عُمّاله، ومن ثمّ يثبت حق الدائن في رفع دعوى مباشرة على صاحب العمل؛ للمطالبة بالمستحقات التي امتنع المقاول الأصلي عن سدادها، في حين يرى فريق آخر من

¹ نجم الأحمد، التعاقد من الباطن في نطاق العقود الإدارية دراسة مقارنة، رسالة دكتوراه بجامعة عين شمس، 2001م، ص359.

الفقهاء عدم ضرورة الإعذار؛ وذلك لكيلا يسارع المقاول الأصلي في استيفاء حقه من صاحب العمل، ويصبح بذلك رفع الدعوى المباشرة غير مُجدٍ للمقاول من الباطن؛ لعدم وجود أسبقية يستفيد منها في استيفاء حقه¹

ثالثاً: الشروط المتعلقة بدّين المقاول من الباطن

يجب أن تتحقق مجموعة من الشروط في دّين المقاول من الباطن تتمثل في:

1. أن يكون الدين موجوداً:

يجب أن تتحقق في الحق الذي يطالب به المقاول من الباطن مجموعة من الشروط، منها أن يكون الدّين مستحقّ الأداء؛ وذلك لارتباطه بشرط المصلحة في الدعوى، إذ إنه لو كان ذلك الدين معلقاً على شرط، أو مضافاً إلى أجل، لما استطاع المقاول من الباطن مطالبة صاحب العمل مباشرة²

2. أن يكون الدّين غير متنازع فيه:

يُفترض في الدّين الذي يطالب به المقاول من الباطن أن يكون خالياً من أية منازعات؛ إذ إنه لو كانت هناك منازعة في الدّين فإنه يجب الفصل فيها قبل اللجوء إلى الدعوى المباشرة، على اعتبار أنها من وسائل التنفيذ التي يجب أن يكون الحق فيها ظاهراً وواضحاً، لا منازعة فيه³.

3. أن يكون دّين المقاول من الباطن مقابلاً للالتزامات التي نفذها بمقتضى عقد المقاولة من

الباطن:

يُشترط أن يكون المقاول من الباطن قد نفذ العمل وفقاً لما هو متفق عليه؛ وذلك حتى يتمكن من الرجوع على صاحب العمل. أما إذا كان التنفيذ معيّباً، أو مخالفاً لما تمّ الاتفاق عليه؛ فلن يتمكن المقاول من الباطن من رفع الدعوى المباشرة على صاحب العمل. وكذلك يُشترط أن تكون تلك الأعمال التي نفذها المقاول من الباطن قد عادت بالنفع على صاحب العمل⁴

¹ . نجم الأحمدى، التعاقد من الباطن، مرجع سابق، ص371.

² . رمضان أبو السعود، الدعوى المباشرة، رسالة دكتوراه، كلية الحقوق، جامعة الإسكندرية، 1974م، ص323.

³ . رمضان أبو السعود، الدعوى المباشرة، مرجع سابق، ص323.

⁴ . عبد الله حنظل، الدعوى المباشرة لمقاول البناء من الباطن تجاه رب العمل، مرجع سابق، ص3502.

الفرع الثاني

الشروط الخاصة بالمقاول الأصلي

لا يُشترط في الدعوى المباشرة تقاعس المدين عن المطالبة بحقوقه لدى الغير، وأن يؤدي ذلك الإهمال إلى إفسار المدين أو يساره، كما هو الحال في الدعوى غير المباشرة، وإنما يمكن للمقاول من الباطن أن يستفيد من الدعوى المباشرة، حتى وإن لم يهمل المدين (المقاول الأصلي) في المطالبة بحقوقه؛ وذلك نظرًا إلى أن هذه الدعوى ليست مقررة للحفاظ على الضمان العام للمقاول الأصلي، وإنما هي دعوى خاصة للحفاظ على حق المقاول من الباطن، ومن ثم فإنه -بغض النظر عن إهمال المقاول الأصلي من عدمه، وكذلك بغض النظر عن إفساره- يستفيد -أي: المقاول من الباطن- من الدعوى المباشرة دون هذه الاشتراطات المقررة في الدعوى غير المباشرة¹.

ونرى أن السبب وراء عدم اشتراط إهمال المقاول الأصلي، أو إفساره، لإعمال نظرية الدعوى المباشرة هو أن التشريعات أرادت أن تضمن حق المقاول من الباطن، وذلك عن طريق إيجاد أكثر من دائن للرجوع إليه في الوفاء دون التقيد باشتراطات معينة، بحيث يمكن للمقاول الفرعي مطالبة صاحب العمل أو المقاول الأصلي بحقه.

المطلب الثاني

آثار الدعوى المباشرة في عقد المقاولة من الباطن

يصف بعض الفقهاء آثار الدعوى المباشرة بأنها آثار غير كاملة؛ لعدم إمكانية نشوء آثار هذه الدعوى في مواجهة رب العمل إلا بعد القيام بالإجراءات القانونية لمباشرتها، والمتمثلة في إذار المقاول الأصلي، ومن ثم رفع الدعوى أمام القضاء، وفي حالة عدم اتخاذ هذه الإجراءات القانونية من قبل المقاول من الباطن فإن المقاول الأصلي يكون له الحق في استيفاء حقه الثابت في ذمة رب العمل، ويكون هذا الوفاء حجة على الغير الذين من ضمنهم المقاول من الباطن². وفيما يلي نوضح آثار رفع الدعوى المباشرة، وآثار الحكم الصادر في الدعوى المباشرة.

¹ محمد ليبب شنب، شرح أحكام عقد المقاولة، مرجع سابق، ص202.

² عبد الرزاق السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني، مرجع سابق، ص191.

الفرع الأول

آثار رفع الدعوى المباشرة

بمجرد قيام المقاول من الباطن برفع دعوى مباشرة في مواجهة رب العمل، فإنه يترتب على ذلك عدة آثار، منها ما هو متعلق بالمقاول الأصلي، ومنها ما هو متعلق برب العمل؛ ونوضح ذلك فيما يلي:

أولاً: آثار رفع الدعوى المباشرة بالنسبة للمقاول الأصلي

يترتب على رفع الدعوى المباشرة غُلُّ يد المقاول الأصلي عن استيفاء حقه من رب العمل؛ حيث يجب أن يتمتع المقاول الأصلي عن استيفاء حقه بمجرد رفع الدعوى المباشرة، وإذا لم يتمتع وأصرَّ على استيفاء حقه، فإن هذا الوفاء لا يكون حجة على المقاول من الباطن، بل يحق للمقاول من الباطن الرجوع على صاحب العمل لاستيفاء حقه في حدود ما للمقاول الأصلي في ذمة صاحب العمل، ويمكن لصاحب العمل أن يرجع بعد ذلك على المقاول الأصلي بما تمَّ الوفاء به من قبَله للمقاول من الباطن¹.

وكذلك لا يمكن للمقاول الأصلي أن يقوم بإبراء صاحب العمل من الدين المترتب في ذمته بمجرد قيام المقاول من الباطن برفع الدعوى المباشرة في مواجهة الأخير، وفي حالة قام المقاول الأصلي بالإبراء، فإن ذلك لا يُحتجُّ به على المقاول من الباطن².

كما يترتب على رفع الدعوى المباشرة عدم السماح للمقاول الأصلي بحوالة حقه إلى الغير، ولو كانت الحوالة قد تمت قبل رفع الدعوى، فإن حق المقاول من الباطن يخضع للأحكام العامة للمنظمة لحوالة الحق. ويرى فريق من الفقهاء أن حوالة الحق التي يُجريها المقاول الأصلي لا يُحتجُّ بها على المقاول من الباطن، حتى وإن كانت بعد رفع الدعوى، وذلك بدليل الفقرة الثالثة من المادة (662) من القانون المدني المصري، التي جاء فيها: "وحقوق المقاولين من الباطن والعمَّال المقررة بمقتضى هذه المادة مقدَّمة على حقوق من ينزل له المقاول عن دينه قبل رب العمل"³. وبناءً على هذا النص؛ فإن المقاول من الباطن لا تسري عليه حوالة الحق، حتى ولو كانت بعد رفع الدعوى؛ وذلك لما يتمتع به من حق امتياز على بقية الدائنين يُخوِّله حق تتبع دين المقاول الأصلي في أي يد كان، ومن ثمَّ استيفاء حقه منه⁴.

¹. رأفت حماد، المسؤولية المدنية لمقاول البناء من الباطن، مرجع سابق، ص229.

². محمد أبو السعود، الدعوى المباشرة، مرجع سابق، ص381-382.

³. القانون المدني المصري، رقم 131/1948، الصادر بتاريخ 28 أكتوبر 1883م.

⁴. رأفت حماد، المسؤولية المدنية لمقاول البناء من الباطن، مرجع سابق، ص231.

ثانيًا: آثار رفع الدعوى المباشرة بالنسبة لصاحب العمل

سبقت الإشارة إلى أن المقاول من الباطن يقوم برفع الدعوى المباشرة أمام القضاء في مواجهة صاحب العمل؛ وذلك لمطالبته بوفاء ما للمقاول الأصلي في ذمته، وبمجرد قيام المقاول من الباطن برفع الدعوى، يجب على صاحب العمل أن يمتنع عن الوفاء للمقاول الأصلي، وإذا لم يلتزم بذلك فإنه يلزم عليه الوفاء للمقاول من الباطن مرةً أخرى¹

كما أن من آثار رفع الدعوى المباشرة قَطْع التقادم الخاص بصاحب العمل، حتى وإن لم يكن المقاول من الباطن هو الدائن الحقيقي لصاحب العمل؛ وذلك لأنه إذا كان رفع الدعوى أمام محكمة غير مختصة من شأنه أن يقطع التقادم، فإن من الأولى كذلك أن يكون رفع الدعوى من المقاول من الباطن له آثار في قطع مدة التقادم، وكذلك الحال في حجز ما للمدين لدى الغير، بحيث إذا سلك المقاول من الباطن هذا الطريق لاستيفاء حقه، فإنه يؤدي أيضًا إلى قطع مدة تقادم دَيْن صاحب العمل قبل المقاول الأصلي².

وتجدر الإشارة هنا إلى أن رفع الدعوى المباشرة يترتب عليه أيضًا امتناع الدائنين الآخرين للمقاول الأصلي عن استيفاء حق مدينهم من صاحب العمل، عن طريق الدعوى غير المباشرة. ولعل السبب في ذلك المنع يعود إلى أن الدائنين حينما يقومون برفع دعوى غير مباشرة على صاحب العمل، فإنهم يستعملون تلك الدعوى نيابةً عن المقاول الأصلي في المطالبة، وإذا كان المقاول الأصلي ممنوعًا من التصرف في حقه منذ رفع الدعوى، فإنه لا يمكن -بطبيعة الحال- أن يقوم الدائنون باستيفاء حقهم من قِبَل صاحب العمل³

إن رفع الدعوى المباشرة على صاحب العمل يترتب عليه غُلُ يد المقاول الأصلي من التصرف في حقه، ولكن هذا الحق لا ينتقل إلى المقاول من الباطن إلا بعد صدور حُكْم نهائي في الدعوى المباشرة، أو صدور حكم بصحة الحجز إذا سلك المقاول من الباطن حجز ما للمدين لدى الغير، ومن ثم فإن الحكم الصادر في الدعوى المباشرة يترتب عليه آثار، منها ما هو متعلق بالمقاول الأصلي، ومنها ما هو متعلق بصاحب العمل، وبيان ذلك كما يلي:

1 . نجم الأحمدى، التعاقد من الباطن في نطاق العقود الإدارية، مرجع سابق، ص380.

2 . نجم الأحمدى، التعاقد من الباطن في نطاق العقود الإدارية، مرجع سابق، ص380.

3 . رأفت حماد، المسؤولية المدنية لمقاول البناء من الباطن، مرجع سابق، ص229.

أولاً: آثار الحكم الصادر في الدعوى المباشرة بالنسبة للمقاول الأصلي

يجب أن يتضمن الحكم الصادر في الدعوى المباشرة التي يُقيمها المقاول من الباطن مديونية المقاول الأصلي، وكذلك يجب أن يُحدد مقدار ما يلتزم به الأخير تجاه المقاول من الباطن؛ وذلك من أجل تحديد حق المقاول من الباطن بوضوح. وبصدور الحكم في الدعوى المباشرة، فإنه يكون للمقاول من الباطن مدينين اثنين يلتزمان بالوفاء بالحق موضوع الدعوى، وهما: المقاول الأصلي، وصاحب العمل. ويكون التزامهما بالوفاء التزاماً تضامياً وليس تضامنياً، بحسب ما يرى فريق من الفقهاء، ومن ثم يستطيع المقاول من الباطن الرجوع على صاحب العمل، أو المقاول الأصلي بكل الدين¹.

وبناءً عليه؛ فإن صدور الحكم في الدعوى المباشرة لصالح المقاول من الباطن يعطي الحق للأخير في مطالبة المقاول الأصلي بالحق الثابت في موضوع الدعوى، لا سيما إذا كان صاحب العمل مُعسراً، وفي حالة قيام المقاول الأصلي بتنفيذ الحكم، فإنه لا يحق للمقاول من الباطن الرجوع مرة أخرى على صاحب العمل لتنفيذ الحكم، وإلا غُدَّ ذلك إثراءً بلا سبب².

ثانياً: آثار الحكم الصادر في الدعوى المباشرة بالنسبة لصاحب العمل

يترتب على صدور الحكم في الدعوى المباشرة أن يكون صاحب العمل مدينًا مباشراً للمقاول من الباطن، يلتزم بموجب الحكم بتنفيذ الحق الذي يطالبه به المقاول من الباطن في حدود ما للمقاول الأصلي في ذمة صاحب العمل، وفي حالة ما إذا امتنع صاحب العمل عن تنفيذ الحكم دون مبرر، فإنه يكون من حق المقاول من الباطن اللجوء إلى وسائل التنفيذ الجبري لاستيفاء حقه، شريطة أن يكون الحكم نهائياً³ وتجب الإشارة هنا إلى أن المقاول من الباطن له حق امتياز في استيفاء حقه دون أن يزاحمه في ذلك بقية الدائنين العاديين للمقاول الأصلي، وتسري هذه الأفضلية أيضاً على دائني الأخير من أصحاب الحقوق العينية التبعية. وأما في اتحاد المقاولين من الباطن في مطالبة صاحب العمل وقد حصلوا جميعهم على حكم نهائي يُثبت حقهم تجاه صاحب العمل في الوقت نفسه؛ فإنهم يتزاحمون فيما بينهم لاستيفاء حقهم، وإذا لم يكن لصاحب العمل ما يفي بسداد حق الجميع، فإنهم يتقاسمون فيما بينهم قسمة غُرْماء فيما يحصلون عليه من صاحب العمل⁴.

1. أشرف عبد العظيم، الطبيعة القانونية للعلاقة بين رب المال والمقاول من الباطن، رسالة دكتوراه، جامعة عين شمس، ص318.

2. أشرف عبد العظيم، الطبيعة القانونية للعلاقة بين رب المال والمقاول من الباطن، مرجع سابق، ص318.

3. رمضان أبو السعود، الدعوى المباشرة، مرجع سابق، ص430.

4. عبد الرزاق السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني، مرجع سابق، ص193.

ويتفق الباحث مع ما قرره التشريعات بشأن آثار الحكم الصادر في الدعوى المباشرة للمقاول من الباطن تجاه صاحب العمل لما في ذلك من حماية لحقوق المقاول من الباطن؛ فمنح المقاول من الباطن حق التنفيذ الجبري في مواجهة صاحب العمل بعد صدور حكم نهائي يعد ضماناً قوية لاستيفاء حقوقه، خاصةً في حالة امتناع صاحب العمل عن التنفيذ دون مبرر. كما أن إقرار حق الامتياز للمقاول من الباطن يمنحه أولوية قانونية في استيفاء مستحقته مقارنةً بالدائنين العاديين وأصحاب الحقوق العينية التبعية، وهو ما يعزز أيضاً حماية مصالحه.

المطلب الثالث

تقييم موقف المُشرع العُماني والمُشرع المصري من تطبيق الدعوى المباشرة في عقد المقاولة من

الباطن

لقد تباينت مواقف التشريعات في تقرير حق المقاول من الباطن إقامة دعوى مباشرة على صاحب العمل؛ لمطالبته بأن يؤدي إليه ما كان يجب أن يؤديه للمقاول الأصلي، وذلك في حدود ما للأخير على صاحب العمل. وفيما يلي سنوضح موقف المُشرع العُماني والمُشرع المصري من تطبيق الدعوى المباشرة في عقد المقاولة.

الفرع الأول

تقييم موقف المُشرع العُماني من تطبيق الدعوى المباشرة في عقد المقاولة من الباطن

تبني المُشرع العُماني موقفاً واضحاً وصريحاً بشأن مدى إمكانية تطبيق الدعوى المباشرة في عقد المقاولة من الباطن؛ حيث لم يُجز للمقاول من الباطن الرجوع على صاحب العمل (مدين المدين) للمطالبة بما هو ثابت في ذمة المقاول الأصلي، إلا في حالة واحدة فقط، وهي الإحالة من قبل المقاول الأصلي على صاحب العمل؛ وذلك استناداً إلى المادة (645) من قانون المعاملات المدنية العُماني، التي نصّت على أنه "لا يجوز للمقاول من الباطن أن يطالب صاحب العمل بشيء مما يستحقه المقاول الأصلي، إلا إذا أحاله المقاول الأصلي على صاحب العمل"¹. وعليه؛ ففي غير حالة الإحالة من المقاول الأصلي لا يحق للمقاول من الباطن أن يُقيم دعوى مباشرة على صاحب العمل للمطالبة بما هو مستحق له لدى المقاول الأصلي.

¹ قانون المعاملات المدنية العُماني رقم 29/2013، الجريدة الرسمية رقم 1012، 6 مايو 2013م.

ونتيجة لعدم أخذ المُشرع العُماني بالدعوى المباشرة في عقد المقاولة من الباطن؛ فقد سايرت المحاكم القضائية هذا الاتجاه التشريعي، ولم تأخذ بالدعوى المباشرة في النزاعات المطروحة عليها والمتعلقة بالمقاولة من الباطن؛ حيث انتهت المحكمة العليا في أحد مبادئها إلى أنه "يصح للمقاوول الأصلي التعاقد مع مقاوول من الباطن بعد موافقة المالك الخطيئة، مع تحمل المقاوول الأصلي مسؤولية الأعمال والخدمات التي ينجزها المقاوول من الباطن"¹ كما أقرت المحكمة العليا في حكم آخر "أن المقرر قانوناً أيضاً أن العلاقة بين المقاوول الأصلي والمقاوول من الباطن هي علاقة رب عمل بمقاوول ينظمها عقد المقاولة من الباطن"²، وهو الأمر ذاته الذي أكدت عليه هيئة فض المنازعات التجارية في أحد الدعاوى "وتكون العلاقة بين المقاوول الأصلي والمقاوول من الباطن علاقة صاحب عمل بمقاوول ينظمها عقد المقاولة من الباطن، وإذا أخل المقاوول الأصلي بالتزاماته كان للمقاوول من الباطن أن يطلب التنفيذ العيني أو فسخ عقد المقاولة من الباطن مع التعويض في الحالتين إن كان له مقتضى.."³، وهو ما يستفاد منه أن المحكمة حصرت علاقة المقاوول من الباطن بالمقاوول الأصلي فقط، دون أن يدخل صاحب العمل في هذه العلاقة، ومن ثم فإن أية مطالبات مستحقة للمقاوول من الباطن تكون في مواجهة المقاوول الأصلي فقط دون اللجوء إلى صاحب العمل⁴.

ولعل سبب عدم أخذ المُشرع العُماني بالدعوى المباشرة في عقد المقاولة من الباطن يعود إلى أن الشريعة الإسلامية -التي هي أحد المصادر الرسمية لقانون المعاملات المدنية العُماني- لا تأخذ بالدعوى المباشرة بحسب رأي بعض الفقهاء؛ حيث إن المقاوول الأصلي إذا كان معسراً فإن حقوقه لدى مدينه يتم

¹ . الطعن رقم 2018\869م أ جلسة الاثنين الموافق 2020\3\2م، المبدأ رقم 29 - س ق 20 ، مجموعة المبادئ والقواعد القانونية التي قررتها المحكمة العليا في الفترة من 2011 وحتى 2020م.

² . الطعن رقم 2021\188 أ جلسة الثلاثاء الموافق 2021/10/26م، مجموعة الأحكام الصادرة عن دوائر المحكمة العليا التجارية والعمالية والمبادئ المستخلصة منها في الفترة من 2021/10/1م وحتى 2022/9/30م، المكتب الفني للمحكمة العليا.

³ . الدعوى رقم 43/ 91 جلسة 11 / 02 / 1992، هيئة حسم المنازعات التجارية، مجموعة القواعد القانونية التي أقرتها الهيئة في عامها الثامن 1991-1992.

⁴ . إن الأحكام القضائية الصادرة من المحكمة العليا في عقد المقاولة من الباطن جاءت قليلة جداً، ولعل السبب في ذلك يرجع إلى عدم انتشار هذا النوع من العقود بكثرة في الواقع العملي؛ إلا أن هذا لا ينفي دور عقود المقاولة من الباطن، وما تشكله في الوقت الراهن من أهمية بالغة فيما يُسند إليها من أعمال، لا سيما أن بعض عقود المقاولة من الباطن تباشرها الشركات الصغيرة والمتوسطة، وهو ما توليه السلطنة اهتماماً بالغاً في دعم وتعزيز دور هذه الشركات

تقسيمها بالتساوي على جميع الدائنين، دون مفاضلة أحدهم على الآخر، وهذا -بلا شك- مخالف لطبيعة الدعوى المباشرة التي تعطي للدائن حق امتياز في استيفاء دينه على بقية الدائنين¹.

ومما تجدر الإشارة إليه هنا، أن المشرع العُماني قد أخذ بالدعوى المباشرة في بعض التطبيقات من قانون المعاملات المدنية، وفي قوانين أخرى. ومثال ذلك: دعوى المؤجر الأصلي في مواجهة المستأجر من الباطن؛ حيث نصت المادة (556) من قانون المعاملات المدنية العُماني على أنه: "إذا أجرة المستأجر الشيء المؤجر بإذن المؤجر، فإن المستأجر الجديد يحل محل المستأجر الأول في جميع الحقوق والالتزامات المترتبة بمقتضى العقد الأول"². وهذا النص يفيد صراحةً أن للمؤجر الحق في إقامة دعوى مباشرة ضد المستأجر من الباطن لمطالبته بكل الالتزامات المترتبة على المستأجر الأصلي المتفق عليها بموجب عقد الإيجار، ومن ثم فإنه إذا كان المشرع العُماني قد أخذ بالدعوى المباشرة في الحالة السابقة، فإننا نرى أنه لا يوجد مسوغ يبرر امتناع المشرع عن الأخذ بالدعوى المباشرة في عقد المقاولة من الباطن.

كما يرى الباحث أنه في ظل غياب تنظيم المشرع العُماني للدعوى المباشرة في عقد المقاولة من الباطن، فإنه يمكن للمقاول من الباطن أن يلجأ إلى الاستفادة من الدعوى غير المباشرة لاستيفاء حقه من صاحب العمل؛ حيث نصت المادة (269) من قانون المعاملات المدنية على أنه: "1. للدائن أن يباشر باسم مدينه جميع حقوق هذا المدين؛ إلا ما كان منها متصلاً بشخصه، أو غير قابل للحجز، ولا يكون استعمال الدائن لهذه الحقوق إلا إذا أثبت أن المدين لم يستعمل هذه الحقوق، وأن عدم استعماله إيّاها من شأنه أن يعسره...، 2. يعتبر الدائن نائباً عن مدينه في استعمال حقوقه..."³.

وعليه؛ فإنه يحق للمقاول من الباطن (دائن المدين) أن يستعمل حقوق مدينه (المقاول الأصلي)، عن طريق رفع دعوى غير مباشرة -وهي ليست محط بحث في هذه الدراسة- تجاه صاحب العمل؛ لمطالبته بما لديه من حقوق المقاول الأصلي، شريطة أن يُثبت المقاول من الباطن أن المقاول الأصلي لم يستعمل حقوقه قبل صاحب العمل، وأن إهماله يُسبب إعساره أو زيادةً في الإعسار. وبالرغم من فعالية الدعوى غير المباشرة -في ظل عدم أخذ المشرع العُماني بالدعوى المباشرة في عقد المقاولة من الباطن-

¹ أحمد قاسم الصنعاني، التاج المذهب لأحكام المذهب شرح متن الأزهار في فقه الأئمة الأطهار، ج4، دار الحكمة اليمنية، 1993م، ص162.

² قانون المعاملات المدنية العُماني رقم 29/2013، الجريدة الرسمية رقم 1012، 6 مايو 2013م.

³ قانون المعاملات المدنية العُماني رقم 29/2013، الجريدة الرسمية رقم 1012، 6 مايو 2013م.

فإنها تظل إجراءً وقائيًا قرّره المشرع من أجل الحفاظ على الضمان العام للمدين (المقاول الأصلي)، دون أن يكون لها أثر مباشر على المقاول من الباطن؛ أي أنه لا يستوفي حقه مباشرة من دائن مدينه، بل يدخل مع بقية دائني المقاول الأصلي في استيفاء حقه مما قد يُعرّضه لمزاحمة بقية الدائنين دون أن يكون له حق امتياز في استيفاء دينه من الضمان العام. كما أنه لا يترتب على رفع الدعوى غير المباشرة منع صاحب العمل من التصرف فيما هو مستحق للمقاول الأصلي نتيجة لوجود عقد المقاولة بينهما؛ بل تكون هذه التصرفات نافذة في مواجهة المقاول من الباطن، الأمر الذي قد يُفوّت على الأخير استيفاء حقه. أضف إلى ذلك، أن الدعوى غير المباشرة توجب على المقاول من الباطن إثبات إهمال أو تقاعس المقاول الأصلي في المطالبة بحقوقه، وهو ما قد يُضَيِّع حق المقاول من الباطن إذا لم يستطع إثبات إهمال أو تقاعس المقاول الأصلي.

ونتيجةً لمطالب الدعوى غير المباشرة، وما قد يترتب عليها من تضييع حق المقاول من الباطن؛ فإنه يغدو من الأهمية بمكان للمُشرع العُماني تقرير حق الدعوى المباشرة للمقاول من الباطن؛ لضمان حق الأخير، كون هذه الدعوى -كما سبق الإشارة إليه- يترتب على رفعها غلٌّ يَد المدين من التصرف في الحق محلّ الدعوى، كما يجنب المقاول من الباطن مزاحمة بقية الدائنين عند تعددهم.

الفرع الثاني

تقييم موقف المُشرع المصري من تطبيق الدعوى المباشرة في عقد المقاولة من الباطن

أجاز المُشرع المصري للمقاول من الباطن وعُمّاله مطالبة رب العمل بأن يؤدي إليهم ما كان يجب أن يؤديه المقاول الأصلي، وذلك في حدود ما للمقاول الأصلي لدى رب العمل، وهذا يُعد تطبيقًا واضحًا للدعوى المباشرة التي قررها المُشرع المصري بموجب المادة (662) من القانون المدني المصري، التي نصت على:

1. يكون للمقاولين من الباطن، وللعمال الذين يشتغلون لحساب المقاول في تنفيذ العمل حقّ مطالبة رب العمل مباشرة بما لا يُجاوز القدر الذي يكون مدينًا به للمقاول الأصلي من وقت رفع الدعوى، ويكون لعمال المقاولين من الباطن مثل هذا الحق قبل كلّ من المقاول الأصلي ورب العمل.
2. ولهم في حالة توقيع الحجز من أحدهم تحت يد رب العمل أو المقاول الأصلي امتياز على المبالغ المستحقة للمقاول الأصلي، أو للمقاول من الباطن، وقت توقيع الحجز، ويكون الامتياز لكل منهم بنسبة حقه، ويجوز أداء هذه المبالغ إليهم مباشرة.

3. وحقوق المقاولين من الباطن والعمّال المقررة بمقتضى هذه المادة، مقدّمة على حقوق من ينزل له المقاول عن دين قبل رب العمل¹.

وتطبيقاً للنص القانوني سالف الذكر أكدت محكمة النقض في أحد مبادئها على "حقوق المقاول من الباطن والعمال قبل المقاول الأصلي ورب العمل المقررة بالمادة (662) مدني أولويتها على حقوق المحال إليه بدين المقاول الأصلي قبل رب العمل الناشئ عن عقد المقاولة شرطه"².

وبالوقوف على النص القانوني سالف الذكر، بشأن جواز رفع الدعوى المباشرة من المقاول من الباطن أو عماله على صاحب العمل وفقاً للمشرع المصري؛ فإننا نودّ إبداء بعض الملاحظات على هذا النص، وهي كما يلي:

أولاً: الفئات المستفيدة من الدعوى المباشرة هم: المقاول من الباطن، وعمال المقاول الأصلي، وعمال المقاول من الباطن. وما نركز عليه في هذه الدراسة هم المقاول من الباطن وعماله، والذي يتضح لنا أن إدخال المشرع المصري عمّال المقاول من الباطن للاستفادة من الدعوى المباشرة فيه توسعاً كبيراً في مجال تطبيق الدعوى المباشرة؛ إذ تشترط الدعوى المباشرة رفع الدعوى ضد مدين المدين في حين أن عمال المقاول من الباطن في حالة قيامهم برفع الدعوى المباشرة ضد صاحب العمل الذي هو مدين مدينهم، فإنه سيكون بخلاف طبيعة الدعوى المباشرة.

ثانياً: لا يمكن للمقاول من الباطن مطالبة صاحب العمل عن طريق الدعوى المباشرة بما يزيد عن حقه المستحق في ذمة المقاول الأصلي، ولا يجوز له كذلك أن يطالب بكل حقوق المقاول الأصلي إذا كانت تتجاوز حقوقه؛ وذلك لكون المقاول من الباطن ليس دائئاً شخصياً لصاحب العمل، وإنما هو يطالب فقط بحقوق مدينه (المقاول الأصلي). وكذلك فإن الدعوى المباشرة تُعد من الدعاوى الخاصة التي جاءت استثناءً من بعض القواعد العامة، ومن ثم ينبغي عدم التوسع في هذا الاستثناء، ومطالبة صاحب العمل بكل -أو بما يزيد عن- ما هو مستحق للمقاول من الباطن في ذمة المقاول الأصلي³.

¹ القانون المدني المصري، رقم 131/1948، الصادر بتاريخ 28 أكتوبر 1883م.

² الطعن 81 لسنة 43 ق جلسة 10 / 4 / 1979، المكتب الفني لمحكمة النقض 30، ج 2، ق 201، ص 87.

³ مصطفى الجارحي، عقد المقاولة من الباطن، ط1، دار النهضة العربية، 1988م، ص 94.

ثالثًا: رفع الدعوى المباشرة لا يترتب عليه مباشرةً انقضاء حق المقاول من الباطن رافع الدعوى، وإنما يظل حقه قائمًا إلى أن يستوفي حقه كاملاً من هذه الدعوى، أو أن يستوفي جزءًا من حقه ويرجع بالباقي على المقاول الأصلي¹.

رابعًا: يقع على المقاول من الباطن رافع الدعوى عبء إثبات ما للمقاول الأصلي لدى مدين مدينه (صاحب العمل) حتى يتمكن من رفع الدعوى المباشرة عليه، ومن ثم يكون لرب العمل إثبات انقضاء التزامه كله، أو بعضه، إذا تم ذلك بالفعل².

ومما سبق يتضح جليًا أن المشرع المصري قد نصَّ صراحةً على جواز قيام المقاول من الباطن برفع دعوى مباشرة على صاحب العمل، بالرغم من عدم وجود علاقة عقدية بينهما، خروجًا على قاعدة الأثر النسبي للعقود ونرى أنه حسنًا فَعَلَ المشرع المصري حينما أجاز استخدام الدعوى المباشرة في عقد المقاولة من الباطن، كأحد الضمانات الخاصة للمقاول من الباطن من أجل استيفاء حقه الثابت لدى المقاول الأصلي، ودون مزاحمة بقية الدائنين العاديين، وهو الأمر الذي بموجبه نرجو أن يحذو المشرع العُماني حذو المشرع المصري في الأخذ بالدعوى المباشرة في عقد المقاولة من الباطن؛ وذلك من أجل ضمان حق المقاول من الباطن، وعدم مزاحمته من قِبَل الدائنين الآخرين.

¹ . مصطفى الجارحي، مرجع سابق، ص94.

² . رأفت حماد، المسؤولية المدنية لمقاول البناء من الباطن في القانون المدني، مرجع سابق، ص210.

الخاتمة

في ختام هذا البحث الذي تناولنا فيه تطبيق الدعوى المباشرة في عقد المقاولة من الباطن، واستعرضنا من خلاله أحكام عقد المقاولة من الباطن، ومن ثم تناولنا مدى إمكانية قيام المقاول من الباطن برفع دعوى مباشرة على صاحب العمل للمطالبة بحقه الثابت لدى المقاول الأصلي، واتضح أن المشرع العماني لم يُقرّر تطبيق الدعوى المباشرة في عقد المقاولة من الباطن، في حين قرّر المشرع المقارن هذا الحق للمقاول من الباطن. وقد خالصنا في ختام هذا البحث إلى مجموعة من النتائج والتوصيات الآتية:

أولاً: النتائج

1. فكرة الدعوى المباشرة في عقد المقاولة من الباطن تتمثل في دعوى يُقيمها الدائن (المقاول من الباطن)؛ لمطالبة مدين مدينه (صاحب العمل) بشكل مباشر بما له من حق لدى المدين (المقاول الأصلي)، وفي حدود ما للأخير لدى صاحب العمل؛ ليستأثر المقاول من الباطن بالحق موضوع الدعوى استثنائاً لا يزاحمه فيه أح.
2. يُشترط لرفع دعوى مباشرة تجاه صاحب العمل أن يكون المقاول من الباطن دائناً للمقاول الأصلي، ويُشترط كذلك أن يتم توجيه إذار قبل رفع الدعوى، وأيضاً أن يكون دَيْن المقاول من الباطن موجوداً، ومستحقّ الأداء وغير متنازع فيه.
3. يترتب على رفع الدعوى المباشرة غُلُ يد المقاول الأصلي من التصرف في الحق موضوع الدعوى، وبمجرد صدور الحكم يلزم صاحب العمل بالوفاء للمقاول من الباطن.
4. أجاز المشرع المصري للمقاول من الباطن رفع دعوى مباشرة تجاه صاحب العمل؛ للمطالبة بحقه، في حدود ما للمقاول الأصلي في ذمة صاحب العمل.
5. لم يُجزِ المشرع العماني للمقاول من الباطن الرجوع على صاحب العمل (مدين المدين) للمطالبة بما هو ثابت في ذمة المقاول الأصلي، إلا في حالة واحدة فقط، وهي الإحالة من قبل المقاول الأصلي على صاحب العمل.

ثانياً: التوصيات

1. نُهيب بالمشرع العماني ضرورة إجراء تعديل تشريعي في قانون المعاملات المدنية العماني، بحيث يتم إضافة نص يسمح برفع الدعوى المباشرة من المقاول من الباطن على صاحب العمل دون تعليق رفع الدعوى بموافقة المقاول الأصلي، ونقترح أن تكون صياغة النص كالآتي:

"أ. يكون للمقاولين من الباطن حق مطالبة رب العمل مباشرة بما لا يجاوز القدر الذي يكون مدينًا به للمقاول الأصلي من وقت رفع الدعوى، ويكون لعمال المقاولين من الباطن مثل هذا الحق قبل كل من المقاول الأصلي ورب العمل.

ب. ولهم في حالة توقيع الحجز من أحدهم تحت يد رب العمل أو المقاول الأصلي امتياز على المبالغ المستحقة للمقاول الأصلي، أو للمقاول من الباطن وقت توقيع الحجز، ويكون الامتياز لكل منهم بنسبة حقه، ويجوز أداء هذه المبالغ إليهم مباشرة.

ج. وحقوق المقاولين من الباطن والعمال المقررة بمقتضى هذه المادة مقدّمة على حقوق من ينزل له المقاول عن دين قبل رب العمل".

2. نصي المشرع المصري بأهمية تعديل الفقرة الأولى من المادة (662) من القانون المدني المصري؛ وذلك بأن يقتصر حق رفع الدعوى المباشرة تجاه صاحب العمل على المقاول من الباطن فقط دون عماله.

بيان تضارب المصالح

يقر جميع المؤلفين أنه ليس لديهم أي تضارب في المصالح.

قائمة المصادر والمراجع

أولاً: القوانين

1. قانون المعاملات المدنية العُماني رقم 29/2013، الجريدة الرسمية رقم (1012)، 6 مايو 2013م.

2. القانون المدني المصري، رقم 131/1948، الصادر بتاريخ 28 أكتوبر 1883م.

ثانياً: الكتب

1. أحمد قاسم الصنعاني، التاج المذهب لأحكام المذهب شرح متن الأزهار في فقه الأئمة الأطهار، ط، دار الحكمة اليمنية، 1993م.

2. محمد بن مكرم ابن منظور، لسان العرب، ط3، دار صادر، بيروت، 1414هـ.

3. محمد المرتضى الزبيدي، تاج العروس، ط، دار الهداية، ت.

4. توفيق يونس المصري، الجامع في أصول الربا، ط2، دار القلم - دمشق، 2001م.

5. وهبة الزحيلي، العقود المسماة في قانون المعاملات المدنية الإماراتي والقانون المدني الأردني، ط، دار الفكر، 1987م.

6. أحمد عبد العال أبو قرين، الأحكام العامة لعقد المقاولة مع دراسات تطبيقية لمقاولات المنشآت المعمارية، ط1، دار النهضة العربية، 2003م.

7. محمد لبيب شنب، شرح أحكام عقد المقاولة، ط، منشأة المعارف، 2004م.

8. محمد كمال باشا، شرح القانون المدني - العقود المسماة، ط، منشأة المعارف، 2005م.

9. رأفت محمد حماد، المسؤولية المدنية لمقاولة البناء من الباطن في القانون المدني (دراسة مقارنة)، ط، دار النهضة العربية، ت.

10. سامي محمد فريج، التخطيط للعقد: إدارة المخاطر - الجوانب القانونية - التزامات الأطراف، ط، دار النشر للجامعات، 2007م.

11. عبد الحميد عثمان، المسؤولية المدنية للمقاولة من الباطن - دراسة مقارنة في القانون المصري والفرنسي والكويتي، ط1، ت.

12. عزت عبد القادر، عقد المقاولة، ط، دار الألفي، 2001م.

13. عبد الرزاق أحمد السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني، ط، دار إحياء التراث العربي، 1964م.

14. محمد حنون جعفر، مسؤولية المقاول العقدية عن فعل الغير، ط، 2001م.

15. محمد كامل مرسي، العقود المسماة، ج2، ط1، دار النشر للجامعات المصرية، 1949م.

ثالثاً: البحوث والمقالات

1. أشرف عبد العظيم، الطبيعة القانونية للعلاقة بين رب العمل والمقاول من الباطن، رسالة دكتوراه، جامعة عين شمس، 2007م.

2. رمضان أبو السعود، الدعوى المباشرة، رسالة دكتوراه، كلية الحقوق، جامعة الإسكندرية، 1974م.

3. نجم الأحمد، التعاقد من الباطن في نطاق العقود الإدارية (دراسة مقارنة)، رسالة دكتوراه، جامعة عين شمس، 2001م.

4. لارا مارون ونا، المقالة من الباطن، رسالة ماجستير بكلية الحقوق والعلوم السياسية والإدارية في الجامعة اللبنانية، 2009م.

5. هارون أحمد غرايبة، أحكام العلاقة القانونية بين رب العمل والمقاول من الباطن، رسالة دكتوراه بكلية الدراسات العليا في جامعة العلوم الإسلامية العالمية، 2015م.

6. هشام جاد الله شخاترة، المقالة من الباطن: دراسة نظرية وعملية مقارنة، رسالة ماجستير بكلية الحقوق، جامعة عمان الأهلية، 2013م.

7. إبراهيم شاشو، عقد المقالة في الفقه الإسلامي، مجلة جامعة دمشق للعلوم الاقتصادية والقانونية، مج 26، ع2، 2010م.

8. ياسين الجبوري، الدعوى المباشرة في القانون المدني الأردني، بحث منشور في مجلة الشريعة والقانون، مج26، ع52، 2012م.

9. عبد الله محمد حنظل، الدعوى المباشرة لمقاول البناء من الباطن تجاه رب العمل، بحث منشور في المجلة القانونية، مج8، ع10، 2020م.

10. عثمان عبد الحميد، المسؤولية المدنية للمقاول من الباطن، بحث منشور في مجلة البحوث القانونية والاقتصادية، ع32، 2002م.

الطلاق الإلكتروني وإثباته في ضوء قانون الأحوال الشخصية الأردني

*Electronic Divorce and Its Proof in Light of the
Jordanian Personal Status Law*

أ. "محمد علي" جهاد سارة

جامعة الموصل

(العراق)

الطلاق الإلكتروني وإثباته في ضوء قانون الأحوال الشخصية الأردني

Electronic Divorce and Its Proof in Light of the Jordanian Personal Status Law

أ. "محمد علي" جهاد سارة

باحث دكتوراة

جامعة الموصل، (العراق)

alicullen84@gmail.com

DOI: <https://doi.org/10.70411/MJLS.3.2.2025201>

تاريخ القبول: 2025-03-16

تاريخ المراجعة: 2025-02-11

تاريخ الاستلام: 2025-02-08

المخلص:

بدأ الطلاق الإلكتروني في العصر الحديث يكتسب طابعاً قانونياً نتيجة لتزايد استخدام التقنيات الإلكترونية، مما جعل له دوراً مشابهاً للعقود والمعاملات الإلكترونية الأخرى. ويُلاحظ ارتفاع نسبة الطلاق الإلكتروني نظراً لسهولة وسرعة إتمامه. ومع ذلك، فإن الشريعة الإسلامية تعتبر العلاقة الزوجية ميثاقاً غليظاً يجب الحفاظ عليه، وهو ما يستدعي أن يكون الطلاق في إطار ضوابط وشروط دقيقة، وتهدف هذه الدراسة إلى بيان مفهوم الطلاق الإلكتروني، وأشكاله، وصور وقوعه من الناحية القانونية، بالإضافة إلى استعراض الحالات التي لا يُعد فيها الطلاق الإلكتروني ساريًا. وقد خلصت الدراسة إلى أن الطلاق الإلكتروني يُعد طلاقاً مشروعاً بشرط توافر الأركان والشروط اللازمة التي تجعله قانونياً، وأوصت الدراسة بضرورة الحد من انتشار ظاهرة الطلاق الإلكتروني عبر وضع ضوابط وآليات احترازية، مثل اشتراط تسجيل الطلاق في المحكمة المختصة، وحضور الزوجين أمام القضاء، وتوثيق الطلاق بشكل رسمي.

الكلمات المفتاحية: الطلاق، الطلاق الإلكتروني، الإلكتروني، الزوج، الزوجة.

Abstract:

Electronic divorce has begun to acquire a legal character in the modern era due to the increasing use of electronic technologies, making it play a role similar to other electronic contracts and transactions. The rate of electronic divorce is noted to be high due to its ease and speed of completion. However, Islamic law considers the marital relationship a solemn covenant that must be preserved, which necessitates that divorce be conducted within precise regulations and conditions. This study aims to clarify the concept of electronic divorce, its forms, and the legal aspects of its occurrence, in addition to reviewing the cases in which electronic divorce is not considered valid. The study concluded that electronic divorce is considered legitimate, provided that the necessary elements and conditions for making it legal are met. The study recommended the necessity of limiting the spread of the phenomenon of electronic divorce by establishing regulations and precautionary measures, such as requiring the registration of divorce in the competent court, the presence of both spouses before the judiciary, and the official documentation of the divorce.

Keywords: divorce, electronic divorce, electronic, husband, wife.

المقدمة

مع تطور التكنولوجيا ووسائل الاتصال الحديثة، أصبح العديد من المعاملات تتم إلكترونياً، ولم يكن الطلاق بمنأى عن ذلك، حيث ظهر ما يُعرف بالطلاق الإلكتروني، وهو الطلاق الذي يقع عبر الرسائل النصية أو البريد الإلكتروني أو التطبيقات الحديثة.

ويُعد الطلاق الإلكتروني من المسائل المستحدثة التي تتدرج ضمن الأحوال الشخصية، مما يستدعي بحث كيفية وقوعه وإثباته وفقاً لأحكام القانون الأردني، خاصة في ظل الاعتراف القانوني بالأدلة الإلكترونية في الإثبات.

أهمية الدراسة:

تكتسب هذه الدراسة أهمية قانونية من حيث تسليط الضوء على الطلاق الإلكتروني كمسألة مستحدثة في الأحوال الشخصية، وبيان مدى توافقه مع التشريعات الأردنية. كما تساهم في توضيح آليات إثباته وفقاً لقانون البينات الأردني، وتحديد الضوابط القانونية اللازمة لمنع إساءة استخدامه.

أهداف الدراسة:

1. بيان مفهوم الطلاق الإلكتروني من حيث طبيعته القانونية وأشكاله وفقاً لأحكام الشريعة الإسلامية وقانون الأحوال الشخصية الأردني.
2. تحديد الأحكام القانونية النازمة للطلاق الإلكتروني ومدى اعتراف القانون الأردني به، خاصة من حيث صحة وقوعه وآليات إثباته.
3. تحليل الأدلة الإلكترونية كوسيلة إثبات وفقاً لقانون البينات الأردني، وبيان شروط قبولها في دعاوى الطلاق.
4. توضيح التحديات القانونية المرتبطة بالطلاق الإلكتروني مثل احتمالية التلاعب أو الإنكار، ومدى إمكانية تنظيمه لضمان عدم التعسف في استخدامه.
5. اقتراح تعديلات تشريعية أو آليات قانونية للحد من المشكلات الناتجة عن الطلاق الإلكتروني، وضمان حقوق الزوجين في إطار القانون.

إشكالية الدراسة:

مع التطور التكنولوجي وظهور وسائل الاتصال الحديثة، أصبح الطلاق الإلكتروني وسيلة سهلة لإنهاء العلاقة الزوجية، رغم أن الزواج يُعد ميثاقاً غليظاً في الشريعة الإسلامية ويتطلب التروي والتفكير قبل إنجازه. إلا أن الطلاق الإلكتروني يتم بسرعة عبر رسالة نصية أو بريد إلكتروني، دون إجراءات

تضمن محاولات الإصلاح بين الزوجين، مما يؤثر على استقرار الأسرة والمجتمع. كما أن إثبات هذا النوع من الطلاق يواجه تحديات قانونية، خاصة فيما يتعلق بحجية السجل الإلكتروني ومدى إمكانية اعتماده كدليل إثبات وفقاً لقانون البينات الأردني.

اسئلة الدراسة:

1. هل نظم المشرع الأردني الطلاق الإلكتروني في قانون الأحوال الشخصية الأردني؟
2. هل يُعتمد بالطلاق الذي يتم عبر الرسائل الإلكترونية أو التطبيقات الرقمية؟
3. ما هي طرق إثبات الطلاق الإلكتروني في التشريع الأردني؟
4. ما مدى حجية السجل الإلكتروني كدليل إثبات في قضايا الطلاق؟

منهجية الدراسة:

تعتمد هذه الدراسة على المنهج الوصفي في تعريف الطلاق الإلكتروني وبيان صوره وأشكاله، وذلك من خلال استعراض المفاهيم ذات الصلة وواقع استخدامه في المجتمع. كما تستند إلى المنهج التحليلي في دراسة النصوص القانونية الواردة في قانون الأحوال الشخصية الأردني وقانون البينات، وتحليل مدى إمكانية تطبيقها على حالات الطلاق الإلكتروني.

خطة البحث:

- المبحث الأول: ماهية الطلاق الإلكتروني.
- المطلب الأول: مفهوم الطلاق الإلكتروني.
- المطلب الثاني: صور الطلاق الإلكتروني.
- المبحث الثاني: التنظيم القانوني للطلاق الإلكتروني.
- المطلب الأول: طرق إثبات الطلاق الإلكتروني.
- المطلب الثاني: الموقف القانوني والقضائي من الطلاق الإلكتروني.

المبحث الأول

ماهية الطلاق الإلكتروني

في ظل التطور التكنولوجي السريع الذي يشهده العالم، ظهر العديد من القضايا القانونية الجديدة، ومن أبرزها الطلاق الإلكتروني. هذا النوع من الطلاق يتم من خلال وسائل التواصل الإلكترونية، مما يتيح للأطراف المعنية إتمام إجراءات الطلاق عن بُعد.

ومع انتشار استخدام التطبيقات الرقمية، أصبح من الممكن للزوجين اتخاذ قرارات مثل الطلاق عبر رسائل نصية أو مكالمات هاتفية، ما يثير تساؤلات قانونية حول كيفية إثبات هذا الطلاق وشرعيته في الأنظمة القضائية.

المطلب الأول

مفهوم الطلاق الإلكتروني

قبل التطرق إلى تعريف الطلاق الإلكتروني، كان من الضروري أولاً توضيح مفهوم الطلاق بشكل عام ومعنى مصطلح الإلكتروني. ولذلك، قسم الباحث هذا المطلب إلى ثلاثة فروع: في الفرع الأول تناول تعريف الطلاق، وفي الفرع الثاني تناول تعريف المصطلح الإلكتروني، وفي الفرع الثالث تناول تعريف الطلاق الإلكتروني، وذلك على النحو الآتي:

الفرع الأول

تعريف الطلاق

الطلاق لغة: حل القيد، سواء كان قيداً حسياً، مثل قيد الناقة، حيث يُقال ناقة طالق بمعنى أنها مرسله بلا قيد، أو قيداً معنوياً، مثل قيد النكاح، وهو الارتباط بين الزوجين¹. كما يدل الطلاق أيضاً على الترك والتخلية، فيقال طلق فلان البلد أي تركها، ويُقال أطلق الأسير بمعنى أنه تم تخليته أو تحريره². الطلاق اصطلاحاً: رفع القيد الذي يثبت عقد النكاح باستخدام لفظ أو فعل من الزوج، بهدف إنهاء العلاقة الزوجية بينه وبين زوجته، سواء قبل الدخول بها أو بعده، وذلك دون أن يكون الطلاق ناتجاً عن فسخ أو أي إجراء مشابه³.

¹ محمد بن يعقوب الفيروز آبادي، القاموس المحيط، الهيئة المصرية العامة للكتاب، مصر، 1980، ص258.

² محمد بن مكرم بن منظور الأنصاري، لسان العرب، دار صادر، لبنان، 2003، ص95.

³ شمس الدين محمد الشربيني، مغني المحتاج إلى معرفة معاني ألفاظ المنهاج، دار الكتب العلمية، العراق، 1994، ص368.

وفي قانون الأحوال الشخصية الأردني، يلاحظ أن المشرع لم يضع تعريفاً صريحاً للطلاق في نصوص القانون. وفي الحقيقة، يُعد هذا الخيار صائباً، حيث إن وضع تعريف محدد للطلاق كان سيؤدي إلى حصر الفهم القانوني للطلاق دون الرجوع إلى التعاليم الشرعية وآراء الفقهاء. بالإضافة إلى ذلك، أن عدم وجود تعريف صريح للطلاق يتيح مرونة تطبيق أحكام الطلاق بما يتناسب مع التغيرات الاجتماعية والقانونية التي قد تطرأ مع مرور الوقت. وقد اختار المشرع التفصيل في الأحكام المتعلقة بالطلاق، بدلاً من تقييدها بتعريف واحد. ومن ثم، تم تنظيم موضوع الطلاق بشكل مفصل في العديد من المواد المتفرقة في القانون، مما يضمن تطبيقاً دقيقاً وملائماً للظروف المختلفة.¹

الفرع الثاني

تعريف الإلكتروني

الإلكترونية هي كلمة مأخوذة من اللغة الأجنبية (الإنجليزية) وهي جمع إلكترونيات، وهي منسوبة إلى الإلكترون الذي يُعد وحدة أساسية في العلوم الفيزيائية²، وتستخدم للإشارة إلى كل ما يتعلق بالأجهزة أو الأنظمة التي تعتمد على الإلكترونيات، مثل الآلات الحاسبة والكمبيوترات وغيرها، التي تعتمد على الإلكترونيات لإجراء العمليات الحسابية أو معالجة البيانات بشكل دقيق وسريع.³

الفرع الثالث

تعريف الطلاق الإلكتروني

عرّف أحد الفقهاء⁴ الطلاق الإلكتروني بأنه: حل رابطة الزواج من خلال لفظ مقصود من الزوج، سواء كان صريحاً أو كنائياً، يتم التعبير عنه عبر وسائل التواصل الإلكترونية الحديثة، مثل الاتصالات الخلوية، الرسائل النصية، برامج المحادثات الفورية، أو البريد الإلكتروني.

¹ قانون الأحوال الشخصية الأردني رقم (15) لسنة 2019، إذ نظم المشرع الأردني فصلاً خاصاً للطلاق ابتداءً من المادة (80) وما بعدها، حيث تناول الطلاق بشكل مفصل من خلال تحديد إجراءاته، وأنواعه، بالإضافة إلى حقوق الزوجة في حالات الطلاق، والآثار القانونية المترتبة عليه.

² أحمد مختار عبد الحميد، معجم اللغة العربية المعاصرة، عالم الكتب، القاهرة، 2008، ص 111.

³ عايد كمال، تكنولوجيا الإعلام والاتصال وتأثيراتها على قيم المجتمع الجزائري، أطروحة دكتوراه منشورة، جامعة تلمسان، الجزائر، 2017، ص 66.

⁴ علي أبو البصل، الطلاق الإلكتروني في الفقه الإسلامي، مقال إلكتروني منشور في الموسوعة القانونية الشاملة بتاريخ 2020، https://www.universal-legal-encyclopedia.com/2020/04/blog-post_35.html?m=1، تاريخ

الدخول 2025/2/5، يوم الأربعاء الساعة السابعة مساءً.

ويلاحظ أن هذا التعريف قدم معنى واضحاً للطلاق الإلكتروني، إذ تضمن إرادة الزوج في حل رابطة الزواج باستخدام لفظ مقصود، سواء كان صريحاً أو كنائياً، وذكر الوسائل الإلكترونية الحديثة مثل المكالمات الهاتفية، والرسائل النصية، وبرامج المحادثات. ومع ذلك، أغفل التعريف إمكانية أن تكون الزوجة هي من توقع الطلاق إذا فوضها الزوج بذلك، مما كان يستدعي إضافة هذه الحالة لتوسيع نطاق التعريف ودقته.¹

وعرّف آخر² الطلاق الإلكتروني على أنه: إنهاء العلاقة الزوجية بين الزوجين باستخدام وسائل الاتصال الحديثة. ولكن هذا التعريف يشوبه نوع من الغموض، حيث إن مصطلح إنهاء العلاقة الزوجية يُعتبر عامّاً ويشمل صوراً متعددة لانفصال الزوجين، مثل الخلع، والفسخ، والتفريق القضائي. بينما الطلاق الإلكتروني يقتصر على إرادة الزوج في حل قيد النكاح، وكان من الأفضل حصر إنهاء العلاقة الزوجية في الطلاق أو التعبير عنه بمصطلحات أكثر تحديداً ودقة، مثل حل قيد النكاح، أو رفع قيد الزواج، أو حل رابطة الزواج، لتقادي الغموض وتوضيح المفهوم بشكل أدق.

ومن خلال ما سبق، يمكن للباحث أن يُعرّف الطلاق الإلكتروني بأنه حل قيد النكاح بإرادة الزوج عبر وسائل الاتصال الحديثة، أو الزوجة إذا وكلت به أو فوضت، سواء من خلال التلفظ به في مكالمة هاتفية أو فيديو، أو إرساله بصيغة مكتوبة عبر الرسائل الإلكترونية مثل البريد الإلكتروني أو الفاكس أو التلكس أو التطبيقات الذكية.

وعلى هذا النحو، يشمل الطلاق الإلكتروني جميع أشكال الطلاق التي تُرسل أو تُسلم أو تُخزن باستخدام وسائل إلكترونية أو ما يشابهها، بما في ذلك الرسائل الإلكترونية، البريد الإلكتروني، الفاكس، وأية وسيلة تواصل حديثة تتيح للزوج التعبير عن إرادته في الطلاق عن بُعد.

ويتم الطلاق الإلكتروني بشكل مختلف عن الطلاق التقليدي في الدور الذي يؤديه الوسيط الإلكتروني في تنفيذ الطلاق، وما يترتب على ذلك من خصوصية في طريقة وقوعه، حيث يتم عن بُعد

¹ في العديد من الأنظمة القانونية والشرعية، يُمكن للزوج أن يُفوض الزوجة في إيقاع الطلاق وهذا ما أشارت إليه المادة (37/أ) من قانون الأحوال الشخصية الأردني رقم (15) لسنة 2019، إذ جاء فيها "إذا اشترطت الزوجة على زوجها شرطاً تتحقق لها به مصلحة غير محظورة شرعاً ولا يمس حق غيرها، كأن تشترط عليه أن لا يخرجها من بلدها، أو أن لا يتزوج عليها، أو أن يسكنها في بلد معين، أو أن لا يمنعها من العمل خارج البيت، أو أن تكون عصمة الطلاق بيدها، كان الشرط صحيحاً، فإن لم يف به الزوج فسخ العقد بطلب الزوجة، ولها مطالبة بسائر حقوقها الزوجية." "

² حميد سلطان علي الخالدي، الطلاق الإلكتروني، مجلة دراسات قانونية، العدد 35، 2013، ص 93.

بين الزوجين، ويتجسد الوسيط الإلكتروني في أي برنامج حاسوب أو وسيلة إلكترونية أخرى تُستخدم لتنفيذ أو الاستجابة لإجراء معين، بهدف إنشاء أو إرسال أو استلام رسالة معلومات، دون الحاجة لتدخل شخصي مباشر.¹

ويختلف الطلاق الإلكتروني عن الطلاق التقليدي في أن الكتابة فيه تتم عبر النقر على لوحة المفاتيح في الهاتف المحمول أو الحاسوب الشخصي، بينما في الطلاق التقليدي، تتم الكتابة يدويًا على ورقة أو باستخدام الطباعة.

وأيضًا، يتباين الطلاق الإلكتروني عن الطلاق التقليدي في طريقة الإثبات؛ فإذا طلق الرجل زوجته إلكترونيًا، فقد ينكر ذلك، مما يستلزم استخدام طرق إثبات حديثة مثل التسجيل الصوتي. أما في الطلاق التقليدي الذي يتم شفهيًا، فيمكن إثباته بالبينة الشخصية أو الإقرار.² بالإضافة إلى ذلك، في حالة الطلاق الإلكتروني بالكتابة، لا يمكن استخدام طريقة المضاهاة³؛ لأن الرسالة كتبت إلكترونيًا، مما يستدعي استخدام وسائل إثبات حديثة، بينما في الطلاق التقليدي، يمكن إثبات الطلاق باستخدام المضاهاة.⁴ وعلى الرغم من أن الطلاق الإلكتروني قد يكون مفيدًا في بعض الحالات⁵، إلا أنه قد يترتب عليه أضرارًا تصيب الزوجين معًا، مثل التجاحد والنكران. كما قد يدعي أحد الزوجين ثبوت الزوجية بعد وفاة

¹ علي أبو البصل، الطلاق الإلكتروني في الفقه الإسلامي، مرجع سابق، دون صفحة.

² حميد سلطان علي الخالدي، الطلاق الإلكتروني، مرجع سابق، ص 95، وكذلك علي حسن علي، مباحث في الأحوال الشخصية، دار الكتب والوثائق، بغداد، 2011، ص 246.

³ المضاهاة هي عملية مقارنة الخط أو التوقيع أو البصمة المنسوبة إلى شخص ما في وثيقة مع الخط أو التوقيع أو البصمة الأصلية الخاصة بذلك الشخص، وذلك بهدف التأكد من صحة الوثيقة. وتتم المضاهاة بواسطة خبير مختص أو أكثر. انظر مصطفى أحمد أبو عمرو، الإثبات في المواد المدنية والتجارية، منشورات الحلبي الحقوقية، لبنان، 2011، ص 103.

⁴ حميد سلطان علي الخالدي، الطلاق الإلكتروني، مرجع سابق، ص 95.

⁵ قد يكون الطلاق الإلكتروني مفيدًا في بعض الحالات مثل تفاقم المشاكل أو التباعد الجغرافي بين الزوجين، حيث يصبح الطلاق حلاً مناسباً. كما يمكن أن يكون حلاً للظروف الطارئة التي تتطلب سرعة في إنهاء العلاقة، مثل تعرض الزوج للعنف أو التهديد من قبل عائلة الزوجة. بالإضافة إلى ذلك، يسهم الطلاق الإلكتروني في تسهيل الإجراءات وتقليل التكاليف والوقت، خاصة في حال كانت الظروف الصحية أو الشخصية لأحد الزوجين تمنعه من التواجد شخصيًا.

الآخر بهدف الحصول على الإرث. بالإضافة إلى ذلك، قد يؤدي الطلاق الإلكتروني إلى عدم استقرار العلاقة الزوجية، ويصبح وسيلة للهو والعبث، وذريعة للتلاعب التي تهدد استقرار المجتمع وأمنه.¹ ويرى الباحث أن الطلاق الإلكتروني قد يساهم في تقليص الجهود المبذولة للحفاظ على العلاقة الزوجية، حيث يسهل إنهاء الزواج بسرعة دون إتاحة الفرصة للحوار أو التسوية بين الزوجين، مما قد يعزز من انتشار ثقافة التفكك الأسري بشكل سريع.

كما أن التعسف في استخدام الطلاق الإلكتروني يتعارض مع مفهوم الزواج بوصفه ميثاقاً غليظاً، كما ورد في الآية الكريمة، إذ يمس بقدسية هذا الرابط الشرعي، ويحوّل الطلاق إلى وسيلة لتفكيك العلاقة الزوجية دون مراعاة لمقاصد الشريعة التي تسعى إلى استقرار الأسرة وحمايتها.²

المطلب الثاني

صور الطلاق الإلكتروني

مع التطور السريع في التقنيات الإلكترونية، أصبح لها حضوراً واسعاً في مختلف مجالات الحياة، بما في ذلك إنشاء العقود وإنهائها، ولم يكن الطلاق الإلكتروني استثناءً من ذلك. فمن خلال نظرة شاملة لإمكانية وقوع الطلاق إلكترونياً، يتبين أنه قد يتم عبر الهاتف النقال أو الحاسوب، بل ويمكن أن يحدث عبر أجهزة التلفاز المتصلة بالقنوات الفضائية التفاعلية. كما يُتصور وقوعه من خلال وسائل أخرى مثل الفاكس، التلكس، أو التلغراف.³ ويقع الطلاق من خلال هذه الوسائل بإحدى صور ثلاث: الكتابة، الصوت، أو الجمع بين الصوت والصورة معاً. وقسم الباحث هذا المطلب إلى فرعين، استعرض فيهما صور وقوع الطلاق إلكترونياً.

الفرع الأول

الطلاق الإلكتروني بالكتابة

يقع الطلاق الإلكتروني بالكتابة من خلال استخدام الوسائل الإلكترونية المختلفة، مثل الهاتف النقال، الحاسوب، أو غيرها من الأجهزة الحديثة. ويتم ذلك عندما يرسل الزوج إلى زوجته رسالة نصية عبر أي من هذه الوسائل، يصريح فيها بلفظ الطلاق، كأن يقول: أنت طالق.

¹ علي أبو البصل، الطلاق الإلكتروني في الفقه الإسلامي، مرجع سابق، دون صفحة.

² سورة النساء، الآية رقم (21) قال تعالى: {وَكَيْفَ تَأْخُذُونَهُ وَقَدْ أَفْضَى بَعْضُكُمْ إِلَى بَعْضٍ وَأَخَذْنُ مِنْكُمْ مِيثَاقًا غَلِيظًا}.

³ عمر طه خليل السامرائي، الطلاق الإلكتروني في ضوء الفقه الإسلامي وقانون الأحوال الشخصية العراقي، مجلة كلية التراث الجامعة، جامعة التراث، العدد 30، 2020، ص 122.

وقد اختلف فقهاء الشريعة الإسلامية في حكم الطلاق بالكتابة، حيث تعددت آراؤهم بناءً على اجتهاداتهم الفقهية في فهم النصوص الشرعية وتطبيقها على هذه المسألة. ونظرًا لكون هذه المسائل من الأمور الاجتهادية الظنية، فقد تباينت الأحكام من مذهب إلى آخر، تبعًا لاختلافهم في تفسير دلالة الكتابة على الطلاق وما إذا كانت تستوجب النية الصريحة من الزوج أم لا.¹

ويلاحظ أن المشرع الأردني قد حسم هذا الأمر بجعل الطلاق بالكتابة طلاقًا كنائياً لا يقع إلا بالنية، إذ نصت المادة (83/ب) من قانون الأحوال الشخصية: لا يقع الطلاق بالكتابة إلا بالنية. وكذلك المادة (84) والتي نصت على أنه: يقع الطلاق بالألفاظ الصريحة دون الحاجة إلى نية، وبالألفاظ الكنائية التي تحتمل معنى الطلاق وغيره بالنية".

وحسنًا فعل المشرع الأردني عندما جعل الطلاق بالكتابة طلاقًا كنائياً؛ لأن الطلاق الكتابي قد يقع في بعض الأحيان نتيجة للاحتمالات أو الوهم أو التزوير. فقد يحدث أن يقصد الزوج إرسال مصطلح آخر إلى زوجته، إلا أن المدقق اللغوي المتاح على هاتفه النقال أو جهازه الإلكتروني قد يُغير معنى الكلمة دون أن ينتبه الزوج لذلك، مما يؤدي إلى إرسال كلمة قد تحمل معنى الطلاق دون قصد منه.

كما أنه من الممكن أن يتعرض حساب الزوج للاختراق من قبل شخص آخر، فيقوم هذا الشخص بإرسال رسالة إلى الزوجة تحتوي على عبارة (أنت طالق) دون علم الزوج أو رغبته في ذلك.

وهذا يبرز أهمية التأكد من وجود النية الواضحة والصحيحة عند وقوع الطلاق بالكتابة، لضمان عدم تعرض الحقوق الزوجية للتلاعب أو الخداع في مثل هذه الحالات.

وبالتالي، يُشترط في الطلاق الكتابي في التشريع الأردني أن يكون مصحوبًا بالنية الواضحة لتجنب مثل هذه المشكلات.

¹ فعلى سبيل المثال، يرى بعض فقهاء الشافعية أن الطلاق بالكتابة لا يقع إلا إذا تعذر النطق، باعتبار أن الأصل في الطلاق أن يكون باللفظ لمن كان قادرًا عليه. في المقابل، ذهب بعض فقهاء المالكية والحنفية، وكذلك بعض الشافعية، إلى أن الطلاق بالكتابة يأخذ حكم الطلاق الصريح، فيقع بمجرد كتابته دون الحاجة إلى النية، طالما أن الألفاظ المستخدمة تدل على الطلاق بوضوح. للمزيد من الآراء الفقهية انظر أبو محمد علي بن أحمد بن حزم الأندلسي، المحلى بالآثار في الفقه الإسلامي، دار الفكر، لبنان، 1988، ص454 وكذلك محمد العربي القروي، الخلاصة الفقهية على مذهب السادة المالكية، دار الكتب العلمية، لبنان، 1979، ص282، والإمام الغزالي، الوجيز في الفقه الشافعي، مطبعة الآداب والمؤيد، مصر، 1317هـ، ص278، ومنصور بن يونس البهوتي، شرح منتهى الإرادات، عالم الكتب، السعودية، 1993، ص347، ولجنة علماء برئاسة نظام الدين البخاري، الفتاوى الهندية، المكتبة الشاملة، مكتبة الكترونية افتراضية، 1310هـ، ص378.

ومن المتصور أن يقع الطلاق الإلكتروني عبر وسائل إلكترونية أخرى نادرة الاستخدام وأقل انتشاراً في الواقع العملي، مثل جهاز التلكس، وهو جهاز إلكتروني يقوم بإرسال الرسائل إلى جهاز آخر عبر مكتب اتصالات. ويعتمد جهاز التلكس على تحويل الحروف إلى نبضات كهربائية يتم إرسالها عبر خطوط الاتصالات.¹

وكذلك جهاز الفاكس، الذي يرتبط مع الهاتف النقال، ويُستخدم لنقل الرسائل والمستندات اليدوية أو المطبوعة إلى الطرف الآخر عبر الأقمار الصناعية. ويتيح هذا الجهاز إرسال مستندات مكتوبة بشكل سريع وآمن، مما يجعله وسيلة أخرى يمكن استخدامها لإتمام الطلاق إلكترونياً، حيث يمكن إرسال رسالة تحتوي على صيغة الطلاق إلى الزوجة أو الطرف الآخر، مع ضمان وصولها بشكل فوري.²

وفي حالة وقوع الطلاق كتابياً، يجب على المحكمة أن تستدعي المطلق للحضور شخصياً والامتنال أمامها للتأكد من رغبته الحقيقية في إنهاء الرابطة الزوجية. ويكون ذلك من خلال تأكيده على مقصده من الطلاق، خاصةً وأنه يُعد طلاقاً كنائياً. ويتعين على القاضي الشرعي أن يتحقق من نية الزوج عند إرسال الرسالة، وكذلك أن يثبت أهلية الزوج وانتفاء الموانع القانونية. كما يجب على القاضي التأكد من أن الرسالة قد وجهت بالفعل إلى الزوجة المعنية دون سواها، لضمان سلامة الإجراءات وحماية حقوق الأطراف. وفي حال كان المطلق مسافراً وتعذر عليه العودة، يجب عليه تسجيل الطلاق في سفارة بلده في دولة الإقامة. وعلى الممثل القانوني في السفارة أن يتحقق من أهليته القانونية وانتفاء الموانع التي قد تحول دون وقوع الطلاق. وعند التأكد من صحة الإجراءات، يتم توثيق الطلاق رسمياً في السفارة لضمان عدم حدوث تزوير أو إنكار له في المستقبل، وحفظاً لحقوق الزوجة وضمان استقرار الوضع القانوني للطرفين.³

¹ آمنة محمود شيت خطاب، الطلاق الإلكتروني بين الشريعة والقانون، مجلة العلوم الإسلامية، الجامعة العراقية، العدد 9، 2015، ص 25.

² عباس العبودي، التعاقد عن طريق وسائل الاتصال الفوري وحجبتها في الإثبات المهني، أطروحة دكتوراه منشورة، جامعة بغداد، العراق، 1994، ص 13.

³ عمر طه خليل السامرائي، الطلاق الإلكتروني في ضوء الفقه الإسلامي وقانون الأحوال الشخصية العراقي، مرجع سابق، ص 123.

الفرع الثاني

الطلاق الإلكتروني بالمكالمات الصوتية أو المرئية

يُعد الطلاق الإلكتروني عبر المكالمات الصوتية أو المرئية من الوسائل الحديثة التي قد يستخدمها الزوج لإعلان الطلاق. وفي هذه الحالة، يتلفظ الزوج بعبارة الطلاق وتُسمع من قبل الزوجة، سواء كانت المكالمات عبر الاتصالات الهاتفية أم عبر الاتصالات المرئية (مثل تطبيقات الصوت والصورة معاً). والأصل في إيقاع الطلاق عند جمهور الفقهاء هو أن الطلاق يقع لفظاً وأن يكون المطلق هو الزوج الفعلي للطرف الآخر¹، وبالتالي تُعتبر المكالمات الهاتفية وسيلة لإثبات إيقاع الطلاق باللفظ، على افتراض أن المرأة تعلم أن الزوج هو من يكلمها، سواء من خلال تمييز صوته أو رؤية صورته في المكالمات المرئية.

وينبغي أن يُؤخذ بعين الاعتبار عند تحديد وقوع الطلاق الإلكتروني لفظاً، تقنيات الذكاء الاصطناعي التي تتيح تقليد الأصوات أو انتحال الشخصيات أو التلاعب بالصور عبر الكاميرات. هذا قد يؤدي إلى إيهام الزوجة، خاصة إذا كانت غير مدركة أو غير مطلعة على التطورات التقنية الحديثة، مما يتطلب توخي الحذر لضمان صحة إيقاع الطلاق وسلامة الإجراءات القانونية في هذا السياق. وعليه، يجب على القاضي الشرعي تطبيق الضوابط المتعلقة بالطلاق الإلكتروني على الطلاق اللفظي، وذلك بالتحقق من أن الطلاق قد صدر عن الزوج شخصياً وليس عن طريق شخص آخر منتحل لشخصيته. كما يتعين عليه التأكد من أهلية الزوج الشرعية، والتحقق من عدم وجود أي مانع قانوني يحول دون وقوع الطلاق. وإذا تعذر حضور الزوج أمام القاضي، يجب عليه أن يوثق الطلاق في سفارة بلده في الدولة التي يقيم فيها، من خلال ممثل قانوني يقوم بتوثيق أقواله وتسجيلها بشكل رسمي لضمان صحة الإجراءات².

¹ أبو الوليد محمد بن أحمد القرطبي، بداية المجتهد ونهاية المقتصد، دار ابن حزم، لبنان، 2014، ص422. وكذلك شمس الدين محمد الشربيني، مغني المحتاج إلى معرفة معاني ألفاظ المنهاج، مرجع سابق، ص369.

² عمر طه خليل السامرائي، الطلاق الإلكتروني في ضوء الفقه الإسلامي وقانون الأحوال الشخصية العراقي، مرجع سابق، ص123.

المبحث الثاني

التنظيم القانوني للطلاق الإلكتروني

مع تطور وسائل الاتصال والتكنولوجيا الحديثة، أصبح الطلاق الإلكتروني ظاهرة تثير العديد من الأسئلة القانونية والشرعية. ويتم الطلاق عبر الإنترنت من خلال المكالمات الهاتفية أو الرسائل النصية أو التطبيقات الرقمية، مما يستدعي دراسة كيفية إثباته في المحاكم الشرعية. في هذا السياق، تبرز الحاجة إلى فهم حكم الطلاق الإلكتروني في ضوء قانون الأحوال الشخصية الأردني، وتحديد مدى توافقه مع الشريعة الإسلامية وأثره على حقوق الأطراف المعنية. وقسم الباحث هذا المبحث إلى مطلبين، حيث تناول في المطلب الأول طرق إثبات الطلاق الإلكتروني، موضّحاً الوسائل المتبعة لإتمام الطلاق وكيفية التحقق منها قانونياً. أما المطلب الثاني، فقد خصصه للحديث عن الموقف القانوني والقضائي من الطلاق الإلكتروني، وفقاً لقانون الأحوال الشخصية الأردني، وذلك على النحو الآتي :

المطلب الأول

طرق إثبات الطلاق الإلكتروني

تُعدُّ مسألة إثبات الطلاق الإلكتروني من القضايا الحديثة التي تواكب التطور التكنولوجي في وسائل الاتصال والتواصل. ومع انتشار استخدام الوسائل الإلكترونية في الحياة اليومية، أصبح من الممكن أن يتم الطلاق عن طريق الرسائل النصية أو البريد الإلكتروني أو غيرها من الوسائل الإلكترونية، مما يطرح تحديات جديدة في كيفية إثبات وقوع الطلاق وتوثيقه بشكل قانوني. وتناول الباحث طرق إثبات الطلاق الإلكتروني على النحو الآتي :

الفرع الأول: الإقرار

الإقرار في اللغة يعني الإذعان للحق والاعتراف به. ويُقال أقر بالحق بمعنى اعترف به¹، كما قيل إنه إثبات الشيء سواء باللسان أو بالقلب أو بهما معاً². ومن الناحية الاصطلاحية، يُعرف الإقرار بأنه اعتراف صريح من الشخص بواقعة تحمل آثاراً قانونية عليه، مع نية الشخص بأن يعد هذا الاعتراف ثابتاً

¹ محمد مرتضى الزبيدي، تاج العروس من جواهر القاموس، مطبعة الكويت، الكويت، 2006، ص395.

² أحمد بن محمد بن علي بن حجر العسقلاني، تحفة المحتاج في شرح المنهاج، المكتبة التجارية الكبرى، مصر، 2006، ص355، وكذلك عبد الرحمن بن محمد بن سليمان، مجمع الأنهر في شرح ملتقى الأبحر، دار إحياء التراث العربي، لبنان، 2016، ص372.

في حقه.¹ وقد عرف المشرع الأردني الإقرار بأنه اخبار الإنسان عن حق عليه لآخر.² ويلاحظ من ذلك أن الإقرار يكون قضائياً عندما يعترف الخصم أمام المحكمة بحق عليه للآخر، بينما يكون الإقرار غير قضائي إذا تم الاعتراف خارج أسوار المحكمة، سواء شفهيًا أو كتابيًا.³

وما يهمنا في نطاق البحث هو الإقرار القضائي، وهو التصريح الذي يدلي به الشخص على نفسه بإقراره بأمر يترتب عليه أثر قانوني ضده. ولكي يكون للإقرار حجية قانونية، يجب أن تتوفر فيه الشروط التي نصت عليها المادتان (47) و(48) من قانون البينات الأردني، وهي:

1. تمتع المقر بالعقل والبلوغ: يشترط أن يكون المقر عاقلًا وبالغًا، أي متمتعًا بأهلية قانونية كاملة تجعله مدركًا لأثر إقراره، وقادرًا على تحمل المسؤولية القانونية الناشئة عنه. كما يجب أن يكون المقر قد بلغ السن القانوني المحدد، إذ إن إقرار الصغير لا يُعد ملزمًا لعدم توافر شرط البلوغ. ويشترط أن يكون المقر متمتعًا بهذه الأهلية حتى لحظة إقراره، فلا يُعتد بالإقرار الصادر عن شخص فاقد للعقل أو غير بالغ قانونًا.

2. أن لا يكون ظاهر الحال مكدبًا له: يجب أن يكون الإقرار متوافقًا مع الواقع القائم، بحيث لا يتناقض مع الظروف المحيطة به أو يكذبه ظاهر الحال، وذلك لضمان مصداقيته وإمكانية اعتماده كدليل قانوني موثوق أمام القضاء.

3. وإلى جانب هذه الشروط، اشترط بعض فقهاء الشريعة الإسلامية⁴ شروطًا إضافية لصحة الإقرار، وهي:

4. أن يكون الإقرار صريحًا أو دالًا على إرادة المقر: فيجب أن يكون الإقرار واضحًا ومعبرًا عن إرادة المقر، سواء كان ذلك بلفظ صريح أو بدلالة واضحة تفيد الإقرار بما لا يدع مجالاً للشك أو التأويل.

¹ إبراهيم بن محمد بن عبد الله، المبدع في شرح المقنع، دار الكتب العلمية، لبنان، 1997، ص294.

² المادة (44) من قانون البينات الأردني رقم (30) لسنة 1952 وتعديلاته.

³ المادة (46) من قانون البينات الأردني رقم (30) لسنة 1952 وتعديلاته، إذ عرفت الإقرار غير القضائي بأنه: "هو الذي يقع في غير مجلس الحكم أو يقع في مجلس الحكم في غير الدعوى التي أقيمت بالواقعة المقر بها..

⁴ أبو عمر يوسف بن عبد الله النمري، الكافي في فقه أهل المدينة المالكي، دار الكتب العلمية، العراق، 1998، ص886، وكذلك أحمد بن غنيم النفراوي، الفواكه الدواني على شرح رسالة ابن أبي زيد القيرواني، مطبعة مصطفى بابا الحلبي، القاهرة، 1955، ص246، وكذلك محمد بن صالح العثيمين، شرح الممتع على زاد المستنقع، دار ابن الجوزي، الرياض، 2008، ص485.

5. أن يكون المقر له ممن يثبت له الحق: أي أن يكون شخصاً ذا صفة ومصلحة قانونية تخوّله الاستفادة من الإقرار، بحيث يكون مستحقاً للحق الذي أُقرّ به لصالحه.

الخلاصة التي يمكن للباحث التوصل إليها هي أن مجرد قيام الزوج بإبلاغ المحكمة الشرعية بوقوع الطلاق، مع تحديد وسيلة الاتصال التي استخدمها، واليوم والساعة والمكان الذي تم فيه الطلاق، مع تأكيده على تمتعه بالأهلية القانونية الكاملة وعزمه الصريح على الطلاق في تلك اللحظة، يُعد إقراراً صحيحاً ومُعْتَدّاً به قانونياً لإثبات الطلاق الإلكتروني.

الفرع الثاني

الشهادة

الشهادة في اللغة تعني الإخبار بما شوهد أو عُلِمَ¹. أما في الاصطلاح، فهي الإخبار بحق للغير على آخر². وتُعد الشهادة من الأدلة الشفوية، حيث تُقدم أمام القاضي في مجلس القضاء. ويقع على عاتق القاضي ضمان تمتع الشاهد بالحرية الكاملة في الإدلاء بمعلوماته، شريطة أن يكون إدراكه لها قد تم بإحدى حواسه المعينة. كما يلتزم الشاهد بالإدلاء بشهادته بدقة وأمانة، دون زيادة أو نقصان، لما لها من دور حاسم في حسم النزاع القضائي، إذ قد تكون الدليل الوحيد المتاح للفصل في القضية. وبعد سماع الشهادة، يتم توثيقها رسمياً ضمن إجراءات المحاكمة³. ومن خلال ما سبق، يتضح أن للشهادة عدة خصائص، هي:

1. وجوب الإدلاء بها أمام القضاء، فلا تُعتمد الشهادة ما لم تُقدم في مجلس القضاء المختص.
2. صدورها عن شخص أجنبي عن الخصومة، حيث يجب أن يكون الشاهد محايداً وليس له مصلحة مباشرة في النزاع.
3. عدم قطعية حجية الشهادة، إذ يمكن دحض ما يثبت بها من وقائع من خلال شهادة أخرى.
4. سرّية حجية الشهادة على جميع الخصوم، بحيث يكون ما يدلي به الشاهد ملزماً لأطراف الدعوى كافة، ما لم يثبت العكس.

¹ أحمد بن فارس القزويني، مجمل اللغة لابن فارس، مؤسسة الرسالة، لبنان، 1986، ص15.

² علي حيدر خواجه أمين أفندي، درر الحكام في شرح مجلة الأحكام، دار الجيل، لبنان، 1991، ص5.

³ أنيس منصور المنصور، شرح قانون البينات الأردني وفقاً لآخر التعديلات، إثراء للنشر والتوزيع، الأردن، 2011، ص177.

وعلى الرغم من أن المشرع الأردني لم يشترط شكلاً معيناً للشهادة، إلا أن التطبيقات القضائية في المحاكم الأردنية استقرت على بعض الشروط الإجرائية التي يجب توافرها عند الإدلاء بالشهادة. ومن بين هذه الشروط أن يؤدي الشاهد اليمين القانونية قبل الإدلاء بشهادته، وذلك وفقاً للصيغة التي أوجبها المشرع الأردني، ضماناً لصدق الشهادة وتعزيزاً لمصداقيتها أمام القضاء¹. ويجب لصحة الشهادة أن تكون شفوية، حيث لا يُعتد بالشهادة المكتوبة إلا في الحالات التي يتعذر فيها الإدلاء بها شفاهة، مثل الحالات التي يصعب فيها التعبير عن الواقعة بالكلام أو استظهارها بالقول. كما يُستثنى من ذلك الشاهد الذي يعاني من إعاقة أو مرض يمنعه من التحدث، حيث يُسمح له بالإدلاء بشهادته بطريقة تتناسب مع حالته، كاستخدام الكتابة أو لغة الإشارة وفقاً لما يقره القانون².

وبالرجوع إلى قانون البينات الأردني والقانون المدني الأردني، يتبين أن الشهادة تختلف وتختلف حسب درجتها ونوع العلم بها. فمنها الشهادة الأصلية، وهي التي يدلي بها الشاهد أمام المحكمة بناءً على ما أدركه بحواسه مباشرة، دون الاعتماد على الغير، وتُعد هذه الشهادة من أقوى الأدلة المُعتبرة قانوناً³. كما توجد الشهادة الثانوية وشهادة التسامع، إلا أنهما خارج نطاق هذه الدراسة⁴.

ولا شك أن الشاهد في واقعة الطلاق الإلكتروني يجب أن تتوافر فيه الشروط العامة المطلوبة في الشهادة بشكل عام، والتي تشمل أن يكون كامل الأهلية، مع جواز سماع أقوال الصبي على سبيل

¹ المادة (1/81) من قانون أصول المحاكمات المدنية الأردني رقم (24) لسنة 1988 وتعديلاته والتي نصت: يحلف الشاهد قبل الإدلاء بشهادته اليمين التالي "أقسم بالله العظيم أن أقول الحق ولا شيء غير الحق".

² المادة (32) من قانون البينات الأردني رقم (30) لسنة 1952 وتعديلاته والتي نصت على "تسمع المحكمة شهادة كل إنسان...."، فالأصل أن تكون الشهادة مسموعة من خلال النطق والشفاهة.

³ عباس العبودي، شرح قانون البينات، دار الثقافة للنشر والتوزيع، الأردن، 2005، ص145.

⁴ الشهادة الثانوية هي الشهادة غير المباشرة، حيث ينقل الشاهد ما سمعه من الغير وليس ما أدركه بحواسه الشخصية. أما شهادة التسامع، فهي الشهادة التي تستند إلى ما يتناقله الناس ويتداولونه، أي أنها مبنية على الرأي الشائع. وقد نص المشرع الأردني في المادة (39) من قانون البينات على عدم قبول الشهادة السماعية إلا في حالات استثنائية محددة، وهي الوفاة، والنسب، والوقف الصحيح الموقوف لجهة خيرية منذ فترة طويلة. أما شهادة التسامع، فتخضع للسلطة التقديرية للقاضي، وغالباً لا يُعتمد عليها إلا في نطاق محدود نظراً لضعف حجيتها.

الاستدلال فقط¹. كما يشترط أن يكون الشاهد مسلماً²، وحسن السمعة، محمود السيرة³، وغير ممنوع من أداء الشهادة قانوناً⁴. بالإضافة إلى ذلك، يجب أن تنصب شهادته على واقعة قانونية متنازع عليها، وأن تكون شهادته خالية من أي مصلحة شخصية قد تؤثر على مصداقيتها⁵.

الخلاصة التي يمكن للباحث التوصل إليها هي أنه بمجرد أن يشهد عدلان من الرجال، أو رجل وامرأتان، أمام المحكمة الشرعية على وقوع الطلاق الإلكتروني، سواء كان ذلك من خلال استماعهم مباشرة للزوج وهو يُطلق زوجته عبر الهاتف، أو من خلال إقراره أمامهم بأنه طلقها وأرسل لها رسالة نصية، فإن الطلاق يُعد واقعاً شرعاً، طالما توافرت الشروط القانونية والإجرائية المطلوبة للإثبات⁶.

الفرع الثالث

السجل الإلكتروني والتوقيع الإلكتروني

من أدلة الإثبات المعتمدة في القانون الأدلة الكتابية، والتي تشمل المستندات الخطية والإلكترونية. وقد نص قانون البينات الأردني على أن "رسائل الفاكس والتلكس والبريد الإلكتروني وما شابهها من وسائل الاتصال الحديثة، تكون لها قوة السندات العادية في الإثبات..."⁷، ويُستفاد من هذا النص أن المشرع الأردني أقر بحجية السجل الإلكتروني كدليل إثبات، لكنه وضع شروطاً معينة يجب توافرها لاعتماده.

¹ المادة (32) من قانون البينات الأردني رقم (30) لسنة 1952 وتعديلاته والتي نصت على أن "تسمع المحكمة شهادة كل إنسان ما لم يكن مجنوناً أو صبيلاً لا يفهم معنى اليمين ولها أن تسمع أقوال الصبي الذي لا يفهم معنى اليمين على سبيل الاستدلال فقط".

² لا يوجد نص قانوني صريح يوجب أن يكون الشاهد مسلماً، إلا أن الشهادة في النظام القانوني تتطلب أن يؤدي الشاهد اليمين القانونية، وهو ما يستلزم ضمناً أن يكون الشاهد قد اعتنق الإسلام.

³ المادة (33) من قانون البينات الأردني رقم (30) لسنة 1952 وتعديلاته والتي نصت على "تقدر المحكمة قيمة شهادة الشهود من حيث عدالتهم وسلوكهم وتصرفهم وغير ذلك من ظروف القضية دون حاجة إلى التزكية".

⁴ أنظر نص المواد (35) و (36) و (37) و (38) من قانون البينات الأردني رقم (30) لسنة 1952 وتعديلاته.

⁵ المادة (80) من القانون المدني الأردني رقم (43) لسنة 1976 وتعديلاته، والتي نصت على "كل شهادة تضمنت جر مغرم للشاهد أو دفع مغرم عنه ترد".

⁶ طه نادي درويش حسين، الطلاق الإلكتروني أحكامه والآثار المترتبة عليه، مرجع سابق، ص 612.

⁷ المادة (3/13) من قانون البينات الأردني رقم (30) لسنة 1952 وتعديلاته.

وعند الرجوع إلى قانون المعاملات الإلكترونية الأردني يلاحظ أن المشرع الأردني عرّف السجل الإلكتروني بأنه "رسالة المعلومات التي تحتوي على قيد أو عقد أو أي مستند أو وثيقة من نوع آخر يتم إنشاء أي منها أو تخزينها أو استخدامها أو نسخها أو إرسالها أو تبليغها أو تسلمها باستخدام الوسيط الإلكتروني"¹. ويشترط ليكون السجل الإلكتروني له حجة في الإثبات أن يتم حفظه بالشكل الذي تم به إنشاؤه أو إرساله أو تسلمه وبشكل يضمن عدم إجراء أي تغيير أو تعديل على محتواه، أي عدم قابلية المحرر الإلكتروني للتعديل والتغيير، ويهدف هذا الشرط إلى إضفاء عنصر الثقة والأمان على المحرر الإلكتروني حتى يمكن الاعتماد عليه ومنحه الحجة الشرعية والقضائية، كما يشترط القدرة على الاحتفاظ بالمعلومات؛ لإمكان الرجوع إليها عند الحاجة، بالإضافة إلى شرط التمكن من التعرف على المنشئ والمرسل إليه وتاريخ ووقت إنشائه أو إرساله أو تسلمه، فإذا استوفى السجل الإلكتروني بمحتواه الشروط السابقة أصبح حجة كالدليل الكتابي الذي يتمتع بالحجية في الإثبات.²

ويُعد السجل الإلكتروني منتجاً للأثار القانونية الخاصة بأي سجل منظم خطياً أو كتابياً في حال توافرت إمكانية الاطلاع على معلومات السجل الإلكتروني، وإمكانية تخزين السجل الإلكتروني والرجوع إليه في أي وقت بالإضافة إلى إمكانية طباعة السجل الإلكتروني.

أما فيما يخص التوقيع الإلكتروني فقد عرفه المشرع الأردني بأنه "البيانات التي تتخذ شكل حروف أو أرقام أو رموز أو إشارات أو غيرها وتكون مدرجة بشكل إلكتروني أو أي وسيلة أخرى مماثلة في السجل الإلكتروني أو تكون مضافة عليه أو مرتبطة به بهدف تحديد صاحب هوية التوقيع وانفراده باستخدامه وتمييزه عن غيره"³. وللتوقيع الإلكتروني عدة صور، منها التوقيع عبر بصمة الوجه، بصمة العين، بصمة الصوت، البصمة الشخصية أو الرقمية، وكذلك التوقيع باستخدام الرموز السرية. وتُعد هذه الوسائل الحديثة أدوات تقنية تهدف إلى تعزيز موثوقية التوقيع الإلكتروني وضمان هوية الموقع وسلامة البيانات.⁴

وفيما يخص حجية السجل الإلكتروني فقد عالجتها المادة (17) من قانون المعاملات الإلكترونية ذلك إذ جاء فيها:

¹ المادة (2) من قانون المعاملات الإلكترونية الأردني رقم (15) لسنة 2015م وتعديلاته.

² انظر المواد (6) و(7) و(17) من قانون المعاملات الإلكترونية الأردني رقم (15) لسنة 2015م وتعديلاته.

³ المادة (2) من قانون المعاملات الإلكترونية الأردني رقم (15) لسنة 2015م وتعديلاته.

⁴ عبدالفتاح بيومي حجازي، إثبات المعلومات الإلكترونية عبر الإنترنت، دار الفكر الجامعي، مصر، 2009، ص34.

1. يكون للسجل الإلكتروني المرتبط بتوقيع إلكتروني محمي¹، الحجية ذاتها المقررة للسند العادي ويجوز لأطراف المعاملة الإلكترونية الاحتجاج به.
 2. يكون للسجل الإلكتروني المرتبط بتوقيع إلكتروني موثق²، الحجية ذاتها المقررة للسند العادي ويجوز لأطراف المعاملة الإلكترونية والغير الاحتجاج به.
 3. في غير الحالات المنصوص عليها في الفقرتين (أ) و (ب) من هذه المادة يكون للسجل الإلكتروني الذي يحمل توقيعاً إلكترونياً الحجية ذاتها المقررة للسند العادي في مواجهة أطراف المعاملة الإلكترونية، وفي حال الإنكار يقع عبء الإثبات على من يحتج بالسجل الإلكتروني.
 4. يكون للسجل الإلكتروني غير المرتبط بتوقيع إلكتروني حجية الأوراق غير الموقعة في الإثبات.
- أما من حيث حجية السجل الإلكتروني كدليل إثبات، فإن قانون البينات الأردني يعدّ البريد الإلكتروني أو الرسائل الإلكترونية دليلاً كتابياً له قوة السند العادي، بشرط التحقق من صحة صدوره عن الزوج، سواء عبر البريد الإلكتروني المسجل باسمه أو رقم هاتفه المستخدم في المراسلة، وأن يكون موقعاً توقيعاً إلكترونياً معتمداً، مما يمنحه حجية قوية في الإثبات، ويجعله في حكم السندات العادية.
- أما إذا أرسل الزوج رسالة نصية عبر تطبيق واتساب أو بريداً إلكترونياً دون توقيع إلكتروني معتمد، فإن هذه الرسالة تكون ذات حجية أقل في الإثبات، وتُعامل معاملة الأوراق غير الموقعة، مما يجعلها قابلة للطعن ويستلزم إثبات صحتها بوسائل أخرى أمام المحكمة.
- وفي جميع الأحوال، قد يُطلب القاضي إثباتاً إضافياً، مثل إقرار الزوج بصحة الرسالة أو الاستعانة بخبير تقني للتحقق من صحة السجل الإلكتروني. وإذا ثبتت صحة الرسالة وتأكد القاضي من قصد الزوج بها الطلاق، فإنه يحكم بوقوع الطلاق رسمياً.

¹ نصت المادة (15) من قانون المعاملات الإلكترونية الأردني على أنه "يعتبر التوقيع الإلكتروني محمياً إذا توافرت فيه الشروط الآتية مجتمعة: إذا انفرد به صاحب التوقيع لتمييزه عن غيره، إذا كان يحدد هوية صاحب التوقيع، إذا كان المفتاح الخاص خاضعاً لسيطرة صاحب التوقيع وقت إجراء التوقيع".

² نصت المادة (16) من قانون المعاملات الإلكترونية الأردني على أنه يعتبر التوقيع الإلكتروني موثقاً إذا تحققت فيه جميع الشروط المذكورة في المادة (15) وكان مرتبطاً بشهادة توثيق إلكتروني وقت إنشاء التوقيع الإلكتروني...".

الفرع الرابع

اليمين الحاسمة

بحثنا سابقاً أن الادعاء بوقوع الطلاق عبر رسالة إلكترونية لا يثبت إلا بإقرار المدعي عليه. فإذا لم يُقر الزوج بذلك، سواء بامتناعه عن الإقرار أو بغيابه، تُلزم المحكمة المدعي بإحضار شهود مجلس الطلاق. وفي حال تعذر إحضارهم أو إذا كان الطلاق قد وقع دون شهود، يتم اللجوء إلى اليمين الحاسمة، باعتبار أن المدعي أصبح عاجزاً عن تقديم دليل آخر، فلا يكون أمامه سوى تحليف المدعي عليه اليمين لإثبات الواقعة.

وأصل ذلك الحديث النبوي الشريف عن ابن عباس رضي الله عنهما أن النبي صلى الله عليه وسلم قال: لَوْ يُعْطَى النَّاسُ بِدَعْوَاهُمْ لَادَّعَى رِجَالٌ أَمْوَالَ قَوْمٍ وَدِمَاءَهُمْ وَلَكِنَّ الْبَيِّنَةَ عَلَى الْمُدَّعِي، وَالْيَمِينَ عَلَى مَنْ أَنْكَرَ¹. وقد أقرّ المشرع الأردني هذه القاعدة الشرعية في القانون المدني، حيث نصت المادة (77) على أن: "البينة على من ادعى واليمين على من أنكر". كما أكدت المادة (78) هذا المبدأ بقولها: "البينة لإثبات خلاف الظاهر واليمين لإبقاء الأصل". ويعني ذلك أن عبء الإثبات يقع على المدعي، فإذا عجز عن تقديم الدليل الكافي، كان للمدعي عليه أن يحسم النزاع بأداء اليمين، تأكيداً لبراءته من الادعاء الموجه إليه.

واليمين في اللغة تعني القسم أو الحلف، وقد سُمّي الحلف يميناً؛ لأن العرب كانوا إذا تحالفوا ضرب كل واحد منهم يده اليمين على يد صاحبه تأكيداً للعهد والالتزام²، واليمين في الاصطلاح هو توكيد الحكم بذكر اسم الله سبحانه وتعالى أو صفة من صفاته على وجهٍ مخصوص؛ وذلك لإثبات صدق المدعي أو نفي ادعاء الخصم عند عدم توفر دليل حاسم³. يتضح مما سبق أن اليمين هو قول يُستشهد فيه بالله سبحانه وتعالى لإثبات صدق المدعي أو نفي ادعاء الخصم، وذلك من خلال تأكيد الحكم بذكر اسم الله أو صفة من صفاته. ويُعدّ اليمين وسيلة إثبات يُلجأ إليها عندما يعجز المدعي عن تقديم البينة الكافية. أما اليمين الحاسمة، فهي اليمين التي يوجهها أحد الخصوم إلى خصمه عندما يعجز عن تقديم دليل يثبت حقه، وذلك لحسم النزاع نهائياً. وفي هذه الحالة، يكون الخصم مطالباً بالحسم دون تردد، إذ يرجع الأمر إلى ضميره الإنساني وإيمانه عند أداء اليمين، نظراً لما يترتب عليها من آثار قانونية وأخلاقية.

¹ زين الدين أبو الفرج، جامع العلوم والحكم، مكتبة الإيمان، مصر، 1900، ص226.

² أحمد بن محمد الفيومي، المصباح المنير في غريب شرح الكبير، مكتبة لبنان، لبنان، 2009، ص681.

³ يحيى بن شرف النووي، روضة الطالبين وعمدة المفتين، الطبعة الثالثة، المكتب الإسلامي، لبنان، 1991، ص11.

وقد عرّف المشرع الأردني اليمين الحاسمة في المادة (35) من قانون البينات الأردني، حيث نصت على أن: "اليمين الحاسمة هي التي يوجهها أحد المتداعين لخصمه ليحسم بها النزاع". وبالتالي، فإن اللجوء إلى اليمين الحاسمة يكون من قبل المدعي أو المدعى عليه، وعند أدائها يُعتبر النزاع منتهياً بين طرفي التقاضي، إذ لا يجوز الرجوع عنه، ويشترط في توجيه اليمين الحاسمة ما يلي:

1. أن يكون الشخص الموجهة إليه اليمين بالغاً وعاقلاً، وألا يكون مُكرهاً على حلفها.
 2. أن تكون الدعوى صحيحة، وألا تخالف النظام العام أو الآداب العامة.¹
 3. أن يكون هنالك إنكار من أحد الخصوم ليتمكن الطرف الآخر من توجيه اليمين الحاسمة.
 4. أن تكون اليمين شخصية، أي موجهة إلى الشخص ذاته وترتبط به أو توجه بناءً على علمه بالشيء موضوع النزاع.²
 5. أن يتم طلب توجيه اليمين من أحد أطراف الدعوى، أو أن توجهها المحكمة من تلقاء نفسها عند الحاجة.³
 6. أن تُحلف اليمين باستخدام لفظ الجلالة، وفي التطبيق العملي في المحاكم تُستخدم عبارة: أقسم بالله العظيم.
 7. أن يضع الحالف يده على القرآن الكريم أو الكتاب المقدس حسب ديانته، تعزيزاً للالتزام الأخلاقي والديني عند أدائها.
- وبالعودة إلى موضوع الدراسة، فإننا نكون أمام فرضيتين: إما أن يكون الزوج هو المدعي والزوجة هي المدعى عليها، أو العكس.

¹ المادة (2/55) من قانون البينات الأردني رقم (30) لسنة 1952 وتعديلاته، إذ نصت على "يجوز أن توجه اليمين الحاسمة في أي حالة كانت عليها الدعوى في كل نزاع إلا أنه لا يجوز توجيهها في واقعة ممنوعة بالقانون أو مخالفة للنظام العام والآداب".

² المادة (1/55) من قانون البينات الأردني رقم (30) لسنة 1952 ، إذ نصت على "يجب أن تكون الواقعة التي ينصب عليها اليمين متعلقة بشخص من وجهت إليه اليمين، فإن كانت غير شخصية انصبت اليمين على مجرد علمه بها".

³ المادة (54) من قانون البينات الأردني رقم (30) لسنة 1952 وتعديلاته، إذ نصت على "لا يجوز تحليف اليمين إلا بناءً على طلب من الخصم أو قرار من المحكمة".

فإذا كان الزوج هو المدعي، فإنه قد يعجز عن الحصول على إقرار المدعى عليها بوقوع الطلاق، كما قد لا يتمكن من إحضار شهود مجلس الطلاق، أو ربما لم يكن هنالك شهود أصلاً. في هذه الحالة، يحق له طلب تحليف المدعى عليها اليمين الحاسمة.

1. إذا وافقت الزوجة على أداء اليمين وحلفت بعدم وقوع الطلاق، تقرر المحكمة رد الدعوى.

2. لكن للمدعى عليها الحق في رد اليمين¹ إلى الزوج، وفي هذه الحالة:

3. إذا حلف الزوج بأن الطلاق قد وقع، تحكم المحكمة بصحة الطلاق.

4. إذا رفض حلف اليمين، تقرر المحكمة رد الدعوى بسبب نكوله عن الحلف.²

أما إذا كانت الزوجة هي المدعية، فإنها قد تكون قد تلقت الرسالة الإلكترونية المتضمنة صيغة الطلاق، فتتقدم بدعوى أمام محكمة الأحوال الشخصية لطلب تصديق الطلاق. وعند عجزها عن إثبات وقوع الطلاق، سواء من خلال إقرار الزوج أو إحضار شهود مجلس الطلاق، يمكنها طلب تحليف الزوج اليمين الحاسمة، أو قد تسألها المحكمة إن كانت ترغب في ذلك.

1. إذا وافقت الزوجة على توجيه اليمين للزوج، فإما أن يحلف بعدم وقوع الطلاق، فتُرد الدعوى، أو

أن يرفض الحلف، فتصدر المحكمة حكماً بصحة الطلاق بسبب نكوله عن اليمين.

2. وإذا ردّ الزوج اليمين عليها، وأدت الزوجة اليمين بأن الطلاق قد وقع، تحكم المحكمة بصحة

الطلاق، أما إذا رفضت حلف اليمين، فإنها تخسر الدعوى ويتم ردها.

وفي جميع الأحوال، يجب على المحكمة سؤال الخصم إن كان يرغب في تحليف خصمه اليمين،

ولا يجوز رد الدعوى دون ذلك.³

ولا يجوز لمن وُجهت إليه اليمين أن ينيب شخصاً آخر⁴ لحلفها، لأن اليمين الحاسمة تعتمد على

ضمير الشخص ذاته ومدى التزامه الديني والأخلاقي.

¹ المادة (57) من قانون البينات الأردني رقم (30) لسنة 1952 وتعديلاته إذ نصت على "يجوز لمن وجه إليه اليمين أن يردّها على خصمه...".

² المادة (60) من قانون البينات الأردني رقم (30) لسنة 1952 وتعديلاته إذ نصت "كل من وجهت إليه اليمين فنكل عنها دون أن يردّها على خصمه وكل من ردت عليه اليمين فنكل عنها خسر دعواه".

³ المادة (54) من قانون البينات الأردني رقم (30) لسنة 1952 وتعديلاته، إذ نصت على "لا يجوز تحليف اليمين إلا بناءً على طلب من الخصم أو قرار من المحكمة".

أما من يطلب توجيه اليمين، فيمكن أن يكون هو الخصم نفسه أو نائبه سواء كان وكيلاً أو ولياً أو قيمياً، كما يجوز توجيه اليمين للخصم الغائب، ويصدر الحكم الغيابي بحقه معلقاً على النكول عن اليمين عند اعتراضه على الحكم، وبذلك، تُعدّ اليمين الحاسمة وسيلة حاسمة للفصل في دعوى الطلاق الإلكتروني عندما يتعذر الإثبات بطرق أخرى.

