



مجلة الحقوق

للبحوث القانونية والاقتصادية

تصدرها

كلية الحقوق – جامعة الإسكندرية

مجلة علمية فصلية محكمة

العدد الثاني 2019

المجلد الثاني

هيئة التحرير

رئيس مجلس إدارة النشر العلمي:

- الأستاذ الدكتور / أمين مصطفى

أستاذ ورئيس قسم القانون الجنائي (عميد الكلية)

رئيس التحرير :

- الأستاذ الدكتور / جابر عبدالهادي الشافعي

أستاذ ورئيس قسم الشريعة الإسلامية

وكيل الكلية للدراسات العليا والبحوث

مجلس النشر العلمي :

- الاستاذ الدكتور/ محمد حامد دويدار .

- الاستاذ الدكتور/ محمد فريد العرينى .

- الاستاذ الدكتور/ فتوح عبدالله الشاذلى .

- الاستاذ الدكتور/ محمد حسين منصور .

- الاستاذ الدكتور/ حفيظه السيد الحداد .

- الاستاذ الدكتور/ احمد عوض هندى .

- الاستاذ الدكتور/ محمد باهي ابويونس .

- الاستاذ الدكتور/ امين مصطفى محمد .

- الاستاذ الدكتور/ فايز محمد حسين .

- الاستاذ الدكتور/ إبراهيم احمد خليفة .

- الأستاذ الدكتور / جابر عبدالهادي الشافعي



مجلة كلية الحقوق للبحوث القانونية والاقتصادية مجلة فصلية محكمة

توجه جميع المراسلات إلى رئيس تحرير المجلة على العنوان التالي :

كلية الحقوق - جامعة الإسكندرية شارع مصطفى مشرفه سوتير الشاطبي -

الإسكندرية جمهورية مصر العربية

تليفون : 4863964 - 4846616

فاكس : 4876611

البريد الإلكتروني : Alexlaw-journal@yahoo.com

رقم التصنيف الدولي 1901-1687

رقم الإيداع 301/75

تأسست عام 1943

قواعد النشر

مجلة كلية الحقوق مجلة علمية محكمة تصدر عن كلية الحقوق - جامعة الإسكندرية منذ عام 1943 ، يقبل النشر فيها باللغة العربية و الفرنسية و الإنجليزية، وهى تعنى بنشر كل ما يتصل بميادين العلم القانوني و الاقتصادي ومن ذلك:

- البحوث والدراسات. - التعليق على احكام قضائية.
- ملخصات الرسائل العلمية - التقارير عن الندوات والمؤتمرات.

وذلك وفق القواعد التالية:

- 1- التعهد من الباحث بان البحث او الدراسة لم يسبق نشرها.
- 2- ان يتسم البحث بالعمق والاصالة و الإضافة الجديدة الى المعرفة.
- 3- الالتزام باصول البحث العلمى و قواعده العامة ، و مراعاة التوثيق العلمى الدقيق لمواد البحث.
- 4- الآراء الواردة بالأبحاث العلمية المنشورة بالمجلة تعبر عن آراء أصحابها ولا تعبر بالضرورة عن رأى الكلية والجامعة .
- 5- ألا يكون البحث او الدراسة جزء من رسالة الدكتوراه الماجستير التي تقدم بها الباحث او جزء من كتاب سبق نشره .
- 6- ألا يزيد عدد صفحات البحث أو الدراسة عن 100 صفحة ويجوز في بعض الحالات التغطاي عن هذا الشرط إذا كان يؤدي إلى الاخلال بوحدة البحث .
- 7- لن ينشر البحث الا بعد قبول نشره من لجنة تحكيمية محايدة تتعهد إدارة المجلة بتشكيلها و عرض البحث عليها.
- 8- لا يجوز نشر البحث في مجلة علمية أخرى بعد إقرار نشره في مجلة الحقوق الا بعد الحصول على اذن كتابى بذلك من رئيس التحرير.
- 9- أصول البحوث التي تصل الى إدارة المجلة لا ترد سواء نشرت او لم تنشر
- 10- ان يرفق الباحث نبذة تعريفية عنه.
- 11- ان يرفق الباحث ملخصا عن بحثه في حدود الصفحة الواحدة باللغة العربية و الإنجليزية.
- 12- يجب ان يقد البحث مطبوعا على ان يرفق به القرص المدمج CD المحتوى على البحث على ان يكتب على هيئة كتاب (بنط 14 - الهامش 12 - طول الكتابة بالصفحة 21سم- عرض الكتابة بالصفحة 12.5)

13- يرفق بالبحث بيانات عم البحث الاسم/ العنوان/ التليفون/ E-mail / السيرة الذاتية.

14- يمنح كل باحث نسخة من العدد مع خمس مستلا من بحثه.

15- ترسل البحوث بعنوان رئيس التحرير مجلة الحقوق شارع مصطفى مشرفه سوتير الشاطبي - الإسكندرية - جمهورية مصر العربية.

[Alexlaw- journal@yahoo.com](mailto:Alexlaw-journal@yahoo.com)

محتويات العدد الثاني 2019

"المجلد الثاني"

مجلة الحقوق للبحوث القانونية والاقتصادية

• أبحاث في القانون المدني:

1- الحماية القانونية للأشخاص الطبيعيين فيما يتعلق بمعالجة البيانات

الشخصية وتداولها دراسة في ضوء اللائحة التنظيمية رقم 2016/679 الصادرة

عن البرلمان والمجلس الأوروبي.

د/علاء عيد

• أبحاث في القانون الجنائي:

2- المسؤولية الجنائية الناشئة عن إساءة استخدام مواقع التواصل الاجتماعي .

د/ دينا عبدالعزيز فهمي .

3- التفتيش بدون إذن في الجرائم المعلوماتي .

د/ محمد فتحي شحته .

• **أبحاث في القانون العام:**

5- حماية العاملين في مجال الإغاثة الإنسانية في حالات النزاعات المسلحة .

• د/ مساعد راشد العنزي .

6- خصوصية رقابة دستورية الأنظمة في المملكة العربية السعودية .

• د/ محمد وحيد أبو يونس .

• **أبحاث في المرافعات المدنية والتجارية:**

7- النظام الإجرائي لوقف القوة التنفيذية من محكمة الطعن المدني .

• د/ خيرى عبد الفتاح السيد البتانوني .

8- شروط تولي القضاء في القانون والفقہ الإسلامي .

• د/ ريم جمعه مصطفى نكري .

• **أبحاث في القانون الدولي العام :**

9- دور المحكمة الدولية لقانون البحار في تسوية المنازعات البحرية .

• د/ سوزان معوض غنيم .

10- دور القانون الدولي في مكافحة الفساد وأثره في أعمال حقوق الإنسان .

• د/ محمد مصطفى سيد حسين .

• أبحاث في الشريعة الإسلامية:

11- العمل الخيري السعودي الدولي وتطبيقاته في ضوء المقاصد الشرعية.

د.جعفر هني محمد، د.ناصر هادي فرحان العجمي.

أبحاث في القانون المدني

الحماية القانونية للأشخاص الطبيعيين فيما يتعلق بمعالجة
البيانات الشخصية وتداولها

دراسة في ضوء اللائحة التنظيمية رقم 2016/679 الصادرة
عن البرلمان والمجلس الأوروبي

دكتور

علاء عيد طه

أستاذ القانون المدني المساعد

كلية الشرق العربي للدراسات العليا - الرياض

مقدمة

رافقت التطورات التي عرفتھا التقنية المعاصرة وصول المعلومات والبيانات إلى كثير من شركات تكنولوجيا المعلومات في مختلف بقاع العالم، وقد عاشت هذه الشركات نحو عقدين من الزمان خاضعة لتشريعات لم تكن كافية في حينها لحماية البيانات الشخصية بشكل كافٍ من مخاطر انتهاك الخصوصية. إلا أن الأمور تتجه في الوقت الحاضر نحو فرض التزامات صارمة من أجل حماية البيانات الشخصية لمستخدمي منصات التواصل الاجتماعي وغيرها من وسائل التقنية الحديثة.

وقد أرسدت اللائحة الأوروبية الصادرة لحماية البيانات ذات الطابع الشخصي رقم 679 /2016 الصادرة عن البرلمان الأوروبي والمجلس General Data Protection Regulation (GDPR) بتاريخ السابع والعشرين من أبريل/نيسان 2016م، قواعد أكثر صرامة لحماية البيانات الشخصية للأشخاص الطبيعيين فيما يتعلق بمعالجتها واستغلالها في الأغراض المختلفة وتداولها.⁽¹⁾ وذلك انطلاقاً من

⁽¹⁾ ألغت هذه اللائحة التنظيمية التوجيه الأوروبي رقم EC/46/95 والمعروف باسم (اللائحة العامة لحماية البيانات). وذلك حسب ما نصت عليه المادة (94) من هذه اللائحة والتي جاء نصها على النحو التالي:

Article 94: Abrogation de la directive 95/46/CE: 1. La directive 95/46/CE est abrogée avec effet au 25 mai 2018.

2. Les références faites à la directive abrogée s'entendent comme faites au présent règlement. Les références faites au groupe de protection des personnes à l'égard du traitement des données à caractère personnel institué par l'article 29 de la directive 95/46/CE s'entendent comme faites au comité européen de la protection des données institué par le présent règlement.

لمطالعة التوجيه كاملاً يرجى مراجعة الرابط التالي:

Règlement (UE) 679/2016 du Parlement européen et du Conseil du 27 avril 2016 "Règlement relatif à la protection des personnes physiques à l'égard du traitement des données à caractère personnel et à la libre circulation de ces données, et abrogeant la directive 95/46/CE (règlement général sur la protection des données).

<https://www.cnil.fr/en/official-texts>

والتوجيه رقم EC/46/95 هو توجيه من الاتحاد الأوروبي، ويُعد النص المرجعي لحماية البيانات الشخصية للدول الأعضاء في الاتحاد. وقد نشر في الجريدة الرسمية للاتحاد الأوروبي في 23 تشرين الثاني/نوفمبر 1995م، وعنوانه رسمياً ' التوجيه EC 46/95 / الصادر عن البرلمان الأوروبي والمجلس المؤرخ 24 تشرين الأول/أكتوبر 1995 بشأن حماية الأشخاص الطبيعيين فيما يتعلق بمعاملة البيانات الشخصية وحريه حركه مثل هذه البيانات. ولا يشمل البيانات الشخصية التي تعالج في اطار الركيزة الثالثة للاتحاد الأوروبي، وهي التعاون بين الشرطة والقضاء في المسائل الجنائية، التي تشمل جميع ملفات الشرطة والعدالة والاستخبارات. كما أنها لا تعنى إلا بتنظيم الدول الأعضاء؛ وتخضع البيانات الشخصية التي تجمعها المؤسسات المجتمعية للبند 2001/45 الذي أنشئ بموجبه الإشراف على حماية البيانات (edps). وقد ألغي هذا التوجيه بموجب اللائحة التنظيمية العامة لحماية البيانات محل الدراسة. وقد كان الغرض من التوجيه هو حماية الحق في الخصوصية، الذي يندرج أيضا في المادة. 8 من الاتفاقية الأوروبية لحقوق الإنسان ، التي صدقت عليها جميع الدول الأعضاء في الاتحاد

الفلسفة التشريعية لتوجيه السابق المرتكز على مبادئ احترام حقوق الإنسان
و ضمان حماية خصوصية الحياة الخاصة.⁽¹⁾

ويشهد العالم اليوم تطوراً هائلاً في مجال تكنولوجيا المعلومات لدرجة مكنت
الإنسان من تبادل المعلومات الرقمية والبيانات الشخصية، وعززت من قدراته على
التواصل بشكل سريع وفعال.

وتُعد قضية خصوصية البيانات وحمايتها في الآونة الأخيرة من أكثر القضايا التي
أرهقت القانونيين والحقوقيين وذلك وسط ما يشهده العالم من مخالفات رقمية تمثلت

الأوروبي، وكذلك في ميثاق الحقوق الأساسية للاتحاد الأوروبي الذي أصبح مُلزماً من عام
2007، ويستثني من ذلك عدد قليل من البلدان.

(¹) Maryline Boizard : Le droit à l'oubli; Faculté de droit et de science
politique, Rennes 1 Institut de l'Ouest : Droit et Europe IODE UMR
CNRS 6262 Recherche réalisée avec le soutien de la Mission de
recherche Droit et Justice Février 2015 ; p.7

= ومن الفقه المصري انظر عبدالصديق، محمد سامي. شبكات التواصل الاجتماعي ومخاطر
انتهاك الحق في الخصوصية، دار النهضة العربية، القاهرة، 2016، ص 68 وما بعدها.
وهامش رقم (2) من نفس الصفحة. وانظر أيضاً: التهامي، سامح عبدالواحد. الحماية القانونية
للبيانات الشخصية. دراسة في القانون الفرنسي. القسم الأول، مجلة الحقوق. جامعة الكويت. مج
35، العدد الثالث، سبتمبر، 2011، الصفحات من 375 : 434، ص 376 وما بعدها.

آخرها في فضيحة تسريب بيانات أكثر من سبعة وثمانين مليون مستخدم لمنصة شبكة التواصل الاجتماعي "Facebook".⁽¹⁾

وفي سياق حماية ثورة العصر الحديث "البيانات" دخلت هذه اللائحة الأوروبية المعنية بحماية البيانات الشخصية لمستخدمي شبكة الإنترنت ومواقع التواصل الاجتماعي حيز التنفيذ في 25 مايو أيار 2018م حسب ما نصت عليه الفقرة التاسعة من المادة الثالثة والثمانون منها.⁽²⁾

⁽¹⁾ نشرت صحيفة نيويورك تايمز وصحيفة الجارديان وصحيفة وأوبزيرفر أخباراً في الخامس من أبريل/نيسان 2018 مفادها أن شركة فيسبوك أفادت بأن شركة كمبردج أناليتيكا للاستشارات السياسية ربما وصلت على نحو غير مشروع إلى معلومات شخصية تخص قرابة سبعة وثمانون مليون من مستخدمي شبكة التواصل الاجتماعي، وذلك في زيادة عن تقديرات سابقة لوسائل إعلام إخبارية تجاوزت 50 مليوناً. وقال مايك شروفر كبير مسؤولي التكنولوجيا في الشرطة في تدوينه: "إن معظم السبعة والثمانين مليون شخص الذين وصلت كمبردج أناليتيكا إلى بياناتهم كانوا في الولايات المتحدة. وعملت الشركة مع الحملة الانتخابية للرئيس الأمريكي دونالد ترامب عام 2016. وأوضحت فيسبوك أنها تتخذ إجراءات لتقييد وصول البيانات الشخصية لطرف ثالث. وتتعرض أكبر شركة للتواصل الاجتماعي في العالم لانتقادات شديدة من المستثمرين وتواجه غضب المستخدمين والمعلنين والنواب بعد سلسلة فضائح بشأن موضوعات إخبارية كاذبة والتدخل في الانتخابات والخصوصية. للمزيد راجع الرابط التالي:

<https://th2plant.blogspot.com/2018/04/FBUsers-Violate.html>

⁽²⁾ Article 83: Conditions générales pour imposer des amendes administratives: 9. Si le système juridique d'un État membre ne prévoit pas d'amendes administratives, le présent article peut être appliqué de telle sorte que l'amende est déterminée par l'autorité de

وتجدر الإشارة إلى أن اللائحة الحالية 2016/679 عالجت حماية الأشخاص الطبيعيين فيما يتعلق بمعالجة بياناتهم الشخصية من جانب السلطات المختصة لأغراض منع الجرائم الجنائية أو التحقيق فيها أو كشفها أو ملاحقتها قضائياً أو تنفيذ العقوبات الجنائية، بما في ذلك الحماية من التهديدات التي يتعرض لها الأمن العام في الدولة. غير أن البيانات الشخصية التي تجهزها السلطات العامة لأغراض الأمن بموجب هذه اللائحة تخضع عند معالجتها لتوجيه خاص بها وهو التوجيه 2016/680 (EU) الصادر عن البرلمان الأوروبي والمجلس.

contrôle compétente et imposée par les juridictions nationales compétentes, tout en veillant à ce que ces voies de droit soit effectives et aient un effet équivalent aux amendes administratives imposées par les autorités de contrôle. En tout état de cause, les amendes imposées sont effectives, proportionnées et dissuasives. Les États membres concernés notifient à la Commission les dispositions légales qu'ils adoptent en vertu du présent paragraphe au plus tard le 25 mai 2018 et, sans tarder, toute disposition légale modificative ultérieure ou toute modification ultérieure les concernant.

Le 25 mai 2018, le règlement européen est entré en application. De nombreuses formalités auprès de la CNIL disparaissent. En contrepartie, la responsabilité des organismes est renforcée. Ils doivent désormais assurer une protection optimale des données à chaque instant et être en mesure de la démontrer en documentant leur conformité. Voir <https://www.cnil.fr/fr/principes-cles/rgpd-se-preparer-en-6-etapes>

وتوفر اللائحة الأوروبية الجديدة حماية محددة للأطفال فيما يتعلق بمعالجة بياناتهم الشخصية والضمانات الخاصة بتلك المعالجة؛ لأنهم أقل وعياً بالمخاطر والعواقب بحقوقهم. سواءً فيما يتعلق باستخدام بياناتهم الشخصية لأغراض التسويق أو تكوين صورة كاملة عن الطفل لأغراض أخرى. مع الإشارة إلى أن اللائحة لا تشترط موافقة الولي أو المسؤول عن الطفل في سياق الخدمات الوقائية أو الاستشارية أو النافعة المقدمة مباشرة إلى الطفل.

ومن الأمور التي تميزت بها هذه اللائحة مسألة أمن البيانات الشخصية فتشترط ضمان أمن الشبكات والمعلومات بالقدر اللازم والمتناسب مع أهمية هذه البيانات، وبمعنى آخر تشترط قدرة الشبكة أو نظام المعلومات على مقاومة الاختراق المعلوماتي، وأن يكون نظام المعالجة على مستوى عالي من الحماية، وقادر على مواجهة المخاطر المختلفة التي قد تتعرض لها البيانات الشخصية المخزنة أو المرسله وضمان سلامتها وسريتها، وتشمل سبل الأمن على سبيل المثال، منع الوصول غير المصرح به إلى شبكات الاتصالات الإلكترونية والبرمجيات الخبيثة ووقف إلحاق الضرر بنظم الاتصالات الحاسوبية والإلكترونية. ومن أجل الحفاظ على الأمن ومنع التجهيز في انتهاك لهذه اللائحة، ينبغي للمراقب المالي أو المعالج ان يقيم المخاطر الملازمة للمعالجة وان ينفذ التدابير اللازمة للتخفيف من تلك المخاطر، مثل التشفير.

وقد وضعت اللائحة الجديدة العديد من الضمانات المناسبة لمعالجة الفئات الخاصة من البيانات الشخصية، أهمها أنه لا ينبغي معالجة الفئات الخاصة من البيانات الشخصية التي تستحق حماية قصوى إلا عند الضرورة لتحقيق أغراض لصالح الأشخاص الطبيعيين والمجتمع ككل لا سيما عند معالجة البيانات الشخصية في مجال قانون العمل، وقوانين الحماية الاجتماعية بما في ذلك المعاشات التقاعدية والتأمين الصحي، والوقاية من الأمراض المعدية أو مكافحة تهديدات الصحة العامة بما في ذلك الصحة العامة، أو لأغراض الأرشفة للمصالح العام، أو لأغراض البحث العلمي أو التاريخي أو للأغراض الإحصائية.

ولضمان حفظ حقوق الأشخاص المعنيين الذين عولجت بياناتهم الشخصية، ولضمان الامتثال للأحكام الواردة باللائحة فقد أوجبت على القائم بعملية المعالجة الاحتفاظ بسجلات أنشطة المعالجة التي تندرج تحت مسؤوليته. بل وإلزام كل مراقب ومعالج بالتعاون مع السلطة الإشرافية على عمليات المعالجة واطاحة تلك السجلات، عند الطلب، لكي يتسنى لها العمل على رصد عمليات التجهيز هذه. خاصة البيانات التي تسهم في تحديد هوية شخص طبيعي، مثل التحليل أو التنبؤ والجوانب المتعلقة بأداء الشخص الطبيعي في العمل، وحالته الاقتصادية، أو الصحة، أو التفضيلات أو المصالح الشخصية، أو السلوك، أو المكان أو الحركات، التي تنتج أثراً قانونيه تتعلق به أو تؤثر عليه بشكل كبير.

ونحن إذ نسلم بأنه يجب النظر إلى الحق في حماية البيانات الشخصية على أنه ليس حقاً مطلقاً، بل ينبغي النظر إليه فيما يخدم المجتمع في شتى المجالات وفق ضوابط محددة. فقد اتجه المشرع الأوروبي نحو إيجاد إطار قوي لحماية البيانات مع السماح بتوظيف معالجة البيانات في دعم الاقتصاد الرقمي والسوق الداخلية، بل قام بالتعزيز من حقوق المستخدمين على بياناتهم الشخصية، وفرض عقوبات كبيرة على معظم المخالفات الرقمية⁽¹⁾؛ بحيث سيتمكن المستخدم من السيطرة

(1) وتتص هذه اللائحة على غرامات مالية ضخمة تصل إلى عشرين مليون يورو أو ما يعادل 4% من المبيعات العالمية السنوية للشركات المخالفة إذا حدث انتهاك للبند المنصوص عليها في المادتان الثالثة والثمانون والرابعة والثمانون.

Règlement (UE) 2016/679, Art. 83 : Conditions générales pour imposer des amendes administratives: 4. Les violations des dispositions suivantes font l'objet, conformément au paragraphe 2, d'amendes administratives pouvant s'élever jusqu'à 10 000 000 EUR ou, dans le cas d'une entreprise, jusqu'à 2 % du chiffre d'affaires annuel mondial total de l'exercice précédent, le montant le plus élevé étant retenu:

a) les obligations incombant au responsable du traitement et au sous-traitant en vertu des articles 8, 11, 25 à 39, 42 et 43;

b) les obligations incombant à l'organisme de certification en vertu des articles 42 et 43;

5. Les violations des dispositions suivantes font l'objet, conformément au paragraphe 2, d'amendes administratives pouvant s'élever jusqu'à

20 000 000 EUR ou, dans le cas d'une entreprise, jusqu'à 4 % du chiffre d'affaires annuel mondial total de l'exercice précédent, le montant le plus élevé étant retenu:

- a) les principes de base d'un traitement, y compris les conditions applicables au consentement en vertu des articles 5, 6, 7 et 9;
- b) les droits dont bénéficient les personnes concernées en vertu des articles 12 à 22
- c) les transferts de données à caractère personnel à un destinataire situé dans un pays tiers ou à une organisation internationale en vertu des articles 44 à 49;
- d) toutes les obligations découlant du droit des États membres adoptées en vertu du chapitre IX;
- e) le non-respect d'une injonction, d'une limitation temporaire ou définitive du traitement ou de la suspension des flux de données ordonnée par l'autorité de contrôle en vertu de l'article 58, paragraphe 2, ou le fait de ne pas accorder l'accès prévu, en violation de l'article 58, paragraphe 1.

6. Le non-respect d'une injonction émise par l'autorité de contrôle en vertu de l'article 58, paragraphe 2, fait l'objet, conformément au paragraphe 2 du présent article, d'amendes administratives pouvant

الكاملة على نشر بياناته الشخصية، ويصبح له الحق في الموافقة أو الرفض بشأن استخدام تلك البيانات ومشاركتها مع المواقع المختلفة، بالإضافة إلى الحق في معرفة الجهات التي تستخدم بياناته والغرض من استخدامها، وطريقة وأسباب هذا الاستخدام. كما يتيح له أيضاً حظر معالجة بياناته لأسباب تجارية، وإمكانية حذفها بموجب الحق في النسيان الذي يتيح للمستخدم حذف بياناته من على شبكة الإنترنت.⁽¹⁾

s'élever jusqu'à 20 000 000 EUR ou, dans le cas d'une entreprise, jusqu'à 4 % du chiffre d'affaires annuel mondial total de l'exercice précédent, le montant le plus élevé étant retenu.

Article 84 : Sanctions : 1. Les États membres déterminent le régime des autres sanctions applicables en cas de violations du présent règlement, en particulier pour les violations qui ne font pas l'objet des amendes administratives prévues à l'article 83, et prennent toutes les mesures nécessaires pour garantir leur mise en œuvre. Ces sanctions sont effectives, proportionnées et dissuasives.

2. Chaque État membre notifie à la Commission les dispositions légales qu'il adopte en vertu du paragraphe 1 au plus tard le 25 mai 2018 et, sans tarder, toute modification ultérieure les concernant.

⁽¹⁾ للمزيد حول هذا الحق راجع:

1. إشكالية الدراسة:

إن استخدام التكنولوجيا⁽¹⁾ الرقمية ذات التقنية العالية في ميدان جمع المعلومات من جهة والتواصل بين الأشخاص من جهة أخرى عمق من هوة التناقضات التي برزت منذ القدم بين حق الأفراد في الحياة الخاصة - كحق مقنن دستورياً - ومستقر عليه دولياً ومقتضيات الاطلاع على بيانات الأشخاص، متجاوزة بذلك أطر الحماية المقررة مما أدى إلى خلق واقع صعب هدد هذا التوازن وجعل هذا الحق عرضة أكثر من أي وقت مضى للانتهاك الذي ترك آثاره السلبية الواضحة على العديد من مناحي الحياة الاقتصادية والاجتماعية والقانونية.

ومن هنا تبرز الإشكالية الرئيسية للدراسة الحالية والتي تكمن في المعالجة القانونية لحماية البيانات الشخصية للأشخاص الطبيعيين في ضوء أحكام اللائحة الأوروبية 2016/679، وهو ما يقتضي منّا وصف وتحليل ومناقشة الإطار القانوني لهذه

Sandrine Carneroli : Le droit à l'oubli, Du devoir de mémoire au droit à l'oubli , 1re édition, Editeur: Larcier, 2016, p.6; David Dechenaud : Le droit à l'oubli numérique, Données nominatives - Approche comparée, Larcier - Création Information Communication, 1re édition , Parution , 2015, p.15

⁽¹⁾ جدي، نجاه. المعلوماتية وحق المؤلف، بحث منشور بمجلة دراسات وأبحاث، جامعة زيان عاشور (الجلفة) الجزائر، العدد السادس، الصفحات من 186: 200.

الحماية فيما يتعلق بمعالجتها واستغلالها في الأغراض المختلفة وتداولها بين القائمين بالمعالجة.

ولا شك أنه يتفرع عن هذه الإشكالية العديد من المشكلات الأخرى التي تخص عناصر ذلك الإطار القانوني للحماية كمعالجة الحق في النسيان الرقمي كحق يناهض الفقه القانوني بتنظيمه وحق الدولة في تخزين وأرشفة البيانات الشخصية للمصلحة العامة؛ فقد باتت محادثات الأشخاص الطبيعيين وتحركاتهم وبياناتهم الشخصية التي يتم نشرها وتداولها من خلال الوسائط الرقمية على الإنترنت تخضع للمراقبة الإلكترونية من قبل الجهات الحكومية؛ إذ أصبح بإمكان سلطات أي دولة - استناداً لاعتبارات الأمن الوطني وسعياً لمكافحة الجرائم داخلياً أو تلك العابرة للحدود وعن طريق البرامج والتطبيقات الإلكترونية المخصصة لهذا الغرض - اختراق حق الأفراد في الخصوصية المعلوماتية.

وفي نفس الإطار نتساءل أيضاً ماذا عن المستخدمين والأشخاص الذين يتفاعلون كثيراً مع وسائل التواصل الاجتماعي وتطبيقات الهواتف الذكية ويضعون الكثير من البيانات الشخصية والمعلومات الخاصة أحياناً، هل هناك من سبل أو قواعد لحمايتها وضمان تأمينها من أخطار التحليل والمعالجة غير القانونية؟ وهل هناك قواعد لتعويض هذا الشخص عن انتهاك بياناته في حال الاعتداء عليها؟ وهل من حلول أو مبادئ وضعتها اللائحة الأوروبية 2016/679 لمعالجة هذه الإشكالية القانونية؟

2. أهمية الدراسة وتقسيمها:

إن أهمية هذه الدراسة لا تتبع فقط من كونها تتناول موضوعا حديثا يتعلق بحماية البيانات الشخصية لعملية معالجة البيانات تتعدى في كثير من الأحيان الغرض الذي من أجله تمت الموافقة على عملية معالجة البيانات إلى مسألة الأمن الاجتماعي. فالمسألة إذن تتعلق بأمرين الأمن الشخصي للأفراد من جهة، ومسألة السلامة الاجتماعية من جهة أخرى لذا كان من الضروري وصف وتحليل الإطار القانوني .

وعلى جانب آخر، يتم في الوقت الحالي استغلال البيانات الشخصية اقتصاديا لأغراض إعلانية من قبل شركات التواصل الاجتماعي التي تعتبر أن البيانات الشخصية هي رأس مال الشركة، لذلك كان التحدي الأكبر أمام المشرع الأوروبي هو سن مثل هذه اللائحة وإدخالها حيز النفاذ للحد من استخدام البيانات بهذه الطريقة غير المشروعة وهو أمر تقوم به منصات التواصل الاجتماعي، وشركات تكنولوجيا المعلومات.(1)

(1) في تقرير نشرته نيويورك تايمز في 27 مارس 2018م قالت فيه "أن شركة Palantir Technologies) تتعاون مع وكالة الاستخبارات الأمريكية والبنجابون وضالعة مع فيسبوك وكامبردج أنالتيكا في تحليل البيانات وإرسال رسائل موجهة تدعم المرشح الأمريكي دونالد ترامب، كما عملت "palantir" بشكل وثيق مع علماء البيانات على تكنولوجيا التنميط النفسي، الذي اقترح علي العلماء إنشاء التطبيق الخاصة بهم--الهاتف المحمول القائم علي اختبار الشخصية

وهنا أرى أن الخصوصية قد أصبحت شيئاً من الماضي⁽¹⁾ وساعد على ذلك الأمية الرقمية، فإذا سألنا من منا يقرأ نشرة الخصوصية الخاصة بـ Facebook أو Twitter أو أي تطبيق يقوم بتحميله على هاتفه الخاص به؟ فستكون الإجابة هي أن غالبيتنا لا يطلعون على سياسات الخصوصية التي توفر في بعض الأحيان حد أدنى من ضمان عدم الاعتداء على البيانات.⁽²⁾

للوصول إلى مستخدمي فيسبوك "صديق شبكات ومنصات التواصل الاجتماعي" وذلك وفقاً للوثائق التي حصلت عليها صحيفة نيويورك تايمز.

واتخذت كامبريدج analytica في نهاية المطاف نهجا مماثلاً. بحلول أوائل صيف 2014، حيث وجدت الشركة أن باحثاً جامعياً حصل على البيانات الشخصية لمستخدمي منصة التواصل الاجتماعي فيسبوك. قام الباحث بكشط البيانات الخاصة بأكثر من خمسون مليون مستخدم فيسبوك، كما ذهبت كامبريدج analytica إلى الأعمال التجارية فقامت ببيع ما يسمى بالملاح السيكولوجية للناخبين الأميركيين، ووضع نفسها على مسار تصادم مع المنظمين والمشرعين في الولايات المتحدة دول وبريطانيا. للمزيد حول هذا الموضوع:

<https://www.nytimes.com/2018/03/27/us/cambridge-analytica-palantir.html>

⁽¹⁾ هنا يجدر بنا التنويه - وقبل البدء في الدراسة - الإشارة إلى أمرين الأول: وجوب تكثيف الجهود نحو محو الأمية الرقمية ليكون الجميع على علم بشروط وسياسات الخصوصية التي تعزز من خصوصية المستخدم على هذه المنصات.

ثانياً : وجوب دعم المشرعين في شتى أنحاء العالم في سن القوانين تفرض على الشركات والمؤسسات التزامات تحد من الاستخدام السيئ للمعلومات الشخصية. لأنه ويتعبير بسيط "عندما يكون التطبيق مجاني يكون المستخدم هو السلعة".

⁽²⁾ وفقاً لشركة UPGuard وجدت أن التكنولوجيا في مستودع مفتوح يحتوي على أدوات Smercasbord تستخدم للتأثير على سلوك الأفراد، بما في ذلك "مجموعة من التطبيقات

فرض كل هذا التغيير الناتج عن تطور الحياة الرقمية من جهة، وتزايد التهديدات والمخاوف من تلاشي الحق في الخصوصية المعلوماتية من جهة أخرى نفسه على حقل الحماية القانونية المقرر لحماية البيانات الشخصية وتداولها؛ حيث أدى استخدام هذه الأساليب إلى اقتحام حصون هذا الحق، فبات من الواضح أن حماية البيانات الشخصية تقتضي تدخل المشرعين في كافة الدول بالإضافة لتضافر الجهود الدولية لحمايتها بالأسلوب الذي يتلاءم وطبيعة الأخطار المستجدة في الحياة الرقمية من خلال تطوير المعالجة القانونية للموضوعات ذات العلاقة.

كل هذا يدعونا إلى أن نقر بحقيقة معينة هو أن الخصوصية في عصر التواصل الاجتماعي لم تعد موجودة وعلينا بالمقابل أن نخفف الضرر الذي يمكن أن يقع على أي مستخدم لهذه الشبكات والمنصات. فمن يستخدم شبكات التواصل الاجتماعي ويضع معلوماته لا بد وأن يدرك تماماً أنه بالرغم مما يسمى بالضوابط

المتطورة، وبرامج إدارة البيانات، وأجهزة تتبع الإعلانات، وقواعد بيانات المعلومات التي يمكن استخدامها بشكل جماعي لاستهداف الأفراد والتأثير عليهم من خلال مجموعة متنوعة من الأساليب، بما في ذلك المكالمات الهاتفية الآلية، ورسائل البريد الإلكتروني، ومواقع الويب السياسية، والتطوع في استطلاع الرأي، وإعلانات Facebook، وغيرها من مواقع التواصل الاجتماعي. للمزيد يرجى مطالعة الرابط التالي:

<https://nakedsecurity.sophos.com/ar/2018/03/28/cambridge-analyticas-secret-coding-sauce-allegedly-leaked/>

الأمنية وسياسات الخصوصية فهي للعلم تحت تأثير الاستخدام بطريقة أو بأخرى.
من هنا جاءت أهمية هذه الدراسة التي تحاول أن تناقش وتحلل الإطار القانوني
لها.

من أجل ذلك كله كانت هذه الدراسة، التي قمنا بتقسيمها على النحو التالي:

الفصل الأول: ماهية البيانات ذات الطابع الشخصي في ضوء أحكام اللائحة الأوروبية رقم 2016/679.

المبحث الأول:- مفهوم البيانات ذات الطابع الشخصي في اللائحة الأوروبية الجديدة

المبحث الثاني:- المبادئ الحاكمة لمعالجة البيانات ذات الطابع الشخصي وفقاً لأحكام اللائحة الأوروبية.

الفصل الثاني: الإطار القانوني لحقوق والتزامات القائم بالمعالجة والشخص المعني في ضوء أحكام اللائحة الأوروبية رقم 2016/679.

المبحث الأول:- التزامات القائم بعملية المعالجة في ضوء أحكام اللائحة الأوروبية.

المبحث الثاني:- حقوق الشخص المعني على بياناته موضوع المعالجة في ضوء أحكام اللائحة الأوروبية.

الفصل الثالث: الإشكالات القانونية التي تثيرها معالجة البيانات الشخصية في اللائحة الأوروبية 2016/679.

المبحث الأول: أمن البيانات الشخصية.

المبحث الثاني:- الحق في حذف البيانات (النسيان الرقمي) والعلاقة مع الأرشفة للمصلحة العامة.

المبحث الثالث:- معالجة البيانات الشخصية لأغراض إعلانية أو لأغراض البحث العلمي.

المبحث الرابع:- معالجة البيانات في سياق علاقات العمل.

المبحث الخامس:- المسؤولية والتعويض.

خاتمة الدراسة.

قائمة المراجع.

الفصل الأول ماهية البيانات ذات الطابع الشخصي

في ضوء أحكام اللائحة الأوروبية 2016/679

تمهيد وتقسيم:

تُحتم شبكات التواصل الاجتماعي على مستخدميها قبل الولوج في عوالمها إدخال بياناتهم الشخصية لأجل إكمال عملية التسجيل في تلك الشبكات والبدء في استخدام خدماتها المتنوعة، لذا كان من المهم معرفة مفهوم البيانات الشخصية حتى يمكن حمايتها من الاستخدام الضار المتمثل في اختراق حق الأفراد في الخصوصية من قبل شبكات ومنصات التواصل الاجتماعي، ومن مزودي خدمات الإنترنت.

كما أصبح هذا الحق منذ لحظة دخول الشخص لعالم الإنترنت، أو بمجرد إجراء مكالمة هاتفية، عرضة لمختلف صور التعدي، سواءً من خلال القرصنة وسرقة الهويات الرقمية أو الحسابات على شبكات التواصل الاجتماعي، أو عن طريق اختراق البريد الإلكتروني، وكسر كلمات المرور واختراق الأجهزة وما قد يترتب عنه من إفشاء للمعلومات والبيانات الشخصية، أو بالاعتداء على سرية المراسلات الاتصالية. (1)

(1) البكاري، محمد. حماية سرية المراسلات الشخصية، مقال محكم ومنشور بمجلة المنبر القانوني المغربي، العدد التاسع، 2015م، الصفحات من 207: 212، ص 209.

فمن خلال الاطلاع على تلك البيانات وتميرها لأطراف أخرى للاستفادة منها سياسياً أو اقتصادياً دون علم أصحابها ودون الحصول على الموافقات اللازمة لذلك. أضف لذلك أن هناك العديد من الشركات المتخصصة في مجال جمع البيانات الشخصية وتقسيمها وفق تقسيمات محددة إما جغرافية أو عمرية أو مذهبية أو غيرها، والتي تقوم باستهداف أصحاب تلك البيانات مباشرة من خلال الإعلانات الدعائية للمنتجات أو السلع، أو استخدامها من ناحية سياسية من خلال تمرير بعض الأفكار أو الرسائل السياسية أو تنفيذ أجندة ما لموضوع سياسي معين.⁽¹⁾

ويهدد تسريب البيانات الشخصي أمن أصحابها، الأمر الذي يثور معه التساؤل حول قواعد حفظ هذه البيانات لذا كان لزاماً أن تتخذ منصات التواصل الاجتماعي الإجراءات الوقائية من أجل عدم الإفصاح عن هذه البيانات، أو عدم السماح بالوصول إليها سواءً من مشغلي التطبيقات أو شركات تحليل البيانات لاستخدامها في العديد من الأمور خاصةً إذا كانت تتعلق بأمر جدلية كالانتخابات السياسية.

والسؤال الذي يطرح نفسه هو كيف يمكن أن تؤثر البيانات الشخصية على قرارات أصحابها أو بمعنى أدق ما هي أهمية هذه البيانات؟ فبمعرفة الإجابة نستطيع أن نعرف السبب الذي من أجله تقوم الدول بسن القوانين لحماية البيانات الشخصية في التوقيت الحالي.

(1) صالح، مروة زين العابدين. الحماية القانونية الدولية للبيانات الشخصية عبر الإنترنت بين القانون الدولي الاتفاقي والقانون الوطني، 2016، مركز الدراسات العربية للنشر، القاهرة، ص84.

تعتبر البيانات - وبحق - عماد اقتصاد العصر الحديث؛ فمن غير البيانات لا يمكن معرفة سلوك صاحبها أو التأثير فيه؛ فشركات تحليل البيانات تقوم بعمل ملفات "سيكو جرافيك" من أجل توجيه رسائل مخصصة لهم، وهو أمر أشبه بالتحليل النفسي من أجل دراسة توجهات الشخص المعني صاحب البيانات وإرسال رسائل موجهة له من أجل التأثير في قناعاته في الأمر الذي تمت المعالجة لأجله، وهذا له تأثير كبير على المجتمع في تعزيز مفاهيم معينة في كثير من الأحيان غير مشروعة.

ولما كانت حماية البيانات الشخصية من الموضوعات التي تحتاج لمزيد من البحوث والدراسات لمعرفة التطورات القانونية الجديدة، ولاعتبارها أيضاً حجر الزاوية في الإعلانات والدعاية التجارية عن طريق استغلالها في معرفة توجهات الأشخاص ورغباتهم الاستهلاكية، فقد كانت أول وأكثر العناصر تأثراً بهذه التكنولوجيا، فقد رافقت التطورات التي عرفتها التقنية المعاصرة وصول البيانات الشخصية لكثير من الشركات التجارية التي تعتمد في تعاملاتها على استخدام البيانات الشخصية مثل شركات الطيران والفنادق وشركات السياحة والبنوك وشركات التأمين وشركات تكنولوجيا المعلومات.(1)

(1) أضف لذلك التطورات التكنولوجية الحاصلة في مجالات الحوسبة السحابية والبلوك تشين، وإنترنت الأشياء، أثرت بشكل كبير سلباً على خصوصية الأفراد وحياتهم أيضاً.

لذا كان لزاماً أن نتعرض لمفهوم البيانات الشخصية من ناحية ثم نناقش المبادئ الحاكمة لمعالجة البيانات ذات الطابع الشخصي التي جاءت بها هذه اللائحة، ومن أجل ذلك فقد قمنا بتقسيم هذا الفصل إلى مبحثين على النحو التالي:

المبحث الأول:- مفهوم البيانات ذات الطابع الشخصي في اللائحة الأوروبية الجديدة.

المبحث الثاني:- المبادئ الحاكمة لمعالجة البيانات ذات الطابع الشخصي وفقاً لأحكام اللائحة الأوروبية.

المبحث الأول

مفهوم البيانات ذات الطابع الشخصي في اللائحة الأوروبية

2016/679

عرفت الفقرة الأولى من المادة الرابعة من اللائحة⁽¹⁾ البيانات الشخصية⁽²⁾ بأنها "أي معلومات تتعلق بشخص طبيعي محدد أو يمكن تحديده، بشكل مباشر أو غير مباشر، عن طريق الرجوع إلى واحد أو أكثر من العناصر المميزة له⁽³⁾ وعلى وجه

(¹) "Règlement (UE) 2016/679, Art.4. "personal data" means any information relating to an identified or identifiable natural person ('data subject'); an identifiable natural person is one who can be identified, directly or indirectly, in particular by reference to an identifier such as a name, an identification number, location data, an online identifier or to one or more factors specific to the physical, physiological, genetic, mental, economic, cultural or social identity of that natural person"

(²) انظر في التعليق على هذه التسمية الزميل الأستاذ الدكتور أشرف جابر سيد في بحثه القيم: الجوانب القانونية لمواقع التواصل الاجتماعي "مشكلات الخصوصية وحرية التعبير والملكية الفكرية والإثبات مع التركيز على موقعي فيس بوك وتويتر"، دار النهضة العربية، القاهرة، 2013، ص45 وما بعدها. حيث يرى سيادته أن استخدام تعبير البيانات ذات الطابع الشخصي les données à caractère personnel، أكثر مرونة من تعبير المعلومات الشخصية Information nominative وهو التعبير الذي كان يستخدمه قانون المعلوماتية والحرية 78/17 قبل تعديله، وذلك لأن تعبير البيانات ذات الطابع الشخصي وفقاً لرأي سيادته يكفل حماية أوسع تشمل الملفات الصوتية والمرئية للمستخدم.

(³) «données à caractère personnel», toute information se rapportant à une personne physique identifiée ou identifiable (ci-après dénommée

الخصوص الاسم أو رقم الهوية أو بيانات الموقع، أو الخصائص البدنية أو الفسيولوجية أو الوراثية أو النفسية أو الاقتصادية أو الثقافية أو الاجتماعية. وتستلزم جميع مواقع التواصل الاجتماعي ممن يريد إنشاء حساب خاص به على أي موقع منها أن يقوم بوضع بياناته الشخصية التي تميزه عن غيره.

ويلاحظ على التعريف الوارد في نص اللائحة أن المشرع الأوروبي تبنى مفهوماً أكثر مرونة يسمح باستيعاب ودخول كافة أنماط البيانات الشخصية ضمن هذا المفهوم.

أضف لذلك أن التعريف السابق يساهم في جعل البيانات الشخصية أكثر تحديداً من خلال إعطاء أمثلة للعديد من أنماط البيانات الشخصية الخاضعة للحماية القانونية.

«personne concernée»); est réputée être une «personne physique identifiable» une personne physique qui peut être identifiée, directement ou indirectement, notamment par référence à un identifiant, tel qu'un nom, un numéro d'identification, des données de localisation, un identifiant en ligne, ou à un ou plusieurs éléments spécifiques propres à son identité physique, physiologique, génétique, psychique, économique, culturelle ou sociale;

ويصف رأي في الفقه المصري⁽¹⁾ دور هذه البيانات في عملية التسجيل بمواقع التواصل الاجتماعي بقوله : "الإدلاء بالبيانات الشخصية إجراء أولي ووجوبي يتعين على كل من يرغب في الانضمام إلى عضوية مواقع التواصل الاجتماعي أن يقوم به؛ إذ يستهل المستخدم خطوات انضمامه لأي موقع من هذه المواقع بتدوين اسمه، ولقبه، وتاريخ ميلاده، وجنسه، وعنوان بريده الإلكتروني، وغير ذلك من البيانات الوجودية التي تتفاوت من موقع لآخر.

ومن خلال ما سبق يمكن القول بأن البيانات ذات الطابع الشخصي يتمثل معناها في بيانات ترتبط بشخص محدد أو آخر قابل للتحديد، وهو ما ذهب إليه جانب من الفقه الفرنسي والمصري على حد سواء⁽²⁾ من خلال تحليل نص المادة الثانية من

(1) عبدالصديق، محمد سامي. شبكات التواصل الاجتماعي ومخاطر انتهاك الحق في الخصوصية، دار النهضة العربية، القاهرة، 2016، ص 37 وما بعدها.

(2) على مستوى التشريع المصري، فإن البرلمان المصري يستعد لإصدار قانون ينظم حماية البيانات الشخصية عقب قيام لجنة الاتصالات وتكنولوجيا المعلومات بمجلس النواب بمناقشة مشروع القانون، والذي يهدف إلى ضمان وحماية كل ما يتعلق بمعالجة البيانات الشخصية للأفراد لا سيما خصوصية البيانات الشخصية والأسرية باعتبارها أحد أهم الحريات الشخصية والحقوق الأساسية للأشخاص الطبيعيين.

وتجدر الإشارة إلى أن وزارة الاتصالات كانت قد أرسلت مشروع قانون حماية البيانات الشخصية إلى مجلس الوزراء ووزارة العدل لمراجعته وإقراره قبل إرساله إلى مجلس النواب لمناقشته من أجل ضمان مستوى مناسب من الحماية القانونية والتقنية للبيانات الشخصية المعالجة إلكترونياً. للمزيد راجع الرابط التالي:

القانون الفرنسي(801) لسنة 2004م الخاص بحماية الأفراد إزاء معالجة البيانات ذات الطابع الشخصي، فقام بتصنيفها إلى بيانات للتعريف المباشر (les données d'identification directe)، وبيانات للتعريف غير المباشر .

ولم تقف الأمور في اللائحة الجديدة عند حد بيان مفهوم البيانات ذات الطابع الشخصي بل تناولت العديد من المصطلحات ذات العلاقة، وهي مصطلحات تدخل بشكل أساسي ورئيس في عملية المعالجة ولا يمكن أن تتم بدونها من الأساس، ومن بين هذه المصطلحات التي استخدمها المشرع الأوروبي مصطلح "التميط" الذي نص عليه في المادة الرابعة وهو يعني "أي شكل من أشكال المعالجة الآلية للبيانات ذات الطابع الشخصي لاستخدام هذه البيانات الشخصية في تقييم بعض الجوانب الشخصية المتعلقة بالشخص الطبيعي، بما في ذلك التحليل أو التنبؤ من

<https://goo.gl/1ZKKAw>

جاء في المذكرة الإيضاحية لمشروع قانون حماية البيانات الشخصية المصري "أن حماية البيانات ذات الطابع الشخصي أحد أهم الحقوق للصيقة بالشخصية والمربطة بالحياة الخاصة للمواطنين، وتتطلب مزيد من الاحتياطات والإجراءات الخاصة اللازم إتباعها أثناء تداولها بين أرجاء المجتمع، للحفاظ على خصوصية حياة المواطنين وعدم إفشائها وحظر استخدام البيانات الشخصية للمواطنين إلا بموافقة أصحابها ومن خلال إطار تشريعي ينظم عملية تداول البيانات ذات الطابع الشخصي وفي إطار الشفافية والأمانة واحترام كرامة الإنسان والممارسات المقبولة، تطبيقاً لأحد مبادئ حقوق الإنسان العامة والتي نص عليها الدستور المصري في الفقرة الأولى من نص المادة (57).

خلال العديد من البنود الخاصة بالأداء الوظيفي، والوضع الاقتصادي، والصحة، والتفضيلات الشخصية، والمصالح، والموثوقية، والسلوك، والموقع أو من خلال نشاط الفرد عبر مواقع التواصل الاجتماعي.⁽¹⁾

ومن بين المراحل اللازمة لعملية معالجة البيانات ذات الطابع الشخصي تلك التي عرفها المشرع الأوروبي بعملية "التجهيز" ويقصد بها عملية أو مجموعة العمليات التي يقوم بها القائم بالمعالجة على مجموعات من البيانات الشخصية، مثل الجمع والتسجيل والتنظيم، والهيكلة والتخزين والتكييف أو التعديل، والاسترجاع، والكشف عن طريق البث أو النشر أو أي شكل آخر من أشكال الإتاحة، أو المحو أو التدمير.⁽²⁾

⁽¹⁾ «profilage», toute forme de traitement automatisé de données à caractère personnel consistant à utiliser ces données à caractère personnel pour évaluer certains aspects personnels relatifs à une personne physique, notamment pour analyser ou prédire des éléments concernant le rendement au travail, la situation économique, la santé, les préférences personnelles, les intérêts, la fiabilité, le comportement, la localisation ou les déplacements de cette personne physique;

⁽²⁾ «traitement», toute opération ou tout ensemble d'opérations effectuées ou non à l'aide de procédés automatisés et appliquées à des données ou des ensembles de données à caractère personnel, telles que la collecte, l'enregistrement, l'organisation, la structuration, la conservation, l'adaptation ou la modification, l'extraction, la consultation,

ويشير جانب من الفقه إلى أن " البيانات الشخصية هي تلك التي يستلزم موقع التواصل الاجتماعي من طالب التسجيل وضعها للتسجيل على الموقع".⁽¹⁾

فعلى سبيل المثال عندما يقوم الشخص بإنشاء حساب على موقع التواصل الاجتماعي Facebook أو Twitter يطلب منه الموقع إدخال بعض البيانات اللازمة لإتمام عملية التسجيل وإنشاء الحساب الخاص به.

فيتعين عليه أن يضع بياناته الشخصية كالاسم الأول واسم العائلة وعنوان البريد الإلكتروني الخاص به وكلمة المرور وتاريخ الميلاد وجنسه، كما يمكنه أيضا أن يضع البيانات التي تتعلق بمهنته وخبرته العملية وحالته الصحية، وأرقامه الشخصية، وعنوانه، وحالته الاجتماعية، وجنسيته، وآرائه ومعتقداته الشخصية... إلخ⁽²⁾ فمثل هذه البيانات تعد من قبيل المعلومات الشخصية التي عدتها المادة

l'utilisation, la communication par transmission, la diffusion ou toute autre forme de mise à disposition, le rapprochement ou l'interconnexion, la limitation, l'effacement ou la destruction:

⁽¹⁾ سيد، أشرف جابر. في بحثه القيم: الجوانب القانونية لمواقع التواصل الاجتماعي "مشكلات الخصوصية وحرية التعبير والملكية الفكرية والإثبات مع التركيز على موقعي فيس بوك وتويتر"، مرجع سابق، ص 47.

⁽²⁾ التهامي، سامح عبدالواحد. الحماية القانونية للبيانات الشخصية - دراسة في القانون الفرنسي، مرجع سابق، ص 379 وما بعدها.

الرابعة من اللائحة الأوروبية الجديدة، وهو ما حاول المشرع المصري انتهاجه في مشروع قانون حماية البيانات الشخصية.⁽¹⁾

(1) عرف مشروع القانون البيانات الشخصية بالبيانات ذات الطابع الشخصي أي معلومات عن الفرد التي تكون هويته محددة أو يمكن تحديدها بصورة معقولة سواء من خلال البيانات أو عن طريق الجمع بينها وبين أية بيانات أخرى بما في ذلك الصوت والصورة، كما عرف معالجة البيانات الشخصية بأنها كل عملية أو مجموعة عمليات تجري على البيانات الشخصية.

وترتكز فلسفة مشروع القانون المصري على مبادئ احترام حقوق الإنسان وضمان حماية خصوصية الحياة الخاصة، ويتكون مشروع القانون من ثمانية أبواب تشكل ثلاثة وستين مادة، يتضمن الباب الأول الأحكام العامة والتي تطرقت إلى الغرض من القانون ونطاق التطبيق والتعريفات للمصطلحات الواردة به، والثاني يتضمن حقوق الأفراد، والثالث يتناول البيانات الشخصية ذات الطبيعة الخاصة والتي حددها مشروع القانون وهي البيانات المتعلقة بالأصل العرقي، والإيديولوجيات السياسية، والأطفال، والصحة أو الحالة الجسدية أو النفسية، والمعتقدات الدينية، والعلاقات الزوجية، والجرائم الجنائية وهي بيانات محمية بشكل خاص، حيث أولي مشروع القانون اهتماماً خاصاً للتعامل مع بيانات الطفل.

والباب الرابع يحدد الالتزامات المفروضة على المراقب والمعالج، ويتناول الباب الخامس طبيعة عمل جهاز حماية البيانات الشخصية المشكل طبقاً لتنفيذ أحكام مواد هذا القانون وصلاحياته وطريقة تشكيله وأسلوب عمله، ووضعته القانونية، ويتناول الباب السادس تنظيم حركة البيانات الشخصية لخارج البلاد، ويتضمن الباب السابع الجرائم المنصوص عليها والتي تخرق أحكام هذا القانون والعقوبات المفروضة عليها والتي تراوحت بين الغرامات المالية ما بين عشرين ألف جنيه مصري وبين خمسة ملايين جنيه مصري مع مراعاة خلو باقي التشريعات الأخرى المعمول بها من أي عقوبة أشد، كما يعاقب بالحبس من ثلاثة أشهر إلى سنة وبغرامة

من خمسين ألف جنيه مصري إلى مليون جنيه مصري أو بإحدى هاتين العقوبتين فقط، كل من نقل بيانات شخصية خارج البلاد على نحو يخالف لأحكام المادتين الرابعة والأربعين والخامسة والأربعين من هذا القانون، وفي حالة العودة وتكرار المخالفة تضاعف العقوبة.

كما يتناول الباب الثامن والأخير الأحكام الختامية والانتقالية وأعطى مشروع القانون المخاطبين بأحكامه سنة واحدة من تاريخ العمل به مهلة لتوفيق أوضاعهم بما يتفق وأحكامه، وفي حالة عدم توفيق الأوضاع في الفترة الزمنية المذكورة، يتعرض المخالف في هذه الحالة إلى العقوبات المنصوص عليها في هذا القانون.

وجاء في الباب الأول من مشروع القانون الأحكام العامة والتعريفات بأن الاتصالات السلكية واللاسلكية هي إرسال أو بث أو استقبال الإشارات أو الرموز أو الصور أو الأشكال أو الأصوات أو البيانات أو النصوص أو المعلومات، أياً كان نوعها أو طبيعتها، عن طريق الوسائل السلكية أو اللاسلكية أو الراديو أو البصرية، أو غيرها من وسائل الاتصالات الكهرومغناطيسية أو بأية وسائل اتصالات أخرى مشابهة.

كما أن الاتصال الإلكتروني يتم بواسطة الشخص الذي يشغل موقعاً على شبكة الإنترنت، أو يعرض منتجات أو خدمات من خلاله، ويقوم بجمع أو معالجة البيانات الشخصية لمستخدمي ذلك الموقع أو زواره.

وجاء في المادة الثالثة أن أحكام هذا القانون تسري على البيانات الشخصية المسجلة على وسائط الإعلام المادية أو التي يتم الحصول عليها أو جمعها أو استخراجها على أي نحو آخر تمهيداً لمعالجتها إلكترونياً، أو التي تتم معالجتها عن طريق الجمع بين المعالجة الإلكترونية والمعالجة التقليدية، مما يجعلها عرضة للمعالجة الإلكترونية وإلى أي شكل من أشكال الاستخدام اللاحق لهذه البيانات.

أما عملية المعالجة في حد ذاتها فيقصد بها العمليات التي تهدف إلى جمع معلومات شخصية أو تسجيلها أو حفظها أو تنظيمها أو تغييرها أو استغلالها أو استعمالها أو إرسالها أو توزيعها أو نشرها أو إتلافها أو الاطلاع عليها وكذلك العمليات المتعلقة باستغلال قواعد البيانات أو الفهارس أو السجلات أو غير ذلك من خلال الربط أو عقد المقارنات.

ويحكم هذا القانون جميع عمليات معالجة البيانات الشخصية داخل حدود مصر عندما يكون المسؤول غير مقيم داخل البلاد ولكن يلجأ لمعالجة بيانات ذات طابع شخصي بوسائل آلية أو غير آلية، باستثناء المعالجات التي لا تستعمل إلا لأغراض العبور فوق التراب الوطني أو في أراضي دولة لها تشريع في مجال حماية البيانات الشخصية.

ولا تسري أحكام هذا القانون على: البيانات الشخصية التي يحتفظ بها الأشخاص الطبيعيون ويتم معالجتها في نطاق شخصي أو عائلي حصراً والبيانات الشخصية التي تتم معالجتها بغرض الحصول على البيانات الإحصائية الرسمية، أو تطبيقاً لنص تشريعي مستقل والبيانات الشخصية المتعلقة بالتحقيقات القضائية، وقضايا الإرهاب وكافة أشكال الجريمة المنظمة. ومع ذلك، فإنه يتعين على الجهة المسؤولة عن هذه التحقيقات أولاً إخطار: (جهاز حماية البيانات الشخصية) بطبيعة البيانات الموجودة بوحدها والغرض من معالجتها وأهميتها لدعم هذه التحقيقات.

وجاء في الباب الثاني تحت عنوان (حقوق الأفراد): يحق لجهاز حماية البيانات الشخصية إصدار أي قرارات إدارية إضافية للحفاظ على خصوصية البيانات الشخصية المعالجة، وعلى المراقب أن يحترم أحكام البنود السابقة تحت مراقبة جهاز حماية البيانات الشخصية ويحظر جمع البيانات عن طريق الوسائل الاحتيالية أو غير العادلة أو غير المشروعة.

فعلى سبيل المثال نجد أن هناك بيانات تحتفظ بها جميع مواقع التواصل الاجتماعي بلا استثناء، فبمجرد قيام الشخص بإنشاء حساب على أحد هذه المواقع فإنه يُلزم بوضع بياناته الشخصية الخاصة به مثل الاسم واللقب وعنوان بريده الإلكتروني وغيرها، كما تحتفظ هذه المواقع بنوع ثانٍ من هذه البيانات وهي البيانات الخاصة بالاتصال بالإنترنت اللازم للاتصال بالموقع وهو ما يعرفه لدى علماء الحاسب الآلي بـ الهوية الإلكترونية أو (IP)، ثم يأتي دور البيانات الأكثر خطورة من وجهة نظرنا وهي بيانات التصفح الخاصة بالمواقع والصفحات والحسابات التي يتصفحها المستخدم، بالإضافة لكافة التطبيقات التي يشترك فيها صاحب الحساب على موقع التواصل الاجتماعي، والتي تكشف عن شخصيته واهتماماته وميوله وغير ذلك.⁽¹⁾

ووفقاً للتعريف السابق فإن عملية المعالجة تنصب على مجموع العمليات المقصود منها التعرف على الشخص الطبيعي بصورة مباشرة أو غير مباشرة من خلال مجموعة من المعطيات أو الأمور المتعلقة بهويته أو بخصائصه الجسمية أو الفسيولوجية أو الجينية أو النفسية أو الاجتماعية أو الاقتصادية أو الثقافية.

(1) للمزيد حول هذا الأمر راجع الخصاونة، علاء الدين. الحماية القانونية للخصوصية والبيانات الشخصية في نطاق المعلوماتية. مجلة جامعة الشارقة للعلوم الشرعية والقانونية، مج8، ع2، الإمارات العربية المتحدة، 2011، ص 5 وما بعدها.

وترتيباً على ما سبق فإن عملية معالجة البيانات الشخصية لا بد لها من قائم بالمعالجة وهو ما يعرف بالمسؤول عن المعالجة، وقد عرفته اللائحة الأوروبية في الفقرة الثامنة المادة الرابعة بقولها:

«sous-traitant», la personne physique ou morale, l'autorité publique, le service ou un autre organisme qui traite des données à caractère personnel pour le compte du responsable du traitement;

فالمعالج وفقاً للنص السابق يعني الشخص الطبيعي أو الاعتباري أو السلطة العامة أو الوكالة أو أي هيئة أخرى تقوم بعملية معالجة البيانات الشخصية، وتبعاً لذلك فالقائم بعملية المعالجة يحدد طريقة المعالجة التي يقوم عن طريقها بالوصول للغرض الذي من أجله تمت عملية المعالجة.

أما الشخص المعني بالأمر الذي تمت معالجة بياناته فهو كل شخص طبيعي تكون بياناته الشخصية موضوعاً للمعالجة من قبل المسؤول عن المعالجة.

وينصب اهتمام رأي في الفقه المصري⁽¹⁾ وآخر في الفقه الفرنسي⁽¹⁾ على عملية جمع البيانات الشخصية ويعتبر هذه العملية من أهم صور المعالجة، ويدل على

(1) سيد، أشرف جابر في بحثه القيم: الجوانب القانونية لمواقع التواصل الاجتماعي "مشكلات الخصوصية وحرية التعبير والملكية الفكرية والإثبات مع التركيز على موقعي فيس بوك وتويتر"، مرجع سابق، ص 48.

قوله بما ورد في نص المادة الثانية من قانون المعلوماتية والحريات الفرنسي والتي نصت على أنه " يحظر جمع أو معالجة البيانات ذات الطابع الشخصي والتي من شأنها أن تكشف بشكل مباشر أو غير مباشر عن الأصول العرقية أو الآراء السياسية أو الفلسفية أو العقيدة الدينية أو الانتماء النقابي لشخص أو تلك التي تتعلق بصحته أو بحياته...."

ويستطرد هذا الرأي في عرض وجهة نظره أن الجمع المحظور والذي قصدته المادة هنا ليس الجمع المجرّد للبيانات - لأن الجمع بذاته ليس محظوراً - وإنما المقصود هنا هو الجمع الذي يتم بطريق غير مشروع كالتدليس أو الذي يتم بالرغم من اعتراض صاحب هذه البيانات.

¹(Nathalie WALCZAK : La protection des données personnelles sur l'internet ; Thèse de doctorat en Sciences ; Thèse de doctorat en Sciences de l'information et de la communication ; univ-lyon2, 2014, p.119 et s.

المبحث الثاني

المبادئ الحاكمة لمعالجة البيانات ذات الطابع الشخصي وفقاً لأحكام اللائحة الأوروبية

بادئ ذي بدء يجب أن نشير إلى أن عملية معالجة البيانات الشخصية لا تكون
أمراً مشروعاً إلا إذا كان الشخص المعني قد وافق بوضوح وصرحة - بعد إبلاغه
بدقة وبلغة بسيطة وواضحة - بأغراض عملية المعالجة.

ويمكن إيعاز قيام المشرع الأوروبي بالتشدد في اشتراط العديد من المبادئ الحاكمة
لعملية معالجة البيانات الشخصية إلى تعدد صور الاعتداء على البيانات الشخصية
سواءً كانت من قبل الجهات الحكومية أو من قبل الشركات أو الأفراد. وتزداد هذه
الاعتداءات يوماً بعد يوم لتشكل خطراً لا يتزايد من الناحية الكمية فحسب وإنما
أيضاً من الناحية التقنية؛ إذ في ظل هذا التطور تكمن صعوبة السيطرة على
المخاطر المحتمل حدوثها جراء الاعتداء على تلك البيانات خصوصاً لمقدرة العالم
الرقمي على تخزين هذا الكم الهائل من البيانات الشخصية لمستخدمي الإنترنت
ومنصات التواصل الاجتماعي.

ومما يزيد الأمر تعقيداً هو ضعف معرفة المستخدمين لمجال الأمن المعلوماتي مما يجعلهم صيداً سهلاً للحصول على بياناتهم الشخصية خصوصاً في ظل تسارع غير محسوب العواقب من قبل المستخدمين على مواقع التواصل الاجتماعي.⁽¹⁾

ومن المفيد هنا، أن نشير إلى مفهوم عملية المعالجة قبل أن نشرع في بيان القواعد التي اشترطها المشرع الأوروبي وتحديداً تلك الواردة في المواد الخامسة والسادسة والسابعة من اللائحة الأوروبية ويتم تطبيقها على جميع البيانات محل المعالجة.⁽²⁾ وهو ما يجعلنا نقسم هذا المبحث إلى مطلبين وفقاً للتالي:

المطلب الأول: مفهوم عملية معالجة البيانات الشخصية.

المطلب الثاني: قواعد معالجة البيانات الشخصية في ضوء نصوص اللائحة الأوروبية.

⁽¹⁾ في وقتنا الحاضر أصبحت كل مجالات الحياة اليوم محاصرة بالتطور التقني الهائل وما يقدمه لها من خدمات ومميزات، وعلى الرغم من هذه المزايا المتنوعة والمتعددة والفريدة إلا أنه يوجد لها العديد من السلبيات والتهديدات التي ترقى إلى أن تكون مخاطر منها الاعتداء على الحق في الخصوصية وما يتفرع منه، خصوصاً أن التقنية الحديثة قد تظهر للمستخدم بصورة أو بشكل لا يعكس ما تخفيه من تقنية دقيقة من خلال يمكن التعرض للبيانات الشخصية.

⁽²⁾ Principes relatifs au traitement des données à caractère personnel

المطلب الأول

مفهوم عملية معالجة البيانات الشخصية

تناول المشرع الأوروبي في اللائحة الأوروبية الجديدة، تعريف عملية معالجة البيانات بأنها "عملية أو مجموعة العمليات التي تجري على البيانات الشخصية أو على مجموعات من البيانات الشخصية، بأية وسيلة تقليدية كانت أو إلكترونية، مثل الجمع أو التسجيل أو التنظيم أو الهيكلة أو التخزين أو التكيف أو التعديل أو الاسترجاع، أو التشاور أو الاستخدام أو الإفصاح عن المعلومات عن طريق الإرسال أو النشر أو الإتاحة أو المواءمة أو الجمع أو التقييد أو المحو أو التدمير" وهذا ما نصت عليه الفقرة الثانية من المادة الرابعة من اللائحة المشار إليه.⁽¹⁾

⁽¹⁾ هذا التعريف يشبه إلى حد كبير التعريف الذي أورده المشرع الفرنسي في نص الفقرة الثانية من المادة الثالثة من قانون المعلوماتية والحريات الفرنسي رقم 78 لسنة 1978م والمعدل بأحكام القانون الصادر في 30 يناير 2002 والتي أشارت إلى ذات المعنى تقريباً.

Loi n° 78-17 du 6 janvier 1978, modifiée 22 juin 2018, relative à l'informatique, aux fichiers et aux libertés Pour voir tous les Articles modifiés, voir: <https://www.cnil.fr/fr/loi-78-17-du-6-janvier-1978-modifiee>

ولكن تجدر الإشارة في هذا المقام أن فرنسا لم يكن لها السبق في وضع تعريف للبيانات الشخصية أو حتى عملية المعالجة بل سبقتها في ذلك العديد من التشريعات الأوروبية التي نقلت التعريف الوارد بالتوجيه الصادر عن البرلمان الأوروبية عام 1995م بشأن حماية الأشخاص الطبيعيين في مجال حماية البيانات ذات الطابع الشخصي وحرية تداولها، ونذكر من بين هذه التشريعات على سبيل المثال لا الحصر، قانون البيانات الشخصية السويدي رقم (204) لسنة

وبناءً على التعريف السابق فإن المعالجة إما أن تكون تقليدية أو إلكترونية فالمعالجة اليدوية تتم عبر طرق تقليدية عن طريق جمع البيانات ذات الطابع الشخصي في ملفات ورقية ويتم الاحتفاظ بها لدى الشخص أو الجهة القائمة بعملية المعالجة ثم القيام بتصنيفها والتوفيق بينها للوصول لنتائج محددة يتم الاستفادة منها في عمليات الدعاية والتسويق المختلفة كأصل عام.

أما المعالجة الإلكترونية فإنها يتم فيها جمع البيانات الشخصية والمعلومات على الحواسيب والأجهزة الإلكترونية وبرامج المعالجة الإلكترونية التي ذاع انتشارها في الآونة الأخيرة، وتتسم عملية المعالجة هذه بالسرعة في التصنيف والتوفيق بين البيانات المختلفة سعياً لاستخلاص النتائج المرجوة.⁽¹⁾

1998م الصادر في 24 أكتوبر سنة 1998م، وكذلك قانون حماية البيانات الشخصية الإسباني الصادر في 13 من ديسمبر 1999م، فضلاً عن قانون لوكسمبورج الصادر في الثاني من أغسطس سنة 2002م بشأن حماية الأشخاص الطبيعيين عند معالجة البيانات ذات الطابع الشخصي. للمزيد حول هذه التشريعات انظر: د.محمد سامي عبدالصديق: شبكات التواصل الاجتماعي ومخاطر انتهاك الحق في الخصوصية، دار النهضة العربية، القاهرة، 2016م، ص 38 وما بعدها.

(1) يضرب جانب من الفقه المصري مثلاً على عملية المعالجة عبر مواقع التواصل الاجتماعي بافتراض أن من بين المستخدمين للموقع الإلكتروني رجلاً متوسط العمر تُظهر بياناته الشخصية عضويته بأحد الأندية الرياضية، وممارسته على سبيل الهواية لنشاط رياضي معين، مع حرصه على إبراز لقطات تجمعه مع عدد من مشاهير الرياضة على صفحته الخاصة على الموقع، فمن الممكن بمعالجة هذه البيانات الوصول إلى اهتمام هذا المستخدم بالمنتجات الرياضية، وفي القوت ذاته تساعد بياناته الشخصية التي سبق أن دونها عند تسجيله للانضمام إلى موقع التواصل على

ومن الواجب هنا أن نشير إلى وجود شركات متخصصة في معالجة البيانات تقوم بجمع البيانات الشخصية وتقسيمها وفق تقسيمات محددة إما جغرافية أو عمرية أو مذهبية أو غيرها، وتستخدم هذه المعالجة في استهداف أصحابها مباشرةً من خلال الإعلانات الدعائية للمنتجات أو السلع، أو في النواحي السياسية؛ حيث يتم استخدامها لتمرير بعض الأفكار أو رسائل سياسية معينة أو أجندة ما لموضوع سياسي من خلال رسائل مباشرة أو دعائية عن طريق شبكات أو منصات التواصل الاجتماعي أو تطبيقات الهواتف الذكية.⁽¹⁾

مخاطبته من جانب المعلنين برسائل نصية - سواء عبر بريده الإلكتروني أو رقم هاتفه الجوال - بشأن عروض الشراء على الملابس والأحذية والحقائب الرياضية وبذلك تكون معالجة البيانات الشخصية قد أثمرت في مجال الدعاية والتجارة. للمزيد راجع في هذا الخصوص عبدالصديق، محمد سامي. شبكات التواصل الاجتماعي ومظاهر انتهاك الحق في الخصوصية، مرجع سابق الإشارة إليه، ص 44، وانظر كذلك، د. سامح عبدالواحد التهامي: الحماية القانونية للبيانات الشخصية - دراسة في القانون الفرنسي، مرجع سابق الإشارة إليه، ص 410

⁽¹⁾ تتنافس شركات الهواتف الذكية اليوم فيما بينها بإصدار أجهزة تحمل مواصفات تقنية حديثة وعالية مقابل أسعار تنافسية، فأصبحت تقيم كل سنة مؤتمرات لها تعرض فيها أحدث ما توصلت إليه من تقنيات وبرمجيات لتواكب بذلك التقدم السريع في عالم التقنية، فنشاهد مثلاً شركة "آبل" تقيم سنوياً مؤتمر آبل العالمي للمطورين بالإنجليزية: The Apple Worldwide Developers Conference اختصاراً (WWDC)، وهو المؤتمر الذي يقام سنوياً منذ عام 1985م في ولاية كاليفورنيا من قبل شركة آبل؛ حيث تستخدمه في المقام الأول لعرض برامجها والتكنولوجيات الجديدة للمطورين، فضلاً عن توفير التدريب العملي على المعامل وجلسات مع مطورين آبل. للمزيد انظر الرابط التالي:

<https://www.apple.com/sitemap/>

وفي سياق مرتبط، تأتي المعلومات والبيانات الشخصية المتاحة على مواقع ومنصات التواصل الاجتماعي كواحدة من البيانات الأساسية التي يسعى علماء الاجتماع والباحثين الاجتماعيين إلى الوصول إليها والوقوف على أسباب ودوافع إتاحتها وعرضها بل ودراسة المشكلات الشخصية التي تتيحها تلك المعلومات في البيئة الرقمية، بل الأكثر من ذلك هو قيام بعض الباحثين بإجراء العديد من الدراسات والبحوث حول كيفية الاستفادة من المعلومات والبيانات الشخصية المتاحة على الويب.⁽¹⁾

في الآونة الأخيرة ظهرت العديد من البرامج والتطبيقات المطورة التي تعمل على جمع وتحليل البيانات الشخصية عقب اتخاذ بعض الأشخاص الحيط والحذر من خلال تفعيل سياسات الخصوصية، قامت الكثير من شركات جمع المعلومات بتصميم تطبيقات يتم وضعها على الهواتف الذكية تسهل من عملية التواصل لكنها تشترط على المستخدم لكي يستفيد من الخدمة المجانية التي يقدمها التطبيق أن يسمح للتطبيق بالوصول لكافة أنماط الكائنات الرقمية المخزنة على هاتفه أو تلك المخزنة على السحابة الخاصة به، بل أن بعض التطبيقات الذكية تمنح نفسها الحق في تداول البيانات مع آخرين دون الرجوع لصاحبها مؤسسة ذلك على موافقته

(1) من بين هذه الدراسات التي وجدناها أثناء كتابة هذه الدراسة بحث لـ ريهام عاصم غنيم: المعلومات الشخصية المتاحة على الويب العام، دراسة في إمكانية الوصول وأخلاقيات الاستخدام، بحث منشور ضمن بحوث مؤتمر المحتوى العربي في الإنترنت (التحديات الطموح)، المجلد الثاني، 2010، جامعة الإمام محمد بن سعود الإسلامية، الرياض، لصفحات من 1139: 1173، ص 1144 وما بعدها.

على سياسات وشروط استخدام التطبيقات، وهنا لا تكون الخدمة مجانية بل يكون المستخدم وبياناته - بل وكافة المعلومات الموجودة على الجهاز الخاص به - هو الثمن الفعلي للحصول على الخدمة.

المطلب الثاني

قواعد معالجة البيانات الشخصية في ضوء نصوص (1) اللائحة الأوروبية

لا يمكن إجراء أي عملية من عمليات المعالجة أو جمع البيانات أو حتى السماح بتخزينها إلا إذا وافق الشخص المعني على ذلك بعد أن يكون قد تم إبلاغه بلغة بسيطة وواضحة ومفهومة. مالم تكن المعالجة ضرورية كالمعالجة التي تتم من أجل المصالح الحيوية والضرورية مثل غايات الطب الوقائي أو تنفيذ مسألة متعلقة بالصالح العام، وذلك دون أي إخلال بهذه البيانات أو تحويلها أو الإفصاح عنها بدون إذن أو حتى السماح لأي طرف بالوصول إليها.

والموافقة التي نعنيها في هذا المقام هي التي نصت عليها المادة السابعة من اللائحة الأوروبية 2016/679م⁽²⁾ وعبرت عنها بـ "أية إشارة حرة ومحددة ومستتيرة

(1) Règlement (UE) 2016/679, Art. 5 ; Art 6 ; Art 7.

(2) Règlement (UE) 2016/679, Art. 7 "Conditions applicables au consentement" :

1. Dans les cas où le traitement repose sur le consentement, le responsable du traitement est en mesure de démontrer que la personne concernée a donné son consentement au traitement de données à caractère personnel la concernant.
2. Si le consentement de la personne concernée est donné dans le cadre d'une déclaration écrite qui concerne également d'autres questions, la demande de consentement est présentée sous une

لا لبس فيها تفيد رغبة الشخص المعني - مع وجود إجراء إيجابي واضح - في الموافقة على معالجة البيانات الشخصية المتعلقة به ..."

وقد حظيت عملية المعالجة باهتمام كبير من المشرع الأوروبي في هذه اللائحة فقد أورد في المادة الخامسة من هذه اللائحة العديد من القواعد الخاصة بعملية المعالجة نقوم بتفصيلها في فروع خمسة على النحو التالي.

الفرع الأول: معالجة قانونية وعادلة وشفافة (العدالة والشفافية)

-
- forme qui la distingue clairement de ces autres questions, sous une forme compréhensible et aisément accessible, et formulée en des termes clairs et simples. Aucune partie de cette déclaration qui constitue une violation du présent règlement n'est contraignante.
3. La personne concernée a le droit de retirer son consentement à tout moment. Le retrait du consentement ne compromet pas la licéité du traitement fondé sur le consentement effectué avant ce retrait. La personne concernée en est informée avant de donner son consentement. Il est aussi simple de retirer que de donner son consentement.
 4. Au moment de déterminer si le consentement est donné librement, il y a lieu de tenir le plus grand compte de la question de savoir, entre autres, si l'exécution d'un contrat, y compris la fourniture d'un service, est subordonnée au consentement au traitement de données à caractère personnel qui n'est pas nécessaire à l'exécution dudit contrat.

الفرع الثاني: أن يكون جمع المعلومات لأغراض محددة وواضحة ومشروعة (المشروعية)

الفرع الثالث: أن تكون عملية المعالجة ملائمة ومناسبة ومقصورة على ما هو ضروري فيما يخص الأغراض التي جُمعت من أجلها (تقليل البيانات)

الفرع الرابع: أن تقتصر مدة تخزين وأرشفة البيانات على الوقت اللازم لأغراض المعالجة (الحد من التخزين والأرشفة)

الفرع الخامس: أن تتم المعالجة بشكل يضمن أمن وسلامة البيانات (السرية والنزاهة)

الفرع الأول

معالجة قانونية وعادلة وشفافة (العدالة والشفافية)⁽¹⁾

حرص المشرع الأوروبي على تحقيق المشروعية والإنصاف والشفافية في معالجة البيانات سواءً تمت هذه المعالجة بوسيلة تقليدية أو إلكترونية - باعتبار أنه لا تتم عملية جمع البيانات من خلال شخص طبيعى أو اعتباري إلا بعد موافقة الشخص المعني وتعبيره الصريح عن رضاه عن تلك المعالجة - كأصل عام - وباستثناء تلك الحالات التي أشرنا إليها سابقاً.

تبعاً لما تقدم، وإعمالاً لهذا الشرط المنصوص عليه في عجز المادة الخامسة من اللائحة الأوروبية، لا يجوز استعمال طرق احتيالية في جمع المعلومات عن طريق القيام بتضليل الشخص المعني فيقوم بإعطاء معلوماته بناءً على استعمال هذه الوسائل الاحتيالية من قبل الغير.

وبمفهوم المخالفة، فإن أي تجميع واستخدام للبيانات بدون علم صاحبها أمر غير مشروع يوجب مساءلة الجهة القائمة بالعملية وتتحقق به مسؤوليتها. ولهذا اعتبرت اللجنة الوطنية للمعلوماتية والحرية (CNIL) أن القيام بعملية جمع بيانات

(¹) Règlement (UE) 2016/679, Art.5, "traitées de manière licite, loyale et transparente au regard de la personne concernée (licéité, loyauté, transparence);

مستخدمي الإنترنت لغايات إعلانية دون علمهم وموافقتهم على ذلك هو من باب الفعل غير المشروع الذي يوجب مساءلة فاعله.⁽¹⁾

كما يجب أن تكون هناك شفافية كاملة بشأن البيانات الشخصية المراد الحصول عليها من الشخص المعني، بحيث يتم اطلاقه على نوعية البيانات والغرض المراد من عملية المعالجة، والمدة، وما هو مصير هذه البيانات بعد ذلك، ومن هم الفئات الذين يحق لهم الاطلاع عليها.

⁽¹⁾ تلعب Cnil دوراً مهماً في حماية حقوق المواطنين على المستوى الأوروبية، فيمكن لأي فرد الاتصال بهم عندما يواجه صعوبات في ممارسة حقوق حماية البيانات الشخصية الخاصة به. وتكفل Cnil تمكين الجميع من الوصول بفعالية إلى بياناتهم محل المعالجة. وفي العام 2013، تلقت Cnil 5640 شكوى تشمل ما يلي: السمعة الإلكترونية، (طلب محو البيانات على الإنترنت)، والتجارة (طلبات لوقف الدعاية عن طريق البريد)، والمصارف والقروض (الاعتراض على تسجيلها في ملفات بنك فرنسا) بالإضافة إلى إمكانية تقديم الشكاوى عبر الإنترنت لمعالجة بعض المسائل مثل: (محو البيانات الشخصية على الإنترنت، والاعتراض علي تلقي الدعاية عن طريق البريد، وتحديث دقة هذه البيانات). للمزيد حول دور الهيئة فضلاً راجع الرابط التالي:

الفرع الثاني

أن يكون جمع المعلومات لأغراض محددة وواضحة ومشروعة (المشروعية)

هذا الشرط في غاية الأهمية؛ لأنه ينصب على مضمون عملية المعالجة في حد ذاتها فإذا كان الشرط الأول قد تطرق لشرعية الإجراء فإن هذا الشرط يعالج المضمون.

ووفقاً لذلك، يجب أن تتم عملية المعالجة لغايات محددة واضحة ومشروعة بحيث يتم التأكد من أنه لم تتم معالجتها بطريقة لا تتماشى مع الأغراض المحددة.

وبطبيعة الحال، لا يمكن اعتبار عمليات المعالجة الإضافية التي تتم لأهداف عامة أو لأغراض البحث العلمي أو لتوثيق أحداث تاريخية أو لأغراض إحصائية متعارضة مع الأغراض الأولية؛ فالعبرة هنا في هذا المقام بتحديد الهدف أو الغرض الذي من أجله تتم عملية المعالجة؛ لأن هذا يعني تحقيق الشفافية في شتى مراحل عملية المعالجة، فإذا كان الغرض غير محدد، فلا يمكن تصور إتمام عملية المعالجة أو حتى البدء في جمع البيانات فالغموض الذي يشوب عملية جمع البيانات قد يحمل من الخطورة ما يؤثر على خصوصية الفرد، ويهدر حقاً أصيلاً له كفله الدستور والقوانين.

وقد خصص المشرع الأوروبي مادة كاملة لهذا المبدأ المهم، وهي المادة السادسة والتي تنص على أنه "لا تكون المعالجة مشروعة إلا إذا انطبقت الإجراءات التالية:

أ. أن يكون الشخص المعني قد أعطى الموافقة على معالجة بياناته الشخصية لغرض واحد أو أكثر من الأغراض المحددة.

ب. أن تكون المعالجة ضرورية لتنفيذ العقد الذي يكون الشخص المعني طرفاً فيه أو من أجل اتخاذ إجراء بناء على موافقة الشخص المعني قبل إبرام العقد.

ج. أن تكون المعالجة ضرورية من أجل حماية مصالح ضرورية لصاحب البيانات أو لشخص طبيعي آخر.

د. أن تكون المعالجة ضرورية لأداء مهمة يضطلع بها للمصالح العام.

هـ. أن تكون المعالجة ضرورية من أجل تحقيق أغراض أو مصالح مشروعة.

بالإضافة لما سبق، فقد أوردت المادة سالفه الذكر وكذلك المادة الخامسة من اللائحة العديد الشروط العامة التي تحكم مشروعية المعالجة والتي نخص بالذكر منها نوع البيانات التي تخضع للمعالجة ومضمونها، والجهات التي يمكن الإفصاح لها عن البيانات الشخصية، إضافة إلى تحديد الغرض من معالجة هذه البيانات، وتحديد فترات الاحتفاظ بالبيانات، وإجراءات المعالجة والتدابير اللازمة لضمان

المعالجة القانونية والعادلة مثل تلك التي تتعلق بالحالات المنصوص عليه في المادة التاسعة والثمانون من اللائحة الجديدة.⁽¹⁾

⁽¹⁾ Règlement (UE) 2016/679, Art. 89. Garanties et dérogations applicables au traitement à des fins archivistiques dans l'intérêt public, à des fins de recherche scientifique ou historique ou à des fins statistiques

1 .Le traitement à des fins archivistiques dans l'intérêt public, à des fins de recherche scientifique ou historique, ou à des fins statistiques est soumis, conformément au présent règlement, à des garanties appropriées pour les droits et libertés de la personne concernée. Ces garanties garantissent la mise en place de mesures techniques et organisationnelles, en particulier pour assurer le respect du principe de minimisation des données. Ces mesures peuvent comprendre la pseudonymisation, dans la mesure où ces finalités peuvent être atteintes de cette manière. Chaque fois que ces finalités peuvent être atteintes par un traitement ultérieur ne permettant pas ou plus l'identification des personnes concernées, il convient de procéder de cette manière.

2 .Lorsque des données à caractère personnel sont traitées à des fins de recherche scientifique ou historique ou à des fins statistiques, le droit de l'Union ou le droit d'un État membre peut prévoir des dérogations aux droits visés aux articles 15, 16, 18 et 21, sous réserve des conditions et des garanties visées au paragraphe 1 du présent article, dans la mesure où ces droits risqueraient de rendre impossible ou d'entraver sérieusement la réalisation des finalités spécifiques et où de telles dérogations sont nécessaires pour atteindre ces finalités.

وكذلك الحال بالنسبة لما نصت عليه المادة التاسعة من معالجة الفئات الخاصة من البيانات الشخصية، والتي تثير في الغالب العديد من الإشكالات القانونية التي سنتعرض لها لاحقاً.⁽¹⁾

3 .Lorsque des données à caractère personnel sont traitées à des fins archivistiques dans l'intérêt public, le droit de l'Union ou le droit d'un État membre peut prévoir des dérogations aux droits visés aux articles 15, 16, 18, 19, 20 et 21, sous réserve des conditions et des garanties visées au paragraphe 1 du présent article, dans la mesure où ces droits risqueraient de rendre impossible ou d'entraver sérieusement la réalisation des finalités spécifiques et où de telles dérogations sont nécessaires pour atteindre ces finalités.

4. Lorsqu'un traitement visé aux paragraphes 2 et 3 sert dans le même temps une autre finalité, les dérogations sont applicables au seul traitement effectué aux fins visées auxdits paragraphes.

⁽¹⁾ راجع المبحث الثاني من الفصل الثاني من هذه الدراسة والذي سوف نعرض فيه للعديد من الإشكالات القانونية المتعلقة بمعالجة بعض الفئات الخاصة من البيانات الشخصية والتي أثارها المادة التاسعة من هذه اللائحة والتي جاء نصها على النحو التالي:

Règlement (UE) 2016/679, Art.9: Traitement portant sur des catégories particulières de données à caractère personnel

1. Le traitement des données à caractère personnel qui révèle l'origine raciale ou ethnique, les opinions politiques, les convictions religieuses ou philosophiques ou l'appartenance syndicale, ainsi que le traitement des données génétiques, des données biométriques aux fins d'identifier une

personne physique de manière unique, des données concernant la santé ou des données concernant la vie sexuelle ou l'orientation sexuelle d'une personne physique sont interdits.

2. Le paragraphe 1 ne s'applique pas si l'une des conditions suivantes est remplie:

a) la personne concernée a donné son consentement explicite au traitement de ces données à caractère personnel pour une ou plusieurs finalités spécifiques, sauf lorsque le droit de l'Union ou le droit de l'État membre prévoit que l'interdiction visée au paragraphe 1 ne peut pas être levée par la personne concernée;

b) le traitement est nécessaire aux fins de l'exécution des obligations et de l'exercice des droits propres au responsable du traitement ou à la personne concernée en matière de droit du travail, de la sécurité sociale et de la protection sociale, dans la mesure où ce traitement est autorisé par le droit de l'Union, par le droit d'un État membre ou par une convention collective conclue en vertu du droit d'un État membre qui prévoit des garanties appropriées pour les droits fondamentaux et les intérêts de la personne concernée;

c)le traitement est nécessaire à la sauvegarde des intérêts vitaux de la personne concernée ou d'une autre personne physique, dans le cas où la personne concernée se trouve dans l'incapacité physique ou juridique de donner son consentement;

d)le traitement est effectué, dans le cadre de leurs activités légitimes et moyennant les garanties appropriées, par une fondation, une association ou tout autre organisme à but non lucratif et poursuivant une finalité politique, philosophique, religieuse ou syndicale, à condition que ledit traitement se rapporte exclusivement aux membres ou aux anciens membres dudit organisme ou aux personnes entretenant avec celui-ci des contacts réguliers en liaison avec ses finalités et que les données à caractère personnel ne soient pas communiquées en dehors de cet organisme sans le consentement des personnes concernées;

e)le traitement porte sur des données à caractère personnel qui sont manifestement rendues publiques par la personne concernée;

f)le traitement est nécessaire à la constatation, à l'exercice ou à la défense d'un droit en justice ou chaque fois que des juridictions agissent dans le cadre de leur fonction juridictionnelle;

g)le traitement est nécessaire pour des motifs d'intérêt public important, sur la base du droit de l'Union ou du droit d'un 'État membre qui doit être proportionné à l'objectif poursuivi, respecter l'essence du droit à la protection des données et prévoir des mesures appropriées et spécifiques pour la sauvegarde des droits fondamentaux et des intérêts de la personne concernée;

h)le traitement est nécessaire aux fins de la médecine préventive ou de la médecine du travail, de l'appréciation de la capacité de travail du travailleur, de diagnostics médicaux, de la prise en charge sanitaire ou sociale, ou de la gestion des systèmes et des services de soins de santé ou de protection sociale sur la base du droit de l'Union, du droit d'un État membre ou en vertu d'un contrat conclu avec un professionnel de la santé et soumis aux conditions et garanties visées au paragraphe 3;

i) le traitement est nécessaire pour des motifs d'intérêt public dans le domaine de la santé publique, tels que la protection contre les menaces transfrontalières graves pesant sur la santé, ou aux fins de garantir des normes élevées de qualité et de sécurité des soins de santé et des médicaments ou des dispositifs médicaux, sur la base du droit de l'Union ou du droit de l'État membre qui prévoit des mesures appropriées et spécifiques pour la sauvegarde des droits et libertés de la personne concernée, notamment le secret professionnel;

j) le traitement est nécessaire à des fins archivistiques dans l'intérêt public, à des fins de recherche scientifique ou historique ou à des fins statistiques, conformément à l'article 89, paragraphe 1, sur la base du droit de l'Union ou du droit d'un État membre qui doit être proportionné à l'objectif poursuivi, respecter l'essence du droit à la protection des données et prévoir des mesures appropriées et spécifiques pour la sauvegarde des droits fondamentaux et des intérêts de la personne concernée.

3. Les données à caractère personnel visées au paragraphe 1 peuvent faire l'objet d'un traitement aux fins prévues au paragraphe 2, point h), si ces données sont traitées par un professionnel de la santé soumis à une obligation de secret professionnel conformément au droit de l'Union, au droit d'un État membre ou aux règles arrêtées par les organismes

وفي الحالات التي لا تستند فيها عملية المعالجة إلى موافقة الشخص المعني على معالجة البيانات أو إلى قانون الاتحاد أو الدولة العضو باعتبار أن ذلك يشكل تدبيراً ضرورياً ومتناسباً لحماية الأهداف المشار إليها في المادة الثالثة والعشرين من اللائحة - فإنه يتعين على القائم بالمعالجة أن يأخذ في الاعتبار جملة أمور أهمها ما يلي:

1. العلاقة بين جمع البيانات الشخصية وأغراض المعالجة المزمع القيام بها.
2. السياق الذي جُمعت فيه البيانات الشخصية.
3. طبيعة البيانات الشخصية، لا سيما إذا كانت الفئات الخاصة من البيانات الشخصية عملاً بالمادة التاسعة من اللائحة.
4. النتائج المحتملة للمعالجة الإضافية للبيانات.

nationaux compétents, ou sous sa responsabilité, ou par une autre personne également soumise à une obligation de secret conformément au droit de l'Union ou au droit d'un État membre ou aux règles arrêtées par les organismes nationaux compétents.

4. Les États membres peuvent maintenir ou introduire des conditions supplémentaires, y compris des limitations, en ce qui concerne le traitement des données génétiques, des données biométriques ou des données concernant la santé.

5. وجود الضمانات المناسبة التي تشمل سرية وأمن البيانات.⁽¹⁾

⁽¹⁾ Règlement (UE) 2016/679, Art.5, f) traitées de façon à garantir une sécurité appropriée des données à caractère personnel, y compris la protection contre le traitement non autorisé ou illicite et contre la perte, la destruction ou les dégâts d'origine accidentelle, à l'aide de mesures techniques ou organisationnelles appropriées (intégrité et confidentialité);

الفرع الثالث

أن تكون عملية المعالجة ملائمة ومناسبة ومقصورة على ما هو ضروري فيما يخص الأغراض التي جُمعت من أجلها (تقليل البيانات)

يعرف هذا الشرط بشرط "تقليل البيانات"، ويتسق هذا الشرط ويتكامل مع الشرط السابق، ويتضح هذا الاتساق من خلال مؤدى هذا الشرط وهو أن يكون هناك تناسب بين كمية البيانات التي تم جمعها لإجراء عملية المعالجة عليها والغرض أو الهدف المحدد سلفاً منعاً من تخزين البيانات بلا هدف وحتى لا يساء استخدامها في ظل تزايد انتهاك خصوصية الأفراد عند معالجة ونقل البيانات الشخصية. لذلك يجب ألا يتعدى الجمع والتخزين الغرض المخصص له، كما يجب على القائم بعملية المعالجة تقليل البيانات قدر الاستطاعة، بالشكل الذي يفي بالغرض. مع الوضع في الاعتبار أن هذه المسألة موضوعية يختص بها قاضي الموضوع؛ فهو وحده الذي يقرر ما إذا كانت البيانات التي تم تجميعها وتخزينها كافية للوفاء بالغرض أم أن هناك بيانات قام المعالج بجمعها ولا حاجة لعملية المعالجة لمثل هذه البيانات.

وعطفاً على المنحى السابق، وسعيًا من دول لاتحاد الأوروبي إلى مراقبة هذا الأمر بشكل مسبق فقد اشتمل كل تشريع من التشريعات التي صدرت في هذا الخصوص على إنشاء هيئة رقابية الهدف منها حماية حقوق وحرية الأفراد عند معالجة بياناتهم الشخصية بحيث يناط بها تلقي طلبات معالجة البيانات ومنح التراخيص

في هذا المجال، وهي في سبيل ذلك تتثبت من الشروط المطلوبة قانوناً عند معالجة البيانات الشخصية.

وحتى يتحقق هذا الشرط أيضاً يجب أن تكون البيانات دقيقة، وإذا لزم الأمر يجب اتخاذ خطوات معقولة لضمان أن البيانات الشخصية غير الدقيقة قد تم محوها أو أنه قد تم تصحيحها دون إبطاء وهو ما عبر عنه المشرع الأوروبي بشرط (الدقة).⁽¹⁾

⁽¹⁾ Règlement (UE) 2016/679, Art.5; d) exactes et, si nécessaire, tenues à jour; toutes les mesures raisonnables doivent être prises pour que les données à caractère personnel qui sont inexactes, eu égard aux finalités pour lesquelles elles sont traitées, soient effacées ou rectifiées sans tarder (exactitude);

الفرع الرابع

أن تقتصر مدة تخزين البيانات على الوقت اللازم لأغراض المعالجة (الحد من التخزين)

يجب أن يتم الاحتفاظ بالبيانات التي يتم الاحتياج إليها فقط في شكل يسمح بتحديد الضروري منها للقيام بعملية المعالجة، واستثناءً من ذلك يمكن تخزين البيانات الشخصية لفترات أطول بالقدر اللازم للقيام بمعالجتها من أجل المصلحة العامة أو لأغراض البحث العلمي أو التاريخي أو للأغراض الإحصائية وفقاً للمادة 1/89 من اللائحة، وذلك شريطة أن يتم اتخاذ التدابير التقنية والتنظيمية المناسبة التي تقتضيها هذه اللائحة من أجل ضمان حقوق وحريات الشخص المعني؛ حيث يلتزم المعالج بضمن عدم تعرض البيانات لأي اعتداء خارجي وتوفير كافة السبل اللازمة لضمان حقوق أصحابها حال وقوعه. كما يجب أن يتم حفظ البيانات للمدة اللازمة للغرض الذي جُمعت من أجله، وذلك لعدم جعل عملية تخزين البيانات أبدية، وهو ما يستوجب من القائم بعملية لمعالجة أن يقوم بتحديد وقت كل عملية؛ لكي يتم محو البيانات عقب انتهاء الغاية من استخدامها، وهو ما عبر عنه المشرع الأوروبي بشرط (قصر مدة التخزين على الوقت اللازم لأغراض المعالجة).

الفرع الخامس

أن تتم المعالجة بشكل يضمن أمن وسلامة البيانات (السرية والأمن)

يجب أن تتم عملية معالجة البيانات ذات الطابع الشخصي بطريقة تكفل السرية الأمن المناسب لهذه البيانات، بما في ذلك الحماية من المعالجة غير المصرح بها أو غير المشروعة ومن الخسارة أو التدمير أو الضرر العارض عن طريق استخدام التدابير التقنية أو التنظيمية المناسبة وهو ما عبر عنه المشرع الأوروبي بشرط (السرية والأمن).⁽¹⁾

وتطبيقاً لهذا الشرط لا يجوز الاطلاع على البيانات الشخصية دون علم صاحبها، وإبداء موافقته على ذلك، ومن باب أولى يجب ألا يتم نقل هذه البيانات للغير إلا بموافقة صاحبها أيضاً. فالخطر هنا - حسب ما أورده المادة - يتمثل في أمور عدة من بينها إطلاع الغير على البيانات بدون إذن صاحبها الأمر الذي يشكل تعدياً وانتهاكاً لحقوقه نتيجة إنشاء هذه المعلومات وتداولها بدون موافقة صاحبها أو حتى علمه بذلك. كما يمكن أن يتمثل هذا الخطر في فقد هذه البيانات أو تدميرها أو

⁽¹⁾ Règlement (UE) 2016/679, Art. 5; a) traitées de manière licite, loyale et transparente au regard de la personne concernée (licéité, loyauté, transparence);

سرققتها نتيجة نقشي ظاهرة القرصنة المعلوماتية. (1) أو تداولها بشكل غير قانوني مقابل قيمة مالية يجنيها من ورائها القائم بالمعالجة.

ويتبادر إلى الذهن في هذا المقام سؤال حول الآلية التي تتم بها عملية المعالجة وما هي المخاطر التي يمكن أن تحدث للشخص المعني؟

للإجابة على ذلك يمكن القول بأن عملية المعالجة تمر بمرحلتين رئيسيتين وفي كل مرحلة تواجه مخاطر متنوعة قد تمس الحياة الخاصة للأفراد بصورتها المستحدثة والمتمثلة في بنوك المعلومات والتي غدت مهددة بالعديد من الانتهاكات والاعتداءات لا سيما مع ظهور برامج وتطبيقات (2) تقوم بتجميع البيانات بصورة سريعة وهو ما يعرف لدى الفقه بنظم المعالجة الآلية للمعطيات والبيانات الشخصية الأمر الذي ازدادت معه الرغبة الملحة في معالجة القصور والفراغ التشريعي لحماية ما يتم تداوله من معلومات وبيانات عبر هذه النظم، وهاتن المرحلتان هما:-

الأولى: مرحلة جمع وتخزين البيانات ذات الطابع الشخصي، حيث يتم عمل تجميع للبيانات الشخصية لفئة معينة من الأشخاص المستهدف تجميع بياناتهم عن طريق القائم بالمعالجة أو أي شخص آخر وتعرف هذه البيانات كما يسميها جانب من

(1) زايد، محمد. الجريمة والقرصنة في مجال المعلوماتية والشبكات، بحث منشور في المجلة العربية العلمية، تونس، 2006 مج 10، العدد 19، الصفحات 73: 84، ص 74 وما بعدها.

(2) برامج وتطبيقات المكالمات الهاتفية عبر الإنترنت مثل imo، justalk، Real caller وغيرها من التطبيقات المتعارف عليها.

الفقه⁽¹⁾ بالبيانات الاسمية والتي تشمل بيانات الحالة الصحية والمالية والمهنية والعائلية وغيرها، وبمجرد القيام بتجميع وتخزين هذه البيانات وإجراء المعالجة لها فإنه يمكن التعرف على الشخص والوصول إليه.

وقد يتم جمع المعلومات عن الأشخاص المعنيين بمعالجة بياناتهم عن طريق إجبارهم على الإدلاء بها وحفظها في مكان واحد مما يكون له أثر كبير على إلحاق الضرر بهؤلاء الأفراد؛ حيث إن جمع البيانات الشخصية عنهم وتفصيلات أوضاعهم المادية والعائلية أو غيرها وحفظها على شبكة الإنترنت يسهل الوصول إليها بشكل مشروع أو غير مشروع مما قد يُعرضهم لأضرار بالغة.⁽²⁾

وعدم المشروعية لعملية الجمع أو التخزين هنا لبيانات شخصية صحيحة قد يكون مصدره أساليب الحصول على البيانات أو مضمون هذه البيانات؛ ذلك أن انتهاك الخصوصية للحصول على بيانات ذات طبيعة شخصية يمكن أن يتحقق بأساليب مختلفة، كالتوصل بطريق غير مشروع إلى ملفات بيانات تخص الآخرين، أو عن طريق مراقبة واعتراض تفريغ الرسائل المتبادلة عن طريق البريد الإلكتروني، أو عن طريق القرصنة الرقمية أو المعلوماتية للحاسوب الذي يحوي هذه البيانات على قرص الذاكرة الخاص به.

(1) د. شريف يوسف حلمي خاطر: حماية الحق في الخصوصية المعلوماتية، دراسة تحليلية لحق الاطلاع على البيانات الشخصية في فرنسا، مجلة البحوث القانونية والاقتصادية، كلية الحقوق جامعة المنصورة، مصر، العدد 57، أبريل 2015، الصفحات من 1: 170، ص 39 وما بعدها.

(2) نفس الإشارة السابقة.

ثم تعقب عملية الجمع قيام المُعالج بإجراء عملية تصنيف وتخزين للبيانات من خلال استخدام برامج آلية أو بشكل يدوي حتى يسهل عليه استخدام هذه البيانات أو تجهيزها لاستغلالها من قبل آخرين من خلال انتقالها دون علم صاحبها وهو ما قد يشكل جملة من المخاطر التي تتعلق بالمرحلة التالية وهي مرحلة التعامل على البيانات واستخدامها.

الثانية: مرحلة التعامل على البيانات وهذه المرحلة تتم من خلال عدة صور - كما ذكرنا في المرحلة الأولى من آلية المعالجة- استخدام بيانات شخصية صحيحة لكن من خلال الحصول عليها عن طريق القرصنة المعلوماتية بكافة صورها المعروفة حالياً وأيضاً استخدام بيانات شخصية غير صحيحة إما عن طريق التلاعب في البيانات الشخصية أو محوها من قبل أشخاص غير مرخص لهم قانوناً بذلك، أو عن طريق معالجة أو نشر بيانات غير صحيحة من قبل الأشخاص المرخص لهم بذلك قانوناً الأمر الذي يترك غالباً آثاراً سلبية وسيئة على حياة الفرد وسيرته بسبب انتهاك حقه في الخصوصية.⁽¹⁾

(1) رستم، هشام محمد فريد. الجوانب الإجرائية للجرائم المعلوماتية، دراسة مقارنة، مكتبة الآلات الحديثة، أسيوط، 1992، ص 190 وما بعدها، وانظر كذلك أحمد، شمس الدين إبراهيم. وسائل مواجهة الاعتداءات على الحياة الشخصية في مجال تقنية المعلومات في القانونين السوداني والمصري، دراسة مقارنة، دار النهضة العربية، القاهرة، الطبعة الأولى، 2005، ص 116 وما بعدها، وانظر، المقاطع، محمد. حماية الحياة الخاصة للأفراد وضماداتها في مواجهة الحاسوب الآلي، مطبوعات جامعة الكويت، 1992، ص، انظر أيضاً عبابنة، محمود أحمد جرائم

ويُعد من قبيل التعامل على البيانات الشخصية الإفشاء غير المشروع لهذه البيانات وإساءة استخدامها، هذا الإفشاء الذي يمكن أن يلحق الضرر بالفرد، ذلك أن المعلومات التي تجمع عن فرد من الأفراد لغرض معين ومحدد ابتداءً يمكن أن يساء استعمالها لصالح جهات أخرى وهو ما حظره التشريع الأوروبي كأصل عام.

ومن جانبنا نؤكد على أمر في غاية الأهمية وهو أن مشروعات قوانين حماية البيانات الشخصية التي طالعتها اهتمت بالمعايير الأوروبية ولم يكتف أغلبها في حمايته التشريعية للخصوصية بتجريم المساس الموضوعي بها، وإنما وضع كذلك قواعد تنظم ممارسة عمليات الجمع والتخزين ونشر البيانات ومعالجتها وتبادلها ومحوها وكافة أشكال وصور التعامل مع البيانات ذات الطبيعة الشخصية، بحيث أصبحت مخالفة معظم هذه القواعد تصبح مكوناً لجريمة معاقب عليها قانوناً.⁽¹⁾

إذن من الواضح أن عملية معالجة البيانات الشخصية عن طريق نظم المعالجة الآلية أو بالطرق التقليدية تحمل مخاطر كبيرة، وهذا ما استدعى المشرع الأوروبي لوضع قواعد حماية خاصة في ظل عكس القواعد الحالية عن توفير حماية فعالة

الحاسوب وأبعادها الدولية، دار الثقافة للنشر والتوزيع، عمان الطبعة الأولى، 2005ص، 72 وما بعدها.

(¹) من بين هذه المشروعات مشروع القانون المصري لحماية البيانات الشخصية والذي أشرنا ليه سلفاً ومشروع القانون التونسي رقم 2018/25 المتعلق بحماية المعطيات الشخصية والمتوفر على الرابط التالي:

<http://cutt.us/L1BA4>

للبيانات ذات الطبيعة الشخصية خاصة في عصر قرصنة المعلومات والتطور
الهائل الذي شهدته السنوات الأخيرة في نظم الجمع والمعالجة والاختراق
المعلوماتي.

الفصل الثاني

الإطار القانوني لحقوق والتزامات القائم بالمعالجة والشخص المعني في ضوء أحكام اللائحة الأوروبية 679 / 2016م

تمهيد وتقسيم:

في الثاني من فبراير 2005 أكدت محكمة Pontoise الابتدائية على أن "حرية الاتصال وتبادل المعلومات عبر الإنترنت لا ينبغي أن يجعل منها بيئة متحررة من القواعد القانونية"⁽¹⁾ فالإنترنت ليس فضاء بلا قانون.⁽²⁾

إن كافة أشكال التعامل غير المشروع مع البيانات الشخصية متنوعة وكثيرة وفي ازدياد دائم بفعل هذا التطور المتسارع⁽³⁾، لذا كان لزاماً أن يكون هناك تطوراً تشريعياً موازياً لمواجهة كافة الانتهاكات كسرقة البيانات أو تحويلها إلكترونياً من

⁽¹⁾ للمزيد حول هذا الحكم راجع الدراسة التي أجراها الزميل الأستاذ الدكتور أشرف جابر سيد: مسؤولية مقدمي خدمات الإنترنت عن المضمون الإلكتروني غير المشروع: دراسة خاصة لمسؤولية متعهدي الإيواء، مجلة حقوق حلوان للدراسات القانونية والاقتصادية - مصر، العدد الثاني والعشرون، يناير/ يوليو 2010، الصفحات من 10: 212، ص 11 هامش رقم 1.

للمزيد أيضاً حول قضاء محكمة Pontoise الابتدائية راجع الرابط التالي :

<https://www.legalis.net/jurisprudences/tribunal-de-grande-instance-de-pontoise-6eme-chambre-2-collegiale> tribunal de grande instance de Pontoise 6ème chambre2, 2 février 2005.

⁽²⁾ سيد، أشرف جابر: المرجع السابق، نفس الإشارة السابقة، ص 11.

⁽³⁾ نفس الإشارة السابقة.

خلال معالج من الباطن بشكل غير مشروع أو الاعتداء عليها تحت ما يوصف بالقرصنة المعلوماتية وهي قرصنة تتم في البيئة الإلكترونية، هو أمر يمثل انتهاكاً صارخاً للأخلاق الحميدة ولحياة الأفراد الخاصة.

وانطلاقاً من ذلك وترتيباً عليه، يجب أن نتطرق لتحديد الإطار القانوني لحقوق والتزامات القائم بالمعالجة والشخص المعني الذي تمت معالجة بياناته في ضوء المخاطر التي تحيط بنا نتيجة استغلال البيانات الشخصية من خلال عمليات المعالجة غير المشروعة، الأمر الذي حدا بالمشرع الأوروبي إلى إصدار توجيهين في نفس الإطار.

من هنا كان يجب أن نسلط الضوء على الإطار القانوني لهذه المعالجة وكيف تعامل معها المشرع الأوروبي في ظل التطورات المتسارعة لبرامج وتطبيقات معالجة البيانات، وسعي العديد من الجهات والأفراد إلى الحصول على هذه البيانات واستغلالها على نحو قد يضر بالأشخاص المعنيين ضرراً بالغاً يتعدى تدارك آثاره السلبية في كثير من الأحيان في الوقت الذي بدأ يتركز اهتمامهم على مستوى الالتزام بخصوصيتهم، ومتابعة كيف تم استغلال البيانات والمعلومات التي جُمعت منهم، وهل يجري تمرير هذه البيانات والمعلومات إلى منظمات أخرى بمعرفة المرخص له بعملية المعالجة، وما هو مصير هذه البيانات، وهل يجري الالتزام بسياسة الخصوصية التي أدلى الشخص المعني بالبيانات والمعلومات في ضوء بنودها؟

وللإجابة على ما سبق فإننا سوف نقوم بتقسيم هذا الفصل إلى مبحثين على النحو التالي:

المبحث الأول: التزامات القائم بعملية المعالجة في ضوء اللائحة الأوروبية 2016/679.

المبحث الثاني: حقوق الشخص المعني على بياناته موضوع المعالجة في ضوء اللائحة الأوروبية 2016/679.

المبحث الأول
التزامات القائم بعملية المعالجة في ضوء اللائحة الأوروبية
2016 /679

تقسيم:

فرضت اللائحة الأوروبية 2016 /679 على القائم بعملية معالجة البيانات العديد من الالتزامات التي ينبغي عليه أن يراعيها عند قيامه بمسألة المعالجة، ومن خلال استقراء نصوص اللائحة محل الدراسة نجد أنه شدد على التزام القائم بعملية المعالجة على اتباع عدد من الأمور التي نتناولها تباعاً في وفق ما يلي:

المطلب الأول

تطبيق مبدأ حماية البيانات على أي معلومات تتعلق بشخص طبيعي محدد أو يمكن تحديد هويته

ينبغي أن ينطبق مبدأ حماية البيانات على أي معلومات تتعلق بشخص طبيعي محدد أو يمكن تحديد هويته. وينبغي توفير الحماية اللازمة للبيانات الشخصية التي تعرضت لإساءة الاستعمال، والتي يمكن أن تسبب إلى شخص طبيعي باستخدام معلومات إضافية أو معلومات تساهم في تحديد هويته. ولتحديد ما إذا كان الشخص الطبيعي قابلاً للتحديد فإنه ينبغي أن تؤخذ في الاعتبار جميع الوسائل التي يحتمل استخدامها بشكل معقول من خلال مراعاة جميع العوامل الموضوعية، مثل تكاليف ومقدار الوقت اللازم لتحديد الهوية، مع الأخذ في الاعتبار التكنولوجيا المتاحة والتطورات التكنولوجية وقت المعالجة. ولذلك ينبغي ألا تنطبق مبادئ حماية البيانات على المعلومات المجهولة المصدر، أي المعلومات التي لا تتعلق بشخص طبيعي محدد أو يمكن التعرف عليه.

فالإخلال بالبيانات الشخصية يعني حدوث إخلال يؤدي إلى التدمير العرضي أو غير المشروع للبيانات الشخصية المرسله أو المخزنة أو المعالجة بطرق أخرى، أو ضياعها أو تحويرها أو الإفصاح عنها، أو الوصول إليها بدون إذن. (1)

(1) Règlement (UE) 2016/679, Art. 7 :Conditions applicables au consentement

وتحقيقاً لهذه الحماية استحدثت المشرع الأوروبي فكرة تطبيق الأسماء المستعارة على البيانات الشخصية، والتي من شأنها العمل على تقليل المخاطر التي يتعرض لها الشخص المعني، ويساعد المتحكمين والقائمين بالمعالجة على الوفاء بالتزاماتهم المتعلقة بحماية البيانات.

ولا يقصد المشرع الأوروبي بطبيعة الحال من ذكره صراحةً لفكرة "أمن البيانات" في هذا القانون أن يستبعد أي تدابير أخرى لحماية البيانات. ومن ذلك ربط الأشخاص

-
1. Dans les cas où le traitement repose sur le consentement, le responsable du traitement est en mesure de démontrer que la personne concernée a donné son consentement au traitement de données à caractère personnel la concernant.
 2. Si le consentement de la personne concernée est donné dans le cadre d'une déclaration écrite qui concerne également d'autres questions, la demande de consentement est présentée sous une forme qui la distingue clairement de ces autres questions, sous une forme compréhensible et aisément accessible, et formulée en des termes clairs et simples. Aucune partie de cette déclaration qui constitue une violation du présent règlement n'est contraignante.
 3. La personne concernée a le droit de retirer son consentement à tout moment. Le retrait du consentement ne compromet pas la licéité du traitement fondé sur le consentement effectué avant ce retrait. La personne concernée en est informée avant de donner son consentement. Il est aussi simple de retirer que de donner son consentement.

الطبيعيين بالمعرفات المتوفرة عبر الإنترنت التي توفرها أجهزتهم وتطبيقاتهم وأداتهم وبروتوكولاتهم، مثل عناوين بروتوكول الإنترنت أو معرفات ملفات تعريف الارتباط أو المعرفات الأخرى مثل علامات تعريف الترددات الراديوية. وقد يترك ذلك أثراً يمكن استخدامها، ولا سيما عندما تقترن بالمعرفات الفريدة وغيرها من المعلومات التي تتلقاها الخوادم، لوضع لمحات عن الأشخاص الطبيعيين وتحديد هويتهم.

ومن أجل تحقيق الحماية لا ينبغي أن تتم معالجة الفئات الخاصة من البيانات الشخصية التي تستحق حماية أعلى لأغراض تتعلق بالصحة إلا عند الضرورة لتحقيق تلك الأغراض لصالح الأشخاص الطبيعيين والمجتمع. كما ينبغي أن تخضع عملية التجهيز هذه لتدابير مناسبة ومحددة لحماية حقوق الأشخاص الطبيعيين وحررياتهم. (1)

(1) يكون تجهيز الفئات الخاصة من البيانات الشخصية ضروريا لأسباب تتعلق بالمصلحة العامة في هذا السياق، ينبغي تفسير "الصحة العامة" على النحو المحدد في اللائحة (EC) no. 1338/2008 الصادرة عن البرلمان الأوروبية والمجلس، أي جميع العناصر المتصلة بالصحة، وهي الحالة الصحية، بما في ذلك الاعتلال تؤثر على هذه الحالة الصحية، واحتياجات الرعاية الصحية، والموارد المخصصة للرعاية الصحية، وتوفير الرعاية الصحية والحصول عليها على الصعيد العالمي، فضلاً عن نفقات الرعاية الصحية وتمويلها، وأسباب الوفاة. وينبغي ألا يؤدي هذا التجهيز للبيانات المتعلقة بالصحة لأسباب تتعلق بالمصلحة العامة إلى تجهيز البيانات الشخصية لأغراض أخرى من جانب أطراف ثالثة مثل أرباب العمل أو شركات التأمين والمصارف. للمزيد انظر :

<https://www.cnil.fr/en/official-texts>

وفي هذا السياق، ينبغي تفسير "الصحة العامة" على النحو المحدد في اللائحة (EC) no. 1338/2008 الصادرة عن البرلمان الأوروبي والمجلس بأنها جميع العناصر المتصلة بالصحة، وهي الحالة الصحية - بما في ذلك الاعتلال الذي يؤثر على الحالة الصحية - واحتياجات الرعاية الصحية، والموارد المخصصة لها والحصول عليها على الصعيد العالمي، فضلاً عن نفقات الرعاية الصحية وتمويلها، وأسباب الوفاة. وينبغي ألا يؤدي هذا التجهيز للبيانات المتعلقة بالصحة لأسباب تتعلق بالمصلحة العامة إلى معالجة البيانات الشخصية لأغراض أخرى من جانب أطراف ثالثة مثل أرباب العمل أو شركات التأمين والمصارف (1)

(1) نفس الإشارة السابقة.

المطلب الثاني

الحصول على موافقة الشخص المعني بمعالجة بياناته بصورة حرة ومحددة ومستنيرة

ينبغي أن تكون موافقة الشخص على معالجة البيانات الشخصية المتعلقة به بصورة، حرة، ومحددة، ومستنيرة، لا لبس فيها ولا غموض، بواسطة مستند مكتوب، أو عن طريق الوسائل أو الإلكترونية وعلى سبيل المثال وضع علامة علي مربع مخصص لهذا الغرض عند زيارة موقع على شبكة الإنترنت، مع الأخذ في الاعتبار أنه إذا كانت موافقة الشخص المعني على معالجة بياناته الشخصية ستقدم بموجب وسيلة إلكترونية، فيجب أن يكون الطلب واضحاً وموجزاً ولا يعطل بدون داعٍ استخدام الخدمة التي قدم من أجلها.

ولذلك لا ينبغي أن يشكل السكوت موافقة على إجراء المعالجة. وينبغي أن تشمل الموافقة جميع أنشطة المعالجة التي سيقوم المعالج بها، وعندما يكون للمعالجة أغراض متعددة، ينبغي الموافقة عليها جميعاً وأن يوضح ذلك في بيان الموافقة المقدم من الشخص المعني.

ويستثنى مما تقدم معالجة البيانات لأغراض البحث العلمي شريطة أن تتفق مع المعايير الأخلاقية المتعارف عليها؛ لأنه غالباً ما يتعذر التحديد الكامل للغرض من معالجة البيانات الشخصية لأغراض البحث العلمي وقت جمع البيانات. ولذلك

ينبغي السماح للشخص المعني بإعطاء موافقته على مجالات معينة من البحث العلمي عندما تكون متمشية مع المعايير الأخلاقية المعترف بها للبحث العلمي.

ومما تجدر الإشارة إليه في ها الصدد على وجه الخصوص أنه إذا استتدت المعالجة إلى موافقة الشخص المعني، فإنه يجب على القائم بها أن يثبت أن الشخص المعني قد وافق على معالجة بياناته الشخصية والأغراض التي تمت من أجلها هذه المعالجة على النحو السالف ذكره.

وقد اشترط المشرع الأوروبي عدة شروط فيما يتعلق بهذه الموافقة لعل أهمها أنه إذا قدمت الموافقة على البيانات في سياق إعلان مكتوب يتعلق أيضا بمسائل إضافية، فلا بد أن يقدم طلب الموافقة بطريقة يمكن تمييزها بوضوح عن المسائل الإضافية، باستخدام لغة واضحة وسهلة. ورتب المشرع الأوروبي جزاءً على مخالفة أحكام هذه المادة بقوله "أي جزء من هذا الإعلان يشكل انتهاكا لهذه المادة لا يكون ملزماً".⁽¹⁾

كما أنه أعطى الشخص المعني الحق في سحب موافقته على إجراء عملية المعالجة في أي وقت.

ويُفهم من ذلك أن قيام الشخص المعني بسحب موافقته على عملية معالجة بياناته لا يؤثر على مشروعية عمليات المعالجة التي تمت قبل قيامه بسحب الموافقة.

(¹) Voir texte de Règlement (UE) 2016/679, Art. 7

واشتطرت اللاتحة الأوروبية القيام بإبلاغ الشخص المعني بذلك قبل إعطاء الموافقة.

وفي سبيل حصول القائم بعملية المعالجة على موافقة حرة، صريحة، محددة، ومستتيرة - على حد تعبير المادة 4/11 - يجب أن يجب أن تتم عملية جمع ومعالجة البيانات في ظل احترام مبدأ الشفافية، واحترام حق الشخص المعني في الإعلام⁽¹⁾ لذلك يجب على القائم بالمعالجة أن يقوم بإعلام الشخص المعني الذي

⁽¹⁾ Règlement (UE) 2016/679, (39) Tout traitement de données à caractère personnel devrait être licite et loyal. Le fait que des données à caractère personnel concernant des personnes physiques sont collectées, utilisées, consultées ou traitées d'une autre manière et la mesure dans laquelle ces données sont ou seront traitées devraient être transparents à l'égard des personnes physiques concernées. Le principe de transparence exige que toute information et communication relatives au traitement de ces données à caractère personnel soient aisément accessibles, faciles à comprendre, et formulées en des termes clairs et simples. Ce principe vaut, notamment, pour les informations communiquées aux personnes concernées sur l'identité du responsable du traitement et sur les finalités du traitement ainsi que pour les autres informations visant à assurer un traitement loyal et transparent à l'égard des personnes physiques concernées et leur droit d'obtenir la confirmation et la communication des données à caractère personnel les concernant qui font l'objet d'un traitement. Les personnes physiques devraient être informées des risques, règles, garanties et droits liés au

يتم جمع معلوماته وبياناته الشخصية بأن عملية الجمع تتيح له حق الدخول لبياناته كما أن له الحق في إجراء ما يراه لازماً من تعديلات عليها.

traitement des données à caractère personnel et des modalités d'exercice de leurs droits en ce qui concerne ce traitement. En particulier, les finalités spécifiques du traitement des données à caractère personnel devraient être explicites et légitimes, et déterminées lors de la collecte des données à caractère personnel. Les données à caractère personnel devraient être adéquates, pertinentes et limitées à ce qui est nécessaire pour les finalités pour lesquelles elles sont traitées. Cela exige, notamment, de garantir que la durée de conservation des données soit limitée au strict minimum. Les données à caractère personnel ne devraient être traitées que si la finalité du traitement ne peut être raisonnablement atteinte par d'autres moyens. Afin de garantir que les données ne sont pas conservées plus longtemps que nécessaire, des délais devraient être fixés par le responsable du traitement pour leur effacement ou pour un examen périodique. Il y a lieu de prendre toutes les mesures raisonnables afin de garantir que les données à caractère personnel qui sont inexacts sont rectifiées ou supprimées. Les données à caractère personnel devraient être traitées de manière à garantir une sécurité et une confidentialité appropriées, y compris pour prévenir l'accès non autorisé à ces données et à l'équipement utilisé pour leur traitement ainsi que l'utilisation non autorisée de ces données et de cet équipement.

وهذا هو المعنى المشار إليه في البند (39) الوارد في مقدمة اللائحة الأوروبية والذي ينص على أن معالجة البيانات الشخصية يجب أن تتم بصورة قانونية. كما ينبغي أن تكون كافة العمليات التي يتم إجراؤها على البيانات الشخصية المتعلقة بالأشخاص المعنيين سواءً ما يتعلق بجمعها أو استخدامها أو تداولها أو معالجتها بأي طريقة أخرى خاضعة لمبدأ الشفافية أي أن تكون جميع المعلومات والاتصالات المتعلقة بمعالجة هذه البيانات الشخصية سهلة المنال ويسهل فهمها وتصاغ بعبارات واضحة وبسيطة.

أضف لما تقدم، فإنه يجب إعلام الشخص المعني بكل المعلومات الأخرى الرامية لضمان معالجة عادلة وشفافة وضمان حقه في الوصول للبيانات الشخصية المتعلقة به في أي وقت شاء، كما ينبغي إبلاغ الأشخاص المعنيين بالقواعد والضمانات والحقوق المتعلقة بمعالجة البيانات الشخصية والإجراءات المتعلقة بممارسه حقوقهم فيما يتعلق بهذه المعالجة.⁽¹⁾

وتجدر الإشارة إلى قيام المشرع الأوروبي في هذه اللائحة بإيراد شروطاً خاصة فيما يتعلق بمسألة الموافقة على معالجة البيانات في حالات ثلاث شديدة الخصوصية نذكرها على النحو التالي:

الحالة الأولى: الشروط المتطلبية لمعالجة بيانات الطفل فيما يتعلق بدخوله لمجتمع المعلومات:

⁽¹⁾ Règlement (UE) 2016/679, Art 8.

فيما يتعلق بعرض خدمات مجتمع المعلومات مباشرةً علي الطفل تكون معالجة البيانات الشخصية للطفل قانونياً إذا كان الطفل عمره ست عشرة سنة على الأقل. وإذا كان الطفل دون سن السادسة عشرة، لا تكون هذه المعالجة قانونية إلا إذا أعطى الولي أو الوصي علي الطفل الأذن بذلك القبول.

وأعطت اللائحة الأوروبية الحق للدول الأعضاء في الاتحاد الأوروبي أن تنص بموجب القانون على سن أقل من المنصوص عليه في المادة الثامنة شريطة ألا يقل العمر عن ثلاث عشرة سنة.⁽¹⁾

وجدير أن نشير هنا أن من بين القوانين التي قامت بحظر جمع أو معالجة البيانات الشخصية للطفل في وقت مبكر قانون "قانون حماية خصوصية الأطفال على الخط" وهو قانون أنشئ لحماية خصوصية الأطفال دون سن الثالثة عشر عاماً. وقد برزت سياسة المشرع الفيدرالي الأمريكي في تحقيق العديد من الأهداف أهمها، وجوب الحصول على موافقة الولي أو الوصي علي جمع أو استخدام أي معلومات شخصية للأطفال مستخدمي مواقع الويب، وما يجب تضمينه في سياسة الخصوصية، بما في ذلك كيفية الحصول علي موافقة أحد الوالدين أو الوصي على

⁽¹⁾ للمزيد حول هذا الموضوع راع تفصيلاً عبدالصديق، محمد سامي. شبكات التواصل الاجتماعي ومخاطر انتهاك الحق في الخصوصية، مرجع سابق الإشارة إليه، ص 68 وما بعدها.

الطفل⁽¹⁾، بما في ذلك القيود المفروضة علي أنواع وأساليب التسويق التي تستهدف أولئك الذين تقل أعمارهم عن ثلاثة عشر عاماً. وقد سجلت لجنة التجارة الاتحادية عدد من الخروقات والانتهاكات لهذا القانون.⁽¹⁾

⁽¹⁾ The Children's Online Privacy Protection Act (COPPA) is a law created to protect the privacy of children under 13. The Act was passed by the U.S. Congress in 1998 and took effect in April 2000.

COPPA imposes certain requirements on operators of websites or online services directed to children under 13 years of age, and on operators of other websites or online services that have actual knowledge that they are collecting personal information online from a child under 13 years of age.

hgYSee: <https://www.ecfr.gov/cgi-bin/text-idx?SID=4939e77c77a1a1a08c1cbf905fc4b409&node=16%3A1.0.1.3.36&rgn=div5> See Also <https://www.ftc.gov/enforcement/rules/rulemaking-regulatory-reform-proceedings/childrens-online-privacy-protection-rule>

تجدر الإشارة إلى أن هذا القانون حظر على مشغلي المواقع الإلكترونية (Operators)، تجميع أي معلومات تقيد في تحديد الهوية الشخصية من قبل الأطفال تحت 13 سنة، دون موافقة الوالدين، والمعلومات التي يسمح بتجميعها هي تلك المعلومات التي تكون ضرورية بشكل معقول (Reasonably necessary) للنشاط عبر الخط، والمعلومات الشخصية التي لا يسمح بتجميعها من الأطفال هي، الاسم بالكامل، العنوان، رقم بطاقة الضمان الاجتماعي، رقم الهاتف، وغيرها. وبذلك يعطي هذا القانون للأبوين سلطة الرقابة على تجميع بيانات أطفالهم، وكيفية مشاركة هذه المعلومات عبر الإنترنت، وتراقب غرفة التجارة الفيدرالية FTC مدى استجابة

الحالة الثانية: القواعد الحاكمة لمعالجة الفئات الخاصة للبيانات الشخصية:

حظر المشرع الأوروبي إنشاء البيانات الشخصية التي تكشف عن الأصل العرقي، أو الآراء السياسية، أو المعتقدات الدينية أو الفلسفية، أو عضوية الجمعيات أو النقابات، وكذلك معالجة البيانات الوراثية، وبيانات الاستدلال البيولوجي والبيانات المتعلقة بالصحة أو البيانات المتعلقة بالحياة الجنسية للشخص أو ميوله الجنسية،

المواقع الإلكترونية لمتطلبات هذا القانون. وبناءً على ذلك قامت الغرفة بتغريم موقع Xanga غرامة قدرها مليون دولار لقيامه بتسجيل طفل تحت 13 سنة لاستخدام خدماته، دون أخذ موافقة أبويه، ولنفس السبب أيضا فرضت غرامة قدرها (400.000) دولار أمريكي على شركة UMG "Recording, Inc". للمزيد راجع:

Lee, C.F.; Lee, A.(Hrsg.): Encyclopedia of Finance. New York: springer u.s.2006. ISBN: 978-387-26284-0. P 307.

وانظر أيضاً، منصور، عصام محمد رشيد. قوانين حماية خصوصية الأطفال على الإنترنت، قراءة في القنون الأمريكي COPPA مع استعراض للموقف العربي من مثل هذه القوانين، مجلة دراسات المعلومات، علمية محكمة، العدد السادس، سبتمبر 2009، من ص 131: 163، ص 135 وما بعدها.

(¹) من بين أبرز المواقع التي تم توقيع عقوبات عليها:

Girl's life, Inc., American Pop Company, The Xanga, Lisa Frank, and Mrs. Field's Cookies and Hershey Foods, Bonzi Software, and UMG Recording, Inc.

التي يمكن أن تؤدي إلى تحديد هويته. واستثنى المشرع من ذلك المعالجة البيانات التي تتم في الحالات التالية:

1. أن يكون الشخص المعني قد أعطى موافقة صريحة على معالجة تلك البيانات الشخصية لغرض أو أكثر من الأغراض المحددة، إلا إذا نص قانون الاتحاد أو الدولة العضو غير ذلك.

2. المعالجة الضرورية لأغراض الوفاء بالتزامات وممارسة حقوق محدد للشخص المعني في ميدان العمل والضمان الاجتماعي وقوانين الحماية الاجتماعية.

3. المعالجة الضرورية لحماية المصالح الحيوية للشخص المعني أو لشخص طبيعي آخر عندما يكون الشخص المعني غير قادر مادياً أو قانونياً على إعطاء الموافقة.

4. المعالجة الضرورية لأسباب تتعلق بالمصلحة العامة، على أن يتم احترام جوهر الحق في حماية البيانات، وأن ينص قانون الدولة العضو على تدابير مناسبة ومحددة لحماية الحقوق والمصالح الأساسية للشخص المعني.

5. المعالجة الضرورية لأغراض الطب الوقائي أو المهني، ولتقييم قدره الموظف على العمل، والتشخيص الطبي، وتوفير الرعاية الصحية أو الاجتماعية أو العلاج أو إدارة نظم الرعاية الصحية أو الاجتماعية.

6. المعالجة الضرورية لأسباب تتعلق بالمصلحة العامة في مجال الصحة العامة، مثل الحماية من الأخطار الكبيرة التي تهدد الصحة عبر الحدود أو ضمان مستويات عالية من الجودة والسلامة في الرعاية الصحية والمنتجات الطبية أو الأجهزة.⁽¹⁾

7. المعالجة الضرورية لأغراض الحفظ من أجل المصلحة العامة أو لأغراض البحث العلمي أو التاريخي أو للأغراض الإحصائية.

8. وأجاز اللائحة للدول الأعضاء أن تحتفظ بشروط إضافية، بما في ذلك القيود الخاصة بمعالجة البيانات الجينية أو بيانات الاستدلال البيولوجي أو البيانات المتعلقة بالصحة.

الحالة الثالثة: تجهيز البيانات الشخصية المتعلقة بالإدانات والجرائم الجنائية:

فيما يخص معالجة البيانات الشخصية المتعلقة بالإدانات والجرائم الجنائية، فإنه لا يتم تجهيز البيانات الشخصية المتعلقة بالإدانات والجرائم الجنائية أو التدابير الأمنية المتصلة بها إلا تحت رقابة السلطة الرسمية أو عندما يأذن بالمعالجة قانون الاتحاد أو الدولة العضو، على أن ينص على توفير الضمانات المناسبة لحقوق

(1) علي أساس قانون الاتحاد أو الدولة العضو الذي ينص على تدابير مناسبة ومحددة لضمان

حقوق وحرية الشخص المعني ، ولا سيما السرية المهنية.

وحريات الشخص المعني. على ألا يتم الاحتفاظ بأي سجل شامل للإدانة الجنائية
إلا تحت رقابة السلطة الرسمية.⁽¹⁾

¹(Règlement (UE) 2016/679, Art 10.

المطلب الثالث

الالتزام باحترام مبدأ الشفافية واحترام حق الشخص المعني في الإعلام

يقتضي مبدأ الشفافية أن تكون المعلومات الموجهة إلى الجمهور أو إلى الشخص المعني موجزة، ويسهل الوصول إليها ويسهل فهمها، وأن تستخدم لغة واضحة وسهلة. ويمكن تقديم هذه المعلومات إلى الجمهور في شكل إلكتروني، من خلال موقع علي شبكه الإنترنت على سبيل المثال.

ويتسم هذا المبدأ بأهمية بالغة خاصة في الحالات التي تتزايد فيها الجهات الفاعلة في مسألة المعالجة، أضف لذلك التعقيد التكنولوجي للممارسات والذي قد يزيد من صعوبة فهم ما إذا كانت البيانات الشخصية المتعلقة به أو الغرض منها هي التي يجري جمعها، مثل في حالة الإعلان على الإنترنت.

ويُعد التزام القائم بعملية المعالجة بالإعلام شرطاً ضرورياً لنزاهة وشفافية عملية جمع البيانات الشخصية، على أن تكون موافقة الشخص المعني التي يبديها في ضوء كافة المعلومات المفصح عنها، ومن ذلك الإشارة بشكل صريح لهوية المسؤول عن عملية جمع البيانات أو ممثله، وذكر الغرض من المعالجة، وطريقة الإيداع، وطريقة الدخول للبيانات، وكيفية محوها، ومصير البيانات فيما بعد... إلخ.

أيضاً تقتضي مبادئ المعالجة العادلة والشفافة أن يزود الشخص المعني بأي معلومات إضافية ضرورية لضمان التجهيز العادل والشفاف مع مراعاة الظروف

الخاصة والسياق الذي تُجهز فيه البيانات الشخصية. وعلاوة على ذلك ينبغي إبلاغ الشخص بالحالات التي تجمع فيها البيانات الشخصية.

غير أنه ليس من الضروري فرض التزام بتقديم المعلومات عندما يكون الشخص المعني حائزاً بالفعل على المعلومات؛ حيث ينص القانون صراحةً على تسجيل البيانات الشخصية أو الإفصاح عنها. ويمكن أن تكون الحالة الأخيرة على وجه الخصوص تلك التي يجري فيها التجهيز لأغراض الحفظ من أجل المصلحة العامة أو لأغراض البحث العلمي أو التاريخي أو للأغراض الإحصائية. وفي هذا الصدد، ينبغي أن يؤخذ في الاعتبار الأغراض المتعلقة بمعالجة البيانات، ومدة الاحتفاظ بالبيانات، وأي ضمانات مناسبة أخرى.⁽¹⁾

⁽¹⁾ Règlement (UE) 2016/679, Art 6, 7, 8.

المطلب الرابع

الالتزام بالإخطار فيما يتعلق بتصحيح أو محو البيانات الشخصية أو تقييد عملية المعالجة

يجب على القائم بمعالجة البيانات القيام بإبلاغ الشخص المعني بأي تصحيح أو محو للبيانات الشخصية أو بأي تقييد لعملية المعالجة.

وقد نص المشرع الأوروبي على هذا الالتزام في المادة (19) بقوله "أنه يجب على القائم بالمعالجة أن يقوم بإبلاغ الشخص المعني بأي تصحيح أو محو للبيانات الشخصية الذي يجري وفقاً للمادة 16، والمادة 1/17، والمادة (18)، ما لم يثبت أن ذلك يصعب القيام به لأسباب خارجة عن إرادته أو أن القيام به يتطلب جهوداً غير عادية.

ويُفهم من النص السابق أن المشرع الأوروبي ألزم القائم بعملية المعالجة بإبلاغ الشخص المعني بأي تصحيح يتم على البيانات الشخصية، واستثنى من ذلك تلك الحالة التي يثبت فيها القائم بالمعالجة أن يتعذر عليه إبلاغ الشخص المعني بذلك لأسباب قاهرة خارجة عن إرادته، أو أن إبلاغ الشخص المعني يتطلب بذل جهود غير عادية، وفي هاتين الحالتين فقط يُعفى القائم بالمعالجة من إخطار الشخص المعني بالتصحيح أو المحو، لكن بطبيعة الحال يقع عليه عبء إثبات توافر حالة القوة القاهرة أو أن إبلاغ الشخص المعني يتطلب بذل جهد غير عادي حتى يُعفى من أداء هذا الالتزام.

المطلب الخامس

الالتزام بحظر معالجة البيانات الشخصية للأطفال

إن السماح للأطفال باستخدام المطلق لخدمات الإنترنت يؤدي إلى مشكلات كثيرة، وقد ينجم عنه انحراف في سلوكياتهم، ولذلك فإن جميع المهتمين بالطفولة تنبهوا لهذا الأمر فصدرت تشريعات تحدد آلية وشروط التعامل مع القاصرين عبر الإنترنت في كثير من دول العالم.⁽¹⁾

ومؤدى ذلك يتلخص في أن عدم وضع قيود على استخدام الأطفال للإنترنت يجعلهم قادرين على الوصول إلى العديد من المواقع التي قد تنمي لديهم نزعات الكراهية والعدوانية وغيرها.

وسعيًا في إيجاد حل لهذه الإشكالية التي تترك الكثيرين منا فإن هناك أموراً ثلاثة لا يجب أن يغفل عنها أي مشرع عند وضعه لتشريع لحماية بيانات الطفل، ونجمل هذه الأمور في محاور ثلاثة هي:

المحور الأول: يتعلق بالدولة فهي مسؤولة عن حماية الأطفال بحظر المواد غير المناسبة التي يتم عرضها عبر الإنترنت.

(1) للمزيد حول هذا الموضوع راجع الرابط التالي:

المحور الثاني: يتعلق بالوالدين فهما مسؤولان عن متابعة أطفالهما ومراقبتهم وتوجيههم.

المحور الثالث: يتعلق بمسؤولية مزودي خدمات الإنترنت ISP⁽¹⁾ وهم المسؤولون عن توفير الخدمات التي تناسب العائلات ولا تسيء إلى سلوكيات وأخلاق الأطفال.⁽²⁾

وفي هذا المقام سيتم التركيز على الحماية التي أولاها المشرع الأوروبي في اللائحة للأطفال الذين يقل عمرهم عن ثلاثة عشر عاماً.

فالأطفال في هذه المرحلة العمرية على وجه التحديد، يستحقون حماية محددة فيما يتعلق ببياناتهم الشخصية؛ لأنهم يكونون أقل وعياً بالمخاطر والعواقب والضمانات المعنية بحقوقهم فيما يتعلق بتجهيز ومعالجة بياناتهم الشخصية. وينبغي أن تنطبق هذه الحماية المحددة، - على وجه الخصوص - استخدام البيانات الشخصية للأطفال لأغراض التسويق.

(¹) Internet Service Provider.

(²) نفس الإشارة السابقة، وانظر كذلك أبو فارة، يوسف أحمد. تحليل العلاقة بين حماية الخصوصية وبين التسجيل والإفصاح عن البيانات الشخصية في المتاجر الإلكترونية، مجلة العلوم الإدارية، الأردن، المجلد الثالث والثلاثون، العدد الثاني، 2006، الصفحات من 189-208، ص 193 وما بعدها.

ويجب النظر هنا إلى أن الأطفال يستحقون حماية خاصة؛ لأنه عندما تكون المعالجة موجهة إلى البيانات والمعلومات الخاصة بالطفل، ينبغي أن تكون بلغة واضحة وسهلة يمكن للطفل أن يفهمها بسهولة ومنتاسبة مع الفئة العمرية له.

المبحث الثاني

حقوق الشخص المعني على بياناته موضوع المعالجة في ضوء اللائحة الأوروبية 2016/679

تمهيد:

لقد حرص المشرع الأوروبي في اللائحة محل الدراسة على حماية خصوصية البيانات الشخصية للأشخاص الطبيعيين؛ فنجد أن الطابع الحمائي يسيطر على السياسة التشريعية للمشرع الأوروبي⁽¹⁾ عن طريق إلزام كل من يقوم باستخدام هذه البيانات بتوفير العديد من الحقوق للشخص التي تكون بياناته محلاً للمعالجة، من خلال السماح لصاحب هذه البيانات بالتحقق من نظام التخزين أو كيفية إيداع هذه البيانات، وكيفية معالجتها، والتعرف على هوية السلطات العامة أو الجهات المختصة التي تهتم بها فضلاً عن إقرار العديد من الحقوق الأخرى كالحق في المحو أو النسيان الرقمي، والحق في تصحيح البيانات إن كانت خاطئة، الحق في الاعتراض على هذه المعالجة، وغيرها، وذلك كله على النحو التالي.

(1) عبدالصادق، محمد سامي. شبكات التواصل الاجتماعي ومخاطر انتهاك الحق في الخصوصية، مرجع سابق الإشارة إليه، ص 66.

المطلب الأول

الحق في الوصول للبيانات محل المعالجة

تناولت الفقرة السادسة من المادة الرابعة من اللائحة الأوروبية ما يعرف بـ "نظام الإيداع" بقولها "أي مجموعة منظمة من البيانات الشخصية التي يمكن الوصول إليها وفقاً لمعايير محددة سواءً كانت مركزية أو لامركزية أو مصنفة علي أساس وظيفي أو جغرافي"⁽¹⁾

وينبغي أن يكون للشخص المعني الحق في الوصول إلى البيانات الشخصية التي جمعت بشأنه من خلال الوصول إلى هذه المجموعات المنظمة والتي أدرجها المشرع الأوروبي تحت ما يسمى بـ "نظام الإيداع"، ويجب أن يمارس هذا الحق بسهولة ويسر، وعلى فترات معقولة لكي يكون علي علم بمشروعية عملية المعالجة، والتحقق منها.

ويشمل ذلك حق الأشخاص الخاضعة لبياناتهم للمعالجة في الحصول على البيانات المتعلقة بصحتهم، مثل البيانات التي تتضمنها سجلاتهم الطبية والتي تحتوي على معلومات مثل التشخيص ونتائج الفحص والتقييمات عن طريق علاج الأطباء وأي علاج مقدم لهم.

⁽¹⁾Règlement (UE) 2016/679, Art 4/6 : «fichier», tout ensemble structuré de données à caractère personnel accessibles selon des critères déterminés, que cet ensemble soit centralisé, décentralisé ou réparti de manière fonctionnelle ou géographique;

كما ينبغي أن يكون للشخص المعني الحق في معرفة المعلومات والحصول عليها، ولا سيما فيما يتعلق بالأغراض التي تُعالج من أجلها البيانات الشخصية، والفترة التي يمكن فيها معالجة البيانات الشخصية، والجهات المتلقية لهذه البيانات، والمنطق الذي ينطوي على أي معالجة تلقائية لهذه البيانات.

وينبغي أن يكون القائم بالمعالجة قادراً - متى أمكن ذلك - على توفير إمكانية الوصول عن بعد وفق نظام آمن يوفر للشخص المعني إمكانية الوصول المباشر إلى بياناته الشخصية، وألا يؤثر هذا الحق تأثيراً سلبياً على حقوق الآخرين أو حرياتهم، بما في ذلك الأسرار التجارية أو الملكية الفكرية، وبوجه خاص حق مؤلفي البرمجيات. مع الوضع في الاعتبار ألا تكون هذه الاعتبارات مبرراً لرفض لتقديم وصول الشخص المعني إلى المعلومات الخاصة به.

وفي الحالات التي يقوم فيها القائم بالمعالجة، بمعالجة كمية كبيرة من المعلومات المتعلقة بالشخص المعني فإنه لا بد من تحديد الغرض من المعالجة قبل البدء فيها حتى لا تتعرض تلك المعلومات لإساءة استخدامها.⁽¹⁾

(¹) Règlement (UE) 2016/679, (58). Le principe de transparence exige que toute information adressée au public ou à la personne concernée soit concise, aisément accessible et facile à comprendre, et formulée en des termes clairs et simples et, en outre, lorsqu'il y a lieu, illustrée à l'aide d'éléments visuels. Ces informations pourraient être fournies sous forme électronique, par exemple via un site internet lorsqu'elles

المطلب الثاني

الحق في تصحيح البيانات الشخصية غير الدقيقة

ينبغي أن يكون للشخص المعني الحق في تصحيح بياناته الشخصية، كما لا بد من الاعتراف بحقه في " النسيان الرقمي " إذا كان الاحتفاظ بهذه البيانات يشكل إخلالاً أو انتهاكاً لخصوصيته على النحو الذي سنعرض له لاحقاً.

ويحرص معالجو البيانات ذات الطابع الشخصي ومن بينهم مقدمي خدمات التواصل الاجتماعي عبر شبكة الإنترنت على الإعلان عن سياسة استخدامهم للبيانات الشخصية للمستخدمين (politique d'utilisation des données) بحيث يتعين على كل مستخدم أن يقبل بهذه السياسة قبل انضمامه لعضوية مواقع التواصل والاستفادة من خدماته⁽¹⁾ ومن بين هذه السياسات حق المستخدم أو

s'adressent au public. Ceci vaut tout particulièrement dans des situations où la multiplication des acteurs et la complexité des technologies utilisées font en sorte qu'il est difficile pour la personne concernée de savoir et de comprendre si des données à caractère personnel la concernant sont collectées, par qui et à quelle fin, comme dans le cas de la publicité en ligne. Les enfants méritant une protection spécifique, toute information et communication, lorsque le traitement les concerne, devraient être rédigées en des termes clairs et simples que l'enfant peut aisément comprendre.

⁽¹⁾ انظر السياسات الخصوصية التي يتبعها موقع فيسبوك الشهير في استخدام البيانات الشخصية عبر الرابط التالي:

الشخص المعني في تصحيح بياناته الشخصية، وهو ذات المعنى الذي اتجهت إليه المادة الثانية عشر من اللائحة العامة لحماية البيانات الصادرة رعام 1995م الملغاة بموجب اللائحة الحالية.⁽¹⁾

وتتأتى أهمية هذا الحق فيما ذكرناه آنفاً من أنه يمكن أن تنتهك خصوصية الفرد وتلحق به أضرار قد يتعذر تداركها، عن طريق التلاعب في البيانات الشخصية من قبل أشخاص غير مرخص لهم، أو عن طريق جمع ومعالجة بيانات شخصية غير صحيحة من قبل المرخص لهم بذلك قانوناً.

ونظراً لأن هذا الحق من الحقوق الأصلية للشخص المعني، فإنه يجب على القائم بعملية المعالجة أن يقوم بتبصيره بالمعطيات التقنية اللازمة لإجراء التصحيح الذي يراه لازماً لبياناته الشخصية.

<https://ar-ar.facebook.com/privacy/explanation/>

وانظر كذلك د.محمد عبد الصادق: شبكات التواصل الاجتماعي ومخاطر انتهاك الحق في الخصوصية، مرجع سابق الإشارة إليه، ص 66.

(¹) Règlement (UE) 2016/679 du Parlement européen et du Conseil du 27 avril 2016 relatif à la protection des personnes physiques à l'égard du traitement des données à caractère personnel et à la libre circulation de ces données, et abrogeant la directive 95/46/CE (règlement général sur la protection des données) (Texte présentant de l'intérêt pour l'EEE)

المطلب الثالث

الحق في الاعتراض على معالجة البيانات

يعرف هذا الحق بـ "حق تقييد عمليات المعالجة"، وهو حق للشخص المعني يتمكن بموجبه من الاعتراض على عمليات المعالجة التي تتم على بياناته الشخصية.

أما عن آلية الاعتراض فإن الشخص المعني يقوم به خلال مرحلة الجمع وتخزين البيانات أو بعد ذلك، بأن يمتنع عن إعطاء المعلومات أو الإدلاء بأية بيانات تُطلب منه بمعرفة القائم بالمعالجة بواسطة أي طريقة من طرق جمع البيانات وتحليلها، وعلى سبيل المثال فإن الخروج من الموقع الإلكتروني، أو القيام بتعبئة البيانات المطلوبة للحصول على خدمة معينة، أو القيام بتفعيل الحق الممنوح من مالك الموقع والمعروفة بتقنية (opt-in) يعتبر رفضاً لعملية معالجة البيانات وهو حق أصيل للشخص المعني في مرحلة ما قبل الإدلاء بالبيانات.⁽¹⁾

(¹) Règlement (UE) 2016/679, Art. 21. Droit d'opposition :

1. La personne concernée a le droit de s'opposer à tout moment, pour des raisons tenant à sa situation particulière, à un traitement des données à caractère personnel la concernant fondé sur l'article 6, paragraphe 1, point e) ou f), y compris un profilage fondé sur ces dispositions. Le responsable du traitement ne traite plus les données à caractère personnel, à moins qu'il ne démontre qu'il existe des motifs légitimes et impérieux pour le traitement qui prévalent sur les intérêts et

les droits et libertés de la personne concernée, ou pour la constatation, l'exercice ou la défense de droits en justice.

2. Lorsque les données à caractère personnel sont traitées à des fins de prospection, la personne concernée a le droit de s'opposer à tout moment au traitement des données à caractère personnel la concernant à de telles fins de prospection, y compris au profilage dans la mesure où il est lié à une telle prospection.

3. Lorsque la personne concernée s'oppose au traitement à des fins de prospection, les données à caractère personnel ne sont plus traitées à ces fins.

4. Au plus tard au moment de la première communication avec la personne concernée, le droit visé aux paragraphes 1 et 2 est explicitement porté à l'attention de la personne concernée et est présenté clairement et séparément de toute autre information.

5. Dans le cadre de l'utilisation de services de la société de l'information, et nonobstant la directive 2002/58/CE, la personne concernée peut exercer son droit d'opposition à l'aide de procédés automatisés utilisant des spécifications techniques.

6. Lorsque des données à caractère personnel sont traitées à des fins de recherche scientifique ou historique ou à des fins statistiques en application de l'article 89, paragraphe 1, la personne concernée a le droit de s'opposer, pour des raisons tenant à sa situation particulière, au traitement de données à caractère personnel la concernant, à moins que le traitement ne soit nécessaire à l'exécution d'une mission d'intérêt public.

وفيما يخص الاعتراض لوقف عملية معالجة البيانات الشخصية فإن الشخص المعني يستطيع القيام بها عبر أكثر من وسيلة، من بينها تقنية (opt-out) وذلك بطلب من الشخص المعني بموجب رسالة إلكترونية يوجهها للقائم بالمعالجة ويبدى فيها رغبته بوقف معالجة بياناته الشخصية.

وقد أحصى المشرع الأوروبي في المادة الثامنة عشر من اللائحة عدداً من الحالات التي يحق فيها للشخص المعني الاعتراض على عملية معالجة بياناته، وذلك على النحو التالي:

أ. الحق في إبداء الاعتراض على دقة البيانات الشخصية محل المعالجة. ويستثنى من ذلك أنه إذا كانت المعالجة مقيدة وتم إيقافها لهذا السبب فإنه لا يتم إجراء أي عمل من عمليات المعالجة باستثناء عملية التخزين إلا بموافقة الشخص المعني، أو باستخدام وسائل قانونية لإضفاء الشرعية على عملية المعالجة، أو لحماية حقوق شخص طبيعي أو اعتباري آخر أو لأسباب تتعلق بالمصلحة العامة.

ب. للشخص المعني الحق في إبداء الاعتراض على عمليات المعالجة غير القانونية للبيانات، كما أنه له الحق في طلب محوها، على النحو الذي سنعرض له.

ت. للشخص المعني الحق في الاعتراض على عملية المعالجة عملاً بنص المادة 1/21 إلى حين التحقق مما إذا كانت الأسباب المشروعة للقائم بالمعالجة تتجاوز تلك الواردة في طلب المعالجة من عدمه.

وجدير بالإشارة أنه في حال حصول الشخص المعني على تقييد عملية المعالجة طبقاً لتوفر حالة من الحالات المذكورة آنفاً، فإنه يجب على القائم بالمعالجة إخطار الشخص المعني قبل رفع القيود المفروضة على عملية المعالجة. وللشخص المعني الحق في أن يعترض في أي وقت - لأسباب تتعلق بحالته الخاصة - على معالجة البيانات الشخصية المتعلقة به ما لم يثبت القائم بالمعالجة أن هناك أسباباً مشروعة قاهرة للمعالجة، وبالتالي لا يمكن للشخص المعني أن يتذرع بأن هناك مساساً بمصالحه أو حقوقه.⁽¹⁾ ويكون الاعتراض لحظة البدء في جمع المعلومات أو بعد ذلك، بأن يقوم الشخص المعني في الحالة الأولى بالامتناع عن نقل وإعطاء المعلومات بمجرد أن يطلب منه تقديمها؛ فهو يمارس هذا الحق عن طريق خروجه من الموقع الإلكتروني، ومن بين الحالات التي يحق للشخص المعني الاعتراض عليها:-

أ- عدم الحصول على موافقته الصريحة على ذلك، أو أن يتضح أن الغرض من المعالجة كان غرضاً آخر غير التسويق المباشر على سبيل المثال.

ب- عندما يتم جمع وتحليل البيانات الشخصية لأغراض البحث العلمي أو التاريخي أو للأغراض الإحصائية يحق للشخص المعني - لأسباب تتعلق بحالته الخاصة - يحق للشخص المعني الاعتراض على معالجه البيانات الشخصية

(1) هذا ما نصت عليه المادة (4) من التوجيه الأوروبي لسنة 1995 الملغي، ويتضمن هذا الحق إمكانية الاعتراض على التدخل أو التقصي عن خصوصياته من جهة، وسلطة الاعتراض على وصول معلومات تتعلق بخصوصياته إلى الغير من جهة أخرى.

المتعلقة به، ما لم يكن ذلك ضروريا لأداء مهمة يضطلع بها لأسباب تتعلق
بالمصلحة العامة.

ونظراً لأننا في سياق مجتمع المعلومات، فإنه يجوز للشخص المعني أن
يمارس حقه في الاعتراض باستخدام الوسائل التقنية.

المطلب الرابع الحق في النسيان الرقمي

نحيل هذا الموضوع لما سوف نذكره عن هذا الحق وما يثيره من إشكالات قانونية ولكننا سوف نتعرض هنا له بالقدر اللازم باعتباره أحد أهم حقوق لشخص المعني على بياناته الشخصية.

