



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

مجلة علمية دولية محكمة
تصدر عن
الكلية العصرية الجامعية

المجلد (١)، العدد (2)، لعام ٢٠٢٣

E-ISSN:2958-9967 P-ISSN:2958-9959

رام الله، فلسطين

2023

المجلة العصرية للدراسات القانونية

المجلة (1)، العدد (2)، لعام 2023

ISSN (Print): 2958-9959

ISSN (Online): 2958-9959

رام الله – فلسطين

صندوق بريد: 1069

هاتف: +970 562900004

+970 2 2967021/2/3/4

فاكس: +970 2 2967025

بريد الكتروني: legaljournal@muc.edu.ps

www.muc.edu.ps

الآراء الواردة في هذه المجلة لا تعبر بالضرورة عن رأي الكلية العصرية الجامعية وإنما عن آراء الباحثين.

© جميع الحقوق محفوظة

لا يسمح بإعادة طبع أو نسخ أي جزء من هذه المجلة دون إذن خطي من إدارة الكلية العصرية الجامعية.

هيئة التحرير

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

أ.د. سهيل الفتلاوي / دكتوراة قانون دولي

العراق

أ.د. مسعودي هشام / دكتوراة قانون عام

الجزائر

د. عبد الرحيم طه، دكتوراة قانون عام / قانون إداري، 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: د. بشار محمد فران / دكتوراة لغة انجليزية - لغويات ، جامعة بانونيا،
بودابست، هنغاريا (المجر)

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

فهرس المحتويات			
رقم	المحتوى	الصفحة	
أ	هيئة التحرير	أعضاء هيئة التحرير	1
ب	كلمة الكلية العصرية الجامعية	رئيسة قسم القانون: أ. جيهان الشيوخى	3
ج	كلمة العدد	رئيسة تحرير المجلة: د. مجد نعمان عبدالله	4
رقم	عنوان البحث	اسم المؤلف/ة	الصفحة
1	آثار انضمام فلسطين لاتفاقية سيداو بدون تحفظات على حقوق المرأة الفلسطينية	بروفيسور غزلان فليج، جامعة تلمسان، (جمهورية الجزائر).	43-6
2	النخبة السياسية المحلية في المغرب، فترة ما قبل وبعد الاستقلال (دراسة في الطبيعة والوظائف)	د. عفيفة بلعيد، استاذة القانون العام والعلوم السياسية، كلية العلوم القانونية والاقتصادية والاجتماعية -مراكش. جامعة القاضي عياض (المملكة المغربية).	72-45
3	سلطة الادارة في الاستبعاد والحرمان في التشريع الفلسطيني	د. عبد الرحيم طه، دكتورة قانون عام/ اداري، عضو هيئة تدريسية في الكلية العصرية الجامعية، (فلسطين).	94-74
4	التبليغ الإلكتروني وحجته في التشريع الفلسطيني	أ. أحمد إبراهيم القاضي، عضو هيئة تدريس الكلية العصرية الجامعية، (فلسطين).	119-96
5	آثار عقد المفاوضة في القانون اليمني (دراسة تأصيلية مقارنة)	د. هاشم علوي عبدالله مقبيل، أستاذ القانون العام بكلية الشريعة والقانون، جامعة الأحقاف (الجمهورية اليمنية).	151-121
6	التنظيم القانوني لأعمال التسويق الإلكتروني (دراسة مقارنة)	أ. هيثم عماد ارحيم، ماجستير القانون التجاري وتكنولوجيا المعلومات، جامعة غزة، (فلسطين).	172-153
7	الرهن التأميني الوارد على العقارات المعطن فيها اعمال التسوية	أ. هناء حسام نبهان سمحان، ماجستير قانون خاص، الكلية العصرية الجامعية، (فلسطين).	209-174
8	التحقيق أمام المحكمة الجنائية الدولية	أ. معاذ خالد عبدالعال، باحث دكتوراه في القانون العام، جامعة سوسة (الجمهورية التونسية).	243-211
9	آليات التصدي للجريمة الرقمية في التشريع الجزائري	د. درار عبد الهادي، جامعة أبو بكر بلقايد - تلمسان، (جمهورية الجزائر).	467-245
10	التنظيم القانوني لعقود البناء والتصاميم (دراسة في التشريع الجزائري)	1- د. لحرش دنيا زاد، جامعة الجزائر، 2- د. العربي فريدة، جامعة علي لونيبي، (جمهورية الجزائر).	289-269
11	الوضع القانوني لأموال الغائبين في الأراضي المحتلة عام 1948م	أ. عايدة فوزي عبد الله شحادة، ماجستير قانون خاص، عضو هيئة تدريس في الكلية العصرية الجامعية، رام الله، (فلسطين).	309-291
12	جريمة التهرب الضريبي في فلسطين	1- د. ميرفت محمد حبايية، دكتورة قانون عام، 2- أ. ضرار أحمد عبادي، ماجستير قانون عام، (فلسطين).	333-311
13	ضمانات المسؤولية المدنية لجبر الضرر البيئي	1- د. منال بوروح، دكتورة في القانون، كلية الحقوق جامعة الجزائر. 2- د. رضا هدا، دكتورة في القانون، كلية الحقوق جامعة الجزائر. (جمهورية الجزائر).	361-335
14	لجان الاستماع البرلمانية ما بين السرية والعننية	د. حامد عبد الهادي أبو سمرة، دكتورة في القانون العام، غزة، (فلسطين).	386-363
15	السندات العرفية ومدى حجتيهما في الإثبات	د. عبد المعطي محمد عبد المعطي الأغا، الجامعة الإسلامية - غزة - (فلسطين).	411-388

إضافتنا النوعية

تتحقق في كل عدد جديد

بصدور العدد الثاني من المجلة العصرية للدراسات القانونية، نكون قد خطونا خطوة متقدمة أخرى على طريق الإنتاج البحثي المحكم في القانون داعمين ومعرزين مسيرة البحث العلمي في بلادنا، بل وفي وطننا العربي الكبير، انطلاقاً من قناعتنا الراسخة بأن الانفتاح على الدول العربية الشقيقة بحثياً وعلمياً، يقوي التكامل بين فلسطين وعمقها العربي التي هي جزء لا يتجزأ منه.

ولأن لا حضارة ولا تقدم بمعزل عن شرط سيادة القانون الذي يشكل البيئة الآمنة للتطور العام للمجتمعات الإنسانية، فإن ضعفه أو غيابه هو استدعاء للفوضى، وهذا ما يفسر حرص العصرية الجامعية على إصدار مجلتنا القانونية المحكّمة لتكون منبراً لكل الأقلام والعقول والخبرات البحثية فلسطينياً وعربياً وعالمياً، لنشر البحوث والدراسات القانونية المحكّمة التي من شأنها تعميم ثقافة قانونية بأبعادها وتجلياتها المختلفة تسهم في رفع شأن بلادنا وأمتنا العربية.

أجد في العدد الثاني من مجلتنا مناسبة لأشكر كل من شارك وتفاعل ودعم، مع الإشارة إلى أن ما تلقيناه من آراء وتقييمات مشجعة بعد صدور العدد الأول لا سيما من ذوي الاختصاص، يؤكد أننا نسير في الاتجاه الصحيح. وكعادتنا في العصرية الجامعية فإن الإنجاز الجديد يزيدنا ثقة بالنفس، لكنه في المقابل يحفزنا للمزيد، وصولاً إلى تحقيق الأهداف التي وضعناها كاملة، لأننا نسعى إلى مجلة قانونية محكّمة فلسطينياً وعربياً ودولياً، حيث كان المجلد الأول خير دليل على ذلك.

أ. جيهان الشيوخي

رئيسة قسم القانون

كلمة العدد

نُطّل عليكم بالعدد الثاني ملتزمين بالوعد لتحقيق المزيد من التّميّز، فقد تم إضافة المجلة العصرية للدراسات القانونية ضِمنَ قوائم الرقم التسلسلي القياسي الدولي "ISSN" بنسختها الإلكترونية (9967-2958) والمطبوعة (2958-9959).

وسعيّاً منا في رئاسة تحرير المجلة العصرية للدراسات القانونية للاستمرار في تميّز المجلة على المستويين العلمي والاكاديمي، فقد بدأنا بالسعي لإدراج المجلة ضِمنَ قوائم مُعرّف الغرض الرقمي DOI وذلك لكل عدد، ولكل بحث بشكل منفرد، بحيث يستفيد الباحثون من ذلك في رفع المستوى التقييمي للمجلة وللأبحاث على حدٍ سواء. مما يُسهّل على الباحثين والقراء إجراء عملية التوثيق العلمي للأبحاث المنشورة ضِمنَ أعداد المجلة القادمة.

انطلاقاً من ذلك، نجحنا في هذا العدد باستقطاب أبحاث قانونية نوعية ومتنوعة، ليضاف هذا التّميّز الى ما تحقّق في العدد الاول، كما وسنفتح المجال لإستقبال أبحاث قانونية باللغة الإنجليزية في الأجل القريب. وكم غمرتنا السعادة بإنتشار العدد الأول في معرض أبو ظبي الدولي للكتاب، ساعين لتكون أعداد المجلة في كافة معارض الكتب الإقليمية والدولية، وتلك كانت البداية، أما القادم فنعدّ بأن يكون بما يليق بثقتكم التي نُجلّها.

د. مجد نعمان عبدالله

رئيسة تحرير المجلة

**آثار انضمام فلسطين لاتفاقية سيداو بدون تحفظات
على حقوق المرأة الفلسطينية**

**The effects of Palestine's joining to the CEDAW
Convention without reservations on the rights of
Palestinian women**

بروفيسور غزلان فليج

جامعة تلمسان، (جمهورية الجزائر).

آثار انضمام فلسطين لاتفاقية سيداو بدون تحفظات على حقوق المرأة الفلسطينية

The effects of Palestine's joining to the CEDAW Convention without reservations on the rights of Palestinian women

بروفيسور غزلان فليج

جامعة تلمسان (جمهورية الجزائر)

felidjghizlene@yahoo.fr

DOI: <https://doi.org/10.70411/MJLS.1.2.202320>

ملخص:

تعتبر اتفاقية القضاء على كافة أشكال التمييز ضد المرأة (سيداو) (CEDAW) أهم وثيقة عالمية لحقوق المرأة تتضمن القضاء على جميع أشكال التمييز ضدها، وفي كافة المجالات المدنية والسياسية والاقتصادية والثقافية، وقد صادقت عليها العديد من الدول، لكن مع إبداء تحفظات على بعض بنودها لتعارضها مع سياستها أو مع الدين الذي تتبعه. وبالنسبة لفلسطين، ومع أنها أقرت في قانونها الأساسي بأنها تتبع الدين الإسلامي ولا تخالفه، إلا أنها انضمت للاتفاقية دون إبداء أي تحفظ على بنودها، مما سيعطل تنفيذها نظرا لمخالفتها لأغلب القوانين الداخلية لاسيما قانون الأحوال الشخصية الذي يستمد نصوصه من الشريعة الإسلامية. إن عدم التحفظ على بعض نصوص الاتفاقية سينعكس سلبا على المرأة الفلسطينية، فالتعارض بين القانون الداخلي والاتفاقية ينعكس سلبا على تمتع المرأة بحقوقها التي أقرتها لها الاتفاقية. **الكلمات المفتاحية:** اتفاقية سيداو، التحفظ، الحقوق، المرأة الفلسطينية

Abstract:

CEDAW is considered the most important global document on women's rights that includes the elimination of all forms of discrimination against women, in all civil, political, economic and cultural fields, and has been ratified by many countries, but with reservations on some of its provisions that are in conflict with the countries' policy or religion.

As for Palestine, although it has recognized in its Basic Law that it follows and does not violate Islamic religion, it has joined the Convention without making any reservation to its provisions, which will disrupt its implementation because it is in violation of most of domestic laws, particularly the Personal Status Law, the provisions of which are derived from Islamic law.

The fact that some provisions of the Convention were not reserved would be negatively reflected on Palestinian women. The conflict between domestic law and the Convention is adversely affecting women's enjoyment of their rights as recognized by the Convention.

Keywords: The CEDAW Convention, reservation, rights, Palestinian women

مقدمة:

تعتبر اتفاقية القضاء على كافة أشكال التمييز ضد المرأة CEDAW في جوهرها إعلاناً عالمياً خاصاً بحقوق المرأة، بحيث تعتبر بأن المرأة تحتاج للمزيد من الضمانات للتمتع بحقوقها التي أقرتها لها باقي المواثيق الدولية الخاصة بحقوق الإنسان، لهذا فقد قامت بتبني برنامج من الإجراءات التي يتعين على الدول إتباعه من أجل تحقيق المساواة بين الرجل والمرأة بمجرد المصادقة على الاتفاقية، للقضاء على التمييز ضد المرأة في كافة المجالات المدنية والسياسية والاقتصادية والثقافية.

ومن أجل دعم وترقية حقوق الإنسان صادقت فلسطين على معظم الاتفاقيات المتعلقة بحقوق الإنسان التي اعتمدها الأمم المتحدة، كان آخرها مصادقتها على اتفاقية سيداو في يوليو 2018، إلا أنه وعلى عكس كل الدول الإسلامية التي صادقت على الاتفاقية، فإن فلسطين لم تبد أي تحفظ على أي بند من بنودها على الرغم من أنها تخالف من جهة أحكام الشريعة الإسلامية لاسيما في مجال الأحوال الشخصية، ومن جهة أخرى قد تتعارض مع طبيعة المجتمع الفلسطيني المحافظ.

إن لانضمام فلسطين على اتفاقية سيداو آثار مباشرة على حقوق المرأة الفلسطينية بعضها إيجابي، حيث ستمكن المرأة الفلسطينية أخيراً من التمتع بالمساواة وعدم التمييز لاسيما في مجال التعليم والعمل والصحة والحياة السياسية، وهو ما سيضمن لها التمكين الذي لطالما سعت إليه.

إلا أنه وفي نفس الوقت قد تنعكس اتفاقية سيداو سلباً على حقوق المرأة الفلسطينية خاصة في المجال الأسري، فمساواتها مع الرجل على الصعيد الأسري من حيث سن الزواج والميراث والإنفاق، يضعها في نفس الرتبة مع الرجل مما قد يخلق لها مشاكل أسرية عديدة، كما أنه يتعارض مع المبادئ الأساسية للشريعة الإسلامية التي تعطي القوامة للرجل تكريماً للمرأة وصيانة لكرامتها.

كما أن تغيير وتعديل النمط الاجتماعي للمرأة كما تدعو إليه المادة 5 من الاتفاقية لا يتماشى مع طبيعة المجتمع الفلسطيني، والذي غالباً ما تتفرغ فيه المرأة لتربية أطفالها ورعاية أسرته، في ظل غياب الزوج الشهيد أو الأسير أو الذي يعمل طول النهار لتلبية حاجات أسرته.

أهمية البحث: تكمن أهمية البحث في أنه يسلط الضوء على مسألة في غاية الأهمية، وهي تداعيات انضمام دولة فلسطين إلى اتفاقية سيداو دون تحفظ على حقوق المرأة الفلسطينية، لاسيما وأن تنفيذ الاتفاقية كما تمت المصادقة عليها سيصطدم بمجتمع لا يقبل بموجب خلفياته الدينية والاجتماعية بأغلب بنودها.

أهداف البحث: يهدف هذا البحث إلى دراسة آثار انضمام دولة فلسطين إلى اتفاقية سيداو على حقوق المرأة الفلسطينية، لاسيما وأنها لم تحتفظ على أي من بنود هذه الاتفاقية، مما سيجعل من تنفيذها عبئاً كبيراً على دولة المصدر الأساسي للقوانين فيها مستمد من أحكام الشريعة الإسلامية.

إشكالية البحث: من خلال هذا البحث حاولنا الإجابة على الإشكالية التالية ما هي آثار انضمام فلسطين لاتفاقية سيداو بدون تحفظات على حقوق المرأة الفلسطينية؟

منهجية البحث: لقد استدعت منا هذه الدراسة الاعتماد على عدد من المناهج، على رأسها المنهج التحليلي حيث تطالب منا الدراسة تحليل كل من مركز المرأة داخل المجتمع الفلسطيني، ونصوص اتفاقية سيداو لنستخلص مدى قدرة الاتفاقية على مواكبة القانون الفلسطيني في هذا المجال، كما اعتمدنا على المنهج التاريخي في مجال سردنا للمحطات التاريخية للموضوع محل الدراسة، كما استخدمنا منهج دراسة حالة الذي من مكننا من جمع المعلومات حول وضع المرأة الفلسطينية، ومدى تأثيرها باتفاقية سيداو في حالة دخولها حيز التنفيذ في فلسطين.

أسئلة البحث: يثير هذا البحث جملة من الأسئلة نجملها فيما يلي:

1. لماذا انضمت فلسطين لاتفاقية سيداو؟
 2. هل سعت دولة فلسطين من خلال الانضمام لاتفاقية سيداو تعزيز حقوق المرأة الفلسطينية؟
 3. ما هي التبعات القانونية للانضمام فلسطين لاتفاقية سيداو على المجتمع الفلسطيني؟
- حدود البحث:** لقد حاولنا من خلال هذا البحث الالتزام بالحدود التالية:
- الحدود الموضوعية: يقتصر هذا البحث على دراسة مدى تأثير انضمام دولة فلسطين لاتفاقية سيداو على حقوق المرأة الفلسطينية.
 - الحدود المكانية: سوف يقتصر تطبيق الدراسة على دولة فلسطين.
 - الحدود البشرية: سوف يقتصر تطبيق الدراسة على المرأة الفلسطينية التي تعيش ضمن حدود الضفة الغربية، والتي تخضع للتشريعات الفلسطينية.
 - الحدود الزمنية: ستطبق الدراسة لما بعد انضمام فلسطين لاتفاقية سيداو، أي ما بعد سنة 2014.
- مصطلحات البحث:** اتفاقية سيداو - التحفظ - الحقوق - المرأة الفلسطينية.

وعليه، ومن خلال مداخلتنا سوف نسلط الضوء على الأبعاد القانونية لانضمام فلسطين لاتفاقية سيداو - دون تحفظ - (المبحث الأول) ، ثم نتعرض لتداعيات تطبيق اتفاقية سيداو على مركز المرأة الفلسطينية (المبحث الثاني).

المبحث الأول: الأبعاد القانونية لانضمام فلسطين -بدون تحفظ- إلى اتفاقية سيداو

بتاريخ 8 آذار/مارس 2009 صادق الرئيس الفلسطيني محمود عباس على اتفاقية سيداو، وبعدها تم التوقيع رسمياً على الاتفاقية في الأمم المتحدة في الأول من نيسان (أبريل) 2014 دون أية تحفظات عليها، عكس جميع الدول الإسلامية المصادقة على الاتفاقية، والتي أبدت العديد من التحفظات على بنودها.

وكخطوة أولى على تنفيذ الاتفاقية صدر إعلان رئاسي عام 2018، بتشكيل الفريق الوطني لمناقشة التقرير الأولي لدولة فلسطين الخاص باتفاقية سيداو، وتبعه تحديد سنّ زواج المرأة لأكثر من 18 عاماً، كأول البنود التي تنفذ في سبيل تحقيق مساواة المرأة الفلسطينية مع نظيرها الرجل فيما يتعلق بتوحيد سن الزواج بين الجنسين.

ومع أن انضمام فلسطين إلى اتفاقية سيداو يعد خطوة إيجابية في سبيل تحقيق عدم التمييز ضد المرأة وحصولها على حقوقها، إلا أن عدم تحفظها على بعض بنود الاتفاقية بالرغم من أنها تملك هذا الحق، جعلت من تنفيذها أمراً صعباً بل يكاد يكون مستحيلاً، لتعارض بنود الاتفاقية مع القانون الأساسي الفلسطيني الذي ينص على أنه لا يتعارض مع الدين الإسلامي من جهة، ومن جهة أخرى لكون طبيعة المجتمع الفلسطيني المحافظة ترفض مساواة المرأة مع الرجل.

المطلب الأول: تصديق فلسطين على اتفاقية سيداو

التصديق في القانون الدولي هو التصرف الذي توافق وتقبل من خلاله دولة أو منظمة دولية الالتزام بصورة نهائية بأحكام معاهدة ما وفقاً للإجراءات المحددة قانوناً، وقد عرفته المادة الثانية (02) الفقرة (ب) من اتفاقية فيينا بأنه: "الإجراء الدولي الذي تقرر الدولة بمقتضاه على المستوى الدولي رضاها بالالتزام بالمعاهدة"، كما عرفته المادة الرابعة عشر (14) من اتفاقية فيينا بأنه: "التعبير عن رضا الدولة والارتباط بالمعاهدة"، وتختلف طرق الالتزام بالمعاهدة من دولة إلى أخرى حسب نظام الحكم المتبع في الدولة¹.

وبالنسبة لفلسطين، فقد قامت بالانضمام مباشرة لاتفاقية سيداو، وللانضمام للمعاهدة نفس القوة الملزمة للتصديق، أي يجعل الدولة ملزمة بالاتفاقية دون أن تكون قد وقعت عليها، وعليه، فانضمام دولة

¹ راجع سعاد، الجزائر والقانون الدولي لحقوق الإنسان، رسالة دكتوراه، كلية الحقوق، جامعة تلمسان، 2016-2017، ص

فلسطين لاتفاقية سيداو يعد وسيلة لقبولها، وبمثابة المصادقة عليها، إلا أن ذلك لا يكفي لتسري بنودها على إقليمها، بل يقع عليها واجب تضمين تشريعاتها الداخلية لنصوص الاتفاقية.

الفرع الأول: التصديق كوسيلة لقبول الاتفاقية

يشكل التزام الدول بتنفيذ بنود المعاهدة أحد المبادئ المهمة بموجب قانون المعاهدات، فكل معاهدة دولية لحقوق الإنسان تخلق موجبات ملزمة لابد للدول الأطراف فيها من الوفاء بها، والدول ملزمة بتطبيق المعاهدة وفقاً لروحيتها¹، وتنص المادة 26 من اتفاقية فيينا لقانون المعاهدات (1969) على أن: "كل معاهدة نافذة ملزمة لإطرافها، وعليهم تنفيذها بحسن نية"، كما تنص المادة 27 على أنه: "لا يجوز لطرف في معاهدة أن يحتج بنصوص قانونه الداخلي كمبرر لتقصيره في تنفيذ المعاهدة".

ويدخل ضمن هذه الالتزامات ما يسمى بالالتزامات الإيجابية والسلبية، إذ لابد للدولة من الوفاء بالتزاماتها الإيجابية والسلبية، فهي ملزمة بالامتناع عن المشاركة في أية أعمال أو ممارسات تمييزية (الالتزام سلبي)، أو باتخاذ التدابير اللازمة لتحقيق المساواة الفعلية (الالتزام ايجابي) ونظراً لوجود هذين النوعين من الالتزام، يمكن تحميل الدولة الطرف مسؤولية كل الإجراءات التي تتخذها وعدم تقيدها بأحكام الاتفاقية².

ولقد أصدر الرئيس محمود عباس بمناسبة يوم المرأة العالمي بتاريخ 2009/3/8 مرسوماً رئاسياً بشأن المصادقة على اتفاقية سيداو³، الأمر الذي تم بالفعل بصدور العدد الثمانون من جريدة الوقائع بتاريخ 2009/4/27، والجدير بالذكر أن المصادقة الوطنية على الاتفاقية من قبل الرئيس جاءت آنذاك في الوقت الذي كانت فلسطين لا تستطيع الانضمام إلى الاتفاقية بسبب عدم تمتعها بمركز قانوني دولي كدولة، وبمجرد تمتعها بهذا المركز في عام 2012، وقعت رسمياً على العديد من الاتفاقيات أكثرها تلك المتعلقة بحقوق الإنسان وعلى رأسها اتفاقية سيداو في شهر نيسان عام 2014، تبع ذلك الإعلان الرئاسي عام 2018 الصادر بتوقيع الرئيس الفلسطيني محمود عباس بتشكيل الفريق الوطني لمناقشة التقرير الأولي لدولة فلسطين الخاص باتفاقية سيداو.

¹ تبسي هالة سعيد، حقوق المرأة في ظل اتفاقية القضاء على جميع أشكال التمييز ضد المرأة (سيداو)، الطبعة 1، منشورات الحلبي الحقوقية، سوريا، 2011، ص 86.

² تبسي هالة سعيد، المرجع نفسه، ص 96.

المرسوم رقم (19) لسنة 2009م بشأن المصادقة على اتفاقية القضاء على جميع أشكال التمييز ضد المرأة "سيداو".³

ومن المسلم به عموماً بأن المعاهدات الدولية المتعلقة بحقوق الإنسان تنتمي إلى ما يسميه الفقه بقانون المعاهدات أو المعاهدات الشارعة، بمعنى أنها لا تهدف لتحقيق التوازن بين الحقوق والمزايا التي تعترف بها الدول الأطراف لبعضها البعض، ولكنها ترمي إلى وضع إطار موضوعي مستقل عن المصالح الخاصة للدول الأطراف في المعاهدة¹، وهي تكتسي الطبيعة الآمرة فعلى الدول المصادقة عليها ضمان إنفاذها على أقاليمها.

ويترتب على الطبيعة الآمرة لقواعد حقوق الإنسان عدة نتائج²:

- أنها تسمو على بقية قواعد القانون الدولي، وتلغي تلك التي تتعارض معها.
- يجب على الدول أن تنص على هذه القواعد في قوانينها الأساسية خاصة في دساتيرها، وبذلك تصبح هذه القواعد جزءاً من الكتلة الدستورية لهذه الدول.
- النصوص الدستورية المتعارضة مع قواعد حماية حقوق الإنسان، يجب تعديلها حتى تكون متلائمة مع القواعد الآمرة.
- وعليه فتعتبر اتفاقية سيداو ملزمة لدولة فلسطين بمجرد المصادقة عليها وهي تكتسي الطابع الإلزامي، فعلى الدولة احترام بنودها والسعي لتنفيذها على المستوى الوطني.

الفرع الثاني: واجب تضمين التشريعات الداخلية الفلسطينية لنصوص الاتفاقية

إن الانضمام أو المصادقة على الاتفاقيات الدولية، يقتضي تضمين القوانين الداخلية بالنصوص الدولية المصادق عليها، لاسيما وأن مذهب وحدة القانون يعتبر كلا من قواعد القانون الدولي العام والقانون الداخلي كتلة قانونية لا تتجزأ، فالدولة تتقيد بقواعد القانون الدولي، وهذا القانون يفرض عليها أن توافق في نصوصها القانونية على تلك القواعد، وأن تصدر من التشريعات ما يكفل تنفيذ التزاماتها الدولية³.

¹ محمد سعادي، القانون الدولي للمعاهدات، بعض الملاحظات حول معاهدة فيينا لقانون المعاهدات، دار الجامعة الجديدة، مصر، 2014، ص 181.

² محمد بوسلطان، الرقابة على دستورية المعاهدات في الجزائر، مجلة المجلس الدستوري الجزائري، العدد 01، الجزائر، 2013، ص 54.

³ زيوي خير الدين، إدماج المعاهدات الدولية في النظام القانوني الداخلي الجزائري طبقاً لدستور 1996، مذكرة ماجستير، كلية الحقوق، جامعة الجزائر، 2002-2003، ص 03-04.

إن الحماية الفعالة لحقوق الأفراد تبدأ وتنتهي داخل الدولة نفسها، بتوفير الآليات الوطنية التي تتعلق بصفة أساسية بطبيعة النظام السياسي السائد في الدولة، وبالتالي العمل على توفير الآليات السياسية، القانونية والقضائية التي تكفل هذه الحماية¹.

إلا أن الوضع القانوني في فلسطين المحتلة ليس مستقراً والقواعد القانونية ليست موحدة في كامل إقليم الدولة، مما يعرقل إنفاذ المعاهدات المصادق عليها في التشريعات الداخلية في الدولة.

وفي دولة فلسطين، ينطبق القانون الدولي لحقوق الإنسان والقانون الإنساني الدولي على الضفة الغربية المحتلة بما فيها القدس الشرقية وغزة²، فبموجب اتفاقيات أوسلو لعام 1993 بين منظمة التحرير الفلسطينية وحكومة إسرائيل، أنشئت السلطة الفلسطينية في عام 1994 كسلطة حاكمة معترف بها للضفة الغربية وقطاع غزة.

وقد قسم اتفاق أوسلو الثاني الضفة الغربية إلى ثلاث مناطق إدارية: المنطقة "أ" تخضع أمنياً وإدارياً بالكامل للسلطة الفلسطينية، والمنطقة "ب" تخضع إدارياً للسلطة الفلسطينية وأمنياً لإسرائيل، والمنطقة "ج" تخضع أمنياً وإدارياً بالكامل للسيطرة الإسرائيلية فقط.

إن السيطرة الإسرائيلية على المنطقة "ج" أصبحت مع مرور الوقت أكثر استحكاماً، وأحبط هذا الوضع الجغرافي - السياسي قدرات الحكومة الفلسطينية على إنفاذ قوانينها في المنطقة "ج" وعلى توفير الاحتياجات الماسة من الخدمات العامة، بما فيها خدمات الصحة والتعليم وتوفير الحماية للنساء والفتيات في المجتمعات المعرضة للمخاطر.

إلا أنه وكقاعدة عامة ولتضمن التشريعات الداخلية لنصوص الاتفاقية المصادق عليها يجب مراعاة مبدئين: مبدأ سمو الاتفاقية على التشريع الداخلي، ومبدأ ضرورة نشر الاتفاقية لإدراجها في القانون الداخلي، فهل احترمت فلسطين تعهداتها بعد مصادقتها على اتفاقية سيداو؟

أ. بالنسبة لمبدأ سمو الاتفاقية على التشريع الداخلي:

تخلو المنظومة القانونية الفلسطينية من نصوص تشريعية صريحة ومباشرة ومرجعية قانونية موحدة تعنى بتنظيم علاقة القانون الدولي بالقانون الداخلي بشكل عام، سواء فيما يتعلق بالقانون الدولي العرفي

¹ عبد العزيز طيبي عناني، مدخل إلى الآليات الأممية لترقية وحماية حقوق الإنسان، دار القصة للنشر، الجزائر، 2003، ص 31.

² قرار الجمعية العامة A/RES/72/85 بتاريخ 07 كانون الأول ديسمبر 2017 في دورته 78.

أو بالمعاهدات الدولية، فالقانون الأساسي الفلسطيني المعدل لسنة 2003 لم يحدد آليات توطين القانون الدولي وعلاقته بالقانون الداخلي؛ والسلطة المختصة بإبرام المعاهدات الدولية أو آلية إنفاذها في النظام الداخلي أو القيمة القانونية التي تحتلها فيه¹.

إن الصلاحيات والمسؤوليات التي جرى نقلها للسلطة الوطنية الفلسطينية بموجب اتفاقية أوسلو² لا تشمل العلاقات الدولية وعقد المعاهدات، حيث نصت المادة 9 (فقرة 5) من الاتفاقية الإسرائيلية- الفلسطينية حول الضفة الغربية وقطاع غزة الموقعة في واشنطن في 1995/9/28 على أنه: "...بناءً على إعلان المبادئ لن يكون للمجلس صلاحيات ومسؤوليات في مجال العلاقات الدولية والتي تشمل تأسيس سفارات أو قنصليات أو أي ممثليات أو ملحقيات دبلوماسية أو ممارسة مهام دبلوماسية... وبالرغم من أحكام هذا البند، فبإمكان منظمة التحرير أن تجري في مفاوضات توقع من خلالها اتفاقيات مع دول أو منظمات دولية لمصلحة مجلس الأمن في الأمور التالية: اتفاقيات اقتصادية³...".

كما عكس الانقسام السياسي الفلسطيني منذ عام 2007 سلبيات على أوضاع النساء، مما أدى إلى تراجع قضايا النساء في أولويات الدولة الفلسطينية، فعلى سبيل المثال منذ الانقسام تم إصدار نحو 770 مراسيم وقرارات من قبل رئيس دولة فلسطين وأغلبها غير ذات صلة بحقوق النساء، باستثناء عدد قليل أبقى على مستوى المساواة غير الرسمية، وهذا يؤثر على أن قضايا النساء والفتيات وتوفير الحماية اللازمة لهن لا تتدرج ضمن أولويات والتزامات دولة فلسطين، كما ترك الانقسام أيضاً بصماته في عدم إقرار وتوحيد القوانين ذات الصلة الوثيقة بقضايا النساء وحقوقهن وخاصة قانوني الأحوال الشخصية والعقوبات⁴.

¹ دراسة مقارنة للعلاقة ما بين المعاهدات الدولية والقانون الوطني وآليات توطينها، المركز الفلسطيني لاستقلال المحاماة والقضاء "مساواة"، كانون أول 2014، ص 46.

² تم التوقيع على أوسلو 2 أولاً في طابا في شبه جزيرة سيناء، مصر من قبل إسرائيل ومنظمة التحرير الفلسطينية في 24 سبتمبر 1995، وفي 28 سبتمبر 1995 تم التوقيع من قبل رئيس الوزراء الإسرائيلي إسحاق رابين ورئيس منظمة التحرير الفلسطينية ياسر عرفات وبشهادة الرئيس الأمريكي بيل كلينتون وممثلين عن روسيا، مصر، الأردن، النرويج، والاتحاد الأوروبي في واشنطن.

³ عزيز كايد، الرقابة البرلمانية على المعاهدات التي تبرمها السلطة التنفيذية، سلسلة تقارير قانونية رقم (29)، الهيئة المستقلة لحقوق الإنسان، ديوان المظالم، رام الله، مارس 2002، ص 41.

⁴ الغنيمي زينب، ورقة حقائق حول آليات سيادة القانون والعدالة للنساء، التشريعات والقوانين التي تم سنّها في قطاع غزة والضفة الغربية منذ الانقسام عام 2007 والتعديلات على الورقة، إبريل 2018.

ب. وجوب نشر الاتفاقية لإدراجها في القانون الداخلي:

يعد إجراء النشر وسيلة تمكن الأفراد من العلم بالقواعد القانونية، وهي قرينة قاطعة على العلم بالقانون، ونشر المعاهدة في الجريدة الرسمية يعتبر إجراء جوهري حتى تكتسب المعاهدة قوة القانون، فالنشر يمثل مرحلة أساسية من المراحل التي يتعين القيام بها، فبواسطة الإصدار تكون القوانين الداخلية ملزمة، وعن طريق النشر تصبح نافذة¹.

كما يتطلب استكمال المتطلبات الإجرائية، نشر الاتفاقية في الجريدة حتى يكون التنفيذ بمواجهة الكافة.

ويعد قانون تحديد وتوحيد سن الزواج بين الرجل والمرأة والذي اتخذته دولة فلسطين² الإجراء التشريعي الوحيد الذي اتخذته الدولة في سبيل إنفاذ الاتفاقية في القانون الداخلي، حيث لم تُنشر الاتفاقية في الجريدة الرسمية كما هو مفروض، وهذا يدل على أن المصادقة كانت شكلية وخطوة غير مدروسة، وبذلك لا تعتبر الاتفاقية جزءاً من المنظومة التشريعية الفلسطينية.

المطلب الثاني: التحفظ كآلية لإزالة التعارض بين القانون الداخلي واتفاقية سيداو

لقد وقعت جميع الدول العربية ما عدا السودان والصومال على اتفاقية سيداو، وكانت مصر من أول الدول الموقعة على الاتفاقية عام 1981، فيما كانت فلسطين آخر دولة توقع عليها عام 2014، إلا أن الملاحظ أن معظم الدول العربية قد أبدت تحفظاتها على بعض بنود الاتفاقية، وذلك استناداً إلى تعارضها مع تشريعاتها الوطنية، أو بسبب تعارض بعض موادها مع الشريعة الإسلامية وخاصة المادة رقم 16، وتكاد تكون فلسطين هي الدولة الوحيدة في منطقة الشرق الأوسط وشمال أفريقيا التي وقعت بدون أي تحفظ على جميع البنود بالاتفاقية³.

¹ مصطفى محمد محمود عبد الكريم، حجية المعاهدات الدولية أمام القاضي الجنائي (دراسة مقارنة)، الطبعة الأولى، دار الفكر والقانون للنشر والتوزيع، مصر، 2011، ص 122-123.

² أصدر الرئيس محمود عباس القرار، بتاريخ 2019/11/3، قرار بقانون (21) للعام 2019 معدل للتشريعات الناضمة للأحوال الشخصية بشأن تحديد سن الزواج في دولة فلسطين، الذي نصّ في مادته (2) على: "يشترط في أهلية الزواج أن يكون طرفا عقد القران عاقلين، وأن يتم كل منهما ثمانية عشرة سنة شمسية من عمره".

³ كما أن دولة الاحتلال الإسرائيلي أعربت عن تحفظها على بعض مواد الاتفاقية بينها المادة 16 حينما وقعت على اتفاقية سيداو، بحسب ما أظهرته وثيقة صادرة عن خارجية الاحتلال.

إن التحفظ على بعض بنود الاتفاقية كما فعلت غالبية الدول الإسلامية، كان ليجنب فلسطين الوقوع في مشاكل تعارض القوانين الداخلية - لاسيما قانون الأحوال الشخصية - مع الاتفاقية، وبالتالي كان ليسهل نفاذها وكانت المرأة الفلسطينية لتحظى بحقوق أقل بصفة "مؤكدة" أحسن من القول بأنها تتمتع بكل الحقوق المنصوص عليها في الاتفاقية لكن بصفة "شكالية".

الفرع أول: التحفظ وأثره على اتفاقية سيداو

التحفظ هو وسيلة منفردة تلجأ إليها الدول عند التوقيع أو المصادقة أو الانضمام إلى معاهدة من المعاهدات الدولية، بغية استبعاد الأثر القانوني لبعض أحكام المعاهدة¹، وهو إجراء يهدف إلى تعديل بعض بنود الاتفاقية لتتماشى مع التشريعات الوطنية على ألا يمس جوهرها، وبعبارة أخرى مدى شرعيته يبقى الإجراء الوحيد الذي يضمن للدولة عدم قطع صلاتها بالمجتمع الدولي².

وقد عرفت اتفاقية فيينا لقانون المعاهدات التحفظ في المادة 02 فقرة د بأنه: "إعلان من جانب واحد أيا كانت صيغته أو تسميته تصدره دولة ما عند توقيعها أو تصديقها أو إقرارها أو انضمامها إلى معاهدة، مستهدفة به استبعاد أو تغيير الأثر القانوني لبعض أحكام المعاهدة من حيث سريانها على تلك الدولة.

¹ محمد يوسف علوان، محمد خليل موسى، القانون الدولي لحقوق الإنسان، الجزء الثاني، الطبعة الأولى، دار الثقافة للنشر والتوزيع، الأردن، 2009، ص 38.

² La formulation de réserves par un Etat vise à exclure ou à modifier l'effet juridique de certaines dispositions du traité dans leurs applications à cet Etat, Plus que la légalité qui est évidente, de ce procédé c'est sa légitimité qui pose des problèmes ; le recours à cette procédure aurait pour conséquences de modifier le traité, de porter atteinte à son intégrité, de bouleverser son équilibre, de morceler son régime, Cependant il reste le seul procédé pour en décider de ne pas se couper de la communauté international...

ABDELLAH Benhamou, L'applicabilité de la convention relative aux droit de l'enfant, R.A.S.J.E.P, Faculté de Droit, Université d'Alger, N° :01,2000, p 242.

أما اتفاقية سيداو فقد سمحت للدول التي انضمت أو صادقت على الاتفاقية حق التحفظ بناءً على نص المادة 28 من الاتفاقية¹، بشرط ألا يكون التحفظ منافياً لجوهر الاتفاقية، وعليه فقد أبدت الدول المنضمة تحفظات عدة على هذه الاتفاقية أكثر مما أبدته على أية اتفاقية أخرى من اتفاقيات حقوق الإنسان، وهذا سبب قلقاً لدى لجنة القضاء على التمييز ضد المرأة التي تخوفت من عدد التحفظات وشموليتها، وحثت الدول المنضمة إلى سحبها، ويعود السبب في الدعوة إلى إزالة التحفظات إلى عدم وجود نص داخل الاتفاقية يحدد آلية داخلية لرفض التحفظات التي تناقض جوهر الاتفاقية وغرضها².

ويذهب الدكتور أحمد أبو الوفا في معرض حديثه عن موقف الإسلام من اتفاقية القضاء على جميع أشكال التمييز ضد المرأة إلى أن الكثير من الدول الإسلامية تحفظت على بعض نصوص الاتفاقية المذكورة، استناداً إلى ضرورة عدم تعارضها مع القانون الإسلامي، واعتضت بعض الدول مثل الدنمارك، وفنلندا وألمانيا والنرويج على تلك التحفظات، متذرعين بأنه لا يجوز لدولة أن تتذرع بقوانينها الداخلية لتبرير عدم تنفيذ معاهدة دولية³، وفي موضع آخر يقرر الدكتور أبو الوفاء، أن هذه الاعتراضات لا محل لها لعدة أسباب أهمها⁴:

1. أن من حق الدولة الإسلامية أن تتحفظ احتراماً للشريعة على بعض نصوص الاتفاقية.
2. تحفظت الكثير من الدول منها: استراليا وفرنسا وألمانيا وبلجيكا وإسرائيل على نصوص الاتفاقية، واستناداً إلى قوانينها الداخلية أو إلى دينها.

¹ تنص المادة 28 على : " يتلقى الأمين العام للأمم المتحدة نص التحفظات التي تبديها الدول وقت التصديق أو الانضمام، ويقوم بتعميمها على جميع الدول.

- لا يجوز إبداء أي تحفظ يكون منافياً لموضوع هذه الاتفاقية وغرضها.

- يجوز سحب التحفظات في أي وقت بتوجيه إشعار بهذا المعنى إلى الأمين العام للأمم المتحدة، الذي يقوم عندئذ بإبلاغ جميع الدول به، ويصبح ذلك الإشعار نافذ المفعول اعتباراً من تاريخ تلقيه.

² رشدي شحاتة أبو زيد، اتفاقية القضاء على جميع أشكال التمييز ضد المرأة من المنظور الإسلامي، المرجع السابق، ص 47.

³ أحمد أبو الوفا، الإعلام بقواعد القانون الدولي و العلاقات الدولية في شريعة الإسلام، الجزء 6 ، الطبعة الأولى، دار النهضة العربية، القاهرة، 2006، ص 279.

⁴ أحمد أبو الوفا، المعاهدات الدولية في الشريعة الإسلامية، دار النهضة العربية، الطبعة 1، القاهرة، 1990، ص 87-89.

3. إن الدول الإسلامية ليست ملزمة بالانضمام إلى الاتفاقية المذكورة، وإذا كان لها ذلك فإن لها من باب أولى حق الانضمام إليها مع التحفظ عليها تطبيقاً لقاعدة أن من يملك الأكثر يملك الأقل.

4. أن الاتفاقية تهدف إلى تحقيق أمر خطير هو أن تحقيق المساواة بين الرجل والمرأة يتطلب إحداث تغيير في الدور التقليدي للرجل والمرأة في الأسرة والمجتمع، ولا شك أن ذلك فيه تجاوز لطبيعة كل من الرجل والمرأة، وما استكن في هذه الطبيعة المتغيرة من الكثير من الخصائص والوظائف العضوية والنفسية، وإن تساوى في الإنسانية.

فعلى سبيل المثال تعرضت الجزائر لضغوطات من قبل اللجنة المعنية بالقضاء على جميع أشكال التمييز ضد المرأة وبعض المنظمات غير الحكومية، لإزالة التحفظات التي أبدتها حول الاتفاقية والتي رأت أنها تخالف الشريعة الإسلامية، ولقد كان الهدف الأساسي من وراء هذه الضغوطات هو فرض النموذج الاجتماعي الغربي في كل دول العالم وفرض نمط حضاري موحد لا يراعي العوامل الثقافية والدينية المتباينة بين المجتمعات¹.

لكن قرار المحكمة الدستورية لعام 2018 حول تفسير المادة 10 من القانون الأساسي² كان واضحاً بأن الاتفاقيات الدولية تسمو على القانون الوطني بما يحفظ الهوية الوطنية والدينية والثقافية³.

¹ تشوار الجيلالي، تحفظات الجزائر على بعض بنود الاتفاقيات الدولية المتعلقة بحقوق المرأة الأسرية بين التراجع والتمسك، مجلة العلوم القانونية الاقتصادية والسياسية، جامعة أبو بكر بلقايد، تلمسان، العدد 10، 2010، ص 07.

² حيث تنص المادة 10 من القانون الأساسي الفلسطيني المعدل الصادر في 18 مارس 2003 الموافق لـ 15 محرم 1424 هجرية على:

"حقوق الإنسان وحياته الأساسية ملزمة وواجبة الاحترام.

تعمل السلطة الوطنية الفلسطينية دون إبطاء على الانضمام إلى الإعلانات والمواثيق الإقليمية والدولية التي تحمي حقوق الإنسان".

³ عصام عابدين، تقرير مؤسسة الحق المقدم إلى اللجنة المعنية بالقضاء على التمييز ضد المرأة بشأن التقرير الرسمي الأولي لدولة فلسطين، الجلسة 70، حزيران 2018، ص 09. حيث أصدرت المحكمة الدستورية العليا الفلسطينية قراراً بتاريخ 19 / 11 / 2017 في الطعن الدستوري (4/2017) قررت فيه بالأغلبية "سمو الاتفاقيات الدولية على التشريعات الداخلية، بما يتواءم مع الهوية الوطنية والدينية والثقافية للشعب العربي الفلسطيني"، المحكمة الدستورية أبدت تحفظاً عاماً على سيداو، وخالفت سيداو، وخالفت القانون الأساسي، وخالفت قانون المحكمة الدستورية العليا لسنة 2006 الذي لا يمنحها هذا الاختصاص، لاحقاً أصدرت المحكمة الدستورية قراراً آخر بتاريخ 2018/3/12 في الطعن الدستوري 5 / 2017 عندما عرض عليها تفسير المادة (10) من القانون الأساسي وأكدت المحكمة في قرارها على "ازدواجية القاعدة القانونية" دون أساس دستوري أو قانوني حيث قضت بأن "المعاهدات أو الاتفاقيات الدولية لا تعد بذاتها قانوناً يُطبق في فلسطين، وإنما لا بد أن تكتسب القوة في حال مرورها بالمراحل الشكلية الواجب توفرها لإصدار قانون داخلي معين لإنفاذها".

الفرع الثاني: آثار عدم تحفظ فلسطين على بعض بنود اتفاقية سيداو

للاتفاقية جملة من الأهداف تسعى إلى تحقيقها وكلها تتمحور حول المساواة المطلقة بين الجنسين ونذكر منها:

1. القضاء على التمييز ضد المرأة وذلك بتحقيق المساواة الكاملة بينها وبين الرجل، ويتأتى ذلك بإحداث تغيير في دور المرأة والرجل، حيث نصت الاتفاقية في الديباجة على أنه "تدرك الدول الأطراف أن تحقيق المساواة بين الرجل والمرأة يتطلب إحداث تغيير في الدور التقليدي للرجل وكذلك في دور المرأة في المجتمع والأسرة .

2. التوصية باتخاذ تدابير خاصة مؤقتة للتعجيل بتحقيق المساواة الحقيقية بين المرأة والرجل، وإقرار الدول الحماية القانونية ضد التمييز عن طريق الهيئات الوطنية والمؤسسات العامة.

3. الدعوة إلى سن تشريعات وطنية تحرم التمييز، عن طريق إلغاء وتعديل كل القوانين، الأنظمة، الأعراف، الممارسات القائمة التي تشكل تمييزاً ضد المرأة، وتسعى خاصة إلى تعديل قوانين الأحوال الشخصية العربية المستمدة من الشريعة الإسلامية.

4. إلزام السلطات العامة والهيئات في الدول المصادقة على الاتفاقية بالامتناع عن القيام بالممارسات التمييزية ضد المرأة، وتقديم إطار شامل للنهوض بالمرأة.

5. تهدف إلى تنظيم الأسرة، حيث تعتبر الاتفاقية الأولى في هذا المجال فتطلب من الدول الأعضاء أن تلتزم بتقديم الإرشاد حول تنظيم الأسرة من خلال عملية التعليم المادة العاشرة(10)، وتطوير قوانين الأسرة لتضمن للمرأة حقا في أن تقرر بحرية عدد الأطفال الذين ترغب في إنجابهم ، وعدد السنوات الفاصلة بين الطفل والآخر، وأيضا الوسائل التي تتبعها لتحقيق اختياراتها والمطالبة بمسؤوليات مشتركة في تربية الطفل بين الوالدين¹.

إن هذه الأهداف وإن كانت تبدو أنها تعطي للمرأة حقوقها، إلا أنه يصعب تحقيقها في الدول الإسلامية والمجتمعات المحافظة، هذا ما جعل الدول الإسلامية تتحفظ على العديد من بنود اتفاقية سيداو لاسيما المواد 02 والمادة 09 فقرة 2 والمادة 15 فقرة 4 والمادة 16 والمادة 29 وأغلبها يتعلق بالأحوال الشخصية والذي يستند على مبادئ الشريعة الإسلامية.

وفي أحدث تقاريرها حول حقوق المرأة قدمت الهيئة المستقلة لحقوق الإنسان "ديوان المظالم" بتاريخ 27 تشرين الأول 2019 تقريراً أسمته "تقرير الظل" أمام لجنة "سيداو" وذلك في معرض نقاشها لتقرير دولة

¹ رشدي شحاتة أبو زيد، اتفاقية القضاء على جميع أشكال التمييز ضد المرأة من المنظور الإسلامي، المرجع السابق ، ص 40.

فلسطين المقدم إلى لجنة اتفاقية القضاء على كافة أشكال التمييز ضد المرأة، وقد تضمن التقرير العديد من القضايا التي لم يتم تسليط الضوء عليها في تقرير دولة فلسطين في ردها على قائمة المسائل المقدم للجنة اتفاقية القضاء على كافة أشكال التمييز ضد المرأة، فقد تناول تقرير الهيئة الجوانب التشريعية والسياسات، وفي ممارسات المكلفين بالواجب ومدى مواءمتها بنود الاتفاقية.

وأشار التقرير إلى عدم إمكانية تطبيق أحكام اتفاقيات الأمم المتحدة لحقوق الإنسان بما فيها اتفاقية "سيداو" على قطاع غزة والمناطق المصنفة (ج) بسبب تعثر جهود المصالحة واستمرار السيطرة الإسرائيلية على الأرض الفلسطينية.

بالإضافة إلى إغفال تقرير الدولة الإشارة إلى عدم إلزامية اتفاقيات حقوق الإنسان بما فيها اتفاقية "سيداو" لكافة الهيئات الرسمية وغير الرسمية في دولة فلسطين، وذلك لعدم وجود إطار قانوني ينظم عملية دمج هذه الاتفاقيات في النظام القانوني الوطني، وعدم نشرها في الجريدة الرسمية لدولة فلسطين "الوقائع الفلسطينية"، كما لم يوضح تقرير الدولة قيام الحكومة باتخاذ أي تدابير أو إجراءات لتطبيق هذه الاتفاقية وإمكانية الاحتجاج بأحكامها على الصعيد الوطني.

كما أعربت الهيئة في تقريرها عن مخاوفها من الاستناد إلى مفهوم (الهوية الدينية والثقافية) الوارد في قرار المحكمة الدستورية العليا القرار رقم (2017/4) الذي ينص على سمو الاتفاقيات الدولية على التشريعات المحلية، في تقييد مبدأ المساواة في التشريعات المتعلقة بالزواج والحقوق الأسرية، واستمرار السماح بتزويج الأطفال، وموضوع الولاية والوصاية، وتعدد الزوجات، والميراث، والمسؤوليات العائلية، وكافة النصوص القانونية التي تكرس تبعية النساء للرجال.

المبحث الثاني: تداعيات تطبيق اتفاقية سيداو على مركز المرأة الفلسطينية

بالنظر إلى محتوى اتفاقية سيداو نجد بأنها تتعارض في الكثير من النقاط مع القانون الداخلي الفلسطيني فيما يتعلق بالحقوق المقررة للمرأة وإن كانت تتفق معه في نقاط أخرى، كما أن من شأن تطبيقها في فلسطين ترتيب آثار ايجابية وأخرى سلبية على مركز المرأة وحقوقها...

المطلب الأول: أوجه التوافق والتعارض بين القانون الفلسطيني واتفاقية سيداو حول حقوق المرأة

لم تكن اتفاقية سيداو السباقة لمنح النساء بوجه عام والمرأة الفلسطينية بوجه خاص حقوقها، حيث أمرت الشريعة الإسلامية بوجوب احترام النساء، مقررة لهم حقوقاً أسرية ومالية تضمن لهن العيش الكريم.

ولهذا فالقوانين المستمدة من الشريعة الإسلامية والمطبقة على الأراضي الفلسطينية قد قررت مجموعة من الحقوق للنساء، إلا أنها تختلف عن تلك التي قررتها اتفاقية سيداو، وعليه فهناك حقوق مشتركة وحقوق قررتها الاتفاقية دون القانون الفلسطيني الداخلي، وهذه هي الحقوق التي تطرح إشكالا في التطبيق...

الفرع الأول: أوجه التوافق بين القانون الفلسطيني واتفاقية سيداو حول حقوق المرأة

لا تعد اتفاقية سيداو الاتفاقية الوحيدة التي صادقت عليها فلسطين والمتعلقة بحقوق الإنسان، بل وبمجرد صدور قرار الجمعية العامة للأمم المتحدة، والذي اعترف بفلسطين كدولة مراقب في الأمم المتحدة عام 2012، حتى سارعت للانضمام إلى جل الاتفاقيات الدولية المتعلقة بحقوق الإنسان على غرار العهدين الدوليين المتعلقان بالحقوق المدنية والسياسية، والعهد الدولي للحقوق الاقتصادية والاجتماعية والثقافية وكذا اتفاقية سيداو، وهي اتفاقيات تقرر مجموعة من الحقوق للإنسان بغض النظر عن جنسه.

وبالتالي فدولة فلسطين ليست ملزمة فقط باتفاقية سيداو، بل وبكل الاتفاقيات الدولية التي صادقت عليها والتي تجمع على أن التمتع بحقوق الإنسان يكون بدون تمييز على أساس الجنس.

وقد اتفق القانون الفلسطيني مع الاتفاقيات الدولية وعلى رأسها اتفاقية "سيداو" على تقرير مجموعة من الحقوق للمرأة، وذلك في القانون الأساسي على الوجه التالي:

1. بالنسبة للحقوق العامة: حيث يضمن القانون الفلسطيني الحقوق التالية...

أ. الحق في المساواة وعدم التمييز:

لقد نصت المادة الأولى من الباب الثاني المادة (9) من القانون الأساسي الفلسطيني على أن: "الفلسطينيون أمام القانون والقضاء سواء لا تميز بينهم بسبب العرق أو الجنس أو اللون أو الدين أو الرأي السياسي أو الإعاقة".

فهذه المادة هي جوهر الاتفاقية والتي تقضي بضرورة مساواة المرأة والرجل في جميع الحقوق، كما تقرض على الدول الأطراف في الاتفاقية ضرورة اتخاذ كل التدابير المناسبة لكفالة تطور المرأة وتقديمها لضمان ممارستها لجميع الحقوق والحريات الأساسية بالمساواة مع الرجل (المادة 3 من الاتفاقية).

ب. الحق في التعليم:

نصت المادة (24) من القانون الأساسي الفلسطيني على حق التعليم وإلزاميته حتى المرحلة الأساسية جاء بشكل عام أي يشمل الرجل والمرأة بدون تمييز.

وفي نفس السياق ذهبت المادة 10 من اتفاقية سيداو على ضمان حق المرأة في التعليم وفي جميع المستويات.

ج. الحق في العمل:

لقد أكدت المادة (25) من القانون الأساسي في الفقرة الأولى بأن: "العمل هو حق لكل مواطن وهو واجب وشرف تسعى السلطة إلى توفيره لكل قادر عليه".

وقد عالج قانون العمل الفلسطيني رقم (7) لسنة 2000 مسألة عدم التمييز ضد المرأة¹، فقد جعل لها معاملة خاصة وأقر لها إجازات بحكم الأمومة فقد أعطاها إجازة الولادة عشرة أسابيع براتب كامل²، وإجازة الرضاعة اليومية المتمثلة بساعة بالحد الأدنى، وحققها في إجازة لمدة سنة ما بعد الولادة بدون راتب، وعدم إمكانية فصلها في مدة الإجازة، هذا بالإضافة إلى الإجازات وحقوق العمال العامة.

لقد تناولت المادة 11 فقرة 2 من الاتفاقية حماية المرأة من التمييز في العمل بسبب الزواج أو الأمومة، فمنعت فصلها من العمل بسبب الحمل أو إجازة الأمومة، وأقرت نظام إجازة الأمومة المدفوعة الأجر، ونصت على وجوب توفير حماية خاصة للمرأة أثناء فترة الحمل في الأعمال التي ثبت أنها مؤدية لها.

والحق في العمل هو من الحقوق الأساسية التيضمنتها الاتفاقية للمرأة، حيث نصت المادة 11 من اتفاقية سيداو على ضرورة توفير كافة الظروف للمرأة حتى تمارس هذا الحق في أحسن الظروف بحيث تتساوى في الأجر مع الرجل ولها حق الضمان الاجتماعي والوقاية الصحية بالإضافة لمنع التمييز ضدها بسبب الزواج أو الأمومة...³.

أ. الحق في الضمان الاجتماعي:

لقد أقر القانون الأساسي الفلسطيني المعدل لسنة 2003 حق المرأة في الضمان الاجتماعي من خلال المادة رقم (22) بخصوص خدمات التأمين الاجتماعي والصحي، ومعاشات العجز، والشيخوخة، ورعاية الأسرى والجرحى والشهداء، والمعاقين، والمتضررين، وخدمات التعليم، والتأمين الصحي والاجتماعي. وقد ذهبت المادة 11 فقرة هـ إلى ضمان نفس الحق للمرأة العاملة.

¹ المادة 100 من قانون العمل السابق الإشارة إليه.

² المادة 103 من نفس القانون.

³ المادتين 105-106 من نفس القانون.

ب. الحق في المشاركة السياسية للمرأة:

ضمن القانون الأساسي في مادته (26) المشاركة السياسية للفلسطينيين (دون تمييز) أفراداً وجماعات بما في ذلك تشكيل الأحزاب السياسية، تشكيل النقابات والجمعيات، التصويت والترشح، تقلد المناصب والوظائف العامة... وعليه فللمرأة ممارسة جميع الحقوق السياسية دون تمييز.

وهو نفس الحق الذي ورد في المادة السابعة 7 من الاتفاقية، والتي أوجبت على الدول الأطراف اتخاذ التدابير المناسبة للقضاء على التمييز ضد المرأة في الحياة السياسية مع ضرورة إشراكها في صياغة وتنفيذ القرارات في البلد.

2. بالنسبة للحقوق الأسرية:

في الشريعة الإسلامية تعد الأسرة الخلية الأساسية في المجتمع، لذلك فقد وضعت لها كل الأحكام المتعلقة بكيفية تكوينها، مروراً بحقوق والتزامات كل أفرادها، وأخيراً كل ما يتعلق بانتهاء الرابطة الزوجية، وعليه فقد استمدت كل الدول الإسلامية من الشريعة الإسلامية -مع اختلاف المذاهب الفقهية- قانون الأسرة، ومن بين هذه الدول فلسطين.

وبما أنه من غير المعقول أن الرجل والمرأة سواء في جميع الحقوق وجميع الواجبات، ذلك أن الطبيعة لا تُنشئ جنسين مختلفين لتكون لهما صفات الجنس الواحد ومؤهلاته وأعماله وغاياته حياته¹، فقد وقع خلاف كبير بين الحقوق الأسرية للمرأة في ظل اتفاقية سيداو مع حقوقها في القانون الداخلي، وعليه فسوف نورد فقط الحقوق المشتركة بين القانون الفلسطيني والاتفاقية (ونترك الحقوق المتعارضة للفرع الثاني).

أ. المساواة في سن الزواج:

نص قانون الأحوال الشخصية في فلسطين رقم 61 لسنة 1976 في المادة 5 منه على أنه: "يشترط في أهلية الزواج... أن يتم الخاطب السنة السادسة عشر، وأن تتم المخطوبة الخامسة عشر من العمر"، وهذا القانون الأردني مطبق في الضفة الغربية، أما في قطاع غزة فيطبق القانون رقم (303) المصري لعام 1954 والذي ينص في مادته 5 على تحديد سن الخاطب بثمانية عشر سنة والمخطوبة بسبعة عشر سنة.

¹ عبد الكبير العلوي المدغري، المرأة بين أحكام الفقه والدعوة إلى التغيير، الطبعة 1، مطبعة فضالة، المغرب، 1999، ص 35.

وقد أصدر رئيس دولة فلسطين محمود عباس قراراً حدد فيه سن الزواج للجنسين بـ 18 سنة¹، كخطوة أولى لوضع تشريعات تتماشى مع اتفاقية سيداو التي تمت المصادقة عليها دون تحفظ، إلا أنه فتح الباب لإمكانية وضع استثناءات يقررها القاضي (الضرورة الملحة).

وبهذا يكون التشريع الداخلي قد انسجم مع الاتفاقية والتيتنص في الفقرة 2 من المادة 16 على: "لا يكون لخطوبة الطفل أو زواجه أي أثر قانوني، وتتخذ الدول جميع الإجراءات الضرورية بما في ذلك التشريع لتحديد سن أدنى للزواج...".

ب. حماية الأمومة والطفولة:

لقد أقرت المادة (29) من القانون الأساسي حقوق خاصة برعاية الأمومة والطفولة وتقديم الرعاية الخاصة لهم فقد ضمن لهم القانون عدم استغلالهم من أي فئة كانت، وكما أنه لا يسمح لهم بالقيام بعمل يلحق ضرراً بسلامتهم أو بصحتهم أو تعليمهم، وكما قررت المادة في فقرتها الثالثة الحماية من الإيذاء والمعاملة القاسية، فأجملت هذه المادة الحماية العامة للأم وجعلتها رعاية الأمومة واجب وطني يجب الالتزام به. وفي نفس الإطار حرصت المادة 11 الفقرة 2 على حماية الأم والطفل في إطار حماية المرأة العاملة.

لقد حظيت المرأة الفلسطينية -حتى قبل المصادقة على اتفاقية سيداو- بعدة حقوق ضمنيتها لها القوانين الوطنية، وعليه فمن غير الصعب نفاذ الاتفاقية في فلسطين في المسائل السابق الإشارة إليها.

الفرع الثاني: أوجه التعارض بين القانون الفلسطيني واتفاقية سيداو حول حقوق المرأة

إن اتفاقية سيداو منذ توقيعها من قبل السلطة الفلسطينية خلال العام 2014 والتي لم تتحفظ على أي من بنودها، تثير العديد من المشاكل حول إمكانية تطبيقها في فلسطين، وتتمحور أغلب عقبات التنفيذ في تعارض المواد 2، 9، 15، 16 مع قانون الدولة وطبيعة المجتمع، وهي التي تتحدث عن التمييز ضد النساء وحضانة الأطفال والقوامة والولاية والوصاية عليهم، والمساواة بين الجنسين في عقد الزواج، وحرية المرأة في جسمها، وهي مواد لا تتوافق مع قرار المحكمة الدستورية الفلسطينية، التي أكدت أنه لا يجب أن يوجد تعارض بين الاتفاقيات الدولية والقيم والديانات على الأراضي الفلسطينية.

¹ قرار بقانون (21) للعام 2019 المعدل للتشريعات النازمة للأحوال الشخصية بشأن تحديد سن الزواج في دولة فلسطين.

1. التعارض بين القانون الفلسطيني واتفاقية سيداو حول حقوق المرأة في قانون الأحوال الشخصية:

أدت الظروف التي مرت على فلسطين وأهمها الاحتلال إلى عدم استقرار القواعد القانونية لذلك تطبق على نفس الإقليم قوانين مختلفة، ففي مجال الأحوال الشخصية مثلاً يسري في الضفة الغربية القانون الأردني رقم (61) لسنة 1976 حيث ينظم مسائل الزواج وكل ما يتعلق به ويترتب عليه، بالإضافة للطلاق وأحكامه وآثاره والمسائل المتعلقة بالميراث، أما في غزة فقد كان يطبق قانون الأحوال الشخصية المصري إلى أن صدر قانون حقوق العائلة لعام 1954 بالأمر رقم (303)، وهو القانون المطبق لحد اليوم، وجدير بالذكر أن المسيحيين لا يخضعون لقوانين الأحوال الشخصية السابق ذكرها لأنها تستند على أحكام الشريعة الإسلامية أي لديانة غير ديانتهم.

أما عن الاتفاقية، فقد تناولت المادة (16) من الاتفاقية المساواة بين الرجل والمرأة في كل هذه الأمور الزوجية بدءاً باختيار الزوج، حيث لها الحرية في اختيار الزوج دون وصاية أو ولاية عليها، كما أعطيت للمرأة الحقوق ذاتها والمسؤوليات نفسها أثناء الزواج وعند فسخه، كما تتمتع بالحقوق والمسؤوليات عينها في كافة المسائل المتعلقة بالأطفال وفي جميع الأحوال، كما منحت هذه المادة (16) للمرأة أيضاً الحقوق ذاتها الممنوحة للرجل في تقرير عدد الأطفال، والفاصل بين كل طفل ومن يليه، وفي مسائل الولاية والقوامة والوصاية على الأطفال وتبنيهم.

1. الولاية في الزواج:

يعد الولي في الشريعة الإسلامية ركناً من أركان الزواج، وعليه فقد نصت المواد 9-10-11-12-13 من قانون الأحوال الشخصية المطبق في الضفة الغربية على كل الأحكام المتعلقة بالولاية في عقد الزواج¹، من شروط الولي، ترتيب الولاية وأحكام انتقالها، حالة غياب الولي، وفي كل الحالات لا تستطيع المرأة البكر تزويج نفسها دون وليها، وإذا تعذر وجود الولي تنتقل الولاية للقاضي.

وعلى عكس ما ورد في القانون الفلسطيني، نصت اتفاقية سيداو في البند (و) من المادة 1/16 على نفس الحقوق والمسؤوليات فيما يتعلق بالولاية، حيث نصت نفس المادة في الفقرتين (أ) و(ب) إعطاء الحق في الزواج وفي اختيار من تشاء، وإجراء عقد الزواج بحرية كاملة مساواة مع الرجل.

¹ فمثلاً تنص المادة 9 من قانون الأحوال الشخصية على أن: "الولي في الزواج هو العصبه بنفسه على الترتيب المنصوص عليه في القول الراجع من مذهب أبي حنيفة".

2. تعدد الزوجات:

يسمح قانون الأحوال الشخصية بتعدد الزوجات تماشياً مع الشريعة الإسلامية حيث نصت المادة 40 منه على: "على من له أكثر من زوجة أن يعدل ويساوي بينهن في المعاملة، وليس له إسكانهن في دار واحدة إلا برضاهن"، كما وضعت المادتين 19 و 28 ضوابط التعدد من العدل وعدم جواز الجمع إلا بين أربع زوجات.

أما في اتفاقية سيداو فقد جاء في البند (1) من المادة (16) بأنه: "تتخذ الدول الأطراف جميع التدابير المناسبة للقضاء على التمييز ضد المرأة في كافة الأمور المتعلقة بالزواج والعلاقات العائلية"، فوفقاً للاتفاقية يعد تعدد الزوجات مخالفاً لحق المرأة في المساواة بالرجل، فكما تمنع من التعدد ووفقاً لقاعدة مساواتها مع الرجل يمنع على الرجل التعدد.

3. واجب طاعة الزوج:

المرأة في الشريعة الإسلامية مجبرة على طاعة الزوج، وعليه فقد نصت المادة 37 من قانون الأحوال الشخصية لسنة 1976 على: "على الزوجة بعد قبض مهرها المعجل الطاعة..."، وعليه يتعين عليها مشاورة زوجها في كل تصرفاتها كالسفر وتحديد مكان الإقامة...

وبالنسبة للسفر نصت المادة (20) من القانون الأساسي الفلسطيني المعدل لسنة 2003 أن حرية الإقامة والتنقل مكفولة في حدود القانون، أما بالنسبة للمرأة فتستطيع إصدار جواز سفرها وتجديده، لكن اشترط القانون موافقة زوجها، وهذا يتناقض مع حريتها.

وكذلك نصت المادة 37 السابق الإشارة إليها على وجوب إقامة الزوجة في مسكن الزوج، وللزوجة أن تقيم مع زوجها متى أعد الزوج مسكناً شرعياً لها، حيث يحق للزوج حق اختيار السكن في أي مكان يريده، ولكن للزوجة حق الرفض¹.

¹ نصت المادة 37 من قانون الأحوال الشخصية على: "على الزوجة بعد قبض مهرها المعجل الطاعة والإقامة في مسكن زوجها الشرعي والانتقال معه إلى أية جهة أرادها الزوج ولو خارج المملكة بشرط أن يكون مأموناً عليها".

كما نصت المادة 165 من قانون الأحوال الشخصية الساري في الضفة الغربية بأن: "للولي حق ضم البنت البكر غير المتزوجة، وأن تبقى تحت حماية ورعاية أبيها أو أخيها ما لم تبلغ الأربعين من عمرها، وليس لها أن تسكن بمفردها¹."

وعن اتفاقية سيداو فهي تعتبر طاعة الزوج من قبيل مظاهر الاستعباد والتقييد على أساس الجنس، وممارسة تمييزية يجب القضاء عليها، وعادة عرفية قائمة على فكرة دونية (المادة 5 فقرة أ) يجب اتخاذ التدابير المناسبة للقضاء عليها.

4. بالنسبة لحق المرأة في تنظيم النسل ورعاية الأطفال:

نصت المادة 2 من قانون الأحوال الشخصية لسنة 1976 على أن الزواج عقد بين رجل وامرأة تحل له شرعا لتكوين أسرة وإيجاد نسل بينهما، ولم ينص القانون على الإنجاب كحق، ولا على الصحة الإنجابية وتنظيم الأسرة في قانون الأحوال الشخصية الفلسطيني.

كما لم ينص القانون على واجب رعاية الأطفال ونص فقط في المادة 150 على إجبار الأم على إرضاع ولدها، في حالة عدم إمكانية استئجار مرضعة.

وفي المقابل نصت اتفاقية القضاء على جميع أشكال التمييز ضد المرأة على حق المرأة في أن تقرر بحرية وبشعور من المسؤولية، على أساس تساويها مع الرجل، عدد أطفالها والفترة بين إنجاب طفل وآخر، فهي تقرر للرجل والمرأة بالحق في إنجاب الولد، وباتخاذ الوسائل التي تراها كفيلة بالمباعدة بين فترات الحمل أو إيقافه لمدة معينة، تهدف تنظيم النسل.

ويعتبر تنظيم النسل أحد الإجراءات الرئيسية في مجال حماية صحة المرأة، لأن الإنجاب في فترات متقاربة يؤثر على صحتها الجسدية والنفسية، وفي هذا السياق نصت الاتفاقية المذكورة في مادتها الثانية عشرة على ضرورة أن تتخذ الدول الأطراف كل التدابير المناسبة للقضاء على التمييز ضد المرأة في ميدان الرعاية الصحية من أجل أن تضمن لها على أساس التساوي الرجل والمرأة الحصول على خدمات الرعاية الصحية، بما في ذلك الخدمات المتعلقة بتخطيط الأسرة.

¹ نصت المادة 165 على: "... للولي المحرم أن يضم إليه الأنثى البكر إذا كانت دون الأربعين من العمر والثيب إذا كانت غير مأمونة على نفسها ولم يقصد بالضم الكيد والإضرار بها. إذا تمردت الأنثى المحكوم عليها بالانضمام للولي عن الانضمام إليه بغير حق فلا نفقة لها عليه."

5. بالنسبة لحقوق المرأة في الطلاق:

إن فك الرابطة الزوجية في قانون الأحوال الشخصية لسنة 1976 لا يتم دائماً بالتراضي بين الزوجين، بل هناك صور أخرى لانحلال عقد الزواج بالإرادة المنفردة لأحد طرفيه: كالمخالعة (المادة 102)، وطلب التفريق من قبل الزوجة (المواد 114-115-123-126-127-130)، وإنهاء الزواج بسبب النزاع والشقاق (المادة 132) والطلاق التعسفي الذي يوقعه الزوج على زوجته (المادة 134).

ومهما تعددت أسباب الطلاق وصوره فإن المشرع قد وضع له ضوابط محددة، فلا تستطيع المرأة مثلاً طلب الطلاق إلا وفقاً لشروط محددة، وعليها تقديم أدلة تثبت مزاعمها التي تريد من خلالها طلب الطلاق، عكس الرجل الذي يمكنه تطليق زوجته دون تبرير، ويلزم في هذه الحالة فقط بالتعويض.

أما عن اتفاقية سيداو فقد نصت في المادة 16 فقرة ج من على ضرورة تمتع الرجل والمرأة بنفس المسؤوليات أثناء الزواج وعند فسخه، بحيث تستطيع المرأة مثلها مثل الرجل طلب فك الرابطة الزوجية بدون إبداء الأسباب.

وتعتبر الحضانة من الحقوق التي أقرتها الشريعة الإسلامية للطفل وهي الحق في الرعاية والتربية، فهي من أبرز النتائج المتولدة عن انحلال الزواج.

وقد حددت المادة 154 من قانون الأحوال الشخصية بأن الأم أحق بحضانة ولدها وتربيته في حال قيام الزوجية وبعد الفرقة، ثم تعود الحضانة للترتيب المنصوص عليه في مذهب الإمام أبو حنيفة، إلا أن الحضانة قد تسقط عنها إذا تزوجت بغير قريب محرم (المادة 156).

إلا أن هذا يخالف الفقرات ج وب ود من المادة 16 من اتفاقية سيداو، والتي تجعل للزوجين نفس الحقوق والالتزامات ولو بعد فسخ الزواج، كما أن إسقاط الحضانة عن المرأة لمجرد زواجها من غير ذي محرم مساس بالاتفاقية التي تعطي لها كامل الحرية في اختيار الزوج.

6. حق المرأة الفلسطينية في الميراث:

بالرغم من أن أغلب التشريعات في الدول الإسلامية تورد المسائل المتعلقة بالميراث في قانون الأحوال الشخصية أو ما يعرف في العديد من الدول بقانون الأسرة، إلا أن قانون الأحوال الشخصية لسنة 1976 لم ينص على المسائل المتعلقة بالميراث.

ويختص قانون الوراثة لعام 1923 والمعدل بالقانون رقم 19 لعام 1944 بمسائل الإرث، وبالمقابل تختص المحاكم الشرعية الإسلامية مطلقاً في جميع المسائل المتعلقة بتركات المسلمين، ومن المفروض ألا تجتهد بل تعطي للمرأة حقها من الميراث كما حدده الشرع.

إن الأنصبة التي تأخذها المرأة من خلال الميراث غير متساوية مع الرجل، وهو أمر طبيعي فالتزامات المرأة لا تعادل التزامات الرجل، فهي غير ملزمة بالنفقة ولها ذمة مستقلة عن ذمة زوجها شرعاً.

إلا أن اتفاقية سيداو لا تعترف إلا بالمساواة بين الجنسين وفي كل الميادين، وفي شتى المجالات الاقتصادية والاجتماعية (المادة 13)، وبالتالي تعتبر القسمة المنصوص عليها في القرآن الكريم غير منصفة للمرأة التي يجب أن تتساوى مع الرجل في الميراث.

2. التعارض بين القانون الفلسطيني واتفاقية سيداو حول جنسية المرأة:

حسب قانون الجنسية الأردنية لسنة 1954 الساري في الضفة الغربية، فللمرأة الفلسطينية المتزوجة الحق في اكتساب الجنسية الفلسطينية في حالة زواجها من رجل يتمتع بالجنسية الفلسطينية، حيث أن المرأة المتزوجة تابعة لجنسية زوجها.

وفي عام 2010 أصدرت وزارة الداخلية مرسوماً يمنح المرأة الفلسطينية المتزوجة من غير الفلسطيني الحق في منح جنسيتها لأطفالها دون سن 16 عاماً¹، ولكن من الناحية العملية تتحكم إسرائيل في سجل السكان.

إلا أن هذه الإجراءات تتعارض مع جاء في المادة 9 الفقرة 1 من اتفاقية سيداو والتي تقضي على ضرورة منح الدول الأطراف المرأة حقاً مساوياً للرجل في اكتساب جنسيتها أو الاحتفاظ بها أو تغييرها، وتضمن بوجه خاص ألا يترتب على الزواج من أجنبي أو تغيير جنسية الزوج أثناء الزواج، أن تتغير تلقائياً جنسية الزوجة، أو تصبح بلا جنسية أو أن تفرض عليها جنسية الزوج.

ويتضح من هذه المادة أنه يحق للنساء أن يتمتعن بالجنسية ويحق لهن تغييرها إذا رغبن في ذلك دون تبعية إلى أي شخص، كما يجب ألا يتم تغيير جنسية المرأة تلقائياً بمجرد أنها تزوجت، أو لأن زوجها غير جنسيته، وهو ما يعارض القانون الفلسطيني الذي تتبع فيه الزوجة لزوجها فيما يخص الجنسية.

¹ القرار رقم 42 لعام 2010.

3. التعارض بين القانون الفلسطيني واتفاقية سيداو حول المرأة في ظل قانون العقوبات:

يفهم من خلال استقراءنا لاتفاقية سيداو أنها لم تعط للمرأة حقوقاً فقط، بل منحتها حرية التصرف بغض النظر عن الدين والعادات والتقاليد والأعراف، فهي حرة حتى في استغلال جسمها كونه متساوية مع الرجل، كما حثت على وجوب إلغاء الأدوار النمطية للرجل والمرأة.

ويترتب على تطبيق الاتفاقية السماح للمرأة بإقامة علاقات جنسية خارج إطار الزواج، وكذا الحرية في اختيار الشريك من نفس الجنس، وهو ما يتعارض مع الشريعة الإسلامية من جهة وقانون العقوبات الداخلي من جهة أخرى، والذي يجرم هذه الأفعال...

ومن جهة أخرى فقد كان قانون العقوبات يعتبر قتل الأنثى بدافع الشرف عذراً مخففاً للعقاب وهو ما يعرف بجريمة الشرف، إلى أن تم تعديل هذا القانون سنة 2014 حفاظاً على حق المرأة في الحياة¹.

1. بالنسبة للعلاقات الجنسية خارج الزواج:

لا يعطي القانون في فلسطين للمرأة الحق في إقامة علاقات جنسية خارج إطار الزواج، فقد نصت المادة 282 من قانون العقوبات رقم (16) لسنة 1960 والمطبق في الضفة الغربية على عقاب المرأة الزانية من ستة أشهر إلى سنتين، أما شريك المرأة فيعاقب بنفس عقوبتها إذا كان متزوجاً، وإلا فالحبس من ثلاثة أشهر إلى سنة.

أما بالنسبة لاتفاقية سيداو فهي تعطي للمرأة الحرية الكاملة والمساواة مع الرجل في كل الميادين لاسيما في المادة 5 والتي تقضي بوجوب القضاء على التحيزات والعادات العرفية القائمة على تفوق أحد الجنسين، وبالتالي فتجيز للمرأة إقامة العلاقات الجنسية مثل الرجل دون الالتزام بمؤسسة الزواج.

¹ بموجب قرار بقانون رقم (10) لسنة 2014م بشأن تعديل قانون العقوبات رقم (16) لسنة 1960م، حيث قام رئيس دولة فلسطين رئيس اللجنة التنفيذية لمنظمة التحرير الفلسطينية استناداً لأحكام القانون الأساسي المعدل لسنة 2003م وتعديلاته، ولا سيما المادة (43) منه، وبعد الاطلاع على قانون العقوبات رقم (16) لسنة 1960م وتعديلاته، وبناءً على الصلاحيات المخولة لنا، وتحقيقاً للمصلحة العامة، وباسم الشعب العربي الفلسطيني، أصدر القرار التالي: المادة 01: يعدل نص المادة (98) من قانون العقوبات رقم (16) لسنة 1960م وتعديلاته، ليصبح على النحو التالي: "يستفيد من العذر المخفف فاعل الجريمة الذي أقدم عليها بثورة غضب شديد ناتج عن عمل غير محق، وعلى جانب من الخطورة أتاه المجني عليه، ولا يستفيد فاعل الجريمة من هذا العذر المخفف إذا وقع الفعل على أنثى بدواعي الشرف.

صدر في مدينة رام الله بتاريخ: 2014/05/11 ميلادية الموافق/12 رجب/1435 هجرية محمود عباس رئيس دولة فلسطين رئيس اللجنة التنفيذية لمنظمة التحرير الفلسطينية.

2. بالنسبة للمثلية الجنسية:

إن عدم تجريم المثلية الجنسية لاسيما بين النساء في قانون العقوبات لا يعني أنه أمر مسموح به، حيث أن العلاقات الجنسية الوحيدة المسموح بها تكون في إطار الزواج وبين الرجل والمرأة وهو ما جاء في الشريعة الإسلامية التي حرمت اللواط أو ما يعرف بالشذوذ.

أما اتفاقية القضاء على جميع أشكال التمييز ضد المرأة لسنة 1979، فتعتبر من أهم الاتفاقيات التي ساهمت في إباحة الزواج المثلي، فقد حاولت القضاء ليس على الفوارق في الحقوق بين الرجل والمرأة، بل حاولت إسقاط حتى الفوارق البيولوجية بينهما، وضم كل من الرجل والمرأة في مصطلح الجندر¹.

3. بالنسبة لجرائم الشرف:

نظرا لأهمية الشرف في المجتمعات الشرقية، فقد نصت المادة 98 من قانون العقوبات على الأخذ بظرف التخفيف بالنسبة لمن ارتكب جريمة قد أقدم عليها بدافع غضب شديد ضد أنثى بدافع الشرف.

وقد كان للمصادقة على اتفاقية سيداو الأثر المباشر في إصدار الرئيس الفلسطيني محمود عباس قرارا بالقانون رقم 10 لسنة 2014 بتعديل نص المادة 98 من قانون العقوبات، ومضمون هذا التعديل هو إلغاء العذر المخفف كلما وقع على أنثى بدافع الشرف، إلا أن الإحصائيات لا تزال تثبت وقوع هذه الجرائم، وإفلات مرتكبيها من العقاب نظرا لتواطؤ السلطات في متابعة الجاني.

إن هذا التعارض بين قواعد القانون الداخلي والاتفاقية من شأنه صعوبة نفاذ الاتفاقية، خاصة وأن المجتمع الفلسطيني غير جاهز بعد لتقبل فكرة مساواة المرأة مع الرجل.

المطلب الثاني: الآثار الإيجابية والسلبية لمصادقة فلسطين على اتفاقية سيداو بدون تحفظات على حقوق المرأة الفلسطينية

لقد اعتبرت اتفاقية "سيداو" القضاء على التمييز ضد المرأة هدفا أساسيا لها، وذلك من خلال الاعتراف للمرأة بكل حقوق الإنسان والحريات الأساسية على قدم المساواة مع الرجل، والأهم من ذلك ضمان تمتعها

¹ حيث تنص المادة 5 فقرة 1 من الاتفاقية على: "تتخذ الدول الأطراف جميع التدابير اللازمة لتغيير الأنماط الاجتماعية والثقافية لسلوك الرجل والمرأة بهدف تحقيق القضاء على التحيز والعادات العرفية وكل الممارسات الأخرى القائمة على الاعتقاد بكون أي من الجنسين أدنى أو أعلى من الآخر".

بتلك الحقوق وممارستها في الميادين السياسية، الاقتصادية، الاجتماعية والثقافية، بصرف النظر عن حالة المرأة الاجتماعية¹.

أن الدول المصادقة على اتفاقية سيداو ليست ملزمة فقط بتنفيذ بنودها فحسب، بل تلتزم كذلك بتقديم تقارير دورية تثبت من خلالها مدى تطبيقها لاساسة عدم التمييز ضد المرأة في مختلف قوانينها الداخلية، وفلسطين ملزمة منذ مصادقتها على الاتفاقية بضرورة مواءمة تشريعاتها للاتفاقية، وفي سبيل ذلك فلا بد لها من تعديل كل القوانين التي تنطوي على نوع من التمييز وفي كل الميادين.

إن لمصادقة فلسطين على اتفاقية سيداو -بدون تحفظات- العديد من الآثار على حقوق المرأة الفلسطينية، بعضها إيجابي والآخر سلبي...

الفرع الأول: الآثار الإيجابية لمصادقة فلسطين على اتفاقية سيداو -بدون تحفظات- على حقوق المرأة الفلسطينية

إن مجرد مساواة المرأة مع الرجل في التمتع بمختلف الحقوق من شأنه تعزيز مركز المرأة داخل المجتمع، وتمكينها في مختلف الميادين، وإنقاذها من مختلف المظاهر التي تسود في المجتمع والتي تعيق من تمتعها بحقوقها التي أقرتها لها الاتفاقية، والتي ستعترف لها بها القوانين الداخلية عاجلاً أم آجلاً، وأهم إيجابيات تطبيق اتفاقية سيداو على الصعيد الداخلي:

1. حماية الفتيات من الزواج المبكر:

في بعض البيئات يعد الزواج هو الحامي من الانزلاق في الرذيلة التي يمكن أن تسيء إلى الفتاة وأهلها على حد سواء، وانتشار هذا المفهوم أمر أكدت عليه منظمة اليونيسيف في إحدى دراساتها حيث أكدت أن الأسر تعتبر الزواج المبكر في بعض البلدان كوسيلة لوقاية الفتيات من ممارسة الجنس قبل الزواج مما يمكن أن ينال من شرفهن وشرف أسرهن².

¹ التوصية العامة رقم: 28 للجنة القضاء على التمييز ضد المرأة، بشأن الالتزامات الأساسية للدول الأطراف بموجب المادة 02 من اتفاقية القضاء على جميع أشكال التمييز ضد المرأة، الدورة السابعة والأربعون (د47)، نيويورك، 16 ديسمبر 2010، ص 02، فقرة 04.

² فولنارا شاهينيا، تقرير المقررة الخاصة المعنية بأشكال الرق المعاصرة بما في ذلك أسبابه وعواقبه، الجمعية العامة، مجلس حقوق الإنسان، الدورة الحادية والعشرون، تقرير مواضيعي عن الزواج الاستعبادي، 10 تموز 2012، ص 15.

ولقد تم اعتبار الزواج الذي يتم قبل سن الثامنة عشرة اعتداءً على الطفولة، وذلك تماشياً مع المادة (1) من اتفاقية حقوق الطفل 1989 التي تنص على أن الطفل هو: "كل إنسان لم يتجاوز الثامنة عشرة"، وقد تبع هذه الاتفاقية توصية لجنة حقوق الطفل في سنة 2003 للدول باستعراض التشريعات والممارسات بغية رفع السن الأدنى للزواج إلى الثامنة عشرة بالنسبة للفتيات والفتيان على السواء.

وتصدياً لمشكلة الزواج القسري والمبكر تقضي هذه الاتفاقية في المادة 2 منها أن تقرض عند الحاجة، حدوداً دنياً مناسبة لسن الزواج وتشجع اللجوء إلى إجراءات تسمح لكل من الزوجين المقبلين بأن يعرب إعراباً حراً عن موافقته على الزواج بحضور سلطة مدنية أو دينية مختصة وتشجع تسجيل عقود الزواج¹.

وعليه فإن مساواة سن الزواج بين الجنسين قد رفع من السن الذي كان يسمح للفتاة بالزواج وهي في سن الطفولة أي ما دون الثمانية عشر سنة.

2. حماية النساء من العنف:

لقد تضمن منهاج عمل بكين الصادر عن مؤتمر بكين (1995) تعريفاً للعنف بأنه: "العمل الذي يكون فيه أذى بدني أو جنسي أو نفسي أو معاناة للمرأة، بما في ذلك التهديد بأعمال من هذا القبيل أو الإكراه أو الحرمان النفسي من الحرية تدفع إليه عصبية الجنس، ويرتكب بأي وسيلة كانت بحق أي امرأة لكونها امرأة"².

وبناء على التعريف، فإن العنف ضد المرأة يعد مظهراً من مظاهر التمييز السلبية، فهو يؤدي إلى حرمان المرأة من التمتع بحقوقها، ويجعلها أسيرة خوفها وقلقها، ويحرمها من التمكين.

وقد طالبت لجنة مراقبة تنفيذ اتفاقية سيداو والحكومات التianضمت أو صادقت عليها اتخاذ إجراءات وقائية ضد هذا العنف، لكي تضمن فعالية الإجراءات المتخذة لحماية المرأة من العنف، فقد شددت اللجنة على ضرورة تقديم الدول لتقارير حول جميع أشكال العنف القائم على أساس النوع، وتوفير المعلومات حوله، ومدى جدوى الإجراءات القانونية والوقائية التي اتخذت لمكافحته.

¹ فولنارا شاهينيا، تقرير المقررة الخاصة المعنية بأشكال الرق المعاصرة بما في ذلك أسبابه وعواقبه، المرجع السابق، ص 09.

² تقرير المؤتمر العالمي الرابع المعني بالمرأة - بكين - الصين، 4-5 سبتمبر 1995، ص 23.

إن العديد من النساء في فلسطين يتعرضن للعنف على أساس النوع الاجتماعي وداخل أسرهن من طرف أزواجهن أو آبائهن أو أخوانهن، وقد يتعرضن للتعذيب على يد قوات الاحتلال خاصة في الاعتقال، لذلك فمن شأن تنفيذ اتفاقية سيداو تشديد العقوبات ضد مرتكبي هذه الانتهاكات لردعهم عن القيام بهذه الممارسات، وتقديم تقارير ضد الاحتلال لدفعه لاحترام حقوق النساء في المناطق المحتلة.

3. حث النساء على التعليم:

يربط الخبراء بين التعليم وبين قدرة المرأة المتعلمة على اتخاذ قرارات مستنيرة بشأن صحتها لذلك ورد في وثيقة الجمعية العامة للأمم المتحدة بأنه ينبغي على الدول إنشاء المزيد من المدارس وتوظيف مدرسين مؤهلين وخصوصاً مدرسات إناث، وتدريب المدرسين فيما يتصل بمواضيع مثل المنظور الجنساني وفيروس نقص المناعة البشري والصحة الإنجابية والجنسية، وينبغي لها أيضاً أن توفر للفتيات ولأسرهن الدعم المالي والحوافز المالية مثل الإعانات لدفع الرسوم، والمنح المدرسية...¹.

إن توفير سبل العلم للمرأة من شأنه تنشأة أجيال واعية، فهو استثمار ممتاز للمستقبل، كما أنه يسمح للمرأة بولوج عالم السياسة والشغل وبالتالي تحقيق التمكين في مجتمعاتها.

4. تمكين المرأة الفلسطينية:

نقصد بالتمكين اكتساب المرأة القدرة على استخدام الموارد المتاحة كاتخاذ القرارات الإستراتيجية التي تؤثر في حياتها، مما يمكنها من تحديد مصيرها وتحقيق مصلحتها، وينطبق مفهوم التمكين على الفئات المهمشة في أي مجتمع ولا يقتصر على المرأة فقط، وقد ظهر مفهوم تمكين المرأة في الثمانينات من القرن المنصرم.²

إن تطبيق اتفاقية سيداو سيؤدي لا محالة إلى تمكين المرأة في شتى المجالات، ففي المجال السياسي ستمتكن المرأة من الوصول لمراكز صنع القرار لاسيما عبر التمثيل النيابي، وبالتالي ستعمل على تعزيز حقوق النساء، وفي المجال الاقتصادي ستمتكن من تحسين أوضاعها وتحقيق الاستقرار المادي خاصة إذا كانت هي المعيل الوحيد للعائلة (بعد أسر أو استشهاد الزوج)، كما ستساهم في دفع عجلة التنمية، أما عن

¹ فولنارا شاهينيا، المرجع نفسه، ص 24.

² رويدا المعاينة وآخرون، النوع الاجتماعي وأبعاد تمكين المرأة في الوطن العربي، منظمة المرأة العربية، القاهرة، 2010، ص 22.

التمكين الاجتماعي فهو أن تلعب المرأة دوراً فعالاً في مجتمعها بدلاً من أن تكون فقط سيدة قرارها، بل وعضواً مساهماً في تطوير المجتمع وإنمائه.

وبتحقيق المساواة بين الجنسين عبر تنفيذ اتفاقية سيداو ستتوسع حظوظ المرأة في التمكين وبالتالي في تطوير المجتمع والمساهمة في تنميته.

الفرع الثاني: الآثار السلبية لمصادقة فلسطين على اتفاقية سيداو بدون تحفظات

إن المجتمع الفلسطيني كباقي المجتمعات العربية لا يهتم بدور المرأة ويعظم دور الرجل ويقسم الأدوار بين الجنسين، كما تحول العادات والتقاليد الاجتماعية أحياناً دون تطبيق القوانين أو التحايل عليها في بعض الأحيان، ويعد قانون الأحوال الشخصية من أكثر القوانين ارتباطاً بحياة الأسرة والأكثر تأثيراً في العلاقات الاجتماعية¹.

لذلك فتعديل قانون الأسرة والمستمد أصلاً من الشريعة الإسلامية، من شأنه المساس بأهم ثوابت المجتمع وبقيمه الذي ألف المجتمع إتباعها، بحيث لا يمكن أن يقبل بأن يعطي للمرأة حقوقاً تعادل حقوق الرجل بعدما اقتنع أن الحقوق المقررة لها كافية لتوازن المجتمع، وأن دورها الأساسي هو رعاية الأسرة.

وعليه فإن أهم أثر سلبي لمصادقة فلسطين على اتفاقية سيداو بدون تحفظات على المرأة الفلسطينية وحقوقها يكمن في صعوبة إن لم نقل استحالة نفاذها على المستوى الداخلي للتعارض الكبير بينهما، والذي كان من الممكن تجنبه عن طريق وضع بعض التحفظات كما فعلت باقي الدول المسلمة.

كما تكمن الآثار السلبية الأخرى لمصادقة فلسطين على اتفاقية سيداو بدون تحفظات في:

1. المساس بثوابت الشريعة الإسلامية:

تعد الأسرة الخلية الأساسية في المجتمع، وقد حاولت الشريعة الإسلامية حمايتها عن طريق تحديد حقوق وواجبات كل فرد من أفرادها عن طريق تنظيم الزواج، النسب، الطلاق، الميراث وغيرها... وقد استمدت كل التشريعات في الدول الإسلامية أحكامها لاسيما في مجال الأحوال الشخصية مباشرة من القرآن والسنة بالإضافة للمذاهب الفقهية.

¹ خضر اسمي، القانون ومستقبل المرأة الفلسطينية، الطبعة الأولى، مركز المرأة للإرشاد القانوني والاجتماعي، القدس، 1998، ص 47-48.

ففي الضفة الغربية يطبق قانون الأحوال الشخصية الأردني رقم (61) لسنة 1976 والمستند إلى مذهب الإمام أبي حنيفة، ويعتمد هذا القانون في مصادره على القرآن الكريم والسنة النبوية والآراء الفقهية، حيث لا يخرج قانون الأحوال الشخصية عن مصادر التشريع الإسلامي، والمرأة الفلسطينية لا مجال لها في الاختيار في أن تتبع أو لا تتبع بنود قانون الأحوال الشخصية الساري في الضفة الغربية، أما في قطاع غزة، فإنها لا زالت تخضع للقانون المصري، وبالنسبة للطوائف المسيحية، فلكل طائفة قانون أحوال شخصية خاص بها، فمثلاً طائفة الروم الأرثوذكس تطبق قانون العائلة البيزنطي، أما طائفة اللاتيني فتطبق قانون الأحوال الشخصية الخاص بها¹.

كما تنص المادة 4 من القانون الأساسي الفلسطيني على أن الإسلام هو الدين الرسمي في فلسطين وللسائر الديانات السماوية احترامها وقديستها، كما تنص الفقرة 2 على أن مبادئ الشريعة الإسلامية مصدر رئيسي للتشريع.

وبما أن بنود اتفاقية سيداو تعارض صراحة مبادئ الشريعة الإسلامية، فإن من شأن نفاذ الاتفاقية المساس بأهم القواعد التي وضعتها الشريعة الإسلامية والتي لا تحتل مخالفتها أو الاجتهاد فيما يتعلق بها، وتتمثل أهم نقاط الاختلاف بين الاتفاقية الشريعة فيما يلي:

أ. الميراث:

حيث أوجبت الاتفاقية الدول الأطراف أن تساوي بين الرجل والمرأة في الاستحقاقات العائلية المنصوص عليها في البند (أ) من المادة (13)، ومن هذه الاستحقاقات قضية الميراث والمساواة المطلقة بين الرجل والمرأة، كما جاء في التوصية 21 السابقة الذكر: "يجب على الدول ضمان أن يكون للرجل والمرأة اللذان تجمعهما نفس الدرجة من القرابة بشخص المتوفى الحق في الحصول على حصص متساوية في التركة، والحق في مرتبة متساوية في ترتيب الورثة"، وهذا يخالف أحكام الشريعة الإسلامية لأنه من المعلوم أن قواعد الميراث في الشريعة الإسلامية لا تقوم على المساواة بين الجنسين في العديد من المسائل، فأحياناً وفي ظروف معينة تأخذ الأنثى فيها نصف نصيب الذكر وفق مبدأ "للذكر مثل حظ الأنثيين".

¹ فانت عبد الله صادق سلهب، حقوق المرأة الفلسطينية بين اتفاقية سيداو والتشريعات الفلسطينية، جامعة النجاح الوطنية، كلية الدراسات العليا، مذكرة ماجستير، 2017، ص 03.

ب. تعدد الزوجات:

لقد انتقدت تقارير لجنة القضاء على التمييز ضد المرأة نظام تعدد الزوجات كونه يخالف حق المرأة في المساواة مع الرجل وكون نتائجه، العاطفية والمالية خطيرة كما أنه إهدار لكرامة يعطي حق التعدد للرجل و يمنعه على المرأة¹، و هو لا يتناسب مع ما وصلت إليه المرأة في العصر الحديث من تطور على جميع المستويات.

إلا أن الإطار الذي شرع فيه التعدد لا يتولد عنه إضراراً بل يدفع الضرر ويحل عدة مشاكل أسرية واجتماعية، أما الآثار السيئة الناتجة عن التعدد ليس راجعاً للإسلام إنما منشؤه انحراف الكثير من الرجال عن الغاية من التعدد وإقدامهم عليه دون حاجة².

كما أن من شأن التعدد حماية حقوق المرأة في ظل علاقة زوجية، ففي النموذج الغربي يلجأ الرجل للتعدد باتخاذ خلية أو عشيقه ليس لها أي حقوق على الرجل، كما يطرح الأمر إشكالا في حالة الحمل وإثبات النسب، مما يؤدي لاختلاط الأنساب، عكس النظام الإسلامي الذي يحافظ على المرأة وحقوقها.

ج. النسب:

قررت الاتفاقية أن يحمل الأبناء اسم الأم كما يحملون اسم الأب وفي هذا مخالفة واضحة لما جاءت به الشريعة الإسلامية التي تنسب الأبناء لأبائهم ولا يجوز نسبة الأولاد لغيرهم الاتفاقية المادة 16 فقرة 1.

د. الحقوق المالية للزوجة:

جاء في التوصية العامة الصادرة عن لجنة القضاء على التمييز ضد المرأة، بشأن المادة 16 والمتعلقة بالآثار الاقتصادية المترتبة عن الزواج والعلاقات الأسرية وعلى فسخ الزواج وإنشاء العلاقات الأسرية: "حيث تلاحظ اللجنة في الفقرة 16 من التوصية العامة رقم 21 أن بعض الدول الأطراف تجيز ترتيب الزواج بواسطة الدفع أو التفضيل، وفي ذلك انتهاك لحق المرأة في اختيار زوجها بحرية، وعبرة (الدفع أو التفضيل) تشير إلى بعض المعاملات التي يدفع فيها العريس أو أسرته، للعروس أو أسرته نقوداً أو سلفاً أو ماشية أو تدفع العروس أو أسرته مثل ذلك.

¹ تقرير لجنة القضاء على التمييز ضد المرأة، الدورة الثالثة عشرة، 1992، التوصية العامة 21 حول المساواة في الزواج والعلاقات الأسرية.

² طاهري حسين، الأوسط في شرح قانون الأسرة الجزائري، ط 01، دار الخلدونية للنشر و التوزيع، الجزائر، 2009، ص 61.

إن الصداق في الشريعة الإسلامية هو شرط من شروط انعقاد عقد الزواج وهو مقرر لصالح المرأة، كما جعل الإسلام للزوجة ذمة مالية مستقلة عن ذمة الزوج، وأوجب على الزوج الإنفاق عليها ولو كانت مقتدرة.

إن المساس بهذه المسائل لا يعزز حقوق المرأة، ففي الظاهر يبدو بأن اتفاقية سيداو تحقق حرية المرأة وتضمن حقوقها، لكن الله قبل أربعة عشر قرناً أعز المرأة بالإسلام وحدد حقوقها، لذلك فمن باب أولى أن نتبع منهاج الله في المسائل التي وضعها دون اللجوء إلى شريعة من وضع البشر.

2. تغيير هوية المجتمع الفلسطيني:

إن اتفاقية سيداو تناسب النموذج الغربي للأسرة ولا تتوافق بتاتا مع الأسرة المسلمة، فمعاهدات حقوق المرأة وعلى رأسها معاهدة سيداو ترمي في نظر بعض الفقهاء إلى ابتداع أنماط وأشكال جديدة من الحياة الاجتماعية والاقتصادية، وتحطم الحواجز الأخلاقية وتعارض القيم الدينية، وتنتشر الإباحية باسم الحرية، وتشجع على التحلل باسم التحرر¹.

ولقد استقر مركز المرأة في المجتمع الفلسطيني على أساس الحقوق التي منحتها لها الشريعة الإسلامية، بالإضافة لبعض الحقوق الأخرى كالحقوق السياسية والمدنية، بحيث أصبح من الصعب على المجتمع تقبل أن تستفيد المرأة من حقوق إضافية لأن من شأن ذلك تغيير هوية المجتمع وعاداته التي رسخت فيه.

فنتيجة لتراكم هذا الموروث الثقافي عبر السنين، فحتى المرأة ذاتها قد تكيفت مع هذا الواقع ورضيت به، باعتباره يمثل جزءاً هاماً من العادات والتقاليد والأعراف التي تنظم حياة المجتمع، بما في ذلك تلك القيم والمفاهيم التي تحكم العلاقات بين الرجال والنساء وحدودها وطبيعتها².

إن النظرة الدونية إلى المرأة، سواء كانت تصدر عن احتقار وازدراء لها، أو خوف وشفقة عليها، من أكثر ما يؤلم المرأة، ويعيق حركتها ونهضتها في المجتمع، لأنه يتعارض من جهة مع شعورها الإنساني الرفيع،

¹ محمد عمارة، ميثاق الأسرة في الإسلام، إعداد اللجنة الإسلامية العالمية للمرأة والطفل، الطبعة الأولى، دون دار نشر، 2007، ص 12.

² مصطفى حجازي، التخلف الاجتماعي، مدخل إلى سيكولوجية الإنسان المقهور، الطبعة 8، المركز الثقافي العربي، المغرب، 2001، ص 207.

وكرامتها السامية التي كرمها الله بها، ويسد من جهة ثانية أمامها أبواب الترقى وفرص التعلم والعمل، ويعرضها لأصناف من التمييز المحجف وألوان من الحرمان الظالم¹.

وفي هذا السياق، يقول الدكتور محمد عمارة: "إن أحدا لا يطلب إغلاق المنافذ الفكرية التيأتي منها الوافد الغربي، لكننا ندعو عند تبني الأفكار الوافدة إلى النظر في سياقها وملابساتها، والمواريث الفكرية والدينية والقانونية والسياسية التيأثمرتها، لندرك هل هي "مشترك إنساني عام" نفتح له عقولنا ومجتمعاتنا، أم أنها ردود فعل مغالية لفعل مغال في احتقار المرأة ودونيته؟ ثم يضيف قائلاً: فهل مع اختلاف موقف موروثنا الديني من المرأة عن موقف الموروث الغربي منها يجوز لعائل تبني الدعوات الأنثوية الغربية، وإعلان الحرب على الإسلام².

إن تجسيد حقوق المرأة في فلسطين ليس بالأمر الصعب، ذلك أن الاتفاقيةتحتوي على العديد من المواد التي تتناسب مع المجتمع الشرقي وتعزز مكانة المرأة في المجتمع، بل يكمن في قبول الاتفاقية كما هي دون تحفظ، الأمر الذي يصعب تطبيقها في مجتمع محافظ، يرى أنه قد أعطى للمرأة الحقوق المناسبة لطبيعتها ومكانتها التي رسمها لها.

الخاتمة:

تعد اتفاقية سيداو بمثابة الشرعة الدولية لحقوق المرأة، فقد عنيت بحقوق المرأة في مختلف المجالات: المدنية والسياسية والاقتصادية والاجتماعية...والجديد فيها أنها وضعت آلية قانونية لضمان تفعيلها من قبل الدول الأعضاء، وتتمثل في لجنة القضاء على التمييز ضد المرأة والتي تراقب عبر التقارير التي تقدمها الدول المصادقة، مدى الالتزام بتنفيذ الاتفاقية داخل الدولة.

غير أن الاتفاقية تتضمن بنوداً تنص على المساواة المطلقة بين الجنسين في الحقوق والالتزامات، ضاربة بعرض الحائط أن الاختلاف البيولوجي بين الجنسين يؤدي لا محالة لعدم إمكانية المساواة بينهما، وبالتالي لتتعدد الأدوار والمسؤوليات التي يقوم كل منهما بها داخل الأسرة أولاً وفي المجتمع ثانياً.

¹ محمد سعيد رمضان البوطي، المرأة بين طغيان النظام الغربي ولطائف التشريع الرباني، الطبعة 4، دار الفكر، دمشق، 1996، ص 194.

² محمد عمارة، تحرير المرأة بين الغرب والإسلام، بدون طبعة، دار المعارف، 2008، ص 7.

كما أن اتفاقية سيداو تؤكد على أنها المرجع الوحيد للدول في قضايا المرأة ورفض الاختلاف التشريعي والقانوني لكثير من الدول، بما في ذلك قانون الأحوال الشخصية، الأمر الذي رفضته العديد من الدول الإسلامية والتي تحفظت عليها، على اعتبار أنها تطبق الشريعة الإسلامية في المسائل المتعلقة بالأسرة.

وكغيرها من الدول، صادقت فلسطين على اتفاقية سيداو لكن دون التحفظ على أي بند من بنودها، الأمر الذي سيطرح عدة إشكالات لصعوبة نفاذ الاتفاقية على الصعيد الداخلي، فالمشرع الفلسطيني لن يستطيع التوفيق بين المرجعية الدينية للدولة والمرجعية الدولية في تعديله لمختلف القوانين التي تميز بين الجنسين، لاسيما قانون الأحوال الشخصية، لوجود تعارض في الكثير من الحقوق المقررة للمرأة بين الشريعة الإسلامية والاتفاقية.

فمنذ أن أصبحت فلسطين دولة عضو معترف بها من قبل الجمعية العامة للأمم المتحدة، قامت بالانضمام مباشرة للاتفاقيات والمعاهدات الدولية المتعلقة بحماية واحترام حقوق الإنسان، ودون تريث، ومن ضمن هذه الاتفاقيات اتفاقية القضاء على كافة أشكال التمييز ضد المرأة "سيداو"، وعليه يتضح أن هدف الانضمام كان إثبات الهوية السياسية لدولة فلسطين في الساحة الدولية، وإبراز أنها دولة تحترم حقوق الانسان، إلا أنها أغفلت مراعاة الهوية والقوانين الوطنية.

نتائج الدراسة:

وقد حاولنا في هذا البحث، الإجابة على إشكالية التوافق والتعارض بين الحقوق الواردة في اتفاقية سيداو وتلك المنصوص عليها في قانون الأحوال الشخصية الفلسطيني، ولقد توصلنا إلى نتائج أهمها:

- إن بنود الاتفاقية تسعى لتكريس المساواة المطلقة بين الرجل والمرأة في كل المجالات، في حين أن الشريعة الإسلامية تقرر للمرأة حقوقاً لكن مع الأخذ بعين الاعتبار الفوارق الفطرية بين الرجل والمرأة والتي على أساسها يتحدد دور ومسؤولية كل منهما في المجتمع.
- إن اتفاقية سيداو تتضمن عدداً من الأحكام وحقوق المرأة والتي تتطابق مع أحكام الشريعة الإسلامية وأحكام قانون الأحوال الشخصية، إلا أن هناك حقوقاً أخرى تتصادم مع ثوابت المجتمع الفلسطيني، لذلك كان لا بد أن تتحفظ عليها فلسطين، لتضمن إمكانية نفاذها في قوانينها الداخلية بيسر.
- إن مصادقة فلسطين على اتفاقية سيداو كانت بمثابة الاجراء الشكلي، حيث لم تستتبعه بأي اجراء تشريعي لضمان نفاذها على المستوى الوطني.
- منذ مصادقة فلسطين على اتفاقية سيداو لحد تاريخ نشر هذه الورقة البحثية، لا زالت اوضاع المرأة الفلسطينية على حالها، ولم تتمتع بأي من الحقوق المقررة لها في اتفاقية سيداو.

توصيات الدراسة:

- إن اتفاقية سيداو لا تمثل الضمان الأمثل للمرأة لنيل حقوقها، فحتى ولو صادقت الدولة على الاتفاقية، فإن تعزيز حقوق المرأة وتمتعها بها لا يتم إلا على المستوى الداخلي أولاً عبر عدة آليات أهمها:
- ضرورة توعية المرأة بالحقوق التي كفلها لها الإسلام والقانون.
 - ضرورة تعديل قانون الأحوال الشخصية بإعادة صياغة بعض موادها بشكل يتناسب مع طبيعة المجتمع الفلسطيني أولاً، وبمحاولة توحيد تطبيقه في كافة الإقليم.
 - محاربة العادات والتقاليد التي تحجم دور المرأة في المجتمع وتمنعها من التمتع بحقوقها.
 - تقرير عقوبات رادعة لمن ينتهك حقوق المرأة لاسيما حقها في الإرث.
 - وضع آليات لحماية المرأة من العنف، خاصة العنف الأسري.
 - تقديم تقارير للجنة القضاء على التمييز ضد المرأة تثبت قمع الاحتلال للمرأة والانتهاكات الجسيمة التي تتعرض لها خاصة في المعتقلات والسجون.

قائمة المصادر والمراجع:

أولاً: المؤلفات

1. أحمد أبو الوفا، الإعلام بقواعد القانون الدولي و العلاقات الدولية في شريعة الإسلام، الجزء 6 ، الطبعة الأولى، دار النهضة العربية، 2006.
2. أحمد أبو الوفا، المعاهدات الدولية في الشريعة الإسلامية، دار النهضة العربية، الطبعة 1، القاهرة، 1990.
3. تبسي هالة سعيد، حقوق المرأة في ظل اتفاقية القضاء على جميع أشكال التمييز ضد المرأة (سيداو)، الطبعة 1، منشورات الحلبي الحقوقية، سوريا، 2011.
4. خضر اسمى، القانون ومستقبل المرأة الفلسطينية، الطبعة الأولى، مركز المرأة للإرشاد القانوني والاجتماعي، القدس، 1998.
5. رشدي شحاتة أبو زيد، اتفاقية القضاء على جميع أشكال التمييز ضد المرأة من المنظور الإسلامي، الطبعة 01، دار الوفاء لدينا الطباعة لنشر، الإسكندرية، سنة 2009.
6. رويدا المعاينة وآخرون، النوع الاجتماعي وأبعاد تمكين المرأة في الوطن العربي، منظمة المرأة العربية، القاهرة، 2010.
7. طاهري حسين، الأوسط في شرح قانون الأسرة الجزائري، الطبعة الأولى ، دار الخلدونية للنشر و التوزيع، الجزائر، 2009.
8. عبد العزيز طيبي عناني، مدخل إلى الآليات الأممية لترقية وحماية حقوق الإنسان، دار القصة للنشر، الجزائر، 2003.
9. عبد الكبير العلوي المدغري، المرأة بين أحكام الفقه والدعوة إلى التغيير ، الطبعة 1، مطبعة فضالة، المغرب، 1999.
10. محمد بوسلطان، الرقابة على دستورية المعاهدات في الجزائر، مجلة المجلس الدستوري الجزائري، العدد 01، الجزائر، 2013.
11. محمد سعادي، القانون الدولي للمعاهدات، بعض الملاحظات حول معاهدة فيينا لقانون المعاهدات، دار الجامعة الجديدة، مصر، 2014.
12. محمد سعيد رمضان البوطي، المرأة بين طغيان النظام الغربي ولطائف التشريع الرباني، الطبعة 4، دار الفكر، دمشق، 1996.
13. محمد عمارة، تحرير المرأة بين الغرب والإسلام، بدون طبعة، دار المعارف، 2008.
14. محمد عمارة، ميثاق الأسرة في الإسلام، إعداد اللجنة الإسلامية العالمية للمرأة والطفل، الطبعة الأولى، دون دار نشر، 2007.
15. محمد يوسف علوان، محمد خليل موسى، القانون الدولي لحقوق الإنسان، الجزء الثاني، الطبعة الأولى، دار الثقافة للنشر والتوزيع، الأردن، 2009.
16. مصطفى حجازي، التخلف الاجتماعي، مدخل إلى سيكولوجية الإنسان المقهور، الطبعة 8، المركز الثقافي العربي، المغرب، 2001.
17. مصطفى محمد محمود عبد الكريم، حجية المعاهدات الدولية أمام القاضي الجنائي (دراسة مقارنة)، الطبعة الأولى، دار الفكر والقانون للنشر والتوزيع، مصر، 2011.

18. هالة سعيد تبسي، حقوق المرأة في ظل اتفاقية القضاء على جميع أشكال التمييز ضد المرأة (سيداو) ، الطبعة 01 ، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت، سنة 2011.

ثانياً: الأطروحات والرسائل الجامعية

1. راجح سعاد، الجزائر والقانون الدولي لحقوق الإنسان، رسالة دكتوراه، كلية الحقوق، جامعة تلمسان، 2016-2017.
2. زيوي خير الدين، إدماج المعاهدات الدولية في النظام القانوني الداخلي الجزائري طبقاً لدستور 1996، مذكرة ماجستير، كلية الحقوق، جامعة الجزائر، 2002-2003.
3. فاتن عبد الله صادق سلهب، حقوق المرأة الفلسطينية بين اتفاقية سيداو والتشريعات الفلسطينية، جامعة النجاح الوطنية، كلية الدراسات العليا، مذكرة ماجستير، 2017.

ثالثاً: المقالات

1. تشوار الجليلي، تحفظات الجزائر على بعض بنود الاتفاقيات الدولية المتعلقة بحقوق المرأة الأسرية بين التراجع والتمسك، مجلة العلوم القانونية والاقتصادية والسياسية، جامعة أبو بكر بلقايد، تلمسان، العدد 10، 2010.

رابعاً: النصوص القانونية

1. القانون الأساسي الفلسطيني المعدل الصادر في 18 مارس 2003 الموافق لـ 15 محرم 1424 هجرية.
2. المرسوم رقم (19) لسنة 2009م بشأن المصادقة على اتفاقية القضاء على جميع أشكال التمييز ضد المرأة "سيداو".
3. القرار الرئاسي بتاريخ 2019/11/3، بالقانون (21) للعام 2019.
4. قرار بقانون (21) للعام 2019 المعدل للتشريعات النازمة للأحوال الشخصية بشأن تحديد سن الزواج في دولة فلسطين.
5. قانون العقوبات رقم (16) لسنة 1960.

خامساً: التقارير الوطنية

1. عزيز كايد، الرقابة البرلمانية على المعاهدات التي تبرمها السلطة التنفيذية، سلسلة تقارير قانونية رقم (29)، الهيئة المستقلة لحقوق الإنسان، ديوان المظالم، رام الله، مارس 2002.
2. الغنيمي زينب، ورقة حقائق حول آليات سيادة القانون والعدالة للنساء، التشريعات والقوانين التي تم سنّها في قطاع غزة والضفة الغربية منذ الانقسام عام 2007، والتعديلات على الورقة، إبريل 2018.
3. دراسة مقارنة للعلاقة ما بين المعاهدات الدولية والقانون الوطني وآليات توطيها، المركز الفلسطيني لاستقلال المحاماة والقضاء "مساواة"، كانون أول 2014.
4. عصام عابدين، تقرير مؤسسة الحق المقدم إلى اللجنة المعنية بالقضاء على التمييز ضد المرأة بشأن التقرير الرسمي الأولي لدولة فلسطين، الجلسة 70، حزيران 2018.

سادساً: المعاهدات الدولية

1. اتفاقية القضاء على جميع أشكال التمييز ضد المرأة، اعتمدت بموجب قرار الجمعية العامة للأمم المتحدة رقم (180/34) في 1978/12/18 ودخلت حيز التنفيذ في 1981/09/03، طبقاً لأحكام المادة 01/27 من الاتفاقية، صادقت عليها فلسطين دون تحفظ في 2018.
2. اتفاقية فيينا لقانون المعاهدات لعام 1969، اعتمدت من قبل مؤتمر الأمم المتحدة بشأن قانون المعاهدات الذي عقد بموجب قرار الجمعية العامة للأمم المتحدة رقم 2166 المؤرخ في 1966/12/05، والقرار رقم 2287 المؤرخ في 1967/12/06.

سابعاً: الوثائق والتقارير الدولية

1. تقرير لجنة القضاء على التمييز ضد المرأة، الدورة الثالثة عشرة، 1992، التوصية العامة 21 حول المساواة في الزواج والعلاقات الأسرية.
2. فولنارا شاهينيا، تقرير المقررة الخاصة المعنية بأشكال الرق المعاصرة بما في ذلك أسبابه وعواقبه، الجمعية العامة، مجلس حقوق الإنسان، الدورة الحادية والعشرون، تقرير مواضيعي عن الزواج الاستعبادي، 10 تموز 2012.
3. تقرير المؤتمر العالمي الرابع المعني بالمرأة - بكين - الصين، 4-5 سبتمبر 1995.
4. قرار الجمعية العامة A/RES/72/85 بتاريخ 07 كانون الأول ديسمبر 2017 في دورته 78.
5. التوصية العامة رقم: 28 للجنة القضاء على التمييز ضد المرأة، بشأن الالتزامات الأساسية للدول الأطراف بموجب المادة 02 من اتفاقية القضاء على جميع أشكال التمييز ضد المرأة، الدورة السابعة والأربعون (د47)، نيويورك، 16 ديسمبر 2010.

ثامناً: المراجع باللغة الأجنبية

1. ABDELLAH Benhamou, L'applicabilité de la convention relative aux droit de l'enfant, R.A.S.J.E.P, Faculté de Droit, Université d'Alger, N° :01, 2000.

**النخبة السياسية المحلية في المغرب، فترة ما قبل
وبعد الاستقلال**

(دراسة في الطبيعة والوظائف)

**The Local Political Elite in Morocco, Before and
After Independence**

(A study in nature and functions)

د. عفيفة بلعيد

**كلية العلوم القانونية والاقتصادية والاجتماعية مراكش. جامعة
القاضي عياض (المملكة المغربية)،**

النخبة السياسية المحلية في المغرب، فترة ما قبل وبعد الاستقلال (دراسة في الطبيعة والوظائف)

*The Local Political Elite in Morocco, Before and After Independence
(A study in nature and functions)*

د. عفيفة بلعيد

كلية العلوم القانونية والاقتصادية والاجتماعية مراكش. جامعة القاضي عياض (المملكة المغربية)،

afifa_belaid@hotmail.fr

DOI: <https://doi.org/10.70411/MJLS.1.2.202345>

ملخص:

تعكس النخبة السياسية المحلية عبر تمثلاتها وسلوكها وعلاقاتها وطبيعة البنيات التي تقوم عليها، مكانتها داخل النظام السياسي المغربي لما لها من رصيد رمزي واجتماعي، ووظائف تؤهلها لمركز الريادة والقيادة لما تقوم به من أدوار لفائدة النسق السياسي العام والحفاظ على طبيعة الثقافة السائدة ونمط القيم عن طريق الضبط والمراقبة الاجتماعية والسياسية للمجال المحلي، إذ أصبحت تتنافس حول الموارد المادية والرمزية التي يقدمها العرض السياسي للمركز لاحتلال مواقع استراتيجية للمراقبة والتغيير الاجتماعي، وبالتالي فاحتلالها لمواقع القيادة داخل المجتمع المحلي، ليس كظاهرة اجتماعية فحسب ولكن كضرورة تاريخية ووظيفية لاشتغال الأنساق الاجتماعية. ولذلك خلصنا من خلال هذه الدراسة إلى أن النخبة السياسية المحلية كان لها دور أساسي في استقرار النظام السياسي وديمومته.

الكلمات المفتاحية: النخبة السياسية المحلية؛ النظام السياسي المغربي؛ طبيعة النخبة السياسية المحلية؛ وظائف النخبة السياسية المحلية؛ دعم مشروعية النظام السياسي؛ مراقبة المجال المحلي؛ الموارد الرمزية والمادية للنخبة السياسية.

Abstract:

The local political elite, through its representations, behavior, relationships and the nature of the structures on which it is based, reflects its position within the Moroccan political system because of its symbolic and social assets, and the functions that qualify it for the pioneering and leadership positions because of its roles that benefit the general political system and the preservation of the nature of the prevailing culture and the pattern of values through social and political control and monitoring the local environment, as it has become competing over the financial and symbolic resources provided by at the political level to occupy strategic positions for social observation and change. Therefore, occupying leadership positions by local political elite within the local community, is not only a social phenomenon, but a historical and functional necessity for harmonic social formats. Therefore, through this study, we concluded that the local political elite played a key role in the stability and durability of the political system.

Keywords: The local political elite; the Moroccan political system; the nature of the local political elite; the functions of the local political elite; supporting the legitimacy of the political system; monitoring the local environment; symbolic and financial resources of the political elite.

مقدمة:

تُعتبر ظاهرة النخبة السياسية المحلية من أهم الظواهر السياسية والاجتماعية وأكثرها تعقيداً؛ لارتباطها بتفاعلات النسق السياسي وطبيعة البنيات المشكلة له وخصوصية أنماطها، فدينامية وحركية هذه الأنساق والبنيات هي من تحدد لنا ذلك الفهم الواعي لطبيعة النخبة وأدوارها ووظائفها وخصوصيتها خاصة على مستوى الفعل السياسي.

وإذا أردنا تحديد مفهوم للنخبة قد نعود إلى أصلها اللاتيني الذي يشمل في معناه الحرفي عدة تحديدات منها الأقلية المنتقاة أو الطبقة العليا، أو من حيث التحديد الاصطلاحي يطلق مفهوم النخبة على من يشغلون مراكز عليا في المجتمع لما يتفوقون به عن غيرهم من صفات...¹.

وعليه فالتعريف أو التحديد أعلاه يركز على عنصرين أساسيين هما: عنصر المكانة والمركز أو الموقع لتمييزها عن باقي الفئات الاجتماعية، وهو ما أكد عليه "موسكا" الذي وقف عند التمييز بين طبقتين في كل مجتمع واحد مُهيمنة وتمتلك كل وسائل السلطة وامتيازاتها، وأخرى مُهيمن عليها ومنقادة أي محكومة وهي الأكثر عدداً من الأولى التي تمارس كل الوظائف العامة، وبالتالي تستحوذ على السلطة وكل الأفعال الاجتماعية.²

لكننا نجد "موسكا" قد ميز هنا بين عنصرين من النخبة أي بين من ينتمون إلى دوائرها ومن يوجدون خارج هذه الدائرة بناءً على امتلاك وحيازة السلطة، أو بعبارة أخرى امتلاك آليات أو موارد السلطة كأسس للهيمنة. وعليه فمفهوم النخبة يتحدد في تلك الأقلية التي تحتل موقعاً ومكانة متميزة في المجتمع³، وهو ما يؤهلها لتقلد الوظائف السياسية أو الإدارية، لذلك تشكل أقلية تحتكر أدوات الزعامة وموارد القوة والنفوذ، لذلك تشكل النخبة في نهاية المطاف نتاجاً لبنية اجتماعية وسياسية تؤدي مجموعة من الوظائف عبر سلطة الاحتكار لموارد السلطة أو دخول معترك السياسة. هذه الأخيرة التي يحدد "دافيد إستون" بأنه لا معنى لها خارج دائرة العلبة السوداء للنظام، وإن كان التحليل السياسي يحددها في كونها ذلك الكامن في الإنسان

¹ محمد محمود ربيع، إسماعيل صبري مقلد، موسوعة علم السياسة، الجزء الأول، دار الوطن، 1993-1994، (ص 310).

² -JORGEN H. WOLFF : Le role des élites politiques dans la démocratie, in Elites, gouvernance et gestions du changement sous la direction de Ali Sedjari, Ed l'Harmattan – GRET, 2002, p77.

³ GIOVANI BUSIMO : Elite et élitisme, que sais-je, PUF, 1ère éd, l'Harmattan-GRET, 2002, p77.

والذي تحدد كوجوده الفلسفي والاجتماعي ليتعايش ويتواصل مع كينونات تكاد تكون متطابقة أو مختلفة معه. أما السياسة كفعل فهي ذلك التفاعل الذي يقام بين الفرد ومحيطه أو ذلك السعي إلى الترقى في إطار تنظيمي يتحدد مؤسساتياً في "الدولة". وهنا تتحدد الدولة كأفعال وممارسات وسلوكيات تروم الاتباع النوعي لرغبات واحتياجات يسعى إليها الفرد والمواطن.

وعليه، فإن هذا الترابط بين النخبة والسياسة ترابط عضوي قائم على أساس استراتيجيات التحكم في المواقع واحتكار أدوات السلطة، خاصة في بعدها المحلي، وهو الطرح الذي ينسجم مع طرح "روبرت دال" الذي يحدد النخبة في كونها تلك التي تحتل موقع الحكم في صناعة القرار¹. ومن هذا المنطلق على الرغم من أن التركيز على الأقلية الحاكمة أمر يعود إلى بدايات التفكير السياسي عند الإغريق، حيث كان الاتجاه دائماً بالبحث حول من يحكم، "إلا أن اتخاذ النخبة كوحدة للتحليل السياسي ونظرية للتفسير يعود لمحاولة معارضة نظرية الطبقة وتقديم بديل يحل محلها. لذلك حاول "باريتو" و"موسكا" أن يحولا مفهوم الطبقة الماركسي القائم، غير أنه من الناحية الإبستمولوجية لم تستطع نظرية النخبة الخروج من الأسس المعرفية لنظرية الطبقة. لكن ومع أزمة دولة الرعاية تم التحول في مسارات النظر خاصة على مستوى نسق القرار، فألى نهاية الستينات بدأ الاهتمام بالمقربين "الحاكم" "الوالي" (الأعيان).

وفي إطار إعطاء نفس جديد لتحليل النسق المحلي لا بد من البحث في النخبة وأدوارها ووظائفها، فبالنسبة للمغرب شكل المستوى المحلي أداة وآلية لضمان استقراره واستمراره كنظام سياسي من خلال نخبة السياسة في مرحلة تاريخية حاسمة، وإن كان المغرب يُعتبر في أساسه دولة مركزية بالأساس.

ومن هنا اتجهت استراتيجية المؤسسة الملكية نحو عقد تحالف مع النخبة السياسية المحلية (الأعيان) ضماناً لمراقبة المجال، وبالتالي لأداء مجموعة من الوظائف التي تضمن لها استقرارها وديمومتها في ظل بدايات التأسيس للدولة الوطنية. لذلك استمرت عائلات بعينها في هذه الاستراتيجية لبناء علاقات نفوذ تضمن لها البقاء داخل أجهزة الدولة حتى على المستوى المركزي وليس المحلي.

وهنا تكمن أهمية البحث كمحاولة لسبر أغوار النشاط أو الفعل السياسي للنخبة المحلية من خلال وظائفها وتحديد طبيعتها التي تُعتبر القناة الأساسية لخلق القوة والنفوذ لممارسة السلطة واحتكار أدواتها.

¹ نصر محمد عارف، نظريات السياسة المقارنة ومنهجية دراسة النظم السياسية العربية، جامعة العلوم الإسلامية والاجتماعية، ليزيرج/ فرجينيا، الطبعة 1، 1998، (ص220).

ومن خلال هذه الأهمية نطرح فرضيتين أساسيتين للدراسة:

- الفرضية الأولى: تتحدد طبيعة النخب السياسية المحلية من خلال مختلف البنى الاجتماعية والثقافية المشكلة لها.

- الفرضية الثانية: تتطرق الوظائف التي تؤديها النخب السياسية المحلية من خلال طبيعة العلاقات الاستراتيجية التي تقيمها مع النظام السياسي.

ومن هذا المنطلق نطرح علينا الإشكالية الأساسية للموضوع في إمكانية تأثير البنى الثقافية والسياسية والاجتماعية في خلق موارد السلطة للنخبة السياسية المغربية لتحديد وظائفها داخل النسق السياسي العام.

ولمقاربة هذه الإشكالية سنستعين بالمنهج النسقي كمقاربة للتحليل والتفسير تجد أهميتها في الطابع المركزي للظاهرة التي تستدعي البحث في طبيعتها الاجتماعية والسلوكية والتاريخية وعلاقتها بالوظائف التي يمكن أن تؤديها داخل مختلف البنى والأنساق.

وسنحاول التطرق للموضوع من خلال مطلبين أساسيين:

المطلب الأول: طبيعة النخبة السياسية المحلية بالمغرب واحتكار موارد السلطة

المطلب الثاني: وظائف النخبة السياسية المحلية ورهانات تحقيق استمرارية النظام السياسي

المطلب الأول: طبيعة النخبة السياسية المحلية بالمغرب واحتكار موارد السلطة

الفقرة الأولى: الأصول العائلية والاجتماعية للنخبة المحلية

إن البعد التاريخي والاجتماعي للنخبة يسمح لنا باستثمار الخصائص السوسيولوجية للنخب، قصد معرفة الرساميل ذات القيمة الثمينة في مختلف المجتمعات¹، إذ أن فهم واستيعاب هذه الخصائص السوسيولوجية يساعد على فهم طبيعة وبنية وثقافة ونمط القيم السائدة لدى هذه الفئة الاجتماعية، وكذلك من أجل بلورة تصور عن أدوارها وسلوكها السياسي والاجتماعي والإداري؛ إذ أن السياقات التي تتفاعل معها في إطار دينامية المحيط السوسيو-سياسي تجعل من هذه النخبة دائرة مفتوحة تتقاطع معها مجموعة من الأنساق والقيم التي تؤثر في طبيعة عملها بل وتوجهه.

¹ ابن أحمد حوكا، إغواء المنصب وإعراض اللقب، طرح إبستمولوجي في نقد مفهوم النخبة المحلية، مجلة وجهة نظر، السنة 13، عدد 43، 2010، (ص10).

ومن هنا تتحدد العائلة كوحدة وبنية اجتماعية تُعتبر عنصراً أساسياً لتشكيل الاجتماعي للنخبة السياسية على المستوى المحلي، انطلاقاً من كونها وحدة للإنتاج الاجتماعي من خلال شبكة العلاقات الاستراتيجية التي تتحدد من خلال طبيعة وبنية السلطة السياسية سواء على المستوى المحلي أو المركزي.

ومن هنا نجد "Sophie Tievant" تحدد الأسس التي يقوم عليها المجتمع المحلي كالوضع المقدس/المدنس؛ وفي نظرها أن المجتمع المحلي يتميز بثلاثة مظاهر مركزية بالنسبة للمجتمع القروي، فالدم والمكان ثم الجانب الروحي ويقابلها في المجال الحضري، الجوار والثقافة¹. لذلك فالعين المحلي يرث عن وسطه الاجتماعي المباشر مجموعة من الصفات أو المقومات التي تؤهله لأدوار الزعامة والريادة، إذ يمنحه الواجهة، والمركز الاجتماعي والاسم؛ والجاه والثروة والسمعة، وبالتالي فالانتماء العائلي يُعتبر مقوماً من مقومات القيادة ومصدراً من مصادر الشرعية الاجتماعية².

فالأصول الاجتماعية والانتماء العائلي يُعدان من العناصر الأكثر انغراساً في المجال القروي، ونظراً لطبيعة البيئة والثقافة والقيم السائدة التي تركز وتغرز مقوم الأصل العائلي كمصدر ليس فقط للشرعية الاجتماعية بل حتى للشرعية السياسية، إذ كلما كان الانتماء العائلي قوياً وله جذور كلما كان توظيفه كاستثمار سياسي لكسب الشرعية قوياً أن يصبح ذا حظوة ومكانة داخل المجال الذي ينتمي إليه، ويحظى بالرضا والقبول من طرف المنتمين للمجال نفسه؛ أي أن الأصول العائلية والانتماء الاجتماعي يمنحه عناصر السلطة المعنوية والرمزية من أجل الريادة والقيادة، إذ يصبح الناس ينادونه باللقب العائلي (لقب جده أو والده)، خاصة إذا كان لهذا اللقب رمزية في ذهنية المحيطين به أي أن تكون له علاقة وارتباط بأحد الوظائف المخزنية.

ومن هنا تشكلت عائلات معينة أصبحت تتخذ نمط توريث السلطة، كما أنها تتشكل انطلاقاً من الشبكات الاستراتيجية المحتملة التي لم تبنى بشكل اعتباطي، بل قامت على مجموعة من الارتباطات أساسها الغنى والثراء المادي، خاصة وأنها عائلات عُرِفَت بممارستها للتجارة ونسجت علاقات اقتصادية منحنتها قوة الوجود. وعلى هذا الأساس نتحدث في هذا السياق عن نمط من العلاقات الاستراتيجية بين

¹ محمد مرجال، القوة والنفوذ دراسة للنخب المحلية بابين سليمان ما بين 1990 و2002، أطروحة لنيل الدكتوراه في القانون العام، جامعة الحسن الثاني عين الشق، الدار البيضاء، كلية الحقوق، 2004-2005.

² حماني أفعلي، السلوك الاجتماعي والسياسي للنخبة المحلية، إصدارات مركز طارق بن زياد، الطبعة 1، 2002، (ص28).

العائلات المخزنية فيما بينها وبين النظام المخزني في إطار علاقات تبادلية للمنافع والمصالح والخدمات والوظائف.

وعليه فالانتماء والأصل العائلي يصبح له دور ووظيفة يزكي ويدعم وظيفة النخبة السياسية المحلية¹، فحسب تعبير عبد الله حمودي، فالعين غالباً ما ينحدر من أسرة ذات نفوذ أو قد تكون تقلدت أدواراً مهمة على الصعيد المحلي، فالأعيان القرويين غالباً ما ينحدرون من أسر مارست السلطة المحلية أو الجهوية تحت الحماية أو توطأت معها بغرض نفوذ مادي أو معنوي أو غيره².

فالأعيان كاصطلاح نجده يغلب عليه العامل العائلي والتاريخي، ويبقى للنسب والأصل تأثيراً كبيراً بالنسبة للأعيان³. وهذا ما يزكي الطرح الذي قدمته "Sophie Tievant" في أن المجتمع القروي يركز على الدم كمظهر لنمط العلاقات ولتحديد الروابط والانتماءات والجذور، إذ أن الأعيان داخل هذا المجال وبفضل هذا المقوم (الانتماء الاجتماعي)، بالإضافة إلى مقومات أخرى فهم يتمتعون بالعلية وبالانتماء لفئة النخبة أو الأقلية التي لها سلطة معنوية ورمزية على السكان حتى ولو لم تكن داخل المنظومة السياسية، على اعتبار أن الأعيان هم عليّة القوم وخيرتهم ويتم اختيارهم اختياراً دقيقاً بناءً على هذا المعطى، من العائلات المعروفة بعلمها ونسبها وتجارها، إذ أن الخدمة المخزنية كانت تُعد باباً من أبواب الثروة⁴.

لذلك فالعين هو شخص داخل النخبة السياسية المحلية يتمتع بالسيادة داخل قومه أو قبيلته، يستمد سلطته كمقدم أو شيخ أو قائد أو مجرد عضو في "الجماعة" من حظوة شخصية أو انتماء إلى عائلة قديمة أو جديدة تخول له مركزاً مؤثراً داخل الجماعة التقليدية ونوعاً من التمثيلية لدى السلطة⁵.

¹ حماني أققلي، السلوك الاجتماعي والسياسي للنخبة المحلية، مرجع سابق، (ص28).

² عبد الله حمودي، الشيخ والمريد، النسق الثقافي للسلطة في المجتمعات العربية الحديثة، ترجمة عبد المجيد جحفة، دار توبقال للنشر، الطبعة الثالثة، 2003، (ص58).

³ محمد السعدي، رجل السلطة ومواكبة التطور في المغرب، رسالة لنيل دبلوم الدراسات العليا المعمقة في القانون العام، كلية الحقوق، البيضاء، 1997، (ص24).

⁴ هند عروب، "النخبة المخزنية والملكية: توطؤ من أجل الدعم والاستمرار منذ زمن الأعيان خدام المخزن والاستعمار"، مجلة وجهة نظر، السنة الثالثة عشرة، عدد 430، 2010.

⁵ الهادي الهروي، القبيلة؛ الإقطاع والمخزن، مقارنة سوسيولوجية، للمجتمع المغربي الحديث سنة 1844-1934، إفريقيا الشرق، 2005، (ص143-144).

وخلاصة القول، إن الانتماء الاجتماعي للنخبة المحلية بحسب طبيعة ونمط القيم السائدة داخل المحيط السوسيو-سياسي الذي تنتمي إليه هذه النخبة وتتفاعل معه، في علاقة التبادل لعناصر التأثير تظل قائمة؛ أي أن هذه البيئة ستعكس على ثقافة وسلوك وأدوار هذه البنية أو الفئة الاجتماعية المحلية، خاصة إذا كان هذا الأصل العائلي يمنح المكانة والرفعة، وتصبح هذه النخبة حائزة على السلطة والوظائف العامة من المخزن وعلى الثقة والقبول ورفعة الشأن والشرعية الاجتماعية والسياسية من العامة، لذلك فأدوارها لن تخلو من التأثير بهذه الأنماط والأنساق السائدة، ليبقى التساؤل المطروح إلى أي حد يساهم الثقل الاقتصادي والسياسي في دعم مكانة النخبة السياسية المحلية من أجل القيام بأدوارها؟.

الفقرة الثانية: الثقل الاقتصادي والسياسي للأعيان المحليين

بالإضافة إلى ما يحظى به الانتماء الاجتماعي من دور في المجتمع المحلي نجد العقار بدوره يلعب في المجتمع السياسي المغربي دوراً فعالاً سواء على مستواه المادي أو الرمزي، أي أن الأرض تُعتبر مورداً أساسياً للثروة، فبقدر ما يمتلك المرء من عقارات بقدر ما يزداد نفوذه وثروته، فالعقار يُعتبر دائماً رمزاً للتراكم وخبزاناً للقيم التي تزداد وتتراكم باستمرار، فامتلاك الأرض يحمل دلالة اجتماعية كبيرة ترتبط دائماً بالسمعة وتزايد النفوذ.

ومن هنا، فإن السلطة السياسية تستخدم العقار كوسيلة لتدعيم أسسها الاجتماعية القروية، وذلك من خلال اقطاعات أرضية تدعم الموقع الاجتماعي للنخب القروية، هذه الأخيرة التي تشكل عنصر استقرار داخل البنية الاجتماعية¹. وهنا يتجلى الثقل الاقتصادي الذي يعتبر الركيزة الأساسية التي تمنح للنخبة المحلية (الأعيان) مكانة ومركزاً اجتماعياً داخل المجال أو الفضاء الذي تنتمي إليه؛ إذ يشكل قيمة أساسية لدى القرويين، فالعقار والأرض كرصيدي مادي يمنح صاحبه "الهيبة" والتقدير، حيث "إن الأعيان القرويين يعيشون على أراضيهم ويملك كبارهم إقامة حضرية إذا غابوا عن القرية أو القبيلة وحافظوا على روابط قوية معها² نظراً للارتباط القوي ليس بالمجال فقط بل بالأرض كمعطى مادي وسوسيولوجي".

لكن هذا الثقل الاقتصادي الذي تتمتع به النخبة السياسية المحلية (الأعيان) يُعتبر ازدواجي المصدر، إذ يمكن اكتسابه عن طريق الإرث العائلي والاجتماعي أي أن يكون العين من عائلة معروفة بنفوذها

¹ محمد شقير، أوليات الشرعة السياسية (النظام السياسي المغربي كنموذج) المجلة المغربية لعلم الاجتماع السياسي، السنة الأولى/ خريف 1987؛ العدد 4، (ص74).

² عبد الله حمودي، الشيخ والمريد...، مرجع سابق، (ص58).

و ثروتها، أو يمكن أن يكسبه عن طريق المنحة المخزنية في إطار تبادل الوظائف أو مكافأة لخدمة معينة؛ على أساس أن المخزن يسعى دائماً إلى مكافأة ودعم خدامه.

وفي هذا السياق جرى تحويل الأراضي المسترجعة والمقاولات الهامة، إلى شبكات الأعيان بالمدن والقرى¹، لذلك يعتبر "ريمي لوفو" أن الملكية تُعد طريقاً متميزاً لولوج الفئات المحلية في البادية المغربية، فالملاك العقاريون عادة ما ينتمون لفئة الأعيان الوجهاء وتكون لهم علاقة طبيعية مع السلطات المحلية ومع الساكنة².

ومن أجل خدمة مصالحها سمحت الدولة (المخزن) بتقوية هذا النفوذ الاقتصادي لهذه العينة الاجتماعية، عن طريق دعمها لعدة مشروعات تهتم المجال الفلاحي وتقديم القروض والتسهيلات ومضاعفة إنتاجيتها الفلاحية ومساحات أراضيها³.

