

المجلة العصرية للدراستات القانونية

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



المجلد (2) ، العدد (1) لعام 2024

ISSN (online): 2958-9967

هيئة التحرير

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

أ.د. سهيل الفتلاوي / دكتوراة قانون دولي / أستاذ القانون الدولي العام / رئيس قسم القانون العام،
جامعة جرش / رئيس الجمعية العلمية للدراسات والبحوث الاستراتيجية
العراق

أ.د. محمد موسى / أستاذ القانون الدولي العام / الجامعة العربية الأمريكية،
مستشار في الأمم المتحدة
الأردن

أ.د. سعودي هشام / دكتوراة قانون عام، كلية الحقوق والعلوم السياسية،
جامعة محمد بوضياف المسيلة
الجزائر

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

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

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

مترجم ومدقق لغة انجليزية: د. بشار محمد فران / دكتوراة لغة انجليزية - لغويات، جامعة بانونيا
بودابست

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

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

فهرس المحتويات			
الرقم	المحتوى	الصفحة	الصفحة
1	هيئة التحرير	أعضاء هيئة التحرير	1
الرقم	عنوان البحث	اسم المؤلف/ة	الصفحة
1	حق المعتقلين الفلسطينيين في الإنجاب: الواقع والتحديات.	بروفيسور أحمد داود رقية، أستاذ التعليم العالي / كلية الحقوق والعلوم السياسية - جامعة أبو بكر بلقايد لمسان (الجزائر)	32-5
2	المخدرات الموسيقية الرقمية نموذجاً إلكترونياً مستحدثاً بين المشروعية والتجريم.	د. محمد عاطف عبد المعطي كامل / دكتوراه في القانون الجنائي (جمهورية مصر العربية)	71-34
3	ضمانات المتهم في مرحلة ما بعد المحاكمة دراسة مقارنة في ضوء التشريعات الفلسطينية والمعايير الدولية " نظام روما الأساسي".	د. سعيد أبو فاره / الجامعة العربية الأمريكية - دكتوراة قانون عام (فلسطين)	110-73
4	آثار الرقابة البرلمانية على القرار بقانون.	د. حسن سليم / دكتوراه في القانون العام والعلوم السياسية (فلسطين)	134-112
5	المواجهة القانونية لظاهرة التطرف.	د. صالح حسين علي / دكتوراه قانون عام - قانون دستوري (العراق)	162-136
6	الاساس التشريعي والفقهى لمسؤولية الدولة في التعويض عن خطأ القاضي، دراسة مقارنة.	د. وليد عيسى عيبات ، دكتوراة في القانون المدني، (فلسطين)	196-164
7	اختصاص المحكمة الإدارية الفلسطينية بالتعويض عن القرارات الإدارية غير المشروعة.	رامي أحمد الحسيني / باحث دكتوراة في الجامعة الجامعة العربية الأمريكية (فلسطين)	222-198
8	وسائل الضبط الإداري ومدى فاعليتها في المحافظة على الصحة العامة في فلسطين دراسة حالة "كوفيد-19".	محمد مصطفى حرارة / باحث دكتوراة في الجامعة الإسلامية العالمية (ماليزيا)	244-224
9	إجراءات التقاضي في المنازعات الضريبية.	أ.محمد الهريني، أ.سفيان أبو زهيرة / ماجستير القانون الإداري والنظام الدستوري الجامعة العربية الأمريكية (فلسطين)	266-246

282-268	أ.سماح عابدين، ماجستير القانون الإداري والنظام الدستوري/الجامعة العربية الأمريكية (فلسطين)	10	التنظيم القانوني لاستئناف قضايا ضريبة الدخل.
314-284	أ.زهور إسماعيل بزار، ماجستير قانون خاص / عضو هيئة تدريسية في الكلية العصرية الجامعية (فلسطين)	11	الحكم القضائي الباطل في التشريع الفلسطيني- دراسة نقدية تحليلية.
355-316	آية أحمد عدوي، ماجستير قانون خاص محاضرة غير متفرغة سابقة لدى الكلية العصرية الجامعية (فلسطين)	12	حقوق المستهلك والتزاماته في عقد الاستهلاك الإلكتروني (دراسة مقارنة).
376-357	أ.حسن خولي، ماجستير علوم جنائية/ عضو هيئة تدريس، الكلية العصرية الجامعية (فلسطين)	13	حجية قرار الخبير في الإثبات الجنائي.
405-378	أ. أماني الفراحين، ماجستير قانون خاص/ فرع قانون الأعمال (فلسطين)	14	حق المساهم في الرقابة على الشركة المساهمة العامة.
444-407	أ.علاء جمال أبو هلال، ماجستير القانون الخاص جامعة القدس (فلسطين)	15	الاستيطان ومشروعية ملاحقة إسرائيل عنه أمام المحكمة الدولية الجنائية.
468-446	Rami Ismail /Certified Arbitrator at Ministry of Justice of Palestine.	16	<i>Effectiveness of Arbitration in Construction Projects in Palestine</i>

حق المعتقلين الفلسطينيين في الإنجاب: الواقع والتحديات

***The Right of Palestinian Detainees to Reproduction:
Reality and Challenges***

بروفيسور أحمد داود رقية

كلية الحقوق والعلوم السياسية- جامعة أبو بكر بلقايد تلمسان
(الجزائر)

حق المعتقلين الفلسطينيين في الإنجاب: الواقع والتحديات

The Right of Palestinian Detainees to Reproduction: Reality and Challenges

بروفيسور أحمد داود رقية، أستاذ التعليم العالي

كلية الحقوق والعلوم السياسية - جامعة أبو بكر بلقايد تلمسان (الجزائر).

orkeia77droit@yahoo.fr

تاريخ النشر: 2024-01-07

تاريخ القبول: 2023-08-02

تاريخ الاستلام: 2023-06-22

DOI: <https://doi.org/10.70411/MJLS.2.1.202462>

ملخص:

تهدف هذه الدراسة إلى تسليط الضوء على أحد أهم إنجازات المعتقلين الفلسطينيين في سجون الاحتلال الإسرائيلي، تحقيق حلمهم في الإنجاب، رغم ما يتعرضون له من انتهاكات وممارسات عنصرية، حيث فكر العديد منهم في عدة سبل لذلك كالمطالبة بالحق في الخلوة الشرعية، غير أنه وفي أعقاب قيود الاحتلال والتخوفات الأمنية من ذلك الخيار، برزت إلى الساحة فكرة تهريب نطف المعتقلين الفلسطينيين إلى زوجاتهم خارج السجن، رغم التحديات والعوائق التي واجهوها سواء على المستوى الشرعي، الاجتماعي، الأسري، القانوني وكذلك الأمني، بالإضافة إلى توضيح الاستراتيجيات التي استخدمها المعتقلون لمواجهة كل العوائق، وهي القضية التي أثارت العديد من التساؤلات والنقاشات على إثر اقتناع البعض وتقبلهم للفكرة، ورفض البعض الآخر، لكل منهم أسبابه ومبرراته، لاسيما عن كيفية تحقيق المعتقلين الفلسطينيين لحلمهم في الإنجاب بتهريب النطف خارج السجون؟ وفيم تتمثل العوائق التي واجهوها بشأن ذلك؟

وتوصلت الدراسة إلى عدد من النتائج أهمها، اهتمام وتقبل المجتمع وكذلك عائلات المعتقلين لفكرة الإنجاب عن طريق تهريب النطف من سجون الاحتلال، خاصة في ظل التطور العلمي (المساعدة الطبية على الإنجاب)، وتوفير الشروط المطلوبة لذلك من تفهم عائلي واحتضان اجتماعي، وكذلك الضوابط الأخلاقية، الشرعية والقانونية، ليتحقق حلم الإنجاب كتحدي لقيود الاحتلال ورغم الصعوبات التي واجهوها، والتي أخفقت في حرمانهم من تحقيق غريزة الأبوة.

بالتالي يُعد إنجاب الأطفال عن طريق النطف المهربة إنجازاً إنسانياً وحقوقياً كبيراً، بذلك فهي خطوة للتغلب على قيود السجون، فإنجاب الأطفال حق مشروع لكل إنسان على وجه الأرض، والمعتقلون انتزعوا هذا الحق رغم أنف الاحتلال.

وتوصي الباحثة بضرورة توجّي الحذر عند تهريب النطف واتخاذ جميع الضمانات التي تمنع من اختلاط النسب؛ لضمان سلامة العملية، بالإضافة إلى تقديم الدعم المادي والنفسي الكافي لأسر المعتقلين الفلسطينيين ولزوجاتهم خاصة، وذلك حتى تستطيع اجتياز الظروف المتعلقة بالإنجاب بواسطة النطف المهربة من سجون الاحتلال.

الكلمات المفتاحية: الصحة، الإنجاب، المعتقلين الفلسطينيين، الاحتلال، ممارسات، عنصرية.

Abstract:

This study aims to shed light on one of the most important achievements of Palestinian detainees in Israeli occupation prisons, their dream of having children, despite the violations and racist practices to which they are subjected, where many of them thought of several ways to achieve their dream of fatherhood, such as demanding the right to conjugal visit, however, following the restrictions of the occupation and security fears of that option, the idea of smuggling the sperm of Palestinian detainees to their wives outside the prison came to the fore, despite the challenges and obstacles they faced, at the legal, social, family, as well as security levels, as well as clarifying the strategies used to confront all of these obstacles. The process have raised many questions and discussions following the conviction of some and their acceptance of the idea, and the rejection of others, and each group their reasons and justifications, especially about how Palestinian detainees achieve their dream of procreation by smuggling sperm out of Prisons? And what obstacles did they face in this regard?

The study reached a number of results, the most important of which is the interest and acceptance of society as well as the families of detainees to the idea of procreation through the smuggling of sperm from the occupation prisons, especially in light of the scientific development (medically assisted procreation), and providing the required conditions for family understanding and social embrace, as well as ethical and legal controls, to realize the dream of procreation as a challenge to the restrictions of the occupation and despite the difficulties they faced, which failed to deprive them of the realization of the instinct of fatherhood.

Therefore, having children through smuggled sperm is considered a significant humanitarian and Human Rights achievement. It is also a step to overcome the restrictions of the jailer, since having children is a legitimate right for every human being on Earth, and the detainees have snatched this right in spite of the occupation.

The researcher recommends that utmost caution should be exercised when smuggling sperm and all the guarantees that prevent the mixing of descent to be taken to ensure the safety and integrity of the process should be maintained. Additionally, providing adequate material and psychological support to the families of Palestinian detainees and especially their wives, so that they can overcome the conditions related to reproduction by means of sperm smuggled from the occupation prisons.

Keywords: Health, reproduction, Palestinians detainees, occupation, practices, racism.

مقدمة:

لا يقتصر الحق في الصحة على صحة الفرد الجسدية أو العقلية، وإنما تتضمن أيضًا صحته الإنجابية، بأن يتمكن الأزواج من التمتع بحق الإنجاب وحرية اتخاذ القرارات المتعلقة بذلك دون تمييز. ولقد حُرّم الكثير من المعتقلين الفلسطينيين في سجون الاحتلال من حقهم في الإنجاب لا سيما المتزوجون منهم، في ظل الظروف الصعبة التي يعيشونها، ما يعني مزيداً من المعاناة للأسير من جهة، ولزوجته من جهة أخرى¹.

لذلك وكتحديّ للسجان الإسرائيلي، فكر العديد من المعتقلين في بعض السبل لتحقيق حلمهم في الأبوة، حيث قرروا القيام بتهريب نطفهم خارج السجن عبر طرق معينة، من أجل الحصول على ذرية وتكوين أسر، ومن ثم بناء حياة عائلية رغم الغياب القسري عن المجتمع².

يتعلق الأمر "بسفراء الحرية، أطفال النطف المهربة، الإنجاب من داخل السجن"، جميعها مسميات تدل على أحدث معركة إنسانية مستجدة لصناعة الحياة، حكاية بدأت بفكرة وانتهت بحقيقة رغم كل قيود الاحتلال، معركة اعتمدت على حرب الأدمغة بين المعتقلين والسجان، أبطالها أبدعوا في وجه إدارة عنصرية، رغم كل العراقيل والقيود الأمنية التي أخفقت في تحطيم معنوياتهم وكسر إرادتهم وحرمانهم من حقهم الأساسي في الإنجاب وتحقيق غريزة الأبوة مثل باقي البشر، حيث أبدعوا في أشكال التواصل والاتصال بين السجن وخارجها وفي إخراج النطف وإنجاب الأطفال³.

ولقد أثارت هذه القضية العديد من النقاشات بين المعتقلين على إثر قبول واقتناع البعض، ورفض البعض الآخر، لكل منهم أسبابه، لاسيما ما تعلق بالجانب الشرعي، الاجتماعي وكذلك الأسري، لتصبح محل اهتمام وقبول من المجتمع وكذلك عائلات المعتقلين، خاصة بعد إصدار علماء الدين فتاوى تجيز للأسرى الإنجاب عن طريق تهريب النطف بشروط معينة.

¹. رأفت خليل حمدونة، الجوانب الإبداعية في تاريخ الحركة الوطنية الفلسطينية المعتقلة في الفترة ما بين 1985 إلى 2015م، دراسة بحثية، الطبعة الأولى، سلسلة إصدارات وزارة الإعلام، فلسطين، 2018، ص23.

². محمد أحمد عطا الله، سفراء الحرية يولدون رغم السجان، دنيا الوطن، كتب ودراسات، بتاريخ 2015/02/21.

³. رأفت خليل حمدونة، الجوانب الإبداعية في تاريخ الحركة الوطنية الفلسطينية المعتقلة في الفترة ما بين 1985 إلى 2015، رسالة دكتوراه في قسم العلوم السياسية، معهد البحوث والدراسات العربية، القاهرة، مصر، 2015، ص211.

إشكالية وتساؤلات الدراسة:

في سياق البحث والدراسة بخصوص حق المعتقلين الفلسطينيين في الإنجاب في ظل انتهاكات الاحتلال الصهيوني لحقوق الإنسان بين الواقع والتحديات، تطرح العديد من التساؤلات حول السبل التي مكنتهم من تحقيق حلمهم في الإنجاب؟ وما هي العوائق والتحديات التي واجهوها بشأن ذلك؟

أهمية الدراسة:

تُعد مسألة المعتقلين الفلسطينيين في سجون الاحتلال شائكة ومعقدة، حيث تمارس في حقهم أبشع صور الانتهاكات النفسية والممارسات العنصرية الإسرائيلية، لاسيما وأن سلطات الاحتلال تقوم بحرمانهم من حقوقهم داخل السجون، كحقهم في الإنجاب¹.

ويمكن إجمال أهمية الدراسة في كونها من الدراسات السبّاقة في تسليط الضوء على واقع الصحة الإنجابية للمعتقلين الفلسطينيين في سجون الاحتلال، حيث لم يتطرق إلى هذه القضية سابقاً إلا قلة من الباحثين، بسبب ندرة المراجع التي تتناول حق المعتقلين في الإنجاب، وهو ما لم يشكل عائقاً دون السعي للإلمام بأهم جوانبه، بغية إظهار حقيقة الصراع المحتدم في السجون الإسرائيلية بين مخططات الاحتلال التي ترمي إلى تفويض إمكانيات المعتقلين وطموحاتهم، وأشكال النضال المدروس من قبلهم لمواجهة القهر بالصبر، أهم تلك الأشكال تحقيق غريزة الأبوة لديهم.

كما يمكن اعتبار هذه الدراسة إثراءً للبحث العلمي وللمكتبات الجامعية بمرجع مستجد عن المعتقلين الفلسطينيين في السجون والمعتقلات، سيساهم حتماً بتوفير المادة العلمية للمهتمين بالتعرف على قضية متعلقة بجانب من جوانب الإبداع داخل السجون، والمتمثلة في تحقيق حلم الأبوة رغم تصدي الاحتلال لذلك بشتى السبل.

أهداف الدراسة:

تهدف هذه الدراسة إلى تحقيق العديد من الأهداف، أهمها:

- تسليط الضوء على بعض الانتهاكات التي تمارسها سلطات الاحتلال بحق المعتقلين الفلسطينيين، لاسيما حرمانهم من حق الزيارة والاجتماع بذويهم.

¹. عبد الرحمن علي إبراهيم غنيم، الانتهاكات الإسرائيلية لحقوق المعتقلين الفلسطينيين في القانون الدولي الإنساني، مجلة جيل حقوق الإنسان، ع 26، 2018، ص 81.

- بيان السبل والطرق التي مكنت المعتقلين الفلسطينيين من الإنجاب وتحقيق حلم الأبوة لديهم، من حيث المحاولات الأولى (المطالبة بالخلوة الشرعية) والإنجازات المحققة بشأن ذلك من خلال تهريب النطف من السجون، والاستعانة بالوسائل الطبية الحديثة (التلقيح الصناعي).
- توضيح التحديات والعوائق التي واجهها المعتقلون في تحقيق حلمهم بالإنجاب، سواء على المستوى الشرعي، الاجتماعي، الأسري، الحقوقي وكذلك الأمني، بغية كشف ردود فعل إدارة السجون وتصدي أجهزة الأمن الإسرائيلي لذلك.

خطة البحث:

ارتأينا تقسيم الدراسة كما يلي:

المبحث الأول: تمسك المعتقلين الفلسطينيين بحقهم في الإنجاب: مساعٍ وإنجازات.

المطلب الأول: بداية فكرة الإنجاب لدى المعتقلين الفلسطينيين.

المطلب الثاني: إنجاب زوجات المعتقلين بالنطف المهربة من سجون الاحتلال.

المبحث الثاني: تصدي الاحتلال لحق المعتقلين الفلسطينيين في الإنجاب:

المطلب الأول: انتهاكات سلطات الاحتلال لحق المعتقلين الفلسطينيين في الإنجاب.

المطلب الثاني: موقف الاحتلال من نسب المولود الناتج عن النطف المهربة من السجون.

منهج الدراسة: للإجابة عن التساؤلات المطروحة، تم اعتماد منهجين علميين تراوحا بين الوصفي والتحليلي انطلاقاً من عرض المعطيات ووصفها، ثم تحليل مضمونها، بالتالي الخروج بنتائج موضوعية وبناءة بشأن حق المعتقلين الفلسطينيين في السجون الإسرائيلية في الإنجاب.

المبحث الأول:

تمسك المعتقلين الفلسطينيين بحقوقهم في الإنجاب: مساعٍ وإنجازات

يُعتبر إنجاب الأطفال للإنسان فطرةً ربانية؛ لذلك يسعى الإنسان بكل الوسائل الشرعية للحصول على الذرية لأهميتها في حياته، فإذا كان المعتقل المتزوج قد حُرِم من الاتصال الجسدي المباشر بمن تحل له شرعاً، فإن من حقه البحث عن طرق بديلة من أجل تحقيق هذا الهدف والحصول على الذرية. ما دفع المعتقلين الفلسطينيين في السجون الإسرائيلية للتفكير بوسائل وطرق يتمكنون من خلالها من الإنجاب من داخل السجون حسب ما تقضي به الاتفاقيات الدولية التي تعترف لهم بذلك¹ (المطلب الأول).

لكن خوف المعتقلين من استغلال الاحتلال لهذا الحق واستفزازهم به، دفعهم للعدول عن فكرة الخلوة الشرعية التي اعتبروها حلاً مبدئياً بغية الإنجاب إلى فكرة أخرى أكثر أمناً؛ ألا وهي التلقيح الصناعي (المطلب الثاني).

المطلب الأول:

بداية فكرة الإنجاب لدى المعتقلين الفلسطينيين:

تمارس سلطات الاحتلال الإسرائيلي الاعتقال بحق المدنيين الفلسطينيين دون مبرر في الغالب لكسر إرادتهم²، حيث تتعدد الأسباب التي تشكل ذريعة له لاعتقالهم، وفي بعض الأحيان يتم ذلك دون أسباب ودون توجيه تهمة³، ومع ذلك يستمر الاعتقال لسنوات دون محاكمة. مما يقتضي ضرورة التطرق لمفهوم المعتقل في الاتفاقيات الدولية ذات الصلة، لاسيما وأن غالبية الموقوفين في سجون الاحتلال هم من فئة المعتقلين وليس الأسرى كما سيتم التوضيح (الفرع الأول).

¹. رأفت خليل حمدونة، الجوانب الإبداعية في تاريخ الحركة الوطنية الفلسطينية المعتقلة، دراسة بحثية، المرجع السابق، ص24.

². علي محمد علي حلس، حماية أسرى الحرب والمعتقلين في الأراضي الفلسطينية المحتلة، دراسة تحليلية تطبيقية في اتفاقيتي جنيف الثالثة والرابعة لعام 1949م، رسالة ماجستير في القانون العام، كلية الحقوق بجامعة الأزهر، 2010م-1431هـ، ص109.

³. اسماعيل الداعور، دور المعتقلين في الحركات السياسية الفلسطينية - 1987، 2006-، رسالة ماجستير غير منشورة، كلية الاقتصاد والعلوم الإدارية، جامعة الأزهر، غزة، فلسطين، 2013، ص19.

كما أن الانتهاكات النفسية والجسدية التي تمارسها سلطات الاحتلال لم تقف حائلاً دون مطالبة بعض المعتقلين بالسماح لهم بالالتقاء بزوجاتهم، بغية تحقيق حلم الأبوة، بالتالي تمكينهم من حقهم في الإنجاب رغم الاعتقال (الفرع الثاني).

الفرع الأول:

مفهوم المعتقلين الفلسطينيين في ضوء الاتفاقيات الدولية ذات الصلة:

ورد تعريف المعتقل بمقتضى المادة 43 من اتفاقية جنيف الرابعة لعام 1949¹: "هو أي شخص يُعتقل أو تُفرض عليه الإقامة الجبرية، ويحق له إعادة النظر في القرار المتخذ بشأنه في أقرب وقت بواسطة محكمة أو لجنة إدارية مختصة تنشئها الدولة الحاجزة لهذا الغرض.....".

وتضيف المادة 4 منها أن: "الأشخاص الذين تحميهم الاتفاقية هم أولئك الذين يجدون أنفسهم في لحظة ما وبأي شكل كان، في حالة قيام نزاع أو احتلال، تحت سلطة طرف في النزاع ليسوا من رعاياه أو دولة احتلال ليسوا من رعاياها".

ولقد أقرت الاتفاقية ذاتها الصلاحيات الإدارية والتشريعية والقضائية لسلطات الاحتلال، وحددت الحالات التي يجوز لها فيها اعتقال الأشخاص المدنيين وعلى سبيل الحصر كإجراءٍ أمني وقائي. كما نصت على العديد من الضمانات لتوفير الحماية للمعتقلين عند محاكمتهم، حيث تنص المادة 79 منها على أنه: "لا تعتقل أطراف النزاع الأشخاص المحميين إلا طبقاً لأحكام المواد 41، 42، 43، 68، 78".

ويمكن توضيح هذه الحالات المشار إليها على النحو الآتي:

- _ عدم كفاية تدابير المراقبة: بفرض الإقامة الجبرية على الأشخاص المدنيين المحميين.
- _ طلب الأشخاص بوضعهم في الاعتقال.
- _ الأشخاص مرتكبو المخالفات الأقل جسامة: أفعال لم يقصد منها سوى الأضرار البسيطة لدولة الاحتلال ولم ينتج عنها اعتداء على حياة أفراد وقوات الاحتلال.
- _ عند وجود أسباب تتعلق بالأمن.
- _ عندما تصدر محاكم الاحتلال حكماً بدلاً من السجن².

¹. اتفاقية جنيف الرابعة لعام 1949، اللجنة الدولية للصليب الأحمر، الموقع الإلكتروني:

<https://www.icrc.org/ara/resources/documents/misc/5ns1a8.htm>، تاريخ الاطلاع: 2023/03/02.

². علي محمد علي حلس، المرجع السابق، ص 100.

غير أن سلطات الاحتلال الصهيوني قررت منذ العام 1967، عدم خضوع المعتقلين الفلسطينيين لاتفاقية جنيف على الرغم من توقيعها عليها، الأمر الذي جعلهم تحت سيطر القرارات العسكرية التي لا تخضع إلى أي ضوابط أو معايير دولية¹.

ومن خلال الوقوف على الشروط الواردة بشأن الأسرى في المادة الرابعة من اتفاقية جنيف الثالثة بشأن معاملة أسرى الحرب لعام 1949² الملاحظ أنها لا تنطبق على المعتقلين الفلسطينيين³، علماً أنها تُعرف الأسرى بأنهم أفراد القوات المسلحة لأحد أطراف النزاع، والمليشيات أو الوحدات المتطوعة التي تشكل جزءاً من هذه القوات المسلحة، وأفراد المليشيات الأخرى والوحدات المتطوعة الأخرى، بمن فيهم أعضاء حركات المقاومة المنظمة (المليشيات أو الوحدات المتطوعة) الذين ينتمون إلى أحد أطراف النزاع ويعملون داخل أو خارج إقليمهم، حتى لو كان هذا الإقليم محتلاً.

كما تضمنت المادة الرابعة في فقراتها (3، 4، 5، 6) أن مفهوم الأسير يشمل أفراد القوات المسلحة النظامية الذين يعلنون ولاءهم لحكومة أو سلطة لا تعترف بها الدولة الحائزة والأشخاص الذين يرافقون القوات المسلحة، وأطقم الطائرات الحربية والمراسلين الحربيين ومتعهدي التموين، وأفراد الأطقم الملاحية، وكذلك سكان الأراضي غير المحتلة الذين يحملون السلاح من تلقاء أنفسهم عند اقتراب العدو لمقاومة القوات الغازية.

وقد توسع البرتوكول الإضافي الأول الملحق باتفاقيات جنيف الأربع لعام 1977، في المادة 43 من تعريف أسير الحرب، إذ يشمل أفراد القوات المسلحة والمجموعات والوحدات النظامية المسلحة التي تكون تحت قيادة مسؤولة عن سلوك مرؤوسيه قبل ذلك الطرف حتى ولو كان ذلك الطرف ممثلاً

¹ محمد نعمان النحال، الحماية القانونية الدولية المقررة للمعتقلين الفلسطينيين بالسجون الإسرائيلية، تشرين الثاني/نوفمبر 2019، مجلة المعركة، الرابط الإلكتروني:

http://www.alma3raka.net/spip.php?page=article&id_article=244، تاريخ الاطلاع: 2023/03/02.

² اتفاقية جنيف الثالثة بشأن معاملة أسرى الحرب، المؤرخة في 12 آب/أغسطس 1949، الموقع الإلكتروني: https://www.icrc.org/ar/doc/assets/files/other/conv_iii_geneva_1949، تاريخ الاطلاع 2023/03/02.

³ محمد شتيه، دور المحاكم الدولية في حماية الأسرى والمعتقلين الفلسطينيين في السجون الإسرائيلية، مجلة جامعة الاستقلال للأبحاث، المجلد (7) العدد (2) كانون الأول 2022، ص30، 32، أحمد نسيب أحمد موسى، حقوق الأسرى والتزامات الدولة الأسيرة في القانون الدولي الإنساني، دبلوم الدراسات الفلسطينية من أكاديمية دراسات اللاجئين، ماجستير قانون عام، 2020-2021، أكاديمية دراسات اللاجئين، الأبحاث والمشاريع، دبلوم الدراسات الفلسطينية، ص13، 16.

بحكومة أو بسلطة لا يعترف الخصم بها، ويجب أن تخضع مثل هذه القوات المسلحة لنظام داخلي يكفل فيما يكفل اتباع قواعد القانون الدولي التي تطبق في النزاع المسلح.

بالتالي فإن اتفاقية جنيف الرابعة هي التي تنطبق على غالبية المعتقلين في السجون الإسرائيلية وليس الاتفاقية الثالثة، لاسيما وأن القليل من الأسرى تم أسرهم أثناء عمليات المقاومة، والكثير من المعتقلين تم اعتقالهم على خلفية انتمائهم لفصائل مقاومة ولكن ليس أثناء عمليات المقاومة، وهؤلاء يخضعون إلى اتفاقية جنيف الرابعة المتعلقة بحماية المدنيين أثناء النزاع المسلح أو الاحتلال، والبعض تم اختطافه ثم وجهت له بعض التهم، والبعض تم أخذهم كرهائن، وهناك من لم يتم توجيه تهمة محددة له، بالإضافة إلى بعض المحتجزين الذين أنهموا مدة اعتقالهم في السجون الإسرائيلية دون أن يطلق سراحهم تحت ذريعة أنهم مقاتلين غير شرعيين¹.

الفرع الثاني:

بداية فكرة الإنجاب لدى المعتقلين الفلسطينيين: حق الخلوة الشرعية:

لقد جاءت فكرة الخلوة الشرعية كحلٍ للمعضلة والمعاناة التي يتعرض لها المعتقلون الفلسطينيون خاصةً من ذوي الأحكام العالية وحرمانهم من لقاء الأهل وحق الإنجاب، ما يقتضي تسليط الضوء على المقصود بالخلوة الشرعية (الفقرة الأولى)، ثم التطرق لموقف كل من سلطات الاحتلال والمعتقلين منها (الفقرة الثانية).

الفقرة الأولى: مفهوم حق الخلوة الشرعية: يتعلق الأمر بنظام يسمح للسجين أن يجتمع بمن يحل له شرعاً في حجرات خاصة داخل السجن لا يطلع عليهما فيها أحد، بحيث يتمكن فيه الرجل من معايشة زوجته معايشة الأزواج في ذلك المكان المعد مسبقاً لهذه الغاية، أو خروج السجين لتحقيق هذا الغرض². وكثيرة هي المدارس لدى علماء الاجتماع في أوروبا والعالم، التي تؤكد على الآثار الإيجابية لاجتماع الأزواج في السجون كوسيلة تأهيلية وإصلاحية، ومنذ أكثر من قرن تعاملت به بعض السجون الأمريكية في ولاية ميسيسيبي (Mississippi) في العام 1900، مع المعتقلين الذين اشتغلوا في الحقول

¹. محمد شتيه، المرجع السابق، ص33، محمد نعمان النحال، مرجع سابق.

². رابح فغور، زهرة بن عبد القادر، نظام الخلوة الشرعية للسجين، دراسة مقارنة بين التشريع العقابي الإسلامي والوضعي -مجلة الشريعة والاقتصاد، المجلد السابع، الإصدار الأول، العدد13، حزيران/يونيو 2018، ص515.

أثناء وجودهم في السجن، وكذلك في ولاية أوريجون وكاليفورنيا، وعُمل بنظام الخلوة في السجن في الكثير من دول العالم، كالدول الأوروبية والآسيوية وأمريكا الجنوبية ودول أفريقيا¹.

الفقرة الثانية: موقف الاحتلال الإسرائيلي والمعتقلين الفلسطينيين من حق الخلوة الشرعية:

طالب بعض المعتقلين الفلسطينيين سلطات الاحتلال الإسرائيلي بالسماح لهم بالالتقاء بزوجاتهم، أسوة بالسجناء الإسرائيليين الذين يمنحهم القانون هذا الحق، بعد أن استفسروا من أهل العلم عن حكمها، وتوصلوا إلى أن ذلك يُعدُّ حقاً شرعياً شريطة تأمين مكان احتضان اللقاء، ولكن الاحتلال رفض ذلك جملة وتفصيلاً، بغية حرمان المعتقل من حقه في التكاثر والإنجاب.

ويُعتبر المعتقل المحرر جبر وشاح أول من طرح فكرة "الخلوة الشرعية" للنقاش، لاسيما وأن القول بمشروعية الخلوة الشرعية، يقتضي وجود ضوابط شرعية وتنظيمية لا بُد من مراعاتها لضمان سلامة الأمر وصون إنسانية المعتقل وكرامته، غير أن المعتقل وشاح ورفاقه المعتقلون قرروا العدول عن الفكرة برمتها، لعدة أسباب أهمها:

* التخوفات الأمنية من استغلال تلك الصور، كابتنزاز المعتقل وزوجته واستخدامها كوسيلة لإذلالهما أمنياً وأخلاقياً وإهانتهم، وما ينتج عن ذلك من آثار سلبية².

* الفارق بين الدول التي تحبس رعاياها وتعمل على تأهيلهم وإصلاحهم، ليكونوا عناصر إيجابية في المجتمع بعد تحررهم، وبين العدو الصهيوني الذي يسعى بشتى الأساليب لتحطيم بنية المعتقل ونفسيته، وتحويله إلى عبء على مجتمعه، فههدف العدو الصهيوني هو تدمير المعتقل وليس إحياءه.

* عدم قبول تلك الفكرة من جانب زوجات المعتقلين وعائلاتهم.

وهذه الأسباب كافية للقول بأن الخلوة الشرعية تحت رعاية الاحتلال الإسرائيلي مظنة فساد، ولا سبيل للجوء إليها، وإنه لا بُد من البحث عن بديل آخر يمكن المعتقلين من الإنجاب³.

¹. رأفت خليل حمدونة، الجوانب الإبداعية في تاريخ الحركة المعتقلة، رسالة دكتوراه، المرجع السابق، ص203.

². أبو حميدة عبد الحافظ يوسف عليان، حق السجين في الخلوة الشرعية دراسة مقارنة بين الفقه الإسلامي والقانون الأردني، مجلة الجامعة الإسلامية للدراسات الإسلامية، الأردن، المجلد (20)، العدد 01، ص101.

³. عفاف فوزي محمد علي ربابعة، إنجاب زوجات المعتقلين في السجون الإسرائيلية عن طريق التلقيح الصناعي وموقف الشرع منه، رسالة ماجستير في الفقه والتشريع، كلية الدراسات العليا، جامعة النجاح الوطنية، نابلس، فلسطين، 2017، ص29، رأفت خليل حمدونة، الجوانب الإبداعية في تاريخ الحركة المعتقلة، رسالة دكتوراه، مرجع سابق، ص217.

المطلب الثاني:

إنجاب زوجات المعتقلين بالنطف المهرية من سجون الاحتلال

يبرع الفلسطينيون بإيجاد سبلٍ جديدة في تحدي الاحتلال الإسرائيلي، ومع تعذر حصول الخلوة الشرعية بين المعتقل وزوجته؛ بحث المعتقلون عن سبل أخرى تعيد الأمل المسلوب إليهم، وإحدى هذه السبل التي ثارت بشأنها نقاشات وظهرت على إثرها تحديات، التلقيح الصناعي لزوجة المعتقل بالنطف المهرية¹ (الفرع الأول)، وهو ما يمر عبر طائفة من الإجراءات من سجون الاحتلال إلى مراكز الإخصاب، وما حقق إنجازات على أرض الواقع (الفرع الثاني).

الفرع الأول:

التلقيح الصناعي لزوجة المعتقل بالنطف المهرية: تحديات ونقاشات:

حُرم الكثير من المعتقلين الفلسطينيين من حقهم في تكوين أسرة وإنجاب الأطفال، لاسيما في ظل ظروف الحياة الصعبة التي يعيشونها في سجون الاحتلال الصهيوني.

لذلك وفي أعقاب تزايد القيود الإسرائيلية والتخوفات الأمنية لخيار "الخلوة الشرعية" والرفض التام لأي خيارات بإخراج النطف والتلقيح الصناعي² بطرق رسمية، فكر المعتقلون بطرق إبداعية بديلة لتحقيق الإنجاب كحق إنساني (الفقرة الأولى).

ولقد تخطى المعتقلون في السجون الإسرائيلية معضلة الفتوى الشرعية، من خلال حصولهم على فتوى شرعية من أكثر الفقهاء المعاصرين لجواز الإنجاب من داخل السجون عن طريق التلقيح الصناعي لزوجة المعتقل (الفقرة الثانية).

بالإضافة إلى أنه قد نجم جراء إنجاب زوجة المعتقل بهذه الطريقة، العديد من التحديات على المستوى الاجتماعي والأسري (الفقرة الثالثة).

¹ عفاف فوزي محمد علي ربيعة، المرجع السابق، ص 40.

² يُعرف بأنه: "عملية الإدخال الطبي لماء الرجل في الموضع المُعد له في المرأة لضرورة علاجية، دون حدوث اتصال جنسي بينهما"، رضا عبد الحليم عبد المجيد، النظام القانوني للإنجاب الصناعي، رسالة دكتوراه، كلية الحقوق، جامعة عين شمس، مصر، 1996، ص 13، سيف إبراهيم المصاروة، رضا الزوجين بإجراء التلقيح الصناعي، مجلة دراسات، علوم الشريعة والقانون، المجلد 42، العدد 2/2015، عمادة البحث العلمي، الجامعة الأردنية، الأردن، ص 504.

وهذا ما أخذ به المجلس الإسلامي للإفتاء ببيت المقدس، المجلس الإسلامي للإفتاء ببيت المقدس، حكم التلقيح الصناعي الداخلي والخارجي، فتوى رقم 672 بتاريخ 2004/5/7، الموقع الإلكتروني: <http://www.fatawah.net/Fatawah/674.aspx>

الفقرة الأولى: البدايات: برزت فكرة الإنجاب عن طريق "النطف المخزنة"، من قبل عباس السيد والمحكوم بالمؤبد 36 مرة، والذي اقتنع أنه من الضروري إيجاد طريقة تمكنه من الإنجاب، مقترحاً على زوجته أثناء الاعتقال استخدام العينة المودعة في المركز الطبي قبل اعتقاله، غير أن كل المحاولات باءت بالفشل¹. ولقد كان الأمر في البداية مشروعاً فردياً نتج عنه آراء متباينة بين استحسان بعض المعتقلين، ومعارضة آخرين².

أما عن أساليب وطرق تهريب النطف، فترفض زوجات المعتقلين الإفصاح عنها لأسباب أمنية³.

الفقرة الثانية: الإجازة الشرعية لتلقيح زوجة المعتقل بالنطف المهربة:

تحصل المعتقلون الفلسطينيون في السجون الإسرائيلية على الإجازة الشرعية بجواز الإنجاب بالنطف المهربة، طالما أنه يتم بين الزوجين وبرضاها وأثناء حياتهما، حتى ولو كان أحد الزوجين محكوماً عليه بعقوبة سالبة للحرية⁴.

ويبررون موقفهم⁵ هذا بالأسباب الآتية:

* أن الغرض من توقيع العقوبة يجب ألا يمتد إلى الحقوق الأخرى الخاصة بالشخص المحكوم عليه، طبقاً لقاعدة شرعية الجرائم والعقوبات، ومنها حقه في الإنجاب بشرط أن يتم ذلك وفقاً للضوابط المقررة شرعاً¹.

¹. يراجع عفاف فوزي محمد علي ربابعة، مرجع سابق، ص 35، 36، رأفت خليل حمدونة، الجوانب الإبداعية في تاريخ الحركة الوطنية الفلسطينية المعتقلة، دراسة بحثية، مرجع سابق، ص 25، ماهر خضير، المعتقلون الفلسطينيون بين الحماية الشرعية والقانونية وانتهاكات حقوق الإنسان، المؤتمر الدولي الثالث عشر لمركز جيل البحث العلمي: فلسطين قضية وحق: طرابلس، لبنان، 2 و3 كانون الأول/ديسمبر 2016، ص 153.

². عفاف فوزي محمد علي ربابعة، مرجع سابق، ص 36.

³. رأفت خليل حمدونة، الجوانب الإبداعية في تاريخ الحركة المعتقلة، رسالة دكتوراه، مرجع سابق، ص 205.

⁴. مسعودي يوسف، التلقيح الاصطناعي في قانون الأسرة الجزائري، مجلة دراسات وأبحاث، المجلة العربية في العلوم الإنسانية والاجتماعية، العدد 24، أيلول/سبتمبر 2016، السنة الثامنة، ص 68.

⁵. وممن قال بذلك الشيخ يوسف القرضاوي، ودائرة الإفتاء بـ فلسطين وعلى رأسها الشيخ عكرمة صبري، كما أجازها كل من الدكتور عماد حمته أستاذ التفسير وعلوم القرآن بجامعة فلسطين وأحد علماء الأزهر الشريف بـ فلسطين، الشيخ سميح حجاج المفتي والمحاضر بجامعة فلسطين بغزة، الشيخ عبد الباري خلة رئيس لجنة الإفتاء في وزارة الأوقاف والشؤون الدينية بقطاع غزة. دار الإفتاء الفلسطينية، حكم التلقيح الصناعي لزوجة المعتقل، قرار رقم 132/2، 2013/3/21، تم الاطلاع بتاريخ 2023/04/20، على الموقع التالي: <http://www.darifta.org/news/shownew.php?title>

* أن الحكم على الزوج بعقوبة طويلة المدى، قد يترتب عليه فقدانه وزوجته للقدرة على الإنجاب لتقدمهما في السن، وطالما أن الإنجاب حق شرعي فلا يجوز حرمان المحكوم عليه من هذا الحق، إن استحال تحقق ذلك بالاتصال الطبيعي، فما من مانع من الاستعانة بالأساليب الحديثة المتاحة في هذا المجال، وأهمها التلقيح الصناعي، خاصة إذا طال فترة العقوبة المحكوم بها².

فلقد أكدوا جميعهم أن: "الإنجاب فطرة بشرية محبة للإنسان، لقوله تعالى: "الْمَالُ وَالْبَنُونَ زِينَةُ الْحَيَاةِ الدُّنْيَا وَالْبَاقِيَاتُ الصَّالِحَاتُ خَيْرٌ عِنْدَ رَبِّكَ ثَوَابًا وَخَيْرٌ أَمَلًا"³، ولأن حفظ النسل من مقاصد الزواج ومقاصد الشريعة، فلا بُد للإنسان من أن يحافظ عليها بالطرق والوسائل الشرعية، فإذا كان المكلف لا يستطيع الإنجاب بالطريقة العادية التقليدية فلا مانع من اللجوء إلى التلقيح الصناعي بشروط وضوابط خاصة⁴.

وعليه فلا بأس من التلقيح الصناعي الحاصل بين المعتقل وزوجته عن طريق تهريب النطفة، بشروط أساسية لا غنى عنها⁵ متفق عليها، كما سيلي توضيحه:

أ- أن يكون التلقيح بالوسائل المنوي للزوج المعتقل، وأن تكون الزوجية مازالت قائمة بينه وبين زوجته.

ب- الاحتياط من اختلاط النطف، وذلك من خلال:

* تحري الدقة في نقل النطف وعدم نقل أكثر من نطفة للشخص الناقل تجنباً لشبهة التبديل.
* أن يكون الناقل ثقة.

* التأكد من نقل العينة من المعتقل وحقنها في زوجته فقط.

ج- إشهاد المعتقل على النطفة التي أخرجها منه.

¹. انظر كلاً من، علي حسين نجيدة، التلقيح الصناعي وتغيير الجنس، دار النهضة العربية، مصر، 1991، ص 11 وما يليها، أحمد شوقي عمر أبو خطوة، القانون الجنائي والطب الحديث، ط1، دار النهضة العربية، مصر، 1995، ص 59 وما يليها.

². أحمد داود رقية، ملامح القصور التشريعي في نص المادة 45 مكرر من قانون الأسرة الجزائري بشأن الرضا في المساعدة الطبية على الإنجاب-دراسة مقارنة-، مجلة الأستاذ الباحث للدراسات القانونية والسياسية، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة المسيلة، المجلد الثاني، العدد 09، آذار/ مارس 2018، ص 125، أميرة عدلي، الحماية الجنائية للجنين في ظل التقنيات المستحدثة، دار الفكر، مصر، 2005، ص 70.

³. سورة الكهف، الآية رقم 46.

⁴. عفاف فوزي محمد علي ربايع، المرجع السابق، ص 16.

⁵. عطا الله محمد أحمد، مرجع سابق.

د- إسهاد مجموعة من أهل الزوجين من قرابة الدرجة الأولى.

هـ- أن لا تكون العملية بواسطة أطباء غير ثقات.

و- أن يكون المركز الطبي مرخصاً قانونياً.

بهذه الضوابط يجوز التلقيح ولا حرج به¹.

الفقرة الثالثة:

احتضان اجتماعي وتفهم أسري لإنجاب زوجات المعتقلين بالنطف المهرية:

لقد نجم عن رغبة المعتقلين في سجون الاحتلال في الإنجاب عن طريق النطف المهرية، الكثير من التحديات والنقاشات في أعقاب العديد من التساؤلات على المستوى الاجتماعي، مما قد يعرض زوجة المعتقل للحر، كما ثمة مخاوف كبيرة من عدم استيعاب هذه التجربة، في حال حملها خلال فترة اعتقال زوجها.

ولقد وجد المعتقلون الحاضنة الاجتماعية التي تحميهم وعائلاتهم على كل المستويات، بدايةً من اقتناع الزوجة بالفكرة كونها الشريك الأساسي، من ثم قناعة المقربين من الوالدين كزراعة أساسيين وشاهدين على تنفيذ المهمة ورعايتها، بالإضافة إلى قناعة العائلة والحي والمجتمع. وتجدر الإشارة إلى التزام جل المعتقلين الذين أقدموا على الإنجاب بهذه الطريقة بالضوابط سألقة الذكر وخصوصاً التي تثبت النسب، حيث لا تتم عملية التلقيح الصناعي إلا في مراكز مرخصة قانونياً، وتحت إشراف أطباء ثقات، وبحضور مجموعة من الأقارب كشهود².

الفرع الثاني:

رحلة تهريب النطف من سجون الاحتلال إلى مراكز الإخصاب: إجراءات وإنجازات

ليس للمراكز الطبية التي تُجرى فيها عمليات التلقيح الصناعي دخل في كيفية تهريب النطف³، حيث وبعد تسلّم العينة من أهل المعتقل أو زوجته بحضور شاهدين من أهله وشاهدين من أهلها، ليقوم الجميع بالتأكد من كتابة المعلومات الأساسية عليها، أهمها: اسم المعتقل، موعد تسلّم العينة، حتى إن

¹. رأفت خليل حمدونة، الجوانب الإبداعية في تاريخ الحركة الوطنية الفلسطينية المعتقلة، رسالة دكتوراه، مرجع سابق، ص 47.

². عفاف فوزي محمد علي ربيعة، المرجع السابق، ص 75.

³. محمد أحمد عطا الله، مرجع سابق.

المركز يحافظ على العبوات التي هُربت فيها العينات كنوع إضافي من التوثيق، كما يتم توثيق الأوراق الثبوتية كافة التي تؤكد استمرار العلاقة الزوجية.

ويقوم المركز الطبي فيما بعد بفحص العينة وتخزينها وتجميدها، حيث يمكن حفظها مجمدة لسنوات عديدة، علماً أنه تُتخذ وسائل دقيقة في حفظ العينات بحيث يستحيل خلط عينة رجل مع آخر، ومن هذه الوسائل: تسجيل اسم الزوج، اسم الزوجة، البلد، طبيعة العينة، رقمها على العينة في دفاتر المركز وفي الوثيقة المسلمة لصاحب العينة.

ليتم بعد ذلك سحب البويضات من جسم الزوجة، بعد تحفيز أو استثارة المبيض لإنتاج البويضات، من خلال إعطاء منشطات وهرمونات الخصوبة للمرأة، بغية التلقيح بين الحيوانات المنوية والبويضات الأكثر جودة.

وأخيراً تنقل الأجنة إلى رحم الزوجة، لتبدأ مرحلة انغراس الجنين بجدار الرحم واستمراره في النمو¹. ولقد سجل أول انتصار في إنجاب الأطفال عن طريق النطف المهربة بعد أن تمت تهيئة الظروف الاجتماعية والحصول على فتوى دينية رسمية، واحتضان عائلي ومجتمعي، بولادة أول سفير للحرية من السجون، "مهند عمار الزين" كأول سفير للحرية² في 13 / 8 / 2012، حيث نجح والده عمار في تهريب عينة من حيواناته المنوية إلى زوجته خارج أسوار السجون.

وبهذا أصبح مهند عمار الزين عنواناً لمرحلة جديدة وأساساً لبداية انطلاقة نوعية نحو تعميم التجربة والانتقال من الانتصار الفردي إلى الانتصارات الجماعية، انتصار هو الأول شجع الآخرين ومهد الطريق وشكل عنواناً لمعركة جديدة ضد الاحتلال والسجان، فانتشرت ثقافة القبول بالتخصيب وغدت ظاهرة توشك أن تعم السجون³.

¹. لتفاصيل أكثر يراجع أحمد داود رقية، الحماية القانونية للجنين المخبري، دراسة مقارنة، أطروحة دكتوراه في القانون، تخصص قانون خاص، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة تلمسان، الجزائر، 2015، ص 250 وما يليها.

². محمد أحمد عطا الله، مرجع سابق.

³. رأفت خليل حمدونة، الجوانب الإبداعية في تاريخ الحركة الوطنية الفلسطينية المعتقلة، رسالة دكتوراه المرجع السابق، ص 205.

ولقد تكررت التجربة من بعد حتى غدت ظاهرة لافتة، فمن المعتقلين من سجل نجاحات مماثلة ومنهم من تنتظر زوجته استكمال فترة الحمل لتضع مولودها، ومن الزوجات من ينتظرن إتمام التحضيرات الطبية لإجراء عملية التلقيح، حيث انتشرت ثقافة تهريب النطف¹.

المبحث الثاني:

تصدي الاحتلال لحق المعتقلين الفلسطينيين في الإنجاب

لقد أصبح الاهتمام بالصحة الإنجابية، والحق في الإنجاب خصوصاً، من الأولويات على المستوى الدولي والوطني، إلا أن العديد من الانتهاكات قد طالته جراء معاملة دولة الاحتلال الإسرائيلي للمعتقلين الفلسطينيين كإرهابيين لا مناضلين أو معتقلين مدنيين محتجزين على إثر قضية سياسية، واستعلت على الاتفاقيات والمواثيق الدولية في حقوقهم الإنسانية، لاسيما حقهم في الإنجاب (المطلب الأول).

مما يقتضي ضرورة التطرق إلى أبرز السياسات والعوائق التي انتهجتها إدارة مصلحة السجون الإسرائيلية، بغية التصدي لتحقيق المعتقلين حلمهم في الإنجاب بالنطف المهربة من السجون (المطلب الثاني).

المطلب الأول:

انتهاكات سلطات الاحتلال لحق المعتقلين الفلسطينيين في الإنجاب

بدءاً بانتهاك الحق في السماح لهم بتلقي الزيارات من الأهل وحرمانهم من الاتصال معهم (الفرع الأول)، علاوة على الممارسات العنصرية الإسرائيلية اتجاه حق المعتقلين الفلسطينيين في الإنجاب (الفرع الثاني).

الفرع الأول:

انتهاك الحق في السماح بتلقي الزيارات من الأهل وحرمانهم من الاتصال معهم

تمنع سلطات الاحتلال الآلاف من المعتقلين الفلسطينيين من زيارة أهاليهم لأسباب أمنية تحددها مصلحة السجون، مستخدمة هذا الأسلوب لعقابهم والتلاعب بمشاعرهم والتأثير على معنوياتهم، حيث لم يكتفِ الاحتلال الإسرائيلي بالانتهاكات الجسدية للمعتقلين الفلسطينيين في السجون، وإنما توسع بالانتهاكات حتى أصبح يمارس عليهم انتهاكات نفسية، هدفها زيادة الضغط النفسي عليهم².

¹. مشار لدى عفاف فوزي محمد علي ربايعه، المرجع السابق، ص38.

². يراجع لتفاصيل أكثر محمد شتيه، المرجع السابق، ص37.

ومن هذه الانتهاكات الحرمان من زيارة أهاليهم لهم، كمحاولة فاشلة لكسر إرادة الصمود والتحدي التي يتمتع بها المعتقلون الفلسطينيون¹، وحتى إن سمح لهم بالزيارة فيواجهون إجراءات أمنية مشددة ومعقدة، كما تكون الزيارة من خلال الحاجز الزجاجي الذي يمنع المعتقل من ملامسة أصابع أهله وأبنائه أو سماع صوتهم بشكل واضح.

ويؤكد ذلك أن دولة الاحتلال تقوم بخرق للقانون الدولي من خلال حرمانها للمعتقلين الفلسطينيين من الحصول على حقهم في الزيارات العائلية، رغم أنه حق كفلته المواثيق والاتفاقيات الدولية، ما يشكل انتهاكاً وخروجاً عن أسس الاتفاقيات الدولية الخاصة بالمعتقلين، فهو عقاب إضافي يضاف لأحكامهم². ولقد أكدت على ذلك المادة (116) من اتفاقية جنيف الرابعة لسنة 1949، بشأن حماية الأشخاص المدنيين في وقت الحرب³، التي تنص على أنه: "يسمح لكل شخص معتقل باستقبال زائريه وعلى الأخص أقاربه على فترات وبقدر ما يمكن من التواصل".

من ثم التزام الدولة الحاجزة للشخص المعتقل باستقبال زائريه وعلى فترات منتظمة، وعلى الأخص من أقاربه، كما يسمح للمعتقلين بزيارة عائلاتهم في الحالات الضرورية والعاجلة خاصة في حالة وفاة أحد الأقارب أو مرض أحدهم بمرض خطير وذلك بقدر الاستطاعة.

كما أكد على ذلك أيضاً نص المادة (1/10) من العهد الدولي الخاص بالحقوق المدنية والسياسية 1976م، والتي تنص على أن: "يعامل جميع المحرومين من حريتهم معاملة إنسانية، تحترم الكرامة الأصلية في الشخص الإنساني".

كما توضح قواعد الأمم المتحدة النموذجية الدنيا لمعاملة السجناء لسنة 1990، في المادة 37 والتي نصت على أن: "يسمح للسجين في ظل الرقابة الضرورية بالاتصال بأسرته... على فترات منتظمة،...وبتلقي الزيارات على السواء".

¹ عبد الرحمن علي إبراهيم غنيم، المرجع السابق، ص81.

² محمد وفائي علاوي الحلو، السمات المميزة لشخصية زوجات المعتقلين وغير المعتقلين الفلسطينيين في ضوء بعض المتغيرات، رسالة ماجستير في علم النفس، كلية التربية، قسم علم النفس، عمادة الدراسات العليا، الجامعة الإسلامية، غزة، فلسطين، 2010، ص40-42، يوسف وهبه، وضعية المعتقلين والمعتقلات في السجون الإسرائيلية، مؤسسة عامل الدولية، تشرين الأول، 2011، ص41.

³ ابتسام عناتي، انتهاكات إدارات السجون الإسرائيلية تجاه المعتقلين الفلسطينيين والعرب من منظور القانون الدولي الإنساني والاتفاقيات الدولية، مجلة حريات، العدد (5)، السودان، 2009، ص4.

بالإضافة إلى ذلك، فقد شدد المبدأ (19) من مجموعة المبادئ المتعلقة بحماية جميع الأشخاص الذين يتعرضون لأي شكل من أشكال الاحتجاز أو السجن لعام 1988م، على حق المعتقل في الحصول على الزيارات العائلية تحت ظروف وقيود معقولة¹، حيث نص على أن: "يكون للشخص المحتجز أو المسجون الحق في أن يزوره أفراد أسرته بصورة خاصة وفي أن يتراسل معهم، وتتاح له فرصة كافية للاتصال بالعالم الخارجي..."².

إلا أن سلطات الاحتلال الإسرائيلي لم تلتزم بما أقرتها الاتفاقيات الدولية من حقوق للمعتقلين فيما يتعلق بالسماح بزيارة الأهل وتعاملت وفق معاييرها الخاصة، وغالبًا ما يخضع ذلك لتقدير مدير السجن حيث تتحكم إدارة السجن في مدة الزيارة وقد تقوم بإلغائها في اللحظات الأخيرة.

كما أن إدارة السجون الإسرائيلية لم تسمح لأهالي الأسرى بزيارة آبائهم في يوم معين كما هو الحال في سجون العالم وفرضت على الأسرى وذويهم العديد من القيود عند الزيارة، حيث تصر على تقييد أرجل المعتقل أثناء الزيارة وإهانة زائري المعتقل من النساء والرجال بالتفتيش الجسدي العاري بهدف تضيق الخناق عليهم³.

الفرع الثاني:

ممارسات عنصرية إسرائيلية اتجاه حق المعتقلين الفلسطينيين في الإنجاب

عارضت دولة الاحتلال فكرة الإنجاب للمعتقلين الفلسطينيين بكل الوسائل وعملت على محاربتها بكل الطرق، واتضح هذا الرفض في أعقاب عقد قران المعتقل الشهيد سمير القنطار -الذي قضى 29 عامًا في السجون الإسرائيلية- على فتاة فلسطينية سنة 1993، خلال فترة اعتقاله، ما أثار ضجة كبيرة في الأوساط الإسرائيلية، ونتج عنه خلق حالة من التحدي بين المعتقل والسجان.

¹. لتفاصيل أكثر، تهاني راشد مصطفى بواقته، تأهيل السجين وفقًا لقانون مراكز التأهيل والإصلاح الفلسطيني رقم (6) لسنة 1998، رسالة ماجستير في القانون العام، بكلية الدراسات العليا في جامعة النجاح الوطنية، نابلس، فلسطين، 2009، ص 81.

². تقرير مؤسسة الضمير لرعاية المعتقل وحقوق الإنسان، عائلات المعتقلين والمعتقلين وزيارات السجون، رام الله، فلسطين، 2014، ص 4، عبد الرحمن علي إبراهيم غنيم، الحماية القانونية للأسرى وفقًا لقواعد القانون الدولي الإنساني - دراسة تطبيقية على وضع المعتقلين الفلسطينيين -، المركز الديمقراطي العربي للدراسات الإستراتيجية والسياسية والاقتصادية، ط 01، برلين، ألمانيا، 2018، ص 85.

³. علي محمد علي حلس، المرجع السابق، ص 176.

الأمر الذي دفع رئيس الوزراء ورئيس دولة إسرائيل الأسبق شمعون بيرس بالتصريح إعلامياً: "ذرية سمير القنطار لن ترى النور ما دمت على قيد الحياة".

وقد بررت مديرة مصلحة السجون رفض الإنجاب للأسرى الفلسطينيين السياسيين بالبعد الأمني، تخوفاً من تهريب أدوات ممنوعة للأسرى من خلال الخلوة.

ومما يدل على عنصرية سلطات الاحتلال في التعاطي مع حق المعتقلين الفلسطينيين في الإنجاب، بشعار دنيء " أن الإرهابي سينجب إرهابيا مثله"، فبينما يحرم المعتقلون الفلسطينيون من فرص الإنجاب، توفر إدارة السجون الإسرائيلية الظروف المناسبة لسجنائها، حيث سمحت للإرهابي اليهودي المصنف سجين أمني "إيغال عمير"، قاتل رئيس الوزراء الإسرائيلي الأسبق إسحاق رابين سنة 1995، مع العلم أنه يقضي عقوبة المؤبد، وبعد محاولته تهريب النطف تحت المعطف، توجه لمحكمة العدل العليا الإسرائيلية وجلب له محاميه الموافقة الرسمية له "بالخلوة الزوجية والانفراد بزوجه اليهودية كباقي المعتقلين اليهود، وأنجبا العديد من الأطفال، كما أنه يتواصل مع أبنائه أسبوعياً دون أية عوائق¹.

الأمر نفسه تكرر مع الإرهابي المتطرف المعتقل المصنف أمنياً عامي بوبر، الذي قتل فيما عرف بالأحد الأسود في 1990/5/20، ببندقية سبعة من العمال الفلسطينيين جنوب قطاع غزة، وأصاب أحد عشر آخرين بجراح مختلفة قرب تل أبيب، ومع هذا سمحت له إدارة مصلحة السجون الإسرائيلية بالزواج الرسمي وأنجب طفله البكر في العام 1995 م، وطفلين آخرين من بعده.

وما يؤكد على العنصرية والتمييز لدى دولة الاحتلال، قضية المعتقل "وليد دقة" المحكوم عليه بالسجن المؤبد مدى الحياة، والذي عقد قرانه على ناشطة حقوقية سنة 1999، حيث رفضت المحكمة المركزية في الناصرة التماساً قدمه مركز "عدالة"، عن طريق المحامية في 27 تموز/ يوليو 2008، السماح له بإنجاب طفل، كحلم لم يفارق هاجسه بتحقيق الأبوة، كون الوقت لا يعمل لصالحه؛ ولأن تحريره لا يبدو في الأفق، وهو وزوجه يأخذان بالتقدم بالسن.

وادعت المحامية أنّ سلب حق المعتقل حقه في إنجاب الأطفال، يشكل مساً خطيراً في حقوقه الدستورية، كحقه في ممارسة حياة عائلية وحقه في الكرامة، وفي مضي فترة محكوميته بشكل لائق وإنساني لا يستند على مبدأ النعمة، وإنّ أي تأخير في السماح للمعتقل بتحقيق حقه في إنجاب الأطفال سيسبب له ضرراً أبدياً.

¹. عطا الله محمد أحمد، مرجع سابق.

وكانت النتيجة برفض الالتماس، لدليل واضح على التمييز بين السجناء لصالح اليهود في الحقوق، على الرغم من تشابه الفعل على اختلاف القضية لصالح الفلسطيني كمقاوم للمحتل مقابل إرهاب استيطاني مناقض للإنسانية وللاتفاقيات والمواثيق الدولية¹.

المطلب الثاني:

مواجهة الاحتلال الإسرائيلي لظاهرة النطف المهربة من السجون

يعارض الاحتلال الإسرائيلي تحقيق أي إنجاز للمعتقلين حتى ولو كان بسيطاً، وتجربتهم مع الاحتلال طويلة وممريرة، فقد تحققت الإنجازات عبر معاناة وعذابات. لذلك من البديهي أن تشكل ظاهرة تهريب النطف قلقاً كبيراً للاحتلال الذي يحاول قتل كل معنى للحياة لدى المعتقلين الفلسطينيين بعد انتصار كبير لإرادتهم ورغبتهم، وكذلك تمسكهم بحقهم في الإنجاب رغم كل مخططات السجان واحتياطاته الأمنية (الفرع الأول)، حيث لم تستوعب إدارة السجون وأجهزة الأمن الإسرائيلي إنجاب طفل وتربيته وكذلك زيارته لوالده، بدءاً من عدم اعترافه بنسبه لأبيه (الفرع الثاني).

الفرع الأول:

ردود فعل سلطات الاحتلال إزاء حق المعتقلين الفلسطينيين في الإنجاب

يرفض الاحتلال الإسرائيلي كعادته كل إنجاز يحققه المعتقلون مهما كان بسيطاً، فقد شكلت ظاهرة تهريب النطف من السجون مصدر قلقه، فهو يحاول قتل كل معاني الحياة للمعتقلين الفلسطينيين، لم يقتصر دوره على الرفض وحسب، بل اتخذ عدة إجراءات عقابية بحق المعتقلين الذين يقومون بتهريب نطفهم.

ولقد كانت أولى ردود الفعل الإسرائيلية على لسان الناطقة باسم مصلحة السجون الإسرائيلية، المسؤولة عن احتجاز المعتقلين الفلسطينيين، التي صرحت بأن إدارة مصلحة السجون الإسرائيلية على علم بتهريب النطف من جانب المعتقلين ومحاولاتهم وأنه سيتم وضع حد لهذه الظاهرة. كما تم تشكيل لجنة تحقيق للموضوع، وحسب النتائج ستصدر التعليمات الجديدة التي ستقلل بشكل كبير من الأدوات والطرق التي تهرب فيها الحيوانات المنوية.

¹. رأفت خليل حمدونة، الجوانب الإبداعية في تاريخ الحركة الوطنية الفلسطينية المعتقلة، دراسة بحثية، المرجع السابق، ص33.

- وبينت أن إدارة مصلحة السجون اكتشفت وسائل تهريب النطف، وبأن لجنة التحقيق أصدرت تعليمات لن تعرض للإعلام؛ لأنه في حال كشفها سيحاول المعتقلون الفلسطينيون الالتفاف عليها. وفي أعقاب تشكيل لجنة التحقيق، قامت إدارة السجون بإصدار العديد من التعليمات وصور العقاب الذي اتخذها الاحتلال الإسرائيلي بحق هؤلاء المعتقلين، من أبرزها ما يلي:
- 1- التفتيش الدقيق للمعتقلين وللهدايا التي يتم تقديمها من المعتقل لذويه والملابس التي يخرجها للأهل؛ بهدف تبديلها في يوم الزيارات.
 - 2- تفتيش الأطفال الصغار الذين يتم إدخالهم لدقائق في نهاية الزيارات.
 - 3- عزل من يضبط أثناء تهريب النطف في الزنزانة مدة أسبوعين.
 - 4- المنع من الزيارات لما يقارب الشهرين.
 - 5- كما قد يتم أحيانًا نقله إلى سجن آخر¹.

الفرع الثاني:

موقف الاحتلال من نسب المولود الناتج عن النطف المهربة من السجون

لقد حرص الفقهاء عندما أجازوا التلقيح الصناعي لزوجة المعتقل أشد الحرص على حماية النسب من الاختلاط والعبث، حيث لم يتركوا الأمر مفتوحًا دون ضوابط مشددة، ويذكر أن المعتقلين الذين أقدموا على الإنجاب بهذه الطريقة التزموا بالمجمل بتلك الضوابط، خصوصًا التي تسهم في إثبات نسب المولود الناتج من التلقيح الصناعي لزوجة المعتقل².

وعلى إثر نجاح العديد من عمليات تهريب النطف وإنجاب عدة أطفال، وقف الاحتلال وإدارة السجون موقف المعارض، بل والمحارب لها عبر عدة إجراءات إزاء الأطفال المولودين نتيجة للتلقيح بالنطف المهربة، والتي كان من أبرزها عدم الاعتراف بنسبهم³، باعتباره أقصى أنواع العقاب، حيث تمنع دولة الاحتلال منح هؤلاء الأطفال بطاقة هوية فلسطينية، كما ترفض الاعتراف بشهادات الميلاد وأرقام الهويات التي تخرجها وزارة الداخلية الفلسطينية، وترفض تسجيلهم في السجل المدني.

بالتالي لا تعترف سلطات الاحتلال الإسرائيلي بنسب المولود الناتج من نطفٍ مهربة من سجون الاحتلال الإسرائيلي، ما يُعتبر انتهاكًا صارخًا لاتفاقية حقوق الطفل، وللقانون الدولي الإنساني الذي

¹. عفاف فوزي محمد علي ربايعه، المرجع السابق، ص 207.

². عفاف فوزي محمد علي ربايعه، المرجع نفسه، ص 205.

³. محمد أحمد عطا الله، مرجع سابق.

يضمن الحقوق المدنية والسياسية لكل فرد في اكتساب جنسية والده، وحقه في استخراج شهادات الميلاد، فقد نصت معاهدة حقوق الطفل على أن: "يسجل الطفل بعد ولادته فوراً، ويكون له الحق منذ ولادته في اسم واكتساب جنسية، كما له قدر الإمكان الحق في معرفة والديه، وتلقي رعايتهما، وإذا حُرِم أي طفل بطريقة غير شرعية من بعض أو كل عناصر هويته، تقدم الدول والأطراف المساعدة والحماية المناسبة من أجل الإسراع بإعادة إثبات هويته"¹.

بالإضافة إلى منع سلطات الاحتلال الإسرائيلي الأطفال الذين يتم إنجابهم من خلال النطف المهربة من زيارة آبائهم في السجن، للمضايقة على المعتقلين وتعقيد تواصلهم مع الخارج لكون الإجراءات التي لجأ إليها المعتقلون غير قانونية، حيث تم منع الطفل "مجد" من زيارة والده في السجن، رغم وصوله لبوابة غرفة الزيارات التي تبعد أقدام قليلة عن كرسي جلوس والده².

لكن الاحتلال الإسرائيلي يعتبر نفسه فوق القانون ولا يطبق تلك المعاهدات، ولا تقدم الجهات الرسمية التي تصدر تلك المواثيق أي مساءلة له، والشعب الفلسطيني بشتى طبقاته هو المظلوم، المنتهكة حقوقه، الذي يقف شامخاً أمام تلك التحديات التي تواجهه، ويتحدى كل الأطراف التي تسعى لانتقاص كرامته، وانتهاك حقوقه، ويبتكر الأساليب التي تعيد الحياة له، وتجعله قادراً على البقاء، وتحفظ له عزته وكرامته.

¹. رأفت خليل حمدونة، الجوانب الإبداعية في تاريخ الحركة الوطنية الفلسطينية المعتقلة، دراسة بحثية، مرجع السابق، ص34، عفاف فوزي محمد علي ربايعه، المرجع السابق، ص78 و79.

². تروي أم الطفل زوجة الأسير "عبد الكريم الريماوي" صاحب ثاني نطفة مهربة، المحكوم بالسجن 25 عاماً، تجربة منعها من الزيارات بعد الإنجاب بالقول: "ذهبت لسجن نفحة بعد أسبوعين من ولادة "مجد" لزيارة زوجي حتى يراه ويفرح به، وحينما نادوا عليّ رأوه بين ذراعي، فسألني الجندي: طفل من هذا؟ أجبت: طفل عبد الكريم، فرد عليّ قائلاً: مستحيل، أنا أعلم أن عبد الكريم مسجون لدينا منذ 12 عاماً وليست لديه سوى ابنة، فكيف يمكن أن ينجب طفلاً وهو في الأسر؟ فبدأ الجنود بالتوافد إلى الساحة، وراح كل جندي يقترب من الطفل ويكشف الغطاء عنه ليتأكد من أن المائل بين يديها طفل وليس لعبة".

وتضيف: "إن ابن الأسبوعين شكّل صاعقة لجنود مصلحة السجون الإسرائيلية، حينها قرروا منعي من الزيارة، شعرت بفرحة عارمة عندما رأيت خوف الجنود الإسرائيليين وارتباكهم بسبب وجود مجد في السجن، لم أبكِ رغم كل الإجراءات التي مورست بحقنا، وإنما شعرت بالفخر، بأنني استطعت أن أحصل على أبسط حقوقي كزوجة أسير، وأن أنجب طفلاً وأرى عائلتي تكبر، وشعرت بفخر أكبر عندما رأيت تعابير وجوه السجانين تدلّ على الهزيمة"، رأفت خليل حمدونة، الجوانب الإبداعية في تاريخ الحركة الوطنية الفلسطينية المعتقلة، دراسة بحثية، المرجع السابق، ص34.

الخاتمة:

يبرع المعتقلون الفلسطينيون بإيجاد سبلٍ جديدة في تحدي الاحتلال الإسرائيلي، ومع تعذر حصول الخلوة الشرعية بين المعتقل وزوجته، في أعقاب تزايد القيود الإسرائيلية والتخوفات الأمنية لذلك الخيار والرفض التام لأي خيارات بإخراج النطف والتلقيح الصناعي بطرق رسمية، فكر المعتقلون بطرق إبداعية بديلة لتحقيق الإنجاب كحق إنساني، التلقيح الصناعي لزوجة الأسير بالنطف المهربة.

ما أثار نقاشات عديدة وظهرت على إثرها تحديات، حيث تشكل ظاهرة تهريب النطف قلقًا كبيرًا للاحتلال، بعد انتصار كبير لإرادة المعتقلين الفلسطينيين ورغبتهم وكذلك تمسكهم بحقهم في الإنجاب على كل أنظمة السجان ومخططاته واحتياطاته الأمنية.

ولقد توصلنا من خلال هذه الدراسة إلى النتائج الآتية:

- حرص الفقهاء الذين أجازوا التلقيح الصناعي لزوجة المعتقل أشد الحرص على حماية النسب من الاختلاط والعبث، حيث لم يتركوا الأمر مفتوحًا دون ضوابط مشددة.

- التزام المعتقلين الذين أقدموا على الإنجاب بهذه الطريقة بتلك الضوابط، خصوصًا التي تسهم في إثبات نسب المولود الناتج من التلقيح الصناعي لزوجة المعتقل.

- منح الإنجاب بالنطف المهربة لزوجات المعتقلين ثقة الاستمرار بالحياة الزوجية مع أزواجهن، وجنبهن تفكير أزواجهن في البحث عن الإنجاب بعد الإفراج عنهم، وخففت الضغوط الاجتماعية عليهن للبقاء على عهد التواصل معه رغم الأحكام العالية، وقضت توق المعتقل لغريزة الإنجاب الذي حاول الاحتلال من خلال الاعتقال قطع نسله.

- على إثر نجاح العديد من عمليات تهريب النطف وإنجاب عدة أطفال، وقف الاحتلال وإدارة السجون موقف المعارض، بل والمحارب لها عبر عدة إجراءات إزاء الأطفال المولودون نتيجة للتلقيح بالنطف المهربة، والتي كان من أبرزها عدم الاعتراف بنسبهم وترفض تسجيلهم في السجل المدني، ما يُعتبر اعتداءً على حق كل فرد في اكتساب جنسية والده، وفي استخراج شهادات الميلاد، وفقًا للاتفاقيات الدولية.

- تُعد عملية إنجاب الأطفال عن طريق النطف المهربة إنجازًا وطنيًا، إنسانيًا وحقوقيًا كبيرًا، علاوة على كونها وسيلة نضالية جديدة بحثًا عن الحرية، ردًا على كل أشكال التعسف الإسرائيلية التي تسعى إلى تجريد المعتقلين من إنسانيتهم وتشويه صورتهم، بذلك فهي خطوة للتغلب على قيود السجان.

- من النتائج الإيجابية لظاهرة تهريب النطف، أنها سلطت الضوء على القضايا الإنسانية للأسرى بشكل كبير، وأظهرت العنصرية التي يتعرض لها المعتقلون القابعون في سجون الاحتلال الإسرائيلي الذي لم يعترف بأي مكانة قانونية لهم بل تعاملت معهم كخارجين عن القانون، كما لم تلتزم بالاتفاقيات الدولية المتعلقة بحقوق الإنسان، والتي أكدت على الحياة الكريمة والإنسانية للمعتقلين في السجون والمعتقلات.
- لقد حمل سفراء الحرية، أبناء النطف المهربة رسائل عدة للعالم، رسالة مطالبة لتجريم العنصرية وسياسة التمييز في السجون في التعاملات والحقوق كافة، وأن الاحتلال يحرم آباءهم من حقوقهم الأساسية وعلى رأسها حق الإنجاب، ويحملون ملف المعتقلين بكل مكوناته وانتهاكات الاحتلال بحقهم، للمؤسسات الحقوقية والإنسانية المحلية والعربية والدولية.
- وفي ضوء النتائج التي تم التوصل إليها، نورد التوصيات الآتية:
- ضرورة توجّي الحبيطة والحذر عند تهريب النطف من المعتقل إلى خارج السجن، في ظل القيود الأمنية للاحتلال.
- اتخاذ جميع الضمانات العلمية والاحتياطات الطبية اللازمة والتي من شأنها أن تمنع اختلاط الأنساب، بالتالي ضمان سلامة العملية من الناحية الشرعية والقانونية.
- تقديم الدعم المادي والنفسي الكافي لأسر المعتقلين ولزوجاتهم خاصة، وذلك حتى تستطيع اجتياز الظروف المتعلقة بالإنجاب بواسطة النطف المهربة من السجون.
- الاستعانة بوسائل الإعلام من أجل تحقيق هذا الغرض، فدور الإعلام لا يمكن الاستهانة به، خصوصاً مع انتشار وسائل الإعلام على الصعد كافة، بالتالي تناول فكرة تهريب النطف والتلقيح عبر وسائل الإعلام المرئية، المقروءة، المسموعة والإلكترونية والفضائيات، كل ذلك يسهم في التغلب على حاجز الخوف من نظرة المجتمع لزوجة المعتقل، ويندد بالإشاعات التي يمكن أن يثيرها بعض الأطراف من أجل الطعن بالمعتقل وبزوجته، ويقطع الطريق أمامهم.
- تعميم وزارة الأوقاف للفكرة عبر الخطباء في المساجد لإثارة الموضوع بشكل مكثف.
- قيام المؤسسات العاملة في شؤون المعتقلين بتوزيع نشرات وعقد ورش العمل بوجود أهالي المعتقلين لاستيعاب الفكرة.

قائمة المراجع:

أولاً: الكتب:

- أحمد شوقي عمر أبو خطوة، القانون الجنائي والطب الحديث، ط1، دار النهضة العربية، مصر، 1995.

- علي حسين نجيدة، التلقيح الصناعي وتغيير الجنس، دار النهضة العربية، مصر، 1991.

ثانياً: الرسائل الجامعية:

أ- أطروحات الدكتوراه:

- أحمد داود رقية، الحماية القانونية للجنين المخبري، دراسة مقارنة، أطروحة دكتوراه في القانون الخاص، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة تلمسان، الجزائر، 2015-2016.

- رأفت خليل حمدونة، الجوانب الإبداعية في تاريخ الحركة الوطنية الفلسطينية المعتقلة في الفترة ما بين 1985 إلى 2015، رسالة دكتوراه في العلوم السياسية، معهد البحوث والدراسات العربية، القاهرة، مصر، 2015.

- رضا عبد الحليم عبد المجيد، النظام القانوني للإنجاب الصناعي، رسالة دكتوراه، كلية الحقوق، جامعة عين شمس، مصر، 1996.

ب- رسائل الماجستير:

- أحمد نسيب أحمد موسى، حقوق الأسرى والتزامات الدولة الأسرة في القانون الدولي الإنساني، ماجستير في القانون العام، أكاديمية دراسات اللاجئين، 2020-2021، فلسطين.

- إسماعيل الداور، دور المعتقلين في الحركات السياسية الفلسطينية، 1987-2006، رسالة ماجستير غير منشورة، كلية الاقتصاد والعلوم الإدارية، جامعة الأزهر، غزة، فلسطين، 2013.

- محمد وفائي علاوي الحلو، السمات المميزة لشخصية زوجات المعتقلين وغير المعتقلين الفلسطينيين في ضوء بعض المتغيرات، رسالة ماجستير في علم النفس، كلية التربية، قسم علم النفس، عمادة الدراسات العليا، الجامعة الإسلامية، غزة، فلسطين، 2010.

- عفاف فوزي محمد علي ربايعه، إنجاب زوجات المعتقلين في السجون الإسرائيلية عن طريق التلقيح الصناعي وموقف الشرع منه، رسالة ماجستير في الفقه والتشريع بكلية الدراسات العليا، جامعة النجاح الوطنية، نابلس، فلسطين، 2017.

- علي محمد علي حلس، حماية أسرى الحرب والمعتقلين في الأراضي الفلسطينية المحتلة، دراسة تحليلية تطبيقية في اتفاقيتي جنيف الثالثة والرابعة لعام ١٩٤٩م، رسالة ماجستير في القانون العام، كلية الحقوق بجامعة الأزهر، 2010م-1431هـ.

- تهاني راشد مصطفى بواقنة، تأهيل السجين وفقاً لقانون مراكز التأهيل والإصلاح الفلسطيني رقم (6) لسنة 1998، رسالة ماجستير في القانون العام، بكلية الدراسات العليا في جامعة النجاح الوطنية، نابلس، فلسطين، 2009.

ثالثاً: المجالات العلمية:

- أبو حميدة عبد الحافظ، يوسف عليان، حق السجين في الخلوة الشرعية دراسة مقارنة بين الفقه الإسلامي والقانون الأردني، مجلة الجامعة الإسلامية للدراسات الإسلامية، الأردن، المجلد (20)، العدد 01.

- أحمد داود رقية، ملامح القصور التشريعي في نص المادة 45 مكرر من قانون الأسرة الجزائري بشأن الرضا في المساعدة الطبية على الإنجاب-دراسة مقارنة-، مجلة الأستاذ الباحث للدراسات القانونية والسياسية، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة المسيلة، المجلد الثاني، العدد 09، آذار/ مارس 2018.

- ابتسام عناتي، انتهاكات إدارات السجون الإسرائيلية تجاه المعتقلين الفلسطينيين والعرب من منظور القانون الدولي الإنساني والاتفاقيات الدولية، مجلة حريات، عدد(5)، السودان، 2009.

- محمد شتيه، دور المحاكم الدولية في حماية الأسرى والمعتقلين الفلسطينيين في السجون الإسرائيلية، مجلة جامعة الاستقلال للأبحاث، فلسطين، المجلد(7)، العدد(2) كانون الأول 2022.

- مسعودي يوسف، التلقيح الاصطناعي في قانون الأسرة الجزائري، مجلة دراسات وأبحاث، المجلد العربية في العلوم الإنسانية والاجتماعية، العدد 24، أيلول/ سبتمبر 2016، السنة الثامنة.

- عبد الرحمن علي إبراهيم غنيم، الانتهاكات الإسرائيلية لحقوق المعتقلين الفلسطينيين في القانون الدولي الإنساني، مجلة جيل حقوق الإنسان، العدد 26، 2018.

- عبد الحافظ يوسف عليان أبو حميدة، حق السجين في الخلوة الشرعية، دراسة مقارنة بين الفقه الإسلامي والقانون الأردني، مجلة الجامعة الإسلامية للدراسات الإسلامية، المجلد العشرون، العدد 01 كانون الثاني/ يناير 2012.

- سيف إبراهيم المصاروة، رضا الزوجين بإجراء التلقيح الصناعي، مجلة دراسات، علوم الشريعة والقانون، المجلد 42، العدد 2/2015، عمادة البحث العلمي، الجامعة الأردنية، الأردن.

- رابع فغور، زهرة بن عبد القادر، نظام الخلوة الشرعية للسجين، دراسة مقارنة بين التشريع العقابي الإسلامي والوضعي- مجلة الشريعة والاقتصاد، المجلد 07، الإصدار الأول، العدد 13، حزيران/يونيو. 2018

رابعاً: النظاهرات العلمية:

- ماهر خضير، المعتقلون الفلسطينيون بين الحماية الشرعية والقانونية وانتهاكات حقوق الإنسان، المؤتمر الدولي الثالث عشر لمركز جيل البحث العلمي: فلسطين قضية وحق: طرابلس، لبنان، 2 و3 كانون الأول/ديسمبر، د.س.

خامساً: تقارير:

- رأفت خليل حمدونة، الجوانب الإبداعية في تاريخ الحركة الوطنية الفلسطينية المعتقلة في الفترة ما بين 1985 إلى 2015 م)، دراسة بحثية)، الطبعة الأولى، سلسلة إصدارات وزارة الإعلام، فلسطين، 2018.

- محمد أحمد عطا الله، سفراء الحرية يولدون رغم السجان، دنيا الوطن، كتب ودراسات، بتاريخ 2015/02/21.

- يوسف وهبه، وضعية الأسرى والمعتقلين في السجون الإسرائيلية، مؤسسة عامل الدولية، تشرين الأول 2011.

- مؤسسة الضمير لرعاية المعتقل وحقوق الإنسان، عائلات المعتقلين والمعتقلين وزيارات السجون، رام الله، فلسطين، 2014.

- محمد نعمان النحال، الحماية القانونية الدولية المقررة للمعتقلين الفلسطينيين في السجون الإسرائيلية، تشرين الثاني 2019، الرابط الإلكتروني: <http://www.alma3raka.net/spip.php> تاريخ الاطلاع: 2023/03/02.

- عبد الرحمن علي إبراهيم غنيم، الحماية القانونية للأسرى وفقاً لقواعد القانون الدولي الإنساني - دراسة تطبيقية على وضع المعتقلين الفلسطينيين-، المركز الديمقراطي العربي للدراسات الإستراتيجية والسياسية والاقتصادية، ط 01، برلين، ألمانيا، 2018.

سادساً: الاتفاقيات الدولية:

- اتفاقية جنيف الثالثة بشأن معاملة أسرى الحرب، المؤرخة في 12 آب/ أغسطس 1949، الموقع الإلكتروني: https://www.icrc.org/ar/doc/assets/files/other/conv_iii_geneva_1949، تاريخ الاطلاع 2023/03/02.

- اتفاقية جنيف الرابعة بشأن حماية الأشخاص المدنيين في وقت الحرب المؤرخة في 12 آب/ أغسطس 1949، اللجنة الدولية للصليب الأحمر، الموقع الإلكتروني: <https://www.icrc.org/ara/resources/documents>، تاريخ الاطلاع: 2023/03/02.

- الملحق (البروتوكول) الأول الإضافي إلى اتفاقيات جنيف والمتعلق بحماية ضحايا المنازعات الدولية المسلحة لسنة 1977، الموقع الإلكتروني:

<https://www.icrc.org/ar/doc/resources/documents/misc/5ntccf.htm>، تاريخ الاطلاع: 2023/03/02.

المخدرات الموسيقية الرقمية نموذجاً إلكترونياً مستحدثاً بين
المشروعية والتجريم

***Digital Musical Drugs: A Novel Electronic Model
between Legitimacy and Incrimination***

د. محمد عاطف عبد المعطي كامل

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

المخدرات الموسيقية الرقمية نموذجاً إلكترونياً مستحدثاً بين المشروعية والتجريم

Digital Musical Drugs: A Novel Electronic Model between Legitimacy and Incrimination

د. محمد عاطف عبد المعطي كامل

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

mohammedatefkamel@gmail.com

تاريخ النشر: 2024-01-07

تاريخ القبول: 2023-10-20

تاريخ الاستلام: 2023-08-13

DOI: <https://doi.org/10.70411/MJLS.2.1.202483>

المخلص:

تُعد المخدرات الموسيقية الرقمية من مفرزات التطور الإلكتروني في عالم الإنترنت، والتي أثارت إشكالات قانونية عديدة، لسهولة التعامل عليها، والمقابل الزهيد في الحصول عليها لطبيعتها وعدم مقارنتها بالمخدرات التقليدية، وإدمان العديد من متعاطيها عليها، وكذلك عدم التيقن من الناحية الطبية حول تأثيرها على صحة الإنسان كالمخدر التقليدي، والتي ابتكرها مجرمو المعلومات الجدد في مجال جرائم المخدرات، مستغلين الثغرات القانونية والقصور التشريعي في مواجهة هذا السلوك المنحرف بنصوص عقابية أو تجريبية، بالتالي إفلت الأطراف المساهمة فيها كافة من العقاب، الأمر الذي تطلب تحديد مفهوم هذه الظاهرة، وبيان مدى معالجة المشرع لها أو قصوره في مواجهتها كظاهرة مستحدثة في الوسط الإلكتروني الافتراضي.

الكلمات المفتاحية: المخدرات الموسيقية الرقمية - الجريمة السيبرانية - الرقمية - مبدأ الشرعية الجنائية - المُجرم المعلوماتي.

Abstract:

Digital musical drugs are a byproduct of technological advancements on the internet, giving rise to numerous legal dilemmas. Their accessibility and affordability, coupled with the addiction they foster in users and the existing medical uncertainty regarding their effects on human health, have exacerbated these issues. Cybercriminals have been exploiting legal loopholes and legislative deficiencies, which lack penal or criminal provisions to address this behaviour, thereby creating and distributing digital drugs with impunity. This scenario necessitates an exploration into the nature of this phenomenon, an assessment of existing legislative responses, and a consideration of potential legal gaps in tackling this emerging menace in cyberspace.

Keywords: Digital Drugs, Cybercrime, Digitization, Principle of Legality, Cybercriminal.

المقدمة:

بزغ نجم الثورة الرقمية الإلكترونية بشكل يسترعي الانتباه، نتيجة للطفرة الهائلة في الوسط التكنولوجي، والذي أدى بدوره إلى تطور تكنولوجيا الحاسب الآلي والإنترنت، والتي أسهمت في تطوير أنظمة التواصل الاجتماعي والاتصالات والتطبيقات الإلكترونية، والتي أفرزت العديد من المصطلحات المستحدثة والمفاهيم التكنولوجية التي لم تكن مألوفة على الأذان من قبل. فقد استغل المتخصصون في مجال العالم السيبراني هذا التطور استغلالاً متبايناً¹، فمنه ما كان تطوراً محموداً وعملاً إيجابياً كتطوير أنظمة الاتصالات لسرعة إجراء المعاملات المتنوعة، ومنه ما كان عملاً سلبياً شيطانياً مُجرماً أو به شبهة الإجرام، كاستغلال الأطفال جنسياً عن طريق الإنترنت، ومنها ما هو موضوع بحثنا المخدرات الموسيقية الرقمية.

إن كل شيء في عصر الثورة الإلكترونية أو الرقمية أصبح افتراضياً، حتى المخدرات، ولسنا نقصد هنا عمليات البيع والشراء، بل نقصد أكثر من ذلك وهو تعاطي وإدمان والاتجار في المخدرات الموسيقية الرقمية، والتي تُعد تقنية مستحدثة في العالم السيبراني، نتيجة للاستخدام المتنامي لتطبيقات الإنترنت والتي غابت عنها الرقابة القانونية، وبالتالي المساءلة الجنائية، بسبب تطور الفكر الإجرامي واستخدام أصحاب النفوس المريضة والإجرامية هذا التطور أسوأ استغلال، فأصبحت المخدرات الموسيقية الرقمية تشكل وباءً وتهديداً للمجتمعات المستقرة والأسر الآمنة بدخولها منازلهم بواسطة الضيف غير الأمين وهو الإنترنت واستخدامه المفرط في الوقت الذي تعمل فيه الأسر على المحافظة على أبنائها.

وتقوم فكرة المخدرات الموسيقية الرقمية حول ترددات ثنائية أو نقرات تسمع من قبل الأذنين، لكل

¹. السيبرانية: مفردة إنجليزية مشتقة من كلمة (Cayber) وتعني: مرتبط بالحاسوب أو شبكات الحاسوب، وللمزيد راجع: قاموس

(Merriam-Webster)، منشور على الرابط: <https://www.merriam-webster.com/dictionary/cyber>، تاريخ الدخول:

2023/3/6؛ والجريمة السيبرانية: باعتبارها مصطلحاً مركباً هي ما يقع على الشبكات وأنظمة تنقية المعلومات والأنظمة التشغيلية ومكوناتها (الأجهزة، والبرمجيات، والخدمات) من اختراق وتعطيل أو تعديل أو دخول أو استخدام أو استغلال غير مشروع، ينظر: عبد العزيز بن فهد بن محمد بن داود: الجرائم السيبرانية: دراسة تأصيلية مقارنة، مجلة الاجتهاد للدراسات القانونية والاقتصادية، صادرة عن معهد الحقوق والعلوم السياسية بالمركز الجامعي لتامنغست، الجزائر، المجلد 19، العدد 3، السنة 2022، ص 149.

أذن تردد يختلف عن الآخر ومتباين بينهما والفارق قليل، فإذا زاد عن 30 هيرتز كان التردد غير فعال¹، وقد يصاحب هذه الترددات ألوان أو صور تتغير وفق معدل مدروس تمت هندستها بشكل يخدع المخ، ونتيجة لهذه الترددات الغير مألوفة يعمل المخ جاهداً للتوحيد بينها، مما يرهق عمل المخ ويعطى تأثير المخدر التقليدي المرغوب فيه.

إشكالية البحث:

وهي منطقة الفراغ التشريعي وانعدام التشريع الحاكم لظاهرة المخدرات الموسيقية الرقمية، الأمر الذي أدخل الخلاف بين الفقهاء حول مشروعيتها أو تجريمها وكذلك آثارها على صحة الإنسان. وي طرح البحث السؤال الرئيسي الآتي، وهو:

ما مدى شرعية أو إباحة أو تجريم المخدرات الموسيقية الرقمية في إطار مبدأ الشرعية الجنائية للجرائم والعقوبات؟

ويتفرع عنه عدة أسئلة، وهي:

- 1- ما هي المخدرات الموسيقية الرقمية؟
- 2- أوجه العلاقة بين المخدرات الموسيقية الرقمية ومبدأ الشرعية الجنائية؟
- 3- مدى توافر التشريعات اللازمة لمواجهة خطر المخدرات الموسيقية الرقمية؟

أهمية البحث:

خطر المخدرات معلوم لدى كافة، ونتيجة للتقدم المتسارع في تكنولوجيا وسائل الاتصال والإنترنت تسارعت وتيرة اللجوء إلى نوع مستحدث من المخدرات وهو المخدرات الموسيقية الرقمية، والتي تُعد أقل تكلفة مادية وبُعداً عن الرقابة والملاحقة القانونية والقضائية؛ لانعدام التشريعات المجرمة أو المبينة لأحكامها له، لذلك كان من الأهمية بمكان عرض هذا الموضوع المستجد وبحث مدى توافر تشريعات مُجرمة له من عدمه، واقتراح نصوص تجرime في حالة عدم وجود تشريع يجرمه.

أسباب اختيار البحث:

حادثة الموضوع واعتباره خطراً داهماً يصيب المجتمع والأسر الأمانة ويدمر الشباب، وخلو التشريعات الوطنية من نصوص قانونية تبين أخطار المخدرات الموسيقية الرقمية أو تجريمها أو العقاب

¹ · Marlot Anthony: Les drogues numériques et ondes binaurales: I-Doser, phénomène de mode ou réel danger ? mémoire en vue de l'obtention du diplôme d'Etat d'audioprothésistes », faculté de pharmacie université de Lorraine, 2012, p32.

عليها.

أهداف البحث:

- 1- استظهار تعريف مناسب لهذه الظاهرة.
- 2- سن نصوص قانونية لمواجهة الظاهرة.
- 3- تحديد الأطراف المساهمين في هذا السلوك المنحرف والشاذ.

منهج البحث:

اتباع الباحث عند كتابة البحث المنهج التحليلي المقارن بين عدد من التشريعات في الدول العربية، وعلى صعيد الاتفاقيات الدولية.

الأبحاث السابقة:

1- **داودي نبيلة:** الإدمان على المخدرات الرقمية: عواملها وطرق الوقاية والحد منها، مجلة الرواق للدراسات الإنسانية والاجتماعية، ع1، مجلد8، 2022م.

* جاء البحث في إطار بيان طرق الوقاية من المخدرات الرقمية وكيفية العمل على الحد منها دون بيان نوعية الجرائم التي قد تثار والمرتبكة، وعدم أفراد عقوبة لها.

- في حين جاء بحثنا مبيناً لنوعية الجرائم المرجح إثارتها في ظاهرة المخدرات الموسيقية الرقمية، واقترحنا لها نصاً قانونياً، وحددنا فيه العقوبة المناسبة التي قد تساعد المشرع في تقنين هذه الظاهرة.

2- **عمر عبد المجيد مصبح:** الإشكالات الجزائية في تكييف المخدرات الرقمية، مجلة القانون والمجتمع، ع9، حزيران/ يونيو 2017م.

* اعتبر هذا البحث أن ما ينتج من سلوك عن ظاهرة المخدرات الموسيقية الرقمية يُعد جريمة احتيال إلكتروني.

- أما بحثنا فاعتبر المخدرات الموسيقية الرقمية ظاهرة إلكترونية مستحدثة لها ذاتيتها وخصوصيتها، يستوجب على المشرع أفراد نصوص تجريبية وعقابية لها.

* خلط هذا البحث عند تحديد طبيعة المخدرات الموسيقية الرقمية بينها وبين المخدر التقليدي، حيث اعتمدت في ذلك على ما بينته نصوص القوانين الوضعية التي بينت أن المخدر التقليدي هو شيء مادي ملموس، وانتهى هذا البحث إلى أنه لا ينطبق على المخدر الموسيقي الرقمي وصف المخدر طبقاً لهذه التعريفات؛ لأنه غير مادي.

- وعلى النقيض فقد اختلفنا مع هذا البحث بأن وضعنا أن المخدر الموسيقي الرقمي وإن لم يكن

منصوص عليه في جداول المخدرات في القوانين الوضعية، إلا أن ذلك ليس دليلاً على عدم مادية المخدرات الموسيقية الرقمية.

حدود البحث:

وهي إيجاد تعريف جامع مانع لظاهرة المخدرات الموسيقية الرقمية وعلاقتها بمبدأ الشرعية الجنائية، واقتراح نص قانوني لتجريمها وتوقيع الجزاء عند اللجوء إليها بأي شكل من أشكال التعامل.

خطة البحث:

قسمنا البحث إلى مبحثين على النحو الآتي بيانه:

المبحث الأول: ماهية المخدرات الموسيقية الرقمية طبيعتها ونشأتها.

المطلب الأول: مفهوم المخدرات الموسيقية الرقمية.

المطلب الثاني: طبيعة المخدرات الموسيقية الرقمية وتأصيلها التاريخي.

المبحث الثاني: المخدرات الموسيقية الرقمية بين المشروعية والتجريم.

المطلب الأول: مبدأ الشرعية الجنائية وعلاقته بالمخدرات الموسيقية الرقمية.

المطلب الثاني: المسؤولية الجنائية لأطراف جريمة المخدرات الموسيقية الرقمية.

المبحث الأول:

ماهية المخدرات الموسيقية الرقمية طبيعتها ونشأتها.

تمهيد وتقسيم:

نظراً للتطورات التكنولوجية في عالم الإلكترونيات الافتراضي والملموس في شبكة المعلومات العنكبوتية (إنترنت)، وما أفرزته تلك التكنولوجيا من مستحدثات أثرت في الأوساط العالمية سواء كانت عربية أو غربية بشكل إيجابي وبشكل سلبي، وظهر ما يسمى إدمان المخدرات الموسيقية الرقمية، والتي تُعد نموذجاً غير مألوف من نماذج المخدرات بغير شكلها المعتاد أو التقليدي، كما تُعد إحدى الإفرازات السلبية الناجمة عن الثورة التكنولوجية في عالم الإلكترونيات أو تقنيات الإنترنت أو الهواتف الذكية النقلة، فكان يجب الإشارة في بحثنا المعروض إلى ماهية المخدرات الموسيقية الرقمية، وتناول مفهومها وطبيعتها وكيفية تعاطيها، ثم نعرض التأصيل والتطور التاريخي لها إلى أن ظهرت بشكلها الحالي.

وقد قسمنا هذا المبحث إلى مطلبين، **المطلب الأول بعنوان:** مفهوم المخدرات الموسيقية الرقمية، أما **المطلب الثاني:** طبيعة المخدرات الموسيقية الرقمية وتأصيلها التاريخي، وسنوالي عرضهما فيما يلي:

المطلب الأول:

مفهوم المخدرات الموسيقية الرقمية

تُعد المخدرات الموسيقية الرقمية جزءاً من محتويات الوسائط المتعددة عبر شبكة المعلومات العنكبوتية (إنترنت)، ومن التهديدات الناشئة للعالم السيبراني، كما تُعتبر موضعاً للعديد من الدراسات والأبحاث، فهي مصطلح مكون من ثلاث كلمات، وهي: "المخدرات" و"الموسيقية" و"الرقمية"، وهذا يفرض علينا أن نتطرق إلى بيان وتعريف مصطلح "المخدرات الموسيقية الرقمية"، من خلال توضيح مفهوم كل لفظة تكون منها هذا المصطلح من خلال العرض الآتي:

الفرع الأول: تعريف كلمة المخدرات

أولاً: المخدرات لغةً

المخدر: مشتق في اللغة من الخدر، ويطلق عليها عدة معانٍ، منها: المخدرات: جمع مُحَدَّر وهو مأخوذ من الخدر¹، و(الخدر): فَتُورُ الْعَيْنِ، و(قِيلَ الْخَدَرُ): ثَقُلَ فِيهَا مِنْ (حِكَّةٍ وَ) قَدَى يُصِيبُهَا. وَعَيْنٌ خَدْرَاءُ:

¹. عبد الله بن محمد بن أحمد الطيار: المخدرات في الفقه الإسلامي، السعودية، 1411هـ - 1990م، الجزء الأول، ص 137.

خَدِرَةٌ، وَهُوَ مَجَازٌ، وَالْخَذَرُ: (الْكَسَلُ) وَالْفُثُورُ. وَخَدِرَتْ عِظَامُهُ: فَتَرَتْ، وَهُوَ مَجَازٌ¹.

و(خَدِرَ): خَدَرَ العَضُو: أَصَابَهُ الْخَذَرُ، وَخَدَّرَ وَأَخَذَرَ العَضُو جَعَلَهُ خَدِرًا²، و(خَدِرَ) العَضُو (خَدَرًا) مِنْ بَابِ تَعَبٍ اسْتَرْخَى فَلَا يُطِيقُ الْحَرَكَةَ³، والمعني المراد هنا: "ما يسكر الجهاز العصبي عن فعل هو نشاطه المعتاد"⁴.

ثانياً: المخدرات اصطلاحاً:

أ- الاصطلاح الإسلامي:

قيل إن المخدرات هي: "كل مادة خام مصدرها طبيعياً ومصنعة كيميائياً، تحتوي على مواد مثبطة أو منشطة إذا استخدمت في غير الأغراض الطبية، فإنها تسبب خللاً في عمليات العقل، وتؤدي إلى حالة من التعود أو الإدمان عليها، ما يضر بصحة الشخص جسدياً ونفسياً واجتماعياً"⁵.

ب- الاصطلاح الطبي:

تعددت التعريفات في الطب، نعرض منها: عرفها البعض أنها: "كل مادة تُذهب الحس، وقد يصل تأثيرها إلى درجة إذهاب العقل"⁶، وقيل إنها: "مادة تسبب في الإنسان فقدان الوعي بدرجات متفاوتة، وقد ينتهي إلى غيبوبة تعقبها الوفاة"⁷.

¹ . محمد مرتضى الحسيني الزبيدي: تاج العروس من جواهر القاموس، تحقيق: عبد الكريم الغرباوي، راجعه: عبد الستار أحمد

فراج، مطبعة حكومة الكويت، 1392هـ - 1972م، الجزء الحادي عشر، ص141.

² . لويس معلوف: المنجد في اللغة، الناشر المطبعة الكاثوليكية، بيروت، لبنان، ص170.

³ . أحمد بن محمد على المقرئ الفيومي: المصباح المنير في غريب الشرح الكبير للرافعي، دار المعارف، دون رقم طبعة، دون سنة نشر، ص165.

⁴ . محمد مرعي صعب: جرائم المخدرات، منشورات زين الحقوقية، بيروت، لبنان، الطبعة الأولى، 2007م، ص42.

⁵ . رضا إسماعيل رضوان: المخدرات الرقمية: تتلاعب بأدمغة النشء، مقال منشور بمجلة الوعي الإسلامي، وزارة الأوقاف والشؤون الإسلامية، ص52، ع604، ذو الحجة 1436هـ - أيلول/سبتمبر - تشرين الأول/أكتوبر 2015م.

⁶ . أحمد محمد كنعان: الموسوعة الطبية الفقهية، موسوعة جامعة للأحكام الفقهية في الصحة والمرض الممارسات الطبية، تقديم: الدكتور/ محمد هيثم الخياط، دار النفائس، بيروت، لبنان، الطبعة الأولى، 1420هـ - 2000م، ص841.

⁷ . عبد العزيز اللبدي: القاموس الطبي العربي، دار البشير للنشر والتوزيع، عمان، الأردن، الطبعة الأولى، 1425هـ - 2005م، ص1016.

ج- الاصطلاح العلمي:

تناولها البعض بأنها: "مادة كيميائية تسبب النعاس والنوم أو غياب الوعي المصحوب بتسكين الألم"¹.

د- الاصطلاح الفقهي القانوني:

على مستوى الفقه القانوني يتبين أن الفقهاء القانونيين الذين نقبوا في تعريف المخدرات، قد تجنبوا وضع تعريف جامع مانع للمخدرات، وأن المحاولات كلها كانت عبارة عن وصف لها، ومنها ما ذهب إليه بعض الفقه، بأنها: "أي مادة يؤثر تناولها على الوظائف النفسية للشخص المستهلك، ويؤدي إفراط في استهلاكها إلى حالة من الإدمان"²، وعرفها آخر أنها: "نوع من السموم، وإن صح أن قليلاً منها فيه شفاء للناس فإن الإدمان عليها ينجم عنه أبلغ الضرر، ليس فقط لمن يتعاطاها، وإنما أيضاً بالنسبة لعائلته والمجتمع"³، وقيل إنها: "كل مادة طبيعية وصناعية وتخليقية، مُسكنة أو مُنبهة أو مُهلوسة، بأي أشكال ونسب كانت، وتبعاطيها بالطرق المختلفة، والإدمان عليها له تأثيرات سيئة على بنية الكائن الحي، وحالته النفسية ونشاطه الذهني، كما تعود بالضرر على الفرد والمجتمع اجتماعياً واقتصادياً وأمنياً، لذا تحرمها الشرائع السماوية، وتجرمها التشريعات الوضعية إلا للأغراض الطبية والعلمية"⁴.

ثالثاً: المخدرات قانوناً

أ- تعريف المخدرات على الصعيد الدولي والإقليمي:

أثير جدلٌ حول وضع تعريف جامع ومحدد للمواد المخدرة وذلك أثناء انعقاد المؤتمر الدولي الحادي عشر لقانون العقوبات في مدينة بودابست الرومانية في عام 1974م، والذي نوه إلى أن الاتفاقيات أو المعاهدات أو البروتوكولات الدولية التي أعتمدها المجتمع الدولي، والمستهدفة مكافحة المخدرات

¹. داودي نبيلة: الإدمان على المخدرات الرقمية: عواملها وطرق الوقاية والحد منها، مجلة الرواق للدراسات الإنسانية والاجتماعية، ع1، مجلد8، 2022م، ص235.

². MAESTRACCI, N: les drogues. Alger: ITCIS Editions, 2005, p. 10.

³. محمود محمود مصطفى: شرح قانون العقوبات، القسم الخاص، دار النهضة العربية، 1975م، ص711.

⁴. نسرين عبد الحميد نبويه: هل يجوز اللجوء إلى التنويم المغناطيسي والعقاقير المخدرة كوسيلة لاستدراج المتهم لمعرفة الحقيقة أثناء التحقيقات، مكتبة الوفاء القانونية، الإسكندرية، مصر، الطبعة الأولى، 2010م، ص171.

والمؤثرات العقلية، لم تضع تعريفاً جامعاً ومحددًا للمواد المخدرة¹، ولكنها اكتفت بالإشارة إليها في الاتفاقيات أو المعاهدات أو البروتوكولات أو المؤتمرات الدولية التي كان موضوعها المخدرات والمؤثرات العقلية في جداول خاصة بذلك، وكانت هذه الإشارة لا تعدو سوى عرض وحصر لأنواع المخدرات متدرجة حسب درجة خطورتها في جداول أربعة ملحقة بكل اتفاقية وليس تعريفاً للمخدر.

التعريفات التي أقرت في الاتفاقيات أو المعاهدات أو البروتوكولات أو المؤتمرات الدولية والإقليمية:

1- الاتفاقية الوحيدة للمخدرات لسنة 1961م²، بصيغتها المعدلة ببروتوكول سنة 1972م³:

نصت (المادة الأولى الفقرة ي) من هذه الاتفاقية وعنوانها "التعريف"، على المقصود بتعبير المخدر، وهو: "كل مادة طبيعية أو تركيبية، من المواد المدرجة في الجدولين الأول والثاني"⁴.

2- اتفاقية الأمم المتحدة لمكافحة الاتجار غير المشروع في المخدرات والمؤثرات العقلية سنة 1988م⁵:

أفصحت (المادة الأولى الفقرة ن) من هذه الاتفاقية على المقصود بتعبير المخدر، وقررت أنه: "أية مادة، طبيعية كانت أو اصطناعية، من المواد المدرجة في الجدول الأول والجدول الثاني من الاتفاقية الوحيدة للمخدرات لسنة 1961م، ومن تلك الاتفاقية بصيغتها المعدلة ببروتوكول سنة 1972م، المعدل

1. The Eleventh International Congress For Penal Law, Budapest, 9 september, 1974, Published in the International Journal of Criminal Law, Volume 86, Number 1, 2015, Pages 87-98 ERES Editions, (Published on):<https://tinyurl.com/yc69puxv>, visiting date 22/3/2023.

2. The International Drug Control Conventions, Single Convention on Narcotic Drugs of 1961, as amended by the 1972 Protocol, Article (1/j): "“Drug” means any of the substances in Schedules I and II, whether natural or synthetic", (published on):<https://tinyurl.com/4byet66x>, page 24, visiting date 22/3/2023.

3. اعتمدت الأمم المتحدة هذه الاتفاقية في نيويورك في المؤتمر المنعقد في الفترة من 24-25 آذار/ مارس 1961م، عملاً بقرار المجلس الاقتصادي والاجتماعي 689 ياء (د-26)، وعدلت هذه الاتفاقية في مؤتمر الأمم المتحدة بموجب بروتوكول سنة 1972م، في جنيف في الفترة من 6-24 آذار/ مارس 1972م، عملاً بقرار المجلس الاقتصادي 1577 (د-50).

4. حددت المادة (1/ش) من هذه الاتفاقية المقصود بتعابير "الجدول الأول" و"الجدول الثاني" و"الجدول الثالث" و"الجدول الرابع"، قوائم المخدرات أو المستحضرات التي تحمل هذه الأرقام والمرفقة بهذه الاتفاقية، بصيغها المعدلة من حين إلى آخر وفقاً لأحكام المادة 3.

5. اعتمدت الأمم المتحدة هذه الاتفاقية في فيينا بالنمسا في المؤتمر المنعقد في الفترة من 25 تشرين الثاني/ نوفمبر - 20 كانون الأول/ ديسمبر 1988م، في جلسته العامة السادسة المنعقدة في 19 كانون الأول/ ديسمبر 1988م، عملاً بقرار المجلس الاقتصادي والاجتماعي 8/1988.

للاتفاقية الوحيدة للمخدرات لسنة 1961م¹.

3- الاتفاقية العربية لمكافحة الاتجار غير المشروع بالمخدرات والمؤثرات العقلية لسنة 1994 م²:

نصت هذه الاتفاقية في المادة (16/1) على المقصود بالمخدر بأنه: "أية مادة طبيعية كانت أو مصنعة، من المواد المدرجة في القسم الأول من الجدول الموحد".

ب- تعريف المخدرات على الصعيد الوطني في التشريعات الوضعية:

المخدرات مصطلح مطاط يختلف مفهومه من تشريع لآخر، فهو مصطلح يضيق ويتسع على أساس ما يبيحه ويجرمه تشريع أي دولة، لذلك يختلف نوع وصنف المخدر من دولة إلى أخرى، فما يُعد مخدراً في تشريع دولة معينة قد لا يُعد مخدراً مُجرماً في تشريع دولة أخرى، ومن ذلك نستعرض موقف بعض التشريعات العربية والتي تناولت تعريف المخدرات، رغم أن هذه التعاريف ليست تعاريف بالمعنى المقصود بقدر اعتبارها وصفاً أو تحديداً لنوع المخدر.

1- التشريع المصري:

نظم المشرع المصري جريمة المخدرات ومكافحتها بالقانون رقم 182 لسنة 1960م، في شأن مكافحة المخدرات وتنظيم استعمالها والاتجار فيها، والمعدل في 30 أيلول/ سبتمبر عام 2021م³، ووضع للمخدر تعريفاً في الفصل الأول بالمادة الأولى من هذا القانون، عرّف المخدرات بأنها: "تعتبر جواهر مخدرة في تطبيق أحكام هذا القانون المواد المبينة في الجدول رقم(1)- الملحق به-، ويستثنى منها المستحضرات المبينة في الجدول رقم (2)".

2- التشريع الفلسطيني:

صدر القرار بقانون رقم 18 لسنة 2015م، بشأن مكافحة المخدرات والمؤثرات العقلية⁴، وأفصح في

1. The International Drug Control Conventions, United Nations Convention against Illicit Traffic in Narcotic Drugs and Psychotropic Substances OF 1988, Article (1/n): "Narcotic drug" means any of the substances, natural or synthetic, in Schedules I and II of the Single Convention on Narcotic Drugs, 1961, and that Convention as amended by the 1972 Protocol Amending the Single Convention on Narcotic Drugs, 1961, (published on): <https://tinyurl.com/4byet66x>, page 126, visiting date 23/3/2023.

2. اعتمدت هذه الاتفاقية في تونس بتاريخ 1994/1/5م، في الدورة رقم (11) لمجلس وزراء الداخلية العرب، واعتمدها مصر في غرة رجب 1415 هـ - 4 كانون الأول/ ديسمبر 1994م.

3. نشر هذا القانون بالجريدة الرسمية المصرية بقرار رئيس الجمهورية المتحدة في 1960/6/30م، العدد رقم 131، ص 962.

4. صدر هذا القانون في مدينة رام الله الفلسطينية، بتاريخ 3 تشرين الثاني/ نوفمبر 2015.

نص المادة الأولى منه على تعريف المخدر، بأن المواد المخدرة هي: "كل مادة طبيعية أو تركيبية من المواد المدرجة في القوائم الدولية المعتمدة من الجهة المختصة في الوزارة".

3- التشريع الإماراتي:

القانون الاتحادي رقم 14 لسنة 1995، بشأن مكافحة المواد المخدرة والمؤثرات العقلية، والمعدل بالقانون رقم 1 لسنة 2005م¹، عَرَّف المخدرات في المادة الأولى منها: "كل مادة طبيعية أو تركيبية من المواد المدرجة في الجداول أرقام (1) و(2) و(3) و(4) المرفقة بهذا القانون".

4- التشريع الجزائري:

بموجب القانون رقم 18/4 لسنة 2004م، المتعلق بالوقاية من المخدرات والمؤثرات العقلية وقمع الاستعمال والاتجار غير المشروعين بها، عَرَّف المشرع الجزائري المخدرات في المادة الثانية، بأنها: "كل مادة طبيعية كانت أو اصطناعية من المواد الواردة في الجدولين الأول والثاني من الاتفاقية المتعلقة بالمخدرات لسنة 1961 بصيغتها المعدلة بموجب بروتوكول سنة 1972".

الفرع الثاني:

تعريف كلمة الموسيقى

أ- الموسيقى لغةً:

موسيقى (مفرد): جمع موسيقات، وهي اسم منسوب إلى موسيقى "آلة/ قطعة موسيقية - فاصل موسيقي"، وعلم الموسيقى: (سق) علم يُبحث فيه عن أصول النغم من حيث الائتلاف أو التنافر، وأحوال الأزمنة المتخللة بينها، ليعلم كيف يؤلف اللحن²، وهي تأليف الألحان واللفظة يونانية³.

ب- الموسيقى اصطلاحاً:

علم الموسيقى علم يُعرف منه النغم والإيقاع وأحوالها وكيفية تأليف اللحن واتخاذ الآلات الموسيقارية، وموضوعه الصوت من وجه تأثره في النفس باعتبار نظامه⁴.

². منشور بالجريدة الرسمية الإماراتية، ع 285، س 25، بتاريخ 1995/10/25م.

³. أحمد محمد مختار: معجم اللغة العربية المعاصرة، عالم الكتب، القاهرة، الطبعة الأولى، 1429هـ-2008م، المجلد الثالث، ص2139.

⁴. أبو عبد الله محمد بن أحمد الخوارزمي: مفاتيح العلوم، إدارة الطباعة المنيرية، مطبعة الشرق، دون تاريخ طبع، ص136.

¹. محمد بن حسين بن عبد الصمد الحارثي العاملي الهمداني: الكشكول، المحقق: محمد عبد الكريم النمري، دار الكتب العلمية، بيروت، لبنان، الطبعة الأولى، ١٤١٨هـ - ١٩٩٨م، ج2، ص34.

ومما سبق من تعاريف نستنتج أن: الموسيقى تُعد فناً وعلماً يدرس وقُنن له، ومعتمداً داخل مؤسسات الدول رسمياً فترعاه مشرفةً ومطورةً ومعلمةً له، وأن موضوعه عبارة عن نغمات وترددات صوتية تولدت من عزف الآلات المستخدمة في فن الموسيقى.

الفرع الثالث:

تعريف كلمة الرقمية أو الرقمنة Digital:

أ- في اللغة:

رَقْمِيَّة: كلمة أصلها الاسم (رَقْم) في صورة مفرد مذكر وجذرها (رقم) وجذعها (رقم) وتحليلها (رقم + ية)، والرَّقْم: تَعَجِيمُ الكتاب، ورَقْمُ الثوب: كتابه، وهو في الأصل مصدر؛ يقال: رَقَمْتُ الثوب ورَقَمْتُهُ تَرْقِيماً مثله¹، والرَّقْم: الخطُّ الغليظُ، والرَّقْمُ كل ثوبٍ يُرَقَّم: أي وُشِيَ برقم معلوم حتى صار عَلَماً²، رَقْمُ الفِقرة، رَقْمُ الرِّسالة: وسمها وأعلمها بعلامة مميَّزة³.

والرقميَّة: اسم مؤنث منسوب إلى رَقْم، شبكة رقميَّة: شبكة اتصالات رقميَّة عالميَّة مطوَّرة عن الخِدْمات الهاتفية الموجودة، واجهة رقميَّة: واجهة تسلسليَّة تسمح بوصل المركِّبات الموسيقيَّة والحواسيب، لغة رقميَّة: (الحاسبات والمعلومات) لغة تُعدُّ خصيصاً طبقاً لقواعد معيَّنة لتستخدم في الحاسبات الإلكترونيَّة كوسيلة للعمل بها⁴، واللغة الرقمية هي المعنى والمقصود من كلمة رقمية.

ب- في الاصطلاح:

الرقمية: شبكة اتصالات تعمل بالنظام الرقمي لنقل البيانات التي تتعامل مع الحواسيب بالنص، أو بالرسم، أو بالصوت، مع الاتصالات الهاتفية المعتادة، ولكونها تعمل بالنظام الرقمي، فإنها تتعامل مع الحاسوب دون الحاجة (مودم)⁵.

والرقمية أو الرقمنة كلمة إنجليزية وهي "Digital"، ويقصد بها عملية تمثيل الأجسام والصور والملفات، وتتنوع معاني ومفاهيم "الرقمية" وفقاً للمعنى المطلوب عند استخدام المصطلح، فقد

¹. أبو الفضل جمال الدين محمد: لسان العرب ابن منظور، طبعة دار المعارف، المجلد الخامس، المجلد الثالث، باب الرء، ص1709.

². المعجم الوسيط: الطبعة الثالثة، دون تاريخ، دون دار نشر، الجزء الأول، ص379.

³. معجم اللغة العربية المعاصرة: مرجع سابق، المجلد الثاني، ص930.

⁴. معجم اللغة العربية المعاصرة: مرجع سابق، المجلد الثاني، ص930.

⁵. راجع تفصيلاً قاموس (أنتولوجي Ontology): الرابط: <https://tinyurl.com/4tne7zz2>، تاريخ الاستفاة: 2023/3/25م.

عرفها البعض أنها: "عملية ترجمة مستند معلومات، مثل كتاب أو تسجيل صوتي أو صورة أو مقطع فيديو إلى وحدات بايتس (bits)، وهي الوحدات الأساسية للمعلومات في نظام الحاسوب، يطلق على تحويل المعلومات إلى هذه الأرقام الثنائية "الرقمنة"، ويمكن تنفيذ عملية الرقمنة هذه باستخدام تقنيات مختلفة¹."

وتماشياً مع العرض السابق نرى أن: الرقمية يمكن وصفها بأنها نظام تقني تكنولوجي خاص بعوالم الحاسب الآلي ووسائل الاتصال الحديث، والتي تحول الملفات والمكاتبات والبيانات وغيرها من صورتها الورقية التقليدية المعروفة إلى ملفات ووسائط إلكترونية مقروءة أو مسموعة حسب نوع المادة أو الملف، ومن ثم إمكانية نقلها عبر شبكة المعلومات العالمية.

الفرع الرابع:

تعريف مصطلح المخدرات الموسيقية الرقمية كمصطلح مركب

يطلق عليها بالفرنسية Les Drogues Numériques أي المخدرات الرقمية، أو بالإنجليزية Digital drugs، أو ما يطلق عليه "الجرعات الإلكترونية I Dosing"، وقد تعددت وتنوعت مفاهيمها وكذلك المسميات التي أطلقها مروجوها عليها، بقصد عرضها على المدمنين كنوع مستحدث من المخدرات والذي قد يغني عن المخدرات التقليدية المعروفة، ومن بين هذه المسميات (المخدرات الصوتية الرقمية، المخدرات الإلكترونية، الإدمان الرقمي، المخدر الافتراضي، إدمان الخلطات أو الإيقاعات الصوتية، المؤثرات الرقمية، النقر متباين التردد على الأذنين).

وقد عُرفت في علم الحاسوب بأنها: "عبارة عن ملفات صوتية mp3 مخزنة بصيغة تشغيل خاصة طورته إحدى المواقع التجارية باستخدام تقنية مفتوحة المصدر - gpl-open source وتسوقها تحت اسم "المخدرات الرقمية"².

وفي علم الاتصالات، عرفت المنظمة العربية لتكنولوجيات الاتصال والمعلومات بأنها: "عبارة عن ذبذبات صوتية تتراوح أمواجها ما بين ألفا، ثم بيتا وثيتا، وصولاً إلى دلتا، يؤدي الاستماع إليها لفترة

¹. KUNY Terry: Introduction aux technologies et aux problèmes de la numérisation, Flash Réseau, (En ligne): <https://tinyurl.com/583hwe6v>, consulté 24/3/2023.

². صلاح الناجم: ندوة بعنوان "المخدرات الرقمية وغياب التشريع والبحث العلمي"، منشور بجريدة الأنباء الكويتية الإلكترونية، في 2014/11/26م، على الرابط: <https://tinyurl.com/y5uxafhw>، تاريخ الاستفادة: 2023/3/30م.

طويلة إلى عدة أحاسيس كالنعاس أو اليقظة الشديدة أو الدوخة أو الارتخاء أو الصرع والانزعاج¹. وفي الطب هي: "عبارة عن أصوات موسيقية ثنائية تُسمع من قبل الأذنين، تقوم بتغيير نموذج موجات الدماغ فتؤدي لاضطراب وعي الإنسان، كما هو الحال في المخدرات التقليدية"². وقد عرفها البعض أنها: "القرع على الأذنين Binaural Beats"، هي عبارة عن مجموعة من الأصوات أو النغمات التي يعتقد أنها قادرة على إحداث تغييرات دماغية، تعمل على تغييب الوعي أو تغيير على نحو مماثل لما تحدثه عملية تعاطي المخدرات الواقعية، مثال "الأفيون والحشيش والماريجوانا..... إلخ"³.

والنقر متباين التردد في الأذنين "Asymmetric clicking on the ears"، هو الاسم العلمي لظاهرة المخدرات الموسيقية الرقمية⁴، ويقصد به توجيه صوتين موسيقيين لنغمتين مختلفتين متباينتين في التردد بنسبة قليلة لكل أذن، وبعدها يقوم العقل بإصدار تردد ثالث مغاير عن الترددين الأساسيين وهو ناتج الفرق بين الترددين يُسمع في الداخل، وحينئذ يحاول العقل جاهداً التوحيد بين هذين الترددين، ما ينتج عنه تحفيز نشاط معين داخل العقل⁵.

ووفقاً لما سبق: يتبين أن هذه التعاريف مكملة لبعضها البعض، ودائرة في فلك واحد، وتتحد مع بعضها البعض في عامل مشترك، وهو أن هذه المخدرات عبارة عن تقنية تكنولوجية إلكترونية تستخدم من خلال مواقع مخصصة لذلك، وأن هذا المخدر التقني قد يؤدي إلى تغييب العقل وكذلك الإدمان عند تكراره، بيد أن كل تعريف له تفصيلا تختلف عن غيره من التعاريف، كما أن هذه التعاريف وصفت وشرحت مفهوم المخدرات الموسيقية الرقمية وبينت طبيعتها وكيفية عملها. **التعريف المختار:**

¹. بشائر مولود توفيق: المخدرات الرقمية (طبيعتها ومخاطرها)، بمجلة نسق صادرة عن الجمعية العراقية للدراسات التربوية

والنفسية، العراق، مجلد 33، ع2، 30 آذار/ مارس 1433هـ - 2022، ص5.

². علي بن صفهان: المخدرات الرقمية بين الوعي والوقاية، دار اليمامة، 2017م، ص3.

³. Charlotte Walsh, M.Phil: Drugs, the Internet and Change, Journal of Psychoactive Drugs, Volume 43, 2011, Issue 1, April, 2011., pages 55-63.

⁴. عمر عبد المجيد مصباح: الإشكالات الجزائية في تكييف المخدرات الرقمية، مجلة القانون والمجتمع، ع9، حزيران/ يونيو، 2017م، ص216.

⁵. Huei-Chuan Sung: Familiar Music Listening with Binaural Beats for Older People with Depressive Symptoms in Retirement Homes, Neuropsychiatry (London) (2017) 7(4), pages347-353, p. 348.

من العرض السابق للتعريف المتعددة فإننا نحاول استنتاج تعريف يناسب ويتلاءم مع الوصف والمعنى الحقيقي لظاهرة المخدرات الموسيقية الرقمية، والتي يمكن تعريفها بأنها:

"وسيط أو تطبيق إلكتروني يُصدر ترددات أو ذبذبات موسيقية متباينة، ذات تأثير على الدماغ من خلال سماعها بالأذن، قد تصيب المستمع بتأثيرات ماسة بوظائف العقل محدثةً اضطراباً وخللاً نفسياً، وقد تصيبه بالإدمان".

وتجدر الإشارة إلى أن التعريف المختار جاء بعبارات وافية مختصرة وجامعاً مانعاً موضحين به معني المخدرات الموسيقية الرقمية.

كما نشير إلى أننا فضلنا استخدام مصطلح "المخدرات الموسيقية الرقمية" كون أن المخدرات هذه في حقيقتها عبارة عن نغمات موسيقية صنعها مروجوها لإحداث أثر المخدر الرقمي وليست مجرد أصوات يتم سماعها، لذلك فإضافة لفظ "الموسيقية" إلى المصطلح من وجهة نظرنا هو الأقرب للدقة لطبيعة وشكل المخدر الافتراضي الذي يُتعاطى من خلال الوسائط الإلكترونية التي تتكون من ذبذبات موسيقية.

المطلب الثاني:

طبيعة المخدرات الموسيقية الرقمية وتأصيلها التاريخي

وفيه نقف عند بيان فرعين وهما، طبيعة المخدرات الموسيقية الرقمية، وتطورها التاريخي :

الفرع الأول:

طبيعة المخدرات الموسيقية الرقمية:

أطلق المجرمون المعلوماتيون الجدد مصطلح المخدرات الرقمية على هذا النوع من المخدرات لجذب المدمنين وإكساب هذا النوع مكانة تضاهي مكانة المخدرات التقليدية¹، حيث أشارت الجمعية العامة للأمم المتحدة في قرارها رقم (54/132) في 2 شباط/ فبراير 2000م، أن شبكات الإنترنت أدت إلى تنامي مشكلة تجارة المخدرات، حيث تطورت هذه المخدرات بشكل تكنولوجي وظهرت المخدرات الموسيقية الرقمية التي يُروج لها من خلال شبكات التواصل الاجتماعي وشبكات الإنترنت، بالإضافة إلى أنها خلفت تحديات كثيرة، وقد جاء في حيثيات القرار: "وإذ تُسلم الجمعية العامة بأن استخدام شبكات الإنترنت يتيح فرصاً جديدة ويفرض تحديات جديدة بالنسبة للتعاون الدولي على مكافحة إساءة استعمال المخدرات

¹. رضا إسماعيل رضوان: المخدرات الرقمية، مرجع سابق.

وإنتاجها والاتجار بها على نحو غير مشروع.....، والتصدي للتشجيع على إساءة استعمال المخدرات والاتجار غير المشروع بها بواسطة هذه الوسيلة وبشأن استخدام الإنترنت لغرض المعلومات المتصلة بخفض الطلب على المخدرات¹.

ومما لا شك فيه أنه عند بداية دراسة أي ظاهرة مستحدثة، يكثر الخلاف حول أهميتها ومدى تأثيرها على الفرد والمجتمع، بيد أن الدراسات المتخصصة، ورغم قلتها والتي تناولت المخدرات الموسيقية الرقمية أو أي مصطلح سميت به، أكدت خطورتها رغم التباين في مستويات الخطر، فقد تباينت آراء الأطباء حول هذه المخاطر لأنهم في العادة عند التشخيص يلجؤون إلى الحقائق الملموسة أكثر من النظريات الفرضية، لكن هذا لا ينفي وجودها في الواقع بحيث أن أثرها على العقل واضح، ويظهر ذلك من كونها تحدث آثاراً نفسية وتشنجات عضلية وعصبية وارتعاشاً لجسد أثناء عملية السماع، والعديد من المخاطر². ولقد أبرزت وسائل الإعلام الأمريكية مؤخراً ظاهرة المخدرات الموسيقية الرقمية، والتي تعتمد على إيقاع يصل إلى الأذن، ويدخل المستمع في نشوة، حيث إنه يمكن مشاهدة مقاطع فيديو لمراهقين في حالة نشوة ناتجة عن الاستماع للذبذبات الموسيقية غير المألوفة، ومن الجدير بالذكر أنه تم التحذير من هذه المخاوف بحسب ما بينته الدكتورة (Mireille Vergucht)، فهذا النوع من الموسيقى يدفعك للدخول في نشوة المخدرات التقليدية³.

وتقوم المخدرات الموسيقية الرقمية على تقنية معينة مصنعة من ذبذبات وترددات موسيقية مخصصة لمحاكاة تأثير المخدرات التقليدية، والتي قد يكون لها تأثير المخدر التقليدي نفسه، فعند الاستماع إلى مثل هذه الترددات قد ينتج عنها تأثيرات مشابهة لتعاطي الماريجوانا أو الكوكايين أو

¹. راجع قرار الجمعية العامة للأمم المتحدة المتعلق بالتعاون الدولي ضد مشكلة المخدرات العالمية، رقم (54/132)، في 2000، بالدورة 54 (1999-2000) الجمعية الوطنية للأمم المتحدة، ص 3، والمنشور على الرابط:

<https://www.girlsrightsplatform.org/es/entity/04pnqyurvr7?page=3> .

². عائشة عبد الله السعدي، محمد سليمان النور: المخدرات الرقمية وآثارها على مقصد العقل: دراسة مقاصدية، مجلة البحوث العلمية والدراسات الإسلامية، كلية العلوم الإسلامية، الجزائر، السنة 1440هـ- الموافق 2019م، السداسي الثاني، المجلد 11، العدد 4، ص 250.

³. Mireille Vergucht: Inquiétudes autour des drogues musicales, (En ligne):

<https://tinyurl.com/r66u59nt>, consulté le 2 Avril 2023.

الأفيون¹.

وتفسيراً لذلك: يستمتع متلقي الموسيقى لهذه الترددات عن طريق الأذن من خلال سماعات مُصنعة خصيصاً لهذا الغرض، تؤدي إلى إحداث آثار هلوسات أو تعديل في الحالة المزاجية والعاطفية والبيولوجية لديه، هذه الذبذبات بدورها تتساب إلى الأذن ومنها إلى الدماغ ثم إلى المخ الذي يحاول جاهداً أن يوحد بين الأصوات والموسيقى غير المألوفة التي يسمعها، فهذه الموسيقى تصدر موجات كهرومغناطيسية غير مألوفة على المخ البشري، بحيث تتساب هذه الترددات إلى الأذن، ولكل أذن تردد يختلف عن الآخر، فمثلاً: تستمع الأذن اليمنى إلى تردد 520 هيرتز، والأذن اليسرى تستمع إلى تردد 510 هيرتز، هذين الترددين عند سماع المخ لهما يحاول التوحيد بينهما للحصول على مستوى واحد مما يرهق عمل المخ، بالتالي ينشأ تردد آخر ثالث مغايراً تماماً للصوتين الآخرين، هذا التردد الفارق بين الترددين وهو (10 هيرتز) هو المخدر الموسيقي الرقمي، واسمه العلمي "Binaural Beats" أي النقر متباين التردد في الأذنين، وهذا يعادل في الواقع التنويم المغناطيسي².

وجدير بالذكر أن: استخدام النقر متباين التردد في الأذنين يخضع لمعايير وأدوات معملية دقيقة للغاية، ولهذه التقنية مواصفات علاجية معينة، والخروج عن هذه المواصفات يمكن أن يؤدي لأضرار جسيمة للجهاز السمعي والعصبي لا سيما مع الاستخدام المتكرر³.

ونشير إلى: اختلاف الآراء حول عدم إحداث المخدرات الموسيقية الرقمية تأثيراً على صحة الإنسان مثل الذي تحدثه المخدرات التقليدية عند تعاطيها، إلا إن المنطق عليه أنها تمثل سلوكاً شاذاً منحرفاً غير مألوف قد يصيب الإنسانية في استقرارها ويتعدى على الأسر السالمة، كما أنه يشكل صورة جديدة من الصور السلبية لمستحدثات التطور التكنولوجي والعالم السيبراني.

¹ Mihai Aniței, Mihaela Chraif: The influence of digital drugs on young perception, International Conference, The Future of Education, Florence, Italy, 16-17 June, 2011, (published on): <https://tinyurl.com/3dyduakt>, visiting date 26/3/2023.

² خالد كاظم أبو دوح: المخدرات الرقمية: مقاربة للفهم، بحث بندوة "المخدرات الرقمية وتأثيرها على الشباب العربي"، الفترة من 7-9/5/1473 هـ - 16-18/2/2016م، جامعة نايف العربية للعلوم الأمنية، الرياض، ص6؛ وراجع كذلك:

Patrick A. McConnell, et al.: Auditory driving of the autonomic nervous system: Listening to theta-frequency binaural beats post-exercise increases parasympathetic activation and sympathetic withdrawal, Front, Psychol, 14 November 2014, Volume 5, 2014, Article 1248, p1.

³ هشام السيد عطية الجنائني: النقر متباين التردد في الأذنين (binaural beats) واستخداماته، دراسة فقهية معاصرة، حولية، كلية الدراسات الإسلامية، كلية الدراسات الإسلامية للبنين بأسوان، جامعة الأزهر، ع3، ج 2، جمادى الأولى 1442 هـ - كانون الأول/ديسمبر 2020م، ص3382.

ولا مناص من القول: إن هذه الذبذبات الموسيقية للمخدر الرقمي، قد يدخل معها عوامل أخرى مساعدة ومحفزة لعملها، فقد يلجأ صانعو هذه الترددات إلى مؤثرات أخرى كالمواد البصرية والأشكال والألوان المتحركة، والتي من شأنها أن تهيب متلقي المخدر على الاسترخاء والاستجابة لهذه النوعية من الموجات الموسيقية¹.

ولا بُد من الإشارة إلى: أن الاستماع إلى المخدرات الموسيقية الرقمية لإنتاج أثرها وهو الدخول في النشوة الخاصة بنوعية المخدر، لا يستقيم باستخدام مكبرات الصوت أو السماعات العادية، ولكن عن طريق استخدام السماعات المصنوعة خصيصاً لها.

ونستنتج مما عُرض الطبيعة الخاصة للمخدرات الموسيقية الرقمية: ليس لها خواص ملموسة، وخالية من ثمة مواد كيميائية ليتناولها متعاطيها بالحقن أو الشم أو البلع، وإنما هي عبارة عن وسائط إلكترونية في صورة من الذبذبات والموجات الكهرومغناطيسية تشغل حيزاً في الفضاء السيبراني على شكل موسيقى مؤلفة خصيصاً لغرض تعاطيها وإدمانها كمخدر مستحدث، لتغزو الجسم من خلال سماعها بواسطة سماعات توضع في الأذن، لذلك فهي مخدر إلكتروني افتراضي غير ملموس، كما أنه من السهل الحصول عليها لتكلفتها البسيطة وسعرها الزهيد عند شرائها، سيما أنها متاحة على وسائل الإنترنت والمواقع الإلكترونية وغير مُجرّمة حتى الآن، الأمر الذي يجعل مكافحتها صعبة.

الفرع الثاني:

النشأة والتطور التاريخي للمخدرات الموسيقية الرقمية

أ- الجذور التاريخية لاستخدام الموسيقى كعلاج:

تشير الدراسات إلى أن الموسيقى استخدمت منذ قديم الأزل كمحفز أو لعلاج الأمراض، ومهدئات للأعصاب، فالملك والطبيب «أمحو تب» الفرعوني القديم هو أول من استخدم الموسيقى في العلاج، وأنشأ أول معهد طبي في التاريخ للعلاج بالذبذبات الموسيقية في عام 2850 ق.م، وفي اليونان القديمة كان "أبقراط" يعزف الموسيقى على مرضاه، فكان يرى أن علاج الروح من خلال الموسيقى سيُشفي الجسد، وفي العصر الإسلامي أكد "الكندي والفارابي"، وهما أشهر أطباء هذا العصر، أن الموسيقى تستخدم لعلاج الأمراض النفسية والجسدية، لإفرازها هرمونات السيروتونين والدوبامين والأوكسيتوسين أو

¹. أحمد عبد الصبور الدجاوي: التحدي الإلكتروني وخطر الإدمان الرقمي، المجلة المصرية للدراسات القانونية والاقتصادية، 8ع، كانون الأول/ ديسمبر، 2016م، ص109.

كما يسميها البعض هرمونات السعادة، وحسب رأي عالم الأعصاب "جامشيد باروشا"، أن تأثير الموسيقى أعمق بكثير مما يمكننا تصوره، تأثير يتجاوز مجرد الاستمتاع، ويتوغل ليصل إلى أماكن في الدماغ يُعتقد أن الوصول إليها مستحيل¹.

ب- التطور التاريخي للمخدر الموسيقي الرقمي:

المنتصف الأول من القرن التاسع عشر في سنة 1839م، وعلى يد العالم الفيزيائي "هاينريش فيلهلم دوف Heinrich Wilhelm Dove"، وأثناء إحدى تجاربه، اكتشف أنه إذا سلط على كل أذن تردد مختلف عن الآخر، فإن المتلقي سيدرك صوت نبض سريع ثالث يختلف عن الترددين الآخرين، وسميت هذه الظاهرة² "Binaural beats".

وفي سنة ١٩٧٠م، ولأول مرة يستخدمها الأطباء النفسيون لعلاج المرضى النفسيين، لا سيما الاكتئاب الخفيف والقلق، وذلك عند رفضهم العلاج الدوائي، حيث تؤدي لتسريع، وتخفيف الألم، وإعطاء إحساس بالراحة والتحسن³.

وفي سنة 1973م، وبواسطة عالم الفيزياء الحيوية الأمريكي "جيرالد أوستر"، تم اختبار النقر متباين التردد في الأذنين، على الدماغ في مدرسة الطب "Mount Sinai"، بنيويورك، عن طريق مزجها في الموسيقى أو غيرها من الأصوات، وتبين من ذلك أنه يمكن أن يكون هذا الإجراء اكتشافاً حديثاً للعلاج بالموسيقى، كما أكد الموسيقار الاسكتلندي "ريتشارد لورانس"، تأثير الموسيقى الفعال على تدعيم وتجديد واسترخاء النشاط العقلي والعضلي⁴.

¹. جبيري ياسين، المخدرات الرقمية، مجلة الشريعة والاقتصاد، جامعة الأمير عبد القادر، قسنطينة، ع8، 2015م، ص566؛ عبد الناصر كعدان: العلاج بالموسيقى في الطب العربي، بحث منشور على الرابط الإلكتروني: http://www.ishim.net/islam/ankmusic2.htm#_edn3، تاريخ الاستفادة من الرابط 2023/3/22م؛ راجع كذلك المقال المُعنون "على قيد الموسيقى: هل بإمكان الموسيقى معالجة أمراض عجز عنها الطب"، منشور على الرابط الإلكتروني: <https://tinyurl.com/unbpcffv>، منشور بتاريخ 2016/8/22م، تاريخ الاستفادة من الرابط 2023/3/22م.

².. Gerald Oster: Auditory Beats in the Brain, October 1, 1973, p.94, (published on): <https://tinyurl.com/mr29hyau>, visiting date 22/3/2023.

³. ميسوم ليلي: المخدرات الرقمية: ظهور إدمان جديد عبر شبكة الإنترنت، مجلة جيل العلوم الإنسانية والاجتماعية، مركز جيل البحث العلمي، الجزائر، س3، ع21، حزيران/يونيو، 2016م، ص166-167.

⁴.. ROSINA CATERINA FILIMON: Beneficial Subliminal Music: Binaural Beats, Hemi-Sync and Metamusic, "Proceedings of the 11th WSEAS International Conference on ACOUSTICS & MUSIC: THEORY &

وفي سنة 1994م، أجرت الباحثة الأمريكية "كمبرلي يونغ Kimberly Young"، أبحاثاً اكتشفت على إثرها ظاهرة الفضاء السيبراني وإدمانه، ومنها اعتبرت المخدرات الموسيقية الرقمية ظاهرة سيبرانية سلبية¹.

المبحث الثاني:

المخدرات الموسيقية الرقمية بين المشروعية والتجريم

تمهيد وتقسيم:

نقف في هذا المبحث على بيان الموقف القانوني من مشروعية أو إباحة أو تجريم هذه الظاهرة في إطار مبدأ الشرعية الجنائية، الأمر الذي يدفعنا إلى بحث مدى مسؤولية متعاطي ومدمني هذا المخدر، ومروجي ومبرمجي المواقع التي تتاجر فيها وتروج لتعاطيها، بعرضه في مطلبين.

المطلب الأول: مبدأ الشرعية الجنائية وعلاقته بالمخدرات الموسيقية الرقمية.

المطلب الثاني: المسؤولية الجنائية لأطراف جريمة المخدرات الموسيقية الرقمية².

المطلب الأول:

مبدأ الشرعية الجنائية وعلاقته بالمخدرات الموسيقية الرقمية

إن مبدأ الشرعية الجنائية من الدعائم الأساسية التي يقوم عليها قانون العقوبات في التشريعات الجنائية الحديثة³، وذلك عند إقراره لجريمة وعقوبة مقررة لها، ويقتضي هذا المبدأ أن تُصاغ النصوص العقابية بطريقة واضحة مفهومة لا لبس فيها أو غموض يحتمل شكاً أو تأويلاً، فالشرعية الجنائية هي دستور قانون العقوبات، ويقصد بمبدأ الشرعية الجنائية هو أنه لا جريمة ولا عقوبة إلا بناءً على تشريع. وهذا المبدأ لم يظهر إلا في اللحظة التي تحددت فيها سلطات الدولة وانفصلت كل منها عن الأخرى، وقد أخذ القانون الإنجليزي بمبدأ الشرعية منذ أن صدر ميثاق هنري الأول، وأكد عليه دستور

APPLICATIONS" (AMTA '10), "G. Enescu" University, Iasi, Romania, June 13-15, 2010, pages 103:109, p104& 107.

¹ خالد محمد شعبان: ظاهرة إدمان المخدرات الصوتية الرقمية بين الفقه الإسلامي وأهل الخبرة "دراسة مقارنة عند المعاصرين"، مجلة كلية الشريعة والقانون بتفهننا الأشراف، المجلد 21، العدد 2، 30 نيسان/ إبريل 2019م، ص 1382.

² إن مصطلح "الجريمة" مصطلحاً مفترضاً من اقتراحنا تطبيقاً للنص المقترح لتجريم ظاهرة المخدرات الرقمية، راجع صفحة 21 وما بعدها من هذا البحث.

³ عبد الفتاح الصيفي، جلال ثروت: القسم العام في قانون العقوبات، 2005، المجلد الأول، ص 37.

كلاريندون، وأكد ذلك العهد الأعظم (Magna Charta) الذي قرر سمو قواعد القانون في إنجلترا، ثم أكدت الثورة الفرنسية هذا المبدأ في المادة الثانية من إعلان حقوق الإنسان الصادر سنة 1879م، ويقوم هذا المبدأ بصفة أساسية على دعامتين (1- حماية المصلحة الفردية، 2- حماية المصلحة العامة¹).

وفي مصر ظهر هذا المبدأ في التشريع المصري في قانون العقوبات الصادر عام 1883م، إذ نص في مادته الـ (19) على أن يكون العقاب على الجنايات والجناح والمخالفات وفق القانون المعمول به وقت ارتكابها، ومنها انتقل بعد ذلك إلى قانون العقوبات الصادر عام 1904م، ثم إلى قانون العقوبات الحالي الصادر عام 1937م، إذ نص في مادته الخامسة على: "يعاقب على الجرائم بمقتضى القانون المعمول به وقت ارتكابها، ومع هذا إذا صدر بعد وقوع الفعل وقبل الحكم فيه نهائياً قانون أصلح للمتهم فهو الذي يتبع دون غيره"².

ونتطرق في هذه الجزئية إلى عرض مبدأ الشرعية الجنائية "لا جريمة ولا عقوبة إلا بنص قانوني"، ومدى علاقته بالمخدرات الموسيقية الرقمية كنشاط يصدر من كل المتعاملين على هذا المخدر ومدى اعتبار هذا النشاط ممثلاً لجريمة من عدمه، وذلك من خلال تناول هذا المبدأ لدى الدستور المصري الصادر عام 2014م، وقانون العقوبات المصري الحالي، وإسقاط صور النشاط على النصوص الحالية وكذلك على ما قرره مبدأ الشرعية الجنائية.

ففي نافذة القول فقد كرس الدستور المصري الصادر عام 2014م، مبدأ الشرعية الجنائية وهو مبدأ شرعية الجرائم والعقوبات في مادته رقم (95) فنصت على: "العقوبة شخصية، ولا جريمة ولا عقوبة إلا بناءً على قانون، ولا توقع عقوبة إلا بحكم قضائي، ولا عقاب إلا على الأفعال اللاحقة لتاريخ نفاذ القانون"، وهو المبدأ الذي تعارفت عليه أغلب الدساتير الوطنية، وجميع القوانين الوضعية.

كما أفصح قانون العقوبات المصري عن المبدأ ذاته في مادته (الخامسة) فقررت: "يعاقب على الجرائم بمقتضى القانون المعمول به وقت ارتكابها، ومع هذا إذا صدر بعد وقوع الفعل وقبل الحكم فيه نهائياً قانون أصلح للمتهم فهو الذي يتبع دون غيره"³.

¹ أحمد فتحي سرور: الوسيط في قانون العقوبات، القسم العام، الجزء الأول، دار النهضة العربية، 1981، ص 127، 128.

² مدحت محمد عبد العزيز إبراهيم: قانون العقوبات، القسم العام، النظرية العامة للجريمة، الجزأين الأول والثاني، ص 27، هـ 2.

³ المادة الخامسة من قانون العقوبات المصري رقم 58 لسنة 1937م.