يُعد الحق في النسيان الرقمي⁽¹⁾ للبيانات والمعلومات الشخصية التي تبقى عالقة في خوادم الشركات أو تلك التي قامت بجمعها بأية طريقة من طرق الجمع المعروفة

(1) أطلق عملاق المعلوماتية الأمريكي "غوغل" خدمة جديدة على الإنترنت مخصصة للأوروبيين فقط تمكنهم من حذف معلومات وروابط لا يرغبون أن ترتبط بأسمائهم على الإنترنت انطلاقاً من "حق النسيان" الرقمي الذي فرضته عليه محكمة العدل الأوروبية.

وأضاف الخبر الذي نشره موقع france24 تحت عنوان "غوغل يمنح "حق النسيان" على الإنترنت... ولكن للأوروبيين فقط" "روابط ومعلومات لا تريدون أن ترتبط بكم عندما يكتب اسمكم على محرك البحث الأمريكي جوجل، الحل موجود، يقترحه العملاق الأمريكي اعتباراً من الخميس 29 مايو / أيار/ يدخل ضمن إطار ما صار يطلق عليه مؤخراً بـ"حق النسيان" الرقمي. وتقتصر هذه الخدمة الجديدة المخصصة للأوروبيين فقط، مسح نتائج البحث على الإنترنت المرتبطة باسم المستخدم كروابط ومعلومات ومشاركات في مواقع تواصل اجتماعي...، يعتبر صاحبها بأنها "في غير محلها، غير ملائمة، أو لم تعد ذات صلة".

وتتم العملية عبر استمارة على الإنترنت يملأ عبرها المستخدم خانة متعلقة بالبيانات الشخصية (الاسم واللقب والبريد الإلكتروني...) وبعدها يضع الروابط التي يريد حذفها. ولم توضح شركة غوغل المدة الزمنية التي تستغرقها عملية البحث ولا المعايير التي تأخذ بعين الاعتبار في تبريرات من يتقدم بالطلب.

وكانت محكمة العدل الأوروبية فرضت في مايو/أيار 2013 على غوغل ضمان "حق النسيان الرقمي" لمستخدميه، باعتبار أن مشغل محرك البحث على الإنترنت مسؤول عن معالجة المعطيات الشخصية التي تظهر على صفحاته. ولذلك يجب عليه تمكين الأفراد من التوصل في بعض الظروف إلى إلغاء روابط معينة على صفحات إلكترونية تتضمن معطيات شخصية، من خلال التوجه مباشرة إلى المشغل.

ويبقى عملاق المعلوماتية غوغل، محرك البحث الأكثر استخداما على الإنترنت حيث تمر عبره 90 بالمئة من عمليات البحث، ويضم 2,5 مليار مستخدم عبر العالم من خلال تطبيقاته المختلفة. تم نشر هذا الخبر عبر الرابط:

<http://www.france24.com/ar>

وكان الحكم قد صدر إثر قيام مواطن إسباني يدعى ماريو كوستيخا غونزالس بنشر اسمه في صحيفة عام 1998 بصفته مالك عقار سيتم عرضه في مزاد لتسديد ديونه، وعلى الرغم من تجاوز الرجل أزمته إلا أن الروابط المتعلقة بهذه المعلومات ستمرت بالظهور في محركات البحث عند جوجل بعد مرور ما يزيد على 16 عاما، وحاول الرجل من جانبه في محاولة لإنهاء تأثير ذلك على نفسه وتجاريا إلى السعي إلى مسح هذه المعلومات، وفي عام 2010 وقفت هيئة حماية البيانات في إسبانيا إلى جانبه، حيث أمرت جوجل بمسح الروابط. واستأنفت من جانبها جوجل القرار، الأمر الذي دفع المحكمة الإسبانية إلى تحويل القضية لمحكمة العدل الأوروبية لاستشارتها.

والجدير بالذكر أن المفوضية الأوروبية قد اقترحت عام 2012 قانونا يمنح مستخدمي الإنترنت "الحق في محو البيانات". وسيتعين على محرك البحث إدخال تعديلات على بعض نتائج البحث حتى تكون متطابقة مع التوجيهات الأوروبية بخصوص حماية البيانات الشخصية.

واستندت محكمة العدل الأوروبية على قانون الاتحاد الأوروبي، والذي يعتبر أن محرك البحث "مسؤول عن العمليات التي تجرى على البيانات الشخصية التي تظهر على صفحاته وتشمل المحتوى الذي نشر بالفعل في وسائل الإعلام". وان هذه المعلومات تحتوي على جوانب عدة للحياة الشخصية للفرد. ويؤكد الحكم على أن حق الأشخاص أقوى عندما يتعلق بالتنصرف

في بياناتهم الخاصة، على الرغم من حق الناس -بصفة عامة - في الحصول على المعلومات المتعلقة بالشخصيات العامة.

ومن ثم فقد خلصت المحكمة إلى أن ذلك يتعارض مع الحقوق الأساسية للفرد، ب "الحق محو البيانات". بل وقررت انه يجب أن تتوفر الآلية أمام المواطنون لطلب مسح روابط تحتوي على بيانات "غير كافية أو ليست ذات صلة أو أنها أصبحت مسيئة، واعتبرت جوجل من جانبها أن هذا الحكم مخيب للأمال بالنسبة لمحركات البحث والجهات الأخرى الناشرة على شبكة الإنترنت بشكل عام، وان هذا القرار جاء رغم توصية أحد كبار المحامين بالمحكمة العام الماضي بأنه لا يجب أن تتحمل محركات البحث مسؤولية المعلومات التي تظهر في صفحات البحث.

وقد امتثلت جوجل للحكم وبدأت في وضع نموذج الطلب على الموقع في 30 مايو الماضي، والإعلان عن إجراءات بشأن طلبات الإزالة، وتلقت جوجل أكثر من 70 ألف طلب لمحو روابط تحتوي على بيانات شخصية، في ظل القانون الأوروبية لحماية البيانات الشخصية. وأعلنت شركة جوجل أنه سيتم النظر والدراسة في كل طلب على حدة، لتحديد ما إذا كان يتطابق مع معايير المحكمة أم لا.

وقد أثر ذلك احتجاج الصحف ووكالات الأخبار والتي ربما يتم إزالة أخبار خاصة بهم بسبب احتوائها على بيانات لأشخاص لا يرغبون في وجودها على محرك البحث العملاق. وهو ما تعده تلك المؤسسات الصحفية بمثابة ملكية فكرية، وهو ما يتم الرد عليه أن المادة ما تزال محفوظة على موقع الجريدة إلا أنها لن تظهر فقط في محركات البحث، وقامت بعض الصحف مثل الجارديان والبي بي سي بنشر قائمة بالروابط التي تم حذفها من أخبار وقصص حظر تداولها على النسخ الأوروبية لموقع جوجل.

ويحمل الحكم أيضا تبعات على كل من ينشر معلومات عن أشخاص على الإنترنت. وأن أي شخص لا يعجبه منشور قديم ذو صلة به، من حقه أن يطلب إلغاءه وبخاصة. بعد مرور فترة كبيرة على نشره وان من شأن تلك المعلومات أو الروابط أن تؤثر على الحرية الشخصية وعلى سمعة الشخص وهو ما يكون له تأثيرات خاصة في مجال المال والأعمال، وذلك كحالة نشر روابط عن قضية فساد إحدى الشركات والتي تظل تؤثر في سمعة الشركة بغض النظر

التي تعرضنا لها آنفاً، أحد أهم الحقوق الذي ازدادت أهميتها بشكل كبير في الآونة الأخيرة في ظل تزايد انتهاكات الخصوصية في محيط البيئة الرقمية.

فمن المحتمل أن ينجم عمليات المعالجة للبيانات الشخصية أضرار نفسية أو مادية، فمن هنا يجب الاعتراف بالحق في النسيان الرقمي للبيانات الشخصية والمعلومات متى انتهى الغرض من معالجتها أو انتهت المدة التي وافق الشخص على استخدام بياناته الشخصية خلالها.

ومن خلال البحث وجدت أن هناك خطأ شائعاً بين مصطلحين هما، الحق في النسيان الرقمي والحق في التصحيح الذي قد يصل للحذف، وهو ما أوضحه المشرع الأوروبي بالنص على الحق في التصحيح في المادة السادسة عشر منه بقوله "للشخص المعني الحق في الحصول من القائم بالمعالجة على تصحيح البيانات الشخصية غير الدقيقة المتعلقة به دون أي تأخير في ذلك. ومع مراعاة أغراض المعالجة، يكون للشخص المعني الحق في استكمال البيانات الشخصية الناقصة بأي طريقة، بما في ذلك عن طريق تقديم بيان تكميلي.

عن نتائج التحقيق أو تغير إدارة الشركة أو تغير طبيعة القوانين المتبعة. راجع في ذلك الرابط التالي:

http://www.accronline.com/article_detail.aspx?id=19502

وللمزيد حول هذا الموضوع بصفة عامة يرجى مراجعة دراسة الزميل العوضي، عبدالهادي فوزي. الحق في الدخول في طي النسيان على شبكة الإنترنت: دراسة قانونية تطبيقية مقارنة، مجلة القانون والاقتصاد (كلية الحقوق - جامعة القاهرة) - مصر، علمية، محكمة، المجلد/العدد: مج85، 2015، الصفحات: 313 - 463.

أما ما نقصده هنا هو الحق في النسيان الرقمي وهو ما أورده المشرع الأوروبي في نص المادة السابعة عشر من اللائحة الأوروبية، والتي تناولت هذا الحق تحت عنوان (droit à l'oubli).

المطلب الخامس

الحق في محو البيانات الشخصية

يعرف هذا الحق بحق الشخص المعني الذي تمت معالجة بياناته الشخصية في اتخاذ القرار الخاص بالمعلومات المتعلقة به. وهذا يعني منح الشخص سلطة اتخاذ القرار في مصير المعلومات الخاصة به.

وإذا طبقنا هذا الحق في المجال الرقمي يصبح بإمكان الشخص التمتع بسلطة مراقبة كل المعلومات المتعلقة به وحذفها سواءً تلك المرتبطة بشخصه والمنشورة في مواقع التواصل الاجتماعي أو معلوماته التي تحصل عليه المواقع والتطبيقات الرقمية. ويلتزم القائم بعملية المعالجة بتمكين الشخص المعني من ممارسة حقه في تقرير مصير البيانات المتعلقة به بمحوها أو حذفها أو حتى تدقيقها دون أي تأخير لا مبرر له.

والعلة من جوب ذلك الحق تكمن في أن الشخص المعني قد يرى أنه من الأصلح محو أو حذف بياناته في الحالات التي لم تعد فيها هذه البيانات ضرورية فيما يتعلق بالأغراض التي جمعت من أجلها أو معالجتها. ويتحقق هذا الفرض في حالات عدة من بينها أن يكون الشخص المعني قام بسحب موافقته أو أبدى اعتراضه على معالجه البيانات الشخصية المتعلقة به، أو في تلك الحالة التي لا يمثل فيها القائم بمعالجة بياناته الشخصية لأحكام القانون.

ومن جانبنا نرى أن هذا الحق تتعاظم أهميته عندما يكون الشخص المعني طفلاً قد اعطي موافقته وهو لا يدرك تماماً المخاطر التي تنطوي عليها عمليات الجمع والمعالجة، ويريد لاحقاً إزالة هذه البيانات الشخصية. وينبغي إذن في هذه الحالة أن يسمح له بممارسة هذا الحق وأن يكون قادراً على الحذف بصرف النظر عن كونه لم يعد طفلاً.

ومما تجدر الإشارة إليه في هذا الصدد أن توسيع نطاق الحق في محو البيانات يعزز كثيراً الحق في النسيان في بيئة الإنترنت على النحو الذي سنعرض له عند التطرق للحديث عن النسيان الرقمي من خلال السماح بحذف أية ارتباطات قد تؤدي إلى نسخ أو تكرار هذه البيانات الشخصية مع مراعاة التكنولوجيا المتاحة والوسائل المتاحة للقائم بعملية المعالجة.

ونص المشرع الأوروبي على هذا الالتزام إذا توافرت حالة من الحالات التي نصت عليها المادة السابعة عشر من اللائحة الأوروبية، وأهمها:

1. إذ لم تعد البيانات الشخصية ضرورية فيما يتعلق بالأغراض التي جمعت من أجلها أو تمت معالجتها بطريقة أخرى غير تلك المتفق عليها.

2. في حالة عدم وجود سبب قانوني للمعالجة فإنه يحق للشخص المعني سحب الموافقة التي تستند إليها عمليات المعالجة وفقاً للفقرة (أ) من المادة السادسة، أو الفقرة (أ) من المادة التاسعة.

3. في حالة معالجة البيانات الشخصية بصورة غير قانونية سواء فيما يخص شرعية الإجراء أو مشروعية المضمون.

4. في حال قيام المُعالج بجعل البيانات الشخصية علنية، فإنه يكون ملزماً بموجب الفقرة الأولى بمحو البيانات الشخصية وعليه أن يتخذ اللازم بشكل عاجل، أخذاً في الاعتبار التكنولوجيا المتاحة وتكلفة اتخاذ التدابير التقنية اللازمة، والخطوات المطلوبة لإبلاغ المراقبين الذين يعالجون البيانات الشخصية أن الشخص المعني صاحب البيانات طلب محو أي صلات أو روابط تخص بياناته الشخصية.

ويتعين على القائم بعملية المعالجة محو البيانات الشخصية والامتنال لرغبة الشخص المعني حفاظاً على خصوصيته، مع أننا نرى أنه يتوجب أن يكون هناك نص قانوني يلزم الشخص المعني بذلك، وفي حال مخالفته تترتب مسؤوليته قانوناً.

ويرد على ما سبق استثناءات تتعلق بعدم الاستجابة في حالة ما إذا كان الاحتفاظ بالبيانات ضرورياً، كأن يكون امتثالاً للالتزام قانوني بموجب قانون الدولة التي ينتمي إليها الشخص المعني أو لأداء مهمة يضطلع بها للصالح العام أو لأسباب تتعلق بالمصلحة العامة في مجال الصحة العامة وفقاً للفقرات (ح) و (ط) من المادة 2/9 وكذلك المادة 3/9، أو لأغراض الحفظ من أجل المصلحة العامة أو لأغراض البحث العلمي أو التاريخي أو للأغراض الإحصائية وفقاً للمادة 1/89.

ويمكن تعليل تقييد حق الشخص المعني وتعطيله بموجب الاستثناءات السابقة، بأن إعطاء الشخص المعني الحق في المحو في الحالات آنفة الذكر يستحيل معه

تحقيق أهداف تلك المعالجة أو على الأقل من شأنه أن يعرقل ذلك بشكل يؤثر على الهدف الأولى والأسمى والذي قد يرتبط غالباً بتحقيق مصلحة عامة.

الفصل الثالث

الإشكالات القانونية التي يثيرها معالجة البيانات الشخصية في ضوء أحكام اللائحة الأوروبية الجديدة 2016/679

تمهيد وتقسيم:

تتعدد الإشكالات القانونية التي تثيرها عملية معالجة البيانات الشخصية بتعدد المراحل التي تمر بها هذه البيانات. فهناك إشكالية أمن البيانات الشخصية والتي تعتبر من الإشكاليات التي ما زالت تحتاج إلى معالجة فنية وقانونية. وكما رأينا، فإن البيانات الشخصية قد يتم تخزينها لدى القائم بعملية المعالجة لأغراض إعلانية وهو أمر من قد يشكل انتهاكاً لخصوصية صاحبها. أما نقل هذه البيانات لطرف ثالث سواء كان شخصاً طبيعياً أو اعتبارياً أو أرشفة هذه البيانات لأغراض تخص المصلحة العامة، أو لغرض البحث العلمي أو التاريخي أو لأغراض إحصائية، فإنه يثير مشكلة حق الشخص في النسيان الرقمي ومدى حقه في المطالبة بحذف هذه البيانات نهائياً. وترتيباً على ما سبق فإننا سوف نقسم هذا الفصل على النحو التالي:

المبحث الأول:- أمن البيانات الشخصية.

المبحث الثاني:- الحق في حذف البيانات (النسيان الرقمي) والعلاقة مع الأرشفة للمصلحة العامة.

المبحث الثالث:- معالجة البيانات الشخصية لأغراض إعلانية أو لأغراض البحث العلمي.

المبحث الرابع:- معالجة البيانات في سياق علاقات العمل.

المبحث الخامس:- المسؤولية والتعويض.

المبحث الأول أمن وسرية البيانات الشخصية

يُعد أمن البيانات الشخصية من أبرز الأمور التي تثير إشكاليات قانونية في هذا الخصوص لذا يجب أن تستوفى جميع العمليات والنظم الجديدة (بما في ذلك البرمجيات والمعدات التي يتم إدخالها في عمليات المعالجة) السرية والحماية الكاملة. لكن الأمر يزداد تعقيداً يوماً بعد يوم في ظل تنامي وتزايد ظاهرة قرصنة المعلومات أو البيانات؛ الأمر الذي يزيد من صعوبة تصدي المشرع لمعالجة مثل هذه المسألة في ضوء التطورات المستحدثة بشكل كبير في هذا المجال.

ويعرف الفقه⁽¹⁾ أمن المعلومات بصفة عامة من زاوية أكاديمية، بأنه العلم الذي يبحث في نظريات واستراتيجيات توفير الحماية للمعلومات والبيانات من أنشطة الاعتداء عليها والمخاطر التي تهددها. ومن زاوية تقنية بأنه الوسائل والأدوات والإجراءات اللازم توفيرها لضمان حماية المعلومات من الأخطار الداخلية والخارجية. ومن زاوية قانونية، فإن أمن المعلومات هو محل دراسات وتدابير حماية

(1) حجازي، عبدالفتاح بيومي. حماية المستهلك عبر شبكة الانترنت، دار الكتب القانونية، مصر، 2008، ص 77، وانظر كذلك ماء العينين سعداني: الأمن القانوني والمعلوماتي، مجلة الفقه والقانون، المغرب، العدد التاسع عشر، مايو 2014، ص 260 وما بعدها، وراجع أيضاً علي، عبدالصبور عبدالقوي. التنظيم القانوني للتجارة الإلكترونية، مكتبة القانون، الرياض، 2013، ص 294 وما بعدها.

سرية، وسلامة محتوى، وتوفير المعلومات، ومكافحة أنشطة الاعتداء عليها، أو استغلالها.

وعلى الرغم من إن اصطلاح أمن المعلومات وإن كان استخداماً قديماً سابقاً لظهور وسائل تكنولوجيا المعلومات، إلا أنه وجد استخدامه الشائع بل والفعلية في نطاق أنشطة معالجة ونقل البيانات بواسطة مقدمي خدمات التواصل الاجتماعي والحوسبة السحابية والاتصال، بل ربما أمسى أحد الهواجس التي تفرق الجميع دولاً وأفراد.⁽¹⁾ ومن الملاحظ أن التعريف الأخير هو الذي يعيننا في هذا المقام، وفي ضوء ما جاءت به اللائحة الأوروبية والذي قام بتنظيم هذه الإشكالية في المواد الثانية والثلاثون⁽²⁾، والثالثة والثلاثون⁽¹⁾، والرابعة والثلاثون⁽¹⁾؛ وذلك في محاولة منها لمجارة هذا التطور المتسارع والمتلاحق في تكنولوجيا المعلومات.

(1) الصقر، ممدوح شحات. أمن المعلومات، أعمال ندوة مكافحة الجريمة عبر الإنترنت، وورشة عمل أمن المعلومات والتوقيع الإلكتروني، المنظمة العربية للتنمية الإدارية، القاهرة، 2010، محكمة، الصفحات 143: 180، ص 155.

(2) Article 32 : Sécurité du traitement : 1.Compte tenu de l'état des connaissances, des coûts de mise en œuvre et de la nature, de la portée, du contexte et des finalités du traitement ainsi que des risques, dont le degré de probabilité et de gravité varie, pour les droits et libertés des personnes physiques, le responsable du traitement et le sous-traitant mettent en œuvre les mesures techniques et organisationnelles appropriées afin de garantir un niveau de sécurité adapté au risque, y compris entre autres, selon les besoins:

a) la pseudonymisation et le chiffrement des données à caractère personnel;

b) des moyens permettant de garantir la confidentialité, l'intégrité, la disponibilité et la résilience constantes des systèmes et des services de traitement;

c) des moyens permettant de rétablir la disponibilité des données à caractère personnel et l'accès à celles-ci dans des délais appropriés en cas d'incident physique ou technique;

d) une procédure visant à tester, à analyser et à évaluer régulièrement l'efficacité des mesures techniques et organisationnelles pour assurer la sécurité du traitement.

2. Lors de l'évaluation du niveau de sécurité approprié, il est tenu compte en particulier des risques que présente le traitement, résultant notamment de la destruction, de la perte, de l'altération, de la divulgation non autorisée de données à caractère personnel transmises, conservées ou traitées d'une autre manière, ou de l'accès non autorisé à de telles données, de manière accidentelle ou illicite.

3. L'application d'un code de conduite approuvé comme le prévoit l'article 40 ou d'un mécanisme de certification approuvé comme le

prévoit l'article 42 peut servir d'élément pour démontrer le respect des exigences prévues au paragraphe 1 du présent article.

4. Le responsable du traitement et le sous-traitant prennent des mesures afin de garantir que toute personne physique agissant sous l'autorité du responsable du traitement ou sous celle du sous-traitant, qui a accès à des données à caractère personnel, ne les traite pas, excepté sur instruction du responsable du traitement, à moins d'y être obligée par le droit de l'Union ou le droit d'un État membre.

(¹) Article 33 : Notification à l'autorité de contrôle d'une violation de données à caractère personnel :

1. En cas de violation de données à caractère personnel, le responsable du traitement en notifie la violation en question à l'autorité de contrôle compétente conformément à l'article 55, dans les meilleurs délais et, si possible, 72 heures au plus tard après en avoir pris connaissance, à moins que la violation en question ne soit pas susceptible d'engendrer un risque pour les droits et libertés des personnes physiques. Lorsque la notification à l'autorité de contrôle n'a pas lieu dans les 72 heures, elle est accompagnée des motifs du retard.

2. Le sous-traitant notifie au responsable du traitement toute violation de données à caractère personnel dans les meilleurs délais après en avoir pris connaissance.

3. La notification visée au paragraphe 1 doit, à tout le moins:

a) décrire la nature de la violation de données à caractère personnel y compris, si possible, les catégories et le nombre approximatif de personnes concernées par la violation et les catégories et le nombre approximatif d'enregistrements de données à caractère personnel concernés;

b) communiquer le nom et les coordonnées du délégué à la protection des données ou d'un autre point de contact auprès duquel des informations supplémentaires peuvent être obtenues;

c) décrire les conséquences probables de la violation de données à caractère personnel;

d) décrire les mesures prises ou que le responsable du traitement propose de prendre pour remédier à la violation de données à caractère personnel, y compris, le cas échéant, les mesures pour en atténuer les éventuelles conséquences négatives.

4. Si, et dans la mesure où, il n'est pas possible de fournir toutes les informations en même temps, les informations peuvent être communiquées de manière échelonnée sans autre retard indu.

5. Le responsable du traitement documente toute violation de données à caractère personnel, en indiquant les faits concernant la violation des

données à caractère personnel, ses effets et les mesures prises pour y remédier. La documentation ainsi constituée permet à l'autorité de contrôle de vérifier le respect du présent article.

(¹) Article 34 : Communication à la personne concernée d'une violation de données à caractère personnel:

1. Lorsqu'une violation de données à caractère personnel est susceptible d'engendrer un risque élevé pour les droits et libertés d'une personne physique, le responsable du traitement communique la violation de données à caractère personnel à la personne concernée dans les meilleurs délais.

2. La communication à la personne concernée visée au paragraphe 1 du présent article décrit, en des termes clairs et simples, la nature de la violation de données à caractère personnel et contient au moins les informations et mesures visées à l'article 33, paragraphe 3, points b), c) et d).

3. La communication à la personne concernée visée au paragraphe 1 n'est pas nécessaire si l'une ou l'autre des conditions suivantes est remplie:

a) le responsable du traitement a mis en œuvre les mesures de protection techniques et organisationnelles appropriées et ces mesures ont été appliquées aux données à caractère personnel affectées par ladite violation, en particulier les mesures qui rendent les données à caractère personnel incompréhensibles pour toute personne qui n'est pas autorisée à y avoir accès, telles que le chiffrement;

b) le responsable du traitement a pris des mesures ultérieures qui garantissent que le risque élevé pour les droits et libertés des personnes concernées visé au paragraphe 1 n'est plus susceptible de se matérialiser;

c) elle exigerait des efforts disproportionnés. Dans ce cas, il est plutôt procédé à une communication publique ou à une mesure similaire permettant aux personnes concernées d'être informées de manière tout aussi efficace.

4. Si le responsable du traitement n'a pas déjà communiqué à la personne concernée la violation de données à caractère personnel la concernant, l'autorité de contrôle peut, après avoir examiné si cette violation de données à caractère personnel est susceptible d'engendrer un risque élevé, exiger du responsable du traitement qu'il procède à cette communication ou décider que l'une ou l'autre des conditions visées au paragraphe 3 est remplie.

والناظر في السياسة التشريعية التي تبناها المشرع الأوروبي في اللائحة الجديدة يجد أنه كان شديد الحرص في التعامل مع هذه المسألة في ضوء التطورات الحاصلة في ها المجال، ويظهر ذلك من خلال تقنين ما يعرف بإعدادات الأمن والخصوصية للمستخدم، والتي تم وضعها في ضوء أنها لا تحمي المستخدم إلا من بقية الأعضاء في الشبكة الاجتماعية أو الموقع، ولكنها لا تمنع بياناته عن مالك الخدمة؛ فالمستخدم يسلم بياناته للموقع أو الشبكة الاجتماعية ويأتمنهم عليها، ومن هنا نجد أن المشرع الأوروبي قد راعى هذه المسألة فقام بتخصيص نص المادة الثانية والثلاثون لـ "أمن المعلومات" بقوله :

"مع مراعاة الحالة المعرفية وتكاليف التنفيذ وطبيعة المعاملة والمخاطر ونطاقها وسياقها وأغراضها، وتفاوت درجه احتمالها وشدتها، وبالنسبة لحقوق الأشخاص الطبيعيين وحررياتهم يقوم المتحكم والمتعاقد من الباطن بتنفيذ التدابير التقنية والتنظيمية المناسبة من أجل ضمان مستوى معين من السلامة يتناسب مع المخاطر - بما في ذلك جملة أمور - أهمها:

أ. الأسماء المستعارة وتشفير البيانات الشخصية.

ب. وسائل ضمان السرية المستمرة لنظم المعالجة وضمان سلامتها.

ت. وسائل استعادة البيانات الشخصية والوصول إليها في حدود الوقت المناسب في حاله وقوع حادث مادي أو تقني.

ث. إجراء اختبار للتأكد من فعالية التدابير التقنية والتنظيمية وتحليلها وتقييمها بانتظام لضمان سلامه البيانات"

ويتضح من استعراض النص السابق أن المشرع الأوروبي قد راعى التطور الهائل في تقنية المعلومات؛ مما يظهر أنها أصبحت المحرك الرئيس لكثير من التحولات الاقتصادية والاجتماعية في المجتمعات بشكل عام.

كما يتضح أيضا سعي المشرع الأوروبي لإيجاد نوع من التكامل بين بنية المعلومات والأجهزة والحماية لتلك البيانات وذلك بوضعه نظام متكامل لأمن وحماية المعلومات من خلال توفير أدوات حماية تقنية، والإجراءات الواجب اتباعها من قبل الدول المعنية من خلال توفير البناء القانوني الملئم لتنظيم حماية البيانات الشخصية، وفي سبيل تحقيق ذلك جاء نص الفقرة الأولى من المادة السابقة بالنص على عدة وسائل لتعزيز الأمن والسلامة ولعل أبرزها ما يلي:-

1. تشفير البيانات والأسماء المستعارة:

يُعد التشفير أهم وسائل حماية سلامة البيانات خاصةً في المراحل التي يقوم فيها القائم بالمعالجة بنقل البيانات أو تبادلها مع آخرين. ويعرف التشفير بأنه "منظومة تقنية حسابية تستخدم مفاتيح خاصة لمعالجة وتحويل البيانات والمعلومات المقروءة إلكترونياً بحيث تمنع من الحصول هذه البيانات والمعلومات إلا عن طريق مفتاح فك التشفير".⁽¹⁾

أما عن الأسماء المستعارة فهي من الظواهر التي تستلقت الأنظار لدى الدارسين والباحثين، وتكاد تكون سمة من سمات عالم التكنولوجيا المعاصرة وموقفاً جديراً بالدراسة والتأمل خاصةً في ظل نص اللائحة الأوروبية عليها.

وسعيًا من المشرع الأوروبي في إمطة اللثام عن غوامض التطور في مجال قرصنة المعلومات، وإسباغ المشروعية القانونية عليها فقد نص على استخدامها كوسيلة لحماية البيانات الشخصية. ويقصد بها في هذا المضمار قيام الشخص المعني أو المستخدم بتسجيل بياناته لدى المواقع أو وسائل التواصل الاجتماعي على سبيل المثال ببيانات لا علاقة لها بشخصيته الحقيقية، ولا تحمل أسماء

⁽¹⁾ البيه، محسن عبدالحميد. الإثبات في المواد المدنية والتجارية، وفقاً لقانون الإثبات وقانون التوقيع الإلكتروني، كتاب مقرر على طلاب كلية الحقوق، جامعة المنصورة، 2007، ص 215 وما بعدها.

أصحابها صريحة، مستعاضين عن ذلك بأسماء مستعارة (pseudonyms) ارتضوها لأنفسهم ووضعوها كاسم على حساباتهم الشخصية.

وتهدف هاتان الوسيلتان إلى حماية البيانات الشخصية من مخاطر الاختراق المعلوماتي⁽¹⁾ بتوفير الحماية اللازمة ومنع الوصول غير المشروع إليها، ويمكن تحقيق ذلك عن طريق وسيلتين:-

الأولى: تتمثل في تنظيم استدامة تكنولوجيا تشفير المعلومات التي تنقل عبر الإنترنت بحيث لا يستطيع فهمها أو قراءتها سوى من القائم بعملية المعالجة أيا كانت صفته.

الثانية: وضع نظام موثوق لنقل البيانات لطرف ثالث بشكل يمنع من التعديل عليها أو إعادة نقلها مرة أخرى.

ويستفاد مما سبق أن تشفير البيانات الشخصية يقوم على عدة مبادئ يجب التتويه إليها على النحو التالي:

(1) نفس الإشارة السابقة.

الأول: إباحة المشرع الأوروبي تأمين البيانات والمعلومات الشخصية
وتشفيرها: (1)

أباح المشرع الأوروبي تشفير البيانات والمعلومات الشخصية التي يتم تخزينها أو معالجتها؛ وذلك كأسلوب يحقق تأمين هذه البيانات وتلك المعلومات وبالتالي حماية المستخدم أو الشخص المعني من انتهاك خصوصيته.

وبطبيعة الحال فإن المشرع الأوروبي ترك تحديد القواعد الخاصة بتأمين البيانات والمعلومات التي يتم تخزينها أو معالجتها وكذلك تشفير التوقيع الإلكتروني لقوانين دول الاتحاد وحسب ما توصلت إليه علوم التقنية في هذا المجال.

الثاني: الرقابة الصارمة على عمليات تأمين البيانات وتشفيرها:

يخضع تأمين البيانات لرقابة صارمة ومشددة في كافة الدول وليس على مستوى دول الاتحاد الأوروبي فقط هذا بشكل عام. وقد ترك المشرع الأوروبي تنظيم عملية التشفير والقواعد المتعلقة باستخدامه والبرامج التي تستخدم لإتمامه للقائم بعملية المعالجة في ضوء الحدود المسموح بها قانوناً، وعند مستوى معين؛ حتى لا يحول استخدام التشفير دون قيام الأجهزة الأمنية بدورها في حماية

¹(LES GUIDES DE LA CNIL – ÉDITION 2018 : LA SÉCURITÉ DES DONNÉES PERSONNELLES ; Disponible sur le lien :

https://www.cnil.fr/sites/default/files/atoms/files/cnil_guide_securite_personnelle.pdf

المصالح العليا للدولة، ولعمل نوع من الموازنة بين حماية الخصوصية الشخصية من ناحية وبين متطلبات تحقيق السلامة العامة والأمن القومي من ناحية أخرى.⁽¹⁾

الثالث: الحرص على سلامة وسرية البيانات والمعلومات الشخصية:

يقصد بهذا المبدأ احترام سرية البيانات المشفرة والالتزام بحق أصحاب هذه البيانات والمعلومات الشخصية في الخصوصية. وقد راعى المشرع الأوروبي من خلال نص الفقرة الثالثة خضوع عمليات التشفير واستخدام الأسماء المستعارة لمدونة السلوك المعتمدة بقوله " يجوز أن يكون تطبيق مدونة قواعد السلوك المعتمدة، على النحو المنصوص عليه في المادة الأربعين أو أليات التصديق المعتمدة على النحو المنصوص عليه في المادة الثانية والأربعون، بمثابة عنصر إثبات الامتثال لمقتضيات الفقرة الأولى من هذه المادة.

وقد اهتم المشرع الأوروبي بسلامة وسرية البيانات الشخصية المشفرة، ومنع الاعتداء عليها أو إفشاءها أو معالجتها بطرق أخرى أو نقلها إلا بموافقة صاحبها أو بأمر من القضاء. وفي ذلك تنص الفقرة الثانية من ذات المادة على أن " عند تقييم المستوى المناسب من السلامة يراعي بصفة خاصة المخاطر التي تنطوي عليها المعاملة، والتي تؤدي في المجمل إلى تدمير البيانات الشخصية وفقدانها وتعديلها وإفشاءها بدون إذن لنقل هذه البيانات أو حفظها أو معالجتها بطريقة أخرى، أو الوصول إليها بدون إذن، إما بطريق الخطأ أو بصورة غير مشروعة".

(1) Ibid.

ويتضح مما سبق أن القائم بعملية معالجة البيانات الشخصية يلتزم بأن يكفل سلامة البيانات الشخصية، بما في ذلك التزامه بعدم قيام أي شخص طبيعي يعمل لديه بالاطلاع على البيانات الشخصية ويشمل ذلك أيضا المتعاقد من الباطن الذي تم نقل نسخة البيانات إليه دون موافقة الشخص المعني.

الرابع: قانونية عملية تأمين البيانات والمعلومات:

وتتضح أهمية عملية التشفير إذا ما علمنا أن أي نظام لمعالجة البيانات الشخصية قد يتفاعل مع الأفراد لذا يجب أن يكون هناك سياسة لضبط وتحديد طريقة التعامل مع هذا النظام، ويتم ذلك عن طريق وسائل وطرق تضمن تحقيق الدرجة المطلوبة من تأمين بيانات النظام وتشمل تلك الوسائل تحديد حق كل مستخدم للنظام من الوصول إلى البيانات وتحديد الجزء الذي يمكنه التعامل معه والقيام بالمعالجة المطلوبة.

ويجب الإشارة هنا إلى أن بناء نظم كاملة لتأمين البيانات والمعلومات قد يبلغ من الصعوبة بمكان تحقيقه في ظل تطور وسائل الاختراق بشكل عام، أو لأن الواقع قد حتم علينا الاكتفاء بدرجة عالية من التأمين لمختلف مراحل النظام، وحيث إن معظم أنظمة المعالجة اليوم يديرها برامج ونظم حاسبات إلكترونية لذا نجد أن تلك البرامج هي الوسيط الأمثل لتطبيق السلامة والأمن لحماية البيانات.

ومما تجدر الإشارة إليه أيضا في هذا المقام أن ضوابط الأمن القانونية للبيانات والمعلومات الشخصية تركز على عدد من العوامل التي يجب تحديدها

والتي تتمثل غالباً في الإجراءات القانونية الواجب اتخاذها ضد من يحاول اختراق نظام المعلومات بهدف الحصول على بيانات المستخدمين دون وجه حق هذا من ناحية، ومن ناحية ثانية: الإجراءات القانونية الواجب اتخاذها ضد من يسئ استخدام بيانات حصل عليها بحكم عمله. ومن ناحية ثالثة: الضوابط القانونية الواجب تنفيذها بهدف حماية الأفراد الموجودة بياناتهم الشخصية في نظم المعلومات المعالجة آلياً. ومن ناحية رابعة: الضوابط القانونية التي تنظم إمكانية تبادل البيانات الشخصية الخاصة بالمستخدمين بين الجهات المختلفة. ومن ناحية خامسة: حقوق المستخدم في الاطلاع وتصحيح المعلومات الخاصة به والمسجلة في ملفات قواعد البيانات، ومن ناحية سادسة: الوسائل المعترف بها قانونياً التي تثبت حالة محاولة اختراق النظام.⁽¹⁾

وأخيراً، فبالإضافة لذلك كله يستدعي حماية البيانات والمعلومات الشخصية المنقولة عبر شبكات الاتصال قدرأ أكبر من الاهتمام لتأمينها حيث أنها تتعرض لعدد كبير جداً من المستخدمين، وتمر عبر أماكن ونقاط كثيرة يمكن عند أي نقطة منها التلاعب بها أو العدوان عليها بأي صورة من الصور.⁽²⁾

(1) Ibid.

(2) Ibid.

المبحث الثاني

حق الإنسان في أن تُمحي بياناته

(الحق النسيان الرقمي) والعلاقة مع الأرشفة للمصلحة العامة

Droit à l'effacement («droit à l'oubli»)⁽¹⁾

(¹) يشير جانب من الفقه الفرنسي إلى نشأة هذا الحق بقوله:

"La notion de « droit à l'oubli » a émergé en doctrine, pour la première fois, dans une note relative à l'affaire Landru de 1965 où le professeur Gérard Lyon-Caen l'invoque comme fondement juridique possible d'une action intentée par une des maîtresses de Landru, qui demandait alors réparation du dommage que lui aurait causé un film de Claude Chabrol relatant cette ancienne liaison. Le juge a alors évoqué une "prescription du silence", pour finalement rejeter la demande au motif que la requérante avait elle même publié ses mémoires. Cette notion de « prescription du silence », laissant planer la dérive d'une appréciation au cas par cas justifiée par des intérêts en cause, a légitimement été écartée, au profit de l'entrée définitive de la notion de droit à l'oubli en droit positif. Ainsi, lors de la décision dite Madame M. c. Filipacchi et Cogedipresse de 1983, le TGI de Paris s'est appliqué à consacrer une nouvelle liberté publique." Charlotte HEYLLIARD: Le droit à l'oubli sur Internet. Mémoire de Master 2 recherche, Mention DNP. le 4 juin 2012; p.9; Voir aussi: 5 TGI Seine, 14 octobre 1965, Mme S. c. Soc. Rome Paris Film, JCP 1966 I 14482, n. Lyon-Caen, confirmé en appel, CA

قد يرى الشخص المعني الذي وافق مسبقاً على معالجة بياناته مع مرور الوقت، أن استمرار وجود هذه البيانات أصبح ضاراً بمصالحه، أو أنه لم يعد هناك ضرورة لبقاء هذه البيانات، فمن حقه إذن المطالبة بالحق في النسيان. أضف لذلك هناك حالات تقتضي الإبقاء على هذه البيانات من أهمها أرشفة البيانات للمصلحة العامة، وهو ما يقتضي التعرض لحق الإنسان في أن تُمحي بياناته (أولاً)، والعلاقة مع الأرشفة للمصلحة العامة (ثانياً)⁽¹⁾

أولاً: الحق في النسيان الرقمي :

في الواقع، أنه إذا كانت التكنولوجيات الجديدة تتيح فرصاً جديدة لمكافحة انعدام الأمن⁽²⁾ فإنه يجب إعطاء الشخص المعني الحق في أن تُمحي البيانات

Paris 15 mars 1967 6 TGI Paris, 20 avril 1983, JCP., 1983.II.20434, obs. R. Lindon.

⁽¹⁾ نفس الإشارة السابقة.

⁽²⁾ Commission des lois du Senat ; « Vie privée à l'heure des mémoires numériques. Pour une confiance renforcée entre citoyens et société de l'information », Rapport d'information de M. Yves DÉTRAIGNE et Mme AnneMarie ESCOFFIER, fait au nom de la commission des lois, n° 441 (2008–2009), 27 mai 2009, adoptée le 23 mars 2010. Disponible sur le site Web suivant <https://www.senat.fr/notice-rapport/2008/r08-441-notice.html>

المتعلقة به في أقرب وقت ممكن، وعلى القائم بعملية المعالجة الالتزام بمحو البيانات الشخصية في أقرب وقت ممكن من تحقق سبب المحو أو بناءً على طلب الشخص المعني ذلك.

ويتم هذا الأمر في حالات عديدة على سبيل المثال نذكر منها تلك الحالة التي لم يعد فيها للبيانات الشخصية ضرورة بالنظر إلى الأغراض التي جمعت من أجلها أو تلك التي تمت معالجتها بطريقة أخرى لم يتم الاتفاق عليها، أو أن يقوم الشخص المعني بسحب موافقته على عملية المعالجة، بالإضافة لعدم وجود أساس قانوني آخر تتم المعالجة وفقاً له.

وقد عبر Christian Charriere-Bournazel عن هذا الحق بقوله أن "الذاكرة الزائلة للورقة استبدلت بذاكرة غير قابلة للتغيير، وأن العالمية لم تترك أي فرصة للنسيان".⁽¹⁾

والحق في النسيان الرقمي أو ما يعرف بحق الشخص في أن تُمحي بياناته هو المشكلة الأساسية للخصوصية، فمع ظهور التكنولوجيات الجديدة وانتشار

(¹) A la mémoire éphémère du papier s'est substituée une mémoire inaltérable et universelle qui ne laisse aucune chance à l'oubli », Christian Charriere-Bournazel, « Propos autour d'Internet : l'histoire et l'oubli », Gazette du Palais, 21 avril 2011 n°111, p.6 Gazette du Palais, 21 avril 2011. Voir aussi Agathe Lepage, «Droit à l'oubli : une Jurisprudence tâtonnante », Recueil Dalloz 2001, p. 2079.

الشبكات الاجتماعية في حياتنا، يبدو أن الحق في النسيان أصبح بطبيعة الحال مبدأً أساسياً في تقرير ترك المعلومات والبيانات على شبكة الإنترنت من عدمه.⁽¹⁾

ويشير جانب من الفقه المصري⁽²⁾ إلى "أنه على الرغم من الارتباط الوثيق بين الحق في النسيان الرقمي والخصوصية، إلا أن هذا لا يعني حتمية التلازم بينهما، ومن ثم تظهر أهمية الاعتراف بالحق في النسيان كحق مستقل عن الحق في الخصوصية من جهتين : الأولى أن الوقائع والبيانات والتي سبق نشرها قد انتفت عنها صفة الخصوصية، وبالتالي فإن إعادة نشرها بغير رضاء صاحبها لا يعد انتهاكاً لخصوصيته، بل هو انتهاك لحقه في النسيان؛ إذ يتعلق الأمر حينئذ بوقائع - وإن وقعت علانية - إلا أنها تقادمت، ومن ثم فلا يجوز إثارتها مجدداً إلا بإذن من تتعلق به هذه الوقائع. والثانية أن اعتبارات المصلحة العامة قد تقتضي الكشف عن بيانات تتعلق بخصوصية بعض الأشخاص، كما هو الحال بالنسبة للشخصيات العامة متى ارتبطت هذه البيانات بوقائع عامة، ففي مثل هذه الحالة لا يمكن حماية هذه البيانات على أساس حماية الخصوصية بل على أساس حماية الحق في النسيان. وبمفهوم المخالفة فلو تعلقت هذه البيانات بالحياة الخاصة

(¹) Théo Hassler, « Droits de la personnalité : rediffusion et droit à l'oubli », Recueil Dalloz 2007 p.2829

(²) سيد، أشرف جابر. الجوانب القانونية لمواقع التواصل الاجتماعي "مشكلات الخصوصية وحرية التعبير والملكية الفكرية والإثبات مع التركيز على موقعي فيس بوك وتويتر، مرجع سابق الإشارة إليه، ص 66، 67

للشخص فإن حمايتها تكون على أساس حماية الخصوصية باعتبار أن الحق في النسيان في هذا الفرض هو عنصر من عناصر الحق في الخصوصية".

وقبل أن نحدد العلاقة بين حق الشخص في أن تُمحي بياناته تلقائياً (الحق في النسيان) ومسألة الخصوصية يجدر بنا أن نوضح بشكل أكثر دقة مفهوم الحق في النسيان الرقمي.

في الواقع، إذا كان الحق في النسيان بمعناه الأول هو بالأحرى فرصة "الخلاص" المتعلقة بالمساس ببعض عناصر الحياة الخاصة للفرد؛ فإن هذا الحق يؤدي بحثه إلى دراسة تسارع التقدم التكنولوجي.

وما من شك في أن العالم يشهد تسارع في التقدم التكنولوجي غير مسبوق وسريع للغاية. فالإنترنت فضاء تتسارع وسائله وأشكال المشاركة فيه باستمرار، كما أن الابتكارات الحديثة مثل "الحوسبة السحابية" أدت إلى تزايد كم المعلومات في هذا الفضاء الواسع؛ خاصة في ظل الوصول الفوري والمتزايد إلى العالم الافتراضي، وتسهيل الوصول إليها من قبل نظم الاتصالات المتعددة أبرزها الهواتف الذكية. وعلى الرغم من أنها جميع هذه الوسائل تهدف إلى تحقيق سهولة في الاستخدام إلا أنها تنطوي على مخاطر أبرزها يتعلق بانتهاكات صارخة للحق في الخصوصية.⁽¹⁾

(¹) Théo Hassler, «Droits de la personnalité : rediffusion et droit à l'oubli », Recueil Dalloz 200, op.cit. 2829 voir aussi "Commission des lois du Senat ; « Vie privée à l'heure des mémoires numériques. Pour une

ومن جانبنا، نتفق مع الرأي السابق في أنه يجب احترام الحق في نسيان ما يرغب المرء في نسيانه. ولكن إذا اعتبرنا أن القوانين الحالية لا توفر ضمانات كافية للحفاظ على الحقوق والحريات الأساسية للفرد في هذا الفضاء الافتراضي، فهنا يثور تساؤل مفاده هل نحن بحاجة إلى رؤية لينة، أو فكره موحد من شأنها أن تكون معياراً لتقييم احترام حقوق الإنسان الأساسية؟ وهل من المناسب المضي إلى ابعء من ذلك بتقنين الحق في النسيان بالاتفاق حول تلبية رغبة الكثير من الفقه الفرنسي⁽¹⁾ والفقه العربي⁽²⁾ الذي يرغب في رؤية حق مستقل جديد يظهر على الساحة القانونية؟

ومن أجل الإجابة على هذه الأسئلة من المهم توضيح ثلاثة مفاهيم هي: النسيان، النسيان الرقمي والحق في النسيان.

confiance renforcée entre citoyens et société de l'information », Rapport d'information de M. Yves DÉTRAIGNE et Mme Anne Marie ESCOFFIER, fait au nom de la commission des lois, n° 441 (2008-2009), 27 mai 2009, adoptée le 23 mars 2010.

(¹) Ibid.

(²) Ibid.

أما مفهوم النسيان⁽¹⁾ فمن ناحية أولى، هو متلازمة تتسم بحدوث تدهور في الذاكرة والتفكير والسلوك والقدرة على الاضطلاع بالأنشطة اليومية. وعلى الرغم من أنّ النسيان يصيب المسنين بالدرجة الأولى فإنه لا يُعتبر جزءاً طبيعياً من الشيخوخة⁽²⁾ كما أن النسيان من أهم الأسباب التي تؤدي إلى إصابة المسنين بالعجز وفقدانهم استقلاليتهم في كل أنحاء العالم. فهو يخلف النسيان آثاراً جسدية ونفسية واجتماعية واقتصادية على من يقومون برعاية المرضى وعلى أسرهم بشكل خاص والمجتمع بشكل عام؛ فهو فشل الذاكرة، وهو بهذا المعني، يعد نقطة ضعف؛ لأنه يمنع الفرد من التذكر، وبالتالي يعد عقبة لحفظ المعرفة، والأكثر من

(1) تجدر الإشارة إلى أن أجزاء الدماغ المؤثرة على ظاهرة الذاكرة والنسيان، تتمثل بالمرات السائدة على طول المنطقة نظيرة الحصينية الوسطى وقن أمون والفصوص الصدغية الوسطى السفلى والسطح الحجاجي للفص الأمامي والدماغ المتوسط او سرير المخ. وتلعب التلافيف الحصينية، وتحت المهاد، ونواة قاعدة الدماغ الأمامي ومنتهف المهاد الظهري الوسطاني، دورا معما في الذاكرة. كما تؤثر النواة اللوزية على مدى اتساع نطاق الذاكرة. ولما بين الصفائح المهادية دور مهم في توسيع نطاق وتنشيط الذاكرة. وتعمل نواة ما بين الصفائح المهادية والتكوين الشبكي في جذع الدماغ، على تحفيز الانطباع السلوكي للذكريات. للمزيد راجع الرابط التالي:

<http://apdfanswer.blogspot.com/2015/02/Amnesia.html>

(2) يشير موقع منظمة الصحة العالمية إلى الحقائق التالية حول مرض الخرف الذي يعد النسيان أحد أهم أعراضه، عبر مقال مؤرخ نيسان/ أبريل 2016 على الرابط التالي:

<http://www.who.int/mediacentre/factsheets/fs362/ar>

ذلك، يعتبر النسيان عقبه أمام ممارسة واجب الذاكرة اللازم لعدم تكرار أخطاء الماضي.

والنسيان هو شكل من أشكال الانحطاط العصبي، ينتج عن الأمراض العصبية التي تؤدي إلى فقدان وظائف الذاكرة تدريجياً، (وهذا هو الحال مع مرض الزهايمر، على سبيل المثال).

ومن ناحية أخرى، فإن النسيان له منظور إيجابي هو إرادة وقدرة الفرد على إبعاد بعض الأحداث من ذاكرته، فالنسيان هنا له وظيفة بناءة وصالحة يحتاجها الفرد. على سبيل المثال، الوقت يخفف من الألم؛ لأن مرور الوقت يسمح للنسيان بلعب دور مهم في تخفيف ما قد يؤثر سلباً على الصحة العامة للفرد. وهو المفهوم مدعوم من قبل الفيلسوف نيتشه، الذي يرى أن النسيان هو "الكلية النشطة المسؤولة عن الحفاظ علي النظام الروحاني للإنسان"⁽¹⁾.

⁽¹⁾ ينظر الفيلسوف فريدريك نيتشه للنسيان على أنه ظاهرة حيوية: "لا السعادة، لا الصفاء، لا أمل، لا فخر، لا يمكن التمتع بهذه اللحظة موجودة دون نسيان" للمزيد حول هذا الأمر راجع فريدريتش نيتشه: في جنياولوجيا الأخلاق، المقالة الثانية، الذنب "الضمير المعذب" ترجمة: المسكيني، فتحي. مراجعة الترجمة: المحجوب، محمد. المركز الوطني للترجمة، تونس، 2010، سلسلة الفلسفة، منشورات دار سيناترا، ص 82، 83. وانظر أيضاً:

Jacques Le Rider : Oubli, mémoire, histoire dans la « Deuxième Considération inactuelle » p. 207et.s Disponible via le lien suivant :

أما النسيان الرقمي فقد ظهر وبرز مع ظهور التكنولوجيات الرقمية والحاسوبية،
ومر هذا المصطلح بمراحل أربعة على النحو التالي:

أولاً : كشف التطور عن الجيل الجديدة من أساليب معالجة المعلومات، وكافة
أنماط الكائنات الرقمية.

ثانياً: تخزين المعلومات، يشكل الآن الصورة الرقمية الأوسع انتشاراً في الوقت
الحالي، والوصول إليها يعد أمراً في غاية السهولة بسبب انخفاض كبير في التكلفة،
والنتيجة هي زيادة في مساحة التخزين، وبالمقابل زيادة في تكلفة النسيان الرقمي،
إلى الحد الذي يختفي معه الغرض من فرز المعلومات.⁽¹⁾

ثالثاً: تقنيات استرجاع المعلومات، لا غنى عنها في مواجهة وفرة من المعلومات
المخزنة، هي الآن في متناول الجميع، وهذا ما نلمسه عند تصفح محركات البحث
أو حتى البرمجيات الحاسوبية، وبطبيعة الحال، قد يكون الوصول لبعض

<http://journals.openedition.org/rgi/725>; Le lien a été visité le
23/02/2018.

(¹) Viktor Mayer-Schönberger, Delete: The virtue of forgetting in the
digital age, 2009, Princeton university press, p.237.

المعلومات محدود. ويشمل ذلك بيانات السجلات الجنائية - ومع ذلك - فإنها تظل متاحة لفئات معينة من الناس الذين يضمنون ذاكرتهم.⁽¹⁾

وأخيراً، الرابع: العولمة التي فرضتها الشبكات الرقمية الآن، على كافة أنماط الكائنات الرقمية والمعلومات الممسوحة ضوئياً والتي أصبح الوصول إليها يسيراً بواسطة اتصال بسيط عبر الشبكة. كل ذلك يؤكد أنه تحول نموذجي من خلال السماح لظهور ثورة الذاكرة الرقمية ما بين الذاكرة/النسيان»⁽²⁾

والسؤال الذي يطرح نفسه بقوة الآن هو هل ينبغي تقنين هذا التغيير؟

بداية، يمكن القول التقنيات التكنولوجية الحديثة، والوصول إلى البيانات الشخصية، في حد ذاتها يشكل تهديداً للإنسان. فمن المناسب إذن أن يكون هناك قدر من الحذر والوعي بعواقب التخزين الرقمي؛ الأمر الذي ينبغي معه اتخاذ وقت معين تراعى فيه قدرات الإنسان في السيطرة الصارمة على الأنشطة الرقمية بعدها يتم السماح للنسيان بطي كل هذه البيانات وحذفها من الشبكة الرقمية.

ومما تجدر الإشارة إليه أنه يتم تخزين الكثير والكثير من المعلومات الموجودة بشكل يومي عن الأفراد عبر شبكة الإنترنت، بل تتفاقم هذه الظاهرة بنمو الإنترنت وتطوره يوماً بعد يوم. وتتفاوت المعلومات المخزنة بطبيعة الحال في أهميتها. فمن

(¹) Etienne Quillet : Le droit à l'oubli numérique sur les réseaux sociaux, mémoire, dir. E. Decaux, 2011, p.8.

(²) V.Mayer Schönberger, préc., p.52.

الأشخاص من يسمح بإعطاء الإذن في الإفصاح عن هويته عبر تحديد بياناته الشخصية. ولا يزال البعض الآخر متحفظاً ولا يسمح عل الإطلاق بتحديد هويته.⁽¹⁾

وفي هذا السياق، يخشى الأفراد من انتهاك حرياتهم. عند تصفح الإنترنت وترك الآثار الرقمية الناشئة عن هذا التصفح؛ لأن كل المعلومات التي يتم تخزينها بسبب عملية تصفح الشخص لأي موقع لها قيمتها السوقية. وعلى الرغم من أن الكثير من الخدمات المتاحة علي شبكه الإنترنت أولاً وقبل كل شيء مجاناً، ولكن تدفع بطريقة أو بأخرى مقدمي خدمات الإنترنت (المواقع، ومحركات البحث، والشبكات الاجتماعية، الخ..). عبر تمويل هذه الخدمات من خلال إيرادات الإعلانات.

ومن أجل تقديم الإعلانات الأكثر ملاءمة لاهتمامات المستخدم، يتم الحصول على معلومات عن عادات ورغبات مستخدم الإنترنت، هذه المعلومات تصبح "المادة الخام التي يتم معالجتها بشكل يخدم العالم الاقتصادي".⁽²⁾ عن طريق قيام الشركات الخاصة باستغلال هذه المعلومات لأغراض توجيه الإعلانات المناسبة التي تهم المستخدم. فعلى سبيل المثال يقوم المستخدم أثناء إجرائه عملية شراء عبر موقع التسوق الشهير (Amazon) بتمرير المعلومات على موقع أمازون، وهذا

(¹) Antoinette Rouvroy : « Réinventer l'art d'oublier et de se faire oublier dans la société de l'information ? » in La sécurité de l'individu numérisé, Réflexions prospectives et internationales, S. Lacour (dir.), L'Harmattan 2010, p.249s.

(²) Ibid.

يستدعي وجوب قيام العملاء بإنشاء حساب ويضع كافة البيانات الخاصة به بما في ذلك بيانات الاتصال الشخصي. وبالتالي يحصل المورد على معلومات قيمة تجعله قادراً فيما بعد على تخصيص عروضه لهم. أو قد يتم الحصول على هذه الاهتمامات من خلال معالجة معلومات تواصل الشخص على مواقع التواصل الاجتماعي مثل فيس بوك أو تويتر، وبالتالي يتحقق يحصل المعن على اهتمامات الشخص ويستطيع عرض السلع أو الخدمات التي يعلم مسبقاً بحاجته لها بطريقة تجعله يُقدم على التعاقد عليها دون تأخير في معظم الأحيان. لكن تدق المشكلة عندما يتعلق الأمر بمعلومات يمكن أن تستخدم ضد الشخص المعني مثل البيانات الخاصة بالرأي السياسي أو الميل الجنسي على سبيل المثال. وهذا هو الحال أيضاً بالنسبة للبيانات التي يمكن أن تكون مصدراً للمعلومات للبنوك، وشركات التأمين أو حتى أصحاب العمل... إلخ (1)

وبطبيعة الحال، فإن شبكة الإنترنت تعتبر أداة للاتصال وتبادل المعلومات، وبالتالي فهي تتيح للمشغلين الاقتصاديين الذين يستغلونها أن يبنوا تراثاً معلوماتياً ذا قيمة مضافة عالية لا يمكن معه الاعتراف بحق الشخص المعني في النسيان.

وفي هذا السياق من المصالح المتضاربة ينبغي بذل محاولة لتعريف الحق في النسيان. والصعوبة الرئيسية التي تواجه تعريف الحق في النسيان هي تعقيد مفهوم النسيان. فالنسيان هو في الواقع، قبل أي شيء آخر، - ظاهرة نفسية طبيعية -

(1) Ibid.

ولذلك، فالرغبة في تحديد الحق في النسيان تتبدى في محاولة إعطاء معني قانوني لفكرة نفسية.

وعلاوة علي ذلك، عندما يتوخى القانوني تطبيق الحق في نسيان التكنولوجيات الجديدة - وهو الحق في النسيان الرقمي - فإنه يواجه تناقضا: فهو يستخدم صكا قانونيا لتحقيق نتيجة نفسية، ونتيجة لذلك التكنولوجيا مصممة خصيصا للقتال.

ويمكن تحديد مفهوم الحق في النسيان حاليا بتحديد الغرض الأساسي منه: "استبعاد أي خطر بأن يكون الشخص الذي أودع البيانات الحق في أن تُنسى وتُحذف بياناته بشكل تلقائي بغض النظر عن موافقة هذا المستخدم مسبقاً على معالجتها، وفي ذات لا يمكن أن ننكر حق القائم المعالجة في استخدام حقه في استغلال البيانات الشخصية في الأغراض التي تمت معالجتها من أجلها بناءً على موافقة صريحة ومستتيرة من المستخدم، ومن أجل التوفيق بين هذين الحقين، ينبغي التأكيد أيضا على الحق في احترام الخصوصية. لأن للشخص الاحتجاج بالحق في نسيان بياناته على سند أن له امتيازاً يبرر الاحتجاج بهذا الحق.

بيد أن الأمر لا يتعلق بالطرح الكامل للبيانات؛ لأنه حتى لو كان للفرد امتياز على بياناته الشخصية، إلا أنه يظل مدينا بالتزامات تجاه المجتمع الذي ينتمي إليه، وقد يتعارض بالضرورة مع حقوق الأفراد الآخرين. ولذلك، إذا كان الحق في النسيان مكرساً لصالح المستخدم، فإنه لا يمكن أن يكون بشكل أو بطريقة مطلقة أو غير مقننة أو منظمة.

ويبدو هذا النهج القانوني في الواقع مفراطاً في التبسيط ولا يكشف عن البيئة القانونية الكاملة للحق في النسيان، بالتالي فإن هناك غموضاً واختلافاً حول طبيعة هذا الحق وما ينشأ عنه من إشكالات قانونية.

بصورة أعم، يمكن التأكيد على أن هناك العديد من الآليات القانونية التي لا يشار إليها صراحة بوصفها أدوات للحق في النسيان ولكنها مستوحاة بصوره غير مباشرة تحقيقاً للعدالة؛ لأنها تحمي الأفراد من الإفراط في التدفقات والتجاوزات في استخدام المعلومات وحفظها والتعامل عليها بشكل مطلق ولا نهائي. وبالتالي فإن الحق في النسيان ليس مفهوماً جديداً تماماً من عدم. (1)

وعلاوة على ذلك، فمن الناحية العملية، فقد كان القاضي يجتهد في محاولة إيجاد الأساس القانوني السليم في ضوء قواعد العدالة الذي يستطيع الارتكاز عليه عندما يُطلب منه الاعتراف بالحق في النسيان الرقمي الذي لم يكن مقنناً كما هو الحال في اللائحة الأوروبية الصادر عام 2016م؛ لأنه لا يمكنه رفض البت في النزاع بحجة انه ليس له أساس قانوني كاف، وإلا اعتبر مرتكباً لجريمة إنكار العدالة.

(1) " سيكون المرء تحت أنوف بعض الاقتصاديين، مثل الوشاح الأحمر أمام أعين الثور" تعبير استخدمته Maryline Boizard في بحثها "LE DROIT A L'OUBLI":

Maryline Boizard: LE DROIT A L'OUBLI E DROIT A L'OUBLI ; Faculté de droit et de science politique, Rennes 1 Institut de l'Ouest : Droit et Europe IODE UMR CNRS 6262 Recherche réalisée avec le soutien de la Mission de recherche Droit et Justice Février 2015 ; p.17

ومع ذلك، فإن الحق في النسيان الرقمي والتصور الذي لدينا اليوم يجب أن يتم تفسيره على نطاق واسع؛ لأنه من الواضح تماماً أن تطوير تقنيات الاتصال ونشر المعلومات عبر الإنترنت - لا سيما نمو الشبكات الاجتماعية - يعطي إشكالية الحق في النسيان بعداً واسعاً.

ومع ذلك، فإن تعريفها خضع من الجانب الفقهي الفرنسي لتفسيرات عديدة مختلفة، فهناك تفسير يرى أنه يجب أن تمحى من تلقاء نفسها دون طلب من الشخص المعني⁽¹⁾، واتجاه آخر يرى أنها تأتي في سياق "الحق في الخصوصية، ومن ثم فإن الحق في النسيان سيكون نتيجة للحق في الخصوصية.⁽²⁾ وتفسير ثالث يقرر أن الحق في النسيان أقرب إلى "الحق في تقرير المصير المعلوماتي".⁽³⁾ وهنا

(¹) A. BELLEIL : E-privacy : le marché des données personnelles : protection de la vie privée à l'âge d'Internet, Dunod, 2001, p.11.

(²) Roseline LETTERON « Le droit à l'oubli », Revue du droit public, 1996, T. CV, n°2, p. 32

(³) Ce droit a fait l'objet de nombreux développements, notamment de la part d'Yves POULLET et d'Antoinette ROUVROY, à la suite d'un arrêt venu consacrer ce droit, rendu par la Cour Constitutionnelle fédérale allemande du 15 décembre 1983 (BVGE 65, 1.). Voir également Y. POULLET, J.-M. DINANT, avec la collaboration de C. de TERWANGNE ET M.-V. PEREZ-ASINARI : « L'autodétermination informationnelle à l'ère de l'Internet », Rapport pour le Comité

سيكون الأمر متعلقاً بتحويل الشخص سلطة البت في مدى إمكانية معالجة المعلومات المتعلقة به والإبلاغ عنها والاحتفاظ بها، عقب انتهاء الغرض من المعالجة الأولى التي وافق عليها، أو انتهاء المدة التي سمح بها في موافقته الأولى. وبالتالي ووفقاً لهذا الاتجاه فإن الحق في النسيان سيكون بالتالي هو الحق في أن يقرر بنفسه ما هي المعلومات المتعلقة به التي يجب أن تقع في طي "النسيان".

ومن وجهة نظرنا، يبدو أن الحق في النسيان الرقمي يختلف عن "الحق في تقرير المصير المعلوماتي"، الذي ينطوي في الواقع على إتقان عام للمعرفة به. والواقع أن الحق في النسيان بالمعني الدقيق، لا يشير سوى إلى اختفاء الذكرى ومن ثم السيطرة على "النسيان".

ويبدو أن تنوع هذا النهج واختلاف الرؤى حول هذا الحق يُعزى إلى غموض مصطلح "الحق في النسيان" في حد ذاته. والسبب في ذلك أن النسيان يشمل أمرين منفصلين تماماً. الأول يخص النسيان كحقيقة نفسية (اختفاء الذكرى)، وعلى

consultatif de la convention pour la protection des personnes à l'égard du traitement automatisé des données à caractère personnel (T-PD), Conseil de l'Europe, Strasbourg, 18 novembre 2004. Disponible via le lien: <https://rm.coe.int/16806ae51f>

الجانب الآخر يخص الحقيقة الملموسة التي يجب أن نستوعبها وهي (اختفاء المعلومات من على الشبكة الرقمية).

وعلى ذلك يمكن تحديد طبيعة الحق في النسيان بأنه حذف المعلومات مباشرة من "الذاكرة الرقمية"، أي المعلومات المتعلقة بشخص محدد يمكن التعرف عليه، والتي يتم الاحتفاظ بها في الذاكرة الرقمية.

أما الغرض من الحق في النسيان الرقمي يتمثل في حماية الشخص المعني من عدم المساس به بسبب معلومات تخص ماضيه، على أساس أن الفرد يتمتع بسلطة تتمثل في أن يكون للفرد الحق في وجود أو اختفاء المعلومات المتعلقة به. وبالتالي فإن من حق مستخدمي الإنترنت اختفاء "ذكرياته الرقمية وبيانات التصفح وسائر أنماط الكائنات الرقمية من على شبكات ومواقع الإنترنت.

وفي هذا المقام يمكن أن نطرح سؤالاً حول الأهمية التي يكتسبها هذا الحق من خلال الخدمات التي تُقدم عبر شبكات التواصل الاجتماعي (services de réseautage social) وتتمثل الإجابة في أن تلك الأهمية تظهر من خلال تطبيق القواعد الحاكمة والمنظمة لـ "الحق في النسيان الرقمي" والتي تبرز في جميع الأماكن التي يتوفر لها الاتصال بشبكة الإنترنت.

والشبكات الاجتماعية اليوم هي واحدة من أهم هذه الأماكن، والابتكارات الأكثر تميزاً على شبكة الإنترنت، وقد تطورت بسرعة فائقة في السنوات الأخيرة، سواءً بظهور شبكات جديدة أو بالزيادة الكبيرة في عدد أعضائها. وعرفها الفقه بأنها

"منصات اتصال إلكترونية تمكن الناس من إنشاء شبكات من المستخدمين الذين يتقاسمون المصالح المشتركة.

وتكمن خصوصية الحق في النسيان الإلكتروني من خلال بيان الخصائص المشتركة التي تتمتع بها هذه الشبكات وهي أن تتم دعوة المستخدمين إلى تقديم بيانات شخصية لتشكيل "ملف تعريف خاص بكل مشترك، هذا من ناحية، ومن ناحية ثانية فإنها تتيح لأعضائها أدوات تمكنهم من وضع المحتوى الخاص بهم عبر الإنترنت (مثل الصور، والتعليقات، والموسيقى، وأشرطه الفيديو أو وصلات إلى مواقع أخرى، الخ. ومن ناحية ثالثة: يوجد تحت تصرف كل عضو أيضا قائمه بالاتصالات التي تمكنه من أن يتفاعل مع باقي الأعضاء المشتركين بنفس الشبكة. وأخيرا، يتم تمويل الخدمات التي تقدمها الشبكات الاجتماعية من إيرادات الإعلانات على صفحات ويب التي يقوم المستخدمون بالوصول إليها.

فالمعلومات المقدمة من المستخدمون والتي يضعونها بملفات التعريف على حسابهم الشخصي على الشبكة الاجتماعية يتم استهدافها من قبل مختلف المعلنين، وبالتالي يعتمد نجاح الشبكة بشكل كبير على كم المعلومات المقدم من أعضائها. فعن طريق البيانات الشخصية والآراء وبيانات التصفح والبحث تقوم الشبكات الاجتماعية بتقديم ميزات مختلفة، ومتابعة الأهداف، التي يمكن أن يكون لها

غرض اجتماعي بحت (Twitter، YouTube، Facebook، Myspace، Google+،⁽¹⁾).

وفي الواقع نجد أن الشبكات الاجتماعية تعتمد علي الحجة القائلة بأن أي عضو في يملك حساباً على الشبكة، على علم تام بشروط وأحكام النشر واستخدام بياناته الشخصية من خلال "الأحكام والشروط العامة" التي علم بها وقبلها عند قيامه بإتمام عملية التسجيل. بالإضافة إلى أن المستخدم يمكنه، من خلال "إعدادات الخصوصية"، تقييد الوصول إلى المعلومات التي ينشرها على الحساب الخاص به؛ لأنها من الناحية النظرية ممنوعة التسجيل إلا بعد بلوغ الشخص سناً معينة (13 عاماً) الحد الأدنى على موقع الفيس بوك على سبيل المثال).

بيد أنه من الناحية العملية، نجد في بعض الأحيان أن البعض لا يقرأ "الشروط العامة للاستخدام" وانه غالباً ما يتم فتح مشاركة جميع البيانات بشكل افتراضي لكافة المستخدمين والموجودين على الصفحة أو الحساب وهو ما أشارت الدراسات إلى أن سببه يعزى إلى تزايد أعداد المراهقين الصغار جداً الذين لا يبلغون العمر

(¹) سيد، أشرف جابر الجوانب القانونية لمواقع التواصل الاجتماعي "مشكلات الخصوصية وحرية التعبير والملكية الفكرية والإثبات مع التركيز على موقعي فيس بوك وتويتر، مرع سابق الإشارة إليه، ص 23 وما بعدها.

المتطلب قانوناً للتسجيل وإنشاء الحساب في الشبكات الاجتماعية، ويجهلون خطورة مشاركة هذه البيانات.⁽¹⁾

(1) Article 8 – Conditions applicables au consentement des enfants en ce qui concerne les services de la société de l'information

Lorsque l'article 6, paragraphe 1, point a), s'applique, en ce qui concerne l'offre directe de services de la société de l'information aux enfants, le traitement des données à caractère personnel relatives à un enfant est licite lorsque l'enfant est âgé d'au moins 16 ans. Lorsque l'enfant est âgé de moins de 16 ans, ce traitement n'est licite que si, et dans la mesure où, le consentement est donné ou autorisé par le titulaire de la responsabilité parentale à l'égard de l'enfant.

Les États membres peuvent prévoir par la loi un âge inférieur pour ces finalités pour autant que cet âge inférieur ne soit pas en-dessous de 13 ans.

Le responsable du traitement s'efforce raisonnablement de vérifier, en pareil cas, que le consentement est donné ou autorisé par le titulaire de la responsabilité parentale à l'égard de l'enfant, compte tenu des moyens technologiques disponibles.

Le paragraphe 1 ne porte pas atteinte au droit général des contrats des États membres, notamment aux règles concernant la validité, la formation ou les effets d'un contrat à l'égard d'un enfant. Voir <https://www.cnil.fr/fr/reglement-europeen-protection-donnees/chapitre2#Article8> Visiter le site au 11/03/2018

وهنا يبرز التساؤل حول تحديد من له الحق في النسيان الرقمي عبر الشبكات الاجتماعية؟ وما الحالات التي يحق فيها للشخص المعني ممارسة هذا الحق على بياناته؟ ونجيب على ذلك على النحو التالي:

أولاً : تحديد من له الحق في ممارسة النسيان الرقمي:

بعد تحديد الخطوط العريضة لمفهوم الحق في النسيان يمكن أن نحدد من له الحق في ممارسة النسيان الرقمي من خلال التقيد بتفسير نص المادة السابعة عشر من اللائحة الأوروبية الجديدة 679 / 2018 والتي نصت على الحق في محو البيانات الشخصية أو ما يعرف بالحق في النسيان بقولها "للشخص المعني الحق في الحصول على محو البيانات الشخصية في أقرب وقت ممكن، وعلى القائم بالمعالجة الالتزام بمحو هذه البيانات الشخصية في أقرب وقت ممكن.... "

Selon une étude réalisée en 2011 par TNS SOFFRES pour le compte de la CNIL, près de 20% des moins de 13 ans ont un compte 48% des enfants de 8-17 ans sont connectés à un réseau social (Facebook).
[http://www.cnil.fr/la-cnil/actu-cnil/article/article/reseaux-sociaux-queles-sont-les-pratiques-de-nosenfants-quel-est-le-role-des-parents/?tx_ttnews\[backPid\]=2&cHash=66639ddc7d](http://www.cnil.fr/la-cnil/actu-cnil/article/article/reseaux-sociaux-queles-sont-les-pratiques-de-nosenfants-quel-est-le-role-des-parents/?tx_ttnews[backPid]=2&cHash=66639ddc7d) Visiter le site au 03/11/2018. Voir Aussi :

Emmanuel DECAUX : « La protection de la vie privée au regard des données informatiques », Revue électronique Droits fondamentaux, n° 7, janvier 2008 – décembre 2009, p.3.

ومن خلال النص السابق يتضح أن الشخص المعني هو فقط الشخص صاحب البيانات الشخصية الذي أعطى الموافقة على معالجتها.⁽¹⁾

(¹) Règlement (UE) 2016/679, Art. 17 – Droit à l'effacement («droit à l'oubli»)

La personne concernée a le droit d'obtenir du responsable du traitement l'effacement, dans les meilleurs délais, de données à caractère personnel la concernant et le responsable du traitement a l'obligation d'effacer ces données à caractère personnel dans les meilleurs délais, lorsque l'un des motifs suivants s'applique:

a) les données à caractère personnel ne sont plus nécessaires au regard des finalités pour lesquelles elles ont été collectées ou traitées d'une autre manière;

b) la personne concernée retire le consentement sur lequel est fondé le traitement, conformément à l'article 6, paragraphe 1, point a), ou à l'article 9, paragraphe 2, point a), et il n'existe pas d'autre fondement juridique au traitement;

c) la personne concernée s'oppose au traitement en vertu de l'article 21, paragraphe 1, et il n'existe pas de motif légitime impérieux pour le traitement, ou la personne concernée s'oppose au traitement en vertu de l'article 21, paragraphe 2;

d) les données à caractère personnel ont fait l'objet d'un traitement illicite;

e) les données à caractère personnel doivent être effacées pour respecter une obligation légale qui est prévue par le droit de l'Union ou

par le droit de l'État membre auquel le responsable du traitement est soumis;

f) les données à caractère personnel ont été collectées dans le cadre de l'offre de services de la société de l'information visée à l'article 8, paragraphe 1.

Lorsqu'il a rendu publiques les données à caractère personnel et qu'il est tenu de les effacer en vertu du paragraphe 1, le responsable du traitement, compte tenu des technologies disponibles et des coûts de mise en œuvre, prend des mesures raisonnables, y compris d'ordre technique, pour informer les responsables du traitement qui traitent ces données à caractère personnel que la personne concernée a demandé l'effacement par ces responsables du traitement de tout lien vers ces données à caractère personnel, ou de toute copie ou reproduction de celles-ci.

Les paragraphes 1 et 2 ne s'appliquent pas dans la mesure où ce traitement est nécessaire:

a) à l'exercice du droit à la liberté d'expression et d'information;

b) pour respecter une obligation légale qui requiert le traitement prévue par le droit de l'Union ou par le droit de l'État membre auquel le responsable du traitement est soumis, ou pour exécuter une mission d'intérêt public ou relevant de l'exercice de l'autorité publique dont est investi le responsable du traitement;

c) pour des motifs d'intérêt public dans le domaine de la santé publique, conformément à l'article 9, paragraphe 2, points h) et i), ainsi qu'à l'article 9, paragraphe 3;

إنّ للشخص المعني الحق في السيطرة على كافة بياناته الشخصية، ويتجسد ذلك خلال فترة محددة من الاحتفاظ بالبيانات، بالحق في الحصول على معلومات عن موضوعها، والحق في الوصول إليها متى شاء، والحق في التصحيح والحذف منها، والحق في المعارضة على عملية المعالجة التي تتم عليها. أي أن الشخص المعني له الحق في السيطرة على بياناته والتأكد بالفعل من اختفائها الكامل والفعلي. مع الأخذ في الاعتبار القيود التقنية الخاصة بالإنترنت؛ لأن عملية اختفاء البيانات من على جميع المواقع ومحركات البحث تُعدّ أمراً صعباً لنشرها في أماكن عديدة بالإضافة لوجودها لدى الكثير من الأشخاص.

ثانياً: الحالات التي يحق فيها للشخص المعني ممارسة هذا الحق على والحالات المستثناة من ذلك:

d) à des fins archivistiques dans l'intérêt public, à des fins de recherche scientifique ou historique ou à des fins statistiques conformément à l'article 89, paragraphe 1, dans la mesure où le droit visé au paragraphe 1 est susceptible de rendre impossible ou de compromettre gravement la réalisation des objectifs dudit traitement; ou

e) à la constatation, à l'exercice ou à la défense de droits en justice.

1. باستقراء نص المادة السابعة عشر من اللائحة الأوروبية السابق الإشارة إليها⁽¹⁾ نلاحظ أنها أوجبت في الفقرة الأولى منها محو البيانات الشخصية دون تأخير لا مبرر له إذا انطبق أحد الأسباب التالية:

أ- إذ لم تعد البيانات الشخصية ضرورية فيما يتعلق بالأغراض التي جمعت من أجلها أو تمت معالجتها بطريقة أخرى غير المتفق عليها.

ب- إذا سحب الشخص المعني الموافقة التي تستند إليها المعالجة، بالإضافة لعدم وجود سبب قانوني آخر للمعالجة، وفي حالة معالجة البيانات الشخصية بصورة غير قانونية.

ت- محو البيانات الشخصية إذا نص القانون على ذلك.

ث- أجازت اللائحة الأوروبية محو البيانات الشخصية التي يتم جمعها كمتطلب للحصول على خدمات مجتمع المعلومات، إذا تم هذا المتطلب بشكل غير قانوني وأشار إلى المعلومات التي يتم الحصول عليها من الأطفال بقوله في نص الفقرة الأولى من المادة الثامنة من اللائحة "تكون معالجة البيانات الشخصية للطفل قانونية إذا كان عمر الطفل ست عشرة سنة على الأقل. وإذا كان الطفل دون سن السادسة عشرة، لا تكون هذه المعالجة قانونية إلا إذا كان الشخص الذي يتحمل المسؤولية الأبوية علي الطفل أعطى الأذن بذلك القبول.

(¹) Ibid.

كما أعطى النص الحق للدول الأعضاء في تضمين قوانينهم الداخلية النص بموجب القانون علي سن أدنى لهذه الأغراض، شريطة ألا يقل هذا العمر عن ثلاث عشرة سنة.⁽¹⁾

2. وقد أضاف المشرع الأوروبي إلى ما سبق حالة أخرى هي تلك الحالة التي يكون فيها المتحكم في البيانات الشخصية قد جعلها علنية فهو ملزم بموجب الفقرة الأولى من ذات المادة بمحو هذه البيانات الشخصية. على أن يأخذ في الاعتبار التكنولوجيا المتاحة وتكلفه التنفيذ، بما في ذلك التدابير التقنية، لإبلاغ الذين يعالجون البيانات الشخصية أن البيانات محل المعالجة تقدم بشأنها طلب لمحوها، ومنع نسخ أو تكرار، تلك البيانات الشخصية.

أما الحالات المستثناة مما سبق هي على النحو التالي:

(¹) Article 8: Conditions applicable to child's consent in relation to information society services

1. Where point (a) of Article 6(1) applies, in relation to the offer of information society services directly to a child, the processing of the personal data of a child shall be lawful where the child is at least 16 years old. Where the child is below the age of 16 years, such processing shall be lawful only if and to the extent that consent is given or authorised by the holder of parental responsibility over the child.

Member States may provide by law for a lower age for those purposes provided that such lower age is not below 13 years.

أ- ممارسة الحق في حرية التعبير والإعلام.

ب- الامتثال لالتزام قانوني يتطلب المعالجة بموجب قانون الاتحاد أو الدولة العضو التي يخضع لها المتحكم أو لأداء مهمة يضطلع بها للصالح العام.

ت- لأسباب تتعلق بالمصلحة العامة في مجال الصحة العامة كالمعالجة التي تجري لأغراض الوفاء بالتزامات وممارسه حقوق محدد في ميدان العمل والضمان الاجتماعي، أو المعالجة التي تتم للوقاية من الأوبئة والأمراض الخطيرة التي تهدد الصحة عبر الحدود أو لضمان مستويات عالية من الجودة والسلامة في الرعاية الصحية والمنتجات الطبية، أو تلك التي تتم لأغراض البحث العلمي أو التاريخي أو للأغراض الإحصائية مع الحرص على احترام جوهر الحق في حماية البيانات والنص على تدابير مناسبة ومحدده لحماية الحقوق الأساسية ومصالح الشخص المعني. وكذلك المعالجة التي تتم لأغراض الطب الوقائي أو المهني، لتقييم قدرة الموظف على العمل، والتشخيص الطبي، وتوفير الرعاية الصحية أو الاجتماعية أو العلاج أو إدارة نظم الرعاية الصحية أو الاجتماعية.⁽¹⁾

(¹) 2.Paragraph 1 shall not apply if one of the following applies:

(a) the data subject has given explicit consent to the processing of those personal data for one or more specified purposes, except where Union or Member State law provide that the prohibition referred to in paragraph 1 may not be lifted by the data subject;

(b) processing is necessary for the purposes of carrying out the obligations and exercising specific rights of the controller or of the data subject in the field of employment and social security and social protection law in so far as it is authorised by Union or Member State law or a collective agreement pursuant to Member State law providing for appropriate safeguards for the fundamental rights and the interests of the data subject;

(c) processing is necessary to protect the vital interests of the data subject or of another natural person where the data subject is physically or legally incapable of giving consent;

(d) processing is carried out in the course of its legitimate activities with appropriate safeguards by a foundation, association or any other not-for-profit body with a political, philosophical, religious or trade union aim and on condition that the processing relates solely to the members or to former members of the body or to persons who have regular contact with it in connection with its purposes and that the personal data are not disclosed outside that body without the consent of the data subjects;

(e) processing relates to personal data which are manifestly made public by the data subject;

(f) processing is necessary for the establishment, exercise or defence of legal claims or whenever courts are acting in their judicial capacity;

(g) processing is necessary for reasons of substantial public interest, on the basis of Union or Member State law which shall be proportionate to the aim pursued, respect the essence of the right to data protection and provide for suitable and specific measures to safeguard the fundamental rights and the interests of the data subject;

(h) processing is necessary for the purposes of preventive or occupational medicine, for the assessment of the working capacity of the employee, medical diagnosis, the provision of health or social care or treatment or the management of health or social care systems and services on the basis of Union or Member State law or pursuant to contract with a health professional and subject to the conditions and safeguards referred to in paragraph 3;

(i) processing is necessary for reasons of public interest in the area of public health, such as protecting against serious cross-border threats to health or ensuring high standards of quality and safety of health care and of medicinal products or medical devices, on the basis of Union or Member State law which provides for suitable and specific measures to safeguard the rights and freedoms of the data subject, in particular professional secrecy;

(j) processing is necessary for archiving purposes in the public interest, scientific or historical research purposes or statistical purposes in accordance with Article 89(1) based on Union or Member State law which shall be proportionate to the aim pursued, respect the essence of the right to data protection and provide for suitable and specific measures to safeguard the fundamental rights and the interests of the data subject.

3. Personal data referred to in paragraph 1 may be processed for the purposes referred to in point (h) of paragraph 2 when those data are processed by or under the responsibility of a professional subject to the obligation of professional secrecy under Union or Member State law or rules established by national competent bodies or by another person also subject to an obligation of secrecy under Union or Member State law or rules established by national competent bodies.

ث- لأغراض الحفظ من أجل المصلحة العامة أو لأغراض البحث العلمي أو التاريخي أو للأغراض الإحصائية وفقاً للمادة التاسعة والثمانين من اللائحة الأوروبية محل الدراسة.

ج- لإنشاء المطالبات القانونية أو ممارستها أو الدفاع عنها.

المبحث الثالث

معالجة البيانات الشخصية لأغراض إعلانية أو لأغراض البحث العلمي أو التاريخي أو للأغراض الإحصائية

عالجت المادة التاسعة والثمانين من اللائحة الأوروبية، الضمانات والاستثناءات المتعلقة بالمعالجة والتجهيز لأغراض الحفظ للمصلحة العامة أو لأغراض البحث العلمي أو التاريخي أو للأغراض الإحصائية.⁽¹⁾

ومن بين الإشكاليات ذات الأهمية القصوى التي يثيرها معالجة البيانات الشخصية مسألة خضوع المعالجة لأغراض الحفظ للمصلحة العامة أو للأغراض البحث العلمي أو التاريخي أو للأغراض الإحصائية، من أجل الحصول على الضمانات المناسبة التي تكفل حماية الحقوق والحريات المتعلقة بالشخص المعني.

وتكفل هذه الضمانات اتخاذ التدابير التقنية والتنظيمية على وجه الخصوص من أجل ضمان احترام مبدأ تقليل البيانات إلى الحد الأدنى اللازم لعملية لمعالجة وتجهيز البيانات الشخصية لأغراض التسويق المباشر، وقد تشمل هذه التدابير وأمن البيانات شريطة أن يتسنى الوفاء بتلك الأغراض بهذه الطريقة. ويكون للشخص المعني في جميع الأحوال - بصفة عامة - الحق في أن يعترض في أي

(¹) Article 89: Safeguards and derogations relating to processing for archiving purposes in the public interest, scientific or historical research purposes or statistical purposes.

وقت على تجهيز البيانات الشخصية المتعلقة به بالنسبة لهذا التسويق، والتي تشمل المعالجة الآلية بقدر ارتباطها بالتسويق المباشر.⁽¹⁾

وقد أجاز المشرع الأوروبي في نص الفقرة الثانية من هذه المادة أن ينص في قانون الاتحاد أو الدولة العضو على أنه "عندما تجهز البيانات الشخصية لأغراض البحث العلمي أو التاريخي أو للأغراض الإحصائية، يجوز أن ينص على عدم التقيد بالحقوق المشار إليها في المواد الخامسة عشر والسادسة عشر و الثامنة عشر والحادية والعشرين إذا كانت هذه الحقوق مستحيلة أو تعيق بشكل كبير تحقيق هذه الأغراض... " كل ذلك شريطة أن يتم الوفاء بالشروط والضمانات المشار إليها في هذه المادة.⁽²⁾

أما في حالة معالجة وتجهيز البيانات الشخصية لأغراض الحفظ من أجل المصلحة العامة، فقد أجاز المشرع الأوروبي أيضاً على أنه "يجوز أن ينص قانون الاتحاد

⁽¹⁾ وفي الحالات التي يمكن فيها الوفاء بهذه الأغراض عن طريق التجهيز الإضافي الذي لا يسمح بتحديد المواد الخاصة بالبيانات أو التي لم تعد تسمح بذلك، يتم الوفاء بهذه الأغراض بهذه الطريقة. انظر نص المادة 89 أنف الذكر.

⁽²⁾ 89/2. Where personal data are processed for scientific or historical research purposes or statistical purposes, Union or Member State law may provide for derogations from the rights referred to in Articles 15, 16, 18 and 21 subject to the conditions and safeguards referred to in paragraph 1 of this Article in so far as such rights are likely to render impossible or seriously impair the achievement of the specific purposes, and such derogations are necessary for the fulfilment of those purposes.

أو الدولة العضو علي عدم التقيد بالحقوق المشار إليها في المواد الخامسة عشر والسادسة عشر و الثامنة عشر والتاسعة عشر والعشرين والحادية والعشرين من حيث إن هذه الحقوق من المرجح أن تجعل من المستحيل أو تعيق بشكل خطير تحقيق الأغراض المحددة، وهذه الاستثناءات ضرورية لتحقيق تلك الأغراض.⁽¹⁾

وقد شدد المشرع الأوروبي على عدم التوسع في هذه الاستثناءات فنجده قد قام بالنص على أنه في الحالات التي يخدم فيها تجهيز ومعالجة البيانات المشار إليه في الفقرتين الثانية و الثالثة من المادة التاسعة والثمانين في الوقت ذاته غرضاً آخر، فلا تنطبق الاستثناءات المنصوص عليها في هذه الحالة، وبالتالي لا يجوز التوسع فيها أو القياس عليها.⁽²⁾

ويُفهم مما سبق أن عملية تجهيز البيانات الشخصية أو معالجتها لغرض من أغراض الإعلان أو لأغراض البحث العلمي أو التاريخي أو للأغراض الإحصائية

(¹) 89/3 Where personal data are processed for archiving purposes in the public interest, Union or Member State law may provide for derogations from the rights referred to in Articles 15, 16, 18, 19, 20 and 21 subject to the conditions and safeguards referred to in paragraph 1 of this Article in so far as such rights are likely to render impossible or seriously impair the achievement of the specific purposes, and such derogations are necessary for the fulfilment of those purposes.

(²) 89/4. Where processing referred to in paragraphs 2 and 3 serves at the same time another purpose, the derogations shall apply only to processing for the purposes referred to in those paragraphs.

التي نص عليها المشرع الأوروبي على سبيل الحصر، وبالتالي فلا يجوز أن ينسحب هذا التجهيز لخدمة أغراض أخرى غير تلك التي نص عليه القانون الأوروبي.

فإذا حدث وأن استفاد من تجهيز البيانات غرض آخر فللشخص المعني الحق في الاعتراض على هذا التجهيز وتلك المعالجة وما يترتب عليها من آثار مع الاحتفاظ بحقه في الرجوع بالتعويض على المتسبب في ذلك واقتضاء التعويض اللازم وفق ما تقتضيه المادة الثانية والثمانين من هذه اللائحة.

المبحث الرابع

معالجة البيانات في سياق علاقات العمل⁽¹⁾

إن المعالجة الخاطئة لبيانات المُستخدمين وتحليلها على نحو غير مطابق للواقع أو غير دقيق يشكل صورة أخرى من صور التعدي على حياتهم الخاصة، لا سيما وأن هذه البيانات قد تترك آثاراً سيئة على سيرة العامل أو صورته لدى المتعاملين معه والمحيطين به وتلحق به أضراراً خاصة بالنسبة لوضعه الاجتماعي أو مركزه المالي أو مستقبله الوظيفي في محيط عمله.⁽²⁾

ومن أجل منع الإضرار السابقة وغيرها، أجازت اللائحة الأوروبية الحديث للدول الأعضاء أن تضمن قوانينها الداخلية بموجب القانون أو بواسطة اتفاقات جماعية، قواعد دقيقة لضمان حماية الحقوق والحريات فيما يتعلق بتجهيز ومعالجة البيانات الشخصية للعمال في إطار علاقات العمل، لأغراض عديدة من بينها التوظيف، وتنفيذ عقد العمل، بما في ذلك الامتثال للالتزامات المنصوص عليها في القانون أو الاتفاقات الجماعية، والإدارة، والتخطيط، وتنظيم العمل، المساواة والتنوع في مكان

⁽¹⁾ تجدر الإشارة إلى أن 10% من الشكاوى التي تلقتها اللجنة الوطنية للحرية والمعلوماتية في عام 2012 كانت لها صلة مباشرة بعالم الأعمال. راجع في ذلك الرابط التالي:

<https://www.captaincontrat.com/articles-gestion-entreprise/limites-protection-donnees-personnelles-salarie>

⁽²⁾ د.محمد سامي عبدالصديق : شبكات التواصل الاجتماعي ومخاطر انتهاك الحق في الخصوصية، مرجع سابق الإشارة إليه، ص 66.

العمل، والصحة والسلامة في الأعمال، وحماية الممتلكات التي يملكها رب العمل أو الزبون، وبغرض ممارسة الحقوق والاستحقاقات المتصلة بالعمل والتمتع بها، على أساس فردي أو جماعي، وكذلك لغرض إنهاء علاقة العمل.

ويجب أن تشمل هذه القواعد التدابير المناسبة والمحددة لحماية الكرامة الإنسانية والمصالح المشروعة والحقوق الأساسية للأشخاص المعنيين، مع إيلاء اهتمام خاص للشفافية في المعاملة ونقل البيانات الشخصية بإنشاء نظام أو سجل داخلي للبيانات في مكان العمل أو لدى مجموعة من الشركات العاملة في النشاط الاقتصادي المشترك.⁽¹⁾ ويمكن تقسيم الحديث في هذا الصدد على مرحلتين:

الأولى - معالجة وتجهيز البيانات في سياق التقدم لشغل الوظيفة من أجل أغراض التوظيف:

إن معالجة وتجهيز البيانات في سياق التوظيف، لا يعطي الحق لجهة العمل في استخدام البيانات المجمعة إلا لتقييم قدرة المرشح علي شغل الوظيفة المقترحة فقط. ويحظر على جهة العمل أن تقوم بجمع معلومات عن والديه أو الأشقاء أو الآراء السياسية أو عضوية النقابات. كما يحظر جمع وحفظ البيانات الشخصية التي تكشف، بصورة مباشرة أو غير مباشرة، عن الأصل العرقي أو الاثني أو الآراء

⁽¹⁾ نصت الفقرة الثالثة من هذه المادة على وجه التحديد على أن "تخطر كل دولة عضو اللجنة بالأحكام القانونية التي تعتمدها بموجب الفقرة 1 بحلول 25 أيار/مايو 2018 على أقصى تقدير، ودون تأخير، بأي تعديلات لاحقة تتعلق بها.

السياسية أو الفلسفية أو الدينية أو الانتماءات النقابية، وكذلك كافة المعلومات المتعلقة بصحة الأشخاص أو حياتهم الجنسية أو غير ذلك.

كما أن وفقاً للقواعد العامة في عملية معالجة، لا يمكن جمع هذه البيانات إلا إذا كانت هذه المعلومات غير متصلة اتصالاً مباشراً وضرورياً بالوظيفة المقترحة. ولذلك، لا يمكن جمع هذه المعلومات إلا في بعض الحالات التي تبررها - على النحو الواجب - خصوصية الوظيفة التي يتعين ملؤها. وبمجرد الانتهاء من تقييم المرشحين، يمكن تخزين المعلومات التي يتم جمعها في قاعده بيانات تُنشأ خصيصاً لهذا الغرض.

وإجمالاً، يجب اتباع القواعد التي تكفل احترام حقوق وحرية العمال والمتقدمين لشغل الوظائف عن طريق التطبيق السليم للقوانين والأنظمة. وعلى سبيل المثال إعطاء المرشح الحق في أن يعترض علي جمع بياناته الشخصية. أو إعطاءه الحق في تصحيح هذه البيانات. مع الوضع في الاعتبار أنه من أنه اعتباراً من 25 مايو/أيار 2018م هذا البحث فإنه يجب الاحتفاظ بسجل داخلي لتجهيز البيانات الشخصية في إطار عمليات لتوظيف داخل دول الاتحاد الأوروبي.

ثانياً-معالجة البيانات عقب إبرام عقد العمل:

سيكون من المناسب سرد كافة البيانات الشخصية التي تم جمعها مع المعالجة والنقل والمدة وطريقه التخزين المقترنة بها وتحديد جهاز حماية البيانات.

ويجوز لصاحب العمل، بعد تعيين الموظف، أن يجمع معلومات إضافية بما في ذلك المعلومات المتصلة التي تعينه على القيام بإدارة العاملين، وتنظيم العمل، والإجراءات التي يتخذها صاحب العمل.⁽¹⁾ ويتعين علي صاحب العمل أن يوفر الأمن المادي والرقمي وأجهزة الوصول إلى البيانات الشخصية.

وعلى هذا النحو، سيكون لديه سجل وإجراءات لتوثيق أمن البيانات. كما أن الأشخاص التابعين لرب العمل يمكنهم الحصول على معلومات المرشحين هم أولئك الذين يتدخلون في عملية التوظيف، وكذلك الإدارات التي تبلغ بالتوظيف مثل (التأمين ضد البطالة، والمرض، والتقاعد... إلخ).

وعطفا على المنحى السابق يجب تحديد مدة أرشفة وتخزين كل نوع من البيانات، كما يجب تحديد الإجراءات الخاصة بحذفها. وبمفهوم آخر يمكن القول بأنه بمجرد الوصول إلى الهدف من جمع البيانات، فلا توجد حاجة إلى الاحتفاظ بها ويجب حذفها، أما إذا كان هناك غرض من الاحتفاظ بها، ففي هذه الحالة يجب تحديد مدة الاحتفاظ بالبيانات، مع الإشارة إلى أن أوقات التخزين وحفظ البيانات تختلف

(¹) اعتبارا من 25 أيار/مايو 2018. يستعاض عن هذا الإعلان بالتزام الشركة بالاحتفاظ بسجل داخلي لتجهيز البيانات الشخصية التي تنفذها وفي المؤسسات التي لا تقل عن 250 موظفا هناك التزام بالاحتفاظ بسجل يفصل المرتبات التي تقع في نطاق مسؤوليتهم. ويخضع المتعاقدون من الباطن أيضا لهذا التزام. ويجب أن يوضع هذا السجل تحت تصرف اللجنة الوطنية لتكنولوجيا المعلومات والحريات.

حسب الأهداف والغرض المنشود. أما إذا تم توفير إجراء الحذف التلقائي، فيجب على إدارة الملفات التأكد من حذف البيانات بشكل فعال.

ويجب على رب العمل أن يبلغ موظفيه بوجود معالجة لبياناتهم الشخصية. كما يخضع الغرض من تجهيز البيانات الشخصية لرقابه صارمة من جانب اللجنة الوطنية للحريات والمعلوماتية، ولذلك يسمح بوجود جهاز لتحديد مكان المركبة عندما يراد به ضمان سلامه الأشخاص والبضائع.

ويعنى بالعامل في هذا الصدد أي شخص في علاقة عمل مع صاحب العمل سواءً كان هناك عقد عمل أم لا. ويتسع النطاق ليتعلق بكل من العمال والمتدربين والخبراء الاستشاريين.

وتتركز معالجة بيانات الفرد العامل على ثلاثة مبادئ: مبدأ الشرعية، ومبدأ الشفافية، ومبدأ احترام حقوق الأشخاص في تجهيز بياناتهم الشخصية.

الأول: مبدأ الشرعية، نادراً ما يكون الموظف في وضع يسمح له برفض جمع بياناته الشخصية من قبل صاحب عمله، - لا سيما بسبب العلاقة التبعية الموجودة - وفي هذا السياق، لا ينبغي لصاحب العمل أن يعامل البيانات الشخصية للموظف على أساس الموافقة فقط.

كما أن تجهيز البيانات يمكن أن يكون مشروعاً إذا استند إلى قواعد أخرى. كالحالة التي تكون فيها المعالجة ضرورية للامتثال للالتزام قانوني يخضع له صاحب العمل أو إذا كان ضرورياً لتحقيق مصلحة مشروعها يتبعها صاحب العمل.

الثاني: مبدأ الشفافية، ويتطلب هذا الأخير من الشخص المعني الاطلاع على المعلومات المتعلقة بتجهيز بياناته الشخصية. ويجب أن تكون المعلومات واضحة ومفهومة ويسهل الوصول إليها. وهي تشمل أغراض المعاملة، والجهات المتلقية للبيانات، وهوية المتحكم، أو صاحب العمل.

الثالث: مبدأ احترام حق العامل، مثله مثل أي شخص في ممارسة حقوقه على بياناته (حق الوصول، والحق في التصحيح... إلخ) التي أقرتها اللائحة الأوروبية الجديدة.

وبالإضافة إلى المبادئ المبينة أعلاه، يجب على رب العمل أن يحترم المبادئ الأخرى المنصوص عليها في ذات اللائحة، وهي مبدأ التناسب، ومبدأ الحد من الاحتفاظ بالبيانات أو مبدأ دقة البيانات. كما يجب أن تكون كل معالجة للبيانات الشخصية مطابقة لأحكام اللائحة الجديدة وعلى وجه التحديد ما نصت عليه المادة الثامنة والثمانون منها فيما يتعلق بمعالجة البيانات الشخصية في سياق علاقات العمل لأغراض التوظيف، ولأغراض تنفيذ عقد العمل. وينبغي أن تراعي إلى جانب هذه القواعد المبادئ الأوروبية العامة لحماية البيانات.

المبحث الخامس

الحق في التعويض وأحكام المسؤولية

تفرض اللائحة الأوروبية الجديدة لحماية البيانات الشخصية الحق في التعويض لكل شخص تعرض لضرر مادي أو معنوي.

فالشخص المعني يمتلك الحق في المطالبة بالتعويض عن الأضرار أو الآلام الناتجة عن مخالفة القواعد الخاصة بحماية البيانات التي نصت عليها اللائحة. وقد عالجت هذه المسألة المادة الثانية والثمانون من اللائحة⁽¹⁾ والتي نصت على:

(¹) Article 82 : Droit à réparation et responsabilité : 1. Toute personne ayant subi un dommage matériel ou moral du fait d'une violation du présent règlement a le droit d'obtenir du responsable du traitement ou du sous-traitant réparation du préjudice subi.

2. Tout responsable du traitement ayant participé au traitement est responsable du dommage causé par le traitement qui constitue une violation du présent règlement. Un sous-traitant n'est tenu pour responsable du dommage causé par le traitement que s'il n'a pas respecté les obligations prévues par le présent règlement qui incombent spécifiquement aux sous-traitants ou qu'il a agi en-dehors des instructions licites du responsable du traitement ou contrairement à celles-ci.

3. Un responsable du traitement ou un sous-traitant est exonéré de responsabilité, au titre du paragraphe 2, s'il prouve que le fait qui a provoqué le dommage ne lui est nullement imputable.

4. Lorsque plusieurs responsables du traitement ou sous-traitants ou lorsque, à la fois, un responsable du traitement et un sous-traitant participent au même traitement et, lorsque, au titre des paragraphes 2 et 3, ils sont responsables d'un dommage causé par le traitement, chacun des responsables du traitement ou des sous-traitants est tenu responsable du dommage dans sa totalité afin de garantir à la personne concernée une réparation effective.

5. Lorsqu'un responsable du traitement ou un sous-traitant a, conformément au paragraphe 4, réparé totalement le dommage subi, il est en droit de réclamer auprès des autres responsables du traitement ou sous-traitants ayant participé au même traitement la part de la réparation correspondant à leur part de responsabilité dans le dommage, conformément aux conditions fixées au paragraphe 2.

6. Les actions judiciaires engagées pour exercer le droit à obtenir réparation sont intentées devant les juridictions compétentes en vertu du droit de l'État membre visé à l'article 79, paragraphe 2.

1. لكل شخص لحق به ضرر مادي أو معنوي نتيجة لانتهاك مواد هذه اللائحة الحق في الحصول على تعويض من المتحكم أو القائم بالمعالجة عن الضرر الذي لحق به.

2. يُعد أي متحكم معني بالمعالجة مسؤولاً عن الضرر الناجم الإخلال بهذه اللائحة. ولا يكون المعالج مسؤولاً عن الضرر الناجم عن المعالجة إلا في الحالة التي لا يمثل فيها للالتزامات التي تنص عليها اللائحة والموجهة تحديداً إلى المعالجين أو في تلك الحالة التي تصرف فيها خارج التعليمات القانونية للمتحكم أو بالمخالفة لها.

3. يعفى المتحكم أو المعالج من المسؤولية بموجب الفقرة الثانية من هذه المادة إذا أثبت أنه ليس مسؤولاً بأي شكل من الأشكال عن الحادث الذي تسبب في وقوع الضرر.

4. في الحالات التي تشترك فيها أكثر من وحدة تحكم واحدة أو أكثر من معالج، أو كل من المتحكم والمعالج، في نفس المعالجة، تكون مسؤولية بموجب الفقرتين الثانية والثالثة عن أي ضرر ناجم عن المعالجة، ويتحمل كل متحكم أو قائم بالمعالجة المسؤولية عن الضرر بأكمله من أجل ضمان التعويض الفعال للشخص المعني صاحب البيانات.

5. إذا قام المتحكم أو المعالج، وفقاً للفقرة الرابعة، بدفع تعويض كامل عن الضرر المُتكبد، يحق لهذا المتحكم أو القائم بالمعالجة أن يعود على المتحكمين

الآخرين أو القائمين بالمعالجة الضالعين في نفس العملية بالمبلغ الخاص بهم من المسؤولية عن الضرر، وفقاً للشروط المبينة في الفقرة الثانية.

6. ترفع الإجراءات القضائية المتعلقة بممارسة الحق في الحصول على التعويض أمام المحاكم المختصة بموجب قانون الدولة العضو المشار إليها في الفقرة الثانية من المادة التاسعة والسبعين.

ويتضح من النص السابق أن اللائحة الجديدة لحماية الأشخاص الطبيعيين فيما يتعلق بتجهيز ومعالجة البيانات الشخصية تبنى نهجاً واسعاً لتعويض الأضرار من حيث أساس المسؤولية وطرق التعويض. فمن الممكن المطالبة بالتعويض عن كافة الخسائر الناجمة عن الخروج على أحكام اللائحة التي دخلت حيز التنفيذ وأصبحت ملزمةً في الخامس والعشرين من مايو/ أيار 2018م⁽¹⁾

وبطبيعة الحال يُشترط للحكم بالتعويض أن يكون هناك اعتداء على البيانات الشخصية الذي يسبب دائماً وأبداً ضرراً حقيقياً يتمثل في انتهاك الخصوصية؛ فالمعلومات والبيانات التي يتم تجميعها ومعالجتها لا بد وأن يكون لا هدف واضح

(¹) Le 25 mai 2018, le règlement européen est entré en application. De nombreuses formalités auprès de la CNIL disparaissent. En contrepartie, la responsabilité des organismes est renforcée. Ils doivent désormais assurer une protection optimale des données à chaque instant et être en mesure de la démontrer en documentant leur conformité. Voir <https://www.cnil.fr/fr/principes-cles/rgpd-se-preparer-en-6-etapes>

ومحدد سلفاً، ولا بد من التزام شبكات التواصل الاجتماعي بالهدف الذي من أجله قامت بتجميع ومعالجة تلك البيانات؛ وبالتالي إذا تجاوزت هذا الهدف فلا مناص من الرجوع عليها بدعوى المسؤولية.⁽¹⁾

كما تخضع الكثير من المعلومات والبيانات الشخصية المتاحة للمعالجة للسرية. ويفرض هذا التزاماً قانونياً أو تعاقدياً يتمثل في أن أي إفشاء للمعلومات والبيانات سيترتب عليه مسؤولية قانونية، مع ما قد ينص عليه العقد من آثار قد تتمثل في توقيع الجزاءات المنصوص عليها في العقد أو حتى إنهائه من جانب المتعاقد المضرور حماية للخصوصية التي هي على المحك في حالة انتهاك المعلومات الشخصية المتعلقة بالعملاء أو حتى العمال.⁽²⁾

وبموازاة الأساس الذي تقوم عليه حماية الخصوصية، تجب الإشارة إلى أنه تم سن تشريعات محدده في وقت مبكر جدا في فرنسا لحماية البيانات الشخصية كجزء من تجهيزها بالحاسوب: فهو قانون المعلوماتية والحريات المؤرخ في 6 كانون

⁽¹⁾ عبدالصادق، محمد سامي. شبكات التواصل الاجتماعي ومخاطر انتهاك الحق في الخصوصية، مرجع سابق الإشارة إليه، ص 64 وما بعدها.

⁽²⁾ تنص المادة (8) من الاتفاقية الأوروبية لحقوق الإنسان علي أن لكل فرد الحق في احترام حياته الخاصة. ولذلك فان لكل شخص الحق في الانتصاف عندما تنتهك خصوصيته، وهذا هو الحال عندما يفصح عن المعلومات الشخصية المتعلقة به دون أن يرغب في ذلك.

الثاني/يناير 1978⁽¹⁾، ويبدو أن هذا القانون قد فرض العديد من الالتزامات على الشركات التي تتعامل مع البيانات الشخصية، ولا سيما فيما يتعلق بالأمن، وهو أمر له أهمية خاصة بالنسبة لنا.

وعلى الرغم من سهولة إثارة مسؤولية القائم بعملية معالجة البيانات وفقاً للنص السابق؛ لقيامه بإلحاق الضرر المادي أو المعنوي بالشخص الذي تمت معالجة بياناته، إلا أنها تبدو أمراً في غاية الصعوبة من الناحية العملية؛ ذلك أن ملاحقة المسؤول عن الضرر يستلزم تحديد هويته، ثم تحديد الأضرار التي تسبب بفعله في إحداثها.

لذلك، ومن وجهة نظرنا فإن هذه المادة تعد - وبحق - انعكاساً صادقاً لعمق مشكلة الممارسات غير المشروعة التي تتم على البيانات الشخصية؛ لما تمثله من تهديد حقيق لحقوق جديرة بالحماية، إذ ليس بخافٍ أن العديد من القائمين بالمعالجة

(1) المادة الأولى من قانون 1978، تعطي اللهجة التالية: "يجب ألا يؤثر على هوية الإنسان، ولا على حقوق الإنسان، ولا على الحياة الخاصة، ولا على الحريات الفردية أو العامة". ومن أجل حماية المواطنين، ينص هذا القانون على عدة التزامات للأشخاص أو المنظمات التي تجمع و/أو تقوم بتجهيز البيانات الشخصية. وعلى هذا النحو، فإن معظم الشركات تشعر بالقلق لأن لديها بالضرورة معلومات شخصية عن عملائها أو موظفيها، بنسب أكثر أو أقل أهمية. للمزيد راجع خاطر، شريف يوسف. حماية الحق في الخصوصية المعلوماتية، دراسة تحليلية لحق الاطلاع على البيانات الشخصية في فرنسا، مرجع سابق الإشارة إليه، ص 72 وما بعدها.

قد قاموا باستغلال البيانات الشخصية في الدعاية التجارية⁽¹⁾ أو المساس بجرمة حياته الخاصة.⁽²⁾

ويمكن استخراج المبادئ التالية من النص السابق والتي تحكم المسؤولية والتعويض في هذا الإطار:

أولاً: تبني مبدأ المسؤولية المشروطة:

يتضح من خلال الفقرة الثانية من المادة المشار إليها أعلاه أن المشرع الأوروبي تبنى نهجاً تشريعياً كان قد انتهجه في قوانين سابقة ألا وهو مبدأ التوازن بين مصلحة القائم بعملية المعالجة أو المتحكم في البيانات من جهة وعدم تحميله بالتزامات أو أعباء مرهقة، وحماية أصحاب البيانات الشخصية من جهة أخرى.

لذلك وضعت اللائحة مبدأً عاماً هو عدم مسؤولية المعالج إلا في أحوال معينة وبشروط خاصة لذلك يوصف نظام المسؤولية الذي تبنته اللائحة بأنه نظام المسؤولية أو المسؤولية المشروطة وهذا ما ظهر في الفقرة الثانية من المادة سالفه الذكر.

⁽¹⁾ العوضي، عبدالهادي فوزي. الحق في الدخول في طبي النسيان على شبكة الإنترنت: دراسة قانونية تطبيقية مقارنة، مرجع سابق، 332 وما بعدها.

⁽²⁾ الأهواني، حسام الدين كامل: الحماية القانونية للحياة الخاصة في مواجهة الحاسب الإلكتروني، مجلة العلوم القانونية والاقتصادية، كلية الحقوق جامعة عين شمس، مج 32، العدد 1، 2، يوليو 1990، الصفحات من 1: 90، ص 23 وما بعدها.

فالأصل - وفقاً لهذه المادة، وتحديدًا الفقرة الثانية منها - هو عدم مسؤولية المتحكم أو معالج البيانات عن أي ضرر يلحق بصاحب البيانات الشخصية عن الأضرار التي لحقت به نتيجة معالجة البيانات هذه البيانات الحساسة الخاصة به طالما أنه التزم بكافة الالتزامات التي نصت عليها اللائحة؛ لأن الأصل العام هو حظر جمع أو معالجة هذه البيانات، إلا أن الشخص المعني يستطيع عن طريق الرضاء الصحيح - طبقاً للقانون الجديد - أن يرخّص بذلك وهنا تصبح المعالجة التي تقع على هذه البيانات أمراً مشروعاً، ولا يتعارض مع أحكام الخصوصية.⁽¹⁾

وينسجم مبدأ المسؤولية المشروطة الذي جاءت به الفقرة الثانية من المادة مع ما نصت عليه المادة من مسؤولية القائم بالمعالجة عن تعويض الأضرار التي تلحق بالشخص المعني في الحالة التي لا يمثل فيها للالتزامات المنصوص عليها في اللائحة الخاصة بعملية المعالجة.

(1) تجدر الإشارة إلى أن الجمعية العامة للأمم المتحدة اعتمدت قرار رقم 167/68 وهو من أول القرارات الصادرة عن الجمعية العامة للأمم المتحدة والتي يتعنى بموضوع الحق في الخصوصية منذ العام 1988، لا سيما وأنه حث جميع الدول والحكومات على إنهاء الانتهاكات التي تمس الحق في الخصوصية. للمزيد راجع رمال، سارة علي. الحق في الخصوصية في العصر الرقمي، قراءة تحليلية في ضوء قرار الجمعية العامة للأمم المتحدة رقم 167/68، منشورات الحلبي الحقوقية، لبنان، 2016، ص 71 وما بعدها.

ثانياً: أثر الأخذ بفكرة الخطأ - فرض التزامات محددة على القائم بمعالجة البيانات الشخصية:

يقتضي تأسيس مسؤولية القائم بعملية المعالجة على فكرة الخطأ أن تكون هناك التزامات محددة على عاتقهم؛ لأن توفر الخطأ يفترض الإخلال بالتزام محدد، وقد حصرت اللائحة هذه الالتزامات في عدد من المواد التي تناولناها تحت ما يسمى بالمبادئ الحاكمة لعملية معالجة البيانات الشخصية.

ومن بين أهم الالتزامات التي أشار إليها اللائحة الأوروبية ما ينص عليه في المادة الثالثة والثلاثون المتعلقة بالتعاون مع السلطات المختصة بإخطارها بحدوث انتهاك للبيانات الشخصية.

ووفقاً لهذه المادة يجب على مراقب البيانات أو المتحكم أن يقوم - دون تأخير مبرر - في موعد لا يتجاوز اثنين وسبعين ساعة من علمه بحدوث انتهاك للبيانات الشخصية أن يقوم بإخطار السلطة المشرفة المختصة بهذا الانتهاك وفق ما نصت عليه المادة الخامسة والخمسون.

وقد حددت الفقرة الثالثة من المادة سالفه الذكر مواصفات الإخطار المشار إليه بقولها " يجب أن يشتمل الإخطار على ما يلي:

أ. وصف طبيعة انتهاك البيانات الشخصية بما في ذلك - قدر الإمكان - الفئات والعدد التقريبي للأشخاص المعنيين والعدد التقريبي لسجلات البيانات.

ب. الإبلاغ عن اسم وتفاصيل الاتصال الخاصة بمسؤول حماية البيانات أو نقاط الاتصال الأخرى التي يمكن الحصول فيها على مزيد من المعلومات.

ت. وصف العواقب المحتملة لانتهاك البيانات الشخصية.

ث. وصف التدابير المتخذة أو المقترح اتخاذها من جانب المراقب الخاص أو المتحكم لمعالجة انتهاك البيانات الشخصية بما في ذلك - عند الاقتضاء- تدابير للتخفيف من آثاره الضارة المحتملة.

ولكن إذا كان المتحكم أو القائم بعملية المعالجة ملتزماً بتزويد السلطات العامة بأية خروقات للبيانات الشخصية شاملة على الوقائع المتعلقة بانتهاك البيانات الشخصية وآثارها والإجراءات التصحيحية المتخذة، فإن التساؤل يثور عما إذا كان من الجائز لغير السلطات وتحديدًا المضرور أن يلزمه بالكشف عن الهوية أم لا؟ (1)

للإجابة على هذا السؤال، أرى أنه لا يجوز إلزام المتحكم أو القائم بعملية معالجة البيانات إلا وفقاً لضوابط وإجراءات محددة تضمن سرية المعلومات. ولا ينال من سلامة هذا النظر أن الفقرة الأولى من المادة الثالثة والثلاثين من اللائحة الأوروبية لم تتعرض سوى لإخطار السلطات المختصة؛ لأننا لو كنا نسلم بحق المضرور

(1) سيد، أشرف جابر: الجوانب القانونية لمواقع التواصل الاجتماعي "مشكلات الخصوصية وحرية التعبير والملكية الفكرية والإثبات مع التركيز على موقعي فيس بوك وتويتر، مرجع سابق الإشارة إليه، ص 118.

بالإلزام القائم بعملية المعالجة بإزالة الضرر وتعويض الشخص المعني في حال عدم التزامه بالاشتراطات التي نص عليها اللائحة، فلماذا لا نجيز له أن يطلب الكشف عن هوية مرتكب الفعل الضار أو سبب الانتهاك عندما تكون عدم المشروعية ظاهرة.

ثالثاً: القاعدة العامة مبدأ التعويض الكامل والعاقل للمضرور:

من المبادئ التي اعتمدها المشرع الأوروبي أيضاً في المادة 1/82 مبدأ التعويض الكامل للأضرار المادية والمعنوية التي تنشأ نتيجة انتهاك القائم بالمعالجة لأحكام اللائحة الأوروبية الجديدة.⁽¹⁾

ويعتبر انتهاك الخصوصية منطاً للتعويض بصرف النظر عن توافر الخطأ من عدمه، فإذا تحقق الضرر وجب التعويض عن كافة عناصره بحيث يعوض عن الضرر ولا شيء غير الضرر وفقاً لمبدأ التعويض الكامل الذي يمنع أن يثرى المضرور من التعويض، ويشمل التعويض ما لحقه من خسارة وما فاتته من كسب.

ومن الواجب الإشارة إلى أن الاعتداء على الحياة الخاصة بسبب فعل القائم بالمعالجة يمكن أن ينشأ عنه ضرر مادي يتمثل في الخسارة التي تلحق بمن

(¹) عبدالصديق، محمد سامي. شبكات التواصل الاجتماعي ومخاطر انتهاك الحق في الخصوصية، مرجع سابق الإشارة إليه، ص 64 وما بعدها.

انتهكت خصوصياته أو الكسب الذي يفوت جراء الاعتداء، غير أن هذه الأضرار تبقى قليلة مقارنةً بالأضرار الأدبية التي تحدث في هذا الإطار.⁽¹⁾

كما يجب أن يكون التعويض عادلاً، ولن يكون كذلك إلا إذا كان تقدير الأضرار عادلاً⁽²⁾ ومن العناصر التي يجب أن تؤخذ في الاعتبار استخدام البيانات الشخصية في الإعلانات والدعاية التجارية.

ويستحق الشخص المعني مقابل عادلاً عن الاعتداء على بياناته الشخصية، حتى ولو كان قد أعطى الأذن بمعالجة بياناته؛ لأنه مما لا شك فيه أن إساءة استخدام البيانات يساهم بشكل كبير في انتهاك الخصوصية كما أن المعلومات والبيانات التي يتم تجميعها ومعالجتها لا بد وأن يكون لها هدف واضح ومحدد سلفاً ولا بد من التزام القائم بعملية المعالجة بالهدف الذي من أجله قام بتجميع البيانات ومعالجتها.

ولما لما كان إثبات قيمة الضرر الفعلي أمراً صعباً فإن القضاء "يلجأ إلى التقدير الجزافي للضرر، لانسجامه مع اعتبارات العدالة خاصة في ظل عدم وجود تقدير محدد. ويراعى في هذا التقدير أن يكون كافياً بالقدر الذي لا يحقق معه القائم بالمعالجة أية ميزة مالية من الاعتداء غير المشروع على البيانات ذات الطابع الشخصي. كما يجب أن تراعى الاعتبارات الخاصة بالضرر المعتدى على

(1) نفس الإشارة السابقة.

(2) للمزيد حول مسألة تقدير الأضرار راجع سيد، أشرف جابر. المرجع السابق، ص 184

بياناته الشخصية، وأهمها مركزه الاجتماعي والثقافي والعلمي والفني، ومدى تأثير الاعتداء على سمعته.

وإذا كان تقدير التعويض عن الضرر المادي يبدو سهلاً، فإن الأمر لا يبدو كذلك بالنسبة للضرر المعنوي الناتج عن الاعتداء على البيانات الشخصية، وذلك لما تتسم به هذه البيانات من طابع غير ملموس يتعلق بسمعة المؤلف واعتباره، فضلاً عما يسببه اجتماع الضررين المادي والأدبي من صعوبة في تقدير التعويض المالي، ولذلك يتم عادة دمجهما وتقدير التعويض عنهما دون تخصيص.⁽¹⁾

وفي تقديرنا يجب ألا يقتصر القاضي عنده تقديره لمقدار التعويض على ما لحق المضرور من خسارة وما فاته من كسب، ولكن يجب ضرورة الأخذ في الاعتبار الأرباح التي جناها القائم بالمعالجة أو المسؤول من فعل الاعتداء.

أيضاً يجب أن يلزم المشرع القاضي بقواعد خاصة لتقدير التعويض من خلال الاعتداد بجميع عناصر الضرر على نحو مفصل، وهو ما يحقق العدالة ويفضي إلى ارتفاع مبلغ التعويض المحكوم به، ويؤدي بطبيعة الحال إلى ردع القائم بالمعالجة أو الشخص المسؤول عن الضرر عن معاودة الإخلال بأحكام القانون أثناء معالجة البيانات الشخصية، مع الوضع في الاعتبار أننا لانقصد من ذلك

(1) سيد، أشرف جابر: مسؤولية مقدمي خدمات الإنترنت عن المضمون الإلكتروني غير المشروع (دراسة خاصة لمسؤولية متعهدي الإيواء)، دار النهضة العربية، القاهرة، 2010، ص 186.

تقنين فكرة التعويض العقابي في هذا الصدد؛ لأن الأساس الذي تقوم عليه قواعد المسؤولية بالدرجة الأولى هو تعويض المضرور لا معاقبة المسؤول. فالتعويض إذن يقاس بمقدار الضرر الذي أصاب المضرور بالذات حسب الأصل وخاصة الأثار المالية المترتبة على وقوع الضرر حيث تختلف من شخص لأخر، فالتعويض يقدر بحسب الظروف الشخصية للمضرور وليس تقديراً مجرداً.⁽¹⁾

ونعتقد مع آخرين⁽²⁾ أن هذه الطريقة في حساب التعويض تعد الأفضل في تحقيق العدالة على وجه الخصوص في مجال شبكة الإنترنت؛ حيث تساهم هذه الأخيرة في انتشار الضرر الذي يصيب المضرور على نطاق واسع، بسبب زيادة حجم المستخدمين لها. وبالتالي فإذا كان المسؤول قد استفاد من تحقيق المزيد من الأرباح، فيجب أن يأتي التعويض ليحرمه من كل الأرباح التي جناها.⁽³⁾

(1) ذكي، محمود جمال الدين. الوجيز في نظرية الالتزام في القانون المدني المصري، الجزء الأول في مصادر الالتزام، الطبعة الثانية، مطبعة جامعة القاهرة والكتاب الجامعي، سنة 1976، ص 518 وما بعدها. وأنظر أيضاً أبو الليل، إبراهيم الدسوقي. التقدير القضائي للتعويض، مجلة المحامي الكويتية، السنة الثامنة، أعداد (إبريل، مايو، يونيو)، سنة 1985، ص 131 وما بعدها. وأنظر الشراوي، جميل. النظرية العامة للالتزام، الكتاب الأول، مصادر الالتزام، دار النهضة العربية، القاهرة، 1995، ص 478 وما بعدها.

(2) العوضي، عبدالهادي فوزي. المسؤولية التصيرية لناشري برامج التبادل غير المشروع للمصنفات الفكرية، (peer-to-peer) دراسة مقارنة في القانون الفرنسي والمصري والعُماني، دار النهضة العربية القاهرة، سنة 2016، ص 164 وما بعدها

(3) إذا كان التقدير الموضوعي للتعويض لا يعتد فيه بظروف المسؤول، ولا يختلف من شخص لأخر، ويفترض وحدة وموضوعية أثار الفعل الضار، فعلى العكس من ذلك تماماً يكون تقدير

رابعاً: مبدأ التعويض الفعال للمضرور عن طريق فكرة الحلول:

يبدو أن المعالجة التشريعية التي انتهجها اللائحة الأوروبية الجديدة تؤدي إلى تبني نظام التعويض الفعال للمضرور، ويتضح ذلك من خلال الحصول على التعويض الكامل سواءً من القائم بالمعالجة أو المتحكم في البيانات حال اشتراك أكثر من وحدة تحكم أو أكثر من معالج في إحداث الضرر للشخص المعني أثناء معالجة بياناته.

وما خلصنا إليه هنا ليس فرضاً نظرياً بحتاً، بل يفرضه واقع ما نصت عليه الفقرة الرابعة من المادة السابقة بقولها " في الحالات التي تشترك فيها أكثر من وحدة تحكم واحدة أو أكثر من معالج، أو كل من المتحكم والمعالج، في نفس المعالجة، وحيثما تكون، بموجب الفقرتين الثانية والثالثة مسؤولة عن أي ضرر ناجم عن المعالجة، ويتحمل كل متحكم أو معالج المسؤولية عن الضرر بأكمله من أجل ضمان التعويض الفعال للشخص المعني صاحب البيانات".

ويبدو أن النهج الذي تبناه المشرع الأوروبي في تعويض الأضرار يقضي بأن يتم صرف التعويض مباشرة من خلال قيام المتحكم أو المعالج، وفقاً للفقرة الرابعة بدفع

الضرر اللاحق بالمضرور، حيث يقدر تقديراً واقعياً ذاتياً، ومقتضاه الاعتداد بالظروف الخاصة للمضرور، كسنة ومركزه الاجتماعي، والمهني والمالي، وحالته الصحية والجسدية. للمزيد، انظر عربي السيد عبدالسلام محمد: أحكام تقدير التعويض وأثر تغير القوة الشرائية للنقود على تقديرهن دراسة مقارنة، رسالة دكتوراه، كلية الحقوق، جامعة أسيوط، 2008، ص 116 وما بعدها.

تعويض كامل عن الضرر المُتكدب، على أن يقوم هذا المتحكم أو القائم بالمعالجة لاحقاً بالرجوع على أي مسؤول آخر سواءً كان متحكماً في البيانات أو قائماً بالمعالجة بمبلغ التعويض الخاص بهم كجزء من مسؤوليتهم عن الضرر، وفقاً للشروط المبينة في الفقرة الثانية من المادة سالفه الذكر.

وتبرز فكرة فاعلية التعويض عن انتهاك البيانات الشخصية أو الإخلال بالالتزامات التي أقرتها اللائحة الأوروبية أثناء عملية معالجة البيانات، في أن عملية تعويض المضرور عن الأضرار التي تصيبه تمثل الهدف الأسمى للتوجيه الجديدة. فأياً كانت أهمية الالتزامات التي يخالفها فاعل الضرر، فإن المحصلة النهائية لهذه لمخالفة هي الحكم بالتعويض على هذا المسؤول.⁽¹⁾

وعلى الرغم من أن اللائحة الأوروبية نص على مسألة فاعلية التعويض إلا أنها لم تنص على آلية واضحة ومحددة أو طريقة تضمن سرعة تحقيق الوظيفة التعويضية لحصول المضرور على التعويض الكافي لإشباع حاجته إلى الشعور بالأمان والعدالة في المجتمع الذي يعيش فيه باستثناء فكرة الحلول التي نص عليها في محاولة منه لإيجاد وسيلة فاعلة وسريعة لحصول المضرور على التعويض.

(1) حول هذا الموضوع يرجى مراجعة الدراسة القيمة للزميل الدكتور عبدالفتاح، عابد فايد. التعويض التلقائي للأضرار بواسطة التأمين وصناديق الضمان، دراسة مقارنة في القانون المصري والقانون الفرنسي، دار الجامعة الجديدة، الإسكندرية، 2014، ص 13 وما بعدها. وللمزيد حول تأثير التعويض التلقائي على وظائف المسؤولية المدنية انظر نفس المرجع ص 98 وما بعدها.

خامساً: الرجوع على المسؤول عن تعويض الضرر في حال القيام بالوفاء بقيمة التعويض للمضرور:

نصت الفقرة الخامسة من المادة سالفه الذكر على أنه " ... يحق للمتحكم في البيانات أو القائم بالمعالجة أن يرجع على المتحكمين الآخرين أو الضالعين في عملية إحداث الضرر للشخص المعني بالمبلغ الخاص بهم من المسؤولية عن الضرر وفقاً للشروط المبينة بالفقرة الثانية"

وبناءً عليه يمكن القول بأن اللائحة الأوروبية تبنت مبدأ حلول الموفي محل المضرور في الرجوع على فاعل الضرر، واشترط لذلك أن يتم الامتثال لما نصت عليه الفقرة الثانية من نفس المادة السابقة.

وهذا التوجه يتوافق مع ما يراه جانب من الفقه الفرنسي⁽¹⁾ من أن المسؤولية المدنية تبدو كنظام موجه نحو تعويض الأضرار، هذا التعويض يتحقق عن طريق دفع مبلغ للمضرور يتطابق من حيث المبدأ مع الخسارة التي لحقت به والكسب الذي فاته. هذه الصيغة تتجه من باب أولى نحو مفهوم اقتصادي بحت للتعويض.

(1) Suzanne Carval, Patrice Jourdain, Geneviève Viney: Les effets de la responsabilité

4e édition, Editeur : L.G.D.J , 2017, n°2 , p.5

ويؤكد جانب آخر من الفقه الفرنسي أيضا⁽¹⁾ على ذات المعنى المتقدم من أن المستقر عليه في مجال المسؤولية المدنية، أن الجبر الكامل للأضرار التي تلحق بالمضرور يحول دون أي إفقار أو إثراء لهذا الأخير. والتالي فإن الأموال التي يدفعها المسؤول تهدف إلى أعاده الشخص إلى الوضع الذي كان عليه قبل وقوع الضرر.

ومن المثير للاهتمام في هذا الصدد أن اعتماد اللائحة الأوروبية لفكرة حلول الموفي محل المضرور تحقق أكثر من فائدة، الأولى: أن يقع العبء النهائي للتعويض على عاتق الشخص المسؤول عن الضرر، والثانية: منع إثراء المضرور من التعويض بعدم حصوله على تعويض يزيد عن الضرر الذي أصابه، والثالثة تخفيف التكلفة الاجتماعية للحصول على التعويض.⁽²⁾

⁽¹⁾ Linda Maizener, membre du conseil d'administration de l'Association des jeunes magistrats Tout le dommage, rien que le dommage ? Gaz. Pal. 24 juill. 2018, n° GPL329s3, p.3, Pour en savoir plus sur ce principe, voir:

<https://www.gazette-du-palais.fr/article/GPL329s3/>

⁽²⁾ Patrice Jourdain, Geneviève Viney : Traité de droit civil, Les conditions de la responsabilité Dommage, fait générateur, régimes spéciaux, causalité , 4e édition , Editeur: L.G.D.J, 2013, p.88 et s.

وبالتالي يمكن القول بأن دعوى الرجوع التي يمارسها الموفي ليست وسيلة لتحديد شخصية المسؤول، بل هي وسيلة وعلى حد تعبير - Geneviève Viney - تهدف إلى الرجوع على المسؤول بقيمة التعويض الذي أخذه على عاتقه الذي قام بالوفاء بقيمته للمضرور.⁽¹⁾

(¹) Geneviève Viney : Introduction à la responsabilité, 3e édition, Editeur: L.G.D.J, 2008, n° 32 p.51.

الخاتمة

شكّلت اللائحة الأوروبية الصادرة في السابع والعشرين من أبريل/نيسان 2016م منعطفاً مهماً في حماية خصوصية البيانات الشخصية للأفراد وتحديدًا في الشق المتعلق بتجهيز هذه البيانات ومعالجتها، بحكم أنها جاءت بقواعد جديدة كاشفة بذلك عن تحولات عميقة طالت قوانين حماية البيانات الشخصية على مستوى دول الاتحاد الأوروبي. وقد تم ذلك من خلال إقرار هذه اللائحة لمبادئ وأساليب جديدة، يتم توظيفها لغايات المعالجة المشروعة، ومن هذه المبادئ ما تم اقتباسه من اللائحة العامة لحماية البيانات والتي ألغيت بصدور هذه اللائحة (95/46/CE) ومنها ما أفرزته الثورة الحاصلة في تقنية المعلومات، وبالتالي وجبت مواجهتها تشريعياً لعدم الإضرار بالأفراد وانتهاك خصوصياتهم.

ومن بين الأمور التي عملت اللائحة الأوروبية الجديدة على مواجهتها ذلك الاجتياح لخصوصية بيانات الأفراد والمعالجة غير المشروعة لها؛ فعن طريق معالجة البيانات الشخصية أصبح من الممكن الحصول على معلومات يعتقد بها وموثوق في مصداقيتها، واكتشاف أدق تفاصيل حياة الفرد الشخصية اجتماعية كانت أم مالية أو أحواله الصحية أو ميوله السياسية أو اهتماماته الترويحية أو تعاملاته الرسمية.

لذا لجأ المشرع الأوروبي إلى تنظيم معالجة البيانات الشخصية للأفراد بموجب هذه اللائحة التي حاول من خلالها إيجاد نوع من التوازن الملائم بين الخصوصية بأن

يكون للمرء الحق في أن يترك وشأنه من جهة، والحق في معالجة البيانات الشخصية لأغراض مشروعة من جهة أخرى، وقد يبدو للقارئ أنهما متضادين، إلا أنه بإمعان النظر فيهما سيجد أنهما يرتبطان ببعضهما البعض ارتباطاً وثيقاً لا تضاد فيه بل هو تكامل يجب أن يتم وفق أطر وأسس قانونية محددة.

وهذا التكامل يتأتى من خلال التحليل الدقيق للعلاقة بينهما؛ فالمعلومات بصفة عامة والبيانات الشخصية بصفة خاصة تشكل جوهر الحق في الخصوصية في العصر الرقمي، هذا من ناحية، ومن ناحية ثانية فإن معالجة المعلومات والبيانات الشخصية تُعد أساس اقتصاد العصر الحديث وعماد تنميته في ظل تنامي القدرات التكنولوجية للحاسب في تخزينها وتجهيزها ومعالجتها، وسرعته الفائقة على استرجاعها وتداولها تحت مظلة التطورات التقنية التي يمكن إخضاعها لضوابط قانونية وتشريعية على نحو يضمن توجيه مسارها واستثمار مزاياها والحد من خطرها وأضرارها بالقدر اللازم للاستفادة منها وفق مبادئ محددة ولفئة عمرية محددة.

وعلى هذا النحو، أضحت تجهيز البيانات والمعلومات الشخصية ومعالجتها سلاحاً ذو حدين يوفر أحدهما حياة سلسة للشخص عن طريق تحليل بياناته لأغراض تخدم مصالحه، بالإضافة إلى أنها توفر له بيئة آمنة من خلال تطويع هذه المنظومة بما يتلاءم ويتوافق مع خصوصياته. والثاني يمكنه أن يحيل حياة الأفراد

والمجتمعات إلى جحيم من الناحيتين المادية والمعنوية لتهديده خصوصية الفرد من ناحية والسلامة المجتمعية من ناحية أخرى.

فالعبرة إذن بالسياق الذي يتم فيه معالجة البيانات الشخصية، فقد يكون السياق مشروعاً بل واجباً اجتماعياً - من وجهة نظرنا - كأن تتم المعالجة من أجل تطوير التعليم أو البحث العلمي أو الصحة العامة، أو خدمة المجتمع، أو لمواجهة التحديات، وتوفير الرعاية الصحية، ومكافحة الجريمة، والتصدي للإرهاب ودعم قيم المواطنة والمشاركة الإيجابية في تحقيق التقدم للأفراد والمجتمعات على حد سواء... إلخ

وقد يكون السياق غير مشروع، ويتطلب لمجاботته أعمال أحكام القانون كأن يتم استخدام المعالجة للنيل من سمعة إنسان أو التشهير به أو استخدام التاريخ الرقمي الخاص به في ذلك، أو لاستخدام المعالجة في أي وجه من الأوجه غير المشروعة التي تمثل خروجاً على قواعد القانون والقيم والأخلاق والعدالة السائدة في المجتمع.

وقد واجه التشريع الأوروبي الأخير قضية معالجة البيانات الشخصية معالجة تبدو شاملة، احتلت فيها خصوصية البيانات الجزء الأكبر منه خاصة ما نتج عن تقنية المعلومات من إشكالات في الآونة الأخيرة تتعلق بالحق في أمن البيانات الشخصية، والحق في حذف البيانات (النسيان الرقمي) والعلاقة مع الأرشيف وتخزين البيانات للمصلحة العامة، ومعالجة البيانات الشخصية لأغراض إعلانية أو لأغراض البحث العلمي، ومعالجة البيانات في سياق علاقات العمل، وأحكام

المسؤولية والتعويض عن الأضرار التي تلحق بالشخص المعني نتيجة المعالجة غير المشروعة التي تتم على بياناته الشخصية.

ولكن ثمة مشكلة واجهت المشرع الأوروبي تكمن في صعوبة التوفيق بين مقتضيات الإفصاح والشفافية من ناحية متطلبات الخصوصية والأمن الوطني لدول الاتحاد الأوروبي من ناحية أخرى فقام بالعمل على حلها وأجاز بشروط معالجة البيانات الشخصية في هذا الإطار.

وأرى أن يبادر المشرع المصري ونظرائه من المشرعين العرب الذين لم يقوموا بسن تشريع لحماية البيانات الشخصية بالمسارعة في إصدار قانون يحمي البيانات الشخصية للأفراد من الانتهاكات الصارخة التي تمارس عليها ليلاً نهاراً، وأن يركز على الوضع الراهن لتشريعات تقنية المعلومات وحماية البيانات الشخصية في بريطانيا ودول الاتحاد الأوروبي والولايات المتحدة الأمريكية لأغراض المقارنة والاستفادة من تجارب الآخرين نظراً لتفاوت التشريعات من دولة إلى أخرى، وربما يكون هناك ما يمكن الاستفادة منه في تطوير المنظمة التشريعية في هذا المجال ومن المعايير الأوروبية لحماية البيانات التي جاءت بها اللائحة الأوروبية الجديدة. كما أدعو إلى ما يلي :

أولاً: تنظيم حق الإنسان في أن تُحى بياناته الشخصية (الحق النسيان الرقمي) (*droit à l'oubli*) وتنظيم العلاقة الجدلية بين هذا الحق والحق في أرشفة البيانات للمصلحة العامة، وذلك انطلاقاً من أن استمرار وجود هذه البيانات قد يصبح ضاراً

بمصالح الشخص الذي عولجت بياناته، وأنه لم يعد هناك ضرورة لبقاء هذه البيانات، فمن حقه إذن المطالبة بالحق في النسيان الرقمي بالتزامن مع وجود حالات تقتضي الإبقاء على هذه البيانات وأرشفتها للمصلحة العامة.

ثانياً: ضرورة تقنين ووضع الضمانات المناسبة التي تكفل حماية الحقوق والحريات المتعلقة بالشخص المعني أثناء معالجة بياناته الشخصية لأغراض إعلانية أو لأغراض البحث العلمي أو التاريخي أو لأغراض الإحصائية. على أن تكفل هذه الضمانات العديد من التدابير القانونية وأهمها النص على مبدأ تقليل البيانات إلى الحد الأدنى اللازم لعملية معالجة وتجهيز البيانات الشخصية.

رابعاً: وضع قواعد دقيقة لضمان حماية الحقوق والحريات فيما يتعلق بتجهيز ومعالجة البيانات الشخصية للعامل في إطار علاقات العمل، سواء كانت المعالجة لأغراض التوظيف أو تنفيذ عقد العمل.

خامساً: وضع قواعد خاصة للتعويض عن الأضرار المادية والمعنوية الناجمة عن عملية المعالجة لضمان التعويض الفعال للمضرور سواءً من القائم بالمعالجة أو المتحكم في البيانات.

قائمة المراجع

أولاً: المراجع باللغة العربية:

أ. المراجع العامة:

- نكي، محمود جمال الدين. الوجيز في نظرية الالتزام في القانون المدني المصري. الجزء الأول في مصادر الالتزام. الطبعة الثانية. مطبعة جامعة القاهرة والكتاب الجامعي. سنة 1976.
- الشرقاوي، جميل. النظرية العامة للالتزام. الكتاب الأول. مصادر الالتزام. دار النهضة العربية. القاهرة. 1995. ص 48 وما بعدها.
- علي، عبدالصبور عبدالقوي. التنظيم القانوني للتجارة الإلكترونية. مكتبة القانون. الرياض. 2013.
- البيه، محسن عبدالحميد. الإثبات في المواد المدنية والتجارية. وفقاً لقانون الإثبات وقانون التوقيع الإلكتروني. كتاب مقرر على طلاب كلية الحقوق. جامعة المنصورة. 2007.

ب. المراجع الخاصة:

- أبو الليل، د. إبراهيم الدسوقي. التقدير القضائي للتعويض. مجلة المحامي الكويتية. السنة الثامنة. أعداد (إبريل. مايو. يونيو). سنة 1985.

- سيد، أشرف جابر. الجوانب القانونية لمواقع التواصل الاجتماعي "مشكلات الخصوصية وحرية التعبير والملكية الفكرية والإثبات مع التركيز على موقعي فيس بوك وتويتر". دار النهضة العربية. القاهرة. 2013.
- رمال، سارة علي. الحق في الخصوصية في العصر الرقمي. قراءة تحليلية في ضوء قرار الجمعية العامة للأمم المتحدة رقم 167/68. منشورات الحلبي الحقوقية. لبنان. 2016.
- أحمد، شمس الدين إبراهيم. وسائل مواجهة الاعتداءات على الحياة الشخصية في مجال تقنية المعلومات في القانونين السوداني والمصري. دراسة مقارنة. دار النهضة العربية. القاهرة. الطبعة الأولى. 2005.
- عبدالفتاح، عابد فايد. التعويض التلقائي للأضرار بواسطة التأمين وصناديق الضمان. دراسة مقارنة في القانون المصري والقانون الفرنسي. دار الجامعة الجديدة. الإسكندرية. 2014.
- حجازي، عبدالفتاح بيومي. حماية المستهلك عبر شبكة الانترنت. دار الكتب القانونية. مصر. 2008.
- العوضي، عبدالهادي فوزي. المسؤولية التقصيرية لناشري برامج التبادل غير المشروع للمصنفات الفكرية. (peer-to-peer) دراسة مقارنة في القانون الفرنسي والمصري والعُماني. دار النهضة العربية القاهرة. سنة 2016.

- **الخصاونة، علاء الدين.** الحماية القانونية للخصوصية والبيانات الشخصية في نطاق المعلوماتية. مجلة جامعة الشارقة للعلوم الشرعية والقانونية. مج8. ع2. الإمارات العربية المتحدة. 2011.

- **المقاطع. محمد.** حماية الحياة الخاصة للأفراد وضماناتها في مواجهة الحاسوب الآلي. مطبوعات جامعة الكويت. 1992.

- **عبدالصديق، محمد سامي.** شبكات التواصل الاجتماعي ومخاطر انتهاك الحق في الخصوصية. دار النهضة العربية. القاهرة. 2016.

- **عبابنة، محمود أحمد.** جرائم الحاسوب وأبعادها الدولية. دار الثقافة للنشر والتوزيع. عمان الطبعة الأولى. 2005.

- **رستم. هشام محمد فريد.** الجوانب الإجرائية للجرائم المعلوماتية. دراسة مقارنة. مكتبة الآلات الحديثة. أسيوط. 1992.

أ. أبحاث ومقالات:

- **سيد، أشرف جابر.** مسؤولية مقدمي خدمات الإنترنت عن المضمون الإلكتروني غير المشروع: دراسة خاصة لمسؤولية متعهدي الإيواء. مجلة حقوق حلوان للدراسات القانونية والاقتصادية - مصر. العدد الثاني والعشرون. يناير/ يوليو 2010. الصفحات من 10: 212.

- الأهواني، حسام الدين كامل. الحماية القانونية للحياة الخاصة في مواجهة الحاسب الإلكتروني. مجلة العلوم القانونية والاقتصادية. كلية الحقوق جامعة عين شمس. مج 32. العدد 1. 2. يوليو 1990. الصفحات من 1: 90.
- غنيم، ريهام عاصم. المعلومات الشخصية المتاحة على الويب العام. دراسة في إمكانية الوصول وأخلاقيات الاستخدام. بحث منشور ضمن بحوث مؤتمر المحتوى العربي في الإنترنت (التحديات الطموح). المجلد الثاني. 2010. جامعة الإمام محمد بن سعود الإسلامية. الرياض. لصفحات من 1139: 1173.
- التهامي، سامح عبدالواحد. الحماية القانونية للبيانات الشخصية - دراسة في القانون الفرنسي - القسم الأول، مجلة الحقوق - جامعة الكويت، مج 35، العدد الثالث. سبتمبر. 2011. الصفحات من 375: 434.
- خاطر، شريف يوسف حلمي. حماية الحق في الخصوصية المعلوماتية. دراسة تحليلية لحق الاطلاع على البيانات الشخصية في فرنسا. مجلة البحوث القانونية والاقتصادية. كلية الحقوق جامعة المنصورة. مصر. العدد 57. أبريل 2015. الصفحات من 1: 170.
- العوضي، د. عبدالهادي فوزي. الحق في الدخول في طي النسيان على شبكة الإنترنت: دراسة قانونية تطبيقية مقارنة. مجلة القانون والاقتصاد (كلية الحقوق - جامعة القاهرة) - مصر. علمية. محكمة. المجلد/العدد: مج 85. 2015. الصفحات: 313 - 463.

- منصور، د.عصام محمد رشيد. قوانين حماية خصوصية الأطفال على الإنترنت. قراءة في القانون الأمريكي COPPA مع استعراض للموقف العربي من مثل هذه القوانين. مجلة دراسات المعلومات. علمية محكمة. العدد السادس. سبتمبر 2009. من ص 131: 163.
- سعداني، ماء العينين. الأمن القانوني والمعلوماتي. مجلة الفقه والقانون. المغرب. العدد التاسع عشر. مايو 2014.
- البكاري، محمد. حماية سرية المراسلات الشخصية. مقال محكم ومنشور بمجلة المنبر القانوني المغربي. العدد التاسع، 2015م، الصفحات من 207: 212.
- زايد، محمد. الجريمة والقرصنة في مجال المعلوماتية والشبكات، بحث منشور في المجلة العربية العلمية، تونس، 2006 مج 10، العدد 19، الصفحات 73: 84.
- الصقر، ممدوح شحات. أمن المعلومات، أعمال ندوة مكافحة الجريمة عبر الإنترنت، وورشة عمل أمن المعلومات والتوقيع الإلكتروني، المنظمة العربية للتنمية الإدارية، القاهرة، 2010، محكمة، الصفحات 143: 180.

- **جدي، نجاهة.** المعلوماتية وحق المؤلف، بحث منشور بمجلة دراسات وأبحاث، جامعة زيان عاشور (الجلفة) الجزائر، العدد السادس، الصفحات من 186: 200.

- **أبو فارة، يوسف أحمد.** تحليل العلاقة بين حماية الخصوصية وبين التسجيل والإفصاح عن البيانات الشخصية في المتاجر الإلكترونية، مجلة العلوم الإدارية، الأردن، المجلد الثالث والثلاثون، العدد الثاني، 2006، الصفحات من 189 - 208.

ب. رسائل علمية:

- **محمد، عربي السيد عبدالسلام.** أحكام تقدير التعويض وأثر تغير القوة الشرائية للنقود على تقديرها. دراسة مقارنة. رسالة دكتوراه. كلية الحقوق. جامعة أسيوط. 2008.

- **صالح، مروة زين العابدين.** الحماية القانونية الدولية للبيانات الشخصية عبر الإنترنت بين القانون الدولي الاتفاقي والقانون الوطني. رسالة دكتوراه منشورة. مركز الدراسات العربية للنشر. القاهرة. 2016

ثانيا: المراجع باللغة الفرنسية:

- **Ouvrages Généraux :**

- Geneviève Viney: Introduction à la responsabilité, 3e édition, Editeur: L.G.D.J, 2008.

- Patrice Jourdain, Geneviève Viney: Traité de droit civil, Les conditions de la responsabilité Dommage, fait générateur, régimes spéciaux, causalité, 4e édition, Editeur: L.G.D.J, 2013.

- Suzanne Carval, Patrice Jourdain, Geneviève Viney: Les effets de la responsabilité, 4e édition, Editeur : L.G.D.J, 2017.

- **Ouvrages spéciaux :**

- A.BELLEIL:E–privacy: le marché des données personnelles: protection de la vie privée à l'âge d'Internet, Dunod, 2001.

- David Dechenaud : Le droit à l'oubli numérique, Données nominatives –Approche comparée, Larcier – Création Information Communication, 1re édition, Parution, 2015.

- Sandrine Carneroli : Le droit à l'oubli, Du devoir de mémoire au droit à l'oubli, 1re édition, Editeur: Larcier, 2016.

- **Articles :**

- Antoinette Rouvroy : « Réinventer l'art d'oublier et de se faire oublier dans la société de l'information ? » in La sécurité de l'individu numérisé, Réflexions prospectives et internationales, S. Lacour (dir.), L'Harmattan 2010.

- Christian Charriere–Bournazel, « Propos autour d'Internet : l'histoire et l'oubli », Gazette du Palais, 21 avril 2011 n°111, p.6 Gazette du Palais, 21 avril 2011. Voir aussi Agathe Lepage, «Droit à l'oubli : une Jurisprudence tâtonnante », Recueil Dalloz 2001.

- Emmanuel DECAUX : « La protection de la vie privée au regard des données informatiques », Revue électronique Droits fondamentaux, n° 7, janvier 2008 – décembre 2009.
- Etienne Quillet : Le droit à l’oubli numérique sur les réseaux sociaux, mémoire, dir. E. Decaux, 2011
- Linda Maizener, membre du conseil d'administration de l'Association des jeunes magistrats Tout le dommage, rien que le dommage ? Gaz. Pal. 24 juill. 2018 .
- Maryline Boizard : Le droit à l’oubli; Faculté de droit et de science politique, Rennes 1 Institut de l’Ouest : Droit et Europe IODE UMR CNRS 6262 Recherche réalisée avec le soutien de la Mission de recherche Droit et Justice Février 2015.
- Roseline LETTERON « Le droit à l'oubli », Revue du droit public, 1996.
- **Thèses :**

- Charlotte HEYLLIARD: Le droit à l'oubli sur Internet. Mémoire de Master 2 recherche, Mention DNP. le 4 juin 2012.

- Nathalie WALCZAK : La protection des données personnelles sur l'internet ; Thèse de doctorat en Sciences ; Thèse de doctorat en Sciences de l'information et de la communication ; univ-lyon2, 2014.

- **Rapports :**

- Commission des lois du Senat ; « Vie privée à l'heure des mémoires numériques. Pour une confiance renforcée entre citoyens et société de l'information » Rapport d'information de M. Yves DÉTRAIGNE et Mme AnneMarie ESCOFFIER, fait au nom de la commission des lois, n° 441 (2008-2009), 27 mai 2009, adoptée le 23 mars 2010.

- Jacques Le Rider : Oubli, mémoire, histoire dans la « Deuxième Considération inactuelle »

- Y. POULLET, J.-M. DINANT, avec la collaboration. de C. de TERWANGNE ET M.-V. PEREZ-ASINARI : «L'autodétermination informationnelle à l'ère de l'Internet », Rapport pour le Comité consultatif de la convention pour la protection des personnes à l'égard du traitement automatisé des données à caractère personnel (T-PD), Conseil de l'Europe, Strasbourg, 18 novembre 2004.

ثالثاً : المراجع باللغة الإنجليزية:

- Viktor Mayer-Schönberger, Delete: The virtue of forgetting in the digital age, 2009.

رابعاً : المواقع الإلكترونية:

<http://apdfanswer.blogspot.com/2015/02/Amnesia.html>

<http://journals.openedition.org/rgi/725>

http://www.accronline.com/article_detail.aspx?id=19502

<http://www.cnil.fr/la-cnil/actu-cnil/article/article/reseaux-sociaux-queles-sont-les-pratiques-de-nosenfants-quel-est->

le-role-des-

parents/?tx_ttnews[backPid]=2&cHash=66639ddc7d

<http://www.france24.com/ar>

<http://www.who.int/mediacentre/factsheets/fs362/ar>

<https://ar-ar.facebook.com/privacy/explanation/>

<https://nakedsecurity.sophos.com/ar/2018/03/28/cambridge-analyticas-secret-coding-sauce-allegedly-leaked/>

<https://rm.coe.int/16806ae51f>

<https://th2plant.blogspot.com/2018/04/FBUsers-Violate.html>

<https://www.apple.com/sitemap/>

<https://www.captaincontrat.com/articles-gestion-entreprise/limites-protection-donnees-personnelles-salarie>

<https://www.cnil.fr/en/cnils-missions>

<https://www.cnil.fr/en/official-texts>

<https://www.cnil.fr/fr/loi-78-17-du-6-janvier-1978-modifiee>

<https://www.cnil.fr/fr/principes-cles/rgpd-se-preparer-en-6-etapes>

<https://www.cnil.fr/fr/principes-cles/rgpd-se-preparer-en-6-etapes>

<https://www.cnil.fr/fr/reglement-europeen-protection-donnees/chapitre2#Article8>

<https://www.ecfr.gov/cgi-bin/text-idx?SID=4939e77c77a1a1a08c1cbf905fc4b409&node=16%3A1.0.1.3.36&rgn=div5>

<https://www.ftc.gov/enforcement/rules/rulemaking-regulatory-reform-proceedings/childrens-online-privacy-protection-rule>

<https://www.ftc.gov/enforcement/rules/rulemaking-regulatory-reform-proceedings/childrens-online-privacy-protection-rule>

<https://www.gazette-du-palais.fr/article/GPL329s3/>

<https://www.legalis.net/jurisprudences/tribunal-de-grande-instance-de-pontoise-6eme-chambre-2-collegiale-tribunal>

de grande instance de Pontoise 6ème chambre², 2 février
2005.

<https://www.nytimes.com/2018/03/27/us/cambridge-analytica-palantir.html>

<https://www.senat.fr/notice-rapport/2008/r08-441-notice.html>

أبحاث في القانون الجنائي

المسئولية الجنائية الناشئة عن إساءة استخدام مواقع التواصل الاجتماعي

إعداد

د/ دينا عبدالعزيز فهمي

مقدمة

موضوع البحث:

الحمد لله رب العالمين الذي علم الإنسان ما لم يعلم، وأسبغ عليه نعمه ظاهرة وباطنة، فله الحمد في الأولى والآخرة، والصلاة والسلام على المبعوث رحمة للعالمين سيدنا محمد صلى الله عليه وسلم وعلى آله وأصحابه والتابعين لهم بإحسان إلى يوم الدين.

وبعد....

تعتبر تكنولوجيا الاتصالات والحاسب الآلي ثورة حقيقية في ميدان الاتصال والمعلومات، وأدت هذه الثورة إلى تراكم مدهل في المعرفة وحصيلة هائلة في المعلومات، غير أن هذه الابتكارات أفرزت جرائم جديدة غير معتادة عكست هذا الواقع، واستخدمت أدواته واتصفت بسماته، حتى إنها اقترنت باسمه فأطلق عليها "جرائم تقنية المعلومات" تناغماً مع مصطلح "عصر تقنية المعلومات"، ومن أبرز الأضرار التي تلحق بالمجتمع نتيجة ذلك استغلال مواقع التواصل الاجتماعي عبر الإنترنت ليس في أغراض الصداقة وتبادل المعلومات فحسب، وإنما في ارتكاب جرائم أيضاً، الأمر الذي يترتب عليه مخاطر اجتماعية وأمنية تصل إلى حد تهديد أمن الدولة.