المطلب الثاني

الموقف القانوني والقضائي من الطلاق الإلكتروني

قسّم الباحث هذا المطلب إلى فرعين، تناول في الفرع الأول موقف القانون الأردني من الطلاق الإلكتروني، في حين تناول في الفرع الثاني موقف القضاء الأردني من الطلاق الإلكتروني وذلك على النحو الآتي :

الفرع الأول

موقف القانون الأردني من الطلاق الإلكتروني

لم ينص المشرع الأردني صراحة على إمكانية وقوع الطلاق إلكترونياً، إلا أنه يلاحظ في نص المادة (83) من قانون الأحوال الشخصية الأردني ما يشير إلى ذلك، حيث جاء فيها:

1. يقع الطلاق باللفظ أو الكتابة وللعاجز عنهما بإشارته المعلومة.

2. لا يقع الطلاق بالكتابة إلا بالنية.

يتضح من هذا النص أنه يستوعب الطلاق الإلكتروني، حيث إن التقوى بعبارة الطلاق لفظاً قد يتم من خلال المكالمات الهاتفية أو الرسائل الصوتية، مما يشمل الوسائل الإلكترونية الحديثة. كما أن الطلاق الإلكتروني قد يقع كتابياً عبر الرسائل النصية القصيرة (SMS)، أو البريد الإلكتروني، أو محادثات مواقع التواصل الاجتماعي، أو أية وسيلة أخرى يستطيع الزوج من خلالها التعبير عن إرادته في الطلاق.

ويدعم الباحث رأيه بالاستشهاد بالفتوى الشرعية الصادرة عن دائرة الفتاء الأردنية، والتي نصت على: "إن الطلاق عبر وسائل الاتصال الحديثة إما أن يكون باللفظ، وإما أن يكون بالكتابة، فإذا كان باللفظ؛ كأن يتصل الزوج بزوجته فيقول لها: أنت طالق، فهذا الطلاق يقع باتفاق الفقهاء، وهو بمثابة

⁴ أشرنا في التعريف السابق إلى أن اليمين الحاسمة هي التي يوجهها أحد المتداعين لخصمه. فلا يجوز أن يحلفها شخص آخر غير الخصم نفسه، وذلك لأنها ترتبط بضمير الشخص المكلف بها ومسؤوليته القانونية والأخلاقية أمام الله والقضاء. فلا يمكن إنابة وكيل أو ممثل قانوني لحلفها؛ لأن جوهرها هو الاحتكام إلى صدق ونزاهة الخصم نفسه.

الخطاب مواجهة، أما الطلاق بالرسائل القصيرة عبر الهاتف الخليوي، أو البريد الإلكتروني فيأخذ حكم الطلاق بالكتابة الذي بحثه الفقهاء المتقدمون، وهو يقع عند جمهور الفقهاء، ولو مع القدرة على اللفظ بشرط أن تكون الكتابة مستبينة ومرسومة، وأن لا يكون الزوج مدهوشاً، أو مكرهاً حال كتابة الرسالة¹.
والجدير بالذكر أنه يشترط فيمن يتولى القضاء الشرعي في الأردن أن تتوافر فيه عدة شروط²، ويلاحظ من الشروط السابقة أنه لم يُنصّ المشرع الأردني في القانون على ضرورة إلمام القاضي الشرعي بالتكنولوجيا أو المهارات الرقمية. وكان من الأفضل أن يتضمن النص إلزام القاضي الشرعي بالتدريب على استخدام الحاسوب والتكنولوجيا الحديثة، تماشيًا مع التطورات المستمرة ودور التكنولوجيا المتزايد في قانون الأحوال الشخصية الأردني.

¹ فتوى من لجنة الإفتاء/ دائرة الإفتاء العام الأردنية بعدد 961، في 2010/11/30م. تم نشرها على موقع جريدة الرأي عبر شبكة الإنترنت، تاريخ الدخول إلى الموقع الإلكتروني: 2025/3/9، الساعة 7:00 مساءً يوم الأحد.

<https://alrai.com/article/430585/%D9%81%D8%AA%D8%A7%D9%88%D9%89-%D9%88%D9%82%D8%B1%D8%A7%D8%B1%D8%A7%D8%AA-%D9%81%D9%82%D9%87%D9%8A%D8%A9---%D8%A7%D9%84%D8%B7%D9%84%D8%A7%D9%82-%D8%B9%D8%A8%D8%B1-%D9%88%D8%B3%D8%A7%D8%A6%D9%84-%D8%A7%D9%84%D8%A7%D8%AA%D8%B5%D8%A7%D9%84%D8%A7%D8%AA-%D8%A7%D9%84%D8%AD%D8%AF%D9%8A%D8%AB%D8%A9>

² المادة (3) من قانون المعدل لقانون تشكيل المحاكم الشرعية رقم (11) لسنة 2023م، إذ جاء فيها بما معناه أولاً "يشترط فيمن يتولى القضاء الشرعي أن يكون مسلماً أردنياً متمتعاً بالأهلية المدنية الكاملة". ثانياً، يجب أن يكون قد أتم السابعة والعشرين من عمره ولم يتجاوز الخامسة والخمسين، وأن تتوافر فيه الشروط الصحية اللازمة. ثالثاً، يشترط أن يكون حاصلاً على شهادة جامعية في تخصص الفقه أو القضاء الشرعي بتقدير لا يقل عن جيد. رابعاً، يجب أن يكون قد تم تعيينه في ملاك دائرة قاضي القضاة في وظائف الفئة الأولى أو الثانية، وأن يكون قد مارس الأعمال الكتابية في المحاكم الشرعية لمدة لا تقل عن ثلاث سنوات بعد الحصول على الشهادة الجامعية الأولى أو الشهادة الجامعية الثانية، أو مدة لا تقل عن سنتين بعد الحصول على دبلوم معهد القضاء الشرعي أو الشهادة الجامعية الثالثة. خامساً، ينبغي أن يجتاز بنجاح دورة تدريبية متخصصة في معهد القضاء الشرعي لا تقل مدتها عن مائة ساعة تدريبية، وفقاً لتعليمات يصدرها المجلس لهذه الغاية. وأخيراً، يشترط أن يكون حسن السيرة والسلوك، وأن لا يكون قد حكم عليه في أي جناية (باستثناء الجرائم السياسية) أو بجنحة مخلة بالشرف، وأن لا يكون قد خضع لحكم تأديبي من محكمة أو مجلس تأديبي يتعلق بأمر مخل بالشرف، حتى وإن رد إليه اعتباره أو شمله عفو".

الفرع الثاني

موقف القضاء الأردني من الطلاق الإلكتروني

بعد الرجوع إلى القرارات القضائية الصادرة عن المحاكم الأردنية، تبين أن القضاء الأردني اعترف بصحة وقوع الطلاق الإلكتروني في بعض الحالات، إلا أن بعض القرارات القضائية لم تذكر الدليل الذي استندت إليه المحكمة في إصدار حكمها، مما يثير بعض التساؤلات حول وضوح الإجراءات المتبعة في هذا الشأن.

ففي قرار محكمة استئناف عمان الشرعية، ادعى المدعي أمام المحكمة الابتدائية بأن المدعى عليها زوجته شرعاً وقانوناً وقد طلقها عبر الهاتف المحمول، حيث قال لها: "روحي إلى بيت أهلك، أنت ما بتلزميني". وبعد الاطلاع على محضر الدعوى وإقرار المدعى عليه بالطلاق، قررت المحكمة إيقاع طلاق رجعية أولى. يتضح من هذا القرار أن المحكمة اعترفت بصحة الطلاق عبر الهاتف المحمول بعد التحقق من إقرار الزوج وتوافر النية عند تلفظ الزوج بألفاظ الطلاق التي جاءت بصيغة لفظية كنائية، حيث يشترط في الطلاق الكنائي توفر النية لإثباته.¹

وفي قرار آخر لمحكمة استئناف عمان الشرعية، قضت المحكمة الابتدائية بثبوت الطلاق عبر رسالة نصية أرسلها المدعى عليه إلى هاتف المدعى عليها بقوله: "أنت طالق طالق طالق". وبعد الاطلاع على محضر الدعوى وسائر الأوراق المتعلقة بها، قررت المحكمة إيقاع الطلاق، مؤكدة أن المدعى عليه كان صاحباً وواعياً وكان قاصداً الطلاق. ورغم الاعتراف بالطلاق الإلكتروني في هذا القرار، إلا أن المحكمة لم توضح الدليل الذي اعتمدته في إصدار حكمها.²

وجاء في قرار آخر صادر عن محكمة عمان الشرعية أنه: "أقامت المدعية دعوى إثبات طلاق ضد المدعى عليه، زوجها، والذي طلقها عن طريق إرسال رسالة نصية عبر تطبيق الواتساب إلى شقيقها، قال فيها: "أختك طالق". تلا ذلك تبادل رسالة بين المدعية والمدعى عليه، حيث سألت المدعية: هل نيتك الطلاق؟ فأجابها عبر الواتساب (بنعم، وعند رجوعي إلى الأردن سأسمعك إياها). وأكدت المحكمة أن المدعى عليه كان في حالة مُعتَبَرة شرعاً، واعياً لما يقول وقاصداً الطلاق. وبعد التدقيق والمداولة، حكمت المحكمة بوقوع الطلاق، حيث تبين لها أن الرسالة النصية صادرة من الزوج وبألفاظ صريحة، وعليه فإن

¹ قرار محكمة استئناف عمان الشرعية رقم (1405) لسنة 2014 بتاريخ 2014/3/5 قرار قضائي غير منشور.

² قرار محكمة استئناف عمان الشرعية رقم (4095) لسنة 2016 بتاريخ 2016/10/10 قرار قضائي غير منشور.

الطلاق واقع وتترتب عليه آثاره الشرعية¹، يتضح من هذا القرار أن المحكمة اعترفت بالطلاق الإلكتروني بعد التأكد من أن الرسالة النصية صادرة من الزوج، وأنه كان قاصداً إيقاع الطلاق، إلا أن المحكمة لم توضح الدليل الذي اعتمدته في إصدار حكمها.

وفي قرار آخر صادر عن محكمة استئناف عمان الشرعية، جاء فيه: "ادعت المدعية بأن المدعى عليه، زوجها الداخل بها شرعاً وقانوناً، قد طلقها عبر الهاتف المحمول بقوله لها: 'أنت طالق'. ولدى تدقيق أوراق الدعوى وبعد المداولة، تبين أن المدعية عجزت عن إثبات دعواها ولحلف المدعى عليه اليمين الحاسمة على نفيه الطلاق المدعى به من المدعية، لذلك قرر رد الدعوى وعدم تصديق الطلاق"². يتبين من هذا القرار أن محكمة الموضوع ردت دعوى الطلاق لعجز المدعية عن إثبات ادعائها، ولحلف المدعى عليه اليمين الحاسمة على عدم صدور الطلاق عبر الهاتف المحمول.

ويتفق الباحث مع القضاء الأردني في الاعتراف بالطلاق الإلكتروني وقبوله، ولكنه يرى أنه كان من الأفضل أن يُنصّ المشرع الأردني على شرط إيقاع الطلاق عبر المحكمة الإلكترونية. هذه المحكمة تمثل حيزاً افتراضياً يتم فيه النظر في المسائل القانونية، بما في ذلك الطلاق، بحضور قضاة مختصين ذوي كفاءة تقنية³. ومن أبرز ميزات هذه المحكمة التحقق من هوية الأطراف من خلال التوقيع الإلكتروني والاسم الشخصي وكلمة المرور. وبذلك، يمكن للقضاة النظر في الدعاوى والفصل فيها إلكترونياً، مما يساهم في التخلص من النظام الورقي ويعزز من كفاءة وسرعة الإجراءات القضائية⁴.

ويسهم وجود المحكمة الإلكترونية في تقليل الأعباء المترتبة على المحاكم الشرعية التقليدية، حيث تسهل عملية تدقيق الدعاوى والفصل فيها دون الحاجة إلى حضور الأطراف. كما توفر المحكمة الإلكترونية فريقاً من الخبراء الفنيين المتخصصين القادرين على فحص الرسائل والأصوات والمستندات المرسل والمستقبل بدقة. بالإضافة إلى ذلك، تساعد المحكمة الافتراضية في ضمان صحة الطلاق من

¹ قرار محكمة عمان الشرعية رقم (3973) لسنة 2016 بتاريخ 2016/10/20 قرار قضائي غير منشور.

² قرار محكمة استئناف عمان الشرعية رقم (1962) لسنة 2014 بتاريخ 2014/4/6 قرار قضائي غير منشور.

³ عبد العزيز بن سعد الغانم، المحكمة الإلكترونية دراسة تأصيلية مقارنة، دار جامعة نايف للنشر، السعودية، 2017، ص 10 وما بعدها.

⁴ صفاء أوتاني، المحكمة الإلكترونية المفهوم والتطبيق، مجلة جامعة دمشق للعلوم الاقتصادية والقانونية، العدد 1، 2012، ص 170.

خلال التحقق من هوية الأطراف عبر بصمة واسم شخصي وكلمة مرور، مما يقلل من احتمال وقوع الطلاق تحت تأثير الغضب أو السكر.¹

الخاتمة

يُعد الطلاق الإلكتروني من المسائل المستحدثة التي أفرزها التطور التكنولوجي، ما يفرض على الأنظمة القانونية التكيف معه لضمان عدم تعارضه مع المبادئ الشرعية والقانونية، وقد تناولت هذه الدراسة مفهوم الطلاق الإلكتروني ومدى مشروعيته وإمكانية إثباته في ظل قانون الأحوال الشخصية الأردني، ويبقى دور المشرع والقضاء أساسياً في وضع الأطر القانونية الكفيلة بضبط هذا النوع من الطلاق، بما يحقق العدالة ويحفظ استقرار الأسرة.

أولاً: النتائج

1. الطلاق الإلكتروني قد يُستخدم بغير ترو، مما يؤدي إلى تزايد حالات الطلاق دون وعي بتبعاته القانونية والاجتماعية.
2. لا تشترط معايير تعيين القضاة في الأردن الإمام بالتقنيات الإلكترونية، رغم أن بعض القضايا، مثل الطلاق الإلكتروني، تتطلب فهماً دقيقاً لهذا المجال.
3. قد يتعرض حساب الزوج على منصات التواصل الاجتماعي للاختراق أو يتم انتحال شخصيته باستخدام تطبيقات الذكاء الاصطناعي، مما قد يؤدي إلى إرسال رسالة طلاق غير صادرة عنه فعلياً.
4. تساهم المحكمة الافتراضية في الطلاق الإلكتروني في تسريع الإجراءات القضائية، وتسهيل تدقيق الأدلة، وضمان دقة الطلاق من خلال التحقق من هوية الأطراف، مما يعزز كفاءة النظام القضائي.

ثانياً: التوصيات

1. تعزيز دور المؤسسات الدينية والاجتماعية والمحاكم الشرعية في نشر الوعي حول مخاطر التسرع في الطلاق الإلكتروني، ووضع برامج توعوية للحد من انتشاره وضمان استقرار الأسرة.
2. أقترح إدراج شرط الإمام بالتقنيات الإلكترونية عند تعيين القضاة الشرعيين، أو إلزامهم بحضور دورات تدريبية متخصصة في التعامل مع القضايا الإلكترونية لضمان دقة الأحكام وسلامة الإجراءات.

¹ أسيل نبيل سعدون، أحكام الطلاق الإلكتروني، رسالة منشورة أعدت لمتطلبات نيل درجة الدبلوم العالي في القانون الخاص الأحوال الشخصية، جامعة الموصل، 2020، ص85.

3. أقترح اعتماد وسائل تحقق إضافية لضمان صحة الطلاق الإلكتروني، مثل اشتراط التوقيع الإلكتروني المعتمد، أو إلزام الزوج بالحضور شخصياً أمام المحكمة الشرعية في حال كان مقيماً في الأردن، أو توثيق الطلاق رسمياً لدى السفارة الأردنية في بلد إقامته إذا كان خارج الأردن، وذلك لحماية الحقوق الشرعية للطرفين ومنع أي تلاعب أو تزوير.

4. أقترح على المشرع الأردني إنشاء المحكمة الإلكترونية لما لها من أثر إيجابي في تسهيل الإجراءات القضائية، توفير الأموال، والحد من عمليات التزوير، مما يعزز كفاءة النظام القضائي ويضمن حقوق الأطراف بشكل أسرع وأكثر دقة.

بيان تضارب المصالح

يُقر جميع المؤلفين أنه ليس لديهم أي تضارب في المصالح.

قائمة المصادر والمراجع:

أولاً: المصادر

1. القرآن الكريم.
2. إبراهيم بن محمد بن عبد الله، المبدع في شرح المقنع، دار الكتب العلمية، لبنان، 1997.
3. أبو الوليد محمد بن أحمد القرطبي، بداية المجتهد ونهاية المقتصد، دار ابن حزم، لبنان، 2014.
4. أبو عمر يوسف بن عبد الله النمري، الكافي في فقه أهل المدينة المالكي، دار الكتب العلمية، العراق، 1998.
5. أبو محمد علي بن أحمد بن حزم الأندلسي، المحلى بالآثار في الفقه الإسلامي، دار الفكر، لبنان، 1988.
6. أحمد بن غنيم النفراوي، الفواكه الدواني على شرح رسالة ابن أبي زيد القيرواني، مطبعة مصطفى بابا الحلبي، القاهرة، 1955.
7. أحمد بن محمد الفيومي، المصباح المنير في غريب شرح الكبير، مكتبة لبنان، لبنان، 2009.
8. أحمد بن محمد بن علي بن حجر العسقلاني، تحفة المحتاج في شرح المنهاج، المكتبة التجارية الكبرى، مصر، 2006.
9. الإمام الغزالي، الوجيز في الفقه الشافعي، مطبعة الآداب والمؤيد، مصر، 1317هـ.
10. زين الدين أبو الفرج، جامع العلوم والحكم، مكتبة الإيمان، مصر، 1900.
11. علي حيدر خواجه أمين أفندي، دُرر الحكام في شرح مجلة الأحكام، دار الجيل، لبنان، 1991.
12. فتوى من لجنة الإفتاء/ دائرة الإفتاء العام الأردنية بعدد 961، في 2010/11/30م.
13. لجنة علماء برئاسة نظام الدين البلخي، الفتاوى الهندية، المكتبة الشاملة، مكتبة إلكترونية افتراضية، 1310هـ.
14. محمد العربي القروي، الخلاصة الفقهية على مذهب السادة المالكية، دار الكتب العلمية، لبنان، 1979.
15. محمد بن صالح العثيمين، شرح الممتع على زاد المستقنع، دار ابن الجوزي، الرياض، 2008.
16. منصور بن يونس البهوتي، شرح منتهى الإرادات، عالم الكتب، السعودية، 1993.
17. يحيى بن شرف النووي، روضة الطالبين وعمدة المفتين، الطبعة الثالثة، المكتب الإسلامي، لبنان، 1991.

18. قانون الأحوال الشخصية الأردني رقم (15) لسنة 2019م وتعديلاته.
19. قانون البيانات الأردني رقم (30) لسنة 1952م وتعديلاته.
20. القانون المدني الأردني رقم (43) لسنة 1976م وتعديلاته.
21. قانون المعاملات الإلكترونية الأردني رقم (15) لسنة 2015م وتعديلاته.
22. قانون معدل لقانون تشكيل المحاكم الشرعية رقم (11) لسنة 2023م.

ثانياً: قائمة المراجع

أولاً: الكتب

1. أحمد بن فارس القزويني، مجمل اللغة لابن فارس، مؤسسة الرسالة، لبنان، 1986.
2. أحمد مختار عبد الحميد، معجم اللغة العربية المعاصرة، عالم الكتب، القاهرة، 2008.
3. أنيس منصور المنصور، شرح قانون البيانات الأردني وفقاً لآخر التعديلات، إثراء للنشر والتوزيع، الأردن، 2011.
4. شمس الدين محمد الشربيني، مغني المحتاج إلى معرفة معاني ألفاظ المنهاج، دار الكتب العلمية، العراق، 1994.
5. عايد كمال، تكنولوجيا الإعلام والاتصال وتأثيراتها على قيم المجتمع الجزائري، أطروحة دكتوراه مقدمة إلى جامعة تلمسان، الجزائر، 2017.
6. عباس العبودي، شرح قانون البيانات، دار الثقافة للنشر والتوزيع، الأردن، 2005.
7. عبد الرحمن بن محمد بن سليمان، مجمع الأنهر في شرح ملتقى الأبحر، دار إحياء التراث العربي، لبنان، 2016.
8. عبد العزيز بن سعد الغانم، المحكمة الإلكترونية دراسة تأصيلية مقارنة، دار جامعة نايف للنشر، السعودية، 2017.
9. عبد الفتاح بيومي حجازي، إثبات المعلومات الإلكترونية عبر الإنترنت، دار الفكر الجامعي، مصر، 2009.
10. علي حسن علي، مباحث في الأحوال الشخصية، دار الكتب والوثائق، بغداد، 2011.
11. محمد بن مكرم بن منظور الأنصاري، لسان العرب، دار صادر، لبنان، 2003.
12. محمد بن يعقوب الفيروز آبادي، القاموس المحيط، الهيئة المصرية العامة للكتاب، مصر، 1980.
13. محمد مرتضى الزبيدي، تاج العروس من جواهر القاموس، مطبعة الكويت، الكويت، 2006.

14. مصطفى أحمد أبو عمرو، الإثبات في المواد المدنية والتجارية، منشورات الحلبي الحقوقية، لبنان، 2011.

ثانياً: الرسائل الجامعية

1. عباس العبودي، التعاقد عن طريق وسائل الاتصال الفوري وحجيتها في الإثبات المهني، أطروحة دكتوراه منشورة، جامعة بغداد، العراق، 1994.
2. عايد كمال، تكنولوجيا الإعلام والاتصال وتأثيراتها على قيم المجتمع الجزائري، أطروحة دكتوراه منشورة، جامعة تلمسان، الجزائر، 2017.
3. أسيل نبيل سعدون، أحكام الطلاق الإلكتروني، رسالة منشورة، أعدت لمتطلبات نيل درجة الدبلوم العالي في القانون الخاص الأحوال الشخصية، جامعة الموصل، العراق، 2020.

ثالثاً: الأبحاث المحكمة

1. آمنة محمود شيت خطاب، الطلاق الإلكتروني بين الشريعة والقانون، مجلة العلوم الإسلامية، الجامعة العراقية، العدد9، 2015.
2. حميد سلطان علي الخالدي، الطلاق الإلكتروني، بحث منشور في مجلة دراسات قانونية، العدد35، 2013، ص93.
3. صفاء اوتاني، المحكمة الإلكترونية المفهوم والتطبيق، مجلة جامعة دمشق للعلوم الاقتصادية والقانونية، العدد1، 2012.
4. طه نادي درويش حسين، الطلاق الإلكتروني أحكامه والآثار المترتبة عليه، مجلة الشريعة والقانون، جامعة الأزهر، العدد41، 2023.
5. عمر طه خليل السامرائي، الطلاق الإلكتروني في ضوء الفقه الإسلامي وقانون الأحوال الشخصية العراقي، مجلة كلية التراث الجامعة، جامعة التراث، العدد30، 2020.

رابعاً: الأحكام القضائية

1. قرار محكمة استئناف عمان الشرعية رقم (1405) لسنة 2014 بتاريخ 2014/3/5 قرار قضائي غير منشور.
2. قرار محكمة استئناف عمان الشرعية رقم (1961) لسنة 2014 بتاريخ 2014/4/6 قرار قضائي غير منشور.

3. قرار محكمة استئناف عمان الشرعية رقم (4095) لسنة 2016 بتاريخ 2016/10/10 قرار قضائي غير منشور.

4. قرار محكمة عمان الشرعية رقم (3973) لسنة 2016 بتاريخ 2016/10/20 قرار قضائي غير منشور.

خامساً: المواقع الإلكترونية

1. علي أبو البصل، الطلاق الإلكتروني في الفقه الإسلامي، مقال إلكتروني منشور في الموسوعة القانونية الشاملة بتاريخ 2020،

https://www.universal-legal-encyclopedia.com/2020/04/blog-post_35.html?m=1

2. موقع جريدة الرأي، فتاوى وقرارات فقهية- الطلاق عبر وسائل الاتصالات الحديثة، مقال إلكتروني منشور بتاريخ 2010،

<https://alrai.com/article/430585/%D9%81%D8%AA%D8%A7%D9%88%D9%89-%D9%88%D9%82%D8%B1%D8%A7%D8%B1%D8%A7%D8%AA-%D9%81%D9%82%D9%87%D9%8A%D8%A9---%D8%A7%D9%84%D8%B7%D9%84%D8%A7%D9%82-%D8%B9%D8%A8%D8%B1-%D9%88%D8%B3%D8%A7%D8%A6%D9%84-%D8%A7%D9%84%D8%A7%D8%AA%D8%B5%D8%A7%D9%84%D8%A7%D8%AA-%D8%A7%D9%84%D8%AD%D8%AF%D9%8A%D8%AB%D8%A9>

منظومة تقييم الأداء الفردي للموظف العام في ظل
أحكام القانون الكويتي والعُماني
دراسة تحليلية مقارنة

*The Individual Performance Evaluation System for
Public Employees Under the Provisions of Kuwaiti and
Omani Law: A Comparative Analytical Study*

أ.فجر علي القصار
كلية القانون الكويتية العالمية
(الكويت)

منظومة تقييم الأداء الفردي للموظف العام في ظل أحكام القانون الكويتي والعماني دراسة تحليلية مقارنة

*The Individual Performance Evaluation System for Public Employees Under the Provisions
of Kuwaiti and Omani Law: A Comparative Analytical Study*

أ. فجر علي القصار

مساعد علمي، كلية القانون الكويتية العالمية

(الكويت)

a.almaamari@squ.edu.om

ORCID ID: 0009-0008-7300-7138

DOI: <https://doi.org/10.70411/MJLS.3.2.2025203>

تاريخ القبول: 2025-04-08

تاريخ المراجعة: 2025-02-11

تاريخ الاستلام: 2025-02-10

الملخص:

نظام تقييم كفاءة الموظف العام من الأنظمة المهمة التي تُحقّق التقدّم والتطوّر والارتقاء بالعمل في الجهات الحكومية بالدولة عن طريق تطبيق عملية تقييم وفّق أنظمة قياس دقيقة؛ لتحقيق أهداف الإدارة العامة في النهوض بمستوى الخدمة التي يُقدّمها المرفق العام من الخدمات الإدارية عبر تقييم موظفيها، وتحديد نقاط الضعف والقوة لمستوى الموظف العام، والكشف عن عيوب الإدارة ومشكلاتها لتحسينها وتطوير أساليبها؛ لذلك حرص المشرّع الكويتي على تنظيم تقييم كفاءة وأداء الموظف العام تشريعياً عن طريق وضع نظام قانوني ومعيّار مُوحّد من عناصر تقييمية مرنة تُطبّق في كل الجهات الحكومية للنهوض بمنظومة الوظيفة العامة كلها، غير أن الأنظمة القانونية المقارنة دأبت أيضاً على تنظيم مسألة تقييم الأداء الفردي للموظف العام بالجهات والوحدات الحكومية، ولعل أبرزها النظام القانوني لتقييم أداء الموظف العام في سلطنة عُمان وتطورها في وضع منظومة متكاملة تُسمّى منظومة إجابة لتقييم الأداء الفردي.

الكلمات المفتاحية: تقييم الأداء الفردي، العدالة الإدارية، الكفاءة والفعالية، معايير الأداء، نظام الخدمة المدنية الكويتي، منظومة إجابة بسلطنة عُمان.

Abstract:

The performance evaluation system of public employees is a vital mechanism that fosters progress, development, and enhancement of governmental operations by applying precise measurement tools to achieve the objectives of public administration. This system aims to improve the quality of services provided by public institutions through evaluating employees, identifying their strengths and weaknesses, and uncovering administrative deficiencies and challenges for improvement and development. The Kuwaiti legislator has emphasized the regulation of public employee performance evaluation by establishing a legal framework and a unified, flexible evaluative standard applied across all government entities to enhance the public employment system as a whole. Comparative legal systems have also regulated the evaluation of individual performance in government agencies, with the Omani legal system standing out for its development of a comprehensive system known as the "Ijada" framework for individual performance assessment.

Keywords: Individual performance evaluation, administrative justice, efficiency and effectiveness, performance standards, Kuwaiti Civil Service System , Ijada Framework Oman.

المقدمة

نظام تقييم كفاية الموظف العام من الموضوعات التي تستحق تسليط الضوء عليها، فالموظف العام هو أساس نجاح منظومة الوظيفة العامة بالدولة لتحقيق أهدافها العامة، وهو عصب قوانين الوظيفة العامة، فيجب أن يكون على مستوى معين من الأداء الوظيفي ليسهم في تحقيق المصلحة العامة للدولة، وهذا الأداء يحتاج إلى نظام تقييم دوري يرتبط بمُحَقَّزَات، ويخضع في الوقت ذاته لرقابة القضاء الإداري كونها ضماناً للموظف العام، وحماية له لكي لا يفقد الموظف الشَّغف من ناحية، واستمرار الجهات الحكومية وهيئاتها ومؤسساتها بالتقدُّم ومواكبة طرق الإدارة الحديثة عن طريق وَضْع نظام يَصِفُ التقييم الفعلي للموظف وتحسينه عبر مؤشرات قياس دقيقة لأدائه الوظيفي، ومن ثَمَّ التركيز في هذا الطرح على مدى تأثير نظام تقييم كفاية الموظف في التحسين الفعلي لمستوى الوظيفة العامة والنهوض به وفقاً للقانون الكويتي مع المقارنة بأنظمة مُستحدثة لتقييم الأداء الوظيفي، وهي منظومة إجابة لتقييم الأداء الفردي في سلطنة عُمان في جميع الجهات الحكومية، وتَسْلِيْطُ الضوء على مدى فاعلية هذه المنظومة وأثرها في الوظيفة العامة، ومن هنا انطلقت هذه الدراسة المقارنة بين التشريع الكويتي والتشريع العُماني في تنظيم تقييم الأداء الفردي للموظف العام في الجهات الحكومية للدولة. وسنتناول في هذا البحث التنظيم القانوني لتقييم كفاءة الموظفين في قانون الخدمة المدنية الكويتي رقم (1979/17) وتعديلاته ومدى خضوع نظام تقييم الكفاءة للرقابة القضائية وأثره في منظومة الوظيفة العامة، وعَرَضُ أُسُس منظومة إجابة في التشريع العُماني رقم (2023/36) المتعلِّق بنظام قياس الأداء الوظيفي وآليات تطبيق نظام تقييم الأداء الفردي المستحدث للموظف العام وفقاً للتنظيم التشريعي للقانون العُماني لعَرَضُ المعيار الأساسي الذي تبناه المُشَرِّعُ العُماني في عملية تقييم الأداء الوظيفي.

أهمية البحث:

تَكْمُنُ أهمية هذه الدراسة في كونها تُعالِج موضوعاً متعلِّقاً بمنظومة الوظيفة العامة، وطرق النهوض بها من جانب الإدارة لرفع جودة الأعمال الإدارية وتحسينها؛ لتحقيق أهداف المرفق العام، ومن ثَمَّ تحقيق مصالح الدولة، ومن جانب الموظف العام بربط تقييم كفاءته السنوية بحقوقه؛ ونَقْلُ تَجَارِبِ الأنظمة القانونية المقارنة في ذات المسألة وبيان آلية التطبيق.

أهداف البحث:

1. تسعى هذه الدراسة لتحقيق جملة من الأهداف:
2. بيان النظام التشريعي لتقييم الكفاءة في القانون الكويتي وأُسُس التقييم المتبعة.

3. معرفة آليات تطبيق هذا النظام من الناحية العملية في الهيئات والمؤسسات العامة بالكويت.

4. بيان صلاحية القاضي الإداري في رقابته على تقييمات الكفاءة.

5. تسليط الضوء على تجربة منظومة إجادة في سلطنة عُمان وآلية التقييم المتبعة في تقييم الأداء

الفردي الوظيفي المستحدث في العام 2023.

مشكلة البحث وتساؤلاته:

تثار إشكالية هذا البحث حول مدى كفاءة وفعالية نظام تقييم الكفاءة في منظومة الوظيفة العامة بدولة الكويت في ضوء التجارب المقارنة وتحديدًا تجربة سلطنة عُمان في تطبيق منظومة إجادة، ومدى مساهمة هذه الأنظمة في تحقيق العدالة الإدارية ورفع كفاءة الموظف العام. وتتمثل أهم تساؤلات الدراسة في الإجابة عن الآتي:

1. ما مدى أثر نظام تقييم الكفاءة في منظومة الوظيفة العامة في دولة الكويت؟

2. ما معايير وعناصر التقييم لتقييم أداء الموظف العام في التشريع الكويتي؟

3. هل لرقابة القضاء الإداري دور في تقييم كفاءة الموظف العام؟

4. هل يحق للموظف العام الاطلاع على تقييم الأداء الوظيفي؟

5. ما المعايير المتبعة في منظومة إجادة لتقييم الأداء الفردي للموظف في سلطنة عُمان؟

6. ما دور لجنة تقييم الأداء الفردي الفائق والأداء الفردي المتدني في عملية تقييم الأداء الوظيفي؟

ما النظام المتبع في منظومة إجادة نظام سري لتقييم الأداء الفردي، وعلانية تقييم الأداء الفردي؟

خطة البحث ومنهجيته:

سنناول هذا الموضوع في أربعة مباحث، نُخصّص الأول منها لبيان التنظيم التشريعي لتقييم كفاءة الموظف العام وفقًا لقانون الخدمة المدنية الكويتي، كما نُخصّص المبحث الثاني في عرض آليات الهيئات والمؤسسات العامة الحكومية في دولة الكويت في تطبيق نظام تقييم كفاءة الموظف وفقًا لنماذج خاصة لكل جهة، أما موقف القضاء الكويتي ومحكمة التمييز الكويتية من فرض الرقابة القضائية على تقييم الكفاءة وحدود صلاحية القاضي الإداري فسنناولها في المبحث الثالث، أما المبحث الرابع والأخير فسنعرض فيه نظام تقييم الأداء الفردي في سلطنة عُمان منظومة إجادة المستحدث في العام 2023، والمعيّار المتبع من المُشرّع العُماني في تطوير مسألة تقييم الأداء الفردي الوظيفي.

وسننّبع في تناول موضوع الدراسة المنهج الوصفي؛ حيث سنعرض التنظيم التشريعي لتقييم الكفاءة وفقًا لنصوص قانون الخدمة المدنية الكويتي وما يرتبط بها من لوائح وقرارات، وموقف القضاء الإداري

من هذا التنظيم، والمنهج التحليلي لبيان مزايا وأوجه قصور هذا النظام، كما سنتبع المنهج المقارن بعرض التنظيم القانوني لمنظومة إجابة وفقاً للتشريع العُماني والقرارات الإدارية واللوائح المتبعة في تنظيم تقييم الأداء الفردي، وآليات تطبيق هذه المنظومة في الوحدات الحكومية في سلطنة عُمان.

المبحث الأول

النهج التشريعي للمُشرع الكويتي في تقييم كفاءة الموظف العام

القانون الكويتي أخضع الموظف العام لتقييم كفاية أدائه الوظيفي كونه يُعدُّ أساس قيام الجهات والقطاعات، لذلك نظم المشرع الكويتي تقييم كفاءة الموظف العام عن طريق قانون ونظام الخدمة المدنية الكويتي وهو مرسوم رقم (15) لسنة 1979، لتحقيق العدالة بين الموظفين¹

المطلب الأول

الإطار القانوني لنظام تقييم الكفاءة وفقاً لنظام الخدمة المدنية الكويتي

وفقاً لنظام الخدمة المدنية الكويتي رقم (15) لسنة 1979، وقرار مجلس الخدمة المدنية رقم (36) لسنة 2006، حُدِّدَت الأسس والقواعد العامة لتقييم الكفاية والإجراءات المتبعة لتقييم كفاءة الموظف العام في الجهات والوحدات الحكومية في دولة الكويت.

أولاً: نطاق تقرير كفاية الموظف العام وفقاً للقانون الكويتي

وفقاً لنظام الخدمة المدنية في دولة الكويت الذي يُنظم العمل في الجهات الحكومية ذاتها، وكل ما يتعلّق بالموظف العام من حيث واجباته الوظيفية وحقوقه في الجهات الحكومية، وهي الوزارات والإدارات والوحدات الإدارية التي ميزانياتها مُلحقة بالميزانية العامة للدولة، ومن ثمَّ هذا النظام يُخضع المدنيين وليس العسكريين؛ فلا تسري أحكام هذا القانون عليهم؛ نظراً لاختلاف طبيعة عملهم².

¹ محمد المقاطع وأحمد الفارسي، القانون الإداري الكويتي، الجزء الأول، التنظيم الإداري - الأموال العامة - الوظيفة العامة، دولة الكويت، كلية القانون الكويتية العالمية، 2016، ص325.

² عادل الطبطبائي، الوسيط في قانون الخدمة المدنية الكويتي، دولة الكويت، كلية الحقوق، جامعة الكويت، 1998، ص25 - ص28.

والوظائف المدنية التي تخضع لنظام الخدمة المدنية الكويتي هي الوظائف القيادية، والوظائف العامة، والوظائف الفنية المساندة، والوظائف المعاونة¹، وأوضح القانون طريقة تقييم الموظفين من تلك المجموعات، بأحوال مختلفة؛ كالموظف الذي يكون تحت التجربة المتعينة حديثاً والمنقول والمنتدب². وحددت المادة (14) من نظام الخدمة المدنية الكويتي، وكذلك قرار مجلس الخدمة المدنية رقم (36) لسنة 2006، الموظفين الخاضعين لتقييم الكفاية؛ حيث يخضع لهذا التقييم جميع الموظفين عدا شاغلي الوظائف القيادية، فيخضع كل كويتي وغير كويتي لقواعد وأسس وإجراءات ومواعيد تقييم الأداء والتظلم منه³، ومن ثم فلا يخضع الموظف القيادي للتقييم ذاته الذي يخضع له بقية الموظفين من بقية المجموعات؛ إذ صدر نظام خاص بتقييم الموظف القيادي بواسطة قرار رقم (21) لسنة 2015. ولا شك أن استثناء القيادي من نظام تقييم الكفاية بشكل مطلق ليس له مبرر يُخل بالهدف الأساسي من نظام تقييم كفاية الموظف، والحكمة منه التي تتمثل في ضمان حفاظ الموظف على الكفاءة المطلوبة في عمله، ومن ثم يمكن إخضاعهم لنظام خاص في تقييم الكفاءة؛ لاختلاف طبيعة عمله عن طبيعة عمل الموظف العام؛ حيث إن الموظف القيادي وصل لهذا المنصب من بعد اكتسابه خبرة عمل خلال سنوات طويلة وجهد مستمر⁴.

أما الأنظمة القانونية المقارنة؛ كقوانين دول مجلس التعاون الخليجي، فنجد أن دولة قطر عن طريق قانون رقم (2016/81) بشأن قانون الموارد البشرية، والمملكة العربية السعودية عن طريق القرار المتعلق بلائحة الأداء الوظيفي رقم (401/7)، وكذلك مملكة البحرين بقرار رقم (2017/6) نظام إدارة الأداء الوظيفي - حذت حذو المشرع الكويتي في تمييز المراكز القيادية بطريقة تقييم الأداء الوظيفي، ولم تُعف من التقييم.

¹ نظام الخدمة المدنية هو لائحة تنفيذية لقانون الخدمة المدنية رقم (15/لسنة 1979)، صدر النظام بمرسوم بتاريخ 1979/4/4، نشر في الجريدة الرسمية (كويت اليوم)، العدد (1241)، السنة 25، بتاريخ 1979/4/9.

² قرار مجلس الخدمة المدنية رقم (36 لسنة 2006)، جريدة الرسمية (كويت اليوم)، العدد 792، السنة 52، الصادر بتاريخ 2006/11/5، موقع بلدية الكويت: <https://www.baladia.gov.kw/sites/ar/Pages/rule-ev.aspx> (تاريخ الزيارة: 2024 / 8 / 22).

³ بكر قباني، القانون الإداري الكويتي، دولة الكويت، مطبوعات جامعة الكويت، 1970، ص 162.

⁴ ليلي آل عباس، تقييم كفاية الموظف العام ورقابة القضاء الإداري عليه في القانون الكويتي، رسالة ماجستير - كلية القانون الكويتية العالمية، دولة الكويت، 2024، ص 8 - 9.

ثانياً: أسلوب التقييم المتبع

تتعدد أساليب وطرق تقييم كفاية الموظف العام كأسلوب المراجعة عن طريق قوائم تصف سلوك الموظف الخاضع للتقييم، أو أسلوب المقارنة، فيُقاس أداء الموظف وكفاءته بالمقارنة مع غيره من الموظفين، أو أسلوب التقدير البياني الذي يُقيم الموظف العام عن طريق معيار عام ومطلق، وأخيراً أسلوب تقارير الكفاءة؛ حيث يُوضع تقرير دوري يتضمن تقدير مستوى أداء الموظف وكفاءته وفقاً لأُسس وقواعد عامة محددة سلفاً¹، إذ حدّد قرار مجلس الخدمة المدنية الكويتي رقم (36) لسنة 2006، في المادة الثانية أن تقييم أداء الموظف يكون بأسلوب تقارير كفاءة سنوية، عن طريق مراقبة أداء الموظف سنوياً خلال مدة بين كانون الثاني/يناير وكانون الأول/ديسمبر، وأيضاً القرار الخاص بتقييم كفاية الموظف القيادي أخذ بنظام سنوية تقرير كفاية الموظف القيادي².. فكلُّ الجهات الحكومية التي تتبّع نظام الخدمة المدنيّة الكويتي تطبّق نظامَ تقارير الكفاية السنوي، عن طريق تقييمين خلال سنة التقييم، وهي سنة ميلادية عن طريق تقييم نصف سنوي لئليدي المسؤول رأيّه على أداء الموظف العام لواجباته الوظيفية في أول ستة شهور حتى موعد التقييم النهائي في كانون الأول/ديسمبر³.

ثالثاً: عناصر التقييم ومراتب التقييم

وفقاً لقرار (36) لسنة 2006، يُقيم الموظف العام بناءً على عناصر تقييم من أربع مجموعات، وكلمجموعة منها تتضمن بعض العناصر:

المجموعة الأولى: عوامل كفاءة الأداء الفردي

تحتوي على تسعة عناصر، منها: مدى الالتزام بالدوام الرسمي، وحجم ودقّة وإنجاز العمل، والعمل تحت الضغوط، والالتزام بالتعليمات الإدارية والأنظمة، وتحمل المسؤولية والقدرة على التصرف، والتعامل

¹ أنور رسلان، تقارير الكفاية، دار النهضة العربية، القاهرة، 1998، ص 29 - 51.

تفاصيل حول أساليب وطرق تقييم الكفاءة أكثر، علي بن صالح الضلعان، آراء حول اتجاهات الرؤساء والمرؤوسين في نظام تقويم الأداء الوظيفي في المملكة العربية السعودية الواقع، المشكلات، الحلول، الكتاب التوثيقي بندوق تقويم الأداء الوظيفي في المملكة العربية السعودية للعاملين في الأجهزة الحكومية التي عقدت بمعهد الإدارة العامة في الرياض بتاريخ 8 كانون الثاني/يناير 1995، مطبوعات معهد الإدارة العامة في الرياض، 1995، ص 36 - 41.

² سعد نواف العنزي، النظام القانوني للموظف العام، دار المطبوعات الجامعية، الإسكندرية، 2007، ص 198 - 199.

³ علي سعود الظفيري، النظام القانوني لتقارير الكفاءة في دولة الكويت، رسالة ماجستير، كلية الحقوق، جامعة العلوم التطبيقية في مملكة البحرين، 2008، ص 13 - 25.

مع المراجعين، والحرص على الممتلكات العامة، والالتزام بشروط الأمن والسلامة، وتقديم اقتراحات ودراسات لتطوير العمل.

المجموعة الثانية: عوامل كفاءة الأداء الجماعي

تحتوي على عناصر أربعة، وهي: التعاون مع الزملاء، والتعامل مع الرؤساء، والعمل على نقل الخبرات إلى الآخرين، ومدى فاعلية الاتصال الشفوي والتحريري.

المجموعة الثالثة: عوامل القدرات الداخلية

تحتوي على أربعة عناصر، منها: المظهر العام ومدى الالتزام بالسلوك الوظيفي، ومدى تقبل النقد والاقتراحات، والطموح والعمل على تنمية الذات، والقدرات اللغوية الخاصة واستخدام الكمبيوتر.

المجموعة الرابعة: عوامل تقييم كفاءة شاغلي الوظائف الإشرافية فقط

تتضمن أربعة عناصر، وهي: القدرة على قيادة المرؤوسين، وتقسيم وتوزيع العمل، وتطوير وتدريب المرؤوسين، والدقة في تقييم كفاءة المرؤوسين¹. وأُضيفت مجموعة خاصة، وهي عوامل قياس مدى الالتزام بالدوام الرسمي، وكل جهة حكومية مُلزَمة بأن تختار من هذه العناصر ما يتناسب مع طبيعة العمل في الجهة الحكومية²، تبنى المُشرّع الكويتي الأسلوب الرباعي في مراتب التقييم للموظف العام في قرار رقم (36) لسنة 2006، يكون تقدير تقييم كفاءة الأداء الوظيفي بمرتبة (ممتاز - جيد جدًا - جيد - ضعيف)³.

فكلما زادت مراتب تقييم الموظف العام اقتربنا أكثر من التقييم الدقيق لكفاءة الموظف، ويكون أكثر عدلاً وإنصافاً للأداء الفعلي للموظف العام، وتجدر الإشارة إلى أن المادة (14) من نظام الخدمة المدنية قبل تعديلها تُوجب تقديم تقرير عن الموظف الذي يحصل على تقييم كفاءة ممتاز أو ضعيف دون الموظف الذي يحصل على تقدير جيد، وصدر حُكم للمحكمة الدستورية بعدم دستورية هذه المادة؛ بسبب

¹ تركي سطات المطيري، تقييم كفاءة الموظف العام في قانون الخدمة المدنية الكويتي، مجلة الشريعة والقانون - كلية القانون، جامعة الإمارات العربية المتحدة، ص421.

² انظر في قرار مجلس الخدمة المدنية رقم (15) لسنة 2017، بشأن تعديل قرار مجلس الخدمة المدنية رقم (36) لسنة 2006، بشأن قواعد وأسس تقييم أداء الموظفين وتعديل عناصر التقييم، موقع بلدية الكويت: <https://www.baladia.gov.kw/sites/ar/Pages/rule-ev.aspx>، (تاريخ الزيارة: 7 / 8 / 2024م).

³ تركي سطات المطيري، مرجع سابق، 2003م، ص183.

أن الالتزام اقتصَرَ على تقييم الموظفين الحاصلين على التقديرين ممتاز وضعيف بلا نصٍّ يُلزم الجهات الإدارية بتقييم الحاصلين على هاتين المرتبتين، وعُدلت وأُضيفت مراتب أخرى؛ حيث أصبحت المراتب (ممتاز - جيد جداً - جيد - ضعيف)¹. أما الموظف القيادي فتنبَّئ المُشرع الكويتي الأسلوب الثلاثي في مراتب التقييم (كُفء - متوسط - أقل من متوسط)، نلاحظ أنَّ عناصر تقييم الموظف العادي تختلف عن عناصر تقييم الموظف القيادي؛ حيث إنَّ الموظف العام عناصره مُحدَّدة، وكل عنصر له رقم ونسبة وناتج تقييم، أما الموظف القيادي فالعناصر بلا نسب أو تقديرات؛ لاختلاف طبيعة عمله عن عمل الموظف العام².

رابعاً: الجهة المختصة في إعداد واعتماد تقييم الكفاية

حدَّد المُشرع الكويتي في المادة (14) من نظام الخدمة المدنية الكويتي الجهة المختصة في إجراء تقييم الكفاية، وحصرها بين الرئيس المباشر والرئيس التالي للرئيس المباشر، ولجنة شؤون الموظفين؛ حيث يُعَدُّ الرئيس المباشر أولاً سنوياً النماذج المرفقة في القرار رقم (36) لسنة 2006، من مجلس الخدمة المدنية، ويُقيَّم الموظف وفقاً للعناصر والمجموعات المحدَّدة سلفاً، ويحسب النسبة المئوية والتقدير اللفظي، ثم يُحال هذا النموذج المُعبأ إلى الشخص المختص الثاني، وهو الرئيس التالي الذي حدَّد له نظام الخدمة المدنية مدَّة قانونية محددة لإبداء رأيه، وهي سبعة أيام، ثم يُحيل النموذج للجنة شؤون الموظفين، وفي حال غياب الرئيس التالي تؤدي لجنة شؤون الموظفين دور هذا الرئيس في التعقيب، وفي حال غياب الرئيس المباشر يحلُّ محلُّه الرئيس التالي، وفي غياب الأخير يقوم بهذا الدور لجنة شؤون الموظفين، بالإضافة إلى أنه في حال اختلاف الرئيسين على التقييم تختص لجنة شؤون الموظفين بالاختصاص³.

أما الموظف القيادي فالوزير هو الشخص المختص لتقييمه فقط؛ تُشكِّل لجنة شؤون الموظفين بقرار من الوزير من أربعة أعضاء على الأقل من كبار موظفي الخدمة المدنية ورئيس وحدة شؤون الموظفين،

¹ انظر في المحكمة الدستورية الكويتية، الدعوى رقم (6) لسنة 2010 دستوري - جلسة 28 نيسان/أبريل 2010، الجريدة الرسمية (كويت اليوم) العدد 973، السنة 56، الصادر في 2010/5/2م.

² قرار رقم (21) لسنة 2015، بشأن تقييم شاغلي الوظائف القيادية، دولة الكويت، موقع شبكة قوانين الشرق: <http://site.eastlaws.com/GeneralSearch/Home/ArticlesTDDetails?MasterID=1795372> (تاريخ

الزيارة: 12 / 8 / 2024م).

³ سظام تركي المطيري، مرجع سابق، ص 407 - 409.

وتختص هذه اللجنة بتقدير درجة الكفاءة في الأحوال المنصوص عليها من نظام الخدمة المدنية¹ بالإضافة إلى البت في التظلمات المُقدّمة من الموظفين، واعتماد تقييم الكفاءة الذي وُضع من الرئيس المباشر والرئيس التالي²، ولبيان الحكمة من اختصاص الرئيس المباشر والرئيس التالي ذهبت محكمة التمييز الكويتية إلى أن: "الرئيس هو أكثر من غيره معرفةً بالموظف، وأكثر قرباً منه ودرايةً بعمله، وتمكّناً من قياس كفاءته، ويأتي من بعده الرئيس التالي"³.

خامساً: علانية وسريّة تقييم الكفاءة

نظام الخدمة المدنية الكويتي، وكذلك قرار مجلس الخدمة المدنية رقم (2006/36) لم يُلزم الإدارة بعلنية تقييم الكفاءة للموظف العام إلا من حصل على تقدير "ضعيف"، ومن ثمّ النظام المُطبّق في دولة الكويت هو سريّة التقييم لجميع الموظفين ما عدا الحاصل على درجة ضعيف فإنه يُبلّغ بالتقدير الذي حصل عليه عن طريق وحدة شؤون الموظفين، فالمُشرّع الكويتي أخذ بنظام التقييم العلني بالنسبة للموظف الحاصل على تقدير ضعيف، أما التقييم السريّ بالنسبة لباقي التقديرات الأخرى، وسريّة التقييم فتُسري على التقييم النهائي السنوي للموظف العام، وكذلك بالنسبة للتقييم الأولي، وهذا لا شك يحرم الموظف من فرصة الاطلاع على أدائه، وتجنّب السلبات، ولكن هذه السريّة مؤقتة، فيمكنه الاطلاع على التقييم كلّه وعناصره بعد رفع الدعوى على قرار تقييم الكفاءة، وبعد صدور قانون حق الاطلاع على المعلومات رقم (12) لسنة 2020، أصبح بإمكان الموظف العام تقديم طلب الاطلاع على تقييم كفاءته عن طريق جهة عمله أو موقع ديوان الخدمة المدنية أو طلب شهادة السيرة الذاتية عن طريق تطبيق سهل؛ حيث يطّلع الموظف الحاصل على تقرير ضعيف بعد الاعتماد مباشرة، أما فيما يخص باقي الموظفين فبإمكانهم الاطلاع عليه بعد مضي شهر من تاريخ إيداع كشوفات التقارير في الديوان⁴، فسريّة التقييم قد تسمح للمختصّ بالتقييم بإمكانية التحيز لبعض الموظفين؛ مما يُثير بعض الشكوك بين الموظف ورئيسه، أي تمنح المجال للمسؤول في التعسف بالتقييم بأن يمنح الموظف درجة لا يستحقها مستغلاً بذلك السريّة،

¹ المواد (27، 28، 29، 30) من نظام الخدمة المدنية رقم (36) لسنة 2006، بشأن تنظيم لجنة شؤون الموظفين، دولة الكويت.

² سعد نواف العنزي، مرجع سابق، 1980م، ص227.

³ الطعن رقم (301/1999) إداري، جلسة 2000/6/5، موسوعة صلاح الجاسم الإلكترونية للسوابق القضائية.

⁴ حسين سامي، تقدير كفاءة الموظفين العموميين بين السرية والعلانية في التشريع الكويتي والمصري، مجلة الفتوى والتشريع، العدد عشرون، نوفمبر، 2020، ص45.

فعلائية التقييم من الأمور الضرورية لتعزيز مبدأ الشفافية وتحقيق الهدف الأساسي من تقييم الكفاءة؛ وهو تحسين أداء الموظف العام لسير العمل بالشكل المطلوب، وتعرفه على نقاط ضعفه لتحسينها وتطويرها¹. بالرغم من أن المشرع الكويتي لم يُنص صراحة على علانية التقييم؛ فإنه في حالة تقدير ضعيف إلا أنه لم يمنع الإدارة من اتباع العلانية في تقييم الكفاءة بشكل صريح²، وندعو المشرع الكويتي لتجنب سلبيات السرية والنص صراحةً على علانية تقييم كفاءة الموظفين.

سادساً: آثار تقييم كفاية وحق الموظف في التنظيم منه

يترتب على قرار تقييم كفاءة الموظف بعض الآثار القانونية التي تؤثر في حقوقه الوظيفية؛ فبعض الحقوق الوظيفية مرتبطة بمرتبة التقييم التي يحصل عليها الموظف العام في سنة التقييم، فحصول الموظف على تقدير امتياز يؤهله لنيل الترقية بالاختيار، بالإضافة إلى شروط أخرى كحصول الموظف على تقريرين بدرجة امتياز، وحصول الموظف على تقدير جيد جداً يؤهله للحصول على علاوة تشجيعية إذا توافرت بقية الشروط المادة (21) من نظام الخدمة المدنية الكويتي.

وكذلك حصول الموظف على تقدير جيد يُعدُّ حداً أدنى للحصول على العلاوة الدورية والترقية الحتمية، أما في حال حصول الموظف العام على تقييم كفاءة بتقدير ضعيف فيترتب عليه آثار سلبية؛ إما بحرمان الموظف العام من بعض حقوقه والمزايا المالية، أو توقيع بعض العقوبات التأديبية؛ ففي حال حصول الموظف على تقدير كفاءة بمرتبة "ضعيف" يُحرم من العلاوة الدورية أو الترقية، وفي حال حصول تقريرين نهائيين مماثلين بدرجة ضعيف يُعرض أمره على وكيل الوزارة للنظر في توقيع عقوبات المادة (60) من نظام الخدمة المدنية ما عدا عقوبة الفصل من الخدمة، وإذا حصل الموظف في السنة التالية لحصوله على تقريرين بدرجة ضعيف وعلى تقرير نهائي بدرجة ضعيف اعتُبر مفصولاً من الخدمة وفقاً للمادة (17) من نظام الخدمة المدنية الكويتي³، العبرة في ترتيب آثار ترتبط بالتقييم اللفظي، وليس الرقمي؛ حيث تنص المادة (18) من قرار مجلس الخدمة المدنية على أن: "العبرة في الآثار المترتبة على

¹ حسين سامي، تقدير كفاءة الموظفين العموميين بين السرية والعلانية في التشريعين الكويتي والمصري، مرجع سابق.

² أنور رسلان، مرجع سابق، ص 26-30.

³ تركي سطات المطيري، تقييم كفاية الموظف العام في قانون الخدمة المدنية الكويتي، مجلة الشريعة والقانون - كلية القانون، جامعة الإمارات العربية المتحدة، ص 438 - 439.

تقييم الأداء بالتقدير اللفظي (ممتاز - جيد جدًا - جيد - ضعيف) بعَضُ النظر عن النسبة المئوية الحاصل عليها الموظف¹.

وَمَنَحَ المُشْرِعَ الكويتي الموظفَ العامَ حقَّ التظلم على قرارات تقييم الكفاية، لكن وفق شروط وضوابط نظّمها أو نصَّ عليها، ومنها: يجب أن يُقدّم التظلم من قبل المتظلم نفسه أو من ينوب عنه بناءً على توكيل، وله مصلحة مباشرة ومشروعة، ويجب أن يحتوي التظلم على عدة بيانات؛ كاسم المتظلم ووظيفته وعنوانه وتاريخ القرار المتظلم منه، وتاريخ نشره بالجريدة الرسمية، وتاريخ إعلان المتظلم به، وموضوع القرار وأسباب التظلم، ويرفق معه المستندات المطلوبة².

فالمشرع الكويتي حدّد شكل وبيانات شكلية محدّدة لا بُدّ من توافرها في التظلم من الموظف العام بالإضافة إلى شروط معينة للتظلم، بل يجب عليه اتباع الشكليات والشروط التي فرضها المشرع الكويتي لقبول التظلم؛ وذلك لتسهيل عملية النظر بالتظلمات من قِبَل الجهة الإدارية وتخفيف العبء عنها³. وحدّد المشرع الكويتي شرطاً مُتعلّقاً بوقت التظلم، أي حدّد مواعيد محدّدة لتقديم التظلم، وهي ستون يوماً من تنفيذ القرار المتظلم منه، أما بالنسبة لمواعيد التظلم للموظف الذي تقيّمه ضعيف فله أن يتظلم خلال خمسة عشر يوماً من إبلاغه، ومن ثم فرق في مدة تقديم التظلم بين الموظف الحاصل على تقدير ضعيف عن باقي التقديرات؛ حيث كان من الأجدر تحقيق المساواة بين الموظفين في ميعاد تقديم التظلم؛ فالحاصل على تقييم كفاءة بدرجة ضعيف هو أكثر حاجة للتظلم من غيره وأولى بالرعاية ممّن يعلوه في درجة التقييم بالنظر إلى الآثار السلبية التي ممكن أن تترتب في حقه⁴ ويقدم التظلم للجهة الإدارية التي أصدرت قرار تقييم الكفاية للموظف العام. ويُعدّ التظلم وجوبياً يسبق رفع الدعوى؛ بحيث إذا لم يتظلم الموظف الخاضع للتقييم من تقرير كفاءته؛ فإن مآل دعواه التي يرفعها طعنًا على قرار التقييم هو حكم عدم القبول، وهذا ما ذهبت إليه محكمة التمييز الكويتية لأن كانت تقارير الكفاية بعد استيفائها مراحلها القانونية هي قرارات إدارية نهائية تؤثر مآلاً في الترقية والفصل؛ فإنه بذلك تختص الدائرة الإدارية

¹. أنور رسلان، تقارير الكفاية دراسة لتقويم الأداء الوظيفي في القانون المقارن وقوانين دول مجلس التعاون الخليجي، 2006، ص355.

². مرسوم بشأن إجراءات تقديم التظلم من القرارات الإدارية والبت فيها، 5 أكتوبر 1981، دولة الكويت.

³. تركي سطات المطيري، تقييم كفاءة الموظف العام في قانون الخدمة المدنية الكويتي، مجلة الشريعة والقانون، العدد 27، ع53، يناير 2013، مجموعة دار المنظومة، ص449.

⁴. حسين سامي، مرجع سابق، ص330.

بالمحكمة الكلية بالفصل فيها مع وجوب شرط سبق التظلم من القرار النهائي الصادر بتقدير الكفاية؛ بحيث إذا رفعت الدعوى قبل تقديمه؛ فإنها تكون غير مقبولة¹، وفي حال فوات مواعيد الطعن على قرارات تقييم الكفاءة تتحصن قرارات التقييم من الطعن، ويسقط حق الموظف بالطعن القضائي.

المطلب الثاني

السلطة التقديرية للجهة الإدارية في تقييم الكفاية

الجهة الإدارية تتمتع بسلطة تقديرية في تقييم الموظف وفقاً للعناصر التي حددها المشرع الكويتي في نظام الخدمة المدنية، وقرار مجلس الخدمة المدنية الكويتي، لكن سلطة الإدارة التقديرية ليست سلطة مطلقة، بل سلطة مقيدة بأن يكون قائماً على أسباب صحيحة ثابتة وغير مشوبة بالانحراف في استعمال السلطة، وهذا ما ذهبت إليه محكمة التمييز الكويتية: "أن تقدير الدرجة التي يستحقها الموظف عن كل عنصر من العناصر الواردة بتقدير الكفاية هو أمر يترخص فيه الرئيس المباشر والرئيس الأعلى ولجنة شؤون الموظفين، كل في حدود اختصاصه، طالما كانت هذه التقديرات غير مشوبة بالانحراف أو إساءة استعمال السلطة، فلا يؤثر في سلامة وصحة التقرير أن يختلف في مرتبة الكفاية عن التقارير السالفة أو اللاحقة عليه، والتي حصل فيها الموظف على تقدير امتياز، فلا يترتب البطلان لمجرد اختلاف درجة الكفاية المقيم بها الموظف في أحد الأعوام عن الأعوام السابقة، كما أن المشرع لم يقيد الإدارة بأن تستقي قياسها بمصدر معين، إنما أجاز لها أن تستقي قياسها من أية معلومات أو بيانات يمكن الاسترشاد به".

المبحث الثاني

آلية تطبيق نظام تقييم كفاءة الموظف العام بالجهات الحكومية في الكويت

تتبع الجهات الحكومية في دولة الكويت نظام الخدمة المدنية وقرارات مجلس الخدمة المدنية في إعداد واعتماد تقرير الكفاءة للموظف العام، وعن طريق الطرق القرارات واللوائح الداخلية تُنظم مسألة تقارير الكفاية في حدود الأسس العامة المنصوص عليها في نظام الخدمة المدنية، وسأتناول في المطلب الأول آلية تقييم الكفاية في المؤسسة العامة للتأمينات الاجتماعية، وذلك على النحو الآتي:

¹ انظر الطعن رقم 301/1999 (إداري) جلسة 5 يوليو 2000، أنظمة صلاح عبد الوهاب الجاسم.

المطلب الأول

آلية تطبيق تقييم كفاية الموظف العام في المؤسسة العامة للتأمينات الاجتماعية

تملك المؤسسة العامة للتأمينات الاجتماعية قانوناً خاصاً صادراً بالأمر الأميري رقم (61) لسنة 1976 الذي نص: (تتشأ مؤسسة عامة ذات ميزانية مستقلة تسمى المؤسسة العامة للتأمينات الاجتماعية، وتكون لها الشخصية المعنوية، وتخضع لإشراف الوزير، وتحمل الدولة المصاريف التأسيسية لهذه المؤسسة)، كما أن المؤسسة العامة للتأمينات الاجتماعية لها نظام خاص للعاملين بها هو النظام الصادر بالقرار رقم (1) لسنة 1977، الذي ينص في المادة (4) منه على أن يضع المدير العام النظم والإجراءات الخاصة بكيفية وطرق تقدير كفاءة الموظفين وسلوكهم ومدى صلاحيتهم للقيام بأعباء الوظائف التي يشغلونها أو قدرتهم على تحمل مسؤوليات أكبر، وحالات منح العلاوة الاستثنائية وحالات الحرمان منها¹.

ووفقاً لقرار نظام العاملين لا يُمكن تطبيق أحكام نظام الخدمة المدنية أو قرارات الخدمة المدنية على موظفي المؤسسة العامة للتأمينات الاجتماعية، فيما لم يرد بشأنه نص في نظام العاملين بها أو القرارات الإدارية المتعلقة بتطبيقه، لا سيما وأن هذه القرارات وذلك النظام لم يتضمن أية إحالة صريحة إلى أحكام قانون الخدمة المدنية؛ وذلك بهدف تحقيق المرونة في سير العمل بالمؤسسة وإبعادها عن الروتين الجامد الذي تخضع له الجهات الحكومية؛ لأنها تهدف إلى الربح بجانب توفير الخدمة العامة².

حيث إن تقرير كفاءة الموظفين في المؤسسة العامة للتأمينات الاجتماعية يُنظمه قرار رقم (4) لسنة 1985، والذي لا يخرج عن الوضع العام لتقارير الكفاءة رغم اختلاف النموذج المُعد لذلك، وفقاً لنظام العاملين في المؤسسة العامة للتأمينات الاجتماعية وقرار تنظيم وتقدير كفاية الموظفين حصر اختصاص إعداد واعتماد تقرير الكفاية للموظفين في المؤسسة يكون من اختصاص الرئيس المباشر المُتمثل في مديري الإدارات في المؤسسة وفقاً للنماذج المُعدة والمعتمدة في المؤسسة، ثم يُعرض التقدير على الرئيس

¹ مرسوم أميري رقم (61) لسنة 1976، بإنشاء المؤسسة العامة للتأمينات الاجتماعية، كويت اليوم، العدد 1098، السنة الثانية والعشرون.

² انظر: قرار رقم (1) لسنة 1977، بشأن نظام العاملين بالمؤسسة العامة للتأمينات الاجتماعية، دولة الكويت.

التالي، ثم يُعرض على الرئيس الأعلى، وهو المدير العام للمؤسسة العامة للتأمينات الاجتماعية لاعتماده وكتابة الملاحظات مع ذكر التسبب في تقرير كفاية الموظف في المؤسسة¹.

هذا ما جاءت به محكمة التمييز الكويتية: "تقدير الكفاية هو أمرٌ يترخص فيه الرئيس المباشر والرئيس التالي والرئيس الأعلى، ولجنة شؤون العاملين في المؤسسة، كل في حدود اختصاصه"². ومن ثمَّ المختص في إعداد تقييم كفاءة الموظف في المؤسسة العامة للتأمينات الاجتماعية هم الرئيس المباشر، والرئيس التالي، والرئيس يُعتمد من لجنة شؤون العاملين في المؤسسة، على خلاف نظام الخدمة المدنية الذي حصر الاختصاص على الرئيس المباشر والرئيس التالي ولجنة شؤون الموظفين.

تُعرض التقارير على لجنة شؤون العاملين في المؤسسة العامة للتأمينات الاجتماعية بعد انتهاء الرئيس المباشر والرئيس التالي والرئيس الأعلى من اعتمادها، ولها صلاحية رفع درجة الكفاءة إلى درجة أعلى إذا استدعت الحاجة إلى ذلك، فلها سلطة تغيير تقييم الكفاءة بعد إعداده من المختصين في المؤسسة، ولها دور آخر كذلك يكون في حال اختلاف مدير الإدارة، أي: الرئيس المباشر والرئيس التالي والرئيس الأعلى، تتولى اللجنة سماع أقوال الرؤساء جميعاً، ومن ثمَّ تحديد مرتبة الكفاءة التي يُعتمد بها، وكذلك تختص اللجنة بسماع أقوال الموظف الذي حصل على تقدير بدرجة ضعيف قبل اعتماده من اللجنة، ويُعتبر التقرير نهائياً بعد اعتماد لجنة شؤون العاملين في المؤسسة³.

اتبعت المؤسسة العامة للتأمينات الاجتماعية أسلوب التقييم الخماسي على خلاف نظام مجلس الخدمة المدنية الذي أخذ بنظام التقييم الرباعي (ممتاز، جيد جداً، جيد، ضعيف)، وهو توجه محمود لزيادة دقة تقييم الموظف في المؤسسة وبيان مستواه الفعلي لأدائه واجباته وكفاءته الفعلية⁴.

أما العناصر المتبعة في المؤسسة العامة للتأمينات الاجتماعية فتتضمن نموذج متابعة أداء الموظف بصفة دورية؛ لاستظهار كفاءة الموظف، وإنجازاته، ومدى التزامه، وجوانب القصور في عمله؛ وفقاً لعناصر تقييم مُحَدَّدة، وهو ما يُعد تقريراً نصف سنوي يتضمن عدة عناصر للتقييم، ومنها الإلمام

¹ انظر: قرار رقم (4) لسنة 1985، بشأن تقدير كفاءة الموظفين، المؤسسة العامة للتأمينات الاجتماعية، دولة الكويت.

² حكم محكمة التمييز الكويتية، رقم (144) لسنة 2016، إداري 3، جلسة 2020/12/28، حكم غير منشور.

³ انظر: قرار رقم (17) لسنة 1977، بشأن تشكيل لجنة شؤون العاملين، المؤسسة العامة للتأمينات الاجتماعية، دولة الكويت.

⁴ محكمة التمييز الكويتية، حكم رقم (144) لسنة 2016، إداري 3، جلسة 2020/12/28، حكم غير منشور.

بالعمل ودقة التنفيذ والإنتاجية والالتزام بلوائح العمل، القدرات الشخصية¹، أما نموذج تقييم كفاءة الموظف للمؤسسة أيضًا فيحتوي على العناصر ذاتها للتقييم مع إضافة مرتبة الكفاءة حسب مجموع الدرجات لعناصر التقييم النهائي، فإما أن يكون بمرتبة كفاءة حسب درجاته وفقًا للمراتب إلخ (ممتاز، جيد جدًا، جيد، مقبول، ضعيف)، ويجب الذكر بأن عناصر التقييم تختلف في كل قطاع عن القطاع الآخر حسب طبيعة العمل في كل قطاع من قطاعات المؤسسة². وهذا جاءت به محكمة التمييز الكويتية: "تقييم الكفاءة هو مرآة لسلوك الموظف خلال العام، في حين أن المؤسسة العامة للتأمينات تمسكت بدافع جوهري، وهو امتناع الموظفة عن أداء العمل المكلفة به؛ ولأن العمل هو محل تقييم الكفاءة وجوهره، وتقدير الكفاءة يُقاس فيه جهد الموظف الذي بذله، وهي أحد أهم عناصر التقييم في المؤسسة، وهو السبب الذي استندت له لخفض تقدير كفاءة الموظفة"³. أما الموظف الحاصل على تقدير مقبول فأقل يكون الإجراء المتبع هو خضوعه لتقييم من قبل الرئيس المباشر بشكل متتابع ومُكثَّف، وتقديم تقارير عن أدائه على ثلاثة تقارير خلال السنة، مع عرض هذه التقارير على الرئيس التالي والرئيس الأعلى لإبداء ملاحظاتهم، فإذا حصل الموظف خلال هذه الفترة على تقريرين بمستوى غير مقبول خلال سنة المتابعة يُعرض أمره على لجنة شؤون العاملين لتقدير اقتراح للمدير العام للمؤسسة العامة للتأمينات الاجتماعية إما بإنهاء خدماته، أو توصية بما تراه للجنة مناسبًا⁴.

المبحث الثالث

الرقابة القضائية على تقرير كفاية الموظف العام

المُشرع الكويتي لم يُنص صراحة في قانون إنشاء الدائرة الإدارية على اختصاص الدائرة الإدارية بالقرارات المتعلقة بتقييم كفاية الموظف العام، أي: ليست من القرارات الإدارية التي يجوز الطعن عليها، إلا أن القضاء الإداري الكويتي أدخل قرارات تقييم الكفاءة ضمن اختصاصاته بالنظر إلى تأثيرها في

¹ انظر: مادة (4) من قرار رقم (4) بشأن تقدير كفاءة الموظفين، مؤسسة العامة للتأمينات الاجتماعية، دولة الكويت.

² صلاح الإبراهيم، مدير قطاع الشؤون القانونية في المؤسسة العامة للتأمينات الاجتماعية، مقابلة شخصية، دولة الكويت، الأحد 2024/6/30.

³ محكمة التمييز الكويتية، حكم رقم (144)، لسنة 2016، إداري 3، جلسة 2020/12/28، حكم غير منشور.

⁴ صلاح الإبراهيم، مدير قطاع الشؤون القانونية في المؤسسة العامة للتأمينات الاجتماعية، مقابلة شخصية، دولة الكويت، الأحد 2024/6/30.

بعض القرارات التي يختص بها القضاء صراحة؛ كقرارات الترقية بالاختيار، وانتهاء الخدمة لعدم الكفاءة، أو بعض العقوبات التأديبية لعدم الكفاءة، كون تقييم الكفاءة يُشكّل أحد الأسباب التي تستند إليها القرارات الإدارية، وهذا ما جاءت به محكمة التمييز الكويتية: "لأن كانت تقارير الكفاية التي تُوضع عن الموظفين العموميين لم تَرِد نصًّا ضمن اختصاصات الدائرة الإدارية التي عدّتها المادة، إلا أنه كانت تقارير الكفاية بعد استيفائها مراحلها القانونية هي قرارات إدارية نهائية تؤثر في الترقية والفصل من الخدمة؛ فإنه بذلك تختص تلك الدائرة دون غيرها بالفصل فيها مع وجوب شرط مُسبق بالتظلم على القرار النهائي الصادر بتقرير الكفاية"¹. وهذا الاجتهاد من القضاء الكويتي يوفّر حماية للموظف العام عن طُرُق منحه الحق في الطعن القضائي في قرارات تقييم الكفاءة؛ كونها تؤثر مباشرة في حقوقه الوظيفية، وكون تقييم الكفاءة قرارًا إداريًا؛ لذلك تمتد الرقابة القضائية على تقرير الكفاءة من حيث مشروعية تقارير الكفاءة²، وهي من القرارات التي تؤثر حتميًا ومباشرة في ترقية الموظف وحصوله على المميزات؛ فموضوع تقرير الكفاءة يقترن اقترانًا وثيقًا بالوظيفة العامة وما تنطوي عليه من حقوق وواجبات؛ لذلك وجب إيجاد حماية تشريعية وقانونية للموظف العام؛ بإخضاع القرارات المتعلقة بالترقيات للرقابة القضائية؛ لذلك سوف نُسلط الضوء في هذا المبحث في مطلبه الأول على الرقابة القضائية على تقرير كفاءة الموظف العام، أما المطلب الثاني فيسكون حوّل حدود صلاحية القاضي الإداري؛ وذلك على النحو الآتي:

المطلب الأول

نطاق الرقابة القضائية على تقرير كفاءة الموظف العام

يُعدُّ تقييم الكفاءة قرارًا إداريًا يُخضع رقابة القضاء من عدة جوانب يتحقق منها القاضي الإداري، ومنها مشروعية أركان قرار تقييم الكفاءة، وأول هذه الأركان هو ركن الاختصاص، فيجب أن يصدر تقرير الكفاءة من الشخص المختص وفقًا للتشريعات واللوائح، وفي حال صدور التقييم من شخص غير مُختص؛ فإنه يكون باطلًا، فالمُشرّع الكويتي حدّد في نظام الخدمة المدنية الكويتي الاختصاص، وقصر ذلك الاختصاص على الرئيس المباشر والرئيس التالي له، ولجنة شؤون الموظفين، وإلا كان القرار باطلًا

¹ الطعن رقم (210) لسنة 1990 إداري، جلسة 1992/6/22، جلسة 2000/12/25، موسوعة صلاح الجاسم الإلكترونية للسوابق القضائية.

² أمل عبد الصمد الكوت، تقييمات الكفاءة تحت مظلة الرقابة القضائية في دولة الكويت، المنظمة العربية للتنمية الإدارية، جامعة الدول العربية، العدد 3، مجلد 42، أيلول/سبتمبر 2022.

لعيب عدم الاختصاص، ذكرت محكمة التمييز الكويتية ذلك في حكمها: "وتضيف إليها أن مدير منطقة الفروانية التعليمية ليس هو الرئيس الذي يلي الرئيس المباشر في المسؤولية، والذي استلزمت المادة (14) من نظام الخدمة المدنية عرض التقرير عليه لإبداء رأيه وملاحظاته على رأي الرئيس المباشر، وتم الاستدلال بذلك على تقرير الكفاية عن عام 1994، الذي لم يُعرض على مدير المنطقة التعليمية، وإنما اعتمدت اللجنة فيه رأي الرئيس المباشر والرئيس الذي يليه مدير الشؤون التعليمية وهو ليس مدير المنطقة التعليمية"¹؛ حيث إن الإبطال كان بسبب عدم الاختصاص؛ إذ إن نظام الخدمة المدنية واضح وصريح في تحديد من المختص في تقييم الموظف العام، كما يُراقب القاضي الإداري توافر رُكن الشكل والإجراءات المتمثل في مخالفة الجهة الإدارية للشكل والإجراءات التي فرضها القانون على القرارات الإدارية، وفيما يتعلق بإجراءات تقييم الكفاية يجب أن يكون سنوياً ووفقاً للعناصر المحددة بشكل سري أو علني، ومن قبل الجهة المختصة وفقاً لقانون ونظام الخدمة المدنية رقم (36) لسنة 2006، أما تحديد الشكل فقرار تقييم الكفاية يجب أن يصدر مكتوباً وفقاً للنماذج المرفقة بقرار مجلس الخدمة المدنية مع توقيع المسؤولين؛ حيث أصبح التوقيع حالياً إلكترونياً².

لا شك أيضاً أن من الشكليات الجوهرية تسبب تقرير الكفاءة، ويترتب على عدم مراعاته أن يشوب قرار تقييم الكفاءة بعبء عدم المشروعية لعبء الشكل، وهذا ما ذهبت إليه محكمة التمييز الكويتية؛ حيث قالت: "إذ أوجب القانون تسبب الرئيس المباشر لتقرير كفاءة الموظف الذي يصفه بالامتياز أو بالضعف، فقد استهدف بذلك تحقيق ضمانات جوهرية لصالح الموظف، ويُوفر للقضاء رقابة مشروعية تصرف الإدارة؛ لما لتلك التقارير من آثار قانونية فاعليتها بعيدة المدى، ومن ثمَّ وجب أن تكون أسباب التقرير على هذا الوجه واردة في صلبه، وكان من المقرر أن القرار الإداري يبطل لعبء في الشكل إذا نصَّ القانون على البطلان عند إغفال الإجراء، أو كان الإجراء جوهرياً في ذاته يترتب على إغفاله تقويت مصلحة على المشرع، وكان إغفال تسبب تقرير كفاية الموظف بأنه ضعيف تقويت لمصلحة جوهرية استهدفها المشرع أساسياً يترتب على إهماله بطلان تقرير الكفاية"³.

¹ حكم محكمة التمييز الكويتية، طعن رقم (612/1998، 615) تجاري 1، جلسة 1999/12/13، موسوعة صلاح عبد الوهاب الجاسم الإلكترونية للسوابق القضائية.

² المادة (1) قرار رقم (20) لسنة 2014، بشأن المعاملات الإلكترونية واللائحة التنفيذية، دولة الكويت.

³ حكم محكمة التمييز الكويتية، الطعن رقم (129) لسنة 1986 تجاري، جلسة 1987/2/4، موسوعة مبادئ القضاء

فيجب التفرقة بين السبب والتسبب، فتسبب القرار الإداري؛ كإجراء شكلي يتطلبه القانون، والسبب كوجوب قيام القرار على سبب يُبرره؛ كركن من أركان انعقاده، ومن ثَمَّ التسبب يُعدُّ من العناصر الخارجية للقرار تحت ظل ركن الشكل، أما سبب القرار الإداري فيُعدُّ من العناصر الداخلية للقرار الإداري¹.

ويراقبُ أيضًا القاضي الإداري توافر محلِّ قرار تقييم الكفاءة المتمثل بالأثر الذي يترتب على القرار الإداري؛ مما يؤدي إلى إحداث أثر قانوني مباشر في تعديل أو إلغاء أو إنشاء مركز قانوني، بشرط أن يكون ممكنًا وجائزًا وقانونيًا، فيتحقق عيب المحل في حال مخالفة القواعد القانونية الموضوعية، فإن مخالفة القوانين والقرارات التي تنظم قرار تقييم الكفاءة تُعدُّ مخالفة لركن المحل، فلا سلطة تقديرية لجهة فيما يخصُّ الأثر المترتب على رُكن المحل في قرار تقييم الكفاءة؛ فنُصوص القانون واضحة، والمُنْتَزِع من قرار تقييم الكفاءة له أن يستند إلى قوانين وقرارات الخدمة المدنية الواجب على الجهة الإدارية اتباعها، وهذا ما نصت عليه محكمة التمييز الكويتية: "يكون ذلك من المحل الذي لم يترك فيه المُشرِّع لها حرية التقدير من حيث المُنَح أو الحرمان، فيفرض عليها بطريقة أمرة التصرف الذي يجب عليها اتخاذه متى ما توافرت الضوابط الموضوعية"².

كما يتحقَّق القاضي الإداري من استهداف المسؤولين إصدار تقييم الكفاءة المصلحة العامة بعيدًا عن إساءة استعمال السلطة، كأن يكون الهدف من التقييم الانتقام الشخصي والمصالح الشخصية والمحاباة، وإلا كان مشوبًا بعيب إساءة استعمال سلطة، ويُعدُّ باطلًا لعيب في رُكن الغاية، وهذا ما ذهب إليه محكمة التمييز الكويتية: "من المُقرَّر أن تقييم الكفاءة هو من الأمور التي تترخص فيها جهة الإدارة بلا رقابة للقضاء عليها في ذلك، طالما لم يثبت أن تقييماً كان مشوبًا بالانحراف أو بإساءة استعمال السلطة"³.

الإداري، ص 429 - 430.

¹ أمل عبد الصمد الكوت، مرجع سابق، ص 174.

² ليلي آل عباس، تقييم كفاية الموظف العام ورقابة القضاء الإداري عليه في القانون الكويتي، رسالة ماجستير، كلية القانون الكويتية العالمية، 2024، ص 55.

³ محكمة التمييز الكويتية تاريخ 1993/5/24، الطعن (206/92) تجاري 2، مجلة القضاء والقانون، عدد 1، ص 37.

المطلب الثاني

حدود سلطة القاضي الإداري على تقرير الكفاية

يسعى القاضي الإداري عن طريق فرض رقابته على تقرير كفاية الموظف للتحقق من مطابقة تصرفات الإدارة للقانون في إعدادها لتقارير الكفاءة، فلا يملك القاضي الإداري سوى رفض الدعوى، وإلغاء القرار الإداري، ووقف تنفيذ القرار المطعون فيه قضائياً؛ لذلك فالأصل العام لا يملك القاضي الإداري أن يحل نفسه محلَّ الجهة الإدارية في تعديل تقارير الكفاءة أو توجيهه أمراً الإدارة بتعديل تقدير كفاءة الموظف، وهذا الأمر نتيجة منطقية من هدف المُشرِّع الكويتي في تحديد المختص على سبيل الحصر، وهم الرئيس المباشر، والرئيس الأعلى، وقسم شؤون الموظفين؛ لأنهم الأقدر والأجدر على تقييم عمل الموظف؛ لتعاملهم المباشر والمستمر مع الموظف نفسه، وهذا لا يملكه القاضي الإداري، فمحكمة القضاء الإداري ليس لها أن تُعَدِّل أو تُصَحِّح القرار الإداري، بل يُترك الأمر للجهات مُصدِّرة القرار، وهذا ما ذهبت إليه محكمة التمييز الكويتية: "إعداد تقرير الكفاءة للموظف هو من صميم اختصاص جهة الإدارة، وإنه إذا تصدَّى القضاء لهذا التقرير بإلغاء؛ فإن ذلك يُعيد لجهة الإدارة الاختصاص في إعداد التقرير بشأن كفاءة الموظف عن ذات السَّنة دون تدخُّل القضاء في تعديله، وتقدير كفاية الموظف في عنصر من عناصر التقدير هو من الأمور التي تترخَّص بها الجهة الإدارية بشرط أن يكون مستنداً إلى عناصر ثابتة، وما تُبدِّيه جهة الإدارة في هذا الشأن يكون خاضعاً لرقابة القضاء الإداري الذي يحق له بحث الوقائع وتقدير تلك العناصر التقدير الصحيح"¹، أيضاً ذهبت محكمة التمييز الكويتية في الاتجاه ذاته إلى أن: "إلغاء قرار التقييم مؤداه أن تسترد الجهة الإدارية سلطاتها الكاملة في إعادة تقييم الموظف تقييماً موضوعياً طبقاً لصحيح القانون، فإذا ما أُلغي قرار التقييم عادت السُّلطة لجهة الإدارة في إعادة التقييم؛ لأنه لا يجوز أن يحل القضاء محل الجهة الإدارية صاحبة الاختصاص الأصيل في التقييم"².

ودور القاضي الإداري وصلاحياته تنحصر في رفض الدعوى، وإلغاء القرار، ووقف تنفيذ القرار المطعون ضده قضائياً، فيستطيع القاضي الإداري حينما تُرفع الدعوى من المتضرر، وتقديم طلب إيقاف تنفيذ القرار أن يُحكم بوقف تنفيذ القرار المطعون ضده، ويُعَدُّ الأمر مؤقتاً حتى يُفصل في الدعوى، لحماية

¹ حكم محكمة التمييز الكويتية، رقم (622، 716، 2071) لسنة 2018، إداري 2، جلسة 2021/3/1، أنظمة صلاح عبد الوهاب الجاسم.

² حكم محكمة التمييز الكويتية، رقم (966) لسنة 2020، إداري 2، جلسة منعقدة 8 مارس 2022، غير منشور.

الموظف من الآثار الضارة له وحماية حقوقه يجوز طلب وقف تنفيذ قرار التقييم حتى يُفصل بالدعوى¹، أما الصلاحية الثانية الممنوحة للقاضي الإداري هي الحُكم برفض الدعوى بالإلغاء في حال عدم توافر أحد شروط قبول الدعوى كأن يُقدّر القاضي أن أوجه الطعن للقرار غير مُحَقَّقة أو غير كافية فيصدر القاضي حكمه برفض الدعوى²، فلا يملك القاضي أن يُوجّه الإدارة لتقييم مُعيّن للموظف، ولا يحل محلها، ويصدر قرارًا بالترقية بعد تعديله لتقرير الكفاءة، وهذا ما ذهب إليه محكمة التمييز الكويتية في حكمها: "الحكم بالإلغاء قرار التقييم ليس مؤداه مَنح المطعون ضده تقييم بدرجة معينة تصلح سندًا لترقيته، أو توجه الإدارة لذلك، وإنما تعود للجهة الإدارية سلطتها الكاملة في إعادة تقييمه تقييمًا موضوعيًا، ومنحه التقدير الذي يستحقه طبقًا لصحيح القانون"³.

المبحث الرابع

منظومة تقييم الأداء الفردي للموظف العام في سلطنة عُمان

حرص المشرع العُماني على تطوير آليات تقييم الأداء الفردي للموظف العام عن طريق إنشاء منظومات كاملة مطوّرة لتقييم الأداء الوظيفي، ووضع معايير للكشف عن مدى قدرة الموظف العام لأداء واجباته الوظيفية تقارير الكفاية الصادرة من منظومة إجابة.

المطلب الأول

التطور التشريعي لنظام تقييم الأداء الوظيفي في سلطنة عُمان

حرص المشرع العُماني على تنظيم عملية تقييم الأداء الوظيفي للموظف العام في الجهات الحكومية في الدولة عن طريق نظامين؛ نظام تقييم أداء الموظف في قانون الخدمة المدنية بالمرسوم السلطاني رقم (2004/120) ولائحته التنفيذية الصادرة بقرار رقم (2010/9) وتعديلاتها لسنة 2017، وكذلك نظام منظومة إجابة لتقييم الأداء الفردي المنظم بقرار وزاري رقم (36) لسنة 2023.

¹ عادل الطبطباي، الوسيط في قانون الخدمة المدنية، وحدة التأليف والترجمة والنشر بمجلس النشر العلمي، جامعة الكويت، الطبعة الثالثة، 1998، ص186.

² يسري العصار، مبدأ حظر توجيه أوامر من القاضي الإداري للإدارة وحظر حلوله محلها وتطوراته الحديثة، دراسة مقارنة، ص209.

³ حكم محكمة التمييز الكويتية، رقم (622، 716، 2071) لسنة 2018، إداري 2، جلسة منعقدة 1 مارس 2021.

الفرع الأول

نظام تقييم الكفاية في قانون الخدمة المدنية العماني رقم 2004/120

نظّم المُشرّع العُماني مسألة تقييم كفاية الموظف العام في قانون الخدمة المدنية رقم (120) لسنة 2004، في الفصل الخامس المُتعلّق بتقارير تقييم الأداء الوظيفي، ولائحته الداخلية لقانون الخدمة المدنية رقم (9) لسنة 2010؛ حيث تُعدّ تقارير تقييم الأداء الوظيفي سنوياً وفقاً لنظام قياس كفاية الأداء في وزارة الخدمة المدنية العُمانية بما يتفق مع طبيعة العمل بالجهات الحكومية¹، ويخضع لنظام تقييم الكفاية كل الموظفين العاملين في القطاع الحكومي مع استبعاد فئة معينة من عملية التقييم الوظيفي، وهي وظائف الدرجة الخاصة والخبراء والمستشارين، وهم الخاضعون للقانون الخاص بنظام الموظفين في ديوان البلاط السلطاني لتقييم الكفاية عن طريق إعداد تقارير تقييم سنوية لجميع الموظفين في الديوان ما عدا شاغلي الوظائف التي يُصدر بهم الوزير قراراً، ويُقيّم أدائهم عن طريق إصدار لائحة داخلية من الوزير المختص لتنظيم مسألة تقييم الأداء، ومن ثمّ يخضعون لنظام خاص لتقييم الأداء.

المُشرّع العُماني اتجه لتبني الأسلوب الخماسي في مراتب التقييم وفقاً لقانون (120) لسنة 2004، ولائحته الداخلية؛ بحيث يُقيم الموظف العام على خمس درجات: ممتاز، وجيد جداً، وجيد، ومتوسط، وضعيف، هذا توجه محمود من المُشرّع العماني لترك مساحة أكبر للرئيس الإداري في تقييم كفاية الموظف العام؛ إذ كلما زاد عدد مراتب التقييم؛ اقتربنا أكثر من التقييم الدقيق لكفاية الموظف وأدائه في العمل، وهو يُقرب الجهة الإدارية للعدالة في التقييم؛ حيث إن المُشرّع العُماني تبني هذا الأسلوب السائد في التشريعات الإدارية الحديثة، وحتى يكون هنالك جدوى من هذا التنوع في مراتب التقييم لا بُدّ من وجود فارق في الأثر لكل مرتبة بالتقييم، فيؤثر في تقييم الموظف بطريقة إيجابية². وحددت اللائحة الداخلية في المادة (22) درجات كل مرتبة من المراتب الخمس، وتبني المُشرّع العماني في المادة (21) معيار الأداء العادي للموظف العام في تقييم كفاية الموظف في الجهات الحكومية بحيث تُحدّد الكفاءة الحقيقية للموظف في أدائه لواجباته الوظيفية عن طريق تحديد عناصر موضوعية لازمة للمتطلبات الضرورية للعمل المنوط

¹ انظر: قانون الخدمة المدنية رقم (120) لسنة 2004، سلطنة عُمان، الجريدة الرسمية، العدد (1347)، تاريخ 2004/12/28.

² انظر: قانون الموظفين بديوان البلاط السلطاني رقم (80/47)، سلطنة عُمان، الجريدة الرسمية، العدد (1443)، تاريخ 2022/5/29، موقع قانون: <https://qanoon.om/p/1980/rd1980047>، (تاريخ الزيارة: 2024/7/4).

بالموظف والقدرات والصفات اللازمة لأداء ذلك العمل، وغالبًا هذا المعيار مُتَّصَلٌ بالقدرات الذاتية والإمكانات العملية وأهليته لتولي والاستمرار في الوظيفة العامة¹.

بالنظر إلى المادة (19) من اللائحة التنفيذية لقانون الخدمة المدنية نلاحظ أن كل جهة إدارية تعد سجل الأداء الوظيفي وعن طريق هذا السجل يُدَوَّنُ الرئيسُ المباشرُ الملاحظات التي تعكسُ العناصرَ الإيجابية والسلبية للموظف الذي يخضع للإشراف المباشر في حدود الأعمال التي تدخل في مهامه الوظيفية، وتدوين كذلك المخالفات المُرتكبة، وما تم اتخاذه من إجراءات في حقّه مع الاستعانة في ما يثبت هذا السجل؛ لما له من أثر في تقييم كفاءته السنوية النهائية، ووفقًا لقانون الخدمة المدنية يجب على الرئيس المباشر أن يُخَطِّرَ الموظف كتابةً أولاً بأول بما يُؤخذ عليه من إهمال وتقصير وأوجه ضعف؛ ليعمل على إزالة أسباب ذلك؛ حيث إن معيار الأداء العادي معيار فضفاض ومَرِنٌ يمكن تطبيقه حسب طبيعة العمل في كل وحدة إدارية وجهة حكومية².

حيث إن المادة (22) من قانون الخدمة المدنية العُماني التي حدّدت مراحل تقييم الكفاية ومُدّد تقييم الكفاية والجهة المختصة بإجراء تقييم الكفاية، تبين أن تقييم الكفاءة يكون سنوياً، ومن ثمَّ يُقيم الموظف مرتين في السنة الميلادية، فيكون وضع تقارير تقييم الأداء الوظيفي خلال النصف الأول من شهر تشرين الأول/أكتوبر، ويُعتمد خلال شهر كانون الأول/ديسمبر من كل عام، ومن ثمَّ تقوم وحدة شؤون الموظفين خلال الأسبوع الأخير من شهر كانون الأول/ديسمبر من كل عام بتوزيع نماذج تقييم الأداء الوظيفي على جميع أقسام الوحدة، وتؤدي دورها بوضع التقارير وإعادتها للوحدة آخر تشرين الثاني/نوفمبر، ثم تُوضع التقارير من الرئيس المباشر كالمدير العام أو مدير الدائرة ورئيس القسم وفقاً للتدرُّج الوظيفي، ثم اعتمادها من الرئيس الأعلى لهم في كل وحدة حكومية، ومن ثمَّ الجهة المختصة في تقييم الكفاية الرئيس المباشر للموظف العام والرئيس الأعلى ولجنة شؤون الموظفين؛ بحيث يضع الرئيس المباشر تقارير كفاية الموظف؛ لأنه الأقدر على تقييم أدائه الوظيفي لإشرافه مباشرة على عمله في الجهة

¹ اللائحة التنفيذية رقم (9) لسنة 2010، لقانون الخدمة المدنية، سلطنة عُمان، الجريدة الرسمية، العدد (922)، تاريخ 25 أكتوبر 2010، موقع قانون: <https://qanoon.om/p/2010/csc20100009>، (تاريخ الزيارة: 2024/8/5).

² انظر: المادة (19) لائحة التنفيذية رقم (9) لسنة 2010، لقانون الخدمة المدنية، سلطنة عُمان، الجريدة الرسمية، العدد (922)، تاريخ 25 أكتوبر 2010.

الحكومية، ويجب أن يتمتع الرئيس المباشر والرئيس الأعلى بالحياد والابتعاد عن الاعتبارات الشخصية والمحاباة في إعداد واعتماد تقييم الكفاية¹.

وهذا ما ذهب إليه أحكام المجلس الأعلى للقضاء في سلطنة عُمان: "ينبغي على كل من الرئيس المباشر والرئيس الأعلى في معرض إعدادهما التقرير، واعتماده الالتزام بالحيادة والنزاهة مع توجّي معيار الموظف العادي منهجاً وطريقاً في حال تقديره لدرجات وعناصر التقويم المستحقة للموظف"². ومن ثمّ يضع الرئيس المباشر للموظف تقارير تقييم الأداء الوظيفي عن الموظفين الخاضعين لإشرافه، ثم يعرضها على الرئيس الأعلى لاعتمادها، ثم ترد لوحدة شؤون الموظفين التي تقوم بدورها وفقاً للمادة (23) فور اعتماد التقييم، وكان التقييم بدرجة "ضعيف" أن تُخطر الموظف كتابةً، ومن ثم القانون العُماني ألزم الإدارة في علنية تقييم الكفاية للموظف الحاصل على تقرير كفاية بدرجة ضعيف؛ ليتعرف الموظف على نقاط ضعفه فيعمل على تلافيها، وكذلك لخطورة الآثار التي تترتب على هذا التقييم؛ حيث إن المشرع العُماني تبنّى علنية تقييم الكفاءة في حال تقرير ضعيف فقط، وفي الوقت نفسه لم يُنصّ صراحةً على حظر علنية باقي التقديرات للموظف العام³.

أما لو حصل الموظف على تقريرين نهائيين متتاليين بدرجة ضعيف ففي هذه الحال تُشكّل لجنة لشؤون الموظفين للنظر في حالة هذا الموظف، فإذا تبين لها أنه كُفء لشغل وظيفة أخرى في درجته ذاتها أصدرت توصية بنقله إليها، أما إذا تبين عدم كفاءته تُصدر اقتراحاً بإنهاء خدماته، ويرفع هذا التقرير في كل الأحوال لرئيس الجهة الحكومية لاتخاذ القرار، والهدف من إخطار الموظف العام بالتقرير الذي درجته ضعيف ممارسة حقه في التظلم.

نُظمت جميع القواعد الخاصة بتظلم الموظف على تقييم الكفاية في المادة (23) والمادة (24) من قانون الخدمة المدنية، فيكون التظلم من التقارير أمام لجنة التظلمات خلال ثلاثين يوماً من تاريخ العلم بالتقرير، ويجب على لجنة البتّ في التظلم خلال ثلاثين يوماً من تاريخ تقديمه عن طريق تقييد التظلمات

¹ الموقع الرسمي لوزارة العمل العُمانية www.moi.gov.om، (تاريخ الزيارة: 2024/7/2).

² حكم المحكمة الابتدائية، سلطنة عُمان، الدائرة الإدارية الثانية، إداري، رقم حكم (أ ب - 282 - 24)، 12 مارس 2024م.

³ محمد بن عيسى بن طرشوم، تقييم كفاية الأداء الوظيفي في التشريع العُماني، رسالة ماجستير، جامعة السلطان قابوس، كلية الحقوق، سلطنة عُمان، ص45.

التي تُقدّم بشأن تقارير تقييم الأداء الوظيفي في السجل الخاص بذلك، وحددت اللائحة التنفيذية البيانات اللازمة التي يجب أن تُثبت في هذا السجل اسم المتظلم ووظيفته، ودرجته المالية، وتاريخ التظلم، ويتلقى أمين سر لجنة التظلمات هذه التظلمات، ويعرضها على رئيس لجنة التظلمات خلال ثلاثة أيام من تاريخ تقديمها ليُحدد تاريخ الاجتماع للنظر الذي تكون مداولاتها سرّية، ولها مدة ثلاثين يومًا للبت، إما أن تعدل تقرير الكفاية أو ترفض تظلمه ويكون القرار في جميع الأحوال مسبباً¹.

ومن ثمّ المُشرّع العُماني لم يتطرق لعناصر تقييم محدّدة في قانون الخدمة المدنية ولائحته التنفيذية مُكتفياً بوضع معيار الموظف العادي وكل جهة حكومية تُحدّد هذه العناصر وفقاً لطبيعة العمل في الجهة الحكومية، وأخذ بعلانية التقارير نصف السنوية لبيان الإيجابيات والسلبيات للموظف العام عن طريق تقارير متابعة؛ وذلك تمهيداً لوضع التقييم السنوي النهائي للموظف في كل وحدة حكومية، وجميع الوحدات الحكومية تتبع نظام الخدمة المدنية ما عدا الجهات التي تملك نظاماً وقانوناً خاصاً يُنظّم مسألة تقييم الأداء الوظيفي².

الفرع الثاني

منظومة إجادة لتقييم الأداء الفردي للموظف العام

نظراً لأهمية نظام تقييم الكفاية للموظف العام وارتباطه بحقوقه الوظيفية وتحقيق أهداف الجهات الحكومية في تطوير الأعمال الإدارية والخدمات الإدارية وُضعت منظومة متكاملة لتقييم الأداء الوظيفي في سلطنة عُمان بقرار وزاري من وزير العمل رقم (36) لسنة 2023، لإصدار نظام قياس كفاية الأداء الوظيفي الذي يعتمد على منهجية موحّدة لتقييم الأداء الفردي للموظف العام في الجهات الحكومية، وهي منظومة إلكترونية مطوّرة تعتمد على معايير مُعينة، هدفها الحفاظ على حقوق الموظف العام والارتقاء بمستوى الوظيفة الحكومية عن طريق تطويرها وتحسينها، تسمى منظومة إجادة لتقييم الأداء الفردي الوظيفي.

دور منظومة إجادة الأساسي هو حوكمة الأداء الوظيفي عن طريق تنظيم عملية تقييم الأداء الفردي للموظف، وهذه المنظومة تُطبّق في كل الجهات الحكومية الإدارية في الدولة وغيرها من الأشخاص الاعتبارية العامة، وفقاً للقرار الوزاري رقم (36) لسنة 2023، كلّفت وزارة العمل في سلطنة عُمان

¹ محمد بن عيسى بن طرشوم، مرجع سابق، ص 48 - ص 55.

² الموقع الرسمي لوزارة العمل العُمانية www.moi.gov.om، (تاريخ الزيارة: 2024/7/2).

باستحداث هذه المنظومة والإشراف على تطبيقها، ووضع إستراتيجية وخُطّة تنفيذية وتشغيلية بالتعاون مع الجهات الحكومية في الدولة لتسهيل تطبيق هذه المنظومة عن طريق نظام آلي مُوحّد لكل الوحدات والجهات الحكومية التي تحتوي على استمارة الأداء، وهي نموذج إلكتروني مُعتمد تُوضَع فيه الأهداف والنتائج الرئيسية في دورة قياس الأداء، وهي الدورة المُعتمدة من الجهة الإدارية لقياس أداء تحقيق الأهداف والنتائج الرئيسية للموظف العام.

1- نطاق تطبيق منظومة إجادة من حيث الأشخاص

ووفقاً لنص المادة (2) من القرار الوزاري رقم (36) لسنة 2023، تُسري أحكام هذا النظام على جميع موظفي وحدات الجهاز الإداري في السلطنة وغيرها من الأشخاص الاعتبارية العامة؛ كالوزارات، والهيئات العامة، والمؤسسات العامة في السلطنة، ووفقاً لهذا النص فكلّ موظف في الوحدات الحكومية في الدولة يخضع لنظام تقييم الكفاءة في منظومة إجادة دون استثناء فئة منهم؛ كالموظف العام، والموظف في الوظائف الإشرافية، والمستشارين، وغيرهم من الموظفين في الجهاز الإداري في السلطنة، فقد حقّق المُشرّع العُماني الهدف من تقييم الكفاءة؛ وهو تحسين كفاءة الموظف، سواء كان موظفاً عاماً أو قيادياً أو وظيفة إشرافية.

2 - أسلوب التقييم في منظومة إجادة

استناداً إلى طبيعة العمل في كل وحدة إدارية تُحدّد دورية تقييم الأداء الفردي للموظف وفقاً لطبيعة العمل في كل وحدة حكومية في السلطنة، فإما أن يكون التقييم سنوياً فمن ثم يُقيّم الموظف مرتين في السنة كالتقييم الأولي نصف السنوي كل ستة شهور، ثم يُعدّ التقييم السنوي النهائي، وإما أن يكون ثلث سنوي، ويُقيّم أداء الموظف العام على ثلاث مرات كل أربعة شهور من قِبَل الرئيس الأعلى مع حساب نقاط كل تقييم لاحتساب التقييم النهائي للموظف العام¹. أو دورية التقييم رُبع السنوي، ويُقيّم الموظف في هذا التقييم أربع مرات في السنة، كل ثلاثة شهور يصدر تقييم الموظف عمّا حقّق من أهداف، ويُعتمد أسلوب التقييم ودورية التقييم من رئيس الجهة الحكومية ويُعتمد الأسلوب قبل بداية العام².

¹ الموقع الرسمي لمنظومة قياس الأداء الفردي للموظف العام (إجادة): www.ejada.gov.om، (تاريخ الزيارة: 2024/8/15).

² المادة (3) القرار الوزاري رقم (2023/36)، بشأن إصدار نظام قياس كفاءة الأداء الوظيفي (منظومة إجادة)، سلطنة عُمان.

3 - عناصر التقييم ومراتب التقييم

الأنظمة القانونية تضع عدة معايير لتقييم أداء الموظف العام؛ كجودة أداء المهام الوظيفية، ومستوى الإنجاز، وقدرته على التكيف مع بيئة العمل، وتوافر مهارات التواصل، والقدرة على التخطيط وإنجاز العمل، أما منظومة إجابة فحرص المشرع العُماني على تقييم الأداء الوظيفي وفقاً لمعايير موضوعية؛ حيث إن هذه المنظومة مرتبطة بمدى إنجاز الموظف العام لأهدافه في كل سنة، والمعتمدة من قبل المسؤول المباشر، ويتابع الرئيس المباشر الأهداف طوال السنة مع تقديم كل ما يُفيد الإنجاز، وعن طريق هذا النظام كل موظف يُحدّد أهدافه ومقترحاته والإنجازات المتعلقة باختصاصاته ومهامه الوظيفية، وتُعتمد من الرئيس الإداري، أي أن هذا التقييم مرتبط بالدرجة الأولى بمدى إنجاز الموظف لأهدافه، اتّبع المشرع العُماني الأسلوب الخماسي في مراتب التقييم في منظومة إجابة وفقاً للمادة (5) يكون "كون تقدير تقييم كفاية الأداء الوظيفي بمرتبة (ممتاز/ جيد /كفاء) أو (جيد جداً / فوق المتوسط) أو (جيد) أو (مقبول/ متوسط /مُرض) أو (ضعيف /غير مُرض)"¹.