وبالإضافة إلى هذا النقل الاقتصادي الذي تتميز به وتحوزه النخبة السياسية المحلية، النقل الأساسي الذي أدركته الملكية منذ بداية الاستقلال وهو ما جعلها تعقد تحالفاً سياسياً معها من أجل استثمار هذا النقل أو هذه المكانة السياسية لصالح الوظائف التي ترغب في تأديتها لها، لذلك عمدت إلى توطيد أدوارها بمختلف الوسائل القانونية كإصدار قانون الاستثمار والوسائل المادية؛ وتمكينهم من امتلاك أراضي المعمرين أو وسائل مؤسساتية تتجلى في الجماعات المحلية (كمنتخبين) أو الغرف الفلاحية، ما يسمح لهذه النخب بالتدخل لدى الأجهزة البيروقراطية المكلفة بالعالم القروي⁴.

وقد اعتبرهم عبد الله حمودي جزءاً لا يتجزأ من الحياة السياسية إذ ومنذ الستينات كانت كل الحملات الانتخابية إقطاعاً لهم، وأولئك الذين لم ينجحوا في ولوج المجالس الجماعية أو الإقليمية يستثمرون المناصب الإدارية المحلية (الشيخ، المقدم، ممثل الجماعات...) ⁵.

¹ عبد الله حمودي، مرجع سابق، (ص 58).

² – Levau (Remy) : « le fallah marocain défenseur du trônes » presse de la fondation nationale des sciences politiques, 2 ed 1985, p61.

³ – Levau (Remy) : le fallah marocain défenseur du trône, op.cit, p : 63-64.

⁴ – Guiri (Abdelkarim): « l'aménagement de l'espace rural au Maroc DES, en droit public, Rabat 1986, p158.

⁵ عبد الله حمودي، الشيخ والمريد...، مرجع سابق، (ص 58).

وهذا ما جعل من النخبة السياسية المحلية (الأعيان) قاعدة اجتماعية أساسية لدعم النظام السياسي والحفاظ على استقراره، ودعم شرعيته، لذلك فالعالم القروي استمد ثقله السياسي هذا ليس فقط من مجاله الجغرافي أو من نخبه الوازنة بل أيضا من دور البادية في تاريخ المغرب¹، إذ كانت كمجال وكفضاء سياسي تلعب أدواراً مهمة لصالح ضمان تأطير ومراقبة هاذ المجال وساكنته، ومن هنا أقيمت قاعدة من الأعيان (القرويين) حسب "ريمي لوفو" كحماة للعرش، والتي يمكن أن نطلق عليها اصطلاحاً "جماعة الاستقرار" أي كنظام لاستقرار اللعبة السياسية والنظام السياسي ككل². الشيء الذي جعل منها أداة مهيمنة داخل الوسط القروي لامتلاكها لوسائل وأدوات النفوذ (الأصل الاجتماعي الثقل الاقتصادي والسياسي)، وما يزكي هذه الهيمنة للنخبة القروية على النظام التمثيلي للعالم القروي؛ هو طبيعة العلاقات الاجتماعية السائدة التي يغلب عليها الطابع الزبوني والإثني، وتزداد أهمية هذه العلاقات أو تكون أكثر وضوحاً لحظة الانتخابات بشكل خاص.

وبالفعل فالانتخابات على المستوى السياسي تشكل مناسبة للأعيان القرويين، ليس ك لحظة لإبراز نفوذهم السياسي والاقتصادي والاجتماعي، بل أيضا لإظهار تبعية القرويين لهم، سيما وأن الالتزام السياسي لهؤلاء الأعيان يبقى ضعيفاً مقابل هذه الاعتبار الشخصية والعائلية التي تسمو فوق كل الاعتبارات³.

ولأجل هذا الثقل سعت السلطة السياسية لاستثماره وتوظيفه للاستمرار وللاستقرار السياسي، لما تحظى به هذه النخبة من موقع استراتيجي داخل النسق السياسي المحلي، ولذلك كانت النخبة السياسية المحلية تشكل حلقة الوصل الرئيسية بين المجتمعات المحلية والمجتمع الشامل وعن طريقها يمارس المجتمع الشامل تأثيره على المجتمعات المحلية وينفذ إلى أصغر وحداته الاجتماعية والسياسية⁴. وعن طريق تمكنها من وظائفها تمثيلية وأخرى قضائية ومهام إدارية (مقدم، قواد، شيخ)⁵.

¹ مهدي بوزكري، النخبة القروية. الإدارة الترابية وسياسية التنمية القروية مساهمة في دراسة الرهانات السوسيو-سياسية للفلاطين، أطروحة لنيل الدكتوراه في القانون العام، كلية الحقوق، مراكش، 2008، (ص103).

² هند عروب، النخبة المخزنية والملكية، مرجع سابق، (ص29).

³ مهدي بوزكري، النخبة القروية. الإدارة الترابية وسياسية التنمية القروية ...، مرجع سابق، (ص140).

⁴ حماني أقليمي، السلوك الاجتماعي والسياسي للنخبة المحلية...، مرجع سابق، (ص7).

⁵ مهدي بوزكري، النخبة القروية. الإدارة الترابية وسياسية التنمية القروية ...، مرجع سابق، (ص17).

وفي المقابل يلعب الأعيان دور الوطاء بين المجال التداولي للحاكمين والمجال التداولي للمحكومين¹، وبالتالي فإن النخبة السياسية المحلية تستمد هذه المكانة السياسية والاقتصادية انطلاقاً من وضعها وامتلاكها لوسائل القوة والنفوذ داخل المجال القروي، كما تستمد هذه المكانة والمركز كذلك انطلاقاً من علاقاتها بالمركز أو المخزن والوظائف التي تؤديها والأدوار التي تلعبها لصالح استقرار سياسته واستمراريتها من جهة، ولدعمه ومنحه الشرعية من جهة أخرى.

وبناءً عليه، فإن ما يمكن استخلاصه مما سبق هو أن النخبة السياسية كانت لها على المستوى المحلي خاصة القروي أدواراً على مستوى السياسات العامة للدولة سواء الاقتصادية أو السياسية أو الإدارية أو الاجتماعية، إذ لم تكن سوى أداة لتنفيذ سياسات المخزن حتى الأمنية والضبطية منها، وهذا ما سنراه فيما سيأتي، حيث كان لها أدوار المراقبة والضبط للمجال القروي، لكن كيف عملت النخبة على أداء هذه الأدوار، ولماذا؟

المطلب الثاني: وظائف النخبة السياسية المحلية ورهانات تحقيق استمرارية النظام السياسي

إن أداء النخبة السياسية المحلية لمجموعة من الوظائف لفائدة النظام السياسي مسألة ثابتة تاريخياً منذ القرن التاسع عشر، في إطار العلاقة بين السلطان وخدامه، والذين ينالون الرضا السلطاني بأدائهم لهذه الوظائف الموكلة إليهم بإخلاص ووفاء. ومن هنا نتحدث عن طبيعة وبنية العلاقة بين النخبة السياسية المحلية كظاهرة اجتماعية وكعمل وكفعل سياسي، وبين النظام السياسي كبنية وكنسق وكسلطة. واستمرت العلاقات نفسها وإن بدرجات مختلفة وبالعلاقات تبادلية مختلفة، لكن مضمون وطبيعة وبنية العلاقة استمرت بعد الاستقلال بهدف تحقيق الوظائف نفسها وإن بأوجه مختلفة؛ لأن السياقات اختلفت واستحدثت بنايات حديثة إلى جانب تلك التقليدية ولكن كنه هذه الوظائف استمر، "فكل نظام سياسي يخلق عبر حركية أطرافه وعقائده وحضارته مسلسلاً لتطور الدولة وصنع سياسة الدولة، فالواقع السياسي من خلال تعددية أطرافه وتنوع الصراع والتنافس الذي يحكمه يطرح رهانات مستقبلية تستهدف الحفاظ على ثبات النظام واستقراره"²، والذي يحتاج دائماً إلى دعم مشروعيته من أجل الحفاظ على هذا الثبات والاستقرار.

¹ ندير المومني، التواصل السياسي بالمغرب المعاصر، 1994-1999، أطروحة لنيل الدكتوراه في القانون العام، كلية الحقوق مراكش، 2001-2002، (ص12).

² سيدي الأشكل: القرار والنشاط العام بالمغرب "مساهمة في دراسة الثابت والتغيير في السيرة القرارية"، أطروحة لنيل الدكتوراه في القانون العام، كلية العلوم القانونية والاقتصادية والاجتماعية، مراكش، 2009، (ص68).

الفقرة الأولى: وظيفة دعم النظام السياسي

لم يكن للنظام السياسي بد من خلق تحالفات تضمن له مراقبة المجال والقيام بوظيفة الوساطة، هذه الأخيرة لا تعني أن يكون هناك وسيط بين الملك والشعب؛ لأنها علاقة لا تقبل في نظر المؤسسة الملكية أية وساطة؛ لأن عقد البيعة عمل على إلغائها، لكن الوساطة المقصودة هنا هي فقط لضمان الاستقرار في حيز مجالي محدد ولفترة معينة طبعت بالصراع بين الفاعلين السياسيين والقوى المتضاربة حول السلطة، لذلك كانت النخبة المحلية والأعيان هم المخولون للقيام بهذه الوظائف نظراً لمواردهم المادية والرمزية، ولمكانتهم داخل الحيز المجالي المراد ضبطه ومراقبته، لتكون بذلك وظيفة الوساطة فقط لتأمين وبسط نفوذ وهيمنة المؤسسة الملكية على حقل سياسي يشوبه الصراع والتوتر في مرحلة تأسيسية حرجية، استلزمت منها هذا التحالف الإستراتيجي.

لكن السؤال الذي يطرح علينا هنا هو، إلى أي حد سيؤثر هذا التحالف على طبيعة البنية السياسية في المغرب عامة، وطبيعة النخبة السياسية على وجه الخصوص؟، وكذا على طبيعة العلاقة مع المؤسسة الملكية وطبيعة تمثلها لوظائف هذه النخب، ومن ثم نتساءل عن انعكاسات هذا التأثير على العمل المؤسساتي والسياسي داخل النظام السياسي المغربي؟.

أولاً: وظيفة المراقبة والضبط الاجتماعي

أسست الملكية لهذه الوظيفة عبر عقد مجموعة من التحالفات الإستراتيجية سواء على المستوى المحلي أي المجال القروي عبر الأعيان المحليين، أو على مستوى المجال الحضري عبر البرجوازية التجارية والعقارية... من أجل ضبط المجال السياسي والاجتماعي والاقتصادي.

فجّل الأنظمة السياسية تستند في تثبيت مشروعيتها على الحفاظ على البنى التقليدية، وكذا نوع العلاقات الاجتماعية القائمة والمتبادلة من أجل تحديد سلوك سياسي يتماهي وينسجم مع السلطة السياسية وطبيعتها، من أجل خلق أسس اجتماعية يمكن الاعتماد عليها في مراقبة ضبط المجتمع.

ويوضح ريمي لوفو "هذا النهج من خلال انتخابات 1960، فلقد أثبتت تطورات الحياة السياسية المغربية نجاح السلطة السياسية بفضل الانتخابات في ترسيخ نظام النخب المحلية الموالية لها، فاخترت تقطيع الدوائر الانتخابية استناداً إلى الولاءات العرقية ونوعية الاقتراع (الأحادي الأسمي)، مكن من إبراز طبقة من المنتخبين المحافظين على التوازنات التقليدية والمنشئين من جديد لشبكة إدارية شاملة للنخبة المحلية...، ولقد أتت هذه السياسية أكلها بشكل واسع، حيث تأكد من سنة 1960، أن إقامة نظام للمراقبة

السياسية مركزة على مساهمة هذه النخب لتجاوز القلاقل القروية، إذ يعتمد الأعيان عموماً على تهدئة النزاعات القائمة بين جماهير الفلاحين والنظام وذلك بإشعار السلطات وتقديم تسويات¹.

"لذلك كان من الضروري إدماج هذه الفئة وعدم إبقائها خارج النسق وترك الفلاح دون تأطير إداري سيؤدي إلى بروز تيارات غير مرغوب فيها²، فمن أهم ما يمكن الاستناد عليه وتوظيفه من طرف النظام السياسي المغربي هو هذه الفئة من أجل الاستفادة من دعمها ووظائفها، خاصة على المستوى المحلي، نظراً لما عاناه منه خلال فترة ما قبل الاستقلال وبعده، فلتأكيد شرعيته وإحكام مراقبته الاجتماعية للمؤسسات وللغئات أو للمجتمع سواء المحلي أو المركزي كان لازماً عليه أن يدخل في هذه العلاقات التبادلية للمصالح والأدوار.

وبالتالي كانت من أهم وظائف النخبة السياسية هي مراقبة المجال وضبطه؛ لأن أي إهمال له من شأنه أن يشكل هزة قوية بمثابة الآلة والمحرك الذي يضبط التوازن والاستقرار الاجتماعي والسياسي للسلطة السياسية، وعليه كانت وظيفة السياسي كما هي وظيفة الإداري ضبط المجال ومراقبته الاجتماعية والسياسية. لتشكل هذه "المراقبة وهذا الضبط الاجتماعي إستراتيجية اعتمدها النظام السياسي كوظيفة من أجل دمج النخب القروية أولاً من أجل احتوائها وضمان تعبئتها، وثانياً من أجل ضبط المجال وحياسة المزيد من المشروعية"³.

وفي هذا السياق يرى الأستاذ "J.C.S.ATUCCI" أن تمثيل التيارات السياسية لن يكون له معنى إلا في الحدود التي تخضع فيها بالأساس تلك التيارات لمراقبة السلطة، وأن تعبير الأحزاب السياسية الذي يذهب إلى حد الاعتراف بوجود معارضة تبقى دائماً سجيئة سياق سياسي يلتزم بعدم الطعن في الأسس

¹ عبد الله ساعف، تصورات عن "السياسي" في المغرب، المجتمع والسلطة، ترجمة محمد معتصم، دار الكلام للنشر والتوزيع، 1990، (ص95).

² – IHAZRIR (A) : paysans, élites rurales et politique agricole au Maroc contribution à l'étude de l'univers social et publique des acteurs, thèse : pour l'obtention du Doctorat d'Etat en D.P FESJ Marrakech, P : 97.

³ سيدي الأشكل، القرار والنشاط العام بالمغرب، مساهمة في دراسة الثابت والمتغير في السيرورة القرارية، أطروحة لنيل الدكتوراه في القانون العام، كلية العلوم القانونية والاقتصادية والاجتماعية، مراكش، 2009، (ص96).

الجمهورية للنظام، أو التأثير على توازناته الأساسية، هذا وقد ظلت النخبة دائماً أداة من أدوات الوقاية وامتصاص الأزمات ومواجهة الظروف الطارئة¹.

نظراً لتحكم الهاجس الأمني والضبط السياسي والاجتماعي في بنية السلطة السياسية؛ لأن هذا الأمر كان من أهم الرهانات للنظام السياسي، لذلك اعتمد على الأعيان المحليين من أجل تأطير السكان وضبط المجال، وما ساعده كذلك هو نمط الاقتراع الأحادي الاسمي²، الذي سهل مأموريته في أدائها لوظائفها حتى تشكل وزناً مضاداً للقوى السياسية³ المناوئة للملكية وللنظام السياسي.

وهكذا أدت هذه الفئة الاجتماعية الأدوار المنوطة بها على أكمل وجه وكسب النظام السياسي رهان التحكم في مجريات الأمور وبسط هيمنته على المجال السياسي والاجتماعي. لذلك كان في حاجة إلى وساطة عبر تحالفاته الإستراتيجية تضمن له سلطة الهيمنة وبسط النفوذ كمورد أساسية يحتاجها أي نظام سياسي.

ثانياً - وظيفة الوساطة:

تُعد وظيفة الوساطة من بين الوظائف المهمة التي كانت تؤديها النخبة السياسية المحلية، عبر سياسة أو إستراتيجية التحالف التي أبرمها مع السلطة السياسية، فالتمثيلية السياسية للأعيان المحليين جعلت منهم حلقة الوصل بين المجتمع القروي والسلطة المركزية، فمنذ الاستقلال كما قلنا والملكية تبحث عن يؤمن لها قنوات التواصل والوساطة، وكانت عبر الجهاز البيروقراطي المحلي (المقدمين والشيوخ)، وعبر السياسي عن طريق المنتخبين من الأعيان المحليين الذين تكلفوا بنقل أوامر الدولة إلى العالم القروي، وبالتالي شكلوا عنصر الوسيط، ولم يجدوا من الساكنة سوى موفق وسلوك الخضوع⁴.

¹ زين العابدين حمزاوي، النخبة السياسية ومسألة الثابت والمتحول في النسق السياسي المغربي، أطروحة لنيل الدكتوراه في القانون العام، كلية كلية العلوم القانونية والاقتصادية والاجتماعية، وجدة، 2003-2004، (ص160).

² BENDOUROU (O) : le pouvoir exécutif au Maroc depuis l'indépendance plublisud achevé d'imprimer sur les presses Imprimerie Tardy Quercy (S.A) 1986, P 176.

³ REMY (L) : le fallah Marocain defenseur du trone..., op.cit, p61.

⁴ REMY (L) : le fallah Marocain defenseur du trone..., op cit, p : 62.

بل لقد شكل الأعيان المحليين الرابط الأساسي بين بيروقراطية الدولة والمجتمع وبين المحلي والمركزي¹، ليظل هؤلاء الأعيان الوسائط الوفية لتنفيذ سياسية الدولة على المستوى المحلي لذلك استطاعت السلطة السياسية أن توفر بنيات التعبئة والمراقبة الاجتماعية والسياسية ولم يتأت ذلك لها إلا بفضل هيمنتها، ليس فقط على النظام الجماعي للقرويين ولكن حتى على المجتمع القروي ذاته².

وحتى على المستوى المركزي لعب الوزراء دور الوسيط بين النظام السياسي وأفراد المجتمع عبر التعبئة الشاملة للموارد المتاحة كافة، من أجل الحفاظ على الوضع القائم وتثبيت مشروعية النظام وتثبيت دعائمه.

وتأكيداً لهذا الدور أي وظيفة الوساطة، ورد في الخطاب الملكي للحسن الثاني، الملقى في افتتاح الدورة التشريعية الخريفية للبرلمان.

".... وعليكم أن تعلموا أنه كيفما كانت وسائل الاستخبارات أو الاستعلامات بالمعنى الشريف. وكيفما كانت موارد معلوماتي عما يجري في البلاد أو عما يضر الناس أو يفرحهم لا يمكنني أن أحيط بكل شادة وفادة، فإن لم أكن محاطاً بجنود هنا وهناك ومستشارين وناصحين من وزراء وممثلي الشعب، فسوف يكون عملي مبتوراً وجهدي مقصوراً، فعليكم أمانة أخرى هي أمانة التبليغ، وكما قلت لكم التبليغ كهيئة البرلمان، والتبليغ كأحزاب البرلمان، والتبليغ كأفراد يمثلون ذلك الشعب الذي لا أخاطبه إلا بشعبي العزيز"³.

وبالتالي فالنخبة السياسية المحلية في النظام السياسي المغربي هي وسيط بين المؤسسة الملكية كمهيمن على السلطة السياسية وبين المواطنين. فبالنسبة للملكية هم مستشارون لدى أعلى سلطة في البلاد، وإن كانت لها أجهزتها الخاصة للوصول إلى المعلومة (الجهاز البيروقراطي خاصة وزارة الداخلية) والمكانة التي أصبحت تخطى بها في ظل النظام السياسي المغربي مقارنة مع باقي الوزارات. ومن ثم فوظيفة الوساطة هذه تتجاوز ما يفترض أن تؤديه كناقل لاحتياجات المجتمع وتلبيتها في إطار المؤسسات وعبر

¹ محمد مرجال، القوة والنفوذ، دراسة للنخب المحلية...، مرجع سابق، (ص 29).

² عفيفة بلعيد، دور النخبة المحلية في بلورة الفرز المحلي نموذج المجلس الجماعي للوالية، (2003-2009)، رسالة لنيل دبلوم الماستر في القانون العام، كلية العلوم القانونية والاقتصادية والاجتماعية، مراكش، 2009-2010، (ص 23).

³ وارد في، الحسن أعبوشي، مفهوم ودور البرلمان في الخطاب الملكي، التجربة البرلمانية المغربية السادسة، (1997-2002)، من كلية العلوم القانونية والاقتصادية والاجتماعية، سلسلة الندوات والأيام الدراسية، العدد 24، 2003، (ص 53).

سياسات عمومية تروم إيجاد حلول للمشاكل القائمة، بل الواقع وهنا يجسد مهمة الرقابة والضبط للنخبة السياسية المحلية باستحضار الهاجس الأمني.

الفقرة الثانية: وظيفة تثبيت دعائم النظام السياسي وترسيخ مشروعيته

إن دعم مشروعية النظام وتثبيت دعائمه تسعى بالضرورة للتعامل مع التشكل السيكلوجي للعقل الجمعي للأفراد، وترسيخ أيديولوجية الدولة وثقافتها وقيمها عبر التنشئة الاجتماعية والتأثير في السلوك السياسي، وتأسيس أنماط تشكل بنيانه على نحو يتوافق وطبيعة هذا النظام، من أجل ضمان مشروعيته وترسيخها وتركيتها لضمان بقاءه واستمراريته، بناءً كذلك على الوظائف التي ستؤديها النخبة السياسية المحلية في هذا الشأن والتي تجعل من المصلحة العامة أيديولوجية تحتكرها السلطة لتصبح المسجد الوحيد لها.

وبالتالي فتثبيت دعائم النظام السياسي وترسيخ مشروعيته تُعد من أهم الوظائف المنوطة بالسياسي على المستوى المحلي خدمة لمصالحه الخاصة في إطار علاقة تبادلية بينه وبين النظام السياسي عبر المكاسب التي سيحصل عليها في هذا المجال، لكن كيف ستشكل البنية الثقافية والأيديولوجية للدولة على هذا المستوى؟ وكيف يمكنها أن تحدد كمدخل تفسيري لأيديولوجية وثقافة السياسي والبيروقراطي التي يتم تشكيلها في إطار تفاعله مع النظام السياسي؟

أولاً: وظيفة ترسيخ قيم وأيديولوجية الدولة

تُعد وظيفة ترسيخ قيم وأيديولوجية الدولة من أهم الوظائف التي تؤديها النخبة السياسية المحلية، والتي تدعم بشكل مباشر مشروعية النظام السياسي وتعمل على إرساء دعائمه وقواعده، عبر ترسيخ ثقافة وأيديولوجية الدولة "و ضمان استمرار القيم التي تسمح بهيمنة وتغلب النظام الاجتماعي القائم، واحترام التراتيبات القائمة على الغنى والخضوع وحماية التقاليد الجماعية، وضمان انتقال التوافقات والالتزامات الجماعية والتعبئة الاجتماعية والسياسية للمجموعات خاصة في الفترات الانتخابية مثلاً أو حول مشاريع ومبادرات الدولة¹.

وهو الأمر نفسه الذي تحدثنا عنه فيما يخص الجهاز البيروقراطي، فيما يخص هذه النقطة بالذات، أي عن الاستثمار في اللاوعي والاشتغال على العامل السيكلوجي من أجل التعبئة من خلال الثقافة أو

¹ مهتدي بوزكري، النخبة القروية، الإدارة التراتبية وسياسة التنمية القروية...، مرجع سابق، (ص108).

الخطاب داخل مختلف الأنساق سواء السياسية أو الاجتماعية والتي تروم نشر قيم معينة هي القيم الإيديولوجية نفسها التي ترتضيها الدولة أو تلك التي تقيم عليها أسسها وتضمن بقائها واستمراريتها.

فمثلاً "حينما نتحدث عن الهوية الوطنية، فجميع المجتمعات كما بيّن ذلك "دوركايم" تحس بالحاجة لتعميق المشاعر والأفكار الجمعية التي تشكل وحدتها وشخصيتها التاريخية، فأى تنمية سياسية تستدعي الارتباط والتعلق بالجماعة الوطنية التي تشكل العنصر الأهم لهذا الترسخ فكل سلطة سياسية تهتم بتشكيل الهوية الوطنية لدى الطفل وتبحث عن مراقبتها وتوجيهها لأنها مهمة الدولة بالأساس، وعبر التعلم وخلق النموذج من أجل تأمين المستقبل وخلق شعور لدى الأفراد أنهم مقبولين من طرف جماعة معينة عبر التنشئة الاجتماعية. فشعور الجماعة الوطنية يتم الاشتغال عليه عبر مؤسسات وبنيات وسيطة، العائلة، مؤسسات الدولة"¹.

وبالتالي فإن أي بناءٍ سياسي يحاول الاشتغال على إدراك الأبعاد السياسية للهوية الاجتماعية عبر ترسيخ قيم وأيديولوجية الدولة، فخلق هذه الهوية الوطنية وإدكائها بمختلف القيم التي يُريدها النظام تُعد صمام الأمان للنظام السياسي لتثبيت وجوده ومشروعيته وقبوله اللاشعوري من طرف الأفراد، فدمج الفرد اجتماعياً يعني بالضرورة دمج سياسياً داخل الجماعة وهذا الاندماج يمنح النظام السياسي فرصة لتشكيل هوية الأفراد سواء اجتماعياً أو سياسياً وفق الخطاب نفسه والإيديولوجية نفسها التي يريدها لهم وتخدم بقاءه وديمومته.

وهذا الأمر لا ينحصر على أنظمة بعينها أي (الديكتاتورية) أو أنظمة العالم الثالث، وهي وظيفة تؤدي حتى لدى أعرق الأنظمة السياسية وأكثرها ديمقراطية، فكل نظام سياسي يسعى إلى تشكيل الهوية الاجتماعية والسياسية لتابعيه وفق أيديولوجيته، كأيطاليا، فرنسا، كندا.

فمثلاً "في فرنسا الطبقة الاجتماعية لها دور بارز كما في النرويج وبريطانيا، وهذا الجانب يمارس تأثيره على الهوية الاجتماعية وتشكلها وصولاً لكونها هوية سياسية هي في الغالب عناصر ليست سياسية في بدايتها وتؤثر حتى على اختيارات الأحزاب السياسية والإدماج الأيديولوجي في بعض المجتمعات"².

¹ GRAWITZ (M) : psychologie et politique, in traité de science politique, Tome 3 , l'action politique, presses universitaires de France, Paris, 1985.p183.

² GRAWITZ (M) : psychologie et politique..., op.cit p199.

ومن ثم فإن عملية التلقين الأيديولوجي هذه تستدعي نشر الثقافة نفسها داخل بنيات متعددة، من أجل الإدماج الاجتماعي "فمثلاً الهيبة وثقافة رعاية الأعيان وسريان سلوك الزبونية والقرابة والوساطة واعتماد مخيال سياسي قائم بالأساس على الرمزية والعنف المادي والرمزي والحفاظ على الوضع القائم"¹، فهذا يشكل سيكولوجياً لأيديولوجية سياسية أو ثقافية سياسية داخل مختلف الأوساط سعت على أساسها مختلف النخب لأداء مجموعة من الأدوار، وحازت على إثرها على مجموعة من الامتيازات، وحافظت بواسطتها على مجموعة من المصالح في إطار سياسية إستراتيجية تبادلية للوظائف والمصالح والمكتسبات.

وفي نهاية المطاف يتم الاشتغال على شكل نظام ثقافي يتماهى مع النظام السياسي وطبيعته. ومن هذا المنطلق نجد تعدداً للأنماط وللأنظمة الثقافية الفرعية داخل الدولة تمارس تأثيرها على المعتقدات السياسية وسير الحياة السياسية، ومن هنا يمكننا اعتبار أن النظام الثقافي يغذي على نحو ما الأنساق السياسية، حسب طبيعة النظام وطبيعة البنى وطبيعة العلاقة القائمة بينهما، ففي المجال الثقافي العام فإن عدداً من القنوات تكون مستمرة ومضمرة وتكون متبادلة بين مجموعة من الفاعلين. ومن هذا المنظور "الثقافة السياسية عند GABRIELLE ALMOND تحدد على أنها السيروية التي تدفع العادات للمرور نحو النسق، ونحو بقية الفاعلين السياسيين ونحو ثقافة المنتج التي تتبلور في قلب الحقل السياسي، وتحدد توزيع الأفضليات المتعلقة بالمنتجات والقرارات السياسية وتقسيمها بين المجموعات المختلفة"².

لذلك فشكل الثقافة السياسية له تأثير على شكل النظام الثقافي بصفة عامة، أو أن الثقافة السياسية برمتها هي ليست سوى جزءاً من بناءٍ عام تتحدد مفاصله داخل النظام الثقافي، ومن هذا المنطلق تتحدد القيم السياسية والاجتماعية داخل مختلف الأنساق السياسية.

وتتفرع "إلى ثقافات فرعية مقابلة للثقافة الوطنية فالنخبة البيروقراطية السويدية مثلاً، والتي تمتلك هوية مصلحة، مهيكلة عن طريق أنساق/ أنظمة من السلوك المقاد على نحو خاص"³.

ونخلص إلى القول إن النظام السياسي يتحدد وفق تشكيله لبنائه وأنساقه. السياسية والاجتماعية والثقافية.

¹ هند عروب، المخزن في الثقافة السياسية المغربية، دفاثر وجهة نظر، الرباط، العدد4، الطبعة الأولى، 2004، (ص12).

² GRAWITZ (M) : psychologie et politique in traité de science politique..., op.cit, p : 252

³ GRAWITZ (M) : op.cit p290.

فالبناء الثقافي والأيدولوجي للنظام السياسي المغربي الذي كان راسخاً منذ القرن التاسع عشر هو الذي مازال راسخاً بقيمته وثقافته كالخدمة والطاعة والولاء والخضوع، وهذا النظام الثقافي هو سر بقائه واستمراريته وقبوله من طرف الأفراد.

وبعد تناولنا لجملة من الوظائف التي تقوم بها النخبة السياسية المحلية، يطرح السؤال هل هذه الوظائف تؤدي في إطار علاقة تبادلية؟ أم أنها تؤدي من أجل خدمة الصالح العام ودون النظر إلى المصالح أو القواعد التي قد تجنى من ورائها؟، بمعنى آخر ما هي المكاسب التي تحصدها هذه النخب السياسية المحلية مقابل أدائها لهذه الوظائف لفائدة النظام السياسي؟

وبالتالي فالسعي نحو هذه الوظائف تكون له بعض الامتيازات التي تمنحها السلطة السياسية لخدماتها، وهذا أمر تم الاعتياد عليه منذ القرن التاسع عشر، وقد رأينا كيف يكافأ الخديم المخزني بعد أدائه لوظائفه إما عن طريق ترقية أو تعيين أحد أقاربه أو حيازته على امتيازات أو ظواهر التوقير والاحترام.

ومن جهة أخرى، نستحضر أن السلطان يجمع بين السلطة الدينية والدينية، ما يجعله في إطار أدائه لوظائفه، وكذا من أجل تثبيت سلطته يمد جسور العلاقة مع فئة الشرفاء والأعيان والعلماء، كفئة تمنحه شرعية القبول وتدعم مركزه ونفوذه، وفي المقابل تستفيد هذه الفئة من مجموعة من الامتيازات كأن تحوز مجموعة من الموارد الرمزية أو المادية، والقرب من السلطان أو لحصولها على المكانة والحظوة الاجتماعية أو للظفر بمنصب في الجهاز المخزني الذي يتم توارثه، لذلك تشكلت لدينا في المغرب ما سمي بالعائلات المخزنية، وبالتالي فهؤلاء يستفيدون من فرصة الترقى الاجتماعي والاعتناء وفرصة الثراء ظلما يحظون بالرضى المخزني، وكذلك لتأمين مصالحهم ومضاعفة أرباحهم وزيادة مواردهم الرمزية والمادية على السواء.

هذا النمط من الامتيازات هو ليس خاصية من خصائص النظام السياسي المغربي وحده، ولكنه أمر تعرفه العديد من الأنظمة السياسية في مكافأة الموالين لها لكن الاختلاف في درجة المكافأة وطبيعتها.

وهنا نجد كلاً من "واتر بوري" و"ريمي لوفو" قد بينا مظاهر هذه الهيمنة ذات المنحى التقليدي، من خلال دور النخب الحضرية والقروية في الحفاظ على النظام من خلال الصفقات التي تم إبرامها في قمة الهرم السياسي عن طريق نظام للمكافآت قائم الذات، والذي يتكون من مجموعة من الموارد المادية والرمزية التي تحتكرها المؤسسة الملكية والتي تتجسد في:

- الممتلكات العقارية والمادية.

- احتكار سلطة التعيين في المناصب العليا سواء أكانت سياسية أو غيرها والتي من شأنها تمكين أصحابها من الارتفاع والارتقاء اجتماعياً.

- الاحتكار الملكي سياسياً ودستورياً لعملية تخطيط السياسة الاقتصادية بما يناسب طموحاتها للهيمنة الاقتصادية والاجتماعية.¹

وفي واقع الأمر استخدمت الملكية كل هذه الوسائل المادية والرمزية للإثراء المادي للنخبة عبر (شراء الأملاك العقارية، رخص الاستيراد والتصدير...) بالإضافة إلى استغلال هذه الوسائل في تنمية شبكة الأتباع والموالين.

"فمثلاً ولأهمية المسألة العقارية دفع أحد الباحثين إلى أن يجعلها عنصراً تفسيرياً يمكن أن يكون ذا قيمة تفسيرية في شرح وتأويل الجوانب الأخرى للحياة السياسية والاجتماعية في المغرب، ويعتقد أن المسألة العقارية في تاريخ المغرب ظلت في قلب الصراع السياسي، خاصة وأن من يملك رأسماً عقارياً مهماً كان له تأثير قوي على تحديد قواعد اللعبة السياسية محلياً ووطنياً، ويعتقد أن هذه الأهمية التي لم تترك المخزن يتحرر من فكرة أن الملكية العقارية هي قبل كل شيء دعامة أساسية للهيمنة السياسية والاجتماعية، وأداة للمراقبة والتأطير وهذا ما يفسر أن الدولة بعد الاستقلال، عملت على تشجيع ودعم الملاكين وأصحاب العقارات الكبرى وهو ما ترجم من خلال انتخابات الستينيات والسبعينيات التي عرفت سيطرة أصحاب العقارات الكبرى".²

وهذا ما يؤكد أن المسألة العقارية تشكل محدداً أساسياً في الصراع السياسي، وهذه الامتيازات التي توفرها السلطة السياسية جعلت فئة معينة تتطلع لاحتكار مواقع مهمة سواء على مستوى الوظائف السياسية، فاحتكار هذه الطبقة الاجتماعية لهذه الموارد بالإضافة إلى امتيازات السلطة والرضى المخزني منحها قوة ونفوذاً، أهلها لبسط تحكمها على المجال السياسي والاجتماعي والاقتصادي، هذا التحكم هو المطلوب لدى النظام السياسي من أجل احتواء المجال السياسي والاجتماعي بدوره لذلك يسارع ويغدق عليها من نعمه، فتوزيع العطايا والمنح والتعيينات لا يكون إلا للأوفياء عبر المناصب والوظائف والتشريفات، الأمر الذي مكن الملكية ولمدة طويلة من مكافأة المخزنين، وضمان إخلاصهم وفق صياغة متجددة لنمط الخدمة"³.

¹ عبد الحافظ أدمنيو، نظام البيروقراطية الإدارية بالمغرب، أطروحة لنيل الدكتوراه في القانون العام، أكادال الرباط، 2001-2002، (ص 133-134).

² مهدي بوزكري، النخب القروية، الإدارة التراتبية والتنمية المحلية، مرجع سابق، (ص 115).

³ عبد الرحيم العطري، صناعة النخبة بالمغرب، دفاثر وجهة نظر (9)، الطبعة الأولى، 2006، (ص 30).

الأمر الذي يجسد الهيمنة الشديدة للشخصنة من أجل حماية النخب الحاكمة، والحفاظ عليها في إطار النمط النيوباتريمونيالي كنظام الذي في طابعه الأكثر حدة يأخذ شكل سلطة سياسية تتطور تحت نوع من الرعاية السياسية، وعبر علاقات غير متطابقة على قاعدة تبادل الحماية والخدمات التي تمتاز بنوع من الحماسة لدى الشركاء¹.

ولابد من الإشارة هنا إلى أنه وإن كانت مصلحة النظام السياسي في أداء الإداري والسياسي لمجموعة من الوظائف بالمقابل "حصول النخبة على مزيد من الإكramيات والموارد والدعم المادي من المخزن، هذه الهيئات والدعائم المادية والرمزية تجعل من النخبة وفيه للقيام بهذه الوظيفة من أجل الحفاظ على هذه المصالح، وعليه كانت المؤسسة الملكية والنخبة المحلية أو الوطنية في علاقة تبادلية للامتيازات والمصالح، لذلك النف الأعيان حول الملكية كضمان لاستمرارية هذه المصالح، وفي المقابل كان الملك يعتمد عليهم في عملية المراقبة وضبط المجتمع"². وهذا ما يؤكد ريمي لوفو في كتابه "الفلاح المغربي مدافع عن العرش".

"فالمراقبة والتأطير الذي كانت تقوم به النخبة السياسية والإدارية كانت تحتاج إلى موارد معينة أو ما أسماه ريمي لوفو بـموارد المراقبة، فغنى أعضاء هذه النخبة شكل عاملاً حاسماً ومؤثراً في عملية المراقبة³، وبالتالي فإداء هذه الوظائف كان فرصة للإثراء وزيادة الغنى بالنسبة لهذه الفئة الاجتماعية، والذي أكسبها إياه التحالف التعاقد الذي تتكفل في إطاره النخبة المركزية والمحلية⁴ بتدبير التبادلات الضرورية الكفيلة باستمرارية النظام، وضمان مشروعيتها، وفي المقابل سعت النخبة السياسية المحلية إلى الحفاظ على الوضع القائم بل وحمايته لأنه يضمن مصالحها؛ "لأن الدولة بعد الاستقلال حين استعادت مكانتها كأكبر مستثمر اقتصادي وكأكبر ملاك للأراضي الفلاحية الخصبة، كانت بحاجة إلى برجوازية مغربية تكون محركاً للاقتصاد المغربي بعد الاستقلال، فمنحت عدة امتيازات لهذه البرجوازية الاقتصادية في القطاعات الاقتصادية والتجارية، واستفادت من أكبر المشاريع الصناعية والسياحية والمناصب الكبرى داخل الأبنك،

¹ SAAF (A) : vers la décrépitude de l'étatnéo-patrimonial in changements politiques au Maghreb. S/D Michel Canou, Edition du C.N.R.S Paris 1991,p13 -75.

² عفيفة بلعيد، دور النخبة المحلية في بلورة القرار المحلي...، مرجع سابق، (ص24).

³ REMY (L) : le Fallah marocain défenseur du trone..., op cit .p224.

⁴ WATERBURY (J) : La légitimation du pouvoir du Maghreb, tradition, protestation et répression, A.A.N, C.R.E.S.M, 1979, p : 414.

فمثلاً صناعة النسيج كانت هناك 150 وحدة صناعية بعد الاستقلال برفع معاملات بمعدل 25 مليار، وهو قطاع كان يشغل 1200 عامل مغربي، وكانت الاستثمارات مرتفعة بنسبة 40%، وهو ما كانت تحتكره البرجوازية الفاسية التي تمتلك استثمارات في القطاع بنسبة 35%¹.

الشيء الذي جعل من جهة أخرى، الدولة المغربية تطور باستمرار مفهوماً ألبياً للقطاع العام كمجموعة من الامتيازات والثروات المخصصة للنخبة السياسية والبيروقراطية مقابل الحصول على دعمها. مما جعل عناصر بعينها من أفراد هذه النخبة "قد استحوذت على حصة الأسد في قطاع المالية العمومية وشبه العمومية، وبما أن المخزن الذي يضمن تصدرها أعلى المراتب ويسمح لها بتعزيز موقعها داخل التنظيم السياسي والاجتماعي، شريطة احتكاره لجميع وسائل السيطرة والعنف المادي، جعل هذه النخب تستحوذ على أعلى المراتب الإدارية والسياسية والعلمية، وعلى كل القطاعات الحيوية الفاعلة مباشرة في التنمية والتغيير الاجتماعي، كقطاع التجارة والصناعة وتحولت على إثره إلى قطاع السياسة والإدارة"²، التي تخول لهم توزيع الامتيازات. ويعتمد وجودهم واستمرارهم على قدرة التوزيع الجيد للموارد والأرباح بين عدد من الأشخاص أو المجموعات التي يكون همها الوحيد هو مصالحها الخاصة، والنتيجة أن الأشخاص الذين يكونون داخل الجماعات وداخل المؤسسات أو في البرلمان يقومون بالرفع من هذا التشابك الزبوني للنخبة الحديثة³.

ثانياً: وظيفة دعم مشروعية النظام السياسي

إن وظيفة دعم مشروعية النظام السياسي هي وظيفة أساسية لكل نظام تقوم بها النخب السياسية؛ لأن كل نظام يسعى إلى ترسيخ الماضي وتثبيت الحاضر وتأمين المستقبل في إطار سيروية زمنية محكم عقد حلقاتها وهي التي تضمن مشروعيتها، الأمر الذي يجعل منها حلقة الوصل بين النظام كسلطة وكنسق، وبين المواطنين كمؤيدين وقابلين لهذا النظام، "يقابل هذا الأمر التطور المتزايد على مستوى الحركة الاجتماعية من حيث اتساع الحياة السياسية كالتحولات الكامنة على مستوى الثقافة السياسية أو تلك المتمثلة

¹ KHATIBI ABDELKABIR : notes descriptive sur les élites administratives et économiques marocains, in AA.N .1968. p84.

² الهادي الهروي، المغرب من الاستبداد إلى الدولة الوطنية...، مرجع سابق، (ص110).

³ NAJIB BA MAHOMMED : Notes ou élites au Maroc, REMALD, N°41, Novembre-décembre 2001. P : 77.

في تداول (النخب) أو من حيث النزاعات الاجتماعية، التي تكشف عن تعدد المطالب وأساليب المواجهة في مقابل إكراهات الاستجابة. وهي خصائص استطاع النظام السياسي المغربي توظيفها والتركيز عليها لأجل تأمين استمراريته على الرغم من التحديات الحادة التي واجهته¹، والتي ستؤدي وظائف تؤمن للملكية الاستقرار والاستمرارية والمشروعية، فأى نظام سياسي يمتلك تقنيات التأثير يكون قادراً على إعادة صياغة وجوده السياسي والاجتماعي وتجديد مشروعيته. هذه الأخيرة التي تعتبر من أهم الوظائف التي تقوم بها النخبة السياسية عامة والمحلية خاصة لفائدة النظام.

فالنخبة السياسية المحلية سعت إلى تدعيم مركزية السلطان وسيادته، وبالتالي كانت تعمل على استمرارية الدولة وشرعية سلطتها وضمان الاستقرار لها. وبذلك يتم تجنب الصراع والخلاف. "وفي هذا الإطار يلاحظ أحد الباحثين أن النظام المغربي لم يعتمد إلا في القليل النادر إلى هدم التراكم الطبيعي للنخب السياسية- خاصة التقليدية منها، بل وإعطائها موجبات الاستمرار لأن في استمرارية إنتاجها إعادة خلق لكيانه الرمزي"² ومشروعيته. ومن أجل ضمان هذه المشروعية كان من الطبيعي أن تعقد الملكية تحالفاً سياسياً مع النخب السياسية (القروية والحضرية) كقوى سياسية مضادة لطموحات الحركة الوطنية، وكضمانة لهيمنة الملكية على النظام السياسي، وكأن هذا التحالف أخذ شكل تعاقد سياسي، وشكل حجر الزاوية للمشروعية الملكية وللنظام السياسي.³

لأنه مع بداية الاستقلال اشتد الصراع بين الفاعلين السياسيين و(الملكية) حول السلطة والزعامة السياسية، الشيء الذي دفع الملكية إلى عقد تحالف إستراتيجي من أجل تأمين نفسها من كل الصراعات، وضد كل الضغوطات التي مورست أو تكاد تمارس عليها.

وانطلاقاً من هذا التحالف تمكنت الملكية من بسط هيمنتها على المجال والنظام السياسي، والتأسيس لمشروعيتها ونفوذها، وهذا ما جسده أول دستور عرفته البلاد سنة 1962، الذي أسس لمشروعية النظام السياسي. كضمانة دستورية تكرر عبر نصوصها مكانة الملكية، وإنهاء الصراع السياسي لصالحها، عبر شبكة التحالفات التي عقدتها وعبر الوظائف التي أدتها هذه التحالفات، التي كانت من أبرز تجلياتها ونتائجها أن "هيمنة النخب القروية أو الأعيان المحليين على المؤسسات التمثيلية حيث حازت على معظم المقاعد

¹ سيدي الأشكل، القرار والنشاط العام بالمغرب...، مرجع سابق، (ص 68-69).

² زين العابدين حمزاوي، النخبة السياسية ومسألة الثابت والمتحول في النسق السياسي المغربي...، مرجع سابق، (ص 160).

³ WATERBURY (J) : la légitimité du pouvoir au Maghreb..., op.cit, P : 49.

الجماعية والنبابية في الانتخابات التي شهدتها البلاد خلال سنوات الستينيات والسبعينيات من القرن الماضي¹ وبواسطتها أدى السياسي الوظائف الموكلة إليه، إذ عبر مختلف التشكيلات الحكومية التي عرفها النظام السياسي في تلك المرحلة التاريخية، هيمن عليها الأعيان في مقابل تراجع أحزاب الحركة الوطنية، وهذا دليل على تركية المشروع الملكية لأنها استطاعت أن تحسم الصراع لصالحها بل لصالح وحدة الدولة الوطنية؛ لأنه في نهاية المطاف كان حزب الاستقلال أثناء صراعه على السلطة في إطار صراع نحو الهيمنة مستنداً إلى مشروعياته الوطنية ورصيده النضالي، وإن كان تراجع عن هذا الطموح وساند الملكية فيما بعد. "وانسجاماً مع هذا التوجه الذي أخذه النظام السياسي فإنه لم يكن له بد من الاعتماد على آليات قادرة على ضمان استمراريته بشكل يمكنه من مراقبة وهيكله الفضاءات الاقتصادية والاجتماعية والسياسية، ويمنحه بالمقابل إرضاء النخب المحيطة به"² التي وظيفتها هي تأمين وضمان هذه الاستمرارية عبر دعم مشروعية النظام السياسي، ذلك أن قدراً من القوة النفوذ، لا يمكن الاعتماد عليه من أجل خلق تأييد تام للنظام السياسي، فمن المتعارف عليه "أن جوهر السياسة يقوم على القوة بحيث تُعتبر هذه الأخيرة الدعامة الأساسية الأولى في خلق كيان سياسي، إلى البحث عن دعامة أخرى يستند عليها لضمان استمراريته، وبالتالي الانتقال من مرحلة السلطان التي تقوم على القوة فقط إلى مرحلة السلطة، الشيء الذي يستتبع أن حداً أدنى من السلطة والشرعية يُعتبر ضرورياً لكل حاكم أراد الحفاظ على بقائه أو استمراريته"³.

ومن زاوية أخرى فإن اعتماد السياسة على القوة وحدها وإن كانت هي جوهرها، فلا يمكن للنظام السياسي أن يستمر أو أن يضمن بقاءه دون الاعتماد على المشروعية والقوة؛ لأن كل سيرورة سياسية تستدعي تواجدهما معاً. "إذ كانت الدولة المغربية في بحث دائم ليس فقط على الارتكاز على بنياتها الاجتماعية التقليدية، بل أيضاً عن مرتكزات اجتماعية جديدة تتمثل في فئات اجتماعية وسياسية وسطى، والتي تكون في الغالب فئات وتشكل عنصر استقرار داخل المجال الحضري للنظام"⁴.

لقد استطاعت المؤسسة الملكية أن تتكيف بمرونة مع تحديات المحيط منذ الاستقلال "فمن إعادة البناء للسلطة الملكية مع الملك محمد الخامس إلى وظائف مؤسسة النظام وبناء الدولة الوطنية وتعزيز الإصلاح الاجتماعي والاقتصاد الوطني في عهد الملك الحسن الثاني، إلى وظائف البحث عن شرعيات

¹ مهتدي بوزكري، النخبة القروية، الإدارة التراتبية وسياسة التنمية القروية ...، مرجع سابق، (ص124).

² عبد الحافظ أمينو، السياسي والإداري والمشاركة السياسية في النظام المغربي ...، مرجع سابق، (ص93).

³ محمد شقير، أوليات الشرعنة السياسية (النظام السياسي المغربي كنموذج) ...، مرجع سابق، (ص52).

⁴ محمد شقير، أوليات الشرعنة السياسية ...، مرجع سابق، (ص74).

جديدة مع الملك محمد السادس¹. وبالتالي كان للنخبة السياسية دور ووظيفة مهمة في إرساء وتثبيت مشروعية النظام السياسي، سواء في فترة ما قبل الحماية أو أثناءها، خاصة على وجه الدقة بعد الاستقلال، نظراً للصراعات التي كانت كامنة طيلة فترة الحماية وتفجرت بعد الاستقلال، إذ لم يكن للملكية بُد من درع واقٍ يحمي وجودها ويدعم مشروعيتها ويؤمن استقرارها ضد أي ريح قد تهب ضد التيار، خاصة في مرحلة حساسة كهذه كان فيها للملكية دور حساس للغاية، تمكنت خلالها من حسم كل الصراعات ليس فقط لصالح الملك والنظام السياسي فقط، بل لصالح الدولة الوطنية، لذلك كانت محتاجة في هذا السياق إلى المراقبة والضبط الاجتماعي كوظيفة أساسية تستطيع بواسطتها تأمين مسارها السياسي وضبط فئاته ومراقبة المجال الاجتماعي، والتحكم فيه بوجه يمكنها من تأمين مشروعيتها.

خاتمة:

ونخلص بالقول إلى أن طبيعة النخبة السياسية المحلية بالمغرب بُنيت على مجموعة من النتائج الأساسية، منها المكانة العائلية والأصل الاجتماعي والثقافة السياسية والاقتصادي، كما أن هذه الطبيعة تحددت كذلك من خلال طبيعة العلاقات والتفاعلات التي تقيمها النخبة السياسية المحلية مع مختلف الأنساق المحيطة سواء الاجتماعية أو السياسية أو الاقتصادية، لأنه في نهاية المطاف إذا تم اعتبار النخبة السياسية ظاهرة اجتماعية فهي بالضرورة تنهل من طبيعة هذه البنيات التي تنمو بداخلها. وفي إطار هذه العلاقات التفاعلية تحدد النخبة السياسية المحلية انطلاقاً من الموارد والرساميل الرمزية والمادية التي تمتلكها جعلت لها موطئ قدم داخل دواليب السلطة، ومن هنا دخلت في علاقات استراتيجية مع أحد أهم المؤسسات داخل النظام السياسي المغربي وهي المؤسسة الملكية، وفي هذا الإطار أصبحت تؤدي عدة وظائف لصالح النظام السياسي كوظيفة مراقبة المجال المحلي، ووظيفة الوساطة، ووظيفة دعم مشروعية النظام السياسي، كلها وظائف سعت من خلالها المؤسسة الملكية إلى ضمان استمرار واستقرار النظام السياسي المغربي.

ومن هنا نخرج بعدة خلاصات أساسية:

- 1- شكلت العائلة بنية وحدة اجتماعية حددت الأصل الاجتماعي للنخبة السياسية المحلية.
- 2- لعبت الموارد المادية والرمزية دوراً مهماً في تحديد طبيعة النخبة السياسية المحلية، ومنحتها مكانة داخل النسق السياسي المغربي حددت طبيعة العلاقات القائمة بينهما.

¹ريمي لوفو، الأزمنة الثلاث للملكية المغربية المعاصرة، مجلة وجهة نظر، 21 شتاء 2003، (ص5).

3- إن طبيعة النظام السياسي المغربي شكلت الدافع الأساسي لبناء علاقات إستراتيجية واستثمار مكانة النخبة السياسية المحلية وموقعها داخل المجال المحلي، لإداء وظائف أساسية تجسدت في الوساطة ومراقبة المجال ودعم مشروعية النظام السياسي.

قائمة المصادر والمراجع:

• لائحة المراجع باللغة العربية:

• الكتب:

1. نصر محمد عارف: نظريات السياسة المقارنة ومنهجية دراسة النظم السياسية العربية، جامعة العلوم الإسلامية والاجتماعية، ليزيرج/ فرجينيا، الطبعة 1، 1998.
2. حماني أقلي: السلوك الاجتماعي والسياسي للنخبة المحلية، إصدارات مركز طارق بن زياد، الطبعة 1، 2002.
3. عبد الله حمودي، الشيخ والمريد، النسق الثقافي للسلطة في المجتمعات العربية الحديثة، ترجمة عبد المجيد جحفة، دار توبقال للنشر، الطبعة الثالثة، 2003.
4. الهادي الهروي: القبيلة؛ الإقطاع والمخزن، مقاربة سوسيولوجية، للمجتمع المغربي الحديث سنة 1844-1934، إفريقيا الشرق، 2005.
5. الحسن أعبوشي: مفهوم ودور البرلمان في الخطب الملكية، التجربة البرلمانية المغربية السادسة، (1997-2002)، من كلية العلوم القانونية والاقتصادية والاجتماعية، مراكش، سلسلة الندوات والأيام الدراسية، العدد 24، 2003.
6. جون واتربوري: أمير المؤمنين، الملكية والنخبة السياسية المغربية، مطبعة فضالة، المحمدية، الطبعة الثانية، 2004.
7. عبد الرحيم العطري: صناعة النخبة بالمغرب، دفاثر وجهة نظر (9)، الطبعة الأولى، 2006.
8. عبد الله ساعف: تصورات عن "السياسي" في المغرب، المجتمع والسلطة، ترجمة محمد معتصم، دار الكلام للنشر والتوزيع، 1990.

• الأطروحات والرسائل الجامعية:

1. عبد الحافظ أدمنيو: نظام البيروقراطية الإدارية بالمغرب، أطروحة لنيل الدكتوراه في القانون العام، أكادال الرباط، 2001-2002.
2. محمد مرجال: القوة والنفوذ دراسة للنخب المحلية بابين سليمان ما بين 1990 و 2002، أطروحة لنيل الدكتوراه في القانون العام، جامعة الحسن الثاني عين الشق، الدار البيضاء، كلية الحقوق، 2004-2005.
3. مهدي بوزكري: النخبة القروية. الإدارة الترابية وسياسية التنمية القروية مساهمة في دراسة الرهانات السوسيو-سياسية للفاعلين، أطروحة لنيل الدكتوراه في القانون العام، كلية الحقوق، مراكش 2008.
4. ندير المومني: التواصل السياسي بالمغرب المعاصر، 1994-1999، أطروحة لنيل الدكتوراه في القانون العام، كلية الحقوق مراكش، 2001-2002.
5. سيدي الأشكل: القرار والنشاط العام بالمغرب "مساهمة في دراسة الثابت والتغيير في السيرة القرارية" أطروحة لنيل الدكتوراه في القانون العام كلية العلوم القانونية والاقتصادية والاجتماعية، مراكش، 2009.
6. زين العابدين حمزاوي: النخبة السياسية ومسألة الثابت والمتحول في النسق السياسي المغربي، أطروحة لنيل الدكتوراه في القانون العام، كلية العلوم القانونية والاقتصادية والاجتماعية وجدة، 2003-2004.
7. غفيلة بلعيد: دور النخبة المحلية في بلورة الفرز المحلي نموذج المجلس الجماعي للواليدية (2003-2009)، رسالة لنيل دبلوم الماستر في القانون العام، كلية العلوم القانونية والاقتصادية والاجتماعية، مراكش، 2009-2010.
8. محمد السعدي: رجل السلطة ومواكبة التطور في المغرب، رسالة لنيل دبلوم الدراسات العليا المعمقة في القانون العام، كلية الحقوق؛ البيضاء، 1997.

• المقالات:

1. ابن أحمد حوكا: إغواء المنصب وإعراض اللقب، طرح إبستمولوجي في نقد مفهوم النخبة المحلية، مجلة وجهة نظر، السنة 13، عدد 43، 2010.
 2. هند عروب: "النخبة المخزنية والملكية: تواطؤ من أجل الدعم والاستمرار منذ زمن الأعيان خدام المخزن والاستعمار"، مجلة وجهة نظر السنة الثالثة عشرة، عدد 43، 2010.
 3. محمد شقير: أوليات الشرعية السياسية (النظام السياسي المغربي كنموذج)، المجلة المغربية لعلم الاجتماع السياسي، السنة الأولى/ خريف العدد 4، 1987.
 4. هند عروب: المخزن في الثقافة السياسية المغربية، دفاثر وجهة نظر، الرباط، العدد 4، الطبعة الأولى، 2004.
- الموسوعات:

1. محمد محمود ربيع/ إسماعيل صبري مقلد: موسوعة علم السياسة، الجزء الأول، دار الوطن، 1993-1994.

• لائحة المراجع باللغة الفرنسية:

• Les Ouvrages

1. JORGEN H. WOLFF : Le role des élites politiques dans la démocratie, in Elites, gouvernance et gestions du changement sous la direction de Ali Sedjari, Ed l'Harmattan – GRET, 2002.
2. GIOVANI BUSIMO : Elite et élitisme, que sais-je, PUF, 1^{ère} éd, l'Harmattan-GRET, 2002.
3. Levau (Remy) : « le fallah marocain défenseur du trônes » presse de la fondation nationale des sciences politiques, 2 ed 1985.
4. BENDOUROU (O) : le pouvoir exécutif au Maroc depuis l'indépendance plublisud achevé d'imprimer sur les presses Imprimerie Tardy Quercy (S.A) 1986.
5. GRAWITZ (M) : psychologie et politique, in traité de science politique, Tome 3 , l'action politique, presses universitaires de France, Paris, 1985.

• Les thèses

1. IHAZRIR (A) : paysans, élites rurales et politique agricole au Maroc contribution à l'étude de l'univers social et publique des acteurs, thèse : pour l'obtention du Doctorat d'Etat en D.P FESJ Marrakech.
2. Guiri (Abdelkarim): « l'aménagement de l'espace rural au Maroc DES, en droit public, Rabat 1986.

• Les articles

1. SAAF (A) : vers la décrépitude de l'étatnéo-patrimonial in changements politiques au Maghreb. S/D Michel Canou, Edition du C.N.R.S Paris 1991.
2. WATERBURY (J) : La légitimation du pouvoir du Maghreb, tradition, protestation et répression, A.A.N, C.R.E.S.M, 1979.

3. KHATIBI ABDELKABIR : notes descriptive sur les élites administratives et économiques marocains, in AA.N .1968.
4. NAJIB BA MAHOMMED : Notes ou élites au Maroc, REMALD, N° 41, Novembre-décembre 2001.

**سلطة الادارة في الاستبعاد والحرمان في التشريع
الفلسطيني**

**The authority of the administration in exclusion
and deprivation in the Palestinian legislation**

د. عبد الرحيم طه

**دكتورة قانون عام/ اداري، عضو هيئة تدريسية في الكلية
العصرية الجامعية، رام الله، (فلسطين).**

سلطة الادارة في الاستبعاد والحرمان في التشريع الفلسطيني

The authority of the administration in exclusion and deprivation in the Palestinian legislation

د. عبد الرحيم طه

دكتوراة قانون عام/ اداري، عضو هيئة تدريسية في الكلية العصرية الجامعية

Abdalraheem.taha@muc.edu.ps

DOI: <https://doi.org/10.70411/MJLS.1.2.202342>

الملخص:

يعتبر مبدأ المنافسة الحرة أحد المبادئ التي تحكم عملية إبرام العقود الادارية، الا ان هذا المبدأ ليس مطلقاً ، بل ترد عليه بعض الاستثناءات ومن بينها الاستثناء المتعلق بحرمان المتعاقد واستبعاده اذا ما توافرت بحقه احدى حالات الحرمان والاستبعاد، وتتمارس الادارة سلطتها في الاستبعاد والحرمان في اغلب الحالات وفقاً للحالات المنصوص عليها في القانون للاستبعاد والحرمان، الا انها تتمتع كذلك بسلطة التقديرية في الحرمان والاستبعاد اذا ما رأت ان مقتضيات المصلحة العامة وحماية المال العام تقضي استبعاد المناقص وحرمانه، الا ان سلطة الادارة في الحرمان والاستبعاد ليست سلطة مطلعة بل تخضع في ممارستها للرقابة بشقيها الاداري والقضائي.

الكلمات المفتاحية: المنافسة الحرة، الظروف الاستثنائية، المناقص، الحرمان، الاستبعاد

Abstract:

The principle of free competition is one of the principles governing the process of concluding administrative contracts. However, this principle is not absolute. Rather, some exceptions are made to it, including the exception related to deprivation and exclusion of the contractor if one of the cases of deprivation and exclusion is available to him. The administration exercises its power in exclusion and deprivation in most cases in accordance with the cases stipulated in the law for exclusion and deprivation. It also enjoys the discretionary power in deprivation and exclusion if it deems that the requirements of the public interest and the protection of public money require the exclusion and deprivation of the tenderer. However, the authority of the administration in deprivation and exclusion is not an informed one as it is oversighted in its exercise to control in its administrative and judicial aspects.

Keywords: free competition, exceptional circumstances, tender, deprivation, exclusion

مقدمة:

مما لا شك فيه ان الادارة لسيت حرة في اختيار المتعاقد معها للحصول على ما تحتاجه من اشغال ولوازم وخدمات استشارية وغير استشارية، وانما يجب عليها اتباع الاجراءات المحددة في قوانين وانظمة الشراء العام حماية للمصلحة العامة والمال العام من جهة، وتعزيز ثقة المتعاقدين معها من جهة اخرى. كذلك يجب على الادارة الالتزام بمجموعة من المبادئ في اعمالها التعاقدية، ومن بين تلك المبادئ الالتزام بتطبيق مبدأ المنافسة الحرة والمساواة وتكافؤ الفرص بين كافة المتقدمين للتعاقد معها. الا ان الالتزام بتطبيق هذا المبدأ ليس التزاماً مطلقاً، بل ترد عليه بعض الاستثناءات التي تملئها متطلبات الصالح العام، ومن بين تلك الاستثناءات، سلطة الادارة في استبعاد المتعاقد او حرمانه لاسباب قانونية من جهة او لاسباب تقديرية ترجع الى الادارة في ضوء متطلبات المصلحة العامة من جهة اخرى.

وعليه فقد رسم المشرع الفلسطيني في القرار بقانون بشأن الشراء العام رقم (8) لسنة 2014، ونظام الشراء العام رقم (5) لسنة 2014 الضوابط القانونية لممارسة الادارة لسلطتها في الاستبعاد و الحرمان واجراءات الرقابة على ممارسة تلك السلطة بشقيها الاداري والقضائي.

وفي سبيل تسليط الضوء على هذا الموضوع فقد تم تقسيم البحث الى ثلاثة مطالب، تناول المطلب الاول مفهوم سلطة الادارة في الاستبعاد و الحرمان والتأصيل القانوني لسلطة الادارة في الاستبعاد و الحرمان، فيما تناول المطلب الثاني حالات الاستبعاد والحرمان، بينما استعرض المطلب الثاني اوجه الرقابة على ممارسة الادارة لسلطتها في الحرمان والاستبعاد مجسدة في الرقابة الادارية والرقابة القضائية.

اشكالية البحث:

تتمثل اشكالية البحث في بيان حدود السلطة الممنوحة للادارة في حرمان المتعاقد واستبعاده، فهل هي سلطة تقديرية ام سلطة مطلقة؟ اضافة الى بيان طبيعة القيود المفروضة على سلطة الادارة عند اصدارها لقرار الاستبعاد والحرمان.

اسئلة البحث:

- 1- ما هو مفهوم سلطة الادارة في الاستبعاد والحرمان؟
- 2- ما هي اوجه الاختلاف بين الاستبعاد والحرمان؟
- 3- ما هو الاساس القانوني لممارسة الادارة لسلطتها في الاستبعاد والحرمان؟
- 4- ما هي حالات الاستبعاد والحرمان؟

5- ما هي اشكال الرقابة على سلطة الادارة في الاستبعاد والحرمان؟

اهمية البحث:

تتمثل اهمية البحث من الناحية النظرية في كونه يسلط الضوء على احد الاستثناءات الواردة على مبدأ المنافسة الحرة كأحد المبادئ الواجبة التطبيق في ابرام العقود الادارية والمتمثل في استبعاد المناقص وحرمانه من التعاقد مع الادارة. اما من الناحية العملية فتكمن اهمية البحث نظرا لكون موضوعه من المواضيع التي تواجه الادارة في غالبية العطاءات واستدراجات العروض التي تطرحها، الامر الذي يتطلب بيان طبيعة الحالات التي يمكن للادارة بمقتضاها استبعاد المناقص وحرمانه، والحدود التي يجب على الادارة الالتزام بها لدى ممارستها لتلك السلطة.

منهج البحث:

في سبيل دراسة موضوع البحث، فقد اتبع الباحث المنهج الوصفي التحليلي من جهة، والمنهج المقارن فيما يتعلق بالتطبيقات القضائية ذات العلاقة بموضوع البحث من جهة اخرى.

المطلب الاول: ماهية سلطة الادارة في الاستبعاد والحرمان**الفرع الاول: مفهوم سلطة الادارة في الاستبعاد والحرمان**

تتمتع الجهة الادارية المتعاقدة بالعديد من السلطات الممنوحة لها بموجب القانون في كافة مراحل ابرام وتنفيذ العقد الاداري، ومن بين تلك السلطات سلطة استبعاد المناقص وحرمانه من المشاركة في المناقصة، واذا كان الاصل هو حرية مبدأ المنافسة بين جميع المتقدمين للعطاء وذلك كأحد المبادئ التي تحكم عملية ابرام العقد الاداري، الا ان هذا المبدأ يرد عليه استثناء يعطي للادارة سلطة تقديرية او وجوبية في حرمان بعض الاشخاص او استبعاد بعض العطاءات من المشاركة في المناقصة. وقد يتبادر الى الذهن للوهلة الاولى ان الحرمان والاستبعاد مصطلحان يؤيدان ذات المعنى، الا ان الواقع يشير الى انهما اسلوبين مختلفين تمارسهما الادارة تجاه المتقدم اليها، فما هو مفهوم كل من الاستبعاد والحرمان؟ وما هي اوجه الاختلاف بينهما؟

اولاً: مفهوم الاستبعاد

يعرف الاستبعاد على انه " قرار تصدره الادارة يتضمن استبعاد احد العطاءات التي قدمت في المناقصة لاسباب تحددها"¹. او هو " قرار تصدره الادارة يوجه الى العطاء ذاته لا الى صاحب العطاء نفسه، يؤدي الى عدم ادراج العطاء في قائمة العطاءات المقبولة للمناقصة، لذلك فان قرار الاستبعاد يعد قراراً فردياً تنفيذياً ينطبق على حالة واحدة دون غيرها ويوجه الى العطاءات التي لا تتوافر فيها الشروط التي يحددها القانون او التي ترد بعد انتهاء الموعد المحدد لتقديم العطاءات"². ويعرف الباحث الاستبعاد على انه " قرار اداري يصدر بارادة الادارة المنفردة يتم بمقتضاه اقصاء احد العطاءات المقدمة للمناقصة العامة لمخالفتها احد الشروط المنصوص عليها قانوناً في وثائق المناقصة او لتقديمها بعد فوات الاجل المحدد لتقديم العطاءات".

ثانياً: مفهوم الحرمان

يعرف الحرمان على انه " اجراء ينصب على شخص مقاول او مورد معين - طبيعياً كان او معنوياً - تصدره الادارة تمنع بموجبه ذلك الشخص من التقدم الى المناقصات العامة مدة محددة او غير محددة، ويترتب على اصدار قرار الحرمان استبعاد العطاءات التي يتقدم بها الشخص المحروم من المناقصات"³. او هو " اجراء شخصي ينصب على شخص معين طبيعياً او معنوياً، وفي الوقت ذاته اجراء عام يسري على كافة المناقصات سواء تعلق بجهة معينة او قد ينصرف الى كل الجهات، وقد يكون لمدة معينة او بدون تحديد مدة، كما قد يكون في حدود مالية معينة او بغير حدود"⁴. او هو عبارة عن " اجراء تتخذه الادارة بقرار اداري بمقتضاه يستبعد احد المقاولين او المتعهدين او الشركات من التقدم للمناقصات لاعتبارات

¹ جابر جاد نصار، المناقصات العامة، دراسة مقارنة، ط2، دار النهضة العربية، القاهرة، 2002، ص

² احمد عثمان عياد، مظاهر السلطة العامة في العقود الادارية، اطروحة دكتوراة، كلية الحقوق، جامعة القاهرة، 1973، ص149.

³ ابراهيم الفياض، العقود الادارية، النظرية العامة وتطبيقاتها في القانون الكويتي والمقارن، 1997، ص 67.

⁴ حمدي حسن الحلفاوي، ركن الخطأ في مسؤولية الادارة الناشئة عن العقد الاداري، ط1، دار الكتب، القاهرة، 2002، ص 147.

معينة تقوم على اساس العمل والمصلحة العامة لمدة محددة او غير محددة كجزء للتنفيذ المعيب للالتزام سابق او وقائي للمصلحة العامة بهدف تهيئة جو صالح للمنافسة¹.

ويرى الباحث ان الحرمان يعتبر "قرارا اداريا صادرا بارادة الادارة المنفردة، يتم بموجبه منع احد الاشخاص المتقدمين للمناقصة من الدخول في المناقصة، سواء كان المنع جزائيا او وقائيا لمدة محددة او غير محددة".

ثالثا: اوجه الاختلاف بين الاستبعاد والحرمان

1- يعد الحرمان اجراء شخصيا ينصب على شخص معين بالذات طبيعيا او معنويا يحول دون تقدم ذلك الشخص للمنافسة من اجل التعاقد مع الادارة، اما الاستبعاد فهو اجراء موضوعي يوجه الى العطاء ذاته يحول دون ادراجه ضمن قائمة العطاءات المقبولة².

2- يهدف الحرمان الى منع الشخص من التقدم الى المناقصات التي تجريها الادارة، اما الاستبعاد فيهدف الى ابعاد عطاء معين قدم في مناقصة ما وحرمانه من السير في اجراءات المناقصة حتى انتهائها³.

3- الحرمان اجراء عام ينطبق على عدد غير محدد من المناقصات طوال مدة سريانه وفقا لمضمون القرار الصادر به، سواء كان حرمانا شاملا مؤبدا او حرمانا محدودا مؤقتا، ويلزم لتنفيذه ان يصدر قرار باستبعاد العطاءات التي تم حرمانها من الدخول في المناقصة. اما الاستبعاد فهو اجراء فردي يصدر في كل مناقصة على حدة ويكون محله استبعاد العطاء المقدم لمخالفته للشروط المقررة قانونا لصحة تقديمه او تنفيذا لقرار الحرمان⁴.

4- يصدر قرار الاستبعاد في فلسطين عن ذات الجهة الادارية المتعاقدة، بينما يتطلب صدور قرار الحرمان قيام الجهة المتعاقدة بالطلب من المجلس الاعلى لسياسات الشراء العامة اصدار قرار بحرمان احد الاشخاص من المشاركة في عمليات الشراء ووضع اسمه على القائمة السوداء.

¹ عثمان العبودي، المرشد العملي في احكام الشراء والبيع والايجار وايرام العقود الحكومية، ط2، بغداد، 2009، ص 62.

² احمد عياد، مرجع سابق، ص 151.

³ عارف مخلف، مبدأ حرية المنافسة في التعاقد بالمناقصة، مجلة جامعة الانبار للعلوم القانونية والسياسية، عدد 5، 2012، ص7.

⁴ ابراهيم الفياض، مرجع سابق، ص 67.

الفرع الثاني: التأصيل القانوني لسلطة الادارة في الاستبعاد والحرمان

يشكل استعمال الادارة لسلطتها في حرمان المتعاقد او استبعاده احد تطبيقات فكرة الشروط الاستثنائية كأحد المعايير التي تميز العقد الاداري عن غيره من عقود القانون الخاص، كما انها تشكل في الوقت ذاته احد القيود التي ترد على مبدأ المنافسة الحرة كأحد المبادئ التي تحكم ابرام العقود الادارية، وهذا ما سنتناوله تفصيلا على النحو الاتي:

اولا: استبعاد المتعاقد وحرمانه كأحد تطبيقات الشروط الاستثنائية في العقد الاداري

تعد فكرة الشروط الاستثنائية فكرة قضائية من اجتهادات مجلس الدولة الفرنسي، ويمثل الحكم الصادر في قضية " الجرانيت " عام 1912 اول ظهور حقيقي لهذه الفكرة¹، وقد عرفت المحكمة الادارية العليا المصرية فكرة الشروط الاستثنائية بأنها " تلك الشروط التي تميز جهة الادارة المتعاقدة بسلطات وامتيازات غير متعارف عليها عند التعاقد مع الافراد"². كما عرفت المحكمة النقض المصرية بأنها " تلك الشروط التي تقرر امتيازات للادارة غريبة عن القانون الخاص، وتخرج عن المألوف وتكشف عن نية المتعاقدين في اختيار وسائل القانون العام"³. ويعرفها بعض الفقه الاداري على انها " تلك الشروط التي تنبئ عن استعمال الادارة لامتيازات السلطة العامة واعمال قواعد القانون العام وذلك من اجل تحقيق هدف العقد الاداري وهو الصالح العام وتغليبه على مصلحة الافراد"⁴.

وعلى الرغم من عدم وجود نصوص قانونية تحصر الشروط الاستثنائية في العقود الادارية، الا انه يتضح من الاجتهادات القضائية سواء الفرنسية او المصرية، ان الشروط الاستثنائية التي تميز العقد الاداري عن غيره من عقود القانون الخاص تندرج ضمن طوائف ثلاث، وهي الشروط الاستثنائية المرتبطة بامتيازات السلطة العامة- ومن بينها سلطة الادارة في حرمان المتعاقد واستبعاده-، والشروط غير المألوفة في عقود الافراد، والشروط المتعلقة بخضوع العقد الاداري لنظام قانوني استثنائي⁵.

¹ ثروت بدوي، مبادئ القانون الاداري، دار النهضة العربية، القاهرة، 1968، ص 134.

² الموسوعة الادارية الحديثة، حكم المحكمة الادارية العليا في الطعن رقم 2124، جلسة 1990/11/24، ص 284.

³ مجموعة احكام محكمة النقض المصرية، الدائرة المدنية، المكتب الفني، السنة 16، ص 1048.

⁴ عاطف علي، الشروط الاستثنائية غير المألوفة في العقود الادارية، المجلة العربية للفقه والقضاء، جامعة الدول العربية، عدد 53، 2019، ص 95.

⁵ للمزيد من التفصيل حول ذلك ، انظر: عاطف علي، مرجع سابق، ص 98-106.

ثانياً: استبعاد المتعاقد وحرمانه كأحد القيود الواردة على مبدأ المنافسة الحرة

يعد مبدأ المنافسة الحرة أحد المبادئ التي يجب على الادارة الالتزام بها في كافة عمليات الشراء العام، كما انها تشكل أحد الاهداف التي تسعى قوانين الشراء العام الى تحقيقها ، وهذا ما اشارت اليه المادة (5) من القرار بقانون بشأن الشراء العام الفلسطيني رقم (8) لسنة 2014، حيث يهدف قانون الشراء العام الى تحقيق عدة مسائل من بينها تعزيز مبدأ المنافسة العادلة في اجراءات الشراء العام، واتاحة فرص متكافئة دون تمييز وتوفير معاملة عادلة ومتساوية لجميع المناقصين، وضمان تحقيق الشفافية والنزاهة في اجراءات وسير عمليات الشراء العام.

ونظراً لاعتبار مبدأ المنافسة الحرة يعد من ابرز واهم المبادئ التي تحكم عمليات الشراء العام، فقد حظي هذا المبدأ باهتمام الفقه الاداري، حيث عرفه البعض بأنه " حرية دخول المناقصة التي تعلن عنها الادارة وفي الحدود التي يحددها القانون"¹. وعرفه آخرون بأنه " فتح باب التزام الشريفة امام كل من يود الاشتراك في المناقصات العامة"².

وتتعدد الاسباب التي يستند اليها مبدأ المنافسة الحرة كأحد المبادئ التي تحكم عمليات الشراء العام، سواء كانت تلك الاسباب نظرية تحقيقاً لمبدأ الحرية الاقتصادية ومبدأ المساواة امام القانون، او كانت تلك الاسباب عملية في تحقيق مصلحة الادارة التي تستلزم توسيع قاعدة المشاركين في المناقصة لاختيار الافضل من بينهم، وبناء الثقة مع المتعاقدين معها³.

الا ان مبدأ المنافسة الحرة ومبدأ المساواة بين المتقدمين للمنافسة لا يعني انعدام سلطة الادارة في تقدير صلاحية المتقدمين وكفائتهم على ضوء مقتضيات المصلحة العامة، بل ان هذا المبدأ ترد عليه بعض القيود والاستثناءات ومن بينها حرمان المناقص او استبعاده من التقدم لعمليات الشراء لاسباب قانونية او اسباب عملية تقدرها الادارة المتعاقدة.

¹ جاد نصار ، مرجع سابق، ص 14.

² محمد نوح، الايجاب والقبول في العقد الاداري، منشورات جامعة دمشق، 2005، ص 368.

³ خالد الصليبي، المبادئ التي تحكم اساليب التعاقد الاداري، رسالة ماجستير، الجامعة الاسلامية، غزة، فلسطين، 2019، ص 51-52.

المطلب الثاني: حالات الاستبعاد والحرمان

حدد المشرع الفلسطيني ملامح الحالات التي يمكن للادارة الاستناد اليها عند ممارستها للسلطة الممنوحة لها في الاستبعاد والحرمان، ونتناول هذه الحالات تباعا وذلك على النحو الاتي:

الفرع الاول: حالات الاستبعاد

بالرجوع الى نص المادة (6/38) من القرار بقانون بشأن الشراء العام رقم (8) لسنة 2014، يتضح انها تناولت الحالات التي يتم فيها استبعاد العطاء، وقبل التعرض لتلك الحالات لا بد من الاشارة الى ان سلطة الادارة في استبعاد العطاء هي سلطة وجوبية وليست تقديرية وذلك اذا ما توافرت اي من الحالات المنصوص عليها في القانون، وذلك يعني ان الادارة اذا ما قصرت في استخدام الصلاحيات الممنوحة لها في الاستبعاد، ولم تقم باستبعاد العطاء الذي تنطبق عليه احدى حالات الاستبعاد، فان ذلك مدعاة لاثارة مسؤوليتها القانونية مدنيا وجنائيا، بل يمكن ان يوصف تقصيرها بالفساد وذلك من خلال قبولها احد العطاءات وعدم استبعاده رغم توافر احد حالات الاستبعاد بحقه وذلك لوجود شبهة تضارب في المصالح بينها وبين مقدم العطاء.

اما عن حالات الاستبعاد ، فهي على النحو الاتي:

اولا: عدم اكتمال وثائق المناقصة

تتضمن وثائق المناقصة في العادة مجموعة من الشروط والبيانات التي تشترط الجهة المتعاقدة تضمينها في وثائق المناقصة وذلك لاتمام عملية التعاقد وتحقيق الاثر المرجو منها، وعليه فان تلك الشروط او البيانات تكتسب اهميتها من كونها تتعلق بمصلحة المرفق الذي يتم التعاقد بشأنه وانعكاس ذلك على المصلحة العامة وتحقيق متطلبات سير المرفق العام، وعليه اذا افتقرت وثائق المناقصة الى اي من المتطلبات الواردة في كراسة المناقصة، فان من حق الادارة المتعاقدة ممارسة سلطتها في استبعاد ذلك العطاء.

ثانيا: عدم توقيع وثائق المناقصة حسب الاصول

اشتراطت المادة (1/36) من القرار بقانون بشأن الشراء العام ان تكون العطاءات المقدمة خطية وموقعة حسب الاصول والقانون وفي مظاريف مغلقة، وجاءت المادة (2/77) من نظام الشراء العام رقم (5) لسنة 2014 لتوجب على المناقص توقيع العطاء من قبله او من يخوله بتوكيل قانوني وبعدد النسخ

المحدد وفي ظرف مغلق حسبما تنص عليه وثائق المناقصة، وبالتالي اذا جاء العطاء على غير ما هو مذكور سابقا فيتم استبعاده.

ثالثا: اذا لم يكن العطاء مصحوب بكفالة دخول المناقصة او اقرار ضمان العطاء بالصيغة او القيمة المنصوص عليها

تعتبر كفالة دخول العطاء من ابرز مرفقات العطاء التي يجب على المناقص ارفاقها بالعطاء، وبخلاف ذلك يجري استبعاد العطاء المقدم من المنافسة¹، وتعرف كفالة دخول العطاء على انها " قيمة يضمنها العارض عرضه ويخصصها لمصلحة الادارة وذلك ضمانا لجدية العرض وتأبيدا لحسن تنفيذ الالتزامات الناتجة عن تقديمه لهذا العرض والمستندة الى ارادته المنفردة"². كذلك تم تعريفها على انها " مبلغ من المال يودع لدى الجهة الادارية تتوقى به اثار الاخطاء التي يرتكبها صاحب العطاء عند انسحابه او نكوله عن المناقصة او المزايدة او الممارسة، وضمان لجدية مساهمته وسلامة قصده"³.

وقد حددت المادة (79) من نظام الشراء العام رقم (5) لسنة 2014 الاحكام المتعلقة بكفالة دخول المناقصة ، بحيث تكون كفالة دخول المناقصة بمبلغ مقطوع يتراوح ما بين (2-3)% من الكلفة التقديرية للمنافسة، وتحدد وثائق المناقصة فترة صلاحية كفالة دخول المناقصة على ان تمتد هذه الفترة مدة ثلاثين يوما بعد انتهاء فترة صلاحية العطاء. وعليه اذا جاءت كفالة دخول المناقصة بشكل مختلف عما هو منصوص عليه في وثائق المناقصة سواء من حيث القيمة او مدة السريان، فان ذلك يعد مبررا قانونيا لاستبعاد العطاء.

رابعا: اذا لم يستجب العطاء بشكل جوهري للمواصفات الفنية وشروط العقد او غير ذلك من المتطلبات العامة الواردة في وثائق المناقصة

حددت المادة (83/1ط) من نظام الشراء العام مجالات الاستجابة الجوهرية للعطاء والمتمثلة في " مجال العمل والجدول الزمني للتسليم والانجاز، واكتمال سعر العطاء وتغطيته لكامل مجال المناقصة، والاستجابة للمتطلبات الفنية والتجارية الاساسية".

¹ صلاح الدين دكاك، نكول من احيلت عليه المناقصة عن اتمام اجراءات التعاقد، مجلة الفقه والقانون، مجلد 6، عدد 24، الجامعة المستنصرية، 2014، ص15. .

² مهند نوح، الايجاب والقبول في العقد الاداري، منشورات الحلبي، بيروت، 2005، ص 569.

³ هاتف جاسم، حدود السلطة التقديرية للادارة في المزايدة العامة، منشورات الحلبي، 2009، ص 192.

والسؤال الذي يطرح في هذا الصدد، ماذا لو كان العطاء مستجيباً جوهرياً لشروط المناقصة ولكنه يحتوي على بعض التحفظات أو الانحرافات الثانوية، فهل يمكن قبول العطاء أو استبعاده؟

بالرجوع الى نص المادة (3/83) من نظام الشراء العام رقم (5) لسنة 2014، فقد اجابت على هذا التساؤل بنصها على انه " اما العطاءات التي يمكن اعتبارها مستجيبة جوهريا للشروط و التي تحتوي على انحرافات او تحفظات ثانوية¹ يجب ان تشملها عملية التقييم التفصيلي ومقارنة العطاءات على ان تؤخذ في الحسبان في عملية التقييم التفصيلية تكلفة الانحرافات الثانوية"، وبالتالي يتضح من هذا النص ان العطاءات التي تستجيب جوهريا لشروط العطاء ولكنها تحتوي على بعض الانحرافات الثانوية يتم قبولها وتخرج من دائرة الاستبعاد.

خامسا: اذا كانت مدة صلاحية العطاء اقصر من المدة المنصوص عليها في شروط ووثائق المناقصة

تتشرط وثائق المناقصة في اغلبيه الحالات ان تكون الاسعار الواردة في العطاء سارية لمدة معينة من اخر موعد لتسليم العطاء، كأن تشترط الجهة المتعاقدة ان تكون الاسعار سارية لمدة لا تقل مثلا عن 60 يوما من اخر موعد لتسليم العطاء، وعليه اذا ما احتوى العطاء المقدم على مدة سريان اقل من تلك المنصوص عليها في وثائق المناقصة ، فانه يكون واجب الاستبعاد من قبل الجهة المتعاقدة.

سادسا: اذا عدل المناقص سعره او مضمون عطاءه

منحت المادة (5/38) من القرار بقانون بشأن الشراء العام لجنة التقييم التي تقوم بفحص العطاءات ان تطلب من اي مناقص لغايات اتمام عملية التقييم ايضاحات خطية خلال عملية الفحص، على انه لا يجوز لها ان تطلب من اي مناقص تغيير سعره او مضمون عطاءه، وعليه اذا ما عدل المناقص مضمون العطاء او سعره على خلاف ما طلبت منه لجنة التقييم ، فان عطاءه يكون واجب الاستبعاد.

³ عرفت المادة (4/83) من نظام الشراء العام الانحرافات الثانوية على انها " الانحرافات التي لا تغير بشكل جوهري أو تباعد عن الخصائص والمتطلبات والشروط المحددة في وثائق المناقصة، أي الانحرافات التي:

أ. لا تؤثر بطريقة جوهريّة على المجال والنوعية والاداء المحدد في وثائق المناقصة.

ب. لا تحد بطريقة جوهريّة وبما يتناقض مع وثائق المناقصة من حقوق الجهة المشتريّة أو التزامات ومسؤوليات المناقص بناءً على العقد.

ج. إذا ما عُدِّلَت لا تؤثر على نحو ظالم على الوضع التنافسي للمناقضين الآخرين الذين قدموا عطاءات مستجيبة

سابعا: تقديم العطاء بعد انتهاء الموعد المحدد لتقديم العطاءات

تتضمن الدعوة للمناقصة عادة العديد من البيانات من بينها طريقة تقديم العطاءات والمكان والموع النهائي للتقديم، وعليه يجب على كافة المناقصين الالتزام بتقديم عطاءاتهم قبل انتهاء الموعد المحدد لتقديم العطاءات، وبالتالي فان كل عطاء يقدم بعد انتهاء الاجل الزمني المحدد للتقديم يستبعد من قبل لجنة العطاءات دون فتحه.

ثامنا: تقديم المناقص لأكثر من عطاء لذات عملية الشراء

في اطار توسيع قاعدة حرية المنافسة واثاحة الفرصة لأكبر عدد من المناقصين للدخول في المناقصة لتمكين الادارة اختيار الافضل من بينهم من النواحي الفنية والمالية، فقد حظرت المادة (3/36) من القرار بقانون بشأن الشراء العام على المناقص تقديم اكثر من عطاء واحد لذات عملية الشراء سواء كان بشكل مستقل او بالائتلاف مع اطراف محلية او اجنبية او كليهما.

ولكن ماذا لو كان المناقص يملك اكثر من شركة سواء منفردا او مساهما مع اخرين وكان لكل شركة رقم سجل تجاري مختلف عن الاخرى، وتقدمت كل شركة بعطاء لذات عملية الشراء، فهل يمكن في هذه الحالة قبول العطاءات المقدمة ام استبعادها؟

بالرجوع الى تعريف المناقص الوارد في المادة (1) من القرار بقانون بشأن الشراء العام يتضح بأنه " الشخص المشارك او المشارك المحتمل في المناقصة". ويتضح من هذا التعريف ان كلمة " الشخص" جاءت مطلقة وهذا يعني انها تشمل الشخص الطبيعي والشخص المعنوي، وطالما ان لكل شخص طبيعي او معنوي اهلية وذمة مالية مستقلة، فاننا نرى انه لا يوجد ما يمنع من الناحية القانونية ان يتقدم لذات عملية الشراء اكثر من شركة مملوكة لذات الشخص سواء بصفة منفردة او بصفته مساهما مع اخرين.

تاسعا: استبعاد العطاء اذا كان سعره منخفضا بشكل غير طبيعي

اجازت المادة (9/38) من القرار بقانون بشأن الشراء العام للجهة المشتريّة أو دائرة اللوازم العامة أو دائرة العطاءات المركزية رفض العطاء إذا كان سعره أقل كثيراً من السعر التقديري، ولم يقدم المناقص تبريراً مقبولاً لانخفاض سعره ، وواجبت المادة (40) من ذات القرار بقانون على الجهة المشتريّة " قبل رفض العطاء أن تطلب خطياً من المناقص تفاصيل العناصر المكونة لهذا العطاء والتي من الممكن أن تقنع الجهة المشتريّة أن المناقص قادر على تنفيذ العقد بهذا السعر، ويمكن أن تشمل هذه التفاصيل على: أ. اقتصاديات تكاليف طريقة البناء، وعملية التصنيع أو الخدمات المقدمة. ب. الحلول التقنية المختارة و / أو

أية ظروف مواتية أو متاحة للمناقص لتنفيذ الأشغال أو توريد السلع أو الخدمات. ج. مصادر الأشغال أو اللوازم أو الخدمات المقترحة من قبل المناقص. د. مدى الامتثال للقوانين والأنظمة فيما يتعلق بحماية العمالة وظروف العمل والسارية في المكان الذي سيتم فيه تنفيذ العقد. 2. على الجهة المشتريّة التحقق من هذه العناصر من خلال التشاور خطياً مع المناقص، ومراعاة الأدلة المقدمة من قبله وأخذ المعلومات التي يقدمها بعين الاعتبار عند التوصل إلى قرارها".

الفرع الثاني: حالات الحرمان

يتضح من خلال التدقيق في حالات الحرمان سواء تلك الواردة في القرار بقانون بشأن الشراء العام، أو تلك الحالات الأخرى الواردة في التشريعات الفلسطينية، أن حالات حرمان المتعاقد تقسم إلى قسمين هما الحرمان الوقائي والحرمان الجزائي، وسنوضح هذه الحالات تباعاً على النحو الآتي:

أولاً: الحرمان الوقائي

تلجأ الإدارة إلى حرمان بعض الأشخاص من التقدم للمناقصات والتعاقد معها لأسباب وقائية بهدف تهيئة الجو المناسب للمنافسة، ويعرف الحرمان الوقائي على أنه " إجراء يقتضي حرمان بعض الأشخاص من التقدم للعطاءات التي تطرحها الإدارة لأسباب تتصل بالمصلحة العامة"¹.

وعادة ما يكون الحرمان الوقائي بنص القانون لأشخاص محددين بصفتهم وذلك حماية للمصلحة العامة والحيلولة دون استغلال النفوذ الوظيفي وتلافياً لوجود حالات شبهة تضارب مصالح. ومن الأمثلة على ذلك في التشريع الفلسطيني ما ورد النص عليه في المادة (99) من النظام الداخلي للمجلس التشريعي الفلسطيني التي حظرت على عضو المجلس التشريعي أن لا يشتري أو يستأجر شيئاً من أموال الدولة أو يؤجرها أو يبيعها شيئاً من أمواله أو يقايضها أو يبرم عقداً معها بوصفه ملتزماً أو مورداً أو مقاولاً إلا إذا تم التعاقد طبقاً لقواعد عامة تسري على الكافة.

وكذلك ما ورد النص عليه في المادة (196) من نظام الشراء العام الفلسطيني رقم (5) لسنة 2014 التي وضعت العديد من القيود على موظفي الشراء العام تتمثل في أنه " 1. لا يجوز للموظفين العموميين الذين يعملون في مجال الشراء العام أن يقبلوا بشكل مباشر أو غير مباشر أي شكل من أشكال العمل أو الوظيفة مع المناقصين أو مع أي من أطراف عقد الشراء مع السلطة الوطنية الفلسطينية. 2. لا يجوز

¹ خالد الصليبي، مرجع سابق، ص 76.

للأفراد الذين خدموا سابقاً كموظفي مشتريات أو الذين مارسوا سلطة أخرى مشار إليها في القانون أو النظام فيما يتعلق بعملية شراء معينة أن يقوموا بما يلي: أ. أن يشاركوا بأية طريقة كموظفين أو وكلاء أو مندوبين لمورد أو مقاول أو مستشار في أية مفاوضات أو مناقشات فنية تنتهي بإرساء عقد شراء أو تعديله أو تمديده. ب. أن يشاركوا بصفة شخصية أو اعتبارية نيابة عن أحد الموردين أو المقاولين أو المستشارين في تنفيذ ذلك العقد. 3. يبقى القيد المشار إليه في الفقرة (2) من هذه المادة، ساري المفعول طيلة سير إجراءات الشراء والعقد إن وجد ولمدة عامين بعد انتهاء خدمة الموظف في القطاع العام، أيهما يحدث بعد الآخر".

كذلك قد تحرم الادارة وقائياً بعض الاشخاص من التعاقد معها حماية للمصلحة العامة، وذلك يكون بشأن الاشخاص اللذين اخلو بالتزاماتهم السابقة بالتعاقد مع الادارة او ماطلو في تنفيذها على نحو الحق ضرراً بالمصلحة العامة، وقد اوجبت المادة (1/64) من القرار بقانون بشأن الشراء العام على المناقص الوفاء بالتزامات المفروضة عليه بموجب القانون والانظمة الصادرة بمقتضاه، ووجبت المادة (73/ب) من ذات القرار بقانون حرمان المناقص من الاشتراك في عمليات الشراء في حال اخلاله بالتزامات المفروضة عليه بموجب القانون والنظام. وهذا ما استقر عليه القضاء الاداري في منح الادارة الحق في حرمان الاشخاص اللذين لم يسبق لهم التعاقد مع الادارة او اخلو بالتزاماتهم السابقة اذا رأت الادارة انه ليس في موضع ثقة وغير جدير بها، كأن يكون سيء السمعة، وهذا الحرمان يعد اجراء تقديري يخضع لسلطة الادارة التقديرية بهدف تحقيق المصلحة العامة¹.

ثانياً: الحرمان الجزائي

بالاطلاع على المادة (1/64) من القرار بقانون بشأن الشراء العام يتضح انها حظرت على المناقص القيام بالعديد من الاعمال المتمثلة في :

أ- تضارب المصالح عند قيامه بواجباته.

ب- التواطؤ أو التآمر أو ممارسة أي شكل من أشكال الفساد والخداع والغش أو التحريض، بما في ذلك تقديم الإغراءات أو عرضها سواء بطريق مباشر أو غير مباشر للتأثير على عملية الشراء أو على تنفيذ العقد.

¹ نواف كنعان، الوجيز في القانون الاداري، الكتاب الثاني، ط5، زمزم للنشر والتوزيع، عمان، 2019، ص 317.

ج- التواطؤ أو التآمر، قبل أو بعد تقديم العطاء، بهدف توزيع عقود الشراء بين المناقصين أو تحديد أسعار العطاءات بصورة غير تنافسية أو خلاف ذلك لحرمان الجهة المشتريّة من منافع المنافسة العامة المفتوحة. وقد اوجبت المادة (2/64) من ذات القرار بقانون على الجهة المشتريّة أن ترفض أي عطاء إذا ثبت مخالفة المناقص لأي من الأحكام الواردة في هذه المادة، إضافة الى خضوع المناقص المخالف للمساءلة القانونية، ويتم وضع المناقص المخالف لأحكام هذه المادة على القائمة السوداء للمدة التي يقررها المجلس، وتضم هذه القائمة كافة المناقصين الذين صدر قرار بحرمانهم من الاشتراك في عمليات الشراء.

المطلب الثالث: اوجه الرقابة على سلطة الادارة في الاستبعاد والحرمان

تخضع الادارة في ممارسة اعمالها لمبدأ المشروعية او مبدأ سيادة القانون، الامر الذي يتطلب ان تكون الاعمال والقرارات الصادرة عن الادارة في نطاق ما تطلبه المشرع وذلك عندما تكون السلطة الممنوحة لها مقيدة، او يكون باعث الادارة عند ممارستها لاعمالها واصدارها لقراراتها تحقيق المصلحة العامة ومقتضيات الصالح العام وذلك عندما تكون السلطة الممنوحة لها تقديرية. الا ان منح الادارة سلطات معينة سواء تقديرية او مقيدة، لا يعني عدم خضوعها للرقابة سواء كانت رقابة ادارية او كانت رقابة قضائية.

الفرع الاول: الرقابة الادارية على سلطة الادارة في الاستبعاد والحرمان

تعتبر قرارات الادارة بالاستبعاد والحرمان من القرارات الخاضعة للرقابة الادارية، ففيما يتعلق بالرقابة الادارية على قرارات الاستبعاد، اجازت المادة (138) من نظام الشراء العام للمناقص تقديم شكاوى الى الجهة المشتريّة في العديد من الحالات من بينها استبعاد المناقص على غير وجه حق من قائمة المناقصين، ويجب على المناقص ان يوضح في شكواه وبشكل واضح الدواعي القانونية والواقعية لتقديم الطلب بالمراجعة، ويقدم كل المعلومات التي تثبت بأنه مناقص فعلي أو محتمل يمكن لمصلحته المباشرة أن تتأثر بالإغفال أو بالفعل الذي تنوي الجهة المشتريّة القيام به. ووجبت المادة (140) من القرار بقانون على الجهة المشتريّة عند استلامها للشكاوى ابلاغ جميع المناقصين بها كما توضح لهم طبيعة الإدعاءات الواردة في الشكاوى، و على الجهة المشتريّة أن لا تتخذ أية خطوات تؤدي إلى أن يصبح عقد الشراء نافذاً، و تقوم الجهة المشتريّة بالنظر في الشكاوى ويصدر المسؤول المختص (7) أيام عمل من استلام الشكاوى قراراً كتابياً بإلغاء الإجراءات والقرارات المخالفة لأحكام القانون والنظام والإجراءات التصحيحية التي يجب القيام بها في حال تبين صحة الشكاوى، أو برد الشكاوى في حال تبين عدم وجود أي مخالفة لاحكام القرار بقانون والنظام، ويحدد في القرار أسباب هذا الرد.

اما فيما يتعلق بالرقابة الادارية على قرارات الحرمان ، فقد عالجت المواد (138-152) من نظام الشراء العام رقم (5) لسنة 2014 اجراءات الرقابة الادارية على قرارات الحرمان الصادرة عن الجهة المشتريّة، حيث يتوجب على الجهة المشتريّة تقديم طلب بحرمان المناقص الى المجلس الاعلى لسياسات الشراء العام، و يجب أن يكون طلب الحرمان المقدم إلى المجلس خطيا وموقعا من المسؤول المختص أو الوزير المختص، و يرسل الطلب الى رئيس المجلس، ويسلم الى المجلس في ظرف مختوم عن طريق التسليم باليد أو البريد العادي أو البريد السريع، و يقوم المجلس بإصدار اقرارا باستلام الطلب خلال يوم من تسلمه له. ويجب ان يتضمن طلب الحرمان المقدم إلى المجلس إسم وعنوان المناقص المطلوب حرمانه وبريده الالكتروني ورقم الهاتف والفاكس الخاص به، و إسم ورقم المناقصة أو الاستدراج التي ارتكب فيها المناقص المخالفة، وتوضيحا بالاسباب الموجبة للطلب، والأسس القانونية والواقعية له، بما في ذلك إشارات محدّدة إلى الأحكام الواردة في قانون الشراء العام أو لائحته التنفيذية التي تمت مخالفتها وكيفية المخالفة، اضافة الى كافة الوثائق التي تثبت الاسباب الموجبة للطلب.

يقوم المجلس بعد ذلك بتوجيه اشعار خطي الى المناقص يعلمه فيه بالحرمان المقترح ويوضح في اشعاره:الاسباب الموجبة لذلك، وان كان قد اتخذ قرار بتعليق مشاركته في عمليات الشراء العام. مع بيان حق المناقص في الاعتراض وطلب جلسة استماع قبل اي قرار بالحرمان، شريطة ان يتم استلام الاعتراض أو طلب عقد جلسة الاستماع من قبل المجلس خلال (10) أيام من تاريخ تسلم المناقص للاشعار، و يرسل المجلس نسخة من الاشعار الى الجهة التي طلبت حرمان المناقص. ولاحقا لذلك يشكل رئيس المجلس لجنة من ثلاثة أعضاء من قائمة خبراء مراجعة النزاعات ويسمي أحدهم رئيساً لها للنظر في أسباب طلب الحرمان، على أن يكون جميع أعضاء اللجنة من موظفي القطاع العام، ويراعى ان لا يكون اي من اعضاء اللجنة موظفاً لدى الجهة المشتريّة المقدمة لطلب الحرمان ضدها أو لديه تضارب في المصالح مع أعمال اللجنة. تتخذ اللجنة بعد نظرها لقرار الحرمان قرارا اما بحرمان المناقص للفترة الزمنية التي تحددها، أو رفض طلب الجهة التي طلبت حرمان المناقص، ويخضع قرار اللجنة لمصادقة رئيس المجلس، و يصبح قرار الحرمان ساري المفعول بعد مصادقة رئيس المجلس عليه. و يبقى قرار الحرمان ساريا حتى ينقض بقرار من المحكمة المختصة، أو انقضاء فترة الحرمان التي حددها القرار ايها يأتي اولاً.

الفرع الثاني: الرقابة القضائية على سلطة الادارة في الاستبعاد والحرمان

نصت المادة (158) من القرار بقانون بشأن الشراء العام على ان " تعتبر كافة القرارات الصادرة عن المجلس والجهة المشتريّة ودائرة اللوازم العامة ودائرة العطاءات المركزية ووحدة مراجعة النزاعات خاضعة

للطعن بالطرق القضائية وفقاً لأحكام القانون". كذلك فقد منح القرار بقانون بشأن المحاكم الادارية رقم (41) لسنة 2020 في المادة (20/ز) منه المحكمة الادارية صلاحية النظر في الطعون المتعلقة بمنازعات العقود الادارية.

وعليه يعتبر القرار الصادر عن الجهة المشتريه باستبعاد المناقص او حرمانه من القرارات الادارية الخاضعة للرقابة القضائية، ويجوز الطعن فيها بالالغاء لاساءة استعمال السلطة مثلاً اذا كان القرار قد صدر للمصالح العام او لاسباب لا تتصل به كالاسباب السياسية، كما يجوز الطعن بالالغاء لعدم قيام الاسباب المبررة للاستبعاد او الحرمان او لعدم صحة هذه الاسباب¹.

وعليه، فقد قضت محكمة العدل العليا الفلسطينية بأن " للجنة العطاءات المركزية الحق في أن تضع شروطاً للعطاء تراها ضرورية لإنجاز الاشغال على الوجه الافضل، ويجب على المتقدم للعطاء أن تتوفر فيه الشروط والمؤهلات التي اشترطها وطلبها صاحب العطاء ضمن الشروط التي حددها عندما أعلن عن العطاء، و طالما أن لجنة العطاءات قد اقتصرت بأنه ليس للشركة المستدعية أية خبره كافية ومطلوبة في نوع الانشاءات التي يتطلبها العطاء فإن عدم احالة العطاء للشركة المستدعية واستبعادها لا يعتبر مخالفاً للقانون، ولو كان السعر المقدم منها اقل الاسعار، ما دام أن لجنة العطاءات تخضع لتعليمات الممول الاوروبي باعتباره صاحب الرأي النهائي في هذا العطاء ولم يتم اخفاء هذا الأمر على المناقصين².

وقد قبل مجلس الدولة الفرنسي الطعن بالغاء القرار الصادر عن لجنة المناقصات او المزايدات باستبعاد احد المتقدمين في المناقصة او المزايدة دون وجه حق، وحكم ايضا بالغاء قرار الاستبعاد الصادر استنادا لوجود نزاع قضائي بين الادارة وبين المتقدم المستبعد³، كما قضى مجلس الدولة الفرنسي بأن " الادارة تتمتع بسلطة تقديرية باصدار قرار بحرمان المقاول او المورد من جميع المناقصات الخاصة باحدى المرافق العامة او الوزارات لمدة مؤقتة او دائمة، ولا يجوز للقاضي الاداري التعقيب على هذا القرار الا في حالتي الانحراف في السلطة وانعدام الاسباب⁴.

¹ ماهر ابو العينين، العقود الادارية وقوانين المناقصات والمزايدات، الكتاب الاول، ص 27.

² حكم محكمة العدل العليا المنعقدة في رام الله في الدعوى الإدارية رقم 61 لسنة 2015، منشورات المقتفي.

³ احمد عياد، مرجع سابق، ص 166.

⁴ وردت الاشارة الى هذا الحكم لدى عارف مخلف، مرجع سابق، ص 78.

وفي مصر، فقد قضت المحكمة الادارية العليا بأن " من المسلمات انه كما يجوز اصدار قرارات الاستبعاد بالنسبة للمتعهدين والمقاولين كجزاء بسبب العجز عن تنفيذ التزام سابق، يجوز ايضا استبعاد بعض الاشخاص غير المرغوب فيهم، بما يتجمع لدى الادارة من تقدير عام عن كفاية هؤلاء وقدرتهم دون ان يسبق ذلك ارتباطهم مع جهة الادارة في عمل ما وذلك كاجراء وقائي تمليه غير الادارة توخيا للمصلحة العامة"¹.

وفي الاردن، قضت المحكمة الادارية بأن " لجنة العطاءات باحالة العطاء ليست مقيدة فقط باقل الاسعار بل يجب ان تتوفر في العرض اعتبارات اخرى، وعلى هذا الاساس فلا تثريب على لجنة العطاءات المستدعى ضدها بما لها من سلطة تقديرية استبعاد عرض المستدعية واحالة العطاء على شركة اخرى ترى فيها الادارة تحقيق مصلحتها دون ان يُحيط بعمل الشركة أي خلل او لبس او غموض سيما ان البين ومن خلال الاوراق المقدمة بالدعوى ان سبب الاستبعاد من قبل لجنة العطاءات هو بالاستناد الى التقارير الفنية التي بينت ان هناك اخلال من المستدعية وكذلك كتاب هيئة مكافحة الفساد المشار اليه اعلاه بوجود قضية على مالك الشركة موضوعها الاحتيال مما يعزز قناعة لدى المستدعى ضدها ان المستدعية يشوب عملها خلل وهو عدم الوفاء بالتزاماتها بعطاء سابق ، ولما كان البين ومن خلال ما تم الاشارة اليه سابقا وبما للجهة المستدعى ضدها من سلطة تقديرية وانها ليست مقيدة فقط باقل الاسعار وليس اقل الاسعار هو المعيار الوحيد وفقا لما تم بيانه من نصوص سابقة بل يجب ان تتوفر في العرض اعتبارات اخرى بحيث تؤخذ بعين الاعتبار كفاءة المناقص من الناحيتين المالية والفنية ومقدرته على الوفاء بالتزامات العطاء بحيث لا يكون قد أخل بأي التزامات قبل اتمام التعاقد او اخل بالتزاماته بالعقود المبرمة معه او ما طل في تنفيذها وحيث أن قرار الجهة المستدعى ضدها جاء وفقا لاحكام القانون وقام على سبب صحيح ولم يستشف منه ان هناك تعسفا حين اصداره او إساءة لإستعمال السلطة وان سلطتها التقديرية لا يحدها الا قيد حسن استعمالها وحيث ان اساس استبعاد المستدعية من احالة العطاء عليها لظروف قدرتها الادارة والمتمثلة بالخلل في تنفيذ بنود بعطاء سابق مما يجعل القرار المطعون فيه موافق للقانون ولا تنال منه اسباب الطعن"².

¹ وردت الاشارة الى هذا الحكم لدى عارف مخلف، مرجع سابق، ص 78

² قرار المحكمة الادارية الاردنية رقم 159 لسنة 2017، منشورات مركز عدالة.

كذلك فقد قضت المحكمة الادارية الاردنية في حكم اخر بأن " شطب اسم المتعهد من الجدول او حرمانه من تنفيذ الاشغال الحكومية ان هو الا من قبيل تقرير الحالة الذي يتمتع بموجبه على المفاوض المشاركة في تنفيذ الاشغال العامة اذا ما تبين ان في الشطب او الحرمان حماية للمال العام"¹.

الخاتمة:

تشكل سلطة الادارة في الحرمان والاستبعاد احد الاستثناءات الواردة على مبدأ المنافسة الحرة كأحد المبادئ التي تحكم ابرام العقود الادارية، الا ان هذا المبدأ ليس مطلقاً بل ترد عليه العديد من الاستثناءات من بينها الاستثناء المتعلق بحرمان المتعاقد واستبعاده اذا ما انطبقت عليه احد حالات الاستبعاد او الحرمان ، او رأت الادارة لاسباب تقدرها ان المصلحة العامة تقتضي استبعاد المناقص او حرمانه. وعليه فقد تم البحث في مفهوم سلطة الادارة في الاستبعاد والحرمان وبيان اوجه الاختلاف بين الاستبعاد والحرمان، كما تم عرض حالات المتعاقد واستبعاده في ضوء القرار بقانون بشأن الشراء العام الفلسطيني، وفي نهاية البحث تم عرض اوجه الرقابة الادارية والقضائية على ممارسة الادارة لسلطتها في الاستبعاد والحرمان.

النتائج:

- 1- يعد مبدأ حرية المنافسة من ابرز واهم المبادئ التي تحكم ابرام العقود الادارية وذلك للعديد من الاسباب النظرية والعملية التي تقتضيها المصلحة العامة .
- 2- تتمتع الادارة المتعاقدة بسلطة استبعاد المناقص وحرمانه واذا ما انطبقت عليه احد الحالات المقررة قانوناً للاستبعاد والحرمان او رأت الادارة ان مقتضيات الصالح العام تقتضي استبعاد المتعاقد وحرمانه.
- 3- يوجه قرار الاستبعاد الى العطاء ذاته، بينما يوجه قرار الحرمان الى شخص مقدم العطاء.
- 4- ان ممارسة الادارة لسلطتها في الاستبعاد والحرمان ليست سلطة مطلقة، بل تخضع للرقابة الادارية من جهة، كما يمكن الطعن بالقرار الاداري الصادر باستبعاد المناقص وحرمانه وذلك اذا ما اعتراه احد عيوب القرار الاداري.

¹ قرار المحكمة الادارية الاردنية رقم 33 لسنة 2015، منشورات مركز عدالة

التوصيات:

1- اعادة النظر في بعض الحالات التي قرررها القرار بقانون بشأن الشراء العام بشأن حالات الاستبعاد والنص عليها بشكل اكثر تفصيلا، وذلك كحالة استبعاد العطاء في حال عدم اكتمال بعض وثائقه، واستبعاد العطاء اذا كان سعره منخفض بشكل غير طبيعي، وذلك لكون هذه الحالات تم النص عليها بشكل فضفاض، الامر الذي من شأنه فتح المجال واسعا للادارة للتعسف في ممارسة السلطة ازاء المناقص المتقدم للتعاقد معها.

2- اعادة النظر في بعض الحالات التي قرررها القرار بقانون بشأن الشراء العام بشأن حالات الحرمان والنص عليها بشكل اكثر تفصيلا، وذلك كحرمان المناقص نتيجة اخلاله بالتزام سابق دون بيان طبيعة هذا الاخلال جسيما ام بسيطا، وحرمان المناقص نتيجة لجوئه الى التلاعب في التعامل مع الادارة، الامر الذي من شأنه فتح المجال واسعا للادارة للتعسف في ممارسة السلطة ازاء المناقص المتقدم للتعاقد معها.

3- ضرورة النص على التسبب الوجوبي والدقيق لكافة القرارات الادارية المتعلقة بالاستبعاد والحرمان وذلك تحقيقا لمبدأ الشفافية الادارية من جهة، وتسهيلا لدور القضاء لدى مراقبته لمشروعية القرار الاداري الصادر بالاستبعاد والحرمان من جهة اخرى.

4- وجوب نظر الدعاوى القضائية المرفوعة للطعن بقرارات الاستبعاد والحرمان بشكل مستعجل، والوقف المؤقت لاستمرار الادارة في اجراءات التعاقد، وذلك لتحقيق الفائدة المرجوة من الطعن و الحيلولة دون استمرار الادارة في اجراءات التعاقد والترسية والبدء في التنفيذ، وبالتالي ضياع الفائدة المتوخاة من الطعن القضائي.

قائمة المصادر والمراجع

اولا: القوانين والانظمة

- 1- قرار بقانون بشأن الشراء العام رقم (8) لسنة 2014
- 2- قرار بقانون بشأن المحاكم الادارية رقم (41) لسنة 2020
- 3- نظام الشراء العام رقم (5) لسنة 2014
- 4- النظام الداخلي للمجلس التشريعي الفلسطيني لسنة 2000

ثانيا: الكتب

- 1- ابراهيم الفياض، العقود الادارية ، النظرية العامة وتطبيقاتها في القانون الكويتي والمقارن، 1997.
- 2- جابر جاد نصار، المناقصات العامة، دراسة مقارنة، ط2، دار النهضة العربية، القاهرة، 2002.
- 3- حمدي حسن الحلفاوي، ركن الخطأ في مسؤولية الادارة الناشئة عن العقد الاداري، ط1، دار الكتب، القاهرة، 2002.
- 4- ثروت بدوي، مبادئ القانون الاداري، دار النهضة العربية، القاهرة، 1968.
- 5- عثمان العبودي، المرشد العملي في احكام الشراء والبيع والايجار وابرام العقود الحكومية، ط2، بغداد، 2009.
- 6- ماهر ابو العينين، العقود الادارية وقوانين المناقصات والمزايدات، الكتاب الاول.
- 7- مهند نوح، الايجاب والقبول في العقد الاداري، منشورات الحلبي، بيروت، 2005.
- 8- نواف كنعان، الوجيز في القانون الاداري، الكتاب الثاني، ط5، زمزم للنشر والتوزيع، عمان، 2019.
- 9- هاتف جاسم، حدود السلطة التقديرية للادارة في المزايدة العامة، منشورات الحلبي، 2009.

ثالثا: الرسائل الجامعية

- 1- احمد عثمان عياد، مظاهر السلطة العامة في العقود الادارية، اطروحة دكتوراة، كلية الحقوق، جامعة القاهرة، 1973.
- 2- خالد الصليبي، المبادئ التي تحكم اساليب التعاقد الاداري، رسالة ماجستير، الجامعة الاسلامية، غزة، فلسطين، 2019.

رابعا: الابحاث المنشورة

- 1- عارف مخلف، مبدأ حرية المنافسة في التعاقد بالمناقصة، مجلة جامعة الانبار للعلوم القانونية والسياسية، عدد 5، 2012.

2- عاطف علي، الشروط الاستثنائية غير المألوفة في العقود الادارية، المجلة العربية للفقہ والقضاء، جامعة الدول العربية، عدد53، 2019.

3- صلاح الدين دكداك، نكول من احيلت عليه المناقصة عن اتمام اجراءات التعاقد، مجلة الفقہ والقانون، مجلد 6، عدد 24، الجامعة المستنصرية، 2014.

خامسا: القرارات القضائية

1- قرار محكمة العدل العليا المنعقدة في رام الله في الدعوى الإدارية رقم 61 لسنة 2015، منشورات المقتني.

2- قرار المحكمة الادارية الاردنية رقم 159 لسنة 2017، منشورات مركز عدالة.

3- قرار المحكمة الادارية الاردنية رقم 33 لسنة 2015، منشورات مركز عدالة.

التبليغ الإلكتروني وحجته في التشريع الفلسطيني

**Electronic notification and its authority in the
Palestinian legislation**

أ. أحمد إبراهيم القاضي

**ماجستير قانون عام، عضو هيئة تدريسية في الكلية
العصرية الجامعية، رام الله، (فلسطين).**

التبليغ الإلكتروني وحجته في التشريع الفلسطيني

Electronic notification and its authority in the Palestinian legislation

أ. أحمد إبراهيم القاضي

ماجستير قانون عام، عضو هيئة تدريس الكلية العصرية الجامعية

ahmad.alqadi@muc.edu.ps

DOI: <https://doi.org/10.70411/MJLS.1.2.202333>

ملخص:

تشكل التبليغات احد اسباب إجراءات التقاضي ، وقد عالج المشرع الفلسطيني موضوع التبليغات في قانون أصول المحاكمات المدنية والتجارية رقم (2) لسنة 2001 م في الباب الأول منه، إضافة إلى مواد أخرى في قانون التنفيذ رقم (23) لسنة 2005 م، إلا أن كلا القانونان لم ينطرقا إلى إجراءات التبليغ بالوسائل الحديثة مما يخلق عدة إشكاليات تؤدي غالباً إلى ضياع الحقوق نظراً لعدم اكتمال مسطرة التبليغ. ولعل هذا ناتجاً عن عدم استقرار الإنسان في مكان واحد دون التصريح بعنوانه الجديد، مما يؤدي إلى عدم التعرف على هذا العنوان مما ينعكس على صعوبة تبليغه. الأمر الذي يتطلب ان يأخذ المشرع الفلسطيني بالحسبان التطورات التكنولوجية الهائلة ويتم تعديل القانون باضافة التبليغ الالكتروني كأحد الاليات القانونية للتبليغ.

الكلمات المفتاحية: المشرع، التبليغ الإلكتروني، التقاضي، الفصل في المنازعات

Abstract:

Notifications constitute one of the reasons for litigation procedures, and the Palestinian legislator has dealt with the issue of notifications in the Code of Civil and Commercial Procedure No. (2) of 2001 in its first chapter, in addition to other articles in the Implementation Law No. (23) of 2005, but both laws did not address the notification procedures by modern means, which creates several problems that often lead to the loss of rights due to the incompleteness of the notification procedure. Perhaps, this is a result of a person's instability in one place without declaring his new address, which makes it difficult to post the notification sue to not recognizing this address. This requires that the Palestinian legislator take into account the huge technological developments and amend the law by adding electronic notification as one of the legal mechanisms for notification.

Keywords: The legislator, electronic notification, litigation, adjudication of disputes

مقدمة:

يشهد في عصرنا ابتكارات متلاحقة، بحيث لا يمر يوماً إلا وكان هناك جديد في ظل الثورة التكنولوجية من خلال التقدم العلمي المستمر. وقد اختزلت هذه الابتكارات الوقت والجهد وقربت البعيد والغت الحدود، فكان من الحكمة التفاعل التام مع هذه التقنيات لتحقيق الفائدة المرجوة منها في جميع مناحي الحياة. ولم يكن قطاع العدالة بعيداً عن هذا التطور، فسارع بالاستفادة من هذه التقنيات في كافة دول العالم.

إلا أن قطاع العدالة الفلسطيني ما زالت خطواته خجولة في هذا الجانب، متمثلة في وضع برنامج الميزان للمحاميين والمتقاضيين. رغم أن الكثير من الدول استفادت من هذا التطور من خلال التقاضي الإلكتروني حيث عملت على تهيئة وسائل ونظم حديثة تمكن الأشخاص من تسجيل دعواهم ودفع رسومها وتقديم أدلة الإثبات واللوائح والمرافعات والطعون، والقيام بكافة الإجراءات من خلال النظام الإلكتروني الذي ييسر على كل العاملين في القطاع القضائي، بالإضافة إلى تحقيق مبدأ تركيز الخصومة والمواجهة وتقليل الجهد وتوفير المال وتبسيط إجراءات التقاضي وسرعة إنجازها، مع المحافظة على سير مرفق العدالة بانتظام واضطراد وصون المستندات المقدمة إلكترونياً، وحفظها من التلاعب، والاتاحة للأطراف ذات العلاقة بالإطلاع عليها، من هنا ظهرت الحاجة إلى إدخال الوسائل الحديثة إلى قطاع العدالة لتحقيق غايته المتجلية في إيصال الحقوق إلى أصحابها بالسرعة القصوى والوقت المحدد.

تشكل التبليغات احد اسباب إجراءات التقاضي ، ذلك انه وبالرجوع إلى دائرة التبليغات في محاكم رام الله، فقد أفاد المختصون أن أسلوب التبليغات التقليدي يؤثر سلباً على إجراءات التقاضي، حيث تطول مسطرة التقاضي أمام المحاكم الوطنية وتقف في وجه الوصول إلى الحكم في الوقت المناسب، لما لها من ارهاصات على مستوى التطبيق. ولما كان التبليغ هو إيصال واقعة ما إلى علم الشخص المعني بها، عالج المشرع الفلسطيني موضوع التبليغات في قانون أصول المحاكمات المدنية والتجارية رقم (2) لسنة 2001 م في الباب الأول في المواد من (7 إلى 26) إضافة إلى مواد أخرى في قانون التنفيذ رقم (23) لسنة 2005 م، إلا أن كلا القانونان لم يتطرقا إلى إجراءات التبليغ بالوسائل الحديثة مما يضعنا أمام عدة إشكاليات تؤدي غالباً إلى ضياع الحقوق نظراً لعدم اكتمال مسطرة التبليغ. ولعل هذا ناتجاً عن عدم استقرار الإنسان في مكان واحد دون التصريح بعنوانه الجديد، مما يؤدي إلى عدم التعرف على هذا العنوان مما ينعكس على صعوبة تبليغه.

ولما كان عدد التبليغات يزداد بشكل مستمر كل يوم، بالإضافة إلى النقص الكبير في عدد العاملين في قسم التبليغات في المحاكم، أدى ذلك إلى إطالة أمد التقاضي وتكدس القضايا في أروقة المحاكم. فعلى

سبيل المثال، يعمل في قسم التبليغات حوالي 12 مأمور تبليغ يتوزعون على 90 تجمع سكاني يوصلون قرابة 500 تبليغ يومياً، في حين يرد لقسم التبليغات نحو 13 ألف تبليغ شهرياً يتم توزيع نحو تسعة آلاف منها فقط وما يتبقى يتم تأجيله إلى وقت آخر. فحجم الوارد من المحاكم أكبر مما تغطيه دائرة التبليغات بالإضافة إلى ضغط العمل الذي يؤثر سلباً على إجراءات التبليغ بالوسائل التي حددها القانون، فالتأجيلات التي تحصل في المحاكم والتي تسبب إطالة أمد التقاضي سببها الأكبر ناتج عن عدد التبليغات وآليات التبليغ المتبعة في مناطق السلطة الفلسطينية بالإضافة إلى تقسيم هذه المناطق إلى (أ، ب، ج) وعدم وصول مأموري التبليغات إلى المناطق الخاضعة إلى الجانب الإسرائيلي بسهولة ويسر. وعليه، هناك الكثير من المعوقات التي تواجه المبلغين عند تبليغ أوراق الدعوة والمحاكم فالنقص في عدد المبلغين وعدم وضوح العناوين وشرح المخصصات المالية وانخفاض الرواتب وعدم إقرار علاوة المخاطرة كلها معوقات تطيل أمد التقاضي، بالإضافة إلى أن الطرق التقليدية أصبحت لا تفي بالغرض ولا تضمن إيصال التبليغ لأطراف القضية الأمر الذي يفرض إعادة النظر في النصوص القانونية وإتاحة المجال إلى آليات جديدة من التبليغات وتعيين المزيد من المحضرين وتحسين أوضاعهم المالية وظروف العمل.

من هنا كانت فكرة هذا البحث لسبر أعماق مشكلة التبليغات في قطاع العدالة الفلسطيني للخروج بتوصيات لتحسين قطاع العدالة وسرعة إنجاز القضايا المتكدسة في المحاكم وتقليل أمد التقاضي من خلال التطرق لآليات التبليغ البديلة والحديثة ووضع الحلول البديلة التي تأخذ بالاعتبار الطفرة الهائلة التي شهدتها العالم في مجال الاتصال لتجسيد تشريع ملائم يكون بمقدوره منح القضاء الحرية الكاملة عند إجراءات التبليغ. فهل من المنطق أن يبقى المشرع صامتاً إزاء هذا الترهل في قطاع العدالة وعدم سرعة الفصل بالمنازعات وعدم اعتماد وسائل حديثة تقصر أمد هذه القضايا.

ومن أجل تسليط الضوء على دور الوسائل الحديثة في مجال التبليغات القضائية، تم تقسيم البحث إلى مطلبين. تناول المطلب الأول ماهية التبليغ الإلكتروني مبيناً مفهوم التبليغات الإلكترونية في الفرع الأول وخصائص التبليغات في الفرع الثاني. بينما تناول المطلب الثاني الحجية القانونية للتبليغ الإلكتروني في الفرع الأول، ومدى اثبات صحة التبليغات القضائية وفقاً للمفهوم الحديث في الفرع الثاني.

إشكالية الدراسة:

يشكل قانون أصول المحاكمات المدنية والتجارية رقم 2 لسنة 2001م الإطار القانوني الناظم لكافة إجراءات التقاضي ابتداءً من تسجيل الدعوى وصولاً إلى النطق بالحكم وتنفيذه وترتيب كافة الآثار المتعلقة به، وتتمثل إشكالية الدراسة في البحث حول مدى تبني المشرع الفلسطيني الوسائل الإلكترونية في التبليغ،

و ما هي طبيعة الأثر المترتب على ذلك في تسريع إجراءات التقاضي على وجه خاص وعلى قطاع العدالة بشكل عام؟ وما هو مدى مشروعية اللجوء إلى مثل هذه الوسائل الحديثة للتبليغ.

أسئلة الدراسة:

1. ما هو مفهوم التبليغ الإلكتروني؟
2. ما هي خصائص التبليغ الإلكتروني؟
3. ما هي الحجية القانونية للتبليغات القضائية في الإثبات وفقاً للمفاهيم الحديثة؟
4. ما مدى إثبات صحة التبليغات القضائية وفقاً للمفاهيم الحديثة؟

أهمية الدراسة:

تستقي الدراسة أهميتها من أهمية الموضوع في حد ذاته، حيث يعد التبليغ عند التقاضي إحدى أهم المواضيع وعنصراً أساسياً في إجراءات الخصومة التي لا تتعقد بدون صحته ولما يثيره التبليغ التقليدي من إشكاليات كثيرة كإطالة أمد التقاضي والجهد والمال من خلال اتباع الطرق التي نص عليها القانون، فتظهر أهمية التبليغ الإلكتروني عند التقاضي في الدور الذي يؤديه فيها. فإذا كانت فعالية ونجاعة إجراءات التقاضي تكون في اعلام المدعى عليه بلائحة الدعوى لانعقاد الخصومة بالشكل الذي حدده القانون فإن التبليغ الإلكتروني سيؤدي بلا شك إلى تحقيق ذلك.

أهداف الدراسة:

تسعى الدراسة إلى تسليط الضوء على التبليغ الإلكتروني كأحد آليات التبليغ الناجعة التي تركز إجراءات قضائية تتسم بالسرعة والعدالة، وذلك من خلال معالجة كافة الجوانب القانونية المتعلقة به، والتعرف على أرهاصاته في بعض التجارب المقارنه ومناقشة الثغرات والنواقص التي تعتريه واقتراح الحلول الناجعة لذلك.

منهج الدراسة:

للولصول للأهداف المرجوة من الدراسة والإجابة على الإشكاليات الأساسية والأسئلة المتعلقة بها من خلال دراسة قانونية وعلمية واضحة، فإن المنهج الذي سنسلكه لسبر أعماق الموضوع هو المنهج الوصفي التحليلي المقارن، وذلك من خلال الاستئناس بالتجارب التشريعية المقارنة لكل من الاردن والامارات، وبالتحليل المعمق للأراء الفقهية التي تناولت الموضوع.

المطلب الأول: ماهية التبليغ الإلكتروني

بعد أن يتم تحديد اليوم المعين بالنظر في الدعوى واستيفاء الإجراءات، يتم تبليغ عريضة الدعوى ومرفقاتها ولوائحها بواسطة المحكمة إلى الخصم، مع دعوته لتقديم لائحته الجوابية خلال خمسة عشر يوماً بورقة تبليغ واحدة يذكر فيها رقم الدعوى والأوراق المطلوب تبليغها واسم كل من طرفي النزاع وشهرتهما ومهنتهما ومحل إقامتهما واسم المحكمة والقاضي وتاريخ تحرير الورقة وتختم بختم المحكمة وتسلم نسخة من ورقة التبليغ إلى الخصم وتعاد الثانية بعد تبليغها لتحفظ في ملف الدعوى.¹

أن التبليغ هو الوسيلة الرئيسية التي رسمها القانون لتمكين الطرف الآخر من العلم بما اتخذ ضده من إجراءات²، فالتبليغات هي الضامن الأساسي في صيانة حق الدفاع والمواجهة لكونها تكفل حق الشخص بالمعرفة بمحتويات الدعوى المرفوعة، الأمر الذي يمكنه من الإجابة على هذه الدعوى قبل حلول الجلسة المحددة لنظرها. وللمحكمة أن تستخلص من عدم الإجابة قرينة تساعد على حسم الدعوى. وبما أن الغرض من التبليغ هو العلم وحتى تكون الخصومة منعقدة انعقاداً صحيحاً، فهل يجوز إيصال العلم بالوسائل الحديثة؟ من هنا سنتطرق في هذا المبحث إلى مفهوم التبليغ الإلكتروني بالوسائل التقنية الحديثة.

الفرع الأول: مفهوم التبليغ الإلكتروني

إن فكرة التبليغ الإلكتروني تقترب من فكرة الحكومة الإلكترونية، التي تعني الانتقال من تقديم الخدمات والمعلومات إلى الأشخاص من شكلها التقليدي الورقي إلى الآليات الحديثة عبر استخدام الشبكة العنكبوتية. فهو عبارة عن تطور لأداء دوائر التبليغات في المحاكم، وهو بلا شك وسيلة فعالة للتطوير من خلال اختصار الزمن والجهد ضمن آليات جديدة للتعامل مع الوقت³، وعلى اعتبار أن آفة التأجيل وإجراءات التقاضي المعقدة طويلة نسبياً بسبب آليات التبليغ وهو ما يعتبر آفة القضاء اليوم، وللتغلب على هذه الآفة ومعالجتها، قامت الكثير من الدول بتعديل تشريعاتها بما يتماشى مع التطور الحديث. حيث ظهر التبليغ الإلكتروني كمصطلح جاء من فكرة المحكمة الإلكترونية عام 1996 م وهو آخر ما توصل إليه العقل البشري من إبداع في فقه القانون تماشياً من الطفرة التكنولوجية واتباع أحدث الطرق المعاصرة لما لها من

¹ راجع المواد (7) و(8) و(9) من قانون أصول المحاكمات المدنية والتجارية رقم (2) لسنة (2001) م.

² عوض أحمد الزعبي، أصول المحاكمات المدنية، دار وائل للنشر، الطبعة الأولى، عمان، 2003، ص 526.

³ صفاء اوتاني - المحكمة الإلكترونية (المفهوم والتطبيق) بحث منشورتي مجلة الجامعة - دمشق للعلوم الاقتصادية والقانونية -

انعكاسات إيجابية على قطاع العدالة بصورة عامة ومصالح الأفراد بصورة خاصة وبهدف تقصير أمد التقاضي.

ونظراً لما لهذه الآلية من فوائد، تسعى معظم الدول إلى نهج هذا التوجه في إجراءات التقاضي. كان آخرها ما تم في المملكة الأردنية الهاشمية التي عملت على تعديل القانون ل يتيح لأطراف الدعوى انتهاج آلية التبليغ الإلكتروني.

ومع كون هذه الفكرة حديثة النشأة نسبياً، هناك العديد من التعريفات لمفهوم التبليغات القضائية الالكترونية. حيث ينصرف مفهوم إعلان الأوراق القضائية باستخدام الوسائل الحديثة إلى إعلام الخصم في الدعوى بوجود دعوى مرفوعة ضده بالإضافة إلى تبليغ الأحكام القضائية وتعجيل الدعوى بعد الوقف وانقطاع الخصومة وتوجيه الإنذار والتنبه وكل ورقة قضائية يراد إيصالها إلى علم الخصم عن طريق الوسائل الحديثة. من هنا يمكننا بيان مفهوم التبليغ الإلكتروني بأنه عمل إجرائي يتم من خلال إعلام الخصم في الدعوى بأن إجراء قضائي يتخذ في مواجهته باستخدام وسائل علمية حديثة دون الحاجة إلى الانتقال المادي والبحث عن موطن الشخص المراد إعلامه، ليستعاض عن الطرق التقليدية في الإعلام بوسائل اتصال تقنية حديثة.

لقد سكت المشرع الفلسطيني في تعريف الاعلان القضائي في قانون أصول المحاكمات المدنية والتجارية رقم 2 لسنة 2001م وهو ما سارت عليه التشريعات المقارنة، حيث لم تعرف التبليغ القضائي سواء التقليدي أو الإعلان الإلكتروني تاركين الأمر إلى القضاء والفقه، حيث عرفه الفقه مستنداً في تعريفه بربطه بالمحكمة الإلكترونية وإجراءات التقاضي عن بعد. ولعل أهم هذه التعريفات بأنه عملية نقل مستندات التقاضي من المحكمة إلى أطراف الدعوى عبر البريد الإلكتروني حيث يتم بواسطة الموظف المختص يفيد علماً بما اتخذ ضده من إجراءات¹. وهذا التعريف غير شامل وقاصر ولا يتسم بالدقة في حين عرفه جانب آخر من الفقه "سلطة لمجموعة مختصة من القضاة النظاميين ينظرون الدعاوي ومباشرة الإجراءات القضائية بوسائل الكترونية مستحدثة ضمن نظام أو أنظمة قضائية معلوماتية متكاملة الأطراف والوسائل تعتمد منهج تقنية شبكة الربط الدولية (الانترنت) وبرامج الملفات الحاسوبية الإلكترونية ينظرون الدعاوي للفصل بها وتنفيذ الأحكام بغية الوصول لفصل سريع بالدعوى والتسهيل على المتقاضين"²، وفي تعريف

¹ خالد ممدوح إبراهيم- التقاضي الإلكتروني، مقالة نشرت عبر شبكة الإنترنت www.kenana.online.com

² حازم محمد السرعة التقاضي الإلكتروني والمحاكم الإلكترونية، دار الثقافة، الأردن، 2010 ص 57.

آخر عرف بأنه نظام قضائي معلوماتي يتم بموجبه تطبيق كافة اجراءات التقاضي عن طريق الأجهزة الإلكترونية مثل جهاز الحاسوب المرتبط بشبكة الإنترنت عبد البريد الإلكتروني أو أي برنامج الكتروني مشابه له لغرض تسهيل اجراءات التقاضي وسرعة الفصل فيها وتبليغ الأحكام الكترونياً. وقد عرفه الدكتور سعد فاضل صنديل بأنه سلطة المحكمة القضائية المختصة للفصل الكترونياً بالنزاع المعروض أمامها من خلال شبكة الربط الدولية بالإعتماد على أنظمة الكترونية وآليات تقنية فائقة الحداثة بهدف سرعة الفصل بالخصومات وتسهيل على المتخاصمين.¹

وبالرجوع إلى التعريفات السابقة، نرى أن التبليغ الإلكتروني ما هو إلا تنظيم تقني معلوماتي يتيح للمحكمة إبلاغ الخصوم بما اتخذ ضدهم من اجراءات باستخدام التقنيات الحديثة أو أنه استخدام الوسائل التقنية الحديثة في إرسال التبليغات والأوراق القضائية من لحظة مباشرة الدعوى القضائية وحتى الفصل في المنازعات القضائية.

وبالنظر إلى طبيعة التبليغات الإلكترونية، نجد أن لها مجموعة من الخصائص تميزها عن التبليغ التقليدي. فلها من الفوائد المحمودة التي تسمح للمشرع بأن يأخذ بها مع أنها لا تخلو من المحاذير المترتبة عليها. وسنتطرق في الفرع الثاني من هذه الدراسة إلى خصائص التبليغ الإلكتروني وفوائده و محاذير هذا النوع من التبليغات.

الفرع الثاني: خصائص التبليغ الإلكتروني ومحاذيره

يتميز نظام التبليغات الإلكترونية بجملة من الخصائص تجعله يختلف عن التبليغ التقليدي ويواكب التطور التكنولوجي وهذه الخصائص نوجزها بالآتي:

1. الحصول على تبليغ شخصي: إن أهم ما قد يهدف إليه المشرع من خلال اتباع هذه المسطرة، هو ضمان تبليغ سليم للإستدعاء والأحكام للشخص، والتبليغ إليه تبليغاً شخصياً على اعتبار أن كل شخص يملك حسابه الإلكتروني ويديره بالكيفية التي يريدها ويحميه بالشكلية المحددة، علماً أن رمز الولوج إلى الحساب هو رمز سري وهو الوحيد المطلع عليه مما يعني أنه الوحيد الذي سوف يطلع على رسائله.

¹ اسعد فاضل صنديل، التقاضي عن بعد دراسة مقارنة، كلية القانون جامعة القادسية، العراق، 2014، ص4.

2. ترشيد النفقات وتخفيف العبء الملقى على المكلفين بالتبليغ: حيث تضمن هذه المسطرة أن يتوصل للشخص المراد تبليغه دون عناء التنقل، ودون تكاليف ودون الحاجة إلى مصاريف المحضرين القضائيين أو مصاريف البريد المسجل مع علم الوصول، كما نصت المادة رقم (7) من قانون أصول المحاكمات المدنية والتجارية رقم (2) لسنة 2001 م، مما يؤدي بدوره إلى إنقاص ضغوط العمل على المكلفين بالتبليغ.
3. وسيلة متاحة للأغلبية: مما يؤكد هذا المنحى أن معظم المواطنين أصبحوا يتعاملون مع الإنترنت، إذ لا فرق بين كبير وصغير في استعمالها وسهولة الولوج إلى خدماتها وأصبح المواطن دائم الارتباط به مما يؤكد أن أي رسالة قد تصله سوف يطلع عليها في حدود أداها 12 ساعة وأقصاها 24 ساعة وهي المدة التي يستطيع الشخص التغيب عن استعمال التكنولوجيا.
4. سرعة إنجاز القضايا لأطراف الدعوى وتحقيق العدالة وتثبيت مبدأ تركيز الخصومة مما يعود بالأثر الإيجابي على جودة الحكم القضائي وسلامة بنائه وسرعة الفصل في القضايا وإيصال الحقوق إلى أصحابها وردع المماطلين.
5. الانتقال من النظام الورقي إلى النظام الإلكتروني: وهو ما يتفق مع التوجه إلى استعمال الوسائل العلمية الحديثة في اجراءات التبليغ وخلق بيئة لا ورقية لكافة المعاملات¹، مما يؤدي إلى أن تحل الدعائم الإلكترونية محل الدعائم الورقية بصفة نهائية، ويجعل الرسائل الإلكترونية هي السند القانوني الذي يمكن طرفي الخصومة من اعتماده حال نشوئه كدليل اثبات وهو الأمر الذي اجازه قانون البيانات الفلسطيني رقم (4) لسنة 2001 م في المادة رقم (9) وإعطائها الحجية القانونية، وحال اعتماد هذا النوع من التبليغات فإنه يوفر المساحات المخصصة لتخزين الملفات الورقية، كما أن هذه المراسلات يمكن الوصول والإطلاع عليها بسهولة وأسرع مما هو عليه من ملفات ورقية.
6. السرعة في تلقي وإرسال المستندات والوثائق: فمن الخصائص المهمة لهذه الآلية هو التسليم الفوري للوثائق الإلكترونية، والتي تعتمد على تقنية التنزيل وتقابلها التقنية الأخرى من الجانب الآخر والتي تعني التحميل، مما يساعد قطاع العدالة على تجميع وتخزين هذه الإعلانات والإخطارات مما يسمح باستثمار الوقت.

¹ ممدوح إبراهيم، مرجع سابق، ص 36.

7. سهولة اثبات وصول واستلام التبليغ: أن التقدم العلمي الحاصل في ظل الثورة التكنولوجية التي فرضت نفسها على كافة مناحي الحياة فجعلت العالم قرية صغيرة لا تعترف بالحدود، وقربت المسافات، مما جعل كافة التشريعات تعترف بالمعاملات الإلكترونية وما صاحبها من آثار قانونية. ولم تكن إجراءات التقاضي بعيدة عن الاستفادة من هذه الثورة، فبالمقارنة مع آلية التبليغ التقليدي الذي يعتمد على الدعائم الورقية في اثبات الوجود المادي للمعاملات فيه، ولا تعد الكتابة دليلاً كاملاً للإثبات إلا إذا كانت موقعة توقيعاً يدوياً على ورقة التبليغ، فإن التبليغ الإلكتروني يتم اثباته عبر المستندات الإلكترونية والتوقيع الإلكتروني، فالمستند الإلكتروني يعد دليل إثبات إذا ما استوفى كافة شروطه وعزز بالتوقيع الإلكتروني.¹

مما سبق يتضح أن آلية تبليغ الأوراق القضائية بالطرق الحديثة يؤدي إلى العديد من الفوائد كما تم ذكره سابقاً، إلا أن هناك محاذير وخاصة في المجتمع الفلسطيني الذي يوجد به نسبة لا بأس بها من غير مستخدمي الإنترنت وخاصة في الفئة العمرية الكبيرة. وبما أن أكثر المنازعات تتعلق بالأراضي فإن أصحابها من هذه الفئة العمرية وهم يجهلون التعامل مع الوسائل العلمية الحديثة وجزء ليس بسيط منهم لا يملك بريد إلكتروني، كما أن تفعيل نظام التبليغ الإلكتروني لا يوجد له سند قانوني في النظام الفلسطيني سنداً لنص المادة رقم (7) من قانون رقم (2) لسنة 2001 م وهو تعدي على مهام مأمور التبليغ أو بالأحرى الإنقاص منها. كما أنه يوجد ضعف في الموارد البشرية على مستوى استعمال التكنولوجيا، كما أن الانتقال من إدارة ورقية إلى إدارة الكترونية ينبغي تجهيز طاقم بشري له لحسن تخزين المعلومات بشكل الكتروني.