الفرع الأول:

مفهوم مبدأ شرعية الجرائم والعقوبات

ويقصد بمبدأ شرعية الجرائم والعقوبات، أنه لا عقوبة ولا جريمة إلا بنص في القانون، أي حصر مصادر التجريم والعقاب في قانون العقوبات، وهذا معناه أن القاضي لا يمكنه خلق جريمة جديدة أو عقوبة جديدة لجريمة قائمة، وإنما يلزم لخلق شيء من ذلك تدخل التشريع ذاته، فإن لم يجد مثل هذا النص فلا سبيل إلى اعتبار الفعل جريمة ولو اقتنع بأنه مناقض للعدالة أو الأخلاق أو الدين أو ضار بالمجتمع أبلغ الضرر، فالقاضي ملزم بالتفسير المنضبط للقانون بما يستلزمه ذلك من حظر التفسير بطريق القياس في مجال التجريم¹.

فالجريمة واقعة قانونية غير مشروعة، يرتب القانون عليها أثراً قانونياً وهو العقوبة، فلا قيام للجريمة إذا كان الفعل مشروعاً، أما إذا ثبت أنه غير مشروع فإن الجريمة تقوم إذا توافرت أركانها الأخرى، وتقوم الجريمة على ركنين اثنين، الركن المادي والركن المعنوي، وجانب من الفقه أدخل ركناً ثالثاً وهو الركن الشرعي للجريمة ويقصد به أن ينص قانون العقوبات على مدى توافر الجريمة بتوافر نص التجريم الواجب التطبيق على الفعل، كما يفترض الركن الشرعي انتفاء أسباب الإباحة²، ولكن هذا الرأي محل نقد من الفقه باعتبار كيف يكون الركن الشرعي وهو خالق الجريمة ركناً فيها وهي المخلوق، وبمعنى آخر كيف تكون نصوص قانون العقوبات السابقة على ارتكاب الجريمة ركن فيها³، كما أن بعض الفقه أدخله اعتباراً في أركان الجريمة لاعتبارات الوضوح العلمي، رغم أنهم اعترفوا أنه لا يدخل في أركانها بالمعنى الدقيق⁴. وفي ذات الصدد: فلكل جريمة نموذجاً قانونياً ينبغي أن يتطابق نشاطها الإجرامي المحظور مع نموذجها القانوني، فإذا لم يتطابق الفعل الإجرامي مع النموذج القانوني فلا محل لوجود الجريمة ولا تقوم من الأساس، وتضحي المشروعية هي الصفة الموصوف بها هذا السلوك، ويطلق على هذه المشروعية مصطلح "المشروعية العادية"؛ لأن السلوك الإنساني لم يصطدم بأحد نصوص التجريم والعقاب، هذا

¹ محمود نجيب حسني، شرح قانون العقوبات، القسم العام، النظرية العامة للجريمة، دار النهضة العربية، 1962م، ص70؛

محمد زكي أبو عامر، قانون العقوبات، القسم العام، منشأة المعارف، الإسكندرية، 1993م، ص45 وما بعدها.

² محمود نجيب حسني، شرح قانون العقوبات، مرجع سابق، ص61 وما بعدها؛ محمد زكي أبو عامر: قانون العقوبات،

مرجع سابق، ص44؛ أحمد فتحي سرور، مرجع سابق، ص255.

³ أحمد فتحي سرور، مرجع سابق، ص255؛ محمد زكي أبو عامر، قانون العقوبات، مرجع سابق، ص43.

⁴ محمد زكي أبو عامر، قانون العقوبات، مرجع سابق، ص43.

بخلاف أسباب الإباحة التي يتوافر فيها الفعل الإجرامي أو الامتناع، والذي يشكل بحسب الأصل في القانون جريمة، والتي يتطابق نشاطها مع نموذجها القانوني، ثم طرأ وقت ارتكابها سبب يبيحه وبذلك تتحقق المشروعية رغم اصطدام السلوك الإنساني بأحد نصوص التجريم والعقاب، وبمقتضاها يسقط وصف التجريم عن السلوك فلا يُعتبر جريمة، وتسمى هذه المشروعية بالمشروعية الاستثنائية¹.

الفرع الثاني:

مدى الارتباط بين ظاهرة المخدرات الموسيقية الرقمية ومبدأ الشرعية الجنائية:

وانطلاقاً من العرض السابق يتبين أن: السلوك الإجرامي في ظاهرة المخدرات الموسيقية الرقمية، والذي يشكل عنصراً في الركن المادي في المخدرات الموسيقية الرقمية يتمثل في تعاطيها أو إدمانها أو شرائها أو الترويج لها أو بيعها أو صناعة المواقع المروجة لها أو الاستماع أو شراء الأجهزة التكنولوجية المخصصة للاستماع لها، وأن الركن المعنوي فيها وهو إرادة الجاني في إحداث السلوك الإجرامي وعلمه بأن هذا السلوك يشكل جريمة.

وبإسقاط العرض السابق على أحكام المخدرات الموسيقية الرقمية، يتبين أن المشرع المصري سواء في أحكام قانون العقوبات أو في قانون جريمة المخدرات ومكافحتها بالقانون رقم 182 لسنة 1960م، أو القانون المصري المتعلق بمكافحة جرائم تقنية المعلومات رقم 175 لسنة 2018م، لم يتناول أحكامها أو بيان ماهيتها أو تجريمها أو مشروعيتها، وبالتالي لم ينظم معالجة موضوع المخدرات الموسيقية الرقمية، سواء كان الترويج لها أو تعاطيها أو إدمانها أو بيعها، ولم يضع لها قالباً قانونياً يستدل منه تجريمها أو مشروعيتها الاستثنائية بإباحتها.

وإذا كان الأمر كذلك: فتطبيقاً لمبدأ شرعية الجرائم والعقوبات، ولغياب التوصيف العلمي لماهية المخدرات الموسيقية الرقمية، فإن ما يقع من سلوك إنساني من الفاعل سواء كان منشأً لمواقع إلكترونية لبيع المخدرات الموسيقية الرقمية أو مروجاً أو متاجراً أو متعاطياً أو مدمناً، لا يخضع لنص تجريمي أو عقابي، بالتالي يُعد سلوكاً مشروعاً مشروعياً عادية لخضوعه لمبدأ "لا جريمة ولا عقوبة إلا بقانون".

كما أنه لا يمكن تطبيق أحكام قانون جريمة المخدرات ومكافحتها بالقانون رقم 182 لسنة 1960م، حيث إنه تناول المواد المخدرة بشكلها التقليدي كالحشيش والهيروين والأفيون ووضع تعريفاً لها وتناول أحكامها وتجريمها وعقوبتها، ولم يتعرض لموضوع المخدر الرقمي الذي يُتعاطى من خلال الاستماع،

⁵ محمد زكي أبو عامر: قانون العقوبات، مرجع سابق، ص 294.

أضف إلى ذلك استحالة تحريزها بخلاف المخدر التقليدي.

وفي ظل حالة الفراغ التشريعي في هذه الظاهرة وعدم إدراجها ضمن نصوص التجريم والعقاب في القوانين الجنائية، نعيب على المشرع المصري والذي سار على نهج العديد من التشريعات العربية الأخرى التي لم تتعرض لهذا الموضوع إلى الآن، إلى أنه لم يفتن إلى الخطر الذي قد ينتج عن المخدرات الموسيقية الرقمية، رغم حالة التحول الرهيب إلى عالم الرقمية والوسط الافتراضي وما ينجم عنه من سلبيات قد تضر بالأفراد والأسر.

وتأسيساً على ما سبق: فإن المشرع المصري مطالب بأن يسخر جهوده في سن تشريع على وجه السرعة، فعال وراوع ومواكب للتطورات التكنولوجية في الوسط الإلكتروني الافتراضي يوائم ويتلاءم مع الجرائم المستحدثة الناتجة عنه، بوضع تعريف لها وتجريم تعاطيها وإدمانها وصناعتها والترويج لها ووضع عقوبات رادعة.

ومن الجدير بالذكر: أن البعض أخرج المخدرات الموسيقية الرقمية من الصفة المادية¹، وهذا ما لا نؤيده حيث إن المخدرات الموسيقية الرقمية وإن كانت غير ملموسة إلا أن لها حيزاً مادياً وهو الذبذبات والترددات الإلكترونية، والتي تمثل محل الجريمة والشرط المفترض فيها، والتي تسبح في الفضاء السبراني وتنقل الصفات المشابهة لتأثيرات المخدرات التقليدية.

المطلب الثاني:

المسؤولية الجنائية لأطراف جريمة المخدرات الموسيقية الرقمية

إيماءً إلى حالة القصور والفراغ التشريعي لمواجهة المخاطر والتحديات الناتجة عن ظاهرة المخدرات الموسيقية الرقمية وما قد ينجم عنها من مسؤولية جنائية قبل أطرافها، وإنه طبقاً لمبدأ الشرعية الجنائية للجرائم والعقوبات، سيفر العديد من الجناة والمساهمين من المساءلة الجنائية والعقاب عن عدة أفعال، والتي من الأهمية بمكان وجوب تجريمها، ومنها على سبيل الذكر:

- 1- حظر إنشاء وتصميم الموسيقى المخدرة الرقمية.
- 2- حظر برمجة وتصميم المواقع الإلكترونية المروجة لها، ومعاقبة المتعاطين والمدمنين والحائزين.
- 3- حظر تصنيع وبيع الأدوات المستخدمة في تعاطيها.

¹. عمر عبد المجيد عبد الحميد مصبح: الإشكالات الجزائية في تكييف المخدرات الرقمية، مجلة القانون والمجتمع، العدد التاسع،

حزيران/ يونيو 2017م، ص 219.

كل ذلك يستوجب رصد وحجب المواقع المروجة لها، وضرورة تقرير ضبطية خاصة بالمخدرات الموسيقية الرقمية نظراً لذاتيتها.

ومن ذلك فلا مناص من: اقتراح نص قانوني لتجريم المخدرات الموسيقية الرقمية، مناشدين المشرع الجنائي بالتدخل لسن تشريع جديد واستحداث جريمة جديدة تسمى جريمة المخدرات الموسيقية الرقمية، وأن يحدد أطراف هذه الجريمة والمساهمين فيها وكذلك الأنشطة التي تشكل عملاً إجرامياً، وأن يضع لها العقوبات الواجبة واللائمة، والذي يمكن بيانه بالشكل الآتي:

الفرع الأول:

النص القانوني المقترح¹:

"1- كل من أنشأ أو صمم الذبذبات أو الترددات الإلكترونية الخاصة بالمخدرات الموسيقية الرقمية يعاقب بالسجن وبغرامة لا تقل عن 500000 جنيه ولا تزيد عن 1000000 جنيه، أما إذا كان الإنشاء أو التصميم بقصد طرحها للبيع أو التداول أو الاتجار لغير أغراض العلاج المصرح به قانوناً أو طبياً فيعاقب بالسجن المؤبد وبغرامة لا تقل عن 1000000 جنيه ولا تزيد عن 3000000 جنيه، 2- كل من روج بأي وسيلة مسموعة أو مقروءة أو مرئية أو بأي شكل آخر أو تاجر في المخدرات الموسيقية الرقمية، يعاقب بالسجن المؤبد وبغرامة لا تقل عن 1000000 جنيه ولا تزيد عن 3000000 جنيه، 3- يعاقب بالسجن المؤبد كل من تعمد إنشاء موقعاً أو تطبيقاً أو وسائط إلكترونية تستخدم لتعاطي أو إدمان أو الترويج أو الاتجار أو التخزين أو للمخدرات الموسيقية الرقمية، أو تصنيع أجهزة تكنولوجية تستخدم في سماعها وبغرامة لا تقل عن 500000 جنيه ولا تزيد عن 1000000 جنيه، 4- يعاقب بالحبس مدة لا تقل عن 6 أشهر كل من تعاطى أو أدمن أو حاز بقصد التعاطي المخدرات الموسيقية الرقمية عمداً بشكل غير مشروع، أو بغرامة قدرها 100000 جنيه ولا تزيد عن 300000 جنيه".

وقد قسمنا هذا النص إلى أربع فقرات، بيّنا فيه الأطراف المسؤولين جنائياً عن جريمة المخدرات الموسيقية الرقمية.

¹ هذا مقترح لنص قانوني استنتجناه حتى يستشهد به المشرع عند إصداره تشريع متعلق بظاهرة المخدرات الموسيقية الرقمية.

الفرع الثاني:

أطراف جريمة المخدرات الموسيقية الرقمية

الطرف الأول: وهو المجرم الخبير المتخصص، وهذا ظاهر من نص الفقرة الأولى، فهو الذي استغل خبرته التكنولوجية في مجال الفضاء السيبراني؛ لإنشاء أو تصميم الترددات أو الذبذبات الموسيقية الإلكترونية للمخدر الموسيقي، والتي تحدث أثرها المنشود والضرار للمتعاظمي أو المدمن للمخدرات الموسيقية الرقمية.

ويقصد بالإنشاء أو التصميم لمواقع الإنترنت: "هو عملية تخطيط وتنفيذ محتويات متعددة الوسائط عبر الشبكة، بواسطة أنماط التقنيات كلغات التوصيف المناسبة للعرض على متصفحات الإنترنت أو بقية واجهات المستخدم المبنية في الإنترنت¹".

فقد عدت هذه الفقرة الأحوال التي يتم فيها معاقبة المجرم الخبير المتخصص إذا أنشأ أو صمم الترددات والذبذبات الموسيقية الإلكترونية لمجرد إنشائها أو تصميمها بجريمة مستقلة، طبقاً للعقوبة المقررة والمبينة في النص المقترح، كما قررت الفقرة ذاتها معاقبته إذا كان القصد من الإنشاء أو التصميم هو طرحها للبيع أو التداول أو الاتجار لغير أغراض العلاج المصرح به قانوناً أو طبياً.

الطرف الثاني: وهو المروج، والذي عرضته الفقرة الثانية من المقترح، فهو الذي يعرض ويتداول هذه المادة المخدرة بأي صورة ممكنة من صور العرض سواء إلكترونياً أو بأي صورة أخرى يُستدل منها قصده على الترويج لها.

الطرف الثالث: وهو المجرم المعلوماتي في نص الفقرة الثالثة²، والذي صمم أو أنشأ موقعاً أو تطبيقاً أو وسيطاً إلكترونياً أو أجهزة معدة خصيصاً للاستماع لها، ووظف خبرته المعلوماتية بتعمد تصميمها وترويجها وبيعها والاتجار فيها أو التخزين، وتقرر معاقبته طبقاً للنص المقترح في الفقرة الثالثة.

الطرف الرابع: عدت الفقرة الرابعة من النص المقترح، المسؤولون جنائياً وهم المتعاظمون، وقسمتهم

¹ مقال بعنوان "تصميم مواقع الإنترنت"، منشور على الرابط: <https://digismark.com/ar/blogs/web-design>، تاريخ الاستفادة من الرابط: 2023/3/22م.

² مصطلح "المجرم المعلوماتي" اكتشفه الكاتب "وليم جيبسون" عام 1984م، في إحدى مؤلفاته، وهو مجرم ذو مهارة تقنية عالية ودراسة بالنظام المستخدم في الحاسوب، راجع: شوقي يعيش تمام: الجريمة المعلوماتية، دراسة تأصيلية مقارنة، سلسلة مطبوعات المخبر، الجزائر، الطبعة الأولى، كانون الثاني/يناير، 2019م، ص22.

إلى ثلاث فئات:

- 1- **المتعاطي:** وهو من استخدم الموقع أو التطبيق الإلكتروني المروج لترددات المخدرات الموسيقية الرقمية للاستماع لها لتعاطيها.
 - 2- **المدمن:** هو الشخص الذي لا يستطيع أن يكبح جماح دوافعه النفسية القوية لتناول المخدرات في أوقات متقاربة رغم إرادته ورغم محاولاته اليائسة، بحيث لا يفكر إلا في طريقة حصوله عليها فينفق وقته وماله وتفكيره كله فيها، وإذا توقف عن تناول المخدرات فجأة اضطرب كيانه النفسي والجسمي ولا يعود إلى حالته السابقة حتى يتناول جرعات متزايدة¹.
 - 3- **الحائز:** وهو من يحوز المخدر الموسيقي الرقمي على الوسيلة أو الأداة التي يستخدمها لسماعها بقصد التعاطي غير المشروع وبغير أغراض العلاج، وليس الاتجار.
- وتطبيقاً لنص المادة التجريبية المقترحة فإنها قد تساعد صانعي التشريع وتدفعهم لتجريم هذه الظاهرة، وهذه النصوص غير قاصرة على تعاطي المخدرات الموسيقية الرقمية فقط وإنما سوف تشمل أيضاً منشؤها ومنتجها وناقلها وبائعها والمروج لها.

³ صبيحة بوخدوني، وآخر: الإيمان على المخدرات الرقمية وعلاقتها بالانحراف والجريمة لدى الشباب، مجلة أنسنة للبحوث والدراسات، م11، ع1، 2020م، ص118.

الخاتمة:

إن الجريمة الحديثة لم تُعد كما هي معروفة بشكلها المعتاد، فبعض صور الجرائم أصبحت تُرتكب في عالم افتراضي لا حدود له، وتجاه هذه الطفرة في المجال التكنولوجي، والتطور المستمر في العالم الافتراضي ظهر العديد من الأنشطة الضارة بالعقل والجسم البشري ومنها ما هو موضوع بحثنا الذي انتهينا منه والمُعنون بـ "المخدرات الموسيقية الرقمية نموذجاً إلكترونياً مستحدثاً بين المشروعية والتجريم"، والذي عرضناه في مبحثين قسم كل مبحث إلى مطلبين اثنين، ثم ختمنا البحث بخاتمة ارتأينا أن نسجل فيها أهم النتائج والتوصيات.

أما المبحث الأول فقد جاء بعنوان "ماهية المخدرات الموسيقية الرقمية طبيعتها ونشأتها"، وعرضناه في مطلبين تطرقنا في المطلب الأول والمُعنون بـ "مفهوم المخدرات الموسيقية الرقمية"، إلى تعريف الألفاظ التي تكون منها هذا المصطلح المركب من النواحي اللغوية والفقهية والقانونية والطبية، ثم توصلنا إلى تعريفنا المختار لمصطلح المخدرات الموسيقية الرقمية، وفي المطلب الثاني الذي جاء بعنوان "طبيعة المخدرات الموسيقية الرقمية وتأصيلها التاريخي"، أكدنا فيه أن المخدرات الموسيقية الرقمية ليس لها خواص ملموسة، وخالية من ثمة مواد كيميائية، أما المبحث الثاني والذي جاء بعنوان "المخدرات الموسيقية الرقمية بين المشروعية والتجريم"، تناولناه في مطلبين كذلك، أما المطلب الأول فهو بعنوان "مبدأ الشرعية الجنائية وعلاقته بالمخدرات الموسيقية الرقمية"، وعرضنا فيه تاريخ هذا المبدأ في التشريع المصري وفي الدستور وقانون العقوبات، وكذلك مدى ارتباط هذا المبدأ بالمخدرات الموسيقية الرقمية، وختمنا بحثنا بالمطلب الثاني المُعنون بـ "المسؤولية الجنائية لأطراف جريمة المخدرات الموسيقية الرقمية"، والذي اقترحنا فيه نصاً جنائياً يجرم التعامل بالمخدرات الموسيقية الرقمية بأي شكل من أشكال التعامل سواء كان اتجار أو استماع أو ترويج أو إدمان، واقترحنا نصاً حددنا فيه أطراف هذه الجريمة المستحدثة، والتي تشكلت من المجرم الخبير المتخصص، والمروج، والمجرم المعلوماتي، والمتعاطون.

ولقد تبين لنا من خلال هذا البحث مجموعة من النتائج والتوصيات:

أولاً: النتائج

- 1- استنتجنا أن: الموسيقى فن وعلم يدرس ويُقن له، ومعتمداً داخل مؤسسات الدول رسمياً، وإن موضوعه عبارة عن نغمات وترددات صوتية تولدت من عزف الآلات المستخدمة في فن الموسيقى.
- 2- توصلنا إلى: وصف الرقمية بأنها نظام تقني تكنولوجي خاص بعوالم الحاسب الآلي ووسائل

الاتصال الحديث، والتي تحول الملفات والمكائنات والبيانات وغيرها من صورتها الورقية التقليدية المعروفة إلى ملفات ووسائط إلكترونية مقروءة أو مسموعة حسب نوع المادة أو الملف، ومن ثم إمكانية نقلها عبر شبكة المعلومات العالمية.

3- استنتجنا: تعريفاً للمخدرات الموسيقية الرقمية وأنها وسيط أو تطبيق إلكتروني يُصدر ترددات أو ذبذبات موسيقية متباينة، ذات تأثير على الدماغ من خلال سماعها بالأذن، قد تصيب المستمع بتأثيرات ماسة بوظائف العقل محدثةً اضطراباً وخللاً نفسياً، وقد تصيبه بالإدمان.

4- توصلنا إلى أن: المخدرات الموسيقية الرقمية ليس لها خواص ملموسة، وكذلك خلوها من أي مواد كيميائية تدفع متعاطيها لتناولها بالحقن أو الشم أو البلع؛ لأنها مخدر افتراضي غير ملموس، سهل الحصول عليها لتكلفته البسيطة وسعره الزهيد عند شرائه، سيما أنه متاح على وسائل الإنترنت والمواقع الإلكترونية وغير مُجرّم حتى الآن، الأمر الذي يجعل مكافحته صعبة.

5- المخدرات الموسيقية الرقمية وإن كانت غير ملموسة إلا أنها تشغل حيزاً مادياً في الفضاء السبيرياني، وهو الذبذبات والترددات الإلكترونية والتي تمثل محل الجريمة والشرط المفترض فيها، والذي يكون على شكل موسيقى مؤلفة خصيصاً لغرض تعاطيها وإدمانها كمخدرٍ مستحدث، بنقله للصفات المشابهة لتأثير المخدرات التقليدية لتغزو الجسم من خلال سماعها بواسطة سماعات توضع في الأذن.

6- تبين لنا: خلو النصوص التشريعية المصرية من نصوص قانونية تناولت ظاهرة المخدرات الموسيقية الرقمية من حيث بيان أحكامها أو ماهيتها أو تجريمها أو مشروعيتها، الأمر الذي يُستدل منه على عدم معالجة المشرع المصري لموضوع المخدرات الموسيقية الرقمية، سواء كان السلوك هو الترويج أو التعاطي أو الإدمان أو البيع.

7- لم يضع المشرع المصري المخدرات الموسيقية الرقمية في قالب قانوني يُستدل منه تجريمها أو مشروعيتها الاستثنائية بإباحتها، وتطبيقاً لمبدأ شرعية الجرائم والعقوبات، وبسبب غياب التوصيف العلمي لماهية المخدرات الموسيقية الرقمية، فإن ما يقع من سلوك إنساني من الفاعل سواء كان منشأً لمواقع إلكترونية لبيع المخدرات الموسيقية الرقمية أو مروجاً أو متاجراً أو متعاطياً أو مدمناً، لا يخضع لنص تجريمي أو عقابي، بالتالي يُعد سلوكاً مشروعاً مشروعاً عادية لخضوعه لمبدأ "لا جريمة ولا عقوبة إلا بقانون"، ما يؤدي إلى إفلات العديد من الجناة من العقاب بسبب عدم تجريم هذه الظاهرة.

8- استنتجنا أنه: لا يمكن تطبيق أحكام قانون جريمة المخدرات ومكافحتها بالقانون رقم 182 لسنة 1960م، حيث إنه تناول المواد المخدرة بشكلها التقليدي كالحشيش والهيروين والأفيون ووضع

تعريفاً لها وتناول أحكامها وتجريمها وعقوبتها، ولم يتعرض لموضوع المخدر الرقمي الذي يُتعاطى من خلال الاستماع، أضف إلى ذلك استحالة تحريمها بخلاف المخدر التقليدي.

ثانياً: التوصيات

1- نوصي بإضافة لفظ "الموسيقية" إلى مصطلح "المخدرات الرقمية" ليصبح "المخدرات الموسيقية الرقمية"، حيث إن إضافة لفظ "الموسيقية" له هو الأقرب للدقة؛ نظراً لطبيعة وشكل المخدر الافتراضي الذي يُتعاطى من خلال الوسائط الإلكترونية التي تتكون من ذبذبات موسيقية.

2- نعيبُ على المشرع المصري الذي سار على نهج العديد من التشريعات العربية الأخرى التي لم تتعرض لهذا الموضوع إلى أنه، لم يفتن إلى الآن إلى الخطر الذي قد ينتج عن المخدرات الموسيقية الرقمية، رغم حالة التحول الرهيب إلى عالم الرقمية والوسط الافتراضي وما ينجم عنه من سلبيات قد تضر الأفراد والأسر، وناشد المشرع المصري بأن يسخر جهوده في سن تشريع على وجه السرعة، فعال وراوع ومواكب للتطورات التكنولوجية في الوسط الإلكتروني الافتراضي يوائم ويتلاءم مع الجرائم المستدثة الناتجة عنه، وأن يجرم عدة أفعال والتي من الأهمية بمكان وجوب تجريمها، ومنها على سبيل الذكر:

أ- حظر إنشاء وتصميم الموسيقى المخدرة الرقمية.

ب- حظر برمجة وتصميم المواقع الإلكترونية المروجة للمخدرات الموسيقية الرقمية، ومعاكبة المتعاطين والمدمنين والحائزين.

ج- حظر تصنيع وبيع الأدوات المستخدمة في تعاطي المخدرات الموسيقية الرقمية.

د- رصد وحجب المواقع المروجة للمخدرات الموسيقية الرقمية، وضرورة تقرير ضبطية خاصة بالمخدرات الموسيقية الرقمية نظراً لذاتيتها.

3- نناشد المشرع المصري باستحداث جريمة جديدة تسمى جريمة المخدرات الموسيقية الرقمية، وأن يبين الوضع القانوني لظاهرة المخدرات الموسيقية الرقمية، مبيناً مفهومها وأحكامها محدداً أطراف هذه الجريمة والمساهمين فيها وكذلك الأنشطة التي تشكل عملاً إجرامياً، بوضعه العقوبات الواجبة واللائمة.

4- نناشد المشرع المصري بإصدار تشريع يحدد المسؤولين جنائياً عن ظاهرة المخدرات الموسيقية الرقمية، حيث تعدد المساهمين فيها، وقد اقترحنا نصاً قانونياً لتجريم المخدرات الموسيقية الرقمية، والذي نوصي ونناشد المشرع الجنائي المصري النظر إليه عند سنه تشريعاً جديداً يوجه هذه الظاهرة، وبيناً في المقترح أطرافها، وهم على النحو الآتي:

الطرف الأول: المجرم الخبير المتخصص، الطرف الثاني: المروج، الطرف الثالث: المجرم

المعلوماتي، الطرف الرابع: المتعاطون، وقسمناهم بناءً على النص المقترح إلى ثلاث فئات: (أ- المتعاطي، ب- المدمن، ج- الحائز).

5- نوصي بأن يكون السلوك الإجرامي طبقاً للنص المقترح في ظاهرة المخدرات الموسيقية الرقمية، والمُشكِل لعنصر الركن المادي فيها أن يتمثل في فعل التعاطي أو الإدمان أو الشراء أو الترويج لها أو البيع أو صناعة المواقع المروجية لها أو الاستماع أو شراء الأجهزة التكنولوجية المخصصة للاستماع لها، وأن الركن المعنوي فيها هو إرادة الجاني في إحداث السلوك الإجرامي وعلمه بأن هذا السلوك يشكل جريمة.

قائمة المراجع:

أولاً: الدساتير

- الدستور المصري 2014م.

ثانياً: القوانين

- قانون العقوبات المصري رقم 58 لسنة 1937م.

- القانون المصري رقم 182 لسنة 1960م، في شأن مكافحة المخدرات وتنظيم استعمالها والاتجار فيها.

- القانون الاتحادي الإماراتي رقم 14 لسنة 1995، بشأن مكافحة المواد المخدرة والمؤثرات العقلية.

- القانون الجزائري رقم 18/4 لسنة 2004م، المتعلق بالوقاية من المخدرات والمؤثرات العقلية وقمع الاستعمال والاتجار غير المشروعين بها.

- القانون الفلسطيني رقم 18 لسنة 2015م، بشأن مكافحة المخدرات والمؤثرات العقلية.

ثالثاً: مراجع اللغة العربية:

1- المعاجم اللغوية والقواميس والموسوعات الفقهية:

أ- المعاجم:

- أبو الفضل جمال الدين محمد: لسان العرب ابن منظور، طبعة دار المعارف، المجلد الخامس، المجلد الثالث.

- أحمد بن محمد علي المقرئ الفيومي: المصباح المنير في غريب الشرح الكبير للرافعي، دار المعارف، دون رقم طبعة، دون سنة نشر.

- أحمد محمد مختار:

- معجم اللغة العربية المعاصرة، عالم الكتب، القاهرة، الطبعة الأولى، 1429هـ-2008م، الجزء الثاني.

- معجم اللغة العربية المعاصرة، عالم الكتب، القاهرة، الطبعة الأولى، 1429هـ-2008م، الجزء الثالث.

- المعجم الوسيط: الطبعة الثالثة، دون تاريخ، دون دار نشر، الجزء الأول.

- لويس معلوف: المنجد في اللغة، الناشر المطبعة الكاثوليكية، بيروت، لبنان.

- محمد مرتضى الحسيني الزبيدي: تاج العروس من جواهر القاموس، تحقيق: عبد الكريم الغرباوي،

راجعته: عبد الستار أحمد فراج، مطبعة حكومة الكويت، 1392هـ - 1972م، الجزء الحادي عشر.

ب- القواميس:

- عبد العزيز اللبدي، القاموس الطبي العربي، دار البشير للنشر والتوزيع، عمان، الأردن، الطبعة الأولى، 1425هـ - 2005م.

- قاموس (أنتولوجي Ontology)، الرابط: <https://tinyurl.com/4tne7zz2>

ج- الموسوعات:

- أحمد محمد كنعان، الموسوعة الطبية الفقهية، (موسوعة جامعة للأحكام الفقهية في الصحة والمرض الممارسات الطبية)، تقديم: الدكتور/ محمد هيثم الخياط، دار النفائس، بيروت، لبنان، الطبعة الأولى، 1420هـ - 2000م.

د- المراجع الفقهية العامة:

- أبو عبد الله محمد بن أحمد الخوارزمي، مفاتيح العلوم، إدارة الطباعة المنيرية، مطبعة الشرق، دون تاريخ طبع.

- محمد بن حسين بن عبد الصمد الحارثي العاملي الهمذاني، التشكول، المحقق، محمد عبد الكريم النمري، دار الكتب العلمية، بيروت، لبنان، الطبعة الأولى، 1418هـ - 1998م، ج2.

رابعاً: المراجع القانونية:

أ- مراجع عامة:

- أحمد فتحي سرور، الوسيط في قانون العقوبات، القسم العام، الجزء الأول، دار النهضة العربية، 1981م.

- عبد الفتاح الصيفي، جلال ثروت: القسم العام في قانون العقوبات، 2005، المجلد الأول.

- محمد زكي أبو عامر، قانون العقوبات، القسم العام، منشأة المعارف، الإسكندرية، 1993م.

- محمد مرعي صعب، جرائم المخدرات، منشورات زين الحقوقية، بيروت، لبنان، الطبعة الأولى، 2007م.

- محمود محمود مصطفى، شرح قانون العقوبات، القسم الخاص، دار النهضة العربية، 1975م.

- محمود نجيب حسني، شرح قانون العقوبات، القسم العام، النظرية العامة للجريمة، دار النهضة العربية، 1962م.
- مدحت محمد عبد العزيز إبراهيم، قانون العقوبات، القسم العام، النظرية العامة للجريمة، الجزأين الأول والثاني.
- ب- مراجع متخصصة:
- شوقي يعيش تمام، الجريمة المعلوماتية، دراسة تأصيلية مقارنة، سلسلة مطبوعات المخبر، الجزائر، الطبعة الأولى، كانون الثاني/يناير، 2019م.
- عبد الله بن محمد بن أحمد الطيار، المخدرات في الفقه الإسلامي، السعودية، 1411هـ-1990م، الجزء الأول.
- علي بن صفهان، المخدرات الرقمية بين الوعي والوقاية، دار اليمامة، 2017م.
- نسرین عبد الحمید نبیه، هل يجوز اللجوء إلى التنويم المغناطيسي والعقاقير المخدرة كوسيلة لاستدراج المتهم لمعرفة الحقيقة أثناء التحقيقات، مكتبة الوفاء القانونية، الإسكندرية، مصر، الطبعة الأولى، 2010م.
- خامساً: المقالات والندوات:
- أ- المقالات في المجالات:
- أحمد عبد الصبور الدجاوي، التحدي الإلكتروني وخطر الإدمان الرقمي، المجلة المصرية للدراسات القانونية والاقتصادية، ع8، كانون الأول/ديسمبر، 2016م.
- بشائر مولود توفيق، المخدرات الرقمية (طبيعتها ومخاطرها)، مجلة نسق صادرة عن الجمعية العراقية للدراسات التربوية والنفسية، العراق، مجلد 33، ع2، 30 آذار/مارس 1433هـ-2022.
- جبيري ياسين: المخدرات الرقمية، مجلة الشريعة والاقتصاد، جامعة الأمير عبد القادر، قسنطينة، ع8، 2015م.
- خالد محمد شعبان، ظاهرة إدمان المخدرات الصوتية الرقمية بين الفقه الإسلامي وأهل الخبرة "دراسة مقارنة عند المعاصرين"، مجلة كلية الشريعة والقانون بتفهننا الأشراف، المجلد 21، العدد 2، 30 نيسان/أبريل 2019م.
- داودي نبيلة، الإدمان على المخدرات الرقمية: عواملها وطرق الوقاية والحد منها، مجلة

- الرواق للدراسات الإنسانية والاجتماعية، ع1، مجلد8، 2022م.
- صبيحة بوخدوني، وآخر: الإدمان على المخدرات الرقمية وعلاقتها بالانحراف والجريمة لدى الشباب، مجلة أنسنة للبحوث والدراسات، م11، ع1.
 - عائشة عبد الله السعدي، محمد سليمان النور: المخدرات الرقمية وآثارها على مقصد العقل: دراسة مقاصدية، مجلة البحوث العلمية والدراسات الإسلامية، كلية العلوم الإسلامية، الجزائر، 1440هـ- الموافق 2019م، السادس الثاني، المجلد 11، العدد 4.
 - عبد العزيز بن فهد بن محمد بن داود، الجرائم السيبرانية، دراسة تأصيلية مقارنة، مجلة الاجتهاد للدراسات القانونية والاقتصادية، صادرة عن معهد الحقوق والعلوم السياسية بالمركز الجامعي لتامنغست، الجزائر، المجلد 19، العدد 3، 2022.
 - عمر عبد المجيد مصبح: الإشكالات الجزائرية في تكييف المخدرات الرقمية، مجلة القانون والمجتمع، ع9، حزيران/ يونيو 2017م.
 - ميسوم ليلي، المخدرات الرقمية، ظهور إدمان جديد عبر شبكة الإنترنت، مجلة جيل العلوم الإنسانية والاجتماعية، مركز جيل البحث العلمي، الجزائر، س3، ع21، حزيران/ يونيو 2016م.
 - هشام السيد عطية الجنائني، النقر متباين التردد في الأذنين (binaural beats) واستخداماته، دراسة فقهية معاصرة، حولية كلية الدراسات الإسلامية، كلية الدراسات الإسلامية للبنين بأسوان، جامعة الأزهر، ع3، ج 2، جمادى الأولى 1442هـ- كانون الأول/ ديسمبر 2020م.
- ب- المقالات في الندوات:**
- خالد كاظم أبو دوح، المخدرات الرقمية، مقاربة للفهم، بحث بندوق "المخدرات الرقمية وتأثيرها على الشباب العربي"، الفترة من 9-7/5/1473هـ - 18-16/2/2016م، جامعة نايف العربية للعلوم الأمنية، الرياض، السعودية.
 - رضا إسماعيل رضوان، المخدرات الرقمية، تتلاعب بأدمغة النشء، مقال منشور بمجلة الوعي الإسلامي، وزارة الأوقاف والشؤون الإسلامية، س52، ع604، ذو الحجة 1436هـ- أيلول/ سبتمبر - تشرين الأول/ أكتوبر 2015م.

ج- المقالات على مواقع الإنترنت:

- مقال بعنوان "تصميم مواقع الإنترنت"، منشور على الرابط:
<https://digitsmark.com/ar/blogs/web-design>
 - مقال بعنوان "على قيد الموسيقى، هل بإمكان الموسيقى معالجة أمراض عجز عنها الطب"، منشور على الرابط الإلكتروني: <https://tinyurl.com/unbpcffv>
 - صلاح الناجم، ندوة بعنوان "المخدرات الرقمية وغياب التشريع والبحث العلمي"، منشور بجريدة الأنباء الكويتية الإلكترونية، في 2014/11/26م، على الرابط:
<https://tinyurl.com/y5uxafhw>
 - عبد الناصر كعدان، العلاج بالموسيقى في الطب العربي، بحث منشور على الرابط الإلكتروني:
http://www.ishim.net/islam/ankmusic2.htm#_edn3
- سادساً: الاتفاقيات الدولية:

- الاتفاقية الوحيدة للمخدرات لسنة 1961م، بصيغتها المعدلة ببروتوكول سنة 1972م، اعتمدت الأمم المتحدة هذه الاتفاقية في نيويورك في المؤتمر المنعقد في الفترة من 24-25 آذار/ مارس 1961م، وعدلت هذه الاتفاقية في مؤتمر الأمم المتحدة بموجب بروتوكول سنة 1972م، في جنيف في الفترة من 6-24 آذار/ مارس 1972م.
 - اتفاقية الأمم المتحدة لمكافحة الاتجار غير المشروع في المخدرات والمؤثرات العقلية سنة 1988م، اعتمدت الأمم المتحدة هذه الاتفاقية في فيينا بالنمسا في المؤتمر المنعقد في الفترة من 25 تشرين الثاني/ نوفمبر إلى 20 كانون الأول/ ديسمبر 1988م.
 - الاتفاقية العربية لمكافحة الاتجار غير المشروع بالمخدرات والمؤثرات العقلية لسنة 1994م، اعتمدت هذه الاتفاقية في تونس بتاريخ 1994/1/5م، في الدورة رقم (11) لمجلس وزراء الداخلية العرب، واعتمدها مصر في غرة رجب 1415هـ - 4 كانون الأول/ ديسمبر 1994م.
- سابعاً: الوثائق والتقارير الدولية:

- قرار الجمعية العامة للأمم المتحدة المتعلق بالتعاون الدولي ضد مشكلة المخدرات العالمية، رقم (54/132) في 2000، بالدورة 54 (1999-2000) الجمعية الوطنية للأمم المتحدة.

ثامناً: المراجع باللغة الأجنبية:

أ- المراجع باللغة الفرنسية:

- Les Ouvrages:
- -MAESTRACCI, N: les drogues. Alger: ITCIS Editions, 2005.
- Les thèses:
- 1-Marlot Anthony: Les drogues numériques et ondes binaurales: I-Doser, phénomène de mode ou réel danger ? mémoire en vue de l'obtention du diplôme d'Etat d'audioprothésistes », faculté de pharmacie université de Lorraine, 2012.
- Les articles:
- 1-Charlotte Walsh, M.Phil:Drugs, the Internet and Change, Journal of Psychoactive Drugs, Volume 43, 2011 , Issue 1, April, 2011.
- 2-Patrick A. McConnell,Eric L. Garland,Brett Froeliger, et al.: Auditory driving of the autonomic nervous system: Listening to theta-frequency binaural beats post-exercise increases parasympathetic activation and sympathetic withdrawal, Front, Psychol, 14 November 2014, Volume 5, 2014.
- Actes de colloques:
- -ROSINA CATERINA FILIMON: Beneficial Subliminal Music: Binaural Beats, Hemi-Sync and Metamusic, "Proceedings of the 11th WSEAS International Conference on ACOUSTICS & MUSIC: THEORY & APPLICATIONS" (AMTA '10), "G. Enescu" University, Iasi, Romania, June 13-15, 2010.
- Articles de press:
- o Mireille Vergucht: Inquiétudes autour des drogues musicales,(En ligne):<https://tinyurl.com/r66u59nt>.
- Autres:
- -KUNY Terry: Introduction aux technologies et aux problèmes de lanumérisation, Flash Réseau,(En ligne):<https://tinyurl.com/583hwe6v>.

ب- المراجع باللغة الإنجليزية:

- Books:
- o Huei-Chuan Sung: Familiar Music Listening with Binaural Beats for Older People with Depressive Symptoms in Retirement Homes, Neuropsychiatry (London) (2017) 7(4).
- Article:
- o Patrick A. McConnell,Eric L. Garland,Brett Froeliger, et al.: Auditory driving of the autonomic nervous system: Listening to theta-frequency binaural beats post-exercise increases parasympathetic activation and sympathetic withdrawal, Front, Psychol, 14 November 2014, Volume 5, 2014.
- International Conferences:

- **Mihai Aniței, Mihaela Chraif:** The influence of digital drugs on young perception, International Conference, The Future of Education, Florence, Italy, 16-17 June, 2011, (*puplished on*): <https://tinyurl.com/3dyduakt>.
- The Eleventh International Congrees For Penal Law, Budapest, 9 september, 1974, Published in the International Journal ofCriminal Law, Volume 86, Number 1, 2015, ERES Editions, (*Published on*): <https://tinyurl.com/yc69puxv>.
- **International Conventions:**
 - The International Drug Control Conventions, Single Convention on Narcotic Drugs of 1961, as amended by the 1972 Protocol, (*puplished on*): <https://tinyurl.com/4byet66x>.
 - The International Drug Control Conventions, United Nations Convention against Illicit Traffic in Narcotic Drugs and Psychotropic Substances OF 1988, *puplished on*): <https://tinyurl.com/4byet66x>.
- **Dictionaries:**
 - **Merriam-Webster:** «"Cyber. The Merriam-Webster.com Dictionary Merriam-Webster Inc» *puplished on*: <https://www.merriam-webster.com/dictionary/cyber>.
- **Websites:**
 - **Gerald Oster:** Auditory Beats in the Brain, October 1, 1973, (*puplished on*): <https://tinyurl.com/mr29hyau>.

ضمانات المتهم في مرحلة ما بعد المحاكمة
دراسة مقارنة
في ضوء التشريعات الفلسطينية والمعايير الدولية " نظام روما
الأساسي "

*Post-trial guarantees for the accused
A comparative study
In view of Palestinian legislation and international
standards "the Rome Statute"*

د. سعيد أبو فاره

الجامعة العربية الأمريكية – فلسطين.

ضمانات المتهم في مرحلة ما بعد المحاكمة

دراسة مقارنة

في ضوء التشريعات الفلسطينية والمعايير الدولية " نظام روما الأساسي "

Post-trial guarantees for the accused

A comparative study

In view of Palestinian legislation and international standards "the Rome Statute"

د. سعيد أبو فاره

الجامعة العربية الأمريكية – فلسطين.

Saced.abufara@aaup.edu

تاريخ النشر: 2024-01-07

تاريخ القبول: 2023-10-27

تاريخ الاستلام: 2023-07-24

DOI: <https://doi.org/10.70411/MJLS.2.1.202466>

الملخص:

عندما يرتكب المتهم جريمة أو أي سلوك أو أي فعل مجرم، ينشأ حينئذ حق الدولة في العقاب، والوسيلة الوحيدة لاستيفاء هذا العقاب تتمثل في الدعوى الجزائية، وبالتالي فإن قانون الإجراءات الجزائية وجد من أجل تنظيم وتنفيذ قانون العقوبات وعليه كان لا بد من وجود ضمانات للمتهم في كافة مراحل المحاكمة، والتي كفلتها المواثيق الدولية والتشريعات الوطنية من أجل الوصول لمحاكمة عادلة ونزيهة ومحيدة، ومن هنا كان لزاما بيان الضمانات الخاصة بالمتهم في مرحلة ما بعد المحاكمة والتي تضمنتها المواثيق والمعايير الدولية، وقد سعى المشرع الفلسطيني إلى تكريس هذه الضمانات بموجب قواعد قانونية يجب على المحكمة احترامها وتطبيقها بشكل سليم. ولذا سيتم توضيح الضمانات التي كفلها القانون ونص عليها لغايات تطبيقها وصولاً لمحاكمة عادلة، وسنسلط الضوء على ضمانات المتهم كأساس المحاكمة العادلة، وبيان ضمانات المتهم الواردة في المعايير الدولية وميثاق روما، وكذلك الضمانات بموجب القانون الأساسي الفلسطيني، وفي نفس السياق توضيح الضمانات الواردة في قانون الإجراءات الجزائية الفلسطيني، وذلك من خلال تسليط الضوء على هذه الضمانات وعلى نصوصها القانونية.

وبالنظر ل ضمانات المتهم في مرحلة ما بعد المحاكمة نجدها جميعها ضمانات مقررة في التشريع الفلسطيني ومستقرة لدى المعايير الدولية باختلاف مصادرها، وأيضاً مستقرة في نظام روما الأساسي (النظام الأساسي للمحكمة الجنائية الدولية).

الكلمات المفتاحية: المحاكمة العادلة، المواثيق التشريعية، ميثاق روما، قانون الإجراءات الجزائية الفلسطيني، القانون الجنائي الدولي.

Abstract:

When the accused commits a crime or engages in any criminal conduct or action, the state's right to administer punishment is invoked. The primary avenue for exacting this punishment is through a criminal case. Therefore, the Code of Criminal Procedure exists to regulate and implement the provisions of the Penal Code. Consequently, it is imperative to establish guarantees for the accused at all stages of the trial. These safeguards are stipulated by international charters and national legislation to facilitate a just, equitable, and impartial trial. It was thus necessary to delineate the protections available to the accused in the post-trial stage, as endorsed by international charters and standards. The Palestinian legislator has endeavored to enshrine these protections within the principles of legality, which the court is obligated to respect and judiciously apply. This analysis underscores the fundamental importance of ensuring fair trial guarantees for the accused, elucidating the protections outlined in international standards and the Rome Statute, alongside those embodied in the Palestinian Basic Law. Concurrently, this discussion seeks to clarify the assurances embedded in the Palestinian Code of Criminal Procedure by spotlighting these guarantees and their corresponding legal texts. Examining the protections afforded to the accused in the post-trial stage, we discern that they are firmly anchored in Palestinian legislation, aligning seamlessly with international standards from various sources and upheld in the Rome Statute (the statute of the International Criminal Court).

Keywords: fair trial, legislative harmonization's, the Rome Statute, the Palestinian Criminal Procedure Code, international criminal law.

المقدمة:

من أهم ما تسعى إليه البشرية منذ القدم هو تحقيق العدالة في المجتمع، ولا يمكن التوصل لهذه العدالة إلا بتوفير قضاء مستقل وعادل يفصل في النزاعات التي تحصل بين الأفراد، وتمثل المحاكمة الجزائية أمام القضاء المرحلة النهائية للدعوى الجزائية، حيث يتحدد في هذه المرحلة مصير المتهم في تقدير وتمحيص الأدلة بشكل نهائي. كما أن طابعها قضائي بحت فالاختصاص به للقضاء وحده دون سواه، لذلك لا بد للمتهم من ضمانات حقيقية تحرص على رعايتها وكفالتها واحترامها الدساتير والتشريعات والمواثيق الدولية. ولكون الإجراءات التي تتم في هذه المرحلة كثيراً ما يتعلق بها حق المتهم للحصول على محاكمة عادلة والتي تعد جزءاً من الحريات الفردية التي أولتها عناية خاصة، ووصف لها الأحكام والقواعد الخاصة بتنظيمها. فنجد أن هناك أحكاماً تتعلق بحقوقه وضماناته في مرحلة ما قبل المحاكمة، وضمانات تتعلق بحقوقه في أثناءها، وفي نفس السياق وزيادة في الحرص على حماية الفرد والحفاظ على حقوقه وحرياته وضع المشرع ضمانات وحقوق يتمتع بها المتهم حتى بعد انتهاء محاكمته؛ وذلك للحصول على أقرب ما يكون للمحاكمة العادلة.

والمحاكمة العادلة هي مفهوم نسبي، إلا أن التحليل القانوني لهذا المفهوم يجعلنا نؤكد أنها المحاكمة التي احترمت فيها القواعد الشكلية والموضوعية والضمانات المنصوص عليها في القانون، حيث ظهر هذا المصطلح بعد الحرب العالمية الثانية عبر مواثيق الأمم المتحدة، لكل إنسان على قدم المساواة التامة مع الآخرين، الحق في أن تنظر قضيته محكمة مستقلة ومحايدة، نظراً منصفاً وعلنياً، للفصل في حقوقه والتزاماته وفي أية تهمة جزائية توجه إليه. ويعد موضوع ضمانات المتهم في المحاكمة العادلة من المواضيع المهمة، لأن غايته تبصير الجميع بما يتمتع به الإنسان عند إخضاعه للتحقيق (ما قبل المحاكمة، وفي أثناء المحاكمة، وأيضاً في مرحلة ما بعد المحاكمة).^[1] كما يعد الحق في المحاكمة العادلة حقاً من الحقوق الأساسية للإنسان، ومع تطور فكرة العدالة بحد ذاتها وازدياد الاهتمام بهذا الحق ولا سيما بعد الحرب العالمية الثانية حيث توجهت إرادة الدول الموقعة على ميثاق الأمم المتحدة إلى إصدار إعلان يهتم بحقوق الإنسان عام (1948)، وسمي بالإعلان العالمي لحقوق الإنسان والذي أكد بوضوح على الحق في المساواة والحق في الحياة والحرية والأمان، و الحق في عدم الخضوع لأي تعذيب، وأيضاً من بين الحقوق التي نص

¹. التائب، محمد علي محمد، ضمانات المحاكمة العادلة، أبحاث ندوة دولة القانون، البحث 19، صفحات (257 - 281)،

سرت، جامعة سرت، كلية القانون، 2013.

عليها الإعلان العالمي لحقوق الإنسان الحق في المحاكمة العادلة وقد ورد النص عليها في المواد (7 ، 8 ، 9 ، 10 ، 11) وقد أكدت جميعها على حق المساواة واللجوء إلى المحاكم التي يجب أن تكون مستقلة، وعدم اعتقال أي شخص تعسفاً، واعتبار المتهم بريئاً حتى تثبت إدانته في محاكمة علنية توفر جميع الضمانات لحق الدفاع.¹

ويعد الحق في محاكمة جنائية عادلة او منصفة هو حق من صميم حقوق الإنسان، ويأتي من حيث أهميته مباشرة بعد الحق في الحياة، وهو حق لا يمكن تقييده تحت أية ذريعة فهو حق طبيعي للإنسان بوصفه إنساناً، فهو يهدف لحماية كيان الإنسان المادي والمعنوي، سواء أكان مشتبهاً فيه أم متهماً، فاعلاً أصلياً أم مساهماً أم مشاركاً في الفعل الإجرامي، شخصاً طبيعياً أو اعتبارياً.²

وهذه الضمانات تهدف إلى حماية حقوق الإنسان المادية والمعنوية منذ لحظة القبض عليه واحتجازه وفي أثناء محاكمته وحتى عند الانتهاء من محاكمته، حيث كفلت له حق الطعن والاعتراض على الحكم الصادر ضده.³ فضمانات المحاكمة العادلة تطورت عبر الأزمان، وتعددت الآراء حول نشأة فكرة حقوق الإنسان.

كما اختلفت التعريفات حول مضمون حق المتهم في محاكمة عادلة وطبيعية.⁴ ولذا عرف الفقهاء المحاكمة الجزائية على أنها " المرحلة الثانية من مراحل الدعوى الجنائية وهي المرحلة الأساسية والتي أنشئت المرحلة الأولى (التحقيق الابتدائي) لخدمتها، كما تقررت لخدمتها أيضاً الإجراءات السابقة على مرحلتها الدعوى الجنائية، وهي مرحلة جمع الاستدلال فإن كان ما استقر عليه التحقيق يفصح عن وجود

¹الصادق، محمد رشاد محمد، ضمانات المتهم في مرحلة المحاكمة، مجلة حقوق حلوات للدراسات القانونية والاقتصادية، مصر، جامعة حلوان، كلية الحقوق.

²البريكي، محمد صالح سالم هادي، ضمانات المحاكمة العادلة أمام قضاء الحكم، مجلة القانون المغربي، ص (69-77)، دار السلام للطباعة والنشر، 2021.

³بلباي، إكرام، ضمانات المحاكمة العادلة في المعايير الدولية، مجلة القانون الدستوري والمؤسسات السياسية، عدد 6، مجلد 1، صفحات (158 - 184)، الجزائر، جامعة عبد الحميد بن باديس مستغانم، كلية الحقوق والعلوم السياسية، مخبر القانون الدستوري والحكم الراشد، 2022.

⁴الحنيفات، عمار رجا، ضمانات المحاكمة العادلة في التشريع الجزائري الأردني (دراسة مقارنة وتطبيقية للمعايير الدولية على إجراءات الدعوى الجزائية)، ط1، الأردن، مرسال الحديثة ناشرون وموزعون.

أساس جيد لتقديم الدعوى للمحاكمة يمكن أن تبدأ مرحلة المحاكمة " ¹. وعرفها آخرون على أنها " مجموعة من الإجراءات تستهدف تحييص أدلة الدعوى جميعها ما كان منها ضد مصلحة المتهم، وما كان في مصلحته أو تهدف بذلك إلى تقصي الحقيقة الواقعية والقانونية في شأنها ثم الفصل في موضوعها إما بالإدانة أو البراءة. " ² سنتناول هذه الضمانات والضوابط في ظل عصر التنظيم الدولي من خلال الاتفاقيات الدولية العالمية أو الإقليمية والتي تشكل بدورها الشرعة الدولية: (العهد الولي الخاص بالحقوق المدنية والسياسية ³. بالإضافة للمعايير التي ليس لها صفة المعاهدة منها " الإعلان العالمي لحقوق الإنسان ⁴، المبادئ الأساسية بشأن استقلال السلطة القضائية، المبادئ التوجيهية بشأن دور أعضاء النيابة العامة، المبادئ الأساسية بشأن دور المحامين".

إشكالية الدراسة:

حاول الباحث الإجابة على مجموعة من الأسئلة التي تشكل الإشكالية العلمية لهذا البحث، والتي تتمثل في ماهية ضمانات المحاكمة العادلة في التشريع الفلسطيني والمعايير الدولية؟ وما هي ضمانات المتهم في مرحلة ما بعد المحاكمة أمام المحكمة الجنائية الدولية؟

أهمية الدراسة:

تكمن أهمية الدراسة في تأصيل وتحليل النصوص القانونية التي تتعلق بضمانات المتهم في أثناء المحاكمة وخصوصاً في أثناء مرحلة ما بعد المحاكمة، وسنتناول ضمانات المتهم في مرحلة ما بعد المحاكمة الواردة في التشريع الفلسطيني بالإضافة إلى ضماناته حسب المعايير الدولية وأمام المحكمة الجنائية الدولية. وفي نفس السياق تظهر أهمية الدراسة إلى توضيح المواءمات التشريعية بين حقوق المتهم في ظل التشريعات الفلسطينية والنظام الأساسي للمحكمة الجنائية الدولية. كما تتجسد أهمية هذه الدراسة على المستويين النظري (العلمي) والتطبيقي (العملي)، نبين ذلك على النحو الآتي:

¹. مهدي، عبد الرؤوف، شرح القواعد العامة للإجراءات الجنائية في ضوء التعديلات الدستورية، 18 يناير 2014، دار النهضة العربية، القاهرة، 2015.

². حسني، محمود نجيب، شرح قانون الإجراءات الجنائية وفقاً لأحدث التعديلات التشريعية، ط 4، ج 2، دار النهضة العربية، القاهرة، 2011.

³. العهد الولي الخاص بالحقوق المدنية والسياسية: هي اتفاقية صادرة عن الجمعية العامة للأمم المتحدة بقرارها 220 أثناء اجتماعها في دورة الانعقاد العادي.

⁴. صدر هذا الإعلان بقرار من الجمعية العامة للأمم المتحدة رقم 217 في دورة انعقاده الثالثة بتاريخ 1/12/1948.

فيما يتعلق بالأهمية النظرية (العلمية)، فهي تتمثل في كون موضوع ضمانات المتهم في مرحلة ما بعد المحاكمة من المواضيع التي لم تحظ باهتمام كاف من قبل القوانين العربية والدولية، وعليه تمثل هذه الدراسة محاولة متواضعة لإثراء المكتبة القانونية والمساهمة قدر الإمكان في تغطية بعض جوانب النقص والضعف في البحوث المتخصصة في ضمانات المتهم في مرحلة ما بعد المحاكمة. أما فيما يتعلق بالأهمية العملية أو التطبيقية، فتتمثل من وجهة نظر الباحث في ضرورة وأهمية معرفة مدى فعالية النصوص القانونية النازمة في فلسطين، في توفير الضمانات الكافية للمتهمين في مرحلة ما بعد المحاكمة، وإلى أي حد تستطيع النصوص الجنائية الموضوعية والإجرائية في تحقيق هذه الغاية، والتطرق إلى مدى بروز الحاجة لإجراء تعديلات تشريعية بما يتلاءم مع مقتضيات النظام الأساسي للمحكمة الجنائية الدولية.

أهداف الدراسة:

يهدف البحث إلى التعريف بضمانات المحاكمة العادلة، وتقديم رؤية قانونية متكاملة حول ضمانات المتهم تنفيذاً للأحكام الصادرة عن المحكمة الجنائية الدولية من خلال استعراض بعض نصوص نظامها الأساسي. كما يتوخى الباحث عند الانتهاء من هذه الدراسة تحقيق مجموعة من الأهداف، يمكن إجمالها على النحو الآتي:

1. إلقاء الضوء على طبيعة ضمانات المتهم في مرحلة ما بعد المحاكمة في التشريع الفلسطيني، ومقارنتها مع الضمانات المقررة بموجب نظام روما الأساسي.
2. التعرف على الأحكام الموضوعية والإجرائية النازمة لضمانات المتهم في مرحلة ما بعد المحاكمة، في التشريع الفلسطيني والنظام الأساسي للمحكمة الجنائية الدولي.
3. توضيح المواءمات التشريعية بين الأحكام القانونية في ميثاق روما وبين التشريعات الفلسطينية.

منهجية الدراسة:

استخدم الباحث المنهج الوصفي التحليلي لهذه الدراسة والتي تقوم على وصف وتحليل النصوص القانونية المختلفة، والتي تتعلق بضمانات المتهم في مرحلة ما بعد المحاكمة. ويركز الباحث على ضمانات المتهم فيما بعد المحاكمة الواردة في النصوص القانونية الواردة في التشريع الفلسطيني وأيضاً النصوص الواردة في المواثيق والمعاهدات الدولية. كما اتبع الباحث المنهج القانوني المقارن فتم الاستعانة به للمقارنة بين التشريعات الفلسطينية ومدى مواءمتها مع المواثيق الدولية الخاصة بضمانات المتهم.

تقسيم الدراسة:

ارتأى الباحث تقسيم الدراسة إلى مبحثين نتناول في مبحث أول (حقوق المتهم في ظل التشريع الفلسطيني) وفي مبحث ثانٍ (حقوق المتهم المستمدة من المعايير الدولية والنظام الأساسي للمحكمة الجنائية الدولية).

المبحث الأول :

حقوق المتهم في ظل التشريع الفلسطيني

لقد أكد المشرع الفلسطيني على العديد من الحقوق والضمانات الخاصة بالمتهم في كافة مراحل المحاكمة، ولم يقتصر على مرحلة ما بعد المحاكمة فقط، ومع ذلك فإن الباحث سيقوم بالتركيز على الضمانات الخاصة بالمتهم في مرحلة ما بعد المحاكمة في ظل كافة القوانين والتشريعات الفلسطينية. حيث أورد المشرع الفلسطيني ضمانات المحاكمة العادلة في أكثر من تشريع خاص، فقد وردت غالبية هذه الضمانات أو الحقوق في قانون الإجراءات الجزائية بجانب مجموعة أخرى من القوانين التي نصت على ذات الضمانات وتتمثل هذه الضمانات في الحق بحضور المحاكمات، والحق باستدعاء الشهود ومناقشتهم، وعدم فرض العقوبة الأشد على المدان بعد صدور الحكم، الحق في الطعن بالأحكام القضائية، وأخيراً حق المتهم بالتعويض.

وستتناول جميع هذه الحقوق بشيء من التفصيل من خلال المطالب الثلاثة القادمة: حق المتهم في حضور الجلسات ومناقشة الشهود (المطلب الأول)، عدم فرض العقوبة الأشد على المدان بعد صدور الحكم (المطلب الثاني)، حق المتهم بالطعن والتعويض (المطلب الثالث).

المطلب الأول:

حق المتهم في حضور الجلسات ومناقشة الشهود

سنتناول من خلال المطلب الأول توضيح حقوق المتهم في مرحلة ما بعد المحاكمة وهي الحق بحضور الجلسات، والحق بمناقشة الشهود وهذا من خلال الفرعين التاليين:

الفرع الأول:

حق المتهم بحضور الجلسات

يعد تمكين المتهم من حضور إجراءات المحاكمة أمراً لازماً لاستعمال حقه في الدفاع، وذلك لأن حضوره يسهل عليه مناقشة الأدلة التي تقدم ضده وتفنيداً في الوقت المناسب. كما يفرض هذا الحق قاعدة وجوب إجراء المحاكمة في حضور جميع الخصوم ووكلائهم، ويقصد بالخصوم هنا النيابة العامة والمدعي بالحق الشخصي والمسؤول بالمال والمجني عليه¹، وهذه القاعدة لا تعني عدم جواز إجراء المحاكمة في غيابهم؛ بل كل ما تعنيه أن على المحكمة واجب تمكينهم من حضور جميع إجراءات التحقيق النهائي، ويتم

¹. نجم، محمد صبحي. الوجيز في قانون أصول المحاكمات الجزائية، ط1، دار الثقافة للنشر والتوزيع، عمان، 2006.

تنفيذ هذا الواجب أو الحق عندما تقوم المحكمة بتوجيه دعوة للحضور، حيث يتم تبليغهم وفقاً للأصول المعينة في قانون أصول المحاكمات المدنية، مع مراعاة الأحكام الخاصة الواردة في قانون الإجراءات الجزائية.¹ ولذلك أكد المشرع صراحة على حضور المتهم، فإذا كان محبوساً احتياطياً وجب إحضاره إلى جلسة المحاكمة عن طريق إعلانته بواسطة مأمور السجن، وإذا كان مفرجاً عنه وجب تكليفه بالحضور وإعلامه بالمواعيد التي يقررها المشرع² وهذا ما نصت عليه المادتان (186) والتي جاءت بـ " يكون تكليف الخصوم بالحضور أمام المحكمة قبل انعقاد الجلسة بيوم كامل في المخالفات وبثلاثة أيام على الأقل في الجرح مع مراعاة مواعيد مسافة الطريق." والمادة (187) من قانون الإجراءات الجزائية والتي تنص على " يكون إعلان الموقوفين والمسجونين بواسطة مأمور ومركز الإصلاح والتأهيل (السجن) أو من يقوم مقامه ويكون إعلان الضباط والجنود بواسطة قيادتهم".

وتبرز أهمية حق المتهم في حضور الجلسات في وجوب أن تباشر جميع الإجراءات في حضوره، وأنه لا يجوز للمحكمة الاستناد إلى إجراء تم اتخاذه في غيابه ودون علمه وإلا كان الحكم باطلاً لاستناده إلى إجراء باطل³. ومع ذلك أجاز المشرع للمحكمة إبعاد المتهم عن الجلسة إذا حصل منه تشويش بما يخل بنظام المحكمة، وفي هذه الحالة تستمر إجراءات المحاكمة إلى أن يمكن السير فيها بحضوره وعلى المحكمة إعلامه بكافة الإجراءات التي تمت في غيابه، وهذا ما أكدت عليه المادة (243) من قانون الإجراءات الجزائية " يحضر المتهم الجلسة بغير قيود ولا أغلال، ولا يجوز إبعاد المتهم عن الجلسة في أثناء نظر الدعوى إلا إذا وقع منه تشويش يستدعي ذلك. ولم يقتصر التشريع الفلسطيني على ضمانات أو حق المتهم بحضور جلسات المحاكمة العادية؛ بل نص كذلك على حضوره لجلسات الاستئناف بنفس الإجراءات والأحكام المتبعة لدى محاكم الصلح أو البداية بصفتها محاكم أول درجة. وبالنظر إلى ما سبق بيانه نجد أن قاعدة حضور المتهم لإجراءات المحاكمة هي قاعدة آمرة وتشمل جميع الإجراءات التي تتم في الدعوى الجزائية والمدنية بالتبعية، كما تنصرف إلى الإجراءات التي تتم داخل قاعة المحكمة، وتلك التي تتخذ خارجها⁴. كما أن حضور المتهم قد يساعد القاضي على تكوين عقيدته على نحو صائب ومن ثم

¹. قانون الإجراءات الجزائية الفلسطيني، رقم 3 لسنة 2001، م 185.

². أبو عفيفة، طلال. الوجيز في قانون الإجراءات الجزائية الفلسطيني، ط1، دار الثقافة للنشر والتوزيع، عمان، 2011، ص 294.

³. سلامة، مأمون محمد. الإجراءات الجنائية في التشريع المصري، ج2، دار النهضة العربية، القاهرة، 2000، ص 112.

⁴. جوخدار. شرح قانون أصول المحاكمات الجزائية، ط1، دار الثقافة للنشر والتوزيع، عمان، 1992، ص 472.

الاهتداء إلى حكم عادل، وهذا الحق أضحي قاعدة أمر في النظم الإجرائية المعاصرة، تأسيساً على أن هذا الحضور يعد حقاً من حقوق المتهم، ويشكل ضمانات من ضماناته للوصول لمحاكمة عادلة ونزيهة وشفافة¹.

الفرع الثاني:

الحق في مناقشة الشهود واستدعائهم

إن العدالة الجنائية تعتمد في الغالب على شهادة الشهود، فالشهود هم عيون وأذان العدالة بما لهم من تأثير في تكوين عقيدة القاضي في الدعوى الجزائية، فبهم يرى الواقعة الجزائية ماثلة أمامه ويسمع ما قيل فيها². وتعد الشهادة دليلاً من أدلة الإثبات المتعلقة في رواية شخص عما أدركه مباشرة بحواسه المختلفة عن واقعة معينة. وعليه فإن الشهادة كدليل في الإثبات هي الشهادة المباشرة. وقد أكدت ذلك المادة (77) من قانون الإجراءات الجزائية الفلسطيني "لوكيل النيابة أو المحقق المفوض استدعاء جميع الأشخاص الذين يرى إمكانية الاستفادة من شهادتهم في كشف الحقيقة، سواء وردت أسماؤهم في التبليغات أم لم ترد³. كما نصت المادة (78) من ذات القانون على استدعاء الشهود بمذكرات دعوة تبلغ لهم قبل الموعد المحدد لسماع أقوالهم بأربع وعشرين ساعة على الأقل. ولأهمية الشهادة وخطورتها في الإثبات فقد أورد المشرع لها مجموعة من القيود وهذه القيود على النحو الآتي:

- 1- الاستماع لكل شاهد على انفراد: ومعنى ذلك أنه لا يجوز للمحقق أو المحكمة أن يستمعوا للشهود في حضور بعضهم البعض، ويرجع السبب في ذلك إلى تقادي أن يتأثر الشهود بما يذليه كل منهم، وعلى الرغم من ذلك فقد أجاز المشرع لوكيل النيابة أو المحقق المفوض أو القاضي أن يواجه الشهود بعضهم ببعض إذا ما اقتضى سير الإجراءات ذلك.
- 2- كما جاءت المادة (80) إجراءات جزائية⁴ بالقيود الثاني على الشهادة وهو تدوين الشهادة في محضر خاص، حيث يتولى الكاتب تدوين المحضر، ويجب أن يوقعه كل من الكاتب والشاهد والمحقق على كل صفحاته⁵.

¹.النمري، سامر موسى ممتاز. مرجع سابق، ص 28.

².قنان، صالح رمضان صالح. ضمانات المتهم في مرحلة المحاكمة الجزائية في التشريعين المصري والليبي، أطروحة دكتوراه، جامعة القاهرة، القاهرة، مصر، 2015، ص 314 - 315.

³.أبو عفيفة، طلال. مرجع سابق، ص 253.

⁴.مرجع سابق، م 80.

⁵.أبو عفيفة، طلال. مرجع سابق، ص 254.

وعند مثول الشاهد أمام المحكمة يسأله القاضي قبل الأدلاء بشهادته عن اسمه وسنه وشهرته وعمله ومكان إقامته، وعلاقته بالمجني عليه وبالمتهم، ويحلف اليمين ثم يؤدي الشهادة، وفي هذه المرحلة يحق للمتهم مناقشة الشاهد بموجب نص المادة (256/ 2) من قانون الإجراءات الجزائية¹ " يجوز للخصوم أن يناقشوا الشاهد في شهادته. " وعند انتهاء الشاهد من شهادته يسأله القاضي حول ما إذا كان المتهم الحاضر هو المقصود بشهادته ثم يسأل المتهم عن طعنه بالشاهد، وهل له اعتراض على شهادته، وبعد الانتهاء من سماع بينات النيابة العامة وخاصة شهود الإثبات تسأل المحكمة المتهم عما إذا كان يرغب في الإدلاء بأقواله، وعما إذا أبدى رغبة في تقديم بينات دفاع تستمع المحكمة إليه وتدعو المحكمة شهود الدفاع على نفقة المتهم حسب نص المادة (258) إجراءات جزائية².

وبالرجوع للمادة السابقة يجد الباحث أن المشرع الفلسطيني لم يحصر حق المتهم على مناقشة شهود الادعاء فقط (الشهود المقدمين من النيابة العامة)؛ بل سمح له بطلب الاستماع لشهود يرى أن هناك ضرورة ومصلحة في سماعهم مما يؤدي إلى اقتناع القاضي ببراءته، وعليه أصبح حق المتهم باستدعاء الشهود ومناقشتهم حقاً من الحقوق اللصيقة به في مرحلة ما بعد المحاكمة. وقد نص قانون الإجراءات على هذا الحق في المادة (254/ 1) والتي جاء فيها " لا يجوز للنيابة استدعاء للشهادة من لم يرد اسمه في قائمة الشهود إلا إذا كان المتهم أو محاميه قد تبلغ إشعاراً باسم الشاهد. وتعد الإجراءات الواردة في المادة (258) من قانون الإجراءات الجزائية، فيما يتعلق بسؤاله عما إذا كان يرغب بالإدلاء بأقواله أو تقديم شهود دفاع من الإجراءات الجوهرية، فينبغي على المحكمة مراعاتها ويترتب على مخالفتها البطلان.

المطلب الثاني:

عدم فرض العقوبة الأشد على المدان بعد صدور الحكم في حال صدور قانون جديد (مبدأ

القانون الأصلح للمتهم)

يعد مبدأ عدم فرض العقوبة الأشد على المدان بعد صدور الحكم (مبدأ القانون الأصلح للمتهم) من أسس القانون التي اتفق الفقه عليها كقاعدة عامة، وتمكن في خضوع التصرفات وآثارها للتشريع الذي تمت في ظله، ولا يكون للتشريع الجديد أثر رجعي عليها، فهذا الأخير لا يطبق إلا على الأفعال التي تمت بعد

¹. قانون الإجراءات الجزائية، مرجع سابق، م 256 / 2.

². أبو عفيفة، طلال. مرجع سابق، ص 319.

صدوره، أما فيما سبق ذلك من وقائع فلا شأن له بها.¹ وقد أكد المشرع الفلسطيني على هذا الحق في العديد من تشريعاته، ويظهر ذلك جلياً حيث في " القانون الأساسي، قانون العقوبات، قانون الإجراءات الجزائية، وأخيراً قانون مراكز الإصلاح والتأهيل، وسنتناول كل هذه القوانين لتوضيح ما جاء فيها بما يتعلق بهذا المبدأ.

الفرع الأول:

القانون الأساسي²

عدّ المشرع الفلسطيني مبدأ عدم فرض العقوبة الأشد على المدان في حالة صدور قانون جديد مبدأً دستورياً، وبالتالي كان لا يجوز للقوانين الأدنى درجة مخالفته؛ بل يجب أن تكون منسجمة معه، وقد أكد المشرع الفلسطيني هذا المبدأ بموجب المادة (15) من القانون الأساسي والتي نصت على " العقوبة شخصية، وتمنع العقوبات الجماعية، ولا جريمة ولا عقوبة إلا بنص قانوني، ولا توقع عقوبة إلا بحكم قضائي، ولا عقاب إلا على الأفعال اللاحقة لتنفيذ القانون."

الفرع الثاني:

قانون العقوبات³

بما أن مبدأ القانون الأصلح للمتهم هو مبدأ دستوري وبالتالي لا يجوز للقوانين الأخرى مخالفته. وعليه فإننا نجد المادة (5) من قانون العقوبات⁴ جاءت منسجمة مع هذه القاعدة الدستورية. حيث جاءت المادة السابقة مبينة لصورة من صور هذا المبدأ وهي حالة إذا عدل القانون الجديد في نظم أضرار الجاني تعديلاً يقيد الجاني وتحقق الفائدة في حالتين:

- 1- إذا قرر القانون الجديد عذراً محلاً من العقاب لم يكن مقرراً من قبل عن نفس الواقعة.
- 2- إذا قرر عذراً قانونياً مخففاً للعقاب لم يكن مقرراً من قبل، كما لو خفض العقاب بموجب القانون الجديد على المرأة التي تقتل وليدها سفاحاً عقب ولادته انقضاء للعار.⁵

¹. أيوبي، يونس. قراءة في مبدأ القانون الأصلح للمتهم، المجلة المغربية للإدارة المحلية والتنمية، عدد 100، صفحات (385 - 393)، المغرب، 2020.

². القانون الأساسي للسلطة الوطنية الفلسطينية المعدل، الصادر بتاريخ 19 مارس 2003.

³. قانون العقوبات الأردني رقم 16 لسنة 1960، الساري النفاذ في الضفة الغربية.

⁴. مرجع سابق، م 5.

⁵. السعيد، كامل. شرح الأحكام العامة في قانون العقوبات، ط5، دار الثقافة للنشر والتوزيع، عمان، 2022، ص 83.

ونلاحظ من المادة (5) أنه إذا لم يلغ القانون الجديد العقاب كلياً عن الفعل المقترب في ظل القانون القديم، ولكنه عاقب عليه بعقاب أخف، فالقانون الجديد دون شك أصلح من القديم. ويجب أن نأخذ بعين الاعتبار أن المقارنة بين العقوبات لغايات تطبيق القانون الأصلح ليست على هذه الدرجة من البساطة، وإنما قد يصعب الأمر على الشخص في بعض الحالات لمعرفة أي القوانين أصلح للمتهم. ومبدأ رجعية النص الأصلح للمتهم يبررها في أن المشرع إذا ألغى تجريم فعل أو خفف العقوبة عليه فيعد ذلك اعترافاً منه بعدم ضرورة التمسك بتوقيع العقوبة على فعل أصبح مباحاً، أو التمسك بتوقيع العقوبة المشددة على الفعل بعد تخفيفها، لأن في ذلك مصلحة للمتهم ولا ضرر فيه على مصلحة المجتمع.¹

الفرع الثالث:

قانون الإجراءات الجزائية

بينت المادة (284) من قانون الإجراءات الجزائية أنه "يجوز للمحكمة عند الحكم في جناية أو جنحة بالغرامة أو بالحبس مدة لا تزيد على سنة أو تأمر في نفس الحكم بإيقاف العقوبة إذا رأت من أخلاق المحكوم عليه أو ماضية أو سنه أو الظروف التي ارتكبت فيها الجريمة ما يبعث على الاعتقاد بأنه لن يعود إلى مخالفة القانون. ويجب أن تبين في الحكم أسباب إيقاف التنفيذ، ويجوز أن يكون الإيقاف شاملاً لأية عقوبة تبعية ولجميع الآثار الجزائية المترتبة على الحكم." تأكيداً على مبدأ القانون الأصلح للمتهم وعدم تطبيق الأشد، حيث جاءت هذه المادة منظمة لأحكام وقف التنفيذ ومبينة الحالات التي يجوز بها للمحكمة أن تأمر بوقف تنفيذ العقوبة. وعدّ المشرع الفلسطيني وقف تنفيذ العقوبة أحد أسباب سقوط الحكم عندما ينتهي بوقف التنفيذ دون أن يقوم المتهم المحكوم عليه بأية جرائم تستدعي إلغاءه.² ويقصد بوقف تنفيذ العقوبة هي الحالة التي تتم فيها إدانة المتهم والحكم عليه بعقوبة، إلا أنه يتم تعليق تنفيذها على شرط وقف لفترة زمنية يتم تحديدها في القانون، فإن لم يتحقق الشرط اعتبر حكم الإدانة كأن لم يكن.³ وتجدر الإشارة إلى أن وقف التنفيذ ليس مانعاً من موانع العقاب، إنما هو إجراء يجرى الحكم من قوة تنفيذه. وقد

¹. المجالي، نظام توفيق. شرح قانون العقوبات القسم العام، ط3، دار الثقافة للنشر والتوزيع، عمان، 2010، ص 91.

². أبو عفيفة، طلال. مرجع سابق، ص 383.

³. نمور، محمد سعيد. شرح قانون أثول المحاكمات الجزائية، دار الثقافة للنشر والتوزيع، عمان، 2000، ص 528.

وضع المشرع قيوداً يجب مراعاتها عند اتخاذ قرار بوقف تنفيذ العقوبة من عدمه، فقرار القاضي بوقف التنفيذ جوازي.¹

الفرع الرابع:

قانون مراكز الإصلاح والتأهيل²

لم يكتف المشرع الفلسطيني بالنص على مبدأ (عدم فرض العقوبة الأشد) في القوانين الرئيسية؛ بل نص عليه أيضاً في التشريعات الخاصة مثل قانون مراكز الإصلاح والتأهيل حيث جاءت المادة (45) منه متوافقة مع هذا المبدأ والتي تنص على تخفيض العقوبة على المحكوم داخل مراكز الإصلاح والتأهيل (السجون)، وذلك بسبب حسن سيرته وأخلاقه، وقد وضحت هذه المادة آلية التخفيض وشروطه والتي تنص على " 1 - يفرج عن النزير إذا أمضى ثلثي المدة المحكوم بها عليه وكان خلال تلك المدة حسن السير والسلوك، ولا يشكل الإفراج عنه خطراً على الأمن العام. 2- إذا كانت العقوبة الحبس المؤبد فيفرج عنه إذا أمضى عشرين عاماً في المركز، وكان سلوكه خلالها حسناً. "ويطلق أيضاً على تخفيض العقوبة بسبب حسن السيرة والسلوك مصطلح الإفراج المشروط، وهو الإفراج عن المحكوم عليه بعقوبة سالبة للحرية قبل الانتهاء من كامل مدتها. وهذه الصورة من الإفراج لا تشكل إفراجاً نهائياً.

المطلب الثالث:

الحق في الطعن والتعويض

اهتم المشرع الفلسطيني بهذه الحقوق على حد سواء كحقوق للمتهم في مرحلة ما بعد المحاكمة، وخصوصاً بأن هذين الحقين يستحقان للمتهم بعد صدور الحكم الجزائي من المحكمة المختصة. فالحق الأول يسمح للمتهم بالطعن في القرار الصادر بحقه أمام محاكم الاستئناف والنقض، وهذا ما سيتم تناوله في الفرع الأول. بينما حق المتهم في التعويض يعطي المتهم الحق بالمطالبة بالتعويض عن الأضرار التي نجمت عن الحكم الجنائي، وهذا ما تم إفرار الفرع الثاني لتوضيحه.

¹ عبد الباقي، مصطفى. شرح قانون الإجراءات الجزائية الفلسطينية، وحدة البحث العلمي والنشر، كلية الحقوق والإدارة

العامة، جامعة بيرزيت، 2015، ص 433.

² قانون رقم 6 لسنة 1998 بشأن مراكز الإصلاح والتأهيل (السجون).

الفرع الأول:

حق المتهم في الطعن في الاحكام القضائية

عدّ المشرع الطعن في الحكم دعامة أساسية للمحاكمة العادلة، كما ذكرنا سابقاً؛ أي أن التطبيق القضائي لضمانات المحاكمة العادلة يتطلب مجموعة من الأساسيات التي وجب توافرها ابتداءً، كما يجب أن يتضمن مجموعة من الضمانات، وهو الذي ينصب عليه التطبيق القضائي؛ ولكن التطبيق القضائي وحده لا يعد كافياً؛ بل يجب أن يخضع للرقابة عليه؛ لأن هذه الرقابة هي التي تحقق الفاعلية للمبادئ الدستورية والإجرائية، وإلا كان البطلان هو الجزاء المترتب على مخالفة هذه المبادئ.¹ غير أن وسيلة الجزاء ليست وسيلة الرقابة الوحيدة، وإنما يمكن الخضوع للرقابة من خلال الطعن الذي لا يقتصر على دور محكمة الاستئناف، وإنما تبدو أكثر فعالية من خلال الطعن بالنقض والتي يكون دورها مراقبة التطبيق السليم للقانون. والطعن في الأحكام الجنائية هي الوسيلة التي قررها القانون لأطراف الدعوى تطهيراً لما يكون قد شابها من أخطاء، ومن ثم المطالبة بإلغائه وتعديله لأقرب ما يكون للحقيقة الواقعية والقانونية، وبالتالي هي وسيلة لدعم حق المتهم في المحاكمة العادلة. وأكد المشرع الفلسطيني على هذا الحق من خلال تحديده لطرق الطعن على سبيل الحصر، وهي الاعتراض على الحكم الغيابي، الاستئناف، النقض، وإعادة المحاكمة، وقد جاء النص على هذه الطرق في قانون الإجراءات الجزائية الفلسطيني رقم (3) لسنة (2001)، كما رسم المشرع طريقاً محددة وإجراءات محددة لكل طريق منها، وحدد أيضاً المواعيد التي يتم بها تقديم هذه الإجراءات، وسيتطرق الباحث لهذه الطرق بشيء من التوضيح والذي سيعطينا الفكرة الأساسية عن كل واحدة منها:

أولاً: الاعتراض على الأحكام الغيابية

الاعتراض هو طريق عادية من طرق الطعن في الأحكام، ويكون لمراجعة الأحكام الغيابية، ويرفع أمام المحكمة التي أصدرت القرار المطعون فيه، ويهدف المشرع من إجازة الاعتراض على الحكم الغيابي باعتباره وسيلة طعن تعطي الفرصة أمام المتهم المحكوم غيابياً لإعادة النظر في الدعوى أمام نفس المحكمة التي أصدرت الحكم المطعون به ابتداءً ليتمكن المتهم من إبداء أقواله ودفاعه.²

¹ الحنيفات، عمار رجا. مرجع سابق، ص 405.

² أبو عفيفة، طلال. مرجع سابق، ص 427.

ونص المشرع على هذا النوع من طرق الطعن في المواد (314 - 322) من قانون الإجراءات الجزائية. كما يتميز الاعتراض عن غيره من الطرق الخاصة بالطعن بأنه يقدم أمام ذات المحكمة التي أصدرت الحكم الغيابي المطعون فيه ابتداءً، فهو بمثابة التظلم. ولا تقبل جميع الأحكام الطعن بها بطريق الاعتراض، فالاعتراض يكون مقتصرًا على الأحكام الغيابية الصادرة في جنحة أو مخالفة وهذا ما أكدت عليه المادة (314) إجراءات جزائية " للمحكوم عليه غيابياً في مواد الجرح والمخلفات أن يعترض على الحكم خلال العشرة أيام التالية لتبليغه بالحكم، بالإضافة إلى ميعاد مسافة الطريق". وفي حالة تغيب المعترض عن الحضور في الجلسة المحددة لنظر الاعتراض بدون عذر تحكم المحكمة برد الاعتراض ولا يجوز تقديم الاعتراض مرة أخرى حسب ما جاء في المادة (319) من "قانون الإجراءات الجزائية".¹ إذا تخلف المعترض عن الحضور في الجلسة المحددة لنظر الاعتراض بدون عذر مقبول، قضت المحكمة برد الاعتراض ولا يحق له الاعتراض مرة أخرى. 2. الحكم برد الاعتراض قابلاً للاستئناف ويسري ميعاده من اليوم التالي لصدوره إذا كان وجاهياً، ومن اليوم التالي لتبليغه إذا كان غيابياً. وبالتدقيق في المادة السابقة نجد أيضاً أن الحكم برد الاعتراض من الأحكام القابلة للاستئناف. وحدد المشرع من خلال المادة (314) المدة التي يجوز للمحكوم عليه أن يعترض خلالها على الحكم الغيابي، وهي عشرة أيام، ويبدأ حساب هذه المدة ابتداءً من اليوم التالي لتبليغ المحكوم عليه الحكم الغيابي، إضافة لمواعيد مسافة الطرق¹. أما فيما يتعلق بإجراءات الطعن بطريق الاعتراض فإن الاعتراض يقدم بطلب إلى قلم المحكمة التي أصدرت الحكم، ويجب أن يكون الطلب موقعاً من قبل المحكوم عليه أو وكيله، وهذا بالضبط ما جاءت به المادة (316) 1/ "يقدم الاعتراض بطلب إلى قلم المحكمة التي أصدرت الحكم، ويوقع من قبل المحكوم عليه أو وكيله". من قانون الإجراءات الجزائية والتي نصت على "يقدم الاعتراض بطلب إلى قلم المحكمة التي أصدرت الحكم، ويوقع من قبل المحكوم عليه أو وكيله"، ولا يجوز تقديم طلب الاعتراض إلا من قبل الأشخاص الذين تتوافر لديهم مجموعة من الشروط التالية:

1- أن يكون المعترض خصماً في الدعوى الأصلية.

2- أن يكون قد صدر بحقه حكماً غيابياً.

3- أن يكون المعترض صاحب مصلحة بالطعن.

¹ عبد الباقي، مصطفى. مرجع ساب ق، ص 441.

وبالنظر لهذه الشروط نجد أن الاعتراض لا يقبل ممن لم تتوفر فيه أحد الشروط السابقة، كما لا يقبل من المدعي بالحق المدني حسب مادة 315 إجراءات جزائية¹ والتي نصت صراحة على ذلك. كما يجب أن يشمل طلب الاعتراض بياناً كاملاً بالحكم المعترض عليه والأسباب التي يستند إليها في اعتراضه وهذا ما جاءت به المادة (2/ 316) من قانون الإجراءات " يشمل الطلب بياناً كاملاً بالحكم الذي تم الاعتراض عليه، ويتضمن كذلك بيان الأسباب التي يستند إليها الاعتراض "، وإذا قامت المحكمة بقبول الاعتراض فإنه يتم النظر فيه حسب الأصول والقانون، ويمكن أن تقوم المحكمة برد طلب الاعتراض لأسباب شكلية ويمكن لها رده أيضاً إذا وجدت أن الاعتراض ليس له أساس حسب نصوص المواد (320، 321، 322) من قانون الإجراءات.³² وأخيراً فالاعتراض على الأحكام الغيابية يرتب مجموعة من الآثار التي تعد كضمانات للمتهم في المحاكمة العادلة وأهمها وقف تنفيذ الحكم الغيابي المعترض عليه حتى يتم الفصل فيه، إعادة الدعوى إلى نفس المحكمة التي أصدرت الحكم الغيابي، وأخيراً يترتب على وفاة المحكوم عليه غيابياً قبل انقضاء مدة الاعتراض أو قبل الفصل فيه سقوط الحكم وانقضاء الدعوى الجزائية. وهذا ما ورد في نصوص المواد (319/ 2، 318) من قانون الإجراءات الجزائية الفلسطينية.⁴

ثانياً: الاستئناف

هو إحدى طرق الطعن العادية التي يتم بمقتضاها طرح الدعوى الجزائية على محكمة أعلى درجة من المحكمة التي أصدرت الحكم المطعون به، إما لإلغائه أو تعديله، حيث يعد الاستئناف وسيلة إصلاح وتعديل، وينصب الاستئناف على منطوق الحكم الصادر من محكمة الدرجة الأولى بصرف النظر عن أسبابه أو مهما كان بها مساس بالخصوم.⁵ ويجوز للخصوم استئناف الأحكام الحضورية والمعتبرة بمثابة الحضور في الدعاوى الجزائية، وإذا كانت صادرة عن محاكم الصلح تستأنف أمام محاكم البداية بصفتها الاستئنافية، وإذا كانت صادرة من محاكم البداية بصفتها محكمة درجة أولى يتم استئنافها أمام محكمة الاستئناف حسب

¹.مرجع سابق، م 315.

².مرجع سابق، م 320.

³.أبو عفيفة، طلال. مرجع سابق، ص431.

⁴.قانون الإجراءات. مرجع سابق، م 318.

⁵.الحنيفات، عمر رجا. مرجع سابق، ص412.

ما جاء في نص المادة (323 إجراءات).¹ وعليه فإن الأحكام التي تقبل الاستئناف هي الأحكام التالية:²

1- الأحكام الحضورية والوجاهية. 2- الأحكام الصادرة بمثابة الحضور. 3- الأحكام والقرارات التي ينص أي قانون آخر على استئنافها حسب نص المادة (323/2). 4- الأحكام التي تقضي برد الدفع بعدم الاختصاص، أمر بعدم قبول الدعوى لانقضائها. مادة 324³. 5- القرار الصادر بطلب الإفراج بكفالة في المادة (135) إجراءات. 6⁴-الدعوى ال.صادرة في الحق المدني إذا يجوز استئنافه في المادة (325) إجراءات. 7⁵-الأحكام الصادرة برد الاعتراض، نص المادة (326) من قانون الإجراءات.⁶

إلا أنه يستثنى من ذلك الأحكام الغيابية، حيث يطعن فيها بالاعتراض، كما يتم استثناء القرارات القضائية غير الفاصلة في أساس النزاع حسب نص المادة (324) من قانون الإجراءات " لا يجوز استئناف القرارات غير الفاصلة في أساس النزاع إلا مع الحكم الفاصل فيه، ويترتب حتماً على استئناف الحكم الصادر في الأساس استئناف هذه القرارات، أما القرارات التي تقضي برد الدفع بعدم الاختصاص، أو بعدم قبول الدعوى لانقضائها يجوز استئنافها استقلالاً إذا أدلى بالدفع في بدء المحاكمة وقبل أي دفاع في الأساس." وحدد المشرع ميعاد للاستئناف خلال 15 خمسة عشر يوماً تبدأ من اليوم التالي لتاريخ النطق بالحكم إذا كان حضورياً، ومن تاريخ تبليغه بالحكم إذا كان بمثابة الحضور، وللنيابة العامة وللمتهم استئناف قرارات الإفراج بالكفالة الصادرة من محاكم البداية والصلح خلال 7 سبعة أيام من تاريخ صدور القرار.⁷

ويجوز للمحكمة إرجاء تنفيذ الحكم المستأنف لحين البت في الاستئناف إذا أبدى المحكوم عليه رغبة في الاستئناف، وهذا ما دلت عليه المادة (340) من قانون الإجراءات " يجوز للمحكمة إرجاء تنفيذ المستأنف لحين الفصل في الاستئناف إذا أبدى المحكوم عليه رغبة باستئناف ذلك الحكم". ويحق لجميع الخصوم استئناف الأحكام الحضورية والمعتبرة بمثابة الحضور في الدعاوى الجزائية حسب نص المادة (323 /

¹. قانون الإجراءات الجزائية، مرجع سابق، م 323.

². عبد الباقي، مصطفى. مرجع سابق، ص 443.

³. قانون الإجراءات الجزائية، مرجع ساب ق، م 324.

⁴. مرجع سابق، م 135.

⁵. مرجع سابق، م 325.

⁶. مرجع سابق، م 326.

⁷. مرجع سابق، م 328.

⁸. النميري، سامر موسى ممتاز. مرجع سابق، ص 77.

1) من قانون الإجراءات الجزائية. والخصوم في الدعوى الجزائية " المتهم، المدعى عليه، النيابة العامة، المدعي بالحق المدني، المسؤول بالمال عن الحقوق المدنية " حسب نصوص المواد (329، 325) من قانون الإجراءات¹ وعلى الرغم من أنه يحق لجميع هؤلاء الحق بالاستئناف إلا أن القاعدة العامة اشترطت تواجد شرطين فيمن يحق له الطعن بطريق الاستئناف هما الصفة والمصلحة.²

والاستئناف نوعان هما الاستئناف الوجوبي وهو الذي يقرره المشرع بحكم القانون، حتى ولو لم يتمسك به أي من الخصوم فقد نص القانون في المادة (327) إجراءات على أن " تستأنف بحكم القانون الأحكام الصادرة بعقوبة الإعدام والصادرة بعقوبة السجن المؤبد ولو لم يتقدم الخصوم بطلب ذلك ". والآخر هو الاستئناف الجوازي وهو الأصل، حيث يتقرر هذا الاستئناف لمصلحة الطرف الذي يتمسك به، فإن لم يتقدم الخصم ذو المصلحة والذي شرح الطعن لمصلحته بالاستئناف خلال المدة التي حددها القانون انقضى حقه فيه. واستناداً للمادة (328) من قانون الإجراءات³ فإن الاستئناف يقدم بعريضة أو استدعاء أو طلب إلى قلم المحكمة التي أصدرت الحكم، أو إلى قلم محكمة الاستئناف، ويجب أن تشمل العريضة بياناً كاملاً بالحكم المستأنف ورقم الدعوى التي صدر بشأنها، وصفة المستأنف والمستأنف ضده وأسباب الاستئناف وطلباته حسب ما بينته المادة (33) إجراءات.⁴ وفي حالة تقديم طلب الاستئناف لقلم المحكمة التي أصدرت الحكم يجب عليها أن تقوم بإرساله إلى محكمة الاستئناف خلال ثلاثة 3 أيام وهذا حسب نص المادة (331) من قانون الإجراءات.⁵ أما بالنسبة لاستئناف الموقوف فيتم تقديمه إلى مدير السجن والذي بدوره يرفع الطلب إلى محكمة الاستئناف خلال أسبوع من تاريخ تقديمه، وهذا ما جاءت به المادة (345) من قانون الإجراءات " يتسلم مدير السجن استئناف النزيل ويرفعه إلى محكمة الاستئناف خلال أسبوع من تاريخ تقديمه."⁶ ويترتب على الطعن بالاستئناف مجموعة من الآثار، والتي هي في مجملها تعد ضمانات مترتبة على ممارسة الحق في الطعن بطريق الاستئناف من قبل المتهم، وهذه الآثار يمكن إجمالها في وقف الحكم المستأنف وهو ما جاء في المادة (340)، نقل الدعوى ونشرها أمام محكمة أعلى درجة (الاستئنافية)؛ أي

¹. أبو عفيفة، طلال. مرجع سابق، ص 441.

². عبد الباقي، مصطفى. مرجع سابق، ص 443.

³. قانون الإجراءات الجزائية، مرجع سابق، م 328.

⁴. مرجع سابق، م 330.

⁵. قانون الإجراءات الجزائية، مرجع سابق، م 331.

⁶. عبد الباقي، مصطفى، مرجع سابق، ص 445.

أن المحكمة الاستئنافية تقوم بنظر الدعوى من جديد، وأخيراً عدم الإضرار بالمحكوم عليه بسبب استئنائه، وهذا ما أكدته المادة (332) من قانون الإجراءات رقم (3) لسنة (2001).²¹

ثالثاً: النقض

هو طريق غير عادية لمراجعة الأحكام، بمقتضاه يطلب المتهم أو أحد الخصوم بناءً على أسباب محددة قانونياً إلغاء الحكم المطعون فيه.³ والطعن بالنقض يهدف لفحص الحكم والتأكد من مطابقته للقانون سواء من حيث القواعد الموضوعية أم الإجرائية. وعليه فلا تنتظر محكمة النقض في الوقائع وإنما هي محكمة قانون؛ أي أنها تقوم بمراقبة التطبيق السليم للقانون على وقائع الدعوى بالحد الأدنى. فإذا وجدت أن التطبيق سليم حكمت برد الطعن، أما إذا تبين لها أنها قد أخطأت في ذلك تقرر نقض الحكم وإبطاله وتقوم بعدها بإعادة الدعوى للمحكمة التي أصدرت الحكم ابتداءً لإعادة النظر فيها مع مراعاة ملاحظات محكمة النقض وتوجيهاتها.⁴ وقد أكدت المادة (346) من قانون الإجراءات على ذلك " تقبل الأحكام الصادرة من محكمة البداية بصفتها الاستئنافية، ومن محكمة الاستئناف في الجنايات والجنح الطعن بالنقض، ما لم ينص القانون على خلاف ذلك." فهي توضح الأحكام التي يجوز الطعن فيها بالنقض، كما أنها تبين كون الأحكام الصادرة من محكمة البداية بصفتها الاستئنافية والأحكام الصادرة من محاكم الاستئناف هي الأحكام التي تقبل الطعن بالنقض فقط.⁵ والطعن بالنقض كالاستئناف على نوعين هما: النقض الجوازي، والوجوبي. فالطعن بالنقض الجوازي هو الطعن الذي يتقدم به أحد الخصوم بإرادته إن أراد ممارسة حقه بالطعن، وإن شاء استتكتف عن هذا الحق. أما الطعن بالنقض الوجوبي فيكون بالأحكام الصادرة بالإعدام أو التأييد (أشغال شاقة مؤبدة أو اعتقال مؤبد) حسب نص المادة (350) من قانون الإجراءات " يتم الطعن بالنقض بحكم القانون في جميع الأحكام الصادرة بالإعدام أو الحبس المؤبد حتى ولو لم يطلب الخصوم ذلك."⁶ ويكون ميعاد الطعن لجميع الخصوم (النيابة، المحكوم عليه، المدعي بالحق المدني، المسؤول عن الحقوق المدنية) أربعين يوماً (40) على أن يبدأ ميعاد الطعن بالنقض من اليوم التالي لصدور الحكم

¹. مرجع سابق، م 332.

². الحنيفات، رجا عمار. مرجع سابق، ص 414 - 415.

³. أبو عفيفة، طلال. مرجع سابق، ص 462.

⁴. عبد الباقي، مصطفى. مرجع سابق، ص 450.

⁵. أبو عفيفة، طلال، مرجع سابق، ص 463.

⁶. عبد الباقي، مصطفى. مرجع سابق، ص 452.

المطعون فيه إذا كان حضورياً، ومن اليوم التالي لتبليغه إذا كان بمثابة الحضور، وهذا ما جاءت به المادة (355) من قانون الإجراءات مؤكدة على " 1. يكون ميعاد تقديم طلب الطعن بالنقض للنياحة العامة، والمحكوم عليه والمدعي بالحق المدني والمسؤول عن الحقوق المدنية خلال أربعين يوماً. 2. يبدأ ميعاد الطعن بالنقض من اليوم الذي يلي تاريخ صدور الحكم إذا كان حضورياً، أو من اليوم الذي يلي تبليغه إذا كان الحكم بمثابة الحضور. أما فيما يتعلق بالإجراءات الخاصة بالنقض فإن للطاعن حرية أن يسلك إحدى طريقين للنقض وهذا ما أكدت عليه المادة (356) من قانون الإجراءات " يقدم طلب الطعن بالنقض إلى قلم المحكمة التي أصدرت الحكم، أو إلى قلم محكمة النقض"، وهذه الطرق هي إما أن يقوم الطاعن بتقديم طلب الطعن إلى المحكمة التي أصدرت الحكم المطعون فيه وعندها يجب على المحكمة إرسال الطلب لمحكمة النقض خلال أسبوع حسب نص المادة (359) والتي جاءت بـ " إذا أودع طلب الطعن بالنقض لدى قلم المحكمة التي أصدرت الحكم، فإنه يتعين عليها أن ترسله إلى قلم محكمة النقض مع ملف الدعوى خلال أسبوع." أو أن يقوم بتقديم الطلب مباشرة لمحكمة النقض. وفي كلتا الحالتين يجب على رئيس قلم محكمة النقض إرسال الأوراق الخاصة بالتبليغ للمطعون ضده خلال أسبوع من تسجيل دعوى النقض وهذا ما جاءت به المادة (360) من قانون الإجراءات " على رئيس قلم محكمة النقض إرسال أوراق التبليغ للمطعون ضده بعريضة الطعن بالنقض المقدمة ضده خلال أسبوع من اليوم الذي يلي تاريخ تسجيل العريضة." وبعدها يتم النظر في الدعوى حسب الأصول والقانون مع مراعاة نصوص المواد (361، 362، 363، 364، 365، 366) من قانون الإجراءات الجزائية.¹ ويترتب على الطعن بالنقض مجموعة من الضمانات المرتبطة به والتي تهدف لمراعاة مصلحة المحكوم عليه وهذه الضمانات هي الحق في طلب وقف تنفيذ الحكم المطعون به، عدم إضرار الطاعن بطعنه، وأخيراً التزام المحكمة المحالة إليها الدعوى بتحقيق عدالة المحاكمة.²

رابعاً: إعادة المحاكمة

هي طريق غير عادية من طرق الطعن التي نص عليها القانون كوسيلة لإثبات براءة المحكوم عليه بحكم بات به خطأ في الوقائع، وذلك بغرض تحقيق العدالة، ويتم تقريره لحالات واردة في قانون الإجراءات الجزائية على سبيل الحصر في مواجهة الأحكام الصادرة في الجنايات والجنح التي بنيت على خطأ في

¹.مرجع سابق، م 361.

².الحنيفات، عمر رجا. مرجع سابق، ص 417 - 418.

الوقائع. ويشترط في الأحكام التي تكون قابلة للطعن بإعادة المحاكمة حسب ما نصت عليه المادة (377) من قانون الإجراءات الجزائية الفلسطيني رقم (3) لسنة (2001)¹ بأن يكون الحكم مبرماً، فاصلاً في النزاع، وصادراً بالإدانة، فلا يجوز إعادة المحاكمة في أحكام البراءة، وأن يكون الحكم صادراً في جناية أو جنحة. ويجوز إعادة المحاكمة في الأحكام التي اكتسبت الدرجة القطعية في مواد الجنايات والجنح الواردة على سبيل الحصر في المادة (377)، وتم حصرها بـ خمس حالات لا يجوز التوسع بها أو القياس عليها وهذه الحالات هي:

1. إذا حكم على شخص في جريمة قتل، ثم ظهرت أدلة تثبت أن المدعى بقتله قد وجد حياً.²
- إذا صدر حكم على شخص من أجل واقعة ثم صدر حكم على شخص آخر من أجل الواقعة عينها، وكان بين الحكمين تناقض بحيث يستنتج منه براءة أحد المحكوم عليهما.³ إذا كان الحكم مبنياً على شهادة قضي بأنها كاذبة، أو على وثيقة قضي بعد صدور الحكم بأنها مزورة، وكان لهذه الشهادة أو الوثيقة تأثير في الحكم.⁴ إذا ظهرت وقائع جديدة بعد صدور الحكم، أو أظهرت وثائق وأدلة كانت مجهولة حيث صدر الحكم وكان من شأن هذه الوقائع أو الوثائق إثبات براءة المحكوم عليه.⁵ إذا كان الحكم مبنياً على حكم صادر من محكمة مدنية أو إحدى محاكم الأحوال الشخصية. وفيما يتعلق بإجراءات إعادة المحاكمة فإنها تتم بناء على طلب يقدم لوزير العدل من قبل المحكوم عليه أو وكيله أو من له حق تقديمه وفق ما جاء في المادة (378) إجراءات " يقدم طلب إعادة المحاكمة إلى وزير العدل من قبل كل من: 1. المحكوم عليه أو محاميه أو ممثله الشرعي إذا كان عديم الأهلية، أو المسؤول عن الحقوق المدنية. 2. زوج المحكوم عليه أو أبنائه، وورثته أو من أوصى لهم إن كان ميتاً، أو ثبت ذلك بحكم قضائي. " ²، وبعدها للمحكمة اتخاذ أحد القرارات التالية: إما قبول الطلب وإحالة الدعوى إلى محكمة من ذات الدرجة التي أصدرت الحكم المطعون فيه (مادة 381)³، أو تنظر في موضوع الدعوى تدقيقاً من قبل محكمة النقض حيث تبطل الأحكام السابقة ما صدر منها بغير حق، إذا كانت إعادة المحاكمة غير ممكنة بمواجهة كل الخصوم لموت أحدهم أو انقضاء مدة تقادم الدعوى وهذا ما نصت عليه المادة (382)⁴.

¹ قانون الإجراءات الجزائية، مرجع سابق، م 377.

² مرجع سابق، م 379.

³ مرجع سابق، م 381.

⁴ مرجع سابق، م 382.

الفرع الثاني:

حق المتهم في المطالبة بالتعويض

اهتم المشرع الفلسطيني وركز كافة جهوده على تقرير حق المتهم بالمطالبة بالتعويض، ويفهم من هذا الحق أنه يجوز للمتهم الذي يحكم ببراءته من التهم الموجهة إليه أو حكم بحفظ التهمة من قبل النيابة العامة، أو يطالب المدعي بالحق المدني بتعويضه عن الأضرار التي تسببت الدعوى له بها، ويتم رفع طلب التعويض أمام المحكمة المختصة، وهذا ما أقره المشرع الفلسطيني في المادة (200) من قانون الإجراءات الجزائية.^{1 2} ولاهتمام المشرع بهذا الحق اعتبره قاعدة دستورية بموجب نص المادة (2/30 و3) من القانون الأساسي، وعليه بما أن حق المتهم بالمطالبة بالتعويض هو حق منصوص عليه في القانون الأساسي (الدستور) فبالتالي لا يجوز مخالفته من قبل القوانين الأدنى منزلة من الدستور. ولهذا جاءت المادة (387) من قانون الإجراءات الجزائية¹. يحق لمن حكم ببراءته بعد قبول إعادة المحاكمة أن يطالب الدولة بتعويضه عن الضرر الناشئ له من الحكم السابق "منسجمة ومتوافقة مع ما جاء به القانون الأساسي، ويفهم من النص السابق أن للشخص الذي تثبت براءته من التهم المنسوبة إليه أو لزوجيه أو أصوله وفروعه إذا كان المحكوم له ميتاً أن يرفع على الدولة بتعويضه عن الأضرار التي تعرض لها بسبب الحكم السابق، ويجوز للدولة أيضاً أن ترجع على المدعي بالحق أو المبلغ أو شاهد الزور الذي كان سبباً في صدور الحكم بالعقوبة ابتداءً.³

¹. قانون الإجراءات الجزائية، مرجع سابق، م 200.

². أبو عفيفة، طلال. مرجع سابق، ص 128 - 129.

³. عبد الباقي، مصطفى. مرجع سابق، ص 462.

المبحث الثاني :

حقوق المتهم المستمدة من المعايير الدولية والنظام الأساسي للمحكمة الجنائية الدولية (ميثاق روما)

وبالنظر للمبحث السابق نجد أن جميع الحقوق الواردة فيه هي عبارة عن ضمانات أقرها المشرع الفلسطيني للمتهم في مرحلة ما بعد المحاكمة للوصول إلى أقرب ما يكون إلى المحاكمة العادلة. وبالرجوع لهذه الحقوق والضمانات نجد أنها جميعها لم تكن وليدة فكر المشرع الفلسطيني حصراً؛ بل جميعها كانت مستمدة من المعايير الدولية ومنسجمة معها. ومن هنا يظهر تساؤل حول ما هي الضمانات والحقوق الخاصة بالمتهم وفق المعايير الدولية؟، وهذا ما سنحاول تناوله وتوضيحه في هذا المبحث بجانب الحقوق المستمدة من النظام الأساسي للمحكمة الجنائية الدولية.

المطلب الأول:

ضمانات المتهم استناداً للمعايير الدولية

قبل توضيح ما هي ضمانات المتهم المأخوذة من المعايير الدولية. يجب معرفة ما هي المعايير الدولية ابتداءً. حيث تم تعريف المعايير الدولية على أنها المعايير الفنية التي طورتها المنظمات الدولية والمواثيق الدولية سواء العالمية أم الإقليمية¹. وبالتالي لمعرفة ما هي ضمانات المتهم بالاستناد إلى المعايير الدولية يجب معرفة تلك الضمانات والحقوق في أهم المواثيق الدولية كل منها على حدة. وسيتم تناول تلك الحقوق حسب ما ورد في (ميثاق الأمم المتحدة، الإعلان العالمي لحقوق الإنسان، العهد الدولي الخاص بالحقوق المدنية والسياسية، دليل منظمة العفو الدولية) وذلك على النحو الآتي:

الفرع الأول:

ضمانات محاكمة المتهم فيما بعد المحاكمة في ميثاق الأمم المتحدة²

منذ إنشاء هيئة الأمم المتحدة وهي تقوم بدور كبير في تحديد قواعد القانون الدولي المختلفة وتطوير القضاء الجنائي الدولي من خلال تكريس ضمانات المحاكمة العادلة، وكان للجمعية العامة للأمم المتحدة دور بارز في تكريس تلك الضمانات وذلك من خلال صياغتها لأهم المواثيق الدولية المختلفة المتعلقة

¹الرجوع ل ص 6 من هذه الدراسة حيث تم توضيح الية تشكل وظهور المعايير الدولية.

²ميثاق الأمم المتحدة: هو معاهدة تأسيسية للأمم المتحدة والتي هي منظمة حكومية دولية ويحدد الأعراض وهيكل الإدارة والإطار العام لمنظمة الأمم المتحدة.

بمعايير المحاكمة العادلة وسعيها الدائم لإنشاء محكمة جنائية دولية دائمة تتمتع بالاستقلال والنزاهة.¹ حيث أوضحت ديباجة ميثاق الأمم المتحدة أن شعوب الأمم المتحدة اهتمت بتبيان الأحوال التي يمكن في ظلها تحقيق العدالة واحترام الالتزامات الناشئة من المعاهدات وغيرها من مصادر القانون الدولي لما في ذلك مساهمة في حفظ السلام العالمي وتحقيق الأمن الدولي. وهذا ما دعت إليه المادة (1/ 3) من ميثاق الأمم المتحدة² من ضرورة احترام حقوق الإنسان الأساسية بلا تمييز على أساس الجندر أو اللغة أو غير ذلك، ومراعاة ذلك وضع الميثاق على عاتق أجهزة الأمم المتحدة المختلفة التزاماً بمراقبة مدى التزام الدول الأعضاء باحترام حقوق الإنسان.³

الفرع الثاني:

ضمانات المحاكمة العادلة في الإعلان العالمي لحقوق الإنسان⁴

يعد الإعلان العالمي لحقوق الإنسان أول وثيقة دولية أساسية تناولت حقوق الإنسان التي لا يجوز التصرف فيها أو انتهاكها، كما يتضمن حقوقاً عديدة مدنية وسياسية واجتماعية وثقافية واقتصادية، وأخرى مقررة للأفراد دون استثناء في كل الأوقات.⁵ وقد نص الإعلان العالمي لحقوق الإنسان على مبدأ الحق في المحاكمة العادلة كحق أساسي دون تحديد سواء أكانت في مرحلة التحقيق الابتدائي أم مرحلة المحاكمة أو حتى مرحلة ما بعد المحاكمة، ونص عليها في المواد (10) "لكل إنسان، على قدم المساواة التامة مع الآخرين، الحق في أن تنظر قضيته محكمة مستقلة ومحايدة، نظراً مُنصفاً وعلنياً، للفصل في حقوقه والتزاماته وفي أية تهمة جنائية تُوجّه إليه". والمادة (1/11) "كل شخص متهم بجريمة يُعتبر بريئاً إلى أن يثبت ارتكابه لها قانوناً في محاكمة علنية تكون قد وُفّرت له فيها جميع الضمانات اللازمة للدفاع عن نفسه". (11/ 2) "لا يُدان أي شخص بجريمة بسبب أي عمل أو امتناع عن عمل لم يكن في حينه يشكل جريمة بمقتضى القانون الوطني أو الدولي، كما لا تُوقع عليه أية عقوبة أشد من تلك التي كانت سارية في الوقت الذي ارتكب فيه الفعل الجرمي". وبالنظر للمادتين السابقتين نجد أن الإعلان العالمي يكرس الحق في

¹.خوجة، عبد الرازق، ضمانات المحاكمة العادلة أمام المحكمة الجنائية الدولية، ماجستير تخصص قانون دولي انساني،

جامعة الحاج لخضر باتنة، الجزائر، 2013، ص 21.

².ميثاق الأمم المتحدة. مرجع سابق، م 1 / 3.

³.بلباي، اكرام، مرجع سابق، ص 169

⁴.الإعلان العالمي لحقوق الإنسان. هو وثيقة حقوق دولية تمثل الإعلان الذي تبنته الأمم المتحدة 15 ديسمبر 1948.

⁵.بلباي، اكرام. مرجع سابق، ص 170.

المحاكمة من خلال توفير مجموعة من الضمانات أهمها، المساواة بين الأشخاص، النظر في القضايا من قبل جهة قضائية مستقلة ومحايدة دون ظلم، مبدأ افتراض البراءة، علنية المحاكمة، توفير وسائل الدفاع، عدم الإدانة على فعل ليس مجرمًا قبل صدور القرار، الالتزام بالعقوبة المقررة في القانون وعدم توقيع العقوبة الأشد.

الفرع الثالث:

ضمانات المتهم في مرحلة ما بعد المحاكمة حسب ما ورد في العهد الدولي الخاص بالحقوق

المدنية والسياسية

لقد تضمن العهد الدولي للحقوق المدنية والسياسية لعام (1966) مختلف الحقوق الأساسية للإنسان وعلى رأسها الحق في محاكمة عادلة وفقا لما جاء في المادة (14 / 2) والتي يلاحظ فيها أن العهد الدولي يكرس الحق في المحاكمة العادلة من خلال ضمان الحق للمتهم في محاكمة عادلة في كافة مراحل المحاكمة، كما أنها تماشت مع الإعلان العالمي لحقوق الإنسان في تناولها لمبادئ وضمانات المحاكمة العادلة. ولم تكن المادة (14) من العهد الدولي الخاص بالحقوق المدنية والسياسية هي المادة الوحيدة من العهد التي تنص على ضمانات وحقوق المتهم في المحاكمة العادلة؛ بل وردت مجموعة من النصوص القانونية في هذا العهد مقررة لمجموعة من الضمانات والحقوق التي تتعلق بحق المتهم في محاكمة عادلة فيما بعد المحاكمة وذلك على النحو الآتي:

- 1- ما ورد في المادة (14 / 3 د) ¹ حيث جاءت هذه المادة مقررة لحق المتهم في حضور جلسات المحاكمة وجلسات الاستئناف. وبالنظر لهذا النص نجد أن هذه الضمانة جاءت منسجمة مع ما أقره المشرع الفلسطيني بهذا الخصوص.
- 2- ما اكدته المادة (14 / 3 هـ) ² وقد أقر هذا النص حق المتهم باستدعاء الشهود ومناقشتهم؛ أي حقه في استدعاء شهود النفي ومناقشة شهود الادعاء.

¹. العهد الدولي الخاص بالحقوق المدنية والسياسية، مرجع سابق، م (14 / 3 د).

². مرجع سابق، م (14 / 3 هـ).

3- ما عالجته المادة (1/15)¹ وقد جاء هذا النص تأكيداً على مبدأ مهم أخذ به المشرع الفلسطيني أيضاً وهو عدم فرض العقوبة الأشد على المدان بعد صدور الحكم (تطبيق القانون الأصلح للمتهم).

4- ما حثت عليه المادة (5/14)² وقد أعطى هذا النص المتهم الحق في الطعن في الأحكام القضائية لدى المحاكم الأعلى درجة من المحاكم التي أصدرت الحكم أو القرار المطعون فيه.

5- ما نصت عليه المادة (5/9) وقد سمح للمتهم بموجب هذا النص في حالة إذا كان توقيفه غير قانوني أن يطالب بالتعويض عن الأضرار التي نتجت عن هذا التوقيف. كما أوردت المادة (6/14)³ نصاً على "أنه إذا تمت إدانة شخص بجناية ومن ثم تبين أن في ذلك خطأ مما يعني براءة الشخص المتهم فإن لهذا الشخص الحق في التعويض عن الأضرار طبقاً للقانون. وكلاهما أقرت حق المتهم بالمطالبة بالتعويض مع اختلاف الحالات.

الفرع الرابع:

الضمانات المستمدة من دليل منظمة العفو الدولية⁴

بالرجوع لدليل منظمة العفو الدولية في طبعته الثانية نجد أن منظمة العفو الدولية قد كفلت مجموعة من الحقوق والضمانات للمتهم في مرحلة ما بعد المحاكمة وهذه الحقوق هي:

أولاً: الحق في حضور المحاكمات وجلسات الاستئناف

لكل شخص يتهم بارتكاب فعل جنائي الحق في أن يحضر محاكمته ليسمع مرافعة الادعاء ويدافع عن نفسه بموجب الفصل (21) من دليل منظمة العفو الدولية.⁵ وبالتدقيق في الفصل (21) نجد أن دليل منظمة العفو قد أكد على الحق في المحاكمة الحضورية، حيث يعد حق المتهم في حضور جلسات المحاكمة حقاً مكماً لحقه في الدفاع عن نفسه. كما أعطي الحق في حضور جلسات الاستئناف، ويتوقف الحق في حضور وقائع جلسات الاستئناف على طبيعة الإجراءات المقررة، ويعتمد في ذلك على ما إذا كانت جلسات

¹.مرجع سابق، م (1/15).

².مرجع سابق، م (5/14).

³.مرجع سابق، م (5/9).

⁴.منظمة العفو الدولية هي منظمة غير حكومية يقع مقرها في لندن، وتركز في عملها على القضايا المتعلقة بحقوق الإنسان.

⁵.دليل منظمة العفو الدولية، ط 2، منظمة العفو الدولية، الفصل 21، ص 156.

المحاكمة الابتدائية علنية أم لا؟ وعلى ما إذا كانت لمحكمة الاستئناف ولاية قضائية على الدعوى؟ وعليه إذا ما نظرت محكمة الاستئناف في الدعوى من حيث جوانبها القانونية والإجرائية فتقتضي وقتها العدالة حضور المتهم، وكذلك المحامي الخاص به في حال وجوده.¹

ثانياً: الحق في استدعاء الشهود ومناقشتهم

لكل فرد يتهم بارتكاب فعل جنائي الحق في استدعاء شهود نفي ومناقشة شهود الإثبات بنفسه أو من قبل غيره، وهذا ما أورده منظمة العفو الدولية في الفصل (22) من دليلها. وبالرجوع للفصل (22) نجد أن حق المتهم في استدعاء الشهود واستجوابهم يعد من الأركان الأساسية لمبدأ تكافؤ الفرص بين الدفاع والادعاء، وأيضاً للمتهم الحق في استجواب شهود الإثبات بواسطة غيره وله الحق في الحصول على الوقت الكافي والتسهيلات المناسبة لإعداد دفاعه واستدعاءه لمناقشة الشهود.²

ثالثاً: الحق في الاستئناف

بين نص الفصل (26) من دليل منظمة العفو الدولية أنه من حق كل متهم يدان بارتكابه لجريمة معينة أن يلجأ إلى محكمة أعلى درجة لمراجعة حكم الإدانة الصادر بحقه والعقوبة المقررة بحقه. وبناءً على الفصل (26) فقد أعطي للمتهم الحق في الاستئناف؛ حيث يحق لكل متهم مراجعة حكم الإدانة الصادر ضده والعقوبة المقررة عليه، كما أعطته الحق بإعادة المحاكمة استناداً لاكتشاف وقائع جديدة حيث توفر العديد من البلدان والمحاكم الجنائية الدولية الفرصة لإعادة النظر في ملفات القضايا الجنائية عقب صدور حكم بات بها، إذا ما اكتشفت وقائع جديدة تستدعي إعادة النظر، ولا يعد جزءاً من الاستئناف وهذا ما قرره الفصل (2/26).³

المطلب الثاني:

حقوق المتهم في ضوء ميثاق روما النظام الأساسي للمحكمة الجنائية الدولية⁴

وردت ضمانات الحق في المحاكمة العادلة في النظام الأساسي للمحكمة الجنائية الدولية. حيث نجح هذا الأخير إلى حد كبير في تبني مجموعة من الضمانات القانونية تبدأ من بداية مرحلة التحقيق والمقاضاة مروراً بإصدار الحكم، وهذه الضمانات إنما هي معايير للمحاكمة العادلة، يكون أساسها في افتراض براءة

¹. دليل منظمة العفو الدولية. مرجع سابق، ص 158.

². مرجع سابق، ص 160 - 161.

³. مرجع سابق، ص 182 ص 186.

⁴. ميثاق روما (نظام روما الأساسي) وتم اعتماده في 17 تموز 1998، خلال مؤتمر الأمم المتحدة الدبلوماسي.

المشتبه به، أو المتهم وما يتبعها من حقوق في أثناء المحاكمة، ومن الضمانات الواردة في ميثاق روما، فيما يتعلق بمرحلة ما بعد المحاكمة حق المتهم بحضور إجراءات المحاكمة، حقه في استدعاء الشهود، حق المتهم في الطعن، وأخيراً حقه في التعويض. وجميع هذه الحقوق سيتم تناولها بشيء من الوضوح.

الفرع الأول:

حق المتهم في حضور إجراءات المحاكمة (الجلسات)

تستوجب المحاكمة العادلة من أجل ألا تقوم بهدر حق المتهم في الدفاع عن نفسه ضد الاتهام الموجه إليه من قبل الادعاء، وحتى يتمكن من أن يظهر موقفه من هذه التهمة أمام المحكمة الجنائية الدولية، بأن يكون المتهم حاضراً للجلسات. حيث أنه من المبادئ الأساسية للدعوى الجزائية أن السلطة التقديرية للقاضي والتي تقوم على حرية القاضي الجزائي في تقدير صحة الأدلة وقوتها في الإثبات، و حتى يبنى عقيدته بحرية كاملة بناءً على ما يعرض عليه من مناقشة وحضور الخصوم أمامه في جلسات المحاكمة، وعليه فإن حضور المتهم والخصوم لجلسات المحاكمة أمام المحكمة الجنائية الدولية يعطيهم الفرصة لمواجهة بعضهم البعض، ومناقشة الأدلة المقدمة من طرف كل منهم وإثبات صحتها وتقديرها، وبالتالي تتاح الفرصة للمتهم لإبداء رأيه بصراحة والدفاع عن نفسه بكل ارتياح واطمئنان.¹ فقد اكدت المادة (63) من النظام الأساسي للمحكمة الجنائية الدولية (نظام روما) على: 1. يجب أن يكون المتهم حاضراً في أثناء المحاكمة. 2. إذا كان المتهم المائل أمام المحكمة يواصل تعطيل سير المحاكمة، يجوز للدائرة الابتدائية إبعاد المتهم، وتوفير له ما يمكنه من متابعة المحاكمة وتوجيه المحامي من خارج قاعة المحكمة. مؤكدة على هذا الحق واعتباره الأصل؛ ولكنها أيضاً جاءت باستثناء على هذا الحق وهو جواز إجراء المحاكمة غيابياً في حالات محددة على سبيل الحصر، وهي إذا صدر منه تشويش وحتى في هذه الحالة يجب أن توفر للمتهم الوسائل التي تكفل متابعته للمحكمة.²

¹. سديره، نجوى يونس، ضمانات المتهم أمام المحكمة الجنائية الدولية، ط1، عمان، دار الثقافة للنشر والتوزيع، 2014، ص 248 - ص 249.

². حجازي، اسراء حسين عزيز. ضمانات المحاكمة العادلة أمام القضاء الجنائي الدولي، القاهرة، دار النهضة العربية، 2015، ص 255.

الفرع الثاني:

حق المتهم في استدعاء الشهود ومناقشتهم

يعد حق المتهم في استدعاء الشهود ومناقشتهم من الأركان الأساسية لمبدأ تكافؤ الفرص بين الدفاع والادعاء، والهدف من هذا الحق هو أن يكفل للمتهم الصلاحيات المخولة للادعاء العام من حيث استدعاء الشهود وإلزامهم بالحضور واستجوابهم، فله أن يناقش شهود الإثبات بنفسه أو من قبل غيره، وأن يؤمن له حضور واستجواب شهود النفي بنفس الشروط المتعلقة بشهود الإثبات.¹ وقد أعطى النظام الأساسي للمحكمة الجنائية الدولية للمتهم الحق في أن يستجوب شهود الإثبات بنفسه أو بواسطة الآخرين بموجب نص المادة (67/1 د) عند البت في أية تهمة، يكون للمتهم الحق في أن يحاكم محاكمة علنية، مع مراعاة أحكام هذا النظام الأساسي، في أن تكون المحاكمة منصفة وتجري على نحو نزيه، ويكون له الحق في الضمانات الدنيا التالية على قدم المساواة التامة:

- أ- أن يبلغ فوراً وتفصيلاً بطبيعة التهمة الموجهة إليه وسببها ومضمونها، وذلك بلغة يفهمها تماماً.
- ب- أن يتاح له ما يكفي من الوقت والتسهيلات لتحضير دفاعه، وللتشاور بحرية مع محام من اختياره وذلك في جو من السرية. وفي نفس السياق ومراعاةً لأحكام المادة (2/63) أن يكون المتهم حاضراً في أثناء المحاكمة، وأن يدافع عن نفسه بنفسه أو بالاستعانة بمساعدة قانونية من اختياره، وأن يبلغ إذا لم يكن لديه المساعدة القانونية، شهود النفي واستجوابهم بذات الشروط التي تتعلق بشروط الإثبات.²

الفرع الثالث:

ضمان المتهم في الطعن في الحكم النهائي

لما كان قضاء البشر غير معصوم من الخطأ أو الزلل لذلك أجاز المشرع الطعن في الأحكام لتلافي ما قد يقع من القضاء من أخطاء بما يكفل جعل الحقيقة القضائية أقرب ما تكون إلى الواقع وتدعم الثقة في حجية الأمر المقضي به حتى يطمئن أفراد المجتمع إلى كون الحكم قد غدا عنواناً للحقيقة.³ وعليه فالطعن في الأحكام يعد ضماناً رئيسة ومهمة من ضمانات تحقيق العدالة، إذ إن حق المتهم في الدفاع

¹. سديرة، نجوى يونس. مرجع سابق، ص 273.

². حجازي، اسراء حسين عزيز. مرجع ساب ق، ص 257.

³. حجازي، اسراء حسين عزيز. مرجع ساب ق، ص 359.

عن نفسه يقتضي أن تتاح له فرصة التماس كافة درجات التقاضي المتاحة قانوناً؛ أي حق الطعن في الحكم، وهو مبدأ استقرت عليه كافة النظم القانونية، ويدخل إنكار هذا الحق في حالات إنكار العدالة.¹ وبالرجوع لنظام المحكمة الجنائية الدولية نجد أن هناك طريقتين للطعن في الأحكام الصادرة عن المحكمة هما طريق الطعن بالاستئناف، وإعادة النظر. حسب نص المادة (81 و84) من النظام الأساسي وسنتناول توضيح هاتين الطريقتين:

أولاً: الطعن بطريق الاستئناف

يعد الاستئناف طريقة من طرق الطعن العادية التي يلجأ إليها المتهم في الدعوى الجنائية دون التقيد بأسباب معينة، ولذا فإنه لا يوقف تنفيذ الحكم إلا إذا نص القانون على خلاف ذلك. كما أنه ينقل الدعوى الجنائية بوحدة أطرافها وموضوعها من الهيئة القضائية التي أصدرت الحكم إلى هيئة قضائية أعلى.² وبالرجوع لميثاق روما نجد أنه يجوز استئناف حكم بالإدانة أو التبرئة صادر بموجب نص المادة (7) من النظام الأساسي، كما يجوز استئناف قرار صادر بالعقوبة بموجب نص المادة (76)، وأخيراً يستطيع المتهم استئناف قرار صادر بجبر الضرر حسب ما أورده النظام الأساسي في المادة (75).³ ويتم تقديم جميع الطلبات الخاصة بالاستئناف في موعد أقصاه (30) ثلاثون يوماً من تاريخ إخطار الطرف مقدم الاستئناف بالقرار، أو الحكم أو الأمر بجبر الضرر، ويجوز لدائرة الاستئناف في المحكمة أن تمدد المهلة لسبب وجيه، وعند تقديم الطلب من الطرف ملتصقاً رفع الاستئناف حسب ما جاء في القاعدة (150/1 / 2) من القواعد الإجرائية وقواعد الإثبات الخاصة بالمحكمة الجنائية الدولية انه " 1 - يجوز، رهناً بالفقرة 2 من القاعدة، رفع استئناف ضد قرار بالإدانة أو التبرئة اتخذ بمقتضى المادة (74)، أو عقوبة صادرة بمقتضى المادة (76)، أو أمر بجبر الضرر صادر بمقتضى المادة (75)، في موعد أقصاه (30) ثلاثون يوماً من تاريخ إخطار الطرف مقدم الاستئناف بالقرار أو الحكم أو الأمر بجبر الضرر. 2 - يجوز لدائرة الاستئناف تمديد المهلة الزمنية المبينة في الفقرة (1) من القاعدة ذاتها، لسبب وجيه، عند تقديم طلب من الطرف ملتصق رفع الاستئناف".⁴ وفيما يتعلق بإجراءات الاستئناف أمام المحكمة الجنائية الدولية، فإنه عند تقديم الطلب الخاص بالاستئناف يصبح ما أصدرته الدائرة الابتدائية من قرار حكم أو أمر بجبر الضرر نهائياً، ويقوم

¹. سديرة، نجوى يونس. مرجع ساب ق، ص 301.

². مرجع سابق، ص 305.

³. نظام روما، مرجع سابق، م 74.

⁴. حجازي، إسراء حسين عزيز. مرجع ساب ق، ص 362.

مسجل المحكمة عند تلقيه إخطار بالاستئناف بإحالة ملف القضية بالكامل من الدائرة الابتدائية إلى دائرة الاستئناف ويخطر جميع الأطراف التي شاركت في الإجراءات القانونية أمام الدائرة الابتدائية بأنه قد تم تقديم إخطار بالاستئناف. وذلك بموجب القاعدة (151) من القواعد الإجرائية الخاصة بالمحكمة الجنائية الدولية، وحينئذ تعقد دائرة الاستئناف جلسة استماع في أسرع وقت ممكن على أن تكون إجراءات الاستئناف خطية في حالة عقد جلسة استماع مع تمتع الدائرة بكافة سلطات الدائرة الابتدائية.¹

ثانياً: الطعن بطريق إعادة النظر

الأصل أن الحكم الذي يحوز قوة الأمر المقضي به يصبح عنواناً للحقيقة، ولا يجوز المساس به حرصاً على الاستقرار القانوني، وحماية للاحترام الواجب للحكم البات، ومع ذلك فقد يكون الحكم البات معيباً بسبب خطأ جسيم في الوقائع التي أدت إلى إدانة بريء، ويكون من شأن الإبقاء عليه إهدار العدالة، ومن هنا ارتأى المشرع الدولي بأن تصبح هذه الحالات من الخطأ الذي شابها حالات لإعادة النظر؛ وذلك تحقيقاً للعدالة التي هي أسمى وأهم من الحرص على الاستقرار القانوني، واحترام قوة الأمر المقضي، وعليه أتاح السبيل لإهدار هذه القوة عن طريق إعادة النظر في الحكم البات. وقد جعلها طريقاً استثنائية وحصرها في أضيق الحدود.² فقد منح النظام الأساسي للمحكمة الجنائية للمدان وزوجه وأولاده ووالديه إذا كان ميتاً، أو أي شخص يكون حياً وقت وفاة المتهم قد تلقى تعليمات خطية صريحة منه أن يقدموا طلباً لدائرة الاستئناف لإعادة النظر في الحكم النهائي الصادر بالإدانة أو العقوبة.

وقد سمح النظام ذاته بالطعن بطريق إعادة المحاكمة فقط في حالة الإدانة والعقوبة، ولم يتجاوزها لحالات أخرى وهذا ما أقرته المادة (84 / 1) من هذا النظام⁴³ ويجوز للأشخاص المذكورين أعلاه تقديم طلب الطعن استناداً لأحد الأسباب الثلاثة التي حددها نظام روما على سبيل الحصر وذلك النحو الآتي:⁵

- 1- اكتشاف أدلة جديدة لم يكن لها وجود وقت المحاكمة أو وقت نظر الاستئناف.

- 2- إذا تبين حديثاً أن أدلة حاسمة كانت قد وضعت في الاعتبار عند المحاكمة واعتمدت عليها في الإدانة كانت مزيفة.

¹. سديرة، نجوى يونس. مرجع سابق، ص 311.

². حجازي، إسراء حسين عزيز. مرجع سابق، ص 370.

³. سديرة، نجوى يونس. مرجع سابق، ص 314.

⁴. نظام روما، مرجع سابق، م 84 / 1.

⁵. حجازي، إسراء حسين عزيز. مرجع سابق، ص 371.

3- إذا تبين أن واحداً أو أكثر من القضاة الذين اشتركوا في تقرير الإدانة أو اعتماد التهم قد ارتكبوا في تلك الدعوى سلوكاً سيئاً، وأخلوا بواجباتهم على نحو يشكل درجة عالية من الخطورة تكفي لتبرير عزل ذلك القاضي، حسب ما ورد في المادة (46) من النظام الأساسي للمحكمة.¹

ويقدم طلب إعادة النظر من صاحب الحق كتابياً، ويشمل أسبابه ويرفق معه المستندات المؤيدة له وبعدها يفصل بمدى أحقية الطلب من عدمه بواسطة أغلبية القضاة في دائرة الاستئناف لدى المحكمة الجنائية الدولية بموجب قرار مكتوب صادر عنها مسبباً تسبباً كافياً واضحاً، ويتم إخطار مقدم الطلب من قبل الدائرة التنفيذية بقرارها ويخطر أيضاً جميع الأطراف الذين شاركوا في الإجراءات المتصلة بالقرار الابتدائي حسب القاعدة (159) من القواعد الإجرائية الخاصة بالمحكمة يقدم طلب إعادة النظر المنصوص عليه في المادة (1/84) في صورة خطية وتبين فيه أسبابه.

الفرع الرابع:

حق المتهم بالتعويض

أكدت المادة 85 من نظام روما الأساسي على حق المتهم بالتعويض بقولها " 1 - يكون لأي شخص وقع ضحية للقبض عليه أو الاحتجاز بشكل غير مشروع حق واجب النفاذ في الحصول على تعويض. 2 - عندما يدان شخص، بقرار نهائي، بارتكاب جرم جنائي، وعندما تكون إدانته قد نقضت فيما بعد على أساس أنه تبين بصورة قاطعة من واقعة جديدة أو مكتشفة حديثاً حدوث قصور قضائي، يحصل الشخص الذي وقعت عليه العقوبة نتيجة الإدانة، على تعويض وفقاً للقانون، مالم يثبت أن عدم الكشف عن الواقعة المجهولة في الوقت المناسب يعزى كلياً أو جزئياً إليه هو نفسه. 3- في الظروف الاستثنائية، التي تكتشف فيها المحكمة حقائق قطعية تبين حدوث قصور قضائي جسيم وواضح، يجوز للمحكمة بحسب تقديرها، أن تقرر تعويضاً يتفق والمعايير المنصوص عليها في القواعد الإجرائية وقواعد الإثبات، وذلك للشخص الذي يفرج عنه من الاحتجاز بعد صدور قرار نهائي بالبراءة أو إنهاء الإجراءات للسبب المذكور.² مؤكدة على تعويض الشخص الذي وقع القبض عليه أو احتجازه بشكل غير مشروع، فيكون لهذا الشخص حق واجب النفاذ في المطالبة بالتعويض عن المدة التي قضاها في الاحتجاز، ويقصد بحق المتهم بالتعويض حقه في الحصول على ما يجبر الضرر ممن أوقعه به أو تسبب في

¹.نظام روما، مرجع سابق، م 46.

².نظام روما الأساسي، مرجع ساب ق، م 85.

دفعه بهذا الخطأ." وقد وضع نظام روما الأساسي شروطاً أساسية لمنح التعويض للشخص الذي يطالب به وأهم هذه الشروط هي في حالة عدم مشروعية القبض على شخص أو احتجازه، وفي حالة نقض الإدانة، وأيضاً حالة حدوث خطأ قضائي جسيم. وعند توفر إحدى الحالات السابقة يقوم الشخص المتضرر بتقديم طلب كتابي إلى هيئة رئاسة المحكمة التي تعين دائرة مؤلفة من 3 ثلاثة قضاة لدراسة الملف على أن يكون هؤلاء لم ينظروا في الملف مسبقاً، بشرط أن يتم تقديم الطلب خلال 6 ستة شهور من تاريخ إخطار مقدم الطلب بقرار المحكمة. وتراعي الدائرة عند تحديد مبلغ التعويض ما ترتب عن الخطأ القضائي من آثار على الحالة الشخصية والأسرية والاجتماعية والمهنية لمقدم الطلب، ويصدر القرار في الطلب بأغلبية القضاة ويبلغ إلى المدعي العام وإلى مقدم الطلب، حسب ما أوضحت القواعد (174 و 175) من القواعد الإجرائية الخاصة بالمحكمة.¹

¹. القواعد الإجرائية، مرجع سابق، قاعدة 174.

الخاتمة :

وبعد دراسة ضمانات المتهم في مرحلة ما بعد المحاكمة، وجدت أن هذه المرحلة تعد من أهم مراحل الدعوى الجزائية، ولا أقل من أهمية المراحل السابقة، ولكن لكون المتهم في هذه المرحلة يكون أحوج إلى توفير ضمانات له أمام المحكمة تكفل له محاكمة عادلة ونزيهة وشفافة، باعتبار أن هذه المرحلة هي التي تحدد مصيره بعد صدور الحكم القضائي عليه. وعلى الرغم من اهتمام المواثيق الدولية وديساتير الدول بحق المتهم بتوفير محاكمة عادلة له من خلال ضمانات نص عليها في مرحلة ما بعد المحاكمة، إلا أنه كان لزاماً علينا بيان هذه الضمانات وتوضيحها للمتهم لتمكينه من التمتع بهذه الضمانات بعد محاكمته، والنصوص القانونية الداعمة لهذه الضمانات. وعليه يترأى الباحث أن أهم النتائج والتوصيات والمقترحات التي توصل إليها على النحو الآتي:

النتائج:

- 1- فالمحاكمة العادلة هي مفهوم نسبي، إلا أن التحليل القانوني لهذا المفهوم يجعلنا نقول إنها المحاكمة التي احترمت فيها القواعد الشكلية والموضوعية والضمانات المنصوص عليها.
- 2- لقد كفل المشرع الفلسطيني مجموعة من الحقوق التي يجب أن يتمتع بها المتهم في مرحلة ما بعد المحاكمة، وكانت جميع هذه الضمانات منسجمة مع المعايير الدولية ومتوافقة معها.
- 3- لقد كفل المشرع الفلسطيني الحق في حضور المحاكمات وجلسات الاستئناف من خلال نصوص المواد الواردة في قانون الإجراءات الجزائية والتي جاءت متوافقة مع نصوص المواثيق الدولية.
- 4- اهتمام المشرع الفلسطيني بالحفاظ على حق المتهم في استدعاء الشهود ومناقشتهم من خلال مجموعة من النصوص القانونية التي جاء بها قانون الإجراءات الجزائية الذي جاء منسجماً مع المعايير الدولية.
- 5- عدّ المشرع الفلسطيني عدم فرض العقوبات الأشد على المدان بعد صدور الحكم من الضمانات الأساسية التي يجب أن يتمتع بها المتهم فيما بعد محاكمته، وركز على أهميتها من خلال النصوص الواردة في القانون الأساسي.
- 6- أكد المشرع الفلسطيني على حق المتهم في الطعن في الأحكام القضائية من خلال قانون الإجراءات الجزائية.

التوصيات:

- 1- يجب أن يكون المشرع الفلسطيني أكثر شمولاً فيما يتعلق بحقوق المتهم بالطعن بالأحكام، وعلى الرغم من تحديد آلياتها ومددها إلا أنه لا زال يشوبه بعض القصور مقارنة مع المعايير الدولية.
- 2- يجب على المشرع الفلسطيني أن يكون أكثر تفصيلاً وشمولاً فيما يتعلق بحقوق المتهم بطلب التعويض وتحديد آلياته.
- 3- حث المختصين التركيز على المواضيع الخاصة بضمانات المتهم في مرحلة ما بعد المحاكمة.
- 4- على المشرع الفلسطيني إجراء مواءمات تشريعية مع المواثيق الدولية " النظام الأساسي للمحكمة الجنائية الدولية".

المصادر والمراجع :

المصادر :

- القانون الاساسي المعدل للسلطة الوطنية الفلسطينية لعام 2003.
- قانون العقوبات رقم 16 لسنة 1960 الساري في الضفة الغربية.
- قانون الإجراءات الجزائية الفلسطيني رقم (3) لسنة (2001).
- قانون رقم (6) لسنة (1998) بشأن مراكز الإصلاح والتأهيل.
- ميثاق الأمم المتحدة.
- الإعلان العالمي لحقوق الانسان (1948).
- العهد الدولي الخاص بالحقوق المدنية والسياسية (1966).
- دليل منظمة العفو الدولية، ط2.
- النظام الأساسي للمحكمة الجنائية الدولية (1998)، (القواعد الإجرائية وقواعد الإثبات الخاصة بالمحكمة الجنائية).

المراجع:

الكتب والرسائل:

- أبو عفيفة، طلال. (2011). الوجيز في قانون الإجراءات الجزائية الفلسطيني، ط1، عمان، دار الثقافة للنشر والتوزيع.
- البريكي، محمد هادي. (2021). ضمانات المحاكمة العادلة أمام قضاء الحكم، مجلة القانون المغربي دار السلام للنشر.
- التائب، محمد علي محمد. (2013). ضمانات المحاكمة العادلة، البحث 19، جامعة سرت.
- الحنيفات، عمار رجا. (2021) ضمانات المحاكمة العادلة في التشريع الجزائي الأردني (دراسة تطبيقية للمعايير الدولية على إجراءات الدعوى الجزائية) ط1، الأردن، مرسال الحديثة ناشرون وموزعون.
- السعيد، كامل. (2022). شرح احكام قانون العقوبات، ط 5، عمان، دار الثقافة للنشر والتوزيع.
- الصادق، محمد رشاد محمد. (2022). ضمانات المتهم في مرحلة المحاكمة، مجلة حقوق حلوان للدراسات القانونية والاقتصادية، عدد 46، مصر، جامعة حلوان، كلية الحقوق.
- المجالي، نظام توفيق. (2010). شرح قانون العقوبات، ط3، عمان، دار الثقافة للنشر والتوزيع.
- النميري، سامر ممتاز. (2016). ضمانات المتهم والمحاكمة العادلة، رسالة ماجستير، جامعة القدس.

- أيوبي، يونس. (2020). مبدأ القانون الاصلح للمتهم، المجلة المغربية للإدارة المحلية، المغرب.
- بلباي، اكرام. (2022). ضمانات المحاكمة العادلة في المعايير الدولية، مجلة القانون الدستوري والمؤسسات السياسية، مجلد 26، عدد 1، الجزائر، جامعة عبد الحميد بن باديس مستغانم، كلية الحقوق والعلوم السياسية.
- جوخدار، حسن. (1992). قانون أصول المحاكمات الجزائية، ط1، عمان، دار الثقافة للنشر والتوزيع.
- حجازي، اسراء. عزيز. (2015). ضمانات المحاكمة العادلة أمام القضاء الجنائي الدولي، القاهرة، دار النهضة العربية.
- حسني، محمود نجيب. (2011). شرح قانون الإجراءات الجنائية وفقا لأحدث التعديلات التشريعية، ط1، ج 2، القاهرة، دار النهضة العربية.
- خوجة، عبد الرزاق. (2013). ضمانات المحاكمة العادلة أمام المحكمة الجنائية الدولية، ماجستير تخصص قانون دولي انساني، الجزائر، جامعة الحاج لخضر باتنة.
- سديره، نجوى يونس. (2014). ضمانات المتهم أمام المحكمة الجنائية الدولية، ط 2، عمان، دار الثقافة للنشر والتوزيع.
- سلامة، مأمون محمد. (2000). الإجراءات الجنائية في التشريع المصري، دار النهضة العربية.
- عبد الباقي، مصطفى. (2015). قانون الاجراءات الجزائية الفلسطيني وحدة البحث العلمي والنشر.
- قنان، صالح رمضان صالح. (2015). ضمانات المتهم في مرحلة المحاكمة الجزائية في التشريعين المصري والليبي، أطروحة دكتوراة، مصر، القاهرة، جامعة القاهرة.
- مهدي، عبد الرؤوف. (2015). شرح القواعد العامة للإجراءات الجنائية في ضوء التعديلات الدستورية الصادرة في 18 يناير 2014، القاهرة، دار النهضة العربية.
- نجم، محمد صبحي. (2006). قانون أصول المحاكمات الجزائية عمان، دار الثقافة للنشر والتوزيع.
- نمور، محمد سعيد. (2000). شرح قانون أصول المحاكمات الجزائية، عمان، دار الثقافة للنشر والتوزيع.

آثار الرقابة البرلمانية على القرار بقانون

***The Effects of Parliamentary Oversight on the
Decision by Law***

د. حسن سليم

دكتوراه في القانون العام والعلوم السياسية / الجامعة العربية
الاميركية (فلسطين)

آثار الرقابة البرلمانية على القرار بقانون

The Effects of Parliamentary Oversight on the Decision by Law

د. حسن سليم، دكتوراه في القانون العام والعلوم السياسية

الجامعة العربية الاميركية / فلسطين

Hasan.jamil.Salim@gmail.com

تاريخ النشر: 2024-01-07

تاريخ القبول: 2023-10-15

تاريخ الاستلام: 2023-07-30

DOI: <https://doi.org/10.70411/MJLS.2.1.202472>**ملخص:**

بين البحث آثار الرقابة البرلمانية على القرار بقانون وفقاً للخيارات التي قررها القانون الأساسي في حال الالتزام بشرط وجوبية العرض سواء أتم إقرارها أم رفضها أم في حال لم يتم الالتزام بشرط وجوبية العرض.