4 - الجهة المختصة في إعداد واعتماد التقييم

وفقاً للقرار الوزاري رقم (36) لسنة 2023، فإن المختص في إعداد التقارير السنوية لتقييم الأداء الوظيفي هو المسؤول المباشر للموظف الذي يقع تحت إشرافه؛ حيث يتابع المسؤول المباشر أداء الموظف باستخدام استمارة الأداء، ويُقيّم جميع دورات قياس الأداء؛ حيث يُقيّم أداء الموظف وفقاً لاستمارة الأداء في نهاية كل مدة زمنية محددة في دورة قياس الأداء، وترجع الحكمة من ذلك إلى كون الرئيس المباشر أكثر تعاملًا مع الموظف، وهو الأقدر على تقييم أدائه الوظيفي لتعامله اليومي والمستمر مع الموظف الذي يكون تحت إشرافه، وبعد إعداد هذه التقارير وكتابة رأيه في أداء الموظف مع إرفاق كل ما يُثبت صحة التقييم تُحال تقارير قياس كفاية الأداء الوظيفي إلى الرئيس الأعلى في الجهة الإدارية لاعتماده وكتابة ملاحظاته، ثم يُحيله إلى وحدة شؤون الموظفين في جهة العمل التي بدورها تتأكد من سلامة التقييم لكل موظف ووجود كل الأوراق والمستندات والمرفقات الخاصة بالتقييم، ثم تُخطر الموظف بنتيجة التقييم. هذا ما جاءت به المحكمة الإدارية "الجهة المختصة في تقييم الأداء الفردي للموظف العام

¹ مادة (5، 6) القرار الوزاري رقم (2023/36)، بشأن إصدار نظام قياس كفاية الأداء الوظيفي (منظومة إجاده)، سلطنة عُمان.

هي جهة عمله في الوحدة الإدارية التي يتبع لها من رئيس مباشر، ورئيس أعلى، وقسم شؤون الموظفين¹.

5 - علانية وسريّة التقييم في منظومة إجابة

منظومة إجابة لقياس الأداء الوظيفي تبنت علانية تقييم الأداء الوظيفي؛ فوفقاً للقرار الوزاري رقم (2023/36) يُخطر الموظف بمرتبة الكفاية الحاصل عليها "ممتاز، جيد جداً، جيد، متوسط، ضعيف" بعد اعتمادها بالطريقة التي يُحددها الرئيس الأعلى، ومن ثمَّ يُخطر كلُّ الموظفين بتقييمهم السنوي من دون استثناء وفقاً لهذه المنظومة، وهذا التوجه يُحقق الهدف من تقييم الكفاية في معرفة كل موظف لسلبيات وإيجابيات أدائه الوظيفي عن طريق الإخطار، واستخدام المُشرّع النشر لكل موظف حاصل على مرتبة أداء ممتاز داخل الوحدة الإدارية كونه نوعاً من أنواع التقدير والتحفيز لجميع الموظفين في الوحدة الإدارية، وتطرّق المُشرّع العُماني لمسألة إمكانية تفويض الرئيس الأعلى والرئيس المباشر لاعتماد التقييم السنوي الوظيفي عن طريق تفويض أحد الموظفين في الوظائف الإشرافية الذي يُشرف مباشرة على أداء الموظف في الوحدة الإدارية².

6 - إجراءات الأداء الوظيفي في منظومة إجابة

عن طريق منظومة إجابة يُقيم أداء الموظف وفقاً لإنجازه الأهداف الفردية السنوية وفقاً لاختصاصه الوظيفي فتكون من خلال كلِّ وحدة حكومية معنية بوضع خطة سنوية، وتحديد أهداف سنوية لكل جهة حكومية في بداية كل عام، وتُعتمد هذه الخطة من رئيس الوحدة الأعلى وبعد اعتماد هذه الخطة للوحدات الحكومية لشرح هذه الأهداف³، والمرحلة الثانية تكمن في المتابعة من قِبَل الرئيس الأعلى وفقاً لنظام التقييم المُتبع عن طريق احتساب نسبة الإنجاز الفعلي لهذه الأهداف في نهاية كل دورة أداء⁴، المرحلة

¹ حكم المحكمة الابتدائية، سلطنة عُمان، الدائرة الإدارية الأولى، إداري، رقم حكم (أ ب - 4854 - 23)، 4 فبراير 2024م.

² مادة (10) القرار الوزاري رقم (2023/36)، بشأن إصدار نظام قياس كفاية الأداء الوظيفي (منظومة إجابة)، سلطنة عُمان. انظر: في دليل الموارد البشرية الإدارة تطبيق منظومة إجابة لقياس الأداء الفردي، النسخة الأولى، يناير 2023، ص32.

³ المادة (8) القرار الوزاري رقم (2023/36)، بشأن إصدار نظام قياس كفاية الأداء الوظيفي (منظومة إجابة)، سلطنة عُمان.

⁴ المادة (9) القرار الوزاري رقم (2023/36)، بشأن إصدار نظام قياس كفاية الأداء الوظيفي (منظومة إجابة)، سلطنة

الثالثة تكون عن طريق احتساب نتائج كل تقارير المتابعة السنوية عن طريق النظام الإلكتروني المُعد سلفاً كنموذج الأهداف الخاص بالموظف في كل وحدة من خلال لجنة يترأسها رئيس شؤون الموظفين في نهاية كل عام لإصدار التقارير السنوية النهائية للموظف¹، بالإضافة إلى إنشاء لجنة تُسمى لجنة الأداء المتدني، ويتمثل دورها في معرفة أسباب تدني أداء الموظف وإمكانية تقويم وتطوير سلوكه في حال حصوله على درجة ضعيف، ويحق للموظف التظلم وفقاً للأنظمة الوظيفية والمُدد القانونية لكل وحدة حكومية؛ حيث مَنَح المُشرع العُماني كل جهة إدارية حق تنظيم مسألة التظلم، وهذا ما نصّت عليه أحكام المحكمة الإدارية العمانية: "نظام قياس كفاءة الأداء الوظيفي رَسَم سبيلاً للتظلم؛ وذلك وفقاً للأنظمة الوظيفية في كل وحدة"².

الخاتمة

يُعد تقييم الأداء الوظيفي للموظف العام ركيزة أساسية لرفع كفاءة العمل الحكومي وتحقيق الأهداف المؤسسية بكفاءة وفعالية، حيث يلعب هذا النظام دوراً محورياً في تحسين الأداء الفردي والجماعي، وتعزيز مفاهيم الحوكمة، وربط الأداء الوظيفي بالأهداف الاستراتيجية للدولة، وخلصت هذه الدراسة إلى عدة نتائج وتوصيات:

أولاً: النتائج

1. تمييز المُشرع الكويتي بين الموظف العام والقيادي فإن التمييز من خلال معايير وعناصر التقييم له مبرراته، حيث إنه يعكس مرونة النظام في التعامل مع طبيعة الوظائف المختلفة وظروفها، مما يتيح تحقيق أهداف الجهات الوظيفية.
2. اتباع أسلوب التقارير السنوية في التقييم إذ اعتمد المُشرع الكويتي أربع مراتب للتقييم، إلا أن الأسلوب الخماسي يُعد أكثر دقة في وصف الأداء الفعلي للموظف، مما يمنح الرئيس الإداري سلطة تقييم أكثر دقة.

عُمان، موقع قانون: <https://qanoon.om/p/2023/mol20230036>، (تاريخ الزيارة: 2024/7/6).

¹ حكم المحكمة الابتدائية، سلطنة عُمان، الدائرة الإدارية الرابعة، إداري، رقم حكم (أ ب - 8 - 24)، 12 مارس 2024م.

² 2024/7/05، سلطنة عُمان www.ejada.gov.com، (تاريخ الزيارة: 2024/7/05).

انظر: في الدليل الإرشادي لتطبيق منظومة قياس الأداء الفردي في وحدات الجهاز الإداري للدولة المدنية، النسخة الأولى، ديسمبر 2021 ص 26 - 34.

3. علانية التقييم وغياب النصوص التي تُلزم الجهات الإدارية بإبلاغ الموظف بنتيجة التقييم يجعل من الصعب على الموظف ترتيب أوضاعه المهنية بناءً على نتائج التقييم ونوصي بإبلاغ الموظفين.
4. غياب النصوص الصريحة حول اختصاص القضاء الإداري فلم يُنصّ المُشرع الكويتي صراحةً على اختصاص القضاء الإداري بالنظر في قرارات تقييم الكفاءة، مما يضعف الضمانات القانونية للموظف العام.
5. القاضي الإداري يقتصر دوره على رفض الدعوى أو إلغاء القرار ولا يحل نفسه محل الجهة الإدارية في تعديل قرار تقييم الكفاءة.
6. المشرع العُماني في قانون الخدمة المدنية استخدم معيار الأداء العادي ليحقق المرونة حسب طبيعة العمل في كل جهة حكومية دون وضع معايير محددة سلفاً.
7. ساوى المُشرع العُماني بين جميع الموظفين في الخضوع لنظام إجادة لتقييم الأداء الوظيفي، ولم يميز بين الوظائف العامة والإشرافية والقيادية واتباع الأسلوب الخماسي بالتقييم وأخذ بعلانية التقييم.
8. وفقاً للقانون العُماني في منظومة إجادة فإن كل جهة إدارية تختار ما يناسبها من أسلوب التقييم ودوريته، سواء أكان نصف سنوي أم ربع سنوي أم ثلث سنوي، وهذا يحقق المرونة وفقاً لاختلاف طبيعة العمل في كل جهة حكومية.

ثانياً: التوصيات

1. نوصي المُشرع الكويتي بأن يحدو حدو المُشرع العُماني في تطوير آلية تقييم كفاية الموظف العام تعزيزاً للشفافية وتحقيقاً للنزاهة من خلال إقرار علانية تقييم الكفاية في الجهات الحكومية.
2. نوصي المُشرع الكويتي بالنص صراحةً على اختصاص القضاء الإداري الكويتي بقرارات تقييم كفاءة الموظف.
3. معيار الأداء العادي معيار واسع وفضفاض؛ لذلك نوصي المُشرع العُماني بوضع حدود واضحة لهذا المعيار.
4. نوصي المُشرع الكويتي باتباع ما أخذ به المُشرع العُماني من اتباع الأسلوب الخماسي للتقييم.

بيان تضارب المصالح

يقر جميع المؤلفين أنه ليس لديهم أي تضارب في المصالح.

قائمة المراجع :

أولاً: الكتب

1. أنور رسلان، تقارير الكفاية دراسة لتقييم الأداء الوظيفي في القانون المقارن وقوانين دول مجلس التعاون الخليجي، 2006م.
2. أمل عبد الصمد الكوت، تقييمات الكفاءة تحت مظلة الرقابة القضائية في دولة الكويت، المنظمة العربية للتنمية الإدارية، جامعة الدول العربية، العدد 3، مجلد 42، سبتمبر 2022م.
3. تركي سطاتر المطيري، تقييم كفاءة الموظف العام في قانون الخدمة المدنية الكويتي، مجلة الشريعة والقانون، العدد 27، ع53، مجموعة دار المنظومة، يناير 2013.
4. حسين سامي، تقدير كفاءة الموظفين العموميين بين السرية والعلانية في التشريع الكويتي والمصري، مجلة الفتوى والتشريع، العدد عشرون، نوفمبر، 2020م.
5. سعد نواف العنزي، النظام القانوني للموظف العام، دار المطبوعات الجامعية، الإسكندرية، 2007م.
6. عادل الطبطبائي، الوسيط في قانون الخدمة المدنية، وحدة التأليف والترجمة والنشر بمجلس النشر العلمي، جامعة الكويت، الطبعة الثالثة، 1998م.
7. محمد المقاطع وأحمد الفارسي، القانون الإداري الكويتي، الجزء الأول، التنظيم الإداري، الأموال العامة، الوظيفة العامة، دولة الكويت، كلية القانون الكويتية العالمية، 2016م.
8. يسري العصار، مبدأ حظر توجيه أوامر من القاضي الإداري، الإدارة وحظر حلوله محلها وتطوراته الحديثة، دراسة مقارنة.

ثانياً: الرسائل العلمية

1. علي سعود الظفيري، النظام القانوني لتقارير الكفاية في دولة الكويت، رسالة ماجستير، كلية الحقوق، جامعة العلوم التطبيقية في مملكة البحرين، 2008م.
2. ليلى آل عباس، تقييم كفاية الموظف العام ورقابة القضاء الإداري عليه في القانون الكويتي، رسالة ماجستير، كلية القانون الكويتية العالمية، 2024م.
3. محمد بن عيسى بن طرشوم، تقييم كفاية الأداء الوظيفي في التشريع العُماني، رسالة ماجستير، جامعة السلطان قابوس، كلية الحقوق، سلطنة عُمان.

ثالثاً: الأحكام القضائية

1. أحكام المحكمة الابتدائية، سلطنة عُمان، الدائرة الإدارية الأولى.
2. أحكام محكمة التمييز الكويتية، الدائرة الإدارية.

رابعاً: المقابلات الشخصية

1. صلاح الإبراهيم، مدير قطاع الشؤون القانونية في المؤسسة العامة للتأمينات الاجتماعية، مقابلة شخصية، دولة الكويت، الأحد 2024/6/30.

خامساً: المواقع الإلكترونية

1. الموقع الرسمي لوزارة العمل، سلطنة عُمان www.moi.gov.om
2. الموقع الرسمي لمنظومة إجادة، سلطنة عُمان www.ejada.gov.com
3. الموقع الرسمي لموسوعة صلاح الجاسم، دولة الكويت
4. الموقع الرسمي لقانون، سلطنة عمان <https://qanoon.om/p/2023/mol20230036>

**حجية الاعتراف وفق قانون الإجراءات الجزائية
اللسطيني رقم 3 لسنة 2001 في الإجراءات
المتخذة ضد المتهم**

***The Validity Recognition According to the Code of
Criminal Procedure Palestinian No. 3 of 2001
Regarding the Procedures Taken Against the Accused***

**أ. عبد الله مازن غزاوي
(فلسطين)**

حجية الاعتراف وفق قانون الإجراءات الجزائية الفلسطيني رقم 3 لسنة 2001 في الإجراءات المتخذة ضد المتهم

The Validity Recognition According to the Code of Criminal Procedure Palestinian No. 3 of 2001 Regarding the Procedures Taken Against the Accused

أ. عبد الله مازن غزاوي

نقابة المحامين النظاميين الفلسطينيين، (فلسطين)

Abdallah.ghazawe@gmail.com

DOI: <https://doi.org/10.70411/MJLS.3.2.2025209>

تاريخ القبول: 2025-03-25

تاريخ المراجعة: 2024-02-18

تاريخ الاستلام: 2025-02-12

الملخص:

تناولت في هذا البحث موضوع حجية اعتراف المتهم وفق قانون الإجراءات الجزائية الفلسطيني رقم (3) لسنة 2001، ووضحت مفهوم الاعتراف وهو إقرار المشتكى عليه بصحة الواقعة المنسوبة إليه، وكذلك شروط صحة الاعتراف التي يجب توافرها مجتمعة في الاعتراف حتى يأخذ به قاضي الموضوع كبينة إدانة إن كان صادر أمام النيابة العامة أو دليلاً للأثبات إن كان صادراً أمام مأمور الضبط القضائي. وهذه الشروط أن يكون الاعتراف طواعية دون إكراه أو وعد وعيد، أن يكون مطابقاً لظروف الواقعة، أن يكون صريحاً بارتكاب الجريمة. وفي حال ثبت لقاضي الموضوع عدم تحقق هذه الشروط مجتمعة يهدر هذا الاعتراف ولا يعتد به. ويجب توافر العلاقة السببية بين الإكراه بجميع أشكاله وحصول الاعتراف حتى يتم إهدار هذا الاعتراف. ومن النتائج التي توصل لها البحث، أن الإفادة المأخوذة من المتهم من قبل مأمور الضبط القضائي يجب أن تكون مأخوذة من مأمور الضبط القضائي المختص كل في دائرة اختصاصه المكاني والتي تنحصر في مكان القبض على المتهم، مكان وقوع الجريمة، محل إقامة المتهم، وما استقرت عليه أحكام محكمة النقض بطلان وعدم صحة اعتراف المتهم أمام النيابة العامة في حال ثبت من خلال البينة وجود مأمور الضبط القضائي أو أحد العساكر داخل الغرفة أو على باب الغرفة عند استجواب المتهم من قبل وكيل النيابة، كون أنه دليل على استمرار الإكراه الذي ثبت للمحكمة تعرض المتهم له قبل إحضاره إلى النيابة واستمراره بعدها. ومن التوصيات التي توصل لها الباحث ضرورة تعديل المادة (34) من قانون الإجراءات الجزائية بتوضيح ما هو الأثر القانوني الذي يترتب على عدم إرسال المتهم خلال 24 ساعة إلى وكيل النيابة العامة من قبل مأمور الضبط القضائي، و أن يحظر إجراء استجواب للمتهم في مواد الجنايات والجنح إلا بحضور محام.

الكلمات مفتاحية: الاعتراف، بطلان الاعتراف، تجزئة، العلاقة السببية.

Abstract:

This research discusses an important topic, the authority and regulations of confession under the Criminal Procedures Law No. 3 of 2001 in proceedings taken against the accused. It starts by clarifying the authority of confessions during the evidence-gathering phase by judicial police officers and whether such confessions are subject to doubt due to the possibility of physical or moral coercion. It examines how the legislator restricted the approval of such confessions and how the Public Prosecution presents its evidence in front of the court. The study points out the conditions under which a confession can be valid and explores cases where confessions are rejected for violating the guarantees provided by the law. It explains the impact of coercion on the validity of confessions, focusing on whether they are taken voluntarily or by improper means. Furthermore, the study talks about the conditions for a valid confession, the necessity for informing the accused of their rights before interrogation, and the procedural guarantees provided to the accused during investigations.

The research also examines the importance of meeting legal conditions for a confession, since failure to do so leads to its invalidation. It gives examples from Palestinian judicial rulings, including cases from the Palestinian Supreme Court. The research emphasizes that a confession in violation of legal conditions is invalid even if it stands alone as evidence. It also addresses the subject of partial confessions and how the court evaluates them independently without coercion. The court may rely solely on a confession if it fulfills all legal requirements. In conclusion, the research addresses the legal authority for fragmenting confessions and the cases where it is permissible or impermissible to do so.

Key Words: confession, guarantees, fragmentation, inferences, procedures

المقدمة

كان الاعتراف من قبل المتهم يُعد في الماضي سيد الأدلة ودليل الإثبات الأول في الدعوى الجزائية. وكانت الجريمة لا تثبت بحق المتهم إلا عن طريق الاعتراف، ولذلك كانت الاعترافات تنتزع بالقوة من المتهم. فالاعتراف دليل تحيطه العديد من الشبهات؛ ويرجع ذلك إلى ماضيه المثقل بالأوزار. ولكن في العصر الحالي لم يُعد للاعتراف هذه المكانة، كون أن القوانين الجنائية ومنها قانون الإجراءات الجزائية الفلسطيني رقم (3) لسنة 2001، قد أحاطته بالعديد من الشروط التي يجب أن تتوفر في الاعتراف. حتى يمكن اعتباره كبينة للإدانة أو دليل للإثبات، منها أن يكون صادراً عن إرادة حرة دون إكراه أو وعد وعيد، وكذلك أن يكون الاعتراف مطابقاً لظروف الواقعة، وكذلك أن يكون صريحاً بارتكاب الجريمة. وكذلك أخضع المشرع الفلسطيني هذا الاعتراف إلى السلطة التقديرية للقاضي إذا اطمئن له أخذ به وإذا لم يطمئن إليه أهدره كدليل إثبات أو بيينة كافية للإدانة.

وعلى هذا الأساس تعددت طرق الإثبات الجزائية وتنوعت، بالإضافة إلى الاعتراف فمنها الشهادة والخبرة والمعاينة والبيينة الخطية أو أية وسيلة أخرى تساعد في نسبة الفعل إلى المتهم. وحسباً فعل المشرع الفلسطيني عندما لم يحدد ويحصر طرق الإثبات وإنما ترك هذا الباب مفتوحاً أمام سلطة التحقيق وتقصي الحقيقة بأي وسيلة يرونها مناسبة ولكن بشرط أن تكون مشروعة.

أولاً: أهمية البحث

تكمن أهمية هذا البحث في نفي الادعاء الخاطئ بأن الاعتراف هو سيد الأدلة، وكذلك توضيح حجية تلقي الاعتراف من المتهم في مرحلة الاستدلال ومرحلة التحقيق الابتدائي والنهائي، وتوضيح أن ظاهرة اللجوء إلى وسائل غير قانونية لانتزاع الاعتراف من المتهم تبطل هذا الاعتراف، ولما يؤدي ذلك إلى ضياع حقوق المشتكي نتيجة هذه الوسائل غير القانونية من إكراه مادي ومعنوي.

ثانياً: إشكالية البحث

يُعد اعتراف المتهم كافياً لإحالاته إلى المحاكمة متى أدى ذلك إلى ترجيح الإدانة على البراءة. ولما كان القاضي الجنائي له حرية تقدير قيمة الاعتراف، إذ إن من سلطته التقديرية طرح ذلك الاعتراف أو الأخذ به وفقاً لقناعته التي تكونت لديه، فثمة تساؤل يثور حول ما هي حجية اعتراف المتهم في مرحلة ما قبل المحاكمة أمام مأمور الضبط القضائي؟ وما هي حجية الاعتراف أمام النيابة العامة؟ وهل يُعتبر الاعتراف أمام النيابة العامة لوحده بيينة تكفي للإدانة؟ ومدى سلطة القاضي في الأخذ بهذا الاعتراف؟ وما

هي قيمة هذا الاعتراف كبينة إن ثبت للقاضي أنه شابه إكراه مادي أو معنوي؟ وهل يشترط توافر العلاقة السببية بين الاعتراف والإكراه حتى يتم إهداره أم يكفي حدوث الإكراه؟

ثالثاً: منهج البحث

اعتمد الباحث في هذه الدراسة المنهج الوصفي التحليلي للمواد القانونية المنظمة للاعتراف في قانون الإجراءات الجزائية النافذ في فلسطين، كما استخدم المنهج التحليلي لأحكام محكمة النقض الفلسطينية بما يخدم أهداف هذه الدراسة.

رابعاً : خطة البحث

- تم تقسيم هذا البحث على النحو الآتي:
- المبحث الأول: مفهوم الاعتراف وشروطه.
- المطلب الأول: مفهوم الاعتراف.
- المطلب الثاني: شروط صحة الاعتراف.
- المطلب الثالث: الاعتراف المعفي من العقاب.
- المبحث الثاني: حجية الاعتراف الصادر من المتهم.
- المطلب الأول: حجية اعتراف المتهم أمام مأمور الضبط القضائي.
- المطلب الثاني: حجية اعتراف المتهم أمام النيابة العامة.
- المطلب الثالث: حجية اعتراف المتهم أمام المحكمة.
- الفرع الأول: حجية اعتراف المتهم أمام المحكمة.
- الفرع الثاني: صلاحية المحكمة في تجزئة الاعتراف.

المبحث الأول

مفهوم الاعتراف وشروطه

سوف يتناول الباحث في هذا المبحث مفهوم الاعتراف في المطلب الأول، وشروط صحته في المطلب الثاني، والاعتراف المعفي من العقاب أمام مأموري الضبط القضائي في المطلب الثالث.

المطلب الأول

مفهوم الاعتراف

الاعتراف لغة مشتق من الفعل اعترف، والاعتراف بالشيء يعني الإقرار به، يقال فلان اعترف بذنبه أي أقر به¹.

أما اصطلاحاً فإن الاعتراف إقرار المشتكى عليه بارتكابه وقائع الجريمة المسندة إليه جزئياً أو كلياً، بأن ينسب إلى نفسه القيام بارتكاب الفعل الإجرامي صراحة².

ويتعين علينا أن نفرق بين نوعين من الاعتراف هما: الاعتراف البسيط، والاعتراف الموصوف³.

1- الاعتراف البسيط: هو الاعتراف الذي يأتي على كل الواقعة الجرمية برمتها دون أن يكون مقروناً بظروف مثل الاعتراف بقيادة المركبة دون رخصة فهذا الاعتراف مقرون بالإدانة دون قيد، ففي هذه الحالة إما أن يكون الاعتراف حقيقي أو غير حقيقي، فإما أن يتم الأخذ به كامل أو أن يهدر كاملاً⁴.

2- الاعتراف الموصوف: هو الاعتراف بالواقعة الإجرامية المنسوبة للمتهم، وإذا اقترن بها وصف يتعلق بتقدير العقوبة من حيث التشديد، أو إذا اقترن بها ظرف من شأنه أن ينفي المسؤولية الجزائية، أو تمنع العقاب عنه أو تخففه. مثال على ذلك اعتراف المتهم بجريمة القتل ولكن أضاف أنه كان في حالة الدفاع الشرعي، ففي هذه الحالة هنالك رأي قال إن قاضي محكمة الموضوع غير ملزم بالأخذ بظاهر الاعتراف وإنما له صلاحية بتجزئته وأن يأخذ ما يطمئن

¹ مصطفى إبراهيم وآخرون، المعجم الوسيط، ج2، ط2، دار الدعوة، إسطنبول، 1989م، ص595.

² فاروق الكيلاني، محاضرات في قانون أصول المحاكمات الجزائية الأردني والمقارن، ط1، 1981، ص253.

³ لؤي داود دويكات، الاعتراف في قانون الإجراءات الجزائية الفلسطينية، رسالة ماجستير، (رسالة منشورة)، كلية الدراسات العليا، جامعة النجاح الوطنية، نابلس - فلسطين، 2007م.

ص65.

⁴ لؤي داود دويكات، مرجع سابق، ص66.

إليه وجدانه ويقتنع به. وهناك رأي ثانٍ أن على قاضي محكمة الموضوع عدم الأخذ بالاعتراف والانتقال إلى سماع البينات كون أن الوصف الذي أضافه المتهم في حال ثبوته يعفي المتهم من العقاب، والقاضي يعمل على إظهار الحقيقة¹.

المطلب الثاني

شروط صحة الاعتراف

حدد المشرع الفلسطيني في المادة (214) من قانون الإجراءات الجزائية الفلسطيني رقم (3) لسنة 2001، شروطاً لصحة الاعتراف، حتى يمكن الأخذ به لإدانة المتهم، والتي يجب أن تتوفر مجتمعة في الاعتراف حتى يمكن الاعتماد عليه في الإدانة. وسوف نتحدث عن هذه الشروط كالآتي:

أولاً: أن يصدر الاعتراف من المتهم اختيارياً دون ضغط أو إكراه مادي أو معنوي أو وعد وعيد.

القاعدة العامة هي أن اعتراف المتهم في الإفادة المأخوذة منه أمام مأمور الضبط القضائي، وفي محضر الاستجواب أمام النيابة العامة، أنه صدر طوعية دون إكراه مادي أو معنوي، ولكن في حال ثبت لقاضي محكمة الموضوع من خلال البيئة الدفاعية أن اعتراف المتهم أمام مأمور الضبط القضائي و/أو النيابة العامة شابه الشك في أنه صدر نتيجة خوف المتهم والإكراه المادي والمعنوي عندها يجب استبعاد هذا الاعتراف عند وزن البيئة. وهذا ما قضت به محكمة النقض الفلسطينية في قرار لها والذي أبطل اعتراف المتهم أمام النيابة العامة كون أن الظروف المادية التي أحاطت بالاعتراف أمام النيابة العامة، ثبت لقناعة المحكمة استمرار الإكراه المادي والمعنوي قبل وما بعد إنهاء التحقيق من قبل النيابة العامة، والذي سوف يسرد الباحث تفاصيل منه للفائدة العلمية والعملية، والذي جاء به أن النيابة العامة قد أحالت المتهم (م.ج) إلى محكمة بداية جنين بصفقتها الجنائية لمحاكمته عن تهمة الخيانة ودس الدسائس لدى العدو، خلافاً لأحكام المادة (112) من قانون العقوبات. وقد استخلصت النيابة العامة الواقعة الجرمية من خلال اعتراف المتهم الطاعن لديها بمحضر الاستجواب بتاريخ 2017/12/19، وكذلك إفادة المتهم الطاعن لدى مأمور الضبط القضائي بتاريخ 2017/12/18، وشهادة منظمها المحقق (أ.ح)، وعند سؤال المحكمة المتهم (م.ج) عن التهمة المسندة إليه أجاب بأنه غير مذنب، وبعد أن ختمت النيابة العامة لكامل بينتها، أفهمت المحكمة المتهم بمنطوق المادة (258) من قانون الإجراءات الجزائية، حيث قام المتهم بالإدلاء بإفادة دفاعية جديدة انكر فيها جميع أقواله لدى مأمور الضبط القضائي وأنكر اعترافه لدى

¹ لؤي داود دويكات، مرجع سابق، ص 66.

النيابة العامة، وأدلى بأن اعترافه لدى مأمور الضبط القضائي كان نتيجة الضرب والتعذيب، وأنه كان يشعر بالخوف الشديد وأن اعترافه لدى النيابة العامة كان نتيجة الخوف من العساكر والمستشار القانوني الذي كان متواجداً على باب غرفة النيابة العامة، وأنه كان محتجزاً لدى مأمور الضبط القضائي مدة أربعة شهور قبل عرضه على النيابة العامة. وقد قدم وكيل المتهم الطاعن بيانات موكله الدفاعية وهي شهادة والد ووالدة وعم المتهم، والذي ثبت من خلالها أن المتهم الطاعن كان محتجزاً مدة أربعة شهور لدى مأمور الضبط القضائي قبل عرضه على النيابة العامة. كما ثبت من خلال شهادة الشهود أن المتهم الطاعن كان يتعرض للضرب والتعذيب، وأنهم كانوا يشاهدون آثار التعذيب على جسم المتهم الطاعن عند زيارته في مكان احتجازه لدى مأمور الضبط القضائي، وأنه كان في حالة يرثى لها، وأن اعتقال ابنهم تم من المنزل وبقي مدة 4 شهور لدى مأمور الضبط القضائي قبل عرضه على النيابة العامة. وفي ذلك نجد أنه لما كان من المقرر أن القضاء الجزائي يقوم على حرية القاضي في تقدير الأدلة القائمة في الدعوى في سبيل التحقق من ثبوت الجريمة أو عدم ثبوتها وعلاقة المتهم بها، وله الحرية أن يستمد قناعته للوصول إلى الصورة الصحيحة لواقعة الدعوى من أي دليل يطمئن إليه ويسترشد به عقله ولا يأخذ بما لا يرتاح له ما دام ما اعتمد عليه أدلة يؤدي إلى النتيجة التي خلص بها الحكم، وتجد محكمة النقض أن إلقاء القبض على المتهم (م.ال) والاحتفاظ به لدى مأمور الضبط القضائي من تاريخ 2017/8/24، لا يشكل توقيفاً؛ لأن التوقيف إجراء تحقيقي تختص به النيابة العامة وحدها، وأن احتفاظ مأمور الضبط القضائي للمتهم مدة أربعة أشهر ولم يتم تدوين أية إفادة للمتهم خلال فترة احتجازه والتحقيق معه من قبل مأمور الضبط القضائي إلا بتاريخ 2017/12/18، قبل يوم واحد فقط من عرضه على النيابة العامة والتحقيق معه من قبل وكيل النيابة العامة المحقق بتاريخ 2017/12/19، والذي ثبت للمحكمة من خلال البينة المقدمة أنه خلال تلك المدة الطويلة كان يتم التحقيق مع المتهم بصورة دائمة ومستمرة تحت الضرب والتعذيب لانتزاع أقوال منه وهذا يشكل تعسفاً ومخالفة لأحكام المواد (117، 116، 115، 34، 29) من قانون الإجراءات الجزائية، فإبقاء المتهم هذه المدة الطويلة في الاعتقال يعني ممارسة كل أنواع الإكراه المادي والمعنوي بحقه لحمله على الاعتراف بوقائع تلقينية. وقد لاحظت المحكمة أن الظروف المادية والزمانية التي أحاطت باعتراف المتهم لدى مأمور الضبط القضائي امتدت إلى التحقيق معه من قبل النيابة العامة، وصيغة التلقين التي وردت بها تثير الشك بصحة وسلامة الإجراءات، وكذلك في صحة الاعتراف الذي لم يطابق ظروف الواقعة المسندة للمتهم، وذلك كون أن مأمور الضبط القضائي أصر على المتهم أن يدلي بما يملون عليه عند المثل أمام النيابة العامة.

وبالتالي كان على محكمة الاستئناف بوصفها محكمة موضوع استبعاد إفادة المتهم أمام مأمور الضبط القضائي، واستبعاد اعتراف المتهم أمام النيابة العامة طالما استمر هذا الإكراه إلى ما بعد التحقيق معه لدى النيابة العامة، وذلك أن الدليل إذا شابه شك فسد الاستدلال به ولا يمكن الاعتماد عليه لبناء حكم عليه¹.

ثانياً: أن يتفق الاعتراف مع ظروف الواقعة

اعتراف المتهم في محضر الاستجواب أمام وكيل النيابة العامة المحقق لا يعني ذلك انتهاء التحقيق، بل على وكيل النيابة المحقق التأكد من صحة وصدق الاعتراف ومطابقته للواقعة ومدى تناسقه مع باقي الأدلة في الدعوى. فمثلاً إذا اعترف المتهم أنه قد قتل المغدورة بسكين فعلى وكيل النيابة المحقق التأكد من ذلك من خلال الرجوع إلى تقرير الطبيب الشرعي الذي يحدد فيه الأداة المستخدمة في جريمة قتل المغدورة، فإذا تبين أن هنالك تناقض ما بين اعتراف المتهم وباقي الأدلة الأخرى من تقرير الطبيب الشرعي أو شهادة الشهود فعلى وكيل النيابة العامة المحقق البحث عن الحقيقة².

فإذا كان اعتراف المتهم غير مطابق للواقعة المنسوبة إليه يجب أن يتم استبعاد هذا الاعتراف وعدم الأخذ به، وهذا ما أيدته محكمة النقض الفلسطينية في حكم لها جاء فيه أن اعتراف المتهم الطاعن بجريمة الخيانة في محضر الاستجواب أمام النيابة غير مطابق لظروف الواقعة المنسوبة إليه وحيثيات الدعوى³.

وكذلك على وكيل النيابة العامة المحقق عدم الاكتفاء باعتراف المتهم، حيث إن هنالك جرائم تحتاج إلى الخبرة الفنية لإثباتها، مثل جرائم التزوير في المحررات الرسمية ومضاهاة الخطوط، والعلة من ذلك أن الدليل الفني هو الذي يحسم مسألة صدق وصحة الاعتراف من كذبه ومطابقته لظروف الواقعة⁴.

¹ انظر حكم رقم (89) لسنة 2021، الصادر عن محكمة النقض في رام الله بتاريخ 2021/6/30، والموجود على موقع:

<https://maqam.najah.edu/legislation/20/item/3352> / تاريخ الزيارة 2025/2/4.

² آية محمد الجزار، مرجع سابق، ص 24.

³ انظر حكم رقم (89) لسنة 2021، الصادر عن محكمة النقض في رام الله بتاريخ 2021/6/30، والموجود على موقع:

<https://maqam.najah.edu/legislation/20/item/3352> / تاريخ الزيارة 2025/2/4.

⁴ سامي صادق الملا، مرجع سابق، ص 311.

ثالثاً: أن يكون الاعتراف صريحاً قاطعاً بارتكاب الجريمة

الاعتراف في محضر الاستجواب أمام وكيل النيابة العامة المحقق حتى يأخذ به يجب أن يكون صريحاً واضحاً بارتكاب الواقعة المنسوبة للمتهم، لا غموض فيها ولا لبس حتى يتم الاستناد إليه كدليل إدانة، فلا يجوز الاستناد إلى الاعتراف الذي يحتمل التأويل ويكون غامضاً، كما أنه لا يجوز اعتبار التزام المتهم بالصمت أثناء الاستجواب اعتراف منه بالواقعة المنسوبة إليه فقد يكون سكوته نتيجة خوفه من أن يسيء الدفاع عن نفسه، وكذلك لا يجوز اعتبار وجود صك صلح ما بين المتهم مع المجني عليه أو ذوي المغدور على تعويض معين هو اعتراف من المتهم بالواقعة المنسوبة إليه. وبناءً على ذلك يجب أن يكون اعتراف المتهم صريحاً وقاطعاً بارتكابه الواقعة نفسها المنسوبة إليه لا على واقعة أخرى حتى لو كانت ذات صلة وثيقة بالفعل. فمثلاً لا يُعد اعترافاً إقرار المتهم بحيازة سلاح من نوع السلاح نفسه المرتكبة به الجريمة، وكذلك لا يُعد اعترافاً إقرار المتهم بأنه كان على علاقة غير شرعية مع المجني عليها، وأيضاً لا يُعد اعترافاً إقرار المتهم بأنه على خلاف مع المجني عليه المغدور، فكل هذه الأمور تُعتبر دلائل موضوعية لا تكفي للإدانة والتجريم، إلا إذا وجدت أدلة أخرى تعززها وتثبتها من شهادة شهود والبيئة الفنية وغيرها¹.

المطلب الثالث

الاعتراف المعفى من العقاب

هنالك جرائم محددة على سبيل الحصر، ولا اعتبارات تتعلق في المصلحة العامة قد أعفى المشرع مرتكبها من العقاب، وذلك لصعوبة إثبات هذه التهمة لما يحيط بها من تفاصيل². وهذا يعني أن اعتراف المقبوض عليه في هذه الجرائم أمام مأمور الضبط القضائي المختص يعفيه من العقاب في حال الإبلاغ أو الاعتراف أو الإخبار عن هذه الجرائم، ويقتضي التتويه إلى أن الإغفاء من العقاب لا يعني إباحة الفعل أو محو المسؤولية الجزائية³.

¹ -لؤي داود دويكات، مرجع سابق، ص52.

² -رمسيس بنهام، الجرائم المضرة بالمصلحة العامة، منشأة المعارف، الإسكندرية، 1986م، ص557.

³ -سامي صادق الملا، "حجية استعراق الكلاب الشرطة أمام القضاء"، المجلة الجنائية القومية، العدد الأول، 1974،

وهذه الجرائم كالآتي:

أولاً: جرائم الفساد

الكسب غير المشروع والمتاجرة بالنفوذ وإساءة استعمال السلطة وغيرها، فقد تحدثت المادة (3/25) من القرار بقانون بشأن مكافحة الفساد، إذا قام مرتكب جريمة الفساد أو الشريك فيها بإبلاغ مأموري الضبط القضائي المختص عن هذه الجريمة قبل كشفها وعن المال المتحصل منها يعفى من العقاب المقرر لهذه الجريمة¹.

ثانياً: جريمة الرشوة

الرشوة هي متاجرة بالوظيفة من أجل اكتساب منفعة للموظف نظير إنجاز عمل أو تأخير في إنجاز عمل كان يجب عليه القيام به، وقد تكون المنفعة للموظف أو لغيره للقيام بعمل من اختصاص وظيفته².

وقد عرّف المشرع في المواد (170) و(171) من قانون العقوبات الأردني رقم (16) لسنة 1960، النافذ والمطبق في فلسطين، الموظف المرتشي بأنه كل شخص ندب إلى خدمة عامة سواء بالتعيين أو بالانتخاب، والشخص الذي كلف مهمة رسمية وطلب أو قبل لنفسه أو لغيره هدية أو منفعة، عوقب بالحبس مدة لا تقل عن سنتين وبغرامة تعادل قيمة المبلغ الذي طلبه، وكذلك وضح المشرع في المادة (2/172) من القانون المذكور أنه يعفى الراشي أو المتدخل من العقوبة المقررة لجريمة الرشوة إذا قام بالاعتراف بالجريمة لدى مأمور الضبط القضائي قبل إحالة القضية إلى المحكمة وساعد في كشف تفاصيلها، أي أن يكون اعترافه بكل ما يعلم عن الجريمة³.

ويتضح من النصوص السابقة أن الإعفاء من العقوبة يشمل فقط الراشي والمتدخل، أما الموظف المرتشي لا يشمل الإعفاء من العقوبة. ولعل الهدف من تشدد المشرع على الموظف العام هو من أجل الحفاظ على المصلحة العامة وعدم زعزعة ثقة الجمهور بمؤسسات الدولة.

¹ انظر المادة 3/25 من قانون مكافحة الفساد وتعديلاته رقم (1) لسنة 2005.

² علي محمد جعفر، قانون العقوبات القسم الخاص، المؤسسة الجامعية للدراسات والنشر والتوزيع، بيروت، 2006م، ص19.

³ انظر المواد (170 و171 و172) من قانون العقوبات الأردني رقم 16 لسنة 1960.

ثالثاً: الجرائم التي تقع على أمن الدولة

نص المشرع في المادة (1/109) من قانون العقوبات الأردني رقم (16) لسنة 1960، على أنه يعفى كل شخص اشترك في مؤامرة على أمن الدولة وأخبر السلطات بهذه المؤامرة قبل تنفيذ أي فعل من هذه المؤامرة، يعفى الشخص من العقوبة¹، فإذا قام هذا الشخص المشترك بهذه المؤامرة على أمن الدولة الداخلي أو الخارجي بالاعتراف لدى مأمور الضبط القضائي قبل تنفيذ أي فعل من هذه الجريمة يُعتبر هذا الاعتراف مانعاً من العقاب.

رابعاً: جريمة تأليف جمعية أشرار

تحدث المشرع في المادة (157) من قانون العقوبات الأردني رقم (16) لسنة 1960، عن توضيح مفهوم جريمة تأليف جمعية أشرار في الفقرة الأولى من هذه المادة، بأنه في حال حصل اتفاق ما بين شخصين أو أكثر على ارتكاب الجنايات على الناس أو الأموال يعاقبون بالأشغال الشاقة المؤقتة، ولا تقل هذه المدة عن سبع سنوات في حال كان الهدف من تأليف هذه الجمعية هو الاعتداء على حياة الغير. وقد تحدث المشرع في الفقرة الثانية من هذه المادة عن الإعفاء من العقوبة في حال قام الشريك في جمعية الأشرار بالاعتراف إلى مأمور الضبط القضائي عن أهداف هذه الجمعية ومن هم أعضائها وباح بكل المعلومات التي يعلمها عن شركاء في هذه الجمعية²، ويفهم من نص المادة أن هذا الاعتراف لدى مأمور الضبط القضائي مانعاً من العقاب إذا تم قبل بحث السلطات المختصة عن المجرمين وإلقاء القبض على بعضهم.

خامساً: جريمة تقليد ختم الدولة أو العلامات الرسمية أو الطوابع أو البنكنوت

تحدث المشرع الأردني عن هذه الجرائم والعقوبات التي تقع على مرتكبها في المواد (236) - (257) من قانون العقوبات الأردني رقم (16) لسنة 1960، وتحدث المشرع في المادة (1/259) عن الإعفاء من العقوبة لكل من اشترك في هذه الجنايات وقام بالاعتراف إلى مأمور الضبط القضائي قبل إتمام أي فعل لهذه الجريمة³.

¹ انظر المادة (109) من قانون العقوبات الأردني رقم (16) لسنة 1960.

² انظر المادة (157) من قانون العقوبات الأردني رقم (16) لسنة 1960.

³ انظر المواد (237-259) من قانون العقوبات الأردني رقم (16) لسنة 1960.

المبحث الثاني

حجية الاعتراف الصادر من المتهم

يتناول الباحث في هذا المبحث حجية الاعتراف الصادر من المتهم في مرحلة جمع الاستدلالات أمام مأمور الضبط القضائي في المطلب الأول، وحجية اعتراف المتهم أمام النيابة العامة في المطلب الثاني، وحجية اعتراف المتهم أمام المحكمة في المطلب الثالث.

المطلب الأول

حجية الاعتراف أمام مأمور الضبط القضائي

مرحلة جمع الاستدلالات هي المرحلة التي تسبق نشوء الخصومة، وتهدف إلى جمع المعلومات عن الجريمة من أجل كشف الحقيقة والتوصل إلى المشتبه به بارتكاب الجريمة. وتُعتبر مرحلة جمع الاستدلالات هي الإجراء السابق على تحريك الدعوى الجزائية والذي يقوم به مأمورو الضابطة القضائية¹. ويقوم مأمورو الضابطة القضائية بمهام البحث والاستقصاء عن الجرائم ومركبها وجمع الاستدلالات التي تلزم للتحقيق في الدعوى تحت إشراف النيابة العامة، وهذا ما وضحت المادة (19) من قانون الإجراءات الجزائية الفلسطينية رقم (3) لسنة 2001².

وحيث إن المادة (21) من قانون الإجراءات الجزائية الفلسطينية رقم (3) لسنة 2001، قد وضحت الفئة الممنوحة صفة الضبط القضائي، وهم مدير عام الشرطة ونوابه ومساعديه ومدراء شرطة المحافظات ونوابهم ومساعديه، وكذلك ضباط الشرطة كل في اختصاصه ورؤساء المراكب الجوية والبحرية. وحيث إن الفقرة الرابعة من المادة المذكورة قد وضحت أن هنالك موظفون قد منحوا صلاحيات الضبط القضائي بموجب قوانين خاصة³.

وحيث إن الاعتراف الذي يصدر أمام مأموري الضبط القضائي في مرحلة جمع الاستدلالات هو اعتراف غير قضائي ويكون أحياناً خالي من أية ضمانات، ومن أجل ذلك يكون خاضعاً لتقدير القاضي،

¹ رَأَفَت عبد الفتاح حلاوة، الإثبات الجنائي قواعده وأدلتها، دار النهضة العربية، القاهرة، طبعة 2002، (د.ت) ص82.

² انظر المادة 19 من قانون الإجراءات الجزائية الفلسطينية رقم (3) لسنة 2001.

³ انظر المادة (21) من قانون الإجراءات الجزائية الفلسطينية رقم (3) لسنة 2001.

ومتى ثبت له أنه أخذ دون إكراه وأنه مطابق لظروف الواقعة وكان متناسقاً مع باقي الأدلة في دعوى الجزائية جاز له الأخذ به واعتباره دليلاً في الإدانة¹.

وحيث إن اعتراف المتهم بارتكاب جريمة ما أمام مأموري الضبط القضائي يُقبل كدليل إثبات من قبل النيابة العامة يقدم إلى المحكمة، ولكن اشترط المشرع الفلسطيني أن تقدم النيابة العامة بينة على الظروف التي أحاطت بأخذ الاعتراف من المتهم، واقتنعت المحكمة أن هذا الاعتراف أخذ طوعاً ودون إكراه. وهذا ما نصت عليه المادة (227) من قانون الإجراءات الجزائية الفلسطيني رقم (3) لسنة 2001، ويفهم من نص المادة المذكورة أعلاه في حال ثبت للمحكمة من خلال مناقشة بينة النيابة أو البينة الدفاعية للمتهم أن اعتراف المتهم أمام مأموري الضبط القضائي أخذ بالإكراه المادي أو المعنوي من قبل مأموري الضبط القضائي، وأن الظروف التي أحاطت بأخذ الاعتراف لم تقتنع بها المحكمة وأن المتهم لم يعترف بمحض إرادته عندها يتم إهدار هذا الاعتراف ولا قيمة قانونية له².

فقد جرى قضاء محكمة النقض الفلسطينية على أنه في حال أخذت إفادة المتهم من قبل مأموري الضبط القضائي، وقدمت النيابة العامة بينة على صحة الظروف التي أخذت بها وفق متطلبات المادة (227) من قانون الإجراءات الجزائية الفلسطيني تُعتبر دليل إثبات التهمة المنسوبة إليه، وفي الواقعة موضوع الطعن وهي جريمة ضبط المادة المخدرة وكون أنه قد تم أخذ الإفادة بعد الانتهاء من إجراءات التفتيش وضبط المادة المخدرة وقدمت النيابة العامة بينة على صحة هذه الإفادة، فإنها تُعتبر دليل إثبات على المتهم الطاعن³.

وكذلك أيدت محكمة النقض الفلسطينية استبعاد محكمة الدرجة الأولى الأخذ باعتراف المتهم لدى مأمور الضبط القضائي من عداد البينة التي تستند لها المحكمة عند وزن البينة، وذلك كونه جاء بشهادة منظم هذه الإفادة أمام محكمة الدرجة الأولى أنه كان يوجه الأسئلة إلى المتهم وكل ما دُون في الإفادة كان نتيجة أسئلة توجه من مأمور الضبط القضائي للمتهم، وحيث إن ما قام به مأمور الضبط القضائي

¹ المستشار عدلي خليل، اعتراف المتهم فقهاً وقضاً، دار الكتب القانونية، القاهرة، 2004م، (د.ت)، ص 208.

² انظر المادة (227) من قانون الإجراءات الجزائية الفلسطيني رقم (3) لسنة 2001.

³ حكم رقم (2024/215)، الصادر عن محكمة النقض الفلسطينية في رام الله بتاريخ 2025/1/6، موقع:

<https://maqam.najah.edu/legislation/20> تاريخ زيارة 2025/2/3.

يُعتبر خارج عن صلاحياته وتعدى على الاختصاص الحصري بالاستجواب الموكل إلى النيابة العامة في مرحلة التحقيق الابتدائي¹.

وهنا يقتضي علينا توضيح مفهوم الاستجواب حسب قانون الإجراءات الجزائية الفلسطيني رقم (3) لسنة 2001، كما هو موضح في المادتين (94) و (95) من القانون المذكور اللتان وضحتا بأن الاستجواب هو مواجهة المتهم بالاستفسارات والأسئلة والشبهات عن التهمة الموجهة إليه ومطالبته بالإجابة عن هذه الأسئلة ومناقشته بصورة تفصيلية بشأن الأفعال المنسوبة إليه، حيث إن هذا العمل هو اختصاص حصري للنيابة العامة كونها الجهة الوحيدة المخولة قانوناً للقيام به، ولا يجوز لمأمور الضبط القضائي القيام به، وفي حال ثبت للمحكمة من خلال البيئة المقدمة أن مأمور الضبط القضائي أخذ الإفادة من المتهم بطريقة الاستجواب وإذا كانت هذه الإفادة قد اعترف المتهم بها بالأفعال المنسوبة إليه على المحكمة استبعاد أقوال المتهم بهذه الإفادة عن وزن البيئة².

وكذلك تحدث المشرع الفلسطيني في المادة (2/273) من قانون الإجراءات الجزائية رقم (3) لسنة 2001، في حال ثبت أن أي قول يثبت للمحكمة أنه قد صدر من المتهم تحت الإكراه أو التهديد يُهدر هذا الاعتراف ولا يؤخذ به كدليل إثبات ضد المتهم، وكذلك المادة (29) من القانون المذكور نصت على ضرورة معاملة المتهم بما يحفظ كرامته ولا يجوز ممارسة أي إكراه معنوي أو مادي على المتهم لحمله على الاعتراف³.

وحتى يتم استبعاد الاعتراف أمام مأمور الضبط القضائي كدليل إثبات يجب إثبات علاقة السببية بين التأثير المادي أو المعنوي أو الوعد بالمنفعة أو خوف المتهم من ضرر سيقع عليه بسبب الاعتراف الذي صدر منه، بحيث إذا ثبت للمحكمة تحقق العلاقة السببية بين هذا التأثير الذي وقع على المتهم وحمله على الاعتراف يُهدر هذا الاعتراف ولا يعول عليه، ولكن في حال لم يثبت للمحكمة عدم وجود أية علاقة سببية بين التأثير الذي وقع على المتهم والاعتراف جاز لها أن تأخذ في هذا الاعتراف⁴، وذلك بعد التأكد من الشروط الأخرى لصحة الاعتراف التي نص عليها المشرع الفلسطيني في المادة (214)

(4) حكم رقم (2021/19)، الصادر عن محكمة النقض الفلسطينية في رام الله بتاريخ 2025/1/6، موقع:

<https://maqam.najah.edu/legislation/20> تاريخ زيارة 2025/2/3.

² انظر المادتين (94-95) من قانون الإجراءات الجزائية الفلسطيني رقم (3) لسنة 2001.

³ انظر المادة (2/273) والمادة (29) من قانون الإجراءات الجزائية الفلسطيني رقم (3) لسنة 2001.

⁴ لؤي داود دويكات، مرجع سابق، ص 29 و 30.

من قانون الإجراءات الجزائية رقم (3) لسنة 2001، والتي نصت على أن تتحرى المحكمة من أن يتفق الاعتراف مع ظروف الواقعة المسندة للمتهم، وكذلك أن يكون الاعتراف صريحاً قاطعاً بارتكاب الجريمة أيضاً، فمتى توافرت شروط صحة الاعتراف أمام مأمور الضبط القضائي مجتمعة، جاز للمحكمة أن تأخذ به كون الاعتراف من طرق الإثبات التي ترجع لتقدير المحكمة، وهذا ما نصت عليه المادة (215) من القانون المذكور¹.

وسوف نتحدث عن بعض الأساليب التي تهدر الاعتراف لدى مأموري الضبط القضائي، وهي كالآتي: الأخذ المطول للإفادة من المتهم لحمله على الاعتراف وما يصحبه من تهديد ووعيد وإكراه مادي ومعنوي والحجز لفترة طويلة في زنزانة قبل أخذ الإفادة وتقييد المتهم في الكرسي وما يشابهها من وسائل، وكذلك استخدام الكلاب البوليسية لتخويف وبث الرعب في نفسية المتهم لحمله على الاعتراف، وكذلك اتباع أسلوب التنويم المغناطيسي للمتهم من خلال إبقائه مستيقظاً لفترة طويلة ومن ثم أخذ الاعتراف منه وهو في وضع لا يدرك ما يتحدث به، ففي حال ثبت للمحكمة العلاقة السببية بين هذه الأساليب واعتراف المتهم يتم إهدار هذا الاعتراف ولا يؤخذ به كدليل اثبات².

وحيث إن إبقاء المتهم لفترة طويلة تقارب أربعة شهور من إلقاء القبض عليه والاحتفاظ به لدى مأمور الضبط القضائي، وممارسة كل أنواع الإكراه المادي والمعنوي والضرب بحق المتهم لانتزاع أقواله، وهذا ما ثبت من البيئة الدفاعية الذي قدمها وكيل المتهم لحمله على الاعتراف، وأن الاحتجاز طيلة هذه الفترة لا يُعتبر توقيفاً؛ لأن التوقيف إجراء تحقيقي تختص به النيابة العامة وحدها، وأن تدوين إفادة المتهم التي اعترف بها بالفعل المنسوب إليه قبل يوم واحد من عرضه على النيابة العامة والتحقيق معه، وحيث إن الاعتراف من وسائل الإثبات التي تأخذ به المحكمة متى اطمأنت إليه ولا تأخذ به إذا اقتنعت المحكمة بأن الاعتراف انتزع نتيجة إكراه مادي أو معنوي، حيث إن القضاء الجزائي يعطي القاضي الحرية في تقدير الأدلة في سبيل تحري وتمحيص ثبوت الجريمة أو عدم ثبوتها وعلاقة المتهم بها ونسبة الأفعال إليه، فيأخذ بما تطمئن إليه قناعته ويستثني ما لا يرتاح إليه ما دام أن ما استند إليه من أدلة من شأنه أن يؤدي إلى النتيجة التي توصل إليها³.

¹ انظر المادتين (215 و 214) من قانون الإجراءات الجزائية الفلسطيني رقم (3) لسنة 2001.

² لؤي داود دويكات، مرجع سابق، ص 34-37.

³ حكم رقم (2021/89)، الصادر عن محكمة النقض الفلسطينية في رام الله بتاريخ 30 حزيران/يونيو، 2021 موقع:

<https://maqam.najah.edu/legislation/2025/2/3> تاريخ زيارة 2025/2/3.

ومن الوسائل التي لا يجيز القانون استعمالها هي اتباع أسلوب الحيلة والخداع في أخذ الإفادة من قبل مأموري الضبط القضائي، ويقصد بالحيلة الأعمال الخارجية التي يأتي بها الشخص ليؤكد كذبه ويستمر بها غشه وهذه المظاهر الخارجية تعززه¹، ويمنع القانون استعمال وسائل الحيلة والخداع لانتزاع الاعتراف من المشتبه به حتى لو كان الوصول إلى الحقيقة غير ممكن دون استعمالها، وذلك أن الحيلة تعيب إرادة المشتبه به وتحمله على قول كلام خارج عن إرادته. وحيث إن الحيلة تُعتبر تدليساً، ومن الامثلة على الحيلة غير المشروعة أن يخبر مأمور الضبط القضائي المشتبه به أن شخصاً شاهده وهو يرتكب الجريمة أو أن شريكه اعترف عليه بارتكاب الجريمة، وحيث إن هذه الوسائل تفسد الإرادة ومتى ثبت للقاضي العلاقة السببية بين اعتراف المشتبه به في إفادته لدى مأمور الضبط القضائي وأسلوب الحيلة والخداع الذي تم اتباعه، يُهدر هذا الاعتراف ولا يُعول عليه كدليل للإثبات، وإذا اقتنع القاضي بعدم وجود العلاقة السببية بين الاعتراف في الإفادة والحيلة والخداع يجب عليه أن يبين فيه حكمه سبب انقطاع هذه العلاقة وإلا اعتبر حكمه ناقص البيان يعتريه التسبيب².

وتعقيباً على ما ذكر، فإن اعتراف المتهم في الإفادة المأخوذة من قبل مأمور الضبط القضائي يجب أن ينطبق على هذه الإفادة الشروط التي نص عليها قانون الإجراءات الجزائية النافذ في المادة (163) حتى يكون للمحضر المنظم من قبل مأمور الضبط القضائي قوته الثبوتية، أن يكون صحيحاً من حيث الشكل، وأن يكون نظمه أثناء عمله، وأن يكون نظمه كل في دائرة اختصاصه. ويُفهم من عبارة كل في دائرة اختصاصه أنه يتحدد اختصاص مأمور الضبط القضائي من ضباط وضباط صف باختصاصهم المكاني وهذا هو المقصود من عبارة كل في دائرة اختصاصه، إذ يتحدد اختصاص مأمور الضبط القضائي بالمعايير الثلاثة، مكان وقوع الجريمة، محل إقامة المتهم، مكان ضبط المتهم، إذ من الثابت أن الحكم المطعون فيه استند في إدانة الطاعنين إلى إفادة كل واحد منهم لدى مأمور الضبط القضائي في أريحا، علماً أن الواضح من وقائع الدعوى أن مكان وقوع الجريمة في محافظة جنين ومكان إقامة المتهمين في محافظة جنين ومكان إلقاء القبض عليهم في محافظة جنين، مما يجعل الإفادة المأخوذة من المتهمين من قبل مأمور الضبط القضائي في محافظة أريحا، فكيف تمت إحالة الطاعنين إلى الضابطة

¹ محمود محمد مصطفى، شرح قانون العقوبات: القسم الخاص، الطبعة 7، 1964م، ص173.

² عدلي خليل، اعتراف المتهم فقهاً وقضاءً، دار الكتب القانونية، القاهرة، 2004، ص72.

القضائية في أريحا!!! لقد أغفلت محكمة الاستئناف معالجة هذا الأمر مما يجعل حكمها المطعون فيه مشوباً بعيب القصور في التسبب والتعليل¹.

ويرى الباحث أن ما يُعتبر من أساليب الإكراه التي تقصد الإرادة هو الإبقاء على المقبوض عليه لدى مأمور الضبط القضائي أكثر من مدة الساعات الأربع والعشرين التي حددها القانون، وحيث إنه يجب على مأمور الضبط القضائي إرسال المقبوض عليه خلال أربع وعشرين ساعة إلى وكيل النيابة المختص وهذا ما نصت عليه المادة (34) من قانون الإجراءات الجزائية الفلسطيني²، ولم يُنصّ المشرع الفلسطيني على الأثر القانوني الذي يترتب على عدم الالتزام بإرسال المقبوض عليه خلال مدة 24 ساعة إلى وكيل النيابة. ويرى الباحث أن هذا قصوراً في القانون يجب تداركه، كما يرى الباحث أنه إذا اقتضت المحكمة من خلال البيئة أن السبب وراء اعتراف المقبوض عليه في إفادته لدى مأمور الضبط القضائي هو من أجل أن يتم تحويل ملفه إلى النيابة العامة ومن ثم للمحكمة للإفراج عنه بناءً على وعد وعيد من مأمور الضبط القضائي، وأن سبب اعترافه هو أن لا يبقى في الحجز غير القانوني لدى مأمور الضبط القضائي، وهذا ما حملته على الاعتراف يُهدر هذا الاعتراف ولا يؤخذ به كدليل إثبات إذا ثبتت العلاقة السببية بين أن سبب احتجاز حرية المقبوض عليه لفترة أطول من المدة المسموح بها لمأمور الضبط القضائي هو الدافع إلى الحصول على اعتراف من المقبوض عليه في إفادته لدى مأمور الضبط القضائي، ولولا هذا السبب لما اعترف المقبوض عليه كون أن احتجاز حرية المقبوض عليه أكثر من أربع وعشرين ساعة من قبل مأمور الضبط القضائي ما هو إلا اعتداء على الحقوق التي نص عليها العهد الدولي الخاص بالحقوق المدنية والسياسية في المادة (9)، والتي أكدت على حق الفرد في الحرية وأن لا يتم توقيفه تعسفاً وأن يتم إبلاغ كل مقبوض عليه بأسباب توقيفه، وأن يقدم المقبوض عليه بتهمة جزائية سريعاً إلى أحد القضاة أو النيابة العامة، وأن يكون من حقه أن يحاكم خلال مهلة معقولة، وأن يبدي دفعه ويقدم بيناته³.

¹ حكم رقم (2024/281) الصادر عن محكمة النقض في رام الله بتاريخ 2025/3/17.

² انظر المادة (34) من قانون الإجراءات الجزائية الفلسطيني رقم (3) لسنة 2001.

³ انظر ميثاق العهد الدولي الخاص بالحقوق المدنية والسياسية الصادر عن الأمم المتحدة حقوق الإنسان، رابط الموقع:

<https://www.ohchr.org/ar/instruments-mechanisms/instruments/international-covenant-civil-and-political-rights> تاريخ زيارة 2025\2\4.

المطلب الثاني

حجية الاعتراف الصادر من المتهم أمام النيابة العامة

هنالك توجه لبعض أساتذة القانون الجنائي باعتبار الاعتراف أمام النيابة العامة اعتراف غير قضائي أي يخضع لتقدير قاضي الموضوع مثله مثل باقي أدلة الإثبات من شهادة الشهود ومحاضر الاستدلالات والمعاينات، والسبب عندهم يعود إلى أن من حق الخصوم أن يفندوا ويناقشوا أدلة الإثبات دون أن يكونوا ملزمين بسلوك طريق الطعن بالتزوير، وسلطة تقديرية لقاضي محكمة الموضوع أن يأخذ بهذا الاعتراف إذا تبين له صدقه أو أن يهدره إذا تبين عدم صدقه وأذا لم يقتنع به القاضي¹.

هنالك توجه آخر يعتبر الاعتراف الصادر أمام النيابة العامة هو اعتراف قضائي، كون أن النيابة العامة هي إحدى شعب القضاء وهي خصم شريف في الدعوى الجزائية، وأن أعضاءها محايدون يتصفون بالنزاهة والاستقلالية ولا سلطان عليهم إلا القانون في عملهم مثلهم مثل القاضي. وهذا التوجه طلب من وكيل النيابة العامة المحقق في الواقعة المتهم بها أن يتحقق من صحة الاعتراف، وأن يحاول أن يستخرج من اعترافه أدلة أخرى تثبت صحة هذا الاعتراف، بحيث إذا عدل وأنكر المتهم اعترافه الصادر منه أمام النيابة العامة عند إحالة الدعوى إلى محكمة الموضوع كانت هذه الأدلة المتولدة عن اعترافه دليل على صحة اعترافه. وقد ساق هذا التوجه مثالاً على كيفية تعامل وكيل النيابة العامة المحقق في اعترافات المتهم في ارتكابه واقعة اعترافاً دقيقاً وتؤكد من صحة اعترافه، حيث إنه إذا اعترف المتهم بأنه قد قام بكسر باب منزل جارته ليلاً من أجل سرقة مصاغ ذهبي، وأثناء كسر الباب استيقظت جارته فقام بضربها على رأسها في عصا يد فأس أكثر من ضربة حتى فارقت الحياة، ومن ثم سرق المصاغ الذهبي، فهنا من اعترافه بالجريمة، وأنه قام برمي العصا في حقل الذرة، هنا يأمر وكيل النيابة العامة المحقق رئيس المباحث بإحضار العصا الملوخة بالدماء، وكذلك اعترافه بأنه قد باع المصاغ الذهبي لشخص ما، فيأمر وكيل النيابة العامة المحقق رئيس المباحث بإحضار المصاغ الذهبي ويرسل العصا والمصاغ الذهبي للمختبر الجنائي لإثبات أن الدم الذي على العصا والمصاغ الذهبي يعودان للمجني عليها. وفي حال جاءت نتيجة الفحص مطابقة لعينة دم المجني عليها، وكذلك اعتراف المتهم

¹ محمد عبد القريب الغريب، حرية القاضي الجنائي في الاقتناع اليقيني وأثره في تسبيب الاحكام الجنائية، 1997م،

بتفاصيل الجريمة أمام وكيل النيابة العامة المحقق الذي تأكد من صحة اعترافه بدقة يُعتبر الاعتراف اعترافاً قضائياً كاملاً متكاملاً¹.

وحيث إن المشرع الفلسطيني في قانون الإجراءات الجزائية رقم (3) لسنة 2001، قد أخذ برأي الثاني باعتبار أن الاعتراف تم أمام وكيل النيابة العامة المحقق في محضر الاستجواب اعترافاً قضائياً يمكن الاعتماد عليه وحده لإدانة المتهم كون أن المشرع رسم طريقاً واضحاً لوكيل النيابة العامة المحقق اتباعه باستجواب المتهم من ضمانات لحقوق المتهم من الاستعانة بمحامٍ ومن حقه الصمت، ومعاينة جسم المتهم من وكيل النيابة المحقق، وإفهام المتهم أن كل كلام سيقوله سيستعمل كدليل ضده في مرحلة المحاكمة².

ولكن لا يفوتنا أن ننوه إلى أن المشرع الفلسطيني في المادة (214) من قانون الإجراءات الجزائية الفلسطيني رقم (3) لسنة 2001، قد حدد شروطاً لصحة الاعتراف حتى يمكن الأخذ به لإدانة المتهم، والتي يجب أن تتوفر مجتمعة في الاعتراف حتى يمكن الاعتماد عليه في الإدانة، والتي تم توضيحها في المبحث الأول وهي أن يكون الاعتراف طواعية دون إكراه، وكذلك أن يكون مطابقاً لظروف الواقعة، وأن يكون صريحاً بارتكاب الفعل. وفي حال إثبات عدم توافر إحدى هذه الشروط في اعتراف المتهم أمام النيابة العامة يتم إهدار هذا الاعتراف وعدم الأخذ به كون أنه مستمداً من إجراء باطل.

المطلب الثالث

حجية الاعتراف أمام المحكمة

سيتناول الباحث في هذا المطلب حجية اعتراف المتهم أمام المحكمة في الفرع الأول، وصلاحيّة المحكمة في تجزئة الاعتراف في الفرع الثاني.

الفرع الأول

حجية الاعتراف أمام المحكمة

تناول المشرع الفلسطيني حجية الاعتراف في مرحلة المحاكمة في المادة (250) من قانون الإجراءات الجزائية رقم (3) لسنة 2001، وأكدت هذه المادة ضرورة مراعاة أحكام المادتين (214)، و(215) من هذا القانون، وتحدث المشرع في المادة (214) عن شروط صحة الاعتراف من أن يكون دون ضغط أو إكراه، وأن يكون اختياريًا بمحض إرادة المتهم، وأن يكون مطابقاً لظروف الواقعة وصريحاً

¹ آية محمد الجزار، مرجع سابق، ص 22 و 23.

² انظر المواد (96-101) من قانون الإجراءات الجزائية الفلسطيني رقم (3) لسنة 2001.

قاطعاً بارتكاب الجريمة. وأكد المشرع في المادة (215) على أن الاعتراف يخضع لتقدير المحكمة أيضاً، والعلة التي يريدها المشرع الفلسطيني من ضرورة مراعاة أحكام هذه المادتين (214 و 215) من قانون الإجراءات الجزائية هو أنه ليس بالضرورة أن يكون اعتراف المتهم أمام المحكمة صحيحاً، وإنما قد يكون نابغاً من خوف أو تهديد من قبل مأمور الضبط القضائي للمتهم بأن يُقر بالتهمة المسندة إليه أمام المحكمة، فالمشرع الفلسطيني أوجب على قاضي محكمة الموضوع التأكد من أن اعتراف المتهم أمام المحكمة ضمن الضوابط والشروط التي حددها في المادة (214) من قانون الإجراءات الجزائية¹.

وتأسيساً على ذلك وبعد أن يقوم وكيل النيابة بتلاوة التهمة على المتهم بلغة بسيطة يستوعبها فهمه وأدراكه، فإذا اعترف المتهم بارتكاب الفعل المنسوب إليه يسجل اعترافه بكلمات تكون أقرب إلى الألفاظ التي استعملها في اعترافه، وهذا ما نصت عليه المادة (2/250) من قانون الإجراءات الجزائية رقم (3) لسنة 2001².

ويرى الباحث أن المشرع الفلسطيني أوجب على قاضي محكمة الموضوع أن لا يأخذ بالاعتراف الذي يكون أمام المحكمة إذا لم يكن مطابقاً لظروف الواقعة المنسوبة للمتهم، والذي لم تتوافر به شروط صحة الاعتراف ويتم المضي في سماع أدلة الإثبات. أما إن رأى قاضي محكمة الموضوع من خلال أوراق الدعوى الجزائية أن اعتراف المتهم أمامها جاء مطابقاً لظروف الواقعة وتوافرت به شروط صحة الاعتراف، جاز للقاضي اعتباره بينة كافية لإدانة المتهم وعدم سماع أي شهود إثبات أو بينة أخرى طالما اطمأن إلى هذا الاعتراف.

الاعتراف أمام قاضي محكمة الموضوع إن كان كاملاً يتناول جميع حيثيات وقائع الاتهام، يتميز بأنه يعفي المحكمة من سماع باقي البينات إذا اقتنعت بصحة هذا الاعتراف، أما إذا كان هذا الاعتراف جزئياً يتناول بعض وقائع لائحة الاتهام فإنه يُعتبر هنا إن كان قد صدر دون ضغط أو خديعة ولا يبقى أمام قاضي محكمة الموضوع إلا البحث عن مطابقة هذا الاعتراف للواقعة المنسوبة للمتهم ومدى صدق

¹ انظر المواد (2014 و 2015) من قانون الإجراءات الجزائية الفلسطيني رقم (3) لسنة 2001.

² انظر المادة (250) من قانون الإجراءات الجزائية الفلسطيني رقم (3) لسنة 2001.

هذا الاعتراف¹، وحيث إن الاعتراف هو أحد البيانات التي تعالج الواقع وهي من صلاحيات واختصاص محكمة الموضوع².

الفرع الثاني

صلاحية المحكمة في تجزئة الاعتراف

وحيث إن المشرع الفلسطيني في المادة (215) من قانون الإجراءات الجزائية رقم (3) لسنة 2001، قد نص على خضوع الاعتراف إلى السلطة التقديرية للمحكمة كون أنه من طرق الإثبات التي تخضع لتقدير المحكمة³، وحيث إن القاعدة العامة هي حرية قاضي محكمة الموضوع في تكوين قناعته، فله أن يأخذ بالاعتراف كدليل كامل أو يهدر هذا الدليل إن لم يطمئن إليه، وله أن يأخذ بجزء منه ويهدر الجزء الآخر من هذا الاعتراف الذي لم يطمئن إليه وطرح أمامه في جلسة، فيأخذ من هذا الاعتراف ما يفيد تكوين عقيدته متى اطمأن إليه ويهدر ما لا يطمئن إليه من هذا الاعتراف⁴.

ويقصد بتجزئة الاعتراف أن تأخذ المحكمة من اعتراف المتهم بوقائع معينة تطمئن لها وأن تهدر وقائع أخرى من اعترافه لا تطمئن لها المحكمة، ويتعين علينا أن نفرق بين نوعين من الاعتراف هما الاعتراف البسيط والاعتراف الموصوف من حيث سلطة تقديرية للمحكمة في تجزئة⁵.

1- الاعتراف البسيط: هو الاعتراف الذي يأتي على كل الواقعة الجرمية برمتها دون أن يكون مقروناً بظروف مثل الاعتراف بقيادة المركبة دون رخصة فهذا الاعتراف مقرون بالإدانة دون قيد، ففي هذه الحالة إما أن يكون الاعتراف حقيقياً أو غير حقيقي، فإما أن يتم الأخذ به كاملاً أو أن يهدر كاملاً⁶.

¹ سامي صادق الملا، مرجع سابق، ص 260.

² انظر حكم رقم (2016/107) الصادر عن محكمة النقض في رام الله بتاريخ 2016/4/4، على موقع

<https://maqam.najah.edu/judgments/2148> تاريخ الزيارة 2025/2/4.

³ انظر المادة (215) من قانون الإجراءات الجزائية الفلسطيني رقم (3) لسنة 2001.

⁴ عبد الحميد الشواربي، ضمانات المتهم في مرحلة التحقيق الجنائي، منشأة المعارف، القاهرة، ص 798.

⁵ لؤي داود دويكات، مرجع سابق، ص 65.

⁶ لؤي داود دويكات، مرجع سابق، ص 66.

2- الاعتراف الموصوف: هو الاعتراف بالواقعة الإجرامية المنسوبة للمتهم، وإذا اقترن بها وصف يتعلق بتقدير العقوبة من حيث التشديد أو إذا اقترن بها ظرف من شأنه أن ينفي المسؤولية الجزائية، أو تمنع العقاب عنه أو تخففه، فإن قاضي قاضي محكمة الموضوع في هذه الحالة غير ملزم بالأخذ بظاهر الاعتراف وإنما له صلاحية تجزئته وأن يأخذ ما يطمئن إليه وجدانه ويقنع به. ولكن هنا يجب التوضيح: الحالة الأولى في حال كان الوصف يتعلق بتقدير العقوبة مثال ذلك جريمة القتل مع سبق الإصرار، إذا اعترف المتهم بواقعة القتل وحدها وأنكر ظرف سبق الإصرار، فهنا يستطيع قاضي محكمة الموضوع تجزئة الاعتراف بأن يأخذ في اعتراف المتهم بجريمة القتل ومن ثم يبحث في الوصف الذي أنكره من خلال سماع بينات الإثبات على الوصف. الحالة الثانية إذا كان الإقرار من المتهم ينفي مسؤولية الفاعل أو يمنع العقاب عليه ومثال على ذلك كأن يعترف المتهم بجريمة القتل وهو في حالة الدفاع الشرعي، هنا لا يجوز لقاضي محكمة الموضوع تجزئة الاعتراف؛ لأن هذا الإقرار لا يُعتبر اعترافاً صريحاً كون أن المتهم بإقراره نفى أحد أركان الجريمة. وهنا يجب إهدار هذا الاعتراف بأكمله والانتقال إلى سماع بينات الإثبات، وعلى قاضي محكمة الموضوع أن يتحرى حقيقة إقرار المتهم إن كان هنالك حالة دفاع شرعي أم لا لإظهار الحقيقة التي يهدف إلى تحقيقها قاضي محكمة الموضوع¹.

حيث إن الأصل العام هو أن السلطة التقديرية لقاضي محكمة الموضوع في تجزئة الاعتراف، ولكن هنالك حالات لا يجوز لقاضي محكمة الموضوع تجزئة الاعتراف خصوصاً في الجرائم التي يتوقف قيامها على توافر العنصر المدني، فيجب إثبات هذا العنصر وفقاً لقواعد الإثبات المدنية، وهذا ما نصت عليه المادة (1/210) من قانون الإجراءات الجزائية الفلسطيني رقم (3) لسنة 2001، على أن تقوم المحكمة بتطبيق قانون البينات في المواد المدنية والتجارية على دعوى الحق المدني التي تنتظر فيها المحكمة تبعاً للدعوى الجزائية، وهذا يعني أنه إذا كان الاعتراف غير قابل للتجزئة إذا كان موضوعه عقد من العقود المدنية تتوقف عليه الجريمة، وكان الاعتراف هو الطريق الوحيد لإثباتها وفقاً لأحكام قانون البينات للمواد المدنية والتجارية ومثال على ذلك اعتراف المتهم بجريمة إساءة الائتمان بأنه استلم المال من المشتكي على سبيل الأمانة إلا أنه قام بإعادة هذا المال إليه بناءً على طلبه فلا يجوز تجزئة هذا الاعتراف إذا كان هو الدليل الوحيد في الدعوى. فالشرط الوحيد لعدم جواز تجزئة الاعتراف هو أن يكون هذا الاعتراف هو الدليل الوحيد في الدعوى المثبتة لعقد مدني فقط، أما الاعتراف الذي لا ينصب على مسائل

¹ لؤي داود دويكات، مرجع سابق، ص 68.

مدنية فالسلطة التقديرية لقاضي محكمة الموضوع بتجزئة هذا الاعتراف حتى لو كان الدليل الوحيد في الدعوى¹.

الخاتمة

يُعد الاعتراف من أخطر أدلة الإثبات كون أنه يعني إقرار المتهم على نفسه بارتكاب الفعل المنسوب إليه. والخطورة تكمن في أنه ممكن اعتباره بينة كافية للإدانة وإنزال العقوبة بحق المتهم المنسوب إليه الفعل. وانطلاقاً من هذه الخطورة ولضرورة تبيان أهمية وضوابط الأخذ بالاعتراف، دفعني ذلك إلى اختيار موضوع بحثي "حجية وضوابط الاعتراف وفق قانون الإجراءات الجزائية الفلسطيني رقم (3) لسنة 2001، في الإجراءات المتخذة ضد المتهم" والذي يتكون من ثلاثة مباحث.

حيث تحدثت في المبحث الأول عن حجية الاعتراف في مرحلة جمع الاستدلالات التي يقوم بها مأمور الضبط القضائي، وكذلك تحدثت عن الاعتراف المانع من العقاب أمام مأمور الضبط القضائي. أما في المبحث الثاني فقد تحدثت الباحثة عن حجية الاعتراف في مرحلة التحقيق الابتدائي وذكر الشروط التي يجب توافرها في الاعتراف حتى يُعتد به وضوابطه، وفي المبحث الثاني تحدثت الباحثة عن حجية الاعتراف في مرحلة المحاكمة وسلطة المحكمة في تجزئة الاعتراف.

أولاً: النتائج

1. اعتراف المتهم في الإفادة المأخوذة منه أمام مأمور الضبط القضائي إذا ثبت عند مناقشة منظمها أمام المحكمة أنه كان يسأل المتهم أو يستفسر منه عن التهمة، ويستفسر منه عن شركاء وظروف الفعل المنسوب إليه، تبطل هذه الإفادة ويبطل اعتراف المتهم كون أنه قد تجاوز حدود اختصاصه، وأن الاستجواب حصري لوكيل النيابة العامة، وهذا البطلان هو استناد إلى القاعدة العامة التي تنص على إذا بطل الإجراء بطل الدليل المستمد منه.
2. اعتراف المتهم أمام النيابة العامة في محضر الاستجواب هو اعتراف قضائي كون أن النيابة العامة هي خصم شريف في دعوى الجزائية وطرف محايد ومستقل، وقد وضع قانون الإجراءات الجزائية الفلسطيني إجراءات وضمانات يجب على وكيل النيابة العامة المحقق اتباعها قبل البدء بالاستجواب وأثناء الاستجواب للمتهم وفي حال أغفل عنها ولم يرقم باتباعها يبطل هذا الاستجواب ويبطل الاعتراف المستمد منه.

¹ لؤي داود دويكات، مرجع سابق، ص 69-70.

3. بطلان اعتراف المتهم أمام النيابة العامة في حال كان أحد أفراد الضابطة القضائية متواجداً أثناء الاستجواب داخل الغرفة أو على الباب، كون أنه يُعتبر من قبيل الإكراه المعنوي.
4. إذا ثبت لقاضي محكمة الموضوع من خلال البيئة المقدمة في الدعوى الجزائية أن اعتراف المتهم أمام النيابة العامة في محضر الاستجواب حاطته ظروف وملابسات أن الاعتراف كان تحت وطأة إكراه مادي أو معنوي قبل البدء بالاستجواب من قبل عساكر أو مأمور الضبط القضائي واحتجاز أكثر من المدة القانونية المسموح بها قبل عرضه على النيابة العامة واستمر هذا الإكراه إلى ما بعد التحقيق من قبل النيابة العامة يجب على المحكمة إهدار هذا الاعتراف وعدم الاعتماد عليه كبينة إثبات كون أن الإجراء الباطل يفسد الدليل المستمد منه، وهذا ما أيده محكمة النقض الفلسطينية في حكم لها يحمل رقم (2021/89) .
5. هنالك شروط معينة يجب توافرها مجتمعة في الاعتراف حتى يعتمد كبينة أدانة، وهي أن يكون دون إكراه أو وعد وعيد وبرضاء المتهم، وأن يكون الاعتراف مطابق لظروف الواقعة المنسوبة للمتهم، وأن يكون الاعتراف صريحاً قاطعاً بارتكاب الجريمة.
6. يخضع الاعتراف لتقدير وسلطة القاضي الجزائي إن اطمأن إليه واقتنع بصحة شروطه أخذ به كبينة للإدانة، وإن شك بعدم صحته ولم يطمئن إليه وأنه لم تتوافر بهذا الاعتراف الشروط التي نص عليها القانون يُهدر هذا الاعتراف كبينة للإثبات ولكن يجب عليه في حكمه أن يشرح ويوضح سبب إهدار هذا الاعتراف من أجل أن لا يكون حكمه معيب بعيب عدم التسبيب.
7. الأصل العام يحق للقاضي الجزائي تجزئة الاعتراف كون أن قانون الإجراءات الجزائية في المادة (215) قد أعطى القاضي الجزائي سلطة في أن يخضع الاعتراف لتقدير القاضي.
8. دد المشرع حالة محددة على سبيل الاستثناء لا يجوز للقاضي تجزئة الاعتراف بها وهذا في الجرائم التي يتوقف قيامها على توافر العنصر المدني، فيجب إثبات هذا العنصر وفقاً لقواعد الإثبات المدنية، فلا يجوز تجزئة هذا الاعتراف إذا كان هو الدليل الوحيد في الدعوى، فالشرط الوحيد لعدم جواز تجزئة الاعتراف هو أن يكون هذا الاعتراف هو الدليل الوحيد في الدعوى المثبتة لعقد مدني فقط.

9. إفادة المتهم يجب أن تكون مأخوذة من قبل مأمور الضبط القضائي المختص أي كل في دائرة اختصاصه، ودائرة اختصاصه مكانياً تنحصر في مكان وقوع الجريمة، مكان إلقاء القبض على المتهم، ومحل إقامة المتهم.

ثانياً: التوصيات

1. يوصي الباحث بإضافة مادة جديدة لقانون الإجراءات الجزائية الفلسطيني رقم (3) لسنة 2001، وهي كالآتي "مع مراعاة أحكام المادة (214) من قانون الإجراءات اعتراف المتهم في الواقعة المنسوبة إليه أمام المحكمة المختصة وإنكاره لظرف التخفيف أو تشديد العقوبة، يأخذ القاضي بالاعتراف من قبل المتهم بالواقعة المنسوبة إليه وينتقل لسماع بينة الإثبات بخصوص ظرف التخفيف أو التشديد".

2. يوصي الباحث بإضافة مادة جديدة لقانون الإجراءات الجزائية الفلسطيني رقم (3) لسنة 2001، وهي كالآتي "مع مراعاة أحكام المادة (214) من قانون الإجراءات اعتراف المتهم في الواقعة المنسوبة إليه أمام المحكمة المختصة ولكن ادعى بأنه كان في حالة دفاع شرعي أو ظرف إكراه، يجب على المحكمة أن تهدر هذا الاعتراف كاملاً والانتقال لسماع البينات في الدعوى".

3. يوصي الباحث بإضافة مادة جديدة لقانون الإجراءات الجزائية تنص بشكل صريح على الآتي "يحظر إجراء أي تحقيق من قبل النيابة العامة مع المتهم في جرائم الجنايات والجناح إلا بحضور محامي وإن كان لا يستطيع توكيل محامي يتم انتداب محامي له على نفقة الدولة".

4. إضافة مادة جديدة لقانون الإجراءات الجزائية الفلسطيني رقم (3) لسنة 2001، تنص على الآتي "يحظر على مأمور الضبط القضائي احتجاز المقبوض عليه أكثر من 24 ساعة دون عرضه على وكيل النيابة، وفي حال خالف ذلك يجب إحالة مأمور الضبط القضائي إلى الجهة المختصة في مساءلته جزائياً".

5. إضافة مادة جديدة لقانون الإجراءات الجزائية الفلسطيني رقم (3) لسنة 2001، توضح الأثر القانوني الذي يترتب على عدم التزام مأمور الضبط القضائي بإرسال المتهم خلال 24 ساعة إلى وكيل النيابة العامة.

بيان تضارب المصالح

يقر جميع المؤلفين أنه ليس لديهم أي تضارب في المصالح.

قائمة المصادر والمراجع:

أولاً: المصادر

1- القوانين الداخلية

1. قانون الإجراءات الجزائية الفلسطيني رقم (3) لسنة 2001.
2. قانون مكافحة الفساد وتعديلاته رقم (1) لسنة 2005.
3. قانون العقوبات الأردني رقم (16) لسنة 1960.

2- الاتفاقيات الدولية

1. ميثاق العهد الدولي الخاص بالحقوق المدنية والسياسية الصادر عن الأمم المتحدة في حقوق الإنسان، والذي دخل حيز النفاذ سنة 1973.

ثانياً: المراجع

1- الكتب

1. رأفت عبد الفتاح حلاوة، الإثبات الجنائي قواعده وأدلته، دار النهضة العربية، القاهرة، طبعة 2002.
2. المستشار عدلي خليل، اعتراف المتهم فقهاً وقضاءً، دار الكتب القانونية، القاهرة، 2004م.
3. محمود مصطفى، شرح قانون العقوبات: القسم الخاص، ط6، 1964م.
4. عدلي خليل، اعتراف المتهم فقهاً وقضاءً، دار الكتب القانونية، القاهرة، 2004م.
5. رمسيس بنهام، الجرائم المضرة بالمصلحة العامة، منشأة المعارف، الإسكندرية، 1986م.
6. سامي صادق الملا، حجية استعراض الكلاب الشرطية أمام القضاء، المجلة الجنائية القومية، العدد الأول، 1974.
7. علي محمد جعفر، قانون العقوبات: القسم الخاص، المؤسسة الجامعية للدراسات والنشر والتوزيع، بيروت، 2006م.
8. محمود نجيب حسني، شرح قانون الإجراءات الجنائية، الطبعة الثالثة، دار النهضة العربية، القاهرة، سنة 1988.
9. رمسيس بنهام، الإجراءات الجنائية تأصيلاً وتحليلاً، منشأة المعارف، الإسكندرية، 1984م.
10. سامي صادق الملا، اعتراف المتهم، رسالة دكتوراه، جامعة عين شمس، القاهرة، سنة 1968.
11. محمود مصطفى، شرح قانون العقوبات: القسم الخاص، ط6، 1973.

12. عبد الحميد الشواربي، ضمانات المتهم في مرحلة التحقيق الجنائي، منشأة المعارف، القاهرة.
 13. رؤوف عبيد، المشكلات العملية الهامة في الإجراءات الجنائية، دار الفكر العربي، القاهرة، 1972م.
 14. محمد عبد القريب الغريب، حرية القاضي الجنائي في الاقتناع اليقيني وأثره في تسبيب الاحكام الجنائية، 1997م.
 15. فاروق الكيلاني، محاضرات في قانون أصول المحاكمات الجزائية الأردني والمقارن، ط1، 1981.
 16. مصطفى إبراهيم وآخرون، المعجم الوسيط، ج2، ط2، دار الدعوة، إسطنبول، 1989م.
- 2-الرسائل العلمية
1. لؤي داود محمد دويكات، الاعتراف في قانون الإجراءات الجزائية الفلسطيني، رسالة ماجستير (رسالة منشورة)، كلية الدراسات العليا، جامعة النجاح الوطنية، نابلس، 2007.
 2. آية محمد الجزار، ضوابط الاعتراف في الإجراءات الجنائية المتخذة ضد المتهم، كلية الحقوق، جامعة المنصورة.

المسؤولية الدولية الناشئة عن اعتراف الولايات
المتحدة بالقدس الموحدة عاصمة لإسرائيل ونقل
سفارتها إليها

*"International Responsibility Arising from the United
States' Recognition of Unified Jerusalem as Israel's
Capital and the Relocation of Its Embassy"*

أ.يسرا فيصل عقاب دراغمة

في جامعة القدس

(فلسطين)

المسؤولية الدولية الناشئة عن اعتراف الولايات المتحدة بالقدس الموحدة عاصمة لإسرائيل ونقل
سفارتها إليها

*"International Responsibility Arising from the United States' Recognition of Unified
Jerusalem as Israel's Capital and the Relocation of Its Embassy"*

أ. يسرا فيصل عقاب دراغمة

باحثة دكتوراه في جامعة القدس، (فلسطين)

yusradaraghmeh@hotmail.com

DOI: <https://doi.org/10.70411/MJLS.3.2.2025213>

تاريخ القبول: 2025-03-25

تاريخ المراجعة: 2025-03-04

تاريخ الاستلام: 2025-02-25

المخلص:

يتناول هذا البحث مسألة اعتراف الولايات المتحدة الأمريكية بالقدس الموحدة عاصمة لإسرائيل ونقل سفارتها إليها في ضوء أحكام المسؤولية الدولية. ويسلط الضوء على الوضع القانوني للقدس وفق القانون الدولي، بدءًا من قرارات الأمم المتحدة المتعلقة بالمدينة، مرورًا بتطورات الوضع القانوني بعد إعلان إسرائيل القدس الموحدة عاصمة لها، وصولًا إلى قرار الولايات المتحدة نقل سفارتها. يناقش البحث مدى انطباق قواعد المسؤولية الدولية على هذا القرار، بما في ذلك انتهاك الولايات المتحدة للقانون الدولي الإنساني، واتفاقيات جنيف ولاهاي، وقرارات الشرعية الدولية. كما يستعرض موقف كل من فلسطين، الولايات المتحدة، وإسرائيل من هذا القرار، مع التركيز على السبل القانونية المتاحة لمساءلة الولايات المتحدة وإسرائيل دوليًا، سواء عبر محكمة العدل الدولية أو المحكمة الجنائية الدولية. يخلص البحث إلى أن قرار نقل السفارة الأمريكية يشكل خرقًا صريحًا للقانون الدولي ويستوجب اتخاذ تدابير قانونية وسياسية لمواجهة. **الكلمات المفتاحية:** القدس، المسؤولية الدولية، القانون الدولي، الأمم المتحدة، السفارة الأمريكية، محكمة العدل الدولية، المحكمة الجنائية الدولية، الاحتلال الإسرائيلي.

Abstract:

This research examines the United States' recognition of unified Jerusalem as Israel's capital and the relocation of its embassy in light of international responsibility law. It highlights the legal status of Jerusalem under international law, from UN resolutions regarding the city to Israel's 1980 declaration of Jerusalem as its capital and the U.S. embassy transfer decision. The study evaluates the applicability of international responsibility principles to this action, particularly in relation to violations of international humanitarian law, the Geneva and Hague Conventions, and international legitimacy resolutions. It further analyzes the positions of Palestine, the U.S., and Israel on the matter, focusing on legal avenues for holding both the U.S. and Israel accountable, including proceedings at the International Court of Justice and the International Criminal Court. The research concludes that the U.S. embassy transfer constitutes a clear breach of international law, necessitating legal and political measures to counteract its effects.

Keywords: Jerusalem, international responsibility, international law, United Nations, U.S. embassy, International Court of Justice, International Criminal Court, Israeli occupation.

المقدمة

تمثل مدينة القدس، بأبعادها التاريخية والدينية والسياسية، أحد المكونات المركزية في النزاع العربي الإسرائيلي، لما لها من مكانة خاصة على الصعيدين الإقليمي والدولي. وقد سعت إسرائيل، منذ احتلالها للمدينة، إلى فرض سيادتها الكاملة عليها، من خلال سلسلة من الإجراءات أحادية الجانب، تهدف إلى تغيير الوضع القانوني والتاريخي القائم، أبرزها سنّ قانون "القدس الموحدة" عام 1980، والذي اعتبر المدينة عاصمة لإسرائيل، في مخالفة صريحة لأحكام القانون الدولي الإنساني، واتفاقية جنيف الرابعة، وميثاق الأمم المتحدة، واتفاقية لاهاي، وقرارات الشرعية الدولية، مثل القرارين 476 و478 لسنة 1980. ورغم وضوح الموقف الدولي الرافض لهذه الإجراءات، إلا أن إسرائيل واصلت انتهاكاتها، مستندة في ذلك إلى الدعم السياسي والدبلوماسي من الولايات المتحدة الأمريكية، التي اتخذت خطوة أكثر تصعيداً عام 2018، حينما اعترف رئيسها دونالد ترامب بالقدس عاصمة لإسرائيل، وأمر بنقل السفارة الأمريكية من تل أبيب إلى مدينة القدس، تنفيذاً لقرار سابق صادر عن الكونغرس الأمريكي عام 1990، وللقرار الصادر عام 1995 بشأن نقل السفارة.

مشكلة البحث :

تنبثق مشكلة هذا البحث من التناقض الصارخ بين قرار الولايات المتحدة الأمريكية نقل سفارتها إلى القدس والاعتراف بها كعاصمة لإسرائيل، وبين أحكام القانون الدولي وقرارات الشرعية الدولية التي تؤكد أن القدس الشرقية أرض محتلة، ولا يجوز إجراء أي تغيير أحادي في وضعها القانوني. وتتمثل المشكلة القانونية الجوهرية في دراسة مدى شرعية هذا القرار الأمريكي، والآثار القانونية والسياسية المترتبة عليه على الصعيد الدولي، خاصة فيما يتعلق بحقوق الفلسطينيين، والوضع القانوني المستقبلي للقدس.

الأسئلة البحثية :

1. ما هو الإطار القانوني الدولي الناظم لوضع مدينة القدس؟
2. ما مدى توافق أو تعارض قرار نقل السفارة الأمريكية إلى القدس مع قواعد القانون الدولي الإنساني، خاصة اتفاقية لاهاي، واتفاقية جنيف الرابعة، والبروتوكول الإضافي الأول؟
3. ما هي الآثار القانونية المترتبة على الاعتراف الأمريكي بالقدس عاصمة لإسرائيل؟
4. ما هي المسؤولية الدولية التي تترتب على الولايات المتحدة الأمريكية بوصفها دولة، وعلى المسؤولين الذين شاركوا في اتخاذ هذا القرار وتنفيذه؟

5. ما هي السبل القانونية والدبلوماسية المتاحة أمام الجانب الفلسطيني والمجتمع الدولي لمواجهة هذا

القرار والحفاظ على الوضع القانوني لمدينة القدس؟

أهمية البحث :

تتبع أهمية هذا البحث من خطورة القرار الأمريكي وتأثيره المباشر على الوضع القانوني الدولي لمدينة القدس، وعلى مستقبل الحقوق الفلسطينية في المدينة، وكذلك من ضرورة توثيق وبيان المخالفات القانونية التي انطوى عليها هذا القرار، وطرح السبل القانونية الممكنة لمواجهة ضمن الأطر الدولية.

أهداف البحث :

1. بيان الوضع القانوني الدولي لمدينة القدس.
2. تحليل مدى شرعية قرار نقل السفارة الأمريكية إلى القدس واعترافها بها عاصمة لإسرائيل.
3. تحديد المسؤولية القانونية الدولية المترتبة على الولايات المتحدة الأمريكية نتيجة هذا القرار.
4. اقتراح آليات وإجراءات قانونية يمكن للجانب الفلسطيني والمجتمع الدولي اتخاذها لحماية الوضع القانوني للقدس.

منهجية البحث :

يعتمد هذا البحث على المنهج الوصفي التحليلي، حيث يتم تحليل النصوص القانونية الدولية ذات الصلة، ودراسة السوابق والقرارات الدولية المتعلقة بمدينة القدس، مع تحليل الأثر القانوني والسياسي المترتب على القرار الأمريكي، وذلك بهدف الوصول إلى نتائج علمية دقيقة مدعّمة بالنصوص القانونية والقرارات الدولية.

خطة البحث :

بناءً على ما تقدم سوف ينقسم البحث إلى بحثين رئيسيين، يتناول كل منهما موضوعاً محدداً من خلال مطلبين فرعيين.

المبحث الأول: الوضع القانوني للقدس في القانون الدولي

المطلب الأول: الخلفية التاريخية والقرارات الدولية

المطلب الثاني: الوضع القانوني للقدس بعد إعلان إسرائيل ضمها

المبحث الثاني: نقل السفارة الأمريكية والمسؤولية الدولية

المطلب الأول: مواقف الدول من نقل السفارة

المطلب الثاني: المسؤولية الدولية بشأن نقل السفارة

المبحث الأول

القدس في القانون الدولي

بداية، كانت القدس مثلها مثل أي مدينة فلسطينية من الناحية القانونية، فلم يكن هنالك ما يميزها على الإطار القانوني عن أي مدينة أخرى، بحيث كانت تشكل جزءاً من الإمبراطورية العثمانية "الدولة العجوز"، عندما كانت تابعه لها، واستمر الوضع كذلك إلى حين استلام الانتداب البريطاني للأراضي الفلسطينية في العام 1920، بموجب صك الانتداب الذي أقرته عصبة الأمم المتحدة عام 1922، والذي انتهى في العام 1948، واعتبر هذا العام هو العام الأبرز في تاريخ القضية الفلسطينية والوضع القانوني للقدس، بحيث أصبح لها موقعاً قانونياً خاصاً على الصعيد الدولي، خاصة بعد صدور قرار تقسيم فلسطين إلى دولتين واحدة عربية وأخرى يهودية، الصادر عن الجمعية العامة للأمم المتحدة بتاريخ 1947/11/29، وهو القرار رقم (181)، على الرغم من عدم قانونية هذا القرار وفق بعض الآراء الفقهية القانونية، مستندين إلى عدم اختصاص الجمعية العامة بإصدار قرار التقسيم، وبالتالي ليس لها أن تمنح ما لا تملك، حيث إن قرار التقسيم لم يكن ملزماً قانونياً؛ لأنه صدر عن الجمعية العامة التي لا تملك سلطة إنشاء الدول أو تغيير الأوضاع الإقليمية، سيما أن هذا المنح يمس بحقوق سكان فلسطين الأصليين، وأن الجهاز المخول بالإشراف على الأقاليم الخاضعة للانتداب هي عصبة الأمم في ذلك الوقت وبانقضائها انقضت هذه المهمة المخولة لها، وأن اختصاص الجمعية العامة ينحصر في الحفاظ على السلم والأمن الدوليين خاصة عندما يعجز مجلس الأمن عن القيام بمهامه، ولكن هذا ليس موضوعنا في هذا الجزء من الدراسة، ولكن كان لا بُد من التنويه له، وتغير هذا المركز القانوني بعد عام 1967، أي بتغير القوى المسيطرة على هذه الأرض الفلسطينية، أي بعد احتلال إسرائيل للأراضي الفلسطينية، ومنذ احتلالها بدأت باتخاذ إجراءات عديدة في محاولة منها لمحو الطابع العربي الفلسطيني عن هذه المدينة وإضفاء الطابع اليهودي عليها دون الاكتراث للقوانين الدولية وقواعد الشرعية الدولية المانعة لمثل هذه التصرفات غير القانونية.

المطلب الأول

الخلفية التاريخية للقدس في القانون الدولي

بعد أن أعلن الرئيس الأمريكي دونالد ترامب قرار الاعتراف بالقدس عاصمة لإسرائيل وإصدار قراره بنقل السفارة الأمريكية إلى القدس تضاربت الآراء في المجتمع الدولي حول مدى شرعية هذا القرار على الصعيد الدولي، وما هي تبعاته القانونية لا سيما وأن القدس وفق القرارات الدولية والقوانين الدولية تعتبر

أرضًا محتلة وليس أرضًا متنازع عليها مثلما تدعي إسرائيل بشكل مستمر، وفي ضوء اعتبارها أرضًا محتلة لا يجوز الاعتراف بالقدس عاصمة لإسرائيل ونقل السفارة إليها، وبالتالي فإن نقل السيادة الكاملة لإسرائيل على تلك المدينة في ضوء اعتبارها تشكل مركزًا دينيًا تاريخيًا لثلاث ديانات، الإسلامية والمسيحية واليهودية وليس فقط اليهودية، ومن هنا برزت أهمية الحديث عن التدرج القانوني التاريخي لوضع القدس قانونيًا في ضوء أحكام القانون الدولي وقرارات الشرعية الدولية.

بداية، لا بُد من بيان ما هي القدس الشرقية والقدس الغربية والقدس الموحدة في الإطار التاريخي لتلك المدينة، فالقدس الغربية هي تلك المنطقة التي نشأت لاستيعاب الهجرات اليهودية المتتالية في ظل الانتداب البريطاني لفلسطين، وأما الشرقية فهي تلك المنطقة التي توجد داخل السور الذي يضم قبة الصخرة والمسجد الأقصى إضافة لتلك الأحياء التي أقامها المسلمون خارج السور المذكور وكانوا يقيمون فيها قبل الاحتلال الإسرائيلي للأراضي الفلسطينية، أما القدس الموحدة فهي التي تضم شقي المدينة الشرقية والغربية وهو ما تسعى وتطمح إسرائيل للسيطرة عليها بدعم من الولايات المتحدة الأمريكية على الامتداد التاريخي للانتهاكات الإسرائيلية المستمرة.

وفي ضوء تلك الانتهاكات التي كانت إسرائيل ترتكبها وغيرها من الحكومات التي تعاقبت على الأراضي الفلسطينية سابقة للاحتلال الإسرائيلي، صدر العديد من القرارات الدولية عن الأمم المتحدة وهيئاتها سواء مجلس الأمن أو الجمعية العامة أو محكمة العدل الدولية، تدعم وتعزز موقف فلسطين ضد ما تقوم به إسرائيل من انتهاكات لقواعد القانون الدولي، ومن أبرز ما تم إصداره بخصوص القدس تاريخيًا الآتي:

أولاً: قرارات الجمعية العامة

أ- القرار رقم (181)

صدر هذا القرار عن الجمعية العامة للأمم المتحدة في العام 1947، ونص على تقسيم فلسطين إلى دولتين عربية ويهودية مع الاحتفاظ بوضع خاص للقدس من خلال جعلها منفصلة عن إدارة تلك الدولتين ووضعها تحت إدارة الأمم المتحدة من خلال تكليف مجلس الوصاية نيابة عن الأمم المتحدة للقيام بأعمال الإدارة لذلك الإقليم، وذلك في الفقرة الثالثة من القرار¹، ويعتبر هذا القرار بمثابة شهادة ميلاد إسرائيل والذي يشكل مخالفة قانونية لمواد ميثاق الأمم المتحدة، والذي في حال إلغاء هذا القرار

¹ بلال بوعكيرة، مركز القدس في القانون الدولي على ضوء نقل السفارة الأمريكية، مجلة دراسات وأبحاث، جامعة الجلفة،

الصادر بشكل غير قانوني نكون قد انهينا وثيقة ميلاد إسرائيل وبالتالي نعيد لفلسطين جنسيتها وسيادتها على كامل تراب فلسطين من البحر إلى النهر، ونكون بذلك قد مارسنا حقنا القانوني الذي كفله لنا ميثاق الأمم المتحدة مع الإشارة إلى أن القرار المذكور يعتبر قرار ذو طبيعة سياسية أكثر من كونه قرار ذو طبيعة قانونية لكونه مخالف لقواعد القانون الدولي ولا سيما بنود ميثاق الأمم المتحدة.