بعد التطرق إلى خصائص التبليغ الإلكتروني، حيث ليس هناك وسيلة الكترونية إلا ولها محاذير في تطبيقها على أرض الواقع وكذلك الحال بالنسبة للتبليغ الإلكتروني وأهم هذه المحاذير:

1. الخطأ في عنوان البريد الإلكتروني للمعلن له.
2. الأخطاء التقنية أو امتلاء المساحة المخصصة للبريد الإلكتروني للمعلن إليه مما يؤدي إلى عدم تلقي الرسائل.
3. العطل الذي يصيب الشبكة العنكبوتية التي تعمل على حمل الرسائل الإلكترونية إلى المعلن إليه.

¹ خالد ممدوح إبراهيم، مرجع سابق، ص 40.

وعند قوع أحد هذه الإشكاليات، فإن المشرع وجوباً عليه أن يأخذ بالحسبان البديل الإجرائي في وصول التبليغ إلى المعنیه المنصوص عليها في التشريع الأصلي، فيجب أن يكون هناك تبليغ بالوسائل التقليدية وأخرى بالوسائل البديلة، ومنها البريد الإلكتروني. وسنعرف ماهية البريد الإلكتروني والطبيعة القانونية له من خلال الآتي:

أولاً: البريد الإلكتروني

في ظل الثورة التكنولوجية الهائلة، وتعدد وسائل الإتصال الحديثة، تنبه المشرع الإماراتي والأردني إلى ضرورة وضع إطار ناظم لهذا النوع من الإعلانات لمواكبة التطور وحاجات المتقاضين، مما حدا به إلى تعديل نصوص القانون بما ينسجم مع هذه الحاجة¹، حيث أجازت المادة رقم (8) من قانون الإجراءات مدنية لمكتب إدارة الدعوى في حال تعذر إعلان المدعى عليه أو المدعي في خصومة قضائية أن يتم الإعلان بالبريد المسجل بعلم الوصول أو الفاكس أو البريد العادي أو ما يقوم مقامها من وسائل التقنية الحديثة²، حيث أجاز المشرع الإماراتي هذا النوع من الإعلانات وحذا حذوه المشرع الأردني في قانون أصول المحاكمات المدنية معتمداً ثلاث وسائل إضافية للتبليغ وهي البريد الإلكتروني والرسائل النصية عن طريق الهاتف الخليوي والحساب الإلكتروني المنشأ للمحامي واشترط لذلك مراعاة الشروط والبيانات اللازمة التي يجب أن تتوفر في التبليغات القضائية والتي نص عليها القانون عند إجراء التبليغات بالوسائل الإلكترونية.

بالرجوع إلى القوانين المذكورة، يتضح أنها أعطت لكل صاحب مصلحة الحق في الطعن بصحة التبليغ الجاري بموجب النظام، واعتبر التبليغ الذي يتم وفقاً لأحكام النظام منتجاً لإثارة القانونية المنصوص عليها في قانون أصول المحاكمات المدنية، حسب نظام استعمال الوسائل الإلكترونية في إجراءات التقاضي. وقد أحسن المشرع الأردني صنعاً حين أخذ هذا الموقف من عملية الإعلان الإلكتروني وهو ما أغفله المشرع الفلسطيني في قانون أصول المحاكمات المدنية والتجارية رقم (2) لسنة 2001 م ولم يترك للمحكمة سلطة التبليغ بهذه الوسائل كما فعل المشرع الإماراتي والأردني، ويعتبر عهد الوسائل الإلكترونية مرحلة جديدة على رجال القانون مع الإشارة إلى أن القوانين الحالية ليست كافية لمواجهة تلك الثورة التكنولوجية.

¹ وليد محي الدين كناكرية، اصول اعلان الاوراق القضائية لدى المحاكم في دولة الامارات العربية المتحدة، مكتبة المستقبل، دبي، 2017، ص 48.

² راجع القانون الاتحادي (10) لسنة 2014.

وإزاء هذا الوضع التشريعي بدأت الدول في إصدار الأنظمة والتعليمات بعد تعديل نصوص القوانين لتناسب طبيعة هذا التطور الإلكتروني، وعملت على أن تكون قوانينها مرنة وقابلة لاستيعاب هذا التغيير الذي طرأ على المجتمع، مما جعل هناك أصوات في هذه الدول تتادي لتعديل القوانين، واستجاب عدد كبير من الدول المحيطة كالأردن والإمارات. أما في فلسطين، بقي الحال كما هو عليه. فما كان للدول المستجيبة إلى هذا التطور أن إتخذت من الإعلان الإلكتروني وسيلة بديلة للإعلان فاعتمدت هذه الوسائل بطرق شتى وليس فقط في الإعلان القضائي فكان لقانون التجارة الإلكتروني الإماراتي رقم (1) لسنة 2006 م الأثر البارز في اعتماد هذا النوع من الإعلانات لما له من أثر في تنشيط التجارة وإرساء قواعد الشفافية. ومن أهم ما يميز هذه الإعلانات هو إدارة قضائية فعالة وتيسير دخول باب التقاضي عن طريق توفير الوقت والجهد والمال وعدم تكس القضايا والمطالبة فيها والحد من إطالة أمد النزاعات القضائية وسرعة مباشرة الإجراءات القضائية وسرعة قيد الصحف ومراجعتها وتحديد الدوائر المختصة بكل دعوى وسهولة سداد الرسوم، وسرعة تداول الأوراق القضائية بين المحاكم والجهات المعنية وسرعة توفير المعلومات عن القضايا ودقتها مع توفير أمن وسلامة تداول هذه الأوراق من خلال مراعاة خصوصية المتقاضي والمحافظة على اسرارهم والحرص على الشفافية في العمل القضائي.¹

يتضح مما سبق، أن المشرع الإماراتي والمشرع الأردني تناولا مشكلة بطء التقاضي من ناحية الوقت وإطالة أمد النزاع الذي تستغرقه مرحلة الإعلان بالطرق العادية. فلجأ إلى الوسائل البديلة للإعلان للحد من هذه الظاهرة مما أدى إلى اختصار الوقت كما أسهم في النهاية إلى القضاء على شكوى المماطلة وإطالة أمد النزاع والحد من بطلان التبليغات القضائية، ولقد حرصت كافة التشريعات على تنظيم الإعلان القضائي عموماً ومنها من حرص على تنظيم الإعلان الإلكتروني بشكل خاص تحقيقاً لمبدأ تركيز الخصومة وإعلام كل طرف بما تتخذ ضده من إجراءات. من هنا لم يتخلى المشرع الإماراتي والأردني عن الوسائل التقليدية وابقاها الطريق الأصلي لكل إعلان قضائي وجعل الإعلان الإلكتروني وسيلة بديلة لا يجوز اللجوء إليها إلا إذا توافرت أسبابه وهو تعذر الإعلان بالطريق الأصلي فجعل الإعلان الإلكتروني أحد البدائل وواحد من خيارات متعددة.

¹ حسن إبراهيم خليل، الإعلان القضائي عن طريق البريد الإلكتروني في النظرية والتطبيق، ص 30.

ثانياً: الطبيعة القانونية للتبليغ الإلكتروني

اختلف الفقه بشأن الطبيعة القانونية لعنوان البريد الإلكتروني، فرآه البعض موقع افتراضي للأشخاص الطبيعيين وذلك بالنظر إلى تركيبة العنوان الذي يحدد موقع مورد الخدمة على الشبكة مع محل إقامة الشخص الطبيعي. والبعض الآخر حدده على أنه عبارة عن اسم سواء كان هذا الاسم مدنياً أو تجارياً للشخص الطبيعي لكنه عبر شبكة الإنترنت.

ويرجع ذلك إلى أن القسم الأيسر من البريد الإلكتروني يتكون من اسم المستخدم ولقبه مع أن الاسم والعنوان الإلكتروني يتشابهان من حيث الوظيفة فإن كان الاسم يميز الشخص عن غيره من الأشخاص داخل المجتمع فإن العنوان الإلكتروني يميز المشترك عن غيره لدى مورد خدمة الدخول إلى شبكة الإنترنت¹، ويرى البعض أن التمييز بين الاسم العائلي والعنوان الإلكتروني موجود لا يمكن إغفاله وإن كان هناك تشابه في الوظيفة فقط. فالاسم العائلي يميز الأسرة عن غيرها في المجتمع الحقيقي أما العنوان الإلكتروني فهو تسمية المستخدم فيميز الشخص داخل مجموعة افتراضية من مستخدمي الشبكة العنكبوتية، مع الإشارة إلى أن الاسم العائلي تميز بالثبات وعدم التغيير في حين أن العنوان الإلكتروني يمتاز بالتأقيت والتغيير إذ يترتب على تغيير مورد الخدمة تعديل العنوان الإلكتروني.

وهنا يثور تساؤل مهم، ما هو مدى مشروعية اللجوء إلى مثل هذه الوسائل الحديثة وما هي الحجية القانونية للتبليغات القضائية ومدى اثبات صحتها وفقاً للمفهوم الحديث. وهذا ما سنستعرضه في المطلب الثاني.

المطلب الثاني: الحجية القانونية للتبليغ القضائي الإلكتروني ومدى إثبات صحتها وفقاً لوسائل التقدم

العلمي

تسعى معظم التشريعات إلى جعل النصوص القانونية مرنة لتواجه التغييرات التي تحصل في الدول وتواكب كافة الأحداث لاحتواء ما يطرأ في المستقبل مما يجعلها قادرة على وضع الحلول المناسبة لهذه الأحداث والتغييرات والتحرر من كافة الشكليات المفردة التي تعيق أعمال النص القانوني، كما يجب على القاضي أن لا يبقى مكتوف اليدين أمام التطور التكنولوجي الذي فرض نفسه في كافة مجالات الحياة، بل عليه الاستفادة من الدور الإيجابي الذي اعطاه إياه قانون أصول المحاكمات المدنية والتجارية رقم (2) لسنة 2001. كل هذه الأمور تمنح القاضي الأدوات والمشروعية التامة للأخذ بوسائل التقدم العلمي وتوظيفها

¹ خليل حسن إبراهيم، دار الفكر، مرجع سابق، ص 37.

في كافة مراحل الدعوى وخاصة في مرحلة التبليغات القضائية حيث أن ورقة التبليغ تتمتع بقيمة ثبوتية كبيرة بإعتبارها صادرة عن دائرة رسمية، إذ يحررها موظف عام ضمن أصول قانونية وإدارية وفي حدود اختصاصه لإرسالها إلى المخاطبين بموجبها، ولا يغير من حجية تلك الأوراق لمجرد أنها قد وجهت بواسطة وسائل حديثة ما دامت الجهة التي أصدرتها هي جهة رسمية، وأن الطعن بتلك الأوراق يستلزم اللجوء إلى الطرق التي حددها المشرع حصراً، وتكون للمحكمة سلطة تقديرية لمدى صحة هذه الأوراق في ضوء تلك المفاهيم الحديثة، وسنتناول في هذا المطلب الذي سنقسمه إلى فرعين أولهما، الحجية القانونية للتبليغات القضائية في الإثبات وفق المفاهيم الحديثة. أما الفرع الثاني فسنتناول فيه مدى اثبات صحة التبليغات القضائية وفقاً للمفاهيم الحديثة.

الفرع الأول: الحجية القانونية للتبليغات القضائية في الإثبات وفقاً للمفاهيم الحديثة

لبحث حجية الأوراق القضائية يتوجب بحثها من عدة اتجاهات، أسوة بالسندات الرسمية بشكل عام. حيث تختلف حجية التبليغات باختلاف المنظور الذي سندرسه في هذه الورقة البحثية، حيث سنتناول الشكل الخارجي لورقة التبليغ ومضمونها ومصدرها وسنتناول هذه الحجية من خلال الآتي:

أولاً: حجية التبليغات القضائية من حيث مصدرها

إذا ما توافرت في ورقة التبليغات الشروط الأساسية للسند الرسمي، فتعتبر رسمية من حيث التاريخ والتوقيع فقط¹، حيث اعتبر المشرع السندات الرسمية حجة على الكافة بما دون فيها من أمور قام بها محررها في حدود مهمته أو وقعت من ذوي الشأن في حضوره ما لم يثبت تزويدها بالطرق المقررة قانوناً². فقد اعترف المشرع بحجية هذه الأوراق إذا كان صدورها قد تم وفق حدود وسلطة ذلك الموظف وضمن اختصاصه ومراعاة الأوضاع القانونية عند صدورها وكان مظهرها الخارجي لا يوحي بالتزوير وليس فيها أي قشط ولا تبعث على الشك. وهنا تتوافر فيها قرينة السلامة المادية وقرينة على صحة صدورها، وهذا الأمر ينطبق على التبليغات الموجهة بواسطة وسائل التقدم العلمي حيث تستمد تلك التبليغات حجتها وقوتها الثبوتية من سلامتها المادية فأى شائبة تعثرها قد تكون سبباً في انقاص قيمتها في الإثبات أو حتى سقوطها وبطلانها.

¹ قانون البينات رقم (4) لسنة 2001 المادة (9).

² راجع المادة (11) من قانون البينات رقم (4) لسنة 2001.

وجدت التشريعات المقارنة عدة ضوابط تقرر من حجية هذه التبليغات والإطار القانوني الناظم لها، من خلال تعديل نصوص تشريعاتها، وهو ما لم يرقم به المشرع الفلسطيني إلى الآن. وكان أبرز هذه الضوابط ما وضعه المشرع السعودي في قانون المرافعات المدنية والتجارية رقم (12) لسنة 1972 في المواد (70-76) منه، حيث وضع ضوابط للتبليغ تلخصت بالتالي:

1. يجري التبليغ القضائي باستعمال واحدة أو أكثر من الوسائل الإلكترونية الآتية:
 - أ. الرسائل النصية التي ترسل إلى الهواتف المحمولة الموثقة.
 - ب. البريد الإلكتروني.
 - ج. الحسابات المسجلة في الأنظمة الآلية الحكومية.
2. يكون توثيق الهاتف المحمول والبريد الإلكتروني للجهة الإدارية بإعتماده من الوزير المختص أو مدير المصلحة المستقلة أو رئيس المؤسسة أو الهيئة العامة أو من يقوم مقامهم في الجهات الأخرى.
3. فيما عدا الجهات الإدارية يكون توثيق الهاتف المحمول والبريد الإلكتروني وفقاً للآتي:
 - أ. إثباته في عقد بين طرفي الدعوى إذا تضمن تلقي التبليغات عليه.
 - ب. بإثباته من مقدم الدعوى أو الإعتراض في صحيفة الدعوى أو صحيفة الإعتراض.
 - ج. بإثبات ارتباطه بالحساب المراد تبليغه المسجل لدى مركز المعلومات الوطني (إبشر) أو النظام القضائي الإلكتروني للديوان (معين).
4. يعد التبليغ إلى الهاتف المحمول أو البريد الإلكتروني الموثق صحيحاً ومرتباً لأثره ما لم يخطر صاحب الشأن ديوان المظالم بتغييره وفق نموذج يعتمد لذلك. ويكتفى بالنسبة للجهة الإدارية بإعتماد التغيير وفقاً لطريقة اعتماد العنوان ويجوز تمكين ذوي الشأن إلكترونياً من تغيير عناوينهم الموثقة في أنظمة الديوان.
5. يجب أن يستوفي التبليغ البيانات الآتية:
 - أ. اسم المدعى أو المعارض

ب. موضوع التبليغ

ج. اسم المحكمة ومقرها ودائرتها

د. وقت وتاريخ الجلسة

هـ. نسخة من لائحة الدعوى أو رابط الكترونياً للوصول إلى مضمونها.

6. يعد التبليغ بالوسائل الإلكترونية مستملاً ما لم يرد إشعار بعدم إمكانية التسليم أو يثبت المبلغ من الجهة المختصة عدم تسلمه.

7. إذا تعذر التبليغ بالوسائل الإلكترونية فيكون التبليغ وفقاً للطرق المقدرة في أنظمة المرافعات ويعد التبليغ غير ممكن إذا تعذر إرساله.

والسؤال الذي يثور هل يوجد حجية للتبليغات القضائية وفق الوسائل الحديثة في التشريع الفلسطيني؟ وللإجابة على هذا التساؤل يجب الرجوع إلى القانون المقارن. لنرى أن القانون الإماراتي قد نص في المادة رقم (8) من القانون الاتحادي رقم (11) لسنة 1992 م في شأن الإجراءات المدنية على صحة هذه التبليغات¹، كما قام المشرع الأردني في قانون أصول المحاكمات المدنية وتعديلاته رقم 24 لسنة 1988 م في المادة رقم (5) بذات الأمر، فأعطى كلا القانونين التبليغ بالوسائل الحديثة حجية في الإثبات وهذا ما أغفله المشرع الفلسطيني في قانون أصول المحاكمات المدنية والتجارية رقم (2) لسنة 2001 م، ففيما يتعلق مثلاً بالتوقيع الإلكتروني المثبت على ورقة التبليغ المرسله بالبريد الإلكتروني أوجد المشرع الإماراتي والأردني عدة ضوابط ليكون مقبولاً حيث اعتمد التوقيع الآمن أو المحمي²، فإذا ما تخلف أحد مقومات التوقيع للمحكمة أن تعد ذلك ضمن العيوب المادية في ورقة التبليغ ولها سلطة تقديرية في تقدير وزن قيمة ورقة التبليغ في الإثبات أو سقوطها على أن تذكر ذلك في قرارها وتحدد وجود العيب بشكل واضح.

هذا وقد سار المشرع الفلسطيني على نفس النهج في إعطاء التوقيع الإلكتروني حجية التوقيع اليدوي من خلال الفصل السادس عشر من القرار بقانون رقم (5) لسنة 2017 م والخاص بالمعاملات الإلكترونية، فنظم كافة الأمور المتعلقة من خلال مواد القرار بقانون المذكور سابقاً واعتبر التوقيع الإلكتروني

¹ قانون أصول المحاكمات المدنية وتعديلات رقم (24) لسنة 1988 في المادة (5).

² راجع الضوابط والشروط الخاصة بالتوقيع الإلكتروني في بعض التشريعات منها الفقرة (1) من المادة (20) من قانون المعاملات والتجارة للإمارة دبي والمادة (31) من قانون المعاملات الإلكترونية الأردني.

صحيحاً ويعتد به. وهذا ما يفهم من منطوق المادة رقم (34) من القرار بقانون رقم 15 لسنة 2017¹، والمواد (9-19) من ذات القرار بقانون، كما أنه ذهب إلى أكثر من ذلك من خلال توفير الحماية اللازمة للتوقيع الإلكتروني في الفصل السابع من القرار بقانون رقم 5 لسنة 2017، إلا أن قانون أصول المحاكمات المدنية والتجارية رقم 2 لسنة 2001 م لم يشر إلى حجية التبليغات القضائية من خلال الوسائل الحديثة كما فعلت التشريعات المقارنة التي عدلت قوانينها وعملت على مواءمتها مع متطلبات التطور العلمي ووضعت ضوابط للتبليغ القضائي بالوسائل الحديثة داعين المشرع الفلسطيني أن يحذوا حذو القوانين المقارنة.

ثانياً: حجية التبليغات القضائية من حيث المضمون

يقصد بحجية التبليغات القضائية من حيث المضمون محتوى ورقة التبليغ وآلية تحرير هذه الورقة ووقت التبليغ. إذ نصت المادة رقم (8) من قانون أصول المحاكمات المدنية والتجارية رقم (2) لسنة 2001 على هذه الآلية²، كما ونصت المادة رقم (9) من القانون ذاته على مشتملات ورقة التبليغ الصحيحة محدداً كافة محتوياتها من اسم المحكمة ورقم الدعوى أو الطلب واسم طالب التبليغ وعنوانه وصفته ومن يمثله أن وجد واسم المراد تبليغه وعنوانه وصفته بالإضافة إلى موضوع التبليغ ويومه وتاريخه وساعة حصوله واسم من يستلم التبليغ وتوقيعه واسم وصفة من سلم له التبليغ وتوقيعه على النسخة المعادة إلى المحكمة. ومن الثابت أن البيانات في ورقة التبليغ لا تتمتع بنفس القدر من القوة الثبوتية وذلك باختلاف الجهة التي تتولى استلام أو تسليم الورقة القضائية ووقت تسلمها.

وبالرجوع إلى القواعد العامة في هذا الأثر يمكن التعرف على حجية التبليغات القضائية من حيث مضمونها ومن ثم تطبيقها على المفاهيم الحديثة لها. هذا وقد نصت المادة (9) من قانون البيانات رقم (4) لسنة 2001 م على أن "إن السندات الرسمية هي التي ينظمها الموظفون العموميون ومن في حكمهم الذين من اختصاصهم تنظيمها طبقاً للأوضاع القانونية" كما ونصت المادة (11) من نفس القانون على أن "السندات الرسمية حجة على الكافة بما دون فيها من أمور قام بها محررها في حدود مهمته أو وقعت من ذوي الشأن في حضوره ما لم يثبت تزويرها بالطرق المقررة قانوناً".

يتضح من المواد سابقة الذكر أن البيانات التي تنظم في السندات الرسمية بشكل عام من قبل موظف مختص في حدود اختصاصه تتمتع بقوة ثبوتية عالية فهي حجة على الكافة ما لم يكن بها تزوير مقرر قانوناً

¹ راجع المادة (134) من قرار بقانون رقم (5) لسنة 2017 بشأن المعاملات الإلكترونية.

² راجع المادة (8) من قانون أصول المحاكمات المدنية والتجارية رقم (2) لسنة 2001.

وبالرجوع إلى ورقة التبليغ نجد أن هناك بيانات تنظم من قبل موظف قلم التبليغات وفي حدود اختصاصه نص عليها قانون أصول المحاكمات المدنية والتجارية رقم 2 لسنة 2001 في المادة رقم (9)، فهذه البيانات بطبيعة الحال تعد حجة على الكافة ولا يجوز الطعن فيها إلا بالتزوير. في المقابل، هناك بيانات تصدر عن الخصم ويكون دور الموظف فيها أنها توقع أمام ناظره كبيان اسم المطلوب تبليغه ومحل اقامته وكذلك المحل الذي يختاره طالب التبليغ وهذه البيانات يجوز اثبات عكسها بطرق الاثبات كافة، وهذا ما ينطبق على التبليغات القضائية بالوسائل الحديثة ما دامت هذه البيانات موجودة في البريد الإلكتروني المرسل.

وقد كان المشرع الفرنسي سباق في مسايرة التطور التكنولوجي الحاصل في مفاهيم السندات الإلكترونية فعمد إلى تنظيم هذه المسائل من خلال تعديل القانون المدني فتم منح السندات الإلكترونية حجية قانونية كاملة¹، فقد جاء في الفقرة (1) من المادة (1316) المعدلة من القانون المذكور أن "السندات الإلكترونية تكون مقبولة بوصفها دليلاً كاملاً في الإثبات ولها نفس حجية الأدلة الكتابية الورقية بشرط تحديد الشخص الذي صدر منه السند قانوناً وأن يكون السند متضمناً لكامل السند الأصلي الذي استخرج منه" أما الفقرة رقم (3) من المادة (1316) المعدلة من القانون سالف الذكر فقد نصت "تكون للسندات الإلكترونية حجية الأدلة الكتابية الورقية في الإثبات" وبهذا يكون المشرع الفرنسي قد حسم الأمر بما يتناسب وأهمية هذه السندات في وقت أصبحت الثورة التكنولوجية تمس كافة مناحي الحياة وبشكل لا يمكن تجاهله، وهو ما سار عليه المشرع الفلسطيني في القرار بقانون رقم (15) لسنة 2017، فاعطى للسند الإلكتروني حجية كاملة بالإثبات وهذا ما يفهم من منطوق المادة رقم (9) من القانون سالف الذكر حيث نص "يكون للمعاملات والسجلات والتوقيعات الإلكترونية أثرها القانوني وتعتبر صحيحة ونافذة شأنها في ذلك شأن الوثائق والمستندات الخطية" وهذا ما أكدته المادة رقم (13) من القانون نفسه محددة الشروط التي يجب توافرها في السند الإلكتروني بالإضافة إلى المادة رقم (19) التي نصت على أنه "يكون السند الإلكتروني قابلاً للتداول إذا انطبقت عليه شروط السند الخطي القابل للتداول باستثناء شرط الكتابة إذا أمكن استرجاع البيانات الواردة على السند".

¹ عباس العبودي حجية السندات الإلكترونية في الإثبات المدني في ضوء التعديل الجديد للقانون المدني الفرنسي رقم (230) لعام 2000. بحث منشور في مجلة الآخرين للحقوق العدد (11) ايلول 2001 ص 8 و ما بعدها.

الفرع الثاني: مدى اثبات صحة التبليغات القضائية وفقاً للمفهوم الحديث

إن التأكد من صحة التبليغات الإلكترونية هو أحد الركائز المهمة في منظومة القضاء، فقد لا تكون هذه التبليغات صحيحة مما يرتب البطلان في الإجراء والطعن في صحتها. حيث يقصد بإثبات صحة التبليغات القضائية التحقق من كافة النواحي التي رسمها المشرع الفلسطيني لتبليغ، من حيث المضمون والطريقة والشكل والمحتوى، ويبقى لقاضي الموضوع كلمة الفصل في صحة هذا التبليغ مما يملكه من سلطة تقديرية أعطاها له القانون والدور الإيجابي الذي يتمتع فيه في تسيير الدعوى مستفيداً من المفاهيم الحديثة التي تشكل أمراً واقعياً لا مفر منه.

وسنتناول في هذا الفرع أسلوب الطعن في صحة التبليغات القضائية وفقاً للمفهوم الحديث وسلطة المحكمة في تقدير مدى صحة التبليغات القضائية وفقاً لهذا المفهوم.

أولاً: أسلوب الطعن في صحة التبليغات القضائية وفق للمفاهيم الحديثة

لقد بين المشرع الفلسطيني من خلال نص المادة رقم (39) في قانون البينات رقم 4 لسنة 2001 م أسلوب الطعن في صحة السندات بشكل عام لتشمل السندات العرفية والرسمية. حيث جاء في هذه المادة "إنكار الخط أو الختم أو الإمضاء أو البصمة يرد على السندات العرفية، أما إدعاء التزوير فيرد على جميع السندات الرسمية وغيرها". من منطوق هذه المادة نجد أن الإدعاء بالتزوير هو الأسلوب الذي يتوجب على الخصوم سلوكه عند الطعن في صحة التبليغات القضائية لكون هذه الأوراق القضائية من السندات الرسمية والتي تنظم من قبل موظف عمومي وتنظيمها من اختصاصه طبقاً للأوضاع القانونية.

فإذا لم يدعي الخصم بالتزوير وفق الإجراءات التي حددها القانون فإن إدعائه غير ذي جدوى، ويعرف التزوير سنداً لأحكام قانون العقوبات رقم (16) لسنة 1960 في المادة (260) بأنه تحريف مفتعل للحقيقة في الوقائع والبيانات التي يراد اثباتها بصك أو مخطوطة يحتج بهما نجم أو يمكن أن ينجم عنه ضرر مادي أو معنوي أو إجتماعي¹، ويعرفه قانون العقوبات العراقي رقم (111) لسنة 1969 في المادة رقم (286) بأنه تغيير الحقيقة بقصد الغش في سند أو وثيقة أو أي محرر آخر بأحد الطرق المادية والمعنوية التي بينها القانون، تغييراً من شأنه احداث ضرر بالمصلحة العامة أو بشخص من الأشخاص".

¹ عباس العبودي، شرح أحكام قانون الإثبات، مصدر سابق ص 161.

فالتزوير حسب القانون إما أن يكون مادياً من خلال تغيير الحقيقة بطريقة ما سواء بالزيادة أو النقصان أو التعديل في مضمون السند الرسمي قد يكون معنوياً وهو ما ينصب على ظروف وملابسات السند وبشكل لا يدركه الحس وهو ما تطرقت إليه المادة رقم (262) والمادة رقم (263) من قانون العقوبات رقم (16) لسنة 1960¹.

وقياساً على التزوير في السندات الرسمية الصادرة وفق القانون، قد يدعي الخصم بوجود تزوير في السند الإلكتروني المستخرج من وسائل الإتصال الفوري سواء كان هذا الإدعاء يتعلق بمضمون السند أو بالتوقيع أو الكيفية التي تم بموجبها توجيه التبليغ من خلال الوسائل الحديثة. إلا أن إدعاء الخصم بالتزوير لا يكون في محله إلا إذا توافرت في هذا الإدعاء الشروط العامة التي حددها قانون البينات الفلسطيني رقم (4) لسنة 2004 في المواد رقم (40) إلى المادة رقم (53) والتي يمكن أن تطبق على التبليغات وفقاً للمفاهيم الحديثة، وتتخلص هذه الشروط وفقاً للمفاهيم الحديثة بأن يكون هناك إدعاء بالتزوير ويكون هذا الإدعاء منتجاً ومؤثراً على القرار الذي سيصدر فيه كما لو كان تلاعب ببيانات ورقة التبليغ بشكل يتنافى وحقيقة الأمر أو عدم وجود توقيع أو افتقدت لأحد شروطها ومقوماتها التي نص عليها القانون ويكون لقاضي الموضوع حق استبعاد الإدعاء غير المنتج الذي لا تأثير له على النزاع، وأن تجد المحكمة قرائن قوية ودلائل ثابتة على صحة الإدعاء بتزوير ورقة التبليغ مما يؤثر على قناعتها. أما إذا لم تجد المحكمة شيئاً من هذه الأمور فلها أن لا تستجيب لطلب المدعي ولها أن تستعين بالخبراء الذين لهم القدرة والدراسة على تحديد السندات الإلكترونية المزورة عن طريق التقنيات الحديثة مع إلزام مقدم الإدعاء كفالة نقدية تقدرها المحكمة لضمان العدالة وحفظ حقوق المدعى عليه إذا ما تبين عدم جدية الإدعاء. فإذا ما وجدت المحكمة بناءً على ما تقدم توافر شبه التزوير، عندها نقوم بإحالة الطعن بالتزوير إلى التحقيق مما يؤدي إلى وقف صلاحية السند المطعون فيه فإذا ما ثبت تزوير السند ترسله المحكمة مع صور رسمية من المحاضر المتعلقة به إلى النيابة العامة لاتخاذ إجراءاتها الجزائية بشأنه².

يتضح مما تقدم أن التزوير وإن كان يرد على السندات الرسمية والعرفية فهو في نفس الوقت متصور في السندات الإلكترونية المستخدمة من الوسائل الحديثة على اختلاف أنواعها. فالتزوير قرين التقدم العلمي،

¹ راجع المادة 262 والمادة 263 من قانون العقوبات رقم (16) لسنة 1960¹

² راجع المادة (53) من قانون البينات رقم 4 لسنة 2001.

فينبغي أمام تزايد فرص التزوير في الوسائل الحديثة أن تقابله معالجة جذرية مستندة إلى المفاهيم الحديثة وبما يساعد على احتواء هذه الظاهرة.

ثانياً: سلطة المحكمة في تقدير مدى صحة التبليغات القضائية وفق للمفاهيم الحديثة

لقد منح المشرع الفلسطيني للمحكمة سلطة واسعة في تقدير صحة السندات بشكل عام، ويبدو ذلك جلياً من خلال منطوق المادة رقم (38) من قانون البينات رقم (4) لسنة 2001 حيث جاء فيها " للمحكمة أن تقدر مما يترتب على الكشط والمحو والتحشير وغير ذلك من العيوب المادية في السند من اسقاط أو انقاص قيمته في الإثبات ولها أن تأخذ ببعض أو كل ما تضمنه السند". وهو اتجاه صائب للمشرع الفلسطيني، مع انه كان لزوماً عليه إلزام المحكمة بالتدليل على صحة وجود العيب في قرارها بشكل واضح جلي، ومن خلال المادة المذكورة جاز للمحكمة تطبيق المعالجات التي جاءت بها في تقدير مدى صحة التبليغات المرسلة بواسطة الوسائل الحديثة. فلها أن تقدر ما يترتب على العيوب المادية في السندات الإلكترونية بشكل عام والأوراق القضائية الإلكترونية بشكل خاص من اسقاط قيمتها في الإثبات أو انقاصها مع الإشارة إلى أن الأوراق القضائية الخاصة بالتبليغات إذا تحققت الغاية منها لا يسار إلى ابطالها حيث نصت المادة رقم (23) من قانون أصول المحاكمات المدنية والتجارية فقرة (2) على أنه "لا يحكم بالبطلان رغم النص عليه إذا ثبت تحقق الغاية من الاجراءات" وفي حالة البطلان وجب على المحكمة التدليل على صحة وجود العيب في السندات الإلكترونية في قرارها وتسبب القرار تسبباً واضحاً، ولا تقف سلطة المحكمة عند هذا الحد بل تمتد لتشمل استدعاء الموظف الذي صدر عنه ذلك السند لتوضيح ما كان غامضاً فيه وهو ما نصت عليه المادة رقم (38) من قانون البينات الفلسطيني فقرة (2) حيث جاء فيها أنه "إذا كانت صحة السند محل شك في نظر المحكمة جاز لها من تلقاء نفسها ان تدعو الموظف الذي صدر عنه أو الشخص الذي حدده ليبيد حقيقة ما يوضح الأمر فيه" فإذا ما رأت المحكمة أن ورقة التبليغ المرسلة بواسطة الوسائل الحديثة قد يعثر بها بعض الغموض والشكوك جاز لها في هذه الحالة استدعاء موظف التبليغات الذي قام بتنظيمها وارسالها للتأكد من أنه اتبع الطريقة التي رسمها القانون واستيضاح الغموض الذي يعثر بها حتى يكون قرار المحكمة مبني على أساس ثابت ورصين بعيداً عن الشكوك.

يبدو من النصوص المذكورة انها أعطت قاضي الموضوع سلطة تقديرية تساعده على اتخاذ القرار المناسب بما يساعد على التعامل مع المفاهيم الحديثة، وبخاصة ما يتعلق منها بالتبليغات القضائية، إذ ليس هناك ما يمنع من التعاطي بالتبليغات القضائية بالمفاهيم الحديثة خدمةً للعدالة والمنظومة القضائية والافراد على حد سواء وبما ينسجم مع التطورات التي تشهدها مجالات الحياة. ولا ينبغي على المشرع

الفلسطيني إلا تعديل نص المادة رقم (7) في قانون أصول المحاكمات المدنية والتجارية رقم (2) لسنة 2001 والتي تحدد طرق التبليغ كما فعل المشرع الإماراتي والمشرع الأردني.

الخاتمة

لا يكفي النص في الدستور أو القانون على اللجوء إلى القضاء كحق لا يسقط بالتقادم، بل يلزم أن يشعر المتقاضى بأن العدل مطلب سهل المنال ولا يتحقق ذلك إلا بوصول الحق إلى صاحبه في أقل وقت وبأقل النفقات.

وللمساهمة في حل هذه المشكلة وتقصير أمد التقاضي، كانت هذه الدراسة. فالمحاكم النظامية في فلسطين ادخلت التقنيات الحديثة في مجال عملها، حيث استطاعت الإدارة العامة للمحاكم الانتهاء من اتمام عملية ربط كافة المحاكم النظامية بطريقة الاتمته الحديثة، لتصبح حلقة واحدة متصلة مع بعضها البعض حيث مكنت هذه الخطوة من حوسبة وحفظ بيانات المحاكم وتعميم الاستفادة من هذه البيانات لخدمة جمهور المراجعين من الاستعلام عن قضاياهم بكل سهولة ويسر، كما تم تطوير برنامج الميزان للمحامين للاستعلام عن قضاياهم إضافة إلى تصميم برنامج يساعد كتبة العدل على الدخول إلى السجل المدني والتحقق من البطاقة الشخصية لجمهور المواطنين بالتنسيق مع وزارة الداخلية، كما تم حوسبة العمل في محاكم الاستئناف والمحاكم العليا وكذلك تطوير بعض البرامج الخاصة بالعمل بدائرة التنفيذ والعمل على إنشاء برنامج يتعلق بأقسام الكفالات بالمحاكم النظامية.

ويعتمد المجلس الأعلى للقضاء الفلسطيني على برنامج الميزان ومن مميزات هذا البرنامج أنه يتيح للمحامين معرفة مواعيد القضايا وآخر ما اتخذ من اجراءات. كما يتيح للمواطن معرفة ما اتخذ ضده من اجراءات في الجلسات أو مراحل التنفيذ فكان فيه توفير للوقت والجهد، إلا أن ما تم تطبيقه على أرض الواقع لا يرقى إلى ما هو مأمول من استفادة قطاع العدالة من التقدم التكنولوجي. مع الإشارة أن هناك جهود تبذل من قبل وزارة العدل ومجلس القضاء الأعلى لادخال تعديلات على القانون لتتواءم مع متطلبات العصر.

النتائج :

1. يعتبر التبليغ في المحاكم ذو أهمية عظيمة فأعمال المحاكم لا تكون لها قيمة الا اذا جرى اعلام الخصم الاخر بها رسمياً بتبليغ قانوني عملاً بمبدأ وجاهية المحاكمة وتركيز الخصومة.

2. تبرز أهمية التبليغ أنه شرطاً ضرورياً لإصدار الحكم على الخصم إذ أن الغرض الأساسي من التبليغ هو إعلام الخصم بما اتخذ ضده من إجراءات.
3. يظهر من الدراسة أن التقنيات الحديثة لها أثر واضح في تقصير أمد التقاضي ومن هذه الآثار ما يتعلق بطريقة اعداد وارسال التبليغ للخصوم واختصار الوقت والجهد مما يخفف من تكس وازدحام القضايا في المحاكم.
4. وجود وضوح وجودة في اعلام الخصوم فيكون سهلاً على المراد تبليغه منهم مضمون الورقة القضائية بالأوراق التقليدية من الممكن أن يكون الخط غير واضح.
5. التعرف على مكان المراد تبليغه بطريقة سهلة يسيرة وهذا يتطلب الحصول على بيانات المدعى عليه كاملة عند رفع الدعوى وقيدها وبالتالي فإن استخدام التقنيات الحديثة يسهل من الوصول إلى المدعى عليه ويخفف عناء البحث والتحري.
6. يحقق التبليغ الإلكتروني عدالة أكثر من التبليغ بالوسائل التقليدية.
7. تبين من خلال البحث الأثر الإيجابي للتبليغ بالوسائل الحديثة في حال تم تفعيلها فقد تسهل من مهمة أعوان القاضي وبخاصة محضر المحكمة مما يؤدي إلى تسريع الإجراءات وعدم اطالة أمد التقاضي ويخفف من الاعباء الملقاه على المحضرين.
8. يتضح من البحث بأن التبليغات في النظام القضائي الفلسطيني تتم بالأساليب التقليدية الورقية سند لنص المادة رقم (7) ولم يتم إلى الآن الاستعانة بالتقنيات الحديثة.

التوصيات:

1. تفعيل برنامج الميزان المطبق في المحاكم النظامية ليشمل أعمال التبليغ واعلام الخصوم.
2. أن يتم الاستفادة من تجارب الدول المجاورة في هذا المجال من قبل القائمين على المحاكم بشتى أنواعها وذلك من خلال التواصل عبر القنوات الرسمية للحصول على تفاصيل هذه التجارب والعمل على تطبيقها ولو تدريجياً حتى نرتقي بمنظومة العدالة.
3. ضرورة تعديل التشريع الخاص بأصول المحاكمات ليتواءم مع متطلبات الثورة التكنولوجية.
4. عقد دورات تدريبية للمحضرين وكتاب الضبط في الاعلان القضائي حتى لا يقعوا في اخطاء تؤدي إلى إطالة أمد التقاضي.

5. ربط كل شخص مقيم أو مواطن بالبريد الإلكتروني الخاص به من خلال الهوية وتحديثه سنوياً حتى يتسنى للجهات المعنية بشكل عام سرعة التواصل معه ولل قضاء بشكل خاص اعلامه الكترونياً متى اقتضت الحاجة لذلك.

6. الزام كل شخص بالقيام بتزويد دائرة الاحوال المدنية ببريده الالكتروني وسن تشريع يعاقب من يتخلف عن تحديث البيانات الالكترونية أو الإدلاء ببيانات غير صحيحة.

7. إنشاء دوائر الكترونية في المحاكم.

8. سن تشريع يضيف الحجية الكاملة للإعلان الالكتروني تعادل حجية الاعلان الورقي ووضع نصوص تشريعية تنظم الاعلان الإلكتروني بكافة اجراءاته ومواعيده وآثاره. وذلك من خلال تعديل قانون أصول المحاكمات المدنية والتجارية رقم (2) لسنة 2001 م من خلال النص على تبني التقنيات الحديثة في كافة اجراءات التقاضي بشكل عام والتبليغات القضائية بشكل خاص.

قائمة المصادر والمراجع:

أولاً: القوانين:

1. قانون أصول المحاكمات المدنية والتجارية الفلسطينية رقم (2) لسنة (2001) م.
2. قانون البيانات الفلسطينية رقم (4) لسنة 2001.
3. قرار بقانون رقم (15) لسنة 2017 بشأن المعاملات الإلكترونية.
4. قانون العقوبات الاردني رقم (16) لسنة 1960.
5. قانون اصول المحاكمات المدنية الاردني وتعديلاته رقم (24) لسنة 1988.
6. قانون المعاملات الالكترونية الاردني رقم (15) لسنة 2015.
7. قانون المعاملات والتجارة الالكترونية الاماراتي رقم (1) لسنة 2006.
8. قانون الاجراءات المدنية الاماراتي المعدل رقم (11) لسنة 1992.

ثانياً: الكتب:

1. اسعد فاضل صنديل، التقاضي عن بعد دراسة مقارنة، كلية القانون جامعة القادسية، العراق، 2014.
2. حازم محمد السرعة التقاضي الإلكتروني والمحاكم الإلكترونية، دار الثقافة، الأردن، 2010.
3. حسن إبراهيم خليل، الإعلان القضائي عن طريق البريد الإلكتروني في النظرية والتطبيق، دار الفكر والقانون، القاهرة، 2015.
4. عوض أحمد الزعبي، أصول المحاكمات المدنية، دار وائل للنشر، الطبعة الأولى، عمان، 2003.
5. وليد محي الدين كناكيرة، اصول اعلان الازراق القضائية لدى المحاكم في دولة الامارات العربية المتحدة، مكتبة المستقبل، دبي، 2017.

ثالثاً: الابحاث والمقالات المنشورة:

1. صفاء أوتاني - المحكمة الإلكترونية (المفهوم والتطبيق) بحث منشورتي مجلة الجامعة- دمشق للعلوم الاقتصادية والقانونية- المجلد 28 العدد الأول 2012 .
2. عباس العبودي حجية السندات الإلكترونية في الاثبات المدني في ضوء التعديل الجديد للقانون المدني الفرنسي رقم (230) لعام 2000. بحث منشور في مجلة الاخرين للحقوق العدد (11) ايلول 2001.
3. خالد ممدوح إبراهيم- التقاضي الإلكتروني، مقالة نشرت عبر شبكة الإنترنت www.kenana.online.com



آثار عقد المفاوضة في القانون اليمني دراسة تأصيلية مقارنة

Implications of contracting contract in Yemeni law

د. هاشم علوي عبدالله مقيبيل

**أستاذ القانون العام بكلية الشريعة والقانون، جامعة
الأحقاف (الجمهورية اليمنية)**

آثار عقد المقاولة في القانون اليمني

(دراسة تأصيلية مقارنة)

Implications of contracting contract in Yemeni law (Comparative Fundamental Study)

د. هاشم علوي عبدالله مقبيل

أستاذ القانون العام بكلية الشريعة والقانون، جامعة الأحقاف (الجمهورية اليمنية)

Hashimalwi34@ahgaff.edu

DOI: <https://doi.org/10.70411/MJLS.1.2.202334>

ملخص:

يعتبر عقد المقاولة من أهم العقود التي يعتمد عليها الإنسان للحصول على الخدمات والأعمال، وهو من عقود المعاوضة الرضائية، والتي يجب أن يكون محلها مشروعاً ومعيناً، ويترتب على ذلك العقد آثار متعددة، منها ما يتعلق برب العمل، ومنها ما يتعلق بالمقاول، وقد نصت معظم التشريعات القانونية على تلك الآثار، ومنها القانون اليمني، وقد قمنا من خلال هذا البحث باستقراء تلك الآثار وبيان مرجعيتها الشرعية، كما سعينا من خلال هذا البحث لاستقصاء النصوص القانونية من مختلف التشريعات، ومقارنتها بالقانون اليمني، وتوصلنا إلى أن من أهم الآثار والالتزامات المترتبة على عقد المقاولة والمتعلقة برب العمل هي دفع الأجرة، وتسليم العمل بعد إنجازه، وقد تعرض المقنن اليمني إلى بعض التفاصيل المتعلقة بتعديل الأجرة والتي بينا من خلال هذا البحث تميز وتفرّد القانون اليمني بها، كما يبرز لنا هذا البحث أيضاً أهم الآثار والالتزامات المترتبة على المقاول والذي يمثل الطرف الثاني في العقد والتي تتمثل في إحضار آلات العمل، وتنفيذ العمل في الوقت المتفق عليه، وبحسب المواصفات، والضمان ومنع التعسف، وقد بينا في هذا البحث التأصيل الشرعي والقانوني لهذه الجزئيات.

الكلمات المفتاحية: المقاولة، آثار عقد المقاولة، القانون المدني اليمني، التزامات رب العمل، التزامات العامل

Abstract:

Contracting contract is one of the most important contracts a person relies on for services and business as consensual netting contracts, which must be legitimate and specific. Such contracts have multiple implications, including those for the employer and for the contractor. Most of the legal legislations provided for those effects. including Yemeni law, through which we extrapolated those implications and outlined their legitimate reference. In this research, we have also sought to investigate the legal texts of various legislations, comparing it with Yemeni law, and found that one of the most important implications and obligations of the contracting contract relating to the employer is to pay the fare and receive the work after completion. The Yemeni legislator has provided certain details concerning the adjustment of the fare, which, through this research, we showed the distinction and uniqueness of Yemeni law in this concern. We also highlight the most important implications and obligations of the contractor, who represents the second party to the contract, which include providing the working machines and carrying out the work at the agreed time, in accordance with the specifications, insurance and preventing arbitrariness, for which the legitimate and legal rooting is illustrated in this research.

Keywords: Contracting, Effects of Contracting Contract, Yemeni Civil Code, Employer's Obligations, Employee's Obligations

مقدمة:

اكتسب عقد المقاوله أهمية كبيرة في الواقع المعاش، فهو يعد من قبيل العقود المسماة التي خصصت لها القوانين المعاصرة تنظيمًا خاصاً بها، ورغم أهمية هذا العقد إلا أننا لم نقف على مؤلف يبين التأصيل الشرعي والقانوني لآثار هذا العقد في القانون المدني اليمني؛ مما استدعانا للقيام بالبحث عن طبيعة تلك الآثار وما يترتب عليها من التزامات بين أطراف العقد، وعلى الرغم من أن عقد المقاوله قد تميّز بنظام قانوني مستقل، إلا أنه يظل خاضعاً لما تقره النظرية العامة للعقد من أحكام، سيما فيما يتعلق بكيفية انعقاده وشروط ذلك، وبمجرد انعقاد المقاوله، تبدأ آثارها في السريان بالنسبة لكل من طرفيها، إذ يتعين على كل منهما أن ينفذ التزاماته بموجب عقد المقاوله وبحسن نية،

أهمية الدراسة:

تكمن أهمية البحث في إبراز المرجعية التي اعتمد عليها المقنن اليمني عند تنظيمه لعقد المقاوله، وما يترتب على ذلك العقد من آثار والتزامات يبنى عليها أصول التعاقد، إضافة إلى الاطلاع على النصوص التنظيمية لهذا العقد في نصوص القوانين الأخرى وإيجاد مقارنة فعالة تكسب النص القانوني القدرة على مواءمة الواقع وتنظيمه.

مشكلة الدراسة:

يمكننا القول أن ما يترتب على عقد المقاوله من آثار تعد هي الركيزة الأولى لقيام هذا العقد، وبالتالي يمكن صياغة مشكلة البحث من خلال التساؤلات التالية:

ما هو عقد المقاوله في الفقه والقانون؟

ما هي أهم خصائصه وأركانه؟

ما نوع الآثار المترتبة عليه في القانون اليمني مقارنة بغيره؟

ما هي المرجعية التأصيلية لتلك الآثار؟

أهداف الدراسة:

تهدف هذه الدراسة إلى:

- 1- بيان مفهوم عقد المقاوله وخصائصه وأركانه.
- 2- الوقوف على آثار عقد المقاوله وبيان مرجعيتها الشرعية والقانونية.
- 3- بيان ما يترتب على تلك الآثار من التزامات.

منهج الدراسة:

استخدمت عدداً من المنهاج البحثية في هذه الدراسة، فقد استعملت المنهج الوصفي التحليلي ويتجلى ذلك عن تعريف عقد المقاوله وبيان خصائصه وتحليلها، كما استعملت المنهج الاستقرائي وذلك عند تتبع

نصوص القوانين وأقوال الفقهاء، كما استخدمت المنهج المقارن عن عرض الأقوال ومقارنتها، إضافة إلى المنهج الاستنباطي عند الاحتياج إليه.

حدود الدراسة:

عقد المقاولة وآثاره.

تقسيمات الدراسة:

المبحث الأول: تعريف عقد المقاولة وخصائصه وأركانه .

المطلب الأول: تعريف عقد المقاولة .

المطلب الثاني: خصائص عقد المقاولة في الفقه والقانون.

المطلب الثالث: أركان عقد المقاولة.

المبحث الثاني: آثار عقد المقاولة

المطلب الأول: التزام المقاول

المطلب الثاني: التزام رب العمل

الخاتمة والنتائج

المراجع

المبحث الأول:

تعريف عقد المقاولة وخصائصه وأركانه

تمهيد: تعريف العقد في اللغة والفقه والقانون:

تعريف العقد في اللغة:

للعقد معانٍ كثيرة منها: الربط والشد والتوثيق والاحكام والقوة، وأصل العقد نقيض الحل، يقال: عقد

الحبل عقداً، أي شددته وقويته⁽¹⁾

تعريف العقد في الاصطلاح:

يطلق الفقهاء العقد في اصطلاحهم على معنيين:

(1) الفيروز آبادي، محمد بن يعقوب: القاموس المحيط ضبط وتوثيق يوسف البقاعي، بيروت. دار الفكر سنة 1995م (ص 272)، وابن فارس: معجم مقاييس اللغة، تحقيق وضبط عبد السلام محمد هارون الطبعة الثانية، بيروت دار الجيل سنة 1968، (4/ 286 - 287)، والزبيدي محمد مرتضى الحسيني: تاج العروس من جواهر القاموس، الطبعة الثالثة، دراسة وتحقيق علي شيري، بيروت دار الفكر سنة 1994م، (5 / 115)، وابن منظور محمد بن مكرم: لسان العرب، بيروت دار صادر سنة 1997م، (3 / 296 - 298)، والمعجم الوسيط، الطبعة الثانية، القاهرة سنة 1972م، (ص 644).

أحدهما بالمعنى العام: وهو كل ما ينتج التزاماً شرعياً، فهو يشمل الارتباط الحاصل بين جانبيين، كالبيع والاجارة، كما يشمل التصرفات التي تتم من طرف واحد، كالوقف والطلاق، وهذا هو المعنى الشائع عند فقهاء المالكية⁽¹⁾ والشافعية⁽²⁾ والحنابلة⁽³⁾ ولأقل منه في كتب الحنفية، وقد عرّف الإمام محمد بن محمد البابرتي " الانعقاد هناء بأنه تعلق كلام أحد العاقدين بالآخر شرعاً على وجه يظهر أثره في المحل "⁽⁴⁾، وجاء في البحر الرائق " العقد ربط أجزاء التصرف بالإيجاب والقبول شرعاً "⁽⁵⁾.

وجاء في المادة (103) من مجلة الأحكام العدلية ما نصه " العقد التزام المتعاقدين امرأ وتعهدهما به هو عبارة عن ارتباط الإيجاب بالقبول "، وفي المادة (104) جاء فيها " الانعقاد تعلق كل من الإيجاب والقبول بالآخر على وجه مشروع يظهر أثره في محله "⁽⁶⁾.

في حين عرّف القانون المدني الأردني العقد في المادة (87) بقوله " العقد هو ارتباط الإيجاب الصادر من أحد المتعاقدين بقبول الآخر، وتوافقهما على وجه يثبت أثره في المعقود عليه، ويترتب عليه التزام كل منهما بما وجب عليه للآخر "⁽⁷⁾، وهذا التعريف مستمد من المادة (262) من كتاب " مرشد الحيران " والتي تنص على أن العقد هو عبارة عن ارتباط الإيجاب الصادر عن أحد المتعاقدين بقبول الآخر، وعلى وجه يثبت أثره في المعقود عليه، ويترتب على العقد التزام كل واحد من العاقدين بما وجب للآخر "⁽⁸⁾، وكلا التعريفين في أصلهما اعتماداً على ما جاء في الفقه الاسلامي من تعريف للعقد، وبالأخص

(1) ابن جزي، محمد بن أحمد، القوانين الفقهية، ط1، بيروت: دار القلم 1970م (ص181).

(2) الرملي، محمد بن ابي العباس، نهاية المحتاج الى شرح المنهاج، بيروت: دار الكتب العلمية. 1993م (373/3)، والسيوطي جلال الدين بن عبدالرحمن: الأشباه والنظائر، ط1، بيروت: دار الكتب العلمية. 1983م (ص275).

(3) البهوتي، منصور بن يونس، كشف القناع عن متن الإقناع، بيروت: دار الفكر. 1982م (3 / 136).

(4) البابرتي، محمد: شرح العناية بهامش شرح فتح القدير على الهداية للسيواسي. بيروت: دار الفكر. (34/6).

(5) ابن نجيم، زين الدين بن ابراهيم: البحر الرائق شرح كنز الدقائق في فروع الحنفية، ط1، بيروت: دار الكتب العلمية. 1997م (439/5).

(6) حيدر، علي: درر الحكام شرح مجلة الأحكام. تعريب فهمي الحسيني. بيروت: دار الكتب العلمية. (92 / 93).

(7) نقابة المحامين، المذكرات الإيضاحية للقانون المدني الأردني، ط2، عمان: مطبعة التوفيق، 1985م (93).

(8) قدرى باشا، محمد: مرشد الحيران. عمان: الدار العربية (ص 72)، وهو كتاب في أحكام المعاملات، اقتصر مؤلفه على المذهب الحنفي، وعرضه على شكل مواد وبترتيب حسن.

المذهب الحنفي، غير أن القانون الأردني في مادته أضاف كلمة (وتوافقهما)، وهذا تكرار لا داعي له، لان كلمة ارتباط تغني عنهما.

تعريف العقد في القانون:

عرّف الفقهاء القانونيين العقد بأنه: توافق ارادتين أو أكثر على إنشاء التزام أو نقله أو تعديله أو إنهائه⁽¹⁾، وبالتالي فمجرد الاتفاق بين ارادتين غير كافٍ لإنشاء عقد، وإن كانت الإرادة الباطنة هي الركن الحقيقي في العقد وأساسه، غير أنها أمر نفسي خفي ذاتي، تكون مقدمة للارتباط ولا تحققه، ولابد من الإفصاح عنها حتى يعلم بها الطرف الآخر، وهذه النزعة الذاتية الغالبة في القوانين العربية والأجنبية عدل عنها الفقه الإسلامي، والقوانين التي استمدت منه أحكامها كالقانون المدني الأردني، واعتمدت على الإرادة الظاهرة، لتعذر ظهور الإرادة الباطنة، فألغيت وأنيط الحكم بما هو مظنة لها، وهو الإيجاب والقبول، وقد رجّح أكثر الفقهاء المعاصرين الإرادة الظاهرة على الباطنة، والنزعة الموضوعية في العقد على الذاتية، لما لها من نتائج في استقرار التعامل.

المطلب الأول: تعريف عقد المقابلة وخصائصه وأركانه:

يراد بالمقابلة في اللغة: المفاوضة والمجادلة، ومنه قولهم: قاوله في الأمر مقابلة إذا فاضه وجادله، والمقابلة في الاصطلاح الشرعي: لا يجد الباحث في المدونات الفقهية تعريفاً شرعياً مباشراً لهذا المصطلح؛ لأنه من المصطلحات المستحدثة، ولكن هذا العقد عرف معناً وعملاً، من خلال تطابق صورته مع بعض العقود المشروعة في الفقه الإسلامي كالإجارة والاستصناع⁽²⁾.

وورد تعريف عقد المقابلة في قرارات مجمع الفقه الإسلامي عند بحثه لعقد المقابلة في دورته الرابعة عشرة، ونص على أن "عقد المقابلة عقد يتعهد أحد طرفيه بمقتضاه أن يصنع شيئاً أو يؤدي عملاً مقابل بدل يتعهد به الطرف الآخر"⁽³⁾.

(1) السنهوري، عبدالرزاق أحمد: الوسيط في شرح القانون المدني الجديد، ط3، بيروت: منشورات الحلبي الحقوقية، 1998م (1 / 150)، و الشراقي، جميل: النظرية العامة للالتزام، دار النهضة العربية، 1995م (ص 52).

(2) عنبر، محمد عبدالرحيم: عقد المقابلة والتوكيلات التجارية. ط2، القاهرة، 1987م. (ص8)، و رسلان، نبيلة: عقد المقابلة، كلية الحقوق جامعة طنطا. (ص 14)، و الفضلي، جعفر: الوجيز في العقود المدنية البيع - الإيجار - المقابلة. ط2، عمان: دار الثقافة للنشر والتوزيع 1997م. (ص366)

(3) عقد المقابلة والتعمير، مجلة مجمع الفقه الإسلامي، الدورة الرابعة عشرة، بقرار رقم 129 (3 / 14).

تعريف عقد المقاولة في القانون المدني اليمني:

عرف القانون اليمني عقد المقاولة بأنه عقد بين شخص وآخر يلتزم فيه أحدهما وهو المقاول بأن يصنع شيئاً أو يؤدي عملاً في مقابل أجر يلتزم به الآخر وهو رب العمل وسواء قدم رب العمل المواد اللازمة للعمل من عنده أم التزم المقاول بتقديم العمل والمواد اللازمة له معاً⁽¹⁾، ويعد عقد المقاولة في القوانين المدنية المعاصرة من العقود المسماة، أي وضعت له اسماً خاصاً وتكفلت ببيان القواعد المنظمة له، سواء في التشريع المدني أو في القوانين الأخرى، لتمييزه عن غيره من العقود، وقد أوردت تلك القوانين المدنية المعاصرة تعريفات متعددة لعقد المقاولة.

المطلب الثاني: خصائص عقد المقاولة في الفقه والقانون

من خلال النظر في تعريف عقد المقاولة المتقدم يتضح بأن له خصائص وأوصافاً يفيد تحديدها والعلم بها في تعيين القواعد المنظمة له، وأهم هذه الخصائص هي:

أولاً: أنه عقد رضائي: أي لا يشترط لانعقاده شكل معين، فهو ينعقد بمجرد ارتباط قبول أحد الطرفين بإيجاب الطرف الآخر وتطابقهما، ويجوز انعقاده بالكتابة أو مشافهة أو حتى بالإشارة الدالة لمن لا يقدر على النطق، للقاعدة "الإشارة المعهودة للأخرس كالبيان باللسان"⁽²⁾.

ثانياً: يقع التراضي في عقد المقاولة على عنصرين هما: الشيء المطلوب صنعه أو العمل المطلوب تأديته من المقاول وهو أحد المتعاقدين، والبدل الذي يلتزم به صاحب العمل.

ثالثاً: أنه عقد معاوضة لأن كلا الطرفين يهدفان من تعاقدتهما الحصول على منفعة، مقابل ما يقدمه للطرف الآخر، فالمقاول يؤدي العمل المطلوب منه مقابل البدل الذي يحصل عليه من صاحب العمل، ويقابل ذلك عقد التبرع الذي لا يقوم على المبادلة، فلا يأخذ في التعاقد مقابل لما يعطي.

(1) القانون رقم 14 لسنة 2002م، وقد عرفته المادة (646) من القانون المدني المصري بأنه "عقد يتعهد بمقتضاه أحد المتعاقدين، بأن يصنع شيئاً أو يؤدي عملاً لقاء أجر يتعهد به المتعاقد الآخر، وتطابقها المادة (612) من القانون المدني السوري، والمادة (864) من القانون المدني العراقي، والمادة (549) من القانون الجزائري، والمادة (645) من القانون المدني الليبي، وعرفته المادة (874) من القانون المدني اليمني وعرفته المادة (780) من القانون المدني الأردني بأنه "المقاولة عقد يتعهد أحد طرفيه بمقتضاه بأن يصنع شيئاً أو يؤدي عملاً لقاء بدل يتعهد به الطرف الآخر".

(2) حيدر، علي: درر الحكام. (162/1).

رابعاً: أنه عقد ملزم للجانبين: فعقد المقاولة منذ إبرامه يترتب التزامات على عاتق كل من طرفيه، فالمقاول يلتزم بإنجاز العمل ثم تسليمه ويقع عليه الضمان، كما يلتزم صاحب العمل بأن يتسلم العمل بعد إنجازه ويدفع البذل.

خامساً: أنه عقد وارد على العمل: فالعنصر الجوهري في العقد مطلوب من المقاول، وهو القيام بعمل معين، وكونه أيضاً يقوم بالعمل باستقلال تام، ولا يخضع لأي نوع من التبعية أو الاشراف من جانب صاحب العمل إلا أن اشتراط ذلك.

سادساً: أنه عقد محدد: أي أنه يمكن لكل من طرفيه عند التعاقد تحديد قيمة المنفعة التي يقدمها للطرف الآخر، وقيمة المنفعة التي سوف يأخذها منه، دون أن يتوقف تحديد هذه القيمة على أمر احتمالي غير محقق الوقوع كما في عقود الغرر⁽¹⁾.

سابعاً: أنه عقد ممتد: لأن الالتزام في عقد المقاولة ينفذ بأداءات مستمرة أو أداءات دورية.

ثامناً: الاعتبار الشخصي في تنفيذ عقد المقاولة، ويبدو الاعتبار الشخصي جلياً عندما يتعاقد صاحب العمل مع مقاول من أصحاب المهن الحرة لماهرين، كما هو الحال بالنسبة للطبيب والمحامي، إذ يعتمد تحقيق النتيجة المنتظرة على مدى الثقة والخبرة التي يوليها للمقاول المهني، ويبرر الاعتبار الشخصي في المقاولة الحكم بانقضاء العقد بموت المقاول، إذ لا يمكن القول بانتقال العقد تلقائياً إلى الخلف العام⁽²⁾.

المطلب الثالث: أركان عقد المقاولة

الركن الأول: صيغة إبرام عقد المقاولة وشروطها:

كان للفقه الإسلامي فضل السبق في إرساء مبدأ الرضا في العقود قبل أن تعرفه أوروبا بقرون، ويقضي هذا المبدأ بأن يتم العقد وينتج آثاره بمجرد التراضي بين الطرفين دون التوقف على شيء من المراسيم والاجراءات الشكلية، غير أن الرضا أمر خفي لا يمكن الاطلاع عليه، فأناط الشارع حكم العقد بما يقوم مقام هذا العنصر الخفي وهو " الصيغة "، لكونها أمراً مادياً محسوساً، يمن اثباته أمام القضاء عند النزاع، فالصيغة هي ما يصدر عن العاقدین من الإيجاب والقبول أو ما يقوم مقامهما من الكتابة أو

(1) الدريني، فتحي: النظريات الفقهية. (ص 334).

(2) قرارية، زياد شفيق حسن: عقد المقاولة في الفقه الاسلامي وما يقابله في القانون المدني. رسالة ماجستير بكلية النجاح الوطنية سنة 2004. (ص 27).

الإشارة أو المبادلة الفعلية، فهي علامة نشو العقد وقيامه⁽¹⁾، مع ضرورة مراعاة شرائط الانعقاد اللازمة لصحة العقد كالأهلية للمتعاقدين وغيرها، وفي هذا المقام ينبغي أن ننبه أنه يؤخذ على القوانين الوضعية المدنية ومنها القانون اليمني أنها تعبر عن التراضي بالعقد بأنه مجرد تبادل طرفي التعبير عن ارادتين متطابقتين مالم يقرر القانون أوضاعاً معينة لانعقاده، والصحيح ليس تطابق الارادتين، وإنما تطابق الإيجاب والقبول - كقاعدة عامة - عن الإرادة الباطنة.

توافق الإيجاب والقبول:

وهو أن يأتي القبول موافقاً للإيجاب في كل جزئياته، كمحل العقد، وفي مقدار ثمنه، وفي الأجل إن وجد، فيجب في عقد المقاولة تطابق الإيجاب والقبول بين المفاوض وصاحب العمل على ماهية العمل، فلو أراد أحد الطرفين أن يبرم عقد المقاولة والآخر اتجهت نيته لإبرام عقد وكالة مثلاً فإنه لا يوجد في هذه الحالة عقد مقاولة ولا عقد وكالة، ويجب التراضي على العمل المطلوب تأديته من المفاوض تجاه صاحب العمل، والبدل الذي يلتزم به صاحب العمل للمفاوض⁽²⁾، وإذا لم يعين البدل في العقد، استحق المفاوض بدل المثل، ولم تكن المقاولة باطلة، بحسب ما جاء في مواد التشريعات المدنية الوضعية⁽³⁾، وهذا يخالف أحكام الفقه الإسلامي، حيث يشترط تعيين البدل في العقد، وفي حالة الجهالة يفسد العقد ويثبت أجر المثل⁽⁴⁾.

أن يكون الإيجاب والقبول بلفظي الجزم و القطع:

لتعذر ظهور الإرادة الباطنة ألغيت وأنيط الحكم بما هو مظنة لها، وهو الإيجاب والقبول، ولضمان صحة اعتبار الإيجاب والقبول مظنة لوجود الإرادة الباطنة لعقد المقاولة، اشترط الفقهاء أن يكون الإيجاب والقبول بلفظي الجزم والقطع⁽⁵⁾، ليدلوا بوضوح على الرغبة الحقيقية لإبرام عقد المقاولة.

(1) الزرقا، مصطفى: المدخل الفقهي العام (1 / 318-319)، و الزحيلي، وهبة: الفقه الإسلامي وأدلته. (4 / 105).

(2) الشهاوي، قدرى: عقد المقاولة. (ص 50)، و شنب، محمد لبيب: شرح أحكام عقد المقاولة (ص 58-63)، و السنهوري: الوسيط (37/7)، و عنبر، عبدالرحيم: الوجيز في عقد المقاولة (ص 31-36).

(3) القانون المدني اليمني لعام 2002 المادة (888)، المذكرة الإيضاحية للقانون المدني الأردني المادة (796)، و السنهوري: الوسيط (659) (38/3).

(4) ابن عابدين: حاشية رد المحتار (15/7)، وابن جزّي: القوانين الفقهية (ص 163)، والكاساني: البدائع (137/5).

(5) انظر ابن عابدين: حاشية رد المحتار (24/7)، والشربيني: مغني المحتاج (338/2)، والميداني: الباب (3/2)، والخرشي: حاشية الخرشي (263/5 - 264)، والبهوتي: كشاف القناع (147/3).

واختلف الفقهاء في انعقاد العقد بلفظ الأمر الذي يعبر به عن المستقبل كأن يقول المفاوض: قاولني هذا العمل بألف، فيقول صاحب العمل: قبلت، فلا ينعقد العقد عند الحنفية⁽¹⁾، لأن صيغة الأمر تحتل الدلالة على إرادة المساومة أو الوعد، وقال جمهور الفقهاء غير الحنفية⁽²⁾: أن لفظ الأمر يصح به العقد؛ لأن العرف جرى على استعمال صيغة الأمر في إنشاء العقود كالماضي والمضارع، فينعقد بها العقد.

اتصال القبول بالإيجاب:

والمقصود بالاتصال أن يكون الإيجاب والقبول في مجلس واحد، إن كان الطرفان حاضرين معاً، أو في مجلس علم الطرف الآخر بالإيجاب إن كانا غائبين، ويكون كلاً منهما مشغولاً بالتعاقد⁽³⁾.

الركن الثاني: عاقداً المقاولة ((طرفاً العقد))

لا يتصور وجود الإيجاب والقبول للذين يكونان ركن العقد من غير عاقد، فالعاقد من مكونات العقد الأساسية، وليس كل متعاقد صالحاً لإبرام العقود، فبعض الأفراد لا يصح لهم أن يبرموا أي عقد، وبعضهم يصح منهم إبرام بعض العقود، ومنهم ومن يصلح لكل عقد، وكل ذلك يرجع إلى مدى تحقق الأهلية عند المتعاقدين.

أولاً: الأهلية:

يشترط في كلاً من المفاوض وصاحب العمل أن يكون متمتعاً بالأهلية الكافية لإبرام العقد، والمقصود بالأهلية هنا هي أهلية الأداء، وهي صلاحية الإنسان للقيام بالتصرفات القانونية أو الشرعية على وجه يعتد به، والسبب في اعتبار أهلية الأداء في عقد المقاولة؛ لأنه عقد دائر بين النفع والضرر⁽⁴⁾، فهو من عقود المعاوضات الذي يترتب التزاماً على كلا الطرفين، فصاحب العمل يلزم بدفع البدل، والمفاوض يلزم بتقديم العمل والمواد التي يستخدمها أو عمله فقط، فكلاً منهما معرض للربح والخسارة⁽⁵⁾، فيشترط في كل من المفاوض وصاحب العمل الأهلية الكاملة، أو الإذن لصاحب أهلية الأداء الناقصة.

(1) الكاساني: البدائع (132/5).

(2) الشربيني: مغني المحتاج (328/2)، وابن رشد: بداية المجتهد (170/2).

(3) الشربيني: مغني المحتاج (329-330/2)، وابن جزي: القوانين الفقهية (ص 180)، والبهوتي كشاف القناع (147-149/3)، و الزحيلي: العقود المسماة (ص 16-17).

(4) توفيق، زيداني: النظام القانوني لعقد المقاولة (ص 20).

(5) الزحيلي: الفقه الإسلامي وأدلته (3315-3318/5)، و الكردي: فقه المعاوضات (ص 182-183)، و شنب: شرح أحكام عقد المقاولة (ص 80)، و السنهوري: الوسيط (48-49/7).

وبذلك قال الحنفية⁽¹⁾ والمالكية⁽²⁾ والحنابلة⁽³⁾، فلا ينعقد تصرف الصبي غير المميز، وهو الذي لم يبلغ السابعة من عمره، ولا الإنسان الذي يكون في حالة جنون أو إغماء أو نوم، وإذا أبرم أحدهم عقداً من العقود بما فيه المقاولة، يقع باطلاً ولا يصح ولا تؤثر فيه إجازة الولي اللاحقة.

ثانياً: أن يكون العاقد متعدداً:

والمراد به أن يكون المفاوض غير صاحب العمل، فلو كان المفاوض هو صاحب العمل لم ينعقد العقد وكان باطلاً، ولا ينعقد العقد بوكيل عن الجانبين، أو رسول من الطرفين، وسواء في ذلك كان العاقد أصيلاً عن نفسه في تقديم العمل والمادة أم العمل فقط ووكيلاً عن صاحب العمل، فيكون كالوكيل يشتري مال نفسه لموكله؛ لأن للمقاولة حقوقاً متقابلة مثل التسلم والتسليم، ولا يعقل كون الشخص الواحد في زمان واحد مسلماً ومستلماً، وطالباً ومطالباً، وقد نص القانون المدني اليمني في المادة (169) منه على أنه: لا يجوز للشخص ان يتعاقد مع نفسه لنفسه باسم من ينوب عنه...

الركن الثالث: محل عقد المقاولة:

محل العقد هو ما وقع عليه التعاقد، ويظهر أثر العقد فيه، وهذا ظاهرٌ في تعريف الفقهاء للعقد من أنه ارتباط إيجاب بقبول على وجه مشروع، يظهر أثره في محله⁽⁴⁾، فلا بد لكل عقد من محل يظهر حكمه أو أثره فيه، فالمقصود من العقود آثارها، وتختلف طبيعة المحل بحسب أنواع العقود، ففي عقد البيع والرهن والهبة يكون محل العقد عيناً مادية، وفي عقد الإجارة والاستصناع يكون محل العقد العمل.

وذكرت التشريعات المدنية الوضعية ما يمكن أن يكون محلاً للعقد، مثل القانون المدني الأردني في المادة (158)، والقانون المدني اليمني في المادة (185)، والقانون المدني الجزائري في المادة (93) وغيرها، ويجب أن يكون محل عقد المقاولة مما يمكن القيام به، وفي مقدور المفاوض، وإذا تعهد بعمل ليس باستطاعته كان ذلك عبثاً واضراراً بالآخرين، وقد نص القانون المدني الأردني في المادة (159) على ذلك " إذا كان العمل مستحيلاً في ذاته وقت العقد كان العقد باطلاً "، ومثله القانون المدني الجزائري في المادة (93) وغيرها من القوانين المدنية الأخرى، والاستحالة التي تجعل عقد المقاولة عقداً باطلاً هي الاستحالة المطلقة، وليست الاستحالة النسبية، والاستحالة المطلقة تعني عدم إمكان أي شخص القيام بالعمل

(1) ابن عابدين: حاشية رد المحتار (14/7).

(2) الخرشي: حاشية الخرشي (266/5).

(3) البهوتي: كشف القناع (151/3).

(4) الزرقاء: المدخل الفقهي العام (291/1).

أي أنه مستحيل في ذاته، وقد تكون الاستحالة المطلقة طبيعية، كما لو تم الاتفاق مع أحد الأشخاص على قيامه بإيجاد دواء قادر على شفاء جميع الأمراض المعروفة في هذا العصر، فيكون العقد باطلاً؛ لأنه يستحيل من الوجهة العلمية والعقلية إيجاد هذا الدواء، وقد تكون الاستحالة قانونية، كمن يتعهد بالطعن في حكم قضائي قد انقضت مواعيد الطعن فيه، فلم يعد بالإمكان إعادة النظر فيه، وقد تكون الاستحالة شرعية، كأن يكون المَقاول عاجزاً عن تسليم المنفعة حساً أو شراً كإجارة الحائض لكنس المسجد⁽¹⁾، وأما الاستحالة النسبية فتعني: فتعني أن العمل مستحيل بالنسبة لبعض الأشخاص دون الآخرين، كأن يتعهد المَقاول بإجراء عملية جراحية لمريض وهو ليس طبيباً، فهذا العمل مستحيل تنفيذه ولكن في مقدور غيره من ذوي الاختصاص والخبرة القيام به، والاستحالة المطلقة أياً كان نوعها فهي تمنع من انعقاد عقد المقاولة، بخلاف الاستحالة النسبية لا تمنع من انعقاد عقد المقاولة، ويكون المَقاول مسؤولاً عن التعويض⁽²⁾.

كما يجب في عقد المقاولة أن يكون العمل الذي تعهد به المَقاول مما أباحه الشارع، أما إذا كان العمل المتفق عليه مخالفاً لأحكام الشريعة، ومنافياً للنظام العام والآداب، كان عقد المقاولة باطلاً، وهذا باتفاق فقهاء الشريعة⁽³⁾ والفقهاء القانونيين⁽⁴⁾، ومن شروط المحل في عقد المقاولة أيضاً أن يكون معيناً أو قابلاً للتعين وقت العقد تعييناً نافياً للجهالة الفاحشة المفضية إلى النزاع غالباً، وتحقيقاً للرضا الحقيقي الكامل، وبالنظر في نصوص الفقهاء نجد أن العمل يكون معيناً إذا تولى الطرفان بيان نوعه، وأوصافه وقدره، وطريقة أدائه، وكل ما يمكن به إزالة كل جهالة فاحشة يمكن أن تكون سبباً للنزاع⁽⁵⁾.

(1) البهوتي: كشاف القناع (565/3)، الشربيني: مغني المحتاج (448/3).

(2) السنهوري: الوسيط (58/7)، الفضلي: الوجيز (ص 380)، السرحان: شرح القانون المدني (26، 27)، أبو

البصل، عبد الناصر: دراسات في فقه القانون المدني الأردني (ص 167).

(3) الكاساني: البدائع (21/6)، والشربيني: مغني المحتاج (445/3)، والخرشي: حاشية الخرشي (223/7)، وابن

رشد: بداية المجتهد (220/2)، والشيرازي، إبراهيم بن علي: المذهب. بيروت دار الفكر. (394/1).

(4) نص على ذلك القانون المدني اليمني في المادة (186) بقوله " لا يصح التعاقد على عين محرمة شرعاً ولا فعل محرم

شرعاً او مخالف للنظام العام او الآداب العامة الذين لا يخالفان اصول الشريعة الاسلامية"، كما نص على ذلك عدد من

القوانين المدنية مثل القانون الجزائري في مادته (93)، والقانون المدني الأردني مادة (163)، والقانون المدني الإماراتي

والمصري والكويتي وغيرها، كما نبه شراح القانون إلى ذلك منهم السنهوري: الوسيط (57/7-58)، الشهاوي: عقد المقاولة

(ص 72)، و السرحان: شرح القانون المدني (ص 28) وغيرهم.

(5) السرخسي: المبسوط (47/16)، الكاساني: البدائع (86/6).

وهذا ما نصت عليه كثير من القوانين المدنية العربية، فقد نص القانون المدني المصري في المادة (123) على أنه : إذا لم يكن محل الالتزام معيناً تعييناً نافياً للجهالة الفاحشة، وجب أن يكون معيناً بنوعه ومقداره، وإلا كان العقد باطلاً، ومثله القانون المدني اليمني في المادة (190) حيث ينص علة أنه " يلزم ان يكون محل العقد معيناً تعييناً تاماً نافياً للجهالة المؤثرة سواء كان تعيينه بالإشارة اليه او الى مكانه او باسمه او بصفته مع بيان مقداره ان كان من المقدرات او بذكر حدوده او بنحو ذلك ولا يكتفى بذكر الجنس او النوع عن الوصف المميز ويستثنى من ذلك ما ينص عليه القانون كالكفالة ونحوها"، ومثله القانون المدني الأردني في المادة رقم (782)، والقانون الكويتي مادة (661)، والقانون الإماراتي مادة رقم (872)، والجزائري مادة رقم (93).

ونرجح ما نص عليه القانون اليمني في المادة السابقة الذكر؛ لكون ذكر الجنس أو النوع لا ينفي الجهالة عن الموصوف غالباً، ويكون العمل معيناً ببيان نوعه و وصفه، ويكون قابلاً للتعيين متى تضمن ما يساعد على تعيينه، كما لو اتفق الطرفان على بناء مستشفى تحتوي على كذا سرير وكذا غرفه، مع المرافق اللازمة.

ويلاحظ أن القوانين المدنية نصت على بطلان عقد المقاولة بسبب الجهالة الفاحشة المفضية إلى المنازعة، متبعة رأي جمهور الفقهاء⁽¹⁾، بخلاف مذهب الحنفية الذي يقضي بفساد العقد بسبب الجهالة الفاحشة⁽²⁾، ويترتب على ذلك أن يثبت للعامل بعد الشروع بالعمل أجره المثل كاملة، سواء أكانت مساوية للأجرة المسماة أم أكثر أم أقل عند جمهور الفقهاء .

المبحث الثاني: آثار عقد المقاولة

يرتب عقد المقاولة التزامات متقابلة على عاتق كلا من المفاوض ورب العمل، يتعين عليهما تنفيذها بحسن نية، فإذا أخل أحدهما بالتزاماته تعرض للجزاء المناسب للإخلال الصادر منه، وهذا ما يمكن تسميته بآثار عقد المقاولة.

(1) البهوتي: كشاف القناع (549/3)، وابن النجار: منتهى الإرادات (ص478)، والشربيني: مغني المحتاج: (444/3)، و ابن قدامة المقدسي، عبدالله: الكافي في فقه أحمد بن حنبل، تحقيق زهير الشاوش. طبعة 5، بيروت: المكتب الاسلامي. سنة 1988م. (312/2).

(2) الميداني، عبد الغني: اللباب (103/2-104)، و الكاساني: البدائع (542/5).

المطلب الأول: التزامات المقاول

يلتزم المقاول بالتزامات بمقتضى العقد تشبه في الفقه الإسلامي التزامات الصانع والأجير المشترك والأجير الخاص، كما نصت القوانين المدنية على هذه الالتزامات، فنذكر أولاً هذه الالتزامات عند فقهاء الشريعة، ثم نعرض على ما ورد من نصوص التشريعات المدنية حول تلك النقاط.

أولاً: إحضار آلات العمل:

الأدوات المستخدمة في المقاولة تنقسم إلى قسمين:

- 1- أدوات داخلية في تكوين الشيء المراد إنجازه ويقع العمل عليها لتكوين الشيء المراد منها، وهي ما يعبر عنها بالمواد الخام، وهذه مثل: القماش في الخياطة، والإسمنت والأجر في البناء.
- 2- وأدوات تستعمل لإنجاز العمل، وهي ما يعبر عنها بالآلات. فإن احضر المقاول المواد الخام كالحديد والإسمنت ونحوها، فالمقاولة حينئذ تكون استصناعاً، واحضار الصانع (المقاول) لهذه الأدوات من صلب عمله، كما يجب عليه احضار الآلات التي ينجز بها العمل، إذ المستصنع (رب العمل) ليس عليه إلا دفع الثمن⁽¹⁾.

ولكن هل على الأجير احضار الآلات التي ينجز بها عمله، كحبر الناسخ وخيوط الخياط؟

اتفق الفقهاء على أنه إن كانت هناك عادة بين الناس أو شرط من أحدهما، فإنه يعمل بذلك⁽²⁾؛ لأن العادة محكمة⁽³⁾.

أما إذا لم يكن هناك عادة ولا شرط، فاختلفوا على قولين:

القول الأول: الآلات على العامل (المقاول) وهذا قول عند الشافعية، وهو الصحيح من مذهب الحنابلة⁽⁴⁾.

القول الثاني: الآلات على رب العمل، وهذا قول الحنفية، والمالكية، والمشهور من مذهب الشافعية، وهو قول عند الحنابلة⁽⁵⁾.

(1) ابن مفلح: المبدع (179/4 - 180)، وابن الهمام: فتح القدير (241/6).

(2) ابن عابدين: حاشية رد المحتار (54/6)، والشربيني: مغني المحتاج (346/2).

(3) ابن نجيم: الأشباه والنظائر (ص 92)، السيوطي: الأشباه والنظائر (ص 89).

(4) بن مفلح: الفروع، ط4، دار الكتب لبنان، 1985م. (448/4)، النووي: الروضة (282/4).

(5) السرخسي: المبسوط (51/16)، الخرخشي: شرح الخرخشي على خليل (24/7)، الشربيني: مغني المحتاج (346/2).

وقد نصت العديد من القوانين المدنية الوضعية على هذا الشرط، منها القانون المدني الجزائري في المادة (552): " على المقل أن يأتي بما يحتاج إليه في إنجاز العمل من الآلات وأدوات اضافية ويكون ذلك على نفقته، ما لم يقضي الاتفاق أو عرف الحرفة بغير ذلك "(1).

كما نصت المادة (877) من القانون المدني اليمني على ذلك: " في جميع الأحوال يلتزم المقل على نفقته بتقديم المواد الإضافية المعتادة التي يحتاج إليها في إنجاز العمل المتفق عليه مع مراعاة ما اشترط في العقد أو عرف الحرفة"(2)، ومن خلال ما سبق نجد أن القانون اليمني وغيره من القوانين قد رجح القول الأول وهو إلزام العامل بإحضار الآلات التي يحتاج إليها في إنجاز عقد المقاولة، ونحن نرجح هذا القول أيضاً؛ وذلك لأن العامل أعلم بما يحتاج إليه وما تتطلبه طبيعة العمل، إضافة إلى الاختصار في الوقت وسرعة التنفيذ، ولو قلنا بوجوبه على رب العمل فقد يؤدي ذلك إلى التأخير في الإنجاز مما سبب حصول الضرر منه.

ونلاحظ هنا أن المشرع اليمني لم يتعرض إلى مسألة احتياج المقل إلى الأيدي العاملة، إذ لم يتضمن النص أعلاه تحميل المقل نفقات ما يحتاج إليه من أيدي عاملة.

لكن رغم ذلك، يمكن القول أنه ليس هناك ما يمنع من تطبيق الحكم على هذه الحالة لعدم وجود مانع قانوني، وإن كان من الأفضل تعديل نص المادة بما يفيد صراحة تحميل المقل نفقات ما قد يحتاجه في إنجاز عمله من آلات وأدوات وأيدي عاملة، تعمل تحت إشرافه.

كما نص على ذلك كلا من القانون المدني الكويتي في المواد (666-670)، والقانون المدني الأردني في المواد (783-791)، والقانون المدني الإماراتي في المواد (875-883) (3).

ثانياً: الالتزام بجودة المواد التي يقدمها:

في المقاولة قد يقدم رب العمل المواد الخام المستعملة في الشيء المراد إنجازه، وفي هذه الحالة هو أعلم بمصلحته سواء أحضر مواد جيدة أم رديئة، إلا أنه يلزم المقل إخباره برداءة المواد التي يقدمها؛ لأن هذا من النصح والدين النصيحة، فإن رضي رب العمل بها فلا يخلو من حالتين:

(1) توفيق: نظام المقاولة في القانون المدني الجزائري (ص 53).

(2) المكتبة الإلكترونية الشاملة: متن القانون اليمني، مدني7، عقد المقاولة.

(3) الزحيلي، وهبة: موسوعة الفقه الإسلامي والقضايا المعاصرة، دار الفكر، ط1. (257/13).

الحالة الأولى: أن يترتب على رداءتها ضرر، كأن تكون هذه المواد تستعمل في بناء عمارة سكنية وتؤدي إلى انهيارها على السكان، ففي هذا الحالة يجب على المقاول الكف عن العمل؛ لأن رب العمل لا يملك أن يأذن للمقاول بإهلاكه أو إهلاك الآخرين⁽¹⁾.

الحالة الثانية: ألا يترتب على رداءتها إلا سرعة فسادها دون أن يكون هناك ضرر على أحد، كأن يكون الخشب المستعمل في صناعة خزنة الملابس رديئاً، ففي هذه الحالة لا يلزم المقاول الكف عن العمل مادام رب العمل راضياً.

أما إن قدم المقاول الأدوات، فهل يلزم بجودة المواد التي يقدمها؟

اتفق الفقهاء على أنه إذا اتفق العاقدان على رداءة المواد الخام التي يقدمها المستصنع (أو المسلم إليه عند الجمهور) فلهما ذلك، كما اتفقوا على أنه إذا اشترطت الجودة في المواد الخام فعلى المستصنع الالتزام بجودة المواد التي يقدمها⁽²⁾، ومما سبق يتبين أن رب العمل لا يلزمه تقديم المواد الجيدة، ما لم يكن هناك ضرر في تقديم المواد الرديئة.

وأما المقاول فعليه أن يلتزم بجودة المواد التي يقدمها مالم يكن هناك اتفاق على تقديم الرديء.

وقد نصت بعض التشريعات المدنية على هذا الشرط منها:

القانون المدني الجزائري في مادته (551) في حالة تقديم المقاول مادة العمل كلها أو بعضها:

"إذا تعهد المقاول بتقديم كلها أو بعضها كان مسؤولاً عن جودتها وضمانها لرب العمل".

أمّا إذا لم يقدم المقاول إلا عمله فقط فقد نصت المادة (552) على:

"إذا كان رب العمل هو الذي قدم المادة فعلى المقاول أن يحرص عليها، ويراعي أصول الفن في استخدامه لها".

وبمثل ما سبق نص القانون اليمني في مادته (876) بقوله "إذا قدم رب العمل للمقاول المواد اللازمة يلزم المقاول الحرص عليها ومراعاة أصول الفن والصناعة في استخدامها وتقديم حساب عما استعمل

(1) الكاساني: البدائع (177/7).

(2) الزركشي المصري الحنبلي، شمس الدين محمد بن عبد الله: شرح الزركشي على مختصر الخرقى، ط1، 1993م، دار العبيكان للنشر. (6/4)، الشربيني: مغني المحتاج (115/2)، الخرشى: شرح الخرشى على خليل (213/5)، الكاساني: البدائع (3/5).

ورد الباقي منها لرب العمل ويضمن المقاول ما ينشأ عن النقص في كفاءته الفنية أو تعديه أو تقصيره أو إهماله من تلف أو خسارة".

فعلى المقاول متى سلمت إليه المادة أن يتولى المحافظة عليها وأن يبذل في ذلك عناية الشخص المعتاد، وإلا كان مسؤولاً عن هلاكها أو تلفها أو سرقتها، وإذا احتاج حفظ المادة إلى نفقات تحملها المقاول وفقاً للقواعد العامة، وتعتبر جزء من النفقات العامة التي أدخلها في حسابه عند تقدير الأجر ما لم يحصل اتفاق على خلاف ذلك.

ونصت المادة (877) على أنه " إذا التزم المقاول بتقديم المواد اللازمة للعمل كان مسؤولاً عن جودتها وأوصافها بحسب العقد وعليه ضمان ذلك لرب العمل".

وفي اختيار المقاول للمادة التي يقدمها، فإنه يتعين عليه أن يلتزم بالشروط والمواصفات المتفق عليها بشأن هذه المادة، فإذا لم تكن هناك شروط أو مواصفات وجب على المقاول أن يأخذ بنظر الاعتبار الغرض الذي أعدت له هذه المادة، بحيث يجهز مادة تصلح لتجهيز ذلك الغرض.

وقد نص على ذلك أيضاً القانون المدني الكويتي في المادة (669)، والقانون المدني المصري في المواد (647-650)، والقانون المدني الإماراتي في المادة (779)، وغيرها

ثالثاً: تنفيذ العمل في الوقت المتفق عليه:

المقاولة عقد يصح تأقيته، سواء أقت بإنجاز عمل أم أقت بمدة معينة، فإذا أقت بمدة معينة فعلى المقاول أن ينفذ العمل في الوقت المتفق عليه؛ لأن رب العمل ما ضرب الأجل إلا وله فيه مصلحة لا يحق للمقاول تفويتها عليه⁽¹⁾.

ومع أن الوقت المتفق عليه ليس معقوداً عليه في المقاولة إذ المعقود عليه إنجاز العمل، إلا أن ذكر الوقت في العقد يجري مجرى الشرط، فيلزم المقاول تنفيذه، ولضمان تنفيذ العمل في الوقت المتفق عليه، كان على المقاول ألا يتراخى في بدء العمل، لا سيما وأن العقد عند الإطلاق يحمل على الحلول لا على التأجيل⁽²⁾، فإن لم يذكر وقت لإنجاز العمل فيه، فعلى المقاول إنجاز العمل في الوقت المناسب لمثل هذا العمل، ولذا لا يجوز له التأخير في إنجاز العمل بحجة أن الاتفاق تم دون مراعاة الوقت، وكذا لو تم الاتفاق

(1) العايد، عبدالرحمن عايد: عقد المقاولة، ط1، 2004م. (ص 179).

(2) بن قدامة المقدسي، عبد الرحمن بن محمد: الشرح الكبير على متن المقنع، دار الكتاب العربي للنشر والتوزيع. (331/3)، الزيلعي: تبين الحقائق (107/5).

على عمل شيء ما ولم تذكر المدة، إلا أن هذا العمل سيفوت الغرض منه لو تأخر عن مدة معينة، فهنا يلزم المقاول أن ينجز العمل في الوقت الذي يتمكن فيه رب العمل من الانتفاع به⁽¹⁾، والالتزام بإنجاز العمل في المدة المتفق عليها أو في مدة مقولة، التزام بتحقيق نتيجة وليس التزاماً ببذل عناية⁽²⁾، فلا يستطيع المقاول التخلص من المسؤولية عن التأخير في إتمام العمل إلا بإثبات السبب الأجنبي، كقوة قاهرة أو خطأ الغير أو خطأ رب العمل⁽³⁾، كما لو تأخر رب العمل في إصدار رخصة البناء، غير أن مسؤولية المقاول عن التأخير في إنجاز العمل تظل قائمة، ولو أثبت أن المدة المتفق عليها في العقد لم تكف لإنجاز العمل؛ ذلك لأنه كان يتعين عليه الا يقبل تحديد مدة لا يمكنه إنجاز العمل خلالها⁽⁴⁾.

رابعاً: تنفيذ العمل المتفق عليه حسب المواصفات المتفق عليها:

عقد المقاولة كغيره من العقود، لا بد أن يكون المعقود عليه معلوماً مضبوطاً بصفات نافية للجهالة. وقد تذكر مواد تحسينية أرادها رب العمل في العمل المتفق عليه، فإذا تم الاتفاق على ذلك، فعلى المقاول الالتزام بتنفيذ العمل المراد على حسب المواصفات المتفق عليها، فإن لم يشترط رب العمل مواصفات معينة، فعلى المقاول الالتزام بتنفيذ العمل المراد على حسب أصول الصناعة وما تعورف عليه، فإذا أهمل ولم يحسن عمله فإنه غاش لرب العمل، وعلى المقاول أن يسلك السبل المؤدية إلى إتقان عمله، فلا يتشاغل عن عمله بما يسبب خطأه فيه⁽⁵⁾، كما على المقاول أن يحضر معه الآلات اللازمة لإتقان العمل، كالألة المستخدمة في تنظيم الطوب بعضه على بعض، ويجب على المقاول إنجاز العمل وفقاً لشروط العقد، فإذا أخل بشرط منها، جاز لرب العمل طلب الفسخ في الحال إذا تعذر إصلاح العمل⁽⁶⁾.

وأما إذا كان إصلاح العمل ممكناً، كان لرب العمل إنذار المقاول بتصحيح العمل خلال مدة معقولة، فإذا انقضت المدة دون إتمام التصحيح، جاز له أن يطلب من القاضي فسخ العقد أو الترخيص له في العهدة لمقاول آخر بإتمام العمل على نفقة المقاول الأول.

(1) شنب: محمد لبيب، أحكام عقد المقاولة في ضوء الفقه والقضاء. (ص 120).

(2) قرة، فتحة: أحكام عقد المقاولة. (ص 118).

(3) العمروسي، أنور: العقود الواردة على العمل في القانون المدني، ط1، منشأة المعارف، الإسكندرية، 2003م. (ص 36).

(4) شنب: أحكام عقد المقاولة في ضوء الفقه والقضاء. (ص 121).

(5) ابن قدامة: المغني (39/8).

(6) زيداني توفيق: النظام القانون العام لعقد المقاولة (ص 58).

وهذا ما نصت عليه المادة (878) من القانون المدني اليمني بقولها:

"يجب على المقاول إنجاز العمل وفقاً لشروط العقد فإذا تبين أنه يقوم بما تعهد به على وجه معيب أو منافي للشروط فيجوز لصاحب العمل فسخ العقد في الحال إذا كان إصلاح العمل غير ممكن وأما إذا كان الإصلاح ممكناً فيجوز لصاحب العمل أن يطلب من المقاول أن يلتزم بشروط العقد ويصح العمل ضمن مدة معقولة فإذا انقضى الأجل دون التصحيح جاز لصاحب العمل أن يطلب من المحكمة فسخ العقد والترخيص له بأن يعهد إلى مقاول آخر بإتمام العمل على نفقة المقاول الأول"، وهذا ما نصت عليه القوانين المدنية مثل القانون المدني الأردني في المادة (788)، والقانون المدني الإماراتي (882)، والقانون المدني المصري (209، 650)⁽¹⁾، وغيرها.

خامساً: تسليم المعقود عليه فور الانتهاء من العمل:

إذا انتهى المقاول من العمل المتفق عليه فيجب عليه تسليمه إلى رب العمل فور الانتهاء منه؛ لأن هذا هو مقتضى العقد، إلا أن يكون بينهما شرط حددا فيه موعد التسليم فإنه حينئذ يعمل بالشرط⁽²⁾، ويكون التسليم بأن يضع المقاول الشيء الذي التزم بأدائه تحت سلطة صاحب العمل وتصرفه فعلاً بحيث يستطيع أن يمارس سلطته عليه كاملة⁽³⁾، ففي المقاولات العقارية كإنشاء السدود وبناء المنشآت فالتسليم يكون بالتخلية بين العمل وصاحب العمل، وتسليم المفاتيح إن وجد وهذا شأن الأشياء غير المنقولة.

أما إن كان موضوع العقد يمكن نقله فتسليمه يتم حسب الاتفاق في العقد، ويبقى الشيء المعقود عليه في ضمان المقاول وتحت مسؤوليته إلى أن يقوم بنقله إلى المكان المقرر تسليمه لصاحبه⁽⁴⁾.

فإذا أخل المقاول بموضوع التسليم كاملاً في المكان والزمان الواجب تسليمه فيه، يكون لصاحب العمل طلب التنفيذ العيني أو الفسخ والتعويض، بعد اعدار المقاول في الحالتين، وللقاضى تقدير حق طلب الفسخ والتعويض⁽⁵⁾.

سادساً: ضمان العمل بعد تسليمه

(1) الزحيلي: وهبة: موسوعة الفقه الإسلامي والقضايا المعاصرة. (258/13).

(2) البهوتي: شرح منتهى الإرادات (379/2-380)، الزيلعي: تبين الحقائق (109/5).

(3) شاشو، ابراهيم: عقد المقاولة في الفقه الإسلامي، بحث رسالة دكتوراه بجامعة دمشق، كلية الشريعة، 2010م. (ص758).

(4) توفيق: النظام القانون العام لعقد المقاولة (ص 58).

(5) الزحيلي: وهبة: عقد المقاولة، مجمع الفقه الإسلامي في دورته 14.

الضمان هو الالتزام بتعويض الغير عما لحقه من تلف المال أو ضيع المنافع أو الضرر الجزئي أو الكلي الحادث بالنفس الإنسانية⁽¹⁾، ويشمل الضمان ايضاً صلاحية الشيء للانتفاع المعتاد، وخلوه من العيوب مدة معينة بعد التسليم، فالمقاول يضمن ما تولد عن فعله من ضرر أو خسارة سواء كان بتعديه أو تقصيره أم لا؛ لأنه كالأجير المشترك ضامن لما يسلم إليه من أموال الناس، وهذا هو قول الجمهور من أهل العلم⁽²⁾، ويستثنى من ذلك إذا حصل الضرر أو الخسارة لسبب قاهر، عملاً بالقاعدة الشرعية (كل ما لام يمكن التحرز عنه لا ضمان فيه).

والخلاصة: أنه يجب التفرقة في هذا المقام بين ثلاث حالات وهي:

- 1- إذا كان العيب في العمل المنجز واضحاً، يستطيع الشخص العادي أن يكشفه إذا عاينه، فإن تسلم رب العمل للعمل المنجز بصورته معيباً دون اعتراض، يعني أنه قبل العمل معيباً، ونزل عن حقه في الرجوع على المقاول، ومن ثم ينقضي ضمان المقاول للعيب في هذه الحالة⁽³⁾.
- 2- إذا كان العيب ليس من الواضح حتى يتمكن رب العمل من كشفه حال تسلمه للعمل المنجز من قبل المقاول، ولم يكن هذا الأخير قد أخفاه غشاً منه، ففي هذه الحالة يظل المقاول ضامناً للعيب للمدة التي يقضي بها عرف المهنة، باعتبار أن العرف في عقد المقاولة مكمل لنص القانون، ويجوز أن يصل إلى درجة تحديد مدة تتقدم بها دعوى الضمان، وقد يستخلص من سكوت رب العمل بعد اكتشافه العيب، أنه تنازل ضمناً عن دعوى الرجوع على المقاول⁽⁴⁾.
- 3- قد يعتمد المقاول على إخفاء العيب أو المخالفة للشروط الواردة في العقد غشاً منه، فلا يتمكن رب العمل من معرفة ذلك العيب أو المخالفة وقت تسلمه للعمل، فإنه يكون لرب العمل في هذه الحالة الرجوع على المقاول بالضمان وفق قواعد المسؤولية التقصيرية⁽⁵⁾.

(1) الزحيلي: وهبة: نظرية الضمان (ص 16).

(2) السرخسي: المبسوط (103/15)، الكاساني: البدائع (533/6)، الشربيني: مغني المحتاج (215/2).

(3) قره، فتحية: أحكام عقد المقاولة (ص 146).

(4) مغبغب، نعيم: عقد مقاولات البناء والأشغال الخاصة والعامة دراسة في القانون المقارن، ط3، 2001م. (ص 284).

(5) السرحان، عدنان إبراهيم: العقود المسماة في المقاولة - الوكالة - الكفالة، مكتبة دار الثقافة للنشر والتوزيع، عمان الأردن، 2007م. (ص 53).

المطلب الثاني: التزام رب العمل

أولاً: دفع الأجرة

إذا سلم المقاول العمل المعقود عليه استحق الأجرة، وإذا لم يسلمها لم يستحقها؛ وذلك لأن الأجرة عوض، فلا يستحق المقاول تسلمه إلا مع تسليم المعوض (العمل)، قياساً على ثمن المبيع بجامع أن كلا منهما عوض في عقد معاوضة⁽¹⁾.

وإن عمل المقاول بعض العمل، فإن كان هذا الجزء من العمل غير مقصود، يكون العمل لا ينتفع ببعضه دون بعض، فإنه حينئذ لا يستحق شيئاً من الأجرة، لأن العمل في هذه الحالة كالشيء الواحد فلا يستحق الأجرة إلا بعد تمام العمل كاملاً، وهذا كما لو تعاقدنا على بناء عشر عمارات فبناء غرفتين من عمارة واحدة، أما إن كان هذا الجزء له نفع، فإنه يستحق ما يقابله من الأجرة، ويعتبر التزام رب العمل بدفع الأجرة أهم التزام يقع على عاتقه، لأنه يمثل المقابل الذي قصد المقاول الحصول عليه، وذلك الالتزام ينشأ إما باتفاق الطرفين، أو عن طريق القانون في حالة سكوت المتعاقدين عن تحديده⁽²⁾، ويدفع الأجر إلى المقاول الذي قام بالعمل أو إلى ورثته أو إلى خلفه الخاص، كما أنه يجوز للمتعاقد أن يتفقا على دفع الأجرة مؤجلاً، أو أن يكون دفعة على أقساط دورية، وإذا لم يوجد اتفاق ولكن وجد عرف فيعمل به⁽³⁾.

وقد نصت كثير من التشريعات المدنية على ذلك منها القانون المدني اليمني في المادة (883) " يلزم رب العمل دفع الأجرة للمقاول بحسب ما يقضي به العقد أو العرف ومع عدمهما تقسط أثلاثاً في أول العمل وأوسطه وعند استلامه"، ونجد أن المقنن اليمني قد أجاز تقسيم الأجرة أقساطاً في حالة عدم وجود اتفاق يلزم بدفعها كاملة أو عرف محكم في ذلك، ولعل سلوك المقنن هذا المسلك لتجنب ما يترتب على الامتناع عن دفع الأجرة وقت مباشرة العمل من ضرر، ونرى أن سلوك المقنن ذلك المسلك غير صحيح وخصوصاً عند إلزام رب العمل بإعطاء المقاول قسطاً في أول العمل وقبل اتمامه؛ لعدم وجود العمل المتفق عليه، وهذا الجزء قد لا يحصل الانتفاع به، وبالتالي كان الأولى على المقنن أن يقوم بتوضيح كيفية دفع الأجرة بشكل أكثر دقة.

(1) الكاساني: البدائع (204/4)، الدريد: الشرح الكبير (4/4).

(2) الزحيلي: وهبة: نظرية الضمان (ص 279).

(3) قرة: فتحة: أحكام عقد المقاولة (ص 228).

ونص القانون المدني الأردني في مادته (723) على أنه " يلتزم صاحب العمل بدفع الأجرة عن تسلم المعقود عليه إلا إذا نص اتفاق أو جرى العرف على غير ذلك " (1).

وكذلك القانون المدني الإماراتي في المواد (884-889)، والكويتي في المواد (671-679)، والجزائري (565)، وغيرها (2)، وقد نبّه المشرع اليمني في المواد (884-885-886) على حالات تعديل الأجرة كما يأتي:

الحالة الأولى: الاتفاق على الأجر بمقتضى مقايضة على أساس سعر الوحدة:

في هذه الحالة أجاز المشرع اليمني زيادة الأجر عندما يضطر المقاول إلى مجاوزة المقايضة مجاوزة محسوسة، بعد أن يتبين أثناء العمل أنه من الضروري لتنفيذ التصميم المتفق عليه مجاوزة المصروفات المقدرة له في المقايضة مجاوزة بينة، وعلى أن تتحقق الشروط التي أوجبتها المادة (884) من القانون المدني اليمني والتي تنص على أنه " إذا أبرم العقد بمقايضة على أساس الوحدة واستلزم التصميم المتفق عليه مجاوزتها وأخطر المقاول رب العمل بما يتوقعه من زيادة في الوحدات في الوقت المناسب فوافق أو سكت لزم رب العمل دفع ما زاد عن قيمة المقايضة من نفقات".

من نص المادة أعلاه يتضح أنه يشترط لتطبيقها شروطاً ثلاثة:

الشرط الأول: أن يكون الأجر في المقاولة متفقاً عليه بمقتضى مقايضة على أساس الوحدة، تعين نوع الأعمال المطلوبة وكميتها، وتحدد سعراً لكل نوع من الأعمال، ففي هذه الحالة يكون تحديد كمية الأعمال على وجه التقريب وليس بشكل نهائي، بما يعني أن الأجر المستحق للمقاول يتحدد على أساس كمية الأعمال التي تمت فعلاً، وليس على أساس كمية الأعمال المبينة في العقد، وبالتالي لا يمكن تحديد هذا الأجر بشكل بات، إلا عند الانتهاء من العمل.

وعليه إذا لم يتفق على مقدار الأجر أصلاً، أو تم الاتفاق عليه ولكنه كان أجراً إجمالياً على أساس تصميم معين، فإن النص لا يطبق.

(1) شاشو: ابراهيم: عقد المقاولة في الفقه الإسلامي (ص 761).

(2) الزحيلي: وهبة: مجلة الشريعة والقانون، جامعة الإمارات العربية المتحدة. (ص 15).

الشرط الثاني: مجاوزة المقايضة المقدرة في العقد مجاوزة محسوسة، بمعنى مجاوزة كميات الأعمال المقدرة بالمقايضة لا مجاوزة أسعارها، ولا يكفي أن تكون الزيادة محسوسة، بل يجب أيضاً ألا تكون متوقعة في الوقت الذي أبرم فيه عقد المقاولة.

الشرط الثالث: أن يخطر الماقل رب العمل بالزيادة المحسوسة في المصاريف حال تبينه لها، مع بيان ما يتوقعه من زيادة في الكم، وما يستتبع ذلك من زيادة في الأجر.

فإذا توفرت الشروط الثلاثة على النحو الذي سبق بيانه، فإن هناك فرضين يتعين التمييز بينهما؛ لأن لكل فرض حكم خاص به، فإما أن تكون المجاوزة المحسوسة غير جسيمة، وإما أن تكون جسيمة، وتقدير ما إذا كانت تلك المجاوزة المحسوسة جسيمة أو غير جسيمة، مسألة واقع يفصل فيها قضاة الموضوع.

الفرض الأول: المجاوزة غير الجسيمة:

لم يتعرض نص المادة (884) من القانون المدني اليمني السالفة الذكر، لهذا الفرض بشكل صريح، ولكن بمفهوم المخالفة للمادة التي تليها (885) والتي تنص على أنه " إذا تبين أن الزيادة في الوحدات التي يقتضيها تنفيذ التصميم جسيمة جاز لرب العمل وقف التنفيذ مع إيفاء الماقل قيمة ما أنجزه من الأعمال مقدرة وفق شروط العقد"، وعليه يمكن القول أن رب العمل لا يستطيع التحلل من عقد المقاولة بسبب المجاوزة المحسوسة غير الجسيمة، وأنه تجب زيادة الأجر بما يتناسب مع هذه المجاوزة، سواء وافق رب العمل على ذلك أو لم يوافق.

الفرض الثاني: المجاوزة الجسيمة:

إذا كانت المجاوزة التي يقتضيها تنفيذ التصميم جسيمة، كان لرب العمل أن يختار بين أمرين:

الأول: أن يبقى مرتبطاً بعقد العمل ويدفع للماقل الزيادة.

الثاني: أن يتحلل رب العمل من العقد ويطلب من الماقل أن يتوقف عند المرحلة التي وصل إليها.

الحالة الثانية: الاتفاق على أجر إجمالي على أساس تصميم معين:

تنص المادة (886) من القانون المدني اليمني على أنه " إذا أبرم العقد بأجر إجمالي على أساس تصميم متفق عليه مع رب العمل فليس للماقل أن يطالب بأية زيادة في الأجر ولو عدل في التصميم أو أضاف إليه إلا أن يكون ذلك راجعاً إلى خطأ من رب العمل أو بإذن منه".

وتنص المادة (887) على أنه " ليس للمقاول أن يطالب بزيادة في الأجر على أساس ارتفاع الأثمان أو زيادة أجور الأيدي العاملة أو غيرها من التكاليف إلا إذا انهار التوازن الاقتصادي بين التزاماته والتزامات رب العمل بسبب حوادث استثنائية عامة ورأى القاضي ذلك طبقاً لما هو منصوص عليه في المادة (211) ويجوز للقاضي بناءً على طلب أحد الطرفين فسخ العقد في مثل هذه الأحوال".

وعليه يلزم لعمل نص المادتين السابقتين أن تتوفر الشروط التالية:

الشرط الأول: أن يكون الأجر قد حدد بمبلغ إجمالي، ويكون كذلك عندما يتفق الطرفان وقت إبرام عقد المقاولة، على أجر معين يدفعه رب العمل في مقابل كل الأعمال المطلوب من المقاول إنجازها.

الشرط الثاني: أن يحدد الأجر على أساس تصميم متفق عليه، ولا يقصد بالتصميم هذا مجرد التمثيل بالخطوط والرسومات، بل كل وصف للأعمال المعهود بها إلى المقاول⁽¹⁾، وذلك حتى تتبين حدود العمل على وجه كامل، واضح ونهائي.

الشرط الثالث: أن يكون عقد المقاولة مبرماً بين رب العمل والمقاول الأصلي، فإذا أبرم عقد المقاولة بين مقاول أصلي ومقاول فرعي، وانقضا على إجراء العمل على أساس تصميم معين، متفق عليه بأجر جزافي، فلا يجري عليهم نص المادة السابق.

وبالتالي فمتى توفرت هذه الشروط، فإن الأجر الجزافي الذي اتفق عليه الطرفان، لا يكون قابلاً للتعديل، وذلك حتى لو تغيرت تكاليف العمل زيادة أو نقصاناً.

ومع ذلك فقد أجازت المادة (887) من القانون المدني اليمني، في فرض واحد زيادة الأجرة الاجمالية للتصميم المعين وهو كما يلي: "ليس للمقاول أن يطالب بزيادة في الأجر على أساس ارتفاع الأثمان أو زيادة أجور الأيدي العاملة أو غيرها من التكاليف إلا إذا انهار التوازن الاقتصادي بين التزاماته والتزامات رب العمل بسبب حوادث استثنائية عامة ورأى القاضي ذلك طبقاً لما هو منصوص عليه في المادة (211) ويجوز للقاضي بناءً على طلب أحد الطرفين فسخ العقد في مثل هذه الأحوال".

إن هذه المادة المشار إليها هي تطبيق واضح لنظرية الظروف الطارئة، ولكن إذا كانت نظرية الظروف الطارئة في مبدئها العام تتفق مع شروط النظرية في تطبيقها الخاص بعقد المقاولة، فإن الجزاء يختلف قليلاً في التطبيق الخاص عنه في المبدأ العام، ففي المبدأ العام يجوز للقاضي أن يرد الالتزام المرهق

(1) عنبر، محمد عبدالرحيم: أحكام عقد المقاولة (ص 240).

إلى حد المعقول، تبعاً للظروف، وبعد الموازنة بين مصلحة الطرفين، ويبطل كل اتفاق يخالف ذلك، أما التطبيق الخاص فإنه يجيز للقاضي فضلاً عن الحكم بزيادة الأجر، أن يحكم بفسخ عقد المقاولة، حيث لا يجوز ذلك في المبدأ العام للنظرية⁽¹⁾، ومهما يكن من الأمر، يتضح من المادة السابقة أنها تشترط لزيادة الأجر الشروط التالية:

الشرط الأول: أن ينهار التوازن الاقتصادي بين التزامات الطرفين، بأن يتداعى الأساس الذي قام عليه التقدير المالي لعقد المقاولة، وأن تجعل هذه الحوادث الطارئة التزام المقاول مرهقاً وعسيراً، وتهدده بخسارة جسيمة فادحة، وتقدير مدى انهيار التوازن الاقتصادي بين التزامات المتعاقدين، بحيث يصبح المقاول مهدداً بخسارة فادحة، مسألة موضوعية، يفصل فيها القضاء، مسترشداً بظروف وملابسات كل دعوى، بصرف النظر عن الظروف الخاصة بالمقاول من حيث غناه أو فقره⁽²⁾.

الشرط الثاني: أن يكون هذا الانهيار بسبب حوادث استثنائية عامة لم تكن في الحسبان، فلا يكفي أن ينهار التوازن الاقتصادي بين التزامات كل من رب العمل والمقاول، بل يجب أن ينشأ هذا الانهيار عن حوادث استثنائية عامة لم تكن في الحسبان وقت التعاقد، ويتطلب ذلك:

- 1- أن تكون هذه الحوادث استثنائية وعامة، والحدث الاستثنائي هو الحادث غير المألوف لكونه نادر الوقوع، فهو حادث لا يقع في ظروف عادية، أما الحادث العام فهو الحادث الذي يمس كافة الناس أو على الأقل فئة منهم، وليس خاصاً بالمقاول وحده، بل يشمل أي مقاول آخر، يعهد إليه تنفيذ هذه المقاولة، ومن الحوادث الاستثنائية العامة نذكر الحرب، الفيضانات، الزلازل، . . . وتؤدي هذه الحوادث إلى زيادة تكاليف العمل.
- 2- أن تكون هذه الحوادث الاستثنائية العامة، غير متوقعة أو لم يكن في الوسع توقعها، ولا عبء بعد ذلك، إن كان هذا الحادث موجوداً عند إبرام العقد أو لم يكن كذلك، فلا فرق بين حادث استثنائي يوجد بعد إبرام المقاولة، وحادث استثنائي موجود وقت إبرامها، متى كان غير ممكن توقعه، فكلاهما من الحوادث الاستثنائية التي لم تكن في الحسبان⁽³⁾.
- 3- أن تلك الحوادث المشار إليها قد نص عليها المشرع في المادة (211) بقوله " العقد ملزم للمتعاقدين فلا يجوز نقضه ولا تعديله إلا باتفاق الطرفين، أو للأسباب التي يقررها القانون الشرعي، ومع

(1) السنهوري: الوسيط (127/7).

(2) شنب: أحكام عقد المقاولة في ضوء الفقه والقضاء (ص 231).

(3) الفضيلي، جعفر: الوجيز في العقود المدنية، البيع - الإيجار - المقاولة، دراسة في ضوء التطور القانوني ومعززة بالقرارات القضائية، دار الثقافة للنشر والتوزيع: عمان، الأردن، (ص 423).

ذلك إذا طرأت حوادث استثنائية عامة كالحروب والكوارث لم تكن متوقعة، وترتب على حدوثها أن تنفيذ الالتزام التعاقدى، وإن لم يصبح مستحيلاً صار مرهقاً للمدين بحيث يهدده بخسارة فادحة لا يستطيع معها المضي في العقد، ولا يعني ذلك ارتفاع الأسعار وانخفاضها، جاز للقاضي تبعاً للظروف من فقر أو غنى وغير ذلك، وبعد الموازنة بين مصلحة الطرفين أن يرد الالتزام المرهق إلى الحد المعقول " ومعيار التوقع معيار موضوعي، لا ينظر فيه إلى ما توقعه أو حسبه المتعاقدان فعلاً، بل إلى ما كان يجب أن يتوقعه شخص عادي لو وجد في مثل ظروفهم بحسب المجرى العادي للأمر⁽¹⁾.

فإذا توفر الشرطان السابقان، جاز للمقاول أن يطالب رب العمل بزيادة الأجر المتفق عليه، فإن لم يرض رب العمل بهذه الزيادة، كان للمقاول أن يلجأ إلى القضاء طالبا الحكم بها، وهنا يتعين مراعاة عدم مجاوزة الزيادة في الأجر التي يحكم بها للمقاول، ما هو لازم لرفع الإرهاق عنه، بمعنى أن يتحمل المقاول كل الزيادة المألوفة في التكاليف، لأن هذه الزيادة متوقعة، وتدخل في تقدير المقاول عند إبرام العقد، أما التكاليف غير المألوفة، فنقسم مناصفة بين رب العمل والمقاول، بحيث يتحمل كل منهما نصيبه من هذه الخسارة غير المألوفة⁽²⁾.

وأخيراً نشير إلى أن المشرع اليمني استعمل عبارة "يجوز للقاضي" في المادة السابقة وذلك لا يقصد منه الاعتقاد أن القاضي غير ملزم بمراجعة عقد المقاولة، فهذا تأويل غير صحيح، ويتعارض مع غرض المشرع من استحداث نظرية الظروف الطارئة، بل إن القاضي ملزم بمراجعة عقد المقاولة، إذا توافرت الشروط التي سبق ذكرها، إما بزيادة الأجر أو بفسخ عقد المقاولة، ونجد أن التصنيف هنا يتعلق بمسألة الظروف الطارئة وليست القوة القاهرة، لكون الثاني يستلزم إنهاء العقد عند العجز عن الإيفاء بالالتزام.

ثانياً: تسليم العمل بعد انجازه

على المقاول تسليم العمل المتفق عليه إلى رب العمل فور الانتهاء منه، ويجب على رب العمل تسلمه؛ لأن هذا هو مقتضى العقد، ما لم يكن هناك بينهما شرط حددا فيه موعد التسليم، فإنه حينئذ يعمل بالشرط⁽³⁾.

(1) شنب: أحكام عقد المقاولة في ضوء الفقه والقضاء (ص 233).

(2) الشهاوي: قدرى عبدالفتاح: عقد المقاولة في التشريع المصري والمقارن، منشأة المعارف: الاسكندرية. (ص 217).

(3) الكاساني: البدائع (204/4-205)، الزيلعي: تبیین الحقائق (109/5)، الخرشي: شرح الخرشي على خليل (28/7-29).

فإن كان العمل الذي تم الانتهاء منه تحت يد رب العمل، فإن تسلمه يكون بفرغ المقاول منه؛ لأنه في هذه الحالة يكون المقاول قد سلم العمل شيئاً فشيئاً، وأما إن كان العمل في يد المقاول فلا بد حينئذ من تسلمه حقيقة⁽¹⁾.

وكيفية التسليم تختلف بحسب الشيء الذي وقع عليه العمل، فقد يكون التسليم بمجرد تخلية المقاول بين رب العمل والشيء الذي وقع عليه العمل، وقد يكون عن طريق تناوله من المقاول⁽²⁾.

ومكان التسلم بحسب ما يتفقان عليه، فإن لم يتفقا على شيء فحسب العرف؛ لأن المعروف عرفاً كالمشروط شرطاً⁽³⁾.

وقد تعرضت القوانين المدنية الوضعية لهذا الشرط ونصت عليه في موادها، فقد نص القانون المدني اليمني على ذلك في المادة (882) بقوله: " يجب على رب العمل عند تمام العمل ووضعه تحت تصرفه أن يبادر إلى استلامه بحسب العرف الجاري في المعاملات، وإذا امتنع دون سبب مشروع رغم دعوته إلى ذلك بإنذار رسمي اعتبر أن العمل قد سلم إليه".

ونص على ذلك أيضاً القانون المدني الأردني في المادة (792) بقوله: " يلتزم صاحب العمل بتسليم ما تم من العمل متى أنجزه المقاول ووضعه تحت تصرفه، فإذا امتنع بغير سبب مشروع رغم دعوته إلى ذلك وتلف في يد المقاول أو تعيب دون تعديه أو تقصيره فلا ضمان عليه"⁽⁴⁾.

والقانون المدني الإماراتي في المادة (888)⁽⁵⁾، والقانون المدني الجزائري في المادة (552) بقوله: " عندما يتم المقاول العمل، ويضعه تحت تصرف رب العمل، وجب على هذا الأخير أن يبادر إلى تسلمه في أقرب وقت ممكن بحسب ما هو جار في المعاملات، فإذا امتنع دون سبب مشروع عن التسلم رغم دعوته إلى ذلك بإنذار رسمي، اعتبر أن العمل قد سلم إليه، ويتحمل كل ما يترتب على ذلك من آثار

(1) البهوتي: شرح منتهى الإرادات (280/2)، الدسوقي: حاشية الدسوقي على الشرح الكبير (27/4)، زكريا الأنصاري،

محمد بن زكريا زين الدين الأنصاري: أسنى المطالب في شرح روض الطالب، دار الكتاب الإسلامي. (426/2).

(2) الكاساني: البدائع (204/4)، الشيرازي: المذهب (409/1).

(3) ابن نجيم: الأشباه والنظائر (ص 99)، السيوطي: الأشباه والنظائر (ص 92).

(4) شاشو، إبراهيم: عقد المقاولة في الفقه الاسلامي (ص 76).

(5) الزحيلي، وهبة: موسوعة الفقه الإسلامي والقضايا المعاصرة (256/13).

" (1)، على أن التزام رب العمل بتسليم العمل محل المقاولة بعد إنجازه، يستوجب أن يكون العمل موافقا للشروط والمواصفات المتفق عليها مسبقا بين المتعاقدين أو طبقا لما تقتضي به الأصول الفنية لهذا العمل، وعلى ذلك يعتبر رفض رب العمل تسليم ما أنجزه المقاول مبررا، إذا جاء العمل معيبا ومخالفا لما تم الاتفاق عليه، أو لما يقضي به عرف المهنة و أصولها(2).

ومع ذلك لا يجوز لرب العمل أن يتعسف في رفض العمل المعيب والامتناع عن تسلمه، إذا كان العيب بسيطا لا يؤثر على الانتفاع به وصلاحيته للغرض المقصود منه، وهذا تطبيقا لما يقتضيه مبدأ حسن النية في تنفيذ العقود، ومبدأ عدم التعسف في استعمال الحق، طالما أن رب العمل يستطيع كنتيجة للمخالفة البسيطة التي ارتكبها المقاول إما أن يطلب تخفيض قيمة المقاولة، بما يتناسب مع ماهية المخالفة وطبيعتها أو طلب تعويض عن الضرر الذي لحق به بسبب تلك المخالفة(3).

ومهما يكن من الأمر، فإذا وقع خلاف بين الطرفين فيما إذا كان العمل موافقا أو غير موافق للشروط المتفق عليها، جاز لكل طرف الاستعانة بمحضر قضائي لإثبات الحالة، ورفع الأمر إلى القضاء مع طلب تعيين خبير على نفقة المدعي، لمعاينة العمل المنجز وفحص مدى تحقق الشروط المتفق عليها موضوع عقد المقاولة من عدمه، حيث يصدر القاضي حكمه تبعا لتقرير الخبير وظروف الدعوى وملاستها(4)، وعملية التسلم يمكن أن تتخذ أشكالا مختلفة، إذ قد يكون هذا التسلم مؤقتا أو نهائيا، جزئيا أو كليا، حكما أو قضائيا وقد يكون صريحا أو ضمنيا(5).

الخاتمة والنتائج:

وفي ختام هذه الدراسة وبعض التعرض لجزئيات عقد المقاولة وآثاره سأقوم بعرض أهم النتائج التي توصلت إليها كما يلي:

-
- (1) توفيق، زيداني: التنظيم القانوني لعقد المقاولة في ضوء أحكام القانون المدني الجزائري (ص 74).
- (2) محراش، سميرة: المسؤولية المدنية للمقاول والمهندس المعماري وفقاً للقواعد الخاصة، رسالة ماجستير، فرع القانون العقاري والزراعي، كلية الحقوق، جامعة البليدة. 2010م. (ص 53)، السرحان: العقود المسماة في المقاولة (ص 88).
- (3) السرحان: المرجع السابق (ص 88).
- (4) زيداني: التنظيم القانوني لعقد المقاولة في ضوء أحكام القانون المدني الجزائري (ص 74).
- (5) سرور، محمد شكري: مسؤولية مهندسي ومقاولي البناء والمنشآت الثابتة الأخرى، دار الفكر العربي، القاهرة. 1985م (ص 158).

- 1- أن عقد المقاولة هو: عقد بين شخص وآخر يلتزم فيه أحدهما وهو المقاول بأن يصنع شيئاً أو يؤدي عملاً في مقابل أجر يلتزم به الآخر وهو رب العمل وسواء قدم رب العمل المواد اللازمة للعمل من عنده أم التزم المقاول بتقديم العمل والمواد اللازمة له معاً.
- 2- من خصائص عقد المقاولة أنه عقد رضائي، وهو من عقود المعاوضة، وهو ملزم للجانبين، كما أنه عقد وارد على عمل، وهو عقد محدد وممتد، كما أن لعقد المقاولة ثلاثة أركان تتمثل في: الركن الأول: الصيغة ويشترط فيها جلاء المعنى، وتوافق وجزم واتصال، الركن الثاني: العاقدان، الركن الثالث: المحل ويشترط فيه: أن يكون مشروعاً ممكناً معيناً غير واجب، إضافة إلى أن عقد المقاولة كغيره من العقود، يترتب على قيامه التزامات بين أطرافه ممثلة في رب العمل و المقاول.
- 3- أن التزامات رب العمل تتمثل في: دفع الأجرة، وتسليم العمل بعد إنجازه، وإن المقنن اليمني قد نبه على حالات تعديل الأجرة وبينها بالتفصيل.
- 4- التزامات المقاول تتمثل في: إحضار آلات العمل، والالتزام بالجودة، وتنفيذ العمل في الوقت المتفق عليه، وتنفيذه حسب المواصفات، وتسليمه بعد الانجاز، والضمان ومنع التعسف.

قائمة المصادر والمراجع

1. القرآن الكريم.
2. أحكام عقد المقاوله في ضوء الفقه والقضاء، محمد لبيب شنب، دار النهضة، سنة 1992م.
3. أحكام عقد المقاوله، فتحة قره، بدون طبعة.
4. الاختيار لتعليل المختار، عبدالله بن محمود الموصللي، الطبعة الثالثة، دار المعرفة بيروت، 1975م.
5. أسنى المطالب في شرح روض الطالب، زكريا الأنصاري محمد بن زكريا زين الدين الأنصاري: دار الكتاب الإسلامي.
6. الأشباه والنظائر، جلال الدين بن عبدالرحمن السيوطي، الطبعة الأولى، بيروت: دار الكتب العلمية. 1983م0
7. البحر الرائق شرح كنز الدقائق في فروع الحنفية، زين الدين بن ابراهيم ابن نجيم، الطبعة الأولى، بيروت: دار الكتب العلمية، سنة 1997م.
8. بداية المجتهد ونهاية المقتصد، أبو الوليد محمد بن أحمد بن محمد بن أحمد بن رشد القرطبي الشهير بابن رشد الحفيد، دار الحديث القاهرة، 2004 م.
9. بدائع الصنائع في ترتيب الشرائع، علاء الدين أبو بكر بن مسعود بن أحمد الكاساني الحنفي، دار الكتب العلمية.
10. البهجة شرح التحفة علي بن عبدالسلام التسولي، دار المعرفة للطباعة والنشر، بيروت لبنان، الطبعة الأولى، سنة 1977م.
11. البيوع الشائعة وأثر ضوابط المبيع في شرعيتها، د. محمد توفيق رمضان البوطي: (رسالة دكتوراه منشورة) الطبعة الأولى، دمشق: دار الفكر. سنة 1998 م.
12. تاج العروس من جواهر القاموس، محمد مرتضى الحسيني الزبيدي، الطبعة الثالثة، دراسة وتحقيق علي شيري، بيروت دار الفكر سنة 1994م.
13. تبين الحقائق شرح كنز الدقائق، فخر الدين عثمان علي الزيلعي،. تحقيق الشيخ أحمد غزو. الطبعة الأولى، بيروت: دار الكتب العلمية. 2000م.
14. تحفة الفقهاء، علاء الدين محمد بن أحمد السمرقندي، الطبعة الأولى، دار الكتب العلمية، بيروت لبنان، 1984م.
15. التنظيم القانوني لعقد المقاوله على ضوء أحكام القانون المدني الجزائري، توفيق زيداني، مذكرة مقدمة لنيل شهادة الماجستير في القانون فرع قانون عقاري، بجامعة الحاج لخضر كلية الحقوق قسم العلوم القانونية، سنة 2010م.
16. الجامع في أصول الربا، رفيق يونس المصري، الطبعة الثانية، دمشق، دار القلم. 2001م.
17. الجواهر المضية في طبقات الحنفية، عبدالقادر ابن أبي الوفاء، الطبعة الثانية، الرياض: دار إحياء الكتب العربية، سنة 1993م.
18. حاشية الدسوقي على الشرح الكبير، محمد بن أحمد بن عرفة الدسوقي المالكي، دار الفكر، بدون طبعة.
19. حاشية رد المحتار على الدر المختار، شرح تنوير الأبصار، محمد أمين ابن عابدين، دراسة وتحقيق عادل أحمد عبد الموجود وعلي أحمد معوض. الطبعة الأولى، بيروت: دار الكتب العلمية 1994م.
20. دراسات في فقه القانون المدني، النظرية العامة للعقد، د. عبدالناصر موسى أبو البصل، الطبعة الأولى، عمان، دار النفائس سنة 1999م.
21. درر الحكام شرح مجلة الأحكام، علي حيدر، تعريب فهمي الحسيني، بيروت، دار الكتب العلمية.
22. دقائق أولي النهى لشرح المنتهى المعروف بشرح منتهى الإرادات، منصور بن يونس بن صلاح الدين ابن حسن بن إدريس البهوتي الحنبلي، لناشر: عالم الكتب، طبعة: الأولى، 1414هـ - 1993م.

23. روضة الطالبين وعمدة المفتين، أبو زكريا محيي الدين يحيى بن شرف النووي، تحقيق: زهير الشاويش، لناشر: المكتب الإسلامي، بيروت- دمشق- عمان، الطبعة: الثالثة، 1412هـ / 1991م.
24. شرح الزركشي على مختصر الخرقي، شمس الدين محمد بن عبد الله الزركشي المصري الحنبلي، دار العبيكان للنشر، الطبعة الأولى، 1993م.
25. الشرح الكبير، أحمد الدردير على مختصر خليل، دار الفكر.
26. الضرر وأثره في العقود في الفقه الاسلامي، الصديق محمد الأمين الضرير، الطبعة الثانية، بيروت: دار الجيل، 1990م.
27. عقد المقابلة في التشريع المصري والمقارن، د. قذافي عبدالفتاح الشهاوي، القاهرة، الطبعة الثانية، منشأة المعارف حزي وشركاه.
28. عقد المقابلة في الفقه الاسلامي وما يقابله في القانون المدني، زياد شفيق حسن قرارية، رسالة ماجستير بكلية النجاح الوطنية سنة 2004.
29. عقد المقابلة في الفقه الإسلامي، ابراهيم شاشو، بحث رسالة دكتوراه بجامعة دمشق، كلية الشريعة، سنة 2010م.
30. عقد المقابلة والتعمير، مجلة مجمع الفقه الاسلامي، الدورة الرابعة عشرة، بقرار رقم 129.
31. عقد المقابلة والتوكيلات التجارية، محمد عبدالرحيم عنبر، الطبعة الثانية، القاهرة، سنة 1987م.
32. عقد المقابلة، عبدالرحمن عايد العايد، الطبعة الأولى، سنة 2004م.
33. عقد المقابلة، وهبة الزحيلي، مجمع الفقه الإسلامي في دورته 14.
34. عقد المقابلة، نبيلة رسلان، كلية الحقوق جامعة طنطا.
35. عقد مقاولات البناء والأشغال الخاصة والعامة دراسة في القانون المقارن، نعيم مغيب، الطبعة الثالثة، سنة 2001م.
36. العقود المسماة البيع - المقايضة - والايجار، محمد الزحيلي، الطبعة الرابعة، منشورات جامعة دمشق، سنة 1994م.
37. العقود المسماة في المقابلة- الوكالة - الكفالة، عدنان ابراهيم السرحان: ، مكتبة دار الثقافة للنشر والتوزيع، عمان الأردن، سنة 2007م.
38. العقود الواردة على العمل في القانون المدني، أنور العمروسي، الطبعة الأولى، منشأة المعارف، الإسكندرية، سنة 2003م.
39. غاية المنتهى، علي بن يوسف الحنبلي، منشورات المكتبة السعيدية، الرياض، الطبعة: الثانية، 1415هـ - 1994م.
40. فتح العزيز بشرح الوجيز (الشرح الكبير)، عبد الكريم بن محمد الرفاعي القزويني، دار الفكر.
41. الفقه الإسلامي وأدلته (الشامل للأدلة الشرعية والآراء المذهبية وأهم النظريات الفقهية وتحقيق الأحاديث النبوية وتخريجها)، أ. د. وهبة الزحيلي، الناشر: دار الفكر - سوريا- دمشق، الطبعة الرابعة.
42. فقه المعاضات، أحمد الحجي الكردي، بدون طبعة.
43. القاموس المحيط، محمد بن يعقوب الفيروز أبادي، ضبط وتوثيق يوسف البقاعي، بيروت. دار الفكر سنة 1995م.
44. القانون المدني اليمني رقم 14 لعام 2002م.
45. القانون لمديني السوري لعام 1998م.
46. القوانين الفقهية، محمد بن أحمد بن جزي، الطبعة الأولى، بيروت: دار القلم 1970م.
47. الكافي في فقه أحمد بن حنبل، عبدالله ابن قدامة المقدسي، تحقيق زهير الشاوش، الطبعة الخامسة، بيروت: المكتب الاسلامي. سنة 1988م.
48. الكافي في فقه أهل المدينة، أبو عمر يوسف بن عبد الله بن محمد بن عبد البر بن عاصم النمري القرطبي، تحقيق محمد محمد أحمد ولد مادريك الموريتاني، مكتبة الرياض الحديثة، الرياض، المملكة العربية السعودية الطبعة: الثانية، 1400هـ.

49. كشاف القناع عن متن الإقناع، البهوتي منصور بن يونس، بيروت: دار الفكر. 1982م.
50. اللباب في شرح الكتاب، الشيخ عبد العزيز الغنيمي الميداني، حققه محمود أمين النواوي، بيروت: دار الكتاب العربي.
51. لسان العرب، محمد بن مكرم بن منظور، بيروت دار صادر سنة 1997م.
52. المبسوط، محمد بن أحمد بن أبي سهل شمس الأئمة السرخسي، دار المعرفة، بيروت، الطبعة: بدون طبعة، تاريخ 1993م.
53. المدخل الفقهي العام، د. مصطفى الزرقا، دار الفكر، دمشق، الطبعة الرابعة.
54. المدخل الفقهي العام، مصطفى الزرقاء، الطبعة التاسعة، دمشق: دار الفكر، 1967م.
55. المدخل الفقهي العام، مصطفى الزرقاء، الطبعة التاسعة، دمشق، دار الفكر، سنة 1967م.
56. المذكرات الإيضاحية للقانون المدني الأردني، نقابة المحامين، الطبعة الثانية، عمان، مطبعة التوفيق، 1985م.
57. مرشد الحيران، محمد قدري باشا، عمان، الدار العربية.
58. المسؤولية المدنية للمقاول والمهندس المعماري وفقاً للقواعد الخاصة، سميرة محراش، رسالة ماجستير، فرع القانون العقاري والزراعي، كلية الحقوق، جامعة البليدة، سنة 2010م.
59. مسؤولية مهندسي ومقاولي البناء والمنشآت الثابتة الأخرى، محمد شكري سرور، دار الفكر العربي، القاهرة، سنة 1985م.
60. مشروع القانون المدني، مشروع تطوير الأطر القانونية في فلسطين، وزارة العدل، ديوان الفتوى والتشريع.
61. المعجم الوسيط، الطبعة الثانية، القاهرة سنة 1972م.
62. معجم مقاييس اللغة، أحمد بن فارس بن زكريا القزويني الرازي، تحقيق وضبط عبد السلام محمد هارون، الطبعة الثانية، بيروت دار الجيل سنة 1968.
63. مغني المحتاج إلى معرفة معاني ألفاظ المنهاج، شمس الدين، محمد بن أحمد الخطيب الشربيني الشافعي، دار الكتب العلمية، الطبعة: الأولى، 1415هـ - 1994م.
64. المذهب، إبراهيم بن علي الشيرازي، بيروت دار الفكر.
65. النظريات الفقهية، د. فتحي الدريني، الطبعة الثالثة، دمشق، منشورات جامعة دمشق 1992م.
66. النظرية العامة للالتزام، د. جميل الشرقاوي، دار النهضة العربية، سنة 1995 م.
67. نهاية المحتاج إلى شرح المنهاج، محمد بن أبي العباس الرملي، بيروت: دار الكتب العلمية. 1993م.
68. الهداية في شرح بداية المبتدي، علي بن أبي بكر بن عبد الجليل الفرغاني المرغيناني، أبو الحسن برهان الدين، تحقيق: طلال يوسف، دار احياء التراث العربي - بيروت - لبنان.
69. الوجيز في العقود المدنية البيع - الإيجار - المقابلة، د. جعفر الفضلي، الطبعة الثانية، عمان، دار الثقافة للنشر والتوزيع سنة 1997م.
70. الوسيط في شرح القانون المدني الجديد، عبدالرزاق أحمد السنهوري، الطبعة الثالثة، بيروت، منشورات الحلبي الحقوقية، سنة 1998م.

التنظيم القانوني لأعمال التسويق الإلكتروني
(دراسة مقارنة)

Legal regulation of e-marketing business
(Comparative study)

أ.هيثم عماد ارحيم

**ماجستير القانون التجاري وتكنولوجيا المعلومات، جامعة
غزة ، (فلسطين)**

التنظيم القانوني لأعمال التسويق الإلكتروني

(دراسة مقارنة)

*Legal regulation of e-marketing business
(Comparative study)*

أ. هيثم عماد ارحيم

ماجستير القانون التجاري وتكنولوجيا المعلومات، جامعة غزة، فلسطين

hatham.erheem@gmail.com

DOI: <https://doi.org/10.70411/MJLS.1.2.202349>

الملخص:

التسويق الإلكتروني، هو أحد وسائل الإعلان التجاري، التي يستخدمها المسوقون للوصول للمستهلك، بهدف بيع السلع والخدمات، والإعلان أياً كانت وسيلته فله القدرة على جذب العملاء، وتأثير هذا الإعلان يختلف باختلاف الوسيلة المستخدمة في الإعلان، ومضمون ما يحتوي عليه الإعلان، وهذه الوسائل قد يصاحب استخدامها، القيام بتضليل المستهلك والكذب عليه عمداً، رغبة بالإيقاع بالشراء والتعاقد على الرغم من عدم وجود منتج وهو ما يطلق عليه التسويق البرونز سكيم، سواء أتم القيام بالتسويق لهذه العملية بشكل مباشر، أو بشكل هرمي، وقد يتم الترويج الفعلي لمنتج حقيقي مقابل عمولة أو هامش ربحي كما هو الحال في عمليات التسويق الشبكي المباشر، أو التسويق متعدد المستويات، والمسوق هو جوهر ومحط أنظار المنتج، حيث يتم التعاقد معه بموجب وكالات تجارية، تسمح له بممارسة نشاطه التسويقي والترويج والإعلان للمنتج مقابل عمولة، والتشريعات القانونية، ولحداثة تلك الأعمال تجدها تتفاوت في تنظيم ذلك الشكل، ونجد أن المشرع الفلسطيني لم يفرد نصوص خاصة بالتسويق الإلكتروني، والأنواع المصرح بالعمل بها، ضمن قانون حماية المستهلك، ولا حتى ضمن قانون المعاملات الإلكترونية المطبق بقطاع غزة رقم 6 لسنة 2013، وذلك خلافاً لما أُنشئ عليه في التشريعات الأخرى، ومنها التشريع المصري، والمغربي.

الكلمات المفتاحية: التسويق الإلكتروني - التسويق الشبكي - الوكالات التجارية - المسوق الإلكتروني.

Abstract:

E-marketing is one of the means of commercial advertising, which marketers use to reach the consumer, with the aim of selling goods and services, and advertising, whatever its means, has the ability to attract customers, and the effect of this advertisement varies according to the method used in the advertisement, and the content of what the advertisement contains, and these means may be accompanied by deliberately misleading and lying to the consumer, with a desire to entrap the purchase and contract despite the absence of a product, which is what is called bronze skim marketing, whether the marketing for this process is done directly, or in a hierarchical manner, and the actual promotion of a real product may take place in exchange for a commission or Profit margin As in direct network marketing operations, or multi-level marketing, the marketer is the core and focus of the product, where he is contracted under commercial agencies, which allow him to carry out his marketing activity, promotion and advertisement of the product in exchange for a commission, and legal legislation, and due to the novelty of that business, you find it varies in regulating that form, and we find that the Palestinian legislator did not single out special texts for electronic marketing, and the types authorized to work with, within The Consumer Protection Law, not even within the Electronic Transactions Law No. 6 of 2013 applied in the Gaza Strip, contrary to what has been established in other legislations, including Egyptian and Moroccan legislation.

Keywords: E-marketing, network marketing, commercial agencies, online marketer.

مقدمة:

قم بالإعجاب بالصفحة، ومشاركتها، وستدخل بالسحب على جائزة نقدية، أحد أساليب الترويج الإلكتروني التي تستخدمها الشركات والمؤسسات، وتلك الأساليب تختلف بحسب طبيعة المشروع، وبحسب القائمين على المشروع، وتلك الأساليب ليست على نمط أو قالب واحد، وتختلف طرق الترويج والتسويق وفقاً للفئة المستهدفة، فقد يكون التسويق موجه مباشر للمستهلك، وقد يستهدف موجه لمجموعات أو من خلال مجموعات تسوق لبعضها البعض "والتسويق الشبكي".