وقد شهدت تكنولوجيا الاتصالات والمعلومات تطورات سريعة وتأثيرات مباشرة للثورة الرقمية على نمط الحياة⁽¹⁾، ويمكن تعريف تكنولوجيا المعلومات بأنها جميع أنواع التكنولوجيا المستخدمة في تشغيل ونقل وتخزين المعلومات في شكل إلكتروني، وتشمل تكنولوجيا الحاسبات الآلية ووسائل الاتصال، وأجهزة الفاكس وغيرها من المعدات التي تستخدم في الاتصالات.

وإذا كانت مواقع التواصل الاجتماعي توفر الجهد والوقت والمال في جمع المعلومات، فمن خلالها يمكن التوصل إلى جميع أنواع المعلومات الشخصية الخاصة بالفرد، وهذا يمثل فرصة حقيقية في جمع الاستدلالات عن الجرائم، فمن خلال تحليل محتوى الشبكات يمكن تحديد العلاقة بين المشتبه فيهم، والجرائم الناشئة عن استخدام مواقع التواصل الاجتماعي.

ونظرًا لتغير طبيعة الجرائم خلال السنوات الأخيرة واعتمادها على التقنيات الحديثة والفضاء الإلكتروني والمعلوماتي، أصبح من الضروري وضع الأطر القانونية التي تكفل حماية كل ما يهدد الدولة في هذا الشأن.

حيث يتم استخدام مواقع التواصل الاجتماعي، من قبل الإرهابيين وعصابات الجريمة المنظمة - وهو اتجاه لم يؤدِّ إلى تطوير أشكال جديدة من النشاط

(1) Denis Baresch: Sécurité et confiance dans la communication électronique - pour une approche européenne, Revue du Marché commun et de l'Union européenne, N° 420 du 10/07/1998, p.437.

الإجرامي فحسب، بل إلى "عولمة" الجريمة وظهور أنماط جديدة من الصراع "الاقتراضي"، تكون شبكة الإنترنت ساحةً معركته، ومواقع التواصل الاجتماعي سلاحه، والدول والمواطنون مقاتليه.

حيث إن المرحلة الحالية التي تمر بها البلاد فاصلة في تاريخها الحديث وتحتشد فيها الجهود وتتضافر فيها القوى لخوض معركة التقدم نحو المستقبل الأفضل والشعور بالأمن والأمان الذي يصبو إليه جموع المصريين، ولعل أبرز ما نواجهه في هذه المرحلة من التقدم والتنمية هي جرائم تقنية المعلومات والجريمة الإلكترونية التي تهدف إلى تدمير كيان المجتمع وتعصف بأمنه واستقراره وتعوق مسيرة التقدم والازدهار، لذا كان لزاماً أن نسارع في مواجهة هذا الخطر الداهم وإنقاذ مواطنينا من تغييب عقولهم حتى يترسخ للبلاد أمنها واستقرارها ويتاح مناخ أفضل لمواصلة الجهود نحو الإصلاح والتنمية والتطور في نطاق الدستور والقانون.

وقد انضمت جمهورية مصر العربية في عام 2014 إلى الاتفاقية العربية لمكافحة جرائم تقنية المعلومات⁽¹⁾، وصدر في مصر قانون مكافحة جرائم تقنية المعلومات رقم 175 لسنة 2018⁽²⁾، كما وضع المشرع الفرنسي العديد من النصوص

(1) الجريدة الرسمية، العدد 46، 13 نوفمبر 2014، قرار رئيس جمهورية مصر العربية رقم 276 لسنة 2014 بشأن الموافقة على انضمام جمهورية مصر العربية إلى الاتفاقية العربية لمكافحة جرائم تقنية المعلومات، الموقعة في القاهرة بتاريخ 2010/12/21.

(2) الجريدة الرسمية، العدد 32 مكرر(ج)، 14 أغسطس 2018، قانون رقم 72 لسنة 2018 في شأن مكافحة جرائم تقنية المعلومات.

لمكافحة جرائم تقنية المعلومات، والقانون الإماراتي لمكافحة جرائم تقنية المعلومات في المرسوم بقانون اتحادي رقم (5) لسنة 2012 في شأن تقنية المعلومات⁽¹⁾ ووضع قواعد تحد من مخاطر هذه المواقع، والقانون الكويتي رقم (63) لسنة 2015 في شأن مكافحة جرائم تقنية المعلومات⁽²⁾.

أهمية البحث:

أدى تطور مواقع التواصل الاجتماعي، وزيادة عدد الأفراد الذين يستخدمون هذه المواقع إلى تفاقم المشكلات القانونية، الأمر الذي يتعين على المشرع المصري وضع قانون لمواجهة مخاطر إساءة استخدام هذه المواقع، ولاسيما أن التحديات الناشئة عن سوء استخدام مواقع التواصل الاجتماعي لا تقف عند حد المساس بالحقوق الخاصة بالأفراد فحسب، بل يمتد تأثيرها إلى ما يهدد سلامة وأمن الدولة، ويلاحظ في الآونة الأخيرة أنه يتم استغلال هذه المواقع في إثارة الشعوب وإحداث فوضى سياسية.

تعتبر مواقع التواصل الاجتماعي اليوم بمثابة وسائل إعلامية، تعرف بالإعلام الجديد، تعد اليوم أهم السمات البارزة، التي يستطيع الشخص استخدامها وكتابة

(1) المرسوم بقانون اتحادي رقم (5) لسنة 2012 في شأن مكافحة جرائم تقنية المعلومات.

(2) القانون رقم (63) لسنة 2015 في شأن مكافحة جرائم تقنية المعلومات، صدر بقصر السيف في 20 رمضان 1436 هـ - الموافق 7 يوليو 2015 م.

منشوراته ونشر مقاطعه الصوتية أو المرئية وهو في أي مكان في العالم، وقد نتج عن ذلك تجاوزات، ومن ثم يتعين التصدي لها.

■ تحديد المسؤولية الجنائية في جرائم النشر الإلكتروني التي ترتكب من خلال مواقع التواصل الاجتماعي؛ فهل المسئول باعتباره يؤدي دوراً رئيسياً في تنظيم المعلومات هو مزود خدمات الاستضافة وتخزينها على شبكة الإنترنت، أو كونه يباشر خدمات تقنية تتمثل في توصيل خدمة الاتصال ولا علاقة له بالبيانات، أو المعلومات، التي يتم نشرها على هذه المواقع، أم هو الناشر الإلكتروني باعتباره محرر الموقع ويقوم بصياغة المعلومات، ويتحكم في البيانات التي يتم نشرها على صفحات مواقع التواصل الاجتماعي؟ وقد يجتمع الأمران معاً بأن يصبح منشئ الموقع هو ذاته الذي أنيط به تحرير المحتوى، فمن المسئول عن المعلومات الواردة في ذلك المحتوى إذا تضمنت الإساءة إلى مستخدمي تلك المواقع؟

■ ظهور نوع جديد من جرائم الإرهاب وهي جرائم الإرهاب عبر مواقع التواصل الاجتماعي، والتي تتم من خلال استخدام الإنترنت وتطبيقاته المختلفة، وهي جرائم تتسم بالخطورة لسهولة ارتكابها، والتخطيط لها وتدريب الجناة ونشر معلوماتها، وسرعة الاتصال فيما بينها، نظراً لاستفادتها من خدمة تقنية المعلومات وتطبيقاتها.

▪ خطورة جريمة الإرهاب عبر مواقع التواصل الاجتماعي، حيث لم تعد التكنولوجيا وحدها قادرة على حماية الأفراد من جرائم الإرهاب والتنظيم الإرهابي عبر مواقع التواصل الاجتماعي، والتي تترك آثاراً وأضراراً تمس المجتمع.

▪ صدور القانون رقم (175) لسنة 2018 بشأن مكافحة جرائم تقنية المعلومات، وبالتالي أصبح هذا الموضوع حديث الساعة، فبعد أن كانت مشكلة جرائم تقنية المعلومات مثارة بالطبع قبل صدور القانون، إلا أنها أصبحت أكثر إثارة بعد صدوره لما كان لهذا القانون إحداث زلزال في أثره في مكافحة تلك الجرائم، فضلاً عما أعتري هذا القانون من الخلل والقصور في بعض مواضعه والتي سنعرض كل منها في حينه في هذا البحث آملين أن نسد هذا النقص والقصور من خلال المقارنة بالقوانين الأخرى ومن خلال رأينا المتواضع، ولذلك أتمنى أن يكون لي شرف المحاولة لمناقشة هذا القانون مع إضفاء الجديد من الاقتراحات على أن يحذوني الأمل أن يأخذ بها المشرع المصري مستقبلاً عند إجراء أي تعديل قد يطراً على هذا القانون، بما يجعل هذا القانون في مصاف القوانين المنظمة لمكافحة جرائم تقنية المعلومات.

منهج البحث:

بسبب حداثة قانون مكافحة جرائم تقنية المعلومات في مصر وقلة الأحكام القضائية فيه، ولكي نصل إلى الأهداف المرجوة من هذا البحث اعتمدت على المنهج

المقارن، وكانت المقارنة بين بعض التشريعات والقانون المصري للوصول إلى ما يكون مناسباً لسد بعض الثغرات في القانون لنخطو خطاها ونسير على دربها. ونظراً لعدم وجود قانون في مصر ينظم استخدام مواقع التواصل الاجتماعي صراحة، اتبعت في هذا البحث المنهج التأصيلي في تأصيل فكرة النظام القانوني لمواقع التواصل الاجتماعي، ببيان ماهيتها وأنواعها ونصوص تجريم إساءة استخدامها في القانون الفرنسي وغيره من القوانين، هذا بالإضافة إلى الاستعانة بالمنهج التحليلي في تحليل نصوص التشريعات الأجنبية، وذلك للتوصل لحل المشكلات التي تنتج عن موضوع البحث، هذا بالإضافة إلى الاستعانة بالمنهج المقارن بالمقارنة بين بعض التشريعات.

خطة البحث:

المبحث الأول: ماهية مواقع التواصل الاجتماعي.

المبحث الثاني: نطاق المسؤولية الجنائية لإساءة استخدام مواقع التواصل الاجتماعي.

المبحث الأول

ماهية مواقع التواصل الاجتماعي

تمهيد وتقسيم:

انتشرت مواقع التواصل الاجتماعي ووسائل الاتصالات وأشهرها الهاتف المحمول، ومع تنوع وسائل الاتصالات، وكذلك البرامج الإلكترونية المختلفة حيث تستطيع من خلالها ابتكار كل ما هو جديد، ومنها برامج تحرير الصور وأشهرها برنامج الفوتوشوب التي يستطيع الشخص من خلاله تركيب ودمج الصور مع أخرى ومن ثم نشرها على مواقع التواصل الاجتماعي المختلفة وأشهرها «تويتر» و«فيسبوك»، بالإضافة إلى بعض البرامج الأخرى كبرامج المشاركة حيث يقوم مستخدمو هذه البرامج بنشر الصور والفيديوهات ليشاركها الجميع في كل أنحاء العالم، وما يسبب ذلك ضرر كبير خاصة إذا كانت هذه المحتويات تضر بأخرين أو تسيء إليهم.

بالإضافة إلى ذلك فإن مواقع التواصل الاجتماعي وهذه البرامج أصبحت لا تقتصر على الحاسب الآلي، بل أصبح استخدامها متاحاً على الهواتف المحمولة بإمكانياتها الحديثة وما تملكه من إمكانيات جعلت من جهاز الهاتف المحمول حاسبا آليا محمولا يستطيع من خلاله الأفراد استخدام هذه البرامج، وتحميل المواقع الإباحية ونشرها، بل أن هناك برامج تستخدم على الهاتف اخطر من برامج الحاسب الآلي، مثل برنامج الواتس أب الذي تستطيع من خلاله إرسال صور أو فيديوهات أو روابط تستطيع إرساله لأي شخص من خلال رقم هاتفه، ولتطور الحاسب الآلي وصغر حجمه شيئاً فشيئاً حتى وصل إلى الآيباد والتابلت،

ويعتبران بمثابة هاتف محمول كبير الحجم مما جعله سهل التنقل به وكذلك يكثر استعماله، مما سهل على أصحاب النفوس المريضة الذين أصبحت هذه الأمور هواية لديهم، فالعبث به أشكال كثيرة من التصرفات مثل القذف السبب والتشهير وغيره من التصرفات السيئة والمعاقبة قانوناً.

وتمثل مواقع التواصل الاجتماعي ثورة رقمية نتيجة استخدامها في نشر المعلومات، فالمستخدم يمكن له نشر برامج، أو مؤلفات على صفحات الويب، وإبرام صفقات تجارية، والتواصل مع أقاربه وأصدقائه، الأمر الذي جعل هذه المواقع ذات طبيعة عالمية.

ويقتضي التواصل الاجتماعي عبر هذه الشبكات وجود أجهزة مترابطة تستخدم لتدفق المعلومات، وعليه فالإنترنت هو السبب الرئيسي في ظهور مواقع التواصل الاجتماعي، وتحويل المستخدم السلبي إلى مستخدم نشط، وقادر على إنشاء معلومات ومحتوى، والتفاعل مع الآخرين⁽¹⁾.

أصبحت مواقع التواصل الاجتماعي اليوم إحدى المحطات المهمة في تطور العمل الإعلامي⁽²⁾، فضلاً عن توسيع رقعة الجمهور، وتجاوز الحدود المكانية، كما كان ظهور شبكة الإنترنت بمثابة ثورة غير مسبوقة في مجال وسائل الاتصال

(1) Géraldine Péronne & Emmanuel Daoud: Discriminations et réseaux sociaux, AJ Pénal, N° 12 du 11/12/2014, p.570.

(2) Sébastien Defix: Réseaux sociaux et règles de propagande électorale, AJ Collectivités Territoriales, N° 12 du 16/12/2014, p.580.

والمعلومات، بما أتاحتها من حرية وسرعة متابعة الحدث على مدار الساعة، وبما قدمته من خدمات متعددة من مواقع ومنشآت وتصفح، حيث أدى ذلك إلى زيادة دور شبكات التواصل الاجتماعي، باعتبارها وسائل حرة للتعبير والتفاعل والتواصل بين أفراد المجتمع.

المطلب الأول: مفهوم مواقع التواصل الاجتماعي.

المطلب الثاني: أهمية مواقع التواصل الاجتماعي.

المطلب الأول

مفهوم مواقع التواصل الاجتماعي

تمهيد وتقسيم:

تقوم فكرة مواقع التواصل الاجتماعي على جمع بيانات الأعضاء المشاركين في هذه المواقع، ويتم نشر البيانات علنا حتى يتجمع الأعضاء ذوو المصالح المشتركة والذين يبحثون عن ملفات أو صور لتسهيل الحياة الاجتماعية بين الأفراد، وبناء وتفعيل المجتمعات على شبكة الإنترنت.

فمواقع التواصل الاجتماعي هي التواصل بين الأفراد وجماعات المستخدمين، وتمكنهم من التواصل وتبادل الآراء والأفكار والمعلومات والملفات والصور والفيديو بين الأفراد المستخدمين لها في أي وقت يشاءون وفي أي مكان من العالم، واكتسبت اسمها الاجتماعي لتصبح وسيلة تعبيرية لدى الأفراد⁽¹⁾.

ونتناول في هذا المطلب إلى تعريف مواقع التواصل الاجتماعي، ثم بيان أنواعه على النحو التالي:

الفرع الأول: تعريف مواقع التواصل الاجتماعي.

(1) Nikita Barman: Legal Implications of Cyber Crimes on Social Networking Websites, International Journal of Scientific and Research Publications, Volume 5, Issue 12, December 2015 , p.315.

الفرع الثاني: صور مواقع التواصل الاجتماعي.

الفرع الثالث: خصائص مواقع التواصل الاجتماعي.

الفرع الأول

تعريف مواقع التواصل الاجتماعي

يُطلق على مواقع التواصل الاجتماعي باللغة الإنجليزية «social media» لكن هذا المصطلح المتعارف عليه كما نجد مصطلح «social net-work» أي الترابط الشبكي الاجتماعي والمصطلح العربي "مواقع التواصل الاجتماعي" أدق من ناحية الوصف.

أولاً: التعريف الفقهي لمواقع التواصل الاجتماعي:

عرف اتجاه في الفقه مواقع التواصل الاجتماعي بأنها منظومة من الشبكات الإلكترونية التي تسمح للمشارك فيها بإنشاء موقع خاص به، ومن ثم ربطه عن طريق نظام اجتماعي إلكتروني مع أعضاء آخرين لديهم الاهتمامات والهوايات نفسها⁽¹⁾.

وعرفت أيضاً بأنها شبكات اجتماعية تفاعلية تتيح التواصل لمستخدميها في أي وقت وفي أي مكان في العالم، ظهرت على شبكة الإنترنت منذ سنوات وتمكنهم

(1) د/ زاهر راضي، استخدام مواقع التواصل الاجتماعي في العالم العربي، مجلة التربية، العدد 15، جامعة عمان الأهلية، عمان، 2003، ص23.

من التواصل المرئي والصوتي وتبادل الصور وغيرها من الإمكانيات التي توطد العلاقة الاجتماعية بينهم⁽¹⁾.

مواقع التواصل الاجتماعي هي عبارة عن مجموعة من مواقع الاتصال عبر الإنترنت، وهذه المواقع تكون مخصصة للتفاعل والتبادل الاجتماعي، بحيث تكون مفتوحة لجميع الناس لتبادل الحوار والآراء وكتابة ما يرغبون بمشاركته أو نشره مع الناس الآخرين من جميع أنحاء العالم⁽²⁾. وللاشتراك بهذه الواقع ليس عليك إلا التسجيل من خلال الإيميل بكل سهولة لتصبح أحد المشتركين بهذه الوسائل المختلفة، التي تفتح أمامك العالم.

ويمكننا تعريف مواقع التواصل الاجتماعي بأنها مواقع أسسها أفراد أو شركات تستهدف جمع الأقارب والأصدقاء والمعارف وزملاء الدراسة أو العمل في مكان واحد على صفحات الويب ليشاركوا في الآراء والاهتمامات والتعليقات والأخبار وتكوين صداقات جديدة.

(2) عبد الرزاق محمد الدليمي، الإعلام الجديد والصحافة الإلكترونية، دار وائل للنشر، الطبعة الأولى، الأردن، 2011، ص 183.

(2) Emilie Bailly & Emmanuel Daoud: Cybercriminalité et réseaux sociaux: la réponse pénale, AJ Pénal, N° 05 du 14/05/2012, p.252.

ثانياً: التعريف القانوني لمواقع التواصل الاجتماعي:

عرف المشرع المصري في القانون رقم 175 لسنة 2018 الموقع بأنه نطاق أو مكان افتراضي له عنوان محدد على شبكة معلوماتية⁽¹⁾.

وعرّف المشرع الفرنسي التواصل الاجتماعي عبر شبكة الإنترنت في المادة الرابعة من القانون رقم 575 - 2004 الصادر 21 يونيو 2004⁽²⁾ بأنه بروتوكول اتصال مفتوح، أو ربط بيانات وتبادلها بأي شكل يصل إلى الجمهور دون قيد على أي محتوى تبادلي من قبل مقدمي الخدمات التقنية⁽³⁾.

عرف القانون الإماراتي رقم (5) لسنة 2012 الموقع الإلكتروني بأنه مكان إتاحة المعلومات الإلكترونية على الشبكة المعلوماتية، ومنها مواقع التواصل الاجتماعي، والصفحات الشخصية والمدونات⁽⁴⁾.

(1) المادة الأولى من القانون رقم 175 لسنة 2018 في شأن مكافحة جرائم تقنية المعلومات.

(2) JORF n°0143 du 22 juin 2004 page 11168, texte n° 2, Loi n° 2004-575 du 21 juin 2004 pour la confiance dans l'économie numérique.

(3) - "Article 4 En savoir plus sur cet article.

On entend par standard ouvert tout protocole de communication, d'interconnexion ou d'échange et tout format de données interopérable et dont les spécifications techniques sont publiques et sans restriction
".d'accès ni de mise en oeuvre

(4) المادة الأولى من القانون الإماراتي.

كما عرف القانون الكويتي رقم (63) لسنة 2015 الموقع بأنه مكان إتاحة المعلومات على الشبكة المعلوماتية من خلال عنوان محدد. وإلكتروني بأنه كل ما يتصل بتكنولوجيا المعلومات وذو قدرات كهربائية أو رقمية أو مغناطيسية أو بصرية أو كهرومغناطيسية أو وسائل أخرى مشابهه سلكية أو لا سلكية وما قد يستحدث من تقنيات في هذا المجال.

نرى أن المشرعين الفرنسي الإماراتي قد أحسنا صنعاً عند وضعهما لتعريف المواقع الإلكترونية، حيث إنه نص على اعتبار مواقع التواصل الاجتماعي أحد المواقع الإلكترونية، وذلك ما أغفله المشرع المصري والكويتي.

مواقع التواصل الاجتماعي هي المواقع على شبكة الإنترنت تسمى (réseaux sociaux) الاجتماعية التي تتيح التواصل بين مستخدميها في بيئة مجتمع افتراضي يجمعهم وفقاً لاهتماماتهم أو انتماءاتهم الاجتماعية والثقافية، بحيث يتم ذلك عن طريق التواصل المباشر كإرسال الرسائل أو الصور أو مقاطع الفيديو وغيرها، ومشاركة الآخرين والتعرف على أخبارهم⁽¹⁾.

فالشبكات الاجتماعية هي مجموعة من المواقع على شبكة الإنترنت، تتيح التواصل بين الأفراد في بيئة مجتمع افتراضي يجمعهم حسب مجموعات اهتمام أو شبكات

(1) Sophie Prétot: L'ami des réseaux sociaux: précisions sur l'appréhension juridique de la communauté virtuelle, Dalloz actualité, 19 janvier 2017.

انتماء (بلد، جامعة، مدرسة، شركة... إلخ)، كل ذلك يتم عن طريق خدمات التواصل المباشر؛ مثل: إرسال الرسائل، أو الاطلاع على الملفات الشخصية للآخرين، ومعرفة أخبارهم ومعلوماتهم التي يقومون بعرضها.

فتطبيقات مواقع التواصل الاجتماعي على الإنترنت تتيح للمستخدمين أن يقوموا بتعريف ملامحهم الشخصية من خلال البيانات التي يدونها وعرض الصور، والاتصال بالأصدقاء الذين تعرفوا عليهم عن طريق الإنترنت أو في الواقع الحقيقي ومشاهدة البيانات الشخصية للآخرين.

ويمكننا تعريف مواقع التواصل الاجتماعي بأنها مجموعة من صفحات الويب التي تسهل التفاعل النشط بين الأعضاء المشتركين في مواقع التواصل الاجتماعي الموجودة بالفعل على شبكة الإنترنت، وتهدف إلى توفير مختلف وسائل الاهتمام التي تساعد الأعضاء على التفاعل بين بعضهم البعض.

ويمكن تعريفها بأنها مواقع إلكترونية اجتماعية على شبكة الإنترنت والركيزة الأساسية للإعلام الجديد أو البديل، التي تتيح للأفراد والجماعات التواصل فيما بينهم عبر الفضاء الافتراضي.

الفرع الثاني

صور مواقع التواصل الاجتماعي

أخذت شبكة الإنترنت تغزو كل مرافق الحياة، وأتاحت تواصل المواطنين بعضهم مع بعض، وتفاعلهم مع مختلف الأحداث والسياسات، إذ أحدثت التطورات التقنية الحديثة نقلة حقيقية في عالم الاتصال وربطت أجزاء العالم بفضائها الواسع، ومهدت الطريق لكافة المجتمعات في عالم الاتصال، للتقارب والتعارف وتبادل الآراء والأفكار والرغبات، وجعلت العالم كأنه قرية صغيرة.

وقد ساهمت التطورات المتلاحقة في شبكة الإنترنت في إيجاد شكل جديد من الإعلام، تعددت تصنيفاته ومسمياته لدى المهتمين والمختصين الإعلاميين، الذين أطلقوا عليه الإعلام الجديد، أو الإعلام البديل⁽¹⁾، الذي يشمل مواقع التواصل الاجتماعي.

(1) Jérôme Bossan: Le droit pénal confronté à la diversité des intermédiaires de l'internet, RSC, N° 02 du 16/08/2013, p.295 et s
Étienne Dreyfous & Jean Wahl: Questions-clés posées à l'Europe par les progrès des nouvelles technologies de l'information, Revue du Marché commun et de l'Union européenne, N° 416 du 10/03/1998,p161; Pascal Penaud: Nouvelles technologies de l'information: quel impact sur les organismes de Sécurité sociale, Droit social, N° 09-10 du 10/09/199, p769;

وتعد مواقع التواصل الاجتماعي من أحدث منتجات تقنية المعلومات والاتصالات وأكثرها شعبية، فهي تمتلك مجموعة من الخصائص التي تميزها عن المواقع الإلكترونية، مما جعلها الأكثر انتشاراً على شبكة الإنترنت، وهذا شجع متصفحى شبكة الإنترنت من كافة أنحاء العالم على الإقبال المتزايد عليها.

ولقد ساعدت التطورات في تكنولوجيا الاتصال والإعلام على زيادة التواصل بين الأفراد على مستوى كافة المجتمعات بمختلف الثقافات والحضارات، متخطية كافة الحدود السياسية والثقافية، ومن ثم فقد أحدثت شبكة الإنترنت بتقنياتها وتطبيقاتها المتقدمة على الحاسب الآلي، والموبايل والتابلت درجة عالية من التأثير فاق ما أحدثته وسائل الاتصال والإعلام التقليدية⁽¹⁾، حيث يضم الإنترنت ملايين المواقع التي تتناول كافة المجالات السياسية والاقتصادية والاجتماعية، وغيرها، يجرى خلالها أشكال متنوعة من التواصل الاجتماعي، وأصبحت مواقع التعارف المعروفة

د/ مجدي محمد عبد الجواد الداغر، استخدامات الإعلاميين لشبكات التواصل الاجتماعي والإشباع المتحققة، دراسة تطبيقية على القائم بالاتصال بالمؤسسات الإعلامية بالسعودية، مجلة كلية الآداب، جامعة الزقازيق، العدد 64، مارس 2013، 534 وما بعدها؛ د/ زاهر راضي، استخدام مواقع التواصل الاجتماعي في العالم العربي، مجلة التربية، جامعة عمان الأهلية، 2003، ص23؛ د/ ياسر بكر، الإعلام البديل، مطابع حواس للنشر والتوزيع، القاهرة، 2010، ص34.

(1) Jacques Francillon: Messages racistes ou antisémites postés sur le réseau social Twitter, RSC, N° 03 du 20/11/2013, p.566 et s

بمواقع التواصل الاجتماعي⁽¹⁾ منها فيس بوك (facebook)، تويتر (twitter)، ماي سبيس (MySpace)، وغيرها من مواقع التواصل الاجتماعي، والتطبيقات الداعمة

(1) تعتبر مواقع التواصل الاجتماعي إحدى أنواع المواقع الخدمية، حيث تتعدد المواقع الإلكترونية إلى عدة أنواع وهي:

المواقع الإلكترونية التي تقوم بمهام متعددة، وفقاً لغرض إنشائها، وتصنف هذه المواقع إلى أنماط متعددة تأخذ الصور التالية:

المواقع المعلوماتية:

وتضم هذه المواقع من حيث المحتوى والمضمون الذي يُنشر خلالها، منها:

المواقع التعريفية: تشمل مواقع الشركات والمؤسسات الشخصية وتتيح لزوارها الاطلاع على خدماتها ومنتجاتها ونشاطها، وهي بمثابة دليل تقدمه لزائريها وتقدم لهم معلومات بسيطة عما تريد الإعلان عنه ، وعادة ما تذيّل المواضيع المنشورة فيها بعبارة "المزيد من التفاصيل زور الموقع التالي" ، وتقوم تلك المواقع بالتعريف بأنشطة المؤسسات التي أسستها، مثل المؤسسات العلمية والفكرية والثقافية والخيرية.

المواقع المتخصصة: مواقع ذات أهمية لزوارها، لأنها تقدم المعرفة المتجددة والمعلومات في سياق تخصصي، تشمل شخصيات معينة أو مواضيع ذات أهمية أو مبتكرات علمية حديثة، ومن هذه المواقع، مواقع العلماء والشخصيات المشهورة وما يقدموه من جديد في مجالات العلم والمعرفة والثقافة والفنون، كالطب والعلوم الطبيعية، والمبتكرات الجديدة، والدورات الثقافية والمعرفية، وتقوم هذه المواقع على التعريف بالمشاهير في العلم من خلال المواقع الخاصة بذلك .

المواقع الإخبارية: تقدم أحدث آخر الأخبار من موقع الحدث وتهتم بالخبر الصحفي حين حدوثه وتجدد هذه المواقع وتحديث أخبارها في ضوء المستجدات التي تحدث في العالم، وهي عادةً ما تكون دعاية لبعض وسائل الإعلام المرئية والمكتوبة، كالمواقع الإلكترونية للفضائيات التليفزيونية مثل محطة (CNN, BBC ..إلخ)، والصحف مثل الأهرام ،اليوم السابع، المصري اليوم، الوفد،...إلخ.

المنتديات: هي مواقع تتيح للأعضاء المنتسبين لها بالمشاركة في كتابة الموضوعات أو الرد على المواضيع التي يكتبها الآخرون، وهي مواقع منتشرة في الويب العربي.

المواقع الخدمية:

تقوم تلك المواقع على تقديم الخدمات المتنوعة لزوارها، ولا يقتصر على تقديم المعلومات العامة، ويُجرى تصنيفها على النحو التالي :

الشبكات الاجتماعية: تعتبر هذه الشبكات من أكثر المواقع على شبكة الإنترنت انتشاراً واستمراراً لتقديمها خاصية التواصل بين الأفراد والجماعات المستخدمين لها، حيث تمكنهم من التواصل وتبادل الأفكار والآراء والمعلومات والملفات والصور والفيديو، وهي مواقع انتشرت في السنوات الأخيرة بشكل كبير، وأصبحت أكبر وأضخم مواقع في فضاء الويب، ولا زالت مستمرة في الانتشار، وتقدم خدمة التواصل بين الأعضاء المنتسبين لها، حيث يمكن لأحد المستخدمين الارتباط بأحد الأصدقاء عبر الموقع ليصل الجديد مما يكتب ويضيف ذلك الصديق إلى الصفحة، كما أنها تمكن المستخدم من التحكم بالمحتوى الذي يظهر في صفحته، فلا يظهر إلا ما يضيفه الأصدقاء من الكتابات والصور ومقاطع الفيديو، من أشهر تلك المواقع فيس بوك، تويتر، يوتيوب .

خدمات مشاركة: هي مواقع متخصصة بنشر ومشاركة ملفات معرفية وعلمية وسياسية واجتماعية واقتصادية وثقافية ورياضية، وغيرها، من هذه المواقع اليوتيوب الذي يقدم الأحداث بالصور مثل (مقاطع الفيديو) وهي مواقع تتيح للآخرين وتنتشر ملفاتهم ومشاركة العالم المعرفة الموجودة في تلك الملفات، وتلك المواقع قد تكون متخصصة في نوع معين من الملفات مثل موقع اليوتيوب. الخدمات البرمجية: تتميز هذه المواقع بتقديم خدمات خاصة ومهمة لمتصفحها على الإنترنت، فهي تقدم لهم برامج تساعد في القيام ببعض المهام، مثل تحرير الصور وتعديلها دون اللجوء لتصيب أو تحميل برامج أخرى، وتقوم بنفس الغرض على أجهزتهم الخاصة، وتغنيهم تلك المواقع عن البرامج التي تدور حول المهام المعقدة والتي تتطلب جهاز الكمبيوتر ذات مواصفات متنوعة ومتطورة، كما أنها توفر الجهد.

الخدمات السريعة: تتميز هذه المواقع بخدماتها البسيطة، لكنها في نفس الوقت تقدم خدمة ضرورية تتمثل في تقصير عناوين الصفحات الطويلة وجعلها قصيرة، يسهل إرسالها عبر موقع تويتر، وهذه الخدمة تتعلق بالمواقع الإلكترونية والشبكات الاجتماعية على وجه الخصوص، وهي مواقع تؤدي مهام بسيطة ولكنها مطلوبة، وعادة ما تكون هذه المهام متعلقة بمواقع إلكترونية أو

للاتصال مثل الواتس آب (WhatsApp)، فايبر (Viber)، سكاى بي (Skype) ،
إيمو (imo)، وغيرها من أدوات التواصل، وتعتبر جميعها وسيلة للتواصل
الاجتماعي بين شعوب العالم، حيث ربطت تلك المواقع الأدوات مليارات الأشخاص
حول العالم، من خلال برامج رئيسة تتضمن محتوى ديناميكي يحتوي على
معلومات حول الشخصية، الاسم، والتاريخ الوظيفي، وغيره من البيانات الشخصية
والعائلية.

بشبكات اجتماعية أخرى، ويتميز هذا النوع عن السابق أن المهام تكون عادة بسيطة وسريعة في
نفس الوقت مطلوبة بين مستخدمي الإنترنت.

Étienne Dreyfous & Jean Wahl: Questions-clés posées à l'Europe par
les progrès des nouvelles technologies de l'information, Revue du
Marché commun et de l'Union européenne, N° 416 du
10/03/1998,p161; Pascal Penaud: Nouvelles technologies de
l'information : quel impact sur les organismes de Sécurité sociale, Droit
social, N° 09-10 du 10/09/199, p769;

د/ مجدي محمد عبد الجواد الداغر، استخدامات الإعلاميين لشبكات التواصل الاجتماعي
والإشباع المتحقق، دراسة تطبيقية على القائم بالاتصال بالمؤسسات الإعلامية بالسعودية،
مجلة كلية الآداب، جامعة الزقازيق، العدد 64، مارس 2013، 534 وما بعدها؛ د/ زاهر
راضي، استخدام مواقع التواصل الاجتماعي في العالم العربي، مجلة التربية، جامعة عمان
الأهلية، 2003، ص23؛ د/ ياسر بكر، الإعلام البديل، مطابع حواس للنشر والتوزيع، القاهرة،
2010، ص34.

ومواقع التواصل الاجتماعي كثيرة، بدأت في الظهور في عامي 2003، 2004 من وقد نمت أعدادها بفضل مواقع (Facebook, MySpace, Skyrockblog) (وتتيح مواقع التواصل الاجتماعي للمستخدم إيجاد شخصية افتراضية تسمى الملف الشخصي. ومواقع التواصل الاجتماعي حول العالم كثيرة وعديدة¹.

¹ أولاً: الفيس بوك facebook:

ثانياً: تويتر (twitter):

ثالثاً: يوتيوب (YouTube):

رابعاً: إنستجرام (Instagram):

خامساً: الكيك (keek):

سادساً: لينكد إن (LinkedIn):

الفرع الثالث

خصائص مواقع التواصل الاجتماعي

تعتبر مواقع التواصل الاجتماعي تقنية من التقنيات الحديثة في عالم التواصل بين الأفراد هي الأكثر انتشاراً على شبكة الإنترنت، لما تمتلكه من خصائص تميزها عن المواقع الإلكترونية مما شجع متصفح الإنترنت في كافة أنحاء العالم على الإقبال المتزايد.

تتسم مواقع التواصل الاجتماعي بمجموعة من المميزات والخصائص التي تميزها عن غيرها من المواقع الأخرى؛ حيث اكتسبت مواقع التواصل الاجتماعي هذه الخصائص والمميزات من السمات والمميزات الخاصة بتقنيات الجيل الثاني للويب عامة، وبسمات وخصائص مواقع التواصل الاجتماعي خاصة، فجعلت من المستخدم منتجاً للمحتوى ومعداً له، كما أتاحت له في الوقت نفسه المشاركة في المحتوى الذي أعده الآخرون، كما مكنت كل مستخدم من المساهمة بما يشاء من ملفات مصورة أو مكتوبة أو مبرمجة، وجعلت من صفحة كل مستخدم سبورة يكتب عليها ما يشاء، وما يكتبه على تلك الصفحة يشاهده الأصدقاء في الوقت نفسه، فعالم التواصل الاجتماعي غير كثيراً في أسلوب التواصل والمعرفة وطريقة عرضها، وجعل الفرد في اجتماع مستمر وهو في منزله.

أولاً: سهولة الاستخدام:

لا يحتاج التعامل مع مواقع التواصل الاجتماعي خبرة معلوماتية حتى يتم التفاعل مع محتواها، كما لا يحتاج رواد المواقع على خبرات وتدريبات علمية وعملية، وإنما إلى مجرد مقدمة ومبادئ أولية موجزة عن طبيعة الاستخدام، حيث تتطلب عملية التسجيل في مواقع التواصل الاجتماعي اختيار اسم ورقم سري، والموافقة على شروط العضوية، وبمجرد استكمال إجراءات التسجيل يحصل الفرد على عضوية باسم مستخدم ورقم سري، وحيز خاص به، يسمح له بمباشرة أعماله الرقمية بحرية تامة⁽¹⁾.

ثانياً: التفاعلية:

التفاعل هو قدرة وسيلة الاتصال الجديدة على الاستجابة لحديث المستخدم كما يحدث في عملية المحادثة بين شخصين، فالفرد فيها كما أنه مستقبل وقارئ، فهو مرسل وكاتب ومشارك⁽²⁾، فهي تلغي السلبية المقيتة في الإعلام القديم - التلفاز والصحف الورقية وتعطي حيزاً للمشاركة الفاعلة من المشاهد والقارئ.

(1) د/ مجدي محمد عبد الجواد الداغر، استخدامات الإعلاميين لشبكات التواصل الاجتماعي والإشباع المتحقق، دراسة تطبيقية على القائم بالاتصال بالمؤسسات الإعلامية بالسعودية، مجلة كلية الآداب، جامعة الزقازيق، العدد 64، مارس 2013، ص542.
p.252 et s. (2) Emilie Bailly & Emmanuel Daoud: op cit,

ثالثاً: إعلام متعدد الوسائط:

فلقد أحدثت ثورة نوعية في المحتوى الاتصالي الذي يتضمن على مزيج من النصوص والصور وملفات الصوت ومقاطع الفيديو، هذا المحتوى متعدد الوسائط، وانتشر بشكل كبير، وكانت لها تأثيرات اجتماعية وسياسية.

رابعاً: المجانية:

مواقع التواصل الاجتماعي اقتصادية في الجهد والوقت والمال، في ظل مجانية الاشتراك والتسجيل، فالفرد البسيط يستطيع امتلاك حيز على الشبكة للتواصل الاجتماعي، وليست ذلك حكراً على أصحاب الأموال، أو حكراً على جماعة دون أخرى.

خامساً: الحرية المطلقة:

جعلت مواقع التواصل الاجتماعي بإمكان أي شخص لديه الاتصال بشبكة الإنترنت أن يكون ناشراً وأن يوصل رسالته إلى جميع أنحاء العالم، وهناك العديد من الأخبار التي يمكن لمستخدميها مناقشة أي موضوع يخطر على بالهم مع عدد غير محدود من المستخدمين الآخرين في جميع أنحاء العالم، وقد أدى ذلك إلى رفع سقف حرية الرأي والتعبير والحصول على المعلومات.

سادساً: العالمية:

تلغى التواصل الاجتماعي الحواجز الجغرافية والمكانية، وتتخطى فيها الحدود الدولية، حيث يستطيع الفرد في الشرق التواصل مع الفرد في الغرب بكل بساطة وسهولة.

المطلب الثاني

أهمية مواقع التواصل الاجتماعي

تمهيد وتقسيم:

فرضت مواقع التواصل الاجتماعي نفسها وبقوة على المجتمعات، كما أحدثت ضجة كبيرة نتيجة ما قدمته من سهولة ويسر في التواصل بين الأفراد، واتسعت شهرتها وكثر استخدامها فأصبحت شغلهم الشاغل، حيث يتواصلون عبر هذه المواقع للتعارف ومعرفة أخبار الآخرين، وتلقي الأخبار والموضوعات وكل ما هو جديد في الساحة.

كما أنها تعمل على تقوية العلاقات بين أفراد المجتمع، وذلك من خلال مشاركة المعلومات بينهما، بالإضافة إلى تبادل الآراء والخبرات حول العديد من المواضيع، مما يؤدي إلى إكساب الأفراد الخبرة في العديد من المجالات.

وتبدو أهمية مواقع التواصل الاجتماعي في أنها تساعد مستخدميها على متابعة كل ما هو جديد في مجالات الحياة المتعددة، فهي توفر المعلومات التي تمنح مستخدميها فرصة التواصل لتبادل الأفكار والآراء، كما حولت المستخدم لها من متلق للمعلومات كما في وسائل الإعلام التقليدية إلى منتج للمعلومات ومشارك بها كما يشاء وبشكل حر للتعبير عن وجهات نظره.

لمواقع التواصل الاجتماعي أهمية كبيرة، فقد أصبحت شهرتها واسعة، وكثر التعامل معها بين جميع أفراد المجتمع؛ حيث يتواصلون عبر هذه المواقع للتعرف على

بعضهم ومعرفة أخبار بعضهم البعض، وإرسال رسائل وتلقي الأخبار والموضوعات وكل ما هو جديد في الساحة.

الفرع الأول: دور مواقع التواصل الاجتماعي في الإعلام.

الفرع الثاني: دور مواقع التواصل الاجتماعي في نشر الوعي السياسي والاجتماعي.

الفرع الثالث: دور مواقع التواصل الاجتماعي في التسويق الإلكتروني.

الفرع الرابع: دور مواقع التواصل الاجتماعي في جمع الاستدلالات.

الفرع الأول

دور مواقع التواصل الاجتماعي في الإعلام

من خلال تعريف مواقع التواصل وصورها يمكن استنتاج أهمية مواقع التواصل الاجتماعي في إتاحة المجال واسعًا أمام الإنسان للتعبير عن نفسه ومشاركة مشاعره وأفكاره مع الآخرين، خاصة وأن هناك حقيقة علمية وهي أن الإنسان اجتماعي بفطرته يتواصل مع الآخرين ولا يمكن أن يعيش في عزلة عن أخيه الإنسان، وقد أثبتت كثير من الدراسات والبحوث العلمية أن الإنسان لا يستطيع إشباع جميع حاجاته دون التواصل مع الآخرين، فحاجاته تفرض عليه العيش مع الآخرين لإشباع هذه الحاجات. أما الاحتياجات الاجتماعية فلا يمكن أن تقوم دون تواصل إنساني مع المحيط الاجتماعي، ولذلك فالإنسان كائن اجتماعي بطبيعته لا يمكن أن يعيش بمفرده.

باتت مواقع التواصل الاجتماعي وسيلة مؤثرة على الأحداث اليومية، وأتاحت الفرصة لجميع الأفراد لنقل أفكارهم ومناقشة قضاياهم الاجتماعية والاقتصادية والسياسية، وصارت مصدرا للصحفيين ووسائل الإعلام المختلفة والقنوات الفضائية التي باتت تنقل العديد من الأخبار والمعلومات، واستطاعت أن تفرض نفسها من

خلال المزايا والخدمات التي تقدمها هذه المواقع لمستخدميها من خلال مشاركة الأنشطة والاهتمامات⁽¹⁾.

فمواقع التواصل الاجتماعي تقدم معلومات كاملة وفورية حول القضايا المختلفة التي تهم المستخدمين، وتقوم على تسهيل متابعة ما ينشر من خلال الأفراد المستخدمين لهذه المواقع.

وأصبحت مصدر من مصادر الأخبار لكثير من روادها، وهي أخبار تتميز بأنها من مصدرها الأول وبصياغة فردية حرة غالباً، لا احترافية لاستخدامات مختلفة إعلامية أو اجتماعية.

فقد أدت التطورات الجديدة في تكنولوجيا الاتصال وثورة المعلومات إلى تغيير كبير في وسائل التواصل المستخدمة بين الإعلاميين، إذ بدأت الوسائل الإلكترونية تحتل مكانة مهمة في هذه المواقع، حتى أن الكثير من الخبراء والمتخصصين توقع أن تحل مواقع التواصل الاجتماعي محل الوسائل التقليدية المستخدمة في تحقيق التواصل فيما بينهم.

(1) José van Dijck & Thomas Poell: Understanding Social Media Logic, Media and Communication, Vol. 1, Issue 1, 13 Aug 2013 pp. 2-14; Gerald C. Kane & Maryam Alavi: What's Different About Social Media Networks? A Framework and Research Agenda, MIS Quarterly, Forthcoming, 25 Mar 2013, p.2 and others.

كما واكب ذلك تقدم هائل في الإمكانيات التي تتمتع بها تلك الوسائل والتي يمكن أن تعود بالفائدة على العمل الإعلامي، بما يجعلها وسائل اتصال مميزة وهي قائمة بذاتها، وتفوق في قدراتها وسائل التواصل التقليدية، فضلاً عن التقدم الكبير في نوعية وسائل التواصل الاجتماعي التي يمكن استخدامها في دعم التواصل بين الإعلاميين وتزايد عدد مستخدميها بشكل كبير على المستوى الوطني والدولي⁽¹⁾، قد انعكست هذه التطورات على المؤسسات الإعلامية التي لجأ بعضها للمواقع الإلكترونية للتواصل مع جمهورها كما انعكست على طبيعة المؤهلات اللازم توافرها في الإعلاميين على طبيعة الوسائل التي يستخدمونها في ممارسة عملهم الإعلامي، حيث أصبح لازماً عليهم إتقان التقنيات الحديثة في مجال التواصل مع المصادر الإعلامية للحصول على الأخبار والمعلومات⁽²⁾.

(1) د/ علي القرني، الإعلام الجديد، مكتبة الملك فهد للنشر، الرياض، 2011، ص22 إلى ص29.

(2) - د/ مجدي محمد عبد الجواد الداغر، مرجع السابق، ص527.

الفرع الثاني

دور مواقع التواصل الاجتماعي في نشر الوعي السياسي والاجتماعي

أحدثت مواقع التواصل الاجتماعي نقلة نوعية في الإعلام، استخدمت في البداية لأغراض التسلية والترفيه، ثم أصبحت إعلاماً محترفا ينقل المعلومات والأخبار للأفراد، فقد أصبح المشهد الإعلامي ملكا للجميع، ولم يعد مقتصرا على فئة محدودة من الأفراد، وأصبح المحتوى الإعلامي أكثر انتشارا وسرعة في الوصول إلى أكبر عدد من الأفراد، وبذلك أصبحت مواقع التواصل الاجتماعي أسهل وأقرب للأفراد.

وقد امتد التطور التقني إلى الحياة السياسية، ففي الوقت الذي تتدفق فيه المعلومات وتتسارع الأحداث بشكل تراكمي كبير، يجعل من الصعب التحكم فيها، احتلت مواقع التواصل الاجتماعي موقعا متميزا في سياق تحرير الفرد من مختلف أشكال التسلط والاستبداد السياسي، وتخلصه من الضغوط السياسية والاقتصادية والاجتماعية.

وأحدثت مواقع التواصل الاجتماعي تطورا كبيرا في تاريخ الإعلام، وأضحى الإعلام الجديد يؤثر في الحياة السياسية في المجتمعات، وجاءت لتشكّل عالماً افتراضيا يفتح المجال للأفراد والتجمعات والتنظيمات بمختلف أنواعها، لإبداء آرائهم

في القضايا والموضوعات التي تهمهم بحرية غير مسبوقه، وأصبح المواطن يصنع المحتوى الإعلامي ويناقش القضايا المختلفة بكل حرية⁽¹⁾.

واكتسبت مواقع التواصل الاجتماعي المزيد من الشعبية وازداد عدد مشتركها، لتصبح جزءاً من تاريخ التغيير السياسي والاجتماعي مقابل تراجع الإعلام التقليدي الرسمي، واستخدامها بشكل واضح في الحياة السياسية، فقد وفرت فرصاً عديدة للناشطين السياسيين وللمواطنين للتعبير عن آرائهم والتأثير في العملية السياسية وصنع القرار، فقد انتشر في المجتمعات استخدام هذه المواقع، ما ساهم في مشاركة سياسية فعالة ضد أنظمة فاسدة.

أدت مواقع التواصل الاجتماعي أدواراً مختلفة في الحياة السياسية، حيث ساهمت في خلق وعي تراكمي يقتضي التغيير لأنظمة.

كما لعبت مواقع التواصل الاجتماعي دوراً محورياً في انتخابات الولايات المتحدة الأمريكية عام 2016، وتعتبر هذه الانتخابات هي أول انتخابات "تويتر، فيس بوك" أو انتخابات إعلام اجتماعي رئاسي بامتياز⁽²⁾.

(1) Sarah Oates and Wendy W. Moe: Donald Trump and the 'Oxygen of Publicity': Branding, Social Media, and Mass Media in the 2016 Presidential Primary Elections, Paper prepared for the American Political Science Association Annual Meeting Political Communication Section, August 31, 2016,p.3.

(2) Sarah Oates and Wendy W. Moe: ibid,p.2.

الفرع الثالث

دور مواقع التواصل الاجتماعي في التسويق الإلكتروني

بعد ظهور التكنولوجيا الحديثة أصبح التواصل مع الآخرين أمراً سهلاً، فالعالم أصبح قرية صغيرة⁽¹⁾، وبعد ظهور مواقع التواصل الاجتماعي أصبح التواصل مباشراً، ولم يقتصر دور مواقع التواصل الاجتماعي على التواصل والإعلام ونشر الوعي، بل تعدى ليصبح أداة تسويقية للسلع والخدمات، والعقارات... إلخ، وذلك لما تملكه مواقع التواصل الاجتماعي من قوة التأثير لكونها إعلاماً فعالاً، وما زاد من فعاليتها كأداة للتجارة والتسويق، فمن خلالها يتم التواصل بين البائع والمشتري في أي وقت ومكان⁽²⁾.

(1) François-Guillaume Lassemlée-Léon& Aurélia Marie: La contrefaçon sur internet : nouvelles difficultés, nouveaux enjeux, AJ Pénal, N° 05 du 14/05/2012, p.263.

(2) Frank T. Piller& Alexander Vossen: From Social Media to Social Product Development: The Impact of Social Media on Co-Creation of Innovation, Die Unternehmung, Vol. 65, No. 1, 2012, p.2; Andrew T. Stephen& Jeff Galak: The Effects of Traditional and Social Earned Media on Sales: A Study of a Microlending Marketplace, Journal of Marketing Research, 49, 4 April 2012, p.1 and other.

حيث أدى توافر الأجهزة الحديثة والهواتف المحمولة والتطبيقات المتاحة عليها، مثل برنامج (olex) جعلت الفرد يحصل على أي سلعة أو عقار أو سيارة من أي مكان في العالم.

ولم يقتصر تأثير تقنيات التواصل الاجتماعي على الأفراد، بل على الاقتصاد أيضاً، حيث تقود الأعمال التجارية عبر مواقع التواصل إلى النمو الاقتصادي⁽¹⁾.

وتستخدم فرنسا مواقع التواصل في الأعمال التجارية، حيث تستخدمها بعض الشركات المدرجة في البورصة وأعضائها في الأعمال التجارية، حيث صدرت توصية صندوق النقد بالقرار رقم 15-2014 الصادر 9 ديسمبر 2014، وأوصت بأنه يمكن الاعتماد على مواقع التواصل الاجتماعي ومنها الفيس بوك (Facebook) وتويتر (Twitter) ولينكد ان (LinkedIn) لبث المعلومات الخاصة بالتوزيع أياً كانت الوسيلة المستخدمة، وذلك بشرط مطابقة المعلومات التي تنشرها للمعلومات التي أصدرتها الجهة الرئيسية، كما يجب أن تكون المعلومات التي

(1) Hailiang Chen&Prabuddha De: Wisdom of Crowds: The Value of Stock Opinions Transmitted Through Social Media, Review of Financial Studies (RFS), Forthcoming, 04 Oct 2016, p.3.

تصدرها دقيقة وصادقة، وقد لاقى استخدام مواقع التواصل الاجتماعي استجابة سريعة لدى نشطاء الأعمال التجارية⁽¹⁾.

ويخضع استخدام المواقع لقواعد الشفافية والمبادئ التوجيهية، فإن صندوق النقد العربي ينشر المعلومات على موقعه بحيث يكون من السهل الوصول إليها، مع مراعاة تحديثها باستمرار، ويتم حفظها لمدة لا تزيد على خمس سنوات، وإذا كانت الشركة لا تحتفظ بهذه الوثائق، توصي AMF أن يظهر موقعها الإلكتروني، حتى يمكن العثور على المعلومات القديمة عن طريق إدراج رابط معين إلى الموقع أرشيف الفرنسي. والواقع أن صندوق النقد العربي يذكر أنه بموجب التوجيه الشفافية، أنها ليست سوى وجود موقع التخزين الرئيسي الذي يتيح الحد من التزامات الأرشفة على مواقع ويب معين من الشركات المدرجة⁽²⁾.

يبدو لنا جلياً دور مواقع التواصل الاجتماعي في ترويج السلع والمنتجات بشكل سريع، حيث إنّ الإعلان من خلال هذه المواقع ينشر المنتج بشكل أسرع وأكبر

(1) Pierre-Henri Conac: Communication des sociétés cotées sur leur site internet et sur les médias sociaux, Revue des sociétés, N° 01 du 09/01/2015, p.62; Anne-Catherine Muller: Communications à destination des actionnaires individuels, Revue des sociétés, N° 01 du 08/01/2016, p.62.

(2) Pierre-Henri Conac: Communication des sociétés cotées sur leur site internet et sur les médias sociaux, op cit, p.62 et s.

للناس، أكثر ممّا يقدمه الإعلان التقليديّ في الصحف والمجلات، بالإضافة إلى توفير الوقت والجهد.

الفرع الرابع

دور مواقع التواصل الاجتماعي في جمع الاستدلالات

نتيجة لما تتميز به مواقع التواصل الاجتماعي من سهولة الحصول على المعلومات، فإنها تُعد حقلًا خصبًا للسلطات في الحصول على المعلومات، ويجوز استخدامها في جمع الاستدلالات في الجرائم.

وقد جاء القانون رقم 175 لسنة 2018، واعتد بالدليل الرقمي وعرفه: هو أية معلومات إلكترونية لها قوة أو قيمة ثبوتية مخزنة أو منقولة أو مستخرجة أو مأخوذة من أجهزة الحاسب أو الشبكات المعلوماتية وما في حكمها، والممكن تجميعه وتحليله باستخدام أجهزة أو برامج أو تطبيقات تكنولوجية خاصة⁽¹⁾.

أولاً: جمع الاستدلالات من مواقع التواصل الاجتماعي:

نصت المادة (11) من القانون رقم 175 لسنة 2018 على أن "يكون للأدلة المستمدة أو المستخرجة من الأجهزة أو المعدات أو الوسائط الدعائم الإلكترونية، أو النظام المعلوماتي أو من برامج الحاسب، أو من أي وسيلة لتقنية المعلومات نفس قيمة وحجية الأدلة الجنائية المادية في الإثبات الجنائي متى توافرت بها الشروط الفنية الواردة باللائحة التنفيذية".

(1) المادة الأولى من القانون رقم 175 لسنة 2018.

تُعتبر مواقع التواصل الاجتماعي أداة ممتازة لجمع المعلومات والأدلة الجنائية؛ لأنها تتضمن معلومات مهمة عن المستخدمين، وبالتالي يمكن للشرطة استخدامها في جمع الاستدلالات عن الجرائم، فهي تتميز بالتالي:

1- توفير الجهد والوقت والمال في جمع المعلومات، فمن خلالها يمكن التوصل إلى معلومات عن الهويتين الحقيقية والافتراضية. وتمثل هذه الوسائل فرصة حقيقية للسلطات في الوصول إلى المعلومات.

2- يمكن استخدام مواقع التواصل الاجتماعي في التحقيقات، وفي فرنسا تُستخدم أحد مواقع التواصل الاجتماعي الفيس بوك⁽¹⁾ لجمع المعلومات والاستدلالات في القضايا⁽²⁾، كجرائم الخطف، والتحريض على الانتحار أو الكراهية

(1) Laurence Usunier: La compétence des juridictions françaises pour connaître du différend entre le réseau social Facebook et l'un de ses membres, RTD Civ, N° 02 du 20/06/2016, p.310; Sophie André & Camille Lallemand: Facebook contre le consommateur français: l'hallali de la clause attributive, Dalloz IP/IT 2016 p.214; Cour d'appel de Paris, pôle 2, ch. 2, 12-02-2016, n° 15/08624, Cour de cassation, Chambre criminelle, 06-09-2016, n° 15-86.412.

(2) Jean-Pierre Gridel: Sophie Sontag-Koenig, Technologies de l'information et de la communication et défense pénale, RTD Civ, N° 04 du 19/12/2014, p.991; Pierre-Yves Verkindt: Nouvelles technologies de l'information et de la communication et nouvelles pratiques d'expertise Note de bas de page, Droit social, N° 01 du 10/01/2002, p.54.

العنصرية، والتشهير، والاتجار في الأعضاء البشرية، والمواد المخدرة، وجرائم الاعتداء الجنسي على الأطفال.

ولذلك يمكن استخدام هذه المواقع والصفحات الشخصية في إجراءات جمع الاستدلالات عن الجرائم بمعرفة الشرطة، فمن خلال تحليل مواقع الفيس بوك يمكن تحديد العلاقات بين المشتبه فيهم والجرائم الناشئة عن مواقع التواصل الاجتماعي. نعتقد أن المشرع المصري قد أحسن صنعاَ عندما نص في القانون رقم 175 لسنة 2018 على الاعتراف بالأدلة الإلكترونية التي لها قوة أو قيمة ثبوتية مخزنة أو منقولة أو مستخرجة أو مأخوذة من أجهزة الحاسب الآلي أو الشبكات المعلوماتية، وجعلها نفس قيمة وحجية الأدلة الجنائية المادية في الإثبات الجنائي مع توافر الشروط الفنية فيها؛ لكنه جانبه الصواب، حيث إنه أغفل ذكر أجهزة الهواتف المحمولة والتابلت.

ثانياً: شروط استخدام مواقع التواصل الاجتماعي في جمع الاستدلالات:

إذا كانت مواقع التواصل الاجتماعي توفر للسلطات معلومات مهمة عن مستخدمي هذه المواقع، فإنه ينبغي عند استخدام هذه المواقع في جمع الاستدلالات مراعاة الموازنة بين مصلحة الشخص في الحفاظ على سرية المعلومات والحق في الخصوصية من ناحية، ومصلحة العدالة في الوصول إلى المعلومات التي تسهم في كشف الحقيقة عن الجرائم المعلوماتية أو الجرائم الأخرى من ناحية أخرى، ويُشترط لاستخدام مواقع التواصل الاجتماعي في جمع الاستدلالات أن تتوفر الشروط التالية:

1- أن تقع الجريمة باستخدام مواقع التواصل الاجتماعي وتقنية المعلومات.

2- توافر الأدلة الكافية على وقوع الجريمة في حق الشخص المطلوب الحصول على بيانات عنه، أو البحث في الصفحة الشخصية الخاصة به على موقع التواصل الاجتماعي.

3- أن يقتصر على الحصول على المعلومات من الصفحة الشخصية دون البحث في الرسائل المخزنة آلياً لديه.

4- احترام الحق في الخصوصية، وضع الدستور المصري الصادر عام 2014 حدوداً لحماية الحق في الخصوصية، حيث نصت المادة (57) على أن "الحياة الخاصة حرمة، وهي مصونة لا تمس والمراسلات البريدية، والبرقية، والإلكترونية، والمحادثات الهاتفية، وغيرها من وسائل الاتصال حرمة، وسريتها مكفولة، ولا تجوز مصادرتها، أو الاطلاع عليها، أو رقابتها إلا بأمر قضائي مسبب، ولمدة محددة، وفي الأحوال التي بينها القانون". فإنه يجب الحصول على إذن من النيابة العامة، حيث إن المعلومات، والبيانات، والمستندات التي يتم تخزينها في ملفات تخص المستخدم أو على البريد الإلكتروني الخاص به تعد من الأسرار الخاصة التي لا يجوز انتهاكها إلا بإذن مسبب.

وفي هذا الصدد نصت المادة (6) من القانون رقم 175 لسنة 2018 على أن لجهة التحقيق المختصة، بحسب الأحوال أن تصدر أمراً مسبباً، لمأموري الضبط القضائي المختصين، لمدة لا تزيد على ثلاثين يوماً قابلة للتجديد لمرة واحدة، متى

كان لذلك فائدة في ظهور الحقيقة على ارتكاب جريمة معاقب عليها بمقتضى أحكام هذا القانون بواحد أو أكثر بما يأتي:

1- ضبط أو سحب أو جمع أو التحفظ على البيانات والمعلومات أو أنظمة المعلومات، وتتبعها في أي مكان أو نظام أو برنامج أو دعامة إلكترونية أو حاسب تكون موجودة فيه، ويتم تسليم أدلتها الرقمية للجهة مصدرة الأمر على ألا يؤثر ذلك على استمرارية النظم وتقديم الخدمة أن كان لها مقتضى.

2- البحث والتفتيش والدخول والنفوذ إلى برامج الحاسب وقواعد البيانات وغيرها من الأجهزة والنظم المعلوماتية تحقيقا لغرض الضبط.

3- أن تأمر مقدم الخدمة بتسليم ما لديه من بيانات أو معلومات تتعلق بنظام معلوماتي أو جهاز تقني، موجودة تحت سيطرته أو مخزنة لديه، وكذا بيانات مستخدمي خدمته وحركة الاتصالات التي تمت على ذلك النظام أو الجهاز التقني. وفي كل الأحوال يجب أن يكون أمر جهة التحقيق المختصة مسببا. ويكون استئناف الأوامر المتقدمة أمام المحكمة الجنائية المختصة منعقدة في غرفة المشورة في المواعيد، ووفقا للإجراءات الجنائية".

ومن ثم فإنه يجوز الاعتداد والأخذ بالدليل المستمد من المعلومات التي تم الحصول عليها من مواقع التواصل الاجتماعي، وذلك مع مراعاة الشروط التي تجعل من ذلك الدليل مشروعاً؛ فعدم مشروعية الدليل من شأنه أن يهدر قيمته في الإثبات، ومن ثم لا يعول عليه كدليل في الإدانة.

وإزاء ذلك يجب تدريب مأموري الضبط بجرائم تقنية المعلومات فيما يتعلق بالأساليب الفنية المستخدمة في ارتكاب الجريمة، وفيما يتعلق بطرق الكشف عنها، والدلائل المستحدثة في مجال إثباتها وكيفية معاينتها، والتحفظ عليها، وكيفية فحصها فنياً، وذلك يتطلب تنمية استعدادهم وتكوين مهارات فنية، حتى يكون لديهم المعرفة الفنية تتناسب مع حجم المتغيرات والتطورات في مجال جرائم تقنية المعلومات.

ففي فرنسا تم صدور توصيات باستخدام مواقع التواصل الاجتماعي للهيئات القضائية، فقد نشرت كلية أخلاقيات القضاء الإداري في تقريرها السنوي للفترة من 1 أبريل 2018 إلى 31 مارس 2019، لمسألة استخدام الشبكات الاجتماعية من قبل أعضاء السلطة الإدارية، وتم دمج الممارسات الجيدة في المادة 47 من مدونة الأخلاقيات، وأوصى لهم بعدة توصيات منها عدم استخدام هذه الوسائط لغرض التعليق على الأخبار السياسية والاجتماعية وإظهار اليقظة في ملاحظاتهم على الأخبار القانونية والإدارية، كما تدعو مدونة الأخلاقيات المستخدمين إلى إعداد حساباتهم مسبقاً وإعدادها بشكل صحيح من أجل التحقق من إمكانية الوصول وضمان محدودية عدد جهات الاتصال وموثوقيتها⁽¹⁾.

(¹)Emmanuelle Maupin: Recommandations sur l'utilisation des réseaux sociaux par les magistrats administratifs, AJDA, N° 15 du 22/04/2019 ,p. 840

وقد أقرت المادة (7) من القانون رقم 175 لسنة 2018 على الإجراءات والقرارات الصادرة بشأن حجب المواقع، حيث نصت على أن لجهة التحقيق المختصة، متى قامت أدلة على قيام موقع يبيث داخل الدولة أو خارجها، بوضع أي عبارات أو أرقام أو صور أو أفلام أو أية م مواد دعائية، أو ما في حكمها مما يعد جريمة من الجرائم المنصوص عليها بالقانون، وتشكل تهديدا للأمن القومي أو تعرض أمن البلاد أو اقتصادها القومي للخطر، أن تأمر بحجب الموقع أو المواقع محل البث، كلما أمكن تحقيق ذلك فنيا.

وعلى جهة التحقيق عرض أمر الحجب على المحكمة المختصة منعقدة في غرفة المشورة، خلال أربع وعشرين ساعة، مشفوعا بمذكرة برأيها، وتصدر المحكمة قرارها في الأمر مسببا، في مدة لا تتجاوز اثنين وسبعين ساعة من وقت عرضه عليها، بالقبول أو بالرفض.

ويجوز في حالة الاستعجال لوجود خطر حالاً أو ضرر وشيك الوقوع من ارتكاب جريمة، أن تقوم جهات التحري والضبط المختصة بإبلاغ الجهاز ليقوم بإخطار مقدم الخدمة على الفور بالحجب المؤقت للموقع أو المواقع أو الروابط أو المحتوى المذكور في الفقرة الأولى من هذه المادة وفقا لأحكامها. ويلتزم مقدم الخدمة بتنفيذ مضمون الإخطار فور وروده إليه.

وعلى جهة التحري والضبط المبلغة أن تعرض محضرا تثبت فيه ما تم من إجراءات على جهة التحقيق المختصة، وذلك خلال ثمانٍ وأربعين ساعة من تاريخ الإبلاغ الذي وجهته للجهاز، وتتبع في هذا المحضر ذات الإجراءات المبينة بالفقرة

الثانية من هذه المادة، وتصدر المحكمة المختصة قرارها في هذه الحالة، أما بتأييد ما تم من إجراءات حجب أو بوقفها. فإذا لم يعرض المحضر المشار إليه في الفقرة السابقة في الموعد المحدد، يعد الحجب الذي تم كأن لم يكن.

المبحث الثاني

نطاق المسؤولية الجنائية لإساءة استخدام مواقع التواصل الاجتماعي

تمهيد وتقسيم:

إذا كانت مواقع التواصل الاجتماعي توفر مميزات للمستخدمين بالتواصل وتبادل المعلومات عبر شبكة الإنترنت، ففي المقابل تُعد مسرحاً خصباً لجرائم النشر الإلكتروني، الأمر الذي يُثير العديد من المشكلات.

فهناك العديد من الظواهر السلبية في مواقع التواصل الاجتماعي ومدى إمكانية مساءلة أصحابها جنائياً، مثل ما يقع من الاعتداء على النظام العام فيه⁽¹⁾، وكذلك ما يكون في هذه الوسائل من النشر الإباحي بنشر الصور والمقاطع الجنسية، وكذلك ما يقع على الأفراد من إساءات كالسب والتشهير خصوصاً عند الاختلاف في المجال الفكري والسياسي، وما يحدث بين الإعلاميين من إساءات.

وإذا كانت حرية الرأي والتعبير من الحريات والحقوق المعترف بها دولياً وداخلياً، وسواء أكان ذلك في الإعلام التقليدي أم الإعلام الجديد، فإن ممارستها أو إساءة استعمالها، وإطلاق العنان لها من شأنه أن يؤدي إلى المساس بحقوق آخرين وحررياتهم أو أن يلحق الأذى المعنوي أو المادي بهم؛ خاصة في ظل الانتشار الكبير لمواقع التواصل الاجتماعي، التي تبث مادتها من خلال شبكة الإنترنت

(1) Nicolas Verly: Diffamations et injures publiques sur les réseaux sociaux : définitions, responsabilités et sanctions, AJ Collectivités Territoriales, N° 12 du 16/12/2014, p.589 et s.

والتي أصبحت مجال لبعض ضعاف النفوس للتشهير بالناس ومس سمعتهم والتدخل في خصوصياتهم؛ أو للإشادة بالعنف أو التحريض على الكراهية أو العنصرية والإرهاب، أو المساس بالنظام العام أو الأمن والدفاع الوطنيين في الدولة، من خلال إنشاء مواقع إلكترونية تحض على ارتكاب جرائم ضد أمنها وسلامتها الإقليمية واستقرارها، وضد نظام الحكم في الدولة.

حيث إن الجرائم عبر مواقع التواصل الاجتماعي ليست ذات صورة واحدة، وإنما تأخذ أشكالاً وصوراً متعددة⁽¹⁾، قد تكون جرائم أموال، كجرائم النصب، والاحتيال الإلكتروني والاعتداء على بطاقات البنوك والخدمات وأدوات الدفع الإلكتروني، وقد تكون جرائم ضد الأشخاص ومن ذلك جرائم السب والقذف والتشهير والابتزاز، والاعتداء على حرمة الحياة الخاصة، وقد تكون جرائم ماسة بأمن الدولة كجرائم الإرهاب الإلكتروني.

وإذا كان البحث يقتصر على الحماية الجنائية من إساءة استخدام مواقع التواصل الاجتماعي، في هذا الصدد نلقي الضوء على أهم الجرائم التي تنجم عن إساءة استخدام هذه المواقع على النحو التالي.

المطب الأول: جرائم الأشخاص عبر مواقع التواصل الاجتماعي.

المطب الثاني: جرائم الأموال عبر مواقع التواصل الاجتماعي.

(¹) Delphine Castel: Réseaux sociaux – Comment Internet transforme la politique pénale, JA , N° 600 du 01/06/2019, p.9

المطب الثالث: الإرهاب عبر مواقع التواصل الاجتماعي.

المطلب الأول

جرائم الأشخاص عبر مواقع التواصل الاجتماعي

تمهيد وتقسيم:

كثرت في الحقبة الأخيرة مواقع التواصل الاجتماعي وتعددت استخداماتها ومميزاتها؛ لكن للأسف الشديد تحولت مواقع التواصل الاجتماعي من النعمة إلى نقمة بسبب سوء الاستخدام من قبل بعض الأفراد الذين تسببوا في إزعاج وقلق الغير، وهؤلاء العابثون نتيجة تصرفاتهم السيئة جلبوا لغيرهم أضرار، ذهب ضحيتها كثير من الأبرياء وأصبحت تداهمهم مشاكل عديدة.

وسوف نتناول في هذا المطلب تجريم المساس بالأشخاص عبر مواقع التواصل الاجتماعي على النحو التالي:

الفرع الأول: السب والقذف عبر مواقع التواصل الاجتماعي.

الفرع الثاني: جريمة الدخول غير المصرح عبر مواقع التواصل الاجتماعي.

الفرع الثالث: جرائم النشر الإلكتروني عبر مواقع التواصل الاجتماعي.

الفرع الرابع: المسؤولية الجنائية لمقدمي الخدمات الإلكترونية عبر مواقع التواصل الاجتماعي.

الفرع الأول

القذف والسب عبر مواقع التواصل الاجتماعي

تعد جرائم السب والقذف من الجرائم التي لها الأثر البالغ على الإنسان، وهي الأكثر شيوعاً وانتشاراً خاصة عبر مواقع التواصل الاجتماعي، إذ يساء استخدامها للنيل من شرف وكرامة الغير أو تعرضه إلى بغض الناس واحتقارهم.

قد يلجأ الكثير من رواد مواقع التواصل الاجتماعي فيس بوك وغيرها إلى توجيه عبارات وألفاظ عن طريق الأنترنت مما يصيب الأشخاص بأضرار جسيمة، وذلك عن طريق وضع مشاركات على المنشورات يتضمن عبارات سب وقذف يمكن لأي زائر مشاهدتها، لذا كان لابد من إلقاء الضوء على مثل هذه الأفعال.

النص القانوني:

لم ينص المشرع المصري في القانون رقم 175 لسنة 2018 على تجريم السب والقذف عبر مواقع التواصل الاجتماعي، على خلاف القوانين المقارنة الأخرى.

ففي القانون الإماراتي نصت المادة (20) من المرسوم الإماراتي رقم (5) لسنة 2012 على أن "مع عدم الإخلال بأحكام جريمة القذف المقررة في الشريعة الإسلامية، يعاقب بالحبس والغرامة التي لا تقل عن مائتين وخمسين ألف درهم ولا تتجاوز خمسمائة ألف درهم أو بإحدى هاتين العقوبتين كل من سب الغير أو أسند إليه واقعة من شأنها أن تجعله محلاً للعقاب أو الازدراء من قبل الآخرين، وذلك

باستخدام شبكة معلوماتية، أو وسيلة تقنية معلومات. فإذا وقع السب أو القذف في حق موظف عام أو مكلف بخدمة عامة بمناسبة أو بسبب تأدية عمله عد ذلك ظرفاً مشدداً للجريمة".

ونص القانون العماني رقم (12) لسنة 2011 أيضاً على تجريم السب والقذف باستخدام شبكة المعلومات ومنها مواقع التواصل الاجتماعي، حيث نصت المادة (16) على أن يعاقب بالسجن مدة لا تقل عن سنة ولا تزيد على ثلاث سنوات وبغرامة لا تقل عن ألف ريال عماني ولا تزيد على خمسة آلاف ريال عماني أو بإحدى هاتين العقوبتين، كل من استخدم الشبكة المعلوماتية أو وسائل تقنية المعلومات كالهواتف النقالة المزودة بآلة تصوير في الاعتداء على حرمة الحياة الخاصة أو العائلية للأفراد وذلك بالتقاط صور أو نشر أخبار أو تسجيلات صوتية أو مرئية تتصل بها ولو كانت صحيحة، أو في التعدي على الغير بالسب أو القذف.

أولاً: القذف عبر مواقع التواصل الاجتماعي:

عرف قانون العقوبات القذف بأنه إسناد واقعة محددة تستوجب عقاب من تُنسب إليه أو احتقاره عند أهله ووطنه.

ويمكننا تعريف القذف عبر مواقع التواصل الاجتماعي بأنه إسناد شخص واقعة معينة على إحدى صفحات التواصل الاجتماعي مما تستلزم عقاب من تنسب إليه أو احتقار الأعضاء أو المجتمع له.

أركان جريمة القذف عبر مواقع التواصل الاجتماعي:

الركن المادي:

يتحقق الركن المادي بتوافر ثلاثة عناصر.

فعل الإسناد: نسبة واقعة معينة إلى شخص على إحدى صفحات مواقع التواصل الاجتماعي.

موضوع الإسناد: أن ينصب الإسناد على واقعة ماسة بالشرف والاعتبار، ويجب أن تكون مستوجبة العقاب أو الاحتقار لمن أُسندت إليه.

علانية الإسناد: اتصال علم الجمهور بالتعبير الصادر من المتهم أو رأيه أو شعوره عبر مواقع التواصل الاجتماعي، بنشر مقاطع فيديو أو صوت أو صور أو بالكتابة.

الركن المعنوي:

يعد القذف في جميع حالاته جريمة عمدية، لا بد من توافر القصد الجنائي، وهي أن تتجه إرادة القاذف عبر مواقع التواصل الاجتماعي إلى إذاعة الأمور المتضمنة القذف، مع علمه بانها لو كانت صادقة لأوجبت مسؤولية الشخص المقذوف أو احتقاره.

العقوبة:

لم ينص المشرع المصري في القانون رقم 175 لسنة 2018 على تجريم السب والقذف عبر مواقع التواصل الاجتماعي، إنما نص على تجريم القذف⁽¹⁾ والسب وفقاً للقواعد العامة⁽²⁾، إلا أن التشريعات الأخرى⁽¹⁾ تدخلت بتجريم ذلك.

⁽¹⁾ نصت المادة (303) من قانون العقوبات على أن يعاقب على القذف بغرامة لا تقل عن سبعة آلاف وخمسمائة جنيه ولا تزيد على اثنين وعشرين ألف وخمسمائة جنيه. فإذا وقع القذف في حق موظف عام أو شخص ذي صفة نيابية عامة أو مكلف بخدمة عامة، وكان ذلك بسبب أداء الوظيفة أو النيابة أو الخدمة العامة، كانت العقوبة الغرامة التي لا تقل عن خمسة عشر ألف جنيه ولا تزيد عن ثلاثين ألف جنيه.

⁽²⁾ جرمت القواعد العامة السب، حيث نصت المادة (306) من قانون العقوبات والتي على أن "كل سب لا يشتمل على إسناد واقعة معينة بل يتضمن بأي وجه من الوجوه خدشاً للشرف أو الاعتبار يعاقب عليه في الأحوال المبينة بالمادة 171 بغرامة لا تقل عن ألفي جنيه ولا تزيد على عشرة آلاف جنيه."

- كما أنه من المقرر بنص المادة 308 أن "إذا تضمن العيب أو الإهانة أو القذف أو السب الذي ارتكب بإحدى الطرق المبينة في المادة (171) طعنًا في عرض الأفراد أو خدشاً لسمعة العائلات تكون العقوبة الحبس والغرامة معاً في الحدود المبينة في المواد 179 و181 و182 و303 و306 و307 على ألا تقل الغرامة في حالة النشر في إحدى الجرائد أو المطبوعات عن نصف الحد الأقصى وألا يقل الحبس عن ستة شهور."

- كما أنه من المقرر بنص المادة 308 مكرر أن "كل من قذف بغيره بطريق التليفون يعاقب بالعقوبات المنصوص عليها في المادة 303. وكل من وجه إلى غيره بالطريق المشار إليه بالفقرة السابقة سباً لا يشتمل على إسناد واقعة معينة بل يتضمن بأي وجه من الوجوه خدشاً للشرف أو الاعتبار يعاقب بالعقوبة المنصوص عليها في المادة 306. وإذا تضمن العيب أو القذف أو السب الذي ارتكب بالطريق المبين بالفقرتين السابقتين طعنًا في عرض الأفراد أو خدشاً لسمعة العائلات يعاقب بالعقوبة المنصوص عليها في المادة 308."

وقد عاقبت (20) من المرسوم الإماراتي رقم (5) لسنة 2012 بالحبس والغرامة التي لا تقل عن مائتين وخمسين ألف درهم ولا تجاوز خمسمائة ألف درهم أو بإحدى هاتين العقوبتين كل من سب الغير أو أسند إليه واقعة من شأنها أن تجعله محلاً للعقاب أو الازدراء من قبل الآخرين، وذلك باستخدام شبكة معلوماتية، أو وسيلة تقنية معلومات. فإذا وقع السب أو القذف في حق موظف عام أو مكلف بخدمة عامة بمناسبة أو بسبب تأدية عمله عد ذلك ظرفاً مشدداً للجريمة.

والقانون العماني رقم (12) لسنة 2011 عاقب أيضاً في المادة (16) بالحبس مدة لا تقل عن سنة ولا تزيد على ثلاث سنوات وبغرامة لا تقل عن ألف ريال عماني ولا تزيد على خمسة آلاف ريال عماني أو بإحدى هاتين العقوبتين، كل من

حيث إنه من المقرر بنص المادة 70 من قانون تنظيم الاتصالات رقم 10 لسنة 2003 أن "مع عدم الإخلال بأية عقوبة أشد منصوص عليها في قانون العقوبات أو في أي قانون آخر يعاقب على الجرائم المنصوص عليها في المواد التالية بالعقوبات المقررة فيها".

- كما أنه من المقرر بنص المادة 2/76 من ذات القانون أن "مع عدم الإخلال بالحق في التعويض المناسب، يعاقب بالحبس وبغرامة لا تقل عن خمسمائة جنيه ولا تجاوز عشرين ألف جنيه أو بإحدى هاتين العقوبتين كل من: ... 2- تعمد إزعاج أو مضايقة غيره بإساءة استعمال أجهزة الاتصالات".

(1) نصت المادة الثالثة من القانون السعودي على أن "يعاقب بالسجن مدة لا تزيد عن سنة وبغرامة لا تزيد على خمسمائة ألف ريال، أو بإحدى هاتين العقوبتين؛ كل شخص يرتكب أيًا من الجرائم المعلوماتية الآتية:

1-...-2؛...-3؛...-4؛...-5-التشهير بالآخرين، وإلحاق الضرر بهم، عبر وسائل تقنيات المعلومات المختلفة".

استخدم الشبكة المعلوماتية أو وسائل تقنية المعلومات كالهواتف النقالة المزودة بآلة تصوير في التعدي على الغير بالسب أو القذف.

ثانياً: السب عبر مواقع التواصل الاجتماعي:

عرف السب بأنه إسناد واقعة غير معينة لشخص خادشة لشرفه واعتباره.

ويمكننا تعريف السب عبر مواقع التواصل الاجتماعي بأنه إسناد شخص واقعة غير معينة على إحدى صفحات مواقع التواصل الاجتماعي خادشة لشرفه واعتباره.

الركن المادي:

صور السب عبر مواقع التواصل الاجتماعي:

السب القولي: كل اعتداء بالقول على الآخرين عن طريق التسجيل الصوتي أو عبر مقاطع الفيديو أو اليوتيوب أو الكيك، وغيره.

السب الكتابي: كل اعتداء على الآخرين عن طريق الكتابة على الفيس بوك أو تويتر، أو نشر صور أو إعادة نشر صور ساخرة للآخرين.

فمواقع التواصل الاجتماعي كالفيس بوك وتويتر، وغيرها، تتميز بالحرية وغياب الرقابة، مليئة بأنواع السب والشتم.

يتمثل الركن المادي في خدش الشرف والاعتبار بأي شكل من الأشكال موجه ضد شخص معين دون إسناد واقعة معينة، وذلك بصورة علنية، ونظراً لاتفاق السب مع القذف في عنصر العلنية فإننا نحيل إلى ما سبق ذكره منعاً للتكرار.

الركن المعنوي:

يتوافر علم الجاني بمعنى الأمور المتضمنة للسب الذي نشره على صفحة موقع التواصل الاجتماعي، وذلك العلم يكون مفترضاً متى كانت عبارات السب شائنة وجارحة، وأن يتوافر لدى الجاني قصد الإذاعة والإعلان، وأن تكون إرادته اتجهت إلى نشر ما عبر عنه من معنى يخذش شرف واعتبار المجني عليه.

العقوبة:

لم ينص المشرع المصري في القانون رقم 175 لسنة 2018 على تجريم السب والقذف عبر مواقع التواصل الاجتماعي، إنما نص على تجريم السب وفقاً للقواعد العامة، إلا أن التشريعات الأخرى تدخلت بتجريم ذلك، نصت المادة (20) من المرسوم الإماراتي رقم (5) لسنة 2012 على أن "مع عدم الإخلال بأحكام جريمة القذف المقررة في الشريعة الإسلامية، يعاقب بالحبس والغرامة التي لا تقل عن مائتين وخمسين ألف درهم ولا تتجاوز خمسمائة ألف درهم أو بإحدى هاتين العقوبتين كل من سب الغير أو أسند إليه واقعة من شأنها أن تجعله محلاً للعقاب أو الازدراء من قبل الآخرين، وذلك باستخدام شبكة معلوماتية، أو وسيلة تقنية معلومات. فإذا وقع السب أو القذف في حق موظف عام أو مُكلف بخدمة عامة بمناسبة أو بسبب تأدية عمله عد ذلك ظرفاً مشدداً للجريمة".

ونص القانون العماني كذلك على تجريم السب عبر المواقع الإلكترونية⁽¹⁾، ومنها مواقع التواصل الاجتماعي.

وقد ذهب اتجاه في الفقه الفرنسي⁽²⁾ إلى اعتبار استخدام مواقع التواصل الاجتماعي في السب بمثابة انتهاك لحرية الرأي والتعبير، وكذلك الأحكام القضائية⁽³⁾.

ثالثاً: التشهير عبر مواقع التواصل الاجتماعي:

يقصد به نشر أو نقل وقائع أو بيانات فيها معنى الإساءة أو الإهانة لشخص مما يترتب عليها الحط من كرامته أو سمعته أو شرفه، غالباً ما يحدث في الواقع العملي، خاصة في مواقع التواصل الاجتماعي تنشر وقائع تنال من كرامة الأشخاص من سب وقذف وتطاول بلا وازع من ضمير وبلا حساب.

وفي هذا الصدد نص القانون رقم 175 لسنة 2018 في المادة (26) على أن "يعاقب بالحبس مدة لا تقل عن سنتين ولا تجاوز خمس سنوات وبغرامة لا تقل عن مائة ألف جنيه لا تجاوز ثلاثمائة ألف جنيه أو بإحدى العقوبتين كل من تعمد استعمال برنامج معلوماتي أو تقنية معلوماتية في معالجة معطيات شخصية للغير

(1) المادة (16) من القانون رقم (12) لسنة 2011.

(2) Nicolas Verly: Diffamations et injures publiques sur les réseaux sociaux: définitions, responsabilités et sanctions, AJ Collectivités Territoriales, N° 12 du 16/12/2014, p.589.

(3) Cour de cassation, Chambre criminelle, 02-11-2016, n° 15-87.163; Cour de cassation, Chambre criminelle, 7 février 2017, N° 15-83439.

لربطها بمحتوى مناف للأداب العامة أو لإظهارها بطريقة من شأنها المساس باعتباره أو شرفه".

وقد عاقب المشرع الإماراتي التشهير باستخدام الوسائل الإلكترونية، نصت المادة (21) من القانون على أن "...كما يعاقب بالحبس مدة لا تقل عن سنة واحدة والغرامة التي لا تقل عن مائتين وخمسون ألف ولا تجاوز خمسمائة ألف درهم أو بإحدى هاتين العقوبتين كل من استخدم نظام معلومات إلكترونية أو إحدى وسائل تقنية المعلومات، لإجراء أي تعديل أو معالجة على تسجيل أو صورة أو مشهد، بقصد التشهير أو الإساءة إلى شخص آخر، أو الاعتداء على خصوصيته أو انتهاكها".

نعتقد أن لجوء بعض الأشخاص إلى هذه النوعية من الجرائم يرجع إلى اعتقادهم بصعوبة اكتشافهم والإفلات من العقوبة، في حين أن الجريمة المعلوماتية تخضع في وسائل إثباتها إلى طرق أخرى بخلاف الجريمة التقليدية إذ إن وجود الجريمة الإلكترونية يتطلب وجود بيئة رقمية واتصال بالإنترنت، وبالتالي فإن إثباتها يتطلب استخدام أجهزة تقنية عالية لمعرفة طريقة حدوث وكيفية ارتكاب الجريمة ونسبتها إلى الشخص الذي قام بالتعدي على حقوق الآخرين بإحدى الطرق.

حيث إن هذا النوع من الجرائم يصعب في بعض الحالات اكتشافها أو العجز عن إثباتها كونها جريمة متعدية الحدود وتتم في أكثر من دولة، ولكنها بالمقابل متى

ثبت ارتكاب الجاني للجريمة عن طريق عنوان جهاز الاتصال أو الأدلة والقرائن المرتبطة بها، ففي هذه الحالة يصعب الإفلات من العقوبة.

فإن من يرتكب جريمة السب والقذف والتشهير عبر مواقع التواصل الاجتماعي غالباً ما يفتقد للوزع الديني والأخلاقي، هذا بالإضافة إلى التقدم التقني ساعد في تسهيل الأمور الحياتية في العصر الحديث، ومن الطبيعي أن تكون هناك بعض المخاطر المتعلقة بإساءة استخدام مواقع التواصل الاجتماعي، مما يتعين وجود قانون في مصر لمكافحة ومعاقبة مرتكبي الجرائم المعلوماتية، ففي تقرير تلك المسئولية يعد بمثابة حماية للحق في الخصوصية تبدأ من الشخص نفسه، من خلال معرفة طبيعة الجريمة المعلوماتية وعقوبتها، وزيادة الوعي بمخاطر التقنية وأهمية حماية مواقع التواصل الاجتماعي والمعلومات والأجهزة والبرامج من الاعتداء عليها بالاختراق.

رابعاً: الاعتداء على حرمة الحياة الخاصة:

نص القانون المصري رقم 17 لسنة 2018 على تجريم الاعتداء على حرمة الحياة الخاصة، وذلك ما أكدته المادة (25) من القانون على أن يعاقب بالحبس مدة لا تقل عن ستة أشهر، وبغرامة لا تقل عن خمسين ألف جنيه ولا تجاوز مائة ألف جنيه، أو بإحدى هاتين العقوبتين، كل من اعتدى على أي من المبادئ أو القيم الأسرية في المجتمع المصري، أو انتهك حرمة الحياة الخاصة أو ارسل بكثافة العديد من الرسائل الإلكترونية لشخص معين دون موافقته، أو منح بيانات إلى

نظام أو موقع الكترونى لترويج السلع أو الخدمات دون موافقته أو بالقيام بالنشر عن طريق الشبكة المعلوماتية أو بإحدى وسائل تقنية المعلومات، لمعلومات أو أخبار أو صور وما في حكمها، تنتهك خصوصية أي شخص دون رضاه، سواء كانت المعلومات المنشورة صحيحة أم غير صحيحة.

ونصت المادة (26) من القانون على أن يعاقب بالحبس مدة لا تقل عن سنتين ولا تجاوز خمس سنوات وبغرامة لا تقل عن مائة ألف جنيه لا تجاوز ثلاثمائة ألف جنيه أو بإحدى العقوبتين كل من تعمد استعمال برنامج معلوماتي أو تقنية معلوماتية في معالجة معطيات شخصية للغير لربطها بمحتوى مناف للأداب العامة أو لإظهارها بطريقة من شأنها المساس باعتباره أو شرفه.

وبذلك يكون القانون رقم 175 لسنة 2018 تصدى لجرائم الفوتوشوب الخاصة بتعديل وتركيب الصور، حيث ازدادت تلك الجرائم بشكل خطير، وتعرض المجتمع لأخطار فادحة من أفراد تخصصت في فعل ذلك، مستغلين الإنترنت، وخاصة مواقع التواصل الاجتماعي، فقد أحسن المشرع المصري صنعاً لمواجهة كل هذه الأخطار الإجرامية.

الفرع الثاني

جريمة الدخول غير المصرح على مواقع التواصل الاجتماعي

يعد الدخول غير المصرح إلى أنظمة الحاسب الآلي من أخطر الجرائم التي تهدد تقنية المعلومات، لا سيما أن العديد من تلك الأنظمة تمتلكها الحكومات وتحتوي على العديد من المعلومات ذات أهمية للدولة، ويشكل اعتداء على خصوصية الأفراد.

وقد يستغل الفيس بوك (Facebook) في التعرف إلى بيانات الأشخاص من خلال معلوماتهم وجهات الاتصال الخاصة بهم، وعناوين البريد الإلكتروني، ومعرفة كلمة السر، ثم الدخول إلى صفحاتهم الشخصية.

النص القانوني:

لم ينص المشرع المصري على تجريم الدخول غير المصرح لمواقع التواصل الاجتماعي صراحة إلا أنه نص في القانون رقم 175 لسنة 2018 على أن يعاقب بالحبس مدة لا تقل عن سنة، وبغرامة لا تقل عن خمسين ألف جنيه ولا تجاوز مائة ألف جنيه، أو إحدى هاتين العقوبتين، كل من دخل عمداً أو دخل بخطأ غير عمدى وبقي بدون وجه حق، على موقع أو حساب خاص أو نظام معلوماتي محظور الدخول عليه.

فإذا أنتج عن ذلك إتلاف أو محو أو تغيير أو نسخ أو إعادة نشر للبيانات أو المعلومات الموجودة على ذلك الموقع أو الحساب الخاص أو النظام المعلوماتي،

تكون العقوبة الحبس مدة لا تقل عن سنتين وبغرامة لا تقل عن 100 ألف جنيه ولا تجاوز 200 ألف أو بإحدى هاتين العقوبتين. حيث جرم المشرع المصري دخول موقعاً أو نظاماً معلوماتياً عمدي أو غير عمدي، وشدد العقوبة في حالة حدوث إتلاف أو محو أو تغيير أو نسخ أو إعادة نشر للبيانات أو المعلومات الموجودة على ذلك الموقع أو الحساب الخاص أو النظام المعلوماتي.

هذا بالإضافة إلى تجريم تجاوز حدود الحق في الدخول، فقد جاء نص المادة (15) من القانون على أن يعاقب بالحبس مدة لا تقل عن 6 أشهر وبغرامة لا تقل عن ثلاثين ألف جنيه ولا تجاوز خمسين ألف جنيه، أو بإحدى هاتين العقوبتين، كل من دخل إلى موقع أو حساب خاص أو نظام معلوماتي مستخدماً حقاً مخولاً له، فتعدى حدود هذا الحق من حيث الزمان أو مستوى الدخول.

جرمت غالبية القوانين والتشريعات المقارنة الدخول غير المشروع إلى أنظمة الحاسب الآلي، نص المشرع الفرنسي في المادة (323-1) من قانون العقوبات على أن يُعاقب كل من دخل أو بقي عن طريق الاحتيال، في نظام المعالجة الآلية للبيانات أو المعلومات أو جزءاً منها بالحبس سنتين (القانون رقم 912-2015 الصادر 24 يوليو 2015)⁽¹⁾ وغرامة قدرها 60 ألف يورو. وإذا ترتب على ذلك

(1) JORF n°0171 du 26 juillet 2015 page 12735, texte n° 2, LOI n° 2015-912 du 24 juillet 2015 relative au renseignement.

حذف البيانات الواردة في النظام أو تعديلها، أو تعطيل أداء هذا النظام، فإن العقوبة تكون السجن ثلاث سنوات وغرامة قدرها 100 ألف يورو.

(القانون رقم 410-2012 الصادر 27 مارس 2012)⁽¹⁾ وتشدد العقوبة لتصبح السجن لمدة خمس سنوات وغرامة قدرها 150 ألف يورو، وذلك في حالة ارتكاب الجرائم الواردة في الفقرتين ضد نظام المعالجة الآلية للبيانات الشخصية المحفوظة على أجهزة الدولة⁽²⁾.

(1) JORF n°0075 du 28 mars 2012 page 5604, texte n° 2, LOI n° 2012-410 du 27 mars 2012 relative à la protection de l'identité.

(2) Art. 323-1 "Le fait d'accéder ou de se maintenir, frauduleusement, dans tout ou partie d'un système de traitement automatisé de données est puni de (L. n° 2004-575 du 21 juin 2004, art. 45-I) «deux ans» d'emprisonnement et de (L. n° 2015-912 du 24 juill. 2015, art. 4) «60 000 €» d'amende.

Lorsqu'il en est résulté soit la suppression ou la modification de données contenues dans le système, soit une altération du fonctionnement de ce système, la peine est de (L. no 2004-575 du 21 juin 2004, art. 45-I) «trois ans» d'emprisonnement et de (L. n° 2015-912 du 24 juill. 2015, art. 4) «100 000 €» d'amende.

(L. n° 2012-410 du 27 mars 2012, art. 9) «Lorsque les infractions prévues aux deux premiers alinéas ont été commises à l'encontre d'un système de traitement automatisé de données à caractère personnel mis en œuvre par l'État, la peine est portée à cinq ans d'emprisonnement et à (L. n° 2015-912 du 24 juill. 2015, art. 4) «150 000 €» d'amende.»

يتبين من المادة سالفة الذكر بأنه يعاقب على الدخول أو البقاء غير المشروع في أحد نظم المعالجة الآلية للمعلومات بعقوبة الحبس عامين، وغرامة قدرها 150 ألف يورو، وإذا ترتب على واقعة الدخول غير المشروع تعديل أو إلغاء أو إتلاف للبرامج أو نظم المعالجة الآلية للبيانات، وتشدد العقوبة إلى الحبس ثلاث سنوات وغرامة 100 ألف يورو، وتُشدد العقوبة إذا ارتكبت الأفعال سالفة الذكر على أحد الأنظمة الآلية للبيانات الشخصية المحفوظة على أجهزة الدولة.

ويعاقب كل من دخل عن طريق الاحتيال والغش إلى نظام معلوماتي (القانون رقم 1353-2014 الصادر 13 نوفمبر 2014) لاستخراج أو حيازة أو نسخ أو نقل، حذف أو تعديل عن طريق الاحتيال على البيانات التي تحتوي عليها (القانون رقم 575-2004 الصادر 21 يونيو 2004) عليها بالسجن خمس سنوات وغرامة 150 ألف يورو. وإذا وقعت الجريمة على موقع أو نظام المعالجة الآلية للبيانات الشخصية المحفوظة على أجهزة الدولة تشدد العقوبة لتصبح السجن لمدة سبع سنوات وغرامة قدرها 300 ألف يورو⁽¹⁾.

(1) Art. 323-3 "Le fait d'introduire frauduleusement des données dans un système de traitement automatisé (L. n° 2014-1353 du 13 nov. 2014, art. 16) « d'extraire, de détenir, de reproduire, de transmettre,» de supprimer ou de modifier frauduleusement les données qu'il contient est puni de (L. n° 2004-575 du 21 juin 2004, art. 45-III) «cinq ans» d'emprisonnement et de (L. n° 2015-912 du 24 juill. 2015, art. 4) «150 000 €» d'amende.

وتُشدد العقوبة في حالة ارتكاب الجريمة من قبل جماعة إجرامية مُنظمة، وذلك ما أقرته المادة (323 - 4 - 1) من قانون العقوبات بأن (القانون رقم 1353-2014 الصادر 13 نوفمبر 2014)⁽¹⁾ يُعاقب العقوبة بالسجن لمدة عشر سنوات وغرامة 300 ألف يورو (القانون رقم 912-2015 الصادر 24 يوليو 2015) إذا ارتكبت الجرائم المنصوص عليها في المواد 1-323 إلى 1-3-323 من قبل عصابات منظمة بدخول نظام المعالجة الآلية للبيانات الشخصية التي تم تخزينها على أجهزة الدولة"⁽²⁾.

(L. n° 2012-410 du 27 mars 2012, art. 9) «Lorsque cette infraction a été commise à l'encontre d'un système de traitement automatisé de données à caractère personnel mis en œuvre par l'État, la peine est portée à sept ans d'emprisonnement et à (L. n° 2015-912 du 24 juill. 2015, art. 4) «300 000 €» d'amende.»"

(1) – **JORF** n°0263 du 14 novembre 2014 page 19162, texte n° 5, LOI n° 2014-1353 du 13 novembre 2014 renforçant les dispositions relatives à la lutte contre le terrorisme .

(2) – **Art. 323-4-1** "(L. no 2014-1353 du 13 nov. 2014, art. 17) Lorsque les infractions prévues aux articles 323-1 à 323-3-1 ont été commises en bande organisée et à l'encontre d'un système de traitement automatisé de données à caractère personnel mis en œuvre par l'État, la peine est portée à dix ans d'emprisonnement et à (L. n° 2015-912 du 24 juill. 2015, art. 4) «300 000 €» d'amende".

ويعاقب بذات العقوبة في حالة المشاركة في جماعة إجرامية أنشأت بهدف ارتكاب
الجرائم السالفة الذكر (1)

ونص القانون الإماراتي في المادة (2) من المرسوم بقانون اتحادي رقم (5) لسنة
2012 على أن 1- يعاقب بالحبس والغرامة التي لا تقل عن مائة ألف درهم ولا
تزيد على ثلاثمائة ألف درهم أو بإحدى هاتين العقوبتين كل من دخل موقع
إلكتروني أو نظام معلومات إلكتروني أو شبكة معلومات، أو وسيلة تقنية معلومات،
بدون تصريح أو بتجاوز حدود التصريح، أو بالبقاء فيه بطريقة غير مشروعة. 2-
تكون العقوبة الحبس مدة لا تقل عن ستة أشهر والغرامة التي تقل عن مائة
وخمسين ألف درهم ولا تتجاوز سبعمائة وخمسون ألف درهم أو بإحدى هاتين
العقوبتين إذا ترتب على أي فعل من الأفعال المنصوص عليها في الفقرة (1) من
هذه المادة إلغاء أو حذف أو تدمير أو إفشاء، أو إتلاف أو تغيير أو نسخ أو نشر
أو إعادة نشر أيّ بيانات أو معلومات. 3- تكون العقوبة الحبس مدة لا تقل عن

(¹) Art. 323-4 "La participation à un groupement formé ou à une entente établie en vue de la préparation, caractérisée par un ou plusieurs faits matériels, d'une ou de plusieurs des infractions prévues par (L. n° 2004-575 du 21 juin 2004, art. 46-II) «les articles 323-1 à 323-3-1 [ancienne rédaction: les articles 323-1 à 323-3]» est punie des peines prévues pour l'infraction elle-même ou pour l'infraction la plus sévèrement réprimée".

سنة واحدة والغرامة التي تقل عن مائتين وخمسين ألف درهم ولا تجاوز مليون درهم أو بإحدى هاتين العقوبتين إذا كانت البيانات أو المعلومات محل الأفعال الواردة في الفقرة (2) من هذه المادة شخصية.

ونص القانون الكويتي رقم (63) لسنة 2015 في شأن مكافحة جرائم تقنية المعلومات كذلك في المادة (2) على تجريم الدخول غير المشروع إلى جهاز حاسب آلي أو إلى نظامه أو إلى نظام معالجة إلكترونية للبيانات أو إلى نظام إلكتروني مؤمن إلى شبكة معلوماتية، إذا ترتب على الدخول إلغاء أو حذف أو إتلاف أو تدمير أو إفشاء أو تغيير أو إعادة نشر بيانات أو معلومات⁽¹⁾. كما

⁽¹⁾ نصت المادة (2) على أن "يعاقب بالحبس مدة لا تجاوز ستة أشهر وبغرامة لا تقل عن خمسمائة دينار ولا تجاوز ألفي دينار أو بإحدى هاتين العقوبتين، كل من ارتكب دخولاً غير مشروع إلى جهاز حاسب آلي أو إلى نظام معالجة إلكترونية للبيانات أو إلى نظام إلكتروني مؤتمت أو إلى شبكة معلوماتية. فإذا ترتب على هذا الدخول إلغاء أو حذف أو إتلاف أو تدمير أو إفشاء أو تغيير أو إعادة نشر بيانات أو معلومات، فتكون العقوبة الحبس مدة لا تجاوز سنتين والغرامة التي لا تقل عن ألفي دينار ولا تجاوز خمسة آلاف دينار أو بإحدى هاتين العقوبتين. فإذا كانت تلك البيانات أو المعلومات شخصية فتكون العقوبة الحبس مدة لا تجاوز ثلاث سنوات والغرامة التي لا تقل عن ثلاثة آلاف دينار ولا تجاوز عشرة آلاف دينار أو بإحدى هاتين العقوبتين.

ويعاقب بالحبس مدة لا تجاوز خمس سنوات وبغرامة لا تقل عن ثلاثة آلاف دينار ولا تجاوز عشرين ألف دينار أو بإحدى هاتين العقوبتين، كل من ارتكب أياً من الجرائم المنصوص عليها أعلاه أو سهل ذلك للغير وكان ذلك أثناء أو بسبب تأدية وظيفته".

جرمت الاتفاقية العربية لمكافحة تقنية المعلومات الدخول والبقاء والاتصال غير المشروع لكل أو جزء من تقنية المعلومات أو الاستمرار به⁽¹⁾.

والقانون العماني رقم (12) لسنة 2011 نصت المادة (3) من على أن يعاقب بالسجن مدة لا تقل عن شهر ولا تزيد على ستة أشهر وبغرامة لا تقل عن مائة ريال عماني ولا تزيد على خمسمائة ريال عماني أو بإحدى هاتين العقوبتين، كل من دخل عمدا ودون وجه حق موقعا إلكترونيا أو نظاما معلوماتيا أو وسائل تقنية المعلومات أو جزءا منها أو تجاوز الدخول المصرح به إليها أو استمر فيها بعد علمه بذلك . فإذا ترتب على ما ذكر في الفقرة الأولى إلغاء أو تغيير أو تعديل أو تشويه أو إتلاف أو نسخ أو تدمير أو نشر أو إعادة نشر بيانات أو معلومات إلكترونية مخزنة في النظام المعلوماتي أو وسائل تقنية المعلومات أو تدمير ذلك النظام أو وسائل تقنية المعلومات أو الشبكة المعلوماتية أو إلحاق ضرر بالمستخدمين أو المستفيدين، تكون العقوبة السجن مدة لا تقل عن ستة أشهر ولا تزيد على سنة وغرامة لا تقل عن خمسمائة ريال عماني ولا تزيد على ألف ريال عماني أو بإحدى هاتين العقوبتين. فإذا كانت البيانات أو المعلومات المنصوص عليها في الفقرة الثانية شخصية تكون العقوبة السجن مدة لا تقل عن سنة ولا تزيد

(1) المادة السادسة جريمة الدخول غير المشروع: 1- "الدخول أو البقاء وكل اتصال غير مشروع مع كل أو جزء من تقنية المعلومات أو الاستمرار به. 2- تشدد العقوبة إذا ترتب على هذا الدخول أو البقاء أو الاتصال أو الاستمرار بهذا الاتصال: (أ) محو أو تعديل أو تشويه أو نسخ أو نقل أو تدمير للبيانات المحفوظة وللأجهزة والأنظمة الإلكترونية وشبكات الاتصال وإلحاق الضرر بالمستخدمين والمستفيدين. (ب) الحصول على معلومات حكومية سرية."

على ثلاث سنوات وغرامة لا تقل عن ألف ريال عماني ولا تزيد على ثلاثة آلاف ريال عماني أو بإحدى هاتين العقوبتين.

يتبين لنا أن كافة التشريعات المنظمة لجرائم تقنية المعلومات والاتفاقية العربية لمكافحة جرائم تقنية المعلومات نصوا على تجريم صور الدخول غير المشروع إلى موقع إلكتروني، أو نظام معلومات إلكتروني، أو شبكة معلومات، أو وسيلة تقنية معلومات، وتشدّد العقوبة إذا ترتب على الدخول الإلغاء أو الحذف أو التدمير أو الإفشاء، أو الإتلاف أو التغيير أو النسخ أو النشر أو إعادة النشر لأيّ بيانات أو معلومات، وتصبح العقوبة أشد إذا كان الموقع والبيانات شخصية، لذلك نرى ضرورة النص صراحة في القانون رقم 175 لسنة 2018 على تجريم الدخول غير المشروع لمواقع التواصل الاجتماعي.

الركن المادي:

لم يعرف المشرع المصري الدخول غير المشروع، علا خلاف القانون الكويتي رقم (63) لسنة 2015 عرف الدخول غير المشروع بأنه النفاذ المتعمد غير المشروع لأجهزة وأنظمة الحاسب الآلي أو لنظام معلوماتي أو شبكة معلوماتية أو موقع إلكتروني من خلال اختراق وسائل وإجراءات الحماية لها بشكل جزئي أو كلي لأي غرض كان بدون تفويض في ذلك أو تجاوز للتفويض الممنوح⁽¹⁾.

(1) المادة الأولى من القانون رقم (63) لسنة 2015.

ويمكننا تعريف الدخول غير المشروع بأنه الاختراق العمدي غير المشروع لأجهزة وأنظمة الحاسب الآلي أو لنظام تقنية المعلومات أو شبكة معلوماتية أو موقع إلكتروني أو مواقع التواصل الاجتماعي من خلال اختراق وسائل وإجراءات الحماية بشكل جزئي أو كلي لأي غرض، بدون تصريح أو تجاوز للتفويض المصرح به.

عقوبة الشروع:

نصت المادة 40 من القانون رقم 175 لسنة 2018 على أن كل من شرع في ارتكاب الجرائم المنصوص عليها بالقانون، يعاقب بما لا يجاوز نصف الحد الأقصى للعقوبة المقررة للجريمة.

وقد جعل المشرع الفرنسي عقوبة الشروع ذات عقوبة الجريمة، وذلك ما أكدته المادة (7-323) من قانون العقوبات، نصت بأن يعاقب على الشروع في الجرائم المنصوص عليها (القانون رقم 2004-575 الصادر 21 يونيو 2004) في المواد 1-323 حتى 1-3-323 بذات العقوبات المنصوص عليها للجريمة⁽¹⁾.

نعتقد أن المشرع الفرنسي أحسن صنعا من المشرع المصري، لأنه شدد عقوبة الشروع وجعلها ذات عقوبة الجريمة.

العقوبات التكميلية:

(1) – **Art. 323-7** " La tentative des délits prévus par (L. n° 2004-575 du 21 juin 2004, art. 46-II) «les articles 323-1 à 323-3-1» est punie des mêmes peines".

نص القانون رقم 175 لسنة 2018 على العقوبات التبعية في المادة (38) على أن "مع عدم الإخلال بحقوق الغير حسن النية، على المحكمة في حالة الحكم بالإدانة في أي جريمة من الجرائم المنصوص عليها في هذا القانون، أن تقضى بمصادرة الأدوات والآلات والمعدات والأجهزة مما لا يجوز حيازتها قانوناً، أو غيرها مما يكون قد استخدم في ارتكاب الجريمة، أو سهل أو ساهم في ارتكابها".

ونصت المادة (39) من القانون أن للمحكمة إذا قضت بالإدانة على أحد الموظفين العموميين، لارتكابه جريمة من الجرائم المنصوص عليها في هذا القانون، أثناء وبسبب تأديته لوظيفته، أن تقضى بعزله مؤقتاً من وظيفته، إلا في الحالات المشار إليها في المادة (35) من هذا القانون فيكون العزل وجوبياً.

ونص القانون الفرنسي على أن يخضع الأشخاص المدانين بالجرائم المنصوص عليها للعقوبات التكميلية لتالية:

1- المنع من ممارسة الحقوق المدنية لمدة تصل إلى خمس سنوات، وفقاً لأحكام المادة 131-26 من قانون العقوبات.

2- المنع من تولي مناصب عامة أو القيام بالنشاط الاجتماعي أو وظيفي الذي بممارسته أو بمناسبة ارتكبه الجريمة لمدة أقصاها خمس سنوات 131-27.

3- مصادرة الأشياء الذي استخدمت أو أعدت لارتكاب الجريمة أو الناتج عن الجريمة، باستثناء المواد الخاضعة للاسترداد، المادة 131-21 من قانون العقوبات.

- 4- إغلاق المنشأة أو المؤسسة التي استخدمت لارتكاب الجريمة لمدة خمس سنوات أو أحد أو أكثر من المؤسسات للشركة المستخدمة في ارتكاب الجريمة؛ المادة 131-33 من قانون العقوبات.
- 5- استبعاد المشتريات والتوريدات لمدة لا تزيد عن خمس سنوات، المادة 131-34 من قانون العقوبات.
- 6- حظر إصدار أو سحب شيكات لمدة خمس سنوات، المادة 131-19 من قانون العقوبات.
- 7- إشهار أو نشر القرار الذي اتخذ وفقا للمادة 131-35 من قانون العقوبات⁽¹⁾.

(1) – **Art. 323-5** Les personnes physiques coupables des délits prévus au présent chapitre encourent également les peines complémentaires suivantes:

1° L'interdiction, pour une durée de cinq ans au plus, des droits civiques, civils et de famille, suivant les modalités de l'article 131-26;

2° L'interdiction, pour une durée de cinq ans au plus, d'exercer une fonction publique ou d'exercer l'activité professionnelle ou sociale dans l'exercice de laquelle ou à l'occasion de laquelle l'infraction a été commise; — Pén. 131-27.

3° La confiscation de la chose qui a servi ou était destinée à commettre l'infraction ou de la chose qui en est le produit, à l'exception des objets susceptibles de restitution; — Pén. 131-21.

4° La fermeture, pour une durée de cinq ans au plus, des établissements ou de l'un ou de plusieurs des établissements de

الإعفاء أو التخفيف من العقوبة:

نصت المادة (41) من القانون رقم 175 لسنة 2018 على أن "يعفى من العقوبات، المقررة للجرائم المنصوص عليها في هذا القانون، كل من بادر من الجناة أو الشركاء إلى إبلاغ السلطات القضائية أو السلطات العامة بما يعلمه عنها قبل البدء في تنفيذ الجريمة وقبل كشفها.

ويجوز للمحكمة الإعفاء من العقوبة أو التخفيف منها إذا حصل البلاغ بعد كشف الجريمة وقبل التصرف في التحقيق فيها، إذا مكن الجاني أو الشريك في أثناء التحقيق السلطات المختصة من القبض على مرتكبي الجريمة الآخرين، أو على ضبط الأموال موضوع الجريمة، أو أعان أثناء البحث والتحقيق على كشف الحقيقة فيها، أو على القبض على مرتكبي جريمة أخرى مماثلة لهذا النوع والخطورة. ولا يخل حكم هذه المادة، بوجود الحكم برد المال المتحصل من الجرائم المنصوص عليها بالقانون".

l'entreprise ayant servi à commettre les faits incriminés; — Pén. 131-33.

5° L'exclusion, pour une durée de cinq ans au plus, des marchés publics; — Pén. 131-34.

6° L'interdiction, pour une durée de cinq ans au plus, d'émettre des chèques autres que ceux qui permettent le retrait de fonds par le tireur auprès du tiré ou ceux qui sont certifiés; — Pén. 131-19.

7° L'affichage ou la diffusion de la décision prononcée dans les conditions prévues par l'article 131-35".

العدوى بالفيروسات عبر مواقع التواصل الاجتماعي:

قد يكون الدخول مشروعاً، إلا أن الهدف منه يكون بغاية الإضرار بأجهزة الغير عن طريق إرسال فيروسات⁽¹⁾، يعتبر من أخطر الاعتداءات على وسائل التقنية، وتسبب العدوى عن طريق الفيروسات والبرمجيات الخبيثة في إتلاف أجهز الكمبيوتر، أو تدمير البرامج، أو إتلاف البيانات أو المعلومات المخزنة⁽²⁾.

فقد نصت المادة 17 من القانون رقم 175 لسنة 2018 على جريمة الاعتداء على سلامة البيانات والمعلومات والنظم المعلوماتية، حيث يعاقب بالحبس مدة لا تقل عن سنتين وبغرامة لا تقل عن مائة ألف جنيه ولا تجاوز خمسمائة ألف جنيه، أو بإحدى هاتين العقوبتين كل من أتلّف أو عطل أو عدل مسار أو ألغى كلياً أو جزئياً، متعمداً وبدون وجه حق، البرامج والبيانات أو المعلومات المخزنة، أو

(1) الفيروسات عبارة عن برمجيات مشفرة للحاسب الآلي مثل أي برمجيات أخرى، يتم تصميمها بهدف محدد وهو إحداث أكبر ضرر ممكن بأنظمة الحاسب الآلي، وتتميز بقدرتها على ربط نفسها بالبرامج الأخرى وإعادة إنشاء نفسها حتى تبدو وكأنها تتكاثر ذاتياً، بالإضافة إلى قدرتها على الانتشار من نظام إلى آخر، إما بواسطة قرص ممغنط أو عبر شبكة الاتصالات بحيث يمكنها أن تنتقل عبر الحدود من أي مكان إلى آخر في العالم. د/حسين بن سعيد بن سيف الغافري، السياسة الجنائية في مواجهة جرائم الإنترنت، دراسة مقارنة، رسالة دكتوراه كلية حقوق جامعة عين شمس، دون سنة، ص315.

(2) – **Jacques Francillon**: De diverses variétés de piratages, RSC, N° 01 du 16/03/1998, p.138 et s;

: Piratage audiovisuel. Captation frauduleuse de programmes de télévision cryptée à péage, RSC, N° 01 du 16/06/2014, p.117.

المعالجة، أو المولدة أو المخلفة على أي نظام معلوماتي وما في حكمه، أيا كانت الوسيلة التي استخدمت في الجريمة.

فقد جرمت كافة التشريعات المنظمة لجرائم تقنية المعلومات الدخول غير المصرح وإتلاف أو تعطيل البرامج ومنها القانون المصري، كما سبق أن ذكرنا، إلا أنها لم تتناول جريمة إرسال الفيروسات عبر الإنترنت، وخاصة عبر مواقع التواصل الاجتماعي.

فإن القائمين على نشر الفيروسات قد لا يدخلون إلى تلك المواقع ويكتفون بإرسال تلك الفيروسات عبر الإنترنت فقط، كما أن الدخول إلى النظام لا يترتب عليه الإلغاء أو الحذف أو التدمير أو الإفشاء أو الإتلاف أو التغيير أو النسخ أو النشر أو إعادة النشر لأي بيانات أو معلومات فقط، وإنما قد ينجم عنه تعديل في البيانات المخزنة ألياً، أو ضعف أداء هذا النظام.

لذلك نرى ضرورة التوسع في نطاق التجريم ليشمل إرسال أي بيانات إلكترونية تحتوي على فيروسات ضارة من أي نوع، أو تعديل البيانات الواردة في النظام، أو ضعف أداء هذا النظام، وعدم قصر حالات التجريم على دخول الجاني إلى النظام المعلوماتي بأكمله؛ إذ يكفي الدخول إلى جزء من موقع إلكتروني، أو نظام معلومات إلكتروني، أو شبكة معلومات، أو أي وسيلة من وسائل تقنية معلومات.

الفرع الثالث

جرائم النشر الإلكتروني عبر مواقع التواصل الاجتماعي

يتوقف النظام القانوني للمسئولية الجنائية في الجرائم الناشئة عن إساءة استخدام مواقع التواصل الاجتماعي على التكييف القانوني للقائم بالتشغيل.

أولاً: المقصود بالناشر الإلكتروني:

لم ينص القانون رقم 175 لسنة 2018 المصري، والقانون المقارن تعريف لناشر المحتوى في جرائم النشر الإلكتروني بخلاف "مقدمي خدمات استضافة المواقع"، نصت المادة (6) من القانون الفرنسي بشأن الاقتصاد الرقمي (CEN) المعدل بمقتضى القانون 444-2016 الصادر 13 إبريل 2016⁽¹⁾ على أن مقدمي خدمات الاستضافة هم الأشخاص الطبيعيون أو الاعتباريون القائمون على توصيل خدمات الاتصال للجمهور عبر الإنترنت، وتخزين إشارات أو كتابات أو صور أو أصوات، أو رسائل من أي نوع، تصدر عن المستخدمين من تلك الخدمات. وبالتالي يترك سلطة تقديرية في تحديد المراد بالناشر الإلكتروني، وقد عرف التقرير الصادر عن الجمعية الوطنية الفرنسية الناشرين بأنهم الأشخاص الذين يقومون

⁽¹⁾-JORF n°0088 du 14 avril 2016, texte n° 1 , LOI n° 2016-444 du 13 avril 2016 visant à renforcer la lutte contre le système prostitutionnel et à accompagner les personnes prostituées .

بصياغة المعلومات أو تحريرها أو نشرها أو إعادة نشرها أو وضعها على مواقع التواصل الاجتماعي⁽¹⁾.

قد يكون الناشر الإلكتروني مدير تحرير الموقع أي الذي قام بإنشاء صفحة الويب، وقد يكون شخصاً آخر قام بنشر المحتوى على الموقع، أو كتب تعليقاً، أو أرسل نصاً، أو رسالة، أو مقطع فيديو، أو حتى رسم صورة، وعليه يخرج من نطاق الناشر الإلكتروني الأشخاص المنوط بهم توصيل خدمات الاتصال مباشرة بالإنترنت⁽²⁾، وتخزين المعلومات؛ فهؤلاء مزودو خدمات استضافة، وليسوا ناشرين⁽³⁾.

وبذلك يتبين أن للناشر الإلكتروني مفهوماً واسعاً، إذ يشمل من قام بإنشاء صفحة التواصل الاجتماعي، وسمح للأشخاص بالدخول إليها بعد تسجيل بياناتهم، ومن

(1)– Rapport d’information de l’Assemblée Nationale sur la mise en application de la loi no.2004-575 du 21 juin 2004 pour la confiance dans l’économie numérique, présenté par M. Jean Dionis du Séjour et Corinne Erhel. Ce.

rapport est disponible sur: <http://www.assemblee-nationale.fr/13/rap-info/i0627.asp>

(2) Tribunal de grande instance de Nanterre, 1re ch, 25-06-2009, n° 08/05405.

(3) **Jérôme Huet**: Site internet, flux RSS, responsabilité du rediffuseur, Recueil Dalloz, N° 15 du 15/04/2010, p.946.

قام بتدوين المحتوى وصياغته، ووضعه على الموقع، أو أرسله عبر الشبكة إلى مستخدمين آخرين.

ولم يضع المشرعان الإماراتي والكويتي تعريفاً محدداً للناشر الإلكتروني في جرائم النشر، فاكتمت في المادة الثانية من القانونين في شأن جرائم تقنية المعلومات بالنص على معاقبة كل من دخل موقعاً إلكترونياً أو نظام معلومات إلكترونياً أو شبكة معلومات، أو وسيلة تقنية معلومات، من دون تصريح أو بتجاوز حدود التصريح، أو بالبقاء فيه بصورة غير مشروعة.

فالناشر الإلكتروني هو كل شخص طبيعي أو اعتباري قام بإنشاء مواقع على الشبكة، وسمح فيها بإضافة أشخاص وتلقى منهم البرامج والمعلومات، وكذلك من قام بتدوين المحتوى وصياغته، أو وضعه، أو إرساله إلى الموقع الإلكتروني، أو إحدى وسائل تقنية المعلومات، وجعله متاحاً لمستخدمي الإنترنت.

ثانياً: جرائم النشر الإلكتروني:

قد تقع جرائم نشر البيانات أو المعلومات أو إعادة نشرها من المستخدمين لمواقع التواصل الاجتماعي، أو من شخص قام بالنشر أو إعادة النشر، أو بسبب تأدية عمله، كأن يستغل الأخير شبكة الإنترنت في الجهة التي يعمل بها ويقوم بنشر بيانات أو معلومات أو إعادة نشرها، سواء كانت هناك صلة بين هذه المعلومات والجهة التي يعمل بها أم لا.

وفي هذا الصدد نصت المادة (8) من القانون الكويتي رقم (63) لسنة 2015 في شأن مكافحة جرائم تقنية المعلومات على أن "يعاقب بالحبس مدة لا تجاوز سبع سنوات وبغرامة لا تقل عن عشرة آلاف دينار ولا تجاوز ثلاثين ألف دينار أو بإحدى هاتين العقوبتين، كل من أنشأ موقعاً أو نشر معلومات باستخدام الشبكة المعلوماتية أو بأي وسيلة من وسائل تقنية المعلومات المنصوص عليها في هذا القانون، بقصد الاتجار بالبشر أو تسهيل التعامل فيهم، أو ترويج المخدرات أو المؤثرات العقلية وما في حكمها، أو تسهيل ذلك في غير الأحوال المصرح بها قانوناً"

واشترط المشرع وفقاً للمادة الثالثة من القانون الإماراتي رقم (5) لسنة 2012 في شأن مكافحة جرائم تقنية المعلومات أن يكون عمل الشخص في تلك الجهة قد سهل له نشر بيانات أو معلومات أو إعادة نشرها، فالمصلحة المحمية جنائياً هي عدم استغلال تلك الجهة في نشر بيانات أو معلومات.

ويلاحظ أن المشرع الإماراتي لم يشرط في المواد " 2، 3، 4" أن تتطوي البيانات، أو المعلومات التي يتم نشرها على وقائع تتضمن الإساءة إلى مستخدمين آخرين، أو التحريض على ارتكاب جرائم باستغلال هذه المواقع؛ فالمشرع يستهدف من ذلك حماية خصوصية مستخدمي مواقع التواصل الاجتماعي وحقوق النشر المملوكة لهم.

نعتقد أن السياسة التشريعية التي انتهجها المشرع الإماراتي في جرائم النشر الإلكتروني أفضل من سياسة المشرع الكويتي، حيث اعتمد المشرع الإماراتي على وضع نصوص مستقلة تتناول جرائم الإساءة إلى آخرين كجريمة نشر أو إعادة نشر أرقام أو بيانات بطاقة ائتمانية أو إلكترونية أو أرقام أو بيانات حسابات مصرفية تعود للغير أو أي وسيلة أخرى من وسائل الدفع الإلكتروني⁽¹⁾. أو جرائم نشر أو بث معلومات أو أخبار أو رسوم كرتونية أو أي صور أخرى، من شأنها تعريض أمن الدولة ومصالحها العليا للخطر أو المساس بالنظام العام⁽²⁾. أو جرائم نشر معلومات أو أخبار أو بيانات أو شائعات على موقع إلكتروني أو أي شبكة معلوماتية أو وسيلة تقنية معلومات بقصد السخرية أو الإضرار بسمعة أو هيبة أو مكانة الدولة أو أي من مؤسساتها أو رئيسها أو نائبه أو حكام الإمارات أو أولياء عهدهم أو نواب حكام الإمارات أو علم الدولة أو السلام الوطني أو شعارها أو نشيدها الوطني أو رموزها⁽³⁾.

ووضع المشرع الإماراتي نصوص تُجرّم نشر البيانات أو المعلومات التي تهدف إلى التحريض على ارتكاب جرائم بعينها، كما لو نشر الجاني، أو أعاد نشر مواد إباحية أو أنشطة للقمار، وكل ما من شأنه المساس بالآداب العامة عن طريق

(1) الفقرة الرابعة من المادة (12) من المرسوم بقانون اتحادي في شأن جرائم تقنية المعلومات.

(2) المادة (28) من المرسوم بقانون اتحادي في شأن جرائم تقنية المعلومات.

(3) المادة (29) من المرسوم بقانون اتحادي في شأن جرائم تقنية المعلومات.

الشبكة المعلوماتية⁽¹⁾. أو وقع النشر بقصد الاتجار في البشر أو الأعضاء البشرية، أو التعامل فيها بصورة غير مشروعة⁽²⁾، أو بهدف إثارة الفتنة أو الكراهية أو العنصرية أو الطائفية أو الإضرار بالوحدة الوطنية أو السلم الاجتماعي أو الإخلال بالنظام العام أو الآداب العامة، أو الاتجار أو الترويج للأسلحة النارية أو الذخائر أو المتفجرات في غير الأحوال المصرح بها قانوناً⁽³⁾، أو نشر معلومات على الشبكة المعلوماتية أو وسيلة تقنية معلومات، وذلك لجماعة إرهابية أو أي مجموعة أو جمعية أو منظمة أو هيئة غير مشروعة بقصد تسهيل الاتصال بقياداتها أو أعضائها، أو لاستقطاب عضوية لها، أو ترويج أو تحبيذ أفكارها، أو تمويل أنشطتها، أو توفير المساعدة الفعلية لها، أو بقصد نشر أساليب تصنيع الأجهزة الحارقة أو المتفجرات، أو أي أدوات أخرى تستخدم في الأعمال الإرهابية⁽⁴⁾.

ويتضح مما سبق أن المشرع الإماراتي لم يشترط في جرائم النشر الإلكتروني صفة معينة في مرتكبها، فهي تقع بمجرد نشر البيانات أو المعلومات التي تخص آخرين، وقد يستغل الجاني النشر الإلكتروني في الإساءة إلى الآخرين أو التحريض على ارتكاب جرائم، بينما قد يكون الناشر الإلكتروني مجنباً عليه عندما يقع التعدي على حقوق النشر المحفوظة له.

(1) المادة (17) من المرسوم بقانون اتحادي في شأن جرائم تقنية المعلومات.

(2) المادة (23) من المرسوم بقانون اتحادي في شأن جرائم تقنية المعلومات.

(3) المادة (25) من المرسوم بقانون اتحادي في شأن جرائم تقنية المعلومات.

(4) المادة (26) من المرسوم بقانون اتحادي في شأن جرائم تقنية المعلومات.

وكذلك من يتلقى تلك الرسائل على صفحته الشخصية أو على الموقع باعتبار أنه مصرح له بذلك، فضلاً عن أن شرعية الدخول متوافرة في حقه. ولا شك في أن ذلك يترتب عليه نتائج سيئة؛ لأن الناشر الإلكتروني قد يكون مدير تحرير للموقع الذي قام بإنشاء صفحة، أو منتدى على الموقع بطريق مشروع، ثم سمح للمستخدمين بالدخول إليها ونشر البيانات والمعلومات على الموقع للمستخدمين الآخرين.

ومن ثم، فإذا كانت هذه البيانات تتطوي على جريمة أصبح مدير تحرير الموقع مسؤولاً عنها، لأنه سمح بنشرها على موقعه، ومن ثم تتعدد المسؤولية الجنائية في حقه عما تضمنه هذا المحتوى. في حين أنه استناداً إلى المادة السالفة الذكر لن تعاقب؛ لأنه لم يدخل إلى الموقع من دون تصريح، ولم يتجاوز حدود التصريح، أو بقي في الموقع بصورة غير مشروعة. ومن ناحية أخرى فالشخص الذي يقوم بتدوين المحتوى أو كتابته أو صياغته، أو إرساله إلى مدير تحرير الموقع، لا يعد في مفهوم المادة الثانية ناشراً لأنه لم يدخل إلى الموقع بطريق غير مشروع، بينما المستقر عليه أنه يعد ناشراً إلكترونياً أيضاً من قام بإنشاء أو كتابة، أو تدوين، أو صياغة المحتوى من الأصل، أو من توافر لديه قدرة التحكم والسيطرة على المحتوى قبل وضعه على الإنترنت.

وكذلك الشخص الذي يقوم بإرسال رسائل نصية عبر الهاتف المحمول أو الإنترنت إلى موقع التواصل الاجتماعي لا يعد ناشراً إلكترونياً، لأنه لم يدخل إلى الموقع،

وبالتالي قد يرسل شخص مقطع فيديو تم تصويره بالهاتف المحمول يحرض على العنف أو يهدد أمن الدولة وسلامتها إلى هذه المواقع دون أن يدخل إليها بالمفهوم التقني البحت، ولا محالة حينئذٍ من اعتباره ناشراً إلكترونياً، ومن ثم نرى ضرورة عدم ربط مسألة الدخول للموقع بغير تصريح بواقعة نشر البيانات، والتي قد تتحقق بصورة أو بأخرى وبصرف النظر عن كيفية الدخول.

نعتقد ضرورة تعديل القانون المصري رقم 175 لسنة 2018 بشأن مكافحة جرائم تقنية المعلومات، على معاقبة كل من أنشأ على مواقع التواصل الاجتماعي صفحات تستغل في نشر أو إعادة نشر أو كتابة أو تدوين أو صياغة معلومات، أو بيانات، أو صور، أو أفلام، أو مستندات، أو أرقام، أو حروف، أو رموز، أو إشارات وغيرها، أو جعلها متاحة لمستخدمي الإنترنت، أو سهل للغير ذلك. كما يعاقب بالعقوبة ذاتها كل من قام بصياغة أو كتابة أو تدوين أو إرسال شيء مما ذكر، وتكون العقوبة السجن المؤبد إذا كانت تلك المعلومات، أو البيانات، أو الصور، أو الأفلام، أو المستندات، أو الأرقام، أو الحروف، أو الرموز، أو الإشارات تتصل بأسرار الدولة العسكرية أو الأمنية أو تهدد مصالحها الاقتصادية.

كما نرى ضرورة العمل على استثمار إيجابيات مواقع التواصل الاجتماعي، والتي من أبرزها الاستخدامات للأغراض التعليمية والاستخدامات الحكومية والتجارية، والحذر من سلبياتها كنشر أفكار هدامة وعمل تجمعات مخالفة للقيم والأخلاق.

ثالثاً: تحديد المسؤولية الجنائية في جرائم النشر الإلكتروني:

لتحديد المسؤولية الجنائية في جرائم النشر الإلكتروني تقتضي تناول أمرين: الأول، أوجه التمييز بين الناشر ومزود خدمات الاستضافة. والثاني، المسؤولية الجنائية عن جرائم النشر الإلكتروني.

التمييز بين الناشر ومزود خدمات الاستضافة:

إذا كان مزود خدمات الاستضافة هو المسئول عن توفير خدمة الاتصالات عبر الإنترنت للجمهور، أو يتيح تخزين المعلومات التي ترد إليه من أي شخص أسهم في إنشاء محتوى، أو صياغته، فالناشر هو ذلك الشخص الذي إما أن يُسهل نشر البيانات على الموقع باعتباره مدير تحرير لهذا الموقع، وإما أن يقوم بتدوين المحتوى وصياغته.

فالذي يميز بين المضيف والناشر هو أن الأخير تكون له السيطرة على المحتوى، والتحكم في بياناته، بخلاف المضيف حيث تقتصر مهمته على حد توفير خدمات الاتصال للجمهور، وحفظ البيانات وتخزينها، ومن ثم لا تكون له علاقة بإنشاء صفحات التواصل الاجتماعي، أو مضمون المحتوى.

تحديد شخص القائم بالنشر الإلكتروني:

توجد صعوبة في تحديد القائم بالنشر الإلكتروني، فمعظم مستخدمي مواقع التواصل الاجتماعي يدخلون إلى تلك المواقع باستخدام أسماء وهمية، كما أن الشخص الذي

قام بإنشاء المنتدى أو الصفحة قد لا يتوافر لديه العلم بما تم نشره على الصفحة لسبب أو لآخر، وحتى يتسنى إيجاد الحلول لذلك، يتعين الالتزام بالتالي:

يجب على مدير تحرير الموقع رصد ما يتم نشره على الموقع ومراقبته، باعتباره هو الذي قام بإنشاء صفحة التواصل على الموقع، ومن ثم تتعدد المسؤولية في حقه عن نشر عبارات أو معلومات أو بيانات تشكل جريمة يعاقب عليها قانوناً إذ يُفترض في حقه العلم بما يتم نشره، إلى جانب مسؤولية المدون أيضاً، باعتبار أنه تتوافر له السيطرة على المحتوى، ومن ثم يستطيع أن يتحكم في المعلومات الواردة فيه، سواء عند إنشائه، أو كتابته، أو صياغته. أما إذا انتفى القصد الجنائي لدى مدير التحرير فلا محل لمساءلته عن الجريمة، وإن كان ذلك لا يحول دون توافر المسؤولية عن جرائم النشر بوصفها جريمة غير عمدية إذا ثبت أن مدير تحرير الموقع أهمل في واجب الرقابة والإشراف لما يتم نشره، باعتبار أن من واجبه بذل العناية اللازمة في مراقبة هذه المعلومات ورصدها.

نعتقد أنه يجب إيجاد تقنية فنية تسمح لمن قام بإنشاء صفحات على موقع التواصل الاجتماعي بمراقبة ما يتم نشره على الموقع، حتى نتجنب ما يمكن أن يثار من أن مدير التحرير لم يعلم بما تم نشره على الموقع، سواء كان ذلك نتيجة زيادة أعداد المستخدمين، أو كثرة البيانات المطروحة.

التزامات الناشر الإلكتروني:

- 1- يلتزم مدير تحرير الموقع الذي أنشأ صفحة على موقع التواصل الاجتماعي بأن يُدرج اسم موقعه، ويحدد هويته على شبكة الإنترنت لإمكانية التعرف عليه بسهولة.
- 2- يكون لمدير التحرير والناشر الحق في تعديل كل ما يتضمنه المحتوى من بيانات مخالفة، أو ما يشكل مخالفة لشروط الاستخدام تعديلاً كلياً أو جزئياً.
- 3- يجب على مدير تحرير الموقع أن يحدد شروط استخدام هذا الموقع، وأن يقيد استخدامه في أغراض التبادل الثقافي، والعلمي، والاجتماعي دون استغلاله في ارتكاب جرائم.
- 4- عدم قبول دخول المستخدمين إلى هذه المواقع إلا بالهوية الحقيقية دون استخدام هوية مزورة، مع تحذير المستخدم بأن الدخول بهوية غير حقيقية، أو وهمية جريمة مُعاقبٌ عليها قانوناً.
- 5- يتعين الإبلاغ عن إساءة استخدام مواقع التواصل الاجتماعي ضد الأطفال والقُصّر.
- 6- يجب على مدير تحرير الموقع في حالات النشر عن طريق الوسائل الإلكترونية، الالتزام بتوفير المعلومات العامة، وتحديد هوية مؤلفي المحتوى، ودور النشر.

وهناك التزامات قانونية يخضع لها الناشر، وعند الخروج عن هذه الالتزامات تتوافر المسؤولية الجنائية في حقهم⁽¹⁾، وقد اعتمد المجلس الدستوري الفرنسي ذلك القانون من قبل الجمعية الوطنية ومجلس الشيوخ في 30 يونيو 2006، ونص على غرامة تبدأ من 300 ألف يورو إضافة إلى ثلاث سنوات سجن لأي شخص يقوم بنشر أو يزود الجمهور ببرامج تحرير غير مصرح بها. وتصل العقوبة إلى السجن 6 أشهر والغرامة 30 ألف يورو لأي شخص يوزع أو يسهل توزيع البرمجيات بمخالفة تدابير الحماية التقنية (DRM) لإدارة الحقوق الرقمية⁽²⁾.

رابعاً: عقوبة جريمة النشر الإلكتروني:

عاقب المشرعون المصري والفرنسي والإماراتي والكويتي كل من يقوم بالدخول غير المشروع إلى نظام معلومات إلكتروني أو شبكة معلومات، أو وسيلة تقنية

(1) Frédéric Pollaud-Dulian: Exception de copie privée, RTD, N° 02 du 15/06/2007, p.357 et s.

(2) Frédéric Pollaud-Dulia: Protection juridique des mesures techniques de protection ou d'information. Echanges de « pair à pair ». Téléchargement illicite. Sanctions pénales. Logiciels d'échanges. Autorité de régulation des mesures techniques, RTD Co, N° 02 du 15/06/2007, p.346 et s. Frédéric Pollaud-Dulian: Programmes d'ordinateur. Épuisement du droit de distribution. Revente d'occasion de copies. Supports physiques qui ne sont pas d'origine. Exceptions au droit de reproduction du logiciel, RTD Com, N° 04 du 19/01/2017, p.741et s.

معلومات، دون تصريح أو بتجاوز حدود التصريح، أو بالبقاء فيه بصورة غير مشروعة. أما إذا ترتب على ذلك نشر أو إعادة نشر أي من هذه البيانات أو المعلومات فيُعد ذلك ظرفاً مشدداً يتم بمقتضاه تشديد العقوبة. وتشدد العقوبة إذا وقعت الجريمة من الجاني بمناسبة أو بسبب تأدية عمله.

وإذا انتفى لدى الجاني القصد الجنائي فلا يعاقب عن تلك الجريمة، كأن ينتفي لديه العلم بنشر البيانات، أو يجهل حقيقة ما يفعله، أو حكم القانون فيه، أو يغلط في أيهما، فالجهل أو الغلط في الوقائع ينفيان القصد الجنائي.

الفرع الرابع

المسئولية الجنائية لمقدمي الخدمات عبر مواقع التواصل الاجتماعي

أولاً: تعريف مزود الخدمة:

عرف المشرع المصري في القانون رقم 175 لسنة 2018 مقدم الخدمة في المادة الأولى بأنه أي شخص طبيعي أو اعتباري يزود المستخدمين بخدمات تقنيات المعلومات والاتصالات، ويشمل ذلك من يقوم بمعالجة أو تخزين المعلومات بذاته أو من ينوب عنه في أي من تلك الخدمات أو تقنية المعلومات. وعرفت الاتفاقية العربية لمكافحة جرائم تقنية المعلومات مزود الخدمة بأنه أي شخص طبيعي أو معنوي عام أو خاص يزود المشتركين بالخدمات للتواصل بواسطة تقنية المعلومات، أو يقوم بمعالجة أو تخزين المعلومات نيابة عن خدمة الاتصالات أو مستخدميها⁽¹⁾.

فمقدم خدمة التقنية هو كل شخص طبيعي، أو معنوي عام أو خاص يعمل على توفير خدمات الاتصال للجمهور، أو يقوم بمعالجة أو تخزين المعلومات، ويلتزم بالإبقاء على البيانات التي تمكّن من التعرف إلى مدير تحرير الموقع.

(1) الفقرة الثالثة من المادة (2) من الاتفاقية العربية لمكافحة جرائم تقنية المعلومات، الجريدة الرسمية، العدد (46) الصادر 13 نوفمبر 2014، قرار رئيس الجمهورية بشأن انضمام جمهورية مصر العربية إلى الاتفاقية العربية لمكافحة جرائم تقنية المعلومات، الموقعة في القاهرة بتاريخ 21 ديسمبر 2010.

ويمكننا تعريف مزود الخدمة بأنه كل شخص طبيعي أو معنوي يزود المستخدمين بخدمات التواصل بواسطة تقنية المعلومات ويشمل ذلك من يقوم بمعالجة أو تخزين المعلومات نيابة عن مقدم خدمة الاتصالات أو المعلومات.

وتتعدد المسؤولية الجنائية عن جرائم النشر على مديري التحرير أو الناشرين، فهؤلاء هم المسؤولون عن الجرائم التي يرتكبها المدونون كونهم المنوط بهم مراجعة تلك البيانات وصياغتها قبل وضعها على صفحات الويب وشبكة الإنترنت. أما مقدمو خدمات الاستضافة فلا يستطيعون مراقبة البيانات التي تنشر على الشبكة، ويترتب على ذلك، أن مزود خدمة الاستضافة يلتزم بتخزين البيانات وجعلها متاحة للمستخدمين عبر شبكة الإنترنت فقط، ولا تكون له علاقة بمضمون المحتوى⁽¹⁾.

وتتعدد مسؤولية مزودي خدمات الاستضافة في حالتين:

1 - إذا توافر لديهم العلم الفعلي بالطبيعة غير المشروعة للمحتوى، ولم يخطرأ السلطات أو يتصرفوا فوراً لإزالة البيانات، أو جعل الوصول إليها مستحيلاً ، المادة 6 /2 من القانون الفرنسي بشأن الاقتصاد الرقمي⁽²⁾.

(1) – **Jacques Francillon:** Application à la télématique et à l'Internet des règles de responsabilité propres au droit de la presse et de la communication audiovisuelle, RSC, N° 03 du 15/09/1999, p.607 et s.

(2) – **Présidence et mot d'accueil:** Rôle et responsabilité des plateformes en ligne: approche(s) transversale(s) ou approches sectorielles ?, Master 2 « Droit du commerce électronique et de l'économie numérique », Ecole de droit de la Sorbonne, Université

2- إذا لم يُبقوا على البيانات التي يمكن من خلالها التعرف إلى مدير تحرير الموقع والمدون⁽¹⁾.

ثانياً: التزامات مزودي خدمة الاستضافة:

وضع المشرع المصري في القانون رقم 175 لسنة 2018 التزامات وواجبات على مقدم الخدمة، في المادة (2) على النحو التالي:

أولاً: مع عدم الإخلال بالأحكام الواردة بهذا القانون وقانون تنظيم الاتصالات رقم 10 لسنة 2003 المشار إليه، يلتزم مقدمو الخدمة بما يأتي:

(1) حفظ وتخزين سجل النظام المعلوماتي أو أي وسيلة لتقنية المعلومات لمدة مائة وثمانين يوماً متصلة. وتتمثل البيانات الواجب حفظها وتخزينها فيما يلي :

أ- البيانات التي تمكن من التعرف على مستخدم الخدمة.

ب - البيانات المتعلقة بمحتوى ومضمون النظام المعلوماتي المتعامل متى كانت تحت سيطرته.

ج - البيانات المتعلقة بحركة الاتصال

د- البيانات المتعلقة بالأجهزة الطرفية للاتصال.

هـ - أي بيانات أخرى يصدر بتحديدتها قرار من مجلس إدارة الجهاز .

Panthéon-Sorbonne (Paris I) ,IRJS, Département Sorbonne
immatériel,24 novembre 2016 14h-19h, Salle des conférences, Lycée
Henri IV, 23 rue Clovis, 75005 PARIS,p.1.

(1) **Jacques Larrieu& Christian Le Stanc& Pascale Tréfigny**:Droit du numérique, Recueil Dalloz , N° 37 du 31/10/2013, p.2487 et s.

(2) المحافظة على سرية البيانات التي تم حفظها وتخزينها، وعدم إفشائها أو الإفصاح عنها بغير أمر مسبب من إحدى الجهات القضائية المختصة - ويشمل ذلك البيانات الشخصية لأى من مستخدمي خدمته أو أى بيانات أو معلومات متعلقة بالمواقع والحسابات الخاصة التي يدخل عليها هؤلاء المستخدمون، أو الأشخاص والجهات التي يتواصلون معها.

(3) تأمين البيانات والمعلومات بما يحافظ على سريتها، وعدم اعتراضها أو اختراقها أو تلفها.

ثانيا : مع عدم الإخلال بأحكام قانون حماية المستهلك الصادر بالقانون رقم 67 لسنة 2006، يجب على مقدم الخدمة أن يوفر لمستخدمي خدماته ولأى جهة حكومية مختصة، في الشكل، وبالطريقة التي يمكن الوصول إليها بصورة ميسرة ومباشرة ومستمرة، البيانات والمعلومات الآتية :

(1) اسم مقدم الخدمة وعنوانه.

(2) معلومات الاتصال المتعلقة بمقدم الخدمة، بما فى ذلك عنوان الاتصال الإلكتروني.

(3) بيانات الترخيص لتحديد هوية مقدم الخدمة، وتحديد الجهة المختصة التي يخضع لإشرافها.

(4) أية معلومات أخرى يقدر الجهاز أهميتها لحماية مستخدمي الخدمة، ويحددها قرار من الوزير المختص.

ثالثاً: مع مراعاة حرمة الحياة الخاصة التي يكفلها الدستور، يلتزم مقدمو الخدمة والتابعون لهم، أن يوفرُوا حال طلب جهات الأمن القومي، ووفقاً لاحتياجاتها كافة الإمكانيات الفنية التي تتيح لتلك الجهات ممارسة اختصاصاتها وفقاً للقانون.

رابعاً: يلتزم مقدمو خدمات تقنية المعلومات ووكلائهم وموزعيهم التابعون لهم المنوط بهم تسويق تلك الخدمات بالحصول على بيانات المستخدمين ويحظر على غير هؤلاء القيام بذلك.

ومن هنا يلتزم مزودو الخدمة بمجموعة من الالتزامات:

1- يجب على مزودي خدمات الاستضافة إبلاغ السلطات بعناوين هؤلاء الأشخاص، والبريد الإلكتروني والصفحة الشخصية، في حالة نشر أي بيانات أو معلومات من شأنها تهديد الأمن القومي أو الاقتصادي للدولة، أو نشر المواد الإباحية، أو التحريض على الاتجار في البشر والأعضاء البشرية، وجميع الأنشطة غير القانونية، الأمر الذي يتعين معه إلزام مزودي خدمات الاستضافة مدير تحرير الموقع بالحصول على المعلومات الشخصية للمستخدمين مسبقاً عند إنشاء صفحات التواصل الاجتماعي⁽¹⁾.

2- يلتزم مزودو خدمة الاستضافة باحترام الحق في الخصوصية، وسرية المراسلات.

(1) **Jérôme Bossan**: Le droit pénal confronté à la diversité des intermédiaires de l'internet, RSC, N° 02 du 16/08/2013, p.295.

- 3- يجب على مقدمي خدمات التقنية الرقابة على المعلومات التي تعد جريمة تهدد سلامة أمن الدولة، وإبلاغ السلطات عنها.
- 4- إذا ورد بلاغ لمقدمي الخدمات التقنية عن وجود معلومات أو بيانات غير قانونية كالتشهير بأحد الأشخاص، فيتعين عليهم الامتناع عن تخزينها.
- 5- الحفاظ على حقوق الملكية الفكرية، وعدم جواز نسخ أي بيانات أو نقلها إلى الجمهور دون موافقة أصحاب حقوق الطبع والنشر.
- 6- عدم جواز إلغاء أو حذف أو تعديل تدمير أو إفشاء أو إتلاف أو تغيير أو إعادة نشر بيانات أو معلومات.

ثالثاً: تحديد المسؤولية الجنائية لمزود الخدمة:

نص القانون رقم 175 لسنة 2018 على المسؤولية الجنائية لمقدمي الخدمة في حالة المخالفة، وذلك ما أكدته المادة (30) على أن يعاقب بالحبس مدة لا تقل عن سنة والغرامة لا تقل عن خمسمائة ألف جنيه ولا تجاوز مليون أو إحدى هاتين العقوبتين كل مقدم خدمة امتنع عن تنفيذ القرار الصادر من المحكمة الجنائية المختصة بحجب أحد المواقع أو الروابط أو المحتوى المشار إليه في الفقرة الأولى من المادة 7 من هذا القانون.

فإذا ترتب على الامتناع عن تنفيذ القرار الصادر من المحكمة وفاة شخص أو أكثر أو الأضرار بالأمن القومي وتكون العقوبة السجن المشدد وغرامه لا تقل عن ثلاثة

ملايين جنيهه ولا تجاوز عشرين مليون جنيهه، وتقضى المحكمة فضلاً عن ذلك بإلغاء ترخيص مزولة المهنة.

وبالتالي يسأل مزود الخدمة جنائياً ومدنياً عن أعمال التعدي على حقوق النشر والتأليف، وإذا كان المحتوى المتاح عبر الشبكة غير قانوني وتم سحبه من الشبكة بناءً على طلب المنتجين، ولا تتعدد المسؤولية الجنائية في حقهم عن سحب المحتوى إذا علم حقيقية بالنشاط أو المعلومات غير المشروعة، وتصرفوا بسرعة لسحب تلك المعلومات أو عدم إتاحتها، ذلك وفقاً لقرار المجلس الدستوري الفرنسي⁽¹⁾.

ويلتزم مزودو الخدمات الإلكترونية بإخطار اللجنة الوطنية المعلوماتية والحريات في حالة اختراق المعلومات والبيانات الشخصية، وذلك ما نصت عليه المادة (226-17) من قانون العقوبات الفرنسي المعدلة بموجب القرار رقم 1012-2011

(1) "Il dispose que ces personnes « ne peuvent voir leur responsabilité pénale engagée à raison des informations stockées à la demande d'un destinataire de ces services si elles n'avaient pas effectivement connaissance de l'activité ou de l'information illicites ou si, dès le moment où elles en ont eu connaissance, elles ont agi promptement pour retirer ces informations ou en rendre l'accès impossible » conseil constitutionnel, Commentaire de la décision n° 2004-496 DC du 10 juin 2004.

الصادر في 24 أغسطس 2011 بشأن الاتصالات الإلكترونية⁽¹⁾، على أن يعاقب مزودي الخدمات الإلكترونية بالسجن خمس سنوات وغرامة 300 ألف يورو إذا لم يخطر عن اختراق للبيانات الشخصية إلى اللجنة الوطنية للمعلوماتية والحريات أو صاحب الشأن، وفي مخالفة لأحكام البند ثانياً من المادة 34 مكرر من القانون رقم 17-78 الصادر في 6 يناير 1978⁽²⁾.

ويعاقب بالسجن لمدة خمس سنوات وغرامة 300 ألف يورو غرامة كل قام بإجراء معالجة إلكترونية دون مراعاة الاحتياطات اللازمة المنصوص عليها في المادة 34 من القانون رقم 17-78 الصادر في 6 يناير 1978⁽³⁾.

(1) **JORF** n°0197 du 26 août 2011 page 14473, texte n° 49, Ordonnance n° 2011-1012 du 24 août 2011 relative aux communications électroniques.

(2) **Art. 226-17-1** "(Ord. n° 2011-1012 du 24 août 2011, art. 39) Le fait pour un fournisseur de services de communications électroniques de ne pas procéder à la notification d'une violation de données à caractère personnel à la Commission nationale de l'informatique et des libertés ou à l'intéressé, en méconnaissance des dispositions du II de l'article 34 bis de la loi n° 78-17 du 6 janvier 1978, est puni de cinq ans d'emprisonnement et de 300 000 € d'amende".

(3) **Art. 226-17** "(L. n° 2004-801 du 6 août 2004, art. 14) Le fait de procéder ou de faire procéder à un traitement de données à caractère personnel sans mettre en œuvre les mesures prescrites à l'article 34 de

ويعاقب بالسجن خمس سنوات وغرامة 300 ألف يورو كل من يقوم بإهمال عند تنفيذ معالجة إلكترونية للبيانات الشخصية دون مراعاة الإجراءات اللازمة التي يجب اتباعها⁽¹⁾.

ويترتب على ما سبق أن مستخدمي الشبكة يلتزمون بضمان الحصول الآمن على المعلومات، والاستفادة من خدمات الشبكة. وفي المقابل، يقع على عاتق مزود الخدمة واجبات معينة، والتزامات.

أولاً: مع عدم الإخلال بالأحكام الواردة بقانون تنظيم الاتصالات المصري، يلتزم مقدمو خدمات الاتصالات بما يلي:

١ - حفظ وتخزين وتأمين تقنية المعلومات، ومحتوى النظم المعلوماتية، لمدة مائة وثمانون يوماً متصلة، ومحدثة بصفة مستمرة، وخاصة البيانات التي تمكن من التعرف على مستخدم الخدمة، والبيانات المتعلقة بحركة الاتصال، والبيانات المتعلقة بالأجهزة الطرفية للاتصال.

la loi no 78-17 du 6 janvier 1978 précitée est puni de cinq ans d'emprisonnement et de 300 000 € d'amende".

⁽¹⁾**Art. 226-16** "(L. no 2004-801 du 6 août 2004, art. 14) Le fait, y compris par négligence, de procéder ou de faire procéder à des traitements de données à caractère personnel sans qu'aient été respectées les formalités préalables à leur mise en œuvre prévues par la loi est puni de cinq ans d'emprisonnement et de 300 000 € d'amende".

٢ - سرية البيانات التي تم حفظها وتخزينها، وعدم الإفشاء بغير إذن أو طلب من إحدى الجهات القضائية المختصة للبيانات الشخصية لأى من مستخدمي خدمته، أو أية بيانات أو معلومات متعلقة بالمواقع أو الحسابات الخاصة التي يدخل عليها هؤلاء المستخدمون، أو الأشخاص والجهات التي يتواصلون معها.

ثانياً: مع عدم الإخلال بقانون حماية المستهلك، يجب على مقدم الخدمة أن يوفر لمستخدمي خدمته ولأى جهة حكومية مختصة، في الشكل وبالطريقة التي يمكن الوصول إليها بصورة ميسرة ومباشرة ومستمرة، البيانات والمعلومات الآتية:

١ - اسم مقدم الخدمة وعنوانه.

٢ - معلومات الاتصال المتعلقة بمقدم الخدمة، بما في ذلك عنوان الاتصال الإلكتروني.

٣ بيانات التراخيص لتحديد هوية مقدم الخدمة، وتحديد الجهة المختصة التي يخضع لإشرافها.

٤- أية معلومات أخرى يرى الجهاز أهميتها لحماية مستخدمي الخدمة، ويصدر بتحديدھا قرار من الوزير المعني بشؤون الاتصالات.

نرى ضرورة إيجاد تقنية فنية يوفرها مزود خدمات الاستضافة تسمح لمن قام بإنشاء مواقع تواصل اجتماعي بمراقبة ما يتم نشره على الموقع ورصده؛ حتى لا تُثار مشكلة شيوع الاتهام بين المدون، ومدير التحرير الذي أنشأ الصفحة التي نُشر فيها ذلك المحتوى.

يجب اتباع الإجراءات والتدابير اللازمة لضمان سلامة الأطفال ووضع قيود لقبول دخولهم إلى مواقع التواصل الاجتماعي.

يجب على مواقع التواصل الاجتماعي تبني سياسة رفع دعاوى تعويض ضد المتهمين بالتعرض لمستخدمي الشبكة الاجتماعية بالرسائل الوهمية وغير المرغوب فيها.

ويتعين تحديد شروط لاستخدام مواقع التواصل الاجتماعي؛ إذ يجب على المستخدمين استكمال تسجيلهم في هذه المواقع ببياناتهم الحقيقية، وإلزام مديري تحرير صفحات التواصل الاجتماعي بتحديد شروط مسبقاً لاستخدام هذه المواقع، تتضمن عدم استخدامها في ارتكاب جرائم.

ويجب أن يكون هناك تعاون أمني وقضائي على المستوى الدولي يتفق مع طبيعة الجرائم التي تتم عبر شبكة الإنترنت، كما يجب على الدول أن تضع أمامها قواعد لما يعد سلوكاً إجرامياً طبقاً لقواعد القانون الدولي لمحاولة التوفيق بين قواعد القانون الجنائي الدولي والداخلي، وإيجاد حماية دولية جنائية عن الجرائم التي تقع عبر مواقع التواصل الاجتماعي.

المطب الثاني

جرائم الأموال عبر مواقع التواصل الاجتماعي

تمهيد وتقسيم:

صاحب ظهور مواقع التواصل الاجتماعي تطورات كبيرة في شتى المجالات، حيث أصبحت المعاملات التجارية تتم من خلال تلك المواقع، مثل البيع والشراء، وأضحت جزء لا يتجزأ من تلك المعاملات التجارية⁽¹⁾، وفي خضم التداول المالي عبر مواقع التواصل الاجتماعي، انتهز بعض المجرمون بالاحتيال والابتزاز.