ومن خلال البحث تم بيان التغيرات التي تطرأ على القرارات بقانون من حيث طبيعتها القانونية، إن كانت تبقى قرارات لها قوة القانون وتستمر بتلك القوة أم تتوقف أم تنزع عنها في حال لم يتم الالتزام بعرضها على المجلس التشريعي.

ومن خلال البحث أيضاً تم التعرض لإجراءات نفاذ القرارات بقانون في حال تم إقرارها وبالمقابل مآلها ومآل المراكز القانونية التي ترتبت استناداً إليها في حال لم يتم الالتزام بشرط وجوبية عرضها. **الكلمات المفتاحية:** الرقابة البرلمانية، القرار بقانون، المجلس التشريعي، المحكمة الدستورية العليا.

Abstract:

The research elucidated the impacts of parliamentary oversight on "decisions by law", based on the stipulations outlined in the Basic Law concerning the mandatory presentation clause, irrespective of whether it was accepted or rejected, or if the presentation requirement was disregarded.

Throughout the study, the transformations that transpire in the "decisions by law" were clarified, particularly concerning their legal characteristics. It examined if these decisions retain their legislative force and persist with that authority, or if they cease or are revoked in instances, where the obligatory presentation to the Legislative Council was neglected.

Moreover, the research delineated the processes for implementing the "decisions by law" in cases where they were ratified, and conversely, discussed the potential outcomes and the destiny of the legal entities established based on them, should the mandate of their presentation not be respected.

Keywords: Parliamentary oversight, Decree by law, Legislative Council, Supreme Constitutional Court.

المقدمة:

تمثل ممارسة السلطة التنفيذية لصلاحيات التشريع مسألة معقدة ومتقاطعة مع السلطتين القضائية والتشريعية، ولا سيما أنها تكون في ظل ظروف غير عادية، والتي يتخوف المشرع الدستوري من خروجها عن الطريق الدستوري السليم المقرر لها.

غير أن التخوف المذكور من قبل المشرع الدستوري من خروج السلطة التنفيذية عن حدود ممارستها لتلك الصلاحيات، قابلة تحديداً لحدود ممارسة السلطات المختصة بالرقابة على أعمالها ومنها السلطة التشريعية، الأمر الذي يتضح بنص المادة (43) من القانون الأساسي الفلسطيني المعدل لسنة 2003 التي حصر فيها المشرع الدستوري الخيارات المتاحة أمام المجلس التشريعي عند العرض عليها ما صدر من قرارات بقانون خلال فترة غير أدوار انعقادها، والتي جاءت على سبيل الحصر إما القبول أو الرفض. غير أن الأهمية لا تتوقف عند تحديد الخيارات أمام المجلس التشريعي بالقبول أو الرفض؛ بل تتعلق بالآثار الناتجة عن ممارسة تلك الخيارات لتعلقها بالغير سواء أكانت على السلطات أم الأفراد وبالمراكز القانونية التي تنتج عنها.

ولهذا كانت الإشكالية المتمثلة بالسؤال الرئيس وهو: ما هي الآثار المترتبة على قيام الرقابة البرلمانية على القرار بقانون ؟

أسئلة فرعية :

- ما هي الآثار التي تترتب على القرار بقانون في حال الالتزام بشرط وجوبية العرض وإقراره ؟
- ما هي الآثار التي تترتب على القرار بقانون في حال الالتزام بشرط وجوبية العرض ورفضه ؟
- ما هي الآثار التي تترتب على القرار بقانون في حال عدم الالتزام بشرط وجوبية العرض ؟

أهمية البحث:

تقوم أهمية البحث من واقع الأزمة الدستورية المعاشة في فلسطين نتيجة الانقسام الذي بدأ في حزيران 2007 وما خلف من تعطيل للمجلس التشريعي وانتهاء الأمر بحله، واستمرار ممارسة صلاحيات التشريع على شكل قرارات بقانون، والانتظار لمصير تلك القرارات للبت في مصيرها من قبل المجلس التشريعي وفقاً لنص المادة (43) من القانون الأساسي لسنة 2003 المعدل الذي أوجب عرضها على المجلس التشريعي في أول جلسة يعقدها.

وللإجابة على إشكالية البحث والأسئلة الفرعية فقد اعتمدنا المنهج الوصفي التحليلي للنصوص التشريعية، سواء أكانت لنصوص القانون الأساسي أم لنصوص القانون، وتم تقسيم البحث إلى مطلبين:

المطلب الأول: الآثار في حال الالتزام بشرط وجوبية العرض

المطلب الثاني: الآثار في حال عدم الالتزام بشرط وجوبية العرض

المطلب الأول:

الآثار في حال الالتزام بشرط وجوبية العرض

حدد القانون الأساسي الفلسطيني المعدل لسنة 2003 وتعديلاته الخيارات المتاحة أمام المجلس التشريعي بمناسبة ممارسته لإختصاص الرقابة على القرارات بقانون التي تُعرض عليه بخيارين: إما الإقرار أو الرفض¹، وذلك ما يعني حكماً أن مصير نصوص القرارات بقانون سيشهد اختلافاً تبعاً للقرار الصادر عن المجلس التشريعي بشأنها من حيث استمرار العمل بها، أو وقفه من تاريخ القرار.

الفرع الأول:

في حال الإقرار للقرار بقانون

أثارت الدراسة سؤالاً حول الطبيعة القانونية للقرار بقانون، وتناولت آراء الفقهاء الذين انقسموا بين من اعتبره قراراً إدارياً، وبين من اعتبره قانوناً، وبين من فرق بين طبيعته قبل تاريخ العرض وبين طبيعته بعده، وهناك أيضاً من اعتبره قراراً ذا طبيعة خاصة.

أولاً: الطبيعة القانونية للقرار بقانون بعد إقراره

كان الجدل في البداية مشروعاً حول الطبيعة القانونية نظراً للاختلاف بشأن المعايير التي تم الاستناد إليها في تحديد طبيعة القرار إن كان قراراً إدارياً وفقاً للمعيار العضوي، أم قانوناً وفقاً للمعيار الموضوعي، لكن دخول القرارات بقانون إلى دائرة الرقابة البرلمانية للبت في دستوريته ينقلها بعد التصويت عليها من حاضنة السلطة التنفيذية إلى حاضنة السلطة التشريعية صاحبة الاختصاص الأصيل، وكأنها تصدر عنها من جديد في حال إقرارها.

غير أن نطاق الرقابة البرلمانية على القرارات بقانون لا يتعدى التقرير إن كانت دستورية أم لا، دون أن تملك الحق لحد تطهيرها من عيوب قد لحقت بها منذ صدورها، كأن تكون قد صدرت معيبة بإحدى العيوب الشكلية أو الموضوعية، حيث تبقى تحت طائلة الطعن عليها أمام القضاء الدستوري، دون أن يسلب

¹. المادة (43)، القانون الأساسي الفلسطيني لسنة 2003 وتعديلاته.

عنها صفة القانون التي مُنحت لها، ذلك أنه لا تعارض بين أن يحمل التشريع صفة القانون، وبين أن يكون محلاً للطعن بدستوريته وإبطاله¹.

وفي شأن ذلك قالت المحكمة الدستورية المصرية العليا: "أن إقرار مجلس الشعب للقرار بقانون المطعون عليه لا يترتب عليه سوى مجرد استمرار نفاذه بوصفه الذي نشأ عليه كقرار بقانون دون تطهيره من العوار الدستوري الذي لازم صدوره، كما أنه ليس من شأن الإقرار في ذاته أن ينقلب به القرار بقانون المذكور إلى عمل تشريعي جديد يدخل في زمرة القوانين التي يتعين أن يُتبع في كيفية اقتراحها، والموافقة عليها، وإصدارها القواعد والإجراءات التي حددها الدستور في هذا الصدد، وإلا ترتب على مخالفتها عدم الدستورية"².

ولهذا فإنه لا يجب المبالغة أو المغالاة في دور الرقابة البرلمانية في منع انحراف السلطة التنفيذية فيما يصدر عنها من تشريعات، لكون ذلك يحدث غالباً في حال إن كانت الأغلبية البرلمانية متحالفة مع السلطة التنفيذية، أو كانت من ذات اللون السياسي، وذلك ما تكون نتيجته إفساد الرقابة البرلمانية³.

وفي هذا الصدد نشير إلى ما كان المجلس الدستوري الفرنسي قد أكدته بشأن مدى تحصن القرارات بقانون من البرلمان، حيث بين في إحدى أحكامه الصادرة في 1972/2/27 بشأن أثر إيداع مشروع قانون التصديق، بأن الهدف من التصديق هو الحفاظ على نفاذ الأوامر الاشتراعية، مُبيناً أنه لا يتناول على الإطلاق طبيعتها القانونية، وبذلك تبقى قابلة للمراجعة لتجاوز حد السلطة والدفع بعدم دستوريته⁴.

أما عرض القرارات بقانون على السلطة التشريعية وإقرارها بالموافقة، وانقطاع صلة السلطة التنفيذية بها، فإن ذلك لن يكون مبرراً للاستمرار بوصفها أنها قرارات بقانون، أو أنها كانت قرارات بقانون، لكون

¹. علي رشيد أبو حجلة، الرقابة على دستورية القوانين في الأردن، الطبعة الأولى، بدون دار نشر، عمان/الأردن، 2004، ص 171.

². حكم المحكمة الدستورية العليا المصرية الصادر بتاريخ 1985/5/4 في القضية رقم 28 لسنة 2 قضائية دستورية، بشأن عدم دستورية القرار بقانون رقم 44 لسنة 1979 بتعديل بعض أحكام قانون الأحوال الشخصية. أورده، صلاح الدين فوزي، مجلة البحوث القانونية والاقتصادية، جامعة المنصورة/كلية الحقوق، مصر، 1986، ص 266.

³. هبه عبد العزيز المدور، دور الرقابة القضائية في حماية حقوق الإنسان وحياته الأساسية، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت، 2018، ص 94.

⁴. سامي جمال الدين، الرقابة القضائية على أعمال الإدارة، الطبعة الأولى، منشأة المعارف، الإسكندرية، 1980، ص 216.

ذلك لا ينتقص من مكانتها، أو قوتها القانونية، ولا يفرقها عن القوانين العادية، لا بالتعديل ولا بالإلغاء ولا بالاختلاف فيما يتعلق بالنظام الرقابي الذي تخضع له عند الطعن في نصوصها.

أما الآثار التي تترتب على نظر القرارات بقانون بعد التثبت من صحتها وإقرارها، فإنها تنحصر في استمرار المراكز القانونية التي ترتبت بموجبها، دون أي تغيير يطرأ عليها، لكونها قامت منذ البداية بموجب قرارات لها قوة القانون، بحيث تتساوى مع المراكز التي تترتب بموجب قوانين عادية كالتى صدرت عن السلطة التشريعية الأصلية، كما يستمر الاستناد إليها مستقبلاً.

ثانياً: إجراءات نفاذ القرار بقانون

لم يتطرق القانون الأساسي الفلسطيني وكذا النظام الداخلي للمجلس التشريعي لإجراءات نفاذ القرارات بقانون في حال تم إقرارها من قبل المجلس التشريعي، وهذا يثير السؤال إن كانت القرارات بقانون تخضع فيما يخص إجراءات نفاذها لذات القواعد والإجراءات الخاصة بمشروعات القوانين العادية عند إقرارها، أم تعد نافذة حكماً بمجرد الإقرار وتنتشر في الجريدة الرسمية دون صدور قرار خاص بذلك.

وبالاطلاع على التنظيم التشريعي الفلسطيني، فإنه يتضح أن المشرع قد صمت عن ما هو واجب اتباعه للإعلان عن استمرار سريان القرار بقانون مستقبلاً بعد إقراره، الأمر الذي جعل المجلس التشريعي في ظل غياب النص أن يلجأ إلى القواعد العامة في ذلك، وفق ما هو منصوص عليه في المادة (70) من النظام الداخلي للمجلس التشريعي لسنة 2000 التي جاء فيها: "فور إقرار مشروع القانون بالقراءة الثالثة، أو فور انقضاء أسبوعين من تاريخ إقراره بالقراءة الثانية يحيل الرئيس (رئيس المجلس التشريعي) المشروع إلى رئيس السلطة الوطنية لإصداره، ويجري نشره في الجريدة الرسمية"¹.

الفرع الثاني:

في حال تم الرفض للقرار بقانون

تختلف الدساتير فيما تبنت من مواقف تجاه الآثار المترتبة على الرفض بالتصديق للقرارات بقانون من قبل السلطة التشريعية صاحبة الاختصاص الأصيل، فكانت بين من قرر زوال ما يكون لها من آثار بشكل مستقبلي، كما هي الحال في النظام الدستوري الفلسطيني طبقاً لنص المادة (43) من القانون الأساسي، " (...) إذا عُرِضت على المجلس التشريعي على النحو السابق ولم يقرها زال ما يكون لها من

قوة القانون (...)"، بما يعني حكماً إجازة الآثار المترتبة من أوضاع وعلاقات ومراكز قانونية خلال الفترة السابقة لتاريخ الرفض.

لكن بالمقابل نجد أن أنظمة دستورية أخرى كالنظام الدستوري المصري قد أخذ بالآثر الرجعي لقرار الرفض، بأنه إذا عرضت القرارات بقانون على المجلس ولم يقرها، زال بآثر رجعي ما كان لها من قوة القانون¹، فيما يحدد المجلس التشريعي المغربي في حال رفضه لمراسيم القوانين التاريخ الذي يرفض فيه المراسيم قوانين، بمعنى أن له أن يرفضها من يوم صدورها؛ أي بآثر رجعي، وكأنها لم تكن، أو يرفضها من يوم صدورها، لكنه يبقى على آثارها، كما يمكنه أن يرفضها وفق أوضاع أخرى يراها ملائمة².

أولاً: مآل القرار بقانون

استناداً لما جاء النص عليه في المادة (43) من القانون الأساسي، واستخدام المشرع عبارة "زوال ما يكون لها من قوة القانون"، فإنه يُستفاد أن المشرع قد حصر الآثار التي يمكن أن تترتب على عدم إقرار المجلس التشريعي للقرارات بقانون بإزالة قوتها القانونية المستقبلية، بما يحظر الاستناد إليها كنصوص قانونية في المستقبل.

وكان مما لوحظ أن المشرع الفلسطيني لم يأت بالنص على الوسيلة التي يتم فيها الإعلان عما تم رفضه، كما هي الحال في حال الموافقة عليه، بخلاف أنظمة دستورية أخرى، كالمصري الذي نص صراحة أنه إذا عُرِضت ولم يقرها المجلس، زال بآثر رجعي ما كان لها من قوة القانون، دون حاجة إلى إصدار قرار بذلك³، بما يعني عدم جواز الإحتجاج بعدم صدور قرار على رفض القرار بقانون والاستمرار بالاستناد إليه.

ثانياً: مآل المراكز القانونية المترتبة عن القرار بقانون

استناداً إلى ما قرره المشرع الدستوري الفلسطيني كنتيجة لعرض القرارات بقانون على المجلس التشريعي وفقاً لنص المادة (43)، فإنه يتضح بشكل جلي لا يقبل التأويل، أن القوة القانونية التي تزول للقرار بقانون

¹. المادة (156)، من الدستور المصري لسنة 2014.

². حسناء كعنة، إشكالية توازن السلط في النظام الدستوري المغربي، رسالة ماجستير، جامعة عبد المالك السعدي، كلية العلوم القانونية والاقتصادية والاجتماعية، طنجة/المغرب، 2012-2013، ص152.

³. المادة (156)، الدستور المصري لسنة 2014.

المرفوض هي المستقبلية، ولم يشر إلى نزع للقوة القانونية التي كانت تتمتع بها خلال الفترة السابقة لتاريخ رفضه¹.

ونظراً للإبقاء على القوة القانونية للقرار بقانون خلال الفترة السابقة لتاريخ رفضه، فإن المراكز القانونية التي ترتبت خلال تلك الفترة تكون حكماً صحيحة، وبالتالي لا تتأثر بقرار المجلس التشريعي برفضه، لكون الرفض يؤدي إلى زوال قوة القانون مستقبلاً وليس بأثر رجعي.

لكن وبالنظر لأنظمة دستورية أخرى، بخلاف المشرع الفلسطيني نجد أنها قد أخذت بالأثر الرجعي لقرار المجلس برفض القرارات بقانون، ومنها المصري الذي قرر أنه في حال رفضها بعد العرض، يزول بأثر رجعي ما كان لها من قوة القانون، وإن كان قد أبقى للمجلس سلطة تقديرية للإبقاء على ما ترتبت من مراكز قانونية، أو تسوية ما ترتب عليها من آثار².

الفرع الثالث:

مشروعية التعديل للقرار بقانون

استناداً لما نصت المادة (43) فإن المشرع الدستوري الفلسطيني قد جاء بالنص صراحة على سبيل الحصر لحدود اختصاص المجلس التشريعي، بمناسبة نظره للقرارات بقانون التي تُعرض عليه في أول جلسة له للتقرير بشأنها، بطريقتين لا ثالث لهما، وهما القبول أو الرفض.

ولما قام الاختصاص للمجلس التشريعي بالرقابة على القرارات بقانون على سبيل الحصر من حيث الخيارات التي يمتلكها، فإنه يكون وفقاً لذلك مقيداً دون أن يستطيع تجاوز الحدود المقررة له؛ بل مجبراً على السير في الطريق المرسوم له قانوناً.

غير أن المجلس قد يكون متفقاً مع ما صدر من قرارات بقانون من حيث المبدأ، لكن توجد لديه بعض الملاحظات حولها، الأمر الذي يجعله يقف عاجزاً أمام تحقيق ذلك، إذا علمنا أن القانون الأساسي يلزم المجلس إما بالموافقة على القرار بقانون ككل، أو رفضه ككل، وهذا ما يجعل المجلس بأن يكون مضطراً إلى رفضه بالكامل حتى لا يقر بعض نصوصه التي يرى عدم دستوريته، أو عدم ملاءمتها.

¹. المادة (43)، القانون الأساسي الفلسطيني لسنة 2003 وتعديلاته.

². المادة (156)، الدستور المصري لسنة 2014.

لكن ماذا لو أراد المجلس إدخال تعديلات على نصوص القرارات بقانون المعروضة عليه؟ وهو سؤال طالما تكرر في أروقة الفقه وبين رجال القانون، إن كان يجوز للمجلس؟ لكون المجلس سيد نفسه، وعلى قاعدة أن من يملك الأكثر يملك الأقل، أم أن سلطة المجلس بالتعديل قبل التصويت تختلف عن ما بعده؟

أولاً: قبل التصويت بالإقرار

أوضحنا سابقاً أن أحد الخيارات المقيدة للسلطة التشريعية بمناسبة ممارستها لاختصاص الرقابة على القرارات بقانون هو الإقرار، وكان السؤال الذي كررنا طرحه حول أحقية المجلس التشريعي كونه أصبح مالكا للقرار بقانون بعد أن دخل الى ولايته، بالتصرف الكامل به، بما في ذلك حق التعديل، وذلك استناداً إلى القاعدة الفقهية التي تنص بأن من يملك الأصل يملك الفرع، أو من يملك الأكثر يملك الأقل¹.

وبرأي جانب من الفقه، فإن قيام المجلس بإدخال تعديلات على القرار بقانون قبل التصويت عليه لإقراره، إنما يعني ضمناً موافقته عليه، إذ لا يُعقل أن يقرر التعديل عليه لولا توفر النية لموافقته عليه، وإن كان مع التعديل، وغير ذلك لكان قد رفضه، وأصدر قانوناً بديلاً له²، وهذا ما يتفق مع أن البرلمان هو صاحب الاختصاص الأصيل بالتشريع³.

غير أن الرأي السالف ذكره، وعلى الرغم من قوة تبريره وما يملك من وجاهة، وهو ما نتفق معه في جوهره، إلا أنه لا يجد أساساً دستورياً للقيام به، وفقاً للحدود التي رسمها القانون الأساسي الفلسطيني لاختصاصات المجلس التشريعي، وهو ينظر ما صدر عن الرئيس من قرارات بقانون في غير أدوار انعقاده التي حددها بالقبول أو الرفض⁴.

وعطفاً على ما سبق ذكره، فإن أي تصرف المجلس التشريعي بإدخال أي تعديلات على القرارات بقانون المعروضة عليه، يُعد تغولاً من قبل السلطة التشريعية على السلطة التنفيذية التي منحها القانون الأساسي صلاحية التشريع في حالات الضرورة التي لا تحتل التأخير خلال فترة غير أدوار انعقاد المجلس التشريعي، والتي لم يكن حينها قائماً بوظيفته التشريعية، كما ويتعارض تصرفه مع مبدأ في الفصل بين السلطات، ويُعد تدخلاً في صلاحية لا زالت آثارها بحكم القانون سارية.

¹. حمد هبه، مرجع سابق، ص 185.

². عادل الطبطبائي، النظام الدستوري في الكويت (دراسة مقارنة)، مرجع سابق، ص 624.

³. محمد لشكاكي، مراسيم الضرورة في الدستورين المغربي والتونسي (دراسة مقارنة)، مرجع سابق، ص 259.

⁴. المادة (43) من القانون الأساسي الفلسطيني لسنة 2003 وتعديلاته.

وقد استقرت السوابق الدستورية على أن المجلس التشريعي لا يملك عند عرض القرارات بقانون عليه حق التعديل، فإما أن يقبلها كاملاً، أو يرفضها، وإذا ما رأى أن القرارات بقانون مقبولة، لكنها تحتاج الى تعديل، فإن بإمكانه أن يقبلها، ثم يتقدم باقتراح لتعديلها بعد إقرارها، وفقاً للإجراءات المقررة قانوناً¹.

وفي مقابل سكوت المشرع الفلسطيني عن النص صراحة على جوازية التعديل، على الرغم من موقفه ضمناً بالرفض، نجد أن بعض الأنظمة القانونية قد جاءت بالنص صراحة على حظر التعديل، ومنها المشرع الكويتي التي حظر قبول أي اقتراحات بالتعديل في نصوص المراسيم بقوانين²، فيما نجد الأمر مختلفاً في الدستور القطري الذي أجاز تعديل المراسيم التي لها قوة القانون التي تُعرض عليه، قبل أن يأخذ قراراً بشأنها، خلال أجل حدده بأربعين يوماً³.

ومثل المشرع القطري فقد منح المشرع الأردني مجلس الأمة سلطة تعديل القانون المؤقت كلياً أو جزئياً⁴ بتغيير بعض النصوص القانونية التي يعترض عليها، وبالتالي إقراره لبقية المواد دون حاجة منه بعد ذلك إلى إتخاذ قرار برفض القانون المؤقت ككل، كما يحق لمجلس الأمة تعديل القانون المؤقت خلال فترة العرض عليه، وقبل تصويته النهائي، بقبوله أو رفضه⁵.

ومن تجارب الدول الأخرى بشأن حق مراجعة القرارات بقانون من قبل المجلس التشريعي، نشير إلى ما قرره مجلس النواب المصري عند مناقشته للمرسوم بقانون المخدرات الذي صدر في غيبة البرلمان، وكان

1. أحمد هبه، القرار الجمهوري ووسائل رقابته، الطبعة الأولى، دار الكتب، القاهرة، 1973، ص 185.

2. المادة (113)، اللائحة الداخلية لمجلس الأمة الكويتي، قانون رقم (12) لسنة 1963، والتي جاء النص فيها: "لا تقبل في اللجنة أو المجلس اقتراحات التعديل في نصوص المراسيم بقوانين".

3. المادة (70)، الدستور القطري لسنة 2004 المعدل: "يجوز للأمر في الأحوال الاستثنائية التي تتطلب اتخاذ تدابير عاجلة لا تحتمل التأخير، ويقتضي اتخاذها إصدار قوانين، ولم يكن مجلس الشورى منعقداً، أن يصدر في شأنها مراسيم لها قوة القانون. وتعرض هذه المراسيم بقوانين على مجلس الشورى في أول اجتماع له، وللمجلس في موعد أقصاه أربعون يوماً من تاريخ عرضها عليه، وبأغلبية ثلثي أعضائه أن يرفض أياً منها، أو أن يطلب تعديلها خلال أجل محدد. ويزول ما لهذه المراسيم من قوة القانون من تاريخ رفض المجلس لها، أو انقضاء الأجل المحدد للتعديل دون إجرائه".

4. حوّلت المادة (1/94) من الدستور الاردني لسنة 1958 مجلس الأمة الحق في تعديل القانون المؤقت بقولها: "وللمجلس أن يقر هذه القوانين أو يعدلها".

5. فيصل شطناوي، الرقابة على مشروعية القوانين المؤقتة في الأردن، مجلة المنارة، المجلد (13)، العدد (8)، 2007،

حينها قد اعترض على العقوبة المقررة، فكان رأي لجنة الحقانية التي عُرض المرسوم بقانون عليها، أن البرلمان لا يملك الحق بتعديل المرسوم بقانون، لكنه يملك أن يقدم اقتراحاً مستقلاً بالتعديل، ليصدر قانوناً آخر جديد، كما يملك أيضاً إلغاء القانون بأكمله¹.

وتأسيساً على ما تقدّم نرى أن المشرع الفلسطيني لم يكن موفقاً في معالجة هذه المسألة بمنح المجلس التشريعي سلطة تعديل القرارات بقانون، لكونه عضو التشريع الأصيل، وعلى قاعدة أن من يملك الأكثر يملك الأقل، لما لذلك من تجنب لهدم لنصوص متفق عليها من حيث المبدأ، والاختلاف معها ليس جوهرياً.

ثانياً: مشروعية التعديل بعد التصويت على القرار بقانون

بخلاف الحال عن الصلاحية للمجلس التشريعي في التصرف بنصوص القرار بقانون التي سلف ذكرها ما قبل التصويت عليه، فإن الأمر يكون مختلفاً كلياً عن ما هو بعد التصويت عليه، سواء بالموافقة أم بالرفض.

أ. مشروعية التعديل بعد التصويت بإقرار لقرار بقانون

إن موافقة المجلس التشريعي على القرار بقانون تعني حكماً تحوله إلى قانون عادي، شأنه شأن القوانين التي تصدر عنه، سواء من حيث قوته القانونية، أم من حيث خضوعه لأنظمة الرقابة التي تخضع لها القوانين العادية، أو من حيث الإجراءات التي يجب أن يمر بها لتعديله أو إلغائه.

وبالاستناد إلى ما جاء النص عليه في المادة (67) من النظام الداخلي للمجلس التشريعي الفلسطيني، فإنه يجوز لعضو أو أكثر من أعضاء المجلس وكذلك لأي من لجانه التقدم باقتراح مشروع قانون أو لتعديل قانون ساري، وفي حال تمت دراسة المشروع من قبل اللجنة المختصة، وكان رأي المجلس إيجابياً بشأنه، يتم وضعه في هيئة مشروع قانون يناقشه المجلس²، ولير بالقرارات المطلوبة، والتي قررها المجلس بثلاث قراءات³:

¹. رأي لمجلس النواب المصري في جلسة 31 يناير سنة 1927، أورده، أحمد هبه، مرجع سابق، ص 185.

². المادة (67)، النظام الداخلي للمجلس التشريعي الفلسطيني لسنة 2000.

³. "تجري مناقشة مشاريع القوانين أو الاقتراحات في قراءتين منفصلتين على الوجه التالي: أ. في القراءة الأولى يناقش المشروع مادة مادة بعد تلاوتها والاقتراحات المقدمة بشأنها ويتم التصويت على كل مادة ثم يتم التصويت على كل مادة، ثم يتم التصويت على المشروع في مجمله. ب. تجري القراءة الثانية خلال مدة أقصاها شهر من تاريخ إقرار المشروع بالقراءة الأولى وتقتصر على مناقشة التعديلات المقترحة ويتم التصويت عليها ثم يصوت على المواد المعدلة نهائياً. 2- تجري قراءة

- القراءة الأولى: حيث يتم مناقشة المشروع مادة مادة بعد تلاوتها والاقتراحات المقدمة بشأنها، ويتم التصويت على كل مادة، ثم يتم التصويت على المشروع كاملاً.
- القراءة الثانية: وتجري خلال مدة أقصاها شهر من تاريخ إقرار المشروع بالقراءة الأولى، وتقتصر على مناقشة التعديلات المقترحة، ويتم التصويت عليها، يليها التصويت على المواد المعدلة نهائياً.
- القراءة الثالثة: وهي قراءة تكون مقتصرة على مناقشة التعديلات المقترحة، وذلك بناءً على طلب كتابي مسبب من مجلس الوزراء أو من ربع عدد أعضاء المجلس شريطة أن يتم تقديم الطلب قبل إحالة المشروع لرئيس السلطة الوطنية لإصداره.

وبناءً على سبق بيانه من إجراءات للتشريع الجديد، والتي تشمل التعديل على تشريع قائم، فإنه يكون للمجلس التشريعي اختصاص التعديل للقرارات بقانون، لكن بعد التصويت عليها بالموافقة، غير أن الجديد هو أن المجلس سيكون مضطراً فيما يخص ما أدخله من تعديل على النصوص أن يعرضها على الرئيس، وكأن ما يصدر هو قانون جديد، ولا يمت بصلة للقرار بقانون المنظور من قبل المجلس التشريعي سابقاً.

ب. مشروعية التعديل بعد التصويت بالرفض للقرار بقانون

ولما كان من المُتفق عليه أن القرارات بقانون بعد التصويت عليها وإقرارها، تصبح نصوصاً قانونية، وسلطة التعديل أو الإلغاء لها تكون من اختصاص السلطة التشريعية، فإن الأمر يختلف كلياً إذا ما أريد تعديل نصوص القرارات بقانون قبل التصويت عليها بالموافقة، أو في حال رفضها.

فالتصويت على القرار بقانون بالرفض، استناداً إلى نص المادة (43) من القانون الأساسي بأنه "إذا عرضت على المجلس التشريعي على النحو السابق، ولم يقرها زال ما يكون لها من قوة القانون"، فإن القوة القانونية التي كانت للقرار بقانون تتوقف من تاريخ التصويت عليه، ولا تعود له أية قوة يمكن الاستناد إليها مستقبلاً.

ولما غدا القرار بقانون المرفوض من قبل المجلس التشريعي لأسباب قد لا تكون موضوعية، فإن ذلك لا يعني عدم إمكانية الإستفادة من نصوصه، حيث يمكن إعادة تقديم نصوصه في هيئة مشروع قانون جديد

ثالثة (تقتصر على مناقشة التعديلات المقترحة) بناءً على طلب كتابي مسبب من مجلس الوزراء أو من ربع عدد أعضاء المجلس شريطة أن يتم تقديم الطلب قبل إحالة المشروع لرئيس السلطة الوطنية لإصداره.

من قبل الجهات التي خولها القانون، وهي مجلس الوزراء، وأي عضو أو أكثر، أو لجنة من لجان المجلس¹، والسير في طريق التشريع المُحدد قانوناً، ليكون قانوناً بعد أن تم رفضه².

بيد أن إعادة تقديم نصوص القرار بقانون بعد رفضه كمشروع لقانون جديد بعد معالجة العيوب التي لحقت به، لا يعني بأية حال من الأحوال أن المشروع يتصل بأية صلة بالقرار بقانون المرفوض من قبل المجلس، وإن كان يشترك معه بمعظم النصوص، بحيث لا يمتد نطاق سريان التشريع الجديد في حالة إقراره إلى مرحلة سابقة لصدوره.

ولمعالجة القصور التشريعي بشأن صلاحية المجلس التشريعي لتعديل نصوص القرارات بقانون، فإنه كان يمكن للمشرع الفلسطيني أن يستفيد من تجربة المشرع المصري، الذي أجاز لمجلس النواب تعديل القرارات بقانون، في حال تقدم أعضاء من المجلس لاقتراح بتعديل أحكام القرارات بقانون المعروضة عليه، وجاء بشأنها في اللائحة الداخلية لمجلس النواب أنه "تعتبر الاقتراحات التي يقدمها الأعضاء بتعديل بعض أحكام القرار بقانون اقتراحات بقوانين تتبع في شأنها الإجراءات المنصوص عليها في هذه اللائحة، ويجوز لرئيس المجلس أن يعرض على المجلس إحالة هذه الاقتراحات إلى لجنة الاقتراحات والشكاوي، أو اللجنة المختصة بنظر القرارات بقانون بحسب الأحوال لدراستها بطريق الاستعجال، وتقديم تقرير عنها إلى المجلس مع القرار بقانون لنظرهما معاً، فإذا رفض المجلس القرار بقانون وفقاً للتعديل المقترح، اعتُبر كأن لم يكن"³. ويُستفاد ما سبق، أن اعتماد المقترح بالتعديل على القرار بقانون يكون على وجه الاستعجال، وبالتالي لا تخوف من التأخير في إقراره، أما الأمر الآخر، والأهم، أنه يتم تفويت الفرصة على الرئيس بالتدخل فيما أدخله مجلس النواب على القرار بقانون من تعديل⁴.

¹. المواد (66، 67)، من النظام الداخلي للمجلس التشريعي الفلسطيني لسنة 2000.

². المادة (68)، النظام الداخلي للمجلس التشريعي الفلسطيني لسنة 2000.

³. لمادة (195)، اللائحة الداخلية لمجلس النواب المصري لسنة 2016.

⁴. غير أنه في حال تم فتح نصوص القرار بقانون للتعديل، فإنه يكون حينها من حق الرئيس إبداء ملاحظاته على يتم الإقرار باسمه، بما يعني استعادة دوره الأساسي بالمصادقة على التشريع، ووجوب إعادة التشريع إليه كما هي الحال عند إحالة مشاريع القوانين لمصادقته، ومنحه الحق بأداء ملاحظاته على المشروع.

وبالمقارنة مع المقترح الذي يُعد أكثر نجاعة وسرعة، نرى أن الدخول في نفق الطريق التقليدي بالتعديل للتشريعات من خلال إفراغ المجلس للتعديلات في صورة مشروع قانون جديد وفقاً للإجراءات المتبعة¹، والتي يتصف تنفيذها بالبطء، إضافة لعودة المجال لتدخل السلطة التنفيذية فيما يرد من تعديل، فإنه لا يحقق الهدف المنشود، وقد يتسبب بفراغ تشريعي.

المطلب الثاني:

الآثار في حال عدم الالتزام بشرط وجوبية العرض

على خلاف ما ورد في الفقرة الأولى من آثار الرقابة البرلمانية، والتي تظهر فيها سلطة البرلمان بالإقرار أو الرفض لما يُعرض عليه من قرارات بقانون، وبالتالي تكون النتيجة بكل الأحوال استمرار سريانها خلال الفترة السابقة لقرار البرلمان، وإمكانية استمراره مستقبلاً في حال إقرارها، يكون الأثر مغايراً في حال لم يتم الالتزام بشرط وجوبية العرض؛ بل محدد سلفاً بحكم القانون.

ووفقاً للمشرع الدستوري الفلسطيني فقد جاء النص صراحة بترتيب الجزاء في حال إخلال السلطة التنفيذية بالالتزامات المقررة عليها، بزوال قوة القانون عن القرارات بقانون في حال عدم الوفاء بالالتزامات المقرر عليها، طبقاً لنص المادة (43) التي جاء فيها "ويجب عرضها على المجلس التشريعي في أول جلسة يعقدها بعد صدور هذه القرارات وإلا زال ما كان لها من قوة القانون"²، بما يبين أن الأثر لزوال قوة القانون يرتد بأثر رجعي إلى تاريخ صدوره.

وفي ظل تخلف السلطة التنفيذية عن الالتزام بشرط وجوبية العرض للقرارات بقانون، فإن ثمة تغييرات تحدث، ولهذا سيتم تقسيم المطلب إلى فرعين، الفرع الأول سيكون لبحث الطبيعة القانونية الجديدة للقرارات بقانون، والفرع الثاني لتحول الجهة الرقابية.

¹ المادة (68)، النظام الداخلي للمجلس التشريعي الفلسطيني لسنة 2000.

² أما آلية الإفصاح عن زوال قوة القانون عن القرارات التي لم تُعرض على المجلس، فإن المشرع الدستوري الفلسطيني لم يشر إلى الحاجة لصدور قرار عن المجلس بذلك الخصوص أو عدمها، أو أنها بحكم القانون قد فقد قوتها القانونية، مقارنة مع حرص المشرع الدستوري المصري على التصييص عليه في بيان ذلك، حيث جاء بالنص صراحة على أنه "إذا لم تعرض وتناقش أو إذا عرضت ولم يقرها المجلس، زال بأثر رجعي ما كان لها من قوة القانون، دون حاجة إلى إصدار قرار بذلك، إلا إذا رأى المجلس اعتماد نفاذها في الفترة السابقة، أو تسوية ما ترتب عليها من آثار" طبقاً لنص المادة (156)، من الدستور المصري لسنة 2014.

الفرع الأول:

الطبيعة القانونية الجديدة للقرار بقانون

تختلف الأنظمة الدستورية بشأن الطبيعة القانونية للقرارات بقانون الصادرة عن السلطة التنفيذية التي لم يتم الالتزام بعرضها على السلطة التشريعية في الأجل المحدد، وفقاً لما اشترطه المشرع الدستوري، وإن كانت غالبيتها قد صمتت عن التقرير بشأن تلك الطبيعة بشكل صريح.

ولما كان الخلاف بشأن الطبيعة القانونية للقرار بقانون حتى قبل عرضه على السلطة التشريعية والتقرير بشأن مستقبله، والقول إنه لا يمكن أن يكون قانوناً بالمعنى الصحيح، فإن هذا الرأي يغدو أكثر قوة، عندما تنسلخ عنه قوة القانون بسبب عدم الالتزام بعرضه على السلطة التشريعية.

فما كان يتمتع به القرار بقانون قبل الإخلال بالالتزام المشترك بالعرض، قد زال عنه صراحة بنص دستوري بين صراحة زوال قوة القانون التي كانت يتمتع بها، وخسر الحماية الدستورية كتشريع يتمتع بقوة القانون.

غير أنه بالمقابل فإن فقدان القرارات بقانون لقوة القانون التي كان يتمتع بها لا يعني أبداً أنها لم تعد موجودة كقرارات لها قوة القانون بالتشريع والتعديل والإلغاء، أو أن الآثار والأوضاع القانونية التي ترتبت بموجب تلك القوة قد اختفت، وإن كان زوال تلك القوة يعمق الإشكالية بشكل أكبر بشأن مستقبل تلك الآثار والأوضاع، إذا ما طعن أحد المتضررين بمشروعيتها، وأراد الالتجاء للقضاء لحماية حق يدعي أنه قد تم المساس به.

وبالنظر إلى ما ورد التنصيص عليه في مختلف الأنظمة الدستورية بشأن الجزاء المترتب على القرارات بقانون في حال زوال قوة القانون عنها، ومنها ما قرره المشرع الدستوري الفلسطيني بنص المادة (43) من القانون الأساسي، والذي لم يتطرق إلى الطبيعة القانونية الجديدة له، يتضح أن الحديث يدور عن قرارات صدرت بشكل صحيح عن جهة مختصة استناداً لنص دستوري أجاز صدورها في ظروف محددة، لكن عدم الالتزام بالضوابط المقررة لها، تسبب في ترتيب الجزاء عليها بنزع قوة القانون عنها، فغدت قرارات بلا قوة القانون.

وإذا كانت القرارات التي تصدر عن السلطة التنفيذية تحتل صورتين، تتمثل الأولى بالقرارات بقانون (تشريعات الضرورة) في الظروف الاستثنائية، والثانية قرارات إدارية والتي تصدر عن السلطة التنفيذية، فإننا نرى أن الوصف الأدق للقرارات المنسلخة عنها قوة القانون بقوة القانون هي قرارات ذات طبيعة خاصة.

الفرع الثاني:

تحول الجهة الرقابية

من الأهمية بمكان الإشارة إلى أن المقصود بتحول الجهة الرقابية ليس على القرارات المنسلخة عنها قوة القانون؛ بل لما صدر استناداً إليها من قرارات إدارية أو أنظمة أو لوائح، لكونها غدت مستتدة إلى باطل، وأن البطلان كصفة يكون قد لحق به بأثر رجعي منذ صدوره، استناداً لأحكام المادة (43) من القانون الأساسي الفلسطيني لسنة 2003 وتعديلاته، ولا يتطلب الأمر للبت في صفته الجديدة حكماً قضائياً لتأكيد زوال قوة القانون عنه.

وبالمقابل نجد أن بعض الدساتير قد نصت صراحة بشأن كيفية الإعلان عن أن القرارات بقانون قد فقدت قوتها القانونية جزاء لتخلفها عن الالتزام بشرط وجوبية العرض، كالدستور المصري لسنة 2014 الذي بين بنص المادة (156): (...)، زال بأثر رجعي ما كان لها من قوة القانون، دون حاجة إلى إصدار قرار بذلك، إلا إذا رأى المجلس اعتماد نفاذها في الفترة السابقة، أو تسوية ما ترتب عليها من آثار، في حين أن المشرع الفلسطيني أو المغربي لم يشر إلى تلك المسألة بالتنصيص صراحة.

وبعد أن ناقشنا مسألة تغير الطبيعة القانونية للقرار المنسلخة عنه قوة القانون، وتوصلنا إلى أنه غداً قراراً ذا طبيعة خاصة، فإنه بالضرورة التعرف على ما سينتج عن ذلك التغير، وعلى وجه الخصوص التحول في الجهة الرقابية، وجدوى هذا التحول لصالح استعادة الحقوق أو المراكز التي تم المساس بها، أو الانتقاص منها استناداً لقرارات باطلة.

ولأن البطلان لا يترتب حقاً، ولكون ما غدت عليه القرارات التي كانت تصلح كأساس قانوني للاستناد إليه، قد فقدت ذلك الأساس، وبالتالي انهدم ما ترتب عليها، ولأن حق اللجوء للقضاء¹ والمخاصمة واسترداد الحقوق أو لدفع الضرر عنها حق مكفول، فإنه يكون لمن تم المساس بحقوقهم حق مخاصمة السلطة، لاستعادة حقوقهم المسلوبة التي انتزعت، أو انتقصت بشكل مخالف للقانون أو بالتعويض عنها، وفقاً للطريق المرسوم قانوناً.

¹ المادة (30)، القانون الأساسي الفلسطيني لسنة 2003 وتعديلاته.

وبالاطلاع على النظام القانوني الفلسطيني وبمراجعة اختصاصات القضاء، يتضح أن نظر الطعون في القرارات الإدارية والأنظمة واللوائح قد جعلها المشرع من اختصاص القضاء الإداري، ممثلاً بالمحكمة الإدارية، الذي أضاف أيضاً من خلال القرار بقانون رقم (41) لسنة 2020، قبول دعوى التعويض بالتبعية¹. وفي هذا الصدد نشير إلى أن المحكمة الدستورية العليا الفلسطينية قد سبق وأكدت صراحة عدم اختصاصها بنظر القرارات الإدارية، عندما رفضت الطعن المقدم لها في المواد (1، 2، 3، 4) من القرار بقانون رقم (136) لسنة 2009، وقالت إنه عندما تكون الطبيعة القانونية للقرار بقانون طبيعة إدارية، فإن الولاية الرقابية القضائية عليه تصبح من اختصاص القضاء الإداري، وتخرج من تخوم اختصاص المحكمة الدستورية العليا² التي بينت في متن حكمها: "وحيث أن قرار الاستملاك هو إجراء قانوني تتمكن الإدارة

¹. المادة (20)، القرار بقانون رقم (43)، بشأن المحاكم الإدارية، الصادر بتاريخ 2020/12/30، المنشور في الجريدة الرسمية الفلسطينية (الوقائع)، العدد ممتاز، رقم 22، الصادر بتاريخ 2021/1/11، ص (19-36): "1- تختص المحكمة الإدارية، دون غيرها بالآتي: أ. الطعون الخاصة بنتائج الانتخابات التي تجري وفق التشريعات النافذة لها، ما لم يرد نص خاص في قانون آخر يمنح هذا الاختصاص لمحكمة أخرى. ب. الطعون التي يقدمها ذوو الشأن بإلغاء اللوائح أو الأنظمة أو القرارات الإدارية النهائية الصادرة عن أشخاص القانون العام، بما في ذلك النقابات المهنية، ومؤسسات التعليم العالي، والاتحادات المسجلة حسب الأصول والجمعيات ولو كانت محصنة بموجب القانون الصادرة بمقتضاه. ج. الطلبات التي هي من نوع المعارضة في الحبس التي يطلب فيها إصدار أوامر الإفراج عن الأشخاص الموقوفين بوجه غير مشروع. د. الطعون بالقرارات الإدارية النهائية المتعلقة بالوظائف العمومية من حيث التعيين أو التصنيف أو التثبيت أو الترقية أو النقل أو الإحالة التي التقاعد أو الاستداع أو التأديب أو الفصل من الخدمة أو الإيقاف عن العمل أو الرواتب أو العلاوات أو الزيادات السنوية أو الحقوق التقاعدية المستحقة للموظفين العموميين أو المتقاعدين منهم أو لورثتهم بموجب التشريعات النافذة، أو القرارات الصادرة عن السلطات التأديبية، وسائر ما يتعلق بالأعمال الوظيفية، ما لم ينص قانون آخر على خلاف ذلك. هـ. الطعون في أي قرارات نهائية صادرة عن جهات إدارية ذات اختصاص قضائي عدا القرارات الصادرة عن مندوب أو لجنة التوفيق أو التحكيم في المنازعات العمل. و. رفض الجهة الإدارية أو امتناعها عن اتخاذ أي قرار كان يجب اتخاذه وفقاً لأحكام القوانين أو الأنظمة المعمول بها. ز. منازعات العقود الإدارية. ح. سائر المنازعات الإدارية. ط. الطعون التي تعد من اختصاص المحكمة الإدارية بموجب أي قانون آخر. 2. تختص المحكمة الإدارية بالنظر في طلبات التعويض عن الأضرار المترتبة نتيجة القرارات والإجراءات المنصوص عليها في الفقرة (1) من هذه المادة، إذا رفعت إليها تبعاً لدعوى الإلغاء.

². حكم المحكمة الدستورية العليا الفلسطينية، في الطعن الدستوري 2016/2 رقم (3) لسنة (2) قضائية دستورية، الصادر بالجلسة العلنية المنعقدة بتاريخ 2017/3/29، الجريدة الرسمية الفلسطينية (الوقائع)، العدد (131) الصادر بتاريخ 2017/4/11، ص (73-76).

بمقتضاه من نزع ملكية عقار من مالكه بغية تحقيق النفع العام لقاء تعويض عادل، وبالتالي فإنه من الناحيتين الفقهية والقضائية، فإن الطبيعة القانونية لهذه القرارات تفيد أنها قرارات إدارية، ذلك أن كلا من قرار رئيس دولة فلسطين بما اشتمل من مواد والمطعون بعدم دستوريته، وقرار مجلس الوزراء بما اشتمل من مواد والمطعون بعدم دستوريته أيضاً قد صدر عن كل منهما وفقاً للاختصاص التنفيذي والإداري لكل من رئيس الدولة ومجلس الوزراء وفق أحكام المادة (3) من قانون الاستملاك رقم (2) لسنة 1953م النافذ. وبالتالي لما كانت هذه القرارات هي قرارات إدارية صدرت واتصلت بعمل من أعمال الإدارة، واختصت في حالة استملاك لقطع أراض محددة، فإن الرقابة القضائية عليها تخضع لرقابة محكمة العدل العليا، وتخرج من تخوم اختصاص المحكمة الدستورية العليا المنصوص عليها حصراً في قانون المحكمة الدستورية العليا رقم (3) لسنة 2006م، والتي من المستقر فقهاً وقضاً أن اختصاصها ورقابتها تتحدد في الرقابة على مخالفة القواعد القانونية التي تتصف بالعموم والتجريد لنص دستوري. وبناءً عليه، لا يسعف الطاعنين دفعهم في لائحة الطعن أن القرارات محل الطعن قد خالفت القانون الأساسي الفلسطيني، ذلك أن هذه القرارات ووفقاً لما تم بيانه هي قرارات إدارية تخضع للطعن بالإلغاء أمام محكمة العدل العليا وفقاً لصلاحيات القضاء الإداري في الرقابة على مشروعية القرار الإداري (قرار الاستملاك)، ومعالجة أركان هذا القرار سواء أكان من ناحية الأركان الشكلية من حيث ركن الاختصاص وسلامة إجراءات الاستملاك أو من ناحية الأركان الموضوعية، والمتعلقة بالمحل والسبب والغاية من قرار الاستملاك، والموازنة بين منافع ومضار قرار الاستملاك. وتأسيساً على ما تقدم، نجد أن الطعن في عدم دستورية المواد والقرارات محل الطعن الدستوري رقم (2016/12) خارج عن اختصاص المحكمة الدستورية العليا"، وهذا ما عززه ما ورد بنص القرار بقانون رقم (41) لسنة 2020 بشأن المحاكم الإدارية وما قرره اختصاصات. الفقرة طويلة جداً

وبالتالي، فإن الجهة المختصة بالرقابة على ما صدر استناداً للقرار بقانون الذي أصبح باطلاً قانوناً، هو القضاء الإداري، والذي يتطلب للاتصال به، ولقبول الدعوى لديه، توفر الشروط المقررة في القرار بقانون رقم (41) لسنة 2020 بشأن المحاكم الإدارية، ولأسباب جاءت على سبيل الحصر وهي : "1. عدم الاختصاص. 2. مخالفة الدستور أو القوانين أو الأنظمة أو الخطأ في تطبيقها أو تأويلها. 3. اقتران القرار أو إجراءات إصداره بعيب في الشكل. 4. إساءة استعمال السلطة. 5. عيب السبب. 6. امتناع الجهة

المختصة عن إصدار قرار ألزمها به القانون"¹، أما فيما يتعلق بالأجل الممكن التقدم بالدعوى خلاله، فإن العيب الذي يلحق بهذا النوع من القرارات هو عيب جسيم في ركن السبب، يجعل الأجل مفتوحاً غير مقيد. ولما أصبح ما يمكن أن يكون قد ترتب عن القرارات المنسلخة عنها قوة القانون ضمن نطاق رقابة القضاء الإداري، وفقاً لما هو مقرر له من اختصاصات، فإن الطريق تصبح ممهدة للاقتصاص منها بالطلب بإلغائها، وذلك من خلال إثارة شبهة عدم الدستورية في النص القانوني الذي كان سبباً لإصدار القرارات أو الأنظمة أو اللوائح المطعون عليها أمام القاضي الإداري، والذي بدوره يقوم بإحالة النص المدعى بعدم دستوريته إلى المحكمة الدستورية العليا.

واستناداً لما يصدر عن المحكمة الدستورية العليا من عدم الدستورية للنص المُستند إليه، لوضوح مخالفته شرطاً أساسياً والمتمثل بالعرض، وإذا ما تقرر بطلان القرار أو اللائحة أو النظام المذكور، فإنه يتقرر من خلال المحكمة الإدارية بالتبعية التعويض الذي طلبه الطاعن.

¹. المادة (22)، القرار بقانون رقم (41)، لسنة 2020، بشأن المحاكم الادارية.

وختاماً، بقيت الإشارة إلى أن المتضرر في حال لجوئه للاتصال بالمحكمة الدستورية العليا من خلال الدعوى الأصلية المباشرة للطعن بالنص التشريعي فإن المحكمة الدستورية العليا لا تقرر له أي تعويض عن الضرر الذي لحق به، وفي هذه الحالة فإن الطاعن لا يستطيع اللجوء للقضاء الإداري، وفقاً للنظام القانوني في فلسطين، بدعوى مستقلة وذات الأمر ينطبق في التشريع الأردني، وهذا ما نرى أن المشرع الفلسطيني قد حاد فيه عن جادة الصواب عندما جعل المطالبة بالتعويض أمام القضاء الإداري لا يكون إلا بالتبعية للطعن بالإلغاء، وكان الأولى عدم جعل دعوى التعويض بالتبعية لدعوى الإلغاء حماية للحقوق التي تم المساس بها، ويراد التعويض عن ما لحق بها من ضرر.

النتائج :

1. إن المشرع الدستوري لم يحدد آلية العرض على المجلس التشريعي من ما صدر من قرارات بقانون.
2. إن المشرع الدستوري حصر خيارات المجلس التشريعي الرقابية على القرار بقانون بالقبول أو الرفض.
3. إن المشرع الدستوري أخذ بالأثر المستقبلي في حال رفض ما يعرض على المجلس التشريعي من قرارات بقانون.
4. إن المشرع الدستوري أخذ بالأثر الرجعي في حال لم يتم الالتزام بشرط وجوبية العرض لما صدر من قرارات بقانون.
5. إن المشرع الدستوري لم يمنح المجلس التشريعي سلطة التعديل على ما يعرض من قرارات بقانون بغرض التصحيح.
6. إن الطبيعة القانونية للقرارات بقانون تتغير من قرارات لها قوة القانون في حال تم الالتزام بشرط وجوبية العرض، في حين تفقد تلك القوة في حال لم يتم الالتزام بذلك الشرط، لتصبح قرارات ذات طبيعة خاصة.
7. إن المتضرر من ما صدر من قرارات إدارية مستندة إلى التشريعات التي غدت باطلة يكون له الحق بالمطالبة بالتعويض وفقاً للقانون.

التوصيات:

1. تنصيب المشرع على آلية العرض للقرارات بقانون على المجلس التشريعي.
2. تنصيب المشرع على الفترة المحددة للمجلس التشريعي للبت في دستورية القرارات بقانون التي تعرض عليه.
3. تنصيب المشرع على حق المجلس التشريعي بالتعديل على ما يعرض عليه من قرارات بقانون بغرض التصحيح لما فيها من عوار أو قصور.

المراجع:

- القانون الأساسي الفلسطيني لسنة 2003 وتعديلاته، الصادر بتاريخ 2003/3/18، الجريدة الرسمية الفلسطينية (الوقائع)، العدد ممتاز 2 (بدون رقم)، 2003/3، ص (5-48).
- الدستور المصري لسنة 2014، الصادر بتاريخ 2014/1/18، المنشور في الجريدة الرسمية (الوقائع المصرية)، العدد 3 (أ) مكرر، بتاريخ 2014/1/18، ص (1-63).
- الدستور الأردني لسنة 1952 وتعديلاته، المنشور في الجريدة الرسمية، العدد (1093) ص (3-15).
- الدستور القطري لسنة 2004 المعدل، الصادر بتاريخ 2004/6/8، المنشور في الجريدة الرسمية، العدد (6)، الصادر بتاريخ 2005/6/8، ص (7-68).
- القرار بقانون رقم (43)، بشأن المحاكم الإدارية، الصادر بتاريخ 2020/12/30، المنشور في الجريدة الرسمية الفلسطينية (الوقائع)، العدد ممتاز، رقم 22، الصادر بتاريخ 2021/1/11.
- النظام الداخلي للمجلس التشريعي الفلسطيني لسنة 2000، الصادر بتاريخ 2000/6/7، المنشور على موقع منظومة القضاء والتشريع في فلسطين (المقتفي)، معهد الحقوق في جامعة بيرزيت .
- اللائحة الداخلية لمجلس النواب المصري، الصادرة بقانون رقم (1) لسنة 2016، المنشورة في الجريدة الرسمية في العدد رقم (14 مكرر ب)، السنة التاسعة والخمسون، الصادر بتاريخ 2016/4/13، ص (2-155).
- اللائحة الداخلية لمجلس الأمة الكويتي، قانون رقم (12) لسنة 1963، في شأن اللائحة الداخلية لمجلس الأمة الكويتي، المنشورة في الجريدة الرسمية الكويتية (الكويت اليوم) الصادرة في العدد 427 لسنة (9)، الصادرة بتاريخ 15 مايو 1963، ص (5-19).

كتب:

- أحمد هبه، القرار الجمهوري ووسائل رقابته، الطبعة الأولى، دار الكتب، القاهرة، 1973.
- حسناء كعنة، إشكالية توازن السلط في النظام الدستوري المغربي، رسالة ماجستير، جامعة عبد المالك السعدي، كلية العلوم القانونية والاقتصادية والاجتماعية، طنجة/المغرب، 2012-2013.

- سامي جمال الدين، الرقابة القضائية على أعمال الإدارة، الطبعة الأولى، منشأة المعارف، الإسكندرية، 1980.
 - عادل الطبطبائي، النظام الدستوري في الكويت (دراسة مقارنة)، الطبعة الخامسة منقحة، (دون دار نشر)، 2009.
 - علي رشيد أبو حجيبة، الرقابة على دستورية القوانين في الأردن، الطبعة الأولى، بدون دار نشر، عمان/الأردن، 2004.
 - هبه عبد العزيز المدور، دور الرقابة القضائية في حماية حقوق الانسان وحياته الأساسية، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت، 2018.
- مجالات علمية محكمة:**
- محمد لشكاكي، مراسيم الضرورة في الدستورين المغربي والتونسي (دراسة مقارنة)، مجلة المنارة للدراسات القانونية والإدارية، عدد خاص حول القانون الدستوري، الرباط، 2019، ص 245-259.
 - فيصل شطناوي، الرقابة على مشروعية القوانين المؤقتة في الأردن، مجلة المنارة، المجلد (13)، العدد (8)، 2007.
- أحكام قضائية:**
- حكم المحكمة الدستورية العليا الفلسطينية، في الطعن الدستوري 2016/2 رقم (3) لسنة (2) قضائية دستورية، الصادر بالجلسة العلنية المنعقدة بتاريخ 2017/3/29، الجريدة الرسمية الفلسطينية (الوقائع)، العدد (131) الصادر بتاريخ 2017/4/11، ص (73-76).
 - حكم المحكمة الدستورية العليا المصرية الصادر بتاريخ 1985/5/4 في القضية رقم 28 لسنة 2 قضائية دستورية، بشأن عدم دستورية القرار بقانون رقم 44 لسنة 1979 بتعديل بعض أحكام قانون الأحوال الشخصية. أورده، صلاح الدين فوزي، مجلة البحوث القانونية والاقتصادية، جامعة المنصورة/كلية الحقوق، مصر، 1986، ص 266.

المواجهة القانونية لظاهرة التطرف

***The Legal Confrontation of the Phenomenon of
Extremism***

د صالح حسين علي

دكتوراه قانون عام/ عضو هيئة تدريس- قسم القانون كلية النور
الجامعة/ الموصل/ العراق

المواجهة القانونية لظاهرة التطرف

The Legal Confrontation of the Phenomenon of Extremism

د صالح حسين علي

دكتوراه قانون عام / عضو هيئة تدريس - قسم القانون - كلية النور الجامعة / الموصل /

العراق

saleh.hussain@alnoor.edu.iqتاريخ الاستلام: 31-07-2023 تاريخ القبول: 2023-10-01 تاريخ النشر: 2024-01-07
DOI: <https://doi.org/10.70411/MJLS.2.1.202459>

الملخص:

يُعد موضوع التطرف من الموضوعات التي فرضت نفسها على الفكر القانوني والسياسي على حد سواء، حيث تزايد في الآونة الأخيرة وأصبح يهدد أمن واستقرار الدول، ولَمَّا كان سيف القانون هو من أهم الأساليب في مواجهة التطرف، فقد سارعت الدول المتضررة منه إلى سن قوانين وتشريعات تتناسب مع حجم وخطورة هذه الظاهرة.

وتُعد هذه الظاهرة من الظواهر الغامضة وهذا هو مكنم خطورتها على المجتمعات؛ لأن ما يحدث من أعمال إرهابية في أقطارنا العربية التي راح ضحيتها العديد من الأبرياء، وتدمير للمنشآت الحيوية العامة والخاصة والخسائر المادية، أمر يستحق البحث والدراسة، وليس هناك أعلى وأعز من الوطن وأمنه، ولكون صور الجرائم التي يجسدها التطرف كثيرة ومتعددة، الأمر الذي يوجب وجود نصوص دستورية تستوعب التطور المتسارع بما يكفل حقوق وحريات أفراد المجتمع، ولمواجهة التطرف يتطلب قيام الدولة بمكافحة هذا الخطر في جميع مجالات الحياة، وأن لا تقتصر المواجهة على النصوص الدستورية والقوانين العقابية، بل الاعتماد على إستراتيجية لمكافحة التطرف.

الكلمات المفتاحية: التطرف، المواجهة القانونية، الغلو، أسباب التطرف، الإطار الدستوري.

Abstract:

The phenomenon of extremism is one of mysterious phenomena, and this is where its danger lies for societies, because what is happening in terms of terrorist acts in our Arab countries, in which many innocent people have been killed, and destruction of vital public and private facilities and material losses, is a matter that deserves research and study, and there is nothing more precious and dear than the homeland and its security , and because the forms of crimes embodied by extremism are many and varied, which necessitates the existence of constitutional texts that accommodate rapid development in a way that guarantees the rights and freedoms of members of society, and to confront extremism requires the state to combat this danger in all areas of life, and that confrontation is not limited to constitutional texts and punitive laws, but relying on a strategy to combat extremism.

The phenomenon of extremism is one of the most enigmatic phenomena, and herein lies its danger to societies. This is particularly evident from the terrorist acts occurring in our Arab nations, where many innocent lives have been lost and significant damage to both public and private vital facilities has occurred, resulting in substantial material losses. Such circumstances necessitate thorough research and study. There is nothing more precious and cherished than the safety and security of our homeland. Given the diverse and evolving forms of crimes that are manifested through extremism, it is imperative to have constitutional texts that can adapt to rapid developments while safeguarding the rights and freedoms of society's members. Combating extremism requires a comprehensive approach from the state, addressing this peril across all facets of life. This confrontation should not be confined to constitutional provisions and punitive laws; instead, it necessitates a strategy grounded in a broader effort to counteract extremism effectively.

Keywords: Extremism, Legal Confrontation, Extremism, Causes of Extremism,

مقدمة:

أولاً: موضوع البحث:

تُعتبر ظاهرة التطرف من الظواهر السلبية التي انتشرت في دول العالم، فلم يُعد أي مجتمع من المجتمعات بمنأى عنها، ونظرًا للتحويلات الكثيرة والتغيرات الاجتماعية والاقتصادية والسياسية المتسارعة التي ألقت بظلالها على النواحي الأمنية، ويمثل التطرف من أهم مهددات الأمن بما يتسم به من التعقيد والخطورة.

فالتطرف بأنواعه وأسبابه كافة، ومهما كانت مبرراته ما هو إلا مرض مُعدٍ منتشر بين المجتمعات لا تخلو منه دولة، ولا شك أن مشكلة التطرف من المشكلات المعاصرة التي ظهرت بشكل واضح في الآونة الأخيرة، ورافقت معها الخوف والذعر لدى بعض المجتمعات، ويختلف من مجتمع لآخر طبقاً لنسق القيم السائد في كل مجتمع، قد يعتبره مجتمع ما سلوكاً متطرفاً، وقد يكون مألوفاً في مجتمع آخر، فالاعتدال والتطرف مرهونان بالمتغيرات البيئية والحضارية والثقافية والدينية والسياسية التي يمر بها المجتمع.

ثانياً: مشكلة البحث

تتحدد مشكلة البحث بأن التطرف لا يزال يمثل مشكلة من أخطر المشكلات، ومن أهم التحديات التي تواجه الدول ومنها العراق، على الرغم من الجهود الوطنية والدولية المبذولة لمواجهته، وعلى ذلك يستوجب وقفة حازمة من الجميع لمواجهة وتسخير الإمكانيات الدستورية والقانونية والأمنية والسياسية والاقتصادية والتربوية والإعلامية لمواجهة هذه الظاهرة ودلالاتها السلبية.

وقد تتلخص مشكلة البحث في البعض من التساؤلات:

1. ما هو مفهوم التطرف، وأنواعه، وأسبابه وآثاره.
2. ما هو الإطار الدستوري لمواجهة التطرف.
3. ما هو دور المشرع الجنائي في مواجهة التطرف.
4. ما الحلول القانونية لمعالجة التطرف من أبعاده كافة.

ثالثاً: أهمية موضوع البحث

تكمن الأهمية العلمية للبحث في كونه يشير إلى الخطورة التي تمثلها هذه الظاهرة على أمن الفرد والمجتمع، كما يسهم هذا البحث من الناحية العملية بكونه يلقي الضوء على ظاهرة التطرف، وما هي أنواعها وأسبابها وطرق مواجهتها دستورياً وقانونياً في العراق، وتأتي أهميته مع غياب ملحوظ لوجود إستراتيجيات عربية واضحة ومحددة لمعالجة ظاهرة التطرف.

رابعاً: أهداف البحث

1. يوضح البحث مفهوم التطرف وآثاره على المجتمع، وأنواعه.
2. يبين البحث عوامل شيوع وانتشار ظاهرة التطرف.
3. يبين البحث مدى كفاية النصوص الدستورية والقانونية لمواجهة التطرف في العراق.

خامساً: منهجية البحث

تم اعتماد المنهج الوصفي التحليلي القانوني وذلك من خلال دراسة ظاهرة التطرف، وتحليل مضمون النصوص القانونية التي عالجت موضوع ظاهرة التطرف، وفقاً للتشريعات العراقية وتحليل الأسس القانونية التي قام عليها تجريم أفعال جريمة التطرف.

سادساً: خطة البحث**المبحث الأول: معطيات أولية حول ظاهرة التطرف**

المطلب الأول: مفهوم التطرف وأنواعه.

المطلب الثاني: أسباب التطرف وآثاره.

المبحث الثاني: المواجهة الدستورية والقانونية للتطرف

المطلب الأول: الإطار الدستوري لمواجهة التطرف.

المطلب الثاني: دور المشرع الجنائي في مواجهة التطرف.

المبحث الأول:

معطيات أولية حول ظاهرة التطرف

يواجه العديد من الدول ومنها العراق الآفات والارتجاجات البشرية التي تحاول زعزعة استقرار البلد ووحدته، ومن أهمها التطرف، وغالبا ما يكون في الفكر والعقيدة، ويمتد لإشاعة نهج التخريب في هوية المجتمع برمته، ما يدفعه إلى حالة من الغلو والتشدد، لذا يستوجب علينا معرفة مفهوم التطرف وأنواعه وأسبابه وآثاره على المجتمع، في مطلبين:

المطلب الأول: مفهوم التطرف وأنواعه.

المطلب الثاني: أسباب التطرف وآثاره.

المطلب الأول

مفهوم التطرف وأنواعه

تُعد ظاهرة التطرف من أخطر الظواهر السلبية التي انتشرت في العالم، فلم يُعد مجتمع من المجتمعات بمنأى عنها، فهو مشكلة خطيرة نظراً لما يترتب عليها من آثار وخيمة تلحق الأذى بالمجتمع دون تمييز، تهدف إلى زرع الفتنة والإفساد في الأرض، هذا ما سوف نتناوله في فرعين:

الفرع الأول: مفهوم التطرف.

الفرع الثاني: أنواع التطرف.

الفرع الأول:

مفهوم التطرف

تعددت التعريفات التي أوردها الفقه في بيان معنى التطرف، أبسطها أنه مجاوزة الاعتدال في السلوك الديني فكراً أو عملاً أو في أداء العبادات، ومصادرة اجتهاد الآخرين وتجاوز الحدود الشرعية في التعامل مع المخالف¹.

يقصد بالتطرف المبالغة والغلو والتشدد أو في المغالاة في المناهج وأساليب العمل السياسية أو الدينية أو تفرعاتها المذهبية أو الأيديولوجية الفكرية، وأن هذا النهج يبدأ بصاحبه

¹. صلاح الصاوي، التطرف الديني والرأي الآخر، الآفاق الدولية للإعلام، القاهرة، 1993، ص10.

ويحيله لقوة تخريبية تدميرية، بوضعه بالتعارض ووجوده الطبيعي المستقر الآمن، فيشكل خطرًا على الآخر، سواء للإنسان الفرد أم الجماعة؛ إذ يتجاوز باتخاذ أقصى ابتعاد جغرافيا مواقفه تجاه الآخر، عندما يتجاوز منطق الاعتدال ويدخل بإيغاله وغلوه مناطق المبالغة¹.

ويقصد بالتطرف أنه ليس مجرد مجاوزة حد الاعتدال أو الخروج عن المألوف، وإنما مرتبط بالجمود العقلي والانغلاق الفكري، فهذا الاتجاه الذي تتمحور حوله كل الجماعات المتطرفة، إذن التطرف بهذا المعنى هو أسلوب مغلق للتفكير يتسم بعدم القدرة على تقبل أية معتقدات أو آراء تختلف عن معتقدات الشخص أو الجماعة².

كما يُعرف التطرف على أنه ما يخرج عن المألوف في العقيدة ومن الناحية الاجتماعية والفكرية لدى أبناء المجتمع والتعصب لرأي واحد، أو استنتاج خاطئ والمبالغة في السلوك الناتج عن هذا التعصب أو التطرف في الفكر³.

وذهب البعض من الفقه⁴ إلى أن التطرف هو تجاوز الحدود التي أحلها الله، والإتيان بآراء فيها تشدد ومغلاة، ما أنزل الله بها من سلطان، ولم يقم عليها دليل.

فالتطرف مجرد التعصب لرأي معين دون غيره من الآراء الأخرى، بحيث يكون هذا الرأي بعيداً عن الاعتدال، مع الإصرار عليه⁵.

¹. تيسير عبد الجبار الآلوسي، ظاهرة التطرف بين إهمال مخرجاتها وطعنها الهوية الوطنية وبين أسس معالجتها وإزالة أسبابها، بحث في كتاب "الوحدة الوطنية وخطر التطرف وخطاب الكراهية"، مكتبة الأصيل، بسكرة الجزائر، 2022، ص2.

². محمد أبو دواية محمد محمود، الاتجاه نحو التطرف وعلاقته بالحاجات النفسية لدى طلبة جامعة الأزهر، رسالة ماجستير، جامعة الأزهر، غزة، 2012، ص42.

³. ميادة عمر منصور، التدخل المهني بطريقة تنظيم المجتمع لتنمية وعي المرأة بمخاطر التطرف والإرهاب، مجلة الدراسات في الخدمة الاجتماعية والعلوم الإنسانية، الجزائر، العدد53، 2021، ص2.

⁴. أنور محمد، الإسلام والمسيحية في مواجهة التطرف والإرهاب، وكالة البنا للنشر والتوزيع، الإسكندرية، 1996، ص16.

⁵. محمد يسري إبراهيم، الإرهاب، الأسباب، الإستراتيجية والمواجهة، وكالة البنا للنشر والتوزيع، الإسكندرية، 1992، ص10.

ونستطيع القول إن التطرف هو اعتناق فكر متشدد لا وسطية فيه، لا يتفق مع يسر الدين وسماحته، ويخرج عن جوهر الدين الحقيقي، والتطرف هو جنوح في الفكر. ومن مظاهر التطرف التعصب للرأي وإلزام الناس بما لم يفرض عليهم، وعدم الاعتراف بالرأي الآخر، والتشدد في غير محله بالخشونة والغلظة، وسوء الظن بالناس، وعدم التسامح، والنظرة العدوانية، والسقوط في هاوية التكفير.

الفرع الثاني:

أنواع التطرف

أصبحت ظاهرة التطرف مقلقة للمجتمعات الانسانية، ومهما اختلفت أهدافها وغاياتها، فإنها تتحد لا محالة بإلحاق الضرر بالإنسان ومكتسباته الحضارية، وعليه سوف نتناول ذلك على النحو الآتي:

أولاً: التطرف الفكري

أحد نماذج الانحراف الفكري المعاصر، الذي يعتمد على الحكم على الناس بالكفر والخروج عن الملة وفق تأويلات وأسانيد باطلة، يترتب عليها التفريق بين المُكفّر وزوجه، وخروج الأبناء عن طاعته وولايته واستحلال دمه، وعدم تغسيله عند موته، ومنع توريثه والحكم عليه بالخلود في النار¹.

وعلى أية حال فإن التطرف يعني الاعتماد على أفكار قد تكون دينية، سياسية، عقائدية أو اقتصادية، أو أدبية، أو فنية تشعر القارئ بها بامتلاك الحقيقة المطلقة، وتخلق فجوة بينه وبين النسيج الاجتماعي الذي يعيش فيه وينتمي إليه، الأمر الذي يؤدي إلى غريبته عن ذاته وعن مجتمعه.

¹. محمد بن شحات الخطيب، الانحراف الفكري وعلاقته بالأمن الوطني والدولي، مكتبة الملك فهد الوطنية،

الرياض، 2006، ص31.

ثانيًا: التطرف السياسي

هو الخروج عن الدستور والقانون، فهو أخطر أنواع التطرف كونه يرتبط بأشخاص وكتل سياسية توظف قواعد العملية السياسية لتكريس أفكارها الأحادية، ويشكل هذا التطرف اعتداء على حقوق الأفراد وحررياتهم، وغالبًا ما يقترن بالقتل والترويع والإقصاء وفرض الرأي الواحد، وإرباك الحياة العامة للمجتمع والفرد⁽¹⁾، وارتكاب جرائم العنف المشحونة سياسيًا ضد المخالفين لهم بالرأي أو الدين أو المذهب أو الفكر وما عداها.

ويتمثل أيضًا بالسياسات التي تنتهجها الحكومات ضد مواطنيها، والصراعات الداخلية سواء بين فئات الشعب أو بينهم وبين الحكومات².

وهذا النوع من التطرف وإن كان قليلًا فإنه يمس الأمن في أي دولة، بل يمس كل إنسان في الدولة، حين تصادر حريته، ويُحجر على فكره، ويراد له أن يكون كالعبد مع سيده، وهذه السلوكيات منافية للإنسانية.

ثالثًا: التطرف الدولي

هو الأعمال كافة التي تقام من قبل المتطرفين بغية إحداث الذعر والخوف بين أفراد المجتمع بأساليب مختلفة كهدم المنازل، وعمليات التفجير للمؤسسات العامة والخاصة، وقد يكون من الأفراد أو من الجماعات وحتى من الدول سواء كان في زمن الحرب أم السلم، وهو نوع من أنواع التطرف المنتشرة.

رابعًا: التطرف الديني

هذا النوع من التطرف موجود في كل الديانات، خصوصًا في الديانات السماوية كالإسلام والمسيحية، التطرف الديني أو التعصب، هو تعصب شخص أو جماعة لدين معين أو لمذهب في دين معين.

¹ إدريس لكريني، التطرف السياسي والديني، مقال منشور بتاريخ 8/10/2018، على الموقع الإلكتروني: <https://mawdoo3.com/>

² حلمي نبيل أحمد، الإرهاب الدولي وفقًا للسياسة الجنائية الدولية، دار النهضة العربية، القاهرة، 1988، ص19.

وتجدر الإشارة إلى أن مصطلح التطرف هو مصطلح غربي يقابله في الإسلام مصطلح الغلو، إذ جاء في الشريعة الإسلامية بقول الرسول صلى الله عليه وسلم (إياكم والغلو في الدين، فإنما هلك من كان قبلكم بالغلو في الدين)¹، الغلو هو مجاوزة الحد في الأمر ومخالفة المنهج والتطرف هو نفسه التعصب.

ونستطيع القول إن التطرف الديني هو قلة الوعي، والفهم الخاطئ لمبادئ الدين وتعاليمه، والتفسير الخاطئ للنصوص الدينية، ويتم التطرف دينياً بالجمود الفكري أي عدم قدرته على تقبل أي معتقد يختلف معه، يتعصب لرأيه إلى درجة أنه لا يرى رأياً صحيحاً غير رأيه.

خامساً: التطرف الاقتصادي

تؤدي المشكلات الاقتصادية التي تعاني منها بعض المجتمعات من غلاء وفقر وبطالة، بإصابة العديد من مواطنيها بالإحباط والاحساس وبالعداء تجاه من يسيطر على اقتصاد هذه المجتمعات، وبالتالي تتولد لديهم الرغبة بالانتقام، حيث يكون من السهل انخراطهم في المجاميع الإرهابية، خاصة عندما تستخدم المجاميع الإرهابية سبل الإغراء بالمال وسلاح التضليل باسم الدين.²

نخلص إلى أن التطرف بأشكاله سواء الديني أو السياسي إذا نجح في استلام الحكم، سيكون تأثيره سيئاً على أمن المجتمع واستقراره، يؤدي إلى تحطيم الدولة بأسرها وإلى الفوضى والاضطراب العام، ويفتح الباب نحو خرق القانون وانتهاكه لا احترامه، ما يتسبب في إشاعة الفوضى وانعدام السكينة والطمأنينة.

¹ رواه السيوطي في الجامع الصغير، عبد الله بن عباس، ص2894، حديث صحيح.

² محمد عبد الله العميري، موقف الإسلام من الإرهاب، جامعة نايف العربية للعلوم الأمنية، المملكة العربية السعودية، ط1، 2004، ص54.

المطلب الثاني:

أسباب التطرف وآثاره

يُعد التطرف بأنواعه من أهم المخاطر الأمنية التي تصيب المجتمعات والدول، ويرجع ذلك إلى العديد من الأسباب المختلفة التي ساهمت في انتشار هذه الظاهرة والتي لها انعكاسات سلبية على حياة المواطنين والمجتمعات والدول، تصيب المجتمعات حيثما ضاقت بقوانينها ونظمها القيمية، وهو ما نحاول أن نوضحه في فرعين:

الفرع الأول: أسباب التطرف.

الفرع الثاني: آثار التطرف.

الفرع الأول:

أسباب التطرف

بين الجانبين النفسي والمادي للإنسان، هناك عدّة تقسيمات للتطرف، وهناك من يرجعها إلى أسباب اجتماعية وسياسية، أو دينية وغير دينية أو نفسية ومادية، وغير ذلك، ويمكن أن نقسمها إلى أسباب ذاتية وخارجية، وهو ما سندرسه في فرعين:

الفرع الأول: الأسباب الذاتية: هي الأسباب التي تنشأ من ذات الإنسان دون تدخل خارجي

ضمن سيطرته، ولا يمكن تحميلها للآخرين، وعليه يمكن بيان أهم الأسباب على النحو الآتي:

أولاً: الجهل والامية: هي من يخلق الشخصية الهزيلة المستعدة لتوجيهها، وتكمن خطورة الجهل في أن يصبح الإنسان لقمة سائغة إلى أي فكر متطرف، فالجاهل لا يملك أدوات معرفية تؤهله للتمييز بين الحق من الباطل، فمن السهولة أن يتم إقناعه بأن هذا الفكر هو الحق، وأما لو كان هناك الحد الأدنى من الوعي والمعرفة، فإن ذلك سيحول دون أنتمائهم لمثل هذه الأفكار¹.

ويُعد من أسباب التطرف غياب أدب الحوار من جانب زعماء الفكر الديني المتشدد، وانحطاط المستوى الثقافي وقصور وسائل التوعية الدينية خاصة في المناطق النائية والفقيرة.

¹ محمد خازر المجالي، التطرف أسبابه وأنواعه وعلاجه، ص1، منشور على الموقع الإلكتروني، الرابط

www.researchgate.net

ثانياً: سوء الفهم: الفهم الخاطئ للدين ومبادئه، هذا السبب مكمل لما قبله، لكن الفرق بينهما هو أن هذا السبب يكون الخطأ مزدوجاً من الجاهل، فجهله يؤدي إلى ذهابه بنية حسنة الى مصادر الدين، محاولاً فهمها لوحده دون العودة إلى العلماء.

ثالثاً: اليأس: وهو من الأسباب العميقة في جانب التطرف، هو إحباط الشباب وافتقارهم للمثّل العليا مع ما تحدثه سياسات التقشف لدى العديد من الدول العربية وانتشار البطالة¹. فاليأس متعلق بالحالة النفسية للإنسان، والناس ليسوا على مستوى واحد من الإيمان والثقة بالله تعالى، ولذلك قد يقودهم يأسهم من الحالة السياسية أو الاقتصادية أو الاجتماعية، أو النفسية إلى ممارسات متطرفة².

رابعاً: التعصب والانغلاق الفكري: الأصل أن يفهم أحدا أن رأيه صواب يحتمل الخطأ، ورأي غيره خطأ يحتمل الصواب، وأن الاختلاف بين البشر أمر طبيعي، والاختلاف نوعان: اختلاف تنوع وإثراء، وهو مقبول ممدوح، واختلاف تضاد وتناحر، وهو مرفوض مذموم³. يُعدُّ التعصب من أكثر الأسباب التي ينشأ عنها التطرف، فالتطرف بكل بساطة حالة متقدمة من التعصب؛ لأنّ المتطرف لن يقدم على تطرفه إلا إن ظنّ أنه يملك الفهم الصحيح الوحيد للدين وغيره على باطل.

الفرع الثاني:

الأسباب الخارجية

تتلخص الأسباب التي تنشأ بسبب تأثير خارجي على الإنسان، هي كثرة كالظلم والوضع السياسي العالمي، وازدواجية المعايير، والفساد بأشكاله، والتعليم الخاطئ، والإعلام الموجه وما عداها من أسباب

¹ محمد شوقي الفنجري، الإرهاب والتطرف وجوهر الحل الإسلامي، منشور ضمن مجموعة مقالات في كتاب

المثقفون والإرهاب، الهيئة المصرية للكتاب، 1993، ص64.

² محمد خازر المجالي، المرجع السابق، ص9.

³ محمد خازر المجالي، المرجع السابق، ص22.

أولاً: الظلم: ويُعد من الأسباب المهمة للتطرف، ودليل ذلك ما يحدث حالياً في العالم، وطبيعة أي "إنسان مظلوم أن ينتفض ضد الظلم الموجود"، وهذا شيء طبيعي، لكن الذي يختلف بين الناس هو الحكمة في معاملة الظلم، وتواجد الحكمة عند أي إنسان عند معاملته لحالة الظلم التي يعيشها لا يمكن أن تتواجد عند جميع الناس، لهذا كان هذا السبب من أخطر الأسباب؛ لأنه يمسّ كرامة الإنسان¹.

ثانياً: الوضع السياسي العالمي: ويقصد به ما يحدث في العالم الآن من حروب وانقلابات ومشكلات تؤدي إلى زعزعة استقرار الدول، والأهم من ذلك موقف العالم تجاه ذلك، فعندما يكون الاهتمام من قبل العالم منصّباً على الدول الكبرى فحسب دون الدول الأخرى، فإن ذلك سيؤدي إلى خلق مشاعر الكراهية والحق، ومنه إلى التطرف.

ولعل التدخلات العالمية في غير صالح العدل، خاصة ضد الدول العربية، فهذا سيؤدي حتماً إلى خلق مشاعر الكراهية، وربما الانتقام، أي ظهور الفكر المتطرف والسلوك المتطرف الذي يريد تصحيح الصورة.

ثالثاً: ازدواجية المعايير: أي الكيل بمكيالين، وهي نوع من أنواع الظلم، وهذه الازدواجية منبثقة عن الوضع السياسي العالمي، وهي من العوامل المهمة التي ينشأ عنها التطرف، لكن تمّ ذكرها لوحدها لأهميتها، وازدواجية المعايير تنشأ من أمرين، إمّا مصلحة ما مع طرف معيّن، أو عنصريّة ما مع طرف ضد آخر².

وهذا الأمر معيب وغير إنساني، وتلّون الإنسان حسب المصلحة وعدم الإنصاف كلها مظاهر متخلفة، لا تتسجم مع إنسانية الإنسان والعدل الذي هو أساس الحكم والعلاقة بين الناس. **رابعاً: الوضع الاقتصادي:** إن لم يكن سبباً مباشراً للتطرف فهو محفز له، ويقصد به بشكل أساسي الفقر والبطالة، والفقر سبب رئيسي للتطرف بأنواعه بدءاً من السرقة وانتهاءً بالقتل من أجل العيش، وأخطر ما في الأمر إذا تمّ ربطه بالجانب الديني للإنسان، وهنا يزداد الأمر خطورة، فحين يكون الإنسان في ضائقة مادية ولا يجد ما يؤمّن به حاجته من طعام ومسكن أو

¹ محمد خازر المجالي، المرجع السابق، ص 20.

² محمد خازر المجالي، المرجع السابق، ص 22.

تكاليف الدراسة أو أية متطلبات للعيش الكريم، فحينها يلجأ إلى الوسائل غير المشروعة، وربما يسرق أو يتعامل بالمخدرات والممنوعات وهكذا.

خامساً: الفساد بأنواعه: كالفساد السياسي والاقتصادي والاجتماعي، وخطورته تكمن في نفسه من جهة، وفي تبعاته من جهة أخرى، ففي نفسه حين يصبح "عادة" فتفسد أخلاق الناس وقيمهم، ولا بُد من أن تصاحبه تصرفات ينتج عنها ظلم وقهر، وبالتالي يحدث ما لا نتمناه حين ينقلب المجتمع إلى مجتمع كراهية وحقد وظلم¹.

سادساً: التعليم الخاطئ: ونعني به التعليم البيئي والتعليم المدرسي والجامعي، والتعليم الديني والإعلامي بشكل عام، إذ لا بُد من تكامل الصورة بين هؤلاء جميعاً، ولا بُد من استشعار أمانة الكلمة والمسؤولية، ولا بُد من الرقابة البيتية وخاصة الأصدقاء، فالصديق ساحب، وقد يأخذ الشاب إلى الانحراف من البداية، وقد يسحبه إلى أن يكون عنصراً سيئاً ومنحرفاً وعنيفاً².

سابعاً: الإعلام الموجّه: للإعلام دور مهم ورئيسي في التوجيه السلبي أو الإيجابي، ولأنه غالباً بأيدي دول كبرى لها مصلحة من هذا التطرف، أو دول تابعة في الغالب لم تفهم حقيقة الصراع، هنا تكون المشكلة، إذ يتصرف هذا الإعلام بطريقة تجلب نتائج عكسية، فبدل أن نحاصر الفكر المتطرف أو نقل من شأنه، فنحن عملياً نزيد من أتباعه وأنصاره³.

وهناك عوامل أخرى تسهم بالتطرف، كالإهمال الأسري والاجتماعي والفراغ والبطالة والإحباط والتوجيه الخاطئ، والكبت الديني، والتضييق بالرزق، والإخفاق ونقشي المنكرات، والصداقة الضارة، والفهم الخاطئ للنصوص، وغرور الإنسان بنفسه وتكبره، وسوء الظن بالناس والتناقضات المجتمعية بين العقيدة والسلوك، وبين الواجب والواقع، وبين الدين والسياسة، وبين العمل والقول، وبين الآمال والمنجزات، وفساد الحكم والحكام والخضوع لإرادة الأجنبي، والمضايقات الأمنية.

¹ محمد خازر المجالي، التطرف أسبابه وأنواعه وعلاجه، المرجع السابق، ص 25.

² محمد خازر المجالي، المرجع نفسه، ص 21.

³ محمد خازر المجالي، المرجع نفسه، ص 21.

الفرع الثاني:

آثار التطرف

تبدأ ظاهرة التطرف من مناهج التربية والتنشئة الاجتماعية في الأسرة حيث التربية الأولى، واستفحال التسلط والتعنيف والتشدد التربوي بذريعة الضبط الاجتماعي في الأسرة، وانتقاء العدالة الاجتماعية، وانهيار مستويات الدخل والتعليم والثقافة، وسيادة النمط الاستهلاكي المادي وانهيار منظومة القيم، وانتشار الفساد والإحساس بالحيف والظلم وانعدام المساواة، والإثراء بلا سبب للبعض، والفقر والبطالة، ما يدفع للتطرف وإلى لغة العنف والتمرد، ضد منظومة القيم بلا وعي أو إدراك لمخرجات تلك المواقف المتفجرة، فالتطرف بكل أنواعه يتغذى بالتعصب وخطاب الكراهية والمزاجية، ونستطيع القول إن هناك علاقة تنافر بين الوطنية والتطرف.

وأياً ما كان الأمر فإن التطرف أياً كان موضوعه يرتبط بالإرهاب، وإن كانت خفية، فالإرهاب بوصفه عملاً من أعمال العنف أو التهديد أو الترويع يستلزم مظهرًا ماديًا خارجيًا يتشكل فيه السلوك الإرهابي.

في حين أن التطرف يرتبط بفكر الإنسان نفسه، لذا ستكون وسيلة علاجه هي الفكر والحوار، أما إذا تحول التطرف إلى تحدٍ وتصادم مع الآخرين، وتعدّ لحدود القاعدة الاجتماعية والأخلاقية إلى نطاق الجريمة، فإنه يستوجب تغييراً في مدخل المعاملة وأسلوبها.

وقد يذهب التطرف بأصحابه إلى أن يرتكبوا جرائم تصل إلى حد الاغتيالات أو يفجرون أنفسهم دون أن يعينهم الموت شيئاً، فهم يتقبلونه بسعادة، والفهم الخاطئ لأيديولوجية معينة والتطرف هما أهم الأسباب في انتشار الإرهاب؛ لأن المتعصب لا يرى حقيقة إلا من وجهة نظره¹.

¹ عمر سعد الهويدي، مكافحة جرائم الارهاب في التشريعات الجزائية -دراسة مقارنة-، الطبعة الأولى، دار وائل للنشر، عمان، 2011، ص57.

ولكن الملاحظة الأهم أن هناك آثاراً تترتب على استشراف ظاهرة التطرف في المجتمع منها¹، انتشار الجريمة بمختلف أنواعها، والانحلال الأخلاقي بشبهة التحرر وحقوق الإنسان، شيوع الفاحشة في المجتمع بسبب انهيار القيم الأخلاقية، انتشار الفقر وتدهور الوضع الاقتصادي، والجهل بالأحكام الشرعية، وسوء فهمها، وغياب مبدأ الأمر بالمعروف والنهي عن المنكر، دعوة اختلاط الشباب ذكوراً وإناثاً ابتداءً من سنوات التعليم الأولى، ونشر المفهوم الخاطئ للحرية، وغياب الوازع الديني، فالدين يدعو للفضيلة والتسامح والعدل، وليس للعنف والقتل وكراهية الآخر.

المبحث الثاني:

المواجهة الدستورية والقانونية للتطرف

أهم ما يخلفه الاحتلال والحروب بالإضافة إلى التدمير والفقر ظهور أفكار متطرفة تؤدي إلى عزل الدولة وشل حركتها وتقدمها بالكامل؛ نتيجة للقتال والتناحر الذي تولده هذه الأفكار، وعليه تكون الحاجة وبشكل جدي إلى وجود نصوص دستورية وجزائية بغية بناء مجتمع سليم يقوم على أسس صحيحة تؤمن الاستقرار والتنمية، وعليه يتطلب البناء القادر على لجم الظواهر السلبية من خلال الدستور والقانون الذي يُعد أحد أهم الطرق اللازمة لمواجهة ظاهرة التطرف بمختلف صورها من خلال بيان وعرض أسس التجريم التي أقامها المشرع الدستوري والجنائي لمكافحة جريمة التطرف، وللحفاظ على كيان الدولة المتمثل في الأمن والنظام العام، وهو ما سنحاول دراسته والوقوف عليه من خلال مطلبين:

المطلب الأول: الإطار الدستوري لمواجهة التطرف.

المطلب الثاني: دور المشرع الجنائي في مواجهة التطرف.

¹ حسين عبد الحميد رشوان، الإرهاب والتطرف من منظور علم الاجتماع، مؤسسة شباب الجامعة، القاهرة،

2002، ص 211.

المطلب الأول:

الاطار الدستوري لمواجهة التطرف

يُعد التطرف موقفًا ثم يصبح جزءًا من نظام ومعتقد للفرد عندما لا يتم إدراكه وإدانتته ورفضه من خلال الأسرة والمجتمع الأكبر والدول نفسها، إن أكبر تأثير لمثل هذا الموقف المجتمعي هو أن يتحول المجتمع المتسامح والمتكاتف والمتعدد إلى مجتمع غير متسامح ومجتمع إقصائي.

من المعلوم أن الحماية الجنائية للحقوق والحريات هي عمل من أعمال التشريع العادي الذي يسن "قانون العقوبات والقوانين الأخرى"، بما تتضمنه من نصوص جزائية، تخضع لأحكام الدستور، إذ إن الدستور قد يوجب المشرع بضرورة تجريم بعض الأفعال لحماية حقوق المواطنين وحرياتهم دون غيرها.

تقتضي مواجهة التطرف نصوصًا دستورية، إذ جاء الدستور العراقي لسنة 2005، يتضمن (144) مادة دستورية، وديباجة مطولة لا شبيه لها في دساتير العالم، تضمنت الإشارة إلى موضوعات عديدة من بينها الإشارة إلى تحريم العنف والتطرف من خلال النص على أنه "لم يثبنا التكفير والإرهاب من أن نمضي قدمًا لبناء دولة القانون، ولم توقنا الطائفية والعنصرية من أن نسير معًا لتعزيز الوحدة الوطنية".

نخلص مما جاء في الديباجة إلى ما يدل وبشكل واضح وصريح على تحريم وتجريم الأفعال المذكورة من تكفير وإرهاب وطائفية وعنصرية، ومن المعلوم أن الديباجة تتمتع بالقيمة القانونية نفسها التي يتمتع بها الدستور؛ لأنها جزء من الدستور، وعليه تُعد نصًا دستوريًا¹.

ورغم هذا الوضوح فإن الدستور العراقي لسنة 2005، قرر صراحة تجريم التطرف والعنف بأي صورة كانت من خلال نص المادة (7) منه على أن: "أولاً: - يحظر كل كيانٍ أو نهج يتبنى

¹ إحسان حميد المفرجي، كطران زغير نعمة، د. رعد ناجي الجدة، النظرية العامة في القانون الدستوري والنظام الدستوري في العراق، شركة العاتك، بيروت، دون سنة نشر، ص 241.

العنصرية أو الإرهاب أو التكفير أو التطهير الطائفي..... ثانياً: - تلتزم الدولة بمحاربة الإرهاب بجميع أشكاله¹.

وباستقراء النص الدستوري السابق نلاحظ أنه حظر العديد من أنواع التطرف كالعنصرية والإرهاب والتكفير، والتطهير الطائفي أو التحريض..... الخ، الأمر الذي يستوجب إيجاد نصوص جزائية ضمن قانون العقوبات تجسد المعالجة السليمة للتطرف طبقاً لما جاء في النص الدستوري أعلاه، ذلك أن النص الدستوري جاء ملبياً لحاجة المجتمع العراقي في توفير الحماية المطلوبة لمواجهة الفكر المتطرف.

نخلص إلى أن الدستور العراقي النافذ لعام 2005، نص على مصطلح "الإرهاب" في أكثر من مادة، وفي الواقع إنّ الاتجاه الدولي لأغلب الدساتير هو عدم الإشارة في نصوصها إلى موضوع العمل الإرهابي، إنّما يترك أمر تجريم الإرهاب ومكافحته إلى القوانين الوضعية الجزائية، وهي ليست بعيدة عن متطلبات حقوق الإنسان أو منعزلة عن ضوابطه، بل تكون مندمجة معها، وذلك على اعتبار أن القواعد القانونية كافة تمثل وحدة واحدة، ويأتي في مقدمتها القواعد الدستورية التي لا ينحاز حكمها لجانب دون آخر.

المطلب الثاني:

دور المشرع الجنائي في مواجهة التطرف

يأتي تجريم المشرع الوطني للأفكار المتطرفة في سياق تنفيذه للالتزامات الدستورية والدولية التي تخاطب بها الدولة، بالإضافة إلى ما تتطلبه حماية المصلحة الوطنية من عبث المتطرفين، وعلى ذلك كان لتفاقم العمليات الإرهابية في العراق أثر كبير على إصدار قوانين مكافحة الإرهاب⁽²⁾، فضلاً عن صدور العديد من الأوامر والقرارات المتعلقة بالعمليات الإرهابية، وتلك الأوامر تصب في هدف واحد، هو القضاء على العمليات الإرهابية.

¹ ينظر المادة (7) من الدستور العراقي النافذ لسنة 2005.

² ينظر: قانون مكافحة غسل الأموال وتمويل الإرهاب رقم (39) لسنة 2015، وقانون مكافحة الإرهاب رقم 13 لسنة 2015.

وعلى ذلك سارع المشرع العراقي إلى توفير الحماية اللازمة للمجتمع من الجرائم الإرهابية من خلال سن قوانين لمكافحة الإرهاب، ومع ذلك نرى من الضروري أن يضع المشرع النصوص الجزائية التي تحدد العقوبة بشكل لا يقبل اللبس أو التأويل لبقية الجرائم التي تضمنها النص الدستوري كل من العنصرية والتكفير والتطهير الطائفي؛ لأن النصوص العقابية المتمثلة بقانون العقوبات المعدل رقم 111 لسنة 1969، وقانون مكافحة الإرهاب رقم 13 لسنة 2015، قد تكون قاصرة عن الإحاطة بجميع أنواع التطرف التي قررها النص الدستوري.

وجدير بالإشارة أنه إذا لم يكن الغرض من الفعل المرتكب تحقيق أهداف إرهابية، فإنه يقع خارج نطاق تطبيق القانون رقم (13) لسنة 2005، فقد يقع ضمن أحكام المنطوق من قوانين العقوبات الأخرى النافذة حسب الوصف القانوني للفعل الإجرامي.

والملاحظة الأهم أن قانون مكافحة الإرهاب لم يحدد المقصود بعبارة "أهداف إرهابية"، ولم يعدد هذه الأهداف لذلك إذا كان هذا الشرط، أي تحقيق أهداف إرهابية، هو إذا ما كان الفعل الإجرامي يشكل عملاً إرهابياً أم جريمة أخرى، فإننا نرى أن المشرع، نظراً لعدم تحديد هذه الأهداف، قد منح القاضي سلطة واسعة لتقييم وتفسير الفعل الإجرامي الأهداف والغايات المنشودة من الأفعال المرتكبة، والتي بدورها تمنح الأخيرة سلطة تقديرية واسعة في إحصاء الفعل الإجرامي مثل الأعمال الإرهابية أم لا¹.

هذا مخالف للأحكام الجزائية، ولكنه مبرر للسماح للقاضي بتجريم الأعمال الإرهابية التي قد تختلف أهدافها، دون حصرها في أهداف محددة قد لا يتمكن المشرع من حصرها، وفي حال عدها، هناك أعمال كثيرة، ستبقى خارج نطاق تطبيق قانون مكافحة الإرهاب بسبب هذه الثغرة، حيث إن المادة (2) من قانون مكافحة الإرهاب رقم (13) لسنة 2005، تحدد الأعمال التي

¹ جاسم رشيد صبحي، الإرهاب والقانون الدولي، رسالة ماجستير مقدمة إلى كلية القانون، جامعة بغداد،

2008، ص 64.

تعتبر إرهابية دون تحديد أهدافها بدقة، والتي يؤدي إلى توسيع تفسير الأعمال الإرهابية وتجريم أبسط حقوق الأفراد¹.

ومن المهم الإشارة في هذا السياق إلى أن تعدد مصادر النصوص التي تجرم أعمال العنف، ووصفها بأنها تشكل إرهاباً، تسبب في حدوث ارتباك وتشويش في تطبيق العقوبات الجنائية من قبل النظام القضائي المختص، كما قالت محكمة النقض العراقية وتعليقاً على حكم محكمة الجنايات المركزية خلصت إلى أن: "الدخول غير المشروع لأجنبي إلى الأراضي العراقية وانتمائه إلى منظمة بقصد ارتكاب أعمال إرهابية ولم يَقم بأي أعمال إرهابية أخرى من تدريبه على السلاح، لا تسري عليه أحكام قانون الإرهاب رقم (13) لسنة 2005، لكن الجملة الأخيرة من المادة (194) تنطبق عليه من قانون العقوبات العراقي رقم (111) لسنة 1969، وتكون العقوبة السجن المؤبد أو المؤقت".

في ضوء هذا الحكم تم تخفيض العقوبة من الإعدام إلى السجن المؤبد أو المؤقت، ما يشير إلى أن محكمة الجنايات العراقية كانت مختلطة في تطبيق الأحكام عند النظر في القضية بين قانون العقوبات وقانون مكافحة الإرهاب.

وبناءً على ما تقدم فإن نهج المشرع العراقي في تعريف الإرهاب يشبه إلى حد ما اتجاه غالبية التشريعات المقارنة في تعريفه، ونجد أنه حتى الدول ذات الأنظمة الأكثر ديمقراطية ذهبت لتوسيع تفسير المعنى من الإرهاب².

². نصّت المادة (2) من القانون العراقي لمكافحة الإرهاب رقم (13) لسنة 2005، على الآتي: "تعدّ الأفعال الآتية من الأفعال الإرهابية: 1- العنف أو التهديد الذي يهدف إلى إلقاء الرعب بين الناس أو تعرّض حياتهم وحياتهم وأمنهم للخطر وتعريض أموالهم وممتلكاتهم للتلّف أياً كانت بواعثه وأغراضه يقع تنفيذاً لمشروع إرهابي منظم فردي أو جماعي. 2-.....". منشور على الموقع الإلكتروني:

<http://wiki.dorar-aliraq.net/iraqilaws/law/19499.html>

². سلام أحمد رشاد، جريمة الإرهاب الدولي والتعويض عنها والقانون الواجب التطبيق عليها طبقاً لأحدث تعديلات قانوني الكيانات الإرهابية والإرهاب المصري، دار النهضة العربية، القاهرة، 2018، ص 28.

وعلى ذلك تكون المواجهة القانونية للمتطرفين في قانون العقوبات العراقي، نجد أن المشرع لم يجرم التطرف بصورة مباشرة في قانون العقوبات رقم 111 لسنة 1969 المعدل، إلا أنه من الممكن أن نستخلص ذلك من خلال النصوص التي أوردها قانون العقوبات، ففي نص المادة (200/ ثانياً) والتي جاءت ضمن الجرائم الماسة بأمن الدولة الداخلي على أن "يعاقب بالسجن مدة لا تزيد على سبع سنوات أو بالحبس كل من حذب أو روج أياً من المذاهب التي ترمي إلى تغيير مبادئ الدستور الأساسية أو النظم الأساسية للهيئة الاجتماعية أو لتسويد طبقة اجتماعية على غيرها من الطبقات أو للقضاء على طبقة اجتماعية لقلب نظم الدولة الأساسية الاجتماعية أو الاقتصادية أو لهدم أي نظم من النظم الأساسية للهيئة الاجتماعية، متى كان استعمال القوة أو الإرهاب أو أية وسيلة أخرى غير مشروعة ملحوظاً في ذلك"¹، ويعاقب بالعقوبة نفسها أيضاً كل من حرض على قلب نظام الحكم أو على كراهيته أو الازدراء به².

كما ونصت المادة (201) على أن: "يعاقب بالإعدام كل من حذب أو روج مبادئ صهيونية بما في ذلك الماسونية، أو انتسب إلى أي من مؤسساتها أو ساعدها مادياً أو ادبياً أو عمل بأي كيفية كانت لتحقيق أغراضها"، ومن الواضح أن مبادئ وأفكار الصهيونية متطرفة تهدف إلى نشر العنصرية.

ويمكن استخلاص ذلك من خلال نص المادة (202) من قانون العقوبات بالنص على: "يعاقب بالسجن مدة لا تزيد على عشر سنين أو بالحبس كل من أهان بإحدى طرق العلانية الأمة العربية أو الشعب العراقي أو فئة من سكان العراق أو العلم الوطني أو شعار الدولة".

¹ ينظر: نص المادة (200/ ثانياً) من قانون العقوبات رقم 111 لسنة 1969 المعدل.

² ينظر: نص المادة (200/ ثانياً) من قانون العقوبات رقم 111 لسنة 1969 المعدل. يعاقب بالعقوبة ذاتها "كل من حرض على قلب نظام الحكم المقرر في العراق أو على كراهيته أو الازدراء به أو حذب أو روج ما يثير النزعات المذهبية أو الطائفية أو حرض على النزاع بين الطوائف والأجناس أو أثار شعور الكراهية أو البغضاء بين سكان العراق".

فكل ما أورده المشرع في هذه النصوص يعكس حالة التطرف الفكري للشخص الذي أقدم على ارتكاب أي من الأفعال التي حددتها النصوص السابقة، وبالإضافة إلى ما نظمته المشرع في قانون العقوبات ضمن الجرائم الماسة بأمن الدولة الداخلي، من أحكام تجرم التطرف ضمناً.

نجد أن المشرع العراقي قد عالج الجرائم الماسة بالشعور الديني طبقاً لما نصت عليه المادة (372) من قانون العقوبات رقم 111 لسنة 1969 المعدل، على أن "يعاقب بالحبس مدة لا تزيد على ثلاث سنوات أو بغرامة لا تزيد على ثلاثمائة دينار:

1. من اعتدى بإحدى طرق العلانية على معتقدٍ لإحدى الطوائف الدينية أو حقر من شعائرها.

2. من تعمد التشويش على إقامة شعائر طائفة دينية أو على حفل أو اجتماع ديني أو تعمد منع أو تعطيل إقامة شيء من ذلك.....⁽¹⁾.

نخلص إلى أن ما أورده المشرع العراقي في نص المادة (372) من قانون العقوبات ينطبق من دون شك على مواجهة التطرف الفكري وفقاً للقانون، لذا يوجب التجريم. وعليه يتطلب ضرورة تعديل نص المادة أعلاه من خلال الإقرار صراحة بتجريم التطرف الفكري وذلك بإضافة بند سابع إلى نص المادة (372) يشدد العقوبة على الأفعال السابقة نتيجة لتكفير الفئات المستهدفة التي ترتكب.

¹ نص المادة (372) من قانون العقوبات رقم 111 لسنة 1969 المعدل على أن "يعاقب بالحبس مدة لا تزيد على ثلاث سنوات أو بغرامة لا تزيد على ثلاثمائة دينار".

1. من اعتدى بإحدى طرق العلانية على معتقدٍ لإحدى الطوائف الدينية أو حقر من شعائرها.
2. من تعمد التشويش على إقامة شعائر طائفة دينية أو على حفل أو اجتماع ديني أو تعمد منع أو تعطيل إقامة شيء من ذلك.
3. من خرب أو أ تلف أو شوه أو دنس بناءً مُعداً لإقامة شعائر طائفة دينية أو رمزاً أو شيئاً آخر له حرمة دينية.
4. من طبع ونشر كتاباً مقتبساً عند طائفة دينية إذا حرف نصه عمداً تحريفاً يغير من معناه أو إذا استخف بحكم من أحكامه أو شيء من تعاليمه.
5. من أهان علناً رمزاً أو شخصاً أو موضع تقديس أو تمجيد أو احترام لدى طائفة دينية.
6. من قلد ناسكاً أو حفلاً دينياً بقصد السخرية منه.

أما بخصوص قانون مكافحة الإرهاب في العراق فإنه يختص بتجريم الأفعال الإرهابية ضمن الصور التي حددها القانون، وبالتالي من غير الممكن تجريم التطرف إذا بقي قيد التصريح ما لم يترجم إلى أفعال ينطبق عليها أحكام القانون.

الخاتمة:

أولاً: النتائج

1. التطرف سواء كان ذلك دينياً أو اجتماعياً أو سياسياً يعتبر من مهددات أو معوقات الأمن الفكري في المجتمع ولا يمكن تحقيق الأمن الفكري إلا بمواجهة التطرف والقضاء عليه.
2. تبين أن هناك أسباب اجتماعية للتطرف تتمثل في الصراع الذي يعيش فيه بعض الشباب بسبب انتشار بعض القنوات والمواقع المنحرفة فكرياً وغياب التربية الأخلاقية، وانتشار التيارات والجماعات المتطرفة التي تستغل المشاكل النفسية والاجتماعية والاقتصادية لبعض الشباب، فتقوم باستغلالهم في مواجهة الدولة.
3. لقد أصبح التطرف اليوم من أهم المخاطر الأمنية التي تهدد المجتمع فهو راجع إلى عوامل وأسباب ساهمت في انتشار هذه الظاهرة التي لها آثار سلبية تؤثر في حياة الأفراد والمجتمعات والدول.
4. إن السياسة التشريعية العقابية للمشرع العراقي انطلقت باعتباريات متعددة أهمها المتغيرات الدولية والإقليمية والوطنية من خلال صياغة نصوص قانونية تجرم الارهاب والتطرف وتعاقب مرتكبيه.
5. التطرف هو تجاوز الحدود المتعارف عليها عند المجتمع، أي الخروج عن الأفكار والمبادئ المعروفة والقيم والسلوكيات الشائعة في المكان المنتمي إليه، وللتطرف أسباب عدة، كالأسباب الذاتية، والأسباب الخارجية والتي سبق دارستها، وللتطرف أنواع عديدة نذكر منها، التطرف الفكري والتطرف السياسي والتطرف الدولي والتطرف الديني والتطرف الاقتصادي.
6. مواجهة التطرف تتطلب قيام الدولة بمواجهة هذا الخطر في جميع مجالات الحياة السياسية والاقتصادية والاجتماعية والأمنية، وأن لا تقتصر المواجهة على اتخاذ التدابير القانونية فقط.

ثانيًا: التوصيات

1. ضرورة قيام الدولة بجميع مؤسساتها العلمية والأكاديمية والدينية والسياسية والاجتماعية بتكثيف جهودها بتحليل ظاهرة التطرف، وعقد الندوات والمؤتمرات لمناقشة هذه الظاهرة وكيفية مكافحتها على جميع المستويات الدولية والمحلية.
2. العمل على رفع المستوى الاقتصادي وتوفير فرص عمل للشباب والقضاء على البطالة بما يحقق الاستقرار النفسي والاجتماعي لهم، وكذلك يحقق العدالة الاجتماعية وإزالة الفوارق، وإنهاء البطالة والفقر التي تُعد أحد أسباب التطرف.
3. التأكيد على ضرورة إعادة بناء المنظومة الفكرية الثقافية، خاصة قيم التسامح واحترام القانون والنظام وتربية الشعور بالانتماء للوطن وتحمل المسؤولية اتجاههم للحوار الموضوعي البناء، وقدرة التعامل مع الآخر، واحترامه وحقوقه وحياته ووجوده.
4. ضرورة تشخيص الأفكار الدينية المتطرفة وتحصين الشباب، بتعريفهم بخطر هذه الأفكار، والحذر منها قبل وصولها إليهم وتأثرهم بها، وكذلك العمل على تقويم اعوجاج الجماعات المتطرفة من خلال الحوار البناء الهادف المدعوم بالحجج والبراهين والدعوة بالحكمة والموعظة.
5. للخروج من أزمة ظاهرة التطرف يستوجب زيادة الوعي بين أبناء المجتمع عبر ترسيخ مبادئ الحوار الديمقراطي، واحترام الرأي والرأي الآخر، ومن ثم ضرورة اهتمام القائمين على إدارة المؤسسات الثقافية والتعليمية، ومنها الجامعات بإطلاق برامج للتثقيف السياسي للطلبة والشباب، وتبصيرهم بمخاطر التطرف والإرهاب على المجتمع.
6. توعية مستخدمي وسائل التواصل الاجتماعي بمخاطر الأفكار المتطرفة، مع فرض رقابة على هذه المواقع الإلكترونية لكي لا يستخدمها البعض في نشر وترويج أفكار دينية وسياسية منحرفة لتحقيق أهدافهم.

قائمة المصادر والمراجع:

أولاً: الدساتير والقوانين

- الدستور العراقي لسنة 2005 النافذ.
- قانون العقوبات رقم 111 لسنة 1969 المعدل.
- قانون مكافحة الإرهاب رقم 13 لسنة 2015.
- قانون مكافحة غسل الأموال وتمويل الإرهاب رقم 39 لسنة 2015.

ثانياً: الكتب

- إحسان حميد المفرجي، كطران زغير نعمة، رعد ناجي الجدة، النظرية العامة في القانون الدستوري والنظام الدستوري في العراق، شركة العاتك، بيروت، دون سنة نشر.
- أنور محمد، الإسلام والمسيحية في مواجهة التطرف والإرهاب، وكالة البنا للنشر والتوزيع، الإسكندرية، 1996.
- بهاء درويش، المتطرفون، نشأة التطرف الفكري وأسبابه، وآثاره، وطرق علاجه، دار النخبة للطباعة والنشر، القاهرة، 2016.
- تيسير عبد الجبار الآلوسي، ظاهرة التطرف بين إهمال مخرجاتها وطعنها الهوية الوطنية وبين أسس معالجاتها وإزالة أسبابها، بحث في كتاب "الوحدة الوطنية وخطر التطرف وخطاب الكراهية"، مكتبة الأصيل، بسكرة الجزائر، 2022.
- حلمي نبيل أحمد، الإرهاب الدولي وفقاً للسياسة الجنائية الدولية، دار النهضة العربية، القاهرة، 1988.
- حسين عبد الحميد رشوان، الإرهاب والتطرف من منظور علم الاجتماع، مؤسسة شباب الجامعة، القاهرة، 2002.
- سلام أحمد رشاد، جريمة الإرهاب الدولي والتعويض عنها والقانون الواجب التطبيق عليها طبقاً لأحدث تعديلات قانوني الكيانات الإرهابية والإرهاب المصري، دار النهضة العربية، القاهرة، 2018.
- صلاح الصاوي، التطرف الديني والرأي الآخر، الآفاق الدولية للإعلام، القاهرة، 1993.

- عمر سعد الهويدي، مكافحة جرائم الإرهاب في التشريعات الجزائية -دراسة مقارنة-، الطبعة الأولى، دار وائل للنشر، عمان، 2011.

- محمد بن شحات الخطيب، الانحراف الفكري وعلاقته بالأمن الوطني والدولي، مكتبة الملك فهد الوطنية، الرياض، 2006.

- محمد عبدالله العميري، موقف الإسلام من الإرهاب، جامعة نايف العربية للعلوم الأمنية، المملكة العربية السعودية، ط1، 2004.

ثالثاً: الرسائل والأطروحات

- جاسم رشيد صبحي، الإرهاب والقانون الدولي، رسالة ماجستير مقدمة إلى كلية القانون، جامعة بغداد، 2008.

- محمد أبو دوابة محمد محمود، الاتجاه نحو التطرف وعلاقته بالحاجات النفسية لدى طلبة، رسالة ماجستير، جامعة الأزهر، غزة، 2012.

- محمد شوقي الفنجري، الإرهاب والتطرف وجوهر الحل الإسلامي، منشور ضمن مجموعة مقالات في كتاب المتقنون والإرهاب، الهيئة المصرية للكتاب، 1993.

- محمد يسري إبراهيم، الإرهاب، الأسباب، الإستراتيجية والمواجهة، وكالة البنا للنشر والتوزيع، الإسكندرية.

رابعاً: البحوث والمقالات

- رواه السيوطي في الجامع الصغير، عبد الله بن عباس، ص2894، حديث صحيح.

- ميادة عمر منصور، التدخل المهني بطريقة تنظيم المجتمع لتنمية وعي المرأة بمخاطر التطرف والإرهاب، مجلة الدراسات في الخدمة الاجتماعية والعلوم الإنسانية، الجزائر، العدد 20، 2021.

خامساً: المواقع الإلكترونية

- إدريس لكريني، التطرف السياسي والديني، مقال منشور بتاريخ 10/8/2018، على

الموقع الإلكتروني: <https://mawdoo3.com/>

- محمد خازر المجالي، التطرف أسبابه وأنواعه وعلاجه، منشور على الموقع الإلكتروني،

الرابط: www.researchgate.net

- القانون العراقي لمكافحة الإرهاب رقم (13) لسنة 2005، منشور على الموقع

الإلكتروني:

<http://wiki.dorar-aliraq.net/iraqilaws/law/html200519499>

الاساس التشريعي والفقهى لمسؤولية الدولة في التعويض عن خطأ
القاضي، دراسة مقارنة

*The legal and jurisprudential basis for the state's
responsibility to compensate for the judge's error*

د.وليد عيسى عيبات

دكتورة في القانون المدني، جامعة القاهرة
معهد فلسطين لأبحاث الامن القومي

الاساس التشريعي والفقهى لمسؤولية الدولة في التعويض عن خطأ القاضي، دراسة مقارنة

The legislative and jurisprudential basis for state responsibility in compensation for the judge's fault

د. وليد عيسى عيبات ، دكتورة في القانون المدني، جامعة القاهرة

معهد فلسطين لأبحاث الامن القومي

Walidissa1985@gmail.com

تاريخ النشر: 2024-01-07

تاريخ القبول: 2023-11-01

تاريخ الاستلام: 2023-09-25

DOI: <https://doi.org/10.70411/MJLS.2.1.202486>**المخلص:**

تتناول هذه الدراسة البحث في الاساس القانوني والفقهى لمسؤولية الدولة في التعويض عن خطأ القاضي دراسة مقارنة بين القانون المصري والفلسطيني وذلك من خلال التالي:

الاساس الدستوري: حيث اتجهت معظم الدساتير الحديثة ومواثيق حقوق الإنسان والشرعية الإسلامية لكفالة مبدأ مسؤولية الدولة عن تعويض المتضرر من خطأ القاضي. كذلك تناولت الدراسة الاساس التشريعي الذي يترتب مسؤولية الدولة عن التعويض عن خطأ القاضي في حالات معينة منها اعادة المحاكمة والخطأ الشخصي للقاضي والحبس الاحتياطي.

كما تناولت الدراسة ايضا الاساس الفقهى المؤيد لفكرة مسؤولية الدولة عن الاخطاء القضائية، حيث تعددت الأسس التي نادى بها الفقه كأساس لمسؤولية الدولة عن خطأ القاضي فأخذ البعض بنظرية (الخطأ الشخصي والخطأ المرفقي) وذهب البعض الآخر إلى الأخذ بنظرية التبعية والمساواة. وجاءت فكرة هذه الدراسة في عدم كفاية النصوص القانونية التي تأسس لفكرة مسؤولية الدولة عن خطأ القاضي؛ ولإيجاد الاساس القانوني (الدستوري والتشريعي والفقهى) الذي يعالج هذا النقص. ولسد الفراغ والنقص الذي يعالج الوسائل لطلب التعويض والتأسيس لمسؤولية الدولة عن خطأ القاضي.

وخلصت الدراسة الى جملة من النتائج والتوصيات أبرزها ان التعويض عن الخطأ القضائي في فلسطين محصور بمخاصمة القضاة وإعادة المحاكمة ولم يرد نص قانوني بشأن التعويض عن الحبس الاحتياطي كما حصر المشرع الفلسطيني التعويض عن إعادة المحاكمة في القانون الجزائي دون القانون المدني كما اوصت الدراسة بإنشاء صندوق تعويضات للتأمين من المسؤولية المدنية للقاضي ومأمور الضبط القضائي والمحكم.

الكلمات المفتاحية: اساس قانوني، اساس فقهي، خطأ القاضي، مسؤولية الدولة، التعويض.

Abstract :

This study investigates the legal and jurisprudential foundations of state responsibility for compensating for judicial errors, comparing Egyptian and Palestinian laws. The investigation focuses on the following aspects:

Constitutional Foundations: Most modern constitutions, human rights charters, and Islamic Sharia incline towards ensuring the principle of state responsibility for compensating those harmed by a judge's error.

Legislative Foundations: The study also examines legislative provisions that establish the state's responsibility to compensate for judicial errors in specific cases, such as retrial, personal error by the judge, and pretrial detention.

Jurisprudential Foundations: Additionally, the study delves into jurisprudential foundations supporting the concept of state responsibility for judicial errors. Various jurisprudential perspectives advocate for state liability concerning judicial errors. Some endorse theories of personal and vicarious liability, while others lean towards theories of subordination and equality.

The idea for this study stemmed from the inadequacy of legal texts that establish the concept of state responsibility for judicial errors and the need to identify the legal (constitutional, legislative, and jurisprudential) foundations that address this deficiency. The study aims to bridge the gap and address the deficiencies in the means to seek compensation and establish state liability for judicial errors.

The study concluded with a set of results and recommendations, the most prominent of which is that compensating for judicial errors in Palestine is confined to judges' impeachment and retrial. No legal provision regarding compensation for pretrial detention was found. The Palestinian legislature restricted compensation for retrial to the criminal law, excluding civil law. The study recommended establishing a compensation fund to secure against civil liability for judges, judicial officers, and arbitrators.

Keywords: Legal Foundations; Jurisprudential Foundations; Judicial Error; State Liability; Compensation.

المقدمة:

الحمد لله القائل في محكم تنزيله: "يَا أَيُّهَا الَّذِينَ آمَنُوا كُونُوا قَوَّامِينَ بِالْقِسْطِ شُهَدَاءَ لِلَّهِ وَلَوْ عَلَى أَنْفُسِكُمْ أَوِ الْوَالِدِينَ وَالْأَقْرَبِينَ ۚ إِنْ يَكُنْ غَنِيًّا أَوْ فَقِيرًا فَاللَّهُ أَوْلَىٰ بِهِمَا ۖ فَلَا تَتَّبِعُوا الْهَوَىٰ أَنْ تَعْدِلُوا ۚ وَإِنْ تَلَوُّوا أَوْ تَعْرِضُوا فَإِنَّ اللَّهَ كَانَ بِمَا تَعْمَلُونَ خَبِيرًا"¹.

يعتبر القضاء بين الناس من أسمى المهن قدراً وأكثرها خطراً على الإطلاق؛ حيث يقول النبي ﷺ: «القضاة ثلاثة؛ اثنان في النار، وواحد في الجنة»²، ويقول أيضاً: «من ولي القضاء فقد ذبح من غير سكين»³، وإذا كان خطأ الطبيب يقتل مريض فإن خطأ القاضي يقتل أسراً ومجتمعات نتيجة لأثر حكمه الخاطئ.

يذكر انه في القضاء تُعَصَمُ الدماء وتُسْفَكُ، وتُطْلَقُ الحرية وتَقْيَدُ، وتحفظُ الأموال وتُنْتَرَعُ، ولا يصح القضاء مالم يكن العدل مبناه، ولا عدل إلا بالقضاء، ولا صحة لقضاء إلا بالعدل⁴، والعدالة ليست معصومة كما هو شأن كل المهن، والقضاة بشر قد يُصيبون تارة وقد يُخطئون تارة أخرى؛ لأنَّ الخطأ من طبيعة البشر التي خلق الله الإنسان عليها.

وإن كان الخطأ القضائي وارداً في جميع أنواع القضايا المعروضة على القضاء، سواء أكانت القضايا مدنية بأنواعها أم جنائية؛ إلا أنَّ وقع الخطأ وأثره يبقى أخطر وأقسى في الأحكام الجنائية؛ لأنه يمس أهم المصالح المحمية في القانون، ألا وهو حق الإنسان في الحياة وحرية وسمعته ومستقبله.

أمام هذه الاعتبارات نظم المشرع مسألة مساءلة القاضي ومطالبة الدولة بالتعويض عن الخطأ القضائي، عن طريق دعوى المخاصمة، واجتهد الفقه في بيان وتوضيح الخطأ القضائي ومحدداته. حيث تعدُّ مسؤولية الدولة في التعويض عن الخطأ القضائي من أهمِّ الموضوعات التي يمكن أن تؤثر تأثيراً بالغاً على النظام القضائي في الدولة، كما أنَّ الحالة الخاصة في فلسطين -وهي عدم وجود قانون

¹. سورة النساء، الآية: 135.

². أخرجه أبو داود (3573)، والترمذي (1322)، وابن ماجه (2315) واللفظ له، والنسائي في السنن الكبرى (5922).

³. أخرجه أبو داود (3571) مختصراً، والترمذي (1325) واللفظ له.

⁴. سمير ناجي، قبس من ضياء قيم وتقاليد القضاء، المجلة العربية للفقه والقضاء، ص17.

مدنيّ في الدولة إلى الآن- والاعتماد على مجلة الأحكام العدلية العثمانية¹ وقانون المخالفات المدنية الانتدابي قد فاقم من حِدّة المشكلة، إلّا أنّ المادة (30) من القانون الأساسي الفلسطيني المعدّل لعام 2003 م قد أسّست للتعويض عن الخطأ القضائي؛ حيث نصّت على أنّ: "الدولة مسؤولة عن الأخطاء التي يرتكبها القضاة"، ونصّت على إجراءات المخاصمة في قانون أصول المحاكمات المدنية والتجارية لعام 2001 م ، وهذا النص مرادف للمادة (494) من قانون المرافعات المصري رقم 13 لسنة 1968، الذي يُعدّ المصدر التاريخي للقانون الفلسطيني، فهذا النص يُكرّس مبدأ مسؤولية الدولة تأسيسًا على مسؤولية الدولة عن أعمال تابعيها وهم الموظفون.

من المعروف أنّ مجلة الأحكام العدليّة، وهي القانون المدني النافذ في فلسطين، قد خلّت من تنظيم مسؤوليّة المتبوع عن أعمال تابعه، باستثناء نصوص معيّنة من الممكن أن يفسّرها الفقه في هذا الإطار على خلاف مع جانب آخر من الفقه، إلّا أنّنا -ولغايات هذه الدراسة- نجد أنّ القانون الأساسي الفلسطيني قد نظم بعض صور مسؤوليّة المتبوع عن أعمال تابعه فيما يتعلق بمسؤولية الدولة عن أعمال تابعيها وهم الموظفون، على اعتبار أن القاضي يُعدّ موظفًا لدى الدولة.

اشكالية الدراسة:

تكمن إشكالية الدراسة بعدم كفاية النصوص القانونية التي تأسس لفكرة مسؤولية الدولة عن خطأ القاضي؛ ولإيجاد الاساس القانوني (الدستوري والتشريعي والفقهى) الذي يعالج هذا النقص، ولسد الفراغ والنقص الذي يعالج الوسائل لطلب التعويض والتأسيس لمسؤولية الدولة عن خطأ القاضي.

أهمية البحث:

ومما تقدم تتجلى لنا أهمية البحث؛ نظرًا لتعلقه بالنظام القضائي الذي يُعدّ أحد أهم مظاهر السيادة لأيّ بلد، ومدى تأثيرها في حماية حقّ التقاضي والحق في محاكمة عادلة والمساواة أمام القانون بالشكل الذي يجعل منها ركيزة من ركائز إقرار العدالة.

وتأتي أهمية البحث في ان الدراسات المقدمة في هذا المجال ليست كافية بالقدر المطلوب وبالتالي فان الامر يستدعي النظر الى أهمية هذه الدراسة من الناحية النظرية والعملية.

¹. مجلة الأحكام العدلية: هي أول تقنين مدني وفقًا للشرعية الإسلامية، وذلك خلال عهد الدولة العثمانية، اشترك في صياغتها العديد من الفقهاء؛ حيث احتوت المجلة بين دفتيها (1851) مادة قانونية، تبدأ بأحكام لمختلف المعاملات المدنيّة من بيع وإيجار وكفالة وغيرها، وتنتهي بأحكام القضاء.

منهجية الدراسة:

للإجابة على إشكالية البحث سوف نتبع المنهج المقارن.

وحتى وقت قريب كان المبدأ السائد في الفقه والقضاء أن الدولة لا تعد مسئولة عن أخطاء القضاة وفقاً للاتجاهات التقليدية القديمة وهذا مجافي للعدالة بالنسبة لمن تضرر من هذه الأخطاء القضائية إلا أنه وفق التشريعات الحديثة التي أخذت بمبدأ مسؤولية الدولة عن أخطاء قضاتها وكانت مؤيدة لهذا المبدأ، أخذت غالبية تشريعات الدول بمبدأ إقرار مسؤولية الدولة عن أخطاء القضاة ووضعت لها شروطاً وضوابط ويشترط في هذا الخطأ الذي يستحق التعويض أن يكون قد سبب ضرراً جسيماً لا يمكن إصلاحه للمتقاضين وبذلك تتحقق العدالة وهذا من أساسيات القانون ووجوه تحقيق العدالة، وهو مبدأ أساسي مستقي من الشريعة الإسلامية المتمثل في درء المفاسد مقدم على جلب المصالح، لذا لا بد للدولة أن تقوم بتحمل تبعات خطأ القضاة بصفتها مسئولة عنهم.

ومن هنا أتت فكرة البحث لنلقي الضوء على أساس التعويض عن الخطأ القضائي وذلك في التشريعين الفلسطيني والمصري مقارنة بالفرنسي؛ لذلك أستخدمت بالله العلي العظيم للبحث في هذا الموضوع وذلك من خلال مطلبين رئيسين:

المطلب الأول: الأساس التشريعي.

المطلب الثاني: الأساس الفقهي.

متبعاً ذلك بأهم النتائج التي توصلنا إليها والتوصيات التي نوصي بها، والله أسأل أن يكون ذا فائدة وأن يلقي قبولاً لدى الباحثين.

أساس مسؤولية الدولة في التعويض

تمهيد وتقسيم:

إنَّ مقياس مسؤولية الدولة عن الخطأ القضائي هو الأخذ بنظرية الخطأ كأساس للمسؤولية، وبنظرية التبعية في بعض أحوال استثنائية عندما يعجز الخطأ عن تحقيق العدالة، والخطأ هنا ليس هو مفهوم الخطأ الذي يفهمه القانون المدني، بل هو خطأ من نوع خاص بمصالح الدولة يُسمَّى بالخطأ المصلحي، أمَّا التبعية فلا مجال للأخذ بها إلا إذا ترتَّب على الخطأ ضررٌ غير عاديٍّ أو كان عمل المصلحة خطرًا في طبيعته¹.

وبناء على ذلك فإنَّ الباحث قام بتقسيم هذا المبحث إلى ثلاثة مطالب، نتناول في المطلب الأول: الأساس التشريعي للتعويض، وفي المطلب الثاني: الأساس الفقهي، أما المطلب الثالث فسنتناول فيه دعوى التعويض، وذلك على النحو الآتي:

المطلب الأول: الأساس التشريعي.

المطلب الثاني: الأساس الفقهي.

¹. انظر: محمود محمود مصطفى مسؤولية الدولة عن عمل السلطة القضائية، رسالة دكتوراه، كلية الحقوق، الجامعة المصرية،

المطلب الأول:

الأساس القانوني المؤيد لفكرة مسؤولية الدولة عن تعويض الأخطاء القضائية

الفرع الأول:

الأساس الدستوري لمسؤولية الدولة عن تعويض الأخطاء القضائية¹

اتجهت معظم الدساتير الحديثة ومواثيق حقوق الإنسان² والشريعة الإسلامية إلى كفالة مبدأ مسؤولية الدولة عن تعويض الأخطاء القضائية؛ نذكر على سبيل المثال: العهد الدولي المتعلق بالحقوق المدنية والسياسية، الذي تم إصداره في 16 ديسمبر 1966 بنيويورك، بطريق الجمعية العامة للأمم المتحدة، والذي أخذ تطبيقه في السريان خلال 23 مارس 1976، كما صدقت عليه المملكة المتحدة البريطانية في 20 مايو 1976 وفرنسا بالقانون الصادر في 25 يونيو 1980؛ حيث نصّ على أنه: "متى قُضي ببطلان حكم قضائي جنائي، أو متى صدر عفو عن العقوبة لتكشف واقعة جديدة تُبرهن على وجود خطأ قضائي، يحقّ للشخص الذي لحق به ضرر بسبب هذا الحكم الحصول على تعويض، وفقاً للقانون، اللهم إلا إذا قام الدليل على تسببه في ذلك، سواء بصورة كلية أو جزئية"³.

كما تنصّ المادة (3) من الاتفاقية الأوروبية لحقوق الإنسان على أنه: "متى قُضي ببطلان حكم

¹. أفردت مجلة الأحكام العدلية، وهي القانون المدني المطبق في فلسطين، أربع صور للتعويض عن الخطأ القضائي؛

الصورة الأولى: هي أن يحكم خطأ في حق العبد فإذا حكم القاضي خطأ في حق العبد فإذا كان تدارك ورد الخطأ ممكناً ويرد المال المحكوم به للمحكوم عليه.

الصورة الثانية: أن يحكم في حق العبد جوراً عن عمد، فإذا حكم القاضي جوراً عن عمد، أو أجري الحكم ثم أقرّ القاضي بأنه حكم جوراً فيلزم الضمان من مال القاضي ويعزل ويعزر؛ لأنّ القاضي يكون قد جنى وأتلف مال الغير.

الصورة الثالثة: أن يحكم القاضي خطأ في حقوق الله؛ كأن يحكم القاضي بحد الزنا أو بحد السرقة، ويجري الحكم، ثم يثبت بطلان القضاء؛ كظهور الشهود بأنهم أراءء، فالضمان يجب على بيت المال.

الصورة الرابعة: أن يحكم القاضي جوراً عن عمد في حقوق الله، فإذا حكم القاضي جوراً عن عمد في حقوق الله، وأجري الحكم، ثم أقرّ بذلك فيلزم الضمان من مال القاضي، ويُعزل القاضي ويعزر؛ لأنّه قد جنى وأتلف المال.

² انظر: عبد الستار محمد رمضان: تعويض ضحايا العدالة من الموقوفين والمحكومين عند البراءة والإفراج، بحث مقدم إلى مجلس القضاء، كوردستان، 2014.

³. Lorsqu'une condamnation pénale définitive est ultérieurement annulée ou lorsque la grâce est accordée parce qu'un fait nouveau ou nouvellement révélé prouve qu'il s'est produit une erreur judiciaire, la personne qui a subi une peine en raison de cette

Condamnation sera indemnisée, conformément à la loi, à moins qu'il ne soit prouvé que la non-révélation en temps utile du fait inconnu lui est imputable en tout ou partie.

قضائي جنائي نهائي، أو صدر عفو عن العقوبة لحدوث واقعة جديدة تكشف عن خطأ قضائي، فإن الشخص الذي لحق به ضرر بسبب هذا الحكم له حق الحصول على تعويض، وفقاً للقانون، أو للعادة السارية في الدولة المعنية، اللهم إلا إذا لم يُقدّم دليل على إسناد الخطأ إلى القضاء، سواء بصورة كلية أو جزئية¹، ومنها: القانون الأساسي الفلسطيني المعدل لسنة 2005²، في حين خلا الدستور المصري لسنة (2014) من النص على تعويض الدولة للخطأ القضائي كمبدأ عام، إلا أنه نص على حالتين يتوجب على الدولة فيهما التعويض عن الخطأ القضائي؛ حيث نص على أنه: "... وينظم القانون أحكام الحبس الاحتياطي، ومدته، وأسبابه، وحالات استحقاق التعويض الذي تلتزم الدولة بأدائه عن الحبس الاحتياطي، أو عن تنفيذ عقوبة صدر حكمٌ باتٌ بإلغاء الحكم المنفّذ بموجبه"³.

أكد الدستور المصري علي أن الأصل هو عدم مسؤولية الدولة، وأن الاستثناء مسؤوليتها في حالات قررها الدستور، وبالمقارنة بين كل من القانون الأساسي الفلسطيني والدستور المصري، يرى الباحث أن الدستور الفلسطيني كان أفضل نصاً من الدستور المصري في هذه النقطة؛ إذ إن التعويض عن الخطأ القضائي في فلسطين مبدأ دستوري عام يشمل كل خطأ قضائي، بينما المشرع المصري قصرها على حالتين فقط؛ وهما: تعويض الدولة عن الحبس الاحتياطي، والتعويض عن إعادة النظر. وعلى المشرع المصري وغيره من الدساتير العربية التي لم تُقرّ بعد مبدأ تعويض الدولة للأخطاء القضائية، بالإسراع بالنص على مبدأ تعويض الدولة عن الخطأ القضائي، وبيان حالاته قانوناً.

يذكر أن معظم الدول صادقت على العهد الدولي الخاص بالحقوق المدنية والسياسية، وبالتالي تكون ملزمة بالتعويض عن الأخطاء القضائية، وعليها أن توائم تشريعاتها للتوافق مع ما جاء في إعلانات حقوق الإنسان والمواثيق الدولية⁴، ومن الدول التي أقرت صراحةً بالتزامها بالحقوق الواردة في المواثيق الدولية:

¹ Lorsqu'une condamnation pénale définitive est ultérieurement annulée, ou lorsque la grâce est accordée, parce qu'un fait nouveau ou nouvellement révélé prouve qu'il s'est produit une erreur judiciaire, la personne qui a subi une peine en raison de cette condamnation est indemnisée, conformément à la loi ou à l'usage en vigueur dans l'Etat concerné, à moins qu'il ne soit prouvé que la non-révélacion en temps utile du fait inconnu lui est imputable en tout ou en partie.

² المادة (30) من القانون الأساسي الفلسطيني. انظر: ريم البطمة وجميل سالم: المسؤولية القضائية ومساءلة القضاة، معهد الحقوق، جامعة بيرزيت، سلسلة الكرامة الإنسانية، 2010، ص 23.

³ المادة (54) من الدستور المصري لسنة 2004.

⁴ جاء في مذكرة الأمين العام للأمم المتحدة في الدورة التاسعة والستين أمام الجمعية العامة، بأنه وفي هذا الصدد يلزم تنقيف جميع الفاعلين في النظام القضائي وتدريبهم بصورة كافية لكي يكون النظام مستقلاً فعلاً، ويضطلع بدور يحدث تحولاً جذرياً في تعزيز حقوق الإنسان وحمايتها بطريقة منصفة وشفافة، مع إيلاء الاعتبار الواجب للالتزامات والتعهدات

فلسطين؛ حيث نصّ القانون الأساسي الفلسطيني على أن: "حقوق الإنسان وحرّياته الأساسية ملزمة وواجبة الاحترام"¹.

الدستور المصري نصّ على أنه: "تلتزم الدولة بالاتفاقيات والعهود والمواثيق الدولية لحقوق الإنسان التي تُصدّق عليها مصر، وتصبح لها قوة القانون بعد نشرها وفقاً للأوضاع المقررة"². ودولة السودان؛ وفي ذلك ينصّ الدستور السوداني على أنه: "تعتبر كلّ الحقوق والحريات المضمنة في الاتفاقيات والعهود والمواثيق الدولية لحقوق الإنسان والمصادق عليها من قبل جمهورية السودان جزءاً لا يتجزأ من هذه الوثيقة"³، ومن المعروف أنّ الدول التي تُصادق على اتفاقيات دولية يجب أن تُطوِّع قوانينها الداخلية بما يتلاءم مع هذه الاتفاقيات⁴.

إضافة الي ما سبق فأنا نؤكد علي أنّ الشريعة الإسلامية تعدّ مصدرًا من مصادر التشريع في الدساتير⁵ والتشريعات العربية⁶، والشريعة ضمنت التعويض عن الخطأ القضائي من بيت مال المسلمين، وقد تناولت المذاهب الأربعة حالة الخطأ الواقع من القاضي أو الشهود، وهل الضمان من بيت مال المسلمين، باعتباره يعمل لصالح الدولة، أم من ماله الخاص؟ وفرّق الفقهاء بين خطأ القاضي العمد وغير العمد، ومن تلك الدساتير التي نصّت على ذلك: القانون الأساسي الفلسطيني الذي نصّ على أن: "مبادئ الشريعة

الدولية التي أخذتها الدول على نفسها، بدلاً من إدامة الأنماط التمييزية الراسخة من خلال التطبيق الصارم للقوانين غير المنصفة وغير العادلة، ص28/22.

¹. المادة (1/10) من القانون الأساسي الفلسطيني المعدل لسنة 2005.

². المادة (93) من الدستور المصري لسنة 2014.

³. المادة (3/27) من الدستور السوداني لعام 2005.

⁴. مأمون أبو زيتون: التعويض في القانون الجزائري الأردني، مجلة الحقوق، الكويت، مج39، ع1، 2015، ص475.

⁵. تنصّ المادة (2/4) من القانون الأساسي الفلسطيني على أن: "الشريعة مصدر رئيسي للتشريع"، وتنصّ المادة (2) من الدستور

المصري على أن: "الإسلام دين الدولة، واللغة العربية لغتها الرسمية، ومبادئ الشريعة الإسلامية المصدر الرئيسي للتشريع".

⁶. تنصّ المادة (2/1) من القانون المدني الفلسطيني رقم (4) لسنة 2012 على أنه: "إذا لم يجد القاضي نصّاً تشريعياً يمكن

تطبيقه حكم بمقتضى مبادئ الشريعة الإسلامية، فإذا لم توجد فبمقتضى العرف، فإذا لم يوجد فبمقتضى مبادئ القانون

الطبيعي وقواعد العدالة". وأيضاً المادة (2/1) من القانون المدني المصري رقم (131) لسنة 1948 تنصّ على أنه:

"تسري النصوص التشريعية على جميع المسائل التي تتناولها هذه النصوص في لفظها أو في فحواها، فإذا لم يوجد نصّ

تشريعيّ يمكن تطبيقه، حكم القاضي بمقتضى العرف، فإذا لم يوجد فبمقتضى مبادئ الشريعة الإسلامية، فإذا لم توجد،

فبمقتضى مبادئ القانون الطبيعي وقواعد العدالة".

الإسلامية مصدر رئيسي للتشريع"¹. والدستور المصري الذي نصّ على أنه: "... ومبادئ الشريعة الإسلامية المصدر الرئيسي للتشريع"²، والدستور السوداني الذي نصّ على أن: "تكون الشريعة الإسلامية والإجماع مصدرًا للتشريعات التي تُسنّ على المستوى القومي، وتُطبّق على ولايات شمال السودان"³.

الشريعة الإسلامية عرّفت التعويض عن الخطأ القضائي من بيت مال المسلمين⁴، باعتبار أن القاضي يعمل باسم الأمة لها، وإن تعدّد الجور فمن ماله الشخصي⁵، وتعدّدت الآراء في ذلك؛ فالمذهب الحنفي فرّق بين حالتين: الحالة التي يحكم فيها القاضي في حقوق الله Y وهي الحكم في الحدود والقصاص،

¹. المادة (2/4) من القانون الأساسي الفلسطيني المعدل لسنة 2005.

². المادة (2) من الدستور المصري لعام 2014.

³. المادة (1/5) من الدستور السوداني لعام 2005.

⁴. للمزيد انظر: حمد بن عبد الرحمن بن محمد الغزي: تأديب القضاة في نظام القضاء السعودي: دراسة تأصيلية مقارنة، رسالة ماجستير، جامعة نايف العربية للعلوم الأمنية، السعودية، 2010م.

⁵. نصّت مجلة الأحكام العدلية على العديد من القواعد التي لا تجيز الضرر؛ ومن ذلك قاعدة: "الضرر لا يكون قديمًا"، "لا ضرر ولا ضرار"، م 19، "الضرر يُزال"، م 20، "الضرورات تبيح المحظورات"، م 21، "الضرورات تُقدّر بقدرها"، م 22، وهناك العديد من الآيات القرآنية التي تتحدث على إقامة العدل، منها: لَقَدْ أَرْسَلْنَا رُسُلَنَا بِالْبَيِّنَاتِ وَأَنْزَلْنَا مَعَهُمُ الْكِتَابَ وَالْمِيزَانَ لِيَقُومَ النَّاسُ بِالْقِسْطِ وَأَنْزَلْنَا الْحَدِيدَ فِيهِ بَأْسٌ شَدِيدٌ وَمَنَافِعُ لِلنَّاسِ وَلِيَعْلَمَ اللَّهُ مَن يَنْصُرُهُ وَرُسُلَهُ بِالْغَيْبِ إِنَّ اللَّهَ قَوِيٌّ [الحديد: ٢٥]، وفي رسالة عمر بن الخطاب إلى أبي موسى الأشعري قال: "لا يمنعك قضاء قضيته بالأمس فرجعت فيه نفسك وهديت فيه رشذك أن تراجع فيه الحق؛ فإنّ الحق قديم، ومراجعة الحق خير من التماذي في الباطل". ويرى الباحث أنّ دعوى المخاصمة هي شرعنة للظلم وعدم المساواة، أكثر منها حفاظاً على القضاة، فالقاضي ليست له استقلالية إلا بما يخدم وظيفته والهدف الأسمى منها؛ وهو إقامة العدل وإحقاق الحقوق، فإنّ اختلّت هذه الغاية قُدمت على مصلحة القاضي، وهناك أربع صور للخطأ في الفقه الإسلامي؛ الصورة الأولى: أن يحكم خطأ في حقّ العبد، فإذا حكم القاضي خطأ في حقّ العبد، فإذا كان تدارك الخطأ وردّه ممكنًا؛ يُردّ المال المحكوم به للمحكوم عليه. الصورة الثانية: أن يحكم في حقّ العبد جورًا عن عمد؛ فإذا حكم القاضي جورًا عن عمد أو أجرى الحكم ثم أقرّ القاضي بأنه حكم جورًا فيلزم الضمان من مال القاضي ويُعزل ويُعزّر؛ لأنّ القاضي يكون قد جنى وأتلف مال الغير. الصورة الثالثة: أن يحكم القاضي خطأ في حقوق الله، كأن يحكم القاضي بحدّ الزنا أو بحدّ السرقة ويجري الحكم، ثم يثبت بطلان القضاء كظهور الشهود بأنهم أرقاء؛ فالضمان يجب على بيت المال. الصورة الرابعة: أن يحكم القاضي جورًا عن عمد في حقوق الله؛ فإذا حكم القاضي جورًا عن عمد في حقوق الله وأجرى الحكم ثم أقرّ بذلك؛ فيلزم الضمان من مال القاضي ويُعزل القاضي ويُعزّر؛ لأنه قد جنى وأتلف المال. د. علي حيدر: درر الحكام شرح مجلة الأحكام، دار الجيل، بيروت، المجلد الرابع، ص 572 . 573.