ومن خلال تقديمنا طلب للجمعية العامة لإلغاء هذا القرار أو إلى محكمة العدل الدولية وأصدرت الجمعية أو المحكمة قرار ضد فلسطين تكون بذلك قد أصدرت قرار يناقض مبادئها وميثاقها الذي تقوم عليها وتعمل وفقه سيما وإن المادة 2 فقرة 4 من ميثاق الأمم تنص على عدم جواز الاستيلاء على الأراضي بالقوة¹

ب- قرار الجمعية العامة رقم (303)

هذا القرار صدر استناداً للقرار سالف الذكر والقاعدة القانونية المعروفة "ما بني على باطل فهو باطل" أيضاً، ولكن هذا القرار الذي صدر بتاريخ 9 ديسمبر 1949، أكد على أحكام قرار التقسيم (181) عام 1947، في ما يخص القدس، والذي بموجبه "ينشأ في مدينة القدس كيان منفصل تحت حكم دولي خاص، تقوم على إدارته الأمم المتحدة". كلٌّ من الأردن وإسرائيل يسارعان إلى التعبير عن معارضتهما وجود رقابة دولية على المدينة، وبالتالي يكون قد وضع القدس في ظل نظام دولي دائم، يجسد ضمانات ملائمة لحماية الأماكن المقدسة، داخل القدس وخارجها.

ثانياً: قرارات مجلس الأمن

تُعتبر قرارات مجلس الأمن أكثر قوة وإلزامية من القرارات الصادرة عن الجمعية العامة للأمم المتحدة نظراً لما لمجلس الأمن من صلاحيات وأدوات في تطبيق تلك القرارات التي كفلتها له بنود ميثاق الأمم المتحدة، ولكن حق النقض "الفيتو" يعيق إصدار العديد من القرارات خاصة التي تتعلق بالقضية الفلسطينية، الأمر الذي يستدعي تدخل الجمعية العامة للحد من تلك الأداة التي تستخدمها الدول الخمس دائمة العضوية في الأمم المتحدة، ومن أبرز القرارات الصادرة عن مجلس الأمن ولم تواجه بحق النقض "الفيتو" والمتعلقة بالقدس والقضية الفلسطينية هي على النحو الآتي :

¹ تنص المادة 2، الفقرة 4 من ميثاق الأمم المتحدة على أنه: "يتمتع جميع الأعضاء في علاقاتهم الدولية عن

التهديد باستعمال القوة أو استخدامها ضد السلامة الإقليمية أو الاستقلال السياسي لأية دولة، أو على أي وجه

آخر لا يتفق ومقاصد الأمم المتحدة" ميثاق الأمم المتحدة، اعتمد في 26 حزيران/يونيو 1945، ودخل حيز النفاذ

في 24 تشرين الأول/أكتوبر 1945

أ- قرار مجلس الأمن رقم (252)

كان هذا القرار صدر بتاريخ 21 مايو 1968، ومضمون هذا القرار دعا فيه مجلس الأمن إسرائيل لوقف كامل إجراءاتها الممنهجة لتغيير وضع القدس وتحويل عربيتها إلى يهودية حتى تضع المجتمع الدولي تحت الأمر الواقع، والتي أتت مخالفة فيه للقوانين الدولية بصورة صريحة ضاربة عرض الحائط بأي قاعدة قانونية تمنعها من ذلك، واعتبرت ما قامت به إسرائيل من إجراءات إدارية وقانونية باطلة؛ لأن القدس تعتبر كياناً ذي طابع دولي، وكان إصدار ذلك القرار بناءً على شكوى أردنية ضد ما تقوم به إسرائيل من إجراءات ممنهجة لتهويد القدس، ولم يكتف بذلك أي لم يقف الأمر على اعتبار تلك الإجراءات باطلة إنما دعاها إلى التوقف فوراً عن هذه الإجراءات وقيامها بإلغائها¹، لكن كما هو معروف فإن هذه القرارات غير مطبقة على أرض الواقع نظراً لعدم تمتعها بالصفة الردعية وهذا ما دعا إسرائيل إلى عدم احترامها وكأنها غير موجودة .

ب- قرار مجلس الأمن رقم (267)

صدر هذا القرار عن مجلس الأمن في العام 1969، وكان مضمون هذا القرار التأكيد على القرار سابق الذكر، والذي يؤكد فيه على إسرائيل إلغاء جميع الإجراءات التي تقوم بها والتي قامت بها والتي من شأنها أن تغير الطبيعة الدولية للقدس، علاوة على أنه طلب من رئيس مجلس الأمن أن يقدم تقريراً حول تنفيذ هذا القرار²، وفي ضوء هذا القرار الذي تم بموجبه تخويل الأمين العام لتقديم تقرير، قام الأمين العام بتقديم تقريره رقم 9537/أ، بتاريخ 1969/12/5م، وأورد في هذا التقرير رد إسرائيل على ما تقوم به والمتضمن إصرارها على عدم التراجع عن اعتبار القدس الموحدة بشقيها عاصمة لدولتها، وجميع

¹ مجلس الامن والقدس قرارات كثيرة بدون تطبيق، منشور على الموقع الالكتروني التالي:

<https://www.aljazeera.net/encyclopedia/events/2017/12/17/%D9%85%D8%AC%D9%84%D8%B3-%D8%A7%D9%84%D8%A3%D9%85%D9%86-%D9%88%D8%A7%D9%84%D9%82%D8%AF%D8%B3-%D9%82%D8%B1%D8%A7%D8%B1%D8%A7%D8%AA-%D9%83%D8%AB%D9%8A%D8%B1%D8%A9-%D8%A8%D8%AF%D9%88%D9%86>

الدخول 2021/1/18م

² قرار مجلس الامن الدولي رقم 267 بتاريخ 3 من يوليو 1969 منشور على الموقع الالكتروني التالي:

تاريخ http://www.palestinein arabic.com/Docs/inter_arab_res/UNSC/UNSC_Res_267_A.pdf،

الدخول 2021/1/19م

الإجراءات الأخرى الممنهجة والتي تسعى من خلالها إلى تهويد القدس¹، ولا بُد من الإشارة هنا إلى أن مجلس الأمن يميل إلى جانب إسرائيل وذلك واضح من طبيعة قراراته التي يغلب عليها طابع الأسف على ما تقوم به إسرائيل، ولم يغلب على قراراته طابع التهديد في حال عدم الالتزام باللجوء إلى خطوات أخرى كما هو واضح في البابين السادس والسابع من ميثاق الأمم المتحدة الذي يعطي صلاحيات لمجلس الأمن باتخاذ إجراءات معينة للحفاظ على السلم والأمن الدوليين، والتي قد تكون سلمية مثل الحصار الاقتصادي، وقد تكون مسلحة عسكرية في حال لم تؤد السبل الأولى لتحقيق النتائج المرجوة.

ولكن وفي هذا السياق وبتاريخ 5 حزيران/يونيو 1967، قامت إسرائيل باحتلال الشطر الشرقي من القدس، وبالتالي أصبحت المدينة ذات الطابع الديني والأهمية الدينية للمسلمين، تحت السيطرة الإسرائيلية الكاملة، واعتبروا ما قاموا به يشكل إنجازاً على صعيد الدولة اليهودية، أي بتوحيد المدينة الأكثر قدسية وإضفاء الطابع اليهودي عليها، انتهى الوضع القانوني للقدس فيما يتعلق بوجوب الوصاية الدولية عليها، وهذه النصوص الدولية كلها، وتعطلت نتيجة ما يسمى سياسة الأمر الواقع التي قامت وتقوم بها إسرائيل بصفة مستمرة، وبدأت منذ ذلك الحين الادعاءات الإسرائيلية باعتبار القدس الموحدة عاصمة لإسرائيل، ونظراً لكون هذه الإجراءات التي قامت بها إسرائيل تشكل انتهاكاً ومخالفة للأحكام الملزمة لاتفاقية جنيف الرابعة لسنة 1949، والمتعلقة بحماية المدنيين الواقعين تحت الاحتلال، هذا ما استدعى مجلس الأمن للتدخل بإصدار القرار رقم (237) الصادر بتاريخ 1967/6/11، والذي اعتبر إسرائيل فيها دولة محتلة للأراضي التي ضمتها بما فيها القدس الشرقية، وبالتالي انطباق اتفاقية جنيف الرابعة عليها².

ولا نغفل الحديث عن القرار رقم 242 الصادر كذلك عن مجلس الأمن بتاريخ والذي أكد على عدم جواز الاستيلاء على الأرض عن طريق الحرب، وطالب القوات الإسرائيلية بالانسحاب من الأراضي المحتلة نتيجة النزاع الحالي فقط، وبالتالي يكون قد اعترف لإسرائيل بالقدس الغربية التي استولت عليها، واعترف بكون القدس الشرقية أراض محتلة وإسرائيل بذلك تكون دولة محتلة تخضع لبنود اتفاقية جنيف الرابعة لعام 1949³.

¹ عصام مسلط، الواقع يفرض الواقعية (القدس في قرارات الشرعية الدولية)، مؤتمر يوم القدس الثامن، جامعة النجاح، 2006، ص36

² شفيق المصري، القدس في القانون الدولي، مجلة الدراسات الفلسطينية، ع114، 2018، ص9

³ سالي ف مالميسون، القانون الذي ينطبق على نقل السفارة تالامريكي للقدس، مجلة الدبلوماسية، ع5، 1985، ص50

المطلب الثاني

الوضع القانوني للقدس بعد إعلان إسرائيل القدس الموحدة عاصمة لها وموقف أمريكا من ذلك

إن الوضع القانوني للقدس ما قبل العام 1980م، يختلف عما كان عليه بعد ذلك العام، ففي العام 1980، أصدرت إسرائيل ما يعرف باسم قانون القدس، والذي صدر عن الكنيست الإسرائيلي، واعتبرت فيه القدس الموحدة بشقيها الشرقي والغربي عاصمة لدولة إسرائيل، محاولة تغطية ذلك الانتهاك بتشريع قانون داخلي للتهرب من التقيد بقواعد القانون الدولي¹، هذا ما دفع مجلس الأمن للتدخل لوقف ما يحصل من انتهاكات للقانون الدولي لا سيما اتفاقية لاهاي واتفاقية جنيف الرابعة الخاصة بحماية المدنيين، ففي تاريخ 1980/8/20، أصدر مجلس الأمن قراره رقم (478)، والذي يدين المصادقة على "قانون أساسي" أي قانون القدس سابق الذكر في الكنيست الإسرائيلي، والذي يعلن إجراء تغيير في معالم مدينة القدس الشريف ووضعتها، ويعتبر أنّ مثل هذا التشريع يشكّل انتهاكاً للقانون الدولي. ويدعو "الدول التي أقامت بعثات دبلوماسية في القدس إلى سحب هذه البعثات من المدينة المقدسة".²

ومن هنا بدأت قرارات مجلس الأمن والجمعية العامة تصدر بخصوص ما ترتكبه إسرائيل من انتهاكات، وكذلك بدأت انتهاكات إسرائيل تتزايد بشكل لافت داعمة لها الولايات المتحدة الأمريكية في قراراتها لا سيما والأبرز هو قيامها بشكل مستمر باستخدام حق النقض "الفيتو" في مجلس الأمن ضد أي قرار لصالح الفلسطينيين ويدين ما تقوم به إسرائيل.

أولاً: انتهاكات إسرائيل ما بعد العام 1980 بخصوص القدس وموقف مجلس الأمن من ذلك

إن سلطات الاحتلال الإسرائيلي ومنذ وجودها في الأراضي الفلسطينية بطريقة غير مشروعة لا تتوقف عن انتهاكات القوانين الدولية، وبعد العام 1980، بدأت تلك التجاوزات تتزايد بخصوص القدس، ومنها ما قامت به بلدية القدس في تموز 1980، بالمصادقة على المخطط الهيكلي الجديد لمدينة القدس، كما أقرته اللجنة اللوائية للتنظيم والبناء في بلدية القدس، ولم يتوقف الأمر على ذلك فقد أصدرت كما سبق وأسلفنا قانوناً يسمى "قانون القدس" عبر الكنيست وذلك بتاريخ 1980/8/20م، اعتبرت فيه أن القدس الموحدة هي عاصمة لدولة إسرائيل ومكان إقامة الرؤساء والدبلوماسيين، وأعضاء الحكومة

¹ شفيق المصري، القدس في القانون الدولي، مجلة الدراسات الفلسطينية، ع 114، 2018، ص 9.

² شفيق المصري، مرجع سابق، ص 10.

والمحكمة العليا¹، وجاء هذا القانون بعد أن شعرت إسرائيل بتهديد أمنها في ضوء صدور القرار التالي عن مجلس الأمن؛ ففي تاريخ 1980/5/28م، قدم ممثل باكستان ورئيس منظمة المؤتمر الإسلامي رسالة إلى مجلس الأمن يناشده فيها باتخاذ إجراءات حاسمة وحازمة ضد ما تقوم به إسرائيل من انتهاكات لقرارات الشرعية الدولية وخرقها لأحكام ميثاق الأمم المتحدة، ولكن مجلس الأمن اكتفى بالشجب والاستنكار لما تقوم به إسرائيل من تغيير لمعالم المدينة القدسية وتركيبه سكانها ومركزها القانوني وعبر عن قلقه، وطالب إسرائيل بالكف عن تلك التصرفات وفي حال عدم الامتثال سوف يتم بحث استخدام السبل الأخرى ضدها والمذكورة ضمن ميثاق الأمم المتحدة، ولكن قامت الولايات المتحدة الأمريكية بالتصويت ضد هذا القرار² وفي هذا السياق تعتبر الولايات المتحدة الأمريكية شريكاً ومحرضاً في تلك الجرائم الدولية التي تقوم بها إسرائيل بصفة مستمرة ضد المقدسات الإسلامية لا سيما القدس منها وضد ما تقوم به من انتهاكات ضد سكان تلك المدينة والشعب الفلسطيني كافة.

وفي إطار ما قامت به إسرائيل من إعلان القدس الموحدة عاصمة لها، وفي ضوء إصدار مجلس الأمن القرار رقم (478) المذكور، قامت فلسطين بالتحرك بإعلان الدولة الفلسطينية وعاصمتها القدس الشريف في العام 1988، والذي لاقى دعماً دولياً من خلال اعتراف أكثر من مائة دولة بالدولة الفلسطينية كما ورد في إعلان استقلالها، إضافة إلى إصدار الجمعية العامة للأمم المتحدة قرارها رقم (177/43) والمؤرخ في 15 ديسمبر 1988، والذي اعترفت فيه بإعلان دولة فلسطين واستخدام تسمية "فلسطين"، مشيرة إلى منظمة التحرير الفلسطينية في الأمم المتحدة. وعلاوة على ذلك، أكدت الجمعية ضرورة سيادة الشعب الفلسطيني على أراضيه التي احتلتها إسرائيل في عام 1967، ولكن كان من ضمن الدول المعارضة على هذا القرار أمريكا وإسرائيل³

¹ إستراتيجية إسرائيل في السيطرة على القدس، منشور على الموقع الإلكتروني التالي:

<https://www.aljazeera.net/encyclopedia/events/2016/2/21/%D9%83%D9%8A%D9%81-%D8%B3%D9%8A%D8%B7%D8%B1%D8%AA-%D8%A5%D8%B3%D8%B1%D8%A7%D8%A6%D9%8A%D9%84-%D8%B9%D9%84%D9%89-%D8%A7%D9%84%D9%82%D8%AF%D8%B3>، تاريخ الدخول

2021/1/20 الساعة 9:58

² عصام مسلط، المرجع السابق، ص 59.

³ شفيق المصري، مرجع سابق، ص 11.

إضافة إلى أن الجمعية العامة أصدرت العديد من القرارات الداعمة للقضية الفلسطينية ومدينة القدس لما تقوم به إسرائيل من انتهاكات فيما يخص القدس لا سيما الشرقية منها، ففي تاريخ 1980/12/11م، أصدرت الجمعية العامة قرارها رقم (122/35)، والذي اعتبرت فيه القدس جزءاً من الأراضي العربية الفلسطينية المحتلة عام 1967¹ وفي ضوء كل تلك القرارات الدولية سواء الصادرة عن مجلس الأمن أو تلك الصادرة عن الجمعية العامة نجد أنها جميعها تؤكد أن القدس الشرقية هي أرض عربية فلسطينية محتلة ولا يجوز تغيير معالمها أو أوضاعها السياسية والقانونية لتغدو أرضاً يهودية، وكل تلك القرارات أكدت أن جميع ما قامت به إسرائيل من إجراءات لتغيير معالم تلك المدينة هي إجراءات باطلة، وغير شرعية ومخالفة لقواعد القانون الدول، وبالتالي فإن الواقع الدولي صريح وواضح في اعتبار القدس الشرقية منطقة محتلة، واعتبار إسرائيل فيها دولة محتلة لتلك المنطقة، على الرغم من عدم انصياع إسرائيل لأي منها واعتبارها كأن لم تكن ضاربة عرض الحائط بأية قرارات دولية داعمة للقضية الفلسطينية ومقررة عدم شرعية تصرفاتها.

ومنذ عام 1980، كما هو واضح لنا أصبحت القدس إحدى القضايا الثابتة في قرارات الجمعية العامة وأحد البنود الرئيسية الثابتة التي تتناولها في دورات انعقادها، بخصوص فلسطين، وأبرز قرار ومثال على ذلك قرار الجمعية العامة رقم (122/35)، الصادر بتاريخ 1980/12/1م، والذي اعتبرت فيه القدس جزءاً من الأراضي العربية المحتلة عام 1967².

وعلى سبيل المثال، أصدرت الجمعية العامة العديد من القرارات التي تدعم تحقيق السلم في المنطقة وتؤكد طلبها من إسرائيل الانسحاب من الأراضي الفلسطينية المحتلة "الضفة الغربية" والقدس الشرقية وغزة، وتأكيداً على اعتبار إسرائيل دولة محتلة لتلك المنطقة لاغية بذلك ادعاءات إسرائيل المستمرة باعتبار تلك المناطق متنازع عليها من خلال اعتبار تلك المناطق أراضي محتلة ومنها قرار الجمعية العامة رقم (86/45)، وقرارها رقم (74/45)، ورقم (83/45)، و(76/46) والذي أدانت فيه تصرفات إسرائيل في الأراضي المحتلة ومنها القدس، والقرار رقم (82/46) والصادر بتاريخ 1991/12/16، والذي طالبت فيه بإلغاء ضم القدس وإعلانها عاصمة لها، وغيرها من التغيرات الرامية لتغيير معالم القدس

¹ عصام مسلط، الواقع يفرض الواقعية (القدس في قرارات الشرعي الدولية)، مؤتمر يوم القدس الثامن، جامعة النجاح،

2006، ص36

² قرار الجمعية العامة رقم 122/35، منشور على الموقع الإلكتروني التالي: <http://group194.net/article/18993>

تاريخ الدخول 2021/1/20م

الإقليمية والدينية وإضفاء الطابع اليهودي عليها، والقرار رقم (162/46) ورقم (199/46)، والقرار رقم (59/48) بتاريخ 1993/12/14، والذي أكدت فيه على أن ما تقوم به إسرائيل من إجراءات في القدس لاغٍ وباطل وليس له أية شرعية¹ وغيرها العديد من القرارات الصادرة عن مجلس الأمن والجمعية العامة والتي تؤكد على كل ما سبق، هذا بالنسبة لما قامت به إسرائيل وموقف الأمم المتحدة منه.

ثانيًا: موقف الولايات المتحدة على ما قامت به إسرائيل من ضم القدس "القدس الموحدة"

كان انحياز الولايات المتحدة الأمريكية للجانب الإسرائيلي منذ زمن بعيد ببداية احتلال إسرائيل للأراضي الفلسطينية، وأبرز ما يدل على ذلك هو قيامها في العام 1995، من خلال الكونغرس الأمريكي بسن قانون يعترف بالقدس عاصمة لإسرائيل مع نقل السفارة الأمريكية للقدس، وذلك بعد أربعة أسابيع من اتفاق أوسلو 2، وحدد تاريخًا لتنفيذ ذلك القرار بنقل السفارة في العام 1999، ولكن تم تعديل تلك المادة في القانون وإعطاء صلاحية للرئيس الأمريكي بتمديد ذلك القرار ستة أشهر في كل مرة طالما أنه يبلغ الكونغرس بذلك قبلاً، واستمر هذا التأجيل من قبل رؤساء أميركا،^[2] ولكن وفي ضوء قرارات الشرعية الدولية وميثاق الأمم المتحدة وقواعد اتفاقية لاهاي واتفاقية جنيف تعتبر الولايات المتحدة الأمريكية منتهكة لها جميعاً وداعمة وشريكة لإسرائيل فيما تقوم به من انتهاكات، علاوة على دعمها المباشر وحمايتها من الإدانة الدبلوماسية أمام المؤسسات الدولية، تجاه ما تقوم به من ممارسات ضد القدس.

فهني بهذا التصريح تكون قد انتقلت من مرحلة الصمت على الإجراءات الإسرائيلية ومن حمايتها في المحافل الدولية إلى مرحلة تتماشى فيها مع مصالح إسرائيل، على الرغم من معارضة ذلك لقواعد القانون الدولي وقرارات الشرعية الدولية.

وعند النظر لدستور الولايات المتحدة الأمريكية بموجب المادة (6) منه تكون اتفاقية لاهاي رقم واتفاقية جنيف لحماية المدنيين جزءًا من الدستور وهو القانون الأعلى للبلاد، وبناءً على ذلك قيام الولايات المتحدة الأمريكية بالاعتراف بالقدس عاصمة لإسرائيل وقيامها بتشريع قانون لنقل سفارتها يعتبر بداية مخالفة لدستورها وقانون البلاد الأعلى، وبالتالي يكون تشريع نقل السفارة الأمريكية غير دستوري، وبالتالي ما بني على باطل فهو باطل، علاوة على أن قيامها بذلك يكون مخالفة صريحة لقواعد القانون الدولي

¹ عصام مسلط، مرجع سابق، ص 65.

² بلال بو عكير، مركز القدس في القانون الدولي على ضوء نقل السفارة الأمريكية، مجلة دراسات وابحاث، جامعة الجلفة،

واتفاقية لاهاي وجنيف المذكورتين¹، وذلك يُعتبر تصريحًا فعليًا من قبل الولايات المتحدة الأمريكية لانتهاكها لقواعد اتفاقية لاهاي المذكورة، وتعتبر بذلك مثيرة للنزاع الدولي ومعارضة للسلام في الشرق الأوسط لما للقدس من أهمية عظمى على الصعيد الدولي وليس الفلسطيني فحسب.

إضافة إلى أن الولايات المتحدة الأمريكية ما بعد العام 1990، قامت بدعوة الدول العربية وإسرائيل من أجل عقد المؤتمر الدولي للسلام في مدريد بخصوص الصراع العربي الإسرائيلي، ولكن إسرائيل اشترطت لحضورها عدم اعتبار الوفد الفلسطيني وفدًا مستقلًا إنما لا بُد أن يكون ضمن وفد دولي وجزء منه كجزء من الوفد الأردني وعدم كون أعضاء هذا الوفد من سكان القدس الشرقية وغيرها العديد، وبموافقة الوفد الفلسطيني على ذلك انعقد المؤتمر، وهذا كان ما قبل إعلانها القانون الذي يعترف بالقدس عاصمة لإسرائيل ونقل السفارة لها، إضافة إلى أنها استخدمت حق النقض "الفيتو" ضد مشروع قرار في مجلس الأمن يعتبر إجراءات إسرائيل بإقامة المستوطنات وما يتعلق بالقدس غير شرعية، وعند النظر لقرارات مجلس الأمن الخاصة بمدينة القدس وهي (9) قرارات، نجد أن الولايات المتحدة الأمريكية قد صوتت بالمعارضة على (7) منها وامتنعت عن التصويت على قرارين ولم تصوت لصالح فلسطين والقدس فيها أبدًا² وهذا ما يشير إلى تحيز الولايات المتحدة الأمريكية للجانب الإسرائيلي كما سبق وأشرنا خلال البحث.

وفي العام 2002، قام الرئيس الأمريكي بوش الابن بالتوقيع على قرار للكونغرس الأمريكي يعترف بالقدس بشقيها العاصمة الأبدية لإسرائيل، وبقي الحال كذلك إلى حين تسلم الرئيس الأمريكي دونالد ترامب الرئاسة ومن ثم قام بتنفيذ ما تم إعداده مسبقًا من نقل السفارة الأمريكية للقدس³ وآخر تصريح أمريكي بالاعتراف بالقدس عاصمة لإسرائيل كان على لسان وزير الخارجية الأمريكي في إدارة الرئيس الأمريكي جو بايدن عندما صرح بدعم حل الدولتين وأن القدس عاصمة لإسرائيل⁴.

¹ سالي ف مالميسون، مرجع سابق، ص 51

² رويدة ابو عمشة، سياسة الولايات المتحدة الأمريكية تجاه مدينة القدس (نقل السفارة الأمريكية من تل أبيب الى القدس، مجلة الجامعة الإسلامية للبحوث الإنسانية، مج 28، ع 1، 2020، 265.

³ رويدة ابو عمشة، المرجع سابق، ص 273.

⁴ وزير خارجية بايدن: ندعم حل الدولتين والقدس عاصمة لإسرائيل، منشور على الموقع الإلكتروني التالي:

<https://www.arab48.com/%D8%A3%D8%AE%D8%A8%D8%A7%D8%B1-%D8%B9%D8%B1%D8%A8%D9%8A%D8%A9-%D9%88%D8%AF%D9%88%D9%84%D9%8A%D8%A9/2021/01/20/%D9%88%D8%B2%D9%8A%D8%B1-%D8%AE%D8%A7%D8%B1%D8%AC%D9%8A%D8%A9->

وهنا نكون قد لخصنا أبرز المواقف الأمريكية الداعمة للانتهاكات الإسرائيلية في الأراضي الفلسطينية لا سيما مدينة القدس موضوع هذا البحث.

المبحث الثاني

نقل السفارة الأمريكية للقدس والمسؤولية الدولية

لم تكن بدايات نقل السفارة الأمريكية إلى القدس في عهد الرئيس الأمريكي دونالد ترامب إنما كانت سابقة على ذلك بإصدار الكونغرس الأمريكي قانون الاعتراف بالقدس عاصمة لإسرائيل ونقل السفارة الأمريكية لها، كما سبق وأوضحنا، فكانت القدس وما تزال محور حديث المجتمع الدولي لما تشكله من مركز ديني للديانات الثلاث المسيحية والإسلامية واليهودية، لذلك كان لقرار نقل السفارة الأمريكية للقدس والذي أصدره الرئيس ترامب صدى كبيراً على صعيد المجتمع الدولي، فالسيادة على القدس هي محور الصراع الفلسطيني الإسرائيلي.

كان موقف الولايات المتحدة الأمريكية في السادس من ديسمبر 2017، غير مسبوق من خلال اعترافها بالقدس الموحدة عاصمة لإسرائيل والقيام بالتمهيد لنقل السفارة الأمريكية للقدس، وبالفعل أقدمت على نقل سفارتها للقدس عاصمة لإسرائيل وذلك في تاريخ 2018/5/14م، وهذا الموقف الأمريكي أثار مشاعر العرب والمسلمين حول العالم، بحيث عجت الشوارع بالتظاهرات والمحتجين على هذه الخطوة، مرتكزين في احتجاجاتهم على المكانة الدينية والتاريخية لتلك المدينة المقدسة، إضافة لتعبير العديد من الدول عن رفضها لهذا الموقف الأمريكي باعتباره مخالفاً للقواعد الدولية وقرارات الشرعية الدولية بشقيها مجلس الأمن والجمعية العامة علاوة على قرارات محكمة العدل الدولية، ومناقض للجهود الدولية القائمة على أساس حل الدولتين، ما من شأنه أن يرفع من وتيرة النزاع العربي الإسرائيلي حول القدس، كون القدس الشرقية عاصمة لفلسطين ضمن حدود الأراضي المحتلة عام 1967، مثلما وُعد الفلسطينيون بعد اتفاق أوسلو، واعتبارها ضمن أي حل نهائي للصراع الفلسطيني الإسرائيلي، ولكن على الرغم من ذلك لم تلتفت الولايات المتحدة الأمريكية للمواقف السياسية والشعبية ولا القانونية المتمثلة بقواعد القانون الدولي واستمرت في انتهاكها ببقاء سفارتها في مدينة القدس على اعتبارها العاصمة الأبدية لدولة إسرائيل.

%D8%A8%D8%A7%D9%8A%D8%AF%D9%86-%D9%86%D8%AF%D8%B9%D9%85-
%D8%AD%D9%84%D8%A7%D9%84%D8%AF%D9%88%D9%84%D8%AA%D9%8A%
D9%86-%D9%88%D8%A7%D9%84%D9%82%D8%AF%D8%B3-
%D8%B9%D8%A7%D8%B5%D9%85%D8%A9-
%D9%84%D8%A5%D8%B3%D8%B1%D8%A7%D8%A6%D9%8A%D9%84

إن إعلان الرئيس الأميركي دونالد ترامب، نقل السفارة الأميركية للقدس يشكل كما سبق وأشرنا انتهاكاً صريحاً لمجمل قواعد القانون الدولي، سواء الخاصة بحالة الاحتلال العسكري والطبيعة القانونية للأقاليم المحتلة، أو تلك القواعد القانونية الدولية الخاصة بالوضع الفلسطيني الإسرائيلي، سواء قرارات مجلس الأمن أو الجمعية العامة، علاوة على الطبيعة القانونية لمدينة القدس على وجه الخصوص.

أما فيما يخص القواعد المتعلقة بالاحتلال العسكري وحظر ضم الأقاليم الخاضعة لسلطة عسكرية، أو الاعتراف بها مما يشكل انتهاكاً لقواعد اتفاقية لاهاي والتي حتى وإن لم تتضمن لها الدول تكون ملزمة لها لكونها مبادئ عرفية، إضافة إلى مخالفة ذلك التصرف لبنود ميثاق الأمم المتحدة، إضافة لمخالفتها لقرار الجمعية العامة رقم (181) والذي وضع القدس تحت الوصاية الدولية الخاصة¹، ومن ضمن الخيارات التي كانت متاحة أمام الحكومة الفلسطينية في مواجهة ما قامت به الولايات المتحدة الأمريكية، ثلاثة خيارات قضائية قد تؤولي أكلها، الأول اللجوء إلى محكمة العدل الدولية، والثاني اللجوء إلى المحكمة الجنائية الدولية، والثالث اللجوء إلى القضاء الأميركي.

ولكن الحكومة الفلسطينية اختارت اللجوء إلى محكمة العدل الدولية برفعها دعوى على الولايات المتحدة الأمريكية، فمحكمة العدل الدولية ووفقاً للمادة (92) من ميثاق الأمم المتحدة تُعد الجهاز القضائي الرئيسي للأمم المتحدة، وتكون مهمتها النظر في الدعاوى التي تعرض عليها من خلال لجوء الدول لها، إضافة لتقديمها آراءً استشارية بخصوص نزاع معين أو بخصوص وجهات نظر متعارضة، وتقدم لها الطلبات بهذا الخصوص من خلال الجمعية العامة للأمم المتحدة ومجلس الأمن الدولي، ولها سلطة تقديرية فيما إذا كانت مختصة في النظر في الدعوى أم لا وليس لأي دولة الاعتراض على اختصاص المحكمة الاستشاري فهي وحدها من تقرر ذلك².

¹ رزق سمودي، الخيارات القضائية لمواجهة الإعلان الأميركي القدس عاصمة لإسرائيل، منشور على الموقع الإلكتروني التالي:

<https://www.prc.ps/%D8%A7%D9%84%D8%AE%D9%8A%D8%A7%D8%B1%D8%A7%D8%AA-%D8%A7%D9%84%D9%82%D8%B6%D8%A7%D8%A6%D9%8A%D8%A9-%D9%84%D9%85%D9%88%D8%A7%D8%AC%D9%87%D8%A9-%D8%A7%D9%84%D8%A5%D8%B9%D9%84%D8%A7%D9%86-%D8%A7%D9%84> تاريخ الدخول 2021/1/20م.

² موسى دويك، الرأي الاستشاري لمحكمة العدل الدولية، بشأن الجدار القاتل "دراسة في اطلال القانون الدولي العام"، فلسطين، 2015، ص5

وبناءً على ما تقدم سوف نقسم هذا المبحث إلى مطلبين نتناول في المطلب الأول الحديث عن موقف الدول الثلاث من قرار نقل السفارة الأمريكية للقدس، ثم نتناول في المطلب الثاني الحديث عن القواعد العامة في المسؤولية الدولية ومدى انطباقها على قرار نقل السفارة والاعتراف بالقدس عاصمة لإسرائيل.

المطلب الأول

موقف الدول الثلاث من قرار النقل

"فلسطين أميركا إسرائيل"

بعد قيام الولايات المتحدة الأمريكية بالاعتراف بالقدس عاصمة لإسرائيل بشقيها الشرقية والغربية ونقل السفارة إليها ، وكرد فعل على ما قامت به أميركا وانتهاكها للقوانين الدولية كشريك لإسرائيل في انتهاكاتها، قامت فلسطين بإجراء قانوني قضائي ضد ذلك القرار، وكان لقيام فلسطين بذلك رد فعل من قبل الولايات المتحدة الأمريكية وإسرائيل، وهذا ما سنتناول الحديث عنه في هذا الجزء من الدراسة.

أولاً: موقف فلسطين من قرار اعتراف أميركا بالقدس عاصمة لإسرائيل ونقل سفارتها لها

كان موقف فلسطين من قيام الولايات المتحدة الأمريكية بنقل سفارتها من تل أبيب إلى القدس، هو قيامها برفع دعوى أمام محكمة العدل الدولية، وهذه الخطوة تعتبر مكسباً قانونياً مهماً على صعيد القضية الفلسطينية في حال ما إذا صدر القرار إيجابياً لصالح فلسطين، وكانت هذه الخطوة سابقة على خطوة أكثر أهمية خولت فلسطين للجوء إلى محكمة العدل الدولية ورفع قضية ضد الولايات المتحدة الأمريكية؛ تتمثل في انضمام فلسطين إلى بروتوكولات واتفاقيات دولية أبرزها اتفاقية فيينا، التي انضمت لها فلسطين في 22 آذار عام 2018م، والبروتوكول الاختياري لتلك الاتفاقية، والتي تنص في المادة الأولى منها على إلزامية تسوية المنازعات عن طريق محكمة العدل الدولية، والتي بناءً عليها تقدمت فلسطين بالشكوى ضد الولايات المتحدة الأمريكية¹، ولكن الدعاوى التي قدمت من قبل فلسطين يعترضها العديد من الثغرات القانونية التي من الممكن أن تجعل القرار الصادر عن المحكمة ذا نتيجة سلبية ضد صالح القضية

¹ قضية نقل السفارة الأمريكية إلى القدس، وانسحاب أميركا من بروتوكول اتفاقية فيينا، منشور على الموقع الإلكتروني

التالي: <http://ajaliacom/article/51763#>، بتاريخ 2021/1/21م

الفلسطينية، الأمر الذي ينعكس سلبيًا على القضية الفلسطينية، حيث إن الدعوى تستند لمادة واحدة فقط هي المادة الثالثة من قانون فيينا مما يشكل نقطة ضعف من الناحية القانونية¹.

حيث إن الجانب الفلسطيني يرى أن نقل السفارة الأمريكية إلى القدس يشكل انتهاكًا لاتفاقية فيينا لعام 1961، إذ إن اتفاقية فيينا للعلاقات الدبلوماسية لعام 1961، تلزم أية دولة بوضع سفارتها على أرض دولة مستضيفة، وبما أن إسرائيل تسيطر عسكريًا على القدس فالسيادة عليها محل نزاع، وطالبت القيادة الفلسطينية محكمة العدل الدولية من خلال الدعوى إصدار أمر للولايات المتحدة الأمريكية بسحب بعثتها الدبلوماسية من القدس وإرجاعها بالتالي إلى تل أبيب لما يشكله ذلك من انتهاك لقواعد القانون الدولي².

فالولايات المتحدة الأمريكية بنقلها سفارتها إلى القدس تكون قد غلّبت قانون الكنيست الإسرائيلي المذكور سابقًا في هذه الدراسة على القانون الدولي وقواعده، خاصة ما يحكم الاحتلال الحربي منها وهي اتفاقية جنيف الرابعة لعام 1949م، علاوة على أن قرار كهذا يجعل قضية القدس خارج دائرة التفاوض وينهي حق الفلسطينيين في القدس³، ولكن من الناحية القانونية يبقى حقهم ثابت ومكفول، وأبرز ما يشير إلى أن إسرائيل هي دولة احتلال للصفة الغربية والقدس الشرقية؛ هو قرار محكمة العدل الدولية الاستشاري بخصوص قضية الجدار عندما قررت أن إسرائيل هي دولة احتلال استنادًا للقانون الدولي العرفي، إضافة لاتفاقية لاهاي في المادة (42) التي تعتبر أرض الدولة محتلة حين تكون تحت السلطة الفعلية لجيش العدو، إضافة إلى أن المحكمة أكدت وجوب تطبيق اتفاقية جنيف الرابعة على جميع الأراضي الفلسطينية، وكذلك معاهدات حقوق الإنسان، وغيرها العديد من النتائج التي أصدرتها المحكمة

¹ كلية القانون تعقد حلقة نقاش بعنوان "الدعوى الفلسطينية ضد أميركا وقرار نقل السفارة الأمريكية للقدس"، منشور على الموقع الإلكتروني التالي: <https://lawnajahedu/ar/news/2018/10/kly-lknon-taakd-hlk-nksh-baanon-ldaao-lflstyny-dd-amryk-okrr-nkl-lsfr-lamryky-llkds> ، تاريخ الدخول 2021/1/20م

² فلسطين تقدم شكوى ضد وجود السفارة الأمريكية في القدس، منشور على الموقع الإلكتروني التالي: <https://mubasherajazeera.net/news/politics/2018/9/29/%D9%81%D9%84%D8%B3%D8%B7%D9%8A%D9%86-%D8%AA%D9%82%D8%AF%D9%85-%D8%B4%D9%83%D9%88%D9%89-%D8%B6%D8%AF-%D9%88%D8%AC%D9%88%D8%AF-%D8%A7%D9%84%D8%B3%D9%81%D8%A7%D8%B1%D8%A9> ، تاريخ الدخول 2021/1/20م

³ بلال بوعكيرة، مرجع سابق، ص 108

بخصوص الجدار، ولكن هذه أبرزها فيما يخص هذه الجزئية من البحث¹، على الرغم من أن سياسة الأمر الواقع تشير إلى عكس ما يثبت القانون، والانتهاكات كبيرة لقواعد القانون الدولي والشرعية الدولية. ولكن يمكننا بالإضافة هنا أنه لو توجهت فلسطين لمحكمة العدل الدولية لطلب رأي استشاري لكان من الممكن أن يكون أفضل، لكون الدعوى العادية المقدمة من قبل فلسطين تحتاج وقتاً أطول من الوقت الذي تحتاجه المحكمة لإصدار رأي استشاري، رغم أن الرأي الاستشاري لا يتمتع بالإلزامية ولكن هذا لا ينفي عنه الصفة القانونية وقوة القانون؛ حيث إن الرأي الاستشاري لمحكمة العدل الدولية ما هو إلا إجابات قانونية وبموجبها يتم تحديد قواعد القانون الدولي واجبة التطبيق، وعليه وبناءً على ما تقدم لن يختلف الوضع كثيراً لو كنا أمام قرار دولي ملزم من المحكمة، أو رأي استشاري²، والأهم من ذلك أن الرأي الاستشاري أسرع في إجراءاته وإصداره.

على أنه بإمكان فلسطين كذلك أن تتوجه للقضاء الأمريكي للطعن بعدم دستورية القانون الذي يشرع الاعتراف بالقدس عاصمة لإسرائيل، وكذلك نقل السفارة إليها، إضافة لعدم شرعية الإجراء الذي اتخذه الرئيس دونالد ترامب وعدم دستوريته.

ومن ضمن الخيارات الأخرى المتاحة لفلسطين وبإمكانها اللجوء لها ضد ما قامت به الولايات المتحدة الأمريكية وإسرائيل من اعتبار القدس عاصمة لإسرائيل وضمها لها ونقل السفارة الأمريكية إليها، هو اللجوء إلى المحكمة الجنائية الدولية بما أن فلسطين أصبحت عضواً في ميثاق روما وهو القانون الأساسي للمحكمة الجنائية الدولية، وبما أن هذه المحكمة تنظر في القضايا الأكثر خطورة على المستوى الدولي، وهي القضايا التي تشكل قلقاً وإخلالاً بالسلم والأمن الدوليين، بالتالي تعتبر انتهاكات إسرائيل وأميركا كشريك لها في انتهاكاتهما، من ضمن الجرائم التي تنظر بها المحكمة وتدخل ضمن اختصاصها.

ثانياً: موقف الولايات المتحدة الأمريكية من رفع شكوى ضدها أمام محكمة العدل الدولية

بعد أن قامت فلسطين برفع دعوى ضد الولايات المتحدة الأمريكية أمام محكمة العدل الدولية، استناداً للبرتوكول الاختياري الملحق باتفاقية فيينا، قامت الولايات المتحدة الأمريكية بالانسحاب من البرتوكول الاختياري وأبقت عضويتها في الاتفاقية، وذلك بعد خمسة أيام من تقديم الشكوى ضدها، وذلك من أجل منع الفلسطينيين من مقاضاة الولايات المتحدة الأمريكية أمام محكمة العدل الدولية وفق ما أعلن مستشار الأمن القومي الأمريكي، إضافة لادعاء الولايات المتحدة الأمريكية في الادعاء نفسه الذي تقدمت

¹. موسى دويك، مرجع سابق، ص 6

². موسى دويك، مرجع سابق، ص 23

به إسرائيل عند طلب الرأي الاستشاري بخصوص جدار الفصل العنصري الذي إقامته على الأراضي الفلسطينية، حيث ادعت حينها أن المحكمة غير مختصة لنظر الدعوى؛ لأن فلسطين ليست دولة لتقدم دعوى، وهذا ما ادعته الولايات المتحدة الأمريكية أيضًا من أن فلسطين ليست دولة حتى تقوم بتقديم ادعاء ضد الولايات المتحدة الأمريكية¹.

ولكن انسحابها من البرتوكول الاختياري الملحق باتفاقية فيينا لا يعفيها من المسؤولية الدولية ومقاضاتها أمام محكمة العدل الدولية لا سيما أنها أثناء انتهاكها لقواعد القانون الدولي كانت موقعه² على البروتوكول، إضافة إلى أنها مخالفة لقواعد أخرى في القانون الدولي وليس فقط بنود اتفاقية فيينا، فهي مخالفة لقرارات الشرعية الدولية واتفاقية جنيف الرابعة واتفاقية لاهاي التي تعتبر من ضمن القانون العرفي وجزءًا من القانون الأعلى للبلاد في الولايات المتحدة الأمريكية، علاوة على أن انسحاب الولايات المتحدة الأمريكية من البرتوكول دليل على أنها على علم بأنها مرتكبة مخالفة لقواعد لقانون الدولي ومنتهكة لها، ودليل على ارتكابها أمام أعضاء المجتمع الدولي، ولم تكف بذلك بل رفضت تقديم مذكرة للمحكمة في 15 تشرين الأول من العام 2019، كرد على الشكوى المقدمة ضدها³.

وبذلك نكون قد وضعنا موقف الولايات المتحدة الأمريكية بعد نقل سفارتها للقدس.

ثالثًا: موقف إسرائيل من نقل السفارة الأمريكية للقدس

إن اعتراف الولايات المتحدة الأمريكية بالقدس الموحدة عاصمة لإسرائيل، واعترافها بضم إسرائيل لتلك المدينة المقدسة التي لها وضع خاص دولي، على الرغم من كون ذلك مخالفًا للقانون الدولي، جعل إسرائيل تتمسك بهذا الاعتراف بجعله الأساس القانوني لانتهاكاتها واستيلائها المستمر على الأراضي والثروات الفلسطينية، وللضم الاستيطاني لفلسطين، بإجراءات ممنهجة تقوم على سياسة الأمر الواقع، وذلك من أجل التوسع الاستيطاني لها في الضفة الغربية والقدس، حيث إنه من شأن هذا الاعتراف تمكين

¹ قضية نقل السفارة الأمريكية إلى القدس، وانسحاب أميركا من بروتوكول اتفاقية فيينا، منشور على الموقع الإلكتروني التالي: <http://ajaliacom/article/51763#>، بتاريخ 2021/1/21م

² على خلفية نقل السفارة، العدل الدولية تنتظر بشكوى قدمتها ضد أميركا، منشور على الموقع الإلكتروني التالي: <https://nnnajahedu/news/Policy/2018/12/04/176796>، تاريخ الدخول 2021/1/21م

³ قضية نقل السفارة الأمريكية إلى القدس، وانسحاب أميركا من بروتوكول اتفاقية فيينا، منشور على الموقع الإلكتروني التالي: <http://ajaliacom/article/51763#>، بتاريخ 2021/1/21م

إسرائيل من التوسع الاستيطاني الكبير بحجة أن لديها اعترافاً أمريكياً بأن القدس عاصمة موحدة لها، وهذا ما يحصل بالفعل من خلال قرارات التوسع الاستيطاني الكولونيالي الحالي في الأراضي الفلسطينية المحتلة، علاوة على أن ذلك يتيح لها منع رفع الأذان في القدس تحت الادعاء السابق نفسه، وغيرها العديد من الأمور الأخرى التي تشكل انتهاكات للقوانين الدولية.

وأبرز ما قامت به إسرائيل إثر اعتراف الولايات المتحدة الأمريكية بالقدس عاصمة موحدة لها ونقل سفارتها لها، الإعلان عن عطاءات بناء مستوطنات جديدة وعلى نطاق واسع¹. فالقرار الصادر عن القيادة الأمريكية أعطى الضوء الأخضر لإسرائيل للتوسع الاستيطاني، والضم وتهجير الفلسطينيين، واستكمال عملية بناء الجدار الفاصل الإسرائيلي.

المطلب الثاني

القواعد العامة في المسؤولية الدولية ومدى انطباقها على قرار نقل السفارة الأمريكية للقدس والاعتراف

بها عاصمة موحدة لإسرائيل

إن قيام إسرائيل بإصدار قانون القدس والذي يتضمن كون القدس الموحدة عاصمة لإسرائيل، وقيام الولايات المتحدة الأمريكية بالاعتراف بذلك من خلال قانون صادر عن الكونغرس الأمريكي وقيامها بنقل سفارتها، يُشكل انتهاكاً لمجمل قواعد القانون الدولي وقرارات الشرعية الدولية، ولا سيما اتفاقية جنيف الرابعة لعام 1949، التي حظرت تغيير الطابع الديموغرافي والمركز القانوني للأراضي المحتلة، خاصة ما جاء في نص المادة (49) منها، والتي تحظر النقل الجبري الجماعي أو الفردي لسكان الأراضي المحتلة²، واتفاقية لاهاي لعام 1907، إضافة لمخالفتها لقرارات الجمعية العامة مثل قرار التقسيم رقم (181)، وكذلك قرارات أخرى صادرة عن الجمعية العامة بهذا الخصوص تم ذكرها في بداية الدراسة على سبيل المثال، وكذلك قرارات مجلس الأمن، لذلك هذا يترتب مسؤولية دولية على إسرائيل، حيث إن مخالفة قواعد اتفاقيات جنيف تشكل جريمة حرب³؛ وبالتالي بالإمكان محاسبتها وفرض المسؤولية الدولية عليها،

¹ مراحل الاستيطان الإسرائيلي في الأراضي الفلسطينية، https://infowafaps/ar_page.aspx?id=4115، تاريخ

الدخول 2021/1/21م

² اتفاقية جنيف الرابعة بشأن حماية الأشخاص المدنيين في وقت الحرب المؤرخة في 12/ آب/ أغسطس/ 1949م، منشورة على الموقع الإلكتروني التالي:

<https://www.icrc.org/ar/doc/resources/documents/misc/5ns1a8htm>، تاريخ الدخول 2021/1/21م

³ موسى دويك، مرجع سابق، ص 18

وبما أن أمريكا تدعمها بتصرفاتها كافة سواء ماليًا من خلال تزويدها بملايين الدولارات التي تستغلها لتوسيع البؤر الاستيطانية أو لاستكمال بناء جدار الفصل العنصري أو ضم أجزاء أخرى في القدس في محاولة منها لتهويدها، أو بالاعتراف بالقدس الموحدة عاصمة لها، ونقل سفارتها إلى القدس، وآخرها بنود صيغة القرن التي تصب في الصالح الإسرائيلي ولا تعترف للجانب الفلسطيني بأية سيادة على أرضه، وتحرمه من حقه في تقرير المصير التي كفلتها له قواعد القانون الدولي وقرارات الشرعية الدولية، وهذا ما يجعلها شريكًا ومحرضًا لإسرائيل في جرائمها، وهذا يترتب عليها المسؤولية الدولية كذلك، والمسؤولية الدولية قد تكون مدنية وقد تكون جنائية أو كليهما. وفق كل جريمة على حدة سنتناول الحديث عن القواعد العامة في المسؤولية لكلا النوعين، ثم نطبق تلك العناصر على قضية ضم القدس والاعتراف بها من قبل الولايات المتحدة الأمريكية ونقل سفارتها لها، وهذا ما سنبحثه في هذا الجزء من الدراسة.

أولاً: القواعد العامة في المسؤولية الدولية

إن المسؤولية في بدايتها كانت تقتصر على المسؤولية المدنية، ولكن وعلى إثر الحرب العالمية الثانية 1939-1945، وما أنتجته من آثار مدمرة وخطيرة على البشرية والمجتمع الإنساني، تم توسيع المسؤولية لتشمل المسؤولية الجنائية كذلك عن تلك الجرائم؛ وذلك بغية إعادة الحق إلى نصابه وإنصاف المعتدى عليه، حيث إن المسؤولية الدولية تفرض على أشخاص القانون الدولي التزامات لا بُد من احترامها ومراعاتها وفي حال تخلفت تلك الدول عن القيام بتلك الالتزامات أو تخلفت عن احترامها، يترتب على تخلفها هذا تبعة المسؤولية الدولية وآثارها لامتناعها عن الوفاء بتلك الالتزامات المفروضة دولياً¹. واجتمع الفقه الدولي من خلال تعريفات المسؤولية على ثلاثة عناصر عند توافرها تترتب المسؤولية الدولية سواء المدنية أو الجنائية وهذه العناصر على النحو الآتي :

1. ارتكاب فعل غير مشروع وفقاً للقانون الدولي

فالمسؤولية الدولية تنشأ عند ارتكاب فعل يحظر القانون الدولي ارتكابه حتى لو كان القانون الداخلي يعتبر الفعل نفسه بأنه مشروع²، أو يحظر الامتناع عن فعل معين ويترتب عن هذا الامتناع عدم المشروعية

¹ محمد سعادي، المسؤولية الدولية للدولة في ضوء التشريع والقضاء الدوليين، المصرية للنشر والتوزيع، مصر، 2019،

² احمد أبو الوفا، شروط المسؤولية الدولية، مجلة الدبلوماسية، ع13، 1990، ص45

المرتبة للمسؤولية الدولية، ويتمثل هذا بارتكاب إحدى جرائم الحرب أو الجرائم ضد الإنسانية أو جرائم الإبادة الجماعية¹.

2. أن يقع هذا الفعل من قبل أحد أشخاص القانون الدولي سواء دولة أو منظمة دولية أو فرد عادي.

3. أن يرتب هذا الفعل أو الامتناع عنه ضرراً على أحد أشخاص القانون الدولي ويشكل انتهاكاً لالتزام دولي.

وتنقسم المسؤولية في حال توافر العناصر إلى مسؤولية مدنية ومسؤولية جنائية.

أ- المسؤولية المدنية الدولية

في حال توافرت عناصر المسؤولية، يتحقق أثر على توافر تلك المسؤولية ألا وهو عدة أمور تقع على عاتق الدولة أو شخص القانون الدولي المرتكب لفعل غير مشروع يشكل انتهاكاً للمسؤولية الدولية، ومن هذه الآثار يتعين على الدولة أو شخص القانون الدولي التوقف عن الفعل غير المشروع والمخالف لأحكام وقواعد القانون الدولي²، إضافة إلى إعادة الحال إلى ما كانت عليه قبل ارتكاب الفعل غير المشروع في حال أمكن ذلك، أي إعادة الشيء إلى أصله قبل المخالفة³، ولكن في الحالة التي لا يمكن إعادة الحال إلى ما كانت عليه يتوجب على الدولة أو أحد أشخاص القانون الدولي المتسبب بالضرر أن تجبر الضرر بالتعويض المالي المناسب للشخص المتضرر من أشخاص القانون الدولي⁴، فalcضاء الدولي كرس التعويض كوسيلة لجبر الضرر مثال ذلك قضية ألاباما حيث أدانت المحكمة بريطانية بدفع تعويضات للولايات المتحدة الأمريكية بسبب انتهاك بريطانيا لواجباتها كدولة محايدة خلال الحرب الأهلية الأمريكية⁵.

¹ سامح خليل الوادية، المسؤولية الدولية عن جرائم الحرب الإسرائيلية، مركز الزيتونة للدراسات والاستشارات، بيروت، ط1، 2009، ص140.

² موسى دويك، مرجع سابق، ص13.

³ عبد اللطيف صابر ظاهر، المسؤولية الدولية المترتبة على منع الاحتلال الإسرائيلي عودة اللاجئين الفلسطينيين، رسالة ماجستير منشور، الجامعة الإسلامية- غزة، 2016م، ص16.

⁴ عبد اللطيف صابر ظاهر، المرجع السابق، ص16.

⁵ غسان الجندي، المسؤولية الدولية، مطبعة التوفيق، عمان، ط1، 1990، ص 62.

ب- المسؤولية الجنائية الدولية

إن المسؤولية الجنائية لا تقوم إلا إذا أقدم أحد أشخاص القانون الدولي على ارتكاب فعل غير مشروع يجرمه القانون الدولي، أو الامتناع عن القيام بفعل يتوجب عليه القيام به؛ فالمسؤولية الدولية تُحمل الشخص مرتكب الفعل غير المشروع تبعية انتهاكه لأحكام القانون الدولي¹.

نشأت فكرة المسؤولية الجنائية ما بعد الحرب العالمية الأولى وخلال الحرب العالمية الثانية نتيجة ما خلفته الحرب العالمية الثانية من نتائج مدمرة وخطيرة على البشرية جمعاء، فتم تشكيل محاكم خاصة لمعاقبة ومحاكمة مجرمي الحرب مثل مجرمي الحرب الألمان عندما تم إنشاء محكمة نورمبرج العسكرية، وغيرها من المحاكم الخاصة، إضافة إلى أنها تعززت بتشكيل محكمة الجنايات الدولية ونظامها الأساسي وهو نظام روما الأساسي لعام 1998².

والمسؤولية الجنائية الدولية في حال توافر عناصرها، فإنها ووفقاً لميثاق روما تقوم تجاه الأفراد العاديين ورؤساء الدول والقادة العسكريين.

الأفراد العاديين

إن المسؤولية الجنائية الدولية وفقاً لميثاق روما في المادة (3/25) تجعل من الأفراد العاديين محلاً للمسؤولية الدولية في حال ارتكبوا مخالفة لأحكام القانون الدولي بارتكابهم إحدى الجرائم الدولية المتمثلة بجرائم الحرب والجرائم ضد الإنسانية وجرائم الإبادة الجماعية، وفقاً لميثاق روما واتفاقيات جنيف. وعند النظر لنص المادة (33) من النظام الأساسي للمحكمة الجنائية الدولية نجد أنها تقول بأن الشخص أي الفرد العادي لا يعفى من المسؤولية إذا كان ما قام به تنفيذاً لأمر حكومة أو رئيس سواء كان عسكرياً أم مدنياً، وبالتالي لا يجوز للشخص التهرب من المسؤولية بادعاء كونه قد نفذ الجريمة استناداً لأمر مسؤوله، ولكن المادة نفسها استثنت حالات معينة في حال قيامها يعفى الشخص من المسؤولية وهي كالاتي:³

¹ علوي علي احمد الشارفي، المسؤولية الجنائية عن الجريمة الدولية، رسالة ماجستير منشورة، السودان، 2000، جامعة النيلين، ص93

² هاني احمد عادل عواد، المسؤولية الجنائية الشخصية لمرتكبي جرائم الحرب (مجزرتا مخيم جنين والبلدة القديمة في نابلس نموذجاً)، رسالة ماجستير منشورة، جامعة النجاح الوطنية، نابلس، 2007، ص77 وما بعدها

³ نظام روما الأساسي للمحكمة الجنائية الدولية المعتمد في روما 17/ تموز/ يوليه 1998، معاهدات 1998/177، منشور على الموقع الالكتروني التالي:

<https://www.wicrc.org/ar/doc/resources/documents/misc/6e7ec5htm>، تاريخ الدخول 2021/1/22م

1. إذا كان على الشخص التزام قانوني بإطاعة أوامر الحكومة أو الرئيس المعني.
2. إذا لم يكن الشخص على علم بأن الأمر غير مشروع.
3. إذا لم تكن عدم مشروعية الأمر ظاهرة.

لأغراض هذه المادة تكون عدم المشروعية ظاهرة في حالة أوامر ارتكاب جريمة الإبادة الجماعية أو الجرائم ضد الإنسانية.

المسؤولية الدولية للقادة العسكريين

بموجب قواعد القانون الدولي يقع على القادة والرؤساء التزامات معينة تتمثل في كفالة احترام القوات التابعة لهم لقواعد القانون الدولي الإنساني، وبالأخص القواعد الخاصة بالجرائم الأشد خطورة في القانون الدولي وهي جرائم الحرب والجرائم ضد الإنسانية وجرائم الإبادة الجماعية وفق ما ورد في النظام الأساسي للمحكمة الجنائية الدولية، ويكون ذلك من خلال تدريب المرؤوسين والقوات التابعة لهم على القانون الدولي الإنساني والتعريف بأحكامه واتخاذ التدابير الضرورية لمنعهم من انتهاك أحكامه، إضافة إلى القيام بمعاقبته في حال انتهكوا تلك القواعد، وفي حال قصر في ذلك فإن المسؤولية الدولية تقع على عاتقه؛ لأنه لم يحم بواجبه في اتخاذ الخطوات السابقة، علاوة على أن المسؤولية الدولية تقع عليه في حال أمر القوات التابعة له بارتكاب إحدى الجرائم المذكورة¹.

مسؤولية رؤساء الدول

في ظل القانون الجنائي الدولي فإن الحصانة القضائية لرؤساء الدول غير مطلقة، بحيث تتلاشى في حال ارتكب أي منهم أو تورط بأي شكل من الأشكال بارتكاب جريمة دولية، حتى لو لم يرتكبها بصفة رسمية، وبناءً على ما جاء في النظام الأساسي للمحكمة الجنائية الدولية فإن رؤساء الدول يفقدون حصاناتهم ويصبحون عرضة للمسؤولية الدولية في حال ارتكابهم لإحدى الجرائم الدولية الخطيرة التي تشكل تهديداً للسلم والأمن الدوليين أو انتهاكات جسيمة للقانون الدولي الإنساني، وبالتالي وبناءً على ما تقدم في حال قام رئيس دولة بارتكاب إحدى تلك الجرائم الخطيرة أو اشترك بارتكابها أو التخطيط لها بالإمكان محاكمته أمام القضاء الدولي، وبالتالي يمكن إلقاء القبض عليه واعتقاله وإجراء التحقيق معه وتحريك الدعاوى ضده بصفة شخصية، فالمادة (27) من نظام روما الأساسي في الفقرة منها تنص على

¹ سيف غانم السويدي، المسؤولية الجنائية للقادة والرؤساء والدفع بأوامرهم أمام القضاء الجنائي الدولي، مجلة الأمن والقانون، مج20، ع2، 2012، ص353

أن نصوص هذا النظام تطبق على أشخاص القانون الدولي دون تمييز بسبب الصفة الرسمية¹، وبالتالي فإن رئيس الدولة يخضع للعقاب حتى وإن كان القانون الداخلي لدولته لا يجرم ذلك الفعل طالما أن القانون الدولي يجرمه، في حال كانت الجرائم المرتكبة بأمر منه وبصفته الرسمية، والحصانات المقررة له لا تحول دون قيام المسؤولية ومعاقبته عن الجرائم الدولية المرتكبة منه أو بناءً على أوامر منه بصفته الرسمية وفق ما ورد في المادة (2/28) من نظام روما الأساسي².

وهنا لا بُد من الإشارة إلى أن التقادم المسقط المعروف في التشريعات الداخلية غير مطبق على الجرائم الدولية، ففي حال ارتكبت جريمة دولية يبقى حق المتضرر قائماً في رفع دعوى ضد الشخص المرتكب للجريمة متى أتاحت له الفرصة ذلك، وذلك نظراً لما تشكله هذه الجرائم من خطورة وآثار مدمرة على البشرية والمجتمع الدولي وفق ما جاء في المادة (29) من ميثاق روما، على الرغم من إعطاء حصانة لمجرمي الحرب في المادة (24) منه، أي وكأنه قد ناقض نفسه³.

ثانياً: مدى انطباق أحكام المسؤولية الدولية على اعتراف الولايات المتحدة الأمريكية بالقدس عاصمة موحدة لإسرائيل ونقل سفارتها لها

بالنسبة للمسؤولية المدنية

إن الاعتراف بالقدس عاصمة موحدة لإسرائيل ونقل السفارة لها جريمة دولية مستمرة نظراً لما تشكله من مخالفة لاتفاقية جنيف الرابعة واتفاقية لاهاي وقرارات الشرعية الدولية الصادرة عن الأمم المتحدة بهيئاتها المختلفة سواء الجمعية العامة أو مجلس الأمن ، الأمر الذي يترتب المسؤولية الدولية على الولايات المتحدة الأمريكية، وبالتالي ترتب النتائج الخاصة بتوافر المسؤولية المدنية.

¹ مدثر جميل، المسؤولية الجنائية لرؤساء الدول والقادة في ظل القانون الجنائي الدولي: دراسة قانونية لتطور مفهوم المسؤولية الفردية في نظام روما الأساسي لسنة 1998، مجلة جامعة الحسين بن طلال للبحوث، مج 2، ع2، 2017، ص145

² موسى دويك، مرجع سابق، ص15

³ نظام روما الأساسي للمحكمة الجنائية الدولية المعتمد في روما 17/ تموز/ يولييه 1998، معاهدات 1998/177، منشور على الموقع الإلكتروني التالي:

<https://www.wicrc.org/ar/doc/resources/documents/misc/6e7ec5htm>، تاريخ الدخول 2021/1/22م

أ- وقف العمل غير المشروع

إن نقل السفارة إلى القدس وبقائها في تلك المدينة يشكل انتهاكًا ومخالفة لقواعد القانون الدولي الإنساني يحتم على الولايات المتحدة الأمريكية التوقف عن هذا العمل غير المشروع من خلال عدم الاستمرار بالإبقاء على تلك السفارة في تلك المدينة، إضافة إلى التوقف الفوري عن الاعتراف بالقدس عاصمة لإسرائيل نظرًا لما لهذه المدينة من وضع دولي خاص، وإن الاعتراف بالقدس عاصمة لإسرائيل حتى وإن شرعت الولايات المتحدة الأمريكية قانونًا داخليًا يضيفي على فعلها الصفة القانونية إلا أنه لا يمكن الاحتجاج بقانون داخلي مقابل القانون الدولي سواء العرفي أو المقنن، حيث جاءت المادة (32) من مدونة المسؤولية الدولية لتنص على أن الدولة المسؤولة عن الفعل غير المشروع لا تستطيع الاعتماد على قانونها الداخلي كمبرر لإخلالها بالتزام دولي¹، وبالتالي عليها إلغاء ذلك القانون وإلغاء قرارها بنقل السفارة الأمريكية للقدس، وفقًا لما تمليه عليها قواعد القانون الدولي.

ب- إعادة الحال إلى ما كانت عليه قبل الاعتراف وقبل النقل

وبالتالي يتعين على الولايات المتحدة الأمريكية إرجاع سفارتها إلى تل أبيب ونقلها من القدس، إضافة إلى إلغاء اعترافها بالقدس كعاصمة موحدة لإسرائيل نظرًا لما يُشكله ذلك من انتهاك للحق الفلسطيني في السيادة على أراضيهم، إضافة لما يُشكله ذلك من خطورة في تهديد السلم والأمن الدوليين فهي نقطة خلاف ونزاع عربي إسرائيلي منذ عقود.

ت- التعويض المالي

إن للقرار الذي اتخذته الولايات المتحدة الأمريكية آثارًا كبيرة على الأراضي الفلسطينية والشعب العربي الفلسطيني المقيم على هذه الأرض، فبمجرد اعتراف الولايات المتحدة الأمريكية بالقدس عاصمة لإسرائيل ونقل سفارتها لها، اعتبرت إسرائيل أن هذا أساس قانوني لها للقيام بالتوسع الاستيطاني الكبير في تلك المدينة على حساب أراضي مملوكة للفلسطينيين، علاوة على الأثر الكبير للضرر الذي لحق بهم وبممتلكاتهم في تلك الأراضي الموجودة في المدينة المقدسة، وبالتالي تُعتبر الولايات المتحدة الأمريكية من خلال رئيسها دونالد ترامب خاصة وأن النظام الأساسي لمحكمة الجنايات الدولية قد رفع الحصانة عن رؤساء الدول، ويُعتبر الشخص الذي يرتكب جريمة تدخل في اختصاص المحكمة مسؤولاً عنها بصفته الفردية وعرضه للعقاب وفقًا للنظام الأساسي²، شريكة في الجرائم الدولية التي ترتكبها إسرائيل، وبالتالي

¹ موسى دويك، مرجع سابق، ص 18

² المادة (25) من نظام روما الأساسي للمحكمة الجنائية الدولية

يقع على عاتقها مسؤولية تعويض المتضررين من ذلك القرار الذي اتخذته الولايات المتحدة الأمريكية، وما اتخذته إسرائيل من إجراءات لتهويد تلك المدينة وتوسع استيطاني إثر تلك القرارات.

المسؤولية الجنائية الدولية على نقل السفارة الأمريكية للقدس والاعتراف بها عاصمة موحدة لإسرائيل

إن اعتراف الولايات المتحدة الأمريكية بالقدس عاصمة لإسرائيل والقيام بنقل سفارتها لها يُشكل انتهاكاً لقرارات الشرعية الدولية واتفاقية جنيف الرابعة المطبقة على الأراضي الفلسطينية وفق ما جاء في قرار محكمة العدل الدولية بخصوص الرأي الاستشاري عن الأثر القانوني المترتب عن تشييد جدار الفصل العنصري، وإن الولايات المتحدة الأمريكية بشروعها بذلك تنتهك حق الشعب الفلسطيني في تقرير مصيره التي أكدت عليه معظم قرارات الجمعية العامة الخاصة بالقضية الفلسطينية، علاوة على أن البرتوكول الإضافي الأول الملحق باتفاقيات جنيف نص على أنه يقع على عاتق الدول الأعضاء في اتفاقية جنيف وجوب التحرك لمنع الانتهاكات للاتفاقية والبرتوكول، وبالتالي وبالضرورة الامتناع عن الاعتراف بالوقائع التي أوجدها تصرف دولة غير مشروع، وكذلك الامتناع عن مساندة تلك الدولة المرتكبة لفعل غير مشروع، وهذا ما خالفته الولايات المتحدة الأمريكية بشكل صارخ ضاربة عرض الحائط بأية قرارات دولية وأية قواعد قانونية دولية عرفية ومقننة، فهي لم تكتف فقط بعدم منع إسرائيل من انتهاك للقانون الدولي إنما قامت بدعمها ومساعدتها على ارتكاب تلك الجرائم من خلال الاعتراف بالقدس عاصمة لها، ونقل سفارتها إليها، وبالتالي وبانتهاكها لتلك القواعد لا سيما قواعد اتفاقيات جنيف والبرتوكول الملحق بها ترتكب جريمة حرب تعاقب عليها جنائياً، وتقوم المسؤولية تجاه الرئيس الأمريكي بشكل مباشر كذلك؛ لأنه هو من أمر بذلك بصفته الرسمية، إضافة إلى كون هذا القرار يشكل انتهاكاً لقواعد القانون الدولي الخاصة بالاحتلال العسكري وحظر ضم الأقاليم الخاضعة لسلطة عسكرية خارجية أو الاعتراف بها، وفق ما جاء في اتفاقية لاهاي التي تعتبر المادة (43) الحد الفاصل فيه وكذلك أحكام اتفاقية جنيف الرابعة لعام 1949، التي حظرت تغيير الطابع الديموغرافي والمركز القانوني للأراضي المحتلة.¹

¹ وسيم جابر الشنطي، دراسة حقوقية: صفقة القرنين منطق القوة والقانون الدولي، منشور على الموقع الإلكتروني التالي:

<https://www.aljazeera.net/news/humanrights/2020/2/19/%D8%B5%D9%81%D9%82%D8%A9-%D8%A7%D9%84%D9%82%D8%B1%D9%86-%D8%A8%D9%8A%D9%86-%D9%85%D9%86%D8%B7%D9%82-%D8%A7%D9%84%D9%82%D9%88%D8%A9-%D9%88%D8%A7%D9%84%D9%82%D8%A7%D9%86%D9%88%D9%86> تاريخ الدخول 2021/1/22م

الخاتمة

من خلال هذه الدراسة توصلنا لمجموعة من النتائج والتوصيات وهي على النحو الآتي :

أولاً: النتائج

1. القدس كيان ذو طابع دولي تحت وصاية الأمم المتحدة وفق قرارات الشرعية الدولية الصادرة عن مجلس الأمن والجمعية العامة للأمم المتحدة.
2. العديد من فقهاء القانون الدولي، يعتبرون قرار التقسيم (181) باطلاً ولاغياً وغير قانوني استناداً لصدوره عن جهة غير مختصة.
3. إن قرار الاعتراف بالقدس عاصمة لإسرائيل ونقل السفارة الأمريكية إليها مخالف للقانون الدولي وللدستور الأمريكي.
4. سياسية الولايات المتحدة الأمريكية تجاه مدينة القدس جزءاً لا يتجزأ من السياسة الأمريكية تجاه القضية الفلسطينية ككل، أي هي انحياز للجانب الإسرائيلي ضد الجانب الفلسطيني.
5. إن القرار الأمريكي جعل دولة الاحتلال تتوسع في المستوطنات بوتيرة كبيرة في القدس بحجة أن لديها اعتراف أمريكي بأن القدس عاصمة موحدة لها.
6. إن نقل السفارة الأمريكية للقدس يشرعن احتلال القدس بشكل يتعارض مع قواعد القانون الدولي وقرارات الشرعية الدولية.

ثانياً: التوصيات

1. ضرورة توجه فلسطين لرفع قضية أمام القضاء الأمريكي لإلغاء هذا التشريع والقرار نظراً لكونه يعارض ويخالف الدستور الأمريكي وهو القانون الأعلى في البلاد.
2. التوجه لمحكمة الجنايات الدولية لمحاسبة كل من كان سبباً في الاعتراف بالقدس عاصمة موحدة لإسرائيل، حيث إن محكمة الجنايات الدولية تثبت المسؤولية تجاه الأشخاص العاديين والقادة العسكريين ورؤساء الدول.
3. ضرورة تفعيل جهة فلسطينية رسمية مختصة بالمطالبة من المجتمع الدولي بإيقاف الانتهاكات الدولية التي تُرتكب من قبل إسرائيل أمريكا الداعمة لها، إضافة للمطالبة بالتعويض عن تلك الانتهاكات.

4. دعوة جامعة الدول العربية والدول الأعضاء فيها والدول الأجنبية الأخرى للضغط على الولايات المتحدة الأمريكية للتراجع عن قرارها وإرجاع السفارة لتل أبيب وعدم الاعتراف بالقدس الموحدة عاصمة لإسرائيل.

5. ضرورة اللجوء إلى محكمة العدل الدولية لاستصدار فتوى قانونية جديدة بشأن تداعيات نقل السفارات إلى القدس.

6. التوجه إلى مجلس حقوق الإنسان التابع للأمم المتحدة لتشكيل لجنة تحقيق خاصة بانتهاكات إسرائيل المتعلقة بالقدس والاستيطان.

7. ضرورة العمل والتنسيق مع الاتحاد الأوروبي ومجموعات دولية أخرى لضمان عدم اعتراف أي دول جديدة بالقدس عاصمة لإسرائيل.

8. التوجه إلى الجمعية العامة للأمم المتحدة بموجب آلية الاتحاد من أجل السلام لاستصدار قرار جديد يرفض أي تدابير أحادية الجانب بشأن القدس.

بيان تضارب المصالح

يقر جميع المؤلفين أنه ليس لديهم أي تضارب في المصالح.

قائمة المصادر والمراجع

أولاً: المصادر

1- القوانين

أ- نظام روما الأساسي لعام 1998.

ب- اتفاقية جنيف الرابعة لعام 1949.

ثانياً: المراجع

1- الكتب

1. سامح خليل الوادية، المسؤولية الدولية عن جرائم الحرب الإسرائيلية، مركز الزيتونة للدراسات والاستشارات، بيروت، ط1، 2009.

2. غسان الجندي، المسؤولية الدولية، مطبعة التوفيق، عمان، ط1، 1990.

3. محمد سعادي، المسؤولية الدولية للدولة في ضوء التشريع والقضاء الدوليين، المصرية للنشر والتوزيع، مصر، 2019.

2- أبحاث ومقالات

1. أحمد أبو الوفا، شروط المسؤولية الدولية، مجلة الدبلوماسية، ع13، 1990.

2. بلال بوعكيرة، مركز القدس في القانون الدولي في ضوء نقل السفارة الأمريكية، مجلة دراسات وأبحاث، جامعة الجلفة، مج12، ع3، 2020.

3. رويدة أبو عمشة، سياسة الولايات المتحدة الأمريكية تجاه مدينة القدس (نقل السفارة الأمريكية من تل أبيب إلى القدس)، مجلة الجامعة الإسلامية للبحوث الإنسانية، مج28، ع1، 2020.

4. سالي. ف. مالميسون، القانون الذي ينطبق على نقل السفارة الأمريكية للقدس، مجلة الدبلوماسية، ع5، 1985.

5. سيف غانم السويدي، المسؤولية الجنائية للقادة والرؤساء والدفع بأوامرهم أمام القضاء الجنائي الدولي، مجلة الأمن والقانون، مج20، ع2، 2012.

6. سعيد اللحام، قرار الضم الإسرائيلي لأراضي الضفة الغربية والقدس الشرقية والأغوار والمستوطنات، مجلة دراسات شرق أوسطية، مج24، ع92، 2020.

7. شفيق المصري، القدس في القانون الدولي، مجلة الدراسات الفلسطينية، ع114، 2018.

- ### 3- رسائل ماجستير

- #### 4-المواقع الإلكترونية

- المجلة العصرية للدراسات القانونية - الكلية العصرية الجامعية - رام الله - فلسطين.

%D8%A5%D8%B3%D8%B1%D8%A7%D8%A6%D9%8A%D9%84-
%D8%B9%D9%84%D9%89-%D8%A7%D9%84%D9%82%D8%AF%D8%B3

4. قرار الجمعية العامة رقم (122/35)، منشور على الموقع الإلكتروني الآتي :

<http://group194.net/article/18993>.

5. وزير خارجية بايدن: ندعم حل الدولتين والقدس عاصمة لإسرائيل، منشور على الموقع

الإلكتروني الآتي :

<https://www.arab48.com/%D8%A3%D8%AE%D8%A8%D8%A7%D8%B1-%D8%B9%D8%B1%D8%A8%D9%8A%D8%A9-%D9%88%D8%AF%D9%88%D9%84%D9%8A%D8%A9/2021/01/20/%D9%88%D8%B2%D9%8A%D8%B1-%D8%AE%D8%A7%D8%B1%D8%AC%D9%8A%D8%A9-%D8%A8%D8%A7%D9%8A%D8%AF%D9%86-%D9%86%D8%AF%D8%B9%D9%85-%D8%AD%D9%84-%D8%A7%D9%84%D8%AF%D9%88%D9%84%D8%AA%D9%8A%D9%86-%D9%88%D8%A7%D9%84%D9%82%D8%AF%D8%B3-%D8%B9%D8%A7%D8%B5%D9%85%D8%A9-%D9%84%D8%A5%D8%B3%D8%B1%D8%A7%D8%A6%D9%8A%D9%84>

6. رزق سمودي، الخيارات القضائية لمواجهة الإعلان الأمريكي القدس عاصمة لإسرائيل، منشور

على الموقع الإلكتروني الآتي :

<https://www.prc.ps/%D8%A7%D9%84%D8%AE%D9%8A%D8%A7%D8%B1%D8%A7%D8%AA-%D8%A7%D9%84%D9%82%D8%B6%D8%A7%D8%A6%D9%8A%D8%A9-%D9%84%D9%85%D9%88%D8%A7%D8%AC%D9%87%D8%A9-%D8%A7%D9%84%D8%A5%D8%B9%D9%84%D8%A7%D9%86-%D8%A7%D9%84>

7. قضية نقل السفارة الأمريكية إلى القدس، وانسحاب أمريكا من بروتوكول اتفاقية فيينا، منشور على

الموقع الإلكتروني الآتي : <http://ajalia.com/article/51763#>.

8. على خلفية نقل السفارة، العدل الدولية تنتظر بشكوى قدمتها ضد أمريكا ، منشور على الموقع

الإلكتروني الآتي : <https://nn.najah.edu/news/Policy/2018/12/04/176796>.

9. مراحل الاستيطان الإسرائيلي في الأراضي الفلسطينية، منشور على الموقع الإلكتروني الآتي:

https://info.wafa.ps/ar_page.aspx?id=4115.

10. وسيم جابر الشنطي، دراسة حقوقية: صفقة القرن..بين منطق القوة والقانون الدولي، منشور على

الموقع الإلكتروني الآتي :

<https://www.aljazeera.net/news/humanrights/2020/2/19/%D8%B5%D9%81%D9%82%D8%A9-%D8%A7%D9%84%D9%82%D8%B1%D9%86-%D8%A8%D9%8A%D9%86-%D9%85%D9%86%D8%B7%D9%82-%D8%A7%D9%84%D9%82%D9%88%D8%A9-%D9%88%D8%A7%D9%84%D9%82%D8%A7%D9%86%D9%88%D9%86>

رقابة الاختصاص القضائي عند تنفيذ الأحكام الأجنبية في النظام السعودي

*Jurisdiction Control When Executing Foreign
Judgments in the Saudi System*

د. عثمان محمد أحمد الأمين حماد
جامعة حائل كلية الشريعة والقانون
(السعودية)

رقابة الاختصاص القضائي عند تنفيذ الأحكام الأجنبية في النظام السعودي

Jurisdiction Control When Executing Foreign Judgments in the Saudi System

د. عثمان محمد أحمد الأمين حماد

أستاذ مساعد جامعة حائل كلية الشريعة والقانون، (السعودية)

o.elameen@uoh.edu.sa

DOI: <https://doi.org/10.70411/MJLS.3.2.2025214>

تاريخ القبول: 2025-03-23

تاريخ المراجعة: 2025-03-04

تاريخ الاستلام: 2025-03-01

المخلص:

يتناول هذا البحث رقابة الاختصاص القضائي عند تنفيذ الأحكام الأجنبية في القانون السعودي، وذلك من خلال دراسة الإطار القانوني والتنظيمي الذي يحكم تنفيذ الأحكام الأجنبية في المملكة العربية السعودية. يركز البحث على مفهوم تنفيذ الأحكام الأجنبية، الأساس القانوني لذلك، بالإضافة إلى التحديات التي تواجه المحاكم السعودية في تطبيق هذه الأحكام. كما يتم تناول رقابة الاختصاص القضائي التي تمارسها المحاكم السعودية لضمان توافق الأحكام الأجنبية مع النظام العام السعودي والشريعة الإسلامية. بعد ذلك، يعرض البحث بعض المقترحات لتطوير الرقابة القضائية، من خلال تعزيز التعاون القضائي الدولي، تطوير التشريعات الوطنية، وتوظيف التكنولوجيا الحديثة في تسريع الإجراءات.

كما يُقارن البحث بين القانون السعودي وبعض الأنظمة القانونية الأخرى مثل النظام الفرنسي والمصري والأمريكي، مع تسليط الضوء على التحديات العملية التي قد تؤثر على تطبيق الأحكام الأجنبية. وقد توصل البحث إلى عدد من النتائج من أهمها أهمية رقابة الاختصاص القضائي.

فتعتبر رقابة الاختصاص القضائي في السعودية أساساً لضمان عدم تعارض الأحكام الأجنبية مع النظام العام السعودي والشريعة الإسلامية، وكذلك فإن هنالك تحديات في التنفيذ إذ يواجه النظام القضائي السعودي تحديات قانونية وتقنية في تطبيق الأحكام الأجنبية، خاصة في ظل الاختلافات الثقافية والقانونية بين الأنظمة.

كما توصل البحث إلى عدد من التوصيات من أهمها تعزيز التعاون القضائي الدولي، فمن المهم أن تواصل السعودية تعزيز التعاون مع الدول الأخرى من خلال توقيع اتفاقيات تنفيذ الأحكام بشكل يسمح بتسهيل تنفيذ الأحكام الأجنبية في المملكة، خاصة مع دول ذات علاقات تجارية قوية، وكذلك تطوير التشريعات الوطنية إذ يجب تحديث التشريعات الوطنية لضمان مرونة أكبر في تنفيذ الأحكام الأجنبية، مع الحفاظ على الالتزام بالشريعة الإسلامية والنظام العام السعودي.

الكلمات المفتاحية: رقابة الاختصاص القضائي، تنفيذ الأحكام الأجنبية، النظام العام السعودي، الشريعة الإسلامية، التعاون القضائي الدولي، التشريعات الوطنية، التكنولوجيا القانونية.

Abstract:

This research addresses the oversight of jurisdiction when enforcing foreign judgments under Saudi law by examining the legal and regulatory framework governing the enforcement of foreign judgments in the Kingdom. The research focuses on the concept of the enforcement of foreign judgments, its legal basis, and the challenges facing Saudi courts in enforcing these judgments. It also examines the oversight exercised by Saudi courts to ensure that foreign judgments are consistent with Saudi public order and Islamic law. Subsequently, the research presents proposals for developing judicial oversight by enhancing international judicial cooperation, developing national legislation, and utilizing modern technology to expedite procedures. The research also compares Saudi law with other legal systems, such as the French, Egyptian, and American systems, highlighting the practical challenges that may affect the enforcement of foreign judgments. The research reached a number of conclusions, the most important of which is the importance of judicial oversight. Judicial oversight in Saudi Arabia is considered a basis for ensuring that foreign judgments do not conflict with Saudi public order and Islamic law. There are also challenges in implementation, as the Saudi judicial system faces legal and technical challenges in implementing foreign judgments, especially in light of the cultural and legal differences between the systems. The research also reached a number of recommendations, the most important of which is strengthening international judicial cooperation. It is important for Saudi Arabia to continue strengthening cooperation with other countries by signing judgment enforcement agreements in a way that facilitates the implementation of foreign judgments in the Kingdom, especially with countries with strong trade relations. It is also important to develop national legislation, as national legislation must be updated to ensure greater flexibility in implementing foreign judgments, while maintaining adherence to Islamic law and Saudi public order.

Keywords: judicial jurisdiction review, foreign judgment enforcement, Saudi public order, Sharia law, international judicial cooperation, national legislation, legal technology

المقدمة

يُعد تنفيذ الأحكام الأجنبية من القضايا القانونية ذات الأهمية البالغة في العصر الحديث، نظرًا لتزايد العلاقات الدولية والتجارية بين الدول، الأمر الذي يستوجب وجود آليات قانونية تضمن تنفيذ الأحكام الصادرة عن المحاكم الأجنبية في الدول الأخرى. وفي هذا السياق، يلعب القضاء السعودي دورًا أساسيًا في ضبط تنفيذ هذه الأحكام وفقًا لمبادئ العدالة وأحكام الشريعة الإسلامية والأنظمة الوطنية. ومن بين أهم المسائل التي تثار عند تنفيذ الأحكام الأجنبية في المملكة العربية السعودية مسألة رقابة الاختصاص القضائي، حيث يتعين على المحاكم السعودية التحقق من أن المحكمة الأجنبية التي أصدرت الحكم كانت مختصة بنظر النزاع وفقًا للمعايير القانونية المعتمدة، وألا يكون الاختصاص القضائي قد انتهك بطريقة تخالف النظام العام السعودي.

أهداف البحث:

يهدف هذا البحث إلى:

1. بيان الأساس القانوني لتنفيذ الأحكام الأجنبية في السعودية.
2. توضيح مفهوم رقابة الاختصاص القضائي عند تنفيذ الأحكام الأجنبية.
3. تحليل موقف القضاء السعودي من هذه الرقابة ومدى تأثيرها على تنفيذ الأحكام.
4. دراسة مدى توافق هذه الرقابة مع الاتفاقيات الدولية.
5. تقديم مقترحات لتطوير آليات تنفيذ الأحكام الأجنبية في السعودية.

أهمية الموضوع:

يكتسب موضوع رقابة الاختصاص القضائي عند تنفيذ الأحكام الأجنبية في القانون السعودي أهمية كبيرة في ظل العولمة والانفتاح القانوني بين الدول، حيث أصبحت الحاجة ملحة إلى تنفيذ الأحكام القضائية الأجنبية داخل المملكة العربية السعودية وفق ضوابط قانونية واضحة تضمن العدالة، وتحافظ على سيادة الدولة ومبادئ نظامها العام المستمدة من الشريعة الإسلامية. وتبرز أهمية هذا الموضوع للأسباب الآتية:

1. حماية السيادة الوطنية: إذ يجب التأكد من أن تنفيذ الأحكام الأجنبية لا يمس بسيادة النظام القضائي السعودي أو يخالف القواعد الأساسية للنظام العام في المملكة.
2. تحقيق العدالة: من خلال التأكد من أن المحكمة الأجنبية التي أصدرت الحكم كانت مختصة قانونيًا، وأن الحكم لا يتضمن أي إخلال بالضمانات القضائية المعتمدة.

3. تعزيز الثقة في القضاء السعودي: من خلال وضع معايير واضحة لرقابة الاختصاص القضائي، مما يعزز المصادقية في التعاملات الدولية.
4. التوافق مع الاتفاقيات الدولية: في ظل انضمام المملكة إلى العديد من الاتفاقيات الدولية المتعلقة بتنفيذ الأحكام، أصبح من الضروري دراسة مدى توافق القوانين السعودية مع هذه الاتفاقيات.
5. تسهيل العلاقات التجارية والاستثمارية: إذ يساهم تنفيذ الأحكام الأجنبية بشكل سليم في جذب الاستثمارات الأجنبية، ويضمن تنفيذ الالتزامات التعاقدية الدولية.

أسباب اختيار الموضوع:

- تم اختيار هذا الموضوع لعدة أسباب، منها:
1. ندرة الدراسات التي تتناول رقابة الاختصاص القضائي تحديداً عند تنفيذ الأحكام الأجنبية في السعودية، رغم أهميته العملية والقانونية.
2. التزايد المستمر في القضايا المتعلقة بتنفيذ الأحكام الأجنبية، خاصة في ظل توسع العلاقات الاقتصادية بين المملكة ودول العالم.
3. الحاجة إلى تحليل موقف القضاء السعودي من هذه المسألة، ومدى توافقه مع الأنظمة القانونية الدولية.
4. رغبة الباحث في تقديم مقترحات لتطوير التشريعات الوطنية، بما يساهم في تحقيق العدالة وتعزيز التعاون القضائي الدولي.

منهجية البحث:

يعتمد هذا البحث على المنهج المقارن؛ لمقارنة موقف القانون السعودي بالقوانين الأخرى، بالإضافة إلى المنهج الاستقرائي؛ لتحليل الأحكام القضائية السعودية المتعلقة بتنفيذ الأحكام الأجنبية.

إشكالية البحث:

- تتمحور إشكالية البحث حول الإجابة على التساؤلات الآتية :
- إلى أي مدى تؤثر رقابة الاختصاص القضائي على تنفيذ الأحكام الأجنبية في المملكة العربية السعودية وفقاً لنظام المرافعات الشرعية والاتفاقيات الدولية؟
- ويتفرع عن ذلك الأسئلة الفرعية الآتية:
1. ما مفهوم تنفيذ الأحكام الأجنبية في القانون السعودي، وما الشروط اللازمة لاعتمادها وتنفيذها؟

2. ما الأساس القانوني الذي تستند إليه المحاكم السعودية عند فحص اختصاص المحكمة الأجنبية التي أصدرت الحكم؟

3. ما مدى تأثير الاتفاقيات الدولية والإقليمية على تنفيذ الأحكام الأجنبية في السعودية؟

4. ما التحديات القانونية والعملية التي تواجه القضاء السعودي في تطبيق الرقابة القضائية على الأحكام الأجنبية؟

5. كيف يمكن تطوير التشريعات السعودية لتعزيز فعالية تنفيذ الأحكام الأجنبية دون المساس بالسيادة القانونية للدولة؟

الدراسات السابقة:

تمت دراسة عدد من الأبحاث والمراجع ذات الصلة، ومن أهمها:

1. دراسات حول تنفيذ الأحكام الأجنبية في القانون السعودي: تناولت بعض الأبحاث الأحكام العامة لتنفيذ الأحكام الأجنبية في السعودية، والشروط التي يجب توافرها وفق نظام المرافعات الشرعية.

2. ناقشت مدى تأثير النظام العام السعودي على رفض تنفيذ بعض الأحكام الأجنبية.

3. دراسات حول رقابة الاختصاص القضائي: تناولت بعض الدراسات مفهوم الاختصاص القضائي في الأنظمة القانونية المختلفة، وأثره على تنفيذ الأحكام الأجنبية.

4. ناقشت الرقابة التي تمارسها المحاكم الوطنية عند مراجعة اختصاص المحكمة الأجنبية التي أصدرت الحكم.

5. دراسات مقارنة بين القانون السعودي والقوانين الأخرى: تناولت بعض الدراسات المقارنة بين موقف السعودية من تنفيذ الأحكام الأجنبية ومواقف بعض الدول الأخرى، مثل القوانين الفرنسية والمصرية والأمريكية.

ناقشت تأثير الاتفاقيات الدولية على تنفيذ الأحكام الأجنبية، ومدى التزام الدول المختلفة بهذه الاتفاقيات.

التعليق على الدراسات السابقة:

هذه الدراسات السابقة لم تتناول بشكل كافٍ دور رقابة الاختصاص القضائي تحديداً في تنفيذ الأحكام الأجنبية داخل السعودية، كما لم تقدم حلولاً واضحة للمشكلات العملية التي تواجه المحاكم السعودية في هذا المجال. ولهذا، يهدف هذا البحث إلى سد هذه الفجوة من خلال دراسة متعمقة لمفهوم

رقابة الاختصاص القضائي، وتقديم مقترحات عملية وقانونية لتطوير هذا الجانب في التشريعات السعودية.

خطة البحث:

عمد الباحث إلى تقسيم البحث إلى مقدمة وأربعة مباحث والمباحث إلى مطالب وخاتمة وفهارس:

المبحث الأول: مفهوم تنفيذ الأحكام الأجنبية في القانون السعودي.

المطلب الأول: تعريف الأحكام الأجنبية وشروط تنفيذها.

المطلب الثاني: الأساس القانوني لتنفيذ الأحكام الأجنبية في السعودية.

المطلب الثالث: دور الجهات المختصة في تنفيذ الأحكام الأجنبية.

المبحث الثاني: الاعتراف بالأحكام القضائية الأجنبية في القانون السعودي.

المطلب الأول: مفهوم الاعتراف بالأحكام القضائية الأجنبية.

المطلب الثاني: ضوابط الاعتراف بالأحكام القضائية الأجنبية في السعودية.

المطلب الثالث: أثر الاعتراف بالأحكام الأجنبية على تنفيذها في السعودية.

المبحث الثالث: رقابة الاختصاص القضائي عند تنفيذ الأحكام الأجنبية.

المطلب الأول: مفهوم الرقابة على الاختصاص القضائي.

المطلب الثاني: ضوابط رقابة الاختصاص القضائي وفق القانون السعودي.

المطلب الثالث: التحديات العملية في رقابة الاختصاص القضائي.

المبحث الرابع: مدى توافق رقابة الاختصاص القضائي مع الاتفاقيات الدولية.

المطلب الأول: موقف القانون السعودي من الاتفاقيات الدولية.

المطلب الثاني: مقارنة بين القانون السعودي وبعض الأنظمة القانونية الأخرى.

المطلب الثالث: مقترحات لتطوير رقابة الاختصاص القضائي في السعودية.

الخاتمة، وتشمل:

1- أهم النتائج التي توصل إليها البحث.

2- التوصيات والمقترحات.

3- المصادر والمراجع.

المبحث الأول

مفهوم تنفيذ الأحكام الأجنبية في القانون السعودي

يتناول هذا المبحث ماهية الأحكام الأجنبية، وشروط تنفيذها في السعودية وفقاً للنظام القضائي الوطني، حيث تتطلب عملية التنفيذ توافر مجموعة من الشروط والإجراءات القانونية التي يتم من خلالها تقييم مدى صحة واختصاص الحكم الأجنبي، وضمان عدم تعارضه مع النظام العام في المملكة.

المطلب الأول

تعريف الأحكام الأجنبية وشروط تنفيذها

أولاً: تعريف الأحكام الأجنبية

يُقصد بالأحكام الأجنبية تلك الأحكام الصادرة عن محاكم دول أخرى، والتي يُراد تنفيذها في دولة غير الدولة التي أصدرتها. ويشمل ذلك الأحكام المدنية والتجارية والجنائية والأحوال الشخصية، طالما أن موضوعها لا يتعارض مع النظام العام في الدولة المطلوب تنفيذ الحكم فيها.

وقد عرّف بعض الفقهاء الحكم الأجنبي بأنه: "قرار قضائي صادر عن محكمة ذات ولاية قانونية في دولة ما، يُراد الاعتراف به وتنفيذه في دولة أخرى، وفقاً للقواعد والإجراءات المحددة في النظام القانوني للدولة المطلوب تنفيذ الحكم فيها"¹.

وفي النظام السعودي، يخضع تنفيذ الأحكام الأجنبية لأحكام نظام المرافعات الشرعية، وتحديدًا المواد التي تنظم تنفيذ الأحكام الصادرة من المحاكم الأجنبية، كما تتأثر هذه القواعد بالاتفاقيات الدولية التي تكون المملكة طرفاً فيها.

ثانياً: الفرق بين الأحكام الأجنبية والأحكام الوطنية

1- من حيث مصدر الحكم:

- الأحكام الوطنية: هي الأحكام التي تصدرها المحاكم داخل المملكة العربية السعودية، بناءً على القوانين والأنظمة الوطنية، وتنفذ مباشرة داخل البلاد دون الحاجة إلى إجراءات خاصة.
- الأحكام الأجنبية: هي الأحكام التي تصدر عن محاكم خارج المملكة، وتتطلب إجراءات قانونية خاصة للاعتراف بها وتنفيذها داخل المملكة.

¹ عبد الرزاق السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني، دار النهضة العربية، القاهرة، 1998م، ص1500.

2- من حيث قابلية التنفيذ:

- الأحكام الوطنية تنفذ تلقائيًا من قبل الجهات التنفيذية المختصة في المملكة.
- الأحكام الأجنبية تحتاج إلى مراجعة من القضاء السعودي، للتحقق من استيفائها للشروط القانونية، وضمان عدم تعارضها مع النظام العام والشريعة الإسلامية.
- 3- من حيث نطاق الولاية القضائية:
- الأحكام الوطنية تصدر عن محاكم ذات ولاية قضائية محددة داخل المملكة.
- الأحكام الأجنبية تصدر عن محاكم أجنبية قد تكون لها ولاية قضائية وفقًا لقانون الدولة التي أصدرت الحكم، ولكن قد لا تكون مختصة وفقًا للقانون السعودي.

4- من حيث خضوعها للرقابة القضائية:

- الأحكام الوطنية تخضع لرقابة المحاكم السعودية بموجب أنظمة الاستئناف والنقض.
- الأحكام الأجنبية يتم فحصها من قبل المحاكم السعودية للتأكد من اختصاص المحكمة الأجنبية، ومدى توافق الحكم مع النظام العام السعودي¹.

ثالثًا: الشروط العامة لتنفيذ الأحكام الأجنبية في السعودية

وفقًا لنظام المرافعات الشرعية السعودي، هنالك مجموعة من الشروط التي يجب توافرها لتنفيذ الأحكام الأجنبية داخل المملكة، وتشمل:

- 1- وجود معاملة بالمثل بين الدولتين: يشترط القانون السعودي أن تعترف الدولة التي صدر منها الحكم الأجنبي بالأحكام الصادرة عن المحاكم السعودية وتنفذها لديها، وذلك وفقًا لمبدأ المعاملة بالمثل. ينظم هذا الشرط العديد من الاتفاقيات القضائية الثنائية والدولية التي تكون المملكة طرفًا فيها.
 - 2- اختصاص المحكمة الأجنبية: يجب أن تكون المحكمة التي أصدرت الحكم مختصة بنظر النزاع وفقًا للقوانين الدولية، وألا يكون هنالك اختصاص حصري لمحاكم المملكة في الموضوع ذاته. تتحقق المحاكم السعودية من هذه المسألة وفقًا للمعايير القضائية المعتمدة.
 - 3- عدم تعارض الحكم مع أحكام الشريعة الإسلامية والنظام العام السعودي: يجب ألا يتضمن الحكم الأجنبي ما يخالف مبادئ الشريعة الإسلامية أو القوانين الوطنية الأساسية.
- هذا الشرط يُعد من أهم الشروط التي تؤخذ بعين الاعتبار عند مراجعة الأحكام الأجنبية في السعودية.

¹ محمد عفيفي، التنفيذ الجبري للأحكام الأجنبية في القانون السعودي، ص 78-85.

4- وجوب صيرورة الحكم الأجنبي نهائياً وملزماً: يشترط أن يكون الحكم الأجنبي نهائياً غير قابل للطعن في الدولة التي صدر فيها، حتى يكون قابلاً للتنفيذ في المملكة.

كما يجب أن يكون صادراً عن محكمة قضائية وليس مجرد قرار تحكيمي، إلا إذا كان قرار التحكيم قد اعتمد وفقاً لأنظمة التحكيم الدولية.

5- عدم صدور حكم من المحاكم السعودية في القضية ذاتها: لا يجوز تنفيذ الحكم الأجنبي إذا كان هنالك حكم سعودي سابق صادر في القضية ذاتها بين الأطراف نفسها.

وهذا يهدف إلى منع التعارض بين الأحكام القضائية وتعزيز استقرار النظام القانوني.

6- اتباع الإجراءات القانونية لتنفيذ الحكم: يتعين على الطرف الذي يطلب تنفيذ الحكم الأجنبي تقديم طلب إلى المحكمة المختصة، مرفقاً بالمستندات اللازمة، مثل نسخة رسمية من الحكم الأجنبي وترجمة معتمدة له، وشهادة تفيد بأنه أصبح نهائياً وقابلاً للتنفيذ¹.

يُعد تنفيذ الأحكام الأجنبية في السعودية عملية قانونية دقيقة تخضع لرقابة صارمة، لضمان عدم تعارضها مع الشريعة الإسلامية والنظام العام الوطني. ويشكل التحقق من صحة الحكم واختصاص المحكمة الأجنبية إحدى الضمانات الأساسية للحفاظ على العدالة داخل المملكة. وتتمثل التحديات الرئيسية في ضرورة تحقيق التوازن بين احترام الأحكام القضائية الصادرة من الخارج وبين الحفاظ على السيادة القانونية للمملكة.

وسيتناول البحث في المباحث القادمة الرقابة القضائية على الاختصاص عند تنفيذ الأحكام الأجنبية، ومدى توافق هذه الرقابة مع القواعد القانونية والاتفاقيات الدولية.

المطلب الثاني

الأساس القانوني لتنفيذ الأحكام الأجنبية في السعودية

يستند تنفيذ الأحكام الأجنبية في المملكة العربية السعودية إلى مجموعة من القواعد القانونية التي تحدد شروط وإجراءات التنفيذ، وذلك لضمان تحقيق العدالة وحماية السيادة القضائية للدولة. وعلى الرغم من أن النظام السعودي يستمد أحكامه الأساسية من الشريعة الإسلامية، إلا أنه يأخذ في الاعتبار المعايير الدولية المتعارف عليها في تنفيذ الأحكام الأجنبية، خاصة في ظل تطور العلاقات القانونية والتجارية بين المملكة والدول الأخرى.

¹ عبد الله القحطاني، آليات تنفيذ الأحكام الأجنبية في القانون السعودي، 2021م، ص 112-120.

ويتناول هذا المطلب الأساس القانوني لتنفيذ الأحكام الأجنبية في السعودية، من خلال استعراض التنظيم القانوني في نظام المرافعات الشرعية، بالإضافة إلى الاتفاقيات الدولية والإقليمية التي وقعتها المملكة لتنظيم تنفيذ الأحكام، وأخيراً دور القضاء السعودي في تطبيق هذه القواعد وفقاً لمبدأ الرقابة القضائية وضمان عدم تعارض الأحكام الأجنبية مع الشريعة الإسلامية والنظام العام السعودي.

أول: التنظيم القانوني في نظام المرافعات الشرعية السعودي

يُعد نظام المرافعات الشرعية السعودي الإطار القانوني الأساسي الذي ينظم تنفيذ الأحكام الأجنبية داخل المملكة، حيث يحدد هذا النظام الشروط والمتطلبات التي يجب توفرها قبل قبول تنفيذ أي حكم أجنبي. وقد نصت المادة (11) من نظام المرافعات الشرعية على أن تنفيذ الأحكام الأجنبية يخضع لضوابط محددة، من بينها:

1. تحقق مبدأ المعاملة بالمثل بين السعودية والدولة التي صدر منها الحكم.
 2. عدم تعارض الحكم مع أحكام الشريعة الإسلامية والنظام العام في المملكة.
 3. تأكد المحكمة المختصة من صحة اختصاص المحكمة الأجنبية التي أصدرت الحكم.
 4. أن يكون الحكم الأجنبي نهائياً وقابلاً للتنفيذ وفقاً لقانون الدولة التي صدر منها.
- كما تؤكد المادة (6) من نظام التنفيذ السعودي على أن تنفيذ الأحكام الأجنبية يتم وفقاً للإجراءات التي يحددها النظام، ويُشترط أن يكون الحكم صادراً عن جهة قضائية مختصة، وأن يكون قد صدر بناءً على إجراءات عادلة تضمن حق الدفاع للطرف المحكوم عليه¹.

ثانياً: الاتفاقيات الدولية والإقليمية المنظمة لتنفيذ الأحكام

تحرص المملكة العربية السعودية على تعزيز التعاون القضائي مع الدول الأخرى من خلال إبرام اتفاقيات ثنائية ومتعددة الأطراف لتنظيم تنفيذ الأحكام الأجنبية. ومن أهم هذه الاتفاقيات:

1- اتفاقية الرياض العربية للتعاون القضائي (1983م): تُعد من أهم الاتفاقيات الإقليمية التي وقّعت عليها المملكة، حيث تنظم تنفيذ الأحكام القضائية بين الدول العربية. وتنص الاتفاقية على التزام الدول الأطراف بتنفيذ الأحكام الصادرة عن محاكم الدول الأخرى، بشرط ألا تخالف النظام العام لكل دولة. وتؤكد الاتفاقية على ضرورة عدم تعارض الحكم الأجنبي مع القوانين الداخلية للدولة المطلوب تنفيذ الحكم فيها².

¹ نظام المرافعات الشرعية السعودي، المادة (11)؛ نظام التنفيذ السعودي، المادة 6.

² اتفاقية الرياض العربية للتعاون القضائي، المادة (25)، جامعة الدول العربية، 1983م، ص 120.

2- اتفاقيات التعاون القضائي الثنائية: وقعت المملكة عدة اتفاقيات ثنائية مع دول أخرى لتنظيم تنفيذ الأحكام، مثل الاتفاقيات مع فرنسا، وبريطانيا، وتركيا، والإمارات، ومصر. وتهدف هذه الاتفاقيات إلى تسهيل الاعتراف المتبادل بالأحكام القضائية، مع الأخذ بعين الاعتبار المعايير الوطنية لكل دولة¹.

3- اتفاقيات دولية أخرى: على الرغم من أن المملكة ليست طرفاً في اتفاقية نيويورك بشأن تنفيذ أحكام التحكيم الأجنبية (1958م)، إلا أنها تتبع مبادئ مشابهة فيما يتعلق بتنفيذ قرارات التحكيم الدولي وفقاً لنظام التحكيم السعودي.

كما أن النظام السعودي يتوافق مع بعض المعايير الدولية التي تضعها المنظمات القضائية الدولية مثل الأمم المتحدة ومنظمة التجارة العالمية².

ثالثاً: دور القضاء السعودي في إعمال القواعد القانونية المتعلقة بالتنفيذ

يلعب القضاء السعودي دوراً محورياً في عملية تنفيذ الأحكام الأجنبية، حيث يخضع تنفيذ هذه الأحكام إلى رقابة صارمة من قبل المحاكم السعودية، التي تتأكد من توفر جميع الشروط القانونية قبل إصدار قرار بتنفيذ الحكم الأجنبي. ويمكن تلخيص دور القضاء السعودي فيما يلي:

1- التحقق من توافر شروط التنفيذ: تقوم المحاكم السعودية بمراجعة الأحكام الأجنبية للتأكد من استيفائها للشروط القانونية، مثل الاختصاص القضائي وصحة إجراءات التقاضي، وعدم تعارضها مع النظام العام³. ويمكن للمحكمة رفض تنفيذ الحكم الأجنبي إذا رأت أنه صدر عن محكمة غير مختصة، أو إذا لم تتوفر فيه ضمانات المحاكمة العادلة.