الفرع الأول: النصب عبر مواقع التواصل الاجتماعي.

الفرع الثاني: الابتزاز عبر مواقع التواصل الاجتماعي.

(1) **Khim Yong Goh & Cheng-Suang Heng & Zhijie LIN:** Social Media Brand Community and Consumer Behavior: Quantifying the Relative Impact of User- and Marketer-Generated Content, 31 October 2012, p.3 and other.

الفرع الأول

النصب عبر مواقع التواصل الاجتماعي

مع التطور وانتشار وسائل التكنولوجيا الحديثة، وخاصة مواقع التواصل الاجتماعي والتي أصبح من خلالها العالم قرية صغيرة يستطيع معها الشخص الوصول إلى ما يريد من المعلومات والأشخاص، ولم يقتصر استخدام هذه التكنولوجيا على التواصل والاتصال، بل أصبح البعض يقوم بالتجارة والتعليم لتوافر خصوصية الصوت والصورة ولم يعد يستغني عنه الكثير من الأشخاص في العالم.

ولم يعد استخدام التكنولوجيا قاصراً على المجالات النافعة، بل تعداها لتشمل المجالات الضارة التي تعود بالضرر على الأفراد وسلامة أمنهم وخصوصيتهم من سرقة ونصب وابتزاز فأصبحت الجريمة جزءاً من استخداماتها⁽¹⁾، بل أصبح هناك تطور ملموس للجريمة معها فلم تعد الجرائم قائمة على الأرض، بل تطورت بتطور التكنولوجيا حتى أنها تكاد تظهر بصورة أكثر واقعية على الأرض لظن البعض أنه لا رقابة ولا متابعة وأنه بعيد عن أعين وأيدي رجال الشرطة، فهناك العديد من الأشخاص يقعون ضحية لمخاطر اجتماعية وأخلاقية كبيرة يتسبب بها أفراد متمرسون في النصب والاحتيال والجريمة.

(1) Jean Cazeneuve: La cybercriminalité: l'émergence d'un nouveau risque, N° 05 du 14/05/2012, p.268 et s.

ويقع النصب والاحتيايل بإرسال رسالة إلى شخص على الماسنجر أو البريد الإلكتروني، يدعي فيها مرسلها أن المرسل إليه كسب ثروة، أو ميراثاً أو فاز في مسابقة، وأن البنك يحتاج إلى رسوم مصرفية يتعين دفعها، فصور الاحتيايل الإلكتروني عبر الإنترنت لا يمكن حصرها⁽¹⁾.

أولاً: النص القانوني:

نصت المادة 23 من القانون المصري رقم 175 لسنة 2018 على أن "يعاقب بالحبس مدة لا تقل عن ثلاثة أشهر والغرامة التي لا تقل عن ثلاثين ألف جنيه ولا تجاوز خمسين ألف جنيه، أو بإحدى هاتين العقوبتين، كل من استخدم الشبكة المعلوماتية أو إحدى وسائل تقنية المعلومات، في الوصول بدون وجه حق إلى أرقام أو بيانات أو بطاقات البنوك والخدمات أو غيرها من أدوات الدفع الإلكترونية. فإن قصد من ذلك استخدامها في الحصول على أموال الغير أو ما تنتيحه من خدمات، يعاقب بالحبس مدة لا تقل عن ستة أشهر وغرامة لا تقل عن خمسين ألف جنيه ولا تجاوز مائة ألف جنيه، أو بإحدى هاتين العقوبتين.

(1) **Jacques Francillon:** Piratage informatique. Collecte de renseignements commerciaux. Délit de maintien frauduleux dans un système de traitement automatisé de données,

RSC, N° 01 du 14/03/2008, p.99.

وتكون العقوبة الحبس مدة لا تقل عن سنة، وبغرامة لا تقل عن مائة ألف جنيه ولا تجاوز 200 ألف، أو إحدى هاتين العقوبتين، إذا توصل من ذلك إلى الاستيلاء لنفسه أو لغيره على تلك الخدمات أو مال الغير".

وقد جرم قانون العقوبات الفرنسي جمع البيانات والمعلومات الشخصية عن طريق الاحتيال الإلكتروني، نصت المادة 226-18 من قانون العقوبات على أن "يعاقب بالسجن خمس سنوات وغرامة كل من قام بجمع بيانات شخصية عن طريق الاحتيال أو بطريقة غير مشروعة أو غير قانونية⁽¹⁾".

وفي هذا الصدد المشرع الإماراتي تدخل في المرسوم بقانون اتحادي في شأن جرائم تقنية المعلومات رقم (5) لسنة 2012 بتجريم الأفعال التي يتم من خلالها الاستيلاء بغير حق على مال منقول أو منفعة أو على سند أو على توقيع هذا السند، وذلك بالاستعانة بأي طريقة احتيالية، أو باتخاذ اسم كاذب أو انتحال صفة غير صحيحة عن طريق الشبكة المعلوماتية، أو نظام معلومات إلكتروني أو إحدى وسائل تقنية المعلومات⁽²⁾.

ثانياً: الركن المادي:

(¹) Art. 226-18 "(L. n° 2004-801 du 6 août 2004, art. 14) Le fait de collecter des données à caractère personnel par un moyen frauduleux, déloyal ou illicite est puni de cinq ans d'emprisonnement et de 300 000 € d'amende".

(²) المادة (11) من القانون رقم (5) لسنة 2012.

الاحتيال عبر مواقع التواصل الاجتماعي:

لم يعرف المشرع المصري في القانون رقم 175 لسنة 2018 الاحتيال الإلكتروني أو عبر مواقع التواصل الاجتماعي، على خلاف القوانين المقارنة. فقد عرف القانون الكويتي رقم (63) لسنة 2015 في شأن مكافحة جرائم تقنية المعلومات الاحتيال الإلكتروني بأنه التأثير في نظام إلكتروني مؤتمت أو نظام معلوماتي إلكتروني أو شبكة معلوماتية أو مستند أو سجل إلكتروني أو وثيقة تقنية معلوماتية أو نظام أو جهاز حاسب آلي أو توقيع إلكتروني أو معلومات إلكترونية ذلك عن طريق البرمجة أو الحصول أو الإفصاح أو النقل أو النشر لرقم أو كلمة أو رمز سري أو بيانات سرية أو خاصة أخرى، بقصد الحصول على منفعة دون وجه حق أو الإضرار بالغير⁽¹⁾، ولم يعرف القانون المصري والإماراتي الاحتيال الإلكتروني.

وعرفت الاتفاقية العربية لمكافحة جرائم تقنية المعلومات جريمة الاحتيال بأنه التسبب بإلحاق الضرر بالمستفيدين والمستخدمين عن قصد وبدون وجه حق بنية الاحتيال لتحقيق المصالح والمنافع بطريقة غير مشروعة، للفاعل أو للغير، عن طريق: 1- إدخال أو تعديل أو محو أو حجب للمعلومات والبيانات؛ 2- التدخل

(1) الفقرة الأخيرة من المادة الأولى من القانون الكويتي رقم (63) لسنة 2015 في شأن مكافحة جرائم تقنية المعلومات، صدر بقصر السيف في 20 رمضان 1436 هـ - الموافق 7 يوليو 2015.

في وظيفة أنظمة التشغيل وأنظمة الاتصالات أو محاولة تعطيلها أو تغييرها؛ 3-
تعطيل الأجهزة والبرامج والمواقع الإلكترونية.

وللقاضي سلطة تقديرية عند تحديد الطرق الاحتمالية للحكم في جرائم الاحتيال الإلكتروني، نعتقد ضرورة النص على اعتبار الاحتيال الإلكتروني باستخدام اسم مستعار أو بطاقة مزورة أو عن طريق سرقة كلمة المرور، أو إدخال بيانات إلكترونية أو تعديل أو محو أو حجب للمعلومات والبيانات، أو سرقة هوية المستخدمين من الشبكة، أو أي تدخل في عمل نظام الكمبيوتر، أو أنظمة التشغيل والاتصالات أو البرامج أو المواقع الإلكترونية أو محاولة تعطيلها أو تغييرها، بنية احتيالية أو غير مشروعة⁽¹⁾، أو بالاستعانة بمواقع وهمية أو حقيقية للاستيلاء بغير وجه حق؛ من أجل خداع المجني عليه لحمله على تقديم أموال أو أوراق مالية أو أي ممتلكات، أو على منفعة اقتصادية أو منقول أو سند لنفسه أو للغير⁽²⁾.

انتحال الشخصية عبر مواقع التواصل الاجتماعي:

يُقصد بانتحال الشخصية الحصول بوسائل احتيالية على معلومات من الإنترنت تخص شخصاً معيناً، مثل الاسم، وتاريخ الميلاد، والمهنة، والجنسية دون علمه⁽³⁾،

(1) Cour de cassation, Chambre criminelle, 14-03-2006, n° 05-83.423.

(2) Bernard Bouloc: Collecte illicite de données nominatives, RTD Com, N° 04 du 15/12/2006, p.925.

(3) Fabrice Mattatia: L'usurpation d'identité sur internet dans tous ses états, RSC, N° 02 du 14/08/2014, p.331.

ويقع ذلك في الأغلب الأعم بهدف ارتكاب جرائم احتيال إلكتروني، أن ينتحل الجاني هوية شخص معين، ويحصل على قروض أو بطاقات ائتمان، أو يقوم بفتح حساب مصرفي⁽¹⁾.

بالرغم من نجاح مواقع التواصل الاجتماعي وتطورها، فإن مجرمي الإنترنت أحياناً يستغلون الثغرات الموجودة في نظام معلوماتي معين لاخترق هذا النظام، سواء لسرقة البيانات الشخصية للمستخدمين، أو للاطلاع على المعلومات المتوفرة في النظام ونسخها واستغلالها.

فقد أكدت المادة (24) من القانون رقم 175 لسنة 2018 على تجريم اصطناع المواقع والحسابات الخاصة والبريد الإلكتروني، حيث نصت على أن "يعاقب بالحبس مدة لا تقل عن ثلاثة أشهر وغرامة لا تقل عن عشرة آلاف جنيه ولا تجاوز ثلاثين ألف جنيه أو بإحدى العقوبتين كل من اصطنع بريداً إلكترونياً أو موقعاً أو حاسباً خاصاً ونسبه زوراً لشخص طبيعي أو اعتباري.

فإذا استخدم الجاني البريد أو الموقع أو الحساب الخاص المصطنع في أمر يسيء إلى من نسب إليه، تكون العقوبة الحبس الذي لا تقل مدته عن سنة وغرامة لا تقل عن خمسين ألف جنيه ولا تجاوز مائتي ألف جنيه، أو بإحدى العقوبتين.

وإذا وقعت الجريمة على أحد الأشخاص الاعتبارية العامة فتكون العقوبة السجن والغرامة التي لا تقل عن مائة ألف جنيه ولا تزيد على ثلاثمائة ألف جنيه".

(¹) Emilie Bailly & Emmanuel Daoud: op cit, p. p.252 et s.

وتجدر الإشارة إلى أن المشرع المصري لم يضع نصاً صريحاً يجرم سرقة الهوية وانتحال الشخصية عبر مواقع التواصل الاجتماعي، على خلاف التشريعات الأخرى التي نصت على تجريم انتحال الشخصية وسرقة الهوية عبر مواقع الإنترنت.

نصت المادة (11) من المرسوم بقانون الإماراتي رقم (5) لسنة 2012 بشأن مكافحة جرائم تقنية المعلومات على أن "يعاقب بالحبس مدة لا تقل عن سنة واحدة والغرامة التي لا تقل عن مائتين وخمسين ألف درهم ولا تتجاوز مليون درهم أو بإحدى هاتين العقوبتين كل من استولى لنفسه أو لغيره بغير حق على مال منقول أو منفعة أو على سند أو توقيع هذا السند، وذلك بالاستعانة بأي طريقة احتيالية أو باتخاذ اسم كاذب أو انتحال صفة غير صحيحة عن طريق الشبكة المعلوماتية أو نظام معلوماتي إلكتروني أو إحدى وسائل تقنية المعلومات".

وأقرت الفقرة الخامسة من المادة (3) من القانون الكويتي رقم (63) لسنة 2015 أيضاً على أن يعاقب بالحبس مدة لا تتجاوز ثلاث سنوات وبغرامة لا تقل عن ثلاثة آلاف دينا ولا تتجاوز عشرة آلاف دينار أو بإحدى هاتين العقوبتين كل من توصل عن طريق الشبكة المعلوماتية أو باستخدام وسيلة من وسائل تقنية المعلومات إلى الاستيلاء لنفسه أو لغيره على مال أو منفعة أو مستند، وذلك باستعمال طريقة احتيالية أو باتخاذ اسم كاذب أو انتحال صفة غير صحيحة متى كان ذلك من شأنه خداع المجني عليه.

وتتم جريمة انتحال الشخصية من خلال أخذ المعلومات الشخصية الخاصة بشخص آخر دون علمه، ويلجأ القرصان الهاكر إلى ذلك بهدف الحصول على بطاقة ائتمان باسم ذلك الشخص أو عنوانه لفتح حساب مصرفي جديد، أو إنشاء الشيكات المزورة باستخدام الاسم، ورقم الحساب البنكي، والحصول على شيكات⁽¹⁾.

وقد يكون الهدف من انتحال الشخصية وسرقة الهوية عبر مواقع التواصل الاجتماعي الإضرار والمساس بسمعة الغير.

وقد أدخل القانون الفرنسي القانون رقم 267-2011 الصادر 14 مارس 2011⁽²⁾، على القانون الجنائي جريمة سرقة الهوية عبر الشبكات الرقمية والإلكترونية.

(1) **Jacques Francillon:** Piratage informatique. Usurpation d'identité numérique. L'affaire du « faux site officiel» de Rachida Dati: une étape dans la lutte contre la cyberdélinquance, RSC, N° 01 du 21/05/2015, p.101; **Yves Mayaud:** Un attendu de principe pour le délit d'usurpation d'identité, RSC, N° 01 du 12/05/2016, p.68.

(2) LOI n° 2011-267 du 14 mars 2011 d'orientation et de programmation pour la performance de la sécurité intérieure.

Cette infraction est punie des mêmes peines lorsqu'elle est commise sur un réseau de communication au public en ligne".

فقد نصت المادة (1-4-226) من قانون العقوبات على أن يعاقب بالحبس سنة وغرامة 15 ألف يورو كل من قام بانتحال صفة الغير أو استغلال بياناته الشخصية بقصد إحداث ضرر له أو مساساً بسمعته وكرامته وشرفه. ويُعاقب بذات عقوبة الجريمة إذا ارتكبت من خلال شبكة الاتصالات عبر مواقع الإنترنت⁽¹⁾.

ويعاقب على سرقة الهوية عبر مواقع التواصل الاجتماعي استناداً إلى المادة التاسعة من القانون المدني التي أكدت على احترام الحياة الخاصة. وعلى سبيل المثال، قد يقوم شخص بجمع معلومات من صفحة الفيسبوك التي تم إنشاؤها من قبل شخص آخر من الصور والتعليقات وينتحل شخصيته، ويعد ذلك اعتداءً على حياته الخاصة وانتهاكاً لحقوق صورته⁽²⁾.

وفي هذا الصدد نصت المادة (1-4-226) من قانون العقوبات على أن (القانون رقم 2011-267 الصادر 14 مارس 2011) يعاقب بالحبس سنة وغرامة 15 ألف

⁽¹⁾ **Art. 226-4-1** "(L. n° 2011-267 du 14 mars 2011, art. 2) Le fait d'usurper l'identité d'un tiers ou de faire usage d'une ou plusieurs données de toute nature permettant de l'identifier en vue de troubler sa tranquillité ou celle d'autrui, ou de porter atteinte à son honneur ou à sa considération, est puni d'un an d'emprisonnement et de 15 000 € d'amende.

Cette infraction est punie des mêmes peines lorsqu'elle est commise sur un réseau de communication au public en ligne".

⁽²⁾ **Emilie Bailly & Emmanuel Daoud**: Cybercriminalité et réseaux sociaux: la réponse pénale, AJ Pénal, N° 05 du 14/05/2012, p.252 et s.

يورو كل من قام بسرقة هوية شخص باستخدام أحد بياناته الشخصية أو أكثر بهدف إحداث ضرر له أو تعكير هدوئه أو مساساً بسمعته وكرامته وشرفه. ويُعاقب بذات العقوبة إذا ارتكبت الجريمة من خلال شبكة الاتصالات عبر مواقع الإنترنت⁽¹⁾.

يتضح لنا مما سبق أهمية تجريم انتحال الشخصية عبر مواقع التواصل الاجتماعي بنص صريح؛ لأن من شأنه أن يحمي البيانات الشخصية للمستخدم على مواقع التواصل الاجتماعي، ويحول دون استغلال هذه البيانات في ارتكاب جرائم أخرى. لذلك يجب على المشرع المصري تعديل القانون رقم 175 لسنة 2018 بأن ينص صراحة على تجريم انتحال الشخصية على شبكة الإنترنت، ومواقع التواصل الاجتماعي، أو إحدى وسائل تقنية المعلومات.

(1) **Art. 226-4-1** "(L. n° 2011-267 du 14 mars 2011, art. 2) Le fait d'usurper l'identité d'un tiers ou de faire usage d'une ou plusieurs données de toute nature permettant de l'identifier en vue de troubler sa tranquillité ou celle d'autrui, ou de porter atteinte à son honneur ou à sa considération, est puni d'un an d'emprisonnement et de 15 000 € d'amende.

Cette infraction est punie des mêmes peines lorsqu'elle est commise sur un réseau de communication au public en ligne".

الإعلانات الوهمية عبر مواقع التواصل الاجتماعي:

تعتبر الإعلانات الوهمية سبب من أسباب ازدياد جرائم انتحال الشخصية ثم استغلالها في ارتكاب جرائم احتيال، أو تشهير وقذف، كإعلانات عبر البريد الإلكتروني غير المرغوب فيه باستغلال بوابة البنوك. وهذه المعلومات يسيء استخدامها المحتالون على شبكة الإنترنت من خلال سرقة بطاقات الائتمان وسحب أموال أصحابها من البنوك أو اصطياد الضحايا عبر الإنترنت من خلال إجراء مزاد وهمي أو عرض تأشيرات وهمية مزورة.

وقد يستغل الفيس بوك (Facebook) في التعرف إلى بيانات الأشخاص من خلال معلوماتهم وجهات الاتصال الخاصة بهم، وعناوين البريد الإلكتروني، ثم يتم إرسال العديد من رسائل البريد المزعج إليهم، وبسبب الخسائر الناجمة عن هذه الأفعال نعتقد ضرورة مراعاة المشرع المصري عند تعديل القانون النص على تجريم الإعلانات الوهمية، وكل تحايل على العنوان الإلكتروني للإنترنت باستخدام عنوان وهمي أو عنوان عائد إلى آخرين أو بأي وسيلة أخرى.

ثالثاً: العقوبة:

عاقب المشرع المصري في المادة 23 من القانون رقم 175 لسنة 2018 بالحبس مدة لا تقل عن ثلاثة أشهر والغرامة التي لا تقل عن ثلاثين ألف جنيه ولا تجاوز خمسين ألف جنيه، أو بإحدى هاتين العقوبتين، كل من استخدم الشبكة المعلوماتية

أو إحدى وسائل تقنية المعلومات، في الوصول بدون وجه حق إلى أرقام أو بيانات أو بطاقات البنوك والخدمات أو غيرها من أدوات الدفع الإلكترونية.

فإن قصد من ذلك استخدامها في الحصول على أموال الغير أو ما يتاح من خدمات، يعاقب بالحبس مدة لا تقل عن ستة أشهر وغرامة لا تقل عن خمسين ألف جنيه ولا تجاوز مائة ألف جنيه، أو إحدى هاتين العقوبتين.

وتكون العقوبة الحبس مدة لا تقل عن سنة، وبغرامة لا تقل عن مائة ألف جنيه ولا تجاوز 200 ألف، أو إحدى هاتين العقوبتين، إذا توصل من ذلك إلى الاستيلاء لنفسه أو لغيره على تلك الخدمات أو مال الغير".

وقد عاقب قانون العقوبات الفرنسي جمع البيانات والمعلومات الشخصية عن طريق الاحتيال الإلكتروني، بمقتضى المادة 18-226 من قانون العقوبات بالسجن خمس سنوات وغرامة كل من قام بجمع بيانات شخصية عن طريق الاحتيال أو بطريقة غير مشروعة أو غير قانونية.

نعتمد أنه يجب على المشرع المصري إدراج نص في القانون رقم 175 لسنة 2018 على أن "يعاقب بالحبس مدة لا تقل عن سنتين وغرامة لا تقل عن ثلاثمائة ألف جنيه ولا تجاوز خمسمائة ألف جنيه، كل من يقوم بالإعلانات الوهمية عن طريق الشبكة المعلوماتية أو إحدى وسائل تقنية المعلومات أو أحد مواقع التواصل الاجتماعي إلى الاستيلاء لنفسه أو لغيره على مال مملوك للغير أو على سند أو على أدوات إنشاء توقيع إلكتروني خاص بالغير، وكان ذلك بالاحتيال للاستيلاء على عقار مملوك للغير أو بعضه".

ويجب على مواقع التواصل الاجتماعي تبني سياسة رفع دعاوى تعويض ضد
المتهمين بالتعرض لمستخدمي مواقع التواصل الاجتماعي بالرسائل الوهمية غير
المرغوب فيها.

الفرع الثاني

الابتزاز عبر مواقع التواصل الاجتماعي

يعتبر الابتزاز⁽¹⁾ عبر مواقع التواصل الاجتماعي أحد أشكال الجريمة الإلكترونية التي أُرقت مستخدمي التكنولوجيا، وذلك لحدوث العديد من التجاوزات التي تعدت على خصوصياتهم وبياناتهم الشخصية إلى جانب صورهم وما يتعلق بحياتهم الخاصة.

فالشخص المبتز مختل اجتماعياً ولديه اضطرابات في الشخصية تجعلها يستهين بالمجتمع ومكوناته وأفراد مما يدفعه إلى البحث عن كل ما يتساق مع الضرر بهذا المجتمع كالابتزاز عبر مواقع التواصل الاجتماعي، ويعمل المبتز من خلاله المساس بأحد مكونات هذا المجتمع وهو الفرد فيقوم بالاطلاع على خصوصياته ويحاول أن يتوصل لكل ما يتعلق بالحياة الخاصة لهؤلاء المواطنين بهدف تهديدهم أو الحصول على المال أو بسبب اضطرابه ومرضه النفسي.

(1) كلمة الابتزاز مزعجة وتجلب معها قدراً كبيراً من المشاعر السلبية، فهي تجسيد لواحدة من أخطر الخصال التي يمكن أن يتحلى بها الإنسان، حين يستغل قوته مقابل ضعف إنسان آخر سواء كان هذا الضعف مؤقتاً أو دائماً، ويمر الإنسان في مراحل حياته المختلفة بتجارب من هذا النوع منذ زمن الطفولة الأولى، حين يهددك أخوك بأن يخبر أمك بأنك أنت من كسر التحفة الثمينة وأنت تلعب الكرة إن أنت لم تشركه في قالب الحلوى الذي معك، ومع التقدم في السن يصبح الابتزاز أكثر شدة على الصعيد الأسري أو العملي، فعلى الصعيد الأسري قد يبتز الزوج زوجته مقابل السماح لها بالعمل، وعلى صعيد الحياة العملية نجد أن رئيس العمل قد يبتز موظفه فيما يتعلق بالفرص التدريبية أو الترقيات ما لم يتحول.

أولاً: النص القانوني:

لم ينص القانون رقم 175 لسنة 2018 على تجريم الابتزاز عبر مواقع التواصل الاجتماعي، وكذلك قانون العقوبات⁽¹⁾ في نصوصه لم يتعرض إلى الابتزاز الإلكتروني بشكل عام، ويمكن تطبيق هذه النصوص على الابتزاز عبر مواقع التواصل الاجتماعي، وهو أن يقوم شخص بأي عمل إلكتروني لدفع شخص آخر للقيام بفعل معين مهدداً إياه في حالة عدم القيام به التشهير به أو فضحه أو نشر معلومات وبيانات خاصة بهدف الحصول على المال أو المصلحة.

أما القانون الإماراتي رقم (5) لسنة 2012 في شأن مكافحة جرائم تقنية المعلومات نص في المادة (16) يعاقب بالحبس مدة لا تزيد على سنتين والغرامة التي لا تقل عن مائتين وخمسون ألف درهم ولا تجاوز خمسمائة ألف درهم أو بإحدى هاتين العقوبتين كل من ابتز أو هدد شخص آخر لحمله على القيام بفعل أو الامتناع عنه وذلك باستخدام شبكة معلوماتية أو وسيلة تقنية معلومات. وتكون

(1) نصت المادة (327) من قانون العقوبات المصري على أن كل من هدد غيره كتابة بارتكاب جريمة ضد النفس أو المال معاقب عليها بالقتل أو الأشغال الشاقة المؤبدة أو المؤقتة أو بإفشاء أمور أو نسبة أمور مخدوشة بالشرف وكان التهديد مصحوباً بطلب أو بتكليف بأمر يعاقب بالسجن. ويعاقب بالحبس إذا لم يكن التهديد مصحوباً بطلب أو بتكليف بأمر. وكل من هدد غيره شفها بواسطة شخص آخر بمثل ما ذكر يعاقب بالحبس مدة لا تزيد على سنتين أو بغرامة لا تزيد على خمسمائة جنيه سواء أكان التهديد مصحوباً بتكليف بأمر أم لا. وكل تهديد سواء أكان بالكتابة أم شفها بواسطة شخص آخر بارتكاب جريمة لا تبلغ الجسامة المتقدمة يعاقب عليه بالحبس مدة لا تزيد على ستة أشهر أو بغرامة لا تزيد على مائتي جنيه.

العقوبة السجن مدة لا تزيد على عشر سنوات إذا كان التهديد بارتكاب جريمة أو إسناد أمور خادشة للشرف أو الاعتبار.

كما نص المشرع الإماراتي في قانون العقوبات الاتحادي نص في المادة 378 على حماية الحياة الخاصة حيث عاقب بالحبس والغرامة "كل من اعتدى على حرمة الحياة الخاصة أو العائلية للأفراد وذلك بأن ارتكب أحد الأفعال الآتية في غير الأحوال المصرح بها قانوناً أو بغير رضاء المجني عليه:

أ- استرق السمع أو سجل أو نقل عن طريق جهاز من الأجهزة أيّاً كان نوعه محادثات جرت في مكان خاص أو عن طريق الهاتف أو أي جهاز آخر.

ب- التقط أو نقل بجهاز أيّاً كان نوعه صورة شخص في مكان خاص.

فإذا صدرت الأفعال المشار إليها في الحالتين السابقتين أثناء اجتماع على مسمع أو مرأى من الحاضرين في ذلك الاجتماع فإن رضاء هؤلاء يكون مفترضاً.

كما يعاقب بذات العقوبة من نشر بإحدى طرق العلانية أخباراً أو صوراً أو تعليقات تتصل بأسرار الحياة الخاصة أو العائلية للأفراد ولو كانت صحيحة.

نص القانون الكويتي رقم (63) لسنة 2015 في شأن مكافحة جرائم تقنية المعلومات الابتزاز الإلكتروني في الفقرة الرابعة من المادة (3) على أن يعاقب بالحبس مدة لا تجاوز ثلاث سنوات وبغرامة لا تقل عن ثلاثة آلاف دينار ولا تجاوز عشرة آلاف دينار أو بإحدى هاتين العقوبتين كل من: 1-...-2؛...-3-4؛... استعمل الشبكة المعلوماتية أو استخدم وسيلة من وسائل تقنية المعلومات

في تهديد أو ابتزاز شخص طبيعي أو اعتباري لحمله على القيام بفعل أو الامتناع عنه. فإذا كان التهديد بارتكاب جناية أو بما يُعدّ مساساً بكرامة الشخص أو خادشاً للشرف والاعتبار أو السمعة كانت العقوبة الحبس مدة لا تتجاوز خمس سنوات والغرامة التي لا تقل عن خمسة آلاف دينار ولا تتجاوز عشرين ألف دينار أو بإحدى هاتين العقوبتين.

ثانياً: الركن المادي:

يعتبر الركن المادي للجريمة هو السلوك الذي يظهر إلى حيز الوجود، فهو يبرز الجريمة ويجعلها تخرج إلى العالم الخارجي.

الابتزاز هو القيام بالتهديد بكشف معلومات معينة عن شخص، أو فعل شيء لتدمير الشخص المهدد، إن لم يتم الشخص المهدد بالاستجابة إلى بعض الطلبات.

السلوك الإجرامي:

وقد عرف القانون الفرنسي (DE L'EXTORSION) الابتزاز بأنه كل فعل من شأنه التهديد بالكشف عن معلومات أو إسناد واقعة من المرجح أن تضر شرف أو سمعة، أو إفشاء سرية أمور معينة أو إتيان فعل معين، من أجل الحصول على أموال أو أوراق مالية أو أي ممتلكات⁽¹⁾.

(¹) Art. 312-1 "L'extorsion est le fait d'obtenir par violence, menace de violences ou contrainte soit une signature, un engagement ou une renonciation, soit la révélation d'un secret, soit la remise de fonds, de valeurs ou d'un bien quelconque"

وعادة ما يتم الابتزاز عبر مواقع التواصل الاجتماعي المختلفة كالفيس بوك، تويتر، وإنستجرام وغيرها من مواقع التواصل الاجتماعي، نظرًا لانتشارها الواسع واستخدامها من قبل جميع فئات المجتمع، وتتزايد عمليات الابتزاز الإلكتروني في ظل تنامي عدد مستخدمي مواقع التواصل الاجتماعي والتسارع المشهود في أعداد برامج المحادثات المختلفة.

ويمكننا تعريف الابتزاز عبر مواقع التواصل الاجتماعي بأنه القيام بتهديد وترهيب للشخص عبر مواقع التواصل الاجتماعي بنشر صور أو فيديو أو تسريب معلومات سرية تخصه، مقابل دفع مبالغ مالية أو استغلاله للقيام بأعمال غير مشروعة لصالح المبتز كالإفصاح بمعلومات سرية خاصة بجهة العمل أو غيرها من الأعمال غير القانونية.

ويتمثل الابتزاز عبر مواقع التواصل الاجتماعي محاولة الحصول على مكاسب مادية أو معنوية عن طريق الإكراه المعنوي للضحية وذلك بالتهديد بكشف أسرار أو معلومات خاصة. والابتزاز بهذه الصورة يمتد ليشمل جميع القطاعات، فنجد ما يسمى بالابتزاز السياسي والابتزاز العاطفي والابتزاز الإلكتروني، الابتزاز الإلكتروني هو الابتزاز الذي يتم باستخدام تقنية المعلومات ضد الضحايا لابتزازهم ماديا أو جنسيا.

وبهذا الصدد يعرف الابتزاز عبر مواقع التواصل الاجتماعي بأنه قيام شخص بالتعدي على خصوصية أفراد آخرين من خلال الحصول على صور أو أسرار أو

بيانات خاصة بهدف الحصول على المال، وتهديده بالكشف عن هذه المعلومات إذا لم يقم الشخص المهدد بالاستجابة إلى بعض الطلبات من المبتز.

كما يتمثل بقيام المتهم بتهديد المجنى عليها بإفشاء وفضح أمرها، بعد تحصله على مقاطع فيديو لها عن طريق التقاطه صوراً بواسطة هاتفه المحمول، وتهديدها بإفشاء أمرها ونشر الصور والمقاطع المطالبة بمبالغ مالية، فالابتزاز عبر مواقع التواصل الاجتماعي أسلوب من أساليب الإكراه، يمارسه الجاني لتحقيق مقاصده الإجرامية، وذلك للوصول إلى هدفه الذي قد يكون هدفاً مادياً أو معنوياً، وفي حال عدم استجابتها للجاني فإن الأخير سيقوم بنشر المعلومات السرية على الملأ، وهو ما يضع المجني عليها في مأزق إما بالرضوخ للجاني وتحقيق مطالبه، وإما بعدم الرضوخ والتعرض للفضيحة

بالرغم من أنه بات معروفاً لدى أغلبية مستخدمي مواقع التواصل الاجتماعي ومستخدمي الهواتف من أن البيانات الشخصية والصور يمكن سرقتها أو استدراج الضحية للحصول على صور أو فيديوهات لاستخدامها فيما بعد لابتزاز الضحية، إلا أنه حتى الآن لم تقم مصر بتشريع يمكن من خلاله حماية ضحايا الابتزاز الإلكتروني، وخاصةً عبر مواقع التواصل الاجتماعي.

النتيجة الإجرامية.

يقصد به الأثر الذي ترتب على السلوك الإجرامي للمبتز عبر مواقع التواصل الاجتماعي ضد المجني عليه، كما أنه بلغة أعم تعتبر النتيجة الإجرامية هي الاعتداء الواقع على المصلحة المعتبرة والمحمية، سواء اضر هذا الاعتداء بالمصلحة أو شكل تهديداً لها، حيث تقع النتيجة الإجرامية بمجرد قيام الجاني بتهديد المجني عليه بإفشاء سر من أسراره التي يعتبرها أمراً لا يجب الاطلاع عليه أمام المأ، وكان التهديد بأمر غير مشروع، طالما سبب ذلك الخوف والهلع والتأثير على إرادة المجني عليه بأن القى في نفسه قلقاً من قيام المبتز بتنفيذ تهديده.

علاقة السببية.

يجب أن تكون الجريمة سبباً للسلوك الإجرامي، وبدون هذه العلاقة لا يمكن نسبة الجريمة إلى الفاعل، ففي جرائم الابتزاز عبر مواقع التواصل الاجتماعي، إذا تحققت النتيجة بإفشاء أسرار المجني عليه ولكن بفعل شخص آخر لم يكن هو المبتز، أو بسبب ضياع هذه المستندات وانتشارها بمحض الصدفة، فلا مسئولية على الفاعل لانقضاء علاقة السببية، ويسأل عن جريمة أخرى وفقاً للتكييف القانوني للفعل.

ثالثاً: الركن المعنوي:

العلم: أن ينصب علم الجاني على أن ما يقوم به من الحصول على صور فاضحة لأحد الأشخاص وتهديده بهذه الصور مقابل الحصول على منفعة جريمة يعاقب

عليها قانوناً. يجب أن يكون عالماً بماهية الفعل أو الامتناع المجرم، كما يعلم أن فعله يلحق ضرراً بالمجني عليه، فهذه الجريمة لا تكون إلا عمدية.

الإرادة:-

يجب أن تتجه إرادة الجاني للسلوك والنتيجة في نفس الوقت، كمن يعقد عزمه بأن يقوم بابتزاز فتاة عبر مواقع التواصل الاجتماعي بمعلومات سرية تشينها، وإرادة تحقق نتيجة أن يحصل على المال.

رابعاً: عقوبة الابتزاز عبر مواقع التواصل الاجتماعي:

لم يتطرق القانون رقم 175 لسنة 2018 على تجريم الابتزاز عبر مواقع التواصل الاجتماعي، وهو أن يقوم شخص بأي عمل إلكتروني لدفع شخص آخر للقيام بفعل معين مهدداً إياه في حالة عدم القيام به التشهير به أو فضحه أو نشر معلومات وبيانات خاصة بهدف الحصول على المال أو المصلحة.

أما القانون الإماراتي رقم (5) لسنة 2012 في شأن مكافحة جرائم تقنية المعلومات نص عقوبة الحبس مدة لا تزيد على سنتين والغرامة التي لا تقل عن مائتين وخمسون ألف درهم ولا تجاوز خمسمائة ألف درهم أو بإحدى هاتين العقوبتين كل من ابتز أو هدد شخص آخر لحمله على القيام بفعل أو الامتناع عنه وذلك باستخدام شبكة معلوماتية أو وسيلة تقنية معلومات. وتكون العقوبة السجن مدة لا تزيد على عشر سنوات إذا كان التهديد بارتكاب جنائية أو إسناد أمور خادشة للشرف أو الاعتبار.

وجاء القانون الإماراتي لحماية اشمل لمستخدمي الإنترنت، وذلك بالنص على الحماية صراحة ضد كل من استعمل الإنترنت أو إحدى وسائل تقنية المعلومات في ابتزاز أو تهديد أي شخص.

وعاقب القانون الكويتي رقم (63) لسنة 2015 في شأن مكافحة جرائم تقنية المعلومات الابتزاز الإلكتروني بالحبس مدة لا تجاوز ثلاث سنوات وبغرامة لا تقل عن ثلاثة آلاف دينار ولا تجاوز عشرة آلاف دينار أو بإحدى هاتين العقوبتين كل من استعمل الشبكة المعلوماتية أو استخدم وسيلة من وسائل تقنية المعلومات في تهديد أو ابتزاز شخص طبيعي أو اعتباري لحمله على القيام بفعل أو الامتناع عنه. فإذا كان التهديد بارتكاب جناية أو بما يُعد مساساً بكرامة الشخص أو خادشاً للشرف والاعتبار أو السمعة كانت العقوبة الحبس مدة لا تجاوز خمس سنوات والغرامة التي لا تقل عن خمسة آلاف دينار ولا تجاوز عشرين ألف دينار أو بإحدى هاتين العقوبتين.

يتبين لنا مما سبق أن المشرع المصري لم يشر في القانون رقم 15 لسنة 2018 إلى جريمة الابتزاز عبر مواقع التواصل الاجتماعي باستخدام المعلومات الشخصية للضحية، ونص القانون على أنه يُعاقب بالحبس مدة لا تقل عن سنتين، وغرامة لا تقل عن عشرين ألف جنيه، ولا تجاوز مائة ألف جنيه، كل من حاز أو أحرز أو صنع أو صدر أو تداول صورة من صور التداول عبر الإنترنت.

فتلك المادة تُعاقب فقط على استخدام البيانات أو تسهيل ارتكاب جريمة من الجرائم عبر مواقع الإنترنت، إلا أنها لا تعاقب على انتهاك خصوصية المستخدم أو استخدام بياناته، ولا تحمي البيانات الشخصية، وتداول الصور، وتركيبها على صور أخرى.

وبالنظر إلى القانون الإماراتي لمكافحة جرائم تقنية المعلومات، نجد أن المشرع نص على العقوبة، آخذاً في ذلك جانب صياغة التشديد، ونجد أنه عاقب حالات الابتزاز والتهديد، لإجبار شخص على القيام بفعل ضد إرادته، إلا أنه لم يذكر إن كانت العقوبة تسري على الفعل سواء كان مشروعاً أم غير مشروع، باستخدام مواقع التواصل الاجتماعي أو وسيلة تقنية معلومات، ونعتقد أن المشرع الإماراتي قد جعل العقوبة الأصلية الحبس والغرامة مجتمعين، وحدد الحبس في حده الأعلى بسنتين، وكذلك حدد الغرامة في حدها الأعلى خمسمائة ألف درهم، ولم يضع حداً أدنى للحبس والغرامة، تاركاً ذلك الحد الأدنى للقواعد العامة، كما أنه ترك للقاضي سلطة التقدير في الجمع بين الحبس والغرامة أو اختيار أحدهما حسبما يترأى له من ظروف القضية، ومن ظروف الجاني، ونوع الابتزاز، وطريقته، والضرر من ترويع المجني عليه، وانتشار الأسرار من عدمه، ونرى أنه جعل الحد الأعلى للحبس سنتين مشدداً بذلك مدة الحبس، إلا أننا نرى أن المشرع الإماراتي قد أحسن صنفاً في تشديد العقوبة، وذلك لجعل العقوبة السجن يصل إلى عشر سنوات إذا كان التهديد بارتكاب جنائية أو بإسناد أمور خادشه للشرف والاعتبار، إلا أنه لم يتبين من التشديد إن كان يقع منفرداً أم يمكن جمعه مع الغرامة في حدها الأعلى

خمسمائة ألف درهم، وبهذا يضع المشرع الإماراتي ردعاً قوياً حين يتصل التهديد بارتكاب جنائية، أو يكون التهديد له علاقة بإسناد أمور تمس الشرف والاعتبار، ونتمنى على المشرع المصري أن يحذو حذو المشرع الإماراتي في تشديد العقوبة. نعتقد أن الابتزاز عبر مواقع التواصل الاجتماعي هو دخول مشروع أو غير مشروع عبر إحدى مواقع التواصل الاجتماعي لشخص ما لتهديده أو ابتزازه، لحمله على القيام بفعل معين أو الامتناع عنه، فالابتزاز يعد جريمة أخلاقية قبل أن يكون جريمة معاقب عليها قانونياً.

وأحياناً يكون ضحايا الابتزاز عبر مواقع التواصل الاجتماعي أطفال، لذلك نرى ضرورة إنشاء قسم لتلقي بلاغات التحرش الافتراضي والتغريب بالأطفال عبر الإنترنت، إذ يمكن استغلال مواقع التواصل الاجتماعي في استدراج الأطفال، وابتزازهم، باستغلال ضعف الإدراك لديهم، ما يجعل ابتزازهم والتغريب بهم سهلاً؛ لأن أجهزة الاتصال بالإنترنت تقدم بيئة خصبة للجرائم الموجهة ضد الأطفال بسبب صعوبة وقوعها تحت رقابة الأسرة.

كما يجب التوعية بخطر الابتزاز عبر مواقع التواصل الاجتماعي وخاصة المدارس لإعطاء محاضرات توعية لطلاب الجامعات والمدارس حول خطر الابتزاز.

نعتقد أن المشرع المصري جانبه الصواب لعدم نصه على عقوبة الابتزاز عبر مواقع التواصل الاجتماعي، لذا نقترح على المشرع إضافة نص في قانون مكافحة جرائم تقنية المعلومات رقم 175 لسنة 2018 على أن "يعاقب بالسجن مدة لا تقل

عن ثلاث سنوات وبغرامة لا تقل عن خمسين ألف ولا تزيد على مائة وخمسين ألف جنيه كل من استخدم موقع إلكتروني أو موقعاً للتواصل الاجتماعي أو وسيلة من وسائل تقنية المعلومات في تهديد أو ابتزاز شخص طبيعي أو اعتباري لحمله على القيام بفعل أو الامتناع عنه. وإذا كان التهديد بارتكاب جناية أو يعد مساساً بالكرامة الإنسانية أو خادشاً للشرف والاعتبار والسمعة كانت العقوبة السجن وبغرامة لا تقل عن مائة ألف جنيه ولا تجاوز مائتين ألف جنيه، وتُشدد العقوبة في حالة وقوع الجريمة على طفل أو عديم الأهلية".

المطلب الثالث

الإرهاب عبر مواقع التواصل الاجتماعي

أصبح الإرهاب ظاهرة خطيرة تهدد المجتمع في جميع أنحاء العالم، ويظهر ذلك من خلال التزايد الكبير في العمليات الإرهابية وتنوع صورها واتخاذها أشكالاً متعددة وامتدادها إلى مختلف بلدان العالم، رغم توجهاتها السياسية أو الإيديولوجية، لما تمتاز به هذه الجريمة من آثار مدمرة ضد الإنسانية، حيث اتخذت هذه الجريمة العديد من الأشكال والأساليب المستحدثة والتي يصعب ضبطها والسيطرة عليها.

وقد ظهر الإرهاب عبر مواقع التواصل الاجتماعي، وهو سلوك غير قانوني يتم باستخدام الأجهزة الإلكترونية وتقنية المعلومات، الذي ينتج عنه التهديد بالقيام بأعمال عنف موجهة ضد المجتمع أو لتسهيل القيام بأعمال إرهابية أو دعم جماعة أو تنظيم أو جمعية تقوم بأعمال إرهابية، أو الترويج لاتباع أفكارها أو تمويلها.

وتلك الجرائم قد تهدد أمن الدولة وسلامتها، وقد بذلت جمهورية مصر العربية جهوداً مضيئة بهدف الوصول إلى الآليات المناسبة التي تحد من العمليات الإرهابية التي يتم تدبيرها عبر مواقع التواصل الاجتماعي كخطوة رئيسية في وضع عقوبة لها تكون رادعة.

الفرع الأول

مفهوم الإرهاب عبر مواقع التواصل الاجتماعي

يقوم الإرهابيون بإنشاء مواقع لهم عبر مواقع التواصل الاجتماعي لنشر فكرهم ودعوتهم إلى المبادئ التي يؤمنون بها، وكذلك الوسائل التي يتبعونها للقيام بالعمليات الإرهابية، وكيفية الدخول إلى المواقع واختراقها وتدميرها، وكذلك بهدف تجنيد أشخاص جدد إلى الجماعة أو التنظيم الإرهابي. ومما يزيد من خطورة المواقع عبر الإنترنت هو أن الجماعات الإرهابية تعتمد في خططها على طرق بسيطة تتيح للجميع الدخول إلى مواقع محجوبة عبر التصفح العادي أو عبر البرامج التبادلية.

كما أن الإرهابيين يستخدمون المواقع لنشر معلومات حول آلية إعداد المتفجرات والمواد السامة وصناعة الصواعق بشكل يمكن الآخرين من الحصول على الكثير منها من أي مكان دون إثارة الريبة.

أولاً: تعريف الإرهاب عبر مواقع التواصل الاجتماعي:

عرف القانون المصري رقم (94) لسنة 2015 بشأن قانون مكافحة الإرهاب في المادة الثانية، العمل الإرهابي بأنه كل استخدام للقوة أو العنف أو التهديد أو الترويع في الداخل أو الخارج، بغرض الإخلال بالنظام العام أو تعريض سلامة المجتمع أو مصالحه أو أمنه للخطر، أو إيذاء الأفراد أو إلقاء الرعب بينهم، أو تعريض حياتهم أو حرياتهم أو حقوقهم العامة أو الخاصة أو أمنهم للخطر، أو غيرها من الحريات

والحقوق التي كفلها الدستور والقانون، أو الإضرار بالوحدة الوطنية أو السلام الاجتماعي أو الأمن القومي، أو إلحاق الضرر بالبيئة أو بالموارد الطبيعية أو بالآثار أو بالأموال أو بالمباني أو بالأماكن العامة أو الخاصة، أو احتلالها أو الاستيلاء عليها، أو منع أو عرقلة السلطات العامة أو الجهات أو الهيئات القضائية أو مصالح الحكومة أو الوحدات المحلية أو دور العبادة أو المستشفيات أو مؤسسات ومعاهد العلم أو البعثات الدبلوماسية والقنصلية، أو المنظمات والهيئات الإقليمية والدولية في مصر من القيام بعملها أو ممارستها لكل أو بعض أوجه نشاطها أو مقاومتها، أو تعطيل تطبيق أي من أحكام الدستور أو القوانين أو اللوائح.

وكذلك كل سلوك يرتكب بقصد تحقيق أحد الأغراض المبينة بالفقرة الأولى من هذه المادة، أو الإعداد لها أو التحريض عليها، إذا كان من شأنه الإضرار بالاتصالات أو بالنظم المعلوماتية أو بالنظم المالية أو البنكية، أو بالاقتصاد الوطني أو بمخزون الطاقة أو بالمخزون الأمني من السلع والمواد الغذائية والمياه، أو بسلامتها أو بالخدمات الطبية في الكوارث والأزمات.

لقد توسع المشرع المصري في تعريف الجريمة الإرهابية وحاول في هذا التعريف إضافة صور أخرى للتجريم، ولقد نجح المشرع من خلال تعريفه للعمل الإرهابي بالجمع بين التأثير النفسي والمعنوي وهو إدخال الرعب والخوف والتأثير المادي الناتج من العمل الإرهابي، إلا أنه لم يذكر صراحة الإرهاب والتنظيم الإرهابي عبر مواقع التواصل الاجتماعي باعتباره صورة من صور الإرهاب.

وقد عرف المشرع الفرنسي (actes de terrorisme) الأعمال الإرهابية، بموجب المادة (1-421) من قانون العقوبات⁽¹⁾، يعد عملاً إرهابياً قيام أي شخص

(1) **Art. 421-1** "Constituent des actes de terrorisme, lorsqu'elles sont (L. n° 96-647 du 22 juill. 1996) «intentionnellement» en relation avec une entreprise individuelle ou collective ayant pour but de troubler gravement l'ordre public par l'intimidation ou la terreur, les infractions suivantes:

1° Les atteintes volontaires à la vie, les atteintes volontaires à l'intégrité de la personne, l'enlèvement et la séquestration ainsi que le détournement d'aéronef, de navire ou de tout autre moyen de transport, définis par le livre II du présent code;

2° Les vols, les extorsions, les destructions, dégradations et détériorations, ainsi que les infractions en matière informatique définis par le livre III du présent code;

(L. n° 96-647 du 22 juill. 1996) «3° Les infractions en matière de groupes de combat et de mouvements dissous définies par les articles 431-13 à 431-17 et les infractions définies par les articles 434-6 et 441-2 à 441-5;»

(Ord. n° 2012-351 du 12 mars 2012, art. 8, en vigueur le 1^{er} mai 2012) «4° Les infractions en matière d'armes, de produits explosifs ou de matières nucléaires définies par (L. n° 2014-1353 du 13 nov. 2014, art. 4) «les (L. n° 2016-731 du 3 juin 2016, art. 26) «articles 222-52 à 222-54, 322-6-1 et 322-11-1» du présent code,» le I de l'article L. 1333-9, les articles L. 1333-11 et L. 1333-13-2, le II des articles L. 1333-13-3 et L. 1333-13-4, les articles L. 1333-13-6, L. 2339-2, L. 2339-14, L. 2339-16, L. 2341-1, L. 2341-4, L. 2341-5, L. 2342-57

أو تنظيم جماعي (القانون رقم 96-647 الصادر 22 يوليو 1996)⁽¹⁾ عمداً بهدف إحداث اضطراب خطير بالنظام العام عن طريق التهريب أو الترويع ، بارتكاب الجرائم التالية:

à L. 2342-62, L. 2353-4, le 1^o de l'article L. 2353-5 et l'article L. 2353-13 du code de la défense, ainsi que les articles (Abrogé par L. n^o 2016-731 du 3 juin 2016, art. 26) «L. 317-4,» L. 317-7 et L. 317-8 à l'exception des (L. n^o 2012-304 du 6 mars 2012, art. 33 et 34-XVI, en vigueur le 6 sept. 2013) «armes de la catégorie D définies par décret en Conseil d'État [ancienne rédaction: armes de la 6^e catégorie]», du code de la sécurité intérieure»; — V. Décr. n^o 2014-289 du 4 mars 2014 portant publication de la convention internationale pour la répression des actes de terrorisme nucléaire, signée à New-York le 14 sept. 2005 (JO 6 mars).

(L. n^o 96-647 du 22 juill. 1996) «5^o Le recel du produit de l'une des infractions prévues aux 1^o à 4^o ci-dessus»;

(L. n^o 2001-1062 du 15 nov. 2001, art. 33; L. n^o 2003-239 du 18 mars 2003, art. 31) «6^o Les infractions de blanchiment prévues au chapitre IV du titre II du livre III du présent code;

«7^o Les délits d'initié prévus (L. n^o 2016-819 du 21 juin 2016, art. 1^{er}, en vigueur le 3 juill. 2016) «aux articles L. 465-1 à L. 465-3» du code monétaire et financier.»".

(¹) JORF n^o170 du 23 juillet 1996 page 11104, LOI no 96-647 du 22 juillet 1996 tendant à renforcer la répression du terrorisme et des atteintes aux personnes dépositaires de l'autorité publique ou chargées

- 1- الاعتداء العمدي على حياة وسلامة الإنسان والاحتجاز وخطف الطائرات والسفن أو أية وسيلة نقل أخرى.
- 2- السرقة والابتزاز والتدمير والإتلاف والضرر، بالإضافة إلى الجرائم المرتكبة في مجال تقنية المعلومات، كما هي محددة في الكتاب الثالث من قانون العقوبات.
- 3- الجرائم المتعلقة بالجماعات المسلحة والحركات السياسية المنصوص عليها في المواد 13-431 حتى 17-431 والجرائم المنصوص عليها في المواد 6-434، 2-441، حتى 5-441.
- 4- (القرار رقم 2012-351 الصادر 12 مارس 2012)⁽¹⁾ تصنيع أو حيازة أدوات قاتلة أو المتفجرات بالإضافة إلى الأسلحة الكيماوية والنوية والبيولوجية المحددة في (القانون رقم 2014-1353 الصادر 13 نوفمبر 2014)⁽²⁾،

d'une mission de service public et comportant des dispositions relatives à la police judiciaire.

⁽¹⁾ **JORF** n°0062 du 13 mars 2012 page 4533, texte n° 16, Ordonnance n° 2012-351 du 12 mars 2012 relative à la partie législative du code de la sécurité intérieure.

⁽²⁾ **JORF** n°0263 du 14 novembre 2014 page 19162, texte n° 5, LOI n° 2014-1353 du 13 novembre 2014 renforçant les dispositions relatives à la lutte contre le terrorisme .

و(القانون رقم 2016-731 الصادر 3 يونيو 2016)¹ "المواد 222-52 إلى 222-54، 322-6-1، 322-11-1 من هذا القانون، وبعض من مواد قانون الدفاع.

- 5- إخفاء ما ينتج عن الجرائم المذكور في الفقرات السالفة الذكر.
- 6- (القانون رقم 2001-1062 الصادر 15 نوفمبر 2001)، (القانون رقم 2003-239 الصادر 18 مارس 2003) جرائم غسل الأموال المنصوص عليها في الفصل الرابع من الباب الثاني من الكتاب الثالث من هذا القانون. وعرفت الاتفاقية العربية لمكافحة الإرهاب في الفقرة الثانية من المادة الأولى الإرهاب بأنه: "كل فعل من أفعال العنف أو التهديد به أياً كانت بواعثه أو أغراضه، يقع تنفيذاً لمشروع إجرامي فردي أو جماعي، ويهدف إلى إلقاء الرعب بين الناس، أو ترويعهم بإيذائهم أو تعريض حياتهم أو حريتهم أو أمنهم للخطر، أو إلحاق الضرر بالبيئة أو بأحد المرافق أو الأملاك العامة أو الخاصة، أو احتلالها أو الاستيلاء عليها، أو تعريض أحد الموارد الوطنية للخطر".

أدى ظهور الإنترنت إلى تغييرات عديدة في العالم، وأصبح الاعتماد على وسائل تقنية المعلومات الحديثة يزداد يوماً بعد يوم، سواء في المؤسسات المالية، أو

(¹) JORF n°0129 du 4 juin 2016, texte n° 1, LOI n° 2016-731 du 3 juin 2016 renforçant la lutte contre le crime organisé, le terrorisme et leur financement, et améliorant l'efficacité et les garanties de la procédure pénale.

المرافق العامة، أو المجال التعليمي، أو الأمني أو غير ذلك، وإن للوسائل الإلكترونية الحديثة ما يصعب حصرها من فوائد، فإن الوجه الآخر والمتمثل في الاستخدامات السيئة والضارة لهذه التقنيات الحديثة ومنها الإرهاب عبر مواقع التواصل الاجتماعي أصبح خطر يهدد العالم بأسره، إن خطر الإرهاب عبر مواقع التواصل الاجتماعي يكمن في سهولة استخدام هذا السلاح مع شدة أثره وضرره، فيقوم مستخدمه بالتنظيم الإرهابي وهو في منزله، أو مكتبه، أو في مقهى، أو حتى من غرفته في أحد الفنادق.

ويعتمد الإرهاب عبر مواقع التواصل الاجتماعي على استخدام الإمكانيات العلمية والتقنية، واستغلال وسائل الاتصال والشبكات المعلوماتية، من أجل تنظيم شبكات إرهابية أو تخويف وترويع الآخرين، وإلحاق الضرر بهم، أو تهديدهم.

نعتقد أنه لا سبيل إلى مكافحة التنظيم الإرهابي عبر مواقع التواصل الاجتماعي، إلا باستخدام الأساليب العلمية الحديثة، وهي التي تؤدي إلى كشف الأدلة العلمية التي توجد الصلة بين الإرهابي وجريمته. فكل من يتعامل مع مسرح الحادث الإرهابي ينبغي أن يكون ملماً بتلك

يكمن دور الأساليب العلمية الحديثة في تحديد مرتكبي التفجيرات الإرهابية ومتطلبات تطبيقها؛ لأن الاعتماد على الطرق التقليدية في إدارة مسرح الحادث الإرهابي والتعامل مع آثاره.

ثانياً: خصائص الإرهاب عبر مواقع التواصل الاجتماعي:

الإرهاب والتنظيم الإرهابي عبر مواقع التواصل الاجتماعي له عدة خصائص وهي:

1- ترتكب الجريمة في بيئة رقمية ولذلك فإن الجاني بحاجة إلى استخدام الحاسب الآلي ليصل إلى مسرح الجريمة.

2- تتسم بالخطورة البالغة حيث تؤدي إلى إحداث خسائر كبيرة وإلى تهديد الدول وتهديد أمنها القومي، ونشر الخوف بين المواطنين وترويعهم، والإخلال بالنظام العام، تهديد السلطات والاعتداء عليها، تدمير الأمن العام، إسقاط الأنظمة.

3- صعوبة اكتشاف الإرهابيين، حيث يمكنهم ارتكاب أنشطتهم الإجرامية عن بعد عبر مواقع التواصل الاجتماعي، فيتحقق لهم ما يريدون، ذلك لأن هؤلاء لديهم خبرة عالية بتكنولوجيا المعلومات، ويمكنهم توظيف موقع التواصل الاجتماعي واستغلاله دون أن يكون بمقدور الأجهزة الأمنية الوصول إليهم.

4- سهولة التواصل بين الإرهابيين من خلال مواقع التواصل الاجتماعي أو الرسائل الإلكترونية أو الجروب أو غيره، وذلك من شأنه أن يصعب تحديد أماكنهم.

5- الإرهاب عبر مواقع التواصل الاجتماعي يتسم بكونه ينتمي إلى طائفة الجريمة المنظمة أو يشترك في بعض خصائصها.

6- يعتبر الإرهاب عبر مواقع التواصل الاجتماعي جريمة عابرة للحدود، فقد يقع السلوك الإجرامي في مكان والنتيجة الإجرامية في مكان آخر.

7- يعتبر الدليل الرقمي هو الدليل الوحيد للإثبات في هذا النوع من الجرائم، وهذا الدليل عرضة للتخريب بسهولة.

الفرع الثاني

تجريم الإرهاب عبر مواقع التواصل الاجتماعي

تعمل الجماعات الإرهابية على استغلال ثورة تكنولوجيا المعلومات في ترويج أفكارها ومحاولة غسل عقول الشباب وتجنيدهم باسم الدين، وخاصة أن السيطرة على الفضاء الرقمي لم تعد ممكنة في ظل التكنولوجيا الإعلامية الحديثة، وأصبح من الصعب ملاحقة أو مراقبة هذا الكم الكبير من وسائل الإعلام ومواقع التواصل الاجتماعي التي تروج للفكر الإرهابي وتدعو إليه، فلا بد من تجريم تلك الأفعال.

النص القانوني:

نصت المادة (12) من قانون مكافحة الإرهاب المصري رقم (94) لسنة 2015 على أن "يعاقب بالإعدام أو السجن المؤبد كل من أنشأ أو أسس أو نظم أو أدار جماعة إرهابية أو تولى زعامة أو قيادة فيها. ويعاقب بالسجن المشدد كل من انضم إلى جماعة إرهابية أو شارك فيها بأية صورة مع علمه بأغراضها وتكون العقوبة السجن المشدد الذي لا تقل مدته عن عشر سنوات إذا تلقى الجاني تدريبات عسكرية أو أمنية أو تقنية لدى الجماعة الإرهابية لتحقيق أغراضها أو كان الجاني من أفراد القوات المسلحة أو الشرطة. ويعاقب بالسجن المؤبد كل من أكره شخصا

على الانضمام إلى الجماعة الإرهابية أو منعه من الانفصال عنها. وتكون العقوبة الإعدام إذا ترتب على الإكراه أو المنع وفاته".

أولاً: أركان جريمة الإرهاب عبر مواقع التواصل الاجتماعي:

تعد جريمة الإرهاب عبر مواقع التواصل الاجتماعي من أخطر الجرائم، وخطورة الإرهاب لا تقاس بعدد الضحايا الذين يسقطون على مسرح العمليات الإرهابية أو بعدد مرتكبيه، وإنما يقاس بقدرة الإرهاب على نشر الخطر، فكل انفجار مروع جديد في أي مكان في العالم يولد شعوراً بالخوف والفرع ليس على مستوى البلد الذي وقع فيه فحسب وإنما على مستوى العالم كله ذلك أن الإرهاب غير محدد بمناطق جغرافية معينة، وأشخاص بذاتهم.

الركن المادي:

وتتمثل صور الركن المادي لجريمة الإرهاب عبر مواقع التواصل الاجتماعي:

1- استخدام مواقع التواصل الاجتماعي أو أي وسيلة نشر أو إعلان إلكترونية لتسهيل القيام بأعمال إرهابية أو لدعم جماعة أو تنظيم أو جمعية تقوم بأعمال إرهابية، كأن يقوم الجاني باستخدام الشبكة المعلوماتية أو النظام المعلوماتي لتجنيد أشخاص للقيام بتنفيذ عمليات إرهابية أو لجمع معلومات أو للتحضير لهجمات مادية.

2- إنشاء موقع على فيس بوك أو تويتر أو غيره لتسهيل القيام بأعمال إرهابية أو لدعم جماعة أو تنظيم أو جمعية تقوم بأعمال إرهابية، فالهدف الأساسي

من إنشاء الموقع الإلكتروني هو تسهيل القيام بأعمال إرهابية، كأن يقوم الجاني بنشر مواد تدريبية على الأعمال الإرهابية أو على صناعة المواد المتفجرة، أو لتبادل المعلومات بين أفراد الجماعة أو التنظيم.

3- الترويج لأفكار جماعة أو تنظيم أو جمعية تقوم بأعمال إرهابية من خلال مواقع التواصل الاجتماعي أو الموقع الإلكتروني والدعوة لنشر هذه الأفكار واعتناقها وحث الأفراد على اتباعها.

4- استخدام مواقع التواصل الاجتماعي أو المواقع الإلكترونية لتمويل الجماعة أو التنظيم أو الجمعية التي تقوم بأعمال إرهابية، فالهدف هنا هو استغلال النظام المعلوماتي أو الشبكة المعلوماتية من أجل الحصول على التمويل المادي والتبرعات المالية.

5- استخدام مواقع التواصل الاجتماعي أو الموقع الإلكتروني بأي عمل من شأنه تعريض المواطنين وممتلكاتهم للخطر، كنشر الفتن الطائفية والكراهية والعنف والاعتداء على الأديان والمعتقدات بواسطة الفيس بوك أو تويتر أو المواقع الإلكترونية الأخرى.

الركن المعنوي:

جريمة الإرهاب والتنظيم الإرهابي عبر مواقع التواصل الاجتماعي جريمة عمدية، يلزم لتحقيق ركنها المعنوي توافر القصد العام، يقتصر على العلم والإرادة، ويتحقق العلم بإحاطة الجاني بعناصر الركن المادي للجريمة، الفعل والنتيجة وعلاقة

السببية، وتتحقق الإرادة، باتجاه إرادة الجاني إلى إتيان عناصر الركن المادي للجريمة.

وتوافر القصد الخاص إلى جانب القصد العام، فلا بد أن تتجه إرادة الجاني عند قيامه بنشاطه الإرهابي إلى تحقيق غاية معينة، وهي تعريض سلامة المجتمع وأمنه للخطر والإخلال بالنظام العام⁽¹⁾، ذلك أن معنى الإرهاب كما ورد في القانون رقم (94) لسنة 2015 يتضمن شرطين أساسيين، الأول: استخدام العنف أو التهديد باستخدامه، الثاني أن يكون هناك قصد خاص وغاية أبعد، وهي إلقاء الرعب بين الناس وترويعهم وتعريض حياتهم أو حرياتهم أو حقوقهم العامة لخطر، فليس مجرد استخدام الجاني للعنف يعتبر إرهاباً، إنما كل ترويع للمجتمع والإخلال بالأمن في الداخل والخارج.

وأن يكون الجاني قد استهدف بفعله وهو يقوم باستخدام مواقع التواصل الاجتماعي أو الموقع الإلكتروني لتسهيل القيام بأعمال إرهابية أو دعم جماعة أو تنظيم أو جمعية تقوم بأعمال إرهابية أو الترويج لأفكارها أو تمويلها بهدف تعريض سلامة المجتمع وأمنه للخطر والإخلال بالنظام العام وإلقاء الرعب بين الناس وترويعهم.

ثانياً: عقوبة جريمة الإرهاب عبر مواقع التواصل الاجتماعي:

(¹) **Bertrand de Lamy**: La lutte contre le terrorisme à l'épreuve du contrôle de constitutionnalité: utiles précisions sur la nécessité d'une incrimination, RSC, N° 02 du 11/08/2017, p.385.

أقرت المادة (12) من قانون مكافحة الإرهاب المصري رقم (94) لسنة 2015 على عقوبة الإعدام أو السجن المؤبد كل من أنشأ أو أسس أو نظم أو أدار جماعة إرهابية أو تولى زعامة أو قيادة فيها. والسجن المشدد لأي شخص انضم إلى جماعة إرهابية أو شارك فيها بأية صورة مع علمه بأغراضها وتكون العقوبة السجن المشدد الذي لا تقل مدته عن عشر سنوات إذا تلقى الجاني تدريبات عسكرية أو أمنية أو تقنية لدى الجماعة الإرهابية لتحقيق أغراضها أو كان الجاني من أفراد القوات المسلحة أو الشرطة. وبالسجن المؤبد كل من أكره شخصا على الانضمام إلى الجماعة الإرهابية أو منعه من الانفصال عنها. وتكون العقوبة الإعدام إذا ترتب على الإكراه أو المنع وفاته.

يتبين أن المشرع المصري لم ينص صراحة على تجريم الإرهاب عبر مواقع التواصل الاجتماعي؛ ولكنه جرم الانضمام إلى جماعة إرهابية أو شارك فيها بأية صورة، بما فيها عن طريق مواقع التواصل الاجتماعي مع علمه بأغراضها، وجعل عقوبة السجن المشدد الذي لا يقل عن عشر سنوات إذا تلقى تدريبات تقنية أو أمنية عسكرية لدى الجماعة الإرهابية لتحقيق أغراضها عن طريق مواقع التواصل الاجتماعي، كما عاقب كل من أكره شخصاً مادياً أو معنوياً على الانضمام إلى الجماعة الإرهابية أو منعه من الانفصال عنها، وإذا ترتب على الإكراه أو المنع وفاته تصبح العقوبة الإعدام.

وجاء القانون رقم 175 لسنة 2018 ونص في المادة (34) على أن إذا وقعت أي جريمة من الجرائم المنصوص عليها في هذا القانون بغرض الإخلال بالنظام العام أو تعريض سلامة المجتمع وأمنه للخطر، أو الإضرار بالأمن القومي للبلاد أو بمركزها الاقتصادي أو منع أو عرقلة ممارسة السلطات العامة لأعمالها، أو تعطيل أحكام الدستور أو القوانين أو اللوائح أو الإضرار بالوحدة الوطنية والسلام الاجتماعي تكون العقوبة السجن المشدد.

نعتقد أن المشرع المصري جانبه الصواب، حيث إنه لم ينص صراحة على عقاب القيام أو الإكراه أو التحريض على الانضمام لجماعة إرهابية عن طريق مواقع التواصل الاجتماعي.

ونص المشرع الفرنسي صراحة على عقاب استخدام مواقع الإلكترونيّة لأغراض الأعمال الإرهابية، حيث صدر القانون رقم 258-2017 في 28 فبراير 2017 بشأن الأمن العام⁽¹⁾، نصت المادة (421-2-5) من قانون العقوبات على أن يعاقب بالحبس عامين وغرامة قدرها 30 ألف يورو كل من قام بعمل إرهابي عن طريق الاستخدام غير المشروع لخدمات الاتصال عبر الإنترنت من خلال توفير الرسائل والصور بهدف ارتكاب أعمال إرهابية أو التحريض على القيام بهذه

(¹) JORF n°0051 du 1 mars 2017, texte n° 3, LOI n° 2017-258 du 28 février 2017 relative à la sécurité publique.

الأفعال، وتتضمن هذه الخدمة بنشر صور أو بيانات تبين ارتكاب أعمال العنف والاعتداء على الحياة، مع توافر مظاهر تقيد التمسك أيديولوجية على هذه الخدمة.

وخاصاً إذا كان السبب مشروعاً على النحو المحدد في الفقرة الأولى وارتكب بسبب ممارسة مهنة تهدف إلى توعية الجمهور، والعمل في مجال البحث العلمي⁽¹⁾.

ونص قانون تكنولوجيا المعلومات الهندي الصادر 2008⁽²⁾ في المادة (F66) على عقاب الإرهاب الإلكتروني إلى السجن مدى الحياة⁽¹⁾.

(1) Art. 421-2-5-2 (L. no 2017-258 du 28 févr. 2017, art. 24) Le fait de consulter habituellement et sans motif légitime un service de communication au public en ligne mettant à disposition des messages, images ou représentations soit provoquant directement à la commission d'actes de terrorisme, soit faisant l'apologie de ces actes lorsque, à cette fin, ce service comporte des images ou représentations montrant la commission de tels actes consistant en des atteintes volontaires à la vie est puni de deux ans d'emprisonnement et de 30 000 € d'amende lorsque cette consultation s'accompagne d'une manifestation de l'adhésion à l'idéologie exprimée sur ce service.

Constitue notamment un motif légitime tel que défini au premier alinéa la consultation résultant de l'exercice normal d'une profession ayant pour objet d'informer le public, intervenant dans le cadre de recherches scientifiques ou réalisée afin de servir de preuve en justice ou le fait que cette consultation s'accompagne d'un signalement des contenus de ce service aux autorités publiques compétentes¹.

(2) The Information Technology ACT, 2008.

والقانون الإماراتي رقم 12 لسنة 2011 نص في المادة (٢٦) على عقوبة السجن والغرامة كل من أنشأ أو أدار موقعا إلكترونيا أو أشرف عليه أو نشر معلومات على الشبكة أو وسيلة تقنية، وذلك لجماعة إرهابية أو منظمة غير مشروعة بقصد تسهيل الاتصال بقياداتها أو أعضائها، أو لاستقطاب عضوية بها أو ترويج أفكارها.

⁽¹⁾(66F) **Punishment for cyber terrorism:**

(1)Whoever,...

(B) knowingly or intentionally penetrates or accesses a computer resource without authorisation or exceeding authorized access, and by means of such conduct obtains access to information, data or computer database that is restricted for reasons of the security of the State or foreign relations; or any restricted information, data or computer database, with reasons to believe that such information, data or computer database so obtained may be used to cause or likely to cause injury to the interests of the sovereignty and integrity of India, the security of the State, friendly relations with foreign States, public order, decency or morality, or in relation to contempt of court, defamation or incitement to an offence, or to the advantage of any foreign nation, group of individuals or otherwise, commits the offence of cyber terrorism.

(2) Whoever commits or conspires to commit cyber terrorism shall be punishable with imprisonment which may extend to imprisonment for life".

كما نص القانون الكويتي رقم (63) لسنة 2015 في المادة (10) على أن يعاقب بالحبس مدة لا تتجاوز عشر سنوات وبغرامة لا تقل عن عشرين ألف دينار ولا تتجاوز خمسين ألف دينار أو بإحدى هاتين العقوبتين، كل من أنشأ موقعاً لمنظمة إرهابية أو لشخص إرهابي أو نشر عن أيهما معلومات على الشبكة المعلوماتية، أو بإحدى وسائل تقنية المعلومات ولو تحت مسميات تمويلية، لتسهيل الاتصالات بأحد قيادتها أو أعضائها، أو ترويج أفكارها، أو تمويلها، أو نشر كيفية تصنيع الأجهزة الحارقة، أو المتفجرة، أو أية أدوات تستخدم في الأعمال الإرهابية.

يجب على المشرع المصري النص بشكل صريح على تجريم استخدام تقنية المعلومات أو شبكة المعلوماتية أو موقع الإلكتروني أو موقع تواصل اجتماعي أي وسيلة نشر أو إعلان لتسهيل القيام بأعمال إرهابية أو لدعم جماعة أو منظمة تقوم بأعمال إرهابية أو لترويج أفكارها أو تمويلها، واعتبر ذلك من قبيل الأعمال الإرهابية المحظورة.

بما أنه يمكن استغلال مواقع التواصل الاجتماعي في ارتكاب جرائم من قبل جماعات منظمة، تدعو إلى نشر الفوضى والإخلال بالأمن الوطني، وترويج أفكار مضللة، والقيام بتجنيد عناصر تستهدف سيادة الدول واستقلالها ووحدة أراضيها.

لذلك لا بد من وضع استراتيجية شاملة وفعالة في مواجهة الإرهاب عبر مواقع التواصل الاجتماعي، مع الأخذ في الاعتبار أوجه القصور والثغرات التي يستغلها الجماعات الإرهابية في إساءة استخدام الفضاء الرقمي سواء في ابتزاز الأفراد

والشركات أو في نشر الأيديولوجيات المتطرفة، ولهذا يجب سد الفراغ التشريعي في القانون المصري لمكافحة هذه الظاهرة، وإنهاء حالة الإفلات من العقاب التي يتمتع بها اليوم كثير من الناشطين الإرهابيين عبر مواقع التواصل الاجتماعي، وإيجاد أرضية مشتركة لصياغة منظومة قوانين دولية تتصدى لجذور الظاهرة الإرهابية عبر مواقع التواصل الاجتماعي.

ويجب النص على معاقبة أي شخص جنائياً إذا اشترك أو أنشأ أو استضاف مواقع أو بث صوراً تعرض على الإرهاب، سواء عن طريق الكتابة، أو المطبوعات، أو الرسومات، أو اللوحات، أو الشعارات، أو الصور، أو أي وسيلة أخرى من الكلام، أو الكتابة، أو الصور التي تباع أو توزع.

ضرورة وضع الآليات اللازمة لمراقبة المواقع وإنشائها وتنظيم ذلك، وخاصة مواقع التواصل الاجتماعي التي تُستخدم لنشر الأفكار السامة والهدامة التي تستخدم للأغراض الإرهابية وتعلم الإرهاب والوسائل المساعدة له وحجب المواقع التي تُشتبه بأنها تتبع جماعات إرهابية أو أنها ذات ميول إرهابية أو تخدم الجماعات الإرهابية بطريقة مباشرة أو غير مباشرة.

ضرورة العمل على تطوير وبناء قدرات أجهزة الأمن بالتعامل مع الجرائم الإلكترونية، خاصةً الإرهابية منها، والتدريب على مختلف الأنشطة وطرق مكافحة والوقاية منها، والكشف عنها والتعامل مع مسرح الجريمة والتحقيق فيها.

ويجب اتباع ضوابط وآداب التعامل مع مواقع التواصل الاجتماعي لمواجهة التطرف والإرهاب، فهذه التقنيات يمكن أن تستخدم في الخير كصلة الرحم وأعمال التسويق والتجارة.

الخاتمة

الحمد لله الذي بنعمته تتم الصالحات والصلاة والسلام على أشرف المرسلين سيدنا محمد صلى الله عليه وسلم ومن اهتدى بهداه إلى يوم الدين.

لقد تطورت الظاهرة الإجرامية في العصر الحديث تطوراً ملحوظاً، سواء في أشخاص مرتكبيها أو في أسلوب ارتكابها والذي يتمثل في استخدام آخر ما توصلت إليه العلوم التقنية والتكنولوجية وتطويعها في خدمة الجريمة، ولما كانت جرائم إساءة استخدام مواقع التواصل الاجتماعي ظاهرة إجرامية حديثة النشأة لتعلقها بتكنولوجيا الحاسب الألي فقد اكتنفها الغموض بالشكل الذي دعا إلى القول بأن جرائم إساءة استخدام مواقع التواصل أشبه بالخرافة.

حيث أتاحت الثورة التكنولوجية والعلمية وتطور استخدام شبكة الإنترنت أن أصبح استخدامها متاحاً للجميع، وإن كان يوصف العالم بأنه أصبح قرية صغيرة، إلا أن التطور المتسارع أصبح بموجبه العالم أصغر من القرية، وقد انتشرت مواقع للتواصل الاجتماعي على شبكة الإنترنت التي تضم مجموعة من المواقع الاجتماعية، مثل الفيس بوك والإنستجرام، وتويتر، وغيرها، وتعطي بدورها مجالاً

لإنشاء حسابات شخصية عبر مواقعها، بالإضافة إلى التواصل مع الآخرين الذين تجمعهم نفس الاهتمامات والهوايات.

وتعتبر مواقع التواصل الاجتماعي اليوم هي بمثابة وسائل إعلامية من نوع خاص، عُرِفَت بالإعلام الجديد، ويجب أن تُعامل من حيث المسؤولية الجنائية معاملة وسائل الإعلام الأخرى، لاشتراكها في صفة العلانية والانتشار.

وأُتاحت هذه المواقع الاستخدام المجاني في الكثير من الجوانب الاجتماعية، وأهمها التواصل مع الأصدقاء وفي مقدمة تلك المواقع الفيسبوك الذي أصبح أكبر جمهورية على الكرة الأرضية بعد إن تجاوز عدد المشتركين المليارات، ومع الفوائد الجمه لاستخدام مواقع التواصل الاجتماعي في التعريف بالأنشطة ونشر الأخبار والمقالات والأبحاث والحوار الإيجابي مع الأصدقاء والأقارب، إلا أن ثمة من يسيء استخدام مواقع التواصل الاجتماعي في الدخول غير المشروع، والسب والقذف والتشهير، والنصب الاحتيال، والابتزاز، والإرهاب بهدف تحقيق مآرب شتى واصبح استخدام الفيسبوك سلاح ذو حدين فبجانب الجوانب الإيجابية، أصبحت الأمور السلبية في مقدمة ما يخشى المشترك من استخدامه.

ولما كانت خاتمة البحث ليست مجرد ترديد لما يحويه البحث من تقسيمات، ولكنها انعكاسٌ لما توصلنا إليه، فقد أسفرت هذه الدراسة عن عدة توصيات سوف أوجزها على النحو التالي:

التوصيات:

فرضت مواقع التواصل الاجتماعي نفسها بشكل واضح وخصوصاً بين الشباب، فعلى الجميع توخي الحذر عند استخدام مواقع التواصل الاجتماعي وعدم إغفال مبادئ الشريعة الإسلامية والنظام العام، والتي من أبرزها تحري صحة ما ينشر وعدم نشر الفتن والردائل وما لا يفيد. ولابد من ترشيد استخدام مواقع التواصل الاجتماعي، والتحذير من مغبة إدمان استعمالها، حيث إن الشباب يضيع أوقاتاً كثيرة عبر هذه المواقع.

ضرورة مواكبة المستجدات بتعديل قانون مكافحة جرائم تقنية المعلومات في مصر، فلا شك أن التأثير المجتمعي الذي يحدثه التقدم التكنولوجي يحتاج إلى تعديل تنظيم قانوني، يضع إطاراً للعلاقات التي تترتب على استخدامه، بما يكفل حماية الحقوق، وتحديد الالتزامات، فلا بد من مواكبة القواعد القانونية للتقدم العلمي والتكنولوجي، فلا يجب على المشرع المصري أن يقف صامتاً مكتوف الأيدي حيال هذا التقدم، ولا يقف دور القانون على تنظيم العلاقات المترتبة على التقدم التكنولوجي، بل أنه يجب أن يحمي القيم والمبادئ عند استخدام مواقع التواصل الاجتماعي وتحديد المسار الصحيح الذي يجب أن يسلكه التقدم التكنولوجي، حتى لا يتخذ المجرمون أداة لتطوير وسائل إجرامهم، ومن هنا يجب على القانون أن تمتد نصوصه إلى الأنشطة الجديدة التي تفرزها التكنولوجيا.

ضرورة العمل على استثمار إيجابيات مواقع التواصل الاجتماعي، والتي من أبرزها الاستخدامات للأغراض التعليمية والاستخدامات الحكومية والتجارية، والحذر من سلبياتها كنشر أفكار هدامة وعمل تجمعات مخالفة للقيم والأخلاق.

نُهب المشرّع المصري بالنص صراحة على استخدام مواقع التواصل الاجتماعي في إجراءات التحري والتقصي عن الجرائم، فهو أسلوب ناجح في التحري عن الجرائم بمعرفة الشرطة من خلال تحليل المواقع لتحديد العلاقات بين المشتبه فيهم والجرائم الناشئة عن مواقع التواصل الاجتماعي.

نقترح بإنشاء حلقة اتصال محددة على شبكة الإنترنت تربط البنوك والمصرف المركزي في الدولة؛ حتى يمكن الاطلاع على حسابات العملاء مع عدم الإخلال بخصوصية حساباتهم، وعدم التماهي في فرض القيود على المصارف حتى لا تعوق العمليات المصرفية والتجارية، والتنسيق بين البنوك من خلال لقاءات وحوارات وندوات لمساعدة بعضها بعضاً على اتخاذ الإجراءات اللازمة لمواجهة جرائم تقنية، والجرائم المستحدثة فيها وصولاً إلى تحقيق أداء أفضل وتلافياً للأخطاء.

نوصي بضرورة إنشاء محاكم خاصة تتضمن في تشكيلها أحد المتخصصين في تقنية المعلومات للحكم في جرائم تقنية المعلومات.

عقد دورات تدريبية لأعضاء النيابة العامة وأفراد الشرطة خاصة، وأطلاعهم دائماً على المستجدات الحديثة في نطاق جرائم تقنية المعلومات، وتدريب جرائم تقنية المعلومات في كليات الحقوق والشريعة والقانون والشرطة.

ضرورة العمل على تطوير أجهزة الأمن للتعامل مع الجرائم الإلكترونية، خاصة جرائم الإرهاب، والتدريب على مختلف الأنشطة وطرق المكافحة والوقاية منها، والكشف عنها والتعامل مع مسرح الجريمة والتحقيق فيها.

ضرورة النص على مسئولية مزود خدمات الاستضافة عن المحتوى، إذا توافر لديه العلم الفعلي بطبيعته غير المشروعة، ولم يتصرف فوراً لإزالة البيانات، ولا سيما عند نشر معلومات أو بيانات على الموقع من شأنها تعريض أمن الدولة ومصالحها العليا للخطر أو المساس بالنظام العام، أو بقصد السخرية، أو الإضرار بسمعة أو هيبة أو مكانة الدولة أو أي من مؤسساتها أو رئيسها أو نائبه أو علم الدولة أو شعارها أو نشيدها الوطني، أو كانت تهدف أو تدعو إلى قلب نظام الحكم في الدولة أو تغييره أو الاستيلاء عليه، أو إلى تعطيل أحكام الدستور أو القوانين السارية في البلاد أو المناهضة للمبادئ الأساسية التي يقوم عليها نظام الحكم في جمهورية مصر العربية.

النص على إلزام مديري تحرير المواقع بإبلاغ مزودي خدمات الاستضافة بالعناوين والأسماء الخاصة بالبريد الإلكتروني للمستخدمين عند فتح الصفحة الشخصية لهم،

وهو الأمر الذي يقتضي تعهد المستخدم بصحة هذه البيانات وتحذيره بأن استخدام اسم غير حقيقي أو هوية مزورة من شأنه أن يعرضه للعقاب.

إنشاء قسم لتلقي بلاغات التحرش الافتراضي والتغريب بالأطفال عبر الإنترنت، حيث يمكن استغلال مواقع التواصل الاجتماعي في استدراج الأطفال، وابتزازهم، باستغلال ضعف الإدراك لديهم، وعدم قدرتهم على التمييز، ما يجعل ابتزازهم والتغريب بهم سهلاً؛ لأن أجهزة الاتصال بالإنترنت تقدم بيئة خصبة للجرائم الموجهة ضد الأطفال بسبب صعوبة وقوعها تحت رقابة الأسرة.

ضرورة النص على معاقبة كل من أنشأ على مواقع التواصل الاجتماعي صفحات تستغل في نشر أو إعادة نشر أو كتابة أو تدوين أو صياغة معلومات، أو بيانات، أو صور، أو أفلام، أو مستندات، أو أرقام، أو حروف، أو رموز، أو إشارات وغيرها، وجعلها متاحة لمستخدمي الإنترنت، أو سهل للغير ذلك، كل من قام بالصياغة أو الكتابة أو التدوين أو الإرسال لأي شيء بهدف ارتكاب جرائم إرهابية. وتشديد العقوبة إذا كان المنشور معلومات، أو بيانات، أو صوراً، أو أفلاماً، أو مستندات، أو أرقاماً، أو حروفاً، أو رموزاً، أو إشارات وغيرها، مما يتصل بأسرار الدولة العسكرية أو يضر بالأمن القومي لها أو يهدد مصالحها الاقتصادية.

نعتقد ضرورة تعديل القانون المصري رقم 175 لسنة 2018 بشأن مكافحة جرائم تقنية المعلومات، على معاقبة كل من أنشأ على مواقع التواصل الاجتماعي صفحات تستغل في نشر أو إعادة نشر أو كتابة أو تدوين أو صياغة معلومات، أو

بيانات، أو صور، أو أفلام، أو مستندات، أو أرقام، أو حروف، أو رموز، أو إشارات وغيرها، أو جعلها متاحة لمستخدمي الإنترنت، أو سهل للغير ذلك. كما يعاقب بالعقوبة ذاتها كل من قام بصياغة أو كتابة أو تدوين أو إرسال شيء مما ذكر، وتكون العقوبة السجن المؤبد إذا كانت تلك المعلومات، أو البيانات، أو الصور، أو الأفلام، أو المستندات، أو الأرقام، أو الحروف، أو الرموز، أو الإشارات تتصل بأسرار الدولة العسكرية أو الأمنية أو تهدد مصالحها الاقتصادية.

عقاب كل من أنشأ أو أدار موقعاً إلكترونياً، أو أشرف عليه أو نشر معلومات في الشبكة المعلوماتية أو في أي وسيلة تقنية معلومات، وذلك لجماعة إرهابية أو أي مجموعة أو جمعية أو منظمة أو هيئة غير مشروعة بقصد تسهيل الاتصال بقياداتها، أو ترويج أو تحبيذ أفكارها، أو تمويل أنشطتها، أو توفير المساعدة الفعلية لها، أو بقصد نشر أساليب.

وكل من أنشأ أو أدار موقعاً إلكترونياً أو أشرف عليه أو استضاف موقعاً إلكترونياً، أو قدم خدمات تقنية تتعلق بالشبكة المعلوماتية، أو استخدم معلومات على الشبكة المعلوماتية أو في أي وسيلة تقنية معلومات بقصد التحريض على أفعال، أو نشر أو بث معلومات أو أخباراً أو رسوماً كرتونية أو أي صور أخرى، من شأنها تعريض أمن الدولة ومصالحها العليا للخطر أو المساس بالنظام العام.

نرى أنه يجب إدراج نص في القانون رقم 175 لسنة 2018 على أن "يعاقب بالحبس مدة لا تقل عن سنتين وغرامة لا تقل عن ثلاثمائة ألف جنيه ولا تجاوز

خمسمائة ألف جنيه، كل من يقوم بالإعلانات الوهمية عن طريق الشبكة المعلوماتية أو إحدى وسائل تقنية المعلومات أو أحد مواقع التواصل الاجتماعي إلى الاستيلاء لنفسه أو لغيره على مال مملوك للغير أو على سند أو على أدوات إنشاء توقيع إلكتروني خاص بالغير، وكان ذلك للاستيلاء على عقار مملوك للغير أو بعضه".

نقترح على المشرع المصري إضافة نص في قانون مكافحة جرائم تقنية المعلومات رقم 175 لسنة 2018 على أن "يعاقب بالسجن مدة لا تقل عن ثلاث سنوات وبغرامة لا تقل عن خمسين ألف ولا تزيد على مائة وخمسين ألف جنيه كل من استخدم موقع إلكتروني أو موقعاً للتواصل الاجتماعي أو وسيلة من وسائل تقنية المعلومات في تهديد أو ابتزاز شخص طبيعي أو اعتباري لحمله على القيام بفعل أو الامتناع عنه. وإذا كان التهديد بارتكاب جناية أو يعد مساساً بالكرامة الإنسانية أو خادشاً للشرف والاعتبار والسمعة كانت العقوبة السجن وبغرامة لا تقل عن مائة ألف جنيه ولا تجاوز مائتين ألف جنيه، وتُشدّد العقوبة في حالة وقوع الجريمة على طفل أو عديم الأهلية".

نقترح على المشرع المصري بتعديل القانون رقم 175 لسنة 2018 بأن ينص صراحة على تجريم انتحال الشخصية على شبكة الإنترنت، ومواقع التواصل الاجتماعي، أو إحدى وسائل تقنية المعلومات.

ضرورة النص على تجريم الإرهاب عبر مواقع التواصل الاجتماعي من خلال نصوص خاصة في قانون تقنية المعلومات الذي سيتم إصداره، وذلك لمواكبة التطور التقني المستمر لهذه الجريمة.

وضع استراتيجية وطنية للأمن الإلكتروني وبشكل خاص إنشاء مركز للاستجابة السريعة لطوارئ الحاسب الآلي والإنترنت، ومكافحة الجرائم الإلكترونية.

ضرورة تشجيع الأشخاص وتحفيزهم على الإبلاغ عن الجرائم الإلكترونية بشكل عام والإرهاب بشكل خاص لخطورته على أمن المجتمع واستقراره.

معاينة أصحاب المواقع القائمة على ترويج الأفكار الهدامة وتبث الإشاعات التي من شأنها خلق الفتنة، سواء كانت هذه المواقع لأفراد أو مؤسسات.

تفعيل التعاون الدولي لمحاصرة الجرائم الإرهابية على شبكة الإنترنت، عن طريق تبادل المعلومات، والتعاون القضائي، وتسليم المجرمين.

إنشاء مواقع إلكترونية وصفحات على مواقع التواصل الاجتماعي لمجابهة الجرائم.

ضرورة وضع ضوابط وآداب التعامل مع مواقع التواصل الاجتماعي لمواجهة التطرف والإرهاب، فهذه التقنيات يمكن أن تستخدم في الخير كصلة الرحم وأعمال التسويق والتجارة.

نقترح على المشرع المصري إضافة نص في قانون مكافحة جرائم تقنية المعلومات رقم 175 لسنة 2018 على أن "يعاقب بالسجن مدة لا تقل عن ثلاث سنوات وبغرامة لا تقل عن خمسين ألف ولا تزيد على مائة وخمسين ألف جنيه كل من استخدم موقع إلكتروني أو موقعاً للتواصل الاجتماعي أو وسيلة من وسائل تقنية المعلومات في تهديد أو ابتزاز شخص طبيعي أو اعتباري لحمله على القيام بفعل أو الامتناع عنه. وإذا كان التهديد بارتكاب جريمة أو يعد مساساً بالكرامة الإنسانية أو خادشاً للشرف والاعتبار والسمعة كانت العقوبة السجن وبغرامة لا تقل عن مائة ألف جنيه ولا تجاوز مائتين ألف جنيه، وتُشدّد العقوبة في حالة وقوع الجريمة على طفل أو عديم الأهلية".

ضرورة أن تعمل الدولة على تيسير التعاون الدولي في إطار الاتفاقيات الدولية والإقليمية والثنائية التي تم التصديق عليها، أو تطبيق مبدأ المعاملة بالمثل، بهدف تبادل المعلومات بما يكفل منع ارتكاب جرائم تقنية المعلومات، والمساعدة على التحقيق فيها وتتبع مرتكبيها.

إدخال مادة "جرائم تقنية المعلومات" في مناهج التدريس لطلبة كلية الحقوق والشريعة والقانون والشرطة، كمادة مستقلة، وذلك حتى يستطيع الدارسون التعرف على هذه الجرائم والإلمام بها.

حث الجامعات والمراكز البحثية للبحث والدراسة في جرائم تقنية المعلومات، وإنشاء
دبلومات متخصصة في المجالات الفنية والقانونية المتعلقة بمكافحة جرائم تقنية
المعلومات.

قائمة المراجع

أولاً: المراجع باللغة العربية:

- د/حسين بن سعيد بن سيف الغافري، السياسة الجنائية في مواجهة جرائم الإنترنت، دراسة مقارنة، رسالة دكتوراه كلية حقوق جامعة عين شمس، دون سنة نشر.
- د/ زاهر راضي، استخدام مواقع التواصل الاجتماعي في العالم العربي، مجلة التربية، جامعة عمان الأهلية، 2003.
- عبد الرزاق محمد الدليمي، الإعلام الجديد والصحافة الإلكترونية، دار وائل للنشر، الطبعة الأولى، الأردن، 2011.
- د/ مجدي محمد عبد الجواد الداغر، استخدامات الإعلاميين لشبكات التواصل الاجتماعي والإشباع المتحققة، دراسة تطبيقية على القائم بالاتصال بالمؤسسات الإعلامية بالسعودية، مجلة كلية الآداب، جامعة الزقازيق، العدد 64، مارس 2013.
- د/ ياسر بكر، الإعلام البديل، مطابع حواس للنشر والتوزيع، القاهرة، 2010.

ثانياً: المراجع باللغة الفرنسية:

❖ **Français Références:**

▪ **Anne-Catherine Muller:**

– **Communications à destination des actionnaires individuels, Revue des sociétés, N° 01 du 08/01/2016.**

▪ **Bernard Bouloc:**

– **Collecte illicite de données nominatives, RTD Com, N° 04 du 15/12/2006.**

▪ **Bertrand de Lamy:**

– **La lutte contre le terrorisme à l'épreuve du contrôle de constitutionnalité: utiles précisions sur la nécessité d'une incrimination, RSC, N° 02 du 11/08/2017.**

▪ **Denis Baresch:**

– **Sécurité et confiance dans la communication électronique – pour une approche européenne, Revue du Marché commun et de l'Union européenne, N° 420 du 10/07/1998.**

- **Delphine Castel:**

– Réseaux sociaux – Comment Internet transforme la politique pénale, JA , N° 600 du 01/06/2019.

- **Emmanuelle Maupin:**

Recommandations sur l'utilisation des réseaux sociaux par les magistrats administratifs, AJDA, N° 15 du 22/04/2019.

- **Emilie Bailly & Emmanuel Daoud:**

–Cybercriminalité et réseaux sociaux: la réponse pénale, AJ Pénal, N° 05 du 14/05/2012

- **Étienne Dreyfous & Jean Wahl:**

–Questions–clés posées à l'Europe par les progrès des nouvelles technologies de l'information, Revue du Marché commun et de l'Union européenne, N° 416 du 10/03/1998.

- **Fabrice Mattatia:**

L'usurpation d'identité sur internet dans tous ses états, RSC, N° 02 du 14/08/2014.

- **François–Guillaume Lassemlée–Léon& Aurélia Marie:**

-La contrefaçon sur internet: nouvelles difficultés, nouveaux enjeux, AJ Pénal, N° 05 du 14/05/2012.

▪ **Frédéric Pollaud-Dulian:**

- Programmes d'ordinateur. Épuisement du droit de distribution. Revente d'occasion de copies. Supports physiques qui ne sont pas d'origine. Exceptions au droit de reproduction du logiciel, RTD, N° 04 du 19/01/2017.

-Exception de copie privée, RTD, N° 02 du 15/06/2007

- Protection juridique des mesures techniques de protection ou d'information. Echanges de «pair à pair». Téléchargement illicite. Sanctions pénales. Logiciels d'échanges. Autorité de régulation des mesures techniques, RTD, N° 02 du 15/06/2007

▪ **Géraldine Péronne& Emmanuel Daoud:**

-Discriminations et réseaux sociaux, AJ Pénal, N° 12 du 11/12/2014.

▪ **Jacques Francillon:**

– Application à la télématique et à l'Internet des règles de responsabilité propres au droit de la presse et de la communication audiovisuelle, RSC, N° 03 du 15/09/1999.

– De diverses variétés de piratages, RSC, N° 01 du 16/03/1998.

Messages racistes ou antisémites postés sur le réseau social Twitter, RSC, N° 03 du 20/11/2013.

– Piratage audiovisuel. Captation frauduleuse de programmes de télévision cryptée à péage, RSC, N° 01 du 16/06/2014.

– Piratage informatique. Collecte de renseignements commerciaux. Délit de maintien frauduleux dans un système de traitement automatisé de données, RSC, N° 01 du 14/03/2008, p.99.

– Piratage informatique. Usurpation d'identité numérique.
L'affaire du « faux site officiel » de Rachida Dati: une étape dans la lutte contre la cyberdélinquance, RSC, N° 01 du 21/05/2015.

▪ **Jacques Larrieu & Christian Le Stanc & Pascale Tréfigny:**

– Droit du numérique, Recueil Dalloz, N° 37 du 31/10/2013.

▪ **Jean Cazeneuve:**

– La cybercriminalité: l'émergence d'un nouveau risque, N° 05 du 14/05/2012.

▪ **Jean-Pierre Gridel:**

– Sophie Sontag-Koenig, Technologies de l'information et de la communication et défense pénale, RTD Civ, N° 04 du 19/12/2014.

▪ **Jérôme Bossan:**

– Le droit pénal confronté à la diversité des intermédiaires de l'internet, RSC, N° 02 du 16/08/2013.

- **Jérôme Huet:**

- Site internet, flux RSS, responsabilité du rediffuseur, Recueil Dalloz, N° 15 du 15/04/2010.

- **Laurence Usunier:**

- La compétence des juridictions françaises pour connaître du différend entre le réseau social Facebook et l'un de ses membres, RTD Civ, N° 02 du 20/06/2016.

- **Nicolas Verly:**

- Diffamations et injures publiques sur les réseaux sociaux: définitions, responsabilités et sanctions, AJ Collectivités Territoriales, N° 12 du 16/12/2014.

- **Pascal Penaud:**

- Nouvelles technologies de l'information: quel impact sur les organismes de Sécurité sociale, Droit social, N° 09–10 du 10/09/199.

- **Pierre–Henri Conac:**

– Communication des sociétés cotées sur leur site internet et sur les médias sociaux, Revue des sociétés, N° 01 du 09/01/2015.

▪ **Pierre–Yves Verkindt:**

–Nouvelles technologies de l'information et de la communication et nouvelles pratiques d'expertise, Droit social, N° 01 du 10/01/2002.

▪ **Présidence et mot d'accueil:**

– Rôle et responsabilité des plateformes en ligne: approche(s) transversale(s) ou approches sectorielles?, Master 2 «Droit du commerce électronique et de l'économie numérique», Ecole de droit de la Sorbonne, Université Panthéon–Sorbonne (Paris I) ,IRJS, Département Sorbonne immatériel,24 novembre 2016 14h–19h, Salle des conférences, Lycée Henri IV, 23 rue Clovis, 75005 PARIS.

▪ **Sébastien Defix:**

– Réseaux sociaux et règles de propagande électorale, AJ Collectivités Territoriales, N° 12 du 16/12/2014.

- **Sophie André & Camille Lallemand:**

- Facebook contre le consommateur français: l'hallali de la clause attributive, Dalloz IP/IT 2016.

- **Sophie Prétot:**

- L'ami des réseaux sociaux: précisions sur l'appréhension juridique de la communauté virtuelle, Dalloz actualité, 19 janvier 2017.

- **Yves Mayaud:**

- Un attendu de principe pour le délit d'usurpation d'identité, RSC, N° 01 du 12/05/2016.

Journal Officiel:

- **JORF** n°0051 du 1 mars 2017, texte n° 3, LOI n° 2017-258 du 28 février 2017 relative à la sécurité publique.

- **JORF** n°0088 du 14 avril 2016, texte n° 1, LOI n° 2016-444 du 13 avril 2016 visant à renforcer la lutte contre le système prostitutionnel et à accompagner les personnes prostituées.

- **JORF** n°0129 du 4 juin 2016, texte n° 1, LOI n° 2016-731 du 3 juin 2016 renforçant la lutte contre le crime organisé, le terrorisme et leur financement, et améliorant l'efficacité et les garanties de la procédure pénale.
- **JORF** n°0171 du 26 juillet 2015 page 12735, texte n° 2, LOI n° 2015-912 du 24 juillet 2015 relative au renseignement.
- **JORF** n°0263 du 14 novembre 2014 page 19162, texte n° 5, LOI n° 2014-1353 du 13 novembre 2014 renforçant les dispositions relatives à la lutte contre le terrorisme .
- **JORF** n°0075 du 28 mars 2012 page 5604, texte n° 2, LOI n° 2012-410 du 27 mars 2012 relative à la protection de l'identité.
- **JORF** n°0062 du 13 mars 2012 page 4533, texte n° 16, Ordonnance n° 2012-351 du 12 mars 2012 relative à la partie législative du code de la sécurité intérieure.

- **JORF** n°0197 du 26 août 2011 page 14473, texte n° 49, Ordonnance n° 2011-1012 du 24 août 2011 relative aux communications électroniques.
- – **JORF** n°0143 du 22 juin 2004 page 11168, texte n° 2, Loi n° 2004-575 du 21 juin 2004 pour la confiance dans l'économie numérique.
- – **JORF** n°0263 du 14 novembre 2014 page 19162, texte n° 5, LOI n° 2014-1353 du 13 novembre 2014 renforçant les dispositions relatives à la lutte contre le terrorisme .
- – **JORF** n°170 du 23 juillet 1996 page 11104, LOI no 96-647 du 22 juillet 1996 tendant à renforcer la répression du terrorisme et des atteintes aux personnes dépositaires de l'autorité publique ou chargées d'une mission de service public et comportant des dispositions relatives à la police judiciaire.

Jurisprudence:

- Cour de cassation, Chambre criminelle, 7 février 2017, N° 15-83439

- Cour de cassation, Chambre criminelle, 14-03-2006, n° 05-83.423.
- Cour de cassation, Chambre criminelle, 06-09-2016, n° 15-86.412.
- Cour de cassation, Chambre criminelle, 02-11-2016, n° 15-87.163.
- Cour d'appel de Paris, pôle 2, ch. 2, 12-02-2016, n° 15/08624
- Tribunal de grande instance de Nanterre, 1re ch, 25-06-2009, n° 08/05405.

ثالثاً: المراجع الإنجليزية:

- **Andrew T. Stephen & Jeff Galak:**
 - The Effects of Traditional and Social Earned Media on Sales: A Study of a Microlending Marketplace, Journal of Marketing Research, 49, 4 April 2012.
- **Frank T. Piller & Alexander Vossen:**
 - From Social Media to Social Product Development: The Impact of Social Media on Co-Creation of Innovation, Die Unternehmung, Vol. 65, No. 1, 2012.

- **Hailiang Chen&Prabuddha De:**
 - Wisdom of Crowds: The Value of Stock Opinions Transmitted Through Social Media, Review of Financial Studies (RFS), Forthcoming, 04 Oct 2016.

- **Gerald C. Kane& Maryam Alavi:**
 - What's Different About Social Media Networks? A Framework and Research Agenda, MIS Quarterly, Forthcoming, 25 Mar 2013.

- **José van Dijck& Thomas Poell:**
 - Understanding Social Media Logic, Media and Communication, Vol. 1, Issue 1, 13 Aug 2013.

- **Khim Yong Goh &Cheng–Suang Heng & Zhijie LIN:**
 - Social Media Brand Community and Consumer Behavior: Quantifying the Relative Impact of User– and Marketer–Generated Content, 31 October 2012.
 -

- **Nikita Barman:**

- Legal Implications of Cyber Crimes on Social Networking Websites, International Journal of Scientific and Research Publications, Volume 5, Issue 12, December 2015.

- **Sarah Oates and Wendy W. Moe:**

- Donald Trump and the 'Oxygen of Publicity': Branding, Social Media, and Mass Media in the 2016 Presidential Primary Elections, Paper prepared for the American Political Science Association Annual Meeting Political Communication Section, 31August, 2016.

-

التفتيش بدون إذن فى الجرائم المعلوماتية

د. محمد فتحى شحته إبراهيم دياب
أستاذ القانون الجنائى المشارك
بكلية الشريعة والقانون بجامعة حائل

تمهيد

يُعد التفتيش إجراء من إجراءات التحقيق وليس من إجراءات الاستدلال. فهو عمل من أعمال السلطة القضائية لاحق للتحقيق أو معاصر لا سابق له، ولا تحتاج هذه القاعدة إلى نص يقررها. وحيث إن ضابط ما يُعد معيار للتحقيق هو الأخذ بمعيار مختلط. فيُعد الإجراء من إجراءات التحقيق متى اتخذته سلطة تحقيق بعد تحريك الدعوى الجنائية، بقصد الكشف عن الحقيقة. بمعنى أن يتضمن عمل التحقيق معايير ثلاثة مجتمعة، وهي الغاية والوقت والقائم بالإجراء. وهذا ما تأخذ به محكمة النقض المصرية في شأن التفتيش. ويُعد التفتيش بحسب الأصل إجراء من إجراءات التحقيق لا تأمر به إلا سلطة من سلطاته، بسبب جنائية أو جنحة ترى انها وقعت وصحت نسبتها إلى شخص معين، وأن هناك من الدلائل ما يكفي للتعرض لحرية المتهم أو لحرمة مسكنه.

ولا يختلف التفتيش في مدلوله القانوني بالنسبة للجرائم المعلوماتية عن مدلوله السائد في فقه الإجراءات الجنائية، فالمقصود منه هو أنه "إجراء من إجراءات التحقيق تقوم به سلطة مختصة، لأجل الدخول إلى نظم معالجة المعالجة الآلية للبيانات بما تشمله من مدخلات وتخزين ومخرجات، وذلك لأجل البحث عن أفعال غير مشروعة تكون مرتكبة من قبل شخص ما، ونشكل جنائية أو جنحة، والتوصل

من خلال ذلك إلى أدلة وآثار تفيد في إثبات الجريمة الواقعة ونسبتها إلى المتهم بارتكابها" (1).

وتوضيحاً أكثر للفقرة السابقة يجب أن نقيم تمييزاً مهماً لأسباب تكنولوجية وقانونية بين المعلومات من جهة، والبيانات المعالجة إلكترونياً من جهة ثانية. فأولهما ليس شيئاً مادياً وإنما هو عملية أو علاقة، تقوم بين ذهن بشري وبعض أنواع المثبرات، وهي مع تجسدها مادياً في وعاء أو ركيزة تحتويها تنتقل إلى الغير بواسطتها من طبيعة معنوية مؤكدة ومن ثم فلا سبيل لأن يرد عليها تفتيش أو ضبط. أما البيانات المعالجة إلكترونياً فهي نبضات أو ذبذبات إلكترونية وإشارات أو موجات كهرومغناطيسية قابلة لأن تسجل وتخزن على وسائط معينة، ويمكن نقلها وبثها وحجبها واستغلالها وإعادة إنتاجها، كما يمكن كذلك تقديرها كميّاً من حيث المبدأ وقياسها، فهي ليست إذاً شيئاً معنوياً كالحقوق والآراء والأفكار، بل هي شيء له في العالم الخارجي المحسوس وجود مادي غير مجرود (2)، أي أنها على ما وصفتها بحق محكمة جنح بروكسل، أشياء محسوسة ومادية ومن ثم يصح قانوناً أن يرد التفتيش والضبط عليها (3).

(1) د. هشام محمد فريد رستم، الجوانب الإجرائية للجرائم المعلوماتية، دراسة مقارنة، مكتبة الآلات الحديثة، أسيوط، 1994، ص 62.

(2) د. نبيلة هبة هروال، الجوانب الإجرائية لجرائم الإنترنت في مرحلة جمع الاستدلالات، دراسة مقارنة، دار الفكر الجامعي، 2007، ص 227 وما بعدها.

(3) د. هشام محمد فريد رستم، الجوانب الإجرائية للجرائم المعلوماتية، مرجع سابق، ص 68.

ولذا يُعتبر تفتيش نظم معلومات الحاسب ووسائط وأوعية حفظ وتخزين البيانات المعالجة إلكترونياً، إجراء يندرج ضمن التفتيش بمعناه القانوني، وبالتالي يخضع لأحكامه، ومنها الشروط الواجب توافرها فيه، مع نوع من الخصوصية تتماشى مع نوع الجريمة المراد جمع الأدلة بشأنها وكذا البيئة التي يتعامل معها مأمور الضبط القضائي القائم بذلك الإجراء⁽¹⁾.

وبناء على ما سبق، لا يجوز تفتيش جهاز الحاسب إلا بعد الحصول على إذن بذلك من الجهة المختصة وذلك وفقاً للعديد من القوانين ومنها القانون الأمريكي والفرنسي والمصري. ويستند ذلك إلى أن تفتيش الكمبيوتر يأخذ حكم تفتيش الشخص في القانونين الفرنسي والمصري مادام أن الجهاز ليس في منزل المتهم. أما القانون الأمريكي، فإن عدم جواز هذا النوع من التفتيش يستند إلى الدستور الأمريكي في التعديل الرابع منه الذي ينص على "حق الأفراد في حرمتهم الشخصية وحرمة منازلهم وأوراقهم وأموالهم المنقولة في مواجهة التفتيش غير المعقول والضبط يتعين احترامه ولا يجوز أن يصدر إذن بالتفتيش إلا بناء على

(1) د. نبيلة هبة هروال، الجوانب الإجرائية لجرائم الإنترنت في مرحلة جمع الاستدلالات، دراسة مقارنة، مرجع سابق، ص 228.

أسباب معقولة يؤيدها حلف اليمين أو بناء على تحريات جدية ويحدد في هذا الإذن المكان محل التفتيش والأشخاص وكذلك الأشياء المطلوب ضبطها"⁽¹⁾.

(1) Amendment IV SEARCH AND SEIZURE Passed by Congress September 25, 1789. Ratified December 15, 1791. The first 10 amendments form the Bill of Rights.

The right of the people to be secure in their persons, houses, papers, and effects, against unreasonable searches and seizures, shall not be violated, and no Warrants shall issue, but upon probable cause, supported by Oath or affirmation, and particularly describing the place to be searched, and the persons or things to be seized.

علما أنه دارت الكثير من المناقشات على مستقبل هذا النوع من التفتيش الذي ورد في التعديل الرابع من الدستور الأمريكي ومنها:

Matters of Debate The Future of the Fourth Amendment

THE FUTURE OF THE FOURTH AMENDMENT By Orin Kerr

The biggest challenge ahead for the Fourth Amendment is how it should apply to computers and the Internet.

The Fourth Amendment was written over two hundred years ago. But today's crimes often involve computers and the Internet, requiring the police to collect digital evidence and analyze it to solve crimes.

The major question is, how much power should the police have to collect this data? What is an unreasonable search and seizure on the Internet ?

Consider the example of a Facebook account. If you log in to Facebook, your use of the account sends a tremendous amount of information to Facebook. Facebook keeps records of everything. What you post, what messages you send, what pictures you "like," even what pages you

view. Facebook gets it all, and it keeps records of everything you do. Now imagine that the police come to Facebook and want records of a user. The police think the suspect used Facebook to commit the crime or shared evidence of the crime using the site. Maybe the suspect was cyberstalking and harassing a victim on Facebook. Or maybe the suspect is a drug dealer who was exchanging messages with another drug dealer planning a future crime. Or perhaps the suspect committed a burglary, and he posted pictures of the burglary for all his Facebook friends to see .

Here's the hard question: What limits does the Fourth Amendment impose on the government getting access to the account records? For example, is it a Fourth Amendment "search" or "seizure" for the government to get what a person posted on his Facebook wall for all of his friends to see? Is it a search or seizure to get the messages that the suspect sent? How about records of what page the suspect viewed? And if it is a search or seizure, how much can the government seize with a warrant? Can the government get access to all the account records? Only some of the account records ?

ANOTHER PERSPECTIVE

This essay is part of a discussion about the Fourth Amendment with Barry Friedman, Jacob D. Fuchsberg Professor of Law, New York University School of Law.

<https://constitutioncenter.org/interactive-constitution/amendments/amendment-iv/the-basics-of-the-fourth-amendment/interp/121>.

Another discussion was in-depth thinking and analysis:

WHAT THE FOURTH AMENDMENT FUNDAMENTALLY REQUIRES

By Barry Friedman

In the Supreme Court's decisions interpreting the Fourth Amendment, there are a lot of cross-cutting arguments .

For example, sometimes the Justices say that there is a strong preference for government agents to obtain warrants, and that searches without warrants are presumptively invalid. At other times they say warrants are unnecessary, and the only requirement is that searches be "reasonable." At times the Justices say probable cause is required to support a search; at others they say probable cause is not an "irreducible minimum".

This is your Fourth Amendment. It describes "[t]he right of the people to be secure in their persons, houses, papers and effects, against unreasonable searches and seizures." It is important for each American to focus on some basics and decide—separate and apart from what the Justices say—what this vital amendment means.

People say that the Fourth Amendment protects privacy, but that trivializes it. In this world you give up a lot of privacy, whether you wish to or not. Internet cookies, or data stored in web browsers, are just one example. But the Internet companies are not going to come take you away. The government might. What the Fourth Amendment protects is the right of the people to be secure. The Fourth Amendment is the means of keeping the government out of our lives and our property unless it has good justification.

In evaluating how the Fourth Amendment should be interpreted, it is essential to bear in mind the vast changes in policing since the time it was ratified. Whereas policing once was reactive, tasked with identifying and catching criminals, today it has become proactive and is based in

deterrence. Before, policing was mostly based on “suspicion,” it was aimed at people for whom there was cause to believe they had violated or were about to violate the law. Today, policing is aimed at all of us—from red light cameras to bulk data collection by intelligence agencies to airport security.

There are some basic principles that should govern searches and seizures.

First, no member of the Executive branch should be permitted to intervene in our lives without the say-so of at least one other branch. This is fundamental, and more important when that Executive actor engages in surveillance of the citizenry and can use force and coercion against them.

Second, a central purpose of the Fourth Amendment is preventing arbitrary or unjustified intrusions into the lives and property of citizens.

Considering these basic principles, certain interpretations of the Fourth Amendment follow:

No search or seizure is “reasonable” if it is not based on either legislative authorization or pursuant to rules that have some form of democratic say in their making. The police can write rules—all other agencies of executive government do—but absent a critical need for secrecy those rules should be public and responsive to public wishes.

Second, warrants are to be preferred. Policing agencies are mission oriented. We want them to be—they have a vital role protecting public safety. But because they are mission-oriented, warrants should be obtained in advance of searching whenever possible so that a neutral judge can assess the need to intrude on people’s lives.

ووفقاً للتعديل الرابع فإن الفرد له حرمة الحياة الخاصة بحيث لا يجوز التعدي عليها باتخاذ إجراء يخالف التوقع المعقول للحياة الخاصة. هذا الإجراء الأخير يُعد تفتيشاً

Third, we should distinguish between searches aimed at suspects and those aimed at society in general. When there is a suspect, the protections of a warrant and probable cause apply. But those protections make no sense when we are all the target of policing. In the latter instance the most important protection is that policing does not discriminate among us. For example, at airport security all must be screened the same unless and until there is suspicion— “cause”— to single someone out.

Finally, often today’s policing singles out a particular group. Examples include profiling (based on race, religion, or something else) or subjecting only workers in some agencies to drug tests. When policing is group-based, the proper clause of the Constitution to govern is the Equal Protection Clause. When discriminatory searching or seizing occurs, the government should have to prove two things: that the group it is selecting for unfavorable treatment truly is more likely to contain people worthy of the government’s attention, and that the incidence of problematic behavior is sufficiently great in that group to justify burdening everyone. Otherwise, the government should go back to either searching individuals based on suspicion or search us all.

Barry Friedman Jacob D. Fuchsberg Professor of Law, New York University School of Law.

<https://constitutioncenter.org/interactive-constitution/amendments/amendment-iv/the-basics-of-the-fourth-amendment/interp/121>.

ومن حق الفرد الحماية في مواجهته وذلك بضرورة استصدار إذن قضائي بالتفتيش (1). وقد فسرت المحاكم الأمريكية معيار الحماية الدستورية للحق في الحياة الخاصة بأن الإجراء يخالف الدستور إذا كان يخالف معيار "التوقع المعقول للحق في الخصوصية" (2).

(1) What Does the Fourth Amendment Mean?

The Constitution, through the Fourth Amendment, protects people from unreasonable searches and seizures by the government. The Fourth Amendment, however, is not a guarantee against all searches and seizures, but only those that are deemed unreasonable under the law.

<https://www.uscourts.gov/about-federal-courts/educational-resources/about-educational-outreach/activity-resources/what-does-0>

(2) د. شيماء عبد الغني محمد عطا الله، الحماية الجنائية للتعاملات الإلكترونية، دراسة مقارنة بين النظامين اللاتيني والأنجلو أمريكي، دار النهضة العربية، 2005، ص 310.

أحوال التفتيش بدون إذن في الجرائم المعلوماتية

يُعد التفتيش بدون إذن تفتيش قانوني يترتب عليه نفس الآثار التي تترتب على التفتيش بإذن شريطة أن يستوفي التفتيش بدون إذن شروطه ويسفر عن دليل يفيد في كشف الحقيقة صح الاستناد إليه وبناء حكم الإدانة عليه. وقد جرى القضاء على الاعتداد بهذا التفتيش وترتيب آثاره باعتباره مصدراً من مصادر الأدلة التي يعول عليها القاضي في تكوين عقيدته، ومن ثم حرص القضاء لهذا السبب على تنظيم أحكامه وبيان أحواله وتحديد شروطه لضمان أن يكون الدليل مشروعاً⁽¹⁾.

أهمية الدراسة

يكمن الهدف المتوخى من هذه الدراسة إلى تبيان الضرورة الملحة لحاجتنا إلى قانون إجراءات معلوماتي على وجه العموم.

كما تكمن أهمية هذا البحث في بذل الجهد لوضع حلولاً للمشكلات القانونية والفنية التي تقف في طريق إجراء التفتيش بدون إذن في الجرائم المعلوماتية.

(1) د. عوض محمد عوض، التفتيش في ضوء أحكام النقض، دراسة نقدية، ط 1، دار الجامعة الجديدة، 2011، فقرة 362، ص 363.

إشكالية البحث

نظراً لخطورة الأفعال والنتائج المترتبة على أعمال التفتيش بدون إذن في الجرائم المعلوماتية والتي قد تكون ناتجة على اختلاط المفاهيم في الفهم القانوني الصحيح لحالات التفتيش بدون إذن، وقد تمثلت إشكاليات الدراسة في النقاط التالية:

- هل يجوز التفتيش كلما جاز القبض؟
- هل يجوز التفتيش عندما يتم التلبس بالجريمة المعلوماتية؟
- هل يجوز التفتيش في حالة الرضاء بالتفتيش في الجرائم المعلوماتية؟
- هل يجوز التفتيش التقني بمعرفة فني صيانة الحاسب؟
- هل يجوز التفتيش في حالة الضرورة؟

منهج البحث

تلعب إشكالية البحث التي تجري دراستها دوراً رئيسياً في اختيار وتحديد المنهج الذي سوف يتم اتباعه. إذ يعتمد اختيار منهج أو طريقة معينة على نوعية البحث، وعلى مدى ملاءمته لطبيعة الأحداث التي يدرسها، وعلى الأهداف المتوخاة منه. ومن هذا المنطلق سوف نتبع في بحثنا على منهج تأصيلي تحليلي كما يلي:

تناولت هذا البحث بالاستناد إلى المنهج التأصيلي، حيث قمت بدراسة المسائل القانونية الجزئية أو الفرعية المتشابهة دراسة معمقة، وذلك بغرض الكشف عن

القاسم المشترك بينها، ومنها على سبيل المثال استقراء اتجاهات أحكام القضاء في عدة موضوعات لبيان القاعدة العامة التي تحكم الموضوع.

كما اتبعنا المنهج الاستنباطي (التحليلي)، حيث كنا ننطلق من قاعدة عامة لنقوم بتطبيقها على بعض القضايا، حيث استندنا إلى القواعد العامة في قانون الإجراءات الجنائية لنرى إمكانية تطبيقها على تساؤلات هذه الدراسة.

وقد تضمنت الدراسة في مواضع كثيرة، دراسة مقارنة بالقانون الأمريكي والفرنسي لتبيان النضال الفكري لإرساء قواعد على أسس ثابتة وراسخة.

حدود الدراسة

سوف أستعرض في هذه الدراسة أحوال التفتيش في الجرائم المعلوماتية التي ترد بدون إذن من سلطة التحقيق.

خطة البحث

تأسيساً على ما تقدم، واتساقاً مع الخط المنهجي الذي رسمنا معالمه في مقدمة الدراسة، ولكي نضع ما كشفنا عنه من أفكار في نسق علمي واحد حتى نصل إلى الغاية أو الهدف من البحث، فقد رأينا أن هناك خمس دعائم سوف يقوم عليهم هذا البحث، وهما يتساووا في تقديرنا من حيث الأهمية بما يستوجب أن نخصص لكل منها مبحثاً مستقلاً كما يلي:

المبحث الأول: مدى جواز التفتيش في أحوال القبض؟

المبحث الثاني: التلبس بالجريمة المعلوماتية.

المبحث الثالث: الرضاء بالتفتيش في الجرائم المعلوماتية.

المبحث الرابع: التفتيش التقني بمعرفة فني صيانة الحاسب.

المبحث الخامس: التفتيش في حالة الضرورة.

المبحث الأول

مدى جواز التفتيش في أحوال القبض

لتبيان مدى جواز التفتيش في أحوال القبض، سوف أقسم هذا المبحث إلى مطلبين كما يلي:

المطلب الأول: العلاقة بين التفتيش والقبض.

المطلب الثاني: ضوابط التفتيش التابع للقبض.

المطلب الأول

العلاقة بين التفتيش والقبض

من الطبيعي أن هناك علاقة بين التفتيش والقبض، ففي الأحوال التي يجوز فيها القبض قانوناً على المتهم يحوز لمأمور الضبط القضائي أن يفتشه⁽¹⁾، ولا يجب ألا يتخذ القبض ذريعة للتفتيش⁽²⁾، وهذا يقتضي القول بأنه كلما كان القبض صحيحاً كان التفتيش صحيحاً والعكس صحيحاً كلما كان القبض باطلاً كان التفتيش المترتب عليه باطلاً كذلك استناداً إلى قاعدة "كل ما بني على باطل فهو باطل".

والعلة التي تربط بين قاعدة أنه كلما جاز القبض جاز التفتيش أنه مادام يجوز التعرض لحرية الشخص بالقبض عليه، فإنه يجوز تفتيشه. حيث يعد تفتيش الشخص أقل خطورة من القبض عليه، أو أن القبض على المتهم يتضمن اعتداء على حريته الشخصية، فإذا أهدرت الحرية الشخصية بالقبض فإن ذلك يستتبع التسليم بحق مأمور الضبط القضائي في تفتيشه. ويتم التفتيش بمعرفة مأمور

(1) د. خلف الله أبو الفضل عبد الرؤوف، القبض على المتهم، دراسة مقارنة، رسالة دكتوراه، كلية الحقوق، جامعة الإسكندرية، 2008، ص 99.

(2) د. رمزي رياض عوض، الحقوق الدستورية في قانون الإجراءات الجنائية، دراسة مقارنة، دار النهضة العربية، 2003، ص 118.

الضبط القضائي، فلا يجوز أن يعهد بذلك إلى أعوانه، إلا إذا كان تحت بصره وإشرافه. كما أن طريقة التفتيش متروكة لتقدير القائم بها (1).

تحيز المادة (46) من قانون الإجراءات الجنائية المصري لمأمور الضبط القضائي تفتيش المتهم في الأحوال التي يجوز له القبض عليه فيها قانوناً. ورغم صراحة النص، فقد أثير الخلاف في الفقه حول نوع التفتيش الذي يباشره مأمور الضبط القضائي وفقاً له. فذهب البعض إلى أن المادة 46 تعني مجرد "التفتيش الوقائي" (2)

(1) أحمد عثمان حمزاوي، موسوعة التعليقات على قانون الإجراءات، دار النشر للجامعات المصرية، 1953م، ص 283.

(2) حيث يرى هذا الرأي أن ما تنص عليه المادة هو جزء من عملية القبض ذاتها للتغلب على مقاومة المتهم والاحتياط لمنع عدوانه أو إيذائه لنفسه، بتجريده مما قد يكون معه من سلاح. د. توفيق الشاوي، سلطة مأموري الضبط القضائي في تفتيش الشخص في غير حالة التلبس، مجلة المحاماة س 32، ع 8 أبريل سنة 1952، ص 1198؛ قد يتناول البعض أنه إذا كان المجمع عليه أنه يجوز لمأمور الضبط القضائي تفتيش المتهم بغير إذن في حالة التلبس، فكيف لا يجوز له تفتيشه حين يأمر المحقق بالقبض عليه! ومؤدى أقوال بعض الفقهاء أن هذا التفتيش جائز، وأن لمأمور الضبط القضائي أن يقوم بحثاً عن أدلة الجريمة التي يجري التحقيق فيها. وعندهم أن هذا التفتيش وإن كان فيه مساس بالحرية الشخصية، فمساس القبض بهذه الحرية أشد وأخطر. وإذا جاز القبض على المتهم في حالات معينة، فإن تفتيشه في هذه الحالات يكون جائزاً من باب أولى. ويرى هؤلاء الفقهاء أن هذا الحكم بديهي وما كان تقريره يقتضي نصاً خاصاً (من هذا الرأي د. رؤوف عبيد، القبض والتفتيش في جوانبهما العملية الهامة، ط 1، مكتبة الوفاء القانونية بالإسكندرية، 2012، ص 84 وما بعدها).

وتصرح محكمة النقض في عديد من أحكامها بجواز هذا التفتيش (نقض جنائي مصري، جلسة 11 ديسمبر 1967، س 18، ص 1242، رقم 263) غير أنه يوجد رأياً مخالفاً نودي به لا نؤيده وذلك مؤيداً بالحجج الآتية (د. عوض محمد عوض، التفتيش في ضوء أحكام النقض، مرجع سابق، فقرة 50 وما بعدها، ص 62 وما بعدها.)

ونحن من جانبنا نؤيد ما ذهب إليه رأي الغالبية أنه "تفتيش قانوني"⁽¹⁾؛ لأن التفتيش الوقائي هو أمر بديهي ومسلم به في كل الأحوال، ومن ثم فهو لا يحتاج إلى نص خاص يبيحه وأن هذا النوع من التفتيش كما يمثل عنصر أمان بالنسبة للقائم بالتفتيش فهو في ذات الوقت يمثل عنصر أمان أيضاً بالنسبة للشخص المقبوض عليه، أما وإن التفتيش القانوني الذي غايته البحث عن أدلة الجريمة وينطوي في ذات الوقت على المساس بالحرية الشخصية للمتهم فإنه لا شك يحتاج إلى نص

- سلطة مأمور الضبط القضائي في تفتيش المقبوض عليه بغير إذن تنحصر في حالة واحدة وهي حالة التلبس. أما القبض على المتهم تنفيذاً لأمر صادر بذلك من المحقق فلا يجيز التفتيش.

- لا يعد التفتيش مجرد تنقيب عشوائي في ملابس المتهم وأمتعته، بل هو إجراء هادف غايته البحث عن أشياء تفيد في كشف الحقيقة عن جريمة يجري التحقيق فيها. فإن افتقد هذه الغاية أو تجاوزها وقع باطلاً وبطل ما أسفر عنه. وهذا يقتضي أن يكون القائم بالتفتيش على علم بالجريمة المرتكبة وعلى وعي بما يبحث عنه. وقد لا يعلم من ينفذ أمر القبض بالجريمة المسندة إلى من يراد القبض عليه، بل قد لا تكون هناك علاقة البتة بين القبض والتفتيش، كأن يكون الأمر بالقبض على المتهم صادراً بغية استجوابه، فكيف يسوغ القول بجواز التفتيش في هذه الأحوال، وكيف تتحدد الغاية منه! وإذا انتفت الغاية وقيل مع ذلك بجوازه كان عدواناً محضاً على الحرية الشخصية.

- لا يوجه أمر القبض إلى معين، إذ لا يكلف بتنفيذه شخص بالذات، بل يشتمل على تكليف رجال السلطة العامة على مستوى الجمهورية ودون تقييد بالاختصاص المكاني بالقبض على المتهم واحضاره. وقد لا يكون رجل السلطة العامة الذي ينفذ أمر القبض من مأموري الضبط القضائي، ولو صح التفتيش في هذه الحالة لأدى ذلك إلى السماح لرجال السلطة العامة بتفتيش المتهم، وهو محظور قانوناً.

(1) يقصد به ضبط الأشياء التي تفيد التحقيق، فيخضع للقاعدة العامة في تفتيش المساكن ولذلك فهو محظور على مأموري الضبط في غير حالة التلبس. د. سامي حسني الحسيني، النظرية العامة للتفتيش في القانون المصري والمقارن، دار النهضة العربية، 1972، ص183.

ببيحه خاصة وأنه يجري بمعرفة سلطة استثنائية ممثلة في مأمور الضبط القضائي دون غيره فكأن نية المشرع إذن أرادت أن تشير إلى تفتيش آخر غير التفتيش الوقائي المسلم به إلى تفتيش آخر هو التفتيش القانوني الذي يسير في خط متواز مع القبض، ومن مقتضى ذلك القول بأن التفتيش وإن كان من توابع القبض في هذه الحالة إلا أنه إجراء مستقل غايته البحث عن أدلة الجريمة في سبيل الوصول إلى الحقيقة، ومن ثم فإن التفتيش يصح قانوناً مادام حق مأمور الضبط القضائي في القبض على المتهم قد ثبت قانوناً ولو لم يكن قد قبض عليه فعلاً، بمعنى أنه كلما جاز لمأمور الضبط القبض على المتهم جاز له أن يحدد بأيهما يبدأ، وهذا ما يؤكد استقلالية التفتيش كإجراء تحقيق رغم ارتباطه بالقبض في هذه الأحوال⁽¹⁾.

ومن ثم فإن التفتيش في هذه الحالة يشمل التفتيش بالمعنى الفني الدقيق، وذلك للبحث عن أدلة الجريمة التي في حيازة المتهم وضبطها، والتفتيش الوقائي وذلك لتجريد هذا المتهم مما يحتمل أن يكون معه⁽²⁾.

(1) د. علي كامل أحمد حسين، النظرية العامة للبطان في القبض والتفتيش، رسالة دكتوراه، كلية الحقوق، جامعة القاهرة، 1428 هـ-2007م، ص 148.

(2) نقض جنائي مصري، جلسة 13 نوفمبر سنة 1986، مجموعة أحكام النقض، س 56 ق، رقم 169، ص 878؛ نقض جنائي مصري، جلسة 29 يناير سنة 1986، مجموعة أحكام النقض، س 55 ق، رقم 34، ص 163؛ لذا فقد قُضي بأنه إذا قبض رجل الشرطة على شخص تنفيذاً لحكم جنائي صدر عليه وفتشه قبل إدخاله المكان المعد للحجز كان تفتيشه صحيحاً لأن التفتيش في هذه الحالة لازم لاعتباره إجراء من إجراءات التحقيق بل باعتباره من مستلزمات القبض ذاته والمقصود منه حماية شخص من يتولى القبض. نقض جنائي مصري، جلسة 11 يونية 1945، أحكام النقض، س 46، رقم 110، ص 210.

المطلب الثاني

ضوابط التفتيش التابع للقبض

استقر الفقه⁽¹⁾ والقضاء في مصر على حق مأمور الضبط القضائي في تفتيش الأجهزة التقنية الموجودة بحوزة المتهم بناء على قبض صحيح. وتطبيقا لذلك، قضت المحكمة الاستئنافية بصحة الدليل المستمد من تفتيش جهاز حاسوب ضبط حوزة المتهم نتيجة لواقعة تلبس، وذلك في قضية تتلخص وقائعها أن تقدم أحد البنوك ببلاغ ضد مجهول لقيامه بسرقة أرقام بطاقات الائتمان الخاصة ببعض العملاء واستخدامها في شراء البضائع عبر مواقع التسوق الإلكترونية، حيث تم ضبط المتهم حال استلامه لتلك البضائع وضبط حوزته حاسوب محمول وبفحصه عثر على الرسائل المتبادلة بين المتهم ومواقع التسوق وكذا الآلاف من بيانات البطاقات الائتمانية المختلفة⁽²⁾.

ومن ثم يجب أن تكون هناك علاقة وثيقة بين القبض والتفتيش فإذا ما اهتزت هذه العلاقة أو تراخت تفككت أو اصر العلاقة الوثيقة بينهما. وتتمثل في الآتي:

(1) د. هلالى عبد اللاه، تفتيش نظم الحاسب الآلي و ضمانات المتهم المعلوماتي، دراسة مقارنة، دار النهضة العربية، 2008، ص 156؛ د. طارق إبراهيم السوقي عطية، الأمن المعلوماتي " النظام القانوني لحماية المعلومات"، دار الجامعة الجديدة بالإسكندرية، 2009، ص 435؛ شيماء عبد الغني، تراجع الحق في الخصوصية في مواجهة الاتصالات الإلكترونية، بحث مقدم إلى المؤتمر العلمي الثاني بكلية القانون الكويتية العالمية 15، 16 فبراير 2015، ص 336؛ د. مصطفى على خلف، الضوابط الإجرائية لجرائم التقنية الحديثة، رسالة دكتوراه، كلية الحقوق، جامعة المنصورة، 2016م-1437هـ، ص 149.

(2) القضية رقم 10123، لسنة 2014، جنح قسم أول أكتوبر المستأنفة برقم 21093، لسنة 2014، جنوب الجيزة.

- صحة القبض.

- المعاصرة.

- وحدة الغرض.

- أن يجري التفتيش بمعرفة القائم بالقبض.

الفرع الأول

صحة القبض

أباح المشرع التفتيش في الأحوال التي يجوز فيها لمأمور الضبط القضائي القبض على المتهم، ولا يشترط القبض الفعلي على المتهم ، ومن ثم فإن التفتيش يصح قانوناً مادام حق مأمور الضبط القضائي في القبض على المتهم قد ثبت قانوناً ولو لم يكن بعد قد قبض عليه فعلاً، وبناء على هذا فإن في أحوال التلبس بجريمة الاعتداء على تصميم موقع⁽¹⁾ حيث يقوم الجاني هنا بكل سلوك مادي أياً كانت طبيعته يأتيه الجاني بقصد اتلاف أو تعطيل أو إبطاء أو تشويه أو إخفاء موقع خاص بشركة أو مؤسسة أو منشأة أو شخص طبيعي بغير وجه حق أو كان من شأن ذلك السلوك تغيير تصميم المواقع. وحيث إنه يكفي لتحقيق الركن المادي للجريمة وقوع صورة واحدة من صور السلوك المادي سالف الذكر فالإتلاف يعني تدمير أو تخريب الشيء إما بمحوه أو تقليل قيمته وذلك بجعله غير صالح للاستعمال أو تعطيله - يقصد بالتعطيل توقف الشيء عن القيام بوظيفته فترة مؤقتة، والتغيير يعني الاستبدال عن طريق التلاعب-حيث يعاقب عليها القانون بالحبس مدة تزيد على ثلاثة أشهر.

كما يجوز لمأمور الضبط القضائي القبض على المتهم الحاضر الذي توجد دلائل كافية على اتهامه باستخدام ما يسميه البعض قرصنة القنوات المشفرة في المجتمع المصري وهي "وصلة الدش" أو وصلة الانترنت فأتاحت هذه الوصلات مشاهدة

(1) نصت المادة 19 من قانون رقم 175 لسنة 2018 لجرائم تقنية المعلومات على أن يعاقب بالحبس مدة لا تقل عن ثلاثة أشهر وبغرامة لا تقل عن عشرين ألف جنيه ولا تجاوز مائة ألف جنيه أو بإحدى هاتين العقوبتين، كل من أتلف أو عطل أو أبطأ أو شوه أو أخفى أو غير تصاميم مواقع خاصة بشركة أو مؤسسة أو منشأة أو شخص طبيعي بغير وجه حق.

كثير من الشبكات المشفرة وقنواتها في مقابل نقدي زهيد، ويمثل السلوك المادي لهذه الجريمة في كل فعل يمثل انتفاعاً بدون وجه حق بخدمة من خدمة اتصالات أو خدمات قنوات البث المسموع والمرئي، متى كان ذلك عن طريق شبكة نظام معلوماتي أو شبكة الانترنت أو أي وسيلة من وسائل تقنية المعلومات⁽¹⁾. وبناء على ما سبق فإن لرجل الضبط القضائي بالتالي الحق في تفتيشه وعلى هذا فإن حالة التلبس بالجريمة ينبغي أن تسبق التفتيش وعليه إذا قبض رجل الشرطة على شخص وهو سائر في الطريق وأجرى تفتيشه لمجرد الظن أو الاشتباه في أنه يرتكب جريمة فإن هذا التفتيش الحاصل بغير إذن التفتيش يكون باطلاً⁽²⁾.

وبناء على ما تقدم إذا لم يكن حق مأمور الضبط على المتهم قد نشأ قانوناً فلا يجوز له القبض على المتهم كما لا يجوز له تفتيشه، وهكذا إذا كان ولا بد من توافر هذه المقدمة الممثلة في القبض فلا بد وأن تستوفي ضوابطها أو شروط صحتها، بمعنى أنه يلزم أن يكون القبض صحيحاً قائماً على شرائطه وأسبابه حتى يكون التفتيش صحيحاً.

(1) حيث نصت المادة 13 من قانون مكافحة جرائم تقنية المعلومات المصري على أن يعاقب بالحبس مدة لا تقل عن ثلاثة أشهر وبغرامة لا تقل عن عشرة آلاف جنيه ولا تتجاوز خمسين ألف جنيه أو بإحدى هاتين العقوبتين، كل من انتفع بدون وجه حق عن طريق شبكة النظام المعلوماتي، أو بإحدى وسائل تقنية المعلومات، بخدمة اتصالات أو خدمة من خدمات قنوات البث المسموع أو المرئي.

(2) د. علي كامل أحمد حسين، النظرية العامة للبطلان في القبض والتفتيش، مرجع سابق، ص 149.

القبض توطئة لتنفيذ الإذن بالتفتيش

إذا أصدرت سلطة التحقيق إذنا بتفتيش شخص ما، وجاء الإذن خلواً من القبض على هذا الشخص فإن هذا الإذن لا يبيح القبض عليه لما بين الإجراءين من فروق في الطبيعة والضوابط.

غير أن تنفيذ إذن التفتيش قد يقتضي الحد من حرية الشخص المراد تفتيشه، لا سيما إذا لم يدعن الشخص للتفتيش أو بدت منه مقاومة أثناء تفتيشه، وهذا يعني قبضاً فعلياً اقتضاء تنفيذ التفتيش. وهذا القبض مكمل لتفتيش الشخص إذ يستلزمه التفتيش، ومن هنا صح القول بأن تنفيذ التفتيش يجيز القبض للارتباط. إلا أن هذا النوع من القبض لا يعتبر قبضاً قانونياً، بل قبض بالمعنى العام⁽¹⁾.

وتميل محكمة النقض المصرية في أغلب أحكامها إلى تقرير مشروعية هذا القبض، متى كان القبض بالقدر اللازم لتنفيذ إذن التفتيش دون تجاوز⁽²⁾.

(1) د. توفيق الشاوي، حرمة الحياة الخاصة ونظرية التفتيش، منشأة المعارف بالإسكندرية، ط 1، 2006، ص 100.

(2) د. ياسر فاروق الأمير، القبض في ضوء الفقه والقضاء، دار المطبوعات الجامعية بالإسكندرية، 2012، ص 370؛ قضت بأنه " إذا كان إذن النيابة في تفتيش متهم لا يخول - بحسب الأصل - القبض عليه إلا أنه إذا كان المتهم لم يدعن للتفتيش أو بدت منه مقاومة في أثناء ذلك كان لمن يباشر إجراءه أن يتخذ كل ما من شأنه أن يمكنه من القيام بمهمته ولو كان ذلك بطريق الإكراه، وقررت أن أعمال العنف والإكراه تكون جائزة متى كانت بالقدر اللازم لوضع ضابط البوليس القائم بالتفتيش يده عليه لتفتيشه" نقض جنائي مصري 11 أكتوبر 1948، مجموعة القواعد القانونية، ج 7، رقم 650، ص 622، نقض 19 مارس 1956، س 7، رقم

على أنه إذا بطل القبض بالتعسف فيه، فهذا لا يؤدي بالضرورة إلى بطلان التفتيش المأذون به، لانقطاع علاقة السببية بين الإجراءين. فهذا التفتيش لم يجر بناء على القبض الذي تقدمه، بل جرى بناء على الإذن الصادر به⁽¹⁾. ومن ثم لئن كان دخول مأمور الضبط منزل الطاعن بوجه غير قانوني لا يصححه تكليف المأذون

114، ص 388. ويتضح من قضاء النقض م مشروعية هذه الصورة من القبض يتوقف على الآتي:

- ألا يدعن الشخص للتفتيش أو تبدو منه مقاومة.

- أن يكون معاصراً للتفتيش. ويعني أنه لا يجوز القبض إلا عند الشروع في تفتيش الموبايل أو جهاز الحاسوب أو الديسكات أو في أثناء ذلك لا قبله. ولهذا فنحن نتحفظ على ما تجري به أحكام القضاء من إجازة القبض على الشخص توطئة لتفتيشه في وقت لاحق، سواء تم التحفظ عليه من قبل أعوان المأذون حتى يحضر إليه، أو تم نقله إلى حيث يوجد المأذون لكي يقوم بتفتيشه. ذلك أن القبض من أجل التفتيش ليس إجراءً مستقلاً عنه ومقصود لذاته، وإنما هو إجراء مندمج فيه، وغايته شل مقاومة الشخص للتمكين من إجراء التفتيش، فلا ينبغي أن يتخذ تمهيداً له إذ لا يعلم سلفاً هل يبدي الشخص مقاومة لتعطيل التنفيذ أو لا. وليس المراد بالشروع في التفتيش البدء فعلاً في اعماله المادية، بل يتحقق الشروع بتأهب المأذون لإجراء التفتيش بعد التمكن من المتهم. فإذا قدر في هذه اللحظة أن الضرورة تقتضي إجراء التفتيش في مكان آخر لعل سائغة (على سبيل المثال أنه ليس بخبير تقني) كان له أن يقبض على المتهم وإن لم يبد مقاومة وأن يستمر القبض للفترة اللازمة. وتقدير قيام العلة والوقت الذي تقتضيه هو من الموضوع لا من القانون. ومن هذا القبيل أن يكون هناك خطر يهدد القائمين بالتفتيش لو أنهم فتشوا المتهم في مكان ضبطه، أو أن يرى المأذون اصطحاب المتهم إلى مكان مناسب ليفتشه فيه حرصاً على كرمته.

- أن يكون تقييد الحرية (القبض) بالقدر اللازم لإجراء التفتيش. د. عوض محمد عوض، التفتيش في ضوء أحكام النقض، مرجع سابق، فقرة 293، ص 296 وما بعدها.

(1) د. عوض محمد عوض، التفتيش في ضوء أحكام النقض، مرجع سابق، فقرة 294، ص 300 وما بعدها.

له وحده بالتفتيش بدخول المنزل في غيبته بدعوى التحفظ عليه، إلا أنه لما كان الطاعن لا يماري في أن الضابط المأذون له بالتفتيش هو الذي باشره، وأن تفتيشه هو الذي أسفر عن ضبط سي دي وديسكات أو هارديسك على سبيل المثال فإن البطلان لا يمتد إلى ما أسفر عنه هذا التفتيش الصحيح، إذ أن الإجراء الباطل سالف البيان لم يكن هو الذي كشف عن المضبوطات المشار إليها.

ولا يعني ذلك أن بطلان القبض يصبح عديم الجدوى في كل الأحوال بحيث لا يكون للدفع به فائدة؛ ذلك أن القبض كما هو معلوم يجيز تفتيش المقبوض عليه وقائياً، وقد يسفر هذا التفتيش عن ضبط ما تُعد حيازته جريمة وقد يبادر المقبوض عليه قبل تفتيشه بالتخلص من بعض المعلومات المهمة موضوع التفتيش، فتكون حالة التلبس قائمة، وفي مثل هذه الأحوال تظهر أهمية التمسك ببطلان القبض.

الفرع الثاني

المعاصرة

يجب أن يكون هناك تقارباً زمنياً بين إجراء القبض والتفتيش بحيث إذا وقع القبض وجب إجراء التفتيش مباشرة.

وهذا يعني أن هناك تلازم زمني بين التفتيش والقبض ولم يسفر عن وجود دليل لارتكاب الجريمة فإن قيام تفتيش لاحق بعد ذلك يقع باطلاً ولو أسفر عن وجود دليل ارتكاب الجريمة ومن ثم يلزم لإجراء التفتيش اللاحق للقبض الحصول على إذن من السلطة المختصة بذلك لتخلف شرط المعاصرة.

ونعتقد أن ما يدعم شرط المعاصرة بالنسبة للإجراءين وهو وجوب ترتيب زمني معين بينهما، بمعنى أن يكون القبض سابقاً على التفتيش كما هو الحال في النظام الأمريكي، ذلك أن من شأن هذه الأسبقية أن تحول دون تفتيش شخص المتهم في أوقات لاحقة للحظة القبض. ومن ثم يتبين أن عنصر الزمن هام في تقدير مشروعية التفتيش. ولا تتور مشكلة إذا كان التفتيش في وقت مقارب لوقت القبض، أما حيث يجري التفتيش في وقت أو مكان بعيد عن زمن أو مكان القبض،

فيصعب هنا إيجاد المبرر القانوني للتفتيش⁽¹⁾. لذلك قضت المحاكم الأمريكية ببطلان التفتيش إذا جرى بعد القبض بثمان ساعات⁽²⁾.

بيد أنه على جانب آخر في قانون الإجراءات الجنائية المصري حيث نص المادة 46 إذا كانت قد ربطت بين التفتيش والقبض إلا أن صياغتها لا تشترط وقوع القبض فعلا على المتهم وإنما يكفي لثبوت حق مأمور الضبط القضائي في التفتيش أن يثبت له أولاً سلطة القبض ولو لم يقبض على المتهم فعلاً، ومن ثم فإن القبض الفعلي غير لازم⁽³⁾، ذلك أن القبض لا يستلزم حتماً ملامسة الجسم أو الإمساك باليد أو تقييد المقبوض عليه عموماً فقد لا تستدعي الظروف ذلك حيث لا مقاومة تذكر من المتهم بل استسلام لا يقتضي القبض بالفعل، فلا غضاضة إذن

(1) د. كاظم السيد عطية، الحماية الجنائية لحق المتهم في الخصوصية "دراسة مقارنة بين القوانين المصري والفرنسي والأمريكي والإنجليزي"، دار النهضة العربية، بدون سنة نشر، ص681.

(2) People V. Kaigler. 368 Mich. 281, 118. N.W.2d 406, 1962.
<https://law.justia.com/cases/michigan/supreme-court/1962/368-mich-281-6.html>

أشار إليه د. كاظم السيد عطية، الحماية الجنائية لحق المتهم في الخصوصية "دراسة مقارنة بين القوانين المصري والفرنسي والأمريكي والإنجليزي"، مرجع سابق، ص681، هامش رقم 2.
(3) إبراهيم محمد إبراهيم، النظرية العامة للقبض على الأشخاص في الإجراءات الجنائية، دار النهضة العربية، 1416 هـ -1996م، ص176.

من قيام مأمور الضبط القضائي بتفتيش المتهم طالما أن حقه في القبض ثابت،
ذلك أن القانون لا يشترط ترتيباً معيناً⁽¹⁾.

(1) د. علي كامل أحمد حسين، النظرية العامة للبطلان في القبض والتفتيش، مرجع سابق، ص
151.

الفرع الثالث

وحدة الغرض

أجاز المشرع لرجل القبض الضبطية القضائية، التفتيش من أجل جريمة معينة، ومن ثم يجب أن يهدف التفتيش إلى الحصول على أدلة هذه الجريمة ولا يصح أن يتجاوزها إلى غرض آخر. بيد أنه لا يُعد تجاوزاً إذا ظهر - عرضاً - أثناء التفتيش وجود أشياء تعد حيازتها جريمة أو تفيد في كشف الحقيقة عن جريمة أخرى⁽¹⁾. ذلك أنه إذا لم يلتزم الحدود المخولة له، أصبح الإجراء الذي يباشره عارياً عن السند القانوني، وبالتالي باطلاً⁽²⁾، وهذا ما يتفق ونص المادة 50 من قانون الإجراءات

(1) وعلى سبيل المثال، إذا كان لرجل الضبطية القضائية أن يفتش عن سلاح، فإنه له أن يضبط كل جريمة تظهر له عرضاً في أثناء تفتيشه عن السلاح دون سعي من جانبه في إجراء التفتيش بحثاً عن هذه الجريمة التي لم يؤذن بالتفتيش من أجلها، فإذا هو تجاوز عن هذه الحدود وفتش لغير الغاية التي أبيع له التفتيش من أجلها كان عمله باطل. فإذا كان الثابت بالحكم أن الضابط الذي كان يفتش عن سلاح قرر أنه مجرد أن أمسك بمحفظة المتهم شم رائحة الأفيون تنبعث منها ففتشها، فهذا معناه أن تفتيشه الحافظة لم يكن مبيناً على أنه اشتبه في وجود شيء مما يبحث عنه وإنما فتشه لأنه اكتشف الأفيون بها. وإذن فإذا كانت محكمة الموضوع قد اعتدت في إجازة التفتيش على حق الضابط في البحث عن السلاح الذي كان يبحث عنه، فإنه كان عليها أن تقول كلمتها فيما دفع به المتهم من أن التفتيش كان بقصد ضبط المخدر لا البحث عن السلاح، لا أن تكتفي في القول بصحته على حق الضابط في التفتيش عن السلاح، وهذا منها قصور يستوجب نقض حكمها. نقض 1950/11/27 المجموعة الرسمية س42 رقم 40 ص68؛ نقض 1952/3/24، مج 3، رقم 231، ص621؛ نقض جلسة 1938/12/12 مجموعة القواعد القانونية ج4، ق 303 ص391.

(2) يُعد الاستثناء هنا ضوابط حمراء لا يجوز للسلطة أو الشخص القائم على التنفيذ أن يتجاوزها إلا إذا كان لهذا التجاوز مقتضى وبدون تعمد لهذا التجاوز. د. حسام الدين محمد أحمد، الإذن بالتفتيش والضبط، دراسة مقارنة، دار النهضة العربية، بدون سنة نشر، فقرة 138، ص 212

الجنائية المصري والتي نصت على الآتي " أنه لا يجوز التفتيش إلا للبحث عن الأشياء الخاصة بالجريمة الجاري جمع الاستدلالات أو حصول التحقيق بشأنها" ومع ذلك إذا ظهر - عرضاً - أثناء التفتيش وجود أشياء تعد حيازتها جريمة أو تفيد في كشف الحقيقة عن جريمة أخرى جاز لمأمور الضبط أن يضبطها، وعلى أساس ما تقدم نستطيع القول بأنه لا مفر من البطلان إذا كان غرض التفتيش من البداية يختلف عن غرض القبض، إذ في هذه الحالة تنقطع العلاقة بين الإجراءين ولم يعد يستند التفتيش إلى أساسه المتين والصحيح وهو القبض لأن الغرض أن التفتيش مرتبط بالقبض في هذه الحالة ومن ثم وجب التقيد بذات الغرض⁽¹⁾.

وما بعدها؛ د. محمود عوض الأحول، انقضاء سلطة العقاب بالتقادم، رسالة دكتوراه، كلية الحقوق، جامعة القاهرة، 1964، فقرة 109، ص 233.

(1) د. علي كامل أحمد حسين، النظرية العامة للبطلان في القبض والتفتيش، مرجع سابق، ص 152.

الفرع الرابع

أن يجري التفتيش بمعرفة القائم بالقبض

لا ينبغي أن يباشر القبض كإجراء تحقيق إلا بمعرفة السلطة المختصة بالتحقيق، إلا إن الاعتبارات العملية دفعت بعض المشرعين إلى إسناد مهمة القبض إلى غير سلطة التحقيق. وبناء على ذلك أصبح لمأمور الضبط القضائي سلطة مباشرة.

ومن ثم فإن إيجاد المتهم في هذا الوضع القانوني "حالة القبض" إنما يكون بتدخل مأمور الضبط القضائي⁽¹⁾، ولو أن ذلك لا يستبعد قيام أعوانه بالمساعدة المادية التي تضمن الحد من حرية المتهم طبقاً للوضع القانوني للقبض بشرط أن يكون ذلك تحت إشراف مأمور الضبط القضائي⁽²⁾.

كما لا يُعد التفتيش المعلوماتي مجرد تنقيب عشوائي في أجهزة المتهم، بل هو إجراء هادف غايته البحث عن أشياء تفيد في كشف الحقيقة عن جريمة يجري التحقيق فيها. فإن افتقد هذه الغاية أو تجاوزها وقع باطلاً وبطل ما أسفر عنه. وهذا يقتضي أن يكون القائم بالتفتيش على علم بالجريمة المرتكبة وعلى وعي بما يبحث عنه. وقد لا يعلم من ينفذ أمر القبض بالجريمة المسندة إلى من يراد القبض عليه، بل قد لا تكون هناك علاقة البتة بين القبض والتفتيش، كأن يكون الأمر بالقبض

(1) د. حسن علام، القبض على الأشخاص والحبس الاحتياطي، مجلة المحاماة، مارس وأبريل 1980، ع 3 و 4، ص 44.

(2) د. إبراهيم حامد مرسي طنطاوي، سلطات مأمور الضبط القضائي، رسالة دكتوراه، كلية الحقوق، جامعة القاهرة، بدون سنة نشر، فقرة 389، ص 728.

على المتهم صادراً بغية استجوابه، أو لتنفيذ أمر صادر بحبسه احتياطياً، أو لتنفيذ حكم جنائي صادر ضده، فكيف يسوغ القول بجواز التفتيش في هذه الأحوال، وكيف تتحدد الغاية منه! وإذا انتقت الغاية وقيل مع ذلك بجوازه كان عدواناً محضاً على الحرية الشخصية.

وعلى جانب آخر، فلأن أمر القبض لا يوجه إلى شخص معين، إذ لا يكلف بتنفيذه شخص بالذات، بل يشتمل على تكليف رجال السلطة العامة- على مستوى الجمهورية ودون تقييد بالاختصاص المكاني- بالقبض على المتهم وإحضاره. وقد لا يكون رجل السلطة العامة الذي ينفذ أمر القبض من مأموري الضبط القضائي، ولو صح التفتيش في هذه الحالة لأدى ذلك إلى السماح لرجال السلطة العامة بتفتيش المتهم، وهو محظور قانوناً، لأن المادة 46 من قانون الإجراءات الجنائية المصري تنص على أنه "في الأحوال التي يجوز فيها القبض قانوناً على المتهم يجوز لمأمور الضبط القضائي أن يفتشه". فهي تشترط لصحة التفتيش أن يكون القائم به من رجال الضبط القضائي، وتدل بمفهوم الإشارة على أن القبض المنصوص عليه فيها هو ما يباشره مأمورو الضبط لا رجال السلطة العامة، وهو ما يوجب استبعاد القبض الذي يأمر به المحقق والاقتصار على القبض الجائز قانوناً لمأموري الضبط القضائي⁽¹⁾.

(1) د. عوض محمد عوض، التفتيش في ضوء أحكام النقض، مرجع سابق، فقرة 51، ص 64.

على فرضية وجود شخص متهم في قضية إرهابية وصدر إذن من النيابة العامة بالقبض عليه هنا يجوز لرجل الضبط القضائي تفتيش أمتعته خوفاً أن يكون حاملاً لمتفجرات أو جهاز موبايل يحتوي على ريموت كمنترول أو لديه لابتوب فيه كل المعلومات التي يحتاجها رجال الضبط لمنع حدوث كارثة أو معرفة من هم مساعده أو معاونوه في هذه العملية.