والحالة التي يحكم فيها في حقوق العباد، ففي الحالة الأولى جعل الأصل هو أنَّ القاضي لا يُسأل عن أعماله حتى وإن ارتكب فيها أخطاء، ويرجع ذلك إلى أنَّ القاضي لا يعمل لنفسه بل لغيره، فكان بمنزلة الرسول، فيكون التعويض من بيت مال المسلمين؛ لكونه يعمل في خدمة عامة، أمّا في الحالة الثانية فإذا أصدر القاضي حكماً في مال، والمال قائم، فإنّه يُردُّ للمقضي عليه، وإن كان المال هالكاً فالضمان على المقضي له؛ لأنَّ القاضي وُجد في هذا المنصب للعمل من أجل مصالح الخصوم وليس لمصالحه الشخصية. التابعون للمذهب الحنفي وضعوا معيار ذلك الخطأ، فلو قضى بالجور فالعزم عليه في ماله إذا كان متعمداً، ولو كان خطأ فالعزم على المقضي له، فالجور هو القضاء بخلاف الحقِّ إمّا عن عمد وإمّا عن خطأ، فقد روي عن السيدة عائشة -رضي الله عنها- أنَّ قريشاً أهتمهم شأن المرأة المخزومية التي سرقت في عهد رسول الله ﷺ فقالوا: مَنْ يُكَلِّمُ فِيهَا رَسُولَ اللَّهِ ﷺ؟ فَقَالُوا: وَمَنْ يَجْتَرِئُ عَلَيْهِ إِلَّا أُسَامَةُ بْنُ زَيْدٍ، حُبُّ رَسُولِ اللَّهِ ﷺ، فَأُتِيَ بِهَا رَسُولُ اللَّهِ ﷺ، فَكَلَّمَهُ فِيهَا أُسَامَةُ بْنُ زَيْدٍ، فَتَلَوْنَ وَجْهَ الرَّسُولِ ﷺ وَقَالَ: أَتَشْفَعُ فِي حَدِّ مَنْ حُدِّدَ اللَّهُ؟ قَالَ أُسَامَةُ: اسْتَغْفِرُ لِي يَا رَسُولَ اللَّهِ، فَلَمَّا كَانَ الْعِشَاءُ قَامَ رَسُولُ اللَّهِ ﷺ فَخَطَبَ وَأَثْنَى عَلَى اللَّهِ -تبارك وتعالى- بما هو أهله، ثم قال: «أَمَّا بَعْدُ، فَإِنَّمَا أَهْلَكَ الَّذِينَ مِنْ قَبْلِكُمْ أَنَّهُمْ كَانُوا إِذَا سَرَقَ فِيهِمُ الشَّرِيفُ تَرَكُوهُ، وَإِذَا سَرَقَ فِيهِمُ الضَّعِيفُ أَقَامُوا عَلَيْهِ الْحَدَّ، وَإِنِّي وَالَّذِي نَفْسِي بِيَدِهِ، لَوْ أَنَّ فَاطِمَةَ بِنْتَ مُحَمَّدٍ سَرَقَتْ لَقَطَعْتُ يَدَهَا»، ثُمَّ أَمَرَ بِتِلْكَ الْمَرْأَةِ الَّتِي سَرَقَتْ، فَقُطِعَتْ يَدُهَا¹. وهذا الحديث يدلُّ دلالة واضحة لا شكَّ فيها على أنه لا وجود لاستثناء أحدٍ من إحقاق الحقِّ، وإرجاع الحقوق لأصحابها.

ترتيباً على ما تقدم تكون الدول ملزمة بالتعويض عن الخطأ القضائي للمضرورين؛ إمّا لكونها مصادقةً على مواثيق حقوق الإنسان، وهي كفلت التعويض عن الخطأ القضائي، وإمّا على أساس مصادر التشريع الإسلامي.

وبالمقارنة بين كلّ من القانون الأساسي الفلسطيني والدستور المصري، يرى الباحث أنَّ الدستور الفلسطيني كان أفضل نصّاً من الدستور المصري في هذه النقطة؛ إذ إنّ التعويض عن الخطأ القضائي في فلسطين مبدأً دستوريّاً عامّاً يشمل كلّ خطأ قضائيّاً، بينما المشرّع المصري قصرها على حالتين فقط، وهما: تعويض الدولة عن الحبس الاحتياطي، والتعويض عن إعادة النظر. وعلى المشرّع المصري وغيره من الدساتير العربية التي لم تُقر بعدُ بمبدأ تعويض الدولة للأخطاء القضائية، بالإسراع بالنصِّ على مبدأ تعويض الدولة عن الخطأ القضائي، وبيان حالاته قانوناً.

¹. صحيح مسلم، كتاب الحدود، باب قُطِعَ السَّارِقُ الشَّرِيفُ وَغَيْرُهُ، وَالنَّهْيُ عَنِ الشَّفَاعَةِ فِي الْخُدُودِ، برقم (9 - 1688).

جوهر الأمر: أنَّ النصَّ الدستوريَّ هو المصدرُ الأساسُ لمسؤولية الدولة عن التعويض عن أخطاء السلطة القضائية في فلسطين والعديد من الدولة العربية، إضافةً إلى النصوص الخاصة في بعض القوانين التي سيتناولها الباحث في المطلب التالي.

الفرع الثاني

الأساس التشريعي لمسؤولية الدولة عن تعويض الأخطاء القضائية

يقوم التعويض عن الأخطاء القضائية في القانون الفرنسي على مبدأ المساواة أمام الأعباء العامة، المنصوص عليها في المادة (13) من الإعلان العالمي لحقوق الإنسان، ولقد جرى تنظيم التعويض بصورة جوهريّة في المادة (626) من تقنين الإجراءات الجنائية؛ حيث تنصُّ في الفقرة الأولى منها على: "للمحكوم ضده، الذي قُضيَ فيما بعدُ ببراءته، الحقُّ في الحصول على التعويض الكامل عن الضرر الماديِّ والمعنويِّ الذي لحقَ به على إثر هذا الحكم، مع الأخذ في الاعتبار أحكام الفقرة الثانية من المادة (781-1) من تقنين التنظيم القضائي"¹.

هناك بعض الحالات التي تترتب عليها مسؤولية الدولة عن التعويض عن الخطأ القضائي، وهذه الحالات منظمّة في بعض التشريعات؛ وهي:

الحالة الأولى: تعويض الدولة للخطأ القضائي في حالة إعادة المحاكمة:

مضمون هذه الحالة نظمها قانون الإجراءات الجزائية الفلسطيني، الذي نصَّ على أنه: "يحقُّ لمن حُكم ببراءته بعد قبول إعادة المحاكمة أن يُطالب الدولة بتعويضه عن الضرر الناشئ له من الحكم السابق"²،

¹. l'article 626 du Code de procédure pénale (CPP) qui dispose à son premier alinéa:

Sans préjudice des dispositions des deuxièmes et troisièmes alinéas de l'article L. 781-1 du code de l'organisation judiciaire, un condamné reconnu innocent en application du présent titre a droit à réparation intégrale du préjudice matériel et moral que lui a causé la condamnation..."

². المادة (1/387) من قانون الإجراءات الجزائية الفلسطيني رقم (3) لسنة 2001م، وكذلك المادة (531) مكرر، القانون

رقم 08.01، المؤرخ في 26 يونيو 2001 من قانون الإجراءات الجزائية الجزائري لسنة 1966؛ حيث نصَّ على أنه:

"تحمّل الدولة التعويض الممنوح من طرف اللجنة لضحية الخطأ القضائي أو لذوي حقوقه، وكذا مصاريف الدعوى، ونشر القرار القضائي وإعلانه".

وهذه الحالة منصوص عليها قانوناً في بعض التشريعات العربية؛ كالتشريع المصري والأردني¹ والمغربي² والجزائري³.

الحالة الثانية: حالة تعويض الدولة عن الخطأ القضائي الشخصي:

لم ينص المشرع الفلسطيني صراحةً على مسؤولية السلطة الوطنية الفلسطينية عن الأخطاء الشخصية للقضاة في حالات المخاصمة، واكتفى بتقرير مسؤولية القاضي الشخصية عن الخطأ الذي يقع منه في الحالات المحددة قانوناً⁴، وكذلك الأمر بالنسبة للمشرع المصري الذي نظم حالات المخاصمة وإجراءاتها⁵، إلا أنه لم يقرر مسؤولية الدولة عن أخطاء القضاة الشخصية من ناحية أخرى فأن وجود أسباب المخاصمة لا يمنع المدعي من مخاصمة الدولة طبقاً للقواعد العامة للمسؤولية المدنية للمطالبة بالتعويض على أساس مسؤولية المتبوع عن سلوكيات تابعه، فالسلطة الوطنية مسؤولة عن تعويض المضرور عما يُحكم به على

¹. نظم المشرع الأردني إعادة المحاكمة في المواد (292-298) من قانون أصول المحاكمات الجزائية رقم (9/1961) بصيغته المعدلة بموجب القانون رقم (16/2001) والقانون رقم (15/2006) المنشور بتاريخ 2006/2/8.

². قانون المسطرة الجنائية الصادر في 10 فبراير 1959 في الفصل 620، وكذلك في القانون الحالي للمسطرة الجنائية الصادر بتاريخ 3 أكتوبر 2002.

³. قانون الإجراءات الجزائي الجزائري، والذي نظم إجراءات تقديم طلب التعويض عن إعادة النظر في القانون رقم 01.08 المؤرخ في 26 يونيو 2001 المعدل في قانون الإجراءات الجزائية الجزائري لسنة 1966، تفصيلاً: انظر مرزوق محمد: الحق في التعويض عن الخطأ القضائي في التشريع الجزائي الجزائري، حوليات جامعة الجزائر 1، العدد 31، الجزء الرابع، ص 205. 208.

⁴. تنص المادة (153) من قانون أصول المحاكمات المدنية والتجارية الفلسطينية رقم (2) لسنة 2001 على أنه: "تجوز مخاصمة القضاة وأعضاء النيابة العامة في الحالتين الآتيتين:

1. إذا وقع من القاضي أو عضو النيابة العامة في عملهما غش أو تدليس أو خطأ مهني جسيم لا يمكن تداركه.

2. في الأحوال الأخرى التي يقضي فيها القانون بمسؤولية القاضي والحكم عليه بالتعويضات.

⁵. تنص المادة (494) مرافعات مصري على أنه: "تجوز مخاصمة القاضي وأعضاء النيابة في الأحوال الآتية:

1. إذا وقع من القاضي أو عضو النيابة في عملهما غش أو تدليس أو غدر أو خطأ مهني جسيم.

2. إذا امتنع القاضي عن الإجابة على عريضة قُدمت له أو عن الفصل في قضية صالحة للحكم، وذلك بعد إذاره مرتين على يد محضر يتخللها ميعاد أربع وعشرين ساعة بالنسبة للأوامر على العرائض، وثلاثة أيام بالنسبة إلى الأحكام في الدعاوى الجزئية والمستعجلة، وثمانية أيام في الدعاوى الأخرى، ولا يجوز رفع الدعوى في هذه الحالة قبل مضي ثمانية أيام على آخر إذار.

3. في الأحوال الأخرى التي يقضي فيها القانون بمسؤولية القاضي والحكم عليه بالتعويضات".

القاضي¹، حتى لا يُفاجأ المضرور بإعسار القاضي في نهاية الأمر²، ولكن للدولة حق الرجوع على القاضي أو عضو النيابة بما دفعته؛ لأنها مسؤولة عنه لا مسؤولة معه³.

مع صدور قانون 5 يوليو 1972، لم يعد هناك مجالٌ لملاحقة المسؤولية المدنية للقاضي، بصورة مباشرة؛ إذ يتعين على الدولة -وبحسب المادة (141-2) من تقنين التنظيم القضائي⁴، والمادة (11-1) من الأمر الصادر في 22 ديسمبر 1958⁵- أن تضمن الخطأ الشخصي للقاضي، ولها أن تُباشر فيما بعد حق الرجوع عليه⁶، ومن جانبنا يري الباحث أنه على الرغم من أن القواعد العامة تُجيز مخاصمة الدولة بالتعويض عن الخطأ القضائي، فإن على المشرع الفلسطيني وغيره من التشريعات العربية النص على ذلك صراحةً في التشريع وتنظيم ذلك قانوناً.

من التشريعات العربية التي نصّت صراحةً على مسؤولية الدولة عن أخطاء السلطة القضائية في حالة المخاصمة: القانون المغربي، الذي نصّ على أنه: "تكون الدولة مسؤولة مدنياً فيما يخص الأحكام بالتعويضات الصادرة بالنسبة للأفعال التي ترتبت عنها المخاصمة ضدّ القضاة مع إمكانية رجوعها على هؤلاء"⁷، إضافةً إلى المسؤولية الشخصية للقضاة؛ حيث نصّ على أن: "القاضي الذي يُخل بمقتضيات

¹. انظر: عبد القادر جرادة: التنظيم القضائي في فلسطين، مكتبة آفاق، غزة، (د. ط)، 2009م، ص 453. 454.

². انظر: محمد رضا النمر: مسؤولية الدولة عن أخطاء القضاء، المركز القومي للإصدارات القانونية، الطبعة الأولى، 2010م، ص 328؛ علاء الدين تكتري: مسؤولية الدولة عن أعمال السلطة القضائية، مجلة القانون والأعمال، ع15، جامعة الحسن الأول، كلية العلوم القانونية والاقتصادية والاجتماعية، 2017، ص126.

³. انظر: الطماوي: قضاء التعويض وطرق الطعن في الأحكام، دار الفكر العربي، القاهرة، الكتاب الثاني، (د. ط)، 2003م ص 69، مشار إليه: سمحة سعد: المسؤولية المدنية للدولة عن الأعمال القضائية في فلسطين، رسالة ماجستير، الجامعة الإسلامية، غزة، 2017م ص 151.

⁴. «La responsabilité des juges, à raison de leur faute personnelle, est régie: -s'agissant des magistrats du corps judiciaire, par le statut de la magistrature ; -s'agissant des autres juges, par des lois spéciales ou, à défaut, par la prise à partie ».

⁵. « Les magistrats du corps judiciaire ne sont responsables que de leurs fautes personnelles. La responsabilité des magistrats qui ont commis une faute personnelle se rattachant au service public de la justice ne peut être engagée que sur l'action récursoire de l'Etat. Cette action récursoire est exercée devant une chambre civile de la Cour de cassation ».

I, 2323; N. Qu'estivaux, Les actions récursoire exercées par les caisses de sécurité sociale contre le tiers responsable d'un dommage subi par un assuré social selon la jurisprudence du conseil d'Etat, AJDA 1962, p.1.

⁷. الفصل (400) من قانون المسطرة المدنية المغربي لسنة 1974 المعدل لسنة 2014.

منصبه يُسأل مدنيًا عن هذا الإخلال تجاه الشخص المتضرر في الحالات التي تجوز فيها مخاصمته¹. يعتقد الباحث أن المشرع المغربي أفضل من نظيره الفلسطيني والمصري والأردني والجزائري في هذه النقطة، وعلى المشرع الفلسطيني النص صراحةً على مسؤولية الدولة عن الأخطاء الشخصية للقضاة مع حقها في الرجوع على القاضي إذا كان هو المتسبب بالخطأ.

الحالة الثالثة: التعويض عن الحبس الاحتياطي:

لم ينص المشرع الفلسطيني على حالة التعويض عن الحبس الاحتياطي، وهذا قصور شديد يجب على المشرع الفلسطيني تلافيه والإسراع بالنص على التعويض عن الحبس الاحتياطي²، ولكن على الرغم من ذلك فإن قاعات المحاكم تشهد العديد من قضايا التعويض عن الحبس الاحتياطي، وتم الحكم فيها ودفع التعويض من مال الدولة، بينما أقر المشرع الجزائري التعويض عن الحبس المؤقت بموجب القانون 08/01 المؤرخ في 2001، ونظم إجراءات طلب التعويض، واللجنة المختصة بمنح التعويض؛ حيث نص على أنه: "يمكن أن يُمنح تعويض للشخص الذي كان محل حبس مؤقت غير مبرر خلال متابعة جزائية انتهت في حقه بصدور قرار نهائي بآلا وجه للمتابعة أو بالبراءة، إذا ما ألحق به هذا الحبس ضررًا ثابتًا ومتميزًا"³. وعلى الرغم من عدم نص المشرع الفلسطيني على حالة التعويض عن الحبس الاحتياطي⁴، إلا أن قاعات المحاكم تشهد العديد من قضايا التعويض عن الحبس الاحتياطي، وتم الحكم فيها ودفع التعويض من مال الدولة.

وفي مصر⁵ لم يكن في قانون الإجراءات الجنائية لعام 1950 أي نصوص تكفل التعويض عن الحبس الاحتياطي، وتم إقرار ذلك في قانون الإجراءات الجنائية المعدل بالقانون رقم 145 لسنة 2006؛ حيث أضيفت مادة جديدة وهي المادة (312) مكرر، قرر فيها مبدأ التعويض عن الحبس الاحتياطي؛ حيث تنص على أنه: "تلتزم النيابة العامة بنشر كل حكم بات ببراءة من سبق حبسه احتياطيًا، وكذلك كل أمر

¹ المادة (81) من قانون الالتزامات والعقود المغربي لسنة 1913، صيغة محينة لعام 2016.

² على الرغم من عدم نص المشرع الفلسطيني على حالة التعويض عن الحبس الاحتياطي فإن هناك دعاوى تعويض عن الحبس الاحتياطي؛ منها قضية عبد الستار قاسم.

³ المادة (137) مكرر من القانون الجزائري الجزائي المعدل رقم 08/01 لعام 2001.

⁴ على الرغم من عدم نص المشرع الفلسطيني على حالة التعويض عن الحبس الاحتياطي فإن هناك دعاوى تعويض عن الحبس الاحتياطي؛ منها قضية عبد الستار قاسم.

⁵ المادة (312 مكرر) من قانون الإجراءات الجنائية المصري المعدل بالقانون رقم 145 لسنة 2006.

صادر بأن لا وَجْهَ لإقامة الدعوى الجنائية قبله في جريدين يوميتين واسعتي الانتشار على نفقة الحكومة، ويكون النشر في الحالتين بناءً على طلب النيابة العامة أو المتهم أو أحد ورثته، وبموافقة النيابة العامة في حالة صدور أمر بأن لا وَجْهَ لإقامة الدعوى. وتعمل الدولة على أن تكفل الحق في مبدأ التعويض المادي عن الحبس الاحتياطي في الحالتين المشار إليهما في الفقرة السابقة وفقاً للقواعد والإجراءات التي يصدر بها قانون خاص¹.

كما أن الدستور المصري كفل التعويض عن الحبس الاحتياطي كما تمت الإشارة إليه سابقاً، وبذلك فالمشرع المصري أفضل من نظيره الفلسطيني الذي خلا من تنظيم التعويض عن الحبس الاحتياطي بنص صريح، سواء في الدستور أو في قانون الإجراءات الجزائية².

في مصر³ تم إقرار التعويض عن الحبس الاحتياطي في قانون الإجراءات الجنائية المعدل بالقانون رقم 145 لسنة 2006⁴، أما القانون الفرنسي فقد عالج الموضوع بشكل أدق وأكثر موضوعية بموجب قانون رقم (70-643 في 17-7-1970)⁵.

¹. (312 مكرر) من قانون الإجراءات الجنائية المصري المعدل بالقانون رقم 145 لسنة 2006.

². على الرغم من أن الدستور الفلسطيني لم ينص صراحةً على مسؤولية الدولة عن التعويض عن الحبس الاحتياطي، وخلا قانون الإجراءات الجزائية من نص يكفل ذلك، فإن المحاكم الفلسطينية تنظر العديد من قضايا التعويض عن الحبس الاحتياطي، وتم صدور أحكام في العديد منها؛ ومن التشريعات التي كفلت التعويض عن الحبس الاحتياطي: القانون الألماني رقم (14) لسنة 1904، والإيطالي في القانون رقم (447) لسنة 1988، والفرنسي في نص المادة (11) من القانون الصادر في (5) تموز 1972 رقم (70 . 643) المعدل لقانون المرافعات المدنية الفرنسي القديم، ونص المادة (505) قانون المرافعات المدنية الفرنسي الجديد الصادر في (5) كانون الأول سنة 1975.

وعلى الصعيد الدولي فقد جاء المؤتمر الدولي السادس لقانون العقوبات الذي انعقد في مدينة روما من 27 أيلول إلى 4 تشرين أول سنة 1953؛ حيث نصت التوصية 17 على أنه: "يجب على الدولة تعويض المحبوس احتياطياً في حالة ارتكاب خطأ قضائي ظاهر، إذا كانت الظروف تشير إلى أن الحبس اكتسب صفة التعسف"، وتوصيات الحلقة العربية الثالثة للدفاع الاجتماعي التي عقدت في دمشق سنة 1972. د. مأمون أبو زيتون: التعويض في القانون الجزائي الأردني، مجلة الحقوق، الكويت، مج39، ع1، 2015م، ص476.

³. المادة (312 مكرر) من قانون الإجراءات الجنائية المصري المعدل بالقانون رقم 145 لسنة 2006.

⁴. المادة (312 مكرر) من قانون الإجراءات الجنائية المصري المعدل بالقانون رقم 145 لسنة 2006.

⁵. Terrence Claix (Appellant) v Attorney General of Trinil and Tobago (Répondent) Frome the Court of Appeal of the Republic of Trinidad & Tobago before Lord Hope Lord Kerr Lord Wilson Lord Reed Sir John Sheil (NI) JUDGMENT DELIVERED BY LORD KERR ON 23 MAY 2013 Heard on 14 March 2013

حيث إنّه بموجب قانون رقم (70-643 في 17-7-1970) تختلف أحكام دعوى تعويض التوقيف غير المبرّر عن دعوى مخاصمة الدولة، وحيث أضافت المادة (88) من قانون 15-6-2000، فيمكن لكلّ جهة قضائية أصدرت قراراً بمنع المحاكمة أو البراءة أو بعدم المسؤولية أن تمنح تعويضاً للشخص الملاحق، بناءً من الشخص صاحب المصلحة لتغطية النفقات التي دفعها بسبب رفض الدولة تسديدها، ويقع التعويض على عاتق الدولة، ومع ذلك يمكن للجهة القضائية أن تلزم المدعي الشخصي بهذا التعويض عندما يكون هو الذي حرّك الدعوى.

أما بالنسبة لشروط التعويض في القانون الفرنسي فهي كالآتي:

- ❖ أن يكون طالب التعويض هو بنفسه صاحب الحقّ بالتعويض؛ حيث مُنح هذا الحقّ للذين أُخضِعوا للتوقيف أثناء السير في دعوى، سواء أُرْفِعت ضدهم أو انتهت الدعوى بعدم المحاكمة أو بالبراءة أو عدم المسؤولية.
- ولا يشمل التعويض الذين تمّ إيقافهم وصدر قرار بعدم مسؤوليتهم بسبب الجنون والعفو العام، أو عندما يعترف الشخص بارتكاب جريمة وتمّ وضعه قيد التوقيف بهدف تجنّب ملاحقة الفاعل الحقيقي؛ أي للتستر على الفاعل الحقيقي للجريمة، ولا يجوز المطالبة بالتعويض في حالات الحكم بالحبس مع إيقاف التنفيذ.
- ❖ يلزم وقوع ضرر فعليّ: يجب أن يكون هناك ضررٌ بسبب التوقيف، ولقد قرّر القانون الجديد منح التعويض لإصلاح الضرر، سواء أكان الضرر ماديّاً أم معنوياً لحق بالشخص بسبب توقيفه، وأخيراً يلزم تقديم دعوى التعويض؛ حيث إنّ التعويض عن التوقيف حقّ شخصيّ، لذا يجب أن يُطالب به من تمّ إيقافه وسبّب له ضرراً ماديّاً كان أو معنوياً.

المطلب الثاني:

الأساس الفقهي المؤيد لفكرة مسؤولية الدولة عن تعويض الأخطاء القضائية

تعددت الأسس النظرية التي نادى بها الفقه كأساس لمسؤولية الدولة عن أعمال السلطة القضائية، فذهب البعض إلى الأخذ بنظرية الخطأ (الشخصي أو المرفقي)، وذهب جانب آخر إلى الأخذ بنظرية التبعية، وذلك على التفصيل الآتي:

الفرع الأول:

الخطأ كأساس لمسؤولية الدولة عن تعويض الأخطاء القضائية

أولاً: نظرية الخطأ الشخصي كأساس لمسؤولية الدولة عن تعويض الأخطاء القضائية:

ذهب الفقه الفرنسي إلى الأخذ بأساس المسؤولية الذي نصّ عليه القانون المدني؛ أي الخطأ كأساس لمسؤولية الدولة عن أعمال السلطة القضائية، ويرى أنه لا مانع من تطبيق المادة (1382) من القانون المدني على موظفي الدولة، فهم يُعدّون تابعين لها، وتُطبّق عليهم قواعد القانون الخاص بالمسؤولية. فالموظفون يتصرفون باسم الدولة، ولحسابها، فتُنسب الأخطاء التي يرتكبونها إلى الدولة باعتبار التابع امتداداً لمتبوعه عندما يصبح الأول تحت تبعية الثاني، وبشرط أن يرتكب الخطأ خلال ممارسته للوظائف المعهودة إليه¹، وعناصر الخطأ الشخصي: سوء اختيار المتبوع لتابعه، وتقصير من قبل المتبوع على التابع،².

أخذ المشرع الفرنسي بنظرية الخطأ كأساس لمسؤولية الدولة عن أعمال مرفق القضاء إلى جانب تبني أسس أخرى؛ حيث نصّ قانون 5 يوليو لعام 1972 على حالتين يمكن بموجبهما أن تتعقد مسؤولية الدولة على أساس الخطأ، وبمقتضاه لا مسؤولية عن الأعمال القضائية ما لم يوجد خطأ من جانب مرفق القضاء³، وكذلك حالة تعويض البريء نتيجة الحكم السابق بالإدانة بموجب أحكام قانون 8 يونيو سنة 1895 أساسه الخطأ الذي يمكن إسناده إلى الدولة.

من ناحية أخرى أيد القضاء الفرنسي في بعض أحكامه هذه النظرية، فتقول محكمة النقض الفرنسية

¹. انظر: رمضان عيسى أحمد السندي: مسؤولية الدولة عن أعمال السلطة القضائية، دار قنديل للنشر والتوزيع، الأردن، (ط1)، 2015م ص174.

². سيف الدين أحيطوش: الخطأ القضائي بالمغرب بين التأصيل والتنزيل، مقال منشور مجلة القانون والأعمال الدولية: <https://www.droitentreprise.com/?p=11839>

³. انظر: محمد عبد اللطيف، ص288، مشار إليه: رمضان عيسى أحمد السندي: مسؤولية الدولة عن أعمال السلطة القضائية، المرجع سابق، ص175.

في أحد أحكامها: "إنَّ نصَّ المادة (1384) من القانون المدني، الذي يقضي بمسؤولية المتبوع عن خطأ التابع، هو نصٌّ عامٌّ؛ أي ينطبق على تصرفات الدولة في الشؤون العامة"¹، ومعظم التشريعات العربية - ومنها الفلسطينية - أخذت بنظرية الخطأ كأساس للمسؤولية عن الخطأ القضائي في حال مخاصمة القضاة وأعضاء النيابة، من خلال تحديد مجموعة من الأخطاء التي تصل جسامتها لحدِّ انعقاد مسؤولية الدولة بشكلٍ تبعيةٍ بعد انعقاد مسؤولية القاضي الشخصية².

في مصر ينصُّ القانون المدني المصري في المادة (163) منه على أن: "كلَّ خطأ سبَّب ضرراً للغير يلزم من ارتكبه بالتعويض"، كما نصَّ على أنه: "يكون المتبوع مسؤولاً عن الضرر الذي يُحدثه تابعه بعمله غير المشروع، متى كان واقعاً منه في حال تأدية وظيفته أو بسببها"³، وتطبيقاً لذلك قضت محكمة النقض المصرية أنه: "من المقرر - في قضاء هذه المحكمة - أنَّ القانون المدنيَّ إذ نصَّ في المادة (174) منه على أن "يكون المتبوع مسؤولاً عن الضرر الذي يُحدثه تابعه بعمله غير المشروع..."، قد أقام هذه المسؤولية على خطأ مفترَض في جانب المتبوع فرضاً لا يقبل إثبات العكس مرجعه سوء اختياره لتابعه وتقصيره في رقبته..."⁴.

القضاء المصري فيما مضى كان يقرّر صراحةً سريان قواعد المسؤولية في القانون المدني على الدعاوى المقامة ضدَّ الحكومة، وفي ذلك قضت محكمة النقض المصرية بأن: "قواعد المسؤولية المنصوص عليها في القانون المدني هي التي يجب أن يُحتكم إليها حتى في دعاوى التضمين التي تُرفع على الحكومة بسبب ما يصيب الأفراد في حرياتهم أو أموالهم بفعل الموظفين"⁵، إلّا أنَّه بعد صدور قانون مجلس الدولة المصري رقم (47) لسنة 1972، أصبح التعويض من اختصاص المحاكم الإدارية، التي ما زالت تأخذ بنظرية المتبوع؛ حيث إنَّ المحكمة الإدارية المصرية استندت إلى نظرية المتبوع في مسؤولية الإدارة؛ إذ

¹. حكم محكمة النقض الفرنسية في 1930/5/28، الدوز 1930. 1. 161، الدائرة الجنائية، مشار إليه: محمود محمود مصطفى: مسؤولية الدولة عن عمل السلطة القضائية، مرجع سابق، ص 107.

². انظر: جمال العزوي: قراءة في الفصل 122 من الدستور المغربي منشورات مجلة العلوم القانونية، العدد 2، 2014، ص 72.

³. المادة (1/175) من القانون المدني المصري رقم (131) لسنة 1948.

⁴. طعن مدني مصري رقم 723 لسنة 58، جلسة 1997/4/8، س 48، ع 1، ص 623، ق 121، منشور على موقع محكمة النقض المصرية.

⁵. محكمة النقض الجنائي في الطعن رقم 2200 لسنة 2 جلسة 1933/4/10، س 33، ع 155، ق 104، منشور على موقع محكمة النقض المصرية.

قضت بأن: "مناطق قيام مسؤولية المتبوع عن أعمال تابعه: هو حدوث عمل غير مشروع من تابعه حال تأدية وظيفته أو بسببها"¹.

هذا الأساس لم يسلّم من النقد، فلو كانت الدولة تتحمل المسؤولية عن الأضرار التي تحدث بفعل رجال السلطة القضائية باعتبارها مسؤولة عن أعمال تابعيها، لما كان هناك حاجة للنص على مسؤولية الدول عن أعمال السلطة القضائية بنصوص خاصة، وهو ما نص عليه المشرع الفرنسي في كافة الحالات التي أقر فيها بالمسؤولية عن العمل القضائي²، إضافة إلى أن طبيعة علاقة الدولة بالموظف هي علاقة تنظيمية، في حين أن قواعد القانون المدني تقيم المسؤولية على أساس علاقة المتبوع بالتابع³، فعلاقة التبعية لا تتحقق بالنسبة لعلاقة الموظف القضائي بالدولة؛ وذلك لتخلف عنصر السلطة الفعلية في الرقابة والتوجيه، فوصف علاقة السلطة القضائية بالدولة بأنها علاقة تابع بمتبوع قول لا يمكن التسليم به؛ لمخالفته الواقع العملي والقانوني، ولهذا لا يمكن اعتبار أساس مسؤولية الدولة عن أعمال السلطة القضائية علاقة التبعية التي تفرضها نظرية الخطأ⁴.

ومن ناحية أخرى فإن نصوص القانون المدني كانت قد وضعت في وقت انتشار قاعدة عدم مسؤولية الدولة عن أعمالها⁵، كذلك فإن المسؤولية في مجال القانون العام تتميز بقواعد خاصة تملئها ضرورة التوفيق بين حقوق الدولة وحقوق الأفراد، وأن هناك خلافاً كبيراً بين الوضع القانوني للدولة وهيئاتها العامة وبين الأفراد العاديين⁶، ناهيك عن أن تطبيق نظرية الخطأ كأساس للمسؤولية عن أعمال السلطة القضائية صعب، فمن الصعوبة أن يثبت المضرور من العمل القضائي قيام عضو السلطة القضائية بارتكاب الخطأ القضائي

¹. طعن رقم 5681 لسنة 46 ق. ع، جلسة 2003/1/18، أحكام المحكمة الإدارية العليا CD – ROM.

². انظر: زيد يوسف جبرين: المسؤولية المدنية للدولة عن أعمال السلطة القضائية - دراسة مقارنة، دار رند للنشر والتوزيع، عمان، 2008، ص 166.

³. انظر: محمود محمود مصطفى: مسؤولية الدولة عن عمل السلطة القضائية، مرجع سابق، ص 110؛ رمضان عيسى أحمد السندي: مسؤولية الدولة عن أعمال السلطة القضائية، مرجع سابق، ص 176.

⁴. انظر: زيد يوسف جبرين: المسؤولية المدنية للدولة عن أعمال السلطة القضائية - دراسة مقارنة، مرجع سابق، ص 169.

⁵. انظر: أنور أحمد رسلان، ص 196؛ رمضان عيسى أحمد السندي: مسؤولية الدولة عن أعمال السلطة القضائية، مرجع سابق، ص 176.

⁶. انظر: نهى عثمان الزيني، ص 156، مشار إليه: رمضان عيسى أحمد السندي: مسؤولية الدولة عن أعمال السلطة القضائية، مرجع سابق، ص 177.

بسبب دقة وتشابك العملية القضائية¹؛ حيث إنّ الخطأ يكون مشتركاً في أغلب الأحيان بسبب سرّيّة المداولات والطبع الجماعيّ للحكم القضائي².

ورغم هذه الانتقادات ما زال بعض الفقه يرى أنّ أساس مسؤوليّة الدولة عن أعمال السلطة القضائية هو مسؤوليّة المتبوع عن أعمال تابعه على أساس نظريّة الضمان؛ إذ إنّ الاعتبارات الإنسانية والاجتماعيّة، والنظم القانونيّة الحديثة، ومبادئ حقوق الإنسان، تتجه عموماً في الوقت الحاليّ إلى إقرار هذه المسؤولية³.
ثانياً: نظريّة الخطأ المرفقي لمسؤوليّة الدولة عن تعويض الأخطاء القضائية:

الخطأ القضائيّ الشخصيّ هو الذي يُنسب فيه الخطأ الذي نتج عنه الضرر إلى الموظف القضائيّ نفسه، وتقع المسؤولية على عاتقه شخصياً، ويتحمّل القاضي أو عضو النيابة العامّة العبء النهائيّ للتعويض عنه من ماله الخاص، وتكون المحاكم العادية هي صاحبة الاختصاص⁴، وتتولّى قوانين المرافعات بيان حالات الخطأ الشخصيّ للقضاة وإجراءاته.

أمّا الخطأ المرفقيّ فهو خطأ الإدارة، وما يترتّب على ذلك من أخطاءٍ قد يشمل بها الموظف نفسه لسوء التقنية الإداريّة في ذلك المرفق⁵، وفيه يُنسب الخطأ أو التقصير إلى المرفق ذاته، وتشمل الإدارة المسؤولية وحدها، فتدفع التعويض من مالها الخاص، وتكون المحاكم الإداريّة هي المختصة⁶، ومثاله: الخطأ المرفقيّ الجسيم وإنكار العدالة⁷، وامتناع مرفق القضاء عن تقديم خدمات العدالة للمواطنين، والاستتكاك الجماعي للقضاة بأمرٍ من الدولة؛ كما حدث في الحالة السياسيّة في فلسطين سنة 2007⁸،

¹. انظر: هدى بشير الجامعي: مسؤوليّة الدولة عن أعمال السلطة القضائية دار المطبوعات الجامعيّة، الإسكندريّة، بدون سنة نشر، ص 238.

². انظر: خديجة الطيب: مسؤوليّة الدولة على أساس الخطأ القضائي، رسالة ماجستير، جامعة بسكرة، الجزائر، 2014/2015م، ص 7.

³. انظر: هدى بشير الجامعي: مسؤوليّة الدولة عن أعمال السلطة القضائية، مرجع سابق، ص 246.

⁴. انظر: ماجد الحلو: القضاء الإداري، الإسكندريّة، دار المطبوعات الجامعيّة، (د.ط)، 1985م، ص 481.

⁵. انظر: حسين صباح المالكي، وحيدر الساعدي: مسؤوليّة الدولة عن أخطاء موظفيها، وموقف القضاء العراقي منها، بدون سنة نشر، بدون طبعة، بدون مكان نشر ص 235.

⁶. انظر: حسين صباح المالكي، وحيدر الساعدي: مسؤوليّة الدولة عن أخطاء موظفيها، وموقف القضاء العراقي منها، مرجع سابق، ص 236.

⁷. انظر: عاطف البنا: الوسيط في القضاء الإداري، دار الفكر العربي، 1985م ص 477.

⁸. انظر: سمحة سعد: المسؤولية المدنيّة للدولة عن الأعمال القضائية في فلسطين، مرجع سابق، ص 51.

وعدم قيام الدولة بتعيين العدد الكافي من القضاة، الأمر الذي يؤدي إلى تكدّس القضايا، وإطالة مُد التّأجيل لتصل إلى سنة بين الجلسة والأخرى¹.

قضت المحكمة الإدارية المصريّة بأنّه: "إذا كان الخطأ شخصياً يُسأل عنه العامل في ماله الخاص، ويحقّ للجهة الإداريّة اقتضاؤه منه، وذلك بالطبع إذا كان هذا الخطأ الشخصي هو الذي أدّى إلى وقوع الضرر، وإذا كان الخطأ مرفقيّاً لا يُسأل عنه العامل، فيُصلّ التفرقة بين الخطأ الشخصي والخطأ المرفقيّ يكون بالبحث وراء نية الموظف، فإذا كان الفعل الذي أقدم عليه يهدف إلى صالح العمل فإنّ خطأه يندمج في أعمال الوظيفة بحيث لا يمكن فصله عنها، ويعتبر من الأخطاء المنسوبة إلى المرفق العام، ويكون خطأ العامل هذا خطأً مصلحيّاً، أمّا إذا تبيّن أنّ العامل لا يعمل للصالح العام أو كان مدفوعاً بعوامل شخصيّة كان خطؤه جسيماً بحيث يصل إلى حدّ ارتكاب جريمة تقع تحت طائلة قانون العقوبات، فإنّ الخطأ في هذه الحالة يُعتبر خطأً شخصياً يُسأل عنه العامل الذي وقع منه الخطأ في ماله الخاص"².

يعتقد الباحث ان الأساس وإن كان أفضل من سابقه لكون الدولة مسؤولة مباشرة عن التعويض دون حاجة لتحديد موظف معين، إلّا أنّ الفقه لا يرى فيه أساساً مقبولاً لتأسيس مسؤوليّة الدولة عن أعمال السلطة القضائيّة؛ وذلك لأنه يقيم المسؤولية على أساس الخطأ، والذي يصعب على المضرور إثباته؛ نظراً لما تتمتع به السلطة القضائيّة من سلطات واسعة عند القيام بالعمل القضائيّ، إضافة إلى أنّ القول بأنّ الخطأ المرفقيّ أساس مسؤوليّة الدولة، يعني توسيع دائرة النزاع، فالدولة ستحاول أن تثبت أنّ الخطأ شخصيّ، في حين يسعى الموظف إلى إثبات أنّ الخطأ غير متصل بشخصه، ممّا يؤدي إلى تعطيل حقوق ومصالح المضرور، وحلّ هذه الإشكالية يتملّ بوجوب أن تتحمّل الدولة من حيث المبدأ هذه المسؤولية، ويبقى النزاع محصوراً في إثبات الضرر وعلاقة السببيّة بين الفعل والضرر، ثم مقدار التعويض، وتبقى مسألة هل

¹ لم يحدد قانون أصول المحاكمات المدنيّة والتجاريّة الفلسطيني مدد للتأجيل، ونصّ على أن يُفصل القضاء في القضايا على وجه السرعة، ولكن المشرّع الأردني أوجب في قانون أصول المحاكمات المدنيّة الأردني على المحكمة عدم تأجيل الدعوى لمدة تزيد عن خمسة عشر يوماً، وألا تؤجلها لأكثر من مرة لسبب واحد يرجع إلى أحد الخصوم، ولا يجوز لها حجز القضية عندما يخلّ بهذه الإجراءات". عبد الرحمن جمعة: تأملات في نظام قانوني أردني ينظم مخاصمة القاضي مدنيّاً، المجلة الأردنيّة في القانون والعلوم السياسيّة، مج3، ع1 الأردن، 2010م، ص11. وفي هذا الصدد فإنّ المشرّع الأردني أفضل من نظيره الفلسطيني؛ حتى لا يترك التأجيل مفتوحاً بلا هوادة، ويتخذ بعض الأطراف لمماطلة القضية، والإضرار والنكاية بالخصم.

² طعن رقم 4500 لسنة 39 ق.ع، جلسة 4-5-1997، سنة المكتب الفني "42"، الجزء الثاني، ص 807، القاعدة رقم (85) CD – ROM.

الضرر راجعٌ لفعل الموظف الشخصي أم للمرفق محصوراً بين الدولة والموظف، كي لا تتضرر مصلحة المضرور أكثر من ذلك¹.

من جانبنا نرى أنه لا يوجد معيار واضح للتمييز بين الخطأ الشخصي والمرفقي بقدر ما هي اجتهادات الفقه والقضاء، فلا يمكن تبني معيار واحد عند البحث في مرجعية الخطأ، بل يجب دراسة كل حالة من كافة جوانبها، حيث إذا اتضح أن الخطأ كان نتيجةً لنكائية أو عداوة لتحقيق منفعة شخصية كان ذلك لازماً أن يكون خطأ شخصياً، بينما إذا كان الخطأ قد وقع من الموظف نتيجة عمله الذي يهدف منه تحقيق الصالح العام يكون هذا الخطأ مرفقياً².

الفرع الثاني:

تحمل التبعة والمساواة كأسس للمسؤولية لمسؤولية الدولة عن تعويض الأخطاء القضائية

أولاً: نظرية تحمل التبعة كأساس لمسؤولية الدولة عن تعويض الأخطاء القضائية:

إن النشاط الذي يهدف إلى تحقيق الصالح العام الذي تقيد منه الجماعة قد يرافقه وقوع أضرار قد تصيب الأفراد؛ لذا يجب على الجماعة أن تتحمل هذه المخاطر، وذلك بتعويض الأفراد الذين لحقت بهم أضرار من ممارسة نشاط الإدارة³؛ لأن الغرم بالغنم⁴، وهذه النظرية تجعل من الضرر أساساً لمسؤولية الدولة، دون حاجة لوجود الخطأ⁵.

وفقاً لهذه النظرية فإن أساس المسؤولية يُبحث عنه بعيداً عن الخطأ، إذا وُجد الضرر وثبتت مسؤولية الدولة عن التعويض⁶، وبالتالي تقوم مسؤولية الدولة على أساس المخاطر⁷؛ لأن العمل القضائي -وبالنظر

¹. انظر: زيد يوسف جبرين: المسؤولية المدنية للدولة عن أعمال السلطة القضائية - دراسة مقارنة، مرجع سابق، ص 170. 171.

². انظر: حاتم رشيد عبد المجيد فتياي: مسؤولية الدولة عن أعمال السيادة - دراسة مقارنة، كلية الدراسات العليا، رسالة ماجستير، جامعة النجاح الوطنية، فلسطين، 2018م، ص 63.

³. انظر: أحمد محمد جمال الدين علي عواد، مسؤولية الدولة عن أعمال مأموري الضبط القضائي، رسالة دكتوراه، جامعة القاهرة، كلية الحقوق، 2008، ص 497.

⁴. انظر: رمضان عيسى السندي: مسؤولية الدولة عن أعمال السلطة القضائية، مرجع سابق، ص 179.

⁵. انظر: زيد يوسف جبرين: المسؤولية المدنية للدولة عن أعمال السلطة القضائية - دراسة مقارنة، مرجع سابق، ص 171.

⁶. انظر: محمد رضا النمر: مسؤولية الدولة عن أخطاء القضاء، مرجع سابق، ص 317.

⁷. انظر: خديجة الطيب: مسؤولية الدولة على أساس الخطأ القضائي، مرجع سابق، (ص 9).

إلى دقته - يتضمن بعض المخاطر التي تتسبب في إضرار بالغير¹، وتكون الدولة مسؤولة عنه، خاصة أنها ذات طابع استثنائي، أو على أساس مبدأ مساواة المواطنين أمام الأعباء العامة، وهذه الفرضية قررها القضاء الفرنسي في قضية جيري Giry؛ حيث قرّرت محكمة النقض الفرنسية مسؤولية الدولة دون خطأ على أساس المخاطر تجاه معاونيها العرضيين أثناء قيامهم بالعمل في مرفق الضبط القضائي²، فيكفي لكي تُعدّ الدولة مسؤولة عن التعويض أن يُثبت وقوع الضرر، وأن يكون هذا الضرر ناتجاً عن عمل المرفق القضائي، دون حاجة لإثبات وقوع الخطأ من أي نوع أو من أي درجة من جانب المرفق أو موظفيه³.

و في السياق ذاته ما جاء في حكم حديث للمحكمة الإدارية بمراكش رقم الحكم (223) بتاريخ 2018/2/28 ملف رقم 2017/7112/1318؛ حيث أرسى قاعدة مهمه تقول: "يحق لكل متضرر من خطأ قضائي الحصول على تعويض تتحمّله الدولة طبقاً للمادة (122) من دستور المملكة المغربية لسنة 2011، ومسؤولية الدولة عن الخطأ القضائي تعتبر مسؤولية بدون خطأ، استناداً لنظرية المخاطر القائمة على مجرد حصول الضرر، بغض النظر عن وجود أي خطأ قد يرتكبه مرفق القضاء باعتباره من مرافق الدولة".

أخذ القانون الفلسطيني بنظرية المخاطر في مسؤولية الدولة عن التعويض عن إعادة المحاكمة؛ حيث أحياناً لا يمكن إثبات الخطأ، وفي ذلك يكفي الحكم بالبراءة، فأسباب إعادة المحاكمة الواردة في نص المادة (377) من قانون الإجراءات الجزائية الفلسطيني رقم (3) لسنة 2001 لا يمكن نسبتها إلى مرفق القضاء، بل يعود أغلبها لسبب أجنبي، وبالتالي لا يمكن نسبة الخطأ إليه، ومن ثم يصعب ترتيب مسؤولية الدولة بناءً على الخطأ، بل تنبني المسؤولية هنا دون خطأ على أساس نظرية المخاطر التي تكون ناتجة عن بعض مرافق الدولة كمرفق القضاء؛ إذ ليس مبرراً تحمّل شخص واحد لهذه المخاطر وهو الشخص الذي وقع عليه الضرر، بل تتحمّله الجماعة ككل، وبما أن الدولة هي الممثلة للجماعة فبالإمكان تتحمّل التعويض

¹. انظر: أحمد محمد جمال الدين علي عواد: مسؤولية الدولة عن أعمال مأموري الضبط القضائي، رسالة دكتوراه، رسالة دكتوراه، كلية الحقوق، جامعة القاهرة، 2008، ص 503.

². انظر: مارسو لونغ: القرارات الكبرى في القضاء الإداري، بيروت، مجد، ط1، 2009م، ص 530.

³. انظر: زيد يوسف جبرين: المسؤولية المدنية للدولة عن أعمال السلطة القضائية - دراسة مقارنة، مرجع سابق، ص 171.

عن الضرر، وهذا ما يُسمّى بمبدأ المساواة أمام الأعباء العامة¹.

انتقد بعض الفقه هذه النظرية؛ كونها تجعل المخاطر أساساً لمسؤولية الدولة عن نشاط المرفق القضائي، على الرغم من أنّ عمل المرفق القضائي لا يُشكل في جوانبه أعمالاً خطيرة، فقد يحدث الضرر دون وجود أيّ خطورة بالعمل، ولا يمكن القول بأنّ الدولة لا تُسأل هنا². ففكرة المخاطر نشأت مع ظهور الحوادث المهنية، ولا يجوز تطبيقها على القرارات القضائية؛ حيث ينتفي عنصر الخطر، كما لا ينفي هذا إمكانية تحمّل القاضي المسؤولية الشخصية عن طريق دعوى الرجوع³.

ثانياً: نظرية المساواة أمام الأعباء العامة كأساس لمسؤولية الدولة عن تعويض الاخطاء القضائية:

يقوم مبدأ المساواة أمام المرافق العامة على فكرة مفادها: أنّ المرفق العام يتوجّب عليه عدم التمييز بين أفراد المجتمع، من حيث الحصول على الوظائف أو الاستفادة من خدماته، وفي المقابل إذا ترتّب على تسيير ذلك المرفق بعض التكاليف فإنّ العدالة والمنطق يقضيان توزيع تلك التكاليف على قدم المساواة بين المنتفعين من خدمات ذلك المرفق، كما يقتضيان أيضاً أنه إذا ترتّب ضررٌ للغير من جرّاء سير ذلك المرفق، أن يتحمّل عبء ذلك الضرر كافّة أفراد المجتمع⁴.

يُعنى بنظرية المساواة أمام الأعباء العامة " التوزيع العادل للأعباء العامة، بمعنى أنّ أعمال الدولة المشروعة التي تُسبّب ضرراً وتُمثّل عبئاً وتحملّه طائفةً محدّدة من الأفراد دون باقي الجماعة؛ لذا فمن الضروري أن يُوزّع هذا العبء على جميع الأفراد، ويتحقّق ذلك عن طريق توزيع عبء التعويض المستحق للمضرور الذي تدفعه الدولة من الخزنة العامة، التي تتكوّن من مجموع الضرائب والإيرادات العامة التي يدفعها ويتحمّل عبأها المواطنون للخزنة العامة، وتُشتت الخسارة، ممّا يؤدّي إلى إعادة المساواة أمام الأعباء

¹. انظر: جمال العزوزي: قراءة في الفصل 122 من الدستور المغربي، مرجع سابق، ص70. ومن ذلك ما ذهب إليه المحكمة الإدارية بالدار البيضاء بتاريخ 2006/11/15، إلى أنّ الدولة تكون مسؤولة عن أعمال السلطة القضائية المترتبة عن مسطرة المراجعة، وأنّ ظهور واقعة أو مستندات جديدة بعد الحكم النهائي بالإدانة لم تكن معروفة من قبل وتثبت براءة المحكوم عليه ترتب الحق في الحصول على تعويض تتحمّله الدولة، وأساس التعويض هنا ليس الخطأ بل المخاطر، ولا يلزم طالب التعويض بإثبات كون صدور الحكم الملغى يرجع إلى خطأ القضاء.

². انظر: زيد يوسف جبرين: المسؤولية المدنية للدولة عن أعمال السلطة القضائية - دراسة مقارنة، مرجع سابق، ص 172.

³. انظر: مزبود بصيفي: مسؤولية الدولة عن الحبس المؤقت غير المبرر والخطأ القضائي رسالة ماجستير، كلية الحقوق، جامعة وهران، الجزائر، 2012م، ص89.

⁴. انظر: زيد يوسف جبرين: المسؤولية المدنية للدولة عن أعمال السلطة القضائية - دراسة مقارنة، مرجع سابق، ص 174.

العامّة¹.

أساس مسؤوليّة الدولة حسب مبدأ المساواة أمام المرافق العامّة هو الضرر، ولا أهميّة بعد ذلك لوجود الخطأ، وهذا الأساس تقتضيه قواعد العدالة، فكثير من الأفراد يُصابون بأضرار بسبب سير المرفق العام دون وجود أيّ خطأ من جانب المرفق أو موظفيه، ممّا تقتضي العدالة عدم ترك هؤلاء المضرورين ليكابدوا الأضرار وحدهم، دون وجود من يشاطرهم معاناتهم، وعلى ذلك يتوجّب على أفراد المجتمع الذي يعمل المرفق لتحقيق صالحهم، أن يتحمّلوا مسؤوليّة ما ينتج عن ذلك المرفق من أضرار للغير²؛ إذ لا يتوجّب على المضروور إثبات الخطأ، بل يكفي إثبات ضرر المدعى عليها (الدولة) هي مسببة الضرر³.

قرّر القضاء الفرنسيّ مسؤوليّة الدولة عن أعمال السلطة القضائيّة، على أساس المساواة أمام الأعباء العامّة في قضية جيري؛ حيث قضت محكمة السين المدنيّة الفرنسيّة بمسؤوليّة الدولة عن أعمال الضبط القضائيّ، وأيدتها في ذلك محكمة النقض الفرنسيّة، حيث قبلت المحكمة الدعوى وقرّرت وجوب تعويض الدولة كامل الضرر الذي لحق الدكتور جيري⁴، كونه كان يسهم في سير المرفق العام للقضاء، مستندة في ذلك للمبادئ العامّة للقانون العام والقانون المدني؛ إذ إنّ قواعد العدالة تتطلّب تعويضه عن الضرر الذي لحقه جراء عمليّة تهدف لتحقيق الصالح العام، إذ يجب أن تتحمّله الجماعة وليس المضروور، وهذا طبقاً لمبدأ المساواة أمام الأعباء العامّة، وهذا ما أكّدته محكمة النقض الفرنسيّة؛ إذ قرّرت أنّ الضرر الذي يُصيب شخصاً أثناء عملية منقّدة للصالح العام، يجب أن تتحمّله الجماعة التي اشتغل لصالحها المرفق العام القضائي⁵.

ويؤيّد جانب من الفقه⁶ الأخذ بهذه النظريّة؛ لأنها من جهةٍ تقيم المسؤولية على أساس الضرر لا الخطأ، وبالتالي تقادت كافّة الانتقادات التي وُجّهت إلى النظريات التي تُقيم مسؤوليّة الدولة على أساس

¹. انظر: رمضان عيسى السندي: مسؤوليّة الدولة عن أعمال السلطة القضائيّة، مرجع سابق، ص180؛ مزبود بصيفي:

مسؤوليّة الدولة عن الحبس المؤقت غير المبرر والخطأ القضائي، مرجع سابق، ص85.

². انظر: زيد يوسف جبرين: المسؤولية المدنيّة للدولة عن أعمال السلطة القضائيّة - دراسة مقارنة، مرجع سابق، ص 175.

³. انظر: رمضان عيسى السندي: مسؤوليّة الدولة عن أعمال السلطة القضائيّة، مرجع سابق، ص181.

⁴. انظر: مارسو لونغ: القرارات الكبرى في القضاء الإداري، مرجع سابق، ص529.

⁵. انظر: جلّول هزيل: نطاق مسؤوليّة الدولة عن أعمال السلطة القضائيّة الجزائر، مجلة الندوة للدراسات القانونيّة، ع2،

2014م، ص52.

⁶. انظر: زيد يوسف جبرين: المسؤولية المدنيّة للدولة عن أعمال السلطة القضائيّة - دراسة مقارنة، مرجع سابق، ص175.

الخطأ، ومن جهةٍ أخرى لا تجعل الدولة مسؤولةً بناءً على الفائدة التي تعود عليها من عمل المرفق ممّا يترتب عليها تحمّل مخاطر عمل المرفق، وبالتالي تفادت أيضًا ما وُجّه من انتقاداتٍ لنظريّة تحمّل التبعة، وفي الوقت نفسه يمكن لنا تفسير رجوع الدولة في بعض الحالات على مُحدث الضرر انطلاقًا من مبدأ المساواة أمام المرافق العامّة.

وأخيرًا ذهب جانب من الفقه¹ إلى تأسيس مسؤولية الدولة على أساس سلب الحرية؛ حيث إنّ الدولة باعتبارها حاميةً لأمن المجتمع وسلامته تقوم بسلب الحرية الشخصية لبعض الأفراد لفترةٍ زمنيةٍ معيّنة، وهذا يلزمها بدفع التعويضات لهم إذا ما تقرّرت براءتهم، وقد برّر أصحاب هذه النظريّة رأيهم بأنّ الدولة تقوم بدفع التعويضات للأفراد في حال نزع ملكيتهم للمصلحة العامّة، فهي ملزمةٌ بدفع تعويضٍ للأفراد عن حرّيتهم حفاظًا على المصلحة العامّة، إلّا أنه يُعاب على هذا الرأي كون الدولة عند نزع الملكية للمنفعة العامّة يترتّب عنه ثراء، والتعويض يكون مقابل الثراء، أمّا في سلب الحرية فلا يوجد للتعويض مقابل، إلّا أنه في التعويض المقرّر في سلب الحرية لا يكون مؤسسًا على هذا السلب، وإنّما على أساس وقوع أخطاء في قرار السلب لحرّيتهم الذي تنتهجه الدولة حفاظًا على أمن وسلامة المجتمع، أمّا إذا كان قرار سلب الحرية في محلّه فلا حاجة لدفع التعويض.

يعتقد الباحث أنّ مبدأ المساواة أمام المرافق العامّة يصلح كأساسٍ سليمٍ ومقبولٍ ليحكم مسؤوليّة الدولة عن أعمال السلطة القضائية في حالة مخاصمة القضاة².

¹. انظر: مرزوق محمد: الحق في محاكمة عادلة، رسالة دكتوراه، كلية الحقوق والعلوم السياسيّة، جامعة أبي بكر بلقايد . تلمسان، 2016، ص365.

². انظر: زيد يوسف جبرين: المسؤولية المدنيّة للدولة عن أعمال السلطة القضائية - دراسة مقارنة، المرجع السابق، ص176.

الخاتمة:

الحمد لله الذي بنعمته تتم الصالحات وبفضله تنزل البركات والخيرات وبتوفيقه تتحقق المقاصد والغايات، والصلاة على الحبيب محمد بن عبد الله وعلى آله وصحبه ومن تبعه إلى يوم الدين، هذا جهدي المتواضع فما كان من توفيق وسداد فمن الله، وما كان من نقص فمن نفسي، والكمال لله وحده، وأرجو من الله أن يكتب لنا أجر طالب العلم الذي اجتهد فأصاب.

كما أن الطبيب يُعالج المرض فإنَّ القضاة هم أطباء المجتمع؛ فإنَّ صلحوا صلح المجتمع، وإن فسدوا فسد المجتمع؛ لأنَّهم - بعد الله - ملجأ كلِّ مظلوم وصاحب حق، وهم كمشروط الطبيب الذي يجتثُّ به كلَّ ورم خبيث في المجتمع، كان المبدأ السائد لدى الفقه والقضاء حتى وقت قريب أن الدولة لا تعدُّ مسئولة عن أخطاء قضائيتها؛ متعللاً بذلك بعلة كثيرة ومحاطة تلك العلة بسياج من الضمانات التي تكفل له الحماية ضد الدعاوى؛ سواء الكيدية أو الصحيحة.

التوجه الفقهى والقضائي قد لاقى انتقاداً من قِبَل بعض الفقهاء الذين أقرُّوا بعدم عدالة الحُجج، وأدلفوا القول بأنَّه يجب على رجال القضاء أن يعلموا بأنَّه لا يضرُّ العدالة إفلات مجرمٍ من العقاب بقدر ما يضرُّها الاعتداء على حرية الناس والقبض عليهم من دون وجه حق، وذلك تطبيقاً للمبدأ القائل: (تبرئة مئة متهم خيرٌ من إدانة بريء واحد).

وهو المبدأ المستقى من الشريعة الإسلامية المتمثل في: درء المفسد مُقَدَّم على جلب المصالح، فكانت العقبة الأولى هو الحاجز النفسي لدى السادة القضاة الذي لمسته عندهم بأنَّ القاضي لا يُخطئ، وهذا ما يتعارض مع طبيعة النفس البشرية، والأمر الآخر أنَّه لو أخطأ القاضي يرفضون مبدأ المحاسبة والتعويض، وهذا يتنافى مع أساسيات القانون أن كلَّ مَنْ تسبَّب بضرر مُلَزَم بالتعويض، ولا بد أن يطمئن القاضي بأنَّ مبلغ التعويض من الدولة وليس منه، وقد كان هدفي من هذه الدراسة إثراء المكتبة القانونية في فلسطين التي يندر فيها التطرُّق لهذا الموضوع.

أولاً: النتائج

من خلال بحثي توصلتُ إلى النتائج الآتية:

- 1 - أنَّ مبدأ التعويض عن الخطأ القضائي المنصوص عليه في المادة 3\30 من القانون الأساسي هو عبارة عن بداية لاعتناق المشرِّع الفلسطيني هذا المبدأ، وتعديل كافة القوانين التي تقضي بغير ذلك، أو سنِّ قوانين في سبيل بيان طريق الحصول على التعويض عن الخطأ القضائي.

2 - ضرورة تحديد الجهة المختصة بالتعويض، وأن يكون الدفع حالاً، ولا يخضع للتقادم؛ حيث إن الدستور الفلسطيني قد أقر مبدأ مسؤولية الدولة عن أخطاء السلطة القضائية، إلا أنه لم يُحدّد الطرق والإجراءات الكفيلة بالحصول على هذا التعويض.

3 - لا يوجد سوابق قضائية فلسطينية بالحكم بالتعويض عن أخطاء السلطة القضائية في مجال مخاصمة القضاة، ولا سوابق فيما يخص مسؤولية السلطة الوطنية الفلسطينية عن التعويض عن الخطأ القضائي كخطأ مرفقي.

وما زال الباحثون يتناولون مبدأ التعويض عن الخطأ القضائي كاستثناء وليس أصل، على الرغم من إقرار العديد من الدساتير والتشريعات ومواثيق حقوق الإنسان لمبدأ التعويض عن الخطأ القضائي؛ حيث لم يُحدّد المشرّع الفلسطيني الجهة التي يُقدّم لها طلب التعويض عن الدولة: هل القضاء الإداري أم القضاء العادي؟

وهناك اتجاه عالمي يسعى لتحسين أداء القضاء، ومحاسبة من لا يلتزم بالمعايير والأخلاقيات المتعارف عليها، وذلك دون المساس باستقلال القاضي، عملاً بمبدأ لا أحد فوق القانون.

4 - أن دعوى الحصول على التعويض نتيجة خطأ قضائي مرفقي تختلف عن إجراءات دعوى الحصول على التعويض نتيجة خطأ القاضي الشخصي.

5 - كما أن المضرور يُعوّض من مال القاضي الخاص في الحالات التي يتّضح فيها أن القاضي سبّب ضرراً للغير باستغلاله لمنصبه، أو باستهتاره بواجبات وظيفته، أو بإهماله غير المبرر في أدائها، وحيث إن المشرّع الفلسطيني عندما وضع المادة 3/30 من القانون الأساسي التي أكّدت على مسؤولية الجهاز القضائي عن الأخطاء التي يرتكبها، قد نصّت على "أن المتضرر يستحقّ تعويضاً من السلطة الوطنية تُحدّد شروطه وكيفياته"، وإلى هذا الوقت لم يصدر أي قانون أو قرار بقانون يُحدّد ما هي شروطه وما هي كيفياته، ونرى أنه لا بدّ من وجود حلّ لهذه المشكلة.

6 - قِيم قانون المخالفات المدنية الانتدابي المطبّق في فلسطين والقانون المصري المسؤولية التقصيرية عن الخطأ "النظرية الشخصية"، والقانون المدني الفلسطيني والأردني على ركن الفعل الضار "النظرية الموضوعية"؛ واعتبار الفعل الضار هو أحد أركان المسؤولية التقصيرية، فإنّ ذلك يجعل رجل الأمن والدولة مُلزَمين بالتعويض، بغضّ النظر عن وجود خطأ أم لا، مع الاحتفاظ بقدرة كلّ من الدولة ورجل الأمن بدفع مسؤوليتهم وفق القواعد العامة لدفع المسؤولية، وتبيّن هذه النظرية لا يضطرنا للبحث عن نظريات أخرى

للتعويض عن الأفعال الضارة التي يرتكبها رجل الأمن، دون وجود خطأ من جهته عندما يكون ذلك ضروريًا للعدالة والمنطق.

وتبيّن من خلال البحث أنّ قانون المخالفات المدنية وقانون دعاوى الحكومة قد منعا رفع دعوى التعويض على الدولة وفقًا لأحكام المسؤولية التقصيرية، كما اعتبر قانون المخالفات المدنية أنّ المخالفة المدنية يكون التابع للدولة وحده- أي القاضي- هو المسؤول عنها، وفي مخالفة صريحة لنصّ المادة (32) من القانون الأساسي الفلسطيني الذي جعل الدولة مسؤولة عن أيّ اعتداء على أيّ من الحقوق والحريات، ويمكن القول بأنّ نصّ المادة (32) من القانون الأساسي الفلسطيني قد ألغت مواد قانون المخالفات المدنية التي تمنع رفع دعوى التعويض على الدولة، وتحديدًا ما جاء في المادة (4) النقطة الأولى والثانية.

7- ويلاحظ أنّ التعويض عن الخطأ القضائي في فلسطين محدّد بمخاصمة القضاة، وإعادة المحاكمة، ولم يرد نصّ قانوني يُنظّم التعويض عن الحبس الاحتياطي.

8- حصّر المشرّع الفلسطيني التعويض عن إعادة المحاكمة في القانون الجزائي دون القانون المدني.

9- أنّ التعويض يتعلّق بالأحكام وفترة المحاكمة، وما يترتّب عليها من أحكام بالتبرئة، ولا يتعلّق بمرحلة التحقيق التي تنتج عنها الأحكام؛ لأنها ليست مرحلة محاكمة.

10- حسب قانون الإجراءات الجزائية فالتعويض يقتصر على تعويض الأشخاص المحكوم عليهم نهائيًا بأحكام حازت قوة الشيء المقضيّ فيه فقط، والمصرّح ببراءتهم بقرار من المحكمة العليا.

11- اعتراف المشرّع المصري في الدستور بالتعويض عن الحبس الاحتياطي هو اعتراف ضمنيّ بالخطأ القضائي؛ حيث إنّ خطأ النيابة المعترف به هو أقل من الخطأ في الحكم القضائي.

ثانيًا: التوصيات

1- نوصي المشرّع الفلسطيني أن يتدخّل لإصلاح مرفق القضاء ككل؛ وذلك بتشكيل لجنة وطنية من الكفاءات المشهود لهم بالنزاهة الذين يعملون تحت إطار المصلحة العليا للوطن، ويكون رديف هذه اللجنة إصلاح شامل للتشريعات؛ لأنّ جودة عملية القضاء والفصل بين الناس ترتبط بشكل وثيق بالقائم بإنجاز هذا العمل: شخص القاضي، والمنظومة القضائية، والتشريع، وأهمها القاضي الذي لا بد أن يكون من ذوي التكوين القانوني العالي والأخلاق الفاضلة والسلوك الحسن، وتوفّر للقاضي الإمكانيات الماديّة والبشريّة والفنيّة التي تساعد على أداء وظيفته على النحو المنشود؛ إذ إنّ توفير المناخ الملائم للعمل هو متطلّب أولى لإمكان مسألة القضاة عن أخطائهم بالشكل المرضي الذي يضمن للمضرورين من هذه الأخطاء الحصول على التعويض

- 2- نوصي المشرع بتوسيع نطاق فكرة الخطأ القضائي وعدم حصره في المخاصمة.
- 3- ضرورة ان يحدد المشرع الجهة المختصة بالتعويض، وأن يكون الدفع حالاً، ولا يخضع للتقادم، ونوصي بسنّ تشريعات في مصر وفلسطين كفيلة بتحديد معنى الخطأ القضائي، ومجال إعماله، وحدود هذه المسؤولية وحالاتها، والجهات المختصة فيها، وآليات تقدير التعويض المستحق في حال ثبوته؛ ذلك لعدم ترك أي فراغ تشريعي يُثير جدلاً قضائياً وفقهياً، ونوصي بتشكيل لجنة مستقلة للبت في موضوع تقدير التعويض المستحق.
- 4- ضرورة دراسة المسؤولية الشخصية للقاضي والاهتمام بهذا الموضوع، ومنه نقترح أن يقوم المشرع بتحديد الأخطاء التي تُنظم مسؤولية القاضي بدلاً من ترك المجال مفتوحاً وغامضاً، وضرورة تنظيمها عوضاً عن تركها مبعثرة بين القوانين.
- 5- نوصي بأن يُصدر المشرع الفلسطيني قانوناً يُحدّد كيفية التعويض عن الخطأ القضائي وشروطه، كما أوصى القانون الأساسي.
- 6- نوصي المشرع بضرورة تعديل الفقرة الأولى من نصّ المادة (153) من قانون أصول المحاكمات المدنية والتجارية الفلسطيني؛ وذلك بإضافة مسألة الغدر وإنكار العدالة والحبس الاحتياطي والعدالة المتأخرة بدون سبب، واعتبارهم من الأسباب التي يجوز فيها إقامة دعوى المخاصمة.
- 7- نوصي المشرع بضرورة تعديل الفقرة الأولى من المادة (155) من قانون أصول المحاكمات المدنية والتجارية الفلسطيني، وهي وجوب تقديم دعوى المخاصمة من قبل محامٍ مزاوّل، وفي حال إثبات المدعي رفض التوكيل له من قبل المحامين يتمّ السماح له بتقديم دعوى المخاصمة بنفسه؛ لأنّ دعوى المخاصمة من الدعاوى الصعبة والمعقّدة التي يتطلّب بها الأمر الخبرة العلمية والعملية في مجال المحاماة.
- 8- نوصي المشرع بإنشاء صندوق تعويضات للتأمين من المسؤولية المدنية للقاضي ومأمور الضبط القضائي والمحكم؛ لسدّ فراغ تشريعي، وهذا توجّه حديث لأغلب أصحاب المهن والحرف للتقليل من أضرار قيام المسؤولية المدنية ولزوم التعويض عن أخطائهم المهنية، ويتمّ تمويل الصندوق بواسطة جزء من الرسوم القضائية وجزء من القضاة وجزء من الدولة، وهو إجراء احتياطيّ.

قائمة المصادر والمراجع:

أولاً: المصادر

- القرآن الكريم، سورة النساء، الآيات: 135، 58، 8.
- صحيح مسلم، كتاب الحدود، باب قَطْعِ السَّارِقِ الشَّرِيفِ وَغَيْرِهِ، وَالنَّهْيُ عَنِ الشَّفَاعَةِ فِي الْخُدُودِ، برقم (9 - 1688).
- القوانين
- مجلة الأحكام العدلية.
- قانون أصول المحاكمات المدنية والتجارية الفلسطينية رقم (2) لسنة 2001.
- قانون الإجراءات الجزائية الفلسطينية رقم (3) لسنة 2001.
- مشروع القانون المدني الفلسطيني رقم (4) لسنة 2012.

ثانياً: المراجع

أ- المراجع في الفقه الإسلامي

- علي حيدر: درر الحكام شرح مجلة الأحكام، دار الجيل، بيروت، المجلد الرابع، ص 572.
- . 573.

ب- المراجع في القانون المدني

- محمود محمود مصطفى مسؤولية الدولة عن عمل السلطة القضائية، رسالة دكتوراه، كلية الحقوق، الجامعة المصرية، 1938م.
- مأمون أبو زيتون: التعويض في القانون الجزائي الأردني، مجلة الحقوق، الكويت، مج 39، ع 1، 2015، ص 475.
- سمير ناجي: قبس من ضياء قيم وتقاليد القضاء، المجلة العربية للفقه والقضاء، ص 17.
- المراجع في القانون الجزائي
- عبد الستار محمد رمضان: تعويض ضحايا العدالة من الموقوفين والمحكومين عند البراءة والإفراج، بحث مقدم إلى مجلس القضاء، كوردستان، 2014.

ج- المراجع في القانون العام

- ريم البطمة وجميل سالم: المسؤولية القضائية ومساءلة القضاة، معهد الحقوق، جامعة بيرزيت، سلسلة الكرامة الإنسانية، 2010.

ج- المراجع العربية

- عبد القادر جرادة، التنظيم القضائي في فلسطين، مكتبة آفاق، غزة، (د. ط)، 2009م.
- محمد رضا النمر، مسؤولية الدولة عن أخطاء القضاء، المركز القومي للإصدارات القانونية، الطبعة الأولى، 2010م.
- علاء الدين تكتري، مسؤولية الدولة عن أعمال السلطة القضائية، مجلة القانون والأعمال، ع15، جامعة الحسن الأول، كلية العلوم القانونية والاقتصادية والاجتماعية، 2017.
- سمحة سعد: المسؤولية المدنية للدولة عن الأعمال القضائية في فلسطين، رسالة ماجستير، الجامعة الإسلامية، غزة، 2017.
- زيد يوسف جبرين، المسؤولية المدنية للدولة عن أعمال السلطة القضائية - دراسة مقارنة، دار الشروق، 2016.
- أحمد محمد جمال الدين علي عواد، مسؤولية الدولة عن أعمال مأموري الضبط القضائي، رسالة دكتوراه، جامعة القاهرة، كلية الحقوق، 2008.
- خديجة الطيب، مسؤولية الدولة على أساس الخطأ القضائي، رسالة ماجستير، جامعة عبد الحميد بن باديس، الجزائر، 2016.
- مرزوق محمد، الحق في محاكمة عادلة، رسالة دكتوراه، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة أبي بكر بلقايد . تلمسان، 2016.

د- المراجع الفرنسية

- L'article 626 du Code de procédure pénale (CPP) qui dispose à son premier alinéa: Sans préjudice des dispositions des deuxièmes et troisièmes alinéas de l'article L. 781-1 du code de l'organisation judiciaire, un condamné reconnu innocent en application du présent titre a droit à réparation intégrale du préjudice matériel et moral que lui a causé la condamnation."...

اختصاص المحكمة الإدارية الفلسطينية بالتعويض عن القرارات
الإدارية غير المشروعة

***Jurisdiction of the Palestinian Administrative Court to
Compensate for Unlawful Administrative Decisions***

ط. د. رامي سمير أحمد الحسيني

الجامعة العربية الأمريكية، كلية الدراسات العليا، قسم القانون الدولي العام

اختصاص المحكمة الإدارية الفلسطينية بالتعويض عن القرارات الإدارية غير المشروعة

Jurisdiction of the Palestinian Administrative Court to Compensate for Unlawful Administrative Decisions

ط. د. رامي سمير أحمد الحسيني

الجامعة العربية الأمريكية، كلية الدراسات العليا، قسم القانون الدولي العام

Ralhusseini@pmo.gov.ps

تاريخ النشر: 2024-01-07

تاريخ القبول: 2023-10-15

تاريخ الاستلام: 2023-07-31

DOI: <https://doi.org/10.70411/MJLS.2.1.202469>

المخلص:

تهدف دراسة اختصاص المحكمة الإدارية الفلسطينية بالتعويض عن القرارات الإدارية غير المشروعة إلى التعرف إلى مفهوم دعوى التعويض عن القرارات الإدارية، والتعرف على الخصائص التي تمتاز بها هذه الدعوى والأهمية التي تتمتع بها، وبيان الأركان الواجب توافرها لانعقاد الاختصاص للقضاء الإداري بتقدير قيمة التعويض المستحق للطاعن نتيجة صدور القرار الإداري غير المشروع بحقه.

لما لهذا الموضوع من أهمية في إنصاف المتضرر من القرارات الإدارية غير المشروعة الصادرة بحقه من قبل الإدارة، وي طرح الموضوع إشكالية رئيسية تتمثل في مدى اختصاص المحكمة الإدارية بالتعويض عن القرارات الإدارية الصادرة عن الإدارة في ظل أحكام القرار بقانون رقم (41) لسنة 2020م بشأن المحاكم الإدارية وتعديلاته؟

واختتمت الدراسة بالعديد من النتائج أهمها أن القضاء الإداري الفلسطيني متمثلاً بمحكمة العدل العليا (سابقاً) في ظل أحكام قانون تشكيل المحاكم النظامية وقانون السلطة القضائية وقانون أصول المحاكمات المدنية والتجارية، كان قضاء إلغاء دون تعويض وعلى درجة واحدة فقط، وجملة من التوصيات أهمها بضرورة إعادة النظر في النصوص التي أوردها القرار بقانون رقم (41) لسنة 2020م وتعديلاته بشأن المحاكم الإدارية سيما فيما يتعلق بطلبات التعويض التي لا تقدم تبعاً لدعوى الإلغاء نتيجة فوات ميعاد الطعن بالإلغاء، ويقترح الباحث في هذا الصدد إضافة نص مادة إلى القرار بقانون يتيح للطاعن إقامة دعوى التعويض بشكل مستقل بشروط معينة و/ أو خلال مدة معينة من تاريخ صدور القرار الإداري.

الكلمات المفتاحية: القانون الأساسي، المحكمة الإدارية، القرارات الإدارية، القرار بقانون رقم (41) لسنة 2020م، التعويض.

Abstract :

The “Jurisdiction of the Palestinian Administrative Court to Compensate for Unlawful Administrative Decisions” study aims to explore the notion of compensation claims for administrative decisions, identify the unique characteristics of these claims, and elucidate their importance. Furthermore, it seeks to delineate the crucial elements required to establish the jurisdiction of the administrative judiciary in assessing the compensation due to the appellant following the issuance of an unlawful administrative decision against them. Given the importance of this topic in providing compensation to those affected by unlawful administrative decisions charged against them by the administration, a central issue arises: to what extent does the administrative court have jurisdiction to award compensation for administrative decisions made by the administration under the stipulations of the decision by Law No. (41) of 2020 concerning administrative courts and its subsequent amendments? The study concluded with several significant findings, the foremost being that the Palestinian Administrative Judiciary, as previously represented by the Supreme Court of Justice, operated under the regulations of the law constituting the regular courts, the Judicial Authority Law, and the principles of civil and commercial trials, functioned as a judiciary that could annul decisions without offering compensation and only operated at a single degree. This study presents multiple recommendations, with a primary focus on the necessity to revisit the texts outlined in the decision by Law No. (41) Of the year 2020 and its amendments pertaining to administrative courts. This is especially crucial concerning compensation requests that are not pursued in the wake of an annulment lawsuit due to the lapse of the designated timeframe for lodging an annulment appeal. In this context, the researcher proposes the inclusion of an article in the decision by law, which permits the appellant to initiate a compensation lawsuit independently, either under specific conditions and/or within a defined timeframe from the date the administrative decision was issued.

Keywords : Basic Law, Administrative Court, Administrative Decisions, Law by Decree No. (41) Of the year 2020, Compensation.

المقدمة:

يعد القضاء بأنواعه الإداري أو النظامي أو الشرعي، من الركائز الأساسية التي تعكس مدى توجه الدولة لإرساء مبادئ العدالة والديمقراطية، ويعود السبب في ذلك لكون القضاء من السلطات القائمة في الدولة بحد ذاتها، وقد أكد القانون الأساسي الفلسطيني المعدل للعام 2003م الذي يعد بمثابة دستور الدولة الفلسطينية الحالي على هذا التوجه، عندما أفرد باباً مستقلاً لتنظيم المسائل المتعلقة بالسلطة القضائية، ولأهمية المحاكم الإدارية تم النص عليها صراحةً في القانون الأساسي، وأجاز إنشاء محاكم إدارية مستقلة تتولى النظر والفصل في المنازعات الإدارية القائمة مع الإدارة والدعاوى التأديبية على أن يتم تحديد اختصاصات المحكمة الإدارية بموجب قانون مستقل يعنى بهذه الغاية.

منذ قيام السلطة الوطنية وبدء تنظيم القضاء بمختلف أنواعه بما في ذلك الإداري، وإعمالاً لهذا التوجه أصدر المشرع الفلسطيني مجموعة من القوانين لتنظيم الشأن القضائي عموماً، والقضاء الإداري خصوصاً، حيث نظم المشرع اختصاصات محكمة العدل العليا، بموجب أحكام قانون تشكيل المحاكم النظامية الملغى رقم (5) لسنة 2001م وتعديلاته، ومنح المحكمة المذكورة صلاحية الفصل في الطعون المتعلقة بالمنازعات والقرارات الإدارية، وبحث مدى صحة القرار الإداري الصادر عن الجهة المختصة من عدمه، وصولاً إلى إصدار حكم فاصل في موضوع النزاع المعروض أمامه والمتعلق بالمنازعة أو القرار الإداري.

إن الناظر لاختصاصات محكمة العدل العليا في ظل القانون السالف ذكره يجد أنه لم يتطرق لمدى صلاحية القضاء الإداري بالحكم بالتعويض في حال توجهه لإلغاء القرار الإداري الصادر بحق الطاعن، وفي ظل هذا الفراغ والحاجة الماسة لإعادة ترتيب الوضع القانوني الفلسطيني عموماً، أصدر المشرع الفلسطيني مجموعة من القرارات بقانون لتنظيم المسائل التي تعاني من قصور تشريعي، وفي هذا السياق أصدر المشرع القرار بقانون رقم (41) لسنة 2020م بشأن المحاكم الإدارية وتعديلاته، لتنظيم الوضع القانوني على صعيد القضاء الإداري، حيث أنشأ بموجب القرار بقانون المذكور هيئة قضائية مستقلة بذاتها تسمى المحاكم الإدارية على درجتين الأولى هي المحكمة الإدارية أما الثانية فهي المحكمة الإدارية العليا، كما وسع المشرع في ظل أحكام هذه القرارات بقانون من اختصاص هذه الهيئة القضائية لتشمل صلاحيات واختصاصات أوسع من تلك التي كان ينص عليها قانون تشكيل المحاكم النظامية الملغى، ومن ضمنها موضوع التعويض عن القرارات الإدارية.

إشكالية الدراسة:

تكمن إشكالية هذه الدراسة في أن القضاء الإداري الفلسطيني في إطار قانون تشكيل المحاكم النظامية الملغى رقم (5) لسنة 2001م وتعديلاته، متمثلاً بمحكمة العدل العليا الفلسطينية التي كانت تتولى النظر في الدعاوى المقامة للطعن في القرارات و/أو المنازعات الإدارية، لم يكن مختصاً بالنظر في طلبات التعويض المترتبة بالقرارات الإدارية التي تقضي محكمة العدل العليا في حينه بعدم مشروعيتها وإصدار أحكام بإلغائها، ومن هنا برزت الحاجة للبحث في مدى اختصاص المحكمة الإدارية بالتعويض عن القرارات الإدارية الصادرة عن الإدارة في ظل أحكام القرار بقانون رقم (41) لسنة 2020م بشأن المحاكم الإدارية وتعديلاته، الذي أنشأ بموجبه هيئة قضائية مستقلة عن القضاء النظامي تتمتع باختصاصات موسعة عن تلك الواردة في القوانين القديمة، وهنا يبرز عدد من التساؤلات أهمها:

- 1- ما هو مفهوم دعوى التعويض عن القرار الإداري وخصائصها وأهميتها؟
 - 2- ما هي أركان دعوى التعويض عن القرار الإداري؟
 - 3- ما هو اختصاص القضاء الإداري الفلسطيني بالتعويض عن القرارات الإدارية غير المشروعة قبل صدور القرار بقانون بشأن المحاكم الإدارية؟
 - 4- اختصاص للقضاء الإداري الفلسطيني بالتعويض عن القرارات الإدارية غير المشروعة بعد صدور القرار بقانون رقم (41) لسنة 2020م بشأن المحاكم الإدارية وتعديلاته؟
- أهمية الدراسة:

تكمن أهمية هذه الدراسة في أنها تتناول حقاً من الحقوق الأساسية والضرورية للمواطنين، يتمثل بالتعويض عن الضرر وإنصاف المتضرر من القرارات الإدارية غير المشروعة الصادرة بحقة من قبل الإدارة، كما تكمن أهمية هذه الدراسة في أنها موضوعاً مستحدثاً وجديداً على الصعيد الفلسطيني عزف معظم الباحثين عن تناوله في إطار النظام القانوني الفلسطيني ألا وهو موضوع اختصاص المحكمة الإدارية المنشأة بموجب القرار بقانون رقم (41) لسنة 2020م وتعديلاته في التعويض عن القرارات الإدارية المطعون فيها.

أهداف الدراسة:

يهدف الباحث من خلال هذا الدراسة التعرف على مفهوم دعوى التعويض عن القرارات الإدارية، والتعرف على الخصائص التي تمتاز بها هذه الدعوى والأهمية التي تتمتع بها، كما يهدف الباحث من خلال هذا البحث إلى بيان الأركان الواجب توافرها لانعقاد الاختصاص للقضاء الإداري بتقدير قيمة

التعويض المستحق للطاعن نتيجة صدور القرار الإداري غير المشروع بحقه، بالإضافة إلى ذلك يهدف الباحث من خلال إلى الدراسة إلى بحث مدى اختصاص القضاء الإداري الفلسطيني بالتعويض في ظل القرار بقانون رقم (41) لسنة 2020م بشأن المحاكم الإدارية وتعديلاته.

منهجية الدراسة:

اتبع الباحث المنهج الوصفي التحليلي، وتطرق لمفهوم وأركان دعوى التعويض عن القرار الإداري في ضوء أحكام الفقه التي تناولت هذه الدعوى، بالإضافة إلى تحليل النصوص القانونية المتعلقة باختصاصات المحكمة الإدارية الواردة في القرار بقانون رقم (41) لسنة 2020م بشأن المحاكم الإدارية وتعديلاته لبحث مدى اختصاص المحكمة الإدارية بالتعويض، واستعراض الأحكام القضائية المتعلقة بالموضوع الصادرة عن المحكمة الإدارية والمحكمة الإدارية العليا.

خطة الدراسة:

تحقيقاً لأهداف هذا البحث وتماشياً مع الإطار العام لموضوع الدراسة قسم الباحث هذه الدراسة إلى مبحثين في كل مبحث مطلبين، تناول الباحث في المبحث الأول ماهية دعوى التعويض عن القرار الإداري في مطلبين، المطلب الأول يتناول مفهوم دعوى التعويض عن القرار الإداري، أما المطلب الثاني فتطرق إلى أركان دعوى التعويض عن القرار الإداري، أما في المبحث الثاني تطرق الباحث إلى قضاء التعويض في القضاء الإداري الفلسطيني في مطلبين، المطلب الأول تناول التعويض عن القرارات الإدارية قبل صدور أحكام القرار بقانون بشأن المحاكم الإدارية، أما المطلب الثاني تطرق إلى التعويض عن القرارات الإدارية في ظل أحكام القرار بقانون بشأن المحاكم الإدارية.

المبحث الأول:

ماهية دعوى التعويض عن القرار الإداري

تعد دعوى التعويض من الدعاوي حديثة النشأة على صعيد القضاء الإداري، ويلاحظ على هذه الدعوى عدم استقرار مبادئها على صعيد بلدان العالم حتى وقتنا هذا نتيجة لحداتها، وجرت العادة أن يتم إقامتها بعد إقامة دعوى إلغاء القرار الإداري أمام محكمة القضاء الإداري، حيث يقوم الطاعن بإقامة دعوى للمطالبة بإلغاء القرار الإداري غير المشروع الصادر عن الإدارة، وفي حال أصدرت المحكمة قرارها بعدم مشروعية القرار الإداري الصادر بحق الطاعن وإلغاء ما ترتب عليه من آثار، جاز لهذا الأخير أن يطالب بالتعويض عن الضرر المترتب نتيجة صدور هذا القرار غير المشروع عن الإدارة، بموجب الدعوى الأصلية التي أقامها للمطالبة بإلغاء القرار الإداري، أو بموجب دعوى فرعية ترفع لهذه الغاية، وعليه ولما كانت هذه الدعوى تتمتع بأهمية كبيرة كونها تتناول حقاً أساسياً وضرورياً لأي شخص يتمثل في تعويضه عن الأضرار التي لحقت به سواء أكانت معنوية أم مادية، فإن ذلك يقتضي تناول مفهوم هذه الدعوى وأركانها بشيء من التفصيل.

وعليه قسم الباحث هذا المبحث إلى مطلبين، تناول في المطلب الأول مفهوم دعوى التعويض عن القرار الإداري، أما في المطلب الثاني فتناول أركان دعوى التعويض عن القرار الإداري.

المطلب الأول:

مفهوم دعوى التعويض عن القرار الإداري وخصائصها وأهميتها

عد الفقه الإداري دعوى التعويض التي تقام للمطالبة بجبر الضرر المادي و/أو المعنوي المترتب على صدور القرارات الإدارية غير المشروعة من قبل الإدارة من الدعاوى الشخصية، وأورد مجموعة من التعريفات لهذه الدعوى، حيث عرف جانب من الفقه دعوى التعويض عن القرار الإداري على أنها " تلك الدعوى التي يرفعها أحد الأشخاص إلى القضاء للمطالبة بتضمين الإدارة ما أصابه من ضرر نتيجة تصرفها"¹.

¹. نداء أبو الهوى، "مسؤولية الإدارة بالتعويض عن القرارات الإدارية غير المشروعة" (رسالة ماجستير، جامعة الشرق الأوسط:

وأورد جانب آخر من الفقه تعريفاً لدعوى التعويض عن القرار الإداري فعرّفها على أنها "دعوى ذاتية يرفعها أصحاب الصفة والمصلحة أمام الجهات القضائية المختصة بحسب الإجراءات القانونية للمطالبة بالتعويض الحاصل والعادل اللازم للأضرار التي"¹.

أما على الصعيد القضائي فقد عرفت محكمة النقض المصرية دعوى التعويض "أنها الوسيلة التي يستطيع المضرور عن طريقها الحصول من الإدارة عن الضرر الذي أصابه إذا لم يسلم به قانوناً، ويجب أن يثبت أنه صاحب الحق الذي عليه الضرر وإلا كانت دعواه غير مقبولة".²

وفي هذا الصدد أيضاً عرفت محكمة النقض بصفتها الإدارية (سابقاً) التي تولت اختصاصات المحكمة الإدارية لحين التشكيل الأول لها بموجب الأحكام الانتقالية الواردة في المادة (54) من قرار بقانون رقم (41) لسنة 2020م بشأن المحاكم الإدارية التعويض على أنه "المقصود بالتعويض هو جبر الضرر الذي لحق بالمستدعي جراء صدور القرار المقرر إلغاؤه وبالتالي المطالبة ببطل الرواتب واجبة الرد لعدم الاختصاص".³

بالإطلاع على التعريفات التي أوردها الفقه الإداري لدعوى التعويض، يظهر جلياً أن هذه الدعوى تنتمي إلى القضاء الحقوقي، ولعل السبب في ذلك يعود إلى أن هذا الأخير يهدف إلى حماية الحقوق والمراكز القانونية الشخصية للأفراد، ويتيح لهم المطالبة بالتعويض عن الأضرار التي لحقت بهم بسبب التصرفات غير المشروعة الصادرة عن الإدارة باختلاف أنواع الأضرار سواء أكانت مادية أم أدبية.⁴

وفي هذا الصدد أكدت محكمة النقض بصفتها الإدارية في أحد أحكامها أن "القرار بقانون الجديد بشأن المحاكم الإدارية رقم (41) لسنة 2020م وتعدلاته، عُدّ القضاء الإداري قضاءً شاملاً يختص بالتعويض عن القرارات الإدارية غير المشروعة فقط، ولا يجعل المحكمة مختصة بالنظر في المطالبات المادية العادية التي لا تعد مطالبات بالتعويض".⁵

¹ . محمد أبو سمرة، "التعويض عن القرارات الإدارية غير المشروعة في القضاء الإداري الفلسطيني" دراسة تحليلية" (رسالة ماجستير، جامعة الأقصى: فلسطين، 2022م) ص9.

² . محمد أبو سمرة، مرجع سابق، ص10.

³ . محكمة النقض بصفتها الإدارية، إداري، 2021/164م، بتاريخ 2022/2/2م.

⁴ . نداء أبو الهوى، مرجع سابق، ص12.

⁵ . محكمة النقض بصفتها الإدارية، إداري، 2021/254م، بتاريخ 2022/3/7م.

وتمتاز دعوى التعويض عن القرار الإداري، بمجموعة من الخصائص والمزايا التي تميزها عن غيرها من الدعاوى الإدارية ولا سيما دعوى الإلغاء ومن أبرز هذه الخصائص:

1. **دعوى التعويض عن القرار الإداري من الدعاوى التي تكون بين خصوم،** إذ إن الطاعن ما يكون عادة هو الشخص المتضرر من تصرف الإدارة غير المشروع، بالإضافة إلى ذلك فإن الحكم الصادر في دعوى التعويض يكتسب حجية نسبية بحيث تقتصر صلاحية الاحتجاج به على أطراف الطعن فقط، دون أن تمتد صلاحية الاحتجاج بالحكم لتشمل من لم يكن ممثلاً في الطعن المقدم، على خلاف الحكم الفاصل الصادر في دعوى الإلغاء الذي يتمتع بحجية مطلقة تتيح لكل صاحب مصلحة شخصية ومباشرة أن يتمسك بهذا الحكم، وإن لم يكن أحد أطراف الدعوى التي صدر بها الحكم¹.

2. **يتمتع القاضي الإداري في دعاوى التعويض بصلاحيات واسعة،** إذ لا تقتصر سلطة هذا الأخير على البحث في مدى مشروعية القرار الإداري الصادر عن الإدارة فقط وصولاً إلى الحكم بإلغاء القرار الصادر أو تقرير صحته؛ بل يتعدى ذلك ليشمل الحكم بتعويض المتضرر عن تصرف الإدارة عن القرار غير المشروع و/أو تعديل القرار الصادر عن الإدارة و/أو استبداله، ولعل السبب في ذلك يعود إلى أن الصلاحيات الممنوحة للقاضي في قضاء التعويض تمتد لبحث كافة وقائع النزاع المعروض عليه وحسم كافة النقاط المطعون في صحتها².

أما على صعيد أهمية دعوى التعويض، أجمع معظم فقهاء القانون الإداري أن هذه الدعوى لا تقل أهمية عن دعوى الإلغاء، إذ تتمتع بأهمية كبيرة في عدد من الجوانب يمكن بيان أهمها فيما يلي:

1. **دعوى التعويض عن القرار الإداري من الدعاوى التي تعد مكملية لدعوى الإلغاء ومتربطة بها ارتباطاً عضوياً،** إذ إن وجود قضاء إلغاء فقط دون قضاء تعويض، يتيح للمحكمة الإدارية البحث في مدى مشروعية القرار الإداري الصادر والحكم بإلغائه فقط أو تقرير صحته، وفيما إذا قررت المحكمة عدم مشروعية القرار الإداري وإلغاءه، فإنها لا تملك صلاحية التعويض عن الضرر المترتب على صدور هذا القرار والفترة

¹ . محمد يونس، "دعوى التعويض في القرار الإداري: دراسة مقارنة"، (رسالة ماجستير، جامعة النيلين: السودان، 2018) ص12.

² . كندة سلهب، "دعوى التعويض الكامل "دعوى التعويض": مفهومها_ خصائصها_ تمييزها عن دعوى الإلغاء" (2019) مجلة جامعة تشرين للبحوث والدراسات العلمية، عدد6، 300، 309.

الممتدة من تاريخ سريانه وحتى صدور قرار المحكمة بإلغائه، في حين أن وجود قضاء تعويض وإلغاء في آن واحد يمنح الصلاحية للمحكمة بإلغاء القرار والحكم بالتعويض عن الضرر المترتب على القرار¹.

2. وجود قضاء التعويض يتيح للمتضرر المطالبة بالتعويض عن القرار الإداري وإن انتهت مدة الطعن بإلغائه كون أن دعوى التعويض تخضع للمواعيد العادية،² على خلاف معيار الطعن بإلغاء القرار الإداري الذي غالباً ما يحدده القانون بمدة معينة يسقط معها حق الطاعن بالمطالبة بإلغائه بانتهاء هذه المدة، فعلى الصعيد الفلسطيني حدد القرار بقانون بشأن المحكمة الإدارية ميعاد الطعن بستين يوماً من اليوم التالي لتاريخ تبليغ المستدعي القرار الإداري الفردي، أو من اليوم التالي لتاريخ نشر القرار الإداري الفردي أو التنظيمي في الجريدة الرسمية أو بأية وسيلة إلكترونية أخرى، مع الإشارة أن المحكمة الإدارية لا تختص بنظر طلبات التعويض عن القرارات الإدارية إلا إذا رفعت تبعاً لدعوى الإلغاء³.

3. محل دعوى إلغاء القرار الإداري النهائي الصادر عن الإدارة فقط، في حين أن دعوى التعويض تمتد لتشمل التعويض عن القرار الإداري و/أو الضرر الناتج عن تنفيذ عقد إداري و/أو أي عمل أُنْتُت به الإدارة وتسبب بضرر للأفراد، وبالتالي يتضح جلياً أن نطاق دعوى الإلغاء يقتصر على القرارات الإدارية فقط، بعكس دعوى التعويض التي تكون أوسع من حيث التصرفات والأفعال التي تصدر عن الإدارة وتصلح أن تكون محلاً لهذه الدعوى،⁴ ويشير الباحث في هذا الصدد أن القرار بقانون بشأن المحاكم الإدارية أكد بشكل واضح وصريح على هذه الأهمية، عندما منح الصلاحية للمحكمة الإدارية بنظر طلبات التعويض التي ترفع تبعاً لدعوى الإلغاء للقرارات والإجراءات ومن ضمنها منازعات العقود الإدارية وسائر المنازعات الإدارية⁵.

¹. محمد يونس، مرجع سابق، ص 13.

². كندة سلهب، مرجع سابق، ص 309.

³. انظر المواد (20، 23)، قرار بقانون رقم (41) لسنة 2020م بشأن المحاكم الإدارية وتعديلاته، جريدة الوقائع، عدد 22 ممتاز، 2020/12/30م، ص 19.

⁴. نداء أبو الهوى، مرجع سابق، ص 15.

⁵. انظر المادة (20 فقرة 1، فقرة 2)، قرار بقانون رقم (41) لسنة 2020م بشأن المحاكم الإدارية وتعديلاته، جريدة الوقائع، عدد 22 ممتاز، 2020/12/30م، ص 19.

المطلب الثاني:

أركان دعوى التعويض عن القرار الإداري.

تعرف المسؤولية بشكل عام على أنها الجزاء الذي يترتب على الفرد، نتيجة ما قام به من إخلال وانتهاك لقواعد و/أو أحكام قانونية معينة، وكما أن الفرد العادي يسأل عما قام به من إخلال وانتهاك، فإن الإدارة ممثلة بالجهات الحكومية المختصة تسأل أيضاً عن الأفعال والتصرفات والممارسات غير المشروعة التي تصدرها، وتلحق الضرر بالغير وتنتهك حقوق الأفراد الشخصية.

إن قيام المسؤولية الإدارية بحق الإدارة، ومنح الصلاحية للفرد في إقامة دعوى للمطالبة بالتعويض عن القرار الإداري، يقتضي توافر أركان دعوى التعويض؛ لكي يتم قبول هذه الدعوى والبحث في مقدار قيمة التعويض المستحق.

أجمع الفقه الإداري على أن قيام أركان المسؤولية الإدارية التي تتيح للمحكمة قبول دعوى التعويض عن القرار الإداري والحكم لصالح الطاعن في دعوى التعويض، يقتضي توافر ثلاثة أركان وعناصر وهي على النحو الآتي:

1. ركن الخطأ:

تتعدد صور وأشكال الأخطاء الصادرة عن الإدارة، فإما أن تتخذ الأخطاء الصادرة عن الإدارة صورة الخطأ الإيجابي، الذي يتمثل بصدور قرار عن الإدارة مشوب بعيب من العيوب المقررة قانوناً كعيب الانحراف في استعمال السلطة، أو قيام الإدارة بإتيان فعل يربط ويلحق الضرر بالغير¹.

أما الصورة الثانية من صورة الخطأ فتتمثل بالخطأ السلبي الذي يتمثل في حال امتناع الإدارة وإهمالها باتخاذ إجراءات كان يجب عليها اتخاذها و/أو الإهمال والتقصير في القيام بالمهام والواجبات الموكلة لها قانوناً².

أما من حيث أنواع الخطأ الإداري فإنها على نوعين أيضاً، الأول يتمثل في الخطأ المرفقي المرتكب من قبل الموظفين العموميين في أثناء قيامهم بأداء المهمات والواجبات الموكلة إليهم في المرافق العامة

¹ رائد الخرايشة، "طلبات التعويض في القضاء الإداري الأردني: دراسة مقارنة" (رسالة ماجستير، جامعة الشرق الأوسط: الأردن، 2022) ص24.

² رائد الخرايشة، مرجع سابق، ص25.

التي يعملون بها، أو بمناسبة العمل لصالح الإدارة، وتكون الإدارة في هذا النوع من أنواع الخطأ المسؤولة عن النتائج المترتبة ودفع الأموال اللازمة لجبر ما وقع من ضرر نتيجة هذا الخطأ¹.

أما النوع الثاني من أنواع الخطأ فهو الخطأ الشخصي الذي يقع من الموظفين العموميين في أثناء ممارستهم لمهامهم الوظيفية، ويكونون فيها مسؤولين عن تحمل النتائج المترتبة على هذا الخطأ ودفع التعويضات اللازمة من حسابهم الشخصي لجبر ما وقع من ضرر للغير نتيجة هذا الخطأ².

بالنظر إلى مفهوم كل من الخطأ المرفقي والخطأ الشخصي، يظهر جلياً التشابه الكبير بين هذين النوعين بما يصعب معه التمييز بينهما، وما يستتبع ذلك من تحديد الجهة المسؤولة عن التعويضات، وتجنباً لهذه الإشكاليات حاول الفقه الإداري وضع مجموعة من المعايير للتمييز بين الخطأ المرفقي والخطأ الشخصي، وتتمثل هذه المعايير بما يلي:

أ. معيار الأهواء الشخصية:

يذهب الفقيه المعد لهذا المعيار (لافيرير) إلى القول بأن المعيار الفاصل والمميز بين الخطأ الشخصي والمرفقي، يكمن في وجود الضعف والشهوه وعدم التبصر، فالموظف الذي ارتكب الخطأ مدفوعاً بضعفه وشهوته وعدم تبصره يكون الخطأ شخصياً، أما الخطأ المرتكب دون أن يكون مدفوعاً بالضعف والشهوه وعدم التبصر الموجود لدى الموظف؛ أي أن يكون الموظف حسن النية، فإن الخطأ يكون مرفقياً والحالة هذه³.

ب. معيار الخطأ القابل للانفصال:

يقوم هذا المعيار على أساس من القول إن كل خطأ منفصل على الوظيفة العمومية بشقيها المادي والمعنوي يعد خطأ شخصياً وبخلاف ذلك فإن الخطأ يكون والحاله هذه مرفقياً⁴.

¹ دنيا بلعباس، مروي تواتي، "مسؤولية الإدارة بالتعويض عن القرارات غير المشروعة" (رسالة ماجستير، جامعة ابن خلدون تيارت: الجزائر، السنة الجامعية 2022/2021) ص48_ص50.

² دنيا بلعباس، مرجع سابق، ص45_ص48.

³ محمد يونس، "دعوى التعويض في القرار الإداري: دراسة مقارنة"، (رسالة ماجستير، جامعة النيلين: السودان، 2018) ص39.

⁴ محمد أبو سمرة، "التعويض عن القرارات الإدارية غير المشروعة في القضاء الإداري الفلسطيني " دراسة تحليلية" (رسالة ماجستير، جامعة الأقصى: فلسطين، 2022م) ص53.

ج. معيار الغاية:

يقوم هذا المعيار على فحص الغاية المتبغاه من الفعل الذي أحدث خطأ، فإذا كانت غاية الموظف تحقيق أغراض الوظيفة كنا أمام خطأ مرفقي، أما إذا كانت الغاية تحقيق مصالح الموظف الشخصية واستغلال السلطات الوظيفية الممنوحة له يكون الخطأ شخصياً¹.

د. معيار جسامه الخطأ:

يستند هذا المعيار في تحديد نوع الخطأ إلى جسامته، فإذا ما كان الخطأ من الأخطاء العادية التي يتعرض لها الموظف في أثناء قيامه بأداء مهامه يكون الخطأ مرفقياً، أما إذا كان الخطأ جسيماً فإن نوع الخطأ هو خطأ شخصياً².

لم تسلم المعايير المشار إليها أعلاه لتحديد نوع الخطأ وصولاً إلى تقرير الجهة المكلفة بالتعويض وتحمل المسؤولية من الانتقاد، وهو ما حدى بالقضاء إلى اتباع طريق مرن وعادي، بحيث يتم تحديد نوع الخطأ في كل قضية على حدا بالاستناد إلى المعايير السابق تناولها كافة، مع الأخذ بعين الاعتبار الظروف المتعلقة بكل قضية، وبما يكفل تحقيق التوازن بين المصالح الشخصية للأفراد والمصالح العامة³.

2. ركن الضرر:

إن قيام المسؤولية الإدارية بالتعويض عن القرارات الإدارية غير المشروعة الصادرة عن الإدارة لا تقتصر على وجود خطأ من قبلها فقط؛ بل يتعدى الأمر ذلك ليشمل توافر أركان أخرى لقيام مسؤولية هذه الأخيرة، ومن ضمن هذه الأركان ركن التعويض الذي يعد بمثابة نتيجة طبيعية مترتبة على وقوع الخطأ من قبل الإدارة، ويتجلى مضمونه في الإضرار بمصلحة و/أو حق مقرر بموجب القانون⁴.

يشترط لقيام الضرر الموجب للتعويض بحق الإدارة استناداً لما بدر منها من خطأ، توافر مجموعة من الشروط في هذا الضرر تتمثل فيما يلي⁵:

أ. أن يكون الضرر محققاً، بمعنى أن يكون قد وقع فعلاً أو سيقع مستقبلاً لا محالة.

¹. محمد أبو سمرة، مرجع سابق ص53.

². دنيا بلعباس، ومروى تواتي، مرجع سابق، ص54.

³. محمد أبو سمرة، مرجع سابق، ص55.

⁴. شمسة الناصري، "مسؤولية الإدارة في التعويض عن القرارات الإدارية" (رسالة ماجستير، جامعة الإمارات العربية المتحدة:

الإمارات العربية المتحدة، 2018) ص63.

⁵. شمسة الناصري، المرجع السابق، ص64_ ص66.

ب. أن يكون الضرر مباشراً، بمعنى أن يكون الضرر الذي لحق بالمضرور هو نتيجة طبيعية للخطأ الذي بدر عن الإدارة، ولا يكون بوسع هذا المضرور القيام بأي إجراء و/أو تصرف لتلافي وقوع هذا الضرر، فإذا كان بإمكانه القيام بأي تصرف من شأنه دفع الضرر عنه ولم يقم فلا حق له بالمطالبة بالتعويض.

ج. أن يكون الضرر ماساً بمصلحة و/أو حق مشروع للفرد مقرر بموجب القانون.

أما فيما يتعلق بأنواع الضرر الذي قد يلحق بالشخص من جراء خطأ الإدارة فهو كذلك على نوعين كما يلي¹:

أ. الضرر المادي، الذي يتمثل بالمساس بمصلحة أو حق للمضرور يترتب عليه تفويت الفرصة في تحقيق مكاسب مادية أو إلحاق خسارة لاحقة للمضرور في أعماله نتيجة الخطأ.

ب. الضرر المعنوي، ويتمثل هذا الضرر بالمساس بمصلحة غير مادية (مالية) للمضرور، كأن يتضرر في سمعته بين الناس وكرامته ومشاعره الداخلية، شرفه وعرضه، ومركزه في المجتمع وغير ذلك من الأمور التي لا تدخل في الذمة المالية للمضرور.

3. ركن العلاقة السببية:

لا يكفي توافر ركن الخطأ بنوعية الإيجابي و/أو السلبي، وكذلك ركن الضرر بنوعية المادي و/أو المعنوي، لقيام مسؤولية الإدارة بالتعويض عن القرارات الإدارية غير المشروعة التي صدرت من قبلها؛ بل يتعدى الأمر لأكثر من ذلك، حيث اشترط الفقه والقضاء الإداري توافر ركن العلاقة السببية بين الخطأ والضرر، ولعل السبب في اشتراط توافر العلاقة السببية يعود إلى كون هذا الأخير يعد بمثابة حلقة وصل بين سلسلة الأحداث والوقائع التي رتبت التعويض، ابتداءً بفعل الإهمال مروراً بفعل الخطأ وصولاً إلى إلحاق ضرر بشخص، وما يستتبع ذلك من ضرورة جبر الضرر الذي لحقه.

يشكل انتفاء العلاقة السببية بين الخطأ والضرر على صعيد دعوى التعويض عن القرار الإداري، سبباً من الأسباب التي تؤدي إلى انتفاء مسؤولية الإدارة بالتعويض ومن أبرز أشكال انتفاء العلاقة السببية هو وجود سبب أجنبي كالقوة القاهرة التي تتمثل في ظروف قاهرة خارجة عن إرادة الإدارة أسهمت في وقوع

¹ شمسة الناصري، المرجع السابق، ص 67.

الضرر كالحرب مثلاً، كذلك فإن وقوع الضرر من جراء خطأ الغير يعد سبباً من الأسباب التي تؤدي إلى انتفاء مسؤولية الإدارة بالتعويض¹.

تجدر الإشارة في هذا السياق أن وجود خطأ مشترك بين الإدارة والغير في آن واحد لا يعفي الإدارة من المسؤولية في التعويض عن الأضرار الناجمة التي لحقت بالمضرور، إذ تكون ملزمة بالتعويض بنسبة معينة تتوافق مع حجم وتأثير الأفعال التي قامت بها في إلحاق الضرر للمضرور².

وفي هذا الصدد أكدت محكمة النقض بصفقتها الإدارية أن "المقصود بقضاء التعويض هو التعويض عن القرارات الإدارية غير المشروعة والتي تثبت مخالفتها لأحكام القانون، أو التعسف في استعمال السلطة أو الانحراف في استعمالها، فعند ثبوت ذلك والمطالبة بالتعويض استناداً إليه وإثبات تحقق شروط دعوى التعويض ومسؤولية الإدارة عن الخطأ الذي وقع منها وتحقق الضرر بحق المستدعي/المضرور وتوافر علاقة السببية بين الخطأ والضرر حينها أجاز المشرع للمحكمة الإدارية الحكم بالتعويض"³.

¹ رائد الخرايشة، "طلبات التعويض في القضاء الإداري الأردني: دراسة مقارنة" (رسالة ماجستير، جامعة الشرق الأوسط: الأردن، 2022) ص42.

² رائد الخرايشة، المرجع السابق، ص43.

³ محكمة النقض بصفقتها الإدارية، إداري، 2021/102، بتاريخ 2021/11/24.

المبحث الثاني:

قضاء التعويض في القضاء الإداري الفلسطيني

لم يكن للقضاء الإداري الفلسطيني متمثلاً بمحكمة العدل العليا (سابقاً) في ظل أحكام قانون تشكيل المحاكم النظامية الملغى رقم (5) لسنة 2001م وتعديلاته والباب الرابع عشر من قانون أصول المحاكمات المدنية والتجارية رقم (2) لسنة 2001م وتعديلاته، أية صلاحية فيما يتعلق بدعوى التعويض، إذ اقتصر اختصاص المحكمة المشار إليها أعلاه على صلاحية النظر في الطعون المتعلقة بالقرارات الإدارية فقط وصولاً إلى تقرير مدى مشروعيتها و/أو إلغائها بنتيجة الحكم الفاصل في الطعن المقدم أمامها.

تغير وضع القضاء الإداري الفلسطيني بعد صدور القرار بقانون رقم (41) لسنة 2020م بشأن المحاكم الإدارية وتعديلاته، حيث تم تشكيل هيئة قضائية مستقلة بموجب القرار بقانون السالف الذكر وأصبح القضاء الإداري على درجتين، بعد أن كانت محكمة العدل العليا هي المحكمة الوحيدة المختصة بنظر الطعون المتعلقة بالقرارات الإدارية.

لم تقتصر أحكام القرار بقانون بشأن المحاكم الإدارية على إنشاء محكمة إدارية تعد بمثابة محكمة درجة أولى، ومحكمة إدارية عليا تعد بمثابة درجة ثانية للطعن في الأحكام الصادرة عن المحكمة الإدارية؛ بل تعدى الأمر ذلك ليشمل منح محكمة الدرجة الأولى صلاحيات موسعة غير تلك الواردة في قانون تشكيل المحاكم النظامية الملغى رقم (5) لسنة 2001م وتعديلاته ومن ضمنها موضوع التعويض عن القرارات الإدارية.

ويظهر جلياً مما سبق أن هناك تطوراً ملحوظاً قد طرأ على اختصاص القضاء الإداري الفلسطيني في التعويض عن القرارات الإدارية، ولما كان الأمر كذلك، فإن ذلك يقتضي تناول موضوع التعويض عن القرار الإداري في ظل محكمة العدل العليا (سابقاً) أي قبل صدور القرار بقانون بشأن المحاكم الإدارية، وفي ظل المحكمة الإدارية المنشأة استناداً لأحكام هذا القرار بقانون بشأن المحاكم الإدارية.

وعليه قام الباحث بدراسة هذا المبحث في مطلبين تناول الباحث في المطلب الأول التعويض عن القرارات الإدارية قبل صدور أحكام القرار بقانون بشأن المحاكم الإدارية، أما في المطلب الثاني تطرق الباحث إلى التعويض عن القرارات الإدارية في ظل أحكام القرار بقانون بشأن المحاكم الإدارية.

المطلب الأول:

التعويض عن القرارات الإدارية قبل صدور أحكام القرار بقانون بشأن المحاكم الإدارية.

أشرنا سابقاً أن المشرع الفلسطيني وفي ظل أحكام القانون الأساسي الفلسطيني أولى اهتماماً كبيراً للقضاء، عندما أفرد باباً مستقلاً لتنظيم المسائل المتعلقة بالسلطة القضائية، ومن ضمنها القضاء الإداري إذ أتاح إمكانية إنشاء محاكم إدارية مستقلة تتولى النظر والفصل في المنازعات الإدارية القائمة مع الإدارة والدعاوى التأديبية¹.

أصدر المجلس التشريعي الفلسطيني في بداية الألفية الثانية مجموعة من التشريعات بغية تنظيم الوضع القانوني في فلسطين، نتيجة لتعدد التشريعات التي كانت سارية في تلك الفترة من الحقبات السابقة التي مرت فيها فلسطين كالحقبة الانتدابية والأردنية والمصرية والاحتلال الإسرائيلي، حيث صدر قانون أصول المحاكمات المدنية والتجارية رقم (2) لسنة 2001م وتعديلاته لتنظيم إجراءات التقاضي أمام المحاكم المدنية الفلسطينية، ولم يقتصر الأمر على المحاكم المدنية إذ أفرد القانون سالف الذكر أيضاً باباً مستقلاً لتوضيح أصول المحاكمات المتبعة أمام محكمة العدل العليا وميعاد تقديم الطعون وغير ذلك من الإجراءات. كذلك أصدر المجلس التشريعي الفلسطيني قانون السلطة القضائية رقم (2) لسنة 2002م وتعديلاته الذي بين أنواع المحاكم الفلسطينية ودرجاتها واعتبر محكمة العدل العليا من ضمن المحاكم النظامية².

لم تقتصر رزمة القوانين التي صدرت خلال فترة وجود المجلس التشريعي الفلسطيني على القوانين المشار إليها أعلاه؛ بل صدر بالإضافة إلى ما سبق قانون تشكيل المحاكم النظامية رقم (5) لسنة 2001م

¹ انظر المادة (102) من القانون الأساسي الفلسطيني المعدل لسنة 2003م التي نصت على "يجوز بقانون إنشاء محاكم إدارية للنظر في المنازعات الإدارية والدعاوى التأديبية، ويحدد القانون اختصاصاتها الأخرى، والإجراءات التي تتبع أمامها".
² انظر المادة (6) من قانون السلطة القضائية رقم (1) لسنة 2002م وتعديلاته "تتكون المحاكم الفلسطينية من: أولاً: المحاكم الشرعية والدينية وينظمها القانون. ثانياً: المحكمة الدستورية العليا وينظمها القانون. ثالثاً: المحاكم النظامية وتتكون من: 1- المحكمة العليا وتتكون من:

أ- محكمة النقض

ب- محكمة العدل العليا.

2- محاكم الاستئناف

3- محاكم البداية.

4- محاكم الصلح.

وتتظر كل منها في المسائل التي ترفع إليها طبقاً للقانون.

وتعديلاته الملغى حديثاً في بداية العام 2020م، والذي حمل بين طياته تحديداً لاختصاصات المحاكم النظامية ومن ضمنها محكمة العدل العليا الفلسطينية التي كانت تعد في تلك الفترة إحدى المحاكم النظامية. بين قانون تشكيل المحاكم النظامية اختصاصات محكمة العدل العليا التي انصبت في مجملها على صلاحية النظر في المنازعات والطعون المتعلقة بالانتخابات، واللوائح أو الأنظمة والقرارات الإدارية النهائية الصادرة عن الإدارة وغيرها من الأمور، دون أن يمنح أي اختصاص لمحكمة العدل العليا في النظر في الطعون المتعلقة بالتعويضات المترتبة على القرارات الإدارية غير المشروعة الصادرة عن الإدارة¹.

يتضح مما سبق أن القضاء الإداري الفلسطيني متمثلاً بمحكمة العدل العليا (سابقاً) وفي ظل أحكام قانون تشكيل المحاكم النظامية وقانون السلطة القضائية وقانون أصول المحاكمات المدنية والتجارية، كان قضاءً على درجة واحدة فقط؛ أي بمعنى آخر فإن أحكام محكمة العدل العليا كانت في تلك الفترة وحتى

¹ انظر المادة (39) من قانون تشكيل المحاكم النظامية رقم (5) لسنة 2001 التي نصت على " تختص محكمة العدل العليا بالنظر فيما يلي:

- 1- الطعون الخاصة بالانتخابات.
- 2- الطلبات التي يقدمها ذوو الشأن بإلغاء اللوائح أو الأنظمة أو القرارات الإدارية النهائية الماسة بالأشخاص أو الأموال الصادرة عن أشخاص القانون العام بما في ذلك النقابات المهنية.
- 3- الطلبات التي هي من نوع المعارضة في الحبس التي يطلب فيها إصدار أوامر الإفراج عن الأشخاص الموقوفين بوجه غير مشروع.
- 4- المنازعات المتعلقة بالوظائف العمومية من حيث التعيين أو الترقية أو العلاوات أو المرتبات أو النقل أو الإحالة إلى المعاش أو التأديب أو الاستبعاد أو الفصل، وسائر ما يتعلق بالأعمال الوظيفية.
- 5- رفض الجهة الإدارية أو امتناعها عن اتخاذ أي قرار كان يجب اتخاذه وفقاً لأحكام القوانين أو الأنظمة المعمول بها.
- 6- سائر المنازعات الإدارية.
- 7- المسائل التي ليست قضايا أو محاكمات بل مجرد عرائض أو استدعاءات خارجة عن صلاحية أي محكمة تستوجب الضرورة الفصل فيها تحقيقاً للعدالة.
- 8- أية أمور أخرى ترفع إليها بموجب أحكام القانون.

وقت قريب أحكاماً قطعية غير قابلة للطعن بأي شكل و/أو طريقة من طرق الطعن المقررة قانوناً أمام أية محكمة أخرى¹.

كذلك نشير أن القضاء الإداري في ظل محكمة العدل العليا لم يكن قضاءً على درجة واحدة فقط؛ بل كان قضاء إلغاء دون تعويض؛ أي يختص بالنظر في مشروعية القرار الإداري وصولاً إلى تقرير مشروعيته ورد الطعن المقدم على هذا القرار أو تقرير عدم مشروعيته والحكم بإلغائه أو تعديله، وهو ما أكدت عليه المادة (291) من الباب الرابع عشر من قانون أصول المحاكمات المدنية والتجارية رقم (1) لسنة 2001م التي نظمت أصول المحاكمات المتبعة أمام محكمة العدل العليا وطبيعة الحكم الذي سيصدر عن المحكمة². وفي هذا الصدد أكدت محكمة العدل العليا الفلسطينية في عدد من الأحكام الصادرة عنها أنها غير مختصة بنظر طلبات التعويض عن القرار الإداري وأن الاختصاص بنظر التعويض ينعقد لمحكمة أخرى³. أجمع معظم فقهاء وشرّاح القانون في فلسطين أن المحاكم المختصة بنظر دعاوى التعويض عن القرارات الإدارية غير المشروعية هي المحاكم النظامية (العادية) ممثلة بمحاكم الصلح والبدائية تبعاً لقيمة التعويض المطالب به، كون أن قانون أصول المحاكمات المدنية والتجارية وغيره من القوانين النافذة، لم تنص على اعتبار قضايا التعويض من القضايا النوعية التي تختص بها محكمة الصلح مهما بلغت قيمتها أو محكمة البدائية بصفتها المحكمة صاحبة الولاية العامة، ولما كان الأمر كذلك فإن الاختصاص القيمي للدعوى يكون واجب التطبيق في الحالة هذه وتحدد المحكمة المختصة استناداً لقيمة التعويض المطالب به من قبل المدعي في لائحته دعواه، وقواعد الاختصاص القيمي الواردة في المادة (39) من قانون أصول المحاكمات المدنية والتجارية النافذ⁴.

¹ ريناد الحسين، "التعويض عن القرارات الإدارية غير المشروعة في فلسطين في ضوء أحكام القرار بقانون رقم 41 لسنة 2020 بشأن المحاكم الإدارية" (2021) مجلة جامعة الزيتونة الأردنية للدراسات القانونية، عدد 2، 106، 111.

² ريناد الحسين، مرجع سابق، ص 111.

³ انظر حكم محكمة العدل العليا، إداري، 1996/71، بتاريخ 1997/4/23.

⁴ أمل حلو، "القضاء الإداري الفلسطيني بين الواقع والتطبيق القانوني" (رسالة ماجستير، جامعة النجاح الوطنية: فلسطين،

2022) ص 61.

المطلب الثاني:

التعويض عن القرارات الإدارية في ظل أحكام القرار بقانون بشأن المحاكم الإدارية.

أصدر ديوان الجريدة الرسمية الذي يعد الخلف القانوني لديوان الفتوى والتشريع العدد (22 ممتاز) من جريدة الوقائع الفلسطينية بتاريخ 2021/01/11م، وقد حمل هذا العدد ضمن طياته مجموعة من القرارات بقانون بشأن المحاكم النظامية والإدارية، إذ احتوى العدد المذكور على القرار بقانون رقم (41) لسنة 2020م بشأن المحاكم الإدارية الصادر عن رئيس دولة فلسطين بتاريخ 2020/12/30م، ودخل حيز النفاذ اعتباراً من تاريخ نشره في الجريدة الرسمية أي من تاريخ 2021/01/11م تطبيقاً لنص المادة (61) منه¹.

أنشأ القرار بقانون بشأن المحاكم الإدارية كما أسلفنا سابقاً هيئة قضائية مستقلة على درجتين، الأولى تمثلت في المحكمة الإدارية، أما الثانية فتمثلت بالمحكمة الإدارية العليا، وبالإطلاع على الاختصاصات الممنوحة يتضح أن المحكمة الإدارية التي تعد بمثابة محكمة درجة أولى صاحبة الصلاحية بالنظر في طلبات التعويض عن الأضرار المترتبة نتيجة القرارات والإجراءات التي تختص المحكمة بالنظر فيها، وتجدر الإشارة إلى عدم إمكانية تقديم طلبات التعويض لأول مرة أمام المحكمة الإدارية العليا كون أن الطلب المذكور لا تتوافر فيه شروط تقديم الطعن الواجب توافرها لانعقاد الاختصاص للمحكمة الإدارية العليا².

إن الناظر للأحكام التي أوردها القرار بقانون بشأن المحاكم الإدارية يجد أن المشرع الفلسطيني لم يقف عند حد منح صلاحية النظر في طلبات التعويض للمحكمة الإدارية؛ بل تعدى الأمر ذلك ليشمل منحها هذه الصلاحية دون غيرها من المحاكم الأخرى، وهو ما يعني أنه يمنع على القضاء العادي النظامي باختلاف أنواعه ودرجاته بعد دخول القرار بقانون المذكور حيز النفاذ؛ أي من تاريخ 2021/01/11م النظر في دعاوى التعويض التي سترفع أمامه بشكل مستقل للمطالبة بجبر ما وقع من ضرر نتيجة تصرفات وقرارات الإدارة غير المشروعة³.

¹ حمل العدد 22 ممتاز من جريدة الوقائع الفلسطينية، الصادر بتاريخ 2021/1/11م، مجموعة من القرار بقانون الأخرى ذات العلاقة بالشأن القضائي كقرار بقانون تشكيل المحاكم النظامية والقرار بقانون بشأن السلطة القضائية، حيث أحدثت القرارات بقوانين المذكورة تغييرات كبيرة على صعيد المحاكم النظامية واختصاصاتها وغير ذلك من الأمور.

² ريناد الحسين، مرجع سابق، ص112.

³ محمد أبو سمرة، "التعويض عن القرارات الإدارية غير المشروع في القضاء الإداري الفلسطيني" دراسة تحليلية" (رسالة ماجستير، جامعة الأقصى: فلسطين، 2022م) ص89.

وعليه يمكن معرفة الاختصاص الحصري للمحكمة الإدارية بنظر طلبات التعويض عن القرارات الإدارية دون غيرها، من خلال صريح نص المادة (55) من القرار بقانون رقم (41) لسنة 2020م بشأن المحاكم الإدارية، والتي نصت على "عند نفاذ أحكام هذا القرار بقانون، والانتهاه من التشكيل الأول للمحكمة الإدارية العليا والمحكمة الإدارية: 1. تحال الدعاوى الإدارية المنظورة أمام المحكمة العليا/ محكمة النقض كافة إلى المحكمة الإدارية للسير بها من النقطة التي وصلت إليها. 2. تختص المحكمة الإدارية بالنظر في جميع الدعاوى الإدارية التي كانت من اختصاص المحكمة العليا/ محكمة النقض مؤقتاً بموجب التشريعات النافذة قبل نفاذ أحكام هذا القرار بقانون¹.

يلاحظ على القرار بقانون بشأن المحاكم الإدارية عدم تبيانها لقواعد تقادم المطالبة بالتعويض، كذلك فإن القرار بقانون المذكور عندما حصر صلاحية النظر في طلبات التعويض للمحكمة الإدارية فقط إذ قدمت تبعاً لدعوى الإلغاء، لم يبين مصير دعاوى التعويض التي سترفع بشكل مستقل نتيجة لفوات ميعاد تقديم الطعن بالإلغاء في القرار الإداري المرتب للضرر².

أما فيما يتعلق بتقدير قيمة التعويض فإن القرار بقانون بشأن المحاكم الإدارية لم ينص على أية قواعد و/أو أسس يمكن للمحكمة الاستناد إليها في تقدير قيمة التعويض، وهو ما يعني أن المحكمة الإدارية تملك صلاحية مطلقة في تقدير قيمة التعويض، استناداً إلى الأدلة والإثباتات والمستندات المقدمة لها من قبل المستدعي (الطاعن)، كذلك نشير أن القضاء الإداري يستند عادة في تقدير قيمة التعويض وقت صدور الحكم في القرار المطلوب إلغاؤه وليس من تاريخ إقامة الدعوى و/أو صدور القرار³.

ولعل السبب في ذلك يعود من وجهه نظرنا إلى أن المحكمة في أثناء نظرها للطعن قد تستغرق وقتاً طويلاً، وهو ما قد يزيد من حجم الضرر الذي لحق بالطعن مقارنة بما ما كان عليه عند صدور القرار الإداري و/أو إقامة الدعوى، وبالتالي فإن الاستناد إلى وقت صدور القرار و/أو إقامة الدعوى في تقدير قيمة التعويض، سيشكل إجحافاً بحق المستدعي في جبر ما لحق به من ضرر وخروجاً عن الغاية المرجوة من وجود قضاء التعويض في القضاء الإداري الفلسطيني.

¹ قرار بقانون رقم (41) لسنة 2020م بشأن المحاكم الإدارية وتعديلاته، جريدة الوقائع، عدد 22 ممتاز، 2020/12/30م، ص19.

² أمل حلو، مرجع سابق، ص67.

³ ريناد الحسين، مرجع سابق، ص117.

إن التجربة القضائية الفلسطينية في مجال التعويض عن القرارات الإدارية على صعيد القضاء الإداري هي تجربة حديثة نسبياً إذا لم يمض على صدور القرار بقانون بشأن المحاكم الإدارية العامين، بالإضافة إلى ذلك فإن التشكيل الأول للمحكمة الإدارية والمحكمة الإدارية العليا لم يمض عليه قرابة العام.

الخاتمة:

تناولت الدراسة موضوع اختصاص المحكمة الإدارية الفلسطينية بالتعويض، بشيء من التفصيل في ظل التطورات التي طرأت على القضاء الإداري الفلسطيني خاصة بعد صدور أحكام القرار بقانون بشأن المحاكم الإدارية رقم (41) لسنة 2020م وتعديلاته، وإنشاء هيئة قضائية مستقلة قائمة بذاتها تسمى المحاكم الإدارية على درجتين، تتمتع بصلاحيات موسعة عن تلك التي كانت ممنوحة لمحكمة العدل العليا الملغاة سابقاً، وبين الباحث مفهوم دعوى التعويض وأهميتها وخصائصها، بالإضافة إلى أركان دعوى التعويض الواجب توافرها لانعقاد الاختصاص للمحكمة بنظر دعوى التعويض وتقدير قيمة التعويض، وقضاء التعويض في فلسطين في ظل محكمة العدل العليا سابقاً، وما بعد إلغاء هذه الأخيرة وإنشاء المحكمة الإدارية بموجب قرار بقانون المحاكم الإدارية، وفي ختام هذا البحث توصل الباحث إلى مجموعة من النتائج المتعلقة بموضوع الدراسة على النحو الآتي:

- 1- مفهوم دعوى التعويض استناداً لأحكام محكمة النقض بصفتها الإدارية هو جبر الضرر الذي لحق بالمستدعي جراء صدور القرار المقرر إلغاؤه.
- 2- لدعوى التعويض عن القرار الإداري خصائص عدة أبرزها تمتع القاضي الإداري في دعاوى التعويض بصلاحيات واسعة عن تلك الممنوحة له في دعوى الإلغاء، كما وأنها تعد من الدعاوى الشخصية التي تقام من قبل الشخص المتضرر من تصرف الإدارة غير المشروع.
- 3- الحكم الصادر في دعوى التعويض يكتسب حجية نسبية بحيث تقتصر صلاحية الاحتجاج به على أطراف الطعن فقط ، دون أن تمتد صلاحية الاحتجاج بالحكم لتشمل من لم يكن ممثلاً في الطعن المقدم، على خلاف الحكم الفاصل الصادر في دعوى الإلغاء الذي يكتسب حجية مطلقة.
- 4- لدعوى التعويض أهمية كبيرة تتمثل في كونها مكمل لدعوى الإلغاء ومتربطة بها ارتباطاً عضوياً، بالإضافة إلى أن دعوى التعويض تمتد لتشمل التعويض عن القرار الإداري و/أو الضرر الناتج عن تنفيذ عقد إداري و/أو أي عمل أتت به الإدارة وتسبب بضرر للأفراد، على خلاف دعوى الإلغاء التي يقتصر ملحها على إلغاء القرارات الإدارية فقط.
- 5- قيام المسؤولية الإدارية التي تجيز للمحكمة الحكم بالتعويض يقتضي توافر وتحقيق شروط دعوى التعويض المتمثلة في وجود خطأ وضرر وعلاقة سببية، وأن التطبيق الفعلي لهذه العناصر يستوجب أن تكون الإدارة مسؤولة عن الخطأ الذي وقع منها وتحقيق الضرر بحق المستدعي /المضرور وتوافر علاقة السببية بين الخطأ والضرر.

6- القرارات الإدارية غير المشروعة التي تكون الإدارة ملزمة بالتعويض عنها هي تلك التي يثبت مخالفتها لأحكام القانون أو التعسف في استعمال السلطة أو الانحراف في استعمالها.

7- القضاء الإداري الفلسطيني متمثلاً بمحكمة العدل العليا (سابقاً) في ظل أحكام قانون تشكيل المحاكم النظامية، وقانون السلطة القضائية، وقانون أصول المحاكمات المدنية والتجارية، كان قضاء إلغاء دون تعويض وعلى درجة واحدة فقط.

8- أحكام محكمة العدل العليا بصفتها الإدارية (سابقاً) هي أحكام قطعية غير قابلة للطعن بأي شكل و/أو طريقة من طرق الطعن المقررة قانوناً أمام أية محكمة أخرى.

9- أصبح القضاء الإداري الفلسطيني بعد صدور أحكام القرار بقانون رقم (41) لسنة 2020 بشأن المحاكم الإدارية وقرارات تشكيل المحكمة الإدارية والمحكمة الإدارية العليا، قضاءً شاملاً يختص بالنظر في إلغاء القرار الإداري المطعون فيه والتعويض عنه.

10- منح القرار بقانون بشأن المحاكم الإدارية، للمحكمة الإدارية دون غيرها الصلاحية بالنظر في طلبات التعويض عن الأضرار المترتبة نتيجة القرارات والإجراءات التي تختص المحكمة بالنظر فيها إذا قدمت تبعاً لدعوى الإلغاء.

11- القرار بقانون بشأن المحاكم الإدارية لم يبين ميعاد التقادم لدعاوي التعويض، ومصير دعاوي التعويض التي سترفع بشكل مستقل نتيجة فوات ميعاد الطعن بإلغاء القرار الإداري، كذلك نشير أن القرار بقانون لم يشر إلى أسس تقدير التعويض.

التوصيات:

1- يوصي الباحث بضرورة إعادة النظر في النصوص التي أوردها القرار بقانون رقم (41) لسنة 2020م وتعديلاته بشأن المحاكم الإدارية سيما فيما يتعلق بطلبات التعويض التي لا تقدم تبعاً لدعوى الإلغاء نتيجة فوات ميعاد الطعن بالإلغاء، ويقترح الباحث في هذا الصدد إضافة نص مادة إلى القرار بقانون يتيح للطاعن إقامة دعوى التعويض بشكل مستقل بشروط معينة و/أو خلال مدة معينة من تاريخ صدور القرار الإداري.

2- يوصي الباحث بضرورة ذكر أسس تقدير التعويض في القرار بقانون رقم (41) لسنة 2020م بشأن المحاكم الإدارية.

3- يوصي الباحث بضرورة قيام المحكمة الإدارية بزيادة الوعي القانوني للمواطنين حول دور المحاكم الإدارية.

المصادر والمراجع:

أولاً: المصادر:

- قرار بقانون رقم (41) لسنة 2020م بشأن المحاكم الإدارية وتعديلاته، جريدة الوقائع، عدد22 ممتاز، 2020/12/30م.
- محكمة العدل العليا، إداري، 1996/71، بتاريخ 1997/4/23.
- محكمة النقض بصفتها الإدارية، إداري، 2021/102، بتاريخ 2021/11/24.
- محكمة النقض بصفتها الإدارية، إداري، 2021/164م، بتاريخ 2022/2/2م.
- محكمة النقض بصفتها الإدارية، إداري، 2021/254، بتاريخ 2022/3/7م.

ثانياً: المراجع:

- أبو الهوى، نداء، "مسؤولية الإدارة بالتعويض عن القرارات الإدارية غير المشروعة" (رسالة ماجستير، جامعة الشرق الأوسط: الأردن، 2010).
- أبو سمرة، محمد، "التعويض عن القرارات الإدارية غير المشروع في القضاء الإداري الفلسطيني" دراسة تحليلية" (رسالة ماجستير، جامعة الأقصى: فلسطين، 2022م).
- الحسين، ريناد، "التعويض عن القرارات الإدارية غير المشروعة في فلسطين في ضوء أحكام القرار بقانون رقم 41 لسنة 2020 بشأن المحاكم الإدارية" (2021) مجلة جامعة الزيتونة الأردنية للدراسات القانونية، عدد 2، 106.
- الخرايشة، رائد، "طلبات التعويض في القضاء الإداري الأردني: دراسة مقارنة" (رسالة ماجستير، جامعة الشرق الأوسط: الأردن، 2022).
- الناصري، شمس، "مسؤولية الإدارة في التعويض عن القرارات الإدارية" (رسالة ماجستير، جامعة الإمارات العربية المتحدة: الإمارات العربية المتحدة، 2018).
- بلعباس دنيا، مروى تواتي، "مسؤولية الإدارة بالتعويض عن القرارات غير المشروعة" (رسالة ماجستير، جامعة ابن خلدون تيارت: الجزائر، السنة الجامعية 2021/2022).
- حلو، أمل، "القضاء الإداري الفلسطيني بين الواقع والتطبيق القانوني" (رسالة ماجستير، جامعة النجاح الوطنية: فلسطين، 2022).
- سلهب، كندة، "دعوى التعويض الكامل" دعوى التعويض: مفهومها - خصائصها - تمييزها عن دعوى الإلغاء" (2019) مجلة جامعة تشرين للبحوث والدراسات العلمية، عدد6، 300.

- يونس، محمد، "دعوى التعويض في القرار الإداري: دراسة مقارنة"، (رسالة ماجستير، جامعة النيلين: السودان، 2018).

وسائل الضبط الإداري ومدى فاعليتها في المحافظة على الصحة العامة في فلسطين دراسة حالة "كوفيد-19"

***Assessing the Effectiveness of Administrative Controls
in Safeguarding Public Health in Palestine: A COVID-
19 Case Study***

ط.د محمد مصطفى خالد حرارة

الجامعة الإسلامية العالمية – ماليزيا، طالب دكتوراه في القانون عام لدى

وسائل الضبط الإداري ومدى فاعليتها في المحافظة على الصحة العامة في فلسطين دراسة حالة "كوفيد-19"

*Assessing the Effectiveness of Administrative Controls in Safeguarding Public Health in
Palestine: A COVID-19 Case Study*

ط.د محمد مصطفى خالد حرارة

الجامعة الإسلامية العالمية – ماليزيا، طالب دكتوراه في القانون عام

moh2020260@gmail.com

تاريخ النشر: 2024-01-07

تاريخ الاستلام: 2023-00-00

DOI: <https://doi.org/10.70411/MJLS.2.1.202468>

ملخص:

جائحة كورونا أو ما يسمى "كوفيد-19" أثرت بشكل مباشر على الصحة العامة للإنسان؛ وهذا ما استدعى تدخل الدول عبر أنظمتها الداخلية لمواجهة هذه الجائحة والحد من انتشارها، وتقليل انتشار هذه الجائحة؛ عبر البشر؛ والحيوانات، نظراً لانتشارها بشكل سريع جداً. ولجأت فلسطين إلى مواجهة هذه الجائحة عبر تطبيق أحكام وسائل الضبط الإداري، كون إحدى وظائف الضبط الإداري هي المحافظة على الصحة العامة. ومن وسائل الضبط الإداري التي لجأت إليها فلسطين لمواجهة خطر انتشار جائحة كورونا لوائح الضبط الإداري؛ والقرارات الضبطية الفردية؛ والتنفيذ الجبري، كما أن استعمال هذه الوسائل كان لها أثر كبير في حماية الصحة العامة والحد من خطر انتشار جائحة كورونا. وتهدف الدراسة التي بين أيدينا إلى معرفة مدى فاعلية الجهود التي بذلتها فلسطين في مواجهة جائحة كورونا والحد من انتشارها، وأثر الإجراءات المبذولة في حماية الصحة العامة. وللوصول إلى هدف الدراسة فقد اتبع الباحث المنهج التحليلي والاستقرائي للإجراءات والوسائل الضبطية الإدارية التي طبقتها فلسطين في سبيل مواجهة الجائحة. وخلص الباحث إلى مجموعة من النتائج والتوصيات، وكان من أهم النتائج: إحدى مكونات النظام العام المحافظة على الصحة العامة والتي يتعين على الدولة المحافظة عليها ووقايتها من أي خطر.

الكلمات المفتاحية: جائحة، كوفيد-19، وسائل الضبط الإداري، الصحة العامة، النظام العام.

Abstract:

The Corona pandemic, also known as "COVID-19", has profoundly impacted public health worldwide. This situation necessitated the intervention of governments through their internal mechanisms to combat this pandemic and curb its spread, considering its rapid transmission among humans and potentially, animals. In response, Palestine implemented various administrative controls, as safeguarding public health is one of the primary functions of these mechanisms. To tackle the threat of the spreading Corona pandemic, Palestine employed several administrative control measures including regulatory directives, individual control decisions, and enforced implementations. The deployment of these strategies played a significant role in preserving public health and minimizing the risk of the virus' spread. This study aims to evaluate the efficacy of Palestine's efforts in combating the Corona pandemic and mitigating its proliferation, as well as to analyze the impact of these measures on safeguarding public health. To achieve the study's objectives, the researcher utilized an analytical and inductive approach, focusing on the administrative control procedures and strategies Palestine adopted to counter the pandemic. The study culminated in a set of findings and recommendations, with a notable conclusion being that the preservation of public health is a critical component of the public system, warranting steadfast protection and preservation by the government against any potential threats.

Keywords: Pandemic, Covid-19, Administrative Control Methods, Public Health, Public Order.

المقدمة:

السلطة التنفيذية في أية دولة لها عدة وظائف؛ وإحدى وظائفها الأساسية هي تمتعها بسلطة الضبط الإداري، وقرارات الضبط الإداري الصادرة عن الجهة التنفيذية تخاطب الأفراد وتعمل على تقييد حقوقهم وحررياتهم بهدف تحقيق الغاية الأساسية وهي المحافظة على أحد مكونات النظام العام في الدولة. وتجدر الإشارة إلى أن مكونات النظام العام الأساسية والمتفق عليها بين أغلب الدول هي (الأمن العام، والصحة العامة، والسكينة العامة).

ونظراً لخطورة جائحة كورونا وتأثيرها المباشر على أحد مكونات النظام العام المتمثلة بالصحة العامة استدعى تدخل السلطة التنفيذية إلى تطبيق وسائل الضبط الإداري بهدف وقاية المجتمع الفلسطيني من خطر انتشار الجائحة.

وتتمثل وسائل الضبط الإداري التي لجأت إليها السلطة التنفيذية في فلسطين لمجابهة خطر الجائحة والحد من انتشارها، في لوائح الضبط الإداري "القرارات التنظيمية"، والقرارات الإدارية الفردية الضبطية، والتنفيذ الجبري. ولا مناص من القول إن هذه الوسائل أثبتت مدى فاعليتها، وكان لها دور بارز في حصر انتشار جائحة كورونا وتقليل نسبة الخطورة.

مشكلة البحث:

تتمحور المشكلة الأساسية في هذه الدراسة في السؤال التالي: هل وسائل الضبط الإداري التي لجأت إليها فلسطين في أثناء انتشار وباء (كوفيد-19) كان لها فاعلية في الحفاظ على الصحة العامة؟ ويتفرع عن هذه الإشكالية مجموعة من الأسئلة الفرعية:

1- ماهية مكونات النظام العام؟

2- هل الإجراءات التي قيدت بها سلطات الضبط الإداري النشاط الخاص للأفراد في فلسطين كانت

ذات فاعلية في حماية الصحة العامة والحد من انتشار الأوبئة؟

أهمية البحث:

هدف الضبط الإداري هو حماية النظام العام أو حماية أحد مكوناته، ومن أهم المكونات التقليدية هو حماية الصحة العامة. ونظراً لانتشار جائحة كورونا وأثرها على الصحة العامة كان لسلطات الضبط الإداري اتخاذ التدابير التي تمكنها من حماية الصحة العامة والحد من الآثار الضارة التي تؤثر بشكل مباشر على صحة المجتمع؛ وهذا الأمر يلزم السلطة التنفيذية تقييد النشاط الخاص للأفراد. كما للبحث أهمية في معرفة حدود هذا التقييد ومدى تعارضه مع القوانين السارية في فلسطين والتي تعطي مساحة واسعة من الحرية في

القيام بالنشاط الخاص من قبل الأفراد، كما تبرز أهمية الدراسة في بيان مدى كفاية الوسائل التي بحوزة سلطات الضبط الإداري لتحقيق هدفها في المحافظة على الصحة العامة.

هدف البحث:

تهدف الدراسة إلى تقديم رؤية قانونية واضحة عن طبيعة وسائل الضبط الإداري والهيئات المختصة بإصدارها في فلسطين، وكذلك معرفة مدى فاعليتها في مواجهة جائحة كورونا في فلسطين.

منهجية البحث:

نظراً لأهمية موضوع البحث فقد اتبع الباحث في هذه الدراسة عدة مناهج متمثلة في المنهج التحليلي: وذلك من خلال تحليل الإجراءات التي لجأت إليها سلطات الضبط الإداري في فلسطين من أجل المحافظة على الصحة العامة بصورة تمكن القارئ الوصول إلى الفائدة المرجوة من البحث، وكذلك لجأ الباحث إلى استعمال المنهج الاستقرائي: وهذا المنهج يتخذ مبدأ استقراء النصوص والأحكام والقرارات القانونية الصادرة من قبل السلطة التنفيذية وتحليلها، ومعرفة مدى الفاعلية.

خطة البحث:

للإجابة على الأسئلة المطروحة والتي برزت من الإشكالية المطروحة لموضوع الدراسة، قسم الباحث دراسته إلى مبحثين: المبحث الأول: الأساس القانوني للمحافظة على الصحة العامة في التشريع الفلسطيني، بينما المبحث الثاني، وسائل الضبط الإداري ومدى فاعليتها في مواجهة جائحة كورونا.

المبحث الأول:

الأساس القانوني للمحافظة على الصحة العامة في التشريع الفلسطيني

تتمثل مكونات النظام العام في المكونات المادية التقليدية والمكونات المعنوية الحديثة؛ وتتمثل المكونات التقليدية في المحافظة على الأمن العام والصحة العامة والسكينة العامة¹، بينما المكونات المعنوية الحديثة تشتمل على المحافظة على الأخلاق والآداب العامة واحترام كرامة الإنسان، وهذه المكونات تنسجم مع المجتمعات العربية والإسلامية، ومنها المجتمع الفلسطيني الذي يرتبط بعبادات وتقاليد لا يمكن المساس بها².

ولمعرفة الأساس القانوني في التشريع الفلسطيني لأحد مكونات النظام العام التقليدية المتمثلة في المحافظة على الصحة العامة؛ هذا الأمر يتطلب منا بيان مفهوم الصحة العامة، ومعرفة أحكام المحافظة على الصحة العامة في التشريع الفلسطيني، وذلك من خلال المطلبين التاليين:

المطلب الأول:

مفهوم الصحة العامة

يعرف البعض الصحة العامة بأنها "حماية صحة الأفراد من الأمراض والأوبئة ومنع انتشارها والحد من آثارها ويتم ذلك بوسائل عديدة؛ منها أن تقوم الإدارة بتطعيم الأفراد وتعمل على منع انتشار الأمراض، وتقوم بتوفير المياه الصالحة للشرب ومراقبة الأغذية وصلاحياتها³." كما وعرفها آخرون بأنها "اتخاذ الإجراءات الوقائية والعلاجية من أجل حماية المواطنين من الأمراض وتقييدها وضرورة توفير مياه صالحة للشرب وأماكن نظيفة خالية من التلوث"⁴.