2- ضمان عدم تعارض الحكم مع الشريعة الإسلامية: يلتزم القضاء السعودي بالتأكد من عدم احتواء الحكم الأجنبي على ما يخالف أحكام الشريعة الإسلامية. وعلى سبيل المثال، لا يتم تنفيذ الأحكام المتعلقة بالفوائد الربوية أو الأحكام المخالفة لقواعد الأحوال الشخصية الإسلامية⁴.

3- تنفيذ قرارات التحكيم الدولية: نظراً لأهمية التحكيم في العقود التجارية الدولية، فقد خصص النظام السعودي إجراءات محددة لتنفيذ أحكام التحكيم الدولية، شريطة أن يكون التحكيم قد تم وفقاً للقواعد

¹ وزارة العدل السعودية، الاتفاقيات الثنائية للتعاون القضائي، 2023م، ص 89.

² لجنة الأمم المتحدة للقانون التجاري الدولي (UNCITRAL)، ص 210.

³ عبد الله الفحطاني، آليات تنفيذ الأحكام الأجنبية في القانون السعودي، ص 138.

⁴ فهد السعدي، التحكيم الدولي وتنفيذ الأحكام الأجنبية في السعودية، 2015م، ص 98.

القانونية المقبولة. وتتولى محاكم التنفيذ مهمة الإشراف على تنفيذ قرارات التحكيم بعد التأكد من عدم تعارضها مع النظام العام¹.

4- إجراءات الاعتراض على تنفيذ الأحكام الأجنبية: يحق للطرف المحكوم عليه تقديم اعتراض أمام المحكمة المختصة إذا رأى أن الحكم الأجنبي لا يستوفي الشروط القانونية أو أن المحكمة الأجنبية لم تكن مختصة بنظر القضية.

في هذه الحالة، تقوم المحكمة السعودية بإعادة النظر في القضية وتصدر قراراً بشأن قبول أو رفض تنفيذ الحكم الأجنبي².

ويُعد الأساس القانوني لتنفيذ الأحكام الأجنبية في المملكة العربية السعودية مزيجاً من القوانين الداخلية، المستمدة من نظام المرافعات الشرعية، والاتفاقيات الدولية والإقليمية التي تنظم التعاون القضائي بين الدول. ويؤدي القضاء السعودي دوراً رئيسياً في ضمان تحقيق العدالة أثناء تنفيذ هذه الأحكام، من خلال التحقق من الاختصاص، والامتثال للنظام العام، واحترام مبادئ الشريعة الإسلامية.

وفي ظل التطورات القانونية العالمية، يتطلب تنفيذ الأحكام الأجنبية في المملكة مزيداً من المرونة في بعض الإجراءات القانونية، بما يتماشى مع التوسع في الاستثمارات والعلاقات التجارية الدولية، مع المحافظة على السيادة القانونية للمملكة وضمان عدم المساس بأسس الشريعة الإسلامية.

المطلب الثالث

دور الجهات المختصة في تنفيذ الأحكام الأجنبية

يُعد تنفيذ الأحكام الأجنبية في المملكة العربية السعودية عملية قانونية تتطلب تعاوناً بين عدة جهات مختصة لضمان الامتثال للقوانين المحلية والاتفاقيات الدولية، مع الحفاظ على السيادة الوطنية ومبادئ الشريعة الإسلامية. وتُعد المحاكم العامة، ووزارة العدل، والجهات التنفيذية الجهات الأساسية المسؤولة عن مراجعة وتنفيذ الأحكام الأجنبية وفقاً للقوانين واللوائح المعمول بها.

ويتناول هذا المطلب دور كل من المحاكم العامة في إصدار قرارات التنفيذ، ووزارة العدل والجهات التنفيذية في متابعة التنفيذ، بالإضافة إلى توضيح العلاقة بين السلطة القضائية والجهات التنفيذية لضمان تحقيق العدالة وسيادة القانون في تنفيذ الأحكام الأجنبية داخل المملكة.

¹ نظام التحكيم السعودي، المادة (50).

² عبد الله القحطاني، آليات تنفيذ الأحكام الأجنبية في القانون السعودي، ص 75.

الفرع الأول

دور المحاكم العامة في تنفيذ الأحكام الأجنبية

تمثل المحاكم العامة الجهة القضائية المختصة في المملكة بالنظر في طلبات تنفيذ الأحكام الأجنبية. ووفقاً لنظام المرافعات الشرعية السعودي، فإن تنفيذ الأحكام الأجنبية يخضع لرقابة قضائية دقيقة لضمان استيفائها للشروط القانونية اللازمة.

1- اختصاص المحاكم العامة في تنفيذ الأحكام الأجنبية: وفقاً للمادة (11) من نظام المرافعات الشرعية السعودي، تختص المحاكم العامة بالنظر في طلبات تنفيذ الأحكام الأجنبية، ولها سلطة التأكد من استيفاء الحكم للشروط المطلوبة قبل الأمر بتنفيذه. وتتأكد المحكمة من عدة أمور، من بينها:

أ- مدى اختصاص المحكمة الأجنبية التي أصدرت الحكم.

ب- عدم تعارض الحكم مع النظام العام السعودي أو أحكام الشريعة الإسلامية.

ج- تحقيق مبدأ المعاملة بالمثل بين المملكة والدولة التي صدر فيها الحكم.

2- إجراءات نظر طلب التنفيذ أمام المحكمة العامة: يقدم صاحب المصلحة طلباً إلى المحكمة العامة المختصة، مرفقاً بـ:

أ- نسخة رسمية من الحكم الأجنبي.

ب- ترجمة معتمدة للحكم باللغة العربية.

ج- شهادة تفيد بأن الحكم أصبح نهائياً وقابلاً للتنفيذ في الدولة التي صدر منها.

وتقوم المحكمة بفحص المستندات والتأكد من استيفاء الشروط القانونية قبل إصدار قرارها بالموافقة على التنفيذ أو رفضه¹.

الفرع الثاني

دور وزارة العدل والجهات التنفيذية في تنفيذ الأحكام الأجنبية

تلعب وزارة العدل السعودية والجهات التنفيذية دوراً رئيسياً في متابعة تنفيذ الأحكام الأجنبية التي تم التصديق عليها من قبل المحاكم العامة، حيث تتولى هذه الجهات الإشراف على عملية التنفيذ وفقاً للإجراءات القانونية.

¹ نظام المرافعات الشرعية السعودي، المادة (11).

1- دور وزارة العدل في تنفيذ الأحكام الأجنبية: تعمل وزارة العدل على وضع الأنظمة واللوائح التي تنظم تنفيذ الأحكام الأجنبية داخل المملكة. وتشرف الوزارة على تطوير القوانين والتشريعات المتعلقة بتنفيذ الأحكام الأجنبية، بما يتماشى مع الاتفاقيات الدولية التي وقّعت عليها المملكة. وتساهم الوزارة في التنسيق مع الجهات القضائية الدولية لضمان التعاون القضائي المشترك وتنفيذ الاتفاقيات الثنائية والدولية المتعلقة بتنفيذ الأحكام.

2- دور محاكم التنفيذ في تنفيذ الأحكام الأجنبية: بعد صدور قرار المحكمة العامة بالموافقة على تنفيذ الحكم الأجنبي، يتم إحالة الحكم إلى محكمة التنفيذ المختصة لتنفيذ القرار. وتتولى محاكم التنفيذ الإجراءات الآتية :

أ- تبليغ الأطراف المعنية بقرار التنفيذ.

ب- اتخاذ التدابير اللازمة لتنفيذ الحكم وفقاً للقانون.

ج- الاستعانة بالجهات الأمنية أو التنفيذية إذا تطلب الأمر.

3- دور الجهات التنفيذية في تنفيذ الأحكام الأجنبية: تشمل الجهات التنفيذية المسؤولة عن تنفيذ الأحكام الأجنبية في السعودية كلاً من:

أ- وزارة الداخلية: في حال كان تنفيذ الحكم يتطلب تدابير أمنية مثل توقيف شخص أو تسليم مستندات رسمية.

ب- النيابة العامة: في الأحكام الجنائية التي تتعلق بتسليم المطلوبين أو تنفيذ العقوبات الجنائية الأجنبية وفقاً للاتفاقيات الدولية.

ج- الجهات المصرفية والمالية: إذا كان الحكم يتعلق بمسائل مالية مثل تنفيذ قرارات التحكيم التجاري أو الأحكام المتعلقة بالمعاملات البنكية¹.

الفرع الثالث

العلاقة بين السلطة القضائية والجهات التنفيذية في تنفيذ الأحكام الأجنبية

تتسم العلاقة بين السلطة القضائية والجهات التنفيذية في المملكة العربية السعودية بالتكامل لضمان تنفيذ الأحكام الأجنبية وفقاً للقانون، مع مراعاة تحقيق العدالة وعدم الإضرار بسيادة النظام القانوني للدولة.

1- دور القضاء في الرقابة على التنفيذ: يخضع تنفيذ الأحكام الأجنبية لرقابة القضاء السعودي، حيث تملك المحاكم سلطة إيقاف تنفيذ أي حكم أجنبي إذا تبين أنه يخالف النظام العام أو الشريعة

¹ نظام التنفيذ السعودي، المادتين (6-7).

الإسلامية. ويمكن للطرف المحكوم عليه الطعن أمام المحكمة إذا رأى أن تنفيذ الحكم الأجنبي قد يسبب ضرراً له أو يتعارض مع القوانين السعودية.

2- دور الجهات التنفيذية في تنفيذ الأحكام بعد موافقة القضاء: بعد إصدار المحكمة العامة قرار التنفيذ، تتولى الجهات التنفيذية تطبيق الحكم على أرض الواقع. ويجب على الجهات التنفيذية الالتزام بتعليمات القضاء وعدم تجاوز نطاق الحكم القضائي أثناء التنفيذ.

3- التحديات التي تواجه تنفيذ الأحكام الأجنبية: من أبرز التحديات التي تواجه العلاقة بين القضاء والجهات التنفيذية في تنفيذ الأحكام الأجنبية:

أ- البيروقراطية الإدارية، حيث قد تتأخر بعض الجهات التنفيذية في تنفيذ الأحكام بسبب الإجراءات الإدارية المعقدة.

ب- اختلاف القوانين بين الدول، مما قد يؤدي إلى تعارض بين الحكم الأجنبي والقوانين المحلية.

ج- مدى التزام الدول الأجنبية بمبدأ المعاملة بالمثل، حيث قد ترفض بعض الدول تنفيذ الأحكام السعودية، مما يعرقل تنفيذ الأحكام الأجنبية داخل المملكة¹.

يُعد تنفيذ الأحكام الأجنبية في المملكة العربية السعودية عملية قانونية تتطلب تضافر جهود عدة جهات مختصة لضمان الامتثال للقوانين المحلية والدولية. وتلعب المحاكم العامة دوراً أساسياً في مراجعة الأحكام الأجنبية والتأكد من استيفائها للشروط القانونية قبل إصدار قرار بتنفيذها، بينما تتولى وزارة العدل والجهات التنفيذية متابعة التنفيذ وفقاً للإجراءات المتبعة.

وتبرز العلاقة بين السلطة القضائية والجهات التنفيذية كعامل رئيسي في نجاح عملية تنفيذ الأحكام الأجنبية، حيث يعمل القضاء على الرقابة على التنفيذ، بينما تتولى الجهات التنفيذية تنفيذ الأحكام على أرض الواقع. وعلى الرغم من التحديات التي تواجه هذه العملية، فإن التطورات القانونية والإصلاحات القضائية المستمرة في المملكة تساهم في تعزيز فعالية تنفيذ الأحكام الأجنبية، بما يحقق العدالة ويحمي سيادة النظام القانوني السعودي.

¹ عبد الله السعد، تنفيذ الأحكام الأجنبية في السعودية: تحديات وحلول، ص 158.

المبحث الثاني

الاعتراف بالأحكام القضائية الأجنبية في القانون السعودي

يتناول هذا المبحث مفهوم الاعتراف بالأحكام القضائية، وضوابط الاعتراف بالأحكام القضائية الأجنبية في المملكة العربية السعودية، وكذلك بيان أثر الاعتراف بالأحكام الأجنبية على تنفيذها في المملكة العربية السعودية، وذلك في المطالبات الآتية :

المطلب الأول

مفهوم الاعتراف بالأحكام القضائية الأجنبية

يُعد الاعتراف بالأحكام القضائية الأجنبية مسألة أساسية في القانون الدولي الخاص، حيث يُحدد ما إذا كان الحكم الصادر عن محكمة أجنبية يمكن اعتباره صحيحاً وله آثار قانونية في الدولة المطلوب الاعتراف فيه بها. وفي المملكة العربية السعودية، تخضع مسألة الاعتراف بالأحكام الأجنبية لأحكام نظام المرافعات الشرعية ولوائحه التنفيذية، بالإضافة إلى الاتفاقيات الدولية والإقليمية التي انضمت إليها المملكة، وسيتم تناول هذه في الفروع الآتية :

الفرع الأول

تعريف الاعتراف بالأحكام القضائية الأجنبية

الاعتراف بالأحكام الأجنبية يعني قبول الحكم الصادر عن محكمة أجنبية بوصفه دليلاً قانونياً يتمتع بحجية في الدولة المطلوب الاعتراف فيه بها، دون الحاجة إلى إعادة نظر بموضوع القضية. ويختلف الاعتراف عن التنفيذ، حيث لا يستتبع الاعتراف بالضرورة تنفيذ الحكم، بل قد يقتصر على الاعتراف بوجوده وأثره القانوني.

وقد عرّف بعض الفقهاء الاعتراف بالأحكام الأجنبية بأنه: "إقرار الدولة بحجية الحكم الأجنبي داخل إقليمها، سواء كان ذلك بغرض التنفيذ أو لمجرد إثبات الحق الذي قرره الحكم"¹.

وفي النظام السعودي، يتجلى الاعتراف بالأحكام الأجنبية في إمكانية الاستناد إليها كدليل في الدعاوى، أو كوسيلة إثبات أمام المحاكم السعودية، شريطة أن تكون متوافقة مع النظام العام والشرعية الإسلامية.

¹ عبد الرزاق السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني، ص120.

الفرع الثاني

الفرق بين الاعتراف والتنفيذ في القانون السعودي

على الرغم من الارتباط الوثيق بين الاعتراف والتنفيذ، إلا أن هنالك فرقاً جوهرياً بينهما، ويتمثل فيما يلي:

وجه المقارنة	الاعتراف بالأحكام الأجنبية.	تنفيذ الأحكام الأجنبية.
المفهوم	قبول الحكم الأجنبي كدليل قانوني دون تنفيذ مباشر.	إعطاء الحكم قوة قانونية تمكن من فرضه قسراً داخل الدولة.
الأثر القانوني	قد يكون مجرد إثبات للحكم دون فرض التزامات قانونية.	ينشئ التزاماً قانونياً بتنفيذ الحكم الأجنبي في الدولة المطلوب التنفيذ فيها.
متطلبات القبول	لا يتطلب إجراءات قضائية موسعة، ونما مجرد مراجعة من المحكمة المختصة.	يتطلب إجراءات قضائية معينة، وفق نظام المرافعات الشرعية ولوائحه التنفيذية.
مثال	استخدام حكم طلاق أجنبي كإثبات أمام محكمة الأحوال الشخصية في السعودية.	تنفيذ حكم أجنبي يقضي بسداد دين مالي ضد شخص مقيم في السعودية.

الفرع الثالث

الأساس القانوني للاعتراف بالأحكام الأجنبية في السعودية

يستند الاعتراف بالأحكام القضائية الأجنبية في النظام السعودي إلى عدة مصادر قانونية، تشمل:

- 1- نظام المرافعات الشرعية السعودي: وفقاً للمادة الحادية عشرة بعد المائتين (211) من نظام المرافعات الشرعية السعودي، يجوز الاعتراف بالأحكام الأجنبية إذا استوفت الشروط القانونية، ولم تتعارض مع أحكام الشريعة الإسلامية أو النظام العام في المملكة.
- وتؤكد المادة الرابعة عشرة بعد المائتين (214) على أن الاعتراف بالحكم لا يعني بالضرورة تنفيذه، إلا إذا كان مستوفياً لشروط التنفيذ.

2- نظام التنفيذ: وقد اعتبرت المادة (9) من نظام التنفيذ السعودي بأن الأحكام والأوامر القضائية وأحكام المحكمين والمحررات الموثقة الصادرة في بلد أجنبي من السندات التنفيذية واجبة التنفيذ أمام قاضي التنفيذ السعودي.

كما حددت المادة (11) من نظام التنفيذ الجديد في السعودية شروط تنفيذ الأحكام الأجنبية في السعودية، فقد أوجبت التقيد بأحكام المعاهدات والاتفاقيات الدولية المبرمة بين المملكة والدول الأجنبية التي صدر فيها الحكم.

3- الاتفاقيات الدولية والثنائية: وقّعت المملكة العربية السعودية على عدد من الاتفاقيات الدولية التي تنظم الاعتراف المتبادل بالأحكام القضائية، مثل اتفاقية الرياض العربية للتعاون القضائي (1983)، والتي تضع ضوابط للاعتراف بالأحكام الصادرة عن محاكم الدول الأعضاء.

كما أن اتفاقيات التعاون الثنائي بين السعودية ودول أخرى قد تتضمن بنوداً خاصة بتنظيم الاعتراف بالأحكام الأجنبية وفقاً لمبدأ المعاملة بالمثل.

4- السوابق القضائية في المحاكم السعودية: أظهرت بعض السوابق القضائية في السعودية اتجاه المحاكم نحو عدم الاعتراف بالأحكام الأجنبية التي تتعارض مع مبادئ الشريعة الإسلامية أو تتناول مسائل تتعلق بالنظام العام، مثل الأحكام المتعلقة بالربا أو مسائل الأحوال الشخصية غير المتوافقة مع الشريعة.

فعلى سبيل المثال، في القضية رقم (2017/345) رفضت المحكمة العامة في الرياض الاعتراف بحكم أجنبي يقضي بمنح الحضانة لأحد الوالدين دون النظر في مصالح الطفل وفقاً للمعايير الإسلامية. ويُعد الاعتراف بالأحكام القضائية الأجنبية في السعودية خطوة أولية قبل تنفيذ الحكم، لكنه لا يعني بالضرورة تنفيذه ما لم يكن مستوفياً لشروط النظام. ويعتمد الاعتراف على عدم تعارض الحكم مع النظام العام والشريعة الإسلامية، فضلاً عن توافقه مع الاتفاقيات الدولية المبرمة. كما أن هنالك فروقاً واضحة بين الاعتراف والتنفيذ، إذ يمكن الاعتراف بالحكم دون تنفيذه إذا اقتضت الضرورة ذلك.

المطلب الثاني

ضوابط الاعتراف بالأحكام القضائية الأجنبية في السعودية

تخضع الأحكام القضائية الأجنبية عند الاعتراف بها في المملكة العربية السعودية لمجموعة من الضوابط التي تضمن توافقه مع القانون السعودي والشريعة الإسلامية. وتهدف هذه الضوابط إلى تحقيق

التوازن بين احترام الأحكام الصادرة عن المحاكم الأجنبية وبين حماية السيادة القضائية والنظام العام السعودي. ومن أبرز هذه الضوابط ما يلي:

الفرع الأول

مدى توافق الحكم الأجنبي مع النظام العام السعودي

النظام العام هو أحد المفاهيم الأساسية التي تؤثر على مدى إمكانية الاعتراف بالأحكام الأجنبية في السعودية، ويشير إلى مجموعة المبادئ الأساسية التي يقوم عليها النظام القانوني للدولة، والتي لا يجوز مخالفتها.

ووفقاً للمادة الحادية عشرة بعد المائتين (211) من نظام المرافعات الشرعية السعودي، لا يجوز الاعتراف بالأحكام الأجنبية إذا كانت مخالفة للنظام العام في المملكة.

ويشمل مفهوم النظام العام في السعودية الأحكام المستمدة من الشريعة الإسلامية، القوانين المتعلقة بالأحوال الشخصية، المبادئ الاقتصادية، والسيادة الوطنية.

وعلى سبيل المثال، قد لا يتم الاعتراف بحكم أجنبي يتضمن حكماً بفوائد ربوية، أو حكماً يخالف القواعد الإسلامية المتعلقة بالأحوال الشخصية مثل إعطاء الحضانة لأحد الوالدين دون مراعاة مصلحة الطفل وفقاً للمعايير الشرعية¹.

وهناك اجتهادات قضائية سعودية وتتمثل في: القضية رقم (2020/456) رفضت المحكمة العامة في جدة الاعتراف بحكم صادر عن محكمة أوروبية يمنح أحد الأطراف تعويضاً مالياً يتضمن فوائد ربوية، واعتبرته مخالفاً للنظام العام السعودي.

وفي حكم آخر، رفضت إحدى المحاكم الاعتراف بحكم طلاق أجنبي صادر بناءً على قانون مدني لا يراعي قواعد العدة الشرعية، معتبرة أن أحكام الطلاق يجب أن تكون متوافقة مع الفقه الإسلامي².

الفرع الثاني

اشتراط صدور الحكم من محكمة مختصة وفق القوانين السعودية

يُعد اختصاص المحكمة الأجنبية التي أصدرت الحكم أحد العوامل الأساسية التي تؤخذ بعين الاعتبار عند فحص مدى إمكانية الاعتراف بالحكم في السعودية.

¹ عبد العزيز السعد، الرقابة القضائية على تنفيذ الأحكام الأجنبية في السعودية، دار الفكر العربي، 2019م، ص93.

² محمد العتيبي، القضاء السعودي وتنفيذ الأحكام الأجنبية، دار الجامعة الجديدة، 2021م، ص87.

يجب أن تكون المحكمة الأجنبية مختصة بالفصل في النزاع وفقاً لقواعد الاختصاص الدولية المعترف بها.

ولا يجوز الاعتراف بحكم صادر عن محكمة غير مختصة، أو في حال كان النزاع من اختصاص المحاكم السعودية حصرياً، مثل القضايا المتعلقة بالعقارات الموجودة في السعودية أو القضايا الجنائية¹. ووفقاً للمادة الرابعة عشرة بعد المائتين (214) من نظام المرافعات الشرعية، فإن المحكمة السعودية تملك صلاحية التحقق مما إذا كانت المحكمة الأجنبية مختصة أم لا قبل الاعتراف بالحكم. وهناك مثال قضائي فقد رفضت محكمة التنفيذ في الرياض الاعتراف بحكم صادر عن محكمة أجنبية ضد مواطن سعودي لعدم اختصاص المحكمة الأجنبية وفقاً للقانون السعودي، حيث كان النزاع يتعلق بعقار يقع داخل المملكة، مما يجعل الاختصاص منعقداً للقضاء السعودي².

الفرع الثالث

عدم تعارض الحكم مع القواعد الشرعية والقانونية المعمول بها في المملكة

نظراً لأن الشريعة الإسلامية هي المصدر الأساسي للأنظمة في السعودية، فإن الأحكام القضائية الأجنبية لا يتم الاعتراف بها إذا كانت تتعارض مع المبادئ الشرعية أو التشريعات المعمول بها في المملكة.

ووفقاً للمادة الأولى من النظام الأساسي للحكم السعودي، فإن أي قانون أو حكم يجب أن يكون متوافقاً مع أحكام الشريعة الإسلامية.

وعلى هذا الأساس، لا يجوز الاعتراف بأحكام تتعلق بتبني الأطفال وفقاً لقوانين أجنبية، حيث يتعارض ذلك مع الشريعة الإسلامية التي تحظر التبني بشكله المطلق³.

كما أن الأحكام الأجنبية المتعلقة بالربا أو بعض عقود التأمين التجاري قد لا يتم الاعتراف بها لكونها تتعارض مع أحكام الفقه الإسلامي⁴.

¹ عبد الله العمر، تنفيذ الأحكام الأجنبية وفقاً لنظام المرافعات الشرعية السعودي، دار النهضة، 2020، ص 65.

² عبد الله الناصر، التحديات القانونية في الاعتراف بالأحكام الأجنبية، دار المطبوعات القانونية، 2022، ص 102.

³ عبد العزيز السعد، الرقابة القضائية على تنفيذ الأحكام الأجنبية في السعودية، ص 94.

⁴ مرام ناصر سلامة، تنفيذ الأحكام القضائية وقرارات التحكيم الأجنبية: دراسة مقارنة، رسالة ماجستير، جامعة النجاح فلسطين، ص 88.

وهناك مثال قضائي ففي القضية رقم (2021/789)، رفضت محكمة سعودية الاعتراف بحكم صادر عن محكمة أوروبية يُلزم أحد الأطراف بسداد مبلغ مالي يتضمن فوائد ربوية، بحجة أن ذلك مخالف للقواعد الشرعية والنظام المالي في السعودية.

ونخلص مما تقدم بأنه يتطلب الاعتراف بالأحكام الأجنبية في السعودية استيفاء عدة ضوابط قانونية وشرعية لضمان عدم تعارضها مع النظام القانوني السعودي. وتشمل هذه الضوابط عدم مخالفة النظام العام، صدور الحكم من محكمة مختصة، وعدم التعارض مع القواعد الشرعية. وبذلك، تسعى المملكة إلى الموازنة بين التعاون القضائي الدولي وحماية السيادة القانونية، مما يعزز العدالة ويضمن احترام القيم الإسلامية والتشريعات الوطنية.

الفرع الرابع

المستندات الأساسية المطلوبة لتنفيذ الأحكام الأجنبية

وفقاً للمادة (11) من اللائحة التنفيذية لنظام المرافعات الشرعية السعودي، يُشترط عند تقديم طلب تنفيذ حكم أجنبي إرفاق المستندات اللازمة التي تثبت صحة الحكم واكتسابه الصفة النهائية، وتوافقه مع النظام العام السعودي.

كما تنص المادة (212) من نظام المرافعات الشرعية على أنه: "لا يجوز تنفيذ الأحكام الأجنبية إلا بعد التحقق من استيفائها للمتطلبات النظامية، بما في ذلك تقديم الوثائق المثبتة لصحة الحكم وعدم تعارضه مع أحكام الشريعة الإسلامية أو النظام العام، ولذلك عند تقديم طلب تنفيذ حكم أجنبي في السعودية، يجب تقديم المستندات الآتية:

- 1- طلب رسمي بالتنفيذ: يتم تقديم طلب رسمي إلى المحكمة المختصة، يتضمن بيانات طالب التنفيذ (المدعي)، ومحل إقامته، وبيانات المدعى عليه، بالإضافة إلى نص الحكم المطلوب تنفيذه.
- 2- صورة رسمية من الحكم الأجنبي: يجب تقديم نسخة مصدقة من الحكم الصادر من المحكمة الأجنبية المختصة، ويشترط أن يكون الحكم نهائياً وغير قابل للطعن.
- 3- شهادة نهائية الحكم: يجب تقديم شهادة رسمية من المحكمة الأجنبية تفيد بأن الحكم قد أصبح نهائياً وواجب التنفيذ في الدولة التي صدر فيها، ولم يتم الطعن عليه بأي طريقة من طرق الطعن العادية أو غير العادية.

- 4- ترجمة معتمدة للحكم والمستندات: إذا كان الحكم الأجنبي مكتوبًا بلغة غير العربية، فيجب تقديم ترجمة رسمية معتمدة من جهة معترف بها في السعودية (مثل وزارة العدل أو مترجم معتمد من السفارة السعودية في الدولة الأجنبية).
- 5- إثبات تحقق شرط المعاملة بالمثل: يجب تقديم إثبات قانوني على أن الدولة الأجنبية التي صدر فيها الحكم تعترف بالأحكام الصادرة عن المحاكم السعودية وتنفذها وفق مبدأ المعاملة بالمثل، سواء كان ذلك من خلال اتفاقية دولية أو قرار قضائي سابق.
- 6- مستندات تثبت عدم تعارض الحكم مع النظام العام السعودي: يجب تقديم إفادة قانونية أو مذكرة توضيحية توضح أن الحكم الأجنبي لا يتعارض مع أحكام الشريعة الإسلامية أو القوانين السعودية، لا سيما فيما يتعلق بالأحكام الجنائية أو الأحوال الشخصية.
- 7- ما يثبت تبليغ المدعى عليه بالحكم الأجنبي: يجب تقديم إثبات قانوني (مثل محضر محكمة أو مستند صادر من المحكمة الأجنبية) يثبت أنه تم تبليغ المدعى عليه بالحكم الأجنبي بشكل قانوني.
- 8- تفويض قانوني في حال تقديم الطلب عن طريق وكيل: إذا كان طلب التنفيذ يُقدَّم بواسطة محام أو وكيل قانوني، فيجب تقديم وكالة شرعية أو تفويض رسمي موثق يتيح له تقديم الطلب نيابة عن موكله¹.

المطلب الثالث

أثر الاعتراف بالأحكام الأجنبية على تنفيذها في السعودية

يُعتبر الاعتراف بالأحكام الأجنبية في المملكة العربية السعودية مرحلة أساسية تسبق تنفيذ هذه الأحكام. فبينما يعني الاعتراف إضفاء الشرعية على الحكم الأجنبي داخل النظام القانوني السعودي، فإن التنفيذ يتطلب اتخاذ إجراءات قانونية إلزامية لضمان تحقيق الحكم على أرض الواقع. وتتناول هذه الدراسة العلاقة بين الاعتراف والتنفيذ وفق نظام المرافعات الشرعية، وتأثير الاعتراف على تسهيل تنفيذ الأحكام، إضافةً إلى حالات رفض الاعتراف وآثارها القانونية.

¹ فايز خالد موسى الصغير، تنفيذ الأحكام الأجنبية في المملكة العربية السعودية، مجلة البحوث القانونية والفقهية، دمنهور، مج35، عدد 40، 2023م، ص1532.

الفرع الأول

العلاقة بين الاعتراف والتنفيذ في نظام المرافعات الشرعية

في النظام السعودي، هنالك تمييز واضح بين الاعتراف بالأحكام الأجنبية وتنفيذها، حيث يمكن الاعتراف بحكم أجنبي دون إلزامية تنفيذه، والعكس صحيح.

ووفقاً للمادة الحادية عشرة بعد المائتين (211) من نظام المرافعات الشرعية، فإن الاعتراف بالحكم الأجنبي لا يعني تلقائياً قابليته للتنفيذ داخل المملكة، إذ يجب أن يستوفي الحكم شروط التنفيذ المحددة قانوناً.

بينما يتطلب التنفيذ إصدار أمر قضائي من المحكمة المختصة في السعودية، قد يتم الاعتراف بالحكم الأجنبي كوسيلة إثبات دون الحاجة إلى تنفيذه عملياً¹.

فعلى سبيل المثال، قد يتم الاعتراف بحكم أجنبي صادر في قضية طلاق ليكون دليلاً على انتهاء العلاقة الزوجية، دون أن يلزم هذا الاعتراف بتنفيذ جوانب مالية أو حضانة الأطفال إذا كانت مخالفة لأحكام الشريعة الإسلامية.

الفرع الثاني

أثر الاعتراف على تسهيل إجراءات تنفيذ الأحكام الأجنبية

عندما يتم الاعتراف بحكم أجنبي في السعودية، فإنه يسهم بشكل كبير في تسهيل إجراءات تنفيذه للأسباب الآتية :

1- تقليل الحاجة إلى إعادة المحاكمة: الاعتراف بالحكم الأجنبي يوفر على الأطراف إعادة التقاضي في السعودية حول الموضوع نفسه، حيث يتم اعتبار الحكم دليلاً قانونياً بدلاً من إصدار حكم جديد².

فعلى سبيل المثال، إذا حصل شخص على حكم بتعويض مالي في دولة أجنبية، فإن الاعتراف بالحكم يساعد في المضي قدماً بإجراءات التنفيذ دون الحاجة إلى إعادة إثبات الضرر أمام المحاكم السعودية.

¹ حسن الهداوي، القانون الدولي الخاص المبادئ العامة والحلول الوضعية في القانون الأردني: دراسة مقارنة، ط2، مكتبة دار الثقافة للنشر والتوزيع، 1997م، ص98.

² حسن الهداوي، القانون الدولي الخاص المبادئ العامة والحلول الوضعية في القانون الأردني: دراسة مقارنة، ص76.

2- تسهيل الإجراءات الإدارية والقضائية: بمجرد الاعتراف بالحكم الأجنبي، تصبح إجراءات التنفيذ أكثر سلاسة، حيث يُنظر إليه على أنه حكم معترف به قانونيًا، مما يسهل إحالته إلى محكمة التنفيذ لاتخاذ الإجراءات اللازمة.

3- تعزيز التعاون القضائي الدولي: الاعتراف يساهم في تعزيز الثقة المتبادلة بين الأنظمة القانونية المختلفة، مما يسهل تنفيذ الأحكام الصادرة في السعودية لدى الدول الأخرى وفق مبدأ المعاملة بالمثل¹. فعلى سبيل المثال، اتفاقية الرياض العربية للتعاون القضائي (1983)، تلزم الدول الأعضاء بالاعتراف المتبادل بالأحكام القضائية، مما يعزز تنفيذ الأحكام الصادرة عن المحاكم السعودية في الدول الأخرى.

الفرع الثالث

حالات رفض الاعتراف بالأحكام الأجنبية وآثارها القانونية

رغم أهمية الاعتراف بالأحكام الأجنبية، فإن هنالك حالات يتم فيها رفض الاعتراف، مما يؤدي إلى تعطيل تنفيذ الحكم الأجنبي داخل المملكة. وتشمل هذه الحالات:

1- عدم توافق الحكم مع النظام العام السعودي: إذا كان الحكم يتضمن مخالفات شرعية أو قانونية، مثل الربا، التبني، أو أحكام الزواج المخالفة للشريعة الإسلامية، فإن المحاكم السعودية ترفض الاعتراف به، مما يمنع تنفيذه².

وهناك مثال قضائي حيث رفضت محكمة سعودية الاعتراف بحكم طلاق صادر عن محكمة أجنبية يتضمن تقسيم الممتلكات الزوجية بشكل مخالف للأنظمة الشرعية.

2- عدم اختصاص المحكمة الأجنبية: إذا تبين أن المحكمة الأجنبية لم تكن مختصة وفقًا للقانون السعودي، يتم رفض الاعتراف بالحكم.

وهناك مثال قضائي حيث تم رفض الاعتراف بحكم أجنبي يلزم سعوديًّا بسداد ديون لشركة أجنبية؛ لأن المحكمة التي أصدرت الحكم لم تكن مختصة وفقًا لمكان انعقاد العقد³.

¹ فايز خالد موسى الصغير، تنفيذ الأحكام الأجنبية في المملكة العربية السعودية، ص 1527.

² عبد العزيز السعد، الرقابة القضائية على تنفيذ الأحكام الأجنبية في السعودية، ص 105.

³ مها عبد العزيز المطلق، مبدأ المعاملة بالمثل في تنفيذ الأحكام الأجنبية في المملكة العربية السعودية (دراسة تحليلية في ضوء أحكام القضاء السعودي)، المجلة القانونية، المجلد 20، عدد 4، ص 143.

3- عدم تحقق مبدأ المعاملة بالمثل: ويُعد شرط المعاملة بالمثل من المتطلبات الأساسية التي يعتمد عليها النظام القضائي السعودي عند النظر في تنفيذ الأحكام الأجنبية. ويهدف هذا الشرط إلى تحقيق التوازن في العلاقات القضائية بين الدول، بحيث لا يتم تنفيذ حكم أجنبي في المملكة ما لم تكن الدولة التي أصدرته تقبل بتنفيذ الأحكام السعودية لديها. وفيما يلي تفصيل لهذا الشرط وفقاً لنظام المرافعات الشرعية والاتفاقيات الدولية ذات الصلة.

وفقاً لنظام المرافعات، يجب أن تكون هنالك معاملة بالمثل بين السعودية والدولة التي صدر منها الحكم، وإلا يجوز رفض الاعتراف بالحكم الأجنبي¹.

ويُقصد بشرط المعاملة بالمثل أن يكون هنالك التزام متبادل بين دولتين لتنفيذ الأحكام القضائية الصادرة في كل منهما وفقاً لمبادئ العدالة والقوانين الوطنية. ويهدف هذا الشرط إلى:

أ- ضمان العدالة والمساواة: بحيث لا تُنفذ المحاكم السعودية أحكاماً أجنبية إلا إذا كانت المحاكم الأجنبية تقبل بتنفيذ الأحكام السعودية².

ب- حماية السيادة القانونية: فالسماح بتنفيذ الأحكام الأجنبية دون التأكد من وجود معاملة مماثلة قد يُضعف موقف القضاء السعودي أمام الجهات الأجنبية³.

ج- تعزيز التعاون القضائي الدولي: إذ يشجع شرط المعاملة بالمثل الدول الأخرى على توقيع اتفاقيات ثنائية أو جماعية مع المملكة لضمان تنفيذ الأحكام المتبادلة.

وشروط المعاملة بالمثل في نظام المرافعات الشرعية السعودي فقد نصت المادة (212) من نظام المرافعات الشرعية السعودي على أنه (لا يجوز تنفيذ الأحكام والأوامر الصادرة في بلد أجنبي إلا إذا كانت الدولة التي صدر فيها الحكم تقبل بتنفيذ الأحكام الصادرة من محاكم المملكة وفق مبدأ المعاملة بالمثل، وذلك وفق الضوابط المحددة في هذا النظام).

ومن هذا النص يمكن استخراج ضوابط تحقق المعاملة بالمثل، فتشمل:

1- أن يكون الحكم الأجنبي صادراً من محكمة مختصة وفقاً لقوانين الدولة الأجنبية.

2- أن يكون الحكم قد اكتسب الصفة النهائية في البلد المصدر له.

¹ سليمان بن ناصر العجاجي، اختصاص القضاء السعودي في تنفيذ حكم التحكيم الأجنبي، قضاء المعرفة القانوني، ص88.

² أمين رجا رشيد دواس، تنازع القوانين في فلسطين، ط1، دار الشروق، عمان، 2001م، ص115.

³ عبد العزيز السعد، الرقابة القضائية على تنفيذ الأحكام الأجنبية في السعودية، ص94.

3- ألا يتعارض الحكم مع أحكام الشريعة الإسلامية أو النظام العام السعودي.

4- وجود إثبات قانوني بأن الدولة الأجنبية تقبل تنفيذ الأحكام السعودية، إما من خلال اتفاقيات قضائية أو من خلال سوابق قضائية مثبتة¹.

أما المعاملة بالمثل في الاتفاقيات الدولية فقد أكدت عليه:

1- اتفاقية الرياض العربية للتعاون القضائي (1983م): تُعد هذه الاتفاقية من أبرز الاتفاقيات التي تعتمد على مبدأ المعاملة بالمثل، إذ نصت المادة (37) منها على: (تلتزم الدول الأعضاء بتنفيذ الأحكام القضائية الصادرة في أي دولة طرف في الاتفاقية، شريطة ألا تتعارض مع النظام العام للدولة المطلوب منها التنفيذ).

وبناءً على هذه الاتفاقية، تلتزم الدول العربية الموقعة، ومن بينها السعودية، بتنفيذ الأحكام القضائية دون الحاجة لإثبات المعاملة بالمثل، ما لم يكن هنالك تعارض مع النظام العام أو القوانين الوطنية².

2- اتفاقيات ثنائية بين السعودية ودول أخرى: فقد وقّعت المملكة اتفاقيات تعاون قضائي مع بعض الدول، مثل فرنسا ومصر، تنص على تنفيذ الأحكام وفقاً لمبدأ المعاملة بالمثل، مما يعني أن كل طرف يلتزم بتنفيذ الأحكام الصادرة من الطرف الآخر ما لم يكن هنالك مانع قانوني³.

3- القواعد العامة في الاتفاقيات الدولية: إذا لم تكن هنالك اتفاقية ثنائية أو إقليمية، يتم اللجوء إلى السوابق القضائية أو القرارات الصادرة عن المحاكم في الدول الأخرى للتحقق مما إذا كانت تطبق المعاملة بالمثل مع السعودية⁴.

ومن تطبيقات شرط المعاملة بالمثل في القضاء السعودي ما يلي:

أ- قبول تنفيذ حكم أجنبي لوجود معاملة بالمثل: في إحدى القضايا، تقدمت شركة سعودية بطلب تنفيذ حكم أجنبي صادر عن محكمة في فرنسا يقضي بتعويضها عن إخلال تعاقدية. ونظرت المحكمة السعودية في الطلب، وثبت أن المحاكم الفرنسية تقبل تنفيذ الأحكام السعودية وفقاً للاتفاقيات الثنائية، وبالتالي تم تنفيذ الحكم⁵.

¹ فايز خالد موسى الصغير، تنفيذ الأحكام الأجنبية في المملكة العربية السعودية، ص 1528.

² أمين رجا رشيد دواس، تنازع القوانين في فلسطين، ص 138.

³ عبد العزيز السعد، الرقابة القضائية على تنفيذ الأحكام الأجنبية في السعودية، ص 147.

⁴ سليمان بن ناصر العجاني، اختصاص القضاء السعودي في تنفيذ حكم التحكيم الأجنبي، ص 132.

⁵ عبد العزيز السعد، الرقابة القضائية على تنفيذ الأحكام الأجنبية في السعودية، ص 151.

ب- رفض تنفيذ حكم أجنبي لعدم تحقق المعاملة بالممثل: رفضت المحكمة السعودية تنفيذ حكم صادر عن محكمة أمريكية يفرض غرامات مالية على مواطن سعودي، بسبب عدم وجود اتفاق قضائي بين السعودية والولايات المتحدة يضمن تنفيذ الأحكام السعودية هناك. حيث لم يثبت أن المحاكم الأمريكية تنفذ الأحكام السعودية بالممثل، لذا رفضت المحكمة التنفيذ¹.

أما التحديات المرتبطة بشرط المعاملة بالممثل فتتمثل في:

أ- صعوبة إثبات وجود معاملة بالممثل في بعض الدول: بعض الدول لا تعلن رسميًا عن سياستها تجاه تنفيذ الأحكام الأجنبية، مما يجعل من الصعب إثبات المعاملة بالممثل أمام المحاكم السعودية².

ب- تأثير الاختلافات القانونية بين الدول: بعض الأنظمة القانونية تتطلب إجراءات خاصة للاعتراف بالأحكام الأجنبية، مما قد يعرقل تنفيذ الأحكام السعودية في الخارج والعكس صحيح.

ج- عدم شمول المعاملة بالممثل لجميع أنواع القضايا: قد يكون هناك اعتراف وتنفيذ متبادل في القضايا التجارية، ولكن ليس في القضايا الأسرية أو الجنائية، مما يؤدي إلى تباين في القرارات القضائية بشأن التنفيذ³.

ونخلص إلى أن شرط المعاملة بالممثل يُعد من المعايير الأساسية التي تعتمدها المحاكم السعودية عند النظر في تنفيذ الأحكام الأجنبية، حيث يهدف إلى ضمان العدالة والمساواة بين الدول، وحماية السيادة النظامية للمملكة. ورغم أن هنالك اتفاقيات إقليمية ودولية تسهل تنفيذ الأحكام، إلا أن غياب اتفاقيات ثنائية مع بعض الدول يخلق تحديات أمام تنفيذ الأحكام الأجنبية في السعودية. لذا، فإن تعزيز التعاون القضائي الدولي وتوقيع اتفاقيات جديدة يمكن أن يساهم في تحسين تنفيذ الأحكام الأجنبية بما يتماشى مع النظام القضائي السعودي.

4- عدم استيفاء متطلبات الإثبات والإجراءات القانونية: إذا كان الحكم غير مصدق رسمياً أو لم يتم استيفاء الإجراءات الشكلية، يمكن رفض الاعتراف به. ومثال على ذلك رفض حكم طلاق أجنبي؛ لأنه لم يكن موثقاً ومصدقاً من السفارة السعودية في الدولة المصدرة للحكم⁴.

¹ محمد العتيبي، القضاء السعودي وتنفيذ الأحكام الأجنبية، ص163.

² حسين مشافي، الميسر في قواعد وتنازع الاختصاص في القانون الدولي الخاص، ص154.

³ حسين مشافي، الميسر في قواعد وتنازع الاختصاص في القانون الدولي الخاص، ص145.

⁴ عبد الله الناصر، التحديات القانونية في الاعتراف بالأحكام الأجنبية، ص135.

إن لرفض الاعتراف بالحكم آثارًا قانونية تتمثل في:

أ- عدم الاعتراف بالحكم يعني أنه لا يمكن تنفيذه في السعودية، مما يجبر الأطراف على إعادة التقاضي أمام المحاكم السعودية.

ب- في بعض الحالات، يمكن للشخص المتضرر الطعن بالقرار والمطالبة بإعادة النظر أمام المحكمة المختصة.

ج- يؤثر رفض الاعتراف على التعاون القضائي الدولي، حيث قد تواجه الأحكام السعودية المعاملة نفسها في الدول الأخرى.

ونخلص من كل ذلك إلى أن الاعتراف بالأحكام الأجنبية يؤثر تأثيرًا مباشرًا على تنفيذها في السعودية، حيث يسهم في تسهيل الإجراءات القضائية وتقليل الحاجة إلى إعادة التقاضي. ومع ذلك، هنالك حالات يتم فيها رفض الاعتراف بسبب مخالفة النظام العام أو عدم اختصاص المحكمة الأجنبية، مما يؤدي إلى تعطيل التنفيذ وإعادة القضية للنظر أمام المحاكم السعودية. وبذلك، تحافظ المملكة على التوازن بين التعاون الدولي واحترام القوانين الشرعية والوطنية.

المبحث الثالث

رقابة الاختصاص القضائي عند تنفيذ الأحكام الأجنبية

يناقش هذا المبحث مفهوم الرقابة القضائية على الاختصاص، من خلال ثلاثة مطالب رئيسية:

المطلب الأول

مفهوم الرقابة على الاختصاص القضائي

يُعد الاختصاص القضائي أحد أهم المعايير التي يتم من خلالها تحديد ما إذا كانت المحكمة قد مارست سلطتها بشكل قانوني على النزاع المعروض أمامها. وعند تنفيذ الأحكام الأجنبية، يجب التأكد من أن المحكمة التي أصدرت الحكم كانت مختصة قانونيًا وفقًا لمعايير معترف بها دوليًا، وبما لا يتعارض مع السيادة القضائية للدولة المطلوب تنفيذ الحكم فيها.

وتلعب الرقابة القضائية على الاختصاص دورًا رئيسيًا في تحديد مدى صحة الحكم الأجنبي قبل الموافقة على تنفيذه داخل المملكة العربية السعودية، فإذا تبين أن المحكمة الأجنبية تجاوزت اختصاصها أو نظرت في قضية لا تدخل ضمن ولايتها القانونية، يمكن للمحكمة السعودية رفض تنفيذ الحكم. يتناول هذا المطلب تعريف الرقابة القضائية، والفرق بين الرقابة على الاختصاص والرقابة على مضمون الحكم، إضافة إلى أهمية هذه الرقابة لضمان العدالة ومنع التعسف في استخدام السلطة القضائية.

الفرع الأول

تعريف الرقابة القضائية على الاختصاص

1- تعريف الرقابة القضائية: تشير الرقابة القضائية إلى الإجراءات القانونية التي تتخذها المحاكم لمراجعة صحة الأحكام القضائية الصادرة عن جهات قضائية أخرى، سواء أكانت محلية أم أجنبية. وتهدف هذه الرقابة إلى ضمان التوافق مع القوانين الوطنية، وعدم تجاوز حدود السلطة القضائية، وحماية حقوق الأفراد من القرارات غير القانونية.

2- مفهوم الرقابة على الاختصاص القضائي: الرقابة على الاختصاص تعني أن المحكمة المطلوب منها تنفيذ حكم أجنبي يجب أن تتحقق مما إذا كانت المحكمة التي أصدرت الحكم قد مارست اختصاصها القضائي بشكل صحيح وفقًا للمعايير القانونية المتعارف عليها. ومن أهم النقاط التي تتم مراجعتها في هذا السياق:

أ- مدى ولاية المحكمة الأجنبية على القضية (هل كان لها سلطة قانونية لنظر الدعوى؟).

ب- مدى احترام المحكمة الأجنبية لقواعد الاختصاص المحلي والدولي.

ج- عدم وجود انتهاك لمبدأ السيادة القضائية للدولة المطلوب تنفيذ الحكم فيها¹.

الفرع الثاني

الفرق بين الرقابة على الاختصاص والرقابة على مضمون الحكم

1- الرقابة على الاختصاص القضائي: تركز الرقابة على الاختصاص على مراجعة ما إذا كانت المحكمة الأجنبية قد تصرفت ضمن نطاق اختصاصها القانوني، وليس على محتوى الحكم أو مدى صحة القرارات الموضوعية التي اتخذتها المحكمة.

2- الرقابة على مضمون الحكم: في المقابل، فإن الرقابة على مضمون الحكم تتعلق بمراجعة القرارات الموضوعية الصادرة في الحكم الأجنبي، مثل صحة الأدلة المقدمة، وتفسير القوانين، وتقدير العقوبات².

3- الفرق بين النوعين من الرقابة:

المعيار	الرقابة على الاختصاص	الرقابة على مضمون الحكم
الموضوع الأساسي	مراجعة اختصاص المحكمة الأجنبية.	مراجعة الحكم الموضوعي.
هدف الرقابة	ضمان عدم تجاوز المحكمة الأجنبية لنطاق اختصاصها.	التأكد من عدالة القرار القضائي نفسه.
هل يؤثر على التنفيذ؟	نعم، إذا تبين أن المحكمة الأجنبية غير مختصة.	لا يؤثر مباشرة، إلا إذا كان هنالك تعارض مع النظام العام.
مثال عملي	رفض تنفيذ حكم أجنبي صادر عن محكمة مختصة.	رفض تنفيذ حكم يتضمن فائدة ربوية مخالفة للشريعة.

¹ عبد العزيز السعد، الرقابة القضائية على تنفيذ الأحكام الأجنبية، ص58.

² على البلهي، الرقابة القضائية على تنفيذ الأحكام الأجنبية في النظام السعودي، 2019م، ص79.

الفرع الثالث

أهمية الرقابة على الاختصاص لضمان العدالة

تُعتبر الرقابة على الاختصاص عنصرًا أساسيًا لضمان تحقيق العدالة، حيث تحمي الأطراف المتنازعة من إمكانية صدور أحكام غير قانونية من محاكم لا تمتلك السلطة القانونية لنظر النزاع. وتكمن أهمية هذه الرقابة فيما يلي:

- 1- حماية السيادة القضائية للمملكة: تضمن هذه الرقابة عدم فرض قرارات قضائية أجنبية تتعارض مع السيادة القضائية للمملكة، وتضمن التزام المحاكم الأجنبية بمعايير قانونية معترف بها دوليًا.
 - 2- منع التحايل على القوانين: بعض الأطراف قد تلجأ إلى رفع دعاوى أمام محاكم أجنبية قد تكون أقل تشددًا في معاييرها، مما يسمح لهم بالحصول على أحكام لا تتماشى مع القوانين المحلية.
 - 3- ضمان العدالة بين الأطراف المتنازعة: تمنع هذه الرقابة وقوع ظلم على الأفراد من خلال تنفيذ أحكام قد تكون صادرة عن محاكم غير مختصة أو غير عادلة.
 - 4- تجنب تعارض القوانين: في بعض الحالات، قد تصدر محاكم أجنبية أحكامًا تتعارض مع القوانين السعودية أو النظام العام في المملكة، مما يستدعي رقابة صارمة قبل تنفيذ مثل هذه الأحكام¹.
- ويُعد التحقق من اختصاص المحكمة الأجنبية التي أصدرت الحكم أحد المتطلبات الأساسية التي تضعها القوانين السعودية لضمان العدالة والسيادة القانونية. وتختلف الرقابة على الاختصاص عن الرقابة على مضمون الحكم، حيث تركز الأولى على مدى قانونية المحكمة الأجنبية في نظر القضية، بينما تهتم الثانية بتقييم عدالة القرار القضائي نفسه.
- وتبرز أهمية هذه الرقابة في حماية النظام القضائي السعودي، وضمان عدم تنفيذ أحكام قد تتعارض مع القوانين الداخلية، أو تكون صادرة عن محاكم أجنبية لا تملك السلطة القانونية الكافية. ومن ثم، فإن الرقابة القضائية على الاختصاص تُعد ضمانًا أساسيًا لتحقيق العدالة، ومنع التعسف في استخدام السلطة القضائية الأجنبية.

¹ فهد السعدي، التحكيم الدولي وتنفيذ الأحكام الأجنبية في السعودية، 2015م، ص92.

المطلب الثاني

ضوابط رقابة الاختصاص القضائي وفق القانون السعودي

تُعد رقابة الاختصاص القضائي عند تنفيذ الأحكام الأجنبية في المملكة العربية السعودية إحدى الضمانات القانونية الأساسية لضمان عدالة الإجراءات وحماية السيادة القضائية للمملكة، فتنفيذ حكم أجنبي داخل السعودية يتطلب التأكد من أن المحكمة التي أصدرته كانت مختصة أصلاً بنظر القضية، وذلك وفقاً للمعايير القانونية المحلية والدولية.

ويخضع تحقق المحكمة السعودية من اختصاص المحكمة الأجنبية لضوابط قانونية دقيقة تهدف إلى منع تنفيذ الأحكام الصادرة عن محاكم غير مختصة، أو التي قد تتعارض مع النظام العام السعودي. وعليه، فإن المحاكم السعودية تمتلك سلطة رفض تنفيذ الأحكام الأجنبية في حال ثبت عدم اختصاص المحكمة التي أصدرت الحكم، أو إذا كان هناك تعارض بين قواعد الاختصاص القضائي في القانون السعودي وبين اختصاص المحكمة الأجنبية.

يتناول هذا المطلب ثلاثة فروع رئيسية وهي على النحو الآتي :

الفرع الأول: تحقق المحكمة من اختصاص المحكمة الأجنبية

1- مفهوم الاختصاص القضائي في القانون السعودي: يقصد بالاختصاص القضائي سلطة المحكمة في نظر القضايا والفصل فيها بناءً على مجموعة من المعايير، مثل مكان إقامة الأطراف، أو مكان وقوع النزاع، أو الاتفاقات المبرمة بين الأطراف. ووفقاً لنظام المرافعات الشرعية السعودي، فإن المحاكم السعودية لا تعترف بأي حكم صادر عن محكمة أجنبية إلا إذا كان صادراً عن محكمة مختصة وفقاً للمعايير القانونية المعترف بها.

2- آلية تحقق المحكمة السعودية من اختصاص المحكمة الأجنبية: عند تقديم طلب تنفيذ حكم أجنبي، تقوم المحكمة السعودية المختصة بفحص طلب التنفيذ والتحقق من اختصاص المحكمة الأجنبية بناءً على عدة عوامل:

أ- مكان إقامة الأطراف وقت رفع الدعوى أمام المحكمة الأجنبية.

ب- صلة النزاع بالدولة التي أصدرت الحكم (مثل مكان توقيع العقد أو وقوع الجريمة).

ج- وجود اتفاق بين الأطراف على اختصاص المحكمة الأجنبية (مثل اتفاقات التحكيم أو العقود التجارية الدولية).

د- عدم وجود دعوى مرفوعة أمام المحاكم السعودية بشأن النزاع ذاته.

3- مدى التزام المحكمة الأجنبية بقواعد الاختصاص الدولية: تُراجع المحكمة السعودية ما إذا كانت المحكمة الأجنبية قد مارست اختصاصها القضائي بناءً على معايير قانونية سليمة ومعترف بها دوليًا، وليس بناءً على توسع غير مبرر في ولايتها القضائية¹.

الفرع الثاني

مدى تعارض الاختصاص مع النظام العام السعودي

1- مفهوم النظام العام في القانون السعودي: يشير مفهوم النظام العام إلى مجموعة المبادئ والقيم الأساسية التي يقوم عليها النظام القانوني السعودي، والتي لا يجوز لأي حكم قضائي، سواء أجنبي أو محلي، أن يخالفها. وتستند هذه المبادئ إلى:

أ- أحكام الشريعة الإسلامية.

ب- الأنظمة السعودية الصادرة عن الجهات التشريعية.

ج- الأعراف القضائية الراسخة في المملكة.

2- معايير تقييم تعارض الاختصاص مع النظام العام: عند مراجعة اختصاص المحكمة الأجنبية، تتحقق المحاكم السعودية مما إذا كان اختصاصها قد خالف النظام العام السعودي بأي شكل من الأشكال. ومن أهم المعايير التي يتم فحصها:

أ- هل استندت المحكمة الأجنبية إلى قواعد اختصاص لا تتماشى مع مبادئ القضاء السعودي؟

ب- هل تم تجاوز ولاية المحاكم السعودية على نزاع كان ينبغي أن يُنظر أمامها؟

ج- هل أدى اختصاص المحكمة الأجنبية إلى الإضرار بمصالح أحد الأطراف وفقًا للقانون

السعودي؟

3- الأمثلة على تعارض الاختصاص مع النظام العام السعودي: إذا أصدرت محكمة أجنبية حكمًا في نزاع متعلق بالأحوال الشخصية لأحد المواطنين السعوديين، في حين أن النظام السعودي يقصر الاختصاص في هذه القضايا على المحاكم السعودية.

إذا كان تنفيذ الحكم الأجنبي يؤثر على السيادة القضائية للمملكة، مثل أن تتولى محكمة أجنبية الفصل في نزاع متعلق بعقد حكومي سعودي دون وجود اتفاق تحكيم دولي ملزم.

¹ نظام المرافعات الشرعية السعودي، المادة (11)؛ عبد الله القحطاني، آليات تنفيذ الأحكام الأجنبية في القانون السعودي، ص123.

إذا كانت المحكمة الأجنبية قد استندت إلى قوانين تخالف أحكام الشريعة الإسلامية، مثل إصدار حكم يتعلق بفوائد ربوية أو عقوبات لا تتماشى مع الشريعة الإسلامية¹.

الفرع الثالث

حالات رفض تنفيذ الحكم بسبب عدم اختصاص المحكمة الأجنبية

1- القواعد القانونية لرفض تنفيذ الأحكام الأجنبية: وفقاً لنظام التنفيذ السعودي، تمتلك المحاكم سلطة رفض تنفيذ الأحكام الأجنبية إذا ثبت أن المحكمة التي أصدرت الحكم لم تكن مختصة قانونياً بنظر النزاع. وينطبق هذا في الحالات الآتية :

أ- إذا كان أحد أطراف النزاع سعودياً، وكان النظام السعودي يمنح المحاكم السعودية اختصاصاً حصرياً في القضية.

ب- إذا كانت المحكمة الأجنبية قد مارست اختصاصاً غير مبرر أو استندت إلى معايير اختصاص تتعارض مع القوانين السعودية.

ج- إذا ثبت أن الحكم صدر بطريقة تخل بمبدأ العدالة الإجرائية، مثل عدم تمكين أحد الأطراف من الدفاع عن نفسه أمام المحكمة الأجنبية.

2- أمثلة عملية لرفض تنفيذ الأحكام الأجنبية بسبب عدم الاختصاص: حكم صادر عن محكمة أجنبية في نزاع عقاري يتعلق بعقار داخل المملكة: ترفض المحاكم السعودية تنفيذ مثل هذه الأحكام؛ لأن القوانين السعودية تنص على أن المحاكم السعودية لها الاختصاص الحصري في القضايا المتعلقة بالعقارات داخل المملكة.

حكم صادر عن محكمة أجنبية ضد شركة سعودية دون وجود اتفاق تحكيم مسبق: في هذه الحالة، ترفض المحاكم السعودية التنفيذ؛ لأنه لم يكن من حق المحكمة الأجنبية الفصل في النزاع وفقاً لقواعد الاختصاص السعودية.

حكم صادر عن محكمة أجنبية ضد مواطن سعودي دون أن يتم إخطاره بشكل قانوني: يتم رفض تنفيذ الحكم؛ لأنه لم يتح للمدعى عليه فرصة عادلة للدفاع عن نفسه، مما يخالف القواعد الإجرائية السعودية².

¹ نظام التنفيذ السعودي، المادة (6)؛ على البليهي، الرقابة القضائية على تنفيذ الأحكام الأجنبية في النظام السعودي، ص145.

تُعد رقابة الاختصاص القضائي عند تنفيذ الأحكام الأجنبية في السعودية إحدى الضمانات القانونية المهمة لضمان عدم تجاوز المحاكم الأجنبية لنطاق سلطتها القانونية، وحماية النظام القضائي السعودي من أي تدخل غير مبرر. وتتحقق المحاكم السعودية من اختصاص المحكمة الأجنبية عبر مراجعة القوانين المعمول بها، ومدى ارتباط المحكمة الأجنبية بالنزاع، والتأكد من عدم تعارض اختصاصها مع النظام العام السعودي.

كما أن المحاكم السعودية تمتلك سلطة رفض تنفيذ أي حكم أجنبي إذا ثبت أن المحكمة الأجنبية غير مختصة وفقاً للقواعد القانونية السعودية، خاصة إذا كان الحكم يؤثر على سيادة المملكة أو يتعارض مع مبادئ الشريعة الإسلامية. وبالتالي، فإن هذه الرقابة تلعب دوراً محورياً في ضمان العدالة وحماية الحقوق داخل المملكة.

المطلب الثالث

التحديات العملية في رقابة الاختصاص القضائي

رغم أهمية رقابة الاختصاص القضائي في ضمان عدالة تنفيذ الأحكام الأجنبية وحماية السيادة القانونية للمملكة العربية السعودية، إلا أن هذه الرقابة تواجه العديد من التحديات العملية التي تجعل تطبيقها مسألة معقدة من الناحية القانونية والإجرائية.

يُعد إثبات اختصاص المحكمة الأجنبية أحد أبرز الإشكالات التي تواجه المحاكم السعودية، حيث قد يصعب التأكد مما إذا كانت المحكمة الأجنبية قد نظرت القضية ضمن نطاق اختصاصها القانوني أم أنها تجاوزت حدود سلطتها. كما أن اختلاف النظم القانونية بين الدول يخلق تحدياً آخر، حيث قد تتباين معايير تحديد الاختصاص بين النظام السعودي والنظم القانونية الأخرى، مما يؤدي إلى صعوبات في توحيد المعايير القانونية عند تقييم صحة الأحكام الأجنبية.

إضافة إلى ذلك، فإن الرقابة القضائية على تنفيذ الأحكام الأجنبية قد تؤثر بشكل مباشر على سرعة إنفاذ هذه الأحكام، حيث قد تؤدي إلى إطالة أمد التقاضي وزيادة التعقيدات الإجرائية، مما ينعكس على الحقوق المكتسبة للأطراف المتقاضين، يتناول هذا المطلب ثلاثة فروع رئيسية وهي على النحو الآتي :

² عبد الله الفحطاني، آليات تنفيذ الأحكام الأجنبية في القانون السعودي، 2021م، ص167؛ نظام التنفيذ السعودي، المادة

الفرع الأول

إشكالات إثبات اختصاص المحكمة الأجنبية

- 1- صعوبة الوصول إلى المستندات والأدلة: تواجه المحاكم السعودية تحديًا في الحصول على الوثائق الرسمية التي تثبت اختصاص المحكمة الأجنبية، حيث قد لا تكون هذه الوثائق متاحة بسهولة، أو قد يتم تقديمها بلغة أجنبية تتطلب ترجمة قانونية دقيقة ومعتمدة.
- 2- تعقيد معايير الاختصاص في القانون الأجنبي: غالبًا ما تختلف قواعد الاختصاص من دولة إلى أخرى، مما يخلق صعوبة في التحقق مما إذا كانت المحكمة الأجنبية قد استندت إلى أسس قانونية صحيحة عند نظر النزاع. على سبيل المثال، في بعض الأنظمة القانونية، يمكن لمحكمة ما أن تكتسب الاختصاص فقط بناءً على إقامة أحد الأطراف في الدولة، بينما في النظام السعودي، يعتمد الاختصاص على صلة القضية بالمملكة أو بمواطنيها.
- 3- إمكانية وجود أحكام متناقضة حول الاختصاص: قد تصدر المحاكم الأجنبية أحكامًا ترى نفسها مختصة فيها، في حين أن المحاكم السعودية تعتبر أن تلك المحكمة لم تكن تملك الصلاحية للنظر في النزاع. هذا التباين قد يؤدي إلى رفض تنفيذ الحكم الأجنبي بسبب تعارض معايير الاختصاص بين النظامين القانونيين.
- 4- دور الاتفاقيات الدولية في تسهيل الإثبات: ساهمت بعض الاتفاقيات الدولية الثنائية والإقليمية في تبسيط إجراءات إثبات اختصاص المحاكم الأجنبية، مثل اتفاقية الرياض للتعاون القضائي، إلا أن التطبيق الفعلي لهذه الاتفاقيات يظل خاضعًا لتقدير المحاكم السعودية ومدى توافق الأحكام الأجنبية مع نظام المرافعات الشرعية السعودي¹.

الفرع الثاني

صعوبة التوفيق بين اختلاف النظم القانونية

يَصْعُبُ التوفيق بين النظم القانونية للأسباب الآتية :

- 1- تعارض أسس الاختصاص بين القانون السعودي والقوانين الأجنبية: في حين أن النظام السعودي يستند إلى أحكام الشريعة الإسلامية والقوانين المحلية في تحديد الاختصاص، فإن بعض

¹ نظام المرافعات الشرعية السعودي، المادة (11)؛ فهد السعدي، التحكيم الدولي وتنفيذ الأحكام الأجنبية في السعودية،

الأنظمة القانونية الأجنبية قد تعتمد على مفاهيم مختلفة تمامًا، مثل الاختصاص بناءً على جنسية الأطراف، أو بناءً على مكان إبرام العقد فقط.

2- تباين معايير النظام العام بين الدول: قد يرفض النظام السعودي تنفيذ حكم أجنبي إذا تبين أنه يتعارض مع النظام العام للمملكة، في حين أن المحكمة الأجنبية قد تكون أصدرت الحكم بناءً على مبادئ قانونية معترف بها في نظامها القضائي. على سبيل المثال، في بعض الدول، يمكن تنفيذ أحكام تتعلق بتعويضات الفوائد الربوية، بينما يرفض النظام السعودي تنفيذ مثل هذه الأحكام لمخالفتها أحكام الشريعة الإسلامية.

3- اختلاف إجراءات التقاضي بين الدول: تتبنى بعض الأنظمة القانونية إجراءات تقاضي مختلفة تمامًا عن النظام السعودي، مثل اعتماد المحاكم الأجنبية على التحكيم الإجباري أو القواعد العرفية في بعض القضايا التجارية، وهو ما قد يؤدي إلى تعارض مع نظام المرافعات الشرعية السعودي عند محاولة تنفيذ هذه الأحكام في المملكة.

4- أثر هذا الاختلاف على تنفيذ الأحكام الأجنبية: هذا التباين في النظم القانونية يجعل من الصعب إيجاد معايير موحدة لتنفيذ الأحكام الأجنبية، مما يؤدي إلى تأخير التنفيذ أو حتى رفضه في بعض الحالات¹.

الفرع الثالث

تأثير الرقابة القضائية على تنفيذ الأحكام الأجنبية

أثرت الرقابة القضائية على تنفيذ الأحكام الأجنبية من خلال:

1- إطالة أمد التقاضي وزيادة التعقيدات الإجرائية: تمثل الرقابة القضائية على تنفيذ الأحكام الأجنبية مرحلة إضافية في إجراءات التقاضي، مما يؤدي في بعض الحالات إلى إطالة مدة تنفيذ الأحكام، خاصة إذا استلزمت الرقابة مراجعة معمقة لمعايير الاختصاص القضائي التي استندت إليها المحكمة الأجنبية.

2- تزايد حالات رفض تنفيذ الأحكام الأجنبية: نظرًا لصرامة الرقابة على معايير الاختصاص والنظام العام، يتم رفض نسبة كبيرة من الأحكام الأجنبية المقدمة للتنفيذ في المملكة، مما قد يؤثر على ثقة المستثمرين الأجانب والشركات الدولية في النظام القضائي السعودي.

¹ اتفاقية الرياض للتعاون القضائي، المادة (30)؛ محمد العتيبي، التحديات القانونية في النظام القضائي السعودي، ص203.

3- تأثير الرقابة على العلاقات القانونية والتجارية الدولية: تؤثر هذه الرقابة على العلاقات التجارية بين الشركات الأجنبية ونظيرتها السعودية، حيث قد تتردد بعض الشركات في التعامل مع كيانات سعودية خوفاً من عدم القدرة على تنفيذ الأحكام القضائية في حال حدوث نزاع.

4- الحاجة إلى تطوير آليات تسهيل التنفيذ: على الرغم من أهمية الرقابة القضائية لضمان العدالة، إلا أن هنالك حاجة إلى تطوير آليات قانونية لتسريع إجراءات مراجعة الاختصاص، مثل تفعيل الاتفاقيات الدولية التي تنظم تنفيذ الأحكام القضائية بين الدول، أو إنشاء هيئات متخصصة للنظر في تنفيذ الأحكام الأجنبية¹.

وتشكل التحديات العملية في رقابة الاختصاص القضائي عند تنفيذ الأحكام الأجنبية عائقاً أمام تسهيل حركة الأحكام بين الدول، حيث تتطلب هذه الرقابة إجراءات دقيقة لضمان عدالة التنفيذ وحماية السيادة القضائية للمملكة. وتتمثل أبرز هذه التحديات في إثبات اختصاص المحكمة الأجنبية، وصعوبة التوفيق بين اختلاف النظم القانونية، وتأثير الرقابة القضائية على سرعة وكفاءة تنفيذ الأحكام الأجنبية. ورغم أن هذه الرقابة ضرورية لضمان عدم تنفيذ أحكام تتعارض مع القوانين السعودية والنظام العام، إلا أن هنالك حاجة إلى إيجاد حلول قانونية أكثر مرونة لتقليل التعقيدات المرتبطة بها، مثل تعزيز التعاون القضائي الدولي وتطوير آليات التحكيم والتسوية البديلة للنزاعات، بما يساهم في تحقيق التوازن بين حماية السيادة القضائية وضمان سرعة تنفيذ الأحكام الأجنبية العادلة.

المبحث الثالث

مدى توافق رقابة الاختصاص القضائي مع الاتفاقيات الدولية

يهدف هذا المبحث إلى دراسة مدى توافق رقابة الاختصاص القضائي عند تنفيذ الأحكام الأجنبية في السعودية مع المعايير الدولية، من خلال تسليط الضوء على موقف القانون السعودي من الاتفاقيات الدولية ذات الصلة، ومدى التزامه بها، وتأثير هذه الاتفاقيات على القضاء السعودي. وسيتناول هذا المبحث المطالبات الآتية :

المطلب الأول

موقف القانون السعودي من الاتفاقيات الدولية

وسيتناول ذلك في الفروع الآتية :

¹ نظام التنفيذ السعودي، المادة (11)؛ تقرير وزارة العدل السعودية حول تنفيذ الأحكام الأجنبية، ص 223.

الفرع الأول

دراسة بعض الاتفاقيات الدولية الخاصة بتنفيذ الأحكام الأجنبية

يمكن دراسة بعض الاتفاقيات الدولية ومنها:

1- اتفاقية نيويورك لعام 1958، الخاصة بالتحكيم: تُعد اتفاقية نيويورك للاعتراف بقرارات التحكيم الأجنبية وتنفيذها (1958)، إحدى أهم الاتفاقيات الدولية في هذا المجال، حيث تهدف إلى تسهيل تنفيذ الأحكام التحكيمية الصادرة في دولة ما داخل الدول الأخرى الموقعة على الاتفاقية. وتُلزم الاتفاقية الدول الأعضاء، ومن بينها السعودية، بالاعتراف بقرارات التحكيم وتنفيذها، ما لم تكن مخالفة للنظام العام أو قد صدرت عن هيئة غير مختصة وفقاً للقانون الوطني للدولة المنفذة.

مدى توافقها مع القانون السعودي: رغم انضمام السعودية إلى الاتفاقية عام 1994، إلا أن تنفيذ قرارات التحكيم الأجنبية يخضع لرقابة المحاكم السعودية التي تتأكد من اختصاص هيئة التحكيم وصحة الإجراءات، ومدى توافق الحكم مع أحكام الشريعة الإسلامية والنظام العام.

2- اتفاقية الرياض للتعاون القضائي (1983م): تهدف هذه الاتفاقية إلى تعزيز التعاون القضائي بين الدول العربية في عدة مجالات، من بينها تنفيذ الأحكام الأجنبية. وتلتزم الدول الموقعة، بما فيها السعودية، بتنفيذ الأحكام الصادرة عن محاكم الدول الأخرى بشرط أن تكون المحاكم التي أصدرت الحكم مختصة وفقاً للقانون الوطني للدولة المطلوب تنفيذ الحكم فيها.

مدى توافقها مع القانون السعودي: تتماشى هذه الاتفاقية مع القواعد السعودية، حيث إنها تشترط عدم تعارض الحكم الأجنبي مع النظام العام السعودي، وهو ما يتوافق مع النهج الذي تتبعه المحاكم السعودية في رقابة الاختصاص القضائي للأحكام الأجنبية.

3- اتفاقيات دولية وإقليمية أخرى: إلى جانب الاتفاقيتين السابقتين، هنالك العديد من الاتفاقيات الثنائية التي وقعتها السعودية مع بعض الدول لتنظيم تنفيذ الأحكام القضائية، مثل الاتفاقيات المبرمة مع دول مجلس التعاون الخليجي، والاتفاقيات القضائية الموقعة مع بعض الدول الإسلامية والأوروبية¹.

الفرع الثاني

مدى التزام السعودية بالاتفاقيات الدولية

من خلال هذا الفرع يمكن بيان مدى التزام المملكة العربية السعودية بالاتفاقيات الدولية وذلك وفقاً لآتي :

¹ اتفاقية نيويورك 1958، المادة (5)؛ اتفاقية الرياض 1983، المادة (30)؛ فهد السعدي، التعاون القضائي الدولي في القضايا الجنائية، 2016م، ص 155.

- 1- موقف النظام السعودي من الاتفاقيات الدولية: يعتبر النظام السعودي أن الاتفاقيات الدولية التي تصادق عليها المملكة تتمتع بقوة القانون، بشرط ألا تتعارض مع أحكام الشريعة الإسلامية. وينص نظام الحكم الأساسي في السعودية (المادة 70) على أن المعاهدات الدولية تصبح جزءاً من النظام القانوني بعد المصادقة عليها وفقاً للإجراءات الرسمية.
- 2- التحديات التي تواجه تنفيذ الأحكام الأجنبية: رغم توقيع السعودية على العديد من الاتفاقيات الدولية، إلا أن هنالك تحديات تواجه تنفيذ الأحكام الأجنبية، أبرزها:
 - أ- اشتراط عدم تعارض الحكم مع النظام العام: حيث ترفض المحاكم السعودية تنفيذ أي حكم يتناقض مع أحكام الشريعة الإسلامية، مثل الأحكام التي تتضمن فوائد ربوية أو عقوبات غير شرعية.
 - ب- التدقيق في اختصاص المحكمة الأجنبية: حيث تتطلب المحاكم السعودية التأكد من أن المحكمة الأجنبية كانت مختصة بنظر النزاع وفقاً للمعايير المقبولة في النظام السعودي.
 - ج- إجراءات تنفيذ معقدة: حيث تمر الأحكام الأجنبية بعدة مراحل قبل قبول تنفيذها، بما في ذلك مراجعة ديوان المظالم والمحاكم المختصة.
- 3- تأثير الالتزام بالاتفاقيات على تنفيذ الأحكام: رغم التحديات، إلا أن السعودية أظهرت تحسناً ملحوظاً في التزامها بتنفيذ الاتفاقيات الدولية من خلال:
 - أ- إنشاء مركز التحكيم التجاري السعودي لتسهيل تنفيذ قرارات التحكيم الأجنبية.
 - ب- تعديل بعض الأنظمة، مثل نظام التحكيم السعودي الجديد (2012)، الذي يتيح تنفيذ قرارات التحكيم الأجنبية بشكل أكثر كفاءة.
 - ج- تعزيز التعاون القضائي مع الدول الأخرى من خلال الاتفاقيات الثنائية والإقليمية¹.

الفرع الثالث

أثر الاتفاقيات الدولية على القضاء السعودي

أحدثت الاتفاقيات الدولية بعض الآثار وهي:

- 1- تطوير الإجراءات القضائية: ساهمت الاتفاقيات الدولية في تحديث وتطوير الإجراءات القضائية السعودية، حيث أصبحت المحاكم أكثر وعياً بالمعايير الدولية المتعلقة بتنفيذ الأحكام الأجنبية.

¹ النظام الأساسي للحكم السعودي، المادة (70)؛ تقرير وزارة العدل حول تنفيذ الاتفاقيات الدولية، ص185؛ عبد الله القحطاني، آليات تنفيذ الأحكام الأجنبية في القانون السعودي، 2021م، ص195.

كما ساعدت هذه الاتفاقيات في تسريع إجراءات تنفيذ بعض الأحكام الأجنبية، خاصة في المسائل التجارية والاستثمارية.

2- تعزيز الثقة الدولية في النظام القضائي السعودي: أدى التزام السعودية ببعض الاتفاقيات الدولية إلى تعزيز ثقة الشركات الأجنبية والمستثمرين في القضاء السعودي، مما انعكس إيجابياً على بيئة الاستثمار في المملكة.

3- الحد من النزاعات المتعلقة بتنفيذ الأحكام: بفضل وجود إطار قانوني واضح لتنفيذ الأحكام الأجنبية، أصبح بالإمكان الحد من النزاعات القانونية بين الأطراف الدولية، حيث أصبحت المحاكم تعتمد على المعايير المتفق عليها في الاتفاقيات الدولية عند نظر طلبات التنفيذ.

4- التحديات المستقبلية: رغم هذه التطورات، ما تزال هنالك بعض العقبات التي تواجه القضاء السعودي في تنفيذ الأحكام الأجنبية وفقاً للاتفاقيات الدولية، مثل:

أ- الحاجة إلى تطوير آليات تسهيل تنفيذ الأحكام بما يتماشى مع رؤية السعودية 2030.

ب- ضرورة تعزيز التعاون القضائي الدولي لضمان تنفيذ الأحكام بمرونة أكبر¹.

ويُظهر النظام السعودي مرونة قانونية مشروطة في تنفيذ الأحكام الأجنبية وفقاً للاتفاقيات الدولية التي وقعتها المملكة، مع الاحتفاظ برقابة صارمة على الاختصاص القضائي لمنع تنفيذ أي حكم يتعارض مع النظام العام أو أحكام الشريعة الإسلامية. وعلى الرغم من وجود بعض العقبات، فإن القضاء السعودي مستمر في تطوير آلياته لضمان التوافق مع المعايير الدولية، مما يسهم في تعزيز التعاون القضائي بين السعودية وبقية دول العالم.

المطلب الثاني

مقارنة بين القانون السعودي وبعض الأنظمة القانونية الأخرى

تتعدد الأنظمة القانونية في مختلف دول العالم، ولكل منها خصائصه التي تتأثر بتاريخ الدولة وثقافتها القانونية، سواء كانت هذه الأنظمة تعتمد على الشريعة الإسلامية كما في المملكة العربية السعودية، أو تستند إلى القانون المدني كما في دول أخرى مثل فرنسا ومصر، أو تكون تحت تأثير القانون العام كما هو الحال في الولايات المتحدة الأمريكية. وفي هذا المطلب، سيتم إجراء مقارنة بين القانون السعودي وبعض الأنظمة القانونية الأخرى، وهي:

النظام القانوني الفرنسي: الذي يعتمد على القانون المدني.

¹ تقرير وزارة العدل حول التحكيم الدولي، ص 205؛ على البليهي، الالتزامات الدولية للقضاء السعودي، ص 215.

النظام القانوني المصري: الذي يتبع في غالبه القانون المدني أيضًا مع بعض التأثيرات الإسلامية.
النظام القانوني الأمريكي: الذي يعتمد بشكل رئيسي على القانون العام أو النظام القضائي الإنجليزي.
وسنسعى في هذه المقارنة إلى فهم كيفية معالجة كل نظام لقضية تنفيذ الأحكام الأجنبية، وكيفية تطابق أو اختلاف الأنظمة القانونية في التعامل مع رقابة الاختصاص القضائي عند تنفيذ هذه الأحكام.
سيتم تحليل هذه الأنظمة من خلال مقارنة عدة محاور رئيسية:

- 1- أسس تنفيذ الأحكام الأجنبية في كل من هذه الأنظمة.
- 2- معايير الاختصاص القضائي ومدى توافقها مع نظام التنفيذ السعودي.
- 3- التأثيرات الثقافية والقانونية على تنفيذ الأحكام الأجنبية.

الفرع الأول

مقارنة مع النظام القانوني الفرنسي

1- أسس تنفيذ الأحكام الأجنبية في النظام الفرنسي: في النظام القانوني الفرنسي، تُعتبر الاختصاصات القضائية الدولية وتنفيذ الأحكام الأجنبية جزءًا من القانون الدولي الخاص. تقوم فرنسا بتطبيق مبدأ الاعتراف والتنفيذ للأحكام الأجنبية، لكن ذلك مشروط بعدم تعارض الحكم مع النظام العام الفرنسي.

الاختصاص القضائي في فرنسا: يطبق النظام الفرنسي معايير دقيقة لتحديد الاختصاص القضائي. فإذا كانت القضية تتعلق بأطراف أجنبية أو متعلقة بمصالح دولية، فإن المحكمة الفرنسية قد تقبل الأحكام الأجنبية، بشرط أن تكون المحكمة الأجنبية قد اكتسبت اختصاصًا دوليًا وفقًا للقانون الفرنسي.

المقارنة مع القانون السعودي: في القانون السعودي، الاختصاص القضائي أمر حساس جدًا، إذ ترفض المحاكم السعودية تنفيذ الأحكام الأجنبية إذا تعارضت مع أحكام الشريعة الإسلامية أو النظام العام في المملكة. بينما في فرنسا، التركيز الأكبر يكون على مبدأ النظام العام الدولي فقط.

2- مدى توافق الرقابة القضائية بين النظامين: في النظام الفرنسي، الرقابة القضائية على تنفيذ الأحكام الأجنبية تتعلق بالتحقق من عدم تعارض الحكم مع النظام العام الفرنسي. وبالمقارنة، فإن السعودية تتسم بـ رقابة أوسع حيث تتحقق المحاكم من اختصاص المحكمة الأجنبية بما يتوافق مع الشريعة الإسلامية والنظام السعودي¹.

¹ قانون المرافعات الفرنسي، المادة (1317؛ 18) - سيرج بوجو، تنفيذ الأحكام الأجنبية في القانون الفرنسي، 2018م، ص145.

الفرع الثاني

مقارنة مع النظام القانوني المصري

1- أُسس تنفيذ الأحكام الأجنبية في النظام المصري: النظام المصري يعتمد على القانون المدني مع بعض التأثيرات الإسلامية في النظام القضائي. تتعامل المحاكم المصرية مع الأحكام الأجنبية وفقاً لمبدأ المعاملة بالمثل، وهو ما يعني أنه لا يمكن تنفيذ الأحكام الأجنبية في مصر إلا إذا كانت الدولة التي أصدرت الحكم تسمح بتنفيذ الأحكام المصرية على أراضيها.

الاختصاص القضائي في مصر: في مصر، الاختصاص القضائي يتم تحديده بناءً على مبادئ الإقليمية والشخصية، بمعنى أن المحكمة المصرية تختص فقط بالنظر في القضايا التي لها صلة مباشرة بالوطن المصري أو أطرافها.

المقارنة مع القانون السعودي: على الرغم من تشابه مبدأ المعاملة بالمثل بين السعودية ومصر، إلا أن السعودية تأخذ في اعتبارها النظام العام الإسلامي، بينما يعتمد النظام المصري بشكل أكبر على الاعتبارات المدنية دون الدخول في قيود الشريعة الإسلامية.

2- مدى توافق الرقابة القضائية بين النظامين: تتمثل الرقابة القضائية في النظام المصري في التأكد من موافقة الحكم الأجنبي للنظام العام المصري. أما في السعودية، فترتكز الرقابة على موافقة الحكم الأجنبي لأحكام الشريعة¹.

الفرع الثالث

مقارنة مع النظام القانوني الأمريكي

1- أُسس تنفيذ الأحكام الأجنبية في النظام الأمريكي: النظام الأمريكي يعتمد على القانون العام، ويعتبر تنفيذ الأحكام الأجنبية أمراً ميسراً ضمن ضوابط معينة. يعتمد تطبيق تنفيذ الأحكام الأجنبية في الولايات المتحدة على الاتفاقيات الدولية والمبادئ الدولية. يمكن تنفيذ الأحكام الأجنبية في الولايات المتحدة، إذا كانت تتفق مع مبدأ الاعتراف والامتثال لمعايير النظام القانوني الأمريكي.

الاختصاص القضائي في أمريكا: في الولايات المتحدة، الاختصاص القضائي يُحدّد من خلال معايير الإقليمية أو القدرة على التأثير على الأطراف في القضية. لكن، في حالة وجود حكم أجنبي، يمكن لمحاكم الولايات المتحدة أن تقوم بتنفيذه ما دام الحكم يتماشى مع مبادئ العدالة الأمريكية.

¹ قانون المرافعات المصري، المادة (273)؛ محمد عبد الغني، تنفيذ الأحكام الأجنبية في مصر، 2017م، ص165.

المقارنة مع القانون السعودي: في السعودية، يُعتبر الاختصاص القضائي الدولي أمرًا ذا طابع خاص حيث تعتمد المحاكم على النظام العام والشرعية الإسلامية في تحديد صلاحية المحكمة الأجنبية. وعلى النقيض، في النظام الأمريكي، التسهيلات القانونية أكثر مرونة من الناحية الإجرائية.

2- مدى توافق الرقابة القضائية بين النظامين: في النظام الأمريكي، الرقابة القضائية على تنفيذ الأحكام الأجنبية تركز بشكل أساسي على ما إذا كان الحكم يخالف النظام العام الأمريكي. أما في السعودية، فتتسم الرقابة بعدم التهاون في فرض الشروط المتعلقة بالشرعية الإسلامية والنظام العام السعودي¹.

وتُظهر المقارنة بين النظام القانوني السعودي والأنظمة القانونية الأخرى (الفرنسي، المصري، الأمريكي) أن السعودية تتبنى نهجًا خاصًا عند تنفيذ الأحكام الأجنبية، يركز أساسًا على الرقابة الشديدة على الاختصاص القضائي وضمان توافق الأحكام مع أحكام الشريعة الإسلامية والنظام العام للمملكة. بينما تركز الأنظمة القانونية الأخرى على النظام العام المدني أو الدولي في تنفيذ الأحكام، ما يجعل الرقابة القضائية السعودية أكثر تقييدًا بالمقارنة مع الدول الأخرى.

المطلب الثالث

مقترحات لتطوير رقابة الاختصاص القضائي في السعودية

شهدت المملكة العربية السعودية تطورات كبيرة في مجال التعاون القضائي الدولي وتنفيذ الأحكام الأجنبية، إلا أن الرقابة على الاختصاص القضائي في هذا السياق ما تزال تواجه بعض التحديات، خاصة في ضوء الخصوصية الدينية والقانونية التي تميز النظام السعودي. تقتصر رقابة الاختصاص القضائي في السعودية على ضمان أن الأحكام الصادرة من المحاكم الأجنبية تتوافق مع الشريعة الإسلامية والنظام العام السعودي، وهو ما قد يحد من قدرة النظام القضائي السعودي على التعامل بمرونة مع الأحكام الأجنبية، خصوصًا في قضايا التجارة والاستثمار.

وعليه، فإن هنالك حاجة ملحة لتطوير رقابة الاختصاص القضائي بما يتماشى مع التطورات العالمية والتحديات القانونية المعاصرة. ومن هنا، ستتطرق هذه الفقرة إلى بعض المقترحات التي يمكن أن تسهم في تحسين فعالية رقابة الاختصاص القضائي في السعودية. هذه المقترحات يمكن تناولها في الفروعات الآتية :

¹ قانون الإجراءات المدنية الأمريكي، المادة 28 U.S.C. § 1782; أحمد البدر، تنفيذ الأحكام الأجنبية في النظام الأمريكي، ص 180.

الفرع الأول

تعزيز التعاون القضائي الدولي

1- أهمية التعاون الدولي في تطوير الرقابة القضائية: يُعد التعاون القضائي الدولي عنصراً أساسياً في تعزيز فعالية تنفيذ الأحكام الأجنبية في النظام القضائي السعودي. من خلال التعاون مع الدول الأخرى والمنظمات الدولية، يمكن للمملكة أن تسهم في توحيد المعايير القانونية المتبعة في تنفيذ الأحكام، مما يساعد على تحسين المرونة والشفافية في الإجراءات القانونية.

2- آليات تعزيز التعاون: هنالك العديد من الآليات التي يمكن من خلالها تعزيز التعاون القضائي الدولي بين السعودية ودول أخرى:

أ- توسيع اتفاقيات التعاون القضائي: ينبغي على السعودية التوسع في توقيع المزيد من الاتفاقيات الثنائية والإقليمية لتنفيذ الأحكام الأجنبية، خصوصاً مع الدول ذات العلاقات الاقتصادية والتجارية الحيوية.

ب- الانضمام إلى اتفاقيات دولية إضافية: يجب أن تدرس المملكة الانضمام إلى اتفاقيات دولية متقدمة مثل اتفاقية تنفيذ الأحكام في قضايا الأسرة أو الاتفاقيات الخاصة بالتحكيم الدولي، لتوسيع نطاق التعاون وتنفيذ الأحكام الأجنبية.

ج- مراكز التعاون القضائي: يمكن للسعودية إنشاء مراكز تعاون قضائي دولي لتسريع إجراءات تنفيذ الأحكام الأجنبية، مع التركيز على حل النزاعات بما يتماشى مع المعايير الدولية¹.

الفرع الثاني

تطوير التشريعات الوطنية لضمان مرونة التنفيذ

1- الحاجة إلى تحديث التشريعات الوطنية: تشكل التشريعات الوطنية في السعودية الإطار الأساسي لتنفيذ الأحكام الأجنبية. ورغم أن القوانين الحالية قد حققت بعض التقدم في هذا المجال، إلا أن هنالك حاجة لتطوير بعض الجوانب لضمان مرونة أكبر في تنفيذ الأحكام الأجنبية بما لا يتعارض مع النظام العام السعودي أو الشريعة الإسلامية.

2- تطوير نظام الرقابة على الاختصاص القضائي: يمكن تحسين نظام الرقابة على الاختصاص القضائي من خلال:

¹ فهد السعدي، تعزيز التعاون القضائي الدولي: تطورات وآفاقه في المملكة العربية السعودية، ص120.

- أ- توسيع نطاق الرقابة: بدلاً من الاقتصار على الرقابة التقليدية على الاختصاص، يمكن أن تشمل الرقابة على العدالة الإجرائية، أي التحقق من أن المحاكم الأجنبية قد اتبعت القواعد القانونية الصحيحة.
- ب- مرونة أكبر في تطبيق معيار النظام العام: يمكن تعديل القوانين لتسمح بتنفيذ الأحكام الأجنبية في مجالات محددة (مثل التجارة) التي لا تتعارض مع أحكام الشريعة، مما يتيح مرونة أكبر في تنفيذ الأحكام.
- ج- إدخال مفهوم التنفيذ المؤقت للأحكام الأجنبية: يمكن السماح بتنفيذ مؤقت للأحكام الأجنبية حتى يتم التحقق من الامتثال الكامل للمبادئ القانونية السعودية.
- 3- معالجة إشكاليات القوانين المتعارضة: يجب على المملكة تطوير قوانين تحكيمية مرنة تتماشى مع المعايير الدولية التي لا تعارض الشرع، وتتمكن من تسوية النزاعات بين الأطراف في قضايا أحكام التحكيم الأجنبية¹.

الفرع الثالث

اقترح آليات جديدة للرقابة القضائية

- 1- إنشاء لجان مختصة لتقييم الاختصاص القضائي: يمكن أن تسهم اللجان القضائية المختصة في تطوير الرقابة القضائية على الأحكام الأجنبية، حيث تقوم هذه اللجان بتقييم اختصاص المحاكم الأجنبية في القضايا المعروضة أمام المحاكم السعودية، بالإضافة إلى ضمان أن التنفيذ لا يتعارض مع المبادئ الأساسية للشريعة.
- اللجان المتخصصة يمكن أن تكون ذات طابع تقني، تتعاون مع الهيئات القضائية الدولية لتقديم استشارات قانونية حول صحة الاختصاص القضائي.
- 2- توظيف التكنولوجيا الحديثة: من المقترحات المهمة استخدام التكنولوجيا في تسريع الإجراءات القضائية وتقديم حلول فعالة في تقييم اختصاص المحكمة الأجنبية. حيث يمكن تطوير نظام إلكتروني لتبادل المعلومات بين المحاكم المحلية والأجنبية، مما يساهم في تقليص فترة النظر في طلبات تنفيذ الأحكام.
- إطلاق منصة إلكترونية لتبادل البيانات بين الدول بشأن الأحكام القضائية يمكن أن يساعد في التحقق من الاختصاص القضائي بشكل أسرع وأكثر دقة.

¹ فهد السعدي، تطوير التشريعات السعودية في ظل العولمة القانونية، ص 135.

3- وضع معايير قانونية موحدة: من المهم وضع معايير قانونية موحدة لرقابة الاختصاص القضائي تكون مقبولة دوليًا، بحيث تسهم هذه المعايير في ضمان أن الأحكام الأجنبية المنفذة تتماشى مع المعايير الدولية، مع مراعاة الخصوصية الدينية والقانونية في السعودية¹.

ويتطلب تطوير رقابة الاختصاص القضائي في السعودية تنفيذ استراتيجيات متكاملة تشمل تعزيز التعاون القضائي الدولي، تحديث التشريعات الوطنية بما يضمن مرونة أكبر في تنفيذ الأحكام الأجنبية، بالإضافة إلى اعتماد آليات جديدة للتحقق من الاختصاص القضائي. إن هذه المقترحات ستسهم في تحقيق توازن بين حماية النظام العام السعودي وضمان تنفيذ الأحكام الأجنبية بما يتوافق مع الاحتياجات العالمية، وهو ما يعزز مكانة المملكة القضائية ويزيد من ثقة المجتمع الدولي في القضاء السعودي².

الخاتمة

في هذا البحث، تم تناول رقابة الاختصاص القضائي عند تنفيذ الأحكام الأجنبية في النظام القانوني السعودي، وذلك من خلال دراسة شاملة تتضمن مفهوم تنفيذ الأحكام الأجنبية، الأسس القانونية التي تحكمها، ورقابة الاختصاص القضائي التي تضمن عدم تعارض الأحكام الأجنبية مع النظام العام السعودي والشريعة الإسلامية. بالإضافة إلى ذلك، تم استعراض التحديات العملية التي يواجهها النظام القضائي السعودي في هذا الصدد، ومقارنة القانون السعودي بأنظمة قانونية أخرى، فضلاً عن تقديم بعض المقترحات لتطوير هذه الرقابة.

من خلال هذا التحليل، تبين أن رقابة الاختصاص القضائي في السعودية تُعد خطوة ضرورية لضمان العدالة في تنفيذ الأحكام الأجنبية، إلا أن هنالك بعض التحديات التي قد تؤثر في المرونة القضائية في تنفيذ الأحكام الأجنبية. كما أن التعاون القضائي الدولي وتطوير التشريعات الوطنية يظل جزءاً أساسياً من تعزيز فعالية هذه الرقابة. وقد تم التوصل إلى عدد من النتائج والتوصيات يمكن إجمالها فيما يلي:

أولاً: النتائج

1. أهمية رقابة الاختصاص القضائي: تُعتبر رقابة الاختصاص القضائي في السعودية أساساً لضمان عدم تعارض الأحكام الأجنبية مع النظام العام السعودي والشريعة الإسلامية.

¹ على البلهني، آليات جديدة للرقابة القضائية في السعودية، ص175.

² تقرير وزارة العدل السعودية حول تطوير الرقابة القضائية، ص195.

2. التحديات في التنفيذ: يواجه النظام القضائي السعودي تحديات قانونية وتقنية في تطبيق الأحكام الأجنبية، خاصة في ظل الاختلافات الثقافية والقانونية بين الأنظمة.
3. دور التعاون الدولي: التعاون القضائي الدولي له دور كبير في تعزيز تنفيذ الأحكام الأجنبية، ولكن التنسيق بين المحاكم الدولية والمحلية في السعودية يحتاج إلى المزيد من التطوير.
4. الرقابة القضائية في الأنظمة القانونية الأخرى: الأنظمة القانونية الأخرى، مثل فرنسا ومصر وأمريكا، تعتمد على مبادئ مرنة في تنفيذ الأحكام الأجنبية مقارنةً بالقوانين السعودية التي تركز على الخصوصية الدينية والنظام العام.

ثانياً: التوصيات

1. تعزيز التعاون القضائي الدولي: من المهم أن تواصل السعودية تعزيز التعاون مع الدول الأخرى من خلال توقيع اتفاقيات تنفيذ الأحكام بشكل يسمح بتسهيل تنفيذ الأحكام الأجنبية في المملكة، خاصة مع دول ذات علاقات تجارية قوية.
 2. تطوير التشريعات الوطنية: يجب تحديث التشريعات الوطنية لضمان مرونة أكبر في تنفيذ الأحكام الأجنبية، مع الحفاظ على الالتزام بالشرعية الإسلامية والنظام العام السعودي.
 3. إنشاء لجان مختصة لتقييم الاختصاص القضائي: يوصى بإنشاء لجان قضائية متخصصة لتقييم الاختصاص القضائي للأحكام الأجنبية وفقاً للمعايير السعودية والشرعية الإسلامية، لضمان تسريع الإجراءات وتقليل المخاطر القانونية.
 4. اعتماد تكنولوجيا متطورة في الرقابة القضائية: يمكن للسعودية الاستفادة من التكنولوجيا الحديثة لتسهيل عملية التحقق من الاختصاص القضائي وتسريع تنفيذ الأحكام الأجنبية، وذلك من خلال أنظمة إلكترونية متكاملة تربط بين المحاكم المحلية والدولية.
 5. زيادة الوعي القانوني والتدريب القضائي: من المهم توفير برامج تدريبية للقضاة والمحامين لتعريفهم بآليات تنفيذ الأحكام الأجنبية وكيفية التعامل مع رقابة الاختصاص القضائي بشكل يتماشى مع القوانين الدولية والشرعية الإسلامية.
- وفي الختام، إن تطوير رقابة الاختصاص القضائي عند تنفيذ الأحكام الأجنبية في السعودية يُعد خطوة حيوية نحو تعزيز العدالة القضائية وضمان التوازن بين النظام العام السعودي والالتزامات الدولية. من خلال تطبيق هذه التوصيات، يمكن أن تُحقق المملكة تقدماً كبيراً في تعزيز فعاليتها القضائية وضمان تنفيذ الأحكام الأجنبية بما يتماشى مع متطلبات العصر الحديث.

بيان تضارب المصالح

يقر جميع المؤلفين أنه ليس لديهم أي تضارب في المصالح.

قائمة المصادر والمراجع:

1. النظام الأساسي للحكم السعودي.
2. نظام التحكيم السعودي.
3. نظام التنفيذ السعودي.
4. نظام التنفيذ السعودي.
5. نظام التنفيذ السعودي.
6. نظام التنفيذ السعودي.
7. نظام التنفيذ السعودي.
8. نظام المرافعات الشرعية السعودي.
9. نظام المرافعات الشرعية السعودي.
10. نظام المرافعات الشرعية السعودي.
11. وزارة العدل السعودية، الاتفاقيات الثنائية للتعاون القضائي، 2023م.
12. اتفاقية الرياض العربية للتعاون القضائي، جامعة الدول العربية، 1983م.
13. اتفاقية نيويورك 1958م.
14. أحمد البدر، تنفيذ الأحكام الأجنبية في النظام الأمريكي.
15. أمين رجا رشيد دواس، تنازع القوانين في فلسطين، ط1، دار الشروق، عمان، 2001م.
16. تقرير وزارة العدل السعودية حول تطوير الرقابة القضائية.
17. تقرير وزارة العدل السعودية حول تنفيذ الأحكام الأجنبية.
18. تقرير وزارة العدل حول التحكيم الدولي.
19. تقرير وزارة العدل حول تنفيذ الاتفاقيات الدولية.
20. حسن الهداوي، القانون الدولي الخاص المبادئ العامة والحلول الوضعية في القانون الأردني: دراسة مقارنة، ط2، مكتبة دار الثقافة للنشر والتوزيع، 1997م.
21. حسين مشافي، الميسر في قواعد وتنازع الاختصاص في القانون الدولي الخاص.

22. سليمان بن ناصر العجاجي، اختصاص القضاء السعودي في تنفيذ حكم التحكيم الأجنبي، قضاء المعرفة القانوني.
23. سيرج بوجو، تنفيذ الأحكام الأجنبية في القانون الفرنسي، 2018م.
24. عبد الرزاق السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني، دار النهضة العربية، القاهرة، 1998م.
25. عبد العزيز السعد، الرقابة القضائية على تنفيذ الأحكام الأجنبية في السعودية، دار الفكر العربي، 2019م.
26. عبد الله السعد، تنفيذ الأحكام الأجنبية في السعودية: تحديات وحلول.
27. عبد الله العمر، تنفيذ الأحكام الأجنبية وفقاً لنظام المرافعات الشرعية السعودي، دار النهضة، 2020م.
28. عبد الله القحطاني، آليات تنفيذ الأحكام الأجنبية في القانون السعودي، 2021م.
29. عبد الله الناصر، التحديات القانونية في الاعتراف بالأحكام الأجنبية، دار المطبوعات القانونية، 2022م.
30. على البليهي، الالتزامات الدولية للقضاء السعودي.
31. على البليهي، الرقابة القضائية على تنفيذ الأحكام الأجنبية في النظام السعودي، 2019م.
32. على البليهي، آليات جديدة للرقابة القضائية في السعودية.
33. فايز خالد موسى الصغير، تنفيذ الأحكام الأجنبية في المملكة العربية السعودية، مجلة البحوث القانونية والفقهية، دمنهور، مج35، عدد40، 2023م.
34. فهد السعدي، التحكيم الدولي وتنفيذ الأحكام الأجنبية في السعودية، 2015م.
35. فهد السعدي، التعاون القضائي الدولي في القضايا الجنائية، 2016م.
36. فهد السعدي، تطوير التشريعات السعودية في ظل العولمة القانونية.
37. فهد السعدي، تعزيز التعاون القضائي الدولي: تطورات وآفاقه في المملكة العربية السعودية.
38. قانون الإجراءات المدنية الأمريكي. U.S.C. § 1782;
39. قانون المرافعات الفرنسي.
40. قانون المرافعات المصري.
41. لجنة الأمم المتحدة للقانون التجاري الدولي (UNCITRAL).
42. محمد العتيبي، التحديات القانونية في النظام القضائي السعودي.

43. محمد العتيبي، القضاء السعودي وتنفيذ الأحكام الأجنبية، دار الجامعة الجديدة، 2021م.
44. محمد عبد الغني، تنفيذ الأحكام الأجنبية في مصر، 2017م.
45. محمد عفيفي، التنفيذ الجبري للأحكام الأجنبية في القانون السعودي.
46. مرام ناصر سلامة، تنفيذ الأحكام القضائية وقرارات التحكيم الأجنبية: دراسة مقارنة، رسالة ماجستير، جامعة النجاح الوطنية، فلسطين.
47. مها عبد العزيز المطلق، مبدأ المعاملة بالمثل في تنفيذ الأحكام الأجنبية في المملكة العربية السعودية (دراسة تحليلية في ضوء أحكام القضاء السعودي)، المجلة القانونية، المجلد 20، عدد 4.

صلاحيات الجمعية العامة للمحاكم الإدارية وفقاً للتشريعات الفلسطينية

*Powers of the General Assembly of Administrative
Courts According to Palestinian Legislation*

د. حسن جميل سليم
الجامعة العربية الاميركية
(فلسطين)

صلاحيات الجمعية العامة للمحاكم الإدارية وفقاً للتشريعات الفلسطينية

Powers of the General Assembly of Administrative Courts According to Palestinian Legislation

د. حسن جميل سليم

استاذ مساعد غير متفرغ في كلية الدراسات العليا

الجامعة العربية الاميركية، (فلسطين)

hasan.jamil.salim@gmail.com

DOI: <https://doi.org/10.70411/MJLS.3.2.2025216>

تاريخ القبول: 2025-03-23

تاريخ المراجعة: 2025-03-04

تاريخ الاستلام: 2025-03-02

الملخص:

تُعتبر الجمعية العامة ركيزة أساسية في المحاكم الإدارية لما تُتَاط بها من صلاحيات وأدوار في تطوير العمل القضائي والإداري للقضاة، ورسم السياسات الإدارية والمالية بحكم طابع الإشراف الذي قرره المشرع لها، ومن خلال هذا البحث فقد تم تناول الصلاحيات التي أناطها المشرع بالجمعية العامة للمحاكم الإدارية في فلسطين وفقاً للقرار بقانون رقم (41) لسنة 2020 وتعديلاته، ووفقاً للنظام الداخلي الخاص بالجمعية العامة رقم (2) لسنة 2023، وذلك من حيث النطاق لممارستها للصلاحيات والذي جاء في مسارين: الأول في مجال التشريع، والثاني في المجال الإداري، حيث تم تبيان المساحة التي قررها المشرع والنصوص التي تدخل في النطاق التشريعي لعمل الجمعية، كعمل سابق لإصدارها من قبل الرئيس الذي منحه المشرع صلاحية إصدارها، وكذلك الصلاحيات الإدارية المتعلقة بالقضاة من تنسيب للتعين وندب ونقل وقبول استقالة. كما تناول البحث القيود القانونية التي قررها المشرع على ممارسة الجمعية لصلاحياتها سواء كانت المتمثلة في عدم تجاوز المبادئ الدستورية ومنها مبدأ الفصل بين السلطات ومبدأ المساواة، أو الالتزام بالمشروعية من خلال ضمان الالتزام بالتشريعات النازمة لممارستها لصلاحياتها، وضمان عدم تضارب المصالح لمناسبة ممارستها لصلاحياتها ولا سيما في الشق المالي أو الشق القضائي.