وفي مثال آخر، أباح المشرع التفتيش في الأحوال التي يجوز فيها لمأمور الضبط القضائي القبض على المتهم لا على القبض على المتهم فعلاً ومن ثم فإن التفتيش يصح قانوناً⁽¹⁾ مادام حق مأمور الضبط القضائي في القبض على المتهم قد ثبت قانوناً ولو لم يكن بعد قد قبض عليه فعلاً. ومن ثم يجب أن يهدف التفتيش إلى الحصول على أدلة هذه الجريمة ولا يصح أن يتجاوزها إلى غرض آخر، كما يجب أن يكون هناك تقارب زمني بين إجراء القبض والتفتيش بحيث إذا وقع القبض وجب إجراء التفتيش مباشرة، ولزم أن يجري التفتيش بمعرفة القائم بالقبض.

ومن الأمثلة النموذجية للقوانين التي نصت على تفتيش نظم الحاسب الآلي بناء على القبض على الأشخاص قانون سوء استخدام الحاسب في إنجلترا ذلك أن الجرائم المدرجة في القسمين الثاني والثالث من قانون سوء استخدام الحاسب يعاقب عليها عن الإدانة بعقوبة السجن لمدة خمس سنوات كحد أقصى. وذلك يعني أن

(1) بالنسبة لعملية التفتيش بالمعنى الفني الدقيق في مفهوم المادة 46 من قانوننا الإجرائي، فإنها تعني الكيان المادي للشخص محل التفتيش وما يتصل به. ويشمل هذا المفهوم جسم الإنسان وملابسه وأمتعته التي في حوزته متنقلاً بها باعتبارها من توابع الشخص.

هذه النوعية من الجرائم تستدعي القبض على المتهم طبقاً لقانون الشرطة والإثبات الجنائي 1984. وبالتالي لرجل الشرطة القبض على المتهم دون حاجة لصدور إذن بالقبض. كما أن له تفتيش محل إقامة المتهم بحثاً عن أدلة ذات قيمة تتلق بالجرمة المعلوماتية التي تم القبض عليها بسببها⁽¹⁾.

وإزاء الفراغ التشريعي يمكن الاجتهاد في حدود النصوص الإجرائية التقليدية. وعلى ذلك يمكن القول إن نص المادة 46 من قانون الإجراءات الجنائية المصري يتسع ليستوعب تفتيش نظم الحاسب الآلي بناء على القبض على الأشخاص. وفي هذا الخصوص نشير إلى أن الشخص بوصفه محلاً لتفتيش نظم الحاسب الآلي قد يكون من مشغلي أو مستخدمي الحاسب، أو من خبراء البرامج سواء كانت برامج نظام أو برامج تطبيقات، أو من المحللين، أو من مهندسي الصيانة والاتصالات، أو من مديري النظم المعلوماتية ... الخ.

وفي هذا الخصوص نشير إلى أن الشخص كمحل لتفتيش نظم الحاسب الآلي يعني تحسس ملابسه وفحصها بدقة وإخراج ما يخفيه الإنسان فيها من متحصلات الجريمة المعلوماتية. كما يعني تفتيش الأمتعة التي في حوزته بحثاً عن أي جزئيات أمامه في طريق عام مادام ظاهر الحال لا يوحي بتحليه عنها. كما لا يشترط أن

(1) Wasik (Martin): " Computer Crimes and other Crimes against information Technology in The United Kingdom, R.I.D.P.1993.P.233

أشار إليه د. هلالى عبد اللاه أحمد، تفتيش نظم الحاسب الآلي وضمانات المتهم المعلوماتي، مرجع سابق، ص 156.

تتخذ هذه الأمتعة شكلاً معيناً فقد تكون في شكل حقائب أو صناديق أو لفائف أو غير ذلك من أشكال تفيض عن الحصر. ففي كل هذه الحالات تعتبر امتداد لشخصه وتخضع للقواعد المتعلقة بتفتيش الأشخاص وبالتالي فإن القبض على المتهم وتفتيشه يبيح تفتيشها⁽¹⁾. كما أن عملية التفتيش التي يقوم بها مأمور الضبط القضائي في سيارة كان يقودها وهو يخفي بداخلها كميات من البرامج المنسوخة أو المقلدة تعتبر من عمليات التفتيش الخاضعة لأحكام تفتيش الأشخاص⁽²⁾.

وبسبب الاستخدام المتزايد للحاسوب المحمول وأجهزة التخزين الإلكترونية الأخرى، فإن رجال الضبط القضائي غالباً ما يفاجئون بوجود حواسيب عند القيام بالتفتيش بالتبعية للقبض المشروع. كذلك ربما يكون المشتبه فيهم يحملون أجهزة استدعاء أو هواتف محمولة أو مساعدات رقمية شخصية مثل حاسوب نقال عند القبض عليهم. فهل استثناء التفتيش حال القبض يسمح لرجل الضبط القضائي بالاطلاع على ذاكرة جهاز تخزين الكتروني وجد مع الشخص المقبوض عليه أثناء التفتيش بغير إذن أثر القبض؟ ففي حالة الاستدعاء الإلكترونية، فالإجابة بوضوح "نعم" حيث إنه استناداً إلى قضية Robinson فإن المحاكم تسمح بشكل موحد لرجال الضبط

(1) د. سامي حسني الحسيني، النظرية العامة للتفتيش في القانون المصري والمقارن، المرجع السابق، فقرة 130، ص 247.

(2) د. هلاي عبد اللاه أحمد، تفتيش نظم الحاسب الآلي وضمانات المتهم المعلوماتي، مرجع سابق، ص 157.

القضائي بالاطلاع على جهاز الاستدعاء الإلكتروني الذي يحمله الشخص المقبوض عليه أثناء القبض. قرر القضاء (إن الاطلاع على الأرقام في جهاز الاستدعاء الموجود في حقيبة ملصقة بالكروسي المتحرك الخاص بالمتهم خلال عشرين دقيقة من القبض عليه يقع داخل استثناء التفتيش أثر القبض. هذا ولم تقرر المحاكم بعد ما إذا كانت قضية Robinson تسمح بالتفتيش بغير إذن لأجهزة التخزين الإلكترونية التي تحتوي على معلومات أكثر من جهاز الاستدعاء⁽¹⁾، وبشأن تفتيش العالم الورقي فإنه من المؤكد أن هناك حالات سمحت بالتوسع في التفتيش لمواد مكتوبة تم اكتشافها بالصدفة أثر القبض المشروع⁽²⁾. فعلى سبيل المثال قررت المحاكم بشكل موحد أنه ربما يقوم رجال الضبط القضائي بتفتيش جميع محتويات حافظة النقود الخاصة بالمشتبته فيه الموجودة معه. وبالمثل قررت محكمة واحدة أنه يمكن لرجال الضبط القضائي نسخ جميع محتويات فهرس عناوين وجد مع المتهم أثناء القبض عليه، وسمحت محاكم أخرى بتفتيش حقيبة المتهم التي كانت بجانبه أثناء القبض عليه. فإذا كان يمكن لرجال الضبط القضائي فحص محتويات حوافظ وفهارس العناوين والحقائب بغير إذن فمن الممكن أن يكونا قادرين على تفتيش نظائرها الإلكترونية وكذلك المنظومات الإلكترونية مثل الأقراص المرنة. قرر القضاء أن قيام رجال الضبط بتفتيش عربة المقبوض عليه

(1) د. عمر محمد بن يونس، الإجراءات الجنائية عبر الإنترنت في القانون الأمريكي، بدون دار نشر، 2006، ص 111.

(2) د. محمود عبد الغني جاد المولى، دور الدليل الإلكتروني في الإثبات الجنائي، دراسة مقارنة، دار الفكر الجامعي بالإسكندرية، 2019، ص 133.

وقاموا بشكل ملائم بضبط قرص مضغوط وجد في العربية، ولكن فشلوا في مناقشة فيما إذا كان رجال الضبط القضائي قد حصلوا على إذن قبل تفتيش القرص بحثاً عن صور داعرة للأطفال.

أن حدود هذه الحجة تتمثل في أن أي واقعة تفتيش أثير القبض يجب أن تكون معقولة ومشروعة- أي لا بد من وجود قيد موضوعي يتطلب توافر السبب المحتمل لمشروعية إصدار أوامر التفتيش⁽¹⁾، أي لا بد من وجود دلائل كافية على الاتهام تبرر إجراء التفتيش وهو شرط أساسي سواء كان التفتيش بناء على إذن قضائي، أم بدون إذن - ذلك أنه إذا كان تفتيش الأشياء المادية التي وجدت في حيازة المقبوض عليه ربما تكون دائماً مشروعة، فإن المزيد من التوسع في التفتيش في الظروف المختلفة ربما ينتهك التعديل الرابع. قرر القضاء في قضية Robinson عدم السماح بمزيد من التفتيش إثر القبض لأن مثل هذا التفتيش غير معقول أو مشروع وفق المجرى العادي للأمر). فعلى سبيل المثال فإن القدرة المتزايدة على التخزين في الحواسيب الصغيرة تقترح أن قاعدة الخط المضيء في قضية

(1) ويعتبر السبب المحتمل متوافراً متى كانت الوقائع والظروف تحمل الرجل الحريص (The Prudent man) على الاعتقاد بأن الشخص قد ارتكب أو يرتكب جريمة. ويتطلب ذلك تقيماً دقيقاً للمعلومات التي يصدر الإذن بناء عليها، وهذا التقييم الذي يقتضيه تطبيق السبب المحتمل يستند إلى معيار موضوعي مقتضاه أن الوقائع والظروف التي على أساسها يمكن القول بتوافر السبب المحتمل لإجراء التفتيش، يجب أن تقوم بناء على تقدير الرجل الحريص المبني على الإجراءات العملية والواقعية التي على أساسها يبني تصرفاته في حياته اليومية، وليس على أساس الخبرة الفنية لرجال القانون، وبالتالي يكون الإجراء مشروعاً إذا اتضح أن الرجل الحذر كان سيقوم بذات التصرف الذي اتخذته رجل الشرطة لو كان في موقفه.

Robinson ربما تطبق في حالة التفتيش الإلكتروني، أما في حالة الشك فإنه يجب على رجال الضبط القضائي التفكير في الحصول على إذن قبل فحص محتويات أجهزة التخزين الإلكترونية التي ربما تحتوي على كميات كبيرة من المعلومات⁽¹⁾.

وفي قضية Riley⁽²⁾ قبلت المحكمة الأدلة المستمدة من تفتيش موبيل ضمن الاستثناء المقرر لجواز التفتيش الذي يعقب القبض، وقد أكدت محكمة استئناف كاليفورنيا على هذا الحكم. وهذا هو ما تم تقريره في قضية Wurie حيث أجازت المحكمة لضابط البوليس الدخول إلى سجل المكالمات الخاص بالمتهم Wurie والذي تم القبض عليه في عملية تهريب مواد مخدرة إلى الخارج، ووجد الضابط موبايل المتهم وعليه عدة مكالمات لم يرد عليها أحد ففتحه ووجد به مكالمات من تليفون منزلي، تتبع الضابط المنزل الموجود به التليفون وبالفعل استصدر إذن تفتيش لهذا المنزل ووجدوا به مخبئاً للمواد المخدرة. ودفع المتهم بعدم صحة

(1) د. عمر محمد بن يونس، الإجراءات الجنائية عبر الإنترنت في القانون الأمريكي، بدون دار نشر، 2006، ص 111 وما بعدها.

(2) تتلخص وقائع قضية Riley في قيام ضابط شرطة في سان دييجو بتفتيش موبايل Riley بالتبعية للقبض عليه في جريمة إخفاء وحيازة أسلحة نارية في جوب أو كيس تحت غطاء محرك سيارته. وذلك لأن ضابط البوليس كان يريد إثبات الصلة بين Riley وبين أحد العصابات. وبالفعل أنتج تفتيش موبايل Riley عن الأدلة التي تثبت هذه العلاقة وهي تسجيلات على ذاكرة الموبايل. وقد قبلت المحكمة هذه الأدلة على أساس أن تفتيش الموبايل تم ضمن الاستثناء المقرر لجواز التفتيش الذي يعقب القبض، وقد أكدت محكمة الاستئناف كاليفورنيا على ذلك الحكم.

الإجراءات لأن الضابط لم يكن له الحق في تفتيش هاتفه، ولكن المحكمة رفضت دفعه في ضوء الاستثناء المقرر لجواز التفتيش الذي يعقب القبض⁽¹⁾.

ومع ذلك فإن المزيد من التوسع في التفتيش قد يصطدم مع التعديل الرابع للدستور الأمريكي، وفي هذا قرر القضاء أن قيام مأمور الضبط القضائي بتفتيش سيدة ضبطت في مخالفة مرورية وذلك ذاتياً بحصر ملابسها الداخلية عنها والفحص البصري لمناطق العفة منها هو تفتيش غير معقول وينتهك التعديل الرابع من الدستور. وتطبيق تلك القاعدة في حالة التفتيش التقني، فإنه يجب عدم التوسع فيه ويجب على رجال الضبط القضائي التفكير في الحصول على إذن قبل فحص محتويات أجهزة التخزين التقني التي ربما تحتوي على كميات كبيرة جداً من المعلومات⁽²⁾.

وأرى أنه إذا كان المقصود بالحماية الجنائية الإجرائية لحق المتهم في الخصوصية بأنها تتمثل في تلك القيود والضمانات الواردة في قانون الإجراءات الجنائية والتي يتعين على سلطات الدولة ممثلة في جهات جمع الاستدلالات وجهات التحقيق

Riley V. California, 134 S.Ct. 2473, 2489 (2014). United States V. (1)
Wurie, 728 F.3d 1,1 (1st cir. 2013).

أشار إليه، د. محمود عبد الغني جاد المولى، دور الدليل الإلكتروني في الإثبات الجنائي، مرجع سابق، ص 134.

(2) د. عمر محمد بن يونس، الإجراءات الجنائية عبر الإنترنت في القانون الأمريكي، مرجع سابق، ص 112.

الابتدائي والمحاكمة أن تلتزم بها عند قيام ظروف معينة تقتضي المساس بعناصر حق المتهم في الخصوصية، ومن ثم يقتضي أصل البراءة أن يعامل المتهم بجريمة أيا كان درجة جسامتها أو خطورتها باعتباره شخصاً بريئاً حتى تثبت إدانته بحكم قضائي بات. ويترتب على ذلك أنه على الرغم من إباحة المساس بحق المتهم في الخصوصية تغليباً لاعتبارات العدالة ولمصلحة المجتمع في مكافحة الجريمة وضبط المجرمين على حق المتهم في الخصوصية، إلا أن أصل البراءة يقتضي عدم تجريد هذا الحق من أية حماية قانونية تهدره كلية أو تفرغه من مضمونه، فاعتبارات العدالة ومصلحة المجتمع في مكافحة الجريمة وضبط المجرمين لا تبيح ذلك، بل هي تسمح فقط - وفي أضيق نطاق - بالمساس بهذا الحق في الحدود التي تقتضيها تلك الاعتبارات.

ومن ثم فإننا نرى علاج هذا القصور، الذي سيؤثر بلا شك على فعالية الحماية الجنائية الإجرائية للحق في عدم انتهاك الخصوصية في حالة تفتيش الموبايل أو اللابتوب عند جواز القبض على المتهم إلا في أضيق الحدود، كما أرى ضرورة صياغة النصوص بوضوح ودقة بالغين وبما يمكن رجال الضبط والتحقيق أولاً وقبل غيرهم، من معرفة مدى مشروعية تصرفهم في الحالات المتماثلة ومطابقته للقانون من الناحية الإجرائية من عدمه، ومع تسليمنا بصعوبة حصر وتحديد كافة الفروض والاحتمالات التي قد يتعرض لها رجال الضبط والتحقيق وإنزال حكم القانون على كل منهما، إلا أن القاعدة العامة أن ما لا يدرك كله لا يترك كله، تقتضي أنه مع

التسليم بتلك الصعوبات - إلا أنه يتعين على الأقل صياغة النصوص التي تواكب كل الظروف التي تتناول الحقوق والحريات.

ومن ثم يثار التساؤل: هل لمأمور الضبط القضائي تفتيش الأجهزة التقنية التي ضبطت حوزة المتهم أيا كانت الجريمة المقبوض عليه فيها؟

يجب التفرقة بين أمرين:

الأمر الأول: إذا كان القبض لجريمة من الجرائم التقنية، فإنه يحق لمأمور الضبط القضائي تفتيش الأجهزة التقنية الموجودة حوزة المتهم؛ لأن ذلك التفتيش يُعد تفتيش قضائي بحثاً عن أدلة الجريمة الموجودة في حوزة المتهم.

الأمر الثاني: إذا القبض لجريمة تقليدية، فلا يجوز القيام بتفتيش هذه الأجهزة التقنية؛ لأن ذلك يُعتبر من قبيل تجاوز الغرض من التفتيش إلا إذا كان متصوراً العثور على أدلة الجريمة.

المبحث الثاني التلبس بالجريمة المعلوماتية

تمهيد

الأصل أن اختصاص مأموري الضبط القضائي ينحصر في جمع الاستدلالات اللازمة للتحقيق والدعوى، غير أن المشرع المصري شأنه شأن المشرعين في مختلف الدول رتب على توافر حالة التلبس بالجريمة منح مأمور الضبط القضائي بعض الاختصاصات الممنوحة أصلاً لسلطة التحقيق، فخرج باختصاص الضبط القضائي عن إطاره التقليدي⁽¹⁾.

وإذا كان الأثر الحالي لحالة التلبس بالجريمة⁽²⁾ هو تخويل مأمور الضبط القضائي استثناء بعض سلطات التحقيق، فإن الأمر لم يكن كذلك في بادئ الأمر، إذا كانت حالة التلبس يقتصر أثرها على مقدار العقوبة الموقعة⁽³⁾.

(1) د. إبراهيم حامد طنطاوي، التلبس بالجريمة وأثره، ط 1، بدون دار نشر، 1995، فقرة 1، ص 7.

(2) أما الأمر في حالة التلبس بالجريمة في ظل التشريعات القديمة كان يترك أثرين: أحدهما متعلق بأسلوب الإجراءات وثانيهما بجسامة العقوبة، حيث كانت عقوبة الجريمة المتلبس بها نظراً لما تنثيره من سخط وغضب عام أشد من عقوبة الجريمة المتلبس بها.

Jean Larguier, procedure penal, 12^{ém} édi, paris, édi Dalloz, 1989, p.35.
Roger Merle, André vitu, traité de droit criminal, 2^{ém} édi paris édi CUJAS, 1973, tome 2, P.41-413.

(3) د. محمد مصطفى القلي، أصول قانون تحقيق الجنايات، ط 3، مكتبة ومطبعة مصطفى الحلبي وأولاده، 1954، ص 176.

أسباب توسيع سلطات مأمور الضبط القضائي في أحوال التلبس

- القبض على المتهم قبل فراره⁽¹⁾ والمحافظة على أدلة الجريمة من الضياع⁽²⁾،
ومن ثم مادام الدليل عليها ينبض بالحياة، فإن مظنة الخطأ في التقدير منتفية أو
ضعيفة الاحتمال.

- إرضاء الرأي العام.

- تحقيق الردع العام والحاص.

(1) في حالة التلبس لا حاجة لاحترام القواعد الشكلية المقررة في القانون لإثبات الجريمة على
المتهم؛ لأن الجريمة واقعة وأدلتها ظاهرة واضحة لا خفاء فيها، ولفحص الأدلة في الوقت الملائم
قبل أن تضيع ويطمس معالمها. د. محمد علي سالم عياد الحلبي، ضمانات الحرية الشخصية أثناء
التحري والاستدلال، رسالة دكتوراه، كلية الحقوق، جامعة القاهرة، 1980، ص200؛ د. محمد
صالح حسين أمين، دور النيابة العامة في الدعوى العمومية في القانون المقارن، رسالة دكتوراه،
كلية الحقوق، جامعة القاهرة، 1980، ص 222؛ نجمة النجيري، التلبس بالجريمة وأثره على
الحرية الشخصية في القانون الجزائري والمقارن، رسالة ماجستير، كلية الحقوق، جامعة
الإسكندرية، 1430 هـ-2009م، ص 11.

وانظر أيضاً:

Michèle-Laure Rassat, Le ministère public entre son passé et son
avenir, paris, librairie Générale de droit et de jurisprudence, 1967,
p.173.

(2) د. أحمد شوقي الشلقاني، مبادئ الإجراءات الجزائية في التشريع الجزائري، ج 2، ديوان
المطبوعات الجامعية بالجزائر، 1999، ص 178، ص117؛ د. علي حسن كلداري، البطلان
في الإجراءات الجنائية في ضوء قانون الإجراءات الجزائية الاتحادي لدولة الإمارات العربية
المتحدة وقانون الإجراءات الجنائية المصري، رسالة دكتوراه، كلية الحقوق، جامعة الإسكندرية،
2002، ص 226.

المطلب الأول

شروط ممارسة التفتيش بناء على حالة التلبس بمعرفة مأمور الضبط القضائي

تمهيد

يُعد التفتيش إجراء من إجراءات التحقيق يهدف إلى البحث عن الحقيقة في مستودع السر، لذلك فهو من أهم إجراءات التحقيق في كشف الحقيقة لأنه غالباً ما يسفر عن ضبط أدلة مادية تؤيد نسبة الجريمة إلى المتهم. والقاعدة أن حالة التلبس تخول لمأمور الضبط القضائي سلطة تفتيش المتهم.

ومن ثم تتمثل شروط التفتيش المعلوماتي بناء على حالة التلبس كاختصاص استثنائي تلقائي لمأمور الضبط فيما يلي:

الفرع الأول: وقوع جريمة معلوماتية في حالة تلبس بكافة عناصرها وشروطها.

الفرع الثاني: أن تكون الجريمة المعلوماتية من نوع الجنائية أو الجنحة المعاقب عليها بالحبس.

الفرع الثالث: توافر الدلائل الكافية على الاشتباه في ارتكاب جريمة معلوماتية.

الفرع الأول

وقوع جريمة معلوماتية في حالة تلبس بكافة عناصرها وشروطها

لا يستطيع مأمور الضبط الجنائي مباشرة التفتيش المعلوماتي كإجراء تحقيق إلا بصدد جريمة معلوماتية وقعت بالفعل. ويرجع ذلك إلى أن إجراءات التحقيق - ومنها التفتيش المعلوماتي - لا تتم مباشرتها إلا حيال جريمة وقعت بالفعل. وعليه فلا يصح مباشرة هذا الإجراء ولو وجدت تحريات جدية تدل على عزم الأشخاص على ارتكاب جريمة معلوماتية⁽¹⁾.

ومن ثم يشترط أن تكون جريمة متلبس بها، يعني أن تقوم إحدى حالات التلبس وأن تتوافر حالة التلبس بجميع عناصرها وشروطها، وبصفة خاصة أن يكون مأمور الضبط القضائي قد عاين بنفسه حالة التلبس، وأن تكون هذه المعاينة قد تمت من خلال طريق مشروع. ويتصور قيام حالة التلبس في الجريمة التقنية: ومن ذلك أن يكون مأمور الضبط القضائي في أحد مقاهي الإنترنت ويلاحظ قيام المتهم بجواره بالدخول على المواقع الإباحية الخاصة بالأطفال بل ويقوم بطباعة تلك الصور وهنا تتوافر حالة التلبس وخاصة أن هذا الفعل مؤثم بموجب المادة 116 مكرر (أ) من قانون الطفل المصري رقم 12 لسنة 1996 المضافة بالقانون رقم 126 لسنة 2008. ومنها أيضاً وجود مأمور الضبط القضائي بأحد المطاعم وقيام المتهممة بإرسال صور فاضحة ورسائل تحرض على الفسق للموجودين بالمكان عبر

(1) نقض جنائي مصري، 1 مارس 1966، أحكام النقض، س 17، رقم 42، ص 221؛ نقض جنائي مصري، 17 مارس 1974، س 25، رقم 64، ص 293؛ نقض جنائي مصري، 24 نوفمبر 1980، س 31، رقم 199، ص 1029.

(البلوتوث) وذلك بغير تمييز فتصل هذه الرسائل وتلك الصور لمأمور الضبط القضائي⁽¹⁾.

لذا لا يشترط لمباشرة سلطة القبض أن يشاهد المتهم وهو يرتكب جريمته، بل تظل هذه السلطة قائمة مادامت حالة التلبس بالجريمة مازالت قائمة. لذلك يتعين وجود الجريمة في إحدى حالات التلبس. ومن باب أولى فإن مشاهدة المتهم وهو يرتكب الجريمة تتحقق به حالة التلبس مما يجيز القبض عليه ومنها على سبيل المثال في جريمة ارتكاب السلوك المادي قوامها امتناع مقدم الخدمة والتابعون له عن توفير كافة الإمكانيات الفنية حال طلب جهات الأمن القومي⁽²⁾ لها ليتمكنوا من ممارسة اختصاصاتهم وفقاً للقانون⁽³⁾.

ومتى وجدت الجريمة في حالة تلبس فلا أهمية لما إذا كانت هذه الجريمة قد وقعت تامة أو وقفت عند حد الشروع المعاقب عليه مثل الشروع في ارتكاب جريمة حصول الغير على بيانات المستخدمين إذا بدأ المتهم البدء في تنفيذ الركن المادي للجريمة في حق أي من غير مقدمي خدمات تقنية المعلومات ووكلائهم وموزعيهم

(1) د. مصطفى علي خلف، الضوابط الإجرائية لجرائم التقنية الحديثة، مرجع سابق، ص 152.
(2) جهات الأمن القومي على محو ما ورد في تعريف قانون مكافحة جرائم تقنية المعلومات هي رئاسة الجمهورية، ووزارة الدفاع، ووزارة الداخلية، والمخابرات العامة، وهيئة الرقابة الإدارية.
(3) نصت الفقرة الثالثة من المادة 2 من قانون تقنية المعلومات المصري على أنه "مع مراعاة حرمة الحياة الخاصة التي يكفلها الدستور، يلتزم مقدمو الخدمة والتابعون لهم، أن يوفرُوا حال طلب جهات الأمن القومي، ووفقاً لاحتياجاتها كافة الإمكانيات الفنية التي تتيح لتلك الجهات ممارسة اختصاصاتها وفقاً للقانون".

التابعين لهم الحصول على بيانات المستخدمين⁽¹⁾، ففي ذات الوقت الذي أباح فيه قانون تقنية المعلومات المصري لمقدمي خدمات تقنية المعلومات ووكلائهم وموزعيهم لهم الحصول على بيانات المستخدمين فقد حظر ذلك على غيرهم إذا خاب أو أوقف أثره لسبب لا يد للمتهم فيه.

كذلك لا أهمية لما إذا كانت الجريمة المتلبس بها عمدية أو غير عمدية

عاقب المشرع على الاعتداء على الأنظمة المعلوماتية المملوكة للدولة أو لشخص اعتباري عام أو كانت تدار بمعرفتها أو لحسابها أو يخصها. والسلوك المادي المؤثم في هذه الصورة البسيطة للجريمة هو واحد من أمرين، الأول هو الدخول غير المشروع- الدخول عمداً - أو الدخول بطريق الخطأ والبقاء بدون وجه حق أو تجاوز الحق المخول في الدخول من حيث الزمان أو مستوى الدخول، والأمر الثاني هو الاختراق⁽²⁾.

ومثال التلبس لجريمة الدخول غير المشروع قيام "الهكرز" بالدخول إلى شبكة نظام معلوماتي لأحد البنوك والتلاعب في الحسابات وعمل تحويلات مالية من حساب إلى آخر أو دخول موظف من موظفي البنك إلى حساب أحد العملاء ليكشف سرية حساباته بدون قرار بذلك من الجهة المختصة وبدون وجه حق له في الدخول.

(1) نصت الفقرة رابعا من المادة (2) من القانون على أن " يلتزم مقدمو خدمات تقنية المعلومات ووكلائهم وموزعوهم التابعون لهم المنوط بهم تسويق تلك الخدمات بالحصول على بيانات المستخدمين، ويحظر على غير هؤلاء القيام بذلك"؛ نصت الفقرة الثانية من المادة 33 من قانون تقنية المعلومات المصري على أن "يعاقب بغرامة لا تقل عن عشرين ألف جنيه ولا تجاوز مائتي ألف جنيه كل مقدم خدمة خالف أحكام الفقرة ثانياً ورابعاً من المادة 2 من هذا القانون.

(2) بهاء المري، شرح جرائم تقنية المعلومات القانون رقم 175 لسنة 2018، منشأة المعارف بالإسكندرية، 2019، ص 150.

والتلبس بجريمة البقاء بعد الدخول خطأ يعني أن الجاني لم تتصرف نيته منذ البداية إلى دخول الحساب الخاص أو الموقع أو البريد الإلكتروني أو النظام المعلوماتي الذي يدار بمعرفة أو لحساب الدولة أو لشخص اعتباري عام أو مملوكة لهما أو يخصهما ولكنه دخله مصادفة أو قام موقع آخر مثلاً بتحويله إليه وهو ليس له حق الدخول عليه ولكنه لم ينصرف حالاً أي لم يخرج من النظام وانصرفت ارادته إلى البقاء فهنا يُعد بقاءه في الموقع أو الحساب أو النظام المعلوماتي غير مشروع، وهنا تقوم الجريمة بسلوك سلبي.

ونخلص مما سبق، إلى أن مباشرة التفتيش لا تجوز بدون إذن إلا إذا قامت حالة التلبس صحيحة وبطريق مشروع فإذا لم يتحقق ذلك وقام مأمور الضبط القضائي بإجراء التفتيش كان هذا التفتيش باطلاً طالما أنه أجرى دون إذن من السلطة المختصة، ومن ثم فإن بطلان التفتيش يمكن أن يكون نتيجة سلبية تشمل في عدم قيام حالة التلبس، كما أنه يمكن أن يكون نتيجة حالة إيجابية تتمثل في قيام التلبس ولكنها لم تستجمع شروط صحتها ففي الحالة الأولى يبطل التفتيش إذا كانت حالة التلبس بالجريمة لم تقم أصلاً وهو ما يتحقق بوقوع التفتيش على شخص لم يكن في حالات التلبس المقررة قانوناً⁽¹⁾.

يُعتبر التخلي بعد الأمر بعدم التحرك تخلياً إرادياً

من المقرر أن الأمر بعدم التحرك الذي يصدره مأمور الضبط القضائي إلى الحاضرين بالمكان الذي يدخله بوجه قانوني هو إجراء قصد به أن يستقر النظام في هذا المكان حتى يتم المهمة التي حضر من أجلها⁽²⁾. لما كان ذلك فإن

(1) نقض جنائي مصري، جلسة 26 يناير 1970، أحكام النقض س 21، ص 172.

(2) د. محمد شتا أبو السعد، التلبس بالجريمة، دار الفكر الجامعي، بدون سنة نشر، ص 44.

مأمور الضبط القضائي الذي دخل إلى مقهى انترنت لملاحظة حالة الأمن وأمر الحاضرين فيه بعدم التحرك استقراراً للنظام، فإن تخلي الشخص الذي يحوز معدات وبرامج ونحوها بدون تصريح المنصوص عليها في المادة (22) من قانون مكافحة جرائم تقنية المعلومات وألقاها بعيداً عنه أو على الأرض يعتبر أنه حصل طواعية واختياراً مما يرتب حالة التلبس بالجريمة التي تبيح التفتيش والقبض.

حكم خلق حالة التلبس والتحايل عليها لتفتيش المتهم من قبل مأمور الضبط القضائي

لرجل الضبط اتخاذ الإجراءات اللازمة لضبط جريمة - جلب الشيء واستيراده بالذات أو بالواسطة متى تجاوز المتهم بفعله الخط الجمركي، ومن صور السلوك المادي في هذه الجريمة أيضاً قيام الجاني باستيراد هذه الأشياء سواء بشخصه أو بالواسطة بدون مسوغ من الواقع أو القانون وبدون تصريح من الجهاز القومي لتنظيم الاتصالات مادام أن هذا الجلب كان بغرض استخدام أي من هذه الأشياء المجلوبة في ارتكاب جريمة من الجرائم المنصوص عليها في قانون مكافحة جرائم تقنية المعلومات أو إخفاء أثر هذه الجريمة أو أدلتها أو تسهيل ذلك⁽¹⁾ - متلبساً بها. ما دام الغرض هو اكتشاف الجريمة لا التحريض عليها⁽²⁾.

(1) المادة (22) من قانون مكافحة جرائم تقنية المعلومات المصري رقم 175 لسنة 2018.

(2) يُقصد بالمرحض الصوري، هو ذلك النوع من التحريض الذي لا يقوم فيه المرحض بنشاطه التحريضي من أجل تحقيق المصلحة التي تحققها الجريمة عادة لمن يرتكبها أو لمن يكلف الغير بارتكابها، ولكن من أجل تحقيق مصلحة أخرى هي إيذاء المرحض، وذلك بدفعه إلى البدء في تنفيذ الجريمة أو الشروع فيها حتى ينال العقاب المقرر لها. د. عبد الفتاح مصطفى الصيفي، الاشتراك بالتحريض ووضعه من النظرية العامة للمساهمة الجنائية، دراسة مقارنة، رسالة دكتوراه، كلية الحقوق، جامعة الإسكندرية، 1958، فقرة 310، ص 336.

تظاهر مأمور الضبط القضائي برغبته في شراء شيئاً من أجهزة أو معدات أو برامج أو أكواد المرور أو الشفريات أو أي بيانات مماثلة متى كان بيع المتهم لهذه الأشياء بدون تصريح من الجهاز القومي لتنظيم الاتصالات أو بدون مسوغ من الواقع أو القانون وثبت أن هذا البائع يعلم أن الغرض من شرائها هو استخدامها في ارتكاب جريمة من الجرائم المنصوص عليها في قانون مكافحة جرائم تقنية المعلومات أو إخفاء أثر هذه الجريمة أو أدلتها أو تسهيل ذلك⁽¹⁾. كما أنه لا يجوز لمأمور الضبط تقديم فيروس إلى شخص لمساعدة في عملية قرصنة الكترونية ثم القبض عليه أو تقديم له مصنع فني عبر الهاتف المحمول ثم القبض عليه بجريمة من جرائم المصنفات.

ومن ثم فإن كل إجراء يقوم به مأمور الضبط القضائي في سبيل الكشف عن الجريمة والتوصل إلى معاقبة مرتكبها يعتبر صحيحاً⁽²⁾. ما لم يتدخل بفعله في خلق الجريمة أو التحريض عليها، وطالما بقيت إرادة الجاني حرة غير معدومة. ولا تثريب على مأمور الضبط أن يصطنع في ذلك الحدود من الوسائل البارعة ما يصل به لمقصوده في الكشف عن الجريمة ولا يتصادم مع أخلاق المجتمع⁽³⁾.

(1) نفس الهامش السابق، نفس الموضوع السابق.

(2) عدلي خليل، التلبس بالجريمة، ط 1، دار النهضة العربية، 1989، ص 125.

(3) نقض جنائي مصري، جلسة 14 أبريل 1968، طعن رقم 310، س 19، ص 438؛ نقض جنائي مصري، جلسة 17 مارس 1969، طعن رقم 111، س 39 ق، ص 20، ص 335؛ وتتمثل عناصر التحريض السوري في الآتي:

- يشترط لتحقيق التحريض السوري أن يباشر " المحرض " نشاطاً تحريضياً يتجه إلى تحريض الغير على ارتكاب جريمة معاقب عليها. ويستوي أن يكون التحريض إيعازاً أو إثارة أو تعزيزاً.

معاينة مأمور الضبط القضائي لحالة التلبس بنفسه

يجب أن يعاين أو يدرك مأمور الضبط القضائي المظاهر الدالة على حالة التلبس بنفسه، ومن ثم إذا محيت آثار الجريمة ولم يستطع مأمور الضبط مشاهدة حالة التلبس بنفسه فلا تلبس، ومن ثم فلا يوجد مسوغ لتفتيش المتهم؛ ولذا فإن قيام المتهم بتوليد جهاز أو معدة من المعدات من جهاز أو أنتج برنامجاً أو أكواد مرور أو شفرات أو أي بيانات مماثلة بدون تصريح من الجهاز القومي لتنظيم الاتصالات بدون مسوغ من الواقع أو القانون، وكان الغرض من ذلك استخدامها في ارتكاب جريمة من الجرائم المنصوص عليها في قانون مكافحة جرائم تقنية المعلومات المصري ثم محى آثار هذه الجريمة ولم يستطع مأمور الضبط القضائي مشاهدة حالة التلبس بنفسه فلا تلبس، ومن ثم فلا يوجد مسوغ لتفتيش المتهم.

التلبس ذو طابع عيني

يتسم التلبس بأنه نظام قانوني بالصفة العينية ولا ينشأ بناء على عناصر شخصية (1).

على أنه يجب أن تتوافر رابطة السببية بين هذا النشاط وبين النتيجة التي كام من المفروض أن تتحقق.

- أن يكون غرض المحرض هو الوقوف بالجريمة لدى مرحلة الشروع فيها دون أن ينصرف قصده إلى تحقيق النتيجة كاملة.

- يشترط أن يحول المحرض دون تحقق النتيجة، ولا يتوافر له هذا إلا إذا كان تدخله في لحظة سابقة على تحقق النتيجة الإجرامية.

(1) د. محمود نجيب حسني، شرح قانون الإجراءات الجنائية وفقاً لأحدث التعديلات التشريعية، تنقيح د. فوزية عبد الستار، ج 1، ط 4، دار النهضة العربية، 2011م، فقرة 461 وما بعدها، ص 456؛ عدلي خليل، التلبس بالجريمة، مرجع سابق، ص 125؛ د. منير عبد المعطي، التلبس بالجريمة، دار العربي للنشر والتوزيع بالقاهرة، 2000م، ص 12.

وينبغي على ما سبق أن الجريمة قد تتم مشاهدتها دون أن يتم مشاهدة فاعلها. ومن ثم فلا يشترط لتوافر التلبس رؤية الجاني وهو يرتكب الجريمة، فقد تُشاهد الجريمة دون أن يشاهد فاعلها. فالتلبس يتوافر مثلاً من تبليغ المجني عليها بأن المتهم اخترق جهاز الحاسب الخاص به ومن ثم تمكن من الاستيلاء على بعض الملفات مثل الصور الشخصية للضحية، وركب تلك الصور على أجساد عاريات، وبدأ في ابتزازها بإقامة علاقة محرمة معها وإلا حمل هذ الصور على مواقع الإنترنت. وبعد موافقة المجني عليها عمل رجل الضبط على اختراق جهاز الحاسب الخاص بالضحية المبلغة عن بعد، وتكون من رصد حوار مكتوب بين المجني عليها والمتهم، وفيه استمر في ابتزازها وأرسل لها بعضاً من الصور التي ركبها. وفور ذلك تمكن رجل الضبط من معرفة المتهم ومكان وجوده من خلال رقمه التعريفي واخترق جهاز الحاسب الخاص بالمتهم وبتفتيشه عثر رجل الضبط على بعض الملفات التي تحوي صور المجني عليها والصور التي قام المتهم بتركيبها، والصور التي أرسلها للضحية؛ ومن ثم تعد حالة تلبس (1).

وقد يكون التلبس عن طريق البلوتوث، وذلك عن طريق إرسال رسائل البلوتوث لا يمكن معرفة مصدر الإرسال ففي نطاق رسائل البلوتوث لا يمكن معرفة الفاعل - المرسل - فتكون حالة التلبس متوافرة لأن التلبس ظرف عيني وليس شخصي تلازم الفعل لا الفاعل حيث يتحقق التلبس بمشاهدة الجريمة لا بمشاهدة الجاني، وإنما في

(1) د. مصطفى علي خلف، الضوابط الإجرائية لجرائم التقنية الحديثة، مرجع سابق، ص 154.

هذه الحالة يحق لرجل الضبط الجنائي أن يتخذ إجراءاته في نطاق الإرسال الذي قدره عشرة أمتار على أقل تقدير (1).

وقد يقوم التلبس أيضاً عن طريق إرسال رسائل WhatsApp فإن التلبس يكون متحققاً بكافة ظروفه إذا أرسلت مثلاً مقاطع مخلة على مجموعة معينة مشتركة في تجمع لبرنامج WhatsApp وفي هذه الحالة يمكن بسهولة تحديد الفاعل لظهور رقم هاتف على المقطع أو الصورة المرسلة.

ولذا ينبغي على كون التلبس حالة تلازم الجريمة، أن الرؤية بذاتها ليست هي الوسيلة الوحيدة لكشف حالة التلبس.

(1) د. محمود عمر محمود، الجرائم المعلوماتية والإلكترونية، دراسة مقارنة بين الشريعة الإسلامية والقانون الوضعي، ط 1، خوارزم العلمية، 1436 هـ - 2015 م، ص 182.

الفرع الثاني

أن تكون الجريمة المعلوماتية من نوع الجناية أو الجنحة المعاقب عليها بالحبس

لا تمتد سلطة مأمور الضبط القضائي إلى الجرائم التلبس بها كافة وإنما الأمر على التفصيل الآتي:

بالنسبة للجنايات

تمتد سلطة مأمور الضبط القضائي لتفتيش الشخص المتهم بالنسبة للجرائم المتلبس بها إلى كل فعل في قانون تقنية المعلومات يُعد جنائية بغض النظر عن نوع العقوبة المقررة لها قانوناً⁽¹⁾.

الجنح

خول المشرع مأمور الضبط القضائي حق التفتيش في حالة الجنح المتلبس بها حيث تطلب ضمانتين هما:

- أن تكون الجنحة معاقباً عليها بعقوبة الحبس أو تكون عقوبة الحبس تخييرية مع عقوبة الغرامة.

- أن تزيد عقوبة الحبس المقررة للجنحة عن ثلاثة أشهر. والنظر في تحديد مدة الحبس إنما يكون إلى حده الأقصى الذي يستطيع القاضي أن يبلغه.

(1) نعيم عطية، التلبس بالجريمة وأثره على الحرية الشخصية، مجلة الأمن العام، عدد 96، يناير 1982، ص 57.

مثال: يعاقب على جريمة الدخول غير المشروع في صورتها البسيطة للسلوك
المادي: الحبس مدة لا تقل عن سنة وبغرامة لا تقل عن خمسين ألف ولا تجاوز
مائة ألف جنية أو بإحدى هاتين العقوبتين.

الفرع الثالث

توافر الدلائل الكافية على الاشتباه في ارتكاب جريمة معلوماتية:

تُعد الدلائل الكافية شرط لمباشرة أي إجراء ينطوي على مساس بحرية المتهم وهي تمثل الضمان الوحيد الذي رسمه المشرع الإجرائي المصري للأفراد لحمايتهم من كل إجراء قد يكون ضاراً بهم.

ماهية الدلائل الكافية

بادئ ذي بدء نقرر أنه رغم الجهود الفقهية والقضائية لمحاولة تحديد الدلائل الكافية، إلا أنها فكرة مرنة يشوبها الغموض، وقد تطرق الفقهاء في تعريفاتهم إلى وضع تعريف محدد للدلائل الكافية.

- عرف أحد الشراح الدلائل الكافية بأنها:

علامات خارجية أو شبهات معقولة تستنبط من ظواهر الأمور، دون ضرورة التعمق في تحصيلها وتقليب وجود الرأي فيها، وهي لا تكفي وحدها للإدانة بل تؤدي إلى البراءة⁽¹⁾.

أو هي الوقائع والظروف التي تؤيد علم رجل الضبط القضائي وتشير إلى ارتكاب الجريمة طبقاً لمعيار الرجل المتوسط الحذر والمتبصر⁽¹⁾.

(1) د. رؤوف عبید، المشكلات العملية الهامة في الإجراءات الجنائية، ج 1، ط 3، دار الفكر العربي، 1980، ص 31.

ومن ثم فهي:

- وقائع محددة وملموسة.

- يستنتج منها أن شخصاً معيناً ارتكب الجريمة.

- تستمد الدلائل من واقع الحال من مجموعة من المظاهر المادية التي تؤيد نسبة الجريمة إلى شخص معين مثل مشاهدة المتهم قبل وقوع جريمة بتغيير المعطيات أو المعلومات الموجودة داخل النظام أو الموقع أو الحساب الخاص من أجل استبدالها بمعطيات أو معلومات أو بيانات أخرى عن طريق التلاعب في البرامج وذلك بالإمداد بمعطيات مغايرة أو بيانات أو معلومات عن تلك التي صمم البرنامج عليها.

وأيضاً يكفي للقول بقيام حالة التلبس أن تكون هناك مظاهر خارجية تنبئ عن قيام المتهم بالاعتداء على سلامة البيانات أو المعلومات والنظم المعلوماتية باعتراضها عن طريق برامج معلوماتية كالفيروس المعلوماتي، ومن ثم يجوز القبض على المتهم والتفتيش.

1) (Lawrence C. Eaddington, Criminal Evidence, Glencoe Publishing Co. Inc, Rncino California, P.27.

ولا يرقى التبليغ عن الجريمة المعلوماتية إلى مرتبة الدلائل الكافية، بل يتعين أن تعززه تحريات تجري بمعرفة الضبط تؤيد ما جاء بالبلاغ. كذلك فإن مجرد الشك والارتياب لا يعتبر من قبيل الدلائل، لأنه حدس ورجم بالغيب.

أما كفاية الدلائل فتعني قوتها بحيث يصح معها في العقل اسناد جريمة معينة إلى شخص معين، ولا يشترط للقول بقوتها أن ترقى إلى مرتبة الأدلة، فهي وإن كانت تصلح لمباشرة رجل الضبط القضائي لبعض الإجراءات الماسة بحرية المتهم إلا أنها لا تصلح سبباً للإدانة أمام محكمة الموضوع وإنما تصلح سبباً للبراءة إعمالاً لنص المادة 304 إجراءات. وتؤسس البراءة في هذه الحالة على أساس عدم ثبوت الواقعة المعلوماتية في حق المتهم لأن هذه الدلائل لا تجزم بأن متهماً معيناً هو الذي ارتكب الجريمة وإنما تثير غباراً حوله قد يكفي للشك في صحة موقفه ولكنها لا تكفي للحكم بإدانتته.

معيار الدلائل الكافية

وتقدير كفاية الدلائل متروك لتقدير رجل الضبط القضائي وبحيث يخضع تقديره لرقابة مزدوجة تباشرها سلطة التحقيق ومن بعدها محكمة الموضوع. والضابط الذي يحكم إليه في تقدير مدى كفاية هذه الدلائل هو الخبرة ومنطق العقل، فلا يكفي المنطق المجرد لتقدير كفاية هذه الدلائل، ومتى اتفق تقدير رجل الضبط مع المنطق العقلي كان إجراؤه سليماً. ويلاحظ أن لحظة الحكم على الإجراء الذي باشره رجل الضبط من حيث صحته أو بطلانه إنما يتحدد باللحظة التي اتخذ فيها هذا الإجراء لأنها اللحظة التي قدر فيها رجل الضبط القضائي كفاية هذه الدلائل. فإذا اتضح بعد ذلك عدم صدق هذه الدلائل فإن ذلك ليس من شأنه أن يؤثر في صحة الإجراء الذي اتخذته. وعلة ذلك أن الأعمال الإجرائية تجري على حكم الظاهر ولا تبطل من بعد نزولاً على ما يتكشف من أمر الواقع. وإذا كان الضابط

الذي يحكم إليه في تقدير كفاية هذه الدلائل هو الخبرة ومنطق العقل فإن قانون الإجراءات لم يبين ما إذا كان المعيار الذي يعتمد عليه في هذا الصدد معياراً شخصياً أو موضوعياً، ونرى أنه يتعين الأخذ بالمعيار الشخصي، ذلك أن لكل حالة ظروفها، فما يعد من الدلائل الكافية في وقت معين قد لا يُعد كذلك في وقت آخر، كما أن ما يُعد من الدلائل الكافية في نظر البعض من مأموري الضبط القضائي قد لا يعد كذلك في نظر الآخرين. بل أن تقدير مأمور الضبط القضائي قد يختلف عن تقدير الرجل المعتاد. ويؤيد ذلك أن هذه الدلائل تعتمد أساساً على ما يقوم به مأمور الضبط من تحريات، وهذه الأخيرة مصدرها أقوال المرشدين والشهود، وهؤلاء قد تؤثر فيهم بعض الاعتبارات.

فيتعين فحص كل حالة على حدة وتقدير المبررات التي جعلت مأمور الضبط القضائي يعتقد بتوافر الدلائل وكفايتها، ولا مجال لما يخشاه البعض من أن ذلك من شأنه أن يمنح مأمور الضبط القضائي سلطة تقديرية واسعة قد تجعل حريات الأفراد مهددة، لأن هذه السلطة تخضع للرقابة من قبل سلطة التحقيق والمحاكمة، بل إن منح مأمور الضبط القضائي هذه السلطة التقديرية هو أمر مرغوب فيه وذلك لأن الظروف الواقعية التي يواجهها رجل الضبط الجنائي في عملة تقتضي الاعتراف له بقدر من المرونة بحيث يستطيع تقييم الأمور تقيماً سليماً.

وتخضع الدلائل الكافية في مجال الإثبات لقاعدة "الشك يفسر ضد مصلحة المتهم"، ذلك لأن دور هذه الدلائل ينحصر في السماح باتخاذ إجراء ينطوي على مساس بحرية المشتبه فيه عقب تحديد مدي قيمة هذه الدلائل ووزن الشكوك والشبهات المنبعثة عنها ولا تمتد قيمتها إلى تأسيس حكم الإدانة عليها ما لم تسفر عن دليل يعتمد عليه القاضي فيما بعد.

رقابة المحكمة على الدلائل الكافية

تقوم المحكمة بالرقابة على تقدير الوقائع التي تقيم الدلائل الكافية وذلك في ضوء الظروف التي يقع فيها سلوك الشخص ومن ثم تقوم باستخلاص المفهوم الذي توافر لدى رجل الأمن. والمحكمة في قيامها بالرقابة على توافر الدلائل الكافية، يتحقق أولاً من وجود الوقائع، فإذا تخلفت كان الإجراء الذي يتخذ باطلاً⁽¹⁾.

الدلائل الكافية على الجريمة المعلوماتية ومباشرة التفتيش

لا تكفي الدلائل الكافية أو ما يطلق عليه الشك المعقول لمباشرة تفتيش شخص المتهم المخولة استثناء لرجل الضبط القضائي، بل لابد من أن تتوافر معها حالة تلبس بالجريمة المعلوماتية، ومن ثم فإن تفتيش المتهم بجريمة معلوماتية بمعرفة رجل الضبط الجنائي يستند إلى معيار مزدوج يبرر نشوء هذه السلطة وهو قيام حالة التلبس أولاً ثم توافر الدلائل الكافية ثانياً. وعليه فإننا لا نتفق في الرأي مع ما ذهب إليه بعض الفقهاء من أن توافر حالة التلبس يغني عن توافر شرط الدلائل الكافية وأن ذكر تعبير الدلائل الكافية هو تحصيل لحاصل وذكر لمفهوم، فحالة التلبس مجردة عن توافر الدلائل الكافية حيث لا تكفي لإصدار رجل الضبط الجنائي أمر بالقبض على المتهم الحاضر، أو إصدار أمر بالضبط وإحضار بالنسبة للمتهم غير الحاضر، وذلك لأن حالة التلبس محلها الجريمة، فهي إن كانت تدل على وقوع الجريمة إلا أنها لا تنبئ على من ارتكب هذه الجريمة، وإنما الذي ينبئ عن ذلك هي الدلائل الكافية.

(1) د. رمزي رياض عوض، مشروعية الدليل في مرحلة المحاكمة وما قبلها، دراسة تحليلية تأصيلية مقارنة، دار النهضة العربية، 1997، ص 71 وما بعدها.

جدية الاتهام شرط لصحة التفتيش

لما كان التلبس حالة تلازم الجريمة المعلوماتية ذاتها فمن الممكن أن تشاهد الجريمة المعلوماتية في حالة تلبس دون أن يضبط الجاني متلبساً بارتكابها. ومن المقرر أن سلطة التفتيش تدور مع قيام حالة التلبس، سواء كان المتهم حاضراً أو غير حاضر. فإن كان حاضراً كان لمأمور الضبط القضائي أن يفتشه، وإن كان غير حاضر كان بالخيار: إما أن ينتقل إليه فيفتشه، أو يأمر بضبطه وإحضاره ليفتشه. والأمر متروك لتقديره، وهذا التقدير يختلف تبعاً لظروف الحال. بيد أن حالة التلبس لا تبرر بمجرد إطلاع يد رجل الضبط القضائي في تفتيش من يشاء، بل يجب لصحة التفتيش أن تكون هناك دلائل كافية على صحة اتهام من يراد تفتيشه⁽¹⁾. وتقدير الدلائل على صحة المتهم بالجريمة المتلبس بها - سواء بصفته فاعلاً أو شريكاً - سلطة التحقيق ومحكمة الموضوع. فإذا تبين أن لتقديره أساساً من الواقع يسوغه صح ما قام به، وإن ثبت أنه تعسف في التقدير وفتش أشخاصاً لا دليل على تورطهم في الجريمة بطل ما قام به وما ترتب عليه من آثار⁽²⁾.

(1) لذلك فإن مجرد وجود الشخص على مسرح الجريمة المتلبس بها لا ينهض في ذاته قرينة على انه مرتكبها، لأن التلازم بين الأمرين غير قائم، بل ينبغي أن تكون هناك - إلى جانب هذا التواجد - دلائل يسوغ معها في العقل اعتباره مرتكب الجريمة أو شريكاً فيها.

(2) د. عوض محمد عوض، التفتيش في ضوء أحكام النقض، مرجع سابق، فقرة 31، ص 42 وما بعدها.

المطلب الثاني

نطاق سلطات مأمور الضبط القضائي في حالة التفتيش بناء على حالة التلبس

سنتناول نطاق سلطات مأمور الضبط القضائي في حالة التفتيش بناء على حالة التلبس من خلال تقسيم المطلب إلى الفروع الآتية:

الفرع الأول: تفتيش شخص المتهم.

الفرع الثاني: صفة القائم بالتفتيش.

الفرع الثالث: تفتيش الشخص بمناسبة تفتيش المنزل

الفرع الرابع: الجريمة العرضية.

الفرع الأول تفتيش شخص المتهم

أولاً: تكييف تفتيش الأشخاص وشرط صحته

1- تكييف تفتيش الأشخاص

تفتيش الشخص يعني البحث والتنقيب بجسمه وملابسه وأمتعته والأشياء الخاصة التي تستمد حرمتها من اتصالها بشخصه عن الأوراق والأسلحة والأدوات التي استعملت في ارتكاب الجريمة أو نتجت عنها أو وقعت عليها، وضبطها لتكون دليلاً ضده تستند إليه النيابة العامة في تقديمه إلى المحاكمة⁽¹⁾.

وقد قلل المشرع من ضمانات تفتيش الأشخاص عن تفتيش المنازل. فلم يشترط أن يكون أمر التفتيش بالنسبة للأشخاص مسبباً على عكس الحال بالنسبة لتفتيش الأماكن⁽²⁾.

2 - شروط صحة التفتيش بناء على حالة تلبس بجريمة معلوماتية

- لا يجوز الالتجاء إلى تفتيش الأشخاص إلا بمناسبة جريمة وقعت بالفعل⁽¹⁾.

(1) د. نبيل مدحت سالم، شرح قانون الإجراءات الجنائية، مزود بأحدث التعديلات التشريعية وأوجه الدفاع الهامة والدفع الجوهري وأحكام محكمة النقض حتى عام 2009، ج 2، دار النهضة العربية، بدون سنة نشر، فقرة 3086، ص 1199؛ د. مأمون محمد سلامة، قانون الإجراءات الجنائية معلقاً عليه بالفقه وأحكام النقض طبقاً لأحدث التعديلات والأحكام، ط 2، طبعة نادي القضاة، 2005، ص 392.

(2) د. عبد الرؤوف مهدي، شرح القواعد العامة للإجراءات الجنائية، دار النهضة العربية، 2006، فقرة 15، ص 510.

- ويشترط أن تكون الجريمة التي يجري التفتيش من أجلها جنائية أو جنحة (2).
- يشترط أن تتوفر أمارات قوية على أن الشخص الذي يؤمر بتفتيشه يخفي أشياء تفيد في كشف الحقيقة (3).
- يجب أن يعين الشخص الذي يؤمر بتفتيشه التعيين النافي للجهالة. وهذا الشرط تفرضه:
- أ- طبيعة إجراءات التحقيق.
- ب - الحرص على الحريات بضمنان ألا يفتش شخص لا شأن له بالتفتيش عن أدلة الجريمة.
- وجرى العمل على أن تستمد هذه الأمارات من التحريات التي يجريها مأمور الضبط القضائي عن الوقائع التي تصل إلى علمه.

(1) فلا يجوز الالتجاء إليه لضبط جريمة مستقبلية ولو قامت التحريات والدلائل الجدية على أنها ستقع بالفعل خلال وقت قصير، وأن ارتكابها راجح ومؤكد في المستقبل القريب. للمزيد راجع، د. محمود نجيب حسني، شرح قانون الإجراءات الجنائية وفقاً لأحدث التعديلات التشريعية، تنقيح د. فوزية عبد الستار، ج 1، مرجع سابق، ص 609؛ نقض 11 نوفمبر سنة 1973، مجموعة أحكام محكمة النقض، س 24، رقم 195، ص 924؛ نقض جنائي مصري، 31 مايو سنة 1976، س 27، رقم 126، ص 569.

(2) فلا يجوز تفتيش شخص من أجل جريمة عديمة الأهمية كالمخالفة. ثم إن حرية الشخص أهم وأعظم شأناً من حرمة منزله. وقد تطلب القانون هذا الشرط في تفتش المنازل. فلا يتصور إيجابه في تفتيش المنازل وإغفاله في تفتيش الأشخاص. للمزيد راجع، د. نبيل مدحت سالم، شرح قانون الإجراءات الجنائية، مزود بأحدث التعديلات التشريعية وأوجه الدفاع الهامة والدفع الجوهرية وأحكام محكمة النقض حتى عام 2009، ج 2، مرجع سابق، فقرة 3087، ص 1200.

(3) د. توفيق الشاوي، حرمة الحياة الخاصة ونظرية التفتيش، مرجع سابق، ص 383.

ثانياً: حدود تفتيش شخص المتهم

1- عدم اشتراط وقوع القبض الفعلي لمباشرة التفتيش

وتطبيقاً لما سبق ذكره، يجوز أن يقوم رجل الضبط القضائي بتفتيش كامل للشخص المقبوض عليه مع تفتيش محدود وبغير إذن للمنطقة المحيطة، ففي قضية Robonson قام ضابط الشرطة بتفتيش الشخص أثناء القبض في جريمة مرور فاكتشف علبة سجائر في الجيب الأيسر لسترة المشتبه فيه، وبدون معرفة ما تحتويه العلبة. فتح الضابط العلبة واكتشف 14 كبسولة من الهيروين، وبعد ذلك قررت المحكمة العليا أن تفتيش العلبة كان مبرراً حتى ولو كان الضابط لا يملك سبباً معقولاً لفتح العلبة في ضوء الحاجة العامة لحفظ الدليل ومنع حدوث أذى للضابط القائم بمهام القبض. ووجدوا تبريرهم أن المحاكم كانت تقرر أنه ربما يقوم رجال الضبط القضائي بتفتيش جميع محتويات حافظة النقود الخاصة بالمشتبه فيه الموجودة معه وبالقياس على ذلك يمكن لرجال الضبط القضائي يكونوا قادرين على تفتيش نظائرها الإلكترونية مثل الأقراص المرنة.

يجب أن تكون عندنا قاعدة راسخة تتمثل في أن أي واقعة تفتيش أثر القبض يجب أن تكون معقولة ومشروعة. ذلك أنه إذا كان تفتيش الأشياء المادية التي وجدت في حيازة المقبوض عليه ربما تكون دائماً مشروعة، فإن المزيد من التوسع في التفتيش في الظروف المختلفة ربما ينتهك التعديل الرابع.

ومن ثم ففي أحيان كثيرة أثناء التفتيش التابع للقبض المشروع نلاحظ أن المشتبه فيهم قد يحملون أجهزة استدعاء أو هواتف محمولة أو لابتوب عند القبض عليهم. فهل استثناء التفتيش حال القبض يسمح بشكل موحد لرجال الضبط القضائي

بالاطلاع على جهاز الاستدعاء الالكتروني الذي يحمله الشخص المقبوض عليه أثناء القبض⁽¹⁾؛ لذا قُضي أن الاطلاع على الأرقام في جهاز الاستدعاء الموجود في حقيبة ملصقة بالكرسي المتحرك الخاص بالمتهم خلال عشرين دقيقة من القبض عليه يقع داخل استثناء التفتيش إثر بالقبض.

2- التفتيش مقصور على شخص المتهم دون غيره

إباحة التفتيش لمأمور الضبط القضائي لا تنصرف إلا لشخص المتهم دون غيره. فمتى توافرت حالة التلبس بشروطها القانونية فإن سلطة مأمور الضبط القضائي في التفتيش على من توافرت في حقه الدلائل الكافية على ارتكابه الجريمة المتلبس بها. ولا يجوز أن يمتد التفتيش إلى غيره، كزوجته أو ابنه لمجرد توافر تلك الصفة فحسب⁽²⁾.

3- يشمل تفتيش شخص المتهم وما بحوزته من منقولات يحملها

إن تفتيش شخص المتهم يعني تحسس ملابسه من الخارج، كما يعني التنقيب فيها بدقة. وكذلك فحص الجسد ظاهرياً؛ لبيان ما به من آثار تساعد في إجلاء الحقيقة. كما أنه يشمل المنقولات الأخرى كافة التي بحوزة المتهم وقت تفتيشه.

1(United States v. Reyes, 922 F. Supp. 818, 833 (S.D.N.Y. 1996).
<https://law.justia.com/cases/federal/districtcourts/FSupp/922/818/1592590/>(hold that Accessing numbers in a pager found in bag attached to defendant's wheelchair within twenty minutes of arrest falls within search- incident- to-arrest exception).

أشار إليه د. عمر محمد بن يونس، الإجراءات الجنائية عبر الإنترنت في القانون الأمريكي، بدون دار نشر، 2006، ص 110.

(2) د. إبراهيم حامد مرسي طنطاوي، سلطات مأمور الضبط القضائي، مرجع سابق، فقرة 416، ص 778 وما بعدها.

وبالتالي فإن التفتيش يمتد إلى الحقائق والصناديق والأوراق وأي شيء يحمله المتهم. أي أن التفتيش يمتد إلى ما يتصل بجسم الخاضع لهذا الإجراء باعتبار أنه من توابع الشخص، فيستمد حرمة من هذا الاتصال⁽¹⁾.

ثالثاً: المقصود بالشخص كمحل للتفتيش المعلوماتي

الشخص بوصفه محلاً للتفتيش في مجال التقنية هو مشغل أو مستخدم وسيلة التقنية، فهو صاحب الكمبيوتر أو التليفون المحمول أو كاميرا الفيديو أو التصوير، كما قد يكون هو خبير البرمجة أو الصيانة أو الاتصال أو أي شخص آخر يكون بحوزته أجهزة أو معدات معلوماتية أو مخرجات أو مستندات أو أكواد أو غير ذلك مما يتعلق بالجريمة محل البحث⁽²⁾.

وعلى سبيل المثال، فإن تلبس المتهم بجريمة حيازة معدات وبرامج ونحوها بدون تصريح المنصوص عليها في المادة (22) من قانون مكافحة جرائم تقنية المعلومات، حيث يتمثل الركن المادي في هذه الجريمة بحيازة الجاني أي جهاز أو معدات أو برامج وأكواد مرور أو شفرات أو أي بيانات مماثلة متى وضع يده عليها على سبيل التملك والاختصاص ولا يشترط لتحقيق الحيازة في حقه الاستيلاء المادي عليها، بل يعتبر حائزاً ولو كان المحرز لها شخصاً آخر نائباً عنه.

(1) د. إبراهيم حامد مرسي طنطاوي، سلطات مأمور الضبط القضائي، مرجع سابق، فقرة 417، ص 780.

(2) د. هلالى عبد اللاه أحمد، تفتيش نظم الحاسب الالى وضمانات المتهم المعلوماتي، ط 1، دار النهضة العربية، 1997، ص 126؛ د. بكري يوسف بكري، التفتيش عن المعلومات في وسائل التقنية الحديثة، دار الفكر الجامعي، 2011، ص 97.

ولا يشترط أن يكون الجهاز أو المعدات والبرامج ونحوها في يد المتهم وقت تفتيشه لإمكان تفتيشها، بل يصح تفتيشها ولو كان يضعها أمامه في طريق عام مادام ظاهر الحال لا يوحي بتخليه عنها. أما إذا كان العكس فإن فتحها لا يعد تفتيشاً بل هو ضرب من ضروب الاستطلاع والتحري، فالتخلي الاختياري⁽¹⁾ يجيز البحث والتنقيب في الشيء المتخلي عنه، فإذا أسفر عن وجود جريمة متلبس بها وتوافرت الدلائل الكافية قبل المتهم أنه مرتكبها جاز تفتيشه.

رابعاً: هل يجوز تفتيش الغير؟

1- تفتيش المساهم في الجريمة

لمأمور الضبط القضائي أن يقبض على كل من يقوم لديه دليل على مساهمته في الجريمة المتلبس بها وأن يقوم بتفتيشه. إذ لما كانت حالة التلبس عينية تلازم الجريمة ذاتها لا شخص مرتكبها، فإن قيام هذه الحالة يبيح لمأمور الضبط القضائي القبض على كل من أسهم في ارتكاب الجريمة وتفتيشه⁽²⁾.

من صور السلوك المادي لجريمة الاحتيال والاعتداء على بطاقات البنوك والخدمات وأدوات الدفع الإلكترونية⁽³⁾ التي شاعت من خلال ارتكاب الجناة لجرائم الانترنت- قيام الجاني بقراءة بيانات البطاقات البنكية باستخدام تقنية رقائق الراديو

(1) يشترط في التخلي الذي يبني عليه قيام حالة التلبس بالجريمة أن يكون قد وقع إرادة وطوعية واختيار فإذا كان وليد إجراء غير مشروع فإن الدليل المستمد منه يكون باطلاً لا أثر له.

(2) د. سامي حسني الحسيني، النظرية العامة للتفتيش في القانون المصري والمقارن، مرجع سابق، فقرة 96، ص 164؛ د. بسيوني إبراهيم أبو العطا، التلبس بالجريمة وأثره في الفقه الإسلامي والقانون الوضعي، دراسة مقارنة، دار الجامعة الجديدة، بدون سنة نشر، ص 307.

(3) المادة 23 من قانون مكافحة جرائم تقنية المعلومات.

اللاسلكية⁽¹⁾ خلسة ودون أن تستدعي الحاجة للمس حامل البطاقة ثم يستخدم جهاز ممغنط لكتابة البيانات المسروقة على بطاقة جديدة والقيام بعملية الدفع باستخدام تقنية قراءة البطاقات الائتمانية أو إرسال بيانات بطاقات الائتمان عبر الشبكات إلى الموبايل بحيث يتمكن الجاني من تصفح واستخدام حساب المستخدم في مواقع مختلفة. فإذا ساهم مع الجاني شخص آخر بأحد صور الاشتراك جاز لمأمور الضبط القضائي تفتش المساهم في الجريمة.

وإذا كانت واقعة الدعوى أن المتهم بمجرد أن رأى الضابط المكلف بالتفتيش قادمًا إلى مكان جلوسه مع المتهم المتلبس بجريمة النشر عبر شبكة الإنترنت أو مواقع التواصل الاجتماعي أو البريد الإلكتروني أو بأي طريقة الكترونية ما يحبز أو يدعو لهدم الصدق والأمانة واحترام الوالدين والعفة أو ما يدعو لهدم قيمة العلم والتدين سواء بطريقة مباشرة أو غير مباشرة، وسواء بمقال أو رسالة الكترونية أو مادة مرئية أو مسموعة أو برسم أو كاريكاتير أو مسلسل أو فيلم مادام كان النشر عن

(1) رقائق الراديو اللاسلكية هي رقائق الكترونية تعمل عن طريق موجات كهرومغناطيسية للاتصال أو نقل الإشارات والمعلومات عبرها بدون حاجة إلى أسلاك، وتمتلك قدرة القراءة والكتابة، وهي نظام الكتروني يتم به التجسس والاختراق من خلال هذه الموجات التي لها القدرة على ذلك، فيلتقط القارئ أمواج الراديو ويحول تردداتها إلى معلومات مفيدة، وتستخدم في بطاقات الهوية وجوازات السفر ووسائل النقل وبطاقات الائتمان والأداء البنكي والسليبي. حيث تقوم بالنقاط الشفراء المسطرة الموضوعة على السلع، والبطاقات الممغنطة. وهذه الموجات " موجات الراديو" والتي تعرف باختصار التقنية RFID هي عبارة عن باركود ذكية يمكنها التحدث مع أنظمة شبكات معلوماتية تتصل بقارئ الكتروني يقوم برصد البطاقة البنكية ويتصل بشبكة تواصل ترسل المعلومات إلى المحاسب الإلكتروني الذي يرسله إلى الحساب البنكي للشخص. بهاء المري، شرح جرائم تقنية المعلومات القانون رقم 175 لسنة 2018، مرجع سابق، ص 194.

طريق تقنية المعلومات. هذا المتهم يكون بما فعله قد أوجد الضابط إزاء جريمة الاعتداء على أي من المبادئ أو القيم الأسرية في المجتمع المصري⁽¹⁾.

2- تفتيش غير المتهم

لما كانت الجريمة هي موجب التفتيش، فقد كان المتبادر إلى الذهن أن يقتصر التفتيش على المتهم بارتكابها دون غيره ممن لم يسهم معه على أي وجه فيها. غير أنه لما كان التفتيش لم يتقرر عقابا للمتهم، بل باعتباره وسيلة لضبط ما يفيد في كشف الحقيقة بشأن الجريمة المرتكبة، وكان من الممكن أن تكون هذه الأشياء أو بعضها موجودة لدى غير المتهم، فقد اقتضت مصلحة العدالة إجازة تفتيش الغير أيضاً⁽²⁾.

3- هل يكفي اقرار المتهم على غيره وحده للتفتيش

يقع في بعض حالات التلبس أن تتوافر الدلائل الكافية ضد أحد المتهمين بارتكاب جريمة انشاء موقع من خلال قيام أي ممن ارتبطوا مع مقدمي خدمة الإنترنت بعقد يمكنه من التواصل مع شبكة الإنترنت بتصميم موقع أو حساب خاص على هذه الشبكة وكان يهدف من وراء تصميمه ارتكاب أو تسهيل ارتكاب جريمة معاقب عليها قانوناً، فيقبض عليه ويجري تفتيشه فيعترف بارتكابه الجريمة ويدلي بأسماء

(1) المادة 25 من قانون مكافحة جرائم تقنية المعلومات المصري.

(2) يشترط لصحة الإذن بتفتيش غير المتهم نفس الشروط العامة اللازمة لصحة تفتيش المتهم، ويشترط فضلاً عن ذلك شروط أخرى تخص هذا الغير. فيجب أن تكون هناك جناية أو جنحة وقعت فعلاً، وأن تكون هناك قرائن قوية على وجود ما يفيد في كشف الحقيقة لدى الغير، وأن تكون سلطة المحقق في الأمر بالتفتيش قائمة لم تنقض بسبب من أسباب الانقضاء، وأن يكون الغير ممن يصح تفتيشهم قانوناً، وأن يكون الشيء الذي يجري التفتيش أجله غير محظور ضبطه. د. عوض محمد عوض، التفتيش في ضوء أحكام النقض، مرجع سابق، فقرة 83، ص 95.

أشخاص آخرين أسهموا معه في ارتكابها، فهل تعتبر أقواله بمجرد دلائل كافية تبرر القبض على هؤلاء الأشخاص وتفتيشهم، أو يجب أن تكون هناك إلى جانب هذه الأقوال دلائل أخرى تعززها؟

تجري أحكام النقض على أن أقوال المتهم تكفي وحدها لتفتيش غيره ممن يعترف بأنهم ساهموا معه في ارتكاب الجريمة⁽¹⁾.

وقد يعترض على هذا القضاء بالآتي:

- التعويل على مجرد ادعاء متهم واعتباره سبباً كافياً للقبض على متهم آخر وتفتيشه يفتح باب التجني على الأبرياء والكيد لهم.

- تهدر محكمة النقض نفسها إقرار المتهم بارتكاب الجريمة وتراه غير كاف وحده لقيام التلبس في حقه نفسه، فكيف يسوغ أن يكون إقراره كافياً وحده لثبوت التلبس في حق غيره.

- يشترط للتفتيش في حالة التلبس شرطين، هما تعدد الدلائل الكافية من جهة وكفايتها من جهة أخرى، وإقرار المتهم على غيره يفتقد كلا الشرطين.

ومن ثم نميل مع الرأي الذي يرحح مذهب القضاء؛ ذلك أن هناك فرقاً بين الآتي:

- الإقرار بارتكاب جريمة باعتباره سنداً وحيداً لثبوت حالة التلبس.

(1) نقض جنائي مصري، جلسة 5 نوفمبر 1951، أحكام النقض، س 3، ص 132، رقم 50؛ نقض جنائي مصري، جلسة 13 يناير 1953، أحكام النقض، س 4، ص 391، رقم 151؛ نقض جنائي مصري، جلسة 28 ديسمبر 1975، أحكام النقض، س 26، ص 867، رقم 190؛ نقض جنائي مصري، جلسة 3 أبريل 1977، س 28، ص 452، رقم 193؛ نقض جنائي مصري، جلسة 11 مارس 1999، س 50، ص 159، رقم 37.

- الإقرار بارتكاب الجريمة مع الغير بعد ثبوت حالة التلبس.

فحالة التلبس تعزز الإقرار الثاني وتجعل له وزناً يفوق وزن الإقرار الأول.

ومع ذلك فإن إقرار المتهم على غيره ليس قرينة قاطعة على تورطه معه في ارتكاب الجريمة بل يخضع هذا الإقرار لتقدير مأمور الضبط القضائي. ويشترط للاعتداد به ألا يكون هناك من القرائن ما يقطع كذبه أو يشكك بقوة في صدقه (1).

على أن هناك تحفظاً يجب التنبيه إليه، وهو أنه إذا كانت الجريمة متلبساً بها، وكانت النيابة العامة قد بدأت التحقيق فيها، فإنه يمتنع على مأمور الضبط القضائي القبض على أحد المتهمين فيها أو تفتيشه بناء على أقوال متهم آخر إلا إذا صدر له إذن بذلك من النيابة العامة. ذلك أن عنصر الاستعجال الذي دعا المشرع إلى منح السلطة الاستثنائية لرجال الضبط القضائي في حالة التلبس يزول بمجرد اتصال النيابة العامة بالدعوى. ويتعين عليهم إذا قدروا ضرورة القبض على أحد المتهمين وتفتيشه بناء على أقوال متهم آخر أن يحصلوا على إذن من سلطة التحقيق بذلك. فإن تجاهلها وقاموا من تلقاء أنفسهم بالقبض والتفتيش كانوا ما قاموا به باطلاً وبطل ما أسفر عنه (2).

(1) د. عوض محمد عوض، التفتيش في ضوء أحكام النقض، مرجع سابق، فقرة 32 وما بعدها، ص 43 وما بعدها.

(2) د. عوض محمد عوض، التفتيش في ضوء أحكام النقض، مرجع سابق، فقرة 34، ص 45.

خامساً: ارتباط جريمة متلبس بها بجريمة أخرى غير متلبس بها

يقع في بعض الأحيان أن يكون هناك ارتباط بين جريمتين، إحداهما جريمة استخدام موقع⁽¹⁾ أو حساب⁽²⁾ على شبكة المعلوماتية⁽³⁾ في بث ما يُعد جريمة يعاقب عليها قانون العقوبات أو أي من القوانين الجنائية الأخرى مثل قانون مكافحة جرائم تقنية المعلومات أو قانون مكافحة الإرهاب أو قانون تنظيم الاتصالات، الأمر الذي يؤدي إلى الاستعمال الجماعي لما يضعه أي شخص على موقعه، إذ يراه ويستدعيه كل من يرغب فيه بمجرد الحصول على عنوان الموقع من خلال محركات البحث في شبكة الإنترنت⁽⁴⁾ متلبس بها والأخرى جريمة تخضع للتجريم في قانون التوقيع الإلكتروني غير متلبس بها.

(1) عرف قانون مكافحة جرائم تقنية المعلومات المصري، الموقع بأنه " نطاق أو مكان افتراضي له عنوان محدد على شبكة الإنترنت".

(2) عرف قانون مكافحة جرائم تقنية المعلومات المصري الحسب الخاص بأنه "مجموعة من المعلومات الخاصة بشخص طبيعي أو اعتباري تخول له الحق دون غيره الدخول على الخدمات المتاحة أو استخدامها من خلال موقع أو نظام معلوماتي".

(3) المقصود بالمواقع على شبكة المعلومات الدولية: مواقع "الويب" أو "شبكة الويب" هي مجموعة صفحات مرتبطة ببعضها ومخزنة على خادم واحد، ويمكن زيارتها عبر الإنترنت من خلال جهاز كمبيوتر أو هاتف محمول يدعم الاتصال بالإنترنت، وخادم الويب هو البرنامج الذي يسمح بالتجول على شبكة الإنترنت باستخدام أي من متصفحات الويب مثل "جوجل" وانترنت اكسبلورر وغيرهما، ومن ثم رؤية الصفحات المخزن عليها المعلومات.

(4) يذكر في هذا الصدد ما قام به مجموعة من شباب المصريين وبالتحديد في ربيع 2008 من الدعوة على صفحات فيس بوك ضراب مدني عن العمل يوم 6 أبريل، ومن ثم فقد تم استخدام الإنترنت في بعض المطالب من خلال سلوك يعد جريمة، ألا وهي الدعوة إلى الإضراب عن العمل، فاستخدام الداعون إلى ذلك المدونات والمجموعات البريدية وصفحات فيس بوك لهذه الدعوة وهي تعتبر مواقع على شبكة المعلومات الدولية " الإنترنت". بهاء المري، شرح جرائم تقنية المعلومات القانون رقم 175 لسنة 2018، مرجع سابق، ص 167.

من المقرر قانوناً أن الارتباط بين الجرائم مهما يكن وثيقاً فإنه لا ينفى اختلاف كل جريمة عن الأخرى واستقلالها بأحكامها القانونية، ما لم ينص القانون على غير ذلك؛ ولهذا فالتلبس بجريمة إحداها جريمة استخدام موقع أو حساب على شبكة المعلوماتية في بث ما يُعد جريمة يعاقب عليها قانون العقوبات أو أي من القوانين الجنائية الأخرى مثل قانون مكافحة جرائم تقنية المعلومات أو قانون مكافحة الإرهاب أو قانون تنظيم الاتصالات لا يجوز تفتيش أحد المتهمين في إحدى الجرائم الواردة في قانون التوقيع الإلكتروني والتي ارتبطت في هذه الواقعة بالجريمة السابقة والعكس صحيح.

هل يجوز التفتيش في حالة وجود قيد إجرائي؟

يخضع التفتيش بوصفه إجراء تحقيق لما تخضع له سائر إجراءات التحقيق من أحكام، وعلى الأخص ما تعلق منها بقيود الدعوى. والأصل أنه إذا علق القانون مباشرة التحقيق في بعض الجرائم أو مع بعض الأشخاص على تقديم شكوى أو طلب أو على الحصول على إذن، فإنه يمتنع اتخاذ أي إجراء من إجراءات التحقيق إلى أن يرتفع القيد ولو كانت الجريمة في حالة تلبس، ما لم ينص القانون على غير ذلك⁽¹⁾.

(1) د. عوض محمد عوض، التفتيش في ضوء أحكام النقض، مرجع سابق، فقرة 36، ص 47 وما بعدها.

الفرع الثاني

صفة القائم بالتفتيش

يُعد التفتيش الإجرائي من أعمال التحقيق في كل أحواله، لأنه بحث في موضع السر عن دليل يفيد في كشف الحقيقة بشأن جريمة وقعت ويجري التحقيق فيها. والأصل أن التحقيق من اختصاص النيابة العامة وحدها باعتبارها الجهة التي ائتمنها المشرع على حرمان الناس وناط بها مباشرة إجراءاته. غير أنه رُئي لاعتبارات عملية - وخروجاً على الأصل المقرر - منح مأموري الضبط القضائي سلطة التفتيش في أحوال معينة حددها القانون على سبيل الحصر، ومن بينها حالة التلبس.

أولاً: لا يجوز لأفراد ورجال السلطة العامة تفتيش المتهم

لا يجيز التلبس للأفراد ولرجال السلطة العامة أكثر من تسليم المتهم إلى مأموري الضبط القضائي. فلا يجوز لهؤلاء تفتيشه بحثاً عن أدلة ارتكاب جريمة قيام أحد مدراء موقع أو حساب خص مملوكاً لغيره بإدارته بهدف ارتكاب جريمة أو تسهيل ارتكاب جريمة كان مرتكباً للسلوك لإحدى صور السلوك المادي لهذه الجريمة سواء كان صاحب الموقع أو الحساب العام يعلم أم لا يعلم⁽¹⁾، وإن كان يجوز تفتيشه وقائياً.

ومن المقرر في القانون الفرنسي أنه لا يحق للأفراد تفتيش المتهم عند الإمساك به متلبساً. وكذلك الشأن في القانون الإنجليزي. فرغم أن التشريع الجنائي يخول الأفراد حق القبض على المتهمين في حالات معينة إلا أنه لا يجوز لمن باشر القبض من

(1) المادة 27 من قانون مكافحة جرائم تقنية المعلومات المصري.

الأفراد غير اقتياد المقبوض عليه إلى رجال البوليس أو إلى القاضي، دون تفتيشه⁽¹⁾.

ولما كانت سلطة التفتيش تقررت لمأمور الضبط القضائي على سبيل الاستثناء، فإنه يتمتع على رجال السلطة العامة من غير مأموري الضبط إجراء التفتيش في أي حال، وإلا بطل عملهم وما أسفر عنه. ولهذا فإنه يتعين على الحكم الصادر بالإدانة إذا عول في قضائه على التفتيش الذي جرى في حالة تلبس أن يبين صفة القائم به ليعلم إن كان من رجال الضبط القضائي أو من غيرهم⁽²⁾.

كما يجب أن يكون رجل الضبط القضائي مختصاً نوعياً ومكانياً فإن كان غير مختص لم تثبت له السلطة التي قررها القانون في أحوال التلبس. بل إن محكمة النقض تعتبر الاختصاص هنا قرين الصفة، بحيث تنتفي الصفة إذا انتفى الاختصاص؛ فهي ترى أن رجل الضبط القضائي إذا خرج عن دائرة اختصاصه المكاني زالت صفته هذه وأضحى مجرد رجل من السلطة العامة⁽³⁾.

(1) LEWIS (J.R): "civil and criminal procedure, London , 1968, P.125.

أشار إليه د. سامي حسني الحسيني، النظرية العامة للتفتيش في القانون المصري والمقارن، مرجع سابق، فقرة 99، ص 169 وما بعدها.

(2) د. عوض محمد عوض، التفتيش في ضوء أحكام النقض، مرجع سابق، فقرة 39، ص 51 وما بعدها.

(3) د. عوض محمد عوض، التفتيش في ضوء أحكام النقض، مرجع سابق، فقرة 40، ص 52.

ولهذا فإنه يشترط لصحة التفتيش الذي يجري في حالة التلبس أن يكون القائم به مأمور الضبط القضائي أولاً، وأن يكون مختصاً، وإلا وقع التفتيش باطلاً.

ثانياً: الخروج على قواعد الاختصاص المكاني لرجل الضبط القضائي

القاعدة في مباشرة رجل الضبط الجنائي لعمله، أنه يتعين عليه الالتزام بحدود اختصاصه المكاني. ومتى التزم مأمور الضبط بذلك كانت إجراءاته صحيحة من هذه الناحية.

وقد جاء قانون الإجراءات الجنائية خالياً من النص الصريح على جواز خروج رجل الضبط الجنائي عن حدود اختصاصه المكاني، إلا أن محكمة النقض المصرية أسهمت بدور جوهري في الخروج على ذلك استثناءً، تأسيساً على حالة الضرورة والتي تفترض عدم اختصاص مأمور الضبط القضائي مكانياً وفقاً للقواعد العامة، ولكن تثبت أنه إذا لم يباشر الإجراء في الحال فقد لا يستطاع مباشرته فيما بعد، أو تتعذر مباشرته على الوجه المحقق لغرضه؛ كان لمأمور الضبط الجنائي أن يباشره. ويتفق الفقه والقضاء على حق مأمور الضبط القضائي في تفتيش المتهم، ولكنهم يختلفون في سند إباحة التفتيش في غير دائرة الاختصاص المكاني لمن يباشره.

استقر قضاء النقض على مشروعية هذا التفتيش وأرجع هذه المشروعية إلى توافر حالة الضرورة الإجرائية⁽¹⁾.

ومن ثم فإن حالة الضرورة المبررة للخروج على الاختصاص المكاني، مشروطة بكون الإجراء الذي اتخذ متعلقاً بجريمة تدخل في اختصاص مأمور الضبط الجنائي، فإذا خرج مأمور الضبط الجنائي عن حدود اختصاصه، ولم يكن يدخل في هذا النطاق محل إقامة المتهم ولا مكان إلقاء القبض عليه، كانت إجراءاته معيبة، مما يزيل عنه صفة الضبط الجنائي ويصبح مجرد أحد رجال السلطة العامة.

(1) نقض جنائي مصري، جلسة 2 أبريل سنة 1962، الطعن رقم 1736، لسنة 31 ق، س 13، ص 290.

الفرع الثالث

تفتيش الشخص بمناسبة تفتيش المنزل

يعتبر تفتيش الشخص كتفتيش المسكن إجراء من إجراءات التحقيق، ولا يجوز أن تأمر به سلطة التحقيق إلا بشأن جريمة وقعت، وتوافر الدلائل الكافية على نسبة الجريمة إلى شخص معين، وأن تكون هناك فائدة يحتمل الحصول عليها بالتفتيش، وإلا كان التفتيش تحكيمياً. والتماثل بين هذا الإجراء والتفتيش، قد دفع البعض إلى القول بأن التفتيش السكني وحده لا يكفي دون التفتيش الجسدي في كل مرة يكون ذلك ممكناً⁽¹⁾، ولا سيما إذا كان مأمور الضبط القضائي يبحث عن اكتشاف عناصر أدلة أو أشياء يمكن إحفاؤها في الملابس أو في أمتعته، لأن كل شخص من الطبيعي أن يحرص على إخفاء الأشياء الخطيرة مثل سي دي أو فلاش ميموري أو هارديسك على سبيل المثال⁽²⁾.

النظام القانوني للتفتيش الجسدي

ويخضع تفتيش الشخص لنظام اختلف فيه موقف المشرع الفرنسي عن نظيره والمصري. وذلك على النحو الآتي:

أولاً: النظام القانوني للتفتيش الجسدي في القانون الفرنسي

لم يشكل التفتيش الجسدي موضوع اهتمام من جانب المشرع الفرنسي الذي أغفل تماماً تنظيم هذا الإجراء، سواء في قانون التحقيق الجنائي أو في قانون الإجراءات الجنائية الحالي، وهذا السكوت قد وجد تفسيراً من جانب بعض الفقهاء، الذين أثاروا

1) (Pedamon (M.): La fouille corporelle, R.S.C. 1961, P.468.

(2) د. إبراهيم محمد إبراهيم محمد، النظرية العامة لتفتيش المساكن في قانون الإجراءات الجنائية، رسالة دكتوراه، كلية الحقوق، جامعة القاهرة، 2005، ص 57.

في هذا الصدد، الصعوبة الخاصة في هذا المجال، والتي تتعلق بتنوع أو باختلاف التفتيش من زاوية من يفرضه، وليس من زاوية من يتكبده⁽¹⁾، فعلي حد تعبير أحد الفقهاء يعد التفتيش الجسدي إجراء يقبل بالأحرى استخدامه في كافة المناسبات ضد كافة الأشخاص، دون أن يصطدم بأي صعوبة مادية أثناء تنفيذه، ومن هذا الواقع فإنه يشكل وسيلة تخضع لتقدير مأمور الضبط القضائي⁽²⁾.

أما القضاء الفرنسي التماثل بين التفتيش الجسدي وتفتيش المسكن وذلك بقوله " ... لا يمكن لمأمور الضبط القضائي، خارج حالة التلبس، أن يقوم بتفتيش أو يقبض دون أمر من قاضي التحقيق ... وباعتبار أن التفتيش الجسدي، للشخص يتماثل مع تفتيش المسكن، ومن ثم ينبغي أن يخضع التفتيش الجسدي لنفس نظام المسكن ومن ثم يجب احترام بعض القواعد التي ترد على تفتيش المسكن مثل احترام الساعات القانونية لتفتيش المسكن المنصوص عليه في المادة 59 من قانون الإجراءات الجنائية الفرنسي⁽³⁾. يضاف إلى ذلك اتفاق نطاق التفتيش الجسدي مع نطاق تفتيش المسكن.

1) (Pedamon (M.): Ibid, p.470.

2) (Fournier (G.): L, acte policier judiciaire , Thèse , Rennes, 1979, p.750.

3) Article 59: Sauf réclamation faite de l'intérieur de la maison ou exceptions prévues par la loi, les perquisitions et les visites domiciliaires ne peuvent être commencées avant 6 heures et après 21 heures. Les formalités mentionnées aux articles 56, 56-1, 57 et au présent article sont prescrites à peine de nullité.

ثانياً: تقييد مأمور الضبط القضائي في تفتيش الشخص بأحوال القبض في القانون المصري

إذا كان القانون يبيح لمأمور الضبط القضائي تفتيش شخص المتهم في الأحوال التي يجوز فيها القبض على المتهم قانوناً، فإن هذه الأحوال تنحصر في حالة التلبس بالجريمة. ولا يشترط لمباشرة مأمور الضبط القضائي أن يكون مسبقاً بالقبض على المتهم فعلاً، بل يكفي لصحته أن يثبت لمأمور الضبط سلطة القبض ولو لم يقبض بالفعل على المتهم⁽¹⁾.

ومن ثم فإن المشرع المصري قد فصل التفتيش الجسدي عن التفتيش السكني، فلا يشترط مثلاً حضور شهود عند تفتيش الأشخاص؛ كذلك فإن الإذن بتفتيش منزل المتهم لا يجيز تفتيش شخصه. ومن ناحية أخرى يتقيد مأمور الضبط القضائي في تفتيش الشخص بأحوال القبض، أما في فرنسا فقد اتجهت بعض أحكام القضاء الفرنسي، إلى القول بأن تفتيش الأشخاص يخضع للقواعد ذاتها التي يخضع لها تفتيش المسكن.

هل يجوز تفتيش حاسب آلي في مكان خاص مثل محل العمل أو التجارة إذا تم القبض على المتهم متلبساً بالجريمة المعلوماتية؟

(1) د. إبراهيم محمد إبراهيم محمد، النظرية العامة لتفتيش المساكن في قانون الإجراءات الجنائية، مرجع سابق، ص 57.

يجوز الدخول إلى مقر العمل لتفتيشه حتى ولو كان في غير مواعيد العمل الرسمية (1)، فإذا صدر إذن من النيابة العامة بتفتيش شخص ومسكن المتحرى عنه فإن ذلك الإذن يمتد إلى محل تجارته لأن حرمة الأخير مستمدة من اتصاله بشخص صاحبه (2).

(1) د. مصطفى علي خلف، الضوابط الإجرائية لجرائم التقنية الحديثة، مرجع سابق، ص 153.
(2) نقض جنائي مصري، جلسة 6 أبريل 1964م، مجموعة أحكام النقض، س 12، ص 246، رقم 49.

الفرع الرابع

الجريمة العرضية

يثور تساؤل هل تفتيش المسكن يستتبع تفتيش الشخص؟ وما الذي يجب ضبطه؟
تقضي القاعدة العامة في التفتيش بوجوب الالتزام بحدوده القانونية. فتفتيش المسكن لا يتعدى بحسب الأصل إلى تفتيش الشخص، إذ أن المسكن حرمة، وللإنسان حرمة الشخصية، وكلاهما له حمايته المقررة، فلا يجوز المساس بهذه الحماية إلا في ظل أحكام الدستور والقانون. وعلى هذا الأساس فإنه لا يجوز التفتيش إلا للبحث عن الأشياء الخاصة بالجريمة الجاري حصول التحقيق بشأنها وفقاً للمادة 50 من قانون الإجراءات الجنائية المصري. وتستند هذه القاعدة إلى مبدأ عام، وهو أن التفتيش إجراء تحقيق لا يبرره إلا وقوع جريمة يجري التحقيق فيها، ولا يجوز أن يتعدى ما يستلزمه هذا التحقيق⁽¹⁾.

ومع ذلك، فإذا ظهر عرضاً أثناء التفتيش، وفي مظان ما يجري عنه البحث عنه، أشياء تُعد حيازتها جريمة، قامت حالة التلبس. بمعنى أنه لا بد أن يكون عثور القائم بالتفتيش على هذا الشيء عرضاً، دون بحث أو تنقيب من جانبه يستهدف العثور عليه، ودون تجاوز في التفتيش إلى البحث في غير مظان ما يجري التفتيش من أجله. كما لو أنه كان يقوم بالبحث عن مسروقات وتصادف أن وجد عرضاً -

(1) د. توفيق الشاوي، مجموعة قانون الإجراءات الجنائية مع تعليقات مقارنة، بدون دار نشر، 1951، ص 43.

دون تجاوز منه- بالمسكن مخدراً ظاهراً، فإنه يكون أمام حالة تلبس بهذه الجريمة، ويتعين أن يقبض على من وجد هذا الشيء عرضاً في حيازته طبقاً للمادة 34 من قانون الإجراءات الجنائية وأن يفتشه تفتيشاً قانونياً وفقاً للمادة 46 من قانون الإجراءات الجنائية المصري⁽¹⁾.

من المقرر أن الفصل فيما إذا كان الضابط المأذون له قد التزم حدود الإذن بالتفتيش أو جاوزه متعسفا ينطوي على عنصرين:

- أحدهما مقيد هو تحري صدور الإذن من جهة دلالة عباراته وهو ما لا اجتهاد فيه لمحكمة الموضوع.

-ثانيهما مطلق لأنه ينطوي على تقرير وتقدير الوقائع التي تفيد التعسف في تنفيذه وهو موكول لمحكمة الموضوع مادام سائغاً.

وبناء على ذلك ممكن أن يثور تساؤل، هل الإذن بتفتيش منزل متهم بتسهيل الدعارة يبيح لرجل الضبط القضائي المأذون له بالتفتيش أن يفتح جهاز الكمبيوتر بحثاً عن مقاطع جنسية؟

ولذا قُضي "أن النيابة العامة قد اتهمت المتهم بالآتي:

- اعتدى على المبادئ والقيم الأسرية في المجتمع؛ لأنه نشر عبر شبكة الإنترنت ومواقع التواصل الاجتماعي والبريد الإلكتروني ما يحبز أو يدعو لعدم العفة وهدم قيم التدين.

(1) نقض جنائي مصري، جلسة 26 يناير 1970، مجموعة أحكام النقض، س 21، رقم 41، ص 172؛ د. عبد المهيمن بكر، إجراءات الأدلة الجنائية، ج 1، ط 1، بدون دار نشر، 1996-1997، ص 281.

- تسهيل الدعارة.

وأحالته إلى محكمة الجنايات لمحاكمته وقضت بالسجن والغرامة). وذلك في واقعه حاصلها أن الضابط بعد أن دلت تحرياته على أن الطاعن يدير مسكنه للدعارة وتسهيلها، استأذن النيابة العامة في تفتيشه، وتفتيش منزله وضبط المتواجدين من نسوة ورجال حال ممارستهم للدعارة وما قد يظهر عرضاً من جرائم فتم ضبط المتهم ومعه بعض النسوة وبالدخول للمنزل وجد كمبيوتر فقام بالتفتيش بحثاً عن أي مقاطع جنسية أو فيديو يحتوي على مقاطع جنسية، فوجد نشر عبر شبكة الإنترنت ومواقع التواصل الاجتماعي والبريد الإلكتروني ما يحبز أو يدعو لعدم العفة وهدم قيم التدين. ورأت محكمة الجنايات أن ضبط النسوة كان في حدود الإذن فطعن المحكوم عليه في هذا الحكم بطريق النقض وقال موجهاً لطحه بأن الحكم إذ دانه نشر عبر شبكة الإنترنت ومواقع التواصل الاجتماعي والبريد الإلكتروني ما يحبز أو يدعو لعدم العفة وهدم قيم التدين لم يتقطن إلى بطلان التفتيش وما أسفر عنه لتجاوز الضابط عن حدود الإذن في نصه وتعسفه في تنفيذه معاً إذ صدر الإذن بالتفتيش عن جريمة دعاره وما كان للضابط أن يفتش جهاز الكمبيوتر وإذ عول الحكم على الدليل المستمد من نشر عبر شبكة الإنترنت ومواقع التواصل الاجتماعي والبريد الإلكتروني ما يحبز أو يدعو لعدم العفة وهدم قيم التدين وعلى شهادة من أجراه على الرغم من بطلان القبض عليه وتفتيشه وأن هذا البطلان أفصحت عنه مدونات الحكم المطعون فيه، مما يعيبه بما يستوجب نقضه. فقررت محكمة النقض إلغاء الحكم وبراءة المتهم لتجاوز الضابط حدود إذن التفتيش. وقالت النقض في ذلك أن المادة 50 من قانون الاجراءات الجنائية تنص على أنه "لا يجوز التفتيش إلا للبحث عن الاشياء الخاصة بالجريمة الجاري جمع الاستدلالات أو حصول التحقيق بشأنها ومع ذلك إذا ظهر أثناء التفتيش وجود أشياء تعد حيازتها جريمة أو تفيد في كشف الحقيقة في جريمة أخرى جاز لمأمور الضبط القضائي أن يضبطها " ، وكان من المقرر أن الإذن الصادر من النيابة

العامة لأحد مأموري الضبط القضائي بإجراء تفتيش لغرض معين لا يمكن أن ينصرف بحسب نصح والغرض منه إلى غير ما أذن بتفتيشه إلا إذا شاهد عرضاً أثناء إجراء التفتيش جريمة قائمة في إحدى حالات التلبس. لما كان ذلك وكان من المقرر أن الفصل فيما إذا كان الضابط المأذون له قد التزم حدود الأذن بالتفتيش أو جاوزه متعسفا ينطوي علي عنصرين أحدهما مقيد هو تحري صدور الإذن من جهة دلالة عباراته وهو ما لا اجتهاد فيه لمحكمة الموضوع وثانيهما مطلق لأنه ينطوي على تقرير وتقدير الوقائع التي تفيد التعسف في تنفيذه وهو موكول لمحكمة الموضوع مادام سائغاً وكانت الوقائع - على ما جاء بالحكم المطعون فيه قد جاء به أن المحكمة تطمئن كل الاطمئنان إلى تصوير شاهد الاثبات لواقعة نشر عبر شبكة الإنترنت ومواقع التواصل الاجتماعي والبريد الإلكتروني ما يحبذ أو يدعو لعدم العفة وهدم قيم التدين بعدما شاهد الضابط عرضاً وهو ما يمثل جريمة فحق له استكمال التفتيش، ومن ثم وفقاً لصحيح كان ضبط النسوة قد وقع في حدود إذن النيابة العامة، لما كان ذلك، وكان ما أورده الحكم - على النحو المتقدم - غير سائغ إذ أن من المقرر أنه إذ كان لرجل الضبطية القضائية أن يفتش عمن يرتكب جريمة الدعارة وتسهيلها له أن يضبط كل جريمة تظهر له عرضاً ممن يرتكبون الجريمة الصادر الإذن بشأنها -جريمة الدعارة- دون غيرها من الجريمة التي لم يؤذن بالتفتيش من أجلها مادام ظهرت عرضاً دون سعي من جانبه في إجراء التفتيش بحثاً عنها فإذا هو تجاوز هذه الحدود وفتش لغير الغاية التي أبيع له التفتيش من أجلها كان عمله باطل فإذا كان الثابت بالحكم أن الضابط قام بضبط المتهم ومن معه من نسوة بشأن جريمة الدعارة الصادر الإذن بشأنها إلا أنه كمبيوتر فقام بتفتيشه فوجد م المتهم ينشر عبر شبكة الإنترنت ومواقع التواصل الاجتماعي والبريد الإلكتروني ما يحبذ أو يدعو لعدم العفة وهدم قيم التدين ، وكان ما أتاه الضابط على هذه الصورة لم يكن لوجود شيء مما كان يبحث عنه وإنما استكمل تفتيشه بناء علي اشتباه ، ولما كان التفتيش قد استنفذ غرضه بضبط النسوة المضبوطة، ومن ثم يكون ما قام الضابط به من تفتيش لاحق لضبط النسوة

تجاوز به حدود الإذن وتعسف في تنفيذه وأن العثور على المخدر لم يتم عرضاً بل كان نتيجة سعي منه للبحث عن جريمة أخرى غير التي يدور التحقيق بشأنها بقيامه بعمل إيجابي بفتح الكمبيوتر والتفتيش في ملفاته والتي لم يشاهدها صدفة، ومن ثم فإن ما قام به الضابط على هذا النحو فيه انتهاك لحرمة شخص الطاعن وحرية الشخصية بما يبطله، هذا إلى أن ما رآه من جريمة نشر عبر شبكة الإنترنت ومواقع التواصل الاجتماعي والبريد الإلكتروني ما يحبذ أو يدعو لعدم العفة وهدم قيم التدين لم تكن في مكان ظاهر يراه مأمور الضبط أو أدرك وقوع هذه الجريمة بأي حاسة من حواسه بطريقة يقينية لا تحتمل شكاً حتى كان يصح له التفتيش ومن ثم فإن ضابط الواقعة يكون قد تجاوز في تنفيذ الإذن ولما كان ذلك وكانت هذه المحكمة قد انتهت سلفاً إلى بطلان تنفيذ الإذن الصادر ضد الطاعن بارتكابه جريمة إدارة منزل للدعارة وتسهيلها، ومن ثم يكون ما أسفر عنه ذلك التفتيش وشهادة من أجره قد وقعت باطلة لكونها مترتبة عليه ولا يصح التعويل على الدليل المستمد بالخطأ في تطبيق القانون فإن الحكم يكون معيباً بما يوجب نقضه ولما كانت واقعة الدعوى حسبما حصلها الحكم المطعون فيه يوجد فيها من دليل سوى ذلك الدليل المستمد من إجراء ذلك التفتيش وشهادة من أجره، فإنه يتعين الحكم ببراءة الطاعن⁽¹⁾. وينطوي إجراء التفتيش على مساس بحق الإنسان في السر الذي يمثل أحد مظاهر الحق في الخصوصية. والذي يعنى حق الفرد في ممارسة شئونه الخاصة بمنأى عن تدخل الآخرين. لذلك كان له الحق في أن يخلو إلى نفسه، وله الحق في حرمة حياته الخاصة وسريتها. ومجال هذه السرية في شخص الإنسان أو مسكنه. وإذا كان الأصل أنه لا يجوز للدولة في سبيل إثبات الجريمة لعقاب مرتكبيها خرق حجاب السرية، إلا أن المشرع لم يجعل من حق الإنسان في السر قاعدة ذات حصانة مطلقة، وإنما وازن بين احترام هذا المبدأ وحق

(1) نقض جنائي مصري، جلسة 15 مارس 2017، طعن 27031، لسنة 76، حكم غير منشور.

الدولة في العقاب، فأجار المشرع خرق هذا الحق من خلال عدة إجراءات منها التفتيش وفق ضوابط موضوعية بينها التشريع ودعمتها أحكام واجتهادات الفقهاء.

ولكن هل يختلف الوضع إذا كان التلبس بالجريمة نتج عن تفتيش جهاز الحاسب الخاص بالمتهم وذلك بهدف التوصل إلى أدلة تفيد في الكشف عن جريمة تقليد أختام وتزوير عملة على سبيل المثال⁽¹⁾، وتبين أثناء فحص الجهاز أن المتهم مرتكب لجريمة أخرى وهي جريمة حصول الغير على بيانات المستخدمين حيث يقوم الركن المادي لهذه الجريمة في حق أي من غير مقدمي خدمات تقنية المعلومات ووكلائهم وموزعيهم التابعين لهم الحصول على بيانات المستخدمين أيا كانت الطريقة التي حصل بها على بيانات المستخدمين بغير رضاهم، وتقع الجريمة لمجرد حصول الجاني على بيانات المستخدمين أيا كان الباعث على ذلك ولو كان محموداً. فهل هذه الجريمة التي ضبطت بناء على هذا التفتيش قد نتجت عن دليل باطل. كان هناك عدة آراء كما يلي:

- موقف القضاء الأمريكي

أجاب القضاء الأمريكي عن هذا التساؤل تحت ما يسمى الرؤية الكاملة⁽²⁾، حيث انقسمت أحكام القضاء إلى اتجاهين:

(1) د. مصطفى على خلف، الضوابط الإجرائية لجرائم التقنية الحديثة، مرجع سابق، ص 156.
(2) د. عمر محمد بن يونس، الإجراءات الجنائية عبر الإنترنت في القانون الأمريكي، مرجع سابق، ص 109 وما بعدها.

الاتجاه الأول: لا يمنح منهج الرؤية الكاملة لرجال الضبط القضائي صلاحية ورؤية محتويات ملف الحاسوب غير المصرح بفتحه، وأن استثناء الرؤية الكاملة لا يمكن أن يبرر الاعتداء على التوقع المعقول والخصوصية لدى الفرد، وأن هذا الاستثناء يسمح بشكل مجرد بضبط الدليل فقط دون الاطلاع على الملف غير المصرح برؤيته⁽¹⁾. وهذه القاعدة تتفق مع القرارات التي تطبق استثناء الرؤية الكاملة على الحاويات المغلقة.

1) (This rule is made clear in this judicial ruling: Plain View: Evidence of a crime may be seized without a warrant under the plain view exception to the warrant requirement. To rely on this exception, the agent must be in a lawful position to observe and access the evidence, and its incriminating character must be immediately apparent. See Horton v. California, 496 U.S. 128, 136 (1990). Although officers may occasionally come upon incriminating evidence on the screen of a computer, the most common use of the plain view doctrine in the computer context occurs when agents examine a computer pursuant to a search warrant and discover evidence of a separate crime that falls outside the scope of the search warrant. For example, in United States v. Wong, 334 F.3d 831, 838 (9th Cir. 2003), an agent discovered child pornography on a hard drive while conducting a valid search of the drive for evidence of a murder. Because the agent was properly searching graphics files for evidence of the murder, the child pornography was properly seized and subsequently admitted under the plain view doctrine. The plain view doctrine can also be useful in other circumstances when agents are lawfully able to discover incriminating evidence on a

computer. See, e.g., *United States v. Herndon*, 501 F.3d 683, 693 (6th Cir. 2007) (officer permissibly seized a computer based upon plain view after a probation agent showed the officer child pornography discovered on subject's computer); *United States v. Tucker*, 305 F.3d 1193, 1203 (10th Cir. 2002) (approving seizure of computer under plain view doctrine by officer conducting parole search of home after officer noticed that computer had recently visited child pornography newsgroup). Most computer plain view cases involve agents viewing incriminating images, but in some circumstances the names associated with files (especially child pornography) can be incriminating as well. Compare *Commonwealth v. Hinds*, 768 N.E.2d 1067, 1073 (Mass. 2002) (finding that an officer lawfully searching for evidence of assault could open and seize image files whose sexually explicit names were in "plain view" and incriminating), with *United States v. Stierhoff*, 477 F. Supp. 2d 423, 445–49 (D.R.I. 2007) (rejecting the government's argument that the label on a computer file, "offshore," was sufficiently incriminating to justify opening the file under the plain view exception). Importantly, the plain view exception cannot justify violations of an individual's reasonable expectation of privacy. The exception merely permits the seizure of evidence that an agent is already authorized to view in accordance with the Fourth Amendment. This means that agents cannot rely on the plain view exception to justify opening a closed container that they are not otherwise authorized to view. See *United States v. Maxwell*, 45 M.J. 406, 422 (C.A.A.F. 1996) (holding that computer files opened by agents were not in plain view); *United States v. Villarreal*, 963 F.2d 770, 776 (5th Cir. 1992) (concluding that labels fixed to opaque 55-gallon drums do not expose the contents of the drums to plain view because "a label on a container is not an invitation to search it"). As discussed above in

وعلى هذا النهج في قضية Carey حيث قام مأمور الضبط القضائي بتفتيش القطع الصلبة بإذن سعيًا وراء دليل حول تهريب المخدرات، وفتح الضابط ملف صور فاكتشف صور دعارة لأطفال، واستمر الأخير في البحث وتفرغ العديد من الصور ليس بحثاً عن دليل تجارة المخدرات التي حصل على إذن من أجل البحث وتفرغ العديد من الصور ليس بحثاً عن دليل تجارة المخدرات التي حصل على إذن من أجل البحث عنها ولكن سعيًا للمزيد من صور الأطفال الداعرة. فدفع المتهم بحذف ملفات صور الأطفال لأنها قد تم ضبطها خروجاً عما هو مقرر بموجب إذن التفتيش. وردت الحكومة بأن تفتيش تلك الملفات كان في إطار الرؤية الكاملة. ورفض هذا الدفع فيما يتعلق بجميع الملفات عدا الملف الأول تأسيساً على أن منهج الرؤية الكاملة يعطي الحق في ضبط أول ملف فقط وكان عليه أن يقوم

Section B.2, courts have reached differing conclusions over whether each individual file stored on a computer should be treated as a separate closed container, and this distinction has important ramifications for the scope of the plain view exception. Most courts have analyzed individual computer files as separate stored containers. See *Guest v. Leis*, 255 F.3d 325, 335 (6th Cir. 2001); *United States v. Carey*, 172 F.3d 1268, 1273–75 (10th Cir. 1999). When each file is treated as a separate closed container, agents cannot rely on the plain view doctrine to open files on a computer.

<http://www.cybertelecom.org/security/bbexceptions.htm#pla>.

تاريخ الدخول 2019/08/22 الساعة 1 ص.

بالإيقاف التفتيش مؤقتاً لأجل الحصول على إذن آخر للتفتيش عن صور الأطفال
الداعرة⁽¹⁾.

1) (This rule is made clear in this judicial ruling:

Detective Lewis downloaded approximately two hundred forty-four JPG or image files. These files were transferred to nineteen disks, only portions of which were viewed to determine that they contained child pornography. Although none of the disks was viewed in its entirety, Detective Lewis looked at "about five to seven" files on each disk. Then, after viewing the contents of the nineteen disks in that fashion, he returned to the computers to pursue his original task of looking for evidence of drug transactions.

Mr. Carey moved to suppress the computer files containing child pornography. During the hearing on the motion, Detective Lewis stated although the discovery of the JPG files was completely inadvertent, when he saw the first picture containing child pornography, he developed probable cause to believe the same kind of material was present on the other image files. When asked why, therefore, he did not obtain a warrant to search the remaining image files for child pornography, he stated, "that question did arise, [a]nd my captain took care of that through the county attorney's office." No warrant was obtained, but the officer nonetheless continued his search because he believed he "had to search these files as well as any other files contained [in the computer]."

Upon further questioning by the government, Detective Lewis retrenched and stated until he opened each file, he really did not know its contents. Thus, he said, he did not believe he was restricted by the search warrant from opening each JPG file. Yet, after viewing a copy of the

وفي قضية Walser قضت المحكمة بأنه لا يمكن أن تجري عملية بحث شامل على القرص الصلب؛ لأن أجهزة الكمبيوتر يمكن أن تتضمن الكثير من المعلومات التي تمس حياة الشخص، وهناك احتمال أكثر لاختلاط هذه الوثائق - محل الإذن - والتي يترتب على الاطلاع عليها انتهاك خصوصية الأفراد، فلو كان هناك ملفات ذات صلة وأخرى غير ذات صلة فلا يجوز فحص الملفات الأخيرة إلا بعد الحصول على إذن من السلطة المختصة. فإذا عثر على أول ملف للصور الفاضحة كان على مأمور الضبط إيقاف التنقيش والحصول على إذن جديد بشأن تلك الجريمة "حيازة صورة دعارة للأطفال" أما وإن انتقل إلى بحث مزيد من الصور الإباحية فإنه بذلك قد تجاوز إذن التنقيش⁽¹⁾.

hard disk directory, the detective admitted there was a "phalanx" of JPG files listed on the directory of the hard drive.³ He downloaded and viewed these files knowing each of them contained pictures. He claimed, however, "I wasn't conducting a search for child pornography, that happened to be what these turned out to be." For more see:

<https://law.resource.org/pub/us/case/reporter/F3/172/172.F3d.1268.98-3077.html>

تم الدخول إلى الموقع يوم 2019/08/22 الساعة 2 ص.

أشار إليه د. مصطفى على خلف، الضوابط الإجرائية لجرائم التقنية الحديثة، مرجع سابق، ص 158.

1) (This rule is made clear in this judicial ruling:

Special Agent McFarland sat down at the computer and did a cursory search of the hard drive. Based on his experience and a 40-hour

"Cybercop" course he had completed, he had reason to believe there might be ledgers of drug transactions or images of drug use (taken with the digital camera attached to the computer) saved on the computer's hard drive. He began his search in the "My Documents" folder and opened approximately ten JPEG files.³ These files contained images of adult pornography. Agent McFarland shut down the computer and seized it in anticipation of conducting a more thorough search at the DCI office. Five days later, on June 6, Agent McFarland resumed his search of the computer at the Casper DCI office. In conducting the search, Agent McFarland followed a specific methodology. He first checked the "Recycle Bin" and found no relevant files.⁴ He next used the "Windows Explorer" search mechanism to search the computer's hard drive. Through this technique, he opened the "Program Files" folder. Agent McFarland testified that based on his training and personal experience, most of the files containing evidence of drug transactions (i.e. address books, spreadsheets, databases) would be found there. He looked for and located a sub-folder containing Microsoft Works, a spreadsheet program. That folder contained approximately ninety files and four sub-folders. Agent McFarland opened the second file from the top, named "bstfit.avi."⁵ When he did so, the "Compupic" program started-up and a "thumbnail" image of the file appeared on the left side of the Explorer window.⁶ Looking at the thumbnail, Agent McFarland saw images of girls engaged in sexual acts with men. Believing this to be child pornography, he enlarged the thumbnail and confirmed his belief. Agent McFarland immediately ceased his search of the computer hard drive and contacted another agent in the DCI who had greater experience in computer forensics and child pornography. That agent told Agent McFarland to shut down the computer and submit an affidavit for a new

الاتجاه الثاني: يرى أنه في حال إجراء التفتيش على جهاز الحاسب فإن المتهم لم يُعد يملك توقعاً معقولاً للخصوصية في المحتويات الباقية لحاسوبه أو جهاز التخزين خاصته. وقد قررت المحكمة الأمريكية ذلك في قضية Runyan⁽¹⁾ وأضافت أن منهج الرؤية الكاملة يجعل التوسع في تفتيش جهاز الحاسب أمراً مشروعاً ولا ينتهك بذلك التعديل الرابع من الدستور.

search warrant specifically authorizing a search for evidence of possession of child pornography. Agent McFarland did so and obtained the warrant under which he conducted the search that produced the evidence in the present case. Following a hearing at which the district court denied Mr. Walser's motion to suppress the evidence discovered in the searches of his computer, Mr. Walser pled guilty to one count of possession of child pornography and the court sentenced him to twenty-seven months imprisonment and three years' supervised release. As a condition of that release, the district court required that Mr. Walser not have access to the Internet without prior permission of the probation office.

For more see:

<https://openjurist.org/275/f3d/981/united-states-of-america-v-russell-lane-walser>.

تم الدخول إلى الموقع يوم 2019/08/22 الساعة 3 ص.
أشار إليه د. مصطفى على خلف، الضوابط الإجرائية لجرائم التقنية الحديثة، مرجع سابق، ص 159.

(1) حيث كان Runyan يدفع ببطلان التفتيش:

ومن ثم فحين يكون الغرض من تفتيش الحاسب وال خادم والمضيف البحث عن رسائل إلكترونية يكون الجاني في جريمة قتل قد تبادلها مع الضحية، فإن إذن التفتيش يجب أن يكون محصوراً في هذا الإطار، مما يعني أن السعي هنا يكون وراء الحصول على ما يفيد في إطار جريمة القتل هنا، إلى أنه يحدث أثناء التفتيش أن تبرز مظاهر جريمة أخرى كأن يكون ذات الجاني أو شخص آخر قد قام بحفظ كلمات عبور أو أرقام كروت ائتمان مسروقة في ملف أو عبر الإنترنت وتكشف ذلك لمأمور الضبط القضائي أثناء قيامه بالتفتيش في إطار جريمة القتل المذكورة، فيف هذه الحالة تتوافر الجريمة العرضية التي تتحول فيها سلطة الضبط القضائي إلى هذه الجريمة - حتى إذا كان التفتيش هنا مستمد من ندب سلطة التحقيق لمأمور الضبط القضائي- إذ يمكن هنا أن تتحول سلطة الضبط القضائي من

Runyan asserts (among other claims) that the district court erred in admitting evidence obtained pursuant to an unlawful pre-warrant search by law enforcement officials. We hold that portions of the pre-warrant search violated the Fourth Amendment. Accordingly, we REMAND No. 00-10821 to the district court for further findings of fact addressing whether the search warrants would have been sought and issued in the absence of the Fourth Amendment violation.

<https://casetext.com/case/us-v-runyan-3>

تم الدخول إلى الموقع يوم 2019/08/23 الساعة 1 ص.

أشار إليه د. مصطفى على خلف، الضوابط الإجرائية لجرائم التقنية الحديثة، مرجع سابق، ص 159 وما بعدها.

أصلية إلى استثنائية من جديد، وبالتالي يكون له القيام بإجراء التفتيش
الاستثنائي⁽¹⁾.

1) (<https://caselaw.findlaw.com/us-9th-circuit/1181125.html>)

تم الدخول إلى الموقع يوم 2019/08/23 الساعة 2 ص.

أشار إليه د. عمر محمد أبو بكر بن يونس، الجرائم الناشئة عن استخدام الانترنت، رسالة دكتوراه،
كلية الحقوق، جامعة عين شمس، 2004، ص 863.

المبحث الثالث

الرضاء بالتفتيش في الجرائم المعلوماتية

لتبيان الرضاء بالتفتيش في الجرائم المعلوماتية سوف أقسم هذا المبحث إلى ثلاثة مطالب كما يلي:

المطلب الأول: ماهية الرضاء بالتفتيش في الجرائم المعلوماتية.

المطلب الثاني: شروط الرضاء الذي يبيح التفتيش في الجرائم المعلوماتية.

المطلب الثالث: نطاق الرضاء بالتفتيش في الجرائم المعلوماتية.

المطلب الأول

ماهية الرضاء بالتفتيش في الجرائم المعلوماتية

لتبيان ماهية الرضاء بالتفتيش في الجرائم المعلوماتية سوف أقسم هذا المطلب إلى الفروع التالية:

الفرع الأول: المقصود بالرضاء

الفرع الثاني: الرضاء بالتفتيش في الجرائم المعلوماتية استثناء من أصل.

الفرع الثالث: هل يُعد التفتيش إثر اعتراف بارتكاب جريمة معلوماتية رضاء بالتفتيش؟

الفرع الأول

المقصود بالرضاء

الرضاء تعبير عن إرادة القبول، سواء كان القبول عن رغبة وارتياح لوقوع فعل المساس بالحق، أو كان القبول على مضض، وقد يصدر هذا التعبير في صورة صريحة، تعارف الناس عليها، وقد يكون ضمناً يستخلص من الظروف والملايسات التي تحيط بالواقعة محل الرضاء، ومن الممكن أن يفترض الرضاء في بعض الأحوال. ويُعد الرضاء تصرف في الحق يصدر من جانب واحد، وليس بشرط أن يتقبله الشخص الصادر إليه، ذلك لأن طابعه موضوعي، أي أنه يحدث أثره حتى ولو لم يعلم من صدر إليه. وغالباً ما يصدر الرضاء باتاً، ولكن ليس في القانون ما يمنع من تعليقه على شرط أو إضافته إلى أجل⁽¹⁾.

ومن ثم فإن الرضاء هو، اتجاه إرادة صاحب الحق اتجاهها صحيحاً إلى تخويل شخص سلطة التصرف فيه⁽²⁾. وهذا التعريف نؤيده لشموله كافة شروط الرضاء وعناصره التي تتمثل في الآتي:

- يفترض الرضاء أن إرادة الشخص قد اتجهت اتجاهها صحيحاً نحو إحداث أثر قانوني معين إزاء حق يسدي إليه القانون حمايته.

- يفترض الرضاء أنه صادر عن إرادة معتبرة قانوناً متمتع بالتمييز والإدراك وحرية الاختيار.

- يفترض الرضاء كون الشخص صاحب حق.

(1) د. حسني محمد السيد الجدع، رضاء المجني عليه وآثاره القانونية، رسالة دكتوراه، كلية الحقوق، جامعة القاهرة، مكتبة الشرق بالزقازيق، 1983، ص 53.

(2) د. حسني محمد السيد الجدع، رضاء المجني عليه وآثاره القانونية، مرجع سابق، ص 69.

- يشترط في الحق كونه من الحقوق التي يجوز لصاحبها أن يتصرف فيها وأن ينالها فعل بالاعتداء عليها.

- صاحب الحق في الرضاء يخول غيره من الأشخاص حرية التصرف في هذا الحق.

الفرع الثاني

الرضاء بالتفتيش في الجرائم المعلوماتية استثناء من أصل

الأصل أنه ليس لرضاء صاحب الشأن أو عدمه قيمة قانونية في إجراء التفتيش كإجراء من إجراءات التحقيق. فإذا ما اكتملت شروط التفتيش كما هي مبينة في الواقع وقع صحيحاً سواء رضى به صاحب الشأن أو لم يرض⁽¹⁾. وحيث إن المشرع قد قيد التفتيش بقواعد معينة فإنما قصد حماية حريات الأشخاص وخصوصياتهم الكامنة في مستودع أسرارهم، فإذا تنازل شخص عن هذه الحماية المقررة لأجله، كان له ذلك ويكون التفتيش صحيحاً منتجاً لكافة آثاره القانونية⁽²⁾؛ حيث لا مساس بالحرية الشخصية ولا اعتداء على حرمة المسكن. ولذا فإن الرضاء بالتفتيش يُعد تنازلاً عن الحق الدستوري، وهو في ذات الوقت استثناء من الأصل الذي يقضي بوجود الحصول على الإذن قبل التفتيش.

ويتحقق الرضاء بالتفتيش في الجرائم المعلوماتية عندما يقوم رجال الضبط القضائي بتفتيش مكان أو أي شيء بدون إذن أو حتى سبب معقول، وذلك متى أبدى صاحب السلطة على الشيء موافقته على التفتيش بشكل إرادي، كما لو عرض

(1) د. محمد عيد الغريب، شرح قانون الإجراءات الجنائية، ج 1، ط 2، بدون دار نشر، 1996-1997، فقرة 513، ص 657.

(2) د. حسني أحمد الجندي، الجندي في شرح قانون الإجراءات الجنائية، ط 4، وحدة الكتاب الجامعي - جامعة حلوان، 2003-2004، ص 680؛ د. رمزي رياض عوض، الحقوق الدستورية في قانون الإجراءات الجنائية، بدون دار نشر، 2003، ص 152؛ د. محمود نجيب حسني، الدستور والقانون الجنائي، دار النهضة العربية، 1992، ص 92؛ د. أسامة عبد الله قايد، حقوق وضمانات المشتبه فيه في مرحلة الاستدلال، دراسة مقارنة، ط 4، دار النهضة العربية، 2005، ص 115 وما بعدها؛ د. ناينتي ناين أحمد الدسوقي، الرضاء كتكأة في التفتيش الجنائي، ط 1، دار النهضة العربية، 2008، ص 32.

رجل الضبط على الشخص أن يفتشه أو يفتش سيارته الخاصة أو يفتش المكان: كما لو طلب تفتيش مسكنه أو مقر عمله فيقبل الشخص ذلك (1).

وبالتطبيق على الجرائم المعلوماتية، فإن التفتيش في هذه الحالة يكون الهدف منه هو البحث فيما إذا كان مالك الحاسوب أو البيانات الكامنة في الحاسوب ضالماً في ارتكاب الجريمة. ومثالها قيام أحد الأشخاص بترديد عبارات أمام المرشد السري بأنه سبق وأن أجرى تداخلاً غير مشروع على أحد مواقع التسوق التقني وتمكن من سرقة العديد من بطاقات الائتمان الخاصة بالمتعاملين مع هذا الموقع، أو أن هذا الشخص تباهى أمام المرشد السري بقدراته التقنية ودلل عليها بإنشاء صفحة مطابقة لصفحة أحد البنوك وتمكن بواسطتها من الاستلاء على بيانات العملاء هناك، وعليه يطلب مأمور الضبط القضائي أن يفتش جهاز ذلك الشخص للتحقق، فإذا وافق الأخير فإن التفتيش في هذه الحالة صحيحاً ولا يتطلب إذناً (2).

الوضع في مصر: التفتيش الذي يجريه رجال الشرطة في منزل بإذن صاحبه بغير إذن من النيابة العامة. صحيح. ويترتب على ذلك صحة الإجراءات المبنيّة عليه (3).

(1) د. مصطفى على خلف، الضوابط الإجرائية لجرائم التقنية الحديثة، مرجع سابق، ص 172.

(2) نفس المرجع السابق، نفس الموضوع السابق.

(3) مثال: من المقرر أن التفتيش الذي يجريه رجال الشرطة في منزل بغير إذن من النيابة العامة ولكن بإذن صاحب المنزل هو تفتيش صحيح قانونياً، ويترتب عليه صحة الإجراءات المبنيّة عليه، وإذ أذنت الطاعنة لضابط الواقعة بالتفتيش على اعتبار أنها صاحبة المنزل والحائزة له في الفترة التي تم فيها التفتيش، وكان الحكم المطعون فيه قد خلص في استدلال سانع إلى أن رضاً الطاعنة بالتفتيش كان حُرّاً حاصلًا فيما انتهى إليه من أن تفتيش مسكن الطاعنة تم صحيحاً قانونياً، ومن ثم فإن النعي عليه في هذا الخصوص لا يكون سديداً. نقض جنائي مصري، جلسة 21 مارس 2018، الطعن رقم 9680، لسنة 86.

الوضع في القانون الأمريكي

التفتيش بدون إذن لا ينتهك التعديل الرابع من الدستور الأمريكي متى كان ذلك في إطار الاستثناء على الإذن بالتفتيش⁽¹⁾.

1) (The Court's primary argument in favor of its "no-search" holding can be stated briefly:

"The threshold question . . . is whether an individual has a legitimate expectation of privacy in the contents of a previously lawfully searched container. It is obvious that the privacy interest in the contents of a container diminishes with respect to a container that law enforcement authorities have already lawfully opened and found to contain illicit drugs. No protected privacy interest remains in contraband in a container once government officers lawfully have opened that container and identified its contents as illegal. The simple act of sealing the container to enable the police to make a controlled delivery does not operate to revive or restore the lawfully invaded privacy rights." Ante, at 771.

The validity of this reasoning depends, however, on what the Court means by "protected privacy interest." Clearly, one aspect of the privacy interest protected by the Fourth Amendment is the right to keep certain information beyond official scrutiny. See *United States v. Knotts*, 460 U.S. 276, 281–282 (1983) (no reasonable expectation of privacy in location of automobile on public roads). If this were all that were meant by the notion of privacy embodied in the Fourth Amendment, the Court's analysis would be essentially correct. Respondent knowingly and voluntarily rendered his container vulnerable to a perfectly legal and perfectly proper border search. And as soon as that search revealed the presence of contraband, any reasonable expectation respondent may

الفرع الثالث

هل يُعد التفتيش إثر اعتراف بارتكاب جريمة معلوماتية رضاء بالتفتيش

إذا قام شخص بتدمير أو تخريب موقع الكتروني، أي عبث بالواجهة الخارجية للموقع لتبدو بصورة غير متناسقة ومخالفة لما ارتضاه لها صاحب الموقع أن تكون عليه، ومن ثم قام مأمور الضبط القضائي بتفتيش جهاز حاسب المتهم على أثر اعترافه. مثل هذا الاعتراف اعتبرته محكمة النقض المصرية بوصفه سبباً يجيز التفتيش. غير أنها لم تؤسس هذا الرأي على قيام حالة التلبس بجريمة تخريب واتلاف موقع الكتروني، بل على افتراض رضا المتهم بإجراء التفتيش⁽¹⁾. وقد استند هذا المبدأ أن التفتيش كان بناء على اعتراف المتهم بارتكاب الجريمة وطلب من مأمور الضبط القضائي الذهاب معه ليطلععه على تفاصيل الجريمة من حاسبه، ومن ثم يستبين أن هذا الاعتراف قد أباح للضابط تحقيق اعترافه والتثبت من تفاصيله. وأضاف أن دلالة الاعتراف لا تقل عن دلالة التلبس.

وهذا الرأي محل نظر للآتي⁽²⁾:

have had that the existence of the contraband would remain secret was lost and could not be regained.

<https://casetext.com/case/illinois-v-andreas>.

تم الدخول إلى الموقع يوم 2019/09/01 الساعة 2 ص.

(1) قريب من هذا المبدأ حكم محكمة النقض المصرية، جلسة 9 ديسمبر 1946، مجموعة القواعد القانونية، ج 7، ص 247، رقم 247.

(2) د. عوض محمد عوض، التفتيش في ضوء أحكام النقض، مرجع سابق، فقرة 26، ص 35.

- فهو رغم تسليمه بأن اعتراف المتهم لا يجعل الجريمة متلبساً بها لامتناع القياس على أحوال التلبس، إلا أنه عاد فأثبت ما نفاه من وجه آخر، إذ سوى الاعتراف بالتلبس ذاته وجعله صنواً له بدعوى أن في كليهما رجحان إدانة.

- لا فرق في الواقع بين اعتبار الاعتراف - عن طريق القياس - من أحوال التلبس وبين اعتباره صنواً له وخاضعاً لأحكامه بدعوى اتحاد العلة، ومن ثم فهذا قياس بغير شبهة.

- إذا كان الاجماع على حظر القياس في أحوال التلبس، فما ينبغي أن يثور الشك في وجوب امتناع القياس على نظام التلبس ذاته لأنه استثناء من الأصل. ولو قيل بغير ذلك لكان حظر القياس الأول وإجازة الثاني منافياً للعقل والمنطق.

- سلكت محكمة النقض المصرية سبيلاً آخر لاعتبار التفتيش صحيحاً، وهو صرف الاعتراف على أنه رضاء بالتفتيش.

- الأخذ بمبدأ الاعتراف هو رضاء بالتفتيش يؤدي إلى أن مأمور الضبط القضائي أن يزعم أن المتهم اعترف له بارتكاب الجريمة لكي يثبت له الحق في التفتيش استناداً إلى أن الاعتراف لا ينطوي على رجحان الإدانة فقط، بل ينطو كذلك على الرضاء بالتفتيش.

المطلب الثاني

شروط الرضاء الذي يبيح التفتيش في الجرائم المعلوماتية

تتمثل شروط الرضاء الذي يبيح التفتيش في الجرائم المعلوماتية في الآتي:

الفرع الأول: يجب أن يكون الشخص مميزاً ومدركاً

الفرع الثاني: الصفة في الرضاء بالتفتيش في جريمة معلوماتية

الفرع الثالث: صحة الرضاء.

الفرع الرابع: أسبقية الرضاء على التفتيش المؤسس عليه.

الفرع الخامس: شكل الرضاء

الفرع السادس: عدم مخالفة الرضاء للنظام العام.

الفرع الأول

يجب أن يكون الشخص مميزاً ومدركاً

التمييز هو توافر الملكة الذهنية والنفسية لدى الشخص بالقدر الذي يمكنه من فهم طبيعة الفعل الذي يقع مساساً بحقه، مع معرفة ما يرتبه الفعل من نتائج وآثار، واستطاعة التمييز بين النافع والضار من الأشياء⁽¹⁾.

وعن الإدراك فهو فهم لطبيعة فعل معين، ومعرفة الشخص لما يفعله.

وإذا كان القانون المدني قد عمد تقسيم الأهلية على هذا النحو لتحديد الآثار القانونية للتصرفات التي تصدر من كل طائفة من الطوائف في حقوقهم المالية. بيد أن هذا التقسيم لا يستقيم بالضرورة في مجال الرضا بالتفتيش بالرغم من أن جوهر الأهلية لا ينبغي أن يكون محل خلاف⁽²⁾؛ فمناطقها في كل حالاتها هو التمييز والإرادة فمن عدم كليهما أو أحدهما كان فاقد الأهلية. وعلى الجانب الآخر تختلف أهلية الرضا بالتفتيش عن الأهلية المقررة في القانون المدني من وجهين: الأول أنها لا تقبل التدرج، ولا تحتل غير الوجود أو العدم، وإذ فلا سبيل إلى الاعتراف بأهلية ناقصة. والثاني أنه إذا كانت الحادية والعشرون هي سن اكتمال الأهلية في القانون

(1) د. ذنون أحمد الرجوب، النظرية العامة للإكراه والضرورة، دراسة مقارنة، رسالة دكتوراه، كلية الحقوق، جامعة القاهرة، 1968، ص 22 وما بعدها.

(2) Jean Hémard, Le Consentement de la victim dans le délit de coups et blessures. Rev. critique de Législation. Tom.59 (1939), p.294.

المدني. فهذه السن بيقين ليست هي السن التي يلزم بلوغها لاكتمال أهلية الرضا بالتفتيش (1).

ومن الجدير بالإشارة، أنه لا يوجد تلازم بين السن اللازمة لتحمل العقوبة الجنائية والسن التي يجب بلوغها لصحة الرضا بالتفتيش، كما أنه لا يلزم من جواز مباشرة الإجراءات الجنائية ضد الطفل إجازة رضاه بالتفتيش. والدليل على ذلك أنه يصح تفتيش المجنون -شخصه ومسكنه- كما يصح تفتيش الصغير الذي لم يبلغ السابعة رغم أن كليهما غير مسؤول جنائياً. والدليل على ذلك أن الطفل يكون غير أهل لمباشرة إجراءات الدعوى الجنائية بنفسه. وإذا كان صحيحاً أن الرضا بالتفتيش لا يعد قانوناً من إجراءات الدعوى إلا أن صداه يتردد مع ذلك فيها. وقد يسفر التفتيش عن ضبط أدلة تسيء إلى الطفل في أثناء الدعوى، ولهذا يجب أن يكون له حكم إجراءاتها، ومن ثم فإنه يتمتع على الطفل - مادام طفلاً- أن يأذن لغيره بالتفتيش لأنه غير أهل لذلك، وإذا أذن كان إذنه وما ترتب عليه باطلاً (2).

ومن ثم نرى أن السن التي يعتد فيها بالرضا في التفتيش يجب أن تكون هي الثامنة عشرة لأنها السن التي اعتد المشرع الجنائي فيها برضا المجني عليه بجريمة تمس بحق من الحقوق اللصيقة بالشخصية وهي العرض، وهي كذلك السن التي تنتهي عندها مرحلة الطفولة ويكتمل الرشد الجنائي.

(1) د. عوض محمد عوض، التفتيش في ضوء أحكام النقص، مرجع سابق، فقرة 365، ص 366.

(2) د. عوض محمد عوض، التفتيش في ضوء أحكام النقص، مرجع سابق، فقرة 366، ص 367.

هل يفترض علم رجل الضبط وقت الحصول على الرضاء بالتفتيش بسن من
صدر منه الرضاء

يفترض علم رجل الضبط بسن الصادر منه الرضاء بحيث لا يقبل منه الدفع بجهله؛
وذلك على سند وجود حجة منطقية يتمثل فحواها أنه غالباً ما يكشف مظهر
الشخص، وتكوينه الجثمانى عن حقيقة سنه. وبناء على ذلك يجب أن يبذل رجل
الضبط القضائى ما فى وسعه فى التحرى بكافة الوسائل عن سن الصادر منه
الرضاء بالتفتيش، ولا يعفى إلا إذا قدم الدليل على استحالة علمه بالحقيقة.

الفرع الثاني

الصفة في الرضاء بالتفتيش في جريمة معلوماتية

يجب أن يصدر الرضاء الذي يعتد به كأساس لإسباغ الصفة المشروعة على إجراء التفتيش في جريمة معلوماتية من الشخص الذي يراد تفتيشه أو تفتيش منزله، أو من حائز المنزل أو مالكه. ذلك أن الدليل الذي يسفر عنه التفتيش سوف يستخدم في مواجهته. إنما لا يجوز أن يصدر الرضاء بالتفتيش من الغير؛ لأن هذا الغير لا يملك أن يتخلى عن الحق الدستوري المقرر لذلك الشخص المراد تفتيشه أو تفتيش منزله، كما أنه ليس لهذا الغير أن يرفض التفتيش، إذا صدر الرضاء به ممن يملكه قانوناً؛ لأن هذا الغير ليست له مصلحة في دخول المنزل أو الحصول على الدليل⁽¹⁾. ولتوضيح الأمر سوف نرى رضا الحائز، ثم تعدد الحائزين،

أولاً: رضاء الحائز

قد يكون الشخص حائزاً للشيء حيازة تامة فتتوافر فيه صفتا المالك والحائز، وقد تكون حيازته له ناقصة إذ يحوزه على ذمة مالكه.

ولا ريب أن القانون في الحيازة التامة يحمي حقين، هما حق الملكية وحق الحيازة، وكلاهما يكون للمالك، ومن ثم لا يملك غيره أن يصدر رضاء بتفتيش الشيء في جريمة معلوماتية.

(1) د. رمزي رياض عوض، مشروعية الدليل في مرحلة المحاكمة وما قبلها، دراسة تحليلية تأصيلية مقارنة، مرجع سابق، ص131؛

Charles H. Whitbread, Criminal procedure, Mineola, New York, The Foundation Press, TNC, 1980, P.206.

ولا يراد بحق الحيازة هنا مطلق وضع اليد المادي، وإنما يراد بها الحيازة بمعناها القانوني. حيث قد تثبت الحيازة لغير المالك، كالمستأجر والمودع لديه والمستعير والوكيل. وفي هذه الحالة تكون العبرة برضا الحائز لا برضا المالك. فإذا استعار شخص حاسب آلي من صديقه على سبيل المثال، فإذا أذن المستعير للغير بعد ذلك بتفتيش جهاز الحاسب الآلي فتم التفتيش على سند من رضاء مستعير الجهاز كان التفتيش صحيحاً.

وإذا رضى حائز الشيء بتفتيشه فلا حاجة لرضاء غيره بل ولا عبرة باعتراضه كمن استأجر عدة أجهزة حاسب آلي من شخص يملكهم حتى ولو كان هذا الرضاء في حضور مالك هذه الأجهزة بيد أن مشروط أن يكون نطاق الرضاء محله الأجهزة التي تم تأجيرها من قبل المؤجر، أما إذا ورد شمل التفتيش أجهزة حاسب آلي غير تلك التي كانت محل الإيجار يقع التفتيش باطلاً.

وقد يكون جهاز الحاسب الآلي موجود بسيارة أجرة، وتتصل الركاب من ملكيته أو حيازته جاز تفتيش الحاسب بغير إذن من أحد هؤلاء الركاب وفي هذه الحالة يكون التفتيش صحيحاً وهذا تطبيق لأصل عام حاصله أن حرمة الشيء فرع من حرمة صاحبه، فإذا قامت الشواهد على أن الحاسب الآلي محل التفتيش غير محمل بحق حيازة لأحد انتفت حرمة وجاز لأي شخص. بيد أن سند التفتيش هنا ليس الرضا الضمني بالتفتيش حيث يكون الرضا المعتبر صادراً من حائز جهاز الحاسب، بل على سند من أن جهاز الحاسب سائبة.

كما أن من يأخذ جهاز حاسب آلي من أحد لمعاينته فقط وسلمه إلى غيره، لا يكون لرضا من أخذه لمعاينته أو لمن سلمه إليه أي حق في الرضاء بتفتيش جهاز الحاسب وإلا وقع التفتيش باطلاً⁽¹⁾.

وأيضاً يُعتد برضاء الوكيل بتفتيش جهاز الحاسب الآلي للموكل إذا تم ذلك في إطار حدود عقد الوكالة، فهو في هذا الشأن ليس إلا معلناً لإرادة الأصيل، ومن ثم لا يجوز له أن يبدي الوكيل رضاء بتفتيش جهاز الحاسب اعتداءً على حق موكله. والحال كذلك فيما يتعلق برضاء الحارس أو الخادم بتفتيش أجهزة الحاسب الآلي، فليس لهما التصرف إلا في الحدود التي يقرها صاحب الحق.

ولنا أن نتساءل: من له الحق في الرضاء بتفتيش الحافظة التقنية لكي يصح ذلك التفتيش وذلك في حالة عدم وجود إذن صادر بذلك؟ وهل يكون لهذا الطرف سلطة الموافقة على تفتيش ملفات الحاسوب الخاصة بشخص آخر؟

نقول في هذا الشأن: إن صاحب الحافظة التقنية له الحق في حرمة الحياة الخاصة بالنسبة لما تحتويه تلك الحافظة متى كانت في حيازته، ولكن إذا وجدت في حيازة

1) (Emile Garçon, Code penal annoté (1901-1906)، (1952)، art No 184.

وأيضاً، د. عمر السعيد رمضان، شرح قانون العقوبات، القسم الخاص، بدون دار نشر، 1977، ص410.

شخص آخر، فهل يستمر صاحب الحافظة في التمتع بالحق في الخصوصية بشأن ملفات الموجودة بتلك الحافظة أم لا؟

ولبيان ذلك نقيم تماثلاً بين الحافظة والطرْد، فإذا أراد الراسل توصيل طرد إلى المرسل إليه واستأجر لهذا الغرض طرفاً ثالثاً، فإن التوقع المعقول من الخصوصية بالنسبة للراسل في الوقت الذي يحمله الثالث يختلف عن هذا التوقع عند وصول الطرد إلى المرسل إليه⁽¹⁾.

استقر القضاء الأمريكي على أن صاحب الشيء يظل متمتعاً بالحق في الخصوصية إذا أرسله إلى الغير بصفة مؤقتة، ذلك أن الراسل يتوقع أن يستعيد سيطرته على الشيء ومحتوياته⁽²⁾؛ ولذا فُضي بأن المتهم يستعيد التوقع المعقول للخصوصية على الملفات الموجودة في جهاز الحاسب المتروك مع الفني لإصلاحه⁽³⁾.

أما إذا لم يستطع الراسل أن يتوقع استعادة السيطرة على الشيء الموجود المرسل، فإنه لم يعد لديه التوقع المعقول للخصوصية في محتوياته، وتطبيقاً لذلك إذا أرسل

(1) د. مصطفى علي خلف، الضوابط الإجرائية لجرائم التقنية الحديثة، مرجع سابق، ص 177.

(2) د. مصطفى علي خلف، الضوابط الإجرائية لجرائم التقنية الحديثة، مرجع سابق، ص 178 وما بعدها.

(3) (<https://www.leagle.com/decision/199895526fsupp2d9291853.xml>)

تم الدخول 28/08/2019 الساعة 11 مساءً.

المتهم رسالة عبر البريد التقني تتضمن معلومات عن تسعيرة تخص الشركة التي يعمل بها وذلك إلى منافس الأخير. وبعد قيام رجال الضبط بتفتيش أجهزة الحاسب للمنافس وجدوا معلومات عن السعار المذكورة، فلا يحق للمتهم أن يتذرع بأن هذا التفتيش ينتهك التعديل الرابع من الدستور، ذلك أن المتهم قد تخلى عن سيطرته على المعلومات بإرسالها للمنافس⁽¹⁾.

1 (See: In his role as "consultant" to EMI, the defendant sold to Alfred Stanger confidential Pratt pricing information which EMI used to underbid Pratt on the Air Force contracts. Stanger paid the defendant as much as \$5,000 per month for his so-called "consulting services", reaching a total of \$260,000. In 1982, Stanger installed a computer terminal and telephone modem in the defendant's Florida home to facilitate communication between the defendant and EMI's Connecticut office. The defendant transmitted the pricing information to EMI's computer terminal where the information was then stored on EMI's tapes.

UNITED STATES v. HOROWITZ, 806 F.2d 1222 (4th Cir. 1986)

<http://openjurist.org/806/f2d/1222/united-states-v-i-horowitz>.

It was mentioned in the same judgment:

Although the defendant may well have wished to conceal his egregious perfidy from his employer, as would any person wrongfully selling his employer's secrets, his willful disclosure to EMI vitiates any reasonable expectation of privacy he may have once had. Assurances by Stanger as to EMI's limited use of the information could not sustain a Fourth Amendment interest. See *United States v. Miller*, 425 U.S. 435, 443, 96 S.Ct. 1619, 48 L.Ed.2d 71 (1973). "Legitimation of expectations of

كما سوى القضاء الأمريكي بين فقد السيطرة النهائية على الشيء وفقدتها بصفة مؤقتة، واستنتج من ذلك فقدان الحق في حرمة الحياة الخاصة⁽¹⁾. ومن ثم فإن صاحب ديسكات الحاسوب الذي تركها في خزانة عامة للإيجار يفقد حقه في حرمة الحياة الخاصة بالنسبة لما تحتويه هذه الديسكات إذا لم يتم بتجديد إيجار تلك الخزانة⁽²⁾، إذ يصح لصاحب تلك الخزائن الحديدية (العامة) أن يفتح الخزانة وأن يطلع على محتويات تلك الديسكات.

privacy by law must have a source outside of the Fourth Amendment, either by reference to concepts of real or personal property law or to understandings that are recognized and permitted by society." Rakas, 439 U.S. at 144, n. 12, 99 S.Ct. at 430, n. 12. The defendant has failed to show any source of legitimation in this case; therefore, we affirm the decision of the trial court.

Since we agree with the trial court that the defendant had no reasonable expectation of privacy in EMI's tapes nor in the premises searched, we, like the trial judge, need not consider whether the warrant was sufficient to encompass the seizure and search of the tapes. We do, however, believe that it was adequate.

AFFIRMED

(1) د. مصطفى علي خلف، الضوابط الإجرائية لجرائم التقنية الحديثة، مرجع سابق، ص 179.
(2) RENTER DOES NOT HAVE A LEGITIMATE EXPECTATION OF PRIVACY IN THE CONTENTS OF A RENTAL UNIT IF THE RENT IS NOT PAID.

The only search at issue in this appeal concerns the contents of the computer tapes that Tyson found in the Anderson unit. It is undisputed

that when Tyson entered the Anderson unit and removed all of its contents, he was not acting as a police agent. Thus, Tyson's conduct in removing the items he found in the Anderson unit did not implicate Poulsen's Fourth Amendment rights. See *Walter v. United States*, 447 U.S. 649, 659, 100 S.Ct. 2395, 2403, 65 L.Ed.2d 410 (1980); *United States v. Reed*, 15 F.3d 928 (9th Cir. 1994). (The Fourth Amendment generally does not protect against intrusions by private individuals.)

The Government argues that after January 22, 1988, Poulsen did not have a legitimate expectation of privacy in the contents of the Anderson unit because Menlo had a lien on that property based upon paragraph 17 of the rental agreement, and the sections of the California Business and Professions Code that relate to self-storage rental facilities.

Paragraph 17 of the rental agreement provides as follows:

LIENS: Occupant's stored property will be subject to a claim of lien for unpaid rent and other charges and may be sold to satisfy the lien if the rent or other charges due remain unpaid for fourteen (14) consecutive days. This lien and its enforcement are authorized by Chapter 10 (commencing with Section 21700) of the California Business and Professions Code.

The relevant sections of the California Business Professions Code ("Cal. Bus. Prof. Code") are contained in the "California Self-Storage Facility Act," which is set forth at sections 21702, 21703, and 21705 (West 1987).

§ 21702 provides:

The owner of a self-service storage facility and his or her heirs, executors, administrators, successors, and assigns have a lien upon all personal property located at a self-service storage facility for rent, labor,

ولكننا نفرق بين حالتين:

or other charges, present or future, incurred pursuant to the rental agreement, and for expenses necessary for the preservation, sale, or disposition of personal property subject to the provisions of this chapter. The lien may be enforced consistent with the provisions in this chapter.

§ 21703 provides, in pertinent part:

When any part of the rent or other charges due from an occupant remain unpaid for 14 consecutive days, an owner may terminate the right of the occupant to the use of the storage space at a self-service storage facility by sending a notice to the occupant's last known address . . . , by certified mail, postage prepaid, containing all of the following:

(a) An itemized statement of the owner's claim showing the sums due at the time of the notice and the date when the sums became due.

(b) A statement that the occupant's right to use the storage space will terminate on a specified date (not less than 14 days after the mailing of the notice) unless all sums due are paid by the occupant prior to the specified date.

(c) A notice that the occupant may be denied access to the storage space after the termination date if the sums are not paid, and that an owner's lien as provided for in Section 21702, may be imposed thereafter.

(d) The name, street address, and telephone number of the owner, or his or her designated agent, whom the occupant may contact to respond to the notice.

U.S. v. POULSEN, 41 F.3d 1330 (9th Cir. 1994)
<https://casetext.com/case/us-v-poulsen-21>.

تم الدخول 29/08/2019 الساعة 1 ص.

الحالة الأولى: صاحب الديسكات مستأجر الخزينة معروف لدى مؤجر الخزينة: في هذه الحالة لا نؤيد الرأي السابق.

الحالة الثانية: توجد خزائن حديدية يستعملها الأفراد دون تحديد هويتهم، فإن نظام الخزينة العامة لا يقتضي معرفة صاحب الشيء المودع بل إن التعامل يتم بين مستأجر الخزينة والخزينة نفسها بشكل مباشر بطريق وضع قطعة نقدية في الجزء المخصص لذلك فتفتح الخزينة بشكل تلقائي وعند انتهاء مدة الإيجار تتغلق بشكل تلقائي في مواجهة مستعملها (المستأجر) في هذه الحالة نؤيد ما ورد بالقضاء الأمريكي⁽¹⁾.

ومن ثم فمن يقوم بالاتصال بغيره فإنه يقوم في الوقت ذاته بتوصيل رقم التليفون الذي ستصل به إلى شركة التليفون الذي يتم تسجيله لديها، ومن هنا لا يتمتع الفرد بالحق في الحياة الخاصة فيما يتعلق بهذا الرقم. ومن يعكس هذا الأمر رضاً ضمنياً من المستخدم بالتخلي عن حرمة الحياة الخاصة بالنسبة لتلك المعلومات وبالتالي فإنه لا يجوز له أن يتمسك ببطلان التفتيش في هذه الحالة.

(1) د. شيماء عبد الغني محمد عطا الله، الحماية الجنائية للتعاملات الإلكترونية، دراسة مقارنة بين النظامين اللاتيني والأنجلو أمريكي، مرجع سابق، ص 322.

ثانياً: تعدد الحائزين

يحدث أحيانا أن تكون حيازة الشيء غير خالصة لشخص واحد، بل مشتركة بينه وبين آخرين كجماعة تدير أحد أندية الانترنت أو جماعة يقيمون سوياً في منزل واحد. فما هو أثر الرضاء الصادر من أحدهم أو بعضهم بتفتيش حاسب آلي.

ومن ثم يجب التمييز بين عدة فروض:

- أن تكون حيازة جهاز الحاسب الآلي شائعة بين الحائزين وفي هذه الحالة لا يجزئ رضاء أحدهم عن رضاء الآخرين، بل يجب لصحة التفتيش أن يصدر الرضاء عنهم أجمعين. ذلك أن لكل منهم حقاً ذاتياً في حرمة جهاز الحاسب لا يملك غيره أن يسقطه بإباحة تفتيشه. وإذا وقع تفتيش الحاسب بناء على رضاء أحدهم أو بعضهم دون سائرهم كان باطلاً⁽¹⁾.

- الفرض الثاني حيث يتعلق الأمر بكون أن لكل حائز حصة مفرزة من الحواسيب الموجودة يستأثر بها مستقلاً عن غيره. ففي هذه الحالة يقتصر أثر الرضاء الصادر بالتفتيش من أحدهم على الجزء الذي يخصه ولا يمتد إلى ما يخص سواه؛ لأن لكل منهم حاسب يختلف عن حاسب غيره⁽²⁾.

- أسرة مكونة من أب وزوجته وإخوته وأبويه وخدمه تعيش في منزل لا يستأثر أحدهم بجزء يخصه، فالأي من هؤلاء أن يأذن لرجل الضبط القضائي بتفتيش منزل ومن ثم تفتيش حاسب داخل هذا المنزل.

(1) د. عوض محمد عوض، التفتيش في ضوء أحكام النقض، مرجع سابق، فقرة 373، ص 371.

(2) د. عوض محمد عوض، التفتيش في ضوء أحكام النقض، مرجع سابق، فقرة 374، ص 371.

ذهبت محكمة النقض المصرية إلى ما يلي:

أنه وإن كان الأصل أن يصدر الرضاء بتفتيش جهاز الحاسب من رب البيت نفسه، إلا أنه يصح في حال غيابه أن يصدر من أحد المقيمين معه. ولا يبدو من أحكام محكمة النقض أنها تجعل للغياب في هذا المقام مفهوماً خاصاً، وهو ما يسمح بالقول بأنه ينصرف إلى مطلق عدم الوجود في المنزل وقت طلب الموافقة على تفتيش الحاسب. ذلك أنها تصف في بعض أحكامها من يقيم معه يعتبر وكيلاً عنه وحائزاً للمنزل فعلاً في غيابه، بل إنها تصرح في بعض الأحكام بأن المنزل يُعتبر في حيازتهما معاً. ومن ثم فإن الإذن من أحدهما بالتفتيش يجعل التفتيش صحيحاً⁽¹⁾.

كما تشترط أن تكون هذه الإقامة مستمرة أي دائمة. ولهذا قضت بأن صلة الأخوة بمجرد لا توفر صفة حيازة المنزل فعلاً أو حكماً⁽²⁾ لأخ الحائز حتى تثبت إقامته معه بصفة مستمرة وقت حصول الرضاء بتفتيش الحاسب⁽¹⁾.

(1) د. عوض محمد عوض، التفتيش في ضوء أحكام النقض، مرجع سابق، فقرة 375، ص 372.

(2) د. أحمد فتحي سرور، الوسيط في قانون الإجراءات الجنائية، الكتاب الأول، دار النهضة العربية، 2016، فقرة 668، ص 963؛ د. حسن صادق المرصفاوي، المرصفاوي في قانون الإجراءات الجنائية مع تطورات التشريعية ومذكراته الإيضاحية والأحكام في مائة عام، منشأة المعارف بالإسكندرية، 2000، فقرة 1245، ص 412؛ لذا قُضي " ...أن من سمح بدخول المحل وتفتيشه وهو شقيق المتهم ويدعى ... الذي قرر وقتئذ أنه يعمل تاجر بقالة بجانب محل شقيقه المتهم وليس له علاقة تجارية به ولكن كلفه المتهم بمراقبة المحل لحين عودته بعد تأدية واجب العزاء حيث تركه مفتوحاً. وحيث إنه على ضوء ما تقدم يتضح أن الرضاء بالتفتيش قد صدر ممن لا يملكه ومن ثم يضحى التفتيش باطلاً ومتى بطل التفتيش بطل كذلك كل ما ترتب عليه من آثار". لما كان ذلك، وكان من المقرر أن للمتجر حرمة مستمدة من اتصاله بشخص

لا يلزم في الإقامة المستمرة وجود قرابة بين رب البيت ومن يقيم معه. ومن ثم فإن الزوجة تعتبر قانوناً وكيلة صاحب المنزل والحائزة فعلاً له في غيبة صاحبه، أما إذا كان الزوج حاضراً فلا يعتد برضاء زوجته، لأنه صدر ممن لا يملك⁽²⁾.