¹. بلا أمين زين الدين، الإصلاح الإداري في مصر والدول النامية -دراسة مقارنة على هدى مبادئ الشريعة الإسلامية، دار الفكر الجامعي، الاسكندرية، سنة (2012م)، ص 367.

². هاني غانم، الوجيز في أصول القانون الإداري، الطبعة الثانية، مكتبة نيسان، 2018م، ص 82.

³. مازن ليو راضي، القانون الإداري، منشورات الأكاديمية العربية في الدنمارك، سنة 2008م، ص 60.

⁴. انور الشاعر، الوجيز في القانون الإداري، غ غزة مكتبة نيسان، الطبعة الأولى، 2016م، ص 115.

وفضلاً عن ذلك أن الأفراد لا يمكنهم أن يتمتعوا بالبيئة الصحية إلا عند توافر بيئة خالية من التلوث لكي يتمكنوا من العيش فيها، ولا يمكن تحقق ذلك إلا من خلال وضع مجموعة من الضوابط التي تمنع تلوث البيئة¹.

وبالرجوع إلى التشريع الفلسطيني نجد أن المشرع الفلسطيني لم يحدد مفهوم المحافظة على الصحة العامة، وهذا يؤدي بنا إلى عدم حصر ومعرفة الأفعال التي يترتب على ممارستها أو القيام بها خطر يعرض الصحة العامة للضرر أم لا، وعليه يتعين على المشرع الفلسطيني تحديد مفهوم المحافظة على الصحة العامة، لتحديد وتصنيف النشاطات المسموح القيام بها والأخرى غير المسموح القيام بها. على الرغم من ذلك يحاول الباحث أن يضع مفهوماً للصحة العامة بأنها "حماية صحة الأفراد ووقايتها من الأمراض والأوبئة من خلال اتخاذ الإجراءات والتدابير الوقائية والعلاجية اللازمة لذلك".

المطلب الثاني:

الأساس القانوني للمحافظة على الصحة العامة في القانون الفلسطيني

جاء في نص المادة رقم (9) من القانون رقم (1) لسنة 1997م بشأن الهيئات المحلية الفلسطينية على اتخاذ جميع الإجراءات اللازمة والضرورية للمحافظة على الصحة العامة²، كما وجاء في نص القانون رقم (7) لسنة (1999م) بما يتعلق بوجوب المحافظة على البيئة من الملوثات والمحافظة على البيئة الأرضية والهوائية وأيضاً المائية من كل الملوثات، وفرض القانون عقوبات على كل من يتسبب في ذلك إساءة استعمال البيئة³.

كما ونص المشرع الفلسطيني على ضرورة المحافظة على الصحة العامة؛ وذلك من خلال قانون الصحة العامة رقم (20) لسنة (2004م)؛ حيث جاء في تقسيم فصوله ما يفيد بضرورة المحافظة على الصحة العامة، وجاء في طياته ان المشرع أعطى الصلاحية لوزير الصحة بتوفير التأمين الصحي اللازم لسكان المجتمع، وكذلك وضع الأنظمة اللازمة من أجل سلامة الغذاء ووضع شروط وضوابط خاصة في المنشآت المكلفة بجمع ونقل النفايات الخطرة وطرق إتلافها، وآلية مكافحة القوارض والحشرات، والإشراف على شبكات الصرف الصحي؛ وشواطئ البحار؛ ومكافحة الأمراض المعدية وغير المعدية وحصر انتشارها؛

¹. حمدي العجمي، القانون الإداري في المملكة العربية السعودية -دراسة مقارنة-، مكتبة الملك فهد، 2010م، ص282.

². أنظر الفقرة رقم (9) من المادة رقم (15) من القانون رقم 1 لسنة 1997م بشأن الهيئات المحلية الفلسطينية.

³. قانون بشأن البيئة رقم (7) لسنة 1999م، صدر بمدينة غزة بتاريخ: 1999/12/28.

وإزالة جميع المكاره الصحية التي تؤثر على صحة الإنسان؛ ومنع مزاوله أي نشاط أو مهنة أو حرفة تؤثر على الصحة العامة للأفراد أو تؤثر على صحة البيئة¹.

كما جاء في قانون المواصفات والمقاييس الفلسطينية رقم (6) لسنة 2000م المادة رقم (3) منه ما يؤكد على ضرورة المحافظة على الصحة العامة من خلال إيجاد مجموعة من المعايير والضوابط الاقتصادية للمستهلك².

وجاء أيضاً في المرسوم الرئاسي رقم (22) لسنة (2003) بما يتعلق باختصاصات المحافظين من أجل المحافظة على الصحة العامة وذلك في نص المادة (5): "يتولى المحافظ الاختصاصات والصلاحيات التالية: 1- الحفاظ على الأمن العام والأخلاق والنظام والآداب العامة وحماية الحريات العامة وحقوق المواطنين"³. ومن حقوق المواطنين حماية الصحة العامة في المجتمع ويفهم ضمناً من النص السابق أن من اختصاص المحافظين هو المحافظة على الصحة العامة.

وعلى الرغم من كل ما سبق نشير إلى أن القانون الأساسي للعام (2003م) وتعديلاته وفق نص المادة رقم (84) التي تحدد مكونات النظام العام؛ لم تنص على أن المحافظة على الصحة العامة هي إحدى مكونات النظام العام، لذا يتعين على المشرع الفلسطيني النص صراحةً على أن الصحة العامة أحد المكونات الأساسية والتي أجمع عليها فقهاء القانون الإداري.

وتجدر الإشارة إلى أن الجهات المختصة في المحافظة على الصحة العامة في فلسطين، قد تكون هيئات ضبط إداري مركزي وهيئات ضبط إداري محلي، والهيئات المركزية تتمثل في رئيس الدولة⁴، ومجلس

¹. قانون الصحة العامة رقم (20) لسنة (2004م)، صدر في مدينة غزة بتاريخ: 27 /ديسمبر/ 2004.

². المادة رقم 3 من قانون المواصفات والمقاييس الفلسطينية رقم (6) لسنة 2000م، صدر بمدينة غزة بتاريخ 2000/9/17.

³. المادة (5): من المرسوم الرئاسي رقم (22) لسنة (2003م) بشأن اختصاصات المحافظين، صدر في مدينة رام الله بتاريخ 2003/7/1م.

⁴. المادة (43) من القانون الأساسي الفلسطيني لسنة 2003م وتعديلاته لسنة 2005م.

الوزراء¹، ووزارة الداخلية². في حين أن هيئات الضبط الإداري المحلية هي: المحافظ³، والهيئات الإقليمية والمحلية⁴، والهيئات المرفقية أو المصلحية⁵.

ومن خلال ما تقدم نجد أن المشرع الفلسطيني توسع في مجال المحافظة على الصحة العامة، كما ووجد أساساً معقولاً لها، ولم يقتصر ذلك على المحافظة من خطر الأوبئة والأمراض المعدية فقط؛ بل تطرق إلى حماية كل ما يؤثر على سلامة البيئة من نفايات خطرة، وتلوث بيئي، وإزالة جميع المكاه الصحية، أضف إلى ذلك منع مزاوله أي نشاط أو مهنة يشكل في ممارستها خطر مباشر على الصحة العامة.

¹. المادة (69) من القانون الأساسي الفلسطيني.

². المادة رقم (2) من قانون الدفاع المدني رقم (3) لسنة 1998م، صدر بمدينة غزة بتاريخ 28 / 5 / 1998م.

³. المادة رقم (2) من المرسوم الرئاسي رقم (22) لسنة 2003م.

⁴. المادة رقم (15) من قانون الهيئات المحلية رقم (1) لسنة 1997م، نشر في الجريدة الرسمية بتاريخ الموافق 1997/10/12م.

⁵. المادة رقم (4) من المرسوم الرئاسي رقم (16) لسنة 2006م، بشأن تنظيم الإدارة العامة للمعابر والحدود، صدر في 2006/3/18م.

المبحث الثاني:

وسائل الضبط الإداري ومدى فاعليتها في مواجهة جائحة كورونا

السلطة التنفيذية في فلسطين هي الجهة المناط بها استعمال وسائل الضبط الإداري من أجل مواجهة جائحة كورونا والحد من انتشارها، وهذه الوسائل تتمثل في لوائح الضبط الإداري أو ما يسمى "القرارات التنظيمية"، والقرارات الفردية الضبطية، والتنفيذ الجبري.

ومن خلال دراستنا البحثية يتعين علينا بيان الوسائل التي استعملتها السلطة التنفيذية في سبيل مواجهة جائحة كورونا، وهل للوسائل المستعملة فاعلية في الحد من انتشار الجائحة، للإجابة على ذلك نقسم هذا المبحث إلى مطلبين، المطلب الأول: لوائح الضبط الإداري ومدى فاعليتها في مواجهة جائحة كورونا، المطلب الثاني: القرارات الفردية الضبطية والتنفيذ الجبري ومدى فاعليتهما في مواجهة جائحة كورونا وذلك على النحو الآتي:

المطلب الأول:

لوائح الضبط الإداري ومدى فاعليتها في مواجهة جائحة كورونا

إحدى وظائف سلطات الضبط الإداري المحافظة على النظام العام؛ ويتم ذلك من خلال عدة وسائل، وأحد هذه الوسائل لوائح الضبط الإداري أو ما يسمى "بالقرارات التنظيمية"، وهذا يتطلب منا معرفة ماهية لوائح الضبط الإداري وصورها، مع بيان مدى فاعليتها في حماية الصحة العامة ومواجهة جائحة كورونا وذلك من خلال تقسيم هذا الفصل إلى مبحثين على النحو الآتي:

الفرع الأول:

ماهية لوائح الضبط الإداري

أولاً: مفهوم الضبط الإداري: يعرفها البعض بأنها "تلك القرارات التي تتضمن قواعد عامة ملزمة تطبق على عدد غير محدد من الأفراد، ولا يهم في ذلك عدد الذين تنطبق عليهم"¹.

¹. إيمان محمود محيبس، ووليد حمزة، أساليب الضبط الإداري وصورها في منع عمليات الاتجار بالبشر، مجلة جامعة بابل للعلوم الإنسانية، المجلد 23، العدد 4، جامعة بغداد، كلية القانون، 2015م، ص 17.

كما وقد عرفها آخرون "بأنها عبارة عن قواعد عامة ومجردة تصدر عن السلطة التنفيذية المختصة بهدف المحافظة على النظام العام بعناصره المعروفة"¹.

والجدير بالملاحظة أن التعريفات السابقة للضبط الإداري نجد أنها مفاهيم متشابهة لا تخرج عن المضمون باعتبار القرارات التنظيمية قرارات تتصف بالعمومية أو التجريد، وتصدر عن هيئات الضبط الإداري للمحافظة على النظام العام بعناصره المحددة

ويؤيد الباحث التعريف التالي للوائح الضبط الإداري بأنها "قواعد عامة ومجردة تهدف إلى المحافظة على النظام العام بمكوناته التقليدية والمتمثلة بالمحافظة على الأمن العام والصحة العامة والسكينة العامة أو المكونات الحديثة في احترام كرامة الإنسان، وفي حدود معينة الآداب العامة أو الأخلاقيات العامة"²، وبناءً عليه نرى أن هذا المفهوم هو المفهوم الشامل للضبط الإداري.

ثانياً: **الجهة المختصة بإصدار القرارات الإدارية في فلسطين:** لم ينص القانون الأساسي الفلسطيني صراحةً على جهة اختصاص إصدار لوائح الضبط الإداري، إلا أنه لم يغفل عن القول بأن القيام بالمحافظة على الأمن العام والنظام العام هي من مسؤولية مجلس الوزراء³، ويرى الباحث أن الجهة الوحيدة المختصة بإصدار لوائح الضبط الإداري في التشريع الفلسطيني هو مجلس الوزراء الفلسطيني، ويفهم ذلك ضمناً من خلال ما جاء في المادة (70) من القانون الأساسي الفلسطيني⁴، وعليه لا نجد لرئيس السلطة الوطنية الفلسطينية سلطة إصدار مثل هذه اللوائح، أما بالنسبة للأجهزة الأمنية والمحافظين والهيئات المرفقية والمحلية لا يملكون سوى المحافظة على النظام العام أو أحد مكوناته وفي إطار اختصاصاتهم، ولا يملكون صلاحية إصدار لوائح ضبط إداري، وتجدر الملاحظة إلى كل من قانون الهيئات المحلية قد أعطى الصلاحية لوزير الحكم المحلي، وكذلك قانون اللوازم أعطى الصلاحية للوزير في إصدار لوائح، ولكن في

¹. عبد الله خلف الرقاد، وسائل الضبط الإداري في حماية البيئة مم التلوث العمراني، مجلة الاجتهاد للدراسات القانونية والاقتصادية، المجلد التاسع، العدد الأول، (2020م)، ص279.

². هاني غانم، وأنور الشاعر، الوسيط في القانون الإداري في ضوء اجتهاد أحكام القضاء الإداري في فلسطين، ط1، مكتبة نيسان، 2019م، ص266.

³. المادة (69) من القانون الأساسي الفلسطيني، حيث تنص على أنه يختص مجلس الوزراء بما يلي: "...، 7- مسؤولية حفظ النظام العام والأمن الداخلي.

⁴. المادة (70) من القانون الأساسي الفلسطيني، والتي تنص على أنه "لمجلس الوزراء الحق في التقدم الى المجلس التشريعي بمشروعات القوانين وإصدار اللوائح واتخاذ الإجراءات اللازمة لتنفيذ القوانين".

الحقيقة أن هذه القوانين صدرت قبل إصدار القانون الأساسي، وعليه يعد القانون الأساسي ناسخاً لما قبله من الأحكام القانونية.

الفرع الثاني:

صور لوائح الضبط الإداري التي صدرت لمواجهة كورونا ومدى فاعليتها

لوائح الضبط الإداري عبارة عن وسائل وقائية لمنع وقوع السلوك المخالف لإرادة المشرع الذي يخل بالنظام العام أو أحد مكوناته، وصور لوائح الضبط الإداري تتمثل في لوائح الحظر؛ ولوائح الترخيص؛ ولوائح الإخطار؛ ولوائح التنظيم¹.

أولاً: صور لوائح الضبط الإداري التي صدرت في فلسطين لمواجهة كورونا:

1. لوائح الحظر التي أصدرتها السلطة الإدارية لمواجهة كورونا: صدرت عن السلطة الإدارية في فلسطين قرارات تتمثل في حظر القيام ببعض النشاطات من أجل المحافظة على أحد مكونات النظام العام وهي المحافظة على الصحة العامة، ومن هذه القرارات على سبيل المثال لا الحصر: غلق الجسور والمعابر ودور العبادة والأماكن الدينية؛ ومنع إقامة أي مؤتمرات محلية أو دولية²، وكذلك حظر التنقل والانتقال من وإلى بعض المحافظات؛ ومنع انتقال الحافلات بين المحافظات؛ ومنع الأشخاص المصابين بالوباء من الخروج من مكان الحجر المنزلي ويستثنى من كل ما تقدم الطواقم الطبية والصحية³، وكذلك منع كافة المرافق التعليمية من القيام بأعمالها التدريسية⁴، وأيضاً إغلاق محطات الوقود؛ والمحلات التموينية والمخابز في ساعات محددة من اليوم⁵، وكذلك منع التجمهر داخل المدن⁶.

¹ محمد سليمان شبير، مبادئ القانون الإداري في دولة فلسطين، ج2، دار النهضة العربية - القاهرة، 2015م، ص40.

² راجع قرار رئيس مجلس الوزراء رقم (1) لسنة 2020م، "طوارئ"، العدد 21، الوقائع الفلسطينية، بتاريخ 2020/3/18م، ص25.

³ راجع قرار رئيس مجلس الوزراء رقم (2) لسنة 2020م، "طوارئ"، العدد 21، الوقائع الفلسطينية، بتاريخ 2020/3/18م.

⁴ راجع المادة رقم (1) من القرار رئيس مجلس الوزراء رقم (7)، لسنة 2020م، منشور في العدد 166، الوقائع الفلسطينية، بتاريخ 2020/4/3م، ص33.

⁵ راجع قرار رئيس مجلس الوزراء رقم (4) لسنة 2020م، "طوارئ"، العدد 21، الوقائع الفلسطينية، بتاريخ 2020/3/22م، "موسوعة المفتي الإلكتروني".

⁶ الفقرة الأولى من المادة رقم (1) من القرار بقانون رقم (7) لسنة 2020م، بشأن حالة الطوارئ، منشور في العدد رقم 21، الوقائع الفلسطينية، بتاريخ 2020/3/22م، ص3.

2. اللوائح التي تستوجب الإذن المسبق الصادرة لمواجهة جائحة كورونا:

إن القرار التنظيمي المتمثل بالإذن المسبق يتطلب عدم مزاوله نشاط محدد إلا بعد الحصول على إذن من قبل الجهة المختصة بإعطاء إذن الممارسة، وطبق هذا الأسلوب في ظل جائحة كورونا من أجل المحافظة على الصحة العامة، وجاء في نص المادة (1) من قرار رئيس مجلس الوزراء رقم (8) لسنة 2020م بالسماح لمصانع الأدوية والأغذية التي تلتزم بالإجراءات الوقائية بالعمل بعد الحصول على إذن خاص من قبل المحافظ¹.

3. لوائح تنظيم النشاط الخاص لمواجهة جائحة كورونا:

صدرت عن السلطة التنفيذية قرارات تنظم عمل ونشاط الأفراد، ومن هذه القرارات تقليل عدد موظفين الدوائر الحكومية القادمين من المحافظات الأخرى؛ وأيضاً تقليص عمل المؤسسات والوزارات²، كما أصدرت السلطة التنفيذية قرار بإغلاق المحلات التموينية في أيام محددة، وسمحت للمكتبات ومحلات الخياطة ولوازم الكهرباء والمياه من ممارسة النشاط في أيام محددة وأوقات محددة³، كذلك تنظيم عقد الامتحانات الثانوية في المدارس الفلسطينية⁴.

4. اللوائح التي تستوجب الإخطار لمواجهة جائحة كورونا:

قد تشترط الإدارة ضرورة إخطارها قبل ممارسة النشاط حتى تتمكن من اتخاذ الإجراءات اللازمة لحماية النظام العام أو أحد مكوناته، ومن الأمثلة على تطبيق هذه الوسيلة في ظل جائحة كورونا، إخطار الأشخاص الذين تبدو عليهم أعراض كورونا المراكز الصحية المجاورة لاتخاذ الإجراءات الوقائية، كما ويكلف الأقارب من الدرجة الأولى والثانية بإشعار السلطات المختصة عند تخلف المصاب البقاء في الحجر

¹. راجع المادة رقم (1) من القرار رئيس مجلس الوزراء رقم (8)، لسنة 2020م، منشور في العدد 166، الوقائع الفلسطينية، بتاريخ 2020/4/13م، ص35.

². راجع قرار رئيس مجلس الوزراء رقم (1) لسنة 2020م.

³. راجع المادة (2) من القرار الصادر عن رئيس الوزراء رقم (8) لسنة 2020م، ص36.

⁴. راجع المادة (1) والمادة (5) من قرار رئيس مجلس الوزراء رقم (9) لسنة 2020م، "طوارئ"، منشور في العدد 169، الوقائع الفلسطينية، بتاريخ 2020/7/12م ص15.

الصحي¹، وكذلك تقديم أصحاب المطاعم والمقاهي والنوادي الرياضية إخطار أو تعهد بالالتزام بأحكام البرتوكول الصحي المعمول به؛ وكذلك تحديد نسبة أعداد العاملين².

ثانياً: مدى فاعلية لوائح الضبط الإداري في مواجهة كورونا:

وبما أن القرارات الصادرة عن رئيس السلطة الوطنية الفلسطينية في ظل جائحة كورونا، تهدف إلى اتخاذ الإجراءات اللازمة لمجابهة المخاطر التي تنتج عن انتشار جائحة كورونا من أجل حماية الصحة العامة، وتحقيق الأمن والاستقرار يرى الباحث أن صور القرارات التنظيمية المتمثلة بالحظر والإخطار والإذن المسبق والتنظيم كافية لتحقيق غرض المحافظة على الصحة العامة من خطر انتشار جائحة كورونا.

1- ثبت من الناحية العملية أن مظاهر لوائح الضبط الإداري وبشكل خاص القرار التنظيمي المتمثل

بالحظر بأنه الأسلوب الأكثر فاعلية في مواجهة جائحة كورونا.

2- تعد مظاهر لوائح الضبط الإداري مع الوسائل الأخرى كافية في المحافظة على الصحة العامة.

3- إمكانية توقيع جزاءات عقابية على من كل من يخالف لوائح الضبط الإداري الصادرة من قبل

السلطة التنفيذية من أجل المحافظة على الصحة العامة.

المطلب الثاني:

القرارات الفردية الضبطية والتنفيذ الجبري كوسائل لمواجهة جائحة كورونا

تمتلك السلطة التنفيذية والمخولة بالضبط الإداري إصدار قرارات فردية تهدف إلى المحافظة على النظام العام أو أحد مكوناته، كما ويمكن للجهة للسلطة التنفيذية استخدام القوة المادية في حالات محددة لمنع الإخلال بالنظام العام ومكوناته، وبناءً على ذلك سنتناول في هذا المطلب قرارات الضبط الفردية والتنفيذ الجبري لقرارات الضبط الإداري وذلك على النحو الآتي:

الفرع الأول:

وسيلة القرارات الفردية الضبطية ومدى فاعليتها للحد من جائحة كورونا

أولاً: تعريف القرارات الفردية الضبطية: يعرف البعض القرار الفردي الضبطي بأنه "عمل قانوني نهائي صادر بالإرادة المنفردة من قبل سلطة الضبط الإداري ويحدث بذاته آثاراً قانونية ويخاطب أشخاصاً

¹. قرار رئيس مجلس الوزراء رقم (7) لسنة 2020م.

². المادة رقم (1) من قرار رئيس مجلس الوزراء رقم (21) لسنة 2020م، "طوارئ"، منشور في العدد رقم 171، الوقائع الفلسطينية، بتاريخ 2020/9/4م.

بذاتهم ويهدف إلى حماية النظام العام في المجتمع بمكوناته التقليدية والمتمثلة في الأمن العام والصحة العامة والسكنية العامة أو المكونات الحديثة المتمثلة في الآداب العامة واحترام كرامة الإنسان¹.

وتجدر الإشارة إلى أن القرارات الفردية الضبطية التي تصدر عن السلطة الإدارية قد تكون قرارات إيجابية متمثلة بصورة القيام بعمل؛ أو قرارات سلبية متمثلة بصورة الامتناع عن القيام بعمل، وعلى كل فإن نوعي القرار يهدفان إلى حماية الصحة العامة ومنع انتشار جائحة كورونا.

ثانياً: صور القرارات الفردية التي أصدرتها السلطة الإدارية في فلسطين لمواجهة كورونا:

ومن القرارات الفردية التي صدرت عن السلطة الإدارية والمتمثلة بصورته الإيجابية ما جاء في القرار بقانون رقم (17) لسنة 2020م، بشأن إجراءات الصحة والسلامة العامة الوقائية ومخالفتها في حالة الطوارئ، صور متعددة للقيام بعمل إيجابي منها ضرورة الأفراد ارتداء الكمامة والقفازات الوقائية في أثناء التواجد في الأماكن العامة والحكومية؛ وأماكن التسوق؛ والعيادات والمراكز الصحية، ونص القرار على عقوبة مترتبة نتيجة عدم مراعاة تعليمات السلامة²، وعلى الأفراد المصابين والمخالطين الالتزام بالحجر الصحي الإلزامي³، وأيضاً أوجبت القرارات على الأفراد الذي يبدو عليه أعراض الإصابة التواصل مع المراكز الصحية⁴.

في حين أن القرار الفردي الضبطي المتمثل بالامتناع عن القيام بعمل أو إيقافه لمدة محددة يهدف بصورة واضحة إلى المحافظة على الصحة العامة، ومن صور ذلك فرض الحجر الصحي على المواطنين القاطنين في الأماكن المنتشر بها فايروس كورونا⁵.

¹. هاني غانم، مذكرات في الضبط الإداري، أُلقيت على طلاب الماجستير بالجامعة الإسلامية، في العام الدراسي 2019-2020م.

². قرار بقانون رقم (17) لسنة 2020م، بشأن إجراءات الصحة والسلامة العامة الوقائية ومخالفتها في حالة الطوارئ، العدد 167، الوقائع الفلسطينية، بتاريخ 2020/5/9م، ص 8-9.

³. المادة (3) من قرار رئيس مجلس الوزراء رقم (24) "طوارئ" لسنة 2020م، العدد (174)، الوقائع الفلسطينية، بتاريخ 2020/11/3م ص 43.

⁴. الفقرة الثانية من المادة رقم (3) من القرار رقم (7) لسنة 2020م، ص 30.

⁵. الفقرة الثالثة من المادة رقم (3) من القرار رقم (20) لسنة 2020م، "طوارئ"، العدد 170، الوقائع الفلسطينية، بتاريخ 2020/8/4م، ص 12.

أما الصورة الأخيرة للقرارات الفردية الضبطية المتمثلة بالترخيص فيقصد بها عدم مزاوله نشاط إلا بعد الحصول على إذن من قبل الجهة المختصة والمأنة للترخيص، ومثال ذلك في ظل هذه الجائحة ما جاء في نص المادة (1) من القرار بقانون رقم (8) لسنة 2020م، حيث نص بالسماح لمصانع الأدوية والأغذية التي تلتزم بالإجراءات الوقائية بالعمل بعد الحصول على إذن خاص من قبل المحافظ¹.

ثالثاً: مدى فاعلية القرارات الفردية الضبطية في مواجهة جائحة كورونا:

يرى الباحث أن القرارات الفردية الضبطية نالت حظ العمل بها من قبل السلطة الإدارية في ظل جائحة كورونا للمحافظة على الصحة العامة، وهي بذلك تعد وسيلة من وسائل الضبط الإداري الفعالة لتحقيق غرض المحافظة على الصحة العامة في ظل هذه الجائحة وذلك لعدة أمور:

1- ثبت عملياً أن القرارات الفردية الضبطية بصورتها الإيجابية والسلبية والترخيص طبق أحكامها في

ظل إعلان حالة الطوارئ لمواجهة انتشار جائحة كورونا.

2- ترتب على قيام السلطة الإدارية بفرض إجراءات فردية ضبطية بحق المصابين أو المخالطين أدى إلى تراجع نسبة الإصابة، وحصرها في أماكن محددة.

3- جاءت القرارات بإمكانية توقيع جزاءات إدارية على من يخالف القرارات الإدارية الفردية الصادرة للمحافظة على الصحة العامة.

الفرع الثاني:

وسيلة التنفيذ الجبري للحد من انتشار جائحة كورونا في فلسطين

أولاً: تعريف التنفيذ الجبري:

يعرف التنفيذ الجبري بأنه "حق تنفيذ سلطات الضبط الإداري للقوانين واللوائح والقرارات الصادرة لحماية النظام العام إذا لم يتم تنفيذها طواعية دون الحصول على إذن مسبق من القضاء"² والجدير بالذكر أن التنفيذ الجبري يعد إحدى وسائل الضبط الإداري؛ وذلك من خلال استعمال السلطة الإدارية القوة المادية في تنفيذ اللوائح والقوانين والقرارات الفردية الضبطية الصادرة من قبل السلطة التنفيذية؛ وتعد هذه الوسيلة أشد الوسائل عنفاً من وسائل الضبط الإداري السابق ذكرها لما لها من المساس بحقوق وحرريات الأفراد.

¹. راجع المادة رقم (1) من القرار رقم (8)، لسنة 2020م، ص35.

². هاني غانم، مذكرات أقيمت على طلاب الماجستير بالجامعة الإسلامية، سنة 2019-2020م.

ثانياً: صور إجراءات التنفيذ الجبري التي صدرت في فلسطين لمواجهة كورونا:

قرار التنفيذ الجبري قد طبق عند قيام فرض حظر التجوال على محافظة أو منطقة معينة بناءً على لائحة أو قرار؛ وذلك من خلال قيام قوات الشرطة بالتعاون مع باقي قوات الأمن من متابعة تنفيذ الحظر ومنع الخروج من الحجر المنزلي¹، ومنها أيضاً متابعة إغلاق محطات الوقود والبقالات أوقات الحظر المعلن عنها واتخاذ الإجراءات العقابية اللازمة لذلك²، وكذلك متابعة ومراقبة مدى الالتزام بأحكام البروتوكول الصحي المنظم لإجراءات السلامة والوقاية من قبل المؤسسات والأفراد³، وكذلك الحجر الإجباري للعائدين من الخارج لمدة أربعة عشر يوماً في مراكز حجر صحي مخصصة⁴.

ثالثاً: مدى فاعلية التنفيذ الجبري في مواجهة جائحة كورونا:

بما أن القرارات الصادرة عن السلطة التنفيذية تهدف إلى التقيد باتخاذ الإجراءات اللازمة لمواجهة المخاطر التي تنتج عن جائحة كورونا، يرى الباحث بما أن وسيلة التنفيذ الجبري باعتبارها إحدى وسائل سلطة الضبط الإداري المحافظة على الصحة العامة التي هي أحد صور النظام العام كان لها فاعلية في مواجهة جائحة كورونا والحد من انتشارها وذلك لعدة أمور:

- 1- ثبت عملياً تطبيق الوسيلة المتمثلة في التنفيذ الجبري للقرارات واللوائح؛ وقد تم إنفاذ أحكامهما في ظل إعلان حالة الطوارئ لمواجهة انتشار جائحة كورونا.
- 2- هناك إمكانية لتوقيع جزاءات إدارية عقابية على من يخالف إجراءات التنفيذ الجبري الصادرة للمحافظة على الصحة العامة.

¹. راجع المادة (7) من قرار رئيس الوزراء، رقم (3) لسنة 2020م "طوارئ"، العدد 21، الوقائع الفلسطينية، بتاريخ 2020/3/23م، "موسوعة المقتفي الإلكترونية"، ص12-13.

². راجع المادة (1) والمادة (5) من قرار رئيس الوزراء، رقم (4) لسنة 2020م، ص11.

³. راجع الفقرة الثانية المادة (8) من قرار رئيس الوزراء، رقم (19) لسنة 2020م، "طوارئ"، العدد 168، الوقائع الفلسطينية، بتاريخ 2020/7/12م، "موسوعة المقتفي الإلكترونية"، ص32.

⁴. قرار رئيس مجلس الوزراء رقم (3) لسنة 2020م، مرجع سابق.

الخاتمة:

وبما أن لكل بحث خاتمة تنتهي بما توصل إليه الباحث خلال دراسته من نتائج وتوصيات من دون تكرار أو تكلف، نضع بين أيديكم اهم النتائج والتوصيات التي توصلنا إليها وهي على النحو الآتي:

أولاً: النتائج:

1- وظيفة الضبط الإداري هي من أهم وظائف سلطة الضبط الإداري التي تهدف إلى المحافظة على النظام العام أو أحد مكوناته التقليدية أو الحديثة.

2- يعد التصدي لجائحة كورونا من ضمن أهداف سلطات الضبط الإداري؛ لأنها تؤثر على الصحة العامة التي هي أحد مكونات النظام العام التقليدية.

3- سلطات الضبط الإداري تمارس نشاطها من أجل المحافظة على النظام العام أو أحد مكوناته من خلال ثلاث وسائل وهي: لوائح الضبط الإداري؛ والقرارات الفردية الضبطية؛ والتنفيذ الجبري، كما أنها تتميز وسائل الضبط الإداري بأنها وسائل إجرائية وقائية، وأنها تخضع لرقابة المشروعية الإدارية.

4- استخدمت الهيئات المركزية (مجلس الوزراء) والهيئات المحلية (البلديات) وسائل الضبط الإداري من أجل حماية الصحة العامة في فلسطين على إثر انتشار جائحة كورونا.

5- ثبت من الناحية التطبيقية العملية في فلسطين فاعلية مظاهر لوائح الضبط الإداري؛ وكذلك القرارات الفردية الضبطية؛ والتنفيذ الجبري فاعلية في حماية الصحة العامة على إثر انتشار جائحة كورونا.

ثانياً: التوصيات:

1- الأجر على سلطات الضبط الإداري استعمال الوسائل الممنوحة لها للتعامل مع الحالة الاستثنائية بالتدرج وبالقدر اللازم وذلك بتحقيق الهدف الأساس وهو المحافظة على النظام العام أو أحد مكوناته، مع الالتزام بمبادئ وأحكام القانون التي خرج بها فقهاء القانون الإداري.

2- التركيز على تنمية الوازع الديني والأخلاقي للمواطنين وبيان مدى المسؤولية الدينية والشرعية تجاه المخالفين لإجراءات وقرارات الضبط الإداري في ظل انتشار جائحة كورونا.

3- ضرورة تعويض أصحاب المحلات التجارية والصناعية الذين تضرروا من هذه الجائحة بسبب قرار الاغلاق الإجباري، وكذلك كان الأحرى على السلطة الإدارية العمل على توفير الإمكانات اللازمة لإتمام العملية التعليمية الإلكترونية وعدم التسبب لانقطاعها لفترة طويلة.

- 4- تعديل نص المادة رقم (70) من القانون الأساسي الفلسطيني بالنص صراحة على أن سلطة إصدار اللوائح هو اختصاص منعقد لمجلس الوزراء بهدف المحافظة على النظام العام.
- 5- نوصي بتعديل نص المادة (84) من القانون الأساسي الفلسطيني بتحديد عناصر النظام العام بشكل واضح ومحددة سواء أكانت العناصر التقليدية أم العناصر الحديثة، والتي منها المحافظة على الصحة العامة.

قائمة المصادر والمراجع:

أولاً: المصادر:

1-الدستور:

– القانون الأساسي الفلسطيني لسنة 2003م وتعديلاته لسنة 2005م.

2-القوانين:

– القانون رقم 1 لسنة 1997م بشأن الهيئات المحلية الفلسطينية.

– قانون الصحة العامة رقم (20) لسنة (2004م)، صدر في مدينة غزة بتاريخ: 27 /ديسمبر/ 2004.

– قانون المواصفات والمقاييس الفلسطينية رقم (6) لسنة 2000م، صدر بمدينة غزة بتاريخ 2000/9/17.

– قانون الدفاع المدني رقم (3) لسنة 1998م، صدر بمدينة غزة بتاريخ 28 / 5 / 1998م.

– قانون الهيئات المحلية رقم (1) لسنة 1997م، نشر في الجريدة الرسمية بتاريخ الموافق 1997/10/12م.

– قانون بشأن البيئة رقم (7) لسنة 1999م، صدر بمدينة غزة بتاريخ: 1999/12/28.

3-القرارات بقانون:

– قرار بقانون رقم (17) لسنة 2020م، بشأن إجراءات الصحة والسلامة العامة الوقائية ومخالفتها في حالة الطوارئ، العدد 167، الوقائع الفلسطينية، بتاريخ 2020/5/9م.

– القرار بقانون رقم (7) لسنة 2020م، بشأن حالة الطوارئ، منشور في العدد رقم 21، الوقائع الفلسطينية، بتاريخ 2020/3/22م.

– القرار رقم (20) لسنة 2020م، "طوارئ"، العدد 170، الوقائع الفلسطينية، بتاريخ 2020/8/4م.

– قرار رئيس الوزراء، رقم (19) لسنة 2020م، "طوارئ"، العدد 168، الوقائع الفلسطينية، بتاريخ 2020/7/12م، "موسوعة المقتفي الإلكترونية".

– قرار رئيس الوزراء، رقم (3) لسنة 2020م " "طوارئ"، العدد 21، الوقائع الفلسطينية، بتاريخ 2020/3/23م، "موسوعة المقتفي الإلكترونية".

– قرار رئيس مجلس الوزراء رقم (1) لسنة 2020م، "طوارئ"، العدد 21، الوقائع الفلسطينية، بتاريخ 2020/3/18م.

- قرار رئيس مجلس الوزراء رقم (2) لسنة 2020م، "طوارئ"، العدد 21، الوقائع الفلسطينية، بتاريخ 2020/3/18م.
- قرار رئيس مجلس الوزراء رقم (21) لسنة 2020م، "طوارئ"، منشور في العدد رقم 171، الوقائع الفلسطينية، بتاريخ 2020/9/4م.
- قرار رئيس مجلس الوزراء رقم (24) "طوارئ" لسنة 2020م، العدد (174)، الوقائع الفلسطينية، بتاريخ 2020/11/3م.
- قرار رئيس مجلس الوزراء رقم (4) لسنة 2020م، "طوارئ"، العدد 21، الوقائع الفلسطينية، بتاريخ 2020/3/22م، "موسوعة المقتفي الإلكترونية".
- قرار رئيس مجلس الوزراء رقم (7)، لسنة 2020م، منشور في العدد 166، الوقائع الفلسطينية، بتاريخ 2020/4/3م.
- قرار رئيس مجلس الوزراء رقم (8)، لسنة 2020م، منشور في العدد 166، الوقائع الفلسطينية، بتاريخ 2020/4/13م.
- قرار رئيس مجلس الوزراء رقم (9) لسنة 2020م، "طوارئ"، منشور في العدد 169، الوقائع الفلسطينية، بتاريخ 2020/7/12م.
- المرسوم الرئاسي رقم (16) لسنة 2006م، بشأن تنظيم الإدارة العامة للمعابر والحدود، صدر في 2006/3/18م.
- المرسوم الرئاسي رقم (22) لسنة (2003م) بشأن اختصاصات المحافظين، صدر في مدينة رام الله بتاريخ 2003/7/1م.
- المرسوم الرئاسي رقم (22) لسنة 2003م.

ثانياً: المراجع:

1- الكتب

- أنور الشاعر، الوجيز في القانون الإداري، غ غزة مكتبة نيسان، الطبعة الأولى، 2016م.
- بلا أمين زين الدين، الإصلاح الإداري في مصر والدول النامية -دراسة مقارنة على هدى مبادئ الشريعة الإسلامية، دار الفكر الجامعي، الإسكندرية، سنة (2012م).
- حمدي العجمي، القانون الإداري في المملكة العربية السعودية -دراسة مقارنة-، مكتبة الملك فهد، 2010م.

- مازن ليو راضي، القانون الإداري، منشورات الأكاديمية العربية في الدنمارك، سنة 2008م.
- محمد سليمان شبير، مبادئ القانون الإداري في دولة فلسطين، ج2، دار النهضة العربية - القاهرة، 2015م.
- هاني غانم، الوجيز في أصول القانون الإداري، الطبعة الثانية، مكتبة نيسان، 2018م.
- هاني غانم، مذكرات في الضبط الإداري، ألفت على طلاب الماجستير بالجامعة الإسلامية، في العام الدراسي 2019-2020م.
- هاني غانم، وأنور الشاعر، الوسيط في القانون الإداري في ضوء اجتهاد أحكام القضاء الإداري في فلسطين، ط1، مكتبة نيسان، 2019م.

2-الأبحاث المنشورة:

- إيمان محمود محيبس، ووليد حمزة، أساليب الضبط الإداري وصورها في منع عمليات الاتجار بالبشر، مجلة جامعة بابل العلوم الإنسانية، المجلد 23، العدد 4، جامعة بغداد، كلية القانون، 2015م.
- عبد الله خلف الرقاد، وسائل الضبط الإداري في حماية البيئة مم التلوث العمراني، مجلة الاجتهاد للدراسات القانونية والاقتصادية، المجلد التاسع، العدد الأول، (2020م).

إجراءات التقاضي في المنازعات الضريبية

Litigation Procedures in Tax Disputes

أ. محمد الهريني
ماجستير القانون الإداري والنظام الدستوري الجامعة العربية
الأمريكية (رام الله)

أ. سفيان أبو زهيرة
ماجستير القانون الإداري والنظام الدستوري الجامعة العربية
الأمريكية (رام الله)

إجراءات التقاضي في المنازعات الضريبية

Litigation Procedures in Tax Disputes

أ. محمد الهريني، أ. سفيان أبو زهرة

ماجستير القانون الإداري والنظام الدستوري الجامعة العربية الأمريكية (رام الله)

Mohammed1210@gmail.com

ماجستير القانون الإداري والنظام الدستوري الجامعة العربية الأمريكية (رام الله)

S.zhera@pgp.ps

تاريخ النشر: 2024-01-07

تاريخ القبول: 01-10-2023

تاريخ الاستلام: 24-07-2023

DOI: <https://doi.org/10.70411/MJLS.2.1.202476>

الملخص:

تُعد العدالة الضريبية والقضايا الضريبية بوابة الاستثمار وتشجيعه الأول، والإشكاليات التي تواجه النظام الاقتصادي الفلسطيني ككل والتشريعات الضريبية نظراً للمتغيرات السياسية المتواترة وتغير الحقب القانونية، وتعدد الأنظمة القانونية النافذة. فقد هدفت الدراسة إلى التعرف على إجراءات التقاضي أمام المحاكم الضريبية في فلسطين وصولاً للعدالة الضريبية، وذلك في مطلبين عنون الأول بمدخل مفاهيمي لإجراءات التقاضي الضريبي في فلسطين، وعنون الثاني بمحكمة استئناف ضريبة الدخل والإجراءات المتبعة أمامها. وقد توصلت الدراسة لعدة نتائج أهمها أن المحكمة المختصة بالنظر والفصل في منازعات ضريبة الدخل هي محكمة استئناف ضريبة الدخل، وأن هنالك ثلاث قرارات فقط قابلة للاستئناف أمام المحكمة، وقد أوصت بعدة توصيات أهمها جعل التقاضي في المنازعات الضريبية على ثلاث مراحل (بداية، استئناف، نقض) والنص صراحة على مبدأ حرية الإثبات في مثل هذه الدعاوى، وتنقيح قانون ضريبة الدخل بحيث يعالج الإشكاليات التي فصلت بها المحكمة والنص التشريعي على ضرورة آلية تشكيل لجنة الاعتراضات واعتبارها محكمة أول درجة.

الكلمات المفتاحية: منازعات ضريبية، استئناف، إجراءات تقاضي، الإثبات الضريبي.

Abstract:

Tax justice and fiscal policies serve as gateways to investment and its primary incentives. The Palestinian economic system faces considerable challenges, not least in tax legislation, exacerbated by frequent political shifts, changing legal regimes, and the presence of multiple operative legal systems. This study aims to elucidate the litigation procedures in place before the tax courts in Palestine to foster tax justice. This research encompasses two sections: the first section provides a conceptual introduction to tax litigation procedures in Palestine, while the second section explores the Income Tax Appeal Court and the protocols observed therein. Through this research, several significant findings have been reached. The foremost finding is that the Income Tax Appeal Court is the authorized entity to preside over and resolve income tax disputes. Furthermore, it was found that only three types of decisions can be contested in court. To further promote tax justice, the study proposes several recommendations. Principal among these are the introduction of a three-tier litigation system for tax disputes, comprising initiation, appeal, and cassation stages. It also advocates for the explicit inclusion of the principle of freedom of evidence in such cases and calls for a revision of the Income Tax Law to address the issues identified by the court. Additionally, the legislative text should mandate a clear mechanism for the formation of the Objections Committee, recognizing it as a court of first instance.

Keywords: Tax Disputes, Appeal, Litigation Proceedings, Tax proof.

المقدمة

إن اسم القضاء يرتبط بمفهوم العدالة، حيث يُعتبر القضاء جهة يطمئن إليها الأفراد والدول على جميع المستويات؛ بسبب وجود حق اللجوء إلى القضاء والذي نصت عليه جميع دساتير الدول لضمان حيادته واستقلاله ومن أجل رفع الظلم عن الناس وتحقيق العدالة.

وجدير بالذكر أن المكلف الضريبي يلجأ في مرحلة تسبق المرحلة القضائية إلى لجنة الاعتراض كمرحلة أولى، وهي من المفترض أن تكون من إحدى أهم محاور الدراسة البحثية. ومن المتوجب أن يكون هذا الإجراء (التظلم الإداري) وجوبياً لا بُد من تقديمه قبل اللجوء إلى المرحلة القضائية، وإن القرار بقانون رقم (8) لسنة 2011، في المادة (21) منح المكلف في المرحلة الأولى حق التظلم من قرار مأمور تقدير ضريبة الدخل من خلال تقديم لائحة الاعتراض التي تظهر النقاط التي تثبت حقه ومن ثم يتم تحديد جلسة للنظر في هذا الاعتراض، أما فيما يتعلق بالمرحلة الثانية وهي إعادة التقدير من قبل الموظف المكلف بشكل خطي أو الوزير حيث حدد القرار بقانون المشار إليه أعلاه في المادة (26) صلاحيات النظر في إعادة تقدير مبلغ الضريبة.

وفيما يتعلق بالمرحلة الثالثة وهي الطعن القضائي، يعتبر الطعن القضائي ضماناً من الضمانات التي تتوفر للمكلف الضريبي والتي كفلها القانون، حيث إن المكلف هو الطرف الأضعف في العلاقة الضريبية أمام الدولة بحكم السلطة والسيادة التي تتميز بها الإدارة عن الأفراد، وبالتالي فإن وجود القانون والمحاكم المتخصصة ساهم في تحقيق العدالة الضريبية من خلال تطبيق نصوص القانون وضمان حق الطعن القضائي أمام المحاكم المختصة، ما يساهم في إرساء مبادئ العدالة المستقرة.

إشكالية الدراسة:

وتبرز إشكالية الدراسة في كيفية تشكيل لجنة الاعتراضات، وفعالية لجنة الاعتراضات واعتبارها محكمة درجة أولى قبل اللجوء إلى محكمة استئناف قضايا ضريبة الدخل.

أهمية الدراسة:

1. أهمية موضوع الدراسة المتمثل في إجراءات التقاضي في المنازعات الضريبية أنها تشجع على الامتثال الضريبي، وتوفير الحماية والعدالة لكل من المكلفين والإدارة الضريبية وتعزيز الشفافية والنزاهة في النظام الضريبي، وبذلك تساهم في بناء نظام ضريبي يُعتبر عادلاً ومنصفاً.
2. تُعتبر هذه الدراسة وعلى حد علم الباحثين من الدراسات النادرة التي تناولت إجراءات التقاضي في المنازعات الضريبية بشكل أساسي ومنفرد، وبالتالي ستساهم هذه الدراسة في إضافة جديدة

ستمكن الباحثين الآخرين من الاستناد إليها لإجراء دراسات متقدمة حول هذا الموضوع نظراً لأهميته وحداثته.

3. عدم وجود تشريعات موحدة حديثة تعالج هذا الموضوع بتفصيلاته بشكل مستقل.

أهداف الدراسة:

1. التعرف على ماهية إجراءات التقاضي في المنازعات الضريبية.
2. بيان خصائص إجراءات التقاضي في المنازعات الضريبية.
3. التعرف على تشكيل المحكمة المختصة بنظر الطعون الضريبية واختصاصاتها.
4. التعرف على الإجراءات المتبعة أمام محكمة الاستئناف.

منهجية البحث:

وتعتمد هذه الدراسة على المنهج الوصفي التحليلي من خلال تحليل النصوص القانونية النازمة للقضايا الضريبية.

خطة الدراسة:

- المطلب الأول: مدخل مفاهيمي لإجراءات التقاضي في المنازعات الضريبية.
- المطلب الثاني محكمة استئناف ضريبة الدخل والإجراءات المتبعة أمامها.

المطلب الأول:

مدخل مفاهيمي لإجراءات التقاضي في المنازعات الضريبية

المنازعات الضريبية هي نزاعات أو خلافات قانونية تنشأ بين الهيئات الضريبية والمكلفين بشأن تفسير وتطبيق القوانين الضريبية، تتعلق هذه المنازعات بمسائل متعددة مثل تصنيف الدخل، حساب الضرائب، تقدير القيمة المالية للأصول، تفسير الإعفاءات والاستثناءات الضريبية، وغيرها من المسائل، كما أن مفهوم المنازعة الضريبية ذاته يتطلب تمييزه عن غيره من المنازعات حتى يمكن التعرف على خصائصها وأطرافها، التي تتطلب لنظرها إجراءات خاصة لكي تتمكن من الفصل في أوجه النزاع، والعمل على إنهاؤها اعترافاً بذاتية المنازعة الضريبية التي تنبثق أساساً من ذاتية القانون الضريبي، لذا سنقوم بتقسيم هذا المطلب إلى فرعين نتناول في الفرع الأول مفهوم المنازعات الضريبية، ونتطرق في الفرع الثاني لخصائص إجراءات التقاضي في المنازعات الضريبية.

الفرع الأول:

مفهوم المنازعات الضريبية

حتى نتمكن من التعرف على المنازعة الضريبية من الضروري أن نتعرف على النزاع مجرداً دون تحديد كونه نزاعاً ضريبياً أو غير ذلك من المنازعات، فالنزاع ما هو إلا تعارض أو تنازع مصالح بين طرفين على الأقل أحدهما ذو مصلحة فيما يطلب والآخر مصلحته بادية في نكران ذلك أو دحضه، والحقيقة أن المنازعة الضريبية تتعدد مفاهيمها فيذهب رأي إلى أن المنازعة الضريبية هي المنازعات المتعلقة بالقرارات الصادرة عن ربط الضريبة أو تحصيلها حين تعرض على القضاء للفصل فيها، وهناك رأي آخر يُعرف المنازعة الضريبية على أنها مجموعة الإجراءات التي ينظمها القانون الضريبي والتي تحدد قواعد الشكل والموضوع اللازمة لتطبيق أحكامه، ويتجه الفقه الضريبي في مصر إلى أن المنازعة الضريبية هي التي تتعلق بربط الضريبة أو تسويتها أو جبايتها ما دامت تتضمن المنازعة في صحة القرارات الإدارية الخاصة بالضريبة وتمس موضوعها بصفة مباشرة¹.

وعليه يمكن أن نُعرف المنازعة الضريبية "هي كل خصومة بين المكلف والإدارة الضريبية مستندة إلى الأعمال القانونية الصادرة بموجب أحكام القانون الضريبي بمعناه العام"، وبالتالي فالمنازعة أشمل

¹. الدكتور المحامي محمد حمدونة، ولاية القضاء على المنازعات الضريبية وتنازع الاختصاص القضائي بنظرها، مكتبة

نيسان للطباعة والتوزيع، الطبعة الأولى، غزة، 2021، ص 13-15.

وأعم من الدعوى الضريبية التي تعني حق الشخص في المطالبة أمام القضاء، أما المنازعة الضريبية فتبدأ منذ نشوء الحق الضريبي في ذمة شخص معين إلى حين تسديد المبالغ الضريبية.

وبالتالي ومن خلال هذه التعريفات يتم استبعاد ما دون ذلك من المنازعات الضريبية، كالمنازعات التي تكون الإدارة الضريبية مجرد طرف فيها، مثال المنازعة بين الإدارة وموظفيها أو مع الإدارة والمقاول الذي يقوم بأعمال لها، إلى غير ذلك من منازعات أخرى، فأى منازعة ضريبية لا تتعلق بالعملية الضريبية ذاتها كربط أو تحصيل الضريبة أو تعديلها لا تُعد منازعة ضريبية.

وتتعدد الأسباب التي تؤدي إلى نشوء المنازعات الضريبية، فقد ترجع إلى خطأ الإدارة في تطبيق النصوص الضريبية على المكلفين، أو تجاوز التفسير الضيق لهذه النصوص إلى تفسير واسع يؤدي إلى مد نطاق الضريبة إلى فئة ضريبية يرى المسجلون أنها أكثر من الفئة الضريبية الحقيقية¹.

وهناك عدة شروط يجب توافرها لاعتبار المنازعة ضريبية: -

1. أن يكون أحد طرفيها إدارة ضريبية: فالمنازعة التي تكون بين طرفين ليس أحدهما الإدارة الضريبية -حتى لو كان سبب النزاع متعلقًا بضريبة- لا تُعتبر منازعة ضريبية.

2. أن تتعلق المنازعة بعمل من الأعمال الضريبية: أي أن تكون المنازعة ناتجة عن عمل من الأعمال التي تقوم بها الإدارة الضريبية من أعمال مؤثره على تحديد دين الضريبة، وأهمها حصر الممولين وربط الضريبة وتحصيلها.

3. أن يكون الخلاف مرجعه قانون ضريبة الدخل: أي أن النزاع يكون بين طرفي المنازعة حول تفسير قانون الضريبة أو تأويله أو تطبيقه على الوجه الصحيح.

ويمكن تقسيم المنازعات الضريبية إلى قسمين، هما منازعات الوعاء الضريبي، ومنازعات التحصيل، حيث إن المكلف والإدارة الضريبية هما طرفا النظام الضريبي، فالطرف الأول هو المكلف وهو الطرف الأضعف وغالبًا هو الطرف المدين، والطرف الآخر هو الإدارة الضريبية وهو الطرف الأقوى وغالبًا هو الدائن².

وبالتالي فإن الهدف من المنازعة الضريبية ضمان تطبيق عادل ومنصف، إذ يُعتبر القضاء الملاذ الآمن الذي قد يلجأ إليه المكلف للمطالبة بحقه، عندما تفرغ الإدارة الضريبية من البت في الطعون

¹. الشيماء مصطفى حسن البيه، الولاية القضائية بنظر المنازعات الضريبية، المكتب الجامعي الحديث، الإسكندرية،

2019، ص47.

² محمد حمدونة، مرجع سابق، ص18.

الإدارية على قرارات ضريبة الدخل والمقدمة من المكلفين، ويحق للمكلف الذي تضرر من تلك القرارات أن يطعن بهذه القرارات قضائياً خلال مدد حددتها التشريعات الضريبية المختلفة¹.

الفرع الثاني:

خصائص إجراءات التقاضي في المنازعات الضريبية

إن الحق المالي موضوع المنازعة الضريبية يختلف عن غيره من الحقوق المالية التي يتنازع بشأنها أطراف الدعاوى الأخرى غير الضريبية، إذ أنه في الدعاوى غير الضريبية يكون المدعى عليه دائماً بمال حصل عليه المدعي فعلاً أو قبضه نقداً أو حصل على مقابله سلعة أو خدمة يؤديها إليه، هذا بخلاف الضريبة التي يلزم المكلف بأدائها جبراً عنه دون أن يكون قد حصل على مقابل مباشر لها، لذلك فقد اتسمت المنازعات الضريبية بعدد من الخصائص التي تميزها عن غيرها من المنازعات الأخرى² ومنها:

أولاً: أن تكون الإدارة الضريبية أحد أطراف المنازعة الضريبية باعتبارها الجهة القانونية التي يرتبط عملها بفرض الضريبة بقوة القانون وامتيازاتها؛ سعياً منها لتحقيق الأهداف الضريبية والاجتماعية والاقتصادية والسياسية.

حيث إن الإدارة الضريبية تمتلك امتيازاً خاصاً تقوم بموجبه بتحديد الضرائب على المكلفين واتباع إجراءات الحجز الإداري والتنفيذ على أموال المكلفين الذين يتخلفون عن دفع الضريبة، كما أن لهم امتيازات أخرى تتمثل في أن لهم حق في الاطلاع على المستندات والدفاتر والسجلات كافة الخاصة بالمكلفين، وذلك حتى تتمكن الإدارة الضريبية من إثبات صحة الإقرارات الضريبية التي يقدمها المكلفون لتحديد ما يستحق عليهم من مبالغ ضريبية³.

وبالتالي فإن المنازعة الضريبية تتعلق غالباً بقرار إداري تصدره الإدارة الضريبية، ويقع على عاتق من يدعي خلاف الأصل أن يقيم الدليل على صحة ادعائه.

¹. هاني غانم، ود. محمد حمدونة، الوسيط في النظام الضريبي لدولة فلسطين، مكتبة نيسان للطباعة والتوزيع، الطبعة الثانية، غزة، 2021، ص 215.

². محمد حمدونة، مرجع سابق، ص 19.

³. شذى نور، المنازعات الضريبية المتعلقة بالإقرار الضريبي والتقدير الذاتي حسب قرار بقانون رقم 8 لسنة 2011 بشأن ضريبة الدخل /شمال الضفة الغربية، رسالة ماجستير كلية الدراسات العليا، جامعة النجاح الوطنية، نابلس، 2021، ص 15.

إلا أن قضاء المحكمة الإدارية العليا قد استقر على أن تكون الجهة الإدارية عن تقديم المستندات اللازمة للفصل في الدعوى يفسر لصالح المدعي، حيث إن استناد الإدارة الضريبية في قرار ربط الضريبة في محاضر معاينة ومناقشة وغير ذلك من المستندات التي تكون في حوزة الإدارة الضريبية وحدها يلزمها بتقديم هذه المستندات إلى جهة القضاء عند طلبها، ولكن هذا الالتزام لا يسري على الأوراق والمستندات كافة التي في حوزة الإدارة الضريبية وإنما يقتصر على تلك التي ليست في حوزة المكلف.

والإدارة الضريبية هنا تتخذ هذا القرار والذي يُعتبر قراراً إدارياً تصدره بإرادتها المنفردة من جانب واحد بوصفها سلطة عامة اتجاه المكلفين بأداء الضريبة، ويُعد القرار الصادر عن الإدارة الضريبية أهم ما يميز عملها فهو من أهم وسائل الإدارة في تحقيق وظائفها وممارسة نشاطها، ومن هنا فإن وجود الإدارة طرفاً في المنازعة الضريبية فيما تمتلك من امتيازات وسلطات لا يمتلكها المكلفون في الضريبة الذين يمثلون الطرف الآخر في المنازعة شرطاً أساسياً في وجود تلك المنازعة.

إلا أن وجود الإدارة الضريبية طرفاً في المنازعة الضريبية بما تملكه من سلطات تتفوق بها على الأفراد المخاطبين في القرار الإداري لا بُد أن يقابله ما يعرف بالمشروعية الضريبية أي التزام الإدارة بما يحدده القانون من قواعد.

ثانياً: المنازعة الضريبية تتعلق بنشاط يزاوله المكلف أو عمل يؤديه، لذا يجب أن يكون نظر المنازعات الضريبية على وجه السرعة لتقصير أمد المنازعات بين المكلفين والإدارة الجبائية، وهذه السرعة تحقق مصلحة عامة للدولة حيث تُعد الضريبة مورداً مالياً للمساهمة في الإنفاق العام الذي تحدده ميزانية الدولة¹.

وقد نص المشرع الفلسطيني على الاستعجال في قضايا ضريبة الدخل²؛ والنظر فيها على وجه السرعة من أجل الحفاظ على الاستقرار الضريبي، ولأهمية هذه الضريبة فإنه يجب على الدولة ممثلة بالإدارة الجبائية أن تسرع في حل المنازعات بينها وبين المكلفين من أجل الحفاظ على استقرار الحقوق المالية للمكلفين.

ثالثاً: خضوع المنازعة الجبائية لأحكام القانون الضريبي، أي أن يكون القانون الضريبي هو المرجع حين يكون هناك خلاف بين أطراف المنازعة، ويكون قانون الضرائب هو المطبق على واقعة النزاع.

¹ عبد الله أبو عمرة، نظر منازعات الضرائب على الدخل أمام لجنة الطعن الضريبي (دراسة مقارنة بين التشريعين الضريبيين الفلسطيني والمصري)، رسالة ماجستير، كلية الحقوق، جامعة الأزهر، غزة، 2014، ص 13.

² المادة 29 فقرة 4 من القرار بقانون رقم 8 لسنة 2011 بشأن ضريبة الدخل.

ويكون قانون الضرائب هو المرجع حين يدور خلاف بين أطراف النزاع حول تفسير القانون أو تأويله أو تطبيقه على الوجه الصحيح، وهذا يعني خضوع المنازعة الجبائية لأحكام القانون الضريبي تأكيداً على ذاتية القانون الضريبي، تلك الذاتية التي أكسبته القدرة على تنظيم المراكز القانوني كافة المتعلقة به دون أن يتأثر أو يخضع لأحكام القوانين الأخرى¹، وفي حالة عدم وجود نص في القانون الضريبي يمكن تطبيق قوانين أخرى ذات الصلة للحكم في المسائل التي لم يُنص عليها صراحة في القانون الضريبي ومنها الحالات المتعلقة ببيان الأثر الرجعي للقانون الضريبي أو أحكام التقادم.

وقد أكدت المادة 29 فقرة 2 من القرار بقانون رقم 8 لسنة 2011 بشأن ضريبة الدخل (يطبق أحكام قانون أصول المحاكمات المدنية والتجارية فيما لم يرد به نص في هذا القرار بقانون والأنظمة الصادرة بموجبه)، وعلى ذلك لا تكون المنازعة ضريبية إلا إذا كان القانون الضريبي هو المرجع وإن كان من الممكن الجمع بين قانونين فلا بُد أن يظل القانون الضريبي هو المرجع الأساسي لاعتبار المنازعة ضريبية.

رابعاً: الحق المالي موضوع المنازعة الجبائية يدعيه أحد أطراف الدعوى وينازع به الطرف الآخر، لذلك حرصت التشريعات الجبائية على أن لا ينظر القضاء في هذه المنازعة ابتداءً بل جعلت لطرفي المنازعة إمكانية الجلوس سوياً بعيداً عن ساحة القضاء؛ وذلك من أجل التفاوض في موضوع المنازعة الجبائية عسى أن يتفقا على تسوية معينة دون أن يُحال الأمر إلى القضاء سواء كان الاتفاق منهيّاً كلياً للمنازعة، وبذلك فإن المنازعة الجبائية تمر بمرحلتين هما المرحلة الإدارية (التظلم الإداري) على قرار مأمور التقدير، والمرحلة القضائية، وجعلت معظم التشريعات الجبائية التظلم إلى جهة الإدارة أمراً وجوبياً قبل نظر الدعوى الجبائية أمام القضاء².

بالتالي فإن التظلم الضريبي يُعتبر وجوبياً في معظم التشريعات والقوانين الجبائية كأحد مراحل المنازعة الجبائية، وبالرجوع إلى قرار بقانون رقم 8 لسنة 2011 بشأن ضريبة الدخل، فإننا نلاحظ أنه لم يرد فيه ما يفيد بوجوب التظلم الضريبي صراحةً على الرغم من التوجه العام للمشرع من خلال تناوله لمواد التظلم الإداري والتدرج في الاعتراض أمام لجنة الاعتراضات.

¹. الشيماء حسن البيه، مرجع سابق، ص 52.

². محمد حمدونة، مرجع سابق، ص 26.

خامساً: إن إجراءات التقاضي الجبائية ذات طابع كتابي، وهذه الخاصية مدعاة إلى الجدية والتعمق حيث أصبحت الدفاتر الحسابية والمستندات الكتابية هي الوسيلة الرئيسية للإثبات في القانون الضريبي، كما أن المشرع الفلسطيني وإن نص على علنية المحاكمات أمام القضاء الضريبي إلا أن هذا المبدأ لا يجري على إطلاقه، حيث أجاز المشرع الخروج عن هذا المبدأ في حال قررت المحكمة خلاف ذلك¹ وفقاً لطبيعة الدعوى المنظورة أمامها؛ وذلك حفاظاً على قيم ومصالح المجتمع السياسية والاقتصادية والاجتماعية².

سادساً: مواكبة إجراءات ووسائل الفصل فيها للتطورات الجبائية في الإدارة الجبائية والتشريع والقضاء. المجال الضريبي بجوانبه الإدارية والتشريعية والقضائية هو مجال متجدد ودائم التغيير وهذا مرده إلى ضرورة مواكبة كل جديد قد يطرأ يؤدي إلى تغيير أو تعديل في شتى المجالات التي تتعلق في الضريبة بصورة مباشرة أو غير مباشرة، وبالتالي يجب أن تواكب هذه التشريعات والإجراءات للتطورات الإدارية والاقتصادية والاجتماعية السائدة في الدولة والتي يلزم معها وجود تطورات أو تعديلات في التشريعات الجبائية، كون التشريعات الجبائية أكثر تأثراً بذلك وهذا ما يتطلب بالضرورة أن تواكب تلك الإدارات الجبائية وجهات الفصل في المنازعات الجبائية في إجراءاتها وقراراتها الإدارية أو القضائية.

المطلب الثاني:

محكمة استئناف ضريبة الدخل والإجراءات المتبعة أمامها

لقد منح المشرع الفلسطيني في القانون الأساسي الحق لكل مواطن في اللجوء إلى قاضيه الطبيعي³ ويتوجب على الأخير عدم قبول الدعوى لعدم الاختصاص في حالة كان موضوع الدعوى يخرج عن تخوم اختصاصه، لذا سنتناول في هذا المطلب من خلال فرعين الأول تشكيل المحكمة المختصة بنظر الطعون الجبائية، والثاني اختصاصات المحكمة.

الفرع الأول:

تشكيل المحكمة المختصة بنظر الطعون الجبائية واختصاصاتها

أولاً: تشكيل المحكمة المختصة بنظر طعون تقدير الضريبة

¹. المادة 29 فقرة 4 من قرار بقانون رقم 8 لسنة 2011 بشأن ضريبة الدخل.

². روند محمود غول، إجراءات الاستئناف و النقض في القضاء الضريبي - دراسة مقارنة بين التشريع الفلسطيني و الأردني، رسالة ماجستير، كلية الدراسات العليا جامعة النجاح الوطنية، 2020، نابلس، ص21.

³. نص المادة 30 فقرة 1 من القانون الأساسي الفلسطيني المعدل لسنة 2003.

أعاد قانون ضريبة الدخل رقم (17) لسنة 2004 بشأن الضريبة، إنشاء محكمة خاصة كما سابقتها والتي كانت مُشكلة بموجب أحكام قانون ضريبة الدخل الأردني رقم (25) لسنة 1964، وكلاهما اعتبرها محكمة خاصة أسموها محكمة استئناف ضريبة الدخل¹، والتي تختص في النظر في المنازعات الجبائية، وذلك بعد استنفاد المكلف طرق الطعن الإداري التي أوجبه القانون باتباعها، وتكون هذه المحكمة وفق صريح ما أسماها المشرع بدرجة محكمة استئناف، وكان المشرع اعتبر قرار مأمور تقدير الضريبة بمثابة محكمة درجة أولى. ونستشف ذلك من خلال إجازة سماع بينات من قبل مأمور تقدير الضريبة ومناقشتها² وتقدير وزنها وعدم جواز الاستماع إليه كشاهد حول ما أعده، إلا أن الاختلاف بين الإطارين القانونيين هو أن القانون الأردني كان يُتبع هذه المحكمة الخاصة لوزارة العدلية بخلاف القانون الفلسطيني الذي أتبعها للسلطة القضائية³ في حين أن التقاضي أمام المحاكم الأردنية يكون على ثلاث درجات، محكمة الجبائية البدائية، ومحكمة استئناف الجبائية، ومحكمة التمييز.

ثانياً: اختصاصات محكمة استئناف ضريبة الدخل

تختص محكمة استئناف ضريبة الدخل بعدة اختصاصات محددة حصراً لا يجوز للمحكمة الخروج عن تخومها وإلا كان حكمها مشوباً حرياً بالإلغاء وهذه الاختصاصات هي كما يلي:

- قرار التقدير بعد الاعتراض، والذي يعني قرار تقدير عدم اتفاق بعد اعتراض المكلف أمام مأمور الضريبة، أي بعد أن يتم مناقشة الاعتراض المقدم من قبل المكلف على التقديرات الإدارية أو تقدير الضريبة المقطوع، ولم يتم التوصل لاتفاق بين مأمور الضريبة والمكلف على مقدار الدخل الخاضع للضريبة والضريبة المستحقة على ذلك المكلف، ويحق للمكلف استئناف هذا القرار أمام محكمة استئناف قضايا ضريبة الدخل خلال 30 يوماً من تاريخ تبليغه إشعار التقدير⁴.
- قرار التقدير والمتمثل في قرار إعادة النظر في التقدير الصادر عن الوزير أو الموظف المفوض من قبله خطياً، فقد منح القانون للوزير أو من يفوضه إعادة النظر في الإقرار الضريبي المقدم للدائرة خلال 4 سنوات من تاريخ تقديمه، وإعادة النظر في التقديرات التي أجراها مأمور الضريبة

¹. قانون ضريبة الدخل المادة 28.

². قانون ضريبة الدخل الأردني رقم (25) لسنة 1964.

³. القرار بقانون رقم 8 لسنة 2011، المادة 1/29.

⁴. القرار بقانون رقم 8 لسنة 2011 بشأن ضريبة الدخل المادة رقم 28، الفقرة 6.

خلال السنوات الأربع التي تلت السنة التي جرى فيها التقدير على أن يُمنح المكلف حقه في الدفاع عن نفسه وسماع أقواله وتقديم دفوعه¹.

- كما منح المشرع، المكلف الحق في اللجوء إلى محكمة استئناف ضريبة الدخل للطعن في تحديد السلف الجبائية التي تؤدي مسبقاً للخزينة والمطالبات المتعلقة بأي أمور ضريبية يتوجب خصمها أو دفعها أو اقتطاعها كضريبة نهائية وأية اقتطاعات أخرى يستوجب القانون دفعها وترى وزارة المالية بأن المكلف لم يقدّم بدفعها².

الفرع الثاني:

الإجراءات المتبعة أمام محكمة استئناف ضريبة الدخل والبيانات التي تقدم أمامها

أولاً: الإطار القانوني للإجراءات المتبعة أمام محكمة استئناف ضريبة الدخل

نص قانون ضريبة الدخل رقم 17 لسنة 2004، على وجوب إصدار لائحة تبين الإجراءات واجبة الاتباع أمام محكمة استئناف ونقض ضريبة الدخل³، وبناءً عليه أصدر مجلس الوزراء في جلسته المنعقدة بتاريخ 2005/7/26، اللائحة رقم 140 لسنة 2005، ونص القرار بقانون رقم 8 لسنة 2011 في المادة 29 منه على إنفاذ قانون أصول المحاكمات المدنية والتجارية فيما لم يرد به نص والإبقاء على ما كان نافذاً بموجب أحكام قانون ضريبة الدخل رقم 17 لسنة 2004، أي أن اللائحة رقم 140 لسنة 2005 ما زالت نافذة حتى تاريخه.

ثانياً: الإجراءات واجبة الاتباع أمام محكمة استئناف ضريبة الدخل

هناك عدت إجراءات واجبة الاتباع أمام محكمة استئناف ضريبة الدخل يمكن استخلاصها من نصوص القانون وسيتم توضيحها كالاتي:

1. **الشروط المتعلقة بالطاعن:** يُشترط لقبول الدعوى القضائية توافر مجموعة من الشروط فإذا

لم تتوافر هذه الشروط تحكم المحكمة بعدم قبولها، وتتمثل هذه الشروط في شروط عامة يجب

¹. إعمالاً لنص المادة رقم (26) من القرار بقانون رقم 8 لسنة 2011 وأحكام المادة رقم 24 من القانون رقم 17 لسنة 2004.

². القرار بقانون رقم 8 لسنة 2011 المادة 3/29.

³. قانون ضريبة الدخل رقم 17 لسنة 2004 المادة 29 والمادة 48.

توافرها في كل دعوى، وشروط خاصة يجب توافرها في دعوى معينة دون غيرها وهي كالاتي:

أ. الشروط العامة

يشترط لقبول الدعوى القضائية طبقاً لنص المادة (3) من قانون أصول المحاكمات المدنية والتجارية رقم (2) لسنة 2001م. توافر شرطين وهما كالاتي:

- الصفة

لا بُد أن يُرفع الطعن من أحد أطراف الخصومة ولا يجوز لغيرهما أن يطعن في القرار سيما وأن الصفة تعني "إمكانية رفع الدعوى قانوناً أو الصلاحية أو الأهلية للترافع أمام القضاء **كطرف في الدعوى**"، وجدير بالذكر أن الصفة تختلف عن المصلحة في الدعوى فقد يكون الشخص صاحب مصلحة في الدعوى تجيز له الطعن ومع ذلك لا يجوز له متابعة أو مباشرة هذه الدعوى بنفسه؛ لقيام عارض من عوارض الأهلية، وبذلك يكون صاحب الصفة الوصي أو الولي أو القيم، وعلاوةً على ذلك وطبقاً للقواعد العامة في إجراءات التقاضي فإن الدعوى المرفوعة من شخص غير ذي صفة لا يقبل الطعن المقدم من قبله مهما كانت صلته بالمكلف إلا في حالة وجود تكليف قانوني بهذا الخصوص، وعليه فإن الطعن يكون مقبولاً شكلاً إذا قُدم من ذي صفة¹، حيث قضت محكمة التمييز في الدعوى الحقوقية رقم 2002/3178 بأنه "إذا أقيمت الدعوى على شخص بالإضافة لتركة مورثة فإن الطعن يكون - والحالة هذه - مقدماً من ذي صفة إذا قدم من الشخص بالإضافة للتركة، أما إذا قدم الطعن من الشخص نفسه دون التركة فإن الطعن يكون مقدماً من غير ذي صفة وممن لا يملك الحق في تقديمه"².

- المصلحة

إن شرط المصلحة من أهم شروط أي دعوى حقوقية أو إدارية عينية كانت أم شخصية فلا دعوى دون مصلحة³، وعلى هذا فإن المصلحة تُعتبر المعيار أو الضابط لضمان جدية الطعن وعدم خروجها عن الغاية التي حددها القانون، فبدون وجود منازعة ضريبية في حال قبول المكلف بما ورد في إشعار التقدير فلا مصلحة له بإقامة الدعوى، أما في حال رفض المكلف ما ورد في

¹. سلسلة الدليل التدريبي للمعهد القضائي الفلسطيني، دليل إدارة الدعوى المدنية، سلسلة دليل المدرب رقم 2، 2018.

². تمييز حقوق (2002/3178) مركز عدالة.

³. المادة (3) من قانون أصول المحاكمات المدنية والتجارية رقم 2 لسنة 2001.

إشعار الضريبة وتقدم بالاعتراض على التقدير وفق ما بيناه سابقاً فإنه يجوز له الطعن في قرار التقدير بعد رفض اعتراضه أو عدم إجابة كافة طلباته التي وردت في لائحة الاعتراض.

– الأهلية

وهي أن يكون المكلف له أهلية التقاضي سواء كان شخصاً طبيعياً كأن يكون بالغاً راشداً، وإذا كان المكلف قاصراً فإنه يتم رفع الدعوى عن طريق الوالي أو الوصي أو القيم.

ب. الشروط الخاصة

هي شروط أوجب المشرع توافرها في دعاوى معينة دون غيرها، وسنكتفي بذكرها منعاً للتكرار وتتمثل فيما يلي:

- أن يكون أحد أطرافها الإدارة الجبائية.
- أن تكون المنازعة متعلقة بنشاط ناتج عن أعمال الإدارة الجبائية.
- أن يكون المرجع فيها هو القانون الضريبي.

2. مدة الطعن أمام محكمة الاستئناف

يكون ميعاد الطعن خلال ثلاثين يوماً من تاريخ تقديم التبليغ بإشعار التقدير، من أجل بيان أن طلب الاستئناف مقدم خلال المدة القانونية، وتكون هذه المدة إما بعد صدور قرار لجنة الاعتراض المسبب أو أن الوزير أو الموظف المكلف قد أعاد النظر في القرار الصادر بخصوص مبلغ الضريبة وأصبح المبلغ باهظاً على المكلف الضريبي فيلجأ خلال هذه المدة إلى محكمة استئناف قضايا ضريبة الدخل¹، ويكون الطعن من خلال محامٍ مزاول لمهنة المحاماة "لأنه كما سبق بيانه من أن محكمة استئناف ضريبة الدخل هي محكمة بدرجة محكمة استئناف"².

3. قيد لائحة الاستئناف

يقع على عاتق المستأنف تقديم لائحة استئناف إلى محكمة قضايا ضريبة الدخل، تودع لدى قلم المحكمة المختصة وفقاً للأوضاع المقررة لرفع الاستئناف، بحيث تشتمل على نسخ بعدد المستأنف عليهم ونسخة للمحكمة مصدقة ومؤرخة حتى لا يتم التجهيل بالحكم المطعون فيه، ويذكر فيها أسباب الاستئناف والطلبات، فالدعوى لا تنتج أثرها القانوني إلا عند إيداعها لدى قلم

¹. قرار بقانون رقم 8 لسنة 2011 المادة 6/28.

². المرجع السابق المادة (61).

المحكمة ودفع الرسم القانوني. وجدير بالذكر أن الاستئناف يُعتبر مقدماً من لحظة إيداع اللائحة لدى قلم المحكمة¹، وتشتمل لائحة الاستئناف على ما يلي:

- اسم المحكمة المراد دفع الدعوى أمامها.
- اسم المستأنف ووكيله.
- اسم المستأنف عليه "مأمور الضريبة، وزير المالية، الموظف المفوض من قبل وزير المالية ووزير المالية، وزارة المالية، الخزينة العامة" وذلك حسب مقتضيات الحال لصحة الخصومة.
- موضوع الاستئناف، ويجب أن يكون أحد الموضوعات الثلاثة الوارد ذكرها أعلاه حصراً.
- لائحة وأسباب الاستئناف وفيها يبين المستأنف أسبابه الواقعية والقانونية التي تستوجب الحكم له وفق طلباته الختامية.
- الطلبات الختامية.
- التاريخ وتوقيع المحامي الوكيل.

أما فيما يتعلق بدفع الرسم القانوني يقوم المكلف/ المستأنف بدفع الرسم القانوني وهو عبارة عن 1% من القيمة المقدرة مطروح منها القيمة التي يسلم بها على ألا يقل الرسم عن ثلاثمائة شقل ولا يزيد على ستمائة شقل عن كل سنة ضريبية ويشترط كذلك أن يقوم المكلف/ المستأنف بدفع المبلغ الذي يسلم به للخزينة العامة كشرط لقبول الدعوى².

كما وأرى بأنه يجوز للمستأنف/ المكلف بتقديم طلب للمحكمة عملاً بأحكام المادة (211) من قانون أصول المحاكمات المدنية والتجارية من أجل وقف تنفيذ قرار دفع الضريبة كاملةً لحين البت في الدعوى. **ثالثاً: أصول الإثبات أمام المحكمة.**

لم يحدد أي من القوانين الخاصة بضريبة الدخل أو بالضريبة وسيلة معينة للإثبات وترك ذلك للقواعد العامة في الإثبات الواردة في نصوص قانون البينات رقم (4) لسنة 2001، الأمر الذي يجب معه البحث في مدى إمكانية تقديم كل البينات الواردة في قانون البينات والمتمثلة في طرق الإثبات، وطرق

¹. عماد سليم وآخرون، شرح قانون أصول المحاكمات المدنية والتجارية الفلسطيني رقم (2) لسنة 2001، دون نشر، فلسطين، 2003، ص44.

². القرار بقانون رقم 8 لسنة 2011 المادة 7/أ.

الإثبات هي: 1- الأدلة الكتابية. 2- الشهادة. 3- القرائن. 4- الإقرار. 5- اليمين. 6- المعاينة. 7- الخبرة¹.

نستعرضها كما يلي:

- الأدلة الكتابية وهي: 1- السندات الرسمية 2- السندات العرفية 3- السندات غير الموقع عليها².
وحيث إن المكلف بالضريبة ملزم بتحرير فواتير ضريبية للمبيعات وتحصيل فواتير ضريبية في المشتريات وتبيان ماهية المصروفات التشغيلية للعمل الذي يباشره، الأمر الذي يتوجب معه أن يكون المكلف إذا كان تاجراً حاملاً لفواتير ضريبية سواءً أكانت محررة من الغير أم مدفوع قيمتها من قبله كمصروفات تشغيلية، وحيث إن عقود العمل التي يبرمها المكلف مع العاملين لديه وكشوفاته وكشوفاتهم البنكية تأخذ صفة السندات العرفية وفقاً لمفهومها الوارد في قانون البيئات "السند العرفي هو الذي يشتمل على توقيع ممن صدر عنه أو على خاتمه أو بصمته، ولا تتوافر فيه الشروط المنصوص عليها في المادة (9) من هذا القانون"³، وحيث إن قانون التجارة قد ألزم كل التجار بحمل دفاتر تجارية منظمة تكون حجة عليهم فقط وفقاً لقانون البيئات وتحديداً المادة (21) منه والتي تنص على "دفاتر التجار لا تكون حجة على غير التجار، غير أن البيانات الواردة فيها عما ورده التجار تصلح أساساً يجرى للقاضي أن يوجه اليمين المتممة لأي من الطرفين"⁴، إلا أن هذه السندات غير الموقع عليها تصلح لأن تكون أساساً يوجه بناءً عليه اليمين المتممة لأي من الطرفين⁵ أو أن تشكل أساساً للإثبات بمبدأ الثبوت بالكتابة.

- الخبرة

من المعروف بأن المسائل الجبائية ولغايات احتسابها الصحيح تحتاج لأهل الخبرة والاختصاص؛ وذلك لبيان الشريحة الجبائية والاقتطاعات الواجب أدائها والأمور المستثناة ولكي يستقر ضمير المحكمة بأن المكلف/ المستأنف لم يستغل إمكانية تأجيل الأرباح للسنة التي تليها أو ربط أرباحه بفوائد ناتجة عن قروض، ولضمان الوقوف على جميع مواطن المنازعة الجبائية أرى بأنه يتوجب عليها اللجوء لأعمال الخبرة بواسطة مدقق حسابات قانوني.

¹. قانون البيئات في المواد المدنية والتجارية رقم (4) لسنة 2001، المادة (7).

². المرجع السابق مباشرة، المادة (8).

³. المرجع السابق مباشرة، المادة (15).

⁴. المرجع السابق مباشرة المادة (21).

⁵. المرجع السابق مباشرة، المادة (1/22).

- الشهادة

يجوز لأي من الفرقاء أن يتقدم ببياته الشفوية لإثبات ما يدعيه إذ يستطيع المكلف أن يستمع لأقوال محاسب منشأته التجارية حول صحة دفاتره التجارية وفواتيره وعدم وجود تلاعب بها، كذلك إذا ما قام مأمور الضريبة بتقدير قيمة الضريبة بناءً على الرفاهية التي يعيشها المكلف و/أو عائلته المعالين من قبله فإنه يجوز له إشهاد أي من الموظفين الذين عاينوا هذه الواقعة المادية.

- المعاينة

كون أن المشرع منح مأموري الضريبة إمكانية تقدير قيمة الضريبة جزافاً بناءً على المظهر الخارجي للمنشأة والرفاهية المعاشه من قبل المكلف و/أو عائلته المعالين من قبله فإنه يجوز للمحكمة وفي هذه الحالة ولكي يستقر ضميرها بأن تعين ما ورد في تقرير التقدير الجزافي بذاتها.

الخاتمة:

في ختام هذه الدراسة التي تناولت موضوع إجراءات التقاضي في المنازعات الجبائية، والتي تم من خلالها توضيح مدخل مفاهيمي لإجراءات التقاضي في المنازعات الجبائية من خلال البحث في مفهوم المنازعات الجبائية وبيان خصائص إجراءات التقاضي في المنازعات الجبائية، ومن ثم انتقلنا لبيان تشكيل المحكمة المختصة بنظر الطعون الجبائية واختصاصاتها، بالإضافة إلى الإجراءات المتبعة أمام محكمة استئناف ضريبة الدخل والبيانات التي تقدم أمامها، وتوصلت إلى مجموعة من النتائج والتوصيات والتي يمكن إجمالها على النحو الآتي:

النتائج:

1. إن المحكمة المختصة بالنظر والفصل في منازعات ضريبة الدخل هي محكمة استئناف ضريبة الدخل.
2. هنالك ثلاث قرارات فقط قابلة للاستئناف أمام المحكمة.
3. الإجراءات واجبة الاتباع هي الإجراءات الواردة في نظام صادر عن مجلس الوزراء حمل الرقم 140 لسنة 2005، وفيما لم يرد فيه نص تطبق أحكام قانون أصول المحاكمات المدنية والتجارية.
4. لا يقام الاستئناف إلا من خلال محامٍ مزاوٍ.
5. يختلف الرسم القانوني لدعاوى المنازعات الجبائية عن الدعاوى الأخرى.
6. يجوز الإثبات في دعاوى المنازعات الجبائية بجميع طرق الإثبات.
7. عدم وضوح التشريع فيما يتعلق بمسألة التظلم الإداري إن كان وجوبياً أم اختيارياً.
8. لم يُنصّ المشرع على تحديد فترة للرد على الاعتراض الأمر الذي يجعل الأمر مفتوحاً بيد الإدارة.

التوصيات:

1. جعل التقاضي في المنازعات الجبائية على ثلاث مراحل (بداية، استئناف، ونقض).
2. النص صراحة على مبدأ حرية الإثبات في مثل هذه الدعاوى.
3. تنقيح قانون ضريبة الدخل بحيث يعالج الإشكاليات التي فصلت بها المحكمة.
4. ضرورة النص التشريعي على آلية تشكيل لجنة الاعتراضات وتحديد طبيعة عملها ومعايير التشكيل؛ كي يكون قرارها بمثابة محكمة درجة أولى قبل اللجوء للاستئناف لتخطي النقص التشريعي فيما يتعلق بالتظلم الإجباري، وجعل عملية التقاضي تسير وفق أصول ثابتة، وفي هذه

الحالة يكون لمأمور التقدير حق الطعن في قرار لجنة الاعتراضات أمام محكمة قضايا استئناف ضريبة الدخل وإغلاق فجوة التأويل والاجتهاد جراء النقص في المادة التشريعية.

قائمة المصادر والمراجع

أولاً: المصادر:

1- الدستور:

- القانون الأساسي الفلسطيني المعدل لسنة 2003 وتعديلاته لسنة 2005.

2- القوانين:

- قانون البينات في المواد المدنية والتجارية رقم (4) لسنة 2001.

- قانون أصول المحاكمات المدنية والتجارية رقم (2) لسنة 2001.

- قانون ضريبة الدخل رقم 17 لسنة 2004.

3- القرارات بقانون:

- القرار بقانون رقم 8 لسنة 2011 بشأن ضريبة الدخل.

ثانياً: المراجع:

1- الكتب:

- الشيماء مصطفى حسن البيه، الولاية القضائية بنظر المنازعات الجبائية، المكتب الجامعي الحديث، الإسكندرية، 2019.

- هاني غانم، ود. محمد حمدونة، الوسيط في النظام الضريبي لدولة فلسطين، مكتبة نيسان للطباعة والتوزيع، الطبعة الثانية، غزة، 2021.

- الدكتور المحامي محمد حمدونة، ولاية القضاء على المنازعات الجبائية وتنازع الاختصاص القضائي بنظرها، مكتبة نيسان للطباعة والتوزيع، الطبعة الأولى، غزة، 2021.

- عماد سليم وآخرون، شرح قانون أصول المحاكمات المدنية والتجارية الفلسطيني رقم (2) لسنة 2001، دون نشر، فلسطين، 2003.

2- رسائل الماجستير:

- عبد الله أبو عمرة، نظر منازعات الضرائب على الدخل أمام لجنة الطعن الضريبي (دراسة مقارنة بين التشريعين الضريبيين الفلسطيني والمصري)، رسالة ماجستير، كلية الحقوق، جامعة الأزهر، غزة، 2014.

- روند محمود غول، إجراءات الاستئناف والنقض في القضاء الضريبي "دراسة مقارنة بين التشريع الفلسطيني والأردني"، رسالة ماجستير، كلية الدراسات العليا، جامعة النجاح الوطنية، نابلس، 2020.
- شذى نور، المنازعات الجبائية المتعلقة الضريبي والتقدير الذاتي حسب قرار بقانون رقم 8 لسنة 2011 بشأن ضريبة الدخل/ شمال الضفة الغربية، رسالة ماجستير، كلية الدراسات العليا، جامعة النجاح الوطنية، نابلس، 2021.

التنظيم القانوني لاستئناف قضايا ضريبة الدخل

Legal Regulation of the Appeal of Income Tax Cases

أ.سماح عابدين

ماجستير القانون الإداري والنظام الدستوري
الجامعة العربية الأمريكية، فلسطين

التنظيم القانوني لاستئناف قضايا ضريبة الدخل

Legal Regulation of the Appeal of Income Tax Cases

أ.سماح عابدين، ماجستير القانون الإداري والنظام الدستوري

الجامعة العربية الأمريكية، فلسطين.

Abdeen.sama7@gmail.com

تاريخ النشر: 2024-01-07

تاريخ القبول: 2023-10-10

تاريخ الاستلام: 2023-07-24

DOI: <https://doi.org/10.70411/MJLS.2.1.202473>

المخلص:

منح المواطن حق اللجوء إلى القضاء بموجب القانون الأساسي الذي كفل هذا الحق للكافة بمن فيهم المكلف الذي لم يرتض التقدير الضريبي الصادر بحقه، ويأتي هذا الحق تعزيزاً لسيادة القانون على الكافة بمن فيهم مؤسسات الدولة، ومما لا شك فيه أن الحديث عن الإجراءات الضريبية والاعتراض عليها يطول وبحاجة إلى دراسة مستفيضة، وسيأتي الباحث من خلال هذه الدراسة لتسليط الضوء على التنظيم القانوني لاستئناف قضايا ضريبة الدخل في فلسطين.

ويهدف الباحث من خلال دراسته لتسليط الضوء على الأساس القانوني الذي بموجبه تم تشكيل محكمة استئناف قضايا ضريبة الدخل كمحكمة خاصة بنظر النزاعات الضريبية على خلاف المشرع المصري الذي منح هذا الاختصاص للقضاء الإداري، مع بيان الأصول المرعية، ومبررات اللجوء إلى تلك المحكمة لفض النزاع الضريبي، لاسيما وأن المشرع جعل من الاستئناف أول مراحل التقاضي الضريبي خلافاً للمعتاد في الدرجات القضائية المتعلقة بفض النزاعات، وبالنتيجة نجد أن فقه القضاء الفلسطيني استقر على اعتبار أن القرار الصادر على الاعتراض الضريبي المقدم من قبل المكلف لدى دائرة الضريبة يعد بمثابة حكم درجة أولى.

الكلمات المفتاحية: ضريبة دخل، استئناف، قضايا ضريبة الدخل، المكلف.

Abstract:

Granting citizens the right of recourse to the judiciary is protected by the Basic Law, which safeguards this right for everyone, including taxpayers who are dissatisfied with the tax assessments levied against them. This provision serves to fortify the rule of law, encompassing all state institutions. It is undeniable that discussing tax procedures and objecting to them is a protracted process requiring extensive study. Through this research, the researcher elucidates the legal structure governing the appeals of income tax cases in Palestine.

The objective of this research is to illuminate the legal foundations that underpin the formation of the Income Tax Appeals Court. This specialized court is mandated to address tax disputes, distinguishing it from the approach of the Egyptian legislator who delegated this jurisdiction to the administrative judiciary. The study provides an exposition of the pertinent regulations and rationalizations for resorting to this court to adjudicate tax disputes. Notably, the legislator has designated the appeal process as the initial phase of tax litigation, deviating from the customary judicial hierarchies that pertain to dispute resolution. Consequently, the jurisprudence of the Palestinian judiciary has established that decisions rendered on tax objections filed by taxpayers with the tax department are treated as first-instance judgements.

Keywords: Income Tax, Appeal, Income Tax Issues, Taxpayer.

المقدمة:

يمثل الطعن في قرار المُقدر أهم مقومات العدالة التي يمنحها المشرع خلال وضع القوانين للمكلفين، فما يملكه القاضي من هيبة واحترام يمنح القرار الصادر عنه تطبيقاً طوعياً لدى المكلفين؛ لشعورهم بعدالة الحكم الصادر عن القضاء فما يرتضيه المكلف سيرتضيه المُقدر كذلك الأمر، وتأتي أهمية اللجوء إلى القضاء بعد أن جرت العادة بنظر التظلمات على قرارات مُقدر الضريبة من ذات الموظفين، هذا الحال وإن تغير في بعض الأحيان إلا أنه أصبح راسخاً لدى المُكلفين أن الخصومة هنا تنتظر ويتم البت بها من قبل الخصم.

إضافةً إلى أن صياغة ذلك القانون منح المُكلف التقاضي على درجتين إن لم يرتض الحكم الصادر على استئناف قرار التظلم، يذهب إلى نقض ذلك الحكم، وهذا ما يرسخ مفهوم العدالة القضائية التي تمنح لمن لم يرتض حكم المُقدر حال لجوئه إلى القضاء.

الإشكالية:

تكمن إشكالية الدراسة بقياس الإجراءات المتبعة أمام محكمة استئناف قضايا ضريبة الدخل باعتبارها أول مراحل ولوج القضاء لغايات حل النزاع القائم بين المكلف والإدارة الضريبية، ويتفرع عن التساؤل الرئيس الأسئلة الفرعية الآتية:

- 1- ما السند القانوني لتشكيل محكمة استئناف قضايا ضريبة الدخل؟
- 2- هل حدد المشرع مسوغات اللجوء إلى محكمة استئناف قضايا ضريبة الدخل؟
- 3- أهناك شروط محددة على المكلف اتباعها عند اللجوء إلى محكمة استئناف قضايا ضريبة الدخل؟

أهمية الدراسة:

تتمثل أهمية الدراسة في ظل الغموض الذي يعتري اجراءات المنازعات الضريبية في فلسطين من خلال تسليط الضوء على الأساس القانوني لتشكيل محكمة استئناف الضريبة، بالإضافة إلى الاجراءات الواجب على المكلف اتباعها لدى مُقدر الضريبة قبل لجوئه إلى النزاع القضائي، ومن ثم تفصيل الإجراءات القضائية المتبعة أمام محكمة استئناف ضريبة الدخل، وشروط قبول الدعوى الضريبية شكلاً قبل الدخول في أساس الدعوى وصلاحيات المحكمة خلال فض المنازعة.

أهداف الدراسة:

تتمثل أهداف الدراسة في تسليط الضوء على النقاط الآتية:

- 1- تحديد الإجراءات المتبعة قبل ولوج أروقة المحاكم.

2- بيان الأصول المرعية في المحاكم الضريبية والتي تنتج عن عدم مراعاتها الرد الشكلي للدعوى وفقدان المُكلف حقه في التقاضي.

3- تحديد الأساس القانوني للتظلم الوجوبي في قضايا ضريبة الدخل.

منهجية الدراسة:

لغايات تحقيق هذه الدراسة أهدافها، والإجابة بشكل وافٍ على إشكالية الدراسة، استخدم الباحث المنهج الوصفي التحليلي من خلال تحليل نصوص القرار بقانون رقم (8) لسنة 2011 بشأن ضريبة الدخل وتعديلاته.

بالإضافة لاستخدام المنهج المقارن من خلال مقارنة بعض المواضع التي ودرت في التشريع الفلسطيني مع ما ورد في التشريع الضريبي الأردني والمصري وتحديد نقاط الاختلاف ما بين التشريعات المقارنة.

المبحث الأول:

الأساس القانوني لاستئناف قضايا ضريبة الدخل

يلجأ المكلف إلى محكمة استئناف الضريبة والمنظمة بموجب القرار بقانون رقم (8) لسنة 2011م وتعديلاته، ومن هنا تأتي أهمية المحكمة التي تختص بتطبيق القانون حيث تساهم مساهمة فاعلة في تيسير المهمة على المكلفين بالضريبة، إضافة لكونها الضمان عند الاختلاف وعدم تطبيق القانون وتأويله تأويلاً يحول بين الخطأ في تطبيق القاعدة القانونية والتعنت في استخدام السلطة، مما يسهم في دفع عجلة التنمية الاقتصادية.

لذا يتوجب توضيح التشكيل الخاص بمحكمة استئناف قضايا ضريبة الدخل والإجراءات المتبعة أمامها تبعاً.

المطلب الأول:

تشكيل محكمة استئناف قضايا ضريبة الدخل

تتشكل محكمة استئناف قضايا ضريبة الدخل ضمن ملاك السلطة القضائية تطبيقاً لنصوص القرار بقانون (8) لسنة 2011م وتعديلاته، وتشكل هيئة المحكمة من ثلاثة قضاة، قاضي لا تقل درجته عن قاضي محكمة عليا يتراًس الهيئة، وعضوية قاضيين لا تقل مرتبة كل منهما عن قاضي استئناف، وتتبع هذه المحكمة بتنظيمها لأحكام قانون السلطة القضائية وما يصدر بموجبه من أنظمة وتعليمات.¹

وبالنظر إلى التشريع الأردني تشكلت محكمة استئناف قضايا ضريبة الدخل بموجب قانون ضريبة الدخل رقم (34) لسنة 2014م وتعديلاته²، التي يتم الطعن أمامها بالأحكام الصادرة عن محكمة البداية الضريبية، وتكون ضمن ملاك وزارة العدل، وتؤلف من رئيس وعدد من القضاة لا تقل درجة أي منهم عن الرابعة، يخضعون جميعهم للأحكام والأوضاع القانونية التي تسري على القضاة النظاميين.³

¹. انظر الفقرة (1) من المادة (29) من القرار بقانون رقم (8) لسنة 2011م بشأن ضريبة الدخل وتعديلاته، والتي نصت على: "تشكل محكمة خاصة تسمى (محكمة استئناف قضايا ضريبة الدخل) ضمن ملاك السلطة القضائية وتتعدد برئاسة قاضي لا تقل مرتبته عن قاضي محكمة عليا وعضوية قاضيين لا تقل مرتبة كل منهما عن قاضي محكمة استئناف يخضعون لأحكام قانون السلطة القضائية والأنظمة الصادرة...".

². انظر الفقرة (ب) من المادة (42) من قانون ضريبة الدخل الأردني رقم (34) لسنة 2014م وتعديلاته، والتي نصت على: "تنشأ محكمة استئناف تسمى (محكمة الاستئناف الضريبية) تؤلف من رئيس وعدد من القضاة لا تقل درجتهم...".

³. فاروق الكيلاني، المحاكم الخاصة، مطبعة التقدم، 1980م، ص342.

وبالنتيجة نجد أن المشرع الفلسطيني سار على هديّ المشرع الأردني الذي جعل لقضايا ضريبة الدخل محكمة خاصة ضمن المحاكم النظامية وتختص بالنظر في كافة قضايا ضريبة الدخل، وكان ذلك حال المشرع المصري بموجب قانون رقم (91) لسنة 2005م حين إصدار قانون الضريبة العامة على الدخل، إلى أن جاء حكم المحكمة الدستورية التي حكمت بمخالفة نص المادة (123)¹ للقواعد الدستورية، حيث حكمت بعدم دستورية اختصاص المحاكم العادية بنظر الطعون الضريبية (ضريبة الدخل)، وإن نظر الطعون الضريبية لدى المحاكم العادية إنما يشكل انتقاصاً من اختصاص مجلس الدولة باعتباره صاحب الولاية العامة دون غيره بالفصل في كافة المنازعات الإدارية.²

وفيما يتعلق بمكان الانعقاد، حدد المشرع الفلسطيني مكان انعقاد جلسات المحكمة في مدينة القدس أو أي مكان آخر تراه المحكمة مناسباً، ونظراً لخصوصية الوضع في مدينة القدس تعقد جلسات المحكمة في مدينة رام الله³، كما حدد المشرع الأردني مكان انعقاد محكمة استئناف قضايا ضريبة الدخل في عمان أو أي مكان تحدده داخل المملكة⁴، ولعل السماح بانعقاد جلسات المحاكم بأي مكان تراه المحكمة مناسباً جاء للتخفيف والتيسير على أطراف النزاع من عناء الانتقال ما بين المحافظات إلى المقر الرئيس للمحكمة. أما فيما يتعلق بالقيود التي قد ترد على قيمة النزاع فقد غض المشرعون النظر عن قيمة النزاع وجعل الاستئناف قائماً أمام المحاكم المختصة أيّاً كانت قيمة النزاع.

المطلب الثاني:

مسوغات اللجوء لمحكمة استئناف الضريبة

يعمل المقدر⁵ على تقدير الضريبة على المكلف، وفي حال عدم ارتضاء المكلف ما تم تقديره، عليه التقدم بالاعتراض على التقدير أولاً قبل اللجوء إلى القضاء، ولعل المشرع ابتغى بذلك أن تعمل الإدارة

¹. نصت المادة (123) من القانون رقم (91) لسنة 2005 بإصدار قانون الضريبة العامة على الدخل، على: "...وترفع الدعوى للمحكمة التي يقع في دائرة اختصاصها المركز الرئيس للممول، أو محل إقامته المعتاد أو مقر المنشأة وذلك طبقاً لأحكام قانون المرافعات المدنية والتجارية...".

². حكم المحكم الدستورية العليا في القضية رقم 70 لسنة 35 قضائية "دستورية"، بتاريخ 2015/07/25

³. الفقرة (1) من المادة (29) من القرار بقانون رقم (8) لسنة 2011م بشأن ضريبة الدخل وتعديلاته

⁴. الفقرة (3) من المادة (42) من قانون ضريبة الدخل رقم (34) لسنة 2014 وتعديلاته

⁵. المقدر: أي موظف أو أية لجنة من الموظفين مفوض أو مفوضه خطياً من المدير بإجراء أي تقدير أو تدقيق للضريبة بمقتضى أحكام هذا القرار بقانون، أنظر المادة الأولى من القرار بقانون رقم (8) لسنة 2011م وتعديلاته.

الضريبة على تصحيح قرارها قبل أن يكون عرضة للنقض، وتخفيف العبء على المكلف خاصة وأن اللجوء للقضاء يتطلب دفع الرسوم ومصاريف الخبرة والمحاماة، ومما لا شك فيه أن إجراءات التقاضي قد تطول نظراً لازدحام المحكمة بالنزاعات الضريبية، علاوة على أن ذلك من شأنه زيادة الخبرة لدى المقدر فيجد ذلك من الخلاف ما بينه وبين المكلفين.

وبعد قبول الاعتراض وصدور نتيجة فيه لا يرتضيها المعارض، له حق التقدم باستئناف أمام محكمة استئناف قضايا ضريبة الدخل، خلال مدة 30 ثلاثين يوماً من صدور النتيجة على اعتراضه، وتكون الأسباب التالية موجبة للطعن إذا صدرت في:

1- **عدم التوصل إلى اتفاق بشأن المبلغ النهائي بين الطرفين**، مما يترتب في ذمة المكلف مبالغ مالية موجب عليه دفعها خلال مدة محددة وألا يتخذ إجراء قانوني بحقه لتخلفه عن الدفع، خاصة وأن القرار على الاعتراض قد يكون بزيادة المبلغ المقدر وهذا يتنافى مع مبدأ لا يضار مستأنف باستئنافه.

2- **إعادة النظر في التقدير**، في حال ظهور مصادر دخل جديدة للمكلف يمكن للمُقدر أن يعيد النظر في قرار التقدير خلال مدة 4 أربع سنوات من تاريخ تقدير الإقرار الضريبي، أو خلال أربع سنوات من الفترة الضريبية التالية التي جرى فيها التقدير على المكلف، كما وله إعادة النظر في الإعفاءات التي منحت للمكلف، وتصحيح أي خطأ حسابي وفق المُقدر فيه.

3- **عدم الموافقة على الاعتراض**، في حال حضور جلسة الاعتراض أو عدمه ولم يتم الموافقة على اعتراضه.

وفي النتيجة فإن الاستئناف حق مكفول للمكلف الضريبي لضمان تطبيق قواعد العدالة والإنصاف وتوفير الحماية القانونية للمكلفين والحفاظ على حقوقهم من التقدير الجزافي.

المبحث الثاني:

إقامة دعوى استئناف قضايا ضريبة الدخل

لا بد من توافر شروط محددة في الدعوى حين إقامتها ومخالفتها يستوجب رد الدعوى قبل الدخول في أساسها، لذا اشترطها المشرع بشكل واضح لا يدع مجالاً للبس فيها، وبعد توافر تلك الشروط وقبول الدعوى يتم السير في الدعوى وفقاً لإجراءات محددة وهذا ما تناوله الباحث في هذا المبحث.

المطلب الأول:

شروط اقامة الدعوى أمام محكمة استئناف قضايا ضريبة الدخل

يتطلب اللجوء إلى القضاء توافر شروط معينة لغايات قبول الطعن، سواء أكانت هذه الشروط تتعلق بالميعاد أم الرسوم أم الوكيل القانوني، أم تتعلق بإجراءات يجب اتباعها قبل اللجوء إلى القضاء، وبما في ذلك مشتملات لائحة الدعوى وصحة الخصومة، وهذا ما سيأتي الباحث على ذكره وفقاً للآتي:

أولاً: ميعاد رفع دعوى الاستئناف

منح المشرع الفلسطيني المكلف ثلاثين يوماً من تاريخ تبليغه إشعار التقدير الصادر كنتيجة لاعتراضه لتقديم لائحة الاستئناف وذلك بعدم إقراره بالتقدير المعترض عليه وإلغاؤه، على أن يدفع قيمة المبلغ المُقر به فقط، وخلاف ذلك يكون المبلغ المتبقي محلاً للنزاع، وفوات مدة الطعن دون تقديم لائحة الاستئناف مفاده جعل المبلغ المقدر واجب الأداء غير قابل للطعن فيه، وتقديم الدعوى خارج الثلاثين يوماً موجباً للرد الشكلي للدعوى.

واتفق المشرع الأردني والمشرع الفلسطيني على مدة الثلاثين يوماً، لكن المدة لدى المشرع الأردني تبدأ من اليوم التالي لتبلغ المكلف نتيجة الحكم الصادر عن المحكمة الابتدائية، فكما وضعنا جعل المشرع الأردني مرحلة التقاضي الأولى أمام المحكمة البدائية، وفي حال كان الحكم وجاهياً يبدأ احتساب مدة الطعن من اليوم التالي لصدور الحكم.¹

وفيما يتعلق بالمشرع المصري، كان الاختصاص للمحاكم النظامية المدنية منها لنظر المنازعات الضريبية إلى أن صدر حكم المحكمة الدستورية بعدم دستورية نص المادة (123) من قانون رقم (91)

¹. الفقرة (أ) من المادة (47) من قانون رقم (34) لسنة 2014 قانون ضريبة الدخل الأردني وتعديلاته، والتي نصت على: "أ- يقدم الاستئناف خلال ثلاثين يوماً من اليوم التالي لتاريخ صدور الحكم إذا كان وجاهياً أو من اليوم التالي لتاريخ تبليغ المحكمة للمدعي بالقرار الصادر عن محكمة البداية الضريبية إذا لم يكن ذلك الحكم وجاهياً...."

لسنة 2005 بإصدار قانون الضريبة العامة على الدخل وتعديلاته، وأصبح القضاء الإداري المتمثل في مجلس الدولة هو صاحب الاختصاص في نظر جميع المنازعات الضريبية، باعتبار أن قانون مجلس الدولة المصري نص صراحةً على هذا الاختصاص وجعله خالصاً من اختصاص محكمة القضاء الإداري، وفيما يتعلق بالمدة نجد أن قانون مجلس الدولة رقم (47) لسنة 1972م حدد المدة للطعن في القرارات الإدارية بستين يوماً، وتحتسب تلك المدة من تاريخ صدور القرار في التظلم المقدم على القرار، أو مضي مدة ستين يوماً على تقديم التظلم دون رد من الإدارة.¹

ثانياً: الرسوم القضائية

تدفع رسوم الدعوى قبل تقديم لائحة الاستئناف لدى قلم المحكمة، وتكون بنسبة 1% من المبالغ المختلف عليه؛ أي الفرق بين مقدار الضريبة المُقدَّر والمبلغ المسلم به من قبل المُكلف، علماً أن الحد الأدنى للرسوم هو ثلاثمائة 300 شيقل، والحد الأعلى ستمائة 600 شيقل عن كل فترة ضريبية المختلف عليها²، ومن زاوية أخرى في حال عدم إقرار المكلف بأي من المبالغ المقدرة بحقه فإن الرسوم تحسب على أساس نسبة 1% من المبلغ المقدر عليه من قبل إدارة ضريبة الدخل.³

وفي حال تم وقف الاستئناف بناءً على طلب المستأنف أو شطبه بناءً على قرار المحكمة، ورغب بعد ذلك المستأنف بتجديد الاستئناف وإعادة السير به، يكون الرسم المطلوب عند التجديد نصف الذي دفع عن تسجيل الدعوى.

ومن جانبه المشرع الأردني فرض رسماً بنسبة 3% من الفرق بين مقدار الضريبة المقدرة والمقدار الذي يسلم به المُكلف، على ألا تقل قيمة الرسم عن ثلاثين ديناراً، ولا تزيد عن ثلاثمائة دينار عن كل فترة ضريبية، وفي حال عدم إقرار المكلف بأي من المبالغ المقدرة بحقه لوقوعه بخسارة، أو أن المطالبة بدفع

¹ المادة (24) من قانون مجلس الدولة رقم (47) لسنة 1972، والتي نصت على: "ميعاد رفع الدعوى أمام المحكمة فيما يتعلق بطلبات الإلغاء وهو ستون يوماً من تاريخ نشر القرار الإداري المطعون فيه..."

² الفرع (أ) من الفقرة (7) من المادة 29 من قرار بقانون رقم (8) لسنة 2011 بشأن ضريبة الدخل وتعديلاته.

³ رزان رضوان، الطبيعة القانونية لقرار تقدير ضريبة الدخل في فلسطين، رسالة ماجستير، جامعة النجاح الوطنية، نابلس،

الضريبة جاء بغير وجه حق لإعفائه منها، فإن الدعوى ترسم بالحد الأدنى وهو ثلاثون ديناراً¹، كما أنه لم يرتب أي رسوم على القضايا المرفوعة من قبل النيابة العامة الضريبية.²

وفيما يتعلق بالمشروع المصري فإن تقدير الرسوم الخاصة بالمنازعات الإدارية، بما فيها المنازعات الضريبية يطبق عليها المرسوم بقانون الصادر في 14/8/1946 وتعديلاته، إضافة لقرار رئيس الجمهورية رقم 549 لسنة 1959 بشأن الرسوم القضائية أمام مجلس الدولة، وما خلت منه النصوص السابقة يتم الرجوع لقانون الرسوم القضائية ورسوم التوثيق في المواد الدنية رقم 90 لسنة 1944 وتعديلاته.

وبالنتيجة يمكن للباحث الإشارة هنا للفجوة ما بين دول القانون المقارنة في قيمة الرسوم التي تزيد على الألف بالمائة في نسبة الاختلاف، فعلى الرغم مما يعانيه المواطن الفلسطيني من رضوخ للاحتلال ومخاطر جمة تعرض حياته ومدخراته وكافة ممتلكاته للزوال في غمضة عين إلا أنه يدفع من الرسوم القضائية الأعلى على صعيد الدول المقارنة، وهذا ما يتنافى ومبدأ مجانية التقاضي جملةً وتفصيلاً.

ثالثاً: الممثل القانوني

اشتراط المشرع الفلسطيني للمثول أمام محكمة استئناف ضريبة الدخل توكيل محام، إذ إن ولوج المستأنف أروقة محكمة استئناف ضريبة الدخل بلا توكيل محام يرتب البطلان في الإجراءات الشكلية، مما يوجب رد الطعن شكلاً قبل الدخول في أساس الدعوى، وهذا أيضاً ما أكد عليه كل من المشرعين الأردني والمصري.

رابعاً: التظلم الإداري:

لم يشترط المشرع الفلسطيني خلال نصوص القرار بقانون رقم 8 لسنة 2011م بشأن ضريبة الدخل على إلزامية أو وجوب تقديم التظلم على قرار تقدير الضريبة، ولكن بالنظر إلى واقع الحال فإن المشرع أوجد أول درجات التقاضي أمام المحكمة الخاصة وهي محكمة استئناف قضايا ضريبة الدخل، وبما أن الاستئناف هي الدرجة الثانية من درجات التقاضي لا يتصور أن يحرم المشرع المتضرر من حقه في اللجوء إلى القضاء بكافة درجاته، وبما أن هنالك موظفين ذوي اختصاص قضائي، يبدو أن المشرع اعتبر مقدر الضريبة منهم، ولكن لم يوفق في صياغة النص كما يجب.

¹ . الفقرة (أ) من المادة (49) قانون رقم (34) لسنة 2014 قانون ضريبة الدخل وتعديلاته.

² . الفقرة (ب) من المادة (49) قانون رقم (34) لسنة 2014 قانون ضريبة الدخل وتعديلاته.

وقد أنبأت محكمة النقض بأن قرارات مأمور التقدير تغدو بمثابة حكم صادر عن محكمة درجة أولى، وبذلك تقبل الطعن أمام محكمة استئناف قضايا ضريبة الدخل، وفي حال عدم الطعن بها تكتسب الدرجة القطعية.¹

وفي ذات الشأن فقد سار المشرع الأردني على هدي محكمة التمييز التي أكدت على وجوب مراعاة التسلسل في مراحل الطعن فإذا لجأ المكلف إلى الاستئناف قبل الطعن يعد من موجبات الرد الشكلية²، وذات الحال لدى المشرع المصري الذي أقر صراحةً على تشكيل لجان الطعن ونظم تشكيلها وانعقادها واختصاصها، وطبيعة جلساتها التي تعقد سرية.

المطلب الثاني:

الإجراءات المتبعة أمام محكمة استئناف قضايا ضريبة الدخل

الاستئناف حق مكفول للمكلف الضريبي لضمان تطبيق قواعد العدالة والإنصاف وتوفير الفرص الملائمة للمكلف لإبداء دفعه أمام القضاء، ولعلها الجهة التي يرتضي حكمها إيماناً بعدالة الحكم القضائي، وحتى يشرع المستأنف بإجراءات عليه أن يقدم لائحة استئناف لدى المحكمة المختصة متضمنة البيانات الآتية:

- 1- اسم المحكمة المقدم لديها الطلب، وتاريخ تقديم الطلب.
- 2- اسم المستأنف وصفته في الدعوى، وعنوانه، واسم وكيله.
- 3- اسم المستأنف ضده بشكل واضح ودقيق، مشتملاً على صفته الوظيفية، وهو مصدر قرار التقدير.
- 4- موضوع الاستئناف، وهو السنة الضريبية التي يقدم الاستئناف بشأنها.
- 5- أسباب الاستئناف، وتذكر على شكل بنود بوضوح واختصار.
- 6- طلب المستأنف في استئنافه.
- 7- توقيع وكيل المستأنف.

على أن يرفق بلائحة الاستئناف الأوراق الآتية:

- 1- وكالة المحامي.
- 2- إشعار تبليغ المكلف قرار التقدير والقرار على إعادة النظر - الاعتراض - في التقدير.

¹. نقض مدني رقم 2017/429، صادر عن محكمة النقض في مدينة رام الله، بتاريخ 2020/07/29.

². حكم محكمة التمييز الأردنية، طعن حقوق رقم 2002/1197.

3- قرار التقدير المستأنف ووصل دفع المبلغ المسلم به، ووصل دفع الرسوم عن باقي المبلغ المختلف بشأنه.

4- نسخ من لائحة الاستئناف على عدد أطراف الدعوى حتى يتنسى تبليغهم إياها.

وبعد تقديم ما سبق بيانه لدى قلم المحكمة يتم قيد الدعوى في سجل الدعاوى الخاصة، وتحديد موعد جلسة، ليبلغ ذلك الموعد للأطراف، وفي الجلسة الأولى يتم التأكد من توفر الشروط الشكلية، وبناءً عليه إذا ما توافر الشروط كاملةً يتم قبول الدعوى شكلاً والسير بإجراءاتها، وفي حال وجود أي خلل شكلي يجب معه رد الدعوى شكلاً قبل الدخول في الأساس، وبذلك يخسر المدعي دعواه ولا يحق تقديمها مرة أخرى. وبعد القبول الشكلي يتم الانتقال إلى النظر في الجانب الموضوعي، ويقع الإثبات على عاتق المستأنف وعليه إثبات ما يدعي به من مبلغ، ويمكن للقاضي خلال إجراءات المحاكمة عرض المصالحة على الطرفين، وفي حال ارتضاء الطرفين المصالحة يتم تسجيلها وإنهاء الدعوى، أما في حال عدم ارتضاء الطرفين للمصالحة، يتم الفصل في الدعوى بناءً على البينات المقدمة، وتختتم إجراءات المحاكمة.

ونتيجة الحكم تتلخص إما الحكم بتأييد ما جاء في قرار مقدر الضريبة، أو الحكم بزيادته المبلغ المقدر، وهذا ما يتنافى مع مبدأ لا يضر طاعن بطعنه، أو يحكم القاضي بتخفيض مبلغ التقدير إذا أثبت الادعاء أن ما قدر بحقه من مبلغ جاء تقديراً جزافياً وعليه يستوجب التخفيض، كما يمكن للمحكمة إعادة التقدير إلى المستأنف عليه لإعادة التقدير وفقاً للتعليمات التي ترتبها المحكمة.¹

وللمحكمة إسقاط الاستئناف من تلقاء نفسها عند تقدم المكلف باستئناف آخر ضد قرار مأمور التقدير في حال قام مأمور التقدير باستصدار قرار تقدير جديد بناءً على تكليف الوزير، وبالتالي تحكم المحكمة بإسقاط الاستئناف، علماً أن الرسم المترتب في ذمة المكلف يكون الفرق ما بين قيمة رسم الاستئناف السابق والاستئناف الجديد.²

¹. الفقرة (8) من المادة (29) من قرار بقانون رقم (8) لسنة 2001م، والتي نصت على: "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..."

². المصدر السابق.

إما إذا قررت المحكمة رد الاستئناف أو رد جزء منه أن تقرر إضافة 10% من قيمة المبلغ الذي لم يسلم به المستأنف عن كل سنة استمر فيها نظر الدعوى، ولغايات هذا الإجراء تعد سنة كل مدة زادت على ستة أشهر.¹

¹. الفقرة (6) من المادة (29) من قرار بقانون رقم (8) لسنة 2001م، والتي نصت على: "6.... للمحاكمة أن تؤيد ما ورد في قرار التقدير المطعون فيه أو أن تخفض أو تزيد أو تلغي الضريبة ولها أن تعيد 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 تعد أية مدة سنة إذا زادت عن ستة أشهر...."

الخاتمة:

في ضوء ما تمت معالجته خلال بحث الاستئناف في قضايا ضريبة الدخل نستعرض جملة النتائج والتوصيات التي توصل إليها الباحث، وهي كالآتي:

النتائج:

- 1- المنازعات الضريبية في كل من فلسطين والأردن تنتظر أمام محاكم مختصة منشأة ضمن ملاك القضاء النظامي، على عكس المشرع المصري الذي أقر بعدم دستورية عرض المنازعات الضريبية على القضاء النظامي، إنما حكم بذلك الاختصاص للقضاء الإداري.
- 2- حجم القضايا الواردة لدى محاكم الاستئناف قضايا ضريبة الدخل، قليل جداً، وهذا ما يفيد نجاعة الاعتراضات المقدمة أمام مقدر الضريبة.
- 3- يوجد في الضفة الغربية محكمة استئناف قضايا ضريبة الدخل واحدة تتعقد في مدينة رام الله.
- 4- الطعن في قرار تقدير الضريبة لدى المقدر، يعد بمثابة حكم محكمة درجة أولى.

التوصيات:

- 1- يوصي الباحث المشرع الفلسطيني بضرورة الإسراع وإعادة النظر في القرار بقانون بشأن المنازعات الضريبية، لما فيها من فجوات ومخالفات لمبادئ قانونية، مثل مخالفته لمبدأ (لا يضار طاعن بطعنه).
- 2- يوصي الباحث مجلس القضاء الأعلى بضرورة عقد ورشات تدريبية للسادة القضاة وموظفي محكمة استئناف قضايا ضريبة الدخل.
- 3- يوصي الباحث المشرع الفلسطيني بوضع ضابط زمني للإدارة الضريبية للرد على اعتراض المكلف، وأن لا يترك الأمر لاجتهاد الفقه والقضاء.
- 4- يوصي الباحث المشرع الفلسطيني بضرورة وضع لائحة بأصول المحاكمات الضريبية أو سن تشريع خاص، وإلغاء ما وضع من لوائح طبقاً لقانون ضريبة الدخل الملغي رقم (17) لسنة 2004م.

قائمة المصادر والمراجع

أولاً: المصادر:

1- الدستور:

- القانون الأساسي الفلسطيني المعدل لسنة 2003 وتعديلاته لسنة 2005.

2- القوانين:

- القانون المصري رقم (91) لسنة 2005 بإصدار قانون الضريبة العامة على الدخل.
- قانون ضريبة الدخل الأردني رقم (34) وتعديلاته.

3- القرارات بقانون:

- القرار بقانون رقم (8) لسنة 2011م بشأن ضريبة الدخل وتعديلاته.

4- الأحكام:

- حكم المحكمة الدستورية العليا في القضية رقم 70 لسنة 35 قضائية "دستورية".
- حكم محكمة النقض الفلسطينية في النقض المدني رقم 2017/429، صادر عن محكمة النقض في مدينة رام الله.
- حكم محكمة التمييز الأردنية، طعن حقوق رقم 2002/1197.

ثانياً: المراجع:

1- الكتب:

- فاروق الكيلاني، المحاكم الخاصة، مطبعة التقدم، 1980م.

2- رسائل الماجستير:

- رزان رضوان، الطبيعة القانونية لقرار تقدير ضريبة الدخل في فلسطين، رسالة ماجستير، جامعة النجاح الوطنية، نابلس، 2021.

الحكم القضائي الباطل في التشريع الفلسطيني- دراسة نقدية تحليلية

***The Invalid Judicial Ruling in Palestinian Legislation
A Critical Analytical Study***

أ. زهور إسماعيل بزار

عضو هيئة تدريسية في الكلية العصرية الجامعية (فلسطين)

الحكم القضائي الباطل في التشريع الفلسطيني - دراسة نقدية تحليلية

The Invalid Judicial Ruling in Palestinian Legislation - A Critical Analytical Study

أ. زهور إسماعيل بزار، ماجستير قانون خاص

عضو هيئة تدريسية في الكلية العصرية الجامعية (فلسطين)

Zuhoor.bazzar@muc.edu.ps

تاريخ النشر: 2024-01-07

تاريخ القبول: 20-10-2023

تاريخ الاستلام: 13-08-2023

DOI: <https://doi.org/10.70411/MJLS.2.1.202485>

المخلص:

إن الحكم القضائي الباطل هو الحكم غير المنقق وشروط الحكم القضائي الصحيح والذي شابه عيب، وهذا العيب قد يكون جوهرياً لا يمكن تعديله ويبطل آثار الحكم كافة كأن لم يكن، أو عيب غير جوهري يمكن تصحيحه وتعديله، ويتميز الحكم القضائي الباطل عن غيره من الأحكام القضائية الأخرى مثل الحكم القضائي الصحيح، حيث إن الحكم الصحيح استوفى أركان وشروط الحكم كافة، وإذا ما طعن بهذا الحكم يصبح ذو حجية واجب التنفيذ من جهات الاختصاص، وبخصوص الحكم المنعقد فلا سند تشريعي ولا نص قانوني بخصوصه.

وبمجرد صدور الحكم القضائي في أي نوع من أنواع الدعاوى ترفع المحكمة التي أصدرت الحكم الباطل يدها عن الدعوى عند صدورها للحكم ولا ولاية لها على ملف الدعوى من لحظتها، أما محكمة الاستئناف فلا تنتهي ولايتها وإنما يبدأ كونها هي محكمة الاختصاص للتأكيد عما إذا كان الحكم القضائي باطلاً أم لا، وكذلك عندما ينقض الحكم الصادر عنها من قبل محكمة النقض وتعاد الدعوى إليها من جديد، فهنا تصبح صاحبة الصلاحية في نظر الدعوى. وللحكم الباطل آثار عامة تتمثل في حجية الأحكام عندما لا يطعن فيه وأن هذه الحجية مقصورة على أطرافه فقط، ولا يجوز للغير أن يتمسكوا بها، أما إذا كان البطلان من النظام العام ونص عليه القانون بشكل مباشر فيتوجب على المحكمة إثارة البطلان من تلقاء نفسها.

اعتنق المشرع الفلسطيني نظرية البطلان إذ نص عليها في العديد من نصوص المواد في قانون أصول المحاكمات المدنية والتجارية رقم 2 لسنة 2001، حيث تناولها الباحث بشكل تحليلي، إلا أن المشرع لم يقيم بتعريف الحكم القضائي الباطل، وترك الأمر لشرح القانون. تناولت هذه الدراسة تعريف الحكم القضائي الباطل وتمييزه عن غيره من الأحكام والأسباب المؤدية إلى بطلانه والآثار المترتبة على

ذلك والطعن بتلك الأحكام حسب الأصول والقانون، وكانت الدراسة تنصب فقط على قانون أصول المحاكمات المدنية والتجارية رقم 2 لسنة 2001، وإسنادها بقرارات من محكمة النقض الفلسطينية. الكلمات المفتاحية: الحكم القضائي، البطلان، التصحيح، الحكم المنعدم، المداولة، السرية، الأعمال الإجرائية، النظام العام.

Abstract:

An invalid judicial ruling is a ruling that does not comply with the conditions of a valid judicial ruling and is marred by a flaw, which might be fundamental, unamendable, and nullifies all the effects of the ruling as if it did not exist, or a non-fundamental flaw that can be corrected and amended. The invalid judicial ruling is distinguished from other judicial rulings such as the valid judicial ruling, since the valid ruling has fulfilled all the elements and conditions of the ruling. If this ruling is challenged, it becomes authoritative and must be enforced by the competent authorities. Regarding the non-existent ruling, there is no legislative backing or legal text concerning it. As soon as the judicial ruling is issued in any kind of lawsuits, the court that issued the invalid ruling withdraws its involvement from the case upon issuing the ruling, and it has no jurisdiction over the case file from that moment. However, the Court of Appeal does not end its jurisdiction but rather begins to be the court of jurisdiction responsible for confirming whether the judicial ruling is invalid or not. Also, when the ruling issued by it is overturned by the Court of Cassation and the case is returned to it anew, it becomes the entity with the authority to review the case.

An invalid ruling has general effects, represented in the validity of rulings when not challenged, and this validity is limited to its parties only, and others may not adhere to it. However, if the invalidity is from public order and is directly stipulated by the law, the court is obliged to address the invalidity on its own accord.

The Palestinian legislator embraced the theory of invalidity, as it was stated in many provisions of articles in the Law of Civil and Commercial Procedures No. 2 of the year 2001, where the researcher addressed it analytically. However, the legislator did not define the invalid judicial ruling, leaving the matter to the interpreters of the law.

This study addressed the definition of the invalid judicial ruling, distinguishing it from other rulings, the causes leading to its invalidity, the consequences ensuing from that, and challenging these rulings according to the procedures and the law. The study exclusively focused on the Law of Civil and Commercial Procedures No. 2 of 2001, referencing decisions from the Palestinian Court of Cassation.

Keywords: Judicial judgment, invalidity, correction, null judgment, deliberation, confidentiality, procedural acts, public order

المقدمة:

منذ نشوء المعاملات بين الأفراد وتطورها إلى أن طالت الدول كان لا بُد من وجود قاضٍ بيده صلاحيات إنهاء أي نزاع قائم، وتحقيق العدالة ما بين المتخاصمين لغايات سير عجلة الحياة واستقرار المعاملات والعلاقات دون استيفائها بالذات، والنهاية الطبيعية لأي نزاع معروض أمام القضاء هو صدور حكم ملزم للطرفين لا يمكن الرجوع عنه إلا بطرق قانونية خطها القانون.

ويُعتبر الحكم القضائي الخاتمة الطبيعية التي تنتهي بها الخصومة، وبصدوره يحوز الحجية ويصبح عنواناً للحقيقة والعدالة المتوجة بالإلزامية التي تضفي عليه الصرامة عند تطبيقه وعلى كل من يخالفه، حيث يبين حقوق والتزامات كل طرف من أطراف الدعوى المقامة أمام القضاء ويعمل على وضع حدٍ نهائي للنزاع بينهم، بعد تقديمهم طلباتهم ودفعهم فيها كافة، وحينما يقوم القاضي بإصدار حكمه سواء كان قاض فرداً أو هيئة امتنع على من أصدره تعديل هذا الحكم أو الرجوع عنه، وخول القانون جهة قضائية أخرى تقوم بإعادة النظر فيه، وامتنع على أطراف الدعوى التخلص منه، حيث إن القوانين المرعية قد رسمت الطرق القانونية التي تتيح لأحد أطراف النزاع اللجوء إلى طرق الطعن العادية وغير العادية حسب مجريات كل دعوى عن غيرها.

إن القاضي هو أساس ركن العدالة في أي مجلس قضائي مشكل كونه هو من يصدر الأحكام التي تتفق وأحكام القانون وصولاً لتحقيق العدالة وفق إجراءات سليمة لا يجوز لأحد من أركان العدالة تخطيها وإلا اعتبر ناكلاً للعدالة، وحسن سير القضاء ينبثق من خلال التقيد والالتزام التام فيما نص عليه القانون وإن غفلت القوانين النص على حل النزاع المعروض ما بين يدي القاضي يلزم بالبحث عن العدالة من بين طيات الأدلة التي تم إدلائها أمامه مستعيناً بالقواعد والمبادئ والأحكام والأعراف وآراء الفقهاء، وفي حال عدم التزام القاضي بالإجراءات التي رسمها القانون حتماً سيؤدي ذلك إلى بطلان الحكم كجزءٍ لمخالفة نصوص القانون التي تناولها قانون أصول المحاكمات المدنية والتجارية الفلسطيني رقم 2 لسنة 2001.

إشكالية الدراسة:

إغفال المشرع عن تفصيل نظرية بطلان الأحكام القضائية في قانون أصول المحاكمات المدنية والتجارية الفلسطيني، وتحديد أسباب البطلان على سبيل الحصر لا على سبيل المثال هو سبب كاف لوجود خلافات حول أن هذا الحكم طاله البطلان أم لا، بالإضافة إلى الخط ما بين انعدام الحكم وبطلانه، فالحكم القضائي له قداسته وإلزاميته، فإذا اعتُبر باطلاً نحن نكون بصدد ضياع حقوق وإهدار وقت لكل أركان العدالة، ومن أجل تجاوز كل تلك المخاوف هل عالج المشرع الفلسطيني الأحكام

- القضائية الباطلة بشكل منفصل عن غيرها من الأحكام وتناوله بجوانبه كافة بشكل واضح وصريح؟ وهنا تجتمع في هذا البحث مجموعة من الأسئلة، والتي تكمن فيما يلي:-
- ما هو موقف المشرع الفلسطيني من بطلان الحكم القضائي؟
 - على من يقع عبء إثبات بطلان الحكم القضائي؟
 - هل يمكن تصحيح الحكم الباطل، ومن هي الجهة صاحبة الاختصاص في ذلك؟

أهمية الدراسة:

تُعَدُّ نظرية البطلان من النظريات القانونية المهمة والأكثر خطورة؛ كونها تلزم الهيئة القضائية باحترام وتطبيق قواعد قانون أصول المحاكمات المدنية والتجارية لعلاقتها بالقواعد الإجرائية الآمرة والملزمة والتي وضعت من أجل خدمة العدالة.

وتكمن أهمية هذا البحث في عدم وجود نصوص صريحة وواضحة حول تغطية نظرية بطلان الأحكام القضائية في القانون كون أن قانون أصول المحاكمات المدنية والتجارية الفلسطيني رقم 2 لسنة 2001، هو قانون حديث النشأة تناول فيه المشرع البطلان بشكل بسيط وغفل عن العديد من التعقيدات التي قد يواجهها أحد أركان العدالة الذي يستحق باباً كاملاً، بالإضافة إلى عدم وجود دراسات وشروحات فقهية واسعة حولها، ما جعل هذا البحث محور اهتمام بالنسبة للباحث.

أهداف الدراسة:

إن قانون أصول المحاكمات المدنية والتجارية رقم 2 لعام 2001، هو أهم القوانين الإجرائية "الشكلية" التي لا يجوز تخطيها أو التعدي عليها؛ كونها من النظام العام وأي مساس في نصوصها يعتبر باطلاً، فتهدف هذه الدراسة إلى تمييز الحكم القضائي الباطل عن غيره، وهل يمكن لأحد أطرافه التمسك به ومحاولة تصحيحه، سيتناول الباحث جوانب البطلان التي تناولها القانون والتي غفل عنها أيضاً مستنداً إلى العديد من الدراسات التي ستساعد على أن تكون مرجعاً يمكن الاستعانة به.

منهجية الدراسة:

اعتمد الباحث المنهج التحليلي في هذا البحث حيث سيتم تناول نصوص قانون أصول المحاكمات الفلسطينية رقم 2 لسنة 2001، بشكل نقدي بالإضافة إلى الاستناد إلى الأحكام القضائية التي بنت في مثل هذا الموضوع، والاطلاع على الآراء الفقهية وشرح القانون للأحكام القضائية والنصوص القانونية بشكل تحليلي.

خطة الدراسة:

المبحث الأول: ماهية بطلان الحكم القضائي وحالاته.

المطلب الأول: - الحكم القضائي الباطل وغيره من الأحكام.

المطلب الثاني: - بطلان الحكم القضائي وأسبابه.

المبحث الثاني: الآثار القانونية المترتبة على التمسك بالحكم القضائي الباطل.

المطلب الأول: الطعن ببطلان الحكم القضائي وتصحيحه.

المطلب الثاني: الآثار المترتبة على الحكم القضائي.

المبحث الأول:

ماهية الحكم القضائي الباطل

عندما يقف القاضي قائلاً باسم الشعب الفلسطيني وينطق بالحكم الذي ينتظره أطراف الدعوى، يتمتع الحكم القضائي منذ هذه اللحظة بقوة الأمر المقضي به لمجرد صدوره حتى يصبح ذو حجية الأمر المقضي به، ويصبح ذو حصانة لا يمكن التعدي عليه عند وصوله مرحلة القرار القطعي البات، وهنا يكون واجب التنفيذ دون زيادة أو نقصان من قبل الجهات المختصة التي جاءت من أجل تنفيذ الأحكام الصحيحة، إلا أن ذلك لا يعني أن هذا الحكم قد لا يشوبه البطلان، كون القضاة المصدرين لهذا الحكم هم أشخاص طبيعيين ولا يتمتعون بالكمال كون الكمال لله وحده، وقد يشوب هذه الأحكام النقص أو القصور ويعتريها خلل، ما يؤدي إلى المساس بكيان الحكم القضائي إما بشكل بسيط وإما بشكل فاضح يؤدي به إلى الهاوية، كون أن هذا الحكم الباطل يحمل في طياته مواطن بطلان سنتناولها في هذا المبحث كالاتي: المطلب الأول الحكم القضائي الباطل وتمييزه عن غيره من الأحكام ، والمطلب الثاني بطلان هذا الحكم، ومن ثم نتطرق إلى أسباب بطلانه.

المطلب الأول:

الحكم القضائي الباطل وغيره من الأحكام

لم يرد تعريف الحكم القضائي الباطل في قانون أصول المحاكمات المدنية والتجارية الفلسطيني رقم 2 لسنة 2001، إلا أن فقهاء وشرح القانون قاموا بتعريف هذا الحكم عدة تعريفات، ولكن قبل الدخول في تعريف الحكم القضائي الباطل سنقوم أولاً بتعريف الحكم ومن ثم تعريف البطلان.

يُعتبر القرآن الكريم المصدر الأول الذي صدر فيه مصطلح حكم، يقول تعالى في كتابه الكريم "ويحكم به ذو عدل منكم"¹، والحكم في اللغة يعني: القضاء أو الفصل في مسألة ما²، أو إلزام أحد أطراف الخصومة بفعل معين أو بمنعه من القيام بهذا الفعل³. وتُعتبر السنة النبوية السد المنيع ما بعد القرآن الكريم كونها تناولت فأثقت تفصيل العديد من المفاهيم التي وردت في القرآن الكريم بشكل مبهم

¹. عثمان التكروري، الكافي في شرح قانون أصول المحاكمات المدنية والتجارية، ج2، ط3، دار الفكر، 2014، ص9.

². لويس معلوف، المنجد، دار المشرق، بيروت، 1986، ص 36.

³. صلاح الدين محمد شوشاري، شرح قانون أصول المحاكمات المدنية، ط. 6، دار الثقافة للنشر والتوزيع، عمان،

2010، ص31.

دون تفصيل، وجاء في الحديث الصحيح "إذا جلس القاضي للحكم بعث الله إليه ملكين يسددانه، فإن عدل أقاما وإن جار عرجا وتركاه"¹.

كما وعرفت مجلة الأحكام العدلية في المادة (1786)²، الحكم بأنه "قطع الحاكم المخاصمة وحسمه إياها".

أما تعريف الحكم القضائي بالمفهوم الخاص: هو القرار الصادر عن المحكمة للفصل في الخصومة سواء كان بقبول طلبات المدعي أو برفضها وردّها، حيث يقوم القاضي بترجمة هذا من خلال قرار يحسم النزاع يكون متفق وأحكام القانون بغض النظر عن موضوع النزاع والمحكمة التي أصدرت هذا الحكم، بحيث يكون القاضي هو الجهة المخولة قانوناً بإصداره³.

وفي تعريف آخر للحكم القضائي: هو القرار الصادر عن محكمة مُشكلة تشكيلاً صحيحاً في خصومة رفعت إليها وفق قواعد المرافعات، سواء كان صادراً في موضوع الخصومة أو في شق منها أو في مسألة متفرعة عنها⁴.

أما بخصوص قانون أصول المحاكمات المدنية والتجارية الفلسطيني رقم 2 لسنة 2001، فقد ورد مصطلح حكم قضائي في الباب الحادي عشر في فصل المداولة وإصدار الأحكام، إلا أنه لم يورد تعريف الحكم القضائي بشكل واضح وإنما ورد في نصوصه من المواد (164 حتى 185). وهنا يرى الباحث أن المشرع الفلسطيني قد أخفق في عدم وضع تعريف شامل للحكم القضائي، خاصة في قانون أصول المحاكمات المدنية والتجارية؛ كونه قانون إجرائي وأي مساس في نصوصه هو مساس في النظام العام، ما يجعله مصاباً بعلّة البطلان.

¹. العسقلاني ابن حجر، فتح الباري في شرح صحيح البخاري، ج31، ط3، الرياض، دار السلام، رقم الحديث 2000، ص 389.

². مجلة الأحكام العدلية لسنة 1876.

³. أحمد هندي، قانون المرافعات المدنية والتجارية - الخصومة والحكم والطعن -، ط1، دار الجامعة الجديدة للنشر، الإسكندرية، 1995، ص425-426.

⁴. بشار نمر، قاضي محكمة بداية، تعريف الحكم، 2011/8/11، منشور على موقع مجلس القضاء الأعلى

أما بخصوص مصطلح البطلان، يقول تعالى في كتابه الحكيم "ليحق الحق ويبطل الباطل ولو كره المجرمون"¹، ويعني مصطلح البطلان في اللغة: هو إفساد الشيء، وإزالته²، فعند ربط مصطلح الحكم بـ البطلان فسيكون الحكم الباطل، وهو موضوع هذا البحث الذي سنتناوله بشكل مفصل لاحقاً. وسنتطرق الآن إلى تعريف الحكم القضائي الباطل على النحو الآتي:

انقسم فقهاء القانون حول تعريف الحكم القضائي الباطل إلى اتجاهين، أولهما يرى أن الحكم القضائي الباطل يبقى ذو حجية بعد انتهاء المدة القانونية من طرق الطعن العادية وغير العادية، وهكذا يصبح الحكم الباطل متمتعاً بالحصانة والحجية السليمة؛ كون أن العيب كان بسيطاً لا ينال من الحكم ولا يفقده طبيعته القانونية التي جاء من أجلها³، ويتم البحث في أركان الحكم والشروط التي يجب أن يتمتع بها، فإذا لم يتم المساس وانتهت مدة الطعن في البطلان الواقع أثناء سير الدعوى يعتبر حكماً قضائياً سليماً⁴.

ويرى أصحاب الاتجاه الثاني من بعض الفقهاء أن الحكم الباطل هو الحكم الذي استوفى مقومات الحكم القضائي الصحيح كافة، إلا أنه بُني على إجراءات مست النظام العام مثل بدء الخصومة وغيرها، فيكون الحكم باطلاً⁵.

وبناءً على ما سبق نستطيع أن نستتبع أن الحكم القضائي الباطل لم يتم بتعريفه بشكل صريح في نصوص القانون السارية فكان قد أزال الخلاف فيما بين فقهاء القانون، وإنما تعددت تعريفاته من قبل شراح القانون في معظم العديد من الدول العربية ومن ضمنها فلسطين التي تعتبر شحيحة أيضاً بتعريف الحكم القضائي الباطل فقهيًا على أنه "وصف يلحق بالعمل الإجرائي لوجود عيب في هذا العمل، ويمنع من ترتيب الآثار التي يرتبها على هذا الإجراء لو كان صحيحاً"⁶.

¹ القرآن الكريم، سورة الأنفال، الآية 8.

² الإمام الرازي، مختار الصحاح، دار الرضوان، حلب، 2005، ص 56.

³ ياسر السبعوي، الآثار القانونية للحكم الباطل في قانون المرافعات المدنية، مجلد 50، دار المنظومة، جامعة الموصل، العراق، 2011، ص 325.

⁴ أحمد أبو الوفا، نظرية الأحكام في قانون المرافعات، منشأة المعارف، الإسكندرية، 1990، ص 321.

⁵ أنور طلبية، بطلان الأحكام وانعدامها، المكتب الجامعي الحديث، الإسكندرية، 2006، ص 406.

⁶ عثمان التكروري، الكافي في شرح قانون أصول المحاكمات المدنية والتجارية رقم 2 لسنة 2001، دار الفكر، ج 1، 2013، ص 603.

وعُرف أيضًا بأنه: "جزء يرتبه المشرع أو تقضي به المحكمة بغير نص إذا افتقد العمل القانوني أحد الشروط الشكلية والموضوعية المطلوبة لصحته قانونًا، ما يؤدي ذلك إلى عدم فعالية العمل القانوني وافتقاده لقيمته المفترضة له في حال صحته"¹.

ويلاحظ الباحث أن التعريفات آنفة الذكر قد تناولت الاتجاهين السابقين في تعريفاتها، ويعرف الباحث أن الحكم القضائي الباطل بأنه: القرار الصادر عن القضاء بما لا يتفق وشروط الحكم السليم ما يعتريه سبب من أسباب البطلان، كما وتتفاوت درجة بطلان الحكم بحسب جسامه العيب الذي أصابه، فإذا كان العيب جسيمًا فيكون الحكم منعدماً وليس باطلاً كصدور حكم ضد متوفٍ، وإذا كان العيب أقل جسامه يكون باطلاً ولكن يمكن تصحيح هذا البطلان، ما يجعله يدخل حيز النفاذ لاحقاً مثل عدم توقيع القاضي على مسودة الحكم.

الفرع الثاني:

تمييز الحكم القضائي الباطل عن غيره من الأحكام

توجد العديد من الأحكام القضائية التي قد تكون باطلة أو صحيحة أو منعدمة، فهذه الأحكام قد تصدر بحضور أطراف الخصوم، أو بغياب أحدهم، وذلك بموجب إجراءات قانونية سليمة نص عليها القانون صراحة ومن هذه الأحكام نص قانون أصول المحاكمات المدنية والتجارية الفلسطيني في العديد من نصوصه أنواع من الأحكام القضائية سيتناولها الباحث بشكل مقتضب على النحو الآتي: ورد في المواد 285²، والمادة 186¹، الحكم الوجاهي (الحضوري) والحكم الغيابي في المادة 193² الفقرة 2، أما

¹. نبيل عمر، قانون أصول المحاكمات المدنية، الدار الجامعية، ط1، 1996، ص963.

². نص المادة 85 من قانون أصول المحاكمات المدنية والتجارية الفلسطيني رقم 2 لسنة 2001: "الحضور والغياب في اليوم المحدد لنظر الدعوى ومع مراعاة القواعد المتعلقة بتبليغ الأوراق القضائية: 1- إذا لم يحضر المدعي ولا المدعى عليه تقرر المحكمة شطبها 2- إذا حضر المدعي ولم يحضر المدعى عليه وكانت لائحة الدعوى قد بلغت لشخصه حكمت المحكمة في الدعوى، فإذا لم يكن قد بلغ لشخصه وجب على المحكمة في غير الدعاوى المستعجلة تأجيل نظر الدعوى إلى جلسة تالية يبلغ بها المدعى عليه للحضور وتقديم دفاعه، ويعتبر الحكم في الدعوى حضورياً 3- إذا حضر المدعى عليه ولم يحضر المدعي يجوز للمحكمة من تلقاء نفسها أو بناءً على طلب المدعى عليه تأجيل الدعوى أو شطبها، فإذا كان للمدعى عليه ادعاء متقابل فله أن يطلب محاكمة المدعي (المدعى عليه في الادعاء المتقابل) والسير في الدعوى المتقابلة إذا كان المدعي قد تبلغ بالطلبات المتقابلة 4- لا يجوز للمدعي أن يبدي في الجلسة التي تخلف فيها خصمه طلبات جديدة أو أن يعدل أو يزيد أو ينقص في الطلبات الأولى إلا إذا كان المدعى عليه قد تبلغ بهذه الطلبات".

بخصوص الحكم النهائي نصت عليه المادة 39³، من قانون الأصول وهي الأحكام التي تصدر من محكمة الدرجة الأولى (الصلح) وهي لا تقبل بطبيعتها الاستئناف وفق ما جاء في المادة آنفة الذكر⁴، والحكم القطعي⁵ هو الحكم الذي استنفد طرق الطعن العادية وغير العادية كافة، ويصبح هذا الحكم حجة لمن شرع لمصلحته أمام الجهات المختصة كافة، أما الحكم غير القطعي⁶ هي القرارات التي لا تنهي

¹. نص المادة 86 من قانون أصول المحاكمات المدنية والتجارية الفلسطيني رقم 2 لسنة 2001. "اعتبار الحكم الصادر على المدعى عليه حضورياً إذا حضر المدعى عليه إحدى جلسات المحاكمة وتغيب بعد ذلك لغير عارض من عوارض الخصومة فإن الحكم الصادر ضده يكون حضورياً وقابلاً للاستئناف".