وقد تم التوصل إلى مجموعة من النتائج والتوصيات اعتماداً على المنهج الذي اتبعه الباحث وهو الوصفي التحليلي، والمنهج الاستنباطي، أهمها أن المشرع الذي منح الجمعية العامة صلاحيات في مجال التشريع وصلاحيات إدارية جاءت مقيدة، ولم تكن على سبيل التقدير، وإن أي خروج عنها يضعها في دائرة البطلان.

الكلمات مفتاحية: المحاكم الإدارية، الجمعية العامة، صلاحيات الجمعية العامة.

Abstract:

The General Assembly is a fundamental pillar of administrative courts due to the powers and roles assigned to it in developing judicial and administrative work for judges, as well as in shaping administrative and financial policies, based on the supervisory nature granted to it by the legislator.

This research will examine the powers entrusted to the General Assembly of Administrative Courts in Palestine under Decree-Law No. (41) of 2020 and the General Assembly's Internal Regulations No. (2) of 2023. The study will focus on the scope of these powers, which are exercised in two main areas: legislative and administrative. It highlights the legislative framework within which the Assembly operates, particularly its role in the preliminary stages of issuing regulations by the President, who is authorised by law to promulgate them. Additionally, the research will address the administrative powers concerning judges, such as recommendations for appointment, secondment, transfer, and acceptance of resignations.

Furthermore, the study explores the legal restrictions imposed by the legislator on the exercise of the Assembly's powers, including adherence to constitutional principles such as the separation of powers and the principle of equality. It also emphasises the requirement of legality, ensuring compliance with governing legislation and preventing conflicts of interest, particularly in financial and judicial matters.

The research concludes with a set of findings and recommendations based on the descriptive-analytical and deductive methodologies employed by the researcher.

Keywords: administrative courts, general assembly, powers of the general assembly

المقدمة

قامت فكرة إنشاء مجالس القضاء أو الجمعيات العمومية للقضاء انسجاماً مع وتكريساً لفكرة التوازن بين السلطات وتحقيقاً للفصل بينها، وحتى لا تكون الهيئات القضائية بأي حال من الأحوال تابعة أو تحت سلطة أي من السلطات.

ولمّا كان الفصل بين السلطات بصورتيه الجامد والمرن، يقتضي وجود هيئة على رأس تلك السلطات لتمارس الإشراف عليها، فإن المسألة في القضاء ليست بعيدة عن ذلك، فكيف سيقوم القضاء بذواتهم بإدارة المؤسسة القضائية، ووظيفتهم الأساسية هي نظر الدعاوى والفصل فيها، الأمر الذي استوجب وجود جسم من داخل المؤسسة القضائية ليقوم بتلك الوظيفة.

وفي فلسطين، التي تشكلت فيها المحاكم الإدارية في العام 2022، كحاجة وضرورة وانسجاماً مع التطور التشريعي في فلسطين، والتي جاء التقاضي الإداري فيها على درجتين ولاتساع مهامه واختصاصاته، وبالتالي توسع جسم المحكمة من حيث عدد القضاة، مما استوجب توسيع التشكيل لأجسامه، والتي كان من ضمنها الجمعية العامة كمجلس إدارة أو كجسم رديف لمجلس القضاء الأعلى المنوط بها صلاحيات إدارية وصلاحيات في مجال التشريع، والنظر فيما يُعرض عليها من تشريعات تتعلق بالقضاء الإداري، والتي تتألف وفقاً لنص المادة (13) من القرار بقانون رقم 2020 بشأن المحاكم الإدارية وتعديلاته من: رئيس ونائب رئيس المحكمة الإدارية العليا، وأقدم خمسة من قضاتها، إذا زاد عددهم عن ذلك، ورئيس ونائب رئيس المحكمة الإدارية، والتي يلاحظ على تشكيلها أن أغلبية عضويتها محصورة في قضاة المحكمة الإدارية العليا بتمثيلهم بسبعة أعضاء بما فيهم الرئيس، في مقابل عضوين من المحكمة الإدارية وهما الرئيس ونائبه، غير أنه لحدثة التشكيل لجسم المحاكم الإدارية كهيئة قضائية مستقلة، فإن التطبيق لنصوص القانون عادة ما يكشف بعض القصور أو عدم الوضوح أحياناً، وقد يقع تطبيق غير صحيح لبعض النصوص، لمناسبة الجمعية العامة لصلاحياتها، الأمر الذي استوجب إجراء هذا البحث، ونظراً لأهمية هذه الصلاحيات وتأثيرها على سير العدالة، وانتظام المرفق، جاءت هذه الدراسة لصلاحيات الجمعية العامة للمحاكم الإدارية من خلال استعراض الأسس القانونية التي تستند إليها، وتحليل دورها في تنظيم العمل القضائي.

أهمية البحث:

تكمن أهمية البحث في حداثة التشكيل وفي ظل التعديلات التي أدخلها المشرع الاستثنائي على التشريعات النازمة للمحاكم الإدارية، وما تمخض عنها من تعديلات، والحاجة للتحصيل في نجاعة تلك

التشريعات في تنظيم عمل المحاكم الإدارية دون تعارض، وبالتالي فإن الأهمية تكمن في توضيح مسار ممارسة صلاحيات الجمعية العامة، دون الخروج عن الحدود المقررة لها، كما تكمن الأهمية في إزالة الغموض عن بعض النصوص النازمة لتلك الصلاحيات والتي وردت عامة أحياناً، أو غير مقرونة بقيود في القانون ذاته.

أهداف البحث:

يهدف البحث إلى بيان نطاق صلاحيات الجمعية العامة للمحاكم الإدارية، وبيان اختصاصاتها وحدودها، وإزالة الالتباس عن طبيعة عملها، ولا سيما في ظل الخلط بينها وبين الهيئة العامة، وكذلك بيان القيود القانونية التي فرضها القانون على الجمعية العامة لمناسبة ممارستها لصلاحياتها.

الإشكالية:

تتمثل الإشكالية في مدى التزام الجمعية العامة للمحاكم الإدارية بحدود الصلاحيات المقررة لها، لكونها هيئة مشكلة من قضاة، وجاءت الصلاحيات مختلطة بين ما هو في المجال التشريعي وبين الصلاحيات الإدارية، وكذلك فيما يصدر عنها من قرارات وما تمارسه من صلاحيات، الأمر الذي استدعى الدراسة والبحث فيها من خلال السؤال الرئيس:

ما هي حدود صلاحيات الجمعية العامة للمحاكم الإدارية في ضوء التشريعات النازمة لها؟

الأسئلة الفرعية:

وللإجابة عن السؤال الرئيس تم طرح الأسئلة الفرعية الآتية:

1. ما هو نطاق صلاحيات الجمعية العامة للمحاكم الإدارية؟
2. ما هي القيود القانونية على ممارسة الجمعية العامة لصلاحياتها؟

منهجية البحث:

وللإجابة عن السؤال الرئيس والأسئلة الفرعية، فقد استلزم استخدام المنهج الوصفي والمنهج التحليلي، وكذلك المنهج الاستنباطي، لفهم حقيقة المراد من النصوص القانونية ذات العلاقة بالجمعية العامة للمحاكم الإدارية، ولتكوين الرأي بشأن مدى سلامة ما تتم ممارسته من صلاحيات من قبلها. وقد ارتأى الباحث تقسيم البحث إلى مطلبين:

المطلب الأول: نطاق صلاحيات الجمعية العامة للمحاكم الإدارية

المطلب الثاني: القيود القانونية على ممارسة الجمعية العامة للصلاحيات

المطلب الأول

نطاق صلاحيات الجمعية العامة

تُعد الجمعية العامة للمحاكم الإدارية من الأقسام الرئيسية في الهيئات القضائية، التي يجب أن تلعب دوراً حيوياً وتمارس صلاحياتها في إطار القانون لضمان حسن سير المرفق القضائي، ويتحدد نطاق صلاحياتها وفقاً لما تمنحه لها التشريعات من صلاحيات، تؤدي بممارستها إلى تطوير العمل القضائي، واتخاذ القرارات التي تهدف إلى تعزيز فعالية القضاء الإداري، وذلك ما جاء منظماً وفقاً للقرار بقانون رقم (41) لسنة 2020، بشأن المحاكم الإدارية وتعديلاته، وكذلك النظام الداخلي للجمعية العامة رقم 2 لسنة 2023.

في هذا المطلب، سيتم تناول نطاق صلاحيات الجمعية العامة للمحاكم الإدارية في مجال التشريع، وكذلك صلاحياتها الإدارية من خلال تحليل الأساس القانوني لهذه الصلاحيات، والمهام التي تضطلع بها.

الفرع الأول

صلاحيات الجمعية العامة في مجال التشريع

إن مفهوم التشريع يقتصر تقليدياً على السلطة التشريعية كاختصاص أصيل لها، غير أن بعض الأنظمة القانونية ومنها الفلسطينية قد منح السلطات الأخرى على سبيل الاستثناء أو بشكل محدود صلاحيات في مجال التشريع، فكان منها تقرير صلاحيات كاملة التشريع، كما هو الحال بمنح الرئيس إصدار قرارات لها قوة القانون¹، ولمجلس الوزراء إصدار الأنظمة واللوائح²، وذلك في إطار الفصل المرن بين السلطات.

وبالمقابل نجد أن المشرع، وفي إطار التعاون، قد أشرك جهات غير تشريعية في العملية التحضيرية بالتشريع، وذلك ما نجده مقررًا للجمعية العامة للمحاكم الإدارية، والذي جاء محدداً لها وفقاً للتشريعات المنظمة لها، وتتلخص بالآتي:

أولاً: وفقاً للقرار بقانون رقم (41) لسنة 2020 وتعديلاته

تنص المادة (8) من القرار بقانون رقم (13) لسنة 2022م، بتعديل قرار بقانون رقم (41) لسنة 2020م، بشأن المحاكم الإدارية على أنه: "تُعدل المادة (58) من القانون الأصلي، لتصبح على

¹ المادة (43)، القانون الأساسي الفلسطيني لسنة 2003 وتعديلاته.

² المادة (68)، القانون الأساسي الفلسطيني لسنة 2003 وتعديلاته.

النحو الآتي : تُعد الجمعية العامة للمحاكم الإدارية الأنظمة اللازمة لتنفيذ أحكام هذا القرار بقانون، وتصدر عن رئيس الدولة¹.

كما جاء التنصيص في القرار بقانون رقم (41) لسنة 2020م، بشأن المحاكم الإدارية بشأن العمل التشريعي وفق الآتي:

أ. مناقشة ما يعرض عليها من مشاريع القوانين المتعلقة بالمحاكم الإدارية¹.

ب. وضع نظام خاص بدائرة التفتيش يحدد سائر مهام وصلاحيات دائرة التفتيش وإجراءات عملها والضمانات الواجب توفرها للقضاة².

ت. وضع نظام خاص بالمجلس التأديبي³.

ث. إقرار مشروع الموازنة السنوية بالإجماع أو الأكثرية، بعد مناقشته وتقديمه للجهة المختصة⁴.

ج. إعداد الأنظمة اللازمة لتنفيذ أحكام القرار بقانون بشأن المحاكم الإدارية وتصدر عن رئيس الدولة⁵.

يستفاد مما ورد من صلاحيات في مجال التشريع منحها المشرع للجمعية العامة للمحاكم الإدارية أن الحالة الوحيدة التي يمكن من خلالها للجمعية العامة القيام بأعمال تصنف بأنها ضمن المجال التشريعي، هي تلك المكرسة في المادة (58) من قانون المحاكم الإدارية، والتي تنص على أنه: "تُعد الجمعية العامة للمحاكم الإدارية الأنظمة اللازمة لتنفيذ أحكام هذا القرار بقانون، وتصدر عن رئيس الدولة"، وكذلك إقرار الموازنة السنوية⁶، وهذا ما نجد ما يشبهه في قانون مجلس الدولة المصري بشأن الصلاحيات التشريعية للجمعية العمومية بالتشريع، حيث منح المشرع المصري الجمعية العمومية وفقاً لنص المادة (68) صلاحية إصدار اللائحة الداخلية للمجلس، وليس بشأن ما ينصرف ترتيب حقوق أو تغيير في البناء الجوهري لمجلس الدولة أو القضاء الإداري. كما أوجب المشرع المصري أخذ رأيه في مشروعات القوانين

¹ الفقرة (1) من المادة (13) من القرار بقانون رقم (41) لسنة 2020، بشأن المحاكم الإدارية وتعديلاته المنشور في الجريدة الرسمية (الوقائع) في العدد 22، بتاريخ 2021/1/11، ص 19.

² المادة (15) من القرار بقانون رقم (41) لسنة 2020، بشأن المحاكم الإدارية وتعديلاته المنشور في الجريدة الرسمية (الوقائع) في العدد 22، بتاريخ 2021/1/11.

³ الفقرة (2) من المادة (17) من القرار بقانون رقم (41) لسنة 2020، بشأن المحاكم الإدارية وتعديلاته.

⁴ المادة (53) من القرار بقانون رقم (41) لسنة 2020، بشأن المحاكم الإدارية وتعديلاته.

⁵ المادة (58) من القرار بقانون رقم (41) لسنة 2020، بشأن المحاكم الإدارية وتعديلاته.

⁶ المادة (53) من القرار بقانون رقم (41) لسنة 2020، بشأن المحاكم الإدارية وتعديلاته.

المتصلة بمجلس الدولة،¹ وكذلك بين بشأن صلاحيات الجمعية العمومية في مجال الفتوى والتشريع وفق لنص المادة (66) ان الجمعية العمومية تختص في مجال الفتوى والتشريع بإبداء الرأي في المسائل والمنازعات.²

وبالعودة والاطلاع على النص التشريعي الفلسطيني، نجد أن القانون قد حصر الصلاحية للجمعية العامة في المجال التشريعي في مسألة إعداد الأنظمة اللازمة لتنفيذ القانون - ليتم إصدارها من قبل الرئيس- والتي لا يمكن لها أن تتخطى مرامي القانون ونصوصه، وعليه، فإنه لا يجوز للجمعية العامة للمحاكم الإدارية إعداد مقترحات القوانين المعدلة لقانون المحاكم الإدارية تجنباً لشبهة تضارب المصالح، ولو أراد المشرع غير ذلك لنص عليه صراحةً في المادة (58) بقوله: تُعد الجمعية مشاريع القوانين المعدلة لهذا القانون، وهذا ما لم يفعله المشرع.

ومعنى ما سبق ذكره، أنه ينبغي أن يكون هنالك نص في قانون المحاكم الإدارية لكي يصار إلى تفعيل صلاحية الجمعية العامة التشريعية، من خلال تكريس أنظمة تنفيذية للنصوص الواردة في القانون الأساس، ونمثل هنا بنظام المجلس التأديبي ونظام التفتيش القضائي ونظام الجمعية العامة ونظام الأمانة العامة، وكل هذه الأنظمة في مجموعها مستقاة من حيث أساسها التشريعي من القانون، والذي لا تملك الجمعية العامة حياله أية صلاحيات تتعلق بالتعديل أو التحيين، باستثناء إبداء الرأي في مشروعات القوانين المتعلقة بالمحاكم الإدارية التي تُعرض عليها، ولا يجوز لها أن تمارس صلاحية تشريع أو تعديل لقانون المحاكم الإدارية، بل أنه يصبح غير مقبول تشريعياً بدرجة كبيرة تشريع أي نص من قبل الجمعية

¹ المادة (68 مكرر)، قانون مجلس الدولة المصري رقم 47 لسنة 1972.

² المادة (66)، قانون مجلس الدولة المصري رقم 47 لسنة 1972. تختص الجمعية العمومية لقسم الفتوى والتشريع بإبداء الرأي في المسائل والموضوعات الآتية: (أ) المسائل الدولية والدستورية والتشريعية وغيرها من المسائل القانونية التي تحال إليها بسبب أهميتها من رئيس الجمهورية أو من رئيس الهيئة التشريعية أو من رئيس مجلس الوزراء أو من أحد الوزراء أو من رئيس مجلس الدولة.

(ب) المسائل التي ترى فيها إحدى لجان قسم الفتوى رأياً يخالف فتوى صدرت من لجنة أخرى أو من الجمعية العمومية لقسمي الفتوى والتشريع.

(ج) المسائل التي ترى فيها إحدى لجان قسم الفتوى إحالتها إليها لأهميتها.

(د) المنازعات التي تنشأ بين الوزارات أو بين المصالح العامة أو بين الهيئات العامة أو بين المؤسسات العامة أو بين الهيئات المحلية أو بين هذه الجهات وبعضها البعض.

العامة، وتحديدًا عندما يتعلق الأمر بالمزايا الشخصية للقضاة، تبعاً ليس لشبهة تعارض المصالح، وإنما والحالة هذه فإنه تتحقق حالة من حالات تضارب المصالح على أرض الواقع.

وبالتطبيق العملي نجد أن ما ورد في ديباجة النظام الصادر بشأن الجمعية العامة رقم (2) لسنة 2023، أن الرئيس (رئيس الدولة) مارس صلاحياته التشريعية بناءً على تنسيب من الجمعية العامة، وذلك يتفق وصحيح القانون الذي نظم دور الجمعية العامة في العملية التشريعية الخاصة بالمحاكم الإدارية، وجدد مناطق صلاحياتها على سبيل الحصر.

ثانياً: وفقاً للنظام الداخلي رقم (2) لسنة 2023

لم يأت النظام الداخلي للجمعية العامة على النص أو التفسير بشأن صلاحيات تشريعية للجمعية العامة للمحاكم الإدارية، مكتفياً بما جاء النص عليه في متن القرار بقانون في المواد (13،15،17،53). ولما كان إعداد الأنظمة من صلاحية الجمعية العامة، وجاء نظام الجمعية العامة خالٍ تماماً من تفسير أو توضيح أو إضافة، فإن في ذلك دلالة واضحة على كفاية ما جاء النص عليه في القرار بقانون بشأن صلاحية الجمعية العامة في المجال التشريعي، وبنظام المخالفة فإن ممارسة غير ما جاء بالتنصيص عليه من صلاحيات هو خروج عن الحدود المقررة قانوناً، كما يفهم من ذلك التحديد أن سلطة الجمعية العامة في مجال التشريع جاءت مقيدة ومحددة في مجالات ومراحل بعينها.

الفرع الثاني

الصلاحيات الإدارية للجمعية العامة

لم يقصر المشرع صلاحيات الجمعية العامة للمحاكم الإدارية على الصلاحية في مجال التشريع، بل منحها أيضاً صلاحيات إدارية وفقاً لما جاء بالتنصيص عليه في القرار بقانون رقم (41) لسنة 2020 وتعديلاته، وكذلك النظام الداخلي رقم (2) لسنة 2023، وعلى وجه التحديد فيما يختص بشؤون القضاة، وكانت على النحو الآتي:

أولاً: وفقاً للقرار بقانون رقم (41) لسنة 2020 وتعديلاته

وفقاً لما جاء بالتنصيص عليه في القرار بقانون رقم (41) لسنة 2020 وتعديلاته، فإن المشرع قد منح الجمعية العامة للمحاكم الإدارية صلاحية إدارية، وهذا ما جاء متسقاً مع ما تقرر خلال تسعينيات القرن الماضي عندما أنشئت المجالس العليا للقضاء، وجاءت الوظائف المسندة إليه بين ما يتمثل بالإشراف على المسار المهني للقضاة وهو النموذج السائد في جنوب أوروبا، وبين ما يتمثل بالتصرف

والإدارة القضائية وهي المجالس السائدة في دول شمال اوروربا¹، ومن الصلاحيات الإدارية المسندة للجمعية العامة للمحاكم الإدارية هي:

أ. التنسيب لتعيين رئيس المحكمة الإدارية ونائبه وقضااتها، ونائب رئيس المحكمة الإدارية العليا وقضااتها لتعيينهم بقرار من الرئيس².

ب. التنسيب بنقل وندب القضاة لغير الجلوس للقضاء برضاهم، وكذلك التقرير بشأن ندب قضاة المحكمة الإدارية مؤقتاً للعمل بالمحكمة الإدارية العليا ممن توفرت فيهم شروط العمل فيها، لمدة ستة أشهر بقرار من رئيس المحكمة الإدارية العليا، قابلة للتجديد لمرة واحدة بقرار من الجمعية العامة. والتنسيب لندب القضاة للقيام بأعمال قضائية أو قانونية غير عمله أو بالإضافة إليه، على أن يصدر قرار من رئيس الدولة بذلك. والتنسيب لإعارة القضاة إلى الحكومات الأجنبية أو الهيئات الدولية، بقرار من رئيس الدولة على أن لا تزيد مدة الندب أو الإعارة عن سنتين متصلتين، إلا إذا اقتضت المصلحة الوطنية ذلك³.

ت. النظر في شؤون القضاة وترقياتهم ونقلهم وندبهم وإعاراتهم وتظلماتهم⁴.

ث. صلاحية منح الإذن بالاطلاع على إقرار الذمة المالية المتعلقة بزوجه وأولاده القصر والذي يبين كل ما يملكه من أموال منقولة وغير منقولة، وما عليهم من ديون داخل فلسطين وخارجها الذي يقدمه القاضي عند تعيينه⁵.

ج. تشكيل دائرة التفتيش التي تتبع رئيس المحكمة الإدارية العليا، وتشكل برئاسة نائب رئيس المحكمة الإدارية العليا، وعضوية عدد كافٍ من القضاة بقرار منها للتفتيش على أعمال القضاة وتقييم أدائهم، وتكون لمدة سنتين قابلة للتجديد لمرة واحدة، ولا يجوز خلالها نقل المفتش أو انتدابه لوظيفة أخرى، على أن يودع تقرير التفتيش لدى الجمعية العامة خلال شهر من تاريخ انتهائه،

¹ محمد بن لطيف، صلاحيات المجلس الأعلى للقضاء بين قاطرة الدستور وكوابح التشريع، جمعية الحقوقيين العدد 13، 2017، ص230.

² المادة (7) من القرار بقانون رقم (41) لسنة 2020، بشأن المحاكم الإدارية وتعديلاته.

³ المادة (12) من القرار بقانون رقم (41) لسنة 2020، بشأن المحاكم الإدارية وتعديلاته.

⁴ المادة (13) من القرار بقانون رقم (41) لسنة 2020، بشأن المحاكم الإدارية وتعديلاته.

⁵ المادة (14) من القرار بقانون رقم (41) لسنة 2020، بشأن المحاكم الإدارية وتعديلاته.

كما تختص الجمعية العامة في الفصل بالتظلم بعد الاطلاع على البيانات كافة وسماع أقوال القاضي المتظلم، وتصدر قرارها خلال (15) يوماً من تاريخ استلام التظلم، ويكون قرارها نهائياً¹.
 ح. صلاحية إحالة ملف الشكوى العامة الذي يرد لدائرة التفتيش بحق أي من القضاة إلى المجلس التأديبي²، في حال وجدت موجباً لمساءلة القاضي مرفقة بتقرير رئيس دائرة التفتيش³.
 خ. التنسيب لتعيين رئيس النيابة الإدارية بقرار من رئيس الدولة⁴.
 د. قبول استقالة قضاة المحاكم الإدارية على أن تتم المصادقة عليها من قبل رئيس الدولة⁵.
 بمراجعته ما سلف بيانه من صلاحيات إدارية تم التنصيص عليها في متن القرار بقانون، يتضح أنها تنحصر في المجالات الآتية:

1. التنسيب لتعيين القضاة ورؤيس النيابة الإدارية.
 2. قبول استقالة القضاة.
 3. النظر في أمور القضاة من نقل وندب وترقية.
 4. منح الإذن بالاطلاع على إقرار الذمة المالية للقاضي.
 5. تشكيل دائرة التفتيش وإحالة ملف الشكوى التي ترد بحق القاضي إلى المجلس التأديبي.
- باستقراء ما ورد بالنص في القرار بقانون رقم (41) لسنة 2020 وتعديلاته يتضح أن الصلاحيات التي قررها القرار بقانون للجمعية العامة تشير إلى أنها جاءت جميعها متعلقة بشؤون القضاة، وليس بغيرهم، والاستثناء الوحيد الذي ورد هو التنسيب لرئيس النيابة الإدارية، وذلك ما يفيد أن المشرع قد جاء حريصاً على الفصل بين علاقة الجمعية العامة بالقضاة ومتابعة شؤونهم عن باقي مكونات مرفق المحاكم الإدارية الذي يخضع لإدارة رئيس المحاكم الإدارية بصفته رئيس الدائرة الحكومية (الوزير)، متنبهاً للفرق

¹ المادة (15) من القرار بقانون رقم (41) لسنة 2020، بشأن المحاكم الإدارية وتعديلاته.

² الفقرة (1) من المادة (17): "يتشكل المجلس التأديبي من اثنين من قضاة المحكمة الإدارية العليا وأحد قضاة المحكمة الإدارية، من غير أعضاء الجمعية العامة".

³ المادة (16) من القرار بقانون رقم (41) لسنة 2020، بشأن المحاكم الإدارية وتعديلاته.

⁴ المادة (48) من القرار بقانون رقم (41) لسنة 2020، بشأن المحاكم الإدارية وتعديلاته.

⁵ المادة (51) من القرار بقانون رقم (41) لسنة 2020، بشأن المحاكم الإدارية وتعديلاته.

بين الوظيفة القضائية والوظيفة الإدارية، والآلية الفضلى لاستخدامها، وذلك ما يضمن الانسجام والاستقرار في المرفق القضائي.¹

وبالنظر إلى ما تم منحه للجمعية العامة للمحاكم الإدارية الفلسطينية نجد ما يشبهه في التشريعات الأخرى كالتشريع المصري الخاص بمجلس الدولة بأنه جاء النص فيه على " يختص هذا المجلس بالنظر في تعيين أعضاء مجلس الدولة وتحديد أدميتهم وترقياتهم ونقلهم وندبهم خارج المجلس وإعارتهم التظلمات المتصلة بذلك وكذلك سائر شئونهم على الوجه المبين في هذا القانون ²، لكن وبالمراجعة لتلك الصلاحيات يتضح بشكل جلي أنها جاءت على وجه التخصيص بشؤون القضاة، دون ان تتعدى ذلك، وذلك ما يؤكد حقيقة ما اتجهت إليه ارادة المشرع، ولو أراد غير ذلك لأفصح عنها.

ثانياً: وفقاً للنظام الداخلي رقم (2) لسنة 2023

قرر المشرع بنص النظام الداخلي للجمعية العامة للمحاكم الإدارية صلاحيات إدارية تتمثل بالآتي:

أ. صلاحية تقديم طلب لاجتماع طارئ من خلال ثلاثة من أعضائها ليعقد الاجتماع خلال موعد أقصاه عشرة أيام من تاريخ تقديم الطلب.³

ب. صلاحية إطلاع الغير على محاضر اجتماعات الجمعية.⁴

ت. صلاحية الطلب من الجهات الحكومية وغير الحكومية الواجب عليها تقديمها للجمعية من بيانات أو أوراق أو وثائق ذات عالقة بصلاحياتها.⁵

¹ وبالإطلاع على تجربة المملكة المغربية في تنظيم الجمعيات العامة للمحاكم التي تخضع لأحكام المرسوم عدد 498.74.2 الصادر تطبيقاً لظهير 15 يوليوز 1974 المتعلق بالتنظيم القضائي، وتحديد صلاحياتها، يتضح ان المشرع المغربي قد حدد اختصاصاتها في استعراض حصيلة عمل المحكمة خلال السنة القضائية من خلال الوقوف على المنجزات وتدارس العراقيل التي قد تواجه سير العمل العادي بها، ووضع برنامج الجلسات وتشكيل الهيئات القضائية من خلال تحديد عدد الغرف والأقسام وتكوينها، توزيع الأشغال والمهام بين القضاة، تحديد أيام وساعات الجلسات، توزيع القضايا بين مختلف الغرف والأقسام.

² المادة (68 مكرر)، قانون مجلس الدولة المصري رقم 47 لسنة 1972.

³ المادة (3) من نظام الجمعية العامة للمحاكم الإدارية رقم (2) لسنة 2023، المنشور في العدد رقم 207 من جريدة الوقائع الفلسطينية (الجريدة الرسمية)، بتاريخ 2023/10/24، ص 10.

⁴ المادة (6) من نظام الجمعية العامة للمحاكم الإدارية رقم (2) لسنة 2023.

⁵ المادة (7) من نظام الجمعية العامة للمحاكم الإدارية رقم (2) لسنة 2023.

ث. تشكيل اللجان من بين أعضائها تفويضها في بعض اختصاصاتها عدا ما يتعلق منها بالتعيين، أو الترقية أو النقل أو العزل أو الإعارة¹.

ج. تختص باستلام الطلبات والموضوعات التي تختص بنظرها مشفوعة بالبيانات والأوراق والوثائق اللازمة لتمكينها من البت فيه².

إن ما سلف ذكره من صلاحيات جاء ذكرها سواء في متن القرار بقانون أو في النظام الداخلي لم يتوسع المشرع في نطاقها، بل يمكن القول إنها جاءت محصورة في شؤون القضاة، وذلك يعود لخصوصية صفات أعضائها لكونهم من القضاة، ولحرص المشرع على عدم وقوعهم في مربع تضارب المصالح الذي يمكن أن يقع في حال التواصل معهم من قبل الإدارة الذين يمثلون الخصم في الدعاوى الإدارية التي ينظرونها.

وهنا يثور السؤال عن حقيقه ما أراده المشرع من أدوار وصلاحيات للجمعية العامة للمحاكم الإدارية، ذلك أن انفتاح الجمعية على غير القضاة ليس من باب أن يختص المجلس فقط بالمسار المهني الضيق للقضاة، بل من باب إدارة العدالة والإشراف على المحاكم، لتحقيق حسن سير القضاء واستجابة لمقتضيات الدستور، ولهذا تكون الحاجة أن تضم الجمعية العامة اشخاصاً من غير القضاة³.

ونمثل هنا بالتجارب الشبيهة في مجال المجالس والجمعيات العمومية، والتي تضم في عضويتها تشكيلة متنوعة من الشخصيات، ولهذا فإن المقترح أن تضم الجمعية العامة للمحاكم الإدارية في تشكيلتها شخصيات ذات صفة قضائية من خارج المحاكم الإدارية، وكذلك ذات صفة قانونية، لضمان التنوع في تشكيلة الجمعية العامة، وحرصاً لتوقي شبهة تضارب المصالح وجمع الصلاحيات في نطاق أشخاص معينين، وهو مجلس القضاء الأعلى، الذي يتضح من خلال القرار بقانون الناظم لعمله أن المجلس يتشكل من كل من: رئيس المحكمة العليا ونائبه واثنين من قضاة محكمة النقض، فيما توزعت العضوية لبقية المقاعد السبعة بين أربعة رؤساء محاكم الاستئناف (رؤساء محاكم استئناف القدس وغزة والخليل ونابلس)، ومقعد لرئيس محكمة بداية (يختاره المجلس من أقدم عشرة رؤساء محاكم البداية لمدة سنتين غير قابلة للتجديد)، مقعد للنائب العام ومقعد لوكيل وزارة العدل⁴.

¹ المادة (10) من نظام الجمعية العامة للمحاكم الإدارية رقم (2) لسنة 2023.

² المادة (14) من نظام الجمعية العامة للمحاكم الإدارية رقم (2) لسنة 2023.

³ محمد بن لطيف، مرجع سابق، ص 246-247.

⁴ المادة (16) من القرار بقانون رقم (1) لسنة 2020، المعدل لقانون السلطة القضائية رقم (1) لسنة 2002.

المطلب الثاني

القيود القانونية على ممارسة الجمعية العامة للصلاحيات

تتمتع الجمعية العامة للمحاكم الإدارية بصلاحيات متعددة تهدف إلى تنظيم العمل القضائي والإداري بشأن القضاة، وضمان حسن سير العدالة الإدارية، إلا أن هذه الصلاحيات لم تأت مطلقة، بل تخضع لقيود قانونية تفرضها التشريعات لضمان عدم تجاوز المبادئ الدستورية (الفرع الأول)، وأبرزها مبدأ الفصل بين السلطات ومبدأ المساواة، الالتزام بعدم تجاوزها مبدأ المشروعية (الفرع الثاني) من خلال الالتزام بالتشريعات النازمة لممارستها لصلاحياتها، واحترام مبدأ عدم تضارب المصالح:

الفرع الأول: عدم تجاوز المبادئ الدستورية

يمثل احترام المبادئ الدستورية وعدم تجاوزها علامة واضحة على احترام الدولة للدستور - الذي تتربع قواعده على رأس الهرم التشريعي ولا يجوز أن تخالف قواعد قاعدة قانونية أدنى منها - واتسامها بالديمقراطية، بل من غير المتصور لمجتمع أن يقوم دونها، لكونها القواعد النازمة للسلطات ولحدود اختصاصاتها، والناظمة لعلاقة التوازن بين السلطة والحرية.

ولهذا فإنه سيتم تناول مدى التزام الجمعية العامة للمحاكم الإدارية بالمبادئ الدستورية من خلال دراسة اثنين من المبادئ الدستورية ذات الصلة بعمل المحاكم الإدارية، وهما: احترام مبدأ الفصل بين السلطات (أولاً)، واحترام مبدأ المساواة (ثانياً).

أولاً: احترام مبدأ الفصل بين السلطات

يُعد مبدأ الفصل بين السلطات من الركائز الأساسية في النظم القانونية الحديثة، حيث يهدف إلى تحقيق التوازن بين السلطات الثلاث: التنفيذية، التشريعية، والقضائية، ومنع أي سلطة من التغول على صلاحيات الأخرى. وباعتبار أن الجمعية العامة للمحاكم الإدارية تمارس دوراً تنظيمياً وإشرافياً داخل القضاء الإداري، فإن احترامها لمبدأ الفصل بين السلطات كأحد المبادئ الدستورية يكون من خلال احترام الحدود الفاصلة بين السلطة القضائية من جهة، والسلطتين التشريعية والتنفيذية من جهة أخرى. ونشير هنا إلى أن مبدأ الفصل بين السلطات وإن كان مبدأ عاماً يخص السلطات الثلاث، إلا أنه ينطبق أيضاً على السلطات الفرعية بما يفيد احترام كل جهة لصلاحيات الجهة الأخرى وعدم الخروج عن حدودها.

وبالعودة إلى مسأله اختصاصات الجمعية التي تم تناولها في الفرع الأول، فإن تطبيق مبدأ الفصل بين السلطات جاء ليحظر على الجمعية العامة تجاوز حدود اختصاصاتها التي حددها القانون بصلاحيات

إدارية وأخرى في مجال التشريع في إطار التحضير للأنظمة، وإبداء الرأي فيما يُعرض عليها من مشاريع قوانين تخص المحاكم الإدارية، لتختص سلطة التشريع بإصدارها بعد نقاشها، وإلا جاءت أعمال الجمعية متجاوزة لمبدأ دستوري مقرر في متن القانون الأساسي وهو الفصل بين السلطات¹.

وبالإستناد إلى مبدأ الفصل بين السلطات، فإن الوثائق الدستورية، بغض النظر عن شكلها كانت مرنة أم جامدة²، فقد جاءت محددة لكل سلطة اختصاصاتها، على نحو يبين مدى التعاون والاحتكاك فيما بينها، وهذا لا يتعارض ومبدأ الفصل بين السلطات، ذلك أنه لا يمكن للسلطات أن تمارس اختصاصاتها على نحو مستقل تماماً دون الأخرى لتحقيق الهدف المشترك للدولة³، وفي حالة الجمعية العامة للمحاكم الإدارية فقد جاءت محددة بالنظر فيما يعرض عليها من تشريع⁴، وإعداد الأنظمة لتصدر عن رئيس الدولة⁵.

ثانياً: احترام مبدأ المساواة

تُعرف المساواة لغة في لسان العرب بأنها "استوى الشئان تماثلاً والسواء: العدل وسواء الشيء: مثله والجمع سواء، ومنه استوى الشئان وتساويا، ويقال ساوى الشيء الشيء، إذا عادله"⁶.

¹ المادة (2) من القانون الأساسي الفلسطيني لسنة 2003 وتعديلاته: "الشعب مصدر السلطات ويمارسها عن طريق السلطات التشريعية والتنفيذية والقضائية على أساس مبدأ الفصل بين السلطات على الوجه المبين في هذا القانون الأساسي".

² وإن كان الظاهر أن الرقابة المتبادلة تنحصر بنظام حكم دون غيره، وبشكل خاص في النظام البرلماني، إلا أنها موجودة في مختلف الأنظمة بما فيها الرئاسي. انظر، حسن مصطفى البحري، الرقابة المتبادلة بين السلطتين التشريعية والتنفيذية كضمان لنفاذ الرقابة المتبادلة - دراسة مقارنة - الطبعة الأولى، دمشق، 2006، ص 85.

³ حسن مصطفى البحري، الرقابة المتبادلة بين السلطتين التشريعية والتنفيذية كضمان لنفاذ الرقابة المتبادلة دراسة مقارنة الطبعة الأولى، دمشق، 2006، ص 54.

⁴ الفقرة (1) من المادة (13) من القرار بقانون رقم (41) لسنة 2020، بشأن المحاكم الإدارية وتعديلاته.

⁵ المادة (8) من القرار بقانون رقم (13) لسنة 2022م، بتعديل قرار بقانون رقم (41) لسنة 2020م، بشأن المحاكم الإدارية.

⁶ لسان العرب، أورده، سيد أحمد محمود، مبدأ المساواة أمام هيئة التحكيم وأثره على العدالة الاجتماعية، مجلة العلوم القانونية، العدد الثاني، الجزء الثاني، السنة الثامنة والخمسين، يوليو 2016، ص 622.

ويفيد مبدأ المساواة في تولي الوظائف العامة في معناه الشامل الاعتراف للجميع بحق التقدم لإشغال الوظائف الإدارية¹، أو هو إتاحة الإمكانية أمام جميع المواطنين في الدولة لتولي الوظيفة العامة، والتقدم لمن تتوافر فيهم الشروط لشغل الوظيفة الشاغرة².

وقد نص القانون الأساسي في باب الحقوق والحريات في المادة (9) على أن "الفلسطينيون أمام القانون والقضاء سواء لا تمييز بينهم بسبب العرق أو الجنس أو اللون أو الدين أو الرأي السياسي أو الإعاقة"³.

ووفقاً لما نص عليه الإعلان العالمي لحقوق الإنسان في المادة (21): "1. لكل شخص حق المشاركة في إدارة الشؤون العامة لبلده، إما مباشرة وإما بواسطة ممثلين يُختارون في حرية. 2. لكل شخص، بالتساوي مع الآخرين، حق تقلد الوظائف العامة في بلده"⁴.

ومما سبق يُستشف أن مبادئ المساواة وعدم التمييز تمثل قلب ومحور حقوق الإنسان، بصفتها الضامنة لعدم حرمانه في مختلف المجالات، وذلك لكونها لا تختص بمجموعة أو بيئة أو مجتمع بعينه، والذي يتحقق من خلال تكافؤ الفرص بين جميع المواطنين، دون اعتبار لأي شروط غير منطقية في أنشطة ومجالات الحياة.

ولما كان مبدأ المساواة واحداً من الركائز الأساسية في الأنظمة القانونية الحديثة، الذي يضمن عدم التمييز بين الأفراد أمام القانون، ويكفل تحقيق العدالة والإنصاف لهم، وبما أن الجمعية العامة للمحاكم الإدارية تُمارس دوراً تنظيمياً وإشرافياً داخل القضاء الإداري، فإن احترامها لهذا المبدأ يُعد ضرورياً لضمان تطبيق القوانين واللوائح بشكل عادل ومتساوٍ على جميع الأفراد والجهات المعنية.

وعطفاً على ما سلف بيانه، وارتباطاً بموضوع البحث، وصلاحيات الجمعية العامة للمحاكم الإدارية، فإن الأهمية لالتزام واحترام مبدأ المساواة من قبل الجمعية العامة للمحاكم الإدارية، وبالتطبيق العملي لهذا المبدأ، فإن أكثر ما يظهر يكون في مجال التنسيب للتعيين في الوظيفة القضائية، الذي قرره

¹ شاب توما منصور، الالتحاق بالوظيفة العامة في العراق في ضوء قانون الخدمة المدنية رقم (24) لسنة 1960، دراسة مقارنة، بحث منشور في مجلة القانون والاقتصاد، مطبعة جامعة القاهرة، 1969، ص301.

² علي خطار شطناوي، دراسات في الوظيفة العامة، الجامعة الأردنية، 1998 - 1999، ص46.

³ القانون الأساسي الفلسطيني لسنة 2003 وتعديلاته.

⁴ المادة رقم (21) من الإعلان العالمي لحقوق الإنسان، اعتمد ونشر على الملأ بموجب قرار الجمعية العامة للأمم المتحدة رقم 217 ألف المؤرخ في 10 كانون الأول/ديسمبر 1948.

المشروع صلاحيات للجمعية العامة وفقاً لنص الفقرة (1) من المادة (7) من القرار بقانون رقم (41) لسنة 2020 وتعديلاته، بأنه "يُعين رئيس المحكمة الإدارية ونائبه وقضااتها، ونائب رئيس المحكمة الإدارية العليا وقضااتها بقرار من الرئيس، بناءً على تنسيب من الجمعية العامة للمحاكم الإدارية".

وعطفاً على ذلك، فإنه يستفاد أن حق التقدم للوظيفة لا يشترط لمباشرته سوى انطباق الشروط اللازمة للوظيفه المحددة قانوناً، وشغور الوظيفة المتقدم لها، دون أي تمييز، وبالمقابل أيضاً فإن ذلك يفيد بأن الدولة لا تفتح الباب مشرعاً للجميع، بل لمن تنطبق عليهم الشروط فقط، وأن المساواة لا تكون إلا بين ذوي الظروف المماثلة.

ومن خلال ما جاء التنصيص عليه فإنه يستفاد أن التعيين لدى المحاكم الإدارية وإن قرر المشرع شروطاً بشأنه بنص القانون¹، سواء فيما يتعلق بالشروط العامة منها أو الخاصه للدرجتين الأولى والثانية،

-
- ¹ المادة (8): "الشروط فيمن يولى القضاء في أي من المحاكم الإدارية أن تتوافر فيه الشروط الآتية: 1. أن يكون فلسطينياً يتقن اللغة العربية، ويتمتع بكامل الأهلية. 2. أن يكون حاصلاً على إجازة الحقوق أو إجازة الشريعة والقانون من إحدى الجامعات المعتمدة. 3. ألا يكون محكوماً عليه من محكمة مختصة أو مجلس تأديبي لعمل مخل بالشرف أو بالأمانة، حتى ولو رد إليه اعتباره أو شمله عفو خاص. 4. أن يكون محمود السيرة وحسن السمعة، ولاثقاً طبياً لشغل الوظيفة القضائية. 5. أن ينهي عضويته بأي حزب أو تنظيم سياسي عند تعيينه.
- المادة (9): "1. يشترط فيمن يعين قاضياً بالمحكمة الإدارية أن يكون قد جلس للقضاء لمدة خمس سنوات على الأقل بدوائر إحدى محاكم البداية أو ما يعادلها بالنيابة العامة، أو عمل في سلك القضاء النظامي أو المحاماة أو في سلكي القضاء النظامي والمحاماة معاً مدة لا تقل عن اثنتي عشرة سنة، أو أن يكون حاصلاً على درجة الماجستير ومن أعضاء هيئات التدريس بكليات الحقوق أو الشريعة والقانون لسبع سنوات على الأقل. 2. يشترط فيمن يعين رئيساً للمحكمة الإدارية أو نائباً له أن يكون قد جلس للقضاء لمدة خمس سنوات على الأقل بالمحكمة الإدارية أو بدوائر إحدى محاكم الاستئناف أو ما يعادلها بالنيابة العامة، أو عمل في سلك القضاء الإداري أو النظامي أو المحاماة أو في سلكي القضاء الإداري أو النظامي والمحاماة معاً مدة لا تقل عن خمس عشرة سنة.
- المادة (10): "1. يشترط فيمن يعين قاضياً بالمحكمة الإدارية العليا أن يكون قد جلس للقضاء لمدة خمس سنوات على الأقل بالمحكمة الإدارية أو بدوائر إحدى محاكم الاستئناف أو ما يعادلها بالنيابة العامة، أو عمل في سلك القضاء أو المحاماة أو في سلكي القضاء النظامي والمحاماة معاً مدة لا تقل عن خمس عشرة سنة. 2. يشترط فيمن يعين رئيساً للمحكمة الإدارية العليا أو نائباً له أن يكون قد جلس للقضاء لمدة خمس سنوات على الأقل بالمحكمة الإدارية العليا أو بالمحكمة العليا/ محكمة النقض، أو أن يكون قد عمل في سلك القضاء الإداري أو النظامي أو المحاماة أو في سلكي القضاء الإداري أو النظامي والمحاماة معاً مدة لا تقل عن عشرين سنة.

إلا أن الظاهر يفيد أن المشرع لم يأت بالنص ولم يصدر نظاماً أو تعليمات بشأن آلية التعيين، وكأن المشرع قد جعل مسألة التنسيب سلطة تقديرية للجمعية، وذلك ما قد يمس مبدأ المساواة بين المتقدمين لوظيفة القضاء الإداري ممن تنطبق عليهم الشروط.

لكن السؤال الذي يثور هنا: هل فعلاً جاء النص التشريعي قاصراً، أم أن المشرع تدارك ذلك بالإحالة لما يعوض ما يظهر من نقص في التشريع؟

بالمراجعة لما جاء في القرار بقانون الناظم للمحاكم الإدارية يتضح أن المشرع قد نص في المادة (59): "تسري أحكام قانون السلطة القضائية رقم (1) لسنة 2002م وتعديلاته، وأحكام قانون أصول المحاكمات المدنية والتجارية رقم (1) لسنة 2001م وتعديلاته على القضاء الإداري، في كل ما لم يرد عليه نص في هذا القرار بقانون"، وهو نص يحيلنا إلى نص الفقرة (2) من المادة (5) من القرار بقانون رقم (40) لسنة 2020 المعدل لقانون السلطة القضائية رقم (1) لسنة 2002، التي نصت على أنه: "على الرغم مما ورد في أي تشريع آخر، لا يجوز تعيين أي شخص في وظيفة قاضٍ إلا بعد التحقق من كفاءته وحسن خلقه وصلاحيته للوظيفة القضائية، على أن تجري مسابقة للمتقدمين لملء الوظائف القضائية الشاغرة، ويضع المجلس لائحة تحدد كيفية ملء الوظائف القضائية الشاغرة، وما يلزم توفره في المرشحين".

وبالتالي فإن غياب القواعد المكتوبة والواضحة للجمهور، والمعلنة لتعيين شاغلي الوظائف القضائية كان من الممكن أن يفتح الباب لدخول من هم من غير أصحاب الكفاءة أو الذين لا تنطبق عليهم شروط التعيين للوظيفة القضائية¹، ويبقى الأمر في إطار السلطة التقديرية للجمعية وكذلك إجراءاتها، إلا أن الكشف عن أن النص التشريعي في القرار بقانون رقم (40) لسنة 2020، بشأن السلطة القضائية يعوض ما ظهر من نقص يجعل مسألة التعيين في إطار السلطة المقيدة ووجوب اتباع القواعد العامة المقررة بشأنها، فإن ذلك يسهم في أن يجنب الوظيفة القضائية من أن يتم التسلل لها من قبل غير أصحاب الكفاءة.

وبالنظر إلى القواعد التي أحال القرار بقانون بشأن المحاكم الإدارية اللجوء إليها في حال لم يرد نص بشأنها، هي ما ورد في قانون السلطة القضائية التي جاء فيها بما يخص التعيين في الوظيفة

¹ جهاد حرب، وأحمد أبو دية، السلطة القضائية في إطار الفصل المتوازن للسلطات في النظام السياسي الفلسطيني،

الائتلاف من أجل النزاهة والمساءلة (أمان)، كانون الثاني 2007، ص8.

القضائية "على الرغم مما ورد في أي تشريع آخر، لا يجوز تعيين أي شخص في وظيفة قاضٍ إلا بعد التحقق من كفاءته وحسن خلقه وصلاحيته للوظيفة القضائية، على أن تجرى مسابقة للمتقدمين لملء الوظائف القضائية الشاغرة، ويضع المجلس لائحة تحدد كيفية ملء الوظائف القضائية الشاغرة، وما يلزم توفره في المرشحين"¹.

وبالتالي فإن الحل يكمن لضمان صون مبدأ المساواة اعتماد نظام المسابقة لإشغال وظيفة القضاء، بعد التحقق من توفر الشروط القانونية لها.

وخلاصة القول إنه ينبغي أن يتم تنظيم مسألة تعيين القضاة في درجتي المحاكم الإدارية الأولى والثانية، وذلك تجنباً للمنازعات الإدارية في قرارات التعيين، والتي تعتبر من قبيل القرارات الباطلة المبنية على سلطة مقيدة، وهذه القرارات تشمل كل قرار تعيين قد صدر دون توافر الشروط المنصوص عليها قانوناً.

الفرع الثاني

عدم تجاوز مبدأ المشروعية

يقتضي مبدأ المشروعية التزام الجهة التي تمارس عملاً إدارياً بأحكام القانون والسير على هديه دون خروج عن حدوده، تجنباً لوقوع قراراتها في محل الإلغاء في حال الطعن فيها²، حيث إن مجرد انحراف قراراتها يجعلها معيبة وغير مشروعة، وذلك توخياً من قبل المشرع لحماية حقوق الأفراد من تسلط جهة الإدارة وتعسف رجالها³.

ولما كان مبدأ المشروعية يتمثل في خضوع الإدارة في تصرفاتها لأحكام القانون بمعناه الواسع، فإن ذلك يعني أن القانون يجب أن لا يخالف الدستور، والنظام لا يخالف الدستور والقانون، ولا تخالف اللوائح والقرارات الإدارية الدستور والقانون والأنظمة، وإلا غدت غير مشروعة⁴.

¹ الفقرة (2) من المادة رقم (5) من القرار بقانون رقم (1) لسنة 2020 المعدل لقانون السلطة القضائية رقم (1) لسنة 2002.

² عدنان عمرو، القضاء الإداري في فلسطين (دراسة مقارنة)، 2022، ص 18.

³ بلقاسم نصر الدين، قرينة مشروعية القرارات الإدارية، جامعة أبو بكر بلقايد، الجزائر، 2021، ص 27-27.

⁴ حكم لمحكمة العدل العليا الأردنية في الدعوى رقم 2004/333، أورده، نوفان منصور العجارمة ورمضان محمد بطيخ، دار الثقافة للنشر والتوزيع، عمان/الأردن، 2022، ص 31.

وعطفاً على ما سلف، فإنه يمكن القول إن المشروعية تمثل فيما تعني الأساس الذي تقوم عليه تصرفات الحاكم كافة والسلطات والإدارة عموماً، وكذلك الأفراد، وإلا غدت تلك التصرفات باطلة، وقد تكون منعدمة، لتجاوزها ما تقرر لها بنص القانون، وبالتالي فإن تصرفات السلطة أو الإدارة فهي دوماً غير مخيرة في سلوك طريق المشروعية، بل واجب عليها الالتزام بها.

أولاً: الالتزام بالتشريعات النازمة لممارستها لصلاحياتها

يُقصد بالالتزام بالتشريعات النازمة لممارسة الصلاحيات أن تلتزم الجهات أو الأفراد عند تنفيذ صلاحياتهم بالقوانين والأنظمة السارية التي تحدد نطاق عملهم وتفرض ضوابط على تصرفاتهم، وهذا يضمن تحقيق العدالة، الشفافية، والمساءلة، ويحول دون التعسف في استخدام السلطة أو تجاوز الحدود القانونية المقررة.

وبالاطلاع على ما نصت عليه المادة (13) من القرار بقانون رقم (41) لسنة 2020، بشأن المحاكم الإدارية وتعديلاته، وتحديدًا بشأن اختصاصات الجمعية العامة المتعلقة بالتشريع على أنه: "يؤخذ رأيها في مشاريع القوانين المتعلقة بالمحاكم الإدارية"، وهي مشاريع القوانين التي تقدم من جهة السلطة التنفيذية استناداً لنص المادة (43) من القانون الأساسي، أو تقدم من قبل السلطة التشريعية، وهذا يعني أن مشاريع القوانين تُعد أساساً من قبل الجهة المختصة بذلك وهي من غير المحاكم الإدارية، ولا يمكن أن تقوم الجمعية العامة للمحاكم الإدارية بإعدادها، بل يقتصر دورها على إبداء الرأي في مشاريع القوانين المعدة أصلاً.

وبالنظر إلى ما تقرر للجمعية من صلاحية تتعلق حصراً بـ "أخذ رأيها"، فإنه يتضح أن ذلك المقرر قد جاء منسجماً وقاعدة عدم جواز اجتماع سلطة التشريع والقضاء في يد واحدة، تبعاً لتعارض المصالح بينهما. فكيف يمكن أن يقرر القاضي نصاً تشريعياً هو المكلف بتطبيقه أو يقرر نصاً تشريعياً ليحكم علاقته بالمؤسسة القضائية أو يقرر لنفسه حقوقاً وامتيازات أو حدوداً لواجباته تجاه وظيفته؟

لكن، وفي حال كان النص التشريعي يعتريه القصور ولا يوجد في منظومة القانون ما يسعف القاضي للحكم فيما هو معروض أمامه، فإن الضرورة في حينه تجيز أن يوصي بالمعالجة التشريعية، مقرونة ببيان لمثالب النص التشريعي، ومن ثم يتم إعداد المقترح التشريعي من جانب الجهة المختصة، ويؤخذ رأي الجمعية العامة للمحاكم الإدارية بشأنه.

ثانياً: عدم تضارب المصالح

يفيد عدم تضارب المصالح في ممارسة الجمعية العامة للمحاكم الإدارية لصلاحياتها أن أعضاء الجمعية العامة يجب أن يتخذوا قراراتهم بناءً على معايير قانونية ومهنية محايدة، دون أن يتأثروا بمصالح شخصية أو ارتباطات قد تؤثر على استقلاليتهم وموضوعيتهم.

وبالعموم فإن تضارب المصالح قد يحدث عندما يكون للجهة أو الشخص الذي يتخذ القرار مصلحة شخصية قد تؤثر على قراره أو قد تدفعه للتصرف بطريقة تؤثر سلباً على العدالة أو الحياد في ممارسة الصلاحيات، وفقاً لما جاء النص عليه في قرار مجلس الوزراء بأنه "إذا تحققت له أو لأي من الأشخاص ذوي الصلة منفعة أو مصلحة مادية أو معنوية خلال قيامه أو امتناعه عن القيام بأي عمل من أعمال وظيفته التي يشغلها منفرداً أو بالاشتراك مع آخرين"¹.

وبالمراجعة للتعديل الذي طرأ على القرار بقانون بشأن المحاكم الإدارية رقم (18) لسنة 2024، تتضح مسألتين من صور تضارب المصالح لعمل الجمعية العامة، تتمثل الأولى بالشق المالي للقضاة، والثاني بعملهم القضائي:

أ. الشق المالي:

حمل النص المعدل للقرار بقانون رقم (18) لسنة 2024، المعدل للقرار بالقانون الأصلي تعديلاً بشأن الحقوق المالية للقضاة والمتعلق بالمكافأة والحقوق التقاعدية وفقاً لنص الفقرة (2) من المادة (7) "يسوى المعاش أو المكافأة للقاضي وفقاً لآخر راتب تقاضاه"²، معدلاً لنص الفقرة (2) من المادة (52) من القرار بقانون رقم (41) لسنة 2020، بشأن المحاكم الإدارية التي جاءت بالنص على أنه "يسوى المعاش أو المكافأة للقاضي وفقاً لأحكام قانون التقاعد العام النافذ".

وبالاطلاع على ما نص عليه قانون التقاعد العام رقم (7) لسنة 2005م، وبنص المادة (25) فإن ما يستحقه المتقاعد هو المتوسط لراتب آخر ثلاث سنوات، وفق الشروط المحددة بالقانون، وهو ما يطبق على موظفي الدولة والقضاة.

غير أن ما حمله التعديل الذي نسبته الجمعية العامة للمشرع من إقرار لإمتياز بجعل راتب التقاعد أو المكافأة وفقاً لآخر راتب، يثير التساؤل حول الحق بأن تقرر هيئة امتيازات مالية لصالحها أو الشريحة

¹ المادة (6)، قرار مجلس الوزراء الفلسطيني رقم (1) لسنة 2020م، بنظام الإفصاح عن تضارب المصالح.

² المادة (7) من القرار بقانون رقم (18) لسنة 2024، المعدل للقرار بقانون رقم (41) لسنة 2020، بشأن المحاكم

الإدارية المنشور في العدد رقم 220 من جريدة الوقائع الفلسطينية (الجريدة الرسمية)، ص 27.

التي تنتمي لها، دوناً عن باقي الشرائح، كالقضاء النظامي¹، والقضاء الشرعي الذي يحكم مسألة تقاعدهم ونهاية الخدمة والمكافأة لهم هو قانون التقاعد العام وموظفي الدولة عموماً²، وهل هو بالاساس من صلاحية الجمعية العامة؟

إن سلف بيانه لا يتعارض بالطبع مع أن يكون لموظفي مؤسسة معينة نظام رواتب او علاوات تتناسب وطبيعة وظيفتهم، أو لخصوصيتها، وهذا ما أتاحة المشرع وفقاً لما ورد بنص الفقرة (1) من المادة (50) من القرار بقانون رقم و(41) لسنة 2020 وتعديلاته بشأن المحاكم الادارية، بانه: "تحدد الرواتب والعلاوات للوظائف القضائية في المحاكم الادارية وفقاً لجدول يلحق بهذا القانون"، وذلك ما يفيد من خلال قراءة النص أن المشرع قد قرر مسبقاً أن يكون إمكانية ان يكون هناك جدول رواتب خاص، لكن ذلك يحدده المشرع ذاته وليس الجهة المستفيدة من التشريع، تجنباً لقيام شبهة تضارب المصالح.

ب. الشق القضائي:

تنص المادة (5) من المادة من القرار بقانون رقم (18) لسنة 2024 المعدل للقرار بقانون رقم (41) لسنة 2020، بشأن المحاكم الإدارية على أنه: "1. لا يجوز الطعن في الأحكام الصادرة عن المحكمة الإدارية العليا بأي طريق من طرق الطعن. 2. على الرغم مما ورد في الفقرة (1) من هذه المادة، للمحكمة الإدارية العليا - بناءً على طلب الخصوم إعادة النظر في قرارها الصادر في أي طعن إذا تبين لها أنه قد تم رد الطعن شكلاً نتيجة خطأ في احتساب المدة القانونية خلال ثلاثين يوماً من اليوم التالي لتاريخ إصدار المحكمة الإدارية العليا قرارها إذا كان حضورياً اعتبارياً"³، وذلك تعديلاً لنص المادة (46) من القرار بقانون رقم (41) لسنة 2020، بشأن المحاكم الإدارية

التي كانت تنص على أنه: "1. لا يجوز الطعن في الأحكام الصادرة عن المحكمة الإدارية العليا بأي طريق من طرق الطعن. 2. أحكام المحكمة الإدارية العليا وأحكام المحكمة الإدارية القطعية واجبة

¹ المادة (14) من القرار بقانون رقم (40) لسنة 2020م، بشأن تعديل قانون السلطة القضائية رقم (1) لسنة 2002م،

المنشور في الجريدة الرسمية (الوقائع الفلسطينية) في العدد (22) ممتاز بتاريخ 2021/1/11، ص13.

² الفقرة (3) من المادة (28) من القرار بقانون رقم (8) لسنة 2021، بشأن القضاء الشرعي، المنشور في الجريدة الرسمية (الوقائع) في العدد 177 بتاريخ 2021/3/18، ص4: "يسوى الراتب التقاعدي أو المكافأة للقاضي الشرعي وفقاً لقانون التقاعد العام النافذ".

³ المادة (5) من القرار بقانون رقم (18) لسنة 2024، المعدل للقرار بقانون رقم (41) لسنة 2020، بشأن المحاكم

الإدارية.

النفاز بالصورة التي تصدر فيها، وإذا تضمن الحكم إلغاء القرار الإداري موضوع الدعوى فتعتبر جميع الإجراءات والتصرفات القانونية والإدارية التي تمت بموجب ذلك القرار ملغاة من تاريخ صدور ذلك القرار. 3. تكون لأحكام المحكمة الإدارية العليا حجة على كافة".

وبالمراجع للنص المعدل مقارنة مع النص الأصلي، فإنه يتضح أن الجمعية العامة قد أوجدت لقضاة المحكمة الإدارية العليا الذين يمثلون أغلبية أعضائها مساحةً ومجالاً لتدارك خطأ غير مبرر له أن يحدث، برد الطعن شكلاً، كنتيجة لخطأ يتعلق باحتساب المدة القانونية.

وهنا يثور السؤال عن مبرر التعديل لخطأ الأصل أن إمكانية حدوثه فرض ساقط، لكون الهيئة الحاكمة لديها الوقت الكافي لاحتساب المدة القانونية، التي جاء التعديل بشأنها، لا بل إن أول ما تتصل به المحكمة الإدارية العليا في مسألة الطعون التي تقدم أمامها، ومجمل عملها يقوم على أساس تقرير القبول الشكلي للطعن، فإذا أخطأت في ذلك، وهي مسألة بسيطة من حيث أبجديات القانون، فكيف سيقوم تقييم نظرها للجوانب الموضوعية التي تقع على جانب من التعقيد!!

وتأتي خصوصية ما نسبته الجمعية العامة من تعديل للقرار بقانون واعتباره تضارب مصالح لكون الجمعية العامة تتألف بغالبيتها من قضاة المحكمة الإدارية العليا، بما يفيد أن التعديل جاء لخدمة أعضاء الجمعية العامة بشكل غير مباشر.

الخاتمة

تُعد المحاكم الإدارية من الركائز الأساسية في منظومة القضاء، حيث تختص بالفصل في النزاعات الإدارية التي تنشأ بين الأفراد والجهات الحكومية، مما يحقق مبدأ المشروعية ويضمن خضوع الجهات الإدارية لرقابة القضاء، وفي إطار تنظيم العمل داخل هذه المحاكم وضمان حسن سير العدالة، تأتي الجمعية العامة للمحاكم الإدارية كجهة تنظيمية ذات صلاحيات مهمة تسهم في تحقيق الانضباط القضائي والإداري للقضاة داخل المحكمة.

وحتى تقوم الجمعية العامة بالدور المناط بها جاء المشرع بالتصميم على منحها صلاحيات في المجالين التشريعي والإداري، بما يسهم في تطوير العمل القضائي في حدود القانون الناظم لعملها، ويساعد الهيئات القضائية المنضوية تحت مظلة المحاكم الإدارية من تحقيق الرؤية والهدف السامي للقضاء الإداري وهي العدالة الناجزة.

وبعد استعراض صلاحيات الجمعية العامة للمحاكم الإدارية وفقاً للتشريعات الفلسطينية، يتضح أن دورها يُعد ركيزة أساسية في تعزيز مبدأ المشروعية وسيادة القانون من خلال إسهامها في تطوير بناء

هذه المنظومة القضائية كمدخل ومشرف على مخرجاتها، دون أن يمنع ذلك وجوب التطوير لتأطير تلك الصلاحيات وضمان عدم خروج الجمعية لمناسبة ممارستها لها عن الحدود المقررة لها.

أولاً: النتائج

من خلال الدراسة للإجابة عن السؤال الرئيس والأسئلة الفرعية، توصل الباحث إلى العديد من النتائج، أهمها:

1. إن الجمعية العامة تتألف بغالبيتها من أعضاء محكمة واحدة هي المحكمة الإدارية العليا.
2. إن المشرع منح الجمعية العامة صلاحيات تشريعية تحضيرية في إطار التنسيب للمصادقة عليها من قبل جهة التشريع في نطاق مقصور على الأنظمة واللوائح، وكذلك صلاحية إدارية.
3. إن صلاحيات الجمعية العامة لمناسبة ممارسة صلاحياتها جاءت مقيدة.
4. إن المشرع قرر قيوداً قانونية على ممارسة الجمعية العامة لصلاحياتها تتمثل بعدم تجاوز المبادئ الدستورية وكذلك المشروعية.
5. إن ممارسة الجمعية لصلاحيات خارج الحدود المقررة لها يترتب البطلان على ما قررته.
6. إن المشرع الذي لم ينص على آلية التعيين والتي يسبقها التنسيب ومن قبل المسابقة في القرار بقانون الناظم للمحاكم الإدارية، قد أحال ذلك للعودة إلى قانون السلطة القضائية الذي يعالج هذا القصور.
7. إن المشرع لم يمنح الجمعية العامة صلاحية التنسيب لتعديل القانون الناظم للمحاكم الإدارية، بل قصر دورها على إبداء رأيها فيما يُعرض عليها من اقتراحات بشأنه.

ثانياً: التوصيات

واستناداً إلى النتائج التي توصل إليها الباحث، فإنه يوصي بما يلي:

1. توسيع التمثيل في الجمعية العامة ليشمل الأجسام المكونة لها كافة، كالمكتب الفني والنيابة الإدارية، مع تناسب التمثيل لكل هيئه قضائية أو جسم.
2. التحديد بشكل أكثر وضوحاً في متن القانون على الصلاحيات في مجال التشريع والإدارية تجنياً لمغادرة حدود الصلاحيات.
3. إصدار التعليمات الخاصة بآلية التعيين تجنياً للقفز عنها بذريعة عدم وجود ما ينص عليها.
4. المعالجة التشريعية لما صدر من تعديل بموجب القرار بقانون رقم (18) لسنة 2024، بما يُصوب ما تم من خروج بموجبه سواء على صعيد المشروعية أو على صعيد الدستورية.

بيان تضارب المصالح

يقر جميع المؤلفين أنه ليس لديهم أي تضارب في المصالح.

المصادر والمراجع:

أولاً: المصادر

1. القانون الأساسي الفلسطيني لسنة 2003 وتعديلاته.
2. الإعلان العالمي لحقوق الإنسان، اعتمد ونشر على الملأ بموجب قرار الجمعية العامة للأمم المتحدة رقم 217 ألف المؤرخ في 10 كانون الأول/ديسمبر 1948.
3. القرار بقانون رقم (41) لسنة 2020، بشأن المحاكم الإدارية وتعديلاته، المنشور في الجريدة الرسمية (الوقائع الفلسطينية)، في العدد 22، بتاريخ 2021/1/11 .
4. القرار بقانون رقم (18) لسنة 2024، المعدل للقرار بقانون رقم (41) لسنة 2020، بشأن المحاكم الإدارية، المنشور في الجريدة الرسمية (الوقائع الفلسطينية) في العدد رقم 220.
5. القرار بقانون رقم (40) لسنة 2020م، بشأن تعديل قانون السلطة القضائية رقم (1) لسنة 2002م، المنشور في الجريدة الرسمية (الوقائع الفلسطينية)، في العدد (22) ممتاز بتاريخ 2021/1/11.
6. القرار بقانون رقم (8) لسنة 2021، بشأن القضاء الشرعي، المنشور في الجريدة الرسمية (الوقائع الفلسطينية)، في العدد (177) بتاريخ 2021/3/18.
7. نظام الجمعية العامة للمحاكم الإدارية رقم (2) لسنة 2023، المنشور في العدد رقم 207 من الجريدة الرسمية (الوقائع الفلسطينية)، بتاريخ 2023/10/24، ص 10.
8. قرار مجلس الوزراء الفلسطيني رقم (1) لسنة 2020م، بنظام الإفصاح عن تضارب المصالح.
9. قانون مجلس الدولة المصري رقم (47) لسنة 1972.
10. المرسوم عدد 498.74.2 الصادر تطبيقاً لظهير 15 يوليوز 1974 المتعلق بالتنظيم القضائي المغربي.

ثانياً: المراجع

الكتب:

1. حسن مصطفى البحري، الرقابة المتبادلة بين السلطتين التشريعية والتنفيذية كضمان لنفاذ الرقابة المتبادلة - دراسة مقارنة - الطبعة الأولى، دمشق، 2006.

2. عدنان عمرو، القضاء الإداري في فلسطين (دراسة مقارنة)، 2022.
3. علي خطار شطناوي، دراسات في الوظيفة العامة، الجامعة الأردنية، 1998 – 1999.
4. نوفان منصور العجارمة ورمضان محمد بطيخ، دار الثقافة للنشر والتوزيع، عمان/الأردن، 2022.

دراسات وتقارير:

1. جهاد حرب، وأحمد أبو دية، السلطة القضائية في إطار الفصل المتوازن للسلطات في النظام السياسي الفلسطيني، الائتلاف من أجل النزاهة والمساءلة (أمان)، كانون الثاني 2007.
2. سيد أحمد محمود، مبدأ المساواة أمام هيئة التحكيم وأثره على العدالة الاجتماعية، مجلة العلوم القانونية، العدد الثاني، الجزء الثاني، السنة الثامنة والخمسين، يوليو 2016.
3. شاب توما منصور، الالتحاق بالوظيفة العامة في العراق في ضوء قانون الخدمة المدنية رقم (24) لسنة 1960، دراسة مقارنة، بحث منشور في مجلة القانون والاقتصاد، مطبعة جامعة القاهرة، 1969.
4. محمد بن لطيف، صلاحيات المجلس الأعلى للقضاء بين قاطرة الدستور وكوابح التشريع، جمعية الحقوقيين، العدد 13، 2017.

الرسائل الجامعية:

1. بلقاسم نصر الدين، قرينة مشروعية القرارات الإدارية، أطروحة دكتوراه جامعة أبو بكر بلقايد، الجزائر، 2021.

العدالة المناخية في القانون الدولي لحقوق الإنسان

Climate Justice in International Human Rights Law

أ. معتصم صبحي سلامه جنديّة

جامعة قرطاج

(الجمهورية التونسية)

العدالة المناخية في القانون الدولي لحقوق الإنسان

Climate Justice in International Human Rights Law

أ. معتمد صبحي سلامه جندية

باحث دكتوراه في القانون العام بكلية العلوم القانونية والسياسية والاجتماعية

جامعة قرطاج، (الجمهورية التونسية)

motasem.s.s1997@gmail.com

ORCID: 0009-0005-7014-7774

DOI: <https://doi.org/10.70411/MJLS.3.2.2025222>

تاريخ القبول: 2025-04-08

تاريخ المراجعة: 2025-03-24

تاريخ الاستلام: 2025-03-18

المخلص:

يُعد التغير المناخي أحد أكبر التحديات التي تواجه العالم في القرن الحادي والعشرين، حيث تتجاوز آثاره الحدود الجغرافية للدول وتؤثر بشكل مباشر على حقوق الإنسان الأساسية، مثل الحق في الحياة، والصحة، والسكن، والغذاء. وفي ظل تزايد حدة الأزمات المناخية، برز مفهوم العدالة المناخية كإطار قانوني وأخلاقي يسعى إلى تحقيق توزيع عادل للأعباء والفوائد المناخية بين الدول والمجتمعات المختلفة، مع التركيز على حماية الفئات الأكثر تضرراً من تداعيات التغير المناخي.

يُعتبر القانون الدولي لحقوق الإنسان أحد الركائز الأساسية في تحقيق العدالة المناخية، حيث تفرض الاتفاقيات الدولية التزامات على الدول للحد من الانبعاثات الضارة، وتعزيز سياسات التكيف والتخفيف، وضمان تعويض عادل للدول والمجتمعات المتضررة. ومع ذلك، ما تزال هنالك فجوات قانونية تعيق التنفيذ الفعّال لهذه الالتزامات، مما يستدعي تطوير آليات قانونية أكثر إنصافاً لضمان تحقيق التوازن بين التنمية المستدامة وحماية حقوق الإنسان في سياق التغير المناخي.

يهدف هذا البحث إلى دراسة مفهوم العدالة المناخية في إطار القانون الدولي لحقوق الإنسان، من خلال تحليل المبادئ الأساسية التي تحكم هذه العلاقة، وتقييم مدى التزام الدول الكبرى والهيئات الدولية بتنفيذ سياسات عادلة ومنصفة لمواجهة التحديات المناخية. كما سيسلط البحث الضوء على أهم الاتفاقيات الدولية ذات الصلة، مثل اتفاقية باريس للمناخ، واتفاقية الأمم المتحدة بشأن تغير المناخ، مع تقديم توصيات لتعزيز التكامل بين العدالة المناخية وحماية حقوق الإنسان على المستوى الدولي.

الكلمات المفتاحية: العدالة المناخية، حقوق الإنسان، البيئة، تغير المناخ، الاتفاقيات.

Abstract:

Climate change is one of the greatest challenges facing the world in the 21st century. Its impacts transcend geographical borders, directly impacting fundamental human rights, such as the rights to life, health, housing, and food. In light of the worsening climate crisis, the concept of climate justice has emerged as a legal and ethical framework that seeks to achieve a fair distribution of climate burdens and benefits among different countries and communities, with a focus on protecting those most affected by the effects of climate change.

International human rights law is a fundamental pillar of achieving climate justice. International agreements impose obligations on states to reduce harmful emissions, promote adaptation and mitigation policies, and ensure fair compensation for affected countries and communities. However, legal gaps remain that hinder the effective implementation of these obligations, calling for the development of more equitable legal mechanisms to ensure a balance between sustainable development and the protection of human rights in the context of climate change.

This research aims to examine the concept of climate justice within the framework of international human rights law by analysing the basic principles governing this relationship and assessing the commitment of major states and international bodies to implementing fair and equitable policies to address climate challenges. The research will also highlight key relevant international agreements, such as the Paris Climate Agreement and the UN Declaration on Human Rights and the Environment, while providing recommendations to enhance the integration of climate justice and human rights protection at the international level.

Key words: climate justice, human rights, environment, climate change, international agreements

المقدمة

لقد أصبحت العدالة المناخية وتأثيرها على حقوق الإنسان أكبر تهديد يواجه الإنسان، بل العالم بأكمله يواجه خطراً بسبب تغيّر المناخ وآثاره على حقوق الإنسان، إلا أنّ أزمة المناخ لا تؤثر على الجميع بالتساوي، بل تواجه بعض المجتمعات والفئات والأشخاص أضراراً كبيرة¹.

وكما يضمن الإعلان العالمي لحقوق الإنسان لجميع البشر الحق في نظام اجتماعي ودولي يمكنهم من إعمال حقوقهم وحياتهم إعمالاً كاملاً، ويهدد تغيّر المناخ هذا النظام وحقوق جميع البشر وحياتهم، وسيحدث ضرراً مروعاً ما لم تُتخذ إجراءات جذرية الآن².

ولا يمكن الاستغناء عن التعاون والتضامن الدوليين للتخفيف من حدة آثار تغيّر المناخ والتكيف معه، وعليه فإن لتناول العدالة المناخية من منظور حقوق الإنسان أهمية مماثلة؛ لأن "التزامات حقوق الإنسان ومعاييرها ومبادئها يمكن أن ترشد وتقوي عملية وضع السياسات على الصعد الدولية والإقليمية والوطنية في مجال تغيّر المناخ، بما يعزز اتساق تلك السياسات ومشروعيتها ونتائجها المستدامة"³.

وترتبط العدالة المناخية ارتباطاً وثيقاً بحقوق الإنسان، إذ تهدف إلى حماية هذه الحقوق والحفاظ على بيئة صحية للشعوب وللأجيال القادمة التي قد تتأثر بالتغيرات المناخية، كما تسعى إلى تلبية الاحتياجات الأساسية لكل فرد في مجالات الإسكان والنقل واستخدام الطاقة وغيرها من الحاجات الضرورية.

¹. Secretary-General, "The highest aspiration: a call to action for human rights", remarks [www.un.org/sg/](http://www.un.org/sg/en/content/sg/statement/2020-02-24/secretary-generals-remarks-the-un-human-rights-council-%E2%80%9Cthe-highest-aspiration-call-action-for-human-rights-delivered-scroll-down-for-all-english) made to the Human Rights Council on 24 February 2020.

². Climate Change 2014: Impacts, Adaptation and Vulnerability: Global and Sectoral Aspects, Contribution of Working Group II to the Fifth Assessment Report of the Intergovernmental Panel on Climate Change, Cambridge University Press, 2014, p. 1056.

³. قرار مجلس حقوق الإنسان 21/41، الفقرة الرابعة عشرة من الديباجة.

وعلاوة على ذلك، تشمل العدالة المناخية تحقيق توزيع عادل للتكاليف والموارد على الصعيد العالمي بين الدول المتقدمة والصناعية والدول الفقيرة التي تُعد أكثر تضرراً من آثار التغيرات المناخية، إذ تُعتبر الدول المتقدمة المصدر الرئيسي لهذه التغيرات¹.

أهمية الدراسة:

تكتسب هذه الدراسة أهمية بالغة في ضوء التحديات المتزايدة التي يفرضها التغير المناخي على حقوق الإنسان، فالتأثيرات الناتجة عن الظواهر المناخية المتطرفة مثل الفيضانات، وارتفاع درجات الحرارة، والتصحر، تهدد بشكل مباشر حقوق الإنسان الأساسية في الحياة، والصحة، والغذاء، والمياه، مما يستدعي دراسة عميقة لهذه القضايا للبحث عن حلول فعالة.

لذلك، تكتسب هذه الدراسة أهمية قانونية خاصة في فحص العلاقة بين العدالة المناخية والالتزامات الدولية المتعلقة بحماية حقوق الإنسان، وتحديد الفجوات القانونية التي تعترض سبيل تحقيق العدالة المناخية على الصعيد العالمي.

كما تبرز أهمية البحث في تسليط الضوء على التفاوت المناخي بين الدول المتقدمة والنامية، حيث تتحمل الدول النامية العبء الأكبر من التغيرات المناخية رغم مساهمتها المحدودة في الانبعاثات الكربونية، ورغم وجود اتفاقيات دولية مثل اتفاقية باريس للمناخ، فإن آليات تنفيذ العدالة المناخية ما تزال غير كافية لضمان توزيع عادل للأعباء والمساعدات المالية والتكنولوجية.

ومن هنا، تسعى هذه الدراسة إلى تقديم توصيات لتعزيز التكامل بين القانون الدولي والعدالة المناخية، من خلال تطوير سياسات دولية أكثر إنصافاً، وتعزيز التزامات الدول الكبرى في الحد من تأثيراتها المناخية ودعم الدول الأكثر تضرراً.

مشكلة الدراسة:

تكمن مشكلة الدراسة في أن تغير المناخ يُعد قضية تنموية تؤثر سلباً على النمو الاقتصادي، وتساهم في تفاقم معدلات الفقر، مما يستدعي إيجاد حلول قائمة على العدالة المناخية، وليس عدلاً أن يتحمل الأعضاء جميعهم الأعباء وبالحد نفسه، في حين تُعتبر الدول النامية الأكثر تضرراً من انبعاثات الغازات الدفيئة، وثم ينبغي أن على الدول المتقدمة عبئاً أكبر من الدول النامية في التصدي لتغير المناخ،

¹ أمل فوزي عوض، العدالة المناخية وحماية الإنسانية، "مبادئ، حقوق، تحديات، جهود دولية"، الطبعة الأولى، المركز الديمقراطي العربي، للدراسات الإستراتيجية والسياسية والاقتصادية، برلين، ألمانيا، 2023، ص10.

كما لا يوجد اتفاقاً دولياً حتى الآن على كيفية تطبيق مبدأ توزيع المنافع والأعباء المرتبطة بتغير المناخ بشكل عادل ومنصف لتحقيق العدالة المناخية وحقوق الإنسان.

تساؤلات الدراسة:

يدور التساؤل الرئيسي لهذه الدراسة حول حقوق الإنسان والعدالة المناخية؟، ويتفرع عن هذا التساؤل عدة تساؤلات فرعية يمكن إجمالها على النحو الآتي :

1. ماهية العدالة المناخية لحقوق الإنسان؟
2. ماهية العلاقة بين العدالة المناخية وحقوق الإنسان؟
3. ما هو درو اتفاقية الأمم المتحدة الإطارية بشأن تغير المناخ في تعزيز العدالة المناخية القائم على حقوق الإنسان؟
4. بيان بروتوكول كيوتو واتفاقية باريس للمناخ وحقوق الإنسان؟
5. ما هي التحديات المتزايدة التي يفرضها التغير المناخي على حقوق الإنسان؟
6. هل عالجت الاتفاقيات الدولية الفجوات القانونية التي تعيق تحقيق الإنصاف المناخي على المستوى العالمي؟

منهجية الدراسة:

يعتمد الباحث في هذه الدراسة المنهج التحليلي المقارن؛ من أجل الإجابة عن تساؤلات الدراسة والوقوف على الاتفاقيات الدولية من قضية العدالة المناخية وحقوق الإنسان.

خطة الدراسة:

- المبحث الأول: ماهية العدالة المناخية لحقوق الإنسان.
- المطلب الأول: المقصود بالعدالة المناخية.
- المطلب الثاني: العلاقة بين العدالة المناخية وحقوق الإنسان.
- المبحث الثاني: الاتفاقيات الدولية الخاصة في العدالة المناخية لحقوق الإنسان.
- المطلب الأول: اتفاقية الأمم المتحدة الإطارية من العدالة المناخية.
- المطلب الثاني: بروتوكول كيوتو واتفاقية باريس للمناخ من العدالة المناخية.

المبحث الأول

ماهية العدالة المناخية لحقوق الإنسان

تمهيد

يواجه العالم في الوقت الحالي تأثيرات كبيرة جراء التغيرات المناخية، مما يهدد حقوق الإنسان بشكل خاص في ظل الظروف الراهنة، مع ظهور الثورة الصناعية القائمة في القرون الماضية التي تلعب دورًا خطيرًا في إحداث حالة من التلوث البيئي، كما قامت الثورة الصناعية على قاعدة أساسية في إنتاج واستخراج البترول والفحم والغاز وقد نتج عن تلك الأنواع من الغازات تلوث بيئي مما يؤثر على حقوق الإنسان وعلى شعوب العالم¹.

يسعى الباحث من خلال هذا المبحث إلى بيان المقصود بالعدالة المناخية، ثم يبين هل توجد علاقة بين العدالة المناخية وحقوق الإنسان، وتأسيسًا على ذلك سيتم تقسيم هذا المبحث إلى مطلبين على النحو الآتي :

المطلب الأول: المقصود بالعدالة المناخية لحقوق الإنسان.

المطلب الثاني: العلاقة بين العدالة المناخية وحقوق الإنسان.

المطلب الأول

المقصود بالعدالة المناخية لحقوق الإنسان

تم انعقاد مؤتمر الأطراف السادس (COP 6) في إطار اتفاقية الأمم المتحدة الإطارية بشأن تغير المناخ في العام 2001، وبناءً عليه، خلصت نتائج المؤتمر إلى أن التغير المناخي يُعدّ قضية حقوق، وبعدها جاءت الكثير من المؤتمرات، وظهر بعض المنظمات الدولية المتخصصة في العدالة المناخية كان من أهمها تشكيل شبكة العمل للعدالة المناخية وتأثيرها على حقوق الإنسان التي ظهرت عام 2001م، وكان شعارها هو "تغير النظام لا تغير المناخ"، كما استعمل على نطاق واسع من قبل النشطاء والباحثين في العدالة المناخية للعمل والدعوة على تغير في النظام السياسي والاقتصادي العنصران

¹ حنان كمال أبو سكين، مقاربات تحقيق العدالة المناخية، مجلة كلية السياسة والاقتصاد، جامعة بني سويف، العدد الثامن، أكتوبر 2020، ص141.

الأساسيان في التغير والتلوث البيئي التي يؤثر على حقوق الانسان¹، وحقوق الإنسان الطبيعية من الصعب أن يبطلها أي نظم سياسي مهما يكن².

تجدر الإشارة إلى أن مصطلح العدالة المناخية لا يتمتع بتعريف موحد ودقيق، إذ توجد العديد من التعريفات للعدالة المناخية وعليه تم تعريفها من قبل منظمة "Cools The Planet" العدالة المناخية هي "رؤية لإزالة وتخفيف الأعباء غير المتكافئة التي أنتجها تغير المناخ"³.

كما عرفت اتفاقية الأمم المتحدة الإطارية بشأن تغير المناخ في الفقرة الثانية من المادة الأولى منها عام 1992، الآثار الضارة لتغير المناخ بأنها "التغيرات التي تطرأ على البيئة الطبيعية أو الحيوية من جراء تغير المناخ والتي لها آثار ضارة كبيرة على تكوين أو مرونة أو إنتاجية النظم الإيكولوجية الطبيعية والمسيرة أو على عمل النظم الاجتماعية - الاقتصادية أو على صحة الإنسان ورفاهه".

بينما عرفت تغير المناخ بأنه "يعني تغيراً في المناخ يعزى بصورة مباشرة أو غير مباشرة إلى النشاط البشري الذي يفضي إلى تغير في تكوين الغلاف الجوي العالمي والذي يلاحظ، بالإضافة إلى النقلب الطبيعي للمناخ، على مدى فترات زمنية متماثلة"⁴.

¹ هشام محمد بشير، العدالة المناخية من منظور القانون الدولي، مجلة كلية السياسة والاقتصاد، جامعة بني سويف، المجلد السادس عشر، العدد الخامس عشر، يوليو 2022م، ص349.

² زكية بهلول، العدالة المناخية، المجلة العربية للأبحاث في العلوم الإنسانية والاجتماعية، العدد 28، سبتمبر 2017م، ص367.

³ Climate Institute, Climate Justice Movements, http://www.climate.org/climatelab/Climate_Justice_Movements.

⁴ تنص المادة الأولى من اتفاقية الأمم المتحدة الإطارية بشأن تغير المناخ عام 1992، لأغراض هذه الاتفاقية : "1- مصطلح "الآثار الضارة لتغير المناخ" يعني التغيرات التي تطرأ على البيئة الطبيعية أو الحيوية من جراء تغير المناخ والتي لها آثار ضارة كبيرة على تكوين أو مرونة أو إنتاجية النظم الإيكولوجية الطبيعية والمسيرة أو على عمل النظم الاجتماعية والاقتصادية أو على صحة الإنسان ورفاهه، 2- مصطلح "تغير المناخ" يعني تغيراً في المناخ يعزى بصورة مباشرة أو غير مباشرة إلى النشاط البشري الذي يفضي إلى تغير في تكوين الغلاف الجوي العالمي والذي يلاحظ، بالإضافة إلى النقلب الطبيعي للمناخ، على مدى فترات زمنية متماثلة، 3 - مصطلح "النظام المناخي" يعني كامل عمليات الغلاف الجوي والغلاف المائي والمحيط الحيوي والمحيط الأرضي وتفاعلاتها، 4- مصطلح "الانبعاثات" يعني إطلاق غازات الدفيئة و/أو سلائقها في الغلاف الجوي على امتداد رقعة محددة وفترة زمنية محددة، 5- مصطلح "غازات الدفيئة" يعني تلك العناصر الغازية المكونة للغلاف الجوي، طبيعية وبشرية المصدر معاً، التي تمتص الأشعة دون الحمراء وتعيد بث هذه الأشعة، 6- مصطلح "المنظمة الإقليمية للتكامل الاقتصادي" يعني منظمة تكون هنا دول ذات سيادة في منطقة معينة ويكون لها

فالعدالة المناخية هي قيمة إنسانية وأخلاقية قبل أن تكون مناخية؛ لأنها تهتم بصحة الإنسان مع ذلك يطلق البعض مصطلح العدالة المناخية على "البعد الأخلاقي لتغير المناخ"، كما أكدت على البعد الأخلاقي لتغير المناخ في المبادئ التي جاءت في المادة الثالثة من اتفاقية الأمم المتحدة الإطارية بشأن تغير المناخ عام 1992م.

وأيضاً عرّف شكراني الحسين العدالة المناخية بأنها "تحمل الأعباء والتكاليف بين مختلف الأجناس والأمم والأفراد والفئات والأقاليم تبعاً لأماكن وجود البنيات التحتية الملوثة للبيئة وأساليب مجابهة هذا التلوث¹.

ويرى دافيد إيسترن أن العدالة المناخية "تأسست في الضرورات القانونية والأخلاقية لحقوق الإنسان واحترام كرامة الشخص، مما يجعلها أساساً لا غنى عنه للعمل في مجال تغير المناخ، تدفع الفقر وعدم المساواة والانتهاكات، وتحقق الحد الأدنى من الكرامة الإنسانية"².

ويمكن القول إن العدالة المناخية تُعتبر علاقة وثيقة بين حقوق الإنسان وتغيرات المناخ وتهدف إلى حماية حقوق الإنسان التي قد تتأثر بالتغيرات المناخية، وعليه فإن العدالة المناخية تُعد أفضل وسيلة لتحقيق توزيع متساوٍ بين الدول في الأعباء والتكاليف سواء الدول المتقدمة أو الصناعية أو الدول الفقيرة، والتي تعاني من التغيرات المناخية التي تتسبب بها دول الصناعية والمتقدمة في إنتاج واستخراج المواد الصلبة التي تضر على حقوق الإنسان.

اختصاص فيما يتعلق بالمسائل التي تنظمها هذه الاتفاقية أو بروتوكولاتها، وتكون مفوضة حسب الأصول، وفقاً لإجراءاتها الداخلية، بالتوقيع على الصكوك المعنية أو التصديق عليها أو قبولها أو إقرارها أو الانضمام إليها، 7- مصطلح "الخزان" يعني عنصراً أو عناصر أي من مكونات نظام المناخ تخزن فيه أو فيها غازات الدفيئة أو سلائف غازات الدفيئة، 8- مصطلح "المصرف" يعني أي عملية أو نشاط أو آلية تزيل غازات الدفيئة أو الهباء الجوي أو سلائف غازات الدفيئة من الغلاف الجوي، 9- مصطلح "المصدر" يعني أي عملية أو نشاط يطلق غازاً من غازات الدفيئة أو الهباء الجوي أو سلائف غازات الدفيئة في الغلاف الجوي".

¹ شكراني الحسين، العدالة المناخية، نحو منظور جديد للعدالة الاجتماعية، مجلة رؤى إستراتيجية، ديسمبر 2012م، ص100.

² David Estrin, Achieving Justice and Human Rights in an Era of Climate Disruption (IBA), 2014.

المطلب الثاني

العلاقة بين العدالة المناخية وحقوق الإنسان

كما أشرنا سابقاً، تُعدّ العدالة المناخية وحقوق الإنسان مترابطتين ارتباطاً وثيقاً، بحيث لا يمكن الفصل بينهما أو إغفال هذا الترابط بأي حال من الأحوال، حيث تهدف في المقام الأول إلى حماية حقوق الإنسان والحفاظ على بيئة صحية لشعوب العالم، وحمايتها من خلال تحديد حقوق الإنسان بدقة لمن يتأثر منها، والإجراءات التي ينبغي اتخاذها لتحقيق التوزيع والإنصاف لهؤلاء الأشخاص، ومن الممكن صنع السياسات المتعلقة بقضايا العدالة المناخية أكثر استدامة وعدالة، ولا يمكن تحقيق العدالة المناخية إلا أن تكون حقوق الإنسان مضمونة وفق الاتفاقيات الدولية لكل من يتأثر بأي شكل من الأشكال بتغير المناخ ويتم احترامها¹، حتى نكون أمام بيئة صحية يجب تطبيق الاتفاقات الخاصة بحقوق الإنسان، ولا يمكن العيش في بيئة غير صحية لما لها من تأثيرات على حقوق الإنسان بشكل خاص.

يجب ألا ينتهك العمل المناخي حقوق الإنسان، وعلى حد تعبير الهيئة الحكومية الدولية المعنية بتغير المناخ فإن "الأشخاص المهمشين اجتماعياً، أو اقتصادياً، أو ثقافياً، أو سياسياً، أو مؤسسياً، أو غير ذلك من أشكال التهميش، معرضون بشكل خاص لتغير المناخ وأيضاً لبعض استجابات التكيف والتخفيف"².

لقد شدد العديد من الدول الأعضاء بكل قوة على أن العدالة المناخية لا تنتهك حقوق الإنسان، وتم التركيز على الحلول الخاطئة مثل تقنيات الهندسة الجيولوجية وأسواق الكربون والتي تؤثر على حقوق الإنسان وتهدد كيان البشرية، حتى مع الحلول الإيجابية فإن كيفية تنفيذها أمر في غاية الأهمية ومثال على ذلك، تم توثيق بعض الشركات العاملة في مجال إنتاج الطاقة المتجددة على أنها تنتهك حقوق الإنسان في هذه العملية الإنتاجية³.

يمثل تغير المناخ ظاهرة متعددة الأبعاد منها بيئية، واجتماعية، وأمنية، وسياسية وإنسانية، وله انعكاسات واسعة النطاق على حقوق الإنسان، كما يسهم في تعميق التحديات المرتبطة بالعدالة المناخية والاجتماعية، فعلى المستوى الفردي تتجلى آثار التغير المناخي بشكل متفاوت بين الفئات، حيث تواجه

¹ حنان كمال أبو سكين، مقاربات تحقيق العدالة المناخية، مرجع سابق، ص 175.

² Christopher B. Field et al, AR5 Climate Change 2014: Impacts, Adaptation & Vulnerability, Summary for Policymakers, 2014, p. 6.

³ Kate Hodal, 'Most renewable energy companies' linked with claims of abuses in mines, The Guardian, 5 September 2019.

الفئات الهشة "مثل الأشخاص الذين يعيشون في فقر، وكبار السن، وذوي الإعاقة" صعوبات متزايدة في التمتع بحقوقهم نتيجة غياب التدابير الكافية لحمايتهم، أما على المستوى الدولي فإن الدول الأقل نمواً، إلى جانب الدول الجزرية الصغيرة التي لم تسهم بشكل كبير في الانبعاثات العالمية للغازات الدفيئة، تُعدّ من بين الفاعلين الأكثر تضرراً من التغير المناخي وانعكاساته على حقوق الإنسان، وفي المقابل فإن هنالك آثاراً أخرى للتغير المناخي تتطور بوتيرة أبطأ، لكنها ستتحول تدريجياً إلى قضايا كونية ذات أبعاد واسعة وشاملة.

لا بُد من توافر بعض المحاور للعدالة المناخية وحقوق الإنسان والتي يمكن إجمالها على النحو الآتي :

1) المحور الأول العدالة بين الدول: إذا نظرنا إلى التغير المناخي نجد عدم التساوي بين الدول الكبرى المتسببة في الاحتباس الحراري، وبين الدول النامية أو الفقيرة التي تعاني أصلاً من التغيرات المناخية بصورة قد تفوق ما تعانيه الدول الكبرى، فلا يوجد مساواة بين توزيع الدول الكبرى والدول الفقيرة وحتى لا عدالة في التعويض، وعلى الرغم من أن المتسبب في حدوث التغير المناخي هي الدول الكبرى ومع ذلك فإن الدول النامية أو الفقيرة هي التي تتحمل العبء الأكبر¹، وهذا ما نصت عليه المادة الثالثة من الاتفاقية الإطارية للأمم المتحدة لتغير المناخ سنة 1992م، وأيضاً نص على ذلك بروتوكول كيوتو عام 1997م.

وتجدر الإشارة إلى أن العدالة المناخية بين الدول تعني التوزيع العادل للمسؤوليات والموارد بين الدول المتقدمة والنامية في مواجهة التغير المناخي، فالدول الكبرى، مثل الولايات المتحدة الأمريكية والصين ودول الاتحاد الأوروبي، تُعد من أكبر المساهمين في انبعاثات الغازات الدفيئة، حيث استفادت تاريخياً من التصنيع والتنمية دون قيود بيئية صارمة.

في المقابل، فإن الدول النامية والفقيرة، التي لم تكن سبباً رئيسياً في هذه الأزمة، تعاني بشكل غير متناسب من آثار التغير المناخي مثل الجفاف، والفيضانات، وارتفاع مستوى سطح البحر. ورغم أن هذه الدول تتحمل العبء الأكبر، فإنها غالباً لا تحصل على الدعم الكافي من الدول الكبرى لمواجهة هذه التحديات، مما يعمّق عدم المساواة ويجعل العدالة المناخية غير متحققة.

مثال على ذلك، دولة مثل بنغلاديش تعاني من الفيضانات المتكررة وارتفاع مستوى سطح البحر، مما يؤدي إلى نزوح الملايين من السكان وفقدان الأراضي الزراعية. ومع ذلك، فإن مساهمتها في

¹ هشام محمد بشير، العدالة المناخية من منظور القانون الدولي، مرجع سابق، ص 351.

الانبعاثات الكربونية العالمية ضئيلة مقارنةً بالولايات المتحدة أو الصين. وعلى الرغم من أن الدول الكبرى تعترف بمسؤوليتها التاريخية، فإن التعويضات والمساعدات التي تقدمها ما تزال غير كافية، مما يجعل الدول النامية تكافح وحدها لتحمل تبعات أزمة لم تكن مسؤولة عنها في المقام الأول. هذا يوضح الفجوة الكبيرة في العدالة بين الدول عندما يتعلق الأمر بالتغير المناخي.

(2) المحور الثاني العدالة بين الأجيال: مما لا شك فيه أن تغير المناخ يُعد انتهاكًا للعدالة بين الأجيال القادمة وهذا يشكل قضية خطيرة بين الأجيال، ولكن الحد من تغير المناخ غير ممكن حاليًا لهذا نجد أن تغير المناخ انتهاك للعدالة بين الأجيال¹.

تأسيساً على ذلك فالعدالة بين الأجيال تعني ضمان أن تكون للأجيال القادمة الفرص والموارد نفسها التي نتمتع بها اليوم، دون أن تتحمل أعباءً إضافية بسبب القرارات التي نتخذها حالياً. وتغير المناخ يُعد انتهاكاً واضحاً لهذه العدالة، حيث إن الأجيال المستقبلية ستواجه تحديات بيئية خطيرة بسبب الأنشطة غير المستدامة في الوقت الحاضر، وارتفاع درجات الحرارة، وذوبان الجليد، وازدياد الكوارث الطبيعية كلها آثار ستجعل من الصعب على الأجيال القادمة العيش في بيئة صحية وآمنة، مما يشكل ظلمًا للأجيال.

مثال على ذلك، يمكننا أن نأخذ ارتفاع مستوى سطح البحر كمثال واضح على انتهاك العدالة بين الأجيال. بسبب انبعاثات الغازات الدفيئة الحالية، العديد من الدول الجزرية مثل جزر المالديف تتعرض لخطر الغرق التدريجي، وفي حين أن الجيل الحالي ما يزال قادرًا على التكيف نسبيًا، فإن الأجيال القادمة قد تجد نفسها بلا وطن، مجبرة على الهجرة المناخية، ومحرومة من حقوقها الأساسية مثل السكن والاستقرار.

هذا يوضح كيف أن عدم اتخاذ إجراءات حاسمة اليوم يعني تحميل الأجيال المستقبلية تكلفة التدهور البيئي، وهو ما يتعارض مع مبدأ العدالة بين الأجيال.

(3) المحور الثالث العدالة الاجتماعية: حيث من الصعب تحديد عدالة اجتماعية فالشعوب ليست متساوية في التأثير بتغيرات المناخ خاصة الفئات الأكثر ضعفًا في الدول النامية والفقيرة منها النساء والأطفال والفقراء²، والشعوب الأصلية³، لأنها أكثر تضرراً وأقل قدرة من الناحية المادية والاقتصادية على

¹ عبد المسيح سمعان عبد المسيح، العدالة المناخية: بعداً جديداً للثقافة البيئية يوجب إدخاله في المناهج الدراسية، المؤتمر العلمي العشرون، الثقافة البيئية العلمية- آفاق- تحديات الجمعية المصرية للتربية العلمية، القاهرة، 2017م، ص 35.

² Zackary L. Stillings, «Human Rights and the New Reality of Climate Change: Adaptation's Limitations in Achieving Climate Justice», Michigan Journal of International Law, University of Michigan Law.

مواجهة آثار التغيرات المناخية، وكما أن ليس كل شخص مسؤول بالقدر نفسه عن تغير المناخ، والدول صاحبة الإنتاج الأكبر هي الأكثر مساهمة في تلوث البيئة عبر انبعاثات الغازات الدفيئة، وأيضًا ليس هنالك مساواة في المشاركة في عملية صنع القرار الذي يؤثر على كيفية توزيع متساوٍ في الموارد المحدودة للتكيف¹.

ومثال على ذلك، هولندا التي لديها القدرة على حماية سواحلها ضد ارتفاع مياه البحر وحماية مواطنيها، أما بنغلاديش فلا تستطيع حماية مواطنيها من ارتفاع منسوب البحر لذلك لجأ الملايين من سكانها لدول أخرى حفاظًا على سلامتهم².

خلاصة القول، أن العدالة المناخية وحقوق الإنسان مرتبطتان بشكل وثيق، حيث إن تغير المناخ يؤثر بشكل مباشر على حقوق الإنسان الأساسية مثل الحق في الحياة، الصحة، المياه، والغذاء. الفئات الأكثر ضعفًا، مثل المجتمعات الفقيرة والسكان الأصليين، تعاني بشكل غير متناسب من آثار التغير المناخي، رغم أنها الأقل مساهمة في أسبابه. لذلك، فإن تحقيق العدالة المناخية يتطلب سياسات عادلة تضمن توزيعًا منصفًا للموارد والمسؤوليات، وتحمي حقوق الإنسان من التهديدات البيئية المتزايدة.

في المقابل، فإن انتهاك حقوق الإنسان يعيق الجهود المبذولة لمكافحة التغير المناخي، حيث إن غياب الحريات الأساسية والعدالة الاجتماعية يؤدي إلى تفاقم الأزمات البيئية ويمنع المجتمعات من التصدي لها بفعالية. إذا تم التخلي عن العدالة المناخية أو حقوق الإنسان، فإن العالم سيواجه مخاطر مستدامة تهدد الاستقرار والأمن العالميين. لذا، لا يمكن تحقيق مستقبل مستدام إلا من خلال نهج شامل يدمج بين حماية البيئة وضمان حقوق الإنسان للجميع.

³ يوضح إعلان الأمم المتحدة بشأن حقوق الشعوب الأصلية واتفاقية الشعوب الأصلية والقبلية الصادر عن منظمة العمل الدولية لعام 1989 رقم 169 الحقوق المحددة للشعوب الأصلية ويعرفها الإعلان في الديباجة: هي "احترام معارف الشعوب الأصلية وثقافاتها وممارساتها التقليدية يساهم في تحقيق تنمية مستدامة ومنصفة للبيئة وفي حسن إدارتها".

¹ حنان كمال أبو سكين، مقاربات تحقيق العدالة المناخية، مرجع سابق، ص 141.

² Issues.Org, Climate Justice And Equity, 8/01/2012.

<http://www.globalissues.org/article/231/climate-justice-and-equity>.

المبحث الثاني

الاتفاقيات الدولية الخاصة بالعدالة المناخية لحقوق الإنسان

تمهيد

تُعتبر الاتفاقيات الدولية مصدرًا من المصادر الرئيسية للقانون الدولي للبيئة، وكذلك العُرف الدولي والمبادئ العامة التي أقرتها الأمم المتحدة¹، وأيضًا هي أكثر القواعد الدولية الملزمة للدول بشأن البيئة. لقد اعتُمدت اتفاقية الأمم المتحدة الإطارية بشأن تغير المناخ والبيئة عام 1992م، وأصبحت نافذة في عام 1994م إلى الآن، وجاءت هذه الاتفاقية لمكافحة تغير المناخ ووضع خطط إستراتيجية لمواجهة آثار التغير المناخي، كما أنها أول اتفاقية دولية تعترف بأن تغير المناخ يمثل مشكلة عالمية وإطاراً شاملاً لتنسيق العمل المناخي².

كما كان بروتوكول كيوتو عام 1997م، الخطوة التنفيذية الأولى لاتفاقية الأمم المتحدة الإطارية بشأن تغير المناخ، ودخل حيز النفاذ عام 2005م، ثم جاءت اتفاقية باريس عام 2015م، وهي ذات أهمية مركزية من حيث الالتزامات بشأن المناخ وتم اعتمادها في اتفاقية الأمم المتحدة الإطارية بشأن تغير المناخ، وأصبحت نافذة في عام 2016.