صاحبه أو بمسكنه، وأن هذه الحرمة وما أحاطها به الشارع من عناية تقتضي أن يكون دخوله بإذن من النيابة ما لم تكن الجريمة متلبساً بها أو كان صاحب الشأن قد رضى بالتعرض لحرمته رضاء صحيحاً، وأن الرضاء بالتفتيش يجب أن يصدر من حائز المكان أو ممن يعد حائزاً له وقت غيابه، وإذا كان تقدير توافر صفة الحيابة لمن صدر عنه الرضاء بتفتيش المكان هو من الموضوع الذي يستقل به قاضيه بغير معقب ما دام يقيم قضاءه بذلك على ما يسوغه، وكانت المحكمة في حدود سلطتها التقديرية قد اطمأنت إلى أن شقيق المطعون ضده المكلف بمراقبة المتجر لفترة مؤقتة إلى جانب مسؤوليته عن متجره المجاور لا يعد حائزاً، وكانت صفة الإخوة بمجرد ما لا توفر صفة الحيابة فعلاً أو حكماً لأخ الحائز ولا تجعل له سلطاناً على متجر شقيقه، ولا تخوله أن يأذن بدخوله الغير، لأن واجب الرقابة التي كلف بها يقتضيه المحافظة على حقوق شقيقه وأولها المحافظة على حرمة متجره المستمدة من حرمة شخصه، فإن خالف ذلك أو أذن للغير بالدخول، فإن الإذن يكون قد صدر ممن لا يملكه لما كان ذلك، فإن الحكم المطعون فيه إذ انتهى إلى تقرير بطلان تفتيش متجر المطعون ضده لعدم صدور الرضاء بتفتيشه من صاحب الشأن فيه، ورتب على ذلك قضاءه بالبراءة ورفض الدعوى المدنية لا يكون مخالفاً للقانون، ولا يعدو ما تنبئه الطاعة في هذا الصدد أن يكون جديلاً موضوعياً في سلطة محكمة الموضوع في وزن عناصر الدعوى واستنباط معتقدها وهو ما لا يجوز إثارتها أمام محكمة النقض. لما كان ما تقدم، فإن الطعن يكون على غير أساس متعيناً رفضه موضوعاً". نقض جنائي مصري، جلسة 26 فبراير 1978، الطعن رقم 1302، لسنة 47، س 29، ع 1، ص 185، ق 32.

(1) نقض جنائي مصري، جلسة 21 أبريل 1969، أحكام النقض، س 20، ج 2، ص 544، رقم 113؛ نقض جنائي مصري، جلسة 26 فبراير 1978، أحكام النقض، س 29، ص 185، رقم 32.

(2) لذا قُضي " أنه من المقرر أنه إذا تعلق الأمر بتفتيش منزل أو مكان وجب أن يصدر الرضاء به من حائز المنزل أو المكان أو ممن يعد حائزاً له وقت غيابه، وكان الثابت من الحكم المطعون فيه أن الطاعن لم يكن غائباً عن المنزل فإن الإذن من زوجته يكون قد صدر ممن لا

لا يشترط فيمن يصدر منها الرضاء المعبر أن تكون زوجة شرعية لصاحب المنزل⁽¹⁾.

رضاء الوالد والولد والأخت بالتفتيش هو رضاء معتبر طالما يقيموا مع رب البيت إقامة مستمرة.

تقدير اتجاه محكمة النقض

حيث إن الرضاء بالتفتيش يجب أن يصدر من رب البيت نفسه، فلا يغني عن رضاء رضا أحد ممن يقيمون معه مهما تكن علاقته به. يستوي في ذلك أن يصدر الإذن من الغير في حضوره أو في غيابه. ذلك أن أهل المنزل ليسوا أكفاءً وأنداداً، وإنما بعضهم أصل والآخر تبع، والرضاء الذي يُعتد به هو الذي يصدر من الأصل لا من التبع. ومن ثم فإنه يوجد خلط ما بين الإذن بدخول المنزل والإذن بتفتيشه، وهما حقان منفصلان لا يلزم من ثبوت أولهما ثبوت الثاني. وإذا كانت من ضرورات الحياة اقتضت أن يكون لكل أفراد الأسرة المقيمين معاً حق الإذن للغير بدخول المنزل، وكان هذا الحق يجد أساسه القانوني في موافقة رب المنزل على منحهم إياه باعتباره من لوازم المعيشة المشتركة، فإن هذا الأساس ينتفي حين صدور الإذن من أحدهم للغير بتفتيش المنزل للبحث في داخله عن أدلة جريمة معلوماتية وقعت، ومن ثم يتبين أنه لا خلاف في أصل الوكالة، وإنما الخلاف في

يملكه. لما كان ذلك، وكانت المحكمة إذ عولت أيضاً في قضائها ضمن ما عولت عليه بإدانة الطاعن على ما أسفر عنه تفتيش منزله بمعرفة الرائد / استناداً إلى صحة التفتيش لحصوله برضاء زوجته المقيمة معه بذات المنزل تكون أخطأت في تطبيق القانون. لما كان ما تقدم، فإن الحكم المطعون فيه يكون معيباً بما يبطله ويوجب نقضه والإعادة لهذا السبب أيضاً" نقض جنائي مصري، جلسة 17 فبراير 2010، الطعن رقم 19039، لسنة 73 ق.

(1) نقض جنائي مصري، جلسة 5 فبراير سنة 1968، أحكام النقض، س 19، ص 156، رقم

مدى هذه الوكالة، هل تقتصر على الإذن بالدخول فحسب، أو تشمل الإذن به وبالتفتيش أيضاً. ولما كانت وكالة هؤلاء جميعاً وكالة ضمنية وليست نيابة قانونية، فإن نطاقها يتحدد في ضوء الحاجة التي اقتضتها. ويكفي للتدليل على صحة ما نراه أن المقيمين في كنف رب البيت قد يختلفون في الإذن بتفتيش المنزل بحثاً عن أدلة جريمة معلوماتية، فقد يرضى أبو الزوج أو أخوه بالتفتيش وترفض الزوجة (1).

الوضع في القانون الأمريكي

- صلاحية معظم التفتيش المبني على الموافقة الزوجية:

قررت المحاكم أن أي من الزوجين يمكن أن يوافق على تفتيش جميع ممتلكات الزوجية (2). وعلى سبيل المثال ففي قضية Smith كان المدعو Smith يعيش مع سيدة تدعى USHMAN وابنتها، وعندما أثير ادعاء التحرش بالأطفال ضد Smith وافقت USHMAN على تفتيش الحاسوب الخاص بالمذكور الموجود

(1) د. عوض محمد عوض، التفتيش في ضوء أحكام النقض، مرجع سابق، فقرة 378، ص 375 وما بعدها.

(2) With the cooperation of Professor Angevine's wife, officers from the Stillwater, Oklahoma Police Department obtained a search warrant to look for child pornography on his University computer. Police seized the computer from Professor Angevine's office and turned it over to a police computer expert. Although Professor Angevine attempted to erase the pornographic files, the computer expert used special technology to retrieve the data that had remained latent in the computer's memory.

See, United States v. angevine, 281 F.3d 1130, 1134-35 (10 th Cir. 2002).

داخل المنزل في تجويف مرتبط بحجرة النوم الرئيسة⁽¹⁾، وفي المقابل دفع Smith بالآتي⁽²⁾:

& أن السيدة USHMAN لم تمنحها طواعية موافقتها.

تم الرد عليه كانت الموافقة طوعية، تشهد بذلك أيضاً غلبة الأدلة على أن موافقة السيدة كانت طوعية⁽³⁾.

(1) د. عمر محمد بن يونس، الإجراءات الجنائية عبر الإنترنت في القانون الأمريكي، مرجع سابق، ص 91 وما بعدها.

2(Defendant appears to assert three objections to the search in question: (1) that Ms. Ushman did not voluntarily give her consent, (2) that Ms. Ushman was acting as an agent of law enforcement, and (3) that Ms. Ushman's consent, even if voluntary and valid, did not extend to the search of the computer.

United States District Court, C.D. Illinois, Springfield Division Sep 30, 1998 27 F. Supp. 2d 1111 (C.D. Ill. 1998).

3(A. Voluntariness The first argument is without merit. The appropriate test for voluntariness is whether, taking into consideration all the circumstances, the consent arose from duress or coercion. See United States v. Rosario, 962 F.2d 733, 738 (7th Cir. 1992). Here, Ms. Ushman (while in Arizona) contacted law enforcement officials in Illinois via telephone. The officers did not initiate this contact, but did, of course, follow up on Ms. Ushman's concerns. There are no indications that Ms. Ushman's consent was not voluntary. Instead, both Ms. Ushman and Sergeant Johnson testified that she gave her consent when she was asked if officers had her permission to enter the home. In short, the

& أن السيدة USHMAN كانت تعمل كوكيل لإنفاذ القانون.

تم الرد عليه بالآتي: تشير الشهادة غير المدانة إلى أن السيدة USHMAN، أثناء وجودها في أريزونا، اتصلت بالمسؤولين في إلينوي عبر الهاتف. ببساطة، لا يوجد ما يشير إلى أنها تم تجنيدها من قبل الموظفين المكلفين بإنفاذ القانون أو عرضت عليها أي مكافأة أو حوافز أخرى. تشير الدلائل إلى أنها لم تكن تعمل كوكيل لإنفاذ القانون سواء في وقت البحث الأولي أو في وقت تقديم أمر الحماية. وبالتالي، لا يمكن للمدعى عليه تحمل عبء على هذه المسألة⁽¹⁾.

uncontradicted testimony given in this case demonstrates by a preponderance of the evidence that Ms. Ushman's consent was voluntary.

United States District Court, C.D. Illinois, Springfield Division Sep 30, 1998 27 F. Supp. 2d 1111 (C.D. Ill. 1998).

1) (Private Action: Defendant seems to argue that Ms. Ushman was acting in some sort of law enforcement capacity or as an agent of law enforcement. The criteria used to show that a person acted as an agent of law enforcement include whether the government knew of and acquiesced in the intrusive conduct and whether the private party's purpose was to assist law enforcement. See Shahid at 325 (quoting U.S. v. Feffer, 831 F.2d 734, 737 (7th Cir. 1987)). Other factors include whether the private party acted at the request of government and whether the government offered a reward. See Shahid at 325 (citing U.S. v. McAllister, 18 F.3d 1412, 1417-18 (7th Cir. 1994); U.S. v. Koenig, 856 F.2d 843, 847 (7th Cir. 1988)). Here, the uncontradicted

& لم تكن للسيدة USHMAN سلطة فعلية على المكان الذي سمحت بتفتيشه.

تم الرد عليه بالآتي: القاعدة العامة المتعلقة بموافقة الطرف الثالث هي أن "موافقة الشخص الذي يتمتع بسلطة مشتركة على المباني أو الآثار تكون سارية المفعول مقابل الشخص الغائب، غير الخاضع للرقابة الذي تمت مشاركة هذه السلطة معه، كما لا تستند هذه السلطة إلى مفاهيم حقوق الملكية الرسمية، ولكن بدلاً من ذلك "تعتمد على الاستخدام المتبادل للممتلكات من قبل الأشخاص الذين يتمتعون عمومًا بوصول أو سيطرة مشتركة لمعظم الأغراض، بحيث يكون من المعقول الاعتراف بأن أيًا من المشتركين له الحق في السماح بالتفتيش في حد ذاته وأن الآخرين قد تحملوا خطر أن أحد أرقامهم قد يسمح بتفتيش المنطقة المشتركة⁽¹⁾.

testimony indicates that Ms. Ushman, while in Arizona, contacted officials in Illinois via telephone. There is simply no indication that she was recruited by law enforcement officials or was offered any reward or other incentives. The evidence indicates that she was not acting as an agent of law enforcement either at the time of the initial search or at the time that the Order of Protection was served. Thus, Defendant cannot carry his burden on this issue.

United States District Court, C.D. Illinois, Springfield Division Sep 30, 1998 27 F. Supp. 2d 1111 (C.D. Ill. 1998).

1(I. Actual Authority:

The general rule regarding third party consent is that the "consent of one who possesses common authority over premises or effects is valid as against the absent, nonconsenting person with whom that authority is

من المهم الإشارة إلى أن هذه الدائرة قد تبنت وجهة نظر مفادها أنه ليس الاستخدام الفعلي لعنصر أو منطقة تمكن الفرد من إعطاء الموافقة على البحث في المنطقة، بل السلطة لاستخدام أو السيطرة على أو الوصول إلى عنصر أو منطقة محددة، سواء كانت تلك السلطة أو السيطرة أو الوصول تمارس فعلاً أم لا⁽¹⁾.

shared." United States v. Matlock, 415 U.S. 164, 170, 94 S.Ct. 988, 39 L.Ed.2d 242 (1974). This authority rests not on notions of formal property rights, but instead "on mutual use of the property by persons generally having joint access or control for most purposes, so that it is reasonable to recognize that any of the co-inhabitants has the right to permit the inspection in his own right and that others have assumed the risk that one of their number might permit the common area to be searched." Matlock, 415 U.S. at 171, n. 7, 94 S.Ct. 988.

United States District Court, C.D. Illinois, Springfield Division Sep 30, 1998 27 F. Supp. 2d 1111 (C.D. Ill. 1998).

1) (It is important to note that this Circuit has adopted the view that it is not actual use of an item or area that enables one to give consent to a search of the area, but rather the authority to use, control over, or access to the specific item or area, whether or not that authority, control or access is actually exercised. See U.S. v. Duran, 957 F.2d 499, 505 (7th Cir. 1992). For example, in Duran, a panel of this Circuit held that the wife of the defendant could consent to a search of a barn that she did not use and in which she did not even keep any of her belongings. Because the barn was accessible to her and she could, if she wished, enter the barn, she possessed authority to consent to the search.

ومن ناحية أخرى، إذا كانت السيدة USHMAN تقتدر إلى السلطة الفعلية المطلوبة للموافقة على تفتيش الكمبيوتر، فإن الأساس البديل للتحقق من صحة البحث هو سلطة السيدة عثمان الظاهرة للموافقة على البحث⁽¹⁾.

In this case, the Court is satisfied that the government has carried its burden of showing by a preponderance of the evidence that Ms. Ushman did maintain joint access to or joint control of the computer and surrounding area. The computer was located in an open, accessible area of her bedroom. In addition, children's toys were located there, and children's software was actually stored on the computer. Also, the computer was also occasionally used in Defendant's absence. It is also clear, as the testimony reflects, that Ms. Ushman was not prohibited from accessing the alcove in her own bedroom. For example, Ms. Ushman testified that she entered the alcove area to place mail there and also indicated that Defendant had tried to teach her to use the computer.

Furthermore, it is important to note that none of the officers who searched the computer found passwords on the computer. This belies Defendant's claim of exclusive and possessory control and indicate that Ms. Ushman could consent to the search of the home and computer and that the consent extended to the computer area and the computer itself.

United States District Court, C.D. Illinois, Springfield Division Sep 30, 1998 27 F. Supp. 2d 1111 (C.D. Ill. 1998).

1(2. Apparent Authority

Also, the Government argues that even if Ms. Ushman lacked the requisite actual authority to consent to a search of the computer, an

& إن موافقة السيدة USHMAN، حتى لو كانت طوعية وصالحة، لم تمتد لتشمل البحث عن الكمبيوتر.

تم الرد عليه: تأكد الضباط أن السيدة USHMAN وافقت على البحث عن الكمبيوتر والمنطقة المحيطة بالكمبيوتر. قدمت توجيهات واضحة إلى الكمبيوتر. عاشت في المنزل واستخدمت غرفة النوم. لم يتم إغلاق الكمبيوتر والمكتب الذي يوجد به الكمبيوتر من غرفة النوم ولم يتم إغلاقه. بدلاً من ذلك، كانت منطقة الكمبيوتر في متناول أفراد الأسرة بسهولة. كانت ألعاب الأطفال موجودة حول الكمبيوتر، مما يشير إلى أن أفراد الأسرة يمكنهم الوصول إلى الكمبيوتر. أيضاً، اتخذ الضباط الاحتياطات الإضافية للاتصال محامية الدولة المساعدة، قبل الشروع في البحث في الكمبيوتر. كل هذه الظروف تشير إلى أن الضباط لديهم اعتقاد

alternative basis for validating the search is Ms. Ushman's apparent authority to consent to the search.

A warrantless search is valid where the police reasonably believe, based on all the circumstances, that the consenting party had the requisite authority over the premises. See *Illinois v. Rodriguez*, 497 U.S. 177, 185, 110 S.Ct. 2793, 111 L.Ed.2d 148 (1990).

United States District Court, C.D. Illinois, Springfield Division Sep 30, 1998 27 F. Supp. 2d 1111 (C.D. Ill. 1998).

معقول بأن السيدة USHMAN تمتلك السلطة اللازمة للموافقة على البحث في الكمبيوتر ومنطقة الكمبيوتر (1).

ومن ثم يتبين أن السيدة USHMAN كانت موافقتها طوعية، ولم تكن تعمل كوكيل لإنفاذ القانون. أيضًا، كان البحث عن الكمبيوتر في هذه الحالة صالحًا. يمكن للسيدة USHMAN الموافقة على البحث عن جهاز الكمبيوتر لأن الأدلة تشير إلى أن لديها سلطة فعلية على الكمبيوتر والمنطقة المحيطة بها. أيضا، كسبب بديل للتحقق من صحة البحث، حتى لو كان صحيحا أن السيدة USHMAN تفتقر إلى السلطة الفعلية للموافقة على البحث، فإنها تمتلك سلطة واضحة على أساس كل الحقائق والظروف.

1) (Here, based on the facts and circumstances as they appeared to the officers on the morning of June 2, 1997, it is clear that the officers reasonably believed that Ms. Ushman could consent to a search of the computer and area around the computer. She provided explicit directions to the computer. She lived in the house and used the bedroom. The computer and desk where the computer was located were not closed off from the bedroom and were not locked away. Instead, the computer area was easily accessible to family members. The children's toys were located around the computer, indicating that family members had access to the computer. Also, officers took the extra precaution of contacting Ms. Tharpe, an Assistant State's Attorney, before proceeding to search the computer. All these circumstances indicate that the officers had a reasonable belief that Ms. Ushman possessed the requisite authority to consent to the search of the computer and computer area.

United States District Court, C.D. Illinois, Springfield Division Sep 30, 1998 27 F. Supp. 2d 1111 (C.D. Ill. 1998).

الأب

يمكن للأب ابداء الموافقة على تفتيش حجرات أبنائهم عندما يكون الأبناء تحت سن 18 عاماً، فإذا كانت أعمار الأبناء 18 عاماً أو أكثر، فربما يكون لديهم القدرة على الموافقة ويعتمد ذلك على الوقائع:

أحياناً يكون المتهم صغير السن نسبياً ويقوم مع أبويه في بعض قضايا جرائم الحاسوب، وعندما يكون مرتكب الجريمة قاصراً فإن موافقة الوالدان على تفتيش متعلقات ابنهم المتهم ومكان معيشته تكون غالباً ودائماً متاحة وصالحة.

وعندما يكون المتهم ابن بالغ قانوناً فإن القضية تكون أكثر تعقيداً. إذ ربما يوافق الوالدين على تفتيش الأماكن المشتركة في منزل العائلة بصرف النظر عن سن المتهم، وتطبيقاً على ذلك فإن من حق الوالدين الموافقة على تفتيش حجرة نوم ابنهم المتهم والذي يوجد به حاسب آلي⁽¹⁾.

بيد أنه يجب أن نضع الاعتبارات الآتية محل اعتبار وهي:

- عمر المشتبه به.
- هل المشتبه يدفع ايجار؟
- هل اتخذ المشتبه به بعض التدابير لينكر على والديه الحق في الدخول أو الاطلاع على حجراته او مكانه الخاص.

(1) د. عمر محمد بن يونس، الإجراءات الجنائية عبر الإنترنت في القانون الأمريكي، مرجع سابق، ص 92 وما بعدها.

ثالثاً: التفتيش الواقع تنفيذاً لعقد

تعكس قواعد التفتيش في مقرات العمل الخاص بشكل عام قواعد التفتيش بغير إذن للمنازل، فموظفي الشركة الخاصة بشكل عام لديهم توقع معقول للخصوصية في مقر عملهم إذا لم يكن هذا المكان مفتوحاً بشكل متسع أمام العالم، ونتيجة لذلك إذا لم يستطع رجال الضبط القضائي الحصول على موافقة صاحب العمل أو مسؤول له سلطة مشتركة فإن الأمر يتطلب إذن بالتفتيش من السلطة المختصة⁽¹⁾.

ولتوضيح الأمر بالنسبة لتفتيش مقر العمل، سوف نبين الوضع في مقر العمل في القطاع الخاص، ثم مقر العمل الحكومي.

1- الرضاء بالتفتيش في مقر العمل في القطاع الخاص

بالرغم من أن معظم مقرات العمل غير الحكومية مدعومة بالتوقع المعقول للخصوصية حال قيام السلطات بالتفتيش فإنه يمكن لرجال الضبط القضائي تحدي التوقع المعقول للخصوصية بالحصول على رضاء الطرف الذي يمارس السلطة المشتركة على المنطقة المراد تفتيشها. فمن الناحية العملية يعني هذا أنه يمكن لرجال الضبط القضائي التغلب على طلب الإذن وذلك بالحصول على موافقة المشرف على الموظف أو صاحب العمل⁽²⁾.

1(<https://openjurist.org/706/f2d/321/united-states-v-lyons>)

2(See Matlock, 415 U.S. at 171. " 1. When the prosecution seeks to justify a warrantless search by proof of voluntary consent, it is not limited to proof that consent was given by the defendant, but may show that permission to search was obtained from a third party who possessed common authority over or other sufficient relationship to the premises or effects sought to be inspected".

ومن ثم يتمتع أصحاب العمل والمشرفين في القطاع الخاص - بشكل عام- بسلطة واسعة في إبداء الموافقة على التفتيش في مقر العمل بالنسبة لأجهزة الشركة أو الجهة التي يمتلكها (1).

أشار إليه د. عمر محمد بن يونس، الإجراءات الجنائية عبر الإنترنت في القانون الأمريكي، مرجع سابق، ص 131.

(1) مشروعية تفتيش العامل داخل المصنع من رب العمل وتابعيه استنادا الي رضاء العامل بالالتحاق بالعمل لا يخول لرب العمل إذا نما إلى علمه ارتكاب العامل لجريمة واحتفاظه بأدلتها في دولا ب خاص به في المصنع أن يفتش هذا الدولا ب. أساس ذلك؛ لما كان الحكم المطعون فيه بيّن واقعة الدعوى في قوله: "... من حيث إن واقعة الدعوى حسبما استقرت في عقيدة المحكمة واطمأن إليها وجدانها مستخلصة من سائر أوراقها وما تم فيها من تحقيقات وما دار بشأنها بجلسة المحاكمة تتحصل في أنه بتاريخ... أبلغ ... مسئول أمن مصنع ... بدائرة قسم ... أنه وردت إليه معلومات من العاملين بالمصنع مفادها قيام المتهم بحيازته وإحرازه للمواد والأقراص المخدرة بدولابه الخاص بالمصنع وباستدعاء المتهم طلب منه فتح دولابه الخاص به وقام المتهم بفتح الدولا ب وبتفتيشه عثر بداخله على كيس بلاستيك بداخله كمية من جوهر الحشيش المخدر " القنب " وثلاثين لفافة تبغ معدة يدوياً تحوي ذات المخدر مختلطاً بالتبغ وكذا مائة وأربعون قرصاً مخدراً وبمواجهته بالمضبوطات أقر بإحرازها فقام بإبلاغ المقدم والذي حضر على الفور وقام بضبط المتهم وبمواجهته بالمضبوطات أقر بحيازته لها وثبت من تقرير المعمل الكيماوي أن المضبوطات لجوهر الحشيش المخدر " نبات القنب " وأن العقار المضبوط لعقار الترامادول المخدر "، واستند الحكم في إدانة الطاعن إلى أقوال الشاهد الأول والمقدم ومما ثبت بتقرير المعامل الكيماوية وبعد أن أورد مضمونها عرض للدفع المبدئي من المدافع عن الطاعن ببطلان القبض والتفتيش لانتفاء حالة التلبس ورد عليه بقوله "... ومن حيث إن ما أثاره الدفاع ببطلان القبض والتفتيش لعدم وجود حالة تلبس فهو غير صحيح ذلك بأن ما قام به مسئول الأمن من استدعائه للمتهم وطلب منه فتح دولابه الخاص بالمصنع بعد أن وردت إليه معلومات بحيازته للمواد المخدرة. هذا الإجراء لا مخالفة فيه للقانون إذ هو من الواجبات التي تمليها على رجل الأمن المسئول عن أمن مصنع فإذا انكشف لرجل الأمن حيازة المتهم للمواد المخدرة عند التفتيش فيكون المتهم متلبساً بجريمة حيازة مواد مخدرة في غير الأحوال المصرح

بها قانوناً وعليه فإن تفتيش المتهم والقبض عليه يكونا صحيحين وقد تم وفقاً للقانون ويكون الدفع ببطلان القبض والتفتيش في غير محله متعيناً رفضه ". لما كان ذلك، وكان الحكم المطعون فيه أورد شهادة الشاهد الأول في قوله " فقد شهد ... مسئول أمن بمصنع ... أنه وردت إليه معلومات مفادها قيام المتهم بحيازة المواد المخدرة بالمصنع وبتفتيش دولاب المتهم عثر بداخله على كيس بلاستيك بداخله كمية من جوهر الحشيش المخدر " نبات القنب " وواحد وثلاثين لفافة تبغ معدة يدوياً تحوي ذات المخدر مختلطاً بالتبغ كما عثر على عدد مائة وأربعين قرصاً وبمواجهته بالمضبوطات أقر بحيازتها ثم قام بإبلاغ الشاهد الثاني "، هذا وأورد الحكم المطعون فيه بمدوناته شهادة الشاهد الثاني المقدم الذي قرر بذات مضمون ما شهد به الشاهد الأول. لما كان ذلك، وكان من المقرر أن المادتين 37، 38 من قانون الإجراءات الجنائية أجازتا لغير مأموري الضبط القضائي من آحاد الناس أو من رجال السلطة العامة تسليم وإحضار المتهم إلى أقرب مأمور للضبط القضائي في الجنايات والجرح التي يجوز فيها الحبس الاحتياطي أو الحبس حسب الأحوال متى كانت الجناية أو الجنحة في حالة تلبس وهو إجراء بمثابة التحفظ على المتهم بما شوهد معه كيما يتم تسليمه إلى مأمور الضبط القضائي وليس لغير مأمور الضبط القضائي حق التفتيش في الحالات المقررة قانوناً. لما كان ذلك، وكان ما انتهى إليه الحكم من الاعتبار بصحة تفتيش مسئول الأمن بالمصنع للدولاب الخاص بالطاعن ينطوي على خطأ في تطبيق القانون لأن هذا التفتيش باطل ولا يؤبه به. لما كان ذلك، وكان لازم بطلان التفتيش عدم التعويل على أي دليل مستمد منه ومنها شهادة من قام بهذا الإجراء الباطل، وكانت الدعوى حسبما حصلها الحكم المطعون فيه لا يوجد فيها سوى هذا الضبط والتفتيش الباطلين فإنه يتعين نقض الحكم المطعون فيه وبراءة الطاعن مما نسب إليه عملاً بالفقرة الأولى من المادة 39 من القانون رقم 57 لسنة 1959 في شأن حالات وإجراءات الطعن أمام محكمة النقض ومصادرة المخدر والعقار المضبوطين عملاً بالمادة 42 من القانون رقم 182 لسنة 1960 المعدل بالقانون رقم 122 لسنة 1989. نقض جنائي مصري، جلسة 4 أبريل 2013، الطعن رقم 3581، لسنة 82.

ومن ثم استقرت أحكام القضاء بأمريكا على فعالية ذلك الرضاء مادام أن الأمر يتعلق بأجهزة العمل⁽¹⁾ ونؤيد رأي القضاء الأمريكي حيث يستند إلى:

التمييز بين أجهزة العمل وهي المخصصة للقيام بالعمل فقط والأجهزة الشخصية التي يتسع في خصوصها مجال حرمة الحياة الخاصة، فعلى سبيل المثال في قضية Gargiso⁽²⁾ قام رجال الضبط القضائي بتفتيش جنائي لموظف في شركة خاصة، وقاموا بالاطلاع على منطقة مغلقة في البدروم وقام بفتحه بمفتاحه، وعندما حاول الموظف إعاقة الدليل الذي اكتشفه رجال الضبط في البدروم، قررت المحكمة

(1) د. غنام محمد غنام، ذاتية الإجراءات في مجال جرائم تقنية المعلومات، مجلة البحوث القانونية والاقتصادية، كلية الحقوق، جامعة المنصورة، ع 44، أكتوبر 2008، ص 143؛ انظر قضايا أخرى تؤكد ذلك أشارت إليها د. شيماء عبد الغني محمد عطا الله، الحماية الجنائية للتعاملات الإلكترونية، دراسة مقارنة بين النظامين اللاتيني والأنجلو أمريكي، مرجع سابق، ص 233 وما بعدها. وعلى العكس من ذلك فإن القضاء الفرنسي يعتقد بحق العامل في الحياة الخاصة عند استخدامه لأدوات العمل، فالمستخدم يتمتع بالحق في الحياة الخاصة في مكان وفي أوقات العمل وبصفة خاصة فيما يتعلق بسرية مراسلاته الشخصية. ومن ثم فإنه ليس من حق رب العمل أن يطلع على المراسلات الشخصية الموجودة في الكمبيوتر الخاص بالمستخدم، ولو كان هذا الكمبيوتر من الأجهزة المخصصة للعمل. ولا يغير من ذلك أن يكون رب العمل قد حظر على المستخدم لديه استعمال الكمبيوتر في غير أغراض العمل. ونحن لا تؤيد ما ذهب إليه القضاء الفرنسي على الرغم من أنه يكفل احتراماً أكبر للحياة الخاصة.

Crim, chambre sociale 2 oct 2001, www.courdecassation.fr/. (2004) " La salarié a droit, même au temps et au lieu du travail, au respect de l'intimité de sa vie privée; celle-ci implique en particulier le secret des correspondances".

(2) (United States v. Gargiso, 456, F.2d 584 (2d Cir.1972)).

أن موافقة نائب الرئيس فعالة؛ لأن نائب الرئيس يتقاسم سلطة الإشراف على
البدروم مع الموظف، وقررت المحكمة، يمكن لنائب الرئيس الموافقة على تفتيش
رجال الضبط لهذه المنطقة أيضا⁽¹⁾.

وعلى جانب آخر، يجب أن يلتزم رجال الضبط القضائي الحرص عند الاعتماد
على موافقة الموظف المشترك لتفتيش مقر العمل، بينما يكون لأصحاب العمل
بشكل عام الحق في الاطلاع على أماكن عمل موظفيهم، كما أنه ربما يكون
للموظفين المساعدين ذات الحق وربما لا، حيث يعتمد ذلك على الوقائع، فعندما
يمارس الموظفون المساعدين السلطة المشتركة على مكان العمل فإنه يمكن التفتيش

(1) د. عمر محمد بن يونس، الإجراءات الجنائية عبر الإنترنت في القانون الأمريكي، مرجع
سابق، ص 131 وما بعدها.

Amalbert agreed to cooperate with the FBI by carrying out the delivery
instructions given to him by appellant. Accordingly, at the book company
building in Manhattan, he placed the cartons in a wired-off basement
area. The key to this locked area was available to Amalbert and to
appellant, as well as to other company personnel. Upon receiving
confirmation from FBI headquarters that the boots were stolen, agent
McMullen, who had followed Amalbert, spoke about the stolen goods in
the basement with the executive vice president of the book company, a
Mr. Steubin, in his office. Mr. Steubin took agent McMullen to the
basement area and opened the lock for him, after giving the agent
permission to search the area. Appellant accompanied the two men to
the basement and was arrested after McMullen had searched the area
and recognized the boxes as those transported by Amalbert

الاعتماد على موافقتهم للقيام بالتفتيش⁽¹⁾. كما قرر القضاء السماح للسكرتير بالموافقة على تفتيش الحاسوب الخاص بصاحب العمل⁽²⁾.

2 - تفتيش أماكن العمل الحكومية

التوقع المعقول للخصوصية في مقر العمل الحكومي:

من حق الموظف الحكومي التوقع المعقول للخصوصية بحيث يؤخذ في الاعتبار العوامل التالية⁽³⁾:

- ما إذا كانت منطقة العمل المراد تفتيشها مخصصة فقط للموظف.

- ما إذا كان للأخرين إمكانية الاطلاع على المكان.

(1) د. عمر محمد بن يونس، الإجراءات الجنائية عبر الإنترنت في القانون الأمريكي، مرجع سابق، ص 133.

(2) (United States v. Murphy, 506 F.2d 529, 530 (9th Cir. 1974))

Alternatively, Murphy argues that Tucker lacked the authority to consent to the search. It is pointed out that Tucker had no status as a lessee of the warehouse and was given the key to the warehouse by Murphy only on occasions when Tucker was to perform work on the premises. In considering all of the circumstances surrounding the search, we attribute special significance to the fact that Murphy delivered the key to Tucker. We conclude that Tucker's custody of the key gave him sufficient dominion over the premises to enable him to grant the necessary consent. Since Murphy himself put the premises under the immediate and complete control of Tucker, who voluntarily consented to the search.

(3) د. عمر محمد بن يونس، الإجراءات الجنائية عبر الإنترنت في القانون الأمريكي، مرجع سابق، ص 137.

- ما إذا كانت طبيعة العمل تتطلب علاقة عمل قريبة مع الآخرين.

- ما إذا كانت لوائح المكتب تجعل الموظفون على علم بأن هناك مناطق معينة معرضة للتفتيش.

توافر الرضاء المفترض استناداً إلى التحذير عن وجود مراقبة

يمكن لسياسات العمل الرسمية أو اللافتات أن تزيل التوقع المعقول للخصوصية عن الحاسب، ومن ثم فعند التخطيط للقيام بتفتيش جهاز حاسب حكومي في مكان عمل حكومي يجب على رجال الضبط القضائي البحث عن سياسات العمل الرسمية أو اللافتات⁽¹⁾ التي يمكن أن تزيل التوقع المعقول للخصوصية عن الحاسب. وبصفة عامة فإن موظفي الحكومة الذين هم على علم بأن صاحب العمل لديه الحق في الاطلاع وتفتيش المعلومات المخزنة في الحاسب، لن يكون لديهم توقع معقول للخصوصية على المعلومات المخزنة في ذلك الحاسب. فعلى سبيل المثال في قضية Simons⁽²⁾ كان المتخصصون في الحاسب في قسم تابع لوكالة الاستخبارات الأمريكية قد علموا بأن موظفاً في الوكالة يُدعى Mark Simons، يستخدم سطح المكتب Disk TOP الخاص بحاسوبه للحصول على صور داعرة، وبما يعد ذلك خرقاً لسياسة الوكالة. لذا قام هؤلاء المتخصصون بالدخول عن بعد إلى الحاسوب الخاص بالمدعو Simons بغير إذن وحصلوا على

(1) اللافتات هي عبارة عن ملاحظات مكتوبة تذكر المستخدمين قبل الدخول على الحاسب أو الشبكة ويمكن أن تعلمهم بحدود التوقع المعقول للخصوصية حال استخدامهم للحاسب أو الشبكة.

(2) Simons was employed as an electronic engineer at the Foreign Bureau of Information Services (FBIS), a division of the Central Intelligence Agency (CIA). FBIS provided Simons with an office, which he did not share with anyone, and a computer with Internet access.

United States v. Simons, 206 F. 3d 392 (4th Cir. 2000).

نسخ لآلاف الملفات التي تحوي صور خزنها Simons على القرص الصلب Hard Drive الخاص به. ولقد كان الكثير من هذه الملفات تحوي صور دائرة للأطفال حيث تم إحالتها إلى السلطات⁽¹⁾. وعندما قام Simons برفع دعوى لإبطال الدليل Suppress الذي يتضمن ثمرة التفتيش عن بعد للقرص الصلب الخاص بحاسوبه (في العمل)، قررت الدائرة الرابعة أن سياسة الاستخدام الرسمي للإنترنت الخاصة بأقسام CIA تزيل أي توقع معقول للخصوصية لدى Simons في الملفات المنسوخة، حيث تقرر سياسة CIA أن القسم المختص في الوكالة يمكنه القيام بفحص دوري وتفتيش ومراقبة كل استخدام للإنترنت يقوم به المستخدمين إذا رأى أن ذلك مناسباً، ومثل هذا الفحص يتم تنفيذه من أجل تحديد وإنهاء ومقاضاة النشاط غير المصرح به، ولم ينكر Simons أنه كان علي علم بسياسة الوكالة، وفي ضوء السياسة المذكور فقد قررت الدائرة الرابعة أن Simons ليس لديه التوقع المعقول للخصوصية بالنسبة لإعداد سجل أو إخفاء

(1) Camer then worked with another SAIC employee, Robert Harper, to further investigate the apparently unauthorized activity. Camer instructed Harper to view one of the websites that Simons had visited. Harper complied and found that the site contained pictures of nude women. At Camer's direction and from his own workstation, Harper examined Simons' computer to determine whether Simons had downloaded any picture files from the Internet; Harper found over 1,000 such files. Again, from his own workstation, Harper viewed several of the pictures and observed that they were pornographic in nature. Also, at Camer's request and from his own workstation, Harper printed a list of the titles of the downloaded picture files. Harper was then asked to copy all of the files on the hard drive of Simons' computer; Harper accomplished this task, again, from his own workstation.

United States v. Simons, 206 F. 3d 392 (4th Cir. 2000).

الملفات المحصلة من استخدام الإنترنت ويشمل ذلك الملفات التي تم إنزالها Download⁽¹⁾.

1) (Simons did not have a legitimate expectation of privacy with regard to the record or fruits of his Internet use in light of the FBIS Internet policy. The policy clearly stated that FBIS would "audit, inspect, and/or monitor" employees' use of the Internet, including all file transfers, all websites visited, and all e-mail messages, "as deemed appropriate." J.A. 127. This policy placed employees on notice that they could not reasonably expect that their Internet activity would be private. Therefore, regardless of whether Simons subjectively believed that the files he transferred from the Internet were private, such a belief was not objectively reasonable after FBIS notified him that it would be overseeing his Internet use. See *American Postal Workers Union v. United States Postal Serv.*, 871 F.2d 556, 560 (6th Cir. 1989) (concluding that employees had no reasonable expectation of privacy in lockers in light of policies allowing locker inspections); cf. *United States v. Sellers*, 667 F.2d 1123, 1126 (4th Cir. 1981) (noting that "whenever one `knowingly exposes his activities [or effects] to third parties, he surrenders Fourth Amendment protections' in favor of such activities or effects" (alteration in original) (quoting *Reporters' Comm. for Freedom of the Press v. ATT*, 593 F.2d 1030, 1043 (D.C. Cir. 1978))). Accordingly, FBIS' actions in remotely searching and seizing the computer files Simons downloaded from the Internet did not violate the Fourth Amendment.

United States v. Simons, 206 F. 3d 392 (4th Cir. 2000).

أشار إلى هذه القضية د. عمر محمد بن يونس، الإجراءات الجنائية عبر الإنترنت في القانون الأمريكي، مرجع سابق، ص 142.

ولقد اتفقت محاكم أخرى مع المنهج المتبع في قضية *Simons*، وقررت أن اللافتات والسياسات بشكل عام تزيل التوقع المعقول للخصوصية في المحتويات المخزنة في حساب في الشبكة يخص موظفاً حكومياً. قرر القضاء (أن اللافتة والسياسة المعدة للحاسوب تزيل توقع الموظف العام للخصوصية على البيانات التي يتم إنزالها من الإنترنت)⁽¹⁾. كما قرر القضاء (أن السياسة العامة للحاسوب التي

See *United States v. angevine*, 281 F.3d 1130, 1134–35 (10th Cir. (1) 2002).

Angevine: Professor Angevine taught Architecture at Oklahoma State University. Pursuant to his employment, the University provided Professor Angevine an office computer. This computer was networked with other University computers and in turn was linked to computers around the world via the Internet. Professor Angevine used this computer to download over 3,000 pornographic images of young boys. After viewing the images and printing some of them, Professor Angevine deleted the pornographic files.

The district court held the computer-use policies and procedures at Oklahoma State University prevented Professor Angevine from having a legitimate expectation of privacy in the data on the seized University computer.

Oklahoma State University has a computer policy that explains appropriate computer use, warns employees about the consequences of misuse, and describes how officials administer and monitor the University computer network. Initially, the policy maintains "[t]he contents of all storage media owned or stored on University computing facilities are the property of [the] University." The policy prohibits employees from

using University computers to "access obscene material as defined by Oklahoma or federal law." The policy warns viewing obscene materials may result in "disciplinary action up to and including discharge, dismissal, . . . and/or legal action." Providing for enforcement, the policy states

[T]he University reserves the right to view or scan any file or software stored on the computer or passing through the network and will do so periodically . . . to audit the use of University resources. Violation[s] of policy that come to the attention of University officials during these and other activities will be acted upon. . . . The University cannot guarantee confidentiality of stored data. Users should be aware that use of one of the data networks, such as the Internet, and electronic mail and messages, will not necessarily remain confidential from third parties outside the University in transit or on the destination computer system, as those data networks are configured to permit fairly easy access to transmissions.

شرح لسياسة الجامعة:

An explanation of university policy:

The University policy also explains system administrators keep logs of file names which "may indicate why a particular data file is being erased, when it was erased, and what user identification has erased it." Furthermore, the policy provides when University officials believe an employee is violating state or federal law "and that access to an individual's data is required in order to conduct an internal investigation into such possibility, system administrators may monitor all the activities of and inspect the files of such specified user(s) on their computers and networks." To this effect, the University policy claims a "right of access to the contents of stored computing information at any time for any purpose

يضعها رئيس العمل تعطي له حق الاطلاع على كافة المعلومات المخزنة في الحواسيب التابعة للعمل، وبذلك تزيل التوقع المعقول للخصوصية للموظف في الملفات المخزنة على الحواسيب التابعة لرئيس العمل). كما قرر القضاء (أن ضباط الشرطة ليس لديهم توقع معقول للخصوصية حين استخدامهم لنظام

which it has a legitimate "need to know" including access to "word processing equipment, personal computers, workstations, mainframes, minicomputers, and associated peripherals and software."

Additionally, Oklahoma State University officials posted a "splash screen" on University computers. Each time Professor Angevine turned on the computer in his office a banner appeared. This banner stated:

Use of this computing system in any way contrary to applicable Federal or State statutes or the policies of Oklahoma State University or Computing and Information Services is prohibited and will make you subject to University disciplinary actions, including possible immediate termination, and may also subject you to criminal penalties.

Under Oklahoma law, all electronic mail messages are presumed to be public records and contain no right of privacy or confidentiality except where Oklahoma or Federal statutes expressly provide for such status. The University reserves the right to inspect electronic mail usage by any person at any time without prior notice as deemed necessary to protect business-related concerns of the University to the full extent not expressly prohibited by applicable statutes.

لا يؤكد سيمونز أنه لم يكن على علم بسياسة الإنترنت أو أنه لم يوافق عليها.

Simons does not assert that he was unaware of, or that he had not consented to, the Internet policy.

الاستدعاء، فمن ناحية لأن رئيس الشرطة قد أصدر أمراً يعلن أن جميع الرسائل يمكن الاطلاع عليها). كما قرر القضاء (أن العريف Sergeant في القوات الجوية ليس لديه توقعاً معقولاً للخصوصية على حساب البريد الإلكتروني الحكومي لأن استخدام البريد الإلكتروني مخصص للأعمال الرسمية، واللافتات على الشبكة تعلم كل مستخدم بأن الدخول على الشبكة معرض للمراقبة)⁽¹⁾.

ويوجد تساؤل مثار يتعلق فيما إذا كانت سياسة محددة تزيل التوقع المعقول للخصوصية. إذ يجب على رجال الضبط القضائي والمدعين العموميين أن يأخذوا في الاعتبار ما إذا كانت السياسة المذكورة تتسع بما يكفي للقيام بالتفتيش. فإذا كانت السياسة مضيقة فربما لا تتنازل عن توقع الموظف الحكومي المعقول للخصوصية إزاء التفتيش الذي حطت الحكومة لتنفيذه.

رابعاً: الرضاء الصادر من مدير النظام

المقصود بمدير النظام

المقصود بمدير النظام، هو الذي يناط به تأمين الانسيابية في عمل الشبكة، ومراقبة الأمن، وإصلاح الشبكة في حالة ظهور المشكلات، وبمقتضى هذه الوظيفة

1) (United States v. Monroe, 52 M.J. 236, 330 (C.A.A.F. 2000).

أشار إلى هذه القضية د. عمر محمد بن يونس، الإجراءات الجنائية عبر الإنترنت في القانون الأمريكي، مرجع سابق، ص 143.

فإنه يحوز كل الشفرات - مفاتيح الدخول - وذلك لفتح الحساب وقراءة أي ملف في تلك النظم (1).

محل المناقشة

ما مدى سلطة مدير النظام في الرضاء بتفتيش الشبكة أي الاتصالات التي تتم بين أجهزة الكمبيوتر التي هو مسؤول عنها؟

تعطي أحكام القضاء كل صاحب حق على النظام أن يرضى بتفتيشه ولا تستلزم تلك الأحكام أن يصدر الرضاء من صاحب النظام نفسه، بل يكفي أن يصدر من أي شخص يستعمل هذا النظام؛ لذا فإن المحاكم الأمريكية قضت بأن العبرة هي بالاعتقاد على استعمال الجهاز وليس بملكية ذلك الجهاز.

ويفهم من ذلك أن أحكام القضاء الأمريكي تعدد بالسلطة الظاهرة على الجهاز وترتب عليه أثرها في فعالية الرضاء بجواز التفتيش. بل لقد ذهب أحكام القضاء الأمريكي إلى جواز صدور الرضاء من الخلية التي تسكن المتهم في نفس المنزل حتى ولو كان صاحب الجهاز موجوداً واعتراض على ذلك التفتيش (2).

(1) د. مصطفى علي خلف، الضوابط الإجرائية لجرائم التقنية الحديثة، مرجع سابق، ص 176؛ د. عمر محمد بن يونس، الإجراءات الجنائية عبر الإنترنت في القانون الأمريكي، مرجع سابق، ص 95.

(2) Trulock v. freeh, 272 f.3d 391, www.cybercrime.gov/s&smanual 2002.htm.

أشار إليه د. غنام محمد غنام، ذاتية الإجراءات في مجال جرائم تقنية المعلومات، مرجع سابق، ص 142.

ويُعد الرضاء الصادر من مدير النظام أي المسؤول عن تشغيله رضاءً فعالاً في إجازته التفتيش بدون إذن وبدون حالة التلبس. وقد وضع المشرع الأمريكي بالفعل نصوصاً تقرر له حقاً في هذا الخصوص وذلك بمقتضى قانون حماية الحق في الخصوصية في مجال الاتصالات الالكترونية ECPA (المادة 18 U.S.C & 2701-2717)⁽¹⁾، ومن ثم يجب أن تتفق موافقة مدير النظام مع القانون سالف الذكر.

ومن ثم إذا وافق أصحاب المواقع على أن يكون مدير النظام له الحق في مراقبة الحسابات والرسائل والتعاون مع رجال الضبط القضائي، فإنه في هذه الحالة يكون مدير النظام له سلطة مشتركة كافية على الحسابات ليكون قادراً على الموافقة على التفتيش. ويأتي ذلك قياساً على ما قرره القضاء من أن ناقل المخدر الذي عين لنقل صندوق الأدوات الخاص المغلق والخاص بالمتهم والذي يحوي المواد المخدرة - دون علم الأول- يكون لديه سلطة مشتركة للموافقة على تفتيش هذا الصندوق المخزن في حقيبة سيارته⁽²⁾.

(1) د. غنام محمد غنام، ذاتية الإجراءات في مجال جرائم تقنية المعلومات، مرجع سابق، ص 142 وما بعدها.

(2) كما قضي بأن المستخدم بالمحل التجاري ليس من حقه أن يرضى بتفتيش لفافة تركها معه أحد رواد المحل عند دخوله إليه.

Appellant Gary K. Most challenges his conviction for unlawful possession with intent to distribute in excess of 50 grams of cocaine, in violation of 21 U.S.C. §§ 841(a) and 841(b)(1)(A)(iii). Most contends that the

district court erred in denying his motion to suppress physical evidence: drugs found in a bag which he deposited with a grocery store clerk while shopping. We conclude that the contested evidence was obtained by means of an unconstitutional search, and that its admission at trial was therefore improper. The defendant's conviction is accordingly reversed.

In our view, it is clear that the defendant did not abandon his bag simply by entrusting it to the care of the store clerks. Unlike the defendant in *Brady*, most never denied ownership of the bag. To the contrary, one of the cashiers testified that Most "continuously asked me [to hold the bag] before he left the store. He actually asked me about three or four times." Tr. 128. In *Thomas*, the court noted that the defendant's ability to retrieve his bag later "would depend on the fortuity that other persons with access to the public hallway would not disturb his bag while it lay there unattended." 864 F.2d at 846 n. 5. Most, by contrast, did not place his bag within the reach of the world generally. Instead, he entrusted his belongings to the professional supervision of the cashiers with the clear understanding that they would protect the property from intrusion by the public. Although Most had departed the store when the search occurred, his brief absence — preceded by a renewed request that the clerks continue to watch his bag — hardly constituted an act of abandonment.

It should also be noted that the other individuals involved in this episode did not appear to regard the defendant's bag as abandoned. One of the cashiers testified adamantly (to the evident chagrin of the government's attorney) that none of the customers could have picked up the bag because the cash register was supervised and the cashier "was watching the bag" at all times. More significantly, the police officer who executed the search did not treat the bag as abandoned. He did not simply open

وقد قُضي بأن حق الشخص الذي يقوم بإصلاح الحاسوب في الاطلاع على الملفات لأغراض محددة بإصلاح الحاسوب لا يغطيه سلطة الموافقة على تفتيش السلطات لهذه الملفات⁽¹⁾. وذات الأمر في العلاقة بين صاحب العمل والعاملين

it immediately and examine its contents, as he would have been entitled to do if the bag had been abandoned. Rather, he examined the exterior of the bag in a gingerly fashion, opening it only when the feel of hard, rocklike objects aroused his suspicions. The officer testified that, if this initial inspection had revealed nothing unusual, he would not have continued with the search. See Tr. 106–107. The trial judge placed great emphasis on this point, apparently in the belief that it showed the "reasonableness" of the officer's approach. See J.A. 45. In fact, though, this testimony undermines the government's abandonment theory: it suggests that the officer himself believed that the defendant retained an expectation of privacy in his belongings.

United States v. Most, 876 F. 2d 191, 199–200 (D.C.CIR 1989)

<https://casetext.com/case/us-v-most>

1) (On Wednesday, February 18, 1998, Defendant began experiencing problems with his office computer. The computer was working slower than usual and he believed there may have been a virus on it. To fix the problem, Defendant called Ken Kellar, a self-employed computer technician who had done computer work for Defendant in the past. Kellar arrived at Defendant's offices that evening and picked up the hard drive portion of the computer. The hard drive is the large, non-removable mass storage component of a computer or computer network. See Midwest Micro Glossary of Terms,

<<http://www.mwmicro.com/glossary/glossary.clm>>. It allows for a computer owner to save files and run programs without the use of floppy disks.

Defendant wanted the hard drive back by the morning so that he could continue his business. Kellar took it home with him and hooked it up to his machinery. Kellar began opening individual files in search of potential viruses. After viewing several files, Kellar came across a "JPEG picture file." He opened the file and observed an image of what appeared to be child pornography. Kellar immediately shut down the hard drive, unhooked it, and began attempts to contact Special Agent Jane Kelly of the Federal Bureau of Investigation (FBI), because at this time he was also a confidential informant for the FBI and SA Kelly was his supervising agent.

The OPD officers obtained a sworn statement from Kellar in order to obtain an evidentiary search warrant for the hard drive. The basis for the state evidentiary warrant was solely the information provided by Kellar, not what the officers had seen. Although the application for the evidentiary search warrant to state District Judge Lewis, Ector County, Texas, did not include the fact that the officers had viewed files on the hard drive, Kellar's sworn statement did include this information, as well as the fact that it was the officers who actually copied the files pursuant to SA Kelly's request.

The OPD's Subsequent Viewing and Copying of the Contents of the Hard Drive

The Government contends that no Fourth Amendment violation occurred with respect to the OPD's subsequent viewing of the contents of the computer, primarily because: (1) "Defendant did not have a reasonable expectation of privacy in the computer because he allowed Kellar to

examine it," and the subsequent viewing did not exceed the scope of the original examination; and (2) the search was based on Kellar's authority to consent to a search of the computer.

(1) Defendant's Reasonable Expectation of Privacy

Not all invasions of privacy are searches or seizures within the meaning of the Fourth Amendment. See *Soldal v. Cook County, Illinois*, 506 U.S. 56, 68, 113 S.Ct. 538, 121 L.Ed.2d 450 (1992). Only activity that "intrudes upon a reasonable expectation of privacy in [] a significant way" constitutes a search subject to the Fourth Amendment reasonableness inquiry. *Paige*, 136 F.3d at 1017 (quoting *United States v. York*, 895 F.2d 1026, 1028 (5th Cir.1990)).

Although the protection afforded to a person's computer files and hard drive is not well-defined, the Court finds that the Fourth Amendment protection of closed computer files and hard drives is similar to the protection it affords a person's closed containers and closed personal effects. See, e.g., *United States v. Knoll*, 16 F.3d 1313, 1320 (2d Cir.1994) (discussing protection afforded to office files). Outside of automobile searches, a warrant is usually required to search the contents of a closed container, because the owner's expectation of privacy relates to the contents of that container rather than to the container itself. *United States v. Chadwick*, 433 U.S. 1, 10-11, 97 S.Ct. 2476, 53 L.Ed.2d 538 (1977); *United States v. Chan*, 830 F. Supp. 531, 534 (N.D.Cal.1993) (analogizing data in a pager to contents of a closed container). By placing data in files in [26 F.Supp.2d 937]

a storage device such as his hard drive, the Court finds that Defendant manifested a reasonable expectation of privacy in the contents of those files. These files should therefore be afforded the full protection of the warrant requirement.

The Court also finds that Defendant did not lose his reasonable expectation of privacy in his closed, individual files when he gave the hard drive to Kellar. For example, a person's expectation of privacy is not "destroyed by the fact that the lessor or landlord possesses a key and had maintained a limited right to enter the rental premises for repair, inspection, and similar purposes." *United States v. Osunegbu*, 822 F.2d 472, 478 (5th Cir.1987). Defendant gave the hard drive to Kellar for the limited purpose of repairing a problem unrelated to specific files and expected that he would have the unit back the following morning to continue his business. Defendant, therefore, retained his reasonable expectation of privacy in the files when he gave the hard drive to Kellar.

The government contends that once Kellar opened the image of child pornography, Defendant lost his reasonable expectation of privacy in the files on the hard drive. A private party search can destroy an individual's reasonable expectation of privacy, if the activity or conduct of the defendant "and/or the circumstances of the situation ... significantly lessened the defendant's reasonable expectation of privacy `by creating a risk of intrusion [by private parties] which [was] reasonably foreseeable." *Paige*, 136 F.3d at 1020 (citing *York*, 895 F.2d at 1029). However, this is so only where the subsequent police search is limited in scope to the private party's search. See *United States v. Bomengo*, 580 F.2d 173, 175-76 (5th Cir.1978) (police search subsequent to private citizen search is not violative of Fourth Amendment "so long as the view is confined to the scope and product of the initial search"); *United States v. Jenkins*, 46 F.3d 447, 457 (5th Cir.1995).

In the present case, SA Leyman testified that Kellar discovered "an image of child pornography" and immediately unhooked the hard drive and turned it off. After speaking to SA Kelly, he then viewed several

other files. It appears clear to the Court that the law enforcement officials in this case did not limit their search of Defendant's hard drive to the viewing by Kellar, especially if this Court is correct that Kellar should have never gone back into the files after talking to SA Kelly. Later, Kellar copied the entire contents of the hard drive onto disks, and this was done in the presence and with the approval of OPD officers. The OPD officers also hooked up the hard drive "and then reviewed the files." The line of cases following *Bomengo*, including *Paige*, only apply where a subsequent police search does not exceed the scope of the prior private party search. Because the subsequent search in this case far exceeded Kellar's viewings, Defendant's Fourth Amendment rights were implicated during the OPD's subsequent viewing of his hard drive.

OPD could not have reasonably believed that Kellar had apparent authority to consent to a search of the hard drive, either. See *Jenkins*, 46 F.3d at 455 (in dicta, finding that apparent authority is sufficient grounds for the government to show consent). Both the FBI and the OPD were aware of who Kellar was. SA Kelly knew Kellar as a confidential informant, and the OPD knew Kellar as someone who had provided useful information in the past. Both, therefore, must have been aware of Kellar's status as a computer technician, and both were aware of how Kellar came into possession of the hard drive, that he had possession for the limited purpose of repairing it. Therefore, neither the FBI nor the OPD could have reasonably believed that Kellar had common authority to consent to a search of the hard drive.

The state judge's signing of an evidentiary warrant based solely on Kellar's affidavit clearly indicates that the officers had probable cause to obtain a warrant to search the hard drive. However, "no amount of probable cause can justify a warrantless search or seizure absent

لديه حيث يحوز كل منهم جهازاً متصلاً بجهاز صاحب العمل، فإن من حقه أن يراقب أجهزة العاملين لديه للتأكد من عدم إساءة استعمال أجهزة الشركة في غير الغرض المخصص لها، ومن ثم فله أن يوافق على التفتيش⁽¹⁾.

exigent circumstances." Villarreal, 963 F.2d at 777 (citing Horton, 496 U.S. at 137 n. 7, 110 S.Ct. 2301, and Taylor v. United States, 286 U.S. 1, 52 S.Ct. 466, 76 L.Ed. 951 (1932)). No exceptions apply to this case. Therefore, for the reasons stated above, the Court finds that the warrantless viewing and copying of the contents of the hard drive violated Defendant's Fourth Amendment right to be free from unreasonable searches and seizures.

(1) د. مصطفى علي خلف، الضوابط الإجرائية لجرائم التقنية الحديثة، مرجع سابق، ص 176؛ د. شيماء عبد الغني محمد عطا الله، الحماية الجنائية للتعاملات الإلكترونية، دراسة مقارنة بين النظامين اللاتيني والأنجلو أمريكي، مرجع سابق، ص 331 وما بعدها.

الفرع الثالث

صحة الرضاء

يشترط في الرضاء كسند لمباشرة التفتيش الجنائي في جريمة معلوماتية، خلوه من عيوب الإرادة. بأن يكون صادراً عن إرادة واعية غير واقعة في غلط أو تدليس، وحرّة. وذلك على الوجه التالي:

أولاً- الإرادة الواعية غير الواقعة في غلط أو تدليس

يجب أن يكون الرضاء بالتفتيش على بينة بعد موازنة الأمور وترجيح لما هو أبلغ صوتاً لصالحه: يجب أن يصدر الرضاء بتفتيش جهاز الحاسوب كسند لمباشرة التفتيش الجنائي عقب العلم بظروف التفتيش⁽¹⁾. أي أن يسبق الرضاء بتفتيش جهاز الحاسوب علم من يُطلب منه - صاحب الصفة بالحقوق الآتية:

- حقه في عدم جواز إجباره على تفتيش جهاز الحاسب على سبيل المثال.
- حقه في الرفض لعدم وجود أمر قضائي أو سند آخر يجبره على الانصياع لتفتيش الحاسب⁽²⁾.

(1) د. إدوارد غالي الدهبي، الإجراءات الجنائية في التشريع المصري، ط 2، مكتبة غريب، 1990، ص 377؛ د. مدحت رمضان، الوجيز في شرح قانون الإجراءات الجزائية الاتحادي لدولة الإمارات العربية المتحدة، دار النهضة العربية، 2000-2001، ص 203.

(2) د. إبراهيم حامد طنطاوي، المبادئ العامة للإجراءات الجنائية، مرحلة جمع الاستدلالات ومرحلة التحقيق الابتدائي، دار النهضة العربية، 2005، ص 346؛ د. حسني الجندي، الجندي في شرح قانون الإجراءات الجنائية، ط 4، مرجع سابق، ص 681؛ د. ناينتي ناين أحمد الدسوقي، الرضاء كتكأه في التفتيش الجنائي، مرجع سابق، ص 82.

- علم من يُطلب منه بغرض أو سبب التفتيش الذي هو سبب التفتيش محل البحث عن أدلة أو أشياء تتعلق بجريمة معينة.
 - حقه في حصر محل الرضاء بالتفتيش في نطاق محدد (1).
 - بالإضافة إلى علمه بصفة من سيقوم بالتفتيش (2).
 - نصيحته بالآثار الجنائية التي يمكن أن تنجم عن هذا التفتيش.
- ليعي من يُطلب منه الرضاء بتفتيش أنه يفتح بنفسه باباً محتملاً لمساءلته الجنائية لمجرد وجود ما يفيد في كشف الحقيقة في جريمة ولو لم تشمل حيازته جريمة (3). حيث يجسد التنبيه قيمة الحق محله (4) ويفعل من آلية استخدامه (1). وإن كان لا يحول دون احتمال عدم فهم هذا التنبيه.

1) (Lawrence C. Waddington, Criminal evidence, 1978, glencoe Publishing.

Co, inc. California, p.90.

(2) د. محمود نجيب حسني، الدستور والقانون الجنائي، مرجع سابق، 104 وما بعدها.

(3) د. ناينتي ناين أحمد الدسوقي، الرضاء كتكأة في التفتيش الجنائي، مرجع سابق، ص 83.

(4) التبصير بالحقوق الإجرائية، لا يقل عن الضمانات الواردة بهذه الحقوق نفسها، خاصة أن طابع الإجراءات الجنائية هو طابع فني ووسائل العلم بها لا تتاح إلا للعاملين في نطاق تطبيقها، وحتى هؤلاء يحتاجون دائماً على الرجوع إلى قواعدها ومراجعتها لدى التطبيق العملي لهذه القواعد حسب المقتضى، وإذا كان الأمر على هذا النحو بالنسبة لأصحاب الاختصاص أصحاب الخبرة الفنية فمال بال الشخص الذي يُطلب منه الرضاء بالتفتيش. ويترتب على عدم العلم، عدم مطالبتهم بالاستفادة أو الممارسة للحق أو الضمانة الإجرائية التي قررها القانون لهم. والمحصلة النهائية أن هذه الحقوق أو الضمانات لن تصادف جظها في التطبيق وتصبح مجرد نصوص

عدم الوقوع في غلط ممن يُطلب منه الرضاء بالتفتيش:

أن يعتقد من أبدى الرضاء بالتفتيش بوجود إذن بالتفتيش جهاز الحاسب أو أن ثمة حالة تلبس بجريمة تخول طالب الرضاء تفتيشه أو أن القانون يجيز تفتيشه جبراً (2).

عدم وقوع من يُطلب منه الرضاء بالتفتيش في تدليس أو خداع مبطل للرضاء: ومثال على ذلك أن يقوم طالب الرضاء بالتفتيش بإيهام من يبغى رضاءه - بالتصريح أو بالتلميح- بأن التفتيش صدر به أمر قضائي ولو تم الحصول بعد ذلك على هذا الأمر، أو بأنه لا يملك خيار غير تقبل التفتيش، أو بأن التفتيش من أجل حماية مصالحه أو لتأمينه من خطر ما. كذلك، أن يريد رجل السلطة التفتيش عن جريمة بعينها، وهو يعلم أنه إذا عرض على الشخص تفتيشه أو تفتيش مسكنه لأجلها سيواجه بالرفض، فإذا به يعرض عليه أن يفتشه من أجل مخالفة بسيطة بعيدة كل البعد عن تلك الجريمة. أو أن تكون من الجسامة التي تدفعه إلى الموافقة

صماء، وهذا ما يخالف قصد المشرع من فرضها. د. حسام الدين محمد أحمد، حق المتهم في الصمت، دراسة مقارنة، ط 3، دار النهضة العربية، 2003، فقرة 132، ص 148

(1) من شأن عدم تنبيه المتهمين إلى حقوقهم الإجرائية، إيجاد تفرقة غير عادلة فيما بينهم تبعاً لمدى ثقافتهم ومراكزهم الاجتماعية وحالتهم الاقتصادية وقدرتهم على الاستعانة بخبراء قانونيين. د. أيهاب يسر أنور علي، حق المتهم في الصمت، دراسة مقارنة، دار النهضة العربية، 1997، ص 87.

(2) Vaughan Bevan ; Ken Lidstone, The investigation of crime, A Guide to police powers , 1991, Butterworths, p.48.

تجنب التشهير به، فإذا برجل السلطة المحترف يكشف عرضاً الجريمة التي يضمّر التفتيش من أجلها مختلماً بذلك حالة تلبس⁽¹⁾.

ثانياً- يجب أن تكون إرادة الصادر منه الرضاء بالتفتيش حرة

يجب أن تكون الإرادة حرة ولم تتعرض لإكراه⁽²⁾؛ لأن الإكراه أياً ما كان قدره يفسدها ويعيب الرضاء، ومن ثم أجمع الفقه والقضاء على وجوب ألا يكون الرضاء بالتفتيش وليد خوف أو مباغطة أو إكراه أو أن يكون أثر قبض غير قانوني⁽¹⁾.

(1) د. ناينتي ناين أحمد الدسوقي، الرضاء كنتكأة في التفتيش الجنائي، مرجع سابق، ص 88.

(2) The following are the reasons for this provision:

The Supreme Court has held that the Fourth Amendment prohibits police from making a warrantless and nonconsensual entry into a suspect's home to make a routine felony arrest. *United States v. Payton*, 445 U.S. 573, 100 S.Ct. 1371, 63 L.Ed.2d 639 (1980). *Payton* makes clear, however, that such an entry may be proper where probable cause to arrest the suspect exists and there are exigent circumstances making it impossible or imprudent for a warrant to be obtained. 445 U.S. at 588, 100 S.Ct. at 1381 (approving *Dorman v. United States*, 435 F.2d 385 (D.C. Cir. 1970) (en banc)), 590. This Circuit has recognized circumstances sufficiently exigent to justify warrantless entry where law enforcement officials are in "hot pursuit" of a suspect, *United States v. Burgos*, 720 F.2d 1520 (11th Cir. 1983) (citing *United States v. Santana*, 427 U.S. 38, 96 S.Ct. 2406, 49 L.Ed.2d 300 (1976)), where a suspect has undertaken to flee the jurisdiction, *United States v. Mesa*, 660 F.2d 1070 (5th Cir. Unit B 1981), where the suspect presents a danger to arresting officers or to the public, *United States v. Burgos*, supra (citing *Warden v. Hayden*, 387 U.S. 294, 87 S.Ct. 1642, 18

L.Ed.2d 782 (1967)), or where there is a risk of the destruction or removal of narcotics, United States v. Burgos, supra.

United States Court of Appeals, Eleventh Circuit May 13, 1985 759 F.2d 1558 (11th Cir. 1985).

(1) وكان من المقرر قانوناً أن التلبس صفة تلازم الجريمة ذاتها لا شخص مرتكبها مما يبيح للمأمور الذي شاهد وقوعها أن يقبض على كل من يقوم دليل على مساهمته فيها وأن يجرى تفتيشه بغير إذن من النيابة العامة، ولئن كان تقدير الظروف التي تلبس الجريمة وتحيط بها وقت ارتكابها ومدى كفايتها لقيام حالة التلبس أمراً موكولاً إلى محكمة الموضوع إلا أن ذلك مشروط أن تكون الأسباب والاعتبارات التي تبني عليها المحكمة تقديرها صالحة لأن تؤدي إلى النتيجة التي انتهت إليها. وكانت صورة الواقعة - كما حصلها الحكم المطعون فيه في مدوناته التي سلف بيانها - لا تنبئ عن أن جريمة إحراز المخدر التي دين الطاعن بها كانت في حالة من حالات التلبس المبينة على سبيل الحصر في المادة 30 من قانون الإجراءات الجنائية، ومن ناحية أخرى فليس صحيحاً في القانون ما ساقه الحكم المطعون فيه تدليلاً على وجود الدلائل الكافية على وجود اتهام يبرر القبض على الطاعن وتفتيشه من أن مظاهر الارتباك قد اعترته بمجرد أن رأى الضابط يستوقف السيارة التي كان يركبها لفحص تراخيصها وذلك لما هو مقرر في قضاء هذه المحكمة من أنه ليس في مجرد ما يعتري الشخص من مظاهر الحيرة والارتباك مهما بلغا ما يوفر الدلائل الكافية على اتهامه بالجريمة المتلبس بها ويبيح من ثم القبض عليه وتفتيشه. كما أن ما نقله الحكم عن الضابط من أن الطاعن فتح الكرتونة التي تحوي المخدر طواعية فإنه لا يتحقق به معنى الرضا بالتفتيش، ذلك بأن ما وصفه الضابط بالطواعية إنما هو في حقيقته انصياع من الطاعن لأمر إياه بفتح الكرتونة ولا يتحقق به معنى الرضا المعتبر في القانون. لما كان ذلك، فإن القبض والتفتيش الذي وقع على الطاعن دون استصدار أمر قضائي يكون قد وقع في غير حالة تلبس بالجريمة ودون أن تتوافر الدلائل الكافية على اتهامه بها ومن

ولما كان التفتيش ينطوي على مساس بحرمة، وكان الأصل أن أحداً لا يتطوع بإهدار حرمة كفلها القانون له، فإنه إذا تم التفتيش بغير إذن من النيابة وزعم من قام به رضا صاحب الشأن بإجرائه، فهذا الذي يدعيه - لكونه خلاف الأصل - يوجب عليه أن يقيم الدليل على صحة دعواه. وينبغي ألا يتساهل القضاء في هذا الأمر تأسيساً على سلطته التقديرية⁽¹⁾.

ثم فإن ما وقع في حقه هو قبض صريح ليس له ما يبرره ولا سند له من القانون وإذ خالف الحكم المطعون فيه هذا النظر وكان ما أورده تبريراً لإطراح الدفع ببطلان إجراءات القبض والتفتيش لا يتفق وصحيح القانون ولا يؤدي إلى ما رتبته عليه فإنه يكون معيباً بالخطأ في تطبيق القانون خطأ حجبته عن النظر فيما يكون في الدعوى من أدلة أخرى مستقلة عن الإجراء الباطل الذي عول عليه مما يقتضى أن يكون مع النقض الإعادة وذلك بغير حاجة إلى بحث بباقي أوجه الطعن. نقض جنائي مصري، جلسة 16 أكتوبر 2012، طعن رقم 21782، لسنة 74 ق، س 63.

(1) د. عوض محمد عوض، التفتيش في ضوء أحكام النقض، مرجع سابق، فقرة 380، ص 378؛

The following are the reasons for this provision:

The government finally challenges the suppression of incriminating statements made by Milian to Customs officials after he was taken from the scene of the arrest to the Customs office. Milian claims that these statements, some of which concerned the cocaine found in his office, were properly suppressed, as they were tainted by the illegal character of his arrest. As we hold that Milian's arrest was within the limits imposed by Payton, there is no basis for concluding that his statements

الفرع الرابع

أسبقية الرضاء على التفتيش المؤسس عليه

لما كان الرضاء بالتفتيش - عند انتقاء ما يسوغه- هو الذي يضيف المشروعية عليه، فإنه يجب أن يكون الرضاء سابقاً على التفتيش. ومن ثم نفرق بين الرضاء السابق، والرضاء المعاصر للفعل. ذلك أن لحظة الحكم على أي إجراء بالصحة أو

at the Customs office were tainted. However, even if there had been misconduct in the initial arrest, it would not have affected the subsequent statements under the circumstances of the instant case. Not only did a full hour elapse between the arrest and the time at which the statements were made, but law enforcement officials had removed Milian from the scene of the arrest, and had administered the Miranda warnings on two separate occasions before the interview at the Customs office began. See *Brown v. Illinois*, 422 U.S. 590, 602-04, 95 S.Ct. 2254, 2261-62, 45 L.Ed.2d 416 (1975) (circumstances to be considered in determining whether statement was "sufficiently an act of free will to purge the primary taint" are temporal proximity of arrest and confession; presence of intervening circumstances; and purpose and flagrancy of official misconduct). Any compulsion Milian felt to speak at the Customs Office arose from the mistaken impression that cooperation might still be in his interests, not from the circumstances of his arrest. The district court erred in suppressing Milian's inculpatory statements.

The suppression orders of the district court are REVERSED, and the case is REMANDED for further proceedings consistent with this opinion.

United States Court of Appeals, Eleventh Circuit May 13, 1985 759 F.2d 1558 (11th Cir. 1985).

البطلان هي لحظة اتخاذه فإذا استوفى الإجراء في هذه اللحظة شروط صحته لم يبطل من بعد (1).

أولاً: الرضاء السابق

يقصد به ذلك الرضاء الذي يصدر قبل لحظة البدء في تنفيذ التفتيش (2). ولكن ما الحكم لو صدر الرضاء قبل التفتيش بزمن طويل؟

يستوي في نظر القانون أن يكون الرضاء سابقاً أو معاصراً، فالعبرة باستمراره (3).

الأثر القانوني للرضاء السابق

إذا صدر الرضاء بالتفتيش سابق على تفتيش الحاسب، فعاصره في جميع مراحل التفتيش، ثم استمر حتى إتمام التفتيش وتحقق نتائجه، يُعد رضاء نموذجياً لا يثير شكاً أو جدلاً. أما إذا اقتصر صدور الرضاء على الفترة السابقة للتفتيش، بحيث رجع فيه مصدره قبل البدء في التفتيش، كان غير ذي أثر (4).

ثانياً: الرضاء المعاصر للفعل

(1) د. عوض محمد عوض، التفتيش في ضوء أحكام النقض، مرجع سابق، فقرة 381، ص 380.

(2) د. حسني محمد السيد الجدع، رضاء المجني عليه وآثاره القانونية، مرجع سابق، ص 167.
(3) (Donnedieu de Vabres, Traité de droit criminel et de législation pénale compare, 1947, p.255.

(4) د. حسني محمد السيد الجدع، رضاء المجني عليه وآثاره القانونية، مرجع سابق، ص 169 وما بعدها.

الرضاء المعاصر للفعل، هو الرضاء الذي يصدر منذ بدء عملية التفتيش ويستمر حتى إتمام التفتيش. وهذا النوع من الرضاء لا يثير جدلاً⁽¹⁾.

وقد يصدر الرضاء معاصراً للتفتيش ثم يرجع فيه مصدره، فوجب على من سبق حصوله على الرضا أن يمتنع عن التفتيش فلا يجوز له البدء فيه إن كان لم يبدأ بعد، ولا المضي فيه إن كان قد بدأ⁽²⁾. أو قد يبدأ التفتيش ضد إرادة المطلوب منه الرضاء ثم يصادف رضاء سليم أثناء التنفيذ، فما هو الأثر القانوني للرضاء في كل حالة. ويسري الحظر ولو عثر رجل الضبط قبل الرجوع مباشرة في الرضاء على ما تعد حيازته جريمة مثل صور داعرة للأطفال أو ملف به بيانات عن تجارة المخدرات، ما لم يكن محل التفتيش شخص صاحب الرضاء، ففي هذه الحالة يصح له أن يستأنف التفتيش استناداً إلى حالة التلبس لا إلى الرضاء⁽³⁾.

ثالثاً: الرجوع في الرضاء

الرضاء بحسب الأصل قابل للرجوع فيه. وهذا هو شأن كل تعبير عن الإرادة، عندما لا يلزمها القانون بعدم الرجوع. فإذا ما عدل مصدر الرضاء بالتفتيش عن رضائه، ويعلم رجل الضبط بهذا العدول ومع ذلك يستمر في عملية التفتيش، كان التفتيش غير ذي أثر.

رابعاً: صدور الرضاء بعد بداية التفتيش

(1) Angelos Tsarpalas, Le moment et la durée des infractions pénales, 1967, p.65.

(2) د. عوض محمد عوض، التفتيش في ضوء أحكام النقض، مرجع سابق، فقرة 382، ص 380.

(3) د. عوض محمد عوض، التفتيش في ضوء أحكام النقض، مرجع سابق، فقرة 382، ص 380 وما بعدها.

هذا النوع من الرضاء من شأنه أن يضيف المشروعية على كل ما يعقبه من تفتيش، بينما ما جرى من تفتيش على صدوره مثار خلاف. فذهب رأي أنه ليس للرضاء أثر رجعي، ومن ثم لا تنسحب آثاره إلى الأفعال التي تمت قبل صدوره، وعلى ذلك تظل أعمال التفتيش السابقة لصدوره غير مشروعة⁽¹⁾ بينما يُعد مشروعاً فقط أعمال التفتيش اللاحقة للرضا⁽²⁾.

وقد ذهب الرأي الآخر إلى أن التفتيش إذا ابتدأ على غير إرادة من صاحب الصفة في الرضا بالتفتيش، ثم لقي رضاء صحيحاً من صاحب الصفة فيه في مرحلة

(1) الرضاء لا يصحح الخطأ:

Taint of the Illegal Search Assuming, arguing, that Defendant consented to a search of his office, the Court is of the opinion that Defendant's consent could not dissipate the taint from the earlier unlawful search of his hard drive. In assessing whether the taint of an earlier violation has dissipated, the Court considers "(1) the temporal proximity of [the Fourth Amendment violation] and consent, (2) intervening circumstances, and (3) the purpose and flagrancy of the official misconduct." Richard, 994 F.2d at 252 (quoting Kelley, 981 F.2d at 1471).

<https://www.leagle.com/decision/199895526fsupp2d9291853.xml>.

)2(Angelos Tsarpalas, Le moment et la durée des infractions pénales, op.cit, p.66.

وأيضاً د. محمد صبحي محمد نجم، رضاء المجني عليه وأثره على المسؤولية الجنائية، دراسة مقارنة، رسالة دكتوراه، كلية الحقوق، جامعة القاهرة، 1975، ص62.

التففيذ، شملت المشروعية من بداية التفتيش حتى اتمامه على سند أنه يكفي أن يقوم سبب الإباحة في أي لحظة أثناء تنفيذ التفتيش مادام لم يتم التفتيش⁽¹⁾. ونرى أنه لا يصح أن توصف واقعة واحدة بوصفين مختلفين، بل يتعين اعطاؤها الوصف الذي فيه مصلحة المتهم.

Emile Garçon, Code Pénal annoté (1901-1906) , 1952, art 331- (1)
333 , no 26,28.

وأيضاً د. ادوارد غالي الذهبي، شرح قانون العقوبات، القسم الخاص، دراسة مقارنة للقانون الليبي والقوانين العربية والأجنبية، بدون دار نشر، 1976، ص 222.

الفرع الخامس

شكل الرضا

لا يتقيد التعبير عن الإرادة كقاعدة عامة، بطريقة معينة أو بشكل خاص فسواء أن يأتي باللفظ أو بالكتابة أم بالإشارة أم بالمبادلة الفعلية أو التعاطي، أم باتخاذ موقف يدل على حقيقة المقصود بغير شك أو غموض. وأياً ما كان السبيل الذي يتخذه التعبير عن الإرادة، فإنه لا يلزم، كقاعدة عامة، أن يكون هذا التعبير صريحاً، بل يصح أن يجيء ضمناً⁽¹⁾. وفي هذا تقضي المادة 2/90 بأنه: "ويجوز أن يكون التعبير عن الإرادة ضمناً، إذا لم ينص القانون أو يتفق الطرفان على أن يكون صريحاً".

أولاً: هل يشترط القضاء أن يكون الرضاء صريحاً؟

1- موقف القضاء المصري

لم يشر قانون الإجراءات الجنائية المصري في نصوصه إلى الرضاء بالتفتيش أصلاً، وبالتالي فليس فيه ما يوجب أن يكون الرضاء صريحاً، إلا أن محكمة النقض المصرية درجت على إيجاب هذا الشرط تقديراً منها لخطورة الآثار التي تترتب على التفتيش. وهذا الاجتهاد يحمدها، لأن الإمعان في كفالة ضمانات الفرد أولى من التساهل فيها⁽²⁾. وعلى الرغم من تواتر أحكام محكمة النقض على

(1) د. عبد الفتاح عبد الباقي، نظرية العقد والإرادة المنفردة، دراسة معمقة ومقارنة بالفقه الإسلامي، بدون دار نشر، 1984، فقرة 47، ص 96 وما بعدها.

(2) د. عوض محمد عوض، التفتيش في ضوء أحكام النقض، مرجع سابق، فقرة 383، ص 381.

عدم كفاية الرضا الضمني لإباحة التفتيش فإن لها أحكاماً نادرة توحى بغير ذلك (1).

ومن ثم استقر القضاء المصري على أن الرضاء لا يؤخذ بطريق الاستنتاج من مجرد سكوت صاحب الشأن؛ لأن مثل هذا السكوت يجوز أن يكون منبعثاً من الخوف والاستسلام (2).

(1) نقض جنائي مصري، جلسة 9 ديسمبر 1946، مجموعة القواعد القانونية، ج 7، ص 247، رقم 247؛ نقض جنائي مصري، جلسة 26 فبراير 1952، أحكام النقض، س 3، ص 735، رقم 275.

(2) د. عمرو إبراهيم الوقاد، شرح قانون الإجراءات الجنائية، دار النهضة العربية، بدون سنة نشر، ص 516؛ د. محمد زكي أبو عامر، الإجراءات الجنائية، ط 8، دار الجامعة الجديدة بالإسكندرية، 2008، ص 553؛ ولذا قُضي أنه "ليس صحيحاً في القانون ما ساقه الحكم المطعون فيه تدليلاً على وجود الدلائل الكافية على وجود اتهام يبرر القبض على الطاعن وتفتيشه من أن مظاهر الارتباك قد اعترته بمجرد أن رأى الضابط يستوقف السيارة التي كان يركبها لفحص تراخيصها وذلك لما هو مقرر في قضاء هذه المحكمة من أنه ليس في مجرد ما يعتري الشخص من مظاهر الحيرة والارتباك مهما بلغا ما يوفر الدلائل الكافية على اتهامه بالجريمة المتلبس بها ويبيح من ثم القبض عليه وتفتيشه. كما أن ما نقله الحكم عن الضابط من أن الطاعن فتح الكرتونة التي تحوي المخدر طواعية فإنه لا يتحقق به معنى الرضا بالتفتيش، ذلك بأن ما وصفه الضابط بالطواعية إنما هو في حقيقته انصياع من الطاعن لأمر إياه بفتح الكرتونة ولا يتحقق به معنى الرضا المعتبر في القانون. لما كان ذلك، فإن القبض والتفتيش الذي وقع على الطاعن دون استصدار أمر قضائي يكون قد وقع في غير حالة تلبس بالجريمة ودون أن تتوفر الدلائل الكافية على اتهامه بها ومن ثم فإن ما وقع في حقه هو قبض صريح ليس له ما يبرره ولا سند له من القانون وإذ خالف الحكم المطعون فيه هذا النظر وكان ما أورده تبريراً لإطراح الدفع ببطلان إجراءات القبض والتفتيش لا يتفق وصحيح القانون ولا يؤدي إلى ما رتبته عليه فإنه يكون معيباً بالخطأ في تطبيق القانون خطأ حجبته عن النظر فيما يكون في الدعوى من أدلة أخرى مستقلة عن الإجراء الباطل الذي عول عليه مما يقتضى أن يكون مع النقض

2- موقف القضاء الفرنسي

كان القضاء الفرنسي يكتفي أول الأمر، بالرضاء الضمني، فيُعتد بسكوت صاحب الشأن وعدم اعتراضه على الإجراء. لكن الفقه لم يتقبل موقف القضاء في هذا الشأن، باعتبار أن التفاوضي عن حق لا يعرف الأفراد أبعاده جيداً غير ذي قيمة. وكان ذلك مما جعل القضاء يُعدل عن موقفه ويتجه إلى اشتراط أن يكون الرضاء صريحاً، وأن يذكر ذلك في محضر التفتيش. وقد قنن المشرع الفرنسي هذا القضاء في المادة 76 من قانون الإجراءات الجنائية⁽¹⁾، فتطلب أن يكون الرضاء صريحاً محرراً بخط ذي الشأن وموقعاً عليه منه⁽²⁾.

3- موقف القضاء الأمريكي

الإعادة وذلك بغير حاجة إلى بحث باقي أوجه الطعن". نقض جنائي مصري، جلسة 16 أكتوبر 2012، الطعن رقم 21782، لسنة 74، س 63، ص 511، ق 87؛ نقض جنائي مصري، جلسة 5 يناير 2009، الطعن رقم 4089، لسنة 72، ق، س 60، ص 335، ق 45.

1) (Article 76: Les perquisitions, visites domiciliaires et saisies de pièces à conviction ou de biens dont la confiscation est prévue à l'article 131-21 du code pénal ne peuvent être effectuées sans l'assentiment exprès de la personne chez laquelle l'opération a lieu.

Cet assentiment doit faire l'objet d'une déclaration écrite de la main de l'intéressé ou, si celui-ci ne sait écrire, il en est fait mention au procès-verbal ainsi que de son assentiment.

(2) د. سامي حسني الحسيني، النظرية العامة للتفتيش في القانون المصري والمقارن، مرجع سابق، فقرة 253، ص 453؛ د. عمرو إبراهيم الوقاد، دور الرضاء في القانون الجنائي، بدون دار نشر، بدون سنة نشر، ص 42.

وعلى عكس موقف القضاء الفرنسي من ذلك فقد اشترط القضاء الأمريكي مجرد إبداء الموافقة من صاحب السلطة على الشيء بشكل إرادي، ولم يشترط أن تكون هذه الموافقة صريحة، إذ أنه اعتد بالموافقة الضمنية⁽¹⁾.

1) (The following are the reasons for the ruling:

the agents executed a warrantless arrest of Milian. At approximately 3 a.m., four federal agents and a uniformed local police officer arrived at Milian's home. When they rang the doorbell, Milian appeared, partially clad, behind the burglar bars at the door. The agents instructed him to ask his wife to bring the keys. Milian's wife opened the bars, and the agents immediately entered the house and handcuffed Milian. He expressed his surprise at the arrest, given his belief that they had some sort of agreement, and he asked what had prompted the arrest. When informed of the discovery of the cocaine Milian replied that he had forgotten about it. The officers then asked Milian for permission to search his residence. He stated that there was nothing of interest but signed a written consent form without objection. The ensuing search revealed additional firearms and almost \$40,000 in counterfeit United States currency.

...The government's claim with respect to the "inevitable discovery" rule has greater plausibility. That rule, which was adopted by the Supreme Court in *Nix v. Williams*, ___ U.S. ___, 104 S.Ct. 2501, 81 L.Ed.2d 377 (1984), states that, where the evidence would inevitably have been discovered by lawful means, it need not be suppressed, though official misconduct may have occurred in securing it. Because Milian informed officials of the location of the keys which would open the closet, it appears that the lawful discovery of the cocaine and firearms may have

been "inevitable": police simply had to retrieve the keys from the briefcase at Operation Greenback and open the closet. But because, as will be discussed infra, Milian's statement concerning the location of the keys manifested his consent to the search of the closet, we need not reach the applicability of the "inevitable discovery" rule.

...A suspect's consent can impose limits on the scope of a search in the same way as do the specifications of a warrant, see *Mason v. Pulliam*, 557 F.2d 426 (5th Cir. 1977). Moreover, the government may not use consent to a search which was initially described as narrow as license to conduct a general search, See *United States v. Dichiarinte*, 445 F.2d 126 (7th Cir. 1971). There is no basis, however, for concluding that either of these principles was violated in the instant case. Although the discussion during the afternoon focused on the material that would be provided by records and files, the form signed was general; and there was absolutely no discussion of any limit on the search or on the nature of the items to be inspected. Moreover, the execution of the consent form was part of Milian's on-going effort to cooperate with the police. Because the agents would not make a deal except for material of "great interest," Milian had strong incentive to grant an authorization which was as broad as possible. Finally, even if the search had been limited to records and files, the search of the closet would not necessarily have been invalid. As the closet was immediately adjacent to Milian's desk, it would have been entirely reasonable to believe that there might be files and records stored inside it. Cf. *United States v. White*, 706 F.2d 806, 808 (7th Cir. 1983) (applying "objective reasonableness" standard of *Scott v. United States*, 436 U.S. 128, 98 S.Ct. 1717, 56 L.Ed.2d 168) (search of travel bag valid because reasonable to think narcotics might

ثانياً: هل يشترط ثبوت الرضاء بالتفتيش بالكتابة؟

تجري أحكام محكمة النقض المصرية على أنه لا يشترط أن يكون الرضاء بالتفتيش ثابتاً بالكتابة، بل يكفي أن تستبين المحكمة ثبوته من وقائع الدعوى وظروفها (1).

وعلى سبيل المثال، يكون للمحكمة استبيان الرضاء بدخول الضابط المسكن وتفتيشه من وقائع الدعوى وظروفها وما استنتجته من دلائل مؤدية إليه. بطلان التفتيش. لا يحول دون أخذ القاضي بجميع عناصر الإثبات الأخرى

be hidden there). Thus, the district court's finding that consent was limited to files and books was clearly erroneous.

United States Court of Appeals, Eleventh Circuit May 13, 1985 759 F.2d 1558 (11th Cir. 1985).

(1) لذا قُضي أنه "وكان من المقرر أن التفتيش بالرضاء يجب أن يكون صريحاً غير مشوب خالياً من الإكراه أو أي عيب من عيوب الرضا فيتعين أن يكون من صدر عنه الرضاء مميزاً حر الاختيار غير واقع في غش أو تدليس، كما أنه غير لازم أن يكون الرضاء بالتفتيش ثابتاً بكتابة صادرة ممن حصل تفتيشه، كما وأن تقدير صحة هذا الرضاء هو من شئون محكمة الموضوع تقدره حسبما ينكشف لها من ظروف الدعوى. وكان الحكم المطعون فيه قد خلص في منطق سليم واستدلال سائغ وبما يتفق وحكم القانون إلى مشروعية ما قام به رجل الضبط القضائي من إيقاف السيارة التي كان يستقلها الطاعن الذي وضع نفسه إثر ذلك موضع الريب على نحو برر استيقافه - والذي لا يعد قبضاً عليه - ليتثبت من شخصيته، وأن حالة التلبس كانت وليدة إجراء مشروع إذ ترتبت على إثر مشاهدة الضابط للمخدر بداخل الحقيبة التي يحملها بعد أن قام الطاعن وبرضاء صريح منه غير مشوب وسابق على إجراء التفتيش الذي يعلم بظروفه بفتح الحقيبة. لما كان ذلك، وكان الطاعن لم يجادل فيما أورده الحكم بشأن رضاه بالتفتيش كما لم ينع على هذا الرضاء بأي عيب من عيوب الرضاء، ومن ثم يكون الحكم سليماً فيما انتهى إليه من رفض الدفع ببطلان التفتيش". نقض جنائي مصري، جلسة 3 نوفمبر 2007، الطعن رقم 17379، لسنة 69، س 58، ص 665، ق 128.

المستقلة عنه والمؤدية إلى نتيجته. مثال لتسبب سائح لإطراح الدفع ببطلان تفتيش المسكن وفحص جهاز الحاسب الآلي لحصولهما دون إذن النيابة العامة.

لما كان الحكم المطعون فيه قد عرض للدفع ببطلان تفتيش مسكنه وفحص جهاز الحاسب الآلي المضبوط بمسكنه لحصولهما دون إذن من النيابة العامة ورد عليه بقوله: (وحيث إنه عن الدفع ببطلان تفتيش مسكن المتهم لمخالفته نص المادة 45 من قانون الإجراءات الجنائية فهذا الدفع في غير محله ومردود ذلك يحظر القانون تفتيش المنزل إلا بناء على أمر قضائي وهذا يعنى أن الأمر القضائي لازم لتفتيش المنزل في كل الأحوال وأنه لازم لتفتيش الشخص في غير حالة التلبس وهو من إجراءات التحقيق ويجب في كل أحواله على وجه لا يتنافى والآداب العامة ولا يهدد الكرامة الإنسانية ولا يلحق بصحة الإنسان ضرر وأن يلتزم منفذه بمحتواه، ولما كان ذلك وكان إذن النيابة العامة صادر بتفتيش سنترال ... والمملوك لـ ... لضبط أجهزة الحاسب الآلي الثابتة والمحمولة ووحدات تخزين المعلومات والأقراص الممغنطة وفلاشات الميموري وكذلك تتبع كافة الوصلات من الجهاز الموجود بالسنترال لأى أجهزة استخدمت في ارتكاب الواقعة فانقل مأموري الضبط القضائي إلى مكان ذلك السنترال وتقابلوا مع مالكة ومديره المسئول فقرر أن المتهم كان يعمل لديه بالسنترال وأنه يقيم بالشقة أعلاه ولديه وصلة إنترنت مأخوذة منه فصعدا لتلك الشقة لتتبع تلك الوصلة وليس لتفتيش مسكنه وقاما بالطرق على بابها ففتح لهما المتهم وسمح بدخولهما وفحص جهاز الحاسب الآلي المرتبط بشبكة الإنترنت المأخوذة من السنترال الصادر الإذن من النيابة العامة بتفتيشه تبين أن الجهاز

مدون ومنشور عليه عبارات تحريضية ضد مؤسسات الدولة ومنشورات تحث المواطنين ضد نظام الحكم في البلاد وهي جرائم معاقب عليها قانوناً فقاما بالقبض عليه والجريمة متلبس بها والتلبس هنا ليس مرهوناً بمشاهدة الركن المادي للجريمة بل مرهون بمظاهر خارجية لا تدخل في تكوين الركن المادي لكنها تنبئ بذاتها عن وقوع الجريمة وعن انتسابها للمتهم ومن ثم يكون دخول مأموري الضبط القضائي مسكن المتهم قد تم وفقاً لصحيح القانون ويكون الدفع جدير بالرفض)، ثم عرض للدفع ببطلان فحص جهاز الحاسب الآلي الخاص بالمتهم قبل استصدار إذن من النيابة العامة واطرحه بقوله: (إن الإذن الصادر من النيابة العامة أنه قد صدر لضابط الواقعة لتفتيش السنترال وتتبع كافة الوصلات المأخوذة منه وفحصها وضبطها الأمر الذي يكون معه فحص جهاز الحاسب الآلي الخاص بالمتهم قد تم وفق وبناء على الإذن الصادر من النيابة العامة وتلتفت المحكمة عن هذا الدفع). لما كان ذلك، وكان البين من مدونات الحكم أن ضابطي الواقعة قد استصدرا إذناً من النيابة العامة بتفتيش سنترال ... والمملوك لـ ... لضبط أجهزة الحاسب الآلي الثابتة والمحمولة ووحدات تخزين المعلومات وكذلك تتبع كافة الوصلات الصادرة من السنترال لأي أجهزة استخدمت في ارتكاب الواقعة فانقلبا إلى مكانه وتقابلا مع مالكه ومديره المسئول فقرر أن المتهم ينتمي لجماعة الإخوان المسلمين ولديه وصلة إنترنت مأخوذة منه فصعدا لمسكنه لتتبع تلك الوصلة وبالطرق على بابه فتح لهما المتهم وسمح بدخولهما وقام الشاهد الثاني بفحص جهاز الحاسب الآلي الخاص بالطاعن مما مفاده أن تفتيشاً ما لم يتم ولم يحصل من مأموري الضبط

ثمة إجراء بمسكن المتهم ينم بذاته عن أنهما قاما بالبحث والتقصي داخله بحثاً عن المضبوطات. ولما كان ذلك، فإن ما ينعاه الطاعن في هذا الصدد يكون على غير أساس، خاصة وقد بان من الأوراق أن دخول ضابطي الواقعة مسكن المتهم كان برضاء من الأخير، وما قاله الحكم من ذلك سائغ وصحيح في القانون، ذلك بأن الرضا بدخول المسكن وتفتيشه يكفي فيه أن تكون المحكمة قد استبانته من وقائع الدعوى وظروفها واستنتاجته من دلائل مؤدية إليه، ومن ثم فإن دخول الضابطين مسكن الطاعن وضبط جهاز الكمبيوتر المستخدم يكون صحيحاً ومشروعاً، وتكون المحكمة إذ اعتبرته كذلك ودانت الطاعن استناداً إلى الدليل المستمد منه لم تخالف القانون، فضلاً عن أن الحكم المطعون فيه قد أثبت على الطاعن من خلال المتابعة الأمنية التي قام بها الشاهد الأول الضابط بإدارة المعلومات والتوثيق بمديرية أمن ... رصد صفحة على مواقع التواصل الاجتماعي - فيس بوك - باسم شبكة الثورة يقوم المسئولون عن إدارتها بالتحريض على أعمال عدائية ضد أفراد الشرطة ونظام الدولة واستخدام العنف والتحريض على التظاهر ضد نظام الحكم في البلاد، فلا يجديه أن يكون فحص الضابط لجهاز الحاسب الآلي قد وقع باطلاً لتحقق القرينة المستخرجة من الحاسب الآلي من المتابعة الأمنية لمواقع التواصل الاجتماعي؛ لما هو مقرر من أن بطلان التفتيش بفرض وقوعه لا يحول دون أخذ القاضي بجميع عناصر الإثبات الأخرى المستقلة عنه والمؤدية إلى النتيجة التي أسفر عنها التفتيش، ومن هذه العناصر ما رصدته المتابعة الأمنية، كما لا يمنع

المحكمة من الاعتماد على أقوال رجل الضبط فيما باشره من إجراءات ونما إليه من معلومات فيما لا يتصل بفحص الحاسب الآلي المدعى ببطلانه⁽¹⁾.

ويرى جانب آخر من الفقه وبحق، أن الأصل أن يثبت الرضاء في محضر التحقيق وأن يوقع على حصوله ممن يجري تفتيشه⁽²⁾.

وذلك للأسباب الآتية⁽³⁾:

- موضوع الرضا بالتفتيش لا يوجد نص بشأنه في قانون الإجراءات، ومن ثم فلا وجه للمنازعة في أحد شروطه بزعم خلو القانون من نص يوجبه.

- تشترط محكمة النقض أن يكون الرضاء صريحاً رغم أن هذا الشرط ليس من لوازم الرضا ورغم عدم النص عليه. ومما لا شك فيه أن العلة التي اقتضت أن يكون الرضا صريحاً تقتضي كذلك أن يكون ثابتاً بالكتابة وهي التحسب لاحتمال نسبة الرضا على خلاف الواقع إلى من يراد تفتيشه وقطع دابر النزاع بشأن دليل قد يكون مصير الدعوى متوقفاً عليه.

- لا يكفي لإثبات الرضا قانوناً أن ينص في محضر التفتيش على حصوله، بل إن عدم توقيع صاحب الشأن على صدور الرضا منه ينهض قرينة على عدم رضاه⁽¹⁾، وإلا امتنع عن التوقيع إذا ما طلب منه.

(1) نقض جنائي مصري، جلسة 27 أبريل 2017، طعن رقم 29953، لسنة 86 ق، حكم غير منشور.

(2) د. محمود محمود مصطفى، شرح قانون الإجراءات الجنائية، دار النهضة العربية، 1988، ص 292.

(3) د. عوض محمد عوض، التفتيش في ضوء أحكام النقض، مرجع سابق، فقرة 385، ص 383 وما بعدها.

الفرع السادس

عدم مخالفة الرضا للنظام العام

يشترط في الرضاء المنتج لأثره ألا يكون صادراً في شأن حق يشكل الاعتداء عليه مخالفة للنظام العام. والرضاء المتعارض مع النظام العام، قد يكون في ذاته تصرفاً غير مشروع، يرتب الأثر العكسي للرضاء، فلا يخلع المشروعية على الفعل، بل يجرم هذا الرضاء⁽²⁾.

(1) لأنه بغير هذا يكون مأمور الضبط القائم بالتفتيش عرضة لإنكار الرضاء من جانب من سبق له الرضاء. د. رمسيس بهنام، الإجراءات الجنائية تأصيلاً وتحليلاً، منشأة المعارف بالإسكندرية، 1978، ص 82؛ د. عادل فتحي صابر، تفتيش غير المتهم، دراسة تحليلية مقارنة، رسالة دكتوراه، كلية الحقوق، جامعة حلوان، 1431 هـ - 2010م، ص 286.

(2) د. حسني محمد السيد الجدع، رضاء المجني عليه وآثاره القانونية، مرجع سابق، ص 194 وما بعدها؛ ومن تطبيقات الرضاء المخالف للنظام العام، إذا كان من شأنه التصريح للغير بالتفتيش بحثاً عن سر يحظر القانون إفشاءه. وذلك كأن يصدر عن محامي المتهم رضاء صريح لمأمور الضبط بكشف الرسائل الإلكترونية بين المتهم أو محاميه حيث يحظر عليه القانون إفشاء سر المدافع عنه.

المطلب الثالث

نطاق الرضاء بالتفتيش في الجرائم المعلوماتية

متى يتجاوز البحث والتفتيش نطاق الإرادة؟ ومثال ذلك عندما يوافق الشخص على تفتيش مكان ما فإنه إلى أي مدى تسمح الإرادة بتفتيش الحافظة التقنية الموجودة بداخل ذلك المكان؟ وإلى أي مدى يسمح باسترداد البيانات من داخل هذه الحافظة التقنية؟⁽¹⁾

ومن ثم ولتبيان نطاق الرضاء بالتفتيش سوف أقسم هذا المطلب إلى خمسة فروع كما يلي:

الفرع الأول: تحدد الموافقة الصحيحة بالتفتيش النطاق الذي يصح في إطاره التفتيش.

الفرع الثاني: يعتمد النطاق المسموح به لإرادة التفتيش على الوقائع في كل حالة.

الفرع الثالث: يجب أن يكون التفتيش مبرراً في بدايته ومسموح به في نطاقه.

الفرع الرابع: هل يجوز تنفيذ التفتيش المعلوماتي بعد ضبط الحاسب الآلي؟

الفرع الخامس: الالتزام بقيود الرضاء الصادرة من صاحب الشأن

(1) د. مصطفى علي خلف، الضوابط الإجرائية لجرائم التقنية الحديثة، مرجع سابق، ص 176.

الفرع الأول

تحديد الموافقة الصحيحة بالتفتيش النطاق الذي يصح في إطاره التفتيش

إذا صدرت الموافقة صحيحة من صاحب الحق فيه، فإن هذه الموافقة تحدد النطاق الذي يصح في إطاره التفتيش، فإذا تجاوز هذا النطاق أصبح إجراء غير صحيح⁽¹⁾. من ذلك أن متهماً في جريمة اعتداء جنسي على جارته وافق على تفتيش منزله

(1) د. شيماء عبد الغني محمد عطا الله، الحماية الجنائية للتعاملات الإلكترونية، دراسة مقارنة بين النظامين اللاتيني والأنجلو أمريكي، مرجع سابق، ص 319؛

Confirmation of this rule is contained in the following provision:

Pager # 2

As stated above, Pager # 2 was lawfully seized in the course of a vehicle search to which the driver of the car consented. Agent Murphy testified that he asked Salazar if Salazar minded if he [Murphy] looked in the car. Tr. at 118. Agent Coad similarly testified that he and Murphy asked Salazar if they could look inside the car. Both Murphy and Coad testified that Salazar allowed them to search the car. Tr. at 118, 132, 144. Coad found Pager # 2 in the back seat of the car. Tr. at 121, 144. The issue presented here is whether the scope of Salazar's consent to search the car encompassed Coad's warrantless search of the memory of Pager # 2.

The only case to address this issue in the context of pagers or similar devices is *United States v. Galante*, 1995 WL 507249, 94 CR 633 (S.D.N.Y. Aug. 25, 1995). In *Galante*, three agents were led to a car containing a driver and a passenger. One agent asked the occupants to get out of the car, asked the

[922 F. Supp. 834]

driver if the car was his and asked if the agents could search the car. The driver said that the car was his and consented to the search. The search yielded a cellular telephone and a pager. One of the agents extracted a telephone number from both the pager and the telephone.¹³ *Id.* at *2.

In arguing that the consent of the car owner to the search did not include consent to search the contents of the cellular telephone and pager, the defendant in *Galante* relied on *Florida v. Jimeno*, 500 U.S. 248, 111 S.Ct. 1801, 114 L.Ed.2d 297 (1991). That case involved a police officer who stopped a car, told the driver (*Jimeno*) that he had reason to believe there were narcotics in the car, and asked *Jimeno* for permission to search the car. *Jimeno*, 500 U.S. at 249, 111 S.Ct. at 1802. *Jimeno* consented, and the officer's search yielded a kilogram of cocaine. *Id.* at 249–50, 111 S.Ct. at 1802–03. The Supreme Court held that where *Jimeno* granted permission to search without placing "any explicit limitation on the scope of the search," and where the officer had told *Jimeno* that he would be looking for narcotics, "it was objectively reasonable for the police to conclude that the general consent to search [*Jimeno's*] car included consent to search containers within that car which might bear drugs." *Id.* at 251, 111 S.Ct. at 1803. The Court thus allowed the cocaine to be admitted as evidence against *Jimeno*.

The defendant in *Galante* cited *Jimeno* for the proposition that because there was no evidence that the agents told any of the occupants of the car what they were searching for, general consent to search did not include consent to search the memory of the cellular telephone and pager. The *Galante* court refused to interpret *Jimeno* in this manner. *Galante*, 1995 WL 507249, at *3. Rather, the *Galante* court looked to

لأجل الحصول على دليل مادي آخر، وحصلوا على موافقة مكتوبة من جار الضحية لتفتيش المتعلقات الشخصية والعقار الخاص بالجار، وقبل قيام الجار بالتوقيع على الموافقة اكتشف المفتشون سكيناً كبيراً وبقع دماء في شقته، وشرحوا له أنهم يبحثون عن المزيد من الأدلة على الاعتداء يمكن أن يكون الجاني قد تركها وراءه، بينما كان العديد من رجال الضبط يبحثون عن دليل مادي قام أحد المفتشين بتفتيش محتويات الحاسب الشخصي الخاص بالجار، واكتشف أن به

United States v. Snow, 44 F.3d 133 (2d Cir.1995), in which the Second Circuit interpreted Jimeno to mean "that a defendant's lack of knowledge of what the searching officer is searching for does not change the effect of a general consent." Id. (citing Snow, 44 F.3d at 135). The Snow court held that one who consents to a search of a car "should reasonably expect that readily-opened, closed containers discovered inside the car will be opened and examined." Snow, 44 F.3d at 135. The Galante court thus declined to suppress the number obtained from the search of the pager and the cellular telephone, citing the absence of any testimony that those items could not be readily "opened." Galante, 1995 WL 507249, at *3, *3 n. 4.

Here, as in Galante, there is no evidence to suggest that either Coad or Murphy told Salazar what they were looking for. Therefore, according to Snow, Salazar's general consent must be taken to include consent to search the memory of Pager # 2. The Fourth Amendment does not require the suppression of numbers retrieved from that pager.¹⁴

<https://www.leagle.com/decision/19961740922fsupp81811649.xml>

United States District Court, S.D. New York. January 3, 1996.

تم الدخول بتاريخ 2019/09/002 الساعة 1 ص.

مخزن صور داعرة لأطفال⁽¹⁾، ولما قدمت كدليل على هذا الاتهام استبعدتها المحكمة وذلك لبطلان الدليل وذلك لتجاوزه نطاق الرضاء المصحح للتفتيش⁽²⁾.

(1) د. مصطفى علي خلف، الضوابط الإجرائية لجرائم التقنية الحديثة، مرجع سابق، ص 177.

(2) "The scope of a [consensual] search is generally defined by its expressed object; see *United States v. Pena*, 143 F.3d 1363, 1368 (10th Cir.). cert. denied, --- U.S. ----, 119 S.Ct. 236, 142 L.Ed.2d 194 (1998) ; *United States v. Saadeh*, 61 F.3d 510, 518 (7th Cir.1995). For example, in *United States v. Dichiarinte*, 445 F.2d 126 (7th Cir.1971), police officers who sought consent to search the defendant's premises had made "repeated reference to [their] interest in narcotics [] and there was no indication that they desired to look for anything other than narcotics themselves." *Id.* at 129. After the defendant consented, however, the officers inspected personal papers. The Seventh Circuit held that the search exceeded the scope of the consent: "Government agents may not obtain consent to search on the representation that they intend to look only for certain specified items and subsequently use that consent as a license to conduct a general exploratory search." *Id.* at 129-30 & n. 3 ("Thus if government agents obtain consent or a warrant to search for a stolen television set, they must limit their activity to that which is necessary to search for such an item; they may not rummage through private documents and personal papers.").

United states v. Turner, 169, f. 3d 84.

And also: police officers who sought consent to search the defendant's premises had made "repeated reference to [their] interest in narcotics and there was no indication that they desired to look for anything other than narcotics themselves." *Id.* at 129. After the defendant consented,

الفرع الثاني

يعتمد النطاق المسموح به لإرادة التفتيش على الوقائع في كل حالة

تفترض قضايا الحاسب غالباً وجود تساؤل مضمونه ما إذا كانت إرادة تفتيش مكان ما أو شيء ما تشمل ضمناً الموافقة على الاطلاع على ذاكرة أجهزة التخزين الالكترونية محل البحث خلال التفتيش. وفي تلك النوعية من القضايا ينظر القاضي إلى الظروف الخاصة عند قيام رجل الضبط القضائي بطلب الموافقة على التفتيش محددًا نطاقه بشكل دقيق خلال فترة زمنية معينة، حيث يعتمد على وقائع كل حالة. ومن هنا فإن على القاضي أن يحدد على سبيل المثال هل نطاق الإرادة بالموافقة على التفتيش تشمل الحاسب وأجهزة التخزين الأخرى أم لا⁽¹⁾.

however, the officers inspected personal papers. The Seventh Circuit held that the search exceeded the scope of the consent: "Government agents may not obtain consent to search on the representation that they intend to look only for certain specified items and subsequently use that consent as a license to conduct a general exploratory search." Id. at 129-30 & n. 3 ("Thus if government agents obtain consent or a warrant to search for a stolen television set, they must limit their activity to that which is necessary to search for such an item; they may not rummage through private documents and personal papers.")

<https://openjurist.org/169/f3d/84/united-states-v-turner>.

تم الدخول إلى الموقع بتاريخ 2019/09/01 الساعة 2 ص.

(1) د. عمر محمد بن يونس، الإجراءات الجنائية عبر الإنترنت في القانون الأمريكي، مرجع سابق، ص 83 وما بعدها.

ومن خلال استعراضنا لقضايا عدة نرى من الأفضل لرجال الضبط القضائي الحصول على رضاء مكتوب صريح بالتفتيش وتحديد نطاق التفتيش.

الفرع الثالث

يجب أن يكون التفتيش مبرراً في بدايته ومسموحاً به في نطاقه

يعد التفتيش مبرراً في بدايته عندما يكون هناك أساساً قانونية معقولة للشك في أن البحث سوف يظهر دليلاً على أن الموظف مذنب ومدان في سوء سلوك مرتبط بالعمل، أو أن التفتيش ضروري من أجل أهداف مرتبطة بالعمل وغير متعلقة بالتحقيق⁽¹⁾. فمثلاً في قضية SIMONS قرر القضاء أن دخول مكتب موظف لضبط حاسوبه يُعد مبرراً في بدايته لأن الرئيس في العمل يعلم أن هذا الموظف قد استخدم الحاسب لإنزال صور داعرة للأطفال. كما قرر القضاء: أن بحث موظف

(1) رأت محكمة أوكونور أنه عندما يجري صاحب عمل حكومي عملية بحث عملاً بالتحقيق في سوء السلوك المرتبط بالعمل، سيكون التعديل الرابع راضياً إذا كان البحث معقولاً في بدايته ونطاقه. عادةً ما يكون البحث معقولاً عند بدايته "عندما تكون هناك أسباب معقولة للاشتباه في أن البحث سيؤدي إلى إثبات أن الموظف مذنب في سوء السلوك المرتبط بالعمل" سيكون البحث مسموحاً به في نطاقه عندما تكون "التدابير المعتمدة مرتبطة بشكل معقول بأهداف البحث وليست تدخلية بشكل مفرط في ضوء ... طبيعة [سوء السلوك]".

In particular, the O'Connor Court held that when a government employer conducts a search pursuant to an investigation of work-related misconduct, the Fourth Amendment will be satisfied if the search is reasonable in its inception and its scope. A search normally will be reasonable at its inception "when there are reasonable grounds for suspecting that the search will turn up evidence that the employee is guilty of work-related misconduct>The search will be permissible in its scope when `the measures adopted are reasonably related to the objectives of the search and not excessively intrusive in light of . . . the nature of the[misconduct].

<https://casetext.com/case/us-v-simons-14>

عن قرص Disk حاسب في مكان موظف آخر كان مبرراً في بدايته لأن الرئيس في العمل كان يحتاج إلى محتويات القرص لأهداف رسمية.

كما يُعد التفتيش مسموحاً به في نطاق الغاية منه عندما تكون الإجراءات المتخذة قانوناً مرتبطة بأهداف التفتيش وغير تدخلية في ضوء طبيعة سوء السلوك. هذا المعيار يتطلب ربط التفتيش المرتبط بالعمل مع الادعاء بوجود إساءة ما. قرر القضاء: أن البحث عن وجود قطع مرنة Software غير تابعة للوكالة في الحاسب الخاص بالموظف لم يكن تدخلاً بشكل كبير لأن المسؤولين فتشوا فقط في أسماء الملفات أولاً وبعد ذلك قاموا بتفتيش العناوين المشتبه فيها في زيارات متابعة (1).

See, e.g, *Leventhal v. Knapek*, 266 F.3d 64, 75-77 (2d Cir, 2001).(1)

أشار إلى هذه القضية د. عمر محمد بن يونس، الإجراءات الجنائية عبر الإنترنت في القانون الأمريكي، مرجع سابق، ص 154.

الفرع الرابع

هل يجوز تنفيذ التفتيش المعلوماتي بعد ضبط الحاسب الآلي؟

غالباً ما يقوم رجل الضبط القضائي بضبط الحاسب وفقاً لإذن، ثم بعد ذلك يظهر تساؤل عما إذا كان رجال الضبط القضائي في حاجة إلى إذن ثان لتفتيش هذا الحاسب أم لا؛ فإذا كان هناك حاجة إلى إذن ثان فذلك يعتمد على الهدف من التفتيش.

- إذا أراد رجل الضبط القضائي تفتيش الحاسب بحثاً عن معلومات التي صدر إذن التفتيش الأصلي بشأنها فلا يوجد حاجة لإذن ثان⁽¹⁾. ومن ثم فإن الإذن لأجل ضبط جهاز حاسب يسمح لرجال الضبط القضائي لتفتيش جهاز الحاسب⁽¹⁾.

1) (See Simons case: The question thus becomes whether the search of Simons' office falls within the ambit of the O'Connor exception to the warrant requirement, i.e., whether the search was carried out for the purpose of obtaining "evidence of suspected work-related employee misfeasance." Id. at 723. The district court found that all of the warrantless searches, and thus the office search, were work-related. The court reasoned that FBIS had an interest in fully investigating Simons' misconduct, even if the misconduct was criminal. We agree.

As it does not appear from the record that FBIS utilized the hard drive for internal investigatory purposes before turning it over to the criminal investigator at OIG, we will assume that the dominant purposes of the warrantless search of Simons' office was to acquire evidence of criminal activity, which had been committed at FBIS using FBIS equipment. Nevertheless, the search remains within the O'Connor exception to the warrant requirement; FBIS did not lose its special need for "the efficient

- وإذا قام رجل الضبط القضائي بضبط جهاز حاسب لأجل الدليل الذي يحتوي عليه، وفيما بعد قرروا تفتيش الجهاز بحثاً عن دليل آخر. فإنه من الأفضل الحصول على إذن ثان. ومن ثم فإنه أثناء تفتيش حاسب من قبل رجل الضبط القضائي طبقاً لإذن تفتيش للبحث عن سجلات الكترونية لصفقات تجارة مخدرات صوراً داعرة لأطفال على الحاسب فأوقف التفتيش من أجل الحصول على إذن ثان للبحث عن صور داعرة للأطفال يكون مطابق للقانون.

- وإذا قام رجل الضبط القضائي بضبط جهاز حاسب لأجل الدليل الذي يحتوي عليه، وأثناء فحصه وجدوا جريمة أخرى فتعد جريمة تلبس عرضية، لذا يتم هنا الاكتفاء بالإذن الأول بضبط جهاز الحاسب.

and proper operation of the workplace," id., merely because the evidence obtained was evidence of a crime.

Cf. *New York v. Burger*, 482 U.S. 691, 716 (1987) (holding that "[t]he discovery of evidence of crimes in the course of an otherwise proper administrative inspection does not render that search illegal or the administrative scheme suspect"); *Ferguson v. City of Charleston*, 186 F.3d 469, 477 n. 7 (4th Cir. 1999) (observing that eventual use in a criminal proceeding of evidence obtained during a special needs search does not "preclude application of the special needs balancing test"), petition for cert.

<https://casetext.com/case/us-v-simons-14>

(1) د. عمر محمد بن يونس، الإجراءات الجنائية عبر الإنترنت في القانون الأمريكي، مرجع سابق، ص 254؛ د. شيماء عبد الغني محمد عطا الله، الحماية الجنائية للتعاملات الإلكترونية، دراسة مقارنة بين النظامين اللاتيني والأنجلو أمريكي، مرجع سابق، ص 296.

الفرع الخامس

الالتزام بقيود الرضا الصادرة من صاحب الشأن

يصدر عن صاحب الشأن رضا بالتفتيش ولكنه قد يكون مقيد بعدة قيود؛ لذا يجب الالتزام بها. وهي كما يلي⁽¹⁾:

أولاً: قيد الالتزام بتفتيش مكان محدد

يتعين أن يكون رضاء صاحب الشأن بتفتيش المكان منصّباً على مكان محدد، فإذا امتد التفتيش إلى مكان لم تشمله الموافقة كان التفتيش غير صحيح قانوناً. ومن ثم فإن صاحب الشأن هو المنوط بتعيين حدود رضاه، وأهمها المحل. فإذا اقتصر الرضا على تفتيش جزء معين من المنزل لم يجز تفتيش جزء عداه سواء كان خاصاً بمن صدر منه الرضا أو بغيره.

ثانياً: الالتزام بقيد الوقت المحدد للتفتيش من صاحب الشأن

- يجب على القائم بالتفتيش أن يتقيد بالوقت الذي يجري التفتيش فيه إذا كان صاحب الشأن قد اشترط إجراء التفتيش في أوقات معينة أو حظر إجراءه في أوقات معينة.

ثالثاً: طريقة التفتيش

يجب أن يلتزم القائم بالتفتيش بالطريقة التي حددها صاحب الشأن كدخول المنزل من باب، وعدم اللجوء إلى كسر الأحرار المغلقة.

(1) د. عوض محمد عوض، التفتيش في ضوء أحكام النقض، مرجع سابق، فقرة 388، ص 386.

رابعاً: صفة القائمين بالتفتيش وعددهم

قد يشترط صاحب الشأن فيمن يقوم بالتفتيش صفة معينة، أو ألا يزيد القائمين بالتفتيش عن عدد محدد.

ومن ثم يستبين لنا بطلان التفتيش الذي لا يتقيد بحدود الرضا التي وضعها صاحب الشأن، ويبطل تبعاً لذلك ما أسفر عنه وما ترتب عليه.

المبحث الرابع

التفتيش التقني بمعرفة فني صيانة الحاسب

المطلب الأول: المقصود بالتفتيش التقني بمعرفة فني صيانة الحاسب.

المطلب الثاني: مدى مشروعية الدليل الناتج عن التفتيش التقني بمعرفة فني صيانة

الحاسب.

المطلب الثالث: قاعدة حسن النية.

المطلب الأول

المقصود بالتفتيش التقني بمعرفة فني صيانة الحاسب

ويقصد بالتفتيش التقني بمعرفة فني صيانة الحاسب، هو نوع من التفتيش يقوم به فرد عادي لا يعمل لدى الشرطة وذلك بسبب وظيفته، ومثال ذلك إعطاء جهاز الحاسب الخاص به إلى أحد المتخصصين لإصلاحه؛ فيلاحظ أن هناك العديد من أسماء الملفات التي لها طابع صور دعارة الأطفال فيطلع على تلك الملفات ويتيقن محتواها ويضع هذا الدليل أمام الشرطة⁽¹⁾، أو اكتشاف فني صيانة الحاسب لملف يتضمن عرض صاحب الجهاز لأدوية غير مصرح لها للبيع⁽²⁾.

التفرقة بين التفتيش من قبل رجل الضبط، والتفتيش من قبل أفراد عاديين

- لا يسري الحق في الخصوصية الذي يقرره الدستور الأمريكي إلا في حالة التفتيش الذي يقوم به رجل الضبط لكي يحول دون هذا التفتيش ويبطل آثاره.

- أما التفتيش الخاص الذي يقوم به فرد من الأفراد الذين لا ينتمون إلى سلطة عامة فإنه لا يسري عليه الحماية المقرر في التعديل الرابع للدستور (الحق في الخصوصية).

(1) د. مصطفى علي خلف، الضوابط الإجرائية لجرائم التقنية الحديثة، مرجع سابق، ص 163.

(2) د. خالد ممدوح إبراهيم، الجرائم المعلوماتية، دار الفكر الجامعي، بدون تاريخ نشر، ص 353.

المطلب الثاني

مدى مشروعية الدليل الناتج عن التفتيش التقني بمعرفة فني صيانة الحاسب

يُعتد به في ترتيب آثاره من حيث جواز قبول المحكمة له كدليل في الإثبات وقد اطردت أحكام القضاء الأمريكي على هذا التفسير باعتبار أن الدستور الأمريكي يحمي حريات الأفراد من تعسف السلطة العامة⁽¹⁾.

1(For example: During their examination of a damaged package, consisting of a cardboard box wrapped in brown paper, the employees of a private freight carrier observed a white powdery substance in the innermost of a series of four plastic bags that had been concealed in a tube inside the package. The employees then notified the Drug Enforcement Administration (DEA), replaced the plastic bags in the tube, and put the tube back into the box. When a DEA agent arrived, he removed the tube from the box and the plastic bags from the tube, saw the white powder, opened the bags, removed a trace of the powder, subjected it to a field chemical test, and determined it was cocaine. Subsequently, a warrant was obtained to search the place to which the package was addressed, the warrant was executed, and respondents were arrested. After respondents were indicted for possessing an illegal substance with intent to distribute, their motion to suppress the evidence on the ground that the warrant was the product of an illegal search and seizure was denied, and they were tried and convicted. The Court of Appeals reversed, holding that the validity of the warrant depended on the validity of the warrantless test of the white powder, that the testing

أكد القضاء المصري في أحكامه على مشروعية الدليل الناتج عن التفتيش الفني هو دليل مشروع⁽¹⁾؛ لذا قُضي بأنه إذا سلم صاحب جهاز كمبيوتر إلى أحد الفنيين لإصلاحه، وعند ملاحظة الفني وجود ملفات تحمل أسماء جنسية قام بفتحها ووجد

constituted a significant expansion of the earlier private search, and that a warrant was required.

Held: The Fourth Amendment did not require the DEA agent to obtain a warrant before testing the white powder.

United States v. Jacobsen, 466 U.S. 109 (1984).

<https://supreme.justia.com/cases/federal/us/466/109/>

تم الدخول إلى الموقع 06 سبتمبر 2019 الساعة 10 م.

أشارت إليه د. شيماء عبد الغني محمد عطا الله، الحماية الجنائية للتعاملات الإلكترونية، دراسة مقارنة بين النظامين اللاتيني والأنجلو أمريكي، مرجع سابق، ص 352.

(1) تم الكشف عن حقيقة عنتل الغربية صاحب عدد من الفيديوهات الجنسية، قام أحد الأشخاص بممارسة الجنس مع عدد من السيدات، وتظهر تلك الفيديوهات قيامه بتجهيز كاميرات الفيديو قبل حضور السيدات إلى شركته، وقادت الصدفة إلى اكتشاف تلك المقاطع، حال قيامه بتحديث نسخة الويندوز لجهاز اللابتوب الحاص به، بأحد شركات صيانة الكمبيوتر، حيث عثر فني الصيانة على ملف بالجهاز يتضمن تلك المقاطع الجنسية للمذكور وعدد من السيدات والتي تم تسليمها إلى الشرطة.

<http://www.egyptianoasis.net/showthread.php?t=82272>.

تم الدخول إلى الموقع يوم 07 سبتمبر 2019 الساعة 9.30 مساءً وأيضاً انظر عنتل الغربية مدرب الكاراتيه

تم الدخول على الموقع يوم 07 سبتمبر 2019 الساعة 10.45 <https://www.youm7.com/story/2014/11/11/>

بداخلها صوراً جنسية للأطفال قام بإبلاغ رجال الضبط، فإن مثل هذا الإجراء لا يخالف الحق في الخصوصية⁽¹⁾.

1(BACKGROUND:

On November 7, 1995, the defendant took the central processing unit ("CPU") of his personal computer to CDS Office Technologies ("CDS") in Springfield, Illinois, for repairs. The following day, while in the process of repairing Hall's CPU, Richard M. Goodwin ("Goodwin"), a CDS employee, accessed several of the CPU's file directories to diagnose the problems with Hall's CPU. In so doing, Goodwin observed that a number of the files had unusual names; names which implied sexual content. For example, one of the files was titled "Boys 612."/1 Goodwin viewed this file and found that it contained a video image of two young naked boys engaged in actual or simulated anal sex. Based on their appearance and physical development, Goodwin estimated that the boys were between 10 and 12 years of age. Goodwin examined three or five other files and found that they also contained pornographic images of males in their youth. Goodwin gauged that there was a total of 1,000 video files on the CPU that had names implying child pornography. After Goodwin viewed the files, Hall telephoned CDS to inquire when his computer would be ready and how much the repairs would cost. Goodwin explained that it was likely that the CPU would require a video upgrade and that a CDS salesperson would contact him concerning the price. Goodwin did not reveal that he had viewed any of the pornographic files.

following his conversation with Hall, Goodwin placed a call to his friend, Trooper Wayne Johnson ("Johnson") of the Illinois State Police and told

him what he had discovered on the computer. He described two or three of the images to Johnson, including the "Boys 6-12." Johnson asked Goodwin to copy several of the pornographic files onto a three-and-a-half-inch computer disk ("disk") in order to preserve the evidence. Goodwin copied the disk as requested and gave it to Johnson later the same day. However, neither Johnson nor any other law enforcement officer ever viewed the disk.

Wilson called Hall to discuss the video upgrade of Hall's CPU. Hall requested that a new video graphics card be installed. Because the card would have to be ordered, Wilson estimated that the repair of the CPU would not be completed until the following week. Egolf then locked Hall's CPU in his office at CDS pending the outcome of the investigation. The FBI subpoenaed records from America On-Line ("AOL") reflecting that Hall subscribed to the service from February 22, 1995, through November 7, 1995. AOL also released Hall's mailing address, which matched the address Goodwin had given to Walker and Gibbons.

The video upgrade of Hall's CPU was completed on November 15, 1995. The same day, Walker obtained search warrants: one to search Hall's residence and another to search Hall's CPU. The affidavits supporting the search warrants recounted the facts that Goodwin had related to law enforcement and stated that Johnson had instructed Goodwin to copy and transfer the pornographic files to the disk to preserve the evidence. The affidavits did not rely on the copied files in establishing probable cause. At the request of the FBI, Wilson also agreed to retain the CPU until the following day in order that an expert from FBI headquarters could view the pornographic files.

At 8 a.m. on November 16, 1995, the first warrant, allowing law enforcement officers to search Hall's CPU, was served at CDS. FBI

Special Agent Michael Randolph ("Randolph") confirmed that the CPU in question contained child pornography. At approximately 9 a.m., Hall arrived at CDS and picked up his CPU. He left the store and was confronted by FBI agents as he approached his car. The agents seized the CPU, and advised Hall that he was not under arrest, and that he was free to leave if he so desired. Hall was advised that the FBI's investigation into the illegal transmission and receipt of child pornography had revealed that Hall was in possession of various pornographic items. Hall admitted that he had obtained child pornography through his AOL account, and signed a written consent form which allowed the agents to search his residence and his computer. At Hall's residence, the agents seized 42 disks, three of which contained child pornography. After an inventory review and inspection of the CPU and disks, 403 files were found to contain visual depictions of minors engaged in explicit sexual conduct. Many of the pornographic files contained in the CPU depicted prepubescent minors, or minors under the age of 12.

On October 10, 1996, Hall was indicted for knowingly possessing images, transported in interstate commerce, which contained visual depictions of minors engaged in sexually explicit conduct in violation of 18 U.S.C.

Pay Hall as follows:

On appeal, Hall contends that the district court erroneously denied his motion to suppress evidence. Specifically, Hall claims that: (1) the evidence was discovered in violation of the Fourth Amendment by an agent of the Government; (2) his Fourth Amendment rights were violated when the content of his computer files were released to the police without his consent; (3) insufficient probable cause existed for the search

warrants; (4) the warrants violated his First Amendment rights because they gave law enforcement the authority to search and seize non-obscene material; and (5) the unlawful warrants invalidated his subsequent consent to the search of his residence and his computer. Hall also contends that the district judge erred in increasing his base sentence level by two levels, arguing that visual depictions on a computer do not constitute pornographic "matter" as defined under 18 U.S.C. § 2252(a)(4)(B) and are not considered as "items" or "material" for purposes of the sentencing guidelines.

The Court's Denial of the Motion to Suppress Evidence Initially, the defendant contends that the district judge erred in denying his motion to suppress evidence. This Court reviews the district judge's factual findings on a motion to suppress evidence under the clearly erroneous standard.

The Evidence Was Discovered by Private Search:

The defendant claims that the evidence that provided probable cause for the issuance of the search warrants was discovered by Goodwin acting as an agent of the Government. Hall contends that Goodwin's search was unreasonable because he did not have a warrant to search Hall's CPU. Although individuals have a right under the Fourth Amendment of the United States Constitution to be free from unreasonable searches and seizures by the Government, private searches are not subject to constitutional restrictions. See generally *United States v. Feffer*, 831 F.2d 734 (7th Cir. 1987). The Fourth Amendment "is wholly inapplicable to a search or seizure, even an unreasonable one, effected by a private individual not acting as an agent of the Government or with the participation or knowledge of any governmental official." *United States v. Jacobsen*, 466 U.S. 109, 113, 104 S.Ct. 1652, 1656, 80 L.Ed.2d 85

(1984) (citation and internal quotation omitted). "When determining whether a private citizen has acted as a government agent, the question is whether in light of all the circumstances of the case [the person] must be regarded as having acted as an instrument or agent of the state. . . ." *United States v. McAllister*, 18 F.3d 1412, 1417 (7th Cir. 1994) (citation and internal quotations omitted). The Court is called upon to determine whether: (1) the Government knew of and acquiesced in the intrusive conduct; and (2) the private party's purpose for conducting the search was to assist law enforcement efforts or further his own ends. See *id.* (citation omitted). Another consideration is whether the Government offered the private party a reward. See *id.* at 1417–18 (citations omitted).

Goodwin's search of Hall's CPU, which involved the viewing of several of Hall's computer files, was made pursuant to the maintenance work Goodwin had performed in his capacity as a technician for CDS. The Government had no knowledge that Goodwin was going to repair Hall's computer and thus, did not instruct Goodwin to inspect the files. Goodwin did not contact the Government until after the evidence was discovered. The search was initiated by Goodwin and was completed in the normal course of CDS's business, with the sole purpose of testing Hall's CPU. Therefore, the Fourth Amendment is inapplicable both to Goodwin's search, and to his later description of the pornographic evidence to law enforcement officials.

Goodwin's search of Hall's CPU, which involved the viewing of several of Hall's computer files, was made pursuant to the maintenance work Goodwin had performed in his capacity as a technician for CDS. The Government had no knowledge that Goodwin was going to repair Hall's computer and thus, did not instruct Goodwin to inspect the files.

Goodwin did not contact the Government until after the evidence was discovered. The search was initiated by Goodwin and was completed in the normal course of CDS's business, with the sole purpose of testing Hall's CPU. Therefore, the Fourth Amendment is inapplicable both to Goodwin's search, and to his later description of the pornographic evidence to law enforcement officials.

The Government in its argument embraces the Supreme Court's reasoning in *Nix v. Williams*: "[t]he independent source doctrine allows admission of evidence that has been discovered by means wholly independent of any constitutional violation." 467 U.S. 431, 443, 104 S.Ct. 2501, 2508, 81 L.Ed.2d 377 (1984).

We have previously held that independently discovered and untainted evidence will be admitted in certain circumstances as an exception to the exclusionary rule. "[T]he independent source doctrine provides that the interest of society in deterring unlawful police conduct and the public interest in having juries receive all probative evidence of a crime are properly balanced by putting the police in the same, not a worse, position than they would have been in if no police error or misconduct had occurred." *United States v. Gravens*, 129 F.3d 974, 981 (7th Cir. 1997), cert. denied, ___ U.S. ___, 118 S.Ct. 1333, ___ L.Ed.2d ___ (1998) (citation and internal quotation omitted). "When the challenged evidence has an independent source, exclusion of such evidence would put the police in a worse position than they would have been in absent any error or violation." *Nix*, 467 U.S. at 443, 104 S.Ct. at 2509. In the case under consideration, Goodwin's statements to law enforcement personnel formed a sufficient basis of probable cause to support the search warrants. With lawfully issued warrants, the same files that Goodwin copied onto the disk for Johnson were independently

discovered by the Government during the search of Hall's CPU and home. In addition, once the CPU warrant was executed, Hall consented to the search of his apartment. While the Government concedes that the copying of the files was warrantless, the search warrants were issued independently of any instruction by Johnson. No information from the copied files was used to establish probable cause to issue the search warrants. Goodwin had already viewed the files on Hall's CPU before speaking to Johnson. Under the independent source doctrine, the warrants and Hall's consent support the admissibility of the evidence.

This Court has previously held that a limited detention of evidence, even by the Government, is not unreasonable if based on reasonable suspicion. See *United States v. Mayomi*, 873 F.2d 1049 (7th Cir. 1989). In *Mayom*.

Thus, the search was obviously a private search since it was not carried out by law enforcement officers, nor was it conducted under their direction; for Goodwin had not had any contact with law enforcement concerning Hall prior to the search. Furthermore, Hall gave his consent that CDS, a private entity, retain the CPU while the graphics upgrade was completed. CDS retained, repaired, and inspected the CPU in the ordinary course of business. The Government did not view the files contained in the CPU until a search warrant had been issued, and never viewed the disk that Johnson improperly asked Goodwin to copy. Thus, the CPU was not detained for an unreasonable period of time (one day), was not detained by a government agent, and the disk copied by Goodwin at Johnson's request was never viewed by law enforcement officers.

United States Court of Appeals, Seventh Circuit Apr 23, 1998 142 F.3d 988 (7th Cir. 1998)

وقد أعمل القضاء الأمريكي فكرة التفتيش الخاص حتى ولو قام به رجال الشرطة إذا لم يتجاوز هؤلاء ما يقوم به الأفراد العاديون⁽¹⁾.

لذا فُضي بصحة إجراءات التفتيش إذا قام أحد المتهمين بتخزين معلومات معاقب عليها (وكانت صوراً جنسية للأطفال) على ديسكات في خزانة يمتلكها أخوه، وعندما سرق اللصوص محتوى الخزانة ألقوا بالديسكات في حديقة عامة وتم العثور عليها وقام رجال الشرطة بفتحها ومعرفة محتوياتها، فإن هذه الإجراءات صحيحة وليس فيها ما يخالف الحق في الخصوصية⁽²⁾.

وعلى جانب آخر، لرجال الضبط القضائي متى علموا بوجود دليل ظهر ناتج عن هذا التفتيش أن يعيدوه مرة أخرى، ولا يُعد ذلك انتهاكاً للخصوصية شريطة ألا يكون

<https://casetext.com/case/united-states-v-hall-30>

تم الدخول إلى الموقع 06 سبتمبر 2019 الساعة 11.3 م.

(1) د. شيماء عبد الغني محمد عطا الله، الحماية الجنائية للتعاملات الإلكترونية، دراسة مقارنة بين النظامين اللاتيني والأنجلو أمريكي، مرجع سابق، ص 353.

2) (Pay in this case as follows: First, claiming that various government searches violated the Fourth Amendment, they contend that the district court erred in failing to suppress evidence. Second, defendants argue that the court erred in admitting evidence of possible preparations for a later robbery. Finally, defendants urge that remarks by one of the prosecutors constituted misconduct warranting a new trial.

إعادة التفتيش الخاص داخل منزل أو مسكن⁽¹⁾، كما لو أبلغ المتهم أحد الفنيين بوجود مشكلة لديه في جهاز الحاسب، وأخذ الفني نسخة من محتوى الهاردديسك

1) (The Government countered that the entry was lawful because the director consented to it. For a third-party consent to a warrantless police search to be legally effective, the consenting party must have actual or apparent authority to give the consent. See *United States v. Matlock*, 415 U.S. 164, 171 n. 7 (1974) (actual authority); *Illinois v. Rodriguez*, 497 U.S. 177, 188-89 (1990) (apparent authority).

the preliminary question is whether a Fourth Amendment search has taken place at all. The Constitution does not apply to searches, reasonable or otherwise, by private individuals, so long as the private party is "not acting as an agent of the Government or with the participation or knowledge of any governmental official." *United States v. Jacobsen*, 466 U.S. 109, 113 (1984) (quoting *Walter v. United States*, 447 U.S. 649, 662 (1980) (Blackmun, J., dissenting)). Further, to be a Fourth Amendment search, a governmental intrusion must infringe on a legitimate expectation of privacy. See *id.* Because a private search frustrates such an expectation, see *id.* at 117-18, an ensuing police intrusion that stays within the limits of the private search is not a search for Fourth Amendment purposes, see *id.* at 120. Thus, in a private search case, the legality of later governmental intrusions "must be tested by the degree to which they exceeded the scope of the private search." *Id.* at 115. Our cases following *Jacobsen* are to the same effect. See, e.g., *United States v. Rouse*, No. 98-1705, 1998 WL 381725, at *2 (8th Cir. July 10, 1998); *United States v. Mithun*, 933 F.2d 631, 634 (8th Cir. 1991).

الخاص بالمتهم، وبفحصه تبين احتواءه على صور داعرة لأطفال، فلا يجوز لرجال الضبط- بدون إذن- دخول مسكن المتهم لضبط ذلك الحاسب وإعادة فحص محتواه⁽¹⁾.

وبالرغم من أن معظم قضايا التفتيش الخاص تثار عندما يقوم الطرف الثالث (الخبير التقني) عمداً بفحص الشيء المملوك للمتهم وتقديم الدليل على الجريمة للسلطات، فإن ذات النموذج ينطبق عندما يقوم الطرف الثالث بكشف الدليل على الجريمة للأنتظار دون عمد⁽²⁾.

ومن الجدير بالإشارة، فإن حقيقة أن الشخص الذي يقوم بالتفتيش ليس موظفاً حكومياً لا يعني دائماً أن التفتيش خاص بالنسبة لأغراض التعديل الرابع، فالتفتيش بواسطة طرف خاص سوف يتم اعتباره فحصاً حكومياً وفقاً للتعديل الرابع، إذا تصرف الطرف الخاص كأداة أو رجل ضبط تابع للسلطات⁽³⁾، فقد قامت المحكمة

United States Court of Appeals, Eighth Circuit Aug 11, 1998 152 F.3d 813 (8th Cir. 1998) <https://casetext.com/case/united-states-v-miller-147>.

(1) د. مصطفى علي خلف، الضوابط الإجرائية لجرائم التقنية الحديثة، مرجع سابق، ص 164 وما بعدها.

(2) د. عمر محمد بن يونس، الإجراءات الجنائية عبر الإنترنت في القانون الأمريكي، مرجع سابق، ص 76 وما بعدها.

3(A) Issues Raised by Defendants

The first issue is whether the employees of Cellular One of Boston (COB) were acting as government agents when they tracked the radio

العليا بتقديم عرض إرشادي بسيط حول متى يمكن نسب السلوك الخاص على الحكومة، فقررت المحكمة العليا: أن هذا السؤال يعتمد بالضرورة على درجة

frequency of the cloned cellular phone. Under 18 U.S.C. § 2511(2)(a)(i), it is not unlawful for the employee of a provider of wire or electronic communication services whose facilities are used in the transmission of wire or electronic communication, "to intercept, disclose, or use that communication in the normal course of his employment while engaged in any activity which is a necessary incident to the rendition of his service or to the protection of the rights or property of the provider of that service. . ." The following subsection, (2)(a)(ii), authorizes such employees "to provide information, facilities, or technical assistance to persons authorized by law to intercept wire, oral, or electronic communications. . ." It is evident that COB's employees, on learning from Secret Service Agent Barnard that COB customers were being defrauded by the cloning operation, had a statutory right to track the radio frequency of the cloned phone. If the COB employees were government agents, however, the requirements of the Fourth Amendment would override statutory authority.

<https://casetext.com/case/us-v-pervaz>

United States Court of Appeals, First Circuit Jun 24, 1997 118 F.3d 1
(1st Cir. 1997).

مشاركة الحكومة في أنشطة الطرف الخاص⁽¹⁾، وهو سؤال يمكن الإجابة عليه فقط في ضوء كافة الظروف (إجمالية الظروف)⁽²⁾.

(1) د. عمر محمد بن يونس، الإجراءات الجنائية عبر الإنترنت في القانون الأمريكي، مرجع سابق، ص 77.

(2) (The question remains, were the employees acting as agents of the government? See *United States v. Mendez-de Jesus*, 85 F.3d 1, 2-3 (1st Cir. 1996) (Fourth Amendment does not apply to private action unless private party acted as agent or instrument of government.)

Various tests have developed for determining whether a private entity has acted as a government agent. For example, see *United States v. Pierce*, 893 F.2d 669, 673 (5th Cir. 1990). The Sixth Circuit in *United States v. Lambert*, 771 F.2d 83 (6th Cir. 1985) has stated the rule as follows:

A person will not be acting as a police agent merely because there was some antecedent contact between that person and the police. *United States v. Coleman*, 628 F.2d at 965. Rather, two facts must be shown. First, the police must have instigated, encouraged or participated in the search. *Id.* Second, the individual must have engaged in the search with the intent of assisting the police in their investigative efforts.

Id. at 89. The Ninth Circuit has held that, "two of the critical factors in the 'instrument or agent' analysis are: (1) the government's knowledge and acquiescence, and (2) the intent of the party performing the search." *United States v. Walther*, 652 F.2d 788, 792 (9th Cir. 1981). In *United States v. Attson*, 900 F.2d 1427, 1433 (9th Cir. 1990), the Ninth Circuit added a gloss to its rule:

[A] party is subject to the fourth amendment only when he or she has formed the necessary intent to assist in the government's investigative or administrative functions; in other words, when he or she intends to engage in a search or seizure. However, under this test, the fourth amendment will not apply when the private party was acting for a reason that is independent of such a governmental purpose.

In *United States v. Smythe*, 84 F.3d 1240, 1243 (10th Cir. 1996), the Tenth Circuit requires that the government must "affirmatively encourage or instigate the private action." This is determined by "the totality of the circumstances." We think that any specific "standard" or "test" is likely to be oversimplified or too general to be of help, and that all of the factors mentioned by the other circuits may be pertinent in different circumstances: the extent of the government's role in instigating or participating in the search, its intent and the degree of control it exercises over the search and the private party, and the extent to which the private party aims primarily to help the government or to serve its own interests.

<https://casetext.com/case/us-v-pervaz>

United States Court of Appeals, First Circuit Jun 24, 1997 118 F.3d 1 (1st Cir. 1997).

تم الدخول للموقع 10 سبتمبر الساعة 2 ص.

المطلب الثالث قاعدة حسن النية

فهم هذا الاستثناء يقتضي التعرض لثلاث مسائل مهمة هي: متى ينطبق الاستثناء؟ متى لا ينطبق الاستثناء؟ هل من المستحسن مد نطاق الاستثناء؟

- متى ينطبق الاستثناء؟

أقرت بعض المحاكم استثناء جديدا على قاعدة الاستبعاد سمي استثناء "حسن النية" حيث يقرر هذا الاستثناء المبدأ الآتي: أن الدليل المتحصل عليه بناء على إذن تفتيش تبين فيما بعد قضائيا أنه باطل يمكن استخدامه في محاكمة المتهم إذا كان رجل الشرطة المؤهل فنيا يعتقد بشكل موضوعي وقت تنفيذ إذن التفتيش انه إذن قانوني⁽¹⁾. وعليه، يمكن القول إن تقرير هذا الاستثناء يقوم على الإيمان بأنه لا

1) (Has been mentioned in a case V. LEON:

1. The Fourth Amendment exclusionary rule should not be applied so as to bar the use in the prosecution's case in chief of evidence obtained by officers acting in reasonable reliance on a search warrant issued by a detached and neutral magistrate but ultimately found to be invalid. Pp. 468 U. S. 905-925.

An examination of the Fourth Amendment's origin and purposes makes clear that the use of fruits of a past unlawful search or seizure works no new Fourth Amendment wrong. The question whether the exclusionary sanction is appropriately imposed in a particular case as a judicially created remedy to safeguard Fourth Amendment rights through its deterrent effect, must be resolved by weighing the costs and benefits of

preventing the use in the prosecution's case in chief of inherently trustworthy tangible evidence. Indiscriminate application of the exclusionary rule -- impeding the criminal justice system's truth finding function and allowing some guilty defendants to go free -- may well generate disrespect for the law and the administration of justice. Pp. 468 U. S. 906-908.

Application of the exclusionary rule should continue where a Fourth Amendment violation has been substantial and deliberate, but the balancing approach that has evolved in determining whether the rule should be applied in a variety of contexts -- including criminal trials -- suggests that the rule should be modified to permit the introduction of evidence obtained by officers reasonably relying on a warrant issued by a detached and neutral magistrate. Pp. 468 U. S. 908-913.

(c) The deference accorded to a magistrate's finding of probable cause for the issuance of a warrant does not preclude inquiry into the knowing or reckless falsity of the affidavit on which that determination was based, and the courts must also insist that the magistrate purport to perform his neutral and detached function and not serve merely as a rubber stamp for the police. Moreover, reviewing courts will not defer to a warrant based on an affidavit that does not provide the magistrate with a substantial basis for determining the existence of probable cause. However, the exclusionary rule is designed to deter police misconduct, rather than to punish the errors of judges and magistrates. Admitting evidence obtained pursuant to a warrant while at the same time declaring that the warrant was somehow defective will not reduce judicial officers' professional incentives to comply with the Fourth Amendment, encourage them to repeat their mistakes, or lead to the granting of all colorable warrant requests. Pp. 468 U. S. 913-917.

يوجد مبرر كاف لتطبيق قاعدة الاستبعاد على رجل شرطة تحصل على إذن تفتيش واعتقد بشكل موضوعي انه إذن شرعي أو قانوني، ثم تبين انه ليس كذلك بسبب خطأ منسوب إلى القاضي الذي أصدره (1).

المعيار في تقرير مسألة انطباق الاستثناء من عدمه

المعيار في تقرير مسألة انطباق الاستثناء من عدمه هو معيار موضوعي لا شخصي. فالعبرة ليست بما كان يعتقد رجل الشرطة الذي تحصل على الإذن، إنما العبرة هي: هل كان رجل الشرطة المؤهل فنيا سيعرف أن الإذن باطل على الرغم

Even assuming that the exclusionary rule effectively deters some police misconduct and provides incentives for the law enforcement profession as a whole to conduct itself in accord with the Fourth Amendment, it cannot be expected, and should not be applied, to deter objectively reasonable law enforcement activity. In the ordinary case, an officer cannot be expected to question the magistrate's probable cause determination or his judgment that the form of the warrant is technically sufficient. Once the warrant issues, there is literally nothing more the policeman can do in seeking to comply with the law, and penalizing the officer for the magistrate's error, rather than his own, cannot logically contribute to the deterrence of Fourth Amendment violations. Pp. 468 U. S. 918–921.

United States v. Leon, 468 U.S. 897 (1984).

<https://supreme.justia.com/cases/federal/us/468/897/>

تم الدخول إلى الموقع في يوم 30 سبتمبر 2019 الساعة 1.00 ص.

(1) د. مشاري خليفة العيفان، قاعدة استبعاد الدليل المتحصل من القبض والتفتيش غير المشروعين في القانون الأمريكي، مجلة الحقوق الكويتية، جامعة الكويت، مجلس النشر العلمي، مجلد 35، ع 4، ديسمبر 2011، ص 175.

من صدوره من جانب القاضي المختص؟ وهذا المعيار يجزنا لتساؤل ثار من جانب الفقه حول ما هو الموقف لو كان رجل الشرطة الذي تحصل على الإذن سيئ النية؟، بمعنى أنه كان يعلم أن الإذن باطل، ولكن بتطبيق معيار الشرطي المؤهل فنيا نجد أنه كان سيعتقد بشرعية الإذن، في الغالب ستكون الإجابة بالنفي. على سبيل المثال، لو قام رجل الشرطة بعرض محضر تحرياته على عضو النيابة للاستئناس برأيه حول مدى توافر السبب المبرر وقبوله من جانب القاضي لإصدار إذن التفتيش، ولو قرر عضو النيابة لرجل الشرطة أنه لا يوجد سبب مبرر لإصدار إذن التفتيش، وعلى الرغم من ذلك توجه رجل الشرطة إلى القاضي واستصدر إذن التفتيش، وتبين فيما بعد بطلان هذا الإذن.

نعتقد أن رجل الشرطة المؤهل فنيا سيأخذ بالاعتبار برأي عضو النيابة الأكثر خبرة من الناحية الفنية منه. ومما لا شك فيه أن هذا العامل (الأخذ في الاعتبار رأي شخص متخصص) سيؤدي دورا مهما في تحديد مسألة اعتقاد رجل الشرطة معقولا ومقبولا أم لا. ويضاف إلى ذلك أن كل الظروف والعوامل، بما فيها سبق رفض إصدار إذن التفتيش من قبل عدة قضاة مختلفين، يتعين أن تؤخذ بالاعتبار. ومما ليس واضحا ما يأتي: أيؤخذ بالاعتبار الظروف التي يحيط بها رجل الشرطة الذي طلب إصدار الإذن أم لا (الظروف الشخصية)؟

العلة من تقرير استثناء حسن النية (1)

- ممكن أن نسأل أنفسنا هل من شأن قاعدة الاستبعاد تحقيق الردع، حيث إن رجل شرطة اتبع الإجراءات القانونية المتمثلة في التحصل على إذن تفتيش من شخص مختص واعتمد على هذا الإذن بشكل معقول.

- قد يرى البعض أن قاعدة الاستبعاد من شأنها تكليف المجتمع خسائر فادحة منها إعاقة الكشف عن الحقيقة وإخلاء سبيل المجرمين وتقليل فرص إدانتهم ومعاقبة رجال الشرطة الذين يعملون بحماسة وبحسن نية.

- قاعدة الاستبعاد قررت لمنع سلوك رجل الشرطة الخاطيء وليس لمعاقبة رجال الشرطة على أخطاء منسوبة للقضاة.

متى لا يطبق الاستثناء؟

- الاستثناء على قاعدة الاستبعاد قاصر على الأحوال التي يتحصل فيها رجل الشرطة على إذن بالتفتيش أو بضبط متعلقات الجريمة ويلتزم بضوابط هذا الإذن وأحكامه، ثم يتبين فيما بعد أن هذا الإذن معيب لعلة ما. ولم يخل هذا الاستثناء من ورود استثناءات عليه تحد من نطاق تطبيقه.

- لا يسري استثناء "حسن النية" في الأحوال التي يكون فيها العيب لسبب راجعاً لرجل الشرطة طالب الإذن (2).

(1) د. مشاري خليفة العيفان، قاعدة استبعاد الدليل المتحصل من القبض والتفتيش غير المشروعين في القانون الأمريكي، مرجع سابق، ص 177 وما بعدها.

(Richard Van Duizend, L. Paul Sutton. & Charlotte Carter, The Search Warrant Process: 2)

- لا يتصور أن رجل الشرطة يعتمد على إذن تفتيش صادر بناء على تحريات تفتقر بشكل لا خلاف فيه للمقومات التي يتطلبها السبب المبرر أساس إصدار إذن التفتيش.

- العيب الذي قام بإذن التفتيش واضحاً بشكل لا لبس فيه، كما لو كان إذن التفتيش الصادر لم يحدد المكان محل التفتيش أو الأشياء محل الضبط. ومما لا ريب فيه أن هذه الحالة تشكل نفيًا لحسن النية لدى رجل الشرطة.

ومن ثم إذا كان يمكن لمأمور الضبط القضائي أن يستند في تفتيشه إلى حسن النية حسب التعديل الرابع من الدستور الأمريكي، فعلى الجانب الآخر، رأت المحكمة العليا الأمريكية أن قاعدة الاستثناء لا تنطبق في كل حالة يرتكب فيها ضباط الشرطة انتهاكاً للتعديل الرابع⁽¹⁾. بدلاً من ذلك، يجب أن تنطبق القاعدة حيث يؤدي

Preconception, Perceptions, and Practices 25 – 32 (National Center for State Courts 1984).

1) (Has been mentioned in a case: Because the good faith exception to the exclusionary rule is not precluded by the Delaware Constitution, or any statute or precedent, the issue before us is whether, as a matter of public policy, the good faith exception rule should be adopted in Delaware. I believe it should be. The first Delaware Constitution, in 1776, incorporated a Declaration of Rights and Fundamental Rules of the Delaware State. Section 17 stated: That all warrants without oath to search suspected places, or to seize any person or his property, are grievous and oppressive; and all general warrants to search suspected places, or to apprehend all persons suspected, without naming or

describing the place or an person in special, are illegal and ought not to be granted.

Declaration of Rights and Fundamental Rules of the Delaware State § 17 (1776). I find nothing in that language that precludes a good faith exception to any later judicially-created exclusionary rule and there is no evidence that the delegates to that Convention considered an exclusionary rule or any good faith exception thereto. In any case, the 1776 Constitution with its Declaration of Rights ceased to be the Constitution of Delaware or to have any force when it was replaced (not amended) by the Delaware Constitution of 1792 that was promulgated by the delegates on June 12, 1792. The Delaware Constitutional Convention of 1792 was convened, in large part, because of the adoption of the United States Constitution in 1789 and its Bill of Rights (the first ten amendments) in 1791. The Bill of Rights had been ratified by Delaware on January 28, 1790. See Jeannette Eckman, *Constitutional Development 1776–1897 in Delaware: A History of the First State*, 284–85 (H. Clay Reed, ed., 1947). The Delaware Constitution of 1792 provided in Section 6: "The people shall be secure in their persons, houses, papers, and possessions, from unreasonable searches and seizures; and no warrant to search any place, or to seize any person or things, shall issue without describing them as particularly as may be; nor then; unless there be probable cause supported by oath or affirmation." That language was readopted (with only stylistic changes) in the Delaware Constitution of 1831 that replaced the 1792 Constitution. Our current Constitution, which replaced the 1831 Constitution, also adopted the same language in Art. I § 6.

In *Rickards V. State*, this Court stated: "Article I, Section 6, of the [1897] Constitution of Delaware is substantially identical with the Fourth

قمع الأدلة التي يتم الحصول عليها إلى ردع نشاط الشرطة غير الدستوري، لا سيما قلق المحكمة من التغاضي عن سياسة مكتب التحقيقات الفيدرالي التي تحظر الكشف الكامل والصريح حتى لأعضاء آخرين في وزارة العدل، إذا تأكدت المحكمة أن استثناء بحسن نية لم يتوافر⁽¹⁾.

Amendment of the Federal Constitution preventing unreasonable searches and seizures. Article I, Section 7, of the Constitution of Delaware prohibits compulsory self-incrimination and is substantially the same as the Fifth Amendment of the Federal Constitution." I agree. As the Supreme Court of the United States held in Leon, there is nothing in that Constitutional language that addresses a good faith exception to the judicially created exclusionary rule that was created long after 1897. In Rickards this Court adopted the exclusionary rule for Delaware because it was persuaded by the reasoning of the United States Supreme Court in Weeks and its progeny.