². نص المادة 193 من قانون أصول المحاكمات المدنية والتجارية الفلسطيني رقم 2 لسنة 2001. "بدء ميعاد الطعن: 1- يبدأ ميعاد الطعن في الحكم من اليوم التالي لتاريخ صدوره ما لم ينص القانون على خلاف ذلك. 2- ويبدأ هذا الميعاد من تاريخ تبليغ الحكم إلى المحكوم عليه الذي تخلف عن حضور جميع الجلسات المحددة لنظر الدعوى ولم يقدم لائحة جوابية أو مذكرة بدفاعه، وكذلك إذا تخلف عن الحضور ولم يقدم مذكرة إلى المحكمة في جميع الجلسات التالية لتعجيل الدعوى بعد وقف السير فيها لأي سبب من الأسباب".

³. "اختصاص محكمة الصلح تختص محكمة الصلح بالنظر فيما يلي:

1- الدعاوى التي لا تتجاوز قيمتها (20,000) عشرون ألف دينار أردني أو ما يعادلها بالعملة المتداولة قانوناً، ويكون حكمها نهائياً إذا كانت قيمة الدعوى لا تتجاوز ألف دينار أردني أو ما يعادلها بالعملة المتداولة قانوناً.

2- الدعاوى الآتية مهما بلغت قيمتها:

أ- تقسيم الأموال المشتركة المنقولة وغير المنقولة.

ب- إخلاء المأجور.

ج- حقوق الارتفاق.

د- المنازعات المتعلقة بوضع اليد.

هـ- المنازعات المتعلقة بالانتفاع في العقار.

و- تعيين الحدود وتصحيحها.

ز - استرداد العارية.

ح- الانتفاع بالأجزاء المشتركة وصيانتها في المباني متعددة الطوابق.

ط- الدعاوى والطلبات التي تنص القوانين الأخرى على اختصاص محكمة الصلح بها.

⁴. القاضي بشار نمر، قاض سابق، دراسة منشورة على موقع مجلس القضاء الأعلى، تاريخ الزيارة 2020/11/2.

⁵. التكروري، مرجع سابق، ص16.

⁶. مفلح عواد القضاة، أصول المحاكمات المدنية والتنظيم القضائي، دار الثقافة والنشر والتوزيع، الأردن، 2008، ص31.

النزاع وإنما تكون أثناء سير الدعوى بأي مرحلة من مراحل الدعوى، حيث اعتبرها المشرع الفلسطيني بأنها ليست أحكاماً لا تفصل في النزاع وتنتهيه.

أولاً: الفرق بين الحكم الباطل والحكم الصحيح:

يُعتبر الحكم القضائي الصحيح هو الحكم المنهي للنزاع الذي صدر عن محكمة صاحبة اختصاص وصاحبة صلاحية والمستوفي لكامل الشروط الصحيحة الواجب توفرها بالحكم، ويصدر إصداراً صحيحاً ومكتوباً¹، ومتضمناً وقائع الدعوى كافة ومسبباً تسبباً سليماً²، ومتفقاً وأحكام قانون أصول المحاكمات المدنية والتجارية الفلسطينية، بالإضافة إلى ذلك يجب أن تكون كامل الإجراءات منذ نشوء الخصومة وبدئها وكامل الإجراءات السابقة والمعاصرة لنشوء الحكم القضائي يجب أن تكون سليمة لا يشوبها عيب متفقه وأحكام القانون، وأن تتقيد المحكمة بنصوص القانون الواجب عليها تطبيقها، بالإضافة إلى الاجتهاد المستقر من أجل الوصول إلى حكم قضائي عادل³.

ومن خلال ذلك تبرز أهمية التمييز ما بين هذين النوعين من الأحكام والتي يمكن أن نحددها من خلال أن الحكم القضائي الصحيح وإن طعن فيه لا يكون هناك مبرراً للطعن فيه، حتى ولو قبل الطعن شكلاً، بينما إذا تم الطعن في الحكم الباطل خلال مدة الطعن التي حددها القانون فإن هذا الطعن يُقبل شكلاً، وللمحكمة المختصة للنظر بالطعن فيه أن تتصدى لبطلانه، إذ يترتب على تقرير بطلانه زواله وزوال جميع الآثار المترتبة على قيامه، وبطلان الإجراءات التي بنيت عليه⁴.

ويطرح الباحث هنا تساؤلاً يطرح نفسه، هل الحكم الصحيح من ناحية الشكل يكون قابلاً للإلغاء إذا بُني على إجراء باطل؟ إن مدى قابلية إلغاء هذا الحكم بالرغم من صحته شكلاً يتوقف على توفر شروط معينة منها: أن يتخذ في الدعوى إجراء، أن لا يكون من شرع البطلان لمصلحته قد أسقط حقه فيه، وأن لا تكون المحكمة قد حكمت بصحة، وأيضاً أن يتمسك الطاعن بالبطلان في عريضة الطعن، إلا إذا كان البطلان من النظام العام فالمحكمة لها أن تثيره من تلقاء نفسها.

¹. عواد حسين ياسين العبيدي، الحكم القضائي الباطل، جامعة الموصل، كلية الحقوق، 2018 ص148.

². فتحي المصري، محاضرة في تسبيب الأحكام المدنية، وزارة العدل، المركز القومي للدراسات القضائية، القاهرة، ص9.

³. ياسر السباعي، مرجع سابق، ص362.

⁴. نبيل عمر، مرجع سابق، ص1200.

ثانيًا: الفرق بين الحكم القضائي المنعدم والحكم القضائي الباطل

اجتمع جموع الفقهاء على أن الحكم المنعدم لا يرتقي إلى مسمى حكم قضائي من الأساس، إلا أنه اعتبر الانعدام نوعًا من أنواع البطلان، حيث قام شراح القانون المدني وعلى رأسهم الفقيه الألماني زخاي، الذي قام بشرح القانون الفرنسي المطبق في حينه على بعض دول غرب ألمانيا في عام 1827،¹ والتي كانت تدور حول أسباب بطلان الزواج، حيث نادى بفكرة الانعدام كنوع من أنواع بطلان التصرف القانوني الذي لا يحتاج إلى نص لتقريره من الأساس، واعتبر أن الحكم القضائي المعدوم لا يترتب على صدوره أي أثر قانوني فهو والعدم على حد سواء.²

ويمكننا أن نعرف الحكم القضائي المعدوم بأنه: الحكم الذي مسه عيب فاحش وجسيم طال ركن من أركانه الحكم، مما يصبح مجردًا من مقوماته وأركانه الأساسية على نحو يفقد وصفه كحكم قضائي، فلا يستنفذ سلطة القاضي، ولا يكسب حقًا أو يزيل حقًا، ويمكن للخصوم التمسك بهذا الحكم بالطرق القانونية لتقرير انعدامه مثل إقامة دعوى أصلية، أو عن طريق الدفع التي يثيرها الخصوم أثناء سير الدعوى الأصلية أو عن طريق طرق الطعن القانونية المحددة للتمسك بهذه العيوب³، ومع هذا فلا يوجد نص يقر بانعدام الحكم إلا نصًا تشريعيًا واحدًا نصت عليه مجموعة قوانين المرافعات الإيطالية لعام 1942، والتي نصت في المادة 161 منه على أن انعدام الحكم إذا لم يكن موقعًا من قبل القاضي الذي أصدره.⁴

وهناك مجموعة من الفروقات ما بين الحكم المنعدم والحكم الباطل وهي أن بطلان الحكم يعني عدم صحة الإجراء مع إمكانية تصحيح هذا الإجراء كون أن شروط الحكم القضائي متوافرة فيه، بينما انعدام الحكم يعني لا وجود فعلي وقانوني للإجراء والحكم، كذلك الحكم الباطل يتحول إلى حكم صحيح في حين أن الحكم المعدوم لا يتحول إلى ذلك مطلقًا، والحكم الباطل يجوز الطعن فيه باتباع طرق الطعن المحددة له في القانون، أما الحكم المعدوم فهو لا يتحصن ولا يتمتع بحجية الأحكام حتى وإن مضت مدة الطعن التي حددها القانون، ويجوز التمسك بانعدامه من شرعت لمصلحته ذلك، والمحكمة المختصة للتمسك ببطلان الحكم أمامها هي محكمة الدرجة الثانية (الاستئناف) إذا كان الحكم المطعون في بطلانه

¹ www.almundumah.com، تاريخ الزيارة، 2020/12/19، الساعة 10 صباحا.

² www.almundumah.com، تاريخ الزيارة، 2020/12/19، الساعة 10:30 صباحا

³ نبيل عمر، مرجع سابق، ص 200.

⁴ www.almundumah.com، تاريخ الزيارة، 2020/12/19.

صادرًا من محكمة الدرجة الأولى (الصلح أو محكمة البداية)، أما المحكمة المختصة التي يتمسك أمامها بانعدام الحكم فهي المحكمة نفسها التي أصدرت الحكم المردود.¹

وهنا لا بُد من تناول أركان الحكم القضائي، فالحكم الصحيح المنطق وأحكام القانون يجب أن تتوافر فيه مجموعة من الأركان، وإذا سقط أحد هذه الأركان يؤدي إلى انعدامه، وهذه الأركان هي²:

- أن يصدر الحكم القضائي من قبل قاض له الولاية في إصداره.
- أن يفصل في النزاع القائم أمام المحكمة المختصة.
- أن يكون مكتوبًا، ونصت المادة 169³ من قانون أصول المحاكمات المدنية والتجارية الفلسطيني رقم 2 لسنة 2001، عندما وردت عبارة مسودة الحكم وأن تكون هذه المسودة موقعة من قبل الهيئة مصدرة الحكم القضائي، كما نصت المادة 172⁴ والمادة 173⁵ التي تناولت في مضمونها إيداع مسودة الحكم في ملف الدعوى، والأخيرة تناولت حق الخصوم في الاطلاع على صورة منطوق الحكم، وتختلف أحد هذه الأركان يؤدي إلى انعدام الحكم.
- أن يصدر الحكم في خصومة متفقة وأحكام القانون، وما دون ذلك لا يعتبر حكماً وإنما قرار، مثل الاستدعاءات التي يقرر عليها القاضي هي ليست أحكام تنهي النزاع⁶.

¹. ياسر السبعوي، مرجع سابق، ص 365.

². نبيل عمر، مرجع سابق، ص 446.

³. نص المادة 169 من قانون أصول المحاكمات المدنية والتجارية الفلسطيني رقم 2 لسنة 2001، تنص على: "حضور القضاة جلسة النطق بالحكم، يحضر جلسة النطق بالحكم القضاة الذين اشتركوا في المداولة، فإذا كانت مسودة الحكم موقعة من هيئة المداولة وتغيب بعضهم فيجوز تلاوته من هيئة أخرى على أن يثبت ذلك في محضر الجلسة".

⁴. تنص المادة 172 من قانون أصول المحاكمات المدنية والتجارية الفلسطيني رقم 2 لسنة 2001: "إيداع مسودة الحكم تودع مسودة الحكم في ملف الدعوى عند النطق به مشتملة على منطوقه وأسبابه وموقعة من هيئة المحكمة".

⁵. تنص المادة 173 من قانون أصول المحاكمات المدنية والتجارية الفلسطيني رقم 2 لسنة 2001 "الاطلاع على صورة عن منطوق الحكم، للخصوم الحق في الاطلاع على صورة عن منطوق الحكم ولا تعطى منه صور إلا بعد إتمام نسخته الأصلية".

⁶. نبيل عمر، مرجع سابق، ص 448.

ثالثاً: الفرق بين الحكم الاتفاقي والحكم القضائي الباطل

الحكم الاتفاقي هو الحكم الذي يصدر من قبل المحكمة بناءً على اتفاق ما بين الخصوم لحسم موضوع النزاع في الدعوى المنظورة أمامها، حيث يتفق أطراف الخصومة على حسم الدعوى طبقاً لاتفاقهم المسبق¹، وتتم المصادقة على هذا الاتفاق بواسطة حكم قضائي ملزم قابل للتنفيذ.

وتتمثل أوجه التمييز بين الحكم الباطل والحكم الاتفاقي بما يأتي²:

- إن الحكم الاتفاقي هو اتفاق لاستصدار حكم قضائي لذا فإن الخصومة القضائية تكون منتفية وغير متحققة، بينما الحكم الباطل هو حكم يصدر في خصومة قائمة فعلاً مرتباً ومنشأً للآثار والمراكز القانونية.

- لا يؤثر في الحكم الاتفاقي إذا ما شابته أخطاء ما دام أن الحكم صدق اتفاقهم في حين أن الحكم الباطل يؤثر فيه هذه العيوب ويكون معرضاً لتقرير بطلانه أمام محكمة النقض على سبيل المثال، بالإضافة إلى أن الحكم الاتفاقي لا يجوز الطعن فيه بطرق الطعن وهو قرار قابل للتنفيذ مباشرة.

المطلب الثاني:

بطلان الحكم القضائي وأسبابه

للأحكام القضائية قدسية لا يجوز المساس بها مهما كلف الأمر، ويستوجب على جهات الاختصاص تنفيذها دون إجراء أي تغيير عليها، حيث أعطاه القانون الحجية التامة بعد استيفائها للشروط القانونية كافة الشكلية منها والموضوعية، واعتبرها من النظام العام لا يجوز المساس بها، وإذا تمسك أحد أطراف العلاقة ببطلان هذا الحكم، فيجب عليه طرح المسألة أمام محكمة الاستئناف كونها أصبحت هي الجهة المختصة بإصدار قرارها بأن الحكم القضائي باطل أم لا، فإذا كان هذا الحكم معاباً بعيب جوهري فهو من النظام العام فتكون سلطة القاضي حاضرة لاعتباره باطلاً، أما إذا كان العيب غير جوهري ويمكن تصحيحه أتاح القانون لأطراف الخصومة استئنافه ضمن المدة القانونية وإلا اعتبر سليماً، فلا بُد من التطرق في هذا المطلب إلى حالات وأسباب اعتبار الحكم القضائي باطلاً.

¹. أحمد السيد صاوي، أثر الأحكام بالنسبة للغير، دار النهضة العربية، القاهرة، 1979، ص 57.

². تنص المادة 173 من قانون أصول المحاكمات المدنية والتجارية الفلسطيني رقم 2 لسنة 2001 "الاطلاع على صورة عن منطوق الحكم، للخصوم الحق في الاطلاع على صورة عن منطوق الحكم ولا تعطى منه صور إلا بعد إتمام نسخته الأصلية."

الفرع الأول:

حالات بطلان الحكم القضائي

تناول المشرع الفلسطيني في قانون أصول المحاكمات المدنية والتجارية رقم 2 لسنة 2001، نظرية البطلان بشكل واضح وصريح في نصوصه على سبيل الحصر، واقتصرت تلكا الحاليتين على نظريتين اثنتين حول البطلان وهما:

النظرية الأولى: لا بطلان دون نص

تبنت هذه النظرية جزاء البطلان على حكم قضائي مس بالنصوص القانونية التي سنها المشرع، ومن يعمل على خرقها يعتبر الحكم الذي بني عليها حكماً قضائياً باطلاً، حيث اعتنق المشرع الفلسطيني والقضاء الفلسطيني هذه النظرية، وجاء في نص المادة 22¹ من قانون أصول المحاكمات المدنية والتجارية الفلسطيني الساري المفعول على إلزامية إجراءات التبليغ ومواعيدها وإلا ترتب عليها البطلان وذلك بشكل صريح، وأتبعها المشرع بنص المادة 23² من ذات القانون التي أكدت نص القانون بشكل صريح عن البطلان ولم تتحقق الغاية من الإجراء بسبب وقوع البطلان عليه، فإذا تحققت الغاية من الإجراء حتى وإن وقع بطلان يصبح سليماً، وتحليل الباحث يرى أن المشرع الفلسطيني مرن ولم يكن جامداً في بعض الإجراءات الشكلية التي وقع عليها البطلان، ولكن لتحقق الغاية من الإجراء فإنه لا يحكم به.

وأكدت محكمة النقض الفلسطينية بمجموعة من قراراتها منها القرار رقم 2022/730، حول تلك الحالة وقرارها رقم 11/ 2006³: "إن غاية المشرع من القواعد والأحكام المتعلقة بالبطلان وفق ما يستخلص من نصوص قانون أصول المحاكمات المدنية والتجارية وما استقر عليه القضاء بهذا الشأن، تمكين الإجراء الصحيح من الباطل لا تسليط الإجراء الباطل على الصحيح ليبطله ويشل آثاره".

¹. تنص المادة 22 من قانون أصول المحاكمات المدنية والتجارية الفلسطيني على: "يترتب البطلان على عدم الالتزام بمواعيد وإجراءات التبليغ وشروطه".

². تنص المادة 23 من قانون أصول المحاكمات المدنية والتجارية الفلسطيني: "يكون الإجراء باطلاً إذا نص القانون صراحة على بطلانه، أو إذا شابه عيب لم تتحقق بسببه الغاية من الإجراء، لا يحكم بالبطلان رغم النص عليه إذا ثبت تحقق الغاية من الإجراء".

³. القاضي عبد الله غزلان، مجموعة الأحكام القضائية والمبادئ القانونية، جمعية القضاة الفلسطينيين، ج2، ط1، 2007.

وتناول المشرع الفلسطيني الشكل بخصوص الحكم القضائي، حيث اعتبر الحق ذو أهمية كبرى يمكن تجاوز العيب الشكلي في الحكم، وحرص المشرع الفلسطيني في الوقت ذاته على احترام الشكل في العمل الإجرائي، وعدّ التضحية بالحق من أجل الشكل في الوقت ذاته، لذلك لا يرتب القانون البطلان على أي عيب يشوب العمل الإجرائي، وكما أسلفنا سابقاً فإن القانون هنا تبني فكرة تحقق الغاية من الإجراء سواء نص عليها القانون أم لا.

وذكرنا سابقاً أن نص المادة 22 من قانون أصول المحاكمات المدنية والتجارية الفلسطيني، رتبت البطلان على عدم الالتزام بمواعيد إجراءات التبليغ وشروطه، وفي حال حضور المدعى عليه إلى المحكمة رغم عدم تبليغه إلا أنه لا يحق له التمسك بالبطلان؛ لأن الغاية من الإجراء قد تحققت، وهذا ما أكدته المادة 23 من القانون ذاته.

ونص المشرع الفلسطيني في نص المادة 175 من قانون أصول المحاكمات الفلسطينية: "لقصور في أسباب الحكم الواقعية، والنقص أو الخطأ الجسيم في أسماء الخصوم وصفاتهم وعدم بيان أسماء القضاة الذين أصدروا الحكم يترتب عليه البطلان". ويتبين لنا من هذا النص أن المشرع نص صراحة على البطلان، وأخذت محكمة النقض الفلسطينية بهذا النص وطبقته في قرارها رقم 2022/30، حيث اعتبرت الحكم القضائي الصادر عن محكمة الاستئناف باطلاً كون أن القضاة الموقعين على مسودة الحكم ليس ذاتهم الموقعين على الحكم القضائي¹.

النظرية الثانية: عدم النص على البطلان

أما بخصوص حالة عدم نص القانون على البطلان فإنه يجب على من يدعي البطلان أن يثبته، إذاً فإن عبء الإثبات يقع على من يتمسك بالبطلان في حال لم ينص القانون على هذا البطلان بشكل واضح وصريح².

ويترتب البطلان بموجب نصوص قانون أصول المحاكمات المدنية والتجارية الفلسطينية، وغير ذلك لا يعتبر الإجراء باطلاً إلا إذا كان العيب جوهري يمس كيان الحكم القضائي.

ويرى الباحث أنه أطلق القانون العنان للمحكمة وأعطاه السلطة التقديرية باعتبار الحكم بموجب هذه النظرية باطلاً أم لا، فهنا يجب على المحكمة النظر في حال كان طال البطلان الحكم القضائي من

¹. مقام، موسوعة القوانين والأحكام القضائية، <https://maqam.najah.edu/judgments/8222> تاريخ الزيارة 2023/9/1، بتمام الساعة 1 ظهراً.

². مليجي، أحمد، التعليق على قانون المرافعات، ط4، ج3، 2005، ص641-643.

خلال المساس به بشكل جوهري فهو باطل بحكم القانون، أما إن لم يكن البطلان جوهري ويمكن تداركه وتصحيحه واعتباره حكماً صحيحاً فلها أن تعدل البطلان وتزيله وتعطي الحكم القضائي الباطل صفة الحكم القضائي السليم بعد تصحيح البطلان الواقع، وذلك من أجل تحقيق المصلحة الخاصة التي جاء من أجلها الحكم.

الفرع الثاني:

أسباب بطلان الحكم القضائي

توجد هناك أسباب عدة تؤدي إلى بطلان الأحكام القضائية وهي: الإجراءات ما قبل صدور الحكم، ومداولة الحكم، إعلان بالحكم، وسنتناولها على النحو الآتي:

أولاً: الإجراءات ما قبل صدور الحكم

إن إجراءات التقاضي السابقة على صدور الحكم منذ انعقاد الخصومة حتى آخر إجراء لصدور الحكم قد ترتب البطلان، خاصة إذا استند القاضي الذي ينظر النزاع على تلك الإجراءات، وكان يشوبها عيباً جوهرياً مما يترتب البطلان؛ لأنها امتدت إلى الحكم القضائي ومستته، وأثيرت العديد من النقاشات والخلافات القضائية حول بطلان لائحة الدعوى في حال عدم توقيعه. وبالعودة إلى قرار محكمة النقض الفلسطينية 2018/1570، قد حسمت النزاع حوله وأوقعت البطلان على الحكم القضائي الذي صدر بناءً على لائحة دعوى غير موقعة من قبل الطاعن¹.

إن انعقاد الخصومة يبدأ من تاريخ تبليغ اللائحة، كما أنه بوفاة أحد الخصوم ينقطع السير في الدعوى ويترتب على ذلك وقف جميع المواعيد التي كانت جارية في حق الخصوم وبطلان جميع الإجراءات التي تحصل أثناء الانقطاع، ولما كانت محكمة الاستئناف وبإصدارها الحكم الطعين قد تعجلت في إصداره قبل أن يصبح الباب أمامها مفتوحاً بل إن باب إصدار الحكم كان موصداً أمامها حالما لم تتعقد الخصومة بين طرفي الدعوى، فإنها والحالة هذه تكون قد نحت منحاً لا يستقيم وحكم القانون مخالفة صريح نصوص المواد 55 / 2 و 13 و 131 من قانون أصول المحاكمات المدنية والتجارية رقم 2 لسنة 2001، متجاوزة إجراءات انعقاد وترتيب الخصومة، الأمر الذي يغدو معه الحكم الطعين معتلاً مستوجباً النقض حرياً بالإلغاء².

¹. مقام، موسوعة القوانين والأحكام القضائية، <https://maqam.najah.edu/judgments/8222> تاريخ الزيارة 2023/9/1، بتمام الساعة 3:00م.

ثانيًا: مداولة الحكم

ظهرت مجموعة من التعريفات للمداولة القضائية، حيث عُرفت المداولة اصطلاحًا بأنها: المشاورة بين القضاة المنظورة أمامهم الدعوى، ولا تتم قبل ختام المرافعة، فبعد ختام المرافعة تنتهي المحكمة لإصدار الحكم، فإذا كانت من قاضي واحد فهو مخير بين إصدار الحكم في يوم المرافعة نفسه وبين تعيين موعد لإصداره، وأما إذا كانت المحكمة مكونة من عدة قضاة - مثل محكمة الاستئناف أو محكمة البداية بصفتها الاستئنافية أو محكمة الجنايات - وجب عليهم الاتفاق على منطوق الحكم وأسبابه قبل إصداره، والحكم الصادر من المحكمة متعددة القضاة دون مداولة هو حكم باطل¹.

ويقول الدكتور أحمد أبو الوفا: "بانتها المرافعة تصدر المحكمة حكمها، فإذا كانت مكونة من قاضي واحد، جاز له أن يصدر حكمه فورًا بعد انتهاء المرافعة، وجاز له رفع الجلسة مؤقتًا ثم يعيدها وينطق بالحكم، وجاز له أن يؤجل النطق به إلى جلسة أخرى إذا كانت القضية في حاجة إلى فحص ودراسة، وإذا كانت المحكمة مُشكلة من قضاة متعددين وجب اتفاقهم على منطوق الحكم وأسبابه، فالمداولة هي المشاورة بين أعضاء المحكمة في منطوق الحكم وأسبابه بعد انتهاء المرافعة وقبل النطق به"².

وتخضع المداولة لعدة قواعد حتى تكون صحيحة مطابقة للقانون، فيجب أن تتم المداولات في السرية، وتكون بحضور كل قضاة الهيئة دون حضور ممثل النيابة العامة والخصوم ومحاميهم وكاتب الضبط، كما لا يمكن للخصوم تقديم طلبات أو الإدلاء بملاحظات بعد إقفال باب المرافعة³.

وتنص المادة 165 من قانون أصول المحاكمات المدنية والتجارية الفلسطيني فيقرة 2: "للمحكمة النطق بالحكم فور اختتام المحاكمة أو في جلسة تالية"، كما وتنص المادة 167 من قانون أصول

¹. "حصل خلاف فقهي بين مؤيدي ومعارضين حول "مبدأ تعدد القضاة" و"مبدأ القاضي الفرد"، كما هو الحال في التشريع الوضعي أن غالبية فقه المرافعات -سواء في مصر أو في فرنسا أو في إيطاليا- قد استندت بصدد تعريف المداولة القضائية على أساس الربط بين مفهوم المداولة وتشكيل المحكمة وقصر المداولة على حالة تشكيل المحكمة من عدة قضاة، وهذا الفقه ينظر إلى المداولة على أنها تعني المشاورة والمناقشة والتصويت بين أعضاء المحكمة في منطوق الحكم وأسبابه بعد انتهاء المرافعة وقبل النطق به. وحرص جانب آخر من الفقه على بيان أنه في حالة إذا ما كانت المحكمة مُشكلة من قاضي منفرد فإن مدلول "المداولة" هنا يقتصر على تفكير القاضي في القضية لتكوين الرأي وتحديد منطوق الحكم فيها وأسبابه".

². أحمد أبو الوفا، نظرية الأحكام في قانون المرافعات المدنية، مرجع سابق، ص 75.

³. أحمد هندي، مرجع سابق، ص 135.

المحاكمات المدنية والتجارية الفلسطينية "تكون المداولة في الأحكام سرية بين القضاة الذين استمعوا إلى المرافعة الختامية وإلا كان الحكم باطلا"¹.

ونستنتج مما سبق أنه إذا تداول الحكم من قبل قاضٍ لم يسمع المرافعة أو حضر التداول قاضٍ آخر من غير القضاة في هيئة الاستئناف قبل ختام المرافعة على سبيل المثال، يكون الحكم باطلاً بطلاناً متصلاً بالنظام العام؛ كونه يخالف أحكام القانون، فإذا ثبت من الحكم ذاته، اختلاف الهيئة التي تداولت عن الهيئة التي سمعت المرافعة كان الحكم باطلاً، أما إذا ثبت من نسخة الحكم ذاته أن القضاة الذين تداولوا هم الذين سمعوا المرافعة فإن الحكم يكون صحيحاً.

ومن ناحية السرية، أوجب مبدأ السرية أن تكون المداولة بين القضاة إذا تعددوا أن تجري بصورة سرية، بقصد ضمان حرية كل قاضٍ على حدة في إبداء آرائه وأفكاره القانونية في الحكم، فإن مبدأ السرية يعني عدم إفشاء ما دار في المداولة قبل الحكم، وفي حالة حدوث ذلك فإنه يترتب عليه بطلان الحكم القضائي، ولهذا ذهب جانب من الفقهاء إلى منع اشتراك غير القضاة الذين سمعوا المرافعة وحضروا جلساتها وهذه هي السرية التي يهدف إليها المشرع.

وهنا يثار التساؤل: ماذا لو حصل إفشاء سرية المداولة بعد الحكم القضائي؟

إن إفشاء سرية المداولة بعد الحكم لا يستوجب "بطلان الحكم القضائي؛ لأن ما حصل يترتب عليه مخالفة لواجباته الوظيفية وتلزم الجهة الإدارية أو السلطة القضائية بتوقيع العقوبة التأديبية على القاضي أو القضاة المتعددين الذين قاموا بإفشاء أسرار المداولة، لمخالفته قواعد وسلوكيات المهنة، وقد تصاحبها عقوبة جزائية حسب قانون العقوبات، بتعبير أكثر توضيحاً، أن القاضي أو القضاة الذين خالفوا 28 شرط السرية يتعرضون - في الغالب الأعم - لعقوبات تأديبية من السلطة القضائية والجهات المختصة فيها. وهذا ما أخذ به قانون أصول المحاكمات المدنية والتجارية الفلسطينية في نص المادة 167 "تكون المداولة في الأحكام سرية بين القضاة الذين استمعوا إلى المرافعة الختامية وإلا كان الحكم باطلا"¹.

¹. يقابلها في ذلك نص المادة 166 من قانون المرافعات المصري رقم 13 لسنة 1968، والتي تنص على "تكون المداولة في الأحكام سرّاً بين القضاة مجتمعين"، ويقابلها نص المادة 159 من قانون أصول المحاكمات المدنية الأردني رقم 24 لسنة 1988 "وتكون المداولة في الأحكام السرية بين القضاة مجتمعين ولا يجوز أن يشترك فيها غير القضاة الذين سمعوا المرافعة".

حيث ألزم القانون الفلسطيني في تلك المادة أن تكون المداولة في الأحكام القضائية سرية، وأن يشترك في المداولة جميع القضاة الذين سمعوا المرافعة.

وسارت على هذا الدرب محكمة النقض الفلسطيني في قرارها رقم 27/ 2005، إصدار الهيئة الجديدة حكمها المطعون فيه دون أن تقوم بسماع مرافعات الطرفين الختامية يُشكل مخالفة صريحة لنص المادة 170² من قانون أصول المحاكمات المدنية والتجارية رقم 2 لسنة 2001.

وطبقاً لهذا النص لا يجوز إجراء المداولة أمام الجمهور، ولا بُد من الإشارة إلى أنه من الممكن أن تتم المداولة همساً بين القضاة للمحافظة على سريتها بين القضاة وهم في داخل الجلسة، ولا يُعتبر هنا الحكم باطلاً، أو في داخل غرفة المشاورة، ففي حالة القاضي المنفرد تكون السرية بعدم إبدائه رأيه قبل النطق بالحكم القضائي، أما في حالة تعدد الهيئة القضائية في المحكمة يتسع النطاق فيشمل كل ما يتعلق بالمناقشات، والآراء المختلفة والتصويت وغيرها، وبعبير أكثر تحديداً، من مقتضيات سرية المداولة عدم جواز إفشاء سرها من القضاة الذين اشتركوا فيها³.

وإذا أمعنا النظر في نص المادة 170 من قانون الأصول نجد أنه لم يرتب نص هذه المادة البطلان على الحكم القضائي عملاً بأحكام المادة 23 من قانون الأصول⁴، حيث إن الغاية من المرافعة الختامية هي إطلاع هيئة المحكمة على الموقف النهائي لكل خصم من بياناتٍ ودفعٍ والطلبات التي يتم تناولها

¹. يقابلها في ذلك نص المادة 166 من قانون المرافعات المصري رقم 13 لسنة 1968 "تكون المداولة في الأحكام سرّاً بين القضاة مجتمعين"، ويقابلها نص المادة 159 من قانون أصول المحاكمات المدنية الأردني رقم 24 لسنة 1988 "وتكون المداولة في الأحكام السرية بين القضاة مجتمعين ولا يجوز أن يشترك فيها غير القضاة الذين سمعوا المرافعة".

². المادة 170 من قانون أصول المحاكمات المدنية والتجارية الفلسطيني رقم 2 لسنة 2001، "إذا حجّزت القضية للحكم وتبدلت هيئة المحكمة، تقوم الهيئة الجديدة بسماع المرافعات الختامية للخصوم ثم تصدر حكمها".

³. "إن الفقهاء انقسموا إلى رأيين الأول يرى أن إفشاء السر لا يؤدي إلى بطلان الحكم بحجة أن إفشاء السر لا يمس في ذاته حقوق الخصوم، وهناك رأي آخر يميز بين حالتين: - إذا كان الإفشاء قبل أو بعد النطق بالحكم، فرتب بطلان الحكم إذا كان إفشاء سر المداولة قبل صدور الحكم؛ لأن هذا الإفشاء من شأنه أن يهز مركز العدالة والثقة بالقضاء، أما إذا كان إفشاء سر المداولة بعد صدور الحكم، فلا تأثير على صحة الحكم، ولكن يترتب عليه المسؤولية التأديبية والجنائية".

⁴. المادة 23 من قانون أصول المحاكمات المدنية والتجارية الفلسطيني رقم 2 لسنة 2001، "1- يكون الإجراء باطلاً إذا نص القانون صراحة على بطلانه، أو إذا شابته عيب لم تتحقق بسببه الغاية من الإجراء. 2- لا يحكم بالبطلان رغم النص عليه إذا ثبت تحقق الغاية من الإجراء".

وإدراجها بالمرافعة الختامية حتى تُلم هيئة المحكمة سواء من قاض فرد أو أكثر بمجريات الدعوى كافة منذ نشوء الخصومة حتى إقفال باب المرافعة¹.

ثالثاً: إعلان الحكم

نصت المادة 171 من قانون أصول المحاكمات المدنية والتجارية الفلسطيني على أنه: "ينطق القاضي بالحكم، بتلاوة منطوقة، أو بتلاوة منطوقة مع أسبابه، ويكون النطق بالحكم في جلسة علنية وإلا كان الحكم باطلاً".

ونستنتج من نص هذه المادة ما يلي:

- يجب أن يكون النطق بالحكم علانية، ونشير هنا إلى أنه حتى الأحوال التي تكون فيها الجلسات سرية يجب أن ينطق الحكم بشكل علني، وإلا كان الحكم باطلاً، ويعتبر الحكم صادراً من تاريخ النطق به، وليس من لحظة كتابته، كون القاضي يستطيع العدول عن قراره قبل نطق الحكم.
- أوجب المشرع حضور القضاة الذين اشتركوا في المداولة لإصدار الحكم، فحضورهم هو تأكيد على إصرارهم على الرأي الذين أبادي وعدم العدول عنه.
- نلاحظ هنا أن المشرع الفلسطيني قد قرر البطلان للحكم بشكل صريح وواضح إذا تخلفت الشروط الواردة في هذه المادة.

¹. التكروري، عثمان، الكافي في شرح أصول المحاكمات المدنية والتجارية، مرجع سابق، ص 37 - 38.

المبحث الثاني:

الطعن ببطلان الحكم القضائي وتصحيحه والآثار المترتبة عليه

يُعتبر البطلان جزءاً إجرائياً لوجود مخالفة للعمل القانوني، فيكون متعلقاً بالإجراءات القضائية كاملة منذ نشوء الخصومة، وإما أن يتعلق بالإجراء القضائي بشكل جزئي وعلى وجه منفرد، وإذا ثبت تحقق الغاية من الإجراء لا يحكم بالبطلان وعلى المتمسك بالبطلان أن يثبت قيام العيب ويتمسك بالبطلان، فقد خول له القانون طوقاً للطعن في صحة هذه الأحكام وإبطالها وأجلاً محددة لإبدائها وإلا سقط حقه في المطالبة بذلك، ويجب أن تتوفر شروط معينة للتمسك ببطلان الحكم القضائي، وبصدور الحكم القاضي ببطلان الحكم المشوب بعيب تنتج عدة آثار، ومن خلال هذا المبحث سوف نتطرق في المطلب الأول إلى الطعن ببطلان الحكم القضائي وتصحيحه، وأخيراً الآثار المترتبة عليه في مطلب ثانٍ.

المطلب الأول:

الطعن ببطلان الحكم وتصحيحه

حماية لحقوق المتخاصمين وإعطائهم الفرصة للطعن في الأحكام الصادرة بحقهم من محكمة الدرجة الأولى والتي لم يرتضوا بها، نصت القوانين الفلسطينية المرعية على حق أحد الخصوم باللجوء إلى محكمة الدرجة الثانية والطعن بها خلال مدد زمنية محددة، فإذا كان أحد الخصوم يرغب بالطعن بالحكم القضائي الصادر بحقه يجب التمسك بهذا البطلان عن طريق الطعن في الحكم الباطل أو المبني على إجراء باطل، أما إذا رفع ضمن المدة المحددة قانوناً ولم يتمسك الخصم به في لائحة الاستئناف على سبيل المثال فلا يحق له بعد ذلك التمسك ببطلان الحكم، أما إذا شاب الحكم الطعين عيباً جوهرياً جسيماً يفقده صفته كحكم، فإن الحكم يُعتبر منعماً، ولا يرتب حجية الأمر المقضي ولا يستنفذ القاضي سلطته ولا يرد عليه التصحيح¹.

يُعد حق التمسك ببطلان الحكم القضائي من الحقوق التي يخولها القانون للخصم صاحب المصلحة المتضرر من الحكم المشوب بعيب فيه، فقد خول له القانون طرق إبطالها للطعن في صحة هذه الأحكام وإلا سقط حقه في المطالبة بذلك².

¹. عثمان التكروري، مرجع سابق، ص 607.

². أحمد أبو الوفا، نظرية الأحكام في قانون المرافعات، مرجع سابق، ص 797.

ونظم المشرع طرق الطعن في الأحكام القضائية، وهذه الطرق تُعتبر متعلقة بالنظام العام كونها تم تحديدها في القانون على سبيل الحصر والتي بمقتضاها يتمكن الخصم من الطعن بالحكم الصادر بحقه بقصد إعادة النظر فيما قضت به، أو بقصد إلغائها¹.

وكذلك فيما يتعلق بالبطلان المتعلق بالمصلحة العامة، فإن للمحكمة أن تحكم به من تلقاء نفسها لتعلقه بالنظام العام؛ لأنها تستهدف مصلحة عامة أهمها سير القضاء بما يتفق وأحكام القانون².

كما أن لأحد الخصوم الطعن بالحكم القضائي والتمسك بالبطلان لتعلقه بمصلحة خاصة سواء لشخص أو أشخاص معينين، والمصلحة الخاصة ليست من النظام العام ولا يستطيع القاضي أن يحكم بها من تلقاء نفسه³، حيث نصت المادة 24 من قانون أصول المحاكمات المدنية والتجارية الفلسطيني على أنه: "فيما عدا الحالات التي يتعلق فيها البطلان لمصلحته، ولا يجوز التمسك بالبطلان من الخصم الذي تسبب فيه. 1- لا يجوز أن يتمسك بالبطلان إلا من شرع البطلان لمصلحته، ولا يجوز التمسك بالبطلان من الخصم الذي تسبب فيه. 2- يزول البطلان إذا نزل عنه صراحة أو ضمناً من شرع لمصلحته"، حيث نصت المادة 91 من قانون الأصول⁴، على وجوب إبداء الدفع بالبطلان قبل الدخول بالأساس، وقبل إبداء أي دفع أو طلب وإلا سقط الحق فيه، ونستنتج هنا أن الدفع بالبطلان هو دفع شكلي يثار أمام المحكمة إما شفاة أو كتابة إذا كان الإجراء المعيب من إجراءات الخصومة.

أما بخصوص تصحيح الأحكام القضائية الباطلة والتي يقصد بها زواله وعدم قابلية العمل الإجرائي المعيب القابل للإبطال، والغاية من تصحيح هذا البطلان استمرار الخصومة، وتحقيق غايتها⁵.

ومنحت المادة 25¹ من قانون أصول المحاكمات الفلسطيني، المحكمة الحق في تحديد ميعاد مناسب تصحح به الحكم الباطل، كما ونصت المادة 24² من ذات القانون على أنه يزول البطلان إذا نزل عنه الخصم الذي شرع لمصلحته ولم يتمسك به صراحة أو ضمناً.

¹. أحمد أبو الوفا، المرافعات المدنية والتجارية بمقتضى قانون المرافعات الجديد، مرجع سابق، ص 225.

². عثمان التكروري، مرجع سابق، ص 607.

³. فتحي والي، نظرية البطلان في قانون المرافعات، ط2، القاهرة، سنة 1997 م، ص 552.

⁴. المادة 91 من قانون أصول المحاكمات المدنية والتجارية الفلسطيني رقم 2 لسنة 2001: "..... الدفع بالبطلان، وسائر الدفوع المتعلقة بالإجراءات يجب إبدائها معاً قبل إبداء أي طلب أو دفاع في الدعوى أو دفع بعدم القبول وإلا سقط الحق فيما لم يبد منها...".

⁵. فتحي والي، مرجع سابق، ص 607.

ويتضح لنا أن المادة 25 أجازت تعديل الأضرار من خلال تكملته ما يؤدي إلى زوال العيب، وعلى سبيل المثال أن نطلب من ناقص الأهلية حضور الوصي أو الولي عنه، ونستنتج هنا أن التصحيح بالتكملة له حالات، أهمها أنه يضيف إلى العمل ما ينقصه، على أن تكون تلك التكملة ضمن المدة القانونية، وبالتدقيق في نص المادة 25 سالفه الذكر سنجد أنها فرقت بين حالتين أولهما: أن يكون للإجراء ميعاد للطعن مثل توقيع المحامي على لائحة الاستئناف ضمن مدة قانونية³، وثانيهما: أن لا يكون هناك مدة قانونية للطعن بحيث تكون المحكمة هنا هي صاحبة الاختصاص بتحديد ميعاد للتصحيح، فإن لم يصحح ضمن المدة التي قامت المحكمة بتحديدتها فيحكم ببطلان الإجراء، على سبيل المثال بطلان التبليغ.

كما وحذت فلسطين حذو الدول العربية كمصر والأردن بتصحيح البطلان بالتكملة وهذا ما أكدته في نص المادة 26⁴ من قانون أصول المحاكمات المدنية والتجارية الفلسطيني.

نحن نعلم كل العلم أنه بمجرد صدور الحكم يخرج النزاع من تحت ولاية المحكمة فلا تملك أن تعود عن حكمها أو أن تعدله، إلا إذا لم يكن الحكم موقعاً جاز للمحكمة أن تصحح الأسباب دون المساس بالحكم ذاته⁵، وقد أورد المشرع الفلسطيني في قانون أصول المحاكمات المدنية والتجارية فصلاً كاملاً، وهو الفصل الثاني تحت عنوان تصحيح الأحكام وتفسيرها، حيث أورد ذلك في نصوص المواد 183

¹. نص المادة 25 من قانون أصول المحاكمات المدنية والتجارية رقم 2 لسنة 2001: "يجوز تصحيح الإجراء الباطل ولو بعد التمسك بالبطلان، على أن يتم ذلك في الميعاد المقرر قانوناً لاتخاذ الإجراء، فإذا لم يكن للإجراء ميعاد مقرر في القانون حددت المحكمة ميعاداً مناسباً لتصحيحه، ولا يُعتد بالإجراء إلا من تاريخ تصحيحه".

². نص المادة 24 من قانون أصول المحاكمات المدنية والتجارية رقم 2 لسنة 2001: "فيما عدا الحالات التي يتعلق فيها البطلان لمصلحته، ولا يجوز التمسك بالبطلان من الخصم الذي تسبب فيه. 1- لا يجوز أن يتمسك بالبطلان إلا من شرع البطلان لمصلحته، ولا يجوز التمسك بالبطلان من الخصم الذي تسبب فيه. 2- يزول البطلان إذا نزل عنه صراحة أو ضمناً من شرع لمصلحته".

³. التكروري، مرجع سابق، ص 626.

⁴. نص المادة 26 من قانون أصول المحاكمات المدنية والتجارية رقم 2 لسنة 2001: 1- "إذا كان الإجراء باطلاً وتوفرت فيه عناصر إجراء آخر فيعتبر صحيحاً باعتبار الإجراء الذي توفرت عناصره. 2- إذا كان الإجراء باطلاً في شق منه فيعتبر هذا الشق وحده باطلاً ما لم يكن الإجراء غير قابل للتجزئة. 3- إذا كانت الإجراءات السابقة أو اللاحقة غير معتمدة على الإجراء الباطل فلا تبطل".

⁵. أحمد أبو الوفا، المرافعات المدنية والتجارية بمقتضى قانون المرافعات الجديد، مرجع سابق، ص 126.

و184 و185¹، ونستنتج من نصوص تلك المواد أن للمحكمة من تلقاء نفسها أو بناءً على طلب الخصوم تصحيح الإجراء بالتكملة على أن يكون هذا التصحيح مثل الأخطاء المادية أو الكتابية، وهي أخطاء غير جوهرية لا تمس أركان الحكم القضائي ولا تمس كينونته، كما ويحق للخصوم تقديم استدعاء للمحكمة في حال غفلت المحكمة الفصل في بعض الطلبات الموضوعية، فهذا التصحيح لا يمس الحكم ذاته وإنما يرد فقط على الإجراء.

المطلب الثاني:

الآثار المترتبة على بطلان الحكم القضائي

إن البطلان يرتب آثاره القانونية في حال قررت المحكمة ذلك، واعتبر باطلاً منذ إجرائه لا الحكم من تاريخ صدور الحكم، ويتمسك بالبطلان من شرع لمصلحته شرط أن لا يكون هو المتسبب به، وكذلك يجوز للمحكمة أن تقضي به من تلقاء نفسها إذا كان من النظام العام². وفي حال قضت المحكمة بالبطلان فإن الإجراء القضائي لا يرتب أية آثار قانونية، ويُعتبر كأن لم يكن، أما بخصوص الشخص المتضرر من البطلان، وكان قد تمسك به فإنه يستطيع أن يطالب بتعويض نتيجة لما لحق به من أضرار، وأن العمل الباطل قد ينتج عنه بعض الآثار تكون ضد من قام به³.

¹. المواد (183، 184، 185) من قانون أصول المحاكمات المدنية والتجارية الفلسطيني رقم 2 لسنة 2001: 1- "مادة (183) للمحكمة من تلقاء نفسها أو بناءً على طلب أحد الخصوم أن تقرر تصحيح ما وقع في حكمها من أخطاء مادية بحتة كتابية كانت أو حسابية دون مرافعة، على أن يتم التوقيع على التصحيح من رئيس الجلسة وكاتبها. 2- يجوز الطعن في القرار الصادر بالتصحيح بطرق الطعن التي يقبلها الحكم موضوع التصحيح. أما القرار الصادر برفض التصحيح فلا يجوز الطعن فيه على استقلال. مادة (184) يجوز للخصوم أن يطلبوا باستدعاء يقدم إلى المحكمة التي أصدرت الحكم تفسير ما وقع في منطوقه من غموض أو إبهام، ويُعتبر القرار الصادر بالتفسير متمماً من كل الوجوه للحكم الذي يفسره، ويسري عليه ما يسري على هذا الحكم من القواعد الخاصة بطرق الطعن العادية وغير العادية. مادة (185) إذا أغفلت المحكمة من أسباب حكمها ومنطوقه الفصل في بعض الطلبات الموضوعية، جاز لصاحب المصلحة أن يطلب باستدعاء يُقدم إلى المحكمة التي أصدرت الحكم النظر في الطلب والحكم فيه، ويُعتبر الحكم الصادر في الطلب متمماً للحكم الصادر في الدعوى".

². عبد الرحمن الشواربي، البطلان المدني والإجرائي والموضوعي، منشأة المعارف، الإسكندرية، 1991م، ص42.

³. نبيل عمر، مرجع سابق، ص433.

وتتناول المشرع الفلسطيني أثر البطلان على العمل الإجرائي، حيث نصت المادة 26 من قانون أصول المحاكمات المدنية والتجارية رقم 2 لسنة 2001¹، على أنه "إذا كان الإجراء باطلاً في شق منه، فلا يُعتبر كل الإجراء باطلاً، وإنما فقط الجزء الباطل باستثناء إذا لم يكن هذا الإجراء قابلاً للتجزئة"². وأكدت الفقرة الأولى من نص المادة 26 على وجود نظرية تحول الإجراء الباطل إلى إجراء آخر، ويقصد بتحول الإجراء هنا: تكييف المقتضيات غير المعيبة من واقعة قانونية ما³.

حيث تقوم تلك النظرية على اعتبار التصرف الباطل صحيحاً باعتباره تصرف آخر، ويشترط لتطبيق تلك النظرية أولاً: - أن يكون العمل الإجرائي باطلاً لتخلف مقتضى من مقتضياته، وثانياً: - أن تكون المقتضيات المتبقية هي أعمال قانونية يُعرفها القانون، وعلى سبيل المثال إذا قام أحد الخصوم بحلف اليمين الحاسمة واعتبر هذا الإجراء باطلاً لعيبٍ شكلي فيه، يمكن أن يتم تحويله إلى إقرار قضائي صحيح⁴.

أما بخصوص انتقاص العمل الإجرائي، فقد نص المشرع الفلسطيني في المادة 26 في الفقرة الثانية منها، والتي جاء فيها "إذا كان الإجراء باطلاً في شق منه فيُعتبر هذا الشق وحده باطلاً ما لم يكن الإجراء غير قابل للتجزئة"، حيث هذا المشرع الفلسطيني حذو المشرع المصري⁵، بالأخذ بنظرية الانتقاص ويقصد بها التخلص من الجزء الباطل والإبقاء على الجزء الصحيح باستثناء إذا لم يكن الإجراء قابلاً للتجزئة، ومثال على ذلك أن يصدر حكم فاصل في نزاع متكون من عدة موضوعات بحيث يكون موضوع واحد باطلاً وغيره صحيح، وتوجد حالتين للانتقاص، الأولى: أن يكون العمل الإجرائي عملاً مركباً قابلاً

¹. نص المادة 26 من قانون أصول المحاكمات المدنية والتجارية الفلسطيني رقم 2 لسنة 2001: "إذا كان الإجراء باطلاً وتوفرت فيه عناصر إجراء آخر فيُعتبر صحيحاً باعتبار الإجراء الذي توفرت عناصره. 2- إذا كان الإجراء باطلاً في شق منه فيُعتبر هذا الشق وحده باطلاً ما لم يكن الإجراء غير قابل للتجزئة. 3- إذا كانت الإجراءات السابقة أو اللاحقة غير معتمدة على الإجراء الباطل فلا تبطل".

². عبد الرحمن الشواربي، مرجع سابق، ص 43.

³. فتحي والي، الوسيط في القضاء المدني، مطبعة جامعة القاهرة، 2001 م مرجع سابق، ص 417.

⁴. فتحي والي، مرجع سابق، ص 823.

⁵. أن المشرع الفلسطيني قرر الأخذ بنظرية الانتقاص شأنه شأن المشرع المصري في المادة 24 فقرة 2 من قانون المرافعات المصري.

للتجزئة، فيكون جزءاً باطلاً والآخر سليماً، وهذا ما أكدته المادة 26 الفقرة 2 آنفة الذكر، أما الحالة الثانية: أن يكون العمل الإجرائي بسيطاً ولكن ذو آثار متعددة فيتحقق الانتقاص من حيث الآثار¹.

ثانياً: البطلان على الأعمال الإجرائية السابقة:

نص المشرع الفلسطيني في قانون أصول المحاكمات المدنية والتجارية في المادة 26 الفقرة 3 منها "إذا كانت الإجراءات السابقة غير معتمدة على الإجراء الباطل فلا تبطل". وهنا النص جاء صريحاً وواضحاً إذ يبين أن الإجراءات السابقة للإجراء الباطل تكون صحيحة إذا لم تبين على الإجراء الباطل والعكس صحيح، وعليه تبقى الإجراءات السابقة صحيحة².

ثالثاً: أثر بطلان العمل الإجرائي على الأعمال اللاحقة:

بينت الفقرة الثالثة من المادة 26 أصول فلسطيني أن العمل الإجرائي اللاحق إذا لم يكن مرتبطاً ومعمداً على الإجراء الباطل فلا يبطل، ومثال على ذلك الحكم ببطلان شهادة شاهد لا يؤدي إلى بطلان تقرير خبير لاحق ولو تعلق بالواقعة نفسها³.

ولا بُد من الإشارة أيضاً إلى أن للحكم الباطل آثار عامة⁴، تتجسد من خلال أن الحكم الباطل أياً كان سبب ونوع بطلانه إذا انقضت مواعيد الطعن فيه أو استنفدت، اعتُبر صحيحاً من كل الوجوه وتحصن، وتمتع بحجية الأحكام، وأصبح عنواناً للحقيقة ومرتباً للمراكز والآثار القانونية للخصوم، فالأحكام الباطلة يعتبرها القانون موجودة ومنتجة بكل آثارها ما لم يُقَضَّ ببطلانها بإحدى طرق الطعن التي حددها القانون.

كما لا يجوز الاحتجاج بهذا البطلان أمام أية محكمة غير المحكمة التي يطعن فيه أمامها، فيمتنع الدفع به أو الاحتجاج ببطلانه أمام جهات تنفيذ الحكم عند وجود إشكال في التنفيذ، لما يترتب على ذلك من التعرض لحجبه وهو غير جائز، أما بخصوص الحجية المقررة لهذه الأحكام فهي مقصورة فقط على أطراف الخصومة التي صدر الحكم فيها، أما غيرهم فإنه يجوز لهم التمسك بعدم الاعتداد بهذه الحجية تجاههم، ودون الحاجة إلى التمسك ببطلانه، كما يمكن لهم الطعن فيه عن طريق اعتراض الغير الخارج عن الخصومة، وذلك إذا ظهر ما يستوجب من أسباب لقبول هذا الطعن.

¹. الشواربي، مرجع سابق، ص 49.

². فتحي الوالي، الوسيط في القضاء المدني، مرجع سابق، ص 847.

³. فتحي والي، نظرية البطلان في قانون المرافعات، مرجع سابق، ص 419.

⁴. ياسر السبعوي، مرجع سابق، ص 836.

الخاتمة:

عالج المشرع الفلسطيني الحكم القضائي الباطل في قانون أصول المحاكمات المدنية والتجارية، حيث تناولنا في هذا البحث بطلان الأحكام القضائية من خلال مطلبين، أولهما تمت دراسة ماهية الحكم القضائي الباطل وتمييزه عن غيره من الأحكام، ومن ثم عرجنا إلى المطلب الثاني وتناولنا فيه الطعن بالبطلان وتصحيحه وآثاره.

وتبين لنا أن الجزاءات الإجرائية في البطلان تتحقق إذا أصاب العمل الإجرائي خلل في شروط صحته، كما ويتم الدفع بالبطلان من خلال طرق الطعن التي نص عليها قانون الأصول واعتبرها كدفع شكلي، كما واعتبر الإجراءات كافة صحيحة إلى أن يُحكم ببطلانها، هذا بالإضافة إلى أنه يمكن تصحيح البطلان إما من خلال التكملة أو التعديل أو الانتقاص، ولا يمكن الطعن فيه بعد انتهاء المدة القانونية للطعون.

وخرجنا من هذه الدراسة بمجموعة من النتائج تتمثل في:

1. الحكم القضائي الباطل هو الحكم المخالف للقاعدة القانونية لوجود عيب في شروط صحته وقواعد إصداره.
2. نص قانون أصول المحاكمات المدنية والتجارية الفلسطيني على البطلان وآلية التمسك به في العديد من نصوصه.
3. إن الحكم الباطل يمكن تصحيح بطلانه بالطرق التي حددها القانون.
4. إن الأحكام القضائية الباطلة لها حجيتها إذا لم يطعن بها ضمن المدة القانونية، وتصبح حكماً قضائياً سليماً.

وتوجد هناك مجموعة من التوصيات حري بنا أن نتناولها، بسبب سهو المشرع الفلسطيني عن تناولها في قانون أصول المحاكمات المدنية والتجارية الفلسطيني رقم 2 لسنة 2001، أهمها:

1. تعريف الحكم القضائي الباطل بشكل واضح وصريح بموجب نص قانوني، حتى يتسنى لأطراف العدالة كاملة معرفة إذا ما كان هذا الحكم يُعتبر باطلاً من عدمه، بالإضافة لإزالة الشكوك ما بين الأحكام وعدم الخلط بينها؛ مثل الأحكام الباطلة والمنعومة.
2. البحث عن الوسائل اللازمة للحد من بطلان الأحكام القضائية لتحقيق الاستقرار وتوفير جهد ووقت المحكمة، والفصل في القضايا المنظورة بشكل أسرع وفق الأصول والقانون وعدم إطالة أمد المحاكمة.

3. تحديد حالات البطلان لمتعلقة بالنظام العام التي تستوجب البطلان، وعدم ترك الباب مفتوحاً على مصراعيه، خاصة أن العديد من القضاة يتجنبون الحكم ببطلان الأحكام لما فيه مساس بهيبة القضاء أولاً، والمساس بالمصلحة الثانية خاصة.
4. إعطاء نظرية واضحة لبطلان الأحكام القضائية في القانون الفلسطيني وذلك من خلال تحديد حالات البطلان وأنواعه والآثار المترتبة علي

قائمة المصادر والمراجع

أولاً: المصادر

- القرآن الكريم.
- قانون أصول المحاكمات المدنية والتجارية الفلسطينية رقم 2 لسنة 2001م.
- مجلة الأحكام العدلية لسنة 1876م.

ثانياً: المراجع

- أبو الوفا، أحمد، المرافعات المدنية والتجارية بمقتضى قانون المرافعات الجديد رقم 13 لسنة 1968م، منشأة المعارف، الإسكندرية، الطبعة الخامسة عشرة، سنة 1990 م.
- أبو الوفا، أحمد، نظرية الأحكام في قانون المرافعات، منشأة المعارف، ط 5، الإسكندرية، 1986م.
- التكروري، عثمان، الكافي في شرح قانون أصول المحاكمات المدنية والتجارية، دار الفكر، ج2، 2014.
- العبيدي، عواد حسين ياسين، الحكم القضائي الباطل، جامعة الموصل، كلية الحقوق، 2018.
- الصاوي، أحمد السيد، أثر الأحكام بالنسبة للغير، درا النهضة العربية، القاهرة، 1979.
- سليم، عماد، شرح قانون أصول المحاكمات المدنية والتجارية الفلسطيني، رقم 2 لسنة 2001، 2001.
- الشواربي، د. عبد الحميد، البطلان المدني الإجرائي والموضوعي، منشأة المعارف، الإسكندرية، 1991م.
- عمر، نبيل إسماعيل، قانون أصول المحاكمات المدنية، الدار الجامعية، ط1، 1996.
- غزلان، القاضي عبد الله، مجموعة الأحكام القضائية والمبادئ القانونية، جمعية القضاة الفلسطينيين، ج1، ط1، 2007.
- غزلان، القاضي عبد الله، مجموعة الأحكام القضائية والمبادئ القانونية، جمعية القضاة الفلسطينيين، ج2، ط1، 2007.
- مليجي، أحمد، التعليق على قانون المرافعات، ط4، ج3، 2005.
- القضاة، مفلح عواد، أصول المحاكمات المدنية والتنظيم القضائي، دار الثقافة والنشر والتوزيع، الأردن، 2008.

- هندي، أحمد، قانون المرافعات المدنية والتجارية - الخصومة والحكم والطعن -، ط1، دار الجامعة الجديدة للنشر، الإسكندرية، 1995.
- والي، فتحي، الوسيط في قانون القضاء المدني، مطبعة جامعة القاهرة، 2001م.
- والي، فتحي، نظرية البطلان في قانون المرافعات، دراسة تأصيلية وتطبيقية للأعمال الإجرائية في قانون المرافعات وأسباب بطلانها الشكلية والموضوعية وأنواع البطلان وبيان من له التمسك به وتصحيحه وآثاره، ط2، القاهرة، سنة 1997م.
- معلوف، لويس المنجد، مجلد رقم 1، ط19، دار المشرق، بيروت، 1986.
- شوشاري، صلاح الدين محمد، شرح قانون أصول المحاكمات المدنية، ط6، دار الثقافة للنشر والتوزيع، عمان، 2010.
- العسقلاني، ابن حجر، فتح الباري في شرح صحيح البخاري، ج 31، ط 3، الرياض، دار السلام، 1380.
- نمر، بشار، قاضي محكمة بداية، تعريف الحكم، 2011/8/11، منشور على موقع مجلس القضاء الأعلى: www.courts.gov.PS
- السبعائي، ياسر باسم، الآثار القانونية للحكم الباطل في قانون المرافعات المدنية، مجلد 50، جامعة الموصل، العراق، 2011، موقع دار المنظومة.
- مقام، موسوعة القوانين والأحكام القضائية: <https://maqam.najah.edu/judgments/8222>

حقوق المستهلك والتزاماته في عقد الاستهلاك الإلكتروني
(دراسة مقارنة)

*Consumer's Rights and Obligations in the Electronic
Consumption Contract (Comparative Study)*

أ. آية أحمد عبد الله عدوي

وزارة الأوقاف والشؤون الدينية (فلسطين)، مساعد قانوني محاضرة
غير متفرغة سابقة لدى الكلية العصرية الجامعية

حقوق المستهلك والتزاماته في عقد الاستهلاك الإلكتروني (دراسة مقارنة)

Consumer's Rights and Obligations in the Electronic Consumption Contract (Comparative Study)

آية أحمد عبد الله عدوي، ماجستير قانون خاص

وزارة الأوقاف والشؤون الدينية (فلسطين)، مساعد قانوني، محاضرة غير متفرغة سابقة لدى الكلية
العصرية الجامعية

aya.a.adawi@gmail.com

تاريخ النشر: 2024-01-07

تاريخ القبول: 2023-10-09

تاريخ الاستلام: 2023-08-07

DOI: <https://doi.org/10.70411/MJLS.2.1.202477>

ملخص:

تُعتبر عقود الاستهلاك من العقود التي تحظى بحماية خاصة في قوانين حماية المستهلك؛ وذلك لوجود طرفين غير متساويين من الناحية المعلوماتية والقدرة الاقتصادية في العقد، الأول شخص ضعيف يعرف بالمستهلك والآخر شخص قوي يعرف بالمهني، ولتفاوت القوة بينهما قد يؤدي ذلك إلى فرض هيمنة الطرف القوي على الآخر، وعليه جاءت هذه الدراسة لتبين ماهية المستهلك المشمول في الحماية بموجب قوانين حماية المستهلك.

تدور هذه الدراسة حول مدى ما تقرره القوانين الفلسطينية والقوانين الأخرى المقارنة في تحديد ماهية الشخص الذي يتمتع بالحماية القانونية في العقود الإلكترونية وفقاً لقواعد الاستهلاك، نتيجة عدم كفاية الحماية الواجبة للمستهلك في القواعد العامة والتشريعات المدنية، وقد جاءت هذه الدراسة لتبين المعنى الدقيق لمفهوم المستهلك، فيما إذا كان يقتصر على الأشخاص الطبيعيين فقط، أم يشمل الأشخاص المعنويين أيضاً، كما وتمت معالجة بعض الحالات التي يصبح فيها المهني مستهلكاً، ومن ثم بيان حقوق وواجبات طرفي عقد الاستهلاك.

وقد أظهرت الدراسة أن عدم وجود معنى واضح للمستهلك أدى إلى وجود اختلاف في الآراء الفقهية والتشريعية والقضائية بشأنه، كما خلصت إلى أن المعنى الحقيقي للمستهلك يكمن في الشخص الذي يسعى في تعاقد من أجل إشباع حاجات شخصية أو عائلية سواء كان شخصاً طبيعياً أو معنوياً. **الكلمات المفتاحية:** المستهلك، المهني، عقد الاستهلاك، العقد الإلكتروني، قواعد الحماية للمستهلك.

Abstract :

Consumption contracts are considered to be one of the types of contracts that receive special protection under consumer protection laws. This is due to the presence of two parties with unequal levels of information and economic ability involved in the contract: the consumer, who is generally at a disadvantage, and the professional, who typically possesses greater power. This imbalance of power can potentially lead to the dominant party exploiting the other. Hence, this study aims to elucidate who qualifies as a consumer protected by the provisions of consumer protection laws.

This research explores the extent to which Palestinian laws, alongside other comparative legislations, delineate the individuals who are entitled to legal protection in electronic contracts under consumption rules. This inquiry is particularly pertinent given the insufficient protection accorded to consumers under general rules and civil legislation. The study seeks to clarify the precise definition of ‘consumer’, investigating whether this term is confined to natural persons only, or extends to include legal entities as well. Additionally, it explores scenarios wherein a professional can assume the role of a consumer. Following this, the rights and responsibilities of the parties involved in consumption contracts are outlined.

The research indicates that the absence of a clear definition of ‘consumer’ has resulted in divergent interpretations and opinions in jurisprudence, legislative documents, and judicial rulings. Furthermore, it concludes that the true essence of a consumer is embodied in individuals who engage in contracts to fulfill personal or family needs, regardless of whether they are natural or legal entities.

Keywords: Consumer, Professional, Consumption Contract, Electronic Contract, Consumer Protection Rules.

المقدمة

شهد العالم في السنوات الأخيرة نموًا كبيرًا في حجم التجارة الإلكترونية، في ظل سيطرة ظاهرة العولمة وتسارع وتيرة التطور التكنولوجي، وقد أدى ذلك إلى إحداث تغيير جذري في مناحي الحياة الاقتصادية والاجتماعية، مما دفعت الحاجة لابتكار أطر وآليات قانونية جديدة لمواكبة التغيرات التي طرأت على عقود الاستهلاك.

وإزاء هذا التطور برزت الحاجة الملحة لحماية أطراف العقود الإلكترونية من خلال وجود تشريعات تفرض قواعد لحماية المتعاقدين تكون أساسًا لتحقيق التوازن في عملية التجارة الإلكترونية، ويُعد المستهلك أبرز الأطراف التي تحتاج للحماية القانونية باعتبارها الحلقة الأضعف في تلك العقود بالنظر لقلة الخبرة والدراية لديه في الشيء محل التعاقد، ما سيجعله خاضعاً لأية شروط يتم إيرادها في العقد، لذلك جاءت تشريعات حماية المستهلك لنفرض حماية على المستهلك من خلال بيان حقوقه من جهة، وبيان التزامات المهني التي تهدف هي الأخرى لحماية المستهلك من جهة أخرى.

وفي هذا الإطار جاءت هذه الدراسة لتبين مفهوم العقد الإلكتروني وأطرافه، وماهية الالتزامات والحقوق التي تقع على كل طرف.

إشكالية الدراسة:

تتمثل إشكالية الدراسة في بيان المعنى الواضح والدقيق للمستهلك في عقد الاستهلاك الإلكتروني، معالجة بذلك الإشكاليات الجزئية الآتية:

1. هل يمكن اعتبار المهني الذي يشتري سلعة تخرج عن نطاق تجارته ولكن تخدم مهنته مستهلكاً؟

2. هل يقتصر معنى المستهلك على الأشخاص الطبيعيين فقط أم يشمل الأشخاص المعنويين أيضاً؟

3. هل يعتبر الشخص المعنوي الذين لا يهدف في نشاطه للربح مستهلكاً أم لا؟

4. ما هي حقوق وواجبات المستهلك في عقد الاستهلاك الإلكتروني؟

5. ما هي حقوق وواجبات المهني في عقد الاستهلاك الإلكتروني؟

أهمية الدراسة:

تكمن أهمية الدراسة في توضيح مفهوم شائك تم الاختلاف عليه فقهاً وقضاءً وقانوناً، والمتمثل في تحديد الطرف الأضعف في عقود الاستهلاك (المستهلك) الذي جاءت قواعد الحماية الواردة في قوانين

حماية المستهلك لحمايته، إلى جانب بيان مدى إمكانية انطباق مفهوم المستهلك على الأشخاص المعنويين وبالنسبة لنتيجة تمتعهم بقواعد حماية المستهلك، لاسيما عندما لا يسعى الشخص المعنوي للحصول على الربح من نشاطاته كما في حالة الجمعيات الخيرية.

منهجية الدراسة:

لتحقيق الأهداف المرجوة من هذه الدراسة؛ سيتم استخدام المنهج الوصفي التحليلي في بيان مفهوم المستهلك ومفهوم المهني وما يقع بينهما من إشكاليات.

كما وسيتم تحليل الأحكام الواردة في قانون حماية المستهلك الفلسطيني لسنة 2005، وما استقر عليه الفقه والقضاء، لبيان معنى المستهلك بعقد الاستهلاك الإلكتروني. ومن ثم إظهار التغييرات والفلسفات الجديدة التي أتت بها مشروع قانون حماية المستهلك الفلسطيني لسنة 2016، في توضيحه لشخص المستهلك.

وبما أن هذه الدراسة هي دراسة مقارنة، فسيتم استخدام المنهج المقارن في مراحل الدراسة كافة، من خلال مقارنة قانون حماية المستهلك الفلسطيني رقم (21) لسنة 2005، بكل من: مشروع قانون حماية المستهلك الفلسطيني لسنة 2016 بالقراءة الثالثة، وقانون حماية المستهلك اللبناني رقم (659) لسنة 2005، والتوجيهات الأوروبية المتعلقة بحماية المستهلك والتي تحمل الأرقام الآتية: (2000/31، 2011/83، 1993/13).

خطة الدراسة:

تم تقسيم خطة الدراسة إلى مبحثين تسبقها مقدمة وتنتهي بخاتمة ومراجع، وهي على النحو الآتي:

المبحث الأول: المفهوم القانوني للمستهلك في عقد الاستهلاك الإلكتروني.

المطلب الأول: مفهوم المستهلك.

المطلب الثاني: مفهوم المهني.

المبحث الثاني: الحقوق والالتزامات المقررة لحماية المستهلك بعقد الاستهلاك الإلكتروني.

المطلب الأول: الحقوق والالتزامات المقررة على المستهلك لحمايته في عقد الاستهلاك الإلكتروني.

المطلب الثاني: الحقوق والالتزامات المقررة على المهني لحماية المستهلك في عقد الاستهلاك

الإلكتروني.

المبحث الأول :

المفهوم القانوني للمستهلك في عقد الاستهلاك الإلكتروني

لقد اختلف الفقهاء في تعريف العقد الإلكتروني¹، فمنهم من عرفه بأنه: اتفاق يتلاقى فيه الإيجاب والقبول عبر وسائل التبادل الإلكترونية²، في حين عرفه آخرون بأنه: "العقد الذي يتلاقى فيه الإيجاب بالقبول عبر شبكة اتصالات دولية باستخدام التبادل الإلكتروني للبيانات بقصد إنشاء التزامات تعاقدية"³، وبالوقوف على التعريفات السابقة يتضح عدم وجود مجلس عقد حقيقي في العقد الإلكتروني، حيث إن الإيجاب يرتبط بالقبول عن بُعد من خلال وسيلة اتصال إلكترونية لتحقيق صفقة معينة، لذا تُعد الوسيلة التي يتم فيها التعاقد هي الميزة الأساسية والفارقة بين العقد الإلكتروني والعقد التقليدي⁴.

أما على صعيد التشريعات فقد اختلفت هي الأخرى في تعريف العقد الإلكتروني فبالرجوع للقرار بقانون رقم (15) لسنة 2017، بشأن المعاملات الإلكترونية الفلسطينية نجده يعرف العقد الإلكتروني بأنه: "اتفاق بين شخصين أو أكثر بوسائل أو وسائط إلكترونية"، في حين اكتفى التوجه الأوروبي المتعلق بحماية المستهلك في العقود المبرمة عن بعد باعتبار العقد الإلكتروني من طائفة تلك العقود، حيث جاء في المادة (2) منه: "هو العقد المتعلق بالسلع أو الخدمات المبرمة بين مورد ومستهلك بموجب مبيعات أو خدمات ينظمها المورد، دون التواجد المادي والمتزامن للتاجر والمستهلك، حيث يتم استخدام واحدة أو أكثر من وسائل الاتصال عن بعد للوصول إلى لحظة إتمام التعاقد"⁵.

¹. يعرف العقد بأنه: "تلاقي إرادتين أو أكثر على إحداث أثر قانوني معين"، عبد الرزاق السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني الجديد، المجلد الأول، نظرية الالتزام بوجه عام مصادر الالتزام، منشورات الحلبي، بيروت، 2000، ص150. كما وعرفته مجلة الأحكام العدلية في المادة (103) بأنه: "التزام المتعاقدين أمرًا وتعهدًا به، وهو عبارة عن ارتباط الإيجاب بالقبول".

². فلاح فهد العجمي، الحماية المدنية للمستهلك في العقد الإلكتروني، رسالة ماجستير، جامعة الشرق الأوسط، الأردن، 2011، ص24.

³. خالد ممدوح إبراهيم، إبرام العقد الإلكتروني، دار الفكر الجامعي، الإسكندرية، 2008، ص51.

⁴. أسامة أبو الحسن مجاهد، خصوصية التعاقد عبر الإنترنت، المؤتمر العالمي الثالث لكلية الحقوق، جامعة حلوان، القاهرة، 2004، ص926.

⁵. European Union (EU) rights: Article 2/7: "distance contract" means any contract concluded between the trader and the consumer under Directive No 2011/83 / EC on on consumer an organised distance sales or service-

وقد أدت حالة التنوع في العقود الإلكترونية التي تتم عن بُعد، إلى إيجاد تباين في تعريف العقد الإلكتروني بين الفقه والقانون، لكن وبالرغم من ذلك فإنه يوجد إطار عام في انعقاد العقد الإلكتروني، وبتطبيق ذلك الإطار العام على عقد الاستهلاك الإلكتروني يظهر أن إرادتي المستهلك والمهني تتلاقيا في عقد الاستهلاك لكي ترتب أثراً قانونياً معيناً باستخدام إحدى وسائل التبادل الإلكترونية¹، وبهذا يمكن تعريف عقد الاستهلاك الإلكتروني بأنه: العقد الذي يبرم بين طرفين مستهلك من جهة ومهني من جهة أخرى يتعهد فيه المهني بتوريد سلعة أو خدمة للمستهلك؛ من أجل تحقيق غاية معينة مقابل مبلغ معين عبر إحدى الوسائل الإلكترونية².

وبالوقوف على تعريف عقد الاستهلاك الإلكتروني يتبين لنا بأنه يقع بين طرفين: الأول ضعيف يُعبر عنه بالمستهلك يسعى من خلال تعاقدته إلى إشباع حاجاته الشخصية والعائلية، بينما الآخر هو الطرف القوي، ويسمى المهني، والذي لديه تفوق عن الطرف الأول من الناحية المعلوماتية والقدرة الاقتصادية في العقد يسمى بالمهني، وقد حظي المستهلك باهتمام قوانين حماية المستهلك باعتباره الطرف الضعيف في العقد، في حين ثار خلاف بين الفقه والتشريع والقضاء في تحديد مفهوم المستهلك الذي يحظى بحماية قانون حماية المستهلك.

ولبيان المفهوم القانوني للمستهلك، فلقد تم تقسيم هذا المبحث إلى مطلبين للحديث عن مفهوم المستهلك في المطلب الأول، ومفهوم المهني في المطلب الثاني.

المطلب الأول :

مفهوم المستهلك

تظهر أهمية تحديد تعريف المستهلك في تحديد الشخص المستفيد من القواعد الحمائية التي تتضمنها التشريعات النازمة لحماية المستهلك لوضعه الضعيف وكثرة تعرضه للمخاطر أثناء التعاقد، إلا أنه لا يوجد إجماع معين لتعريف المستهلك، الأمر الذي يقود الدراسة للبحث عن المعايير التي يجب توفرها لتحديد صفة المستهلك، وإلى بيان مفهومه بين الفقه والتشريع، وتحقيقاً لهذه الغاية قمنا بتقسيم هذا

provision scheme without the simultaneous physical presence of the trader and the consumer, with the exclusive use of one or more means of distance communication up to and including the time at which the contract is concluded".

¹. فاتن حسين حوى، الوجيز في قانون حماية المستهلك، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت، 2012، ص19.

². فاتن حسين حوى، مرجع سابق، ص21.

المطلب إلى فرعين: حيث تم البحث في الفرع الأول عن المفهوم الفقهي للمستهلك، بينما جاء الفرع الثاني للبحث في المفهوم التشريعي للمستهلك.

الفرع الأول:

المفهوم الفقهي للمستهلك

أثار مصطلح المستهلك اختلافًا فقهيًا كبيرًا في بيان تعريف المستهلك، الأمر الذي أدى إلى انقسام الفقهاء إلى اتجاهين، حيث كان الاتجاه الأول يضيق من مفهوم المستهلك، وذلك بتعريفهم للمستهلك بأنه: هو الشخص الذي يتعاقد من أجل إشباع حاجاته الشخصية أو العائلية دون المهنية، في حين جاء الاتجاه الثاني موسعًا في مفهوم المستهلك باعتباره: كل شخص يتعاقد بهدف الاستهلاك خارج نشاطه المهني¹.

أولاً: الاتجاه الضيق في تعريف المستهلك

لقد جاء أغلب الفقه متبنياً المفهوم الضيق للمستهلك، حيث ذهب البعض إلى تعريفه بأنه: "الشخص الذي يتعاقد لأغراض تقع خارج تجارته أو أعماله أو مهنته"²، كما وعرفه البعض الآخر بأنه: "كل من يقوم بالتصرفات القانونية اللازمة لإشباع حاجاته الشخصية والعائلية، ويخرج من ذلك كل من يبرم التصرفات لأغراض المهنة أو الحرفة"³.

ويُفهم من ذلك بأنه يخرج من مفهوم المستهلك كل من يتعاقد لأغراض أخرى خارجة عن حاجاته الشخصية أو العائلية، أي أن الشخص الذي يقوم بشراء خدمة أو سلعة سواء بقصد استهلاكها فيما يخص مهنته، أو بغرض إعادة بيعها فإنه والحالة هذه لا ينطبق عليه وصف المستهلك، وتطبق عليه القواعد العامة وليس قواعد الحماية الخاصة بالمستهلك، فعلى سبيل المثال لو قام طبيب بشراء جهاز تلفاز لمنزله فإنه ينطبق عليه مفهوم المستهلك، أما إذا قام بشرائه لعيادته الخاصة فإنه يخرج عن مفهوم المستهلك ولا يتمتع بقواعد الحماية المقررة في قوانين حماية المستهلك.

¹. سه نكه ر علي رسول، حماية المستهلك وأحكامه، دار الفكر الجامعي، الإسكندرية، ط1، 2016، ص23.

². Hedegaard, Jakob Soren, and Stefan Wrbka. "The Notion of Consumer Under EU Legislation and EU Case Law: Between the Poles of Legal Certainty and Flexibility." Legal Certainty in a Contemporary Context. Springer, Singapore, 2016. p 78.

³. السيد محمد عمران، حماية المستهلك أثناء تكوين العقد، منشأة المعارف، الإسكندرية، ط1، 1986، ص6.

ومن جانبنا نرى بأن مؤيدي هذا الاتجاه اعتمدوا في تعريفهم للمستهلك على المعنى القسدي للاستهلاك، أي أنه إذا كان الاستهلاك يقصد منه إشباع حاجات شخصية فهو هنا يصب بالتعريف الذين أرادوه، في حين إذا كان القصد من الاستهلاك يصب ضمن المصالح المهنية فهو بذلك يخرج عن القصد الذي أرادوه لأخذ هذا الشخص صفة المستهلك.

وعليه فإن اتجاه أغلب الفقهاء إلى تعريف المستهلك ضمن هذا التوجه، جاء نتيجة ما يتسم به هذا التوجه من دقة في تحديد مفهوم المستهلك، وذلك باقتصاره على الطرف الضعيف فقط في عملية التعاقد، مستبعداً منه المهني الذي يتعاقد بغرض الاستهلاك الذي يصب في خدمة مهنته، كون هذا المهني لن يخلو من الخبرة والقدرة في التعاقد، وبالتالي فإنه يخرج من مركز الضعف حين مقارنته بالشخص الذي يتعاقد بهدف إشباع حاجاته الشخصية¹.

لذا فإن المعايير المستخلصة من الاتجاه الضيق في تعريف المستهلك هو أن يكون بداية المستهلك من الأشخاص الذين يحصلون أو يستعملون السلع أو الخدمات، سواء كانوا أشخاصاً طبيعيين أو معنويين (كالجمعيات التي لا تهدف إلى تحقيق الربح)، حيث يكون محل التعاقد على سلع أو خدمات سواء كان استهلاكها سريعاً أو يدوم لفترة طويلة، وأخيراً أن يكون هذا الاكتساب أو الاستعمال لغير الغرض المهني، وبهذا فإن هذا المعيار يُعد المعيار الجوهرية في تحديد المستهلك عن المهني².

ثانياً: الاتجاه الواسع في تعريف المستهلك

اتجه فريق آخر من الفقه إلى تعريف المستهلك بشكل موسع أكثر عما اتجه إليه فقهاء الاتجاه الأول، فمنهم من عرف المستهلك بأنه: "كل شخص يتعاقد بهدف الاستهلاك أي بمعنى استعمال أو

¹. عباسي بوعبيد، مفهوم المستهلك على ضوء العمل التمهيدى لمشروع قانون حماية المستهلك، بحث منشور، المجلة المغربية للاقتصاد والقانون المقارن، العدد 37، 2002، ص 183.

². سحر بهجت جرادات، حماية المستهلك من الشروط التعسفية في العقود الإلكترونية، رسالة ماجستير، جامعة اليرموك، الأردن، 2011، ص 10.

استخدام سلعة أو خدمة"¹، كما عرفه آخرون بأنه هو: "كل شخص يقوم بعملية الاستهلاك ولو كان يتعاقد من أجل حاجاته المهنية ما دام ما يتعاقد بشأنه يخرج عن نطاق تخصصه"².

وترى الباحثة بأنه طبقاً لهذا الاتجاه تم التوسع في مفهوم المستهلك ليشمل كل شخص يتعاقد بهدف تلبية احتياجاته الشخصية أو المهنية بشرط أن لا يكون تعاقد المرتبط باحتياجاته المهنية واقعاً ضمن اختصاصه المهني.

وعلى ذلك فإن المهني الذي يتعاقد خارج مجال تخصصه لكن فيما يصب بمصالحه المهنية يُعد مستهلكاً، وتنتقل له الحماية الواقعة على المستهلك حتى وإن كان التعاقد لأجل مهنته لكنه بعيداً عن تخصصه، وذلك كونه يُعتبر طرفاً ضعيفاً في عملية التعاقد³، فالطبيب الذي يقوم بشراء جهاز حاسوب لعيادته، فالغاية من الشراء هي استهلاك الحاسوب فيما يخدم مهنته، ولكنه في الوقت ذاته ليس صاحب خبرة في مجال الحواسيب، ومن الممكن أن يقع في غبن لهذا فهو يستحق الحماية في نظر مؤيدي هذا الاتجاه⁴.

وهنا فإن أصحاب هذا الاتجاه اعتمدوا على المعنى الحرفي للاستهلاك أي أنه يُعتبر الشخص مستهلكاً حينما يستعمل ما يتعاقد لأجله سواء كان ذلك يتعلق بحاجاته الشخصية أو المهنية، فالطبيب بنظرهم مستهلكاً حينما دخل في عملية تعاقد لشراء جهاز حاسوب سواء كان استخدام الحاسوب لأغراضه الشخصية أو المهنية⁵.

¹. السيد محمد عمران، مرجع سابق، ص8.

². إيمان بوشارب، حماية المستهلك من الشروط التعسفية في عقود الاستهلاك الإلكتروني، رسالة ماجستير، جامعة العربي بن مهيدي، الجزائر، 2011، ص22.

³. عبد الحميد الديسفي، حماية المستهلك في ضوء القواعد القانونية لمسؤولية المنتج، دار الفكر والقانون، المنصورة، 2010، ص30.

⁴. رامي مرتجى، الحماية الجزائية للمستهلك في التشريع الفلسطيني، رسالة ماجستير، الجامعة الإسلامية، غزة، 2017، ص17.

⁵. ذكرى حسين. ونصير صبار، الحماية المدنية من الشروط المألوفة في العقود التجارية، بحث منشور، مجلة المحقق الحلي للعلوم القانونية والسياسية، العدد1، 2009، ص55.

لم يسلم هذا الاتجاه من الانتقادات كون أن أغلب الفقهاء توجهوا للأخذ بتعريف المستهلك ضمن الاتجاه الضيق، كون أن هذا التوسع يؤدي إلى الخروج عن الغاية المقصودة في حماية المستهلك، باعتباره مساوياً بين المهني الذي يتعاقد خارج نطاق تخصصه لكن لخدمة مهنته، وبين المستهلك الضعيف الذي يتعاقد لاحتياجاته الشخصية، بالإضافة إلى ضعف التبرير المعتمد، لكون المهني سيبقى لديه جانب من الخبرة والمعرفة الاقتصادية نتيجة تواجده بالوسط الحرفي، حيث يمكنه الاستعانة بالخبراء ليستطيع الدفاع عن مصالحه المهنية أثناء عملية التعاقد، في حين لا يملك ذلك المستهلك البسيط نتيجة الضعف الذي به سيجعله يخضع لأي شروط تعسفية في سبيل تحقيق الحصول على احتياجاته الشخصية، الأمر الذي سيجعل تعريف المستهلك ضمن هذا التوسع غير واضح، لا وبل أكثر فضفضة في تطبيق قواعد حماية المستهلك¹، ما يجعل ذلك متوقفاً على تحديد صفة المستهلك بكل حالة على حدة، وهذا بدوره سيخلق حالة من اللبس في توفر الحماية الاستهلاكية لأحدهما أم لا قبل التعاقد، وبالمجمل فإن ذلك سيخل بالهدف المراد من وجود قواعد لحماية المستهلك وهو إعادة التوازن في العلاقات التعاقدية².

وعليه اعتمد الفقهاء المؤيدين لهذا الاتجاه على معيارين للتمييز بين المستهلك والمهني، أولهما معيار عدم الاختصاص، حيث يتمثل هذا المعيار باعتبار المهني مستهلكاً حينما يكون التعاقد في مجال خارج عن تخصصه، باعتبار المهني جاهلاً وضعيفاً في غير تخصصه، إلا أن هذا المعيار يتعارض مع الحكمة من وجود قواعد حمائية للمستهلك، حيث إن الضعف المدفوع به هنا لا يصلح كمعيار يتم تطبيقه في كل الظروف³.

¹. عباسي بوعبيد، مرجع سابق، ص 184.

². إسلام هاشم سعد، الحماية القانونية للمستهلك بين القانون المدني والفقهاء الإسلامي، دار الجامعة الجديدة، الإسكندرية، 2014، ص 42.

³. انظر إلى:

- المرجع الأول: يوسف الشندي، المفهوم القانوني للمستهلك، بحث منشور، مجلة القضاء التجاري، المجلد 2، العدد 3، 2014، ص 39-40. وأيضاً:
- المرجع الثاني: يوسف الزوجال، المفهوم القانوني للمستهلك، بحث منشور، مجلة القضاء المدني، العدد 4، 2013، ص 29-30.

في حين كان المعيار الثاني هو معيار الارتباط المباشر، والذي يتمثل بالبحث عن مدى وجود ارتباط مباشر بين التخصص الذي يمارسه المهني وبين موضوع العقد المبرم، فإذا وجدت أي علاقة مباشرة بينهما فحينها لا يتم إعطاء المهني صفة المستهلك¹.

اعتبر مؤيدو الاتجاه الواسع أن هذا المعيار أفضل المعايير كونه يمكن من دراسة كل حالة على حدة، في مدى وجود علاقة مباشرة بمهنة المهني ومدى احتياجه إليه مقارنة بباقي أقرانه المهنيين من ذات التخصص ذاته، إلا أنه وجدت تباينات في تفسير العلاقة المباشرة الأمر الذي يخل الوصول إلى الغاية المرادة وهي تحقيق التوازن العقدي بين أطراف العقد، كما أن هذا المعيار لا يعتمد على حماية الطرف الضعيف في عملية التعاقد².

وبناءً على ما سبق نرى بأنه وفي ظل عدم وجود معيار واضح لكي يستند إليه أصحاب الاتجاه الواسع فلا يجوز السير مع هذا الاتجاه الغامض وغير الدقيق في تحديد من هو المستهلك، الأمر الذي يجعل الدراسة تميل إلى الأخذ بالاتجاه الضيق في تعريف المستهلك لكونه أكثر دقة ووضوحاً.

الفرع الثاني:

المفهوم التشريعي للمستهلك

انعكست الاختلافات الفقهية في تعريف المستهلك على التشريعات العربية والغربية، الأمر الذي جعل التشريعات تختلف باتباع الاتجاه الذي يتماشى مع التعبير عن مفهوم المستهلك لديها، وذلك لتجنب الوقوع بإشكاليات حينما يتم تطبيق قواعد الحماية للمستهلك، لذا فقد عرّف قانون حماية المستهلك الفلسطيني رقم (21) لسنة 2005، المستهلك في المادة (1) منه بأنه هو: "كل من يشتري أو يستفيد من سلعة أو خدمة"³، يشير ظاهر النص إلى أن المشرع الفلسطيني لم يأخذ بالاتجاه الضيق حيث جاء التعريف عاماً دون أي تخصيص معين، إلا أنه حين الرجوع إلى تعريف المهني من المادة ذاتها والتي بينت بأن المهني هو: "الشخص الذي يمارس باسمه أو لحساب الغير نشاطاً يتمثل بتوزيع أو تداول أو

¹. يوسف الشندي، مرجع سابق، ص 40-42.

². أسامة أحمد بدر، حماية المستهلك في التعاقد الإلكتروني، دار الجامعة الجديدة، الإسكندرية، 2005، ص 72-73.

³. قانون حماية المستهلك رقم (21) لسنة 2005، من مجلة الوقائع الفلسطينية، العدد 63، الصفحة 29، بتاريخ 2006/4/27.

تصنيع أو تأجير السلع أو تقديم الخدمات"، فمن هذا يتضح بأن المشرع الفلسطيني جاء مخصصاً لتعريف المستهلك من خلال تعريفه للمهني، والذي يفهم منه بأن الشخص الذي يتعاقد من أجل أعمال تخص مهنته هو ليس مستهلكاً، وبالتالي يخرج من نطاق الحماية المتوفرة للمستهلك.

في حين جاء التوجه الأوروبي رقم 2000/31 المتعلق بالتجارة الإلكترونية، والذي عرّف المستهلك بأنه: "كل شخص طبيعي يتعاقد لغاية لا تدخل في نشاطه المهني والتجاري"¹.

كما وعرفه التوجه الأوروبي رقم 2011/83 المتعلق بشأن حقوق المستهلك في المادة 1/2 بأنه: "كل شخص طبيعي يتصرف لغايات لا تدخل في إطار نشاطه المهني"².

ويتضح مما سبق أنه وبالرغم من اختلاف طبيعة الكلمات بين كل توجه عن الآخر، إلا أنهم وبالنهاية جاؤوا ضمن نتيجة واحدة وهي الأخذ بالاتجاه الضيق في تعريف المستهلك³.

ومن هنا فإن التوجهات الأوروبية جاءت مقتصرة في تعريف المستهلك على أنه كل شخص طبيعي يسعى لإشباع حاجاته الشخصية، مبررة ذلك بضعف المستهلك وقلة خبرته أمام المهني⁴.

نرى بذلك أن التشريع الفلسطيني والتوجهات الأوروبية سلكوا مسلكاً واحداً في تعريف المستهلك، متجهين بذلك نحو الاتجاه الضيق كونه الاتجاه الأكثر دقة في تحديد تعريف المستهلك، معتبرين بذلك المستهلك بأنه كل شخص يسعى لإشباع حاجاته الشخصية دون المهنية.

إلا أن قانون حماية المستهلك اللبناني رقم 659 لسنة 2005، جاء ليسلك مسلكاً مغايراً عن القانون الفلسطيني والتوجهات الأوروبية في تعريفه للمستهلك⁵، حيث عرّف المستهلك في المادة (2) منه على أنه هو: "الشخص الطبيعي أو المعنوي الذي يشتري خدمة أو سلعة أو يستأجرها أو يستعملها أو يستفيد منها

¹. European Union (EU) Directive No. 2000/31/EC on electronic commerce : Article 2/e : consumer: 'any natural person who is acting for purposes which are outside his or her trade, business or profession'.

². European Union (EU) Directive No 2011/83 / EC on on consumer rights: Article 2/1: 'consumer' means: 'any natural person who, in contracts covered by this Directive, is acting for purposes which are outside his trade, business, craft or profession'.

³. Hedegaard, Jakob Soren, and Stefan Wrba. "The Notion of Consumer Under EU Legislation and EU Case Law, op.cit., p 78.

⁴. وهذا ما أكدت عليه محكمة العدل الأوروبية في حكمها الصادر بقضية - Gruber v Bay Wa AG Case C-464/01 -

ECRL-439 2005 على الرابط الآتي: <http://curia.europa.eu/juris/liste.jsf>.

⁵. قانون حماية المستهلك اللبناني، رقم (659) لسنة 2005، المنشور في الجريدة الرسمية، العدد 6، بتاريخ

2005/2/4.

وذلك لأغراض غير مرتبطة مباشرة بنشاطه المهني"، ويُفهم من ذلك بأن المشرع اللبناني اتجه اتجاهاً موسعاً وذلك حينما أورد عبارة "لأغراض غير مرتبطة مباشرة بنشاطه المهني"، أي أنه أخذ بمعيار الاتجاه الموسع في تعريف المستهلك وهو معيار عدم الارتباط المباشر، حيث إن المهني الذي يتعاقد لأغراض ترتبط بنشاطه المهني مباشرة هو فقط هو من يخرج من مفهوم المستهلك، ما يعني وبمفهوم المخالفة بأنه حينما يتعاقد لأغراض غير مرتبطة مباشرة بنشاطه المهني يعتبر مستهلكاً ويتمتع بالحماية الممنوحة للمستهلكين¹.

ولكن لبيان من هو الشخص الذي تقع عليه صفة المستهلك المستفيد من قواعد الحماية في عملية التعاقد، يرد التساؤل الآتي: هل تقتصر صفة المستهلك على الشخص الطبيعي دون المعنوي؟ فإنه وبتحليل نصوص المواد القانونية في التشريعين الفلسطيني واللبناني، بالإضافة إلى التوجهات الأوروبية، نرى بأن المشرع اللبناني كان واضحاً وصريحاً في المادة (2) منه، والتي بموجبها يُصبغ صفة المستهلك على الأشخاص الطبيعيين، والمعنويين طالما تم التعاقد لغرض خارج عن النشاط المهني متجهاً بذلك اتجاهاً موسعاً.

في حين جاء المشرع الفلسطيني في قانون حماية المستهلك مطلقاً النص، وذلك حينما عرّف المستهلك في المادة (1) منه دون تحديد طبيعة الأشخاص الذين يُصبغ عليهم وصف المستهلك، وعليه نرى بأنه إذا تم إطلاق النص فإن ذلك سيؤدي إلى اعتبار الأشخاص كافة هم مستهلكين، وهذا يفقد قاعدة حماية المستهلك قيمتها، ولكن وبما أنه تم تعريف المهني وبيان فيه أنه يستبعد من المستهلك من يتعاقد لأغراض مهنية، إذاً هذا يدل والحالة هذه على اعتبار المستهلك بأنه أي شخص طبيعي، أو معنوي طالما لم يكن تصرفه العقدي ضمن المجال المهني.

إلا أن التوجهات الأوروبية السابقة جاءت مقتصرة بمفهوم المستهلك على الأشخاص الطبيعيين فقط، بشرط أن يكون تعاقدهم بعيداً عن إطار النشاط المهني، وبذلك فإنه يؤخذ على هذه التعريفات الأوروبية بأنها أخذت بالاتجاه الضيق بشكل كبير دون وجود أي مجال للتوسع سواء في اقتصار صفة

¹. وقد سلك سلوك القانون اللبناني مشروع حماية المستهلك الفلسطيني بالقراءة الثالثة لسنة 2016، حينما عرّف المستهلك في المادة 1 منه أنه هو: "الشخص الطبيعي أو المعنوي الذي يشتري السلعة أو يستأجرها أو يستعملها أو يستفيد منها أو تقدم له الخدمات وذلك لأغراض خارجة عن إطار نشاطه المهني".

المستهلك على من يتعاقد لغير النشاط المهني، أو في إصباغ تلك الصفة على الأشخاص الطبيعيين فقط¹.

وخلاصة ذلك نرى بأن الأفضل هو إصباغ صفة المستهلك على الأشخاص الطبيعيين والمعنويين أيضًا، حيث إنه طالما يكون الشخص الطبيعي في مركز ضعيف في عملية التعاقد تجاه المتعاقد الآخر، فإن ذلك ينطبق أيضًا على الشخص المعنوي، وبالتالي فإنه يكون له الحق بالاستفادة من قواعد حماية المستهلك، كالجمعيات غير الربحية والتي تتخذ صفة الشخص المعنوي حينما تريد التعاقد لإشباع حاجاتها الشخصية².

لذا فإنه لا يوجد تعريف مناسب للمستهلك في ظل التشريعات التي تم تناولها سابقًا، فالأمر في غاية الصعوبة لاختلاف التشريعات والآراء الفقهية في تعريف المستهلك، إلا أن ذلك لا يمنع من التوصل لخلاصة بأن قواعد حماية المستهلك جاءت على سبيل الاستثناء لحماية الطرف الضعيف متمثلًا بالمستهلك، مبتعدة بذلك عن القواعد العامة ذات الإطار الواسع، والتي تعتبر قواعد حامية للمهني، حيث أن قواعد حماية المستهلك لم تأتٍ لإلغاء القواعد العامة وإنما جاءت منقذة للطرف الضعيف الذي قد يتساوى في الحماية مع الطرف القوي ضمن نطاق القواعد العامة حسب ظروف كل عقد على حدة³.

إلا أن الدراسة تتفق مع التعريف الذي اقترحه الأستاذ عبد القادر سعيدي باعتباره التعريف الأنسب لحماية المستهلك والذي عرّف المستهلك بأنه: "كل شخص طبيعي أو معنوي يتعاقد مع طرف مهني من أجل الحصول على السلع والخدمات لإشباع احتياجاته الشخصية أو العائلية"⁴، كونه تضمن عدة معايير

¹. وهذا ما ظهر في قضية Cape Snc والتي تم بموجبها ادعاء شركة متعاقدة بأنها تأخذ صفة المستهلك، إلا أن المحكمة قضت بأن صفة المستهلك مقتصرة على الشخص الطبيعي فقط دون المعنوي، وذلك في الحكم:

ECJ judgement of 22 Nov. 2001. Joined cases C-541/99 and C542/99- Cape Snc.

Available online: <http://curia.europa.eu/juris/document/document.jsf>.

². فلاح فهد العجمي، الحماية المدنية للمستهلك في العقد الإلكتروني، رسالة ماجستير، جامعة الشرق الأوسط، الأردن، 2011، ص49.

³. يوسف الشندي، مرجع سابق، ص46-47.

⁴. عبد القادر سعيدي، آليات حماية المستهلك من الشروط التعسفية، رسالة ماجستير، جامعة الدكتور مولاي الطاهر، الجزائر، 2015، ص10، خالد ممدوح إبراهيم، إبرام العقد الإلكتروني، دار الفكر الجامعي، الإسكندرية، ط1، 2006، ص18.

في تحديد المستهلك وهي أن يكون المستهلك شخصاً طبيعياً أو معنوياً، وأن يتم التعاقد مع مهني آخر وليس مستهلك مع مستهلك، سواء تم التعاقد على منتجات أو خدمات، وأخيراً أن يكون المستهلك هو المستهدف النهائي من التعاقد، وذلك يعني أن يكون غرض الاستهلاك هو إشباع الحاجات الشخصية أو العائلية. لذا فهو يعتبر أكثر دقة في تحديد من هو المستهلك كونه يحقق التوازن العقدي المراد تحقيقه من عقد الاستهلاك.

المطلب الثاني:

مفهوم المهني

نتيجة للتطور الذي شهده العالم، أصبح مفهوم المهني يأخذ موقعه في الحياة الاقتصادية، والذي يعتبر طرفاً أساسياً في عقود الاستهلاك، حيث يعتبر وبالشكل الطبيعي طرفاً قوياً، الأمر الذي يعطيه السلطة في وضع شروطا تعسفية في العقد، ما يتوجب حماية المستهلك منه في مرحلة التعاقد. لهذا ونتيجة لتعدد التوجهات في تعريف المستهلك ما بين مضيق وموسع أدى ذلك إلى وجود حاجة في بيان الحدود الفاصلة بين المستهلك والمهني الذي قد يكون شخصاً طبيعياً أو معنوياً¹، الأمر الذي سيتم بيانه في هذا الفرع.

الفرع الأول:

المفهوم الفقهي للمهني

حاول الفقهاء إيجاد تعريف محدد للمهني، فمنهم من عرفه بأنه: "هو كل من يتعاقد أثناء مباشرة حرفته المعتادة، سواء كانت هذه الحرفة تجارية أو مهنية أو فنية أو صناعية أو زراعية حرة"²، في حين عرّفه البعض الآخر بأنه: "كل شخص طبيعي أو معنوي يتصرف في إطار نشاط معتاد ومنظم بحيث يقوم من خلال هذا النشاط بالإنتاج أو التوزيع أو تقديم الخدمات"³. ويتضح مما سبق بأن الفقهاء اختلفوا في تعريف المهني، متخذين بذلك عدة معايير من أجل الوصول إلى تعريف محدد له، الأمر الذي يدعو

¹ . منى أبو بكر الصديق، الالتزام بإعلام المستهلك عن المنتجات، دار الجامعة الجديدة، الإسكندرية، 2013، ص41.

² . نوال كيموش، حماية المستهلك في إطار قانون الممارسات التجارية، رسالة ماجستير، جامعة الجزائر - بن يوسف بن خدة، الجزائر، 2010، ص3.

³ . سه نكه رسول، مرجع سابق، ص56.

للبحث في تلك المعايير التي لجأ إليها الفقهاء للتوصل إلى تعريف محدد وواضح للمهني. وتتمثل هذه المعايير فيما يلي:

أولاً: معيار الاحتراف في تحديد تعريف المهني:

لكي يتم فهم ما المقصود بالمهني في ظل هذا المعيار فيجب أولاً بيان معنى الاحتراف، فالاحتراف هو: تكرار وقوع العمل بشكل منتظم ومستمر، سعيًا لجلب الرزق¹، يفهم من ذلك بأنه ولكي يتخذ الشخص صفة التاجر فإنه يجب أن يتحقق فيه عنصرين وهما: عنصر الاستمرارية، وعنصر النية من أجل الرزق، لذا فتعريف المهني وفقًا لهذا المعيار: هو الشخص الذي يقوم بأعمال معينة على سبيل الاستمرار سعيًا منه لجلب الرزق².

إلا إن تعريف المهني بهذا الشكل يتعارض مع طبيعة الشخص المهني في عقد الاستهلاك، والذي لا يشترط فيه أن يكون المهني محترفًا ليتخذ بالنهاية صفة التاجر، فيكفي أن تتحقق لديه صفة الاعتياد والذي يتخذ مرتبة أدنى من الاحتراف³، وعليه فإنه يلاحظ بأن هناك اختلاف ما بين الاحتراف والاعتياد، حيث يفهم من الاعتياد بأن يقوم الشخص بتكرار عمل ما من وقت لآخر⁴، لذا يكفي أن يقوم شخص بممارسة عمل ما من وقت لآخر لكي يتخذ صفة المهني في عقد الاستهلاك، فقيام المهني بعمل تجاري من وقت لآخر يجعل للعمل صفة الأعمال التجارية، إلا أن المهني لا يتخذ صفة التاجر، وذلك كالطبيب أو المهندس الذي يقوم بعمل تجاري من وقت لآخر، فهؤلاء لا يكتسبون صفة التاجر، إلا أن أعمالهم تقع ضمن نطاق الأعمال التجارية، ويتخذون صفة المهني، لذا فمعنى التاجر أضيق من معنى

¹. عزيز العكيلي، احتراف الأعمال التجارية كشرط لازم لاكتساب صفة التاجر، بحث منشور، مجلة الحقوق، المجلد 10، العدد 2، 1986، ص251.

². سهام إمدالو. ليلي لحسن، حماية المستهلك الإلكتروني، رسالة ماجستير، جامعة عبد الرحمن ميرة- بجاية، الجزائر، 2012، ص13.

³. الياقوت جعود، عقد البيع وحماية المستهلك في التشريع الجزائري، رسالة ماجستير، جامعة الجزائر، الجزائر، 2001، ص28.

⁴. عزيز العكيلي، مرجع سابق، ص251.

المهني، حيث يشمل الأخير التجار والحرفيين أيضًا، وعليه فالمهني هو الشخص الذي يمارس مهنة ما دون أن يكون ضروريًا اتخاذه صفة التاجر¹.

ثانيًا: معيار الربح في تحديد تعريف المهني:

يُعرف المهني وفقًا لهذا المعيار بأنه: الشخص الذي يمارس عملاً ما من أجل الحصول على الربح²، اختلف موقف الفقهاء في الأخذ بهذا المعيار، فمنهم من اعتمده في تعريف المهني معرّفًا إياه بأنه: هو كل شخص طبيعي أو معنوي يمارس حرفة تجارية على وجه الاحتراف بهدف الحصول على الربح³، معتبرًا بأن غاية المهني من التعاقد في عقد الاستهلاك تكون من أجل الربح، إلا أن الجانب الآخر رفض الأخذ في هذا المعيار، معتبرًا بأن المهني قد يكون شخصًا طبيعيًا أو معنويًا يمارس مهنة ما، دون أن يقصد من ذلك التعاقد الربح، بل قد يكون القصد خيري كما المؤسسات الخيرية، والعديد من الجمعيات والنقابات والمرافق الاقتصادية التي تمارس أعمالًا لا يقصد الربح من ورائها⁴.

ويلاحظ من المعيارين السابقين بأنهما لم يسلما من القصور في تعريف المهني، الأمر الذي يجعلنا نميل إلى الأخذ بمعيارين في تعريف المهني وتمييزه عن المستهلك: أولهما معيار التفوق التقني والعلمي، والذي يظهر فيه المهني قويًا قادرًا على الدفاع عن مهنته، محاطًا بكافة ما يحتاجه من معلومات تخصه للتعاقد، جاعلاً منه الطرف الذي يتمتع بالأفضلية عن المستهلك⁵. إلا أنه ليس المقصود بهذا المعيار هو ضرورة وجود درجة عالية من الخبرة من قبل المهني، بل بأن يكون قياس مستوى الخبرة لدى المهني يزيد عن الخبرة المتوفرة لدى المستهلك، وذلك حتى لا يتم استثناء طائفة التجار الصغار والذي لا يجب إهمالهم كمهنيين.

¹. السيد محمد عمران، مرجع سابق، ص31.

². وهيبة هشماوي. ونجوى حمودة، الحماية القانونية للمستهلك من الشروط التعسفية، رسالة ماجستير، جامعة عبد الرحمن ميرة، الجزائر، 2012، ص14.

³. سهام إمدالو. ليلي لحسن، مرجع سابق، ص14.

⁴. عبد القادر سعدي، مرجع سابق، ص23.

⁵. أكرم محمد التميمي، التنظيم القانوني للمهني، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت، ط1، 2010، ص39-40.

وثانيهما: معيار الغرض من التعاقد، فالمهني هدفه في النهاية هو خدمة مهنته طالما كان تعاقد ليس لتلبية احتياجاته الشخصية أو العائلية¹.

وأخيراً نقترح بأن يكون تعريف المهني وفقاً لهذين المعيارين: بأن المهني هو كل شخص طبيعي أو معنوي يملك جانباً من الخبرة والدراية، والذي يمارس مهنته على سبيل الاعتياد قاصداً من وراء التعاقد إشباع حاجاته المهنية سواء كانت ربحية أم غير ربحية.

الفرع الثاني:

المفهوم التشريعي للمهني

في ظل وجود اختلافات بين الفقهاء من أجل الوصول إلى معيار محدد لتعريف المهني، جاءت التشريعات المقارنة توضح ما المقصود بالمهني، فقد عرّف قانون حماية المستهلك الفلسطيني المهني والذي أطلق عليه لفظ المزود في المادة (1) منه بأنه هو: "الشخص الذي يمارس باسمه أو لحساب الغير نشاطاً يتمثل بتوزيع أو تداول أو تصنيع أو تأجير السلع أو تقديم الخدمات"²، ويتضح من ذلك بأن المشرع الفلسطيني جاء شاملاً للأشخاص كافة القائمين في عملية الإنتاج من المرحلة الأولى إلى حين المرحلة النهائية حينما يعرض للمستهلك، إلا أنه لم يحدد الأشخاص الذين يشملهم وصف المهني، الأمر الذي يدعو لأخذ المطلق على إطلاقه لذا فكلية "شخص" تشمل الأشخاص الطبيعيين والمعنويين أيضاً، سواء كانوا قطاعاً عاماً أو خاصاً، في حين عرّف قانون التجارة الأردني الساري في الضفة الغربية رقم (12) لسنة 1966 التجار بأنهم: "الأشخاص الذي تكون مهنتهم القيام بأعمال تجارية، والشركات التي يكون موضوعها تجارياً"³، والذي جاء محدداً الأشخاص الذين يأخذون صفة التاجر في المادة (13) من القانون ذاته، والتي تنص على أنه: "لا تُعد الدولة ودوائرها ولا البلديات واللجان والنوادي والجمعيات ذات

¹. خالد عبد الفتاح خليل، حماية المستهلك في القانون الدولي الخاص، دار النهضة العربية، القاهرة، 2002، ص 35-36.

². كما توافق تعريف المشروع مع قانون حماية الفلسطيني والذي عرف المزود بالمادة 1 منه أنه هو: "الشخص الطبيعي أو المعنوي من القطاع العام أو الخاص الذي يمارس باسمه أو لحساب الغير نشاطاً يتمثل بتوزيع أو تداول أو تصنيع أو إنتاج أو استيراد أو تصدير أو تأجير السلع أو تقديم الخدمات".

³. المادة (1/9) من قانون التجارة الأردني رقم (12) لسنة 1966، المنشور في الجريدة الرسمية الأردنية، العدد 1910، الصفحة 469، بتاريخ 1966/3/30.

الشخصية الاعتبارية من التجار وإن قامت بمعاملات تجارية إلا أن معاملاتها المذكورة تكون خاضعة لأحكام قانون التجارة"، والذي اعتبر بأن الشخص الاعتباري كالشركات الخاصة لا تأخذ صفة التاجر إلا إذا هدفت إلى الربح، في حين المرافق العامة لا تُعد من التجار.

وعليه نرى بأن ما جاء في قانون التجارة لا يؤثر على تعريف المهني في عقد الاستهلاك والذي يشمل صفة التاجر وغيرهم، سواء كانوا أشخاصاً طبيعيين أو معنويين، وسواء كانوا من القطاع العام أو الخاص، خاصة وأن قانون حماية المستهلك الفلسطيني جاء مطلقاً الأمر دون تحديد ما الفئات التي تشملهم كلمة الأشخاص، الأمر الذي يجعل المشرع الفلسطيني يستبعد معيار الاحتراف في تعريف المهني والذي تم توضيحه مسبقاً، مقتصرًا إياه على معيار الغرض من التعاقد، فالمهني هو كل من يتعاقد في خدمة مهنته.

في حين جاء الاتجاه الأوروبي الخاص بالتعاقد عن بُعد معرفاً المهني بأنه هو: أي شخص طبيعي أو معنوي يقوم بالتصرف هو أو أي شخص آخر يعمل باسمه أو نيابة عنه في نطاق نشاطه المهني سواء كان عامًا أو خاصاً¹، كما وأكد على ذلك التوجه الأوروبي المتعلق بالشروط التعسفية في العقود المبرمة مع المستهلكين رقم 93/13²، وبهذا فقد جاءت التوجيهات الأوروبية واضحة في اعتبار المهنيين كافة الأشخاص الطبيعيين والمعنويين سواء كانوا قطاعاً عاماً أو خاصاً مستبعداً بذلك معيار الاحتراف في تحديد المهني، آخذاً المعيار ذاته الذي أخذ به المشرع الفلسطيني.

كما وجاء المشرع اللبناني مشابهاً في التعريفات السابقة للمهني مطلقاً عليه لفظ المحترف، والذي نص على أنه هو: "الشخص الطبيعي أو المعنوي من القطاع الخاص أو العام، الذي يمارس باسمه أو لحساب الغير نشاطاً يتمثل بتوزيع أو بيع أو تأجير السلع أو تقديم الخدمات، كما يعتبر محترفاً لغرض تطبيق أحكام هذا القانون، أي شخص يقوم باستيراد السلعة بهدف بيعها أو تأجيرها أو توزيعها في إطار ممارسته لنشاطه المهني"³، ويتضح من هذا التعريف بأن المشرع اللبناني يضيف صفة المهني على

¹. European Union (EU) Directive No 2011/83 / EC on consumer right: Article 2/2: trader means: "any Natural Person or any legal Person, irrespective of whether privately or publicly owned, who is acting, including through any other person acting in his name or on his behalf, for purposes relating to his trade, business, craft or profession in relation to contracts covered by this Directive".

². European Union (EU) Directive No 93/13 EC on unfair terms in consumer contracts: Article 2/C: 'seller or supplier means: 'any natural or legal person who, in contracts covered by this Directive, is acting for purposes relating to his trade, business or profession, whether publicly owned or privately owned'.

³. انظر المادة (2) من قانون حماية المستهلك اللبناني المشار إليه سابقاً.

الأشخاص المعنويين كما الطبيعيين سواء كانوا من القطاع العام أو الخاص، أخذًا بذلك معيار نطاق تخصص المهني، أي الذي يتعاقد ضمن نطاق تخصصه فقط، من أجل تحقيق أهداف تخص مهنته، فالمهني هنا هو من يتعاقد ضمن إطار مهنته، أي أن الشخص الذي يتعاقد خارج نطاق مهنته من أجل خدمة مهنته يكون مستهلكًا وليس مهنيًا.

ويتبين من التعريفات السابقة بأن تعريف المهني جاء موسعًا شاملاً الأشخاص المعنويين والطبيعيين، غير مقيد بصفة التاجر أو صفة الاحتراف، الأمر الذي يجعلنا نؤكد على الأخذ بمعاري التفوق التقني والعلمي، وبمعيار الغرض من التعاقد في تحديد صفة المهني.

وعليه فإن التصرفات الصادرة عن المهني جاءت على ثلاثة أقسام: الأولى منها التصرفات التي تصدر منه إشباعًا لحاجاته الشخصية، حيث يعتبر هذا القسم واضحًا بأخذ المهني صفة المستهلك دون وجود أي تناقض بالآراء حول ذلك. في حين يشمل القسم الثاني التصرفات التي تصدر من المهني ضمن نطاق مهنته، وهذا ما تم الحديث عنه ضمن تعريفات المهني السابقة، والتي أخذ فيها المهني صفة المهنية دون اعتباره مستهلكًا، كونه يتمتع بجانب من القوة والخبرة في ممارسته لمهنته. إلا أن القسم الأخير يتمثل في التصرفات التي يبرمها المهني خارج نطاق تخصصه، وهذا القسم تم الحديث عنه حينما تم بيان وجهة نظر مؤيدي الاتجاه الموسع، والذين يعطون المهني صفة المستهلك لانطباق حالة الضعف عليه والتي انطبقت على المستهلك، لاعتبار أن الخبرة لديه غير متوفرة أي أن جهالة المستهلك العادي وجدت لديه، وبالتالي يأخذ صفة المستهلك وليس المهني مع عدم إهمال المعايير التي تم الحديث عنها مسبقًا حينما نطبق عليه صفة المستهلك¹.

¹. لقد سكت المشرع في التشريعات المقارنة عن تحديد التصرفات المختلطة الصادرة من المهني، والتي تكون في جانب منها أخذًا صفة المستهلك وفي الجانب الآخر أخذًا صفة المهني، في حين أجاب القضاء الأوروبي مطلقًا على هذه التصرفات عقود الأغراض المختلطة، والتي يكون أحد المتعاقدين فيها أخذًا صفة المهني والمستهلك في آن واحد، إلا وأنه من المستحيل تطبيق كل من الصفتين في آن واحد، الأمر الذي يظهر أهمية معرفة المتعاقد الآخر ما هي صفة المتعاقد الأول وذلك لمعرفة أي من القواعد القانونية ستطبق عليه، ولقد أثارت إحدى القضايا تلك الحالة أمام محكمة العدل الأوروبية والتي تقضي: "بأن هناك مزارعًا كان قد اشترى البلاط لاستبدال سقف مزرعته، إلا وأنه استخدم جزءًا من ذلك البلاط في المزرعة والجزء الآخر في بيته، بمعنى جزء منه لأغراض مهنية والآخر لأغراض شخصية، وحينما ظهرت عيوب في البلاط رفع دعوى على البائع أخذًا صفة المستهلك". لقد تمثلت إجابة المحكمة في عدم الاقتصار على وجود

المبحث الثاني :

الحقوق والالتزامات المقررة لحماية المستهلك بعقد الاستهلاك الإلكتروني

إن العقد الإلكتروني شأنه شأن العقد العادي من حيث تحقق الإيجاب والقبول للوصول إلى الاتفاق بين الأطراف، ومن ثم ترتيب آثار قانونية بين المتعاقدين من خلال فرض حقوق والتزامات متبادلة بينهما من أجل الوصول إلى توازن عقدي بينهما، إلا أنه وبالنظر لكون المستهلك هو الطرف الضعيف في عقد الاستهلاك، الأمر الذي يدفع المهني إلى التلاعب به لما يملكه من هيمنة اقتصادية ودراية حرفية مقابل الضعف والجهل لدى المستهلك¹، لذلك سعت قوانين حماية المستهلك إلى فرض قواعد حمائية من أجل الوصول إلى التوازن العقدي بين الطرفين ومن ثم حماية المستهلك.

وللتعرف على قاعد الحماية التي فرضتها قوانين حماية المستهلك لتحقيق التوازن العقدي بين طرفي عقد الاستهلاك الإلكتروني تم تقسيم هذا المبحث إلى مطلبين: الأول تم التحدث فيه عن الحقوق والالتزامات الملقاة على عاتق المستهلك لحمايته في عقد الاستهلاك الإلكتروني، أما الثاني فقد تم بيان الحقوق والالتزامات المقررة على المهني لحماية المستهلك في عقد الاستهلاك الإلكتروني.

المطلب الأول :

الحقوق والالتزامات المقررة على المستهلك لحمايته في عقد الاستهلاك الإلكتروني

هنالك علاقة وثيقة بين المستهلك وعقد الاستهلاك الإلكتروني، حيث إن قوانين حماية المستهلك وضعت من أجل توفير حماية للمستهلك لتبصيره بشكل واضح، وذلك من أجل الوصول إلى التوازن في

نشاط مهني من عدمه، وإنما التوسع للبحث في أسس أخرى أبعد من ذلك وهي البحث في القصد من التعاقد هل كان لإشباع احتياجات تجارية أم شخصية، بالإضافة إلى النظر في محتوى وطبيعة الغرض من التعاقد، شاملة الظروف الموضوعية من ذلك، وبالنتيجة فإنها قضت بتطبيق صفة المستهلك على ذلك التعاقد إذا كان الغرض التجاري من التعاقد لديه لا يكاد يذكر، مقارنة بالغرض الشخصي، كما وتم تطبيق ذلك في قضية Gruber الصادرة بتاريخ 20/1/2005. Hedegaard, Jakob Soren, and Stefan Wrbka. "The Notion of Consumer Under EU Legislation and EU Case Law, op.cit., pp 82-83

¹. زروق يوسف، حماية المستهلك مدنيًا من مخاطر التعاقد الإلكتروني، بحث منشور، مجلة دفاتر السياسة والقانون، العدد9، الجزائر، ص134.

العلاقة التعاقدية¹، إلا أن ذلك لا يعني عدم وجود التزامات عليه نتيجة عملية التعاقد. الأمر الذي دفع الباحثة إلى تقسيم هذا المطلب إلى فرعين: فتم بيان حقوق المستهلك في عقد الاستهلاك الإلكتروني وذلك في الفرع الأول، وإلى التزاماته في الفرع الثاني.

الفرع الأول :

حقوق المستهلك في عقد الاستهلاك الإلكتروني

تُعتبر حقوق المستهلك الهدف الأساسي التي نظمت نتيجتها قوانين الاستهلاك، والتي جاءت حامية للمستهلك من الغش والخداع، ساعية بذلك إلى مساعدته للحصول على السلع والخدمات بشكل أكثر مصداقية وشفافية، ومن هذه الحقوق:

أولاً: الحق في الإعلام عن بيانات وشروط العقد: إن هذا الحق يعطي المستهلك إمكانية الحصول على المعلومات كافة التي تجعل من منظوره الشخصي العقد واضحاً وواثقاً، بشكل يجعله يتعاقد دون وجود علامات استفهام لديه²، كالمعلومات حول المخاطر الناتجة عن السلعة أو الخدمة، وما يميز المعقود عليه عن غيره، وعن كيفية الاستعمال، والتمن والنوعية والصيانة، وطريقة الاستعمال ومدة العقد إذا كان العقد غير محدد المدة، وشروط إنهاء العقد، حيث يُعتبر هذا الحق المفتاح الأساسي لتحقيق التزام التبصير والشفافية في التعاقد³.

¹. فاطنة قعفور، الحماية المدنية للمستهلك الإلكتروني في مرحلة التعاقد الإلكتروني، بحث منشور، مجلة الفقه والقانون، العدد 56، المغرب، 2017، ص 74.

². أسامة أحمد بدر، مرجع سابق، ص 108.

³. أنظر: المادة (3/3) من قانون حماية المستهلك اللبناني: "الحق بالاستحصال على معلومات صحيحة وواضحة ووافية تتعلق بالسلعة أو الخدمة لجهة الجودة والنوعية"، والمادة (6/3) من قانون حماية المستهلك الفلسطيني: "الحصول على المعلومات الصحيحة عن المنتجات التي يشتريها أو يستخدمها ليتسنى له ممارسة حقه بالاختيار الحر والواعي بين السلع والخدمات المعروضة في السوق كافة"،

And European Union (EU) Directive No 2011/83 / EC on consumer rights in respect of distance contracts: Article 5: "Information requirements for contracts other than distance or off-premises contracts: 1. Before the consumer is bound by a contract other than a distance or an off-premises contract, or any corresponding offer, the trader shall provide the consumer with the following information in a clear and comprehensible manner, if that information is not already apparent from the context:

(a) the main characteristics of the goods or services, to the extent appropriate to the medium and to the goods or services;

ثانياً: حق التعويض عن الأضرار الناتجة عن استهلاك سلعة أو الانتفاع من خدمة لدى الاستعمال بشكل سليم: فالمستهلك الحق مقابل المهني بأن يعرضه في حال أصبح هناك ضرراً ما عليه حينما تم استخدام أو الانتفاع من المعقود عليه¹، كمن اشترى جهازاً ما وأثناء استخدامه استخداماً صحيحاً ارتفعت درجة حرارة أجزائه الداخلية ما أدى إلى الانفجار².

- (b) the identity of the trader, such as his trading name, the geographical address at which he is established and his telephone number;
- (c) the total price of the goods or services inclusive of taxes, or where the nature of the goods or services is such that the price cannot reasonably be calculated in advance, the manner in which the price is to be calculated, as well as, where applicable, all additional freight, delivery or postal charges or, where those charges cannot reasonably be calculated in advance, the fact that such additional charges may be payable;
- (d) where applicable, the arrangements for payment, delivery, performance, the time by which the trader undertakes to deliver the goods or to perform the service, and the trader's complaint handling policy;
- (e) in addition to a reminder of the existence of a legal guarantee of conformity for goods, the existence and the conditions of after-sales services and commercial guarantees, where applicable;
- (f) the duration of the contract, where applicable, or, if the contract is of indeterminate duration or is to be extended automatically, the conditions for terminating the contract;
- (g) where applicable, the functionality, including applicable technical protection measures, of digital content;
- (h) where applicable, any relevant interoperability of digital content with hardware and software that the trader is aware of or can reasonably be expected to have been aware of".

¹. عامر قاسم القيسي، الحماية القانونية للمستهلك، ط1، الدار العلمية الدولية للثقافة والنشر والتوزيع، عمان، 2002، ص125. وقد قضت المحكمة المركزية في هنجاريا بأنه: يجب على المهني ألا يجعل المستهلك على علم بالمخاطر فقط، ولكن من الضروري أيضاً استناداً إلى هذه المعلومات بأن يكون المستهلك قادراً على تقييم العواقب الاقتصادية المهمة، وذلك في الحكم:

ECJ judgment of 3 April 2018. Joined cases C-227/18

Available online: <http://curia.europa.eu/juris/document/document.jsf>.

². انظر: المادة (7/3) من قانون حماية المستهلك الفلسطيني: "التعويض بالتقاضي مباشرة أو بواسطة جمعيات المستهلك جماعياً لصون حقوقه وتعويضه عن الأضرار التي تكون قد لحقت به"، والمادة (5/3) من قانون حماية المستهلك اللبناني: "الحق بتعويض كامل ومناسب عن الأضرار الناتجة عن استهلاك سلعة أو الانتفاع من خدمة لدى الاستعمال بشكل سليم".

ثالثاً: حق الاسترداد: إن من صور النزاهة في التعاملات التجارية الإلكترونية هو حصول المستهلك على المواصفات والجودة ذاتها التي تم الاتفاق عليها بالسلعة أو الخدمة¹، لذا وفي حال كان المعقود عليه على غير المواصفات التي تم الاتفاق عليها (عدم المطابقة)، فمن حق المستهلك استبدالها أو إصلاحها أو استرجاع ثمنها كمن اشترى جهاز حاسوب ثم تبين أنه على غير الإصدار الذي تم الاتفاق عليه، فمن حقه استبداله بأخر كالمثقف عليه أو استعادة الثمن الذي قد دفع².

رابعاً: الحق بالتقاضي مباشرة أو بواسطة جمعيات المستهلك: حيث يعكس حق التقاضي طبيعة قواعد قانون حماية المستهلك باعتبارها قواعد حمائية³.

خامساً: الحق بالمساواة مع غيره من المستهلكين في الحصول على معاملة عادلة دون تمييز: حيث قد يظهر هذا التمييز بالتفريق بين السلع المباعة في الأسواق الداخلية عن تلك المباعة في الأسواق الخارجية، بتقليل الجودة في الأولى عنها في الثانية⁴.

¹ Helberger, Natali, and P. Bernt Hugenholtz. "No place like home for making a copy: Private copying in European copyright law and consumer law." Berkeley Tech. LJ 22, 2007. p 1084.

² انظر: قانون حماية المستهلك الفلسطيني المادة (8/3): "الحق باستبدال السلعة أو إصلاحها أو استرجاع ثمنها، وكذلك استرداد المبالغ التي يكون قد سددها لقاء خدمة، في حال عدم مطابقتها، لدى استعمالها بشكل سليم، سواء للمواصفات المتفق عليها أو المعمول بها، أم للغرض الذي من أجله تم الاستحصال عليها". والمادة (4/3) من قانون حماية المستهلك اللبناني: "الحق باستبدال السلعة أو إصلاحها أو استرجاع ثمنها وكذلك استرداد المبالغ التي يكون قد سددها لقاء خدمة في حال عدم مطابقتها لدى استعمالها بشكل سليم سواء للمواصفات المتفق عليها أو المعمول بها أم للغرض الذي من أجله تم الاستحصال عليها".

³ فانت حوى، مرجع سابق، ص 46. انظر المادة (7/3) من قانون حماية المستهلك الفلسطيني، وقانون حماية المستهلك اللبناني. كما وقد أكدت على ذلك محكمة العدل الأوروبية في حكم لها قضى بضرورة تحديد الولاية القضائية للنظر في النزاع في العقد المبرم ما بين المستهلك والمهني، انظر الحكم:

ECJ judgment of 17 April 2018. Joined cases C-226/18

Available online: <http://curia.europa.eu/juris/document/document.jsf>.

⁴ المرجع السابق، ص 42. انظر: المادة (2/6) من قانون حماية المستهلك الفلسطيني: "الحصول على المعاملة العادلة دون تمييز من قبل مزود المنتج أو المصنع. 3- تشكيل جمعيات لحماية المستهلك والانتساب إليها"، والمادة (2/3) من قانون حماية المستهلك اللبناني: "الحق بالاستفادة من معاملة عادلة ودون تمييز من قبل المحترف، للمنتج المعد للاستعمال المحلي أو للتصدير".

مما تقدم يتبين بأن التشريعات المقارنة نظمت حقوق المستهلك ضمن نصوصها متباينة ببعض الشروط، حيث نظم قانون حماية المستهلك اللبناني وقانون حماية المستهلك الفلسطيني الحقوق ذاتها للمستهلك، محققين بذلك مبدأ الشمولية في تغطية أهم الحقوق للمستهلك، في حين جاء التوجه الأوروبي رقم 83/2011 منظمًا لبعض تلك الحقوق، مع التركيز ضمن مواده على حق الانسحاب أو (العدول) ضمن معايير محددة¹.

إن الحقوق التي تم ذكرها سالفًا هي على سبيل المثال وليس الحصر، أي أن هناك العديد من الحقوق للمستهلك والتي تختلف حسب طبيعة المعقود عليه في العقد وحسب الاتفاق².

الفرع الثاني :

الالتزامات الواقعة على المستهلك في عقد الاستهلاك الإلكتروني

إن القواعد التي تكفل حماية المستهلك بوضع حقوق خاصة له لا تعني بأن لا يفرض على المستهلك بعض الالتزامات، ومن هذه الالتزامات ما يلي:

أولاً: التزام المستهلك بالاستعلام: الأصل بأنه على المهني التزام إعلام المستهلك بالمعلومات كافة التي يحتاجها، إلا أن هذا لا يمنع من نشوء التزام الاستعلام من جانب المستهلك، حيث يتصف التزام الإعلام من قبل المهني بالتبعية لالتزام الاستعلام الواقع على المستهلك، والذي يعني التزام المستهلك بتقديم المعلومات كافة التي يمتلكها والخاصة بعملية التعاقد إلى المهني الذي يقع عليه الالتزام بالإعلام حول ما يريده المستهلك³، حيث إن الهدف المراد تحقيقه من الأول تبصير وتنوير المستهلك حول المعلومات كافة المتعلقة بالعقد والمعقود عليه، في حين قيام المستهلك بالاستعلام عن معلومات معينة يهدف إلى بيان

¹. European Union (EU) Directive No 2011/83 / EC on consumer rights in respect of distance contracts: Article 6/h: where a right of withdrawal exists, the conditions, time limit and procedures for exercising that right in accordance with Article 11.

². ومن هذه الحقوق: حق المستهلك في المطالبة بفاتورة عند الشراء، وحقه في إعلامه بأنه إذا عدل عن التعاقد فإن المبالغ التي قد دفعت لا يجوز استردادها. فائق حسين حوى، الوجيز في قانون حماية المستهلك، منشورات الحلبي، 2012، ص 47-48.

³. مصطفى أحمد عمرو، موجز أحكام قانون حماية المستهلك، منشورات الحلبي الحقوقية، ط1، 2011، ص 69.

طبيعة حاجته الشخصية التي يراد التعاقد من أجلها¹، فإن كان المستهلك مهندسًا مثلاً فيتوجب عليه بأن يقدم توضيحاً للمهني بقيامه بالاستعلام عن طبيعة جهاز الحاسوب المراد شراؤه حيث يقوم بالاستعلام عن توفر أجهزة حاسوب خاصة للقيام بالمشاريع الهندسية أم لا، ليقوم بعدها المهني بإعلامه عن المواصفات كافة اللازمة على هذا النوع من الأجهزة، لذا فإن عدم قيام المستهلك بتقديم توضيح للمهني بما يحتاجه يؤدي إلى وجود نوع من القصور في المعلومات المقدمة من قبل المهني، الأمر الذي يؤثر على عملية التعاقد².

ثانياً: التزام المستهلك بإثبات العيب الخفي في السلعة أو الخدمة: يقع هذا الالتزام سواء كان هذا الإثبات من الخلف العام أو الخلف الخاص للمستهلك، وهذا ما نص عليه قانون حماية المستهلك اللبناني في المادة (30) بإيقاع عبء إثبات العيب الذي نتج عن وجوده نقص باستعمال أو استهلاك السلعة أو الخدمة التي تم شراؤها وجود العيب على المستهلك بتاريخ التسليم، حيث يكون الإثبات بطرق الإثبات كافة، في حين لم ينص قانون حماية المستهلك الفلسطيني³، والتوجه الأوروبي رقم 83/2011 على هذا الالتزام.

ثالثاً: التزام المستهلك برفع دعوى الضمان على المهني خلال مدة معينة: لا يكفي لتحقيق الغاية من عقد الاستهلاك الإلكتروني انتقال الملكية للمستهلك، بل يجب ضمان تحقيق المبيع للغاية الاقتصادية لدى المستهلك، والتي تكمن بالحياة النافعة له، الأمر الذي يعني ضرورة خلو المبيع من العيوب الخفية⁴، ولقد أوضح قانون حماية المستهلك الفلسطيني هذا الالتزام في المادة (32) منه بأنه على المستهلك رفع الدعوى خلال مدة شهر من تاريخ اكتشاف العيب أو الخطأ، وخلال سنة إذا كانت السلعة من السلع

¹ عبد العزيز المرسي حمود، الالتزام قبيل التعاقد بالإعلام في عقد البيع في ضوء الوسائل التكنولوجية الحديثة، بحث منشور، مجلة البحوث القانونية والاقتصادية، المجلد 9، العدد 18، مصر، 2000، ص 350.

² عبد العزيز المرسي حمود، مرجع سابق، ص 332.

³ بالرجوع إلى القواعد العامة فقد نصت محلة الأحكام العدلية في المادة (336) بأن الأصل في المبيع سلامته من كل عيب، وهذا يعني بأن عبء إثبات العيب الخفي يقع على المشتري (المستهلك) تماشيًا مع المبدأ القائل على المدعي أن يثبت صحة ما يدعيه.

⁴ دلال العارضي، ضمان عيوب البيع الخفية، المجلد 6، العدد 16، بحث منشور، مجلة الكلية الإسلامية الجامعة، العراق، 2012، ص 513.

المعمرة، وهذا ما أكد عليه أيضا قانون حماية المستهلك اللبناني في المادة (31) منه بأنه على المستهلك إقامة الدعوى أو مباشرة إجراءات الوساطة أو حل النزاعات خلال مدة شهر من تاريخ اكتشاف العيب، في حين سكت التوجه الأوروبي رقم 83/2011 عن هذا الالتزام.

رابعاً: التزام المستهلك المتضرر بإثبات عدم توفر مواصفات السلامة: لقد جاءت المادة رقم (43) من قانون الاستهلاك اللبناني تبين بأنه على المستهلك أو خلفائه العامين أو الخاصين إثبات عدم تحقق المواصفات المتعلقة بالسلامة، والتي تكون متوقعة من قبل المستهلك حينما يستخدمها بالشكل السليم.¹

خامساً: التزام المستهلك بإبلاغ المهني عن حقه بالعدول عن العقد (الانسحاب) خلال المدة المعنية: إن حق العدول يعني منح المستهلك الحق بالتراجع عن العقد وذلك بإعادة السلعة أو رفض الخدمة خلال مدة معينة من تاريخ استلام السلعة أو من تاريخ إبرام العقد بالنسبة للخدمة دون الحاجة لوجود أسباب معينة لممارسة هذا الحق.² ولقد نظم التوجه الأوروبي رقم 83/2011 هذا الالتزام باعتباره حقاً مهماً للمستهلك من أجل حمايته في المادة (6) منه³، جاعلاً مدة حق الانسحاب هي 14 يوماً⁴، كما نظم

¹. لقد سكت قانون حماية المستهلك الفلسطيني، والتوجه الأوروبي رقم 83/2011 عن ذكر هذا الالتزام.

². نعيمة ختو، حماية المستهلك في التعاقد الإلكتروني، بحث منشور، مجلة المنارة للدراسات القانونية والإدارية، العدد 18، المغرب، 2017، ص82.

³. European Union (EU) Directive No 2011/83 / EC on consumer rights in respect of distance contracts: Article 6/h: where a right of withdrawal exists, the conditions, time limit and procedures for exercising that right in accordance with Article 11.

⁴. European Union (EU) Directive No 2011/83 / EC on consumer rights in respect of distance contracts: Article 9/1: “the consumer shall have a period of 14 days to withdraw from a distance or off-premises contract, without giving any reason, and without incurring any costs”.

كما وعالجت محكمة العدل الأوروبية مسألة وقت إعلان التاجر للمستهلك عن وجود حق الانسحاب، ووقت تقديمه للشروط اللازمة لاستخدامه، حيث أكدت على وجوب بيان المهني (التاجر) للمستهلك بوجود حق الانسحاب قبل إبرام العقد كون هذا الحق يلعب دوراً في رضاه بالمنتج، في حين يكون وقت تقديم المعلومات المتعلقة بهذا الحق بعد عملية التسليم حيث إن هذه المعلومات غير مؤثرة برضا المستهلك وما هي إلا نموذج من الشروط اللازمة لاستخدام هذا الحق. انظر الحكم في

قضية Walbusch Walter Busch GmbH & Co. KG

ECJ judgment of 20 September 2018. Joined cases C-430/17

Available online: <http://curia.europa.eu/juris/document/document.jsf>.

قانون حماية المستهلك اللبناني هذا الالتزام في المادة (55) منه جاعلاً مدة الرجوع هي 10 أيام من تاريخ التعاقد إذا كانت خدمة، ومن تاريخ التسليم إذا كان المعقود عليه سلعة¹.

ومما تقدم يتبين بأن التشريعات المقارنة كافة في هذه الدراسة سعت إلى تنظيم حقوق المستهلك، بما يتلاءم مع الأهداف التي وضعت من أجلها وهي حماية وضمان حقوق المستهلك دون التعرض للغبن والغش، وتأمين شفافية المعاملات الاقتصادية، إلا أن ذلك لا يكتمل بوضع التزامات على المستهلك فقط، بل يجب أن يكون هناك التزامات على الطرف القوي أيضاً وهو المهني، والذي بدوره قد يلجأ إلى محاولات للإخلال بالتزاماته من أجل التحايل والخداع، وهذا ما سيتم بيانه في المطلب الثاني.

المطلب الثاني :

الحقوق والالتزامات المقررة على المهني لحماية المستهلك في عقد الاستهلاك الإلكتروني

يُعتبر المهني الطرف الثاني في عقد الاستهلاك الإلكتروني، والذي يمثل الجانب القوي في هذا العقد، وذلك لما يتوفر لديه المعلومات اللازمة حول المعقود عليه بشكل حرفي، حيث هو الذي يكون على دراية بالجوانب التي تحيط بالعقد كافة، عدا عن أنه ليس الطرف المحتاج لتلك السلعة، الأمر الذي يؤدي إلى لجوئه في بعض الأحيان للتلاعب لوجود نوع من الجهل وعدم الدراية من قبل الطرف المقابل له وهو المستهلك²، لذا اهتمت تشريعات حماية المستهلك بتنظيم التزامات المهني في عقد الاستهلاك الإلكتروني، وذلك من أجل الوصول إلى عقد صحيح يتصف بالشفافية والتبصير والتنوير، لذا تم تقسيم هذا المطلب إلى فرعين، حيث جاء الفرع الأول متحدثاً عن حقوق المهني في عقد الاستهلاك الإلكتروني، في حين نظم الفرع الثاني التزاماته.

الفرع الأول :

حقوق المهني في عقد الاستهلاك الإلكتروني

على سياق بعض الالتزامات التي فرضت على المستهلك، فإن بعض هذه الالتزامات تُعتبر حقوقاً للمهني، حيث إن اعتباره الطرف القوي في عقد الاستهلاك لا يجرده من وجود حقوق له من أجل الوصول

¹. والتي نصت على: "يجوز للمستهلك الذي يتعاقد العدول عن قراره بشراء سلعة أو استئجارها أو الاستفادة من الخدمة وذلك خلال مهلة عشرة أيام اعتباراً من تاريخ التعاقد فيما يتعلق بالخدمات أم من التسليم فيما يتعلق بالسلعة".

². Hedegaard, Jakob Soren, and Stefan Wrbka. "The Notion of Consumer Under EU Legislation and EU Case Law, op. cit., p 73.

إلى التوازن العقدي، فقد وقع على المستهلك التزام بإعلام المهني عن طبيعة السلعة أو الخدمة التي يريد بها يتلاءم مع طبيعة عمله أو غايته، كمثال الحاسوب الذي تم بيانه سالفًا، وهذا الالتزام يُعتبر من أحد حقوق المهني لكي يقع عليه فيما بعد التزام الأخير بتقديم المعلومات المرادة حول المعقود عليه المراد¹. كما أنه من حق المهني ألا يكون مهددًا طيلة مدة التعاقد برفع دعوى الضمان عليه من قبل المستهلك، حيث وضع قانون حماية المستهلك الفلسطيني وقانون حماية المستهلك اللبناني مدة شهر من تاريخ اكتشاف العيب، حيث يُعتبر هذا الحق حاميًا للمهني من عملية المماطلة التي قد تظهر من قبل المستهلك². كما وتجنب تشريعات حماية المستهلك جعل المهني غير متأكد من انعقاد العقد من عدمه، وذلك بإعطاء مدة معينة لممارسة المستهلك حقه بالعدول عن التعاقد، وهذا ما تم بيانه سابقًا في المادة (55) من قانون حماية المستهلك اللبناني، والمادة (6) من التوجه الأوروبي 83/2011.

الفرع الثاني :

الالتزامات الواقعة على المهني

إن ما أحدثته الثورة العلمية بالدول الصناعية والتي أدت بدورها إلى ظهور العديد من السلع والخدمات الجديدة والمتطورة، والتي تُعد من الاحتياجات المهمة للمستهلك في حياته، أدى ذلك إلى وجود نوع من الغموض أمام المستهلك في التعرف على ماهية خطورة هذه السلع وعن كيفية استخدامها³، الأمر الذي جعل من القوانين المعالجة لحماية المستهلك إلى تنظيم التزامات تقع على عاتق المهني، وذلك من أجل تنوير إرادة المستهلك وانهقاد العقد بشكل صحيح وواضح، حيث تتمثل هذه الالتزامات بما يلي:

أولاً: الالتزام بالإعلام

انطلاقاً من امتلاك المهني في عقد الاستهلاك الإلكتروني الحرفية والقوة المعرفية في مجال التعاقد عن بُعد وبطبيعة المعقود عليه، ومن أن الطبيعة الإلكترونية لهذا العقد تجعل المستهلك محاطاً بالعديد من الغموض في التعاقد في ظل جهله بالمعقود عليه، فإن قوانين حماية المستهلك ومن أجل تحقيق

¹. مصطفى أحمد عمرو، مرجع سابق، 69.

². انظر: المادة (32) من قانون حماية المستهلك الفلسطيني، والمادة (31) من قانون حماية المستهلك اللبناني.

³. عبد الحميد الديسبي عبد الحميد، مرجع سابق، ص 194.

عنصر التنوير بالعقد في ظل عدم توازن المصالح¹، وضعت التزاماً على المهني يعرف بالالتزام بالإعلام²، والذي عرفه البعض بأنه: "الالتزام بتقديم البيانات والمعلومات التي تتعلق بالمبيع والتي يهتم المشتري معرفتها، حتى يكون على بينة من أمره ويتخذ قراره بالإقدام أو الإحجام عن التعاقد عن بصر وبصيرة وبوعي تام للنتائج التي تترتب على هذا القرار"³، ولكن يؤخذ على هذا التعريف بأنه اقتصر هذا الالتزام على المرحلة السابقة عن التعاقد فقط، في حين عرفه البعض الآخر بأنه: "التزام المزود بوضع المستهلك في مأمن ضد مخاطر المنتج المسلم له، سواء أكانت سلعة أو خدمة، وهو ما يتطلب أن يبين المزود للمستهلك كل المخاطر التي تكون مرتبطة بالملكية العادية للشيء المسلم له"⁴، إن هذا التعريف اقتصر المعلومات الواجب الإعلام بها فقط على المخاطر المرتبطة بالمعقود عليه، مع العلم بأنه يجب على المهني الإعلام عن مختلف المعلومات المتعلقة بالمعقود عليه وليس فقط المعلومات المتعلقة بالمخاطر.

لذا وجدت الدراسة بأن التعريف الذي عرفه الدكتور خالد محمد إبراهيم بأن الالتزام بالإعلام هو: "الالتزام الذي يقع على الطرف المقابل للمستهلك في عقود التجارة الإلكترونية في مرحلة ما قبل إبرام العقد، وفي مرحلة تكوينه أو إبرامه ويستمر حتى بعد إبرام العقد"⁵، هو التعريف الأفضل مما سبق، حيث يتضمن واجب الإعلام من قبل المهني بالمعلومات اللازمة كافة بما يخص عملية التعاقد سواء قبل إبرام العقد أو بعده، وذلك في عقود الاستهلاك كافة، دون الاقتصار على عقد معين.

إلا وأنه ولكي يكون التعريف السابق أكثر شمولية، فلا يجب اقتصار هذا الواجب على المهني فقط، بل أيضاً يقع على المستهلك وذلك حينما يكون لديه معلومات خاصة يحتاجها المهني والتي تحدد ماهية

¹. إيناس بن غيدة، الحماية المدنية للمستهلك في العقود الإلكترونية، رسالة ماجستير، جامعة أبو بكر، الجزائر، 2014، ص39.

². لقد أطلق الفقه عدة تسميات على هذا الالتزام، ومنها: الالتزام بالتبصير، والالتزام بالإفشاء بالبيانات والمعلومات، بينما يرى آخرون بتسميته الالتزام بالإخبار. مصطفى أحمد عمرو، موجز أحكام قانون حماية المستهلك، مرجع سابق، ص47.

³. عبد العزيز المرسي حمود، مرجع سابق، ص270.

⁴. السيد محمد السيد عمران، مرجع سابق، ص81.

⁵. مصطفى أحمد أبو عمرو، مرجع سابق، ص51، نقلاً عن: خالد ممدوح إبراهيم، حماية المستهلك في العقد الإلكتروني، دار الفكر الجامعي، الإسكندرية، 2008، ص95.

السلعة أو الخدمة المراد شراؤها، كالمثال الذي أوردناه سالفًا وهو عملية شراء حاسوب لشخص يعمل مهندسًا¹.