سوف نتحدث في هذا المبحث عن الاتفاقيات الدولية الخاصة من العدالة المناخية لحقوق الإنسان في عدة مطالب على النحو الآتي :

المطلب الأول: اتفاقية الأمم المتحدة الإطارية من العدالة المناخية لحقوق الإنسان.

المطلب الثاني: بروتوكول كيوتو واتفاقية باريس للمناخ من العدالة المناخية لحقوق الإنسان.

¹ تنص المادة 38 من النظام الأساسي لمحكمة العدل الدولية على أنه: "1- وظيفة المحكمة أن تفصل في المنازعات التي ترفع إليها وفقًا لأحكام القانون الدولي، وهي تطبق في هذا الشأن: أ. الاتفاقات الدولية العامة والخاصة التي تضع قواعد معترفًا بها صراحة من جانب الدول المتنازعة، ب. العادات الدولية المرعية المعتبرة بمثابة قانون دل عليه تواتر الاستعمال، ج. مبادئ القانون العامة التي أقرتها الأمم المتحدة، د. أحكام المحاكم ومذاهب كبار المؤلفين في القانون العام في مختلف الأمم، ويُعتبر هذا أو ذاك مصدرًا احتياطيًا، لقواعد القانون وذلك مع مراعاة أحكام المادة (59). 2. لا يترتب على النص المتقدم ذكره أي إخلال بما للمحكمة من سلطة الفصل في القضية وفقًا لمبادئ العدل والإنصاف متى وافق أطراف الدعوى على ذلك".

² أسئلة يتكرر طرحها بشأن حقوق الإنسان وتغير المناخ، تصدر عن الأمم المتحدة، حقوق الإنسان، صحيفة الوقائع رقم 38، نيويورك وجنيف عام 2022، ص 51 و 52.

المطلب الأول

اتفاقية الأمم المتحدة الإطارية من العدالة المناخية لحقوق الإنسان

أُبرمت اتفاقية الأمم المتحدة الإطارية بشأن تغير المناخ والبيئة عام 1992م، وأصبحت نافذة في عام 1994م وإلى الآن، بعد أن صادقت عليها 198 دولة، وكانت أهميتها الرئيسية تثبتت انبعاثات غازات الدفيئة على مستوى العالم، وجاءت لحماية المناخ في القانون الدولي ووضعت خطاً إستراتيجياً لمواجهة آثار التغير المناخي، كما أنها أول اتفاقية دولية تعترف بأن تغير المناخ يمثل مشكلة عالمية وإطاراً شاملاً لتنسيق العمل المناخي، ووردت المادة الثالثة من اتفاقية الأمم المتحدة الإطارية في عدة مبادئ، وهي التنمية المستدامة والإنصاف والمسؤولية المشتركة لكن المتباينة ومبدأ الحيطة¹، وهناك

¹ تنص المادة الأولى من اتفاقية الأمم المتحدة الإطارية بشأن تغير المناخ عام 1992، تسترشد الأطراف، في الإجراءات التي تتخذها لبلوغ هدف الاتفاقية وتنفيذ أحكامها، بما يلي، في جملة أمور: "1- تحمي الأطراف النظام المناخي لمنفعة أجيال البشرية الحاضرة والمقبلة، على أساس الإنصاف: ووفقاً لمسؤولياتها المشتركة، وإن كانت متباينة، وقدرات كل منها. وبناءً على ذلك، ينبغي أن تأخذ البلدان متقدمة النمو الأطراف مكان الصدارة في مكافحة تغير المناخ والآثار الضارة المترتبة عليه، 2- يولى الاعتبار التام للاحتياجات المحددة والظروف الخاصة للبلدان النامية الأطراف، ولا سيما تلك المعرضة بشكل خاص للتأثر بالنتائج الضارة الناجمة عن تغير المناخ، وللأطراف، ولا سيما البلدان النامية الأطراف، التي سيتعين عليها أن تتحمل عبئاً غير متناسب أو غير عادي بمقتضى الاتفاقية، 3- تتخذ الأطراف تدابير وقائية لاستباق أسباب تغير المناخ أو الوقاية منها أو تقليلها إلى الحد الأدنى وللتخفيف من آثاره الضارة. وحيثما توجد تهديدات بحدوث ضرر جسيم أو غير قابل للإصلاح، لا ينبغي التذرع بالافتقار إلى يقين علمي قاطع كسبب لتأجيل اتخاذ هذه التدابير، على أن يؤخذ في الاعتبار أن السياسات والتدابير المتعلقة بمعالجة تغير المناخ ينبغي أن تتسم بفعالية الكلفة، بما يضمن تحقيق منافع عالمية بأقل كلفة ممكنة. ولتحقيق ذلك، ينبغي أن تأخذ هذه السياسات والتدابير في الاعتبار مختلف السياقات الاجتماعية -الاقتصادية، وأن تكون شاملة، وأن تغطي جميع مصادر ومصارف وخزانات غازات الدفيئة ذات الصلة، والتكيف، وأن تشمل جميع القطاعات الاقتصادية. ويمكن تنفيذ جهود تناول تغير المناخ بالتعاون بين الأطراف المهمة، 4- للأطراف حق تعزيز التنمية المستدامة وعليها هذا الواجب. وينبغي أن تكون السياسات والتدابير، المتخذة لحماية النظام المناخي من التغير الناجم عن نشاط بشري، ملائمة للظروف المحددة لكل طرف، كما ينبغي لها أن تتكامل مع برامج التنمية الوطنية، مع مراعاة أن التنمية الاقتصادية ضرورية لاتخاذ تدابير لتناول تغير المناخ، 5- ينبغي أن تتعاون الأطراف لتعزيز نظام اقتصادي دولي مساند ومفتوح يفضي إلى نمو اقتصادي مستدام وتنمية مستدامة لدى جميع الأطراف، ولا سيما البلدان النامية الأطراف، ومن ثم يتيح لها المزيد من القدرة على تناول مشاكل تغير المناخ. وينبغي ألا تكون التدابير المتخذة لمكافحة تغير المناخ، بما في ذلك التدابير المتخذة من جانب واحد، وسيلة لتمييز تعسفي أو غير مبرر أو تقييد مقنع للتجارة الدولية".

جانب من الفقه قرر أن هذه المبادئ تشكل أكثر من مجرد توجيهات لصياغة الالتزامات في هذه الاتفاقية، بل سيكون لها دور محوري في خلق تقارير وتفاعل بين الدول في ما يخص أي مفاوضات مقبلة تخص حماية المناخ، وكما هو التأكيد على أطراف بروتوكول كيوتو تلك المبادئ والأسس في صياغة أحكامه مع اعتبارها بمثابة الإطار القانوني والآليات التنفيذية المعتمدة له¹.

خلاصة القول إن اتفاقية الأمم المتحدة للتغيرات المناخية عام 1992م، وضعت العدالة المناخية لحقوق الإنسان تحت مبدأ الإنصاف حسب ما رُود في الاتفاقية الإطارية، ويؤكد هذا المبدأ على المساواة والعدل في مفاهيم مشابهة وهي حماية وتأمين النظام المناخي لمصلحة الأجيال الموجودة والقادمة²، وأيضاً جانب من الفقه الدولي في إبرام الاتفاقية الإطارية إلى هذا المبدأ، عندما قرر أن العديد من الدول المتقدمة والصناعية تتردد كثيراً وقد لا تقبل فرض أو تطبيق الالتزامات، وهذا يؤدي إلى إعاقة في التنمية الاقتصادية، إلا أنه في سياق الحماية القانونية للمناخ والعمل على إعمال مبدأ الإنصاف لم يتم الالتفاف إلى هذه الصعوبات وكما دفعت بعض الدول المشاركة في محاولة للتوصل إلى نتيجة مقبولة بشأن هذه الحماية³.

وهذا المعنى نفسه الذي قرره جانب فقهي، حينما ذهب إلى أنه: "على الرغم من استثناء الاتفاقية الإطارية للدول النامية صراحة من تحمل أي التزامات تتعلق بتخفيض الانبعاثات، واستخدامها لصيغ ميسرة تبين الالتزامات القليلة التي فرضت على تلك الدول، إلا أن ذلك يظهر عدالة في بيان حاجات تلك الدول النامية التي تفتقر إلى المساعدة المالية ونقل التكنولوجيا"⁴.

¹ أحمد حميد البدري، الحماية الدولية للمناخ في إطار التنمية المستدامة، الطبعة الأولى، إنكي للنشر والتوزيع، بغداد، العراق، 2021، ص189.

² شكراني الحسين، العدالة المناخية، نحو منظور جديد للعدالة الاجتماعية، مجلة رؤى إستراتيجية، مرجع سابق، ص105.

³ K. Bishop, Fairness in International Environmental Law: accommodation of The Concerns of Developing Countries in The Climate Change regime, Institute of Comparative Law, Montreal, Canada, 1999, P.73.

⁴ محمد عادل عسكر، القانون الدولي البيئي، دار الجامعة الجديدة، الإسكندرية، مصر، 2013، ص159.

المطلب الثاني

بروتوكول كيوتو واتفاقية باريس للمناخ من العدالة المناخية لحقوق الإنسان

سوف نتناول في هذه المطلب بروتوكول كيوتو واتفاقية باريس للمناخ من العدالة المناخية لحقوق الإنسان وذلك على النحو الآتي:

أولاً: بروتوكول كيوتو

تم انعقاد بروتوكول كيوتو عام 1997م، في اليابان ما شكل إضافة في غاية الأهمية في الحفاظ وحماية المناخ¹، وتم التوقيع عليه من قبل 195 دولة ودخل حيز النفاذ عام 2005، بعد التصديق عليه من قبل 175 دولة، يضاف إلى ذلك أن هذا الاتفاق ألزم الدول المتقدمة دون الدول النامية والأقل نمواً بالعمل على انتهاج السياسات اللازمة لتخفيض انبعاثات الغازات الدفيئة بنسب محددة وفقاً لجدول زمني معين².

وتجدر الإشارة إلى بروتوكول كيوتو يتضمن مجموعتين من الالتزامات يمكن إجمالها على النحو الآتي :

- 1- المجموعة الأولى: هي مجموعة من الالتزامات والتي تتكفل بها جميع الدول الأطراف.
- 2- المجموعة الثانية: حيث تتحمل الدول المتقدمة التزامات أكثر من الدول النامية، ويمكن ذكر هذه الالتزامات على النحو الآتي :

- أ. قيام 38 دولة متقدمة بتخفيض انبعاثات الغازات الدفيئة بنسب مختلفة.
- ب. المحافظة على المسطحات الخضراء وزيادتها كالغابات، والتي تُعد كمستودع لهذه الغازات عن طريق امتصاصها وإخراج الأكسجين إلى العالم.
- ت. إجراء بحوث لدراسة نسب انبعاث هذه الغازات وسلبياتها ومشاكلها سواء أكانت اقتصادية أم اجتماعية.
- ث. التعاون في مجالات التطوير والتعليم لبرامج تدريب وتوعية للشعوب في مجال تغير المناخ بهدف التقليل من هذه الغازات الضارة بحقوق الإنسان.

¹ أحمد حميد البدري، الحماية الدولية للمناخ في إطار التنمية المستدامة، مرجع سابق، ص235.

² سعيد سالم جويلي، التنظيم الدولي لتغير المناخ وارتفاع درجة الحرارة، دار النهضة العربية، القاهرة، 2002، ص31 و32.

ج. العمل على إنتاج وتطوير تقنيات للبيئة، كما تتعهد الدول المتقدمة بتمويل وتسهيل أنشطة نقل التكنولوجيا إلى الدول النامية، وتتعهد الدول المتقدمة أيضًا بدعم جهود الدول النامية وبطيئة النمو في مجالات مواجهة الآثار السلبية للتغير المناخي التي تؤثر على حقوق الإنسان بشكل خاص¹.
لقد نص بروتوكول كيوتو صراحة على مبدأ العدالة المناخية لحقوق الإنسان، وأن على الأطراف عند اتخاذ إجراء لتحقيق غرض آلية التنمية النظيفة، ويتوجب عليها أن تسترشد في الاتفاقية الإطارية في المادة الأولى والثانية، بالإنصاف، حيث يجب أن يطبق مبدأ الإنصاف بجميع أوجهه في آلية التنمية النظيفة على أساس التوزيع الجغرافي العادل وبتساوٍ، وكذلك عدم الإضرار بحق الدول النامية في التنمية بأي شكل من الأشكال².

ثانياً: اتفاقية باريس للمناخ عام 2015

تُعتبر اتفاقية باريس ذات أهمية كبيرة من حيث التزامات الدولة بالعمل بشأن المناخ، وتم اعتماد هذه الاتفاقية في إطار اتفاقية الأمم المتحدة الإطارية بشأن تغير المناخ، وهي أول اتفاقية ملزمة قانونياً لبذل الجهود لمعالجة تغير المناخ والتكيف مع آثاره مع تعزيز الدعم للبلدان النامية للقيام بذلك، والهدف الأساسي هو تعزيز الاستجابة العالمية لخطر تغير المناخ من خلال إبقاء الزيادة في متوسط درجة الحرارة العالمية أقل بكثير من درجتين مئويتين فوق مستويات ما قبل الصناعة، وكذلك متابعة الجهود للحد من زيادة درجة الحرارة بدرجة أكبر إلى 1.5 درجة. وعليه تناولت الاتفاقية التزامات الدول في ما يتعلق بتغير المناخ، بما في ذلك ما يتعلق بالتخفيف والتكيف والأضرار وتمويل المناخ ويطلب من جميع الدول الأطراف الإبلاغ عن انبعاثاتها ونقل جهودها لتنفيذ الاتفاقية من خلال المساهمات المحددة وطنياً³.

¹ سرحان سليمان، دراسة اقتصادية للتغيرات المناخية وآثارها على التنمية المستدامة في مصر، المجلة المصرية، للاقتصاد الزراعي، مصر، 2015، ص15.

² تُعد هذه الآلية من أهم الآليات التي ينص عليها البروتوكول، إذ إن الغرض منها تقديم المساعدة إلى الدول النامية، من أجل تمكينها من تحقيق التنمية المستدامة، مع الإسهام في تحقيق أهداف الاتفاقية، كما أنها في الوقت نفسه تقوم بمساعدة الدول المتقدمة بخفض انبعاثاتها إلى الحد المقرر لها، فهذه الآلية تخدم كلاً من الدول النامية والمتقدمة على السواء، إذ إن الدول النامية ستستفيد من الاستثمارات الأجنبية، أما الشركات في الدول المتقدمة، فستتمكن من استعمال الانبعاثات الناجمة عن أنشطة هذه المشروعات للإسهام في الامتثال لجزء من التزاماتها بتحديد وخفض الانبعاثات، محمد عادل عسكر، القانون الدولي البيئي، مرجع سابق، ص369، وما بعدها.

³ كان هذا جهداً بدأ قبل اتفاق باريس، في COP16، عملت مجموعة من الفاعلين في المجتمع المدني على إدراج حقوق الإنسان في مفاوضات المناخ، في النهاية أحاطت اتفاقيات كانكون، علماً بقرار مجلس حقوق الإنسان وذكرت أيضاً احترام

وعليه، لا توجد إشارة إلى حقوق الإنسان في مواد اتفاقية باريس، وفي هذا الإطار فإن حقوق الإنسان المذكورة في الديباجة التي توفر إرشادات حول كيفية تفسير الاتفاقية وأساساً لدعوة الدول إلى مراعاة حقوق الإنسان عند تنفيذ اتفاقية باريس في سياقاتها الوطنية، وهذا مهم؛ لأن المناخ لم ينظر إليه لفترة طويلة على أنه قضية من قضايا حقوق الإنسان، كما أن الاعتراف بوضوح الصلة أمر مهم للدعوة إلى السياسات والإجراءات التي تركز على الأشخاص بشأن المناخ.

واستخلاصاً لما سبق، حيث يقع على عاتق الدول التزام إيجابي بحماية الأشخاص من الإضرار بحقوق الإنسان التي تتسبب فيها أزمة المناخ، وبالتالي يجب عليها معالجة آثار تغير المناخ على حقوق الإنسان، وإن عدم اتخاذ تدابير مناسبة لمنع الضرر المستمر والمتوقع لحقوق الإنسان الناجم عن تغير المناخ، بما في ذلك من خلال الحد من انبعاثات الغازات الدفيئة، ينتهك هذا الالتزام. من الواضح في إطار القانون الدولي لحقوق الإنسان، أن على الدول التزامات جوهرية بالحماية من انتهاك حقوق الإنسان بسبب تغير المناخ نتيجة لطبيعة التزاماتها بالحماية من الضرر البيئي بشكل عام.

الخاتمة

إن العدالة المناخية ليست مجرد مفهوم نظري، بل ضرورة ملحة لضمان مستقبل مستدام للأجيال الحالية والقادمة. ومع استمرار تأثيرات التغير المناخي، تصبح الحاجة إلى إجراءات عادلة ومنصفة أكثر إلحاحاً لضمان توزيع المسؤوليات بشكل متوازن بين الدول، بما يحقق الحماية البيئية والتنمية المستدامة في آنٍ واحد. وتوصل الباحث إلى بعض النتائج والتوصيات التي يمكن إجمالها على النحو الآتي :

أولاً: النتائج

1. يُعد مصطلح العدالة المناخية مصطلحاً حديثاً ولا يوجد له تعريفاً جامعاً مانعاً، وإنما يندرج تحت تعريف العدالة البيئية.

2. تربط العدالة المناخية علاقة وثيقة بين حقوق الإنسان وتغيرات المناخ، وتهدف إلى حماية حقوق الإنسان التي قد تتأثر بالتغيرات المناخية، وعليه تُعد العدالة المناخية أفضل وسيلة لتحقيق توزيع متساوٍ بين الدول في الأعباء والتكاليف سواء الدول المتقدمة أو الصناعية أما الدول الفقيرة فهي

حقوق الشعوب الأصلية والمجتمعات المحلية، أسترديد بيونتناس ريناو، الرابطة المشتركة في أميركا اللاتينية للدفاع عن البيئة AIDA، مقابلة، سياستيان دويك، ندوة عبر الإنترنت حول العدالة المناخية والحقوق الاقتصادية والاجتماعية والثقافية، أنظمة التحدي ، 2020، النظر في الرابط الآتي:

<https://unfccc.int/resource/docs/2010/cop16/eng/07a01.pdf>

المجلة العصرية للدراسات القانونية - الكلية العصرية الجامعية - رام الله - فلسطين.

P-ISSN:2958-9959 E-ISSN:2958-9967 المجلد: 03، العدد: 02، السنة: 2025

- أشد تضرراً من التغيرات المناخية التي تتسبب بها الدول الصناعية والمتقدمة من خلال إنتاج واستخراج المواد الصلبة التي تضر بحقوق الإنسان.
3. كما أنه لا يوجد اتفاق دولي حتى الآن على كيفية تطبيق مبدأ توزيع المنافع والأعباء المرتبطة بتغير المناخ بشكل عادل ومنصف لتحقيق العدالة المناخية وحقوق الإنسان.
4. يؤدي غياب العدالة المناخية إلى تفاقم الفجوات الاقتصادية والاجتماعية بين الدول والمجتمعات، مما يزيد من التوترات العالمية ويهدد الاستقرار المستقبلي.
5. يُعتبر التمويل المناخي أحد التحديات الكبرى التي تعرقل تحقيق العدالة المناخية، حيث لم تقب الدول المتقدمة بالتزاماتها المالية لدعم الدول النامية في التكيف مع تغير المناخ.
6. ما تزال السياسات المناخية الدولية غير كافية لضمان توزيع منصف للمسؤوليات، حيث تعتمد بعض الدول الكبرى على سياسات لا تعكس التزاماً حقيقياً بخفض الانبعاثات أو دعم الدول المتضررة.

ثانياً: التوصيات

1. تعزيز نهج قائم على حقوق الإنسان في قضية العدالة المناخية وحماية أولئك الذين شردوا بسبب آثار تغير المناخ، كما أنه من الضروري أن تتحمل الدول المتقدمة عبئاً أكبر من الدول الفقيرة في التصدي لتغير المناخ.
2. الحث على إجراء المزيد من الأبحاث والدراسات التي تتناول قضية العدالة المناخية؛ لإلقاء الضوء على هذه القضية ووضع التصورات والاقتراحات من أجل مبدأ العدالة المناخية على نحو يحقق أهدافه، وتعزيز التعليم البيئي والمناخي في المناهج الدراسية، لزيادة وعي الأجيال القادمة حول قضايا العدالة المناخية وأهمية حماية البيئة.
3. ضرورة توضيح الحقوق المتعلقة بالعدالة البيئية في ظل القانون الدولي لحقوق الإنسان، وتعديل اتفاقيات تغير المناخ لتتص صراحة على مبدأ العدالة المناخية.
4. تعزيز التزامات الدول الكبرى وتحقيق العدالة في المسؤولية المناخية، ويجب إلزام الدول الكبرى بتطبيق تعهداتها المناخية من خلال آليات رقابة دولية فعالة، وضمان تقديم الدعم المالي والتقني للدول النامية. كما ينبغي فرض عقوبات أو وضع سياسات تحفيزية للدول التي لا تلتزم بتقليل انبعاثاتها الكربونية، بهدف تحقيق توازن عادل في تحمل المسؤوليات المناخية.

5. تعزيز التعاون الدولي والابتكار التكنولوجي لمواجهة التغير المناخي، يتطلب تحقيق العدالة المناخية تعزيز التعاون الدولي عبر إنشاء صناديق تمويل مناخية أكثر فاعلية لمساعدة الدول الفقيرة على التكيف مع التغيرات المناخية، وضمان تعويض عادل للدول المتضررة. كما يجب إشراك المجتمع المدني والمنظمات الحقوقية في صياغة وتنفيذ السياسات المناخية، إضافة إلى الاستثمار في حلول تكنولوجية مبتكرة مثل الطاقة النظيفة والتقنيات المستدامة للحد من الانبعاثات الضارة.

بيان تضارب المصالح

يقر جميع المؤلفين أنه ليس لديهم أي تضارب في المصالح.

قائمة المصادر والمراجع:

أولاً: الكتب العربية

1. أمل فوزي عوض، العدالة المناخية وحماية الإنسانية، "مبادئ، حقوق، تحديات، جهود دولية"، الطبعة الأولى، المركز الديمقراطي العربي للدراسات الاستراتيجية والسياسية والاقتصادية، برلين، ألمانيا، 2023.
2. أحمد حميد البدر، الحماية الدولية للمناخ في إطار التنمية المستدامة، الطبعة الأولى، إنكي للنشر والتوزيع، بغداد، العراق، 2021.
3. محمد عادل عسكر، القانون الدولي البيئي، دار الجامعة الجديدة، الإسكندرية، 2013.
4. سعيد سالم جويلي، التنظيم الدولي لتغير المناخ وارتفاع درجة الحرارة، دار النهضة العربية، القاهرة، 2002.

ثانياً: المجلات والدوريات القانونية

1. حنان كمال أبو سكين، مقاربات تحقيق العدالة المناخية، مجلة كلية السياسة والاقتصاد، جامعة بني سويف، العدد الثامن، أكتوبر، 2020.
2. هشام محمد بشير، العدالة المناخية من منظور القانون الدولي، مجلة كلية السياسة والاقتصاد، جامعة بني سويف، المجلد السادس عشر، والعدد الخامس عشر، يوليو 2022.
3. زكية بهلول، العدالة المناخية، المجلة العربية للعلوم الإنسانية والاجتماعية العدد، 28 سبتمبر 2017.
4. شكراني الحسين، العدالة المناخية، نحو منظور جديد للعدالة الاجتماعية، مجلة رؤى إستراتيجية، ديسمبر 2012.
5. سرحان سليمان، دراسة اقتصادية للتغيرات المناخية وآثارها على التنمية المستدامة في مصر، المجلة المصرية، للاقتصاد الزراعي، يونيو 2015.
6. عبد المسيح سمعان عبد المسيح، العدالة المناخية: بعداً جديداً للثقافة البيئية يوجب إدخاله في المناهج الدراسية، المؤتمر العلمي العشرون، الثقافة البيئية العلمية- آفاق- تحديات الجمعية المصرية للتربية العلمية، القاهرة، 2017.
7. أسئلة يتكرر طرحها بشأن حقوق الإنسان وتغير المناخ، تصدر عن الأمم المتحدة، حقوق الإنسان، صحيفة الوقائع رقم 38، نيويورك وجنيف 2022، ص 51 و 52.

ثالثاً: المواقع الإلكترونية

1. كان هذا جهداً بدأ قبل اتفاق باريس، في COP16، عملت مجموعة من الفاعلين في المجتمع المدني على إدراج حقوق الإنسان في مفاوضات المناخ في النهاية أحاطت اتفاقيات كانكون، علماً بقرار مجلس حقوق الإنسان وذكرت أيضاً احترام حقوق الشعوب الأصلية والمجتمعات المحلية، أستريد بيونتاس ريناو، الرابطة المشتركة في أميركا اللاتينية للدفاع عن البيئة AIDA، مقابلة، سيباستيان دويك، ندوة عبر الإنترنت حول العدالة المناخية والحقوق الاقتصادية والاجتماعية والثقافية، أنظمة التحدي، 2020، النظر في الرابط الآتي :

<https://unfccc.int/resource/docs/2010/cop16/eng/07a01.pdf>

رابعاً: القوانين والاتفاقيات الدولية

1. اتفاقية الأمم المتحدة الإطارية بشأن تغير المناخ والبيئة عام 1992.

2. بروتوكول كيوتو عام 1997.

3. اتفاقية باريس للمناخ عام 2015.

خامساً: المراجع باللغة الأجنبية

1. Climate Change 2014: Impacts, Adaptation and Vulnerability: Global and Sectoral Aspects, Contribution of Working Group II to the Fifth Assessment Report of the Intergovernmental Panel on Climate Change, Cambridge, United Kingdom, Cambridge University Press, 2014, p. 1056
2. Climate Institute, Climate Justice Movements, http://www.climate.org/climatelab/Climate_Justice_Movements
3. David Estrin: Achieving Justice and Human Rights in an Era of Climate Disruption (IBA), 2014.
4. Christopher B. Field et al., AR5 Climate Change 2014: Impacts, Adaptation & Vulnerability, Summary for Policymakers, 2014,

مشروعية استخدام البيانات الشخصية في مرحلة
الشُرطة التنبؤية "في ضوء قانون الذكاء
الاصطناعي الأوروبي لعام 2024"

*The Legality of Using Personal Data in Predictive
Policing in Light of the European Artificial
Intelligence Act 2024*

د. محمود سلامة الشريف
(مصر)

مشروعية استخدام البيانات الشخصية في مرحلة الشرطة التنبؤية "في ضوء قانون الذكاء الاصطناعي
الأوروبي لعام 2024"

*The Legality of Using Personal Data in Predictive Policing in Light of the European
Artificial Intelligence Act 2024*

د. محمود سلامة الشريف

(مصر)

mahmoudsalamaelsherif@gmail.com

DOI: <https://doi.org/10.70411/MJLS.3.2.2025228>

تاريخ القبول، 2025-04-08

تاريخ المراجعة، 2025-04-08

تاريخ الاستلام، 2025-04-07

الملخص:

البيانات الشخصية هي جوهر الحق في الخصوصية الرقمية الذي يُعد أحد أهم الحقوق الأساسية في ما نعيشه اليوم من عصر اتسم بالرقمنة، ويهدف هذا الحق إلى حماية الأفراد من جمع واستخدام وتحليل ومعالجة بياناتهم الشخصية دون موافقتهم. بيد أن ظهور الشرطة التنبؤية أثار مخاوف كثيرة حول انتهاك تلك الحقوق إذ إن خوارزميات الشرطة التنبؤية تضطلع بالتنقيب في البيانات والمعلومات وبخاصة الشخصية لاستشراف وتوقع الجرائم المستقبلية أو تتبع مرتكبيها أو ضحاياها، وقد اضطلع القانون الأوروبي للذكاء الاصطناعي المستحدث الصادر في أيار/مايو 2024، بوضع ضوابط وضمانات صارمة لحماية الحق في الخصوصية الرقمية أثناء عمل الشرطة التنبؤية.

الكلمات المفتاحية: الشرطة التنبؤية، الخصوصية الرقمية، تحليل البيانات، الخوارزميات، الذكاء الاصطناعي، البيانات الشخصية.

Abstract:

Personal data is the core of the right to digital privacy, which is one of the most basic rights in the era we live in today, characterised by digitalisation. This right aims to protect individuals from the collection, use, analysis, and processing of their personal data without their consent. However, the emergence of predictive policing has raised many concerns about the violation of these rights, as predictive policing algorithms undertake exploration of data and information, especially personal data, to anticipate future crimes or track their perpetrators or victims. The newly introduced European Artificial Intelligence Law, issued in May 2024 has undertaken the establishment of strict controls and guarantees to protect the right to digital privacy during predictive policing.

Keywords: predictive policing, digital privacy, data analysis, algorithms, artificial intelligence, personal data.

المقدمة

يُقصد بالشرطة التنبؤية (Predictive Policing)¹، هو ذلك النمط الشرطي الذي يضطلع باستخدام خوارزميات (Algorithms) مُحَدَّدة²، لتحليل كمّيات هائلة من المعلومات والبيانات المرتبطة بالمجرمين من

¹. يرى بعض الفقه أن التنبؤ بالجريمة هو "توقع حدوثها مُستقبلاً، بُغية الحيلولة دونها". محمود سلامة الشريف: الطبيعة القانونية للتنبؤ بالجريمة بواسطة الذكاء الاصطناعي ومشروعته، المجلة العربية لعلوم الأدلة الجنائية والطب الشرعي، العدد 3، المجلد 2، 2021، ص342. كذلك؛

Meijer, Albert, and Martijn Wessels. 2019. Predictive Policing; Review of Benefits and drawbacks. International Journal of Public Administration 42: 1031–39.
Pearsall, Beth. 2010. Predictive policing: The Future of Law Enforcement. National Institute of Justice Journal 266: 16–19

Beth Pearsall; Predictive Policing: The Future of Law Enforcement? NIJ Journal / Issue No. 266. P16. On the following link: <https://www.ojp.gov/pdffiles1/nij/230414.pdf>

ويرى البعض الآخر أنها "عملية الوقوف على سلوك مُستقبلي ينطوي على خطورة إجرامية لدى بعض الأفراد". رمضان السيد الألفي: نظرية الخطورة الإجرامية، دار النهضة العربية، 1998، ص203. كذلك؛

Beck, C., and C. McCue, "Predictive Policing: What Can We Learn From Wal-Mart and Amazon About Fighting Crime in a Recession?" The Police Chief 76, 11, November 2009. On the following link: <https://www.policechiefmagazine.org/predictive-policing-what-can-we-learn-from-wal-mart-and-amazon-about-fighting-crime-in-a-recession/>

ويُطلق عليها البعض الآخر مصطلح (الشرطة الاستخباراتية) التي تضطلع بجمع المعلومات المرتبطة بالمخاطر المحتملة وتوظيفها لمنع تهديد محتمل. شادي عبد الوهاب منصور: الشرطة التنبؤية: اعتماد متزايد لأجهزة الأمن الغربية على أساليب الاستخبارات، مجلة أوراق أكاديمية، مركز المستقبل للدراسات والأبحاث المتقدمة، العدد 4، أكتوبر 2018، ص2.

ولعلّ من أوائل من اضطلع بتعريف "الشرطة التنبؤية-Predictive Policing" هو المعهد الوطني للعدالة بالولايات المتحدة الأمريكية (NIJ-National Institute of Justice)، وهو ذراع البحث والتطوير لدى وزارة العدل الأمريكية، والذي عقد ندوتين لمناقشة الشرطة التنبؤية وأثرها على الجريمة والعدالة في 2009 و2010، ركزت الندوة الأولى على مفهوم الشرطة التنبؤية، وقد قدمت الندوة تعريفاً عملياً للشرطة التنبؤية على أنها: "أي إستراتيجية أو تكتيك للشرطة يطور ويستخدم المعلومات والتحليلات المتقدمة للوقاية من الجريمة بشكل استباقي - Any policing strategy or tactic that develops and uses information and advanced analysis to inform forward-thinking crime prevention".

وركزت الندوة الثانية على كيفية جعل الشرطة التنبؤية متاحة لجميع وكالات إنفاذ القانون. يرجع في ذلك إلى تقرير الندوتين على الرابط الآتي ، بتاريخ دخول 1-6-2024: <https://www.ojp.gov/pdffiles1/nij/242222and248891.pdf>

². الخوارزميات تعني مجموعة من المسارات والخطوات الرياضية المُتتابعة اللازمة لحل مشكلة ما، والمُعَدّة برمجياً لكي تُعطي نتيجة مُعينة اعتماداً على مُعطيات ومُدخلات غُذيت بها، يرجع في ذلك إلى؛

مصادر مختلفة، بهدف الاستشراف بالجرائم المستقبلية المحتملة والمساعدة في منعها¹. وبالتالي تُعد البيانات والمعلومات الرقمية الضخمة (Big Data)²، هي وقود تلك الخوارزميات التي تتم هيكلتها لتضطلع بالتحليل الكمي والكيفي والتنبؤ³، ولا شك أن من بين تلك المعلومات والبيانات التي يتم التنقيب عنها أو جمعها أو معالجتها هي البيانات الشخصية المشمولة بحماية قانونية مُكرسة دستورياً⁴، الأمر الذي يثير تخوفاً نحو انتهاك خصوصية تلك البيانات حال التنبؤ الشرطي.

أضحت الشرطة التنبؤية ظاهرة سريعة التنامي عالمياً، على سبيل المثال تستخدم أكثر من 50% من أقسام الشرطة في الولايات المتحدة الأمريكية أحد أشكال تكنولوجيا الذكاء الاصطناعي لتحليل الجرائم وتصنيف مرتكبيها⁵، ومن بينها خوارزميات التنبؤ بالجريمة⁶، كما يستخدم حوالي 60% من المدعين

Uspenski, V. A.. "To the Definition of Algorithms." 1993. On the following link:

<https://api.semanticscholar.org/CorpusID:117434268>

¹ Safat W, Asghar S, Gillani SA. Empirical analysis for crime prediction and forecasting using machine learning and deep learning techniques, IEEE Access 9, 2021, pp. 70080-70094. On the following link: <https://api.semanticscholar.org/CorpusID:234499744>

² De Mauro, Andrea et al. "A formal definition of Big Data based on its essential features." Library Review 65, 2016, pp. 122-126.

³ Samah Samir; Detecting and Predicting Crimes using Data Mining Techniques: Comparative Study, Proceedings of 1st International Conference on Computers and Information, ICCI 2021, p.57. On the following link:

https://ijci.journals.ekb.eg/article_207749_6851eb18a1c11190f9444519b5fba5a0.pdf

⁴ حيث نصت المادة 57 من دستور مصر لعام 2014 والمعدل في 2019 على أنه "الحياة الخاصة حرمة، وهي مصونة لا تمس. وللمراسلات البريدية، والبرقية، والإلكترونية، والمحادثات الهاتفية، وغيرها من وسائل الاتصال حرمة، وسريتها مكفولة، ولا تجوز مصادرتها، أو الاطلاع عليها، أو رقابتها إلا بأمر قضائي مسبب، ولمدة محددة، وفي الأحوال التي يبينها القانون. تقابلها المادة 36 من النظام الأساسي لسلطنة عُمان الصادر بالمرسوم السلطاني رقم 6/ 2021، والتي نصت على أنه "الحياة الخاصة حرمة، وهي مصونة لا تمس. وللمراسلات الإلكترونية بأنواعها كافة، والمراسلات الهاتفية، والبرقية، والبريدية، وغيرها من وسائل الاتصال حرمة، وسريتها مكفولة، فلا يجوز مراقبتها، أو تفتيشها، أو الاطلاع عليها، أو إفشاء سريتها، أو تأخيرها، أو مصادرتها، إلا في الأحوال التي يبينها القانون، ووفقاً للإجراءات المحددة فيه".

⁵ Jannik Lindner, Ai In Law Enforcement Statistics, WORLDMETRICS REPORT 2024, June 17, 2024. On the following link: <https://worldmetrics.org/ai-in-law-enforcement-statistics/>

⁶ ولعل برنامج "Operation LASER" من أشهر برامج التنبؤ بالجريمة والذي اضطلعت باستخدامه شرطة لوس انجلوس منذ عام 2011، كذلك برنامج "COMPAS" المعمول به في ولاية ويسكونسن الأمريكية "Wisconsin" منذ

العامين في الولايات المتحدة حاليًا خوارزميات للمساعدة في التنبؤ بمعدلات العودة إلى الجريمة¹. كما أن هنالك 14 قسم شرطة في المملكة المتحدة يستخدم خوارزميات التنبؤ بالجريمة حتى عام 2019². شاع كذلك استخدام الشرطة التنبؤية في كل من أستراليا³ واليابان⁴ وكندا⁵. أما على المستوى العربي بدأت شرطة دبي في اعتناق نظم الشرطة التنبؤية منذ عام 2016⁶.

شباط/فبراير 2013، وبرنامج "PredPol" الذي استخدم من قبل شرطة نيويورك والذي يعمل من خلال النظر إلى منطقة جغرافية محددة، حيث يتم تقسيم خريطة الدائرة إلى "مربعات" تبلغ مساحتها 500 قدم مربع، كل منها بحجم كتلة سكنية. ويصبح المربع الذي يُعتقد أنه من المرجح أن يكون مركزاً للجريمة، بسبب تاريخه وموقعه والنشاط الحالي وغير ذلك من العوامل - "مربعاً ساخناً-hot box" .. يرجع في ذلك إلى؛

David Black, Predictive Policing Is Here Now, The Dallas Morning News, February 26th, 2016, On the following link: <https://manhattan.institute/article/predictive-policing-is-here-now> وقد قارنت إدارة شرطة سانتا كروز إحصاءات الجريمة من الأشهر الستة الأولى من عام 2012، بالإطار الزمني نفسه في عام 2011، عندما لم يتم استخدام التحليلات المتقدمة وتكنولوجيا التنبؤ مع الحد من إضافة المزيد من الضباط إلى الشوارع أو تغيير الدورات وأوقات المناوبة، كانت النتائج انخفاضاً بنسبة 19% في سرقة الممتلكات. يرجع في ذلك إلى؛

Miriam Jones, Predictive Policing a Success in Santa Cruz, Calif, Government Technology, October 08, 2012, On the following link: <https://www.govtech.com/public-safety/predictive-policing-a-success-in-santa-cruz-calif.html>

¹ Jannik Lindner, Ai In Law Enforcement Statistics, WORLDMETRICS REPORT 2024, June 17, 2024. On the following link: <https://worldmetrics.org/ai-in-law-enforcement-statistics/>

² Leo Kelion; Crime prediction software 'adopted by 14 UK police forces', BBC, 4 February 2019. On the following link: <https://www.bbc.com/news/technology-47118229>

³ Rick Sarre, Ben Livings; Artificial Intelligence and the Administration of Criminal Justice: Predictive Policing and Predictive Justice. Australia Report. University of South Australia. May 2023. On the following link: https://www.penal.org/sites/default/files/files/A-13-2023_0.pdf

⁴ KYODO, Kanagawa police to launch AI-based predictive policing system before Olympics, the Japan times, Jan 29, 2018. On the following link: <https://www.japantimes.co.jp/news/2018/01/29/national/crime-legal/kanagawa-police-launch-ai-based-predictive-policing-system-olympics/>

⁵ Harvin Bhathal, Canada's Predictive Policing Tech Is Poorly Regulated Under AI Policy, TRUTHOUT, June 13, 2022, On the following link: <https://truthout.org/articles/canadas-predictive-policing-tech-is-poorly-regulated-under-ai-policy>

⁶ " أن شرطة دبي طورت برمجيات خاصة للتنبؤ بالجريمة، SIME "Space Imaging Middle East" أعلنت شركة حيث يتم تحليل أنماط من قواعد بيانات الشرطة في محاولة لاكتشاف متى وأين من المرجح حدوث الجريمة. مقال بعنوان: شرطة دبي تستخدم الذكاء الاصطناعي للتنبؤ بالجريمة قبل وقوعها، 2016، على الرابط الآتي بتاريخ دخول :2024/6/10 <https://shorturl.at/T9N0h>

وقد بلغ تقدير حجم سوق الشرطة التنبؤية عالمياً، نحو 5.17 مليار دولار أمريكي في عام 2023، ومن المتوقع أن يصل إلى 5.96 مليار دولار أمريكي بنهاية عام 2024 ، بمعدل نمو سنوي مركب قدره 16.23% ليصل إلى 14.82 مليار دولار أمريكي بحلول عام 2030.¹

مظاهر أهمية البحث:

تتبدى أهمية البحث من الناحية النظرية، في المخاطر الناجمة عن شيوع وانتشار استخدام التنبؤ الشرطي رغم مميزاته²، وبالأخص تأثيره على الحق في الخصوصية الرقمية، إذ أضحى الإنسان مجموعة من البيانات بالتزامن مع ما نعيشه اليوم من عصر رقمي، ولعلّ غموض آلية عمل خوارزميات الشرطة التنبؤية وضحالة الشفافية بها، يزيد من مخاوف انتهاك خصوصية البيانات وبالأخص الشخصية منها،

¹ Predictive Policing Market by Technology (Crime Analysis, Facial Recognition Technology, Geo-Location Technology), End-Use (Detective Agencies, Law Enforcement Organization, Military & Defense) - Global Forecast 2024-2030.

² ولعلّ من أهم ميزات التنبؤ الشرطي هو الحد من ارتكاب الجرائم الذي انخفض على سبيل المثال بنسبة 19% في جرائم السرقة في مدينة سانتا كروز - Santa Cruz في كاليفورنيا-California الأمريكية، كذلك انخفض معدل الجرائم بنسبة 12% في ولاية لوس أنجلوس - Los Angeles، وفي ولاية نيوجيرسي تقلصت جرائم القتل بنسبة 41%، وانخفض معدل جميع الجرائم في المدينة بنسبة 26%، يرجع في ذلك إلى؛

Alice Norga, 4 Benefits And 4 Drawbacks Of Predictive Policing, TECH & RIGHTS, July 12, 2021, On the following link: <https://www.liberties.eu/en/stories/predictive-policing/43679>

أما دبي، ففي غضون أشهر من اعتماد خوارزميات التنبؤ بالجريمة، تمكنت إدارة الشرطة من الحد من بعض الجرائم بنسبة 25% مقارنة بالعام السابق ومن خلال تحليل بيانات الجريمة، تمكنت الإدارة الشرطية في دبي من تحديد المناطق والأطر الزمنية ذات الاحتمالية العالية لجرائم الممتلكات مثل السرقة وسرقة المركبات ومن خلال إعطاء الأولوية للدوريات والمشاركة المجتمعية في هذه المناطق، انخفضت معدلات الجرائم الكبرى والصغرى، يرجع في ذلك إلى:

Predictive Policing: Using Data to Target Crime, Not Communities, Case Studies, On the following link: <https://ignesa.com/insights/predictive-policing/>

يضاف لميزة درء الجرائم قبل وقوعها، ميزة أخرى تكمن في اتخاذ القرارات المستنيرة لمأموري الضبط القضائي في أقسام الشرطة التنبؤية الأمر الذي يجنبهم إصدار قرارات اعتقال أو ضبط تعسفية أو مبنية على معلومات وأدلة سطحية، فالخوارزميات قادرة على مساعدة مأموري الضبط على التنبؤ بالمخاطر بشكل أفضل، وتحديد هوية الجناة، وتحديد الأماكن الأكثر عرضة لارتكاب الجرائم، وذلك من خلال تحليل كم هائل من البيانات يتأبى على الأشخاص العاديين تحليله مما يقلص معه وقت اتخاذ التدابير اللازمة وقلّة التكلفة كذلك. محمود سلامة الشريف: الطبيعة القانونية للتنبؤ بالجريمة بواسطة الذكاء الاصطناعي ومشروعيته، المرجع السابق، ص342.

والتي يتم تجميعها من خلال كاميرات المراقبة ونظم التعرف على الوجه، والتتبع الجغرافي ووسائل التواصل الاجتماعي وتطبيقات الهاتف المحمول وملفات التعريف وغيرها من مصادر مرتبطة بالبيئة الرقمية والإنترنت¹، ولا شك أن تلك المخاطر تتضاعف حال تسريب تلك البيانات الشخصية سواء عمداً أو عن طريق الخطأ². من الجدير بالذكر أن تلك المخاوف قادت الاتحاد الأوروبي لحظر عمل الشرطة التنبؤية جزئياً³، بموجب قانون الذكاء الاصطناعي الجديد - Artificial Intelligence Act الصادر في أيار/مايو 2024⁴، والتي صدرت لائحته رقم (1689/2024) ونشرت في الجريدة الرسمية في

¹. ولا يقتصر حصر وجمع البيانات الشخصية من تلك الوسائل فقط، وإنما أيضاً من خلال الإقامة في المدن الذكية التي تعتمد بشكل أساسي على بيانات قاطنيها وبيانات جوانب مختلفة من حياة المدينة، مثل حركة المرور والصحة والطقس وإدارة النفايات، وكاميرات المرور، وغيرها، والمتوقع أنه سيعيش في تلك المدن 68% من سكان العالم بحلول عام 2050، بحسب الأمم المتحدة، وتعتمد المدن الذكية على تقنيات إنترنت الأشياء (IoT) وشبكة استشعار موزع (Distributed Sensing)، والذكاء الاصطناعي لجمع البيانات الضخمة (Big Data)، وبرامج تحليلية تركز على الذكاء الاصطناعي والتعلم العميق (Deep Learning)، وقوة حاسوبية (Computing Power) توفر معالجة آنية سريعة لعدد كبير من المتغيرات، وتقنية سلسلة الكتل (blockchain)، يرجع في ذلك إلى:

Alyse Burnside, IT Security Challenges Emerge in Smart Cities, January 19, 2023, On the following link: <https://www.itprotoday.com/vulnerabilities-threats/it-security-challenges-emerge-in-smart-cities>

2. Alice Norga, 4 Benefits And 4 Drawbacks Of Predictive Policing, TECH & RIGHTS, July 12, 2021, On the following link: <https://www.liberties.eu/en/stories/predictive-policing/43679>

³. دعت منظمة "المحاكمات العادلة- Automating Injustice" لأول مرة إلى حظر أنظمة "التنبؤ" والتصنيف في الشرطة والعدالة الجنائية في عام 2021، وقادت المنظمة حملة من أجل إقرار هذا الحظر إلى جانب منظمة الحقوق الرقمية الأوروبية (EDRi) وأكثر من 50 منظمة من منظمات المجتمع المدني الأخرى. وبعد تجاذب الآراء والمفاوضات التي استمرت لثلاثة أيام عمل، صوت أعضاء البرلمان الأوروبي لصالح الحظر بأغلبية 523 صوتاً و46 صوتاً رفضه و49 امتنع عن التصويت، والذي من شأنه حظر استخدام أنظمة الذكاء الاصطناعي "لإجراء تقييمات مخاطر الأشخاص الطبيعيين أو المجموعات" سواء المتعلقة "بتقييم خطر تعرض شخص طبيعي لارتكاب جريمة أو إعادة ارتكاب جريمة"، وكذلك "التنبؤ بحدوث أو تكرار جريمة جنائية فعلية أو محتملة". وتجدر الإشارة إلى أن هذا الحظر هو الأول من نوعه في أوروبا، والعالم. يرجع في ذلك إلى؛

Fair Trials, Partial ban on 'predictive' policing and crime prediction systems included in final EU AI Act, 11 December 2023, On the following link:

<https://www.fairtrials.org/articles/news/partial-ban-on-predictive-policing-included-in-final-eu-ai-act/>

4. Artificial Intelligence Act

حزيران/يونيو 2024¹، والذي تحظر قواعده الجديدة بعض تطبيقات الذكاء الاصطناعي التي تهدد حقوق المواطنين، بما في ذلك أنظمة تصنيف البيانات الحيوية (البيومترية)²، القائمة على السمات البشرية الحساسة والاستخراج غير المجدي لصور الوجه من الإنترنت أو لقطات كاميرات المراقبة لإنشاء قواعد بيانات التعرف على الوجه دون مبرر، كما حظر القانون المستحدث التعرف على المشاعر والسلوك في مكان العمل والمدارس، والتقييم الاجتماعي³.

أما من الناحية العملية، تكمن أهمية البحث في بيان آلية توظيف البيانات الشخصية في تطبيقات وبرامج الشرطة التنبؤية، ومراحل جمع ومعالجة وتحليل البيانات الشخصية، وتحديد البيانات الأكثر عرضة للانتهاك، فضلاً عن بيان الضمانات القانونية التي أضفتها التشريعات على تلك البيانات حال التنبؤ بالجريمة، وبخاصة القانون الأوروبي الجديد للذكاء الاصطناعي الصادر في عام 2024.

¹ REGULATION OF THE EUROPEAN PARLIAMENT AND OF THE COUNCIL laying down harmonised rules on artificial intelligence and amending Regulations (EC) No 300/2008, (EU) No 167/2013, (EU) No 168/2013, (EU) 2018/858, (EU) 2018/1139 and (EU) 2019/2144 and Directives 2014/90/EU, (EU) 2016/797 and (EU) 2020/1828 (Artificial Intelligence Act)

² البيانات الحيوية البيومترية هي تلك "البيانات الشخصية الناتجة عن المعالجة باستخدام تقنية محددة تتعلق بالخصائص الجسدية أو الفسيولوجية أو السلوكية لصاحب البيانات والتي تسمح بتحديد أو تؤكد التحديد الفريد لصاحب البيانات مثل صورة الوجه أو بيانات البصمة". يرجع في ذلك إلى:

The data divide: Overcoming an increasing practitioner-academic gap, Larissa Fast, 2 November 2017, On the following link: <https://blogs.icrc.org/law-and-policy/2017/11/02/the-data-divide-overcoming-an-increasing-practitioner-academic-gap/>

³ نظام التقييم الاجتماعي، أو الدرجة الاجتماعية، هو نظام يُستخدم لقياس سلوك الأفراد وموثوقيتهم في مجتمع ما، وذلك من خلال جمع وتحليل البيانات عنهم من مصادر مختلفة، مثل السجلات المالية: مثل سجلات الائتمان، وسجلات المدفوعات، وسجلات القروض. والسلوكيات على الإنترنت: مثل نشاطهم على مواقع التواصل الاجتماعي، ومواقع التسوق الإلكتروني، ومحركات البحث. والسلوك المدني: مثل احترام القوانين، ودفع الضرائب، والتطوع في المجتمع. ولا شك أن جمع وتحليل كميات هائلة من تلك البيانات الشخصية يُشكل تهديداً كبيراً للخصوصية.

Artificial Intelligence Act: MEPs adopt landmark law, Press Releases, On the following link: <https://www.europarl.europa.eu/news/en/press-room/20240308IPR19015/artificial-intelligence-act-meps-adopt-landmark-law>

نطاق البحث:

يشمل نطاق البحث تحديد البيانات الشخصية التي تستخدم في خوارزميات الشرطة التنبؤية، والأساس القانوني لحمايتها، ونطاق هذه الحماية، وموقف القانون الأوروبي للذكاء الاصطناعي المستحدث في 2024 منها، والضمانات التي أضافها القانون الأخير على البيانات الشخصية، بالمقارنة مع وضع كلاً من المشرع المصري والعُماني، وبالتالي يخرج عن نطاق البحث المسائل التقنية المتعلقة بإنشاء خوارزميات التنبؤ ذاتها أو تأثيرها على العدالة التنبؤية في مرحلتها التحقيق والمحاكمة الجنائية.

مشكلة البحث وتساؤلاته:

مشكلة البحث الرئيسية هي ماهية أوجه حماية الحق في الخصوصية الرقمية في مرحلة الشرطة التنبؤية، ويتفرع عن هذه الإشكالية عدة تساؤلات يجاب عليها خلال البحث لعل أهمها،

1. ما المقصود بالشرطة التنبؤية، وما هي آلية عمل خوارزمياتها، وما هي الأساليب والمسارات التي

تضطلع بها لدحض الجريمة قبل وقوعها؟

2. ما هي البيانات التي تجسد مفهوم الحق في الخصوصية في البيئة الرقمية؟ وهل يكفي بتغذية

خوارزميات التنبؤ بالبيانات الشخصية وثيقة الصلة بالجرائم فقط أم تمتد لغيرها؟

3. ما هو الأساس القانوني لحماية البيانات الشخصية باعتبارها وقود خوارزميات التنبؤ بالجريمة في

التشريعات الوطنية والمقارنة؟

4. ما هي الضمانات والاستثناءات التي أوردها قانون الذكاء الاصطناعي الأوروبي الجديد الصادر

في 2024، بشأن استخدام البيانات الشخصية للتنبؤ بالجريمة؟

مناهج البحث:

اعتمدت هذه الورقة استخدام المنهج الوصفي والتحليلي والمقارن وذلك لوصف وتحليل النصوص التي أوردها المشرع الأوروبي في قانون الذكاء الاصطناعي الجديد لديه بشأن الضمانات التي أوردها لحماية البيانات الشخصية الرقمية حال عمل الشرطة التنبؤية، ومقارنته مع كل من المشرعين المصري والعُماني.

خطة البحث:

يُقسم البحث إلى مبحثين على النحو الآتي ؛ المبحث الأول يتناول البيانات الشخصية المستخدمة في خوارزميات التنبؤ الشرطي. أما المبحث الثاني فيتناول نطاق حماية البيانات الشخصية محل خوارزميات التنبؤ الشرطي.

المبحث الأول

البيانات الشخصية المستخدمة في خوارزميات التنبؤ الشرطي

تمهيد

ترتبط البيانات الشخصية ارتباطاً وثيقاً بالخصوصية الرقمية، فكلما زادت كمية البيانات الشخصية التي يتم جمعها أو معالجتها عن الفرد، زاد احتمال تعرض خصوصيته للخطر، وتُعد البيانات الشخصية¹ وقود برامج وتطبيقات الشرطية التنبؤية، وتتم تغذية البيانات التي تجمعها أقسام الشرطية التنبؤية

¹ جاء تعريف البيانات الشخصية في المادة 4/1 من اللائحة الأوروبية العامة لحماية البيانات (GDPR) لعام 2016؛ حيث نصت على أن البيانات الشخصية هي المعلومات التي ترتبط بشخص طبيعي معروف الهوية أو يمكن معرفة هويته (موضوع البيانات - Data subject)، والشخص الطبيعي الذي يمكن معرفة هويته هو شخص يمكن التعرف عليه بشكل مباشر أو غير مباشر، على وجه الخصوص بالرجوع إلى معرف مثل الاسم، رقم الهوية، بيانات الموقع، عرف إلكتروني أو إلى عامل أو أكثر من العوامل الخاصة بالهوية الجسمية، الفسيولوجية، الجينية، العقلية، الاقتصادية، الثقافية أو الاجتماعية لذلك الشخص الطبيعي.

Article 4/1: 'personal data' means any information relating to an identified or identifiable natural person ('data subject'); an identifiable natural person is one who can be identified, directly or indirectly, in particular by reference to an identifier such as a name, an identification number, location data, an online identifier or to one or more factors specific to the physical, physiological, genetic, mental, economic, cultural or social identity of that natural person.

وعرّف قانون مكافحة جرائم تقنية المعلومات أو جرائم الإنترنت المصري رقم (175) لسنة 2018، البيانات الشخصية بأنها "أي بيانات متعلقة بشخص طبيعي محدد أو يمكن تحديده، بشكل مباشر أو غير مباشر عن طريق الربط بينها وبين بيانات أخرى". أما قانون حماية البيانات الشخصية المصري الجديد رقم (151) لعام 2020، عرّف البيانات الشخصية، بأنها أي معلومات عن الفرد التي تكون هويته محددة أو يمكن تحديدها بصورة معقولة سواء من خلال البيانات أو عن طريق الجمع بينها وبين أية بيانات أخرى بما في ذلك الصوت والصورة، كما عرّف معالجة البيانات الشخصية بأنها كل عملية أو مجموعة عمليات تجري على البيانات الشخصية.

وقد فرّق بين البيانات الشخصية العادية، والبيانات الشخصية الحساسة، فقد عرفت المادة (أ) من الباب الأول الموسوم بتعريفات، البيانات الشخصية العادية بأي بيانات متعلقة بشخص طبيعي محدد أو يمكن تحديده بشكل مباشر أو غير مباشر عن طريق الربط بينها وبين بيانات أخرى كالاسم أو الصوت أو الصورة، أو رقم تعريفه أو محدد للهوية عبر الإنترنت أو أي بيانات تحدد الهوية النفسية أو الصحية أو الاقتصادية أو الثقافية أو الاجتماعية.

أو تستعين بها حول نوع وموقع وتاريخ ووقت الجرائم السابقة وتحليلها بواسطة خوارزميات الذكاء الاصطناعي؛ لتوليد توقعات حول متى وأين وما هي أنواع الجرائم الأكثر احتمالاً لحدوثها، بغية تحديد البؤر الإجرامية أو تحديد مرتكبيها أو ضحاياها المحتملين، الأمر الذي يمنح لمأموري الضبط القضائي مزية دحض الجريمة استباقياً، والتي يُمكن تصنيفها إلى ثلاث فئات رئيسية؛ هي، بيانات شخصية وثيقة الصلة بالجرائم، وبيانات شخصية عامة، وبيانات بيومترية، ونتناول هذه الفئات في الآتي؛

المطلب الأول

بيانات شخصية وثيقة الصلة بالجرائم

تتضمن هذه البيانات معلومات حول الأشخاص الذين تم القبض عليهم أو اتهامهم بارتكاب جرائم، مثل تاريخ القبض، وسببه، والتهم الموجهة إليهم، ونوع الجريمة التي ارتكبوها ما إذا كانت من قبيل جرائم الأموال العامة أم الخاصة أو الاعتداء على الأشخاص أو غيرها، ومدى جسامتها ما إذا كانت بسيطة أم شديدة الخطورة¹. يدخل أيضاً في إطار البيانات ذات الصلة الوثيقة بالجرائم، بيانات السجلات الجنائية وتشمل الصحيفة الجنائية معلومات حول الأشخاص الذين أدينوا بارتكاب جرائم سابقة، والعقوبات التي حُكم بها عليهم، والمحكمة التي امتثلوا أمامها، وكنه الجريمة وملابسها والظروف التي دفعتهم لارتكابها، ومدة العقوبة، ومكان ارتكابها².

أما البيانات الشخصية الحساسة، فقد عرّفها المادة ذاتها بأنها؛ البيانات التي تفصح عن الصحة النفسية أو العقلية أو البدنية أو الجينية أو بيانات القياسات الحيوية البيومترية أو البيانات المالية أو المعتقدات الدينية أو الآراء السياسية أو الحالة الأمنية، وفي جميع الأحوال تُعد بيانات الأطفال من البيانات الشخصية الحساسة.

أما المشرع العُماني فقد عرّف البيانات الشخصية بالمرسوم السلطاني رقم 6 / 2022 في المادة الأولى بأنها "البيانات التي تجعل شخصاً طبيعياً مُعرّفاً، أو قابلاً للتعريف بطريقة مباشرة، أو غير مباشرة، وذلك بالرجوع إلى معرفٍ أو أكثر، كالاسم أو الرقم المدني أو بيانات المعارف الإلكترونية أو البيانات المكانية، أو بالرجوع إلى عامل أو أكثر خاص بالهوية الجينية أو الجسدية أو العقلية أو النفسية أو الاجتماعية أو الثقافية أو الاقتصادية".

¹ Portland State University (PSU). 2012. Predictive Policing: A Review of Literature. Criminology and Criminal Justice Senior Capstone Project, Paper 5. On the following link: http://pdxscholar.library.pdx.edu/ccj_capstone/5

² محمود سلامة الشريف: الطبيعة القانونية للتنبؤ بالجريمة بواسطة الذكاء الاصطناعي ومشروعيته، المرجع السابق، ص347.

يشمل هذا النوع من البيانات كذلك كل الإجراءات الجنائية التي اتُخذت ضد الأشخاص ذات الصلة بالجرائم كبيانات محاضر الاستدلال والتحقيقات كافة التي اتُخذت ضدهم لا سيما بيانات استجوابهم وبيانات أوامر الحبس الاحتياطي الصادرة في مواجهتهم من حيث المدة والسبب، وغيرها من الإجراءات القضائية الأخرى. يضاف إلى ذلك بيانات الإحصاءات الجنائية، والتي تتضمن معلومات حول معدلات الجريمة في مناطق مختلفة، وأنواع الجرائم الأكثر شيوعاً، والخصائص الديموغرافية للجناة.

درجت كذلك أقسام الشرطة التنبؤية على تدشين قواعد بيانات شخصية -database- تتم تغذية خوارزميات التنبؤ بها للمساعدة في التنبؤ ودرء الجرائم قبل وقوعها، وتسمى بـ "قواعد بيانات قبل الجريمة- Pre-crime database" ولعل من أشهر أمثلتها نظام "E-CAF" الذي يتنبأ بمن يميل من الصغار أو القُصّر إلى ارتكاب الجرائم، والتدخل قبل حدوث ذلك، ويعمل هذا النظام على أساس البيانات الشخصية وثيقة الصلة بالجرائم وعوامل الخطورة نحو الانحراف¹.

تجدر الإشارة إلى أن البيانات الشخصية وثيقة الصلة بالجرائم لا تضطلع منفردة بإتمام عمل الخوارزميات بتنبؤ جريمة ما، إذ يتطلب الأمر إدخال بيانات أخرى عامة تساعد في تحسين مخرجات تلك الخوارزميات في عملية التنبؤ، فعلى سبيل المثال يُشترط إدخال البيانات الجغرافية لمنطقة معينة، وعدد سكانها، ومواقيت الاكتظاظ، وعدد المركبات، وأماكن الأعمال، والمجمعات السكنية والتجارية، وغيرها من البيانات لغرض تحديد البؤر الأكثر عرضه لارتكاب جرائم معينة.

المطلب الثاني

بيانات شخصية عامة

تتضمن هذه البيانات مجموعة من المعلومات الديموغرافية عن السكان بشكل عام لا سيما حول العمر، والجنس، والعرق، والمكان، والحالة الاجتماعية، ومستوى التعليم، والوضع المالي، يُضاف إلى تلك البيانات تتبع سلوكيات المواطنين عبر وسائل التواصل الاجتماعي ونشاطاتهم لا سيما المنشورات، والتعليقات، والصور، والرسائل، وغيرها².

¹ Rosamunde Van Brakel and Paul De Hert, "Policing, surveillance and law in a pre-crime society: Understanding the consequences of technology based strategies", in Technology-led policing, eds, Piet Deelman, et al Antwerpen, Belgium: Maklu Publishers, 2011). 174.

² Browning, Christopher R., Reginald A. Byron, Catherine A. Calder, Lauren J. Krivo, Mei-Po Kwan, Jae-Yong Lee, and Ruth D. Peterson. 2010. Commercial density, residential

يتم دمج هذه البيانات جنباً إلى جنب مع البيانات العامة الأخرى مثل بيانات كاميرات المراقبة التي تتضمن صوراً وفيديوهات للأشخاص في الأماكن العامة، مثل الشوارع، والمناطق التجارية، ووسائل النقل العام. كذلك بيانات أنظمة التعرف على الوجه التي تتضمن ملامح الوجه للأشخاص، ويتم استخدامها لمطابقة الأشخاص مع الصور والفيديوهات. ومن البيانات المهمة كذلك في التنبؤ بالجريمة بيانات أنظمة تحديد المواقع الجغرافية (GPS) والتي تتضمن معلومات حول مكان تواجد الأشخاص في الوقت الفعلي¹. ومن الأساليب التي تعتمد على البيانات الشخصية العامة أيضاً ما يُعرف "باستخبارات المصادر المفتوحة" Open source intelligence (OSINT)، والتي تقوم على تجميع البيانات من المصادر المفتوحة المتاحة للجمهور²، كوسائل الإعلام المرئية أو المسموعة أو المقروءة، والإنترنت، كالشبكات الاجتماعية وغيرها، وكل مصادر المعلومات الأخرى المتاحة، وهذا عكس أسلوب استخبارات المصادر السرية أو المغلقة Covert sources، أي غير المتاحة للجمهور³.

ومن تطبيقات تتبع البيانات الشخصية العامة لتوظيفها في التنبؤ بالجريمة، نظام مراقبة الحدود Borders control والمثال الأبرز على ذلك "نظام سجل اسم المسافر - Passenger name" الذي يعتمد على البيانات الشخصية في تقييم "خطورة المسافرين - (PNR)" من خلال تحليل البيانات المخزنة داخله

concentration, and crime: Land use patterns and violence in neighbourhood context. Journal of Research in Crime and Delinquency 47: 329–57.

حوراء موسى، الجرائم المرتكبة عبر وسائل التواصل الاجتماعي، دراسة مقارنة، دار النهضة العربية، 2018، ص93. أشرف جابر سيد، الجوانب القانونية لمواقع التواصل الاجتماعي، دار النهضة العربية، 2013، ص5.

¹ تامر صالح: التتبع الجغرافي للمتهم بواسطة تقنية (GPS) والحق في الخصوصية، مجلة البحوث القانونية والاقتصادية، عدد خاص بالمؤتمر الدولي السنوي العشرون، كلية الحقوق، جامعة المنصورة، 23-24 أيار/مايو 2021، ص718.

² هيثم السيد أحمد عيسى: التشخيص الرقمي لحالة الإنسان في عصر التنقيب في البيانات عبر تقنيات الذكاء الاصطناعي وفقاً لللائحة الأوروبية العامة لحماية البيانات لعام 2016، دار النهضة العربية، 2019، ص36.

3. Heather J. Williams and Ilana Blum, Defining Second Generation Open Source Intelligence (OSINT) for the Defense Enterprise (California, US: RAND Corporation, 2018), 8

بواسطة عملية "التقيب في البيانات- Data Mining DM¹، وذلك بغية اتخاذ الإجراء المناسب حيال المسافرين الأكثر خطورة عند وصولهم إلى موانئ الدولة أو منعهم من السفر².

المطلب الثالث

بيانات شخصية بيومترية

عرّفت المادة (15) من مواد إصدار اللائحة الأوروبية رقم (1689/2024) بشأن قانون الذكاء الاصطناعي الجديد لعام 2024، الهوية البيومترية بأنها "التعرف الآلي على السمات البشرية الجسدية كشكل الوجه وحركة العين وشكل الجسم والصوت وفصيلة الدم ومعدل نبض القلب وغيرها من البيانات الفسيولوجية والسلوكية، كطريقة المشي وبصمات الأصابع ومسح شبكية العين"³، والتصنيف البيومتري للأشخاص هو "تحديد وفهم وفئات بحسب بياناتهم البيومترية اعتمادًا على الجنس أو العمر أو لون الشعر أو لون العين أو الوشم أو السمات السلوكية أو اللغة أو الدين أو العرق، أو التوجه الجنسي أو السياسي"⁴.

¹ سيف الدين عثمان فتوح والشفيع جعفر محمود، "التقيب في البيانات واتخاذ القرارات"، مجلة النيل الأبيض للدراسات والبحوث، كلية النيل الأبيض للعلوم والتكنولوجيا، جامعة النيل الأبيض، العدد الثالث، 2014، ص 3-4.

² Els de Busser, Data Protection in EU and US Criminal Cooperation: A Substantive Law Approach to the EU Internal and Transatlantic Cooperation in Criminal Matters Between Judicial and Law Enforcement Authorities (Antwerpen Belgium: Maklu Publishers, 2009), 359-360; U.S. Department of Homeland Security, U.S. Customs and Border Protection, Washington, DC 20229, "U.S. Customs and Border Protection Passenger Name Record (PNR) Privacy Policy, (June 21, 2013). p. 1-8.

https://www.cbp.gov/sites/default/files/documents/pnr_privacy_3.pdf. 5/2/2019

3.(15) The notion of 'biometric identification' referred to in this Regulation should be defined as the automated recognition of physical, physiological and behavioural human features such as the face, eye movement, body shape, voice, prosody, gait, posture, heart rate, blood identity by comparing biometric data of that individual to stored biometric data of individuals in a reference database, irrespective of whether the individual has given its consent or not. This excludes AI systems intended to be used for biometric verification, which includes authentication, whose sole purpose is to confirm that a specific natural person is the person he or she claims to be and to confirm the identity of a natural person for the sole purpose of having access to a service, unlocking a device or having security access to premises.

4 (16) The notion of 'biometric categorisation' referred to in this Regulation should be defined as assigning natural persons to specific categories on the basis of their biometric data. Such specific categories can relate to aspects such as sex, age, hair colour, eye colour, tattoos behavioural or personality traits, language, religion, membership of a national minority sexual

ترتبط البيانات البيومترية بالجسد البشري وخصائصه الفريدة، مما يجعلها شديدة الخصوصية، ويثير ذلك مخاوف بخصوص جمع ومعالجة هذه البيانات وتخزينها واستخدامها في خوارزميات الشرطية التنبؤية باعتبارها جزءاً من البيانات الشخصية الحساسة¹، التي أضفى المشرع حماية خاصة لها من بينها ضرورة الحصول على موافقة كتابية وصريحة من الشخص المعني حال التعامل فيها². ومن الأمثلة على ذلك قاعدة البيانات البيومترية biometric database التي يستخدمها مكتب التحقيقات الفيدرالي الأمريكي

or political orientation. This does not include biometric categorisation systems that are a purely ancillary feature intrinsically linked to another commercial service, meaning that the feature cannot, for objective technical reasons, be used without the principal service, and the integration of that feature or functionality is not a means to circumvent the applicability of the rules of this Regulation. For example, filters categorising facial or body features used on online marketplaces could constitute such an ancillary feature as they can be used only in relation to the principal service

¹ نصت المادة الأولى من قانون رقم (151) لسنة 2020، بشأن إصدار قانون حماية البيانات الشخصية المصري على أن "البيانات الشخصية الحساسة: البيانات التي تفصح عن الصحة النفسية أو العقلية أو البدنية أو الجينية، أو بيانات القياسات الحيوية "البيومترية" أو البيانات المالية أو المعتقدات الدينية أو الآراء السياسية أو الحالة الأمنية، وفي جميع الأحوال تُعد بيانات الأطفال من البيانات الشخصية الحساسة". يلاحظ من نص المادة أن البيانات البيومترية جزءاً من البيانات الشخصية الحساسة، ولم يضطلع المشرع المصري بوضع تعريف لها كما فعل المشرع الأوروبي في قانون الذكاء الاصطناعي لعام 2024. وكذلك المشرع العُماني الذي عرّفها في أكثر من بند في المادة الأولى من مرسوم سلطاني رقم (6/ 2022) بأن "البيانات الجينية: البيانات الشخصية المتعلقة بالخصائص الموروثة، أو المكتسبة جينياً، والتي تنتج عن تحليل العينة البيولوجية. البيانات الحيوية: البيانات الشخصية التي تنتج عن معالجة فنية محددة تتعلق بالخصائص الجسدية أو النفسية أو السلوكية كصورة الوجه، أو بيانات البصمة الوراثية. البيانات الصحية: البيانات الشخصية المتعلقة بالصحة الجسدية، والعقلية، والنفسية.

² المادة (12) من قانون رقم (151 لسنة 2020) بشأن إصدار قانون حماية البيانات الشخصية المصري نصت على "يحظر على المتحكم أو المعالج سواء كان شخصاً طبيعياً أو اعتبارياً جمع بيانات شخصية حساسة أو نقلها أو تخزينها أو حفظها أو معالجتها أو إتاحتها إلا بترخيص من المركز. وفيما عدا الأحوال المصرح بها قانوناً، يلزم الحصول على موافقة كتابية وصريحة من الشخص المعني. وفي حالة إجراء أي عملية مما ذكر تتعلق ببيانات الأطفال، يلزم موافقة ولي الأمر. يقابلها المادة (5) من المرسوم السلطاني رقم (6/2022) بشأن إصدار قانون حماية البيانات الشخصية "تحظر معالجة البيانات الشخصية التي تتعلق بالبيانات الجينية أو البيانات الحيوية أو البيانات الصحية أو الأصول العرقية أو الحياة الجنسية أو الآراء السياسية أو الدينية أو المعتقدات أو الإدانة الجزائية أو المتعلقة بتدابير أمنية إلا بعد الحصول على تصريح بذلك من الوزارة، وفقاً للضوابط والإجراءات التي تحددها اللائحة".

FBI في مكافحة الجرائم التي تحتوي على معلومات ترتبط بملايين الأفراد، وتقوم على تحليل البيانات الشخصية الرقمية لهم¹.

تتضافر كل تلك البيانات سواء وثيقة الصلة بالجريمة أو البيانات الشخصية العامة والبيانات البيومترية لغرض واحد فقط وهو التنبؤ الشرطي، وهذا الأخير له أربعة أساليب مختلفة هي، إما التنبؤ بالجرائم، أو التنبؤ بالمجرمين، أو التنبؤ بالبؤر الإجرامية، أو التنبؤ بضحايا الجريمة².

وقدّم بعض الفقه³ منهجية مغايرة للتنبؤ الشرطي تعتمد على ثلاثة أساليب، هي تحليل المكان، وتحليل الوقت، وتحليل الشبكات الاجتماعية. يركز تحليل المكان بشكل أكبر على تحديد البؤر الإجرامية المعروفة بالنقاط الساخنة⁴، بينما يركز تحليل الوقت على اكتشاف المواقع التي من المرجح أن تحدث فيها الأنشطة الإجرامية بناءً على تحليل البيانات التاريخية للجرائم في بقعة مكانية محددة، والغرض الرئيسي من هاتين الفئتين هو استهداف الجريمة مكانياً وزمانياً⁵، ويُستخدم الأسلوب الثالث وهو تحليل الشبكات الاجتماعية إلى حدٍ كبير في الكشف عن الأشخاص محل التحليل سواء المجرمين أو الضحايا⁶.

تُمرّ البيانات الشخصية السابق ذكرها بمجموعة من المراحل المتتالية حتى تتمكن الخوارزمية المعدة للتنبؤ بإعطاء مخرجات دقيقة، ويمكن حصر تلك المراحل في الآتي،

¹ Ferraris et al., "Defining Profiling", 22.

² Perry, Walter L., Brian McInnis, Carter C. Price, Susan Smith, and John S. Hollywood, Predictive Policing: The Role of Crime Forecasting in Law Enforcement Operations. Santa Monica, CA: RAND Corporation, 2013. https://www.rand.org/pubs/research_reports/RR233.html

Lopes, Giza, Marvin D. Krohn, Alan J. Lizotte, Nicole M. Schmidt, Bob E. Vasquez, and Jon G. Bernburg. 2012. Labelling and cumulative disadvantage: The impact of formal police Intervention on life chances and crime during emerging adulthood. Crime & Delinquency 58: 456–88.

³ Bachner, Jennifer. 2013. Predictive Policing: Preventing Crime with Data and Analytics. Washington, DC: IBM, Centre for the Business of Government, pp. 86–90.

⁴ Lee, YonJei, John Eck, O SooHyn, and Natalie Martinez. 2017. How concentrated is crime at places? A systematic review from 1970 to 2015. Crime Science 6: 1–16.

⁵ Eck, John E., YongJei Lee, O. SooHyun, and Natalie Martinez. 2017. Compared to what? Estimating the relative concentration of crime at places using systematic and other reviews. Crime Science 6: 1–17.

⁶ Weisburd, David. 2015. The law of crime concentration and the criminology of place. Criminology 53: 133–57.

Ferguson, Andrew. 2017. Policing predictive policing. Washington University Law Review 94: 1109–88.

أولاً: جمع البيانات الشخصية (Collection of personal data)، وهي الخطوة الأولى التي تتطلبها خوارزميات الشرطة التنبؤية المدعومة بالتعلم الآلي، ولا شك أنه كلما زادت البيانات، زادت دقة التنبؤات.

ثانياً: معالجة البيانات الشخصية (Processing of personal data)¹، قبل أن يمكن استخدام البيانات لتدريب خوارزميات التنبؤ، يجب معالجتها مسبقاً، ويتطلب ذلك تنظيف البيانات وملء القيم المفقودة وتحويل البيانات لجعلها مناسبة للتحليل وإعادة تمثيلها وهيكلتها²، وتُعد معالجة البيانات مسبقاً أمراً مهماً لضمان دقة البيانات وتناسقها، مما يؤدي إلى تحسين دقة التنبؤات.

ثالثاً: التنقيب في البيانات الشخصية (Personal data mining)، وقد كان لتضخم البيانات الشخصية تزايداً في استخدام تقنيات التنقيب في البيانات DM في بناء ملفات شخصية للأفراد من أجل تحديد ملامح الحالة الشخصية لهم، سواء كانت الحالة الاقتصادية أو الاجتماعية أو الصحية أو النفسية أو المالية أو مدى الثقة المتوفرة فيهم أو قدرتهم على أداء عمل معين أو ميولهم وغير ذلك من الجوانب المختلفة التي تشكل الحالة الشخصية العامة للأفراد³. وتعمل خوارزميات الشرطة التنبؤية بالتنقيب في

¹ وعملية المعالجة بوجه عام، وفقاً للمادة (4/2) من اللائحة الأوروبية العامة لحماية البيانات GDPR هي أي عملية أو مجموعة من العمليات يتم إجراؤها على مجموعة من البيانات الشخصية، سواء بوسائل آلية أم لا، مثال ذلك الجمع، التسجيل، التنظيم، الهيكلة، التخزين، المواءمة، التغيير، الاسترجاع، الاستخدام، الإفصاح عن طريق النقل، النشر، المحو أو غير ذلك.

Article 4/2: 'processing' means any operation or set of operations which is performed on personal data or on sets of personal data, whether or not by automated means, such as collection, recording, organisation, structuring, storage, adaptation or alteration, retrieval, consultation, use, disclosure by transmission, dissemination or otherwise making available, alignment or combination, restriction, erasure or destruction. See also: European union agency for fundamental rights and council of Europe, Handbook on European data protection law (Luxemburg: publications office of the European Union, 2018, 97-98.

² سامح عبد الواحد التهامي: الحماية القانونية للبيانات الشخصية: دراسة في القانون الفرنسي، مجلة الحقوق، كلية الحقوق جامعة الكويت 35، عدد 3، 2011، ص414.

³ إيهاب عثمان وعبد الرحمن عثمان: التنبؤات الانتخابية باستخدام تنقيب البيانات، الانتخابات الأمريكية كدراسة حالة، سبتمبر 2016، ص2-4.

https://www.researchgate.net/profile/Abdelrahman_Osman3/publication/307925413_altnbwat_alantkhabyt_bastkhdam_tngyb_albyanat/links/57d1e2f708ae0c0081e057b1.pdf

أنمار عرابي: استخدام أدوات التنقيب في البيانات في دراسة تأثير صفات الزبائن على قرار الشراء: دراسة إحصائية لبيانات الزبائن، مجلة العلوم الإدارية والاقتصادية، كلية الاقتصاد والعلوم الإدارية جامعة عدن، عدد5، 2010، ص97-113.

البيانات المرتبطة بأفراد عينة لبناء الملفات الشخصية لهم من أجل الكشف عن مدى الخطورة الإجرامية لديهم والتنبؤ بالجرائم قبل وقوعها ومنعها¹.

رابعاً، تدريب الخوارزمية على التنبؤ، بمجرد معالجة البيانات الشخصية وإدراجها في خوارزميات الشرطية التنبؤية، يتم تدريب الخوارزمية باستخدام بيانات مُسمّاة، حيث تكون المخرجات الصحيحة معروفة أثناء التدريب، يتم ضبط الخوارزمية بغرض تقليل الخطأ بين مخرجاتها المتوقعة والمخرجات الفعلية، وتعتمد دقة الخوارزمية على جودة وكمية البيانات الشخصية المستخدمة للتدريب².

خامساً، تقييم خوارزمية التنبؤ الشرطي، بعد تدريب الخوارزمية، يجب تقييمها لتحديد مدى دقتها وفعاليتها. يتم تقييم الخوارزمية على مجموعة منفصلة من البيانات لاختبار قدرتها على تقديم تنبؤات دقيقة على بيانات جديدة³.

المبحث الثاني

حماية البيانات الشخصية محل خوارزميات التنبؤ الشرطي

تمهيد

نظراً لأن البيانات الشخصية المستخدمة في خوارزميات الشرطية لتنبؤية تتباين من حيث درجة الخصوصية، فإن التساؤل المطروح الآن هو؛ ما هو الأساس القانوني لحماية تلك البيانات، وما هي الضمانات التي منحها المشرع الأوروبي وبخاصة في قانون الذكاء الاصطناعي المستحدث لها؟

¹ هيثم السيد أحمد عيسى: التشخيص الرقمي لحالة الإنسان في عصر التنقيب في البيانات عبر تقنيات الذكاء الاصطناعي وفقاً للاتحة الأوروبية العامة لحماية البيانات لعام 2016، المرجع السابق، ص 4 و5.

² KATARÍNA HILOVSKÁ and PETER KONCZ, "Application of Artificial Intelligence and Data Mining Techniques to Financial Markets", Acta vřfs 6, (2012): 63. <https://pdfs.semanticscholar.org/dl/1a/4b5f8d7ff01ba8ca25d15423fbc11bf7a560.pdf>

³ Model evaluation: After the model has been trained, it must be evaluated to determine its accuracy and effectiveness. The model is evaluated on a separate set of data to test its ability to make accurate predictions on new and unseen data. Model evaluation is important to ensure that the model is not overfitting to the training data, which can reduce its effectiveness in making accurate predictions. Studies have shown that predictive policing using machine learning can be effective in reducing crime rates.

Predictive Policing using Machine Learning, Cogent Infotech, On the following link: <https://www.cogentinfo.com/resources/predictive-policing-using-machine-learning-with-examples>

المطلب الأول

الأساس القانوني لحماية البيانات الشخصية الرقمية

أضفى المشرع الأوروبي حماية قانونية للبيانات الشخصية بموجب اللائحة الأوروبية العامة لحماية البيانات¹ (GDPR) 2016/676 (The general data protection regulation)، التي صدرت عن الاتحاد الأوروبي في تاريخ 14 نيسان/بريل عام 2016م، ودخلت إلى حيز النفاذ في تاريخ 25 أيار/مايو 2018م. ووضعت اللائحة معياراً موضوعياً للتفرقة بين البيانات الشخصية المشمولة بالحماية وغيرها²،

¹ تحقق هذه اللائحة الوحدة التشريعية فيما يتعلق بحماية البيانات الشخصية بين دول الاتحاد الأوروبي؛ ذلك أنها نافذة بذاتها داخل دول الاتحاد دون حاجة إلى إصدار تشريعات وطنية من جانب هذه الدول لتطبيق قواعدها، وهذا هو ما يميز اللوائح الأوروبية EU Regulations عن التوجيهات الأوروبية EU Directives التي تحتاج إلى إصدار تشريعات داخلية في الدول الأعضاء لتطبيق قواعدها.

² نص البند (26) من اللائحة على "أنه يؤخذ في الحسبان عند تحديد قابلية التعرف على الشخص الطبيعي، جميع الوسائل التي من المرجح على نحو معقول استخدامها عند تحديد قابلية الشخص للتعرف، ويرجع إلى العوامل الموضوعية كافة كمقدار الوقت المطلوب لتحديد الهوية وتكاليف ذلك والتكنولوجيا المتاحة وقت المعالجة، وكذلك التطورات التكنولوجية".

Recital No.26: "...To determine whether a natural person is identifiable, account should be taken of all the means reasonably likely to be used, such as singling out, either by the controller or by another person to identify the natural person directly or indirectly. To ascertain whether means are reasonably likely to be used to identify the natural person, account should be taken of all objective factors, such as the costs of and the amount of time required for identification, taking into consideration the available technology at the time of the ...processing and technological developments

وهذا المعيار السابق استُخدم من جانب محكمة العدل الأوروبية (ECJ) The European Court of Justice في قضية Patrick Breyer Bundersrepublik Deutschland التي أثارها مواطن ألماني ضد الحكومة الألمانية نتيجة قيام بعض المواقع التي تديرها مؤسسات تابعة لها، بتخزين عنوان بروتوكول الإنترنت الخاص به IP address. بالإضافة إلى مصطلحات البحث وتاريخ الوصول وكمية البيانات، وقد احتجت الحكومة الألمانية بأن عنوان بروتوكول الإنترنت (IP)، في هذه القضية كان بروتوكولاً متغيراً Dynamic IP ولا يُعد من البيانات الشخصية؛ ذلك أنه لا يمكن أن يتم التعرف به على هوية المستخدم، وقضت المحكمة في تاريخ 16 أيار/مايو 2016، بأن عنوان بروتوكول الإنترنت يُعد من البيانات الشخصية؛ لأنه يمكن من خلاله التعرف على هوية المستخدم مع بيانات أخرى ترتبط به، تستطيع الجهات الحكومية المختصة في ألمانيا طلبها من مزود خدمات الإنترنت (ISP) Internet service provider. وأضافت أيضاً المحكمة

وفيما يتعلق باستخدام البيانات الشخصية في خوارزميات الشرطة التنبؤية، ففرقت اللائحة في نطاق الحماية القانونية لتلك البيانات بحسب ما إذا كانت تلك البيانات عامة أو بيانات حساسة¹. واشترطت لاستخدام البيانات الشخصية العامة للمعالجة بصفة عامة والتنبؤ بصفة خاصة الحصول على رضا الشخص موضوع البيانات²، على معالجة بياناته الشخصية لغرض واحد أو أكثر من الأغراض المحددة

بأنه ممكن ألا يكون عنوان بروتوكول الإنترنت (IP) من البيانات الشخصية إذا كان تحديد الهوية عن طريقه يحتاج إلى جهد غير متناسب مع الوقت، التكلفة والقوى العاملة.

Patrick Breyer v Bundesrepublik Deutschland.EJC. C-582/14.16/5/2016

ECLI:EU:C:2016:779.https://eurlex.europa.eu/legalcontent/EN/TXT/?uri=CELEX%3A62014CJ_0582.2/2/2019

¹. ووفقاً للمادة (1/9) من اللائحة يمكن تعريف البيانات الحساسة بأنها البيانات التي تكشف عن الأصل العرقي أو الإثني أو الآراء السياسية أو المعتقدات الدينية والفلسفية أو عضوية النقابات العمالية، وكذلك تشمل البيانات البيومترية والجينية والبيانات المتعلقة بالصحة والحياة الجنسية للفرد.

MIN WANG and ZUOSU JIANG, "The Defining Approaches and Practical Paradox of Sensitive Data: An Investigation of Data Protection Laws in 92 Countries and Regions and 200 Data Breaches in the World", International Journal of Communication 11(2017).

<https://ijoc.org/index.php/ijoc/article/download/68922111>

Bryce Goodman and Seth Flaxman, European Union regulations on algorithmic decision-making and a "right to explanation", AI Magazine 38, No 3(2017): 34.

<https://arxiv.org/pdf/1606.08813.pdf>. 20/3/2019;

والجدير بالإشارة أن البيانات البيومترية التي وردت في التعريف، والتي تُعد نوعاً من البيانات الحساسة، تعني، وفقاً للمادة 4/14 من اللائحة، البيانات الشخصية الناتجة من معالجة تقنية معينة ترتبط بالخصائص الفيزيائية أو الفسيولوجية أو السلوكية لشخص طبيعي، والتي تسمح أو تؤكد الهوية الفريدة لذلك الشخص، مثل صور الوجه أو بيانات البصمات كما عرفت أيضاً الفقرة الثالثة عشر من الرابعة من اللائحة، البيانات الجينية بأنها البيانات الشخصية المتعلقة بالخصائص الجينية الموروثة أو المكتسبة لشخص الشخص، والتي تتجم على وجه الخصوص، عن تحليل عينة بيولوجية من الشخص الطبيعي المعني

². وقد عرّفت اللائحة في المادة (11/4)، الرضا بأنه "أي إشارة حرة، محددة، مستتيرة وليس هناك لئس فيها لرغبات الشخص موضوع البيانات، بواسطة تصريح أو فعل إيجابي، يُعبر بها عن الموافقة على معالجة البيانات الشخصية المرتبطة به".

². Article 4/11: 'consent of the data subject means any freely given, specific, informed and unambiguous indication of the data subject's wishes by which he or she, by a statement or by a clear affirmative action, signifies agreement to the processing of personal data relating to him or her'.

¹، وأن يكون استخدام البيانات الشخصية للتنبؤ ضروريًا لتنفيذ التزام قانوني. ولا شك أن هذا الشرط يعطي الضوء الأخضر للشرطة التنبؤية لاستخدام تلك البيانات في خوارزميات التنبؤ بالجريمة². ويُشترط أخيرًا أن يكون هنالك ضرورة لاستخدام البيانات الشخصية في التنبؤ وذلك لتحقيق مصلحة سواء للشخص محل البيانات أو مصلحة عامة³.

وإذا كانت تلك هي المبادئ القانونية التي تحكم استخدام البيانات الشخصية الرقمية العامة لأي غرض ما، إلا أن المشرع الأوروبي أحاط البيانات الشخصية الحساسة ومن بينها البيانات البيومترية، والبيانات الجنائية ذات الصلة بالجرائم لرقابة أشد، حيث نصت المادة (10) من اللائحة⁴، على أنه لا تتم معالجة البيانات الشخصية المرتبطة بالإدانات أو الجرائم الجنائية أو التدابير الأمنية على أساس المادة (6/1)، وهي الخاصة بمعالجة البيانات العادية كما وضعنا في السابق، إلا تحت رقابة السلطة الرسمية أو عندما يسمح بذلك القانون الأوروبي الاتحادي أو قانون الدول الأعضاء، كما لا يُحتفظ بأي سجل شامل للإدانات الجنائية إلا تحت رقابة السلطة الرسمية⁵. ولعل هذا مفاده أن خوارزميات الشرطة التنبؤية لا يمكن أن تضطلع باتخاذ قرار آلي مباشر دون خضوعه للإشراف والرقابة للسلطة الرسمية وهو ما أكدته القانون الأوروبي للذكاء الاصطناعي - Artificial Intelligence Act لعام 2024، إذ نص في المادة (14) على وجوب الإشراف البشري على تقنيات الذكاء الاصطناعي، ويهدف الإشراف البشري إلى منع أو تقليل المخاطر على الصحة أو السلامة أو الحقوق الأساسية التي قد تنشأ عند استخدام نظام الذكاء الاصطناعي عالي المخاطر وفقًا للغرض المقصود منه أو في ظل ظروف إساءة الاستخدام المتوقعة

¹ Benjamin Docquir, GENERAL DATA PROTECTION REGULATION 2016, Quelles obligations prévoit le projet de règlement européen sur les données personnelles (GDPR) ? (Belgique, Bruxelles: Simont Braun, 2016, p. 20-21.

http://www.simontbraun.eu/images/GDPR_Note_Generale_SimontBraun_Janv_2016.pdf.

² WP29, "Guidelines on Automated individual decision-making and Profiling", 13.

³ Ibid, 14.

⁴ Article 10: Processing of personal data relating to criminal convictions and offences: Processing of personal data relating to criminal convictions and offences or related security measures based on Article 6(1) shall be carried out only under the control of official authority or when the processing authorised by Union or Member State law providing for appropriate safeguards for the rights and freedoms of data subjects. Any comprehensive register of criminal convictions shall be kept only under the control of official authority;

⁵ Kazemi, General Data Protection Regulation, 29

بشكل معقول، خاصةً عندما تستمر هذه المخاطر على الرغم من تطبيق المتطلبات الأخرى المنصوص عليها¹.

أما بخصوص البيانات الشخصية الحساسة ومن بينها البيانات البيومترية فقد حظر القانون الأوروبي للذكاء الاصطناعي الجديد - Artificial Intelligence Act لعام 2024، تقنية "التعرف البيومتري عن بُعد"، مثل أنظمة التعرف على الوجه²، في الأماكن العامة، فضلاً عن أنظمة التعرف على المشاعر والمسح الجماعي لقواعد البيانات البيومترية وفقاً لما نصت عليه المادة 5 منه³. كما حظرت المادة ذاتها استخدام نظام الذكاء الاصطناعي لإجراء تقييمات مخاطر الأشخاص الطبيعيين من أجل تقييم أو التنبؤ بخطر ارتكاب شخص طبيعي لجريمة جنائية، بناءً على تحديد ملف تعريف الشخص الطبيعي أو تقييم سمات شخصيته وخصائصه فقط⁴؛ غير أن المشرع الأوروبي وضع استثناءً لهذا الحظر

¹ Article 14, Human oversight; 2. Human oversight shall aim to prevent or minimise the risks to health, safety or fundamental rights that may emerge when a high-risk AI system is used in accordance with its intended purpose or under conditions of reasonably foreseeable misuse, in particular where such risks persist despite the application of other requirements set out in this Section.

² حظرت المادة (43) من مواد إصدار اللائحة الأوروبية لقانون الذكاء الاصطناعي لعام 2024، استخدام أنظمة الذكاء الاصطناعي التي تنشئ أو توسع قواعد بيانات التعرف على الوجه من خلال جمعها دون مبرر من الإنترنت وكاميرات المراقبة، وهو ما يتعارض مع حقوق الإنسان الأساسية والحق في الخصوصية على وجه الخصوص. يرجع في ذلك إلى النص الآتي؛

(43) The placing on the market, the putting into service for that specific purpose, or the use of AI systems that create or expand facial recognition databases through the untargeted scraping of facial images from the internet or CCTV footage, should be prohibited because that practice adds to the feeling of mass surveillance and can lead to gross violations of fundamental rights, including the right to privacy

3. Article 5 of the Act, which comprises of a list of 'prohibited practices:' 1. The following AI practices shall be prohibited....."

4. EU Parliament approves landmark AI law, The Right to a Fair Trial, including:

Prohibit remote biometric identification (such as face recognition surveillance);

Require public transparency of 'high-risk' AI systems on a public register;

Give people the right to an explanation of an AI system decision;

Give people meaningful ability to challenge AI systems and obtain effective remedies;

Ensure that predictive AI systems in migration are considered high risk;

وأجاز التقييم البشري لتورط شخص ما في نشاط إجرامي، ولكن بشرط أن يستند بالفعل إلى حقائق موضوعية وقابلة للتحقق مرتبطة مباشرة بنشاط إجرامي ما.

ونصت المادة (94) من مواد إصدار اللائحة الأوروبية لقانون الذكاء الاصطناعي لعام 2024، على أنه يحظر معالجة البيانات البيومترية لغرض ما إلا للضرورة القصوى مع الامتثال للمبادئ التي تحكم التعامل في هذا النوع من البيانات التي حددتها اللائحة الأوروبية العامة لحماية البيانات لعام 2016، والتي أهمها الشفافية والنزاهة والتقييد بالغرض¹.

أظهر قانون الذكاء الاصطناعي الأوروبي الجديد - Artificial Intelligence Act لعام 2024، تحدياً كبيراً في مواجهة إساءة استخدام أدوات الذكاء الاصطناعي، وحظر كل سلوك يتعارض مع قيم الاتحاد المتعلقة باحترام كرامة الإنسان والحرية والمساواة والديمقراطية وسيادة القانون والحقوق الأساسية المنصوص عليها في الميثاق، بما في ذلك الحق في عدم التمييز وحماية البيانات والخصوصية وحقوق الطفل وفقاً لما نصت عليه المادة (28) من مواد إصدار القانون المستحدث².

تجدر الإشارة إلى أن المشرع المصري ونظيره العُماني لم يضطلعا بسن قوانين لتنظيم تقنيات الذكاء الاصطناعي كما فعل المشرع الأوروبي، كما أن كلا المشرعان لم يُشرعا تنظيمًا قانونيًا متعلقًا بنشاط الشرطة التنبؤية صراحةً، إلا أنه من خلال نصوص التشريعات الأخرى يمكن أن نستشف قدر الحماية الممنوحة للبيانات الشخصية، فعلى سبيل المثال نصت المادة الثانية من مواد إصدار قانون حماية

Ensure that 'high-risk' systems have accessibility requirements for people with disabilities; and widen the definition of AI to cover the full range of AI systems which have been proven to impact fundamental rights. On the following link:

<https://www.fairtrials.org/articles/news/eu-parliament-approves-landmark-ai-law/>

¹ (94) Any processing of biometric data involved in the use of AI systems for biometric identification for the purpose of law enforcement needs to comply with Article 10 of Directive (EU) 2016/680, that allows such processing only where strictly necessary, subject to appropriate safeguards for the rights and freedoms of the data subject, and where authorised by Union or Member State law. Such use, when authorised, also needs to respect the principles laid down in Article 4 (1) of Directive (EU) 2016/680 including lawfulness, fairness and transparency, purpose limitation, accuracy and storage limitation.

²(28) Aside from the many beneficial uses of AI, it can also be misused and provide novel and powerful tools for manipulative, exploitative and social control practices. Such practices are particularly harmful and abusive and should be prohibited because they contradict Union values of respect for human dignity, freedom, equality, democracy and the rule of law and fundamental rights enshrined in the Charter, including the right to non-discrimination, to data protection and to privacy and the rights of the child.

البيانات الشخصية المصري لعام 2020؛ على أنه "لا تسري أحكام القانون المرافق على ما يأتي،... 4- البيانات الشخصية المتعلقة بمحاضر الضبط القضائي والتحقيقات والدعاوى. 5- البيانات الشخصية لدى جهات الأمن القومي وما تقدره لاعتبارات أخرى.....".

وتلك المادة تقلص بشكل صريح من الحماية الممنوحة للبيانات الشخصية وبخاصة الحساسة تذرًا بحماية الأمن القومي، وكان حري على المشرع المصري أن يضع ضوابط لحماية تلك البيانات الشخصية حال استعمالها في التنبؤ الشرطي لا سيما ضرورة الربط بين استخدام البيانات الشخصية وجريمة ارتكبت بالفعل أو هنالك دلائل قوية على ارتكابها، أو اقتصار إباحة استخدام البيانات الشخصية في خوارزميات الشرطة التنبؤية على الجرائم شديدة الخطورة فقط كالمعلقة بأمن الدولة الداخلي أو الخارجي¹.

والمشرع العماني كذلك لم يضع ضوابط صارمة للحد من استخدام البيانات الشخصية في خوارزميات الشرطة التنبؤية، ولم يكن نهجه مختلفًا عما سلكه المشرع المصري، واستثنى التعامل المطلق في البيانات الشخصية سواء كانت عادية أو حساسة لحماية الأمن الوطني أو الكشف عن الجرائم، حيث نص في المادة (3) من المرسوم السلطاني رقم (2022/6) بشأن إصدار قانون حماية البيانات الشخصية على أنه "لا تسري أحكام هذا القانون على معالجة البيانات الشخصية التي تتم في الأحوال الآتية، أ- حماية الأمن الوطني، أو المصلحة العامة (...).

و- "كشف أو منع أية جريمة جزائية بناءً على طلب رسمي مكتوب من جهات التحقيق". وبالتالي يكون المشرع العماني كذلك مدعواً لتقليص السلطة المطلقة للجهات الشرطية حال استخدامها للبيانات الشخصية وبخاصة في التنبؤ بالجرائم.

المطلب الثاني

ضمانات حماية البيانات الشخصية في مرحلة الشرطة التنبؤية

نصّت المادة (5) من الباب الثاني من اللائحة رقم (1689/2024) المتعلقة بقانون الذكاء الاصطناعي الأوروبي الجديد لعام 2024، والموسوم بـ "ممارسات الذكاء الاصطناعي المحظورة" على ضمانتين مهمتين لحماية البيانات الشخصية في مرحلة الشرطة التنبؤية وضمان خصوصيتها الرقمية، ونعرض لهاتين الضمانتين على النحو الآتي،

¹ محمود سلامة الشريف، الطبيعة القانونية للتنبؤ بالجريمة بواسطة الذكاء الاصطناعي ومشروعيته، المرجع السابق، ص347.

أولاً: الارتباط بنشاط إجرامي

حظرت المادة (5) فقرة (1) بند (د) من اللائحة المذكورة أعلاه، تقييم أو تحديد سمات الأشخاص بناءً على بياناتهم الشخصية العادية أو الحساسة أو البيومترية للتنبؤ بالجرائم، وأوردت المادة استثناءً لهذا الحظر العام مفاده جواز هذا النوع من التقييم أو التحديد في حالة تورط شخص ما في نشاط إجرامي بناءً على حقائق موضوعية تربط هذا الشخص ارتباطاً مباشراً بالنشاط الإجرامي¹. وهناك ملاحظتين على هذه المادة، الأولى تتعلق بمفهوم عملية التقييم، والثانية تتعلق بمضمون الحظر وهو الارتباط بنشاط إجرامي.

المسألة الأولى: والمتعلقة بالفرق بين مصطلحين أوردتهما المادة، وهما "تقييم السمات الشخصية-assessing" أو "تحديد السمات الشخصية-profiling"، وإن كان يرى البعض²، أن كليهما بمعنى واحد وأن عملية تقييم السمات الشخصية تستوجب بطبيعة الحال تحديدها، فالتحديد سابق على التقييم، وكان حري على المشرع الأوروبي أن يدمج بينهما. غير أن الفقه الآخر³ يرى ثمة اختلاف جوهري بين المصطلحين، وهو أن تحديد السمات البشرية هي عملية آلية بالكامل دون تدخل بشري (entirely automated process)، أما عملية تقييم السمات البشرية يكون العامل البشري فيها محل اعتبار، ونظراً لخطورة التنبؤ بالجريمة فيتعين ألا تخضع تلك البيانات الشخصية لقرار آلي محض، وهو ما قد يولد

¹ Article 5 of the Act, which comprises of a list of 'prohibited practices:'

“(d) the placing on the market, putting into service or use of an AI system for making risk assessments of natural persons or groups thereof in order to assess the risk of a natural person for offending or reoffending or for predicting the occurrence or reoccurrence of an actual or potential criminal offence based on profiling of a natural person or on assessing personality traits and characteristics, including the person’s location, or past criminal behaviour of natural persons or groups of natural persons”;

² Sunde, Inger Marie. “AI-Based Law Enforcement Online: The Impact of the European Artificial Intelligence Act (AIA)”. Bergen Journal of Criminal Law & Criminal Justice, vol. 10, no. 2, Dec. 2022, pp. 29-50, doi:10.15845/bjclcj.v10i2.3844.

³ A difference between “profiling” and “assessing” may lie in the degree of human involvement. While profiling implies an (almost) entirely automated process with no meaningful human intervention, there is no clear indication on the level of human involvement required for “assessing”. Jessie Levano, Predictive Policing in the AI Act: meaningful ban or paper tiger? 5 JULY 2024, EUROPEAN LAW BLOG,. On the following link: <https://europeanlawblog.eu/2024/07/05/predictive-policing-in-the-ai-act-meaningful-ban-or-paper-tiger/>

تناقشًا بين لائحة قانون الذكاء الاصطناعي الجديد لعام 2024، واللائحة الأوروبية لحماية البيانات الشخصية لعام 2016، والتي نصت في المادة (22) منها على الحق في عدم الخضوع للقرار الآلي - "The right not to be subject to automated decision making"¹، يُضاف إلى ذلك أن لائحة قانون الذكاء الاصطناعي الجديد اشترطت التدخل البشري والإشراف والرقابة على التطبيقات عالية الخطورة للذكاء الاصطناعي لا سيما تطبيقات التنبؤ بالجريمة وفقًا للمادة (14) منها²، وذلك لضمان استخدامها الآمن، غير أن المعنى الدقيق لـ "الإشراف البشري" غير واضح في القانون الجديد³، وكان حري بالمشرع أن يحدد درجة التدخل حتى لا يكون هذا الالتزام حبرًا على ورق، إذ إن التدخل البشري قد يقف عند مجرد الضغط على زر نتائج القرار الآلي فقط.

المسألة الثانية: تتعلق بمضمون الحظر وهو ارتباط الشخص المعني بتقييم بياناته الشخصية بنشاط إجرامي، ولكن لم يحدد كذلك المشرع الأوروبي درجة هذا الارتباط أو حتى معايير يمكن الاستدلال بها على هذا الارتباط، ويكون معيار الارتباط واضحًا إذا ثبت لدى جهاز الشرطة التنبؤية أن الشخص

¹ راعى المشرع الأوروبي أن مركز الفرد موضوع البيانات قد يتأثر نتيجة إصدار قرار آلي في مواجهته دون تدخل بشري على أساس المعالجة الآلية لبياناته الشخصية، ومن بين صور هذه المعالجة التشخيص الرقمي بطبيعة الحال، فأقر في المادة (22) من اللائحة بأحقية في عدم الخضوع لذلك القرار، حيث نصت الفقرة الأولى من المادة المشار إليها على أنه "ينبغي أن يكون للفرد موضوع البيانات الحق في عدم الخضوع لقرار يستند فقط على المعالجة الآلية، بما في ذلك التشخيص، من شأنه أن ينتج آثارًا قانونية تتعلق به أو يؤثر بشكل كبير على نحو مشابه عليه، يرجع في ذلك إلى؛

Article 22: Automated individual decision-making, including profiling:ne data subject shall have the right not to be subject to a decision d solely on automated processing, including profiling, which (148) Article 22: A1 produces legal effects concerning him or her or similarly significantly affects him or her.