Supreme Court of Delaware CT 18, 2000 761 A.2d 807 (Del. 2000)

<https://casetext.com/case/dorsey-v-state-6>

تم الدخول إلى الموقع في يوم 30 سبتمبر 2019 الساعة 2.00 ص.

1) "[E]ven if the statements in this case were found to be voluntary under the Fifth Amendment, the Fourth Amendment issue remains." Brown v. Illinois, 422 U.S. 590, 601-02, 95 S. Ct. 2254, 45 L. Ed. 2d 416 (1975). Considering temporal proximity, intervening circumstances, and purpose and flagrancy of the official actions, the Court finds for the reasons stated in its prior discussion that the taint of the prior Fourth Amendment violation had not dissipated at the time Defendant made his

ومن جانبنا نرى أن حرمة الحياة الخاصة من الحقوق الأساسية التي يجب أن يتمتع بها الفرد سواء كان ذلك في مواجهة أحد أفراد السلطة العامة أو في مواجهة فرد من الأفراد العاديين. ومن ثم فإنه لا محل لتطبيق ما انتهى إليه القضاء الأمريكي من مفهوم ذلك في مصر وفرنسا.

oral and recorded statements. As such, Defendant's oral and written statements should be suppressed.

E. The 'Good Faith' Exception

The Supreme Court has held that the exclusionary rule does not apply in every case where police officers commit a violation of the Fourth Amendment. U.S. v. Leon, 468 U.S. 897, 104 S. Ct. 3405, 82 L. Ed. 2d 677 (1984). Rather, the rule should apply where suppression of the evidence obtained will deter unconstitutional police activity. Leon, 468 U.S. at 920, 104 S. Ct. 3405. For the reasons stated above, particularly the Court's concern about condoning an FBI policy that prohibits full and frank disclosures even to other members of the Justice Department, the Court concludes that the Leon good faith exception should not apply to this case.

Conclusion:

Under the circumstances, all evidence seized from the search of Defendant's computer hard drive and from the search of his office is suppressed. The Motion to Suppress regarding each search and seizure is therefore GRANTED.

<https://law.justia.com/cases/federal/district-courts/FSupp2/26/929/2406946/>

تم الدخول إلى الموقع في يوم 9 سبتمبر 2019 الساعة 12:09م.

المبحث الخامس

التفتيش في حالة الضرورة

يجد هذا النوع من التفتيش سنده من حالة الضرورة⁽¹⁾. ومن ثم إذا توافرت شروط الضرورة وأسفر التفتيش عن ضبط جريمة أو عن ضبط يفيد في كشف الحقيقة بشأن جريمة صح التعويل على ما أسفر عنه هذا التفتيش؛ لأنه تفتيش مشروع⁽²⁾. ولتبيان النظام القانوني للتفتيش في حالة الضرورة سوف أقسم هذا المبحث إلى المطالب الآتية:

المطلب الأول: ماهية التفتيش في حالة الضرورة.

المطلب الثاني: ضوابط التفتيش في حالة الضرورة.

(1) الفرق بين التفتيش في حالة الضرورة والتفتيش الإداري:

- الأصل في التفتيش الإداري أن يكون القائم به موظفاً عاماً. بينما في حالة تفتيش الضرورة يصح أن يقوم به موظف عام أو أحد الأفراد تبعاً لمقتضى الحال.
- إذا كان هناك نص يخول الموظف العام سلطة التفتيش كان التفتيش إداري، بينما يكون التفتيش تفتيش ضرورة في حالة عدم وجود نص من نصوص القانون.
- ينبغي ألا يكون الغرض من تفتيش الضرورة ضبط جريمة أو البحث عن دليل يفيد في الكشف عن جريمة.

(2) د. عوض محمد عوض، التفتيش في ضوء أحكام النقض، مرجع سابق، فقرة 413، ص

417

وما بعدها.

المطلب الأول

ماهية التفتيش في بحالة الضرورة

الفرع الأول

المقصود بحالة الضرورة

حالة الضرورة بوجه عام ينشأ عنها بالفعل ضرر متفاقم أو يندر جدياً بضرر وشيك من شأنه تقويت مصلحة يحرص القانون على درئها ولا سبيل إلى صون المصلحة أو درء المفسدة بإجازة تدخل الغير في الوقت المناسب لأداء عمل من شأنه تحقيق مقصود الشارع، بشرط ألا يكون الضرر الناشئ عن هذا التدخل أشد جسامة من الضرر المدفوع.

الفرع الثاني

تُعد الظروف الطارئة استثناءً على تطلب إذن التفتيش

وتُعد الظروف الطارئة استثناءً على تطلب إذن التفتيش، لذلك يمكن لرجال الضبط القضائي القيام بالتفتيش بغير إذن إذا كانت هذه الظروف تجعل الشخص المتوسط يعتقد بضرورة الدخول لمنع حدوث ضرر مادي لرجل الضبط القضائي أو لأشخاص آخرين، أو لمنع تدمير دليل مناسب، أو لمنع هروب المشتبه فيه، أو بعض العواقب التي تحبط الجهود الشرعية لتنفيذ القانون⁽¹⁾.

1) (We define exigent circumstances as those circumstances that would cause a reasonable person to believe that entry (or other relevant prompt action) was necessary to prevent physical harm to the officers or other persons, the destruction of relevant evidence, the escape of the suspect, or some other consequence improperly frustrating legitimate law enforcement efforts.

this court held that the "mixed fact-law question" of exigent circumstances is factual in nature.

and therefore, our experience dictates that the question of exigent circumstances is fundamentally the same type of issue as the questions of voluntariness of a consent and whether officers had done everything reasonably necessary to produce a witness. Certainly, a finding of exigent circumstances is no less based on the "fact-finding tribunal's experience with the mainsprings of human conduct." Commissioner of Internal Revenue v. Duberstein, 363 U.S. 278, 289, 80 S.Ct. 1190, 1198, 4 L.Ed.2d 1218 (1960).

المطلب الثاني
ضوابط حالة الضرورة
الفرع الأول
التوازن بين سلامة رجال الضبط القضائي وحماية الحياة الخاصة

The Supreme Court has defined mixed questions as those in which "the historical facts are admitted or established, the rule of law is undisputed, and the issue is whether the facts satisfy the [relevant] statutory [or constitutional] standard, or to put it another way, whether the rule of law as applied to the established facts is or is not violated." *Pullman-Standard v. Swint*, 456 U.S. 273, 289 n. 19, 102 S.Ct. 1781, 1790 n. 19, 72 L.Ed.2d 66 (1982). Thus, there are three distinct steps in deciding a mixed fact-law question. The first step is the establishment of the "basic, primary, or historical facts: facts 'in the sense of a recital of external events and the credibility of their narrators ...'." *Townsend v. Sain*, 372 U.S. 293, 309 n. 6, 83 S.Ct. 745, 755 n. 6, 9 L.Ed.2d 770 (1963) (quoting *Brown v. Allen*, 344 U.S. 443, 506, 73 S.Ct. 397, 446, 97 L.Ed. 469 (1953) (opinion of Frankfurter, J.)). The second step is the selection of the applicable rule of law. The third step--and the most troublesome for standard of review purposes--is the application of law to fact or, in other words, the determination "whether the rule of law as applied to the established facts is or is not violated." *Pullman-Standard*, 456 U.S. at 289 n. 19, 102 S.Ct. at 1790 n. 19.

United States Court of Appeals, Fourth Circuit May 29, 1991 935 F.2d 641 (4th Cir. 1991).

<https://casetext.com/case/us-v-reed-114>.

يجب أن يتم تحقيق التوازن بين المصالح القانونية المتنافسة. عند معرفة مدى وجود حالة ضرورة من عدمه على وجه الخصوص، أي التوازن بين قيمتين اجتماعيتين متعارضتين في بعض الأحيان - سلامة رجال الضبط القضائي وحماية الحياة الخاصة-.

والسؤال الأساسي والصعب الذي يثيره هذا التوازن هو مقدار المخاطر التي يمكن أن يتوقع من ضباط الشرطة تحملها قبل تجاهل القواعد التي اعتمدها المجتمع

لنقييد ممارسة سلطتهم التقديرية الكبيرة في أداء واجباتهم الحيوية لإنفاذ القانون⁽¹⁾؛
لذا يشترط الآتي⁽²⁾:

1) (The mixed question of exigency is rooted in constitutional principles and policies. Like many such mixed questions, its resolution requires us to consider abstract legal doctrines, to weigh underlying policy considerations, and to balance competing legal interests. In particular, its resolution requires that we strike a balance between two sometimes conflicting societal values--the safety of law enforcement officers and fourth amendment privacy interests. The essential and difficult question raised by this balancing is how much risk police officers can reasonably be expected to assume before disregarding the rules society has adopted to otherwise circumscribe the exercise of their considerable discretionary authority in carrying out their vital law enforcement duties.

United States of America, Plaintiff-Appellee, v. Winston Bryant McCONNEY, Defendant-Appellant. No. 80-1012. United States Court of Appeals, Ninth Circuit. <https://openjurist.org/728/f2d/1195/united-states-v-mcconney>.

2) (Where mentioned in the following case: The purpose of the requirement is twofold. First, it is to protect an individual's right to privacy in the home to the extent possible and consistent with the execution of the warrant. Second, it is to protect officers themselves, who might otherwise be mistaken, upon unannounced intrusion, for someone with no right to be there. *Id.* at 589, 88 S.Ct. at 1757. The interval of time an officer must wait between announcement and entry depends on the circumstances of each case. See *United States v.*

- حماية حق الفرد في الخصوصية في المنزل إلى أقصى حد ممكن ومتسق مع تنفيذ الأمر.

- حماية رجال الضبط القضائي.

ولتقرير ما إذا كانت الظروف الطارئة لها وجود فإنه يجب على رجال الضبط القضائي أن يؤخذوا في اعتبارهم الآتي⁽¹⁾:

- درجة الوضع الطارئ.

- المدة الزمنية اللازمة للحصول على إذن التفتيش.

Phelps, 490 F.2d 644 (9th Cir.), cert. denied, 419 U.S. 836, 95 S.Ct. 64, 42 L.Ed.2d 63 (1974).

United States of America, Plaintiff-Appellee, v. Winston Bryant McCONNEY, Defendant-Appellant. No. 80-1012. United States Court of Appeals, Ninth Circuit. <https://openjurist.org/728/f2d/1195/united-states-v-mcconney>.

(1) د. عمر محمد بن يونس، الإجراءات الجنائية عبر الإنترنت في القانون الأمريكي، مرجع سابق، ص 101 وما بعدها؛

This is confirmed in the Reed case: the degree of urgency involved and the amount of time necessary to obtain a warrant; (2) the officers' reasonable belief that the contraband is about to be removed or destroyed; (3) the possibility of danger to police guarding the site; (4) information indicating the possessors of the contraband are aware that the police are on their trail; and (5) the ready destructibility of the contraband.

United States Court of Appeals, Fourth Circuit May 29, 1991 935 F.2d 641 (4th Cir. 1991). <https://casetext.com/case/us-v-reed-114>.

- ما إذا كان الدليل على وشك الاختفاء أو التدمير.

- إمكانية حدوث الخطر في الموقع.

- معلومات تدل على أن من يحوزون أدلة الجريمة على علم بان الشرطة في منطقتهم.

- قابلية تدمير الأدلة.

ومع ذلك، لا توجد صيغة دقيقة لأن ظروف الطوارئ ستختلف من حالة إلى أخرى ويجب فحص الضرورات الملازمة لكل حالة⁽¹⁾.

أمثلة لحالات الضرورة في الجرائم المعلوماتية

- سهولة اتلاف الدليل

توجد تطبيقات متعددة في مجال جرائم الكمبيوتر بسبب سهولة اتلاف الدليل في الجريمة⁽²⁾ إذا كان داخل الجهاز أو مسجلاً على ديسك أو أسطوانة. ومن ثم فغالباً

1) (However, there is no precise formula since emergency circumstances will vary from case to case and the inherent necessities of each situation must be scrutinized. Id.

United States Court of Appeals, Fourth Circuit May 29, 1991 935 F.2d 641 (4th Cir. 1991). <https://casetext.com/case/us-v-reed-114>.

2) (Look at the David case: The government argues that exigent circumstances justified the seizure. The Court agrees. When destruction of evidence is imminent, a warrantless seizure of that evidence is justified if there is probable cause to believe that the item seized constitutes evidence of criminal activity. United States v. O'Connor, 658 F.2d 688, 692, n. 6 (9th Cir.1981); United States v. Gonzalez-

ما تظهر الظروف الطارئة (حالة الضرورة) في قضايا الحاسب لأن البيانات الالكترونية قابلة للتلف، ذلك أن أوامر الحاسب يمكن أن تدمر البيانات في غضون ثوان كما تفعل الرطوبة والحرارة والمجالات المغناطيسية التي تنشأ على سبيل المثال بواسطة تمرير مغناطيس قوي على القرص؛ لذا قُضي أن رجل الضبط لا يحتاج إلى إذن بتفتيش جهاز الكمبيوتر إذا شاهد المتهم وهو يقوم بمحو ملفات مسجلة في هذا الجهاز وتتعلق بالجريمة المتحرى عنها⁽¹⁾. وأيضاً كما ظهر في

Rodriguez, 513 F.2d 928, 930 (9th Cir.1975). Here, Agent Peterson saw David destroying evidence. David's use of the book in retrieving telephone numbers of criminal associates provided ample probable cause that the book contained information relative to criminal activity. Peterson therefore reasonably believed that prompt action was necessary to prevent further destruction of relevant evidence. United States v. McConnery, 728 F.2d 1195, 1199 (9th Cir.1984) (en banc). U.S. District Court for the District of Nevada – 756 F. Supp. 1385 (D. Nev. 1991) January 28, 1991.

<https://law.justia.com/cases/federal/districtcourts/FSupp/756/1385/2291145/>

تم الدخول للموقع يوم 20/09/2019 الساعة 3.00

(1) Acknowledging that no search warrant was issued herein, the government nevertheless justifies the searches and seizures on the alternate grounds of plain view, consent, exigent circumstances and abandonment.

The third event which had Fourth Amendment implications occurred when Agent Peterson grabbed the book out of David's hands after David deleted the heroin price list. This was unquestionably a seizure, because David has thereafter been deprived of the book.

قضية David رأى الضبط القضائي أن المتهم قام بحذف الملفات من ذاكرة الحاسب فقاموا بضبط الحاسب في الحال، فقررت المحكمة الابتدائية أن رجال الضبط في غير حاجة إلى إذن بضبط الحاسب لأن أفعال المتهم هي التي أدت إلى ظهور ظروف طارئة⁽¹⁾.

- محو أرقام جهاز البيجر:

The government argues that exigent circumstances justified the seizure. The Court agrees. When destruction of evidence is imminent, a warrantless seizure of that evidence is justified if there is probable cause to believe that the item seized constitutes evidence of criminal activity. United States v. O'Connor, 658 F.2d 688, 692, n. 6 (9th Cir.1981); United States v. Gonzalez-Rodriguez, 513 F.2d 928, 930 (9th Cir.1975). Here, Agent Peterson saw David destroying evidence. David's use of the book in retrieving telephone numbers of criminal associates provided ample probable cause that the book contained information relative to criminal activity. Peterson therefore reasonably believed that prompt action was necessary to prevent further destruction of relevant evidence. United States v. McConnery, 728 F.2d 1195, 1199 (9th Cir.1984) (en banc).

<https://law.justia.com/cases/federal/district-courts/F.Supp/756/1385/2291145/>.

تم الدخول للموقع يوم 2019/09/15 الساعة 11:30.

(1) د. عمر محمد بن يونس، الإجراءات الجنائية عبر الإنترنت في القانون الأمريكي، مرجع سابق، ص 102.

كما قضت المحاكم الأمريكية بصحة التفتيش بدون إذا كان محله جهاز بيجر الكتروني إذا قامت من الظروف ما يسمح باعتقاد بشكل معقول بأن المتهم سوف يقوم بمحو أرقام التليفونات التي اتصلن به والتي تفيد في كشف الحقيقة عن الجريمة⁽¹⁾.

1) (even if the consent was involuntary, I find that the search of the pager was justified by exigent circumstances. Exigent circumstances "are those circumstances that would cause a reasonable person to believe that entry was necessary to prevent ... the destruction of relevant evidence ..." United States v. Hudson, 100 F.3d 1409, 1417 (9th Cir.1996). Only a "mild" exigency need be shown where the search involves no property destruction. Id. Further, the gravity of the offense is an "important factor" in determining whether an exigency exists. Id. at 1424, n. 4.

Because the focus of the exigent circumstance inquiry is upon the objective reasonableness of the officer's belief that immediate action was necessary, I specifically reject the dicta in United States v. Lynch, 908 F. Supp. 284 (D. Virgin Islands, 1995) which would require officers to determine how a particular pager operates before conducting the search. Here, the officers reasonably believed that if the numbers were not pulled off of the pager immediately, they might well be lost forever if the pager was turned off, if other number interceded or if the batteries ran down. This satisfies the "mild exigency" requirement necessary to sustain the exception where no property damage is involved. Further, the pager was searched as part of a significant, multi-defendant cocaine distribution conspiracy investigation. The charges are very serious and according to information the officers had gathered earlier that day from

other alleged co-conspirators, the use of pagers and code numbers was expected to be critical evidence in the case.

Based on the foregoing, I find that the pager was lawfully seized and that the search of the pager was justified by both consent and exigent circumstances. I need not reach the issue of whether either search is also justified under the search incident to arrest doctrine. Accordingly, defendant's motion to suppress (# 49) is DENIED.

I also note that co-defendant Guzman has been set for entry of a guilty plea. Thus, defendant's motion for severance (# 50-1) and motion to continue his trial date (# 50-2) (to follow that of Guzman) are DENIED as MOOT.

U.S. District Court for the District of Oregon – 991 F. Supp. 1223 (D. Or. 1997) October 17, 1997.

<https://law.justia.com/cases/federal/district-courts/FSupp/991/1223/1805816/>

تم الدخول للموقع يوم 2019/09/16 الساعة 3 ص 0.

للمزيد راجع د. شيماء عبد الغني محمد عطا الله، الحماية الجنائية للتعاملات الإلكترونية، دراسة مقارنة بين النظامين اللاتيني والأنجلو أمريكي، مرجع سابق، ص 336.

The following was also eliminated:

We need not consider what level of risk to personal safety or to the preservation of evidence would be necessary to justify a more extensive search of a cell phone without a warrant, especially when we factor in the burden on the police of having to traipse about with Faraday bags or mirror-copying technology and having to be instructed in the use of these methods for preventing remote wiping or rendering it ineffectual. We can certainly imagine justifications for a more extensive search. The arrested suspect might have prearranged with coconspirators to call

كما قُضي بأن من حق رجال الضبط أن يقوموا بتنزيل بيانات مخزنة في جهاز كمبيوتر متواجد في الخارج مادام أن هناك من الأسباب المعقولة ما يببرر خشية اتلاف أو فقدان هذه البيانات كدليل على ارتكاب الجريمة⁽¹⁾.

them periodically and if they didn't hear from him on schedule to take that as a warning that he had been seized, and to scatter. Or if conspirators buy prepaid SIM (subscriber identity module) cards, each of which assigns a different phone number to the cell phone in which the card is inserted, and replace the SIM card each day, a police officer who seizes one of the cell phones will have only a short interval within which to discover the phone numbers of the other conspirators. See Adrian Chen, "The Mercenary Techie Who Troubleshoots for Drug Dealers and Jealous Lovers," Gawker, Jan. 25, 2012, <http://gawker.com/5878862/>. (This is provided the phone number is on the SIM card; in some iPhones, for example, it is not.) The officer who doesn't make a quick search of the cell phone won't find other conspirators' phone numbers that are still in use.

United States Court of Appeals, Seventh Circuit. Feb 29, 2012 670 F.3d 803 (7th Cir. 2012).

<https://casetext.com/case/united-states-v-floreslopez>.

تم الدخول للموقع يوم 20/09/2019 الساعة 5.00

(1) للمزيد راجع د. شيماء عبد الغني محمد عطا الله، الحماية الجنائية للتعاملات الإلكترونية، دراسة مقارنة بين النظامين اللاتيني والأنجلو أمريكي، رسالة دكتوراه، كلية الحقوق، جامعة المنصورة، 2005م، ص 403.

الفرع الثاني الضرورة تقدر بقدرها

إذا كان جواز التفتيش بدون إذن مناطه حالة الضرورة، فإن الضرورة تقدر بقدرها؛ لذا قضت المحاكم الأمريكية بعدم جواز تفتيش جهاز الكمبيوتر بدون إذن إذا ما تم ضبطه بالفعل، ذلك أن الضبط يستبعد احتمال العبث بالدليل الذي يحتويه⁽¹⁾.

1) (So he was eliminated: Even assuming that airport security checkpoint searches are justified on the ground that the passenger's "implied consent" is irrevocable, but see Wayne R. Lafave, Search and Seizure: A Treatise on the Fourth Amendment §§ 10.6(c), 10.6(g), at 16-17, 31-33 (2d ed. 1987), thus permitting screeners to search throughout the carry-on bag and all closed containers within it, the passenger's implied "consent" nonetheless would be limited to permitting searches for the purpose of detecting weapons and explosives. See Florida v. Jimeno, 500 U.S. 248, 252, 111 S.Ct. 1801, 1804, 114 L.Ed.2d 297 (1991) (noting that warrantless "consent"-based searches are limited in scope by the terms of defendant's consent); see also, e.g., Wehrl, 637 F.2d at 409 (noting that screener's "task [was] to insure that Wehrl's bag was devoid of skyjacking weapons," and the search "did not range beyond an area reasonably calculated to discover dangers to air safety") (emphasis added); DeAngelo, 584 F.2d at 47-48 (holding that passenger impliedly consents to full search of luggage, and if it "should be considered necessary to assure the safety of the travelling public, [the passenger] should be required to submit to it for that purpose") (emphasis added); Williams, 516 F.2d at 12 (inquiring into "the bounds of any implied consent," but noting that bags of cocaine were found

alongside a metal canister, so that screener might reasonably think white powder was explosive, rather than cocaine) (emphasis added).

By contrast, Aviles admitted that he delivered the blocks to the DEA for the very purpose of detecting narcotics. In these circumstances — once the focus of the search shifted from the detection of weapons to the detection of narcotics — a warrant was required unless the ensuing search came within another recognized exception to the warrant requirement. Cf. *Jacobsen*, 466 U.S. at 118–22, 104 S.Ct. at 1659–61 (noting that DEA did not need a search warrant to open a closed container to perform a field test on contents because the contents had already been disclosed by a prior "private party" search of that container); *Herzbrun*, 723 F.2d at 775 (noting that law enforcement officials obtained search warrant for bag after defendant withdrew from checkpoint, even though their search followed an aborted checkpoint search for weapons which might have uncovered same evidence (i.e., cocaine)).

The government's attempt to distinguish the two cases misses the mark. The carry-on bags, the gift boxes, and the blocks enclosed in opaque packaging — all were discrete closed containers. Even assuming the warrantless checkpoint searches conducted on the carry-on bags and the gift boxes were lawful, the government nevertheless failed to establish that the subsequent warrantless DEA penetration of the previously unopened blocks enclosed in opaque packaging came within any recognized exception to the warrant requirement. Consequently, their warrantless search at the police station — after any exigency had ceased — violated the Fourth amendment.

CONCLUSION

وبالتالي، من الضروري أن يتمتع موظفو إنفاذ القانون بسلطة "التفتيش الفوري للضرورة لتوقيف المعلومات الواردة من أحد أجهزة الاستدعاء من أجل منع تدميرها كدليل (1).

As the government failed to shoulder its burden, by demonstrating either that its warrantless searches of the opaque packaged blocks were permissible under the Fourth Amendment, or that the admission of the tainted evidence was harmless beyond a reasonable doubt, see *United States v. Modarressi*, 886 F.2d 6, 8 (1st Cir. 1989), appellant's conviction must be reversed.

The district court judgment is reversed.

United States Court of Appeals, First Circuit Aug 4, 1995 61 F.3d 107 (1st Cir. 1995)

<https://casetext.com/case/us-v-doe-93>.

تم الدخول للموقع يوم 20/09/2019 الساعة 8.00.

1) (In *United States v. Chan*, 830 F. Supp. 531, 533 (N.D. Cal. 1993)، DEA agents seized a pager from the defendant at the time of arrest and searched its contents by activating its memory and retrieving telephone numbers. The defendant argued that activation of the pager was a search requiring a warrant because the pager was a container as to which he had a reasonable expectation of privacy. *Id.* The court found that the possessor of a pager has an expectation of privacy in the data contained therein in the same manner as an individual in possession of a closed container. *Id.* at 534–535. The court ruled, however, that the search of the pager was legal under cases which permit the search of containers found on or near the arrestee in a search incident to arrest. See *New York v. Belton*, 453 U.S. 454, 461 (1981).

The defendant in *Chan* also argued that under *United States v. Chadwick*, 433 U.S. 1, 12–13 (1977), a warrant is required to search the contents of closed containers when an individual has a heightened expectation of privacy in its contents. The *Chan* court appropriately recognized that *Chadwick*'s protections are not so broad:

The Court in *Chadwick* adopted a narrow exception to the incident to arrest doctrine, holding that a warrantless search of seized property cannot be justified when the search is remote in time or place from the arrest. *Chadwick*, 433 U.S. at 13–15, 97 S.Ct. at 2485. As the Supreme Court explains:

Once law enforcement officers have reduced luggage or other personal property not immediately associated with the person of the arrestee to their exclusive control, and there is no longer any danger that the arrestee might gain access to the property to seize a weapon or destroy evidence, a search of that property is no longer an incident of the arrest. *Chan*, 830 F. Supp. at 535. *Chan* found that the retrieval of telephone numbers from a pager's memory immediately upon arrest is not so "remote" from the arrest that it falls within the exception of *Chadwick*. *Id.* We agree with this analysis.

An officer's need to preserve evidence is an important law enforcement component of the rationale for permitting a search of a suspect incident to a valid arrest. See *United States v. Robinson*, 414 U.S. 218, 226, 234–35 (1973). Because of the finite nature of a pager's electronic memory, incoming pages may destroy currently stored telephone numbers in a pager's memory. The contents of some pagers also can be destroyed merely by turning off the power or touching a button. See, e.g., *United States v. Meriwether*, 917 F.2d 955, 957 (6th Cir. 1990). Thus, it is imperative that law enforcement officers have the authority to

ومن الجدير بالإشارة، عند انتهاء الظروف الطارئة أو حالة الضرورة، ينتهي حق التفتيش بدون إذن أيضاً، ومن ثم لا تتوفر لمأمور الضبط القضائي اتخاذ المزيد من الخطوات بدون إذن، ووفقاً لذلك فإن ضبط القطع الصلبة الخاصة بالحاسب لمنع تدمير معلومات يحتويها الجهاز لا يدعم بالطبع تفتيش هذه المعلومات بغير إذن⁽¹⁾.

immediately "search" or retrieve, incident to a valid arrest, information from a pager in order to prevent its destruction as evidence. The motion to suppress was properly denied.

For these reasons, the conviction of Ortiz is affirmed, and the sentence of Hurtado is vacated. Hurtado's case is remanded to the district court where he should be resentenced consistent with this opinion.

United States Court of Appeals, Seventh Circuit May 24, 1996 84 F.3d 977 (7th Cir. 1996) setext.com/case/united-states-v-ortiz-16.

And also: FBI Law Enforcement Bulletin, p. 32.

1) Look at the David case: Although Peterson had the authority to seize and hold the book due to the exigency at hand, his authority to examine its contents is a different matter. *Walter v. United States*, 447 U.S. 649, 654, 100 S. Ct. 2395, 2400, 65 L. Ed. 2d 410 (1980). The seizure of the book affected only David's possessory interests. It did not affect the privacy interests vested in the contents of the book. *United States v. Chadwick*, 433 U.S. 1, 13-14, n. 8, 97 S. Ct. 2476, 2485, n. 8, 53 L. Ed. 2d 538 (1977).

The difference between possessory interests and privacy interests may justify a warrantless seizure of a container for the time necessary to

الخاتمة

اخترنا "التفتيش بدون إذن في الجرائم المعلوماتية" موضوعا لدراستنا، وذلك لأهمية هذا الموضوع في وقتنا الحالي. وترجع أهمية هذا الموضوع لاحتياجنا إلى استمرار الدراسات القانونية لمتابعة التطورات المتلاحقة في هذا المجال.

secure a warrant, where a warrantless search of the contents would not be permissible. *Arkansas v. Sanders*, 442 U.S. 753, 761–62, 99 S. Ct. 2586, 2592, 61 L. Ed. 2d 235 (1970). Peterson had ample probable cause to believe that the book contained information relating to criminal activity. Once he took the book from David the exigency which justified the seizure came to an end.[2] Nevertheless, without seeking a warrant, Peterson conducted a complete search of the book's contents. The seizure of the book *1393 did not justify the invasion of privacy involved in the subsequent search. *United States v. O'Connor*, 658 F.2d 688, 692, n. 6 (9th Cir.1981). Agent Peterson had ample time to obtain a search warrant but failed to do so. His good faith belief that a warrant was unnecessary cannot save the illegality of the search. Therefore, the information which the government obtained from the book after the seizure, and any evidence derived from that information, must be suppressed at trial.

U.S. District Court for the District of Nevada – 756 F. Supp. 1385 (D. Nev. 1991) January 28, 1991.

<https://law.justia.com/cases/federal/district-courts/FSupp/756/1385/2291145/>

تم الدخول للموقع يوم 2019/09/21 الساعة 3.00 ص.

ولا يخفى أننا واجهنا صعوبات في إتمام هذه الدراسة؛ منها أن المشرع المصري وغالبية مشرعي الدول العربية لم تسن قانون إجرائي لتنظيم الإجراءات الجنائية المعلوماتية الأمر الذي جعلنا نلجأ إلى المقارنة مع القانون الأمريكي أو الفرنسي.

وقد كان الهدف من دراستنا أن نتعرف على أحوال التفتيش بدون إذن في الجرائم المعلوماتية بما تتضمنه من قواعد إجرائية تنظم تلك الحالات حتى نقدم للمشرع دراسة مفيدة إذا أراد سن قوانين لتنظيم الجوانب الإجرائية.

وقد قسمت هذه الدراسة إلى خمسة مباحث، تناولت في المبحث الأول: كلما جاز القبض جاز التفتيش، ثم المبحث الثاني: التلبس بالجريمة المعلوماتية، ثم تناولت في المبحث الثالث: الرضاء بالتفتيش في الجرائم المعلوماتية، ثم التفتيش التقني بمعرفة فني صيانة الحاسب، وأخيراً التفتيش في حالة الضرورة.

وتمخضت عن هذه الدراسة بعض النتائج والتوصيات كما يلي:

أولاً: النتائج

- تنفيذ التفتيش يجيز القبض للارتباط.
- إذا كان القبض لجريمة من جرائم المعلوماتية، فإنه يحق لمأمور الضبط القضائي تفتيش الأجهزة التقنية الموجودة حوزة المتهم؛ لأن ذلك التفتيش يُعد تفتيش قضائي بحثاً عن أدلة الجريمة الموجودة في حوزة المتهم.
- لا تجوز مباشرة التفتيش بدون إذن إلا إذا قامت حالة التلبس صحيحة وبطريق مشروع فإذا لم يتحقق ذلك وقام مأمور الضبط القضائي بإجراء التفتيش كان هذا التفتيش باطلاً طالما أنه أجرى دون إذن من السلطة المختصة.
- إذا محيت آثار الجريمة المعلوماتية ولم يستطع مأمور الضبط مشاهدة حالة التلبس بنفسه فلا تلبس ومن ثم فلا يوجد مسوغ لتفتيش المتهم.
- لمأمور الضبط القضائي أن يقبض على كل من يقوم لديه دليل على مساهمته في الجريمة المعلوماتية المتلبس بها وأن يقوم بتفتيشه.
- يعتبر الحاسوب بالكامل ملفاً واحداً بحيث يشمل الإذن كافة الملفات الموجودة بالحاسوب، طالما لم يوصف التفتيش بالتعسف، ذلك أنه لو اعتبرنا كل ملف مستقلاً بذاته، فإن مأمور الضبط القضائي يحتاج لأذون تفتيش كثيرة، مما يعطل عملية التفتيش علماً أن الجرائم المعلوماتية لا بد فيها من السرعة حتى لا يتم اتلاف الأدلة المعلوماتية.
- لمأمور الضبط القضائي تفتيش الأجهزة التقنية الموجودة حوزة المتهم بناءً على قبض صحيح.

- إذا صدر إنذاراً بتفتيش جهاز الحاسوب بحثاً عن أدلة معينة وظهر عرضاً أثناء التفتيش جريمة أخرى، فتعد الأخيرة في حالة تلبس ويحق لمأمور الضبط القضائي البحث عن أدلتها.

- القاعدة أنه متى صدرت الموافقة صحيحة من صاحب الحق فيها على التفتيش، فإن هذه الموافقة هي التي تحدد نطاق التفتيش، بحيث يشمل الأجهزة التقنية من عدمه، فإذا تجاوز التفتيش هذا النطاق فتمت الموافقة للبحث عن سبب ما، في حين يكون المستهدف سبب آخر فإن هذا التفتيش يكون باطلاً.

- إذا اقتصر الرضاء فقط على مجرد دخول المكان الخاص للاطلاع فقط دون التفتيش الحاسب فلا يحق لمأمور الضبط القضائي أن يقوم بتفتيش الأجهزة التقنية إلا إذا شوهد المتهم متلبساً بالجريمة.

- يجوز أن يصدر إذن التفتيش مقتصرًا على تفتيش الكمبيوتر. في هذه الحالة إذا كان الكمبيوتر متواجداً في أحد المساكن، فإنه يتعين أن تتوفر شروط تفتيش المساكن (صدور إذن قضائي مسبب). أما إذا كان الكمبيوتر في حيازة الشخص في خارج مسكنه أو كان في سيارته خارج المسكن، فإنه يكفي توافر شروط تفتيش الشخص.

- اعتبرت محكمة النقض المصرية أن الاعتراف بوصفه سبباً يجيز التفتيش. غير أنها لم تؤسس هذا الرأي على قيام حالة التلبس بجريمة تخريب واتلاف موقع الكتروني، بل على افتراض رضا المتهم بإجراء التفتيش.

- استقر القضاء الأمريكي على أن صاحب الشيء يظل متمتعاً بالحق في الخصوصية إذا أرسله إلى الغير بصفة مؤقتة، ذلك ان الراسل يتوقع أن يستعيد سيطرته على الشيء ومحتوياته.

- يتمتع أصحاب العمل والمشرفين في القطاع الخاص - بشكل عام- بسلطة واسعة في إبداء الموافقة على التفتيش في مقر العمل بالنسبة لأجهزة الشركة أو الجهة التي يمتلكها.

- توافر الرضاء المفترض استناداً إلى التحذير عن وجود مراقبة.

- أحكام القضاء الأمريكي تعدد بالسلطة الظاهرة على الجهاز وترتب عليه أثرها في فعالية الرضاء في جواز التفتيش.

- استقر القضاء المصري والفرنسي على أن الرضاء لا يؤخذ بطريق الاستنتاج من مجرد سكوت صاحب الشأن؛ لأن مثل هذا السكوت يجوز أن يكون منبعثاً من الخوف والاستسلام، وعلى العكس موقف القضاء الفرنسي من ذلك فقد اشترط القضاء الأمريكي مجرد إبداء الموافقة من صاحب السلطة على الشيء بشكل إرادي، ولم يشترط أن تكون هذه الموافقة صريحة، إذ أنه اعتد بالموافقة الضمنية

- تشترط محكمة النقض أن يكون الرضاء صريحاً رغم أن هذا الشرط ليس من لوازم الرضا ورغم عدم النص عليه. ومما لا شك فيه أن العلة التي اقتضت أن يكون الرضا صريحاً تقتضي كذلك أن يكون ثابتاً بالكتابة.

- يُعد التفتيش مسموحاً به في نطاق الغاية منه عندما تكون الإجراءات المتخذة قانوناً مرتبطة بأهداف التفتيش وغير تدخلية في ضوء طبيعة سوء السلوك.

- يجب عند معرفة مدى وجود حالة ضرورة من عدمه أن يتم تحقيق التوازن بين المصالح القانونية المتنافسة. على وجه الخصوص، التوازن بين قيمتين اجتماعيتين متعارضتين في بعض الأحيان - سلامة رجال الضبط القضائي وحماية الحياة الخاصة

- تقدر الضرورة بقدرها؛ لذا قضت المحاكم الأمريكية بعدم جواز تفتيش جهاز الكمبيوتر بدون إذن إذا ما تم ضبطه بالفعل، ذلك أن الضبط يستبعد احتمال العبث بالدليل الذي يحتويه.

- عند انتهاء الظروف الطارئة أو حالة الضرورة، فإن حق التفتيش بدون إذن ينتهي أيضاً، ومن ثم لا تتوفر لمأمور الضبط القضائي اتخاذ المزيد من الخطوات بدون إذن.

- ضبط القطع الصلبة الخاصة بالحاسب لمنع تدمير معلومات يحتويها الجهاز لا يدعم بالطبع تفتيش هذه المعلومات بغير إذن.

- غالباً ما تظهر الظروف الطارئة (حالة الضرورة) في قضايا الحاسب لأن البيانات الالكترونية قابلة للتلف، ذلك أن أوامر الحاسب يمكن أن تدمر البيانات في غضون ثوان كما تفعل الرطوبة والحرارة والمجالات المغناطيسية التي تنشأ على سبيل المثال بواسطة تمرير مغناطيس قوي على القرص.

- إذا سلم صاحب جهاز كمبيوتر إلى أحد الفنيين لإصلاحه، وعند ملاحظة الفني وجود ملفات تحمل أسماء جنسية قام بفتحها ووجد بداخلها صوراً جنسية للأطفال قام بإبلاغ رجال الضبط، فإن مثل هذا الإجراء لا يخالف الحق في الخصوصية.

- وإذا قام رجل الضبط القضائي بضبط جهاز حاسب لأجل الدليل الذي يحتوي عليه، وفيما بعد قرروا تفتيش الجهاز بحثاً عن دليل آخر. فإنه من الأفضل الحصول على إذن ثان.

- يعد الرضاء الصادر من مدير النظام أي المسؤول عن تشغيله رضاءً فعالاً في إجازته التفتيش بدون إذن وبدون حالة التلبس.

- يجب أن يصدر الرضاء بالتفتيش من رب البيت نفسه، فلا يغني عن رضاه رضا أحد ممن يقيمون معه مهما تكن علاقته به. يستوي في ذلك أن يصدر الإذن من الغير في حضوره أو في غيابه. ذلك أن أهل المنزل ليسوا أكفاءً وأنداداً، وإنما بعضهم أصل والآخر تبع، والرضاء الذي يعتد به هو الذي يصدر من الأصل لا من التبع. ومن ثم فإنه يوجد خلط ما بين الإذن بدخول المنزل والإذن بتفتيشه، وهما حقان منفصلان لا يلزم من ثبوت أولهما ثبوت الثاني.

- يجوز الدخول إلى مقر العمل لتفتيشه حتى ولو كان في غير مواعيد العمل الرسمية، فإذا صدر إذن من النيابة العامة بتفتيش شخص ومسكن المتحرى عنه فإن ذلك الإذن يمتد إلى محل تجارته لأن حرمة الأخير مستمدة من اتصاله بشخص صاحبه.

- يجب ألا يبرر استثناء "قاعدة حسن النية" على قاعدة الاستبعاد مبني على الغرض من الاستخدام؛ باعتبار أن هذا الغرض بشكل أو بآخر سيؤدي إلى نتيجة مؤداها إدانة المتهم، وهو أمر قررت القاعدة تفاديته إذا تم بطريقة غير عادلة.

ثانياً: التوصيات

- الموظفون لدى صاحب العمل ليس لديهم توقع معقول من الخصوصية عند استخدامهم البريد التقني وخدمات الإنترنت الخاصة بالشركة، ذلك أنها تعد من أدوات العمل. ولذلك يحق لصاحب العمل مراقبة تلك الأدوات لمتابعة سير العمل متى كان ذلك معلناً، بشرط عدم المساس بالرسائل الشخصية للموظفين.

- ولتقرير ما إذا كانت الظروف الطارئة لها وجود فإنه يجب على رجال الضبط القضائي أن يؤخذوا في اعتبارهم بعض المعايير الآتية على سبيل المثال: درجة الوضع الطارئ، ما إذا كان الدليل على وشك الاختفاء أو التدمير، المدة الزمنية اللازمة للحصول على إذن التفتيش.

- إذا ابتدأ التفتيش على غير إرادة من صاحب الصفة في الرضاء بالتفتيش، ثم لقي رضاء صحيحاً من صاحب الصفة فيه في مرحلة التنفيذ، شملت المشروعية من بداية التفتيش حتى اتمامه على سند أنه يكفي أن يقوم سبب الإباحة في أي لحظة أثناء تنفيذ التفتيش مادام لم يتم التفتيش. بيد أننا نرى أنه لا يصح أن توصف واقعة واحدة بوصفين مختلفين، بل يتعين اعطاؤها الوصف الذي فيه مصلحة المتهم.

- إذا تم التفتيش بغير إذن من النيابة وزعم من قام به رضاء صاحب الشأن بإجرائه، فهذا الذي يدعيه - لكونه خلاف الأصل - يوجب عليه أن يقيم الدليل على صحة دعواه. وينبغي ألا يتساهل القضاء في هذا الأمر تأسيساً على سلطته التقديرية.

- نرى علاج هذا القصور، الذي سيؤثر بلا شك على فعالية الحماية الجنائية الإجرائية للحق في عدم انتهاك الخصوصية في حالة تفتيش الموبايل أو اللابتوب عند جواز القبض على المتهم إلا في أضيق الحدود، كما أرى ضرورة صياغة

النصوص بوضوح ودقة بالغين وبما يمكن رجال الضبط والتحقيق أولاً وقبل غيرهم، من معرفة مدى مشروعية تصرفهم في الحالات المتماثلة ومطابقتها للقانون من الناحية الإجرائية من عدمه، ومع تسليماً بصعوبة حصر وتحديد كافة الفروض والاحتمالات التي قد يتعرض لها رجال الضبط والتحقيق وإنزال حكم القانون على كل منهما، إلا أن القاعدة العامة أن ما لا يدرك كله لا يترك كله، تقتضي أنه مع التسليم بتلك الصعوبات - إلا أنه يتعين على الأقل صياغة النصوص التي تواكب كل الظروف التي تتناول الحقوق والحريات.

- يجب عدم السماح للمشتبه به من التقرب أو لمس أو العمل على هذه الأجهزة تحت أي سبب، حتى وإن أبدى رغبته في الولوج إلى النظام المعلوماتي بإدخال كلمة السر؛ لأنه لربما قد يقوم متعمداً بمسح الأدلة المخزنة على الحاسب الآلي.

- لا بد وأن يكون التصدي للجرائم المعلوماتية من خلال محورين أساسيين: الأول سن قواعد موضوعية جنائية للجرائم معلوماتية، وإذا كان بالفعل تم إصدار قانون للجرائم المعلوماتية، ومن ثم يتبقى سن قواعد إجرائية جنائية للجرائم المعلوماتية لوجود فراغ تشريعي حتى لا يهرب المجرم بجريمته على سند احترام الشرعية الجنائية الإجرائية.

- وبناء على التوصية السابقة، على سبيل المثال ولمواجهة الفراغ التشريعي، فإنه يمكن الاجتهاد في حدود النصوص الإجرائية مع إضافة بعض التعديلات لنص المادة 34 لتستوعب هذه الحالة، فتصبح صياغة هذه المادة على النحو التالي: "لمأمور الضبط القضائي في أحوال التلبس بالجنايات أو الجناح التقليدية أو المعلوماتية التي يعاقب عليها بالحبس لمدة تزيد على ثلاثة أشهر أن يأمر بالقبض على المتهم التقليدي أو المعلوماتي الحاضر الذي توجد دلائل كافية على اتهامه".

- يتعين على المشرعين في سائر الدول العربية الاستفادة من التجربة الأوروبية في مكافحة الجرائم المعلوماتية، سواء في الناحية الموضوعية والإجرائية، وذلك بمواكبة

التطورات التقنية والتكنولوجية التي حدثت في المجتمعات العربية. باعتبار أن الدول العربية ليست ببعيدة عن مرمي تلك الجرائم التقنية أو المعلوماتية.

- يجب رفع كفاء مأموري الضبط القضائي لكي يكونوا على دراية كافية بالتقنيات الحديث وعلى علم بكيفية استخدامها والتعامل معها، مما يجب معه تدريبهم على مثل تلك الوسائل، ومن ثم رفع كفاءتهم في زيادة المعرفة التشريعية بالإجراءات الجنائية المعلوماتية، وضمانات المتهمين في حالات التفتيش دون إذن في الجرائم المعلوماتية؛ ولذا يجب أن يكون مأمور الضبط القضائي ذا خبرة ودراية فنية بتقنية الحاسب الآلي وكيفية التحقيق والمتابعة في هذه النوعية من الجرائم. وذلك حتى يستطيع ان يتعامل تعاملأ سليماً مع مخرجات الحاسب الآلي ومع أقراصه وشرائطه الممغنطة، للحفاظ على سلامة الأدلة المتحصلة من الجريمة المعلوماتية من كل تلف أو مسح، ومن ثم عدم إساءة استخدامها من قبل المسؤولين على تنفيذ القانون.

- لا تكفي القوانين الإجرائية وحدها بنصوصها التقليدية لمواجهة الجرائم المتعلقة بالشبكات الالكترونية، بل لابد من إيجاد استراتيجيات مكملة على المستوى الفني التقني والقضائي.

- أرى إعادة النظر في اتخاذ الرضاء بالتفتيش كتكأة للتفتيش؛ وذلك لعدم واقعية حدوث ذلك الرضاء دون إرادة معيبة في ذاتها. أو تحسباً من الاعتداد برضاء قلة شاذة غير مكترثة بجرمة الحياة الخاصة، فدعنا نكرر السؤال على مسامعنا، لماذا يتخلى طواعية واختياراً انسان عاقل عن الحماية التي يكفلها له القانون؟ وهل يعقل أن يوافق الانسان بمحض إرادته على تفتيش شخص أو منزله حيث توجد أوعيته المعلوماتية ومكونات حاسبه الآلي؟ وهل حقيقة أن إرادته كانت حرة أم أنها كانت ضحية استخدام القوة أو التهديد أو الخديعة من جانب رجال الشرطة؟

الا يتعارض ذلك مع التوصية رقم 20 من توصيات المؤتمر الدولي الخامس عشر المنعقد في ريو دي جانيرو في الفترة من 4-10 سبتمبر سنة 1994 في مجال حركة إصلاح الإجراءات الجنائية وحماية حقوق الإنسان التي تقرر في شقها الأول "لا يجبر أحد على أن يساعد بأسلوب إيجابي، مباشرة أو بطريقة غير مباشرة في اتهام نفسه جنائياً".

- يجب التعامل بعناية فائقة مع الأدلة الرقمية، لأنها حساسة، ويمكن أن تتلف بسهولة، ويجب أن يتم الاحتفاظ بها في أماكن لا تحتوي على أي مجال من المجالات الكهرومغناطيسية أو الكهربائية.

- ضرورة التخفيف من الشروط الشكلية في الحصول على إذن النيابة العامة أو القاضي المختص للتفتيش في الجرائم الالكترونية نظراً للطبيعة الخاصة التي يتمتع بها الدليل الالكتروني من حيث سرعة تغييره وزواله.

وفي النهاية إذا كان قانونا الإجرائي يعاني من فراغ تشريعي يتعين ملؤه بخصوص القواعد التي تحكم تفتيش وضبط نظم الحاسب الآلي، فإن المعالجة التشريعية لهذه المشكلة في التشريعات المقارنة ليست كاملة او دقيقة على النحو التي هي عليه في نطاق الجرائم التقليدية، الأمر الذي يستلزم مزيداً من الوقت والجهد والكتابات الفقهية.

- أرى ضرورة صياغة النصوص بوضوح ودقة بالعين وبما يمكن رجال الضبط والتحقيق أولاً وقبل غيرهم، من معرفة مدى مشروعية تصرفهم في الحالات المتماثلة ومطابقته للقانون من الناحية الإجرائية من عدمه، ومع تسليمنا بصعوبة حصر وتحديد كافة الفروض والاحتمالات التي قد يتعرض لها رجال الضبط والتحقيق وإنزال حكم القانون على كل منهما، إلا أن القاعدة العامة أن ما لا يدرك كله لا يترك كله، تقتضي أنه مع التسليم بتلك الصعوبات - إلا أنه يتعين على الأقل صياغة النصوص التي تواكب كل الظروف التي تتناول الحقوق والحريات.

هكذا أتمنى أن أكون - بهذا الجهد المتواضع - قد أسهمت في إلقاء الضوء على التفتيش بدون إذن في الجرائم المعلوماتية، ومن ثم فهذا هو جهدنا، فإن كنا قد وفقنا فلهذا الفضل والمنة وإلا فحسبي أنى اجتهدت تاركاً المجال لأساتذتي وزملائي، لتكملة ما اعتور هذه الدراسة من نقصان، وتصحيح ما شابها من أخطاء، ولست أقول إلا فليُعذر الواقف على هذا البحث، فنتائج الأفكار على اختلاف القرائح لا تتناهى، وإنما ينفق كل أحد على قدر سعته، لا يكلف الله نفساً إلا ما آتاها، ورحم الله من وقف في هذه الدراسة على خطأ فأصلحه عاذراً لا عاذلاً، ومنياً لا نائلاً، فليس المبرأ من الخطأ إلا من وقى الله وعصم.

وأخيراً لعلي أكون قد وفقت، وحققت بعض ما استهدفت. وفي خاتمة هذا البحث لا يسعني إلا أن أشكر الله عز وجل أولاً وآخراً على أن يسر لي إتمامه على الوجه الذي يرضيه عني إن شاء الله وأن يجعله خالصاً لوجهه الكريم.

المراجع

أولاً: المراجع العربية

1 - المراجع العامة

د. إبراهيم حامد طنطاوي

- المبادئ العامة للإجراءات الجنائية، مرحلة جمع الاستدلالات ومرحلة التحقيق الابتدائي، دار النهضة العربية، 2005.

د. أحمد شوقي الشلقاني

- مبادئ الإجراءات الجزائية في التشريع الجزائري، ج 2، ديوان المطبوعات الجامعية بالجزائر، 1999.

أحمد عثمان حمزاوي

- موسوعة التعليقات على قانون الإجراءات، دار النشر للجامعات المصرية، 1953م.

د. أحمد فتحي سرور

- الوسيط في قانون الإجراءات الجنائية، الكتاب الأول، دار النهضة العربية، 2016.

د. إدوارد غالي الذهبي

- شرح قانون العقوبات، القسم الخاص، دراسة مقارنة لقانون الليبي والقوانين العربية والأجنبية، بدون دار نشر، 1976.

- الإجراءات الجنائية في التشريع المصري، ط 2، مكتبة غريب، 1990.

د. توفيق الشاوي

- مجموعة قانون الإجراءات الجنائية مع تعليقات مقارنة، بدون دار نشر، 1951.

د. حسن صادق المرصفاوي

- المرصفاوي في قانون الإجراءات الجنائية مع تطورات التشريعية ومذكراته الإيضاحية والأحكام في مائة عام، منشأة المعارف بالإسكندرية، 2000.

د. حسني أحمد الجندي

- الجندي في شرح قانون الإجراءات الجنائية، ط 4، وحدة الكتاب الجامعي - جامعة حلوان، 2003-2004م.

د. رمسيس بهنام

- الإجراءات الجنائية تأصيلاً وتحليلاً، منشأة المعارف بالإسكندرية، 1978.

د. عبد الرؤوف مهدي

- شرح القواعد العامة للإجراءات الجنائية، دار النهضة العربية، 2006م.

د. عبد المهيمن بكر

- إجراءات الأدلة الجنائية، ج 1، ط 1، بدون دار نشر، 1996-1997.

د. عمر السعيد رمضان

- شرح قانون العقوبات، القسم الخاص، بدون دار نشر، 1977.

د. عمرو إبراهيم الوقاد

- شرح قانون الإجراءات الجنائية، دار النهضة العربية، بدون سنة نشر.

د. مأمون محمد سلامة

- قانون الإجراءات الجنائية معلقاً عليه بالفقه وأحكام النقض طبقاً لأحدث التعديلات والأحكام، ط 2، طبعة نادي القضاة، 2005.

د. محمد زكي أبو عامر

- الإجراءات الجنائية، ط 8، دار الجامعة الجديدة بالإسكندرية، 2008.

د. محمد عيد الغريب

- شرح قانون الإجراءات الجنائية، ج 1، ط 2، بدون دار نشر، 1996-1997م.

د. محمد مصطفى القلبي

- أصول قانون تحقيق الجنايات، ط 3، مكتبة ومطبعة مصطفى الحلبي وأولاده، 1954م.

د. محمود محمود مصطفى

- شرح قانون الإجراءات الجنائية، دار النهضة العربية، 1988.

د. محمود نجيب حسني

- شرح قانون الإجراءات الجنائية وفقاً لأحدث التعديلات التشريعية، تنقيح د. فوزية عبد الستار، ج 1، ط 4، دار النهضة العربية، 2011م.

د. مدحت رمضان

الوجيز في شرح قانون الإجراءات الجزائية الاتحادي لدولة الإمارات العربية المتحدة، دار النهضة العربية، 2000-2001.

د. نبيل مدحت سالم

- شرح قانون الإجراءات الجنائية، مزود بأحدث التعديلات التشريعية وأوجه الدفاع الهامة والدفع الجوهري وأحكام محكمة النفض حتى عام 2009، ج 2، دار النهضة العربية، بدون سنة نشر.

2 - المراجع الخاصة

د. إبراهيم حامد طنطاوي

- التلبس بالجريمة وأثره، ط 1، بدون دار نشر، 1995م.

إبراهيم محمد إبراهيم

- النظرية العامة للقبض على الأشخاص في الإجراءات الجنائية، دار النهضة العربية، 1416 هـ - 1996م.

د. أسامة عبد الله قايد

- حقوق وضمانات المشتبه فيه في مرحلة الاستدلال، دراسة مقارنة، ط 4، دار النهضة العربية، 2005.

د. أيهاب يسر أنور علي

- حق المتهم في الصمت، دراسة مقارنة، دار النهضة العربية، 1997.

د. بسيوني إبراهيم أبو العطا

- التلبس بالجريمة وأثره في الفقه الإسلامي والقانون الوضعي، دراسة مقارنة، دار الجامعة الجديدة، بدون سنة نشر.

د. بكري يوسف بكري

- التفتيش عن المعلومات في وسائل التقنية الحديثة، دار الفكر الجامعي، 2011م.

بهاء المري

- شرح جرائم تقنية المعلومات القانون رقم 175 لسنة 2018، منشأة المعارف بالإسكندرية، 2019.

د. توفيق الشاوي

- حرمة الحياة الخاصة ونظرية التفتيش، منشأة المعارف بالإسكندرية، ط 1، 2006.

د. حسام الدين محمد أحمد

- الإذن بالتفتيش والضبط، دراسة مقارنة، دار النهضة العربية، بدون سنة نشر.

- حق المتهم في الصمت، دراسة مقارنة، ط 3، دار النهضة العربية، 2003.

د. خالد ممدوح إبراهيم

- الجرائم المعلوماتية، دار الفكر الجامعي، بدون تاريخ نشر.

د. رمزي رياض عوض

- الحقوق الدستورية في قانون الإجراءات الجنائية، دراسة مقارنة، دار النهضة العربية، 2003.

- مشروعية الدليل في مرحلة المحاكمة وما قبلها، دراسة تحليلية تأصيلية مقارنة، دار النهضة العربية، 1997.

د. رؤوف عبید

- المشكلات العملية الهامة في الإجراءات الجنائية، ج 1، ط 3، دار الفكر العربي، 1980.

- القبض والتفتيش في جوانبهما العملية الهامة، ط 1، مكتبة الوفاء القانونية بالإسكندرية، 2012م.

د. شيماء عبد الغني محمد عطا الله

- الحماية الجنائية للتعاملات الإلكترونية، دراسة مقارنة بين النظامين اللاتيني والأنجلو أمريكي، دار النهضة العربية، 2005.

د. سامي حسني الحسيني

- النظرية العامة للتفتيش في القانون المصري والمقارن، دار النهضة العربية، 1972.

د. طارق إبراهيم السوقي عطية

- الأمن المعلوماتي " النظام القانوني لحماية المعلومات"، دار الجامعة الجديدة بالإسكندرية، 2009.

د. عبد الفتاح عبد الباقي

- نظرية العقد والإرادة المنفردة، دراسة معمقة ومقارنة بالفقه الإسلامي، بدون دار نشر، 1984.

د. عمر محمد بن يونس

- الإجراءات الجنائية عبر الإنترنت في القانون الأمريكي، بدون دار نشر، 2006م.

د. عوض محمد عوض

- التفتيش في ضوء أحكام النقض، دراسة نقدية، ط 1، دار الجامعة الجديدة، 2011.

د. كاظم السيد عطية

- الحماية الجنائية لحق المتهم في الخصوصية "دراسة مقارنة بين القوانين المصري والفرنسي والأمريكي والإنجليزي"، دار النهضة العربية، بدون سنة نشر.

د. محمد شتا أبو السعد

- التلبس بالجريمة، دار الفكر الجامعي، بدون سنة نشر.

د. محمود عبد الغني جاد المولى

- دور الدليل الإلكتروني في الإثبات الجنائي، دراسة مقارنة، دار الفكر الجامعي بالإسكندرية، 2019م.

د. محمود عمر محمود

- الجرائم المعلوماتية والإلكترونية، دراسة مقارنة بين الشريعة الإسلامية والقانون الوضعي، ط 1، خوارزم العلمية، 1436 هـ - 2015م.

د. محمود نجيب حسني

- الدستور والقانون الجنائي، دار النهضة العربية، 1992.

د. منير عبد المعطي

- التلبس بالجريمة، دار العربي للنشر والتوزيع بالقاهرة، 2000م.

د. ناينتي ناين أحمد الدسوقي

- الرضاء كتكأة في التفتيش الجنائي، ط 1، دار النهضة العربية، 2008.

د. نبيلة هبة هروال

- الجوانب الإجرائية لجرائم الإنترنت في مرحلة جمع الاستدلالات، دراسة مقارنة،
دار الفكر الجامعي، 2007

د. هشام محمد فريد رستم

- الجوانب الإجرائية للجرائم المعلوماتية، دراسة مقارنة، مكتبة الآلات الحديثة،
أسيوط، 1994.

د. هلالى عبد اللاه

- تفتيش نظم الحاسب الالى وضمانات المتهم المعلوماتي، ط 1، دار النهضة
العربية، 1997.

- تفتيش نظم الحاسب الآلي وضمانات المتهم المعلوماتي، دراسة مقارنة، دار
النهضة العربية، 2008

د. ياسر فاروق الأمير

- القبض في ضوء الفقه والقضاء، دار المطبوعات الجامعية بالإسكندرية، 2012م.

3 - رسائل الماجستير والدكتوراه

د. إبراهيم حامد مرسي طنطاوي

- سلطات مأمور الضبط القضائي، رسالة دكتوراه، كلية الحقوق، جامعة القاهرة، بدون سنة نشر.

د. إبراهيم محمد إبراهيم محمد

- النظرية العامة لتفتيش المساكن في قانون الإجراءات الجنائية، رسالة دكتوراه، كلية الحقوق، جامعة القاهرة، 2005.

د. حسني محمد السيد الجدع

- رضاء المجني عليه وآثاره القانونية، رسالة دكتوراه، كلية الحقوق، جامعة القاهرة، مكتبة الشرق بالزقازيق، 1983.

د. خلف الله أبو الفضل عبد الرؤوف

- القبض على المتهم، دراسة مقارنة، رسالة دكتوراه، كلية الحقوق، جامعة الإسكندرية، 2008.

د. دنون أحمد الرجبو

- النظرية العامة للإكراه والضرورة، دراسة مقارنة، رسالة دكتوراه، كلية الحقوق، جامعة القاهرة، 1968م.

د. عادل فتحي صابر

- تفتيش غير المتهم، دراسة تحليلية مقارنة، رسالة دكتوراه، كلية الحقوق، جامعة حلوان، 1431 هـ -2010م.

د. عبد الفتاح مصطفى الصيفي

- الاشتراك بالتحريض ووضعه من النظرية العامة للمساهمة الجنائية، دراسة مقارنة، رسالة دكتوراه، كلية الحقوق، جامعة الإسكندرية، 1958م.

د. علي حسن كلداري

- البطلان في الإجراءات الجنائية في ضوء قانون الإجراءات الجنائية الاتحادي لدولة الإمارات العربية المتحدة وقانون الإجراءات الجنائية المصري، رسالة دكتوراه، كلية الحقوق، جامعة الإسكندرية، 2002.

د. علي كامل أحمد حسين

- النظرية العامة للبطلان في القبض والتفتيش، رسالة دكتوراه، كلية الحقوق، جامعة القاهرة، 1428 هـ -2007م.

د. عمر محمد أبو بكر بن يونس

- الجرائم الناشئة عن استخدام الانترنت، رسالة دكتوراه، كلية الحقوق، جامعة عين شمس، 2004.

د. عمرو إبراهيم الوقاد

- دور الرضاء في القانون الجنائي، بدون دار نشر، بدون سنة نشر.

د. محمد صالح حسين أمين

- دور النيابة العامة في الدعوى العمومية في القانون المقارن، رسالة دكتوراه، كلية الحقوق، جامعة القاهرة، 1980.

د. محمد صبحي محمد نجم

- رضاء المجني عليه وأثره على المسؤولية الجنائية، دراسة مقارنة، رسالة دكتوراه، كلية الحقوق، جامعة القاهرة، 1975

د. محمد علي سالم عياد الحلبي

- ضمانات الحرية الشخصية أثناء التحري والاستدلال، رسالة دكتوراه، كلية الحقوق، جامعة القاهرة، 1980م.

د. محمود عوض الأحول

- انقضاء سلطة العقاب بالتقادم، رسالة دكتوراه، كلية الحقوق، جامعة القاهرة، 1964م.

د. مصطفى على خلف

- الضوابط الإجرائية لجرائم التقنية الحديثة، رسالة دكتوراه، كلية الحقوق، جامعة المنصورة، 2016م-1437هـ.

نجمة النجيري

التلبس بالجريمة وأثره على الحرية الشخصية في القانون الجزائري والمقارن، رسالة ماجستير، كلية الحقوق، جامعة الإسكندرية، 1430 هـ-2009م.

4 - البحوث والمجلات

د. توفيق الشاوي

- سلطة مأموري الضبط القضائي في تفتيش الشخص في غير حالة التلبس، مجلة المحاماة س 32، ع 8 أبريل سنة 1952.

د. حسن علام

- القبض على الأشخاص والحبس الاحتياطي، مجلة المحاماة، مارس وأبريل 1980، ع 3 و4.

د. شيماء عبد الغني

- تراجع الحق في الخصوصية في مواجهة الاتصالات الإلكترونية، بحث مقدم إلى المؤتمر العلمي الثاني بكلية القانون الكويتية العالمية 15، 16 فبراير 2015م.

د. غنام محمد غنام

- ذاتية الإجراءات في مجال جرائم تقنية المعلومات، مجلة البحوث القانونية والاقتصادية، كلية الحقوق، جامعة المنصورة، ع 44، أكتوبر 2008.

د. مشاري خليفة العيفان

- قاعدة استبعاد الدليل المتحصل من القبض والتفتيش غير المشروعين في القانون الأمريكي، مجلة الحقوق الكويتية، جامعة الكويت، مجلس النشر العلمي، مجلد 35، ع 4، ديسمبر 2011.

نعيم عطية

- التلبس بالجريمة وأثره على الحرية الشخصية، مجلة الأمن العام، عدد 96، يناير 1982.

1- REFERENCES IN ENGLISH

Charles H. Whitbread

- Criminal procedure, Mineola, New York, The Foundation Press, TNC, 1980.

LEWIS (J.R)

- civil and criminal procedure, London, 1968.

Wasik (Martin)

- Computer Crimes and other Crimes against information Technology in The United Kingdom, R.I.D.P.1993.

2 – Ouvrages Généraux et Spéciaux

Angelos Tsarpalas:

- Le moment et la durée des infractions pénales, 1967.

Donnedieu de Vabres:

- Traité de droit criminel et de législation pénale compare, 1947

Emile Garçon:

- Code penal annoté (1901-1906), (1952)

Fournier (G.):

– L, acte policier judiciaire , Thèse , Rennes, 1979. Jean Hémard:

– Le Consentement de la victim dans le délit de coups et blessures. Rev. critique de Législation. Tom.59 (1939).

Jean Larguier:

– procedure penal, 12 ém édi, paris, édi Dalloz, 1989, p.35.
Roger Merle, André vitu, traité de droit criminal, 2 ém édi
paris édi CUJAS, 1973, tome 2.

Lawrence C. Waddington:

– Criminal evidence, 1978, glencoe Publishing.Co, inc.
California.

Lawrence C. Eaddington:

Criminal Evidence. Glencoe Publishing Co. Inc, Rncino
California.

Michèle–Laure Rassat:

– Le ministère public entre son passé et son avenir, paris, librairie Générale de droit et de jurisprudence, 1967.

Pedamon (M.):

– La fouille corporelle, R.S.C. 1961.

3 – Judicial Decisions (Cases)

–<https://www.uscourts.gov/about-federal-courts/educational-resources/about-educational-outreach/activity-resources/what-does-0>

– People V. Kaigler. 368 Mich. 281, 118. N.W.2d 406, 1962.
<https://law.justia.com/cases/michigan/supreme-court/1962/368-mich-281-6.html>

– Riley V. California, 134 S.C.T. 2473, 2489 (2014). United States V. Wurie, 728 F.3d 1,1 (1st cir. 2013).

– United States v. Reyes, 922 F. Supp. 818, 833 (S.D.N.Y. 1996).
<https://law.justia.com/cases/federal/district-courts/FSupp/922/818/1592590/>

– Guest v. Leis, 255 F.3d 325, 335 (6th Cir. 2001); United States v. Carey, 172 F.3d 1268, 1273–75 (10th Cir. 1999).
When each file is treated as a separate closed container,

agents cannot rely on the plain view doctrine to open files on a computer.

– <http://www.cybertelecom.org/security/bbexceptions.htm#pla>.

– <https://openjurist.org/275/f3d/981/united-states-of-america-v-russell-lane-walser>.

– <https://casetext.com/case/us-v-runyan-3>.

– <https://casetext.com/case/illinois-v-andreas>.

<https://www.leagle.com/decision/199895526fsupp2d9291853.xml>.

– UNITED STATES v. HOROWITZ, 806 F.2d 1222 (4th Cir. 1986)

<http://openjurist.org/806/f2d/1222/united-states-v-i-horowitz>.

– U.S. v. POULSEN, 41 F.3d 1330 (9th Cir. 1994)

<https://casetext.com/case/us-v-poulsen-21>.

–United States v. angevine,281 F.3d 1130, 1134–35 (10 th Cir. 2002).

– United States District Court, C.D. Illinois, Springfield Division Sep 30, 1998 27 F. Supp. 2d 1111 (C.D. Ill. 1998).

– <https://openjurist.org/706/f2d/321/united-states-v-lyons>.

– Crim, chambre sociale 2 oct 2001, www.courdecassation.fr/. (2004) " La salarié a droit, même au temps et au lieu du travail, au respect de l'intimité de sa vie privée; celle-ci implique en particulier le secret des correspondances.

– United States v. Gargiso, 456, F.2d 584 (2d Cir.1972).

– United States v. Murphy, 506 F.2d 529, 530 (9th Cir. 1974).

– United States v. Simons, 206 F. 3d 392 (4th Cir. 2000).

– United States v. Monroe, 52 M.J. 236, 330 (C.A.A.F. 2000).

– United States v. Most, 876 F. 2d 191, 199–200 (D.C.CIR 1989)

<https://casetext.com/case/us-v-most>.

– United States Court of Appeals, Eleventh Circuit May 13, 1985 759 F.2d 1558 (11th Cir. 1985).

– Richard, 994 F.2d at 252 (quoting Kelley, 981 F.2d at 1471).

<https://www.leagle.com/decision/199895526fsupp2d9291853.xml>.

– United States Court of Appeals, Eleventh Circuit May 13, 1985 759 F.2d 1558 (11th Cir. 1985).

–

<https://www.leagle.com/decision/19961740922fsupp81811649.xml>

United States District Court, S.D. New York. January 3, 1996.

– <https://openjurist.org/169/f3d/84/united-states-v-turner>.

– <https://casetext.com/case/us-v-simons-14>

() See, e.g, *Leventhal v. Knapek*, 266 F.3d 64, 75–77 (2d Cir, 2001).

1–<https://openjurist.org/169/f3d/84/united-states-v-turner>.

– <https://casetext.com/case/us-v-simons-14>.

– e.g, *Leventhal v. Knapek*, 266 F.3d 64, 75–77 (2d Cir, 2001).

–<https://casetext.com/case/us-v-simons-14>.

– *United States v. Jacobsen*, 466 U.S. 109 (1984).

<https://supreme.justia.com/cases/federal/us/466/109/>

¹ G. RIPERT, *Le déclin du droit*, LGDJ., 1949, n° 56, p.175.

– United States Court of Appeals, Seventh Circuit Apr 23, 1998 142 F.3d 988 (7th Cir. 1998)

<https://casetext.com/case/united-states-v-hall-30>

– United States v. Matlock, 415 U.S. 164, 171 n. 7 (1974) (actual authority); Illinois v. Rodriguez, 497 U.S. 177, 188–89 (1990) (apparent authority).

–United States Court of Appeals, Eighth Circuit Aug 11, 1998 152 F.3d 813 (8th Cir. 1998)

<https://casetext.com/case/united-states-v-miller-147>.

–<https://casetext.com/case/us-v-pervaz>

United States Court of Appeals, First Circuit Jun 24, 1997 118 F.3d 1 (1st Cir. 1997).

–<https://casetext.com/case/us-v-pervaz>

United States Court of Appeals, First Circuit Jun 24, 1997 118 F.3d 1 (1st Cir. 1997).

– United States v. Smythe, 84 F.3d 1240, 1243 (10th Cir. 1996)

–<https://casetext.com/case/us-v-pervaz>

United States Court of Appeals, First Circuit Jun 24, 1997 118 F.3d 1 (1st Cir. 1997).

– United States v. Leon, 468 U.S. 897 (1984).
<https://supreme.justia.com/cases/federal/us/468/897/>

– Supreme Court of Delaware CT 18, 2000 761 A.2d 807
(Del. 2000)

<https://casetext.com/case/dorsey-v-state-6>

–<https://law.justia.com/cases/federal/district-courts/FSupp2/26/929/2406946/>

– United States Court of Appeals, Fourth Circuit May 29, 1991
935 F.2d 641 (4th Cir. 1991).

<https://casetext.com/case/us-v-reed-114>.

–<https://openjurist.org/728/f2d/1195/united-states-v-mcconney>.

United States Court of Appeals, Fourth Circuit May 29, 1991
935 F.2d 641 (4th Cir. 1991). <https://casetext.com/case/us-v-reed-114>.

–United States Court of Appeals, Fourth Circuit May 29, 1991
935 F.2d 641 (4th Cir. 1991). <https://casetext.com/case/us-v-reed-114>.

– United States v. McConnery, 728 F.2d 1195, 1199 (9th Cir.1984) (en banc).

U.S. District Court for the District of Nevada – 756 F. Supp. 1385 (D. Nev. 1991) January 28, 1991.

<https://law.justia.com/cases/federal/district-courts/FSupp/756/1385/2291145/>

– United States v. McConnery, 728 F.2d 1195, 1199 (9th Cir.1984) (en banc).

<https://law.justia.com/cases/federal/district-courts/F.Supp/756/1385/2291145/>

– U.S. District Court for the District of Oregon – 991 F. Supp. 1223 (D. Or. 1997) October 17, 1997.

<https://law.justia.com/cases/federal/district-courts/FSupp/991/1223/1805816/>

– United States Court of Appeals, Seventh Circuit. Feb 29, 2012 670 F.3d 803 (7th Cir. 2012)

<https://casetext.com/case/united-states-v-floreslopez>.

– United States Court of Appeals, First Circuit Aug 4, 1995 61 F.3d 107 (1st Cir. 1995) <https://casetext.com/case/us-v-doe-93>.

– U.S. District Court for the District of Nevada – 756 F. Supp. 1385 (D. Nev. 1991) January 28, 1991.

– United States Court of Appeals, Seventh Circuit May 24, 1996 84 F.3d 977 (7th Cir. 1996) setext.com/case/united-states-v-ortiz-16.

أبحاث في القانون العام

حماية العاملين في مجال الإغاثة الإنسانية

في حالات النزاعات المسلحة

**Protection of humanitarian workers in
situations of armed conflict**

دكتور

مساعد راشد العنزي

دكتوراه في القانون العام – الجامعة اللبنانية

مسئول مكتب القانون الدولي الإنساني

بجمعية الهلال الأحمر الكويتي

المقدمة

حيثما تول وجهك في هذه الأيام لا تكاد ترى منطقة في العالم تخلو من صراعات ونزاعات مسلحة سواء دولية أو داخلية، ولا شك أن مجرد تحرك الآليات العسكرية يجلب الدمار والخراب ويتسبب في إيقاع الضحايا والمصابين وتشرذم المدنيين الأبرياء الذين لا يحملون السلاح.

كما ينتج عن نشوب النزاعات المسلحة وتحرك القوات العسكرية عزل مناطق النزاع عن الإمدادات الأساسية واللازمة للحياة وكذلك ندرة وأحياناً إنعدام الخدمات الطبية الضرورية للحفاظ على الحياة.

وعلى هذا لا يضحى متاحاً لتوفير هذه المون وتلك الخدمات إلا من خلال أعمال الإغاثة الإنسانية التي تقدمها الدول منفردة أو تقدمها المنظمات الدولية المتخصصة فعاملين الإغاثة الإنسانية هم هؤلاء الأفراد الذين من بين عملهم تقديم المساعدة في حالة وقوع كارثة و تضى عليهم الحماية القانونية و الحصانة من الأعمال العدائية حسب ما أكدته اتفاقيات جنيف. فهم العاملين في مجال المساعدات الإنسانية والذين لا يشاركون في القتال، بل هم جزء من غير المقاتلين، الأمر الذي معه يستوجب حمايتهم.

ونجد أيضاً أن جهات العمل الإنساني كجمعيات الهلال الأحمر وكذلك الصليب الأحمر تخضع لنظام قانوني مستقل ويتم تنظيم حقوقها وواجباتها وفقاً للقواعد والقوانين المحددة بكل دولة على حدة إذ أن تلك الجهات يكون لها قواعد تنظيمية

مستقلة على المستوى الداخلي وكذلك تتمتع بحماية على المستوى الدولي خاصة أثناء تقديم المساعدات الإغاثية وهو ما يعرف بحاملي الشارة الدولية .

وعلى جانب آخر نجد أن الصكوك الدولية المعنية بتنظيم أعمال الإغاثة تفرض على العاملين في هذا المجال ضرورة الحصول على موافقات من أطراف النزاع التي سيتم تنفيذ أعمال الإغاثة على إقليمها وكذلك تطلبت تلك المواثيق أن لا تؤثر أعمال الإغاثة على العمليات العسكرية ، وهو ما يصعب بشكل أو بآخر من أداء مهام أعمال الإغاثة على النحو الأمثل.

وقد تعددت في الآونة الأخيرة حالات الإعتداء على القائمين على أعمال الإغاثة إلى حدٍ وصل لترويعهم وفي أحياناً كثيرة تطور الأمر إلى حد إزهاق أرواحهم ، فضلاً عن الإشكالية التي تشبه الحلقة المفرغة التي تتمثل في ضرورة قيام مقدمي خدمات الإغاثة في الحصول على إذن من القوات التي ستقدم تلك الخدمات على إقليمها وعدم تأثير تقديم مثل هذه الخدمات على العمليات العسكرية القائمة ، هذا من جانب.. ومن جانب آخر.. فإن الحصول على هذا الإذن إنما يمثل بشكل أو بآخر نوعاً من التقييد أو التعطيل لهذه الخدمات الإغاثية الضرورية ، ناهيك عن إحتياج مقدمي خدمات الإغاثة في معظم الأحيان إلى غطاء وحماية من القوات العسكرية التي ستقدم خدمات الإغاثة على أراضيها.

لذا.. فإننا نعتقد أنه من الضروري تقديم هذا البحث لنتناول فيه أهمية حماية هؤلاء القائمين على تقديم أعمال الإغاثة الإنسانية والمتطوعين للخدمات الطبية في

حالات النزاعات المسلحة وذلك ما بين الإلتزام الأخلاقي للدول والمنظمات بتقديم تلك الإغاثات والخدمات وما بين ضمانات حماية وأمن القائمين على تقديم تلك المساعدات.

الملخص التنفيذي

وعلى الرغم من تسليمنا بأهمية تقديم أعمال الإغاثة الإنسانية ولزومها سواء في حالات النزاعات المسلحة الدولية وغير الدولية أو في حالات وقوع كوارث طبيعية وعدم تفرقة القانون الدولي الإنساني بين الحالتين سالف الذكر من حيث الأهمية خاصة عند تناوله لتنظيم تقديم أعمال الإغاثة الإنسانية، إلا أننا آثرنا أن نخصص هذا البحث للحديث عن الأعمال الإغاثية التي تقدم في حالات النزاعات المسلحة الدولية وغير الدولية على سند من أن تقديم أعمال الإغاثة في حالات الكوارث الطبيعية لا يثير إشكالية من حيث قبول الدول المنكوبة أو عدمه، بل إنه غالباً ما يتم تقديم هذه الأعمال بناءً على طلب وإستغاثة من تلك الدول.

Executive Summary

Although we recognize the importance of providing humanitarian relief and its necessary, both in situations of international and non-international armed conflict and in cases of natural disasters, and the fact that international humanitarian law doesn't make a difference between the two cases, In terms of importance Especially when dealing with the organization of relief work. Humanity, however, we chose to devote this research to talking about relief work that is provided in cases of international and non-international armed conflict on the basis that the provision of relief work in the event of natural disasters is not problematic in terms of acceptance of the affected countries or not. Workers at the request and distress of these countries.

تقسيم

في سبيل تحقيق الهدف من هذا البحث ، إرتأينا تقسيمه إلى ثلاث مباحث نتناول في أولهما التعريف بأعمال الإغاثة وتحديد القائمين عليها وتنظيمها القانوني.

ويأتي المبحث الثاني للحديث عن أهمية التنسيق في شأن أعمال الإغاثة ، أما لمبحث الثالث والأخير فنخصصه للحديث عن توفير الحماية للعاملين في مجال الإغاثة الإنسانية ، وذلك وفق الخطة التالية:-

المبحث الأول

التعريف بأعمال الإغاثة الإنسانية والعاملين عليها

تقديم:

المطلب الأول: ماهية أعمال الإغاثة الإنسانية:

الفرع الأول: تعريف وتحديد وأهداف الإغاثة الإنسانية وتقديمها.

الفرع الثاني: المتطلبات الواجب توافرها في أعمال الإغاثة الإنسانية.

المطلب الثاني: التنظيم القانوني لأعمال الإغاثة الإنسانية.

الفرع الأول: الأساس القانوني لأعمال الإغاثة الإنسانية في المواثيق الدولية.

الفرع الثاني: التنظيم القانوني لتنفيذ أعمال الإغاثة الإنسانية.

أولاً: طلب الإغاثة الإنسانية من السكان والدولة المنكوبة.

ثانياً: عرض تقديم الإغاثة الإنسانية من دولة أو منظمة.

ثالثاً: السماح بدخول ومرور أعمال الإغاثة.

المبحث الثاني: التنسيق مع أطراف النزاع في شأن تقديم أعمال الإغاثة الإنسانية

تقديم:

المطلب الأول: الإشكاليات القانونية المترتبة على لزوم التنسيق مع أطراف النزاع.

المطلب الثاني: الأساس القانوني للتنسيق بين مقدمي أعمال الإغاثة وأطراف النزاع المسلح.

المبحث الثالث: نحو حماية أوفر للعاملين في مجال الإغاثة الإنسانية

تقديم:

المطلب الأول: عمال الإغاثة الإنسانية في خطر (واقع مرير).

الفرع الأول: المخاطر والتحديات التي يتعرض لها عمال الإغاثة.

الفرع الثاني: أسباب إستهداف القائمين على أعمال الإغاثة.

الفرع الثالث: تأثير المخاطر والتحديات التي يتعرض لها عمال الإغاثة على
إستمرار وتدفق خدمات الإغاثة.

المطلب الثاني: حماية العمل الإغاثي والعاملين في مجال الإغاثة الإنسانية.

المبحث الأول

تقديم

لبيان التنظيم القانوني لأعمال الإغاثة الإنسانية ، نخصص المبحث الأول لتعريف أعمال الإغاثة وتحديد القائمين على تقديم تلك الأعمال والمتطلبات الواجب توافرها في الأعمال والخدمات التي توصف بأنها من قبيل أعمال الإغاثة الإنسانية في المبحث الثاني نتناول الأساس والتنظيم القانوني لتقديم أعمال الإغاثة الإنسانية.

المطلب الأول: ماهية أعمال الإغاثة الإنسانية:

ونتناول في هذا المطلب بيان النقاط التالية:

- تعريف وتحديد أعمال الإغاثة الإنسانية والقائمين عليها.
 - المتطلبات الواجب توافرها في أعمال الإغاثة الإنسانية.
 - تعريف وتحديد أهداف أعمال الإغاثة الإنسانية والقائمين عليها:
- يقصد بأعمال الإغاثة الإنسانية في وقت النزاعات المسلحة، المساعدات الخارجية ذات الطابع الإنساني والمحايد وغير التمييزي التي تقدمها دولة أو منظمة إنسانية عند وقوع نزاع مسلح يؤدي إلى عجز الأطراف المتنازعة أو أحدهما عن توفير المؤن الأساسية اللازمة للحفاظ على حياة وصحة وكرامة المدنيين⁽¹⁾.

وبناءً على هذا التعريف فإنه يشترط للقيام بأعمال الإغاثة الإنسانية في أوقات النزاعات المسلحة وجود ما يلي:

1. وقوع نزاع مسلح دولي أو غير دولي.
2. وجود معاناة للسكان المدنيين الموجودين في منطقة النزاع تتمثل في نقص أو إنعدام المؤن الأساسية الضرورية للبقاء على قيد الحياة وبصحة وظروف معيشية جيدة.
3. عدم قدرة طرف النزاع الذي يسيطر على المنطقة التي يوجد بها هؤلاء المدنيون على توفير تلك المؤن.

كما تهدف أعمال الإغاثة الإنسانية في وقت النزاع المسلح إلى ضمان الحقوق الأساسية للمدنيين ومنها:

1. الحق في الحياة.
2. الحق في الصحة.
3. الحق في إحترام الكرامة الإنسانية.

وهذه الحقوق الأساسية ينبغي كفالتها للمدنيين العزل غير المشتركين في النزاع المسلح وذلك بحسب متطلبات القانون الدولي لحقوق الإنسان ، كما يجب كفالة هذه الحقوق للأسرى والمصابين من العمليات الحربية وذلك وفق مقتضيات القانون

الدولي الإنساني المتمثل في إتفاقيات جنيف الأربع لعام 1949⁽¹⁾ ، وبروتوكولها الملحقين لعام 1977 بشأن حماية ضحايا المنازعات المسلحة الدولية وغير الدولية.⁽²⁾

وتجدر الإشارة إلى أن أعمال الإغاثة الإنسانية يمكن أن تُقدم من قبل دول أو منظمات إنسانية غير متحيزة تعمل في هذا المجال.⁽³⁾

ومن أبرز المنظمات الدولية العاملة في مجال الإغاثة الإنسانية اللجنة الدولية للصليب الأحمر والجمعية الدولية للهلال الأحمر.⁽⁴⁾

• المتطلبات الواجب توافرها في أعمال الإغاثة الإنسانية:

حدد البرتوكول الإضافي الثاني لإتفاقيات جنيف والخاص بحماية ضحايا النزاعات المسلحة غير الدولية عدة أمور يجب توافرها في الأعمال التي تصنف من قبيل أعمال الإغاثة الإنسانية.⁽¹⁾ وهي:

(1) تم التوقيع على إتفاقيات جنيف في 1949/8/12 ودخلت حيز النفاذ في 1950/10/21.

(2) تم التوقيع على البرتوكولين الإضافيين في 1977/6/8 ودخلا حيز النفاذ في 1978/12/7.

(3) راجع في ذلك المادة (59) من إتفاقية جنيف الرابعة لعام (1949)

(4) لمعرفة المزيد عن اللجنة الدولية للصليب الأحمر والهلال الأحمر يمكن زيارة الرابط التالي

(ويكيبيديا الموسوعة الحرة) <http://ar.wikipediq.org>

أولاً: الطابع الإنساني.

فالغرض الأساسي من أعمال الإغاثة هو إنساني بحت وهذا ما يلزم معه تجريد هذه الأعمال من أي غرض سياسي وأن يظل الهدف الرئيسي لهذه المساعدات هو رفع المعاناة عن المدنيين المنكوبين.

ثانياً: الحياد.

بحيث لا تتطوي أعمال الإغاثة على أية مظهر من مظاهر المحاباة لأي من أطراف النزاع وإلا تتحول هذه الأعمال الإغاثية لأداة ضغط في يد أي من أطراف النزاع ، وعلى هذا يحظر تقديم أعمال الإغاثة للمقاتلين الذين لم يلقوا أسلحتهم حتى لو كانوا محاصرين بلا مؤن أساسية.⁽²⁾

ثالثاً: عدم التمييز.

بحيث لا يستبعد أحد من المدنيين الاستفادة من هذه الأعمال على أي أساس من أسس التمييز سواء الديني أو العرقي ، ومع هذا فلا يوجد مانع قانوني أو أخلاقي من تقديم بعض الفئات الأكثر ضعفاً على البعض الآخر عند توزيع أو تقديم مواد

(1) المادة (2/18) من البرتوكول الإضافي الثاني لعام 1977 تنص على أنه "تبدل أعمال الغوث ذات الطابع الإنساني البحت وغير القائمة على أي تمييز محجف لصالح السكان المدنيين".

(2) د.وائل أحمد علام - المرجع السابق ص159

وأعمال الإغاثة الإنسانية مثل الأطفال - الحوامل - كبار السن - المرضى ، كما لا يوجد ما يمنع من تقديم منطقة على أخرى على أساس درجة الضرر.(1)

وقد جاءت الجمعية العامة للأمم المتحدة لتؤكد على هذه المتطلبات الثلاث عندما ذكرت في أحد قراراتها أنه "يجب أن تكون مبادئ الإنسانية والحيدة وعدم التمييز فوق كل إعتبار لدى جميع من يقدمون مساعدة إنسانية.(2)

وعلى هذا يمكن القول بأنه إذا إفتقد العمل الإغاثي لأي من المتطلبات الثلاث المشار إليها ، جاز للدولة المعنية بتلقي تلك المساعدات أن ترفضها أو توقفها ، كما تجدر الإشارة إلى أن هذه المتطلبات تعد شروط إبتداء وإستمرار أي أنها مطلوبة في مبتدأ العمل الإغاثي ويلزم بقائها لإستمرار تقديم العمل الإغاثي(1)

(1) تنص المادة (1/70) من البرتوكول الإختياري الأول لعام 1977 على أنه "تُعطى الأولوية لدى توزيع إرساليات الغوث لأولئك الأشخاص كالأطفال وأولات الأحمال وحالات الوضع والمراضع الذين هم أهل لأن يلقوا معاملة منفصلة أو حماية خاصة وفقاً للإتفاقية الرابعة أو لهذا البرتوكول

(2) قرار الجمعية العامة للأمم المتحدة (131/43) الصادر في 1988/12/8 ، وقرار الجمعية العامة للأمم المتحدة (100/45) الصادر في 1990/12/14.

(1) د/عامر الزمالي - مدخل إلى القانون الدولي الإنساني - تونس - 1997 - ص 98.

المطلب الثاني

التنظيم القانوني لأعمال الإغاثة الإنسانية

ونتناول في هذا المطلب التعرض للنقطتين التاليتين:

- الأساس القانوني لأعمال الإغاثة الإنسانية في المواثيق الدولية.
- التنظيم القانوني لتقديم أعمال الإغاثة الإنسانية.
- الأساس القانوني لأعمال الإغاثة الإنسانية في المواثيق الدولية:

قبل التطرق للحديث عن الأساس القانوني لأعمال الإغاثة الإنسانية في المواثيق الدولية والتي إنعكست لاحقاً على الأنظمة القانونية الوطنية ، يجب بداية أن نؤكد على المرتكز الأخلاقي الذي تنطلق منه فكرة أعمال الإغاثة الإنسانية.

ويُعد مبدأ توجيه الأعمال العدائية العسكرية لمقاتلي الخصم فقط دون غيرهم من المدنيين العزل ومبدأ المعاملة الحسنة لغير المقاتلين ومبدأ إستمرار تمتع الأشخاص بحقوقهم الإنسانية حتى في أوقات النزاعات المسلحة ، هي التكنة الأخلاقية التي يركز عليها تقديم العمل الإغاثي⁽¹⁾.

(1) د/سلوان جابر هاشم - حالة الضرورة في القانون الدولي الإنساني - المؤسسة الحديثة للكتاب - طرابلس - 2013 ص 198 .

فقد كانت الدول في مرحلة ما قبل الحرب العالمية الثانية لا تعرف ما يسمى بحماية المدنيين الموجودين في مناطق المنازعات المسلحة ولا تلزم الحكومات نفسها بأي شئ تجاه هؤلاء المدنيين العزل ، إلا أن الخراب والدمار الذي خلفته الحرب العالمية الثانية (1939 - 1945) ، والذي تمثل في حصار وتحطيم المؤن ومصادرة السلع الغذائية وتدمير وسائل المواصلات وما صاحب ذلك كله من معاناة كبيرة للمدنيين غير المشتركين في العمل العسكري ، فضلاً عن حالة العجز التي إنتابت كثير من الدول وأعاققتها عن تقديم وتوفير المتطلبات الأساسية للمدنيين مما أدى لوفاة الملايين جوعاً ومرضاً وإنتشار الأوبئة والأمراض ، كل ذلك أيقظ في ضمير الإنسانية رغبة في حماية هؤلاء المدنيين الذين لا ناقة لهم ولا جمل في النزاع المسلح.

وبالفعل عقب إنتهاء الحرب العالمية الثانية وتحديداً عام 1949 تم وضع إتفاقيات جنيف الأربع والتي تناولت الأحكام العامة لحماية المدنيين أثناء النزاعات المسلحة ، ثم أعقب وضع هذه الإتفاقيات الأربع مجموعة كبيرة من الصكوك والمواثيق الدولية التي من شأنها مجتمعه أن تمثل الأساس القانوني لتنظيم أعمال الإغاثة الإنسانية.

ومن هنا يمكننا القول بأن أعمال الإغاثة الإنسانية تتأسس على نصوص واضحة وملزمة في كل من القانون الدولي الإنساني والقانون الدولي لحقوق الإنسان.⁽¹⁾

(1) د. وائل أحمد علام - مرجع سابق ص 450.

واللذان يتشكل كل منهما من مجموعة من الإتفاقيات والمعاهدات الملزمة للأطراف الموقعة عليها ويجب عليهم تنفيذها بحسن نية.⁽¹⁾

وقبل البدء في الإشارة للإتفاقيات الدولية للقانون الدولي الإنساني والقانون الدولي لحقوق الإنسان ، يهمننا الإشارة إلى قاعدة عامة وأساسية تتمثل في أن قيام نزاع مسلح دولي أو غير دولي لا يعني سريان أحكام القانون الدولي الإنساني بمفرده⁽²⁾، بل إن سريان القانون الدولي لحقوق الإنسان يمتد أثره وتطبيقه أثناء النزاعات المسلحة جنباً إلى جنب القانون الدولي الإنساني بشكل شبه متكامل.⁽³⁾ ، وهذا

(1) جاءت إتفاقية فيينا لقانون المعاهدات 1969 لتؤكد على مبدأ العقد شريعة المتعاقدين عندما نصت المادة (26) منها على أن "كل معاهدة نافذة تكون ملزمة لأطرافها وعليهم تنفيذها بحسن نية".

(2) د/ممدوح مجيد - إشكالية تطبيق أحكام القانون الدولي الإنساني - دار النهضة العربية - 2013 ص 300 .

(3) راجع في ذلك الرأي الإستشاري لمحكمة العدل الدولية حول مشروعية التهديد بالأسلحة النووية وإستخدامها (Lagality of the threat or use nuclar weapons, Advisory opinion) (of 8 july 1996 I.C.J Rrports 1996, P.240 Para 25) والذي ذهبت فيه المحكمة إلى أن "ترى المحكمة أن حماية العهد الدولي للحقوق المدنية السياسية لا يتوقف في أوقات الحروب ، بإستثناء ما تقرره المادة (4) التي تجيز التحلل من بعض النصوص في وقت الطوارئ القومية ، وإحترام الحق في الحياة هو مثال على ذلك ، ممن حيث المبدأ ، الحق في عدم حرمان الفرد بصورة تعسفية من حياته ينطبق أيضاً خلال الأعمال العدائية ورغم ذلك يتقرر المقصود بالحرمان التعسفي من الحياة من خلال القانون الخاص المعمول به في النزاع المسلح الذي يهدف إلى تنظيم العمليات العدائية ومع ذلك ، فإن إعتبار ما إذا كان فقد حياة ما ، عن طريق إستخدام سلاح معين في الحرب حرماناً تعسفياً من الحياة بالمخالفة للمادة (6) من العهد ، هو أمر يمكن

الأمر يشكل قطعاً ضماناً هامة لحماية المدنيين العزل أثناء النزاعات المسلحة خاصة إذا ما سكت القانون الدولي الإنساني عن تنظيم بعض الأمور.

أولاً: أعمال الإغاثة الإنسانية في القانون الدولي الإنساني:

عنيت إتفاقيات جنيف الأربع لعام 1949 والبرتوكولين الملحقين لعام 1977 بالنص على أعمال الإغاثة الإنسانية وإلزام الدول برعاية هذه الأعمال⁽¹⁾.

فقد نصت إتفاقية جنيف الرابعة بشأن حماية الأشخاص المدنيين في وقت الحرب على أنه "في حالة النزاع المسلح الدولي ، فإنه يتعين على الدول أن تكفل حرية مرور أعمال الإغاثة الموجهة للمواطنين في منطقة منكوبة⁽²⁾.

كما كفلت وصول هذه الأعمال الإغاثية للأجانب الموجودين في إقليم النزاع والمعتقلين⁽³⁾.

وفيما يخص الأسرى فقد نصت إتفاقية جنيف الثالثة بشأن معاملة أسرى الحرب

تقريره بالرجوع إلى القانون المطبق في النزاعات المسلحة ولا يمكن إستخلاصها من نصوص العهد نفسه".

(1) د/ وهبة الزحيلي - اثار الحرب - دار الفكر - دمشق - 2013 م - ص 480 .

(2) راجع المادة (23) من إتفاقية جنيف الرابعة لعام 1949.

(3) راجع المواد (38 ، 39 ، 108) من إتفاقية جنيف الرابعة لعام 1949.

على ما يفيد لزوم وصول أعمال الإغاثة الإنسانية للأسرى الواقعين في قبضة أحد طرفي النزاع المسلح.⁽¹⁾

وفي حالات النزاع المسلح غير الدولي قررت إتفاقيات جنيف الأربع بأنه في حالة قيام نزاع مسلح ليس له طابع دولي في أراضي أحد الأطراف السامية المتعاقدة ، يُلزم كل طرف في النزاع بأن يطبق كحد أدنى الأحكام⁽²⁾ ، التي تكفل حظر الإعتداء على الحياة أو السلامة البدنية والتعذيب والإعتداء على الكرامة الشخصية ، وهو الأمر الذي يستخلص منه بأن السماح بأعمال الإغاثة ولزوم تقديمها أو تيسير تقديمها يُعد من قبيل الإلتزامات التي تفرضها تلك الإتفاقيات⁽³⁾

وبالإضافة إلى إتفاقيات جنيف الأربع والبريتوكولين الملحقين بهذه الإتفاقيات ، فقد صدرت عدة قرارات وتوصيات من عدة منظمات دولية تحض على أعمال الإغاثة واحترامها وكفالتها.⁽⁴⁾

(1) راجع المواد من (72 إلى 75) من إتفاقية جنيف الثالثة لعام 1949.

(2) راجع المادة الثالثة المشتركة في إتفاقيات جنيف الرابعة لعام 1949.

(3) د/بوراس عبدالقادر - التدخل الدولي الإنساني - دار الجامعة الجديدة - الأسكندرية - 2014 ص 192 .

(4) يمكن الإطلاع على القرارات والتوصيات المشار إليها من خلال موقع جامعة منيسوتا - مكتبة حقوق الإنسان عبر الرابط الإلكتروني

. <http://www1.umn.edu/humanrts/arabic/comdoc.html>

وهو من هذه الأمثلة ما هو مذكور في الصفة رقم {41} من هذا البحث.

ثانياً: الإرتباط بين الإلتزام الدولي بأعمال الإغاثة الإنسانية والقانون الدولي لحقوق الإنسان:

سبقت الإشارة إلى التكامل بين نفاذ أحكام القانون الدولي الإنساني والقانون الدولي لحقوق الإنسان في حالات المنازعات المسلحة⁽¹⁾ ، وعلى هذا يمكننا القول بأن أعمال الإغاثة الإنسانية تتأسس قانوناً على حق الأشخاص في الحياة والصحة وإحترام الكرامة الإنسانية ، وهذه الحقوق كانت محلاً لإهتمام الشرعة الدولية لحقوق الإنسان والتي تتمثل دعائمها الأساسية في الإعلان العالمي لحقوق الإنسان⁽²⁾ ، والعهد الدولي للحقوق المدنية والسياسة⁽³⁾ ، فضلاً عن مجموعة كبيرة من المواثيق والصكوك الدولية التي عنيت بحقوق الإنسان إجمالاً⁽⁴⁾ . وهكذا فإن إلتزام الدول بإحترام الحق في الحياة والحق في الصحة والحق في إحترام الكرامة الإنسانية يعني إلتزامها بالسماح بأعمال الإغاثة الإنسانية لصالح المدنيين الذين يفقدون السلع والخدمات الأساسية⁽⁵⁾.

(1) راجع الهامش رقم (1) ص (12) من هذا البحث.

(2) الإعلان العالمي لحقوق الإنسان ، إعتدته الجمعية العامة للأمم المتحدة بالقرار رقم (217 - الف د-3) في ديسمبر 1948.

(3) العهد الدولي للحقوق المدنية والسياسة إعتدته الجمعية العامة للأمم المتحدة بالقرار 2200 - الف (د - 21) في ديسمبر 1996.

(4) للإطلاع على المزيد يمكن زيارة الموقع الإلكتروني المشار إليه في هامش رقم (3) من ص 13 من هذا البحث.

(5) د. وائل أحمد علام - مرجع سابق . ص 455.

الفرع الأول

التنظيم القانوني لتنفيذ أعمال الإغاثة الإنسانية

تقدم أعمال الإغاثة الإنسانية إما بناءً على طلب من الدولة المنكوبة أو بناء على عرض بتقديم تلك الإغاثة من دولة أو منظمة إنسانية⁽¹⁾، وذلك وفق آلية تتضمن الموافقة أو السماح من الدولة المعنية على دخول الإغاثة أو مرورها ثم إجراء نوع من التنسيق بشأن هذه الإغاثة ، وذلك على النحو الآتي:

أولاً: طلب الإغاثة الإنسانية من سكان الدولة المنكوبة.

إذا عجزت الدولة الطرف في النزاع أو تلك السيطرة على إقليم النزاع عن تقديم الخدمات الأساسية أو أن تلبية الحاجات الضرورية والعاجلة التي تكفل الإبقاء على حياتهم والحفاظ على كرامتهم وصحتهم ، يجوز للسكان أن يطلبوا من دول أخرى أو المنظمات المعنية بأعمال الإغاثة أن تقدم لهم هذه الخدمات وتلك الإغاثات.⁽²⁾ ولا يمثل هذا الطلب أي إنتقاص من وطنيتهم.

(1) د.حسام أحمد هنداي - التدخل الدولي الإنساني - دار النهضة العربية - القاهرة - 1997 م - ص 251 .

(2) تجدر الإشارة إلى أن المسئول الأول عن حماية المدنيين في حالات النزاعات المسلحة وتلبية حاجاتهم الأساسية هي الدولة وذلك وفقاً لقرارات الجمعية العامة للأمم المتحدة أرقام (131/43) بتاريخ 1988/12/8 ، (100/45) بتاريخ 1990/12/14.

وقد أكدت إتفاقية جنيف الرابعة على هذا الحق بأن نصت في المادة (30) منها على أنه "تقدم جميع التسهيلات للأشخاص المحميين ليتقدموا بطلباتهم إلى الدول الحامية أو اللجنة الدولية للصليب الأحمر ، والجمعية الوطنية للصليب الأحمر أو الهلال الأحمر التابع للبلد الذين يوجدون فيه ، وكذلك أية هيئة يمكنها مساعدتهم.⁽¹⁾

كما يمكن أن تطلب الدولة نفسها من دول أخرى أو منظمات إنسانية أن تقدم لها أعمال الإغاثة الإنسانية ويعد هذا الأمر من قبيل إلتزام الدولة بمسئولياتها تجاه مواطنيها ولا يتضمن هذا الطلب أي قدر من الإلتقاص من كيان الدولة.

ثانياً: عرض تقديم الإغاثة الإنسانية من دولة أو منظمة.

المجتمع الدولي قائم على التكافل والتكامل وإن كان ظاهرياً، وعلى هذا فإن الوازع الأخلاقي من جانب والوجود السياسي من جان آخر ، يدفعاً الدول المجاورة للدول التي تتعرض لمنازعات مسلحة دولية أو غير دولية وكذلك المنظمات العاملة في مجال الإغاثة ، إلى عرض تقديم خدمات أو أعمال إغاثة لتلك الدول المنكوبة.

وقد أكد على هذا الأمر المادة (59) من إتفاقية جنيف الرابعة عندما نصت على أن عمليات الإغاثة "يمكن أن تقوم بها دول أو هيئة إنسانية غير متحيزة كاللجنة

⁽¹⁾ نشير إلى أن المادة (30) المشار إليها تعني بحالات المنازعات المسلحة الدولية أما فيما يخص المنازعات المسلحة غير الدولية فلا يوجد نص يغطيها وهو ما نعهه نقصاً وخلاً في أحكام إتفاقيات جنيف.

الدولية للصليب الأحمر" وعمليات عرض تقديم أعمال الإغاثة يحكمها إطار عام يتمثل في عدة مبادئ هي:

المبدأ الأول: يجب عدم إعتبار العرض تدخلاً في النزاع المسلح من قبل الدولة.⁽¹⁾

المبدأ الثاني: جواز التقدم بالعرض دون وجود نداء أو طلب إغاثة سابق من الدولة المنكوبة.⁽²⁾

المبدأ الثالث: عدم إلزامية التقدم بعرض الإغاثة.

ثالثاً: السماح بدخول ومرور أعمال الإغاثة.

رغم التسليم الكامل من الجماعة الدولية بأن أعمال الإغاثة الإنسانية تركز بالمقام الأول على حقوق الإنسان والمسئولية الدولية بحماية ضحايا المنازعات المسلحة الدولية وغيرها كما هو الحال في غوث وحماية ضحايا الكوارث الطبيعية ، إلا أن مبادئ القانون الدولي الإنساني الذي يعد الرحم الذي ولدت منه القواعد المنظمة

(1) تجدر الإشارة في هذا الشأن إلى أن المادة (1/70) من البروتوكول الإضافي الأول تنص على أنه "لا تعتبر عروض الغوث تدخلاً في النزاع المسلح ولا أعمالاً غير ودية"

(2) وقد أكد على هذا المبدأ قرار معهد القانون الدولي بشأن المساعدات الدولية (2-3) والذي نصت المادة (1/4) منه على أن "الدول والمنظمات لها حق عرض تقديم المساعدات الإنسانية على الدول المنكوبة وهذا العرض لا يجب إعتباره تدخلاً غير مشروع في الشؤون الداخلية للدولة المنكوبة وذلك ما دامت هذه المساعدات ذات طابع إنساني بحت.

لأعمال الإغاثة الإنسانية تحتم بما لا يدع مجالاً بالشك إحترام مبدأ (سيادة الدولة) وعدم التدخل في شئونها ، وهو ما يتطلب

- رغم كل ما قيل بشأن أهمية أعمال الإغاثة - وجوب موافقة الدولة المنكوبة على دخول ومرور شحنات أعمال الإغاثة في أراضيها⁽¹⁾.

أي أنه يشترط موافقة الدولة المعنية على دخول أو مرور أعمال الإغاثة ، وتأكيداً لذلك نجد الجمعية العامة للأمم المتحدة لا تستخدم ألفاظ إلزامية عند الحديث عن أعمال الإغاثة ولكنها تدعو جميع الدول التي تكون بحاجة إلى هذه المساعدة إلى تيسير عمل هذه المنظمات في تنفيذ تقديم المساعدة الإنسانية ولا سيما تقديم الأغذية والأدوية والرعاية الطبية التي يكون فيها الوصول إلى الضحايا أمراً جوهرياً.⁽²⁾

(1) د/ منتصر سعيد حمودة - الحماية الدولية لأعضاء الهيئات الطبية اثناء النزاعات المسلحة - دار الفكر الجامعي - 2013 - ص 253 .

(2) قرارات الجمعية العامة للأمم المتحدة أرقام (131/43 ، 100/45) سابق الإشارة إليهما.

وعلى الرغم من تطلب موافقة الدولة على مرور أو دخول أعمال ومواد الإغاثة ، فإن هذا الأمر لا يعد إختيارياً بشكل كامل للدولة ، إذ أن الدولة المنكوبة يجب عليها أن تسمح بدخول أعمال الإغاثة الموجهة لصالح الأجانب الموجودين فيها.⁽¹⁾

وعلى جانب آخر فإنه يجب على دولة الإحتلال الموافقة على عمليات الإغاثة الموجهة للسكان في مناطق الإحتلال، وذلك وفق ما نصت عليه المادة (59) من إتفاقية جنيف الرابعة والتي تقرر بأن "إذا كان كل سكان الأراضي المحتلة أو قسم منهم تتقصهم المؤن الكافية ، وجب على دولة الإحتلال أن توافق على عمليات الإغاثة لمصلحة هؤلاء السكان وأن توفر لهم التسهيلات بقدر ما تسمح به وسائلها".⁽²⁾

(1) نصت المادة (1/38) من إتفاقية جنيف الرابعة على أن للأجانب "أن يتلقوا إمدادات الإغاثة الفردية أو الجماعية التي ترسل إليهم" كما نصت المادة (39) من ذات الإتفاقية على أن "لهم في جميع الأحوال أن يتلقوا الإعانات من بلدان منشأهم أو من الدول الحامية أو جمعيات الإغاثة".

(2) تجدر الإشارة إلى أن هذه المادة تتناول فقط المنازعات المسلحة الدولية فقط ولا يوجد نص قانوني يغطي حالات المنازعات غير الدولية ، وهذا الأمر يُعد نقصاً وعواراً كبيراً في هذا الشأن.

المبحث الثاني

التنسيق مع الأطراف المتنازعة في شأن تقديم أعمال الإغاثة الإنسانية

تقديم

سبقت الإشارة في الفصل الأول من هذا البحث إلى أن الإتفاقيات والصكوك الدولية والإقليمية على حد سواء قد تطلبت لصحة تقديم أعمال الإغاثة أمرين هامين هما ضرورة التنسيق مع السلطات التي يزمع تقديم أعمال الإغاثة على أراضيها ، وكذلك عدم تأثير تلك الأعمال على العمليات العسكرية ، ولما كان هذا التنسيق يؤثر بشكل أو بآخر على تدفق تقديم خدمات الإغاثة ، وجدنا أنه من الضروري أن نخصص هذا المبحث لبيان الإشكالية المترتبة على لزوم التنسيق مع الأطراف المتنازعة والأساس القانوني لهذا التنسيق المطلوب ، وذلك في المطلبين الآتيين:

المطلب الأول

الإشكاليات القانونية المترتبة على لزوم التنسيق مع أطراف النزاع

لا شك أن تطبيق قواعد القانون الدولي وإحترام مبدأ سيادة الدول على أراضيها يقتضيان التنسيق بل وطلب الإذن من سلطات الدولة المنكوبة قبل دخول المساعدات وأعمال الإغاثة لإقليمها ، فضلاً عن ضرورة عدم تأثير تلك الأعمال والإغاثات على العمليات العسكرية من خلال إعطاء ميزة نسبية لأي من أطراف النزاع المسلح الدولي أو غير الدولي على حساب الطرف الآخر ، فالأصل أن أعمال الإغاثة والمساعدات تتبع من دوافع إنسانية بحتة ولا تحمل أي صيغة سياسية أو عسكرية⁽¹⁾.

ومع التسليم التام بهذا الأمر ، إلا أن الواقع العملي قد أسفر عن مفارقات يجب العمل على معالجتها ، نظراً لتأثيرها على إستمرار تقديم أعمال الإغاثة الإنسانية.

ولعل أهم تلك المفارقات يتمثل في أن القائمين على أعمال الإغاثة لا بد لهم من حماية بقدر أو بآخر خشية تعرضهم للإعتداء وهو ما يستلزم طلب تلك الحماية من القوات المسلحة المسيطرة على الإقليم المنكوب ، وهو ما قد يؤثر بشكل أو بآخر

(1) د. إبراهيم احمد شلبي، مبادئ القانون الدولي العام . ص 345 .

(2) د. أحمد خضر شعبان - الحماية الدولية والشرعية لضحايا النزاعات المسلحة - منشورات الحلبي الحقوقية - بيروت - 2015 ص 251 .

على حريتهم في تقدير آلية تقديم تلك المساعدات حيث يكونون تحت رقابة وتحكم تلك القوات وقد يجبروا على توجيه تلك المساعدات حسب رغبة تلك القوات⁽¹⁾.

كما قد تكون المنطقة أو الإقليم المنكوب يخضع لسيطرة قوات إنفصالية أو غير نظامية غير معترف بها دولياً وليس أمام الجهات القائمة على تقديم أعمال الإغاثة إلا التنسيق مع السلطات الرسمية المعترف بها⁽²⁾ والتي ستفرض بالقطع منح تلك الهيئات هذا التصريح بتقديم أعمال الإغاثة لساكني هذا الإقليم ، بل قد تعتبر الدولة إصدار الجهات القائمة على أعمال الإغاثة الإنسانية على تقديم تلك المساعدات الإنسانية لهذا الإقليم الذي يسيطر عليه قوات غير نظامية من قبيل الدعم المرفوض أو من قبيل الأعمال العدائية للسلطة الحاكمة وقد تستهدفهم⁽³⁾. وبناءً على تلك الإشكاليات وغيرها ، كان من الضروري البحث عن الأسس والقواعد المنظمة لعملية التنسيق بين الجهات القائمة على تقديم أعمال الإغاثة الإنسانية والقوات المسلحة لأطراف النزاع⁽⁴⁾.

(1) د. أحمد خضر شعبان - الحماية الدولية والشرعية لضحايا النزاعات المسلحة - منشورات الحلبي الحقوقية - بيروت - 2015 ص 251 .

(2) د/ وائل أنور بندق - موسوعة القانون الدولي الإنساني - دار الفكر الجامعي - الأسكندرية - 2014 - ص 301 .

(3) د/ مفيد شهاب - دراسات في القانون الدولي الإنساني - دار المستقبل العربي - بيروت - 2009 - ص 499 .

(4) د/ عبدالعزيز رمضان الخطابي - وسائل إنفاذ القانون الدولي الإنساني - دار الفكر الجامعي - الأسكندرية - 2014 ص 177 .

المطلب الثاني

الأساس القانوني للتنسيق بين مقدمي أعمال الإغاثة والقوات المسلحة

لطرفي النزاع

بعد موافقة الدولة المعنية على دخول أو مرور أعمال الإغاثة الإنسانية ، فإنه يجب التنسيق بينها وبين الجهة المقدمة للإغاثة (دولة أو منظمة) على كيفية الدخول والمرور والتوزيع.⁽¹⁾

ويعد التنسيق في شأن دخول أعمال الإغاثة مع الجهة المسيطرة على الإقليم المنكوب ، أمراً ضرورياً للغاية بالنسبة للدولة المسيطرة على إقليم النزاع ، لكي تطمئن إلى عدم استخدام أعمال أو مواد الإغاثة في ثمة أغراض غير إنسانية أو الانحراف بها عن مقصدها وتسخيرها في عمل قد يؤثر على العمليات القتالية أو يمثل ميزة نسبية لأي طرف ضد طرف آخر.

ويُعد الأساس القانوني للزوم هذا التنسيق هو ما ذهبت إليه المادة (23) من إتفاقية جنيف الرابعة من أنه "يخضع إلتزام الطرف المتعاقد بمنح حرية مرور الرسائل

(1) د. وائل أحمد علام - مرجع سابق - ص 472.

(2) د. محمد المجذوب - القانون الدولي الإنساني - منشورات الحلبي الحقوقية - بيروت - 2009 - ص 109 .

المذكورة في الفقرة المتقدمة لشرط تأكد هذا الطرف من أنه ليست هناك أسباب قوية تدعو إلى التخوف من الإحتمالات التالية⁽²⁾:

1. أن تحول الرسائل عن وجهتها الأصلية.
2. أن تكون الرقابة غير فعّالة.
3. أن يحقق العدو فائدة واضحة لجهوده الحربية أو إقتصاده.

المبحث الثالث

نحو حماية أوفر للعاملين فى مجال الإغاثة الإنسانية

تقديم:

إن أحد مستهدفات هذا البحث يتبلور فى الحاجة الماسة لتأمين الأفراد الذين يشتغلون فى مجال تقديم العمل الإغاثي سواء تطوعاً أو وظيفياً ، وذلك على سند من المشاهدات المتكررة التي تؤكد تعرضهم لمخاطر بليغة وصلت فى بعض الأحيان إلى إزهاق أرواحهم أو وقوعهم فى خطر محقق أو إعتقالهم بواسطة القوات التي تقدم خدمات الإغاثة على أراضيها ولبيان ذلك نتناول هذا الأمر من خلال بيان المخاطر والتحديات التي يتعرض لها عمال الإغاثة وتأثير تلك المخاطر والتحديات على تقديم أعمال الإغاثة فى مطلب أول ثم البحث عن سبل وآليات حماية أكثر نجاعه وفاعلية فى مطلب ثان ، وذلك على النحو الآتي:

المطلب الأول: عمال الإغاثة الإنسانية في خطر (واقع مرير):

ونتناول في هذا المطلب النقاط الآتية:

الفرع الأول: المخاطر والتحديات التي يتعرض لها عمال الإغاثة الإنسانية.

- الفرع الثاني: مستهدفات تقويض أعمال الإغاثة وإستهداف القائمين عليها.
- الفرع الثالث: تأثير المخاطر والتحديات التي يتعرض لها عمال الإغاثة على إستمرار وتدفق خدمات الإغاثة.

الفرع الأول

المخاطر والتحديات التي يتعرض لها عمال الإغاثة الإنسانية

لقد تزايدت الهجمات والإعتداءات التي تستهدف العاملون في مجال العمل الإنساني سواء عن عمد أو لعدم إكتراث القوات المتحاربة بوجود هؤلاء العاملون⁽¹⁾ ولم يستطيع نبل المهمة أن يكفل لهؤلاء العاملون في مجال الإغاثة الإنسانية الحد الأدنى من الحماية والسلامة.

⁽¹⁾ راجع في ذلك التقرير الصادر عن مؤسسة (humanitarian outcomes) المعنون (أمن عمال الإغاثة) والصادر في عام 2013 تحت عنوان Attacks on aid workers: Latest statistics والذي يذكر جزء منه

(Worldwide, the number of attacks against aid workers rose again in 2012, with 167 major incidents of violence reported (see methodology note at the end for incident parameters and definitions).

This is the highest number of attacks recorded to date. However, the total number of aid worker victims of these attacks, 274, represents a decrease of 12 per cent from the previous year which, at 308, was the highest yet recorded.

Of the 274 attack victims in 2012, 67 were killed, 115 were seriously wounded, and 92 were kidnapped)

وفي أحسن الأحوال إذا لم تتعرض حياة وأمن العاملون في المجال الإنساني للخطر⁽¹⁾ فإن مهمتهم هي التي تتعرض للخطر الذي يصل في أحيان كثيرة إلى حد منع هذه المهام أو وقف تنفيذها.

وفيما يخص المخاطر التي يتعرض لها العاملون في مجال الإغاثة الإنسانية فإنها لا تخرج عن أحد الأمور الأتية⁽¹⁾²:

1. ترويع وتهديد العاملون في مجال الإغاثة الإنسانية لتخويفهم وإثناؤهم عن القيام بالمهام المنوطة بهم.
2. خطف وإحتجاز مقدمي خدمات الإغاثة الإنسانية من أحد أطراف النزاع المسلح.
3. جرح وقتل العاملين في مجال الإغاثة الإنسانية سواء عن عمد أو بسبب عدم إكتراث القوات المتنازعة بوجودهم.
4. وضع الحواجز وإغلاق الطرق المؤدية للمناطق المنكوبة .
5. زرع الألغام في الطرق المؤدية للمناطق المنكوبة.

(1) د/عبدالعزیز أحمد عبدالعزیز - أخلاقیان الحروب فی سیرة الحبيب المحبوب - مكتبة أولاد الشيخ للتراث - الجيزة - 2007 ص 211

(1) د/ محمد فهاد الشالدة - القانون الدولي الإنساني - منشأة المعارف - الأسكندرية - 2011 - ص 333 .

أما فيما يخص ما يتعرض له عمل الإغاثة من تحديات فإنها تتمثل في الآتي:

1. عرقلة تحركات العاملين في مجال الإغاثة الإنسانية سواء بإستهدافهم أو بتأخير مرورهم ، من خلال تعمد تصدير المتطلبات البيروقراطية أمام مقدمي خدمات الإغاثة الإنسانية فيما يخص تصاريح الدخول لأرض النزاع أو تصاريح ممارسة العمل الإنساني.

2. إختراق حيادية وإستقلال العمل الإغاثي ومحاولات تسخيره لخدمات التطلعات والمصالح السياسية والعسكرية لأحد أطراف النزاع المسلح وهو ما يمكن وصفه بتسييس أو عسكرة العمل الإغاثي وطمس معالم الحيادة التي يمتاز بها العمل الإنساني ، والتي تمنح العاملين في مجال الإغاثة الإنسانية مقبوليه لدى الأطراف المتنازعة.

3. عدم إمام معظم أطقم وأفراد القوات العسكرية المتنازعة بأبجديات وقواعد القانون الدولي الإنساني ، الذي ينظم من بين أمور أخرى قواعد أعمال الإغاثة الإنسانية.

وبالإضافة إلى المخاطر والتحديات المشار إليها ، أن هناك مجموعة من القيود التي تؤدي إلى حدوث تحديات أكثر تعقيداً على سيولة وإستمرارية أعمال الإغاثة ، وقد حدد تقرير الأمين العام للأمم المتحدة في تقريره عن حماية المدنيين في النزاعات المسلحة والمرفوع إلى مجلس الأمن بتاريخ ١١/١١/٢٠١٠ ، ثلاثة أنواع

من تلك القيود وهي القيود البيروقراطية وكثافة الأعمال العدائية والهجمات ضد العاملين في المجال الإنساني وسرقة الأصول⁽¹⁾.

وللتدليل على حجم المخاطر والتحديات التي يتعرض لها العاملون في مجال الإغاثة أنفسهم وكذلك تعرض الأعمال ذاتها للإغاثة ، نجد أنه في العام 2014 فقط أشارت تقارير دولية إلى الآتي:⁽¹⁾⁽²⁾

1. اتهم الأمين العام للأمم المتحدة في 2014/3/24 طرفي الصراع في سوريا بعرقلة عمل مؤسسات الإغاثة الدولية.

2. أشار تقرير مكتب الأمم المتحدة لتنسيق الشؤون الإنسانية في 2014/4/6 إلى خطورة بيئة العمل الإنساني والإغاثي في اليمن بعد خطف 2 من موظفي الأمم المتحدة في 2014/3/25 ومقتل رئيس الوكالة الألمانية للتعاون الدولي في ديسمبر 2013.

(1) د/سامح عبدالقوي السيد - التدخل الدولي بين المنظور الإنساني والبيئي - دار الجامعة الجديدة - الإسكندرية 2012 ص 301 .

(2) مقال للكاتب/ محمد عبدالله يونس بعنوان (إشكاليات بعثات الإغاثة في الصراعات الداخلية بالإقليم) منشور على صحيفة الغد الإلكترونية ويمكن الوصول إليها عبر الرابط <http://adenalghad.net/news>

3. تعرض عمال الإغاثة الإنسانية في الصومال في مطلع أبريل 2014 لهجمات متكررة من جانب الجماعات المسلحة (جماعة الشباب الإسلامية) ، مما أدى لقتل إثنين من موظفي الإغاثة وإختطاف أثنين من منظمة أطباء بلا حدود.
4. تعرض أربعة من منظمة (الجزور من أجل السلام) الأمريكية للحصار في أفغانستان في 2014/4/28 عقب هجوم (حركة طالبان) على أحد مقرات الجمعية.

الفرع الثاني

أسباب إستهداف القائمين على أعمال الإغاثة الإنسانية⁽¹⁾

وبعد التعرض إلى أشكال المخاطر والتحديات والمعوقات التي يتعرض لها العمل الإغاثي والقائمين عليه ، بات من الضروري الإشارة إلى الأسباب التي تحفز عمليات إستهداف منظمات وعمال الإغاثة الإنسانية ، وفي هذا المقام يمكننا ذكر الأسباب الآتية:

1. عقاب وتحجيم دور منظمات الإغاثة إما بسبب ما تُصدره من تقارير لا تأتي على هوى ووفق رغبات أحد أطراف النزاع خاصةً الطرف النظامي.

(1) مقال للكاتب/ محمد عبدالله يونس بعنوان (إشكاليات بعثات الإغاثة في الصراعات الداخلية بالإقليم) منشور على صحيفة الغد الإلكترونية ويمكن الوصول إليها عبر الرابط

<http://adenalghad.net/news>

2. زعم بعض الأنظمة أو الأطراف المتنازعة قيام منظمات الإغاثة ببعض المظاهر الدينية التي لا تروق للمعتقدات الدينية للطرف المسيطر على إقليم النزاع.
3. تتم عمليات الخطف والإحتجاز للمتطوعين في العمل الإغاثي الإنساني بهدف طلب الفدية نظير إطلاق سراح هؤلاء المتطوعين⁽²⁾، وتشير التقارير إلى أن هذا السبب أصبح الأكثر إنتشاراً بين أسباب ومستهدفات إعاقة والتضييق على أعمال الإغاثة.
4. يمكن أن تتم عمليات التضييق والإعاقة لأعمال الإغاثة الإنسانية بهدف قطع الإمدادات الغذائية أو الدوائية عن بعض المناطق للضغط على سكان تلك المنطقة للإنتقال على الجماعات العسكرية المتحصنة أو السيطرة عليها.
5. قد تحدث عمليات إستهداف الأعمال الإغاثية بهدف الإستيلاء على ما تضمنه قوافل الإغاثة من مواد وموئ للإستفادة منها في دعم قدرات إحدى القوات المتنازعة في المواجهة العسكرية المحتملة.

الفرع الثالث

تأثير المخاطر والتحديات التي يتعرض لها عمال الإغاثة على تدفق

واستمرار تقديم خدمات الإغاثة الإنسانية

(2) د/ جون ماري هنكرتس و لويس دوزوالد - القانون الدولي الإنساني - مصر - 2007 م - ص 356 .

إن المخاطر والتحديات التي يتعرض لها عمال ومنظمات وأعمال الإغاثة الإنسانية ، يؤدي بلا شك إلى أثار بالغة السوء ومن أهم هذه التأثيرات:

1. تعميق أزمات الأمن الإنساني وزيادة الفجوة بين القدرات الإستيعابية لنظم الحكم وإحتياجات المواطنين من متطلبات أساسية للحياة ، أثناء الصراعات المسلحة.(1)

2. إحجام المتطوعين عن العمل الإغاثي الإنساني الذي يعتمد في قوامه وقيامه على دوافع الخير والتطوع الإرادي وليس العمل الوظيفي الروتيني.

3. إن المخاطر والتحديات التي يتعرض لها العمل الإغاثي من شأنها زيادة الإحجام لدى المؤسسات الخيرية والإنسانية(2) عن العمل الإغاثي الخيري، سوف تؤدي لإحتكار الدول لمهمة الإغاثة الإنسانية وبالتالي زيادة وعمق الطابع السياسي والعسكري والنفعي لهذه المساعدات والإغااثات وتوجيهها بحسب المصالح السياسية والعسكرية والإستراتيجية للطرف مقدم خدمات الإغاثة وغض الطرف عن الإحتياج والعوز الفعلين للمتضررين من النزاعات المسلحة.

المطلب الثاني: حماية العمل الإغاثي والعاملين في مجال الإغاثة الإنسانية:

(1) مقال الكاتب/ محمد عبدالله يونس - سابق الإشارة إليه.

(2) د/ نجاة أحمد ابراهيم - المسؤولية الدولية عن إنتهاكات قواعد القانون الدولي الإنساني - منشأة المعارف - الاسكندرية 2009 ص 451 .

وسوف نتناول مسألة تعزيز وتحسين آليات حماية العاملين في مجال الإغاثة الإنسانية ، من خلال عرض النقطتين الآتيتين:

الفرع الأول: الضمانات العامة لإنفاذ أعمال الإغاثة الإنسانية.

الفرع الثاني: حماية العاملين في مجال الإغاثة الإنسانية.

وذلك على النحو الآتي:

الفرع الأول

الضمانات العامة لإنفاذ أعمال الإغاثة الإنسانية

هناك عدة ضمانات تساعد على إنفاذ الإغاثة الإنسانية ، فيمكن اللجوء إلى آليات الرقابة التي تنص عليها معاهدات القانون الدولي لحقوق الإنسان ، ونظراً لأنه لا يجوز

- كقاعدة عامة - اللجوء للقوة لإيصال مواد الإغاثة ، فإن دور مجلس الأمن في مجال الإنفاذ - بموجب صلاحياته المنصوص عليها في الفصل السابع - يكون مفيداً وضرورياً لإجبار الدول على قبول عروض الإغاثة ، ويمكن كذلك إثارة مسألة محاكمة الأفراد الذين يمنعون أعمال الإغاثة أو يعيقون وصولها إذا ما ترتبت في حقهم المسؤولية الجنائية والمدنية.⁽¹⁾

(1) د/ وائل علام - مرجع سابق ص481 وما بعدها.

أولاً: آليات الرقابة في القانون الدولي لحقوق الإنسان:

ففي إطار القانون الدولي لحقوق الإنسان ، يمكن اللجوء لآليات مثل تقديم التقارير والشكاوى إلى اللجان المعنية، ورفع الدعاوى أمام محاكم حقوق الإنسان ، وهذا الحق يمكن مباشرته من خلال الأفراد أو الدول ضد دول أخرى.

ويلزمنا هنا الإشارة إلى أن هذه الآليات تتسم بطول الوقت وقلة الجدوى بالنسبة للمدنيين ، وتتمثل الفائدة الأساسية من اللجوء إلى تلك الآليات في إدانة الدولة التي منعت الإغاثة وفي بعض الأحيان تقرير التعويض للمتضررين.

ثانياً: آليات القانون الدولي الإنساني:

تنطلق آليات القانون الدولي الإنساني في شأن ضمان إنفاذ أعمال الإغاثة الإنسانية عما نصت عليه المادة الأولى من إتفاقيات جنيف والتي ذهبت إلى أن "تتعهد الأطراف السامية المتعاقدة بأن تحترم هذه الإتفاقية ، وتكفل إحترامها في جميع الأحوال" ، كما تمثل المصلحة الخاصة بكل دولة دافعاً قوياً نحو متابعة مدى إحترام باقي الدول لتعهداتها والتزاماتها ، وفي سبيل رقابة ومتابعة تنفيذ الدول لإلتزاماتها يمكن اللجوء لعدة آليات من أبرزها.

1. إنشاء لجان لتقصي الحقائق وإستخدام نتائج أعمالها في تكوين رأي عام دولي داعم لإنفاذ أعمال الإغاثة.⁽¹⁾

2. اللجوء إلى الدولة الحامية لضمان توصيل أعمال الإغاثة وحماية العاملين فيها.⁽²⁾

3. إثارة مسؤولية الدولة الناتجة عن منع أو رفض أو إعاقة أعمال الإغاثة بهدف الإنتقام من المدنيين.⁽³⁾

4. إستخدام القوة لتوصيل مواد الإغاثة الإنسانية ، وتجدر الإشارة في هذا الشأن إلى أن قواعد القانون الدولي لا تجيز التدخل في الشؤون الداخلية للدول⁽²⁾، وعلى هذا لا يجوز للدولة التي رُفض عرضها بتقديم أعمال الإغاثة أن تقدم هذه الأعمال بإستخدام القوة ، ومع ذلك فإنه يوجد بديل آخر لضمان إنفاذ أعمال الإغاثة يتمثل في اللجوء إلى مجلس الأمن ، على نحو ما سيأتي ذكره.

(1) أشارت المادة (90) من البرتوكول الإضافي الأول لعام 1977 إلى إنشاء اللجنة الدولية لتقصي الحقائق.

(2) تقصد بالدولة الحامية وفقاً للمادة (25/ج) من البرتوكول الإضافي الأول "الدولة المحايدة أو أي دولة أخرى ليستطرفاً في النزاع يعينها أحد أطراف النزاع ويقبلها الخصم ، وتوافق على أداء المهمة المسندة إليها.

(3) تضمن مشروع لجنة القانون الدولي حول مسؤولية الدول الإشارة لهذا الأمر عندما نصت المادة (1) منه على أن "كل فعل غير مشروع دولياً تقوم به الدولة يستتبع مسؤوليتها الدولية".

(2) المادة (3) من البرتوكول الإضافي الثاني.

وإن كان ما سبق ينطبق في حالة المناطق غير المحتلة أي في حالات النزاعات المسلحة الداخلية ، إلا أن الوضع يختلف في حالات النزاعات المسلحة الدولية ووجود مناطق واقعة تحت الاحتلال ، حيث أن الاحتلال لا يكسب الدولة وضع السيادة على إقليم الدولة المحتلة وعلى هذا تبقى السيادة لتلك الدولة على أراضيها رغم وقوعها تحت الاحتلال ، ولا يتعلق ما يدور فوق هذا الإقليم بإعتبارات السيادة الخاصة بدولة الاحتلال.⁽³⁾

بل إن المادة (59) من إتفاقية جنيف الرابعة ألزمت دولة الاحتلال بالسماح أو الموافقة على عمليات الإغاثة عند عدم قدرتها على سد إحتياجات السكان في مناطق الاحتلال ، وعلى هذا فإنه عند ممانعة دولة الاحتلال لأعمال الإغاثة ، يجوز لدولة أو منظمة ما التدخل - ولو بالقوة العسكرية - لتوصيل مواد الإغاثة للمناطق الواقعة تحت الاحتلال ، حيث لا يعد هذا الأمر تدخلاً في سيادة دولة الاحتلال أو مساساً بسلامة أراضيها أو مهدداً لإستقلالها السياسي.⁽⁴⁾

5. اللجوء إلى مجلس الأمن لضمان إنفاذ أعمال الإغاثة الإنسانية ، وذلك عند إنعدام الوسيلة أو عجز المجتمع الدولي عن ضمان إنفاذ أعمال الإغاثة وفق الآليات المعتادة والسابق الحديث عنها ، فإنه لا يصبح متاحاً سوى اللجوء لمجلس

(3) سهيل حسين الفتلاوي - القانون الدولي الإنساني - دار الثقافة - عمان 2009/1430 ص144 وما بعدها.

(4) د. وائل علام - مرجع سابق - ص 488

الأمن لطلب إنفاذ أعمال الإغاثة وتوصيل مواد الإغاثة لمستحقيها في المناطق المنكوبة.

وقد لوحظ إهتمام مجلس الأمن منذ نهاية الحرب الباردة (1991) بأعمال الإغاثة وتشهد الأحداث بتدخل مجلس الأمن في العديد من النزاعات المسلحة بهدف ضمان وصول مواد الإغاثة وتأمينها ، وفي ذات السياق فقد أصدر مجلس الأمن عدة قرارات منها ما كان مؤسساً على الفصل السابع من ميثاق الأمم المتحدة⁽¹⁾، وقد تضمنت هذه القرارات عدة وسائل لتأمين أعمال الإغاثة تتدرج حتى تصل إلى السماح بالعمل العسكري من أجل إيصال الإغاثة الإنسانية للمدنيين⁽²⁾، ومن أمثلة هذه الوسائل.

أ. مطالبة الدول بالسماح بأعمال الإغاثة الإنسانية.⁽³⁾

ب. إدانة العنف ضد أعمال الإغاثة والمطالبة بمحاكمة المسؤولين.⁽⁴⁾

ج. مطالبة أطراف النزاع بوقف إطلاق النار.⁽⁵⁾

(1) راجع قرار مجلس الأمن 1974 لسنة 2011 بند 18 بشأن تقديم العون لشعب أفغانستان.

(2) د. وائل علام - مرجع سابق - ص 489 وما بعدها.

(3) راجع قرار مجلس الأمن رقم 688 بتاريخ 1991/4/5 بشأن العراق.

(4) راجع قرار مجلس الأمن رقم 1894 بتاريخ 209/11/11 (فقرة 16) بشأن إدانة كل أعمال

العنف والترهيب الموجه عمداً للعاملين في مجال المساعدة الإنسانية.

(5) راجع قرار مجلس الأمن رقم 751 بتاريخ 1992/4/24 بشأن الصومال.

د. إنشاء مناطق وممرات آمنة.⁽⁶⁾

هـ. إنشاء بعثة للأمم المتحدة في منطقة النزاع.

6. محاكمة الأفراد المسؤولين عن منع أعمال الإغاثة مدنياً وجنائياً ، سواء كانوا عسكريين أو مدنيين ، إذا ما قاموا بمنع أعمال الإغاثة ، ومن ثم يمكن ملاحقتهم ومحاكمتهم من خلال المحاكم الوطنية أو من خلال المحكمة الجنائية الدولية أو من خلال محاكم جنائية دولية تنشأ لهذا الغرض أو من خلال نصوص الإتفاقيات الدولية.⁽¹⁾

الفرع الثاني

آليات حماية العاملين في مجال الإغاثة الإنسانية

تكفل البرتوكول الإضافي الأول لإتفاقيات جنيف بالنص على إلزام الدول بمساعدة وحماية عمال الإغاثة ، وذلك عندما نص في المادة (71) منه على أنه:

1. يجوز ، عند الضرورة ، أن يشكل العاملون على الغوث جزءاً من المساعدة المبذولة في أي من أعمال الغوث وخاصة لنقل وتوزيع إرساليات الغوث....
2. يجب إحترام مثل هؤلاء العاملين وحمايتهم.

⁽⁶⁾ راجع قرار مجلس الأمن رقم 819 بتاريخ 1992/10/16 بشأن البوسنة والهرسك.

⁽¹⁾ للمزيد راجع - د. وائل علام - مرجع سابق - ص 495 وما بعدها.

كما صدرت عدة قرارات عن مجلس الأمن تؤكد على ضرورة حماية العاملين في مجال الإغاثة الإنسانية وتدين الهجمات التي يتعرضون لها ، فعلى سبيل المثال اشار قرار مجلس الأمن رقم 2011/1974 البند (18) إلى أنه "وإذ يدين الهجمات على أفراد المساعدة الإنسانية ، وإذا يؤكد على أن الهجمات تعيق الجهود الرامية إلى تقديم العون لشعب أفغانستان ، وإذ يشدد على ضرورة ضمان جميع الأطراف لوصول كافة الجهات الإنسانية الفاعلة دون مخاطر أو عراقيل ، بما فيها موظفو الأمم المتحدة والأفراد المرتبطون بها".⁽¹⁾

وفي قراره رقم 1894 بتاريخ 2009/11/11 الفقرة (16) أعرب المجلس عن إلتزامه "الإستمرار في إدانة كل أعمال العنف وغيره من أشكال التهريب الموجهة عمداً إلى العاملين في مجال المساعدة الإنسانية ، وعلى الدعوة إلى وقفها فوراً" ، كما أكد المجلس في نفس القرار على "دعوة أطراف النزاع المسلح إلى الإمتثال للإلتزامات المنطبقة عليها بموجب القانون الدولي الإنساني بإحترام وحماية العاملين في مجال المساعدة الإنسانية". وعلى صعيد آخر فقد صدرت عدة توصيات وقرارات ونداءات عن منظمات أممية وإقليمية ومتخصصة تدين العنف ضد عمال الإغاثة الإنسانية وتؤكد على ضرورة حمايتهم وعدم تعريضهم لأي تهريب أو تهديد ومن أمثلة ذلك.

(1) د.محمد المجزوب . القانون الدولي العام . صفحة 602 ، 603

- قرار المؤتمر البرلماني الدولي التسعون بشأن إحترام القانون الدولي الإنساني ومساندة العمل الإنساني في المنازعات المسلحة (سبتمبر 1993).
- مبادئ توجيهية بشأن الحق في المساعدة الإنسانية والتي إعتمدت من قبل معهد سان ريمو الدولي للقانون الدولي الإنساني (أبريل 1993)⁽¹⁾.
- القرار رقم (4) الصادر عن المؤتمر الدولي السادس والعشرين للصليب الأحمر والهلال الأحمر في ديسمبر 1995 بشأن المبادئ والأعمال المعتمدة للمساعدة والحماية في إطار العمل الإنساني.
- قرار الجمعية العامة للأمم المتحدة في 11 ديسمبر 2008 بشأن سلامة وأمن العاملين في مجال تقديم المساعدة الإنسانية وحماية موظفي الأمم المتحدة⁽²⁾.
- قرار مجلس وزراء منظمة الوحدة الإفريقية في دورته العادية الستون (يونيو 1994) بشأن إحترام القانون الدولي الإنساني ومساندة العمل الإنساني في النزاعات المسلحة.

(1) د/ راشد فهد المري - الحماية القانونية المقررة لغير المشاركين في النزاعات المسلحة غير الدولية - دار النهضة العربية - القاهرة - 2011 ص 320 .

(2) د/ أحمد سي علي - دراسات في القانون الدولي الإنساني - دار الأكاديمية - 2010 ص 603.

وبناءً على هذا نجد أن حماية أعمال الإغائة نفسها والعاملين على تقديمها إنما يتم من خلال الضمانات اللازمة لإنفاذ هذه الأعمال فضلاً عن تطبيق النصوص الخاصة للحث على إحترام وحماية تلك الأعمال وهؤلاء العاملين⁽¹⁾

(1) د.محمد شريف بسيوني - النزاعات الدولية والحاجة إلى عدالة ما بعد النزاعات - دار النهضة العربية - القاهرة 2010 ص 600.

النتائج والتوصيات

1. يلاحظ أن القانون الدولي الإنساني لا يتضمن أي قاعدة إلزامية تنص على واجب الدول في تقديم الإغاثة والمساعدات للمدنيين في المناطق المنكوبة ، أي أن هذا الإلتزام أخلاقي ، وليس إلتزام قانوني. وهو ما كان لازماً معه الرجوع إلى آليات وقواعد القانون الدولي لحقوق الإنسان.

2. إن الآليات المتاحة في القانون الدولي لحقوق الإنسان تتسم بالنظرية والشكلية وطول المدة وعدم الإلزامية من حيث نتائجها.

3. إن التغطية التي نصفها بالضعيفة لآليات وتنظيم عمليات الإغاثة من حيث واجب تقديمها وطريقتها تنصب في الغالب على النزاعات الدولية المسلحة وتفترق إلى الحديث عن النزاعات غير الدولية (الداخلية) ، هو ما يعد نقصاً وخلاً كبيراً في قواعد القانون الدولي الإنساني.

4. بكل أسف أصبح العمل الإغاثي في مناطق الحروب والكوارث أحد أهم أدوات الدول لتكريس مصالحها الخارجية ، فلم يعد تقليل المعاناة للبشر عبر المساعدات الإغاثية والتنموية مجرداً من الأغراض السياسية والإقتصادية ، بل يمكن القول أن عمليات الإغاثة ترسم مناطق النفوذ السياسي للقوى الكبرى والإقليمية.

5. أصبح لمزدوج (العنف - السياسة) قصب السبق في إفراغ العمل الإغاثي الإنساني من مضمونه وفقدانه عناصر مناعته الذاتية (الحياد - الإستقلالية - عدم التمييز).

6. إن المتطلبات الواجب توافرها في العمل الإغاثي ذاته تعد متضاربة مع بعضها البعض ويقيد بعضها البعض ، وخاصةً إذا ما خضع تفسير وتقييم تلك المتطلبات إلى إعتبارات المصالح الذاتية للدول والهوى السياسي للقوى العالمية المسيطرة ، فمثلاً نجد أن العمل الإغاثي يجب أن يكون محايداً وغير تمييزاً ومستقلاً في حين تتطلب الإتفاقيات والمعاهدات والصكوك الدولية التي تنظم أعمال الإغاثة أن تحصل المنظمات العاملة في مجال الإغاثة على إذن أو تصريح من الدولة أو السلطة المسيطرة على إقليم النزاع وأن تخضع في آدائها لعملها لرقابة الدولة التي تؤدي أعمال الإغاثة على أراضيها وهو ما سيؤدي بشكل أو بآخر إلى توجيه تلك الأعمال الإغاثية على نحو مرض لهوى الدولة مصدره الأذن وصاحبة حق الرقابة ، وهو ما يفرغ العمل الإغاثي من مضمونه.

وتأسيساً على تلك النتائج فإننا نخلص إلى التوصيات الآتية

1. العمل على وضع إتفاقية إطارية دولية خاصة بتنظيم العمل الإغاثي ، تتسم موادها بالإلزامية نصاً وفعلاً.

2. إخراج أعمال الإغاثة الإنسانية خاصة في أحوال النزاعات المسلحة غير الدولية (الداخلية) من نطاق المفهوم الجامد لفكرة السيادة ، على سند من أن حقوق

المدنيين الأساسية (الحياة - الصحة - الغذاء - الأمن -) هي أهداف اسمى وأكثر أهمية من مجرد التشبث بفكرة السيادة ، التي تُعد في أحوال كثيرة كلمة حق يراد بها باطل.

3. على أقل تقدير يجب مراجعة إتفاقيات جنيف وبرتوكولها الإضافيين والتأكد من شمول النزاعات المسلحة غير الدولية بذات التغطية التي تتمتع بها النزاعات المسلحة الدولية من حيث الإغاثة الإنسانية.

4. حث الدول على ترجمة إتفاقيات جنيف وبرتوكولها الإضافيين في شكل تشريعات وطنية نافذة تطبق متطلباتها من خلال المحاكم الوطنية.

5. العمل على إعتبار إعاقة أعمال الإغاثة الإنسانية من قبيل جرائم الحرب في الأحوال التي تؤدي الإعاقة إلى هلاك المدنيين وذلك بنص واضح وليس من خلال الإستنتاج المنطقي والتأويل القانوني.

6. العمل على وضع نظام دولي للتأمين على العاملين في مجال الإغاثة سواء ضد الوفاة بسبب عملهم أو ضد الإصابة أثناء تأديتهم لأعمال الإغاثة وتستوي الإصابة المادية والمعنوية.

7. وضع إطار إتفاقي دولي مُلزم لتنظيم إنتقال أفراد بعثات الإغاثة وإجراءات الدخول للمناطق المنكوبة على نحو يعفيهم من شروط الحصول على التأشيرات أو وضع شروط خاصة بهم تكون أكثر بساطة ويسر عن نظيرتها في الأحوال العادية.

قائمة المراجع

أولاً: الأبحاث

1. د. وائل أحمد علام - بحث بعنوان التنظيم القانوني لأعمال الإغاثة الإنسانية في النزاعات المسلحة - مجلة الشريعة والقانون - كلية الحقوق - جامعة الإمارات - العدد 52 لسنة 2006.
2. سهيل حسين الفتلاوي - القانون الدولي الإنساني - دار الثقافة - عمان 2009.
3. د. محمد المجذوب . القانون الدولي العام - دار النشر والتوزيع - الإسكندرية 2002 .
4. د/ ممدوح مجيد - إشكالية تطبيق أحكام القانون الدولي الإنساني - دار النهضة العربية - 2013 .
5. د/ وهبة الزحيلي - اثار الحرب - دار الفكر - دمشق - 2013 م .
6. د/ مفيد شهاب - دراسات في القانون الدولي الإنساني - دار المستقبل العربي - بيروت 2009
7. د/ بوراس عبدالقادر - التدخل الدولي الإنساني - دار الجامعة الجديدة - الإسكندرية - 2014 .

8. د.حسام أحمد هنداوي - التدخل الدولي الإنساني - دار النهضة العربية - القاهرة - 1997 .
9. د/سلوان جابر هاشم - حالة الضرورة في القانون الدولي الإنساني - المؤسسة الحديثة للكتاب - طرابلس - 2013
10. د/ منتصر سعيد حمودة - الحماية الدولية لأعضاء الهيئات الطبية اثناء النزاعات المسلحة - دار الفكر الجامعي - 2013 .
11. د/ أحمد خضر شعبان - الحماية الدولية والشرعية لضحايا النزاعات المسلحة - منشورات الحلبي الحقوقية - بيروت - 2015 .
12. د/ وائل أنور بندق - موسوعة القانون الدولي الإنساني - دار الفكر الجامعي - الأسكندرية - 2014 .
13. د/ محمد المجذوب - القانون الدولي الإنساني - منشورات الحلبي الحقوقية - بيروت - 2009 .
14. د/عامر الزمالي - مدخل إلى القانون الدولي الإنساني - تونس - 1997 .
15. د/إبراهيم أحمد شلبي . مبادئ القانون الدولي العام . كلية الحقوق . الأسكندرية 2000 .

16. د/سامح عبدالقوي السيد - التدخل الدولي بين المنظور الإنساني والبيئي -
دار الجامعة الجديدة - الإسكندرية 2012
17. د/ عبدالعزیز رمضان الخطابي - وسائل إنفاذ القانون الدولي الإنساني -
دار الفكر الجامعي - الإسكندرية - 2014
18. د/ محمد فهاد الشلالدة - القانون الدولي الإنساني - منشأة المعارف -
الإسكندرية - 2011 .
19. د/ جون ماري هنكرتس و لويس دوزوالد - القانون الدولي الإنساني -
مصر - 2007 .
20. د/ راشد فهد المري - الحماية القانونية المقررة لغير المشاركين في
النزاعات المسلحة غير الدولية - دار النهضة العربية - القاهرة - 2011 .
21. د/عبدالعزيز أحمد عبدالعزيز - أخلاقيان الحروب في سيرة الحبيب
المحبيب - مكتبة أولاد الشيخ للتراث - الجيزة - 2007 .
22. د/ أحمد سي علي - دراسات في القانون الدولي الإنساني - دار
الأكاديمية - 2010 .
23. د/ نجاتة أحمد ابراهيم - المسؤولية الدولية عن إنتهاكات قواعد القانون
الدولي الإنساني - منشأة المعارف - الإسكندرية 2009 .

ثانياً: مقالات

1. مقال إلكتروني للكاتب/ محمد عبدالله يونس - بعنوان (إشكاليات بعثات الإغاثة في الصراعات الداخلية بالإقليم) - صحيفة عدد الغد الإلكترونية.
2. مقال إلكتروني للكاتب/ خالد حنفي علي - بعنوان تحديات الدور الإغاثي العربي الإفريقي) - جريدة الأهرام الرقمي.

ثالثاً: مواقع إلكترونية:

1. <http://ar.wikipedia.org>.
2. <http://www1.umnledu/humanrts/Arabic/comdoc.htm1>.
3. <http://adenolghad.net/news>
4. <http://www.humanitarianibh.net/index.htm>.

رابعاً: تقارير غير حكومية

1. تقرير صادر عن مؤسسة (humanitarian out comes) لعام 2013 تحت عنوان أمن عمال الإغاثة (Attacks on aid warkers).
2. التقرير السنوي الصادر عن المكتب الدولي للجمعيات الإنسانية والخيرية (2009) بعنوان العاملون الإنسانيون في خطر.

خامساً: وثائق الأمم المتحدة

1. إتفاقيات جنيف الأربع لعام (1949).
2. البرتوكولين الإضافيين لإتفاقيات جنيف لعام (1977).
3. قرارات مجلس الأمن من خلال الموقع الإلكتروني للأمم المتحدة - مجلس الأمن
<http://www.un.org/at/sc/documents/>
4. قرارات الجمعية العامة للأمم المتحدة من خلال الموقع الإلكتروني للأمم المتحدة - الجمعية العامة
<http://www.un.org/at/ga/documents/index.shtml>.
5. تقرير الأمين العام للأمم المتحدة بتاريخ 2010/11/11 والمرفوع إلى مجلس الأمن بشأن حماية المدنيين في المنازعات المسلحة.

**خصوصية رقابة دستورية الأنظمة
في المملكة العربية السعودية**

دكتور

محمد وحيد أبو يونس

دكتوراه في القانون العام

كلية الحقوق – جامعة الإسكندرية

ملخص البحث

تمثل رقابة دستورية الأنظمة إحدى وسائل تحقيق مبدأ سيادة القانون وإحدى الضمانات الحقيقية لكفالة احترام الأنظمة واللوائح الصادرة في الدولة لنصوص الدستور باعتباره القانون الأعلى والأعلى فيها.

هذا وتوجد عدة أشكال لممارسة رقابة الدستورية، منها الرقابة عن طريق هيئة سياسية أو الرقابة عن طريق هيئة قضائية، ومن حيث توقيت ممارستها نجد هناك الرقابة سابقة على الدستورية والرقابة اللاحقة.

أما في المملكة العربية السعودية، فإن دستورها، ممثلاً في النظام الأساسي للحكم الصادر لعام 1412هـ، لم يتناول تلك المسألة بالتنظيم، ولم يعهد إلى مرسوم ملكي أو نظام مستقبلي بتنظيم رقابة دستورية الأنظمة، وهو ما دعا الفقه القانوني السعودي إلى الاجتهاد لوضع أسس قانونية لرقابة دستورية الأنظمة في المملكة، وذلك استناداً لبعض نصوص النظام الأساسي للحكم أو نصوص نظام مجلس الوزراء أو نظام مجلس الشورى أو استناداً لبعض الأحكام القضائية الصادرة من محاكم المملكة.

وقد تناول هذا البحث مسألة "خصوصية رقابة دستورية الأنظمة في المملكة" في بحثين، عرضنا في أولهما لماهية وصور الرقابة على الدستورية في الأنظمة المقارنة، وتناولنا في ثانيهما الرقابة على الدستورية في النظام القانوني

السعودي، ثم اقترحنا في نهاية البحث آلية قانونية نرى مناسبتها لرقابة دستورية
وشرعية الأنظمة في المملكة العربية السعودية.

الكلمات المفتاحية

(رقابة دستورية القوانين - النظام القانوني السعودي - الأنظمة واللوائح -
النظام الأساسي للحكم - دستور - مبدأ سمو الدستور - المحكمة الدستورية العليا
- المجلس الدستوري - الرقابة الدستورية)

Summary

Constitutional censorship is a mean of achieving the "rule of law" and set up also a real guarantee ensuring that the laws and regulations, issued in the State, respect the provisions of the Constitution as a supreme law therein. It is known that there are a diversity of forms permitting the exercise of constitutional censorship: the censorship by political body or the censorship through a judicial body, which can be a previous or subsequent censorship. But, the Constitution of the Kingdom of Saudi Arabia represented in the Basic Law of Governance issued in 1412 AH, did not address this issue by regulation, and did not entrust a royal decree or future system to regulate the constitutional control of laws. That is why the Saudi legal scholars strive to set up the foundations of constitutional control of laws in the Kingdom on the basis of certain laws such as the Basic Law of Governance, the Law of the Council of Ministers, the law of the Shura Council, and on the basis of some judgments issued by the courts of the Kingdom.

This paper dealt with the special rules and principals relating to "the control of the constitutionality of laws in the Kingdom" in two chapters, in the first one, we presented therein the forms of constitutional control in comparative systems, in the second one, we discussed the constitutional control in the Saudi legal system. At the end of the research, we proposed a legal mechanism that can be relevance to the legitimacy and constitutionality of laws in Saudi Arabia.

Key words

(Constitutional control of laws – Saudi legal system– Regulations – Statute of government – constitution – The principle of the supremacy of the Constitution – Supreme Constitutional Court – Constitutional Council – Constitutional control)

مقدمة

تحتل مسألة رقابة الدستورية مكانة متميزة في العديد من الأنظمة القانونية بغية التحقق أو التأكد من مطابقه القوانين الصادرة في الدولة لأحكام الدستور تطبيقاً لمبدأ سمو وعلو النصوص الدستورية، وتتفاوت الأنظمة المقارنة في منهجها المتبع في هذه المسألة، فبينما تكون الرقابة على الدستورية مسألة قضائية تتولاها محكمة متخصصة في بعض الدول؛ نجدها مسألة سياسية تتولاها هيئة أو مجلس متخصص في دول أخرى، وبينما نجد دستوراً ينظم تلك المسألة بوضوح شديد، قد نجد دستوراً آخر لا يشير لرقابة الدستورية من قريب ولا من بعيد، وغير ذلك من صور التفاوت في تنظيم رقابة الدستورية.

والمقرر أن النظام القانوني السعودي يتمتع بخصوصية كبيرة في العديد من الجوانب⁽¹⁾، لعل واحد من تلك الجوانب هو تنظيم مسألة رقابة الدستورية في المملكة، ذلك أن النظام الأساسي للحكم الصادر عام 1412هـ في المملكة - وهو دستور المملكة - لم يتناول صراحة تنظيم رقابة الدستورية، ولا يوجد في التنظيم

(1) تجدر الإشارة في هذا المقام إلى أن دستور المملكة يتمثل في وثيقة النظام الأساسي للحكم الصادرة بالأمر الملكي رقم أ/ 90 بتاريخ 1412/8/27هـ الموافق 23 فبراير 1992م، كما يُطلق على القوانين في المملكة مصطلح "الأنظمة"، فيقال: "نظام العمل" و "نظام المرافعات الشرعية" و "نظام الشركات" و "نظام الخدمة المدنية"، وهكذا، كما يُطلق على السلطة التشريعية المختصة بإصدار القوانين في المملكة مصطلح "السلطة التنظيمية"، وذلك إشارة إلى اختصاصها بإصدار الأنظمة، كما يستخدم لفظ "المنظم" بدلاً من لفظ "المُشرع" للدلالة على السلطة المختصة بوضع القوانين أو الأنظمة.

القضائي في المملكة محكمة أو جهة أو هيئة مستقلة متخصصة تتولى رقابة الدستورية، الأمر الذي أضفى على رقابة الدستورية في المملكة خصوصية واضحة لعل سطور هذا البحث تكشف عنها بحول الله تعالى.

تساؤلات البحث

نتساءل في هذا البحث عن ملامح خصوصية النظام السعودي في مسألة رقابة الدستورية، وهل يعرف النظام القانوني في المملكة رقابة الدستورية أم لا؟، وكيف يمكن تبني طريقة لرقابة الدستورية في ظل عدم وجود محكمة أو مجلس أو هيئة مستقلة متخصصة تضطلع بتلك المهمة؟ وهل يمكن اعتبار خلو النظام الأساسي للحكم من الإشارة إلى رقابة الدستورية ذريعة أو سندًا للقول بعدم معرفة النظام القانوني السعودي لرقابة الدستورية؟ فضلاً عن كيفية تصور رقابة دستورية الأنظمة في ظل نص المادة الأولى من النظام الأساسي للحكم الصادر عام 1412هـ التي تقرر أن: "المملكة العربية السعودية دولة عربية إسلامية ذات سيادة تامة، دينها الإسلام ودستورها كتاب الله تعالى وسنة رسوله".