وقد يصاحب تلك الأعمال، عمليات غش وتدليس في مواصفات المعروض، هذا من المنظور المدني، ومن جانب آخر قد يكون المستهلك ضحية عملية نصب منظمة، تدار من قبل عصابات دولية، ونضرب على ذلك مثال ما حدث مع الضحايا، عبر تطبيق (HOOG POOL)¹، والنوازل والقضايا كثيرة ومتعددة لا يمكن حصرها، وأعمال التسويق هي وحسب الأصل مشروعة قانوناً، متى كانت متفقة مع النظام العام، والقانون، والقانون لا يسعى لخنق المعاملات، بل يهدف دوماً لحماية المعاملات التجارية، من خلال تنظيمها ووضع أسس صحيحة تضمن حقوق أصحاب العلاقة.

وفي هذا الإطار نجد بأن التشريعات تفاوتت في تنظيم أعمال التسويق الإلكتروني، فالتشريع المصري نظم أعمال التسويق الإلكتروني، ضمن قانون حماية البيانات الشخصية²، وضع حكماً عاماً لها، دون تخصيص ووفقاً للمادة (26/3) والتي تحظر أي اتصال إلكتروني بغرض التسويق المباشر دون الحصول على ترخيص من الجهة المختصة بذلك، بينما نجد أن المشرع المغربي قد نص وبشكل خاص وضمن الفقرة الأولى من المادة 58، من قانون حماية المستهلك³، على حظر البيع بالشكل الهرمي، أو بأي شكل من يستخدم به أغراء للحصول على السلعة أو المنتج.

¹ هو تطبيق إلكتروني احتيالي، أنشأه مجموعة من المحتالين الصينيين، يقوم على فكرة الاستثمار بالمدخرات المالية نظير الحصول على أرباح مالية يومية من إدارة التطبيق، وتم الترويج له على نطاق واسع داخل جمهورية مصر العربية عبر تطبيق الواتس اب - أحمد حسني - مقال منشور عبر بوابة صحيفة اليوم السابع - يوم الأربعاء - 5 أبريل لعام 2023.

² قانون حماية البيانات الشخصية - رقم 151 لسنة 2020 - الجريدة الرسمية - العدد 28 مكر 15 يوليو سنة 2020.

³ ظهير الشريف رقم 31/08 - القاضي بتحديد تدابير الحماية للمستهلك - الصادر في 14 من ربيع الأول لسنة 1432/2011.

وفي المقابل نجد أن المشرع الفلسطيني لم يشر إلى تجريم أعمال التسويق الهرمي، ولم يأتي على ذكرها في قانون حماية المستهلك، ولا حتى في قانون المعاملات الإلكترونية، وتجدر الإشارة إلى وجود عدد التحذيرات من الجهات الحكومية بعدم التعامل بالتسويق الشبكي، فهل مثل تلك التحذيرات لها قوة الإلزام، أم أنها مجرد نصائح، حيث أن قواعد التجريم لا تقبل القياس¹، ولا جريمة ولا عقوبة إلا بنص.

إشكالية البحث:

التسويق الإلكتروني، هو أحد أعمدة الترويج لأعمال التجارة الإلكترونية، وهو بمثابة أشهر للمنتج والسلع والخدمات المقدمة من قبل البائع، وعملية التسويق، هي عملية موجه لفئة مرتبطة بالمنتج، وهذه العملية تحاط بعدد المخاطر، سيان أن المستهدفين فئات من كافة شرائح المجتمع، وهذه الشرائح بها الصغير والكبير، والسفيه، والعامل، والمحتال والحسن النية، وهذه العمليات ينبغي ضبطها من خلال نظام قانوني شامل، فإلى أي مدى أستوعب المشرع الفلسطيني تلك العمليات ضمن نصوصه، ومدى كفاية تلك النصوص، وكيف يمكننا فهم ما هو وارد في المادة (26) من قانون حماية المستهلك، والتي تمنح لمجلس الوزراء، الحق بإصدار لوائح تنظم الأعمال التي ترتبط بالتداول الإلكتروني.

أسئلة البحث:

- بيان مفهوم التسويق الإلكتروني وأنواعه؟
- بيان الطبيعة القانونية للمسوق الإلكتروني، ومقدار مسؤولية المسوق نتيجة أعماله؟
- بيان موقف التشريع الفلسطيني من التسويق الإلكتروني، وموقف التشريعات الأخرى؟
- بيان مقدار وحجم المسؤولية القانونية المتعلقة بالمسوق الإلكتروني ذاته لا المنتج؟
- بيان موقف التشريعات المقارنة من التسويق الشبكي المباشر، او المتعدد المستويات؟

أهداف البحث:

يهدف الباحث من خلال هذا البحث، بيان مواطن القصور التشريعي التي ترتبط بموضوع البحث، وبيان أهم أنواع التسويق الإلكتروني، ومقدار مسؤولية المسوق الإلكتروني عن أعماله.

¹ مصطفى عبد الباقي - شرح قانون الإجراءات الجزائية الفلسطيني - دراسة مقارنة - الناشر وحدة البحث العلمي والنشر - كلية الحقوق والإدارة العامة - جامعة بيرزيت - فلسطين - أغسطس 2015 - صفحة 21.

أهمية البحث:

يعالج البحث موضوع غاية الحساسية، في ظل تكرار عمليات نصب الهرمي، ولارتباط الموضوع بالبعد المالي، والاقتصادي على المستوى المحلي، في ظل غياب التشريعات الناظمة لذلك.

منهجية البحث:

سنعتمد في هذا البحث على المنهج التحليلي، للنصوص القانونية الواردة في التشريع الفلسطيني، المرتبطة بالموضوع، وعمل المقارنة بين التشريع الفلسطيني والتشريعات العربية، في سبيل سد القصور في هذه الجوانب، وسنقوم بالتأصيل فيما لم يرد فيه نص، لأجل الخلو والاهتداء بقواعد عامة تنظم أعمال التسويق الإلكتروني.

خطة البحث:

سأعتمد في كتابة بحثي هذا على تقسيمة إلى مبحثين، حيث سأتناول بالمبحث الأول، مفهوم التسويق الإلكتروني، ضمن مطلبين، حيث سأتناول بالمطلب الأول، تعريف التسويق الإلكتروني وأنواعه، وبالمطلب الثاني، الطبيعة القانونية للمسوق الإلكتروني ومقدار مسؤوليته.

وسأتناول بالمبحث الثاني، التنظيم القانوني للتسويق الإلكتروني، ضمن مطلبين، حيث سأتناول بالمطلب الأول، التنظيم القانوني للتسويق الإلكتروني في التشريع الفلسطيني والمقارن، وبالمطلب الثاني، البعد الاقتصادي والمالي لأعمال التسويق الهرمي والشبكي.

المبحث الأول: مفهوم التسويق الإلكتروني

يعتمد التسويق الإلكتروني على شبكة الأنترنت، وثقافة التعامل مع الأنترنت والبرامج، بالإضافة لعقبة اللغة، أحد أهم عوامل نجاح العملية التسويقية، وعملية التسويق لم تعد تقتصر على النطاق الداخلي للدولة، بل تمتد إلى دول شتى، ولبيان مفهوم التسويق الإلكتروني، وأشكاله فإننا سوف نقوم بتقسيم هذا المبحث إلى مطلبين على النحو التالي:

المطلب الأول: تعريف التسويق الإلكتروني وأنواعه

يعتبر التسويق الإلكتروني أحد أهم الأدوات التي تستخدمها الشركات للترويج لخدماتها، ولا ينحصر التسويق الإلكتروني على شكل معين، فقد يتم بشكل مباشر دون وجود أي وسيط، وقد يتم بوجود وسيط، وقد يتم

بشكل تصاعدي، وقد يتم بشكل أفقي كالتسويق الشبكي، وليبيان ذلك فإننا سوف نقوم بتقسيم هذا المطلب إلى فرعين على النحو التالي:

الفرع الأول: تعريف التسويق الإلكتروني فقهاً وقانوناً:

أولاً: تعريف التسويق التقليدي:

تعرف جمعية التسويق الأمريكية (AMA) التسويق بأنه "النشاط ومجموعة المؤسسات والعمليات اللازمة لإنشاء العروض التي لها قيمة للعملاء والعملاء والشركاء والمجتمع ككل، والتواصل معها، وتقديمها، وتبادلها.¹

ثانياً: تعريف التسويق الإلكتروني فقهاً: يعتبر التسويق الإلكتروني، أحد أهم طرق الترويج للأعمال التجارية، ولم يعد يقتصر على الترويج للسلع والخدمات فقط، بل امتد للترويج للأفكار الذهنية "الإشهار"². ويعرفه البعض بأنه: استخدام إمكانيات شبكة الأنترنت وشبكات الاتصال المختلفة والوسائل المتعددة في تحقيق الأهداف التسويقية مع ما يترتب من مزايا وإمكانيات عديده.³

التعريف القانوني للتسويق الإلكتروني: لقد عرف المشرع المصري وضمن المادة (1) من قانون حماية البيانات الشخصية رقم 15 لسنة 2020، التسويق الإلكتروني بأنه: إرسال أو بيان أو محتوى إعلاني أو تسويقي بأي وسيلة تقنية أياً كانت طبيعتها أو صورتها تستهدف بشكل مباشر أو غير مباشر ترويج سلع أو خدمات أو طلبات تجارية أو سياسية أو اجتماعية أو خيرية موجهة إلى أشخاص بعينهم.

ولقد أحسن المشرع المصري في وضع تعريف لعمليات التسويق الإلكتروني، خلافاً لمسلك المشرع الفلسطيني الذي لم يأتي على ذكر التسويق الإلكتروني، ضمن قانون حماية المستهلك وقانون المعاملات الإلكتروني رقم (6) لسنة 2013.

¹ جمعية التسويق الأمريكية - مقالة منشورة عبر الأنترنت - بقلم الكاتب - محمد الخطيب - بتاريخ 6 أغسطس 2020 <https://jawak.com> بتاريخ 2023/05/24.

² الإشهار: شكل من أشكال تقديم الأفكار - للمزيد أنظر - بن عتسو حنان - بوشيان علجية - الإشهار التجاري وحماية المستهلك - مذكرة تخرج لنيل شهادة الماستر في الحقوق - القانون العام للأعمال - كلية الحقوق والعلوم السياسية - جامعة بجاية - لسنة 2018 - صفحة 6.

³ محمد الصيرفي - التسويق الإلكتروني - دار الفكر الجامعي - الإسكندرية - مصر - 2008 - صفحة 13.

ونشير بأن المنتبغ لتعريف المشرع المصري، قد جاء بمضامين ومفاهيم متعددة، ويجده يتعارض في جزء منه مع مفهوم التسويق الحقيقي، وذلك أن أعمال التسويق تهدف إلى تحقيق الربح كهدف أصيل، ولا تمتد للأعمال الخيرية، حيث إن الأخيرة هي أعمال لا تهدف لتحقيق الربح، ومن جانب آخر فإن أعمال الدعاية الانتخابية والسياسية تختلف من حيث الهدف والمضمون عن أعمال التسويق، ولذا نتمنى على المشرع المصري، إعادة ضبط التعريف بما يتلاءم مع مفهوم التسويق الإلكتروني التجاري.

الفرع الثاني: أنواع التسويق الإلكتروني

يخلط البعض بين أنواع التسويق الإلكتروني، حيث يضيف البعض على عمليات التسويق الشبكي نفس التسمية والحكم للتسويق الهرمي، والبعض الآخر يرى بأن التفرقة فقط بالاسم لا بالمضمون، ولبيان ذلك فإننا سنتناول ذلك وفقاً للتالي:

أولاً: التسويق الشبكي¹: التسويق الشبكي " متعدد المستويات " هو شكل من أشكال الأعمال التجارية التي تستخدم ممثلين مستقلين لبيع المنتجات أو الخدمات، لقاء الحصول على عمولات من مبيعات التجزئة، ويعتمد على المسوق، بالتسويق للمنتجات على أساس تواصل، حيث يقوم المعلن بدعوى المستهلكين للشراء مقابل مبلغ معين، أو مقابل خصم قيمة مالية من قيمة المنتج، ويهدف المسوقين من هذا الأسلوب بيع أكبر كم من المنتج للمستهلكين.

ويعرف البعض التسويق الشبكي بأنه: نظام يقوم على استقطاب العملاء عن طريق الانتساب للشركة لإمكانية الاستفادة من منتجاتها، ثم تنسب مشتركين جدد عن طريقهم، ويتم توزيع الأرباح فيما بينهم بطريقة حسابية تراكمية حسب مشترياتهم ومشتريات أعضائهم.²

¹ التسويق الشبكي ظهر في منتصف القرن الميلادي المنصرم، حيث قام بأستخدامه لأول مرة تاجر أمريكي عام 1917، حيث عهد لمجموعة من التجار أن يسوقوا سلعته من الأدوية الخاصة بتخفيف الوزن، مقابل عمولة محددة - للمزيد أنظر نايف بن فرحان العصيمي - التسويق الشبكي حقيقته وحكمه وتكيفه مع دراسة تطبيقية لبعض شركات التسويق - دراسة فقهية - الناشر المجلة العلمية - جامعة الأزهر - كلية الشريعة والقانون بأسيوط - العدد الرابع والثلاثون - الإصدار الأول يناير 2022 - الجزء الثاني - صفحة 1800.

² إسماعيل سالم صالح البرزنجي - التسويق الشبكي الهرمي حكمة - الناشر مجلة أبحاث كلية التربية الأساسية - المجلد 18 - العدد (1) لسنة 2022 - صفحة 157.

وبعض التشريعات تسير نحو شرعنه هذه الأعمال، إذا يعتبرون بأن مثل هذه الصورة هي بمثابة استراتيجية تسويقية يتم استخدامها على نطاق واسع، ويمكن أن تضم المئات وحتى الآلاف من المشاركين حسب حجم الشركة، وهذه التشريعات تضع ضوابط ومعايير تحفظ حق المستهلك، ومن جانب آخر نجدها تضع قيد على استمرار الشركة في ممارسة نشاطها التسويقي، حال ما تحولت العملية التسويقية إلى عملية أحتيال، أو أنه قد صاحب تلك العملية ضغط على الناس المشاركة دون معرفة المزيد عن الشركة، أو في حال وضع إعلانات احتيالية غير مألوفة هدافاً بذلك تحقيق أرباح هائلة.¹

ثانياً: التسويق الهرمي: هو نظام يقوم على أحتيال استثماري وتسويقي يكافئ المشتركين، ليدفعهم ويغريهم بأقناع أشخاص آخرين للانضمام إلى البرنامج، وهو نظام قائم وفق مصفوفة هرمية، يتربع على عرشها المالك الحقيقي للبرنامج، وتنتهي بالضحايا.

ثالثاً: التسويق بونزي²: يقوم نظام بونزي على تسويق الوهم والتغريب بالأفراد، حيث لا توجد سلعة حقيقية وفقاً لهذا النظام، ويعتمد بشكل مباشر على تراكم الأموال وتزايدها نتيجة اقبال الأفراد على هذا النمط، ومن ثم يقوم بتوزيع الأرباح عليهم من أموالهم الخاصة.

وفي هذا الصدد، يشير، أ. محمود عز الدين، أن نظام التسويق الهرمي ونظام بنزي، الذي يقوم بالأساس على جمع الأموال والاحتيال على المشتركين، هما بمثابة نظام واحد، حيث أنهم يشتركان من حيث المضمون والهدف، ويقوما على فكرة، دون وجود لمنتجات أصلاً، أو كيان مادي ملموس لها، وهذا ما يختلف عما هو جاري العمل عليه في نظام التسويق الشبكي متعدد المستويات، حيث أنه يقوم على بيع منتجات حقيقية للجمهور دون الحاجة لدفع أي مبالغ تذكر.³

¹ EVAN TARVER – What Is an MLM? How Multilevel Marketing Works – July 25, 2022–
<https://www.investopedia.com/terms/m/multi-level-marketing.asp>.

² تتسبب هذه التسمية إلى تشارلز بونزي، والذي وعد بكل شخص ينظم إليه خلال مدة 45 يوم، بربح بنسبة 100%، للمزيد أنظر، أحمد سمير قرني - حكم التسويق بعمولة هرمية - دراسة فقهية قانونية مقارنة - الناشر مجلة الحق - الصادرة عن لجنة البحوث والدراسات بجمعية الحقوقيين - بدولة الإمارات العربية المتحدة - الشارقة - العدد السادس عشر - من ربيع الأول 1432 - صفحة 6.

³ محمود عز الدين - أساسيات التسويق الإلكتروني - كتاب منشور عبر الأنترنت دون تاريخ نشر -
<https://books.google.ps> بتاريخ 2023/04/23.

ويرى الباحث بأن المعيار للفرقة بين أنواع التسويق الإلكتروني، يكمن في وجود منتج حقيقي، كما هو الحال في منتجات شركة أمازون، وعدم طلب أي مقابل يذكر عند الانضمام للبرنامج التسويقي، كي نطلق وصف تسويق شبكي.

المطلب الثاني: الطبيعة القانونية لعمل المسوق الإلكتروني ومقدار مسؤوليته

الاتجاه الفقهي يسير نحو تحديد الطبيعة القانونية لأعمال التسويق الإلكتروني، والتي تقوم على فكرة الإيجاب والدعوى للتعاقد، وسنسير في هذا المطلب باتجاه آخر، حيث سنعمد لتحديد طبيعته عمل المسوق الإلكتروني، وتحديد مقدار مسؤوليته، وتختلف هذه المسؤولية باختلاف الاتفاق بين المسوق والمنتج، ولبيان تلك الطبيعة ومقدار مسؤوليته، فأننا سنقسم هذا المطلب إلى فرعين:

الفرع الأول: الطبيعة القانونية لأعمال المسوق الإلكتروني:

أعمال التسويق الإلكتروني، هي أعمال تجارية بامتياز، حيث أعتبر المشرع الفلسطيني ووفقاً لقانون أحكام التجارة رقم 2 لسنة 2014، بالمادة () (تعد الأعمال الاتية تجارية متى كانت مزاولتها على وجه الاحتراف .. الوكالة التجارية والسمسرة أي كانت طبيعة العمليات التي يمارسها لسمسار)، وقد أعتبر قانون المعاملات الإلكترونية رقم 6 لسنة 2013، عمليات التجارة الإلكترونية، كل المعاملات التجارية التي تتم عن بعد باستخدام وسائل إلكترونية، وأضفى عليها صبغة العمل التجاري، وبالنظر لمضمون العمل التسويقي الإلكتروني، فإن هذا العمل لا يتم دون وجود كادر بشري، فهو حلقة الوصل بين المنتج، والمستهلكين، هي أعمال ذات طابع متداخله، فقد يغلب على العمل الواحد عدة أوصاف قانونية، فالمعلن الإلكتروني، يقوم بالترويج لسلعة أو خدمة خاصة بشركة ما، مقابل الحصول على عمولة عن ذلك، إلا أنه لا يقوم بالتعاقد باسمه الخاص بل يسعى ويقوم للترويج لأسم الشركة ولبضائع الشركة، ولبيان تلك الطبيعة نقسم هذا الفرع وفقاً للآتي:

1- **المسوق الإلكتروني وسيط تجاري:** لقد عرف القانون المصري الوسيط التجاري أنه (كل من أقتصر نشاطه ولو عن صفقة واحدة عن البحث عن متعاقد أوو التفاوض معه لإقناعه بالتعاقد، وكذلك كل من قام بأي عمل من أعمال الوكالة التجارية ولو على غير اعتياد ولمرة واحدة كان مرتبطاً مع المنتج أو التاجر أو الموزع بعقد العمل).

يتضح من قراءة النص بأنه لا يشترط بعمل الوسيط الاحتراف كما هو الحال بالنسبة للوكالة التجارية، حيث أن المشرع المصري أجاز له اكتساب تلك الصفة بممارسة العمل لمرة واحدة، ويرى بعض الفقه بأن لفظ الوسيط أعم وأكثر اتساعاً من لفظ الوكيل، والوكالة صورة من صور الوساطة.¹

2- المسوق الإلكتروني وكيل تجاري: لقد عرفت المادة (1) من قانون رقم (2) لسنة 2000 بشأن تنظيم أعمال الوكلاء التجاريين الفلسطيني، **الوكيل التجاري بأنه:** الشخص الطبيعي أو الاعتباري والذي له الحق بموجب اتفاقية في بيع أو توزيع أو ترويج السلعة أو المنتجات أو توفير الخدمات في فلسطين لحساب المنتج مقابل عمولة أو هامش ربح. **وبالنظر للنص السابق،** فإذا افترضنا بأن المسوق لابد له من المساهمة بقيمة مالية للانضمام للبرنامج والبدء بالتسويق، فلا نكون أمام وكالة تجارية، وأن أتيح للمسوق بالانضمام للبرنامج للتسويق للسلعة أو الخدمة دون دفع أي قيمة مسبقاً، فنكون أمام عقد وكالة تجارية.

3- المسوق الإلكتروني وكيل بعمولة: تعرف الوكالة بعمولة بأنها عقد يخول الوكيل بالعمولة أن يقوم بتصرف قانوني باسمه ولحساب غيره، وهذا ما نصت عليه المادة (197) من قانون التجارة رقم 2 لسنة 2014، والتي عرفت الوكالة بعمولة (عقد يتعهد بمقتضاه الوكيل التجاري أن يجري باسمه تصرفاً قانونياً لحساب الموكل).

والمتتبع للنص، يلحظ بأن فكرة الوكالة بالعمولة تختلف كلياً مع هدف التسويق الإلكتروني، وذلك أن المسوق الإلكتروني، يقوم بهذا العمل لحساب الشركة، وباسمها، ونشير إلى أن وحسب الأصل بأن فكرة التسويق الإلكتروني الشبكي والهرمي تقوم على فكرة التسلسل والأمانة التلقائية من قبل المسوقين، وهذا ما يتناقض مع المبدأ العام، والذي يقضي بعدم جواز التوكيل بالعمولة للغير، وهذا ما أكدت عليه المادة (208) من ذات القانون بأنه (لا يجوز للوكيل بالعمولة أن يوكل غيره في العمل الموكل فيه ما لم يكن مأذوناً في ذلك من قبل الموكل)، كما ويعزز هذا الاتجاه بما أورده المادة (201) من ذات القانون والتي تقضي بـ (لا يجوز للموكل أن يستعين بأكثر من وكيل عقود واحد في ذات المنطقة ولذات الفرع من النشاط)، ويتضح بأن أحكام الوكالة بالعمولة لا تتسجم مع ما مضمون ما يقوم به المسوق الإلكتروني من أعمال.

¹ أنظر بهذا المعنى - عبد الجليل السعيد عبد الجليل - الاختصاص التشريعي بعقود الوساطة التجارية الدولية في ضوء التشريعات الوطنية المقارنة وبعض الاتفاقيات الدولية - 2019 - صفحة 22.

ويرى الباحث، بأن عمل المسوق الإلكتروني يغلب عليه أحكام الوكالة التجارية، وذلك أن المسوق يقوم بالعمل باسم البرنامج التسويقي ولحساب الشركة المنتجة، وأن عملية التسويق الإلكتروني ذاتها قائمة على مبدأ التوزيع والترويج للسلع باسم الشركة المنتجة، مقابل عمولة عن التسويق، وهذا كله يتوافق مع فكرة وهدف التسويق الإلكتروني، و ما يعزز هذا التوجه ما نصت عليه المادة (12) من قانون الوكالات التجارية الفلسطيني والتي تنص على أنه (يجوز للوكيل التجاري أن يعين وكيلاً فرعياً من الباطن واحد أو أكثر وعلى الوكيل الفرعي أن يقدم للمستهلك جميع الكفالات التي يمنحها المورد أو المنتج)، كما وأنه يفترق عن عمل الوسيط التجاري، من حيث إن عمل الوسيط التجاري لا يشترط فيه احتراف العمل، خلافاً لعمل المسوق الإلكتروني الذي يتسم بالاستمرار .

الفرع الثاني: الأساس القانوني لمسؤولية المسوق الإلكتروني هرمياً؟

بداية لا بد للفرقة بين فكرة المسؤولية الناجمة عن العلاقة بين المنتج والمسوق، ومسؤولية المسوق تجاه المستهلكين، فالعلاقة بين المنتج والمسوق الإلكتروني تنشأ بموجب اتفاق "الوكالة التجارية"، وهذا العقد هو الذي يضع محددات العمل والالتزامات الملقاة على عاتق طرفيها، وطبقاً لذلك فإن جوهر عمل المسوق الإلكتروني هو بالقيام بعمل، حيث يقوم بتسويق المنتجات والخدمات كأصل عام، وتتسم هذه العملية بالدوام والاستمرار والتكرار¹، وتعتمد على وجود تسلسل وطبقات من الأفراد تقوم بالترويج للسلع والخدمات، بشكل مباشر، أو بشكل شجري أو شبكي، حيث يقوم الأفراد بالدخول كوكلاء للشركة، وهذا يعني وجود تعدد للوكلاء والشركاء، حيث إن من هم في قمة الهرم التسويقي، يقومون بتجنيد من دونهم وتفويضهم بتجنيد من دونهم أيضاً، وبالنهاية نشير إلى أن هذه العلاقة تخضع لقواعد المسؤولية العقدية².

وأما عن المسؤولية الناشئة عن علاقة المسوق (الوكيل التجاري) بالغير، وهي محور حديثنا واهتمامنا، هي الصورة الأبرز، حيث إن هذه العلاقة تمتد لتشمل وجود علاقة بين الوكيل الظاهر، والوكلاء من الباطن، كما وتمتد للمستهلكين، ونرى بأن هذه الفئات في عملية التسويق الشبكي هي الفئات الضعيفة الهشة، ومعرضة للتسويق المخادع والمضلل، وباستقراء ما هو وارد من نصوص قانونية طبقاً للتشريع الفلسطيني، فإننا نستدل ذلك ببيان أن هذه العلاقة هي علاقة تجارية، وقد أفرد قانون الوكالات التجارية الفلسطيني

¹ أنظر بهذا المعنى - حمدي بارود - استحقاق التعويض عن إنهاء وكالة العقود - دراسة مقارنة - مجلة الجامعة الإسلامية للدراسات الإسلامية - المجلد الحادي والعشرون - العدد الثاني - ص 277 - ص 314 - يونيو 2013 - صفحة 281.

² حمدي بارود - مرجع سابق - ص 296.

وضمن المادة (7) إطار عام يحكم مسؤولية المسوق " الوكيل " والتي جاءت بقولها (يلتزم الوكيل التجاري بجميع الكفالات، سواء أكانت مباشرة أو ضمنية، التي يقدمها المورد أو المنتج والتي تعهد الوكيل التجاري بتوزيعها أو تسويقها).

ومن هذا يفهم بأن الوكيل، هو كفيل وضامن لك ما يترتب عن المعاملة القائمة بين طرفيها، ولقد أحسن المشرع النص في المادة السابقة بذلك، ولفظة جميع هي لفظة دقيقة، تهدف إلى الحد من الإفلات من المسؤولية، والتحایل على النصوص، ويأتي هذا النص منسجماً مع ما هو مقرر في طبقاً للقواعد العامة الواردة في القانون التجاري الفلسطيني بشكل عام، والذي يخضع هذه العلاقات للتضامن، طبقاً للمادة (54) والتي تنص على أن (التضامن مفترض بين المدينين في المسائل التجارية، ما لم ينص القانون على غير ذلك)، وفي ذات الأطار نجد أن قواعد القانون المدني وضعت حكماً عاماً، ضمن المادة (707) والذي يشير إلى أنه (إذا تعدد الوكلاء كانوا مسئولين بالتضامن متى كانت الوكالة غير قابلة للانقسام ...).

ونرى بأنه ينبغي التشديد في مسؤولية المسوقين والوكلاء من الباطن، وعدم الاعتذار بأنهم بمثابة مناب ووكيل عادي عن شركة تسويق يقوم بالترويج للسلع، والقبول بفكرة التمسك بقاعدة مسؤولية التابعة عن خطأ متبوعة، واعتبارها مسؤولية شخصية مفترضة غير قابلة لإثبات العكس، وهذا كله يصب في اتجاه أضعاف الحماية للطرف الضعيف الواقع تحت الكم الهائل من الإعلانات المضللة والمغلوبة.

ويشير د. عبد الجليل (بأن القناة التي تبث إعلان كاذب أو مضلل عن سلعة معينة تسأل بالتضامن كذلك عن الأضرار التي تلحق بالجمهور نتيجة استخدام السلعة التي ساهم في الترويج لها الوكيل الإعلاني مستعيناً بوسائل مختلفة، وكذلك الحال في حالت استعانة الوكيل الإعلاني بأحد المتخصصين من الأطباء أو الصيادلة للإعلان عن منتج طبي، وتكون مسؤوليته مشددة عن غيره من جهود الإعلان من غير المتخصصين)¹، هذا وينبغي عند تقدير مسؤولية المسوق، مراعاة الوسائل المستخدمة في التضليل والكذب بوجه خاص، لبيان ما هو مألوف وما هو غير مألوف.²

¹ عبد الجليل السعيد عبد الجليل - مرجع سابق - صفحة 302.

² الكذب المألوف: هو الكذب الغير مبلغ فيه ولم يبلغ حداً من الجسامه للمزيد أنظر-بن عتسو حنان - مرجع سابق - ص 24- وما بعدها.

المبحث الثاني: التنظيم القانوني للتسويق الإلكتروني

القانون دوماً هو بمثابة صمام الأمان الذي يعمل على حماية الأفراد والجماعات، من الأعمال الغير مشروعة، وأعمال التسويق الإلكتروني وأن كانت وحسب الأصل هي أعمال مشروعة، إلا أن هناك بعض الأنواع هي التي تمارس من خلال عملية التسويق هي أعمال ممنوعة، مجرمة ومحظورة، ولبيان كيفية معالجة التشريعات للأعمال التسويق الإلكترونية، وأبعادها الاقتصادية، فإننا سنتناول هذا المبحث على النحو التالي:

المطلب الأول: التنظيم القانوني للتسويق الإلكتروني في التشريع الفلسطيني والمقارن

التشريعات يأتي لمعالجة مشكلة، أو تنظيم عمل معين، والتشريعات تتفاوت في سن القوانين والأنظمة المرتبطة بالمسائل المستحدثة، طبقاً لعوامل كثيرة، وأبرزها عموم الظاهرة وخطورتها، ولبيان آلية المعالجة في التشريعات لنأخذ التسويق الإلكترونية فإننا سنقوم بتقسيم هذا المطلب إلى فرعين:

الفرع الأول: التنظيم التشريعي في القانون الفلسطيني للتسويق الإلكتروني

أعمال التسويق الإلكتروني هي أعمال تجارية، يجب أن تحاط بضوابط تنظيمية، وتشريعية تكفل ضمان استمرار هذه الأعمال وتعمل على حماية حقوق الفئات المستهدفة من تلك العمليات، وفي هذا المضمار فأنا سوف نقوم بالتعريح على القوانين الفلسطينية حسب حداثتها:

1- قانون المعاملات الإلكترونية رقم (6) لسنة 2013: المتتبع نصوص قانون المعاملات الإلكترونية

الفلسطيني، يجد بأنه قد خلا من النص على تنظيم أعمال التسويق الإلكتروني سواء بالطريق المباشر، أو بطريقة التسويق متعدد المستويات "الشبكي والهرمي"، ولم يورد أي تعريف لمفهوم التسويق الإلكتروني، رغم حداثة القانون نسبياً، وعلى الرغم من أيراد مجموعة من المواد الخاصة بضمانات وحقوق المستهلكين، لقاء تمتعهم بالخدمة والسلع، وتقرير الحق بالرجوع عن القبول في المعاملات الإلكترونية.

2- قانون حماية المستهلك رقم (21) لسنة 2005: لقد وضع قانون حماية المستهلك مجموعة من

الضوابط التنظيمية للممارسة العملية التسويقية بالطريق التقليدي، وقد عرف كل من المزود، والمعلن، طبقاً للمادة (1) منه، حيث عرف المعلن: بأنه (كل مزود يقوم بإعلان منتجاته بمختلف وسائل الدعاية والإعلان).

وحقيقة فإن مورد النص أعتبر بأن المعلن، ممكن أن يأخذ صفة القائم بالمشروع ذاته، حيث أعتبر بأن المنتج كل مزود، وممكن أن يكون هذا الإعلان أو الترويج عن طريق أشخاص متخصصة، كالمسوق عبر الأنترنت هذا من جانب، ومن جانب آخر نرى بأن النص قد أتاح للمسوق والمعلن، التسويق للمنتج بكافة وسائله الدعاية والإعلان، والقاعدة المقررة بأن المطلق يجري على إطلاقه لا يقيد أي نص، ولفظ "بمختلف وسائل" يعطي للمسوق، الحق باستخدام تقنيات الأنترنت في التسويق، ولقد نصت المادة (26) على (بناء على تنسيب الوزارة يصدر مجلس الوزراء الأنظمة المتعلقة بحماية المستهلك من الآتي: أ. تداول المنتجات عن طريق استخدام وسائل التكنولوجيا الحديثة).

وحقيقة وبالربط بما هو وارد، فإن القانون يخول مجلس الوزراء إصدار أنظمة تنظم عمليات تداول وتسويق المنتجات والخدمات الإلكترونية، ولا نفهم حتى اللحظة ما سبب أغفال الجهات ذات العلاقة تطبيق وتنفيذ هذا النص، وهذا ما يفهم من ما هو وارد عبر الصفحة الرسمية للمجلس التشريعي والتي خلصت في إحدى جلسات إلى (وجرى التوافق لإعداد مشروع قانون معدل لقانون المعاملات الإلكترونية لإعادة صياغة وضبط بعض صور التعاملات التجارية الإلكترونية التي قد تكون مدخلا للنصب والاحتيال، وتدعيمها بعقوبات جزائية وإدارية رادعة، وذلك بالإضافة إلى إعداد مشروع قانون الجرائم الإلكترونية، بحيث يكون إطاراً تشريعياً جامعاً لكل صور الإجرام الإلكتروني).¹

وعلى الرغم مما تقدم، نشير إلا أن قانون المعاملات الإلكترونية، لم يأتي في المقدمة التمهيدية له، على ذكر بعد الاطلاع على قانون حماية المستهلك، على اعتبار أنه قانون خاص، يحيل إليه قانون المعاملات الإلكترونية فيما لم يرد به نص، وهو ما ينبغي النص عليه، كما هو معهود ومقرر.

3- أما بخصوص قانون تنظيم أعمال الوكلاء التجاريين الفلسطيني رقم (2) لسنة 2000:

والذي أفرد نصوص خاصة للوكيل التجاري، وميز بينه وبين الوكيل من الباطن، والربط بين هذه المفاهيم، مع نازلة التسويق الشبكي، هو أمر إلزامي، حيث أن طبيعة العمل الذي يمارسه الوكيل التجاري، والذي يمتد إلى كافة المناطق الجغرافيا، ويقوم به لحساب الشركة المعلنه، هو جوهر فكرة التسويق الإلكتروني

¹ بيان صادر عن الدائرة الإعلامية - المجلس التشريعي - الصادر بتاريخ January 25, 2022, 7:01 Am - http://plc.ps/ar/index/page_news/3090

بأشكالها المعروفة، وحقيقة فإن المادة (2) من ذات القانون قد تطلبت شروط لمزاولة هذه الأعمال، فهل عدم انقياد المسوق والتزامه بالشروط الواردة لمزاولة النشاط التجاري، يخلع عنه وصف الوكيل التجاري؟

تجيب المادة (19) من ذات القانون على أنه (أشخاص الطبيعيون والاعتباريون الذين يزاولون عمل الوكلاء التجاريين عند بدء سريان هذا القانون وغير مستوفين للشروط وفقاً لأحكام المادة الثانية من هذا القانون يمنحون سنة واحدة للتقيد بالشروط الواردة في المادة الثانية أو لفسخ وكالاتهم التجارية. وإذا استمر الشخص الطبيعي أو الاعتباري بعد سنة من تاريخ سريان هذا القانون في مخالفته، يجوز للوزارة أن تشطب تسجيل أية اتفاقيات وكالات تجارية سبق تسجيلها).

ونرى بأن هذه الشروط هي بمثابة شروط تنظيمه لا تخلع عن الوكيل التجاري صفة التاجر، ولا تبيح له أن يتحلل من التزاماته تجاه المستهلكين، وذلك يتوافق مع ما تقتضيه نظرية الشركة الفعلية.

ويرى الباحث بأن قانون الوكالات التجارية، وقانون حماية المستهلك، وأن أجازا التعامل بالطريق الإلكتروني للمسوق، إلا أنهم لم يأتيوا على بيان أشكال التسويق الإلكتروني وأنواعها المحظورة كما فعلت التشريعات المقارنة، ولم يضعوا أي ضوابط تضبط هذه العملية، كما فعلت القوانين المقارنة.

الفرع الثاني: التنظيم التشريعي للتسويق الإلكتروني في القوانين المقارنة

أولاً: موقف المشرع المصري: لقد نظم المشرع المصري عمليات التسويق الإلكتروني ضمن قانون حماية البيانات الشخصية رقم 15 لسنة 2020، والذي تضمن بالمادة الأولى منه، بيان مفهوم التسويق الإلكتروني (إرسال أو بيان أو محتوى إعلاني أو تسويقي بأي وسيلة تقنية أياً كانت طبيعتها أو صورتها تستهدف بشكل مباشر أو غير مباشر ترويج سلع ...)، ونص بالمادة (17) من ذات القانون أحكام التسويق الإلكتروني المباشر (يحظر إجراء أي اتصال إلكتروني بغرض التسويق المباشر للشخص المعنى إلا بتوافر الشروط التالية).

ويتضح من النص المذكور بأن المشرع المصري، نظم أعمال التسويق الإلكتروني المباشر فقط، كصورة وحيدة مقررة ومحمية طبقاً للقانون، حيث ألزم الممارسين لتلك الأعمال الحصول على رخصة للممارسة تلك النشاطات، وبمفهوم المخالفة للنص، فإن المشرع المصري يحظر على المسوقين ممارسة التسويق الشبكي، وقد رتب المادة (44) من ذات القانون عقوبة الغرامة بما لا يقل عن مائتي ألف جنية ولا تتجاوز مليوني جنية لكل من يخالف أحكام المادة 18، المتعلقة بالتسويق المباشر.

قد ترتب المادة (48) من ذات القانون المسؤولية التضامنية للشخص الاعتباري عن الوفاء بما يحكم به من تعويضات قد ارتكبت من أحد العاملين لدى الشخص الاعتباري وباسمه أو لصالحه.

ونرى بأن المشرع المصري قد جانب الصواب، بتغيبه لشكل مهم وحيوي من أشكال التسويق الشبكي، وهذا قد يؤدي إلى الأضرار بشريحة كبيرة من المتعاملين والمسوقين عن بعد، والأحرى والأجدر تشريع هذا الشكل وفق ضوابط تحكم تلك العمليات.

ثانياً: موقف المشرع المغربي:

تنص المادة (21) من ظهير الشريف رقم 31/08 المتعلق بقانون حماية المستهلك المغربي على أنه (دون المساس بمقتضيات المادتين 2 و67 من القانون رقم 77.03 المتعلق بالاتصال السمعي البصري، يمنع كل إشهار يتضمن، بأي شكل من الأشكال، ادعاء أو بياناً أو عرضاً كاذب).

كما ونصت المادة (58) من ذات القانون (منع ما يلي، 1. البيع بالشكل الهرمي أو بأي طريقة أخرى مماثلة يتعلق خاصة بعرض منتجات أو سلع أو خدمات على المستهلك، مع إغرائه بالحصول على المنتجات أو السلع أو الخدمات المذكورة بالمجان أو بسعر يقل عن قيمتها الحقيقية وبتعليق البيع على توظيف سندات أو تذاكر للغير أو على جمع اشتراكات أو تقييدات؛ 2. اقتراح قيام مستهلك بجمع اشتراكات أو تقييد نفسه في قائمة مع إغرائه بالحصول على مكاسب مالية ناتجة عن تزايد هندسي لعدد الأشخاص المشتركين أو المقيدين).

وحقيقة فإن موقف المشرع المغربي، موقف محمود، أذ منع البيع والتسويق بالشكل الهرمي، أو بأي طريقة أخرى، متى كان هذا الاشهار مرتبط بعيب من عيوب الإرادة، كالتدليس والتغوير.

هذا ويرى بعض الفقه، بأنه ينبغي التمييز بين الإشهار الكاذب والمضلل عن الاستغلال، وذلك أن الاستغلال ما هو إلا انتفاع من الطيش البين الذي يعتري المتعاقد، وللاستغلال عنصر مادي، يتمثل باختلال التعادل بين ما يحصل عليه المتعاقد، وبين ما يتحمله من التزامات، وعنصر نفسي أو معنوي مرتبط باستغلال الضعف النفسي للمتعاقد نتيجة الطيش أو الهوى الجامع، أما في حالة الاشهار والتسويق التجاري المبني على التضليل والكذب، لا يهتم بالعنصر النفسي للمستهلك.¹

¹ بن عتسو حنان - بوشيان علجية - الإشهار التجاري وحماية المستهلك - مرجع سابق - صفحة 35، وما بعدها.

ويغرز هذا الموقف الفقهي، ما أورده المادة (59) من ذات القانون والتي تنص على (يقع باطلا بقوة القانون كل التزام نشأ بفعل استغلال ضعف أو جهل المستهلك مع حفظ حقه في استرجاع المبالغ المؤداة من طرفه وتعويضه عن الأضرار اللاحقة).

ولقد رتب المشرع المغربي مجموعة من الجزاءات الجنائية عند مخالفة المواد المتعلقة بالتسويق الهرمي، والتي تضمنتها المادة (148) والتي تنص على أنه (دون الإخلال بالعقوبات الأشد، يعاقب على مخالفات أحكام المادة 58 بالحبس من شهر إلى سنة وبغرامة من 20.000 إلى 40.000 درهم. علاوة على ذلك، يمكن الحكم على مرتكب المخالفة بإرجاع المبالغ التي تم دفعها من قبل الزبناء غير الراضين ...). كما نصت المادة (184) على أنه (يعاقب على مخالفة أحكام المادة 59 المتعلقة باستغلال ضعف المستهلك أو جهله بالحبس من شهر إلى خمس سنوات وبغرامة من 1.200 إلى 50000 درهم أو بإحدى هاتين العقوبتين فقط، وذلك دون الإخلال بأحكام الفصل 552 من مجموعة القانون الجنائي. هذا ويشير الباحث، إلى أن المشرع المغربي ورغم أنه تناول الموضوع بشكل مفصل، إلا أنه قد انتابه القصور، إذا أنه لم يضع مفهوم واضح للتسويق الهرمي، وقد أعتبر بأن كل أشكال التسويق سواء أكانت هرمية أو شبكية، أعمال غير مشروعة متى كانت مرتبطة بخداع المستهلك، ونعتقد أن القواعد العامة تكفل مثل هذا التوجه، لذا فإننا نطالب بوضع مفهوم واضح يميز أعمال التسويق الشبكي عن الهرمي، وذلك أننا ندعم فكرة التمييز بين التسويق الشبكي المرتبط بوجود منتج حقيقي، خلافاً للنظام الهرمي، المبني على تسويق التسويق، وهو تسويق وهمي.

المطلب الثاني: البعد الاقتصادي والمالي لأعمال التسويق الهرمي والشبكي

الأعمال التجارية هي أعمال ذات طابع متسارع، والتجارة بالمفهوم الاقتصادي، ترتبط بالحصول على الربح السريع، والبعض يعتبر أن استغلال أشكال التسويق الإلكتروني للترويج للمنتجات، أو الخدمات، هي الوسيلة الأنسب للحصول على الربح السريع، والتسويق الإلكتروني وكونه الأسهل في التواصل مع الآخرين، و لا يحتاج لتكاليف مرتفعة مقارنة بالطرق التقليدية، وغير مرتبط بضرورة توافر موقع معين لممارسة عمله¹، هذا وتشير بعض الإحصائيات بأن أحجام التبادلات التجارية المرتبطة بالتسويق الإلكتروني، بأن 75% من الأشخاص يتسوقون إلكترونياً مرة واحدة على الأقل شهرياً².

¹ محمود عز الدين - أساسيات التسويق الإلكتروني - مرجع سابق - ص 183.

² التسويق الإلكتروني صناعة تقدر بمليارات الدولارات لعام 2022، مقالة منشورة عبر موقع لقطات عبر الأنترنت - بتاريخ

ويذهب البعض لإظهار الجانب السلبي المرتبط بالتسويق الشبكي، ويدعون بأنه لا يخرج عن كونه من الوجهة الاقتصادية سوى نشاط تبادل نقود بنقود، والسلع غطاءه وهي غير مقصودة، وتلك السلع المرتبطة بالعملية التسويقية ذات مواصفات متدنية، وأسعارها باهظة، ويعززون موقفهم بأن أضخم شركات التسويق الشبكي تعترف بأن حجم مبيعاتها لغير ممثلي الشركة أو الراغبين في إنشاء شبكة تسويقية لا يتجاوز 18 فقط،¹ كما يذهب جانب آخر من الفقه إلا أن التسويق الشبكي يؤثر على القدرة الإنتاجية للأفراد، نتيجة لإغرائهم بالربح السريع، وبالتالي يصبح الأفراد متواكلون على هذه الممارسات الشبكية المغرية، وبالنسبة لإثاره على مستوى الدولة، فإنه وسيلة من وسائل تهريب العملة الصعبة للخارج، وبالجانب المقابل، يذهب رأي آخر للقول بأن الفترة ما بين 2012 إلى 2019، وصل إجمالي إيرادات الشركات التي تعمل بالتسويق الشبكي في العالم واحد ونصف تريليون دولار (1500 مليار دولار)، كان نصيب العام الأخير منها أكثر من 180 مليار دولار.²

الخاتمة: أشكال التسويق الإلكتروني متعددة، وغير محصورة بشكل معين، فمنها التسويق الإلكتروني الشبكي، وهو التسويق القائم على وجود منتج حقيقي، ومنها التسويق الإلكتروني الهرمي أو البونزي، الذي يقوم التسويق للتسويق لمنتجات وهمية، وهناك من الفقهاء من لا يفرق بين التسويق الشبكي والتسويق الهرمي، ويعتبر أن الاختلاف الاصطلاحي هو اختلاف تسمية، ولكن جوهر العمليتين واحد، والاختلاف بذل يعود لعدم وجود نظام قانوني، يضبط تلك المفاهيم، وهذه العمليات لها بعدها الإيجابي وبعدها السلبي المرتبط بالاقتصاد.

النتائج:

- 1- لم ينظم المشرع الفلسطيني، معاملات التسويق الإلكتروني بأنواعها المتعددة في قانون المعاملات الإلكترونية رقم 2013/6، رغم تنظيمه لأحكام كثيرة مرتبطة بحماية المستهلك.
- 2- لم ينظم قانون حماية المستهلك الفلسطيني، معاملات التسويق الإلكتروني، كما فعل المشرع المغربي، حيث نظم تلك العمليات التسويقية من خلاله، باعتبار بأنه القانون الخاص بتلك العمليات.

¹ طه أحمد الزبيدي - التسويق الشبكي في ضوء فقه المآلات - الناشر المجمع الفقهي لكبار العلماء للدعوى والافتاء - الناشر دار الكتب والوثائق ببغداد - لسنة 2018 - صفحة 58.

² أحمد الريدي - التسويق الشبكي رمز الاقتصاد الجديد - الناشر مدونة الجزيرة عبر الأنترنت - بتاريخ:

3- نرى بأن الوصف الأنسب للأعمال التي يمارسها المسوق الإلكتروني، هو وصف الوكيل التجاري، حيث إنه يقوم بممارسة أعماله لحساب الشركة، وباسمها، مقابل الحصول على هامش ربحي، وهو ما يختلف عن الوكالة بعمولة، والسمسة.

4- المشرع المصري، عند تعريفه للتسويق الإلكتروني، قد اعتبر بأن أعمال الدعاية السياسية والانتخابية، هي عمل من أعمال التسويق، وهذا يتنافى مع المعنى الحقيقي للتسويق التجاري الإلكتروني.

5- المشرع الفلسطيني قد أتاح لمجلس الوزراء صلاحية إصدار أنظمة تتعلق بتداول المنتجات والتسويق لها إلكترونياً، وفقاً المادة (26) على (بناء على تنسيب الوزارة يصدر مجلس الوزراء الأنظمة المتعلقة بحماية المستهلك من الآتي: أ. تداول المنتجات عن طريق استخدام وسائل التكنولوجيا الحديثة).

6- أعمال التسويق الشبكي، أعمال تجارية بامتياز، تفترض التضامن بين المسوقين أنفسهم، خلافاً لما هو مقرر عن مسؤولية التابع عن عمل متبوعة، ونرى بأنه ينبغي التشدد في ذلك، حتى لا تصبح تلك القاعدة سبباً للتحلل من التزاماتهم تجاه المستهلكين.

التوصيات:

1- نوصي بضرورة قيام مجلس الوزراء بإصدار أنظمة تنظم عملية التسويق الإلكتروني طبقاً للمادة (26) من قانون حماية المستهلك الفلسطيني.

2- نوصي بضرورة ربط قانون حماية المستهلك بقانون المعاملات الإلكترونية، وذلك بإضافة عبارة " وبعد الاطلاع على قانون حماية المستهلك " في الباب التمهيدي لقانون المعاملات.

3- نوصي بضرورة قيام المشرع الفلسطيني، بالنص الحرفي على أشكال التسويق الإلكتروني المشروعة، ووضع ضوابط فنية وتنظيمية لممارسة تلك الأعمال، ووضع الجزاءات الرادعة المدنية منها، والجنائية.

4- نوصي المشرع المصري بضرورة، إعادة ضبط التعريف الخاص بالتسويق الإلكتروني بما يتلاءم مع مفهوم التسويق الإلكتروني التجاري.

5- نوصي المشرع المغربي بأن يقوم بوضع تعريف للتسويق الهرمي، والتسويق الشبكي، كي يزيل التداخل المفاهيمي الحاصل بين الباحثين، والفقهاء.

قائمة المراجع والمصادر:

أولاً: القوانين والتشريعات:

1. قانون المعاملات الإلكترونية الفلسطيني رقم (6) لسنة 2013.
2. قانون حماية المستهلك رقم (21) لسنة 2005.
3. قانون تنظيم أعمال الوكلاء التجاريين الفلسطيني رقم (2) لسنة 2000.
4. قانون حماية البيانات الشخصية المصري - رقم 151 لسنة 2020 - الجريدة الرسمية - العدد 28 مكرر 15 يوليو سنة 2020.
5. ظهير الشريف رقم 31/08 - القاضي بتحديد تدابير الحماية للمستهلك - الصادر في 14 من ربيع الأول لسنة 1432 / 2011.

ثانياً: الكتب والمجلات:

1. مصطفى عبد الباقي - شرح قانون الإجراءات الجزائية الفلسطيني - دراسة مقارنة - الناشر وحدة البحث العلمي والنشر - كلية الحقوق والإدارة العامة - جامعة بيرزيت - فلسطين - أغسطس 2015.
2. بن عتسو حنان - بوشيان علجية - الإشهار التجاري وحماية المستهلك - مذكرة تخرج لنيل شهادة الماستر في الحقوق - القانون العام للأعمال - كلية الحقوق والعلوم السياسية - جامعة بجاية - لسنة 2018.
3. محمد الصيرفي - التسويق الإلكتروني - دار الفكر الجامعي - الإسكندرية - مصر - 2008.
4. نايف بن فرحان العصيمي - التسويق الشبكي حقيقته وحكمه وتكيفه مع دراسة تطبيقية لبعض شركات التسويق - دراسة فقهية - الناشر المجلة العلمية - جامعة الأزهر - كلية الشريعة والقانون بأسبوط - العدد الرابع والثلاثون - الإصدار الأول يناير 2022 الجزء الثاني.
5. إسماعيل سالم صالح البرزنجي - التسويق الشبكي الهرمي حكمة - الناشر مجلة أبحاث كلية التربية الأساسية - المجلد 18 - العدد (1) لسنة 2022.
6. أحمد سمير قرني - حكم التسويق بعمولة هرمية - دراسة فقهية قانونية مقارنة - الناشر مجلة الحق - الصادرة عن لجنة البحوث والدراسات بجمعية الحقوقيين - بدولة الإمارات العربية المتحدة - الشارقة - العدد السادس عشر - من ربيع الأول 1432.
7. حمدي بارود - استحقاق التعويض عن إنهاء وكالة العقود - دراسة مقارنة - مجلة الجامعة الإسلامية للدراسات الإسلامية - المجلد الحادي والعشرون - العدد الثاني - ص 277 - ص 314 - يونيو 2013.
8. - طه أحمد الزبيدي - التسويق الشبكي في ضوء فقه المآلات - الناشر المجمع الفقهي لكبار العلماء للدعوى والافتاء - الناشر دار الكتب والوثائق ببغداد - لسنة 2018.

9. - عبد الجليل السعيد عبد الجليل - الاختصاص التشريعي بعقود الوساطة التجارية الدولية في ضوء التشريعات الوطنية المقارنة وبعض الاتفاقيات الدولية - 2019 .

ثالثاً: المراجع الإلكترونية:

1. محمود عزالدين - أساسيات التسويق الإلكتروني - كتاب منشور عبر الأنترنت دون تاريخ نشر -

<https://books.google.ps>

2. بيان صادر عن الدائرة الإعلامية - المجلس التشريعي - الصادر بتاريخ January 25, 2022,

http://plc.ps/ar/index/page_news/3090 - 7:01 Am

3. التسويق الإلكتروني صناعة تقدر بمليارات الدولارات لعام 2022، مقالة منشورة عبر موقع لقطات

عبر الأنترنت - بتاريخ 11.1 لسنة 2022 - <https://loqtat.ps/blogs/loqtapsblog-gz/online-shopping-2022>

4. أحمد الريدي - التسويق الشبكي رمز الاقتصاد الجديد - الناشر مدونة الجزيرة عبر الأنترنت -

بتاريخ: 2020/1910، <https://www.aljazeera.net>

5. جمعية التسويق الأمريكية - مقالة منشورة عبر الأنترنت - بقلم الكاتب - محمد الخطيب - بتاريخ 6

أوغسطس 2020 - <https://jawak.com>

6. EVAN TARVER – What Is an MLM? How Multilevel Marketing Works – July

25, 2022:

<https://www.investopedia.com/terms/m/multi-level-marketing.asp>.

**الرهن التأميني الوارد على العقارات المعلن فيها
اعمال التسوية**

**Mortgage on real estate in which settlement works
are declared**

أ.هناة حسام نبهان سمحان

**ماجستير قانون خاص، الكلية العصرية الجامعية، رام الله،
(فلسطين)**

الرهن التأميني الوارد على العقارات المعلن فيها اعمال التسوية

Mortgage on real estate in which settlement works are declared

أ.هنا حسام نبهان سمحان

ماجستير قانون خاص، الكلية العصرية الجامعية

hana.samhan@muc.edu.ps

DOI: <https://doi.org/10.70411/MJLS.1.2.202337>

الملخص:

هدفت الدراسة الى الوقوف على الطبيعة القانونية للأراضي في فلسطين بتسليط الضوء على الطبيعة الخاصة بالعقارات المعلن بها اعمال التسوية لما تتمتع به هذه الاعمال من أهمية كبيرة منعكسة على طبيعة المعاملات المنعقدة عليها ومن اهم هذه المعاملات هي معاملة الرهن التأميني المنعقدة على العقارات المعلن بها اعمال التسوية وما قد يتعرض له العقار المرهون من اعتراض نظرا لوجود اعمال التسوية قد تصل الى مرحلة تجريد المدين الراهن من هذا العقار وهو ما يسمى بالهلاك القانوني وتسليم العقار للمالك الأساسي له "المعترض" خاليا من الشواغل والشاغلين وهذا ما ينعكس سلبا على الاستقرار القانوني لهذه المعاملة بالإضافة الى الوقوف على المدة الممنوحة لهذا المعترض لتقديم اعتراضه والتي وعلى الغم من محافظتها على حقوق المالك الأساسي للعقار الا انها تمس بالاستقرار الخاص بسند التسجيل الناتج عن اعمال التسوية وكما وهدفت الدراسة الى تسليط الضوء على الضمانات البديلة في حال الهلاك القانوني لمحل الرهن التأميني ومدى إمكانية إيقاع الحلول العيني كضمانة للدائن المرتهن .

الكلمات المفتاحية: الرهن التأميني، الاعتراض، اعمال التسوية، الهلاك القانوني ، السند التسجيل، الحلول العيني.

Abstract:

The study aimed to identify the legal nature of the lands in Palestine by highlighting the special nature of the real estate declared by the settlement works because of the great importance of these works reflected on the nature of the transactions held on them. The most important of these transactions is the mortgage transaction held on the properties declared by the settlement works and the objection that the mortgaged property may be exposed to due to the existence of settlement works that may reach the stage of stripping the current debtor of this property, which is called legal destruction, and delivering of the property to the primary owner "objector" clear of belongings and occupants, which can be reflected negatively on the legal stability of this transaction, and on the period granted to this objector to submit his objection, which despite of maintaining the rights of the basic owner of the property, it affects the stability of the registration deed resulting from the settlement work. The study also aimed to highlight alternative guarantees in the event of legal destruction of the place of the mortgage and the extent to which it is possible to inflict in-kind subrogation as a guarantee for the mortgagee creditor.

Keyword: Mortgage, objection, settlement works, legal destruction, registration bond, in-kind subrogation

مقدمة:

الرهن التأميني¹ او الرهن الرسمي هو حق من الحقوق العينية التبعية التي تخول بموجبه الدائن سلطة مباشرة تنصب على شيء معين بالإضافة الى تتبع المال الغير منقول في أي يد يكون لينفذ عليه ويستوفي دينه شريطة تسجيله في الدائرة الرسمية التي قد تكون دوائر تسجيل وقد تكون دوائر التسوية بالنسبة للأراضي الخاضعة لأعمال التسوية.

هذا من جهة ومن جهة أخرى فان الطبيعة القانونية للأراضي في فلسطين من وجود أراضي غير مسجلة وأراضي مسجلة وأراضي تحتوي على تسوية غير منتهية وأراضي تخضع لأعمال التسوية تجعل من الصعوبة ان تنطبق المعاملات التي تقع على الأراضي المسجلة على هذه الأراضي الا ان الأراضي الخاضعة لأعمال التسوية وخصوصا الأراضي التي تم المصادقة فيها على جدول الحقوق تحمل من الضمانة ما يسمح بانعقاد أي معاملة عليها ومن هذه المعاملات معاملات الرهن التأميني كون الجهة المرهون لها تسمح بهذا الرهن لما تشكله هذه المرحلة من بعض الاستقرار القانوني لهذه الأراضي الا ان هذا الاستقرار ليس بالمطلق كون هذه الأراضي قد تتعرض لاعتراضات ولو صودق على جدول الحقوق .

أهمية البحث:

تكمن أهمية هذا البحث في تسليط الضوء على معاملات الرهن التأميني المنعقدة على قطع الأراضي المعلن فيها أعمال التسوية بموجب قانون تسوية الأراضي والمياه وقوانين الأراضي ذات العلاقة للوقوف على القواعد النازمة لهذا الرهن خلال هذه المرحلة، بالإضافة الى الوقوف على مدى الاستقرار القانوني لهذه المعاملة خلال هذه المرحلة كونها مرحلة وسطية ما بين عدم التسجيل للأراضي ومرحلة التسجيل وصدر السند، بالإضافة الى تسليط الضوء على ما قد تتعرض له هذه الأراضي من اعتراضات منسوبة على الملكية سواء قبل او بعد صدور سند التسجيل مثقلا بالرهن بالإضافة الى مدى إمكانية الحماية لحقوق الدائن المرتهن و الغير حسن النية جراء ما قد يتعرض له هذا الرهن من انقضاء او هلاك في حال وجود منازعات حول الملكية.

¹ مجلة الاحكام العدلية 9988 (مجموعة عارف رمضان: العدد 0، 9/9/9988)، ص1، المادة 701 "الرهن جعل مال محبوس وموقوف مقابل حاف ممكن الاستيفاء من ذلك المال وكما يقال له مرهون يقال له أيضا رهن "

اشكالية البحث:

تكمن إشكالية هذا البحث في كون الرهن التأميني " الرسمي " من العقود التي قد اوجب القانون لها شكلية معينة وذلك بإبرامها وتسجيلها امام الدوائر الرسمية المختصة ومن هنا ننطلق الى إمكانية ان تكون هذه الدوائر هي دوائر التسجيل " الطابو " او دوائر التسوية وبالتالي فان الرهن التأميني المنصب على قطع أراضي خاضعة لأعمال التسوية لم تنتهي فيها هذه التسوية يعتريه العديد من الإشكاليات المتعلقة بمدى الاستقرار القانوني لهذا الرهن خلال المرحلة الواقعة ما بعد صدور جدول الحقوق النهائي ولم يرد عليه أي اعتراض في مواجهة ما قد يتعرض له هذا الجدول من اعتراضات مستقبلية ممكن ان تمس قطع الأراضي الواقعة عليها معاملة الرهن التأميني ولو بعد صدور سند التسجيل بالإضافة الى اثر هذا الاعتراض على حقوق الأطراف والغير.

وهذه الإشكالية تثير عدد من الأسئلة الفرعية التي تنبثق عنها:

1. ما مدى الاستقرار القانوني لمعاملة الرهن التأميني الواقعة على العقارات اثناء اعمال التسوية؟
2. ما مدى تأثير نزاعات الملكية على معاملات الرهن التأميني؟
3. ماهي الحماية القانونية للدائن المرتهن في حالة الهلاك القانوني للعقار محل الرهن التأميني وماهي الحلول البديلة؟

اهداف البحث:

يهدف الباحث للوقوف على اركان الرهن التأميني وشروطه اثناء اعمال تسوية الأراضي بالإضافة الى اهم الاثار القانونية الناتجة عن منازعات الملكية الواردة على العقارات الخاضعة لأعمال التسوية واثار انقضاء الرهن التأميني تبعا لها.

منهجية البحث:

سيقوم الباحث باتخاذ المنهج الوصفي التحليلي لنصوص قانون الأراضي العثماني ومجلة الاحكام العدلية وقانون انتقال الأراضي لسنة وقانون وضع الأموال الغير منقولة تامينا للدين 1953 وقانون تسوية الأراضي والمياه 1952 والقرار بقانون رقم 7 لسنة بشأن تسوية الأراضي والمياه 2016 والقرار بقانون رقم 11 لسنة 2016 بشأن وضع الأموال المنقولة تامين للدين وبعض القوانين التي تعالج الموضوع بالقدر الكافي.

المبحث الأول: ضوابط ابرام الرهن التأميني اثناء اعمال التسوية

الرهن التأميني من الحقوق العينية التبعية التي تنعقد على الأموال الغير منقولة¹ المسجلة، بموجبه يكتسب الدائن المرتهن حقا عينيا على عقار مخصص مملوكا للمدين الراهن في وقت ابرام الرهن وفقا لشروط موضوعية لانعقاده ووفقا لشروط شكلية تجعل من هذا الرهن غير موجود في حال عدم اتباعها كون الرهن التأميني او ما يطلق عليه الرهن الرسمي لا ينعقد الا بالتسجيل، ولكون الطبيعة القانونية للأراضي في فلسطين تتميز بوجود أموال غير منقولة مسجلة وأموال غير منقولة خاضعة لأعمال التسجيل ومنها التسوية فأنا سنتطرق الى معالجة القواعد الموضوعية والشكلية للرهن التأميني " الرسمي " للعقارات المعلن بها اعمال التسوية.²

المطلب الاول: القواعد الموضوعية للرهن التأميني اثناء اعمال التسوية.

يعتبر الحق العيني السلطة التي تتقرر لمصلحة الدائن على مال مملوك لمدينه بهدف ضمان وفائه بالدين المترصد في ذمته حيث ان هذه السلطة لا تقوم بحد ذاتها مستقلة بل تبعية لحق شخصي تدور معه وجودا او عدما معطية صاحبها الحق بممارسة سلطاته مباشرة معطية إياه ضمانا خاصا لوفائه كما انه يعبر عنها أيضا بالتأمينات العينية.³

¹ مجلة الاحكام العدلية 9988 (مجموعة عارف رمضان: العدد 0، 9/9/9988)، ص1، المادة 129 من مجلة الاحكام العدلية عرفت الأموال الغير منقولة " هو ما لا يمكن نقله من محل الى اخر كالدور والأراضي مما يسمى بالعقار". وتجدر الإشارة الى ان قانون الأراضي العثماني حدد أنواع الأراضي بتقسيمها الى خمسة اقسام الأراضي الاميرية والأراضي الموقوفة والأراضي المملوكة والأراضي المتروكة والأراضي الموات بحيث افرد لكل قسم من هذه الأقسام ما يبين الطبيعة القانونية له ومكا يميزه عن غيره من الأقسام الأخرى الا ان الأراضي في فلسطين الغالبية العظمى لها هي أراضي من نوع اميري حيث تشكل ما نسبته 69% من مساحة فلسطين.

² علاء البكري، "الرهونات المصرفية ومخاطر الائتمان في فلسطين"، (رسالة ماجستير، جامعة بيرزيت، 2005)، 24. تجدر الإشارة الى ان التنظيم القانوني للرهن التأميني في فلسطين ابتدأ منذ العهد العثماني حيث ان قانون الأراضي العثماني قد أورد احكام بخصوص الرهن وحظرت منه المواد رهن الأموال الغير منقولة الاميرية والموقوفة ولكن تم وضع حيل لتلافي ذلك ومنها المادة 116 بفرغ الوفا ، الا ان مجلة الاحكام العدلية قد نظمت الرهن في المواد من 701-761 ولكن الرهن التأميني لم ترد له نصوص صريحة بل اوجدت حيلتين بخصوصه فلم تورد المجلة ما يتعلق برهن المشاع ولا تأجير المال المرهون ولكن اشارت اليه في بيع الوفا وبيع الاستغلال.

³ ثروت عبد الحميد، /الحقوق العينية التبعية (مطبعة برلين)، 2.

الرهن التأميني " الرهن الرسمي " هو الحق العيني العقاري الذي يخول صاحبه سلطة مباشرة على العقار موضوع الرهن والذي يشترط ان يكون مسجلاً يستطيع بموجبه الدائن ان يحبس العقار الى ان يقوم المدين بسداد دينه مانحاً إياه سلطتي التقدم والتتبع لهذا العقار في اي يد كانت¹.

كما وان الرهن التأميني من الحقوق الواردة على العقارات حيث انه من حيث المبدأ لا يرد الا على عقار مسجل او خاضع لأعمال التسجيل وهذا ما يميزه عن الرهن الحيازي².

الا ان الرهن التأميني الواقع على العقارات التي تكون أساساً مسجلة لا يثير أي إشكالية وليس نطاق بحثنا اما الرهن التأميني الواقع على العقارات المعلن بها اعمال التسوية فهو ما سنتطرق اليه بهذا الخصوص من شروط موضوعية وشكلية.

وبالرجوع الى الشروط الموضوعية التي يجب ان تتوفر في الرهن التأميني الواقع على العقارات اثناء اعمال التسوية نجدها تنقسم الى شروط متعلقة بالمدين الراهن وشروط متعلقة بالعقار المرهون وشروط متعلقة بالدين المضمون بالرهن الا ان ما يهمنا بخصوص هذا البحث هو الشروط الموضوعية المتعلقة بالمدين الراهن لكون الرهن التأميني من طائفة العقود الملزمة لجانب واحد والشروط المتعلقة بالعقار المرهون.

الفرع الأول: الشروط الموضوعية للرهن التأميني المتعلقة بالمدين الراهن:

يشترط في الشخص الذي سيقوم بإتقال ماله بالرهن ان يكون بالأساس اهلاً للتعاقد وصاحب ولاية على المال الذي سيضعه تأميناً لهذا الرهن سواء كان مديناً او كفيلاً بعقاره³.

¹ دعاء سالم، "الرهن التأميني في قانون الملكية العقارية الأردني"، (رسالة ماجستير، جامعة الشرق الأوسط، 2020)، 11+12.

² حكم محكمة الاستئناف المنعقدة في رام الله في القضية الحقوقية رقم 14/174، 2016/12/2016، مقام "الرهن التأميني" حيث ان هذا الرهن يرد على مال خاضع للتسجيل لدى المراجع المختصة حيث يقصد بهذا الرهن (حق عيني قيمي ينشأ عن عقد شكلي ضامناً لاستيفاء حق شخص معين من خلال تمتع صاحبه بميزة تتبع المال الموضوع تأميناً للدين (الحق الشخصي).

³ أمين دواس، قانون الأراضي (المعهد القضائي الفلسطيني، 2013)، 564.

والجدير بالذكر ان الرهن التأميني هو عبارة عن حق عيني تبقي ينشأ بموجب عقد شكلي وذلك للقيام بضمان استيفاء حق شخصي حيث يتمتع صاحب هذا الحق بميزة تتبع المال الموضوع تأميناً للدين أينما كان وفي أي يد كان متقدماً به على الدائنين العاديين والدائنين الذين يتلونه في المرتبة "

كما ان الرهن التأميني كغيره من العقود يجب ان يتوفر فيه عنصر الرضا بالتقاء الايجاب والقبول بين الراهن المرتهن¹ ينعقد التراضي ولصحة هذا الرضا يجب ان يصدر عن ذي اهل فيتوجب توافر الاهلية القانونية للطرفي وسلامتها من أي عيب من عيوب الإرادة، بحيث يتم اخضاع هذا التراضي للقواعد العامة، الا ان أهلية طرفي العملية التعاقدية هنا تتوقف على مكانة الراهن بالنسبة لعقد الرهن هل هو مدينا ام كفيلا بعقاره فقط، فاذا كان مدينا فان تصرفاته تدور ما بين النفع والضرر فالرهن في هذه الحالة ليس نفعا للراهن كون انه قد وضع عقاره ائتمانا وبالتالي فقد اثقل المرهون بهذا الرهن وقلل من قيمته الائتمانية، بالإضافة الى محدودية قدرة الراهن مستقبلا على الاقتراض كما انه من جانب اخر لا يتمخض عنه اضرارا لكونه قد اخذ مقابل حصوله على هذا الرهن مبلغا من المال².

كما ان من الشروط الموضوعية واجبة التوافر في المدين الراهن ان يتمتع بأهلية التصرف بالعقار موضوع الرهن وليس فقط أهلية التعاقد، وهذا يندرج تحته اشتراط الاهلية بالتصرف لكون الرهن ينشأ حقا عينيا عقاريا وبالتالي فان أهلية التصرف هنا ليست فقط لنقل الحق العيني بل تتعداه الى انشاء هذا الحق³. وبالرجوع الى هذه الاهلية نجدها بالأهلية الكاملة أي بلوغ سن الرشد ولكن اذا كان الراهن ممن اتم سن السابعة ولم يتم الثامنة عشر من عمره كان هذا التصرف موقوفا على إجازة وليه، والذي اكمل سن الخامسة عشر، والمأذون له بالتجارة يعامل معاملة البالغ سن الرشد في التصرفات التي دخلت تحت اذنه، وبالتالي فان الرهن هنا يكون صحيحا اذا كان من المتصرفات المأذون له بها⁴.

اما إذا كان الراهن هو الكفيل بعقاره او كفيلا عينيا فان هذا التصرف من التصرفات الضارة ضررا محضا، وبالتالي فيتوجب به في هذه لحالة ان يكون متمتعا بكامل الاهلية القانونية لذلك تحت طائلة بطلان

¹ المادة 707 من مجلة الاحكام العدلية " ايجاب الرهن والقبول هو قول الراهن راهنتك هذا الشيء في مقابل ديني او لفظ اخر في هذا المال وقول المرتهن قبلت او رضيت او لفظ اخر يدل على الرضا ولا يشترط ايراد لفظ الرهن "

² محمد سوار، الحقوق العينية التبعية (عمان: دار الثقافة، 2006)، 36.

³ بدر عناني، قوانين الأراضي (غزة: المكتبة المركزية، 1982)، 263.

⁴ علي العبيدي، الوحييز في شرح القانون المدني الحقوق العينية، (عمان: دار الثقافة، 2011)، 325.

وبالرجوع الى مجلة الاحكام العدلية المادة 708 من مجلة الاحكام العدلية (يشترط ان يكون الراهن والمرتهن عاقلين ولا يشترط ان يكون بالغين حتى جاز رهن الصبي المميز وارتهانه "

الرهن وبالمنظور المقابل فاذا تم إعطاء الكفيل جزءا من مبلغ القرض هنا أصبح منتقعا وبالتالي فان الرهن هنا يدور بين النفع والضرر¹.

وبالرجوع الى الفقه الإسلامي فقد عرف الفقه الإسلامي حالة تقارب حالة الكفالة العينية او الكفيل بعقاره وهي بجواز استعارة شخص عقارا من غيره ليرهنه بإذن صاحبه ضمانا للدين الذي عليه وهو ما يعرف بالرهن المستعار².

اما بخصوص ولاية الكفيل العيني نجد ضرورة التفرقة من خلال إذا كانت هذه الولاية عبارة عن وكالة فيشترط ان تكون من الوكالات الخاصة التي يجب ان تذكر فيها صراحة الصفة والتحويل بالرهن، اما اذا كانت هذه الولاية من ضمن الاب او الجد او الولي فهنا نحن بحاجة الى قرار محكمة بالسماح بمثل هذه الكفالة،³ اما كفالة الوصي ومن في حكمه فهي باطلة⁴.

وبالتالي فان قيام الولي دون حصوله على اذن من المحكمة المختصة برهن أموال القاصر الذي تحت ولايته يعتبر رهنا باطلا بطلانا نسبيا بحيث يبقى الحق للقاصر ان يقوم بإبطال هذا التصرف بواسطة من يقوم بتمثيله قانونيا⁵.

ويرى الباحث انه وبالرجوع الى الواقع العملي نجد انه ينذر ان يصدر الرهن من قاصر او ناقص الاهلية لكون إجراءات التسجيل التي تقوم بها دوائر التسجيل والدوائر المختصة تتطلب بالأساس أهلية الراهن ويتم التأكد من هذه الاهلية سواء من قبل الموظفين المختصين او خبراء بالإضافة الى الحصول على البطاقة الشخصية للراهن.

¹ المرجع السابق، ص 326+327.

² محمد سوار، الحقوق العينية التبعية (عمان: دار الثقافة، 2006)، 45.

³ تجدر الإشارة الى هناك جانب من الفقهاء بناي بإمكانية ان يبرم القاصر المأذون عقد رهن اذا كان ضمانا لوفائه بالتزاماته الناتجة عن قيامه بإدارة أمواله كأن يقتض لأغراض الزراعة ويضع عقاره تامينا لدينه فهو هنا قام بالرهن لإدارة أمواله وكان رهنه عبارة عن ايفاء بدينه والقاصر يملك الإيفاء بالدين والالتزام.

⁴ المرجع السابق، 46.

انظر كتاب امين دواس، قانون الأراضي (المعهد القضائي الفلسطيني، 2013)، 564 الطعن رقم 334 لسنة 1994.

⁵ محمد سوار، الحقوق العينية التبعية (عمان: دار الثقافة، 2006)، 37.

اما بخصوص الدائن المرتهن فقط ذهب اغلب الشراح الى انه يجب ان تتوافر في الدائن المرتهن أهلية التميز فقط¹ لكون الرهن بالنسبة له هو من الاعمال النافعة لكونه يشكل ضمانا لاستيفائه لدينه من المدين الراهن فلا ضرر هنا يقع عليه²، الا ان الرأي المخالف لهذه الآراء ذهب الى وجوب ان تتوافر الأهلية الكاملة في الدائن المرتهن كون هذا الدائن عند حصوله على الرهن مقابل تقديمه للدين فهو بالتالي سوف يقوم باستيفاء الدين ولا يستطيع ذلك الا إذا كان كاملا للأهلية³.

وبالرجوع الى ما سبق يرحب الباحث الرأي المنادي بضرورة توفر أهلية كاملة لدى الدائن المرتهن كونه في بعض الأحيان بحاجة الى أهلية لاستيفاء حقه في حال تعذر على المدين الراهن سداد مبلغ الدين المفروض عليها الا ان مجلة الاحكام العدلية تؤيد هذا الرأي بضرورة توفر الاهلية الكاملة الخاصة بالرهن كون الرهن من الأفعال الدائرة بين النفع والضرر.

ومن هنا لو نظرنا الى ولاية المرتهن نجد انه وبالرجوع الى اعتبارنا ان الرهن هو عملا نافعا محضا بالنسبة للدائن المرتهن نجد بجواز قيام النائب سواء كان (وصي او قيم) بالرهن لمصلحة من يقوم بالنيابة عنه دون حاجته بذلك الى اذن من المحكمة المختصة وكما يجوز ان يكون وكيلاً كون الرهن كما أسلفنا من أنواع الاستيفاء للحق التي تدخل ضمن اعمال الإدارة التي تخول للوكيل العام القيام بها⁴.

الفرع الثاني: محل وسبب الرهن التأميني على العقارات المعلن بها اعمال التسوية

المحل: نظم قانون وضع الأموال الغير منقولة تاميناً للدين الاحكام الخاصة بالرهن التأميني متحدثاً عن جواز وضع الأراضي الملك والاميرية والموقوفة والمسقفات والمستغلات الوقفية⁵ سواء كان بملكية كاملة او حصة شائعة تاميناً للدين.

¹ وهذا ما اكدت عليه مجلة الاحكام العدلية في المادة 708 " يشترط ان يكون الراهن والمرتهن عاقلين ولا يشترط بلوغهما حتى ان رهن الصبي المميز وارتھانه جائزاً".

² وتجدر الإشارة الى انه بالرجوع الى الفقه الإسلامي بخصوص أهلية المرتهن نجد ان الفقه الإسلامي استوجب ان يكون الرهن عقد تبرع لا يستوجب على المرتهن أي تصرف كما ان الفقه الإسلامي لم يعترف بالرهن المجرد فهو هنا اعتبر انه يشترط الاهلية الكاملة بالراهن ولا يشترط الاهلية الكاملة بالدائن المرتهن كما وتجدر الإشارة انه وبالرجوع الى احكام مجلة الاحكام العدلية نجدها اعبرت ان الرهن من العقود الدائرة ما بين النفع والضرر وبالتالي يجب توافر الاهلية في الدائن المرتهن.

³ علي العبيدي، *الوجيز في شرح القانون المدني الحقوق العينية*، (عمان: دار الثقافة، 2011)، 256.

⁴ محمد سوار، *الحقوق العينية التبعية* (عمان: دار الثقافة، 2006)، 44.

⁵ تجدر الإشارة الى ان قانون وضع الأموال الغير منقولة تاميناً للدين بوضع الأراضي الموقوفة محلاً للرهن وهنا يقصد بالأراضي الموقوفة الأراضي الاميرية الموقوفة وقف تخصيصات أي وقف غير صحيح.

وبالرجوع الى تفسير المادة سابقة الذكر نجد انه يجوز ان يرد الرهن التأميني على العقارات من نوع الملك والاميرية والموقوفة او مسققات وقفية سواء كان جميع العقار او حصة شائعة في هذا العقار¹.

ولكن وعلى الرغم من اشتراط ان يقع الرهن التأمين على العقار الا ان هذا العقار يجب ان تتوفر فيه بعض الصفات لكي يكون محلا للرهن التأميني وهي:

ان يكون هذا العقار مما يصح التعامل به وبيعه ومما يجوز بيعه بالمزاد العلني: "العقار هو كل شيء يشغل حيزا ثابتا ومستقر به حيث لا يمكن نقله دون ان يتلف او يتغير حيث يشمل الأراضي والمباني والغراس"².

كما ان هذا العقار يجب ان تتوفر فيه الشروط التي تجعله قابلا لكي يكون محلا للرهن التأميني وهي ان تكون من العقارات القابلة للتعامل بها وبيعها فلا يجوز تبعا لذلك رهن أملاك الدولة كما انه يجب ان يقع على العقارات التي يجوز ان يتم بيعها بالمزاد العلني وذلك لكون الدائن المرتهن له صلاحيات بيعها بموجب تنفيذ الدين في حال لم يتم المدين الراهن بدفع الأقساط المترتبة عليه وفقا لسند الدين الموقع من قبله³.

بالإضافة الى أهمية ان يكون من العقارات الموجودة وقت القيام بعملية الرهن، وذلك لكون الرهن التأميني من العقود الشكلية التي تستلزم شكلية معينة لانعقادها وهي القيام بتسجيلها، فلا يتصور ان يتم رهن عقارا سيكون مستقبلا او سيؤول للمدين الراهن في المستقبل كالتركة من مورثه الذي هو على قيد الحياة على الرغم من ان محل المعاوضات المالية يمكن ان يكون مالا مستقبليا الا انه لا يجوز ان يكون من قبيل التركة، بالإضافة الى انه يشترط بهذا المرهون ان يكون من العقارات المعينة تعينا كافيا نافيا للجهالة الفاحشة⁴.

¹ حكم محكمة النقض المنعقدة في رام الله في لدعوى الحقوقية رقم 1383 لسنة 2019

انظر كتاب امين دواس، قانون الأراضي (المعهد القضائي الفلسطيني، 2013)، 566 الطعن رقم 620 لسنة 1995..

² علي العبيدي، الوجيز في شرح القانون المدني الحقوق العينية، (عمان: دار الثقافة، 2011)، 257.

³ محمد سوار، الحقوق العينية التبعية (عمان: دار الثقافة، 2006)، 56.

انظر المادة 709 من مجلة الاحكام العدلية "يُشْتَرَطُ أَنْ يَكُونَ الْمَرْهُونُ صَالِحًا لِلْبَيْعِ فَيَجِبُ أَنْ يَكُونَ مُوجُودًا وَفَتْ الْعَقْدُ وَمَالًا مُنْقَوِّمًا وَمَقْدُورَ التَّسْلِيمِ"

⁴ امين دواس، قانون الأراضي (المعهد القضائي الفلسطيني، 2013)، 566. انظر الطعن رقم 1658 لسنة 1995.

وبالرجوع الى ما سبق يجد الباحث وجوب اشتراط ان يكون العقار المرهون موجودا وقت القيام بالرهن كون محل الرهن يجب ان يكون محددا تحديدا كافيا، بالإضافة الى تعيينه تعينا نافيا للجهالة فحتى لو كان المرهون هو بناء لم يتم اكماله فانه من الناحية العملية يتم الرهن على قطعة الأرض وليس على البناء.

ان يرد الرهن على حق عيني عقاري:

الرهن التأميني من الحقوق العينية العقارية وبالتالي ينصب الرهن التأميني على الحقوق العينية العقارية بشرط ان تكون هذه الحقوق كما اسلفنا مما يجوز ان يباع بالمزاد العلني، وبالرجوع الى وقوع الرهن التأميني على العقارات من النوع ملك نجد انه يجوز للمالك في هذه العقار رهن ملكيته كونه مالكا للرقبة ولحق التصرف بهذا العقار،¹ حيث يجوز ان يرد على كل من حق المساطحة وحق الانتفاع وحق التصرف في الأراضي الاميرية بكون هذه الحقوق منفصلة عن رقة العقار ، اما اذا كان المالك واحدا لكل من هذه الحقوق وللأرض او العقار فانه لا يستطيع ان يقوم برهن هذه الحقوق مستقلة عن هذا العقار لكون حق الملكية من الحقوق التي لا يجوز ان يتم تجزئتها.²

كما ويجوز ان يقع الرهن التأميني على العقارات "ارضا" سواء كانت ارضا زراعية او صناعية او معدة للبناء وهذه هي الصورة المجردة للرهن بالإضافة الى امتداد العقار ليشمل العقار الموجود والعقار المضاف الى عقار ، كما ان الرهن وان قل التطبيق العملي لذلك يجوز ان يرد على حق انتفاع كون حق

¹ علي العبيدي، الوجيز في شرح القانون المدني الحقوق العينية ، (عمان: دار الثقافة، 2011)، 258.

² امين دواس، قانون الأراضي (المعهد القضائي الفلسطيني، 2013)، 566.

وتجدر الإشارة الى انه لا يجوز ان يقع الرهن على حق الاستعمال او على حق السكنى والسبب بذلك يعود الى ان هذه الحقوق متصلة بحق المالك حيث لا يجوز للغير التصرف بها بالإضافة الى عدم إمكانية رهن حق الارتفاق كحق مستقل عن العقار لعدم توافر شرط البيع بالمزاد العلني بها بصورة مستقلة بالإضافة الى الحقوق العينية وما ترتبه من تعقيدات ومصروفات فلا تصح للرهن التأميني الا ان الدائن يحق له ان يوقع الرهن الحيازي على دينه، كما ان (مشتملات الرهن التأميني المادة 8 من قانون وضع الأموال الغير منقولة تامينا للدين : جميع الأبنية والاشجار والدوالي التي تنشأ على المحلات التي وضعت تامينا للدين وما أنشئ عليها بعد التامين يعتبر جميعه تابعا لتلك المحلات وانه وضع تامينا لذلك الدين " وبالتالي فان وضع الأموال الغير منقولة تامينا للدين يشمل أيضا ملحقات هذه الأموال سواء ذكرت ام لم تذكر في العقد او استحدثت بعد العقد .

انظر كتاب امين دواس، قانون الأراضي (المعهد القضائي الفلسطيني، 2013)، 568 الطعن رقم 1658 لسنة 1995.

الانتفاع يخول صاحبه استعمال شيء مملوك للغير واستغلاله الا ان الثمار هنا تبقى للمنتفع اما المرتهن فلا سلطان له عليها¹.

كما ويقع الرهن على حق التصرف في الأراضي الاميرية بالإضافة الى حق المحتكر على الأبنية التي يقيمها والاغراس التي يغرسها على الأرض المحتكرة وحق المساطحة².

ان يكون مملوكا للمدين الراهن:

يشترط في الرهن التأميني ان يكون الراهن مالكا للمال المرهون وقت التعاقد وبذلك فانه وكما اسلفنا سابقا لا يجوز للوريث ان يقوم برهن حصته الإرثية قبل وفاة مورثه ، كما ان قيام المدين الراهن بعملية رهن مال ليس في ملكه يكون من قبيل رهن مال الغير وبالتالي فان هذا الرهن غير جائز الا بالحصول على موافقة موثقة من المالك الحقيقي على عملية الرهن الذي بدوره في هذه الحالة يتحول الى كفيل عيني او كفيل بعقاره وبخلاف ذلك فان هذا الرهن يعتبر كأن لم يكن لصدوره من غير المالك الحقيقي³.

وبالرجوع الى موضوع بحثنا وهو الرهن الواقع على العقارات المعلن بها أعمال التسوية ولان اعمال التسوية الهادفة الى التسجيل العقاري جاءت لحماية التصرفات العقارية وتثبيت الحقوق التي نشأت سابقة عليها او تنشأ خلالها لتوفير جو من الطمأنينة القانونية، لذلك تم الحرص على اخضاع الأراضي الغير مسجلة والأراضي التي تحتوي على تسوية غير منتهية والأراضي المستثناة من اعمال التسوية الى نظام التسجيل العقاري الذي يعتبر بانه مجموعة الوثائق التي تبين اوصاف كل عقار وتعين الحالة القانونية له وتبين الحقوق المترتبة له وبالتالي تظهر أي تعديلات قد تحصل عليه في المستقبل ويتم تثبيتها من تغير المالك او تغير في العقار نفسه⁴.

¹ المرجع السابق، ص 567.

وتجد الإشارة الى ان المادة 711+715 من مجلة الاحكام العدلية نصت على " كَمَا أَنَّ الْمُشْتَمَلَاتِ - الدَّاخلَةَ فِي الْبَيْعِ بِلاَ ذِكْرِ تَدْخُلُ - فِي الرُّهْنِ أَيْضًا كَذَلِكَ لَوْ رُهِنَتْ عَرَصَةٌ تَدْخُلُ فِي الرُّهْنِ أَشْجَارُهَا وَأَثْمَارُهَا وَسَائِرُ مَغْرُوسَاتِهَا وَمَزْرُوعَاتِهَا وَإِنْ لَمْ تُذَكَّرْ صَرَاحًا".

² محمد سوار، الحقوق العينية التبعية (عمان: دار الثقافة، 2006)، 56، 57.

³ امين دواس، قانون الأراضي (المعهد القضائي الفلسطيني، 2013)، 567.

⁴ سلمى سليمان، تسوية الأراضي إجراءات وقوانين، (رام الله: بلا مكان نشر، 2021)، 7.

وبالتالي فان الرهن التأميني الواقع على العقارات المعلن بها التسوية¹ قد يصدر من المالك الحقيقي لهذه العقارات وهنا لا إشكالية بالموضوع، وقد يتعرض العقار الذي وقع عليه الرهن للاعتراض وقد يواجه العديد من التحديات التي سنتطرق لها في مبحثنا الثاني بالتفصيل.

كما ويجب ان يكون محل الرهن التأميني عقارا مسجلا² وهذا ما نصت عليه القوانين النازمة بحيث تعتبر الشكلية " التسجيل " شرط من شروط انعقاده وتتولى دوائر التسجيل القيام بتنظيم هذه المعاملة وما يترتب عليها من معاملات أخرى³.

كما وأسلمنا ان الرهن التأميني يقع على العقار كاملا وقد يقع على حصة شائعة به حيث نكون بصدد ملكية شائعة في حال تعدد المالكون للعقار دون اختصاص أي منهم بجزء مفرز فيه سواء نتج عن نقل بالإرث او عن شراء لحصة شائعة، كما لان حق الشريك على الشيوع هو حق ملكية يجوز له ان يتصرف به كما يشاء وان تصرفه يكون نافذا بحق الشركاء ولا يشترط بذلك حصوله على اذن منهم ولكن بشرط ان لا يلحق هذا التصرف ضررا بباقي الشركاء⁴.

وبالرجوع الى رهن المال الشائع نجد انه قد يقع من جميع الشركاء وبالتالي فان الرهن هنا صحيحا وقد يكون من احمد الشركاء ويتوقف على ما سينتج عن القسمة حيث ان اختصاص كل شريك بحصة مفرزة تنتج محملة بنصيبها من الرهن وهناك العديد من الحالات المتعلقة بالقسمة سواء باختصاص الشريك بكامل العقار او بحصول هذا الشريك على مبلغ مالي وغيرها من الحالات⁵.

¹ تسوية الأراضي والمياه هي تسوية جميع المسائل والاختلافات المتعلقة باي حق تصرف او تملك في الأراضي والمياه او حق المنفعة فيها او اية حقوق متعلقة بها وقابلة للتسجيل " المادة 3 من قانون تسوية الأراضي والمياه ".

² حكم محكمة الاستئناف المنعقدة في رام الله في الدعوى الحقوقية رقم 355 لسنة 1998، الصادر بتاريخ 1999/9/2. منشورات المقنني.

في الأراضي التي تمت بها التسوية لا يعتبر البيع والمبادلة والمقاسمة في الأرض أو في المياه صحيحاً إلا إذا جرت المعاملة في دائرة التسجيل

³ علاء البكري، "الرهونات المصرفية ومخاطر الائتمان في فلسطين"، (رسالة ماجستير، جامعة بيرزيت، 2005)،

⁴ ثروت عبد الحميد، الحقوق العينية التبعية (مطبعة برلين) 27.

⁵ محمد سوار، الحقوق العينية التبعية (عمان: دار الثقافة، 2006)، 68.

تجدر الإشارة الى ان ما ينتج عن القسمة له اثرا على الدائن المرتهن وذلك في حال اختص الشريك بكامل العقار فان في هذه الحالة الراي السائد ان الرهن لا يشمل الا الحصة الشائعة المرهونة الخاصة بمن اختص بكامل العقار وينقضي بقية

وبالرجوع الى ما سبق يجد الباحث ان القانون قد أجاز رهن المال الغير منقول كاملا او حصة شائعة به وبالتالي فان المال الغير منقول المعلن به اعمال التسوية يجوز لمالكه ولو كان شريكا به ان يقوم برهن حصته الشائعة وتحمل حصته بالرهن دون الاضرار بالآخرين من الشركاء وفي حال نهاية حالة الشيوخ فان الدائن المرتهن يختص بحصة هذا الشريك الناتجة عن هذا الافراز.

السبب:

بالرجوع الى السبب وراء الرهن يعتبر عقد الرهن من عقود المعاوضة وبذلك فالرهن ليس من قبيل عقود التبرع ولذلك اعتبر هذا الدين بالدين المضمون حيث يشترط في هذا الدين ان يكون موجودا وقت العقد او يمكن الوجود مستقبلا وهذا ما اكدت عليه المادة 4 من قانون وضع الأموال الغير منقولة تامينا للدين " يجوز وضع المال الغير منقول تامينا لديون متوقفة او مستقبلية يتوقع ترتبها في ذمة المدين في المستقبل ¹ .

كما ان الرهن يكون لضمان دين مهما كان المصدر له وهذا ما اكدت عليه المادة 410 من مجلة الاحكام العدلية ومهما كان محله وهذا ما اكدت عليه المادة 3 من قانون وضع الأموال الغير منقولة تامينا للدين " يجوز وضع الأموال الغير منقولة تامينا للدين لمنفعة المصرف الزراعي او لمنفعة الوقف بناء على النقود التي يسلفها من صندوقه " الا ان العموم الذي جاءت به المادة 2 جاء على الاطلاق وبالتالي فان محل الدين يمكن ان يكون القيام بعمل او الامتناع عن عمل أيضا².

المطلب الثاني : القواعد الشكلية للرهن التأميني اثناء اعمال التسوية.

الرهن التأميني او الرهن الرسمي " وضع المال الغير منقول تامينا للدين " من قبيل العقود الرسمية التي تتطلب شكلية معينة لانعقادها فلا تنعقد صحيحة الا بتسجيلها لدى المرجع الرسمي المختص³.

الرهن ولا يمتد الى بقية العقار وذلك في حالة الرهن الصادر من جميع الشركاء وكما اسلفنا فان ذلك يضر بالدائن المرتهن ويزعزع الامن العقاري والائتماني اما في حالكان الرهن من قبل واحد من الشركاء وكان مال التقسيم بان اختص بكامل العقار فهنا لا يكون الرهن الا على حصة الشريك ولا يمتد الى كام العقار حفاظا على حقوق بقية الدائنين .

¹ امين دواس، قانون الأراضي (المعهد القضائي الفلسطيني، 2013)، 568.

انظر الطعن رقم 3 لسنة 1995 .

² المرجع السابق، ص 569.

³ المرجع السابق، ص 569، والمادة 5 "عندما يطلب وضع عقارا تامينا للدين يجب ان تقدم وثيقة مصدقة من مرجع مختص تتضمن بيان ما إذا كان ذلك العقار مأجورا ام لا مع بيان مدة ايجاره فاذا كان مأجورا وكانت مدة ايجاره تزيد على مدة المدايينة

وبالرجوع الى ما سبق نجد ان الرهن التأميني الواقع على العقارات المسجلة التي تعتبر محصنة بسبب هذا التسجيل ولا يمكن الادعاء بعكسها وبالتالي تضمن للمدين حق التقدم والتتبع¹.

وبتسليط الضوء على الرهن الرسمي على الأراضي الغير مسجلة فهو قانونا غير جائز نظرا للشرط الخاص بالتسجيل، اما في حال خضوع هذه العقارات لأعمال التسجيل وذلك من خلال اخضاع هذه العقارات لأعمال التسوية التي من شأنها القيام بتغيير الطبيعة القانونية لهذه العقارات وتحويلها من عقارات غير مسجلة او عقارات تحتوي على تسوية غير منتهية الى عقارات المسجلة فهو جائز قانونا، وذلك على اعتبار ان خضوع العقارات لأعمال التسجيل فان هذه الاعمال تتناول جميع الأشخاص الذين لهم حقوق سواء حقوق ملكية او حقوق منفعة معترف بها او متنازع عليها، الا انه وبالرجوع الى قانون تسوية الأراضي والمياه فقد حدد إجراءات التسوية بإمر التسوية² ومن ثم اعلان التسوية³ والتي بدورها يتم كف يد المحاكم ودوائر التسجيل عن أي معاملة تتعلق بهذه الأراضي الخاضعة لأعمال التسوية وتوجيه كافة الصلاحيات الى مأمور التسوية المعين بذلك الا ان هناك خلاف قانوني قد قام بسبب تعارض بعض مواد قانون تسوية الأراضي والمياه بين اعتبار توجيه هذه الصلاحيات من تاريخ الامر بالتسوية ام من تاريخ اعلان التسوية في المنطقة المعلن بها اعمال التسوية⁴.

وفي هذه الحالة يجب ان يتم التفريق بين حالتين:

فترتب على المستأجر ان يعطي تعهدا بإخلاء العقار عند حلول اجل المداينة او ان يعطي الدائن تعهدا بان لا يطلب بيع ذلك المال الا عند انتهاء مدة الإيجار فاذا اعطي احدهما تعهدا بما ذكر ينظم سند الإدانة.

¹ حليلة ابن حفو، "جدوى الرهن الرسمي العقاري"، (مجلة الأملاك، ع2010، 8)، 126.

انظر القرار رقم 93/1170 صفحة 2272 لسنة 1994، إبراهيم، أبو رحمة، المبادئ القانونية لمحكمة التميز الأردنية، نقابة المحامين.

² انظر حكم محكمة النقض المنعقدة في رام الله في الدعوى الحقوقية رقم 2018/764 الصادرة بتاريخ 2021/3/24.

³ سلمى سليمان، تسوية الأراضي إجراءات وقوانين، (رام الله: بلا مكان نشر، 2021)، 44.

انظر المادة 5+6 من قانون تسوية الأراضي والمياه 1952 "

وهذا ما اكدت عليه محكمة لنقض الفلسطينية في القرار رقم 2018/1765 الصادر بتاريخ 2019/5/19 وبهذا يكون القرار المطعون فيه مخالف للقانون كون المحكمة غير مختصة في نظر النزاعات المتعلقة بالأراضي التي تمت بها اعمال التسوية"

⁴ حكم محكمة النقض المنعقدة في رام الله في لدعوى الحقوقية رقم 764 لسنة 2018، 24، منشورات المفتي.

الفرع الأول: وقوع الرهن التأميني في مرحلة ما قبل تعليق جدول الحقوق لغاية البدء بإعداد جدول التسجيل

يتم الشروع في اعمال التسوية وذلك بموجب امر التسوية الصادر عن رئيس هيئة التسوية ويتم نشره في الجريدة الرسمية المتضمن خضوع القرية المعنية لأعمال التسوية وبموجبه تسطر كتب الى كل من مجلس القضاء الأعلى وسلطة الأراضي وضريبة الأملاك مفاده وقف كافة المعاملات والقضايا على أي عقار داخل القرية المعلن بها امر التسوية تحت طائلة البطلان لاي اجراء بعد تاريخ تسطير هذا الكتاب¹.

حيث يلي هذه الامر اعلان التسوية المبلغ لكافة القرية ومن ثم يليه العمل الميداني ومسح الاحواض وتقديم الادعاءات، وان وقوع الرهن التأميني في هذه المرحلة على العقارات الخاضعة لأعمال التسوية من تاريخ امر التسوية لتاريخ البدء بإعداد جدول التسجيل يميزه بأنه يجب ان يقدم الى المدير وهو مأمور التسوية الذي يعتبر الشخص المكلف والمسؤول عن إدارة جميع الاعمال القانونية والتصرفات في المنطقة التي تم تحديدها وذلك بموجب الصلاحيات الممنوحة له بموجب قانون تسوية الأراضي والمياه لسنة 1952 ومن هذه المعاملات التي يقوم بالتصديق عليها معاملة الرهن والبيع ويقوم بجميع اعمال الإدارة والاشراف².

ولكون الرهن التأميني هو الرهن الرسمي فان وقوعه في مرحلة الخضوع اعمال التسوية والتصديق على هذه المعاملة من قبل مأمور التسوية هي بمثابة الرسمية له وذلك من مرحلة الإعلان والتعليق جدول الحقوق وصيرورته نهائياً، هذا بالإضافة الى إمكانية ان يقع الرهن التأميني او الرهن الرسمي خلال 30 يوماً من تاريخ تعليق جدول الحقوق يتم التوقيع على هذا الرهن امام قاضي التسوية، اما في حال حدوث الرهن بعد التصديق على جدول الحقوق من قبل قاضي التسوية فيتم بذلك تقديم الطلب الى المدير " مدير الأراضي والمساحة بموجب المادة (2) من قانون تسوية الأراضي والمياه"³.

وبالرجوع الى إجراءات هذه المعاملة المنصبة على العقارات اثناء اعمال التسوية فإنها تكون كالتالي:

طلب وعقد معاملة بالإضافة الى لائحة ادعاء ومرفقاتها اذا كانت العقارات موضوع الرهن التأميني مما تم مسحه وفي حال لم يتم مسحها يجب احضار مخطط مساحة موقع من المجاورين ومصدق من

¹ ، دليل تسوية الاراضي والمياه 15، <https://lwsc.ps/index.php>.

وهذا ما اكدت عليه محكمة النقض الفلسطينية في القرار رقم 2020/105 الصادر بتاريخ 2020/4/20.

² ، دليل تسوية الاراضي والمياه 11، <https://lwsc.ps/index.php>.

³ المرجع السابق، 28.

المجلس القروي او البلدية وهذا التوقيع يكون امام مأمور التسوية¹، هذا من جهة ومن جهة أخرى اذا تم عقد المعاملة خلال 30 يوم من تاريخ تعليق جدول الحقوق يتم ارفاق الصفحة الموجودة عليها القطعة او العقار موضوع الرهن مع التأشير على هذه الصفحة والجدول وان التوقيع في هذه الحالة يتم امام قاضي التسوية في المنطقة المعين لها هذا القاضي بالإضافة الى ضرورة توفير براءة الذمة المالية والبلدية وإقرار عدلي بان العقار ليس مباعا ولا مرهونا ولا يتعلق به أي حق من حقوق الغير بالإضافة الى كتاب تفويض من الدائن المرتهن وخمس نسخ من سندات الدين².

وبعد ذلك يوقع العقد من طرفي الرهن التأميني من المدين الراهن والدائن المرتهن³ ويشمل هذا العقد رقم القطعة والحوض ومواصفات العقار موضوع الرهن بالإضافة الى عدد الحصص حيث يتم تفهيم الطرفين بان هذا العقد قابلا للفسخ من قبل قاضي التسوية ويتم التوقيع عليه من قبل المتعاقدين ومن قبل شاهدين ومأمور التسوية او القاضي او المدير في حال كان بعد صيرورة جدول الحقوق نهائيا وقبل صدور جدول التسجيل⁴.

وتجدر الإشارة الى ان صلاحيات هيئة التسوية تتوقف عن قبول المعاملات الخاصة بالأموال الغير منقولة المعلن بها اعمال التسوية عند البدء بإعداد جدول التسجيل ورفعها الى سلطة الأراضي وذلك كون هذه المرحلة مرحلة انتقالية ما بين التسوية والتسجيل للعقار ولعدم تقسيم الصلاحيات بهذا الشأن فان

¹ وبمقابلة مع الدكتور فواز أبو زر افاد بان مأمور التسوية عندما يرد اليه معاملة رهن التأميني على عقار معلن به التسوية وقبل التصديق على جدول الحقوق يتم رفعه من قبل هذا المأمور الى هيئة تسوية الأراضي والمياه التي بدورها تقوم بتحويله الى المكتب الفني والقانوني لديها للقيام بالإجراءات القانونية من التأكد من الأوراق المرفقة وغيرها وإعادة الملف الى مأمور التسوية مشروحا عليه بالموافقة او الرفض او غيرها والذي بدوره اذا كان في مرحلة تنظيم جدول الادعاءات ان يقوم بالتأشير على أوراق القطعة مما يفيد انها مثقلة بالرهن .

¹ سلمى سليمان، الأراضي قوانين وإجراءات، الكلية العصرية الجامعية، 252.

² دليل تسوية الأراضي والمياه ، 32+33 ، <https://lwsc.ps/index.php> .

³ وتجدر الإشارة انه وفي حال كان الأطراف ممن يحتاجون الى اذن شراء فيتم تقديم اذن شراء وفي حال كان أحد الأطراف من الأشخاص المعنوية يتم تقديم الأوراق الثبوتية الخاصة بذلك من عقد تأسيس وشهادة تسجيل وغيرها ووجوب ان يتم احضار اذن شرعي من المحكمة الشرعية المختصة في حال كان أحد طرفي العقد من القصر او واقعا تحت الوصاية).

⁴ سلمى سليمان، الأراضي قوانين وإجراءات، الكلية العصرية الجامعية، 252+253.

المعاملات لا تقبل من المواطنين في هذه المرحلة بانتظار ان يتم قبولها بعد صدور سند التسجيل الناتج عن اعمال التسوية¹.

الفرع الثاني: وقوع الرهن التأميني بعد صدور سند التسجيل الناتج عن اعمال التسوية

تعتبر معاملة الرهن التأميني بعد صدور سند التسجيل الناتج عن اعمال التسوية من اختصاص سلطة الأراضي ومأمور التسجيل².

وبالرجوع الى الرهن التأميني الواقع على العقارات الناتج بها سند تسجيل جراء اعمال التسوية نجد إجراءات انعقاده واتمامه ولغاية صدور سند التسجيل مثقلا بالرهن تشابه مع الإجراءات التي تم اتباعها لانعقاد الرهن التأميني اثناء اعمال التسوية ولغاية صدور سند التسجيل ، وانه بالرجوع الى دليل إجراءات تسجيل الأراضي الصادر عن دائرة تسجيل الأراضي نجده : يجب احضار سند تسجيل العقار المنوي رهنه تأمينياً بالإضافة الى براءتي ذمة مالية وبلدية اتفاقية الرهن الموقعة من الدائن المرتهن اذا كان الدائن بنكا إقرار عدلي بواقع حال الأرض انها غير مباحة ولا مرهونة ولا محجوزة ولا يتعلق بها أي حق من حقوق الغير اما اذا كان مرتبط بمعاملة الرهن معاملة بيع يجب احضار إقرار عدلي من المشتري كتاب تفويض

¹ فواز أبو زر (نائب رئيس هيئة تسوية الأراضي والمياه) في مقابلة مع الباحث، 2023/1/2.

² المادة 3/16 من قانون تسوية الأراضي والمياه رقم 40 لسنة 1952 في الأماكن التي تمت التسوية فيها، لا يعتبر البيع والمبادلة والإفراز والمقاسمة في الأرض أو الماء صحيحاً إلا إذا كانت المعاملة قد جرت في دائرة التسجيل".
انظر أيضا المادة 2 من قانون التصرف في الأموال الغير منقولة رقم 49 لسنة 1953 "حصر إجراء معاملات التصرف في دوائر تسجيل الأراضي ينحصر إجراء جميع معاملات التصرف في الأراضي الأميرية والموقوفة والأموال والمسققات والمستغلات الوقفية وإعطاء سندات التسجيل بها في دوائر تسجيل الأراضي" وانظر أيضا حكم محكمة النقض المنعقدة في رام الله في الدعوى الحقوقية رقم 2016/1283 بتاريخ 2019/2/26، منشورات مقام" وبناء على ذلك. فإن قيود الملكية العقارية وأصدار سندات التسجيل بهذه القيود محصور بدوائر التسجيل دون سواها وبالتالي فإن التصرف الناقل للملكية العقارية بعقد البيع يخضع لشكل معين هو قيده لدى هذه الدوائر بحيث يستمتع مأمور التسجيل المناطق به ذلك لإيجاب وقبول طرفي العقد وإدراج قيمة العقار المبيع وقيد ذلك في الصحيفة العقارية. ويبقى أي ايجاب وقبول سابق لذلك غير معتبر وباطل وفقاً لنص الفقرة الثالثة من المادة 16 من قانون التسوية سالف الإشارة. وهو ما اكدت عليه محكمة النقض بهيئتها العامة بقرارها رقم 2010/290 الصادر بتاريخ 2011/6/1 حيث اعتبرت اتفاقية البيع الخارجي لشقة في عقار تمت بشأنه أعمال التسوية باطلة سنداً لقانون التسوية .

من الدائن المرتهن ان كان بنكا للتوقيع على أوراق المعاملة اذا كانت معاملة المدين من شخص كفيل بعقاره شخص اخر يجب حضور الطرفين للتوقيع¹.

حيث تمر هذه المعاملة بالعديد من الإجراءات بداية بفتح الصفقة العقارية ونهاية بدفع الرسوم والتوقيع النهائي امام مأمور التسجيل، وبالرجوع الى الإجراءات الشكلية الواردة على العقارات اثناء اعمال التسوية او التي تم اصدار سند تسجيل بموجبها نجد انه يرتبط بهذه المعاملة معاملات أخرى تنقرع عنها ويتم تنظيمها بنفس الالية والى نفس الجهة تقدم " الجهة التي تم تنظيم الرهن لديها " وهي معاملة فك الرهن ومعاملة تحويل الرهن ومعاملة تنفيذ الرهن مع اختلاف بالأوراق المرفقة في كل معاملة².

ويرى الباحث بالإشارة الى ما سبق من إجراءات شكلية للرهن التأميني الرسمي الواقع على العقارات الخاضعة لأعمال التسوية الى ان الاجراء الشكلي فيها موحد والإجراءات شبيهة والأوراق المرفقة أيضا شبيهة الا ان الفارق الجوهرى ينصب على وقت وقوع الرهن التأميني بالجهة التي يتم التوقيع امامها كما سبق وذكرنا بالإضافة الى المعاملات الملحقة بهذا الرهن تختلف حسب الجهة التي تنظم في زمنها فاذا صدر سند التسجيل مثقلا بالرهن تتم المعاملات لدى دوائر التسجيل اما ما قبل صدور السند فتتم المعاملات الملحقة سواء لدى هيئة التسوية او لدى المأمور او امام قاضي التسوية .

المبحث الثاني: - أثر اعمال التسوية على الرهن التأميني

الرهن التأميني من الحقوق العينية التبعية التي تتعقد على عقارا مملوكا للراهن ملكية حاضرة وخالصة غير مقيدة حيث ان الرهن التأميني الواقع على العقارات المسجلة لا تثور بشأنه أي مشكلة وذلك بسبب القوة الثبوتية المطلقة التي تتمتع بها قيود السجل العقاري³.

في حين ان الطبيعة القانونية للعقارات في فلسطين تتميز بان اغلب الأراضي هي أراضي غير مسجلة يتم اخضاعها لأعمال التسوية وبالتالي فان الملكية هنا هي ملكية تكون محل اعتراض من صاحب الحق على العقار الذي منحه القانون هذا الحق وبالتالي فان أي تصرف قانوني على هذه العقارات يتأثر

¹ سلمى سليمان، الأراضي قوانين وإجراءات، الكلية العصرية الجامعية، 205.

² المرجع السابق، 254+255.

³ محمد سوار، الحقوق العينية /التبعية (عمان: دار الثقافة، 2006)، 57.

بنتيجة هذا الاعتراض لذلك سنعالج الاعتراض على اعمال التسوية واثّر هذا الاعتراض على الدائن المرتهن والغير حسن النية عن العلاقة التعاقدية .

المطلب الاول: الاعتراض على اعمال التسوية وأثره على الرهن التأميني.

الاعتراض على اعمال لتسوية من اهم الحقوق التي منحت لكل ذي حق على عقار معن به اعمال التسوية حيث كفل القانون لكل من يدعي حقا خلاف لما ورد في جدول الحقوق ان يتقدم به لمأمور التسوية او الى قاضي التسوية لما لهذا الاعتراض من اثار من شأنها ان تبقي على ما ورد في جدول الحقوق او من شأنها ان تغير ما ورد فيه وما ينعكس بذلك على ما قد ينتج عن هذه الجدول من معاملات ترتبط بها.

الفرع الأول: الاعتراض على اعمال التسوية

السندات العقارية الصادرة عن اعمال التسوية تقوم على العديد من المبادئ وهي مبدا التخصيص الذي يقوم على ان تخصص صحيفة عينية عقارية لكل عقار¹ وذلك لان مالك العقار الصادر عن اعمال التسوية ليس هو أساسا التسجيل وبالتالي فان هذه الصحيفة العقارية تكون موضحة وضع هذا العقار وحالته القانونية والأشخاص الذين لهم حق تصرف عليه حيث لا يعد أي اسم في السند له حق ملكية اصلية او تبعية معيرا لاي حق على العقار او على معرفة هذا العقار².

بالإضافة الى وجود مبدا حظر التقادم الذي يستند على أساس عدم اكتساب الحقوق العينية العقارية بمرور الزمن لان مرور الزمن لا يسري على العقارات التي تمت فيها اعمال التسوية³.

¹ سلمى سليمان، تسوية الأراضي إجراءات وقوانين، (رام الله: بلا مكان نشر، 2021)، 66.

² المادة 2 من نظام تسجيل الأراضي رقم 1 لسنة 1953 - "تفتح صحيفة سجل واحدة لكل قطعة ولو تعدد المتصرفون فيها وتصدر إسناده تسجيل بها بعد استيفاء الرسوم والنفقات التي تكون مستحقة عن أعمال التسوية أما قطع الأراضي المدونة في جدول التسجيل باسم الخزينة أو باسم الخزينة بالنيابة أو باسم مدير الاوقاف العامة بالإضافة لوظيفته وقطع الأراضي التي لا قيمة لها فتسجل في سجل الأموال غير المنقولة فور وصول جدول التسجيل لمأمور التسجيل دون أية رسوم".

³ المادة 5 من القانون المعدل لأحكام الأموال الغير منقولة رقم 51 لسنة 1958 "عدم سريان مرور الزمن على التصرفات في الأموال غير المنقولة المسجلة وعلى رغم ما ورد في أي قانون آخر لا تسري مدة مرور الزمن على الأموال غير المنقولة التي تمت التسوية فيها".

انظر حكم محكمة النقض المنعقدة في رام الله في الدعوى الحقوقية رقم 2017/1680 بتاريخ 2018/4/18، منشورات مقام بأن مرور الزمن لا يسري على الارض التي تمت فيها التسوية على الرغم مما ورد في أي قانون آخر وبالتالي فإن سماع

بالإضافة الى ما يتميز به سند التسجيل الصادر عن اعمال التسوية من قوة القيد المطلق فالقيد العقاري " سند التسجيل الصادر نتيجة اعمال التسوية وأيضاً نتيجة اعمال التسجيل الجديد يتميز بالقوة المطلقة كالتي يتميز بها سند التسجيل في الأراضي المسجلة ¹، حيث يعتبر المبدأ ثبوت القيد من الأمور الجوهرية التي تميز الأراضي المسجلة عن غيرها من الأراضي الغير مسجلة باعتبار ان المحاكم تمنع من سماع أي اعتراض او طعن بصحة هذا السند الا بأحوال استثنائية يبيتم الرجوع بموجبها الى قانون تسوية الأراضي والمياه وبالتالي فان أي حق عيني عقاري على عقار مسجل سواءً بأعمال التسجيل المجدد او بموجب اعمال تسوية الأراضي والمياه يجب تثبيته في دوائر التسجيل والتأشير به على الصحيفة العقارية حيث أي إضافة او تعديل او تغيير يكون بموجب هذه الصحيفة تحت اعتبار بطلان هذه المعاملات خارج دوائر التسجيل ².

ويرى الباحث ان السند الناتج عن اعمال التسوية يتمتع بنفس ميزات سند التسجيل العادي (السجل العقاري للأراضي ابان الدولة العثمانية والبريطانية) الا ان هذا السند وعلى الرغم من عدم سريان مرور الزمن عليه وعلى الرغم من قوته المطلقة الا انه هناك حالات استثنائية تتمثل بالاعتراض على الملكية الواردة على هذا السند تكون من الأمور التي تسمح للمحاكم المختصة بالنظر في هذا السند بالإضافة الى الادعاء بالتزوير وبالتالي فان السند الناتج عن اعمال التسوية يتأثر بالاعتراض المنصب من كل ذي حق على هذه العقارات وبالتالي فان هناك تأثير محتم على أي معاملة قد نظمت على هذه العقارات ومنها الرهن التأميني وهذا ما سنتطرق اليه في معالجتنا لأثر هذا الاعتراض على اعمال التسوية .

يعتبر الاعتراض على اعمال التسوية من حق كل شخص تم مس حقه باي شكل من الاشكال ولكن قانون تسوية الأراضي والمياه كاستثناء على الأصل العام وهو عدم إمكانية الطعن بجدول الحقوق بعد

البيئة الشخصية التي تنتزع الجهة الطاعنة بحرمانها من تقديمها لإثبات التصرف الطويل في القطعة كدفع مئار من قبلها لا طائل منها"

¹ انظر حكم محكمة النقض المنعقدة في رام الله في الدعوى الحقوقية رقم 818/ 2018 المنعقدة في رام الله بتاريخ 2018/11/24، مقام " ان الاصل في البيوع العقارية بالأراضي التي تمت بها اعمال التسوية والمسجلة رسمياً لدى دائرة الاراضي المختصة الثبات والاستقرار لما تمثله تلك السندات والمعاملات من حجية في مواجهة كافة باعتبارها سندات رسمية توثق البيوع والتصرفات التي تتم على العقارات المسجلة ، فان المشرع قد اضىف عليه حجية لا تقبل النقض او الالغاء او التعديل الا في حدود ضيقة جداً حفاظاً على ثباتها وتأكيداً على تمتعها بثقة المواطنين .

² محمد الزعبي، قيود سجل الأراضي الأردنية نتيجة التسوية، (الجامعة الأردنية، العدد 3 المجلد 13، 1986)، 333+332.

انتهاء المدة الأساسية للطعن، وكاستثناء على هذا الأصل فقد جاء قانون التسوية ببعض الأمور على وجه التحديد بذكر الحالات التي يحق بها لمن مس بحقه الاعتراض على جدول الحقوق على الرغم من مضي المدة القانونية للاعتراض الا ان هذه المادة جاءت بنص يناقض التحديد الذي جاءت به بان سمحت بانه اذا استجبت أمور لم ينص عليها القانون بحق هذا الشخص بالاعتراض فقد جاءت بتحديد وجاءت بحالة تعميم¹.

وبالرجوع الى نصوص قانون تسوية الأراضي والمياه نجده كان حريصا على الملكية وحمايتها كونه قد حدد مدد الاعتراض بموجب نصوصه وحدد الحالات التي يحق بها للشخص صاحب الحق الاعتراض بموجبها على اعمال التسوية حيث قام هذا القانون بذكر مدد للاعتراض اساساها مدة الثلاثين يوما من تاريخ تعليق جدول الحقوق².

وبتسليط الضوء على هذه المدد نجدها محددة بحالات مكان تواجد الشخص صاحب الحق بتقديم الاعتراض سواء كان صاحب الحق ممن يتواجدون في البلاد المجاورة لفلسطين فقد حددها القانون بسنة من تاريخ تعليق جدول الحقوق ولكن في هذه الحالة يجب ان يتواجد هذا الشخص في البلاد المجاورة " متوطنا " وليس مسافرا سفرا عابرا وان يكون هذا التوطن من وقت اعمال التسوية وقبلها اما بعد القيام بأعمال التسوية او الشروع بها فانه لا يستفيد من هذه المدة بل يسري عليه مدة الثلاثين يوما³⁺⁴.

ويرى الباحث ان هذه المادة لم تعالج ناقص الاهلية (السفه وذو الغفلة " ولكن بالقياس على الحالات التي حددتها نجد انها سمحت لفاقد الاهلية ان يتقدم باعتراضه فالأولى ان يتم السماح لناقص الاهلية هذه من جهة ومن جهة أخرى فان الاعتراض من ضمن الاعمال الدائرة ما بين النفع والضرر فمن الممكن ان يكون باعتراضه قد جلب لنفسه نفعاً .

¹ انظر المادة 12 من قانون تسوية الأراضي والمياه رقم 40 لسنة 1952.

² الا انه كان أخرى بالمشروع لو انه قام بذكر ثلاثين يوما من اليوم التالي لتعليق جدول الحقوق لان اليوم الخاص بالتعليق يكون منقوصا فمن الممكن ان يتم تعليق جدول الحقوق في نهاية الدوام بالتالي يحرم صاحب الحق من تقديم اعتراضه بهذا اليوم.

³ انظر المادة 6 من القانون المعدل رقم 22 لسنة 1964.

⁴ انظر المادة 2/15 من قانون تسوية الأراضي والمياه رقم 40 لسنة 1952.

كما ان القانون قد حدد لصاحب الحق المتواجد في البلاد الغير مجاورة للبلاد الفلسطينية مدة أيضا للاعتراض.

هذا من جهة ومن جهة أخرى فان الوضع الأخطر والواجب المعالجة هي الفقرة 15/3 فهذه المادة تعتبر منفذا مفتوحا لكل صاحب حق بان يتقدم باعتراضه على اعمال التسوية وما نتج عن هذه الاعمال من معاملات تكون قد فتحت على هذه العقارات كالرهن التأميني وبالتالي البقاء في خطر عدم الائتمان لمدة مفتوحة ولمعالجة هذه المادة واثرها على الرهن التأميني سنتطرق اليها بالشكل التالي :

يرى الباحث ان المادة السابقة خولت المدير صلاحيات تحديد المدة التي يحق لصاحب الحق بالاعتراض تقديم اعتراضه اذا كان متواجدا في البلاد التي تعاني من الحروب او كان من افراد قوات احدى الدول الحليفة مدة مرهونة بإرادته وتقديره لا تتجاوز الخمس سنوات من تاريخ انتهاء الحرب، وهذا النص يشكل سيفا ذو حدين فهو من جانب قد اعطى الحق لصاحب حق الاعتراض اذا كان متواجدا في البلاد التي تعاني من الحروب ولم يحرمه من تقديم اعتراضه بل وميزه بمدة تتناسب والوضع الذي يعيشه ومن جانب اخر خرق للائتمان المفروض على العقارات الصادرة عن اعمال التسوية وما يتعلق بها من معاملات وبالتالي عدم استقرار للمعاملات القانونية بترك هذه المدة بيد وقرار المدير من جانب وبطول هذه المدة أيضا وبعدم تحديدها كسابقاتها من النصوص بتعليق جول الحقوق بل رهنها بانتهاء الحرب .

هذا من جهة ومن جهة أخرى فقد منحت هذه الفقرة حق الاعتراض لاحد قوات الامن في الدول الحليفة لفلسطين حتى لو لم يكن في حالة حرب بالإضافة الى ان انتهاء الحرب وهذا فيه مغالاة فالأفضل لو تم تحديد هذه الحالة كالحالة التي تمنح للدول الغير مجاورة المجاورة وتواجد صاحب الحق بالاعتراض بها بالإضافة الى ان تقرير انتهاء الحرب " التي تعني ان تكون هذه الحرب بإعلان الحرب وليس فقط بالخلافات والاستنزافات على الحدود " فيكون تحديد انتهائها بموجب اتفاقيات الهدنة ومعاهدات الصلح حيث في هذه الحالة يمنح المدير الحق بإعطاء المهلة حسب تقديره ولا يحق له منع إعطاء هذه المهلة وعند إعطائه إياها يجب ان لا تتجاوز الخمس سنوات¹.

ويرى الباحث ان الاستقرار المفروض للمعاملات العقارية الصادرة عن اعمال التسوية ومنها الرهن التأميني وما يرتبط به من معاملات أخرى من فك وتحويل وتنفيذ الرهن تحتاج الى وضع قانوني يتميز بالاستقرار ولكي تتمتع العقارات الصادر بها سند تسجيل بموجب اعمال التسوية بالاستقرار القانوني كان

¹ محمد الزعبي، قيود سجل الأراضي الأردنية نتيجة التسوية، (الجامعة الأردنية، العدد 3 المجلد 13، 1986)، 339+340.

حريا بالمشرع ان يحدد لصاحب الحق بالاعتراض على اعمال التسوية خلال ثلث سنوات من تاريخ تعليق جدول الحقوق وهذا التحديد منصفاً سواءاً لصاحب الحق ومنصفاً للغير.

كما ويرى الباحث وفي جميع الحالات فان المدة المطبقة هي مدة الثلاثين يوماً من تاريخ المدد المحددة في المادة السابقة على ان يكون ما تبقى من هذه المدة يتجاوز الثلاثين يوماً اما اذا كان اقل فان المدة لمتبقية هي مدة الاعتراض فمثلاً لو كان صاحب الحق متواجد في الأراض كمواطناً فانه يكتسب سنة من تاريخ تعليق جدول الحقوق فبعودته الى فلسطيني فانه يتوجب عليه ان يتقدم باعتراضه خلال 30 يوماً من العودة مادامت السنة لم تنتهي بشرط ان يكون ما تبقى من هذه السنة اكثر من ثلاثين يوماً واما اذا كان ما تبقى منها هو عشر أيام فانه ملزم بان يقدم اعتراضه خلال 10 أيام المتبقية¹.

الفرع الثاني : اثر الاعتراض على الرهن التأميني

نظم قانون تسوية الأراضي والمياه الحالات التي يتم فيها الاعتراض على جدول الحقوق ومدد هذا الاعتراض بالإضافة الى تنظيمه لنتيجة هذا الاعتراض فقد نص القانون على ان محكمة التسوية التي تبت في الاعتراض المنصب على العقار اثناء اعمال التسوية وما يرتبط به من معاملات هي ملزمة بتعديل جدول الحقوق بما يتناسب والقرار الصادر من قبلها بموجب الاعتراض فاذا كان صاحب الاعتراض محق باعتراضه فهي تقوم بتعديل جدول الحقوق وبالتالي فان أي معاملة مرتبطة بسند التسجيل تخالف القرار بالاعتراض يتم فسخها وإعادة الحال الى ما كان عليه بتسليم العقار خالياً من الشواغل والشاغلين باستثناء الحالة التي يكون فيها تم اجراء معاملة بيع " الأراضي من نوع ملك " او معاملة فراغ " الأراضي من نوع اميري " فهي في هذه الحالة تكتفي فقط بتعويض الطرف المتضرر " صاحب الحق في الاعتراض على جدول الحقوق الذي ثبت احقية اعتراضه " تعويضاً عادلاً يتناسب وحجم الضرر الذي لحقه جراء تسجيل

¹ انظر حكم محكمة الاستئناف المنعقدة في رام الله في الدعوى الحقوقية رقم 2017/48 المنعقدة في رام الله بتاريخ 2017/6/7، مقام " يوماً من تاريخ تعليق جدول الحقوق وبالمقابل نجد ان المادة 15 من ذات القانون حددت الحد الأقصى لتقديم الاعتراض للشخص المقيم في احدى البلاد المجاورة خلال سنة واحدة من تاريخ اعلان التسوية صحيح ان القدس من الناحية السياسية الطموحة هي جزء من الدولة الفلسطينية بل وعاصمتها الابدية ولكن من الناحية الواقعية والموضوعية هي مدينة محتلة من قبل دولة اخرى ومن الناحية الواقعية اعتبرت دولة الاحتلال جزء من دولتها وطبقت عليها القانون الاسرائيلي ووضعت حولها جدار يفصلها ويقطعها عن التواصل الجغرافي عن باقي مناطق الدولة الفلسطينية وانها في الوقت الراهن خارج عن السيطرة القانونية الفلسطينية ودخلت عنوة داخل دولة الاحتلال المجاورة ولحين عودتها المادية والفعلية والواقعية والقانونية للسيطرة الفلسطينية فان من يقيم بداخلها في هذه المرحلة يأخذ حكم من يقيم بدولة مجاورة.

العقار بغير اسمه وهذا كله حفاظا من المشرع على حقوق الغير حسني النية واستقرارا للمعاملات ، والتعويض العادل يتمثل في ثمن الأرض وقت قيدها بالإضافة الى فرق الثمن من وقت القيد لوقت صدور الحكم للمتضرر بالتعويض وإذا استحصل الشخص المسجل العقار باسمه تسجيل هذا العقار بطريق الغش فان صاحب الحق يستطيع المطالبة بالتعويض المادي والادبي¹.

وبالتالي فان الرهن التأميني او الرهن الرسمي كونه حقا تبعا أي انه الحق المستند في وجوده الى وجود حق شخصي مقرر لضمان الوفاء بهذا الحق².

وبالرجوع الى ان الرهن التأميني هو حق عيني تبقي فانه قد قرر لضمان الوفاء بالتزام معين بالذات فهو ملازم لحق أصلي يتضمن الوفاء به مرتبطا به وجودا وعدما فبالتالي فان نشوء الدين باطلا أدى الى انقضاء الرهن التأميني بطريق تبقي له³.

ويرى الباحث انه وبالرجوع الى المحل في الرهن التأميني نجد انه كما سبق واسلفنا يجب ان يكون مملوكا للمدين الراهن ونظرا لطبيعة العقارات الخاضعة الاعمال التسوية والعقارات الناتجة عن اعمال التسوية نجد ان هذا المحل أيضا يكون عرضة للاعتراض في أي وقت وخصوصا ان المشرع ترك الباب مفتوحا لذلك فبالتالي فان الرهن يدور وجودا وعدما مع ثبات او عدم ثبات الملكية فمن المنصف ان يسلم صاحب الحق في العقار عقاره خاليا من أي رهونات او أي حقوق للغير بمجرد ثبات الملكية له وان يسلم له العقار نظيفا من أي حقوق للغير وقد كان المشرع منصفا عندما قام بحماية الغير في حال البيع او الفراغ وعلى عكس ذلك فان الرهن التأميني يتأثر تأثرا جوهريا بهذا الاعتراض يصل الى انتهاء هذا الرهن وإزالة اشارته من على صحيفة العقار.

¹ محمد الزعبي، قيود سجل الأراضي الأردنية نتيجة التسوية، (الجامعة الأردنية، العدد 3 المجلد 13، 1986)، 340+341. وتجدر الإشارة الى ان المشرع لم يفرق بين البيع بدون مقابل كالهبة هل يطبق عليه الثبات لاسم الشخص الذي سجلت باسمه ام ان صاحب الحق بالاعتراض والمحق باعتراضه يحق له فسخ السند

² علي العبيدي، الوجيز في شرح القانون المدني الحقوق العينية، (عمان: دار الثقافة، 2011)، 23.

³ بلحاج العربي، الوجيز في الحقوق العينية، (عمان: دار الثقافة، 2015)، 196.

وتجدر الإشارة الى ان الرهن التأميني في حد ذاته ليس من وسائل اكتساب الملكية ولا طريق من طرق التملك وبالتالي لا يمكن الدائن من تملك الشيء المرهون الا في حال عدم السداد بالتالي فان الرهن هو ضمان لاستيفاء الدين في حال امتناع المدين عن السداد.

وبالرجوع الى نتيجة الاعتراض على اعمال التسوية واثّر هذا الاعتراض على ما تم عقده رهونات تأمينية نجد ان هذا الرهن لا يسري على المالك للعقار الذي اكتسب الحق على هذا المال الغير منقول بموجب قرار قاضي التسوية مستندا لما قد قدمه من بيانات تثبت ملكيته وبالتالي فان هذا المالك يعامل معاملة الغير وحيث ان العقود لا تنفع ولا تضرر غير عاقدتها ولا يستطيع بذلك الراهن ان يملك أي حق على العقار بزوال ملكيته بالفسخ والابطال فان الرهن هنا ينتهي بزوال الملكية ويبقى حق الدائن المرتهن في مواجهة المدين الراهن قائما¹.

ويرى الباحث ان قيام المدين الراهن برهن مال غير منقول خاضع لأعمال التسوية او ناتج عنها ويتعرض هذا العقار للاعتراض ويكتسب صاحب الحق حقا على هذا المال و بنتيجته يتجرد المدين الراهن من أي حق على هذا المال يجعل العقد بين المدين الراهن والدائن المرتهن موقوفا على موافقة المالك الحقيقي لهذا المال (بورقة رسمية) فاذا أجاز المالك الحقيقي هذا الرهن بقي هذا الرهن موجودا اما اذا لم يتم بإجازته فان في هذه الحالة يتم تعديل جدول الحقوق بما يثبت ملكية المال الحقيقي لهذا السند وبالتالي فان الرهن هنا يصبح كان لم يكن بالنسبة للعقار موضوع الرهن ويبقى حق الدائن المرتهن اتجاه المدين الراهن قائما .

المطلب الثاني: انقضاء الرهن التأميني وأثره على الدائن المرتهن والغير حسن النية.

يعتبر الرهن التأميني من العقود الملزمة لجانب واحد وهو المدين الراهن الا انه وفي المقابل هناك آثار جوهرية تنتج عن هذا الرهن تكون بالأساس لمصلحة الدائن المرتهن وهي حقوقا له نابعة بالأساس من الطابع العيني لحق الرهن لأنه حق تبعية للرهن اصلي².

¹ محمد سوار ، الحقوق العينية /التبعية (عمان: دار الثقافة،2006)،58.

وتجدر الإشارة الى ان القوانين العربية مثل الاردن وسويا ومصر اعتبرت ان السجل العقاري لما له من قوة ثبوتية غير مفرقة بين ان كان صدر عن اعمال التسوية او غيره اعتبر ان المدين الراهن حسن النية أولى بالحماية لما يظهر من واقع الحال من السندات المبرزة ان المدين الراهن هو المالك ففي حال فسخ السند لاي سبب كان وكان الدائن المرتهن حسن النية فان حق هذا الدائن يجب حمايته.

² ثائر محمد، اثار الرهن التأميني فيما بين الراهن والمرتهن،(مجلة كلية اليامون : العدد 34،2019)،230.

الا ان الرهن التأميني قد ينقضي في العديد من الحالات التي لا مجال لدراستها هنا ولكن ما يهمنا هو تسليط الضوء على ما ينتج عن اعتراض التسوية على الرهن التأميني وحقوق الدائن المرتهن والغير حسن النية.

الفرع الأول: الهلاك القانوني كسبب لانقضاء الرهن التأميني وأثره على الدائن المرتهن

يعتبر الهلاك القانوني للرهن التأميني من قبيل حالات انقضاء الرهن التأميني وذلك لوقوعه على المحل في الرهن ومن قبيل الهلاك القانوني ما يهمنا في بحثنا هذا هو زوال ملكية المدين الراهن بأثر مستند وبالتالي فان ملكية الراهن للعقار موضوع الرهن التأميني اذا تم تجريده منها بموجب قرار قضائي يؤدي الى انقضاء الرهن التأميني في هذه الحالة¹.

يرى الباحث ان مصير المعاملات القانونية المنعقدة على العقارات المعلن بها أعمال التسوية يتوقف على النتيجة الصادرة من قرار قاضي التسوية بعد اكتسابها للدرجة القطعية ، حيث نص القانون صراحة على أن نتيجة الاعتراض الذي يكون بموجبه المعترض صاحب حق على العقار يتم به تغير جدول الحقوق او جدول التسجيل في حال كان الاعتراض بعد سنة او ثلاث وغيرها من المدد الممنوحة وبالتالي فمصير ما كان منعقدا على سند التسجيل من معاملات يدور وجودا وعدما حول القرار النهائي في الاعتراض إلا في الحالة التي يكون بها قد تم البيع والفراغ في هذه الحالة اوجب القانون التعويض لصاحب الحق .

ويرى الباحث انه وبالرجوع الى ان العقارات المعلن بها التسوية والتي ينتج عنها سند تسجيل جراء اعمال التسوية والتي تم خلال اعمال التسوية او بعد صدور سند التسجيل اثقالها بالرهن التأميني تعتبر كما وأسلفنا عرضة للاعتراض بموجب نصوص القانون من كل ذي حق عليها فانه وبالنتيجة في حال تم صدور قرار قضائي قطعي بتسجيل العقار باسم مالكة الحقيقي يعتبر هنا سببا من أسباب انقضاء الرهن التأميني على هذه العقارات.

ولكن لكون الرهن التأميني يحمل حقوقا للدائن المرتهن مفادها ما قام بتقديمه من أموال او تسهيلات للمدين الراهن الذي قام بوضع عقاره بسوء نية وكان عالما عيوب هذا العقار كضمانة لهذا الدين فان الدائن المرتهن في هذه الحالة أولى بالحماية القانونية، وذلك بهدف تشجيع الافراد على الائتمان كما وان من

¹ محمد سوار ، الحقوق العينية التبعية (عمان: دار الثقافة، 2006)، 163.

حالات الرهن التأميني ان يتم تنفيذ الرهن في حال لم يقيم المدين الراهن بتسديد ما يترتب في ذمته اتجاه الدائن المرتهن وبالتالي بيع العقار في المزاد العلني وظهور الغير حسن النية الذي يعتبر أيضا من الأطراف التي يجب ان تتمتع بالحماية القانونية .

وبالرجوع الى انقضاء الرهن التأميني بتجريد المدين الراهن من العقار موضوع الرهن واثره على الدائن المرتهن نجد ان هذا الانقضاء كان انقضاء بصورة اصلية لا بصورة تبعية وبالتالي فلا يبقى امام الدائن المرتهن سوى الحلول العيني وذلك بانتقال الرهن الى ما يحل محل المال الغير المنقول الذي كان موضوع النزاع وهذه الحالة جاءت قياسا على حال هلاك المال المرهون¹.

وبالتالي وللحفاظ على حقوق الدائن المرتهن اتجاه المدين الراهن بعد ان تم تجريده من العقار موضوع الرهن ننظر الى إمكانية تطبيق نظرية الحلول العيني التي وعلى الرغم من عدم النص القانوني عليها صراحة في اغلب القوانين الي ان مجلة الاحكام العدلية من المادة 701 - 764 كما قد عالجت مبدأ الحلول العيني الا ان هذا الحلول كان للرهن بشكل عام ومن مضمونها الرهن الحيازي فالمجلة كما اسلفنا لم تعالج الرهن التأميني وقياسا على ذلك فان فكرة الحلول العيني هنا في الرهن التأميني من الممكن ان تقع حفاظا على الاعتبارات سابقة الذكر.

يعتبر الحلول العيني من الضمانات الإضافية التي توفر استبدال مال بمال سواء مال منقول بمال منقول او مال غير منقول بمال منقول او غير منقول بنفس الشروط التي كانت بخصوص المال المستبدل ولكن هذه الفكرة على الرغم من الضمانات التي تقدمها للدائن المرتهن الا ان فيها اخلال بمراكز الأشخاص الآخرين الذين لهم حقوق على هذه الأموال ومن كانوا خارج اطار عملية الحلول².

وبتطبيق فكرة الحلول العيني نجد مثلا انه وبالرجوع الى إمكانية وقوع الرهن التأميني على الحصة الشائعة فانه كما اشرنا سابقا يتوقف على نتيجة القسمة بحيث تعتبر تطبيقا لنظرية الحلول العيني بان ينتقل الرهن من الحصة الشائعة الى الحصة المفردة وذلك على اعتبار ان الشيوع ما هو الا حق ملكية بالمعنى الدقيق الا ان هذه الفكرة تلقت العديد من الانتقادات كون هنا لم يتم تطبيق حلول العيني بل نقل الرهن

¹ ثروت عبد الحميد، الحقوق العينية التبعية (مطبعة برلين)، 144.

² محمد الجندي، نظرة على قواعد الحلول العيني، 2008، 230

بالمعنى المجرد للنقل ولكن تطبيق فكرة الحلول العيني بهذا الخصوص عند عدم إمكانية القسمة وبيع العقار في المزداد العلني هنا يتم الحلول العيني على ثمن الحصاة الشائعة موضوع الرهن¹.

كما وانه وعلى الرغم من ان الحلول العيني بحد ذاته لا يشكل نظام قانوني أي ان الدائن المرتهن لا ينتقل حقه عينيا تلقائيا بل اتفاقيا الا ان تطبيقات هذه الفرضية موجودة، حيث تكمن فكرة الحلول العيني في الحلول في الذمم وتصور تماثل الذمم وبالتالي فدخل قيمة مالية لزمة بدل قيمة أخرى تم إخراجها منها هنا نعتبره حلول اما في حال ان يتم ادخال قيمة جديدة وبلا استبدال وان يتم اخضاعها للقواعد التي خضع لها المال الغير منقول الذي هلك قانونا وهذا فيه اضرارا بالغير وبالتالي فان التوسع في فكرة الحلول العيني على الرغم من إيجابياته عليه محاذير كثيرة الا اذا كان هذا الحلول حلول اتفاقي ففي هذه الحالة يمكن تطبيق مبدأ الحلول كوسيلة لتخفيف من مخاطر الرهن التأميني على العقارات المعن بها اعمال التسوية².

وبالرجوع الى مجلة الاحكام العدلية نجد ان من اهم الالتزامات الملقاة على عاتق المدين الراهن هو المحافظة على المال المرهون سواء من الهلاك او من الاستحقاق من الغير وبغير ذلك فهو ضامن للمدين الحصول على حقوقه³، وانه كما كان يجب على المدين الراهن ضمان سلامة المال المرهون وان كانت تطبق على الرهن الحيازي الا انها هي ذاتها في الرهن التأميني ولا سيما ان المال المرهون بقي في يد المدين الراهن⁴.

بالرجوع الى التنظيم القانوني الفلسطيني نجده قد اوجد نوعا جديدا من الضمانات العينية ممثلة بوضع الأموال المنقولة ضمنا لديون دون ان يتم نقل الحيازة⁵ مفاده ان يتم وضع المال المنقول الغير خاضع للتسجيل كرهن دون نقل الحيازة وذلك لضمان الوفاء بالتزام مالي او غير مالي سابق او لاحق على تاريخ انشائه او متزامن معه بتوافق الطرفين وبالتالي فان هذه الضمانة قد جاءت كمخرج للمدين الراهن الذي هلك

¹ أسماء الرقاد، التأصيل القانوني لانتقال حق المتصرف اليه الى الجزء الذي ال الى المتصرف بطريقة القسمة، جامعة البلقاء، (2019)، ص130

² محمد الجندي، نظرة على قواعد الحلول العيني، 2008، 231.

³ انظر من المادة 740 لغاية المدة 746 من مجلة الاحكام العدلية.

⁴ حسين العيسه، وضع الأموال الغير منقولة تامينا لدين دون حيازة في ضوء القرار بقانون رقم 11 لسنة 2016 الصادر من الرئاسة الفلسطينية، جامعة قطر: دار نشر جامعة قطر، 2020/4/10، 196+197.