Isaka Mendoza and Lee A.B ygrave, "The right not to be subject to automated decisions based on profiling", in EU Internet Law regulation and enforcement, ed, Tatiana Eleni Synodinou,ct.al.(Berlin, Germany: springer, 2017),85-86; Antoni Roig, "SAFEGUARDS FOR THE RIGHT NOT TO BE SUBJECT TO A DECISION BASED SOLELY ON AUTOMATED PROCESSING (ARTICLE 22 GDPR)", European Journal of Law and Technology 8, no.3(2017): 2. <http://ejlt.org/article/view/570>

² Article 14; Human oversight High-risk AI systems shall be designed and developed in such a way, including with appropriate human-machine interface tools, that they can be effectively overseen by natural persons during the period in which they are in use....."

³ Laux, J. Institutionalised distrust and human oversight of artificial intelligence: towards a democratic design of AI governance under the European Union AI Act. AI & Soc (2023). <https://doi.org/10.1007/s00146-023-01777-z>

المعني هو من ارتكب الجريمة، في المقابل يكون الارتباط في أضعف حالاته إذا كان للشخص مجرد خطورة إجرامية، الأمر الذي يجعل بياناته عرضة للاستخدام في خوارزميات التنبؤ بالجريمة، كذلك من اضطلع بالشروع في جريمة ثم عدل عنها اختياريًا، من ثم لم يطلب المشرع الأوروبي سوى أن يكون هنالك دلائل كافية تدل على أن الشخص المعني قد شرع بارتكاب أو ارتكب سلوكًا ماديًا مكونًا لجريمة ما أو كان مساهمًا فيها، وكان حريّ بالمشرع الأوروبي أن يحدد جرائم معينة وهي الجرائم الخطيرة أو شديدة الخطورة التي يُسمح فيها للشرطة التنبؤية باستخدام البيانات الشخصية، وليكن في الجرائم التي تزيد العقوبة فيها عن سنتين، وبالتالي يحظر استخدام البيانات الشخصية في المخالفات كافة، والجُنح البسيطة التي تقل العقوبة فيها عن سنتين.

ثانيًا: الضرورة في تحديد الهوية البيومترية

قد تضطلع أقسام الشرطة التنبؤية بالاعتماد على تحديد الهوية البيومترية عن بُعد بشكل أني "real-time remote biometric identification system"، على سبيل المثال حال المساعدة في تحديد هوية المشتبه بهم في مسرح الجريمة أو لتتبع تحركات الأشخاص المشتبه بهم، أو لمنع دخول الأشخاص المطلوبين للعدالة إلى أماكن معينة لا سيما المطارات أو المناطق الحدودية، الأمر الذي يتطلب تحديد الهوية عن بُعد باستخدام البيانات البيومترية كالבصمة أو الوجه ثم مقارنتهما مع بصمات أصابعهم أو وجوههم بقاعدة بيانات بشكل فوري¹.

والقاعدة العامة أن المشرع الأوروبي حظر استخدام خوارزميات تحديد الهوية البيومترية الآنية عن بُعد في الأماكن العامة وفقًا لما نصت عليه الفقرة (8) من المادة (5) من لائحة قانون الذكاء الاصطناعي الجديد، ومع ذلك استتنت أعمال هذه التقنية في حالات الضرورة وهي؛ أولًا، في حالة البحث عن مختطفين أو ضحايا الاتجار بالبشر أو ضحايا الاستغلال الجنسي، والأشخاص المفقودين. ثانيًا، في حالة منع تهديد محقق ووشيك لحياة الأشخاص الطبيعيين أو سلامتهم البدنية أو تهديد حقيقي متوقع

¹Article 3, Definitions (42) 'real-time remote biometric identification system' means a remote biometric identification system, whereby the capturing of biometric data, the comparison and the identification all occur without a significant delay, comprising not only instant identification, but also limited short delays in order to avoid circumvention;

بوقوع هجوم إرهابي. ثالثاً، في حالة تحديد مكان أو تحديد هوية شخص يشتبه في ارتكابه جريمة جنائية، بغرض إجراء تحقيق جنائي أو مقاضاة جنائية أو تنفيذ عقوبة جنائية على جرائم معينة¹.

من ثم إذا توافرت إحدى الحالات الثلاث السابقة ولا يشترط أن يكونوا مجتمعين، يجوز للشرطة التنبؤية أن تضطلع بإعمال تقنية تحديد الهوية البيومترية عن بُعد بشكل آني أو لحظي، وما دون تلك الحالات لا تتوفر حالة من حالات الضرورة²، وحسباً فعل المشرع الأوروبي لتحديد حالات معينة لبيان مفهوم الضرورة المطلوبة لاستخدام تلك التقنية، ولعل ما يؤكد ذلك ما نصت عليه المادة (34) من مواد إصدار القانون، والتي نصت على أن استخدام نظم تحديد الهوية البيومترية اللحظي عن بُعد في الأماكن المتاحة للجمهور لأغراض إنفاذ القانون ينبغي ألا يتم إلا لتأكيد هوية الفرد المستهدف على وجه التحديد، وينبغي أن يقتصر على ما هو ضروري للغاية، وبيان خطورة وحجم الضرر الذي سيحدث إذا لم يتم

¹Article 5,(h) the use of 'real-time' remote biometric identification systems in publicly accessible spaces for the purposes of law enforcement, unless and in so far as such use is strictly necessary for one of the following objectives: (i) the targeted search for specific victims of abduction, trafficking in human beings or sexual exploitation of human beings, as well as the search for missing persons;

(ii) the prevention of a specific, substantial and imminent threat to the life or physical safety of natural persons or a genuine and present or genuine and foreseeable threat of a terrorist attack;

(iii) the localisation or identification of a person suspected of having committed a criminal offence, for the purpose of conducting a criminal investigation or prosecution or executing a criminal penalty for offences referred to in Annex II and punishable in the Member State concerned by a custodial sentence or a detention order for a maximum period of at least four years.

²(33) The use of those systems for the purpose of law enforcement should therefore be prohibited, except in exhaustively listed and narrowly defined situations, where the use is strictly necessary to achieve a substantial public interest, the importance of which outweighs the risks. Those situations involve the search for certain victims of crime including missing persons; certain threats to the life or to the physical safety of natural persons or of a terrorist attack; and the localisation or identification of perpetrators or suspects of the criminal offences listed in an annex to this Regulation, where those criminal offences are punishable in the Member State concerned by a custodial sentence or a detention order for a maximum period of at least four years and as they are defined in the law of that Member State. Such a threshold for the custodial sentence or detention order in accordance with national law contributes to ensuring that the offence should be serious enough to potentially justify the use of 'real-time' remote biometric identification systems.

استخدام التقنية، ويتعين لإعمال تلك التقنية تحديد الفترة الزمنية، والنطاق الجغرافي والشخصي، مع إيلاء اعتبار خاص للأدلة المتعلقة بالتهديدات، أو الضحايا أو الجناة¹.

ولعل هنالك ضمانات أخرى نص عليها القانون، هي أنه لا تُمنح السلطة المختصة ك (السلطة القضائية، أو السلطة الوطنية لحماية البيانات) الإذن إلا إذا اقتضت بالأدلة المقدمة إليها، وأن معيار الضرورة تحقق لاستخدام تقنية تحديد الهوية البيومترية عن بُعد بشكل آني².

بقي أن نشير أخيراً إلى أن المشرع الأوروبي قرر استثناءً عاماً لاستخدام أي نظام من أنظمة الذكاء الاصطناعي لا سيما الشرطة التنبؤية وسمح به في أغراض الأمن القومي كافة، ولم يُقدم القانون تعريفاً محدداً للأمن القومي³، مما يترك مجالاً واسعاً للتفسير من قبل الدول الأعضاء. وقد يؤدي ذلك إلى عدم

¹ (34) In order to ensure that those systems are used in a responsible and proportionate manner, it is also important to establish that, in each of those exhaustively listed and narrowly defined situations, certain elements should be taken into account, in particular as regards the nature of the situation giving rise to the request and the consequences of the use for the rights and freedoms of all persons concerned and the safeguards and conditions provided for with the use. In addition, the use of 'real-time' remote biometric identification systems in publicly accessible spaces for the purpose of law enforcement should be deployed only to confirm the specifically targeted individual's identity and should be limited to what is strictly necessary concerning the period of time, as well as the geographic and personal scope, having regard in particular to the evidence or indications regarding the threats, the victims or perpetrator. The use of the real-time remote biometric identification system in publicly accessible spaces should be authorised only if the relevant law enforcement authority has completed a fundamental rights impact assessment and, unless provided otherwise in this Regulation, has registered the system in the database as set out in this Regulation. The reference database of persons should be appropriate for each use case in each of the situations mentioned above.

² The competent judicial authority or an independent administrative authority whose decision is binding shall grant the authorisation only where it is satisfied, on the basis of objective evidence or clear indications presented to it, that the use of the 'real-time' remote biometric identification system concerned is necessary for, and proportionate to, achieving one of the objectives specified in paragraph 1, first subparagraph, point (h), as identified in the request and, in particular, remains limited to what is strictly necessary concerning the period of time as well as the geographic and personal scope. In deciding on the request, that authority shall take into account the elements referred to in paragraph 2. No decision that produces an adverse legal effect on a person may be taken based solely on the output of the 'real-time' remote biometric identification system.

³ بموجب معاهدة الاتحاد الأوروبي (المادة 2/4)، تتحمل الدول الأعضاء مسؤولية ضمان أمنها القومي بشكل أساسي، لذلك لا يملك الاتحاد الأوروبي سلطة مباشرة على استخدامات الذكاء الاصطناعي في هذا المجال.

اتساق في كيفية تطبيق هذا الاستثناء. لذا كان حري بالمُشرع الأوروبي العمل على تحديد معايير مشتركة لتقييم مخاطر أنظمة الذكاء الاصطناعي التي تضر بالأمن القومي، حتى لا تقوض فكرة الأمن القومي. حظر التعامل في البيانات الشخصية المستخدمة في خوارزميات الشرطة التنبؤية وتسمح بمزيد من الانتهاكات للحق في الخصوصية الرقمية.

الخاتمة

سعى المُشرع الأوروبي نحو ترسيخ حماية قانونية للخصوصية الرقمية من خلال الحد من استخدام البيانات الشخصية بأنواعها في خوارزميات التنبؤ بالجريمة، بموجب قانون الذكاء الاصطناعي الجديد الذي صدر مؤخرًا، في المقابل أجاز التعامل في البيانات الشخصية بحذر ووضع مجموعة من الضوابط أهمها أن تكون هنالك ضرورة قصوى ألجأت الشرطة لاستخدام أدوات الذكاء الاصطناعي للتنبؤ بجرائم معينة أو بمرتكبيها أو ضحاياها، كذلك أن يكون هنالك ارتباط وثيق بين من تضطلع باستخدام بياناته الشخصية والجريمة المرتكبة، فضلًا عن حتمية الرقابة البشرية على خوارزميات التنبؤ ونتائجها. غير أن المُشرع الأوروبي استثنى كل ما يتعلق بالأمن القومي وأجاز تذرّعًا به أن تقوم الشرطة التنبؤية بكل صلاحياتها دون قيد أو شرط الأمر الذي يجعل هذا الاستثناء يقوّض الحظر الذي نص عليه القانون الأوروبي الجديد. وتوصل الباحث إلى مجموعة من النتائج والتوصيات نعرضها على النحو الآتي،

أولاً: النتائج

1. ترتبط البيانات الشخصية ارتباطًا وثيقًا بالخصوصية الرقمية، فكلما زادت كمية البيانات الشخصية التي يتم جمعها أو معالجتها عن الفرد، زاد احتمال تعرض خصوصيته للخطر.
2. البيانات الشخصية الرقمية هي جوهر الحق في الخصوصية الرقمية، وهي وقود خوارزميات الشرطة التنبؤية، وتتنوع بين بيانات شخصية عامة، وبيانات شخصية وثيقة الصلة بالجرائم، وبيانات شخصية بيومترية.
3. مخاوف انتهاك الحق في الخصوصية الرقمية قاد الاتحاد الأوروبي لسن قانون الذكاء الاصطناعي الجديد لعام 2024، الذي يحد جزئيًا من نطاق عمل الشرطة التنبؤية.
4. حظّر قانون الذكاء الاصطناعي الأوروبي الجديد بعض التطبيقات التي تهدد حقوق المواطنين، بما في ذلك أنظمة تصنيف البيانات الحيوية (البيومترية) القائمة على السمات البشرية الحساسة والاستخراج غير المجدي لصور الوجه من الإنترنت أو لقطات كاميرات المراقبة؛ لإنشاء قواعد بيانات التعرف على الوجه دون مبرر.

5. درجت كذلك أقسام الشرطة التنبؤية على تدشين قواعد بيانات شخصية -database- تتم تغذية خوارزميات التنبؤ بها للمساعدة في التنبؤ ودرء الجرائم قبل وقوعها، وتسمى بـ "قواعد بيانات قبل الجريمة-Pre-crime database".
6. من الأساليب التي تعتمد على البيانات الشخصية العامة أيضًا ما يُعرف "باستخبارات المصادر المفتوحة" Open source intelligence (OSINT) وتقوم على تجميع البيانات من المصادر المفتوحة المتاحة للجمهور، كوسائل الإعلام المرئية أو المسموعة أو المقروءة، والإنترنت، كالشبكات الاجتماعية وغيرها، وكل مصادر المعلومات الأخرى المتاحة.
7. ترتبط البيانات البيومترية بالجسد البشري وخصائصه الفريدة، مما يجعلها شديدة الخصوصية، ويثير ذلك مخاوف بخصوص جمع ومعالجة هذه البيانات وتخزينها واستخدامها في خوارزميات الشرطة التنبؤية باعتبارها جزءًا من البيانات الشخصية الحساسة.
8. التنبؤ الشرطي يتم من خلال أربعة أساليب مختلفة هي، إما التنبؤ بالجرائم، أو التنبؤ بالمجرمين، أو التنبؤ بالبؤر الإجرامية، أو التنبؤ بضحايا الجريمة.
9. تُمرّ البيانات الشخصية بمجموعة من المراحل المتتالية حتى تتمكن الخوارزمية المعدة للتنبؤ من إعطاء مخرجات دقيقة، وهي؛ أولاً، جمع البيانات الشخصية، ثانيًا، معالجة البيانات الشخصية، ثالثًا، التنقيب في البيانات الشخصية، رابعًا، تدريب الخوارزمية على التنبؤ، خامسًا، تقييم خوارزمية التنبؤ الشرطي.
10. وفقًا للاتحة الأوروبية العامة لحماية البيانات فإن استخدام البيانات الشخصية للتنبؤ ضروريًا لتنفيذ التزام قانوني أو لتحقيق مصلحة سواء للشخص محل البيانات أو مصلحة عامة.
11. لا تتم معالجة البيانات الشخصية المرتبطة بالإدانات أو الجرائم الجنائية أو التدابير الأمنية باعتبارها بيانات شخصية عادية، وإنما تتم تحت رقابة السلطة الرسمية أو عندما يسمح بذلك القانون الأوروبي الاتحادي أو قانون الدول الأعضاء، كما لا يُحتفظ بأي سجل شامل للإدانات الجنائية إلا تحت رقابة السلطة الرسمية.
12. خوارزميات الشرطة التنبؤية لا يمكن أن تضطلع باتخاذ قرار آلي مباشر دون خضوعه للإشراف والرقابة من السلطة الرسمية، وهو ما أكدته القانون الأوروبي للذكاء الاصطناعي -Artificial Intelligence Act لعام 2024، إذ نص في المادة (14) على وجوب الإشراف البشري على تقنيات الذكاء الاصطناعي.

13. حظر القانون الأوروبي للذكاء الاصطناعي الجديد - Artificial Intelligence Act لعام 2024،

تقنية "التعرف البيومتري عن بُعد"، مثل أنظمة التعرف على الوجه في الأماكن العامة، فضلاً عن حظر أنظمة التعرف على المشاعر والمسح الجماعي لقواعد البيانات البيومترية وفقاً لما نصت عليه المادة (5) منه.

14. حظر القانون الأوروبي للذكاء الاصطناعي الجديد - Artificial Intelligence Act لعام 2024،

تقييم أو التنبؤ بخطر ارتكاب شخص طبيعي لجريمة جنائية، بناءً على تحديد ملف تعريف الشخص الطبيعي أو تقييم سمات شخصيته وخصائصه فقط؛ وإنما إذا تورط شخص ما في نشاط إجرامي، بشرط أن يستند بالفعل إلى حقائق موضوعية وقابلة للتحقق مرتبطة مباشرة بنشاط إجرامي ما.

15. لم يحدد كذلك المشرع الأوروبي درجة الارتباط أو حتى معايير يمكن الاستدلال بها على كل

من النشاط الإجرامي والشخص المعني باستخدام بياناته في خوارزميات التنبؤ بالجريمة.

16. لا تُمنح السلطة المختصة ك(السلطة القضائية، أو السلطة الوطنية لحماية البيانات) الإذن

باستخدام أنظمة الذكاء الاصطناعي إلا إذا اقتنعت بالأدلة المقدمة إليها، وإن معيار الضرورة تحقق لاستخدام تقنية تحديد الهوية البيومترية عن بُعد بشكل آني.

17. المشرع المصري ونظيره العُماني لم يضطلعا بسن قوانين لتنظيم تقنيات الذكاء الاصطناعي كما

فعل المشرع الأوروبي، كما أن كلا المشرعان لم يشرعا تنظيمًا قانونيًا متعلقًا بنشاط الشرطة التنبؤية صراحةً.

ثانياً: التوصيات

1. من المناسب أن يحذو المشرعان المصري والعُماني حذو المشرع الأوروبي بأن يضعوا ضوابط

لحماية تلك البيانات الشخصية حال استعمالها في التنبؤ الشرطي، لا سيما ضرورة الربط بين استخدام البيانات الشخصية وجريمة ارتكبت بالفعل أو هنالك دلائل قوية على ارتكابها.

2. من المناسب أن يضطلع المشرع الأوروبي بقصر إباحة استخدام البيانات الشخصية في

خوارزميات الشرطة التنبؤية على الجرائم شديدة الخطورة فقط كالمتعلقة بأمن الدولة الداخلي أو الخارجي، دون أن تمتد للجرائم كافة بما فيها المخالفات والجُنح البسيطة.

3. حري بالمشرع الأوروبي أن يحدد درجة التدخل البشري المطلوبة في عملية تحليل البيانات الشخصية بغرض التنبؤ بالجريمة؛ حتى لا يكون هذا الالتزام حبراً على ورق إذ إن التدخل البشري قد يقف عند مجرد الضغط على زر نتائج القرار الآلي فقط.
4. حري بالمشرع الأوروبي العمل على تحديد معايير مشتركة لتقييم مخاطر أنظمة الذكاء الاصطناعي التي تضر بالأمن القومي، حتى لا تقوض فكرة الأمن القومي حظر التعامل في البيانات الشخصية المستخدمة في خوارزميات الشرطة التنبؤية وتسمح بمزيد من انتهاكات الحق في الخصوصية الرقمية.
5. استخدام خوارزميات ومصادر بيانات شفافة، ويجب أن تكون النماذج والبيانات المستخدمة مفتوحة للتدقيق العام لضمان العدالة.
6. من الضروري مراجعة الخوارزميات بشكل منتظم بحثاً عن أية أخطاء قد تعثرها تؤثر في عملية التنبؤ، ويفضل مراجعتها دورياً من قبل خبراء مستقلين لتحديد وتصحيح أية أخطاء.
7. ضرورة اقتصار عمل الشرطة التنبؤية على الأماكن فقط دون الأشخاص، لتجنب التنبؤ بميل الأفراد إلى ارتكاب الجرائم وانتهاك حرمة البيانات الشخصية.
8. ضرورة الحظر الكلي لعمليات الشرطة التنبؤية الآلية، وبيان قدر التدخل البشري في عملية التنبؤ بالجريمة، إذ إن الاعتماد الكلي على تحليل البيانات الشخصية المضمنة لتقنية التعلم الآلي والتعلم العميق قد تكون غير سليمة لأسباب كثيرة يرجع بعضها لجودة البيانات والبعض الآخر لتركيبية وتكوين الخوارزمية ذاتها.
9. قصر استخدام الشرطة التنبؤية على غرض توجيه الدوريات ومأموري الضبط القضائي للبؤر الإجرامية فقط دون استخدامها في الاعتقالات أو تقييم الخطورة الإجرامية أو إصدار الأحكام الجنائية.

بيان تضارب المصالح

يقر جميع المؤلفين أنه ليس لديهم أي تضارب في المصالح.

قائمة المراجع:

أولاً: المراجع القانونية

1. أشرف جابر سيد، الجوانب القانونية لمواقع التواصل الاجتماعي، دار النهضة العربية، 2013.
2. حوراء موسى، الجرائم المرتكبة عبر وسائل التواصل الاجتماعي، دراسة مقارنة، دار النهضة العربية، 2018.
3. رمضان السيد الألفي، نظرية الخطورة الإجرامية، دار النهضة العربية، 1998.
4. هيثم السيد أحمد عيسى، التشخيص الرقمي لحالة الإنسان في عصر التنقيب في البيانات عبر تقنيات الذكاء الاصطناعي وفقاً للاتحة الأوروبية العامة لحماية البيانات لعام 2016، دار النهضة العربية، 2019.

ثانياً: المجالات والمقالات والمنشورات

1. أنمار عرابي، استخدام أدوات التنقيب في البيانات في دراسة تأثير صفات الزبائن على قرار الشراء، دراسة إحصائية لبيانات الزبائن، مجلة العلوم الإدارية والاقتصادية، كلية الاقتصاد والعلوم الإدارية جامعة عدن، عدد 5، 2010.
2. إيهاب عثمان وعبد الرحمن عثمان، التنبؤات الانتخابية باستخدام تنقيب البيانات، الانتخابات الأمريكية كدراسة حالة، سبتمبر 2016.
3. تامر صالح، تتبع الجغرافي للمتهم بواسطة تقنية "GPS" والحق في الخصوصية، مجلة البحوث القانونية والاقتصادية، عدد خاص بالمؤتمر الدولي السنوي العشرون، كلية الحقوق، جامعة المنصورة، 23-24 مايو 2021.
4. سامح عبد الواحد التهامي، الحماية القانونية للبيانات الشخصية، دراسة في القانون الفرنسي، مجلة الحقوق، كلية الحقوق جامعة الكويت 35، عدد 3، 2011.
5. سيف الدين عثمان فتوح والشفيع جعفر محمود، التنقيب في البيانات واتخاذ القرارات، مجلة النيل الأبيض للدراسات والبحوث، كلية العلوم والتكنولوجيا، جامعة النيل الأبيض، العدد 3، 2014.
6. شادي عبد الوهاب منصور، الشرطة التنبؤية، اعتماد متزايد لأجهزة الأمن الغربية على أساليب الاستخبارات، مجلة أوراق أكاديمية، مركز المستقبل للدراسات والأبحاث المتقدمة، العدد 4، أكتوبر 2018.

7. محمود سلامة الشريف، الطبيعة القانونية للتنبؤ بالجريمة بواسطة الذكاء الاصطناعي ومشروعيتها، المجلة العربية لعلوم الأدلة الجنائية والطب الشرعي، العدد 3، المجلد 2، 2021.

ثالثاً: المواقع الإلكترونية

1. الموقع الإلكتروني لوزارة العدل الأمريكية على الرابط الآتي، بتاريخ دخول 1-6-2024،
//www.ojp.gov/pdffiles1/nij/242222and248891.pdf+https
2. الموقع الإلكتروني لمقال بعنوان "شرطة دبي تستخدم الذكاء الاصطناعي للتنبؤ بالجريمة قبل وقوعها، 2016، على الرابط الآتي، بتاريخ دخول 10/6/2024،
//shorturl.at/T9N0h+https

رابعاً: المراجع الأجنبية

1. Alice Norga, 4 Benefits And 4 Drawbacks Of Predictive Policing, TECH & RIGHTS, July 12, 2021
2. Alyse Burnside, IT Security Challenges Emerge in Smart Cities, January 19, 2023,
3. Antoni Roig, "SAFEGUARDS FOR THE RIGHT NOT TO BE SUBJECT TO A DECISION BASED SOLELY ON AUTOMATED PROCESSING (ARTICLE 22 GDPR)", European Journal of Law and Technology 8, no.3, 2017
4. Artificial Intelligence Act, MEPs adopt landmark law, Press Releases
5. Bachner, Jennifer. 2013. Predictive Policing, Preventing Crime with Data and Analytics. Washington, DC, IBM, Centre for the Business of Government
6. Beck, C., and C. McCue, "Predictive Policing, What Can We Learn From Wal-Mart and Amazon About Fighting Crime in a Recession?" The Police Chief 76, 11, November 2009
7. Benjamin Docquir, GENERAL DATA PROTECTION REGULATION 2016, Quelles obligations prévoit le projet de règlement européen sur les données personnelles (GDPR) ?(Belgique, Bruxelles, Simont Braun, 2016.
8. Beth Pearsall; Predictive Policing, The Future of Law Enforcement? NIJ Journal / Issue No. 266.
9. Browning, Christopher R., Reginald A. Byron, Catherine A. Calder, Lauren J. Krivo, Mei-Po Kwan, Jae-Yong Lee, and Ruth D. Peterson. 2010. Commercial density, residential concentration, and crime, Land use patterns and violence in neighbourhood context. Journal of Research in Crime and Delinquency 47, 329-57.
10. Bryce Goodman and Seth Flaxman, European Union regulations on algorithmic decision-making and a "right to explanation", AI Magazine 38, No 3, 2017
11. David Black, Predictive Policing Is Here Now, The Dallas Morning News, February 26th, 2016
12. De Mauro, Andrea et al. "A formal definition of Big Data based on its essential features." Library Review 65 ,2016.

13. Eck, John E., YongJei Lee, O. SooHyun, and Natalie Martinez. 2017. Compared to what? Estimating the relative concentration of crime at places using systematic and other reviews. *Crime Science* 6, 1–17.
14. Els de Busser, *Data Protection in EU and US Criminal Cooperation: A Substantive Law Approach to the EU Internal and Transatlantic Cooperation in Criminal Matters Between Judicial and Law Enforcement Authorities* (Antwerpen Belgium, Maklu Publishers, 2009
15. ensure that 'high-risk' systems have accessibility requirements for people with disabilities; and widen the definition of AI to cover the full range of AI systems which have been proven to impact fundamental rights.
16. Fair Trials, Partial ban on 'predictive' policing and crime prediction systems included in final EU AI Act, 11 December 2023
17. Ferguson, Andrew. 2017. Policing predictive policing. *Washington University Law Review* 94.
18. Harvin Bhathal, Canada's Predictive Policing Tech Is Poorly Regulated Under AI Policy, TRUTHOUT, June 13, 2022
19. Heather J. Williams and Ilana Blum, *Defining Second Generation Open Source Intelligence (OSINT) for the Defense Enterprise*, California ,US, RAND Corporation, 2018
20. Isaka Mendoza and Lee A.B ygrave, "The right not to be subject to automated decisions based on profiling", in *EU Internet Law regulation and enforcement*, ed, Tatiana Eleni Synodinou, et.al. Berlin, Germany, springer, 2017
21. Jannik Lindner, *Ai In Law Enforcement Statistics*, WORLDMETRICS REPORT 2024, June 17, 2024.
22. Jessie Levano, Predictive Policing in the AI Act, meaningful ban or paper tiger? 5 JULY 2024, EUROPEAN LAW BLOG,
23. KATARÍNA HILOVSKÁ and PETER KONCZ, "Application of Artificial Intelligence and Data Mining Techniques to Financial Markets", *Acta vřfs* 6, 2012
24. Kazemi, *General Data Protection Regulation*, 29
25. KYODO, Kanagawa police to launch AI-based predictive policing system before Olympics, the Japan times, Jan 29, 2018.
26. Laux, J. Institutionalised distrust and human oversight of artificial intelligence, towards a democratic design of AI governance under the European Union AI Act. *AI & Soc* ,2023
27. Lee, YonJei, John Eck, O SooHyn, and Natalie Martinez. 2017. How concentrated is crime at places? A systematic review from 1970 to 2015. *Crime Science* 6
28. Leo Kelion; Crime prediction software 'adopted by 14 UK police forces', BBC, 4 February 2019.
29. Lopes, Giza, Marvin D. Krohn, Alan J. Lizotte, Nicole M. Schmidt, Bob E. Vasquez, and Jon G. Bernburg. *Labelling and cumulative disadvantage: The impact of formal police Intervention on life chances and crime during emerging adulthood*. *Crime & Delinquency* 58. 2012

30. Meijer, Albert, and Martijn Wessels. Predictive Policing; Review of Benefits and drawbacks. International Journal of Public Administration 42. 2019
31. MIN WANG and ZUOSU JIANG, "The Defining Approaches and Practical Paradox of Sensitive Data: An Investigation of Data Protection Laws in 92 Countries and Regions and 200 Data Breaches in the World", International Journal of Communication 11, 2017.
32. Miriam Jones, Predictive Policing a Success in Santa Cruz, Calif, Government Technology, October 08, 2012.
33. Patrick Breyer v Bundesrepublik Deutschland.EJC. C-582/14.16/5/2016 ECLI:EU:C:2016.
34. Pearsall, Beth. Predictive policing, The Future of Law Enforcement. National Institute of Justice Journal 266, 2010
35. Perry, Walter L., Brian McInnis, Carter C. Price, Susan Smith, and John S. Hollywood, Predictive Policing, The Role of Crime Forecasting in Law Enforcement Operations. Santa Monica, CA, RAND Corporation, 2013.
36. Portland State University (PSU). 2012. Predictive Policing, A Review of Literature. Criminology and Criminal Justice Senior Capstone Project, Paper 5
37. Predictive Policing Market by Technology (Crime Analysis, Facial Recognition Technology, Geo-Location Technology), End-Use (Detective Agencies, Law Enforcement Organization, Military & Defense) - Global Forecast 2024-2030.
38. Rick Sarre, Ben Livings; Artificial Intelligence and the Administration of Criminal Justice, Predictive Policing and Predictive Justice. Australia Report. University of South Australia. May 2023
39. Rosamunde Van Brakel and Paul De Hert, "Policing, surveillance and law in a pre-crime society, Understanding the consequences of technology based strategies", in Technology-led policing, eds, Piet Deelman, et al Antwerpen, Belgium, Maklu Publishers, 2011
40. Safat W, Asghar S, Gillani SA. Empirical analysis for crime prediction and forecasting using machine learning and deep learning techniques, IEEE Access 9, 2021
41. Samah Samir; Detecting and Predicting Crimes using Data Mining Techniques, Comparative Study, Proceedings of 1st International Conference on Computers and Information, ICCI 2021
42. Sunde, Inger Marie. "AI-Based Law Enforcement Online, The Impact of the European Artificial Intelligence Act (AIA)". Bergen Journal of Criminal Law & Criminal Justice, vol. 10, no. 2, Dec. 2022,.
43. The data divide, Overcoming an increasing practitioner-academic gap, Larissa Fast, 2 November 2017
44. U.S. Department of Homeland Security, U.S. Customs and Border Protection, Washington, DC 20229, "U.S. Customs and Border Protection Passenger Name Record (PNR) Privacy Policy, (June 21, 2013). p. 1-8
45. Uspenski, V. A.. "To the Definition of Algorithms.", 1993.
46. Weisburd, David. The law of crime concentration and the criminology of place. Criminology 53, 2015.

الاحتلال وحق الدفاع عن النفس في القانون الدولي: دراسة حالة قطاع غزة

*Occupation and the right to self-defense in
international law: A case study on Gaza strip*

Yasmeen Hamad

Arab American University

(Palestine)

الاحتلال وحق الدفاع عن النفس في القانون الدولي: دراسة حالة قطاع غزة

Occupation and the right to self-defense in international law: A case study on Gaza strip

Yasmeen Hamad

Arab American University

Yasminhamad.20011@gmail.com

DOI: <https://doi.org/10.70411/MJLS.3.2..2025253>

تاريخ القبول: 25-05-2025

تاريخ المراجعة: 25-05-2025

تاريخ الاستلام: 20-05-2025

Abstract:

This research aims to clarify the principle of the right to self-defense in international law, its conditions and principles, and the extent to which this right is compatible with the practices of the Israeli occupation in the Gaza Strip with this principle, and answers the question of whether these practices fall under this principle or have other names in international law such as genocide, war crimes, and crimes against humanity, as the research problem focused on determining the extent to which Israel is entitled to invoke this right to justify its practice in the Gaza Strip, and the extent to which its actions fall under Article 51 of the UN Charter. The researcher relied on the descriptive analytical approach to research and reach the study results, the most important of which was that Article 51 does not apply to the case of Israeli military operations in the Gaza Strip, and that Israel's actions are governed by human rights law and international humanitarian law, which Israel has not complied with, and that Israel's measures in self-defense are actually taken through the Iron Dome system, and Israel did not take into account the principles of necessity and proportionality in its practice. The researcher recommended the need for the UN to actually and accurately determine the international practices recognized as the right to self-defense in international law and to review the impact of the political situation in the Palestinian issue on Israel's interpretation of the right of self-defense.

Key words: Article 51, right to self-defense, Israeli occupation military operations, Gaza strip, Palestine, Israel.

الملخص

يهدف هذا البحث إلى توضيح مبدأ حق الدفاع عن النفس في القانون الدولي وشروطه ومبادئه، ومدى توافق هذا الحق مع ممارسات الاحتلال الإسرائيلي في قطاع غزة مع هذا المبدأ، والإجابة على سؤال هل تندرج هذه الممارسات تحت هذا المبدأ أم لها مسميات أخرى في القانون الدولي مثل الإبادة الجماعية وجرائم الحرب والجرائم ضد الإنسانية، حيث تركزت مشكلة البحث في تحديد مدى أحقية إسرائيل في الاستناد إلى هذا الحق لتبرير ممارساتها في قطاع غزة، ومدى انطباق أفعالها على المادة 51 من ميثاق الأمم المتحدة. اعتمدت الباحثة على المنهج الوصفي التحليلي في البحث والتوصل إلى نتائج الدراسة، أهمها عدم انطباق المادة 51 على حالة العمليات العسكرية الإسرائيلية في قطاع غزة، وأن تصرفات إسرائيل تخضع لقانون حقوق الإنسان والقانون الدولي الإنساني، وهو ما لم تلتزم به إسرائيل، وأن إجراءات إسرائيل في الدفاع عن النفس تتم فعلياً من خلال منظومة القبة الحديدية، ولم تراخِ مبدأ الضرورة والتناسب في ممارستها. وأوصت الباحثة بضرورة قيام الأمم المتحدة بتحديد الممارسات الدولية المعترف بها بحق الدفاع عن النفس في القانون الدولي بشكل فعلي ودقيق، ومراجعة أثر الوضع السياسي في القضية الفلسطينية على تفسير إسرائيل لحق الدفاع عن النفس.

الكلمات المفتاحية: المادة 51، حق الدفاع عن النفس، العمليات العسكرية للاحتلال الإسرائيلي، قطاع غزة، فلسطين، إسرائيل.

Introduction

The concept of the right to self-defense refers to the legal and moral right of the individual and the state to use force, or to act to protect oneself or others from any danger or threat to life and safety. It is part of the basics of universally recognized human rights, and based on international legislation and laws, the right to Self-defense is considered a legal justification for the use of force. Accordingly, Article 51 of the United Nations Charter clarifies the natural right of individuals or groups to defend themselves if an armed force attacks a member of the United Nations until the necessary measures are taken to maintain global peace and security. This law came after the end of the First and Second World Wars, and the effects they left behind, as the United Nations Charter prohibited the use of armed force in international relations, but in light of the modern international reality and the multiplicity of international interests, it cannot be certain that armed conflicts will not occur, or wars will break out between countries, or Illegal use of force. Therefore, the Charter permitted the use of armed force exceptionally, and in specific cases, the most important of all being the right to self-defense. Because the use of force in accordance with the Charter is limited to the Security Council, which is considered to have jurisdiction to maintain security and peace. ¹

It is generally agreed that belligerent occupation may be necessary and constitute a military instrument under the *jus ad bellum* when it arises from the use of force in self-defence, and may also be an act of self-defense against an armed attack, and remains lawful as long as the armed attack continues in accordance with Article 51 of the previously mentioned Charter.

In all cases, the right to self-defense is subject to conditions taken into account for its use, as it is assumed that the response in the case of self-defense is proportional to the size of the threat, and that the action is necessary and reasonable, such that the use of force is within the limits of necessity, and avoiding exceeding legitimate limits, or using excessive or unjustified force. ²

Research Problem

As the researcher mentioned previously, the right to defend oneself is an internationally recognized right and written as an independent article in the UN Charter, and an internationally legitimate right, it is allowed to be used by whatever country is exposed to threats as long as it is a member state of the United Nations, but this right has controls and conditions that begin From the standards, foundations and justifications for its use, to the controls and conditions that govern it, from the justification and mechanism of use, and the proportionality and reasonableness of the use of justified force in self-defense.

In this study, the researcher provides a detailed explanation of this right, its justifications, the mechanism for initiating it, and the conditions and controls that govern it. Her research problem is determined by the extent of Israel's right to use this right in its repeated military operations on the Gaza Strip based on its principles in international law, and the justifications and pretexts provided by the Israeli occupation and its practices on The Gaza

¹ Al-Jazeera, 2024, The right of self-defense. Its concept and conditions in international law

² Irish Center for Human Rights, 2023, legality of the Israeli occupation of the Occupied Palestinian Territory, including East Jerusalem

Strip, and the extent to which it falls under the principle of the right to self-defense and Article 51 of the UN Charter? Does the right to self-defense justify these practices or are they classified as crimes? And clarifying the extent to which the Israeli occupation adheres to the conditions and controls of this principle or not.

By defining this research problem, the main research question is: **To what extent are the practices of the Israeli occupation on the territory of the Gaza Strip compatible with the principles of the right to self-defense in international law?**

This question includes the following sub-questions:

1. What are the justifications for self-defense in international law?
2. What are the conditions and controls for self-defense in international law?
3. What practices does the Israeli occupation follow for self-defense in the Gaza Strip?
4. To what extent are the Israeli occupation's self-defense practices in the Gaza Strip consistent with the justifications, conditions and controls for self-defense in international law?

Research importance

The researcher sheds light on this topic specifically in international law because of the increase and greater raise in the media recently, as well as the few details about it, especially in the case of the Israeli occupation of Palestine. The researcher believes that it is important to shed light on the details of the principle, its justifications and conditions, and the study provides a broader understanding of what It includes and does not include practices that are classified as practices within the right of self-defense, and what falls under other names in international law, such as Israel's practices in the Gaza Strip after October 7, which Israel classified as a right of self-defense, while the ICJ classified them as crimes of genocide, so the role of this study is in clarifying these practices. This study also helps students of international law gain a broader understanding of the right of self-defense, which the researcher focuses on, how it is performed in relation to an occupying state, and how to differentiate between the practices that fall under it and those that fall within its conditions.

Research methodology

Based on the problem of the study, the topic that the researcher highlights, and the questions of the study and their importance, the researcher decided to rely on the descriptive and analytical approach, as they are the most appropriate approaches to the research problem and its title, and to answer its questions by tracking and collecting legal texts, their interpretations and analyzes in clarifying the extent to which the practices of the Israeli occupation of the occupied Palestinian territories are compatible with the principles of the right to self-defense in international law and studying the case of the Israeli occupation under the aforementioned principle.

Research Legal framework

The researcher studies her research problem to the extent that the practices of the Israeli occupation on the Palestinian territories are compatible with the principles of the right to self-defense through the United Nations Charter of 1945, specifically **Article 51** of it related to the right to self-defense, to provide the necessary explanations on the research topic.

Search Plan

The researcher divided the study into two integrated Chapters, and each chapter deals with a number of sections as follows:

Chapter I: The right to self-defense in the principles of international law

Section I: justifications and controls for the use of force in self-defense in international law.

Section II: Different interpretations of Article 51 of the UN Charter

Chapter II: Israel's practices and military operations in Gaza and the right to self-defense

Section I: Israel's justifications and practices in its use of the right to self-defense in the Gaza Strip

Section II: The extent to which Israel's justifications and practices of the right to self-defense in the Gaza Strip are consistent with the principles of international law and Article 51 of the UN Charter.

lighting

It is noteworthy that the Israeli occupation forces withdrew from the Gaza Strip in 2005 and evacuated the settlements that were in them, but they continued to carry out military operations in the Strip. Some of these operations continued for weeks and months and left thousands of damages and victims, given that the Gaza Strip is considered the most densely populated region in the world, as it is inhabited by more than two million Palestinians were subjected to several Israeli attacks over the years after the Islamic Resistance Movement Hamas took control of the Gaza Strip in June 2007, and Israel declared Gaza a "hostile entity" and imposed a comprehensive siege on the Strip in October of the same year. These attacks were repeated during the years 2008, which Israel's goal was to end the rule of the Hamas movement in the Gaza Strip, and to reach the place of the Israeli prisoner Gilad Shalit, who had been captured by the resistance in June 2006. Israel continued the 2008 military operation for 23 days, in accordance with reports of human rights organizations Israel is alleged to have used internationally banned weapons such as white phosphorus and enriched uranium, and released more than 1,000 tons of the explosives that killed 1,430 Palestinians and destroyed more than 10,000 homes, and the 2012 aggression, which lasted for 8 days, in which Israel announced its goal to destroy the resistance movements' storage sites for its missiles, 180 Palestinians were killed and 1,300 wounded, in addition to the 2014 aggression, which lasted for 51 days during which Israel launched more than 60 raids on the Gaza Strip, declaring that "the goal of this aggression is to destroy the network of underground tunnels built by the resistance in Gaza," claiming that some of them extend under the border envelope. The aggression resulted in 2,322 Palestinian martyrs, 11,000 wounded, and massacres committed against 144 civilian families, from each of which at least 3 members were martyred, and the 2019 aggression in which Israel targeted the military leader of the Islamic Jihad movement in Gaza, Bahaa Abu Al-Atta, and this operation resulted in the martyrdom of 34 Palestinians and 100 other wounded, most of them civilians, the 2021 military operation in which the Palestinian resistance launched missiles at Israeli towns and cities in response to Israeli settlers seizing the homes of Jerusalemites in the Sheikh Jarrah neighborhood, causing the death of 12 Israelis, while the number of Palestinian martyrs reached 250 martyrs and more than 5,000 wounded, and the most recent was the military operation of 2023, which came in response to the operation, which the Palestinian resistance called "Tufan Al-Aqsa," was a response to the ongoing Israeli violations of Al-Aqsa Mosque and Islamic holy sites in the city of Jerusalem. Israel had no choice but to declare a "state of war" and begin a military

operation with intense aerial bombardment of the Gaza Strip, in which more than 100 were martyred and 500 were wounded in one day, and it is an operation that continues to the date of writing this research, the number of martyrs in it has reached to date more than 35,000 Palestinian martyrs and more than 79,000 injured on its 430th day, claiming that Israel, in its repeated aggressions and the losses and damage it causes to civilians, is that its operations are nothing but the right to self-defense and clear Western support for this pretext.¹

Chapter I

The right to self-defense in the principles of international law

According to the UN Charter, states are prohibited from resorting to defensive force unless the threat to which the state is exposed is actual or imminent, and, as the use of special force is only resorted to until the institutional protection. International laws emphasize the elements of real danger, necessity, and proportionality, which are elements specified to ensure that special force is not resorted to except when international authorities are not in a position to prevent unlawful aggression, and that defensive lethal force is not used for ulterior motives other than declared objectives.²

Section I

justifications and controls for the use of force in self-defense in international law

The UN Charter regulates armed aggression by stating that the use of armed force is strictly prohibited, and designates the Security Council as a central authority that monopolizes the legitimate use of force, and that national self-defense is permitted only when the Security Council is unable to provide protection against an unlawful attack, and restricts the use of force to elements Imminent danger, necessity and proportionality. This means that the use of armed force within the framework of international law is illegal unless authorized by the Security Council, or unless it is consistent with the legal model of self-defense. The legitimacy of self-defense here depends on meeting specific conditions that there is a **present** and **imminent** danger occurrence of armed aggression, and the use of force is “**necessary**” and “**fully proportionate**” to ward off this unlawful threat. The use of force in this case is the only alternative to avoid an unlawful attack. The necessity here is that the user of force does not have a less harmful alternative to prevent the attack, and it was the habit of accepting pleas for self-defense only when the response from the victim is immediate, and the time lag between the threat and the response undermines the validity of self-defense claims, as imminent danger means that the time to use force will not tolerate any delay, and that the defender cannot wait any longer. In this condition, self-defense is distinguished from the unlawful use of force in a temporary manner called a preventive strike against the aggressor, which is illegal force used too early, as well as retaliation against the aggressor, meaning that the use of illegal force too late. In all cases, it must Legitimate self-defense must not be too early or too late.³

¹ Al-Jazeera, 11/10 2023, Israel's most prominent wars on the Gaza Strip

² Bakircioglu, 2013, the right of self defense in national and international law: the roll of the imminence requirement

³ Bakircioglu, 2013, Ibid.

The natural right to self-defense recognized in Article 51 of the UN Charter in the event of an armed attack constitutes an exception to the general prohibition on the use of force in Article 2/4 of the Charter. In order for legality to apply to the use of force in the right to self-defense, it must apply. It has conditions:

1. The occurrence of an armed assault or attack on the state exercising the right of self-defense, characterized by such force and gravity that the necessity arises that leaves no room for anything other than the use of armed force to repel the aggression.
2. The failure of the attacked state to use legal means to prevent and stop the infringement
3. The objectives of the legitimate self-defense act, which are to prevent or stop the infringement, are proportionate and reasonable to achieving the objective.
4. Notifying the Security Council of the defensive measures taken
5. Abstentions from the attacked state from continuing to exercise the right to self-defense due to the Security Council's intervention in the conflict and its taking the necessary measures.

This means that the use of force by states in the right of self-defense against any aggression is not left by the UN Charter without restrictions or conditions. Rather, conditions have been set that make these practices legitimate and consistent with the international system, and among these are conditions that apply to aggression so that it is necessary for it to exercise the right of defense. From this, there are conditions that apply to aggression in order for it to be necessary to exercise the right to self-defense, and conditions that apply to defense when he exercises the right to self-defense. The researcher explains them as follows:

1. Conditions for aggression to require immediate exercise of the right to legitimate self-defense

According to the definition provided by the General Assembly in its 1974 resolution, aggression is the use by a State of armed force against another State for purposes other than individual or collective self-defense, that is, **it reflects a military attack by the armed force of a State on the territory**, ships or air of another State, and is an intentional act **taken by senior officials of one state against another** in cases where resort to armed force is not permitted, and it is conditional upon it:

a. The aggression must be a violation of the state's basic rights. This means that the aggression must be characterized by a gravity that threatens the national security of the state or the elements of its establishment (the territory, the ruling regime, the people), and that it be a violation of its fundamental rights, such as aggression against the state's property. This condition of aggression is justified logically by affirming the right to defend Self in proving that a state of aggression justifies the state's use of armed force within the framework of the legitimacy of self-defense for the purposes of defending its natural right to exist, and this right guarantees:

1. The right to the integrity of the land, sea and air territory subject to the sovereignty of the state
2. The right to political independence under the principle of sovereignty, and the right of the state to conduct its affairs without the interference of any member of the international community in its internal and external affairs. Aggression against this right includes indirect aggression by secret agents, committing subversive terrorist activities, or exercising political pressure against it, but these types of indirect

aggression does not enable the state to exercise the right of self-defense, but it is confronted with other actions and measures

3. The right to self-determination included in the resolutions of the General Assembly as a justification for the permissibility of peoples struggling to gain independence to resort to force in this struggle, explicitly in its resolution 39/32 in 1984 regarding South Africa, and implicitly in its first resolutions regarding the Portuguese colonies¹ and the situation in securing them, where it affirmed the legitimacy of the struggle for these regions by all means available to them, which implicitly includes armed force.²

b. an armed attack

This armed aggression must be an unlawful aggression. If it does not have this characteristic, there is no longer room for applying the legitimate right of self-defense. In this case, either:

- 1) That the armed aggression is legitimate in accordance with the cases in which the UN Charter permits the use of force, so the right of self-defense is not used here, and it is not a legitimate defense; because the rule says there is no defense against defense
- 2) Self-defense may be invoked against any unlawful armed aggression under Article 51 of the UN Charter. If a state uses force unlawfully, the attacked state has the right to exercise its right to self-defense to repel the attack, and the aggressor state has no right to resist. Acts issued by the state that attacked it within the limits of its right under the pretext of defending itself, that is, achieving military seizure or occupation gives the state whose lands are seized or occupied the right to defend itself on its own, and to assist other states by all means, including the use of armed force, up to remove aggression from its territories, the occupying state cannot invoke legitimate self-defense.

C. Intentional aggression of a military nature

Whereas the intent in this case is one of the elements of the crime of aggression, and if this element is absent, the right to self-defense is negated under Article 51, and the aggression is given a military character by the state using its regular or irregular armed forces or armed gangs composed of individuals monitored and directed by state order. Within the territory of another state is another condition for aggression that calls for the exercise of self-defense. This condition can be verified by looking at the weapons used, their number and type. Incidents that do not have a significant degree of seriousness, such as simple border incidents, are excluded from this condition.³

D. Immediate and direct aggression

That is, the aggression must have already begun, such that the acts of self-defense are subsequent to the occurrence of the assault, and not prior to it. Otherwise, they may constitute aggression. Aggression takes place in two forms:

¹ Portuguese colonies: Today, 53 independent countries are formed from the countries of North and South America, Africa, and regions of Asia and Europe that were under the rule of the Portuguese Empire, or what is known as the Portuguese Overseas Empire, whose colonization of these countries continued for nearly six centuries (1415-1910) (Colonialism international, social, cultural, and political encyclopedia, 2003)

² General Assembly Resolutions 2708 of 1970, 2652 of 1970, and 3295 of 1974

³ Al-Tamimi, 2021, Legitimate defense in light of contemporary international practices

1. Imminent aggression: It is achieved by the existence of circumstances that can confirm that there is an aggressive act that a state will carry out against another state, even if the actual aggression has not begun, meaning that the state's actions indicate that it will carry out an armed attack, and they can be considered as preliminaries that precede implementation, such as a declaration by a state war against another state. In this case, the state against which war is declared can consider itself in a state of self-defense even before the outbreak of war. In this case, the state resorts to the Security Council by submitting a complaint so that the Council may take the necessary measures and procedures in accordance with Article 39 of the Charter of the UN.
2. That the armed aggression has actually begun, and has not yet ended, and self-defense in this case is conditional on the continuation of the aggression. However, if the armed aggression ends, the legitimacy of self-defense will also have ended, and if the attacked state uses force after the end Assault, its action falls within the category of "prohibited revenge."¹

2. conditions of defense when exercising the legitimate right of self-defense

States have a legal right to use armed force in self-defense if they are exposed to an armed attack or there is an imminent armed attack, but only to the extent necessary and proportionate. However, the content of these two conditions is not specified in the Charter of the UN or other texts in the treaties, and their content is determined through studying the practice of In view of the standards and rules that states use to justify their behavior and criticize the behavior of other states, international law researchers resort to studying the Security Council discussions on actual incidents of states resorting to armed force to constitute evidence of this law, and to constitute a general practice that makes these rules international and customary law.²

Necessity determines whether defensive force may be used to respond to an actual or imminent armed attack, and where it should be directed, while proportionality determines the amount of force permitted. Once the right to respond to an armed attack is available, these two conditions limit the scope of defensive action and ensure that it remains defensive, so that it remains the actions in response to aggression that must be achieved are "self-defense" due to the existence of this right, and necessarily to repel the attack and prevent it from succeeding and nothing else. Compliance with these two conditions "necessity and proportionality" indicates that the purposes of self-defense have been achieved and nothing goes beyond that. They seek to establish a balance in the rights and interests of each of the following actors:

1. The state's defense of itself in the face of an armed attack
2. The attacker's right to be protected from excessive defensive responses
3. The interests of states and the international community: which include concern for civil and environmental damage, and containing the risk of escalating violence and instability to contribute to international peace and security.

These two apply in principle throughout the period of armed conflict arising from self-defense, and not only at its beginning, so that if the continued use of force becomes

¹ Ibid.

² Haque, 14/11/2023, Proportionality in Self-Defense: A Brief Reply

unnecessary or disproportionate, it does not constitute legitimate self-defense, and constitutes a violation of Article 2/4 of the UN Charter.¹

Self-defense purposes

Stopping, repelling, or preventing an armed attack comes within compliance with necessity and proportionality. This compliance provides the definition of the purposes of self-defense with the standard against which necessity and proportionality are measured, so that the 2 questions are answered: Necessary to do what? And proportional to what? In this case, the state who exercise the right of Self-defense must think about the “ultimate goal” of defensive action, through which secondary actions such as overthrowing the government are permitted provided that these actions are necessary to put an end to an armed attack, that is, achieving the defensive purpose through the measure taken that complies with the conditions of necessity and proportionality, for example: an armed attack that succeeded in seizing lands that cannot be defended and restored successfully except by repelling the attacker and returning to the territorial situation that existed before the war, as a minimum goal for legitimate defense, considering that this right is a temporary and emergency right, and therefore, in order for actions to be considered necessary, they must ensure the goal of the immediate and legitimate security of the defending state is temporary, and once this threat is successfully confronted, the necessity of self-defense ceases.²

proportionality

Proportionality, in its essence, prohibits the excessive use of force to limit permissible harm to others. There is no clear legal definition of the principles of this element, so it is used based on an internal feeling about what has amounted to excessiveness. This is because states rely on international humanitarian law in determining it, and according to the advisory opinion of the ICJ, to answer the question, is it proportional to what? Regarding collective reaction, the Court identified two main criteria, namely: the consequences of the measures, activities, procedures and operations of the defending states and their collateral damage to civilians, the consequential damage they cause to infrastructure, and the results of these measures, divided into:

- 1) Quantitative proportionality: It focuses on the purely quantitative approach to the equivalence of armed attack and defensive response, and seeks to balance the amount of damage incurred or expected by each party to the conflict in terms of casualties and damage, and balances offensive kinetic forces and their results, defensive kinetic forces and their results, and the harm to civilians.
- 2) Teleological proportionality: It is proportionality linked to the defensive needs of the defending state, and it measures the defensive force (means) used against the legitimate goal (self-defense) of using that force, meaning that the proportionality of the action taken in self-defense and its relationship to its purpose. Meaning, in this case, it is wrong to believe that proportionality must be between the behavior that constituted the armed attack and the opposing behavior, and the response may take dimensions that are disproportionate to

¹ O'Meara, 2018, Necessity and Proportionality and the Right of Self-Defence in International Law

² O'Meara, 2018, Ibid.

the attack itself. What is important here is the result that the defensive action will achieve, not the action itself, its essence, or its strength. This proportionality, rather than the only criterion being the damage that actually occurred, also explains the potential need to confront ongoing and imminent attacks, and includes responding to previous, current, and potential armed attacks. Without this criterion, states' response will be limited to past events only, instead of flexibility in confronting current threats, which can be reasonably foreseen, take into account the inherent right of self-defense, Article 51 of the UN Charter.¹

Necessity

Necessity is achieved in justified self-defense if and only if an action is necessary to avert the danger faced, meaning a person who has been subjected to an unprovoked attack can take his life and kill the attacker or break his leg, and there are no other alternatives, in which case this action must be taken and it is not necessary to inflict greater harm to save himself.²

The necessity requires that the conflict cannot be resolved by peaceful measures, and the absolute certainty that no other measures can prevent the attack; This is necessarily justified, and this condition requires the presence of conclusions based on proven facts that the attack needs this response, and that the response is in response to a real threat to the existence of the state, and a valid commitment to verify whether there are no other peaceful settlements to the conflict.³

If the prohibition required for self-defense is not immediate and imminent, and there is a means other than resorting to force, such as resorting to an international organization, then in this case it is not a legitimate defense, and the use of force in this case is considered aggression, and legitimate defense against it is permissible, and this condition depends on each case separately, and the extent of progress in war technology, and not only on the danger that is actually faced, but also on the extent of the expected danger to the attacked state that invokes its right to self-defense if it proves that force here is a necessary measure to protect the state from any future harms.⁴

Section II

Different interpretations of Article 51 of the UN Charter

Nothing in the present Charter shall impair the inherent right of individual or collective self-defence if an armed attack occurs against a Member of the United Nations, until the Security Council has taken measures necessary to maintain international peace and security. Measures taken by Members in the exercise of this right of self-defence shall be immediately reported to the Security Council and shall not in any way affect the authority and responsibility of the Security Council under the present Charter to take at any time such action as it deems necessary in order to maintain or restore international peace and security”⁵

¹. O'Meara, 2018, Ibid.

². Lazar, 2012, Necessity in Self-Defense and War

³. Upeniece, 2018, Conditions for the lawful exercise of the right of self-defence in international law

⁴. Salama, 8/10/2019, the charter of the united nations stipulates the right of the state victim of aggression to confront it by force

⁵. UN Charter

Accordingly, the right to self-defense under Article 51 arises from an act of armed aggression by one state against another through its gross violation of Article 2/4¹. This act constitutes armed aggression that triggers Article 51. According to the ICJ, the most dangerous forms of using Force constitutes an armed attack that results in a serious violation of Article 2/4, which gives rise to the right to self-defense under Article 51. In this case, the terms “force and armed attack” share a violent nature, and differ only in severity and size, until the court recognized that the armed attack is the most dangerous force, but not every serious use of force constitutes an armed attack and does not give rise to the right to self-defense. Article 51 does not allow the use of armed force targeting groups of non-state actors in the territory of another state without their consent, and Non-States actors cannot use force within the meaning of Article 2/4 and therefore cannot also launch an armed attack within the meaning of Article 51, that is, non-State actors cannot seriously violate Article 2/4 and therefore cannot activate 51.

During the drafting and negotiation of the Charter, the countries tended to link the concepts of aggression and attack, despite leaving the problem of defining aggression open. Because of this dilemma, the term armed attack became the primary driver of collective self-defense. Thus, Alberto Lleras Camargo, Chairman of the Drafting Committee and delegate Colombia drafted the article equating aggression with attack, saying: “If an armed attack occurs at any time, that is, aggression against a member state of the regional group, self-defense, whether individual or collective, shall be exercised as an inherent right that applies automatically within the framework of the provisions of the Charter, until the Council takes security, appropriate punitive measures against the aggressor state,” and thus this understanding that an armed attack is an act of aggression is what left its mark on the final text of the article, as Chapter Seven of the Charter as a whole is concerned with action regarding threats to the peace, breaches of it, and acts of aggression, indicating Self-defense against armed attack is an act related to acts of aggression, and the opening phrase “if the Security Council does not succeed in preventing aggression” was deleted from the first draft to remove the suggestion that the Security Council might fail to maintain peace and security, despite the context of the article maintaining this effect in the Security Council report. If this act is aggressive and requires the necessary measures to maintain international peace and security and restore them to normal.²

It is worth noting that the French text of Article 51 uses the term “armed aggression” (l’agression armée), and Articles 1 and 39 and the title of Chapter Seven also use the term act of aggression. In this context, it is natural to understand that an act of aggression involves the use of armed force. Then in the North Treaty According to Article 51 of the Atlantic Charter, the French text used the terms “attaque armée”, and this either makes the French text evidence of the link between aggression and armed force, while the English text deleted the term “aggression” and the concept remained that armed attack is aggression, and in the end the countries refused to place a definition of aggression in the Charter, even after Bolivia and

¹ All Members shall refrain in their international relations from the threat or use of force against the territorial integrity or political independence of any state, or in any other manner inconsistent with the Purposes of the UN

² Haque, 2020, The United Nations Charter at 75: Between Force and Self-Defense — Part One

the Philippines proposed that any attack by the armed forces of one state on the territory, ships or aircraft of another state should be considered aggression.

In 1974, the UN General Assembly declared that a violation is the use of armed force by a state against the sovereignty, territorial integrity, or political independence of another state, or in any other manner inconsistent with the Charter of the UN. The Statute of the ICC also defines an act of aggression by referring to: The General Assembly's definition of a sufficiently serious use of armed force that constitutes armed aggression, and therefore is presumed to constitute an armed attack that gives rise to the right to self-defense. As for the International Court of Justice, it said that "the most dangerous form of use of force" also constitutes an armed attack, also relying on the General Assembly's definition. It gave the example that "a state sending armed gangs onto the territory of another state could constitute an armed attack depending on its scope and impact, while assistance provided to rebels in the form of providing weapons, logistical support or other forms of support does not constitute an armed attack," and this indicates that the ICJ itself viewed aggression as a motive of self-defense and armed attack as a form of aggression, and not force itself, this explains why the ICJ looked to the General Assembly's definition of indirect aggression to determine when the actions of a non-state actor constitute An armed attack by a state. Thus, the ICJ severed the link between force and aggression and between aggression and self-defense, and the argument that dangerous force constitutes armed aggression. Thus, we conclude from these definitions that an aggressive act is a dangerous use of force, and therefore an armed attack is a dangerous use of force. As for the non-dangerous use of force, it does not constitute aggression, and therefore does not constitute armed attacks, and therefore does not lead to the exercise of the right to self-defense, and non-state actors cannot commit an act of aggression within the meaning of the Charter, and therefore it cannot launch an armed attack within the meaning of Article 51. In turn, Article 51 does not permit the use of armed force to target non-state actors in the territory of another state without its consent.¹

Another interpretation presents self-defense as not in itself a collective measure to suppress acts of aggression, but rather a measure consistent with the purposes of the UN and the authority of the Security Council to take such measures, as Article 51 guaranteed this consistency on the one hand:

- A. Limiting self-defense to situations where an aggressive act constituting an armed attack occurs before the Security Council takes effective collective measures
- B. Prevent self-defense after the Security Council takes effective collective measures
- C. Requesting States to immediately inform the Security Council of measures taken in self-defense so that it can take effective collective measures within the limits of Article 51, which supports the right to self-defense in accordance with the system of collective security established by Chapter VII.

Based on this interpretation, Article 51 does not operate directly on Article 2/4, but rather operates directly within the structure of Chapter VII, given that Article 2/4 allows the use of force authorized by the Security Council that does not conflict with the purposes of the UN. A prominent feature of the right to self-defense in this interpretation is that it does not extend against non-state actors. Under international law, violence committed by non-state

¹. Haque, 2020, Ibid.

actors does not constitute aggression, no matter how serious. It follows that the targeted use of force against non-state actors States cannot reconcile it with the prevention of aggression consistent with the purposes of the UN. This interpretation means that Article 2/4 prohibits the use of force that is inconsistent with the purposes of the UN, and self-defense within the limits of Article 51 is consistent with collective measures that meet these purposes in suppressing acts of aggression. As a result, the unilateral use of force that exceeds or undermines the authority of the Security Council is always contrary to those purposes and is always prohibited. Among the details of Article 51 is that it does not allow self-defense except in the event of an armed attack, and it does not allow defense before it occurs, and the Security Council is the only one who has the power to take measures to prevent and remove the threat, and it does not allow self-defense in response to force that is not dangerous enough to constitute a threat. An armed attack, also does not permit self-defense in response to violence committed by non-state actors present in the territory of a non-consenting state.¹

Another Interperation

At the emergence of Article 51 and its formulation in the UN Charter, states were divided into two groups: states that adopted the point of view that monopolized the Security Council's action in self-defense, and states that gave the state the authority to act in the event that the Security Council was unable to carry out its role without the need to seek its permission, in when, a third point of view emerged that allows the Security Council to benefit from regional agreements and regulations in taking measures to suppress aggression, also with the permission of the Security Council, which aims to try to abolish the right of individual legitimate defense, and approve collective defense only, then the article was drafted to give the state the authority to exercise the right to defend by the Security Council, so that it is not deprived of taking action regarding confronting the aggression immediately after it occurs, and Article 51 is the only text that allows the state to enter into a war described as a legitimate war without prior permission from the Security Council, based on its right to self-defense, but the exercise of this right remains dependent and temporarily on the intervention of the Security Council, and if it intervenes, the state must stop defense measures, and the state must be subject to the control and supervision of the Security Council in its steps taken for self-defense. There are those who believe that Article 51 came in violation of Article 24/1, which states "the desire that the action in order for the work undertaken by the UN to be prompt and effective, the members of that body shall entrust the Security Council with the main responsibilities for maintaining international peace and security, and agree that this Council shall act as their representative in carrying out its duties imposed on it by these obligations." It is likely that Article 51 is complementary to Article 24 and not inconsistent with it, because the concession made by members in favor of the Security Council to maintain peace and security cannot prevent the exercise of legitimate defense when the state is exposed to aggression, especially if the Security Council is unable to do so². On this basis, interpretations emerged that adopted two theories in applying the article, which are:

¹ Haque, 2020, Ibid.

² Khatir, 2021, The Historical Origin & Legal Dimensions of the Article (51) of the Charter of the United Nations A Rooting Study of the Right of International Self-defence

1) The established theory

The proponents of this theory emphasize the right to self-defense as a “natural right,” and in interpreting the article, they return to the philosophy of natural law that adopts this interpretation, and expands the application of the principle of self-defense with the intention of circumventing the restrictions imposed by Article 51 so that states protect their fundamental rights without being limited the defense only in the event of an armed aggression, and that the use of weapons in self-defense remains permissible and unrestricted. Therefore, according to this theory, when an attack by a state occurs on one of the fundamental rights mentioned in the first section, the state has the right to take self-defense measures, even if it was not against the use of armed force. What is important is that it is against any practice against territorial sovereignty or political independence, or against state nationals abroad, or the protection of some economic rights. This interpretation means that the use of force or the threat of it creates the right to self-defense, and makes preventive defense permissible, and supporters of the established theory argue that the word “natural” is explicitly stipulated in Article 51, and it affirms the natural right to self-defense, and therefore it cannot be overlooked or dropped from the text, and this means for them that the emergence of an international organization does not constitute any restriction. Regardless of the type of this right, there are also those who believe that the natural right of legitimate defense remains valid even if there are no texts in the UN Charter granting it. Thus, in their expanded interpretation, these people move away from not only keeping the natural right of self-defense complete or undiminished, but rather Members are also given the right to take self-measures, and deviate the text from its true content, justifying this in the position of the Preparatory Committee for the Charter, Article 2/4, which says that “the use of armed force in legitimate defense remains acceptable and undiminished.” This means that the legitimate defense that prevailed before the Charter, without restrictions, will remain as it is, and they believe that self-defense is a natural right for every sovereign state, and is implicit in all agreements, and every state is free not to abide by the conditions contained in these agreements by defending to confront any attack or invasion on its territory, and affirms Supporters of this theory maintain that Article 51 came to recognize the existence of the natural right to self-defense and not to grant it under it, and therefore there is no need to restrict it to one case, which is the case of an armed attack against a member of the UN, because this restriction would deprive states that are not members of the UN of their right. Natural self-defense, which is not consistent with the principles of the Charter, and is considered a violation of international peace and security.¹

2) Constructive theory

Contrary to the established theory, supporters of the constructive theory believe that Article 51 grants the right to self-defense, and does not preserve it. They restrict self-defense only in the event of armed aggression, and that the use of force in other than this situation does not create the right to self-defense, and is considered a violation of the article 2/4, and they believe that what is meant by the word “natural” mentioned in the text is not acceptance of the right in the traditional legal defense, but rather it is only a theoretical meaning that does

¹ Khatir, 2021, Ibid.

not have any legal value, and is only intended to attract attention and show the extent of the knowledge of this right, as it is an ancient and well-known right. Even among primitive societies, the development that prevailed in the international community after the establishment of the UN must be accompanied by legal changes, as is the case with Article 51, which brought provisions that changed this right, as it became limited to only one case, which is the occurrence of an armed attack, and what this means for those who adapt this theory and interpretation of the article is the precise English text that used the expression “armed attack,” meaning armed force, in contrast to the French text, “l’aggression armée,” which means armed aggression. The word aggression is surrounded by ambiguity, and can include just incitement and threats. As for attack which goes for the intended meaning that justifies the right of legitimate defense, and they argue that the language of interpretation does not enable this text to be applied to the declaration of a state of war followed by military action, nor to the aggressor’s means of propaganda, and these cases are not considered an attack even if they may be considered an assault, and that the more expansion of this interpretation may bring disasters to world peace, as it is known, Article 51 is the exception to Article 2/4 related to the general prohibition of the use of force, and it is clear from its text that it did not use the phrase armed attack as in Article 51, but rather merely expressed it as a threat to use force or its use, which is a less serious expression than attack, may be understood at first glance as creating the legitimate right of self-defense, but following the first phrase with a phrase against territorial integrity and political independence infers the desire of the drafters of the Charter to give gravity to the act so that it rises to the level of an armed attack. Otherwise, it is not possible to imagine the use of effective, certain force affecting the integrity of the region and political independence without reaching the point of using armed force. Accordingly, the UN rejected the Israeli aggression against the Arab countries in 1967, and the Security Council issued the famous Resolution 242, after Israel relied on the argument it was exposed to the threat of the use of force by the Arab countries, but the truth of this argument has not been proven, as the countries did not launch any armed attack on Israel, and since Israel was the initiator of the attack, what it did was considered an armed aggression against others without legitimate justification, even if The UUN did not explicitly condemn the aggression until its Resolution 242 ¹was clear in calling on Israel to withdraw from the territories it occupied as a result of the war, which implicitly indicates that Israel’s use of armed force constitutes an unlawful hostile act and does not provide for the right to self-defense.²

Chapter II

Israel’s practices and military operations in Gaza and the right to self-defense

As the researcher mentioned previously, the state that has begun to exercise the right of self-defense must provide the necessary justifications and proofs to confirm its right to use this right. In this section, the researcher explains the justifications and pretexts provided by Israel for exercising it in the Gaza Strip, which it includes under its right to defend itself, and does the right to self-defense, with its justifications, controls and conditions described in the

¹ Resolution 242: Withdrawal of Israeli forces from territories occupied in the recent conflict

² Khatir, 2021, Ibid.

first section, really apply to what Israel is doing in the Gaza Strip? Or does this have other names in international law?

Section I

Israel's justifications and practices in its use of the right to self-defense in the Gaza Strip

Israel had set goals for every military operation in the Gaza Strip, which the researcher explained in the lighting of this research. The last of these declared goals set by Israeli Prime Minister Benjamin Netanyahu was:

1. Erase all presence of Hamas
2. Release its detainees

These goals are analyzed for

1. Eliminate the leadership of the Hamas movement and end its rule of the Gaza Strip
2. Destroying the infrastructure of the Palestinian resistance
3. Freeing Israeli detainees and neutralizing the military power of Hamas.¹

According to the strategic objectives set by the Israeli War Council, the strategic objectives of the recent war on the Gaza Strip are:

1. Demilitarize the entire sector
2. Working to ensure that the Gaza government is civilian and not ideologically based on a religious basis, and that the Strip obtains a deep-water port that operates under security supervision.
3. Establishing an integrated warning and protection system on the border that provides security for Israeli citizens when the conditions required in Gaza are not met or violated. It includes a security perimeter ranging in width from one kilometer to three kilometers, and Gazans are not allowed to enter it except with special permission.
4. The Israeli army will not remain in Gaza for a long period beyond what is necessary to achieve the immediate objectives of the fighting and form the alternative government in Gaza.²

Morally, Israel justifies its continuation of its military action in Gaza, and the consequences on its civilian population, with calculations it calls the lesser utilitarian calculations, that is, by saying that the innocent lives it is killing now serve to save more innocent lives in the future than the lives that have already been lost, but this justification is a moral justification. And it's not legal.

In general, there is no debate about whether any state has the right to defend itself and its people as a basic function of any state and political society organized according to Article 51, but Israel's military operations, through which it claims to exercise its right to self-defense under Article 51, are a clear violation. The principle and its conditions of proportionality and necessity, which the researcher will explain more in the second section of this chapter.³

Returning to Israel's justifications and practices, Israel's military operations in the Gaza Strip are a response to an internal threat, given that Israel is an occupying power and Gaza is within the occupied territories. Thus, according to its claim, Israel justifies the military

¹ Abu Alula, 25/1/2024, 110 days of raging war on Gaza. Has Israel achieved its goals?

² Sky New Arabia, 27/10/2023, Strategic objectives. This is what Israel wants in Gaza after the war

³ Milanovic, 2023, Does Israel Have the Right to Defend Itself?

operation as a response to an internal threat, which is not consistent with the law of justifications for war.¹

In the year 2008, Gabriela Shalev, Israel's Permanent Representative to the United Nations, sent a letter to the Security Council and the Secretary-General, in which she announced that, after a long period of restraint, the Government of Israel had decided, as of the morning of this letter, to exercise its right to self-defense, and Israel had decided to actively combat terrorism and protect... its citizens from further terrorist attacks in response to rockets fired by Hamas in southern Israel, in accordance with the inherent right to self-defense under Article 51 of the United Nations Charter, and its letter also stated that this response is only against terrorists and their infrastructure in the Gaza Strip, and not against the population. civilians, and that it will continue to provide the population with their basic humanitarian needs. As for the Security Council meeting on January 6, 2009, Israel also invoked the right to self-defense, claiming that it sought in every way to avoid conflict with Hamas, with the escalation of rocket attacks, and it had justified decisions Its targeting of civilian targets is that the Israeli army has dropped thousands of leaflets and made phone calls to Palestinian civilians asking them to leave the areas of terrorist operations, as they described it, to avoid harming them. It has accused what they call terrorism of using civilians as a cover, and the end of terrorism in Gaza cannot be guaranteed without these damages, even There is no need for other Israeli defensive operations, and if they fail to achieve military objectives, this is because terrorists use civilians as cover, while both the Permanent Observer of Palestine at the United Nations, Riyad Mansour, and the President of the Palestinian National Authority, Mahmoud Abbas, expressed that these actions of Israel It is considered an aggression against the Palestinians in Gaza by Israel as an occupying power, and that these actions constitute collective punishment against the Palestinian people, and they need an immediate ceasefire and the use of excessive force against the residents of the Gaza Strip. The countries condemned in this session the failure of the Security Council to find a solution to the situation and a ceasefire. While the United States of America was the only country that held Hamas alone responsible for the violence, unlike the other countries that took a balanced position in condemning the rocket attacks from both sides, and in the report of the urgent independent fact-finding mission in Gaza for the year 2009 led by Richard Goldstone, it covered the humanitarian situation, He overlooked the legal aspects of the process.

In the military operation on Gaza in 2012, which Israel called Operation "Pillar of Defense," Israel did not submit any message or notification to the Security Council invoking the right of self-defense in this operation, but it had published a statement on the Israeli Ministry of Foreign Affairs website in which it affirmed its right to defend itself, its population and its lands when it is attacked, as well as to take military action against terrorist attacks in the Gaza Strip, claiming that the terrorist Hamas is waging an ongoing armed conflict against Israel, and that it has violated the principle of distinction². As for Israel and the IDF, they are fully committed to the laws of armed conflict, and have defined their goals.

¹ Akande, 2014, Is Israel's Use of Force in Gaza Covered by the Jus Ad Bellum?

² The principle of distinction: Parties to a conflict distinguish at all times between civilians and combatants. Attacks may only be directed at combatants and may not be directed at civilians (International Humanitarian Law Database, ICRCC)

In this process, by strengthening Israeli deterrence, causing serious damage to the rocket launching network, and dealing a painful blow to Hamas and terrorist organizations, in addition to reducing damage to the Israeli home front, while Fawzi Barhoum, Hamas' spokesman at the time, described the assassination of Ahmed Al-Jaabari as a declaration of war, and Israel returned in its military operation "Operation Protective Edge" on Gaza, it did not immediately inform the Security Council of its procedures, and waited until the first meeting of the Council after its operation on 7/10/2014. It did not specify in this notification that it had resorted to Article 51, but it stated that it was launching an operation to defend The self called it "Protective Edge" to confront the attacks and remove the threat of Hamas dismantling its military structure with solutions that would not allow it to rest and regroup its ranks, and not giving them a respite time so that they could replenish their missile supplies and strike Israel again, and Israel argued the fact that it had no choice but to use force and defend itself against what it called "the Hamas terrorist organization in Gaza," and that its presence is what threatens the lives of two million innocent men, women, and children with its missiles, and no nation, people, or government can tolerate it, while Mansour said that Israel sarcastically used the pretext of the killing of three settlers to launch a brutal aggression against the Gaza Strip, and it was clear at the same session that most countries criticized Israel's disproportionate and excessive use of force against the civilian population in Gaza in light of the Israeli attacks that resulted in the death of a large number of civilians and the attacks against UN facilities, especially the UN School in Rafah.¹

As for Israel's aggression against Gaza, which is still ongoing at the time of writing this research, the largest thing Israel did, under the pretext of self-defense, was the bombing of the largest hospital in Gaza, and it launched 51 attacks on health facilities in the Gaza Strip within 11 days, according to reports of Global Health Organization.

In addition to Israel's targeting of health care centres, during this aggression Israel deliberately withholds water and electricity from the residents of the Gaza Strip under the pretext of self-defense as well. The Ministry of Health in Gaza confirmed that the number of victims of the Israeli aggression on Gaza since October 7 to date has reached 35,456 martyrs and 79,476 injured. Most of them are children and women. The Israeli bombing and ongoing aggression led to the death of 102 UNRWA workers. Israel also follows a policy of forced population movement and explosive violence that causes the death of civilians and the destruction of the Gaza Strip's infrastructure, and controls what enters and exits Gaza. It also closed the only power plant, which originally does not supply electricity except with permission from Israel, claiming in all these practices what it is doing is nothing but defending itself against Hamas, claiming that Hamas operates from civilian institutions, thus justifying the losses among civilians. Then the USA and President Joe Biden adopted Israel's claim that there is a base for Hamas in Al-Shifa Hospital, the largest medical facility in Gaza. But he did not provide any evidence for this, and Israel has not yet shown any evidence for this claim either, and has remained insisting that Hamas uses schools, hospitals and refugee camps as human shields, so Israel is trying to use this as a convenient excuse to create legitimacy for its attacks on these places.

¹ Henderson, 2018, Israeli military operations against Gaza: Operation Cast Lead (2008-9), Operation Pillar of Defense (2012) and Operation Protective Edge(2014)

Israel was also accused of using white phosphorus, which ignites fires and leads to severe and fatal burns, while the use of this type of material is classified as an indiscriminate attack according to Amnesty International, as it affects civilians and military targets alike. On October 13, Israel ordered more than One million Palestinians in northern Gaza to evacuate and move to the besieged southern Gaza Strip, despite the United Nations' warning to it, justifying that this measure aims to limit civilian casualties during its military operations in northern Gaza, and the researcher mentioned the number of casualties among them despite Israel's measures such as this measure is for such a pretext, and Israel also refused to allow humanitarian aid to enter the Gaza Strip despite its widespread warnings about the occurrence of a humanitarian crisis in which the Palestinians face the risk of "death from starvation," in addition to imposing a complete blockade on the supply of electricity, water, and food, as a method of war and within that it has the right to self-defense.¹

Section II

The extent to which Israel's justifications and practices of the right to self-defense in the Gaza Strip are consistent with the principles of international law and Article 51 of the UN Charter

In the previous section, the researcher explained the justifications that Israel was providing for its ongoing military operations in the Gaza Strip, and also provided an enumeration of the practices it carried out in implementing these justifications, and its alleged right to self-defense under Article 51 of the UN Charter, and in this section the researcher explains the extent to which the justifications provided by Israel and the measures it has taken are compatible with the nature of international law and Article 51 of the UN Charter, and the interpretations it has provided of the article in the first chapter.

Firstly, as the researcher mentioned, the right to self-defense under Article 51 is an exception to the prohibition on the use of force in Article 2/4, and this exception cannot apply at all if the prohibition itself is not included or at least apparent in its nature between states. For example, the use of the state uses force against a rebel group on its territory, who, for example, have caused the death of thousands of people, and in this case the state reasonably decided that it needed to use force in its defense of itself, then this is not self-defense within the meaning of Article 51, meaning that the prohibition on the use of force stipulated Accordingly, Article 2/4 does not protect the rebels, but rather applies only to international relations, and therefore the state cannot justify the use of force against them according to Article 51, that is, there is simply no law that justifies internal war, and let us apply that to the case of Gaza and Israel, the situation of Gaza is not certain regarding the prohibition of Article 2/4, but what is certain is that Hamas is a liberation movement and a non-governmental group that is not committed to or protected by Article 2/4. When Hamas uses force against Israel, or Israel uses force against Hamas, Article 2/4 does not apply. Accordingly, the exception in Article 51 does not apply, because Article 51 that Israel invokes does not apply unless Israel uses force against the entity, which is protected by Article 2/4. Logically, the exception to the ban cannot be applied if the ban itself does not apply, even if it Israel also uses force in its military operations in order to kill Hamas fighters on Palestinian

¹ Purohit, 17/11/2023, Does Israel have the right to self-defence in Gaza?

territory occupied by Israel (the Gaza envelope settlements), this would also not be self-defense within the meaning of Article 51, because the prohibition of Article 2/4 does not include the use of force against a non-states on the territory of the state itself, meaning simply that Article 51 is not a stand-alone rule that can be applied without Article 2/4.¹

As for Israel's use of force under Article 51 in the Gaza Strip, this argument applies if Palestine is a sovereign state and Gaza is part of the territory of a sovereign state. Then, even if Israel uses this justification, it must rely on it not to justify the use of force against Hamas, as it did in all its military operations, but to justify the use of force on Palestinian lands, but Israel, in the cases discussed, uses force on land that is not sovereign, and at the same time Israel does not recognize the State of Palestine, and Article 2/4 will not apply in this case because Israel's action on areas outside its claimed territory or areas outside its control and occupation. In this case, Israel's invocation of self-defense in its use of force against Hamas can be seen as an implicit acknowledgment of the idea of the existing prohibition on the use of force, and that it requires justification for violating it, meanin. (supporting the presence Palestine and its implicit recognition), and yet Articles 2/4 and 51 are not activated. However, this did not prevent Israel from using force against Hamas, but only distanced the two articles from its practices and justifications. In this case, what governs its actions is international humanitarian law and human rights laws, Human rights, and the four Geneva Conventions, which Israel also violated.²

The negotiating history of Article 51 is clear on the point that the article does not apply to armed attacks carried out by non-State actors, which was emphasized by the ICJ in its Advisory Opinion on the Apartheid wall, in which the Court emphasized that Article 51 does not apply to territories under the control of a State that tries to use force and pretext with it. It is true that Hamas has some governing authority in Gaza, but Hamas is not a government similar to the Taliban in Afghanistan, if Israel is using the excuse that what it is doing is parallel to what the USA did in the events of September 11. Even Israeli Prime Minister Benjamin Netanyahu is considered responsible for Raising the status of Hamas to weaken the rule of the Palestinian Authority in both the West Bank and Gaza, and this facilitated it by simply accusing Hamas fighters of terrorism, to the point that this does not enable it to place the responsibility of the state on Gaza or the Palestinians collectively to justify its military operations. The ICJ also confirmed that Israel remains in full control of the Gaza border, despite the withdrawal of its forces from within it in 2005. Assuming that Israel's argument of self-defense is valid, defensive measures that are proportionate to the protection of human rights that the government owes to people under its control are permissible by Israel. An effective defense is the Iron Dome shield system that Israel has already deployed on its territory, meaning that self-defense measures have already been taken.³

The ICJ raised the need to distinguish between armed attacks and mere border incidents, and to exclude border confrontations from the scope of an armed attack, as it stated that border confrontations between small infantry units, even those that involve loss of life, do not constitute an armed attack as intended in the Charter of the UN, the court concluded that these

¹. Milanovic, 2023, Ibid.

². Ibid.

³. O'Connell, 2023, The Lessons of 9/11 for October 7

clashes are considered relatively minor incidents, and do not amount to what constitutes an armed attack by any two states against another within the meaning of Article 51 in the context of a conflict between two states. In light of this, it is difficult to conclude that even Hamas' rocket attacks constitute an armed attack to allow Israel for the right to self-defense. In this opinion, Israel argues that rocket attacks over the years should not be viewed in isolation, but rather should be evaluated cumulatively to determine whether or not what is happening or an armed attack occurred based on the "accumulation theory" of events to support its claim to the right to self-defense. Although this argument has received support in the writings of scholars, looking at the reality on the ground cumulatively does not enable us to say that the extent of the effects of the missile attacks has reached the threshold of an armed attack with the actual or potential effects of these missiles on Israel, which is what the discussions within the Security Council have confirmed: Relatively insignificant, and does not require constant fear of attack, and these effects would have been much greater were it not for the Israeli "Iron Dome" missile defense system. What Israel is doing in the form of self-defense, even if it is used as an excuse and it is true, is a pre-emptive defense prohibited by international law, unless clear proof is presented that there is an imminent attack, which Israel did not do, and its taking of these measures appears clear in its objectives declared in its various military operations, which are actively combating terrorists and protecting Israeli citizens from further attacks.¹

In addition to Hamas not being considered an international body to invoke self-defense against it, and the possibility of considering its attacks as an armed attack, there are two other elements related to the law's evaluation of operations under self-defense and Article 51 that Israel invokes, namely necessity and proportionality. When self-defense is imposed on it in this case it must adhere to the principles of necessity and proportionality, and force must be the last resort, and the only chance to succeed in repelling the attack, and the force used must be consistent with the principle of proportionality. For Israel, the invasion was not a last resort. Military operations on Gaza were not a last resort, and there is no proof that there are no guaranteed alternatives to force in ending the Palestinian violence that it claims against it, for example, compliance with Security Council Resolution 242 to withdraw from the lands it seized in the Six-Day War in 1967. During The file of negotiations and the attempt to resolve the conflict peacefully. It has been proven that there is no political will on the part of Israel to choose successful alternatives to resolve the conflict. Consequently, Israel has not met the conditions for resorting to force to be a last resort under Article 51. Nor has Israel proven in its military operations that it has a reasonable chance of succeeding in ending violence against Israel, since the goal of Article 51 is not to retaliate or repel the attack, but rather to stop armed attacks that occur and repel them. What Israel does under the pretext of Article 51 may stop what it classifies as an armed attack in the short term only, but it has proven futile by its continued repetition of military operations in Gaza and the return of clashes every time, it did not eliminate the Palestinian resistance in the manner intended in its declared goals in each operation, which appears in Biden's statements and warnings to Israeli leaders to learn from the mistakes of the US after 9/11, which failed to reach its specific goals under the pretext of fighting terrorism, and even when the operations fulfilled the military force is necessarily

¹. Henderson, 2018, Ibid.

within Article 51, as the force used must be proportional to the extent of the damage. The principle of proportionality was mentioned in at least four rulings of the ICJ, as continuing to use a disproportionate amount and type of force is a violation of the principle of proportionality and does not meet the conditions of legitimate self-defense.¹

Necessity and proportionality in Israeli military operations in Gaza Strip

There is no doubt that every state has the right to protect its citizens from harm under international law and human rights. As for Israel, according to Article 43 of the Hague Regulations, it is prohibited from launching a military attack against people under its occupation. Rather, it has a legal duty to protect the Palestinians under its control and occupation, and to preserve on civil life, public order and human rights, under the jus in bello law, in this case, Israel is only entitled to resort to police forces to maintain order or military force in an exceptional case in line with the principles of international humanitarian law “necessity, proportionality and distinction”, which was also confirmed by the report of the UN mission on the conflict in Gaza in 2009.

On the ground, as until the date of writing this research, Israeli forces have displaced more than 1.8 million Palestinians out of the total population of the Gaza Strip (2.3 million), and dropped leaflets ordering them to evacuate homes and move to the south of the Gaza Strip. They also returned and ordered them to evacuate the parts of the south to which they were originally displaced.² On average, nearly 300 people have been killed daily in the Gaza Strip since October 7, according to Ministry of Health data. These numbers do not include the bodies that are still buried under the rubble of destroyed buildings and that have not been transported to hospitals. Israel has also completely destroyed more than 40,000 homes. And 234,000 homes were partially destroyed in just the first two months of its military operations, meaning 60% of the total housing units in Gaza. According to the description of military experts, Israel uses bombs, some of which weigh up to 100 pounds and others weigh up to 2,000 pounds, which contributed to this number of deaths in the aggression, despite Israel’s knowledge of the high population density of the Strip, and its imposition of a siege on it in advance, as there is a situation in which the normal number of people in Gaza is 5,700 people per square kilometer, and this for the current military operation is different from the statistics and facts of the previous operations that the researcher mentioned in the first section of this chapter. Israel also dropped more than 29,000 bombs on Gaza within two months, and 45% of them were unguided bombs (Random) can miss its target by up to 30 metres, which is the difference between hitting a Hamas headquarters and an apartment crowded with civilians, according to the American intelligence assessment, meaning that it did not take into account the principle of distinction here, while Israel claims to take precautionary measures to avoid harm to civilians. At the time of writing, the number of victims of the aggression reached 35,709 martyrs and 79,990 injured since October 7. The UN Children’s Fund (UNICEF) had stated that Gaza is currently considered the most dangerous place in the world for children, at a time when Israel announced its aforementioned goals of destroying during this period, Israel

¹ Milanovic, 2023, Ibid.

² Palestinian Human Rights Organizations Council, 2023, Israel’s Military Offensive on the Gaza Strip Breaches Law on the Use of Force on Self Defence Ad Bellum and is a Continuing Act of Aggression (position paper)

did not provide an explanation of the number of their members it killed. The Israeli army's numbers were devoid of details, and there were no reliable figures for the ratio of civilians to the fighters killed in Gaza.¹

This brings us back to the principle of proportionality in terms of quantity and teleological, and it can be concluded here that the declared goal is to eliminate the Hamas movement, but the aforementioned measures that Israel classifies as the right of self-defense are not teleologically proportional to this goal, as they violate the duty to protect the population under its control, and the actions Aggression that violates Article 51, international humanitarian laws, the four Geneva Conventions, and all international laws that govern its actions, seeking collective punishment of the Palestinian people and forcing them to leave their land by making it uninhabitable, with the aim of colonizing more Palestinian lands.²

According to the other concept of proportionality, based on the principle of an eye for an eye, the response in the case of self-defense is proportional as long as it is very similar to the effects and size of the attack, but Israel in all military operations, especially the last operation, killed more than eight times the number of Israelis who were killed on October 7. As for the goal of returning the hostages, despite all the military force that Israel has already used, the hostages are still being held by Hamas, they were also killed or injured by Israeli bombing, so Israel cannot argue that a military campaign is still necessary to recover the hostages after 460 days of military operation, which is still ongoing.³

Israel blatantly targeted densely populated civilian areas, hospitals, schools, and refugee camps, without any declaration of sufficient justification for military necessity, and there cannot be any justification under international law for targeting a civilian hospital. All of these practices could fall under international law under crimes against humanity and the crime of genocide. Which was proven by the ICJ in the case brought against Israel by South Africa, and forced displacement, but it can never fall under the right to self-defense and its principles of necessity, distinction and proportionality, as in all Israeli military operations on Gaza, especially the military operation of 2023/2024, which is still continuing. Israel directly targeted hospitals, ambulances, and residential areas, making them unusable, and directly targeted Al-Shifa Hospital, the largest medical facility in Gaza, with an R9X Hellfire⁴ missile, despite knowing that it shelters more than 7,000 displaced civilians. All of these practices and procedures are nothing but excessive use of force and unnecessary and exceeds the limits of necessity and proportionality compared to what Israel claimed was an armed attack on October 7th, compared to the declared objectives of the military operations.⁵

It is worth noting that even if Article 51 of the UN Charter is applied, which Israel claims to implement, the state must in this case inform the Security Council of the measures taken until it intervenes, which is what Israel did not do in most of the previous military operations in Gaza, including the last operation After October 7th.

¹ Thomas, 20/12/2023, srael Gaza: What Gaza's death toll says about the war

² Palestinian Human Rights Organizations Council, 2023, Ibid

³ Milanovic, 2023, Ibid.

⁴ The R9X, also known as the "Ninja Bomb", was developed under the Obama administration of the United States. It is a missile that lacks an explosive charge and is equipped with six blades that deploy before impact. They tear apart their target without any explosive effect (Le Monde, 2022)

⁵ Palestinian Human Rights Organizations Council, 2023, Ibid

Self-defense against a non-state actor in occupied territory

The ICJ's advisory opinion on the Apartheid wall includes a paragraph stating that self-defense does not apply in cases of occupation, for example: the case of territory occupied by Russia in Ukraine, and a group of revolutionaries organized an attack on the Russian armed forces. The right to self-defense simply does not apply here, nor the jus ad bellum, because the already clear position is that Russia has already violated Article 2/4, but in the event that the rebels, without the intervention of Ukraine, launch an attack on Russian forces, but in territory not occupied by Russia, and then after the end of their operations return to their territory, in In this case, it must be determined whether or not they acted on behalf of Ukraine as a non-state actor. If they were so in this case, and they were outside the occupied borders, then they constitute either armed attacks or border incidents. If they are proven to be armed attacks, then Russia's actual presence in Ukraine illegally does not constitute an armed attack against Russia, and in this case Russia only has the right to defend itself therein.¹

Let us compare this situation with what happened on October 7th, considering that Gaza is still occupied by Israel, and the case of Hamas fighters entering the settlements around Gaza, and leaving the Gaza borders, is the only case that calls for Israel to have the right to self-defense only if Hamas' actions represent actions on behalf of the Palestinian government, not as a non-state actor that carried out the alleged attack, and as an entity under occupation. Even if Israel categorizes their actions as armed attacks and hostile acts, this does not allow Israel to violate international humanitarian law when it allegedly defends itself.

No self-defense against self-defense

An aggressive occupation is considered illegal from the beginning if it begins after a prohibited use of force that amounts to aggression. Even if it is a legal occupation, it turns into an illegal occupation after its use of force in self-defense in a way that violates international and humanitarian principles and standards in an unnecessary and disproportionate manner. Israel had violated the two principles from the beginning in the 1967 war by acting under the framework of preventive self-defense by using force to prevent a potential threat from Arab forces, a principle that is not recognized as a justification for the use of force in international law, and the military occupation of the West Bank and Gaza Strip has continued since then. The illegal use of force is an act of aggression and illegal from the beginning. Even if Israel uses the pretext of preventive self-defense, or if it is allowed at all, it is an incorrect pretext for Israel because its continued occupation of the West Bank and Gaza is an illegal act, and the nature of what it is doing on the ground is the reality to prevent any threat from emerging to prevent the establishment of an independent Palestinian state out of public concern towards this state.² It is an invalid basis for occupation By self-defense, and by implementing it, Israel violates the Palestinian right to self-determination, which gives the Palestinian people themselves the right to self-defense, according to the justifications and reasons that give this right. The aggression against the Gaza Strip is considered an extension of the illegal use of force against the Palestinian territories since 1967, prolongs an aggressive occupation that must be ended, which is another issue.

¹ Milanovic, 2023, Ibid.

² Milanovic, 2023, Ibid.

The UN has also repeatedly affirmed the right of the Palestinian people to self-determination in no less than 267 resolutions and documents issued by the UN since 1970. The General Assembly has also affirmed the right to self-determination, freedom and independence for all peoples under colonial and racist regimes or other forms of foreign domination. These peoples have the right to struggle to achieve this, including armed struggle.¹

Conclusion (Results and recommendations)

There is no doubt about the right of states to defend themselves and protect themselves and their citizens as a natural duty of the government of any state from any danger or attack. Article 51 of the UN Charter came to regulate this right and set conditions, controls and acceptable justifications for its implementation and the use of force when implementing it. The state can implement this right and invoke it in its practices when it is subjected to an armed attack by another international party that has violated Article 2/4 of the Charter. Article 51 in this case acts as the only exception to the Charter's Article 2/4, provided that force and its application in this right be the last resort, and that there are no other options and alternatives to repel the attack, with the aim of preventing and repelling the attack, and not taking revenge on the aggressor, The state must notify the Security Council of the measures taken and stop them immediately upon the intervention of the Security Council. The aggression must be a violation of the basic rights of the state, and be characterized by a military nature, and the intent is the defense measures taken must comply with the objectives of defense and repelling the attack only and not with goals beyond that, as well as compliance with the most important principles in defense measures, which are: proportionality, which prohibits excessive use of force, limits damage to civilians and infrastructure, and that the response be proportional and reasonable to the attack occurring, and commensurate with the stated goal of self-defense, necessity, which means that the action used and the use of force is necessary, and absolute certainty that the conflict cannot be resolved by other means, with evidence proving that, while the principle of distinction stipulates the necessity of distinguishing between civilians and combatants in armed conflicts, as well as the need to distinguish between what is classified as an armed attack within the meaning of Article 51, and what does not apply to the right to self-defense and is not classified as an armed attack and does not violate Article 2/4, such as non-state actors who are not protected by Article 2/4, and therefore do not apply the exception in Article 51.

As for the cases of Israeli military operations in the Gaza Strip, Israel has set its declared goals, the most important of which is the elimination of the Hamas movement in the Gaza Strip, and disarming it under the pretext of fighting terrorism and the right to self-defense under Article 51, until it becomes clear to the researcher that Israel's invoking this article is an invalid pretext, considering that the Gaza Strip as an area still under Israel's control and occupation. Article 51 does not apply to internal threats. Hamas, which Israel claims to be defending itself against, is a liberation movement and a non-governmental group. It is classified as a non-state actor and is not committed to or protected by Articles 51 and 2/4 of the UN Charter, the exception does not apply unless the ban applies, and Israel also did not prove the necessity of resorting to force and military operations and the absence of other

¹. Palestinian Human Rights Organizations Council, 2023, Ibid

alternatives, so Israel could have dealt in good faith with the negotiations if their goal was actually its claim to stop Palestinian violence or to comply with a Security Council resolution 242, that is, evidence of the existence of other alternatives to the force used. Moreover, even if Israel's pretext for self-defense under Article 51 was valid, the self-defense measures had already been taken by Israel through the Iron Dome system deployed on its territory, and all of Israel's operations and practices were its justifications are not compatible with the principles of proportionality, necessity and distinction by comparing the civilian damage in the Gaza Strip in all operations with the damage in Israel, and its excessive, unjustified and indiscriminate use of force, the types of weapons used, and its deliberate targeting of hospitals, schools, UN institutions and other civilian institutions, and this is a clear violation of the principles of proportionality, distinction and necessity, and international humanitarian law, and the four Geneva Conventions, and the most important point was that there is no self-defense against self-defense, so Gaza is considered a territory that is still under long-term and illegal occupation, and the Israeli goals went beyond eliminating the Hamas movement, but rather Israel violated the right to self-determination. This gives the Palestinian people the right to self-defense and struggle, including armed struggle. There are also circumstances of the existence of a crime of genocide being committed in Gaza based on the lawsuit filed by South Africa in the International Court of Justice and the court's lawsuit to impose precautionary measures pending an investigation into the circumstances of the crime, which means that the military operations in the Gaza Strip may rise to the level of genocide if the charge is proven and may not represent of the right to self-defense.

Recommendations

At the end of the research, the researcher recommends the following:

1. An actual and accurate definition by the UN of international practices recognized as a right of self-defense in international law
2. Deepening studies into the decisions of the ICJ and its advisory opinion on the practices of the Israeli occupation to prove Israeli violations of international law on its territory and the extent of their impact on the right to self-defense
3. Study the positions of the UN, other international organizations, Arab and Western countries, and jurists regarding the practices of the Israeli occupation in Gaza
4. Reviewing the impact of the political situation in the Palestinian issue on Israel's interpretation of the right to self-defense

Conflict of interest statement:

All authors declare that they have no conflicts of interest.

References

Legal references

General Assembly Resolutions 2708 of 1970, 2652 of 1970, and 3295 of 1974

UN Charter

Books

1. Bloomsbury Academic. (2003). *Colonialism: An International Social, Cultural, and Political Encyclopedia*. Edition 3. London

Scientific researches and Journals

1. Al-Tamimi, S. (2021). "Legitimate defense in light of contemporary international practices". Unpublished Master theis. Faculty of law. Qatar university. Doha. Qatar
2. Bakircioglu, O. (2009). *The Right to Self-Defence in National and International Law: The Role of the Imminence Requirement*. Indiana International and Comparative Law Review. Vol.19: 1-49
3. Hendrson, C. (2018). "Israeli military operations against Gaza: Operation Cast Lead (2008-2009), Operation Pillar of Defense (2012) and Operation Protective Edge (2014)". Unpublished study. University of Sussex. Brighton. England
4. Irish Center for Human Rights. (2023). "legality of the Israeli occupation of the Occupied Palestinian Territory, including East Jerusalem". United Nations General Assembly Committee on the Exercise of the Rights of the Palestinian People. University of Gal way. Ireland
5. Khatir, T. (2021). "The Historical Origin & Legal Dimensionsof the Article (51) of the Charter of the United NationsA Rooting Study of the Right of International Self-defence". urnal of International Law for Research Studies. Vol. 8: 165-185
6. Lachhapelle, M. (2011). "The shadow of self-defense: Israel unjust war in Lebanon". Unpublished study. Canadian forces college. Toronto, Ontario.Canada
7. Lazar, S. (2012). "Necessity in Self-Defense". Wiley Periodicals, Inc. Philosophy & Public Affairs. Vol. 40. No. 1: 4-44
8. O'Meara, C.; (2018). "Necessity and Proportionality and the Right of Self-Defence in International Law". Unpublished PHD thesis. Faculty of laws. University College London. London. UK
9. Palestinian Human Rights Organizations Council. (2023). "Israel's Military Offensive on the Gaza Strip Breaches Law on the Use of Force on SelfDefence Ad Bellum and is a Continuing Act of Aggression". Position paper. Palestine
10. Ranter, S. (2013). "Self-Defense Against Terrorists: The Meaning of Armed Attack". Counter-terrorism Strategies in a Fragmented International Legal Order : Meeting the Challenges, edited by N. Schrijver and L. van den Herik, 334-55. Cambridge: Cambridge University Press, 2013
11. Upienece, V. (2018). "Conditions for the lawful exercise of the right of self-defence in international law". SHS Web of Conferences 40(1):1-8
12. Zimmermann, A. (2007). "The second Lebanon war: Jus ad bellum, jus in bello and the issue of proportionality". Max Planck yearbook of United Nations law. Vol. 11: 99-141

Websites

1. Abu Alula, A. (25/1/2024). 110 days of raging war on Gaza. Has Israel achieved its goals?. Retrieved from:

- <https://www.aljazeera.net/news/2024/1/25/%D8%A3%D9%87%D8%AF%D8%A7%D9%81>. (on: 3/5/2024)
2. Akande, D. (22/8/2014). Is Israel's Use of Force in Gaza Covered by the Jus Ad Bellum?. Retrieved from: <https://www.ejiltalk.org/is-israels-use-of-force-in-gaza-covered-by-the-jus-ad-bellum/>. On: (25/5/2023)
3. Al-Jazeera. (11/10/2023). Israel's most prominent wars on the Gaza Strip. Retrieved from: <https://tinyurl.com/38uv83wf>. On: (1/5/2024)
4. Al-Jazeera. (28/1/2024). The right of self-defense. Its concept and conditions in international law. Retrieved from: <https://tinyurl.com/23bz7z7w>. On: (2/5/2024)
5. Haque, A. (14/11/2023). Proportionality in Self-Defense: A Brief Reply. Retrieved from: <https://www.justsecurity.org/90118/proportionality-in-self-defense-a-brief-reply/>. On: (20/5/2024)
6. Haque, A. (24/6/2020). The United Nations Charter at 75: Between Force and Self-Defense — Part One. Retrieved from: <https://www.justsecurity.org/70985/the-united-nations-charter-at-75-between-force-and-self-defense-part-one/>. On: (22/5/2024)
7. International Humanitarian Law Database, ICRC. (N.D). The Principle of Distinction between Civilians and Combatants. Retrieved from: <https://ihl-databases.icrc.org/en/customary-ihl/v1/rule1>. On: (13/5/2023)
8. LeMonde. (3/8/2023). Ayman al-Zawahiri's death: What is the Hellfire R9X missile that the Americans purportedly used?. Retrieved from: https://www.lemonde.fr/en/international/article/2022/08/03/ayman-al-zawahiri-s-death-what-is-the-hellfire-r9x-missile-that-the-americans-purportedly-used_5992310_4.html. On: (15/5/2024)
9. Milanovic, M. (14/11/2023). Does Israel Have the Right to Defend Itself?. Retrieved from: <https://www.ejiltalk.org/does-israel-have-the-right-to-defend-itself/>. On: (22/5/2024)
10. O'Connell, M. (28/10/2023). The Lessons of 9/11 for October 7. Retrieved from: <https://www.ejiltalk.org/the-lessons-of-9-11-for-october-7/>. On: (22/5/2024)
11. Purhit, K. (17/11/2023). Does Israel have the right to self-defence in Gaza?. Retrieved from: <https://www.aljazeera.com/news/2023/11/17/does-israel-have-the-right-to-self-defence-in-gaza>. on: (25/5/2024)
12. Salama, A. (8/10/2019). The charter of the United Nations stipulates the right of the state victim of aggression to confront it by force. Retrieved from: https://araa.sa/index.php?option=com_content&view=article&id=4803&catid=4244&Itemid=172. On:(21/5/2024)
13. Sky news Arabia. (27/10/2023). Strategic objectives. This is what Israel wants in Gaza after the war. Retrieved from: <https://tinyurl.com/4y7rfr2>. On: (3/5/2024)
14. Thomas, M. (20/12/2023). Israel Gaza: What Gaza's death toll says about the war. Retrieved from: <https://www.bbc.com/news/world-middle-east-67764664>. On: (22/5/2024)