ويفهم مما تقدم بأن الالتزام بالإعلام يقع على المهني في مرحلة قبل التعاقد وما بعدها، وذلك للأهمية التي يوقعها هذا الالتزام على اعتباره وسيلة وقائية لإخراج رضا المستهلك بشكل مستدير وسليم، نتيجة انعدام التكافؤ في المراكز التعاقدية بين المستهلك والمهني²، حيث أن المعلومات الواجب تقديمها من قبل المهني هي معلومات جوهرية مؤثرة في رضا المستهلك حول عملية انعقاد العقد من عدمه، الأمر الذي جعل هذا الالتزام التزامًا قانونيًا، وذلك بنص التشريعات المنظمة لحماية المستهلك عليه، فلقد بين قانون حماية المستهلك الفلسطيني في المادة (6/3) ضرورة تزويد المستهلك بالمعلومات الصحيحة والوافية للسلع والخدمات المعروضة من أجل قيام المستهلك بالاختيار بشكل حر، وهذا ما أكد عليه أيضًا قانون حماية المستهلك اللبناني في المادة (4/3) والمادة (4) منه. كما ولم يخلُ التوجه الأوروبي 83/2011 من التأكيد على ضرورة تحقيق هذا الالتزام من قبل المهني، وعلى أهمية تقديم المعلومات بشكل صحيح وواضح.

لقد اختلفت التشريعات المقارنة في تحديد المعلومات الواجب تقديمها فمنهم من توسع ببيان تلك المعلومات ومنهم من اقتصر على المعلومات الضرورية فقط، ومن هذه المعلومات ما يلي:

(أ) **إعلام المستهلك بهوية المهني:** يجب على المهني بداية إعلام المستهلك بشخصيته ليعلم الأخير مع من يتعاقد في ظل غياب مجلس العقد، كون صفة المهني محل اعتبار في التعاقد³، حيث نص قانون حماية المستهلك الفلسطيني في المادة (21) منه على ضرورة قيام المهني ببيان اسمه الحقيقي وعلامته التجارية المسجلة، والمعلومات المطلوبة كافة في بطاقة البيان، كما ونص في المادة (18) منه على ضرورة بيان أهليته والمتمثلة بالرخصة المصرح له بموجبه بممارسة تلك الخدمة، كما وجاء التوجه الأوروبي 83/2011 مبينًا ضرورة بيان اسمه التجاري والعنوان الجغرافي الذي أنشئ عنده ورقم الهاتف والفاكس وعنوان البريد الإلكتروني أيضًا؛ وذلك لتمكين المستهلك من الاتصال به بسرعة

¹. المرجع السابق، ص 53.

². إسلام هاشم سعد، مرجع سابق، ص 259.

³. مصطفى أحمد عمرو، مرجع سابق، ص 113.

والتواصل معه وبكفاءة¹، كما ونص على وجود اسم وعنوان بديل للتاجر الأصلي في حال حصل أمر ما وهو اسم وعنوان تاجر آخر ينوب عنه².

يتبين مما سبق بأن التوجه الأوروبي 83/2011 جاء مفصلاً أكثر للبيانات المتعلقة بهوية المهني، عما جاء عليه قانون حماية المستهلك الفلسطيني، في حين خلا قانون حماية المستهلك اللبناني من هذا البيان.

ب) إعلام المستهلك بالخصائص الأساسية للمنتجات: تُعتبر البيانات الأساسية المتعلقة بالسلعة أو الخدمة المراد شراؤها العمود الأساسي الذي سيقوم عليه العقد، فجهل المستهلك في طبيعة المنتج المراد شراؤه يوجب على المهني ضرورة تحقيق هذا الالتزام، فمثلاً حين يريد مستهلك بلجيكي شراء جهاز تلفاز من هولندا، فيجب على المهني هنا بيان له بأن هذا التلفاز لا يمكن أن يعمل في بلجيكا بسبب أن هولندا وبلجيكا تستخدمان مقاييس مختلفة³، الأمر الذي يوجب على المهني إحاطة المستهلك بالمعلومات كافة والتي يراها بناءً على خبرته وحرفته من الواجب علم المستهلك بها وذلك⁴ من أجل تكوين صورة عامة وشاملة عن طبيعة المعقود عليه المراد شراؤه، خاصة وأن المستهلك لا يمكنه معاينة المعقود عليه كون

¹. وحفاظاً على حقوق المستهلك، فقد قضت محكمة العدل الأوروبية في حكم لها بأن المستهلك الذي يتعاقد عن بُعد مستخدماً وسيلة اتصال هاتفية للتواصل مع المهني فيما يخص حقوقه وآلية التعاقد، لا يتحمل سوى تكلفة المعدل الأساسي للاتصال السريع، حيث لا يجوز للمهني تقديم وسيلة اتصال سريع تكلفتها أعلى من تكلفة المعدل الأساسي. انظر الحكم:

ECJ judgment of 13 September 2018. Joined cases C-332/17

Available online: <http://curia.europa.eu/juris/document/document.jsf>.

².European Union (EU) Directive No 2011/83 / EC on consumer rights in respect of distance contracts: Article 6 (b) the identity of the trader, such as his trading name;

(c) the geographical address at which the trader is established and the trader's telephone number, fax number and e-mail address, where available, to enable the consumer to contact the trader quickly and communicate with him efficiently and, where applicable, the geographical address and identity of the trader on whose behalf he is acting".

³. Faure, Michael. "Towards a maximum harmonization of consumer contract law?!" 2008. p 438. Available at www.journals.sagepub.com, sep 27.

⁴. حوالف عبد الصمد، الحماية القانونية للمستهلك في عقود التجارة الإلكترونية، العدد 15، بحث منشور، مجلة الأكاديمية للدراسات الاجتماعية الإنسانية، الجزائر، 2016، ص126. وقد أوضح حكم صادرة عن محكمة العدل الأوروبية بأنه يجب على المهني بيان المواصفات الفنية المرادة من قبل المستهلك كمستويات الجودة والأداء والسلامة، وشرط الاستخدام وكل ما يؤثر على طبيعة المنتج. انظر الحكم:

ECJ judgment of 11 June 2015. Joined cases C-98/14.

Available online: <http://curia.europa.eu/juris/document/document.jsf>.

العملية التعاقدية إلكترونية¹، ولقد بين قانون حماية المستهلك الفلسطيني ضمن نصوصه على هذا الالتزام مؤكداً على قيام المهني ببيان طبيعة المنتجات ونوعها وموصفاتها الجوهرية ومكوناتها، بالإضافة إلى بيان طبيعة عمليات التعبئة والتغليف التي تشمل عناصر المنتج، وبيان تاريخ الإصدار وانتهاء الصلاحية².

في حين تمثلت تلك البيانات في قانون حماية المستهلك اللبناني³ ببيان طبيعة المعلومات الأساسية والمتمثلة ببيان طبيعة السلعة ونوعها وعناصرها وتركيباتها ومكوناتها، بالإضافة إلى مدة الصلاحية، وبلد المنشأ، ووزن السلعة أو حجمها أو عددها، مضافاً إلى ذلك النهج ذاته الذي سار عليه التوجه الأوروبي 83/2011 متوسعين بذلك عن المشرع الفلسطيني، حيث بيّن ضرورة قيام المهني ببيان السعر الإجمالي للسلع أو الخدمات، شاملاً بذلك الضرائب والطريقة التي يتم بها حساب السعر والرسوم الإضافية، وترتيبات الدفع والتسليم والأداء، كما وأضاف هذا التوجه التزاماً مطمئناً للمستهلك وهو تذكيره بوجود ضمان قانوني لمطابقة المواصفات، بالإضافة إلى ضرورة بيان مدة العقد في حال كان العقد غير محدد المدة أو في حال كان هناك حاجة للتمديد، ونص على بيان شروط إنهاء العقد، وتكلفة وسائل الاتصال عن بُعد اللازمة لإبرام العقد، كما وأكد على بيان طبيعة حق المستهلك بالانسحاب⁴.

ج) إعلام المستهلك بكيفية استعمال المعقود عليه، ومكان خطورته: يتوجب على كل مهني أن يبين للمستهلك الطريقة المثلى للاستعمال، منبهاً إياه إلى المخاطر المترتبة نتيجة استعماله بشكل غير صحيح⁵، وذلك كمن يشتري جهاز تكييف فعلى المزود توضيح بأنه وللحصول على درجة الحرارة المطلوبة من قبل المستهلك فإن هذا الجهاز يجب أن يوضع ضمن مساحة محددة⁶، حيث يتضمن هذا الإعلام أيضاً بيان ظروف استعمال المنتج، إن كان بحاجة إلى تهوية المكان بعد استعماله، أو استعماله

¹. Helberger, Natali, and P. Bernt Hugenholtz. "No place like home for making a copy, op. cit., p 1091.

². تنظر: المادة (7) من قانون حماية المستهلك الفلسطيني.

³. انظر: المواد (4-7، 52) من قانون حماية المستهلك اللبناني.

⁴. See Article 5 and 6 of European Directive No. 2011/83.

⁵. انظر: المادة (36، 37) من قانون حماية المستهلك اللبناني، والمادة (7) من قانون حماية المستهلك الفلسطيني.

⁶. فائق حسين حوى، الوجيز في قانون حماية المستهلك، مرجع سابق، ص 58.

لعدد ساعات معينة، أو أن المنتج سريع الاشتعال، حيث إن عملية توضيح كيفية استعمال المنتج مع إحاطة المستهلك بالمخاطر الناتجة عن الاستعمال الخاطئ هما بيانين متكاملين من أجل الوصول إلى الغاية المراد تحقيقها من قبل المستهلك¹.

ثانيًا: الالتزام بضمان العيوب الخفية: إن التطور الحاصل في مجال التكنولوجيا والذي انعكس على تصنيع المنتجات، أدى إلى وجود صعوبة على المستهلك في اكتشاف عيوب تلك المنتجات، الأمر الذي تطلب وجود قوانين لحماية المستهلك توجب على المهني الالتزام بضمان العيوب الواردة في المنتج وتسليم مبيع خالٍ من العيوب، والأصل أن المهني لا يضمن العيوب الظاهرة إلا في حالتين هما: إذا صرح المهني بخلو المبيع من العيوب، أو أكد ضمان صفة معينة فيه، أو إذا أخفى العيب غشًا منه². وبهذا وبغير الحالتين السابقتين، فإن العيوب الواجب ضمانها من قبل المهني هي العيوب الخفية، أي التي لا يعلم بها المستهلك ولم يكن باستطاعته العلم بها حين معاينتها معاينة الرجل المعتاد³، والعيوب القديمة وهي الموجودة مسبقًا وهي بيد البائع، والمؤثرة بالثمن والاستعمال⁴. حيث إنه لو علم المستهلك بوجود هذا العيب عند التعاقد لما اتجهت إرادته ورضاه لإبرام العقد. لذا فقد نصت قوانين حماية المستهلك على ضرورة ضمان كل مزود العيوب الخفية المنقصة من قيمة السلعة أو الخدمة أو الجاعلة لتلك السلعة أو الخدمة غير صالحة للاستعمال، وبذلك يترتب عليه إصلاح أو استبدال أو استرجاع المنتجات المضمونة ورد ثمنها للمستهلك خلال مدة وشروط الضمان، دون أن يكون له الحق بالاتفاق على خلاف ذلك⁵.

¹. أحمد محمد الرفاعي، الحماية المدنية للمستهلك "إزاء المضمون العقدي"، دار النهضة العربية، القاهرة، 1994، ص 142-147.

². عبد الرزاق السنهوري، مرجع سابق، ص 632-635.

³. جابر محبوب علي، ضمان سلامة المستهلك من الأضرار الناشئة عن عيوب المنتجات الصناعية المباعة، بحث منشور، مجلة الحقوق، المجلد 20، العدد 3، الكويت، 1996، ص 215.

⁴. انظر: المادتين (338-339) من مجلة الأحكام العدلية.

⁵. انظر: المادتين (19، 20) من قانون حماية المستهلك الفلسطيني. والمادتين (29، 32) من قانون حماية المستهلك اللبناني.

الخاتمة:

لقد جاءت هذه الدراسة للتحديث عن جزئية مهمة في عقد الاستهلاك، وهي توضيح مفهوم المستهلك وحقوقه في هذا العقد، خاصة وأن البعض قد يدخل المهني في مفهوم المستهلك وفق ما تتحقق له من مصالح، وعليه تم الحديث في هذه الدراسة عن مفهوم المستهلك، بالإضافة إلى إظهار الفارق بينه وبين المهني، وحقوق والتزامات كل منهما على الآخر، وبهذا تم التوصل إلى مجموعة من النتائج وهي ما يلي:

النتائج :

1. وضعت قواعد حماية للمستهلك لاعتباره الطرف الضعيف في العقد، وذلك نتيجة وجود تفاوت حقيقي في القدرة والمعرفة بينه وبين المهني في مجال التعاقد عبر الإنترنت.
2. إن اختلاف الفقهاء في تعريف المستهلك أدى إلى انقسامهم إلى اتجاهين أحدهما أخذ بالمعنى الواسع للمستهلك، بينما جاء الآخر مضيقاً في ذلك.
3. اتجه أغلب الفقهاء إلى اعتبار المستهلك ذلك الذي يتعاقد من أجل إشباع حاجاته الشخصية دون المهنية، وفي ذلك اتجه المشرع الفلسطيني في قانون حماية المستهلك، كما وسلكت المسلك ذاته التوجهات الأوروبية ذات العلاقة، كونه الاتجاه الأكثر دقة في تحديد تعريف المستهلك.
4. جاء الاتجاه الواسع في تعريف المستهلك باعتبار أن المهني الذي يتعاقد خارج مجال تخصصه لكن فيما يصب بمصالحه المهنية مستهلكاً، وفي ذلك اتجه المشرع اللبناني في قانون حماية المستهلك اللبناني.
5. لجأ أغلب الفقهاء إلى معياري الاحتراف والربح في تحديد ماهية شخص المهني.
6. جاء المشرع الفلسطيني والتوجهات الأوروبية آخذين بمعيار الغرض من التعاقد في تعريف المهني دون معيار الاحتراف، في حين أخذ المشرع اللبناني بمعيار نطاق تخصص المهني.
7. جاءت التشريعات المقارنة معرفة المهني بشكل واسع وشامل وغير مقيد بأي صفة الأمر الذي يبنى عليه بأن المفارقة تكون بناءً على معياري التفوق التقني ومعيار الغرض من التعاقد.
8. تقسم التصرفات الصادرة عن المهني إلى ثلاثة أقسام: الأول منها التصرفات التي تصدر منه إشباعاً لحاجاته الشخصية، والتصرفات التي تصدر من المهني ضمن نطاق مهنته، والتصرفات التي يبرمها المهني خارج نطاق تخصصه.

9. إن المفهوم الأسلم في تعريف المستهلك هو الاتجاه الضيق والذي اقتصر على اعتبار الشخص الذي يتعاقد من أجل إشباع حاجاته الشخصية فقط مستهلكًا.
 10. يُعتبر حق الإعلام عن شروط العقد المفتاح الأساسي لتحقيق التزام التبصير والشفافية في التعاقد الإلكتروني.
 11. حقق المشرع الفلسطيني مبدأ الشمولية في تغطية أهم الحقوق للمستهلك في العقد الإلكتروني.
 12. نصت قوانين حماية المستهلك محل الدراسة على ضمان المهني للعيب الخفي، وهي التي لا يعلم بها المستهلك ولم يكن باستطاعته العلم بها حين معاينتها معاينة الرجل المعتاد.
- التوصيات :**

- جاءت هذه الدراسة بعدة توصيات وهي:
1. ندعو المشرع الفلسطيني إلى تعديل مفهوم المستهلك بشكل يبين المقصود منه بصورة واضحة دون أن يكون هناك احتمالية الخلط مع مفهوم المهني، وذلك بأن يتم تعريف المستهلك بالآتي: "كل شخص طبيعي أو معنوي يتعاقد مع طرف مهني من أجل الحصول على السلع والخدمات لإشباع احتياجاته الشخصية أو العائلية".
2. ندعو المشرع الفلسطيني عند تعريفه للمهني أن يضع معيارًا واضحًا لتمييز المهني عن غيره ممن قد يختلط مفهوم المهني بهم، وتحديد إذا ما كان المهني يشمل الأشخاص الطبيعيين والمعنويين أم يقتصر على أحدهما، مقترحين تعريف المهني بالصيغة الآتية: "كل شخص طبيعي أو معنوي يملك جانبًا من الخبرة والدراية، والذي يمارس مهنته على سبيل الاعتياد قاصدًا من وراء التعاقد إشباع حاجاته المهنية سواء كانت ربحية أم غير ربحية".
3. نوصي المشرع الفلسطيني بعدم الاكتفاء بذكر حق الاستبدال في التعاقد باعتباره رديفًا لحق الرجوع في التعاقد، إذ إن الأخير يجيز للمستهلك إلغاء التعاقد خلال مدة معينة دون حاجة لتبرير سبب الإرجاع، وذلك على خلاف حق الاستبدال الذي لا يجيز للمتعاقد إعادة السلعة أو الخدمة ما لم تكن غير مطابقة لشروط التعاقد.
4. نوصي بالإسراع في إصدار مشروع قانون حماية المستهلك وإقراره لما فيه من أحكام وقواعد حمائية تعزز من حماية المستهلك.

المراجع:

أولاً: المصادر

- قانون حماية المستهلك الفلسطيني رقم (21) لسنة 2005.
- مشروع قانون حماية المستهلك الفلسطيني بالقراءة الثالثة لسنة 2016.
- قانون التجارة الأردني الساري في الضفة الغربية رقم (12) لسنة 1966.
- قانون حماية المستهلك اللبناني رقم (659) لسنة 2005.
- التوجه الأوروبي المتعلق بحماية المستهلك في العقود المبرمة عن بُعد رقم (2011/83).
- التوجه الأوروبي المتعلق بالتجارة الإلكترونية رقم (2000/31).
- التوجه الأوروبي المتعلق بالشروط التعسفية في العقود المبرمة مع المستهلكين رقم (13/93).

ثانياً: المراجع

1. المراجع العربية

أ. الكتب

- أحمد محمد الرفاعي، الحماية المدنية للمستهلك "إزاء المضمون العقدي"، دار النهضة العربية، القاهرة، 1994، ص 142-147.
- أسامة أبو الحسن مجاهد، خصوصية التعاقد عبر الإنترنت، المؤتمر العالمي الثالث لكلية الحقوق، جامعة حلوان، القاهرة، 2004، ص 926.
- إسلام هاشم سعد، الحماية القانونية للمستهلك بين القانون المدني والفقه الإسلامي، دار الجامعة الجديدة، الإسكندرية، 2014.
- أسامة أحمد بدر، حماية المستهلك في التعاقد الإلكتروني، دار الجامعة الجديدة، الإسكندرية، 2005.
- أكرم محمد التميمي، التنظيم القانوني للمهني، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت، ط1، 2010.
- السيد محمد عمران، حماية المستهلك أثناء تكوين العقد، منشأة المعارف، الإسكندرية، ط1، 1986.
- خالد عبد الفتاح خليل، حماية المستهلك في القانون الدولي الخاص، دار النهضة العربية، القاهرة، 2002.

- خالد ممدوح إبراهيم، إبرام العقد الإلكتروني، دار الفكر الجامعي، الإسكندرية، ط1، 2006.
- سه نكه ر علي رسول، حماية المستهلك وأحكامه، دار الفكر الجامعي، الإسكندرية، ط1، 2016.
- عامر قاسم القيسي، الحماية القانونية للمستهلك، ط1، الدار العلمية الدولية للثقافة والنشر والتوزيع، عمان، 2002، ص125.
- عبد الرزاق السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني الجديد، المجلد الأول، نظرية الالتزام بوجه عام مصادر الالتزام، منشورات الحلبي، بيروت، 2000.
- عبد الفتاح بيومي حجازي، النظام القانون لحماية التجارة الإلكترونية، دار الفكر الجامعي، الإسكندرية، 2016.
- عبد الحميد الديسطي، حماية المستهلك في ضوء القواعد القانونية لمسؤولية المنتج، دار الفكر والقانون، المنصورة، 2010.
- فاتن حسين حوى، الوجيز في قانون حماية المستهلك، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت، ط1، 2012.
- مصطفى أحمد عمرو، موجز أحكام قانون حماية المستهلك، منشورات الحلبي الحقوقية، ط1، 2011، ص69.
- منى أبو بكر الصديق، الالتزام بإعلام المستهلك عن المنتجات، دار الجامعة الجديدة، الإسكندرية، 2013.

ب. رسائل الماجستير والدكتوراه

- إيمان بوشارب، حماية المستهلك من الشروط التعسفية في عقود الاستهلاك الإلكتروني، رسالة ماجستير، جامعة العربي بن مهيدي، الجزائر، 2011.
- إيناس بن غيدة، الحماية المدنية للمستهلك في العقود الإلكترونية، رسالة ماجستير، جامعة أبو بكر، الجزائر، 2014، ص39.
- الياقوت جرعود، عقد البيع وحماية المستهلك في التشريع الجزائري، رسالة ماجستير، جامعة الجزائر، الجزائر، 2001.
- رامي مرتجى، الحماية الجزائية للمستهلك في التشريع الفلسطيني، رسالة ماجستير، الجامعة الإسلامية، غزة، 2017.

- سحر بهجت جرادات، حماية المستهلك من الشروط التعسفية في العقود الإلكترونية، رسالة ماجستير، جامعة اليرموك، الأردن، 2011.
- سهام إمدالو. ليلي لحسن، حماية المستهلك الإلكتروني، رسالة ماجستير، جامعة عبد الرحمن ميرة- بجاية، الجزائر، 2012.
- عبد القادر سعدي، آليات حماية المستهلك من الشروط التعسفية، رسالة ماجستير، جامعة الدكتور مولاي الطاهر، الجزائر، 2015.
- فلاح فهد العجمي، الحماية المدنية للمستهلك في العقد الإلكتروني، رسالة ماجستير، جامعة الشرق الأوسط، الأردن، 2011.
- نوال كيموش، حماية المستهلك في إطار قانون الممارسات التجارية، رسالة ماجستير، جامعة الجزائر - بن يوسف بن خدة، الجزائر، 2010.
- وهيبة هشماوي. ونجوى حمودة، الحماية القانونية للمستهلك من الشروط التعسفية، رسالة ماجستير، جامعة عبد الرحمن ميرة، الجزائر، 2012.

ت. الأبحاث المنشورة

- جابر محبوب علي، ضمان سلامة المستهلك من الأضرار الناشئة عن عيوب المنتجات الصناعية المباعة، بحث منشور، مجلة الحقوق، المجلد 20، العدد 3، الكويت، 1996، ص215.
- حوالم عبد الصمد، الحماية القانونية للمستهلك في عقود التجارة الإلكترونية، العدد 15، بحث منشور، مجلة الأكاديمية للدراسات الاجتماعية الإنسانية، الجزائر، 2016، ص126.
- دلال العارضي، ضمان عيوب البيع الخفية، المجلد 6، العدد 16، بحث منشور، مجلة الكلية الإسلامية الجامعة، العراق، 2012، ص513.
- نكري حسين، ونصير صبار، الحماية المدنية من الشروط المألوفة في العقود التجارية، بحث منشور، مجلة المحقق الحلي للعلوم القانونية والسياسية، العدد 1، 2009.
- زروق يوسف، حماية المستهلك مدنيًا من مخاطر التعاقد الإلكتروني، بحث منشور، مجلة دفاتر السياسة والقانون، العدد 9، الجزائر، ص134.
- عباسي بوعبيد، مفهوم المستهلك على ضوء العمل التمهيدي لمشروع قانون حماية المستهلك، بحث منشور، المجلة المغربية للاقتصاد والقانون المقارن، العدد 37، 2002.

- عبد العزيز المرسي حمود، الالتزام قبيل التعاقد بالإعلام في عقد البيع في ضوء الوسائل التكنولوجية الحديثة، بحث منشور، مجلة البحوث القانونية والاقتصادية، المجلد 9، العدد 18، مصر، 2000، ص350.
- عزيز العكيلي، احتراف الأعمال التجارية كشرط لازم لاكتساب صفة التاجر، بحث منشور، مجلة الحقوق، المجلد 10، العدد 2، 1986.
- فاطنة قعفور، الحماية المدنية للمستهلك الإلكتروني في مرحلة التعاقد الإلكتروني، بحث منشور، مجلة الفقه والقانون، العدد 56، المغرب، 2017، ص74.
- نعيمة ختو، حماية المستهلك في التعاقد الإلكتروني، بحث منشور، مجلة المناقشة للدراسات القانونية والإدارية، العدد 18، المغرب، 2017، ص82.
- يوسف الشندي، المفهوم القانوني للمستهلك، بحث منشور، مجلة القضاء التجاري، المجلد 2، العدد 3، 2014.
- يوسف الزوجال، المفهوم القانوني للمستهلك، بحث منشور، مجلة القضاء المدني، العدد 4، 2013.

ث. الأحكام القضائية

- حكم لمحكمة العدل الأوروبية 439-ECRL-2005-464/01.
- حكم لمحكمة العدل الأوروبية C542/99 and C-541/99.

2. المراجع الأجنبية

- Hedegaard, Jakob Soren, and Stefan Wrbka. "The Notion of Consumer Under EU Legislation and EU Case Law: Between the Poles of Legal Certainty and Flexibility." Legal Certainty in a Contemporary Context. Springer, Singapore, 2016.
- Helberger, Natali, and P. Bernt Hugenholtz. "No place like home for making a copy: Private copying in European copyright law and consumer law." Berkeley Tech. LJ 22, 2007.

حجية قرار الخبير في الإثبات الجنائي

Authority of the Expert's Decision on Criminal Evidence

أ. حسن خولي

عضو هيئة تدريس، الكلية العصرية الجامعية (فلسطين)

حجية قرار الخبير في الإثبات الجنائي

Authority of the Expert's Decision on Criminal Evidence

أ. حسن خولي، ماجستير علوم جنائية

عضو هيئة تدريس، الكلية العصرية الجامعية (فلسطين)

hassan.khouli@muc.edu.ps

تاريخ النشر: 2024-01-07

تاريخ القبول: 2023-10-20

تاريخ الاستلام: 2023-08-06

DOI: <https://doi.org/10.70411/MJLS.2.1.202484>

المخلص:

الخبرة القضائية من وسائل مساعدة القاضي الجنائي في الإثبات، ويأمر بها في ظروف خاصة وشروط معينة بقصد إجراء تحقيق في مسائل فنية لا يمكن للمحكمة أن تثبت صحتها في النزاع المعروض عليها دون توضيح بعض النقاط الفنية من الأشخاص ذوي المعارف حتى يستطيع الحكم فيها، فالخبرة شرعت لمعاونة القضاء للفصل في الدعاوى الجزائية المعروضة عليهم، وللقاضي سلطة تقديرية بقرار الخبير، ونظراً إلى أنه يعرض على القاضي مسائل تتضمن وسائل ووقائع تتعلق بتخصصات فنية أو علمية تخرج عن حدود إدراكه ولا يمكن التثبت من صحتها دون اللجوء إلى الخبرة، ونظراً لافتراض علم القاضي بتخصص القانون الذي يطبق العلم الذي يعد شرطاً أساسياً يسبق توليه القضاء، فإنه من غير المفترض فيه أبداً أن يكون ملماً بعلم أو بعلوم الوقائع التي تعرض عليه على اختلافها؛ لذلك يتوجب توضيح ما هي حجية قرار الخبير لدى القضاء في إثبات الجريمة في التشريع الفلسطيني، وبالنتيجة إلى هذه الحجية، فإن رأي الخبير لا يعدو أن يكون عنصراً من عناصر الإثبات التي تخضع لتقدير المحكمة وهي ليست مقيدة بما أثبتته الخبير، ولا بالنتائج التي توصل إليها، ويحق للخصوم مناقشة الخبير بالنقد أو التأييد بما جاء في تقريره، وللقاضي أن لا يأخذ برأي الخبير أو آراء الخبراء جميعهم، وله أن يأخذ ببعضها دون البعض، وله الحق في استبدال الخبير الذي ندبه بالإضافة إلى يتمتع القاضي بسلطة تقديرية واسعة في الأخذ بتقرير الخبير أو عدم الأخذ به، ولا رقابة عليه من محكمة النقض طالما أنه أسس حكمه على أسباب سائغة ومقبولة قانوناً.

الكلمات المفتاحية: الخبير، الخبرة القضائية، قرار الخبير، الإثبات الجنائي، السلطة التقديرية للقاضي، الخبرة الفنية.

Abstract:

Judicial expertise serves as a vital tool to aid the criminal judge in the process of substantiating evidence. This expertise is solicited under specific circumstances and conditions, particularly when delving into technical issues that the court cannot adequately resolve without input on certain technical nuances from knowledgeable individuals. The primary objective of employing expertise is to facilitate the judiciary in making informed decisions on criminal cases presented before them.

The judge relies heavily on the expert's insights, especially when it comes to addressing aspects and facts rooted in technical or scientific fields that extend beyond the judge's scope of knowledge. These cannot be verified without consulting a specialist. Given that a judge is presumed to have a thorough understanding of the legal frameworks that govern the application of scientific principles, it is imperative to discern the extent of the expert's influence when it comes to assisting the judiciary in establishing the culpability in a case, as per Palestinian legislation.

Consequently, the expert's opinion is considered as a component of evidence, open to the court's interpretation and judgement. The court is not strictly bound by the conclusions drawn by the expert. Moreover, the judge retains the authority to replace the appointed expert if necessary. Furthermore, the judge enjoys a considerable degree of latitude in their decision-making process, a discretion that remains largely unchecked by the Court of Cassation, provided that the judgement is grounded on legitimate and legally sanctioned rationales.

Keyword: Expert, Judicial Experience, Expert Decision, Criminal Evidence, Judge's Discretion, Technical Expertise.

المقدمة :

تسعى أجهزة العدالة في المجتمع إلى التحقيق والتأكد من عنصر الإثبات لتحقيق العدالة وإثبات وقوع الجريمة ونسبتها إلى فاعلها وإنزال العقوبة الرادعة بحقه، فتقوم نظرية الإثبات على مبادئ تستخدمها السلطات المختصة في القضايا الجزائية المعروضة عليها، وتساعد على وجود قواعد تحدد للقاضي الطريق الذي يسلكه لمتابعة النزاع.

قد يجد القاضي نفسه عاجزاً أحياناً عن الجزم حول صحة الأقوال المتضاربة، أو يجد وثائق ومستندات لا يستطيع الحكم على صحتها؛ لأنه غير ملم بموضوعها وتحتاج لخبير، وحتى لا يقف القاضي مكتوف الأيدي حول النزاع المعروض عليه للوصول إلى قناعة شخصية معينة، فقد مكنت التشريعات القضاة من الاستعانة بأهل الخبرة وذوي الكفاءات والتقنيات التي ليست من اختصاصهم ويحتاجون لمن ينورهم من أهل الخبرة والمعرفة وتوضيح اللبس ومساعدتهم على فهم هذه المسألة بالشكل الصحيح.

فتعد الخبرة القضائية من وسائل مساعدة القاضي الجنائي في الإثبات، ويأمر بها بظروف خاصة وشروط معينة بقصد إجراء تحقيق في مسائل فنية لا يمكن للمحكمة أن تثبت صحتها في النزاع المعروض عليها دون توضيح بعض النقاط الفنية من الأشخاص ذوي المعارف حتى يستطيع الحكم فيها، فالخبرة شرعت لمعاونة القضاء للفصل في الدعاوى الجزائية المعروضة عليهم، وللقاضي سلطة تقديرية بقرار الخبير.

فتعد السلطة التقديرية للقاضي من أهم الموضوعات التي تشغل بال المشرع في النظام القضائي الحديث، حيث يسعون لاختيار القاضي المناسب لشغل منصب القضاء والبحث عن السبل الكفيلة لتحقيق قضاء عادل ونزيه والشعور بالعدالة لدى المتقاضين، وتحقيق الطمأنينة لديهم في حياد القاضي، فلا تقتصر أهمية الإثبات على تحقيق مصلحة الخصوم أو المتنازعين فقط، فهو يحقق مصلحة للمجتمع ككل وتحقيق العدالة الاجتماعية، وإعطاء كل ذي حق حقه، فلا يعد الإثبات من عناصر الحق، وإنما يعد خارجاً عنه، فالحق ينشأ من مصادره حسب القانون بغض النظر عن وسائل إثباته التي تظل معزولة عنه حتى يصبح الحق في خطر من انتزاعه من المدعي به.

فالقاضي لا يستطيع الاستغناء عن مساعدة أهل الخبرة في جميع مراحل الدعوى، فالخبرة تعد من أهم أعمال التحقيق، فكثرة القضايا وتشابكها تتطلب من القاضي الاستعانة بالمتخصصين، ونظراً لأهمية الخبرة في المسائل الجزائية فقد نظمها قانون الإجراءات الجزائية في المواد (64-71) وهذا يدل على أهمية ندب الخبير، فالتحقيق في ذلك لم يعد قائماً على فراسة القاضي وذكائه وإنما أصبح قائماً على الاستعانة بالعلم.

إشكالية البحث :

يعرض على القاضي مسائل تتضمن وسائل ووقائع تتعلق بتخصصات فنية أو علمية تخرج عن حدود إدراكه، ولا يمكن التثبت من صحتها دون اللجوء إلى الخبرة التي مكنت المشرع من الالتجاء إليها في المسائل التي نحتاج فيها للخبير، ونظراً لافتراض علم القاضي بتخصص القانون الذي يطبق العلم الذي يعد شرطاً أساسياً يسبق توليه القضاء، فإنه من غير المفترض فيه أبداً أن يكون ملماً بعلم أو بعلوم الوقائع التي تعرض عليه على اختلافها، فتكمن مشكلة البحث في: ما هي حجية قرار الخبير لدى القضاء في إثبات الجريمة في التشريع الفلسطيني.

أسئلة البحث:

- ما هو مفهوم الخبرة، وما هي أنواعها وخصائصها؟
- وما هي إجراءات الخبرة القضائية والقوة الثبوتية لها؟
- وما هي حجية قرار الخبير وسلطة القاضي فيه؟
- وما هو أثر بطلان تقرير الخبرة، ومسؤولية الخبير به؟
- وما هي السلطة التقديرية للقاضي في تقدير الخبرة؟
- وما هو النظام القانوني الذي يحكم عمل الخبير؟

أهمية البحث:

يتناول هذا البحث مسألة مهمة فالخبير يعد من أهم أعوان القاضي الذي تبنى عليه الكثير من الأحكام القضائية، والحاجة الماسة لأفراد المجتمع لتحقيق العدالة وتوسيع دائرة المفاهيم والعلوم الحديثة، نتيجة التطور العلمي الذي حول العالم لقرية صغيرة، ولما تتمتع به الخبرة القضائية من مكانة مهمة من بين وسائل الإثبات الجنائي، خاصة أن الالتجاء إلى الخبرة أصبح أمراً واسع الانتشار نظراً لطبيعة الدعاوى المقامة أمام المحاكم، فتكمن أهمية البحث من خلال الدور المهم الذي يقوم به الخبير في الساحة القضائية، والجرائم التي يتصور وقوعها، وأهمية كشفها من جانب الخبراء، ولفت انتباه القاضي والمتقاضين بخصوص هذه الجرائم خاصة في العصر الحديث، نظراً لتقدم العلوم والفنون في المسائل المتعلقة بالجريمة وكشفها خاصة في المجال العلمي، ودقة النتائج التي يقدمها الخبير للقضاء لتسهيل مهماته في أداء رسالته في كشف الحقيقة، فالتقدم العلمي الكبير جعل دور الخبير يحتل مكانة مهمة في الإثبات ويمكن للقاضي أن يعتمد على رأيه.

هدف البحث :

تعد الخبرة وسيلة من وسائل الإثبات التي تهدف إلى كشف بعض الدلائل أو الأدلة، أو تحديد مدلولها بالاستعانة بالمعلومات العلمية في بعض المسائل الجزائية الفنية، فهي دليل إثبات مهم تلجأ إليه المحكمة في النزاعات المعروضة عليها، ويهدف البحث إلى: بيان ماهية الخبرة باعتبارها وسيلة من وسائل الإثبات وأنواعها وخصائصها، وبيان إجراءات الخبرة القضائية والقوة الثبوتية لها، وبيان حجية قرار الخبير وسلطة القاضي فيه، وبيان أثر بطلان تقرير الخبرة ومسؤولية الخبير به.

منهج البحث:

اتّبع الباحث المنهج الوصفي التحليلي من خلال استقراء آراء الكتاب وفقهاء القانون الجنائي على وجه الخصوص، وسبرها بما يتسق وطبيعة المادة القانونية محل الدراسة، إضافة إلى تحليل النصوص القانونية ذات العلاقة كلما اقتضى الأمر، واقتضت طبيعة هذا البحث تقسيمه إلى مبحثين هما:

المبحث الأول: ماهية الخبرة باعتبارها وسيلة من وسائل الإثبات.

المبحث الثاني: قوة تقرير الخبير في الإثبات الجنائي

المبحث الأول:

ماهية الخبرة باعتبارها وسيلة من وسائل الإثبات

الخبراء هم أعوان القاضي، وهدفهم الوصول إلى الحقيقة، ويتمتعون بدور مهم خاصة في هذا العصر مع ازدياد المعاملات والمبادلات وتنوع النشاطات العلمية وتعدد الحياة، وهذا كله يزيد المشكلات، وتوجد أمور لا يستطيع الفصل فيها إلا أهل الخبرة، وهنا يجب على القاضي الاستعانة بالخبراء لإثبات المسائل العلمية، وتوجد العديد من القضايا كان فيها للخبرة الدور الكبير للفصل في النزاع وكشف ملابسات الجريمة، وقد تكون الخبرة هي البيئة الوحيدة التي يمكن من خلالها التوصل لمرتكب الجريمة، فيستخدم القاضي الخبرة في حال كانت الأمور تخرج عن نطاق اختصاصه، فيقوم بها أشخاص مؤهلون كل حسب تخصصه، فمهما كان القاضي ملماً ببعض العلوم، إلا أنه لا يمكنه أن يكون متمكناً من جميع العلوم فيستعين بالخبراء، وبذلك فإنه تم تقسيم هذا المبحث إلى مطلبين تناول المطلب الأول: مفهوم الخبرة القضائية وأنواعها. وتناول المطلب الثاني: الطبيعة القانونية للخبرة القضائية وخصائصها.

المطلب الأول :

مفهوم الخبرة القضائية وأنواعها

تعد الخبرة من وسائل الإثبات نتيجة اتصالها بالواقعة المراد إثباتها، ويمثل هذا الموضوع مدخلاً مهماً في الدعوى خاصة في المسؤولية الجزائية، وحتى نتمكن من دراستها بالشكل الصحيح فإنه يجب بيان مفهومها وأنواعها.

فالخبرة لغة: خبرت بالأمر؛ أي علمته، والخبير من أسماء الله الحسنى وهي صيغة مبالغة: كعليم وقدير¹، حيث قال الله تعالى: " الَّذِي خَلَقَ السَّمَاوَاتِ وَالْأَرْضَ وَمَا بَيْنَهُمَا فِي سِتَّةِ أَيَّامٍ ثُمَّ اسْتَوَى عَلَى الْعَرْشِ الرَّحْمَنُ فَاسْأَلْ بِهِ خَبِيرًا"²، وهو أهل الخبرة وذووها. وقال أبو الدرداء: وجدت الناس أخبره نقله؛ أي وجدت الناس مقولاً فيه معنى إذا أخبرت أحداً أبغضته³، والخبرة هي العلم بباطن الأشياء وحقائق الأمور عن طريق المعرفة والتجربة.

¹. ابن منظور، لسان العرب، باب الرء، فصل الخاء، مادة الخبر، ص226.

². القرآن الكريم، سورة الفرقان، مكية، أية (59)، ص365.

³. أبو الدرداء، صحابي من الأنصار يلقب بحكيم الأمة، توفي في مصر، سنة 1972م، ص32.

أما اصطلاحاً فقد أخذت الخبرة عدة مفاهيم منها: أنها إجراء تحقيقي واستشارة فنية تقوم بها المحكمة بهدف الحصول على معلومات ضرورية عن طريق أهل الخبرة والاختصاص للحكم في المسائل التي يحتاج الفصل فيها لأمر علمية أو فنية ولا تستطيع المحكمة الإلمام بها¹. وعرفت بأنها: وسيلة إثبات تهدف للتعرف على وقائع مجهولة من خلال الواقع المعلوم²، وعرفت أيضاً بأنها: الاستشارة الفنية التي يستعين بها القاضي أو المحقق في مجال الإثبات بمساعدته في تقرير المسائل الفنية التي يحتاج تقديرها للخبرة الفنية التي لا تتوفر لدى عضو السلطة القضائية المختص بحكم علمه وثقافته³. وعرفت بأنها: إبداء رأي فني من شخص مختص في شأن واقعة ذات أهمية في الدعوى الجزائية⁴. وعليه فالخبرة هي الإخبار عن حقيقة الشيء المتنازع فيه بطلب من القاضي.

والخبرة في المسائل الجزائية هي الاستشارة الفنية التي يقوم بها المختص لإعانة القاضي في مجال الإثبات، ومساعدته في مسائل يفترض عدم إلمام القاضي بها للتغلب على الصعوبات الفنية أو العلمية التي تتعلق بوقائع النزاع، وذلك للقيام بأبحاث فنية وعلمية وتقنية، واستخلاص النتائج منها بشكل رأي ويكون غير ملزم⁵.

يتضح من خلال ما سبق أنه لا يمكن ضبط تعريف واحد للخبرة، وبالتالي فهي وسيلة تضيف للدعوى دليلاً يتطلب ذلك الإثبات معرفة خاصة لا تتوفر لدى رجال القضاء بطبيعة تخصصاتهم القانونية ومستواهم العلمي، وتكون الخبرة في المسائل الفنية والعلمية وليس في المسائل القانونية.

ويرى الباحث بأن الخبرة هي معلومات فنية صادرة عن أشخاص من ذوي الاختصاص ينصب على واقعة من وقائع الدعوى، وتكون بمثابة الدليل، وتبنى عليها معلومات علمية، فمجالات الخبرة واسعة ومتنوعة ومتعددة نتيجة تعدد العلوم والفنون، وأهمها ما يكون متعلقاً بمحل النزاع، وادعاء كل طرف أن الحق له دون صاحبه، مما يدفع القاضي للاستعانة بمن له علم بواقعة الدعوى ليبيد رأيه فيها بالحياد.

¹. محمد ماجد خلوصي، تقارير الخبرة الفنية، دار الكتب القانونية، مصر، الطبعة الأولى، 2011م، ص46.

². عبد الحميد الشورابي، الإثبات الجنائي في ضوء القضاء والفقه، منشورات المعارف، مصر، 1988م، ص184.

³. أيمن محمد حتمل، شهادة أهل الخبرة وأحكامها، دار الحامد للنشر والتوزيع، الطبعة الأولى، الأردن، 2008م، ص58.

⁴. إلياس أبو عيد، نظرية الإثبات في أصول المحاكمات الجزائية، منشورات زين الحقوقية، الجزء الثالث، بيروت، ص354.

⁵. علي الحديدي، الخبرة في المسائل المدنية والتجارية، دراسة تحليلية مقارنة لخبرة في المسائل المدنية والتجارية في قانون

المرافعات المصري والفرنسي، دار النهضة، القاهرة، ص9.

تقسم الخبرة إلى ثلاثة أنواع هي الخبرة الاتفاقية والاستشارية والقضائية كالتالي¹ :

1- الخبرة الاتفاقية :

وهي الخبرة التي يلجأ فيها أطراف النزاع للخبير ليبيدي رأيه بمسألة فنية مختلف عليها بينهم دون تدخل القضاء، ويترك لتقدير الخصوم وحدهم اللذين يملكون إجراء هذا النوع من الخبرة في أثناء نشوء النزاع أو في أي وقت آخر، وفي هذه النوع لا ينفرد أحد الخصمين باختيار الخبراء، ويعد اتفاق الأطراف هو القول الفعلي بكل ما يتعلق بهذه الخبرة، ولا تلتزم المحكمة بهذا النوع إلا بالقدر الذي يعطيه الاتفاق لها، وإذا لم يحدد الاتفاق قوة هذه الخبرة فللمحكمة أن تستنير بتقرير الخبرة الاتفاقية وأن تأخذ منه بالقدر الذي تشاء أو ترفض ما جاء فيه، ويجوز للمحكمة أن تلجأ لتعيين نفس الخبراء اللذين قدموا الخبرة الاتفاقية، فتقريرهم السابق لا ينقلب في هذا الحالة لتقرير قضائي مالم يحدد الفرقاء قوته باتفاقهم، ويعتدون في حالة تكليفهم بالخبرة أمام المحكمة خبراء معينون لخبرة قضائية، حتى لو قامت المحكمة بتعيينهم باتفاق الأطراف².

2- الخبرة الاستشارية :

هي خبرة لا يشترط فيها قيام صفة الخصوم، ويلجأ إليها خارج مجلس القضاء، وتتمثل في اللجوء إلى أهل التخصص والفن للحصول على النصح والإرشاد في أي موضوع لغاية يقدرها طالبها، كلجوء الخصم في دعوى مرفوعة أمام القضاء إلى أهل التخصص للحصول على معلومات تدعم رأيه وحجته لإعداد دفاع لتأييد رأي الخبير الذي عينته المحكمة³. وبالتالي فإن الخبير الاستشاري لا يجري تصرفات قانونية نيابة عن من يتعاقد معه؛ بل يعطي آراء استشارية، ويجري تصرفات مادية بحتة لا شأن لها بالتصرفات القانونية، حيث نصت المادة (70) من قانون الإجراءات الجزائية على أنه: "للمتهم أن يستعين بخبير استشاري، ويطلب تمكينه من الاطلاع على الأوراق، على ألا يترتب على ذلك تأخير السير في الإجراءات"⁴.

¹. محمد غالب الرحيلي، الخبرة في المسائل الجزائية، دراسة مقارنة بين التشريعين الأردني والكويتي، رسالة ماجستير، جامعة الشرق الأوسط، 2014، ص21.

². بكر عبد الفتاح السرحان، الإثبات بالخبرة وفق القانون الأردني، رسالة ماجستير، الجامعة الأردنية، 1999، ص11.

³. سليمان عبد المنعم، أصول الإثبات في المواد الجنائية، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت، ص88.

⁴. قانون الإجراءات الجزائية رقم (3) لسنة 2001م، منشور بجريدة الوقائع الرسمية، العدد 38، تاريخ 2001/9/5م، ص94، المادة (70).

3- الخبرة القضائية :

هي إجراء تحقيقي يتعهد به القاضي الجنائي لشخص يختص بمهمة محددة تتعلق بوقائع معينة يلزم بحثها ابداء رأي فني أو عملي لا يتوفر لدى الشخص المثقف العادي، ولا يستطيع القاضي الوصول إليها وحده، وتقام أعمال الخبرة أمام الجهات التالية: خبراء مسجلين في الجدول حسب الدور، وخبراء وزارة العدل، والأطباء الشرعيين العاملين في وزارة الصحة أو في غيرها ممن يستعان بهم عند الضرورة¹.
تجدر الإشارة إلى أنه يجوز للقاضي الجنائي الاستعانة بمن يراه من الخبراء عند عدم وجود شخص مختص للموضوع المعروض عليه ويحتاج فيه لرأي خبير، وينتدب الخبراء من أية جهة كانت ويتم اللجوء إليه عند عدم وجود خبراء من الفئات المذكورة.

المطلب الثاني :

الطبيعة القانونية للخبرة القضائية وخصائصها

اختلف الفقه حول الطبيعة القانونية للخبرة إلى ثلاثة آراء هي: أن الخبرة وسيلة لمساعدة القاضي لفهم المسائل الفنية في الدعوى المعروضة عليه، وأنها وسيلة من وسائل الإثبات، وأنها وسيلة لتقدير الدليل كالتالي² :

1- الخبرة وسيلة لمساعدة القاضي :

ترتبط مسألة الخبرة بالقاضي وحده دون غيره، ويحق له اللجوء إليها عندما تعرض عليه مسألة ليست من ضمن اختصاصه وتحتاج لرأي خبير فني، فقد نصت المادة (64) من قانون الإجراءات الجزائية على أنه: " يستعين وكيل النيابة العامة بالطبيب المختص وغيره من الخبراء لإثبات حالة الجريمة المرتكبة، ويقوم الطبيب المنتدب لذلك وغيره من الخبراء باتخاذ الإجراءات اللازمة تحت إشراف الجهة المختصة بالتحقيق، وللمحقق الحضور في أثناء مباشرة أعمال الخبراء، إذا قدر أن مصلحة التحقيق تقتضي ذلك"³. حيث قضت محكمة النقض بقولها: "... والذي نراه وعلى ضوء ما تقدم فإننا نرى وإن كان تقدير البينات والاقتناع بها يعود لمحكمة الأساس، إلا أنه في مجال الخبرة الفنية تستدعي معرفة خاصة ودراسة دقيقة ليكون ذلك أقرب

¹. محمد ماجد خلوصي، مرجع سابق، ص 10

². محمد غالب الرحيلي، الخبرة في المسائل الجزائية دراسة مقارنة بين التشريعين الأردني والكويتي، رسالة ماجستير، جامعة الشرق الأوسط، 2014، ص 2014.

³. قانون الإجراءات الجزائية رقم (3) لسنة 2001 وتعديلاته، مرجع سابق، المادة (64).

للأطمئنان وأبعد عن الريبة، فلها أن تستعين بخبراء لاكتساب الحقيقة الحاسمة لتنير رأيهم أمامها في سبيل الفصل بالدعوى، وهذا يعود لصلاحيه واختصاص المحكمة¹.

يخضع رأي الخبير للقاضي الذي يشرف عليه في حدود مهنته، مما يجعل رأي الخبير بأنه مجرد دليل من أدلة الإثبات التي نص عليها القانون، لكن هذا القول تعرض للنقد بأن رأي الخبير ليس مجرد دليل فقط، وإنما هو حكم يصدر في أمور معينة يتطلب التحري الذي يقوم به القاضي بالرجوع للمصادر الفنية والعلمية، وهو بذلك يؤدي مهمة فكرية تختلف عن مهمة التأكد من صدق أقوال الشهود أو كذبهم بما شهدوا به².

2- الخبرة وسيلة من وسائل الإثبات :

يقوم هذا الرأي على التحقق من عنصرين مهمين للإثبات هما: إثبات وقوع الجريمة وإسنادها لفاعلها، وبالتالي فإن كل وسيلة من الوسائل تساعد في تكوين قناعة القاضي على تحقيق هذين العنصرين أم لا، وبما أنه للقاضي الحرية باستخدام الوسائل المناسبة له لتكوين قناعته، فإن الخبرة أيضاً تهدف لتكوين قناعة القاضي من خلال الأدلة التي تقدمها، وتشير أغلب المصادر القانونية والقضائية بمصطلح البيئة، فقد قضت محكمة التمييز الأردنية بأن: "المادة (2/147) من قانون أصول المحاكمات الجزائية الأردني على أن "البيئة في الجنايات والجنح والمخالفات تقام بجميع طرق الإثبات، ويحكم القاضي حسب قناعته الشخصية"، ومن المعلوم أن رأي الخبير الذي يؤدي بتكليف من المحكمة بعد القسم، يعد بيئة صالحة للحكم؛ لأن الخبرة من وسائل الإثبات القانونية"³.

3- الخبرة وسيلة لتقدير الدليل :

يرى بعض الفقه أن الخبرة القضائية لا تعد وسيلة من وسائل الإثبات الجنائي، وإنما هي وسيلة تستخدم لتقدير دليل قائم قبل إجراء الخبرة، والخبير يقدر هذا الدليل الموجود مسبقاً قبل انتدابه، كالخبير الذي يقدر أهلية الشاهد، وهنا تلعب الخبرة دوراً مهماً في كشف الدليل، وليس فقط تقدير القيمة الثبوتية له⁴.

¹. محكمة النقض الفلسطينية، قرار جزائي رقم 2016/401، الصادر بتاريخ 2016/11/14م.

². كامل السعيد، شرح قانون أصول محاكمات الجزائية، دار الثقافة للنشر والتوزيع، عمان، الطبعة الثالثة، ص769.

³. محكمة التمييز الأردنية، قرار رقم 1986/212، الصادر بتاريخ 1986/3/3م.

⁴. محمد صبحي نجم، قانون أصول محاكمات الجزائية، عمان، 2000، ص220.

وقد قضت محكمة التمييز الكويتية بقولها: إن "الغرض من الخبرة هو الوصول إلى الحقيقة، ولتكون المحكمة على بينة من أمرها في تقدير الأدلة غير مترددة وجازمة"¹.

وهذا الرأي هو المناسب لتحديد الطبيعة القانونية للخبرة القضائية، لأن الخبرة دليل إثبات وحكم فني تقديري، حيث يعاون الخبير القاضي على إصدار الحكم القضائي.

وقد يرى البعض بأن الخبرة والمعاينة طريقة إثبات واحدة، خاصة إن كان كلاهما يهدف للكشف عن حقيقة الجريمة، ويتم اللجوء إليهما بقرار من المحكمة بناءً على طلب الخصوم أو من تلقاء نفسها إذا وجدت الحاجة لذلك، وللمحكمة سلطة تقديرية في إجراءهما أو رفضهما، لكن يجب عليها أن تسبب قرارها عند الرفض، ولا يتطلب كلاهما الانتقال لموقع الجريمة كوقوع جرم مشهود يستوجب عقوبة جنائية، وهذا ما نصت عليه المادة (1/29) من قانون أصول المحاكمات الجزائية الأردني أنه: "إذا وقع جرم مشهود يستوجب عقوبة جنائية، فإنه يجب على المدعي العام أن ينتقل في الحال إلى موقع الجريمة".

لكن الخبرة القضائية تختلف عن المعاينة بأن الأخيرة نصت عليها المادة (150) من قانون البينات بقولها: إنه: "1- يجوز للمحكمة أن تقرر من تلقاء نفسها أو بناءً على طلب أحد الخصوم الانتقال لمعاينة الشيء المتنازع عليه، أو أن تندب أحد قضااتها لذلك. 2- إذا تعلق النزاع بمال منقول وكان نقله ممكناً جاز للمحكمة أو القاضي المنتدب أن يقرر جلبه أمامه لمعاينته، ما لم ير أنه من الأجدي للتحقيق معاينته في مكانه. 3- يبين قرار المعاينة الموعد الذي ستجرى فيه، وجميع الأعمال المتعلقة بها، وإلا كانت المعاينة باطلة"². وبالتالي فإن المعاينة تهدف للبحث عن الأدلة المتعلقة بالجريمة من خلال الانتقال إلى مكان الحادث، وإثبات حالة الأماكن والأشخاص وكل ما يفيد لكشف الحقيقة، ويتم ذلك غالباً في مرحلة المحاكمة؛ أي في مرحلة التحقيق النهائية، ومسألة المعاينة متروكة للسلطة التقديرية للمحكمة.

تتميز الخبرة القضائية بما أنها من وسائل الإثبات الفنية المهمة بمجموعة من الخصائص هي: أن الخبرة القضائية صفة إجرائية وتبعية وفنية واختيارية³.

¹. محكمة التمييز الكويتية، جزاء رقم 1996/184، انظر محمد الرحيلي، مرجع سابق، ص 31.

². قانون البينات الفلسطيني رقم (4) لسنة 2001م، منشور بجريدة الوقائع الفلسطينية، العدد 38، بتاريخ 2001/9/5م، ص 226، المادة (150).

³. حشمان هاشمي، السلطة التقديرية للقاضي الجنائي في تقدير الخبرة، رسالة ماجستير، جامعة الدكتور مولاي طاهر،

سعيدة، 2019، ص 10.

1- الصفة التبعية للخبرة القضائية:

إن الخبرة وسيلة تهدف لإظهار الحقيقة لفض النزاع القائم؛ لأن طلب الخبرة إجراء يقوم به القاضي أو الخصوم لإثبات أو نفي حالة معينة لدعوى قائمة موضوعه في المحكمة، ويجوز اللجوء للخبرة في المسائل الاستعجالية وندب خبير بصفة مستعجلة للانتقال والمعاينة وسماع الشهود لإثبات حالة قبل أن تزول آثارها.

2- الصفة الفنية للخبرة القضائية:

إن الهدف من الخبرة تنوير عقيدة القاضي في وقائع مادية تحتاج لتحقيقات معمقة من أصحاب الخبرة، لذلك فإن الخبرة تكون في الأمور الفنية وليس القانونية، فالمحكمة لا تلتزم باللجوء لأهل الخبرة إلا بالمسائل الفنية البحتة، وهي تتطلب معرفة خاصة من الناحية الفنية أو العلمية، حيث يترتب على الإخلال بذلك بطلان الخبرة، فلا يجوز للقاضي أن ينتدب الخبير لتوضيح المسائل القانونية لأن ذلك عمل خاص به، فالقاضي يكون خبيراً في المسائل المتعلقة بالقانون¹.

3- الصفة الاختيارية للخبرة القضائية:

تتم الاستعانة بالخبراء عن طريق المحكمة، ولها سلطة تقديرية بندب خبير أو أكثر من تلقاء نفسها أو الاستجابة لطلب أصحاب الدعوى، وتقدر المحكمة الأسباب من طرفها دون أي شرط أو ضغط من أي طرف، إلا أنه يجب أن يكون الحكم الصادر بندب الخبير أو رفضه مسبباً من القاضي.

4- الصفة الإجرائية للخبرة القضائية وتعد من تدابير التحقيق، وهي وسيلة الهدف منها الكشف**عن الحقيقة:**

يتمتع الخبير بعدد من الحقوق هي: أنه يحق للخبير أن يأخذ أتعاب تصرف له من قبل المحكمة، وتعتمد على المجهود الذي قام به وبذله في تقريره، وغالباً ما يكون حسب ما يراه القاضي من الجهد المبذول، ويجب على المحكمة أن تمكن الخبير من الاطلاع على الأوراق والتقارير والمضبوطات والصور وكل ماله شأن في مساعدته على الوصول إلى النتيجة المرجوة. ويحق للخصوم رد الخبير وغير مقيدين بإجراءات الرد المعتاد كلما وجدت أسباب قوية تدعو لذلك، ويجب أن يطرح تقرير الخبرة للمناقشة من قبل الخصوم والمحكمة تماشياً مع مبدأ شفوية المحاكمة، لا يجوز للقاضي الاعتماد على أقوال الخبير كشاهد إذا كانت الخبرة باطلة، لأن الخبرة ليست كالشهادة التي هي عبارة عن نقل لصورة

¹. مصفي أحمد حجازي، المسؤولية المدنية القضائية، دار الجامعة الجديدة للنشر، مصر، 2004، ص7.

معينة انطبعت بذهن الشاهد بأحد حواسه، بخلاف الخبرة التي هي عبارة عن تقدير فني لواقعة مادية، ولا يجوز طلب إبداء الرأي بشأن تقرير الإدانة أو البراءة؛ لأن ذلك لا يصدر إلا ممن له ولاية في الفصل بالدعوى، وترك أمر تقدير أتعاب الخبير للمحكمة كما هو مقرر في الرسوم القضائية¹.

المبحث الثاني:

قوة تقرير الخبير في الإثبات الجنائي

لا يستطيع القاضي الجنائي الاستغناء عن مساعدة أهل الخبرة، سواء في مرحلة التحقيق الأولي أم مرحلة التحقيق الابتدائية والنهائية؛ لأن الخبرة تعد عملاً من أعمال التحقيق في القضايا الجزائية²، حيث توجد قوة ثبوتية لقرار الخبير، وبذلك فإنه تم تقسيم هذا المبحث إلى مطلبين، تناول المطلب الأول: سلطة القاضي حول قرار الخبير، وتناول المطلب الثاني: حجية قرار الخبير في الإثبات.

المطلب الأول :

سلطة القاضي حول قرار الخبير

توجد علاقة تربط بين القاضي والخبير فهو مساعد للعدالة من أجل تنوير عقيدة القاضي في المسائل العلمية أو الفنية التي يكون غير ملم بها وتخرج عن طبيعة عمله وتحتاج إلى مهارة أهل الخبرة، ويكون بذلك للقاضي سلطة تقديرية في تقدير قيمة تقرير الخبير، فالمحكمة لها أن تقتنع أو لا تقتنع بقرار الخبير استناداً لمبدأ قناعة القاضي الوجدانية³.

وبالتالي فإن اختيار الكيفية التي سيدلي بها الخبير تتوقف على طبيعة العمل الموكل له وما إذا كان يتطلب إجراء فحوص وتحقيقات فنية معقدة، أم مجرد استشارة، فيمكن للقاضي تعيين خبير ليدلي برأيه

¹. آمال عبد الرحمن حسن، الأدلة العلمية الحديثة ودورها في الإثبات الجنائي، رسالة ماجستير، جامعة الشرق الأوسط، 2012، ص123.

². حسن الجوخدار، شرح قانون أصول المحاكمات الجزائية، دار الثقافة لنشر والتوزيع، عمان، الإصدار الثامن، 2012م، ص360.

³. كامل السعيد، مرجع سابق، ص774.

شفاهه في الجلسة ويثبت رأيه في المحضر، ويمكن أن يطلب منه تقديم رأيه على شكل تقرير مكتوب، وهذا يعمل على سرعة البت في الدعاوى التي تكتفي بأن يدلي الخبير برأيه أمام القضاء¹.

وتجدر الإشارة إلى أنه بالقانون المصري يلجأ القاضي للخبرة على أساس أن الفني متمثل بالخبير بغض النظر عن المهام الموكلة له، إلا أن ذلك يختلف في القانون الفرنسي حيث لا يلجأ القاضي للخبير إلا إذا كانت المعاينة أو الاستشارة غير كافية لتتوير عقيدة القاضي.

يجب على الخبير أن يحرر محضراً بأعماله يشتمل على الأعمال التي قام بها، ببيان حضور الخصم وأقوالهم وملاحظاتهم، وأقوال الأشخاص الذين سمعهم من تلقاء نفسه، أو بناءً على طلب الخصوم والمستندات التي اطلع عليها، ويكون هذا التقرير ملخص نتيجة أعمال الخبير ورأيه فيها ويسبب رأيه فيها، ويجب على القاضي التأكد من عدم تجاوز الخبير للمهام الموكلة إليه، ويراقب تطبيق مبدأ المواجهة والتزامه بعمله وتقديم رأيه بموضوعية وحياد، وإذا لم يحرر الخبير محضراً بذلك واكتفى بالتقرير، فإنه يترتب على ذلك بطلان التقرير².

وأخيراً فإن رأي الخبير لا يعدو أن يكون عنصراً من عناصر الإثبات التي تخضع لتقدير المحكمة، وهي ليست مقيدة بما أثبتته الخبير ولا بالنتائج التي توصل إليها، ويحق للخصوم مناقشة الخبير بالنقد أو التأييد بما جاء في تقريره، وللقاضي أن لا يأخذ برأي الخبير أو آراء الخبراء جميعهم، وله أن يأخذ ببعضها دون البعض، وله الحق في استبدال الخبير الذي ندبه استناداً لنص المادة (69) من قانون الإجراءات الجزائية التي نصت على: "يقدم الخبير تقريره مسبباً ويوقع على كل صفحة منه". ويجب على القاضي أن يبين سبب ذلك كله في حكمه.

وعلى الرغم من أن السلطة التقديرية التي يتمتع بها القاضي ومدى رقابته القانونية على رأي الخبير، إلا أن لهذه السلطة حدوداً ويوجد ضوابط تحكم عمله، منها: التأكد من مدى تناسق التقرير مع الأدلة الأخرى المقدمة في الدعوى كالشهادة والاعتراف مثلاً، ولا يجوز للقاضي أن يأخذ بتقرير الخبير إلا بعد عرضه في الجلسة ومناقشته من قبل الخصوم تطبيقاً لمبدأ شفافية المحاكمة³.

¹. سحر إمام، دور القاضي في الإثبات، دراسة مقارنة، جامعة المنوفية، كلية الحقوق، دار الفكر الجامعي، الإسكندرية، 2007م، ص533.

². سحر إمام، مرجع سابق، ص536.

³. كامل السعيد، مرجع سابق، ص774.

وبالتالي فإن التقرير الناتج عن فحوصات وتحاليل الوقائع محل الخبرة، ومن أقوال الخصوم والمستندات وأقوال الشهود لا يكون له أية حجية قانونية ملزمة في فصل النزاع، وأن تقرير الخبرة لا يخرج أثره عن كونه أداة تعمل على تنوير قناعة القاضي.

المطلب الثاني :

حجية قرار الخبير في الإثبات.

احتل دور الخبير الصدارة في الإثبات الجنائي نتيجة التقدم العلمي، وللقاضي أن يعتمد على رأي الخبير دون شك أو تردد، وبالتالي فإن الخبير هو: كل شخص له دراسة خاصة بمسألة من المسائل يتطلب حلها معلومات خاصة لا يأنس القاضي من نفسه الكفاية العلمية أو الفنية له، كما أن الحاجة إلى تعيين سبب الوفاة أو معرفة تركيب مادة مشتبه في أنها سامة أو مغشوشة أو تحقيق كتابة مدعى بتزويرها، وهو شخص غير موظف في المحكمة له معلومات فنية خاصة يستعين القضاة برأيه في المسائل التي تستدعي التحقيق فيها كالهندسة والطب والزراعة والكيمياء، فهو من أعوان القاضي يخضع لتصرفه ومعارف، وهو ذو كفاءة علمية وعملية وصاحب دراية فنية خاصة¹.

إذا اعتمدت المحكمة تقرير الخبير الذي انتدبته وكان مستوفياً كافة الإجراءات القانونية، فإنه يصح أن يكون سبباً للحكم في مواجهة كافة الخصوم في الدعوى، ويكون له قوة السند الرسمي الذي لا يجوز الطعن فيه إلا بالتزوير، وقد قضت محكمة التمييز الأردنية بأنه: "... من المعلوم أن رأي الخبير الذي يؤديه بتكليف من المحكمة بعد القسم بينة صالحة للحكم، لأن الخبرة من وسائل الإثبات القانونية، أما إذا انتقلت الخبرة في المكلف بإبداء رأيه فلا يعد لرأيه قيمة قانونية، لأن آراء الناس ليست من وسائل الإثبات القانونية ولو أديت بعد القسم"².

وبما أن تقرير الخبير سند رسمي فإن له حجية على الكافة بما دون فيه في حدود مهمته، مالم يتبين بأنها مزورة، والصفة الرسمية تثبت بما أقره الخبير في محضر أعماله، وفي تقريره من أمور قام بها، وبالتالي فإنه لا يقبل طلب الإحالة إلى التحقيق لإثبات عدم صحة التقرير في البيانات المدونة فيه متى كان إثباتها داخلاً في حدود مهنته، أما بالنسبة لما يثبتته الخبير في الأمور الخارجة عن حدوده التي يدلي بها في

¹. إبراهيم سليمان القطاونة، المسؤولية الجزائية للخبير القضائي في نطاق خبرته، دراسة مقارنة، منشور في مجلة علوم

الشريعة والقانون، المجلد 41، الملحق 3، 2014م، ص963.

². محكمة التمييز الأردنية، قرار جزاء رقم 1986/120م، الصادر بتاريخ 1986/7/10م.

المحكمة، فإنها تفقد صفة السند الرسمي، ويجوز للخصوم مناقشة ذلك بكافة الوسائل¹. فمثلاً إذا دفع أحد الخصوم بأنه لم يحضر أمام الخبير في الموعد المحدد له، لأنه كان في هذا التاريخ خارج البلاد وقدم جواز سفر وأدلة تثبت ذلك، فهنا تقرير الخبير يفقد مصداقيته، ويجب على المحكمة استبعاد هذا التقرير من نطاق الأدلة في الدعوى.

يحتج بالخبرة على كل من كان طرفاً في الدعوى التي تم انتداب الخبير فيها، إلا أنه لا يمكن الاحتجاج بها على الغير الذي لم يكن طرفاً في الدعوى، ولا على من أدخل في الدعوى بعد انتهاء عملية الخبرة، وبالتالي فإن الخبرة تسري بحق من حضرها، أو دعي إلى حضورها، ويجوز للمحكمة الاستناد على تقرير الخبير المقدم بدعوى سابقة كانت بين نفس الخصوم، ولو اختلفت عن النزاع المعروض أمامها، طالما أن تلك الدعوى ضمت لملف النزاع².

وبالتالي فإن تقرير الخبير يعد دليلاً من أدلة الإثبات، ويترتب على من قدم التقرير مصلحة الاحتجاج به لإثبات ادعائه أو دفاعه عنه، وله أن يتمسك بكافة الحجج التي بنى عليها الخبير تقريره، ويحق للخصوم الدفع ببطلان عمل الخبير إذا شابه عيب، ويجوز له الطلب من المحكمة استدعاء الخبير لمناقشته³.

¹. محمد توفيق إسكندر، الخبرة القضائية، دار هومة للنشر والتوزيع، الطبعة الرابعة، مصر، 2006، ص 83.

². محمد الرحيلي، مرجع سابق، ص 115.

³. عبد الحكيم فودة، موسوعة الإثبات في المواد المدنية والتجارية والشرعية، دار المطبوعات الجامعة، مصر، ص 1069.

الخاتمة :

تعد الخبرة القضائية من أهم الإجراءات المساعدة للقاضي الجنائي في الإثبات، والتي يأمر بها القاضي في ظروف خاصة وشروط معينة، بقصد إجراء تحقيق في مسائل فنية لا يمكن للمحكمة أن تثبت في النزاع المعروض عليها دون توضيح بعض المسائل، أو النقاط الفنية البحتة من الأشخاص ذوي المعارف الخاصة؛ كي يستطيع الحكم فيها وضميره مرتاح، وبالتالي فإنني وصلت لمجموعة من النتائج والتوصيات هي:

أولاً: النتائج

- 1- تعد الخبرة وسيلة من وسائل الإثبات، وهي الإخبار عن حقيقة الشيء المتنازع فيه بطلب من القاضي، وتقسم إلى ثلاثة أنواع هي: الخبرة الاتفاقية، والاستشارية، والقضائية.
- 2- اختلف الفقه حول الطبيعة القانونية للخبرة إلى ثلاثة آراء هي: أن الخبرة وسيلة لمساعدة القاضي لفهم المسائل الفنية في الدعوى المعروضة عليه، وأنها وسيلة من وسائل الإثبات، وأنها وسيلة لتقدير الدليل.
- 3- إن رأي الخبير لا يعدو أن يكون عنصراً من عناصر الإثبات التي تخضع لتقدير المحكمة، وهي ليست مقيدة بما أثبته الخبير ولا بالنتائج التي توصل إليها، ويحق للخصوم مناقشة الخبير بالنقد أو التأييد بما جاء في تقريره، وللقاضي أن لا يأخذ برأي الخبير أو آراء الخبراء جميعهم، وله أن يأخذ ببعضها دون البعض، وله الحق في استبدال الخبير الذي ندبه.
- 4- في القانون المصري يلجأ القاضي للخبرة على أساس أن الفني متمثل بالخبير بغض النظر عن المهام الموكلة له، إلا أن ذلك يختلف في القانون الفرنسي حيث لا يلجأ القاضي فيه للخبير إلا إذا كانت المعاينة أو الاستشارة غير كافية لتتوير عقيدة القاضي.
- 5- يتمتع القاضي بسلطة تقديرية واسعة في الأخذ بتقرير الخبير أو عدم الأخذ به، ولا رقابة عليه من محكمة النقض طالما أنه أسس حكمه على أسباب سائغة ومقبولة قانوناً.

ثانياً: التوصيات.

- 1- ضرورة خضوع القضاة لدورات فنية متخصصة في مجال التعامل مع الأدلة العلمية الحديثة والفنية.
- 2- ضرورة انتداب القاضي أو المحكمة عدداً فردياً من الخبراء؛ لأن ذلك يفيد عند اختلاف الآراء لحسم الخلاف.
- 3- ضرورة النص صراحةً على وجوب حضور المحكمة لأعمال الخبرة ودعوة الخصوم لحضور أعمال الخبير.

قائمة المصادر والمراجع

أولاً: القرآن الكريم.

ثانياً: التشريعات والقوانين.

- قانون الإجراءات الجزائية رقم (3) لسنة 2001م، منشور بجريدة الوقائع الرسمية، العدد 38، بتاريخ 2001/9/5م.
- قانون البينات الفلسطيني رقم (4) لسنة 2001م، منشور بجريدة الوقائع الفلسطينية، العدد 38، بتاريخ 2001/9/5م، ص 226.

ثالثاً: الكتب

- ابن منظور، لسان العرب، باب الرء، فصل الخاء، مادة الخبر.
- ابراهيم سليمان القطاونة، المسؤولية الجزائية للخبير القضائي في نطاق خبرته، دراسة مقارنة، منشور في مجلة علوم الشريعة والقانون، المجلد 41، الملحق 3، 2014م، ص 963.
- أبو الدرداء، صحابي من الأنصار يلقب بحكيم الأمة، توفي في مصر، سنة 1972م، 32هـ.
- إلياس أبو عيد، نظرية الإثبات في أصول المحاكمات الجزائية، منشورات زين الحقوقية، الجزء الثالث، بيروت.
- آمال عبد الرحمن حسن، الأدلة العلمية الحديثة ودورها في الإثبات الجنائي، رسالة ماجستير، جامعة الشرق الأوسط، 2012.
- أيمن محمد حتمل، شهادة أهل الخبرة وأحكامها، دار الحامد للنشر والتوزيع، الطبعة الأولى، الأردن، 2008م.
- بكر عبد الفتاح السرحان، الإثبات بالخبرة وفق القانون الأردني، رسالة ماجستير، الجامعة الأردنية، 1999.
- حسن الجوخدار، شرح قانون أصول المحاكمات الجزائية، دار الثقافة لنشر والتوزيع، عمان، الإصدار الثامن، 2012م.
- حشمان هاشمي، السلطة التقديرية للقاضي الجنائي في تقدير الخبرة، رسالة ماجستير، جامعة الدكتور مولاي طاهر، سعيدة، 2019.

- سحر إمام ، دور القاضي في الإثبات، دراسة مقارنة، جامعة المنوفية، كلية الحقوق، دار الفكر الجامعي، الإسكندرية، 2007م.
 - سليمان عبد المنعم، أصول الإثبات في المواد الجنائية، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت.
 - عبد الحميد الشورابي، الإثبات الجنائي في ضوء القضاء والفقه، منشورات المعارف، مصر، 1988م.
 - عبد الحكيم فودة، موسوعة الإثبات في المواد المدنية والتجارية والشرعية، دار المطبوعات الجامعة، مصر.
 - عبد الرزاق السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني الجديد الأول، نظرية الالتزام بوجه عام، منشورات الحلبي الحقوقية، لبنان، 1998م.
 - علي الحديدي، الخبرة في المسائل المدنية والتجارية، دراسة تحليلية مقارنة لخبرة في المسائل المدنية والتجارية في قانون المرافعات المصري والفرنسي، دار النهضة، القاهرة.
 - كامل السعيد، شرح قانون أصول محاكمات الجزائية، دار الثقافة للنشر والتوزيع، عمان، الطبعة الثالثة.
 - محمد صبحي نجم، قانون أصول محاكمات الجزائية، عمان، 2000
 - محمد على السالم الحلبي، الوجيز في أصول المحاكمات الجزائية، دار الثقافة، عمان، الطبعة الأولى، 2009.
 - محمد غالب الرحيلي، الخبرة في المسائل الجزائية، دراسة مقارنة بين التشريعين الأردني والكويتي، رسالة ماجستير، جامعة الشرق الأوسط، 2014.
 - محمد ماجد خلوصي، تقارير الخبرة الفنية، دار الكتب القانونية، مصر، الطبعة الأولى، 2011م.
 - محمود نجيب حسني، شرح قانون العقوبات، القسم العام، دار النهضة العربية، القاهرة، 1989م.
 - مصطفى أحمد حجازي، المسؤولية المدنية القضائية، دار الجامعة الجديدة للنشر، مصر، 2004.
- رابعاً: الاجتهادات القضائية**
- محكمة التمييز الكويتية، جزاء رقم 184/1996.
 - محكمة التمييز الأردنية، قرار رقم 1986/212، الصادر بتاريخ 1986/3/3م.
 - محكمة النقض الفلسطينية، قرار جزا رقم 2016/401، الصادر بتاريخ 2016/11/14م.

حق المساهم في الرقابة على الشركة المساهمة العامة

The Shareholder's Right to Monitor the Public Joint-Stock Company

أ. أماني الفراحين

ماجستير قانون خاص/فرع قانون الأعمال
قانونية لدى هيئة تسوية الأراضي والمياه الفلسطينية

حق المساهم في الرقابة على الشركة المساهمة العامة

The Shareholder's Right to Monitor the Public Joint-Stock Company

أ. أمانى الفراحين، ماجستير قانون خاص/فرع قانون الأعمال

قانونية لدى هيئة تسوية الأراضي والمياه الفلسطينية

alfrahinamani@gmail.com

تاريخ النشر: 2024-01-07

تاريخ القبول: 2023-10-17

تاريخ الاستلام: 2023-08-07

DOI: <https://doi.org/10.70411/MJLS.2.1.202470>

المُلخَص:

تناولت الدراسة موضوع حق المساهم في الرقابة على الشركة المساهمة العامة، كونه موضوعاً ذا أهمية في معرفة وبيان حقوق المساهمين في شركة المساهمة التي تتجاوز الرقابة والتصويت ومن أجل جذب المستثمرين إلى قطاع شركات، حيث عرضت حقوق المساهم في الرقابة وطبيعة الإعلام وآلية الاطلاع على الوثائق أحد الحقوق المترتبة له، ليكون المنهج المتبع الوصفي التحليلي للقواعد القانونية الخاصة بقرار بقانون بشأن الشركات مع إضافة المقارنة مع المشرع الأردني، لتكون أهم النتائج التي تخلصت إليها الدراسة من خلال بيان القرار بقانون بشأن الشركات الفلسطيني رقم (42) لسنة (2021) الذي لفت الأنظار حول حقوق المساهم بشكل عام دون تخصيص، حيث أعطى الحق لكل مساهم الاطلاع دون اشتراط تملكه لعدد معين من الأسهم أو مضي مدة معينة على اكتسابه صفة العضوية في الشركة، وعليه فإن مفهوم مبدأ المساواة بين المساهمين تجده متجسداً في هذا الحق واعتبره حقاً مكفولة بموجب القانون للجميع، لتجد أن أبرز التوصيات تخصيص المشرع الفلسطيني باباً خاصة بالمساهمين في الشركات وبيان حقوقهم وواجباتهم وليس الذكر على سبيل العموم.

الكلمات المفتاحية: حق الرقابة؛ حق المساهم؛ شركة المساهمة العامة؛ التصويت؛ الإطلاع.

Abstract

The study addressed the topic of the shareholder's right to oversee the Public Joint Stock Company, highlighting it as a significant aspect in understanding and delineating the rights of shareholders within the Public Joint Stock Company. These rights extend beyond mere oversight and voting, serving as a mechanism to lure investors to the corporate sector. Shareholders' rights to supervision, the nature of disclosures, and the methods for accessing documents stand as some of their pivotal rights. Employing a descriptive analytical approach to scrutinize the legal rules set forth in the company law, along with a comparative analysis involving the Jordanian legislature, the study fundamentally focused on the stipulations of the Palestinian Company Law No. 42 of 2021. This law notably delineates the general rights of shareholders without specific allocations, thereby embodying the principle of equality among shareholders within this right, and recognizing it as a legally protected entitlement for all. As a consequence, one of the most significant recommendations emerging from the study is urging the Palestinian legislature to dedicate a section exclusively to shareholders in companies, explicitly detailing their rights and responsibilities, rather than offering a generalized mention. **Keywords:** Right of censorship, Shareholder's right, Public Shareholding Company, Voting, Access.

مقدمة:

تعد شركات المساهمة العامة من أهم أنواع الشركات التي يكن لها نتاج اقتصادي على المجتمع الفلسطيني بشكل واضح لتكن تجمعاً واضحاً وكبيراً لرؤوس الأموال¹، حيث ينقسم رأسمال هذه الشركات إلى حصص متساوية يعبر عنها بمصطلح أسهم لصالح كل شريك فيها، ليكن لكل شريك مسؤولية محدودة نتاج هذه الأسهم..

يعد البناء القانوني للشركة المساهمة العامة وفقاً للمفاهيم الشركات تنقسم الإدارة فيها على أساس نظام الهيئات ويحدد اختصاص كل هيئة منها، بحيث أن الهيئة العامة للشركة لها حق وضع السياسة العامة للشركة والرقابة على نشاطها، والهيئة العامة أوكلت مجلس الإدارة الفعلية للشركة وذلك خصيصاً بعد تعرض العالم للأزمات المالية التي أوجبت على المشرع إعطاء المساهمين حقهم في الرقابة على حصصهم في الشركات المساهمة العامة².

وبالتالي يكون للمساهم في شركة المساهمة العامة خياران إما المشاركة الفعلية في إدارة الشركة عن طريق انتخابه عضواً في مجلس الإدارة، أو عن طريق مباشرة الرقابة على إدارة الشركة من خلال مشاركته في الاجتماعات التي تقدمها الهيئة العامة (الجمعية العامة) وهنا تختلف المسميات في القوانين منهم من اعتبرها هيئة عامة ومنها جمعية عامة، والتصويت على القرار.

إشكالية البحث:

إن إصدار قرار بقانون الشركات الفلسطيني الجديد كان له دور في هذا البحث، نظراً لعدم حدوث أي من السوابق القضائية بالتالي نجد مشكلة في طرح وتفسير بعض من مواده، لذا تتمحور الإشكالية حول مدى نجاعة قانون الشركات الفلسطيني في إعطاء الحق للمساهم بالرقابة على الشركة المساهمة العامة في ظل الحفاظ على السرية المطلقة في الشركات المساهمة العامة ؟

تساؤلات الدراسة :

- مدى فعالية قرار بقانون الشركات الفلسطيني في إعطاء المساهم حقوقه في الإعلام والاطلاع والرقابة؟

¹. المنزلاي، عباس حلمي. "القانون التجاري، الشركات التجارية"، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر. 1988، ص80.

². جهلول، عمار حبيب، النظام القانوني لحوكمة الشركات، ط1، دار نيروز، منشورات زين الحقوقية، لبنان،

- مدى رقعة الرقابة الموجودة لدى المساهم للاطلاع على الوثائق؟
 - الاطلاع وصوره وطرقه هل أعطت الحرية الكافية لحماية المساهم؟
- أهمية البحث:**

تتبع أهمية هذا البحث من حيث التعمق بالحديث عن حقوق المساهمين في شركة المساهمة التي تتجاوز الرقابة والتصويت ومن أجل جذب المستثمرين إلى قطاع شركات المساهمة ولما ترتب عليها، كون يعد حق المساهم في شركات المساهمة العامة في الرقابة من أهم الحقوق التي يتجلى القول إن نتائج التقسيم الإداري لهذه الشركات يكن الأضعف حيث تنقسم هذا النوع من الشركات إلى القائمون على إدارة الشركة وهم الجهاز التنفيذي للشركة والشق الثاني هم الشركاء (الجمعية العامة) الذين يعطوا الإدارة مهمة القيام بالمهام؛ لذا يستوجب القول إن الأهمية تتبع من خلال إظهار البحث حيثيات إعطاء المساهم حقه في الرقابة على شركة المساهمة العامة من جانب نظري، أما الأهمية العملية فتدور حول إعطاء هذه الدراسة نقاطاً مهمة للمستثمرين حول اطلاعهم على حقوقهم من خلال بيان آلية الاطلاع والرقابة على الشركة، كون هذا النوع من الشركات الأكثر أهمية في المجال الاقتصادي.

أهداف البحث:

1. التعرف على حقوق المساهم.
2. التعرف على حق المساهم في الرقابة.
3. تعرف على طبيعة الأعلام للمساهم
4. توضيح آلية الاطلاع على وثائق الشركة
5. صور الاطلاع على وثائق الشركة

منهجية البحث:

اتبعت الباحثة في هذا البحث المنهج الوصفي لبيان حقوق المساهم والتحليلي لقرار بقانون بشأن الشركات والآراء الفقهية، ومن ثم المقارن لبعض من النصوص القانونية التي تخص الرقابة على شركات المساهمة وحق المساهم فيها.

المطلب الأول :

المساهم في شركات المساهمة العامة والجمعيات العامة

إن امتلاك الأسهم في الشركة المساهمة يجعل من مالك هذه الأسهم "مساهم" وبمجرد ارتباط اسمه بهذه الأسهم يصبح له حقوق متصلة به وليدة هذه المشاركة، حيث أن وجود هذا المساهم هو من يجعل الشركة لها وجود وكيان، بالتالي إن المفهوم العام للمساهم يأتي من الطبيعة القانونية للمركز القانوني للمساهم في الشركة، صفة المساهم حيث أنه بالمعنى العام لم يكن هناك الإلمام واضحاً على تعريف المساهم، وبقي الأمر متروكاً للفقهاء، حيث أن القانون لم يسعفاً في إيجاد تعريف واضح وصريح للمساهم، لذلك لا بد لنا من معرفة المعنى الصريح والواضح للمساهم ولحق الاطلاع من خلال الفرع الأول:

الفرع الأول :

تعريف المساهم في شركة المساهمة العامة

لم يرد تعريف للمساهم في قرار بقانون بشأن الشركات الفلسطينية رقم (42) لسنة 2021 وقانون الشركات الأردني¹، وقانون التجارة الأردني المطبق في الأراضي الفلسطينية رقم (12) لسنة (1966) م، ومعظم القوانين العربية والأجنبية لم تورد تعريفاً محدداً ودقيقاً لبيان من هو المساهم، إلا أن هنالك العديد من المحاولات التي بذلها الفقه لتحديد ما المقصود بلفظ المساهم، غير أنه لم يتفق بشأن إيراد تعريف محدد لها، فيعرفه أحدهم "أن المساهم هو من سجل اسمه في سجل المساهمين"² والذي يعد تسجيل السهم هو الذي يكسبه ويعطيه هذه الصفة، ويعرف البعض الآخر المساهم على أنه "هو كل من يملك سهماً أو أكثر من أسهم الشركة، سواء أحصل عليها عن طريق الاكتتاب فيها عند بدء تكوين الشركة أم آلت إليه ملكيتها بعد تأسيسها بأية طريقة من طرق اكتساب الملكية"³.

أما من ناحية فقهية فقد قام بعض من الفقهاء القانون بتعريف مصطلح (المساهمين) لتشتمل جميع الأعضاء في الشركة من مؤسسين موقعين على عقدها ومكتتبين على أسهمها عند تأسيسها، أو زيادة رأس مالها ومن مكتتبين على ملكية أسهم فيها بأي سبب آخر من أسباب كسب الملكية (بيع، هبة، ميراث،

¹. قانون الشركات الأردني رقم 022 لسنة (1997) وتعديلاته، المنشور على الجريدة الرسمية عدد (4204) بتاريخ 1997/5/15.

². الشاوي، خالد. شرح قانون الشركات التجارية العراقي، مطبعة الشعب، بغداد، ط 1. 1968، ص 327.

³. الزيتي، علي. أصول القانون التجاري النظرية العامة والشركات، ج 2. دار النهضة المصرية، القاهرة، 1945. ص 268.

وصية...الخ، مهما كان عدد الأسهم التي يملكها الواحد منهم فيها¹. يُلاحظ من هذا التعريف أنه الأكثر شمولاً لتعريف معنى المساهم من التعريف الأول لما فيه من شمولية للفظ المساهم.

الفرع الثاني:

ماهية الجمعيات العامة في شركة المساهمة العامة

إن الجمعيات العامة إذا ما حاولنا تعريفها نجد بأنها: هي الجهاز الذي تسير فيه المداولات التي تخص الشركة المساهمة، وبالتالي هي الجهاز الأعلى في الشركة المساهمة كونها تختص بعدة اختصاصات ومهام تخص الشركة، حيث أن قرار بقانون الشركات الفلسطيني لسنة 2021 لم ينص على تعريف صريح للجمعيات العامة، لقد ذكر الجمعيات العامة العادية وغير عادية في فحوى مواد (104) لغاية (105)، وتحدث عن اختصاص كل منهما، فتوجد جمعيات عامة عادية وغير عادية، فالجمعيات تختلف حسب اختصاص ونوع كل منهما بحيث يترتب على الجمعية العامة العادية حسب المادة رقم (104)، من قرار بقانون الشركات الفلسطيني التي تنص على اختصاص الهيئة العامة العادية².

¹. املي، أكرم. الوجيز في شرح القانون التجاري، ج2، شركة الطبع والنشر الأهلية، بغداد. 1968، ص246.

². حيث نصت المادة (104) من قرار بقانون بشأن الشركات الفلسطيني لسنة 2021 على "أ. تملك الهيئة العامة صلاحية اتخاذ القرارات في كافة الأمور المتعلقة بالشركة ما لم ينص النظام الداخلي للشركة على خلاف ذلك ويجوز للهيئة العامة إصدار تعليمات مباشرة لإدارة الشركة.

ب. تتمتع الهيئة العامة في اجتماعها العادي بكافة الصلاحيات الضرورية للنظر في جميع الأمور المتعلقة بالشركة ومناقشتها واتخاذ القرارات المناسبة بشأنها ويندرج في جدول أعمالها الأمور الآتية:

1. تلاوة محضر الاجتماع السابق للهيئة العامة.

2. التقرير السنوي لمجلس الإدارة عن أعمال الشركة خلال السنة المنصرمة بالإضافة إلى الخطط المستقبلية للشركة.

3. الميزانية السنوية وحساب الأرباح والخسائر والقرار الخاص بالأرباح التي يقترح مجلس الإدارة توزيعها بما في ذلك الاحتياطات والمخصصات التي نص القانون ونظام الداخلي للشركة على اقتطاعها.

4. انتخاب المديرين ومجلس إدارة الشركة حسب واقع الحال. . انتخاب مدقق حسابات الشركة للسنة المالية المقبلة وتحديد أتعابهم أو تفويض مجلس الإدارة بتحديد في الأحوال التي تخضع فيه حسابات الشركة للمراجعة من قبل مدقق حسابات مستقل.

5. تخصيص الأرباح والخسائر بناء على تتسبب من المدير أو مجلس الإدارة.

6. اقتراحات الاستدانة والاقتراض والرهن وإعادة الكفالات أو كفالة التزامات الغير بما فيها الشركات التابعة للحد الذي لا تكون فيه تلك الصلاحيات من اختصاص المدير أو مجلس الإدارة بموجب النظام الداخلي للشركة "

بالتالي تم تحديد صلاحيات الهيئة العادية بشكل حصري بموجب هذا القانون ، وإذا بحثت الباحثة حول الجمعيات العامة والهيئة العامة العادية تجد بأن الأمور التي تسلط عليها الضوء لا تستدعي تعديلاً للنظمة¹، أما بخصوص الجمعيات العامة غير العادية فإن اختصاصاتها وردت على سبيل الحصر في ذات القرار بالقانون المادة رقم (105)²، بالتالي وبالرجوع إلى نصوص المواد القانونية نجد بأنها كانت محددة لآلية عمل الهيئات العادية وغير العادية وتم حصرها وذكرها بهذه المواد ، وإذا ما تحدثت الباحثة

¹. انظر المادة رقم (199) من مسودة قانون الشركات رقم 7 لسنة 2012 الفقرة (ا) منه التي تنص على " تختص صلاحيات الهيئة العامة للشركة المساهمة العامة في اجتماعاتها العادية النظر والمناقشة واتخاذ القرارات المناسبة في جميع الأمور التي تتعلق بالشركة "

². حيث أشارت المادة (105) من قرار بقانون بشأن الشركات الفلسطيني لسنة (2021) إلى "تمتلك الهيئة العامة غير العادية صلاحية اتخاذ القرارات في كافة الأمور المتعلقة بالشركة ما لم ينص النظام الداخلي للشركة على خلاف ذلك ويجوز للهيئة العامة إصدار تعليمات مباشرة لإدارة الشركة .

1. تعديل النظام الداخلي للشركة.
2. تعديل اسم الشركة أو غاياتها
3. زيادة أو تخفيض رأس مال الشركة وتحديد مقدار علاوة الإصدار أو خصم الإصدار، على إن تراعى عند التخفيض الأحكام المتعلقة بتخفيض رأس المال المنصوص عليها في هذا القانون، وعلى إن يتم تحديد طريقة زيادة رأس المال في حالة الزيادة.
4. الاندماج أو الانقسام.
5. حل الشركة .
6. عزل المدير ومجلس الإدارة .
7. عزل مدقق الحسابات في حال وجود مدقق حسابات للشركة .
8. بيع خمسين بالمائة أو أكثر من موجودات الشركة سواء أكان ذلك بعقد واحد أم عدة عقود ، إلا إذا كان التصرف فيها يقع ضمن أهداف الشركة وغاياتها .
9. تملك خمسين بالمائة أو أكثر من موجودات شركة أخرى سواء أكان ذلك يعقد واحد أم عدة عقود إلا إذا كان التملك والشراء ضمن أهداف الشركة أو وجود نص في النظام الداخلي للشركة على خلاف ذلك .
10. تبني سياسة للمكافآت لإدارة الشركة و/أو موظفيها من خلال الحوافز ، مثل التوزيع عليهم من أسهمها، إصدار السندات من خلال خطة خيار شراء الأسهم وأنواع أخرى من الحوافز .
11. تحويل الشركة إلى شركة من نوع آخر وفقاً لأحكام القانون.
12. أي أمر آخر لا يدخل ضمن اختصاص الهيئة العامة العادية.

عن القانون الجزائري المقارن نجد بأن كانت نصوص مواده قريبة من المشرع الفلسطيني بحيث كانوا في الجمعيات العادية يتناقش المساهمون ويصوتون على مسائل تتعلق بانتخاب الأعضاء ومجلس الرقابة¹، بحيث أن الجمعية غير العادية لا يمكنها القيام بالسلطات والاختصاصات التي منحها القانون صراحة لأجهزة أخرى .

المطلب الثاني :

حقوق القانونية للمساهم في الشركات العامة

إن المساهم في الشركات العامة يسن له حقوق قانونية تتمثل في حق التصويت، وحق الإطلاع، وحق الحضور وله حقوق قضائية يندرج منها حقه في مقاضاة الشركة وتقديم الأسئلة والاستجواب؛ لذا يختص هذا البحث في بيان حقوق المساهم التي من شأنها بيان مدى رقابته على شركات العامة ولهذا يتمحور هذا المطلب في التفرع إلى الحقوق القانونية التي من شأنها تمثل الرقابة على الشركة المساهمة العامة بالتالي:

الفرع الأول:

حق المساهم المشاركة والتصويت في الجمعيات العامة

إن السلطة الرئيسة والعليا في أية شركة هو المساهم بحيث هو ما يمتلك رأس المال وهو المسؤول والمستفيد من الربح والخاسر من فشلها، لذلك هو الأحق في إدارة شؤون الشركة ومعرفة مسيرتها في كل المراحل وفي كافة الأمور التي من شأنها تغيير مسار عملها .

بحيث تتكون الهيئات العامة من عدة حسب نص المادة رقم 98 من قرار بقانون بشركات الفلسطيني لسنة 2021 حيث نصت على "تتكون الشركة الهيئات العامة 1. الهيئة العامة 2. مدير أو أكثر أو مجلس إدارة لا يقل عن ثلاثة أعضاء، ويمكن أن يكون المدير أو أعضاء المجلس الإدارة من غير المساهمين في الشركة 3. مفوض أو والمفوضين بالتوقيع عن الشركة، أو يمكن أن يكون المفوض بالتوقيع المدير ذاته كما يمكن أن يكون المفوضون بالتوقيع من بين أعضاء مجلس الإدارة أو غيرهم"² .

لتكن مشاركة المساهم على مختلف أنواع الهيئات والجمعيات لا يكن له تأثير كبير على الرغم من هذا الاختلاف، لكن لا يوجد اختلاف جوهري في الحقيقية في الهدف، فمشاركة المساهم في هذه الجمعيات من

¹ . وكذلك للجمعية التأسيسية نفس السلطة ، انظر المواد 662+11،6 من القانون التجاري الجزائري المعدل .

² . نص المادة (98) من قرار بقانون رقم (42) لسنة (2021) بشأن الشركات الفلسطينية .

الأمر التي يقف عندها المساهم، فهو حق له كونه يمثل حصة أو سهماً أو رأس مال، لذلك فإن استدعاء المساهم للمشاركة في إحدى هذه الجمعيات يعد حقاً أصلياً مرتبطاً به، كونه أيضاً رقيباً على الشركة وهذا من باب حقه في الرقابة على الشركة، وهذا حق من الحقوق الأساسية المقر بها والمُعترف بها للمساهمين والمستثمرين، ولكن حق المساهم في المشاركة في الشركة في الواقع العملي مرتبط بكونه مالكا للحصص وأسهم في الشركة أكبر، وهذا عكس نظام الحوكمة¹ في الشركات الذي يعمل على إصلاح هذه الشركات من أجل فصل النسبة في الإدارة.

لتكن مراحل استدعاء المساهم حسب نصوص قرار بقانون الشركات الفلسطيني²، يأتي دور المساهم في المشاركة في الرقابة على أمواله، وذلك يتمثل في جعل المساهم له حق في اتخاذ القرارات الخاصة بالشركة، والحق في المناقشة وطرح الأسئلة وطلب كل التوضيحات المطلوبة والتي من شأنها وتدور في عقل المساهم، وللقيام بهذه المهمة كون الجمعيات العامة ليست مفتوحة بشكل كامل، هناك شروط للمشاركة الفعالة في الجمعيات العامة مثل شرط المصلحة وعدد الأسهم الواجب توافرها وإثبات صفة المساهم.

¹. تعريف الحوكمة: أنه يمكن القول إن تعريف مدونة حوكمة الشركات في فلسطين كان أكثر شمولاً، إذ تضمن المفاهيم، والأهداف، والرقابة، والإدارة، وإدارة المخاطر، والهيكل، كما يلاحظ أن الحوكمة، وفقاً لهذا التعريف تعني تطوير بيئة قانونية واقتصادية واجتماعية ومؤسسية، تساعد الشركة على النمو والتطور وتحقيق أهدافها الطويلة الأجل، مع تركيزها بشكل رئيس على كيفية الموازنة بين الصلاحيات، التي تمتع بها إدارة الشركة، وحماية حقوق المساهمين، وأصحاب المصالح الآخرين. وهذا في الواقع يمثل أساس مبدأ حوكمة الشركات، فضلاً عن أنه يعد من القضايا القديمة، التي اهتم بها الباحثون، في شؤون إدارة الشركات وتقييم أدائها، انظر: تلاحمة، خالد إبراهيم. حوكمة الشركات المساهمة في فلسطين: النظرية والتطبيق، المجلة الأردنية في القانون والعلوم السياسية، الأردن. 2012، ص16 وما بعدها.

². انظر المادة رقم 202-من قرار بقانون الشركات الفلسطيني رقم 2021 حيث نصت الفقرة الأولى منه على "على مجلس الإدارة دعوة كل مساهم لحضور اجتماع الهيئة العامة وفقاً لسجل المساهمين في تاريخ صدور القرار بالدعوة للاجتماع العادي أو غير العادي".

الفرع الثاني :

حق الاطلاع للمساهم في شركة المساهمة العامة (دوري ودائم)

إن شركات الأموال التي تعد منها شركات المساهمة العامة، الأفضل على الإطلاق حيث أن مسؤولية المساهم فيها تكون في حدود حصته من حيث رأس مال الشركة، وبالتالي وفاة أحد المساهمين أو إفلاسه لا يؤدي إلى حل الشركة كما أوضحته المادة (64) من قرار بقانون الشركات الفلسطيني¹.

أولاً: حق الاطلاع الدوري (المسبق)

يعرف حق الاطلاع لغة: الْحَقَّ: هُوَ الوجودُ حَقِيقَةً الْمُتَحَقِّقُ وجودُهُ وَالْحَقُّ خِلَافُ الْبَاطِلِ جَمَعَهُ حُقُوقٌ وَحَقَائِقُ ، وَالْحَقُّ الْمَلِكُ ، وَالْحَقُّ يَعْنِي الْمَوْجُودُ الثَّابِتُ الَّذِي لَا يُسَوِّغُ إنْكَارَهُ²، وَالْإِطْلَاعُ : إِطْلَعُ الْأَمْرُ عِلْمُهُ وَاسْتَطْلَعَهُ ، سَأَلَهُ عَنْ حَقِيقَةٍ شَأْنِهِ³.

لم يرد لحق الاطلاع تعريف في الاصطلاح القانوني فمن خلال استقراء النصوص القانونية للقرار بقانون الشركات الفلسطيني لسنة (2021) رقم (42) وقانون التجارة الأردني المطبق في الأراضي الفلسطينية رقم (12) لسنة (1966)م، لم ينص على تعريف شامل وواضح لذا اتجه فقهاء القانون لتعريف حق الاطلاع على هذا النحو: "حق للمساهمين بالاطلاع على سجلات الشركة والحصول على صور ومستخرجات ووثائق بالشروط والأوضاع التي تحددها اللائحة التنفيذية"⁴، أما البعض الآخر قام بتعريفه على أنه "اطلاع المساهم على جميع أعمال الشركة من خلال الحسابات الختامية وتقرير مراقب الحسابات

¹. حيث أشارت المادة (64) من قرار بقانون بشأن الشركات الفلسطيني رقم (42) لسنة (2021) "لا تنقضي الشراكة المحدودة في حال إفلاس أو وفاة أو عدم الأهلية الدائمة للشريك المحدود"، إما بخصوص تداول البورصة فهو أيضاً يستطيع تداول أسهمه في الشركة حسب الاتفاق بين المساهمين والشركة وبالتالي نرى أن دور المساهم في الشركة المساهمة العامة فعال جداً وبالتالي قمنا بهذه الدراسة لمعرفة حقوق المساهم سواء على مستوى الاطلاع على وثائق الشركة أم رقابتها والإعلام بجلسات الجمعيات العامة"

². ابن منظور، لسان العرب. (معجم لغوي للعلامة الشيخ عبد الله العلايلي)، المجلد الثاني، لبنان، ت. ص 604.

³. البستاني، عبد الله، الوافي. معجم وسيط اللغة العربية، لبنان. 1980، ص 376. وإِطْلَعَ عَلَى الشَّيْءِ : نَظَرُهُ وَعِلْمُهُ وَأَشْرَفَ عَلَيْهِ، إِطْلَعَ عَلَى الْأَمْرِ يُطْلَعُ طُلُوعًا وَإِطْلَاعًا وَأُطْلِعَهُ، وَأُطْلِعَهُ : عِلْمُهُ وَطَالِعَهُ إِيَّاهُ فَنَظَرَ مَا عِنْدَهُ. للمزيد انظر: رضا، احمد. معجم متن اللغة، مجلد 3، لبنان. 1959. ص 622.

⁴. محرز، احمد محمد، القانون التجاري، الجزء الأول، ط1، القاهرة، 1978، ص 703.

بشأنها وتقرير مجلس الإدارة عن مدى تنفيذ الشركة لخطة السنة السابقة بعد إرسالها إلى المساهم مع الدعوة لعقد اجتماع الهيئة العامة¹.

إن هذه التعريفات وغيرها مما أورده الفقه تقتصر غالباً على بيان مفهوم حق الاطلاع بوصفه وسيلة أو هدفاً دون التطرق إلى أساسه وجوهره، فلم يكن هناك تعريف جامع مانع مشتمل لحق الاطلاع، على الرغم من أنه حق مكفول بموجب القانون ومشروع للمساهم في شركة المساهمة، وله أن يتطلع بنفسه وله بواسطة خبير وفقاً لأحكام القانون، وأيضاً بالعودة إلى المادة 38 من قرار بقانون بشأن الشركات الفلسطينية² أشارت بالتالي "لجميع الشركاء حق الاطلاع على دفاتر الشركة ومستنداتها والحصول على صور ضوئية منها، وكذلك الحصول على بيان موجز عن حالة الشركة المالية، ويقع باطلاً كل اتفاق مخالف لذلك" وهذا ما كان في البند الأول منها، وبالتالي من الملاحظ أن القرار بقانون اهتم بأمر الاطلاع للمساهم، وهذا يعطي مركزاً قانونياً له والذي سوف نتحدث عنه في الفرع الآتي.

بالتالي يتمحور من خلال تعريف حق الإطلاع، الاطلاع الدوري أو المسبق للمساهم أو الدائم، لذا نجد بأن الإطلاع الدوري هذا المصطلح نسبة إلى اجتماع الهيئة العامة الذي تقوم به الشركات العامة، وهذا الاجتماع جاء بموجب القانون ونص عليه وعلى آلية هذا الاجتماع، وحق المساهم بالاطلاع لا يعد هدفاً بذاته؛ بل هو وسيلة لتوضيح أحوال الشركة وشؤونها، فاطلاع المساهمين على وثائق الشركة ومستنداتها سيساعدهم ويشجعهم على المشاركة الفعالة في إدارة الشركة والرقابة والأشراف على تصرفات أعضاء مجلس إدارتهم لشؤون هذه الشركة بالطريقة الصحيحة بعيدة عن الفساد.

حيث نص قانون الشركات الأردني رقم 12 لسنة 1964 في مادته رقم 116 على "بالإضافة إلى ما ورد في المادة السابقة يعلن مجلس الإدارة دعوة المساهمين (الهيئة العامة) للاجتماع في صحتين يوميتين ويكون الإعلان قبل انعقاد الجلسة بأسبوع على الأقل" وبالتالي يعد الإعلام من الأسس التي يستوجب على أعضاء مجلس الإدارة في الشركات المساهمة العامة القيام بها؛ من أجل كسب ثقة المساهمين والمستثمرين لذلك نص القانون عليها.

¹. العبيدي، عباس. الإكتتاب في رأس مال الشركة المساهمة، دار الثقافة للنشر والتوزيع، عمان. 1996، ص211.

². قرار بقانون بشأن الشركات الفلسطينية لسنة 2021 المنشور على موقع وزارة الاقتصاد على الموقع الإلكتروني:

www.mne.gov.ps.

وبالرجوع إلى نصوص مواد قرار بقانون الشركات الفلسطيني لسنة 2021 المادة رقم (196) حق المساهمين بالحصول على المعلومات والاطلاع على المستندات¹. يتضح من خلال استقرار هذه المادة أنه يحق لمساهمين يملكون (10) عشرة بالمائة أو أكثر من رأس مال الشركة الطلب من مجلس الإدارة السماح لهم بالاطلاع على أية معلومات أو بيانات تتعلق بالشركة، وتعد ذات طبيعة سرية، وذلك دون الإخلال بحق الإدارة التنفيذية من اتخاذ أي من الإجراءات اللازمة لضمان المحافظة على الطبيعة السرية لتلك المعلومات والبيانات، وبالتالي نجد أن المشرع الفلسطيني كان موقفه مثل نظيره الأردني .

واطلاع المساهم السابق على انعقاد الهيئة العامة، والذي عادةً ما يتم خلال مدة معينة بنص القانون هو ما يعرف بالاطلاع المؤقت، ولهذا النوع من الاطلاع أهمية بالغة لدى المساهمين، فمجموعة الوثائق التي توضع تحت تصرف المساهمين للاطلاع عليها ستحقق لهم علماً مسبقاً بما سيتم طرحه في اجتماع الهيئة العامة، والذي سيكون له أثره الكبير في تفعيل دورهم من خلال المناقشة البناءة حول شؤون الشركة وتكوين الرأي الصائب عند التصويت على ما سيتم اتخاذه من قرارات في أثناء الاجتماع، ولأجل ذلك نصت قوانين دول كثيرة على هذا الحق للمساهمين، وقد عدته من الحقوق الأساسية للمساهم وتولت تنظيمه ، مع العلم أن حق الاطلاع السابق على اجتماع الهيئة العامة يكون مقررًا لكل المساهمين والذين لهم المصلحة

¹. حيث نصت المادة (196) من ذات القرار بقانون بشأن الشركات الفلسطيني على " يجب على مجلس إدارة الشركة ، بناء على طلب مساهمين يملكون خمسة بالمائة على الأقل من رأس مال الشركة أن يفصح للهيئة العامة في أثناء اجتماعها عن أية معلومات أو ظروف من شأنها أن تؤثر على تقييم أية مسألة من المسائل المدرجة على جدول الأعمال أو من شأنها التأثير على الوضع المالي للشركة ، وإذا كانت الإجابة على طلب المساهمين تتطلب معلومات غير متوفرة أمام الهيئة العامة ، يتوجب في هذه الحالة تزويد المساهمين بتلك المعلومات خلال مدة لا تتجاوز أسبوعين من تاريخ اجتماع الهيئة العامة .

أ. يجوز لمجلس الإدارة أن يرفض تزويد أية معلومات سبق أن تم نشرها، أو إذا كان تزويده لتلك المعلومات خلال مدة لا تتجاوز أسبوعين من تاريخ اجتماع الهيئة العامة .

ب. إذا رفضت الشركة تزويد المساهمين بالمعلومات المطلوبة وفقاً (أ) من هذه المادة يحق للمساهم أن يقدم طلباً إلى المحكمة المختصة بتزويده بتلك المعلومات، وإذا تبين للمحكمة عدم وجود أسباب معقولة تبرر الرفض وتصدر المحكمة قراراً بإلزام الشركة بتزويد المساهمين بالمعلومات المطلوبة والسماح لهم بالاطلاع على الوثائق "

الأولى في العلم بأحوال الشركة قبل اجتماع الهيئة العامة¹، مع ذلك فإنه من الضروري الحفاظ على أسرار الشركة، وضمان سرية أعمالها يقتضي تحديد المستندات والمعلومات التي يجوز للمساهمين الاطلاع عليها، ووضع ضوابط معينة لمباشرة هذا الحق؛ لكي لا يترتب عليه أي إضرار تلحق بالشركة، وقد اختلفت القوانين المقارنة في أمر تحديد ما يمكن للمساهم الاطلاع عليه من وثائق في مقر الشركة، بل إن بعض القوانين وكما هي الحال مع القانون العراقي لم يحددها² بل اكتفى ببيان أحكام بعضها³ في حين نجد أن قانون التجارة اللبناني⁴ وقانون التجارة السوري⁵ وقانون الشركات الأردني⁶ قد حددت السجلات التي يجوز للمساهم الاطلاع عليها، أما قانون الشركات المصري فيقرر صراحة في نص المادة (157) أن للمساهمين الحق بالاطلاع، في حين ترك للائحته التنفيذية تحديد الشروط والأوضاع التي يباشر فيها هذا الحق وبيان ما يطلع عليه المساهم من وثائق⁷، أما القانون الفرنسي فقد كان أكثر القوانين توسعاً في نطاق هذا الحق في

¹. قد يثار تساؤل حول ما إذا كان حق الاطلاع المؤقت المنصوص عليه في القانون الفلسطيني والأردني والعراقي والقوانين المقارنة مقررًا قبل اجتماع نوع معين من الهيئة العامة أم أن هذا الحق مقرر قبل جميع الهيئات أيًا كان نوعها، بحيث نص المادة رقم 199 من قرار بقانون الشركات الفلسطيني نصت على الاطلاع مهما كان نوع الهيئة دون تحديد على المطلق و نص المادة (132) من قانون الشركات العراقي أعطى للمساهم الحق بالاطلاع قبل انعقاد الهيئة العامة، ومن المعروف أن المشرع العراقي لم يفرق بين أنواع الهيئات العامة، أما قانون الشركات الأردني في نص المادة (143) وكذلك قانون التجارة السوري في نص المادة (157/ ف 7) قد أعطيا للمساهم حق الاطلاع السابق على اجتماع الهيئة العامة أيًا كان نوعها وهذا ما نص عليه المشرع الفرنسي أيضاً في المادة (162) من قانون الشركات الفرنسي إذ أعطى للمساهم الحق بالاطلاع قبل انعقاد الهيئة العامة أيًا كانت طبيعتها سواء أكانت هيئات عادية أم غير عادية أم خاصة. أما المشرع المصري وفي نص المادة (66) من قانون الشركات فقد حدد الاطلاع قبل انعقاد الهيئة العامة العادية، في حين أن المشرع اللبناني في نص المادة (197) من قانون التجارة قد قرر اطلاع المساهم قبل انعقاد الهيئة السنوية أما المشرع المصري وفي نص المادة (66) من قانون الشركات فقد حدد الاطلاع قبل انعقاد الهيئة العامة العادية، في حين أن المشرع اللبناني في نص المادة (197) من قانون التجارة قد قرر اطلاع المساهم قبل انعقاد الهيئة السنوية.

². المادة (132/ثانياً) من قانون الشركات العراقي.

³. المادة (127/ثانياً) من قانون الشركات العراقي.

⁴. المادة (197) قانون التجارة اللبناني.

⁵. المادة (157 / ف 8) قانون التجارة السوري.

⁶. المادة (143) قانون الشركات الأردني.

⁷. المادة (131) من اللائحة التنفيذية لقانون الشركات المصري

عدد الوثائق ونوعها التي يجب أن توضع تحت تصرف المساهمين للاطلاع عليها في مقر الشركة¹، حيث إن اطلاع على المعلومات الخاصة بأعضاء مجلس الإدارة له أهمية للتعرف على الأشخاص قبل الانعقاد والمناقشة معهم في أمور الشركة .

ثانياً: حق الاطلاع الدائم

الاطلاع الدائم هو حق أقره القانون لكل مساهم في الشركة المساهمة بالاطلاع على وثائق الشركة طيلة أيام السنة وفقاً لضوابط وقيود يحددها القانون، حيث أن الوثائق التي يوجب القانون على مجلس الإدارة وضعها تحت تصرف المساهم للاطلاع عليها في مركز الشركة وتلك التي ترسلها الشركة تلقائياً إلى المساهمين أو بناءً على طلبهم قبل انعقاد اجتماع الهيئات العامة تعد غير كافية لإحاطة المساهمين علماً بأمور الشركة وأحوالها؛ ذلك لأن الاطلاع المؤقت هو اطلاع بوقت معين وبمعلومات ووثائق محددة في الوقت الذي يحتاج فيه المساهم التعرف - وفي أي وقت من السنة - على أحوال الشركة ليكون على دراية بإدارتها وسير أعمالها ومع أن هذا الأمر يثير تحفظ الكثير من الفقه² باعتبار أن علم المساهم بجميع أحوال الشركة وفي أي وقت يتعارض مع المحافظة على أسرار الشركة، إلا أن هذا الأمر يمكن أن يحسم وذلك من خلال تدخل المشرع بالتنظيم لتحقيق الموازنة في اطلاع المساهمين بالشكل الذي يمكنهم من العلم بأحوال الشركة وفي الوقت نفسه يحافظ على أسرار الشركة ويمنع إفشاءها³.

لأجل ذلك فقد قررت بعض القوانين للمساهم حقاً بالاطلاع الدائم على وثائق الشركة، وإذا كانت هذه القوانين قد أجمعت على إقرار هذا الحق للمساهم إلا أنها تفاوتت في نطاق هذا الحق، فقانون الشركات الفرنسي وكذلك المصري قد أقر ذلك الحق بنطاق واسع وفق تنظيم دقيق وضوابط معينة، أما قانون الشركات العراقي وكذلك الأردني فقد نصا على هذا الحق، ولكن في نطاق ضيق في الوقت الذي أغفلت قوانين أخرى النص عليه.

¹. انظر في ذلك المادتين (168، 169) من قانون الشركات الفرنسي والمواد (135، 139، 140) من مرسوم 23 آذار 1967.

². أبو زيد ، رضوان، مرجع السابق، ص200، ثروت ،علي عبدالرحيم، مرجع سابق، ص 390، السيد، محمد اليماني، القانون التجاري، ص 538.

³. التل، محمد البسام، حقوق المساهمين في الشركة المساهمة العامة المحدودة في القانون الأردني، 2013، رسالة ماجستير، جامعة اليرموك، الأردن.

أولاً: الوثائق المحددة قانوناً التي يحق للمساهم الاطلاع عليها :

أوصى قرار بقانون الشركات الفلسطيني على حق الاطلاع بموجب نص المادة رقم 38 منه على حقوق الشركاء بالاطلاع على البيانات حيث أشارت " يحق لكل شريك الاطلاع بشكل معقول وخلال ساعات العمل على دفاتر الشركة ومستنداتها والحصول على صور ضوئية منها وتلقي بيان موجز عن حالة الشراكة المالية، وأي أعمال قامت باتخاذها، يحق لكل شريك أن يطلب خلال ساعات العمل المعلومات المتعلقة بسير أعمال الشركة أو العقود والتصرفات المبرمة معها، أو المتعلقة بوضعها المالي"

أما قانون الشركات المصري في لائحته التنفيذية فقد حدد الوثائق التي يكون للمساهم الحق في الاطلاع عليها في أي وقت من السنة، هذا ما جاء في نص المادة (301/ف5) من اللائحة، إذ أجاز للمساهمين الاطلاع على سجلات الشركة عدا الدفتر الذي تدون فيه محاضر مجلس الإدارة والدفاتر المحاسبية للشركة، كما يجوز لهم الاطلاع على ميزانيات الشركة وحسابات أرباحها وخسائرها وتقارير مراقبي الحسابات، وذلك عن الثلاث سنوات المالية السابقة التي تم فيها الاطلاع، وجميع الأوراق والمستندات الأخرى التي لا يكون في إذاعة ما ورد فيها من بيانات أضرار بمركز الشركة أو الغير .

يفهم من ذلك أن المشرع المصري لم يستثن من سجلات الشركة التي أجاز فيها للمساهم الاطلاع عليها إلا الدفتر الذي تدون فيه محاضر مجلس الإدارة والدفاتر المحاسبية للشركة، فقد أوجب المشرع أن لا يكون للمساهم الاطلاع على ما سوف يعلن من بيانات إضراراً على الشركة والغير فهو يرى في ذلك محافظة على أسرار الشركة التي يقتضي عدم جواز الاطلاع عليها¹ .

أما القانون الأردني ففي الوقت الذي أقر للمساهم حقاً بالاطلاع الدائم إلا أنه اقتصر بالنص على حق المساهم بالاطلاع الدائم على سجل المساهمين فقط، وهذا ما جاء في نص المادة (98/ف د) من قانون الشركات الأردني إذ أجاز فيها القانون لأي مساهم في الشركة الاطلاع على كامل السجل لأي سبب معقول.

¹. كما يلاحظ أن المشرع المصري قد وضع قيداً في اطلاع المساهمين على المستندات المسموح الاطلاع عليها بأن تقتصر على الثلاث سنوات المالية السابقة على السنة التي يتم فيها الاطلاع، وفي الحقيقة أن هذه المدة عندما وضعها المشرع إنما كان له في ذلك حكمة فهذه المدة يكون من شأنها أن تضعف سرية هذه الوثائق لدى الشركة ومن ثم فإن الاطلاع عليها وخلال هذه الفترة لا يؤدي إلى إضرار بمصلحة الشركة أو الغير. انظر: القليوبي، سميحة ، الشركات التجارية، دار النهضة العربية للنشر، القاهرة، 1984، ص 406.

يتضح جلياً أن قراراً بقانون بشأن الشركات لسنة 2021 راعى حقوق المساهمين وحفظه في كافة البيانات التي تخص الشركة والمساهمين وأعضاء من أجل خلق نوع من الثقة والرقابة على أعمال الشركة من قبله .

ثانياً: الوثائق الأخرى التي يحق للمساهم الاطلاع عليها :

إن الاطلاع الدائم حق نصت عليه العديد من القوانين وكما أوردنا سابقاً، فقد حددت الوثائق التي يحق للمساهم الاطلاع عليها، أم هل إن الحق بالاطلاع الدائم يكون مقتصرًا على الوثائق التي حددها القانون فحسب؟ أم بالإمكان أن تضاف وثائق أخرى يحق للمساهم الاطلاع عليها¹؟

أما موقف القوانين من ذلك، فالقانون المصري حدد صراحة حق المساهمين في الاطلاع على وثائق الشركة بالشكل الذي لا يؤدي فيه إضراراً بمصلحة الشركة. وفي كل الأحوال فالأمر يكون متروكاً لتقدير الشركة من حيث ضرورة المحافظة على سرية أعمالها².

الفرع الثالث:

حق المساهم في الحضور

إن حق المساهم في الحضور يعطيه ضمانه رقابية في شركات المساهمة العامة من خلال حضوره لاجتماعات الهيئة العامة التي تعطيه حضوراً رقابياً على التصرفات التي تقوم بها إدارة الشركة³، بالتالي للمساهم الاطلاع على جداول الحضور ومضمونها فقد نص القانون صراحة على حق المساهم الاطلاع في أي وقت من السنة على جداول الحضور للهيئات التي تم عقدها خلال السنوات الثلاث الأخيرة السابقة على السنة التي يتم فيها الاطلاع، فضلاً عن تحديد ما يجب أن تتضمنه هذه الجداول من بيانات عن المساهمين والأسهم التي بحوزتهم .

¹. البستاني، سعيد يوسف، قانون الأعمال والشركات: القانون التجاري العام - شركات - المؤسسة التجارية - الحساب التجاري والسندات القابلة التداول، المنشورات الحلبي الحقوقية، لبنان، 2004، ص40

². سمحية ، قليوبي، الشركات التجارية، الطبعة السادسة، دار النهضة العربية، القاهرة، 2014، ص30

³. ابو الفتح، عبد الصمد، الدور الوقائي للمساهم داخل شركات المساهمة العامة، 2010، رسالة ماجستير، جامعة الحسن

الاول، المغرب، ص4.

لذا ليتشكل حق المساهم في الحضور في الشركات المساهمة العامة يتجلى القول: إن فقهاء القانون يتفرون في بيان طبيعة حضور المساهم ومناقشته ومشاركته للقرارات ورقابته على القرارات لتكن الآراء على هذا النحو¹:

الرأي الأول: اعتبروا أن حق المساهم في الحضور هو حق أساسي وشرعي، لا يجوز معارضته في ممارسته، كونه شريكاً في هذه الشركة، وحضوره يعطي نوعاً من الرقابة الوقائية التي من شأنها حماية الشركة .

الرأي الثاني: اعتبروا أن حق المساهم في الحضور هو حق غير أساسي، ويجوز حرمانه منه كون المساهم في هذا النوع من الشركات يتمثل في الشركة للحضور فقط لإضفاء غاياته الشخصية من حصوله على أرباح.

والرأي الراجح أن المساهم في شركات المساهمة العامة يعد حق حضوره من الحقوق الأساسية التي تسن له وتضفي نوعاً من الرقابة على الشركة والقرارات التي من شأنها زيادة أرباح الشركة، أو الذهاب بها إلى الإفلاس، وحضوره يمثل حماية لحقوقه المستمدة من أسهمه، وأن عدم حضور المساهم يمثل إنقاصاً في عدد النصاب في الاجتماعات؛ لذا لا بد من حضوره لتكون هناك جهة رقابية على الشركات المساهمة العامة².

وبالرجوع إلى قرار بقانون بشأن الشركات الفلسطينية نجد بأنه لم ينص صراحة على الحضور؛ وإنما كان هناك غموض في النص، بحيث أنه أعطى الشريك حق الإدارة والإطلاع، ولم ينشئ الإدارة والإطلاع من غير الحضور فقد نصت المادة (40) من قرار بقانون عليها بالتالي " تكون إدارة الشركة العادية العامة لجميع الشركاء فيها، ما لم ينص عقد تأسيس الشركة على خلاف ذلك، ولكل شريك صلاحية إدارة الشركة وأن يشترك في إدارتها ويعد كل شريك وكيلاً للشركة فيما يتعلق بأعمالها"³ وبالتالي يستنتج من استقراء هذه المادة أنه يحق له الحضور.

¹. البستاني، مرجع سابق، ص366.

². التل، مرجع سابق، ص79.

³. انظر نص المادة (40/1) من قرار بقانون رقم (42) لسنة (2021) بشأن الشركات الفلسطينية .

المطلب الثالث:

وسائط الإطلاع على الرقابة على شركات العامة المحددة

إن الإطلاع على الشركات المساهمة العامة يجوز، حيث أجاز القانون لصاحب الحق الإطلاع، ومن ثم أتاح الفرصة للتسهيل عليه من خلال وكيله والخبير وبالتالي يندرج في هذا المطلب وسائط الإطلاع بواسطة الوكيل والخبير كالآتي:

الفرع الأول :

الإطلاع بواسطة الوكيل

نصت المادة رقم 44 من قرار بقانون الشركات الفلسطيني على حق الإطلاع من خلال فحوى هذه المادة، بحيث أشارت¹ يلتزم المفوض بإدارة الشركة العادية العامة بحفظ دفاترها وقيودها وسجلاتها في مركزها الرئيس، أو في أي محل تمارس فيه أعمالها، كما يلتزم بمسك دفاتر وسجلات محاسبية منظمة بصورة أصولية، ولكل شريك فيها الإطلاع عليها بنفسه أو بواسطة من يفوضه خطياً بذلك من أهل الخبرة والاختصاص فيها والحصول على نسخ أو صور منها، ويعد باطلاً كل اتفاق على خلاف ذلك¹

ليكن المشرع الفلسطيني أعطى حق الإطلاع على هذه الوثائق بواسطة الشريك نفسه أو بواسطة من يفوضه أو يوكله، في العادة يباشر المساهم بنفسه حقه الذي كفله له القانون بالإطلاع على وثائق الشركة التي وردت في نص القانون، هذا ما يتبين من خلال البحث في نصوص القانون الفلسطيني والقوانين المقارنة الأخرى، إلا أن قسماً من هذه القوانين المقارنة لم تكتفِ بمباشرة المساهم هذا الحق بنفسه فحسب؛ بل مكنته مباشرة هذا الحق بواسطة الوكيل، أما القانون التجاري المصري فقد نص صراحة على استعانة المساهم بوكيل لمباشرة حقه بالإطلاع المؤقت الذي يتمثل بإطلاعه على المعلومات والمستندات التي توضع تحت تصرفه قبل انعقاد الهيئة العامة، وهذا ما نصت عليه اللائحة التنفيذية، إذ جاءت في نص المادة (222) منها "يكون للمساهمين وأصحاب الحصص الإطلاع على المستندات والأوراق في المواعيد المحددة بمقر الشركة، سواء أكان بأنفسهم أم بواسطة وكلاء عنهم"، وكما جاء في نص المادة (228) من اللائحة أن يكون لأصحاب الأسهم والسندات وحصص التأسيس الإطلاع على المستندات والأوراق المشار إليها في المواعيد المحددة بمقر الشركة، سواء أكان بأنفسهم أم من ينوب عنهم قانوناً؛ أي أن يكون للمساهمين

¹. انظر نص المادة (44) من قرار بقانون بشأن الشركات الفلسطيني رقم (42) لسنة (2021).

حق الاطلاع على المستندات والأوراق المذكورة في المواعيد المحددة بمقر الشركة سواء أكان بأنفسهم أم بوساطة وكلاء عنهم¹.

بناء على ما تقدم إن القانون المصري لم يتطلب ضرورة أن يكون من وكله المساهم بتمثيله في اجتماع الهيئة العامة هو من يباشر عنه الحق بالاطلاع على وثائق الشركة، فالمساهم يكون حراً في اختيار من يراه مناسباً ليتولى مباشرة هذا الحق بدلاً منه، ولم ينص القانون المصري على استعانة المساهم بوكيل عنه في مباشرة الاطلاع الدائم، وهذا ما أكد عليه المشرع الفلسطيني فترك المجال مفتوحاً لاختيار المساهم. أما القانون الفرنسي عند إصداره مرسوم 23 آذار 1967، وفي مادته (141) نص على تمكين المساهم من استخدام حقه بالاطلاع قبل انعقاد الهيئة العامة بنفسه، أو بوساطة الوكيل الذي عينه في تمثيله في اجتماع الهيئة، كما حفظ القانون للمساهم حق الاستعانة بوكيل في نص المادة (142/ف1) من المرسوم ذاته إذ جاء فيها حق المساهم الإطلاع بنفسه أو بوساطة وكيل على الوثائق التي تنص عليها المادة (170) من قانون الشركات الفرنسي ذي الرقم 24 تموز 1966 وبذلك يلاحظ أن القانون الفرنسي قد فرق بين حق المساهم بالاطلاع الدائم عن المؤقت، ففي الوقت الذي قيد المساهم في الاطلاع المؤقت بأن يكون الوكيل الذي يباشر له هذا الحق هو من عينه لكي يمثله في اجتماع الهيئة في الوقت الذي أعطى للمساهم في الاطلاع الدائم حرية اختيار من سيوكله في مباشرة هذا الحق.

الفرع الثاني :

الاطلاع بوساطة خبير

أشارت المادة 92 من قرار بقانون الشركات الفلسطيني على " في حال اشتراط التقييم المالي للمقدمات العينية في الشركة المساهمة الخصوصية من قبل خبير مستقل تنطبق الأحكام الواردة في المواد (151، 152) الخاصة بالشركة المساهمة العامة على الشركة المساهمة الخصوصية بالقدر الذي لا يتعارض مع طبيعتها"² وإذا ما عدنا إلى المادة 151 لغاية 152³ نجد أنها تنص على المساهمات النقدية والعينية التي من الجدير أنها ليس من الكثير تتمتع في معرفة بهذا الخصوص.

¹. المصري، حسني. القانون التجاري وشركات القطاع الخاص، الكتاب الثاني، الطبعة الاولى، 1986، ص 260.

². انظر نص المادة (92) من قرار بقانون بشأن الشركات الفلسطيني رقم (42) لسنة (2021).

³. نصت المادة رقم 152 من قرار بقانون الشركات الفلسطيني رقم (42) لسنة (2021) على "المساهمات النقدية والعينية:

أ. يجوز لأسهم الشركة المساهمة العامة أن تصدر مقابل النقد أو مقابل مساهمات عينية.

لقد أشار جانب كبير من الفقه¹، إلى وهن الهيئة العامة وضعفها، كون أبرز هذه الأسباب هو افتقار غالبية المساهمين إلى الخبرة الفنية والقانونية، وهذا أمر طبيعي إذ لا يشترط بالمساهم أن يكون ذا خبرة فنية ودراية محاسبية وقانونية، وفي الوقت نفسه قد لا يتمكن المساهم بمفرده في بعض الحالات من الحصول على المعلومات التي يحتاجها من الوثائق التي تضعها الشركة تحت تصرفه، كون الهيئة العامة وهي

ب. في حال أصدرت الأسهم مقابل النقد يتم سداد المقابل على دفعة واحدة أو أكثر تحدد بقرار إصدار الأسهم خلال مدة أقصاها (30) ثلاثين يوماً من تاريخ ذلك القرار.

ج. يجوز للمساهمات العينية أن تشمل أي أمور يمكن تقدير قيمتها بالنقد، بما في ذلك المساهمات المادية والمعنوية مثل الممتلكات وحقوق الامتياز وحقوق الملكية الفكرية والمعرفة الفنية والرخص والشهرة التجارية وجميع الحقوق المعنوية بالإضافة إلى أية حقوق أخرى يقرها المساهمون؛ ولا يجوز للمساهمات العينية أن تشمل الالتزام بالقيام بعمل أو تقديم خدمة ما.

د. يتوجب تقدير قيمة المساهمات العينية بالنقد من قبل خبير مستقل وعلى الهيئة العامة غير العادية إقرارها.

هـ. في حال إصدار الأسهم مقابل مساهمات عينية يتم نقل تلك المساهمات بالكامل خلال مدة أقصاها (30) ثلاثين يوماً من تاريخ قرار إصدار الأسهم.

و. لا يجوز تخصيص أسهم بالشركة المساهمة العامة الصادرة مقابل مساهمات عينية حتى يقوم أصحابها بإكمال الإجراءات القانونية؛ لتسليم تلك المساهمات العينية للشركة ونقل ملكيتها للشركة بمقتضى أحكام هذا القانون؛ وإذا لم يتم إنجاز المقابل خلال (30) ثلاثين يوماً من تاريخ قرار إصدار الأسهم فيتوجب على صاحب المساهمات سداد قيمتها بالنقد. ز. يتمتع أصحاب الأسهم المصدرة مقابل مساهمات عينية بالشركة المساهمة العامة بنفس حقوق أصحاب الأسهم المصدرة مقابل النقد.

وكذلك الأمر نصت المادة (154) من ذات القرار بقانون على " تقرير الخبير بالتالي:

أ. إذا أصدرت الأسهم مقابل مساهمات عينية فيتوجب تحضير تقرير من قبل خبير مستقل واحد أو أكثر حسب مقتضى الظروف، ويجوز للخبير أن يكون شخصاً طبيعياً أو اعتبارياً.

ب. على المساهمين الموقعين على عقد التأسيس تعيين الخبير المستقل، وفي حال زيادة رأس المال يقوم مجلس الإدارة بتعيين الخبير المستقل، إلا إذا نص النظام الداخلي على خلاف ذلك، ويكون تعيين الخبير على حساب الشركة.

ج. على تقرير الخبير المنصوص عليه في الفقرة (أ) من هذه المادة أن يتضمن على الأقل وصفاً لجميع الموجودات المشمولة في المساهمات، وبما في ذلك أسلوب التقدير المستخدم، وعلى التقرير أيضاً أن يظهر فيما إذا كان للموجودات قيمة مالية بالنسبة للشركة تساوي على الأقل القيمة الاسمية للأسهم وأية علاوة أخرى مستحقة.

د. يجب نشر تقرير الخبير في سجل الشركات"

¹. انظر :مصطفى، طه: الوجيز في القانون التجاري، ج 1، المكتب المصري للطباعة والنشر، 1971، ص 349، وفاء محمدين ، البنوك الاسلامية، دار الجامعة الجديدة ، ط1، الإسكندرية، دون ذكر سنة، ص 376.

صاحبة السلطة العليا في الشركة والتي تمثل مجموع المساهمين يعني بالتأكيد ضعف دور المساهم في الشركة، ومن ثم الضرر بمصالحه وضياع حقوقه وزيادة تسلط مجلس الإدارة وسيطرته على مقدرات الشركة. فالقانون المصري وإن لم ينص على حق المساهم في الاستعانة بالخبراء في الإطلاع المؤقت إلا أنه نص على ذلك في الإطلاع الدائم، وهذا ما ورد في اللائحة التنفيذية التي نصت على أن يتم إطلاع المساهم والشركاء بأنفسهم. ويجوز لهم اصطحاب خبراء من المحامين أو المحاسبين¹، ومن ملاحظة النص نجد أن القانون المصري اشترط أن يكون الخبراء من المحاسبين أو المحامين لاعتبارات تتعلق بقدرة هؤلاء أكثر من غيرهم على القيام بالإطلاع، وبما أن الاستعانة بخبير في القانون المصري جاء على سبيل الاستثناء لذلك لا يجوز التوسع في تفسيره، كما أن ورود كلمة خبراء تعني إمكانية الاستعانة بأكثر من خبير في كلا المهنتين أو أحدهما مما يعين في إنجاز إطلاع المساهم وبأقصر وقت².

إن عدم إيراد القانون المصري نص يجيز فيه للمساهم الاستعانة بخبير في الإطلاع المؤقت يعد قصوراً لا بد من تداركه؛ ذلك لأن الإطلاع المؤقت له من الأهمية التي تفوق أهمية الإطلاع الدائم لأثره البالغ في إبراز دور المساهم في اجتماعات الهيئة العامة، وكذلك المشرع العراقي الذي لم ينص على حق المساهم الاستعانة بخبير في الوقت الذي أقرت فيه العديد من القوانين هذا الحق للمساهم، لذا يُقترح على المشرع العراقي إيراد نص يُمكّن به المساهم من الاستعانة بخبير³. وقد يرى بعض من الفقه أن إطلاع الخبير على وثائق الشركة تعني إطلاعاً على أسرارها وأنه سيلحق إطلاعاً هذا ضرراً بمصلحة الشركة، إلا أن هذا الرأي مردود عليه إذ عادةً ما يكون الخبير من أصحاب المهن، ومن ثم هو ملزم بالمحافظة على أسرار المهنة.

¹ المادة (301) من اللائحة التنفيذية المصرية قرار رئيس مجلس الوزراء رقم ١٥٩٠ لسنة ١٩٩١، بشأن إصدار اللائحة التنفيذية لقانون شركات قطاع الأعمال العام (وفقاً لأخر تعديل في ٩ من مارس سنة ٢٠٢٣)، المنشور على الموقع الإلكتروني: https://www.cc.gov.eg/legislation_single?id=427003.

² محرز، أحمد محمد. مرجع سابق، ص 703. اليماني، السيد محمد، حماية مساهمي الأقلية التابعة لشركات قابضة، 1986. ص 93.

³ لم يرد في قانون الشركات الاردني وقانون التجارة السوري وكذلك اللبناني نصاً يعطي للمساهم حق الاستعانة بخبير عند مباشرة حقه بالإطلاع، قانون الشركات المساهمة المغربي ذو الرقم (17095) لسنة 1996 اعطى للمساهم هذا الحق إذ نصت المادة (149) من هذا القانون على "يمكن لكل مساهم يمارس حق الإطلاع على الوثائق والمعلومات لدى الشركة أن يستعين بمستشار".

لهذه الصورة أهميتها الجلية في مباشرة المساهم لحقه في الاطلاع المؤقت بشكل خاص. وذلك لصعوبة حصول المساهم على المعلومات التي توضع تحت تصرفه للاطلاع عليها لدى الشركة قبل انعقاد هيئتها العامة؛ وذلك لضيق مدة الاطلاع فإن المساهم إذا ما توافرت له صور من هذه الوثائق سوف يتسنى له دراستها وفحصها¹.

وفي القانون المصري للمساهم حق الاطلاع على سجلات الشركة والحصول على صور أو مستخرجات منها ودون تحديد. إذ نص على حق المساهمين في الحصول على صور من الوثائق القابلة للاطلاع عليها دون تمييز بينها، وفيما يتعلق بالاطلاع المؤقت نصت اللائحة التنفيذية على جواز أن يحصل المساهمون على صور أو نسخ من الوثائق التي توضع تحت تصرفهم للاطلاع عليها قبل انعقاد الهيئة العامة، وبعد أداء مبلغ لا يزيد على عشرة قروش عن كل صفحة² وفي الاطلاع الدائم نص القانون وكما هو الحال في الاطلاع المؤقت على حق المساهم في الحصول على صورة أو مستخرجات من الوثائق التي توضع تحت تصرفه للاطلاع الدائم عليها في مقر الشركة، إذ نصت اللائحة التنفيذية على أنه يجوز لهم (أي للمساهمين) الحصول على مستخرجات من الأوراق موضوع الاطلاع بشرط أداء رسم لا يقل عن عشرة قروش عن الصفحة الواحدة³، كما جاء في اللائحة نفسها حق المساهمين الحصول على صور من الوثائق والسجلات والمحاضر والتقارير المتعلقة بالشركة نظير رسم مقداره عشرة جنيهاً عن كل وثيقة، على أنه يجوز للجهة الإدارية المختصة رفض طلب الحصول على مستخرج من هذه الوثائق إذا كان من شأن إذاعة البيانات التي تحتويها إلحاق الضرر بالشركة أو بأية جهة أخرى أو الإخلال بمصلحة عامة⁴.

من خلال ما تقدم بدا واضحاً أن كلا من قرار بقانون الشركات الفلسطيني والقوانين المقارنة قد نصت على حق المساهم في الحصول على صور من الوثائق التي أقر له القانون بالاطلاع عليها، وقد استثنت بعض القوانين كشوفات الجرد من ذلك فنصت على منع حصول المساهم على صورة منها إذا كان في ذلك

¹ المادة (157/ ف 8) قانون التجارة السوري، المادة (197) قانون التجارة اللبناني المادتان (222، 228) من اللائحة التنفيذية للقانون المصري المادة (147) من قانون الشركات المغربي.

² المادة (302/ ف 1) من اللائحة التنفيذية

³ المادة (301/ ف 3) من اللائحة التنفيذية.

⁴ مرشدة، رامي على سعد، الرقابة على أعمال الشركة المساهمة العامة في القانون الأردني، دراسة مقارنة، 2015، رسالة دكتوراه، جامعة العلوم الإسلامية العالمية، الأردن. ص 150. وكذلك القليوبي، سميحة، الشركات التجارية، مجلد 2، دار الأهرام، مصر. 2022، ص 406-29.

تعارض مع ضرورة المحافظة على أسرار الشركة، فالكشف عنها يؤدي إلى تعريض الشركة لمخاطر حقيقية وخصوصاً عندما تقع في أيدي الشركات المنافسة.

الخاتمة :

تناولنا في هذا البحث حق المساهم بالرقابة على الشركة المساهمة العامة بوصفه أحد الحقوق الأساسية التي كفلها القانون لكل مساهم في الشركة، للوقوف على حقيقة ما يجري ذلك أن المساهمين يمثلون وبلا شك عنصراً فعالاً يشارك في التنمية الاقتصادية للمجتمع، مما يتعين معه تدعيم وجودهم بالحماية القانونية لحقوقهم، مالية كانت أو إدارية والرقابة على تصرفات أعضاء الهيئة العامة فيها. ولقد خالصنا إلى جملة من النتائج نوردتها فيما يلي:

- 1- لم يورد القرار بقانون بشأن الشركات الفلسطينية والقوانين محل المقارنة تعريفاً لحق الاطلاع، إذ إن إيراد التعاريف من شأن القضاء والفقه، غير أن الفقه الفلسطيني قد خلا من تعريف لهذا الحق، أما الفقه المقارن فقد أورد العديد من التعاريف إلا أنها لم تشمل في أي منها على بيان الخصائص المميزة لهذا الحق.
- 2- إن القانون أعطى ومنح المساهم الحق في الرقابة على الشركة، ليس فقط لكونه شريكاً فيها؛ بل من أجل حماية الشركة ذاتها، كون هذا النوع من الشركات تستوجب الرقابة الدائمة كنوع من بقائها في المقدمة ومن دون قرارات خاطئة وفاسدة، لمباشرة المساهم حقه بالاطلاع، لا بد من توافر جملة شروط منها ما كانت عامة تتعلق بصفته مساهماً، ووجوب توافر الأهلية اللازمة لمباشرة هذا الحق، ومنها ما كانت خاصة بحسب نوع الاطلاع وهي تتعلق بوقت الاطلاع ومدته.
- 3- أعطى قرار بقانون الشركات الفلسطينية لكل مساهم حقاً بالاطلاع دون اشتراط تملكه لعدد معين من الأسهم، أو مضي مدة معينة على اكتسابه صفة العضوية في الشركة، وعليه فإن مفهوم مبدأ المساواة بين المساهمين تجده متجسداً في هذا الحق، واعتبره حقاً مكفولة بموجب القانون للجميع.
- 4- إن النص على هذه المادة القانونية في قرار بقانون الشركات الفلسطينية كانت من الخطوات الجديرة بالشكر؛ كون التطور الموجود في هذا العصر يحتاج إلى مثل هذه التقنية من أجل رجوع المساهم على السجلات وعلى الوثائق المحفوظ بها إلكترونياً متى ما شاء، حيث نصت المادة رقم 13 على أن "سجل الشركات يحتفظ بصور إلكترونية عن الوثائق والمستندات الأصلية المحفوظة أو المودعة في الأرشيف الإلكتروني للسجل، وتتمتع تلك الصور والمستندات والسجلات بذات القيمة القانونية للمستندات الخطية الأصلية ذاتها، بما في ذلك حجيتها في الإثبات.

التوصيات:

- 1- نوصي المشرع الفلسطيني على إقرار قرار بقانون الشركات الفلسطيني لتبقى قانونا ساري المفعول ومطبعا في الأراضي الفلسطينية.
- 2- كان من الجدير بالمشرع الفلسطيني إيجاد باب خاص للمساهم في الرقابة على الشركة.
- 3- عقد دورات وندوات للمهتمين بهذا المجال من مستثمرين وباحثين من أجل نقد مسودة قانون الشركات وتعديل وإضافة من هو واقعي وجدير بالنص عليه.
- 4- دراسة الموضوع في الجامعات عمل أبحاث متخصصة بهذا الموضوع كون هذا الموضوع له دور إيجابي في زيادة الثقة بين المستثمرين والشركة والاستثمار الأكثر بالإضافة إلى ندرة الأبحاث والندوات بهذا الخصوص لدى المشرع الفلسطيني.

المصادر والمراجع:

المصادر:

- قرار بقانون رقم 42 بشأن الشركات لسنة 2021 المنشور على موقع وزارة الاقتصاد الفلسطيني .
- قانون الشركات الأردني رقم 12 لسنة 1964.
- قانون الشركات المصري رقم 159 لسنة 1981 مع تعديلاته.
- قانون الشركات العراقي 1997/21 المعدل في 2004.
- قانون الشركات الفرنسي.
- قانون الشركات اللبناني.

المراجع :

الكتب:

- ابن منظور، الشيخ عبدالله العلي، معجم لسان العرب، المجلد الثاني، دار لسان العرب، بيروت، لبنان، دون ذكر سنة الطباعة.
- أبو زيد، رضوان، الشركات التجارية في القانون المصري والمقارن، دار الفكر العربي، القاهرة، 1983.
- أحمد، ابراهيم البسام، الشركات التجارية في القانون العراقي، مطبعة العاني، بغداد، 1967.
- أحمد، محمد محرز، القانون التجاري، ج 1، ط 1، مطبعة حسان، القاهرة، 1987.
- أكرم، ملكي، الوجيز في شرح القانون التجاري العراقي، الشركات التجارية، ج 2، مطبعة الناهي، بغداد، 1972.
- البستاني، سعيد يوسف، قانون الأعمال والشركات: القانون التجاري العام - شركات - المؤسسة التجارية - الحساب التجاري والسندات القابلة للتداول، المنشورات الحلبية الحقوقية، لبنان، 2004.
- تلاحمة، خالد إبراهيم. حوكمة الشركات المساهمة في فلسطين: النظرية والتطبيق، المجلة الأردنية في القانون والعلوم السياسية، الأردن. 2012.
- التل، محمد البسام، حقوق المساهمين في الشركة المساهمة العامة المحدودة في القانون الأردني، 2013، رسالة ماجستير، جامعة اليرموك، الأردن.
- جهلول، عمار حبيب، النظام القانوني لحوكمة الشركات، ط 1، دار نيروز، منشورات زين الحقوقية، لبنان، 2011.