⁵ قرار بقانون بشأن ضمان الحقوق بالمال المنقول، فلسطين، رقم 11 لسنة 2016، المنشور في جريدة الوقائع الفلسطينية، العدد 120، بتاريخ 2016/4/26، ص5.

موضوع رهنه هلاكا قانونيا باللجوء الى فكرة تطبيق الحلول العيني بالاستناد الى هذا القرار بقانون وبلاستناد أيضا الى نصوص مجلة الاحكام العدلية سابقة الذكر وبالتالي الزام المدين الراهن الذي كان قد قصر او اهمل او تعمد الاضرار بالدائن المرتهن مما أدى الى هلاك العين المرهونة بفعل اعتراض التسوية بان يكون ضامنا لهذا الالتزام المالي،¹ الذي كان أساسا بنشوء الرهن التأميني على هذا العقار الهالك وبالتالي يلزم بان يضع له مالا منقولاً غير خاضع لإجراءات التسجيل لضمان وفاءه بالتزاماته اتجاه الدائن المرتهن كما ان هذا الضمان يتوجب تسجيله كأجراء شكلي له وهذا ما نظمته القرار بقانون².

وبالتالي فلو لم يتم تطبيق الحلول العيني في حالة الهلاك القانوني للعقار فان الدائن المرتهن يصبح كغيره من الدائنين للمدين الراهن ولكن بتطبيق الحلول العيني كحل لحماية القيم المالية بعد هلاك المحل ماديا او قانونيا لا يؤدي الى انقضاء الحق بل يبقى مستمرا عن طريق حلول قيمة مالية أخرى محل لقيمة التي كان يمثلها³.

هذا من جهة ومن جهة هناك خيار للدائن المرتهن باللجوء الى نصوص قانون التنفيذ الفلسطيني باعتبار ما صدر عن المدين الراهن والمصادق عليه امام الدوائر الرسمية "دوائر التسجيل" هو من قبيل السندات التنفيذية بان يتضمن هذا السند ما يفيد من الحلول والضمانات التي تخول الدائن المرتهن اللجوء اليه كوسيلة لتعزيز الائتمان بعد هلاك العقار المرهن قانونا .

وبالرجوع الى الضمانات التي يقوم الدائن المرتهن بطلبها من المدين الراهن انه في حال تم رهن عقار معن به اعمال التسوية فانه ومنذ البداية قد يطلب منه الدائن المرتهن ما يسمى بتعزيز ضمانات بان يكون امام خيارين اولهما ان يقوم الدائن المرتهن بمطالبته باستبدال الضمان أي بالحلول العيني ، وثانيهما في حال لم يكن للمدين الراهن ما يستطيع استبداله ان يقدم ضمنا اخر مقبول للدائن المرتهن الا انه وفي هذه الحالة يوجد إشكالية في الفترة التي تقع ما بين تجريد المدين الراهن من العقار وما بين تقديم الضمانات البديلة والتي يطلق عليها "فترة فقدان الضمان العيني" فلا يوجد امام الدائن المرتهن أي ورقة ضاغطة

¹ تجدر الإشارة الى ان قانون التنفيذ الفلسطيني رقم 23 لسنة 2015 كان قد عالج في المادة 40 + 150 كون ان أموال المدين ضامنه لحقوق الدائنين.

² حسين العيسه، وضع الأموال الغير منقولة تامينا لدين دون حيازة في ضوء القرار بقانون رقم 11 لسنة 2016 الصادر من الرئاسة الفلسطينية ، جامعة قطر: دار نشر جامعة قطر، 2020/4/10، 2018.

³ محمد الجندي، نظرة على قواعد الحلول العيني، 2008، 205

لإلزام المدين الراهن بتقديم تعزيز لضمانه ما دام بالأساس ملتزم بالسداد في الموعد المحدد وعلى عكس ذلك يقوم الدائن المرتهن بالتنفيذ على المدين الراهن وعلى كفلائه¹.

وبتطبيق ذلك على الواقع العملي نجد ان اغلب المستشارين القانوني للدائن المرتهن هم على دراية كاملة بالوضع القانوني الخاص بالأراضي المعلن بها اعمال التسوية كما انهم على دراية بطبيعة المعاملات التي تتعد عليها وبالتالي فان الغالبية العظمى من الدائنين المرتهنين يضعون ضمانات أخرى تكفل لهم القدرة على استرداد الدين المترتب في ذمة المدين الراهن كان يكون متقدم القرض مثلاً قاضياً ذو مرتبة وراتب عالي باشتراط ان يتم تحويل راتبه للجهة الدائنة بالإضافة الى إمكانية ان يضع عقارات أخرى ولو كانت اقل قيمة من الدين ولكن تكون أساساً من قبيل الأموال الغير منقولة المسجلة وبالتالي فانه وفي حال وجود نزاع على العقار الغير منقول وتم تجريد المدين الراهن من ملكيته على العقار هنا الدائن المرتهن له من الحلول ما يكفل استحقاق دينه².

إن الأكثر تطبيقاً في العمل المصرفي في فلسطين هو الحلول الشخصي أكثر من الحلول العيني والمتمثل بالضمانات الشخصية التي يتم استيفاؤها على القروض الممنوح من خلال كفالة الاشخاص³.

ويرى الباحث انه وبالرجوع الى ما سبق من اثار للهلاك القانوني للعقار المعلن به اعمال التسوية على حقوق الدائن المرتهن ان الدائن المرتهن الذي يقدم اليه عقار متصف بهذه الصفة القانونية يجب ان يطلب من المدين الراهن ما يعزز ضمانه من ضمانات تكفل سداده للدين بالإضافة الى ان يضمن سند الدين شروطاً اتفاقية تفيد بالحلول العيني كنتيجة تعويضية لهلاك العقار موضوع الرهن التأميني بعقار

¹ معتر سمحان، مستشار قانوني في الدائرة القانونية في البنك الوطني، 2023/1/8.

² همام الاعرج، مدير الدائرة القانونية في البنك العقاري المصري، 2023/1/2.

³ همام الاعرج : اما فيما يتعلق في الحلول العيني فيتحقق في العمل المصرفي فلسطين من خلال عدة صور منها التأمين على العقارات المرهونة ضماناً للقروض الممنوحة ضد الحريق (حلول البنك محل العمل بالحصول على مبلغ التعويض في حال تحقق الخطر المؤمن ضده على العقار المرهون)، وتجيب هذه التأمينات من قبل المدين لصالح الدائن في حال تحقق الخطر وهو قليلاً ما يتحقق علماً بانه و بالمفهوم النظري هناك من لا يعتبر التأمين على العقار في حال هلاكه العقار ضمن اطار الحلول العيني لاعتبار ان التأمين العقاري يتم التعويض عنه في حال تحقق الخطر المؤمن ضده بشكل نقدا ومن خلال التجربة العامة لكافة البنوك لم يذكر أن أي من تتحقق حالات الحلول العيني الناتج عن التأمين على العقارات نظراً لصعوبة او لقله احتماليه تحقق هذه الاخطار وعدم تأثيرها على عين العقاري وقيمتها في حاله تحققه بشكل كبير نظراً لطبيعة الشروط والقيود والقوانين المفرضه على البناء في البلاد والتي تقلل احتمالية هلاك العين.

ومال غير منقول اخر بالإضافة الى تطبيق نصوص القرار بقانون الخاص بوضع الأموال المنقولة الغير خاضعة لنظام التسجيل رهنا لدين ثابت ومحدد المقدار بموجب سند الدين أيضا كوسيلة يمكن ان يلتجئ اليها المدين الراهن للقضاء للحكم له بوضع مال للمدين الراهن رهنا بديلا حل محل المال الغير منقول الذي هلك قانونا .

الفرع الثاني: اثر الهلاك القانوني كسبب لانقضاء الرهن التأميني على الغير حسن النية

ان العقود لا تضر ولا تنفع غير عاقيدها وبخصوص اثر انقضاء الرهن التأميني على الغير فان المقصود بالغير هنا هو ما يتعلق ببحثنا هذا هو الغير عن العلاقة التعاقدية بين الدائن المرتهن والمدين الراهن وصاحب الحق على العقار الراهن لكون القانون بالأساس كان قد كفل له حقه ولكن الغير هنا هو من قام المدين الراهن بإفراغ او بيع العقار له المنقل بالرهن مع بقاء إشارة الرهن وكان حسن النية ولم يكن يعلم وقت البيع او الفراغ بوجود حقوق لشخص اخر على هذا العقار يكون نتيجتها ان يكسب صاحب الحق اعتراضه ، هذا من جهة ومن جهة أخرى من الممكن ان يكون الغير ممن بيع له العقار بالمزاد العلني نتيجة عدم قيام المدين الراهن بالالتزام بشروط الرهن مما دفع الدائن المرتهن الى التنفيذ على العقار وبشرط ان يكون الدائن المرتهن والمشتري الجديد حسني النية .

وترجع حماية الغير حسن النية من مبدا حماية الاستقرار القانوني للمعاملات وأيضا من مبدا الاخذ بعين الاعتبار الوضع الظاهر الذي كان يوحي لهذا الغير بان المدين الراهن هو المالك بموجب ذكر اسمه في سند التسجيل وبالرجوع الى هذه الحماية وعلى الرغم من ان حق صاحب الحق الأساسي في العقار واجب الحماية قانونا الا ان المفضلة بينه وبين المشتري هنا حسن النية تنطوي على الاعتبارات السابقة بالإضافة الى المركز الواقعي الذي اكتسبه الغير حسن النية هنا وعلى العكس من ذلك فان قيام المدين الراهن ببيع او فراغ العقار مثقلا بالرهن مستندا الى تصرفه بسوء نية بان قام ببيع ما لا يملك ينسحب أيضا على كافة المعاملات المنعقدة على هذا العقار الا ان حماية الغير حسن النية هنا توجب ان لا يتم ابطال هذه المعاملات وخصوصا اذا كان هناك تغيرات على هذا العقار قام الغير حسن النية بأجرائها هنا يتم تعويض المالك الحقيقي للعقار بموجب قواعد التعويض¹.

¹ آمنه الكوره، الحماية المدنية للمشتري من غير المالك، (جامعة الشرق الأوسط، رسالة ماجستير، 2012)، 16، 17.

كما ان هذه الحماية ترجع الى نظريتي مبدا حسن النية ونظرية الوضع الظاهر كأساس لحماية هذا الغير في مواجهة المالك الأساسي للعقار "وهو عدم علم المشتري بالعلم الغير حقيقي بصفة من قام بأجراء التصرف وان يكون عدم علمه ليس ناتجا عن غلط من جانبه او نقصيره وعلى الرغم من عدم اهتمام القانون بالنوايا الا اذ طبقت على ارض الواقع ولان الوضع الظاهر لهذا المالك يؤكد انه مالكا حقيقيا بموجب السند الذي تم البيع به¹.

وبالرجوع الى ما سبق نجد ان قانون تسوية الأراضي والمياه نص على حماية هذا الغير بموجب احكامه².

وهذه الحماية كما اقرها قانون تسوية الأراضي والمياه أيضا تتمثل بحصر حق صاحب الاعتراض الذي ثبت حقه في حال ان قام من سجلت باسمه العقارات سوءا بالخطأ او غيره وكان قد أفرغ او تنازل عن هذه الحقوق للغير في حال كان الغير حسن النية هنا فقط يكون حق المالك الحقيقي الذي بالأساس لم يكن له أي اسم في سجل هذا العقار بالحصول على التعويض العادل جراء هذا التصرف حماية من المشرع للغير حسن النية، الا ان هذه الحماية قد قررت استثناء لوجود النص القانوني لها وليست لكونها قاعدة عامة وهذا ما اكدت عليه المحاكم³.

الخاتمة

يعتبر الرهن التأميني على العقارات المعلن بها اعمال التسوية من المعاملات الشائكة قانونا نظرا لما تتعرض له هذه المعاملات من منازعات على الملكية لها اثر محوري في بقاء إشارة الرهن او ازلتها من على صحيفة العقار نتيجة لقرار قاضي التسوية في الاعتراض المقدم له من كل ذي حق يدعيه على هذا العقار مرتبا عدم استقرار قانوني ومزعزعة الائتمان المفروض للعقارات المسجلة هذا من جهة ومن جهة

¹ دعاء سالم، الرهن التأميني في قانون الملكية العقارية الأردني، (جامعة الشرق الأوسط، رسالة ماجستير، 2020)، 54+55.
² المادة 3/15 من قانون تسوية الأراضي والمياه رقم 40 لسنة 1952 " تصحيح جدول الحقوق إذا لم يكن العقار أو حصص الماء قد انتقلت إلى شخص آخر بالفراغ أو البيع، أما إذا كان العقار أو حصص الماء المدعى بها انتقلت إلى شخص آخر بالفراغ أو البيع، فيجوز لها أن تحكم وفقاً لأحكام هذا القانون بتعويض عادل للمتضرر على من سجلت باسمه الأرض أو حصص الماء المدعى بها في جدول الحقوق "

³ آمنه الكوره، الحماية المدنية للمشتري من غير المالك، (جامعة الشرق الأوسط، رسالة ماجستير، 2012)، 37.

أخرى فان آثار هذه الاعتراضات تمتد لتصل الى حقوق الدائن المرتهن الذي قدم ماله مقابل الضمان المقدم اليه والذي آل بسبب اعتراض التسوية الى الهلاك القانوني، هذا من جهة ومن جهة أخرى انه وبتسليط الضوء على اثر هذا الهلاك في مقابل الدائن المرتهن نجد ان اغلب الدائنين المرتهنين ليسوا على القدر الكافي من المعلومات القانونية التي تخولهم إمكانية استبدال الضمان بضمان اخر تطبيقاً لمبدأ الحلول العيني سواء بالاستناد الى مجلة الاحكام العدلية او الى قانون التنفيذ باعتبار سندات الدين سندات تنفيذية رسمية او الى القرار بقانون الخاص بوضع الأموال المنقولة تأميناً للدين مع عدم حيازتها.

وبموجب ذلك فقد توصل الباحث الى النتائج التالية:

1. يعتبر الرهن التأميني من العقود الرسمية واجبة التسجيل وبالتالي فان انعقاد على العقارات المعلن بها اعمال التسوية باعتبارها دوائر رسمية خولها القانون قبول هذه المعاملات جائزاً قانوناً ويخضع لإجراءات وشروط موضوعية وشكلية لقبوله واعتباره منعقداً .

2. قانون تسوية الأراضي والمياه عالج في نصوصه حالات تقديم ومدد الاعتراض لكل ذي حق على العقار المعلن به اعمال التسوية محدداً نتيجة الاعتراض بالمحافظة على حق كل من المالك الحقيقي بتسليمه العقار خالياً من الشواغل والشاغليين بالإضافة الى مراعاته للغير حسن النية بان يحافظ على الاستقرار القانوني لمعاملاته في حالة البيع او الفراغ.

3. يعتبر الهلاك القانوني بتجريد المدين الراهن من العقار المعلن به اعمال التسوية نتيجة اعتراض التسوية من قبيل انقضاء للرهن التأميني الواقع على هذه العقارات.

4. هناك فجوة في قانون تسوية الأراضي والمياه في المادة 3/15 والتي وعلى الرغم من محافظتها على حقوق الغير بمنحه مدة لتقديم اعتراضه الا ان هذه المدة وإعطاء صلاحية تحديدها للمدير فيها من الخطورة ما يشكل زعزعة للاستقرار القانوني للمعاملات على هذه العقارات بالإضافة الى ان منحها لأفراد قوات الدول الحليفة لما لهذا من مغالاة في منح هذه المهلة لهم.

5. يعتبر الحلول العيني من اهم الضمانات التي تمنح للدائن المرتهن في حال الهلاك القانوني للعقار محل الرهن سواء بوضع المدين الراهن عقاراً اخر كتأمين او بوضعه بموجب نصوص القرار بقانون رقم 11 لسنة 2016 مالا منقولاً له غير خاضع لإجراءات التسجيل كضمان لالتزامه الأساسي بموجب الرهن التأميني بحماية العقار محل الرهن من أي تلف او اعتداء او استحقاق.

6. هناك جهل بالقوانين الفلسطينية من قبل الجهات الدائنة وذلك كمخرج وضمانات معززة للائتمان.

وبموجب هذه النتائج فان الباحث يوصي:

1. يوصي الباحث بتعديل نص المادة 15 من قانون تسوية الأراضي والمياه بحذف البند الثالث منها نظرا لما تشكله من زعزعة للاستقرار القانوني بحيث يستعاض عنها بان تشملها الفقرة 1 من نفس المادة وذلك بمعاملة معاملته المقيم في البلاد غير المجاورة نظرا لما يشكله هذا التعديل من الحفاظ على الحقوق.

2. يوصي الباحث المشرع الفلسطيني ونظرا لازدهار العقاري والائتماني في فلسطين اسوة بالمشرع الأردني تبني قانون خاص بالملكية العقارية متضمنا احكاما ناظمة للرهن التأميني بشروطه الموضوعية وشروطه الشكلية مراعيًا الطبيعة القانونية للأراضي في فلسطين .

3. يوجه الباحث توصياته للدائن المرتهن عند تنظيمه لسندات الرهن التأميني ان تتضمن من الضمانات ما يعزز ائتمان الدائن المرتهن الى نشر التوعية بالنصوص القانونية التي يتضمنها القانون الفلسطيني والتي من شان تطبيقها تعزيز مكانة الدائن المرتهن والزيادة في الائتمان المقدم اليه سواءا بنصوص مجلة الاحكام العدلية او قانون التنفيذ الفلسطيني او القرار بقانون رقم 11 لسنة 2016.

قائمة المصادر والمراجع:

المصادر:

1. مجلة الاحكام العدلية للعام 1293هـ. (مجموعة عارف رمضان (الحكم العثماني). ص1.
2. فلسطين. قانون تسوية الأراضي والمياه لعام 1952. (الجريدة الرسمية الأردنية: العدد 1113. 1952/6/16). ص279.
3. فلسطين. قانون وضع الأموال الغير منقولة تامينا للدين لعام 1953 (الجريدة الرسمية الأردنية: العدد 1535. 1953/3/15). ص572.
4. فلسطين. قانون التصرف في الأموال الغير منقولة لسنة 1953. (الجريدة الرسمية الأردنية: العدد 1135. 1953/3/11). ص577.
5. فلسطين. قانون انتقال الأراضي المعدل 1947. (الوقائع الفلسطينية: العدد 30. 1948/12/16). ص473.
6. فلسطين: قانون معدل لقانون تسوية الأراضي والمياه 1964. (الجريدة الرسمية الأردنية: العدد 1778. 1964/8/17). ص1069.
7. فلسطين. قانون معدل لقانون تسوية الأراضي والمياه 1967. (الجريدة الرسمية الأردنية: العدد 16. 1967/1/1978). ص88.
8. فلسطين. قانون التنفيذ لسنة 2005. (الوقائع الفلسطينية: العدد 27. 2006/4/63). ص46.
9. فلسطين. القرار بقانون لسنة 2016. (الوقائع الفلسطينية: العدد 120. 2016/4/26). ص5.

المراجع :

الكتب القانونية :

1. دواس، امين. قانون الأراضي. فلسطين. المعهد القضائي الفلسطيني. 2013.
2. سوار، محمد. الحقوق العينية التبعية. الاردن. دار الثقافة. 2006.
3. سليمان، سلمى. الاراضي قوانين وإجراءات. فلسطين. الكلية العصرية الجامعية.
4. العربي، بلجاج. الوجيز في الحقوق العينية. عمان. دار الثقافة. 2015.
5. سليمان، سلمى. تسوية الأراضي إجراءات وقوانين. فلسطين. 2021.
6. عبد الحميد، ثروت. الحقوق العينية التبعية. مصر. جامعة المنصورة.
7. العبيدي، علي. الوجيز في شرح القانون المدني الحقوق العينية التبعية. عمان. دار الثقافة. 2011.
8. ابورحمة، إبراهيم. المبادئ القانونية لمحكمة التميز الأردنية في القضايا الحقوقية. عمان. نقابة المحامين.

9. عناني، بدر. *قوانين الأراضي*. غزة. 1998.

الأبحاث والرسائل الجامعية:

1. سالم، دعاء. "الرهن التأميني في قانون الملكية العقارية الأردني"، (رسالة ماجستير، جامعة الشرق الأوسط، 2020).
 2. البكري، علاء. "الرهونات المصرفية ومخاطر الائتمان في فلسطين"، رسالة ماجستير، جامعة بيرزيت، 2005.
 3. حليلة ابن حفو، "جدوى الرهن الرسمي العقاري". (مجلة الأملاك، ع2010، 8)، 126.
 4. الجندي، محمد. "نظرة على قواعد الحلول العيني، 2008.
 5. الكوره، امنة. "لحماية المدنية للمشتري من غير المالك". جامعة الشرق الأوسط، رسالة ماجستير، 2012.
 6. العيسه، حسين. "وضع الأموال الغير منقولة تامينا لدين دون حيازة في ضوء القرار بقانون رقم 11 لسنة 2016 الصادر من الرئاسة الفلسطينية". جامعة قطر: دار نشر جامعة قطر، 2020/4/10.
 7. أ الرقاد، اسماء. "التأصيل القانوني لانتقال حق المتصرف اليه الى الجزء الذي ال الى المتصرف بطريقة القسم، جامعة البلقاء، 2019).
 8. م الزعبي، محمد. "قيود سجل الأراضي الأردنية نتيجة التسوية. الجامعة الأردنية، العدد 3 المجلد 13، 1986.
 9. محمد، ثائر. "تأثر الرهن التامين فيما بين الراهن والمرتهن". مجلة كلية اليامون : العدد 34، 2019.
- المواقع الالكترونية :

1. <http://muqtafi.birzeit.edu/Legislation/LegCard.aspx?id=15138>
2. <https://maqam.najah.edu/legislation/276/>
3. <https://gis.lwsc.ps/>
4. <https://qistas.com/>
5. <http://mandumah.com/>

المقابلات الشفوية :

1. سمحان، معتز. مستشار قانوني في الدائرة القانونية في البنك الوطني، 2023/1/8.
2. أبو زر، فواز. (نائب رئيس هيئة تسوية الأراضي والمياه) في مقابلة مع الباحث، 2023/1/2.
3. الاعرج، همام. مدير الدائرة القانونية في البنك العقاري المصري، 2023/1/2.

التحقيق أمام المحكمة الجنائية الدولية

**Investigation before the International Criminal
Court**

أ. معاذ خالد عبدالعال

**باحث دكتوراه في القانون العام، جامعة سوسة
(الجمهورية التونسية)**

التحقيق أمام المحكمة الجنائية الدولية

Investigation before the International Criminal Court

أ. معاذ خالد عبدالعال

باحث دكتوراه في القانون العام، جامعة سوسة (الجمهورية التونسية)

muath.abdelaal1994@gmail.com

DOI: <https://doi.org/10.70411/MJLS.1.2.202344>

ملخص:

بعد مرور أربعة عشر عاما على توجه السلطة الفلسطينية الى المحكمة الجنائية الدولية، تم فتح تحقيق في جرائم حرب مزعومة ارتكبت في الاراضي الفلسطينية في آذار/ مارس 2021 وذلك بعد أن أقرت المحكمة بأن لها اختصاصا قضائيا على الاراضي الفلسطينية المحتلة، ولاسيما الضفة الغربية وقطاع غزة والقدس الشرقية. وانتقل التحقيق الى عناية المدعي العام الجديد، البريطاني كريم خان، بعد توليه المنصب في 16 حزيران/ يونيو 2021 مدة تسع سنوات، خلفاً للغامبية فاتو بنسودا. وتبعاً لذلك، سوف تتغير مقاربة الادعاء للتحقيق في الملفات التي أحيلت الى مكتبه، حيث تناولت هذه الدراسة موضوع التحقيق مع المتهم وإجراءات محاكمته أمام المحكمة الجنائية الدولية والذي يعد من الموضوعات المهمة لما له من أثر في مستوى الأفراد والدول والأطراف المتخاصمة أمام المحكمة، فتحقيق العدالة يتطلب القيام بإجراءات محاكمة وفقاً للأحكام المنصوص عليها في القانون والاتفاقيات الدولية ذات الصلة، وفي الأخير يجب ان نركز على تمازج القانون والسياسة في بنية المحكمة الجنائية الدولية الذي يحتم على الفلسطينيين وضع استراتيجية توافق بين القانون الدولي والسياسة.

الكلمات المفتاحية: التحقيق، المحكمة الجنائية، إجراءات، المتهم، مرتكبي الجرائم، الفلسطينيين

Abstract :

Fourteen years after the Palestinian Authority turned to the International Criminal Court, an investigation was opened into alleged war crimes committed in the Palestinian territories in March 2021, after the court recognized that it has jurisdiction over the occupied Palestinian territories, particularly the West Bank, Gaza Strip, and Eastern Jerusalem. The investigation was transferred to the attention of the British new prosecutor, Karim Khan, after assuming the position on June 16, 2021 for a period of nine years, succeeding the Gambian Fatou Bensouda. Accordingly, the prosecution's approach to the investigation will change in the files that were referred to his office. So, this study dealt with the issue of the investigation with the accused and the procedures for their trial before the International Criminal Court, which is one of the important topics because of its impact at the individuals and countries levels as well on the opposing parties before the court since serving justice requires carrying out trial procedures in accordance with the provisions stipulated in the law and relevant international agreements. Finally, we must focus on the intermingling of law and politics in the structure of International Criminal Court, which requires the Palestinians to develop a strategy of compatibility between international law and politics.

Keywords: investigation, criminal court, procedures, accused, perpetrators of crimes, Palestinians

مقدمة:

يعد إنشاء المحكمة الجنائية الدولية نقطة ارتكاز أساسية في حياة البشرية لتحقيق العدالة الجنائية الدولية، ويأتي إنشاء المحكمة نتيجة جرائم ومجازر دولية شهدتها البشرية على مدار قرون راح ضحيتها ملايين الأبرياء، ومن هنا تنبه المجتمع الدولي إلى ضرورة وجود قضاء دولي جنائي يختص بمحاكمة مجرمي الحرب ومرتكبي الجرائم ضد الإنسانية دون وجه حق، لتحقيق العدالة وتطبيق العقوبة على مرتكب الجريمة يُعد من متطلبات الحياة الاجتماعية الآمنة لسير الدول والمجتمعات.

وقد كانت البوادر الأولى لإنشاء المحكمة في مؤتمر روما عام 1988م والذي بموجبه أقر النظام الأساس للمحكمة الجنائية الدولية، وقد فتح هذا المؤتمر الباب للدول للتصديق على هذا النظام واكتمال سريانه عند الوصول للنصاب القانوني للدول التي صادقت عليه بالأحرف الأولى. وقد بدأ سريان النظام في يوليو عام 2002م حيث شكلت هيئتها وتم تعيين مدعي عام لديها وبدأت المحكمة في ممارسة اختصاصاتها حسب النظام الأساسي لها¹.

ويعد البحث في التحقيق مع المتهم وإجراءات محاكمته أمام المحكمة الجنائية الدولية من المسائل القانونية المهمة لما لها من أثر في مستوى الأفراد والدول والأطراف المتخاصمة أمام المحكمة، لتحقيق العدالة يتطلب القيام بإجراءات محاكمة وتحقيق ضمن أعلى المعايير الدولية ووفقاً للأحكام المنصوص عليها في القانون والاتفاقات الدولية ذات الصلة.

ويعتبر إنشاء المحكمة الجنائية الدولية بأجهزتها المتعددة حجر الزاوية لتحقيق العدالة الدولية في ظل تنامي الحروب وانتهاكات حقوق الإنسان وجرائم الإبادة التي ترتكب دون مساءلة قانونية، لذلك فإن الدول التي وقعت على نظام روما الأساسي للمحكمة الجنائية الدولية ملزمة بما جاء في النظام من قواعد وإجراءات عند ارتكابها لأي جريمة ضد الإنسانية أو جرائم الإبادة الجماعية أو غيرها من الجرائم التي نص عليها النظام الأساس للمحكمة.

اشكالية البحث:

تلخص مشكلة الدراسة في هذا البحث في السؤال الرئيس للبحث وهو: ماهي الحقوق الدولية المعتبرة للمتهم والإجراءات الواجب اتباعها أمام المحكمة الجنائية الدولية؟ وسنحاول الإجابة عن هذا

1. عبدالفتاح بيومي حجازي، المحكمة الجنائية الدولية، د.ن، 2009، ص7.

التساؤل من خلال تناول إجراءات التحقيق والمحاكمة أمام المحكمة الجنائية الدولية، والنصوص التي تحكم هذه الإجراءات بالبحث والتحليل والدراسة من خلال التركيز على دراسة هذه النصوص، ومقارنتها بالقوانين الاجرائية للنظم القانونية العربية المختلفة بهدف الاستفادة منها وإثراء الدراسة القانونية بما توصلت إليه هذه النظم من تعديلات وأطر حديثة تواكب العصر وتحقق العدالة الجنائية المطلوبة.

أهمية الدراسة:

تكمن أهمية هذه الدراسة بشكل جلي وواضح في أن الحد من الجرائم الدولية و مسائل مرتكبيها وعقابهم، يشكل الهدف الرئيسي والأسمى للمحكمة الجنائية الدولية ضمن اختصاصها، ويبين أيضا كيفية إحالة القضايا الى المدعي العام عن طريق مجلس الامن أو الدول الاطراف أو المدعي العام، وتتناول موضوع يعد من أهم المواضيع على المستوى التطبيقي، والأكاديمي، حيث تعتبر إجراءات التحقيق والمحاكمة من المفاصل الأساسية لنجاح أي دعوى قضائية لأنها تحكم وترسم إجراءات الدعوى والتحقيق فيها، كما لا يفوتنا التركيز على أهمية هذه الإجراءات للمحاكمة والتحقيق مع المتهم في كفالة حقوقه والحفاظ عليها من أي تعدي أو اختراق من أي جهة كانت نص عليها القانون والتفاقات الدولية ذات الصلة.

هدف الدراسة:

تهدف هذه الدراسة إلى إبراز ضمانات المحاكمة العادلة التي جاءت بها نصوص المحكمة، والتي توازن بين مقتضى الوصول إلى الحقيقة، ومقتضى احترام حقوق أطراف الرابطة الاجرائية للدعوى، على هدي ما نص عليه النظام الأساسي للمحكمة وقواعدها الاجرائية، وصولا الى عبارة تلخص ما يعيشه عالم اليوم من أوضاع انتهكت فيها أبسط الحقوق الانسانية لكل ضعيف عاجز عن الدفاع عن نفسه في مجتمع سادته سيطرة القوي وهي (لا سلام بلا عدالة).

منهج الدراسة:

للاجابة عن الاشكالية المطروحة وللوقوف السليم على هذه المشكلة تطرقنا الى المنهج الوصفي التحليلي، وذلك لشرح وتحليل القواعد الاجرائية وإجراءات التحقيق أمام المحكمة الجنائية الدولية والوقوف عند مواطن القوه والضعف فيها، وحاولنا تأصيل الأفكار الواردة فيها بما يتناسب وطبيعة البحث العلمي، الاستفادة من القوانين الاجرائية والنظم القانونية التي تنظم موضوع إجراءات التحقيق والمحاكمة في سد

النقص الموجود في النظام الأساس للمحكمة الجنائية ومحاولة معالجته، وتحليل النصوص القانونية الاجرائية لفهم مضمونها والاستفادة منها في معالجة الخلل إن وجد.
خطة الدراسة:

يأتي تقسيم هذا البحث للاحاطة قدر الامكان حول الموضوع في مقدمة وثلاثة مباحث لكل مبحث مطلبين وتليها خاتمة كمايلي:

المبحث الأول: ماهية التحقيق أمام المحكمة الجنائية الدولية.

المطلب الأول: المقصود باجراءات التحقيق والمحاكمة والفرق بينهما كل على حدى.

المطلب الثاني: تشكيل المحكمة الجنائية الدولية.

المبحث الثاني: اجراءات التحقيق مع المتهم ومحاكمته أمام المحكمة الجنائية الدولية.

المطلب الأول: اجراءات التحقيق مع المتهم أمام المدعي العام.

المطلب الثاني: اجراءات المحاكمة أمام المحكمة الجنائية الدولية.

المبحث الثالث: الحالة الفلسطينية واللجوء الى المحكمة الجنائية الدولية

المطلب الأول: الانتهاكات الاسرائلية التي تدخل ضمن اختصاص المحكمة الجنائية الدولية

المطلب الثاني: امكانية فلسطين بتحريك دعوى جنائية أمام المحكمة الجنائية الدولية.

المبحث الأول: ماهية التحقيق أمام المحكمة الجنائية الدولية

تعد إجراءات التحقيق والمحاكمة أمام المحكمة الجنائية الدولية كغيرها من الاجراءات التي رسمتها قوانين الاجراءات في معظم الدول، حيث يتمثل الهدف من هذه الاجراءات سواء أمام المحكمة أو المدعي العام في الحفاظ على حقوق وحيات المتخاصمين أمام المحكمة بالدرجة الأولى من أي اعتداء أو اختراق لحقوق المتهمين، فهي تمثل صونا لحقوق المتهمين أمام المحكمة، وتسير الدعوى أمام المحكمة الجنائية الدولية بعدة مراحل أولها المدعي العام، وثانيها الدائرة التمهيدية وثالثها دائرة الاستئناف، وأخيرا صدور حكم نهائي يتضمن تجريم المتهم ومعاقبته أو تبرئته من الجرم المنسوب إليه، وتتبع

المحكمة في ذلك مجموعة من القواعد والاجراءات التي نص عليها النظام الأساس للمحكمة الجنائية الدولية¹.

تمر الدعوى الجنائية بعدة مراحل تشكل مجموعة حلقات متصلة ببعضها البعض، وتعتبر مرحلة التحقيق إحدى هذه الحلقات التي يصار إليها في الأنظمة القانونية عندما تكون القضايا ذات وصف جنائي أو تنطوي على خطورة خاصة، وبهذا قسمنا هذا المبحث الى مطلبين كالتالي: -

المطلب الأول: المقصود بإجراءات التحقيق والمحاكمة والفرق بينهما كل على حدى.

يعد التحقيق المرحلة الأولى في الخصومة الجنائية بالنسبة للجرائم التي تدخل في اختصاص المحكمة الجنائية الدولية، فالتحقيق في الجريمة يشكل الخطوة الأساسية الأولى على طريق إقامة العدالة².

كما يهدف التحقيق الى جمع الأدلة عقب وقوع الجرائم الدولية محل اختصاص هذه المحكمة لبيان مدى ملائمة تقديم الجناة الى العدالة من عدمه، حيث ان المدعي العام هو المختص بإجراء التحقيق أمام المحكمة وعليه إتخاذ كل وسائل التحقيق المختلفة من جمع وتلقي وثائق ومستندات وسماع شهود والإستعانة بالخبراء للكشف عن التحقيق، حتى ما يتصل بإجراءات تمس الحقوق الشخصية للمشتبه فيهم، ثم يقوم بعرض ما توصل إليه الى دائرة ما قبل المحاكمة التي لها الحق في أن تقرر ما توصل إليه المدعي العام³. ويقصد بالتحقيق: مجموعة الاجراءات التي تهدف إلى البحث عن المعلومات والأدلة التي قد تؤدي إلى معرفة الحقيقة، والتي يترتب عليها إحالة المتهم محل التحقيق على المحكمة المختصة لمقاضاته في حالة كون تلك المعلومات تعزز الاعتقاد بارتكابه الجريمة أو الافراج عنه، إن كانت لا توجي بذلك.

ويبدو لنا أن إجراءات التحقيق هي عبارة عن مجموعة من التصرفات والقرارات التي تصدرها السلطة المختصة ممثلة بالنيابة العامة أو المدعي العام وفقاً للأوضاع التي نص عليها القانون، والهدف منها يكمن في التحقيق مع المتهم والتنقيب عن الأدلة وجمعها للوصول إلى الحقيقة.

1. لندا معمره يشوي، المحكمة الجنائية الدائمة واختصاصها، عمان، دار الثقافة للنشر والتوزيع، 2010، ص 247.

2. فريحة محمد هشام، دور القضاء الدولي الجنائي في مكافحة الجريمة الدولية، أطروحة دكتوراه، جامعة محمد خيضر - بسكرة، كلية الحقوق والعلوم السياسية، الجزائر، 2013-2014.

3. منصر سعيد حموده، المحكمة الجنائية الدولية - النظرية العامة للمحكمة الجنائية الدولية - دار الجامعي الحديدة، الاسكندرية، 2006، ص 241.

أما إجراءات المحاكمة فيقصد بها تحقيق الدعوى أمام محكمة الموضوع المختصة في الفصل فيها وفق قواعد الاختصاص المعمول بها قانوناً، من أجل الوصول الى قرار يفصل نهائياً في الدعوى بالادانة أو البراءة¹.

والسؤال المطروح أنه هل هناك اختلاف بين إجراءات التحقيق أمام المدعي العام و المحاكمة أم لا؟ تختلف إجراءات التحقيق التي تتم أمام النيابة العامة عن تلك الإجراءات التي تتم أمام المحكمة المختصة في عدة نقاط أهمها:-

1. تعتبر إجراءات التحقيق إجراءات إدارية وإن كانت لها سمات قضائية، بينما إجراءات المحاكمة هي بأن إجراءات قضائية صادرة عن قضاة يتبعون للسلطة القضائية.

2. إجراءات المحاكمة إجراءات نهائية بموجبها يتم صدور الحكم في الدعوى بالبراءة أو الادانة، أما إجراءات التحقيق فهي إجراءات ابتدائية بموجبها يتم مباشرة وتحريك دعوى الحق العام وهي غير فاصلة بالدعوى بشكل نهائي².

3. المحكمة غير ملزمة بالتكليف القانوني للدعوى التحقيقية المحالة لها من المدعي العام، فالمحكمة لها السلطة التقديرية في الأخذ بإجراءات التحقيق من حيث التكليف القانوني المحال من المدعي العام، لذلك فإن إجراءات المحاكمة هي إجراءات عامة وشاملة و فاصلة في الدعوى، بعكس الإجراءات الابتدائية.

4. إجراءات المحاكمة توصف بأنها أكثر تمعناً في أل التهمة والأدلة الجرمية من إجراءات التحقيق والتي تكنفي بغلبة الظن من أجل إحالة الدعوى للمحكمة للفصل فيها³.

ويبدو لنا أن إجراءات المحاكمة تتشارك وتتكامل مع إجراءات التحقيق من حيث الوصول إلى الحقيقة، وتحقيق العدالة من خلال جمع الأدلة والبيانات والاستماع لأطراف الخصومة وطلباتهم، لكن الاختلاف الجوهرى بين هذه الإجراءات يكمن بأن إجراءات التحقيق وما تنتهي به تعد غير فاصلة

¹. مدني تاج الدين، أصول التحقيق الجنائي وتطبيقاتها في المملكة العربية السعودية، دراسة مقارنة ، معهد الادارة، الرياض، ص57، و محمد صبحي نجم الدين، الوجيز في قانون أصول المحاكمات الجزائية ، دار الثقافة للنشر والتوزيع، عمان، 2012، ص469.

². يوسف المحبوب، إجراءات التحقيق في نظام الاجراءات الجزائية السعودي، الرياض، د-ن، 2006، ص97.

³. محمد صبحي نجم الدين، المرجع نفسه، ص469.

في الدعوى بمعنى أنها إجراءات ابتدائية، أما إجراءات المحاكمة فتعد إجراءات نهائية وفاصلة في الموضوع لذلك وصفها البعض بمرحلة التحقيق النهائي.

المطلب الثاني: تشكيل المحكمة الجنائية الدولية.

اعتمد النظام الأساسي للمحكمة الجنائية الدولية في روما في 17 تموز/ يولية 1998 نتيجة انعقاد مؤتمر دبلوماسي دولي نظم تحت رعاية الأمم المتحدة ودخل حيز النفاذ في 1 تموز/ يولية 2002. ويقع مقر المحكمة في لاهاي، هولندا، وبدأت أعمالها في آذار/ مارس 2003 عندما جرى تعيين المدعي العام والقضاة وقلم المحكمة. وحتى حزيران/ يونية 2015، صدقت 123 دولة على نظام روما الأساسي. وأحدث دول قامت بإيداع صكوكها الخاصة بالتصديق لدى المحكمة هي: غرينادا، وتونس، والفلبين، ومالديف، والرأس الأخضر، وفانواتو، وغواتيمالا، وكوت ديفوار، وفلسطين، على التوالي في أيار/ مايو، وحزيران/ يونية، وآب/ أغسطس، وأيلول/ سبتمبر، وتشرين الأول/ أكتوبر، وكانون الأول/ ديسمبر 2011، ونيسان/ أبريل 2012، وشباط/ فبراير 2013، وكانون الثاني/ يناير 2015.

وتملأ المحكمة الجنائية الدولية فراغاً في قدرة المجتمع الدولي على معاقبة مرتكبي الجرائم الخطيرة التي تثير القلق الدولي. واعتمد نظام روما الأساسي بهدف توسيع عمل كل من المحكمتين الجنائيتين الدوليتين الخاصتين بيوغوسلافيا السابقة ورواندا في سنتي 1993 و1994. وللمحكمة الجنائية الدولية، اختصاص على الأفراد المتهمين بجريمة الإبادة الجماعية، وجرائم الحرب، والجرائم ضد الإنسانية، وجريمة العدوان (المادة 5 من نظام روما الأساسي)¹.

تتألف المحكمة الجنائية الدولية من عدة أجهزة رئيسية: مكتب المدعي العام، الشعب والدوائر القضائية وقلم المحكمة، وهيئة الرئاسة (المادة 34 من النظام الأساسي للمحكمة الجنائية الدولية).

كما أن هناك جمعية للدول الأطراف (النظام الأساسي، المادة 112)، وفيها يكون لكل دولة طرف ممثل واحد. وأن هذه الجمعية وليس المحكمة نفسها، هي المسؤولة عن اعتماد القواعد الإجرائية وقواعد الإثبات، وعن توفير الرقابة الإدارية على هيئة الرئاسة، والمدعي العام والمسجل في ما يتعلق بإدارة المحكمة، وعن النظر في ميزانية المحكمة والبت فيها، وعن النظر في أية مسألة تتعلق بعدم التعاون من جانب الدول الأطراف.

¹ القاموس العملي للقانون الانساني، تاريخ الولوج: 2023/3/30. ar.guide-humanitarian-law.org. المرجع الالكتروني.

لذا تعد المحكمة الجنائية الدولية هيئة قضائية ودولية، وهي بذلك لاتعد كيانا فوق الدول بل هي كيان مماثل لغيره من الكيانات القائمة، وهي ملزمة للدول الأعضاء فيها، كذلك فإن المحكمة الجنائية الدولية لا تعتبر بديلا عن القضاء الوطني، إنما هي مكملة له، حيث تنظر في جرائم دولية محددة بموجب معاهدة لذلك تعد هذه المعاهدة التي أنشئت بموجبها المحكمة الجنائية ووقعت عليها الدول جزءا من القانون الوطني للدولة التي صادقت عليها¹.

أ. **هيئة الرئاسة:** تعد هيئة الرئاسة من الفروع الأساسية المكونة للمحكمة الجنائية الدولية، وتقوم الهيئة بدورها في إدارة المحكمة بشكل قانوني ومنتظم باستثناء مكتب المدعي العام، وهي تنسق مع المدعي العام التابع للمحكمة الجنائية الدولية لأخذ موافقته بشأن جميع المسائل أيضا ذات الاهتمام المشترك المتبادل.

وتتكون هيئة الرئاسة من رئيس ونائبين يتم انتخابهم بالأغلبية المطلقة، ويعمل جميعهم لمدة ثلاث سنوات أو لحين انتهاء مدة خدمته كقاضي، ويجوز إعادة انتخابهم مرة أخرى².

ويرى بعض الباحثين أن لهيئة الرئاسة جوانب وظيفية أساسية تتلخص في أن إدارة المحكمة والإشراف عليها، ولا يشمل ذلك المدعي العام ووظائفه وإجراءات عمل دائرته، كما يحق لهيئة الرئاسة زيادة عدد القضاة في المحكمة بشرط تسبب قرارها بالزيادة³.

وبالنظر إلى تشكيل هيئة الرئاسة للمحكمة الجنائية الدولية فإنها تتشابه مع تشكيل المحاكم الوطنية، حيث تتكون كل محكمة من رئيس وعدد من القضاة يشرفون على سير وعمل المحكمة، ففي فلسطين تتألف المحاكم العامة من قاض فرد أو ثلاثة قضاة وفق ما يحدده المجلس الأعلى للقضاء، أما المحاكم الجزائية فتتألف من ثلاثة قضاة باستثناء القضايا التي يحددها المجلس الأعلى للقضاء فينظرها قاض منفرد، فقد حصر المشرع الفلسطيني تشكيل المحاكم النظامية بموجب قانون تشكيل المحاكم النظامية الفلسطيني رقم (39) لسنة (2020) حيث نصت المادة (9) من القانون على ما يأتي تشكل

¹. حمدي رجب عطية، المحكمة الجنائية الدولية وعلاقتها بالقضاء الوطني، مطابع جامعة المنوفية، مصر 2009، ص 24-25.

². راجع المادة 38 من النظام الأساس للمحكمة الجنائية الدولية.

³. سناء عودة و محمد عيد ، اجراءات التحقيق والمحاكمة أمام المحكمة الجنائية الدولية حسب نظام روما، رسالة ماجستير غير منشورة، جامعة النجاح الوطنية، نابلس-فلسطين، 2011، ص 42.

"محاكم البداية" في مراكز المحافظات أو أي مكان آخر بمقتضى نظام يحدد فيه الاختصاص المكاني لكل منهما، وتؤلف لكل محكمة من رئيس وعدد من القضاة¹.

ب. الدوائر والقضاة: يتألف الجهاز القضائي للمحكمة الجنائية الدولية من ثمانية عشر قاضيًا مقسمين إلى دوائر مختلفة. ويتمّ انتخاب القضاة من قبل جمعية الدول الأطراف من قائمة مرشحين تقدمها الدول الأطراف (المادة 36 من نظام روما الأساسي). ويتمّ اختيارهم من بين الأشخاص الذين يتحلّون بالأخلاق الرفيعة والحياد والنزاهة، وممن تتوافر فيهم المؤهلات المطلوبة في دولة كل منهم للتعين في أعلى المناصب القضائية. ويجب أن يتميّزوا بالكفاءة المهنية في المجالات ذات الصلة بالقانون الدولي مثل القانون الإنساني أو قانون حقوق الإنسان ويمتلكون الخبرة الضرورية ذات الصلة بمجال القانون الجنائي والإجراءات الجنائية².

وعند اختيار القضاة، يجب أن تأخذ الدول الأطراف بعين الاعتبار الحاجة إلى تمثيل الأنظمة القانونية الرئيسية في العالم، والتمثيل الجغرافي المتساوي، والتمثيل العادل بين الجنسين. ويتولى القضاة مناصبهم لفترة تسع سنوات ولا يجوز إعادة انتخابهم. ولا يجوز لهم أن يرتبطوا بأي عمل وظيفي آخر. ويقسم القضاة إلى ثلاث شعب، وتنفذ وظائفهم القضائية عن طريق ثلاث دوائر (المادة 36، 39 من نظام روما الأساسي):

1. **شعبة الاستئناف:** وتتألف من الرئيس وأربعة قضاة، ودائرة الاستئناف وتتألف من جميع قضاة الشعبة.

2. **الشعبة الابتدائية:** وتتألف من عدد لا يقلّ عن ستة قضاة، الدائرة الابتدائية وتتألف من ثلاثة قضاة من قضاة الشعبة.

3. **الشعبة التمهيدية:** وتتألف من عدد لا يقلّ عن ستة قضاة؛ وتتحدّد تركيبة الدائرة التمهيدية وفقًا للقواعد الإجرائية وقواعد الإثبات.

وينصّ النظام الأساسي على إمكانية وجود أكثر من دائرة محاكمة أو دائرة ابتدائية تعمل في آنٍ واحد عندما يتطلب عبء عمل المحكمة ذلك.

¹. أنظر: قرار بقانون بشأن تشكيل المحاكم النظامية الفلسطيني لسنة 2020.

². القاموس العملي للقانون الإنساني، المرجع الإلكتروني السابق.

ج. مكتب المدعي العام : يقوم المدعي العام بالمحكمة الجنائية الدولية بدور أساس في التحقيق مع المتهمين وملاحقتهم نيابة عن المجتمع الدولي والشعوب، ويعد مكتب المدعي العام جهة مستقلة ومنفصلاً عن أجهزة المحكمة، ويكون المكتب مسؤولاً عن تلقي الإحالات وأية معلومات موثقة عن جرائم تدخل في اختصاص المحكمة وذلك لدراسة هذه المعلومات والاضطلاع بدور التحقيق والمقاضاة أمام المحكمة، ويتولى المدعي العام رئاسة المكتب ويتمتع المدعي العام بالسلطة الكاملة في تنظيم وإدارة المكتب.

ويقوم بمساعدة المدعي العام نائب مدع عام واحد أو أكثر يناط بهم الاضطلاع بأية أعمال يكون مطلوباً من المدعي العام الاطلاع بها بموجب النظام الأساس للمحكمة الجنائية الدولية، ويكون المدعي العام ونوابه من جنسيات مختلفة ويقومون بواجباتهم على أساس التفرغ الكامل في مكتب المدعي العام. أما عن كيفية اختيار المدعي العام للمحكمة الجنائية الدولية فيتم بالانتخاب عن طريق الاقتراع السري بالأغلبية المطلقة لأعضاء جمعية الدول الأطراف، وينتخب نواب المدعي العام بنفس الطريقة بواسطة قائمة مرشحين مقدمة من المدعي العام، ويقوم المدعي العام بتسمية ثلاثة مرشحين لكل منصب مقرر شغله من مناصب نواب المدعي العام، ويتولى المدعي العام ونوابه مناصبهم لمدة تسع سنوات ما لم يتقرر لهم وقت انتخابهم مدة أقصر¹.

وتعد هذه الطريقة لاختيار المدعي العام تعتبر تحقيقاً للعدالة واعمالاً لمبادئ النزاهة والشفافية وفقاً لشروط وضوابط يُراعى فيها الخبرة والتخصص في مجال أعمال التحقيق ، وهي أفضل من لو تم اختيار المدعي العام ونوابه بواسطة التعيين وليس الانتخاب من جمعية الدول الأطراف .

أما في فلسطين تعد النيابة العامة شعبة من شعب السلطة القضائية وهي مستقلة وهذا واضح من خلال قانون السلطة القضائية الفلسطيني رقم (1) لسنة 2002، وقد أقر القانون استقلال النيابة العامة ومنح اعضائها الحصانة القضائية باعتبارها جزءاً لا يتجزأ من السلطة القضائية وفقاً لما أكدته القانون الأساسي (الدستور)، الذي اعتبر النيابة العامة في فلسطين جزءاً لا يتجزأ من السلطة القضائية وأورد كافة الاحكام الخاصة بها وبأعضائها في الباب الخاص بالسلطة القضائية، فهي مؤسسة قضائية اجرائية متخصصة مستقلة عن السلطتين التنفيذية والتشريعية وتتوب عن المجتمع في اداء مهمة التطبيق السليم لأحكام القانون الجزائي، بوصفها الجهة الأمني والقادرة على أداء رسالة العدالة الجنائية مع احاطتها بكل

¹. المادة 42 من النظام الأساس للمحكمة الجنائية الدولية .

الضمانات اللازمة لاستمرارها على الوجه الاكمل وهي تقوم بأداء عملها على الوجه الامثل وبالسرية اللازمة لتحقيق الضمانات التي كفلها القانون للمتهمين¹.

ومن خلال ماتمت الاشارة اليه نجد أن النيابة العامة تتمتع باستقلال تام عن الجهاز القضائي، وبالنتيجة فإن مكتب المدعي العام في المحكمة الجنائية الدولية يتشابه مع التشكيل القضائي للنيابة العامة لدى المحاكم الوطنية من حيث الاستقلالية، ومن حيث الاختصاص في التحقيق والاحالة، ويحتاج إلى اجراء بعض التعديلات على الهيكلة الادارية للمكتب باستحداث منصب النائب العام بحيث تكون مهمته الاشراف على مكتب المدعي العام كما هو معمول به في التشريعات الوطنية ذات الصلة بالنيابة العامة.

د. قلم المحكمة: إن قلم المحكمة هو الجهاز الإداري للمحكمة الجنائية الدولية. ويتولى مسؤولية الجوانب غير القضائية لإدارة المحكمة وتزويدها بالخدمات (النظام الأساسي المادة 43). ويتم انتخاب المسجل بالأغلبية المطلقة للقضاة لمدة خمس سنوات، قابلة لإعادة الانتخاب لمرة واحدة، ويجوز أن يكون له نائب مسجل عند الحاجة، والذي يجري انتخابه بنفس الطريقة.

ويمارس المسجل وظائفه بموجب سلطة رئيس المحكمة، وتشمل مسؤوليات المسجل تأسيس وحدة للمجني عليهم والشهود (المادة 43-6 من نظام روما الأساسي)، التي تتولى مسؤولية مساعدة المجني عليهم والشهود الذين يمثلون أمام المحكمة والأشخاص الآخرين الذين قد يتعرضون للخطر بسبب إدلاء الشهود بشهاداتهم أي تعرض عائلاتهم للخطر، وتقوم الوحدة بتوفير إجراءات الحماية، والترتيبات الأمنية، والمشورة، والمساعدات الأخرى المناسبة².

لاحظ الباحث باستقراء نص المادة 43 من نظام روما الأساسي أن المادة بخصوص تنظيم عمل واجراءات قلم المحكمة أن نص المادة يخلو من الضوابط والشروط التي يجب أن يتمتع بها لمن يعملون في قلم المحكمة الجنائية الدولية وهذا ثغرة تشريعية يجب معالجتها، وذلك لأن طبيعة الوظائف الادارية والمهام المنوطة بموظفين قلم المحكمة تتطلب شروط خاصة بهم كاجادة اللغات والتخصص والخبرات والمؤهلات العلمية، حتى يقومون بأعمالهم على أكمل وجه ممكن.

¹. موقع النيابة العامة الفلسطينية تاريخ الولوج: 2023/3/30. www.gp.gov.ps/ar.

². القاموس العملي للقانون الانساني، المرجع الالكتروني السابق.

المبحث الثاني: إجراءات التحقيق مع المتهم ومحاكمته أمام المحكمة الجنائية الدولية.

يعرف التحقيق الجنائي الدولي على أنه: القيام بمجهود قصد البحث والتحري عن واقعة ما تشكل جريمة، فهو مجموعة من الإجراءات الهادفة إلى البحث عن معلومات وأدلة قد تؤدي إلى معرفة الحقيقة وجمعها ويترتب عليها إحالة المتهم إلى المحكمة المختصة لمقاضاته¹.

حيث أن المدعي العام يتصل بالدعوى الجنائية بالطرق الثلاث المحددة بالمادة (13) من النظام الأساسي للمحكمة الجنائية الدولية، يشرع في اتخاذ إجراءات التحقيق حول الجرائم التي أحيط علماً بها، وذلك بعد أخذ إذن من الدائرة التمهيدية. و سأتطرق في هذا المبحث إلى مباشرة التحقيق أمام المحكمة الجنائية الدولية، حيث تطرقت في المطلب الأول إجراءات التحقيق أمام المدعي العام، أما المطلب الثاني إجراءات المحاكمة أمام المحكمة الجنائية الدولية.

المطلب الأول: إجراءات التحقيق أمام المدعي العام.

المدعي العام يتمتع بسلطة الملائمة كما هو معمول به في بعض القوانين الوطنية والمقارنة، فهو يتمتع بسلطة تقديرية في الشروع في التحقيق أو عدم الشروع فيه. ومجرد ما يقرر المدعي العام الشروع في التحقيق عليه أن يأخذ بعين الاعتبار ما إذا كانت المعلومات المتاحة له توفر أساساً معقولاً للاعتقاد بأن الجريمة تدخل في اختصاص المحكمة قد ارتكبت أو يجري ارتكابها²، ولقد أقر نظام روما الأساسي للمحكمة على إجراء التحقيق بموجب المادة (53) منه، وهذا ما سأحاول بيانه من خلال توضيح إجراءات التحقيق الأولي أمام المدعي العام أولاً، وإجراءات التحقيق الابتدائي ثانياً.

أولاً:- إجراءات التحقيق الأولي.

لكي يقوم المدعي العام بإجراءات الاستقصاء والتحقيق الأولي أو التمهيدي يجب أن يحاط علماً بالجريمة أو الجرائم المشار لها في المادة (13) من النظام الأساسي، وبمجرد وقوع جريمة من الجرائم التي تدخل في اختصاص المحكمة ووصلت إلى علم المدعي العام بإحدى الطرق الثلاث ((إما من الدول

¹. براء منذر كمال عبد اللطيف، النظام القضائي للمحكمة الجنائية الدولية، الطبعة الأولى، دار الحامد للنشر والتوزيع، عمان، 2016، ص 258.

². ونوقي جمال، مقدمة في القضاء الجنائي الدولي، دار هومة للطباعة والنشر والتوزيع، الجزائر، 2015، ص 145 - 146.

وبالإحالة من مجلس الأمن ومن قبل المدعي العام)) فإن للمدعي العام أن يأمر التحقيقات الأولية على أساس المعلومات المتعلقة بجرائم تدخل في اختصاص المحكمة¹.

يقوم المدعي العام بتحليل جدية المعلومات التي يبلغ بها، ويجوز له لهذا الغرض التماس معلومات إضافية من الدول أو أجهزة الأمم المتحدة أو المنظمات الدولية أو غير حكومية أو أي مصادر أخرى موثوق بها يراها ملائمة، ويجوز له تلقي الشهادة التحريية أو الشفوية في مقر المحكمة²، بعد توافر المعلومات والأدلة التي تسمح بمباشرة التحقيق وبعد أن يتقدم المدعي العام بالأدلة التي قدمها المدعين أو الدولة الطرف أو مجلس الأمن إلى المحكمة الدائرة التمهيدية وتقره على بدء التحقيقات يقوم بالشروع في اتخاذ الإجراءات وطلب كل ما من شأنه مساعدة في التحقيقات³.

وتنص المادة(53) من النظام الأساسي للمحكمة، على ما يتم منذ بدء التحقيق أو الشروع فيه، حيث نصت على أن:

1- يشرع المدعي العام في التحقيق، بعد تقييم المعلومات المتاحة له، ما لم يقرر عدم وجود أساس معقول لمباشرة إجراء بموجب هذا النظام الأساسي ولدى اتخاذ قرار الشروع في التحقيق، ينظر المدعي العام في:-

أ. ما إذا كانت المعلومات المتاحة للمدعي العام توفر أساساً معقولاً للاعتقاد بأن جريمة تدخل في اختصاص المحكمة قد ارتكبت أو يجري ارتكابها .

ب. ما إذا كانت القضية مقبولة أو يمكن أن تكون مقبولة بموجب المادة (17).

ج (ما إذا كان يرى، آخذاً في اعتباره خطورة الجريمة ومصالح المجني عليهم، أن هناك مع ذلك أسباباً جوهرية تدعو للاعتقاد بأن إجراء تحقيق لن يخدم مصالح العدالة. فإذا قرر المدعي العام عدم وجود أساس معقول لمباشرة إجراء وأن قراره يستند فحسب إلى الفقرة الفرعية (ج) أعلاه، كان عليه أن يبلغ الدائرة التمهيدية بذلك.

¹. علي عبد القادر القهوجي، القانون الدولي الجنائي-أهم الجرائم الدولية، المحاكم الدولية الجنائية- الطبعة الأولى، منشورات الحلبي الحقوقية، لبنان، 2001، ص336-337.

². زياد عيتاني، المحكمة الجنائية الدولية وتطور القانون الجنائي الدولي، الطبعة الأولى، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت، 2009، ص342.

³. خالد مصطفى فهمي، المحكمة الجنائية الدولية -النظام الأساسي للمحكمة والمحاكمات السابقة والجرائم التي تختص بنظرها- ، الطبعة الأولى ، دار الفكر الجامعي، الإسكندرية، 2011، ص188.

2- إذا تبين للمدعي العام، بناءً على التحقيق، أنه لا يوجد أساس كاف للمقاضاة
أ. لأنه لا يوجد أساس قانوني أو وقائي كاف لطلب إصدار أمر قبض أو أمر حضور بموجب
المادة (58) .

ب. لأن القضية غير مقبولة بموجب المادة (17).

ت. لأنه رأى بعد مراعاة جميع الظروف، بما فيها مدى خطورة الجريمة ومصالح المجني عليهم وسن
أو اعتلال الشخص المنسوب إليه الجريمة أو دوره في الجريمة المدعاة، أن المقاضاة لن تخدم
مصالح العدالة.

وجب عليه أن يبلغ الدائرة التمهيدية والدولة المقدمة للإحالة بموجب المادة (14) أو مجلس الأمن في
الحالات التي تندرج في إطار الفقرة (ب) من (13)، بالنتيجة التي انتهت إليها والأسباب التي ترتبت عليها
هذه النتيجة.

3. أ- بناءً على طلب الدولة القائمة بالإحالة بموجب المادة (14) أو طلب مجلس الأمن بموجب
الفقرة (ب) من المادة (13) ، يجوز للدائرة التمهيدية مراجعة قرار المدعي العام بموجب الفقرة (1) أو (2)
بعدم مباشرة إجراء ولها أن تطلب من المدعي العام إعادة النظر في ذلك القرار .

ب- يجوز للدائرة التمهيدية بالإضافة إلى ذلك وبمبادرة منها، مراجعة قرار المدعي العام بعدم مباشرة
إجراء إذا كان القرار يستند فحسب إلى الفقرة (1) (ج) أو (2) (ج) وفي هذه الحالة لا يصبح قرار
المدعي العام نافذاً إلا إذا اعتمدته الدائرة التمهيدية.

4- يجوز للمدعي العام في أي وقت ، أن ينظر من جديد في اتخاذ قرار بما إذا كان يجب الشروع
في تحقيق أو مقاضاة استناداً إلى وقائع أو معلومات جديدة¹.

ثانياً: إجراءات التحقيق الابتدائي أمام المدعي العام.

انتهاء التحقيق الأولي يكون الإدعاء قد كون قناعة بوجود أساس معقول لمباشرة المتابعة الجنائية².

¹. أنظر : نصوص المواد من نظام روما الأساسي للمحكمة الجنائية الدولية المعتمد في روما في 7 تموز/يوليه لعام
1998.

². سالم حوة، سير المحاكمة الجنائية في القانون الدولي الجنائي، أطروحة دكتوراه، تخصص قانون عام، كلية الحقوق والعلوم
السياسية، قسم الحقوق، جامعة الخاج لخضر، باتته - الجزائر، 2013-2014، ص44.

فاذا انتهى المدعي العام من تحقيقاته الأولية واستنتج منها وجود أساس معقول في إجراء تحقيق يقدم إلى الدائرة التمهيدية طلباً للإذن له بإجراء تحقيق ابتدائي، وأن يلحق هذا الطلب ما جمعه من مواد وأدلة تؤيد طلبه.

ويحق للمدعي عليهم وفقاً للقواعد الإجرائية وقواعد الإثبات أن يدلوا بأقوالهم في هذا الشأن، ونظراً لخطورة الجزء في الدعوى الجنائية، فإنها لا تعرض على المحكمة مباشرة كالدعوى المدنية، ولكنها فضلاً عن كونها مسبقة بمرحلة جمع الاستدلالات غالباً ما تمر حتماً بمرحلة التحقيق الابتدائي¹، وفي هذه المرحلة يقع على عاتق المدعي العام واجبات وسلطات أقرتها المادة (54) من نظم روما الأساسي وهي:

أ. **واجبات المدعي العام:** يقوم المدعي العام بالتوسع في التحقيق، وذلك بفحص جميع الوقائع المتاحة لديه وكذلك الأدلة المرتبطة بها، ويقدر ما إذا كانت هناك مسؤولية جنائية بموجب النظام الأساسي²، وعليه خلال ذلك أن يحقق في ظروف التجريم والتبرئة على حد سواء، وعليه أن يتخذ التدابير اللازمة لكفالة وسرية المعلومات لضمان فعالية التحقيق في الجرائم التي تدخل في اختصاص المحكمة والمقاضاة عليها³، كما عليه احترام مصالح المجني عليهم والشهود وظروفهم الشخصية بما في ذلك السن ونوع الجنس وبأخذ بعين الاعتبار طبيعة الجريمة خاصة عندما ينطوي على عنف جنسي أو عنف بين الجنسين أو عنف ضد الأطفال، كما عليه أن يحترم حقوق الأشخاص الناشئة بموجب النظام الأساسي، كما يجب عليه احترام حقوق المتهم أثناء التحقيق، فلا يجوز إجباره تجريم نفسه أو الاعتراف بأنه مذنب، ولا يجوز إخضاعه لأي شكل من أشكال التعذيب أو المعاملة الإنسانية ولا يجوز حرمانه من حريته إلا في الحدود ووفقاً للإجراءات المنصوص عليها في النظام الأساسي، وأن من حقه الاستعانة بالمرجع إذا جرى استجوابه بلغة غير اللغة التي يفهمها تماماً ويتحدث بها، وأن من حقه الصمت كذلك الاستعانة بمحام، ما لم يتنازل طواعية وصراحة عن حقه في الاستعانة بمحام⁴.

¹. غلاي محمد، إجراءات التقاضي أمام المحكمة الجنائية الدولية، رسالة ماجستير في العلوم الجنائية وعلم الإجرام جامعة أبي بكر بلقايد، كلية الحقوق، تلمسان-الجزائر، 2004-2005، ص 49-52.

². لنده معمر يشوي، المحكمة الجنائية الدولية الدائمة واختصاصاتها، الطبعة الأولى، دار الثقافة، للنشر والتوزيع، عمان، 253، ص 2008.

³. علي يوسف الشكري، القضاء الجنائي الدولي في عالم متغير، ط1، دار القفاف للنشر والتوزيع، عما، 2008، ص 196.

⁴. علي عبدالقادر القهوجي، المرجع السابق، ص 340.

ب. **سلطات المدعي العام:** يتولى لمدعي العام العديد من الصلاحيات والسلطات التي تساعده على أداء واجباته وتمكنه من أداء المهام المسندة إليه بشكل متكافئ مع طبيعة عمله والمهمة الملقاة على عاتقه وتتمثل هذه السلطات والتي أقرتها المادة (54) من نظام روما الأساسي كما يلي:

1. جمع الأدلة وفحصها حيث يقوم المدعي التوسع في التحقيق فيفحص جميع الوقائع والأدلة المتصلة بتقدير ما إذا كانت هناك مسؤولية جنائية أم لا.
2. يتمتع المدعي العام في سبيل جمع الأدلة وفحصها بالعديد من السلطات منها القيام بالمعاينة والحق في إجراء التفتيش وندب الخبراء واستدعاء الشهود¹.
3. وكذلك حضور الأشخاص محل التحقيق والمجني عليهم من أجل استجوابهم، ويحق له طلب التعاون من أية دولة أو منظمة حكومية دولية، وله اتخاذ أو طلب اتخاذ التدابير اللازمة، لكفالة وسرية المعلومات وحماية الأشخاص والحفاظ على الأدلة، وله أن يوافق على عدم الكشف في أية مرحلة من مراحل الإجراءات عن أية مستندات أو معلومات يحصل عليها بشرط المحافظة على سريتها ولغرض واحد هو استقاء أدلة جديدة ما لم يوافق مقدم المعلومات على كشفها².
4. كما يجوز للمدعي العام، أن ينظر في اتخاذ قرار بما إذا كان يجب الشروع في تحقيق أو مقاضاة استنادا إلى وقائع أو معلومات جديدة.
5. للمدعي العام في سبيل إثبات الحقيقة أن يقوم بإجراء التحقيقات اللازمة بما في ذلك، حيث يمكن له أن يباشر بعض أعمال التحقيق دون حضور ممثل عن السلطة لتلك الدولة³.
6. كما يمكن للمدعي العام أيضا أن يجري تحقيق في إقليم الدولة الطرف وفقا لأحكام التعاون الدولي والمساعدة القضائية طبقا للمواد (86) وما بعدها من نظام روما الأساسي للمحكمة الجنائية الدولية، أو على النحو الذي تأذن به الدائرة التمهيدية، وللمدعي العام اتخاذ ما يلزم من ترتيبات أو يعقد ما يلزم من اتفاقيات تيسيره لتعاون إحدى الدول، إذا كانت هذه الدولة غير قادرة على تنفيذ طلب

¹. نجوى يونس صديرة، ضمانات المتهم أمام المحكمة الجنائية الدولية، ط1، دار الثقافة للنشر والتوزيع، عمان، 2014، ص141-142.

³. علي يوسف الشكري، المرجع السابق، ص196.

³. براء منذر كمال عبداللطيف، المرجع السابق، ص334.

التعاون الدولي بينها وبين المحكمة بسبب وجود خلل في أي عنصر من عناصر نظامها القضائي، أو في إقليم دولة أخرى وافقت على تنفيذ طلب التعاون الدولي¹.

ويبدو من الإجراءات التي يتخذها المدعي العام أنها من إجراءات التحقيق الابتدائي التي يتولاها القانون الداخلي قاضي التحقيق في بعض الدول، والنيابة العامة في البعض الآخر، ولكن اختصاص المدعي العام بهذه الإجراءات يتوقف على موافقة الدائرة التمهيدية، أي أن قرار تلك الدائرة بالموافقة هو الذي يفتتح به التحقيق ويكون بمثابة الإدعاء أو الاتهام الذي تقوم به عادة النيابة العامة في القوانين الداخلية².

كما أن المدعي العام لا يتولى كل إجراءات التحقيق الابتدائي هي موزعة بينه وبين الدائرة التمهيدية، إذ تختص تلك الأخيرة بأهم إجراءات التحقيق الابتدائي، وهي تلك التي تتعلق بالحريات الفردية مثل أمر الحضور بالقبض والحبس الاحتياطي³.

المطلب الثاني: إجراءات المحاكمة أمام المحكمة الجنائية الدولية.

تبدأ إجراءات عمل المحكمة الجنائية الدولية من تاريخ إحالة القضية لها من مكتب المدعي العام، حيث تتولى الدائرة الابتدائية في المحكمة باستلام القضية من أجل التداول مع الأطراف واتخاذ التدابير اللازمة لضمان سير إجراءات المحكمة بشكل سريع وعادل، كما تقوم الدائرة الابتدائية بتحديد اللغة أو اللغات الواجب استخدامها في المحكمة، كما تفصح المحكمة عن الوثائق والمعلومات التي لم يسبق الكف عنها وذلك من أجل التحضير للمحاكمة قبل بدئها، وفي بداية أولى جلسات المحكمة، يجب على الدائرة الابتدائية أن تتلو على المتهم التهم المسندة إليه، ويجب أن تتأكد الدائرة الابتدائية من أن المتهم يفهم طبيعة التهم، وعليها أن تعطيه الفرصة للاعتراف بالذنب، أو للدفع بأنه غير مذنب، وأثناء سير إجراءات المحاكمة فإنه يجوز للدائرة الابتدائية الفصل في قبول الأدلة أو أو رفضها، واتخاذ جميع الخطوات اللازمة للمحافظة على النظام أثناء الجلسة، وفي سبيل الارتقاء بالعمل القضائي لدى

¹. منتصر سعيد حمودة، المحكمة الجنائية الدولية (النظرية العامة للجريمة الدولية - أحكام القانون الدولي الخاص) دراسة تحليلية، دار الجامعة الجديدة، الاكندرية، 2006، ص248.

². علي عبدالقادر القهوجي، المرجع السابق، ص340.

³. المرجع نفسه، ص341.

المحكمة لدى المحكمة، فإن الدائرة الابتدائية تكفل إعداد سجل كامل بالمحاكمة يتضمن بياناً دقيقاً بالتدابير يتولى المسجل استكمالها والحفاظ عليه¹.

وفيما يتعلق باعتراف المتهم المائل أمام المحكمة فإنه إذا اعترف بالجرم المسند إليه واقتنعت المحكمة بهذا الاعتراف المستند إلى أدلة تم تقديمها، جاز للمحكمة أن تدين المتهم بالجريمة التي ارتكبها، أما إذا لم تقتنع المحكمة باعتراف المتهم بالجرم المسند إليه اعتبر الاعتراف كأن لم يكن وعلى المحكمة أن تواصل المحاكمة وفقاً للإجراءات المنصوص عليها في النظام، وللمحكمة أن تطلب من المدعي العام تقديم أدلة إضافية بما في ذلك شهادة الشهود، وبالنتيجة فإن المحكمة لا تكون ملزمة بأية مناقشات تجري بين المدعي العام والدفاع بشأن تعديل التهم أو الاعتراف بالذنب أو العقوبة الواجب توقيعها².

ويلحظ من هذه النصوص أن إجراءات المحكمة في التحقيق مع المتهم وسماع أقواله والشهود وطلب البيانات هي نفس الإجراءات المتبعة لدى المحاكم الوطنية، ففي فلسطين تواجه المحكمة المتهم بالتهمة المسندة إليه وتقوم بتلاوة لائحة الاتهام ويعطى صورة منها ثم تسأله المحكمة الجواب عن ذلك، فإذا اعترف المتهم بالتهمة المنسوبة إليه فعلى المحكمة أن تسمع أقواله تفصيلاً وتناقشه فيها، فإذا اطمأنت إلى أن الاعتراف صحيح ورأت أنه لا حاجة إلى أدلة أخرى، فعليها أن تكتفي بذلك وتفصل في القضية وعليها أن تستكمل التحقيق إذا وجدت لذلك داعياً³.

كما يحكم عمل المحكمة من حيث الإجراءات وأدلة الإثبات نصوص قانونية تسمى (القواعد الإجرائية) وقواعد الإثبات ويتم اقتراح هذه القواعد من جانب أي دولة طرف في جمعية الدول الأطراف والتي وقعت على نظام روما الأساس أو القضاة، وذلك باقتراح هذه القواعد بالأغلبية المطلقة للقضاة، أو المدعي العام للمحكمة، فلكل هذه الأطراف الحق في اقتراح قواعد إجرائية ومتعلقة بالإثبات تنظم عمل المحكمة، وفي حال التنازع بين قواعد الإثبات والقواعد الإجرائية، والنظام الأساس للمحكمة الجنائية

¹. انظر المواد (64/10/9/8/7/6) من النظام الأساس للمحكمة الجنائية الدولية.

². انظر المادة (65/5/4/3/2) من النظام الأساس للمحكمة الجنائية الدولية، وعلى سبيل المعرفة والاستئناس فقد قضت محكمة النقض المصرية بأن "حجية الاعتراف في حق المتهم أو حق غيره من المتهمين الذين تناولهم هذا الاعتراف، هي مسألة يقدرها قاضي الموضوع وله أن يأخذ بهذا الاعتراف إن اعتقد صدقه، أو يستبعده إن شك في صحته " نقض مصري رقم 0807/ بتاريخ 19/12/1955، ص1482.

³. انظر: نصوص المواد (214،215،246،250) من قانون الإجراءات الجزائية الفلسطيني رقم 3 لسنة 2001 وتعديلاته.

الدولية، يصار إلى الرجوع إلى نصوص النظام الأساس للمحكمة الجنائية الدولية باعتباره الشريعة العامة للفصل في أي نزاع يُعرض على المحكمة¹.

وبالنسبة لاجراءات التقاضي فان المحكمة الجنائية الدولية تأخذ بمبدأ التقاضي على درجتين، وهي بذلك ترسخ مبدأ احترام حقوق الدفاع للمتخاصمين أمامها، وقد أجاز النظام الأساس للمحكمة الجنائية الدولية لجميع أطراف الخصومة استئناف القرارات الصادرة عن المحكمة سواء أكان هذا الطرف هو المدعي العام، أو الشخص المدان، أو الشخص المتضرر من وقوع الجريمة، ويجب أن يحتوي طلب الاستئناف المقدم للمحكمة على أسباب معينة تمنح صاحب الطلب بتقديمه للمحكمة كأن يكون هنالك غلط في الاجراءات أو غلط في الوقائع في القانون وتطبيقه، أو أي غلط آخر يمس نزاهة أو موثوقية الاجراءات أو القرار².

ويبدو واضحاً أن المحكمة الجنائية الدولية سمحت للمتخاصمين أمامها باستئناف قراراتها مع احترام حقوق الدفاع، وهي بهذه الإجراءات لا تختلف عما يجري من طعن بالأحكام انسجاماً لأحكام القانون الداخلي أو الصادرة عن المحاكم الوطنية والتي يقوم التقاضي فيها على درجتين وفقاً لأحكام القانون الداخلي أو الوطني الذي يحكم عمل هذه المحاكم وإجراءات الطعن بالأحكام الصادرة عنها، وقد أخذت معظم الأنظمة القضائية بالتقاضي على درجتين احتراماً لحقوق الدفاع وتحقيقاً للعدالة.

أما فيما يتعلق باحترام الدول الأطراف للقرارات الصادرة عن المحكمة والأحكام القضائية ذات الصلة، فقد أوجب النظام الأساس للمحكمة الجنائية الدولية على الدول الأطراف التعاون مع المحكمة فيما تختص به من جرائم والحكم فيها، وللمحكمة أن تطلب أو تدعو أي دولة غير طرف في النظام الأساس لتقديم المساعدة القضائية للمحكمة، وإذا امتنعت هذه الدولة عن تقديم المساعدة جاز للمحكمة الجنائية الدولية إخطار مجلس الأمن الدولي ولجمعية الدول الأطراف اتخاذ الاجراء اللازم³.

وهنا تكمن أهمية وضرة احترام جميع الدول للقرارات والأحكام القضائية الصادرة عن المحكمة الجنائية الدولية، بما يكفل تحقيق العدالة الدولية بين المتخاصمين أمام المحكمة وهذا يبدو جلياً من نصوص النظام الأساس للمحكمة من خلال إلزامه للدول الأطراف وغير الأطراف بمساعدة المحكمة

¹. انظر: نصوص المواد (51/5/4/3/2/1) من النظام الأساس للمحكمة الجنائية الدولية.

². انظر: نص المادة (81/2/1) من النظام الأساس للمحكمة الجنائية الدولية.

³. انظر: نص المادتين (87/86) من النظام الأساس للمحكمة الجنائية الدولية.

والالتزام بما يصدر عنها من قرارات، كما يمكن إنشاء جهاز إداري يكون ضمن تشكيل المحكمة الجنائية الدولية تكون مهمته الأساس متابعة تنفيذ القرارات القضائية الصادرة عن المحكمة الجنائية الدولية.

المبحث الثالث: الحالة الفلسطينية واللجوء الى المحكمة الجنائية الدولية.

كما هو معروف فإنه يمكن للدول الأطراف في نظام روما الاساسي، أو مجلس الامن بالأمم المتحدة، أو المدعي العام للمحكمة رفع دعاوي أمام المحكمة الجنائية الدولية، وأن المادة (12) من نظام روما الاساس في فقرتها الثالثة منحت الدول غير الاطراف في نظام روما حق القبول باختصاص المحكمة الجنائية الدولية في حالة وقوع أحد الجرائم، وسنتناول في هذا المبحث الجرائم التي ارتكبتها المحتل الإسرائيلي بحق الشعب الفلسطيني، وبيان مدى دخولها ضمن اختصاص المحكمة الجنائية الدولية، ومن ثم ندرس امكانية فلسطين بتحريك دعوى جنائية أمام المحكمة الجنائية الدولية لمحاكمة ومساءلة مرتكبي جرائم الحرب وجرائم الابادة الجماعية وجرائم ضد الانسانية وغيرها من الجرائم البشعة على الأرض الفلسطينية جنائيا ومدنيا.

المطلب الأول: الانتهاكات الاسرائيلية التي تدخل ضمن اختصاص المحكمة الجنائية الدولية.

لقد ارتكب المحتل الإسرائيلي، ومازال يرتكب حتى اليوم العديد من الإنتهاكات لحقوق الفلسطينيين، بارتكابه الجرائم بحق الأطفال والنساء والمدنيين ضاربا بعرض الحائط جميع قرارات الشرعية الدولية، وعليه نهدف في هذا المبحث الى وضع وتصنيف تلك الجرائم في ظل نصوص ومبادئ القانون الدولي على وجه الخصوص في تصنيفات الجرائم التي تدرج ضمن اختصاص المحكمة الجنائية الدولية، بحيث نضع الجرائم التي ارتكبتها المحتل الإسرائيلي وفق تصنيفات الجرائم التي وردت في نظام روما الأساس على النحو التالي:

1. جرائم الابادة الجماعية: لقد ارتكب المحتل جرائم الابادة في حروب 1948 و 1976 و 1982، كما قام بمذابح دير ياسين عام 1948 و قبية عام 1953 ،وقلقيلية عام 1956، وكفر قاسم عام 1956، ومذبحة مصنع أبي زعبل، ومدرسة بحر البقر عام 1970، ومذبحة صبرا وشاتيلا عام 1982، ومذبحة الحرم الإبراهيمي عام 1994 ،ومذبحة قانا عام 1996، وجنين عام 2002، وقد ارتكب "ارئيل شارون" مذبحة قبية حيث كان يتزعم العصابات التي اجتاحت تلك القرية ودمرتها، وقامت بقتل 69 مواطنا فلسطينيا من الأطفال والنساء والشيوخ¹.

¹. هيثم الكيلاني، الارهاب يؤسس دولة - نموذج اسرائيل، ط1، دار الشروق، القاهرة، 1997، ص176-177.

كما ارتكب "أريئيل شارون" مذبحه صبار وشاتيلام عام 1982 حيث أصدر الأوامر لتنفيذ تلك المذبحة، و كان وقتها يشغل منصب وزير الدفاع في إسرائيل، وقد نتج عن تلك المذبحة قتل 3297 مواطن فلسطيني من النساء والأطفال والشيوخ، وكان الإسرائيليون يدخلون إلى المستشفيات ويخرجون جميع من فيها بما فيهم الأطباء والممرضين والعاملين والمرضى إلى الخارج ويعدمونهم ويمثلون بجثثهم، مع قتل المرضى العاجزين عن مغادرة أسرهم وهم راقدون¹.

وقد قامت منظمة مراقبة حقوق الإنسان بإصدار بيان في نيويورك بتاريخ 2008/8/21 تدعو فيه إلى إجراء تحقيق جنائي بخصوص دور رئيس الوزراء الإسرائيلي في مجزرة المدنيين التي حدثت في مخيمي صبرا وشاتيلام للاجئين الفلسطينيين في بيروت، هذا وقد أعلن المدير التنفيذي لتلك المنظمة أنه توجد أدلة كافية على ارتكاب جرائم حرب وجرائم ضد الإنسانية على نطاق واسع في هذه المجزرة، ولكن حتى اليوم لم يقدم أي شخص للقضاء².

وقد أعلنت هذه المنظمة بأنه للولايات المتحدة الأمريكية مصلحة جوهريّة في عدم محاسبة مرتكبي تلك الجرائم، نظراً لأن الاحتلال الإسرائيلي لبيروت الغربية تم في أعقاب تأكيدات مكتوبة من الولايات المتحدة بأن الفلسطينيين الباقين هناك سوف يكونون في أمان، وذلك في إطار ترتيبات لاجلاء قوات منظمة التحرير الفلسطينية عن لبنان، هذا وقد قام بعض الناجين الفلسطينيين من تلك المجزرة برفع دعوى ضد شارون أمام إحدى المحاكم البلجيكية³، وقد بلغ عددهم (21 شخص) واستندوا في رفع تلك القضية إلى القانون الصادر عام 1993 الذي يسمح للمحاكم البلجيكية بمحاكمة مسؤولين أجانب عن انتهاكات حقوق الإنسان⁴، وعليه فقد أنكر الإسرائيليون حق الفلسطينيين في الوجود خلافاً لأحكام القانون الدولي وهي جريمة واجبة العقاب وتندرج ضمن الجرائم المعاقب عليها وفقاً لأحكام المادة (6/أ) من النظام الأساس للمحكمة الجنائية الدولية.

¹. المرجع نفسه، ص185.

². بارعة القدسي، المحكمة الجنائية الدولية طبيعتها واختصاصها وموقف الولايات المتحدة الأمريكية وإسرائيل منها، مجلة جامعة دمشق للعلوم الاقتصادية والقانونية، المجلد 20، العدد الثاني، 2004، ص129.

³. المرجع نفسه، ص165-166.

⁴. داود درعاوي، تقرير حول جرائم الحرب وجرائم ضد الإنسانية: مسؤولية إسرائيل عن الجرائم خلال انتفاضة الأقصى، الهيئة الفلسطينية المستقلة لحقوق الإنسان، رام الله، 2011، سلسلة التقارير القانونية 24.

2. جرائم ضد الإنسانية: مارس جهاز الأمن الداخلي الإسرائيلي "الشاباك" التعذيب مع المعتقلين الفلسطينيين خلال انتفاضة الأقصى، رغم صدور قرار من محكمة العدل العليا الإسرائيلية بتاريخ 16 أيلول عام 1999م الذي قضى فيه بعد قانونية أساليب التعذيب التي يستخدمها هذا الجهاز أثناء التحقيق مع المعتقلين الفلسطينيين¹.

ويعتبر التعذيب من الجرائم ضد الإنسانية استناداً لأحكام المادة (8/و) من نظام روما، وأيضاً من جرائم الحرب استناداً للمادة (2/8أ) من النظام الأساسي للمحكمة الجنائية الدولية، والتي اعتبرت من جرائم الحرب المخالفات لاتفاقيات جنيف الأربع لعام 1949م، ويعتبر ممارسة التعذيب بشكل واسع النطاق أو منظم جريمة ضد الإنسانية بموجب المادة (7/أو) من النظام الأساس للمحكمة الجنائية الدولية.

ومن ذلك أيضاً المجازر التي ارتكبتها العدو الإسرائيلي خلال انتفاضة الأقصى التي اندلعت في أعقاب الزيارة الاستفزازية التي قام بها زعيم المعارضة الاسرائيلية " ارئيل شارون" الى باحة الحرم القدسي الشريف بتاريخ 2000/9/28، وقد تلاها في اليوم الثاني صدامات عنيفة بين المصلين وقوات الشرطة الاسرائيلية في ساحة المسجد الأقصى، والتي وصل عدد ضحاياها خلال أول شهرين (17000) جريح ومصاب².

وسيعاني عشرة بالمئة منهم من الإعاقة، و 316 قتيل، كما أن 40 % من الضحايا لا يتجاوز عمرهم سن الثامنة عشر، وقد استخدم الاسرائيليون في عدوانهم أساليب متعددة منها القذف بالأسلحة القاتلة، باستخدام البنادق العادية والالية وادخال الدبابات والقذائف الصاروخية، واطلاق النار من الطائرات والهليكوبتر، حيث انتهكت اسرائيل جميع المبادئ والقواعد القانونية والانسانية والأخلاقية، فارتكبت بشكل جليّ وواضح جرائم ضد الإنسانية³.

وبموجب المادة (1/7ك) من النظام الأساسي للمحكمة الجنائية الدولية فإن الأفعال التي تتسبب في معاناة شديدة، أو في أذى خطير يلحق بالجسم أو الصحة العقلية أو البدنية؛ تعتبر من الجرائم ضد الإنسانية متى استخدمت في إطار واسع ومنهجي ضد السكان المدنيين.

¹. عبدالرحمن أبو النصر ، اتفاقية جنيف الرابعه وانطباقها في الأراضي المحتلة، غزة، ط1، 2000، ص409.

². حسن، عصام الدين محمد، يوميات انتفاضة الأقصى، امركز القاهرة لدراسات حقوق الانسان، 2000، ص257.

³. المرجع نفسه، ص257-258.

هذا وقد اعتقلت قوات الاحتلال أكثر من 2000 فلسطيني خلال انتفاضة الأقصى، وحوكم معظمهم أمام محاكم عسكرية إسرائيلية لال توفر لهم الحد الأدنى من معايير المحاكمة العادلة، كما بلغ عدد المعتقلين الفلسطينيين من قبل قوات الاحتلال والقابعين في سجونها خارج حدود الأراضي الفلسطينية المحتلة عام 1967، حتى نهاية عام 2000م حوالي 1600 أسير فلسطيني، وفق إحصائيات مؤسسة الضمير¹.

ووفقا (1/7/هـ) من النظام الأساسي للمحكمة الجنائية الدولية؛ فإن السجن أو الحرمان الشديد من الحرية البدنية بما يخالف المبادئ الأساسية للقانون الدولي يعد جريمة ضد الإنسانية، كما أن حجز الأشخاص خارج البلد المحتل يخالف أحكام المادة (76) من اتفاقية جنيف الرابعة. كما أن الإبعاد القسري للسكان الفلسطينيين يعتبر جريمة ضد الإنسانية.

وغيرها من جرائم الحرب التي قامت بها العصابات الصهيونية على الأراضي الفلسطينية بقتل المدنيين العزل والقتل المتعمد، والاعدامات، وتنفيذ سلسلة من الاغتيالات بطريق الخداع، وكانت تقوم بفرض حظر التجوال على المدن والقرى الفلسطينية وكان تعتمد في عرقلة وصول الامدادات الغذائية للسكان المدنيين، ناهيك عن جريمة الاعتقال التعسفي كما تعتمد بشن هجمات على الوحدات الطبية وهجمات ضد المباني والمواد ووسائل النقل الطبي وطواقم الاسعاف الطبي التابعة للهلال الأحمر الفلسطيني، وبناء البيور الاستيطانية وينقل مواطنيه اليهم ويسمح لهم بحمل السلاح ، وقصفت بعض المنازل والمباني بالصواريخ الثقيلة بشكل انتقامي دون وجود أي ضرورة، لكل ماذكر فانه تعتبر كلها تحديات صارخة للقانون الدولي وجرائم حرب لاتغتفر ومخالفة لاتفاقيات جنيف الأربع وبروتوكولاتها، ومخالف لبعض نصوص المواد من نظام روما الأساسي، ويعتبر تعمد شن هجوم مع العلم أنه سيسفر عن إحداث ضرر واسع النطاق وطويل الأجل، وشديد للبيئة الطبيعية، يكون إفراطه واضحا بالقياس الى مجمل المكاسب العسكرية المتوقعة الملموسة المباشرة من جرائم الحرب.

3. القرارات التي يمكن الاستناد اليها لمقاضاة الاسرائيلين.

أصدر مجلس الأمن الدولي عشرات القرارات التي أدت إلى إدانة إسرائيل في نطاق تعاطيها مع الفلسطينيين، وفي نطاق سياستها كقوة قائمة بالاحتلال اعتبارا من العام 1967م، ولكن مجلس الأمن لم يتخذ أي قرار ضد إسرائيل حيث استند إلى الفصل السابع من الميثاق، وبذلك تخلصت إسرائيل من تلك

¹. داود درعاوي، المرجع السابق، سلسلة التقارير القانونية 24.

القرارات، ويستثنى من ذلك القرار رقم (62) الذي فرض بناءا عليه الهدنة بين العرب واسرائيل ما بين عامي 1948-1949م¹.

لقد أصدرت الجمعية العامة للأمم المتحدة قرارات عديدة تؤكد فيها سريان اتفاقية جنيف الرابعة على الأراضي الفلسطينية المحتلة، وأدانت في تلك القرارات الانتهاكات الإسرائيلية لهذه الاتفاقية، وأهم تلك القرارات، قرار الجمعية العامة رقم 58/43 بتاريخ 1988/12/6 والقرار رقم 48/44 بتاريخ 1989/1/8، حيث اعتبر هذان القراران حالات الخرق لأحكام اتفاقية جنيف الرابعة خلال الانتفاضة الفلسطينية الأولى الممتدة بين عام 1987 الى عام 1993 جرائم حرب وإهانة للإنسانية².

وقد رفضت إسرائيل الالتزام بتطبيق أحكام اتفاقية جنيف الرابعة على الأراضي الفلسطينية المحتلة، وبرر قضاة محكمة العدل العليا الاسرائيلية عدم التزام حكوماتهم بالاتفاقية المذكورة بالقول بأن اتفاقيات الدولية التي تبرمها اسرائيل لاكتسب القوة القانونية الملزمة، الا اذا اصبحت جزءا من القانون الاسرائيلي المحلي، وهذا في حال اصدار الكنيست تشريعا خاصا بذلك، ومدام الكنيست لم يصدر تشريعا بذلك، فهي غير ملزمة³.

ورغم ذلك فإن موقف الأمم المتحدة في هذا الشأن كان واضحا منذ عام 1976، حيث اعتبرت إسرائيل دولة محتلة للأراضي الفلسطينية، وهذا واضح في موقف مجلس الأمن الدولي في القرار رقم (242) عام 1967 والذي دعا فيه اسرائيل الى النسياب من الأراضي الفلسطينية المحتلة، كما دعا مجلس الأمن اسرائيل في القرار (237) في عام 1967م الى تطبيق اتفاقية جنيف الرابعة دون قيد أو شرط أو استثناء⁴.

وقد صدر قرارات كثيرة عن الجمعية العامة للأمم المتحدة وغيرها من المؤسسات وصدر أيضا العديد من التقارير في أن اسرائيل دولة غير محبة للسلام وطالبت كل الدول بقطع علاقاتها الدبلوماسية والتجارية والثقافية معها لأنها لم تقم بالالتزامات المترتبة عليها الا أن ذلك كله حبر على ورق ولا يمت للواقع بصلة وأن اسرائيل تتنصل وتجدد كل ذلك وهي بذلك مخالفة لكل القوانين والاتفاقيات الدولية.

¹. شفيق المصري، مقال منشور في مجلة صوت الذين لاصوت لهم، العدد 29، 2012،

². داود درعاوي، المرجع السابق، 24.

³. أبو عبيد، عبدالله، اسرائيل واتفاقية جنيف الرابعة، مجلة صامد الاقتصادي، العدد 78، 1992، ص 127.

⁴. داود درعاوي، المرجع السابق، 24.

وعليه يتبين لنا أن ملف الجرائم الاسرائيلية كبير، ويجب أن نعمل على إعداد هذا الملف ليشمل كل صغيرة وكبيرة، ويجب محاسبتهم على كافة الجرائم، و أن لا نتذرع بالسياسة، فالسياسة تعبر عن خطة يلزم لأدائها آليات وعمل جاد، ولا يوجد ما يمنع من وجود القانون والسياسة جنباً الى جنب مع بعضهما، وأن القضايا البائسة التي ندرسها والجرائم الأربعة المعروفة والتي أسقطنا عليها نظام روما الأساسي تصنف كجرائم دولية لانتقادم حتى لو نص هذا النظام على سريانه بأثر رجعي، وبهذا فان الجريمة المستمرة تعطينا النفس الدائم لمحاسبة الاسرائيلين على ما اقترفوا من جرائم حرب وجرائم ضد الانسانية بحق الشعب الفلسطيني ومقدساته، ومثال ذلك الأخطبوط الاستيطاني الذي بدأ في الماضي ومازال مستمرا ولم ينتهي بعد، وعليه وتحقيقا للمصلحة العامة وللاستقرار السياسي فإن هذه المحكمة (المحكمة الجنائية الدولية) مهمة جدا بتحقيق المصلحة الفلسطينية، وإثارة الجرائم والانتهاكات الاسرائيلية أمامها.

فهل يمكن للفلسطينيين بالتوجه لتحريك دعوى جنائية أمام المحكمة الجنائية الدولية أم لا؟

هذا ماسنبينه في المطلب الموالي وهو المطلب الثاني من المبحث الثالث.

المطلب الثاني: امكانية فلسطين بتحريك دعوى جنائية أمام المحكمة الجنائية الدولية.

حصلت منظمة التحرير الفلسطينية سابقا على مركز مراقب في الأمم المتحدة بناء على قرار الجمعية العامة للأمم المتحدة رقم (3237) بتاريخ 1974/10/22، وبناء على ذلك القرار تتم دعونها للاشتراك في دورات الجمعية العامة للأمم المتحدة ومؤتمراتها والمشاركة في أعماله، وفي المؤتمرات الدولية التي تعقد برعاية الجمعية العامة .

بتاريخ 2011/9/23 تقدمت فلسطين بطلب الى مجلس الأمن الدولي للحصول على العضوية الكاملة في الأمم المتحدة ونظرا لتباين وجهات النظر حول الطلب المقدم من اللجنة المختصة بقبول الأعضاء الجدد في مجلس الأمن الدولي، لم يطرح الطلب للتصويت داخل مجلس الأمن، ولكن المدعي العام أشار الى ان المحكمة تجري فحصا أوليا للموقف¹.

لقد حاولت السلطة الفلسطينية الانضمام الى محكمة الجنايات الدولية في نيسان عام 2009 لكن هذه المحاولة أحبطت، نتسجة لرفض مدعي عام المحكمة لويس مورينو أوكامبو طلب فلسطين بالانضمام بحجة ان فلسطين ليست دولة، ل1ك فان الاعتراف بفلسطين كدولة في بتيح لها مطالبة الأمم

¹. ياسر غازي علاونه، الاستحقاقات القانونية المترتبة على حصول فلسطين على دولة مراقب في الأمم المتحدة ، الهيئة المستقلة لحقوق الانسان، سلسلة تقارير قانونية 79، ص12.

المتحدة ومجلس الأمن على وجه الخصوص بالتدخل لإنهاء الاحتلال الإسرائيلي، وذلك نظرا لأن ميثاق الأمم المتحدة أناط بمجلس الأمن الدولي صلاحيات حفظ الأمن والسلم الدوليين على صعيد المجتمع الدولي ككل.

و بتاريخ 2012/11/29 تقدمت فلسطين عبر مجموعة من الدول العربية والصديقة إلى الجمعية العامة للأمم المتحدة بمشروع قرار يتناول ترفيع مكانة فلسطين إلى دولة مراقب في الأمم المتحدة، وحاز مشروع القرار على (138 دولة مع)، (وعارضته 6 دول)، (41 امتنعت عن التصويت)، وتلا ذلك اصدار الجمعية العامة للأمم المتحدة قرارا بمنح فلسطين وضع دولة مراقب في الأمم المتحدة غير عضو.

والسؤال الذي يطرح نفسه أنه : هل يمكن للفلسطينيين بهذه الصفة الدولية التوجه الى المحكمة الجنائية الدولية لمحاكمة مرتكبي الجرائم الإسرائيلية بحق الشعب الفلسطيني؟

وهذا ماسنجيب عليه بشكل مختصر ومقتضب في هذه الجزئية من خلال أربعة عناصر وهي :-

أولا :- اعداد ملف الدعوى: لايمكن رفع دعوى دون اعداد ملف لها على أن يكون متضمنا وثائق وبيانات، لهذا يجب تدوين الانتهاكات ورافق ماثبت هوية المعتدى عليه، بالاضافة الى التحقيقات والافادات التي تؤكد الاعتداء الحاصل وتحديد المرجعية القانونية الوطنية والدولية التي تنص على الحق الذي انتهكه المعتدي، اضافة الى تحديد هوية المعتدي ومكان وجوده، ويلزم تضمين الملف الوثائق الطبية والتقارير ذات الصلة بموضوع الاعتداء التي من شأنها إثبات حصول الإعتداء حقيقة، فيجب عدم رفع أي دعوى أمام القضاء إلا بعد التأكد من استيفائها لكافة شروطها، بحيث أنها تكون مستندة الى اسس صحيحة من الوقائع والقانون.

وبهذا يمكن الاستفادة من الوثائق التي تملكها المنظمات الحقوقية الدولية والاقليمية، والجمعيات المحلية ذات الصلة بالقانون، كما ويمكن طلب الارشاد الميداني من منظمة العفو الدولية فيما يتعلق بالبيانات التشريعية والقوانين اللازمة لرفع الدعوى وتحريكها، كما يمكن الاستعانة في مسألة تعويض الضرر ب: (CCR) وهو مركز الحقوق الدستورية، وكذلك مركز العدالة والمساءلة من أجل احالة مرتكبي جرائم التعذيب الى العدالة، وهناك أيضا منظمات عربيتان يمكن طلب المساعدة منهما فهناك اللجنة العربية لحقوق الانسان في باريس التي من أهدافها اعطاء اهتمام كاف لانتهاكات حقوق الانسان التي تمس الجماعات المستضعفة كالنساء والأطفال والأقليات داخل وخارج الأرض العربية، وأيضا الفيدرالية الدولية لحقوق الانسان وهذه تملك ما يؤهلها لتقديم المناصرة والدعم اللازم للضحايا الفلسطينيين وللجمعيات الحقوقية

المحلية من أجل تيسير رفع الدعاوى خارج فلسطين، حيث تتكون من تحالف واسع وتغطي أغلب البلدان العربية والفرانكفونية كما أنها ذات خبرة في مجال عالمية الاختصاص القضائية و تتمتع بالصفة الاستشارية الأممية ولها تجارب مع العديد من الدول.

ثانياً: - تحريك الدعوى من قبل مجلس الأمن أو المدعي العام: يمكن إحالة الدعوى من قبل مجلس الأمن الدولي، الذي يعد الهيئة المسؤولة عن حفظ الأمن والسلم الدوليين، استناداً إلى ما جاء في الفصل السابع من نظام روما في المادة (39) منه التي نصت على "يقرر مجلس الأمن ما إذا كان وقع تهديد للسلم أو إخلاله أو ما إذا كان وقع عمل من أعمال العدوان، ويقدم في ذلك توصياته أو يقرر ما يجب اتخاذه من تدابير لحفظ السلم والأمن الدوليين"¹.

فإن أي دولة من الدول الخمسة عشر في مجلس الأمن تستطيع لفت نظر المدعي العام للمحكمة إلى جريمة تدخل في اختصاص المحكمة، ولكن هذا لن ينطبق على الوضع الفلسطيني بسبب الفيتو الأمريكي.

أما بشأن الاحالة من عن طريق المدعي العام للمحكمة الجنائية الدولية، فإنه في حال قيام أحد الدول الأعضاء في النظام الأساسي بطلب تحريك الدعوى ولم يقر مجلس الأمن بذلك، فإن النظام الأساسي يجيز للمدعي العام مباشرة التحقيق في حال توافر المعلومات على وجود جرائم تدخل ضمن اختصاص المحكمة².

ثالثاً: - تحريك الدعوى من قبل دولة عضو: لا يوجد في ميثاق الأمم المتحدة أي مواد قانونية تشير إلى طبيعة ومكانة الدولة المراقب في الأمم المتحدة، ولكن من خلال الممارسات العملية في الأمم المتحدة يتبين أنه يحق للدول بصفة مراقب الانضمام إلى الاتفاقيات الدولية لحقوق الإنسان والمعاهدات الدولية من خلال الهيئات التعاقدية، وذلك بقياسها على تجربة الكرسي الرسولي وقرار الجمعية العامة بهذا الشأن.

إن حصول فلسطين على دولة مراقب سيزيد فرصتها في ملاحقة مرتكبي الجرائم الاسرائيليين، ذلك أن اختصاص المحكمة الجنائية الدولية يوفر مجالا هاما للفلسطينيين للإنصاف، فعلى خلاف محكمة العدل

¹. أمينة حمدان ، حماية المدنيين في الأراضي الفلسطينية المحتلة، رسالة ماجستير، جامعة النجاح الوطنية، نابلس- فلسطين، 2009، ص95.

². رشاد توام، دبلوماسية النظام والتشهير، القضاء الدولي في المقاومة السلمية: نحو نموذج فلسطيني، سياسات، العدد 20، 2012،

الدولية لم يكن دور المحكمة الجنائية الدولية ينحصر في تقرير ما إذا كانت فلسطين دولة أم لا، وإنما يتمحور دور هذه المحكمة على تحديد ما إذا كان يمكن اعتبار فلسطين دولة لغايات نظام روما الأساسي.

إذا قبول طلب انضمام فلسطين إلى المحكمة الجنائية الدولية يخضع لإجراءات خاصة وليس عن طريق التصويت، وعليه فإن الرد الذي حصلت عليه فلسطين من المدعي العام للمحكمة الجنائية الدولية بأن الانضمام للدول من الممكن أن يتغير إذا تمت دراسة الطلب مرة أخرى، وكى تملك هذه المحكمة الاختصاص، يجب اعتبار فلسطين دولة وفقا يعرف دولة وفقا للتصويت الذي جرى في الجمعية العامة للأمم المتحدة مادام نظام روما الأساسي لا يعرف الدولة¹.

وعليه يمكن أن يقرر المدعي العام للمحكمة الجنائية الدولية أن فلسطين تمثل دولة لغرض المحكمة، ومن أجل إنفاذ نظام المحكمة وغاياتها، وقد صرح "بان كي مون" الأمين العام السابق للأمم المتحدة بأن وضع فلسطين الجديد ورفع مرتبتها إلى دولة مراقب، يؤهلها للانضمام لوكالات الأمم المتحدة كافة، وأن قرار انضمامها للمحكمة الجنائية الدولية هو شأن فلسطيني يقرره الفلسطينيون بأنفسهم.

ولكى تتضمن فلسطين للمحكمة الجنائية الدولية عليها أن تقوم بخطوات عملية وقانونية قبل التوجه إلى المحكمة من تبني ميثاق روما الذي يتناول قوانين المحكمة، و من ثم تقديم طلب، أو تجديد الطلب السابق، وتتطلب عملية الانضمام 40 يوما بعد تقديم طلب الانضمام للموافقة عليه، وفي حال تمت الموافقة عليه يجب على القيادة الفلسطينية تسديد الرسوم المالية المترتبة على عملية الانضمام².

وهنا نرى أن النتائج المترتبة على ادانة الاسرائيليين في حال تم تحريك الدعوى ضد الاسرائيليين أمام المحكمة الجنائية الدولية، فإننا بالرجوع لأحكام وقواعد القانون الدولي التي تتعلق بانتهاك أشخاص القانون الدولي لالتزاماتهم الدولية وخرقها، نجدها قد ألزمت الطرف الذي ألحق الضرر بدولة أخرى واجب إزالة ذلك الضرر ووقف آثاره، وعليه يتوجب على الاسرائيليين وقف ممارساتهم غير المشروعة، وفي حال استحالة إعادة الحال إلى ما كان عليه يلزمها التعويض المالي لكل من تضرر من عدوانها؛ وذلك تنفيذا لما جاء في المادة (3) من اتفاقية لاهاي الرابعة؛ حيث حملت الطرف المحارب المسؤولية عن تدمير وضبط الممتلكات التي ترتكب بمعرفة قواته المسلحة في أثناء الحروب على الأقاليم المحتلة، إذا دولة الاحتلال

¹. تصريح الأمين العام السابق للأمم المتحدة بان كي مون والممنشور على الموقع الإلكتروني لعام 2012، تاريخ الزيارة: www.alquds.com/pdfs/pdf. 2023/3/30

². www.pulpit.awanvoice.com تاريخ الزيارة : 2023/3/30.

تسأل عن الضرر الذي لحق بالفلسطينيين نتيجة لأعمالها غير المشروعة، ويجب عليها التعويض عن الضرر وفق ما هو مقرر في أحكام المسؤولية الدولية.

وفي هذا الشأن نجد المادة (146) من اتفاقية جنيف الرابعة، والمادة (88) من أحكام بروتوكول جنيف الأول المكمل لاتفاقيات جنيف الأربع، قد نصتا على حق الأطراف التي تضررت من اقتراف الغير لجرائم دولية بحقها في ملاحقة الآمرين بارتكاب هذه الجرائم ومركبيها، ومساءلتهم كمجرمي حرب أمام محاكمها الوطنية وهذا سواء أكانوا عسكريين أو رجال دولة أم من السياسيين¹.

خاتمة:

محكمة الجنايات الدولية ظهرت إلى الوجود بصورة قانونية عام 2002، وقد وصل عدد الدول الموقعة على قانون إنشاء المحكمة 121 دولة حتى عام 2002 وقد سحبت أمريكا وإسرائيل توقيعهما على قانون المحكمة، وتختص هذه المحكمة بمتابعة الأفراد المتهمين في جرائم الإبادة الجماعية، والجرائم ضد الإنسانية، وجرائم الحرب، جريمة العدوان، ولا تزال هذه الجريمة الأخيرة موضع بحث؛ وذلك نظرا لعدم الاتفاق على تعريف بشأنها.

وفي ختام بحثنا هذا نؤكد أنه وعلى الرغم من أن النظام الأساسي للمحكمة الجنائية الدولية تعثر به بعض من النقائص ويتخلله أحيانا غموض المعاني والابهام في الصياغة وأن هذه المحكمة وعلى الرغم من مضي زهاء عقدين من الزمن من تاريخ بدء نفاذ نظامها الأساسي إلا أنها تبدو وأنها تسلك طريق العدل بخطى بطيئة إلا أن كل ذلك يمكن تداركه طالما أن الأمر يعود في نهاية المطاف لرغبة مؤسسيها، ولا نعتقد أن هؤلاء سيتراجعون عن دعم هذه الهيئة القضائية المهمة، وأن التطبيقات العملية ومع مرور الزمن ستكسب هذه الهيئة المناعة والقوة والصمود وقديما قيل أن تشعل شمعة خير من أن تلعن الظلام.

النتائج والتوصيات:-

1. تعد إجراءات المحاكمة إجراءات نهائية وفاصلة في الدعوى، والمحكمة غير ملزمة بالتكليف القانوني للتهمة المحاله لها من النيابة العامة.
2. كفل النظام الأساس للمحكمة الجنائية الدولية ضمانات للمتهم المائل أمام النيابة العامة والمحاكم.

¹. مقال منشور في جريدة حق العودة ، العدد 42 تحت عنوان المساءلة الجنائية للإسرائيليين، تاريخ الزيارة 2023/3/30
http://www.badil.org/en/haq-alawda/item/1559-art-1

3. اجراءات المحاكمة للمتهم المائل أمام المحكمة الجنائية الدولية تتشابه في الأغلب في الإجراءات المتبعة أمام المحاكم الوطنية.
4. يجب العمل على تعديل التشريعات الوطنية الفلسطينية الجزائية كي تشمل على مسألة الولاية الجنائية الدولية، بحيث تتضمن نصوص تعاقب على الانتهاكات الجسيمة لحقوق الانسان، كي تتمكن من ملاحقة مجرمي الحرب في المحاكم الوطنية الفلسطينية.
5. ضرورة توقيع فلسطين على النظام الأساسي لمحكمة الجنائية الدولية، والانضمام إليها.
6. هناك حاجة إلى إحالة الوضع القائم في فلسطين إلى مكتب المدعي العام من أجل مباشرة التحقيق فيه.
7. التوصية بتعديل نص المادة (15/4/5) من النظام الأساس للمحكمة الجنائية الدولية بحيث يمنح المدعي العام في المحكمة صلاحية التحقيق في الجرائم التي تمس أمن الدول دوت أخذ الاذن من الدائرة التمهيديّة تحقيقاً للعدالة وحفاظاً على أمن الدول.

قائمة المصادر والمراجع:

أولاً- الأنظمة والمعاهدات الدولية

1. نظام روما الأساسي للمحكمة الجنائية الدولية المعتمد في روما بتاريخ 17/7/1998م.

ثانياً:- النصوص التشريعية الوطنية

1. قانون الإجراءات الجزائية الفلسطيني رقم (3) لسنة 2201 وتعديلاته .

2. القرار بقانون بشأن تشكيل المحاكم النظامية الفلسطينية لسنة 2020.

ثالثاً:- قائمة الكتب

1. براء منذر كمال عبد اللطيف، النظام القضائي للمحكمة الجنائية الدولية، الطبعة الأولى، دار الحامد للنشر والتوزيع، 2016.

2. حمدي رجب عطية ، المحكمة الجنائية الدولية وعلاقتها بالقضاء الوطني، مطابع جامعة المنوفية، مصر، 2009.

3. خالد مصطفى فهمي، المحكمة الجنائية الدولية - النظام الأساسي للمحكمة والمحاكمات السابقة والجرائم التي تختص بنظرها، الطبعة الأولى، دار الفكر الجامعي، الإسكندرية، 2011.

4. زياد عيتاني، المحكمة الجنائية الدولية وتطور القانون الجنائي الدولي، الطبعة الأولى، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت، 2009.

5. عبدالفتاح بيومي حجازي، المحكمة الجنائية الدولية، دن، 2009.

6. علي عبد القادر القهوجي، القانون الدولي الجنائي - أهم الجرائم الدولية، المحاكم الدولية الجنائية - الطبعة الأولى، منشورات الحلبي الحقوقية، لبنان، 2001.

7. علي يوسف الشكري، القضاء الجنائي الدولي في عالم متغير، ط1، دار القفاف للنشر والتوزيع، عمان، 2008.

8. لندا معمر يشوي، المحكمة الجنائية الدولية الدائمة واختصاصاتها، الطبعة الأولى، دار الثقافة، للنشر والتوزيع، عمان، 2008.

9. لندا معمر يشوي، المحكمة الجنائية الدائمة واختصاصها، ط2 عمان، دار الثقافة للنشر والتوزيع، 2010.

10. مدني تاج الدين، أصول التحقيق الجنائي وتطبيقاتها في المملكة العربية السعودية، دراسة مقارنة معهد الادارة، الرياض، ص57، و محمد صبحي نجم الدين، الوجيز في قانون أصول المحاكمات الجزائية ، دار الثقافة للنشر والتوزيع، عمان، 2012.

11. منصر سعيد حموده، المحكمة الجنائية الدولية - النظرية العامة للمحكمة الجنائية الدولية دار الجامعي الحديدة، الاسكندرية، 2006.

12. منتصر سعيد حمودة، المحكمة الجنائية الدولية (النظرية العامة للجريمة الدولية - أحكام القانون الدولي الخاص) دراسة تحليلية، دار الجامعة الجديدة، الاسكندرية، 2006.

13. نجوى يونس صديرة، ضمانات المتهم أمام المحكمة الجنائية الدولية، ط1، دار الثقافة للنشر والتوزيع، عمان، 2014.

14. هيثم الكيلاني، الارهاب يؤسس دولة - نموذج اسرائيل، ط1، دار الشروق، القاهرة، 1997.
 15. ونوقي جمال، مقدمة في القضاء الجنائي الدولي، دار هومة للطباعة والنشر والتوزيع، الجزائر، 2015.
 16. يوسف المحبوب، اجراءات التحقيق في نظام الاجراءات الجزائية السعودي، الرياض، د-ن، 2006.
- رابعاً: الرسائل الجامعية :-**
1. أمينة حمدان ، حماية المدنيين في الأراضي الفلسطينية المحتلة، رسالة ماجستير، جامعة النجاح الوطنية، نابلس- فلسطين، 2009.
 2. فريحة محمد هشام، دور القضاء الدولي الجنائي في مكافحة الجريمة الدولية، أطروحة دكتوراه، جامعة محمد خيضر - بسكرة، كلية الحقوق والعلوم السياسية، الجزائر، 2013-2014.
 3. سالم حوة، سير المحاكمة الجنائية في القانون الدولي الجنائي، أطروحة دكتوراه، تخصص قانون عام، كلية الحقوق والعلوم السياسية، قسم الحقوق، جامعة الخاج لخضر، باتنة - الجزائر، 2013-2014.
 4. سناء عودة و محمد عيد ، اجراءات التحقيق والمحاكمة أمام المحكمة الجنائية الدولية حسب نظام روما، رسالة ماجستير غير منشورة، جامعة النجاح الوطنية، نابلس-فلسطين، 2011.
 5. غلاي محمد، إجراءات التقاضي أمام المحكمة الجنائية الدولية، رسالة ماجستير في العلوم الجنائية وعلم الإجرام جامعة ابي بكر بلقايد، كلية الحقوق، تلمسان-الجزائر، 2004-2005.

خامساً: المجلات العلمية:-

1. أبو عبيد، عبدالله، اسرائيل واتفاقية جنيف الرابعة، مجلة صامد الاقتصادي، العدد78، 1992.
2. بارعة القدسي، المحكمة الجنائية الدولية طبيعتها واختصاصها وموقف الولايات المتحدة الأمريكية وإسرائيل منها، مجلة جامعة 29 دمشق للعلوم الاقتصادية والقانونية، المجلد20، العدد الثاني، 2004.
3. رشاد توام، دبلوماسية النظام والتشهير، القضاء الجولي في المقاومة السلمية: نحو نموذج فلسطيني، سياسات، العدد20، 2012.
4. شفيق المصري، مقال منشور في مجلة صوت الذين لاصوت لهم، العدد29، 2012.

سادساً: التقارير الدورية :-

1. حسن، عصام الدين محمد، يوميات انتفاضة الأقصى، امركز القاهرة لدراسات حقوق الانسان، 2000.
2. داود درعاوي، تقرير حول جرائم الحرب وجرائم ضد الانسانية: مسؤولية اسرائيل عن الجرائم خلال انتفاضة الأقصى، الهيئة الفلسطينية المستقلة لحقوق الانسان، رام الله ، 2011، سلسلة التقارير القانونية رقم 24.
3. عبدالرحمن أبو النصر، اتفاقية جنيف الرابعة وانطباقها في الأراضي المحتلة، غزة، ط1، 2000.
4. ياسر غازي علاونه، الاستحقاقات القانونية المترتبة على حصول فلسطين على دولة مراقب في الأمم المتحدة ، الهيئة المستقلة لحقوق الانسان، سلسلة تقارير قانونية 79.

سابعاً: المواقع الإلكترونية-

1. مقال منشور في جريدة حق العودة ، العدد42 تحت عنوان المساءلة الجنائية للاسرائيليين <http://www.badil.org/en/haq-alawda/item/1559-art-1>

2. تصريح الأمين العام السابق للأمم المتحدة بان كي مون والممنشور على الموقع الإلكتروني، 2012،

www.pulpit.awanvoice.com

3. القاموس العملي للقانون الانساني.

4. موقع النيابة العامة الفلسطينية www.gp.gov.ps/ar.



آليات التصدي للجريمة الرقمية في التشريع الجزائري

**Mechanisms to fight digital crime in Algerian
legislation**

د. درار عبد الهادي

جامعة أبو بكر بلقايد - تلمسان، (جمهورية الجزائر)

آليات التصدي للجريمة الرقمية في التشريع الجزائري

Mechanisms to fight digital crime in Algerian legislation

د. درار عبد الهادي

جامعة أبو بكر بلقايد - تلمسان، (الجزائر)

derrarm@hotmail.fr

DOI: <https://doi.org/10.70411/MJLS.1.2.202321>

ملخص:

إن التطور الحاصل في مجال تكنولوجيا الإعلام والاتصال، وظهور الشبكة العنكبوتية (إنترنت) بكل ما حملته من تقدم وخدمات لم يمر على العالم بسلام؛ لأنه بقدر ما أحدث من آثار إيجابية وغيّر نمط حياة المجتمعات وذهب بها إلى التطور والرقى في جميع المجالات، ولا سيما المعاملات الإلكترونية. بقدر ما كان له أثر سلبي على حياة الناس ومصالحهم ومصالح الدول، هذا كله تجلّى في تطوير الإنترنت ووسائلها المعلوماتية لتكون عالماً من عوالم الجريمة. وهكذا ظهرت إلى الوجود الجرائم الإلكترونية بشتى أنواعها. لذلك سوف نخوض في التعرف على معنى هذه الجريمة المعلوماتية، وكيف تم التعامل معها من أجل مواجهتها.

الكلمات المفتاحية: القوانين الوطنية؛ المواجهة، المجرم الإلكتروني، القانون الدولي، الإتفاقيات الدولية، الأنترنت

Abstract:

The development in the field of information and communication technology and the emergence of the Internet with all its progress and services did not pass safely to the world because the extent that it has brought *positive* effects and changed the lifestyle of societies, and has advanced and developed all fields, especially electronic transactions, it has a negative impact on people's lives, their interests, and the interests of nations. All of this is manifested in the development of the Internet and its information means to be a world of crime. Thus, cybercrimes of all kinds appeared. Therefore, we will delve into the meaning of this cybercrime and how it was dealt with in order to confront it.

Keywords: national laws, confrontation, cybercriminal, international law, international agreements, Internet

مقدمة:

تواجه رقعة العلوم الجنائية اليوم أحدث وأخطر صور الجريمة التي انتشرت نتيجة المزاوجة بين تقنيات الإعلام الآلي وتكنولوجيا الاتصالات أو ما يعرف بثورة تكنولوجيا المعلومات وهي الجريمة المعلوماتية، الأمر الذي فرض على الدول ضرورة التدخل والتصدي لهذه الجرائم المستحدثة وكبح مخاطرها سواء على الأموال أو الأشخاص التي لم تعد منحصرة في إقليم الدولة الواحدة، وإنما تعداها ليصبح الأمر ذو شأن دولي، ما جعل الدول - ومنها الجزائر - تضع نصوصاً وتشريعات تواجه بها الإجرام، ولكن في غالبيتها تصطدم بفكرة تنازع الاختصاص القضائي إما على أساس مبدأ الاختصاص الشخصي في جانبه الإيجابي أو على أساس مبدأ الاختصاص العيني، الأمر الذي يفرض أن يكون هناك تعاوناً دولياً يتفق مع طبيعة الإجرام السيبراني الذي يتميز بطابع خاص يقتضي أن تكون هناك ردود فعل سريعة؛ لأن هذا التنسيق الفعال والعاجل يساعد على الحد من الأضرار الناجمة عن هذه الجرائم المعلوماتية وكذلك تجنب المجرم المعلوماتي الافلات من العقاب.

من خلال ما سبق تصاغ الإشكالية التالية: مدى كفاية النصوص التشريعية الجزائرية للتصدي للجريمة المعلوماتية؟ وهل تم حصرها ومجابهتها في إطار ما يعرف بالاتفاق أو التعاون الدولي؟

وللإجابة على هذه الإشكالية تم تقسيم الورقة البحثية إلى محورين رئيسيين: العنوان الرئيسي الأول: الإطار المفاهيمي للجريمة المعلوماتية، العنوان الرئيسي الثاني: ثبات النص الجزائري وتكامله مع الاتفاق الدولي لمواجهة الجريمة المعلوماتية.

المبحث الأول: الإطار المفاهيمي للجريمة المعلوماتية

تتعدد أشكال السلوك السلبي وتتطور وتتخذ أشكالاً لا حصر لها تبعاً لما يتوفر بين يدي الإنسان من وسائل لإيقاع الفعل وتحقيق نتائجه في الواقع العملي.

وانطلاقاً من ذلك فقد ظهرت للوجود سلوكيات سلبية خطيرة تبعاً لظهور تقنية نظم المعلومات والاتصالات التي وضعت بين يدي البعض الفاسد وسائل وطرق حديثة لإيقاع جرائمهم بسهولة وخفة، فكان أن أحدثت هذه السلوكيات المستحدثة ثورة هائلة في النظرية العامة للجريمة على اختلاف مستوياتها¹.

¹ جلال محمد الزغبى، وأسامة احمد المناعسة، جرائم تقنية نظم المعلومات الإلكترونية (دراسة مقارنة)، ط1، دار الثقافة للنشر والتوزيع، الأردن 2010، (ص 21).

وتُعد الجريمة الإلكترونية من الجرائم التي استحضرتها الممارسة السيئة لثورة التكنولوجيا المعلوماتية التي تختلف كثيرا عن الجريمة التقليدية في طبيعتها وأنواعها وأدواتها، وحتى في خصوصية وتميز مرتكبيها. وهذا ما سنخرج عليه من خلال هذا المحور.

المطلب الأول: تعريف الجريمة الإلكترونية

قبل الخوض في إعطاء تعريف الجريمة الإلكترونية لابد من الإشارة إلى المصطلحات المتعلقة بهذه الجريمة والتي نذكر منها:

1. **الحاسب الآلي:** هو عبارة عن جهاز إلكتروني مصنوع من مكونات يتم ربطها وتوجيهها باستخدام أوامر خاصه لمعالجة وإدارة المعلومات بطريقة ما، وذلك بتنفيذ ثلاث عمليات أساسية هي: استقبال البيانات المدخلة (الحصول على حقائق مجردة)، ومعالجة البيانات إلى معلومات (إجراء الحسابات والمقارنات ومعالجة المداخلات)، وإظهار المعلومات المخرجة (الحصول على نتائج)¹.
- كما يُعرف بأنه: "أي جهاز إلكتروني ثابت أو منقول سلكي أو لاسلكي يحتوي على نظام معالجة البيانات أو تخزينها أو إرسالها أو استقبالها يؤدي وظائف محددة بحسب البرامج والأوامر المعطاة له"².
- ومن بين التعريفات التي أجمع عليها الفقه حول تعريف الحاسب الآلي: "مجموعة من الأجزاء المتداخلة المادية والمعنوية، ويتكامل هذه الأجهزة يقوم الجهاز باستقبال البيانات ومعالجتها من خلال مجموعة من العمليات الحسابية بسرعة عالية وتسلسل منطقي تظهر بعدها النتائج المطلوبة، ويمكن تخزينها والاستفادة منها مرات عديدة"³.
2. **المعلومات:** وهي كل ما يمكن تخزينه ومعالجته وتوليده ونقله بوسائل تقنية المعلومات، بوجه خاص الكتابة والصور والصوت والأرقام والحروف والرموز والإشارات وغيرها.⁴
3. **كلمة إلكتروني:** يقصد بها تقنية استعمال وسائل كهربائية أو كهرومغناطيسية أو بصرية أو أي شكل آخر من وسائل التقنية المتشابهة.⁵

¹ نهلا عبد القادر المومني، الجرائم المعلوماتية، دار الثقافة للنشر والتوزيع، 2008، (ص20).

² محمود أحمد طه، المواجهة التشريعية لجرائم الكمبيوتر والإنترنت (دراسة مقارنة)، ط1، دار الفكر والقانون للنشر والتوزيع، مصر، 2013، (ص8).

³ خالد ممدوح إبراهيم، أمن الجريمة الإلكترونية، دار الجامعية، الإسكندرية، 2008، (ص20).

⁴ محمود أحمد طه، المرجع السابق، (ص8).

⁵ خالد ممدوح إبراهيم، المرجع السابق، (ص26).

4. **المجرم المعلوماتي:** وهو شخص يتمتع بالمهارة والمعرفة والوسيلة والسلطة وكذلك الباحث¹، من أجل تنفيذ نشاطه الإجرامي. فالجاني في جرائم التقنية شخص طبيعي، يتوافر لديه كشرط أساسي معرفة كافية بآلية عمل وتشغيل الحاسب الآلي، ولا نقصد هنا المستوى الرفيع العالي من المعرفة، فإن الجريمة وإن كانت ترتبط بتقنية نظم المعلومات والحاسب الآلي من حيث السعة والأسلوب والنتيجة، إلا أن الحد الأدنى من المعرفة يكفي لظهور الجريمة وإمكان ارتكابها خصوصاً إذا ما اتسعت دائرة الإجرام فاستعان الفاعل ذاته بغيره ممن يساعده في إيقاع الجريمة وارتكابها.²

ويُقسم مجرمو المعلوماتية (Cyber Criminels) إلى مجموعة من الطوائف المختلفة، وهذا التصنيف كان قائماً على أساس أغراض الاعتداء، وقد وجد الباحثون صعوبة في إيجاد تصنيف منضبط لمجرمي هذه التقنية والسبب راجع إلى التغير السريع الحاصل في نطاق هذه الظاهرة المرتبطة أساساً بالتسارع الرهيب في ميدان الكمبيوتر والإنترنت.

ومن أفضل التصنيفات لمجرمي التقنية تقسيم المجرمين إلى ثلاث طوائف، هي:

أ- **المخترقون أو المتطفلون:** وهذه الفئة من المجرمين تنطلق من دوافع التحدي وإثبات الذات والمقدرة التقنية، ويتسمون كذلك بصغر السن، وكذلك لا تتوافر لديهم دوافع حاكمة أو تخريبية أو ربحية فهم يسعون إلى الدخول إلى أنظمة الحاسبات الآلية غير المصرح لهم بالدخول إليها.³

ب- **مجرمو الكمبيوتر المحترفون:** تتمتع هذه الطائفة بسعة الخبرة والإدراك للمهارات التقنية، كما تتميز بالتخطيط والتنظيم للأنشطة التي يرتكبها أفرادها فهم يسعون من وراء ذلك إلى تحقيق الربح المادي بطريقة غير مشروعة، ويتم عمل هذه المجموعة في إطار منظم ينطبق على أفعالهم وصف الجريمة المنظمة⁴، وتُعد هذه الطائفة الأخطر من بين مجرمي التقنية.

¹ الدافع أو الباعث أو الغرض أو الغاية: تعبيرات لها دلالة اصطلاحية في القانون الجنائي، وهنا الباعث يكون إما من أجل: السعي إلى تحقيق المكسب المالي أو الانتقام من رب العمل وإلحاق الضرر به، الرغبة في اختراق نظام الكمبيوتر والتفوق على تعقيد وسائل التقنية، دوافع سياسية أو اقتصادية أو دينية جلال محمد الزغيبي وأسامة أحمد المناعسة، جرائم تقنية نظم المعلومات الإلكترونية (دراسة مقارنة)، ط1، دار الثقافة للنشر والتوزيع، الأردن 2010، (ص21).

² أسامة أحمد المناعسة وجمال محمد الزغيبي، المرجع السابق، (ص71).

³ محمود أحمد طه، المرجع السابق، (ص14).

⁴ طارق إبراهيم الدسوقي عطية، عولمة الجريمة (الشراكة العالمية في الممارسات الإجرامية)، دار الجامعة الجديدة، د.ط، الإسكندرية، 2010، (ص238).

ج- الحاقدون: تسعى هذه الطائفة من المجرمين إلى الرغبة في الانتقام والثأر كأثر لتصرف صاحب العمل معهم أو لتصرف المنشأة المعنية عندما لا يكونوا موظفين فيها. ويغلب على أنشطتهم من الناحية التقنية استخدام تقنيات زراعة الفيروسات والبرامج الضارة وتخريب النظام أو إتلاف كل أو بعض معطياته.¹ وتجدر الإشارة إلى أنه إزاء التصدي لظاهرة الإجرام المعلوماتي لا يوجد تعريف محدد ومتفق عليه بين الفقهاء حول مفهوم الجريمة المعلوماتية، حيث ذهب جانب إلى تناولها بالتعريف على نحو ضيق، وجانب آخر عرفها على نحو متسع. أما بالنسبة للمشرع الجزائري فلم يعرف الجريمة الإلكترونية وإنما تبنى للدلالة على الجريمة، مصطلح المساس بأنظمة المعالجة الآلية للمعطيات، مُعتبراً أن النظام المعلوماتي في حد ذاته وما يحتويه من مكونات غير مادية محلاً للجريمة.

أ - التعريف الضيق للجريمة الإلكترونية

ما ذهب إليه الفقيه **MERWE** حيث يرى أن الجريمة المعلوماتية² هي: "الفعل غير المشروع الذي يتورط في ارتكابه الحاسب الآلي، أو هي مختلف صور السلوك الإجرامي التي ترتكب باستخدام المعالجة الآلية للبيانات".³

ويرى الأستاذ **MASS** أن المقصود بالجريمة المعلوماتية: "الاعتداءات القانونية التي ترتكب بواسطة المعلوماتية بغرض تحقيق الربح".⁴

كما أن مجرد استخدام الحاسب الآلي لا يضيف إلى السلوك غير المشروع جديداً، ولكن استخدام البيانات والمعلومات والبرامج هو الذي يمكن أن يضيف إلى الجريمة سمة الجريمة المعلوماتية.⁵ وجُل هذه التعريفات تعرضت للنقد من قبل الفقه، لذلك حاول جانب آخر من الفقه تعريف الجريمة الإلكترونية على نحو واسع من أجل محاولة تقادي أوجه القصور التي شابت تعريفات الاتجاه الضيق في التصدي لظاهرة الإجرام المعلوماتي.

¹ محمود أحمد طه، المرجع السابق، (ص15). وأيضاً طارق إبراهيم الدسوقي عطية، المرجع السابق، (ص237).

² مصطلح المعلوماتية: Informatique هي اختصار مزجي لكلمة معلومة Information وكلمة آلي: Automatique، وهي تعني المعالجة الآلية للمعلومة.

³ طارق إبراهيم الدسوقي عطية، المرجع السابق، (ص208).

⁴ نهلا عبد القادر المومني، المرجع السابق، (ص48).

⁵ محمد محمد شتا، فكرة الحماية الجنائية لبرامج الحاسب الآلي، دار الجامعة الجديدة، الإسكندرية، 2001، (ص72).

ب - التعريف الواسع لمفهوم الجريمة الإلكترونية

من بين التعريفات الموسعة للجريمة المعلوماتية ما ذهب إليه من الفقه الأستاذ هلالي عبد الله أحمد بقوله: "عمل أو امتناع عن عمل يأتيه الإنسان إضراراً بمكونات الحاسب وشبكات الاتصال الخاصة به، التي يحميها قانون العقوبات ويفرض للاعتداء عليها عقاباً".¹

ويمتاز هذا التعريف بالمزايا التالية:

✓ أنه يحتوي على كل صور الاعتداء الإيجابية أو السلبية التي توقع أضراراً بمكونات الحاسب المادية أو المعنوية.

✓ أنه يتضمن الأثر الجنائي المترتب على العمل أو الامتناع غير المشروعين والذي يتمثل في الجزاء الجنائي بشتى صوره وأنواعه.

✓ يحافظ على الشرعية الجنائية: "لا جريمة ولا عقوبة أو تدبير أمن بغير قانون".²
ونظراً لخطورة هذه الجريمة وآثارها الممتدة التي قد تصل من دولة لأخرى، فإن بعض الهيئات الدولية المعنية بجرائم الكمبيوتر قد أرست قواعد لتعريف هذا النوع من الجرائم، من هذه الهيئات هيئة التعاون الاقتصادي للتنمية OECD، التي اتخذت التعريف التالي كتعريف لجريمة الكمبيوتر بأنها: "أي سلوك غير قانوني أو غير أخلاقي أو غير مفوض يتعلق بالنقل أو المعالجة الآلية للبيانات يُعتبر اعتداءً على الكمبيوتر".³

بعد التطرق إلى تعريف الجرائم الإلكترونية التي تعد إفرازاً ونتاجاً لتقنية المعلومات نخوض في البحث عن خصائص هذه الجريمة التي تميزها عن غيرها من الجرائم التقليدية أو المستحدثة بمجموعة من السمات، قد يتطابق بعضها مع صفات أنواع أخرى من الجرائم هذا من ناحية، ومن ناحية أخرى فإن اختلاف الجرائم المعلوماتية عن الجرائم التقليدية من حيث الأفعال الإجرامية أكسبها خصوصية غير عادية.

المطلب الثاني: خصائص الجريمة الإلكترونية

يصعب متابعة جرائم الحاسب الآلي والإنترنت وكذا الكشف عنها، لأن هذه الجرائم لا تترك أثراً فليست هناك أموال أو مجوهرات مفقودة، وإنما هي أرقام تتغير في السجلات، ومعظم جرائم الحاسب الآلي

¹ عبد الله أحمد هلالي، تفتيش نظم الحاسب الآلي وضمانات المتهم المعلوماتي (دراسة مقارنة)، دار النهضة العربية، القاهرة، 2000، (ص 105).

² راجع المادة الأولى من الأمر (154 / 66) المؤرخ في 8 حزيران/ يونيو 1966، المتضمن قانون العقوبات المعدل والمتمم.

³ طارق إبراهيم الدسوقي عطية، المرجع السابق، (ص 214 و 215).

تم اكتشافها بالصدفة وبعد وقت طويل من ارتكابها، كما أن الجرائم التي لم تكتشف هي أكثر بكثير من تلك التي كشف عنها، وتعود أسباب صعوبة إثبات هذا النوع من الجرائم إلى الأمور الآتية:

- ✓ أنها جريمة لا تترك أثراً بعد ارتكابها ويصعب الاحتفاظ بأثرها إن وجدت.¹
 - ✓ تحتاج إلى خبرة فنية ويصعب على المحقق التقليدي التعامل معها.
 - ✓ أنها تعتمد على الخداع في ارتكابها والتضليل في التعرف على مرتكبها.
- بالإضافة إلى أن ارتباط الجريمة الإلكترونية بجهاز الحاسب الآلي وشبكة الإنترنت أضفى عليها مجموعة من الخصائص التي تميزها عن الجرائم التقليدية، ولعل من أهمها ما يلي:
- الخاصية الأولى: جرائم الحاسوب ترتكب بواسطة الحاسب الآلي وكذلك عبر شبكة الإنترنت فهي حلقة الوصل الرئيسية بين الأهداف المحتملة كافة لتلك الجرائم كالبنوك والشركات وغيرها من الأهداف التي تكون غالباً الضحية لتلك الجرائم.²
 - الخاصية الثانية: أنها جريمة عابرة للحدود، فالمجتمع المعلوماتي لا يعترف بالحدود الجغرافية، فهو مجتمع منفتح عبر شبكات تخترق الزمان والمكان دون أن تخضع لحرس الحدود، وهذا خلق العديد من المشاكل حول تحديد الدولة صاحبة الاختصاص القضائي بهذه الجريمة، وكذلك حول تحديد القانون الواجب تطبيقه، بالإضافة إلى شكايات تتعلق بإجراءات الملاحقة القضائية وغيرها من النقاط التي تثيرها الجرائم العابرة للحدود بشكل عام.³
 - الخاصية الثالثة: صعوبة التحري والتحقيق نظراً لارتكابها في الخفاء، وعدم وجود أي أثر إيجابي لما يجري خلال تنفيذها من أفعال إجرامية، فالتحري عنها ينطوي على العديد من المشكلات والتحديات الإدارية والقانونية، والتي تتصل ابتداءً من عملية ملاحقة الجناة، فإذا تحققت إمكانية الملاحقة أصبحت الإدانة صعبة لسهولة إتلاف الأدلة من قبل الجناة أو لصعوبة الوصول إلى الأدلة أو لغياب الاعتراف القانوني بطبيعة الأدلة المتعلقة بهذه الجريمة.⁴
 - الخاصية الرابعة: تتسم بالخطورة البالغة من عدة جوانب، فمن ناحية أولى نجد الخسائر الناجمة عنها كبيرة جداً قياساً بالجرائم التقليدية خاصة جرائم الأموال، ومن ناحية ثانية نجدها ترتكب من فئات متعددة تجعل من التنبؤ بالمشيئة فيه أمراً صعباً، ومن ناحية ثالثة تنطوي على سلوكيات غير مألوفة.

¹ طارق إبراهيم الدسوقي عطية، المرجع السابق، (ص222).

² أمير يوسف فرج، المرجع السابق، (ص16).

³ فتيحة رصاع، الحماية الجنائية للمعلومات على شبكة الإنترنت، مذكرة ماجستير، تخصص قانون عام، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة أبو بكر بلقايد، تلمسان، 2011-2012، (ص 43).

⁴ محمود أحمد طه، المرجع السابق، (ص13).

ولا أدل على ذلك من أن الخسائر المادية الناجمة عن هذه الجرائم تبلغ وفقاً لتقديرات المركز الوطني لجرائم الحاسب في الولايات المتحدة الأمريكية في نهاية القرن الماضي حوالي 500 مليون دولار في السنة، وذلك في نهاية القرن العشرين.¹

• الخاصية الخامسة: الصورة التقليدية للمجرم تكاد تختفي في هاته الجرائم بل وعلى العكس من ذلك فالمجرم المعلوماتي عادة ما ينتمي إلى مستوى اجتماعي مرتفع عن غيره من المجرمين ونادراً ما يكون محترفاً للإجرام أو عائداً، كما أنه لا ينظر إليه كمجرم بالمعنى المتعارف عليه لهذه الكلمة، وذلك لكون الأسباب والعوامل التي تقف وراء ارتكاب الجريمة المعلوماتية تختلف بالمقارنة بالجريمة التقليدية.²

• الخاصية السادسة: قلة الإبلاغ عن وقوع الجريمة المعلوماتية، وذلك راجع لسببين: أولهما الخشية والخوف من التشهير، لذلك نجد أن معظم جرائم الإنترنت تم الكشف عنها بالصدفة أو بعد فترة طويلة من ارتكابها، والسبب الثاني هو عدم اكتشاف الضحية للجريمة، ما يعني أن الجرائم التي حدثت ولم يتم اكتشافها هي أكثر بكثير من الجرائم التي تم كشف الستار عنها.³

وعليه فالجريمة الإلكترونية تعتبر من أحدث أنواع الجرائم، مسرحها العالم الافتراضي غير ملموس بعيدة عن أي مظهر من مظاهر الجريمة التقليدية، فهي جريمة عابرة للحدود يرتكبها مجرمون ذوو مستوى عال، أذكاء ومتميزون في المجال التقني، ما يؤدي إلى تشتيت الجهود الدولية في محاولة تعقبها والتحري عنها، أو الوصول إلى مرتكبها.

وقد صنف الفقهاء والدارسون جرائم الكمبيوتر والإنترنت ضمن فئات متعددة تختلف حسب الأساس والمعيار الذي يستند إليه التقسيم المعني، وهذا ما سنتعرض إليه فيما يلي:

المطلب الثالث: تصنيف الجرائم الإلكترونية

يصعب تصنيف الجرائم نظراً لاختلافها من مجتمع لآخر من حيث تطوره، ومدى استخدامه للحاسوب ودرجة اعتماده عليه في مختلف جوانب الحياة، وقد أوجد مشروع اتفاقية جرائم الكمبيوتر والإنترنت لعام 2001 (اتفاقية بودابست 2001) تضمن أربع طوائف رئيسية:

أ- الجرائم التي تستهدف سلامة وسرية المعطيات والنظم: وتضم الدخول غير قانوني (غير مصرح به)، الاعتراض غير القانوني، تدمير المعطيات، اعتراض النظم.

¹ طارق إبراهيم الدسوقي عطية، المرجع السابق، (ص 287).

² سفيان سوير، جرائم للمعلوماتية، مذكرة ماجستير، تخصص العلوم الجنائية، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة أبو بكر بلقايد، تلمسان، -2010-2011، (ص 18 و 19).

³ خالد ممدوح إبراهيم، المرجع السابق، (ص 19 و 20).

- ب- الجرائم المرتبطة بالكمبيوتر: تضم التزوير المرتبط بالكمبيوتر، الاحتيال المرتبط بالكمبيوتر.
- ج- الجرائم المرتبطة بالمحتوى: وهي تضم طائفة واحدة وفق هذه الاتفاقية وهي الجرائم المتعلقة بالأفعال الإباحية والأخلاقية.¹
- د- الجرائم المرتبطة بالأشخاص والأموال: وتضم السرقة والاحتيال والتزوير والاطلاع على البيانات الشخصية، المعلومات المضللة والزائفة، أنشطة الاعتداء على الخصوصية، وإساءة استخدام المعلومات، القرصنة ... وغيرها من الجرائم.²
- وعليه، فقد تعددت الجهود الفقهية التي بُذلت على الصعيد الدولي أو الوطني من أجل وضع تقسيم يمكن الاعتماد عليه لجرائم المعلوماتية، وفي هذا المجال يمكن تقسيمها إلى مجموعتين أساسيتين:

المجموعة الأولى: الجرائم التي تقع على الإنترنت

أي أن الشبكة العنكبوتية تكون عنصراً سلبياً في الجريمة أي محل للجريمة فقط، فإن هدف المجرم ينصب حول البيانات والمعلومات المخزنة والمنقولة عبر القنوات الخاصة أو العامة واختراق الحواجز الأمنية إن وجدت والاعتداء على الأموال، والتي نذكرها على التوالي.

أ- سرقة المال المعلوماتي:

أضحى لبرامج المعلومات قيمة غير تقليدية لاستخداماتها المتعددة في المجالات الاجتماعية والاقتصادية كافة، فهذه القيمة المميزة لبرامج المعلومات تجعلها محلاً للتداول، وهنا تبدو أهمية الإنترنت بصفته مصدر المعلوماتية، ما أدى إلى ظهور قيمة اقتصادية جديدة وأموال جديدة، عرفت بالأموال المعلوماتية، وصاحب ظهور هذا المال المعلوماتي جرائم جديدة عرفت بالجرائم المعلوماتية وهذه الجرائم يمكن تصورها من زاويتين:

أن تكون المعلوماتية أداة أو وسيلة للاعتداء، وأن تكون المعلوماتية موضوعاً للاعتداء وسرقة تلك المعلومات.

¹ محمود أحمد طه، المرجع السابق، (ص18).

² جعفر حسن جاسم الطائي، جرائم تكنولوجيا المعلومات رؤية جديدة للجريمة الحديثة، ط1، دار البداية، عمان، 2012، (ص 134).

فالزواوية الأولى يستخدم الجاني المعلوماتية لتنفيذ جرائم سواء ما تعلق منها بجرائم للاعتداء على الأشخاص أو الأموال كالسرقة والنصب وخيانة الأمانة، أما الجرائم من الزاوية الثانية يكون المال المعلوماتي موضوعا لها.¹

ب- استخدام البروكسي للدخول إلى المواقع المحجوبة: هو عبارة عن برنامج وسيط يقوم بحصر ارتباط جميع مستخدمي الإنترنت في جهة واحدة ضمن جهاز موحد، وهذا البرنامج يستخدم لتجاوز المواقع المحجوبة، والتي عادة ما تكون إما مواقع جنسية أو سياسية معادية للدولة.²

ج - جرائم الاختراق: يمثل الاختراق المعلوماتي تحدياً على قدر كبير من الأهمية لإنجازات تكنولوجيا المعلومات، ويعرفه شراح القانون المعاصرون بأنه: "فعل مشروع يوظف المعرفة العلمية السائدة في ميدان ثقافة الحاسوب والمعلوماتية لاقتراف إساءة أو هجوم على الغير".³ فهي عملية اقتحام الأنظمة أو الشبكات الخاصة بأفراد أو منظمات خاصة أو حكومية بمساعدة بعض البرامج المتخصصة في فك وسرقة كلمات السر، يقوم المستخدمون المخولون بفتح حسابات الشركات أو المؤسسات للأغراض الشرعية مثل اللعب بالحسابات الشخصية ومزاولة بعض أنواع الألعاب في الحاسوب للوصول إلى الأسرار الخاصة بالمؤسسة عن طريق كسر كلمات السر الخاصة بالأنظمة خلال خطوط شبكات الهاتف.⁴

وفيها تعرض بعض الأساليب المستخدمة في عمليات الاختراق:

1. الاقتحام أو التسلسل.

2. الفيروسات.

د - المواقع المعادية: بعض المواقع يتم إنشاؤها لمعاداة سياسية أو معاداة الدين أو الأشخاص أو الجهات.

هـ - جرائم القرصنة: تواجه شبكة الإنترنت ما يسمى بظاهرة القرصنة، والتي تكون من قبل بعض الجماعات التي تؤمن بالحرية المطلقة في الرأي والتعبير والاستخدام أيضاً، وهي جماعات تستطيع أن تدخل عبر طرق خاصة تحترق أجهزة الحاسوب، وكذا الأرقام السرية للأشخاص وإلى بريدهم الإلكتروني.

¹ منال هلال المزاهرة، تكنولوجيا الاتصال والمعلومات، دار السيرة، الأردن، 2014، (ص376).

² محمد عبد الله منشاوي، المرجع السابق، (ص32).

³ مصطفى عثمان ضياء، المرجع السابق، (ص40).

⁴ علاء عبد الرزاق السالمي، تكنولوجيا المعلومات، دار المناهج للنشر والتوزيع، الأردن، 2007، (ص432).

فهي تعتبر سرقة للخدمات أو الاستعمال غير المصرح به للنظام المعلوماتي.¹

و - **جرائم التجسس الإلكتروني:** هي الجرائم التي يتم بواسطتها اختراق أجهزة المستخدمين بطرق غير شرعية ولأغراض غير سوية، من أجل سرقة معلومات تتعلق بذلك المستخدم سواء على الصعيد الشخصي، أو السياسي أو العلمي أو الاجتماعي، حيث لم يُعد هناك سرية يمكن الاحتفاظ بها من دون أن يقوم الشخص بعمليات كثيرة لتجنب عمليات التجسس أو "الهاكرز".

فهي ممارسات غير مشروعة على شبكات الحاسب الآلي، تستهدف التحايل على نظام المعالجة الآلية للبيانات بغية إتلاف المستندات المعالجة إلكترونياً.²

ز - **الإرهاب الإلكتروني:** يُعد الإرهاب المعلوماتي من أخطر أصناف الجرائم المرتبطة بتكنولوجيا المعلوماتية نظراً لأثرها ودوافعها، فالإرهاب الإلكتروني هو تحطيم أو إتلاف أنظمة معلوماتية بهدف المساس، أو إحداث خلل يمس باستقرار دولة أو بهدف الضغط على حكومة ما.³

فهو هجوم مع سبق الإصرار، ذو أهداف سياسية ضد المعلوماتية، ضد أهداف مسلحة (الشرطة، الدرك أو أهداف عسكرية)، أو غير مسلحة (كالإدارات المدنية الوطنية)، من طرف جماعات وطنية أو خفية.⁴

وتزداد خطورة الإرهاب الإلكتروني في الدول المتقدمة التي تضار بنيتها التحتية بالحواسيب الآلية والشبكات المعلوماتية، ما يجعلها هدفاً سهل المنال، فبدلاً من استخدام المتفجرات تستطيع الجماعات الإرهابية من خلال الضغط على لوحة المفاتيح تدمير البنية المعلوماتية وإغلاق المواقع الجوية وشل أنظمة القيادة.

المجموعة الثانية: جرائم تقع بواسطة الإنترنت

أي أن الشبكة دورها إيجابي في ارتكاب الجريمة، فهي تسهل للمجرم المعلوماتي تحقيق غايته، ويلاحظ أن أغلب صورها في هذه الحالة تشكل الجرائم الواقعة على الأشخاص.

¹ طارق إبراهيم الدسوقي عطية، المرجع السابق، (ص248).

² اطلع على الموقع الإلكتروني WWW.abahe.co.uk>71102-piracy تاريخ الإطلاع: 2019/03/13، ساعة الإطلاع: 19:45.

³ نسيم درور، جرائم المعلوماتية على ضوء القانون الجزائري، مذكرة ماجستير، تخصص القانون الجنائي، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة أبو بكر بلقايد، تلمسان، 2012-2013، (ص155).

⁴ Sophie Revol, (DESS) Droit du Multimédia et de l'informatique, « Terroriste et Internet », sous la direction de N.KOSTIC, Université Paris II Pantheon Assas année 2002-2003(France), page.9

1. الجرائم الجنسية والممارسات غير الأخلاقية.

2. الجرائم المالية: والتي تضم كلاً من:

أ. **جرائم السطو على أرقام البطاقات الائتمانية:** والتي يتم ارتكابها باستخدام تكنولوجيا المعلومات، سرقة الأقراص الصلبة والمرنة، بغرض الحصول على المعلومات التي تحويها ويتولى قراصنة المعلومات بيعها بعد الحصول عليها، نظير الحصول على عائد مادي، مثال ذلك: الوصول إلى أجهزة الحاسب الخاصة بمكاتب الائتمان الرئيسية وسرقة المعلومات الائتمانية، تم استخدامها بإعادة بيعها لأشخاص آخرين، وتدمير المشروعات المهمة للشركات بغرض ابتزازهم.¹

ب. **القمار عبر الإنترنت:** مع الانتشار الواسع والتطور الكبير لشبكة الإنترنت على مستوى العالم ظهر إلى الوجود. صفحات القمار تتمثل في الكازينوهات الافتراضية، وهي عبارة عن مواقع ويب تم تصميمها على طراز كازينوهات "لاس فيغاس" الأمريكية، وتتوفر كل أنواع القمار وألعابه ابتداءً من ألعاب الورق، وانتهاءً بآلات المقامرة، وهي موجودة على شبكة المعلوماتية.

ج. **تزوير البيانات:** لا تكاد تخلو جريمة من عملية تزوير للبيانات بشكل أو بآخر، ويتم تزوير بيانات الحاسب إما بإدخال بيانات مغلوبة إلى الموظفين المسموح لهم بإدخال البيانات، ثبت أنه كان لهم ضلع كبير في الكثير من جرائم نظم المعلومات.²

د. **الجرائم المنظمة:** هي عنف منظم قصد الحصول على مكاسب مالية، بطرق وأساليب غير مشروعة، وتمارس الجريمة على شكل نصب واحتيال وتزوير وسطو وخطف من أجل الابتزاز والقتل.... الخ، إلا أنها تختلف عن الجرائم المعروفة كونها تنفذ عن بعد تدبير وتنظيم، لذا سميت بـ "الجريمة المنظمة".³

المبحث الثاني: ثبات النص الجزائري وموائمه مع الاتفاق الدولي لمواجهة الجريمة المعلوماتية

لقد أثبت الواقع العملي أنه لا يمكن لدولة وحدها مكافحة الجريمة المعلوماتية وكسر شوكة نقشي هذه الظاهرة المستحدثة كيف ما كانت الإمكانيات التي تتوفر عليها في هذا الإطار.

حيث أنه ليس من المهم التوفر على ترسانة تشريعية وقضائية وفنية في مجال مكافحة جريمة المعلوماتية، بل أن تكون هذه القوانين متجانسة وملائمة مع قوانين مختلف الدول هذا من جهة، وملائمة

¹ فضيل دليو، تكنولوجيا الإعلام والاتصال الجديدة، ط1، دار الهومة للطباعة والنشر والتوزيع، الجزائر، 2014، (ص247).

² منال هلال المزاهرة، المرجع السابق، (ص40 و41).

³ تشير مصطلح الجريمة المنظمة: إلى جماعات ترتكب أفعالاً تخترق بها القانون للحصول على مساعدات مادية، كما تهتم بالابتزاز والخدع، والإنتاج والتوزيع غير القانوني لإدمان المخدرات، والتعامل مع السلع الممنوعة مثل الأسلحة غير القانونية، فهي تمتاز بخاصيتين: التنظيم، والكسب المادي. راجع: نصرة تامي، الإعلام القضائي والإرهاب، ط1، دار أسامة للنشر والتوزيع، الأردن، 2015، (ص87).

قوانين هذه الدول مع نصوص الاتفاقية التي صادقوا عليها من جهة أخرى؛ وذلك بهدف خلق منظومة قانونية موحدة بين دول تهدف إلى حماية المصلحة المشتركة.

المطلب الأول: سعي المشرع الجزائري للتصدي للجريمة الإلكترونية

سعيًا من المشرع الجزائري للتصدي لظاهرة الإجرام الإلكتروني وما يصاحبها من أضرار معتبرة على الأفراد وعلى مؤسسات الدولة من جهة، ومحاولة منه لتدارك الفراغ التشريعي القائم في هذا المجال من جهة أخرى، عمد منذ الألفية الثانية إلى تعديل العديد من القوانين الوطنية بما فيها التشريعات العقابية على رأسها قانون العقوبات لجعلها تتجاوب مع التطورات الإجرامية في مجال تكنولوجيا الإعلام والاتصال، وقام باستحداث قوانين أخرى خاصة لضمان الحماية الجنائية للمعاملات الإلكترونية.

أولاً: أركان الجريمة الإلكترونية

تتشترك أركان الجريمة الإلكترونية مثل الجريمة العادية في الركن المادي والمعنوي وكذا الركن الشرعي.

• الركن المادي:

يتكون الركن المادي للجريمة الإلكترونية من السلوك الإجرامي والنتيجة والعلاقة السببية، علماً أنه يمكن تحقق الركن المادي دون تحقق النتيجة، كالتبليغ عن الجريمة قبل تحقيق نتيجتها.

يتخذ الركن المادي في هذه الجريمة عدة صور بحسب كل فعل إيجابي مرتكب مثلاً: جريمة التجسس الإلكتروني، الركن المادي فيها هو: الحصول مباشرة على الدعامة الإلكترونية الحاوية لهذا السر أو المعلومات، كالحصول على قرص مدمج "CD" مخزنة فيه الأسرار والوثائق.¹

• الركن المعنوي:

يتكون الركن المعنوي للجريمة الإلكترونية من عنصرين: العلم والإرادة.

• العلم: هو إدراك الفاعل للأمر.

• الإرادة: فهي اتجاه السلوك الإجرامي لتحقيق النتيجة.

وطبقاً للمبادئ العامة المعروفة في قانون العقوبات، قد يكون القصد الجنائي عاماً وخاصاً. وعليه فالقصد الجنائي العام متوافر في جميع الجرائم الإلكترونية دون أي استثناء، ولكن هذا لا يمنع من أن بعض الجرائم الإلكترونية يتوافر فيها القصد الجنائي الخاص (مثلاً: جرائم تشويه السمعة عبر الإنترنت)، وفي كل الأحوال يرجع الأمر للسلطة التقديرية للقاضي.

¹ أسامة أحمد المناعسة، جلال محمد الزعبي، المرجع السابق، (ص 49 و 50).

ثانياً: القوانين المتعلقة بالجريمة الإلكترونية

لقد خصَّ المشرع الجزائري تنظيم الجريمة الإلكترونية بقوانين عامة وأخرى خاصة، وهذا ما سنتطرق إليه لاحقاً.

أ. قانون العقوبات:

لقد تعرض المشرع الجزائري إلى تجريم الأفعال الماسة بأنظمة الحاسب الآلي في قانون العقوبات بموجب القانون (15/04)¹، تحت عنوان: "المساس بأنظمة المعالجة الآلية للمعطيات"، ويتضمن هذا القسم ثمان مواد من المادة (394) مكرر إلى (394) مكرر (8).

وفي عام 2006، أدرج المشرع تعديلاً آخر على قانون العقوبات بموجب القانون (23/06)²، حيث مس هذا التعديل القسم السابع مكرر الخاص بالجرائم الماسة بأنظمة المعالجة الآلية للمعطيات، وقد تم تشديد العقوبة المقررة لهذه الأفعال.

ويرجع سبب هذا التعديل إلى ازدياد الوعي بخطورة هذا النوع المستحدث من الإجرام باعتباره يؤثر على الاقتصاد الوطني بالدرجة الأولى.

أما بالنسبة لأنواع الجرائم الإلكترونية المنصوص عليها في قانون العقوبات، يمكن تصنيفها إلى ما يلي:

1. الغش أو الشروع فيه، في كل أو جزء من المنظومة للمعالجة الآلية للمعطيات.
 2. حذف أو تغيير لمعطيات المنظمة.
 3. إدخال أو تعديل في نظام المعطيات.
 4. تصميم أو بحث أو تجميع أو توفير أو نشر أو الاتجار.
 5. حيازة أو إفشاء أو نشر أو استعمال المعطيات.
 6. تكوين جمعية الأشرار.
- وعليه، يمكن تكييف هذه الأفعال الإجرامية بأنها جرائم ضد أموال الغير والمضرة بالمجتمع.

¹ القانون رقم (15/04) المؤرخ في 10 تشرين الثاني/نوفمبر 2004 المعدل والمتمم لقانون العقوبات، (جريدة رسمية عدد 71).

² القانون رقم (23/06) المؤرخ في 20 كانون الأول/ديسمبر 2006 المعدل والمتمم لقانون العقوبات، (جريدة رسمية عدد 84).

وتجدر الإشارة إلى أن المشرع قد قام بتعديل قانون العقوبات في سنة 2016، مستحدثاً بذلك نصاً جديداً وهو المادة (87 مكرر 12) والتي أحدثت لنا جريمة جديدة وهي جناية تجنيد الأشخاص لصالح غرابي أو منظومة إرهابية باستخدام وسائل تكنولوجيا الإعلام والاتصال.¹

ب. قانون الإجراءات الجزائية:

فيما يتعلق بمتابعة الجريمة الإلكترونية فهي تتم بالإجراءات نفسها التي تتبع بها الجريمة التقليدية كالنقش والمعاينة، واستجواب المتهم والضبط والتسرب والشهادة والخبرة. غير أن المشرع الجزائري نص على تمديد الاختصاص المحلي لوكيل الجمهورية في الجرائم الإلكترونية.²

كما نص على النقش في المادة (45 الفقرة 7) من القانون نفسه³ المعدلة، حيث اعتبر أن النقش المنصب على المنظومة المعلوماتية يختلف عن النقش المتعارف عليه في القواعد العامة من حيث الشروط الشكلية والموضوعية.

ونص كذلك المشرع على التوقيف للنظر في جريمة المساس بأنظمة المعالجة في المادة (51 الفقرة 6) وكذلك على اعتراض المراسلات وتسجيل الأصوات والتقاط الصور.

أما بالنسبة لباقي الإجراءات من تحقيق ومحاكمة فإنه تطبق عليه إجراءات الجريمة التقليدية نفسها.

ج. القانون الخاص بالوقاية من الجرائم المتصلة بتكنولوجيا الإعلام والاتصال ومكافحتها:

يهدف هذا القانون⁴، إلى وضع قواعد خاصة للوقاية من الجرائم المتصلة بتكنولوجيا الإعلام والاتصال ومكافحتها.

¹ القانون رقم (02/16) المؤرخ في 19 أيار/ مايو 2016 المعدل والمتمم لقانون العقوبات، (جريدة رسمية عدد 37).

² انظر المادة (37) من القانون رقم (07/17) المؤرخ في 27 آذار/ مارس 2017 المعدل والمتمم لقانون الإجراءات الجزائية، (جريدة رسمية عدد 20).

³ المادة (45) الفقرة الثانية من نفس القانون نفسه (07/17) سالف الذكر.

⁴ القانون رقم (04/09) المؤرخ في 05 آب/ أغسطس 2009، المتضمن القواعد الخاصة للوقاية من الجرائم المتصلة بتكنولوجيا الإعلام والاتصال ومكافحتها، (جريدة رسمية عدد 47).

وقد تبنى هذا القانون تعريف الجرائم المتصلة بتكنولوجيا الإعلام والاتصال، وكل ما يتعلق بالمنظومة المعلوماتية، وكذا معطيات المعلومات ومقدمو الخدمات.¹

وقد خول هذا القانون بعض الإجراءات التي تطبق على الجرائم الإلكترونية من:

- مراقبة الاتصالات الإلكترونية.
- تفتيش المنظومة المعلوماتية.
- حجز المعطيات المعلوماتية.

وقد أنشئت بموجب هذا القانون هيئة وطنية للوقاية من الجرائم المتصلة بتكنولوجيا الإعلام والاتصال والتي من مهامها:

- تفعيل التعاون القضائي والأمني وإدارة وتنسيق العمليات الوقائية.
- تبادل المدعومات مع الجهات الأجنبية من أجل تفعيل الحماية على المنظومة المعلوماتية من كل خطر يهدد مؤسسات الدولة أو الدفاع الوطني أو المصالح الاستراتيجية للاقتصاد الوطني.²

المطلب الثاني: التصدي الدولي للإجرام المعلوماتي

اتفاقية الجرائم الإلكترونية - مجلس أوروبا³ (The Convention on Cybercrime - Council of Europe)

المنعقدة بتاريخ الثامن من كانون الأول/ ديسمبر 2001، والمعروفة باتفاقية بودابست؛ المدينة التي فُتح فيها باب التوقيع على الاتفاقية بتاريخ الثالث والعشرين من الشهر والسنة نفسها، وذلك لمناسبة انعقاد المؤتمر الدولي حول الجريمة الإلكترونية. ولم تقتصر هذه الاتفاقية على الدول الأعضاء في مجلس أوروبا بل إنها قد سمحت بمقتضيات مادتها السادسة والثلاثين بالتوقيع عليها، حتى قبل دخولها حيز التنفيذ، من دول من خارج المجلس وهو ما

¹ راجع المادة (2) من القانون رقم (04/09) المؤرخ في 05 آب/ أغسطس 2009، المتضمن القواعد الخاصة للوقاية من الجرائم المتصلة بتكنولوجيا الإعلام والاتصال ومكافحتها.

² راجع المادة (04، 05، 06) والمادتين (13، 14) من القانون رقم (04/09) المؤرخ في 05 آب/ أغسطس 2009، المتضمن القواعد الخاصة للوقاية من الجرائم المتصلة بتكنولوجيا الإعلام والاتصال ومكافحتها.

³ مجلس أوروبا هو منظمة دولية تأسست في عام 1949، ويتكون من 47 دولة أوروبية، يقع مقر للمجلس في مدينة ستراسبورغ الفرنسية وعضويته مفتوحة لكل دول أوروبا الديمقراطية، وهو ليس جزءاً من الاتحاد الأوروبي ويختلف عن مجلس الاتحاد الأوروبي والمجلس الأوروبي. مع العلم أن الجزائر لم تصادق على هذه الاتفاقية. وإنما أخذت بعض قواعدها وأدرجتها في منظوماتها القانونية الداخلية.

حصل بالفعل مع كل من: كندا واليابان وجنوب افريقيا والولايات المتحدة الامريكية،¹ ليستمر بعد ذلك الانضمام إلى هذه الاتفاقية من قبل المزيد من الدول، بما جعل منها آلية دولية لمكافحة الإجرام المرتكب بوسائل تقنيات المعلوماتية وضدّها.

وقد نظمت الوزارة المكلفة بتقنيات الإعلام والاتصال بالتعاون مع خبراء دوليين في هذا المجال ورشة تحت عنوان: إعداد مسار انضمام موريتانيا إلى اتفاقية بودابست حول الجريمة الشيبانية، للفترة من 17 إلى 19 كانون الثاني/ يناير 2018، وهو ما يمكن اعتباره خطوة في طريق الانضمام الفعلي لهذه الاتفاقية.²

وتستفيد الدول التي تنضم إلى الاتفاقية من الخبرات والإمكانات التي تتمتع بها الدول الأعضاء المتقدمة تكنولوجياً كالدول الأوروبية والولايات المتحدة الأمريكية واليابان، كما تستفيد كذلك من تعاون الفاعلين الأساسيين في مجال تقنية المعلومات والاتصال ك: **Gmail, Google, Facebook, YouTube** وذلك في التحريات والتصدي للجريمة كسحب فيديو من اليوتيوب مثلاً، أو الحصول على معلومات من شأنها المساعدة في التعرف على هوية صاحب حساب في Yahoo متورط في ارتكاب جريمة، أو توقيف حساب على الفيسبوك ينشر محتوى مجرماً بالنصوص الوطنية أو الدولية.³

ولأن هذه الاتفاقية قد جاءت سابقة على الكثير من القوانين الوطنية والاتفاقيات الإقليمية، فإن شكلها من حيث البنية النصية، ومضمونها من حيث وضع معانٍ للمصطلحات المستخدمة في هذا المجال وتعداد الأفعال المجرّمة سواء منها ما تعلق بالاعتداء على شبكة تقنية المعلوماتية نفسها، أو ما استخدمت له هذه التقنية من أغراض الاعتداء على حقوق الأفراد وثقافة المجتمعات وأمن الدول، وكذلك وضع القواعد الإجرائية وأسس التعاون الدولي في مجال مكافحة هذه الجريمة، كل ذلك قد عكسته النصوص اللاحقة على نفاذها، وذلك على النحو الذي سبق التطرق إليه في معرض تناول التدابير التشريعية في مجال محاربة الجريمة الشيبانية على الصعيد الوطني والإقليمي.

من كل ما تقدم نخلص إلى أن الثورة الرقمية، التي غيرت الشكل التقليدي للمجتمعات، وجعلت من سوق تقنيات الاتصال؛ من حواسيب وهواتف وألواح إلكترونية وغيرها، السوق الأكثر رواجاً، وعلى الرغم

¹ التقرير التفسيري لاتفاقية الجريمة الإلكترونية <https://rm.coe.int/explanatory-report...convention-in>

² www.ami.mr/Depeche-56093.html

³ <http://www.mf-ctrf.gov.dz/presse/Bulletin%2032%20Cyber.pdf>

مما حملت معها من مزايا على صُعد الحياة المختلفة، فإنها لم تسلم من سوء الاستعمال والاستغلال في ارتكاب جرائم تطل الفرد والمجتمع والدولة.

لقد تجاوز تطور تكنولوجيا المعلوماتية من خلال شبكة الاتصال فائقة السرعة، المفاهيم القانونية السائدة لاسيما بالنسبة للقانون الجنائي الذي تم وضعه للتعامل مع واقع مادي لا افتراضي ويطبق في نطاق حدود الدولة الواحدة لا على الصعيد العالمي.

لقد مثلت ضرورة تحديث وتطوير ومواءمة قواعد القانون الجنائي؛ الموضوعي منها والشكلي، مع هذا الواقع الجديد تحدياً، وإن اختلفت الدول في الترتيبات الفنية للتعامل معه، فقد اتحدت في الوعي بضرورة مواجهته.

المطلب الثالث: الجهود الإقليمية لمجابهة الإجرام المعلوماتي

لأن الجريمة الشيبانية عابرة للحدود غير مكترثة بالحوجز الطبيعية أو الثقافية، ومن شواهد ذلك الكثيرة انتشار فيروسات الحاسوب بسرعة وعلى نطاق واسع، ولأن مرتكبيها غالباً ما يكونوا متواجدين في أماكن غير تلك التي تُنتج فيها الجريمة آثارها، فقد اقتضى الأمر من دول العالم التنسيق والتعاون في مجال محاربتها ووضع التصورات المشتركة بشأنها، وذلك من خلال أطر التعاون والتكامل الإقليمي وكذلك على الصعيد الدولي، وفي هذا السياق جاء اتفاق الدول العربية على وضع آلية تعاون خاصة بها تتمثل في:

أولاً: الاتفاقية العربية لمكافحة جرائم تقنية المعلومات: الموقعة بتاريخ 21 كانون الأول/ ديسمبر 2010، والتي تهدف بحسب مقتضيات مادتها الأولى إلى تعزيز التعاون بين الدول الأعضاء في مجال مكافحة جرائم تقنية المعلومات بما تمثله من خطر على أمن ومصالح الدول والمجتمعات والأفراد.¹

ويتضح من خلال بنية نص الاتفاقية ومضمون الترتيبات التي قضت بها أنها ألهمت النصوص العربية اللاحقة على توقيعها وقد جاء ذلك صريحاً في بعض هذه النصوص، من ذلك ما جاء في المذكرة الإيضاحية لقانون مكافحة جرائم تقنية المعلومات الكويتي، والذي أخذ بالتسمية نفسها التي أعطتها الاتفاقية لهذه الجرائم، من أن إعداد هذا القانون يأتي التزاماً (بأحكام الاتفاقية العربية لمكافحة جرائم تقنية المعلومات التي صادقت عليها دولة الكويت بموجب القانون رقم (60 لسنة 2013).²

¹ المادة الأولى من الاتفاقية العربية لمكافحة جرائم تقنية المعلومات.

² المذكرة الإيضاحية للقانون الكويتي رقم (63) لسنة 2015، المتعلق بمكافحة جرائم تقنية المعلومات.

وقد حددت الاتفاقية مجال تطبيقها في أربع نقاط وردت على النحو الآتي:

- إذا ارتكبت إحدى هذه الجرائم في أكثر من دولة.
 - إذا كانت الجريمة المرتكبة في الدولة العضو قد تم التخطيط والإعداد لها أو الإشراف والتوجيه بشأنها، في دولة أو دول أخرى.
 - إذا كانت الجهة الضالعة في ارتكاب الجريمة، جماعة إجرامية منظمة، لها أنشطة في أكثر من دولة.
 - إذا كان للجريمة المرتكبة في إحدى الدول آثاراً بالغة الخطورة والضرر على دولة أو دول أخرى.¹
- وعلى الرغم من تأكيد الاتفاقية على احترام سيادة الدول الأعضاء، لاسيما في مجال الولاية القضائية وغيرها من وظائف السيادة، فإنها ألزمت كل دولة في نطاق احترام تشريعاتها وأنظمتها الداخلية، بتجريم الدخول والبقاء غير المشروعين إلى تقنية المعلومات أو اعتراض سير بياناتها وإساءة استخدام وسائلها والاحتيايل بواسطتها وكذا الاعتداء على الحياة الخاصة والملكية الفكرية والجرائم المتعلقة بالإرهاب والمواد الإباحية وبلاستخدام غير المشروع لأدوات الدفع الالكترونية²، كما ألزمت الاتفاقية في مادتها الحادية والعشرين، الدول الأطراف بتشديد العقوبات المقررة للجرائم التقليدية في حال ارتكابها بواسطة تقنية المعلومات.

ولأن الأمر يتعلق باتفاقية بين عدة دول فقد تم تكريس فصل كامل للتعاون القانوني والقضائي شمل مسائل الاختصاص وتسليم المجرمين والمساعدة المتبادلة، مع التوصية بإنشاء جهاز خاص بطاقم بشري مؤهل من أجل ضمان حسن سير هذا التعاون.³

وعلى غرار الدول العربية وفي سياق الوعي المتنامي بخطورة الجريمة الشيبانية وضرورة مواجهتها بالوسائل التشريعية، الفنية والمؤسسية اللازمة، نحت الدول الإفريقية المنحى نفسه وذلك من خلال:

ثانياً: اتفاقية الاتحاد الإفريقي حول الأمن الشيباني وحماية البيانات ذات الطابع الشخصي: وقد

تم تبنيها من قبل دول الاتحاد الإفريقي لمناسبة انعقاد مؤتمره الثالث والعشرين في دورة عادية، بتاريخ 27 حزيران/ يونيو 2014، بمدينة مالابو عاصمة جمهورية غينيا الاستوائية.

¹ المادة (03) من الاتفاقية العربية لمكافحة جرائم تقنية المعلومات.

² المواد من (05 إلى 18) من الاتفاقية العربية لمكافحة جرائم تقنية المعلومات.

³ المواد من (30 إلى 43) من الاتفاقية العربية لمكافحة جرائم تقنية المعلومات.

نُظمت هذه الاتفاقية بنصٍ واحدٍ من ثمانٍ وثلاثين مادة، أربعة مجالات تناولها المشرع الموريتاني بنصوص منفصلة على النحو الذي تقدم، وهذه المجالات هي:

- الجريمة الشيبانية بأبعادها المختلفة الموضوعية والإجرائية.
 - حماية البيانات ذات الطابع الشخصي.
 - تنظيم المبادلات الإلكترونية.
 - رسم أهداف ووضع ضوابط لتنظيم وترقية مجتمع المعلوماتية في دول الاتحاد.
- ونرى أن أفراد مشرعنا لكل من هذه الميادين الأربعة بنص، مسلك موفق لا يحول دون تكاملتها من حيث الأهداف والتنظيم.

وعلى الصعيد شبه الإقليمي تبنت المجموعة الاقتصادية لدول غرب إفريقيا المعروفة اختصاراً بـ (CEDEAO) في الدورة السادسة والستين لمجلس وزرائها المنعقد في أبوجا أيام (17، 18 و 19) آب/أغسطس 2011، اتفاقية لمحاربة الجريمة الشيبانية في فضاء المجموعة اشتملت تقريباً على محاور ومضمون النصوص الوطنية نفسها، الإقليمية والدولية في هذا المجال.¹

الخاتمة:

جالت بنا هذه الأوراق البحثية إلى التعرّيج بأن العالم يعيش اليوم ثورة ثالثة، أو الموجة الثالثة كما يسميها البعض وهي ثورة تكنولوجيا المعلومات والمعرفة، والتي أصبحت أساساً للتنمية وزيادة الإنتاج، وسرعة اتخاذ القرار الصحيح، وقد تمخض عن هذا التطور انتشار ما يعرف بالجريمة الإلكترونية والتي تتمتع بطبيعة قانونية خاصة تميزها عن الجريمة التقليدية.

ومن المؤكد أن المشرع على غرار نظرائه وضع ترسانة قانونية جزائية في مجال مكافحة الجرائم المعلوماتية، واتضح أن قانون العقوبات تضمن فصلاً تشكّل الأداة الأساسية لمكافحة هذا النمط الجديد من الإجرام -في محاولة منه للتصدي لهذا النوع من الجرائم ومكافحتها بشتى الطرق-، كما أن هناك مجموعة من المقتضيات الزجرية المنفرقة في المعاهدات الإقليمية والدولية-التي صادقت الجزائر عليها- ذات علاقة بالمجال المعلوماتي، والتي تكمل تلك الموجودة بالمجموعة الجنائية الجزائرية.

¹Directive C/DIR/1/08/11 portant lutte contre la cybercriminalité dans l'espace de la CEDEAO

كما لوحظ بأن المشرع الجزائري خطا منهج خطوات إيجابية في مجال سن تشريعات حديثة لمواجهة الجريمة المعلوماتية، وبالتالي أصبح للقاضي الجزائري آليات البت في قضايا الجريمة الإلكترونية، خصوصاً القضايا المتعلقة بالمعطيات الشخصية والمساس بها.

قائمة المصادر والمراجع:

أولاً: الكتب والمؤلفات

1. جلال محمد الزغبى وأسامة احمد المناعسة، جرائم تقنية نظم المعلومات الإلكترونية (دراسة مقارنة)، ط1، دار الثقافة للنشر والتوزيع، الأردن، 2010.
2. نهلا عبد القادر المومني، الجرائم المعلوماتية، دار الثقافة للنشر والتوزيع، الأردن، 2008.
3. محمود أحمد طه، المواجهة التشريعية لجرائم الكمبيوتر والإنترنت (دراسة مقارنة)، ط1، دار الفكر والقانون للنشر والتوزيع، مصر، 2013.
4. خالد ممدوح إبراهيم، أمن الجريمة الإلكترونية، دار الجامعية، الإسكندرية، 2008.
5. جلال محمد الزغبى وأسامة احمد المناعسة، جرائم تقنية نظم المعلومات الإلكترونية (دراسة مقارنة)، ط1، دار الثقافة للنشر والتوزيع، الأردن، 2010.
6. نهلا عبد القادر المومني، الجرائم المعلوماتية، دار الثقافة للنشر والتوزيع، الأردن، 2008.
7. طارق إبراهيم الدسوقي عطية، عولمة الجريمة (الشراكة العالمية في الممارسات الإجرامية)، دار الجامعة الجديدة، د.ط، الإسكندرية، 2010.
8. محمد محمد شتا، فكرة الحماية الجنائية لبرامج الحاسب الآلي، دار الجامعة الجديدة، الإسكندرية، 2001.
9. عبد الله أحمد هلال، تفتيش نظم الحاسب الآلي وضمانات المتهم المعلوماتي (دراسة مقارنة)، دار النهضة العربية، القاهرة، 2000.
10. فضيل دليو، تكنولوجيا الإعلام والاتصال الجديدة، ط1، دار الهومة للطباعة والنشر والتوزيع، الجزائر، 2014.
11. نصرة تامي، الإعلام القضائي والإرهاب، ط1، دار أسامة للنشر والتوزيع، الأردن، 2015.
12. علاء عبد الرزاق السالمي، تكنولوجيا المعلومات، دار المناهج للنشر والتوزيع، الأردن، 2007.
13. جعفر حسن جاسم الطائي، جرائم تكنولوجيا المعلومات رؤية جديدة للجريمة الحديثة، ط1، دار البداية، عمان، 2012.
14. منال هلال المزاهرة، تكنولوجيا للاتصال والمعلومات، دار السيرة، الأردن، 2014.
15. Sophie Revol, (DESS) Droit du Multimédia et de l'informatique, « Terroriste et Internet », sous la direction de N.KOSTIC , Université Paris II Pantheon Assas année 2002-2003(France).

ثانياً: الرسائل والأطروحات العلمية

1. درار نسيمية، الأمن المعلوماتي وسبل مواجهة مخاطره في التعامل الإلكتروني، أطروحة دكتوراه، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة تلمسان، 2016-2017.
2. نعيم سعيداني، آليات البحث والتحري عن الجريمة المعلوماتية في القانون الجزائري، مذكرة ماجستير، تخصص علوم جنائية، قسم الحقوق، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة باتنة، 2013.
3. وأيضا: يوسف صعيدي، الجريمة المرتكبة عبر الإنترنت، مذكرة ماجستير، تخصص قانون دولي للأعمال، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة مولود معمري، تيزي وزو، 2013.
4. فتيحة رصاع، الحماية الجنائية للمعلومات على شبكة الإنترنت، مذكرة ماجستير، تخصص قانون عام، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة أبو بكر بلقايد، تلمسان، 2011-2012.

5. سفيان سوير، جرائم للمعلوماتية، مذكرة ماجستير، تخصص العلوم الجنائية، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة أبو بكر بلقايد، تلمسان، 2010-2011.

ثالثاً: أهم النصوص القانونية

1. القانون (رقم 04/09) المؤرخ في 05 آب/ أغسطس 2009، المتضمن القواعد الخاصة للوقاية من الجرائم المتصلة بتكنولوجيا الإعلام والاتصال ومكافحتها، (جريدة رسمية عدد 47).

2. الاتفاقية العربية لمكافحة جرائم تقنية المعلومات متوفرة على الرابط التالي:

<https://www.courts.gov.ps/userfiles/file/%D8%A7%D9%84%D8%A7%D8%AA%D9%81%D8%A7%D9%82%D9%8A%D8%A9%20%D8%A7%D9%84%D8%B9%D8%B1%D8%A8%D9%8A%D8%A9%20%D9%84%D9%85%D9%83%D8%A7%D9%81%D8%AD%D8%A9%20%D8%AC%D8%B1%D8%A7%D8%A6%D9%85%20%D8%AA%D9%82%D9%86%D9%8A%D8%A9%20%D8%A7%D9%84%D9%85%D8%B9%D9%84%D9%88%D9%85%D8%A7%D8%A9.pdf>

3. مجلس أوروبا: هو منظمة دولية تأسست في عام 1949، ويتكون من 47 دولة أوروبية، يقع مقر للمجلس في مدينة ستراسبورغ الفرنسية، وعضويته مفتوحة لكل دول أوروبا الديمقراطية وهو ليس جزءاً من الاتحاد الأوروبي ويختلف عن مجلس الاتحاد الأوروبي والمجلس الأوروبي.

<http://www.mf-ctrf.gov.dz/presse/Bulletin%2032%20Cyber.pdf>

التنظيم القانوني لعقود البناء والتصاميم

(دراسة في التشريع الجزائري)

**Legal regulation of construction contracts and
designs: a study in Algerian legislation**

د. لحرش دنيا زاد

جامعة الجزائر، الجزائر، (جمهورية الجزائر)

د. العربي فريدة

جامعة علي لونيسي، البليدة ، (جمهورية الجزائر)

التنظيم القانوني لعقود البناء والتصاميم (دراسة في التشريع الجزائري)

Legal regulation of construction contracts and designs: a study in Algerian legislation

د. لحرش دنيا زاد*¹

د. العربي فريدة*²

1- جامعة الجزائر، (الجزائر)

doniazad71@yahoo.com

2- جامعة علي لونيسي (البليدة)

faridalarbi0602@gmail.com

DOI: <https://doi.org/10.70411/MJLS.1.2.202330>

ملخص:

يسلط هذا البحث الضوء على نوع من أنواع البيوع العقارية، التي تطرح تخطيط وتنظيم مسبق للمجال الحضري العقاري، بحيث يكون هذا النوع من البيوع بداية بناءً على المخططات والتصاميم المسبقة للعقار محل البيع، وتثور إشكالية قانون التعمير في تسيير المحفظة العقارية وهذا من أجل بلوغ شروط نوعية لإنشاء مدن ذات معايير عالمية تتوفر على جل الإمكانيات والوسائل العامة، وبيان الإطار المادي المحدد للتعمير وإبراز أهمية قانون التعمير الذي يحدد الإطار القانون والتنظيمي له، فهو يهدف إلى تحديد القواعد العامة من أجل تنظيم المباني وفق المتطلبات لشاغلها وهذا من أجل التوازن ما بين البناء والمتطلبات العامة للزبون، وهذا مع احترام مبادئ وأهداف السياسة الوطنية للتهيئة العمرانية. وختم الباحث جملة من النتائج وصولاً إلى توصيات للدولة في إنتاج وهيكلية المجال الحضري، وذلك بفتح آفاق جديدة لهذا النوع من البيوع وذلك بحمايتها بكل أشكال الضمان التي تحمي البائع والمشتري في آن واحد، وتزويدها بمختلف التجهيزات والمرافق الضرورية.

الكلمات المفتاحية: عقد البيع، عقد البيع بناءً على التصاميم، السياسة التخطيطية، المخططات العمرانية، المخطط التوجيهي للتعمير.

Abstract:

This research highlights a type of real estate sales, which offers prior planning and organization of the urban real estate field, such that this type of sale is initially based on the plans and pre-designs of the property being sold. The problematic issue of the reconstruction law arises in the management of the real estate portfolio in order to achieve qualitative conditions for the creation of cities with international standards that have all the public resources and means. The issue also includes indicating the specific physical framework for reconstruction which highlights the importance of the reconstruction law and defines the legal and regulatory framework. The reconstruction law thus aims to define the general rules in order to organize buildings according to the requirements of the occupants and create a balance between the construction and the general requirements of the customer while respecting the principles and objectives of the national urban development policy. The results of the research yielded some recommendations for the state in designing and structuring the urban space by opening new horizons for this type of sale while protecting it with all forms of warranty for the seller and the buyer and by providing these areas with various necessary equipment and facilities.

Keywords: Contract of sale, contract of sale based on designs, planning policy, urban plans, construction guideline

مقدمة:

يشكل البيع تحت الإنشاء تطوراً قانونياً واقتصادياً؛ لكونه عقد حديث النشأة، فقد ظهر في خضم المرسوم التشريعي (07/86) المؤرخ في 4 آذار/ مارس 1986، المتعلق بالترقية العقارية⁽¹⁾، وسُمي انداك بعقد حفظ الحق، ثم تلاه المرسوم التشريعي (03/93) المتعلق بالنشاط العقاري⁽²⁾. وقد دُكر في الفصل الثاني المعنون "بعلاقة المعامل في الترقية العقارية بالمشتري"، فيُعد هذا البيع من بين أهم التقنيات الترقية فلا يمكن التعامل بهذا النوع من البيوع إلا في إطار الترقية العقارية، فيُعد بيع المباني تحت الإنشاء (البيع بناءً على التصاميم وعقد حفظ الحق) من العقود ذات الطابع الخاص، وبالتالي يخرج من العقود المدنية، بالإضافة إلى أن كون هذا البيع في إطار الترقية العقارية هو عمل تجاري، وتخضع أحكامه للقانون التجاري، ويترتب على توقف البائع وعجزه المالي إفلاسه، كما تخضع أحكامه لمبدأ حرية الإثبات في المواد التجارية.

يُعد عقد بيع العقار على التصاميم أهم تقنية من التقنيات القانونية في مجال الترقية العقارية، والتي تعرف انتشاراً واسعاً في الجزائر، نظراً لما تحققه من مصالح للأطراف المتعاقدة. وأدرج المشرع الجزائري النصوص المنظمة لها في القانون رقم (04_11)، ويتميز عقد بيع العقار على التصاميم عن البيع العادي المنصب على العقار كونه يشترط في البائع صفة المرقى العقاري، وينفرد هذا العقد عن البيع العادي بخصوصية من حيث الالتزامات التي تقع على الأطراف المتعاقدة، فمن ناحية المرقى العقاري فخصوصيته تتجلى في التزامه بنقل ملكية العقار حتى قبل إتمام الإنجاز. كما يشترط في تنفيذ الالتزام تسليم شهادة مطابقة البناية طبقاً للمواصفات المتفق عليها في العقد، بالإضافة إلى ضمان المسؤولية المدنية التي يتحملها المرقى والمهندس وكل التقنيين، أما خصوصية التزام المکتتب فإنها تتمثل في دفع الثمن الذي يتم في شكل دفعات مجزأة أثناء عملية التشييد، وكذا التقيد بالالتزام بتسليم المبنى وفق إجراءات خاصة قررها المشرع، وقد خطا المشرع الجزائري خطوة جوهريّة في مسار التشريع العقاري بتنظيمه الجديد لهذا العقد من خلال قانون رقم (04_11)، الأمر الذي جعله يتميز عن عقد البيع على التصاميم الذي طبق في ظل المرسوم التشريعي رقم (03_93)، الملغى من عدة نواح هي: تنظيم مهنة المرقى العقاري الذي يُعد طرفاً في عقد البيع عن التصاميم.

(1) القانون 07 / 86 المؤرخ في 4 آذار/ مارس 1986، المتعلق بالترقية العقارية، (جريدة رسمية 10).

(2) القانون 07 / 86 المؤرخ في 4 آذار/ مارس 1986، المتعلق بالترقية العقارية، (جريدة رسمية 10).

وقد حرص المرسوم التشريعي بخصوص بيع العقار بناءً على التصاميم بمرسوم (58/94) المؤرخ في 7 آذار/ مارس 1994، المتعلق بنموذج البيع بناءً على التصاميم، لذا وطبقاً لما سبق فمن أهم العقود المتعلقة بالترقية العقارية والتطوير العقاري بيع المباني تحت الإنشاء، والذي ينطوي تحت هذا المسمى كل من البيع بناءً على التصاميم، وعقد حفظ الحق في القانون الجزائري.

لقد تجلّت حقوق الإنسان الطبيعية في التملك، حيث اعترفت الأنظمة على اختلافها بتملك العقار، ولم تطلق العنان لهذا التملك دون الأخذ بالدواعي التي تهدف إلى تنظيم أحكامه وبيان أصول وقواعد هذه الملكية، إذ يُعدّ من قبيل التصرفات التي تؤثر في أي كيان سياسي مستقل يتمتع بالسيادة على أرضه⁽¹⁾.

إشكالية البحث:

تُثير مسألة العقود المتعلقة بالترقية العقارية والتطوير العقاري لبيع المباني تحت الإنشاء، والذي ينطوي تحت هذا المسمى كل من البيع بناءً على التصاميم، وعقد حفظ الحق في القانون الجزائري، كثيراً من الإشكاليات القانونية، وتتمثل أبرز هذه الإشكاليات في مدى الطبيعة القانونية لعقد البناء، وما هو التنظيم القانوني لهذه العقود، وسنتطرق لكل جوانب الموضوع.

أهداف البحث:

تهدف هذه الدراسة إلى تسليط الضوء على تبيان تقنية بيع العقار بناءً على التصاميم، وباعتبارها أحد السبل التي اتخذتها الدولة للقضاء على أزمة السكن، بحيث سمحت للمقيمين العقاريين بإنجاز مشاريع البناء قصد التقليل من هذه الأزمة، وذلك بتكريس ضمانات لحماية حقوق المكنّين ولتمكينهم من الحصول على وحدة سكنية في المستقبل دون أن يدفع ثمنها دفعة واحدة هذا من جهة، وتساعد المقيمي العقاري في تمويل مشروعه من جهة أخرى، وتقديم دراسة متخصصة في هذا الحقل القانوني.

أهمية البحث:

تنبع أهمية الدراسة من أهمية الملكية العقارية ومحاولة معرفة الطبيعة القانونية لعقد بيع العقار بناءً على التصاميم، بحيث يتميز هذا النوع عن البيع التقليدي الوارد على عقار موجود وقت التعاقد، من حيث إنّ الالتزام الرئيسي فيه، هو قيام البائع بإقامة البناء خلال مدة محددة، وهو الالتزام نفسه الذي يلتزم به المَقُول، في عقد المقاولة.

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

منهج البحث:

تحقيقاً للغرض المنشود من الدراسة، فقد اتبع الباحث في دراسته المنهج الوصفي التحليلي المقارن، لبيان التشريعات القانونية التي تنظم الملكية العقارية، والإحاطة بالآراء الفقهية التي عنيت بالدراسة لإثراء الدراسة قانونياً.

منهجية البحث:

اعتمد الباحث في منهجية الدراسة على التقسيم الثنائي للدراسة، لذا سنقوم بتقسيم البحث إلى مبحثين نتناول الحديث في المبحث الأول "مفهوم بيع المباني تحت الإنشاء"، ونعالج في المبحث الثاني "ركن الشكلية في عقد البيع بناءً على التصاميم".

المبحث الأول: مفهوم بيع المباني تحت الإنشاء

لدراسة بيع المباني في ظل المرسوم التشريعي وآراء الفقه لا بد من تقسيم هذا المبحث إلى مطلبين، نتناول في المطلب الأول طبيعة عقد البيع المباني تحت الإنشاء، ونخصص المطلب الثاني لبيان شروط التعاقد في بيع العقار تحت الإنشاء.

المطلب الأول: طبيعة عقد البيع المباني تحت الإنشاء

أصدر المشرع القانون رقم (86-07) المؤرخ في 23 جمادي الثاني 1406 الموافق لـ 4 آذار/ مارس 1986، المتعلق بالترقية العقارية. غير أن هذا القانون لم يتمكن من تحقيق الهدف الذي توخاه المشرع من وراء تنظيمه للترقية العقارية، لذا سنقوم بتقسيم هذا المطلب إلى فرعين نتناول في الفرع الأول الموقف التشريعي من المباني تحت الإنشاء، ونخصص الفرع الثاني للتمييز بين العقود الناقلة للملكية.

الفرع الأول: الموقف التشريعي من المباني تحت الإنشاء

لم يُعرف المرسوم التشريعي (03/93) عقد البيع تاركاً المجال للفقه، فيرى البعض بأن بيع العقار بناءً على التصميم هو عقد يرد على محل لم يتم إنشاؤه بعد، وبموجب هذا العقد يتعهد البائع بإنشاء عقار معين وفقاً لنماذج معينة تحددها وثائق العقد، كما يتعهد بنقل ملكية هذا العقار إلى المكتتب وتسليمه إياه، هذا في مقابل نقدي يدفعه له، وبالتالي فإن أغلب التعريفات ركزت على عناصر تمثلت في مجملها بأنه عقد بيع عقاري محله غير منجز أو في طور الإنجاز يتكفل البائع بعملية انجازه وفقاً لنموذج وتصميم مصادق عليه خلال أجل متفق عليه في العقد وتسليمه للمشتري، وذلك مقابل تسبيقات ودفعات مجزأة يدفعها

هذا الأخير بحسب الأشغال في المدة ما بين إبرام العقد وتسليم العقار"، أي أن العقار غير موجود⁽¹⁾، وقد عرف المرقى العقاري من خلال المرسوم التشريعي (03-93) الملغى وكذا بموجب القانون (11-04) وحدد الشروط اللازمة للقيام بمهنة المرقى العقاري..

ويُعتبر المرقى العقاري بمفهوم المرسوم التشريعي (03-93) كل شخص طبيعي أو معنوي يتمتع بالأهلية القانونية للقيام بالأعمال التجارية.⁽²⁾

وقد نص المرسوم نفسه على أن (يشتمل النشاط العقاري على مجموع الأعمال التي تساهم في إنجاز أو تجريد الأملاك العقارية المخصصة للبيع أو الإيجار أو تلبية حاجات خاصة).⁽³⁾

أما بالنسبة إلى القانون (11-04) فقد عرّف بدوره كل من المرقى العقاري والمشروع العقاري، حيث عرف هذا الأخير على أنه (مجموع النشاطات المتعلقة بالبناء والتهيئة والإصلاح والترميم والتحديد وإعادة التأهيل، وإعادة ترميم البنايات المخصصة للبيع أو التأجير بما فيها تهيئة الأرضيات المخصصة لاستقبال البنايات).⁽⁴⁾

أما بالنسبة للمرقى العقاري فقد عرّفه على أنه: (يُعد مرقياً عقارياً في مفهوم هذا القانون كل شخص طبيعي أو معنوي يبادر لعمليات بناء مشاريع جديدة أو تدعيم بنايات تتطلب أحد هذه التداخلات وتأهيل الشبكات قصد بيعها أو تأجيرها).⁽⁵⁾

الفرع الثاني: للتمييز بين العقود الناقلة للملكية

يجمع عقد البيع بناءً على التصاميم أو عقد بيع المباني تحت الإنشاء بين خصائص عقدي البيع وعقد المقاولة، فهو عقد بيع بالنظر للالتزام بنقل الملكية للبنية من قبل البائع مقابل الالتزام بدفع الثمن، أما بالنظر للالتزامات الأخرى خاصة من جانب البائع فهو ملتزم بتشديد البناء وفق تصميم فهو يشبه المقاولة، غير أن هذه المقاولة ذات طبيعة خاصة، فالمقاولة هي عقد يقوم الماقل بالبناء على أرض مملوكة لرب العمل سواء كان الماقل قد ساهم بمواد البناء أو بعمله فقط.

(1) عقيلة نوي، النظام القانوني لعقد البيع بناءً على التصاميم، رسالة ماجستير، كلية الحقوق، جامعة الجزائر، 2009/2008، (ص82).

(2) القانون 07 / 86 المؤرخ في 4 آذار / مارس 1986، المتعلق بالترقية العقارية، (جريدة رسمية 10).

(3) القانون 07 / 86 المؤرخ في 4 آذار / مارس 1986، المتعلق بالترقية العقارية، (جريدة رسمية 10).

(4) القانون 07 / 86 المؤرخ في 4 آذار / مارس 1986، المتعلق بالترقية العقارية، (جريدة رسمية 10).

(5) القانون 07 / 86 المؤرخ في 4 آذار / مارس 1986، المتعلق بالترقية العقارية، (جريدة رسمية 10).

أما البيع تحت الإنشاء فإن البائع هو المالك للأرض التي سيقام عليها البناء، فكل محاولة لتحديد الطبيعة القانونية لبيع المباني تحت الإنشاء تعتمد على الجمع بين التعريفين، وهذا ما أدى بنا إلى القول بأنه ذو طبيعة خاصة ومتميزة عن بقية الصور المعروفة في القواعد العامة، فهو يختلف عن البيع العادي، فيؤجل نقل الملكية إلى ما بعد التشييد، فهو عقد مستقل بذاته يخضع لما ينفرد به من خصوصية، وبالتالي تعريفه لا يقتضي إلا الجمع بين التعريفين واستخلاص مفهوم واحد، غير أن إسقاط العناصر غير المتجانسة في البيع وعقد المقاوله في مفهوم بيع المباني تحت الإنشاء⁽¹⁾، وقد نظم القانون الفرنسي عقد البيع بناءً على التصاميم بموجب قانون مؤرخ في كانون الثاني 1978، والقانون الإماراتي بموجب مجموعة من التشريعات العقارية⁽²⁾، بحيث عرفه القانون الفرنسي بالقانون (547) في 7 تموز/ يوليو 1967، الخاص ببيع العقار تحت الإنشاء وذلك في المادة (2) منه حيث أضيفت بموجبها المادة (1601) إلى القانون المدني الفرنسي والتي نصت على أن "بيع العقار تحت الإنشاء هو العقد الذي يلتزم بمقتضاه البائع ببناء أو إقامة عقار أو تشييد عقار خلال مدة محددة بالعقد، بينما يلتزم المشتري بدفع الثمن حسب مقتضيات العقد المبرم"، وبالتالي فإن القانون الفرنسي استخدم الالتزام بالبناء لتمييزه عن البيع فهما يشتركان في نقل الملكية⁽³⁾، وبالتالي يجب إبرام عقد تمهيدي ويجب الالتزام به حسب رغبة الطرفين إلى حين الانتهاء من وضع الأساس لإبرام البيع والذي يعتبره الفقه وعد بالبيع، بينما نظم القانون الفرنسي أحكام العقد التمهيدي تنظيمًا تشريعيًا متكاملًا بنصوص صريحة⁽⁴⁾، عكس القانون الجزائري الذي تكلم فقط على عقد البيع بناءً على التصاميم، وبالتالي بموجب هذا العقد يلتزم أحد الطرفين وهو البائع ببناء عقار خلال مدة محددة ونقل ملكيته للطرف الآخر، وهو عقد يرد على شيء مستقبل، وإن كان الالتزام هو بناء عقار لم ينشأ بعد فهو عقد يقترب من عقد المقاوله أكثر من عقد البيع⁽⁵⁾، فهو عقد مسمى زمني وبالتالي فالعنصر الزمني عنصر فعال في هذا العقد، وبالتالي فالعقار لم يشيد بعد وإنما هو قيد التشييد والذي يتطلب وقت، إضافة إلى أنه

(1) القانون 07 / 86 المؤرخ في 4 آذار/ مارس 1986، المتعلق بالترقية العقارية، (جريدة رسمية 10).

(2) القانون 07 / 86 المؤرخ في 4 آذار/ مارس 1986، المتعلق بالترقية العقارية، (جريدة رسمية 10).

(3) القانون 07 / 86 المؤرخ في 4 آذار/ مارس 1986، المتعلق بالترقية العقارية، (جريدة رسمية 10).

(4) القانون 07 / 86 المؤرخ في 4 آذار/ مارس 1986، المتعلق بالترقية العقارية، (جريدة رسمية 10).

(5) القانون 07 / 86 المؤرخ في 4 آذار/ مارس 1986، المتعلق بالترقية العقارية، (جريدة رسمية 10).

عقد إذعان فالقبول في هذا العقد يقتصر على مجرد التسليم بشروط العقد والتي تكون مقررة لا تقبل المناقشة أو تعديل، بل يمكن أن يلجأ إلى نموذج من أجل التعاقد⁽¹⁾.

المطلب الثاني: شروط التعاقد في بيع العقار بناءً على التصاميم

إن عقد البيع تحت الإنشاء، أو كما يسمى عقد البيع بناءً على التصاميم، كونه نوع من البيوع الواقعة على العقار يتميز بما يتميز به البيع العقاري من إجراءات ومنها الشروط الموضوعية التي سنتناولها في الفرع الأول، ونخصص الحديث في الفرع الثاني عن أنماط التعاقد لبيع العقار.

الفرع الأول: الشروط الموضوعية في بيع المباني تحت الإنشاء

يقوم عقد البيع على التصاميم كغيره من العقود على الأركان الموضوعية والتي سنقوم بالتطرق إليها وفقاً لما يخدم الدراسة.

أولاً: التراضي في عقد البيع المباني تحت الإنشاء

يُعتبر الرضا قوام هذا العقد فلا يقوم عقد البيع بناءً على التصاميم إلا بتوافره، وبتطابق إرادة أطراف العقد، وسنتطرق في دراستنا لهذا الركن إلى أطراف العقد، وكيفية تحقق الرضا في العقد، وإلى طرق التعبير عنه.

يُبرم عقد البيع تحت الإنشاء بتطابق إرادة كل من البائع والمشتري، والبائع هو المرقى العقاري وقد سبق وأن عرّفنا المرقى العقاري، فالقانون (11-04) الذي خول الحق في ممارسة النشاط العقاري إلى كل شخص طبيعي أو معنوي يتمتع بالأهلية القانونية لممارسة الأعمال التجارية⁽²⁾، وإن كان المتعامل في الترقية العقارية قد مُنح صفة التاجر فإنه يكون ملزماً بالقيود في السجل التجاري، وهذا طبقاً لما جاءت به المادة الرابعة من القانون المتعلق بشروط ممارسة الأنشطة التجارية، وللاشارة فإن السجل التجاري للمرقى العقاري لا يختلف عن باقي السجلات التجارية⁽³⁾، فنص القانون (11-04) على ضرورة حصول كل مرقى عقاري على اعتماد ووجوب التسجيل في الجدول الوطني للمرقين العقاريين⁽⁴⁾.

(1) القانون 07 / 86 المؤرخ في 4 آذار / مارس 1986، المتعلق بالترقية العقارية، (جريدة رسمية 10).

(2) القانون 07 / 86 المؤرخ في 4 آذار / مارس 1986، المتعلق بالترقية العقارية، (جريدة رسمية 10).

(3) القانون 07 / 86 المؤرخ في 4 آذار / مارس 1986، المتعلق بالترقية العقارية، (جريدة رسمية 10).

(4) القانون 07 / 86 المؤرخ في 4 آذار / مارس 1986، المتعلق بالترقية العقارية، (جريدة رسمية 10).

لذا فإن المشتري الطرف الثاني في عقد البيع بناءً على التصاميم، يُعد الطرف الأكثر حماية، وهذا بالنظر للضمانات القانونية الممنوحة له، ويظهر هذا من خلال التسهيل في دفع الثمن الذي يكون على شكل دفعات حسب مراحل الإنجاز، وبما يتماشى مع قدراته الشرائية، وكما سمح له بالمشاركة في عملية الاستثمار وكذا المساهمة في تمويل المسكن الذي سوف يتسلمه، والمشتري بموجب العقد لا يختص بأحكام خاصة، وبالتالي تطبق عليه أحكام القواعد العامة فيما يخص الإرادة والأهلية⁽¹⁾. وحسب ما تقرره المادة (40) من القانون المدني يجب أن تتوافر فيه الأهلية الكاملة وأن تكون إرادته سليمة لا يشوبها أي عيب "الغلط التدليس والإكراه". أما الهيئة المقرضة فلا تُعد طرفاً في العقد المبرم بين المرقى والمشتري بل هي طرف في العقد المبرم بينها وبين المشتري⁽²⁾.

إن عقد البيع لا ينعقد إلا بتطابق إرادة كل من البائع والمشتري لكل الأشياء التي تدخل ضمن عناصر عقد البيع، كطبيعة العقد المراد إبرامه وعلى الشيء المبيع والثمن، وبالنسبة لعقد البيع تحت الإنشاء (البيع بناءً على التصاميم)، فإن البائع يحدد مسبقاً شروط العقد والثمن التقديري للعقار محل الإنجاز، ويتم الاتفاق على طبيعة العقد فيما إذا كان بيع في إطار ترقوي أم تساهمي، فإذا قبل بالشروط المحددة من البائع ينعقد العقد بعد إفراغه في العقد النموذجي، فيجب أن يتفق طرفي العقد على وصف البناية المبيعة أو على الجزء المبيع وآجال التسليم وعقوبات التأخير والسعر التقديري وكيفيات مراجعته، وشروط الدفع، وتُعتبر من عناصر المبيع تحديد مواصفات البناية من مكونات وخصائص تقنية، وتتمثل هذه الأخيرة في طبيعة البناية والمواد المستعملة⁽³⁾، وهذا من خلال التصميم الذي يكون معداً من قبل المهندس المعماري لذلك، ويرفق بالعقد الذي يشمل هو الآخر على وصف البناية بدقة أو لجزءٍ منها ومشتملات هذا الملك من تجهيزات خاصة يتم تعدادها، يضاف إليها جميع الأجزاء المشتركة مع البنان الوصفي للملكية المشتركة في حالة البناية الجماعية، كما يضاف إلى البناية الفردية وصف مجموعة القطع الأرضية التي بنيت عليها البناية من تحديد لمساحتها، وترقيم لكل جزء وفق القرار المتضمن رخصة التجزئة، وهذا طبقاً لنموذج عقد البيع بناءً على التصاميم⁽⁴⁾.

(1) القانون 07 / 86 المؤرخ في 4 آذار / مارس 1986، المتعلق بالترقية العقارية، (جريدة رسمية 10).

(2) القانون 07 / 86 المؤرخ في 4 آذار / مارس 1986، المتعلق بالترقية العقارية، (جريدة رسمية 10).

(3) القانون 07 / 86 المؤرخ في 4 آذار / مارس 1986، المتعلق بالترقية العقارية، (جريدة رسمية 10).

(4) القانون 07 / 86 المؤرخ في 4 آذار / مارس 1986، المتعلق بالترقية العقارية، (جريدة رسمية 10).

وكذا نص القانون (04/11) على إلزام المتعاقدين بإدراج بند في عقد البيع يحدد فيه تشكيلة سعر البيع وأجل الدفع المتفق عليها والمدرجة ضمن دفتر الشروط، ويرتبط تسديد الدفعات بنسبة تقدم الأشغال، وبالتالي فإن ربط المشرع لآجال دفع الثمن مع تقدم الأشغال، فيه تحقيق للعدالة بين الطرفين، وحيث إن تخلف هذا الارتباط يشكل إجحافاً بحق المقتني الذي يلتزم بدفع الثمن وفقاً للمواعيد المتفق عليها دون التحقق فيما إذا كان المرقى قد بدأ العمل، أو التحقق فيما إذا كان قد وصل به إلى مرحلة تتناسب مع الأقساط المستحقة. وأضافت الفقرة الثانية من المادة (37) من القانون نفسه، ضرورة أن يوضح العقد طريقة أداء الأقساط في حالة ما إذا جزئ المبلغ⁽¹⁾.

وبالرجوع إلى المادة (38) من القانون (04/11) التي ألزمت كلا المتعاقدين بموجب عقد البيع على التصاميم على ضرورة تنصيب فيما إذا كان الثمن قابلاً للمراجعة أم لا، فإذا كان قابلاً لذلك وجب ذكر كيفية المراجعة، حيث يجب أن تركز صيغة مراجعة الأسعار على عناصر تغيرات سعر التكلفة ويعتمد على تطور المؤشرات الرسمية لأسعار المواد والعتاد واليد العاملة.

وقد تطرق المشرع الجزائري من خلال هذا القانون إلى نظرية الظروف الطارئة، فقد نصت المادة (38) من القانون (04/11)، "... باستثناء الظروف الطارئة التي لا يمكن تجنبها والاستثنائية التي من شأنها أن تؤدي إلى الإخلال بالتوازن الاقتصادي للمشروع".

وما يلاحظ على عقد البيع بناءً على التصاميم أنه ينعقد كغيره من العقود، وهذا بتطابق الإيجاب والقبول، غير أنه خلافاً لما تنص عليه القواعد العامة، فإن هذا العقد لا ينعقد بالتعبير الضمني لتطابق الإرادتين، وعليه فالتعبير عن الإيجاب والقبول في إطار هذا العقد يجب أن يتم في شكل صريح فيصرح البائع عن رغبته في بيع البناية، وفي مقابل ذلك يعلن المشتري قبوله صراحة وخضوعه بصفة كلية، وهذا ما تضمنه المرسوم التنفيذي (58-94) المتضمن نموذج عقد البيع بناءً على التصاميم في البند المتعلق بتصريح المشتري.

ثانياً: المحل

نجد المحل في عقد البيع بناءً على التصاميم طبقاً للقانون (04/11) عبارة عن بناية أو جزءاً من بناية مقرر بناؤها أو في طور البناء⁽²⁾، فقد تكون هذه البناية في شكل عمارة مشكلة من الأجزاء المشتركة

⁽¹⁾ القانون (07 / 86) المؤرخ في 4 آذار / مارس 1986، المتعلق بالترقية العقارية، (جريدة رسمية 10).

⁽²⁾ القانون 07 / 86 المؤرخ في 4 آذار / مارس 1986، المتعلق بالترقية العقارية، (جريدة رسمية 10).

الخاضعة لنظام الملكية المشتركة، وعلى عكس ما كان عليه الوضع في قانون 1986، الذي كان يشترط أن تكون البناية مخصصة للاستعمال السكني فقط بل يمكن أن تخصص لغرض آخر.

وكما عُرّف على أنه (الإنشاءات الثابتة يخرج منها كل شيء غير ثابت أي المنقولات المنشأة على الأرض وكل ما يتصل بها كعنصر لاحق، مثل الحدائق المكملة للفيلا أو المساحات الخضراء المحيطة بالعمارات)⁽¹⁾.

أما بالنسبة إلى المشرع الجزائري فقد عُرّف القانون المدني العقار على أنه "كل شيء مستقر بحيزه وثابت ولا يمكن نقله منه دون تلف"، وهذا ما يجعلنا ندرج البنايات في خانة العقارات، وهذا لما تتميز به كونها مستقرة في حيز ثابت ولا يمكن نقلها دون تلف.

أما بالنسبة إلى القانون (04/11) فقد عُرّف البناء على أنه "كل عملية تشييد بناية و/أو مجموعة بنايات ذات الاستعمال السكني أو التجاري أو الحرفي أو المهني".

الفرع الثاني: أنماط التعاقد لبيع العقار

أولاً: أن يكون قابلاً للوجود

عقد البيع المباني تحت الإنشاء هو عقد محله دائماً بناءً وهو غير موجود عند التعاقد، وإنما قابل للوجود مستقبلاً على خلاف بعض العقود، وهذا راجع لطبيعة العقد الزمني الذي يكون فيه الزمن عنصراً أساسياً، وكذا نجد أن القانون المدني قد أجاز التعامل في الأشياء المستقبلية شرط أن تكون محققة الوجود. وقد بين أنه يجوز أن يكون محل الالتزام شيئاً مستقبلاً ومحققاً، حيث يمكن القول إن البيع العقار تحت الإنشاء لا يكون دوماً محقق الإنشاء، فقد تحدث ظروف من شأنها أن تمنع انطلاق الأشغال أو أن تحول دون انتهائها، ويستوي هذا لو كان بفعل البائع أو خارج عن إرادته، ولعل هذا ما يجعل العقد ينطوي على مجازفة في وجود المحل المبيع، وهذا ما جعل المشرع من خلال المرسوم التشريعي (93-03) الملغى، يضمن حق المقتني للعقار على التصاميم، ويتمثل هذا الضمان في إلزام البائع بالاكتمال لدى صندوق الضمان والكفالة المتبادلة ليتمكن المشتري من استرجاع ما دفعه من دفعات⁽²⁾، وما أضافه القانون (04/11)

(1) القانون 07 / 86 المؤرخ في 4 آذار / مارس 1986، المتعلق بالترقية العقارية، (جريدة رسمية 10).

(2) القانون 07 / 86 المؤرخ في 4 آذار / مارس 1986، المتعلق بالترقية العقارية، (جريدة رسمية 10).

من خلال تكريسه لحماية جنائية للمشتري وهذا لأن المرسوم (93-03) والقانون المدني الذي لم يسعف المقتنين من الضرر الناتج عن الاحتيال.

ثانياً: أن يكون محل الالتزام مشروعاً

تنص المادة (93) من القانون المدني الجزائري على (إذا كان محل الالتزام مستحيلاً في ذاته مخالفاً للنظام العام والآداب العامة كان باطلاً بطلاناً مطلقاً).

يرى الباحث أنه من خلال هذا النص يتضح أنه يجب أن يتوفر شرط المشروعية في محل الالتزام، فإذا كان محل الالتزام غير مشروع فإن الالتزام لا يقوم ويبطل العقد لانقضاء محله، فعدم المشروعية راجع إما إلى نص في القانون أو مخالفة هذا التعامل للنظام والآداب العامة.

فمثلاً تكون الأرض محل الإنجاز عقاراً يُصنف ضمن الأملاك الوطنية العمومية التي لا يجوز التصرف فيها، إذاً هذا العقار محل الإنجاز غير مشروع.

ثالثاً: أن يكون محل الالتزام معيناً أو قابلاً للتعيين

يجب أن يكون محل الالتزام معيناً أو قابلاً للتعيين؛ لأنه إذا كان محل الالتزام يتميز بالجهالة فإنه يتعذر الوصول إلى تحديده، ما يثير العديد من المنازعات بشأنه.⁽¹⁾

وهذا ما تضمنه القانون المدني حيث نص على (إذا لم يكن محل الالتزام معيناً بذاته وجب أن يكون معيناً بنوعه ومقداره وإلا كان العقد باطلاً).

وبالنسبة لعقد البيع بناءً على التصاميم ونظراً لخصوصيته فإنه يحدد من خلال التصاميم المبرمجة، والذي يطلع عليه المشتري لتوضيح كل المسائل المتعلقة بالعقار محل الإنجاز من مواصفات مشتملات وحقوق.

ويكون بهذا قد أخذ بفكرة الازدواجية في السبب، فيكون للالتزام سبباً يمكن اعتباره ركناً في العقد هو الباعث الدافع إلى التعاقد، فبهذا يكون المشرع الجزائري قد أخذ بالنظرية الحديثة التي يؤدي فيها الغلط في السبب إلى قابلية العقد للإبطال.⁽²⁾

(1) القانون 07 / 86 المؤرخ في 4 آذار / مارس 1986، المتعلق بالترقية العقارية، (جريدة رسمية 10).

(2) القانون 07 / 86 المؤرخ في 4 آذار / مارس 1986، المتعلق بالترقية العقارية، (جريدة رسمية 10).

ومن الأهمية بمكان أن عقد البيع بناءً على التصاميم هو من العقود الملزمة لجانبين، فيكون بذلك أن سبب التزام البائع بإنجاز العقار طبقاً لما يتضمنه العقد هو الحصول على الثمن من المقتني للعقار، في حين يكون سبب المشتري لدفع الثمن هو الحصول على العقار محل الانجاز⁽¹⁾.

المبحث الثاني: الآثار القانونية المترتبة على عقد البيع بناءً على التصاميم

تتكمّل صحة عقد البيع بناءً على التصاميم بتوافر ركن الشكلية، وتتمثل الشكلية في إجراء التوثيق والتسجيل والشهر، ولهذا سنقوم بتقسيم هذا المبحث إلى مطلبين، نتناول في المطلب الأول الرسمية في عقد البيع بناءً على التصاميم، ونخصص الحديث في المطلب الثاني عن إجراءات شهر عقد البيع بناءً على التصاميم.

المطلب الأول: الرسمية في عقد البيع تحت الإنشاء

إن تحرير العقود التي يكون موضوعها نقل ملكية أو حقوق عقارية، تستوجب إخضاعها للشكل الرسمي⁽²⁾، وباعتبار أن موضوع عقد البيع على التصاميم هو تحويل ملكية البنايات أو حقوق الأرض من طرف المرقي العقاري لفائدة المشتري⁽³⁾، وعليه يجب أن يكون البيع من طرف المرقي العقاري لعقار مبني أو بناية أو جزء من بناية مقرر بناؤها أو في طور البناء، موضوع عقد قانوناً في الشكل الرسمي⁽⁴⁾، لذا سنقوم بتقسيم هذا المطلب إلى فرعين نخصص الفرع الأول الوثائق المرجعية للعقد ونتحدث في الفرع الثاني عن أداء الثمن.

الفرع الأول: الوثائق المرجعية للعقد

إن العقد يُحرر أمام الموثق، كما يفهم ذلك من خلال نص المادة (3/34) من القانون (04/11) المحدد للقواعد التي تنظم نشاط الترقية التي أوجبت أن يتم العقد بحضور تسليم محرر لدى مكتب الموثق نفسه الذي أبرم لديه العقد⁽⁵⁾.

(1) القانون 07 / 86 المؤرخ في 4 آذار / مارس 1986، المتعلق بالترقية العقارية، (جريدة رسمية 10).

(2) القانون 07 / 86 المؤرخ في 4 آذار / مارس 1986، المتعلق بالترقية العقارية، (جريدة رسمية 10).

(3) القانون 07 / 86 المؤرخ في 4 آذار / مارس 1986، المتعلق بالترقية العقارية، (جريدة رسمية 10).

(4) القانون 07 / 86 المؤرخ في 4 آذار / مارس 1986، المتعلق بالترقية العقارية، (جريدة رسمية 10).

(5) القانون 07 / 86 المؤرخ في 4 آذار / مارس 1986، المتعلق بالترقية العقارية، (جريدة رسمية 10).

وطبقاً لذلك وجب أن يتضمن العقد مجموعة من البيانات، حيث أن المرسوم التشريعي (93-03) المتعلق بالنشاط العقاري قد أورد هذه البيانات بموجب نص المادة (10) منه⁽¹⁾.

غير أنه بالرجوع إلى القانون (04/11) المحدد للقواعد التي تنظم نشاط الترقية العقارية نجده لم يخصص لها مادة كما نظمها المرسوم (93-03) الملغى، غير أنه يمكن استخلاصها من خلال استقراء نصوصه، وكذا بالرجوع إلى المرسوم التنفيذي (98-58) المتعلق بنموذج عقد البيع بناءً على التصاميم.

نظم المشرع الجزائري رخصة البناء في القانون (90-29) المؤرخ في 01 كانون الأول/ ديسمبر 1990، والمتعلق بالتهيئة والتعمير وهذا من المادة (52) إلى المادة 56 منه⁽²⁾، وكذلك من خلال المرسوم التنفيذي (91-176) المؤرخ في 28 أيار/ مايو 1991، الذي يحدد كفايات تحضير شهادات التعمير ورخصة التجزئة وشهادة التقسيم ورخصة البناء وشهادة المطابقة³، الملغى بالمرسوم مرسوم تنفيذي رقم (19/15) مؤرخ في 25 كانون الثاني/ يناير 2015، يحدد كفايات تحضير عقود التعمير و تسليمها⁴⁺⁵.

وطبقاً للمرسوم التنفيذي رقم (95-85) المتضمن نموذج عقد البيع بناءً على التصاميم، ونظراً لخصوصية هذا العقد أوجب المشرع الجزائري ضرورة أن يتضمن عقد البيع على التصاميم على رخصة البناء، وكذا التصاميم سواء في حالة البناية فردية أو جماعية، إضافة إلى مشروع الملكية المشتركة وكشف وصفي للتقسيم في حالة البناية الجماعية، ورخصة التجزئة في حالة البناية الفردية.

وقد نصت المادة (30) من القانون رقم (04/11) المحدد للقواعد التي تنظم نشاط الترقية العقارية على ضرورة أن يتضمن عقد البيع بناءً على التصاميم أصل ملكية الأرضية ورقم السند العقاري عند الاقتضاء ومرجعيات رخصة التجزئة، وشهادة التهيئة والشبكات، وكذا تاريخ ورقم رخصة البناء.

⁽¹⁾ القانون 86/07 المؤرخ في 4 آذار/ مارس 1986، المتعلق بالترقية العقارية، (جريدة رسمية 10).

⁽²⁾ القانون 86/07 المؤرخ في 4 آذار/ مارس 1986، المتعلق بالترقية العقارية، (جريدة رسمية 10).

⁽³⁾ انظر المرسوم التنفيذي رقم (91-176) المؤرخ في 28 أيار/ مايو 1991، المتعلق بكفايات تحضير شهادات التعمير ورخصة التجزئة وشهادة التقسيم ورخصة البناء وشهادة المطابقة الصادر في الجريدة الرسمية العدد (26).

⁽⁴⁾ مرسوم تنفيذي رقم (19/15) مؤرخ في 25 كانون الثاني/ يناير 2015، يحدد كيفية تحضير عقود التعمير وتسليمها، (جريدة رسمية 07).

⁽⁵⁾ كان إلزاماً علينا ذكر المرسوم الملغى؛ لأنه أحدث أثراً من فترة إعلانه أي في 1991 إلى غاية 2015، أي أن المرسوم الملغى قد أحدث أثراً وكان إلزاماً ذكره.

يتمثل في تحديد مواصفات البناء من مكونات وخصائص تقنية، وتتمثل هذه الأخيرة في طبيعة البناء والمواد المستعملة⁽¹⁾، وهذا من خلال التصميم الذي يكون مُعداً من قبل المهندس المعماري لذلك ويرفق بالعقد الذي يشمل هو الآخر وصف البناء بدقة أو لجزء منها ومشتلات هذا الملك من تجهيزات خاصة يتم تعدادها، يضاف إليها جميع الأجزاء المشتركة مع البيان الوصفي للملكية المشتركة في حالة البناء الجماعية، كما يضاف إلى البناء الفردية وصف مجموعة القطع الأرضية التي بنيت عليها البناء من تحديد لمساحتها، وترقيم لكل جزء وفق القرار المتضمن رخصة التجزئة وهذا طبقاً لنموذج عقد البيع بناءً على التصاميم.

الفرع الثاني: ثمن البيع وكيفيات أدائه

نص القانون (04/11) على إلزام المتعاقدين بإدراج بند في عقد البيع يحدد فيه تشكيلة سعر البيع وأجل الدفع المتفق عليها والمدرجة ضمن دفتر الشروط، ويرتبط تسديد الدفعات بنسبة تقدم الأشغال، وبالتالي فإن ربط المشرع لآجال دفع الثمن مع تقدم الأشغال، فيه تحقيق للعدالة بين الطرفين، وحيث أن تخلف هذا الارتباط يشكل إجحافاً بحق المقتني الذي يلتزم بدفع الثمن وفقاً للمواعيد المتفق عليها دون التحقق فيما إذا كان المرقى قد بدأ العمل، أو التحقق فيما إذا كان قد وصل به إلى مرحلة تتناسب مع الأقساط المستحقة، وأضافت الفقرة الثانية من المادة (37) من القانون نفسه على ضرورة أن يوضح العقد طريقة أداء الأقساط في حالة إذا ما إذا جُزئ المبلغ⁽²⁾.

وبالرجوع إلى المادة (38) من القانون (04/11) التي ألزمت كلا المتعاقدين بموجب عقد البيع على التصاميم على ضرورة لتتصيص فيما إذا كان الثمن قابلاً للمراجعة أم لا، فإذا كان قابلاً لذلك وجب ذكر كيفيات المراجعة، حيث يجب أن تركز صيغة مراجعة الأسعار على عناصر تغيرات سعر التكلفة ويعتمد على تطور المؤشرات الرسمية لأسعار المواد والعتاد واليد العاملة⁽³⁾، وقد تطرق المشرع الجزائري من خلال هذا القانون إلى نظرية الظروف الطارئة، فقد نصت المادة (38) من القانون (04/11)، "باستثناء الظروف الطارئة التي لا يمكن تجنبها، والاستثنائية التي من شأنها أن تؤدي إلى الإخلال بالتوازن الاقتصادي للمشروع".

(1) قاشي علال، التزامات المرقى العقاري وجزاء الإخلال بها في عقد البيع على التصاميم، نقلاً عن <http://manifest.univ-dz> بتاريخ 07 أيار/ مايو 2012، (ص13).

(2) القانون 07 /86 المؤرخ في 4 آذار/ مارس 1986، المتعلق بالترقية العقارية، (جريدة رسمية 10).

(3) انظر المادة (38) من القانون (04/11).

المطلب الثاني: إجراءات شهر عقد البيع بناءً على التصاميم

إن عقد البيع بناءً على التصاميم هو عقد أولي يُعقد قبل بناء العقار في حد ذاته، ولأن محله عبارة عن عقار فيجب أن يشهر هذا العقد في المحافظة العقارية، ومن متطلبات الشهر الشكلية ولقد تم ذكرها سالفًا، هذه المسألة من أهم المسائل وأكثرها صعوبة والتي تعني إثبات المدعي الملكية والتي تثبت في العقار بالسند الرسمي المشهر في المحافظة العقارية، أو الدفتر العقاري باعتبار أن الدفتر العقاري هو السند الوحيد لإثبات الملكية العقارية في الأماكن المسوحة، لذا سنقسم هذا المطلب إلى فرعين نتناول في الفرع الأول الجدل الفقهي من شهر عقد البيع، ونتناول في الفرع الثاني الضمانات القانونية لتطبيق العقد.

الفرع الأول: الجدل الفقهي من شهر عقد البيع

ظهر رأيان الأول يرى بالحجية المطلقة للدفتر العقاري على أساس أن الدفتر العقاري هو المعبر الحقيقي عن الوضعية القانونية الحالية للعقار، فلا يسلم لصاحبه إلا بعد إجراء عمليات التحقيق العقاري والتي تتمثل في إجراءات المسح المعقدة، والتي ينتج عنها تطهير العقار مما قد ينقله من أعباء وحقوق للغير، فليس بمقدور أي شخص الادعاء خلافاً لما يحتويه الدفتر العقاري، فالهدف من مسح الأراضي العام هو إسباغ الحجية المطلقة للحقوق، وهذا من أجل تسهيل تداول العقار وبعث الائتمان العقاري، وضبط الملكية العقارية وعدم التلاعب بها، فهذا السند يُعتبر حاسم للملكية العقارية.

أما أصحاب الحجية النسبية للدفتر العقاري، أن هذا الأخير له قوة ثبوتية نسبية وليست مطلقة في إثبات الملكية العقارية، وحجتهم في ذلك أن القانون الجزائري سلك هذا المنحى، وهذا ما أكدت عليه المادة (16) من المرسوم (63-76) سالف الذكر، حيث من خلالها قلل القانون من مبدأ الحجية المطلقة للحقوق المقيدة في نظام الشهر العيني وجعل هناك استثناءً على هذا المبدأ، والذي بمقتضاه بإمكان الأشخاص الطعن في الحقوق الثابتة عن طريق القضاء، حتى ولو كان ذلك بعد الترقيم النهائي للعقارات بالمحافظة العقارية.

فإذا كان المبدأ الأول يرمي إلى تثبيت الحقوق إلا أن المبدأ الثاني يقضي بأن لا تكون عملية التجديد والتحرير، ومن ثم التسجيل في السجل العقاري، وسيلة لهضم حقوق الآخرين وحرمانهم منها⁽¹⁾. والرأي الثاني هو الراجح من الرأيين سابق الذكر.

(1) القانون 07 / 86 المؤرخ في 4 آذار / مارس 1986، المتعلق بالترقية العقارية، (جريدة رسمية 10).

الفرع الثاني: الضمانات القانونية لتطبيق العقد

أكد المشرع الجزائري على وجوب الضمان، حيث يتعين على المرقى العقاري اكتتاب ضمان في الترقية العقارية، وهذا قصد ضمان تسديد الدفعات التي قام بها المكتتبون في شكل تسبيقات وضمان إتمام الأشغال، وضمان تغطية أوسع للالتزامات المهنية والتقنية، على أنه يعتبر باطلاً كل اتفاق من شأنه إعفاء المهندسين أو المقاولين من ضمان متانة البناء وسلامته مدة السنوات العشر التالية للتسليم باعتباره من النظام العام.

فيلزم المرقى العقاري بالاكتتاب لدى صندوق الضمان والكفالة المتبادلة للترقية العقارية المحدث بالمرسوم التنفيذي رقم (97-406)، المتضمن إنشاء صندوق الضمان والكفالة المتبادلة حيث توكل لهذا الأخير مهمة ضمان المبالغ المالية التي يدفعها المشتري؛ لأن هذا الأخير يتفق مع البائع على المبلغ الذي يسلمه المشتري أثناء مراحل الإنجاز في شكل دفعات، وهذا على أساس تقدم الأشغال على أن يسلم المبلغ المتبقى عند تسليم البناية⁽¹⁾.

وهذا ما أشار إليه القانون (04/11) بنصه على أنه (يجب أن ينتسب المرقون العقاريون المعتمدون والمسجلون في الجدول الوطني للمرقين العقاريين دون ضمان أو كفالة المتبادلة في نشاط الترقية العقارية المنشأ بموجب أحكام المرسوم التشريعي رقم (93-01) المؤرخ في 19 كانون الثاني/يناير سنة 1993، والمتضمن لقانون المالية لسنة 1993، الذي يدعي في صلب النص صندوق الضمان. توكل لصندوق الضمان مهمة السهر على وضع الضمانات والتأمينات التي يلتزم بها المرقون العقاريون عند الاكتتاب⁽²⁾).

يجب أن يكون المرقى العقاري من المحترفين وأن يكون له قدرات مالية تضمن القانون (04/11) هذا الشرط وهذا بنصه (يجب أن يبادر بالمشاريع العقارية المعدة للبيع أو الإيجار محترفون يمتلكون المهارات في هذا المجال والقدرات المالية الكافية)⁽³⁾.

يخضع المرقى العقاري لشهادات التعمير التي تشمل رخصة التجزئة ورخصة البناء وشهادة التعمير وشهادة المطابقة المنصوص عليها في المرسوم التنفيذي (176/91) ولا سيما الرخص الإدارية المطلوب

(1) القانون 07 / 86 المؤرخ في 4 آذار/ مارس 1986، المتعلق بالترقية العقارية، (جريدة رسمية 10).

(2) القانون 07 / 86 المؤرخ في 4 آذار/ مارس 1986، المتعلق بالترقية العقارية، (جريدة رسمية 10).

(3) القانون 07 / 86 المؤرخ في 4 آذار/ مارس 1986، المتعلق بالترقية العقارية، (جريدة رسمية 10).

إرفاقها بعقد البيع على التصاميم، والتي تضمنها المرسوم التنفيذي رقم (85/94)⁽¹⁾، وهذا ما تضمنه القانون (04-11) في كل من المادة⁽²⁾.

يجب أن يكون المرقى العقاري مالكا للأرض محل الإنجاز والبيع، وهذا لأنه يشترط وقت البيع إرفاق عقد الملكية بعقد البيع على التصاميم، وهذا حسب المرسوم التنفيذي (85-94) المؤرخ في (03/07) لسنة 1994، المتعلق بنموذج عقد البيع بناءً على التصاميم المطبقة في مجال الترقية العقارية⁽³⁾.

فالتعاقد بموجب عقد البيع على التصاميم يكون غالباً عن طريق إعلانات خاصة عن بيع محلات تجارية أو سكنات، والتي ينشرها المتعاملون في الترقية العقارية في الصحف مع بيان مساحة العقار وثمانه وكيفية التسديد.

حيث إن هذه الإعلانات تعتبر إيجاباً كاملاً موجه إلى الجمهور، ولكن من أجل اعتبارها كذلك وجب أن يتضمن بياناً مفصلاً على الأسعار، وإلا عُدت دعوة إلى التعاقد، ويكفي عرض الطلبات فعند نفاذها فالموجب لا يكون ملزماً بإيجابه، بالإضافة إلى بقاء الإيجاب قائماً وقت صدور القبول؛ لأن الإيجاب يسقط بمضي المدة المحددة لتقديم الطلبات. في حين أن الدكتور أحمد عبد الرزاق السنهوري يفرق بين النشرات التي توزع على الجمهور التي تعد بمثابة دعوة للتعاقد، وبين الإعلانات التي ترسل إلى الأشخاص بأسمائهم وبعناوينهم والتي يعتبرونها إيجاباً صحيحاً.

من خلال المرسوم التنفيذي (58/48) المحدد لنموذج عقد البيع على التصاميم، فالبائع يكون ملزماً بتسليم العقار محل الإنجاز، وهذا وفقاً للأجال المتفق عليها من خلال العقد، وأضاف القانون نفسه أن يتعرض البائع إلى عقوبة التأخيرية في حالة تخلفه عن تسليم البناء في الآجال القانونية المحددة، تتمثل في دفع مبالغ عقابية تحسب بنسبة مئوية كحد أقصى محددة من الثمن التقديري للبيع يُتفق عليها مسبقاً في العقد⁽⁴⁾، وهذا ما أكدته القانون (04/11) الذي يتضمن أن كل تأخر في التسليم للعقار محل الإنجاز يُعرض البائع إلى عقوبات التأخير⁽⁵⁾.

(1) القانون 07 /86 المؤرخ في 4 آذار/ مارس 1986، المتعلق بالترقية العقارية، (جريدة رسمية 10).

(2) القانون 07 /86 المؤرخ في 4 آذار/ مارس 1986، المتعلق بالترقية العقارية، (جريدة رسمية 10).

(3) القانون 07 /86 المؤرخ في 4 آذار/ مارس 1986، المتعلق بالترقية العقارية، (جريدة رسمية 10).

(4) المادة (03) من المرسوم التنفيذي رقم (85-94).

(5) القانون 07 /86 المؤرخ في 4 آذار/ مارس 1986، المتعلق بالترقية العقارية، (جريدة رسمية 10).

بالإضافة إلى ما سبق ذكره طبقاً لنموذج عقد البيع على التصاميم، ذكر السنة واليوم التي تم تحديدهما في العقد، وذكر هوية الموثق بالإضافة إلى التعريف الدقيق لهوية المرقى العقاري، وكذا المشتري والهيئة المقرضة عند الاقتضاء.⁽¹⁾

يرى الباحث أنه بالنسبة إلى انتقال الملكية إلى المقتني، والتي تنتقل بمجرد أن يتم توقيع العقد بينه وبين البائع إلا أنه لا يمكن التمتع أو حيازة البناية من طرف المقتني إلا بعد تسلم شهادة المطابقة.

وقد تضمن المرسوم (85/94) على التكاليف والشروط التي تقع على عاتق المشتري، والتي تمثل أساساً في تحمل ارتفاق الخصوم والتمتع بارتفاقات الأصول إن وجدت، إلا إذا امتنع عن بعضها وتمسك ببعضها وهذا تحت مسؤوليته، دون إمكانية الرجوع إلى المرقى العقاري، وكما يكون ملزماً بالرسوم وهذا ابتداء من يوم الشروع وكذا كل المصاريف والحقوق والأجور الناتجة عن العقد.

وقد أورد القانون نفسه المذكور أعلاه، شروطاً خاصة تتمثل في التأمين والضمان العقاري محل البيع عقد البيع على التصاميم ما إن كانت مثقلة بأي امتياز أو رهن أو ما إذا كانت محل المنازعة، بالإضافة إلى أي فصل في البنود المتعلقة بحالة الفسخ للعقد عند إخلال أحدهم في العقد بالالتزامات الملقاة على عاتقه المحدد بموجب قانون المالية من إعفاء المهندسين من فائض قيمة البنايات.

وللإشارة فإنه يجب على الموثق التأكد من حالة الأملاك العقارية محل عقد البيع على التصاميم إذا ما كانت مثقلة بأي امتياز أو رهن أو كانت محل منازعة، بالإضافة إلى أن يفصل في البنود المتعلقة بحالة فسخ العقد عند إخلال أحد طرفي العقد بالالتزامات الملقاة على عاتقه المحددة.²

خاتمة:

من خلال هذا الطرح حاولنا التعريف بعقد بيع المباني تحت الإنشاء، وكذا أهميته في التطوير العقاري في مجال السكن، فالسكن يكون عبارة عن تصميم يمكن تعديله حسب رغبة المشتري إذا تطلب الأمر، وبالتالي يفصل العقار حسب أهواء ورغبات واحتياجات المشتري، فالمشتري وعند استلامه للعقار المبيع لا يكاد يعدل إلا قليلاً، وبالتالي تفعيل مبدأ مشاركة الأشخاص في اختيار عقاراتهم وحصولهم على سكن لائق بهم، هذا من الناحية النظرية إلا أنه وبالواقع هذا النوع من العقود يكتنفه العديد من المنازعات كون أن التصميم يفرض على المشتري، كما أن موقع العقار كذلك، بل ويتعدى الأمر ذلك بكون المرقى يقوم بالبناء

(1) / القانون 07 / 86 المؤرخ في 4 آذار / مارس 1986، المتعلق بالترقية العقارية، (جريدة رسمية 10).

(2) انظر المادة (13) من المرسوم التنفيذي (94-58) المتعلق بنموذج عقد البيع بناءً على التصاميم.

على حساب ذمم المالية المشترين، أو بعبارة أصح الأقساط المقدمة من قبل المشترين، ثم يبيع العقار بأسعار خيالية لا تعكس القيمة الفعلية للعقار، ما يدفع غالباً بالمشتري لفسخ العقد بعد انتظاره سنوات عديدة من أجل الحصول على عقاره ليخرج خالي الوفاض، وبالتالي أصبحت هذه الآلية غير مجدية وهذا نظراً لطمع وشجع المرقين غالباً.

فبعد استعراض الخصوصية القانونية لبيع المباني تحت الإنشاء، من خلال بيان ماهية التنظيم القانوني بالبعد التشريعي، والحديث في قواعد التنظيم للعقد، فقد توصلت هذه الدراسة إلى بعض النتائج والتوصيات، نردها تباعاً:

أولاً: النتائج:

خلصت الدراسة إلى بعض النتائج، وهي:

- 1- أن المشرع القانوني عمل على تنظيم مسألة قانونية مهمة تلامس الجميع بالنسبة للبيع بالتصاميم من خلال تنظيم الوضع القانوني لمليتهم أو منح تملكهم للعقارات في الدولة، وهذا انسجاماً مع تطلعات الدولة والقوانين.
- 2- تهدف الملكية العقارية في تحديد تملكه أو استثماره بما يخدم نفسه والمجتمع في الدولة، وهذا يظهر من خلال المرسوم التشريعي الذي ينظم بيع العقار بالتصميم.

ثانياً: التوصيات:

خلصت الدراسة إلى بعض التوصيات، وهي:

- 1- على الدولة العصرية أن تدرس بشكل جدي واقعي حاجة السكان المتطورة إلى المساكن التي تتلاءم مع حاجاتهم ورغباتهم، والأعراف والتقاليد التي يؤمنون بها، والبيئة التي يعيشون بها، وكذلك حاجتهم إلى مجمعات وأسواق تجارية وصناعية، والعمل على تلبيةها في الأوقات والأسعار المناسبة.
- 2- على الشركات العامة والخاصة المتخصصة في هذا المجال أن تقوم ببناء مساكن حديثة، مراعية تقليل التكاليف، عن طريق تبسيط الأبنية، واختصار الفضاءات الزائدة، واستغلال المساحات المخصصة للبناء بأحسن ما يمكن.
- 3- نتمنى على المشرع الجزائري العمل على تغيير المرسوم التشريعي بما ينسجم مع عقد بيع مبني بناءً على التصاميم باتفاق الأطراف، فالمهندس المعماري والمقاول في عقد المقاولة لا يسألان عن العيوب الظاهرة أو المعلومة لرب العمل وقت تسلم الأعمال دون أن يبدي هذا الأخير تحفظات بشأنها.

قائمة المصادر والمراجع:

أولاً: الكتب المتخصصة

1. صبري، سعدي محمد، شرح القانون المدني الجزائري، النظرية العامة للالتزامات مصادر الالتزام، الجزء الأول، الطبعة الأولى، عين مليلة، الجزائر، دار الهدى، 1991-1992.
2. الأودن، سمير عبد السميع، تملك وحدات البناء تحت الإنشاء والضمانات الخاصة لمشتري الوحدات السكنية، مكتبة ومطبعة الإشعاع الفنية، الإسكندرية، 2001.
3. علي، علاء حسين، عقد بيع المباني تحت الإنشاء (دراسة قانونية)، منشورات زين الحقوقية، 2011.
4. سليمان، علي علي، النظرية العامة للالتزام، مصادر الالتزام في القانون المدني الجزائري، الطبعة الخامسة، بن عكنون، الجزائر، ديوان المطبوعات الجامعي .
5. زهرة، محمد مرسى، بيع المباني تحت الإنشاء (دراسة مقارنة في القانون المصري والكويتي والفرنسي)، دون دار نشر، 1989.

ثانياً: رسائل علمية

1. بلال، إبراهيم عثمان، تملك العقارات تحت الإنشاء (في القانونين المصري والفرنسي) أطروحة دكتوراه، كلية الحقوق، جامعة الإسكندرية، 2017.
2. نسمة، بوجنان، عقد البيع بناءً على التصاميم، مذكرة ماجستير، كلية الحقوق، جامعة أبو بكر القايد، تلمسان، 2009.
3. نوي، عقيلة، النظام القانوني لعقد البيع بناءً على التصاميم، رسالة ماجستير، كلية الحقوق، جامعة الجزائر، 2009/2008.
4. عبد الله، محمد أحمد محمد أحمد، تملك وحدات البناء تحت الإنشاء والضمانات الخاصة لمشتري الوحدات السكنية (دراسة تحليلية مقارنة)، مذكرة ماجستير، معهد البحوث والدراسات العربية، جامعة الدول العربية، القاهرة، مصر .
5. مسكر، سهام، بيع بناءً على التصاميم في الترقية العقارية، مذكرة ماجستير، كلية الحقوق، جامعة البليدة، 2007، (ص36).
6. مها بن تريعة، مسؤولية المرقى العقاري في إطار عقد الترقية العقارية، مذكرة ماجستير، كلية الحقوق، جامعة الجزائر 1، 2014.
7. نسمة، بوجنان، عقد البيع بناءً على التصاميم، مذكرة ماجستير، كلية الحقوق، جامعة أبو بكر القايد، 2009.
8. حجولي، نعيمة، عقد بيع العقار على التصاميم على ضوء القانون رقم (04/11)، رسالة ماجستير غير منشورة، جامعة محمد بوضياف، المسيلة، الجزائر، 2020.

ثالثاً: المجلات العلمية

1. دنون، ياسر باسم، العقد التمهيدي كأحد ضمانات البائع في عقد بيع المباني قيد الإنشاء (دراسة مقارنة)، مقال، مجلة جامعة الكويت للعلوم القانونية والسياسية، المجلد 3، السنة 3، العدد 13، 2011.
2. لموسخ، محمد، الضمانات القانونية في عقد البيع بناءً على التصاميم، مجلة المنتدى القانوني، العدد 6، 2009.
3. طيب، عائشة، آليات حماية مقتني العقار على التصاميم في ظل قانون رقم (04 / 11)، مقال، مجلة حوليات جامعة الجزائر العدد 20، الجزء 1، كانون الأول/ديسمبر 2011.

رابعاً: القوانين

- القانون (07/86) المؤرخ في 4 آذار/ مارس 1986، المتعلق بالترقية العقارية (جريدة رسمية العدد 10).
- القانون رقم (04-11) المؤرخ في 17 شباط/ فبراير 2011، المحدد لقواعد التي تنظم نشاط الترقية العقارية، (جريدة رسمية العدد 14).
- المرسوم التشريعي رقم (93-03) المؤرخ في 01 آذار/ مارس 1993، المتعلق بالنشاط العقاري، جريدة رسمية العدد 14.
- المرسوم التنفيذي (58-94) المؤرخ في 7 آذار/ مارس 1994، المتعلق بنموذج عقد البيع بناءً على التصاميم.
- المرسوم التنفيذي رقم (13/431) المؤرخ في 18 كانون الأول/ ديسمبر 2013، الذي يحدد نموذج عقد حفظ الحق عقد البيع بناءً على التصاميم للأموال العقارية، (جريدة رسمية العدد 66).

خامساً: مواقع إلكترونية

- سعيداني، لوناسي، المركز القانوني للمركبي العقاري في القانون الجزائري (04/11)، نقلاً عن <http://manifest.univ-ouarggla.dz> بتاريخ 07 أيار/ مايو 2012، (ص05).
- قاشي علال، التزامات المرقبي العقاري وجزاء الإخلال بها في عقد البيع على التصاميم، نقلاً عن manifest.univ-ouarggla.dz بتاريخ 07 أيار/ مايو 2012.

**الوضع القانوني لأموال الغائبين في الأراضي المحتلة
عام 1948م**

**The legal status for the law of Absentee's
Properties in the Palestinian territory occupied in
1948**

أ. عايذة فوزي عبد الله شحادة

**ماجستير قانون خاص، عضو هيئة تدريس في الكلية العصرية
الجامعية، رام الله، (فلسطين).**

الوضع القانوني لأموال الغائبين في الأراضي المحتلة عام 1948م

The legal status for the law of Absentee's Properties in the Palestinian territory occupied in 1948

أ. عايدة فوزي عبد الله شحادة

ماجستير قانون خاص، عضو هيئة تدريس في الكلية العصرية الجامعية، رام الله، فلسطين.

ayda.shegadeh@muc.edu.ps

DOI: <https://doi.org/10.70411/MJLS.1.2.202341>

ملخص:

صدر قانون أملاك الغائبين من قبل الكنيست الاسرائيلي عام 1950م، ضمن سلسلة من القوانين التي تحكم التعامل مع أملاك الفلسطينيين، التي حولت لعهد سلطنة إسرائيل تعرف باسم القيم، وهذا القانون مطبق في الأراضي الفلسطينية المحتلة عام 1948م. ثم أصدر الاحتلال الإسرائيلي من قبل الحاكم العسكري أوامر عسكرية مطبقة في الأراضي الفلسطينية المحتلة عام 1967م، وهذه الأوامر العسكرية تشبه نصاً وروحاً وجوهرًا قانون أملاك الغائبين. وفي ظل ازدياد الصراع بين الجانبين الفلسطيني والإسرائيلي حول إثبات أن هذه الأملاك الفلسطينية لها مالك وله حقوق الملكية من استعمال واستغلال وتصرف، إلا أنه وفي المقابل فإن هذه الأملاك تقع في عهد القيم الإسرائيلي. إن قانون أملاك الغائبين وضع آلية قانونية تبين العلاقة بين المالك ومملكه الذي يُعد وفق هذا القانون غائباً، وبين القيم الإسرائيلي ومملك هذا الغائب. وعليه تبين الباحثة في هذه الدراسة، هل قانون أملاك الغائبين والأوامر العسكرية ذات الصلة جاءت لحماية أملاك الفلسطينيين، أم من أجل أهداف أخرى للمشرع الإسرائيلي؟ وهل من السهولة استعادة هذه الأملاك الفلسطينية التي هي في يد القيم الإسرائيلي حين المطالبة بها من قبل المالك؟ وكيف جعل هذا القانون من أراضي الشعب الفلسطيني أملاكاً للمحتل باسم الحفاظ عليها؟

الكلمات المفتاحية: قانون أملاك الغائبين، الغائب، القيم، الغائب الحاضر، الكيرين كاييميت.

Abstract:

Absentees' Property Law was issued by Israeli parliament (Keenest) in 1950 within a series of laws taking controls of Palestinians properties. These properties have been assigned to an Israeli authority known by "Custodian" and it is applied in the occupied Palestinian territory in 1948. In the cooperation with military governor, Israeli occupation has issued military commands applied on the Palestinian territories occupied in 1967 which they completely and constitutively resemble the Absentees' Property Law. In spite of the struggle between Palestinians and Israelis are increasing trying to prove that Palestinians have the complete right to possess and use their properties, Israelis have forcibly assigned them under their "Custody". Absentees' Properties law has stated a legal status that stipulates the relationship between the properties and their owner(s) which, according to this law, is absentee and the between the Israeli Custodian and the properties of the owner according to what is mentioned above. The researcher shows in this study whether the Absentees' Property Law and the military commands have been issued to protect Palestinian's properties or to achieve other purposes for the Israeli project? Could it be easy to restore these Properties from Israeli Custodian when the Palestinians owners claim them? and finally, how did this law transfer the Palestinian property of lands to the occupier in the name of preserving them?

Keywords: Absentee's Property Law, Absentee, Custodian, absentee, keren kaymet.

مقدمة:

عانت الدولة الفلسطينية التي ولدت حديثاً من تعدد الأضاع القانونية؛ نظراً لتعدد الجهات التي حكمت فلسطين عبر التاريخ وما زالت إلى يومنا هذا تخضع للاحتلال الإسرائيلي، حيث أصدر الاحتلال الإسرائيلي سلسلة من القوانين التي تحكم التعامل مع أملاك الفلسطينيين. وعليه فإن إصدار القوانين من قبل الاحتلال الإسرائيلي يجب أن يأتي متفقاً مع تعليمات القانون الدولي، الذي يُجبر القوى المُحتلة ألا تمس بأموال المدنيين دون حاجة أمنية ملحة. وغير ذلك يشكل مساً خطيراً بالواجبات الملقة على إسرائيل كقوة مُحتلة.

أصدر الاحتلال الإسرائيلي عام 1950م، قانون أملاك الغائبين قانوناً أساسياً من قبل الكنيست الإسرائيلي، ليحكم التعامل بالأملاك الفلسطينية للمالكين الذين هجروا في حرب عام 1948م تاركين تلك الأملاك، ووفقاً لقانون أملاك الغائبين عهدت هذه الأملاك لسلطة إسرائيلية تُعرف باسم القيم. ثم أصدر الاحتلال الإسرائيلي من قبل الحاكم العسكري أوامر عسكرية مطبقة في الأراضي الفلسطينية المحتلة عام 1967م، وهذه الأوامر العسكرية تشبه نصاً وروحاً وجوهرًا قانون أملاك الغائبين.

إن قانون أملاك الغائبين هو قانون طوارئ ناتج مباشرة عن حالة الحرب، وإسرائيل واعية لكونه قانوناً استثنائياً، فإن تفسير القانون يجب أن يكون تفسيراً مرتبطاً دائماً بسياق سنّه، وهو السياق التاريخي لنكبة عام 1948م، ولا يمكن تحويله إلى قانون مثل أي قانون آخر.

مشكلة البحث:

إن الهدف الأساسي دائماً من صياغة أي قانون هو حماية الدولة وأموالها، لكن في حال إن صدر هذا القانون من دولة الاحتلال يتوجب عليها مراعاة المواثيق والمعاهدات الدولية في ذلك، إذ أن هذا القانون في ظاهره يبدو أنه جاء لحماية المالك الفلسطيني المتغيب عن ملكه في ظل الحرب والتهجير سواء كان بإرادته أو رغماً عنه، لذلك فإن المأمول من هذا القانون هو استعادة هذه الأملاك الفلسطينية من عهدة القيم الإسرائيلي، إن كان الهدف الأساسي منه حماية الأملاك الفلسطينية.

وعليه، فإن المشكلة الرئيسية تتمحور حول أن ظاهر قانون أملاك الغائبين يحمل هدفاً مناقضاً للهدف الأساسي الذي صيغ من أجله هذا القانون. ومن الصعوبات في إعداد هذه البحث عدم إمكانية الوصول إلى الأرشيف الصهيونية، وعدم إمكانية الوصول للمحاكم الإسرائيلية للاطلاع على قضايا ذات صلة، كذلك اختلاف المعلومات بحسب المراجع. وبالتأكيد عدم معرفتنا للغة العبرية شكل عائقاً للتدقيق في الكثير من المعلومات التي كان من الممكن أن تثري دراستنا.

أهمية البحث:

لخطورة قانون أملاك الغائبين في الاستيلاء على ملايين الدونمات من الأراضي الفلسطينية المحتلة، حيث جعل هذا القانون من المالك كمن لا ملك له، وأصبح حكم القيم كحكم صاحب الملك، لذلك فإن الدراسة تركز على قانون أملاك الغائبين لمعرفة الهدف الأساسي من وجوده، وكيف استخدم بشكل سلبي للاستيلاء على الأملاك الفلسطينية، أم هو منذ البداية وضع من أجل ذلك؟.

أهداف البحث:

تهدف هذه الدراسة إلى ما يأتي:

1. بيان دور قانون أملاك الغائبين والأوامر العسكرية ذات الصلة في التعامل مع الأملاك الفلسطينية.
2. مدى انسجام القوانين الإسرائيلية تحديداً قانون أملاك الغائبين مع المواثيق الدولية بشأن التعامل بأملاك المدنيين.
3. تحديد الصعوبات التي تواجه المالك الفلسطيني في التعامل مع أملاكه التي تقع ضمن قانون أملاك الغائبين.
4. تقييم قانون أملاك الغائبين لبيان أثره ومدى قيامه بالشكل المرجو سواء كان ذلك لحماية الأملاك الفلسطينية أو لمصلحة دولة الاحتلال.

أسئلة البحث:

ومن أجل تحقيق الأهداف المذكورة أعلاه، سنحاول في هذه البحث الإجابة عن الأسئلة الآتية:

1. ما هو قانون أملاك الغائبين؟
2. من يقع ضمن تعريف الغائب وفق قانون أملاك الغائبين؟
3. من هو القيم الإسرائيلي والصلاحيات التي يتمتع بها وفق قانون أملاك الغائبين؟
4. هل بإمكان المالك الفلسطيني استعادة أملاكه التي في عهدة القيم الإسرائيلي؟
5. هل قانون أملاك الغائبين يخالف القانون الدولي، أم ينسجم معه؟
6. ما هي الغاية الأساسية من قانون أملاك الغائبين؟

منهج البحث:

ستتبع الباحثة في هذا البحث المنهج التحليلي الوصفي، وذلك بدراسة نصوص قانون أملاك الغائبين.

خطة البحث:

المبحث الأول، ندرس فيه قانون أملاك الغائبين عام 1950م، يتضمن؛ المطلب الأول إعلان الشخص كغائب وفق قانون أملاك الغائبين. وندرس في المطلب الثاني مصطلح الغائب الحاضر الذي يدل على فريدة السياسة التشريعية الإسرائيلية، حيث لا مثيل لهذا المصطلح في أي مكان بالعالم. ويتناول المبحث الثاني كيفية إدارة أملاك الغائبين منذ لحظة إعلان الغائب، يتضمن؛ المطلب الأول القيم على أملاك الغائبين والصلاحيات التي يتمتع بها، والمطلب الثاني تحرير أملاك الغائبين.

حدود البحث:

يقتصر هذا البحث على الحدود الآتية:

1. حدود زمانية: منذ لحظة تطبيق قانون أملاك الغائبين عام 1950م، من خلال إعلان حالة الطوارئ من قبل الحكومة الإسرائيلية بتاريخ 1948/5/19م، حتى تاريخ هذا البحث.
2. حدود مكانية: الأراضي الفلسطينية المحتلة.

المبحث الأول: قانون أملاك الغائبين عام 1950م

أصدر الاحتلال الإسرائيلي العديد من القوانين والأوامر العسكرية في الأراضي الفلسطينية المحتلة، متذرعاً بأن هذه القوانين هي لحماية الفلسطينيين، وحقيقة الأمر ربما تكون مغايرة تماماً للهدف المعلن من إصدار القوانين الإسرائيلية، ويُعد قانون أملاك الغائبين الذي صدر من قبل الكنيست الإسرائيلي عام 1950م، من أهم المحطات في فترة الاحتلال الإسرائيلي، نظراً لمدى خطورته في التعامل مع أملاك الفلسطينيين.

ويُعد قانون أملاك الغائبين¹، قانوناً أساسياً صدر بتاريخ 1950م، في سلسلة من القوانين التي تحكم التعامل مع أملاك تعود إلى الفلسطينيين الذين هجروا في حرب 1948م، من قبل القوات التي انتهت بإنشاء دولة إسرائيل.² وقد ترك اللاجئون الفلسطينيون وراءهم الكثير من الأراضي خلال تلك الفترة، وتفاوتت

¹ قانون أملاك الغائبين 1950-5710، سجل قوانين دولة إسرائيل رقم (37)، 20 اذار 1950، ((ص86) فيما يلي: "قانون أملاك الغائبين").

² وفقاً لتقديرات مختلفة، بين كانون الأول 1947 حتى أيلول 1949، رحل ما بين ستمئة ألف وسبعمئة وستين ألف فلسطيني، من الأراضي التي أنشئت عليها دولة إسرائيل. تختلف تقديرات عدد اللاجئين الفلسطينيين وأولئك الذين بقوا في إسرائيل. ألكسندر (ساندي)، كيدار، المجلد 5، (ص421).

تقديرات حجم هذه الأراضي بشكل كبير، حيث سهل هذا القانون للإسرائيليين وضع اليد على ملايين الدونمات¹ التي حولت إلى إسرائيل.²

ويتضح أن إسرائيل منذ تأسيسها حاولت بسط سيطرتها على ما ليس لها من أملاك، خاصة الأرض فاستعملت قوانين قائمة طبقها من قبلها الاستعمار البريطاني، مثل أمر الأراضي من سنة 1943، وتعليمات الطوارئ من سنة 1945، كما أن برلمان الدولة الحديثة سن قوانين لفرض السيطرة المذكورة، منها قانون أملاك الدولة في سنة 1951، والذي ورثت بواسطته الدولة الإسرائيلية نفسها أملاك الاستعمار البريطاني حتى تاريخ 1948/5/15. وقانون استملاك الأراضي من سنة 1953. والذي شرعن عملية سلب الأراضي من أجل ما سمي احتياجات الأمن وتطوير البلد، ووصولاً إلى قانون أملاك الغائبين.¹

وبعد سن قانون أملاك الغائبين حولت حقوق الملكية على الأملاك الفلسطينية لعهد سلطة إسرائيلية خاصة تعرف باسم القيم على أملاك الغائبين التي منحت سلطات وصلاحيات واسعة جداً، لذلك ندرس قانون أملاك الغائبين لمعرفة إرادة المشرع الإسرائيلي، هل كانت لتمكين الدولة من التصرف بأملاك الغائبين لخدمة المشروع الإسرائيلي، أو من أجل الحفاظ على أملاك الغائبين من أجل مصلحة الغائب؟.

المطلب الأول: إعلان شخص كغائب

عرفت المادة (1) من قانون أملاك الغائبين الغائب بأنه "الشخص الذي كان طوال المدة الواقعة بين 29 تشرين الثاني 1947 واليوم الذي نشر فيه تصريح وفقاً للمادة 9 (د) من قانون أنظمة السلطة والقضاء 1948 الذي يعلن بأن حالة الطوارئ التي أعلنتها الحكومة المؤقتة في يوم 19 أيار 1948 قد زالت، والغائب هو المالك الشرعي لمال في الأراضي الإسرائيلية، حيث انتفع به أو وضع يده عليه سواء بنفسه أو بواسطة غيره بصفة دائمة خلال تلك المدة".³⁺⁴

¹الدونم يساوي 0.1 هكتار، حوالي 1000 متر مربع.

²يُقدر المسؤولون الباحثون الإسرائيليون أن الحديث يدور عن 4.2 و 6.5 ملايين دونم، ولكن توجد تقديرات أعلى من ذلك بكثير.

³قضايا إسرائيلية، المركز الفلسطيني للدراسات الإسرائيلية، العدد السابع والخمسون/ ربيع 2015، رام الله. (ص20).

⁴الوقائع الإسرائيلية، كتاب القوانين صادر في 2 نيسان 5710، 20 آذار 1950، (ص98)، ملحق رقم (1) نصوص مواد قانون أملاك الغائبين، (ص80).

1. ويُعد غائباً من كان له جنسية تابعة للبنان، أو مصر أو سوريا، أو المملكة العربية السعودية، أو شرق الأردن، أو العراق، أو كان من إحدى رعايا تلك الدول.
2. كان في أحد البلدان المذكورة أو في أي قسم من فلسطين خارج مساحة إسرائيل.
3. أو كان من رعايا فلسطين وترك محل إقامته العادي في فلسطين: إلى مكان خارج فلسطين قبل يوم 1 أيلول 1948.
4. إلى مكان في فلسطين كانت تسيطر عليه قبل ذلك الوقت قوات قاومت إنشاء دولة إسرائيل أو حاربتها بعد إنشائها.

وعليه اعتبر قانون أملاك الغائبين، المواطن الفلسطيني كأنه تابع لدولة أخرى داخل فلسطين، وبمقتضى هذا القانون وعبر تصريح رسمي للحكومة الإسرائيلية الذي أعلن بأن نهاية حالة الطوارئ تعني إلغاء النظام القانوني للغائب المطبق على الفلسطينيين ذلك يفسر، جزئياً، لماذا تحافظ إسرائيل على حالة الطوارئ حتى يومنا هذا.

وتتمحور المادة (30) من قانون أملاك الغائبين التي تقضي بأن شخصاً ما هو غائب أو أن ملكاً معيناً هو من أملاك الغائبين، إذا شهد "الوصي"¹ كتابياً أو فئة من الأشخاص بأن شخص ما غائب، فيجب أن يُعتبر هذا الشخص أو الفئة غائباً طالما لم يثبت العكس، فإن عبء الإثبات بأن الأمر ليس كذلك يقع على عاتق الطرف الذي يطعن في الشهادة²، بمعنى أن على المالك إثبات أنه لم يكن غائباً ليستطيع استرداد أملاكه التي أصبحت في أعداد أملاك الغائبين، وفي حالة تصديق القيم كتابياً أن ملكاً معيناً هو أملاك غائبين يجب اعتباره ملكاً غائباً.

ويتضح أن قانون أملاك الغائبين مبني على أسس واضحة لإخفاء معلومات تتعلق بالمالكين الفلسطينيين؛ لأن العملية كلها بدأت بإعطاء المستوطنين للوصي على أملاك الغائبين شهادات مشفوعة بالقسم تقول بأن الأملاك المستهدفة هي "أملاك غائبين"؛ ولم يتم فحص هذه الشهادات والتأكد من صحة

¹ الوصي (custodian) وفق ترجمة المجلس النرويجي وتعني القيم.

² المادة 30 (أ) (ب) من قانون أملاك الغائبين.

³ إسرائيل والقدس الشرقية استيلاء وتهويد، ماثير مارجريت، ترجمة مازن الحسيني، منشورات مركز القدس للحقوق الاقتصادية والاجتماعية، 2011.

معلوماتها، على الرغم من أن نوايا المستوطنين كانت واضحة. وكانت الشهادات موقعة من المحامي إيتان جيفا (Eitan Geva) الذي يُمثّل المستوطنين.³ وكان الأسلوب المُستخدم هو صفقة دائرية ذات عدة مراحل، ما ساعد على إخفاء آثارها.

كان الوصي بعد استلام الشهادات يُعلن بشكل آلي "أتوماتيكي" بأن أصحاب الأملاك المعنية هم مالكون غائبون، ويستولي على الأملاك. ومعنى ذلك أن الهدف الأساسي هو إجلاء العائلات الفلسطينية عن تلك الأملاك.

لذلك من هو القيم (الوصي)؟ ينص قانون أملاك الغائبين المادة (2) على أن وزير المالية يعين لجنة للوصاية على أملاك الغائبين، ويعين أحد أعضائها رئيساً لها. رئيس اللجنة هو القيم على أملاك الغائبين، يمكن للقيم تقديم طلب واتخاذ إجراء قانوني ضد أي شخص بحيث يكون المدعي أو المدعى عليه أو الطاعن في أي إجراء قانوني. ومن حق القيم في أي إجراء قانوني أن يمثّل على يد النائب العام الإسرائيلي أو محام يمثّل النائب العام.¹

وجعل المشرع الإسرائيلي كل ما يتعلق بأموال الغائبين من صلاحيات وزير المالية وفق المادة (2) من هذا القانون، حيث يقوم وزير المالية بتعيين مجلس قوامه على هذه الأموال، ويُعين أحد أعضائه رئيساً له من أجل المحافظة على الأموال الخاضعة لوضع اليد حسب المادة (7).

ويحق للقيم وفقاً للمادة (3) بتصديق خطي من وزير المالية أن يعين مفتشين على أموال الغائبين، وأن يعين وكلاء لإدارة الأموال التي وضع يده عليها، وايضا تعيين مستخدمين وموظفين آخرين يُعدون في حكم سائر موظفي الحكومة.

وبناءً على ما سبق يتضح هنا هدف المشرع الإسرائيلي: ألا وهو أنه جعل من القيم المالك لأموال الغائب التي تندرج تحت مسمى حماية أملاك الغائبين، أن القيم أصبح يتمتع بسلطات المالك الثلاث: الاستعمال والاستغلال والتصرف، ويؤكد ذلك نصوص القانون، حيث أنه منح القيم صلاحيات واسعة حيث يستطيع أن يباشر الأعمال، وأيضا إدارة عمل بالنيابة عن الغائب.

أما المادة (19) فإنها "الهدف الاساسي" في سياسة حكومة إسرائيل المتعلقة بأموال الفلسطينيين العقارية، الذين تم طردهم من أراضيهم لإنشاء دولة اسرائيل عليها، فقد نصت على: "لا يحق للقيم أن يبيع

¹ (2) (3) (7) (15) نصوص مواد قانون أملاك الغائبين 1950.

المال أو نقل ملكيته إلا إذا تكونت سلطة "ترقية الأموال" بمقتضى قانون الكنيست، يقصد بسلطة الترقية هي سلطة التطوير".¹

فقد نقلت الأملاك كافة إلى سلطة التطوير في عام 1953. وبما أن قانون سلطة التطوير ينص بشكل صريح²، إنه لا يمكن نقل الأملاك التي في حوزتها إلا لواحدة من أربع هيئات هي: دولة إسرائيل، الكيرين كاييميت، السلطات المحلية ومؤسسات لتوطين الفلسطينيين التي لم توجد إلى يومنا هذا. وبالتالي لم يُعد ممكناً إعادتها لأصحابها حتى لو أثبتوا أنهم لم يكونوا غائبين. بعد نقل الأملاك من القيم إلى سلطة التطوير لا يمكن لأصحابها المطالبة باستعادتها ولكن يمكن التعويض عنها.³ على هذا الأساس فإن صلاحية القيم واللجان الخاصة ببحث طلبات استعادة الأملاك، لمن يثبت أنه ليس غائباً تم إلغاؤها في الواقع بواسطة قانون سلطة التطوير.

المطلب الثاني: الغائب الحاضر

درسنا أعلاه قانون أملاك الغائبين ومن هو الغائب، وعليه من هو الغائب الحاضر، وكيف يمكن أن يكون غائباً وحاضراً في الوقت نفسه؟. الغائب الحاضر هو مصطلح يطلق على الفلسطينيين الذين طردتهم العصابات الصهيونية وأجبرتهم على الفرار من منازلهم خوفاً من المجازر التي ارتكبتها العصابات الصهيونية في فلسطين قبل وخلال حرب 1948، أو بناءً على طلب الجيش الإسرائيلي كإبعاد مؤقت مثل سكان قرى إقريت وكفر برعم، ولكنهم بقوا داخل فلسطين في الأراضي التي أقامت عليها المنظمة الصهيونية دولة إسرائيل، وفي عام 1950 كان تعدادهم 46000 من أصل 156000.⁴ أي أن الغائب الحاضر هو شخص حاضر جسدياً وغائب كمالك بقوة القانون.

إن الشخص يمكن أن يُعتبر غائباً قانوناً حتى لو كان موجود جسدياً في إسرائيل عندما تُعتبر أملاكه في عداد أملاك غائبين، حيث يُعد غائباً:

¹ قانون سلطة التطوير، المطلب الأول، المبحث الثاني، الفصل الأول، (ص26).

² قانون سلطة التطوير، المطلب الأول، المبحث الثاني، الفصل الأول، (ص26-34).

³ المرجع السابق نفسه، استناداً إلى (كريتشمير 2001، ص75، كوهن 2000، ص70).

⁴ المرجع <http://www.humanrights.cet.ac.il/> ، زيارة بتاريخ 20/2/2023، الساعة 8 مساءً.

أ. "كل من سافر عبر الحدود في زيارة أو لسبب آخر وبقي يوماً واحداً بعد تاريخ 1947/11/29، يُعتبر غائباً"¹، بمعنى أنه عند غياب المالك ليوم واحد فقط يفقد ملكه ويأتي القيم ليحل محله متذرعاً بحماية أملاكه!! ولا يسمح له بالعودة إلى أملاكه؛ لأنه أصبح في أعداد الغائبين. مثال ذلك: شخص في الناصرة ذهب لزيارة ذويه في إحدى مخيمات اللاجئين، وعند علم الاحتلال الإسرائيلي بذلك أصبح هذا الشخص غائباً ليحل القيم محله في أملاكه.

ب. "في بعض الحالات ترك جزء من سكان القرية فأعلن عن المتبقين بأنهم غائبون واضطروا لدفع أجرٍ للقيم عن استعمال أراضيهم على اعتبار أنها أملاك غائبين".

ج. "سكان قرى المثلث التي ضُمت لإسرائيل في اتفاقية رودوس 1949، أصبحوا غائبين لأنهم تواجدوا في لحظة إقامة إسرائيل في مناطق سيطرت عليها قوات حاربت لمنع قيامها". وبذلك صودرت الأراضي التي كانت ملكهم لكنها كانت حتى ذلك الوقت تحت سيطرة القوات الصهيونية.

د. "السكان الذين أُخرجوا من بلدتهم حتى بعد انتهاء القتال تحولت أملاكهم إلى القيم باعتبارهم غائبين"، مثل سكان إقرت وكفر برعم.

هـ. "كذلك الذين أُخذوا أسرى حرب تحولت أملاكهم إلى أملاك غائبين". هُم أسرى حرب في سجون الاحتلال الإسرائيلي، وكذلك في أعداد الغائبين؟؟

و. "جميع الفلسطينيين الذين كانت لهم أملاك في عكا الجديدة تواجدوا في عكا القديمة، في لحظة سيطرة القوات اليهودية عليها، اعتبروا غائبين"².

وبناءً على ذلك اعتبر جميع المذكورين أعلاه "غائبين حاضرين". كذلك جعل القانون من اللاجئين الداخليين غائبين. لهذا فإن عدد الغائبين الحاضرين أكبر من عدد اللاجئين الداخليين؛ لأن بعض اللاجئين سُمح لهم بالعودة إلى أماكن سكنهم ولكن على أساس انهم "غائبون حاضرون" (مثل سكان قرى شعب وعيلوط)، وكذلك من عادوا إلى عكا وحيفا وغيرهم.

¹عزيز حيدر، قضايا إسرائيلية فصلية تصدر عن مدار، (ديبري هكنيسيت مجلد 3 ص 148-149)، العدد 27، مؤسسة الأيام، رام الله، 2007، (ص11).

²عزيز حيدر، قضايا إسرائيلية فصلية تصدر عن مدار، (ديبري هكنيسيت مجلد 3 ص 148-149)، العدد 27، مؤسسة الأيام، رام الله، 2007، (ص11).

يمكن للشخص أن يعترض على تعريفه كغائب إذا أثبت أنه غادر مكان سكناه (أ) خشية من أذى قد يسببه له أعداء إسرائيل، أو (ب) لأي سبب وجيه أو خوفاً من العمليات العسكرية (المادة 27). وعلى مقدم الدعوى ضد القيم إثبات دعواه (المادة 27). ومنح القانون القيم صلاحية إلغاء الإعلان عن شخص أنه غائب وإعادة أملاكه إليه (المادة 28)، بينما حددت المادة (29) من صلاحية القيم في إعادة الأملاك لأنها تشترط قراره بتوصية من لجنة خاصة تعيينها الحكومة. ولكن اللجنة ترددت في إصدار مثل هذه التوصيات وامتنعت المحكمة عن التدخل في سياستها. من الناحية الفعلية، ما عدا بعض الحالات القليلة، لم يستطع الغائبون الحاضرون إثبات أنهم ليسوا غائبين، وبالنسبة لاستعادة أملاكهم فإن الأمر أصبح مستحيلاً في الواقع.¹

ومن الطبيعي على الفلسطينيين التنقل أو التحرك من مدنها وقراهم إلى قرى أبعد حفاظاً على أرواحهم وسلامتهم، وانتظاراً لحلول هدوءٍ يستطيعون خلاله العودة إلى بيوتهم وأملاكهم. ولكن جاء هذا القانون ليحولهم إلى غائبين، فلا قوة شرعية تثبت ملكيتهم لما كان ملكاً لهم. حيث منعتهم السلطات القانونية والسياسية والعسكرية الإسرائيلية من العودة إلى بيوتهم.²

نستنتج أن هذا القانون أفسح المجال أمام السلطات العسكرية الإسرائيلية إكمانية مصادرة عشرات آلاف الدونمات والعقارات والمباني والبيوت والتي تقدر قيمتها الفعلية بعشرات ملايين الدولارات. وكما كتب صبري جريس إن "الأملك القروية التابعة لكل الغائبين تشمل نحو 300 قرية متروكة أو شبه متروكة، تبلغ مساحتها ثلاثة ملايين وربع المليون من الدونمات... ومن ضمن الأملاك الزراعية نحو 80 ألف دونم بيارات، وأكثر من 200 ألف دونم أشجار مثمرة... أما الأملاك في المدن فتشمل 25.416 بناءً، تحتوي على 56.497 داراً للسكن و 10.729 محلاً للتجارة والصناعات الخفيفة. وكان القيم العام على أملاك الغائبين قد أعلن سنة 1949، أنه وضع يده على 223 ألف دونم من الأراضي المغروسة بالأشجار المثمرة".³

¹عزيز حيدر، قضايا إسرائيلية فصلية تصدر عن مدار، مرجع سابق، (ص12).

²كريتشمير، (ص70)، عن جوني منصور، يوم الأرض، البيرة، فلسطين، 2016، (ص66).

³جريس صبري، (ص149)، عن جوني منصور، يوم الأرض، البيرة، فلسطين، 2016، (ص66).

المبحث الثاني: كيفية إدارة أملاك الغائبين منذ لحظة إعلان الغائب

المادة 4(أ) من قانون أملاك الغائبين بعنوان "إناطة أموال غائبين بالقيم" تنص على: "أولاً: يصبح كل مال غائب منوطاً بالقيم من يوم تعيينه أو من تاريخ تحويل المال إلى مال غائب حسب التاريخ الأخير، ثانياً: ينتقل كل حق لغائب في المال إلى القيم من تلقاء نفسه عند إناطة المال به ويكون حكم القيم كحكم صاحب المال".¹ بمعنى أن القيم أصبح هو المالك.

على أرض الواقع كان هناك العديد من الحالات التي لم يصدر فيها القيم شهادات مشفوعة بالقسم تقول بأن الأملاك المستهدفة هي "أملاك غائبين"؛ إلا بعد أن بدأت الإجراءات القانونية لإثبات أن شخصاً معيناً أو ملكاً ما ليس غائباً. وفي بعض الأحيان يتم ذلك بعد سنوات عديدة منذ تحول الشخص إلى غائب أو الممتلكات إلى أملاك غائبين ظاهرياً.²

المطلب الأول: القيم على أملاك الغائبين والصلاحيات التي يتمتع بها

بداية وجد القيم وفقاً لقانون أملاك الغائبين من أجل إدارة هذه الأملاك، وتضمن التقرير السنوي رقم (41) لمراقبة الدولة في إسرائيل لعام 1991، أسلوب القيم في إدارة الأملاك المتنقلة (أي: ما هو ليس أرضاً أو مرتبطاً بها).

التقرير شمل نقداً جدياً لعمل القيم وسوء إدارة أملاك الغائبين، كما انتقد عدم قدرته على توفير المعلومات حول كمية أملاك الغائبين الموجودة في حوزته. وكمثال على ذلك تحدث التقرير عن أسهم شركات سيطر القيم عليها كأملك غائبين، ولم يستطع تفسير تحول بعض هذه الأسهم من شركة إلى أخرى، واختفاء بعضها الآخر.³ كما أن تقرير مراقبة الدولة عام 1991، يستند إلى المادة (7) من قانون أملاك الغائبين، ليفسر واجب القيم بأنه "على القيم الحفاظ على الأملاك المحفوظة كما هو مذكور في

¹الوقائع الإسرائيلية، كتاب القوانين صادر في 2 نيسان 5710، 20 آذار 1950، (ص100)، ملحق رقم (1) نصوص مواد قانون أملاك الغائبين.

² القيم على أملاك الغائبين ضد أراضي المرحوم جورج الناعمة، دعاوى صغيرة، 2007، استئناف مدني 3166/05. (الفقرة 9 من قرار الحكم)، قضية حليم، الحاشية 40، الفقرة 8 من قرار الحكم. دراسة صادرة عن المجلس النرويجي، أيار 2013، دون اسم باحث، (ص17).

³ دلال مروان، قضايا إسرائيلية فصلية تصدر عن مدار، (تقرير 1991: 328)، العدد 2، مؤسسة الأيام، رام الله، 2001، (ص74).

قانون أملاك الغائبين، (الموجود لديه فعلاً، بما في ذلك أملاك اقتنيت مقابل أملاك غائبين -ويشمل ذلك المال مقابل بيع أملاك غائبين) بنفسه أو بواسطة آخرين بعد الحصول على موافقته".

لاحقاً سئل القيم بتاريخ 97/12/3، في جلسة للجنة الفرعية للجنة الاقتصاد في الكنيسة، والتي ترأسها النائب عزمي بشارة، حول كمية أملاك الغائبين الموجودة في حوزته، فكان أحد تفسيراته لإجاباته المتتالية بأنه لا يعلم "بسبب فقد الملفات وضياعها عند نقل مكاتب القيم من تل أبيب إلى القدس" (1997) بروتوكول جلسة اللجنة).¹ ونتساءل ماذا يعني فقد الملفات وضياعها؟ ألا يعني ذلك بأنه من الممكن أن يكون القيم قد تصرف بها بشكل شخصي! ألا يعني ذلك بأن هناك إرادة بمسح كل أثر يمكن أن يساعد الغائب في تتبع أملاكه التي أصبحت في أعداد أملاك الغائبين.

كما يمنح قانون أملاك الغائبين القيم صلاحيات واسعة عندما يعلن أن ملكاً معيناً هو أملاك غائبين، ثم يقوم بعد ذلك بتغيير رأيه (أي أنه يعلن أن الملك لم يعد من أملاك الغائبين)، فإن عبء إثبات أن الملكية لم تعد من أملاك الغائبين لا ينتقل إلى صاحب الملك. ويكون حكم القيم كحكم صاحب المال. كما أن القيم ليس ملزماً بذكر أن الملك ينتمي إلى غائب محدد وفق المادة (5) من قانون أملاك الغائبين.² عليه إن كان الهدف الأساسي من وضع القانون الإسرائيلي كما يقال هو حماية أملاك الغائبين لحين استعادتها من المالك الحقيقي، فكيف يسمح للقيم وفق المادة السابقة عدم أهمية معرفة هوية الغائب، وعندما يعود الغائب مع وثائق الملكية هل بإمكان القيم في ظل الصلاحيات الواسعة الممنوحة له أن يرفضه كمالك بحجة أن الإثباتات غير كافية ليبقي حالة وضع اليد؟

أما المادة (6) التي توجب على كل من تحت يده مال لغائب أن يسلمه إلى القيم وكذلك من كان عليه دين للغائب يتعهد به للقيم. ونستنتج أن هناك إرادة بجعل كل المواطنين، وهنا في موضوعنا بشكل خاص المواطنين الفلسطينيين الذين بقوا على أراضيهم، متعاونين مع السلطة، سلطة الاحتلال.

وإذا كان هناك أشخاص يعيلهم الغائب قبل أن يمنع من العودة إلى أملاكه فإن للقيم السلطة التقديرية في المبلغ الذي يكفي لإعالتهم من ريع أملاك معيلهم تطبيقاً للمادة (9) من القانون. وهذا أيضاً أصبح من

¹ دلّال مروان، قضايا إسرائيلية فصلية تصدر عن مدار، (تقرير 1991: 328)، المرجع السابق، (ص74).

² تنص المادة (5) من قانون أملاك الغائبين: "حقيقة أن هوية الغائب غير معروفة لا تمنع أن تكون ممتلكاته أملاك غائبين، أو أملاكاً منقولة، أو أملاكاً متصرف بها أو محررة".

صلاحيات القيم ألا وهو إعطاء دفعات تقديرية لمن كان يعيلهم الغائب. ويتضح حرفياً أن القيم أصبح هو ذلك الشخص الفلسطيني بحجم الصلاحيات التي منحها له القانون.

كذلك فإن المال المناط من نوع العقارات الذي بني عليه بناء أو شُرع في بنائه، دون إذن من القيم فيجوز أن يأمر: بوقف جميع أعمال البناء أو هدم البناء تطبيقاً للمادة (11) من القانون. ومن صلاحيات القيم أيضاً رفع اليد عن هذا المال إذا كان يرى القيم بأن واصلع اليد لا حق له في ذلك، فيحق للقيم أن يصادق بشهادة موقعة بإمضائه تتضمن وصف المال، وحكم هذه الشهادة كحكم صادر عن المحكمة في صالح القيم لرفع اليد عن هذا المال تطبيقاً للمادة (10) من هذا القانون. ويستطيع كذلك -وهذا المهم- بيع أملاك الغائبين لسلطة التطوير التي نشأت بمقتضى قانون صادر عن الكنيست الإسرائيلي.

وهنا تحديداً منذ متى أصبح قرار الفرد يرتقي ويتساوى مع قرار المحكمة، وفيما يتعلق بالبيع أصبحنا أمام الإشكالية الأهم في هذا القانون حيث أن التحويل من خلال بيع هذه الأملاك إلى شركات خاصة وجمعيات غير حكومية تحويلاً لملكية العقار، وبالتالي فقدانه بشكل دائم خاصة أن القانون الدولي يحمي الملكية الخاصة ويمنع المساس بها بأي حال من الأحوال، ما ينذر بفقدان المالك لملكه بشكل تام وتوفير غطاء دولي قانوني لهم في ظل هذا القانون.

كما يحق للقيم إدارة أو تنظيم الملكية المشتركة إذا كان جزء من الملك ينتمي إلى الأملاك العقارية وانتقل إلى القيم، ويمكن لهذا الأخير المشاركة في إدارة الملك بكامله مع المالكين غير الغائبين كما ينتفع بالحقوق التي كانت لدى الغائبين، وبذلك يصبح القيم شريكاً بدل المالك الأصلي.²

وهذا جعل الكثير من أصحاب الأملاك غير الغائبين يتجنبون إقامة أي مشروع في أملاكهم نظراً لحلول القيم محل المالك الغائب الشريك في الملك، حيث يصبح القيم شريكاً في الملك بدلاً منه، لأنه بمجرد طلب باقي الشركاء "غير الغائبين" رخصة بناء على سبيل المثال، يأتي القيم شريكاً لهم، وهذا أدى إلى تضيق الحصار على أصحاب الملك، فقانون أملاك الغائبين هو سيف سلط على رقاب الحاضرين في الملكيات المشتركة. وعليه يتبين من دراسة هذه المواد السابقة أن قانون أملاك الغائبين هو أداة "قانونية" للاحتلال الإسرائيلي للاستيلاء على العقارات الفلسطينية بحجة المحافظة عليها.