- حسني، المصري، القانون التجاري وشركات القطاع الخاص، الكتاب الثاني، ط 1، 1986.
- سعيد، يحيى، الوجيز في القانون التجاري، ج 1، المكتب العربي الحديث، الاسكندرية، 1979-1980.
- سمحية، قليوبي، الشركات التجارية، الطبعة السادسة، دار النهضة العربية، القاهرة، 2014. ص30
- الشاوي، خالد. شرح قانون الشركات التجارية العراقي، مطبعة الشعب، بغداد، ط1، 1968، ص327.
- صلاح الدين، الناهي، مجموعة القوانين والأنظمة التجارية، ج 1، شركة الطبع والنشر الأهلية، بغداد، 1959.
- عباس، مرزوك فليح العبيدي، الاكتتاب في رأس مال الشركة المساهمة، دار الثقافة للنشر والتوزيع، عمان 1988.
- عبد الملك، ياس، اصول القانون، بلا دار نشر، بغداد، ط 1، 1968.
- عبد المنعم، فرج الصدة، اصول القانون، دار النهضة العربية، بيروت، 1978.
- العكيلي، عزيز، الوسيط في شرح الشركات التجارية، دراسة فقهية مقارنة في الأحكام العامة والخاصة، دار الثقافة، الأردن. 2010.
- علي حسن يونس، أبو زيد رضوان، القانون التجاري، دون ذكر دار النشر، القاهرة، 1970.
- علي، الزيني، أصول القانون التجاري، النظرية العامة والشركات، ج 2، دار النهضة العربية، القاهرة، 1945.
- علي، العريف، شرح القانون التجاري المصري، مطبعة مخيم القاهرة، 1955.
- القليوبي، سميحة، الشركات التجارية، مجلد2، دار الأهرام، مصر. 2022.
- القليوبي، سميحة، الوسيط في شرح القانون التجاري المصري، مجلد2، دار الأهرام، مصر، 2022.
- الماحي، حسين، الشركات التجارية، دار النهضة العربية، مصر، 1991.

رسائل علمية:

- أبو الفتح ، عبد الصمد، الدور الوقائي للمساهم داخل شركات المساهمة العامة ، 2010، رسالة ماجستير ، جامعة الحسن الاول، المغرب.
- مرشدة، رامي على سعد، الرقابة على أعمال الشركة المساهمة العامة في القانون الأردني، دراسة مقارنة، 2015، رسالة دكتوراه، جامعة العلوم الإسلامية العالمية، الأردن .
- المنزلاي، عباس حلمي. " القانون التجاري، الشركات التجارية "، ديوان المطبوعات الجامعية ، الجزائر. 1988.

الاستيطان ومشروعية ملاحقة إسرائيل عنه أمام المحكمة الدولية
الجنائية

***Settlement and the Legitimacy of Prosecuting Israel
for it Before the International Criminal Court***

أ. علاء جمال أبو هلال

جامعة القدس (فلسطين)

الاستيطان ومشروعية ملاحقة إسرائيل عنه أمام المحكمة الدولية الجنائية

Settlement and the Legitimacy of Prosecuting Israel for it Before the International Criminal Court

أ.علاء جمال أبو هلال، ماجستير القانون الخاص

جامعة القدس (فلسطين)

ala.abuhilal@outlook.com

تاريخ النشر: 2024-01-07

تاريخ القبول: 27-10-2023

تاريخ الاستلام: 24-07-2023

DOI: <https://doi.org/10.70411/MJLS.2.1.202464>**ملخص:**

أعدت هذه الدراسة لتسليط الضوء على أهمية الاستيطان الإسرائيلي في فلسطين وتداعياته القانونية والسياسية، وتشير المقدمة إلى أن حصول فلسطين على دولة مراقب في المستوى الدولي، ما يمنحها الحق في محاسبة الإسرائيليين أمام المحكمة الجنائية الدولية. تتناول الدراسة جرائم الاستيطان وتأثيراتها الاقتصادية والاجتماعية على السكان الفلسطينيين، وتعالج التحديات التي تواجه ملاحقة مجرمي الاستيطان، من ضمنها النفوذ السياسي، وتحديد الولاية القضائية، والاعتراف الدولي، والتعاون الدولي. تؤكد الدراسة على أهمية استمرار الضغط الدولي ودور المؤسسات القضائية لتحقيق العدالة ومحاسبة المسؤولين عن جرائم الاستيطان.

الكلمات المفتاحية: الاستيطان الإسرائيلي، مجرمو الحرب، القضية الفلسطينية.

Abstract:

This study was undertaken to illuminate the significance of Israeli settlements in Palestine and to scrutinize their legal and political repercussions. The introductory section emphasizes that the granting of observer state status to Palestine on the international stage endows it with the right to hold Israelis accountable before the International Criminal Court. The study delves into the crimes associated with these settlements and their economic and social impacts on the Palestinian population. It delineates the challenges encountered in prosecuting the individuals responsible for settlement crimes, encompassing factors such as political influence, jurisdictional determination, international recognition, and international cooperation. Furthermore, the study highlights the critical role of persistent international pressure and judicial institutions in facilitating justice and holding those responsible for settlement crimes to account.

Keywords: Israeli Settlements, War Criminals, The Palestinian Cause.

المقدمة:

إن حصول فلسطين على دولة مراقب كانت له تبعات قانونية على المستوى الدولي، أهمها تغيير المركز القانوني لدولة فلسطين، وبالتالي لا يوجد مانع قانوني يمنعها من التوجه إلى المحكمة الجنائية الدولية، فيحق لها اللجوء إلى هذه المحكمة لمحاسبة الإسرائيليين على جرائمهم البشعة بحق الشعب الفلسطيني، تحديداً تلك الجرائم المرتكبة بعد نفاذ نظام روما الأساسي، وأهمها جرائم الاستيطان والتي سنتناولها في بحثنا هذا، بغض النظر عن تاريخ بدء هذه الجرائم باعتبارها من الجرائم المستمرة¹.

إن موضوع الاستيطان الإسرائيلي في فلسطين، يمس الحياة العامة للسكان الفلسطينيين بجوانبها الاقتصادية، والسياسية، والاجتماعية كافة، كما أنه يتعلق بالفكر الصهيوني الذي يقود المشروع الاستيطاني في فلسطين، وهذا الفكر المتطرف الذي يحث اليهود على الاستيطان في فلسطين كونها جزءاً من الأرض التي منحهم الرب إياها، وبالتالي عليهم الاستيطان فيها وطرد الغرباء منها، لذلك تتناول الدراسة هذا الموضوع من زواياه المختلفة، والآثار المترتبة عليه.

ويقوم المحتل الإسرائيلي ببناء البؤر الاستيطانية، ونقل مواطنيه إليها والسماح لهم بحمل السلاح، ويؤمن لهم الحماية الكافية في الحالات التي يعتدون فيها على المواطنين الفلسطينيين العزل؛ ووفقاً للمادة (49) من اتفاقية جنيف الرابعة لعام 1949، والمادة (85) من البروتوكول الإضافي الأول² لا يجوز لدولة الاحتلال أن تُرحل أو تنقل جزءاً من سكانها المدنيين إلى الأراضي التي تحتلها.

وبالتالي سوف يتناول الباحث موضوع الاستيطان الإسرائيلي في الأراضي الفلسطينية، ومفهومه وكيفية ملاحقة مجرميه أمام المحكمة الجنائية الدولية، والآثار المترتبة عليه، وذلك بسبب الأثر السلبي الذي يسببه الاستيطان الإسرائيلي لسكان المناطق الفلسطينية.

ويمكن تحديد إشكالية الدراسة بالسؤال الآتي:

ما هو مدى جواز ملاحقة مجرمي الاستيطان الإسرائيلي أمام محكمة الجنايات الدولية؟

¹ . فدوى الذويب، رسالة ماجستير بعنوان "المحكمة الجنائية الدولية"، بإشراف الدكتور محمود دودين، جامعة بيرزيت، 2014، ص23.

² . راجع المادة (49) من اتفاقية جنيف الرابعة لعام 1949، والمادة (85) من البروتوكول الإضافي الأول.

تساؤلات البحث:

1. ما هو مفهوم جريمة الاستيطان الإسرائيلي والمواقف الدولية منها، في فلسطين؟
2. ما هو المركز القانوني للأراضي الفلسطينية بعد حرب عام 1967؟
3. ما هي آلية تطبيق اتفاقية جنيف الرابعة على الأراضي الفلسطينية المحتلة؟
4. ما هي شرعية الاستيطان الإسرائيلي في محكمة الجنايات الدولية؟

أهمية الدراسة:

توضح هذه الدراسة أهمية نظرية وعملية في موضوع البحث.

الأهمية النظرية: تكشف الدراسة عن الوجه المراوغ للإسرائيليين في تعاملهم مع القضية الفلسطينية خلال عمليات التفاوض المتتالية، وتسليط الضوء على طرق التعامل المثلى مع ملف الاستيطان من خلال التوصيات والاستنتاجات.

الأهمية العملية: تكشف الدراسة عن إشكالية ملاحقة مجرمي الاستيطان أمام المحكمة الجنائية الدولية؛ نظراً لضعف تنفيذ القرارات الدولية المتعلقة بالاستيطان من قبل إسرائيل ومخالفاتها لقواعد القانون الدولي. تكمن أهمية هذه الدراسة في كشف اللثام عن الوجه الإسرائيلي المراوغ في تعامله مع القضية الفلسطينية عبر سنوات التفاوض المتتالية، والوصول إلى الطريقة المثلى للتعامل مع ملف الاستيطان من خلال الاستنتاجات والتوصيات.

أهداف الدراسة:

تتمثل أهداف هذه الدراسة فيما يلي:

1. تسليط الضوء على نشأة السياسة الاستيطانية الصهيونية في فلسطين بشكل عام، والضفة الغربية وقطاع غزة والقدس بشكل خاص، مع تناول تطورات الواقع الاستيطاني حتى هذه اللحظة.
2. تناول الأبعاد السياسية والأمنية للاستيطان في فلسطين بالتحليل والتفسير النقدي، ما يتيح تعريتها وفضحها للإفادة من ذلك في النضال الوطني الفلسطيني بأشكاله النضالية كافة.
3. مناقشة السياسة الاستيطانية الإسرائيلية في فلسطين في ضوء القانون الدولي، وتحديد وضعية هذه السياسة التوسعية في المواثيق والعهود الدولية، ومدى انتهاكها للشرعية الدولية المسؤولة مباشرة عن ولادة هذه الدولة الاستعمارية التوسعية والاحتلالية.

4. التعرف على سبل وطرق ملاحقة مجرمي الاستيطان الإسرائيليين أمام محكمة الجنايات الدولية.

منهجية البحث:

اعتمد الباحث على أكثر من منهجية تبعاً لما يتطلبه سياق البحث ومباحثه، ففي بعض الأحيان يلجأ الباحث إلى استخدام المنهج التاريخي لتتبع الاستيطان في الفكر الصهيوني على مدى سنوات مضت، وأحياناً يستخدم المنهج الوصفي التحليلي، وذلك لتحليل أبعاد ظاهرة الاستيطان ومخاطرها، وتأثيرها على السكان الفلسطينيين، وعلى حلم إقامة دولة فلسطينية مستقلة في الضفة الغربية بشكل خاص، ومدى ملاحقة مجرمي الاستيطان أمام محكمة الجنايات الدولية.

نطاق البحث:

القانون الدولي بشكل عام ينظم العلاقات بين الدول والمنظمات الدولية وقوانين النزاعات الدولية وحقوق الإنسان وحقوق اللاجئين والقوانين الإنسانية الدولية، وفي موضوع هذه الدراسة، قدمت السلطة الوطنية طلباً رسمياً في أيلول/ سبتمبر 2021، إلى المحكمة الجنائية الدولية (ICC) للانضمام إلى معاهدة روما لسنة ١٩٩٨، وهي الاتفاقية التي تنظم عمل المحكمة. وقد فتحت المحكمة تحقيقاً محتملاً في جرائم حرب ارتكبت في الأراضي الفلسطينية المحتلة بما في ذلك جرائم الاستيطان.

المبحث الأول:

ماهية الاستيطان والمواقف الدولية منه

يُشكل الاستيطان الإسرائيلي في فلسطين جريمة نكراء ومخالفة لقواعد القانون الدولي، حيث تباينت المواقف الدولية من ظاهرة الاستيطان في الأراضي الفلسطينية، وسيتم التطرق لذلك من خلال مفهوم جريمة الاستيطان والمواقف الدولية منه في المطلب الأول، والاستيطان الإسرائيلي في فلسطين في المطلب الثاني.

المطلب الأول:

المفهوم العام للاستيطان، والأبعاد الاقتصادية والاجتماعية

منذ أكثر من مئة عام، يتواصل مشروع الاستعمار الاستيطاني الصهيوني لفلسطين العربية، على طريق استكمال تهويد فلسطين وأراضي عربية أخرى، وتحويلها إلى قاعدة للعدوان الإسرائيلي والأجنبي على عموم الوطن العربي. وعلى الرغم من اختلاف المراحل التي مر بها هذا المشروع. فإن وسائله ظلت دون تغيير أساسي تتمحور حول الاستيلاء على الأرض بشتى الطرائق وبأي ثمن، وإجلاء أصحاب الأرض العرب باستخدام مختلف وسائل الإرهاب والتضييق على لقمة العيش، واستقدام الإمكانات البشرية والمالية والعسكرية الضرورية لإقامة المستعمرات الاستيطانية ودعمها¹. وفي هذا المطلب سوف يتناول الباحث مفهوم جريمة الاستيطان ودوافعها، والمواقف الدولية من جريمة الاستيطان.

أولاً: مفهوم جريمة الاستيطان ودوافعها

أ. مفهوم ظاهرة الاستيطان

ويُعرف الاستيطان بأنه ظاهرة إنسانية قديمة مارستها شعوب مختلفة عبر التاريخ، حيث عرفت الشعوب والحضارات القديمة أنواعاً مختلفة من الاستيطان والهجرات، وتقوم هذه الظاهرة أساساً على وجود أماكن جذب تهاجر إليها جماعات بشرية لتتعايش مع المجتمعات الموجودة، وتندمج فيها دون اللجوء

¹. خالد عايد، الاستعمار الاستيطاني للمناطق العربية المحتلة خلال عهد الليكود 1977-1984، مؤسسة الدراسات الفلسطينية، ط1، 1986، ص26.

للعنف، أو من خلال التوسع الاستيطاني الذي يتم بواسطة محاولات السكان الأصليين لتحسين ظروفهم المعيشية وإصلاح أراضٍ جديدة من أجل تخفيف الضغط السكاني الذي تتعرض له المنطقة¹.

أما الظاهرة الاستيطانية الحديثة، فقد جاءت عقب الاكتشافات الجغرافية، تحديداً في القرن السادس عشر، حيث كان العالم لا يزال يعيش مرحلة الإقطاع، ويشهد في الوقت نفسه بدايات الرأسمالية المبكرة، حيث قامت الدول الاستعمارية إلى الفتح باسم التجارة الخارجية، والحاجة التي تفرضها ضرورة حركة التوسع الاستعماري والرأسمالي العالمي بفتح العالم الجديد واستيطانه واستعمار؛ وارتبطت هذه الظاهرة بالاضطهاد الديني التي تعرضت له الأقليات الدينية في أوروبا، ما دفع جماعات أوروبية كثيرة، وعلى رأسها اليهود، للهجرة إلى المناطق المكتشفة والمستعمرة لزراعة كيانات غريبة في هذه المناطق وسط محيط معادٍ من سكان البلاد الأصليين².

وتقوم ظاهرة الاستعمار الاستيطاني الحديث (الإحلالي أو المبني على الأبارتهايد³) على انتقال كتلة بشرية من مكانها وزمانها إلى مكان وزمان آخر، حيث تقوم الكتلة الوافدة بإبادة السكان الأصليين أو طردهم أو استبعادهم أو عزلهم أو خليط من كل هذه الأمور⁴.

وهناك نوعين للاستيطان، هما:

1. الاستعمار الاستيطاني المباشر الذي يهدف إلى استغلال الأرض ومن عليها، وهو نوع من الاستعمار الاستيطاني المبني على التفرقة اللونية (التفرقة على أساس اللون والعرق وتعرف بـ الأبارتهايد).

2. الاستعمار الاستيطاني الذي يهدف إلى استغلال الأرض دون سكانها، وهذا هو النوع الإحلالي، حيث يحل العنصر السكاني الوافد محل العنصر السكاني الأصلي، الذي يكون مصيره الطرد أو الإبادة، وهذا هو النوع الذي يتميز به الاستعمار الاستيطاني الإسرائيلي، أي الإحلالي¹.

¹. نظام بركات، الاستيطان الإسرائيلي في فلسطين بين النظرية والتطبيق، بيروت، مركز دراسات الوحدة العربية 1988، ص15.

². المصري وآخرون، فلسطين تاريخ وقضية، مطبعة الطالب الجامعي، جامعة الأقصى، غزة، فلسطين 2005، ص178.

³. هو نظام الفصل العنصري الذي حكمت من خلاله الأقلية البيضاء في جنوب إفريقيا من عام 1948، وحتى تم إلغاؤه بين الأعوام 1990-1993، وأعقب ذلك انتخابات ديمقراطية عام 1994.

⁴. عبد الوهاب المسيري، اليهود واليهودية والصهيونية، ج7، دار الشروق، القاهرة 1999، ص95.

وهذا بالضبط ما ينطبق على الوضع القائم في فلسطين سواء ما حدث عام 1948، أو عام 1967، إذ إن الاستيطان الإسرائيلي يمثل "واقعاً إحلاليّاً لمستوطنين وعسكريين إسرائيليين وإسكانهم في الأراضي التي تم احتلالها، وذلك باستخدام القوة العسكرية في مصادرة تلك الأراضي جبراً وقهراً، حيث يأخذ ذلك عدة أشكال منها الاقتصادي والعسكري أو الإسكان المدني².

وبناءً عليه، يمكن التوصل إلى تعريف جامع للسياسات الاستيطانية الإسرائيلية، بأنها مجموع القرارات والخطوات والإجراءات التي تتخذها دولة إسرائيل ضد السكان الفلسطينيين في الضفة الغربية وقطاع غزة ومدينة القدس بهدف طردهم، وعزلهم أو حتى إبادتهم ليحل محلهم سكان يهود جدد، وبالتالي ربط القدس الشرقية بالغربية ديموغرافياً حتى تكون عاصمة موحدة لدولة إسرائيل بحكم الواقع المعطى، وهذا ما يمكن تسميته بالسياسة الاستيطانية الإحلالية.

ب. دوافع ظاهرة الاستيطان

هناك العديد من الدوافع لجريمة الاستيطان تكمن في:

1. الدوافع التاريخية والدينية: لم تخف الحكومات الإسرائيلية المنطلقات الدينية في حربها

المستمرة على الأراضي الفلسطينية، فالفكر السياسي الإسرائيلي يقوم على ضرورة إيجاد دولة يهودية نقية يجتمع فيها يهود العالم كافة، لذلك فقد سعت وما تزال تسعى إلى تشجيع الهجرة اليهودية إلى فلسطين، وهذا يتطلب بطبيعة الحال إقامة مستوطنات جديدة في الضفة الغربية، لاستيعاب المهاجرين الجدد.

وتُعد أفكار اليمين الإسرائيلي وأحزابه هي الأكثر تطرفاً في نظرتها للأراضي الفلسطينية، بحيث تعتبرها جزءاً لا يتجزأ من الأراضي اليهودية الكاملة، وإن المستوطنين في الضفة الغربية يؤدون مهمةً وطنيةً ودينيةً مقدسةً، كونهم اختاروا العيش في الضفة الغربية بدلاً من تل أبيب وغيرها، وهم يتحملون الظروف القاسية التي قد يتعرضون لها، إلا أنهم يعتبرون أنفسهم امتداداً لدولة "إسرائيل الكبرى". وأن أرض "إسرائيل" تمتد حيث يصل آخر جنودها، وأن الأراضي

¹. المسيري، المرجع السابق، ص 96.

². دراسة بعنوان، "الاستيطان في الفكر الإسرائيلي"، منشورة على موقع كبريت الإلكتروني، عدد 21، انظر الرابط،

<http://www.egypt.com/kabreet/issue21/article.asp>

الفلسطينية في نظر هؤلاء هي أراضٍ محررة، وبالتالي فإن من حقهم الاستيطان في أي بقعة فيها، حتى لو تم اللجوء إلى استخدام القوة العسكرية لتحقيق ذلك¹.

2. الدوافع الأمنية: سعت "إسرائيل" من خلال شبكة الاستيطان الممتدة على الأراضي الفلسطينية كافة، إلى تحقيق أهداف أمنية، وهذا واضح من خلال اختيار مواقع الاستيطان، والنقاط العسكرية في المرتفعات، وكذلك الحواجز المنتشرة في أنحاء الضفة الغربية كافة، وجاء الجدار الفاصل ليؤكد هذا الدافع، وهذا لا يلغي الدوافع الأخرى للاستيطان.

كما أن هذه الإجراءات الأمنية القاسية جداً في الضفة الغربية تهدف إلى خلق حالة من الرعب والخوف والقلق عند الفلسطينيين، وبالتالي تهدف إلى النيل من معنوياتهم ما يدفع بعضهم إلى اليأس من إعمار الأرض والوصول إليها خوفاً من إرهاب المستوطنين، وكذلك اليأس من المقاومة وذلك نتيجة العنف الذي ترد به على أشكال المقاومة كافة التي يقوم بها الفلسطينيون، ما يدفع البعض إلى الهجرة، وهذا في النهاية لصالح الأهداف الأمنية الإسرائيلية².

3. الدوافع السياسية: ليس من المبالغة القول إن الحكومات الإسرائيلية تهدف من دوافعها السابقة إلى تحقيق هدف سياسي يضمن لها إقامة دولة "إسرائيل الكبرى"، التي قامت عليها الفكرة الصهيونية، حيث يقول موشيه سنيه رئيس قيادة الهاجاناه عام 1943: "الاستيطان ليس هدفاً في حد ذاته فحسب، بل أيضاً وسيلة للاستيلاء السياسي على فلسطين، ولذلك يجب أن نسعى في آنٍ واحدٍ لإقامة مستوطنات عبرية سواء وسط المراكز السياسية والاقتصادية للبلد، أو بالقرب منها أو حولها، أو في تلك النقاط التي يمكن استخدامها مواقع طبوغرافية مشرفة، أو مواقع رئيسية من ناحية السيطرة العسكرية على البلد، والقدرة على الدفاع الفعال عنها، وإن كانت أهميتها الاقتصادية قليلة³. لذلك فإن الاستيطان في الضفة الغربية يخدم الأهداف السياسية الإسرائيلية، فبدونه سيجعلها مجرد جيش احتلال، أما بالاستيطان والاستيلاء على الأرض، وفرض سياسة الأمر الواقع، فإنها تسعى إلى رفع هذه الصفة الاحتلالية عنها⁴.

¹. جوني منصور، الاستيطان الإسرائيلي، مؤسسة الأسوار، 2005، ص 159.

². قنيطرة، محمد أمير، "المستوطنات الإسرائيلية في الضفة الغربية وقطاع غزة، دراسة جيوبولوتكية"، ص 54.

³. رياض العيلة، وأيمن عبد العزيز شاهين، الأبعاد السياسية والأمنية للاستيطان الإسرائيلي في القدس ووضعيتها القانونية، مجلة جامعة الأزهر، غزة، المجلد 12، العدد 1، ص 36.

⁴. غلمي، محمد عودة، "تاريخ الاستيطان اليهودي في منطقة نابلس عام 1967-1998"، ص 128.

4. الدوافع الاقتصادية: لم يكن المستوطن القادم من أقصى بلاد العالم ليقبل بالعيش في أعالي جبال الغور الملتهبة ما لم توفر له الحكومة الإسرائيلية عيشاً رغيداً والمتطلبات الأساسية للعيش، من أجل ذلك تحاول السيطرة على الموارد الاقتصادية كافة في الضفة الغربية، خاصة فيما يتعلق بالمياه والمنتجات الزراعية، وهذان العنصران يشكلان نظرية الاستيطان في الضفة الغربية إذ إن "إسرائيل" تسيطر على 68% من مخزون مياه الضفة الغربية. وتزدهر الزراعة في المستوطنات الإسرائيلية ازدهاراً ملحوظاً، حيث يستغل المستوطنون ما يقرب من (90,000) تسعين ألف دونم من الأراضي الفلسطينية في هذه المستوطنات في أعمال الزراعة، كما خصصت السلطات الإسرائيلية ما نسبته 34% من الأراضي في (16) مستوطنة كبرى لأغراض الزراعة. وتعتمد المستوطنات الإسرائيلية المقامة في منطقة الأغوار على وجه التحديد على الزراعة، وفي حالات كثيرة، تتجاوز المساحات الواسعة التي يفلحها المستوطنون الحدود البلدية المقررة للمستوطنات التي يقيمون فيها، وبالتالي، فإن سكان المستوطنات المقامة في منطقة الأغوار والذين يبلغ عددهم 9,600 مستوطن، يستهلكون رُبع كمية المياه التي يستهلكها السكان الفلسطينيون في الضفة الغربية مجتمعين والذين يصل عددهم إلى 2.5 مليون نسمة¹.

كما أشار تقرير الجزيرة²، إلى أن عدد المستوطنين في الضفة الغربية، بما فيها شرقي القدس، وصل إلى 726,427 مستوطناً، يتوزعون على 176 مستوطنة و186 بؤرة استيطانية. تمت إقامة 10 بؤر استيطانية جديدة خلال عام 2022، بالإضافة إلى بؤرتين تمت شرعنتهما. وفي العام نفسه، وافقت حكومة الاحتلال على إنشاء 8,288 وحدة استيطانية جديدة في الضفة الغربية و2,635 وحدة في القدس المحتلة، وبالإضافة إلى ذلك، صادرت سلطات الاحتلال ما يقرب من 26,500 دونم تحت مسميات مختلفة، مثل إعلان محميات طبيعية وأوامر استملاك ووضع يد، واعتبرتها "أراضي دولة".

¹. منظمة التحرير الفلسطينية، دائرة شؤون المفاوضات، "الأعمال والمشاريع التجارية الاستعمارية القائمة في المستوطنات الإسرائيلية"، 2010.

². اقرأ الجزيرة على الموقع (<https://www.aljazeera.net/politics>) تاريخ الزيارة 2023/07/20.

ثانياً: المواقف الدولية من ظاهرة الاستيطان

بناء المستوطنات في الضفة الغربية يُعدّ خرقاً للقانون الدولي الإنساني، الذي ينص على القوانين والنظم المتبعة في أوقات الحرب والاحتلال. بل ويُعدّ هذا أيضاً خرقاً لحقوق الإنسان المتعارف عليها بموجب القانون الدولي والقانون الدولي الإنساني، الذي يمنع الدولة المحتلة من نقل مواطنيها إلى المناطق التي قامت باحتلالها حسب ما جاء في البند (49 من اتفاقية جنيف الرابعة). بالإضافة إلى ذلك تنص أنظمة "هاج" "على منع الدولة المحتلة من إجراء تغييرات دائمة في الأراضي المحتلة، باستثناء تغييرات ضرورية لحاجات عسكرية أو لصالح السكان المحليين"¹.

كما إن بناء المستوطنات يمس بحقوق الفلسطينيين، المنصوص عليها في القانون الدولي فيما يخص حقوق الإنسان. ومن بين الحقوق المنتهكة، الحق بتقرير المصير، حق المساواة، حق الملكية، الحق بمستوى لائق للحياة وحق حرية التنقل، حقيقة كون المستوطنات غير شرعية وغير قانونية بموجب القانون الإنساني الدولي، لا تؤثر على مكانة المستوطنين الذين يسكنونها، حيث يعتبرون سكاناً مدنيين يحق توفير الحماية اللازمة لهم. وحقيقة كون المستوطنين جزءاً من قوات الأمن الإسرائيلية، من المفروض ألا تؤثر على بقية المستوطنين المدنيين².

وفي هذا السياق، وجب علينا توضيح موقف الولايات المتحدة الأمريكية والموقف الأوروبي وموقف الأمم المتحدة من الاستيطان الإسرائيلي في الأراضي المحتلة الفلسطينية بعد عام 1967، وذلك كما يلي:

1. موقف الولايات المتحدة الأمريكية من الاستيطان الإسرائيلي: عبر عن الموقف الأمريكي في تلك الفترة المستشار القانوني للبيت الأبيض (هيربرت هانسل)، أمام الكونغرس الأمريكي، بقوله: (إقامة مستوطنات مدنية في المناطق المحتلة مخالف للقانون). وأكد هذا الموقف أيضاً وزير الخارجية الأمريكي فانس، أمام الكونغرس بقوله: (إن سياسة الولايات المتحدة اتجاه إقامة المستوطنات الإسرائيلية في المناطق المحتلة واضحة جلية لا لبس فيها. فنحن نعتبر الاستيطان في الأراضي المحتلة مخالف للقانون الدولي وعائق في التوصل لعملية سلام ناجحة في الشرق الأوسط، وأن البند 49 من الفقرة السادسة من

1. تقرير الإسلامية المسيحية، تلفزيون فلسطين، 2017/2/7.

2. ملخص تقرير بتسيلم، سلب الأراضي وسياسة الاستيطان الإسرائيلي في الضفة الغربية، مجلة الدراسات الفلسطينية، المجلد 13، العدد 51، 2002، ص 150.

ميثاق جنيف الرابع حسب رأيي ورأي كل من المستشارين القانونيين للبيت الأبيض ولعدة سنوات هو.. إن المستوطنات غير قانونية وأن ميثاق جنيف الرابع ينطبق على المناطق المحتلة في فلسطين¹.

ويمكن حصر موقف الحكومة الأمريكية رغم تغير الرؤساء والمسؤولين في نقطتين:

- تأكيد جميع الحكومات الأمريكية على إبقاء القدس موحدة.
- عدم اعتراف الحكومات الأمريكية بحق الشعب الفلسطيني في القدس الشرقية التي احتلت عام 1967، ولا بحق اليهود فيها، وترك مناقشة هذا الحق لتقرره المفاوضات لاحقاً².

2. الموقف الأوروبي: مع ازدياد النشاط الاستيطاني للحكومة الإسرائيلية في المناطق المحتلة بوجه عام والقدس بوجه خاص، ومع ازدياد أعداد المهاجرين اليهود من الاتحاد السوفيتي السابق واستيطان عدد كبير منهم في القدس. أصدر المجلس الوزاري للبرلمان الأوروبي المنعقد في دبلن بتاريخ 20 شباط/فبراير 1990، بياناً جاء فيه (تؤكد الدول الاثنتي عشرة، مرة أخرى موقفها، من أن المستوطنات اليهودية، في المناطق المحتلة بما فيها القدس الشرقية هي مستوطنات غير شرعية بمقتضى القانون الدولي، والدول الاثنتي عشرة قلقة جداً من احتمال توطين المهاجرين إلى إسرائيل في المناطق المحتلة. وصدر بيان آخر عن اجتماع وزراء خارجية الشمال بتاريخ 6 آذار/مارس 1990، عبر فيه الوزراء عن قلقهم إزاء مسألة توطين المهاجرين في الأراضي المحتلة. وذكروا أن مشروع التوطن يتعارض والمواثيق الدولية. وقد يعرقل احتمالات إيجاد تسوية سلمية. ويطالب الوزراء لهذا السبب السلطات الإسرائيلية بمنع توطين المهاجرين في المناطق المحتلة³.

3. موقف الأمم المتحدة: تقوم الأمم المتحدة بإصدار العديد من القرارات المتعلقة بالاستيطان اليهودي في الأراضي المحتلة. وعلى الرغم من هذه القرارات، فقد استبعدت دور الأمم المتحدة في مباحثات السلام بشأن وضع القدس والضفة الغربية وقطاع غزة ومصير الاستيطان فيها. وجاء ذلك نتيجة للضغوط التي وجهتها الإدارة الأمريكية في شباط/فبراير 1994، أدلت مادلين أولبرايت رئيسة بعثتها الأمريكية في الأمم المتحدة بتصريح قالت فيه إن الاهتمامات التاريخية للأمم المتحدة في هذه القضايا لم

¹ محمد رشيد عناب، الاستيطان الصهيوني في القدس 1967-1993، بيت المقدس للنشر والتوزيع، ط1، 2001، ص177-181.

² المرجع السابق ص 182-185.

³ حمد الموعد، إسرائيل والمتغيرات الدولية، دار كنعان للدراسات والنشر، دمشق، ط1، 1991، ص142.

تعدّ لها أهمية، وأن المبادئ الأساسية لحل الصراعات حول القدس والمخيمات والمستوطنات هي اهتمامات إسرائيلية فلسطينية، وأن على هيئة الأمم المتحدة أن تحد من مشاركتها في القرارات الخاصة بالمصالحة¹.

المطلب الثاني:

الاستيطان الإسرائيلي في فلسطين

منذ عام 1967، وبعد اجتياح القوات الإسرائيلية لأراضي الضفة الغربية، وقطاع غزة، والشطر الشرقي لمدينة القدس، نفذت السلطات الإسرائيلية إجراءات عدة، بهدف تهويد المدينة والاستيلاء على أراضي الفلسطينيين، بالرغم مما نصت عليه المواثيق الدولية، من ضرورة احترام حقوق المواطنين الذين تقع أراضيهم تحت الاحتلال كميثاق جنيف لعام 1949.

وخلال الأشهر الأولى للاحتلال تمت مصادرة أكثر من 20 ألف دونم، بعد تدمير ثلاث قرى عربية في منطقة اللطرون، التي تبعد حوالي عشرين كيلو متراً عن مدينة القدس، إضافة إلى 350 ألف دونم في القدس والضفة لزرع المستعمرات الاستيطانية، فضلاً عن أكثر من مليون دونم، تم السطو عليها لأغراض أمنية².

السلطات الإسرائيلية اتكأت هنا على "قوانين الطوارئ" الانتدابية، وبموجب المادة 125 من "قانون الدفاع" لعام 1945، فإنه بوسع الحاكم العسكري أن يعلن عن إغلاق أية منطقة أو مكان "لأسباب أمنية" دون توضيح هذه الأسباب، وما على السكان إلا إخلاء المنطقة. وحتى البدو لم يسلموا من هذه القوانين، إذ إنهم وقعوا أيضاً تحت طائلة "قانون الغائبين" لعام 1950، الذي يعتبر كل من ترك داره "غائباً" فلا يصبح من حقه أن يعود إليها، فتقرر أولاً توطينهم في الضواحي الفقيرة للمدن ثم الاستيلاء على أراضيهم، وتسجيلها، بصفتها "أراضي الدولة" فتم بذلك مصادرة 93% من أراضي البدو العرب في صحراء النقب، وفي الوقت نفسه منعوا من العمل في المستوطنات الإسرائيلية³.

¹. تصريح مادلين أولبرايت رئيسة بعثة الولايات المتحدة في الأمم المتحدة في جلسة الأمن المنعقدة في شباط/فبراير 1994. (مصدر: مركز فلسطين للإعلام).

². عبد الرحمن أبو عرفة، الاستيطان التطبيق العملي للصهيونية، عمان، دار الجليل للنشر، 1986، ص136.

³. عبد الرحمن أبو عرفة، الاستيطان التطبيق العملي للصهيونية، عمان، دار الجليل للنشر، 1986، ص26.

بالرغم من عدم شرعية امتلاك المستوطنين اليهود للأراضي، حسب القوانين الإسرائيلية، فقد قامت الحكومة الإسرائيلية في كانون الأول/ ديسمبر 1978، بإلغاء القيود المفروضة، على شراء اليهود لأراضٍ عربية في الضفة¹.

أولاً: الاستيطان الإسرائيلي في الضفة الغربية وقطاع غزة:

من مقومات الدولة -أية دولة- الأرض، والشعب، والسيادة. وفي وجود المستعمرات الإسرائيلية الممتدة بكثافة فوق الأرض الفلسطينية المحتلة، ستُفقد الدولة الفلسطينية الموعودة أهم مقوماتها، وهي وحدة الإقليم، وتجعل منها مجرد أراضٍ مقطعة الأوصال، تحيط بها المستعمرات من كل جانب، وتعمل على قطع التواصل الطبيعي بين التجمعات العربية. المستوطنات تمثل نموذجاً لما يسمى بالحقائق الجديدة، التي يقوم عليها المحتوى السياسي لنظرية الأمن القومي الإسرائيلي².

وبالرغم من اتفاق المبادئ الموقع بين الحكومة الإسرائيلية ومنظمة التحرير الفلسطينية في واشنطن في 13 أيلول/ سبتمبر 1993، إلا أن السلطات الإسرائيلية لم تتراجع عن سياستها الاستعمارية الاستيطانية ومصادرة الأراضي بذريعة أن "اتفاق أوسلو" لم يضع قيوداً على الاستيطان بل أجل المعضلة الاستعمارية الاستيطانية إلى مفاوضات الوضع النهائي. وبالرغم من أن "اتفاق أوسلو" عُقد مع حكومة حزب العمل برئاسة اسحق رابين، إلا أن هذه الحكومة شجعت على بناء المستوطنات في قلب مدينة الخليل وجنوب جبال الخليل، فضلاً عن تشجيع المستوطنين للاستيلاء على 1243 وحدة سكنية وبنائها أثناء حكومة حزب الليكود إلى جانب استكمال بناء 10 آلاف وحدة سكنية، ووضع خطة لبناء المستوطنات حتى عام 2010، بهدف توطين 2.6 مليون مستوطن في الضفة الغربية وقطاع غزة. في آذار/ مارس من العام 1995، أصدرت وزارة الدفاع الإسرائيلية أوامرها لسكان بعض قرى الضفة بمغادرة أراضيهم من أجل بناء 8 طرق التفاقية جديدة بطول 130 كم، وذلك لإعادة تشييد المنطقة³.

¹. المرجع السابق، ص 27.

². راندا أبو الذهب، المستعمرات الإسرائيلية عقبة في طريق الدولة الفلسطينية، دار الكرمل للنشر والتوزيع، دس، ص 128.

³. راندا أبو الذهب، المرجع السابق، ص 130-131.

ومهما اختلفت الحكومات الإسرائيلية فإن الاستيطان يبقى الهدف الأول للمشروع الصهيوني، فبالنسبة لحزب العمل، يحقق الاستيطان أهدافاً عدة منها¹:

1. التحكم في مصادر المياه في الضفة العربية لسهولة حفر الآبار فيها لذلك ستقام المستوطنات بالقرب من المناطق ذات التربة الضعيفة، مثل شمال رام الله وبالقرب من طولكرم وقلقيلية.

2. ضمان السيطرة الإسرائيلية على المناطق ذات الأهمية الإستراتيجية من الناحية الأمنية، مثل غور الأردن، إذ تهدف إسرائيل إلى التواجد في المنطقة الواقعة بين الأردن والضفة الغربية.

3. سعي إسرائيل إلى زيادة مساحة المستوطنات الدائمة في الضفة، من خلال بناء المزيد من المستعمرات على طول الخط الذي حددته خطة ألون، بالرغم من أن الخطة لم يعتمد عليها حزب العمل رسمياً.

4. منع أي عملية توسعية فلسطينية تهدف إلى عزل الجانب الأعظم من المستوطنات الإسرائيلية، لذا فإن الحزب يهدف إلى ربط هذه المستوطنات بإسرائيل، من خلال شق الطرق الالتفافية.

أما حزب الليكود فالاستيطان يعني لديه أن كل إسرائيل الكبرى يجب أن تكون لليهود، وذلك بالسيطرة على الضفة من خلال المصطلح الذي أطلقه مناحيم بيغن. علاوة على ذلك فإن حكومة الليكود تهدف من الاستيطان إلى الضغط على السلطة الفلسطينية، لتقديم تنازلات في إطار مفاوضات الحل النهائي عن طريق التهام المزيد من الأراضي².

وأخيراً، تظل الأرض محور الصراع العربي - الإسرائيلي-. فهل يمكن التنبؤ بما سينتهي إليه المطاف في ظل المحاولة إلى الوصول إلى حل جذري عن طريق السلام، وهل يمكن لدولة ما أن تقوم في أجزاء مبعثرة من أراضي الضفة الغربية، تمثل أقل من خمس مجموع مساحتها. مقابل 58% من أراضي قطاع غزة تخرقها المستعمرات الاستيطانية، فتلتهم 42% من أراضي القطاع، وتفتت ما تبقى

¹. جيفري أورنسون، مستقبل المستعمرات الإسرائيلية في الضفة الغربية وقطاع غزة، بيروت، مؤسسة الدراسات الفلسطينية، 1996، ص24.

². جيفري أورنسون، مستقبل المستعمرات الإسرائيلية في الضفة الغربية وقطاع غزة، بيروت، مؤسسة الدراسات الفلسطينية، 1996، ص30.

منه في أيدي العرب الفلسطينيين، علماً بأن وحدة الأرض هي عنصر أساسي من مقومات الدولة، أي دولة، ناهيك عما يصيب المقومات الأساسية الأخرى¹.

ثانياً: الاستيطان الإسرائيلي في القدس المحتلة:

منذ أواخر القرن التاسع عشر، اعتبرت الحركة الصهيونية القدس نقطة انطلاق لإعلان قيام إسرائيل، وبدأت في تنفيذ المخططات الاستيطانية فيها. وتُعتبر القدس أساسية لمشروع تحرير فلسطين، حيث تمثل عروبتها وهويتها جزءاً أساسياً من الهوية الفلسطينية.

شكل الاستيطان حجر الزاوية في الفكر الصهيوني منذ نشأته في القرن التاسع عشر، واستمرت السياسة الاستيطانية للحكومات الإسرائيلية المتعاقبة في الأراضي العربية المحتلة عام 1967، حيث برزت الاستمرارية في الفكر الاستيطاني للحكومات الإسرائيلية المتعاقبة من خلال برامجها ونشاطاتها². عند احتلال الجزء الشرقي لمدينة القدس في عام 1967، قامت الحكومة الإسرائيلية بتغيير حدود بلدية القدس وضمت 71 كم²، جديدة لحدودها لتصبح مساحة القدس الموحدة 108 كم². تهدف هذه الخطوة لتحويل المدينة من مدينة عربية حضارية إلى مدينة يهودية، من خلال الاستيطان المكثف للمدينة وإقامة المستوطنات حولها³.

شكل الاستيطان حجر الزاوية في الفكر الصهيوني منذ نشأة هذا الفكر في النص الثاني من القرن التاسع عشر، وشكلت السياسة الاستيطانية للحكومات الإسرائيلية المتعاقبة في الأراضي العربية المحتلة عام 1967، مظهراً من مظاهر الاستمرارية والتغيير بالنسبة لتاريخ الاستيطان الصهيوني. فقد برزت الاستمرارية في الفكر الاستيطاني الصهيوني للحكومات الإسرائيلية المتعاقبة، معبراً عنه ببرنامج الأحزاب الإسرائيلية المختلفة ونشاطاتها⁴.

وفور احتلال الجزء الشرقي لمدينة القدس عام 1967، سارعت الحكومة الإسرائيلية إلى تغيير حدود بلديتها، وذلك بضمها ما يقارب 71 كم²، جديدة لحدود بلدية القدس الغربية لتصبح مساحة القدس الموحدة

¹. محمد رشيد عناب، الاستيطان الصهيوني في القدس 1967-1993، بيت المقدس للنشر والتوزيع، ط1، 2001، ص201.

². فاطمة خير، استيطان القدس قبل قيام إسرائيل، دار الكرمل للنشر والتوزيع، عمان، د.س، ص70-71.

³. رياض العيلة، وأيمن عبد العزيز شاهين، مرجع سابق، ص916.

⁴. وليم هاريس، الاستيطان الإسرائيلي في الأراضي العربية المحتلة عام 1967-1984، نظرة عامة ومنظور تاريخي، دار الآفاق الجديدة، جامعة الدول العربية، د.س، ص71.

108 كيلو مترات، ولتتوافق مع المخططات التي كانت تبينها الحكومة الإسرائيلية للمدينة، من أجل تحويلها من مدينة ذات طابع حضاري عربي إلى مدينة يهودية، من خلال الاستيطان المكثف للمدينة، حيث أدى ضم المدينة المقدسة إلى تدفق كميات كبيرة من الأموال إليها من أجل استيطانها، وإقامة ضواحي استيطانية فيها¹.

بعد احتلال القدس الشرقية، اتبعت السلطات الإسرائيلية سياسات متعددة لتحقيق هدف التهويد، منها:

1. هدم العقارات كوسيلة لطرد المزيد من العرب من أهل المدينة بحجة عدم الترخيص.
 2. ضم القدس إدارياً وسياسياً ضد الإرادة الدولية وإعلان توحيدها وجعلها عاصمة لدولتهم تحدياً لاتفاقية جنيف وحقوق الإنسان والقرارات الدولية.
 3. حل مجلس الأمانة المنتخب للقدس، ومصادرة سجلاتهم وأموالهم المنقولة وغير المنقولة ودمجه مع بلدية القدس المحتلة.
 4. إلغاء القوانين الأردنية واستبدالها بالتشريعات والقوانين الإسرائيلية وإغلاق المحاكم النظامية الأردنية.
 5. تجميد تنفيذ أحكام المحاكم في القدس الشرقية والضغط على السكان لمراجعة محكمة يافا الشرعية الإسلامية والتي تطبق القوانين الإسرائيلية.
 6. مصادرة ونزع ملكية حوالي 142 ألف دونم مما تبقى من الأراضي العربية في القدس وما حولها في القرى المجاورة².
- وكانت القدس وما زالت هي المدينة المحتلة الأكثر تأثراً بالسياسة الاستيطانية الإسرائيلية آنفة الذكر، حيث شكلت هذه السياسة منعطفاً بارزاً لجهة تغيير معالم القدس في محاولة لفرض واقع يهودي يطمس المعالم العربية في المدينة، ويصعب الانفكاك عنه في حال تمت مفاوضات مستقبلية. فمنذ اللحظة الأولى لاحتلال المدينة المقدسة، باشرت السلطات الإسرائيلية، بعمليات المصادرة والهدم

¹. الشيخ ايفرات، الاستيطان الإسرائيلي جغرافياً وسياسياً، ترجمة دار الجليل، ط1، دار الجليل للنشر والتوزيع والأبحاث الفلسطينية، عمان الأردن، 1991، ص25.

². محمد أبو صالح، الاستيطان اليهودي في القدس، مؤتمر يوم القدس السابع بعنوان "الاستيطان الإسرائيلي في مدينة القدس"، جامعة النجاح الوطنية، نابلس، فلسطين، د.س، ص412.

والتهجير تلتها عمليات بناء للمستوطنات داخل الشطر الشرقي للمدينة وحولها وذلك تمهيداً لعزلها عن المناطق العربية المجاورة.

وتركت النشاطات الاستيطانية في القدس آثاراً سلبية على سكان المدن والقرى المحيطة بها من الجوانب الاجتماعية والاقتصادية، لما تشكله القدس من ركيزة أساسية لحياة فلسطينيي هذه المدن والقرى المحيطة بها، واتخذت إجراءات تعسفية ممثلة في حرمانهم من الخدمات، وطردهم بشكل فردي أو جماعي، وهدم منازلهم على رؤوسهم، حتى وحرمانهم من هويتهم الإسرائيلية، بما يتعارض ويتناقض مع القانون الدولي، بل وكل المواثيق والعهود الدولية الصادرة عن المؤسسات الدولية المختلفة، الأمم المتحدة، مجلس الأمن الدولي وقراراته، ولم تلتزم بتطبيق أية قرارات دولية، واستمرت في تنفيذ سياستها الاستيطانية التوسعية الإحلالية بأبعادها السياسية والأمنية¹.

وقام الاحتلال الإسرائيلي بفرض نظام صارم من الحصص في البناء لأبناء الشعب الفلسطيني في القدس على مدى سنوات، بهدف الإبقاء على نسبة مئوية للفلسطينيين من سكان القدس عند 26% وقد تبنت الحكومة الإسرائيلية هذا الموقف منذ العام 1973، حيث وصلت نسبة البناء عند الإسرائيليين 90% من نسبة البناء العام في الجزء الشرقي من المدينة المقدسة².

وكما هدف هذا النظام إلى مواجهة الكثافة السكانية الفلسطينية العالية، حيث عمدت سلطات الاحتلال إلى العمل على خلخلة الكثافة السكانية، حفاظاً على الأمن وإعادة توطينهم في مناطق أخرى. ومن جهة أخرى استطاعت السلطات الإسرائيلية، من خلال النشاط الاستيطاني المكثف في القدس الشرقية، إنشاء طوقين من المستوطنات يحيطان بالمدينة من جميع الجهات ويفصلها عن المدن والقرى والمخيمات الفلسطينية المجاورة.

وفي إطار السياسة التي اتبعتها إسرائيل لتهويد مدينة القدس منذ احتلالها من خلال إحاطتها بالمباني والمستوطنات التي شكلت جداراً محكم الإغلاق، يهدف إلى خنق سكانها ودفعهم إلى الرحيل من جهة، ومنع فلسطينيي الضفة الغربية وقطاع غزة من الوصول إلى المدينة والتواصل مع سكانها من جهة أخرى، بات هذا الطوق الاستيطاني يستحوذ على عشرات آلاف المستوطنين إضافة إلى المخطط

¹. رياض العيلة، وأيمن عبد العزيز شاهين، مرجع سابق، ص 916.

². اورنسون، مرجع سابق، ص 28-29.

الإسرائيلي لرفع مجموع اليهود في شطري المدينة المقدسة ليصل إلى مليون يهودي بحلول عام 2020، لكن ذلك يبقى مرهوناً بنجاح الاستقرار الأمني في المنطقة¹.

المبحث الثاني:

المركز القانوني للأراضي الفلسطينية ومدى شرعية الاستيطان الإسرائيلي فيها

قبل الخوض في حيثيات هذا المبحث لا بُد من الإشارة إلى أن الأراضي الفلسطينية تتسم بمركز قانوني وهذا ما سيتم التطرق إليه من خلال المطلب الأول من هذا المبحث، بالإضافة إلى تناول تطبيق اتفاقية جنيف الرابعة 1949م، على الضفة وقطاع غزة، ومن ثم الانتقال إلى بيان مدى جواز ملاحقة مجرمي الحرب الإسرائيليين أمام محكمة الجنايات الدولية والآلية المتبعة من أجل تلك الغاية، وذلك في المطلب الثاني من هذا المبحث.

المطلب الأول:

المركز القانوني للأراضي الفلسطينية واتفاقية جنيف الرابعة

بعد حرب عام 1967، احتلت القوات الإسرائيلية قطاع غزة والضفة الغربية بما فيها القدس الشرقية. وقد أعلن "قائد المنطقة" - رئيس القوات الإسرائيلية المحتلة السيطرة على السلطات التشريعية والتنفيذية والقضائية في المناطق المحتلة².

تندرج الأراضي الفلسطينية حكماً ضمن نطاق ومفهوم الأراضي المحتلة؛ لكونها وجدت فعلياً تحت سيطرة وإدارة قوات أجنبية معادية وإجازتها باستخدام القوة دون وجه حق، ونجحت فعلياً بالسيطرة عليها وإدارتها عبر إقامتها لحكومة عسكرية تمارس دورها في حكم وإدارة هذه الأراضي، وينظم القانون الدولي الإنساني ما يجب على المحتل والتزاماته تجاه الممتلكات العامة والخاصة والموارد وثروات الأراضي المحتلة، كما ينظم حدود ونطاق الاستيلاء والمصادرة للأراضي أو الانتفاع بالأموال العامة، أي أن القانون الدولي أوجد جملة من الضوابط والمعايير القانونية الواجبة على المحتل واحترامها والالتزام بها

¹. رياض العيلة، وأيمن عبد العزيز شاهين، مرجع سابق، ص 917.

². أمينة حمدان، حماية المدنيين في الأرض الفلسطينية المحتلة (اتفاقية جنيف الرابعة)، رسالة ماجستير، جامعة النجاح الوطنية، 2010، ص 5.

حال شروعه في ممارسة واستخدام ما وضع لمنفعته من حقوق حيال الأعيان العامة والخاصة في الأراضي الخاضعة لسيطرته وإدارته¹.

وفي هذا المطلب سوف يتحدث الباحث عن المركز القانوني للضفة الغربية وقطاع غزة بعد حرب عام 1967، وتطبيق اتفاقية جنيف الرابعة على الأراضي الفلسطينية المحتلة.

أولاً: المركز القانوني للضفة والقطاع بعد حرب عام 1967م

عرفت المادة 42 من الاتفاقية المتعلقة بقوانين الحرب البرية وأعرافها، الأرض المحتلة بكونها "الأرض التي تكون السلطة الفعلية بيد العدو، ولا يشمل الاحتلال سوى الأراضي التي يمكن أن تمارس فيها هذه السلطة بعد قيامها"².

وبموجب هذه المادة، فإنّ الأراضي الفلسطينية تخضع للاحتلال الإسرائيلي، ما يترتب على ذلك انطباق اتفاقية جنيف الرابعة لعام 1949، الخاصة بحماية المدنيين، باعتبارها إحدى الحالات التي نصت عليها الاتفاقية الرابعة لسريان أحكامها، حيث إن الإقليم يُعتبر محتلاً إذا أصبحت غير قادرة على ممارسة سلطاتها على ترابها وهذا ما حدث في الأراضي الفلسطينية.

لذا لا بُدّ من توافر مجموعة من العناصر لأخذ صفة الاحتلال وهي:

1. قيام حالة حرب أو نزاع مسلح بين قوات دولتين -أو أكثر- تتمكن فيها إحدهما من غزو أراضي الدولة الأخرى، واحتلالها كلها أو بعضها، وبطبيعة الحال تختلف هذه الحالة عن حالة وجود المحميات والقواعد الأجنبية على إقليم دولة من الدول في وقت السلم، حيث يقوم وجودها في حدود واجباتها العسكرية دون التدخل في إدارة الإقليم أو أمور ساكنيه.

2. قيام حالة احتلال فعلية مؤقتة تحتل فيها قوات مسلحة أجنبية، أراضي دولة أخرى وتضعها تحت سيطرتها، فالاحتلال الحربي ليس حالة قانونية وإنما هو أمر واقع نتج عن وجود القوات المسلحة في الأراضي المحتلة بعد هزيمتها للقوات المعادية، ونتيجة لهذا الواقع الفعلي وليس القانوني، فإن الدولة التي احتلت أراضيها تبقى كما هي صاحبة الشخصية القانونية الدولية المستقلة التي لا يمسها وضع الاحتلال المؤقت، وتعود إليها أراضيها بعد انتهاء الاحتلال، وهذا هو المبدأ الذي استقر منذ الحروب.

¹. رياض العيلة، وأيمن عبد العزيز شاهين، المرجع السابق، ص 923.

². الاتفاقية المتعلقة بقوانين الحرب وأعرافها المؤرخة بتاريخ 1907، لاهاي في 18 تشرين الأول/ أكتوبر 1907.

3. وجوب أن يكون الاحتلال فعالاً ومؤثراً، فالاحتلال لا يبدأ إلا إذا كانت قوات الاحتلال قد استطاعت السيطرة على كل الأراضي التي غزتها، وأوقفت المقاومة المسلحة فيها، وتمكنت من حفظ النظام والأمن وأخضعتها للسلطة العسكرية التي تقوم بتأسيسها فور توقف القتال.

وخلاصة هذه العناصر، هي أن فعالية الاحتلال الحرب وآثاره المباشرة في إخضاع إقليم المحتل للسيطرة المادية والعسكرية، وهي العنصر المميز في تعريف الاحتلال الحربي، وعليه فإن تطبيق القواعد القانونية الخاصة به من حيث المكان والزمان، يكون فور إثبات هذا العنصر، فلا تسري أحكام قانون الاحتلال الحربي (أحكام القانون الدولي الإنساني المطبق على الأقاليم المحتلة)، إلا في الأراضي المحتلة التي دعت فيها السلطة الفعلية لقوات الاحتلال بعد غزوها، وبمفهوم المخالفة فإن أي حالة تخرج عن نطاق الحالة أعلاه فلا يسري عليها قانون الاحتلال الحربي¹.

أما على صعيد الواقع، فقد أصدر الحاكم الإسرائيلي (حاييم هرتسوغ) في أعقاب الاحتلال الإسرائيلي، المنشور المتعلق بأنظمة السلطة والقضاء، ونص هذا المنشور الثاني على أن: "كل صلاحية من صلاحيات الحاكم والتشريع والتعيين والإدارة، بما يتعلق بالمنطقة والضفة الغربية تحوّل منذ الآن إلى قائد قوات جيش الدفاع وتمارس من قبله أو من قبل من يعينه لذلك، أو من يعمل بالنيابة عنه"².

بعد ذلك أصدر الحاكم العسكري الأمر العسكري 35 والذي يلزم دولة الاحتلال الإسرائيلي بتطبيق اتفاقية جنيف الرابعة المؤرخة في 12 آب/ أغسطس 1949، والخاصة بحماية المدنيين أثناء النزاعات المسلحة، لكن ما لبث أن تراجع الحاكم العسكري عن قراره، وأنكر التزام إسرائيل بوجوب تطبيق الاتفاقية المذكورة، وسوغ الفقه الإسرائيلي ذلك بمجموعة من الحجج³.

وظهرت عدة نظريات تتحدث عن هذا الموضوع، وهي:

1. فراغ السيادة: وهي نظرية تبناها الفقيه (ييهود بلوم)، وتتضمن هذه: "بأن الأردن ومصر لم تكن لهما صفة شرعية أو قانونية، ولم يعترف بسيادتهما على الضفة وغزة سوى باكستان وبريطانيا⁴، وبالتالي

¹. الوضع القانوني لدولة الاحتلال الحربي ومسؤوليتها في الأراضي المحتلة، سلسلة القانون الدولي الإنساني رقم 5، ص 8.

². رسالة ماجستير بعنوان "حماية المدنيين في الأراضي المحتلة (اتفاقية جنيف الرابعة)"، للباحثة أمينة شريف فوزي حمدان، جامعة النجاح الوطنية، كلية الدراسات العليا، نابلس، 2010، ص 6.

³. أمينة حمدان، مرجع سابق، ص 5-6.

⁴. داود درعاوي، جرائم الحرب والجرائم ضد الإنسانية، مسؤولية إسرائيل الدولية عن الجرائم خلال انتفاضة الأقصى، الهيئة الفلسطينية لحقوق المواطن، سلسلة تقارير 24، 2001، ص 53.

فإنّ الوضع القانوني لإسرائيل في الأراضي الفلسطينية ليس احتلالاً وإنما إدارة¹، لكن هذه النظرية يوجد ما يدحضها، حيث إنّ الضفة الغربية والقدس كانتا تحت وصاية الأردن لفترة مؤقتة وذلك إلى حين حصول الشعب الفلسطيني على استقلاله، وكان الأردن قد سنّ قانوناً ينص على الوحدة بين الأردن وفلسطين، واعترفت بريطانيا بهذه الوحدة، وبالتالي أصبحت الأردن صاحبة السيادة في الضفة الغربية والقدس الشرقية في أعقاب مؤتمر أريحا والانتخابات التي جرت بتاريخ 11/4/1950، بالإضافة إلى اتفاقية جنيف الرابعة في المادة الأولى منها والتي تنص على أن: "الاتفاقية تطبق في جميع الأحوال بغض النظر عن كيفية وقوع الأراضي في قبضة الدولة المحتلة، سواء من حاكم شرعي أو غير شرعي، أو حرب معلنة أم غير معلنة، سواء احتلها كلها أم جزءاً منها²."

2. الدفاع عن النفس (نظرية الغزو الدفاعي): تبنت سلطات الاحتلال الإسرائيلي هذه النظرية لتبرير عدم إخضاع الأراضي الفلسطينية المحتلة لاتفاقية جنيف الرابعة، باعتبار أنّ لها حق السيادة على تلك الأراضي، وأنّ تطبيق اتفاقية جنيف الرابعة يقتضي أن تكون الأراضي قد احتلت في حرب عدوانية، والحرب التي شنتها ونتج عنها احتلال أراضي الضفة الغربية لم تكن من هذا النوع، وبالتالي فإنّ إحدى الركائز الأساسية لتطبيق اتفاقية جنيف الرابعة غير متوفرة على حد زعمهم، وهذا ما يتناقض مع ما جاء في المادة الثالثة من اتفاقية جنيف الرابعة والتي تقرر بأن الاتفاقية تطبق بغض النظر عن الظروف التي نشأت بموجبها حالة الاحتلال. ولكن حتى لو قبلنا ادعاءات إسرائيل هذه، فإنّ حق الدفاع الذي تدعيه، لا يبرر لها الاحتفاظ بالمناطق التي احتلتها خلال دفاعها عن النفس³.

3. الموقف الأيديولوجي: يشكل احتلال إسرائيل للضفة الغربية وقطاع غزة وفقاً لهذا الموقف تحريراً لأرض مغتصبة، ولا يشكل احتلالاً حربياً، فهي تعتبر الأراضي الفلسطينية جزءاً من أرض إسرائيل، وبناءً على هذا الموقف فالشعب لا يحتل وطنه، بل يحرره من الآخرين هذا من وجهة نظر الفقه الإسرائيلي⁴.

¹. خلدون بهاء الدين حمدي أبو السعود، أثر الاحتلال الإسرائيلي وإقامة المستوطنات على وضع القدس، وفقاً لأحكام القانون الدولي، 2001، ط1، ص104.

². تسييس القانون الدولي الإنساني، دراسة نقدية تحليلية لمؤتمر الأطراف السامية المتعاقدة على اتفاقية جنيف الرابعة، سلسلة الدراسات 21، المركز الفلسطيني لحقوق الإنسان، ص4.

³. المرجع السابق، ص6.

ثانياً: الضفة والقطاع وتطبيق اتفاقية جنيف الرابعة 1949م

وفي غضون هذا العنوان يتوجب علينا بيان الموقف الإسرائيلي وموقف المجتمع الدولي والأمم المتحدة، كما يلي:

1. الموقف الإسرائيلي

تدّعي السلطات الإسرائيلية أن الاتفاقية لا تطبق إلا حيث أقصيت دولة شرعية ذات سيادة عن الأرض المحتلة، أصدرت بعض الأحكام التي استُبعد فيها إمكان تطبيق اتفاقية جنيف الرابعة. وقد سوّغت المحكمة رأيها بناءً على المبدأ القائل إن الاتفاقية غير صالحة لأن تنظر فيها محكمة وإنها، لما كانت من جملة القانون الدولي التقليدي لا من القانون الدولي العرفي، فهي لا تشكل جزءاً من قانون إسرائيل المحلي، ولا يمكن لها أن تصبح جزءاً من هذا القانون إلا إذا أقر الكنيست تشريعاً في هذا الشأن. غير أن محكمة العدل العليا قررت أن أنظمة لاهاي تنطبق على الأراضي التي احتلتها إسرائيل سنة 1967، على أساس أنها تعبّر عن القانون الدولي العرفي المعدود جزءاً من القانون الإسرائيلي في غياب أي قانون محلي يتعارض معها. يضاف إلى ذلك أن رئيس المحكمة العليا الإسرائيلية، القاضي مائير شيمغار، قال إنه يبدو من اللوازم البديهية (اللازمة عن الاتفاقية) ألا يُحوّل كلّ احتلالٍ للأراضي المحتلة إلى أراضٍ تنطبق عليها أحكام الاتفاقية¹.

2. موقف المجتمع الدولي

جوبهت المواقف الإسرائيلية بالرفض العنيف من قبل الأغلبية العظمى من الخبراء القانونيين، ومن قبل اللجنة الدولية للصليب الأحمر الدولي وغيرهما. أما موقف الأمم المتحدة الصريح، المؤيد لتطبيق أحكام الاتفاقية، فسأعود إليه لاحقاً. إن الاحتلال معرّف تعريفاً واضحاً في المادة 42 من اتفاقية لاهاي التي تلزمها إسرائيل. "فلئن كانت إسرائيل تُعدّ قوة محتلة بحسب مقتضيات اتفاقية لاهاي، إذن يجب أن تُعدّ قوة محتلة وفق مقتضيات اتفاقية جنيف الرابعة"، بحسب قول أحد الخبراء الإسرائيليين².

¹. فيليتيسا لانغر، مقال بعنوان "تنفيذ اتفاقية جنيف الرابعة لضمان حماية الشعب الفلسطيني في الأراضي الفلسطينية المحتلة"، مجلة الدراسات الفلسطينية، المجلد 3، العدد 11، مؤسسة الدراسات الفلسطينية، 1992، ص 3-4.

². ثيودور ميرون، الضفة الغربية وقطاع غزة في الفترة الانتقالية، حقوق الإنسان والقانون الإنساني، 1979، ص 109.

3. موقف الأمم المتحدة

على مدى عقود طويلة لم تغير الأمم المتحدة موقفها من المطالبة بتطبيق اتفاقية جنيف الرابعة، حتى بعد توقيع الاتفاقيات الثنائية بين السلطة الفلسطينية وإسرائيل عام 1993؛ لأن هذه الاتفاقية لا تغير من الوضع القانوني للأراضي الفلسطينية كونها اتفاقيات تعبر عن مرحلة انتقالية محددة بسقف زمني. أما من الناحية الواقعية فالانتهاكات الإسرائيلية بحق المدنيين ازدادت وتيرتها في ظل هذه الاتفاقيات فالاستيطان ومصادرة الأراضي وجدار الفصل العنصري، وقتل المدنيين من أبرز الانتهاكات للاتفاقيات الدولية.

يُذكر أن الجمعية العامة للأمم المتحدة أصدرت العديد من التوصيات ذات الصلة باتفاقية جنيف الرابعة، إذ أصدرت في الخامس والعشرين من نيسان/ أبريل عام 1997، قراراً يتضمن التأكيد على سريان اتفاقية جنيف الرابعة والقواعد المرفقة باتفاقية لاهاي 1907، على الأراضي الفلسطينية بما فيها القدس، والأراضي كافة التي احتلتها إسرائيل عام 1967¹.

المطلب الثاني:

شرعية الاستيطان الإسرائيلي في محكمة الجنايات الدولية

جريمة الاستيطان هي مصطلح يشير إلى استعمار أراضي بشكل غير قانوني أو غير مشروع من قبل مستوطنين ينتمون إلى دولة أو مجتمع خارجي. يتمثل الركن المادي لجريمة الاستيطان في تحرك المستوطنين نحو المناطق المحتلة واستيلائهم على الأراضي والممتلكات العقارية هناك. أما الركن المعنوي فيتمثل في النية والعزم على تحويل الوضع القائم في هذه المناطق بشكل دائم وتغيير طابعها الاجتماعي والثقافي والديموغرافي والسياسي².

محكمة الجنايات الدولية (ICC) هي محكمة دولية مستقلة تتولى محاكمة الأشخاص المتهمين بارتكاب جرائم حرب وجرائم ضد الإنسانية وجرائم الإبادة الجماعية وجرائم العدوان. تأسست المحكمة الدولية بهدف تحقيق العدالة الدولية ومحاسبة المسؤولين عن الجرائم شديدة الانتهاكات للقانون الدولي.

¹. عبد الرحمن أبو نصر، اتفاقية جنيف الرابعة لحماية المدنيين لعام 1949 وتطبيقها على الأراضي الفلسطينية المحتلة، 2000، ص359.

². Pictet, J. S. (1958). Commentary on the Fourth Geneva Convention: Relative to the Protection of Civilian Persons in Time of War. International Committee of the Red Cross.

من الجدير بالذكر أن إسرائيل ليست طرفاً في اتفاق روما الذي أسس المحكمة الجنائية الدولية في عام 1998. وبالتالي، فإن المحكمة ليست مخولة بالنظر في الدعاوى المتعلقة بإسرائيل ما لم يكن هناك قرار من مجلس الأمن الدولي يُحيل الوضع إلى المحكمة.

مع ذلك، فإن استيطان إسرائيل في الأراضي التي تحتلها لا يتمتع بشرعية دولية ويعتبر انتهاكاً للقانون الدولي. تعتبر المستوطنات الإسرائيلية في الضفة الغربية والقدس الشرقية المحتلتين بموجب القرارات الدولية، بما في ذلك قرار مجلس الأمن الدولي 242 و 338 وغيرها، مخالفة للقانون الدولي الإنساني وقوانين حقوق الإنسان.

العديد من الدول والمنظمات الدولية تدين استيطان إسرائيل وتعتبره عائقاً رئيسياً أمام تحقيق السلام بين الإسرائيليين والفلسطينيين. تطالب هذه الدول والمنظمات إسرائيل بوقف الاستيطان والالتزام بالقانون الدولي والعمل على إحلال سلمي للنزاع الفلسطيني الإسرائيلي¹.

¹ مرجعية ما ذكرته سابقاً تستند إلى القانون الدولي والمواقف الدولية المعترف بها على نطاق واسع. الاستيطان الإسرائيلي في الأراضي التي تحتلها تُعتبر مخالفة للقانون الدولي وتتعارض مع مجموعة من القرارات والمعاهدات الدولية التي تحظر الاستيطان.

من بين المراجع القانونية التي تدعم هذا الرأي:

1. ميثاق الأمم المتحدة: يحظر استيلاء الدول على الأراضي بالقوة، ويعتبر أن الاستيطان يتعارض مع مبادئ العدالة والمساواة وحقوق الإنسان.

2. قرارات مجلس الأمن الدولي: يمتلك مجلس الأمن الدولي سلطة تأييد القرارات ذات الصلة بالصراع الفلسطيني الإسرائيلي، ومنها قرارات 242 و 338 وغيرها، التي تدعو إلى انسحاب إسرائيل من الأراضي التي احتلتها في حرب عام 1967.

3. محاكمة مجرمي الحرب في محكمة الجنايات الدولية: المحكمة الجنائية الدولية تتعامل مع قضايا جرائم الحرب والجرائم ضد الإنسانية، وهي تعتبر استيطان إسرائيل في الأراضي المحتلة جريمة قابلة للمحاكمة في حالة وجود اختصاص قضائي.

علاوة على ذلك، فإن العديد من الدول والمنظمات الدولية تدين الاستيطان الإسرائيلي وتدعو إلى وقفه والالتزام بالقانون الدولي، مثل الجمعية العامة للأمم المتحدة والاتحاد الأوروبي ومنظمة التعاون الإسلامي والاتحاد الإفريقي وغيرها. هذه المواقف تعكس الرأي السائد في المجتمع الدولي بشأن شرعية الاستيطان الإسرائيلي في الأراضي المحتلة.

من الناحية القانونية، تعتبر جريمة الاستيطان جريمة حرب بموجب القوانين الدولية الإنسانية، حيث تنطبق مبادئ جنيف والبروتوكول الإضافي الرابع على المدنيين في زمن النزاعات المسلحة، واتفاقية روما للمحكمة الجنائية الدولية.

تندرج جريمة الاستيطان تحت مفاهيم الجرائم ضد الإنسانية في القانون الدولي، خاصة تحت فئة الاستيطان العشوائي والقسري. وفقاً للمادة 8 من اتفاقية روما¹، تعتبر الاستيطان العشوائي أو القسري في أراضٍ محتلة جريمة حرب، ويمكن ملاحقة المتورطين في هذه الجرائم أمام المحكمة الجنائية الدولية². وهنا يتولد سؤال جوهري، ما هي خصائص محكمة الجنايات الدولية، وما هي الجهات التي يحق لها تحريك دعوى قضائية أمامها؟

أ. وفقاً لميثاق روما، تختص المحكمة الجنائية الدولية في ثلاث حالات، هي:

1. إذا ارتكبت الجرائم في أراضي إحدى الدول الأطراف.
2. إذا تم ارتكاب الجرائم من قبل مواطني إحدى الدول الأطراف في أي مكان في العالم.
3. من خلال الدول غير الأطراف التي تعلن قبول اختصاص المحكمة وفقاً للفقرة الثالثة من المادة 12 من الميثاق. بشكل عام، تختص المحكمة بعد مرور ستين يوماً من تاريخ انضمام الدولة لميثاق روما، وبهذا لا يمكن للمحكمة أن تختص بالجرائم التي وقعت في قطاع غزة مؤخراً. لكن يمكن للمحكمة أن تختص بأثر رجعي ابتداء من تاريخ 1 تموز/ يوليو 2002، إذا قدمت الدولة تصريحاً تعلن فيه قبول اختصاص المحكمة وفقاً للفقرة الثالثة من المادة 12 من الميثاق بشأن جرائم معينة منذ ذلك التاريخ.

ب. أما الجهات التي يحق لها تحريك الدعوى أمام المحكمة فهي ثلاث:

1. حكومة الدولة العضو.

¹ . جرائم الحرب:

1. يكون للمحكمة اختصاص فيما يتعلق بجرائم الحرب، ولاسيما عندما تُرتكب في إطار خطة أو سياسة عامة أو في إطار عملية ارتكاب واسعة النطاق لهذه الجرائم.
2. لغرض هذا النظام الأساسي تعني "جرائم الحرب":
3. الانتهاكات الجسيمة لاتفاقيات جنيف المؤرخة 12 آب/ أغسطس 1949، أي فعل من الأفعال التالية ضد الأشخاص، أو الممتلكات الذين تحميهم أحكام اتفاقية جنيف ذات الصلة: ... الخ.

² Ben-Naftali, O., & Tuori, T. (Eds.). (2013). Translating International Law into Local Justice: The Historicity of International Criminal Law. Cambridge University Press.

2. المدعية العامة للمحكمة الجنائية الدولية من تلقاء نفسها دون شكوى من أي دولة بشرط أن تكون الدولة طرفاً.

3. من خلال مجلس الأمن بقرار يتخذه بموجب الفصل السابع من ميثاق الأمم المتحدة إذا كانت الجرائم تهدد الأمن أو السلم الدوليين. في كل هذه الأحوال، يجب أن تكون الجرائم مرتكبة في أرض إحدى الدول الأعضاء أو من خلال أحد مواطني دولة عضو. فإذا أصبحت فلسطين طرفاً في المحكمة بموجب طلب العضوية أو الإعلان بموجب الفقرة 12 المذكورة أو من خلال الإحالة من قبل مجلس الأمن، بغض النظر عن الجهة التي ترتكب الجريمة، سواء في الضفة الغربية، بما فيها القدس الشرقية، أو قطاع غزة¹.

لتوضيح هذه المسألة لا بُد من الحديث عن:

أولاً: الركن المادي والركن المعنوي لجريمة الاستيطان

الركن المادي لجريمة الاستيطان يشمل الأفعال والأنشطة التي تنطوي على احتلال أراضي بشكل غير قانوني واستيلاء المستوطنين على الممتلكات العقارية والموارد الطبيعية في المناطق المحتلة. يمكن أن تشمل هذه الأفعال بناء المستوطنات، هدم الممتلكات الفلسطينية، نزع الملكية للمنازل والأراضي، ونقل المستوطنين من دولة إلى دولة للاستيلاء على أراضي أخرى. تشمل الأفعال الفعلية للاستيطان، مثل نقل المستوطنين وبناء المستوطنات في المناطق المحتلة، بينما تشمل العناصر المعنوية النية والتصور الحاكم لهذه الأفعال. يجب أن يتوفر كلا العنصرين لتصنيف الاستيطان كجريمة.

العنصر المادي:

• نقل المستوطنين: يشمل نقل السكان المدنيين من دولة الاحتلال إلى الأراضي المحتلة.

• بناء المستوطنات: يتعلق بإقامة المستوطنات الإسرائيلية في المناطق المحتلة.

الركن المعنوي لجريمة الاستيطان يتعلق بالنية والعزم على تغيير طابع المناطق المحتلة وتحويلها بشكل دائم إلى مستوطنات دائمة تنتمي إلى المستوطنين. يهدف الركن المعنوي إلى تحقيق أهداف سياسية وإستراتيجية عن طريق تغيير المكون السكاني والثقافي والديموغرافي في المنطقة المحتلة.

¹. معتز قفيشة، فلسطين والمحكمة الجنائية الدولية، موقع قانون، 2013.

العنصر المعنوي:

- النية: يجب أن يكون لدى المسؤولين عن هذه الأفعال النية الواضحة والمعلنة بنية تغيير التركيبة الديموغرافية في المنطقة المحتلة وإحداث تغيير ديموغرافي بما يخدم أهداف الاستيطان.
 - الاعتراف بالاحتلال: يُعتبر الاعتراف بالاحتلال وتطبيق الإدارة والسيطرة على المناطق المحتلة بواسطة قوات الاحتلال مؤشراً قوياً للعنصر المعنوي.
- إذا توفرت هذه العناصر المادية والمعنوية، يمكن اعتبار الاستيطان في الأراضي المحتلة جريمة وفقاً للقوانين الدولية والاتفاقيات الدولية المطبقة على الأقاليم المحتلة¹.

ثانياً: التكيف القانوني لظاهرة الاستيطان

- التكيف القانوني لجريمة الاستيطان ينبغي أن يتم بناءً على القوانين الدولية والاتفاقيات التي تنظم النزاعات الدولية والحماية القانونية للمدنيين في المناطق المحتلة. يُعتبر الاستيطان في الأراضي المحتلة جريمة وفقاً للقوانين الدولية وتحت مفهوم الاحتلال الحربي².
- هناك عدة نقاط قانونية مهمة يجب مراعاتها عند التكيف القانوني لجريمة الاستيطان:

1. اتفاقية جنيف الرابعة: تحظر اتفاقية جنيف الرابعة للعام 1949، في المادة 49، نقل المستوطنين من دولة الاحتلال إلى الأراضي المحتلة وفرض تغيير ديموغرافي في المنطقة المحتلة. تُعدّ هذه المادة مخالفة لقوانين الاحتلال الدولي وتُعاقب بالمسؤولية الجنائية الفردية للمسؤولين عن هذه الأفعال.
2. قرارات مجلس الأمن الدولي: أصدر مجلس الأمن الدولي عدة قرارات تدين الاستيطان الإسرائيلي وتعتبره غير قانوني. من بين هذه القرارات قرار مجلس الأمن رقم 465 الصادر في عام 1980، الذي دعا إلى عدم الاعتراف بالتدابير الإسرائيلية المتعلقة بالاستيطان وطالب بإجراءات لوقفه.
3. قرار الجمعية العامة للأمم المتحدة: صوتت الجمعية العامة للأمم المتحدة على عدة قرارات تؤكد أن الاستيطان الإسرائيلي في الأراضي المحتلة غير قانوني ويجب أن يتوقف. من بين هذه القرارات قرار الجمعية العامة رقم 3236 الصادر في عام 1974³.

¹. Ben-Naftali, O., & Tuval, Y. (2013). Israel's settlements in the West Bank: A handbook. Oxford University Press.

². اتفاقية جنيف الرابعة لسنة 1949، اللجنة الدولية للصليب الأحمر.

³. مجلس الأمن التابع للأمم المتحدة. (1980). القرار 465.

ثالثاً: انضمام فلسطين إلى محكمة الجنايات الدولية

تستطيع فلسطين الانضمام للمحكمة الجنائية الدولية كونها أصبحت دولة بتاريخ 29 تشرين الثاني/نوفمبر 2012. كما أن إمكانية انضمام فلسطين للمحكمة قد أضحت متاحة بشكل أكبر بعد توقيع الرئيس محمود عباس باسم دولة فلسطين على تسع عشرة اتفاقية دولية بتاريخ 1 نيسان/أبريل 2014، بما في ذلك اتفاقيات جنيف الأربع وسبع اتفاقيات متعلقة بحقوق الإنسان، بالإضافة إلى اتفاقيتي تحريم الإبادة الجماعية والفصل العنصري. من الأمثلة على الجرائم التي تحاسب عليها المحكمة: القتل العمد، التعذيب، تعمد قصف الأماكن المدنية مثل المنازل والمدارس والمستشفيات والجامعات ومحطات توليد الكهرباء، وطرد السكان من أراضيهم ونقل سكان من دولة الاحتلال إلى الأراضي المحتلة، مثل المستوطنات التي تقيمها إسرائيل في الضفة الغربية والقدس. حتى الآن توجد 122 دولة طرف في ميثاق روما، منها 34 دولة إفريقية، 18 دولة من آسيا، 27 دولة من أمريكا اللاتينية، و43 دولة غربية. بالنسبة للعالم العربي توجد ثلاث دول أطراف في المحكمة هي: الأردن وتونس وجيبوتي. وإسرائيل ليست طرفاً كما وضحت سابقاً.

رابعاً: آلية ملاحقة مجرمي الاستيطان في محكمة الجنايات الدولية

بتاريخ 2012/11/29، تقدمت فلسطين عبر مجموعة من الدول العربية والصديقة إلى الجمعية العامة للأمم المتحدة بمشروع قرار يتناول رفع مكانة فلسطين إلى دولة مراقب في الأمم المتحدة، وحاز مشروع القرار على تأييد (138)، وعارضته (6) دول، وامتنعت (41) دولة عن التصويت، وتلا ذلك إصدار الجمعية العامة للأمم المتحدة قراراً بمنح فلسطين وضع دولة مراقب في الأمم المتحدة غير عضو¹.

فهل يمكنها بهذه الصفة التوجه للمحكمة الجنائية الدولية لمحاكمة مرتكبي الجرائم الإسرائيلية بحق الشعب الفلسطيني على جرائمهم؟ وما هي الإمكانيات القانونية المتاحة أمام الفلسطينيين لمقاضاة الإسرائيليين أمام المحكمة الجنائية الدولية؟ هذا ما ستتم معالجته كما يلي:

الجمعية العامة للأمم المتحدة. (1974). القرار رقم 3236.

¹. ياسر غازي علاونة، الاستحقاقات القانونية المترتبة على حصول فلسطين على دولة مراقب في الأمم المتحدة، الهيئة المستقلة لحقوق الإنسان، سلسلة تقارير قانونية (79)، ص16.

1. الجرائم التي تندرج تحت إطار الاستيطان في الأراضي المحتلة، والتي يمكن أن تقدم لمحكمة الجنائية الدولية

كما وضحت سابقاً، محكمة الجنائية الدولية (ICC) هي محكمة دولية مستقلة تهدف إلى محاكمة الأشخاص المتورطين في جرائم جسيمة تنتهك القانون الدولي. من بين هذه الجرائم، هناك جرائم قد تندرج تحت إطار الاستيطان في الأراضي المحتلة والتي يمكن أن تُقدم لمحكمة الجنائية الدولية:

أ. **جريمة الاحتلال:** إن حكم الاحتلال نفسه يعتبر جريمة في القانون الدولي، وهذا يشمل الاحتلال غير القانوني للأراضي الأخرى. يمكن للمحكمة الجنائية الدولية محاكمة أفراد متورطين في احتلال الأراضي بشكل غير قانوني.

ب. **جرائم الحرب:** تشمل جرائم الحرب الأفعال القسرية والعنف ضد المدنيين في الأراضي المحتلة، بما في ذلك القتل غير القانوني، التهجير القسري، الاعتقال التعسفي، وتجنيذ الأطفال في النزاعات المسلحة.

ت. **جريمة التهجير القسري:** تتعلق هذه الجريمة بنقل السكان المدنيين بالقوة أو التهديد من مكان إلى آخر داخل أو خارج الأراضي المحتلة.

ث. **جرائم ضد الإنسانية:** تشمل هذه الجرائم الأعمال التي تُرتكب ضد المدنيين كجزء من سياسة واسعة النطاق وتنظمها حكومة أو مجموعة غير دولية. تشمل هذه الجرائم القتل، التعذيب، الاغتصاب، العبودية الجنسية، وغيرها.

يرجى ملاحظة أن التحقيق وملاحقة هذه الجرائم يعتمد على عدة عوامل، بما في ذلك مدى تعاون الدول المعنية مع المحكمة الجنائية الدولية وقبولها لاختصاصها القضائي¹.

2. إعداد ملف الدعوى

لا يمكن رفع دعوى دون إعداد ملف لها، على أن يكون متضمناً وثائق وبيانات مقنعة؛ لهذا يجب تدوين الانتهاكات، وإرفاق ما يثبت هوية المعتدى عليه، بالإضافة إلى التحقيقات أو الإفادات التي تؤيد

¹. نظام روما الأساسي للمحكمة الجنائية الدولية، 1998.

المحكمة الجنائية الدولية والاختصاص والمقبولية. (<https://www.icc-cpi.int/about/jurisdiction>) تاريخ الزيارة 2023/7/20.

الاعتداء الحاصل، وتحديد المرجعية القانونية الوطنية والدولية التي تنص على الحق الذي انتهكه المعتدي.

إضافة إلى تحديد هوية المعتدي، ومكان وجوده، ويلزم تضمين الملف الوثائق الطبية والتقارير ذات الصلة بموضوع الاعتداء؛ التي من شأنها إثبات حصول الاعتداء حقيقة، فيجب عدم رفع أي دعوى أمام القضاء إلا بعد التأكد من استيفائها لشروطها كافة، بحيث إنها تكون مستندة إلى أسس صحيحة من الوقائع والقانون¹.

3. تحريك الدعوى من قبل مجلس الأمن أو المدعي العام

يمكن إحالة الدعوى من قبل مجلس الأمن الدولي، الذي يُعد الهيئة المسؤولة عن حفظ الأمن والسلم الدوليين، استناداً إلى ما جاء في الفصل السابع من نظام روما في المادة (39) منه التي نصت: "يقرر مجلس الأمن إذا ما كان وقع تهديد للسلم أو إخلال به أو إذا ما كان وقع عمل من أعمال العدوان، ويقدم في ذلك توصياته، أو يقرر ما يجب اتخاذه من تدابير لحفظ السلم والأمن الدوليين²، فإن أي دولة من الدول الخمس عشرة 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 الإحالة 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 المحكمة³.

4. تحريك الدعوى من قبل دولة عضو في نظام روما

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

¹. محمد صبحي نجم، الوجيز في قانون أصول المحاكمات الجزائية الأردني، دار الثقافة، عمان، ط1، 1991، ص207.

². أمينة حمدان، حماية المدنيين في الأراضي الفلسطينية المحتلة، رسالة ماجستير، جامعة النجاح الوطنية، 2009، ص95.

³. رشاد توم، دبلوماسية التظلم والتشهير، القضاء الدولي في المقاومة السلمية: نحو نموذج فلسطيني، سياسات، العدد 20،

2012.

بقياسها على تجربة الكرسي الرسولي وقرار الجمعية العامة بهذا الشأن¹. وإن حصول فلسطين على دولة مراقب سيزيد فرصتها في ملاحقة مرتكبي الجرائم الإسرائيليين، ذلك أن اختصاص المحكمة الجنائية الدولية يوفر مجالاً مهماً للفلسطينيين للإنصاف، فعلى خلاف محكمة العدل الدولية لم يكن دور المحكمة الجنائية الدولية ينحصر في تقرير إذا ما كانت فلسطين دولة أم لا، وإنما يتمحور دور هذه المحكمة في تحديد إذا ما كان يمكن اعتبار فلسطين دولة لغايات نظام روما الأساسي².

5. النتائج المترتبة على إدانة الإسرائيليين

في حال تم تحريك الدعوى ضد الإسرائيليين 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 الإسرائيليين وقف ممارساتهم غير المشروعة.

وفي حال استحالة إعادة الحال إلى ما كان عليه يلزمها التعويض المالي لكل من تضرر من عدوانها؛ وذلك تنفيذاً 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 المحتلة³. كما نجد المادة (53) من الاتفاقية المشار إليها قد نصت على ضرورة تعويض الأشخاص الذين يتم الاستيلاء على ممتلكاتهم من وسائل المواصلات في الأراضي المحتلة. إذاً دولة الاحتلال تُسأل عن الضرر الذي لحق بالفلسطينيين نتيجة لأعمالها غير المشروعة، ويجب عليها التعويض عن الضرر وفق ما هو مقرر في أحكام المسؤولية الدولية. وبالإضافة إلى حقوق الفلسطينيين المدنية، يُساءل الإسرائيليون مسؤولية جنائية، بحيث يعاقب الأشخاص الذين أمروا أو خططوا أو نفذوا الأعمال غير المشروعة والتي تُعد جرائم بمقتضى نظام المحكمة الجنائية الدولية، وبمقتضى قواعد القانون الدولي العام والإنساني⁴.

¹. ياسر غازي علاونة، المرجع السابق، سلسلة تقارير قانونية (79)، ص 17.

². فالنتينا أزاروف، ترسيخ الشرعية القانونية: "الأدوار التي تضطلع بها المحاكم الدولية في إنجاز استقلال دولة فلسطين"، معهد الحقوق، جامعة بيرزيت "البحث عن الدولة الفلسطينية الانعكاسات القانونية والسياسية والاقتصادية، رام الله، فلسطين 2011، ص 24.

³. عبد الفتاح بيومي حجازي، المحكمة الجنائية الدولية، الإسكندرية، دار الفكر الجامعي، 2004، ص 709.

⁴. وائل أحمد علام، مركز الفرد في النظام القانوني للمسؤولية الدولية، دار النهضة العربية، القاهرة 2001، ص 86.

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 اقتلاع الغير لجرائم دولية بحقها في ملاحقة الأمرين بارتكاب هذه الجرائم ومرتكبيها، ومساءلتهم كمجرمي حرب أمام محاكمها الوطنية. وهذا سواء أكانوا عسكريين أو رجال دولة أم من السياسيين¹.

¹. مقال منشور في جريدة حق العودة-العدد 42، تحت عنوان "المساءلة الجنائية للإسرائيليين"، على الموقع الإلكتروني

تاريخ الزيارة 2023/7/22 <http://www.badil.org/en/haq-alawda/item/1559-art-12>

الخاتمة:

تُعدُّ ظاهرة الاستيطان من أخطر الجرائم التي تمارسها دولة الاحتلال الإسرائيلي على الأراضي الفلسطينية المحتلة، لما تمثله من انتهاك واضح للقوانين والمواثيق الدولية، كما وتشكل اعتداءً على سيادة الدولة الفلسطينية والتي يستوجب على المجتمع الدولي اتخاذ موقفه اتجاه هذه الانتهاكات والعمل على وقفها ومحاكمة مجرميها، وتعويض سكان الأراضي الفلسطينية المحتلة عن أي ضرر لحق بهم.

وفي ختام هذا البحث توصل الباحث إلى جملة من النتائج والتوصيات، أهمها:

نتائج البحث:

ومن النتائج التي توصل إليها الباحث:

1. تُعرف السياسات الاستيطانية الإسرائيلية في فلسطين بأنها مجموع القرارات والخطوات والإجراءات التي تتخذها دولة إسرائيل ضد السكان الفلسطينيين في الضفة الغربية وقطاع غزة ومدينة القدس بهدف طردهم، وعزلهم أو حتى إبادتهم ليحل محلهم سكان يهود جدد.
2. انطلق المشروع الاستيطاني في فلسطين لوجود عدة دوافع منها: التاريخية والدينية، والأمنية، والسياسية، والدوافع الاقتصادية.
3. تكمن خطورة المشروع الاستيطاني الإسرائيلي في اقتلاع السكان الفلسطينيين من أراضيهم، وحرمانهم من الحقوق كافة، وتمزيق وحدتها الجغرافية والاجتماعية والسياسية عبر الحواجز والطرق الالتفافية، والتي تُعد شكلاً من أشكال الاستيطان في الضفة الغربية.
4. وجود المستوطنات الإسرائيلية في الأراضي الفلسطينية يهدد قيام أي دولة فلسطينية ذات سيادة.
5. لا تختلف الأفكار الاستيطانية من حكومة إسرائيلية لأخرى، فعلى الرغم من اختلاف وتبدل الحكومات الإسرائيلية، إلا أن السياسة الاستيطانية تبقى واحدة.
6. وكانت القدس وما زالت هي المدينة المحتلة الأكثر تأثراً بالسياسة الاستيطانية الإسرائيلية آنفة الذكر، حيث شكلت هذه السياسة منعطفاً بارزاً لجهة تغيير معالم القدس في محاولة لفرض واقع يهودي يطمس المعالم العربية في المدينة.

توصيات البحث:

يوصي الباحث بما يلي:

1. بناء إستراتيجية فلسطينية موحدة تهدف إلى التوجه إلى المؤسسات الدولية بهدف الحد من جريمة الاستيطان باعتبارها انتهاكاً واضحاً للقانون الدولي واتفاقية جنيف.
2. العمل على ملاحقة مجرمي الاستيطان أمام المحاكم الدولية باعتبارهم مجرمي حرب.
3. قيام المؤسسات الحقوقية في فلسطين بتوثيق جرائم الاستيطان جميعها وتقديمها للمحاكم الدولية.
4. بناء إستراتيجية اقتصاد وطني فلسطيني متكامل في الضفة الغربية، للعمل على تعويض الخسائر التي كبتها الاستيطان الإسرائيلي.
5. إعداد خطط تنمية شاملة تهدف إلى تثبيت الفلسطينيين في أراضيهم، وذلك تصدياً للمشروع الاستيطاني، وإنشاء مشاريع تنمية يستطيع الفلسطينيون الاستفادة منها وعدم اللجوء إلى العمل في المستوطنات الإسرائيلية.
6. العمل على تعديل التشريع الداخلي الفلسطيني بما يتلاءم والنظام الداخلي للمحكمة الجنائية الدولية.
7. العمل على حشد العديد من المواقف الدولية لدعم محاكمة مجرمي الاستيطان أمام المحاكم الدولية.

المصادر والمراجع:

1. مراجع عامة:

- الاتفاقية المتعلقة بقوانين الحرب وأعرافها المؤرخة بتاريخ 1907.
- اتفاقية جنيف الرابعة لسنة 1949، اللجنة الدولية للصليب الأحمر.
- الجمعية العامة للأمم المتحدة، (1974)، القرار رقم 3236.
- القرار رقم 465 لمجلس الأمن التابع للأمم المتحدة.
- القرار رقم 3236 للجمعية العامة للأمم المتحدة.
- مجلس الأمن التابع للأمم المتحدة، (1980)، القرار 465.
- المحكمة الجنائية الدولية والاختصاص والمقبولية.
- نظام روما الأساسي للمحكمة الجنائية الدولية، 1998.

2. كتب ومراجع متخصصة:

- ثيودور ميرون، الضفة الغربية وقطاع غزة في الفترة الانتقالية، حقوق الإنسان والقانون الإنساني، 1979، ص 109.
- جوني منصور، الاستيطان الإسرائيلي، مؤسسة الأسوار، 2005، ص 159.
- جيفري أورنسون، مستقبل المستعمرات الإسرائيلية في الضفة الغربية وقطاع غزة، بيروت، مؤسسة الدراسات الفلسطينية، 1996، ص 24.
- خالد عايد، الاستعمار الاستيطاني للمناطق العربية المحتلة خلال عهد الليكود 1977-1984، مؤسسة الدراسات الفلسطينية، ط1، 1986.
- داود درعاوي، جرائم الحرب والجرائم ضد الإنسانية، مسؤولية إسرائيل الدولية عن الجرائم خلال انتفاضة الأقصى، الهيئة الفلسطينية لحقوق المواطن، سلسلة تقارير 24، 2001.
- راندا أبو الذهب، المستعمرات الإسرائيلية عقبية في طريق الدولة الفلسطينية، دار الكرمل للنشر والتوزيع، د.س.
- رياض العيلة، وأيمن عبد العزيز شاهين، الأبعاد السياسية والأمنية للاستيطان الإسرائيلي في القدس ووضعيتها القانونية، مجلة جامعة الأزهر، غزة، المجلد 12، العدد 1.
- عبد الرحمن أبو عرفة، الاستيطان التطبيق العملي للصهيونية، عمان، دار الجليل للنشر، 1986.

- عبد الرحمن أبو نصر، اتفاقية جنيف الرابعة لحماية المدنيين لعام 1949، وتطبيقها على الأراضي الفلسطينية المحتلة، 2000.
- عبد الوهاب المسيري، اليهود واليهودية والصهيونية، ج7، دار الشروق، القاهرة، 1999.
- غلمي، محمد عودة، "تاريخ الاستيطان اليهودي في منطقة نابلس عام 1967، 1998.
- فاطمة خير، استيطان القدس قبل قيام إسرائيل، دار الكرمل للنشر والتوزيع، عمان، ؟؟؟؟
- محمد رشيد عناب، الاستيطان الصهيوني في القدس 1967-1993، بيت المقدس للنشر والتوزيع، ط1، 2001.
- محمد صبحي نجم، الوجيز في قانون أصول المحاكمات الجزائية الأردني، دار الثقافة، عمان، ط1، 1991، ص207.
- وائل أحمد علام، مركز الفرد في النظام القانوني للمسؤولية الدولية، دار النهضة العربية، القاهرة، 2001.
- اليشع ايفرات، الاستيطان الإسرائيلي جغرافياً وسياسياً، ترجمة دار الجليل، ط1، دار الجليل للنشر والتوزيع والأبحاث الفلسطينية، عمان الأردن، 1991، ص25.
- 3. دوريات ومراجع أكاديمية:**
- اقرأ الجزيرة على الموقع (<https://www.aljazeera.net/politics>) تاريخ الزيارة 2023/07/20.
- تسييس القانون الدولي الإنساني، دراسة نقدية تحليلية لمؤتمر الأطراف السامية المتعاقدة على اتفاقية جنيف الرابعة، سلسلة الدراسات 21، المركز الفلسطيني لحقوق الإنسان، ص4.
- جوني منصور، الاستيطان الإسرائيلي، مؤسسة الأسوار، 2005، ص159.
- حمد الموعد، إسرائيل والمتغيرات الدولية، دار كنعان للدراسات والنشر، دمشق، ط1، 1991.
- داود درعاوي، جرائم الحرب والجرائم ضد الإنسانية، مسؤولية إسرائيل الدولية عن الجرائم خلال انتفاضة الأقصى، الهيئة الفلسطينية لحقوق المواطن، سلسلة تقارير 24، 2001.
- دراسة بعنوان، "الاستيطان في الفكر الإسرائيلي"، منشورة على موقع كبريت الإلكتروني، عدد21.

- راندا أبو الذهب، المستعمرات الإسرائيلية عقبة في طريق الدولة الفلسطينية، دار الكرمل للنشر والتوزيع.

- رشاد توام، دبلوماسية التظلم والتشهير، القضاء الدولي في المقاومة السلمية: نحو نموذج فلسطيني، سياسات، العدد 20، 2012.

- رياض العيلة، وأيمن عبد العزيز شاهين، الأبعاد السياسية والأمنية للاستيطان الإسرائيلي في القدس ووضعتها القانونية، مجلة جامعة الأزهر، غزة، المجلد 12، العدد 1.

- عبد الفتاح بيومي حجازي، المحكمة الجنائية الدولية، الإسكندرية، دار الفكر الجامعي، 2004.

- فالنتينا أزروف، ترسيخ الشرعية القانونية: "الأدوار التي تضطلع بها المحاكم الدولية في إنجاز استقلال دولة فلسطين"، معهد الحقوق، جامعة بيرزيت، "البحث عن الدولة الفلسطينية الانعكاسات القانونية والسياسية والاقتصادية، رام الله، فلسطين 2011.

- فيليتيسا لانغر، مقال بعنوان "تنفيذ اتفاقية جنيف الرابعة لضمان حماية الشعب الفلسطيني في الأراضي الفلسطينية المحتلة"، مجلة الدراسات الفلسطينية، المجلد 3، العدد 11، مؤسسة الدراسات الفلسطينية، 1992.

- قيطرة، محمد أمير، "المستوطنات الإسرائيلية في الضفة الغربية وقطاع غزة، دراسة جيوبولوتكية".

- المحكمة الجنائية الدولية والاختصاص والمقبولية. (<https://www.icc->

[cpi.int/about/jurisdiction](https://www.cpi.int/about/jurisdiction)) تاريخ الزيارة 2023/7/20.

- محمد أبو صالح، الاستيطان اليهودي في القدس، مؤتمر يوم القدس السابع بعنوان "الاستيطان الإسرائيلي في مدينة القدس"، جامعة النجاح الوطنية، نابلس، فلسطين.

- المصري وآخرون، فلسطين تاريخ وقضية، مطبعة الطالب الجامعي، جامعة الأقصى، غزة، فلسطين، 2005، ص 178.

- مقال منشور في جريدة حق العودة، العدد 42، تحت عنوان "المساءلة الجنائية للإسرائيليين على الموقع الإلكتروني-1559 <http://www.badil.org/en/haq-alawda/item/1559> art-12 تاريخ الزيارة 2017/11/22.

- ملخص تقرير بتسيلم، سلب الأراضي وسياسة الاستيطان الإسرائيلي في الضفة الغربية، مجلة الدراسات الفلسطينية، المجلد 13، العدد 51، 2002.

- منظمة التحرير الفلسطينية، دائرة شؤون المفاوضات، "الأعمال والمشاريع التجارية الاستعمارية القائمة في المستوطنات الإسرائيلية"، 2010.

- نظام بركات، الاستيطان الإسرائيلي في فلسطين بين النظرية والتطبيق، بيروت، مركز دراسات الوحدة العربية، 1988.

- وليم هاريس، الاستيطان الإسرائيلي في الأراضي العربية المحتلة عام 1967-1984، نظرة عامة ومنظور تاريخي، دار الآفاق الجديدة، جامعة الدول العربية.

- ياسر غازي علاونة، الاستحقاقات القانونية المترتبة على حصول فلسطين على دولة مراقب في الأمم المتحدة، الهيئة المستقلة لحقوق الإنسان، سلسلة تقارير قانونية (79).

4. رسائل ماجستير:

- أمينة حمدان، حماية المدنيين في الأرض الفلسطينية المحتلة (اتفاقية جنيف الرابعة)، رسالة ماجستير، جامعة النجاح الوطنية، 2010، ص5.

- خلدون بهاء الدين حمدي أبو السعود، أثر الاحتلال الإسرائيلي وإقامة المستوطنات على وضع القدس، وفقاً لأحكام القانون الدولي، رسالة ماجستير، 2000.

- فدوى الذويب، رسالة ماجستير بعنوان "المحكمة الجنائية الدولية"، بإشراف الدكتور محمود دودين، جامعة بيرزيت، 2014.

5. مراجع أجنبية:

- Ben-Natalia, O., & Tuori, T. (Eds.). (2013). Translating International Law into Local Justice: The Historicity of International Criminal Law. Cambridge University Press.
- Ben-Naftali, O., & Tuval, Y. (2013). Israel's settlements in the West Bank: A handbook. Oxford University Press.

- فالنتينا أزاروف، ترسيخ الشرعية القانونية: "الأدوار التي تضطلع بها المحاكم الدولية في إنجاز استقلال دولة فلسطين".

***Effectiveness of Arbitration in Construction Projects
in Palestine***

مدى فعالية التحكيم في تقييم صناعة البناء والتشييد في فلسطين

Rami Ismail

**Certified Arbitrator at Ministry of Justice of
Palestine**

Ministry of Justice of Palestine

Effectiveness of Arbitration in Construction Projects in Palestine

مدى فعالية التحكيم في تقييم صناعة البناء والتشييد في فلسطين

Rami Ismail

Certified Arbitrator at Ministry of Justice of Palestine,

rami.ismail@std.gau.edu.tr

Received date: 05-08-2023

Acceptance date: 17-10-2023

Date of publication: 07-01-2023

DOI: <https://doi.org/10.70411/MJLS.2.1.202471>**Abstract:**

Arbitration is widely acknowledged as the prevailing and preferred method for resolving disputes within the construction industry. The objective of this study was to assess the effectiveness of arbitration within the Palestinian construction industry (PCI), with a particular focus on its procedural aspects, financial implications, and duration. Given the nature of this investigation, a questionnaire survey was utilized to collect data from the contractors, consultants, and arbitrators who were participants in the study. The researchers also conducted a comprehensive literature review encompassing scholarly journal articles and conference papers. The results of the study provide evidence that arbitration works well in the Palestinian construction sector (PCI). When compared to a written process, arbitration's shorter duration and lower cost make it a preferable choice for settling disputes. Arbitration is useful because of the trustworthiness and adaptability it is thought to offer. The fact that arbitration rulings may be easily enforced is another proof that their outcomes are recognized and followed. These results demonstrate the favorable influence of arbitration in the PCI, providing an efficient and reliable process for conflict resolution, while it is important to keep in mind that unique contextual circumstances should be taken into account. The discourse pertaining to the characteristics of conflicts within the Palestinian construction industry (PCI) was not adequately examined. This study aims to provide a significant contribution to the existing academic literature on arbitration in the Palestinian construction industry (PCI). The present finding has significant practical implications, indicating the recommendation to shift from a document-centric approach to one that integrates participatory methods.

Keywords: Arbitration, Construction, Cost, Procedure, Time, Palestine.

ملخص:

من المسلم به على نطاق واسع ان التحكيم يعتبر الأسلوب السائد والمفضل لحل النزاعات داخل صناعة البناء والتشييد. فكان الهدف من هذه الدراسة هو تقييم فعالية التحكيم في صناعة البناء والتشييد الفلسطينية، مع التركيز بشكل خاص على جوانبه الإجرائية، والآثار المالية، والمدة. نظرا لطبيعة هذا التحقيق، تم استخدام استبيان لجمع البيانات من المقاولين والاستشاريين والمحكمين الذين شاركوا في الدراسة. وأجرى الباحث أيضا مراجعة أدبية شاملة تشمل مقالات المجلات العلمية وأوراق المؤتمرات. وخلصت نتائج الدراسة الى أدلة على أن التحكيم يعمل بشكل جيد في قطاع البناء الفلسطيني. إضافة الى ذلك وبالمقارنة مع عملية مكتوبة، فان كون مدة التحكيم أقصر وأقل تكلفة جعل التحكيم الخيار الأفضل لتسوية المنازعات. ذلك لان التحكيم مفيد بسبب مقدار الجدارة والثقة والقدرة على التكيف التي يقدمها. أضف الى ذلك أن أحكام وقرارات التحكيم يمكن تنفيذها بسهولة وهو دليل آخر على أن نتائجها يتم الاعتراف بها واتباعها. تظهر هذه النتائج التأثير الإيجابي للتحكيم في اتحاد الصناعات الإنشائية الفلسطيني، مما يوفر عملية فعالة وموثوقة لحل النزاعات، في حين أنه من المهم أن يؤخذ في الاعتبار أنه يجب مراعاة الظروف السياقية الخاصة بكل حالة. من محددات هذه الدراسة انه لم يتم فحص الخطاب المتعلق بخصائص النزاعات داخل صناعة البناء الفلسطينية بشكل كاف الا ان هذه الدراسة على الاطلاق تهدف الى تقديم مساهمة كبيرة في الأدبيات الأكاديمية الحالية حول التحكيم في صناعة البناء الفلسطينية والنتيجة الحالية لها آثار عملية كبيرة، مما يوصي بالتحول من نهج يركز على الوثائق إلى نهج يدمج الأساليب التشاركية.

الكلمات المفتاحية: التحكيم، البناء، التكلفة، الإجراء، الوقت، فلسطين.

Introduction

Given the status of Palestine as a developing nation, it is evident that numerous projects and transactions are taking place within its borders. Through these endeavors and deals, the parties strive to further their own goals and objectives. Hence, the possibility of conflicts may arise due to disputes among the involved parties. Arbitration is a commonly employed mechanism for resolving such disputes. Arbitration is a privately conducted process designed to resolve disputes between two or more parties without resorting to the formal judicial system. Arbitration, as a general practice, offers numerous advantages to all parties involved in disputes. It is known to effectively reduce both the time and cost associated with resolving conflicts, while also providing a viable means to address international disputes. The recent expansion of arbitration in Palestine can be attributed to various factors, including certain conditions that facilitate its development. These conditions encompass the presence of a legal framework comprising contemporary legislation that governs arbitration procedures and court proceedings, the inclusion of arbitration terms in contracts, and the existence of arbitration institutions.

Palestine's economy and job market would suffer greatly if the construction industry were to collapse. Construction disputes are fairly common. It is clear that courts in Palestine play a minimal role in the arbitration of construction-related disputes. Consequently, arbitration emerges as a crucial quasi-judicial mechanism for resolving such disputes. Therefore, it is imperative to gain insight into the decision-making process employed by arbitrators. It is challenging to provide comprehensive remedies for every conceivable situation that may arise in construction projects. In a timely manner, disagreements can be resolved by discussion, negotiation, adjudication, arbitration, or litigation. However, the litigation process is characterized by lengthy durations and substantial expenses. According to Mishra (2020), there is a preference for expeditious and efficient approaches to resolving disputes. The efficacy of arbitration is assessed by evaluating the proportion of arbitration awards that are accepted. This study primarily examines the utilization of independent arbitration as a form of Alternative Dispute Resolution (ADR) in the context of construction contracts, a practice that is prevalent in contemporary times. Arbitration, as defined by Marshall (2001), refers to the conclusive resolution of disputes by a private tribunal, thereby highlighting its distinctiveness from other ADR methods.

Based on empirical research, it has been observed that arbitration has undergone a significant increase in judicialization, both in terms of its procedural aspects and the resulting outcomes. In fact, scholarly works by Stipanowich (2010) and Torgbor (2013) have highlighted this trend, which is noteworthy considering that arbitration was originally designed to address the deficiencies of litigation. According to Torgbor (2013), the presence of unnecessary frustration, uncertainty, delay, and expense has been identified as a consequence, subsequently affecting the desirability of this approach to settling legal disagreements (Stipanowich & Lamare, 2014). As a result, different dispute resolution processes like mediation, conflict review boards, and adjudication have emerged in recent years as appealing substitutes to arbitration (Hinchey, 2012; Stipanowich, 2010). Some contractual provisions have been altered to make litigation the primary or fallback mechanism for resolving construction disputes (Hinchey, 2012), or to institute tiered alternatives to arbitration. There may be regional variations in how these indicators portray construction arbitration's success. Despite the aforementioned variations, it is widely acknowledged in the majority of studies (Abwunza et al., 2020; Marques, 2018; Moza & Paul, 2017) that construction arbitration exhibits a lack of effectiveness. Several studies in the field have been categorized as exploratory or descriptive in nature (Besaiso et al., 2018; Moza & Paul, 2017). Conversely, certain investigations have focused on individual cases within diverse geographical contexts (Marques, 2018). Several academic studies have examined the reasons behind the perceived ineffectiveness of construction arbitration. For instance, Abwunza (2020) explored the role of unfair outcomes, while Abwunza et al. (2020) investigated the influence of control-related factors. Independent measures of construction arbitration's success, such as cooperation and punctuality, were the primary focus of these investigations.

The initial step involves providing readers with an introduction to the concept of arbitral effectiveness. Subsequently, an examination of pertinent literature pertaining to the effectiveness of construction arbitration is conducted. Following this, an exploration of potential theories, models, and factors that may elucidate the observed performance is undertaken. The literature review section has formulated propositions to establish the relationships between arbitral effectiveness, its influencing factors, and the interconnections among these factors. Through our thorough examination of the existing literature, we have identified and delineated research gaps that have emerged over time.

Literature Review:

Effectiveness of Construction Arbitration

The efficacy of a conflict resolution technique is a multifaceted concept encompassing its financial implications, temporal considerations, and caliber of the resulting resolution. Both objective and subjective metrics can be used to assess these factors. Cost and time are objective measures if they refer to the actual expenses incurred by the parties or the time it took to resolve the dispute, while time and cost are subjective measures if they are compared to an expected standard. For instance, scholarly research has indicated that the recommended timeframes for the completion of arbitrations differ depending on whether they are conducted by a sole arbitrator or a multi-member tribunal. Specifically, it has been suggested that arbitrations presided over by a sole arbitrator should ideally be concluded within a period of three months, whereas those conducted by multi-member tribunals should aim to be completed within a timeframe of six months (Fortese & Hemmi, 2015; Rivkin & Rowe, 2015). According to previous studies (Besaiso et al., 2018), arbitration is more expensive and takes more time than litigation and other conflict resolution techniques. Cost-effectiveness and time-efficiency can be used to characterize the costs and length of time required to resolve an issue, respectively, when both objective and subjective measures are included. Measures of objectivity in arbitration center on the form of the judgment as expressed in statutory instruments, while measures of subjectivity center on the cooperative behavior of the disputants. The willingness to use arbitration to resolve future disagreements (Gross & Black, 2008), the desire to retain relationships (Besaiso et al., 2018), and the appraisal of the awards' acceptability are all subjective variables.

Historical Overview of Development of Arbitration in Ancient Palestine (Before Twentieth Century)

The concept of arbitration as a means of resolving conflicts has ancient roots in Arab thought. Arab culture has a long-standing precedent of referring disputes to an impartial third party for resolution or decision-making, regardless of the nature of the conflict at hand. Historically, parties would choose an arbitrator, or hakam, if they were unable to resolve their issue through negotiation (Fakih, 2011). All that was required of the arbiter was respect in the community, a good name, membership in a powerful tribe, and a healthy dose of common sense and logic. Since there were no courts available to enforce arbitration awards, parties had to use property as collateral to guarantee that the decision would be honored.

It was also highly improbable that the losing side would appeal the arbitrator's decision due to his high social standing (Gemmell, 2007). Due to the lack of a developed judicial system in early Islamic societies, arbitration emerged as the preferred means of settling legal disputes. The arbitration process was formalized by Islam's legitimization, reform, and regulation (Fakih, 2011). The reform addressed fundamental conceptual questions such as whether or not a dispute can be arbitrated, whether or not an arbitration agreement is enforceable, whether or not an arbitral judgment is final and binding, what form an arbitral award must have, and which law applies to arbitration proceedings. Moreover, it dealt with matters of procedure, such as the removal of an arbitrator once the procedures had begun.

Due to the ongoing disagreements around the whole idea of arbitration, no one can agree on whether or not an arbitration agreement is legally binding. The validity and enforceability of an arbitration agreement have been the subject of debate amongst academics. Some have stated that such an agreement is legal and enforceable, while others have suggested that it is valid but not binding because either side can cancel it at any time. Future versus existing disputes became a significant dividing line in the debate about its legality. Some writers have contended that a submission agreement (which is different from an arbitration provision) is the sole appropriate type of arbitration in light of Islamic philosophical principles. The apparent reasoning for this is that an arbitration clause would be null and void in the absence of a dispute because of the Islamic legal concept known as “*gharar*” which invalidates any provision based on ambiguity. In addition, a considerable time may pass between the signing of the agreement and the emergence of a dispute. In the meantime, however, either party may lose interest in the arbitration process while being required to do so by law. The other party may then try to sabotage the arbitration process and the enforcement of the ruling, which would serve neither of their interests. However, Al-Qurashi (2004) disagreed with Rashid's conclusion, arguing that arbitration agreements are permissible so long as they do not permit any behavior that is prohibited by Islamic law. The intellectual debate continued through the first century and into the twentieth. The expanding commercial activity of the nineteenth century brought about novel judicial challenges in the resolution of commercial disputes. The Ottoman court was understandably distraught by this news, given the Caliphate was the last Islamic Caliphate and had ruled Palestine from 1517 until 1917. Laws governing contracts were scattered, and there was no unified Islamic civil code, all of which contributed to the anarchy. According to

(Terris and Inoue-Terris, 2002), despite Islamic law's role in laying the groundwork for the Ottoman Caliphate's legal system, this occurred. The first attempts at codifying Islamic law, influenced by the French civil code, were made during the time of the Ottoman Empire. The codification process resulted in the Ottoman Civil Code, Majallat Al-Ahkam Al-Adliya (Khadduri and Liebesny 2008). From the looks of things, the "general principles of Islamic contract law" (Bunni 1997) were disseminated thanks to this codification. Arbitration was given its own chapter (1841–1851) in AlMajallah. Disputes' arbitrability, an award's validity and enforceability, an award's creation and removal, its timing, and the tribunal's authority to mediate a dispute (*al-sulh*) were all covered in these articles.

In Article 1850, Al-Majallah introduced an “original institution of Arbitration by Conciliation” (Palmer 2005):

When the parties have given their consent, arbitrators chosen in accordance with the law have the authority to settle any disputes between them. Therefore, the parties cannot reject a settlement reached by the arbitrators if they have delegated reconciliation authority to one of the arbitrators in line with the provisions set forth in the Book of Settlements [Aqd Al Sulh].

This method is similar to med-arb, a combination of mediation and arbitration developed in the 21st century (Palmer, 2005). According to Article 1531 of Al-Majallah, a contract resolving a disagreement through offer and acceptance is considered an al-sulh. Islam strongly endorses the use of al-sulh as a means of conflict resolution. It can be seen as a term for the peaceful resolution of disagreements using methods including mediation, conciliation, and supported negotiation (Rashid, 2004). Although not an exact equivalent, mediation and conciliation in the modern sense are conceptually comparable to al-sulh (Palmer 2005). According to Rashid (2008), the centuries-long argument over the legality of arbitration clauses was finally put to rest by Al-Majallah, since Articles 1847–1850 state that an arbitration agreement is permissible if it is agreed upon after a dispute has arisen. The writers contend that Al-Majallah is quiet on this question and hence rejects this view. Authors argue that recent arbitration laws in Arab countries, including Palestine that allow arbitration provisions, put an end to this controversy.

Recent Development of Arbitration in Modern Palestine (After Twentieth Century)

After the dissolution of the Ottoman Caliphate, and subsequent to the British Mandate over Palestine in 1917, the legislative enactment known as the 1926 Arbitration Ordinance was officially promulgated. Similar to the Arbitration Act passed in England in 1889. In 1965, Palestine signed the Geneva Convention on the Recognition and Enforcement of Foreign Arbitral Awards, and in 1923, it signed the Geneva Protocol on Arbitration, both of which were developed during the time Palestine was a British colony. Following this, the Arbitration Procedures Act of 1935 and the Foreign Arbitration Awards Act of 1930 came into effect. According to 2015 research by Katbeh, the West Bank and all of Palestine are now bound by the Arbitration Law of 1953 and the Enforcement of Foreign Provisions Act of 1952. In addition, the Arbitration Act No. 3 was influenced by Davis et al. (2005). The reform discussed in the aforementioned source (Katbeh, 2015) constituted a significant endeavor aimed at modernizing, unifying, and harmonizing the practice of arbitration in Palestine. The enactment of this legislation effectively resolved the longstanding dispute regarding the legitimacy of arbitration provisions. In accordance with established international norms, these considerations are deemed to be valid. Moreover, it can be observed that Article (36) of the Palestinian Arbitration Act of 2000 reflects an apparent continuation of the enduring Islamic legal tradition, as exemplified in Al-Hedaya and Article 1850 of Al-Majallah.

This particular article stipulates that, in a dispute, one of the parties has the ability to grant the tribunal the authority to engage in al-sulh (reconciliation) procedures, guided by principles of equity and justice. As per the article, the tribunal possesses the jurisdiction to suggest a resolution that is mutually acceptable to the parties involved, either upon the request of any of the aforementioned parties or at its own discretion. Furthermore, it is noteworthy that the Arbitration Act of 2000 recognizes several fundamental principles, including the doctrine of reparability, the principle of competence-competence, and the parties' autonomy to establish their own arbitral tribunal and determine the governing laws. This alignment with prevailing international standards is particularly evident in arbitration acts that have been influenced by The United Nation Commission on International Trade Law (UNCITRAL) Model Law. This is something that is not unique to the United States. Furthermore, it clearly outlines the obligations of state courts, the grounds on which arbitral awards can

be challenged, and related issues. Nevertheless, due to specific inadequacies in the aforementioned legislation, combined with recent progressions in the realm of international arbitration, there exists an urgent demand for a fresh reform. The author of this paper was cognizant of the ongoing endeavors to formulate a novel arbitration Act that would encompass the latest practices observed in the Model Law and the New York Convention of 1958 pertaining to the recognition, enforcement, and recognition of foreign arbitral awards. According to Katbeh (2015), the main objective of the proposed modifications is to update the definition of an arbitration agreement and the fundamental principles governing the establishment of an arbitral tribunal.

Furthermore, the objective of these modifications is to minimize the level of judicial interference in the arbitration procedure. It is important to highlight that the State of Palestine officially ratified the 1958 New York Convention on the Recognition and Enforcement of Foreign Arbitral Awards in 2015 (Guide to the 1958 New York Convention, 2015). The implementation of this measure represents a noteworthy advancement in the promotion of international arbitration and the establishment of a contemporary framework that conforms to global standards concerning the recognition and enforcement of arbitral awards by international organizations. The aforementioned modifications signify a significant advancement in promoting the development of global arbitration and establishing a revised framework that aligns with international norms, consequently diminishing the necessity for judicial interference in the arbitration proceedings.

Outline of the Procedure in Arbitration Proceedings

The enactment of Law NO. 3 of the year 2000, known as the Palestinian Arbitration Law, assumes a crucial function in facilitating the resolution of disputes both domestically within Palestine and in the context of international commercial affairs. The legal framework encompasses a wide range of facets pertaining to arbitration, encompassing the delineation of fundamental concepts to the establishment of the prerequisites for inclusion within the roster of authorized arbitrators.

Definitions and General Provisions

The foundational framework for the entire statute is established in Chapter 1 of the Palestinian Arbitration Law. The initial step involves establishing precise definitions for key terms and phrases that are commonly employed within the

legal domain. The key terms encompassed in this discussion are "The Law," which specifically pertains to the Arbitration Law number 3 of 2000, "The Ministry," which denotes the Ministry of Justice, and "The Minister," which designates the individual holding the position of Minister of Justice.

The subsequent chapter provides a distinction among different categories of arbitration, including National Arbitration, International Arbitration, Foreign Arbitration, Private Arbitration, and Institutional Arbitration. Furthermore, the document delineates the prerequisites for assuming the role of an arbitrator, which encompass being a human being, possessing legal capacity, and lacking any criminal convictions or conflicts of interest pertaining to the subject matter at hand.

List of Arbitrators

Chapter 2 of this study centers on the establishment of a dedicated department that assumes the responsibility of managing the applications for inclusion on the list of arbitrators. The chapter provides an overview of the application process, delineates the prerequisites for prospective applicants, and elucidates the financial obligations entailed in being included on the list.

The prerequisites for attaining accreditation as an arbitrator encompass the fulfillment of legal proficiency, adherence to ethical conduct, and establishment of a reputable standing. In order to be considered for admission, prospective candidates are required to successfully complete an examination that has been designated by the Ministry, unless they are granted an exemption on the basis of their specific educational and experiential qualifications.

The Arbitration Agreement

Chapter 3 of the study focuses on the arbitration agreement, which is required to be in written form and duly signed by all parties participating in the process. This statement elaborates on the acceptability of electronic communication as written proof of a contractual agreement. The chapter also examines the enforceability of the arbitration agreement, its autonomy from the underlying contract, and the continued validity of the agreement in the event of a party's death or legal incapacity.

The Arbitration Panel

Chapter 4 explores the composition of the arbitration panel, which has the potential to consist of one or multiple arbitrators, as mutually determined by the

involved parties. The text further examines the nomination process for arbitrators and umpires, emphasizing the significance of ensuring an uneven number of arbitrators to ensure the potential for achieving majority decisions.

The chapter emphasizes the significance of the independence and impartiality of arbitrators, necessitating their disclosure of any circumstances that may give rise to concerns. Parties possess the prerogative to petition for the recusal of an arbitrator in the event that they can substantiate legitimate grounds for such a request.

The Arbitration Proceedings

Chapter 5 of the present study provides an in-depth analysis of the arbitration proceedings, with a particular focus on the paramount importance of maintaining confidentiality and the significant authority vested in the arbitration tribunal to ensure the equitable and efficient conduct of said proceedings. The chapter provides an overview of important elements, including pleadings, evidence, language used in arbitration, and the relevant legal framework.

The Arbitral Award

Chapter 6 of the present study centers on the examination of the arbitral award, encompassing its structure, format, and substantive elements. The document in question pertains to the conclusiveness and enforceability of the arbitration decision and delineates the prerequisites for its issuance, which include the stipulation that a majority decision must be reached by the panel of arbitrators.

Recourse against the Arbitral Award

Chapter 7 of the study examines the various remedies that are accessible to the parties involved in the event of contestations arising in relation to the arbitral award. The document delineates the justifications for nullifying the award, encompassing the lack of validity in the arbitration agreement or the presence of procedural irregularities. The chapter additionally addresses the temporal constraint associated with the submission of an application to vacate the award.

Recognition and Enforcement of Foreign Arbitral Awards

Chapter 8 of the present study pertains to the intricate matter of acknowledging and implementing foreign arbitral awards within the jurisdiction of Palestine. The aforementioned statement establishes the fundamental concept

of reciprocity and emphasizes the specific circumstances in which a foreign award can be acknowledged and implemented.

In Palestine, construction arbitration proceedings generally adhere to a systematic procedure aimed at resolving disputes that arise from construction contracts. The primary phases of a typical arbitration hearing for a construction dispute in Palestine are outlined below.

- **Pre-Arbitration Stage:**

The initial step involves a thorough examination of the construction contract by the involved parties, with the specific aim of identifying the dispute resolution clause. It is commonly observed that this clause typically designates arbitration as the preferred mechanism for resolving any potential disputes.

The party seeking to have the issue resolved through arbitration (the "Claimant") must first provide the other party (the "Respondent") with a formal notice of disagreement that specifies the nature of the dispute and the remedies sought. The contractual agreement may stipulate a specific duration of notice or a prescribed procedure that must be adhered to.

- **Appointment of Arbitrators:**

The selection of arbitrators by each party is a customary practice, typically carried out within a designated timeframe as stipulated in the arbitration agreement or the applicable rules.

The appointment of a presiding arbitrator is possible when the two party-appointed arbitrators mutually agree to do so. In the event of a failure to reach a consensus, the selection of an arbitrator may be delegated to either an arbitration institution or a duly authorized entity, in accordance with the mutually agreed-upon regulations.

- **Arbitration Agreement and Rules:**

The parties involved in the dispute mutually consent to adhere to a set of arbitration rules, such as those established by UNCITRAL, ICC, or domestic arbitration bodies, to govern the conduct of the arbitration proceedings.

In addition, they also determine the designated location for arbitration, commonly referred to as the seat of arbitration, as well as the language or languages to be used during the arbitration proceedings.

- **Preliminary Procedural Stage:**

The jurisdiction of the arbitral tribunal is assessed by the tribunal itself, which includes an examination of its own jurisdiction as well as the legality of the agreement for arbitration.

The procedural timetable is established by the tribunal in collaboration with the involved parties, outlining the schedule for submissions, hearings, and significant milestones.

- **Exchange of Statements and Evidence:**

Submission of Claim: The Claimant presents its formal statement of claim, which encompasses the factual background, legal assertions, and desired remedies.

Defense Statement: The Respondent hereby presents its defense statement in reply to the assertions put forth by the Claimant.

Evidence Exchange: The involved parties engage in the exchange of pertinent documents and evidence that substantiate their respective stances.

- **Hearings and Proceedings:**

Oral Hearings: The tribunal for arbitration convenes oral hearings during which the involved parties are afforded the opportunity to present their arguments, cross-examine witnesses, and address inquiries posed by the tribunal.

Each side may submit their own expert witness or expert report to the court for consideration.

Interim Measures: The tribunal has the authority to issue interim measures in order to safeguard the rights of the parties until the final award is rendered.

- **Award and Costs:**

The arbitration award is the final decision rendered by the arbitral tribunal after careful consideration of the arguments and evidence presented. It encompasses the tribunal's resolution of the dispute and the relief that is granted.

Cost Allocation: The tribunal possesses the authority to determine the manner in which the expenses associated with the arbitration process, encompassing the fees and expenditures of the tribunal, shall be distributed among the involved parties.

• Enforcement of the Award:

Recognition and Enforcement: Following the issuance of the award, either party has the option to pursue the recognition and enforcement of said award within the suitable court of Palestine.

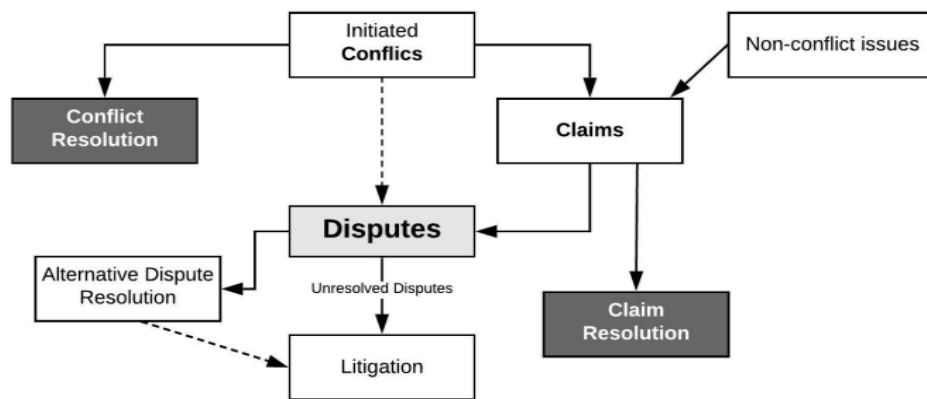


Figure 1 Conflicts, claims, and disputes (adapted from (A. Al-Keim, 2017).

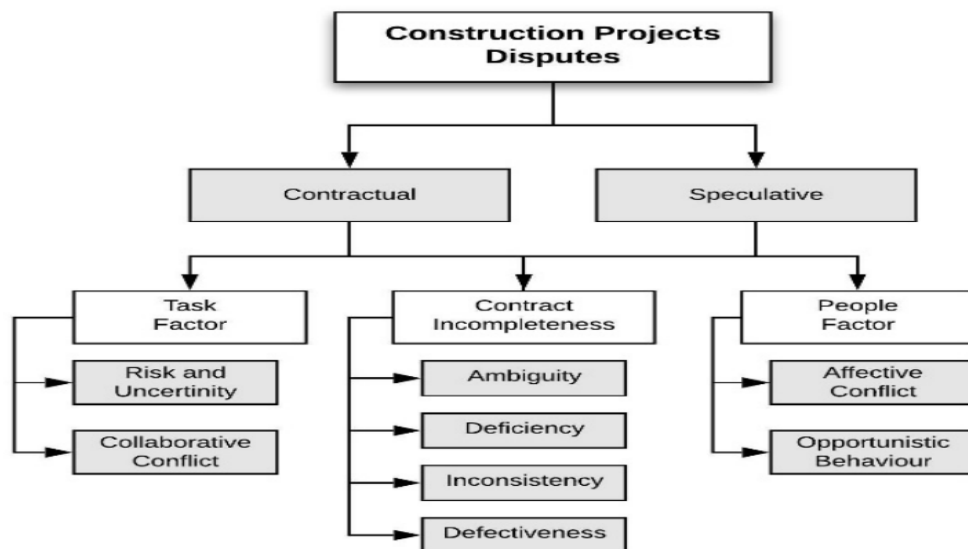


Figure 2 Conflicts, claims, and disputes M. Kumaraswamy (1997)

Methodology

A non-experimental research methodology was employed. The methodology involves a researcher commencing with the examination of effects or outcomes and endeavoring to establish their causal relationship (Kumar, 2011). In this study, an exploratory research methodology was chosen due to its ability to diagnose a given situation and explore potential alternatives (Naoum, 2007). This

study was deemed suitable for examining the efficacy of arbitration as a means of resolving disputes within the PCI.

The data collection methods employed in this study consisted of a comprehensive literature review and the administration of a self-administered questionnaire survey. The adoption of the questionnaire was motivated by its cost-effectiveness, ability to gather extensive data within a short timeframe, and provision of enhanced anonymity, as highlighted by Kumar (2011) and Grey (2009). The questionnaire consisted of a combination of open-ended and closed-ended questions. The utilization of this method was motivated by the requirement to gather precise and particular data. The participants in the study consisted of a total of 91 individuals, comprising 15 arbitrators, 32 contractors, and 44 consultants. Participants in construction arbitration processes were asked to take part in this study, and that included arbitrators, contractors, and consultants. In this investigation, a non-probability sampling strategy known as "convenience sampling" was used. This approach was chosen based on the recommendations of Biggam (2008) and Kumar (2011). Convenient sampling was deemed appropriate as it facilitates the collection of comprehensive insights and ideas from individuals with expertise in the research field. Moreover, the literature has identified research variables as phenomena that exhibit potential changes when their relationship is taken into consideration (Naoum, 2007; Kumar, 2011). The research study utilized arbitration as the independent variable, while time, cost, and procedure were considered as intervening variables. The dependent variable of interest was the effectiveness of arbitration in resolving conflicts. The purpose of this study was to conduct a comprehensive analysis of the efficacy of arbitration in terms of procedural efficiency, time management, and cost-effectiveness.

Results and Discussion

- **EAC arbitration costs:**

Costs associated with EAC arbitration were seen as prohibitive by respondents. However, if you compare the expenses of arbitration in the EAC to those in other centers, you'll find that EAC arbitration is more affordable. As a result, according to what has been discussed in conversations with arbitration professionals, the EAC's arbitration expenses are generally approved.

Table 1 EAC arbitration costs

No	Question	Mean	relative important index	rank
1	arbitration request cost	3.26	0.65	3
2	Arbitration and administrative fees	3.38	0.68	1
3	Lawyer fees	3.35	0.67	2

According to Table 2, respondents found the length of time required to complete EAC arbitration proceedings to be around average. Arbitration's ability to resolve disputes rapidly is one of its primary benefits. In order to keep the duration of an EAC arbitration to a minimum, it is recommended that the time restrictions of arbitration be set in advance (as decided in the EAC arbitration agreement form).

Table 2 Time period of the EAC arbitration procedures

No.	Question	Percentage (long)
1	Time of administrative procedures (prior hearings).	52.9
2	Total time of hearings.	55.8
3	Time for issuing arbitration decision	47

- **Causes of Delay in the Arbitration Procedures:**

As depicted in Table 3 of the provided data. The participants concur that the primary factors contributing to delays in arbitration proceedings include the involvement of witnesses and the complexity of evidence. Additionally, delays may arise due to factors associated with the claimant or defendant, the nature of

the issue being, arbitrated and administrative issues pertaining to prior hearing sessions.

Table 3 Causes of delay in the arbitration procedures

No	Question	Mean	Rank
1	Complexity of procedures	3.12	5
2	Arbitrators (hearing sessions administration)	3.00	6
3	administrative problems (prior hearing sessions)	3.50	4
4	Reasons related to claimant or defendant	4.06	2
5	Witnesses and complex evidences	4.09	1
6	Type of problem being arbitrated	4.00	3

The data presented in Table (4) indicates that a significant majority of the respondents, specifically 91.2%, expressed their intention to reassess the use of EAC (Electronic Alternative Dispute Resolution) as a method for resolving disputes in the future. The high percentage observed in this context signifies a notable level of satisfaction with the EAC arbitration procedures. This finding indicates a significant degree of acceptance regarding the arbitration procedures of the East African Community (EAC). The rapid attainment of a significant level of acceptance within a short period of service is indicative of the exceptional professionalism exhibited by the EAC.

Table 4 Reconsidering EAC for Future Dispute Resolution

Would you use arbitration in EAC as a dispute resolution method again	Frequency	Percentage
Yes	31	91.2
No	3	8.8
Total	34	100.0

Research results indicates that EAC succeeded in attracting disputants who satisfied EAC procedures. EAC achieved very good acceptance of disputants, as arbitration advantages are achieved in EAC procedures. EAC arbitrators are

technically and legally professional. They have high administrative abilities, fairness, and neutrality. Cooperation with the bar association will promote legal expertise of arbitrators. The cost and time period of EAC arbitration are effective. That is because of EAC arbitrator expertise which minimizes periods of revising documents and deciding awards. EAC succeeded in a few years of service in achieving high gratifying arbitration procedures and a high level of acceptance. This level of acceptance appeared when 91% of respondents agreed to reconsider EAC again in resolving disputes.

The study's findings highlight several positive aspects of arbitration, including its relatively short duration, cost-effectiveness, and perceived advantages compared to a documentary process. Furthermore, the enforcement of arbitration awards is described as a less time-consuming endeavor.

These findings indicate that arbitration is a favorable method for resolving disputes within the PCI. The short duration of arbitration means that disputes can be resolved efficiently, saving time for all parties involved. The cost-effectiveness of arbitration implies that it can be a more affordable option compared to other dispute resolution methods, potentially benefiting businesses operating in the Palestinian construction industry.

The perceived advantages of the arbitration process, as mentioned in the study, likely contribute to its effectiveness within the PCI. These advantages could include factors such as confidentiality, flexibility in selecting arbitrators, and the ability to choose a neutral venue. Such features may enhance the parties' confidence in the arbitration process and increase their willingness to utilize it for dispute resolution.

Additionally, the study highlights the ease of enforcing arbitration awards, suggesting that the outcomes of arbitration are generally respected and complied with by the parties involved. This is a crucial factor in any dispute resolution mechanism, as the effectiveness of a decision relies on its enforceability.

However, it is important to note that the effectiveness of arbitration in the Palestinian construction industry, as described in the study, may be subject to specific contextual factors. The unique characteristics of the PCI, such as local laws, cultural considerations, and industry practices, can influence the success of arbitration as a dispute resolution method. Therefore, while the study's findings indicate the effectiveness of arbitration in the PCI, it is essential to consider the

broader context and consult other sources of information to form a comprehensive understanding.

Conclusion

This paper provides a valuable and relevant contribution to the existing body of knowledge, particularly in light of the growing attention towards construction arbitration in Palestine. The evidence indicates that the practice of arbitration has been employed in Palestine for an extended period. The emergence of the phenomenon was not solely attributable to the enactment of contemporary arbitration legislation in the year 2000. This paper examines the significant transformations that have led to the increased prevalence of practices that were once infrequent, the establishment of systems that were previously improvised, and the implementation of procedures that were once lacking in structure. Since the year 2000, there has been a notable enhancement in the infrastructure of construction arbitration. This encompasses the implementation of legislative reforms, such as the Arbitration Act No. (3) of 2000 and the Civil and Commercial Procedure Act (2) of 2001, as well as the establishment of novel arbitration institutions and the rise of proficient construction arbitrators. Never the less; certain obstacles continue to impede the realization of arbitration's complete efficacy. Despite significant advancements in the legal framework, the current duration it takes for a court to validate or nullify an arbitral award remains sufficiently lengthy to undermine the fundamental objective of arbitration, which is to offer expeditious resolution of disputes. Furthermore, the high expenses associated with arbitration can likely be attributed to the opportunistic behavior of the parties involved, who tend to greatly exaggerate their claims and counterclaims. Additionally, arbitration institutions contribute to this issue by determining arbitration fees based on the total amount in dispute, which often leads to inflated costs. Moreover, arbitrators' failure to exercise their discretion in awarding costs, which is intended to discourage opportunistic behavior and thereby reduce arbitration expenses, further exacerbates the problem. The issue at hand pertains to the problematic nature of certain international organizations' hesitancy to engage in arbitration proceedings that are based in Palestine. In order to effectively achieve their development objectives, individuals must fulfill their obligation to enhance accessibility to the legal system and promote the efficacy of arbitration mechanisms for domestic contractors.

The upcoming arbitration statute and Palestine's 2015 adoption of the New York Convention both bode well for the country's bid to become an acceptable

arbitration seat for international organizations. The parties to a contract can rest easy knowing that arbitral awards will be recognized and enforced by Palestinian courts because Palestine has ratified the New York Convention on the Recognition and Enforcement of Foreign Arbitral Awards. The proposed changes to the Arbitration Act aim to create a climate more amenable to arbitration by increasing the distance between the arbitration procedure and national courts. If these issues persist, it is possible that construction arbitration could experience a downturn. Users may raise concerns about the continued worth of arbitration if it not only incurs higher costs but also entails a significant time lapse from the initiation of arbitration proceedings to the enforcement of arbitration awards. The primary objective of arbitration is to offer a cost-effective and expeditious means of resolving conflicts. While cost may be a factor influencing the parties' level of tolerance, as long as it remains within their budgetary limits, their tolerance towards time constraints may not be as lenient. However, when considering all factors, it appears that arbitration will continue to be a prominent method of resolving disputes. The reason for this is not due to the absence of limitations in arbitration, but rather the lack of genuine competition from alternative mechanisms for resolving disputes. Despite the perception that court litigation is a challenging course of action, the process of adjudication is often overlooked and rarely utilized. Mediation or conciliation presents numerous sociocultural challenges as well. Hence, it is anticipated that the domain of construction arbitration will continue to expand.

References

1. Abwunza, A. A., Peter, T. K., & Muigua, K. (2020). Explaining Delays in Construction Arbitration: A Process-Control Model Approach. *Journal of Legal Affairs and Dispute Resolution in Engineering and Construction*, 12(2), 04520003. Doi: 10.1061/(ASCE)LA.1943-4170.0000371
2. Al-Qurashi, Z. (2004). "Arbitration under the Islamic Sharia." *Transnational Dispute Management*. 1,
3. Bunni, N. G. (1997). *The FIDIC form of contract: The fourth edition of the Red Book*, Wiley, Oxford, U.K.
4. Besaiso, H., Fenn, P. and Emsley, M. (2016) Alternative dispute resolution in Palestine: the myth and dilemma of construction mediation. *International Journal of Law in the Built Environment*, 8 (3), 269-286. Besaiso, H., Fenn, P., & Emsley, M. (2018). *Evolution of Construction Arbitration*. *Journal of Legal*

- Affairs and Dispute Resolution in Engineering and Construction, 10(2), 04518001. doi:10.1061/(ASCE)LA.1943-4170.0000248.
5. Fakh, K. (2011). "A historical analysis of arbitration." Proceedings of the, Society of Business, Industry and Economics (SOBIE) Annual Meetings, SOBIE, Destin, FL, 67
 6. Fortese, F., & Hemmi, L. (2015). Procedural Fairness and Efficiency in International Arbitration. Groningen Journal of International Law, 3(1), 110-124. [https://grojil.files.wordpress.com/2015/05/grojil_vol3-issue1_fortese_hemmi .pdf](https://grojil.files.wordpress.com/2015/05/grojil_vol3-issue1_fortese_hemmi.pdf)
 7. Gemmell, A. J. (2007). "Commercial arbitration in the Islamic Middle East." Santa Clara J. Int. Law, 5(1), 169–193.
 8. Gross, J. I., & Black, B. (2008). When Perception Changes Reality: An Empirical Study of Investors' Views of the Fairness of Securities Arbitration. Journal of Dispute Resolution, 2008(2), 349-410. <http://scholarship.law.missouri.edu/jdr/vol2008/iss2/1>
 9. Hinchey, J. (2012). Dispute Resolution. In P. D. Galloway, K. R. Nielsen, & J. L. Dignum (Eds.), Managing Gigaprojects: Advice from Those Who've Been There, Done That (pp. 229-261). Reston, Virginia: ASCE.
 10. Khadduri, M., and Liebesny, H. J. (2008). Origin and development of Islamic law, The Lawbook Exchange, Clark, NJ.
 11. Katbeh, L. (2015). "Palestine moving ahead—New draft of the arbitration law." Transnational. Dispute. Management., 2, in press.
 12. Mishra, A. K., (2020). Global Contract Administration. (p. 145). DK International Research Foundation. <https://doi.org/10.5281/zenodo.4817527>
 13. Marshall, E. A., (2001), Gill: The Law of Arbitration. 4th ed. London: Sweet & Maxell Limited.
 14. Marques, R. C. (2018). Is Arbitration the Right Way to Settle Conflicts in PPP Arrangements? Journal of Management in Engineering, 34(1), 05017007. doi:10.1061/(ASCE)ME.1943- 5479.0000564.
 15. Moza, A., & Paul, V. K. (2017). Review of the Effectiveness of Arbitration. Journal of Legal Affairs and Dispute Resolution in Engineering and Construction, 9(1), 03716002. doi:10.1061/(ASCE)LA.1943-4170.0000204

16. Palmer, M. (2005). "ADR missionaries." *Dispute. Resolution. Management.*, 12(3), 13.
17. PCBS (Palestinian Central Bureau of Statistics). (2017a). Annual national accounts variables in Palestine for the years 1994 - 2015 at constant prices: 2015 is the base year. Downloadable from <http://www.pcbs.gov.ps/Portals/Rainbow/Documents/E-CNA-1994-2015.html>.
18. Rashid, S. K. (2004). "Alternative dispute resolution in the context of Islamic law." *Vindobona J. Int. Commer. Law Arb.*, 8, 95–118.
19. Rivkin, D. W., & Rowe, S. J. (2015). The Role of the Tribunal in Controlling Arbitral Costs. *Arbitration*, 81(2), 116-130. <http://www.kluwerlawonline.com/api/Product/CitationPDFURL?file=Journal%5C%5CAMDMDMD2015020.pdf>.
20. Stipanowich, T. J. (2010). *Arbitration: The New Litigation*. University of Illinois Law Review, 2010(1), 1-60. <http://illinoislawreview.org/wp-content/ilrcontent/articles/2010/1/Stipanowich.pdf>
21. Stipanowich, T. J., & Lamare, J. R. (2014). Living with ADR: Evolving Perceptions and Use of Mediation, Arbitration, and Conflict Management in Fortune 1000 Corporations. *Harvard Negotiation Law Review*, 19(1), 1-68. doi:10.2139/ssrn.2221471.
22. Terris, R., and Inoue-Terris, V. (2002). "Case study of third world jurisprudence—Palestine: Conflict resolution and customary law in a neo patrimonial society." *Berkeley J. Int. Law*, 20(2), 462–495.
23. Torgbor, E. N. A. (2013). *A Comparative Study of Law and Practice of Arbitration in Kenya, Nigeria and Zimbabwe, with Particular Reference to Current Problems in Kenya*. Doctoral Thesis, Faculty of Law, University of Stellenbosch.
24. The (United Nations Commission on International Trade Law) (UNCITRAL). (2015). "The state of Palestine accedes to the convention on the recognition and enforcement of foreign arbitral awards." http://www.uncitral.org/uncitral/en/about/press_releases.html (Jul. 02, 2023).
25. 1958 New York Convention Guide. (2015). "New State party to the New York convention."

(http://newyorkconvention1958.org/index.php?lvl=cmspage&pageid=7&id_news=958) (Jul. 02, 2023).