المطلب الثاني: تحرير أملاك الغائبين

بينما سابقا عن إدارة أملاك الغائبين من قبل القيم، ومن هو القيم وفق قانون أملاك الغائبين لسنة 1950، والصلاحيات التي يتمتع بها، وسندرس في هذا المطلب عن تحرير هذه الأملاك.

تنص المادة 28 (أ) من قانون أملاك الغائبين على أن القيم يتمتع بصلاحيات تحرير أملاك الغائبين، وفقاً لاجتهاده، ولكن فقط بعد توصية خاصة من قبل لجنة تعيينها الحكومة وفق المادة (29)، والمادة (30)، تحدد معايير إجرائية بصدد إثبات عدم غياب المالك، أو خطأ القيم في إعلان الغياب. وهي معايير منحازة لصالح القيم بشكل واضح. فوثيقة القيم بصدد الغياب سارية المفعول حتى إثبات العكس.

نستنتج مما سبق أن الغرض من أحكام قانون أملاك الغائبين هو أولاً وقبل كل شيء، حماية مصالح الدولة في ممتلكات هؤلاء المعلنين غائبين. وينعكس هذا الغرض في التلقائية التي تحول بها الأملاك للقيم، والصلاحيات الواسعة التي تمنح له. وتحقيقاً لهذه الغاية، لا يحتوي قانون أملاك الغائبين على حكم يحد من مدة استحقاق القيم للأملاك، كما لا يعترف القانون بوجود تسوية عامة لتحرير أملاك الغائبين، وفي العموم، لا يتم تحرير هذه الأملاك.

أيضاً المادة (28) من قانون أملاك الغائبين تظهر استثناء لهذا الأمر. فالمادة المعنونة بـ "تحرير الممتلكات المكتسبة"، تسمح للقيم بالنظر في إمكانية تحرير ملك مكتسب. كذلك تثبت ما يلي: "يجوز للقيم، وفقاً لاعتباريته المستقلة ولكن مع مراعاة أحكام المادة 29، تحرير الممتلكات المكتسبة عبر إصداره لشهادة بذلك، وبمجرد أن يفعل ذلك، لا يظل الملك ملكاً غائباً، وأي حق كان لشخص فيه مباشرة قبل عهده إلى القيم سيعود لهذا الشخص ولذريته". وينبغي قراءة هذه المادة جنباً إلى جنب مع المادة (29) من قانون أملاك الغائبين التي تنص "على ألا يستخدم القيم سلطته لتحرير الممتلكات المكتسبة".

وعليه، نرى تناقضاً بين المادتين (28 و 29)، حيث إن المادة (28) تسمح للقيم بالنظر في إمكانية تحرير ملك مكتسب، بينما نصت المادة (29): "على ألا يستخدم القيم سلطته لتحرير الممتلكات المكتسبة". بالتالي هذا يفتح الباب على مصراعيه في اتخاذ القرارات التي تأتي وفق اعتبارات سياسية. وفي هذا التناقض شكلت لجنة خاصة من قبل الحكومة وهي التي تقرر الحالات التي يسمح بتحرير الممتلكات فيها، ومثال على ذلك الأحكام الصادرة عن المحكمة العليا الإسرائيلية تؤكد على أن تقدير القيم واجتهاداته، بموجب المادة (28) من قانون أملاك الغائبين، تقتصر على الحالات التي أوصت فيها اللجنة

بتحرير الممتلكات. إن تحرير الممتلكات لا يعني إلغاء تنقلها إلى القيم منذ البداية، بل يعني ذلك إعادة ملكيتها من جديد إلى الغائبين.¹

وفي هذه الحالات، يتمتع القيم بحرية التصرف النهائي وقد يختار عدم تحرير الملك برغم هذه التوصية. في المقابل، إذا امتنعت اللجنة عن التوصية بتحرير الملك، أو أنها أوصت فعلياً بعدم تحريره، فليس للقيم عندها صلاحية لتحرير الملك في وقت لاحق بناءً على اعتباره².

ولا تقتصر سلطة القيم على النظر في تحرير الأملاك في الحالات التي توصي اللجنة بأن عليه فعل ذلك، بل من المعتاد أن يتخذ القيم القرار بشأن أي الطلبات التي تقدم إليه التي ينبغي أن تحال إلى اللجنة. بمعنى لا يمرر القيم جميع طلبات تحرير الأملاك إلى اللجنة، كما كشفت قضية عرضت على المحكمة المركزية في حيفا. وقد انتقدت المحكمة المركزية هذه الممارسة، وقررت أن القيم بقراره تمرير طلبات تحرير أملاك محددة فقط، انتهك التزامه بالتشاور مع اللجنة على النحو المطلوب، بموجب قانون أملاك الغائبين³.

الخاتمة:

حكومة إسرائيل وفيه للمبادئ الصهيونية فهدفها الأول تأسيس دولة يهودية، فقط يهودية على أرض فلسطين مع أقلية غير يهود. منذ قيام دولة إسرائيل وحالة الطوارئ معلنة ومستمرة ولم يتم إلغاؤها أبداً. وهذا يُشكل العنصر القانوني الأساسي للتشريع الإسرائيلي؛ لأنه إذا رُفعت حالة الطوارئ يجب إعادة مساحات شاسعة من الأراضي إلى مالكيها؛ لأنها صودرت لأسباب قيل عنها أمنية من الحاكم العسكري الذي يستعمل هذه المقولة لتنفيذ قوانين عسكرية.

وحرصاً من المشرع الإسرائيلي على الظهور بمظهر العدالة والمساواة في القوانين الإسرائيلية، سن قانون أملاك الغائبين الذي يوحى بالمعنى أنه أنشأ حماية وحفاظاً على أملاك الغائب، ولكن في حقيقة الأمر هو سرقة مهذبة لأملكه. لنستنتج من هذا القانون أن فريدة السياسة التشريعية الإسرائيلية، لا مثيل لها في أي مكان آخر، مثال ذلك مصطلح "الغائب الحاضر".

¹ كلاينر ضد مدير الضرائب العقارية، استئناف مدني 263/60، (1960)، قرارات الحكم 2521، (ص2545). دراسة صادرة عن المجلس النرويجي، أيار 2013، (ص20).

² قضية كوكران، الحاشية 40، الفقرة التاسعة من قرار الحكم. دراسة صادرة عن المجلس النرويجي، أيار 2013، (ص20).

³ قضية البهائية، الحاشية 58، فقرة 20 من قرار الحكم. دراسة صادرة عن المجلس النرويجي، أيار 2013، (ص20).

كما أن السياسة القانونية الإسرائيلية كانت دوماً هي نفسها منذ قيام دولة إسرائيل إزاء الممتلكات العقارية للفلسطينيين. حيث أنشأت الحكومة الإسرائيلية وظيفة القيم في المناطق المحتلة باسم الأمن والتطوير والمنفعة العامة، وصادرت الأراضي والمباني واستغلت الثروات المائية لصالح المشروع الصهيوني .. الخ، وفيما بعد، أي بعد هذه السرقة المهذبة سنت قانون التعويضات عام 1975، لكن الغالبية الساحقة من الفلسطينيين المغتصبه أملاكهم يرفضون التعويض، مع العلم أنه لم يسبق للقضاء الإسرائيلي أن أصدر حكماً بذلك حرصاً منه على عدم مخالفة سياسة دولة إسرائيل.

ويتضح مدى إجحافها بحق الشعب الفلسطيني، ومدى نفوذ إسرائيل وتغلغلها في هذا الاحتلال الذي ابتداءً من عام 1948 إلى يومنا هذا، وفي المناطق المحتلة عام 1967، كذلك الحاكم العسكري مثلاً للحكومة وهو حارس للأملاك التي تغيب أصحابها، حيث سن قوانين عسكرية تتيح له مصادرة كل أرض صالحة لبناء مستوطنة. لذلك سواء كانت القوانين مدنية مصوت عليها في الكنيست أو أوامر عسكرية صادرة عن الحاكم العسكري، فكلها تعبير قانوني لإرادة سياسية واحدة لم تتغير منذ العام 1948، وهي نزع الأراضي من الفلسطينيين، أكبر جزء من هذه الأراضي المحتلة عام 1967، هذا الهدف الأساسي والرئيسي للاحتلال الإسرائيلي.

ويُعد الاستيلاء على الأراضي الفلسطينية وبيعها مخالف للقانون الدولي بشكل قاطع، كما أنه مخالف لاتفاقية لاهاي عام 1907، باعتباره "عملية نهب"، ومخالف لاتفاقية جنيف الرابعة (المادة 147) التي تمنع "الاستيلاء الجماعي على الممتلكات"، وهو أيضاً مخالف لأحكام محكمة نورمبرج التي تشجب الاستيلاء الجماعي على الممتلكات في البلاد المحتلة.

كما أن ما حدث في معظم القرى الفلسطينية من تهجير قسري مخالف (للمادة 49) من اتفاقية جنيف الرابعة التي تنص على أنه "يُحظر النقل الجماعي أو الفردي للأشخاص المحميين أو نفيهم من الأراضي المحتلة إلى أراضي دولة الاحتلال أو إلى أراضي أية دولة أخرى، محتلة أو غير محتلة، أيًا كانت دواعيه". وعليه، فإن أحد أشكال المقاومة الفلسطينية في الأراضي المحتلة الالتجاء إلى أعلى جهة قضائية في الدولة هي المحكمة العليا وذلك للحصول على حكم عادل، لكن يركز قضاء المحكمة العليا على صحة قرارات الحاكم العسكري وليس على واقع ثابت. حيث إن المحكمة العليا ما هي إلا جزء من المنظومة الصهيونية، وإحدى سلطات دولة إسرائيل الثلاث وتحكم وفقاً لهذه الحقائق، خاصة وأن أعضاء هذه المحكمة صهاينة قبل أي أمر آخر. نستنتج أن عنصرية إسرائيل في القانون ليست في النص فقط لكن أيضاً في التطبيق القضائي، وهذا يرجع لسيطرة الفكر الصهيوني على البرلمان والسلطة التنفيذية والقضاء.

وعليه، منذ عام 1948 إلى يومنا هذا مازال المحتل يتغلغل في الأراضي الفلسطينية متذرعاً بقوانين وأوامر عسكرية هدفها حماية الجاني وليس المجني عليه.

النتائج:

إن قانون أملاك الغائبين مجهول من قبل الحقوقيين الفلسطينيين، حيث لا يُدرس في كليات الحقوق مع بأنه يمس كل الشعب الفلسطيني.

لقد سيطر الاحتلال الإسرائيلي على الكثير من أملاك الشعب الفلسطيني متذرعاً بأنه يريد حماية هذه الأملاك، فإن كان ادعاؤه صحيحاً وهو غير صحيح بناءً على دراستنا، فالأولى عليه إعادتها لأصحابها، إذ أن ما قام به الاحتلال الإسرائيلي هو سرقة مهذبة بغطاء قانوني، لأن هدف القانون (قانون أملاك الغائبين) ليس الحفاظ على الأملاك من أجل الغائبين وإدارتها وإنما الغاية الأساسية منه تحقيق مصالح إسرائيل من هذه الأملاك، وإمكانية استغلالها لتقدم وتطور الاحتلال الإسرائيلي. وفي الوقت نفسه منع استغلالها ممن هو غائب وفقاً للقانون، ولمنع إمكانية استعمالها أو استعمال قيمتها من قبل المالك الفلسطيني. نستنتج كذلك عدم دقة المعلومات المدونة في القليل من الدراسات ذات الصلة بأملاك الغائبين، وهذا يجعل من أملاك الغائبين موضوعاً مهماً نظراً لعدم صدق المعلومات، وتناقضها.

التوصيات:

1. أن يُدرج موضوع أملاك الغائبين في منهج الحقوقيين، من خلال تدريسها في كليات الحقوق الفلسطينية.
2. أو من خلال تخصيص محاضرة أو محاضرتين على الأقل من مساق الحقوق العينية من أجل تدريس أملاك الغائبين.
3. كما يجب توعية الناس عامة من خلال وسائل الإعلام المحلي، وكذلك نقل هذا الموضوع إلى الرأي العام العالمي نظراً لعظم حجم إجحاف الاحتلال الإسرائيلي بحقوق المالكين الفلسطينيين.
4. وأيضاً من الضرورة إدراج أملاك الغائبين على طاولة المفاوضات، كملف أساسي ومن أهم المطالب الفلسطينية.
5. يجب العمل على توثيق متابعة أملاك الغائبين التي تم التصرف بها لصالح المستوطنين.

قائمة المصادر والمراجع:

1. قانون أملاك الغائبين 1950-5710، سجل قوانين دولة إسرائيل، رقم 37، بتاريخ 20 آذار 1950، (ص86). صيغة سابقة من هذا القانون سُنت عام 1968، (قانون الترتيبات القانونية والإدارية 1968)، قوانين دولة إسرائيل 1968، رقم 542 بتاريخ 1968/8/23، (ص247).
2. قضايا إسرائيلية، المركز الفلسطيني للدراسات الإسرائيلية، العدد السابع والخمسون/ ربيع 2015، رام الله. (ص20).
3. الوقائع الإسرائيلية، كتاب القوانين صادر في 2 نيسان 5710، 20 آذار 1950.
4. إسرائيل والقدس الشرقية استيلاء وتهويد، مائير مارجريت، ترجمة مازن الحسيني، منشورات مركز القدس للحقوق الاقتصادية والاجتماعية، 2011.
5. قانون سلطة التطوير (نقل الملكية)، 1950-5710، قوانين دولة إسرائيل، رقم 57، 9 آب 1950، (ص278)، المادة (3).
6. القيم على أملاك الغائبين ضد أراضي المرحوم جورج الناعمة، دعاوى صغيرة، 2007، استئناف مدني 3166/05 (الفقرة 9 من قرار الحكم)، قضية حليم، الحاشية 40، الفقرة 8 من قرار الحكم.
7. دياب ضد القيم على أملاك الغائبين، (1992)، استئناف مدني 1397/90، قرارات الحكم 789، (ص794-795).
8. عزيز حيدر، قضايا إسرائيلية، فصلية تصدر عن مركز مدار، العدد 27، مؤسسة الأيام، رام الله، 2007، (ص12)، (ديبري هكنيسيت مجلد 3 (ص 148-149)، (كوهين 2000، ص 25)، (كريتشمير 2001، ص 75) (جرائد 1956: 107-108)، (تقرير مراقب الدولة رقم 1961/12، ص141)، (ليسكوبسكي 1960)، (إدارة أراضي إسرائيل، 1998).
9. 4-44، p. 243 du 7 mars 1987، albayader al siyassi، n 6، مجلة البنادق السياسي، القدس. عن أنور أبو عيشة، "النظام العقاري في فلسطين"، دكتوراه دولة، جامعة paris x، 1988، (ص418).
10. Law of the state of Israel, published by government printer Jerusalem, Tel Aviv. , vol.8 , 1953/54 , p.35. عن أنور أبو عيشة "النظام العقاري في فلسطين"، دكتوراه دولة، جامعة paris x، 1988، (ص35)، (384).
11. مشروع قانون: نقل الملكية إلى سلطة التطوير، 1949-5710، نشر في سجل مشاريع القوانين 25، 8 أيلول 1949.
12. الأوامر العسكرية الإسرائيلية، صادر عن جيش الدفاع الإسرائيلي، سنة 1967-5727.

13. موقع عربي، صوت إسرائيل والتلفزيون الإسرائيلي، زيارة بتاريخ 2023/2/17، الساعة 8 مساءً ، <http://www.iba.org.il/arabil/arabic.aspx?classto=InnerKlali&type=5&entity=843171&topic=0&،page=242>.

14. كلاينر ضد مدير الضرائب العقارية، استئناف مدني 263/60، (1960) قرارات الحكم 2521، (ص2545). دراسة صادرة عن المجلس النرويجي، أيار 2013، (ص20).

15. قضية كوكران، الحاشية 40، الفقرة التاسعة من قرار الحكم. دراسة صادرة عن المجلس النرويجي، أيار 2013، (ص20).

16. قضية البهائية، الحاشية 58، فقرة 20 من قرار الحكم. دراسة صادرة عن المجلس النرويجي، أيار 2013، (ص20).

17. دلال مروان، قضايا إسرائيلية فصلية تصدر عن مركز مدار، العدد 2، مؤسسة الأيام، رام الله، 2001، (ص74)، (تقرير 1991: 328)، (2000 قضية عزرا: 265)، (1954 قضية هباب: 918)، (1994 قضية جولان: 644).

جريمة التهرب الضريبي في فلسطين

The crime of tax evasion in Palestine

د. ميرفت محمد حبايبة

دكتورة قانون عام، (فلسطين).

أ. ضرار أحمد عبادي

ماجستير قانون عام، (فلسطين).

جريمة التهرب الضريبي في فلسطين

The crime of tax evasion in Palestine

د. ميرفت محمد حبايبة*¹

أ. ضرار أحمد عبادي*²

1- دكتورة قانون عام، فلسطين

m.habaybeh@pag.ps

2- ماجستير قانون عام، فلسطين

abbadi25@gmail.com

DOI: <https://doi.org/10.70411/MJLS.1.2.202329>

ملخص:

للضرائب أهمية كبيرة في إيرادات الدولة في فلسطين، خاصة أن إيرادات الدولة متدنية وتعتمد بشكل أساسي على الدعم الخارجي. وتقدم هذه الدراسة تحليلاً لنصوص قانون ضريبة الدخل رقم (8 لسنة 2011)، وصولاً لمعرفة مفهوم جريمة التهرب الضريبي والآثار المترتبة على هذه الجريمة وأركانها وأشكالها، والوقوف على الأسباب الرئيسية للتهرب الضريبي ومعرفة الآليات المتبعة لمكافحة هذه الجريمة.

وفي نهاية هذه الدراسة توصل الباحثان إلى عدة مقترحات، للمساهمة في الحد من هذه الجريمة، تتمثل في تعديل نصوص القانون، بحيث تشمل على بيان أركان جريمة التهرب الضريبي، وتفعيل آليات الرقابة والضبط من قبل الجهة القضائية المكلفة بتنفيذ أحكام هذا القانون، وتوفير الوعي الضريبي لدى المواطنين.

الكلمات المفتاحية: التهرب الضريبي، المكلف، الإقرار الضريبي، التخطيط الضريبي، محكمة استئناف قضايا ضريبة

الدخل

Abstract:

Taxes are of great importance in the revenues of Palestine, especially since the revenues of the state are low and depends mainly on external support. This study presents an analysis of the provisions of the Income Tax Law No. 8 of 2011 in order to know the concept of the crime of tax evasion and the effects of this crime, its pillars and forms, and to find out the main reasons for tax evasion and the mechanisms used to combat this crime

As a result of this study, the researchers came up with several proposals to reduce this crime, represented in amending the provisions of the law to include a statement of the elements of the crime of tax evasion and the activation of control mechanisms by the judicial authority in charge of implementing the provisions of this law and providing tax awareness among citizens.

Keywords: Tax evasion, taxpayer, tax declaration, tax planning, Court of appeal of income-tax cases

مقدمة:

من واجبات الدولة اتجاه مواطنيها العمل على توفير أكبر قدر ممكن من الخدمات الحكومية لهم، إلا أن هذه الخدمات أصبحت تزداد وتتطور مع التطورات التي تحصل في مناحي الحياة كافة، الأمر الذي أدى إلى ازدياد نفقات الدولة، وبالتالي الحاجة إلى إيرادات ضخمة لتتمكن من الاستمرار في توفير الخدمات، وقد اعتمدت دولة فلسطين على مصادر عدة من الإيرادات أهمها فرض الضرائب، وضرائب أموال المقاصة، وقد تعددت المسميات التي تطلق على فرض الضرائب وتغيرت أشكالها وأهدافها، إلا أن المضمون بقي، بأنها مبلغ نقدي عيني يُدفع من قبل المواطنين للدولة.

يواجه نظام الضريبة في فلسطين بعض المشكلات التي تتمثل في التهرب الضريبي، والذي يعني قيام المكلف ببعض الأفعال والأعمال المخالفة للقانون، والتي بدورها تعمل على تخفيض قيمة الضريبة المستحقة المفروضة عليه. ومن هنا تأتي أهمية ضرورة وجود قانون واضح وعادل وواقعي ينظم الهيكلية الضريبية، الأمر الذي يستوجب وجود هيئة قضائية قادرة على تطبيق أحكام هذا القانون، وفرض أحكامه والعقوبات المفروضة بموجبه ومكافحة ظاهرة جريمة التهرب الضريبي.

التهرب الضريبي يُعد من أهم المشكلات التي تهدد النظام المالي في الدولة، وذلك من خلال قصورها في تغطية نفقاتها العامة، ما يجبر الدولة على اللجوء للاقتراض لتغطية عجز الموازنة. ومع تعاقب التعديلات لقانون ضريبة الدخل الفلسطيني، وآخر تعديلاته القرار بقانون رقم (8 لسنة 2011)، إلا أن جريمة التهرب الضريبي بقيت ذاتها، ولعل هذه كانت إشكالية الدراسة لدينا.

وتكمن أهمية هذه الدراسة من خلال معرفة مدى مساهمة قانون ضريبة الدخل في معالجة ظاهرة التهرب الضريبي، وكذلك معرفة أسباب التهرب الضريبي والآثار التي تترتب على التهرب الضريبي، وآلية مكافحة جريمة التهرب الضريبي.

وتبرز إشكالية الدراسة في السؤال الرئيسي الآتي: ما مدى ملائمة نصوص قرار بقانون رقم (8) لسنة 2011، لمكافحة جريمة التهرب الضريبي، بالإضافة إلى دور آليات الرقابة والضبط لدى الجهات القضائية المختصة في مكافحة جريمة التهرب الضريبي؟

وتبرز أهداف هذه الدراسة من خلال معرفة مفهوم جريمة التهرب الضريبي وأركانها والآثار التي تترتب عليها، وصولاً إلى طرق مكافحة جريمة التهرب الضريبي، متبعةً في ذلك المنهج التحليلي لنصوص القانون.

وعليه قمنا بتقسيم هذه الدراسة إلى مبحثين على النحو الآتي:

المبحث الأول: مفهوم جريمة التهرب الضريبي والآثار القانونية المترتبة على ذلك.

المبحث الثاني: موقف المشرع الفلسطيني من جريمة التهرب الضريبي في فلسطين.

المبحث الأول: مفهوم جريمة التهرب الضريبي في فلسطين والآثار القانونية المترتبة عليها

أنشأ قرار بقانون ضريبة الدخل الفلسطيني رقم (8) لسنة 2011، التزاماً على عاتق المكلف بدفع المبلغ المستحق عليه من الضريبة بالاستناد إلى نص المادة (3) من القانون، والتي تنص على "مالم يرد نص على الاعفاء في هذا القرار بقانون تكون الدخول المتحققة كافة لأي شخص من أي مصدر خاضعة للضريبة".

في حال تخلص المكلف من العبء الضريبي الواقع عليه يظهر لنا ما يُعرف بمفهوم التهرب الضريبي، أو كما يُطلق عليه البعض الغش الضريبي¹، وهو عدم إقرار المكلف بواجبه لدفع الضريبة المترتبة عليه سواء من خلال تقديم بيانات مضللة للدوائر المالية، أو من خلال استخدام وسائل مشروعة أو غير مشروعة للإفلات من دفع الضريبة. بعبارة أخرى إن المكلف يتخلص من دفع الضريبة إما بشكل كلي أو جزئي. ويتتج عن التهرب الضريبي آثار سيئة للخزانة العامة؛ لكونه يقلل من حصيلة الضريبة، كما أن آثاره سيئة على المكلفين الذين لا يستطيعون.

الذين يؤدون واجبه الضريبي، يتحملون عبء الضريبة بينما يفلت منه الآخرون، ما يؤدي إلى عدم تطبيق مبدأ العدالة في توزيع الأعباء العامة.

وهذا ما سوف نتناول الحديث عنه في هذا المبحث وفق المطلبين الآتيين:

المطلب الأول: ماهية التهرب الضريبي وأشكاله والآثار القانونية المترتبة على التهرب الضريبي.

المطلب الثاني: أركان جريمة التهرب الضريبي.

المطلب الأول: ماهية جريمة التهرب الضريبي وأشكالها وآثارها القانونية

وفق هذا المطلب سوف نتناول الحديث حول مفهوم التهرب، الضريبي وأشكال التهرب الضريبي، وأهم الأسباب التي تؤدي إلى التهرب الضريبي، وفق ما سوف نبينه على النحو الآتي:

¹ جهاد خصاونة، المالية العامة والتشريع الضريبي، ط1، 1999-2000م، (ص136).

انظر أيضاً: سامح مؤيد، أثر قانون ضريبة الدخل رقم (17) للعام (2004)، على ظاهرة التهرب الضريبي في فلسطين، مجلة جامعه القدس المفتوحة للبحوث الإنسانية والاجتماعية، 2022، (ص160).

أولاً: تعريف التهرب الضريبي

لم يضع المشرع الفلسطيني تعريفاً واضحاً وصريحاً بموجب قرار بقانون الخاص بضريبة الدخل الفلسطيني رقم (08 لسنة 2011) وتعديلاته، إلا أن الجانب الفقهي عرفه على أنه: "سلوك غير قانوني يقوم من خلاله المكلّف ضريبياً بالاحتياال على القوانين من أجل عدم سداد قيمة الضريبة المستحقة عليه كلياً، أو سداد قيمة أقل من القيمة المستحقة عليه ضريبياً خلال فترة مالية محددة وعرف جانب فقهي آخر التهرب الضريبي على أنه "الإفلات من الضريبة بعدم دفعها كلياً أو بعضها"¹.

من خلال التعريف الخاص بجريمة التهرب الضريبي لابد لنا من الإشارة إلى أن هناك فرقاً بين نقل عبء الضريبة (الانعكاس الضريبي) والتهرب الضريبي، ففي حالة التهرب لا يؤدي المكلف الضريبة نهائياً إلى خزانة الدولة ويضيع حقها من الضريبة وتهبط حصيلتها، أما في حالة الانعكاس الضريبي فيتحوّل عبء الضريبة من رافعها إلى مكلف آخر وهكذا حتى يستقر العبء نهائياً على عاتق من يتحملها فعلاً، وهنا تحصل الدولة على حقها كاملاً من الضريبة مثل التاجر الذي يعكس الضريبة الجمركية على ثمن السلعة المباعة².

كذلك يفرق عادة بين التهرب الضريبي والتجنب الضريبي، حيث إن التهرب الضريبي يحصل لعدم الالتزام بأداء الضريبة في حالة تحقق الواقعة المنشأة بالضريبة، أما التجنب الضريبي يحصل بعدم إنشاء الواقعة المنشئة للضريبة التي يتناولها القانون، أي تجنب المكلف العمل الذي من شأنه أن يؤدي إلى حصول الواقعة المنشئة للضريبة، كأن تفرض الضريبة على إنتاج أو استهلاك سلعة معينة فيمتنع المكلف عن هذا الإنتاج والاستهلاك أو يمتنع عن استهلاك السلعة الخاضعة للضرائب الجمركية من أجل تجنب دفع الضرائب غير المباشرة³.

¹ د. محمد حلمي مراد، مالية الدولة، مطبعة نهضة مصر، 1964، (ص3).

² د. مورييس صادق، موسوعة التهرب الضريبي، دار الكتاب الذهبي، 1999، (ص1).

يختلف مصطلح التهرب الضريبي عن مصطلح التخطيط الضريبي الذي يعني إضفاء شرعية وقانونية على التهرب الضريبي، بحيث تصبح العملية في إطار قانوني لا يحاسب عليه القانون.

سامح مؤيد، أثر قانون الضريبة الدخل رقم (17) للعام 2004 على ظاهرة التهرب الضريبي في فلسطين، مجلة جامعة القدس المفتوحة للبحوث الإنسانية والاجتماعية، 2022، (ص154).

³ محمد عبد الله جمعة، التهرب الضريبي لدى أصحاب المهن الحرة، جامعة النجاح الوطنية، 2000-2004، (ص81).

ثانياً: أشكال التهرب الضريبي:

تتخذ أشكال التهرب الضريبي نوعان: هما التهرب غير المشروع والتهرب المشروع (التجنب الضريبي) الذي لا تجريم ولا عقوبة عليه.

1- التهرب الضريبي غير المشروع:

قيام المكلف بمخالفة قانون الضرائب من خلال إخفاء مصادر الدخل عن أعين الموظفين المختصين، أو إخفاء جزء من دخله ويسمى هذا (بالغش الضريبي)، ويمكن تقسيمه إلى عدة أقسام:

أ. الإخفاء المادي: أي إخفاء الشيء الخاضع للضريبة: مثل إخفاء الطبيب جهاز حديث يكسب من وراءه الدخل.

تضخيم بعض المصاريف والأعباء القابلة للتنزيل من أرباح المهنة، مثل ضخ بعض المصاريف الشخصية التي ليس لها علاقة بالمهنة، كاشتراكات هاتف المنزل إلى الحسابات العمومية. كذلك يستطيع المكلف تضخيم المصروفات وتقليل الإيرادات مثل: المحامي الذي لا يظهر إلى الإدارة الضريبية إلا أرباح عقود المؤسسات والشركات، أما أتعاب المحاماة من الأفراد العاديين فيخفيها، كان ذلك في الماضي أما حديثاً فقد تم في غزة وضع الضريبة على كل قضية بعينها، يتم دفعها مسبقاً مع رسوم ترسيم كل قضية قبل إيداعها قلم المحكمة.¹

ب. التكييف الخاطيء: لقد انتشر نوع آخر من التهرب غير المشروع للضريبة وهو التهرب من أداء ضريبة المهن غير التجارية مثل العاملين في المجال السينمائي والتلفزيوني، بحيث تختصر العلاقة بين الفنان والمنتج بوجود عقدين الأول: هو العقد الحقيقي الذي يتبين فيه قيمة أتعاب الفنان الحقيقية، والثاني: هو العقد الصوري الذي يبين فيه قيمة أتعاب الفنان الظاهرية والذي يقدمه الفنان كأساس للمحاسبة عليه عند مصلحة الضرائب، ويكون الفرق بين مبلغ العقدين كبير جداً.² وهذا يهدف إلى تمويه واقعة فعلية وراء وضع قانونية ظاهرة، مثل: مستثمر لا يستطيع فتح صيدلية باسمه لكونه لا يحمل شهادة الصيدلة فيقوم بعمل عقد باطل مع صيدلاني، ويفتح الصيدلية باسم هذا الصيدلاني.³

2- التجنب الضريبي:

¹ محمد عبدالله جمعة، مرجع سابق، (ص 83).

² د. صادق مورييس، مرجع سابق، (ص 5).

³ محمد عبدالله جمعة، مرجع سابق، (ص 83).

يُقصَد به تخلص المكلف من أداء الضريبة نتيجة استفادته من بعض الثغرات الموجودة في التشريع الضريبي، أي أن يتخلص من دفع الضريبة دون أن يكون هناك أية مخالفة للنصوص القانونية والتشريعات الضريبة. ومن الأمثلة على التهرب الضريبي المشروع صورة التجنب الضريبي سواء في الضرائب المباشرة أو غير مباشرة، أي الامتناع عن القيام بعمل يستوجب دفع الضريبة مثل: عدم قيام التاجر باستيراد بضائعه من الخارج حتى لا يدفع ضريبة الجمارك، وغالباً ما يقوم المكلف بالاستعانة بأهل الخبرة والاختصاص لمعرفة طرائق التخلص من الضريبة.¹

ثالثاً: الأسباب المؤدية إلى جريمة التهرب الضريبي

هناك عدة أسباب أدت إلى تهرب المكلف من دفع الضريبة إلى خزانة الدولة، وإبقاء هذا المبلغ في حوزته، وهذه الأسباب تختلف باختلاف التشريعات المالية والأوضاع الاقتصادية والاجتماعية والثقافية والسياسية وكفاءة الأجهزة:

1- الأسباب القانونية:

تتلخص في قدم بعض التشريعات وتعقيدها وعدم وضوحها، بالإضافة إلى كثرة تبديل وتصحيح بعض القوانين الاقتصادية والضريبية نتيجة لعدم وجود قانون عقوبات ضريبي، هذا كله يفسح المجال أمام العامل الذاتي في تفسيرها حسب ما يتطابق مع مصلحته الشخصية. كما أن عدم وجود سجل للسوابق الجرمية والاكتفاء بالغرامات المالية يجعل التهرب الضريبي مغرياً.²

2- الأسباب الأخلاقية:

في حال ضعف المستوى الأخلاقي في المجتمع، يعني ذلك قلة الوعي الضريبي لدى المكلفين وعدم اهتمامهم بالمصلحة العامة مع قلة إيمانهم بالقطاع العام وما يقدمه من خدمات، لذلك من واجب الدولة العمل على زيادة الضريبة لدى المكلفين وتفهيمهم أن الفرد عندما يقوم بدفع هذا المبلغ الذي يعتبر من حق خزينة الدولة، إنما يدفعه لتحسين الخدمات العامة، ما يعود عليه بالخير نحوه ونحو أسرته، ويجب على الدولة أيضاً أن تنظر إلى الشخص المتهم من الضريبة نظرة المجرم. كل ذلك يقلل من التهرب الضريبي.³

¹ د. خالد الخطيب وأحمد شامية، أسس المالية العامة، دار وائل للنشر والتوزيع، الأردن، 2003، (ص 215).

² د. صخر عبد الله الجندي، نحو قانون عقوبات ضريبي يواجه تحديات العصر، دار الثقافة للنشر والتوزيع، الأردن، 2005، (ص 71).

³ محمد عبد الله جمعة، مرجع سابق، (ص 88).

3- أسباب تاريخية:

حيث كانت الضرائب تفرض ربما لحساب الحاكم وتختلط مع أمواله الخاصة، ما يؤدي إلى شعور الأفراد بأن الضرائب لا تفرض عليهم من أجل تحقيق مصلحة عامة.

4- الأسباب الإدارية:

إن سوء تنظيم الإدارة الضريبية وعدم كفاءة العاملين عليها وعدم وجود فروع كافية لها في مختلف أرجاء الدولة قد يؤدي إلى التهرب الضريبي، إضافة إلى تعقيد الإجراءات الإدارية المتعلقة بتحديد وتحصيل الضريبة، ويظهر هذا جيداً في الدول النامية، وهذا ملاحظ في الدول النامية لما تحتويه من نقص في الخبرة والكفاءة.¹

5- الأسباب الاقتصادية:

إن نسبة التهرب الضريبي تقل في أوقات الازدهار وتكثر في أوقات الأزمات الاقتصادية، حيث يكون الربح وفيراً في الحالة الأولى فلا يلجأ المكلف إلى حبس الضريبة، في حين يكون الربح قليلاً في الحالة الثانية بسبب ظروف اقتصادية سيئة فيحاولون الاحتفاظ بكل ما لديهم من أموال وعدم دفع الضرائب المستحقة عليهم.²

6- إساءة التصرف في الحصيلة من قبل الدولة (سوء الإنفاق الحكومي):

إذا وجهت الدولة مواردها المالية من حصيلة الضرائب بالاتجاه السليم ولمس أفراد المجتمع ذلك فيما تؤديه لهم من خدمات ووسائل الأمان والاستقرار، أقبلوا على أداء الضريبة طوعاً لتقتهم بأنها ستعود عليهم بالنفع، أما إذا اتجهت لإنفاق حصيلة الضرائب نحو الانصراف والبدخ فإن المكلف يحجم عن دفع الضريبة يقيناً منه أن وجودها في حوزتهم أكثر فائدة من نقلها إلى يد الدولة.³

7- أسباب جزائية:

¹ د. خالد الخطيب وأحمد شامية، مرجع سابق، (ص219).

بالإضافة إلى عدم وجود الوعي القانوني اللازم لدى المكلفين لمعرفة أهمية جباية الضرائب للدولة والعقوبات المترتبة في حال التخلف عن دفع الضرائب للدولة.

مرجع سبق ذكره، سامح مؤيد، أثر قانون ضريبة الدخل رقم (17 للعام 2004)، على ظاهرة التهرب الضريبي في فلسطين، (ص163).

² محمد عبد الله جمعة، مرجع سابق، (ص90).

³ جهاد خصاونة، مرجع سابق، (ص140).

ذلك بأن المكلف يوازن بين مبلغ الضريبة المترتبة عليه وبين العقوبة التي سيتعرض لها في حالة تعديه، فإذا كانت العقوبة قاسية تردد في ارتكاب الفعل والعكس صحيح.¹

8- الأسباب السياسية:

فقد كان للاحتلال الإسرائيلي للأراضي الفلسطينية دور كبير في زيادة التهرب الضريبي؛ لأن المكلف في هذه الأوقات كان يدفع ويقدم إقراراته الضريبية بناءً على رقابة إسرائيلية، وهذا يجعله يمتنع عن تقديم إقراره ويتهرب من الضريبة.

رابعاً: الآثار المترتبة على جريمة التهرب الضريبي

يقف التهرب الضريبي عائقاً أمام الدولة في تنفيذها لسياستها المالية وتحقيق أهدافها الاقتصادية والتنمية المخططة والمدروسة، والسبب في ذلك عدم تمكن الإدارات الضريبية من جمع الإيرادات المتوقعة لتحقيق تلك الأهداف بسبب الضرائب، ويترتب على التهرب الضريبي آثار من عدة وجوه.²

1- يضر بالخزينة العامة، لأنه يقلل من حصيلة الضرائب، بالتالي انخفاض حجم الإيرادات، ويترتب على ذلك عدم قدرة الدولة على مواجهة نفقاتها العامة.

2- يؤدي إلى عدم العدالة في توزيع الأعباء المالية العامة؛ لأن المكلفين الذين يرفضون هذا السلوك يتحملون عبء الضريبة بينما غيرهم يفلت من أدائها.

3- رفع أسعار الضرائب أو فرض ضرائب جديدة من أجل تعويض النقص الناجم عن التهرب، وهذا يتنافى مع العدالة الضريبية.

4- التهرب يضر بالمجتمع؛ لأنه يؤدي إلى حرمان الدولة من الأموال بالتالي تعطيل قيامها بالمشروعات التي تخدمه سواء أكان ذلك في قطاع التعليم، الصحة، الموظفين،... الخ.

5- انتشار الغش المالي، وهذا يؤدي إلى إضعاف خلق العام وعلاقات التضامن الواجب بين الجماعة وينتشر الفساد والرشوة المالية.³

¹ محمد عبد الله جمعة، مرجع سابق، (ص91).

الإقرار الضريبي: تصريح بالضريبة يقدمه المكلف وفق النموذج المعتمد من الدائرة.

المادة (1) قانون رقم (8) لسنة 2011، الخاص بشأن ضريبة الدخل.

² د. خالد الخطيب وأحمد شامية، مرجع سابق، (ص223).

³ صلاح قاسم، التهرب من ضريبة الدخل، رسالة ماجستير جامعة النجاح الوطنية، 2003، (ص88).

6- يضعف إيمان المجتمع بدور الدولة في تحقيق الخدمات الضرورية للأفراد ويقلل الثقة بالإدارة المالية.¹

المطلب الثاني: أركان جريمة التهرب الضريبي

بداية لابد من توضيح "الجريمة الضريبية"، والتي عرفها الفقه القانوني بأنها "كل فعل أو امتناع عن فعل يترتب عليه الإخلال بمصلحة الضريبة يقرر القانون على ارتكابها عقاباً".² ومن هنا يمكن القول إنه لا بد من توافر عناصر معينة حتى يقال إن المكلف ارتكب جريمة ضريبية، وهي³:

- 1- قيام المكلف بعمل يفرضه عليه القانون الضريبي ولكن ليس على أكمل وجه، مثل تقديم المكلف إقراره في الموعد المحدد إلا أنه يحتوي على بعض الغش مثل إخفاء بعض الإيرادات، أو أن يتمتع عن تقديم هذا الإقرار.
- 2- أن يؤدي هذا العمل إلى الأضرار بخزانة الدولة وعدم حصولها على حقها من تلك الأموال.
- 3- يُعد هذا الفعل جريمة حسب القانون ويجب العقاب عليه.

¹ د. خالد الخطيب وأحمد شامية، مرجع سابق، (ص 223).

² د. صخر عبد الله الجنيدي، مرجع سابق، (ص 76).

³ صلاح قاسم، مرجع سابق، (ص 93).

المادة (36) من قانون ضريبة الدخل رقم (8) لسنة 2011: 1. إذا لم تدفع الضريبة أو المبالغ المتوجب دفعها على حساب الضريبة في المواعيد المحددة للدفع بمقتضى أحكام هذا القانون يضاف إلى رصيد الضريبة أو تلك المبالغ ما يعادل (2%) من مقدار الضريبة أو المبالغ المذكورة عن كل شهر تأخير عن الموعد المحدد قانوناً، ويتم تحصيل هذه المبالغ وفقاً لأحكام هذا القانون والأنظمة والتعليمات الصادرة بمقتضاه. 2. لا يُعتبر المبلغ المضاف إلى الضريبة بمقتضى أحكام هذه المادة قسماً منها. 3. تفرض على كل مكلف ملزم بتقديم الإقرار الضريبي ولم يقدمه في الموعد المحدد بموجب أحكام هذا القانون غرامة تعادل (3%) من الضريبة المستحقة عن كل شهر تأخير وبعد أقصى لا يتجاوز (20%) من الضريبة المستحقة، وفي جميع الأحوال يجب أن لا تقل غرامة التأخير عن (300 شقيل) للشخص الطبيعي و(3000 شقيل) للشخص المعنوي. 4. تفرض غرامة تأخير بنسبة (2%) من قيمة الضريبة الواجب اقتطاعها عن كل شهر تأخير على أي مكلف باقتطاع ضريبة بمقتضى أحكام هذا القانون ولم يتم بتوريدها في الموعد المحدد. للمدير أو من يفوضه خطياً أن يعفي أي مكلف من أداء الغرامة أو جزءاً منها إذا اقتنع بأن المكلف تأخر عن الدفع أو تقديم الإقرار الضريبي لأسباب خارجة عن إرادته.

تأسيساً على ما سبق فإن جريمة التهرب الضريبي لها أقسام عدة نبين فيما يلي هذه الأقسام:

الفرع الأول: الركن الشرعي

ونعني بالركن الشرعي أن يقوم المشرع الضريبي بتحديد الأفعال التي تُعد جرائم في حال ارتكابها، وتحديد العقوبات المقررة لها "لا جريمة ولا عقوبة إلا بنص"، فمتى توفر النص على الفعل المجرم والعقوبة عليه توفر الركن الشرعي.

أما بالنسبة للمشرع الفلسطيني فقد جرم التهرب الضريبي، وبين الأفعال المكونة له في قرار بقانون ضريبة الدخل رقم (8) لسنة 2011، بالإضافة للعقوبة المقررة حيث تنص المادة (36) من قانون ضريبة الدخل.

1. إذا لم تدفع الضريبة أو المبالغ المتوجب دفعها على حساب الضريبة في المواعيد المحددة للدفع بمقتضى أحكام هذا القانون يضاف إلى رصيد الضريبة أو تلك المبالغ ما يعادل (2%) من مقدار الضريبة أو المبالغ المذكورة عن كل شهر تأخير عن الموعد المحدد قانوناً، ويتم تحصيل هذه المبالغ وفقاً لأحكام هذا القانون والأنظمة والتعليمات الصادرة بمقتضاه.

2. لا يعتبر المبلغ المضاف إلى الضريبة بمقتضى أحكام هذه المادة قسماً منها.

3. تفرض على كل مكلف ملزم بتقديم الإقرار الضريبي ولم يقدمه في الموعد المحدد بموجب أحكام هذا القانون غرامة تعادل (3%) من الضريبة المستحقة عن كل شهر تأخير وبعد أقصى لا يتجاوز (20%) من الضريبة المستحقة، وفي جميع الأحوال يجب أن لا تقل غرامة التأخير عن (300 شقيل) للشخص الطبيعي و(3000 شقيل) للشخص المعنوي.

4. تفرض غرامة تأخير بنسبة (2%) من قيمة الضريبة الواجب اقتطاعها عن كل شهر تأخير على أي مكلف باقتطاع ضريبة بمقتضى أحكام هذا القانون ولم يتم بتوريدها في الموعد المحدد. للمدير أو من يفوضه خطياً أن يعفي أي مكلف من أداء الغرامة أو جزءاً منها إذا اقتنع بأن المكلف تأخر عن الدفع أو تقديم الإقرار الضريبي لأسباب خارجة عن إرادته.

ويكون الشريك المحكوم عليه مسؤول بالتضامن مع المكلف في أداء الضريبة المستحقة¹.

¹ قانون ضريبة الدخل الفلسطيني رقم (8) لسنة 2011، مادة (36).

الفرع الثاني: الركن المادي للتهرب الضريبي

يقصد بالركن المادي للجريمة (الواقعة الإجرامية): هو السلوك المادي الذي ينص القانون على تجريمه. أي كل ما يدخل في كيان الجريمة وتكون له طبيعة مادية فتلمسه الحواس وهو ضروري لقيامها، إذ لا يُعرف القانون جرائم دون ركن مادي ولذلك سماه البعض بماديات الجريمة، ما يترتب عليه أن لا يعتبر من قبيل الركن المادي ما يدور في الأذهان من أفكار ورغبات وتطلعات طالما لم تتخذ سبيلها إلى الحيز الخارجي بمظهر ملموس لانعدام الركن المادي فيها. وللركن المادي عناصر مكونة ثلاثة هي: السلوك الإجرامي، والنتيجة الضارة، وعلاقة السببية بين السلوك والنتيجة.¹

ويتكون الركن المادي لجريمة التهرب الضريبي كما حددها المشرع الفلسطيني في الماده رقم (20) قرار بقانون ضريبة الدخل رقم (8) لسنة 2011، تنص المادة:

"يتعين على المكلف عند تقديم الإقرار الضريبي إرفاقه بالآتي: أ. نسخة من الحسابات الختامية للسنة الضريبية وشهادة المدقق القانوني المرخص وكشف تعديلي لغايات ضريبة الدخل مصادق عليه من المدقق القانوني المرخص، وذلك للشركات المساهمة العامة والخصوصية وأي شخص معنوي يخضع للضريبة والأشخاص المعفاة دخولهم من الضريبة بموجب التشريعات الاستثمارية سارية المفعول والمكلفين الأفراد وفق تعليمات تصدر من الوزير بتنسيب من المدير. ب. مع مراعاة ما ورد في البند (أ) من هذه المادة، على الشركات العادية والأشخاص الملزمين بمسك حسابات أصولية إرفاق نسخة من الحسابات الختامية وكشف تعديلي لغايات الضريبة وفق القوانين والأنظمة المعمول بها. 2. على المكلفين خلافاً للمكلفين المذكورين في الفقرة (1) من هذه المادة، أن يوضحوا في إقراراتهم الضريبية صافي الدخل الخاضع للضريبة بموجب كشف مختصر لإيراداتهم ومصرفاتهم عن الفترة الضريبية.²

¹ علي حسين خلف وسلطان عبد القادر الشاوي، المبادئ العامة في قانون العقوبات، دار السنهوري القانونية والعلوم السياسية، 2015، بغداد، (ص 138-147).

² نص الماده (20) من قرار بقانون ضريبة الدخل رقم (8) لسنة 2011.

1- يتعين على المكلف عند تقديم الإقرار الضريبي إرفاقه بالآتي: أ. نسخة من الحسابات الختامية للسنة الضريبية وشهادة المدقق القانوني المرخص وكشف تعديلي لغايات ضريبة الدخل مصادق عليه من المدقق القانوني المرخص، وذلك للشركات المساهمة العامة والخصوصية وأي شخص معنوي يخضع للضريبة والأشخاص المعفاة دخولهم من الضريبة بموجب التشريعات الاستثمارية سارية المفعول والمكلفين الأفراد وفق تعليمات تصدر من الوزير بتنسيب من المدير. ب. مع مراعاة ما ورد في

قدم الإقرار الضريبي على أساس عدم وجود دفاتر أو سجلات أو حسابات أو مستندات مع تضمينه بيانات تخالف ما هو ثابت لديه فعلاً من دفاتر أو سجلات أو حسابات أو مستندات أخفاها عن موظف الضريبة. مثل التاجر الذي يقوم بإخفاء بعض هذه الأوراق المذكورة من أجل تخفيض المبلغ المستحق عليه، إذ إنه في حقيقة الأمر لديه من الأوراق المذكورة ما يثبت حقيقة دخله وإيراداته وحقيقة مصروفاته ونفقاته، إلا أنه يخفيها حتى لا يعتمد عليها مأمور الضريبة ويكبر المبلغ المستحق عليه في خزينة الدولة.

وهذا بالنسبة للعنصر الأول من الركن المادي وهو (السلوك): ويتبين أن التهرب الضريبي يمكن أن يحدث بالإيجاب أو الامتناع، ومن هنا لا يمكن اعتبار الركن المادي متوفراً ما لم يستخدم المكلف إحدى الطرق أو الأفعال التي نص عليها المشرع.¹

إما بالنسبة للعنصر الثاني وهو (العلاقة السببية): أي أن الفعل الذي قام به الشخص هو الذي أدى إلى التخلص من الضريبة سواء جزئياً أو كلياً ولولا هذا الفعل لما حصلت النتيجة (أي إظهار الجريمة إلى حيز الوجود)، هنا لا بد من توافر ثلاثة عناصر²:

أ- استخدام الطرق الاحتمالية (السلوك سواء كان إيجابياً أو سلبياً بالامتناع)، بحيث لا يمكن اعتبار الركن المادي متوفراً ما لم يستخدم المكلف إحدى الطرق أو الأفعال التي نص عليها المشرع الضريبي في المادة (36).

ب- أن يتم التخلص من أداء الضريبة تحت تأثير الاحتيال (العلاقة السببية)، وتُعد هذه العلاقة متوافرة إذا ربطت الإدارة الضريبية ربطاً خاطئاً دون الإطلاع منها على الدفاتر المزورة التي أخفى فيها الجاني بعض المبالغ المزورة الخاضعة للضريبة.

ت- التخلص من الضريبة (النتيجة): لا تقوم هذه الجريمة ما لم يترتب على الاحتيال التخلص من الضريبة الواجبة سواء كان هذا التخلص كاملاً أو من بعض الضريبة المستحقة.

البند (أ) من هذه المادة، على الشركات العادية والأشخاص الملزمين بمسك حسابات أصولية إرفاق نسخة من الحسابات الختامية وكشف تعديلي لغايات الضريبة وفق القوانين والأنظمة المعمول بها. 2. على المكلفين خلافاً للمكلفين المذكورين في الفقرة (1) من هذه المادة، أن يوضحوا في إقراراتهم الضريبية صافي الدخل الخاضع للضريبة بموجب كشف مختصر لإيراداتهم ومصروفاتهم عن الفترة الضريبية.

¹صلاح قاسم، مرجع سابق، (ص95).

²صلاح قاسم، مرجع سابق، (ص95).

الفرع الثالث: الركن المعنوي

تتميز هذه الجريمة بأنها عملية تتطلب القصد الجنائي، وقد طلب القانون في هذه الجريمة القصد العام والقصد الخاص.

*القصد العام: يفترض علم الجاني بارتكابه فعلاً من أفعال الاحتيال من شأنه أن يؤدي إلى التخلص من أداء الضريبة كلها أو بعضها، أما في حالة إخفاء المكلف بعض الإيرادات نتيجة جهله بقواعد المحاسبة لا يُعد القصد هنا متوافراً.

*القصد الخاص: أن تتجه إرادة الجاني إلى التخلص من أداء الضريبة كلها أو بعضها، وحرمان الإدارة الضريبية من الحصول على حقها.¹

بعد أن تم التحدث عن أركان الجريمة، فإنه لا بد لنا من الإشارة إلى أن هناك محكمة مختصة للنظر في المنازعات الضريبية حسب نص المادة (29) من قرار بقانون رقم (8) لسنة 2011، والتي تنص على ما يلي:

1. تُشكل محكمة خاصة تسمى (محكمة استئناف قضايا ضريبة الدخل) ضمن ملاك السلطة القضائية وتتعد برئاسة قاض لا تقل مرتبته عن قاضي محكمة عليا وعضوية قاضيين لا تقل مرتبة كل منهما عن قاضي محكمة استئناف، ويخضعون لأحكام قانون السلطة القضائية والأنظمة الصادرة بمقتضاه وتعد جلساتها في مدينة القدس أو في أي مكان آخر تراه مناسباً.

2. تطبق أحكام قانون أصول المحاكمات المدنية والتجارية فيما لم يرد به نص في هذا القرار بقانون والأنظمة الصادرة بموجبه.

3. تختص المحكمة بالنظر في أي استئناف يقدم للطعن في قرارات التقدير أو إعادة النظر في التقدير التي يجوز استئنافها بمقتضى أحكام هذا القانون والمطالبات المتعلقة بأية مبالغ يتوجب خصمها أو دفعها أو اقتطاعها كضريبة نهائية أو دفعها على حساب الضريبة.

¹ مروان بن مرزوق الروقي، القصد الجنائي في الجرائم المعلوماتية، مكتبة القانون والاقتصاد، السعودية، ط 1، (ص51).

4. تُعطى قضايا ضريبة الدخل صفة الاستعجال وتجري المحاكمة بصورة علنية، إلا إذا قررت المحكمة خلاف ذلك، ويُعتبر الشخص الذي صدر عنه قرار التقدير أو قرار إعادة التقدير مستأنفاً عليه.

5. يتولى أي من موظفي الوزارة المحققين وبتفويض خطي من قبل الوزير بناءً على تنسيب من المدير، تمثيل الدائرة في متابعة الدعاوى التي تكون الدائرة طرفاً فيها أمام المحاكم المختصة، ويتولى تقديم اللوائح والطلبات والمرافعة في تلك الدعاوى إلى آخر درجة من درجات المحاكم والتنسيب للمدير بإجراء المصالحات.

6. للمحكمة أن تؤيد ما ورد في قرار التقدير المطعون فيه أو أن تخفض أو تزيد أو تلغي الضريبة، ولها أن تُعيد القضية إلى المستأنف عليه لإعادة التقدير وفقاً للتعليمات التي تترتبها، ولها في حال قررت رد الاستئناف أو رد جزء منه أن تقرر إضافة (10%) من المبلغ الذي لم يسلم به المستأنف من مبلغ الضريبة المحكوم به عن كل سنة استمر فيها نظر القضية لدى المحكمة، ولهذا الخصوص تُعتبر أية مدة سنة إذا زادت عن ستة أشهر.

7. يتوجب على المستأنف القيام بالآتي:

أ. دفع رسم عند تقديم الاستئناف في كل فترة ضريبية مستأنفة بنسبة تعادل (1%) من الفرق بين مقدار الضريبة المقدرة عليه والمقدار الذي يسلم به من تلك الضريبة، على أن لا يقل عن مبلغ (300 شيقل) ولا يزيد عن مبلغ (600 شيقل) عن كل فترة ضريبية بصورة مستقلة ويدفع نصف الرسم عند تجديد الاستئناف.

ب. التوضيح في لائحة استئنافه المبلغ الذي يسلم به من الضريبة المقدرة، وعليه أن يقدم للمحكمة إيصالاً بدفعه مرفقاً مع لائحة الاستئناف، ويرد الاستئناف إذا لم يدفع المبلغ المسلم به على هذا الوجه.

ج. إقامة الدليل على أن التقدير باهظ ولا يجوز للمستأنف إثبات أية وقائع لم يدع بها بداية أمام مصدر القرار المستأنف.

8. إذا صدر أي قرار بمقتضى أحكام المادة (26) من هذا القرار بقانون وكان المكلف قد قدم استئنافاً ضد قرار المقدر المتعلق بفترة ضريبية أو فترات ضريبية ذاتها يترتب على المحكمة الآتي:

أ. إسقاط الاستئناف المقدم للطعن في قرار المقدر.

ب. النظر في الاستئناف المقدم بمقتضى أحكام المادة (26) من هذا القرار بقانون أن يقوم المستأنف بدفع الفرق بين الرسم المترتب على استئناف قرار الموظف المفوض والاستئناف المقدم ضد قرار المقدر.

9. يتولى المقدّر تبليغ المكلف خطياً بمقدار الضريبة المستحقة عليه وفقاً لقرار المحكمة.
10. كل حكم أو قرار تصدره المحكمة يكون قابلاً للطعن بالنقض خلال (30) يوماً من تاريخ تفهمه أو تبليغه، وفقاً لنظام استئناف ونقض قضايا ضريبة الدخل الصادر بمقتضى أحكام هذا القرار بقانون.
11. يجوز للمدير أو من يفوضه خطياً بالاتفاق مع المستأنف أو الطاعن بالنقض حل أي من القضايا المنظورة مصالحةً قبل صدور الحكم القطعي بها، ويخضع الاتفاق في هذه الحالة للتصديق من قبل المحكمة.¹

¹ -المادة رقم (29) من قرار (8) لسنة 2011، الخاصة بضريبة الدخل الفلسطيني.

*تجدر الإشارة إلى أن هناك عقوبات نصت عليها المادة (30).

العقوبات:

1. مع عدم الإخلال بأية عقوبة أشد في قانون آخر يعاقب بالحبس مدة لا تقل عن شهر ولا تزيد عن سنة أو بغرامة لا تقل عن (1000 شقيل) ولا تزيد عن (10000 شقيل) أو بكليتي العقوبتين معاً، كل من تهرب أو حاول أو حرض أو اتفق أو ساعد غيره على القيام بأي فعل من الأفعال الآتية:
 - أ. تقديم الإقرار الضريبي السنوي استناداً لدفاتر أو سجلات أو حسابات أو مستندات مصطنعة مع تضمينه بيانات تخالف ما هو مثبت بها.
 - ب. تقديم إقرار ضريبي غير صحيح وذلك بإغفال أو إنقاص أو حذف أي دخل أو أي جزء منه.
 - ج. تقديم إقرار ضريبي سنوي على أساس عدم وجود دفاتر أو سجلات أو حسابات أو مستندات مع تضمينه بيانات تخالف ما هو مثبت لديه في دفاتر أو سجلات أو حسابات أو مستندات أخفاها عن موظف الضريبة.
 - د. إتلاف أو إخفاء الدفاتر أو السجلات أو المستندات قبل انقضاء المدة اللازمة لحفظها وفقاً للقوانين والأنظمة المعمول بها.
 - هـ. إدراج أي بيان كاذب أو قيد صوري غير صحيح في كشف أو بيان قدم بمقتضى أحكام هذا القرار بقانون.
 - و. توزيع أرباح على شريك أو شركاء وهميين بقصد تخفيض نصيبه من الأرباح.
 - ز. اصطناع أو تغيير فواتير الشراء أو البيع أو غيرها من المستندات بغية تخفيض الأرباح أو زيادة الخسائر.
 - ح. إخفاء نشاط أو أكثر مما يخضع للضريبة.
 - ط. الامتناع عن تقديم المعلومات التي طلب منه تقديمها أو أعطى معلومات أو بيانات غير صحيحة من شأنها أن تؤثر في مسؤوليته أو مسؤولية أي شخص آخر في دفع الضريبة أو تحديد مقدارها.
 - ي. تقديم جواب كاذب على أي سؤال أو طلب وجه إليه للحصول على معلومات أو بيانات يتطلبها هذا القرار بقانون.
 - ك. عدم الالتزام بتسجيل نشاط أعماله لدى الدائرة وفق أحكام هذا القرار بقانون.
 - ل. عدم الالتزام بخصم الضريبة أو خصمها وعدم توريدها لحساب الدائرة.

ولقد صدر عن المحكمة العديد من الاحكام القضائية منها:¹

- القضية رقم 2016184/ المنعقدة في محكمة النقض بتاريخ 23-09-2018.
- القضية رقم 2017649/ المنعقدة في محكمة النقض بتاريخ 16-09-2018.
- القضية رقم 20171535/ المنعقدة في محكمة النقض بتاريخ 04-01-2018.
- القضية رقم 20161395/ المنعقدة في محكمة النقض بتاريخ 30-01-2017.
- القضية رقم 2016 987/ المنعقدة في محكمة النقض بتاريخ 03-10-2016.

المبحث الثاني: موقف المشرع الفلسطيني من جريمة التهرب الضريبي في فلسطين

بعد أن تناولنا الحديث بموجب المبحث السابق عن مفهوم جريمة التهرب الضريبي، وبيناً أشكالها وأركانها، أصبح من الواجب البحث عن أهم الوسائل الناجحة لمكافحة جريمة التهرب الضريبي في فلسطين، وهذا ما سوف نتناول الحديث عنه وفق هذا المبحث على النحو الآتي:

المطلب الأول: آليات مكافحة التهرب الضريبي.

المطلب الثاني: دور المشرع الفلسطيني في مكافحة التهرب الضريبي.

المطلب الأول: آليات مكافحة جريمة التهرب الضريبي في فلسطين

م. تزوير أي نموذج أو مستند أو وثيقة صادرة عن الدائرة.

2. للمدير أو من يفوضه خطياً طلب المعلومات الضرورية لتنفيذ أحكام هذا القرار بقانون من أي شخص تحت طائلة إيقاع العقوبات المنصوص عليها في الفقرة (1) من هذه المادة على كل من يمتنع عن إعطاء هذه المعلومات.

3. في جميع الأحوال يلتزم مرتكب أي من الأفعال الواردة في الفقرة (1) بدفع ما يعادل ضعفي النقص في مقدار الضريبة.

4. يتحمل المدقق والمدقق القانوني المسؤولية عن إصدار البيانات المالية أو المصادقة على بيانات مالية غير مطابقة للواقع بشكل جوهري أو تخالف أحكام هذا القانون أو معايير المحاسبة الدولية والقوانين والأنظمة المعمول بها سواء كان ذلك ناتج عن خطأ مقصود أو أي عمل جرمي أو عن إهمال جسيم، وفي هذه الحالة يُعتبر المدقق والمدقق القانوني أنه ارتكب جرماً يعاقب عليه بالعقوبة المنصوص عليها في الفقرة (1) من هذه المادة.

5. يجوز للمدير أن يجري المصالحة عن أي فعل ارتكب خلافاً لأحكام هذه المادة ويجوز له قبل صدور الحكم أن يوقف أي إجراء متخذ وأن يجري أية مصالحة بشأنها وفقاً للمبالغ التي يحددها.

6. فرض العقوبات المشار إليها في هذه المادة لا يعفي الشخص من مسؤولية دفع الضريبة.

¹ <https://maqam.najah.edu/legislation/139/item/6514> تمت الزيارة في 2023/3/30 الساعة 11.

نظراً للخطورة التي يسببها التهرب الضريبي بصوره المتعددة والمختلفة فإن على الدولة أن تسعى لبذل كل جهودها من أجل القضاء على هذه الظاهرة مستخدمة الوسائل كافة، ويمكن للدولة أن تلجأ إلى استخدام وسائل وقائية كأن تعمل على منع وقوعها، وكأن تقوم بتلافي الأسباب التي أدت إليها، ويمكن لها اللجوء إلى استخدام وسائل علاجية عن طريق معاقبة مرتكبي الجريمة وإنزال عقوبات قاسية بهم، وعليه أن يتناول هذه الآليات على النحو الآتي:¹

1- من الناحية الإدارية:

أ- تقوم هذه الجهات بتعميم قانون الضريبة من النصوص الجديدة التي تطرأ عليها وواجبات المكلف، عن طريق وسائل متنوعة كالمقالات في الصحف، والبرامج والإعلانات في محطات الإذاعة والتلفزة، كذلك المعلومات والمقالات التي لا بد من توزيعها على رجال الأعمال.²

ب- تقديم مساعدة للمعنيين في إعداد كشوفاتهم بحيث تقوم الإدارة عند حلول ميعاد التقديم أن تعلن عن وجود هذه المساعدة وتبعث الموظفين إلى الحملات التي ترى فيها ضرورة وجود هذه المساعدة، مثل المصانع والأماكن ذات الأعداد الكبيرة.

ت- رفع كفاءة التجهيزات المكتبية، خاصة الإلكترونية من خلال إنشاء شبكة حاسوب فلسطينية ترتبط فيها الدوائر الضريبية كافة، وتحديد ما يستحق على المكلفين من ضرائب.

ث- على موظفي الإدارة استخدام الحد الذي منحهم إياه القانون في الاطلاع على المستندات والوثائق كافة، التي تتعلق بالمكلفين والتي تفيد بدورها بمعرفة حقيقة وضع المكلف والتوصل إلى تقدير صحيح.³ وكذلك يكون لمأمور الضريبة (الموظف الإداري) الحق في رفض أو قبول التقدير الضريبي الذاتي حسب ما يتوفر لديه من معلومات وبيانات.⁴

ج- يجوز لمأمور الضريبة (الموظف الإداري) أن يقوم بإجراء التحقق اللازم لتطبيق أحكام قانون ضريبة الدخل على محلات ومكاتب المكلفين والدخول إلى أماكن العمل لفحص البضائع المخزونة من السجلات

¹صلاح قاسم، مرجع سابق، (ص116)

²د. غالب عرفات، اقتصاديات التهرب من ضريبة الدخل في الأردن، دار الكتب، 1965، (ص145).

³قانون ضريبة الدخل الفلسطيني رقم (8) لسنة 2011، المادة (37) و(33).

⁴قانون ضريبة الدخل الفلسطيني رقم (8) لسنة 2011، المادة (37) و(33).

والمستندات المتعلقة مع جواز ضبط هذه المستندات لمدة لا تزيد عن 30 يوماً، ويجوز له استجواب أي شخص يعتقد أن لديه معلومات.¹

ومن أجل تحقيق المستوى المطلوب في هذا المجال الإداري لا بد من توافر الكادر الفني ذو الكفاءة العالية والخبرة الواسعة وإعطائهم الرواتب المناسبة.

2- العمل على تطوير مهنة تدقيق الحسابات من خلال عقد دورات تدريبية والعمل على إيجاد معايير محاسبية خاصة يلتزم بها مدققو الحسابات. ونرى ضرورة تأمين مهنة تدقيق الحسابات وجعل المدققين موظفين تابعين للخدمة المدنية؛ حتى تضمن الدولة عدم تحيزهم لشركات معينة، مثلاً عند دراستهم الحسابات المتقدمة منها لتحقيق مصالح خاصة.²

3- العمل على إيجاد عقوبة رادعة لمكافحة هذه الظاهرة، حيث تكون متناسبة مع حجم الضرر الذي يلحقه المتهرب في خزينة الدولة والعمل على تطبيقها.

4- العمل على تنمية الوعي الضريبي من خلال بيان التزامات المكلفين المالية تجاه وطنه وتوضيح أهمية هذه الالتزامات تجاه دولته من خلال انعكاس هذا الالتزام بشكل إيجابي لتحقيق المصلحة العامة وبيان أوجه الاتفاق العامة مع شعور المكلف بالخدمات المقدمة إليه، بحيث تقل حساسيته وتخوفه من دفع الضريبة لخرينة الدولة.

5- تحقيق العدالة الضريبية من خلال رفع مستوى الإعفاءات الشخصية والعائلية وتطبيق شرائح ضريبة تتناسب مع حجم دخل الفرد، ومن الجدير بالذكر أن المشرع الفلسطيني عمل على رفع الإعفاءات ولكن لم يدخلها إلى حيز التنفيذ، كذلك تحقيق المساواة بين المكلفين (خضوع المكلفين ذوي الدخل الواحد للوعاء الضريبي نفسه)، ما يتحلل من المحسوبية في التكليف الضريبي. ومن هنا يتبين أن أهم ركيزتين للضريبة هما (العدالة والمساواة) لا بد من توافرها عند فرض الضريبة حتى يتحقق الحد من التهرب الضريبي.³

خلاصة القول إن عبء مكافحة ظاهرة التهرب الضريبي تقع على الدولة بشكل عام، خاصة إذا أعطي مأمور التعزيز الصلاحيات، ودربته التدريب اللازم لنجاح (الدائرة الضريبية في الدولة) مع ضرورة

¹ قانون ضريبة الدخل الفلسطيني رقم (8) لسنة 2011، المادة (37) و(33).

² د. غالب عرفات، مرجع سابق، (ص149).

³ صلاح قاسم، مرجع سابق، (ص117).

وجود تنسيق بين هذه الدائرة والدوائر الأخرى كالمبديات. فعند الحصول على أي ترخيص من البلدية لا بد من تقديم ورقة مذيلة بختم من البلدية تتضمن براءة ذمته من الضرائب.

المطلب الثاني: دور المشرع الفلسطيني في مكافحة التهرب الضريبي

لقد تبني المشرع الفلسطيني في قانون ضريبة الدخل الفلسطيني رقم (8) لسنة 2011، العديد من الوسائل في سبيل مكافحة ظاهرة التهرب الضريبي ومن هذه الوسائل:

1- بيّن المشرع أن تقرير الضريبة يتم بعدة طرق:

أ- بصورة ذاتية من المكلف من خلال تقديم إقرار من قبل الشخص الطبيعي أو المعنوي مرفقاً لحسابات إضافية.

ب- من قبل مأمور الضرائب ويسمى التقرير الإداري في حالة عدم تقديم المكلف إقراره الضريبي أو عدم قبول التعزير الذاتي.

ت- التقرير من قبل المحكمة المالية أو وزير المالية في حالة الطعن والاعتراض على التقرير.¹

¹قانون ضريبة الدخل الفلسطيني رقم (8) لسنة 2011، المادة (8). 1. للتوصل إلى مقدار الدخل الخاضع للضريبة لأي شخص تُنزل النفقات والمصاريف التي أنفقت أو استُحققت كلياً وحسراً في سبيل إنتاج الدخل الإجمالي خلال الفترة الضريبية بما فيها: أ. مصروفات البيع والنقل والتسويق والتوزيع. ب. المصروفات الإدارية والرسوم القانونية والإيجارات. ج. المرابحة وفوائد القروض. د. ضريبة القيمة المضافة على الرواتب والأجور وضريبة القيمة المضافة المدفوعة على أرباح المصارف والشركات المالية والمؤسسات المالية. هـ. الرواتب والأجور المدفوعة. و. مصاريف التأسيس، وبذل الخلو والمفتاحية والشهرة المدفوعة شريطة توزيعها على خمس سنوات بالتساوي من تاريخ دفعها. ز. مكافأة نهاية الخدمة المدفوعة وفق التشريعات النافذة. ح. التعويضات المدفوعة بدل إصابة العمل أو الوفاة ونفقات معالجة المستخدمين (بفتح الدال) وعائلاتهم وأقساط التأمين على حياتهم ضد إصابة العمل. ط. المبالغ التي يدفعها المستخدم (بكسر الدال) لأي صندوق موافق عليه من الوزير كصندوق الادخار والتوفير والضمان والتأمين الصحي. ي. نفقات التدريب الفعلية للموظفين والمستخدمين بما لا يزيد عن (2%) من الدخل الصافي السنوي. ك. النفقات الفعلية للبحث والتطوير الداخلية والبحث العلمي والشاركة مع المؤسسات العلمية بهدف التطوير بما لا يزيد عن (2%) من الدخل الإجمالي، أو (500000 شقيل) أيهما أقل سنوياً. ل. النفقات الفعلية لتبني المواصفات والمعايير الفلسطينية والتطبيق الأمثل لإدارة المؤسسات بما يشمل تطوير الأنظمة المحاسبية الإلكترونية وتبني معايير المحاسبة الدولية بما لا يزيد عن (2%) من الدخل الإجمالي أو (500000 شقيل) أيهما أقل سنوياً. م. النفقات الفعلية للاستطلاع والبحث عن أسواق أو آفاق جديدة لتصدير وترويج المنتجات الفلسطينية بما لا يزيد عن (2%) من الدخل الإجمالي أو (500000 شقيل) أيهما أقل سنوياً. ن. فروقات العملة المدنية. س. النسبة المحددة من كلفة الأصول كالمكانن والآلات والمعدات والأثاث والمفروشات والأبنية التي تحتوي على آلات شغالة يملكها المكلف حالاً

- 2- يبين المشرع شرائح تستوفي الضريبة بالاعتماد على كل ذلك، بهدف تحقيق العدالة والمساواة بين الأشخاص الخاضعين للضريبة.¹
- 3- يجب على المكلف أن يقدم إقراره الضريبي خلال الأشهر الأربعة الأولى من نهاية سنته المالية، مبيناً التعديلات المتعلقة بدخله الإجمالي والصافي الخاضع للضريبة، وكذلك الإعفاءات والضريبة المستحقة. في حال قام بتقديم إقراره خلال الشهر الأول من نهاية سنته المالية منحه القانون تنزيل قدره 6% من الضريبة المستحقة، أما في حال تقديمه في الشهر الثاني يكون التنزيل 4% والشهر الثالث يكون 2% من الضريبة المستحقة، ويجوز للوزير أن يصدر تعليمات تجاه بعض الأشخاص لضرورة إقرارهم الضريبي وفي حال تخلفوا يضاف 3% من الضريبة المستحقة إلى المبلغ المطلوب منه عن كل شهر تأخير على أن لا تتجاوز سنه من تاريخ استلام الإقرار.²
- 4- أعطى المشرع الحق لمأمور التقرير برفض أو قبول الإقرار الضريبي بصوره جزئية أو كلية حسب ما يتوفر لديه من معلومات وبيانات، وعليه يتم إثبات عدم صحة البيانات على أن يتم إبلاغ المكلف بذلك خلال مدة لا تتجاوز سنة من تاريخ استلام الإقرار.³

أو مالا لقاء استهلاكها خلال الفترة الضريبية التي تحقق فيها الدخل وفقاً لنظام يصدر بموجب أحكام هذا القرار بقانون. ع. نفقات الضيافة بنسبة لا تزيد عن (1%) من الدخل الإجمالي أو (150000 شيقل) سنوياً أيهما أقل للشخص الطبيعي والمعنوي باستثناء الشركات المساهمة العامة حيث يتم قبول هذه النفقة لها بنسبة لا تزيد عن (1%) من الدخل الإجمالي أو (300000 شيقل) أيهما أقل سنوياً. ف. الديون المدومة، وفقاً لتعليمات تصدر عن الوزير بتنسيب من المدير وبالتنسيق مع سلطة النقد والجهات ذات العلاقة. ص. الخسارة الناجمة عن استبدال الماكينات والآلات والمعدات أو بعض أجزائها المستخدمة في العمل، ويتم حساب هذه الخسارة على أساس تكلفة الماكينات والآلات أو المعدات أو بعض أجزائها مطروحاً منها ما حصل عليه المكلف من ثمنها وما سبق تنزيله عن استهلاكها. ق. حصة الفروع من نفقات المركز الرئيسي الموجود خارج فلسطين وبنسبة لا تتجاوز (2%) سنوياً من مجموع دخل الفروع في فلسطين الخاضع للضريبة. ر. مخصص الأخطار السارية والادعاءات تحت التسوية المبلغ عنها لشركات التأمين وفق تعليمات تصدر عن الوزير بناءً على تنسيب من المدير. ش. مخصص الديون المشكوك في تحصيلها والفوائد والعمولات المترتبة عليها للبنوك وشركات الإقراض المتخصصة، وفق تعليمات تصدر عن الوزير بتنسيب من المدير. 2. تستبعد المصاريف والنفقات المتعلقة بالدخل المعفي من الضريبة بموجب تعليمات تصدر عن الوزير بتنسيب من المدير.

¹ من قانون ضريبة الدخل.

² مادة (8) من قانون ضريبة الدخل.

³ مادة (8) من قانون ضريبة الدخل.

- 5- أجاز القانون للذي قدرت عليه الضريبة أن يعترض على التقرير خطياً خلال 30 يوماً من تنفيذه إشعار التقرير، وفي حال انقضى هذا الميعاد يصبح التقرير قطعياً، وفي حال مضت مدة الاعتراض ومع ذلك قدم المكلف اعتراضه يجوز لمأمور التقرير تمديد هذه المدة إذا اقتنع بالأسباب كالسفر والمرض والسجن.¹
- 6- أجاز القانون لأي شخص معنوي أو طبيعي أن ينيب عنه خطياً أيّاً من الأشخاص لتمثيله أمام الدائرة الضريبية، وهذا فيه أفاده لوقت المكلفين وجهدهم.²
- 7- تُشكل محكمه خاصة تسمى (محكمة استئناف ضريبة الدخل)، تنعقد برئاسة قاضي لا تقل مرتبته عن قاضي محكمة عدل عليا وعضوية قاضيين لا تقل مرتبة كل منهما عن قاضي محكمة استئناف، يخضعون لأحكام القضاة النظاميين وتباشر اختصاصاتها اعتباراً من التاريخ الذي يعينه رئيس القضاة الأعلى.³
- وهنا لا بد من الإشارة إلى أن جريمة التهرب الضريبي هي من الجرائم الاقتصادية الضارة بالمصلحة العامة، والقاعدة تقول إن مختلف الجرائم تخضع للمحاكم العادية ولم ينص القانون على محكمة مختصة للنظر في مثل هذه الجرائم، إلا أن قانون ضريبة الدخل في المادة (29) أوجدت (محكمة استئناف ضريبة الدخل) يقتصر اختصاصها في النظر في الاعتراضات المقدمة من المكلفين على التقدير الإداري للضريبة فقط.
- 8- أعطى المشرع الحق للوزير أو من يخوله خطياً تفويض الضريبة بشكل حافظ على حق الخزينة العامة بناءً على طلب المكلف إذا وجدت أسباب بشرط أن يبلغ المكلف بمقدار كل قسط بتاريخ استحقاقه، وفي حال لم يلتزم في أحد الأقساط تصبح الضريبة مستحقة دون حاجه إلى إنذار.⁴
- 9- في حال حصل خطأ في مقدار المبلغ المطلوب في خزينة الدولة ودفع المكلف مبلغاً أكبر من الضريبة المستحقة (المبلغ المطلوب) يجوز له المطالبة باستردادها ولا تتمسك الدولة بهذا المبلغ.
- المشرع الفلسطيني اعتبر هذه الظاهرة جريمة ضريبية لا بد من إيقاع العقوبة المناسبة من أجل تحقيق الوعي العام والخاص في الدولة. إن كثيراً من الدول شددت هذه العقوبة، وإن اتخذ المشرع الإجراءات العقابية ضد هذا الشخص (المتهرب من الضريبة) لا تعفيه من مسؤوليته عن دفع الضريبة.

¹مادة (29) من قانون ضريبة الدخل الفلسطيني رقم 8 لسنة 2011.

²مادة (29) من قانون ضريبة الدخل الفلسطيني رقم 8 لسنة 2011.

³مادة (29) من قانون ضريبة الدخل الفلسطيني رقم 8 لسنة 2011.

⁴المادة (37) من قانون ضريبة الدخل الفلسطيني رقم (8) لسنة 2011.

الخاتمة

لم يترك المشرع الفلسطيني أسوة بغيره من الأنظمة القانونية المختلفة، موضوعات الضريبة من حيث التنظيم أو التجريم، ودون الولوج للبحث بالأسباب والدوافع وراء التهرب الضريبي نجد أن النتيجة واحدة من حيث انعكاسات التهرب الضريبي على واقع الاقتصاد الوطني الفلسطيني، حيث بلغت نسبة التهرب الضريبي ما يقارب 40% من إجمالي قيمة الضرائب. وقد راح بعض المختصين إلى أكثر من ذلك حين صرحوا بأن نسبة المؤسسات التي لا تقدم كشوفاً للعاملين لديها تتراوح بين 50% إلى 60%، أي ما يكلف الخزينة الفلسطينية نصف مليار شيقل سنوياً.¹

وحتى نصل إلى مجتمع خالٍ من مرتكبي الجريمة لا بد من أن لا نكتفي بتجريم الفعل ووضع العقوبة عليه بل ضرورة القيام بتنفيذ هذه العقوبة وزيادة الرقابة الإدارية على المكلفين، والعمل على تقديم الشكوى بحق كل من يرتكب هذه الجريمة حتى يكون عبره لكل من يفكر بالتهرب من أداء الضريبة المستحقة عليه لخزينة الدولة، مع ضرورة التعاون الوثيق بين المكلفين جميعاً والإدارة الضريبية والمشرع، والعمل على نشر التوعية الضريبية للمواطنين.

النتائج

بعد دراسة التهرب الضريبي وأنواعه تبين لنا عدة نتائج على النحو الآتي:

1. التهرب الضريبي يشكل آثراً ضاراً من عدة وجوه، وهو يضر بخزينة الدولة لما يترتب عليه من انخفاض حصيلة الضرائب، كما يضر بالمكلفين الذين يرفضون التهرب الضريبي بينما يتهرب غيرهم ما يشعرهم بعدم تحقيق العدالة.
 2. التهرب الضريبي يضر بالمجتمع من خلال إضعاف قدرة الدولة على القيام بواجباتها تجاه المجتمع، وكذلك يؤدي إلى التأثير السلبي على الاقتصاد لأنه يقلل من الإنفاق العام، وبالتالي يقل الاستثمار ويحدث كساد اقتصادي.
- كل هذه الآثار يحققها التهرب الضريبي، ومن هنا يأتي دور الدولة في ضرورة مكافحة هذه الجريمة بالطرق كافة، ودراسة الأسباب التي أدت إليها والعمل على علاجها من خلال الطرق التي تم الحديث عنها في المبحث الأخير من هذه الدراسة.

¹ بتاريخ 2023/05/24 <https://www.palestineconomy.ps/ar>.

التوصيات

بناءً على ما تقدم فإننا نقترح المقترحات الآتية:

- 1- تعديل نصوص القانون بحيث تشتمل على بيان أركان جريمة التهرب الضريبي.
- 2- تفعيل آليات الرقابة والضبط من قبل الجهة القضائية المكلفة في تنفيذ أحكام هذا القانون.
- 3- نشر الوعي الضريبي لدى المواطنين.
- 4- تحفيز المكلفين من خلال تفعيل نظام يمنح المكلف الملتزم بدفع الضرائب المستحقة عليه في الموعد المحدد، بحيث يتم خصم نسبة معينة من مجمل الضريبة المستحقة مع مراعاة المصلحة العامة.

قائمة المصادر والمراجع:

القوانين

1. قانون ضريبة الدخل رقم (8) لسنة 2011.

الكتب والأبحاث

1. د. مورييس صادق، موسوعة التهرب الضريبي، دار الكتاب الذهبي، سوريا، 1999م.
2. د. خالد شحاده الخطيب وأحمد زهير شامية، أسس المالية العامة، وائل للنشر والتوزيع، الأردن، 2003م.
3. د. غالب عرفات، اقتصاديات التهرب من ضريبة الدخل في الأردن، دار الكتب، 1965م.
4. د. صخر عبد الله الجندي، نحو قانون عقوبات ضريبي يواجه تحديات العصر، دار الثقافة للنشر والتوزيع، الأردن، 2005م.
5. صلاح قاسم، التهرب من ضريبة الدخل في فلسطين، رسالة ماجستير، جامعة النجاح الوطنية، نابلس 2003م.
6. محمد عبد الله جمعة، التهرب الضريبي لدى أصحاب المهن الحرة في مدين قلقيلية، رسالة ماجستير، جامعة النجاح الوطنية، نابلس، 2004م.
7. مشروع قانون ضريبة الدخل الفلسطيني، المجلس التشريعي الفلسطيني.
8. جهاد خصاونة، المالية العامة والتشريع الضريبي، ط1، 1999-2000م.
9. د. محمد حلمي مراد، مالية الدولة، 1962م، دار النهضة، القاهرة.
10. د. صخر عبد الله الجندي، جريمة التهرب الجمركي في الفقه والقضاء، ط1، دون دار نشر، 2002م.
11. د. مصطفى كامل كيره، الجرائم التموينية، دون طبعة، دون دار نشر، القاهرة، 1983م.
12. د. عيود السراج، شرح قانون العقوبات الاقتصادي في التشريع السوري والمقارن، جامعة دمشق، دون طبعة، مطبعة طربين، دمشق، 1987م.
13. سامح مؤيد، أثر قانون ضريبة الدخل رقم (17) للعام 2004 على ظاهرة التهرب الضريبي في فلسطين، مجلة جامعة القدس المفتوحة للبحوث الإنسانية والاجتماعية، 2022، (ص160).
14. علي حسين خلف، وسلطان عبد القادر الشاوي، المبادئ العامة في قانون العقوبات، دار السنهوري القانونيه والعلوم السياسية، بغداد، 2015م.
15. مروان بن مرزوق الروقي، القصد الجنائي في الجرائم المعلوماتية، مكتبة القانون والاقتصاد، السعودية، ط1. ، 2013.
16. مراد ناصر، الغش والتهرب الضريبي في الجزائر، دار قرطبة، الجزائر، 2004م.

المراجع الإلكترونية

1. www.Palestineeconomy.ps

ضمانات المسؤولية المدنية لجبر الضرر البيئي

**Guarantees of civil liability for reparation of
environmental damage**

د. منال بوروح

دكتورة في القانون، كلية الحقوق جامعة الجزائر ، (جمهورية الجزائر)

د. رضا هداچ

دكتورة في القانون، كلية الحقوق جامعة الجزائر ، (جمهورية الجزائر)

ضمانات المسؤولية المدنية لجبر الضرر البيئي

Guarantees of civil liability for reparation of environmental damage

د. منال بوروح*¹

د. رضا هداغ*²

1- دكتورة في القانون، كلية الحقوق جامعة الجزائر

nanouchebh@gmail.com

2- دكتورة في القانون، كلية الحقوق جامعة الجزائر

phrida2@gmail.com

DOI: <https://doi.org/10.70411/MJLS.1.2.202331>

ملخص:

لا شك أن قواعد المسؤولية المدنية من أهم الموضوعات القانونية الجديرة بالدراسة خاصة في المجال البيئي، فالمسؤولية المدنية ترتبط بحياة الأشخاص ارتباطاً كبيراً، خاصة ما ينشأ عنها من خصومات ومنازعات، فهي تُعد محوراً رئيسياً للقانون المدني، إلا أنه بالنظر للتطور الهائل في التكنولوجيا وشيوع مبدأ العولمة وحرية التجارة أدى كل ذلك إلى الاستخدام الاستنزافي للموارد الطبيعية، وهذا ما شكل الكثير من الملوثات التي نتجت عن هذا الاستخدام بشكل لا تستطيع الأنظمة البيئية الطبيعية أن تتحملة، فبدأت تتدهور وتتهار وقد انعكس ذلك الاستخدام على حياة الإنسان وصحته، ما أدى إلى ظهور أمراض لم يكن لها وجود من قبل. ونظراً لكون المشرع الجزائري يحاول دوماً تفعيل الآليات المكرسة للحماية من التلوث البيئي الذي أصبح يهدد التراث المشترك للإنسانية، فقد حرص على النص على مزيج من الجزاءات القانونية التي تترتب على أفعال التلوث المحظور، خاصة كما قلنا التلوث البيئي، فالطبيعة الخاصة للحماية اللازمة للبيئة تتطلب إخضاعها لنظام المسؤولية المدنية التي تحكم العلاقات بين الخواص، إلا أن هذه الأخيرة تم تطويعها لتتلاءم مع خصوصية الضرر البيئي. ومن هذا المنطلق جاءت الدراسة على مبحثين بيئاً في الأول قصور أحكام المسؤولية المدنية لجبر الضرر البيئي؛ بينما جاء المبحث الثاني ليبين آلية تطويع قواعد المسؤولية المدنية لتتلاءم مع خصوصية الضرر البيئي.

الكلمات المفتاحية: الضرر البيئي، المسؤولية المدنية، جبر الضرر البيئي.

Abstract:

There is no doubt that the rules of civil liability are one of the most important legal topics worth studying, especially in the environmental field, as civil liability is closely related to the lives of persons, especially the resulting disputes as it is a major focus of civil law. However, given the tremendous development in technology and the prevalence of the principle of globalization and freedom of trade, which all led to the depleting use of natural resources, which resulted in a lot of pollutants that resulted from this use in a way that natural ecosystems cannot endure. So, ecosystems began to deteriorate and collapse, and this use was reflected on human life and health, and led to the emergence of diseases that did not exist before. In view of the fact that the Algerian legislators are always trying to activate the mechanisms dedicated to the protection from environmental pollution, which has become a threat to the common heritage of humanity, they were keen to provide a mixture of legal sanctions that result from acts of prohibited pollution, especially environmental pollution. The special nature of the necessary protection of the environment requires its subordination to the system of civil liability governing the relations between the properties, however, the latter have been adapted to the specificity of environmental damage. Therefore, this study has two parts, the first show the shortcomings of the provisions of civil liability for environmental damage reparation; while the second presents the mechanism of adapting the rules of civil liability to suit the specificity of environmental damage.

Keywords: environmental damage, civil liability, reparation of environmental damage.

مقدمة:

تُعد المسؤولية المدنية من أهم الموضوعات القانونية الجديرة بالدراسة خاصة في المجال البيئي، فالمسؤولية المدنية هي ذات ارتباط وثيق بحياة الأشخاص وما ينشأ عنها من خصومات ومنازعات، فهي تُعد محوراً رئيسياً للقانون المدني، إلا أنه بالنظر للتطور الهائل في التكنولوجيا وشيوع مبدأ العولمة وحرية التجارة أدى كل ذلك إلى الاستخدام الاستنزافي للموارد الطبيعية، وهذا ما شكل الكثير من الملوثات التي نتجت عن هذا الاستخدام بشكل لا تستطيع الأنظمة البيئية الطبيعية أن تتحمله، فبدأت تتدهور وتنهار وقد انعكس ذلك الاستخدام على حياة الإنسان وصحته، ما أدى إلى ظهور أمراض لم يكن لها وجود من قبل.

رغبة من المشرع في تفعيل الآليات المكرسة للحماية من التلوث البيئي الذي أصبح يهدد التراث المشترك للإنسانية، فقد حرص على النص على مزيج من الجزاءات القانونية التي تترتب على أفعال التلوث المحظور، خاصة كما قلنا التلوث البيئي، فالطبيعة الخاصة للحماية اللازمة للبيئة تتطلب إخضاعها لنظام المسؤولية المدنية التي تحكم العلاقات بين الخواص، إلا أن هذه الأخيرة تم تطويعها لتتلاءم مع خصوصية الضرر البيئي .

إشكالية الدراسة:

هل تُعد قواعد المسؤولية المدنية كافية لجبر الضرر البيئي؟ أم ينبغي تطويعها لتتلاءم مع خصوصية

الضرر البيئي؟

أهداف الدراسة:

تهدف هذه الدراسة في بيان قواعد المسؤولية المدنية لجبر الضرر البيئي، وبيان القصور الذي تواجهه قواعد المسؤولية المدنية المتعلقة بالضرر البيئي.

منهج الدراسة:

اتباع المؤلف المنهج الوصفي التحليلي في تحليل النصوص وسبرها بما يتسق مع المادة موضوع الدراسة.

المبحث الأول

قصور أحكام المسؤولية المدنية لجبر الضرر البيئي

تنقسم أحكام المسؤولية المدنية في القانون المدني إلى نوعين، يتجسد النوع الأول في أحكام المسؤولية التقصيرية (المطلب الأول)، والثاني في أحكام المسؤولية العقدية (المطلب الثاني)، إلا أنه يلحظ قصور أحكامهما في جبر الضرر البيئي.

المطلب الأول: خصوصية المسؤولية المدنية لجبر الضرر البيئي

إن المسؤولية المدنية تقوم على أركان ثابتة لا بد من تحققها وإثباتها حتى يمكن إثارة هذا النوع من المسؤولية، وتتمثل هذه الأركان في ضرورة توافر الخطأ والضرر والرابطة السببية، وهي أمور يصعب في كثير من الأحيان إثباتها الأمر الذي يجعل هذا النوع من المسؤولية في كثير من الأحيان عاجزاً عن إنصاف المضررين من التلوث البيئي، فما مدى استيعاب أركان المسؤولية التقصيرية لمنازعات التلوث البيئي (الفرع الأول)، وهل يختلف الأمر بالنسبة للأحكام المسؤولية العقدية (الفرع الثاني).

الفرع الأول: صعوبة تطبيق المسؤولية التقصيرية على منازعات التلوث البيئي

يُعتبر الخطأ عنصراً أساسياً لانعقاد المسؤولية التقصيرية بجانب الضرر والعلاقة السببية، فالمشرع ينص على هذه المسؤولية في القانون المدني بموجب المادة (124) التي تنص: "كل فعل أيا كان يرتكبه الشخص بخطئه، ويسبب ضرراً للغير يُلزم من كان سبباً في حدوثه بالتعويض".

أولاً: صعوبة إثبات الخطأ التقصيري

فالخطأ في المسؤولية التقصيرية هو الانحراف عن السلوك المألوف للشخص العادي الذي يتجسد في الإخلال بالالتزام القانوني بعدم الإضرار بالغير، ويلزم أن يكون لديه القدرة على التمييز حيث يدرك أنه قد انحرف، فالخطأ يقوم على عنصرين: الأول مادي وهو التعدي الذي يقع عبء إثباته على عاتق المضرور، والعنصر المعنوي والمتمثل في الإدراك فلا مسؤولية دون تمييز أو إدراك⁽¹⁾.

فيصعب إثبات الخطأ في كل صور هذا النشاط، مما يتعذر القول بهذا النظام إنه أساس للمسؤولية لفقده الركيزة الأساسية له ألا وهي الخطأ واجب الإثبات⁽²⁾.

(1) طلبة أنور، "الوسيط في القانون المدني"، الجزء الأول، دون دار النشر، دون سنة، مصر، (ص 256-257).

(2) Henriot.v, "Le dommage anormal", thèse de doctorat, université de paris, 1958, p 17.

ويرجع ذلك حسب رأينا إلى الطبيعة الخاصة للنشاط المتعلق بتلوث البيئة، كما أنه في أغلب الأحيان يتحقق الضرر من نشاط مشروع، ويتجلى الدور المحدد لهذا النظام من المسؤولية المدنية من خلال صعوبة القول إن كل الأضرار الناجمة عن تلوث البيئة كانت بمناسبة نشاط خاطئ طبقاً للمفهوم القانوني باعتباره سلوكاً مخالفاً لما تقضي به اللوائح والقوانين، فالحاصل أن غالبية النشاط الناجم عنه التلوث البيئي يجد مصدره في نشاط عادي أو مسموح به طبقاً للقانون ومع هذا يحدث الضرر⁽¹⁾.

فخصوصية الضرر البيئي تفرض علينا واقعاً يجب مواجهته دون حصره في القالب التقليدي للمسؤولية المدنية، حيث إن القول بذلك أمر يتنافى مع العدالة، ما يؤدي إلى حرمان المتضرر من التعويض عن الأضرار التي لحقت به لسبب لا يد له فيه متمثلاً في تعذر إثبات الخطأ أو الضرر أو العلاقة السببية، ولا نعني بذلك استبعاد تطبيق المسؤولية المدنية وإنما يمكن تطويع قواعدها لتتلاءم مع الطبيعة الخاصة الناجمة عن تلوث البيئة.

ثانياً: خصوصية الضرر البيئي

الضرر هو الركن الأساسي الذي تقوم عليه المسؤولية المدنية، ولا قيام للمسؤولية دونها، ويشترط في الضرر أن يكون محققاً بمعنى أن يكون ثمة ضرر بالفعل، ولكن أجمع كل من الفقه والقضاء على أنه إذا لم يكن الضرر قد تحقق فيكفي أن يكون وقوعه مؤكداً ولو تراخى إلى المستقبل⁽²⁾.

فإذا كانت القواعد العامة تتفق على أن الضرر هو ما يصيب الإنسان في ماله أو في جسمه سواء في حق من حقوقه أو في مصلحة من مصالحه المشروعة⁽³⁾، إلا أنه يصعب وضع تعريفاً جامعاً مانعاً للضرر البيئي باعتبار أن الأصل في الضرر وفق القواعد العامة هو ذلك الضرر الذي يصيب الأشخاص في أجسامهم أو أموالهم، فالضرر البيئي يختلف عنه كونه ذو شقين، فمن جهة هو ضرر بيئي يصيب العناصر المكونة للبيئة كالمجالات الحيوية وغير الحيوية للبيئة، ومن جهة أخرى إصابة الأشخاص بالضرر البيئي الذي أصاب بيئتهم⁽⁴⁾.

(1) Sylvie Le Damany.v, Gaz.Pal, paris, 1993 , p 02

(2) سليمان مرقص، "المسؤولية المدنية في تقنيات البلاد العربية، القسم الأول، الأحكام العامة أركان المسؤولية، الضرر والخطأ والعلاقة السببية"، مصر، 1971، (ص127-136).

(3) أمجد محمد منصور، "النظرية العامة للالتزامات، مصادر الحق"، المكتبة القانونية، الطبعة الأولى، 2001، (ص283).

(4) حميدة جميلة، "النظام القانوني للضرر البيئي وآليات تعويضه"، دار الخلدونية، الجزائر، 2011، (ص69-70).

فيمكن القول إذن إن الضرر البيئي هو عيني كونه يصيب العناصر الحيوية للبيئة، كما أنه يرتد إلى الأشخاص مما يضر بأموالهم وأجسامهم فيتحول إلى ضرر شخصي، إلا أن هذا المفهوم للضرر البيئي يضع القاضي في حيرة من أمره، بحيث يصعب عليه معرفة أي نوع من الضرر يستحق التعويض، كما يصعب عليه تحديد العلاقة السببية بين الفعل الضار والضرر الناتج عنه؟.

فيشترط في الضرر البيئي أن يكون ضرراً عينياً كما قلنا أي يصيب الموارد البيئية بالدرجة الأولى، لكن من الناحية القانونية، فهذا الضرر يلحق بالأشخاص وبالأموال عن طريق المحيط الذي أصابه الضرر⁽¹⁾، فيتمثل الضرر الجسدي في ذلك الضرر الذي يلحق بالشخص من جراء التعرض للتلوث مثل حالات التسمم بالمواد الكيماوية، فقد يكون حالي أي تظهر آثاره في الحال⁽²⁾.

كما أن الضرر البيئي يتصف بأنه ضرر غير مباشر بحيث لا يتصل بصفة مباشرة مع الفعل، حيث تتداخل عوامل أخرى بين الفعل والنتيجة، والمتعارف عليه في القواعد العامة هو قابلية التعويض بالنسبة للضرر المباشر فقط⁽³⁾، لكن نظراً لخصوصية الضرر البيئي جعلت من الصعب توافر خاصية الضرر المباشر، بسبب أنه تتحكم فيه عدة عوامل كمقتضيات التطور التكنولوجي وتعدد مصادر الضرر البيئي وتعدد وتداخل العوامل المؤدية لحدوثه⁽⁴⁾، إلا أن المشرع يسمح لأول مرة بالتعويض عن الأضرار غير المباشرة في قانون رقم (10-03) فيما يخض الأضرار البيئية بموجب المادة (36) التي تنص: "يمكن للجمعيات المعتمدة قانوناً ممارسة الحقوق المعترف بها للطرف المدني بخصوص الوقائع التي تلحق ضرراً مباشراً أو غير مباشر بالمصالح الجماعية التي تهدف للدفاع عنها....."، فالمشرع من خلال هذه المادة أدرك الطبيعة الخاصة للضرر البيئي وخاصيته غير المباشرة التي يتصف بها.

ويكمن السبب في كون الضرر البيئي هو ضرر غير مباشر في كونه ضرر ذو طابع انتشاري، فمن المعلوم أن الضرر الذي يصيب الإنسان في جسمه أو في ماله أو مشاعره هو ضرر محدد، إلا أن الضرر

(1) Marcel Source, "La notion de réparation de dommages en droit administratif", DALLOZ, paris, 1994, p 353-354 .

(2) وحيد عبد المحسن محمد قزاز، "المسؤولية المدنية عن تلوث البيئة الزراعية"، أطروحة لنيل شهادة الدكتوراه، جامعة طنطا، دون سنة، (ص173).

(3) طبقاً للمادة (182) الفقرة (02) من القانون المدني التي تنص على: "..... غير أنه إذا كان الالتزام مصدره العقد، فلا يلتزم المدين الذي لم يرتكب غشاً أو خطأ جسيماً إلا بتعويض الضرر الذي كان يمكن توقعه عادة وقت التعاقد".

(4) حميدة جميلة، المرجع السابق، (ص82-83).

الذي يصيب البيئة في مختلف مجالاتها هو أوسع نطاقاً من حيث الزمان والمكان، والدليل على ذلك أن المخاطر البيئية تتعدى من حيث مداها إقليم الدولة الواحدة، فهذا الأخير هو ضرر يمتد إلى أوسع الحدود فلا يمكن تحديد نطاقه المكاني ولا الزماني وهو ما يصعب تقديره في منازعات التعويض⁽¹⁾.

كما يتصف الضرر البيئي بأنه ضرر متراخي فهو يتصف كذلك بهذه الصفة فلا تتضح آثاره في غالب الأحيان إلا بعد فترة زمنية طويلة، لذلك يُطلق عليه البعض تسمية الضرر التراكمي حيث يظهر الضرر عند تراكم المواد الملوثة للبيئة في شكل أمراض⁽²⁾، ومن الأضرار البيئية التي تتسم بصفة التراخي هو الضرر الإشعاعي الذي يظهر على شكل أضرار وراثية فتتحول إلى أمراض سرطانية بشتى أنواعها⁽³⁾. فبالإضافة إلى الشروط واجبة التوفر للضرر في ظل القواعد العامة أن يكون محققاً وشخصياً، وأن يصيب حقاً مكتسباً أو مصلحة مشروعة للمضرور فيتميز الضرر بخصائص تجعله ينفرد عن غيره من الأضرار⁽⁴⁾.

ثالثاً: صعوبة تقدير العلاقة السببية

إن رابطة السببية في الفكر القانوني تُعد عنصراً لازماً لانعقاد المسؤولية المدنية، كما أنها أيضاً تُعد الركن الثالث من أركان المسؤولية المدنية، فلا يكفي عنصر التعدي والضرر بل يجب أن يكون هذا التعدي مترتباً على هذا الضرر⁽⁵⁾.

وإذا كان عبء إثبات العلاقة السببية في المسؤولية عن أضرار التلوث يقع على عاتق المضرور، فإن الصعوبات التي تصادفه في هذا الشأن تؤدي في العديد من الحالات إلى عجزه عن إثبات تلك الرابطة، ما يؤدي إلى التهرب من المسؤولية وعدم حصول المضرور على أية تعويضات عما لحقه من أضرار نتيجة التلوث الحاصل.

(1) بوفلجة عبد الرحمن، "المسؤولية المدنية عن الأضرار البيئية ودور التأمين"، أطروحة لنيل شهادة الدكتوراه، كلية الحقوق، جامعة تلمسان، 2016، (ص70).

(2) وحيد عبد المحسن محمد قزاز، المرجع السابق، (ص183).

(3) عبد الحميد عثمان محمد، "المسؤولية المدنية عن مزار المادة المشعة"، أطروحة لنيل شهادة الدكتوراه، جامعة القاهرة، 1993، (ص116-117).

(4) عبد الله تركي حمد العيال الطائي، "الضرر البيئي وتعويضه في المسؤولية المدنية"، الطبعة الأولى، منشورات الحلبي الحقوقية، لبنان، 2013، (ص34-47).

(5) وهبة الزحيلي، "نظرية الضمان وأحكام المسؤولية المدنية والجنائية في الفقه الإسلامي، دراسة مقارنة"، دار الفكر، بيروت، 1975، (ص28).

لذلك يُعد إثبات رابطة السببية أحد العناصر التي تثير العديد من الإشكالات في إطار المسؤولية عن أضرار التلوث، إذ أن مصادر هذا الأخير لا تُحدث نتائج متماثلة دائماً، كما أن الظروف الطبيعية تلعب دوراً مهماً في هذا المجال، ما يؤدي إلى تعذر تحديد السبب المؤدي إلى النتيجة الضارة⁽¹⁾، فتكمن الصعوبة الأولى في تعدد مصادر التلوث البيئي، ولكن إذا تعلق الأمر بالتلوث البيئي فإن إرجاع الضرر إلى مصدر محدد يرتبط بعلاقة السببية المباشرة يُعتبر من الأمور الصعبة؛ كون الضرر البيئي يُعرف على أنه ضرر غير مباشر بسبب اشتراك مصادر متعددة في إحداثه، فإثبات العلاقة السببية يُعد أمراً دقيقاً وصعباً نظراً لتعدد الأسباب⁽²⁾.

والصعوبة الثانية تكمن في طبيعة الضرر البيئي كما حددنا سابقاً، بسبب الصفة التي يتميز بها كونه متراخي أي يمتد ظهوره إلى المستقبل، فهذا ما يؤدي إلى صعوبة إثبات العلاقة السببية نتيجة مرور فترة زمنية قد تطول قبل ظهور آثار التلوث على الإنسان أو الأموال، واحتمال تداخل عوامل وأسباب أخرى مع السبب الأصلي الذي أحدث الضرر، كما أن الطابع الانتشاري للضرر البيئي يؤدي إلى قطع العلاقة السببية نتيجة امتداده لمسافات بعيدة⁽³⁾.

فيلاحظ على قواعد المسؤولية التقصيرية وقوفها عاجزة أمام صور عديدة من التلوث البيئي، ما يجعل من المتعذر إثبات الخطأ وصعوبة نسبة النشاط للضرر، كما أن معظم صور التلوث تتحقق من نشاط مشروع يتفق مع القوانين واللوائح الأمر الذي يصعب معه إعمال قواعد المسؤولية التقصيرية القائمة على أساس الخطأ، كما أنه لقيام هذه الأخيرة ينبغي توافر علاقة سببية مباشرة ومؤكدة بين الفعل والضرر إلا أن هذه الرابطة تنقطع ويصعب إثباتها.

(1) الحديثي هالة صلاح، "المسؤولية المدنية الناجمة عن تلوث البيئة، دراسة تحليلية تطبيقية"، الطبعة الأولى، جبهة للنشر والتوزيع، الأردن، 2003، (ص 147).

(2) محمد عبد الظاهر حسين، "خطأ المضرور وأثره على المسؤولية المدنية"، دار النهضة العربية، مصر، 2002، (ص 25).

(3) بوفلجة عبد الرحمن، المرجع السابق، (ص 77-78).

المطلب الثاني: المسؤولية العقدية لجبر الضرر البيئي

فترتكز المسؤولية العقدية على الخطأ العقدي والضرر والعلاقة السببية بين الخطأ والضرر، فالأركان نفسها مطبقة على المسؤولية التقصيرية، لكن يختلف الأمر أنه في حال المسؤولية التقصيرية يتم التعويض عن الضرر المتوقع وغير المتوقع، بينما في المسؤولية العقدية يتم التعويض عن الضرر المتوقع فقط⁽¹⁾.

فتمثل الحالة الشائعة للمسؤولية العقدية في تلك المتعلقة بالموقع الملوث بالنفايات، بحيث يجد فيها المالك الجديد لموقع ملوث بالنفايات البيئية نفسه مجبراً على إجراء عمليات تنظيف له غالباً ما تكون باهظة الثمن، فيجب إذن إقامة دعوى على البائع يحمله فيها مسؤولية ما حدث، فالمالك الأصلي للعقار الذي لم يكن له يد في موضوع التلوث الناتج عن النفايات البيئية لا ترفع عليه دعوى إلا احتياطياً في حالة اختفاء المسؤول عن إحداث هذا التلوث، نظراً للمبدأ الذي يقضي بتركيز مسؤولية الضرر الواقع نتيجة للنفايات على المسبب الحقيقي لهذا الضرر⁽²⁾.

إن المسؤولية العقدية يمكن أن تحل جزئياً مشكلة المواقع الملوثة بالنفايات، فوفقاً للمبادئ التي تحكم عقد البيع يمكن إذن رفع دعوى الضمان ضد العيوب الخفية طبقاً للمادة (379) من القانون المدني⁽³⁾، بحيث يشترط في العيب أن يكون خفياً ومؤثراً غير معلوم ويكون قديماً، وأن ترفع دعوى خلال مدة سنة من تاريخ اكتشاف العيب، ومن ثم تستبعد من نطاق الحماية حالة النفايات التي تم تخزينها في مكان واضح.

إذاً كان الموقع محل البيع ملوثاً بالنفايات البيئية فإن البائع تتحقق مسؤوليته العقدية في هذه الحالة عن هذا التلوث طالما كان التلوث يُعد عيباً خفياً لم يكن في وسع المشتري كشخص عادي اكتشافه وقت التعاقد، إلا أنه تثور المسائل نفسها التي تم توضيحها في كون أن إثبات قيام الخطأ العقدي والضرر والعلاقة السببية بين الفعل الضار والضرر يقع على عاتق المضرور.

ففي الواقع إذا صلح تطبيق هذه النظرية في حالات معينة فإنها تطبيقاتها أصبحت محدودة بالنظر إلى طبيعة الضرر البيئي، ما يصعب معه تكييف السلوك على أساس الخطأ الذي في غالب الحالات يبقى دون تعويض بسبب صعوبة إثبات الخطأ الذي يعتمد على معايير نفسية غير موضوعية، فإذا أمكن إثبات الخطأ في حالات عديدة فإنه يصعب في العديد من الأنشطة الضارة خصوصاً النشاطات الضارة ذات

(1) ياسر محمد فاروق الميناوي، "المسؤولية الناشئة عن تلوث البيئة"، دار الجامعة الجديدة، مصر، 2008، (ص 250-256).

(2) الفقرة الأخيرة من المادة (34) من القرار التنفيذي الصادر في 1977/12/21.

(3) المادة (379) من القانون المدني.

الطابع التكنولوجي وهذا بالنظر إلى الطبيعة الخاصة للنشاط الملوّث، ونظراً لصعوبة الاعتماد على نظرية الخطأ للمطالبة بالتعويض لجأت التشريعات القانونية إلى الأساس الموضوعي.

المبحث الثاني

تطويع قواعد المسؤولية المدنية لتتلاءم مع خصوصية الضرر البيئي

إن المسؤولية المدنية أصبحت في الدول الصناعية الحديثة مجرد مصدر ثانوي لتعويض ضحايا الأنشطة الصناعية، حيث باتت وظيفتها الأساسية ضمان حق تعويض المضرورين بمفهومه التقليدي، وهذا نظراً لتطور قواعد المسؤولية المدنية وفقدانها لطبيعتها الشخصية، وقد تبلور هذا التطور من خلال نظم أخرى للمسؤولية تواكب التطور الحاصل بصدد الأنشطة التي تُعد مصدراً أساسياً للأضرار، وتمثل ذلك في تغير نمط المسؤولية المدنية (المطلب الأول)، وتم تطوير آليات جبر الضرر البيئي لتغطية الأضرار البيئية (المطلب الثاني).

المطلب الأول: تغير نمط المسؤولية المدنية لملائمة خصوصية الضرر البيئي

تم تغيير أساس المسؤولية المدنية التي تتأسس عليها هذه الأخيرة بجعلها تتأسس على أساس المسؤولية المدنية على أساس حراسة الأشياء (الفرع الأول)، ليتم البحث على أساس آخر متمثل في النظرية الموضوعية (الفرع الثاني).

الفرع الأول: المسؤولية شبه الموضوعية عن الفعل الضار بالبيئة

المسؤولية شبه الموضوعية تتضمن المسؤولية المدنية لحارس الأشياء غير الحية وحارس البناء وحارس الحيوان، إلا أننا نقصر على حالة المسؤولية المدنية عن فعل الشيء غير الحي لاتصالها أكثر بمجالات الأضرار البيئية، لقد تبني مشرعنا هذه النظرية في المادة (138) من القانون المدني: "كل من تولى حراسة شيء وكانت له قدرة الاستعمال والتسيير، والرقابة، يُعتبر مسؤولاً عن الضرر الذي يحدثه ذلك الشيء..."، فالملاحظ على المشرع واستناداً إلى المادة (138)، قد ركز على السلطات المخولة للحارس وهي الاستعمال والتسيير والمراقبة والجمع بين السلطات الثلاث كشرط أساسي لقيام المسؤولية عن فعل الأشياء تحت الحراسة، ويجب لقيام المسؤولية عن الأشياء أن يتدخل الشيء في إحداث الضرر فإن لم يكن للشيء أي دور في حصوله فإن حارسه لا يمكن أن يسأل، وضرورة تدخل الشيء في حدوث الضرر لا يتطلب أن يكون هناك اتصال مادي بين الشيء والشخص المضرور أو المال الذي أصابه التلف، ولا يُعتبر الشيء أنه أحدث الضرر إلا إذا كان له دوراً إيجابياً في حدوثه، بمعنى أن يكون هو السبب المنتج للضرر،

بحيث يتدخل تدخلاً إيجابياً في إحداث الضرر إذا كان هذا الشيء في وضع أو حالة تسمح عادة بأن يحدث الضرر طبقاً للمجرى العادي للأمور⁽¹⁾.

فإذا ما توفرت شروط هذه المسؤولية فإن الخطأ يُفترض في جانب الحارس، إذ أن التزامه بالسيطرة على الشيء هو التزام بتحقيق نتيجة لا التزام ببذل عناية، فالحارس كي يدفع عن نفسه المسؤولية عليه أن يُثبت أن الضرر الحاصل لم يكن بفعل الشيء وإنما بسبب أجنبي كقوة قاهرة أو حادث مفاجئ أو خطأ الغير.

إلا أنه نصل إلى القول إن المسؤولية عن فعل الأشياء تحت الحراسة وتطبيقاتها على الأضرار البيئية، يُعيب عليها أنها غير جامعة لجميع حالات المسؤولية الناشئة عنها، خاصة الصور المعاصرة لها والتي لا يمكن أن تتدرج تحت أي نص من النصوص المقررة للخطأ المفترض باعتبار أن هناك صور حديثة عن التلوث البيئي، خاصة التلوث العابر للحدود كالتلوث النووي والإشعاعي.

الفرع الثاني: النظرية الموضوعية لجبر الضرر البيئي

تنقسم النظرية الموضوعية إلى نظرية مضار الجوار (أولاً)، ونظرية تحمل التبعة (ثانياً).

أولاً: نظرية مضار الجوار

تُعتبر نظرية مضار الجوار أحد تطبيقات المسؤولية الموضوعية التي تُعتبر الضرر وحده كافياً لقيام المسؤولية المدنية، وتتمتع باستقلال ذاتي يميزها عن غيرها من قواعد المسؤولية الأخرى القائمة على أساس الخطأ المفترض، ففي هذه النظرية يستعمل المالك لملكه تحقيقاً لمصلحة جدية مشروعة متخذاً جميع الاحتياطات اللازمة والأكثر حداثة، حتى لا يترتب على نشاطه ضرر للغير، ومع ذلك يتولد الضرر⁽²⁾.

ويلاحظ أن القانون يشترط لإنشائها أو تشغيلها أو لإحداث تغيير فيها، الحصول على ترخيص من جهة الإدارة، وبالرغم من احترام المالك لشروط الترخيص وخضوعه للقيود التي يستلزمها، فإن هذه المنشأة قد تُلحق بالجيران بسبب الدخان المتصاعد منها أو الضوضاء أو الاهتزازات التي تحدثها ضرراً يفوق مضار

(1) Kahloula Mohammed, "Les dommages causés par la pollution atmosphérique d'origine industrielle: de la prévention a la réparation", revue des sciences juridiques et administratives, faculté de droit, université de Tlemcen, n 01, 2003, p 87 .

(2) ياسر محمد فاروق المنيوي، المرجع السابق، (ص 275).

الجوار العادية، ومن ثم تقوم مسؤولية مالك المنشأة دون أن يحول الترخيص الإداري من انعقاد هذه المسؤولية والحكم بالتعويض⁽¹⁾.

ولما كانت المسؤولية عن مضار الجوار غير المألوفة إحدى صور المسؤولية الموضوعية، فإنه لا يلزم لقيامها ثبوت الخطأ في جانب الجار المسؤول طبقاً لمعيار الرجل العادي، فتتقرر مسؤولية الجار عن المضار غير المألوفة، سواء ارتكب خطأ في ممارسة نشاطه أو حقه أو لم يرتكب، أهمل في اتخاذ التدابير اللازمة أم أنه اتخذ جميع ما يلزم من تدابير من أجل تفادي وقوع الضرر أو تخفيفه، راعى القوانين واللوائح المعمول بها أو لم يراعها، وإنما يلزم حتى تتقرر تلك المسؤولية على عاتق الجار أن يثبت وجود ضرر ناتج عن مضار غير مألوفة أصابت الجار المتضرر باعتبار هذا الضرر قوام تلك المسؤولية، ويعفى المضرور من إثبات خطأ محدث المضار غير المألوفة، لهذا اعتبرت كأساس للتعويض عن الضرر البيئي⁽²⁾.

فنص عليها المشرع بموجب المادة (691) من القانون المدني: "يجب على المالك أن لا يتعسف في استعمال حقه إلى حدٍ يضر بملك الجار، وليس للجار أن يرجع على جاره في مضار الجوار المألوفة، غير أنه يجوز أن يطلب إزالة المضار إذا تجاوزت الحد المألوف، وعلى القاضي أن يراعي في ذلك العرف وطبيعة العقارات وموقع كل منها بالنسبة إلى الآخرين والغرض الذي خصصت له".

فإذا كان ما يشكو منه الجار من أضرار لا يتجاوز مدخلاً معيناً للخطورة فإن ذلك يضيف عليه صفة المألوفة، ومن ثم يلزم الجار بتحملها ولا يجوز له طلب التعويض عنها، وهذا ما قصده المشرع من المادة (691) القانون المدني، كما يشترط أن يمارس الجار نشاطه بصفة مشروعة متخذاً جميع الاحتياطات اللازمة والأكثر حداثة حتى لا يترتب عن نشاطه ضرر للغير، فإذا تولد ضرر رغم ذلك تقوم مسؤوليته عن مضار الجوار⁽³⁾.

(1) عبد الوهاب محمد عبد الوهاب، "المسؤولية عن الأضرار الناتجة عن تلوث البيئة، دراسة حول تأصيل قواعد المسؤولية المدنية عن أضرار تلوث البيئة"، أطروحة لنيل شهادة الدكتوراه، كلية الحقوق، جامعة القاهرة، 1994، (ص476).

(2) بوفلجة عبد الرحمن، المرجع السابق، (ص94).

(3) نبيلة إسماعيل رسلان، "المسؤولية المدنية عن الإضرار بالبيئة"، دار الجامعة الجديدة، الإسكندرية، 2007، (ص72-73).

فبعدما برزت عدم قدرة الخطأ كأساس للمسؤولية على تحقيق أكبر قدر من الحماية للمضرورين⁽¹⁾، تُعد نظرية مضار الجوار عن الأضرار غير المألوفة صورة من صور المسؤولية المدنية، وتُستمد معظم أحكامها من الشريعة الإسلامية، وهي فعالة للحماية من الضرر البيئي غير المألوف إلا أنها لا تغطي كل حالات الضرر البيئي، ومن أجل ذلك ظهرت نظرية تحمل التبعة.

ثانياً: نظرية تحمل التبعة

يقصد بها أنها تقييم المسؤولية غير العقدية على عنصر الضرر، ولا تُعتد بالخطأ كركن من أركان المسؤولية المدنية، فكل من أتى بنشاط ضار يكون ملزم بالتعويض، وما على المضرور إلا أن يثبت الضرر والعلاقة السببية بين الضرر والنشاط الضار، فهذه النظرية تتفق مع التطور الاقتصادي بعد أن أصبحت الاختراعات الحديثة والآلات والمؤسسات الصناعية، مصدر خطر كبير فبات من الضروري تعويض الأضرار البيئية⁽²⁾.

وهكذا نجد أن نظرية تحمل التبعة تقف على قمة التطور الذي لحق المسؤولية المدنية، ولا تنتقد بأنه عند وقوع أضرار جسيمة وإصابة عدد كبير من الأفراد لا سيما الأضرار التي تحدث نتيجة الحادث الفجائي، لا تتمكن الجهة المسؤولة عن التعويض أن تفي به كاملاً لجميع المضرورين، وألا يؤدي ذلك إلى الإعسار ومن ثم توقف المشروع، فالأخذ بهذه النظرية لا يعرقل المشاريع بل على العكس من ذلك يؤدي إلى ازدهار الصناعة⁽³⁾.

فيتمحور مفهوم تحمل التبعة في فكرة تبعة الربح، ومعناها من يستفيد من خطر ناشئ عن نشاطه يجب عليه أن يتحمل تبعته، ومن ثم يجب عليه أن يعرض الأضرار الناجمة عن هذا النشاط، بحيث يسبب ضرراً يزيد عن المخاطر العادية بحيث يجني ربحاً، فيتحمل تبعة هذه المخاطر غير العادية في مقابل ما يربحه من ذلك الاستغلال على أساس قاعدة "الغرم بالغنم" وهي القاعدة التي تجعل مخاطر المصنع على عاتق من يعود عليه ربحه⁽⁴⁾، كما أن النفع وحده لا يكفي وإنما يلزم أن يتسم نشاطه بالخطورة أو يستحدث

(1) Benamar Mohammed, "La responsabilité des propriétaires des navires pour les dommages dus à la pollution par les hydrocarbures en droit algérien", revue des africaine de droit international et comparé, juin 1997, tome 09, n 02, p 411.

(2) عبد الرزاق السنهوري، "الوسيط في شرح القانون المدني، مصادر الالتزام"، الطبعة الثانية، دار النهضة العربية، مصر، 1964، (ص 870).

(3) ياسر محمد فاروق الميناوي، المرجع السابق، (ص 355-356).

(4) مرجع سابق، (ص 357).

خطراً. وترتبط بفكرة تحمل التبعة فكرة تبعة السلطة أي أن من يترأس مشروعاً ما يجب أن يكون مسؤولاً عن الضرر الناجم عنه حتى ولو لم يكن قد ارتكب خطأً، فذلك مقابل ما له من سلطة، وهذا الوجه من وجوه نظرية تحمل التبعة لا يكون متصوراً إلا في مجال الأنشطة الصناعية والتجارية⁽¹⁾.

إذن فعناصر نظرية تحمل التبعة تقوم على عنصر الخطر، الذي يكون مصدره الآلات المتطورة بحيث يعد ركناً أساسياً في النظرية الموضوعية⁽²⁾، والسلطة التقديرية لقاضي الموضوع لتقدير خطورة التلوث فهو غالباً ما يستعين بأهل الخبرة للوقوف على ما إذا كان التلوث في الحدود المسموح بها أم أنه يتجاوزها⁽³⁾. بالإضافة لهذا العنصر يشترط توفر عنصر الضرر مهما كانت طبيعته، مع ضرورة توفر العلاقة السببية التي تقوم بين النشاط الضار والضرر الناجم عنه، معنى ذلك أن النشاط الضار هو سبب الضرر الذي حدث، بمعنى أن يكون النشاط شرطاً ضرورياً لوقوعه بحيث يمكن أن يقال إنه لولا النشاط الضار لما وقع الضرر⁽⁴⁾.

فنجذ بشأن تحمل المسؤولية المدنية أن المادة (58) من قانون (10-03) تنص: "يكون كل مالك سفينة تحمل شحنة من المحروقات، تسببت في تلوث نتج عن تسرب أو صب محروقات من هذه السفينة، مسؤولاً عن الأضرار الناجمة عن التلوث وفق الشروط والقيود المحددة بموجب الاتفاقية الدولية حول المسؤولية المدنية عن الأضرار الناجمة عن التلوث بواسطة المحروقات".

وبالرجوع إلى القانون رقم (10-03) المتعلق بحماية البيئة في إطار التنمية المستدامة، نلمس اتجاه المشرع للأخذ بالنظرية الموضوعية من خلال استعماله في مواد هذا القانون، أحياناً مصطلح ضرر وأحياناً أخرى مصطلح خطر⁽⁵⁾.

وعليه يمكن القول إن المسؤولية الموضوعية هي الأساس القانوني الوحيد الذي بإمكانه تغطية نوعي الضرر أي الضرر الذي يلحق بالبيئة وضرر الضرر البيئي، فالمسؤولية الموضوعية تظهر أكثر انسجاماً

(1) عبد الوهاب محمد عبد الوهاب، المرجع السابق، (ص 628).

(2) شعيب أحمد سليمان، "المسؤولية المبنية على تحمل التبعة"، مجلة القانون المقارن، العدد 15، السنة 10، 1983، (ص394).

(3) عطا سعد محمد حواس، "الأساس القانوني للمسؤولية عن أضرار التلوث"، دار الجامعة الجديدة، الإسكندرية، 2012، (ص136).

(4) عبد الوهاب محمد عبد الوهاب، المرجع السابق، (ص632).

(5) المواد (02، 03، 04، 09، 25، 41، 44، 52، 53، 56، 57، 58، 70، 71، 72، 80).

مع التطورات التي وصلت إليها النشاطات البشرية وانتشار التكنولوجيات الحديثة، إلا أن التطور الاقتصادي وظهور مصادر جديدة للتلوث أدى إلى ظهور وسائل جديدة مسايرة لهذا التطور، وعليه فأمام عدم كفاية المسؤولية الموضوعية وحدها لتغطية هذه المصادر الجديدة للتلوث، تم الاعتماد على مبدأ الملوثة الدافع كمبدأ قانوني واقتصادي يهدف إلى التكريس الفعلي لفكرة التنمية المستدامة بالمحافظة على حقوق الأجيال اللاحقة بالبيئة.

المطلب الثاني: تطور آليات جبر الضرر البيئي

إن جبر الأضرار المتولدة عن التلوث البيئي هو الهدف الأساسي من تقرير المسؤولية المدنية، من أجل جبر الأضرار البيئية فتعويض ضحايا هذا الأخير يُعد أمراً جوهرياً يستحق التطرق له، فإذا كان المقصود بالتعويض هو إعادة التوازن الذي اختل بسبب وقوع الضرر وإعادة المضرور إلى حالته التي كان عليها قبل تعرضه للفعل الضار، فهذا الإصلاح يتحقق عن طريق التعويض (الفرع الأول)، ونتيجة قصور أحكام التعويض تم تكريس مبدأ الملوثة الدافع (الفرع الثاني)، تطور وسائل التعويض لجبر الضرر البيئي (الفرع الثالث).

الفرع الأول: التعويض عن الضرر البيئي بمفهومه التقليدي

ينقسم التعويض إلى التعويض العيني (أولاً)، والتعويض النقدي (ثانياً).

أولاً: التعويض العيني لجبر الضرر البيئي

إن التعويض العيني بصفة عامة هو إعادة الحال إلى ما كانت عليه قبل وقوع الفعل الضار فهو يزيل الضرر الناشئ عنه⁽¹⁾، والقاضي ليس ملزماً بأن يحكم بالتنفيذ العيني، ولكن يتعين عليه أن يقضي به إذا كان ممكناً وطالب به الدائن، والتعويض العيني هو أفضل طرق التعويض، حيث أنه يؤدي إلى إصلاح الضرر إصلاحاً تاماً، وهو أكثر شيوعاً في الالتزامات العقدية، حيث يتيسر في الكثير من الأحوال إجبار المدين على التنفيذ العيني⁽²⁾، أما في نطاق المسؤولية التقصيرية فنطاقه محدود، وذلك لأنه لا يكون ممكناً إلا عندما يتخذ الخطأ الذي اقترفه المدين صورة القيام بعمل يمكن إزالته⁽³⁾.

(1) Le Touneau Philippe, "Droit de la responsabilité et des contrats", DALLOZ, France, 2004, p 665.

(2) طبقاً للمادة (164) من القانون المدني: "يُجبر المدين بعد إعداره طبقاً للمادتين (180 و181) على تنفيذ التزامه تنفيذاً عينياً، متى كان ذلك ممكناً".

(3) العربي بلحاج، "النظرية العامة للالتزام في القانون المدني الجزائري، الجزء الثاني، الواقعة القانونية، الفعل غير المشروع، الإثراء بلا سبب، والقانون"، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر، 2007، (ص266).

ويتحقق التعويض العيني بإعادة الحال إلى ما كان عليه قبل حدوث الضرر البيئي الذي يقصد به إعادة الوضع الذي كان قائماً قبل وقوع الضرر، وإذا كان هذا التعويض العيني يمكن تصوّره في الأضرار العادية فإن طبيعة وخصوصية الضرر البيئي تطرح العديد من الصعوبات بخصوص التعويض العيني لهذا الضرر، خاصة فيما يتعلق بالوسائل المعتمدة لإعادة الحال إلى ما كان عليه.

فسلامة البيئة تقتضي عدم ترك آثار العمل غير المشروع الضار بالبيئة حتى لا تحدث مزيداً من الآثار التراكمية الضارة والملوثة، على أن يعوض بعدها المضرور عما لحقه من ضرر⁽¹⁾، فيهدف هذا النوع من التعويض إلى محو الضرر البيئي تماماً وإعادة الحال إلى ما كان عليه قبل وقوعه ومنع تفاقمه أو تكراره في المستقبل؛ لأن هذه الوسيلة تزيل الضرر البيئي تماماً، فهذا الإجراء يُعد أفضل إذا كان الحكم به إزالة الضرر البيئي ووضع الجهة المتضررة في الحالة نفسها التي كانت عليها قبل وقوعه، لذلك يعتبر التعويض العيني خير تعويض للمتضرر⁽²⁾.

فقد يكون التعويض العيني كلياً كغلق المصنع الذي تنبعث منه الغازات السامة أو الأدخنة والروائح الكريهة أو هدم المدخنة، كما قد يكون التعويض العيني جزئياً كتعديل طريقة الاستغلال أو تجديده نسبياً من حيث الزمان والمكان، كوقف المحل لمدة مؤقتة أو إجراء تعديل في مصدر الضرر كتعلية المدخنة أو توجيه فوهتها لجهة أخرى، أو نقل بعض الآلات التي تصدر الأصوات العالية أو الضجيج من مكانها أو وضع عوازل للصوت، وقد يكفي امتناع المالك عن العمل خلال أوقات معينة كأوقات النوم وهو الوقت الذي يتحقق فيه الضرر للجيران وهذا يحصل عادة في أضرار الجوار⁽³⁾.

فقد نص المشرع على مثل هذا النوع من التعويض العيني بموجب مبدأ الملوّث الدافع بموجب المادة (03) الفقرة (08) من قانون حماية البيئة: ".....نفقات كل تدابير الوقاية من التلوث والتقليل من وإعادة الأماكن وبيئتها إلى حالتها الأصلية".

(1) بوفلجة عبد الرحمن، المرجع السابق، (ص167).

(2) طراف عامر وحياة حسنين، "إرهاب التلوث والنظام العالمي"، الطبعة الأولى، المؤسسة الجامعية للدراسات والنشر والتوزيع، بيروت، 2002، (ص279-280).

(3) الطائي عبد الله تركي حمد العيال، "الضرر البيئي وتعويضه في المسؤولية المدنية"، الطبعة الأولى، منشورات الحلبي الحقوقية، لبنان، 2013، (ص138-139).

وفي الأخير يمكن القول إنه في إطار حماية البيئة تم اعتماد نظام إعادة الحال إلى ما كان عليه، فمن الممكن تحقيقه بتدخل السلطة الإدارية أو الجهة القضائية المدنية أو الإدارية أو الجزائية، إلا أن التحقيق الفعال له يتطلب تعميم هذا النظام في كل القوانين المتعلقة بحماية البيئة كما يتطلب ضرورة توعية وتحسيس الجهات المعنية في هذا الإطار.

فإلى جانب إعادة الحال إلى ما كان عليه يوجد إيقاف وقوع الضرر البيئي، يُعد وقف الأنشطة غير المشروعة كصورة من صور التعويض تعتبر وقائية بالنسبة للمستقبل وليس محو الضرر الحادث بسبب هذا النشاط، بل هو يمنع وقوع أضرار جديدة في المستقبل، ومثال ذلك عندما يقوم أحد المصانع بإلقاء مواد سامة في مياه مستعملة، فإن هذا المصنع يصبح ملزماً بعدم تكرار هذا الفعل الضار مصدر التلوث⁽¹⁾.

لقد خولت المادة (85) من الفقرة (02) من القانون (10-03) للقاضي صلاحية الأمر التلقائي بإلزام أصحاب المنشآت الملوثة بإعادة تنظيم نشاطاتهم حتى لا تتسبب مستقبلاً بمزيد من الأضرار، وذلك تحت طائلة الغرامة التهديدية عن كل يوم تأخير، وهذا حتى لو لم يبادر المتضررون بطلب ذلك.

وبالتالي فإن اللجوء إلى إلزام الملوث بضرورة القيام بإجراءات وأعمال وتدابير تساعد في تأهيل الأوساط البيئية المتضررة من جراء فعله الخاطئ، سيساعد في ديمومة واستمرار الأوساط البيئية والعمل على إحيائها من جديد، وقد تصل في المستقبل ونتيجة لتنفيذ مثل هذه الأعمال إلى وضعية أفضل مما كانت عليه قبل وقوع الضرر البيئي⁽²⁾.

وبالتالي فالتعويض عن الضرر البيئي بمعناه الفني الدقيق، لا يؤول إلى أشخاص؛ لأنه ليس تعويضاً عن ضرر شخصي، إنما هو تعويض للبيئة ذاتها، بينما التعويض عن الضرر البيئي فإنه يؤول إلى أشخاص؛ لأنه ليس تعويضاً عن ضرر بيئي بمعناه الفني، إنما هو تعويض عن ضرر شخصي بمعناه التقليدي، لذا لا يصح أن نطلق على ضرر الضرر البيئي، عبارة الضرر البيئي، أي لا يجب أن نخلط بين الضرر البيئي بمعناه الفني، وبين ضرر الضرر البيئي، هو ليس ضرراً بيئياً بالمعنى الفني⁽³⁾.

(1) ياسر محمد فاروق الميناوي، المرجع السابق، (ص408).

(2) طراف عامر وحسين حياة، المرجع السابق، (ص292).

(3) أحمد محمد حشيش، "المفهوم القانوني للبيئة، في ضوء مبدأ أسلمة القانون المعاصر"، دار الكتب القانونية، مصر، 2008، (ص167).

ثانياً: التعويض النقدي لجبر الضرر البيئي

جعل المشرع بموجب المادة (132) من القانون المدني، الأصل في التعويض هو أن يتم نقداً إلا إذا طلبه المتضرر وكان ذلك متيسراً على القاضي خاصة في مجال الأضرار البيئية التي تتطلب فترة زمنية طويلة لإصلاح آثاره كافة وإعادة المنطقة المتضررة إلى ما كانت عليه سابقاً.

وبالنظر إلى طبيعة وخصوصية الضرر البيئي يجعل من الصعب إعادة الحال إلى ما كان عليه فلا سبيل أمام القاضي إلا اللجوء إلى التعويض النقدي، وهو نوع من التعويض بمقابل المعروف في القواعد العامة⁽¹⁾.

فالتعويض المالي عن الأضرار البيئية يتضمن الأضرار الحاصلة للموارد الطبيعية كافة، وهي المبالغ اللازمة لإصلاح ما أصاب البيئة من ضرر وتدمير وإتلاف وخسارة بسبب الاستعمال غير العقلاني، بالإضافة إلى المصروفات اللازمة لتقدير هذه الأضرار ومصاريف تنفيذ الإجراءات اللازمة أيضاً لاستعادة وإحياء المصادر الطبيعية واستبدالها واكتساب مصادر أخرى مماثلة أو بديلة، فالتعويض المالي للضرر البيئي يتضمن ثلاثة عناصر جوهرية نظراً لصعوبة الإلمام بهذه الأضرار كافة، فتتمثل في مبالغ استعادة وإحياء واستبدال أو إحلال مصادر أخرى للمصادر المتضررة، والمبالغ المالية التي تقي بالإنقاص من قيمة المصادر المكونة للبيئة لاستعادة وضعها السابق قبل وقوع الضرر، والتكاليف والمصروفات الضرورية التي بذلت وأنفقت بهدف تقدير هذه الأضرار⁽²⁾.

إن التعويض عن الأضرار البيئية يُعد من المسائل الدقيقة للغاية، خصوصاً أن الأصل في التعويض في القانون المدني هو التعويض النقدي، وبالنظر إلى طبيعة وخصوصية الضرر البيئي فإنه من الصعب إعادة الحال إلى ما كان عليه فلا سبيل أمام القاضي إلا اللجوء إلى التعويض النقدي، وهو نوع من التعويض بمقابل المعروف في القواعد العامة⁽³⁾.

(1) أمجد محمد منصور، "النظرية العامة للالتزامات، مصادر الالتزام"، المكتبة القانونية، مصر، 2002، (ص352).

(2) Corale Hermon, "La réparation du dommage écologique, les perspectives ouvertes par la directive du 21 avril 2004", revue d'actualité juridique du droit administratif, n 33/2004, du 04/10/2004, DALLOZ, paris, p 1795-1796.

(3) حميدة جميلة، المرجع السابق، (ص 314).

إلا أن تقدير الضرر البيئي ليس بالأمر السهل خصوصاً وأن قيمة ما تم إنفاقه لا يمكن تحديده إلا بعد الانتهاء من أعمال إعادة الحال إلى ما كان عليه أو عند استحالة تحقق هذا الأخير، مما يستدعي تقييم الأضرار البيئية المحضة تقييماً نقدياً سواء وفق التقدير الموحد للضرر البيئي، والتقدير الجزافي لهذا الأخير الذي أثبت فشله ما استدعى البحث عن حلول.

الفرع الثاني: نظام التعويض التلقائي: مبدأ الملوثة الدافع

تبنى مشرعنا هذا المبدأ بموجب المادة (03) الفقرة (08) من قانون (03-10) التي تنص على: "مبدأ الملوثة الدافع، الذي يتحمل بمقتضاه، كل شخص يتسبب نشاطه أو يمكن أن يتسبب في إلحاق الضرر بالبيئة نفقات كل تدابير الوقاية من التلوث والتقليص منه وإعادة الأماكن وبيئتها إلى حالتها الأصلية".

فيتبين من هذا المفهوم أن هدف المشرع من إقرار مبدأ الملوثة الدافع هو إلقاء عبء التكلفة الاجتماعية للتلوث على من يتسبب في إحداثه مما يلحق ضرراً بالبيئة، فيستوجب عليه دفع مبلغ مالي يحدده القانون في شكل ضريبة أو رسم، من أجل إصلاح أو إعادة الحال إلى مكان عليها.

فلمبدأ الملوثة الدافع مكانة فعالة في مجال حماية البيئة، إلا أنه يشوبه العديد من العيوب، والافتقار إلى التنسيق نتيجة عدم وجود نهج سياسي واضح، والعائق الكبير يتمثل في مدى فعالية هذه الوسائل المالية التي عادة ما تكون مغايرة للنظام المالي وللحماية المالية بصفة عامة، وضد الحماية البيئة ما يستدعي من وزارة المالية تخصيص مبالغ مالية عند تحديد ميزانيتها السنوية لمختلف المجالات البيئية لكي تتمكن من جبر الضرر البيئي عند وقوعه⁽¹⁾.

غير أنه يلاحظ من توزيع حصيلة الرسوم الإيكولوجية في الجزائر يتبين عدم توجيهها بصفة كلية لحماية البيئة وإزالة التلوث، الشيء الذي يفقد الرسوم الإيكولوجية فعاليتها ويجعل منها أعباءً إضافية يتحملها المستهلك دون الملوثة، ولعل السبب في ذلك تأخر اعتماد المشرع لمثل هذه الوسائل الاقتصادية لمكافحة التلوث، ويضاف إلى ذلك التردد الكبير في التطبيق الفعال لهذه التوجيهات نظراً لعدم وضوح الرؤية والخيارات بالنسبة لحماية البيئة، مما ينبغي معه تكثيف هذه الوسائل الاقتصادية وتدعيمها بمنظومة قانونية ذات قواعد ملزمة تطبق بالمساواة سواء على الملوّثين، للحد من التلوث البيئي، فبقدر ما يبدو مبدأ الملوثة

(1) Vallet Odon, " Le budget de l'environnement " , revue juridique de l'environnement, n 01, 1983, p 03-05.

الدافع ضرورياً لتكريس حماية للبيئة بقدر ما يكون دافعاً للتلوث، فهل يعني ذلك أن صاحب النشاط الملوث يستطيع أن يلوث طالما بمقدرته أن يدفع الغرامة؟

الفرع الثالث: تطور وسائل التعويض لجبر الضرر البيئي

يظهر تطور وسائل التعويض لجبر الضرر البيئي في نظام التأمين (أولاً)، وكذلك دور صناديق التعويض في إصلاح الضرر البيئي (ثانياً).

أولاً: نظام التأمين لجبر الضرر البيئي

يُعد نظام تأمين المسؤولية في الواقع من الآليات التكميلية التقليدية لتغطية المخاطر التي تعجز عنها قواعد المسؤولية المدنية، وتقنية تكفل الحماية الاجتماعية وتجعل المؤمن يتحمل التبعات المالية التي ترتبها مسؤولية المؤمن له بسبب الأضرار التي تلحق بالغير، وبالتالي يكون ضماناً حقيقياً للضحية عن الأضرار التي تلحق به بسبب مسؤولية المؤمن، وهذا من شأنه توفير تعويض كافٍ للضحية وإصلاح وضعه المالي، وإذا كان التأمين من المسؤولية يتخذ صورة التأمين عن الأشخاص أو التأمين عن الأضرار⁽¹⁾.

تعرض مشرعنا لنظام التأمين بصفة عامة كنظام تعاقدية في القواعد العامة حيث نص عليه في القانون المدني وعُرف عقد التأمين، وجاء في تعريفه له بأنه "عقد يُلزم بمقتضاه المؤمن أن يؤدي إلى المؤمن له أو إلى المستفيد الذي اشترط التأمين لصالحه مبلغاً من المال أو إيراداً أو أي عوض مالي يؤديها المؤمن للمؤمن له"⁽²⁾، وقد أعاد مشرعنا صياغة هذه المادة بمقتضى المادة (03) من قانون التأمينات⁽³⁾.

إلا أنه لا نجد هناك تأميناً خاصاً من المسؤولية عن الأضرار البيئية إلا في بعض النصوص المتفرقة في بعض القوانين، من ذلك ما نص عليه القانون البحري رقم (98-05)⁽⁴⁾.

حيث نص هذا الأخير على نوع من التأمين هو التأمين الإجباري الذي يلتزم مالك السفينة بإنشائه لتغطية مسؤوليته عن ضرر التلوث، وبالمقابل تلتزم السلطات الإدارية بتسليم شهادة تتضمن الإقرار بوجود

(1) ياسر محمد فاروق المنيوي، المرجع السابق، (ص427).

(2) طبقاً للمادة (619) من القانون المدني.

(3) الأمر (95-07) المؤرخ في 1995/01/25، المتعلق بالتأمينات، جريدة رسمية رقم 13، المؤرخة في 1995/03/08، طبقاً للمادة (03) منه.

(4) قانون رقم (98-05) المؤرخ في 1998/06/25 المعدل والمتمم للأمر رقم (76-80) المؤرخ في 1976/10/23 المتضمن القانون البحري، جريدة رسمية رقم 47، لسنة 1998.

هذا النوع من التأمين⁽¹⁾، كما نص المشرع في قانون التأمينات على أنواع كثيرة من التأمينات الإلزامية التي لها علاقة وثيقة بالأضرار التي تمس البيئة في مختلف مجالاتها من ذلك ما نصت عليه المادة (165) منه التي تقضي بإلزام كل هيئة تستغل مطاراً أو ميناءً أن تؤمن من مسؤوليتها عن الأضرار التي تصيب المستعملين لهذه الأمكنة بسبب نشاط المطار أو الميناء، ولعل هذه الأضرار لها علاقة وثيقة بالحماية من أضرار بيئة الجوار وهي نوع من التلوث الضجيجي الذي يصيب المجاورين لهذه الأمكنة.

ونص كذلك على نوع آخر من التأمين له علاقة بالأضرار التي تصيب البيئة الصحية وهو ما تضمنته المادة (169) من قانون التأمينات التي نصت على إلزام المؤسسات التي تقوم بنزع الدم البشري أو تغييره لغرض طبي بالتأمين ضد العواقب المضرة التي قد يتعرض لها المتبرعون بالدم والمتلقون له، فهذا النص جاء عاماً ومطلقاً؛ لأنه يتعلق بالمخاطر كافة الناجمة عن عمليات نقل الدم وهي تنطبق على أضرار التلوث الناتج عن نقل الدم المحمل بالأمراض الخطيرة ومنها مرض نقص المناعة المكتبي "الإيدز".

فيمكن القول إن المشرع أصاب حينما نص على التأمينات الخاصة وجعلها ذات طابع إلزامي، فهذه الأنواع من التأمينات بإلزامها تساهم في تغطية العديد من الأضرار الصحية والبيئية، فنظام التأمين من المسؤولية في الجزائر مازال يعتمد على نظام التأمين التقليدي كالتأمين الناتج عن المنتجات الخطيرة، والانفجارات، والكوارث الطبيعية، إلا أن خصوصية الضرر البيئي وأبعاده الجغرافية والزمانية هي في حاجة إلى تغطيات تأمينية متخصصة؛ لأن التأمين بأسسه الفنية والتقليدية غير كاف وغير فعال وتغطيته قاصرة مقارنة بطبيعة ونطاق الأضرار البيئية، فنحن اليوم بحاجة إلى بوليصة تأمين خاصة لكل صورة من صور الضرر البيئي نظراً لخطورتها، وهي تحتاج من المشرع إلى وضع أسس قانونية وفنية تتماشى مع متطلبات التطور التكنولوجي والأضرار البيئية الناجمة عنه والتي تُعد ذروة الأضرار البيئية.

ثانياً: دور صناديق التعويض في إصلاح الضرر البيئي

إن الميزة الأساسية لصناديق التعويض، أنها مستقلة عن قواعد المسؤولية المدنية فهي لا تهدف إلى ضمان هذه الأخيرة وإنما إلى تغطية الأضرار التي تمس المصالح الجماعية، فهي تهدف إلى تعويض المضرور في الحالة التي لا يعوض فيها بوسيلة أخرى، كما وأن هذه الصناديق تهدف إلى توزيع المخاطر الصناعية على مجموع الممارسين للأنشطة التي يمكن أن تكون سبباً لهذه المخاطر⁽²⁾.

(1) طبقاً للمادة (130) والمادة (131) من قانون رقم (98-05).

(2) سعيد السيد قنديل، "آليات تعويض الأضرار البيئية، دراسة في ضوء الأنظمة القانونية والاتفاقيات الدولية"، دار الجامعة الجديدة، مصر، 2005، (ص105).

فيتم اللجوء إلى صناديق التعويضات في الحالات التي لا يقدم فيها التأمين إجابات كافية فإن صناديق التعويضات تلعب دوراً تكميلياً يكون ضرورياً عندما تتجاوز قيمة الأضرار الناجمة عن النشاط الحد الأقصى لمبلغ التأمين المحدد في العقد، أي أنها تهدف إلى تعويض المضرور تعويضاً كاملاً عندما يكون قد تم تعويضه جزئياً⁽¹⁾، فتبني فكرة صناديق التعويضات يسمح بتجنب البطء في التقاضي فوفقاً لهذا فإن المضرور يصبح معافياً من إثبات عدم يسار المسؤول الملوث وذلك لوجود شخص موسر دائماً وهو الصندوق⁽²⁾.

ومن أجل ذلك تم إنشاء الصندوق الدولي لتعويض أضرار التلوث، بحيث يسعى كما قلنا إلى تغطية الأضرار التي يعجز عنها نظام المسؤولية، التي هي محددة بمبالغ معينة، وإن تأمين المسؤولية محدد أيضاً بحد أدنى لا سيما في مجال أضرار التلوث البترولي، ومن ثم فالمبلغ الذي يتحمله الصندوق هو ذلك المبلغ الذي يزيد عن تلك المبالغ التي حددتها اتفاقية بروكسل 1969، ما يجعله نظاماً مستقلاً عن نظام المسؤولية المدنية بإمكانية تغطية العديد من الأضرار المتعلقة بالتلوث مهما بلغت جسامتها، بل حتى وإن فاقت مبالغ معينة فإن صناديق التعويض قادرة على تغطيتها⁽³⁾.

أما بالنسبة للحالات التي يعفى الصندوق منها فهي التي قررتها الاتفاقية بمقتضى المادة (04) الفقرة (03) والمتمثلة فيما يلي:

- إذا كانت أضرار التلوث ناتجة عن أعمال الحرب أو التلوث أو البترول المتسرب من سفينة حربية أو سفينة أخرى تملكها أو تشغلها الدولة ومستخدمه وقت الحادث لأغراض حكومية غير تجارية.
- إذا لم يستطع المدعي إثبات أن الضرر نتج عن حادث وقع لسفينة أو أكثر.
- إذا أثبت الصندوق أن أضرار التلوث قد نتجت كلياً أو جزئياً عن عمل أو امتناع من جانب المضرور وبقصد إحداث الضرر أو نتجت عن إهماله.
- هناك أيضاً حالة الإعفاء الجزئي وهي التي تنشأ عن ظاهرة طبيعية استثنائية لا يمكن تفاديها أو مقاومتها، ففي هذه الحالة لا يجوز أن يزيد مبلغ التعويض عن (450) مليون فرنك، وفي كل الأحوال إن المبلغ الذي

(1) المنياوي ياسر محمد فاروق، المرجع السابق، (ص434).

(2) Veney.G, "Les principaux aspects de la responsabilité civile des entreprises pour atteinte à l'environnement en droit français", J.C.P, n 3600, 1996, paris, p 46.

(3) حميدة جميلة، المرجع السابق، (ص413).

يغطيه الصندوق يجب ألا يتجاوز (450) مليون فرنك، إلا إذا أجازت الجمعية العامة للصندوق أن تدفع الحد الأقصى إلى (90) مليون فرنك⁽¹⁾.

وهناك ما يسمى بالصندوق الأساسي وهو مخصص للوفاء بالتعويضات كافة عن أضرار المصادر الطبيعية وتكاليف استعادتها وإحيائها وسد المطالبات التعويضية غير المدفوعة عن الإزالة والتنظيف، وكذلك المصروفات اللازمة لبعض الهيئات الفيدرالية التي تتولى تنفيذ قانون التلوث بالزيت، كما ترصد أموال هذا الصندوق لدفع المطالبات عن تكاليف وتعويضات إزالة آثار التسرب الزيتي، إلا أن ما يلاحظ على هذه الصناديق أنه لا يمكن تقديم الدعوى مباشرة إلى الصندوق وإنما توجه المطالبة إلى الشخص المسؤول أو إلى ضامنه، فإذا لم تتم التسوية خلال تسعين (90) يوماً من تقديمها وإذا أخفق المتضررون في هذا الإجراء بإمكانهم اللجوء بعد ذلك إلى تقديم المطالبة إلى الصندوق، وهذا بهدف حماية المضررين الذين لم يتمكنوا من الحصول على حقوقهم في التعويض خلال المدة المشار إليها⁽²⁾.

فهذه الصناديق تقوم بتغطية قيمة الأضرار للمسؤولية الناشئة عن التلوث البيئي سواء ما هو متعلق بتغطية قيمة الأضرار مسؤولية الملوّثين أو عن تعويض المضررين، بحيث يكون للدولة دور في تنظيم عمل هذه الصناديق من خلال مسؤوليتها في الحد من التلوث ومساهمتها في تمويل هذه الصناديق، ونظراً لعجز قواعد هذه الأخيرة ونظام التأمين ونظام صناديق التعويض، كرس المشرع مبدأ الملوّث الدافع كآلية حديثة في قانون (10-03) الذي يسمح بإصلاح الأضرار البيئية بالمبالغ التي يدفعها الملوّثون⁽³⁾.

فيستنتج من ذلك أن دور الصندوق الأساسي للتعويض هو دور احتياطي، حيث لا يتم اللجوء إلى الصندوق إلا بعد استنفاد طريق الدعوى القضائية ضد المسؤول أو الضامن، وهذا عكس الإجراء، كون الدعوى تُرفع مباشرة ضد المؤمن وليس ضد المسؤول عن الضرر.

خاتمة:

لاحظنا قصور أحكام المسؤولية التقصيرية في الجزائر عن الضرر البيئي فتم تطويعها من خلال البحث عن أسس أخرى تلائم طبيعة هذا الضرر، إلا أنه لوحظ كذلك عدم تغطيتها لكل الضرر البيئي،

(1) محمد بن جلال وفاء، المرجع السابق، (ص117).

(2) حميدة جميلة، المرجع السابق، (ص416).

(3) رحموني محمد، "آليات تعويض الأضرار البيئية في التشريع الجزائري"، مذكرة لنيل شهادة الماجستير، كلية الحقوق، جامعة سطيف، 2016، (ص128-129).

ومن ثم اعتمد المشرع على أساس آخر للمسؤولية المدنية متمثل في مبدأ الملوث الدافع وكرسه في قانون حماية البيئة.

وعليه نوصي بالآتي:

1. ضرورة قيام المشرع بتخصيص فصل في القانون الخاص بحماية البيئة (رقم 03-10) كما فعل بالنسبة للمسؤولية الإدارية والمسؤولية الجزائية، وتبيان كيفية جبر الضرر البيئي نظراً للخصوصية التي ينطوي عليها هذا الأخير، وعدم تركها في نصوص متفرقة.
2. ضرورة تطوير قواعد المسؤولية المدنية لتتلاءم مع الطبيعة الخاصة الناجمة عن تلوث البيئة.

قائمة المصادر والمراجع:

- (1) طلبة أنور، "الوسيط في القانون المدني"، الجزء الأول، دون دار النشر، دون سنة، مصر، (ص256-257).
- (2) سليمان مرقص، "المسؤولية المدنية في تقنيات البلاد العربية، القسم الأول، الأحكام العامة أركان المسؤولية، الضرر والخطأ والعلاقة السببية"، مصر، 1971، (ص127-136).
- (3) أمجد محمد منصور، "النظرية العامة للالتزامات، مصادر الحق"، المكتبة القانونية، الطبعة الأولى، 2001، (ص283).
- (4) حميدة جميلة، "النظام القانوني للضرر البيئي وآليات تعويضه"، دار الخلدونية، الجزائر، 2011، (ص69-70).
- (5) وحيد عبد المحسن محمد قزاز، "المسؤولية المدنية عن تلوث البيئة الزراعية"، أطروحة لنيل شهادة الدكتوراه، جامعة طنطا، دون سنة، (ص173).
- (6) طبقاً للمادة (182) الفقرة (02) من القانون المدني التي تنص على: ".....غير أنه إذا كان الالتزام مصدره العقد، فلا يلتزم المدين الذي لم يرتكب غشاً أو خطأ جسيماً إلا بتعويض الضرر الذي كان يمكن توقعه عادة وقت التعاقد".
- (7) حميدة جميلة، المرجع السابق، (ص82-83).
- (8) بوفلجة عبد الرحمن، "المسؤولية المدنية عن الأضرار البيئية ودور التأمين"، أطروحة لنيل شهادة الدكتوراه، كلية الحقوق، جامعة تلمسان، 2016، (ص70).
- (9) عبد الحميد عثمان محمد، "المسؤولية المدنية عن مزار المادة المشعة"، أطروحة لنيل شهادة الدكتوراه، جامعة القاهرة، 1993، (ص116-117).
- (10) عبد الله تركي حمد العيال الطائي، "الضرر البيئي وتعويضه في المسؤولية المدنية"، الطبعة الأولى، منشورات الحلبي الحقوقية، لبنان، 2013، (ص34-47).
- (11) وهبة الزحيلي، "نظرية الضمان وأحكام المسؤولية المدنية والجنائية في الفقه الإسلامي، دراسة مقارنة"، دار الفكر، بيروت، 1975، (ص28).
- (12) الحديثي هالة صلاح، "المسؤولية المدنية الناجمة عن تلوث البيئة، دراسة تحليلية تطبيقية"، الطبعة الأولى، جبهة للنشر والتوزيع، الأردن، 2003، (ص147).
- (13) محمد عبد الظاهر حسين، "خطأ المضرور وأثره على المسؤولية المدنية"، دار النهضة العربية، مصر، 2002، (ص25).
- (14) ياسر محمد فاروق المنياوي، "المسؤولية الناشئة عن تلوث البيئة"، دار الجامعة الجديدة، مصر، 2008، (ص250-256).
- (15) عبد الوهاب محمد عبد الوهاب، "المسؤولية عن الأضرار الناتجة عن تلوث البيئة، دراسة حول تأصيل قواعد المسؤولية المدنية عن أضرار تلوث البيئة"، أطروحة لنيل شهادة الدكتوراه، كلية الحقوق، جامعة القاهرة، 1994، (ص476).
- (16) نبيلة إسماعيل رسلان، "المسؤولية المدنية عن الإضرار بالبيئة"، دار الجامعة الجديدة، الإسكندرية، 2007، (ص72-73).
- (17) عبد الرزاق السنهوري، "الوسيط في شرح القانون المدني، مصادر الالتزام"، الطبعة الثانية، دار النهضة العربية، مصر، 1964، (ص870).
- (18) شعيب أحمد سليمان، "المسؤولية المبنية على تحمل التبعة"، مجلة القانون المقارن، العدد 15، السنة 10، 1983، (ص394).

- (19) عطا سعد محمد حواس، "الأساس القانوني للمسؤولية عن أضرار التلوث"، دار الجامعة الجديدة، الإسكندرية، 2012، (ص136).
- (20) طبقاً للمادة (164) من القانون المدني: "يُجبر المدين بعد إعداره طبقاً للمادتين (180 و181) على تنفيذ التزامه تنفيذاً عينياً متى كان ذلك ممكناً".
- (21) العربي بلحاج، "النظرية العامة للالتزام في القانون المدني الجزائري، الجزء الثاني، الواقعة القانونية، الفعل غير المشروع، الإثراء بلا سبب، والقانون"، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر، 2007، (ص266).
- (22) طراف عامر وحياة حسنين، "إرهاب التلوث والنظام العالمي"، الطبعة الأولى، المؤسسة الجامعية للدراسات والنشر والتوزيع، بيروت، 2002، (ص279-280).
- (23) الطائي عبد الله تركي حمد العيال، "الضرر البيئي وتعويضه في المسؤولية المدنية"، الطبعة الأولى، منشورات الحلبي الحقوقية، لبنان، 2013، (ص138-139).
- (24) أحمد محمد حشيش، "المفهوم القانوني للبيئة، في ضوء مبدأ أسلمة القانون المعاصر"، دار الكتب القانونية، مصر، 2008، (ص167).
- (25) أمجد محمد منصور، "النظرية العامة للالتزامات، مصادر الالتزام"، المكتبة القانونية، مصر، 2002، (ص352).
- (26) الأمر (07-95) المؤرخ في 1995/01/25، المتعلق بالتأمينات، جريدة رسمية رقم 13، المؤرخة في 1995/03/08، طبقاً للمادة (03) منه.
- (27) رحومني محمد، "آليات تعويض الأضرار البيئية في التشريع الجزائري"، مذكرة لنيل شهادة الماجستير، كلية الحقوق، جامعة سطيف، 2016، (ص128-129).
- (28) قانون رقم (05-98) المؤرخ في 1998/06/25 المعدل والمتمم للأمر رقم (76-80) المؤرخ في 1976/10/23 المتضمن القانون البحري، جريدة رسمية رقم 47، لسنة 1998.
- (29) سعيد السيد قنديل، "آليات تعويض الأضرار البيئية، دراسة في ضوء الأنظمة القانونية والاتفاقيات الدولية"، دار الجامعة الجديدة، مصر، 2005، (ص105).

قائمة المراجع الأجنبية:

- (30) Veney.G, "Les principaux aspects de la responsabilité civile des entreprises pour atteinte à l'environnement en droit français", J.C.P, n 3600, 1996, paris, p 46.-
- (31) Le Touneau Philippe, "Droit de la responsabilité et des contrats", DALLOZ, France, 2004, p 665.
- (32) Benamar Mohammed, "La responsabilité des propriétaires des navires pour les dommages dus à la pollution par les hydrocarbures en droit algérien", revue des africaine de droit international et comparé, juin 1997, tome 09, n 02, p 411.
- (33) - CoraleHermon, "La réparation du dommage écologique, les perspectives ouvertes par la directive du 21 avril 2004", revue d'actualité juridique du droit administratif, n 33/2004, du 04/10/2004, DALLOZ, paris, p 1795-1796.
- (34) - Vallet Odon, "Le budget de l'environnement", revue juridique de l'environnement, n 01, 1983, p 03-05 .

- (35) Henriot.v, "**Le dommage anormal**", thèse de doctorat, université de paris, 1958, p 17.
- (36) Sylvie Le Damany.v, Gaz.Pal, paris, 1993 , p 02.
- (37) Kahloula Mohammed," **Les dommages causés par la pollution atmosphérique d'origine industrielle: de la prévention a la réparation**" , revue des sciences juridiques et administratives, faculté de droit, université de Tlemcen, n 01, 2003, p 87 .

**لجان الاستماع البرلمانية ما بين السرية والعلنية
(دراسة مقارنة بين المجلس التشريعي الفلسطيني
والبرلمانات في الأنظمة السياسية الأخرى)**

Hearing committees between secret and public
(A comparative study between the Palestinian
Legislative Council and parliaments in other political
systems)

د. حامد عبد الهادي أبو سمرة
دكتورة في القانون العام، غزة، (فلسطين).

لجان الاستماع البرلمانية ما بين السرية والعننية

(دراسة مقارنة بين المجلس التشريعي الفلسطيني والبرلمانات في الأنظمة السياسية الأخرى)

Hearing committees between secret and public

(A comparative study between the Palestinian Legislative Council and parliaments in other political systems)

د. حامد عبد الهادي أبو سمرة

دكتورة في القانون العام، غزة، فلسطين

hady04@yahoo.com

DOI: <https://doi.org/10.70411/MJLS.1.2.202338>

ملخص:

تُعتبر اللجان البرلمانية جوهر العمل البرلماني، فهي غرفة العمليات التي تتم داخلها مناقشة التشريعات المقدمة ومراجعتها قبل سنّها، ومراقبة أعمال السلطة التنفيذية عن طريق عقد جلسات استماع لأعضاء الوزارة، كما تقوم بالتدقيق في عمل الإدارات الحكومية، ودراسة القضايا السياسية.

وتوفر جلسات الاستماع العلنية في اللجان البرلمانية فرصة للمجتمع للاطلاع على أداء السلطة التنفيذية والمشاركة في رقابتها، وفرصة لإبداء اقتراحات وسماع آراء الخبراء، وممارسة لحق أصيل في الرقابة على قيام السلطات المختلفة بالمهام المكلفة بها طبقاً لما هو منصوص عليه في الدستور والقوانين.

الكلمات المفتاحية: الرقابة الشعبية، جلسات الاستماع البرلمانية، الرقابة البرلمانية.

Abstract:

The parliamentary committees are the essence of the parliamentary work. They are the operating rooms where the legislations submitted are reviewed and reviewed before their enactment, and where the executive authority is monitored by holding hearings for members of the ministry. They also scrutinize the work of government departments and examines political issues.

The Public hearings in the parliamentary committees provide an opportunity for the society to learn about the performance of the executive branch and to participate in its supervision. They also provide the opportunity to make suggestions and hear the opinions of the experts, which contributes to popular participation in the control of the executive authority in the performance of its functions.

Keywords: popular oversight, parliamentary hearings, parliamentary oversight.

مقدمة:

تتمثل الديمقراطية في العصر الحديث من خلال عدة صور هي، الانتخابات والرقابة الشعبية على أداء عمل السلطات الرئيسية والعامة في الدولة، وكيفية التأثير عليها وعلى عملية اتخاذ القرار للوصول إلى حكم الرشيد، وإعمالاً للمبدأ الدستوري أن الشعب هو مصدر السلطات. وتمارس جميع السلطات اختصاصاتها المقررة في الدستور نيابة عن الشعب من خلال تنظيم عملها وتحقيقاً للمبادئ التي توافق عليها أفراد المجتمع والمنصوص عليها في الوثيقة الدستورية.

ولكي تقوم السلطات بمهامها الموكلة إليها أخذت الأنظمة الدستورية بالعمل على مبدأ الفصل بين السلطات، لقيام السلطات بالرقابة المتبادلة فيما بينها بحيث تحد السلطة السلطة الأخرى.

ويضطلع البرلمان كممثل للإرادة الشعبية بالقيام بمهام كبيرة تحكم سير إدارة الدولة، وهي تشريع القوانين، والرقابة على أعمال السلطة التنفيذية، وإقرار الميزانية، ووظيفة المحاسبة.

وتقرر الدساتير للبرلمان الحق في مباشرة الرقابة على السلطة التنفيذية للتأكد من القيام بواجباتها، وضمانة ألا تستبد السلطة التنفيذية بسلطاتها، وللتنبية الدائم للسلطة التنفيذية إلى ضرورة مطابقة أعمالها لحدود القانون، وضرورة التزامها بالخطوط الأساسية للسياسة العامة التي نالت الثقة عليه، وللحفاظ على الأموال العامة، بما يضمن استمرار هيمنة البرلمان على مراقبة أعمال الحكومة وتصرفاتها، وبذلك يشترك البرلمان بشكل غير مباشر في أداء الوظيفة التنفيذية⁽¹⁾.

ويمارس البرلمان العديد من الوسائل للتأثير وللرقابة على السلطة التنفيذية، فهو يلعب دوراً هاماً في التوجيه والتأثير عليها، بداية من منح الثقة لرئيس مجلس الوزراء، ومناقشة البرنامج العام للوزارة، فموافقة البرلمان على برنامج الوزارة يحدد طبيعة العلاقة المقبلة بينهما، فإذا قبل البرلمان البرنامج العام للوزارة، مارست الوزارة اختصاصاتها، أما إذا رفض البرلمان البرنامج فعلى الوزارة أن تستقيل⁽²⁾.

(1) د. محمد كامل ليلة، النظم السياسية (الدولة والحكومة)، القاهرة، دار الفكر العربي، 1971، (ص 644).

E. C. S. Wade and A. W. Bradley, **Constitutional and Administrative Law**. UK. Ltd: Tenth Edition, Longman Group, 1985, P. 105.

(2) د. قائد محمد طربوش، السلطة التنفيذية في الدول العربية ذات النظام الجمهوري، بيروت، المؤسسة الجامعية للدراسات والنشر والتوزيع، الطبعة الأولى، 1996، (ص 441).

وتأتي الرقابة الشعبية على أعمال كل من السلطة التنفيذية والتشريعية كأحد أسس الحكم الرشيد، وممارسة فعلية للمشاركة في طرح الأفكار والتساؤلات للحفاظ على المال العام، ما يساعد على ترسيخ مهم في الممارسة الديمقراطية.

إشكالية البحث:

بالرغم من أن المجلس التشريعي أحد مهامه الرقابة على أعمال السلطة التنفيذية إلا أن المواطن يشعر أن الرقابة البرلمانية رقابة محدودة وغير فاعلة، وهذا يرجع إلى أن الأصل في عمل اللجان البرلمانية السرية حسب نص المادة (54) من النظام الأساسي للمجلس التشريعي⁽¹⁾، ما رسخ في وجدان المواطن أن اللجان البرلمانية تنفذ أجندة حزبية دون الرجوع للمختصين أو للجمهور ما زاد الفجوة بين الجمهور والمجلس التشريعي.

أسئلة البحث:

سوف يحاول البحث الجواب عن عدد من الأسئلة وهي:

- 1- ما أنواع اللجان البرلمانية وكيفية تشكيلها؟
- 2- ما هو الأفضل لعمل اللجان البرلمانية السرية أو العلنية؟ وهل العلنية تناسب جميع الموضوعات؟
- 3- هل تحقق جلسات الاستماع السرية للجان البرلمانية الرقابة الحقيقية على أعمال السلطة التنفيذية؟
- 4- ما أهمية المشاركة الشعبية في جلسات الاستماع البرلمانية؟

أهمية البحث:

تعتبر اللجان البرلمانية هي جوهر العمل البرلماني، فهي غرفة العمليات التي تتم داخلها مناقشة التشريعات المقدمة ومراجعتها قبل سنّها، ومراقبة أعمال السلطة التنفيذية عن طريق عقد جلسات استماع لأعضاء الوزارة، كما تقوم بالتدقيق في عمل الإدارات الحكومية، ودراسة القضايا السياسية.

وتوفر جلسات الاستماع في اللجان البرلمانية فرصة للمجتمع للاطلاع على أداء السلطة التنفيذية والمشاركة في رقابتها، وفرصة لإبداء اقتراحات وسماع آراء الخبراء، والقيام بالرقابة على أداء السلطة

(1) المادة (54) من النظام الداخلي للمجلس التشريعي "جلسات اللجان سرية ولا يكون انعقادها صحيحاً إلا بحضور الأكثرية من أعضائها وتصدر القرارات بالأغلبية النسبية، وإذا تساوت الأصوات يرجح الجانب الذي صوت فيه الرئيس. 2- "يجوز للجان عقد جلسات علنية".

التنفيذية في أداء مهامها، وكذلك على أعضاء البرلمان ومدى قيامهم بالمهام الموكلة إليهم لإعادة انتخابهم من جديد أو لا.

منهج البحث:

اعتمد الباحث في دراسته على المناهج العلمية التي يتطلبها الموضوع، فاستخدم كلاً من المنهج التحليلي والوصفي عند تناول النصوص الدستورية والقانونية المتعلقة بالمجلس التشريعي وطريقة عمل اللجان البرلمانية، مع مقارنتها بعمل اللجان البرلمانية في الأنظمة السياسية المختلفة مثل الولايات المتحدة الأمريكية كنموذج للنظام الرئاسي، وبريطانيا كنموذج للنظام البرلماني، وفرنسا ومصر كنموذج للنظام شبه رئاسي، وسوف يقسم البحث على النحو الآتي:

المبحث الأول: أنواع وتشكيل اللجان البرلمانية

المبحث الثاني: جلسات الاستماع البرلمانية

المبحث الثالث: أهمية المشاركة الشعبية في تفعيل لجان الاستماع البرلمانية

المبحث الأول

أنواع وتشكيل اللجان البرلمانية

تعتمد جميع البرلمانات في الوقت المعاصر على اللجان البرلمانية في تسيير وأداء مهامها، ويتم تشكيل اللجان من عدد محدد من أعضاء البرلمان سواء كان بشكل دائم أو مؤقت لمناقشة موضوعات محددة.

ويشارك أعضاء البرلمان في جلسات اللجان بشكل مستمر حتى في أوقات سكون جلسات البرلمان، فيمارس عضو البرلمان مهامه في اللجان المشترك بها من خلال الاجتماعات وجمع الأدلة، وإجراء زيارات ميدانية وعقد جلسات استماع مع شهود سواء في مبنى البرلمان أو في أماكن أخرى.

ونظراً لأهمية اللجان البرلمانية فقد نصت الأنظمة السياسية المختلفة، وبالرغم من اختلاف تطبيق مبدأ الفصل بين السلطات، على اللجان البرلمانية في طريقة عملها وتشكيلها.

ففي النظام الرئاسي وبالرغم من تقرير مبدأ الفصل المطلق بين السلطات، إلا إن اللجان البرلمانية لها دور مهم في الرقابة على السلطة التنفيذية، ففي الولايات المتحدة الأمريكية تمارس لجان الكونغرس مهمة الإشراف والمراقبة المستمرة على نشاطات السلطة التنفيذية، واعتبرت المحكمة العليا أن ممارسة تلك

اللجان سلطة التحقيق في أعمال السلطة التنفيذية أمر مهم وضروري لتمكين الكونغرس من ممارسة سلطته التشريعية⁽¹⁾.

وفي نظام حكومة الجمعية⁽²⁾، وهي تأخذ بمبدأ اندماج السلطات، تقوم اللجان بدور مهم في الرقابة والاستقصاء على أعمال السلطة التنفيذية، ففي سويسرا ينص البند الرابع في المادة (153) من الدستور السويسري على: "4. تملك اللجان بغرض أداء مهامها، حق الحصول على المعلومات والاطلاع على المستندات، وصلاحيه التحقيق، ويبين القانون حدود هذا الحق وهذه الصلاحيه".

وفي النظام البرلماني⁽³⁾، الذي يأخذ بالفصل المرن بين السلطات، تتم دراسة معظم القضايا بالتفصيل داخل اللجان، ففي بريطانيا تتم معظم أعمال مجلس العموم ومجلس اللوردات في لجان، تتألف من حوالي 10 إلى 50 من أعضاء مجلس العموم أو اللوردات، من سياسة الحكومة والقوانين الجديدة المقترحة، إلى موضوعات أوسع مثل الاقتصاد⁽⁴⁾.

(1) أبو الحجاج عبدالغني السيد، المسؤولية الوزارية في النظم الوضعية المعاصرة وفي النظم الإسلامية، رسالة دكتوراه، كلية الحقوق، جامعة عين شمس، 2009، (ص390).

(2) يعتمد نظام حكومة الجمعية على مبدأ اندماج السلطات حيث تتجمع السلطات بين يد المجلس النيابي، ولذلك تسود السلطة التشريعية على باقي السلطات، فهي لها الحق في ممارسة جميع سلطات الدولة وأن تقوم بانتخاب الوزراء لتنفيذ قرارات السلطة التشريعية. سليمان الطماوي، عثمان خليل، القانون الدستوري والمبادئ العامة والدستور المصري، القاهرة، دار الفكر العربي، 1952/1951، (ص256)، عاصم أحمد عجيبة، محمد رفعت عبدالوهاب، النظم السياسية، القاهرة، دار الطباعة الحديثة، الطبعة الرابعة، 1988، (ص319).

(3) يتميز النظام البرلماني بالفصل المرن بين السلطات والمساواة والتوازن بينهم مع وجود التعاون والرقابة، والتي تستبعد إمكانية حدوث اختلال في التوازن المفروض بينهما، فالبرلمان، وهو الهيئة التمثيلية للأمة، يمارس الرقابة والسيطرة على أعمال الحكومة، مع إبقاء الكلمة الأخيرة للشعب عبر الاقتراع العام، مع تحمل الحكومة المسؤولية السياسية أمام البرلمان، ويقابل ذلك حل البرلمان للسلطة التنفيذية، وتلك الصفتان هي من الصفات الرئيسية لأي نظام برلماني حقيقي.

(2) Charles Cadoux, Droit Constitutionnel et Institutions Politiques " Les Regimes Politiques Contemporains, Paris, Cujas, 1982, P.19

<https://www.parliament.uk/about/how/committees/>⁽⁴⁾ تاريخ الاطلاع 2023/4/4

وكذلك يأخذ النظام شبه الرئاسي⁽¹⁾ بالفصل المرن بين السلطات، حيث تقوم اللجان بالدور الأساسي والمهم في دراسة جميع القضايا والموضوعات، ففي فرنسا حدد دستور (1958) عدد اللجان لكل مجلس (الجمعية الوطنية، مجلس الشيوخ) وهي ثمانى لجان⁽²⁾.

أولاً: أنواع اللجان:

تختلف الدساتير في التوسع أو التضييق في عدد اللجان وأنواعها، فهناك لجان دائمة مثل اللجنة التشريعية، واللجنة القانونية، واللجنة المالية، وغيرها من اللجان الدائمة، بينما اللجان الخاصة تنشأ لموضوع معين وتنتهي بانتهاء هذا الموضوع⁽³⁾، كما تنقسم اللجان إما إلى لجان وقتية، أو حسب الموضوع الذي تتناوله على النحو الآتي:

1- اللجان حسب الوقت:

تنقسم اللجان في البرلمان إلى لجان دائمة أو لجان مؤقتة⁽⁴⁾، على النحو الآتي:

أ. اللجان الدائمة:

وهي اللجان التي تختص بإبداء الرأي في مشروعات القوانين والاقتراحات بقوانين، وغير ذلك من الموضوعات المتعلقة باختصاص كل لجنة، ومدى تأثير تطبيق القوانين والقرارات التي تمس مصالح المواطنين.

(1) هو نظام مزج بين كل من النظام الرئاسي والبرلماني، بإحداث توازن ومساواة بين كل من السلطتين التنفيذية والتشريعية، عن طريق انتخاب رئيس الدولة من قبل الشعب، وأعضاء البرلمان يتم انتخابهم عن طريق الشعب ما يجعلهم في مراكز متساوية. محمد أنس قاسم جعفر، *النظم السياسية القانون الدستوري*، القاهرة، دار النهضة العربية، 1999، (ص 160-161)، محمد كامل ليلة، *النظم السياسية الدولة والحكومة*، القاهرة، دار الفكر العربي، 1971، (ص 217).

(2) الفقرة الأولى من المادة (43) في الدستور الفرنسي تنص على: "تُحال مشاريع واقتراحات القوانين على إحدى اللجان الدائمة التي يُحدد عددها بنماين لجان في كل مجلس".

(3) محمد قدرى حسن، رئيس مجلس الوزراء في *النظم البرلمانية المعاصرة "دراسة مقارنة"*، رسالة دكتوراه، كلية الحقوق، جامعة القاهرة، 1984، (ص 317-318).

(4) الفقرة الأولى من المادة (48) في النظام الداخلي للمجلس التشريعي "يشكل المجلس اللجان الدائمة التالية للرقابة وبحث مشاريع القوانين والاقتراحات والقضايا التي يحيلها المجلس أو رئيسه إليها..."، والفقرة الثالثة من المادة نفسها: "للمجلس أن يُشكل لجاناً أخرى لأغراض آنية أو دائمة ولأهداف محددة".

مثال: "اللجنة التشريعية، اللجنة المالية والاقتصادية، لجنة الموازنة، لجنة حماية الأموال العامة، لجنة العرائض والشكاوي .. الخ".

ب. اللجان المؤقتة:

وهي لجان يتم استحداثها لدراسة موضوع معين ولمدة محددة.

مثال "لجان التحقيق بمخالفات طارئة متعلقة بتجاوزات وأخطاء الحكومة".

2- اللجان البرلمانية حسب الموضوع:

تُقسم اللجان البرلمانية للنظر في موضوعات معينة لتناقشها، وتقوم تلك اللجان بممارسة وظيفة معينة أثناء عملها، وهي:

أ. الوظيفة التشريعية

تقوم كل لجنة دائمة بالنظر أو التعديل، وكتابة التقارير عن مشروعات القوانين التي تقع ضمن نطاق اختصاصها، وتتمتع كل لجنة بسلطات موسعة فيما يتعلق بمشروعات القوانين، وتعتبر مناقشة أعضاء البرلمان لمشروعات القوانين المقدمة من السلطة التنفيذية، فرصة لأعضاء البرلمان للمشاركة في الرقابة الحقيقية على عمل السلطة التنفيذية، بما في ذلك الموضوعات الاقتصادية والاجتماعية والمالية⁽¹⁾. كما تساعد اللجان أعضاء البرلمان بشكل عام على تشكيل القوانين، ومد الأعضاء بالمعلومات عن مدى تأثير تلك المشروعات بالسلب أو الإيجاب على المجتمع.

ب. الوظيفة الاستقصائية

تتمتع اللجان البرلمانية بالقدرة على عقد جلسات تحقيق واستدعاء الشهود وجمع الأدلة، حيث تُشكل لجان التحقيق والاستقصاء بغرض الوصول مباشرة إلى الحقيقة والاطلاع على المعلومات والبيانات التي تريدها من مصادرها، دون الاعتماد على ما تقدمه السلطة التنفيذية من معلومات، للتأكد من صدق تلك البيانات والمعلومات، والتي قد تؤدي عند ثبوت تقصير السلطة التنفيذية وثبوت خطئها إلى تحريك المسؤولية الوزارية عن طريق توجيه الأسئلة والاستجابات، ما قد يؤدي إلى سحب الثقة منها.

⁽¹⁾Dominique Breiliat, Gilles Champagne et Daniel Thome, **Droit Constitutionnel et Institutions Politiques**. Gualino éditeur, 2004, P 237.

ونظراً لأهمية التحقيق البرلماني فقد نصت كثير من الدول في دساتيرها، باختلاف نظمها السياسية، على اختصاص البرلمان في تكوين لجان تحقيق، بما يفرضه من التزام على الجهات التنفيذية والإدارية بتقديم الوثائق والبيانات والمعلومات التي يتطلبها إجراء التحقيق، وبما يرفع الحرج والمسؤولية عن الموظفين الذين توجد لديهم هذه الوثائق، خاصة إذا كانت هذه الوثائق يوجد بها ضرر بأحد الوزراء أو الوزارة بأسرها⁽¹⁾.

ويُكلف البرلمان لجنة من لجانته الدائمة أو يشكل لجنة جديدة من أعضائه، تتولى التحقيق في موضوع معين، أو تقصي الحقائق في موضوع معين، أو للتحقق من صدق الإجابات التي يتقدم بها الوزراء أمامه⁽²⁾، ولها أن تنتقل إلى مختلف المواقع، وأن تسأل أي موظف عام، وأن تستدعي أيًا من الخبراء، وهي تهدف إلى تبيين أوجه القصور والخلل والتجاوزات التي تصدر عن إحدى الوزارات أو المصالح والهيئات التي تتبعها، وهذه اللجان إما أن تكون دائمة أو مؤقتة تم تشكيلها لموضوع معين⁽³⁾.

كما قد يطلب رئيس مجلس الوزراء من البرلمان تشكيل لجنة تحقيق ثقة بأن التهم الموجهة لوزارته غير صحيحة وإحاطة للبرلمان بثقة الوزارة بنفسها⁽⁴⁾.

وإعمالاً لمبدأ الفصل بين السلطات، تقف أعمال لجان التحقيق عند الموضوعات المعروضة على القضاء، أو في موضوعات فصل فيها القضاء⁽⁵⁾.

ثانياً: تشكيل اللجان البرلمانية:

أول مهام يقوم بها أعضاء البرلمان بعد انتهاء الانتخابات البرلمانية في أول جلسة هي اختيار رئاسة المجلس ثم تشكيل اللجان البرلمانية، ويتم تشكيل لجان البرلمان حسب نسبة ما يناله كل حزب من مقاعد في البرلمان.

(1) سليمان محمد الطماوي، السلطات الثلاث في الدساتير العربية وفي الفكر السياسي الإسلامي، القاهرة، دار الفكر العربي، الطبعة السادسة، 1416/1996، (ص481).

(2) ماجد راغب الحلو، النظم السياسية والقانون الدستوري، الإسكندرية، منشأة دار المعارف، 2005، (ص766).

(3) محمد الشافعي أبو راس، نظم الحكم المعاصرة دراسة مقارنة في أصول النظم السياسية الجزء الأول، القاهرة، عالم الكتب، 1984، (ص451).

(4) فارس محمد عبد الباقي عمران، التحقيق البرلماني (لجان تقصي الحقائق) في مصر والولايات المتحدة ولمحة عنه في بعض الدول العربية والأجنبية الأخرى، رسالة دكتوراه، كلية الحقوق جامعة القاهرة، 1998، (ص78).

(5) محمد جمال عثمان جبريل، علاء محي الدين مصطفى، القانون الدستوري، كلية الحقوق، جامعة حلوان، 2013/2012، (ص74).

ففي فلسطين يتم تشكيل اللجان البرلمانية داخل المجلس التشريعي في أول جلسة بعد الانتخابات التشريعية وبعد انتهاء انتخاب هيئة مكتب المجلس التشريعي، ويشترك كل عضو في المجلس التشريعي في أحد لجان المجلس الدائمة⁽¹⁾.

وقد حدد النظام الداخلي للمجلس التشريعي عدد اللجان الدائمة داخل المجلس التشريعي، فنصت المادة (48) من النظام الداخلي للمجلس التشريعي على تشكيل لجان دائمة عقب الانتخابات التشريعية، مع العلم أن عدد لجان المجلس التشريعي إحدى عشرة لجنة دائمة⁽²⁾.

وفي مصر يتم توزيع مقاعد اللجان على حسب نسبة مقاعد كل حزب في مجلس النواب، ما يجعل حزب الأغلبية الذي ينتمي له رئيس مجلس الوزراء له النسبة الأكبر في رئاسة عدد كبير من اللجان، بالإضافة إلى غالبية عدد مقاعد اللجان، ما يؤثر على قرارات تلك اللجان، وقد نصت اللائحة الداخلية لمجلس النواب على أنواع اللجان التي يشكلها مجلس النواب.

وفي فرنسا حدد الدستور عدد اللجان الذي يشكلها كل مجلس⁽³⁾، وحددت المادة (136) في اللائحة الداخلية للجمعية الوطنية تلك اللجان⁽⁴⁾:

(1) المادة (49) في النظام الداخلي للمجلس التشريعي "تجري عملية اختيار اللجان في أول دورة يعقدها المجلس بأن يرشح كل من الأعضاء نفسه للجنة التي يرى الاشتراك فيها.."، كما يجوز لكل عضو أن يشترك في لجنة أخرى فقط، فتتص المادة (50) في اللائحة على أنه: "يجب على العضو أن يشترك في إحدى لجان المجلس ويجوز له أن يشترك في لجنة ثانية فقط".

(2) المادة (48) في النظام الداخلي على أن: "يشكل المجلس اللجان التالية للرقابة ولبحث مشاريع القوانين والاقتراحات والقضايا التي يحيلها المجلس أو رئيسه إليه: أ. لجنة القدس، ب. لجنة الأراضي ومقاومة الاستيطان، ت. لجنة شؤون اللاجئين (اللاجئين والنازحين والمغتربين الفلسطينيين)، ث. اللجنة السياسية (المفاوضات العربية والدولية)، ج. اللجنة القانونية (القانون الأساسي والقانون والقضاء)، ح. لجنة الموازنة والشؤون المالية، خ. لجنة الشؤون الاقتصادية (الصناعة والتجارة والاستثمار والإسكان والتمويل والسياحة والتخطيط)، د. لجنة الداخلية (الداخلية والأمن والحكم المحلي)، ذ. لجنة التربية والقضايا الاجتماعية (التربية والتعليم والثقافة والإعلام والشؤون الدينية والآثار والشؤون الاجتماعية والصحة والعمل والعمال والأسرى والشهداء والجرحى والمقاتلين القدامى والطفولة والشباب والمرأة)، ر. لجنة المصادر الطبيعية والطاقة (المياه والزراعة والريف والبيئة والطاقة والثروة الحيوانية والصيد البحري)، ز. لجنة الرقابة لحقوق الإنسان والحريات العامة".

(3) تنص الفقرة الأولى من المادة (43) في الدستور على أن: "تحال مشاريع واقتراحات القوانين على إحدى اللجان الدائمة التي يحدد عددها بثمانين لجان في كل مجلس".

(4) Article (136) RÈGLEMENT DE L'ASSEMBLÉE NATIONALE.

- 1- لجنة الشؤون الثقافية والتعليمية.
- 2- لجنة الشؤون الاقتصادية.
- 3- لجنة الشؤون الخارجية.
- 4- لجنة الشؤون الاجتماعية.
- 5- لجنة الدفاع الوطني والقوات المسلحة. 6- لجنة التطوير العمراني.
- 7- لجنة الاقتصاد العامة والمالية والرقابة على الميزانية.
- 8- لجنة القوانين الدستورية والتشريعية والإدارة العامة للجمهورية.

وفي الولايات المتحدة الأمريكية يقوم كل حزب بعقد مؤتمر قبل بداية ولاية كل كونجرس ويُعد قائمة بأسماء الأعضاء الذين يرغب بتسميتهم لمقاعد اللجان المختلفة.

وتتشكل اللجان في غرفتي الكونجرس على النحو الآتي: يتشكل مجلس الشيوخ من 16 لجنة دائمة، و4 لجان خاصة، و4 لجان مشتركة (اللجنة الاقتصادية، لجنة مكتبة الكونجرس، لجنة الطباعة، اللجنة المختصة بالضرائب)⁽¹⁾، بينما يوجد (20) لجنة دائمة ولجنة خاصة في مجلس النواب الأمريكي⁽²⁾.

بينما في بريطانيا تختلف مهام لجان مجلس العموم عن لجان مجلس اللوردات، فتركز لجان مجلس العموم على كل ما يتعلق بالدوائر الحكومية، بينما تركز لجان مجلس اللوردات على ستة مجالات رئيسية وهي أوروبا، العلوم، الاتصالات، الاقتصاد، دستور المملكة المتحدة، والعلاقات الدولية⁽³⁾.

ORDONNANCE N° 58-1100 DU 17 NOVEMBRE 1958 RELATIVE FONCTIONNEMENT DES ASSEMBLÉES PARLEMENTAIRES DES. LOI ORGANIQUE N° 2009-403 DU 15 AVRIL 2009, RELATIVE À L'APPLICATION DES ARTICLES 34-1, 39 ET 44, DE LA CONSTITUTION, Par la résolution n° 437 du 28 novembre 2014 (Décision du Conseil constitutionnel du 11 décembre 2014).

⁽¹⁾ تاريخ الاطلاع 2023/4/4،

<https://www.senate.gov/artandhistory/history/common/briefing/Committees.htm>

⁽²⁾ تاريخ الاطلاع 2023/4/4،

https://ballotpedia.org/United_States_House_of_Representatives#Committees

⁽³⁾ تاريخ الاطلاع 2023/4/4، <https://www.parliament.uk/about/how/committees/select/>

المبحث الثاني

جلسات الاستماع البرلمانية

تقاس قوة أي برلمان بقوة اللجان البرلمانية، فاللجان البرلمانية تمارس جميع اختصاصات البرلمان سواء الدور التشريعي أو الرقابي، كما لها الحق بالاستعانة بالخبراء لمعرفة رأيهم في الموضوعات المطروحة، كما تقوم اللجان البرلمانية بالتحقيق في مسائل محددة تتعلق بالسياسة أو الإدارة أو الأداء الحكومي، وعرض المشاكل التي تواجهها في مجال معين.

أولاً- تعريف جلسات الاستماع للجان البرلمانية:

هي جلسة عامة أو سرية تعقدها اللجان البرلمانية للحصول على معلومات معينة، أو تحليل السياسات الحكومية المتبعة، أو البحث في قضايا معينة، وإشعار الوزارة أن كل تصرفاتها تحت رقابة البرلمان⁽¹⁾.

ثانياً- أهمية جلسات الاستماع للجان البرلمانية:

تساعد جلسات الاستماع للجان البرلمانية في تزويد أعضاء البرلمان بالمعلومات حول الجهود التي تبذلها الوزارة في موضوع ما والإجراءات التي اتخذتها ومدى التزامها بالقانون، لمساعدتهم في القدرة على اتخاذ القرارات، والقدرة على تقييم إجراءات الوزارة، أو الموضوعات التي تؤثر على المجتمع والتي شكلت من أجله.

وتُعتبر اللجان البرلمانية أكثر فاعلية للسلطة التنفيذية، فهي توفر الكثير من الوقت لتوضيح رؤية الوزارة في الموضوع المطروح أمام اللجنة بحكم أنها مختصة بموضوع معين، وتعرض الوزارة الأهداف والدوافع والعواقب.

وتُعتبر مشاركة رئيس مجلس الوزراء والوزراء في المناقشات والاستماع إلى الآراء المختلفة لأعضاء البرلمان، وآراء الخبراء، والرد على الأسئلة والاستفسارات، فرصة لتوضيح سياسة الوزارة، وتدارك القرارات التي من الممكن أن تصدر عن البرلمان، ومعرفة التوجه لدى الرأي العام الذي يمثله أعضاء البرلمان، وفي الوقت نفسه توضيح جهود السلطة التنفيذية والمصاعب التي تواجهها بحكم احتكاكها المباشر بالجمهور.

(1) منشور صادر عن جمعية كوسوفو، دليل جلسات الاستماع العامة، (ص3). تاريخ الاطلاع 2023/4/5،

https://www.iknowpolitics.org/sites/default/files/ksv_publichearing_010104_ara.pdf

ثالثاً- طريقة عمل اللجان:

تتفق إجراءات عمل جميع هذه اللجان (الدائمة - المؤقتة) من حيث طريقة الاجتماع، وإعداد المحاضر، ومن له حق الاطلاع (أعضاؤها أو من يحدده رئيس اللجنة أو رئيس المجلس)، كما لهذه اللجان حق الاستعانة بالخبراء وأصحاب الاختصاص عند تأدية مهامها.

ويلتزم أعضاء السلطة التنفيذية بحضور جلسات اللجان عند استدعائهم من تلك اللجان، وتقديم المستندات المطلوبة منها، ولا يجوز لهم رفض تقديم ما يدعم عمل اللجان.

وتجتمع اللجنة بعد جلسات استماع الخبراء والشهود لدراسة التعديلات وإعداد التقرير، ثم ترسل اللجنة الإجراء إلى المجلس بالكامل للمناقشة مع تقرير مكتوب يصف أغراضها وأحكامها⁽¹⁾.

رابعاً- شروط انعقاد اللجنة البرلمانية:

يُعتبر حضور النواب أعضاء اللجنة واكتمال النصاب بمثابة بدء وتحريك عجلة الإنجاز من عدمه، وكل لجنة في بدايتها تراقب النصاب إذا اكتمل تبدأ وإلا يتم تأجيل النقاش ما لم يقرر سابقاً وجود لجنة فرعية لتجاوز مسألة فقدان النصاب، وهو ما نصت عليه الفقرة الأولى من المادة (54) في النظام الداخلي للمجلس التشريعي حيث نصت على: "جلسات اللجان سرية ولا يكون انعقادها صحيحاً إلا بحضور الأكثرية من أعضائها وتصدر القرارات بالأغلبية النسبية وإذا تساوت الأصوات يرجح الجانب الذي صوت فيه الرئيس".

(1) https://www.senate.gov/general/common/generic/about_committees.htm تاريخ الاطلاع

خامساً- تنظيم جلسات الاستماع البرلمانية:

يُقدّم موظفون مختصون المشورة الإجرائية لأعضاء جلسات اللجان، وتخطيط جلسات الاستماع، وتلقي الطلبات من الجمهور، وعرض الأبحاث ومشروعات القوانين على أعضاء اللجان، وينقسم عمل الموظفين إلى مهام داخل اللجان، ومهام خارجها على النحو التالي⁽¹⁾:

1- المهام الداخلية:

- أ. تحضير جدول الاجتماع المقرر من رئيس اللجنة.
- ب. التنسيق مع رئيس اللجنة لتحديد موعد انعقاد اللجنة.
- ت. إعلام رئيس اللجنة بالمسؤول المراد الاستماع له، لاتخاذ الإجراءات الإدارية والفنية اللازمة.
- ث. إعداد الموضوعات المطروحة للنقاش.
- ج. تسجيل حضور أعضاء اللجنة، وأعضاء الجهات المراد الاستماع لها والخبراء والشهود.
- ح. عرض الشكاوى الخاصة بالموضوع.
- خ. عرض المذكرات المكتوبة من السادة المستشارين.
- د. تدوين النقاشات التي تتم أثناء الجلسة.
- ذ. كتابة المحضر ويشتمل على آراء وتوصيات اللجنة، وغيرها من إجراءات فنية وإدارية، وتوقيع رئيس اللجنة عليه.

2- المهام الخارجية:

- أ. إبلاغ الجهات المعنية سواء فنية، إعلامية، الأمن، بموعد ومكان اجتماع اللجنة.
- ب. توجيه الدعوات للأعضاء والجهات المراد الاستماع لها قبل الموعد المحدد بأسبوع.
- ت. تزويد أعضاء اللجنة بجدول الأعمال والمستندات المرفقة قبل موعد الاجتماع بوقت كاف.
- ث. دعوة الصحافة للتغطية فقط بالصور لعرضها للجمهور.
- ج. بيان أعمال اللجنة.
- ح. متابعة قرارات وتوصيات اللجنة.
- خ. إصدار البيان الشهري.

⁽¹⁾ منشور صادر عن جمعية كوسوفو، دليل جلسات الاستماع العامة، (ص9)، 10 تاريخ الاطلاع 2023/4/5، https://www.iknowpolitics.org/sites/default/files/ksv_publichearing_010104_ara.pdf

سادساً- حضور الجمهور جلسات اللجان البرلمانية:

تختلف سرية وعلنية جلسات اللجان البرلمانية من دولة لأخرى، فبعض الدول تجعل الأصل في انعقاد جلسات اللجان هي السرية، ويقتصر حضور جلساتها على أعضاء اللجان والموظفين بها ومن يتطلب حضورهم من الخبراء وغيرهم.

ففي فلسطين الأصل في جلسات اللجان سرية ولكن يجوز في بعض الأوقات أن تكون علنية⁽¹⁾. وفي مصر الأصل في جلسات اللجان السرية، ولا يسمح بحضور جلسات اللجان إلا بإذن مسبق من رئيسها⁽²⁾.

بينما تأخذ بعض الدول الأخرى بالعلنية في جلسات اللجان وتكون متاحة للجمهور، ولو في مرحلة منها سواء مناقشة مشروع قانون أو استيضاح من السلطة التنفيذية، والاستثناء يجعل جلسات الاستماع سرية إذا تعلق بموضوعات ومسائل معينة مثل الأمور المتعلقة بالأمن القومي.

ففي بريطانيا تُعتبر جلسات اللجان لمجلس العموم ومجلس اللوردات علنية، ويتحدد عمل اللجان في المجلسين، اللذان يقومان بفحص وتقديم تقارير عن مجالات تتراوح بين أعمال الإدارات الحكومية والشؤون الاقتصادية، ونتائج هذه الاستفسارات علنية وتتطلب رداً من الحكومة⁽³⁾.

وفي الولايات المتحدة- يشترط موافقة مجلس الشيوخ على تعيين بعض كبار الموظفين، ويمثل المرشح لتولي المنصب أمام لجان مجلس الشيوخ، كما يمثل الوزراء وم رؤوسهم بصفة دائم أمام لجان الكونجرس للإجابة عن الأسئلة وتبرير ما يطلبونه من ميزانية، بل وضع الكونجرس مبدأ يقضي بعدم إنشاء

(1) تنص المادة (54) من النظام الداخلي للمجلس التشريعي على: "جلسات اللجان سرية ولا يكون انعقادها صحيحاً إلا بحضور الأكثرية من أعضائها، وتصدر القرارات بالأغلبية النسبية وإذا تساوت الأصوات يرجح الجانب الذي صوت فيه الرئيس. 2- يجوز للجان عقد جلسات علنية".

(2) تنص المادة (57) من اللائحة الداخلية لمجلس النواب على: "جلسات اللجان غير علنية، ولا يجوز حضورها إلا لأعضائها وغيرهم من أعضاء المجلس والعاملين بأمانتها ومن تستعين بهم اللجنة من المستشارين والخبراء طبقاً للأحكام المقررة في هذه اللائحة، ولا يجوز أن يحضر ممثلو الصحافة وغيرها من وسائل الإعلام اجتماعات اللجان إلا بناءً على إذن من رئيسها".

(3) تاريخ الاطلاع 2023/4/4 <https://www.parliament.uk/about/how/committees/select/>

السلطة التنفيذية للأجهزة والتي قد تتحول إلى وزارات إلا بقانون، وأن يباشر الكونجرس رقابة نهائية عليها مثل شؤون الطيران وسلطة إدارة الأملاك وغيرها⁽¹⁾.

كما تتمتع لجان مجلس الشيوخ بسلطات تحقيق واسعة لدعم مهمتها التشريعية، بالإضافة إلى ذلك، يتم تكليف لجان مجلس الشيوخ بالإشراف على الوكالات التنفيذية الفيدرالية، وتحاسب اللجان المسؤولين التنفيذيين من خلال مراجعة ومراقبة عمليات الوكالة التنفيذية، بما في ذلك النفقات وتنفيذ البرامج التي يصرح بها الكونجرس، ما يقرب من ربع جلسات استماع لجان مجلس الشيوخ تتعلق بالإشراف، في معظم الحالات، تعمل اللجان الدائمة كذراع التحقيق الرئيسي في مجلس الشيوخ، لكن مجلس الشيوخ أوكل هذه المسؤولية إلى لجان خاصة ومختارة⁽²⁾.

بالإضافة إلى إحالة مشروعات القوانين والقرارات إلى اللجان التي تحدد بنوداً لمزيد من الدراسة عند النظر في مشروع القانون أو القرار، ثم تطلب اللجنة من الوكالات التنفيذية ذات الصلة للحصول على تعليقات مكتوبة على التدبير، وبعدها تعقد جلسات استماع لجمع المعلومات والآراء من خبراء من غير اللجان في جلسات اللجنة، يلخص هؤلاء الشهود البيانات المقدمة ثم يردون على أسئلة أعضاء مجلس الشيوخ⁽³⁾.

سابعاً - امتثال الشهود أمام اللجان:

يجوز للجان دعوة الأشخاص الذين تقدموا بطلب كتابي للمثول أمامها، لتقديم المعلومات والإجابة عن الأسئلة، وقد يتم أخذ الأدلة على انفراد، ويتم إخطار الشاهد قبل موعد جلسة اللجنة بفترة كافية، مع إعطائه نسخة من أمر اللجنة والموضوع المستدعى لسماع شهادته، والإجراءات التي سوف يقوم بها عند مثوله أمام اللجنة، ثم يتم سماع أقوالهم وتلقي المستندات والأدلة التي تدعم أقوالهم، ويتم التأكد من أن

(1) محمد كامل ليلة، النظم السياسية، القاهرة، دار الفكر العربي، 1963، (ص1033)، ميشيل ستوارت، نظم الحكم الحديثة، دار الفكر العربي، 1962، (ص140-143)، ترجمة أحمد كامل، راجعه سليمان الطماوي.

(2) تاريخ الاطلاع 2023/4/4، <https://www.senate.gov/about/origins-foundations/committee-system/committee-functions.htm>.

(3) تاريخ الاطلاع 2023/4/4،

https://www.senate.gov/general/common/generic/about_committees.htm

الأسئلة التي توجه للشاهد لها علاقة بالموضوع، ويحق للجنة التحقيق جعل الجلسة سرية للحفاظ على سلامة الشهود، وإذا رفض الشاهد الجواب على أسئلة اللجنة يتم توضيح أنه قد يعرض نفسه للتجريم.

وللأسف يتم السماع للشهود عند استدعائهم من قبل اللجان البرلمانية في فلسطين بسرية تامة ودون الإعلان عن أسمائهم خوفاً عليهم من علم السلطة التنفيذية حتى لا تقوم بالبطش بهم، ولذلك نوصي بضرورة إصدار قانون لحماية الأشخاص سواء الذين يقدمون الأدلة إلى اللجان البرلمانية أو الشهود، فلا يجوز مقاضاة الشهود بسبب ما يقولونه وما يقدمونه من أدلة، ولحمايتهم من تعسف السلطة التنفيذية تجاههم، وأن يعاقب بأحكام صادرة من المحاكم كل من يعطل عمل تلك اللجان بالامتناع عن تقديم معلومات أو بيانات، أو إخفائها.

كما يحق للجان التحقيق الطلب من النيابة إجبار شخص على حلف اليمين، ومن يرفض أو يحنث به يعرض نفسه إلى العقوبة المقررة في قانون العقوبات، ولكن لا تملك لجان التحقيق سلطات قضائية كاملة، فلا تستطيع أن تأمر بتفتيش منازل أو مصادرة أي شيء⁽¹⁾.

وتُعد اللجان في نهاية عملها تقريراً مفصلاً يتضمن النتائج التي توصلت إليها والأسباب التي دعتها إلى تلك النتائج، وتوضح البيانات والوثائق التي قدمت إليها، والحقائق التي توصلت إليها، والاقتراحات وأسبابها⁽²⁾.

وترفع اللجنة تقريرها إلى المجلس لمناقشة تقرير اللجنة واتخاذ القرارات اللازمة، ثم تقوم بنشر التقرير إذا كان في موضوعات غير متعلقة بالأمن القومي على الموقع الإلكتروني للجنة ليكون متاح للجمهور.

المبحث الثالث

أهمية المشاركة الشعبية في تفعيل لجان الاستماع البرلمانية

تأخذ الدول حالياً بالرقابة غير المباشرة من خلال قيام المواطنين باختيار ممثليهم في السلطة التشريعية نظراً للصعوبات الفنية التي تقف أمام ممارسة الديمقراطية المباشرة، مع سماح بعض الدول لبعض أشكال

(1) قائد محمد طربوش، السلطة التشريعية في الدول العربية، بيروت، المؤسسة الجامعية للدراسات والنشر والتوزيع، الطبعة الأولى، 1995، (ص379).

(2) محمد جمال عثمان جبريل، علاء محي الدين مصطفى: القانون الدستوري، مرجع سابق، (ص74).

ممارسة الديمقراطية المباشرة مثل الاستفتاء الشعبي ، القرار الشعبي، الاقتراح الشعبي، وتمتع ما يصدر عن الأشكال السابقة بالقوة الملزمة لجميع السلطات.

وبالرغم من أن الرقابة البرلمانية باعتبارها الرقابة غير المباشرة للشعب على السلطة التنفيذية هي التي تسود معظم دول العالم، إلا أن التطور التكنولوجي وزيادة الوعي أديا الى رغبة أفراد المجتمع بالمشاركة بشكل مباشر في الرقابة على عمل جميع السلطات.

أولاً- تعريف الرقابة الشعبية:

هي الدور الذي يقوم به الشعب في مراقبه عمل السلطات العامة في الدولة ومدى التزامها بالدستور والقوانين ومحاربة الفساد بكل أشكاله⁽¹⁾.

ومن التعريف السابق يتضح الدور المهم الذي تلعبه الرقابة الشعبية للتأكد من قانونية القرارات الصادرة وتوافقها مع الدستور والقوانين الموجودة، ومدى ملائمة الوسائل المستخدمة في تحقيقه مع الحفاظ على المال العام.

ويختار الشعب ممثليه في البرلمان لكي يمارس الدور التشريعي والدور الرقابي على السلطة التنفيذية، وتُعد اللجان البرلمانية المطبخ الحقيقي في صناعة التشريعات الحديثة وفي مناقشة ومحاسبة أعضاء السلطة التنفيذية عن قراراتهم، وتأتي جلسات الاستماع البرلمانية كأحدى أهم الوسائل لدمج آراء الجمهور في عملية صنع واتخاذ القرار، حيث تتيح جلسات الاستماع للجان البرلمانية مشاركة مؤسسات المجتمع المدني والجمهور والتعبير عن آرائهم حول القضايا المطروحة، ما يساعد في توسيع دائرة الأسئلة، والمشاركة في مساءلة الوزارة، ما يساهم في زيادة الوعي لدى الجمهور حول القضايا المهمة.

كما تتيح جلسات الاستماع البرلمانية فرصة للمنظمات والأفراد للمشاركة في صنع السياسات وإبداء وجهات نظرهم حول السجل العام والنظر في ذلك كجزء من عملية صنع القرار، لما للجمهور من قدرة على صنع رأي عام مؤيد أو معارض للأمر المنظور أمام اللجنة المعنية، وهي تعتبر أحد أهم وأنجح الآليات المستخدمة في البرلمانات العالمية، فهي التي تعطي فرصة التفاعل فيما بين النواب من جهة والناخبين والسلطة التنفيذية من جهة أخرى.

(1) السيد الحسيني، علم الاجتماع السياسي المفاهيم والقضايا، دار المعارف، القاهرة، ط 3، 1984، (ص45).

وبالرغم من أن الرقابة البرلمانية هي رقابة شعبية غير مباشرة إلا أن الحضور الشعبي لجلسات الاستماع البرلمانية يضيف الأثر القوي على معرفة أعضاء السلطة التنفيذية وأعضاء السلطة التشريعية بتوجهات الرأي العام، مما يكون له أثر على صنع القرار في إدارة شؤون الدولة، من خلال كشف مواطن الضعف في الأداء الحكومي، وتوجيه النقد البناء، وترسيخ مبدأ الشفافية والنزاهة في عمل السلطات وتطبيق مبادئ الحكم الرشيد.

وتدفع المشاركة الشعبية في جلسات الاستماع البرلمانية الجهات المختصة إلى القيام بمهامها في الرقابة والمتابعة على أعمال السلطة التنفيذية، كما تساعد على معرفة رأي الجمهور أثناء مناقشة موضوع ما وأثره بالسلب أو بالإيجاب على طبقات وشرائح المجتمع المختلفة، ما يساعد على نقل صورة واقعية للمسؤولين قبل اتخاذ القرار، ويساهم على العمل لتحقيق العدالة الاجتماعية والاقتصادية بين أفراد المجتمع. وتضع الرقابة الشعبية جميع ممارسة سلطات الدولة تحت نظر الشعب ليراقب أي انحراف للسلطات ويوجهها لتعديله قبل استفحاله، من خلال محاربة الفساد السياسي والمالي والإداري وعدم استغلال الوظيفة العامة من قبل البعض لتحقيق مصالح خاصة، ما يحافظ على الأموال العامة⁽¹⁾.

لكن التساؤل هل يسمح للجمهور بإبداء آرائه وملاحظاته في جميع جلسات الاستماع البرلمانية، وهل هي ملزمة للسلطة التنفيذية أو للسلطة التشريعية؟

السماح بالرقابة الشعبية وتفعيلها ينقل طبيعة النظام الحاكم وتكريسه لمبدأ الديمقراطية الحقيقية من عدمه، كما يعكس النزاهة والشفافية في أداء السلطات العامة لمهامها، ولذلك يوجد نوعان من المشاركة الشعبية في جلسات الاستماع البرلمانية وهي⁽²⁾:

- 1- جلسات أحادية أو من طرف واحد، حيث يسمح فقط بالتحدث للجهات المتخذة للقرارات، بينما يكون طرف الجمهور هو الاستماع دون إبداء الآراء والملاحظات، وهي تعقد بهدف إعلام وتعريف الجمهور بالقرارات التي اتخذت.
- 2- جلسات نقاشية وهي الجلسات التي تعرض الجهات المسؤولة رؤاها حول موضوع ما وتسمح للجمهور بإبداء آرائه وملاحظاته والمقترحات التي يبيدها، ولكي تنتج هذه الجلسات نتائج

⁽¹⁾ عبد الرحمن علي علي الزبيب، إلغاء الرقابة الشعبية يضعف الأجهزة الرقابية الرسمية ومكافحة الفساد، مقال في دنيا الوطن، منشور بتاريخ 2019/6/2.

⁽²⁾ تاريخ الاطلاع 2023/4/5، <http://www.tadamun.com>

مثمرة يجب الإعداد الجيد لها وتوفير جميع المعلومات المتعلقة بالموضوع قبل الجلسة بوقت كاف لدراستها.

وقد أرجع "ودرو ويلسون" أهمية وفاعلية اللجان البرلمانية إلى قدرة الشعب وأفراده على مناقشة ومحاورة إدارته وحكامه، وقتها يتمتع الشعب بالحكم الذاتي⁽¹⁾.

ثانياً- أهمية مشاركة الجمهور في جلسات الاستماع البرلمانية:

يُعتبر إشراك الجمهور إحدى صور تجسيد المبدأ الدستوري "الشعب مصدر السلطات"، ويجب إشراكه ولو في مرحلة من مراحل عمل اللجان سواء أثناء استماع اللجنة لرأي الخبراء حول مشروع قانون ما أو تقديم رأي في قضية ما، وأثناء سؤال أحد أعضاء السلطة التنفيذية، والذي سوف يحقق عدة أهداف وهي:

- 1- زيادة الوعي لدى الجمهور بالشأن العام ما يجعله أحد العيون الساهرة على المصلحة العامة، وعلى مدى التزام السلطات بالدستور والقوانين.
- 2- المشاركة في إدارة الشأن العام والاطمئنان على الحفاظ على المال العام من خلال الرقابة على عمل السلطة التنفيذية.
- 3- التأكد من الشفافية والنزاهة أثناء تأدية السلطة التنفيذية لاختصاصاتها.
- 4- العمل على تحسين جودة وفاعلية الأداء البرلماني والتنفيذي.
- 5- إشراك جميع قطاعات المجتمع في المناقشات، ما يساعد السلطات الرئيسية في الدولة لاتخاذ القرار الذي يخدم المصلحة العامة.

وأخيراً، تُرسل المشاركة الشعبية في جلسات اللجان البرلمانية رسالة مفادها أن الرقابة الشعبية مستمرة ولن يقتصر دورها على اختيار ممثلي الشعب في الانتخابات البرلمانية، وإنما يساهم بشكل مباشر في إدارة الشأن العام والقدرة على التأثير على صانع القرار.

الخاتمة

تعتمد معظم البرلمانات في العالم في أداء مهامها على اللجان البرلمانية، فعمل البرلمان الحقيقي يُمارَس من خلال اللجان البرلمانية، والتي تعتبر هيئات تشريعية صغيرة، تمارس داخلها عدة أدوار، الدور التشريعي في مناقشة مشروعات القوانين، أو من خلال قيام اللجان البرلمانية بممارسة الدور الرقابي على

⁽¹⁾ تاريخ الاطلاع 2023/4/4

السلطة التنفيذية، وتقوم بجمع المعلومات وتقييمها، ثم ترفع توصياتها بشأن الموضوعات التي تنظرها إلى المجلس.

وترسخ جلسات الاستماع البرلمانية المشاركة والرقابة الشعبية على أعمال السلطة التنفيذية، ويشعر أعضاء السلطة التنفيذية بأن كل أعمالهم تحت الرقابة الدائمة.

وقد توصل البحث إلى مجموعة من النتائج:

1- أن السرية في عمل جلسات الاستماع للجان البرلمانية تعطي لحزب الأغلبية عدم محاسبة السلطة التنفيذية - والمشكلة من الحزب نفسه- ما يعرضها لانتقادات من المجتمع عند تناول القضايا المختلفة.

2- إخراج اللجان البرلمانية من مضمونها والمهام المكلفة بها من رقابة ومناقشة وتبيان للحقائق.

3- خوف الشهود من الملاحقة من السلطة التنفيذية.

4- عدم إطلاع الجمهور على مهام اللجان البرلمانية.

وبناءً على ما سبق نوصي بالآتي:

1- تعديل المادة (54) من اللائحة الداخلية للمجلس التشريعي بجعل جلسات اللجان علنية أو جزء منها؛ لتفعيل الرقابة الشعبية بجانب الرقابة البرلمانية على السلطة التنفيذية إلا الموضوعات التي تمس الأمن القومي.

2- إصدار قانون لحماية الشهود الذين يمثلون أمام اللجان البرلمانية، لحمايتهم من تعسف واستهداف السلطة التنفيذية.

3- تخصيص موقع إلكتروني لكل لجنة، وتشر عليه طريقة تقديم الشكاوى، والأدلة، والمرفقات الملحقة، وتوضح الجلسات المقبلة والموضوعات المعروضة للنقاش لإتاحة الفرصة لدراساتها بشكل كاف من قبل الجمهور.

4- نشر تقارير اللجان عبر المواقع الإلكترونية المخصصة لإتاحة الفرصة للجمهور للاطلاع، إعمالاً لمبدأ المشاركة الشعبية في الرقابة.

5- قيام اللجان المختصة بمناقشة المرشحين لتولي مناصب تنفيذية من درجة وزير ونائب وزير ومحافظ، وذلك لمعرفة خططهم ورؤيتهم لكيفية شغل المنصب المرشحين له، بالإضافة إلى إشعارهم من البداية أن كل تصرفاتهم وقراراتهم تحت الرقابة الدائمة سواء الشعبية أو البرلمانية.

- 6- تدريب أعضاء اللجان البرلمانية لممارسة مهامهم بكفاءة ومهنية.
- 7- إصدار دليل حول كيفية اشتراك الجمهور في جلسات الاستماع وآلية اختيارهم لكل جلسة.

قائمة المصادر والمراجع

أولاً - الكتب باللغة العربية:

1. سليمان الطماوي، عثمان خليل، القانون الدستوري والمبادئ العامة والدستور المصري، دار الفكر العربي، 1951-1952.
2. سليمان محمد الطماوي، السلطات الثلاث في الدساتير العربية وفي الفكر السياسي الإسلامي، القاهرة، دار الفكر العربي، الطبعة السادسة، 1996/1416.
3. عاصم أحمد عجيلة، محمد رفعت عبدالوهاب، النظم السياسية، القاهرة، دار الطباعة الحديثة، الطبعة الرابعة، 1988.
4. قائد محمد طربوش، السلطة التشريعية في الدول العربية، بيروت، المؤسسة الجامعية للدراسات والنشر والتوزيع، الطبعة الأولى، 1995.
5. قائد محمد طربوش، السلطة التنفيذية في الدول العربية ذات النظام الجمهوري، بيروت، المؤسسة الجامعية للدراسات والنشر والتوزيع، الطبعة الأولى، 1996.
6. ماجد راغب الحلو، النظم السياسية والقانون الدستوري، الإسكندرية، منشأة دار المعارف، 2005.
7. محمد أنس قاسم جعفر، النظم السياسية القانون الدستوري، القاهرة، دار النهضة العربية، 1999.
8. محمد الشافعي أبو راس، نظم الحكم المعاصرة دراسة مقارنة في أصول النظم السياسية الجزء الأول، القاهرة، عالم الكتب، 1984.
9. محمد جمال عثمان جبريل، علاء محي الدين مصطفى، القانون الدستوري، كلية الحقوق، جامعة حلوان، 2013/2012.
10. محمد كامل ليلة، النظم السياسية، القاهرة، دار الفكر العربي، 1963.
11. محمد كامل ليلة، النظم السياسية (الدولة والحكومة)، القاهرة، دار الفكر العربي، 1971.
12. ميشيل ستيفارت، نظم الحكم الحديثة، ترجمة أحمد كامل، راجعه سليمان الطماوي، دار الفكر العربي، 1962.

ثانياً- الرسائل العلمية:

1. أبو الحجاج عبد الغني السيد، المسؤولية الوزارية في النظم الوضعية المعاصرة وفي النظم الإسلامية، رسالة دكتوراه، كلية الحقوق، جامعة عين شمس، 2009.

2. فارس محمد عبد الباقي عمران، التحقيق البرلماني (لجان تقصي الحقائق) في مصر والولايات المتحدة ولمحة عنه في بعض الدول العربية والأجنبية الأخرى، رسالة دكتوراه، كلية الحقوق، جامعة القاهرة، 1998.
3. محمد قنري حسن، رئيس مجلس الوزراء في النظم البرلمانية المعاصرة "دراسة مقارنة"، رسالة دكتوراه، كلية الحقوق، جامعة القاهرة، 1984.

ثالثاً- مقالات:

1. عبد الرحمن علي علي الزبيب، إلغاء الرقابة الشعبية يضعف الأجهزة الرقابية الرسمية ومكافحة الفساد، مقال في دنيا الوطن، منشور بتاريخ 2019/6/2.

رابعاً- الدساتير والقوانين واللوائح:

باللغة العربية:

1. النظام الداخلي للمجلس التشريعي الفلسطيني لسنة 2003.
2. الدستور السويصري الصادر سنة 1999 شامل التعديلات حتى 2014.
3. الدستور الفرنسي الصادر سنة 1958 شامل التعديلات حتى 2008.
4. الدستور المصري 2014 المعدل في 2019.
5. قانون رقم 1 لسنة 2016 باللائحة الداخلية لمجلس النواب المصري.
6. القانون الأساسي الفلسطيني الصادر سنة 2003 والمعدل سنة 2005.

باللغة الأجنبية:

- 1- ORDONNANCE N° 58-1100 DU 17 NOVEMBRE 1958 RELATIVE FONCTIONNEMENT DES ASSEMBLÉES PARLEMENTAIRES DES. LOI ORGANIQUE N° 2009-403 DU 15 AVRIL 2009, RELATIVE À L'APPLICATION DES ARTICLES 34-1, 39 ET 44, DE LA CONSTITUTION, Par la résolution n° 437 du 28 novembre 2014 (Décision du Conseil constitutionnel du 11 décembre 2014).

خامساً- الكتب باللغة الأجنبية:

- 1- Charles Cadoux: **Droit Constitutionnel et Institutions Politique " Les Regimes Politiques Contemporains**, Cujas, Paris, 1982.

2-Dominique Breillat, Gilles Champagne et Daniel Thome: **Droit Constitutionnel et Institutions Politiques** Gualino éditeur, 2004.

3-E. C. S. Wade and A. W. Bradley:**Constitutional and Administrative Law**, Tenth Edition, Longman Group UK. Ltd, 1985.

سادساً- المواقع الإلكترونية:

1- <https://ballotpedia.org>.

2- <https://www.iknowpolitics.org>.

3- <https://www.parliament.uk>.

4- <https://www.senate.gov>.

5- <http://www.tadamun.com>.

السندات العرفية ومدى حجتيهما في الإثبات

(دراسة مقارنة بالقانون الأردني)

Customary Bonds and their Evidentiary Arguments

(Comparative Study of Jordanian Law)

د. عبد المعطي محمد عبد المعطي الأغا

الجامعة الإسلامية، غزة، (فلسطين).

السندات العرفية ومدى حجتيهما في الإثبات

(دراسة مقارنة بالقانون الأردني)

*Customary Bonds and their Evidentiary Arguments
(Comparative Study of Jordanian Law)*

د. عبد المعطي محمد عبد المعطي الأغا

الجامعة الإسلامية، غزة، فلسطين

abdulmo2ty.m.a@gmail.com

DOI: <https://doi.org/10.70411/MJLS.1.2.202343>

ملخص:

في ظل التطور العلمي والتوسع العلمي والمعرفي في وقتنا الحاضر أصبحت السندات العرفية لا بُد منها، وهي تتطور مع مرور الزمن باتخاذ الشكل العام، وهي بحاجة لوسائل أخرى غير المتعارف عليها قديماً ألا وهي السند الإلكتروني؛ حتى تتماشى مع الحلول القانونية نتيجة للتوسع المذهل الذي نشهده، فالكتابة تُعد الوثيقة الأسمى في الإثبات المدني. وقد قسم المشرعان الفلسطيني والأردني في قانون البينات الأدلة الكتابية إلى: أسانيد رسمية وأسانيد عادية وهي محل البحث. اقتصر هذه الدراسة بدورها على الإسناد العادي لكونه الحلقة الأضعف في محل الإثبات المدني، ونظراً لأهميتها في الواقع العملي، خاصة أن المشرع الأردني قد عدّ المحررات الإلكترونية من قبيل السندات المادية من حيث القوة في الإثبات. أوضحت الدراسة ماهية السندات العادية وشروط إنشائها وحجيتها في الإثبات، وتطرقت كذلك لحجية السندات الإلكترونية وبيان حجيتها مقارنة بالقانون الفلسطيني. كذلك وأوصت الدراسة المشرع الفلسطيني بضرورة الأخذ بعين الاعتبار قانون المعاملات الإلكترونية، نظراً لأهميته، خاصة تلك الوسائل التي تتم عبر الاتصالات الحديثة التي تحيا وتعيش بدورها في نطاق التجارة. **الكلمات المفتاحية:** السندات، العرفية، قانون البينات.

Abstract:

In the light of scientific development and the scientific and cognitive expansion nowadays, customary bonds have become a must. In general, it evolves over time and it needs other means that are not known in the past, such as the electronic bonds, in order to be aligned with the legal solutions as a result of the spectacular expansion. The written documents are the supreme document in civil evidence. The Palestinian and Jordanian legislators have divided the written evidence, in the Evidence Law, into official bonds and ordinary bonds, which are the subject of this research. This study, in turn, is confined to the ordinary bonds, as it is the weakest link in the field of civil evidence and in view of their importance in practice, especially since the Jordanian legislator has considered electronic bonds as physical bonds in terms of strength of proof. The study clarified what ordinary bonds are, the conditions for their creation, and their authoritative evidence. It also touched on the authoritativeness of electronic bonds and explained their authoritativeness compared to the Palestinian law. The study recommended that the Palestinian legislator need to take into account the electronic transactions law, given its importance, especially those means that are carried out through modern communications, which thrive within the scope of trade.

Keywords: bonds, customary, law of evidence.

مقدمة:

لا شك بأن الكتابة لتوثيق المستندات والمعاملات بين الأطراف ولا خلاف في ذلك حيث ذكر ربنا تعالى في محكم التنزيل فقال: "يا أيها الذين آمنوا إذا تداينتم بدين إلى أجل مسمى فاكتبوه". ولتوثيق الكتابة بقوة الشهود قال: "واستشهدوا شهيدين من رجالكم فإن لم يكونا رجلين فرجلٌ وامرأتان ممن ترضون من الشهداء.."، فالشريعة الإسلامية الغراء حثت على توثيق المستندات والمعاملات، وأيضاً جاءت القوانين الموضوعية تؤيد وتربط على ذلك. وكفي تبث روح الطمأنينة والاستقرار في نفوس الناس بتوثيق المعاملات ولا خلاف في ذلك لا في الفقه القانوني ولا في القضاء.

وتتمتع قواعد الإثبات بأهمية بالغة من الناحية العملية، حتى وإن لم يكن ركناً في الحق إلا أن مقصد النفع فيه، فيفقد الحق قيمته من الناحية العملية إذا افتقد الدليل، فيتساوى عندها الحق الذي لا دليل عليه والحق المعدوم.¹

وقد عدّ قانون البينات الفلسطيني رقم (4) لسنة 2001²، وكذلك قانون البينات الأردني رقم (30) لسنة 1952 وتعديلاته³، أن الدليل الكتابي كأحد وسائل الإثبات المهمة التي يقدمها المدعي لإثبات دعواه، وقد قسّم المشرعان الفلسطيني والأردني الأدلة الكتابية لثلاثة أقسام رئيسية، وهي: الإسناد الرسمية، والإسناد العادية، والأوراق غير الموقعة.

والجدير بالذكر أن هذا العصر الذي نعيشه قد أحدث تطوراً هائلاً في مفاهيم وسائل الإثبات، ما أدى بالتقدم العلمي والتكنولوجي للكشف عن أدلة جديدة تصلح لإثبات بعض التصرفات القانونية، وذلك عن طريق السندات الإلكترونية المستخرجة من هذه الوسائل، لاسيما الفاكس والتلكس والبريد الإلكتروني ومخرجات الحاسوب، والتي أثبت تطور العلم كفاءة هذه الوسائل ودقة البيانات والمعلومات المستخرجة عنها في إثبات التصرفات القانونية⁴، باعتبارها دليلاً كتابياً كاملاً في الإثبات.

¹ شرح أحكام قانون البينات الأردني، وفقاً لآخر التعديلات، لأنيس منصور، (ص7).

² شرح أحكام قانون البينات الأردني، وفقاً لآخر التعديلات، لأنيس منصور، (ص7).

³ بموجب نص المادة (5) من قانون البينات الأردني.

⁴ الإطار القانوني للعقد المبرم عبر شبكة الإنترنت، الطبعة الأولى، بشار محمود دودين، (ص224).

إشكالية الدراسة

في وقتنا المعاصر ونظراً لأهمية السندات العادية في الإثبات، فقد قمت باختيار بحثي هذا، خاصة أن هناك العديد من الذين يعانون من المشكلات في الحياة العملية بشأنها، ومن أهمها التي تتعلق بحجة هذه السندات، ودورها في الإثبات المدني في ظل قانون البينات الفلسطيني والأردني، ذلك أن كل الثقة بالسندات العادية ليست كالممنوحة للسندات الرسمية، وعليه من يواجه ادعاء من خصمه أمام القضاء قد يواجه إنكار الخصم له، أو الطعن بالتزوير لا السند؛ لأنه لم يشترط المشرعان الفلسطيني والأردني شكلاً معيناً في السندات العادية، ما يثير في هذه المسألة إشكالية حقيقية، ما هو حول حكم هذه المسألة وما هو موقف القضاء منها؟.

وبالرغم من ذلك فإن السندات العادية أقوى في الإثبات من السندات الإلكترونية؛ لأنها أكثر استخداماً في المعاملات بين الناس، إذ لا يجوز أن تخالف أو تجاوز السندات الإلكترونية ما اشتمل عليه دليل كتابي في المفهوم التقليدي، لذلك لا يجوز نقض الدليل القوي بدليل أضعف منه، ما يثير إشكالية كبيرة في حجية هذه السندات، خاصة السندات الإلكترونية، حيث أن المشرع الفلسطيني لم يعالج هذه الإشكالية بشكل كبير، في حين أن المشرع الأردني قد تطرق وبقوة في معالجة هذا الموضوع بنصوص قانونية صريحة بموجب المادة (13) من قانون البينات، وكذلك بموجب قانون المعاملات الإلكترونية لسنة 2015.

أهداف الدراسة

تهدف هذه الدراسة لبيان دور السندات العادية والإلكترونية وحجيتها في الإثبات المدني، وذلك من خلال التركيز على موقف كل من المشرع الفلسطيني والأردني، خاصة فيما يتعلق بحجية السندات الإلكترونية التي اعتبرها المشرع الأردني بمثابة سندات عادية من حيث الحجية في الإثبات.

المبحث الأول: ماهية الأدلة الكتابية

الأدلة الكتابية، تنقسم إلى:

- 1- السندات الرسمية.
- 2- السندات العادية.
- 3- السندات غير الموقع عليها.

عمل المشرع على تنظيم أحكام الأدلة الكتابية في المواد من (5-26)، فأعطى الدليل الكتابي مكانة متميزة بين الأدلة، إذ جعلها بالصدارة، ولعل ذلك يعود لما يتمتع به الدليل الكتابي من مميزات أهمها، أنه ذو قوة مطلقة في الإثبات فيصح إثبات الواقعة القانونية بنوعيتها، التصرفات القانونية والوقائع المادية بها، بغض النظر عن قيمة ذلك الحق¹.

المطلب الأول: تعريف الدليل الكتابي

يُعرف بأنه: "كل كتابة من شأنها إثبات حق أو نفي حق أو تبيان حق بشكل صريح أو الإشارة إليه من طريق خفي أو عرضاً عن طريق التلميح"².

ويُعرف أيضاً "بأنه وسيلة الإثبات الناشئة عن الكتابة"³. تبرز أهمية التمييز ما بين التصرف القانوني وأداة إثباته في حال بطلان أحدهما فلا يتأثر التصرف القانوني ببطلان السند الذي يثبتته⁴، وكذلك الأمر بالنسبة للسند فإن كان السند صحيحاً فإنه لا يسبغ المشروعية على العقد الباطل، ولا يقتصر دور الإسناد العادية على إثبات العقود والتصرفات القانونية، إذ يصح أن تثبت الوقائع المادية بالإسناد العادية أيضاً، فيظهر جلياً عيب هذه التسمية⁵، فالوقائع المادية كوقائع الميلاد أو الوفاة ليست بالعقود.

المطلب الثاني: مكانة الدليل الكتابي بين الأدلة

تنقسم الأدلة القانونية المعتبرة في الإثبات إلى عدة أقسام تختلف باختلاف الأسس التي تقوم عليها:

الفرع الأول: أدلة مباشرة وغير مباشرة:

يقصد بالأدلة المباشرة: تلك التي تنصب دلالتها على الواقعة القانونية مباشرة وهي الكتابة والبيئة والمعينة، فالكتابة تثبت الواقعة القانونية ذاتها وتدل عليها مباشرة سواء أكانت تصرفاً قانونياً أم واقعة مادية؟ بينما الأدلة غير المباشرة: "هي تلك التي لا تنصب على الواقعة القانونية المباشرة، بل تستخلص منها استنباطاً، وهي: القرائن، والإقرار واليمين الحاسمة، ومثال ذلك الإثبات بالقرائن".

¹ الوسيط في شرح القانون المدني، الإثبات، ج2، ص103، عبد الرزاق أحمد السنهاوري.

² المدانيات أو التعهدات والالتزامات في الأدلة نظرية الإثبات، الجزء الأول، ص110، عبد السلام بيك الذهني.

³ دور المحررات العرفية "السندات العادية" المعدة مقدماً في الإثبات المدني، رسالة دكتوراه، ص7، محمد عبد الوهاب حاج.

⁴ موجز أصول الإثبات في المواد المدنية والتجارية، ص50، محمود شكري سرور.

⁵ مرجع سابق، محمد عبد الوهاب حاج، (ص9).

والقرينة تُعرف بأنها استنباط الشارع أو القاضي لأمر مجهول من أمر معلوم¹، وبذلك لا تكون القرائن قد انصبت على الواقعة المراد إثباتها مباشرة، بل تكون انصبت على واقعة أخرى متصلة بالواقعة الأصلية اتصالاً مباشراً.²

الفرع الثاني: أدلة أصلية وأدلة تكميلية، وأدلة احتياطية:

يقوم هذا التقسيم على طبيعة كل دليل، فالدليل الأصلي: هو الذي يقوم بذاته دون الحاجة لدليل آخر يكمله، كالكتابة والبينة والقرائن القاطعة، بينما الدليل التكميلي: يكون ذلك عندما لا يكفي الدليل لوحده للإثبات، بل لا بد من تكميلته ودعمه بدليل آخر كمبدأ الثبوت بالكتابة، إذ يُعد دليلاً ناقصاً لا بد من تكميلته بالبينة والقرائن.

أما الأدلة الاحتياطية فهي أدلة يلجأ إليها الخصم متى تعذر عليه تقديم دليل، كالإقرار واليمين الحاسمة، وفي الحقيقة هذا النوع من الأدلة لا يصدق عليه وصف الدليل بالمعنى القانوني السليم إلا تجاوزاً، وذلك كونها طرقاً للإعفاء من الإثبات وليست للإثبات، ولذلك تسمى بالأدلة غير العادية، فعندما يلجأ الخصم للإثبات بواسطة اليمين الحاسمة فإنه يلجأ عندها لذمة وضمير الخصم ليثبت من خلال دعواه.³

الفرع الثالث: أدلة ذات حجية ملزمة للقاضي، وأدلة ذات حجية غير ملزمة للقاضي:

فالأدلة ذات الحجية الملزمة للقاضي يكون المشرع قد حدد القيمة القانونية لها، سالباً بذلك السلطة التقديرية من يد القاضي فيما يتعلق بتقدير القيمة القانونية للدليل، وهذه الأدلة هي الكتابة والإقرار واليمين والقرائن القانونية.

ونلاحظ أن القوة الثبوتية تتفاوت من دليل لآخر، فمنها قد تكون قاطعة الحجة ومنها تكون غير قاطعة.⁴

¹مرجع سابق، أنيس منصور، (ص146).

²دور السندات العادية في الإثبات "دراسة مقارنة بين القانون الأردني والكويت"، رسالة ماجستير، مساعد صالح نزال الشمري، (ص25).

³مرجع سابق، مساعد صالح نزال الشمري، (ص26).

⁴مرجع سابق، مساعد صالح نزال الشمري، (ص27).

بينما الأدلة ذات الحجية غير الملزمة فيترك تقدير القيمة القانونية لقاضي الموضوع، ومثال ذلك النوع من الأدلة: البينة والقرائن القضائية والمعاينة والخبرة.¹

الفرع الرابع: أدلة ذات قوة مطلقة وأدلة مقيدة:²

الأدلة ذات القوة المطلقة: تلك التي تصلح لإثبات جميع الوقائع القانونية سواء كانت ذات تصرفات قانونية أم وقائع مادية بغض النظر عن قيمة ذلك الحق، ومثالها الكتابة والإقرار واليمين والمعاينة والخبرة، بينما **الأدلة المقيدة:** فهي التي لا تصلح لإثبات جميع الوقائع القانونية بل تصلح لبعضها دون الأخرى ومثالها: البينة والقرائن القضائية والمعاينة والخبرة واليمين المتممة.

فلا تصلح البينة لإثبات التصرفات القانونية التي تزيد عن مائة دينار، ولا يجوز الالتجاء إلى اليمين المتممة إلا لإتمام دليل ناقص.

الفرع الخامس: أدلة معدة للإثبات وأدلة غير معدة للإثبات:³

فالأدلة المعدة للإثبات يكون ذو الشأن قد عمل على إعداد الدليل مسبقاً لإثبات الحقوق في المستقبل عند النزاع، وهي في الأصل الكتابة، حيث يصار إلى إعداد الدليل الكتابة حال حوث الواقعة القانونية لإثباتها.

بينما الأدلة غير المعدة للإثبات: فهي التي لم يعد لها ذوو الشأن مقدماً للإثبات، أي أنها تُعد وقت النزاع على الحق وليس قبله، وهي: البينة، والقرائن، واليمين والمعاينة والخبرة.

- وكل ذلك نجد بأن الدليل الكتابي يحتل الصدارة بين تقسيمات الأدلة ، فهو دليل مباشر وقاطع ودليل أصلي ذو حجة ملزمة للقاضي ومعد للإثبات مقدماً.

المطلب الثالث: شروط إنشاء السندات العرفية

نظراً للأهمية البالغة للعقود العرفية في الإثبات في جميع المواد المدنية والتجارية والعرفية وغيرها بالإضافة لانتشار ظاهرة تحرير الأوراق العرفية؛ وذلك لأن غالبية الناس يلجأون لإثبات الحقوق والتصرفات

¹مرجع سابق، مساعد صالح نزال الشمري، (ص27)

²مرجع سابق، مساعد صالح نزال الشمري، (ص28).

³مرجع سابق، مساعد صالح نزال الشمري، (ص29).

القانونية للكتابة في محررات عرفية فقد أحاط المشرع هذه بعناية خاصة فحدد شروط صحة السندات العرفية وكذلك حجيتها بين الأطراف.

فالمشرع الجزائري أحاط بتحرير السندات العرفية دون التطرق لتعريفه، على عكس السند الرسمي، فنص في المادة (324) من القانون المدني الجزائري والتي نص فيها على أن العقد الرسمي "عقد يثبت فيه موظف أو ضابط عمومي مكلف بخدمة عامة.."، فانطلاقاً من مفهوم العقد الرسمي وبالمفهوم المخالف فإن السند العرفي: هو كل عقد يحرر من طرف غير الأشخاص المذكورين بنص المادة 324 من القانون المدني الجزائري.¹

بينما عرفها القانون المدني الفلسطيني في المادة (15): "هو الذي يشتمل على توقيع من صدر عنه أو على ختمه أو بصمته، ولا تتوافر فيه الشروط المنصوص عليها في المادة 9 من هذا القانون".²

سُمي السند العرفي بذلك لعدم تدخل السلطة العامة في ما تم الاتفاق عليه بين الأفراد، لذلك يخضع هذا السند لحكم العرف والعادة، ولذلك عرفها الفقه بأنها: السندات التي تصدر عن الأفراد دون أن يتدخل في تحريرها موظف عام"، وهذه السندات نوعان: إما سندات عرفية معدة للإثبات ولذلك تكون موقعة ممن هي حجة عليه، وسندات لم تعد أساساً للإثبات كدفاتر التجار والرسائل والأوراق المنزلية، وغالباً لا تكون هذه السندات موقعة، إلا أن المشرع يعطيها قوة في الإثبات، تتفاوت قوة وضعفاً بحسب ما يتوافر لها من عناصر الإثبات.³

الشرط الأول: الكتابة:

تُعرف الكتابة: أنها "عبارة عن رموز تعبر عن الفكر والقول".⁴

وهنا بتعريفه يشتمل العديد من المفردات التي تتدرج تحته كالكتابة العلمية والأدبية... إلخ، والتي لا يمكن أن نعدّها من الأدلة الكتابية، فالمفهوم القانوني للكتابة مرتبط بوظيفة الكتابة، إذ أن الشرط لصحة

¹ أنظر العقود العرفية كوسيلة إثبات في التشريع الجزائري، قانون خاص، بن طبال عصام (ص6).

² الفصل الثاني، السندات العرفية، مادة (9)، والتي نصت على "السندات الرسمية هي التي ينظمها الموظفون العموميون ومن في حكمهم الذين من اختصاصهم تنظيمها طبقاً للأوضاع القانونية....".

³ شرح قانون البينات الفلسطيني رقم 4 لسنة 2001، د. غفيف كلوب، (ص92).

⁴ مساعد صالح نزال الشمري، مرجع سابق (ص41).

الكتابة هي التي اتخذت للإثبات، ولا بد أن يكون مضمون الكتابة وقائع قانونية، سواء كانت تصرفات قانونية أم وقائع مادية نشأ عنها الالتزام أن انقضى بها.

فالكتابة ليس لها معنى محدد وليست أية كتابة، ويمكن تحديدها على ضوء الغرض من إعداد السند كدليل كتابي أنه: "الكتابة التي ينصب على مضمونها الواقعة المراد إثباتها بالسند، فإذا كانت بيعاً فيجب أن توضح الكتابة رضا الطرفين بالبيع وتحديد المبيع والتمن وتوافر الأهلية وخلو الإرادة من العيوب، وهكذا في سائر الوقائع القانونية¹، وهنا لا بد من دعم الدليل الكتابي بالشهادة والقرائن.

لا يشترط في الكتابة أي شرط خاص ومن ثم يصح أن تكون بأية لغة يفهمها الخصوم، ويمكن أن تكون الكتابة بخط أحد الخصمين أو شخص آخر، لا يشترط أيضاً في القانون كتابة التاريخ عليها، ولكن كي تتمكن الكتابة من أداء القوة في العقد لا بد أن تحتوى على الوجه الأمثل والمرجو منها، فإذا لا بد أن تتمتع الكتابة بجملة من العناصر توفر الثقة فيها وتدعو للاطمئنان إليها، وتتمثل بأن تكون الكتابة مقروءة، وتحرير تاريخ الكتابة وإمضاء الخصمين دعماً بالشهود والقرائن، وأن تمتاز بالاستمرارية وأن تكون غير قابلة للتعديل.

تُعد قدرة السندات على حفظ المعلومات والبيانات مسألة نسبية تختلف بحسب مادة السند ومكوناته الكيميائية، فنجد أن السند الورقي تختلف النظرة إليه بحسب مادة الكتابة المستخدمة عليه، ومع ذلك في وجود التزوير والاختلاس في الأوراق يمكن الاستدلال على ذلك التغيير من خلال الخبرة الفنية والكشف على الورقة.

الشرط الثاني: التوقيع:

يُعد التوقيع شرطاً أساسياً يجب توافره كي نكون أمام سند عادي للإثبات قانوناً تتطلب بيان مفهوم التوقيع وشروطه.

لم يتطرق المشرع الفلسطيني لتعريف التوقيع، ويمكننا تعريفه بأنه: "كل علامة شخصية مميزة مكتوبة بخط اليد وتسمح بالتعرف على من صدرت منه دون أدنى شك وتعبّر عن إرادته الجلية في الموافقة على

¹ د. عفيف كلوب، مرجع سابق، (ص 92).

الالتزام بالتصرف¹، في حين عرفه القانون الأردني: بأنه علامة أو إشارة أو بيان ظاهر مخطوط اعتاد الشخص على استعماله للتعبير عن موافقته على عمل أو تصرف قانوني معين².

تكمن أهمية التوقيع في السند العرفي فالتوقيع هو الشرط الجوهرى لصحة السند؛ لأنه هو الذي ينسب الكتابة لصاحب التوقيع حتى وإن كان من خلال شخص آخر، وبالتالي إذا كان السند ملزماً لجانبين كالبيع وأثبت في ورقة عرفية وجب توقيع كل من البائع والمشتري وإن كان ملزماً لجانب واحد³.

يكون التوقيع إما بالتوقيع على الورقة نفسها أو بالتوقيع الإلكتروني، وسنأتي بالحديث عن التوقيع الإلكتروني بإمضاء الشخص نفسه ويمكن أن يكون ببصمته، وكانت هذه الصورة منتشرة قديماً لانتشار الأمية لكن في وقتنا الحاضر ومع التقدم العلمي قل استخدام هذه التوقيعات بالبصمة. ويمكن أن يكون بذلك جميعاً، ويجب أن يشتمل التوقيع على اسم الشخص ولقبه كامليين، وبالرغم من ذلك جاز بعض الفقه أن يكون التوقيع باسم الشهرة وليس بشرط أن يكون كما هو مقيد في شهادة الميلاد⁴.

لما كان التوقيع يدل على تسليم الموقع بما يتضمنه السند، فلا بد أن يرد هذا التوقيع في مكان يعبر عن الموافقة على ما هو ثابت، وإذا تعددت أوراق السند فلا بد من وجود دليل على وجود اتصال ما بين الورقة الأخيرة التي تشتمل على توقيع المدين وغيرها من الأوراق التي سبقتها، وتقدير وجود من هذا الاتصال أو نفيه يخضع للسلطة التقديرية للقاضي⁵.

الشرط الثالث: التوقيع على بياض:

قد يقع في الحياة العملية أن يقوم أحد طرفي العقد بالتوقيع على الورقة قبل تعبئتها، وهو ما يعرف بالتوقيع على بياض: وهو أن يصنع صاحب الشأن توقيعه على الورقة قبل كتابة بياناتها قاصداً أن يعهد للطرف الآخر أن يكتب فوق التوقيع ما تم الاتفاق عليه شرط ألا يتعدى هذا الاتفاق، ومثال ذلك أن يوقع شخص على شيك دون كتابة قيمته ويعهد إلى شخص آخر أن يضع الرقم الدال على قيمة الشيك وفقاً

¹ أحكام الإثبات في المواد المدنية والتجارية في ضوء الفقه والتشريع والقضاء، أحمد عبد العال أبو القرن، (ص80).

² محمد عبد الوهاب حاج، مرجع سابق، (ص270).

³ عفيف كلوب، مرجع سابق، (ص93).

⁴ عفيف كلوب، مرجع سابق، (ص93).

⁵ مساعد صالح نزال الشمري، مرجع سابق، (ص62).

لاتفاق شفهي بينهما، وفي هذه الحالة يكون للسند حجة في الإثبات¹، إلا أن الإشكال يثور إذا ما قام من سلمت إليه الورقة أو الشيك بتدوين بيانات مخالفة أو وضع مبلغ أكثر مما تم الاتفاق عليه، ففي هذه الحالة فإن إجماع الفقه والقضاء منعقد على أن هذا التغيير في البيانات لا يؤثر على قيمة الورقة في الإثبات، وعلى من يدعي وقوع التغيير أن يثبتته ولا يكون ذلك إلا كتابة، إذ إن القاعدة أنه لا يجوز إثبات عكس ما هو ثابت بالكتابة إلا بالكتابة، وعليه فإن استطاع من وقع على بياض إثبات ذلك، اعتبر من سلمت له الأوراق خائناً للأمانة ويترتب على ذلك بطلان الورقة أو الشيك ومعاقبته جزائياً، إلا أن هذا الحكم لا يؤثر على علاقة الغير بمن وقع على الشيك أو الورقة إذا كان حسن النية، فإن الموقع عليها لا يستطيع أن يتمسك ببطلانها في مواجهته للتحلل من التزامه بمواجهة الغير، ولا يكون أمام الموقع إلا الرجوع على من خانته بكتابة بيانات مخالفة للاتفاق.²

المبحث الثاني: حجية السندات العادية المعدة مقدماً في الإثبات

المطلب الأول: نطاق حجية السندات القانونية المعدة مقدماً للإثبات:

أعطى المشرع الأردني للسندات العادية المعدة مقدماً للإثبات حجية كاملة بمواجهة الناس كافة، إلا أن هذه الحجية تختلف باختلاف الأشخاص الذين تسري بمواجهتهم، فبالنسبة إلى صدور الورقة ممن وقعها وبالنسبة لموضوعها تكون حجة بمواجهة كل من طرفيها وخلفهم العام كالوارث وخلفه الخاص كالمشتري والدائن، وكذلك بالنسبة لأي شخص من الغير، أما بالنسبة لتاريخ هذه الورقة فإن الأصل فيه ألا يكون حجة إلا على أطرافه وخلفهم، ولا يكون له هذه الحجية بمواجهة الغير إلا إذا كان ثابتاً على نحو ما قرره القانون.

ويكون التاريخ ثابتاً وفقاً لأحكام المادة (12) من قانون البيئات الأردني، والمادة (18) من القانون الفلسطيني³، في الأحوال الآتية:

1- من يوم أن يصادق عليه كاتب العدل.

¹ عفيف كلوب، مرجع سابق، (ص 97).

² مساعد صالح نزال الشمري، مرجع سابق، (ص 73).

³ مادة 18، مرجع سابق، (ص 68).

2- من يوم أن يثبت مضمونه في ورقة أخرى ثابتة التاريخ رسمياً؛ لأن الورقة الرسمية ثابتة التاريخ بحكم رسميتها.

3- من يوم أن يؤشر على السند قاضٍ أو موظف مختص.

4- من يوم وفاة أحد ممن لهم السند أثر ثابت أو معترف به من خط أو توقيع أو ختم أو بصمة اصبع، أو من يوم أن يصبح مستحيلاً على أحد من هؤلاء أن يكتب أو يبصم لعله في جسده.

- نذكر هنا حجية السندات العرفية بالنسبة للغير من حيث صدورهما ممن وقع عليها، ومن حيث صحة الوقائع الواردة فيها ومن حيث صحة التاريخ:

1- حجية السند العرفي بالنسبة للغير من حيث صدوره عن وقع عليه:

ويقصد بالغير في هذا المجال كل شخص أجنبي عن التصرف يحتج عليه بالسند العرفي ويضار في حق تلقاه من أحد طرفي السند، أو بمقتضى نص القانون إذا ثبت حجة تاريخ السند بمواجهته ويتمثل خاصة بالخلف الخاص.¹

يكون السند العرفي حجة على من صدر منه ابتداء، إلا إذا أنكر ذلك صاحب التوقيع، ويكون حجة على الخلف العام والخاص والدائن، إلى أن ينكر التوقيع الشخص المنسوب إليه التوقيع، ولا يجوز أن يصدر الإنكار من الخلف أو الدائن؛ لأن التوقيع غير صادر عنهم، أما إذا أقر به أو سكت عن ذلك فإن السند يصبح حجة بما ورد فيه بالنسبة للغير، ولا يجوز لصاحب السند أو الغير الطعن به إلا بالتزوير، أما إذا حدث التمسك بالورقة أو السند العرفي بعد وفاة صاحب التوقيع، فإنها تكون حجة في مواجهة الخلف الخاص والدائن والوارث والموصى له، ومع ذلك يجوز لأي من هؤلاء أن يتمسك بعدم صدور الورقة ممن وقعها لا عن طريق إنكار التوقيع بل عن طريق ما يسمى بالدفع بالجهالة أي الدفع بأنه لم يعلم بصدور التوقيع من الشخص المنسوب إليه.²

2- حجية السند العرفي بالنسبة للغير من حيث صحة الوقائع الواردة فيه:

تتقرر حجية السند العرفي بالنسبة للغير مثل تلك الحجية بين الأطراف، فللوارث مثلاً أن يطعن بعدم صحة الوقائع وبصورتيها وفقاً للقواعد المقررة في الإثبات، وكذلك يفعل الخلف الخاص والدائن، ول هؤلاء جميعاً أن يدفعوا بالتصرف القانوني الذي تثبته الورقة العرفية بجميع الدفع الموضوعية والشكلية التي كانت

¹ مساعد صالح نزال الشمري، مرجع سابق، (ص75).

² مدى حجية المحررات الإلكترونية في الإثبات (دراسة مقارنة)، ص26، إياد محمد عارف عطا سده، رسالة ماجستير.

لصاحب التوقيع، فلمهم أن يطلبوا إبطال التصرف القانوني لنقص الأهلية أو للغلط أو للتدليس أو للإكراه أو الاستغلال أو بطلان التصرف لعدم المشروعية، ولهم أن يتمسكوا بانقضاء الالتزام بالوفاء أو بغيره من أسباب الانقضاء، بينما بالنسبة لصحة التاريخ بحسب ما نصت عليه المادة (18) من القانون الفلسطيني فلا يكون السند العرفي حجة على الغير إلا أن يكون له تاريخ ثابت.

3- حجية السند العرفي بالنسبة للغير من حيث صحة التاريخ الذي يحمله السند: نصت المدة (18) من قانون البينات الفلسطيني على أنه:¹

1- لا يكون للسند العرفي حجة على الغير بالنسبة لتاريخه إلا منذ أن يكون له تاريخ ثابت.

2- يكون للسند العرفي تاريخ ثابت من يوم:

أ- أن يصادق عليه كاتب العدل.

ب- أن يثبت مضمونه في ورقة أخرى ثابتة التاريخ رسمياً.

ت- أن يؤشر عليه قاضٍ أو موظف عام مختص.

ث- وفاة أحد ممن لهم على السند أثر معترف به من خط أو إمضاء أو بصمة، أو من يوم أن يصبح مستحيلاً على أحد من هؤلاء أن يكتب أو يبصم لعله في جسمه.

ج- وقوع أي حادث آخر يكون قاطعاً في أن الورقة قد صدرت قبل وقوعه.

3- يجوز للقاضي تبعاً للظروف ألا يطبق حكم هذه المادة على المخالصات، والسندات والأوراق التجارية ولو كان مقنعاً أو مظهره من غير التجار لسبب مدني وكذلك سندات القروض الموقعة لمصلحة تاجر برهن أو دون رهن مهما كانت صفة المقترض.

طبقاً لهذا النص نرى أن السند العرفي بالنسبة للغير لا يكون حجة عليه إلا منذ أن يكون له تاريخ ثابت، فالتاريخ العادي لا يحتج به على الغير نظراً لأنه لم يشترك في تحرير السند ومن ثم يستطيع الأطراف عن طريق تقديم التاريخ أو تأخيرته، إلحاق الضرر بمصلحة الغير، فقد يقع التصرف من شخص ناقص الأهلية ولكن يؤخر تاريخه بحيث يقع بعد بلوغ القاصر سن الرشد.

¹ مرجع سابق، مادة 18، (ص 68).

لهذا كله فإن قاعدة ثبوت التاريخ للسند العرفي ليست من النظام العام وإنما وضعت لحماية الغير، فإذا لم يتمسك الغير بعدم ثبوت التاريخ، فإنه يكفي التاريخ ليكون حجة على الغير رغم وجود التاريخ الثابت، أخذاً بأنه قد نزل عن حقه فيه.

أ- لا بد من توضيح مسألة التاريخ وثبوته وأهميته في المحررات العرفية:

أ- المقصود بالغير بالنسبة لثبوت التاريخ:

يُعتبر من الغير في خصوص ثبوت التاريخ "كل شخص لم يكن طرفاً في المحرر ولا ممثلاً فيه، وكان حاصلاً بمقتضى تصرف صادر من أحد المتعاقدين بالمحرر أو بمقتضى نص القانون على حق خاص متعلق بمال معين من أموال الشخص الملتزم بهذا المحرر، بحيث يؤثر في هذا الحق التصرف المدون في المحرر العرفي"، ولذا لا يعتبر من الغير فيما يتعلق بالسند العرفي نيابة عنه؛ لأنها تكون حجة عليه بما ورد فيها كونه ممثلاً فيها بواسطة النائب العام، وكذلك الخلف العام وهو الوارث والموصى إليه بحصة من التركة وكذلك الدائن العادي حيث لا يكون له سوى حق الضمان العام، وبالتالي فإن الغير الذي يسري بحقه التاريخ الوارد في السند العرفي هما: الخلف الخاص والدائن الحاجز، والخلف الخاص: هو الذي انتقل عليه الحق في التصرف الوارد في السند العادي، فالتاريخ لا يُعد ثابتاً في مواجهته لوجود تعارض في حقوقه، وبالتالي حتى يكون التصرف الذي قام به السلف نافذاً بحقه لا بد أن يكون تاريخه ثابتاً، ويلحق بالخلف الخاص الدائن الذي إذا تركز حقه في مال للمدين معين بالذات فيصبح غيراً بالنسبة لتاريخ التصرفات التي تصدر من المدين في هذا المال، ولا يتركز حق الدائن في مال للمدين معين بالذات إلا إذا حجز الدائن على هذا المال والحجز هو الحلقة الأولى في مرحلة التنفيذ.¹

أ- السندات العرفية التي لا تخضع لقاعدة ثبوت التاريخ:

يخضع لقاعدة ثبوت التاريخ كل سند عرفي معد للإثبات مقدماً كدليل كامل على أن يكون الدليل الكتابي واجباً، ومن ثم لا يسري على هذه القاعدة ما يلي:

- 1- إذا لم تكن هناك ورقة عرفية أصلاً لإثبات التصرف القانوني.
- 2- إذا كانت الورقة العرفية الثابت فيها التصرف غير معدة للإثبات أصلاً كدفاتر التجار والأوراق المنزلية، مع العلم أن المشرع في قانون التجارة ألزم التجار بتدوين البيانات والعمليات التجارية التي يجرونها

¹ مرجع سابق، إباد محمد عطا سده، (ص39).

يوماً بيوم، ولهذا فإنه وضع مبدأ بأن يكون هناك تاريخ على تلك البيانات والحركات التي حدثت فعلاً في العمل التجاري وأن للغير إثباتها بجميع طرق الإثبات.¹

- 3- لا يلزم ثبوت تاريخ المحرر المثبت لتصرف ينصرف أثره إلى الغير أياً ما كان تاريخه.
- 4- إذا كان هناك ورقة عُرْفية ولكنها ليست دليلاً كاملاً، وذلك كمبدأ ثبوت بالكتابة، فهو كقاعدة عامة لا يشترط فيه التاريخ الثابت على النحو المقرر في الدليل الكامل ليكون حجة على الغير.
- 5- إذا كان هناك سندات عُرْفية مُعدة لإثبات تصرف لا تزيد قيمته عن مئتي دينار، فالإثبات الكتابي في هذه الحالة غير واجب ويجوز الإثبات بشهادة الشهود والقرائن، وبالتالي لا يشترط فيها ثبوت التاريخ حتى تكون حجة على الغير.

6- المخالصات والسندات والأوراق التجارية وسندات القروض فلا يشترط فيها أن تكون ثابتة التاريخ حتى يحتج بها على الغير؛ لأن المعاملات التجارية تتسم بطابع السرعة والثقة وأن إثبات التاريخ في السند العُرْفِي بوجه رسمي قد يؤدي لتعطيل حركة التعامل، وعلى الرغم مما ورد فإنه كلما كان التاريخ ثابتاً وبشكل صحيح كلما كان أسهل وأكثر وضوحاً في تقرير حجية السند من عدمه، خصوصاً في مسألة إثبات التصرفات التي في بيانات ذلك السند أو المحرر.

ب- طرق ثبوت تاريخ السند العرفي:

ذكرنا فيما سبق أن تاريخ السند العرفي لا يكون حجة تجاه الغير إلا بإحدى الوسائل المحددة حصراً في نص المادة (2/18)، وإن يكن التاريخ ثابتاً يجوز للغير إثبات عكسه بطرق الإثبات كافة: وهي: أولاً: من أول يوم أن يصادق عليه كاتب العدل:

في هذه الحالة يكون التاريخ ثابتاً من تاريخ المصادقة عليه من قبل كاتب العدل، ويكون تاريخ المصادقة تاريخاً رسمياً؛ لأنه صادر عن الموظف المختص رسمياً.² ثانياً: أن يثبت مضمون السند العرفي في ورقة أخرى ثابتة التاريخ رسمياً:

¹ تنص المادة 1/52 من قانون التجارة الأردني رقم 12 لسنة 1966 ساري المفعول في الضفة الغربية بأنه: في المواد التجارية يجوز إثبات تاريخ السند العادي بالنسبة للغير بجميع طرق الإثبات" نشر هذا القانون في العدد 1910، من الجريدة الرسمية (ص472).

² مرجع سابق، د. عفيف كلوب، (ص 110).

ليس أن يثبت نص السند العرفي بالكامل وإنما مضمون السند وأطرافه، ويكون التاريخ الثابت للسند العرفي هو تاريخ السند الرسمي الذي ذكر فيه مضمون السند العرفي¹، ومثال ذلك: ورد في محضر قضية معينة فيها سند عرفي وذكر في المحضر مضمون السند العرفي، فإنه يكون مضمون السند العرفي ثابت التاريخ وهو تاريخ محضر الجلسة.

ثالثاً: التأشير على السند العرفي بواسطة قاضي أو موظف عام:

كأن تقدم الورقة العرفية في جلسة المرافعة فيؤشر عليها القاضي أو كاتب الجلسة، أو تقدم ضمن مستندات الدعوى فيؤشر عليها الموظف المختص في قلم المحكمة، وبالتالي فإنه يكون تاريخ التأشير على السند هو التاريخ الذي قام القاضي أو كاتب الجلسة بإثباته على السند.²

رابعاً: وجود إمضاء أو بصمة على سند لشخص توفي أو أصبح عاجزاً عن الكتابة لعل في جسمه:

وذلك في حال وفاة شخص قد سبق وجود إمضائه على السند العرفي يكسبه تاريخاً ثابتاً من وقت الوفاة، وبذلك تنعدم الشبهة بالتوقيع عليها بعد ذلك الوقت. ولا يشترط أن يكون إمضاء الشخص على الورقة باعتباره ملزماً أو متعاقداً بها، بل يكفي إمضائه إياها بصفته شاهداً، وبالوفاة لا يتغير ثبوت التاريخ.

وبصمة الإصبع أدق من بصمة الختم، فهي أقرب إلى اثبات تاريخ الورقة العرفية التي تحمل هذه البصمة لشخص متوفى، على احتمال توقيع الورقة العرفية ببصمة شخص متوفى بعد وفاته لا يزال قائماً وإن كان احتمالاً بعيداً، وكذلك الحكم نفسه إذا أصبح الشخص من المستحيل أن يوقع إمضاءه أو بصمته لعل في جسده، فيعتبر التاريخ الثابت للمحرر من وقت الإصابة، ولا تعتبر بصمة ختم المتوفى على المحرر مؤدية لثبوت تاريخه؛ لأنه يسهل التوقيع بالختم بعد وفاة صاحبه.³

خامساً: وقوع حادث يكون قرينة على أن تاريخ السند كان قبل وقوع الحادث:

ومثال ذلك: كأن تقدم ورقة ما في قضية وتناولتها المرافعة بالجلسة التي نظرت بها تلك القضية، فهذا يكفي لاعتبار تاريخ الورقة ثابتاً من يوم الجلسة.⁴

¹ مرجع سابق، د. عفيف كلوب، (ص 110).

² مرجع سابق، إياد محمد عطا سده، (ص 43).

³ إياد محمد عطا سده، مرجع سابق، (ص 44).

⁴ إياد محمد عطا سده، مرجع سابق، (ص 44).

المطلب الثاني: الطعن في السند العادي

ذكرنا فيما سبق بأن محور السند العادي توقيع أصحاب الشأن عليه، وعليه فإن الحجية الكاملة لهذا السند تدور مع نسبة التوقيع لصاحبه أو انتقائه، وحيث إن السند العرفي أعده أفراد عاديون وليس طرف رسمي في حالة السند الرسمي؛ فإنه لا يجب على من يدعي عدم صحة هذا التوقيع الادعاء بالتزوير بقبول الطعن به، وإنما يسلك إلى جانب الطريق الأكثر سهولة ويسراً وهي إنكار التوقيع، ويكون الإنكار بإحدى الطريقتين هاتين: إما بالطعن بالسند العادي فإن إنكار التوقيع يقع إثبات عبء صحته على من يتمسك بصحة السند العادي، بينما الادعاء بالتزوير يُلقي عبء إثباته على من يدعيه، فإن أنكر صاحب التوقيع نسبة السند العادي إليه، فإن هناك شروطاً وإجراءات لا بد من مراعتها نص عليها المشرع الأردني في المادة (11) كي لا يفقد السند العادي دلالاته من قانون البينات بأن "من احتج عليه بسند عادي وكان لا بد من أن يعترف به، وجب عليه أن ينكر صراحة ما هو منسوب إليه من خط أو توقيع أو ختم أو بصمة اصبع، وإلا فهو حجة عليه بما فيه". بينما نص القانون الفلسطيني في المادة (40): "أنه إذا أنكر من احتج عليه بالسند، خطه أو امضاؤه أو ختمه أو بصمته، أو أنكر ذلك خلفه أو نائبه، وكان السند منتجاً في النزاع ولم تكف وقائع الدعوى ومستنداتها لتكوين عقيدة المحكمة في شأن صحة الخط أو الإمضاء أو الختم أو البصمة أمرت المحكمة بالتحقيق بالمضاهاة أو بسماع الشهود أو بكليهما معا.¹

وبناء على ذلك فإنه لا بد لصحة إنكار التوقيع أن يكون هذا الإنكار صريحاً، قاطعاً في الدلالة، فلا يكفي مجرد التشكيك بنسبة التوقيع إليه، كما أن سكوت من ينسب إليه عن الإنكار عند تقديم الطلب يُعد موافقة ضمنية منه على نسبة السند إليه.²

قد يحدث عملياً أن يقر الشخص بأن التوقيع على السند هو توقيعهُ أو ختمهُ، لكنه لم يصدر عنه السند، ففي مثل هذا السند يرد التساؤل إن كان هذا الإقرار والإنكار معاً يكفيان ليشكلا إنكاراً للتوقيع بحيث يتوجب على المتمسك بالورقة العرفية أن يثبت صحته أم أنه لا يكفي بحيث يتوجب على صاحب التوقيع الطعن بالتزوير ليبطل الورقة، تردد القضاء الأردني في ذلك، فقد قضت محكمة التمييز الأردنية بأن مجرد إقرار صاحب الختم بإثبات المطبوع على السند أن الخاتم خاتمه لا يُعد قرينة على أنه هو الذي ختمه، بل يلزم المتمسك بالسند إثبات أن صاحب الخاتم هو الذي ختمه، إلا أن محكمة التمييز الأردنية قضت بأنه

¹مرجع سابق، (ص71).

² مساعد صالح نزال الشمري، مرجع سابق، (ص68).

يكتفي المدعى عليه إنكار مضمون السند دون أن ينكر توقيعه عليه، بمجرد هذا الإنكار لا يحرره من حجية هذا السند، بينما القانون الفلسطيني نص على أنه إذا أنكر من نسب إليه السند صحة الإمضاء أو بصمة الإبهام، شرط أن يكون الإنكار صريحاً ومحددًا بشكل واضح فيصبح السند مجرداً من القوة الثبوتية، وينتقل عبء الإثبات إلى المدعي الذي يقع عليه عبء إقامة الدليل على صحة نسبة السند إلى الموقع.

تجدر الإشارة إلى حالة السند المؤيد لسند سابق، بحيث نصت المادة (14) من قانون البيئات الأردني "بأن السند المؤيد لسند سابق يكون حجة على المدين، ولكن يجوز له أن يثبت خطأ هذا السند بتقديم السند الأصلي". يتضح من ذلك أن السند المؤيد هو ورقة عُرفية تحمل توقيع المدين محررة بعد تحرير السند الأصلي، تغيد إقرار بحق سبق إثباته بسند عادي أو رسمي، وبالإشارة لهذا الحق قد سبق إثباته في سند أصلي.

المطلب الثالث: السندات الإلكترونية

فعند التمعن في السندات الإلكترونية نجد بأن المشرع الأردني انفرد في قانون البيئات بمعالجة وسائل الاتصال الحديث، والتي يتم من خلالها تداول البيانات سواء من خلال الفاكس أو التلكس أو من خلال شبكات التواصل الحديثة الأخرى¹، واعتبر المشرع الأردني أن المحررات الإلكترونية من قبيل المحررات غير الرسمية، وبالتالي أضفى عليها نوعاً من الحجية من خلال اعتبارها من المحررات العرفية قانون البيئات الأردني المعدل رقم (37) لسنة 2001، على أنه تكون "أ- الرسائل، الفاكس، والتلكس والبريد الإلكتروني قوة الإسناد العادية في الإثبات ما لم يثبت من نسب إليه إرسالها لم يقم بذلك أو لم يكلف أحداً بإرسالها، ب- وتكون رسائل التلكس بالرقم السري المتفق عليه بين المرسل والمرسل إليه حجة على كل منهما، ج- تكون لمخرجات الحاسوب المصدقة أو الموقعة قوة الإسناد العادية من حيث الإثبات ما لم يثبت من نسب إليه أنه لم يستخرجها أو لم يكلف أحداً باستخراجها".²

- الفرع الأول: ماهية السندات الإلكترونية:

نص قانون تنظيم التوقيع الإلكتروني المصري على أن المحرر الإلكتروني هو: "رسالة بيانات تتضمن معلومات تنشأ أو تدمج أو تخزن أو ترسل أو تستقبل كلياً أو جزئياً بوسيلة إلكترونية أو ضوئية أو بأي وسيلة أخرى مشابهة".

¹مرجع سابق، إياد محمد عطا سده، (ص44)

²مرجع سابق، قانون البيئات الأردني.

كما عرفها القانون الأردني على أنه: "المعلومات التي يتم إنشاؤها أو إرسالها أو تسلمها أو تخزينها بوسائل إلكترونية أو بوسائل مشابهة بما في ذلك تبادل البيانات الإلكترونية أو البرق أو التلكس أو النسخ البرقي".¹

يمكننا تعريف السندات الإلكترونية: بأنها البيانات والمعلومات التي يتم تبادلها من خلال المراسلات التي تتم بين طرفي العلاقة بوسائل إلكترونية، سواء كانت من خلال شبكة الإنترنت أم من خلال الأقراص الصلبة أو شاشات الحاسب الآلي أو أية وسيلة أخرى إلكترونية، لتوصيل المعلومة بينهما، أو إثبات حق أو القيام بعمل، فهي الوسيلة التي من خلالها يتمكن الملاقون عبر الإنترنت من توصيل المعلومة لبعضهم البعض.²

إلا أنه في وقتنا هذا وفي ظل التطور التكنولوجي في المعاملات وغيرها، إلا أن السندات الإلكترونية والتي تحرر بوسائل إلكترونية من السهولة إجراء التغيير والتبديل عليها من غير إحداث آثار مادية على السند تدل على التغيير والتبديل، ما أدى إلى أن يقف ذلك عثرة أمام الاعتراف الإلكتروني بالحجية القانونية لافتقاده عنصر الثقة والاطمئنان له، ومع ذلك أصبح التغلب على تلك المشكلة من خلال البرامج الحاسوبية المتطورة التي تعمل على حماية البيانات من التحريف والتبديل، ويمكن ذلك قراءة مضمون السند مرات عديدة من غير أن يتيح الفرصة لتحريف أو تبديل أو تعديل الكتابة عليه، وبمثل هذه البرامج المتطورة أصبح بالإمكان الاعتراف بالسندات الإلكترونية بالحجية القانونية المساواة للسندات العادية من غير تردد.³

ساوى المشرع الأردني في المادة (7) من قانون المعاملات الإلكترونية بين الكتابة الإلكترونية والكتابة التقليدية من حيث الحجية القانونية، ولم يترك المشرع تقدير قيمة الكتابة الإلكترونية لسلطة القاضي التقديرية ولم يجز الاحتجاج بعد قبول السجل الإلكتروني لمجرد أنه حرر بوسائل إلكترونية.⁴

ونجد في هذا الصدد أن المشرع الفلسطيني بقي مقتصرًا على الكتابة التقليدية فحسب في ظل توسع انتشار المعاملات الإلكترونية، ذلك أن النصوص في وقتنا الحاضر لا تسعنا في هذا المجال.

¹ مرجع سابق، إياد محمد عطا سده، (ص 39).

² راجع الوجيز في عقود التجارة الإلكترونية، دراسة مقارنة، (ص 205)، الطبعة الأولى، د. محمد فواز.

³ مرجع سابق، مساعد صالح الشمري، (ص 47).

⁴ مرجع سابق، انظر، مساعد صالح نزال الشمري، (ص 47).

الفرع الثاني: شروط السند الإلكتروني:

حتى يكون للسند الإلكتروني حجية كاملة في الإثبات وإمكانية مساواته بالسندات الرسمية والعرفية يجب أن تتوفر فيه شروط منها ما تدل عليه صراحة، قانون المعاملات الإلكترونية الأردني، وقانون الأونسيترال النموذجي، بالإضافة لإمكانية القياس على الشروط التي حددها قانون البينات الفلسطيني لمحاولة الوصول للشروط الأساسية التي يتوجب توافرها في السند الإلكتروني حتى يتمتع بالحجية القانونية في الإثبات.

الشرط الأول: الكتابة:

ذكرنا فيما سبق بأن الكتابة تُعد الأساس الجوهري لصحة السند العرفي، ولكن تطور مفهوم الكتابة نحو الاتساع ليشمل السندات الإلكترونية، فقد عرفت المادة (1/أ) من قانون التنظيم الإلكتروني المصري بأنها: كل حروف أو أرقام أو رموز أو أية علامات أخرى تثبت على دعامة إلكترونية أو رقمية أو ضوئية أو أية وسيلة أخرى مشابهة وتعطي دلالة قابلة للإدراك.¹

الشرط الثاني: التوقيع:

في القانون الأردني تعددت صور التوقيع الإلكتروني بحسب الطريقة التي يتم بها هذا التوقيع، كما أن الصور تتباين فيما بينها من حيث درجة الثقة ومستوى ما تقدمه من ضمان حسب الإجراءات المتبعة من إصدارها وتأمينها والتقنيات التي تتيحها، وعلى ذلك فإن التوقيع الإلكتروني قد يتخذ إحدى الصور الآتية:

أولاً: التوقيع بالقلم الإلكتروني: ويتمثل في نقل التوقيع المحرر بخط اليد عن طريق التصوير بالماسح الضوئي ثم تخزينه في جهاز الحاسوب، وبعد ذلك يتم نقل هذه الصورة إلى الملف أو العقد الذي يراد إضافة التوقيع إليه لإعطائه حجة لازمة، وبهذه الطريقة يتم نقل توقيع شخص مضمناً المحرر عبر شبكة الاتصال الإلكتروني.²

ثانياً: التوقيع باستخدام البطاقات الممغنطة المقترن برقم سري: تعتبر هذه الصورة الأكثر شيوعاً من صور التوقيع الإلكتروني لدى الجمهور، فاستخدامها لا يرتب عناء كبيراً ولا يتطلب خبرة معينة، وبذلك تتيح

¹ قانون التنظيم المصري الإلكتروني.² مرجع سابق، مساعد صالح نزال الشمري، (ص90).

هذه الطريقة إمكانية استخدامها لكل شخص، فليس من الضروري أن يكون لدى الشخص حاسب آلي خاص به.¹

ثالثاً: التوقيع باستخدام الخواص الذاتية: هذه الطريقة متطورة تدخل ضمن تكنولوجيا البصمات والخواص الحيوية الطبيعية، وهي تعتمد على الخواص الفيزيائية والطبيعية والسلوكية للأفراد.

رابعاً: التوقيع الرقمي (البصمة الرقمية): وهي ما يحدث بإضافة الأرقام للمعادلة الرياضية حيث يكتمل المحرر عندئذ ويتم حفظه في ذاكرة الحاسوب، وبعد ذلك لا يستطيع أحد أن يعيد المحرر لصيغته المقروءة (فك التشفير) إلا الشخص الذي لديه المعادلة الخاصة بذلك والتي يُطلق عليها مسمى المفتاح.

خامساً: التوقيع بالضغط على المفتاح المخصص للتعبير عن القبول:

لا بد عند الحديث عن حجية التوقيع الإلكتروني في الإثبات، أن نتعرف على حجتيه وفقاً لقانون المعاملات الأردني، فقد أقرت المادة السابعة من قانون المعاملات الأردني مبدأً مهماً هو أن التوقيع الإلكتروني يُعد معادلاً وظيفياً للتوقيع الخطي، وهذا الحكم من شأنه أن يحقق أهداف هذا القانون، فالاعتراف بصلاحية التوقيع الإلكتروني للدلالة على شخص المتعامل أهم حاجة للإقرار بوجود التجارة الإلكترونية ومقبولية وسائلها في التعاقد والإثبات، ونصت المادة السابعة على أنه: "أ- يُعد السجل الإلكتروني والعقد الإلكتروني والرسالة الإلكترونية منتجاً للآثار القانونية ذاتها المترتبة على الوثائق والمستندات الخطية والتوقيع الخطي بموجب أحكام التشريعات النافذة، من حيث إلزامها لأطرافها أو صلاحيتها في الإثبات، ب- لا يجوز إغفال الأثر القانوني لأي مما ورد في الفقرة (أ) من هذه المادة؛ لأنها أجريت بوسائل إلكترونية شريطة اتفاقها مع أحكام هذا القانون".²

ونص القانون الفلسطيني في المادة (32) من قانون المعاملات الإلكترونية³، بشأن التوقيع: "1. يلتزم الموقع عند استخدام أداة توقيعه بالآتي: أ. الحفاظ على أداة توقيعه. ب. إشعار الأشخاص المعنيين والجهات ذات الاختصاص دون تأخير غير مبرر، في حال معرفة الموقع بأن أداة توقيعه قد تم الإخلال بها، أو كانت الظروف والدلائل تشير إلى ذلك. 2. اتخاذ الإجراءات اللازمة كافة لضمان دقة واكتمال كل

¹مرجع سابق، مساعد صالح نزال الشمري، (ص90).

²قانون المعاملات الأردني رقم (15) لسنة 2015.

³قرار رقم (15) لسنة 2017، بشأن المعاملات الإلكترونية، قانون فلسطيني صدر عام 2017م.

ما يقدمه من بيانات وتصريحات جوهرية ذات صلة بالشهادة طيلة فترة سريانها. 3. يكون الموقع مسؤولاً عن مخالفة أحكام الفقرة (1) من هذه المادة.

الشرط الثالث: حجية السجل الإلكتروني في الإثبات وفقاً لقانون البيانات، وقانون الأوراق المالية، وقانون البنوك:

نصت المادة (13) من قانون المعاملات الإلكترونية¹ على أنه: "أ- تكون لرسائل الفاكس والتلكس والبريد الإلكتروني قوة الإسناد العادية في الإثبات ما لم يثبت من نسب إليه إرسالها أنه لم يقم بذلك أو لم يكلف أحداً بإرسالها، ب- تكون رسائل التلكس بالرقم السري المتفق عليه بين المرسل والمرسل إليه حجة على كل منهما، ج- تكون لمخرجات الحاسوب المصدقة أو الموقعة قوة الإسناد العادية من حيث الإثبات ما لم يثبت من نسب إليه أنه لم يستخرجها أو لم يكلف أحداً باستخراجها". في حين أن قانون المعاملات الفلسطيني أورد في المادة (16) أنه "لا تُعتبر رسالة البيانات صادرة عن المرسل في أي من الحالات الآتية:

1. إذا استلم المرسل إليه إشعاراً من المرسل يبلغه فيه أن الرسالة غير صادرة عنه، فعليه أن يتصرف على أساس عدم صدورها عن المرسل، ويبقى المرسل مسؤولاً عن أية نتائج قبل الإشعار.
2. إذا علم المرسل إليه أو كان بوسعه أن يعلم من خلال قيامه بإجراءات متفق عليها مع المرسل أن الرسالة لم تصدر عن المرسل". من خلال ما ذكرنا في القانونين نجد أن المشرع الأردني يعتد بالسندات الإلكترونية التي تشمل رسائل الفاكس والتلكس والبريد الإلكتروني ومخرجات الحاسوب المصدقة أو الموقعة، وقد جعل لها قوة الإسناد العادية من حيث الحجية، وبالتالي يكون للسند الإلكتروني الموقع قوة ثبوتية من حيث مصدره.

الخاتمة

تناولت دراسة هذا البحث بيان الوسائل القانونية من قانون البيانات ودور السندات العادية المعدة سلفاً للإثبات المدني، وذلك للأهمية البالغة في السندات العادية من الناحيتين النظرية والعملية. ومن خلال هذه الدراسة تم توضيح بعض الأفكار في نظرية الإثبات وكيفية بيان ماهية السند العادي وحجته في الإثبات وشروطه، لا سيما الشرط الجوهري والأساسي في وقتنا المعاصر. كما تطرقنا في هذه الدراسة للحديث عن السندات الإلكترونية ومدى حجتها في الإثبات.

¹ قانون المعاملات الأردنية رقم (15) لسنة 2015.

وتوصلنا في هذه الدراسة لعدة نتائج نذكرها على النحو الآتي:

- 1- نص المشرعان الفلسطيني والأردني على أهمية السندات العادية وإكسابها القوة القانونية في الإثبات.
- 2- إذا توافرت شروط إنشاء السند العادي كانت حجته تجاه من صدر عنه ذلك السند سواء من حيث صدوره أو من حيث مضمونه وكذلك بالنسبة للغير.
- 3- تطرق المشرع الأردني للسندات الإلكترونية الموقعة بطريقة إلكترونية في الإثبات وأعطاه قوة إثبات السندات العادية في قانون المعاملات الإلكترونية رقم (15) لسنة 2015م، وذلك على عكس المشرع الفلسطيني الذي لم يتطرق للحديث بشكل كافٍ عن السندات الإلكترونية حيث لم يعطها قوة الإثبات وإنما أجاز التعامل بالسندات الإلكترونية الموقعة إلكترونياً دون الحديث عن طرق الطعن في التوقيع الإلكتروني.
- 4- لم يُعرف المشرع الفلسطيني التوقيع الإلكتروني أسوةً بغيره، حيث حصرها المشرع الأردني وفق قانون التجارة الأردني، وفق نص المادة (2/221).

التوصيات:

- 1- لا بُد من توضيح مسألة التاريخ وثوبته وأهميته، وجود التاريخ في السند العرفي، وكذلك في السند الإلكتروني.
- 2- إثبات التصرفات القانونية المبرمة عبر وسائل الاتصال الحديثة، والاعتراف بالسند الإلكتروني بشكل قانوني.
- 3- الاعتراف التام والصريح بصحة التوقيع على السندات الإلكترونية للدلالة على شخصية المتعامل.
- 4- اعتبار شروط السجل الإلكتروني معادلاً للسجل الورقي وإعطائه الحجة الكافية، فقد نصت المادة الثامنة من قانون المعاملات الإلكترونية فقرة (أ) على:
أ- تكون المعلومات الواردة في السجل قابلة للاحتفاظ بها أو تخزينها بحيث يمكن الرجوع إليها.
ب- إمكانية الاحتفاظ بالسجل الإلكتروني بالشكل الذي يتم إنشاؤه أو إرساله أو تسلمه.

5- نوصي المشرع الفلسطيني بأخذ السندات الإلكترونية بعين الاعتبار، والعمل على اعتماد مثل هذه السندات، كما ونوصيه بعمل أرشفة للسجلات الإلكترونية حيث يسهل الرجوع إليها وقت الطعن فيها من قبل أحد الخصمين.

6- نوصي الباحثين بالبحث المتجذر عن مثل هذه السندات وإعطائها الوقت والحجة التامة لتصبح ذات سندات معدة مسبقاً للإثبات، بينما في السندات الورقية العمل على طريقة تجعل هذه السندات ذات قوة وحجة كافية للإثبات.

قائمة المصادر والمراجع:

1. شرح أحكام قانون البينات الأردني وفقاً لآخر التعديلات بأحدث الاجتهادات القضائية عن محكمة التمييز، د. أنيس منصور المنصور.
2. قانون البينات الفلسطيني في المواد المدنية والتجارية قم (4) لسنة 2001.
3. قانون البينات الأردني وتعديلاته رقم (4) لسنة 2009.
4. قانون التنظيم الإلكتروني المصري رقم (15) لسنة 2004م.
5. قانون المعاملات الإلكترونية الأردني رقم (15) لسنة 2015م.
6. قانون رقم (15) لسنة 2017م، بشأن المعاملات الإلكترونية الفلسطينية، حيث صدر بقرار من رئيس دولة فلسطين سنة 2017م.
7. الوسيط في شرح القانون المدني الجزء الثاني، د. عبد الرزاق السنهوري.
8. المداينات أو التعهدات والالتزامات في الأدلة نظرية الإثبات، الجزء الأول، أ. عبد السلام بيك الذهني.
9. دور المحررات العرفية (السندات العادية) المعدة مقدماً في الإثبات، رسالة دكتوراه، محمد عبد الوهاب حاج.
10. موجز أصول الإثبات في المواد المدنية والتجارية، محمود شكري سرور.
11. دور السندات العادية في الإثبات (دراسة مقارنة بين القانون الأردني والكويتي)، مساعد صالح نزال الشمري.
12. أصول الإثبات في المواد المدنية والتجارية شرح موجز لقانون البينات الفلسطيني رقم (4) لسنة 2001م، د. عفيف كلوب.
13. أحكام الإثبات في المواد المدنية والتجارية في ضوء الفقه والتشريع والقضاء، أحمد عبد العال أبو القرين.
14. العقود العرفية كوسيلة إثبات في التشريع الجزائري، بن طبال عصام.
15. مدى حجية المحررات الإلكترونية في الإثبات (دراسة مقارنة)، رسالة ماجستير، فلسطين، إياد محمد عطا سده.
16. الوجيز في عقود التجارة الإلكترونية (دراسة مقارنة) د. محمد فواز.