كل تلك الأسئلة الحيرى وغيرها؛ غيض من فيض، وقطرةً في بحر أسئلةٍ كثيرةٍ ترددت ولا تزال تتردد بقوة على ساحة البحث القانوني في المملكة؛ راجيةً من الباحثين جوابًا شافيًا كافيًا، مُحددًا لملامح الرقابة على دستورية الأنظمة في المملكة العربية السعودية، وواضعًا لأسس هذه الرقابة وطرق ممارستها، ومقترحًا لآلية معينة لرقابة الدستورية في المملكة، تتبع من واقع النظام القانوني السائد

وتلاءم ظروفه وتناسب خصوصيته، وهو ما نحاول القيام به في هذا البحث المتواضع.

حدود البحث

يدور البحث في هذا المقام بصفة أساسية حول "خصوصية رقابة دستورية الأنظمة في المملكة العربية السعودية"، وهو ما لا يمكن إدراكه أو الإحاطة به على الوجه الأمثل إلا بعد التعرض لعدد من الأنظمة القانونية المختلفة في بعض البلاد الأخرى كالنظام القانوني المصري والنظام القانوني الفرنسي والنظام القانوني الأمريكي على سبيل المثال، وتلك المقارنة تعكس أولاً بشكل مباشر ملامح الأنظمة القانونية المختلفة التي سبقت المملكة في تنظيم مسألة رقابة الدستورية، وتُظهر بشكل غير مباشر ملامح خصوصية النظام الحالي السائد في المملكة في مسألة رقابة الدستورية.

لذلك نعرض في هذا البحث للأسس العامة التي استقرت في الفقه القانوني في تنظيم رقابة دستورية القوانين في الأنظمة المقارنة، ثم نتناول واقع الحال في المملكة العربية السعودية في هذه المسألة، ثم نقترح آلية قانونية لتنظيم رقابة الدستورية مستقبلاً في النظام القانوني السعودي.

منهج البحث

يتبع الباحث في هذا البحث منهجًا تحليليًا استنباطيًا مقارنةً، حيث نورد ما استقر من تنظيم لمسألة رقابة دستورية القوانين في عدد من الدول مثل فرنسا ومصر والولايات المتحدة الأمريكية، ثم نحلل واقع رقابة الدستورية في المملكة، ونحاول أن نستخلص أخيرًا رؤية قانونية لمستقبل رقابة دستورية وشرعية الأنظمة في المملكة العربية السعودية.

خطة البحث

تجري الدراسة في هذا البحث لموضوع "خصوصية رقابة دستورية الأنظمة في المملكة العربية السعودية" في بحثين رئيسيين:

نعرض في أولهما لماهية وصور رقابة الدستورية في الأنظمة المقارنة ونتناول في ثانيهما رقابة الدستورية في النظام القانوني السعودي. وذلك في عدة مطالب وفروع كالتالي:

المبحث الأول: ماهية وصور رقابة الدستورية في الأنظمة المقارنة.

المطلب الأول: مفهوم رقابة دستورية القوانين

المطلب الثاني: صور وأشكال رقابة دستورية القوانين

الفرع الأول: الرقابة السابقة والرقابة اللاحقة لدستورية القوانين.

الفرع الثاني: الرقابة عن طريق هيئة سياسية والرقابة عن طريق هيئة قضائية.

الفرع الثالث: طرق ممارسة رقابة دستورية القوانين.

المبحث الثاني: رقابة الدستورية في النظام القانوني السعودي.

المطلب الأول: ماهية الدستور في النظام القانوني السعودي

المطلب الثاني: صور رقابة دستورية الأنظمة في النظام القانوني السعودي

الفرع الأول: رقابة الدستورية في ظل نصوص النظام الأساسي للحكم الصادر عام 1412هـ.

الفرع الثاني: رقابة الدستورية في ظل نصوص نظام مجلس الوزراء 1414هـ،
ونظام مجلس الشورى 1412هـ

الفرع الثالث: موقف القضاء السعودي من رقابة دستورية الأنظمة.

المطلب الثالث: آلية مقترحة لرقابة دستورية وشرعية الأنظمة في النظام القانوني السعودي.

المبحث الأول

ماهية وصور رقابة الدستورية في الأنظمة المقارنة

تمهيد وتقسيم

انطلاقاً من مبدأ سمو الدستور من الناحيتين الشكلية والموضوعية، تسمو النصوص الدستورية على كافة النصوص القانونية الأخرى في الدولة، ويلزم حتماً أن تدور كافة النصوص القانونية الأخرى في فلك تلك النصوص الدستورية ولا تخالفها أو تعارضها كلياً أو جزئياً، وقد دأبت الأنظمة القانونية المختلفة على إقرار مبدأ رقابة دستورية القوانين في الوثيقة الدستورية الأعلى فيها، بغية التحقق من اتفاق هذه القوانين مع النصوص الدستورية القائمة.

وسنرى في هذا المبحث مفهوم رقابة الدستورية والغاية التي يُراد تحقيقها من إقرار هذا المبدأ، وهو موضوع المطلب الأول، ثم نتناول في المطلب الثاني الصور المختلفة لرقابة الدستورية ما بين رقابة سابقة أحياناً ورقابة لاحقة أحياناً أخرى، ورقابة عن طريق هيئة سياسية أو رقابة عن طريق هيئة قضائية، وذلك على التفصيل التالي:

المطلب الأول: مفهوم رقابة دستورية القوانين.

المطلب الثاني: صور وأشكال رقابة دستورية القوانين.

وإلى بيان ذلك ،،

المطلب الأول

مفهوم رقابة دستورية القوانين

يُقصد برقابة دستورية القوانين: "بحث مدى مخالفة القانون للدستور تمهيداً لاتخاذ اللازم نحو كفالة احترام أحكامه في حال المخالفة، وذلك إما بالامتناع عن إصدار القانون إذا كان لم يصدر بعد وإما بعدم تطبيقه أو بإلغائه في حالة عدم صدوره"⁽¹⁾.

كما يمكن أن يُقصد برقابة الدستورية "التأكد من مطابقة القوانين لأحكام الدستور الجامد" وذلك في رأي أستاذنا الدكتور مصطفى أبو زيد فهمي⁽²⁾، كما قد تُعني رقابة دستورية القوانين "le controle de la constitutionnalite des lois" "التزام جميع هيئات الدولة وعلى رأسها البرلمان باحترام الدستور وعدم مخالفة الأحكام التي قررها"⁽³⁾.

(1) الحلو، ماجد راغب، القانون الدستوري، الإسكندرية دار الجامعة الجديدة، 2003، ص 324.

(2) فهمي، مصطفى أبو زيد، مصطفى الوجيز في القانون الدستوري والنظم السياسية، الإسكندرية، دار المطبوعات الجامعية 1999، ص 171. و فهمي، مصطفى أبو زيد، مبادئ الأنظمة السياسية، الإسكندرية، دار الجامعة الجديدة للنشر، 2003، ص 266 وما بعدها.

(3) أبو زيد، محمد عبد الحميد، المبادئ الدستورية العامة والنظام الدستوري المصري، القاهرة، دون ناشر، 2011، ص 199.

كذلك يرى البعض تعريف رقابة الدستورية، "في ضوء مبدأ سمو أو علو الدستور الذي يتطلب من المُشرع العادي التقيد فيما يصدر عنه من قوانين بالقواعد الدستورية وعدم مخالفتها، فضلاً عن أن تجري أعمال وتصرفات السلطات العامة في الدولة في دائرة تلك القواعد"⁽¹⁾.

ورقابة الدستورية كذلك تعني "ضمان التزام التشريع والقانون بعدم مخالفة روح الدستور، والتزام جميع سلطات الدولة وعلى رأسها السلطة التشريعية بأحكام الدستور، ويقتضي هذا الالتزام عدم إصدار أي تشريع يناقض المبادئ والنصوص التي يقررها الدستور".⁽²⁾

وانطلاقاً من جميع هذه التعريفات لرقابة دستورية القوانين، لا يشذ الباحث عن مضمون ما ورد فيها، ذلك أن الغاية الأصلية من رقابة دستورية القوانين هي ضمان سيادة نصوص الدستور وضمان التزام السلطة التشريعية في الدولة بما ورد فيه من أحكام وقواعد ونصوص، فالدستور بوصفه الوثيقة القانونية الأسمى في الدولة ينبغي أن يكون لهذا سمو تطبيق فعلي على أرض الواقع، ويتمثل هذا

(1) الكحلاوي، رجب محمد السيد، الوجيز في النظام الدستوري السعودي والأنظمة الدستورية المقارنة، الرياض، مكتبة الشقري، 1438، ص 191 وما بعدها.

(2) الحيارى، عادل، القانون الدستوري والنظام الدستوري، عمان، مطابع عبده غانم، 1972، ص 341، و العواد، بلال عبد الله سليم، الضمانات الدستورية لحقوق الإنسان، رسالة ماجستير، كلية الحقوق، جامعة الشرق الأوسط للدراسات العليا، 2010/2009، ص 95.

التطبيق في عدم مخالفة أي نص قانوني في الدولة لنصوص الدستور، وحتى لا يحدث ذلك كان إقرار رقابة الدستورية بهدف الحيلولة دون حدوثه.

واختصارًا يمكن تعريف رقابة دستورية القوانين من جانب الباحث بأنها تلك العملية التي تستهدف التحقق من مطابقة نصوص القانون لأحكام الدستور، وذلك بطريقة سابقة على إصدار القانون حينًا أو بطريقة لاحقة على إصداره حينًا آخر".

وتبدو رقابة دستورية القوانين بشكل واضح في الدساتير الجامدة التي تحتاج في تعديلها أو تغييرها إجراءات قانونية أشد وأكثر تعقيدًا من إجراءات تعديل القوانين العادية، أما في الدساتير المرنة التي يتم تعديلها بنفس إجراءات تعديل التشريعات العادية، فلا نجد لرقابة الدستورية وجودًا كبيرًا أو ظهورًا واضحًا ومؤثرًا في النظام القانوني.

ولا شك أن رقابة الدستورية بهذا المفهوم تُعد ضرورة في كل نظام قانوني، وذلك لإعلاء مبدأ سمو الدستور، وضمان الاستقرار القانوني والسياسي في الدولة، والحد من انتهاك السلطة التشريعية لنصوص الدستور سواء بقصد أو بغير قصد.

هذا والمقرر أن رقابة دستورية القوانين تشمل كافة أنواع التشريعات على كافة أنواعها ودرجاتها، سواء كانت تشريعات أصلية صادرة من السلطة التشريعية في الدولة أو كانت تشريعات فرعية أو استثنائية صادرة من السلطة التنفيذية حال مباشرتها سلطة التشريع في الأحوال التي يجوز لها فيها ذلك، أو كانت لوائح صادرة

من السلطة التنفيذية في حدود اختصاصها، لكن هذه الرقابة لا تمتد طبعًا إلى القرارات الإدارية الفردية، كما أن هذه الرقابة تستهدف التحقق من مطابقة التشريعات واللوائح لنصوص الدستور، دون أن تمتد لنظر التعارض القائم بين القوانين وبعضها البعض أو بين اللوائح وبعضها البعض، بل وحتى لا يشمل التعارض بين القوانين واللوائح⁽¹⁾.

كذلك تجدر الإشارة إلى أن الأصل في رقابة دستورية القوانين أنها رقابة شاملة، وقد فسرت ذلك المحكمة الدستورية العليا المصرية في أحد أحكامها بأن: "الرقابة على دستورية النصوص التشريعية تتناول كافة المطاعن الموجهة إليها، أيًا كانت طبيعتها، ولا تقتصر على العيوب الموضوعية التي تقوم على مخالفة نص تشريعي لمضمون موضوعي لقاعدة واردة في الدستور، وإنما تمتد هذه الرقابة بوصفها رقابة مركزية للمحكمة وحدها إلى المطاعن الشكلية التي تقوم في مبناها على مخالفة النصوص التشريعية للأوضاع الإجرائية التي يطلبها الدستور، سواء كان متصلًا باقتراح النصوص التشريعية أو إقرارها أو إصدارها حال انعقاد السلطة

(1) بدير، نوير، الرقابة القضائية على دستورية القوانين، سلسلة أوراق عمل بيرزيت للدراسات القانونية (2017/5)، وحدة القانون الدستوري، كلية الحقوق والإدارة العامة، جامعة بيرزيت، ديسمبر 2017، ص 8. نسخة الكترونية متاحة عبر الرابط:

<https://ssrn.com/abstract=3084608> (تاريخ الدخول: 2109/7/1)

التشريعية، أو ما كان فيها متعلق بالشروط التي يفرضها الدستور لمباشرة الاختصاص بإصدارها بغية السلطة التشريعية أو بتفويضها"⁽¹⁾.

والى بيان ذلك ،،

(1) حكم المحكمة الدستوري العليا المصرية رقم 31 لسنة 10 قضائية دستورية، الصادر بتاريخ 7 ديسمبر 1991.

المطلب الثاني

صور وأشكال رقابة دستورية القوانين

رغم اتفاق أغلبية الأنظمة القانونية المقارنة على مفهوم واحد لرقابة دستورية القوانين؛ إلا أن ذلك الاتفاق لم ينعكس على صور وأشكال ممارسة الرقابة على أرض الواقع، ذلك أن ثمة عدة صور وأشكال متنوعة لكيفية ممارسة رقابة الدستورية في الأنظمة القانونية المختلفة.

فمن حيث وقت ممارسة رقابة الدستورية قد تكون رقابة دستورية القوانين سابقة على إصدار القانون أو معاصرة لإصداره كخطوة من خطوات إصداره، كما قد تكون لاحقة لإصدار القوانين، ومن حيث الجهة أو الهيئة التي تقوم برقابة الدستورية، فقد تُوكل تلك المهمة إلى هيئة سياسية كما هو الحال في فرنسا ومن سار على نهجها، أو تُوكل إلى هيئة قضائية كما هو الحال في مصر ومن سار على نهجها.

كذلك يمكن أن تكون رقابة دستورية القوانين رقابة لا مركزية تتولاها جميع المحاكم كالرقابة المعمول بها في الولايات المتحدة الأمريكية⁽¹⁾، أو تكون رقابة

(1) تأخذ الولايات المتحدة الأمريكية بنظام لامركزية الرقابة، حيث تمارس جميع المحاكم الاتحادية وغير الاتحادية الرقابة الدستورية باعتبارها جزءاً من وظيفة القاضي، لكن المحكمة الاتحادية العليا تتولى الجزء الأكبر من الرقابة الدستورية لتربعها على قمة النظام القضائي، ولأنها

مركزية تتولاها محكمة واحدة تكون هي المحكمة العليا في السلم القضائي في الدولة كالرقابة التي كانت تمارسها المحكمة العليا في ليبيا⁽¹⁾، أو يتم إنشاء محكمة دستورية متخصصة تتولى هذه المهمة كما هو الحال في المحكمة الدستورية العليا في مصر، والمحكمة الدستورية في الكويت⁽²⁾.

صاحبة الكلمة النهائية في موضوع الرقابة، خصوصًا في ظل نظام السوابق القضائية التي تطبقه المحاكم الأمريكية بصرامة بالنسبة لأحكام الدستورية الصادرة من المحكمة الاتحادية العليا. انظر في تفصيل ذلك: عبد الرحمن، عاطف سالم، دور القضاء الدستوري في الإصلاح السياسي والاجتماعي والاقتصادي: دراسة تحليلية تطبيقية مقارنة بين مصر والولايات المتحدة الأمريكية، رسالة دكتوراه، كلية الحقوق، جامعة عين شمس، 2009، ص 28 وما بعدها. و أبو زيد، محمد عبد الحميد، المبادئ الدستورية العامة والنظام الدستوري المصري، القاهرة، مطبعة العشري، 2012، ص 203 وما بعدها.

(1) كانت المادة 16 من الدستور الليبي الصادر عام 1951 تنص على أنه: "يجوز لكل ذي مصلحة شخصية مباشرة الطعن أمام المحكمة العليا في أي تشريع أو إجراء أو عمل يكون مخالفًا للدستور". ثم جاءت المادة 135 من الدستور الليبي الجديد الصادر عام 2017م لتقرر إنشاء محكمة دستورية لها الشخصية الاعتبارية وتتمتع بالاستقلال الإداري والمالي، وتتولى وفقًا لنص المادة 139 من الدستور الاختصاص بالرقابة القضائية على دستورية القوانين ولائحتي مجلس النواب ومجلس الشيوخ، كما أضافت المادة 141 أنه: "يجوز لكل ذي مصلحة اللجوء للمحكمة الدستورية لطعن بعد الدستورية سواء بطريق مباشر أو بالدفع الجدي بعدم الدستورية في دعوى منظورة أمام المحاكم وفق ما ينظمه القانون".

(2) تنص المادة 173 من الدستور الكويتي الصادر عام 1964 على أن: "يُعين القانون الجهة القضائية التي تختص بالفصل في المنازعات المتعلقة بدستورية القوانين واللوائح ويبين صلاحياتها والإجراءات التي تتبعها"، وقد صدر قانون المحكمة الدستورية في الكويت بالقانون رقم 14 لسنة 1972م. راجع في ذلك: المقاطع، محمد عبد المحسن، دراسة في اتجاهات القضاء الدستوري الكويتي، الكويت، مطبوعات جامعة الكويت، 1999، ص 9 وما بعدها. و الصالح،

كذلك من حيث طريقة ممارسة رقابة الدستورية، أو آليات اتصال المحكمة الدستورية بالدعوى، نجد طريقة الدفع الفرعي، وطريقة الإحالة، وطريقة التصدي، وهناك طريقة الدعوى الأصلية في بعض الأنظمة القانونية.

ولعلنا في هذا المطلب نحاول الإحاطة - بإيجاز غير مغل - بكل هذه الصور والأشكال لرقابة الدستورية وآلياتها، وذلك في ثلاثة فروع على النحو التالي:

الفرع الأول: الرقابة السابقة والرقابة اللاحقة لدستورية القوانين.

الفرع الثاني: الرقابة عن طريق هيئة سياسية والرقابة عن طريق هيئة قضائية.

الفرع الثالث: طرق ممارسة رقابة دستورية القوانين.

والى بيان ذلك،،

عثمان عبد الملك، الرقابة القضائية أمام المحكمة الدستورية في الكويت، مجلة الحقوق، جامعة الكويت، 1986، ص10 وما بعدها.

الفرع الأول

الرقابة السابقة والرقابة اللاحقة لدستورية القوانين

بحسب توقيت ممارستها، يمكن أن تكون رقابة دستورية القوانين رقابة سابقة على صدور القانون، كما يمكن أن تكون لاحقة على إصدار القانون المرجو التحقق من دستوريته. وذلك على التفصيل التالي.

أولاً: الرقابة السابقة على دستورية القوانين

يأتي النظام القانوني الفرنسي في مقدمة الأنظمة القانونية التي تتبنى نظام الرقابة السابقة على دستورية القوانين - بل إن فرنسا على حد تعبير البعض الدولة الرائدة في ذلك - منذ دستور الجمهورية الثالثة الصادر عام 1795م⁽¹⁾، ومر هذا النظام بتطورات عديدة وتغييرات كثيرة في الدساتير الفرنسية المختلفة إلى أن وصل إلى الصورة التي عليها الآن في ظل الدستور الحالي الصادر في 4 أكتوبر عام 1958م، وتعديلاته الأخيرة في 23 يوليو 2008م.

ووفقاً لنظام الرقابة السابقة على الدستورية بشكل عام، يتم التحقق من مدى دستورية القانون قبل إصداره من جهة أو هيئة متخصصة تتولى النظر في هذا

(1) بن شلهوب، عبد الرحمن بن عبد العزيز، النظام الدستوري في المملكة العربية السعودية بين الشريعة الإسلامية والقانون المقارن، الرياض، دون ناشر، ط.3، 1433-2012، ص 110. و الدبس، عصام، القضاء الإداري ورقابته لأعمال الإدارة: دراسة مقارنة، عمان، دار الثقافة للنشر والتوزيع، 2010، ص 257 وما بعدها.

الأمر، فإن بان لها مطابقة القانون للدستور أجازته، وصدر القانون، وإن تم تبين لها خلاف ذلك رفضته وعارضت صدوره.

هذا وقد تناول الباب السابع من الدستور الفرنسي الصادر عام 1958 تنظيم المجلس الدستوري⁽¹⁾ (le conseil constitutional) الذي يتولى الاختصاص بالرقابة السابقة على دستورية القوانين في فرنسا، حيث قررت المادة (61) أنه:

"يجب عرض القوانين الأساسية قبل إصدارها، واقتراحات القوانين المذكورة المادة (11) قبل عرضها على الاستفتاء، ولوائح مجلسي البرلمان قبل تطبيقها، على المجلس الدستوري الذي يفصل في مدى مطابقتها للدستور، كما يمكن لرئيس الجمهورية أو الوزير الأول أو رئيس الجمعية الوطنية أو رئيس مجلس الشيوخ، أو ستين نائباً أو ستين عضواً في مجلس الشيوخ، أن يخطر المجلس الدستوري للغايات نفسها بالقوانين قبل إصدارها، ويجب أن يبيت المجلس الدستوري في الحالات المنصوص عليها في الفقرتين السابقتين في أجل شهر، غير أن هذا

(1) يتشكل المجلس الدستوري في فرنسا من رؤساء الجمهورية السابقين ويعتبرون أعضاء في المجلس بحكم القانون لمدى الحياة ومعهم تسعة أعضاء آخرين يختار ثلاثة منهم رئيس الجمهورية، وثلاثة يختارهم رئيس الجمعية الوطنية، وثلاثة يختارهم رئيس مجلس الشيوخ، لمدة تسع سنوات غير قابلة للتجديد. نص المادة (56) من الدستور الفرنسي الصادر عام 1958م، والمعدل عام 2008م.

الأجل يقلص إلى ثمانية أيام في حالة الاستعجال، بطلب من الحكومة، وفي هذه الحالات نفسها، يترتب على إخطار المجلس الدستوري وقف أجل الإصدار⁽¹⁾.

ويتولى المجلس الدستوري الفرنسي بهذا التشكيل مهمة الرقابة السابقة على دستورية القوانين، وإن ارتأى المجلس عدم دستورية نص أو أكثر، فلا يمكن إصدار هذا النص أو تطبيقه⁽²⁾،

والمقرر في النظام الفرنسي أن اختصاص المجلس الدستوري بالرقابة السابقة على دستورية القوانين، قد يكون إجباريًا كما قد يكون اختياريًا، ذلك أن القوانين العضوية التي أشارت إليها المادة (61) من الدستور الفرنسي وكذلك اللوائح الداخلية للبرلمان، يجب أن تحال إلى المجلس الدستوري بعد موافقة البرلمان الفرنسي عليها وقبل إصدارها، لذلك يكون اختصاص المجلس الدستوري بالرقابة السابقة على هذه الطائفة من القوانين اختصاصًا إجباريًا، أما الاختصاص الاختياري فيكون حالما لا يكون ثمة إلزام قانوني على البرلمان أو غيره بإحالة القوانين إلى المجلس الدستوري قبل إصدارها، كما هو الحال في القوانين الجديدة أو

(1) نص المادة 61 من الدستور الفرنسي الصادر عام 1958م.

(2) حيث قررت المادة 62 من الدستور الفرنسي أن: "النص الذي يعلن عدم دستوريته على أساس المادة 61 لا يمكن إصداره أو تطبيقه".

التعديلات على القوانين القائمة التي تقترحها الحكومة إعمالاً لنص المادة (41) من الدستور الفرنسي⁽¹⁾.

وعلى هدي المشرع الفرنسي نجد أن المشرع الدستوري في مصر قد ذهب إلى تبني نظام الرقابة السابقة على دستورية القوانين بشكل استثنائي وذلك في عام 2005م عند تعديل نص المادة (76) من دستور 1971، حيث قررت الفقرة الأخيرة منها بعد التعديل أنه: "... ويعرض رئيس الجمهورية مشروع القانون المنظم للانتخابات الرئاسية على المحكمة الدستورية العليا بعد إقراره من مجلس الشعب وقبل إصداره لتقرير مدى مطابقتها للدستور".

ويبدو من خلال هذا النص أن المشرع الدستوري المصري قد تبني نظام الرقابة الدستورية السابقة بشكل جزئي أو بشكل حصري قاصر فقط على مشروع قانون الانتخابات الرئاسية أو ما يطرأ عليه من تعديلات مع الإبقاء على النظام الأساسي في الرقابة اللاحقة على غير ذلك من قوانين، ويرى الباحث أن استخدام

(1) العجمي، حمدي محمد، مقدمة في القانون الدستوري، في ضوء الدساتير العربية المعاصرة، الأردن، دار الثقافة للنشر والتوزيع، 2009، ص121 وما بعدها. و الطهراوي، هاني على، النظم السياسية والقانون الدستوري، الأردن، دار الثقافة للنشر والتوزيع، ط.2، 2011، ص361 وما بعدها. و بكري، فتحي، القانون الدستوري: المبادئ الدستورية العامة، القاهرة، دار النهضة العربية، 1997. و الشراوي، سعاد وعبد الله ناصف، القانون الدستوري والنظام السياسي المصري، القاهرة، دار النهضة العربية، 1994. و الباز، على السيد، الرقابة على دستورية القوانين: دراسة مقارنة، رسالة دكتوراه، كلية الحقوق، جامعة الإسكندرية، 1978م. و حافظ، محمود، الوجيز في القانون الدستوري، ط.3، القاهرة، دار النهضة العربية، 1999.

المُشرع الدستوري هنا للفظ مشروع القانون هو استخدام في محله تمامًا، لأننا في الرقابة السابقة نكون بصدد قانون لم يصدر بعد.

كذلك فإنه يُشترط - في هذا المقام - لاتصال الدعوى بالمحكمة الدستورية العليا في هذا الحالة أن يرد الطلب للمحكمة من رئيس الجمهورية دون غيره، فلا تصح إحالة مشروع القانون إلى المحكمة من مجلس الشعب مثلاً، ويلزم كذلك أن تتم إحالته إلى المحكمة الدستورية العليا بعد إقرار مشروع القانون من مجلس الشعب، وقبل إصداره من رئيس الجمهورية⁽¹⁾.

هذا وقد باشرت المحكمة الدستورية العليا في مصر بالفعل هذا الاختصاص بالرقابة السابقة لأول مرة في تاريخها على مشروع القانون رقم 173 لسنة 2005 بتنظيم الانتخابات الرئاسية وأبدت رأيها في مدى دستوريته، وذلك في قرارها الصادر بتاريخ 2005/5/26، والتزم رئيس الجمهورية آنذاك بقرار المحكمة بشأن عدم دستورية بعض المواد وتم إدخال ما يلزم من تعديلات عليها، ثم صدر القانون⁽²⁾.

(1) محمد، أحمد منصور، إجراءات الدعوى الدستورية، القاهرة، دار النهضة العربية، 2007، ص 6 وما بعدها.

(2) صدر قانون تنظيم الانتخابات الرئاسية في مصر بالقانون رقم 174 لسنة 2005، ونشر بالجريدة الرسمية بتاريخ 2 يوليو 2005، العدد 26 مكرر.

وجدير بالإشارة في هذا المقام أن تلك الرقابة السابقة على دستورية القانون المشار إليه لم تقف عائقاً أمام مباشرة ذات المحكمة لرقابتها اللاحقة على دستورية ذات القانون، وهو أكدت عليه المحكمة في حكمها الصادر في القضية رقم 188 لسنة 27 قضائية "دستورية"، الصادر بتاريخ 15 يناير 2006، حيث قررت المحكمة أن: "مباشرتها الرقابة الدستورية السابقة على مشروع القانون سالف البيان، وإبداء الرأي بشأنه لا يمنعها من مباشرة اختصاصها بالرقابة اللاحقة على نصوص ذلك القانون"، وقد عللت المحكمة ذلك بقولها: "إن مباشرة المحاكم - على اختلاف أنواعها - لاختصاص عُقد لها، لا يستقيم مانعاً دونها ومباشرة سائر اختصاصاتها، إذ يتعين النظر إلى كافة الاختصاصات باعتبارها متكاملة لا تتافر أو تعارض بينها"⁽¹⁾.

ويتفق الباحث مع ما اتجهت إليه المحكمة في هذا القضاء، ذلك أنه لا يمكن أن نحجر على الحقوق المستقبلية للمتقاضين في الإدعاء بعدم الدستورية على قانون لمجرد أنه خضع للرقابة السابقة، ناهيك عن أن الرقابة على مشروع القانون قد لا تُحيط بكل الجوانب العملية التي قد تطرأ مستقبلاً عند التطبيق الفعلي للقانون أو قد تتغير الظروف أو الأحوال، ويتغير الزمان، وما كان دستورياً في

(1) حكم المحكمة الدستورية العليا في مصر، الصادر في القضية رقم 188 لسنة 27 قضائية "دستورية"، الصادر بتاريخ 15 يناير 2006م. متاح على الموقع الإلكتروني الرسمي للمحكمة.
رابط الموقع: <http://www.sccourt.gov.eg/SCC/faces/PortalHome.jspx?Adf-Window-Id=wf0k9v22m&Adf-Page-Id=0> (تاريخ الدخول: 2019/7/1).

مرحلة معينة قد يبدو غير دستوري في مرحلة أخرى لاحقة؛ لذلك لا ضير في أن نسمح بالرقابة اللاحقة على دستورية القانون بعد أن تمت مراقبة دستوريته سابقاً قبل أن يصدر.

كذلك ثمة تساؤل آخر مفاده، كيف تضمن الجهة المختصة بالرقابة السابقة على الدستورية أن المشرع أو مُعد مشروع القانون قد التزم بما قرره بشأن الدستورية؟، أليس من المتصور أن تقضى المحكمة أو الجهة المختصة بالرقابة السابقة أن مشروع القانون المعروض غير دستوري في بعض موادّه ولا بد من تغييرها، أو إدخال تعديلات معينة عليها، ثم تتجاهل السلطة التشريعية ذلك وتضرب به عرض الحائط وتُصر على مشروع القانون، بل وتُصدره دون تعديل ولا تغيير، عندئذ نجد المخرج من هذا المأزق الدستوري، ألا وهو فتح الباب أمام الرقابة الدستورية اللاحقة.

وبعد تلك التجربة المحدودة للرقابة السابقة على دستورية مشروعات القوانين في مصر في ظل تعديلات دستور 1971، توسع المشرع الدستوري المصري في تبني ذلك الاتجاه، وذلك في أعقاب ثورة 25 يناير 2011، في دستور 2012، إذ وسَّع من نطاق الرقابة السابقة لتشمل مشروعات القوانين المتعلقة بمباشرة الحقوق السياسية والانتخابات الرئاسية والتشريعية والمحلية، حيث جاء نص المادة 177 من دستور 2012 ليقرر أن:

"يعرض رئيس الجمهورية أو مجلس النواب مشروعات القوانين المنظمة لمباشرة الحقوق السياسية وللاقتخابات الرئاسية والتشريعية والمحلية على المحكمة الدستورية العليا قبل إصدارها، لتقرير مدى مطابقتها للدستور، وتُصدر قرارها في هذا الشأن خلال خمسة وأربعين يومًا من تاريخ عرض الأمر عليها، وإلا عُدم إصدارها للقرار إجازة للنصوص المقترحة، فإذا قررت المحكمة عدم مطابقة نص أو أكثر لأحكام الدستور، وجب إعمال مقتضى قرارها. ولا تخضع القوانين المشار إليها في الفقرة الأولى للرقابة اللاحقة المنصوص عليها في المادة (175) من الدستور".

ويبدو مما تقدم التوسع الواضح في تبني نظام الرقابة القضائية السابقة على دستورية القوانين⁽¹⁾، حيث اتسعت دائرة مشروعات القوانين الخاضعة للرقابة السابقة لتشمل مشروعات القوانين المنظمة لمباشرة الحقوق السياسية وللاقتخابات الرئاسية والتشريعية والمحلية، بعدما كانت قاصرة فقط على مشروع القانون المنظم لانتخابات الرئاسية، فضلاً عن السماح لرئيس الجمهورية أو مجلس النواب بإحالة مشروع القانون إلى المحكمة الدستورية العليا، بعدما كان الأمر بيد رئيس الجمهورية وحده سابقًا.

(1) تجدر الإشارة في هذا المقام إلى أن الدستور المصري الحالي الصادر عام 2104، قد ألغى هذه الرقابة الدستورية السابقة على مشروعات القوانين، إذ صدر الدستور الجديد بعد ثورة 30 يونيو 2013، خلّوًا من أي اشتراط للرقابة السابقة على دستورية أي من القوانين قبل صدورها، ليعود النظام المصري كما كان إلى سالف عهده، معتمدًا فقط على الرقابة اللاحقة على دستورية القوانين.

كذلك قرر المشرع الدستوري الاكتفاء بالرقابة الدستورية السابقة على هذه القوانين وعدم جواز خضوعها للرقابة اللاحقة، ولا شك أن هذا الموقف التشريعي - آنذاك - كان يعكس الرغبة الحقيقية للمشرع الدستوري التي من أجلها تم أصلاً إقرار الرقابة السابقة على مشروعات هذه القوانين تحديداً، ألا وهي تحقيق الاستقرار الكامل للأوضاع السياسية والاقتصادية والاجتماعية التي تنشأ عند تطبيق هذه القوانين بالفعل وانتخاب رئيس الجمهورية أو انتخاب أعضاء البرلمان أو أعضاء المجالس المحلية⁽¹⁾، لا سيما في تلك الفترة الحرجة التي كانت تمر بها الدولة المصرية.

(1) المقرر في قضاء المحكمة الدستورية في مصر سابقاً أن "القضاء بعدم دستورية النص التشريعي الذي أجريت انتخابات مجلس الشعب بناء عليه، مؤداه بطلان تكوين المجلس منذ انتخابه، دون أن يستتبع ذلك إسقاط ما أقره المجلس من قوانين وقرارات وما اتخذ من إجراءات خلال الفترة السابقة وحتى تاريخ نشر الحكم في الجريدة الرسمية، بل تظل على أصلها من الصحة". حكم المحكمة الدستورية العليا في القضية رقم 37 لسنة 9 قضائية دستورية بجلسة 1990/5/19م.

ولا شك أن ذلك يترتب عليه ضرورة إعادة الانتخابات البرلمانية من جديد، وهو ما يترتب عليه تكاليف وأعباء مالية كبيرة على الميزانية العامة للدولة، وفيه من التوتر وعدم الاستقرار السياسي ما فيه، لذلك كله كان الاتجاه الجديد في الدستور المصري الصادر عام 2012، بضرورة الرقابة الدستورية السابقة على مشروعات القوانين المنظمة للانتخابات الرئاسية والتشريعية والمحلية، وحظر الرقابة الدستورية اللاحقة عليها.

ثانيًا: الرقابة اللاحقة على دستورية القوانين

بموجب هذا النظام نجد أن التحقق من دستورية القوانين وفحص اتفاقها مع الدستور من عدمه يكون بعد صدور القانون وتنفيذه على أرض الواقع، فتستقل السلطة التشريعية بإعداد مشروعات القوانين ودراستها وصياغتها ومراجعتها وإصدارها وفقاً للآلية التي قررها الدستور دون تدخل من الجهة المختصة برقابة الدستورية، ثم بعد إصدار القانون وبدء سريانه يُفتح الباب أمام الطعن بعدم دستورية القانون ككل أو أي من نصوصه وهو ما يُعرف بنظام الرقابة اللاحقة على دستورية القوانين.

ولعل في السماح بهذه الرقابة اللاحقة فتحٌ لباب الاختبار الحقيقي لدستورية نصوص القانون عند التنفيذ؛ ذلك أن بعض مظاهر عدم الدستورية قد لا تكون بالوضوح الكافي إلا عند التطبيق الفعلي للنص القانوني، فضلاً عن أن السماح بالرقابة اللاحقة للدستورية يجعل الأمر متوقفاً على مصلحة المتقاضين المخاطبين أساساً بالنصوص القانونية، ويُوكل الأمر في تحريك أو عدم تحريك دعوى عدم الدستورية.

وقد أخذ النظام المصري منذ عام 1969 بنظام الرقابة اللاحقة على دستورية القوانين وذلك منذ إنشاء محكمة خاصة للرقابة على دستورية القوانين حملت اسم المحكمة العليا آنذاك، وذلك بالقانون رقم 81 لسنة 1969م، ثم جاء

دستور 1971م وأنشأ المحكمة الدستورية العليا وأسند إليها الاختصاص دون غيرها بالرقابة القضائية على دستورية القوانين واللوائح وتفسير النصوص التشريعية⁽¹⁾.

كذلك انضم النظام القانوني الفرنسي مؤخرًا إلى قائمة الأنظمة التي تأخذ بنظام الرقابة اللاحقة أيضًا على دستورية القوانين، حيث تم تعديل الدستور الفرنسي الصادر عام 1958م، وذلك بالتشريع الدستوري رقم 2008/724 الذي حمل عنوان "تحديث مؤسسات الجمهورية الخامسة"، حيث تم إضافة فقرة جديدة للمادة (61) من الدستوري الفرنسي تتيح للمرة الأولى للمتقاضين أمام محاكم القضاء العادي أو الإداري الدفع بعدم دستورية أي من النصوص التشريعية الماسة بأي حق من حقوقهم أو حرياتهم التي يضمنها الدستور، ويختص المجلس الدستوري بالفصل في هذا الدفع بعدم الدستورية⁽²⁾.

ولا تتفق الأنظمة المقارنة على منهج واحد للرقابة اللاحقة على الدستورية، وهو ما سنراه تفصيلاً في الفرع القادم.

(1) المادة 175 من الدستور المصري الصادر عام 1971م، وقد استمرت المحكمة الدستورية العليا في أداء دورها في دستورية القوانين واللوائح في مصر منذ ذلك التاريخ حتى وقتنا هذا. وقد أفرد الدستور المصري الحالي الصادر عام 2014م للمحكمة الدستورية العليا نصوص المواد من 191 حتى المادة 195، ليؤكد على التاريخ القضائي الهائل الذي أرسته المحكمة الدستورية العليا، وليضمن الدور الجليل الذي تمارسه في النظام القانوني المصري.

(2) للمزيد من التفصيل في ذلك: الغفلول، عيد أحمد، الدفع بعدم الدستورية في القانون الفرنسي في ضوء أحكام القانون الدستوري رقم 724 لسنة 2008 بشأن تحديث مؤسسات الجمهورية الخامسة، القاهرة، دار النهضة العربية، ط.2، 2011.

الفرع الثاني

الرقابة عن طريق هيئة سياسية والرقابة عن طريق هيئة قضائية

تتفاوت الأنظمة القانونية المختلفة في اختيار الجهة التي تختص برقابة الدستورية، فتارة نجد موكولة إلى جهة قضائية، وتارة تُوكل إلى هيئة سياسية، وشتان بالطبع بين الجهتين تشكياً واستقلالاً وفلسفةً ومنهجاً في العمل.

فمن الدول التي تأخذ بنظام الرقابة عن طريق هيئة سياسية نجد ألمانيا وسويسرا، حيث تتكون المحكمة الدستورية الألمانية من (28) عضو، يتم اختيارهم مناصفة من قبل مجلس البرلمان، على أن يكون من بينهم ثمانية أعضاء يعينون مدى الحياة من قضاة المحاكم الفيدرالية العليا، وكذلك في سويسرا تتولى المحكمة الاتحادية العليا رقابة دستورية القوانين، وتتشكل من (28) عضو أصليين و (15) عضو احتياطي، يتم انتخابهم جميعاً في اجتماع مشترك لمجلسي البرلمان⁽¹⁾.

(1) راجع في تفصيل ذلك: عفيفي، مصطفى محمود، رقابة دستورية القوانين في مصر والدول الأجنبية، رسالة دكتوراه، كلية الحقوق، جامعة عين شمس، 1990، ص238 ما بعدها. و عبد الرحمن، عاطف سالم، دور القضاء الدستوري في الإصلاح السياسي والاجتماعي والاقتصادي: دراسة تحليلية تطبيقية مقارنة بين مصر والولايات المتحدة الأمريكية، رسالة دكتوراه، كلية الحقوق، جامعة عين شمس، 2009، ص12 وما بعدها. و عبد اللطيف، محمد، إجراءات القضاء الدستوري: دراسة مقارنة، القاهرة، دون ناشر، 1989، ص59 وما بعدها. و الشريف، عزيزة، دراسة مقارنة في الرقابة على دستورية التشريع، الكويت، مطبوعات جامعة الكويت، 1995، ص139 وما بعدها.

ولا شك أن الأخذ بنظام الرقابة عن طريق هيئة سياسية يشكل - في نظر البعض - خطرًا سياسيًا، نتيجة للتخوف من عدم حياد ونزاهة الهيئة التي تقوم برقابة الدستورية، واحتمالية خضوعها للنزوات السياسية وتقلبات الحياة السياسية المختلفة⁽¹⁾، فضلاً عن أنه قد لا تتوافر فيمن يتولون الرقابة الدستورية في الهيئة السياسية الكفاءة القانونية اللازمة لمباشرة هذه المهمة، واحتمالية أن يتم تعيين أعضاء الهيئة السياسية بحسب ولائهم السياسي، وبالطبع ستكون آراء الهيئة ككل تعبيرًا عن هذا الولاء السياسي، فتنفي الحيطة اللازمة فيهم، كذلك يُعاب على نظام الرقابة الدستورية عن طريق الهيئات السياسية - في نظر البعض - أن الهيئة لا تستطيع ممارسة مهمة الرقابة من تلقاء نفسها بل يلزم أن تُحال إليها مشروعات القوانين من جهة أخرى، كذلك لا يحق للأفراد في هذا النظام الطعن مباشرة أمام هذه الهيئة بعدم الدستورية⁽²⁾.

(1) الخطيب، نعمان أحمد، الوسيط في النظم السياسية والقانون الدستوري، الكرك، جامعة مؤتة، 1993، ص 551. و أعجال، محمد لمين لعجال، حدود الرقابة الدستورية: مقارنة في النظم المقارنة، بحث منشور في مجلة الاجتهاد القضائي، العدد الرابع، مخبر أثر الاجتهاد القضائي على حركة التشريع، جامعة محمد خيضر بسكرة، ص 136، مرجع الكتروني متاح على شبكة الانترنت، رابط الموقع:

<http://revues.univ-biskra.dz/index.php/ijdl/article/view/3661/3309>(تاريخ الدخول 2019/7/1م).

(2) الأمين، زحل محمد، القانون الدستوري والنظم السياسية، القاهرة، دار النهضة العربية، 2011، ص 82 وما بعدها. و الذنبيات، محمد جمال مطلق، النظم السياسية والقانون الدستوري مع شرح

والى جانب الدول التي تأخذ بنظام الرقابة السياسية نجد أن أغلب الأنظمة المقارنة تأخذ بنظام الرقابة عن طريق هيئة قضائية مستقلة، وذلك للاستفادة من حيده ونزاهة واستقلالية الهيئات القضائية وقدرتها على الاضطلاع بمهمة الرقابة الدستورية بطريقة فنية واحترافية باعتبارها عملية قانونية تحتاج لقدرة كبير من التخصص والبعد عن تأثير السلطات والتقلبات السياسية⁽¹⁾.

هذا وقد يتم إنشاء محكمة جديدة تختص فقط بمسألة رقابة دستورية القوانين، كما هو الحال في اختصاص المحكمة الدستورية العليا في مصر، والمحكمة الدستورية في الكويت، وفي الأردن وفي فلسطين، وفي عمان وقطر والبحرين وأغلب الدول العربية، وغيرها⁽²⁾، أو يتم إسناد الاختصاص برقابة

تحليلي للنظام الدستوري الأردني، الأردن، الدار العلمية ودار الثقافة للنشر والتوزيع، 2003، ص190.

(1) عبد العال، محمد حسين عبد العال، القانون الدستوري، القاهرة، دار النهضة العربية، 1975، ص153.

(2) تنص المادة 58 من الدستور الأردني الصادر عام 1952 والمعدل عام 2011 على أن: "تنشأ بقانون محكمة دستورية يكون مقرها في العاصمة، وتعتبر هيئة قضائية مستقلة قائمة بذاتها". كما تنص المادة 103 من القانون الأساسي الفلسطيني الصادر عام 2003 على أن: "تتشكل محكمة دستورية عليا بقانون، وتتولى النظر في دستورية القوانين واللوائح وغيرها".

الدستورية إلى المحكمة الأعلى في التنظيم القضائي في الدولة، كحكمة النقض مثلاً، كما هو الحال في الولايات المتحدة الأمريكية وسويسرا وفنزويلا⁽¹⁾.

ويرجع أمر الاختلاف في منهج اختيار الجهة المنوط بها رقابة الدستورية إلى مدى قوة سيادة مبدأ الفصل بين السلطات، ذلك أن القانون يصدر من السلطة التشريعية وتقوم بتنفيذه السلطة التنفيذية وتفصل في النزاعات المتعلقة به السلطة القضائية، وباعتبار فحص دستورية القانون أمراً متعلقاً بالمنازعات المرتبطة بالقانون، فيكون الاختصاص عندئذ بفحص الدستورية أقرب إلى السلطة القضائية، وإن اعتبرنا فحص الدستورية متعلق بتنفيذ القانون فبالتالي يقترب الاختصاص به من السلطة التنفيذية وهكذا⁽²⁾.

وبالطبع فإن الرقابة القضائية - في نظر الباحث - تُعد أقرب إلى الدقة وأولى بالاتباع من الرقابة السياسية؛ لما يبدو فيها من استقلال وتخصص للقضاة القائمين بمهمة الرقابة، ولما يتمتعون به من حييدة ونزاهة باعتبارهم جزءاً من السلطة القضائية في الدولة، فضلاً عما يطبقونه من إجراءات قضائية عادلة في نظر

(1) أعجال، محمد أمين لعجال، حدود الرقابة الدستورية، مرجع سابق، ص 137. حيث تنص المادة 93 من الدستور العراقي الصادر عام 2005، على أن: "تختص المحكمة الاتحادية العليا بما يأتي: أ. الرقابة على دستورية القوانين والأنظمة النافذة".

(2) فهمي، مصطفى أبوزيد، مبادئ الأنظمة السياسية، مرجع سابق، ص 267 وما بعدها.

المنازعات، تدعو إلى الثقة والاطمئنان في أحكامهم، مثل علنية الجلسات وحق الدفاع وتسبب الأحكام القضائية وغيرها⁽¹⁾.

والحق أن الواقع العملي وقدر الديمقراطية والحرية والنزاهة في النظام السياسي والقانوني والقضائي القائم في الدولة هو الفيصل في نجاح الرقابة القضائية أو الرقابة السياسية على دستورية القوانين في هذا النظام.

(1) الأمين، زحل محمد، القانون الدستوري والنظم السياسية، مرجع سابق، ص84. و الذنبيات، محمد جمال مطلق، النظم السياسية والقانون الدستوري، مرجع سابق، ص192. و الدبس، عصام، القضاء الإداري ورقابته لأعمال الإدارة: دراسة مقارنة، مرجع سابق، ص 268 وما بعدها.

الفرع الثالث

طرق ممارسة رقابة دستورية القوانين

تختلف الأنظمة المقارنة في الآليات أو الوسائل أو الطرق التي تتحرك بها رقابة الدستورية، أو بمعنى آخر في الطريقة التي تتصل بها المحكمة الدستورية بدعوى الدستورية، وذلك بحسب ما إذا كانت الرقابة الدستورية سابقة على صدور القانون أم لاحقة على صدوره.

وبشكل عام فإن الغالب في هذا الأمر هو اتباع عدة طرق، نذكر من بينها طريقة الدعوى الأصلية، وطريقة الإحالة من محكمة الموضوع، وطريقة الدفع بعدم الدستورية، وطريقة التصدي، وطريقة الإحالة من السلطة التشريعية، وذلك على التفصيل التالي.

أولاً: طريقة الدعوى الأصلية

قد يمنح النظام القانوني السائد في الدولة للأفراد في أي وقت حق "الدعوى الأصلية"، أي مخاطبة المحكمة الدستورية أو الجهة المختصة برقابة الدستورية مباشرة بدعوى عدم دستورية نص أو أكثر في أحد القوانين، دون اشتراط أن يرتبط ذلك بدعوى موضوعية أخرى منظورة أمام المحاكم⁽¹⁾، فهنا يبادر صاحب الشأن

(1) عبد الباسط، محمد، ولاية المحكمة الدستورية العليا في المسائل الدستورية، الإسكندرية، منشأة المعارف للنشر، 2002، ص 609.

برفع دعوى الدستورية، دون اشتراط أن تكون له مصلحة شخصية مباشرة في ذلك، وإذا ما رأت المحكمة المختصة عدم دستورية القانون فإنها تحكم بإلغائه ويسري هذا الحكم في مواجهة كافة⁽¹⁾، وإذا تراءى لها غير ذلك فإنها تقضي برفض الدعوى.

وتعتبر تلك الطريقة طريقة هجومية - على حد تعبير أحد الفقهاء - تستهدف تصفية النزاع الدستوري دفعة واحدة وبصفة مطلقة، وصولاً للقضاء تماماً على القانون المخالف للدستور، وبالتالي لا يجوز الإلتجاء إلى هذه الوسيلة إلا إذا كان هناك نص صريح في الدستور يُقررها⁽²⁾.

وتمتاز تلك الطريقة بأنها تمنح الأفراد أكبر ضمان للرقابة على دستورية القوانين واللوائح، وتخولهم حق المخاطبة المباشرة للمحكمة الدستورية عند الشك في دستورية أي نص قانوني يمس حقوقهم وحياتهم، إلا أنها على الجانب الآخر تُعد

(1) العماوي، مصطفى صالح، التنظيم السياسي والنظام الدستوري، الأردن، دار الثقافة للنشر والتوزيع، 2011، ص42.

(2) المساوي، أشرف، الشريعة الدستورية في التشريعات المختلفة ودور القضاء الدستوري في رقابة المشروعية، القاهرة، المركز القومي للإصدارات القانونية، 2007، ص27، مُشار إليه لدى: أبو زيد، محمد عبد الحميد، القانون الدستوري، القاهرة، دار النهضة العربية، 1997، ص120. و الشاعر، رمزي، النظرية العامة للقانون الدستوري، القاهرة، دار النهضة العربية، 2005، ص 707 وما بعدها.

طريقة مرهقة للغاية للنظام القانوني ككل، وتفتح الباب أمام التشكيك في كافة القوانين بغير ضوابط، ومن شأنها كذلك كثرة الدعاوى أمام المحكمة الدستورية⁽¹⁾.

وفي محاولة من بعض الأنظمة لترشيد اللجوء لهذه الطريقة، قد يتم إعطاء حق رفع الدعوى الأصلية للهيئات التي تتمتع بالشخصية المعنوية العامة في الدولة فقط كالوزارات والجامعات والمجالس المحلية وغيرها، بدل من منحها لعموم الأفراد، وذلك في محاولة للسيطرة على طريقة ممارستها، أو اشتراط توافر المصلحة الشخصية المباشرة لمن يُحرك دعوى الدستورية، بأن يكون في مركز قانوني يمسه النص المطعون في دستوريته⁽²⁾.

ومن الدول التي تأخذ بهذه الطريقة نذكر الدستور الأردني الصادر عام 1952 والمعدل عام 2011 الذي أجاز لكل من مجلس الوزراء ومجلس الأعيان ومجلس النواب إمكانية التقدم بدعوى مباشرة أمام المحكمة الدستورية للطعن في

(1) على، إبراهيم محمد، المصلحة في الدعوى الدستورية، القاهرة، دار النهضة العربية، دون تاريخ، ص 101 وما بعدها. ويضيف سيادته: "أن المشروع الأصلي لقانون المحكمة الدستورية العليا في مصر الذي تقدمت به الحكومة إلى قسم التشريع في مجلس الدولة، وأقره المجلس في 20 ديسمبر 1973م، كان يأخذ بتلك الطريقة، إلا أن المشروعات التي تلت هذا المشروع وكذا النص النهائي لقانون المحكمة الدستورية العليا رقم 48 لسنة 1979م، قد جاء خاليًا من هذه الطريقة".

(2) سالم، عبد العزيز محمد، رقابة دستورية القوانين، رسالة دكتوراه، جامعة عين شمس، 1994، ص 328 وما بعدها.

دستورية أي نظام أو قانون⁽¹⁾، كما أجازت المادة الرابعة من قانون المحكمة الدستورية في دولة الكويت⁽²⁾ إمكانية تقديم الطعن المباشر في دستورية النصوص القانونية من مجلس الوزراء أو من مجلس الأمة الكويتي⁽³⁾.

ثانياً: طريقة الإحالة من محكمة الموضوع

(1) المادة 60 من الدستور الأردني المعدلة عام 2011، وكذلك نص المادة 9 من قانون المحكمة الدستورية رقم 15 لعام 2012 في الأردن.

(2) القانون رقم 14 لسنة 1973 بإنشاء المحكمة الدستورية في الكويت.

(3) ومن الدول الأوروبية التي تأخذ بتلك الطريقة نذكر المادة (1/40) من الدستور الاتحادي في النمسا، والدستور الألماني في المادة (4/931)، وكذلك الدستور البلجيكي، والدستور البلغاري، والدستور التشيكي، وكذلك الدستور الإسباني الذي قرر في المادة (54) إمكانية رفع الدعوى الدستورية مباشرة أمام المحكمة الدستورية، من خلال جهاز يسمى محامي الشعب، يتولى الدفاع عن حقوق الأفراد، كما عرفت هذا الطريقة أيضاً المحكمة الدستورية العليا في البرتغال في المادة (1/283) من الدستور البرتغالي. اللبيدي، إبراهيم محمود السيد، صور الرقابة الدستورية وحقوق الإنسان، بحث منشور على الموقع الرسمي لمركز الإعلام الأمني، بكلية الدراسات العليا، بأكاديمية الشرطة، نسخة الكترونية متاحة على الانترنت عبر الرابط التالي:

[https://www.policemc.gov.bh/mcms-store/pdf/b99de8dd-facb-4401-ba0d-](https://www.policemc.gov.bh/mcms-store/pdf/b99de8dd-facb-4401-ba0d-f0cd2decad66_%D8%B5%D9%88%D8%B1%20%D8%A7%D9%84%D8%B1%D9%82%D8%A7%D8%A8%D8%A9%20%D8%A7%D9%84%D8%AF%D8%B3%D8%AA%D9%88%D8%B1%D9%8A%D8%A9%20%D9%88%D8%AD%D9%82%D9%88%D9%82%20%D8%A7%D9%84%D8%A5%D9%86%D8%B3%D8%A7%D9%86.pdf)

[f0cd2decad66_%D8%B5%D9%88%D8%B1%20%D8%A7%D9%84%D8%B1%D9%82%D8%A7%D8%A8%D8%A9%20%D8%A7%D9%84%D8%AF%D8%B3%D8%AA%D9%88%D8%B1%D9%8A%D8%A9%20%D9%88%D8%AD%D9%82%D9%88%D9%82%20%D8%A7%D9%84%D8%A5%D9%86%D8%B3%D8%A7%D9%86.pdf](https://www.policemc.gov.bh/mcms-store/pdf/b99de8dd-facb-4401-ba0d-f0cd2decad66_%D8%B5%D9%88%D8%B1%20%D8%A7%D9%84%D8%B1%D9%82%D8%A7%D8%A8%D8%A9%20%D8%A7%D9%84%D8%AF%D8%B3%D8%AA%D9%88%D8%B1%D9%8A%D8%A9%20%D9%88%D8%AD%D9%82%D9%88%D9%82%20%D8%A7%D9%84%D8%A5%D9%86%D8%B3%D8%A7%D9%86.pdf)

في هذه الطريقة تتحرك دعوى الدستورية وفقاً لتقدير محكمة الموضوع أو الجهة القضائية التي تنظر الدعوى، فإن رأت إحدى المحاكم أو الجهات القضائية أو الهيئات ذات الاختصاص القضائي أن النص الذي ستطبقه على النزاع فيه شبهة عدم دستورية، فإنها تقرر وقف الدعوى وإحالة الأمر إلى المحكمة الدستورية لتفصل في مدى دستورية هذا النص⁽¹⁾.

ولا شك أن تلك الطريقة تعد أكثر انضباطاً من طريقة الدعوى الأصلية، لأنها تخضع أولاً لتقدير محكمة الموضوع أو الجهة التي تنظر النزاع، وتشتط ثانياً أن يكون النص المُحال إلى المحكمة الدستورية لازماً للفصل في هذا النزاع.

ويأخذ قانون المحكمة الدستورية العليا في مصر بهذه الطريقة كأول الطرق التي يمكن من خلالها تحريك دعوى الدستورية أمام المحكمة الدستورية العليا، وذلك حسبما قررت المادة 29/أ) من قانون المحكمة الدستورية العليا رقم 48 لسنة 1979م، كما نص على تلك الطريقة أيضاً المادة الرابعة (ب) من قانون رقم 14 لسنة 1973 بإنشاء المحكمة الدستورية في الكويت.

ويجب - كأصل عام - على محكمة الموضوع عندما تقرر إحالة مسألة الدستورية للمحكمة المختصة أن تحدد بوضوح النصوص المطعون عليها وكذا النصوص الدستورية المُدعى بمخالفتها، فضلاً عن بيان أوجه عدم الدستورية،

(1) محمد، أحمد منصور، إجراءات الدعوى الدستورية، القاهرة، دار النهضة العربية، 2007، ص 90 وما بعدها.

والشكوك التي ثارت في ذهن قاضي الموضوع بشأن دستورية النصوص المُحالَة
للمحكمة (1).

(1) على، إبراهيم محمد، المصلحة في الدعوى الدستورية، مرجع سابق، ص 71.

ثالثاً: طريقة الدفع الفرعي بعدم الدستورية

لما كانت طريقة الدعوى الأصلية أو الدعوى المباشرة طريقة هجومية من طرق رقابة الدستورية، نجد أن طريقة الدفع الفرعي بعدم الدستورية طريقة دفاعية⁽¹⁾، حيث تتحرك دعوى الدستورية وفقاً لهذه الطريقة بدفع فرعي يتم إبدائه أمام محكمة الموضوع، بشأن عدم دستورية أحد النصوص اللازمة للفصل في الدعوى التي تنظرها المحكمة، عندئذ تنظر محكمة الموضوع مدى جدية هذا الدفع، وإن قدرت محكمة الموضوع جدية الدفع بعدم الدستورية فإنها تُوقف الدعوى، وتُهمّل الخصم مهلة مناسبة لرفع دعوى الدستورية أمام المحكمة المختصة⁽²⁾.

والمقرر أن الولايات المتحدة الأمريكية هي مهد ومنشأ طريقة الدفع الفرعي في رقابة دستورية القوانين، وهي الطريقة الأكثر أهمية وشيوعاً للرقابة في الولايات المتحدة، وذلك رغم أن الدستور الأمريكي لم ينص على تلك الطريقة، لكنها استقرت في قضاء المحكمة العليا كمبدأ قضائي وسارت عليه كافة المحاكم بعد ذلك⁽³⁾.

(1) الجمل، يحيى، النظام الدستوري المصري مع مقدمة في دراسة المبادئ الدستورية العامة، القاهرة، دار النهضة العربية، 1995، ص 157.

(2) أحمد منصور محمد، إجراءات الدعوى الدستورية، مرجع سابق، ص 92.

(3) تجدر الإشارة في هذا المقام إلى أنه بجانب هذه الطريقة في رقابة الدستورية في الولايات المتحدة الأمريكية توجد طريقتين أخريين هما طريقة الأمر القضائي، وطريقة الحكم التقريبي، راجع في ذلك: شيا، إبراهيم عبد العزيز، ومحمد رفعت عبد الوهاب، النظم السياسية والقانون الدستوري، الإسكندرية، أبو العزم للطباعة، 2005، ص 528 وما بعدها. و أبو زيد، محمد عبد

ويأخذ قانون المحكمة الدستورية العليا في مصر بهذه الطريقة أيضًا لتحريك دعوى عدم الدستورية، وذلك وفقًا لما قرره المادة (29/ب) من قانون المحكمة، كما يأخذ بها أيضًا قانون المحكمة الدستورية في الكويت، حسبما ورد في المادة الرابعة (ب) منه، وكذلك قانون المحكمة الدستورية الأردني والفلسطيني.

والمقرر أنه في غالب الأمر يسري على الدفع الفرعي بعدم الدستورية ذات الأحكام التي تسري على غيره من الدفوع الأخرى وفقًا لقانون المرافعات السائد، إذا لا تستطيع محكمة الموضوع أن تستكمل سيرها في الدعوى الموضوعية قبل الفصل فيه، كما أنه يجوز إبداء الدفع بعدم الدستورية من أي خصم، سواء كان مُدعياً أو مُدعياً عليه، وسواء كان طرفاً أصيلاً في الدعوى أو مُتدخلًا فيها، وسواء كان شخصًا طبيعيًا أم اعتباريًا، شريطة أن يكون صاحب مصلحة مباشرة في قبول هذا الدفع.

والمقرر كذلك أن محكمة الموضوع لا تقوم بإحالة الدفع بعدم الدستورية إلى المحكمة المختصة إلا بعد تقدير جدية الدفع، وهو ما يُعطي لمحكمة الموضوع سلطة خطيرة إزاء ذلك الدفع، ألا وهي سلطة تقدير جدية الدفع، ذلك أنه إن لم يكن الدفع جديًا في نظر محكمة الموضوع، فلا سبيل لوصوله للمحكمة الدستورية⁽¹⁾،

الحמיד، المبادئ الدستورية العامة والنظام الدستوري المصري، القاهرة، دون ناشر، 2011، ص 209 وما بعدها.

(1) عبد الرحمن، عاطف سالم، دور القضاء الدستوري في الإصلاح السياسي والاجتماعي والاقتصادي، مرجع سابق، ص 222 وما بعدها.

من هنا ثار التساؤل حول المقصود بالدفع الجدي، وفي ذلك قيل إنه يُقصد بالجدية أن يتراءى لمحكمة الموضوع من البحث الظاهري للنص المطعون فيه أن هناك أسباب معقولة تُرجح عدم دستوريته، وقيل أيضًا إن معنى الجدية ينصرف إلى ضرورة أن يكون الفصل في المسألة الدستورية مُنتجًا، أي يكون النص المطعون في دستوريته ذا صلة بالنزاع المطروح، وأن يكون ثمة شك أو شبهة حول مدى دستوريته، فضلًا عن ضرورة تحقق قاضي الموضوع من أن الدفع ليس كيديًا أو مجرد وسيلة لتعطيل الفصل في موضوع الدعوى وإطالة أمد النزاع⁽¹⁾.

وبعد تقدير محكمة الموضوع لجدية الدفع فإنها تُوقف الدعوى وتُعطي للخصم مهلة تتراوح بين شهر وثلاثة أشهر لرفع دعواه أمام المحكمة الدستورية، وبتلك الطريقة تتصل الدعوى بالمحكمة الدستورية العليا لتقول كلمتها في مدى دستورية النص أو النصوص المطعون فيها⁽²⁾.

(1) على، إبراهيم محمد، المصلحة في الدعوى الدستورية، القاهرة، دار النهضة العربية، دون تاريخ، ص 78 وما بعدها. و الشاعر، رمزي، النظرية العامة للقانون الدستوري، القاهرة، دون ناشر، 1987م. و الباز، على السيد، الرقابة على دستورية القوانين في مصر، القاهرة، دون ناشر، 1978م. و الجرف، طعيمة، القضاء الدستوري، الطبعة الثانية، القاهرة، دون ناشر، 1991.

(2) قرر المشرع المصري في قانون المحكمة الدستورية العليا رقم 48 لسنة 1979م وتعديلاته أن تكون المهلة المعطاة للخصم لرفع دعوى الدستورية هي ثلاثة أشهر في حين حددها قانون المحكمة الدستورية العليا الفلسطيني رقم 3 لسنة 2006 بشهرين، وسكت قانون المحكمة

رابعًا: طريقة التصدي

تتجسد تلك الطريقة من طرق اتصال الدعوى الدستورية بالمحكمة الدستورية في أن يكون ثمة نزاع مُثار بالفعل أمام المحكمة الدستورية بشأن مدى دستورية نص في قانون أو لائحة، وأثناء نظر المحكمة لتلك الدعوى، تتصدى المحكمة من تلقاء نفسها لبحث مدى دستورية نص آخر متعلق بالنزاع الذي تنظره.

فكأن هذه الطريقة طريقة تبعية وليست طريقة أصلية مبتدأة لاختصاص المحكمة الدستورية، فلا بد أن يكون ثمة دعوى دستورية تنظرها المحكمة أولاً لتستطيع المحكمة أن تتصدى لفحص دستورية نص آخر متصل بتلك الدعوى، كذلك لا بد أن تكون الدعوى التي تنظرها المحكمة دعوى دستورية وليست دعوى تفسير، إذ لا يجوز التصدي لعدم دستورية نص تشريعي بمناسبة طلب التفسير التشريعي، وهو ما استقر عليه قضاء المحكمة الدستورية العليا في مصر⁽¹⁾، فلا يجوز أن ينزلق التفسير التشريعي للنصوص القانونية إلى الفصل في دستورتها⁽²⁾.

الدستورية في الأردن وفي الكويت عن تحديد مهلة معينة للخصوم. بدير، نوار، الرقابة القضائية على دستورية القوانين، مرجع سابق، ص 13.

(1) حكم المحكمة الدستورية العليا في مصر، في القضية رقم 47 لسنة 18 قضائية، دستورية، بتاريخ 1997/5/17م.

(2) حكم المحكمة الدستورية العليا في مصر، في القضية رقم 2 لسنة 17 قضائية، تفسير، بتاريخ 1995/10/21، وكذا حكمها في القضية رقم 1 لسنة 17 قضائية، تفسير، بتاريخ 1995/7/3م، وكذا حكمها في طلب التفسير رقم 1 لسنة 5 قضائية، تفسير، بتاريخ

وتجد تلك الطريقة سندها في مصر في نص المادة (27) من قانون المحكمة الدستورية العليا رقم 48 لسنة 1979م، التي تقرر أنه: "يجوز للمحكمة في جميع الحالات أن تقضي بعدم دستورية أي نص في قانون أو لائحة يُعرض لها بمناسبة ممارسة اختصاصاتها، ويتصل بالنزاع المطروح عليها، وذلك بعد اتباع الإجراءات المقررة لتحضير الدعاوى الدستورية"، ويعيب البعض على هذه الطريقة أنها تُعد رخصة جوازية للمحكمة، ولا يجوز إجبار المحكمة الدستورية العليا على التصدي لنظر مدى دستورية نص في قانون أو لائحة من تلقاء نفسها⁽¹⁾.

خامسًا: طريقة الإحالة من السلطة التشريعية

يبدو من الطرق الأربعة السابقة لممارسة رقابة الدستورية أنها تتعلق بالرقابة اللاحقة، إذ ترد على نصوص قانونية صدرت بالفعل ووجدت طريقها للتطبيق أمام المحاكم، أما فيما يتعلق بالرقابة السابقة فهي في غالب الأمر تتحرك عن طريق الإحالة من السلطة التشريعية أو من رئيس الدولة، حيث تتولى الجهة المختصة بإصدار التشريع إحالة مشروع القانون إلى الجهة المختصة برقابة الدستورية لتقرير مدى دستورية نصوصه، ثم تُبدي الأخيرة رأيها في نصوص

1983/6/11م، وأيضًا حكمها في القضية رقم 1 لسنة 22 قضائية، منازعة تنفيذ، بتاريخ 2003/3/16م.

(1) على، إبراهيم محمد، المصلحة في الدعوى الدستورية، مرجع سابق، ص112. و عبد الرحمن، عاطف سالم، دور القضاء الدستوري في الإصلاح السياسي والاجتماعي والاقتصادي، مرجع سابق، ص228.

مشروع القانون كاملاً، أو في بعض نصوصه، ثم تُعيده من حيث أتى، مُرفقاً معه تقريرها بشأن مدى دستوريته، لتقوم الجهة المختصة بإصداره بعد استيفاء ما جاء في تقرير مدى الدستورية من تعديلات أو ملاحظات.

وعلى سبيل المثال فقد نصت على تلك الطريقة المادة الرابعة (أ) من قانون المحكمة الدستورية رقم 14 لسنة 1973 في الكويت ، حيث قررت أنه: "تُرفع المنازعات إلى المحكمة الدستورية بإحدى طريقتين: (أ) بطلب من مجلس الأمة أو من مجلس الوزراء..".

كذلك أخذ النظام القانوني المصري بتلك الطريقة في فترة جمعه بين الرقابة السابقة والرقابة اللاحقة على الدستورية منذ تعديل المادة (76) من دستور 1971م عام 2005م، حيث قررت الفقرة الأخيرة منها بعد التعديل أنه: ".. ويعرض رئيس الجمهورية مشروع القانون المنظم للانتخابات الرئاسية على المحكمة الدستورية العليا بعد إقراره من مجلس الشعب وقبل إصداره لتقرير مدى مطابقته للدستور".

واستمر ذلك الوضع أيضاً في الدستور المصري الصادر عام 2012م، حيث جاء نص المادة 177 منه ليقرر أن: "يعرض رئيس الجمهورية أو مجلس النواب مشروعات القوانين المنظمة لمباشرة الحقوق السياسية ولانتخابات الرئاسية والتشريعية والمحلية على المحكمة الدستورية العليا قبل إصدارها، لتقرير مدى مطابقتها للدستور..". فهنا تكون طريقة اتصال المحكمة الدستورية العليا بمسألة الدستورية هي الإحالة من السلطة التشريعية مباشرة أو من رئيس الجمهورية.

ويتساءل الباحث في هذا المقام حول عدم قيام السلطة التشريعية بإعمال مضمون قرار الجهة المختصة برقابة الدستورية؟ وعدم استيفاء ما أوردته من ملاحظات؟

وفي ذلك يمكن القول إنه لو كان النظام القانوني يأخذ بالرقابة اللاحقة على دستورية القوانين فإنه يمكن الطعن مُستقبلاً على القانون الصادر بعدم الدستورية، لكن إن لم يكن النظام يأخذ بالرقابة اللاحقة عندئذ يلزم من وجهة نظر الباحث على السلطة التنفيذية المختصة دستوريًا بإصدار التشريع أن تتحقق من استيفاء ملاحظات الدستورية وألا تُصدر التشريع في حالة عدم الأخذ بما جاء من ملاحظات بشأن مدي الدستورية فإن هي فعلت، فيها ونعمت؛ وإن لم تفعل فما بيد الجهة المختصة بفحص الدستورية حيلة غير تنبيه الجهة المختصة بالتشريع كتابة بأنه لم يتم الأخذ بما أبدته من ملاحظات، لعل السلطة التشريعية بعد ذلك تتراجع، وتقوم بسحب القانون بعد إصداره أو إلغائه أو تعديله، وآخر الحلول قطعاً هو أن تمتنع المحاكم عن تطبيق النص الدستوري الذي ترى مخالفته للدستور.

المبحث الثاني

رقابة الدستورية في النظام القانوني السعودي

تمهيد وتقسيم

يُمثل النظام الأساسي للحكم في المملكة الصادر عام 1412هـ⁽¹⁾ دستور المملكة العربية السعودية، وهو القواعد القانونية الأعلى والأسمى في النظام السعودي، وذلك بالطبع بعد كتاب الله عز وجل وسنة نبيه محمد (صلي الله عليه وسلم)، حسبما أورد نص المادة الأولى من النظام الأساسي للحكم التي قررت أن: "المملكة العربية السعودية دولة إسلامية ذات سيادة تامة دينها الإسلام ودستورها كتاب الله تعالى وسنه رسوله (صلى الله عليه وسلم) ولغتها العربية وعاصمتها مدينة الرياض"⁽²⁾.

ويتمتع النظام السعودي بخصوصية واضحة في العديد من الجوانب، لعلنا في هذا المبحث نكشف عن جانب من مظاهر هذه الخصوصية فيما يتعلق برقابة الدستورية.

(1) صدر النظام الأساسي للحكم بالأمر الملكي رقم أ/ 90 بتاريخ 27/8/1412هـ الموافق 23 فبراير 1992م.

(2) المادة الأولى من النظام الأساسي للحكم في المملكة، الصادر عام 1412هـ.

وتجري الدراسة في هذا المبحث في ثلاثة مطالب، نعرض في أولها لماهية الدستور في النظام القانوني السعودي، ونتناول في ثانياها صور رقابة دستورية الأنظمة في النظام القانوني السعودي، ونعرض في ثالثها آلية مقترحة لرقابة دستورية وشرعية الأنظمة في النظام القانوني السعودي. وذلك على التفصيل التالي.

المطلب الأول: ماهية الدستور في النظام القانوني السعودي.

المطلب الثاني: صور رقابة دستورية الأنظمة في النظام القانوني السعودي.

المطلب الثالث: آلية مقترحة لرقابة دستورية وشرعية الأنظمة في النظام القانوني السعودي.

وإلى بيان ذلك ،،

المطلب الأول

ماهية الدستور في النظام القانوني السعودي

ينصرف مفهوم الدستور بشكل عام إلى الوثيقة القانونية الأعلى والأسمى في الدولة، ويكون هو الحاكم لجميع القواعد القانونية فيها، فضلاً عن أنه هو الوثيقة التي تحدد شكل نظام الحكم في الدولة وتضع كافة الأسس والمبادئ التي تحكم تشكيل وعمل سلطات الدولة وأجهزتها المختلفة، وترسم ملامح النظام السياسي والاقتصادي والاجتماعي في الدولة.

كذلك فإن الدستور هو الذي ينظم كيفية ممارسة السلطة في الدولة، ويحدد العلاقة بين الحكام وبين الأفراد، كما يبين الدستور السلطات التي تتركز عليها الدولة في أدائها لوظائفها ومهامها، ويكرس الدستور مبدأ الفصل بين السلطات مع التعاون فيما بينها، ويحدد القرارات والوسائل التي تضمن تحقيق التوازن بين تلك السلطات⁽¹⁾، ويُمكن تعريف الدستور - لدى البعض - على أنه "مجموعة القواعد القانونية التي تبين شكل الدولة ونظام الحكم فيها وسلطاتها والعلاقة بين هذه

(1) الذنبيات، محمد جمال مطلق، النظم السياسية والقانون الدستوري مع شرح تحليلي للنظام الدستوري الأردني، مرجع سابق، ص182.

السلطات وواجبات الأفراد وحقوقهم، سواء أكانت هذه القواعد في وثيقة واحدة أو أكثر، أو كان مصدرها الأعراف والتقاليد"⁽¹⁾.

ويخضع الدستور في وضعه وتعديله وإلغاءه لقواعد ومبادئ متميزة عن غيرها من القواعد القانونية في الدولة انطلاقاً من مبدأ سمو الدستور من الناحيتين الشكلية والموضوعية، ويُطلق مُصطلح الدستور في المملكة على النظام الأساسي للحكم الصادر عام 1412هـ.

وأحياناً يُطلق بعض الفقه القانوني السعودي مصطلح الدستور على الأنظمة الدستورية في المملكة، وهي ستة أنظمة رئيسية تُشكّل في مجموعها - في نظر البعض - دستور المملكة أو الوثائق الدستورية للمملكة⁽²⁾، ولا يتفق الباحث مع ما يتجه إليه أنصار هذا الرأي لمخالفته للمفهوم المستقر فقهاً وقضاءً للفظ

(1) بن شلهوب، عبد الرحمن بن عبد العزيز، النظام الدستوري في المملكة العربية السعودية بين الشريعة الإسلامية والقانون المقارن، مرجع سابق، ص 80.

(2) هذه الأنظمة الستة هي: النظام الأساسي للحكم 1412هـ، ونظام المناطق 1412هـ، ونظام مجلس الشورى 1412هـ، ونظام مجلس الوزراء 1414هـ، ونظام هيئة البيعة 1427هـ، ونظام القضاء 1428هـ. بن شلهوب، عبد الرحمن بن عبد العزيز، النظام الدستوري في المملكة العربية السعودية بين الشريعة الإسلامية والقانون المقارن، مرجع سابق، ص 290، و ص 439. و الكحلوي، رجب محمد السيد، الوجيز في القانون الدستوري السعودي والأنظمة الدستورية المقارنة، مرجع سابق، ص 87. و المرزوقي، محمد بن عبد الله، السلطة التنظيمية في المملكة العربية السعودية، الرياض، مكتبة العبيكان، 1425-2004، ص 85. و أرزقي، محمد نسيب، و محمد بن عبد العزيز الجرياء، وعصام بن سعد بن سعيد، القانون الدستوري: دراسة قانونية تطبيقية، الرياض، مكتبة القانون والاقتصاد، 1432-2011، ص 478.

الدستور، وينبغي - في نظر الباحث - قصر مفهوم الدستور في المملكة العربية السعودية على "وثيقة النظام الأساسي للحكم"، فهي وحدها التي تمثل دستور المملكة، وهي التي تحوي القواعد والمبادئ العامة والأسس التي يقوم عليها نظام الحكم في المملكة، وتعتبر بعد كتاب الله عز وجل وسنة نبيه (صلى الله عليه وسلم)، الوثيقة الحاكمة لكافة الأنظمة واللوائح التي تصدر في المملكة.

هذا والمقرر في الفقه القانوني السعودي⁽¹⁾ أن أسلوب إصدار النظام الأساسي للحكم في المملكة يمكن تصنيفه على أنه تطبيقٌ لأسلوب المنحة، وذلك بحسب الأساليب المعتمدة في وضع الدساتير⁽²⁾، وهو ما تُعبر عنه مقدمة النظام

(1) راجع في ذلك: العجمي، حمدي محمد، مقدمة في القانون الدستوري في ضوء الدساتير العربية المعاصرة، عمان، دار الثقافة للنشر والتوزيع، 2009، ص 74 وما بعدها. و عثمان، محمد فتوح، النظام الدستوري الجديد للمملكة العربية السعودية، مجلة العلوم الإدارية، العدد الأول، يونيه 1992، ص 73 وما بعدها. و الكحلوي، رجب محمد السيد، الوجيز في القانون الدستوري السعودي والأنظمة الدستورية المقارنة، مرجع سابق، ص 87. بن شلهوب، عبد الرحمن بن عبد العزيز، النظام الدستوري في المملكة العربية السعودية بين الشريعة الإسلامية والقانون المقارن، الرياض، دون ناشر، ط.3، 1433-2012، ص 436.

(2) المقرر لدى فقهاء القانون الدستوري أن نشأة الدساتير ووجودها على أرض الواقع يكون إما بأسلوب المنحة أو أسلوب العقد أو أسلوب الجمعية التأسيسية أو أسلوب الاستفتاء الشعبي، فهذه هي الأساليب الأربعة الرئيسية في نشأة الدساتير. راجع في تفصيل ذلك على سبيل المثال: شبحا، إبراهيم عبد العزيز، ومحمد رفعت عبد الوهاب، النظم السياسية والقانون الدستوري، الإسكندرية، أبو العزم للطباعة، 2005، ص 479 وما بعدها. و الحلو، ماجد راغب، القانون الدستوري، الإسكندرية، دار الجامعة الجديدة للنشر، 2003، ص 10 وما بعدها. و فهمي، مصطفى أبو زيد، مبادئ الأنظمة السياسية، الإسكندرية، دار الجامعة الجديدة للنشر، 2003،

الأساسي للحكم التي تقرر أنه: "بعون الله تعالى: نحن فهد بن عبد العزيز آل سعود ملك المملكة العربية السعودية، بناء على ما تقتضيه المصلحة العامة، ونظرًا لتطور الدولة في مختلف المجالات ورغبة في تحقيق الأهداف التي نسعى إليها، أمرنا بما هو آت"⁽¹⁾.

ولا شك أن تحديد مفهوم الدستور في المملكة بأنه ينصرف فقط إلى النظام الأساسي للحكم يجعل من مهمة رقابة الدستورية مهمة واضحة وممكنة، بخلاف الحال لو أشرنا إلى تعدد الوثائق الدستورية، عندئذ فالقاضي يكون ملزمًا بالرجوع لكافة هذه الوثائق قبل إصدار حكمه بشأن الدستورية، ومن قبل القاضي يكون المنظم أو السلطة التنظيمية (التشريعية) ملزمة بالاستيثاق من عدم مخالفة النظام المزمع إصداره لكل الوثائق والأنظمة الدستورية في الدولة، وإنها لمهمة جد شاقة وغير مجدية.

ص 254 وما بعدها. و الدبس، عصام على، القانون الدستوري، عمان، دار الثقافة للنشر والتوزيع، 2011، ص 95 وما بعدها. و أبو زيد، محمد عبد الحميد، المبادئ الدستورية العامة والنظام الدستوري المصري، القاهرة، مطبعة العشري، 2012، ص 114 وما بعدها.

(1) مقدمة النظام الأساسي للحكم في المملكة، الصادر عام 1412هـ.

المطلب الثاني

صور رقابة دستورية الأنظمة في النظام القانوني السعودي

لا شك أن الصورة المثلى لرقابة الدستورية في أي نظام قانوني؛ تكتمل حين يكون ثمة جهة مستقلة - قضائية أو سياسية - مُختصة بالتحقق من دستورية القوانين قبل إصدارها أو حتى بعد صدورها، كما يمكن أن نتصور صورة أخرى لرقابة الدستورية حين تختفي الجهة المستقلة التي يُعهد إليها برقابة الدستورية، لكن يُسند ذلك الاختصاص إلى المحاكم كافة، بحيث ينص الدستور أو القانون على حق المحاكم في مراقبة دستورية القوانين ويرسم آلية وإجراءات وآثار ذلك.

وثمة صورة ثالثة لتنظيم رقابة الدستورية، يسكت فيها دستور الدولة عن الإشارة الصريحة لمسألة رقابة الدستورية، وحينئذ ينشب الخلاف في هذا النظام القانوني بين قائل بجواز رقابة الدستورية رغم صمت النصوص، ورافض لرقابة الدستورية لانعدام السند الدستوري لها⁽¹⁾.

(1) تجدر الإشارة في هذا المقام إلى أن الدستور الأردني الصادر عام 1952م، لم يكن ينص على الرقابة على دستورية القوانين، ولم يمنح الدستور لأي من المحاكم حق رقابة دستورية القوانين، كما أنه لم يمنعها من القيام بهذا الدور، لذلك تردد القضاء الأردني في الاعتراف بحقه في ممارسة رقابة الدستورية، إلا أنه قد استقر منذ عام 1958م على حق المحاكم المختلفة وعلى رأسها محكمة التمييز في رقابة دستورية القوانين والتحقق من دستورية القوانين المطلوب تطبيقها على النزاعات المنظورة أمام المحاكم.

أما بالنسبة لمحكمة العدل العليا الأردنية، فقد بدت المحكمة مترددة أيضًا في بادئ الأمر في ممارسة الاختصاص برقابة دستورية القوانين، ورفضت الاعتراف بحقها في ممارسة هذا الاختصاص، ومن ذلك حكمها في القضية رقم 51/6 وكذا حكمها في القضية رقم 63/41، لكنها عادت مؤخرًا في القضية رقم 67/44 وعدلت عن موقفها السابق، وأقرت بحقها في الرقابة على دستورية القوانين، ولا شك أن هذا الوضع أدى إلى زيادة الدعوات إلى إنشاء محكمة دستورية متخصصة في الأردن لتتولى مهمة رقابة دستورية القوانين والأنظمة الأردنية بشكل صريح ومحدد وواضح.

راجع في تفصيل ذلك: العواد، بلال عبد الله سليم، الضمانات الدستورية لحقوق الإنسان، مرجع سابق، ص 106 وما بعدها. و الحيارى، عادل، القانون الدستوري والنظام الدستوري، عمان، مطابع عبده غانم، 1972. و الزعبي، خالد، الرقابة على دستورية القوانين في قوانين محكمة العدل العليا والمحاكم النظامية في الأردن، بحث منشور في مجلة مؤتة للبحوث والدراسات، المجلد الحادي عشر، العدد الأول، ص 46. و حافظ، محمود، القضاء الإداري في الأردن، عمان، مطبوعات الجامعة الأردنية، 1987.

الغزوي، محمد، النظام السياسي الدستوري الأردني، عمان، دار الثقافة للنشر والتوزيع، 1995. و الدبس، عصام على، القانون الدستوري، عمان، دار الثقافة للنشر والتوزيع، 2011، ص 227 وما بعدها. و الذنبيات، محمد جمال مطلق، النظم السياسية والقانون الدستوري، مرجع سابق، ص 194.

وقد استجاب المشرع في المملكة الأردنية الهاشمية لتلك الدعوات عام 2011م، حيث تم تعديل الدستور الأردني الصادر عام 1952م، والنص لأول مرة في المواد المعدلة عام 2011م أرقام 58 و59 و60 و61 من الدستور الأردني على إنشاء المحكمة الدستورية كهيئة قضائية مستقلة تختص بالرقابة على دستورية القوانين والأنظمة، وتختص أيضًا بتفسير مواد الدستور، وإنفاذًا لنصوص الدستور المعدل صدر قانون المحكمة الدستورية في الأردن رقم 15 لسنة 2012م.

المومني، صباح موسى عبد الرحمن، الرقابة على دستورية القوانين في الأردن: دراسة مقارنة تحليلية في ضوء التعديلات الدستورية لسنة 2011، رسالة دكتوراه، الأردن، كلية الدراسات العليا، جامعة العلوم الإسلامية العالمية، 2013.

ومن خلال هذه الصور الثلاث لاتجاهات الأنظمة القانونية المختلفة بشأن مسألة رقابة الدستورية يمكن أن نتخيل حجم التفاوت بين كل صورة وأخرى في مدى وضوح واستقرار المبادئ العامة لرقابة الدستورية.

وباستقراء الوضع في المملكة العربية السعودية نلاحظ أن المملكة يمكن تصنيفها من الدول التي تتبع الصورة الثالثة لرقابة الدستورية، إذ لا توجد جهة قضائية مستقلة تختص برقابة الدستورية، ولا يوجد ثمة نصوص صريحة في النظام الأساسي للحكم تتناول مسألة الاختصاص برقابة الدستورية منحا أو منعاً، لذلك فالوضع في المملكة العربية السعودية محل خلاف ومحل اجتهاد بين قائل بوجود رقابة للدستورية ورافض لوجودها، وهو ما سنحاول استجلائه في سطور هذا المطلب.

وحتى نقف على الوضع الحقيقي لرقابة الدستورية في المملكة نتجه صوب النظام الأساسي للحكم الصادر عام 1412هـ، وكذا نظام مجلس الوزراء 1414هـ، ونظام مجلس الشورى الصادر عام 1412هـ، لنرى ما ورد فيها من نصوص يمكن أن تصلح كأساس لرقابة الدستورية، ثم نتجه صوب القضاء السعودي لنرى اتجاه المحاكم المختلفة في مسألة رقابة الدستورية.

وذلك في الفروع الثلاثة التالية:

الفرع الأول: رقابة الدستورية في ظل نصوص النظام الأساسي للحكم الصادر عام 1412هـ.

الفرع الثاني: رقابة الدستورية في ظل نصوص نظام مجلس الوزراء 1414هـ،
ونظام مجلس الشورى 1412هـ.

الفرع الثالث: موقف القضاء السعودي من رقابة دستورية الأنظمة.

والى بيان ذلك ،،

الفرع الأول

رقابة الدستورية في ظل نصوص النظام الأساسي للحكم الصادر عام

1412هـ

يستند القائلون بوجود أصل وسند لرقابة الدستورية في المملكة⁽¹⁾ إلى ما جاء في نص المادة السابعة من النظام الأساسي للحكم بالمملكة الصادر عام 1412هـ، والتي تقرر أن: "يستمد الحكم في المملكة العربية السعودية سلطته من كتاب الله وسنة رسوله (صلى الله عليه وسلم) وهما الحاكمان على هذا النظام وجميع أنظمة الدولة".

كذلك ما جاء في نص المادة (46) والتي تقرر أن: "القضاء سلطة مستقلة، ولا سلطان على القضاة في قضائهم لغير سلطان الشريعة الإسلامية"، وما أورده كذلك المادة (48) التي تقرر أن: "تطبق المحاكم على القضايا المعروضة أمامها أحكام الشريعة الإسلامية، وفقاً لما دل عليه الكتاب والسنة، وما يُصدره ولي الأمر من أنظمة لا تتعارض مع الكتاب والسنة".

فكأن مرجعية القواعد القانونية في المملكة كلها هي للشريعة كتاباً وسنةً، ولا يجوز إصدار قواعد قانونية مخالفة لهما، ويلتزم ولي الأمر وكذا المحاكم بمراقبة

(1) رزق، سلوى حسين حسن، الرقابة على دستورية الأنظمة في السعودية، مجلة العلوم الشرعية، جامعة القصيم، العدد 1، المجلد 12، ص 533-574، (محرم 1440/ يوليو 2018).

شرعية القوانين واللوائح التي تصدر، وهذه المراقبة هي في نظرهم هي المبدأ المقابل تمامًا لرقابة الدستورية⁽¹⁾.

ولا يتفق الباحث مع ما يميل إليه الرأي السابق، فالنصوص المشار إليها لا تعدو أن تكون توجيهًا للمنظم أو للسلطة التشريعية بعدم مخالفة قواعد الشريعة الإسلامية كتابًا وسنةً، ولا تصح سندًا ولا تكأة لمبدأ رقابة الدستورية في النظام السعودي.

(1) السندي، محمد عبد العزيز، الرقابة على شرعية النظم واللوائح في السعودية، مقال في جريدة الاقتصادية، عدد الأحد 7 نوفمبر 2010.

نسخة إلكترونية متاحة علي الرابط التالي
(الدخول: 2109/7/1).
http://www.aleqt.com/2010/11/07/article_465927.html
(تاريخ

الفرع الثاني

رقابة الدستورية في ظل نصوص نظام مجلس الوزراء 1414هـ

ونظام مجلس الشورى 1412هـ

يستند البعض إلى الاختصاصات التشريعية الممنوحة لمجلس الوزراء في ظل نظامه الصادر بالأمر الملكي رقم أ/13 وتاريخ 1414/3/3هـ، ويجعلها سنداً لمبدأ رقابة الدستورية⁽¹⁾، ومن بين هذه النصوص المادة (20) من نظام مجلس الوزراء التي تقرر أنه:

"مع مراعاة ما ورد في نظام مجلس الشورى"

تصدر الأنظمة والمعاهدات والاتفاقيات الدولية والامتيازات، وتُعدّل بموجب مراسيم ملكية بعد دراستها من مجلس الوزراء".

وكذلك تنص المادة (21) من نظام مجلس الوزراء على أن: "يدرس مجلس الوزراء مشروعات الأنظمة واللوائح المعروضة عليه ويُصوّت عليها مادة مادة، ثم يصوت عليها بالجملة وذلك حسب الإجراءات المرسومة في النظام الداخلي للمجلس"، وتنص المادة (22) من ذات النظام أيضاً أنه: "لكل وزير الحق بأن

(1) بالطو، ندى صلاح الدين، الرقابة على دستورية القوانين في المملكة العربية السعودية: دراسة مقارنة، رسالة ماجستير، كلية الحقوق، جامعة الملك عبد العزيز، 2013، ص 86 وما بعدها.

يقترح مشروع نظام أو لائحة يتعلق بأعمال وزارته، كما يحق لكل عضو من أعضاء مجلس الوزراء أن يقترح ما يرى مصلحة من بحثه في المجلس بعد موافقة رئيس مجلس الوزراء".

ويضيف أنصار هذا الرأي أن مجلس الوزراء وهو بصدد ممارسة اختصاصاته التشريعية يملك مراجعة مشروعات القوانين للتأكد من عدم مخالفتها أحكام الشريعة الإسلامية أو النظام الأساسي للحكم، وهو ما يعتبر نوعاً من الرقابة السياسية على دستورية القوانين في المملكة⁽¹⁾.

لكن يمكن الرد على ذلك بأنه مع الإقرار بصلاحيات مجلس الوزراء التشريعية لا يمكن أن نصف عمله عند مراجعة القوانين التي يُصدرها أنها نوعاً من رقابة الدستورية، لأنه هو صاحب مشروعات القوانين أصلاً، فكيف يقوم بمراقبتها⁽²⁾.

ويضيف الباحث أنه إن كان القائم بالتشريع هو من يُراقب الدستورية، فلا يُعد ذلك صورة من صور رقابة الدستورية السابقة، وإنما يُمكن اعتباره خطوة أو مرحلة من مراحل إصدار التشريع، فلا يصح من وجهة نظر الباحث ان نقول أن ثمة رقابة دستورية سابقة إلا إذا كان هناك اختلاف في الجهة التي تتولى سن

(1) نفس المصدر السابق.

(2) الكحلوي، رجب محمد السيد، الوجيز في النظام الدستوري السعودي، مرجع سابق، ص 242 وما بعدها.

التشريع عن الجهة التي تتولى الرقابة الدستورية، أما إن اتحدت الجهتين فلا يصح القول بأن هناك رقابة سابقة على الدستورية.

أما عن نظام مجلس الشورى الصادر بالأمر الملكي أ/91 وتاريخ 1412/8/27هـ، وما أسند إلى المجلس من اختصاصات تشريعية أوردتها نصوص المواد 15 و18 و23 من نظام مجلس الشورى، حيث قررت المادة (15) أن: "يبيد مجلس الشورى الرأي في السياسات العامة للدولة التي تحال إليه من رئيس مجلس الوزراء، وله على وجه الخصوص ما يلي: أ-مناقشة الخطة العامة للتنمية الاقتصادية والاجتماعية، وإبداء الرأي نحوها. ب-دراسة الأنظمة واللوائح والمعاهدات والاتفاقيات الدولية والامتيازات، واقتراح ما يراه بشأنها. ج-تفسير الأنظمة. د-مناقشة التقارير السنوية التي تقدمها الوزارات، والأجهزة الحكومية الأخرى، واقتراح ما يراه حيالها".

وأضافت المادة (18): "تصدر الأنظمة، والمعاهدات والاتفاقيات الدولية، والامتيازات، وتُعدل، بموجب مراسيم ملكية، بعد دراستها من مجلس الشورى". وقررت المادة (23) أنه: "لمجلس الشورى اقتراح مشروع نظام جديد، أو اقتراح تعديل نظام نافذ، ودراسة ذلك في المجلس، وعلى رئيس مجلس الشورى رفع ما يقرره المجلس للملك".

فلا شك أن تلك النصوص تُخول لمجلس الشورى حق مراجعة القوانين قبل إصدارها، ويتسنى للمجلس عندئذ أن يُراقب مدى مطابقة هذه القوانين للشريعة

الإسلامية كتابًا وسنة، ويتحقق من موافقتها لأحكام النظام الأساسي للحكم، وهي عين وظيفة رقابة الدستورية، باعتبار أن معظم مشروعات القوانين تأتي من مجلس الوزراء وتُحال لمجلس الشورى لدراستها⁽¹⁾.

ويُصنف الباحث هذه الطريقة كنوع من أنواع الرقابة السابقة على دستورية الأنظمة في المملكة العربية السعودية، لكنها تبقى في نظر الباحث أيضًا رقابة قاصرة عن تحقيق المعنى الكامل والإطار الكافي لتنظيم رقابة الدستورية في المملكة العربية السعودية.

(1) نفس المصدر، ص 244.

الفرع الثالث

موقف القضاء السعودي من رقابة دستورية الأنظمة

بادئ ذي بدء ينبغي أن نؤكد على خلو النظام القضائي السعودي من محكمة عُليا متخصصة تتولى مهمة رقابة دستورية الأنظمة واللوائح في المملكة، لكن هذا الوضع لم يمنع باقي المحاكم من ممارسة إحدى صور رقابة الدستورية، وهي رقابة الامتثال⁽¹⁾؛ ذلك أن المحاكم السعودية تقوم بمراجعة النصوص النظامية قبل تطبيقها على النزاعات المنظورة أمامها، لتتحقق من عدم مخالفتها للشريعة الإسلامية أو للنظام الأساسي للحكم⁽²⁾، فإن تبين لها مخالفة النص المزمع تطبيقه على النزاع مخالف للنظام الأساسي للحكم أو للكتاب أو السنة تمتنع المحكمة عن تطبيقه، وتلك إحدى صور رقابة الدستورية.

وتجد تلك الصورة سندها النظامي في نص المادة السابعة من النظام الأساسي للحكم التي تقرر: "يستمد الحكم في المملكة العربية السعودية سلطته من كتاب الله وسنة رسوله (صلى الله عليه وسلم) وهما الحاكمان على هذا النظام وجميع أنظمة الدولة"، وكذلك نص المادة 48 منه التي تقرر أن: "تطبق المحاكم

(1) الظاهر، خالد خليل، الرقابة القضائية لضمان مبدأ الشرعية في المملكة العربية السعودية: دراسة مقارنة، بحث منشور في مجلة الحقوق للبحوث القانونية والاقتصادية، كلية الحقوق، جامعة الإسكندرية، العدد الثاني، 2010، ص 545.

(2) الكحلوي، رجب محمد السيد، الوجيز في النظام الدستوري السعودي، مرجع سابق، ص 247.

على القضايا المعروضة أمامها أحكام الشريعة الإسلامية، وفقاً لما دل عليه الكتاب والسنة، وما يُصدره ولي الأمر من أنظمة لا تتعارض مع الكتاب والسنة".

فكأن من واجب المحاكم قبل استعمال النصوص أن تتيقن من عدم مخالفتها للشريعة الإسلامية أو لنصوص النظام الأساسي للحكم، وهذه إحدى الوسائل التي تراقب من خلالها المحاكم دستورية الأنظمة واللوائح، لكن بالطبع يتوقف دور المحكمة على الامتناع عن تطبيق النص المخالف أو المشكوك في دستوريته، دون أن تتجاوز ذلك لإلغاء النص، ودون أن يكون ذلك الموقف ملزماً لغيرها من المحاكم.

ومن تطبيقات ديوان المظالم لرقابة الامتناع نذكر ما قضى به من أنه: "من ثم تويد الهيئة الحكم محمولاً على أسبابه التي قام عليها، فيما عدا السبب المتعلق بالمطالبة الأولى الخاصة بقيمة البوالص، حيث قضت الدائرة بإلزام المدعى عليها برد هذه القيمة، لأن المدعية قامت بالتأمين، ولم يلحق المدعى عليها ضرر من جراء التأمين لدى شركة غير المحددة بالعقد، والهيئة ترى أن السبب الصحيح للحكم في هذه المطالبة أن اشتراط التأمين في ذاته غير صحيح شرعاً ومن ثم لا يترتب عليه أثر"⁽¹⁾ فقد ورد في هذا الحكم أنه لا يُعتد بشرط التأمين الوارد في نموذج عقد الأشغال العامة الصادر من مجلس الوزراء والذي

(1) حكم هيئة التدقيق بديوان المظالم رقم 141/ت لعام 1419 هـ، في القضية رقم 1/146 ق لعام 1417 هـ.

تقرر المادة 5/12 منه أن "يلتزم المقاول عند توقيع عقد تزيد قيمته عن خمسة ملايين ريال بأن يقدم إلى الجهة الحكومية بوليصة التأمين اللازمة"، فقد رأت هيئة التدقيق هنا عدم دستورية هذا النص لمخالفته الشريعة الإسلامية، مما يخول القاضي الحق في أن يمتنع عن تطبيقه⁽¹⁾.

ويعتبر البعض أن تأكد المحاكم من عدم مخالفة النصوص النظامية لأحكام الشريعة الإسلامية هو نوع من أنواع الأمر بالمعروف والنهي عن المنكر باعتباره متطلباً شرعياً من المسلمين كافة حكماً ومحكومين، وعليه فامتناع المحاكم عن تطبيق النصوص المخالفة للشريعة الإسلامية يمكن اعتباره تطبيق حي ومباشر لهذا الواجب الشرعي⁽²⁾، ومن ذلك ما قرره ديوان المظالم في أحد أحكامه ضد وزارة التجارة بشأن تسجيل علامة تجارية لوضعها على خدمات إنتاج الأفلام السينمائية وإنتاج الفيديو استناداً للمواد 46 و47 و48 من النظام الأساسي للحكم، حيث أورد الحكم أنه:

"إذا رأي القاضي حسب اجتهاده أن ذلك النظام أو إحدى موادّه المطلوب تطبيقها على القضية المعروضة يتعارض مع الكتاب والسنة، فله أن يمتنع عن

(1) الظاهر، خالد خليل، الرقابة القضائية لضمان مبدأ الشرعية في المملكة العربية السعودية: دراسة مقارنة، مرجع سابق، ص 546.

(2) رزق، سلوى حسين حسن، الرقابة على دستورية الأنظمة في السعودية، مرجع سابق، ص 547.

تطبيقه وهو ما يتفق عليه الإجماع الذي هو أحد مصادر التشريع الإسلامي من أنه لا يجوز للقاضي أن يقضي بخلاف ما يعتقد⁽¹⁾.

لكن في ظل هذا الوضع يتساءل الباحث، هل يمكن للخصوم الدفع بعدم الدستورية أم ينبغي عليهم أن ينتظروا أن تلتفت المحكمة لشبهة عدم الدستورية من تلقاء نفسها؟ وبالطبع لا يوجد نص يمنح الخصوم ذلك الحق في الدفع، كما لا يوجد نص يمنعهم منه، لذلك أمام صمت النصوص عن تنظيم حق الخصوم في الدفع بعدم الدستورية نقول إن الأصل في الأمور الإباحة، وأن الخصوم هم أسياد الخصومة، ولهم الحق في الدفع أمام محكمة الموضوع بعدم دستورية أي نص تنوى المحكمة تطبيقه على دعواهم أو يستند إليه الطرف الآخر في الدعوى، وينبغي على المحكمة أن تستجيب لهذا الدفع وتفصل في مسألة الدستورية قبل أو مع فصلها في موضوع الدعوى.

ويكون لأطراف الدعوى حق الطعن أمام المحكمة الأعلى درجة في حكم محكمة الموضوع في مسألة الدستورية، وإن أغفلت محكمة الموضوع الفصل في دفع الدستورية، يحق لأطراف الدعوى إعادة إثارة الأمر من جديد أمام محكمة الطعن.

ويثور في هذا المقام تساؤل آخر مفاده، أنه إن كانت الصورة الغالبة في للتطبيق القضائي لرقابة الدستورية في المملكة هي رقابة الامتناع، نقول هل يمكن

(1) حكم ديوان المظالم رقم (103/د/ت ج/5) لعام 1420هـ، في القضية رقم 1/1211 ق

رفع دعوى أصلية بشأن دستورية نص في نظام أو لائحة؟ ويُجيب الباحث على ذلك بالنفي قولاً واحداً، ذلك أنه لن يجد صاحب هذه الدعوى الأصلية محكمة تختص نظاماً بنظرها، إذ أن الدعوى الأصلية لفحص مسألة الدستورية غير واردة في أي من أنظمة القضاء في المملكة، وبالتالي لا تختص بها أي محكمة، ولا تملك أي محكمة الحق في قبولها، وعندئذ ينبغي أن ننتظر حتى يجد هذا النص طريقه للتطبيق في أي نزاع، عندها تكون الفرصة مواتية للدفع بعدم الدستورية ومطالبة المحكمة بالامتناع عن تطبيقه.

فضلاً عما تقدم من تطبيق لرقابة الامتناع كإحدى صور رقابة الدستورية، نقول إن نظام القضاء في المملكة الصادر عام 1428هـ بالمرسوم الملكي رقم م/78 وتاريخ 1428/9/19هـ، عندما أنشأ "المحكمة العليا" أسند إليها الاختصاص بمراقبة سلامة تطبيق أحكام الشريعة الإسلامية وما يُصدره ولي الأمر من أنظمة لا تتعارض معها، حيث قررت المادة الحادية عشرة منه أن:

"تتولى المحكمة العليا - بالإضافة إلى الاختصاصات المنصوص عليها في نظام المرافعات الشرعية ونظام الإجراءات الجزائية - مراقبة سلامة تطبيق أحكام الشريعة الإسلامية وما يُصدره ولي الأمر من أنظمة لا تتعارض معها في القضايا التي تدخل ضمن ولاية القضاء العام .."

واستنادًا لهذا النص تكون المحكمة العليا - في نظر البعض - هي المختصة نظامًا بمراقبة دستورية الأنظمة⁽¹⁾، لكن ذلك الاختصاص - في نظر الباحث - مرهون فقط باتصال المحكمة العليا بدعوى طُبِقَ فيها النص غير الدستوري أو المخالف للشريعة الإسلامية، وليس اختصاصًا أصيلاً تمارسه المحكمة أصالة على كافة نصوص الأنظمة، ناهيك عن غياب التنظيم القانوني الكامل لمسألة فحص دستورية النصوص أمام المحكمة العليا، وآثار عدم الدستورية من حيث حجية الحكم وتأثيره على الدعوى المنظورة أو على غيرها من الدعاوى المستقبلية، وهل يُلغى النص المخالف فورًا أم يُلغى بعد حين؟ أم يبقى إلى ما شاء الله؟ كل تلك الأسئلة تبقى حيرى بلا جواب في النظام، ويُفتح باب الاجتهاد للمحكمة العليا لتقرر ما تشاء.

صفوة القول إذن أن القضاء السعودي يملك الحق في الامتناع عن تطبيق النصوص المخالفة للشريعة الإسلامية أو المتعارضة مع نصوص النظام الأساسي للحكم، كما تملك المحكمة العليا الاختصاص بمراقبة سلامة تطبيق الأنظمة واللوائح في القضايا التي تدخل ضمن ولاية القضاء العام.

(1) رزق، سلوى حسين حسن، الرقابة على دستورية الأنظمة في السعودية، مرجع سابق، ص

المطلب الثالث

آلية مقترحة لرقابة دستورية وشرعية الأنظمة في النظام القانوني

السعودي

مع الإقرار بأهمية رقابة دستورية القوانين واللوائح في كل نظام قانوني مستقر، ومع الإقرار بخلو النظام القانوني في المملكة من تنظيم شامل لرقابة دستورية الأنظمة، وأخذًا في الاعتبار ما يشهده النظام القانوني والقضائي في المملكة من تطور ملحوظ في السنوات الأخيرة، واستكمالاً لإحدى حلقات هذا التطور؛ ينبغي تنظيم مسألة رقابة دستورية القوانين واللوائح في المملكة تنظيمًا واضحًا يُنهي الخلاف حول هذه المسألة الجوهرية والهامة، ويضمن تحقيق مبدأ سيادة القانون، ويكفل بحق ضمان عدم مخالفة نصوص الأنظمة واللوائح لأحكام الشريعة الإسلامية كتابًا وسنة أو لأحكام النظام الأساسي للحكم⁽¹⁾.

(1) يرى أستاذنا الدكتور مصطفى أبو زيد فهمي في مسألة الدستور الساكت عن تنظيم رقابة الدستورية أنه في هذه الحالة: "سوف تنتفي الرقابة بواسطة هيئة سياسية، لأن هذه الرقابة لا بد فيها من تنظيم خاص تقوم به نصوص خاصة، أما الرقابة القضائية فيجب أن نفرق بين طريق الدعوى وطريق الدفع، أما طريق الدعوى الأصلية فلا يجوز استعماله إلا بنص دستوري خاص نظرًا لخطورة النتائج التي تترتب عليه، أما طريق الدفع فيجوز استعماله بغير شك بغير حاجة لنص خاص يبيحه".

ويضيف سيادته عن سبب إباحته لجواز الرقابة بطريق الدفع أن: "الأمر في هذه الحالة يخرج عن كونه رقابة دستورية يحتاج لنصوص صريحة ليكون مجرد تطبيق لنصوص متفاوتة في القوة، فالقاضي عندما يجد أمامه قانون ولائحة يتعارضان، يجب أن يطبق أحدهما وطبيعي

ورغبة من الباحث في المساهمة بجهد ولو قليل في هذا الموضوع، حاولت محاولة متواضعة لوضع آلية مقترحة لتنظيم رقابة الدستورية في المملكة، وانطلقت في هذا المقام من عدة ثوابت أولية مستقرة نرسم بها ملامح النظام السعودي لرقابة الدستورية، وتُبرز من خلالها الخصوصية التي ينبغي أن تتفرد بها المملكة العربية السعودية في مسألة رقابة الدستورية.

وينبغي بداءة أن نقرر أنه من الخطأ أن نحاول الحديث عن رقابة الدستورية في المملكة العربية السعودية بغير فهم لطبيعة النظام القانوني في المملكة وما يتمتع به من خصوصية، ومن الخطأ أيضًا أن نحاول استيراد نظريات غريبة أو مفاهيم ومصطلحات مترجمة، وتُقدمها للرأي العام القانوني في المملكة على أنها الحق الذي لا يأتيه الباطل من بين يديه ولا من خلفه، وعلى أنها

أنه سيطبق الأقوى وهو القانون. هو في هذه الحالة لا يراقب شيئاً، لا يعتمد أن يفعل شيئاً أزيد ما تسمح به طبيعة عمله، إنه يُطبق فقط، مجرد تطبيق بعيد عن المراقبة".

"ونفس الشيء يمكن أن يحدث إذا تعارض القانون والدستور: فالقاضي يجب أن يطبق أحدهما، وفي مجال المفاضلة سوف تُغلب الدستور لأنه أقوى، وبالتالي يجب أن نمتنع عن تطبيق القانون، فليس هناك أي رقابة متعمدة، بل هناك تطبيق، مجرد تطبيق للقاعدة القانونية الأقوى، وهذا التحليل هو نفس التحليل الذي استندت إليه المحكمة العليا في الولايات المتحدة الأمريكية لأول مرة في تاريخها في قضية *Madison ضد Marbury* سنة 1803م، لتستخلص منه حقها في رقابة دستورية القوانين عن طريق الدفع". أستاذنا الدكتور مصطفى أبو زيد فهمي (رحمه الله)، مبادئ الأنظمة السياسية، الإسكندرية، دار الجامعة الجديدة للنشر، 2003، ص 277 و278.

الصواب وحدها دون غيرها، ومن الخطأ أيضًا ألا نراعي طبيعة النظام القانوني والقضائي في المملكة وكيف يعمل هذا النظام وكيف يدار.

لذلك كله يمكن القول إن اختيارنا لعنوان هذا البحث ليكون "خصوصية رقابة دستورية الأنظمة في المملكة العربية السعودية" قد جاء إيمانًا منا بهذه الخصوصية من ناحية، وأملًا في أن نتعامل مع رقابة الدستورية في المملكة على هذا الأساس، وألا نحاول أن نلي عنق نصوص النظام الأساسي للحكم أو غيره من الأنظمة لنضع رقابة الدستورية في المملكة في أحد القوالب المعروفة لرقابة الدستورية، ويرى الباحث أن أي محاولة لذلك قد تفقر للدقة الكافية..

وعلى ضوء كل ما تقدم وانطلاقًا منه؛ يقترح الباحث أن يتبنى المنظم السعودي نظامًا للرقابة على دستورية الأنظمة واللوائح يكون له عدة ملامح أبرزها ما يلي:

أولاً: يتم إنشاء هيئة قضائية مستقلة ومتخصصة تُسمى "الهيئة الشرعية الدستورية العليا" ويكون لهذه الهيئة الاختصاص وحدها برقابة دستورية وشرعية الأنظمة واللوائح في المملكة العربية السعودية، والغرض من هذه التسمية إبراز خصوصية رقابة الدستورية في المملكة، إذ لا يتعلق الأمر فقط بفحص مدى مطابقة النصوص النظامية لأحكام الدستور متمثلة في نصوص النظام الأساسي للحكم الصادر عام 1412هـ وغيره من الأنظمة الأساسية؛ وإنما يمتد عمل الهيئة لفحص مدى شرعية النصوص النظامية واتفاقها مع أحكام الشريعة الإسلامية كتابًا

وسنة؛ فهي إذن هيئة شرعية من ناحية ودستورية من ناحية أخرى، أما كونها عُليا ففيه إشارة إلى تفردا وتربعها على قمة التنظيم القضائي في المملكة.

وترتبط هذه الهيئة مباشرة بجلالة الملك، ويكون لها ميزانية مستقلة ضمن ميزانية الدولة ويكون مقرها مدينة الرياض.

ثانياً: يقترح الباحث في تشكيل الهيئة الشرعية الدستورية، الأخذ بأحد اقتراحين:

الاقتراح الأول: تتشكل الهيئة الشرعية الدستورية العليا من رئيس وعدد كاف من القضاة، لمدة أربع سنوات قابلة للتجديد لمرة واحدة، ويُعين رئيس الهيئة بأمر ملكي ويكون بدرجة وزير، ويُعين الأعضاء بأمر ملكي بعد أخذ رأي المجلس الأعلى للقضاء.

وتُصدر الهيئة أحكامها من خمسة أعضاء على الأقل، ويرأس جلساتها رئيسها أو أقدم أعضائها، وعند غياب الرئيس أو وجود مانع لديه يقوم مقامه الأقدم فالأقدم من أعضاء الهيئة في جميع اختصاصاته.

الاقتراح الثاني: تتشكل الهيئة من سبعة قضاة يعينون بأمر ملكي بناء على اقتراح من المجلس الأعلى للقضاء، لمدة سبع سنوات غير قابلة للتجديد، ممن تتوافر فيهم شروط شغل درجة رئيس محكمة استئناف على الأقل، ويكون رئيس الهيئة بمرتبة وزير، ويمثل الهيئة في المجلس الأعلى للقضاء رئيسها، ويحل محله

أقدم الأعضاء في حالة غيابه، ويكون أعضاء الهيئة غير قابلين للعزل أو النقل من وظائفهم إلا بموافقتهم.

ثالثاً: تكون رقابة الدستورية في المملكة رقابة لاحقة، وتتحرك تلك الرقابة أمام الهيئة بإحدى طرق ثلاث:

الأولى: طريقة الدفع الفرعي، وذلك عندما يكون ثمة دعوى منظورة أمام أي من المحاكم في المملكة، ويرى أي من أطراف الدعوى أن ثمة شبهة عدم دستورية في النصوص المزمع تطبيقها على النزاع، فهنا يدفع أمام محكمة الموضوع بعدم الدستورية، وإن قدرت محكمة الموضوع جدية الدفع، تُوقف الدعوى، وتمنح الخصم أجلاً لرفع دعوى الدستورية أمام الهيئة الشرعية الدستورية العليا.

الثانية: طريقة الإحالة من محكمة الموضوع، وذلك حالما تشك أي من محاكم الموضوع أثناء نظرها لإحدى الدعاوى في مدى دستورية أو شرعية أي من النصوص النظامية أو اللائحية اللازمة للفصل في الدعوى، عندئذ توقف المحكمة الدعوى، ثم تُحيل مسألة الدستورية إلى الهيئة الشرعية الدستورية العليا.

الثالثة: طريقة التصدي، ومعنى ذلك أن تتصدى الهيئة من تلقاء نفسها لفحص مدى دستورية نص في نظام أو لائحة، وذلك بشرط ارتباط هذا النص بدعوى منظورة أمامها أو ارتباطه بنص آخر تتولى فحص دستوريته.

فمن خلال هذه الطرق الثلاث فقط يُمكن أن يتصل اختصاص الهيئة الشرعية الدستورية العليا بدعوى الدستورية، وعليه فلا سبيل لسلوك سبيل الدعوى الأصلية للطعن ابتداءً أمام الهيئة بعدم دستورية نص نظامي أو لائحي، من غير أن يكون ثمة نزاع قضائي يستدعى تطبيق هذا النص عليه.

رابعًا: تختص الهيئة الشرعية الدستورية العليا أيضًا بمهمة تفسير نصوص الأنظمة واللوائح، وذلك حال غموضها وعدم فهم المخاطبين بها لأحكامها، وذلك من خلال دعوى تفسير نص نظامي، وتحرك هذا الدعوى بذات طريقة تحريك دعوى الدستورية، إما بوسيلة الدفع الفرعي أو بطريق الإحالة أو عن طريق التصدي.

خامسًا: تكون أحكام الهيئة أحكامًا نهائية تتمتع بالحجية المطلقة أمام الكافة، وليس فقط على أطراف الدعوى، وتسري بأثر فوري كأصل عام، ما لم ترى الهيئة سريانها بأثر رجعي بحسب تقديرها.

هذه هي أبرز ملامح النظام السعودي المقترح لرقابة دستورية وشرعية الأنظمة في المملكة العربية السعودية.

خاتمة البحث

تناولنا في سطور هذا البحث موضوع خصوصية رقابة دستورية الأنظمة في المملكة العربية السعودية، وذلك في بحثين عرضنا في أولهما لماهية وصور رقابة الدستورية في الأنظمة المقارنة بشكل عام، ثم عرضنا في المبحث الثاني لرقابة الدستورية في النظام القانوني السعودي، وصور تلك الرقابة في المملكة العربية السعودية وموقف القضاء السعودي منها.

ويمكن أن نخلص في نهاية هذا البحث إلى عدد من النتائج ومجموعة من التوصيات بشكل موجز نوردتها في السطور القادمة تبعاً.

نتائج البحث

1. تتمثل الغاية الأساسية من رقابة الدستورية بشكل عام في ضمان سيادة نصوص الدستور وضمان التزام السلطة التشريعية في الدولة بما ورد فيه من أحكام ونصوص وقواعد، ولذلك فإنه يمكن تعريف رقابة الدستورية بأنها تلك العملية التي تستهدف التحقق من مطابقة نصوص القانون لأحكام الدستور.

2. الأصل في رقابة دستورية القوانين أنها تشمل كافة أنواع التشريعات على كافة أنواعها ودرجاتها، سواء كانت تشريعات أصلية صادرة من السلطة التشريعية في الدولة أو كانت تشريعات فرعية أو استثنائية صادرة من السلطة التنفيذية حال

مبشرتها سلطة التشريع في الأحوال التي يجوز لها فيها ذلك، أو كانت لوائح صادرة من السلطة التنفيذية في حدود اختصاصها.

3. رغم اتفاق أغلبية الأنظمة القانونية المقارنة على مفهوم واحد لرقابة دستورية القوانين؛ إلا أن ذلك الاتفاق لم ينعكس على صور وأشكال ممارسة الرقابة على أرض الواقع، ذلك أن ثمة عدة صور وأشكال متنوعة لكيفية ممارسة رقابة الدستورية في الأنظمة القانونية المختلفة، فهناك الرقابة السابقة وهناك الرقابة اللاحقة، كما أن الرقابة قد تكون عن طريق هيئة قضائية أو عن طريق هيئة سياسية، كذلك قد تكون الرقابة بطريق الدعوى الأصلية أو طريق الدفع الفرعي أو بطريق الإحالة أو التصدي.

4. يُطلق مُصطلح الدستور في المملكة على النظام الأساسي للحكم الصادر عام 1412هـ، كذلك فإن المملكة يمكن تصنيفها من الدول التي لا توجد بها جهة قضائية مستقلة تختص برقابة الدستورية، ولا يوجد ثمة نصوص صريحة في النظام الأساسي للحكم تتناول مسألة الاختصاص برقابة الدستورية، لذلك فالوضع في المملكة العربية السعودية محل خلاف ومحل اجتهاد بين قائل بوجود رقابة دستورية ورافض لوجودها.

5. مرجعية القواعد القانونية كلها في المملكة هي للشريعة كتابًا وسنةً، ولا يجوز إصدار قواعد قانونية مخالفة لهما، ويلتزم ولي الأمر وكذا المحاكم بمراعاة شرعية القوانين واللوائح التي تصدر أو تطبق.

6. تُقرر نصوص نظام مجلس الشورى للمجلس حق مراجعة القوانين قبل إصدارها، ويتسنى للمجلس عندئذ أن يُراقب مدى مطابقتها هذه القوانين للشريعة الإسلامية كتابًا وسنة، ويتحقق من موافقتها لأحكام النظام الأساسي للحكم، وهي عين وظيفة رقابة الدستورية، باعتبار أن معظم مشروعات القوانين تأتي من مجلس الوزراء وتُحال لمجلس الشورى لدراستها، وهذه الطريقة تعتبر نوعًا من أنواع الرقابة السابقة على دستورية الأنظمة في المملكة العربية السعودية.

7. يخلو النظام القضائي السعودي من محكمة عليا متخصصة تتولى مهمة رقابة دستورية الأنظمة واللوائح في المملكة، لكن هذا الوضع لم يمنع باقي المحاكم من ممارسة إحدى صور رقابة الدستورية، وهي رقابة الامتثال. فمن واجب المحاكم قبل استعمال النصوص أن تتيقن من عدم مخالفتها للشريعة الإسلامية أو لنصوص النظام الأساسي للحكم، وهذه إحدى الوسائل التي تراقب من خلالها المحاكم في المملكة دستورية الأنظمة واللوائح، لكن بالطبع يتوقف دور المحكمة على الامتثال عن تطبيق النص المخالف أو المشكوك في دستوريته، دون أن تتجاوز ذلك لإلغاء النص، ودون أن يكون ذلك الموقف ملزمًا لغيرها من المحاكم.

8. لا يوجد نص في النظام القانوني السعودي يمنح الخصوم الحق في الدفع بعدم الدستورية في الدفع، كما لا يوجد نص يمنعهم منه، لذلك أمام صمت النصوص عن تنظيم حق الخصوم في الدفع بعدم الدستورية نقول إن الأصل في الأمور الإباحة، وأن الخصوم هم أسياد الخصومة، ولهم الحق في الدفع أمام

محكمة الموضوع بعدم دستورية أي نص تنوى المحكمة تطبيقه على دعواهم أو يستند إليه الطرف الآخر في الدعوى، وينبغي على المحكمة أن تستجيب لهذا الدفع وتفصل في مسألة الدستورية قبل أو مع فصلها في موضوع الدعوى، لكن لا يجوز ابتداءً رفع دعوى أصلية لفحص مسألة الدستورية في النظام السعودي.

توصيات البحث

1. ينبغي قصر مفهوم الدستور في المملكة العربية السعودية على "وثيقة النظام الأساسي للحكم"، فهي وحدها التي تُمثل دستور المملكة، وهي التي تحوي القواعد والمبادئ العامة والأسس التي يقوم عليها نظام الحكم في المملكة، وتعتبر بعد كتاب الله عز وجل وسنة نبيه (صلى الله عليه وسلم)، الوثيقة الحاكمة لكافة الأنظمة واللوائح التي تصدر في المملكة، ذلك لأن تحديد مفهوم الدستور في المملكة بأنه ينصرف فقط إلى النظام الأساسي للحكم يجعل من مهمة رقابة الدستورية مهمة واضحة وممكنة، بخلاف الحال لو أشرنا إلى تعدد الوثائق الدستورية، عندئذ يكون القاضي مُلزماً بالرجوع لكافة هذه الوثائق قبل إصدار حكمه بشأن الدستورية، ومن قبل القاضي يكون المنظم أو السلطة التنظيمية مُلزماً بالاستيثاق من عدم مخالفة النظام المزمع إصداره لكل الوثائق والأنظمة الدستورية في الدولة، وإنها لمهمة جد شاقة.

2. مع الإقرار بأهمية رقابة دستورية القوانين واللوائح في كل نظام قانوني مستقر، ومع الإقرار بخلو النظام القانوني في المملكة من تنظيم شامل لرقابة دستورية الأنظمة، وأخذاً في الاعتبار ما يشهده النظام القانوني والقضائي في المملكة من تطور ملحوظ في السنوات الأخيرة، واستكمالاً لإحدى حلقات هذا التطور ينبغي تنظيم مسألة رقابة دستورية القوانين واللوائح في المملكة تنظيمًا واضحًا يُنهى الخلاف حول هذه المسألة الجوهرية والهامة، ويضمن تحقيق مبدأ

سيادة القانون، ويكفل بحق ضمان عدم مخالفة نصوص الأنظمة واللوائح لأحكام الشريعة الإسلامية كتابًا وسنة أو لأحكام النظام الأساسي للحكم.

3. المقرر أن الصورة المثلى لرقابة الدستورية في أي نظام قانوني تكتمل حين يكون ثمة جهة مستقلة - قضائية أو سياسية - مختصة بالتحقق من دستورية القوانين قبل إصدارها أو حتى بعد صدورها، كما يمكن أن نتصور صورة أخرى لرقابة الدستورية حين تختفي الجهة المستقلة التي يُعهد إليها برقابة الدستورية، لكن يُسند ذلك الاختصاص إلى المحاكم كافة، بحيث ينص الدستور أو القانون على حق المحاكم في مراقبة دستورية القوانين ويرسم آلية وإجراءات وآثار ذلك، وهو ما ينبغي تداركه في النظام الأساسي للحكم في المملكة، باتباع أي من هاتين الصورتين.

4. يوصي الباحث بإنشاء هيئة قضائية مستقلة ومختصة تُسمى "الهيئة الشرعية الدستورية العليا" ويكون لهذه الهيئة الاختصاص وحدها برقابة دستورية وشرعية الأنظمة واللوائح في المملكة العربية السعودية.

5. تكون رقابة الدستورية في المملكة من اختصاص هذه الهيئة الشرعية الدستورية العليا، وتكون رقابة لاحقة، وتتحرك تلك الرقابة أمام الهيئة بإحدى طرق ثلاث، هي طريقة الدفع الفرعي، أو طريقة الإحالة من محكمة الموضوع، أو طريقة التصدي، وعليه فلا سبيل لسلوك سبيل الدعوى الأصلية للطعن ابتداءً أمام الهيئة

بعدم دستورية نص نظامي أو لائحي، من غير أن يكون ثمة نزاع قضائي يستدعي تطبيق هذا النص عليه.

هذه هي أبرز نتائج وتوصيات هذا البحث، أضعها بين أيدي القارئ والباحث والمجتهد، وأسأل الله عز وجل أن يكون هذا البحث علمًا ينتفع به، وإضافة قيمة للعديد من الأبحاث والدراسات المتميزة في الفقه القانوني العربي.

وختامًا فإن ما كان في هذا البحث من توفيق وصواب فمن الله وحده، وما كان فيه من خطأ أو سهو أو قصور، فمني ومن الشيطان، والله ورسوله بريئان منه، هذا والله عز وجل أعلى وأعلم.

قائمة المراجع

أولاً: الكتب

1. أبو زيد، محمد عبد الحميد، القانون الدستوري، القاهرة، دار النهضة العربية، 1997.
2. أبو زيد، محمد عبد الحميد، المبادئ الدستورية العامة والنظام الدستوري المصري، القاهرة، دون ناشر، 2011.
3. أرزقي، محمد نسيب، و محمد بن عبد العزيز الجرياء، وعصام بن سعد بن سعيد، القانون الدستوري: دراسة قانونية تطبيقية، الرياض، مكتبة القانون والاقتصاد، 2011-1432.
4. الأمين، زحل محمد، القانون الدستوري والنظم السياسية، القاهرة، دار النهضة العربية، 2011.
5. الباز، على السيد، الرقابة على دستورية القوانين في مصر، القاهرة، دون ناشر، 1978م.
6. بكري، فتحي، القانون الدستوري: المبادئ الدستورية العامة، القاهرة، دار النهضة العربية، 1997.

7. بن شلهوب، عبد الرحمن بن عبد العزيز، النظام الدستوري في المملكة العربية السعودية بين الشريعة الإسلامية والقانون المقارن، الرياض، دون ناشر، ط.3، 1433-2012.
8. الجرف، طعيمة، القضاء الدستوري، الطبعة الثانية، القاهرة، دون ناشر، 1991.
9. الجمل، يحيى، النظام الدستوري المصري مع مقدمة في دراسة المبادئ الدستورية العامة، القاهرة، دار النهضة العربية، 1995.
10. حافظ، محمود، القضاء الإداري في الأردن، عمان، مطبوعات الجامعة الأردنية، 1987.
11. حافظ، محمود، الوجيز في القانون الدستوري، ط.3، القاهرة، دار النهضة العربية، 1999.
12. الحلو، ماجد راغب، القانون الدستوري، الإسكندرية دار الجامعة الجديدة، 2003.
13. الحيارى، عادل، القانون الدستوري والنظام الدستوري، عمان، مطابع عبده غانم، 1972.

14. الخطيب، نعمان أحمد، الوسيط في النظم السياسية والقانون الدستوري، الكرك، جامعة مؤتة، 1993.
15. الدبس، عصام على، القانون الدستوري، عمان، دار الثقافة للنشر والتوزيع، 2011.
16. الدبس، عصام، القضاء الإداري ورقابته لأعمال الإدارة: دراسة مقارنة، عمان، دار الثقافة للنشر والتوزيع، 2010.
17. الذنبيات، محمد جمال مطلق، النظم السياسية والقانون الدستوري مع شرح تحليلي للنظام الدستوري الأردني، الأردن، الدار العلمية ودار الثقافة للنشر والتوزيع، 2003.
18. الشاعر، رمزي، النظرية العامة للقانون الدستوري، القاهرة، دار النهضة العربية، 2005.
19. الشاعر، رمزي، النظرية العامة للقانون الدستوري، القاهرة، دون ناشر، 1987م.
20. الشراوي، سعاد وعبد الله ناصف، القانون الدستوري والنظام السياسي المصري، القاهرة، دار النهضة العربية، 1994.

21. الشريف، عزيزة، دراسة مقارنة في الرقابة على دستورية التشريع، الكويت، مطبوعات جامعة الكويت، 1995.
22. شيحا، إبراهيم عبد العزيز، ومحمد رفعت عبد الوهاب، النظم السياسية والقانون الدستوري، الإسكندرية، أبو العزم للطباعة، 2005.
23. الطهراوي، هاني على، النظم السياسية والقانون الدستوري، الأردن، دار الثقافة للنشر والتوزيع، ط.2، 2011.
24. عبد الباسط، محمد، ولاية المحكمة الدستورية العليا في المسائل الدستورية، الإسكندرية، منشأة المعارف للنشر، 2002.
25. عبد العال، محمد حسين عبد العال، القانون الدستوري، القاهرة، دار النهضة العربية، 1975.
26. عبد اللطيف، محمد، إجراءات القضاء الدستوري: دراسة مقارنة، القاهرة، دون ناشر، 1989.
27. العجمي، حمدي محمد، مقدمة في القانون الدستوري في ضوء الدساتير العربية المعاصرة، عمان، دار الثقافة للنشر والتوزيع، 2009.
28. على، إبراهيم محمد، المصلحة في الدعوى الدستورية، القاهرة، دار النهضة العربية، دون تاريخ.

29. العماوي، مصطفى صالح، التنظيم السياسي والنظام الدستوري، الأردن، دار الثقافة للنشر والتوزيع، 2011.
30. الغزوي، محمد، النظام السياسي الدستوري الأردني، عمان، دار الثقافة للنشر والتوزيع، 1995.
31. الغفلول، عيد أحمد، الدفع بعدم الدستورية في القانون الفرنسي في ضوء أحكام القانون الدستوري رقم 724 لسنة 2008 بشأن تحديث مؤسسات الجمهورية الخامسة، القاهرة، دار النهضة العربية، ط.2، 2011.
32. فهمي، أبو زيد مصطفى، مبادئ الأنظمة السياسية، الإسكندرية، دار الجامعة الجديدة للنشر، 2003.
33. فهمي، مصطفى أبو زيد، الوجيز في القانون الدستوري والنظم السياسية، الإسكندرية، دار المطبوعات الجامعية 1999.
34. الكحلوي، رجب محمد السيد، الوجيز في النظام الدستوري السعودي والأنظمة الدستورية المقارنة، الرياض، الشقري، 1438.
35. اللساوي، أشرف، الشريعة الدستورية في التشريعات المختلفة ودور القضاء الدستوري في رقابة المشروعية، القاهرة، المركز القومي للإصدارات القانونية، 2007.

36. محمد، أحمد منصور، إجراءات الدعوى الدستورية، القاهرة، دار النهضة العربية، 2007.

37. المرزوقي، محمد بن عبد الله، السلطة التنظيمية في المملكة العربية السعودية، الرياض، مكتبة العبيكان، 1425-2004.

38. المقاطع، محمد عبد المحسن، دراسة في اتجاهات القضاء الدستوري الكويتي، الكويت، مطبوعات جامعة الكويت، 1999.

ثانيًا: الأبحاث العلمية

1. رزق، سلوى حسين حسن، الرقابة على دستورية الأنظمة في السعودية، مجلة العلوم الشرعية، جامعة القصيم، العدد 1، المجلد 12، ص ص 533-574، (محرم 1440/ يوليو 2018) .

2. الزعبي، خالد، الرقابة على دستورية القوانين في قوانين محكمة العدل العليا والمحاكم النظامية في الأردن، بحث منشور في مجلة مؤتة للبحوث والدراسات، المجلد الحادي عشر، العدد الأول.

3. الصالح، عثمان عبد الملك، الرقابة القضائية أمام المحكمة الدستورية في الكويت، مجلة الحقوق، جامعة الكويت، 1986.

4. الظاهر، خالد خليل، الرقابة القضائية لضمان مبدأ الشرعية في المملكة العربية السعودية: دراسة مقارنة، بحث منشور في مجلة الحقوق للبحوث القانونية والاقتصادية، كلية الحقوق، جامعة الإسكندرية، العدد الثاني، 2010.

5. عثمان، محمد فتوح، النظام الدستوري الجديد للمملكة العربية السعودية، مجلة العلوم الإدارية، العدد الأول، يونيو 1992.

ثالثاً: رسائل الماجستير والدكتوراه

1. الباز، على السيد، الرقابة على دستورية القوانين: دراسة مقارنة، رسالة دكتوراه، كلية الحقوق، جامعة الإسكندرية، 1978م.

2. بالطو، ندى صلاح الدين، الرقابة على دستورية القوانين في المملكة العربية السعودية: دراسة مقارنة، رسالة ماجستير، كلية الحقوق، جامعة الملك عبد العزيز، 2013.

3. عبد الرحمن، عاطف سالم، دور القضاء الدستوري في الإصلاح السياسي والاجتماعي والاقتصادي: دراسة تحليلية تطبيقية مقارنة بين مصر والولايات المتحدة الأمريكية، رسالة دكتوراه، كلية الحقوق، جامعة عين شمس، 2009.

4. عفيفي، مصطفى محمود، رقابة دستورية القوانين في مصر والدول الأجنبية، رسالة دكتوراه، كلية الحقوق، جامعة عين شمس، 1990.

5. العواد، بلال عبد الله سليم، الضمانات الدستورية لحقوق الإنسان، رسالة ماجستير، كلية الحقوق، جامعة الشرق الأوسط للدراسات العليا، 2010/2009.

6. المومني، صباح موسى عبد الرحمن، الرقابة على دستورية القوانين في الأردن: دراسة مقارنة تحليلية في ضوء التعديلات الدستورية لسنة 2011، رسالة دكتوراه، الأردن، كلية الدراسات العليا، جامعة العلوم الإسلامية العالمية، 2013.

رابعاً: الأبحاث والمقالات المنشورة على الانترنت

1. اللبيدي، إبراهيم محمود السيد، صور الرقابة الدستورية وحقوق الإنسان، بحث منشور على الموقع الرسمي لمركز الإعلام الأمني، بكلية الدراسات العليا، بأكاديمية الشرطة، نسخة الكترونية متاحة على الانترنت عبر الرابط التالي:

<https://www.policemc.gov.bh/mcms-store/pdf/b99de8dd->

[facb-4401-ba0d-](https://www.policemc.gov.bh/mcms-store/pdf/b99de8dd-facb-4401-ba0d-)

[f0cd2decad66_%D8%B5%D9%88%D8%B1%20%D8%A7%D](https://www.policemc.gov.bh/mcms-store/pdf/b99de8dd-f0cd2decad66_%D8%B5%D9%88%D8%B1%20%D8%A7%D)

[9%D8%B1%D9%82%D8%A7%D8%A8%D8%A9%20%D](https://www.policemc.gov.bh/mcms-store/pdf/b99de8dd-f0cd2decad66_%D8%B5%D9%88%D8%B1%20%D8%A7%D)

[8%D8%A7%D9%84%D8%AF%D8%B3%D8%AA%D9%88%D8%B](https://www.policemc.gov.bh/mcms-store/pdf/b99de8dd-f0cd2decad66_%D8%B5%D9%88%D8%B1%20%D8%A7%D)

[1%D9%8A%D8%A9%20%D9%88%D8%AD%D9%82%D9%8](https://www.policemc.gov.bh/mcms-store/pdf/b99de8dd-f0cd2decad66_%D8%B5%D9%88%D8%B1%20%D8%A7%D)

[8%D9%82%20%D8%A7%D9%84%D8%A5%D9%86%D8%B](https://www.policemc.gov.bh/mcms-store/pdf/b99de8dd-f0cd2decad66_%D8%B5%D9%88%D8%B1%20%D8%A7%D)

[3%D8%A7%D9%86.pd](https://www.policemc.gov.bh/mcms-store/pdf/b99de8dd-f0cd2decad66_%D8%B5%D9%88%D8%B1%20%D8%A7%D)

2. محمد عبد العزيز السنيدي، الرقابة على شرعية النظم واللوائح في السعودية، مقال في جريدة الاقتصادية، عدد الأحد 7 نوفمبر 2010. نسخة الكترونية متاحة على الرابط التالي:

http://www.aleqt.com/2010/11/07/article_465927.html

3. أعجال، محمد لمين لعجال، حدود الرقابة الدستورية: مقارنة في النظم المقارنة، بحث منشور في مجلة الاجتهاد القضائي، العدد الرابع، مخبر أثر الاجتهاد القضائي على حركة التشريع، جامعة محمد خيضر بسكرة، ص 136، مرجع الكتروني متاح على شبكة الانترنت، رابط الموقع:

<http://revues.univ->

biskra.dz/index.php/ijdl/article/view/3661/3309

4. بدير، نويرة، الرقابة القضائية على دستورية القوانين، سلسلة أوراق عمل بيزيت للدراسات القانونية (2017/5)، وحدة القانون الدستوري، كلية الحقوق والإدارة العامة، جامعة بيزيت، ديسمبر 2017.

نسخة الكترونية متاحة عبر الرابط: <https://ssrn.com/abstract=3084608>

خامسًا: الدساتير

1. النظام الأساسي للحكم في المملكة العربية السعودية الصادر بالأمر الملكي رقم (أ/90) وتاريخ 1412/8/27هـ.
2. دستور جمهورية مصر العربية الصادر عام 1971 ودستور 2012 ودستور 2014.
3. دستور فرنسا الصادر عام 1958 وتعديلاته عام 2008.
4. دستور الكويت الصادر عام 1964.
5. القانون الأساسي الفلسطيني الصادر عام 2003.
6. دستور الإمارات العربية المتحدة الصادر عام 1971 وتعديلاته حتى عام 2009.
7. دستور الأردن الصادر عام 1952 والمعدل عام 2011.
8. الدستور الليبي الصادر عام 1951، والدستور الليبي الجديد الصادر عام 2017.

سادسًا: الأنظمة والقوانين

1. نظام القضاء في المملكة الصادر بالمرسوم الملكي رقم (م/78) وتاريخ 1428/9/19هـ.
2. نظام ديوان المظالم في المملكة الصادر بالمرسوم الملكي رقم (م/78) وتاريخ 1428/9/19هـ.
3. نظام مجلس الوزراء في المملكة الصادر بالأمر الملكي رقم (أ/13) وتاريخ 1414/3/3هـ.
4. نظام مجلس الشورى في المملكة الصادر بالأمر الملكي رقم (أ/91) وتاريخ 1412/8/27هـ.
5. نظام المرافعات الشرعية في المملكة الصادر بالمرسوم الملكي رقم (م/1) وتاريخ 1435/1/22هـ.
6. نظام المرافعات أمام ديوان المظالم في المملكة الصادر بالمرسوم الملكي رقم (م/3) وتاريخ 1435/1/22هـ.
7. قانون المحكمة الدستورية العليا في مصر رقم 48 لسنة 1979م.
8. قانون المحكمة الدستورية في الكويت بالقانون رقم 14 لسنة 1972م.
9. قانون المحكمة الدستورية في الأردن رقم 15 لعام 2012.

10. قانون المحكمة الدستورية العليا في فلسطين رقم 3 لسنة 2006.

سابعًا: المواقع الالكترونية الرسمية

1. الموقع الرسمي لديوان المظالم في المملكة العربية السعودية، رابط الموقع:

<https://www.bog.gov.sa/Pages/default.aspx>

2. الموقع الرسمي لهيئة الخبراء، رابط الموقع:

<https://www.boe.gov.sa/ar/Pages/default.aspx>

3. الموقع الرسمي للمحكمة الدستورية العليا في مصر، رابط الموقع:

<http://www.sccourt.gov.eg/SCC/faces/PortalHome.jspx?Adf-Window-Id=wywq6syw6&Adf-Page-Id=0>

أبحاث في المرافعات المدنية والتجارية

النظام الإجرائي لوقف القوة التنفيذية

من محكمة الطعن المدني

د. خيرى عبد الفتاح السيد البتانونى

أستاذ مساعد قانون المرافعات

وكيل كلية الحقوق - جامعة أسوان (السابق)

معار إلى كلية الحقوق جامعة طيبة بالمدينة المنورة

محام بالنقض ومُحكّم دولى ومُوقِّقٌ ووسيط قانونى

2019م

مقدمة

1- مفهوم الحق في التنفيذ الجبري: غاية النشاط القضائي هي حماية النظام القانوني بإزالة التجهيل القانوني للحقوق والمراكز القانونية، ووضع حد لمختلف العوارض القانونية في صورة حماية قضائية - في شكل حكم أو أمر - موضوعية، أو وقائية، أو ولائية، أو تنفيذية بفرض الحل العادل وفقاً للقانون. ويسود في فقه المرافعات مقولة مؤداها أن القضية المدنية تكسب مرتين: الأولى: عند الحصول على حكم قطعي حاسم في موضوع الحق، والثانية: عند تمام التنفيذ بنجاح؛ لإعادة التوافق بين الواقع والقانون. وصدق الفاروق عمر بن الخطاب - رضي الله عنه - عندما قال لأبي موسى الأشعري في رسالته الخالدة: "...واعلم أنه لا ينفع تكلم بحق لا نفاذ له..."⁽¹⁾.

إذاً فما قيمة حكم قضائي صدر بعد طول عناء، ثم لا يعيد الحق لصاحبه؟ ألم يكن ذلك مضيعة للوقت والجهد والنفقات دون طائل؟! عند امتناع المدين عن الوفاء، وعدم حصول الدائن على حقه. ولا يسقط حق وراءه مطالب، وقاضٍ عادلٌ يحميه ويعمل على إعادته بمنافعه لصاحبه. فالحكم القضائي ليس غاية في حد

(1) د. أحمد هندي، الصفة في التنفيذ، دار الجامعة الجديدة للنشر بالإسكندرية، 2000م، بند 1، ص 9 وما بعدها. د. وجدي راغب فهمي، مبادئ القضاء المدني، دار النهضة العربية بالقاهرة، 2001م، ص 38. د. نبيل إسماعيل عمر، النظام القانوني للحكم القضائي دار الجامعة الجديدة للنشر بالإسكندرية، 2015م، بند 2، ص 5-6. د. محمد سعيد عبد الرحمن، الحكم القضائي، منشورات الحلبي الحقوقية 2011م، بند 1، ص 9 وما بعدها. د. إبراهيم أمين النفاوي، القوة التنفيذية للأحكام، ط 1، دار النهضة العربية بالقاهرة 2005م، بند 1 وما بعده، ص 5 وما بعدها.

ذاته، بل وسيلة لتحقيق استقرار الحقوق والمراكز القانونية بما له من قوة تنفيذية بفرض الإلزام به وتنفيذه؛ ولذا فنجاح القضاء يقاس بمدى تنفيذ أحكامه. فقد تمر سنوات من التقاضي يذوق فيها الناس الويلات؛ من أجل الوصول إلى حقوقهم في أروقة المحاكم، ويتنفسون الصعداء عندما يحصلون على أحكام قضائية إن كانوا على قيد الحياة، وما أن يشرعوا في التنفيذ الجبري حتى يواجهون بحزمة من الثغرات القانونية والإشكالات التي تجعل الحكم حبرا علي ورق، وتعيده من جديد إلى ساحة المحاكم⁽¹⁾.

والحق في التنفيذ الجبري Droit à l'exécution: هو حق إجرائي يحقق الحماية القضائية التنفيذية الجبرية بالحصول على الحق الموضوعي الثابت بالسند التنفيذي، يتيح لطالب التنفيذ (الدائن) أن يطلب من السلطة المختصة بالتنفيذ الجبري إجراء تنفيذ الحكم الصادر لصالحه في مواجهة المنفذ ضده (المدين)، ولو باستعمال القوة الجبرية؛ لاقتضاء حقه؛ وذلك لإجبار المدين المماطل (المُنَفَّذ ضده) على الوفاء بالتزامه عن طريق تدخل السلطة المختصة بناءً على طلب الدائن طالب التنفيذ - باعتبار أن القضاء مطلوب، وليس معروضاً- الذي بيده سند تنفيذي حائز للقوة

(1) د. أحمد هندي، التنفيذ الجبري، دار الجامعة الجديدة للنشر بالإسكندرية، 2016م، بند 1، صفحة 3. د. أحمد ماهر زغلول، أعمال القاضي التي تحوز حجية الأمر المقضي وضوابط حجيتها، 1990م، بند 34-35، ص 65 وما بعدها. د. وائل محمود عبدالمطلب البشل، التنفيذ العكسي، ط 1، دار النهضة العربية بالقاهرة، 2018م، ص 7 وما بعدها.

التنفيذية La Force exécutoire ومستوفٍ لشروطه القانونية. وبالتنفيذ يتحقق التطابق بين المركز القانوني والواقعي لصاحب الحق بما قضى له الحكم به⁽¹⁾.

والحق في التنفيذ الجبري رخصة للإنسان تمنحه الحق في التنفيذ، وهو حق من الحقوق العامة الدستورية، ولا يجوز حرمان الإنسان منه باعتباره فرعاً من الحق في الالتجاء إلى القضاء، أو فرعاً من حق التقاضي، فيكتسب بنفس الحصانة التي يتمتع بها حق التقاضي، بحيث لا يجوز للمُشرِّع أو للمحكمة حرمان شخصٍ من هذا الحق، وإلا كان ذلك مخالفةً للدستور؛ ولذا تعتبر الحماية التنفيذية صورةً من صور الحماية القضائية تخضع لقواعد قانون المرافعات. ويعتبر الحق في التنفيذ الجبري من الحقوق الدستورية باعتبار أن الأحكام القضائية تصدر وتُنَفَّذ باسم الشعب، ويكون الامتناع عن تنفيذها أو تعطيل تنفيذها من جانب الموظفين العموميين جريمةً جنائيةً يعاقب عليها القانون، وللمحكوم له في هذه الحالة حقُّ رفع الدَّعوى الجنائية مباشرة إلى المحكمة المختصة (الدَّعوى الجنائية

(1) د. أحمد هندي، التنفيذ الجبري، بند 1، ص 3. د. عيد محمد القصاص، أصول التنفيذ الجبري، ط 3، 2010م، بند 8، ص 26 وما بعدها. د. محمد صلاح الدين فايز محمد، وقف تنفيذ الحكم الإداري من محكمة الطعن، دار الجامعة الجديدة للنشر بالإسكندرية 2017م، ص 10.

المباشرة)، ويعاقب الموظف العام جنائياً في هذه الحالة بمقتضى نص (م123 عقوبات)⁽¹⁾.

وقد قضت المحكمة الدستورية العليا بأن: " إنكار الحق في الترضية القضائية سواءً بمنعها ابتداءً، أم بإقامة العراقيل في سبيل اقتضاؤها، أم بتقديمها متباطئة متراخية دون مسوغ مشروع، لا يعدو أن يكون إهداراً للحماية التي يفرضها الدستور والقانون للحقوق، وهُدْمًا للعدالة في جوهر خصائصها وأدق توجهاتها... وأن الترضية القضائية التي لا تقترف بوسائل الحمل على تنفيذها، تفقد قيمتها عملاً، وكلما تعذر قهر المدين على أداء الحقوق التي ماطل في إيفائها لأصحابها؛ وكان سند اقتضاؤها مستوفياً قوةً نفاذاً، فإن أعمالَ مبدأ الخضوع للقانون يكون عندئذ سراباً ويغدو عبثاً..."⁽²⁾.

ولجأ الإنسان في عهد شريعة الغاب والأخذ بالثأر واستيفاء الحق بالقوة إلى اقتضاء حقه بنفسه، ولكن بعد نشوء الدولة الحديثة قامت بنفسها بتنفيذ السندات التنفيذية عن طريق السلطة المختصة بالضوابط القانونية، تحت إشراف القضاء ورقابته. والأصل: أن يقوم المدين بالتنفيذ الرضائي لالتزامه، وإلا لجأ الدائن بعد أن أرهقته

(1) د. محمد عبد الخالق عمر، مبادئ التنفيذ الجبري، ط 4، دار النهضة العربية بالقاهرة، 1978م، بند 2، ص 25. د. الأنصاري حسن النيداني، مبادئ التنفيذ الجبري، ط 1، 2013/2012م، ص 7-11.

(2) دستورية عليا 1994/12/17م، قضية رقم 5 لسنة 15 ق، مج، ج 6، ص 918. دستورية عليا 1998/4/4م، قضية رقم 37 لسنة 18 ق، مج، ج 8، ص 126.

السُّبُل وأعبته الحِيل لاقتضاء حقه إلى التنفيذ الجبري القضائي على أموال المدين، حيث يعتبر التنفيذ مرحلةً ضروريةً مكملةً لإجراءات التقاضي؛ لإعادة التوافق بين الواقع والقانون في أسرع وقت ممكن، ولتحقيق التوازن بين المصالح المتعارضة⁽¹⁾. فهدف القانون تحقيق الاستقرار باليقين القانوني، أي: تحديد الحقوق والمراكز القانونية، حتى يعرف الأفراد ما لهم من حقوق وما عليهم من واجبات. وتقام الخصومة القضائية لاقتضاء منفعة يقرها القانون، بعد تنفيذ الحكم الصادر فيها - وإلا أصبح الحكم هباءً منثورًا - جبرًا عن المحكوم عليه؛ لتحقيق استقرار الحقوق والمراكز القانونية المُقضي بها، وإيصالها إلى أصحابها⁽²⁾.

وينشأ الحق في التنفيذ للدائن بوجود سند تنفيذي مدموغ بالصيغة التنفيذية la formule exécutoire. ويجب لقبول طلب الدائن طالب التنفيذ؛ أن تكون له مصلحة شخصية ومباشرة وقائمة يُقرها القانون. وللمضروب من التعسف في استعمال الحق في التنفيذ المطالبة بالتعويض عن التنفيذ الكيدي وإجراءات التنفيذ

(1) د. فتحي والي، التنفيذ الجبري في المواد المدنية والتجارية، مطبعة جامعة القاهرة والكتاب الجامعي، 1995م، بند 17، ص 30 وما بعدها. د. أحمد هندي، الصفة في التنفيذ، بند 1، ص 10-11.

(2) د. محمد سعيد عبد الرحمن، القوة القاهرة في قانون المرافعات، ط 1، منشورات الحلبي الحقوقية، 2011م، بند 1 وما بعده، ص 11 وما بعدها. د. أحمد إبراهيم حسن، غاية القانون، دار المطبوعات الجامعية بالإسكندرية، 2000م، ص 178-179. د. حمدي عبد الرحمن، فكرة القانون، دار الفكر العربي بالقاهرة، 1979م، بند 11، ص 24. دستورية عليا، 1999/2/6م، مجلة القضاة، س 30، بند 5، ص 118 وما بعدها.

التعسُفِيَّة. ويقتضي مبدأ المشروعية خضوع الجميع حُكَّامًا ومحكومين للقانون، بالتالي فلا يجوز للدولة الامتناع عن تنفيذ الأحكام، حيث يعتبر ذلك من صور التعسف في استعمال الحق⁽¹⁾. ويتمثل دَوْرُ الحماية القضائية التنفيذية للحقوق والمراكز القانونية المُعْتَدَى عليها، في إزالة الاعتداء وإعادة التوافق بين الواقع والقانون، حتى تبدو الحماية التنفيذية امتدادًا للحماية التأكيدية. ويهدف التنفيذ القضائي في جَوْهَرِهِ إلى إعادة مطابقة المراكز الواقعية للمراكز القانونية السابق تأكيدها بسندٍ تنفيذيٍّ⁽²⁾.

وقد قضت محكمة النقض بأنه: " ... لما كان من المستقر عليه أن تنفيذ الأحكام الجائز تنفيذها مؤقتًا إنما يكون على مسئولية طالب التنفيذ مجرد رُخصة للمحكوم له، إن شاء انتفع بها، وإن شاء تربص حتى يحوز الحكم قُوَّة الشيء للمحكوم فيه، فإذا تعجل المحكوم له وأقدم على تنفيذ حكم وهو يعلم أنه مُعَرَّضٌ للإلغاء عند الطعن فيه، فإنه يكون قد قام بالتنفيذ على مسئوليته فيتحمل مَخَاطِرِهِ. وإذا ما أُلْغِيَ الحُكْمُ يُضْحِي التنفيذُ بغير سَنَدٍ من القانون، بما يَحِقُّ للصادر لصالحه الحُكْمُ

(1) د. عيد محمد القصاص، المسئولية عن التنفيذ الجبري، دار النهضة العربية بالقاهرة، 2001م، ص 73-74. د. أحمد إبراهيم عبد التواب، الإساءة في إجراءات التقاضي والتنفيذ، دار الجامعة الجديدة للنشر بالإسكندرية، 2009م، بند 283 وما بعده، ص 595 وما بعدها. د. أحمد قطب عباس، إساءة استعمال الحق في التقاضي، دار الجامعة الجديدة 2006م، ص 371 وما بعدها.

-Cass. Civ. 2^e ; 28 Jan. 1998; Rév. huiss. 1998; P. 558; Not. **Dahan**.

(2) د. أحمد ماهر زغلول، آثار الغاء الأحكام بعد تنفيذها، دار النهضة العربية بالقاهرة، 1992م، بند 1، ص 5 وما بعدها.

المطالبة بالتنفيذ العكسي إلى ما كان عليه قبل التنفيذ، وتعويض الضرر الذي يكون قد نشأ عن التنفيذ...»⁽¹⁾.

ومع إمكانية القيام بالتنفيذ الجبري ثم إلغائه، فيعتبر كلُّ تنفيذٍ مؤقتٍ غيرٍ مستقرٍ إذ هو قابل للرجوع فيه طالما أنَّ احتمال إلغاء سنده التنفيذي، أو إلغاء إجراءات التنفيذ لا تزال قائمةً، ولا يعتبر التنفيذ مؤيداً إلا بعد أن يصبح السند التنفيذي غير قابلٍ للإلغاء، أو التعديل من محكمة الطعن، أو التظلم، وتصبح المنازعة في إجراءات التنفيذ غيرٍ مقبولةٍ. وعلى ذلك فالتنظيم القانوني للتنفيذ الجبري يسمح بإمكانية التنفيذ، ثم إلغائه وإعادة الحال إلى ما كان عليه قبله، وذلك باسترداد المنفذِ ضدهُ ما دفعه؛ نتيجة التنفيذ المُعْجِي؛ لتلاشي آثار التنفيذ المُعْجِي، واستعادة الخصوم نفس المراكز القانونية التي كانوا عليها قبل التنفيذ المُعْجِي. ويتمُّ ذلك بالتنفيذ العكسي، بالردِّ العينيِّ للأموال التي تمَّ التنفيذُ عليها، وذلك بشرط عدم اكتساب الغير حسن النية حقاً على هذا المال كمشترى المنقول حسن النية، وإن

(1) نقض مدني 1996/2/29م، طعن رقم 530 لسنة 58 ق، مج، س 47، ج 1، ق 79، ص 405. نقض مدني 1979/5/5م، طعن رقم 555 لسنة 45 ق، مج، س 30، ج 2، ق 234، ص 270.

تَعَدَّرَ الرَّدَّ الْعَيْنِيَّ صَارَ إِلَى الرَّدِّ بِمَقَابِلِ نَقْدِيٍّ، كَأَنْ هَلَكَتْ الْعَيْنَ مَحَلَّ التَّنْفِيزِ
مَثَلًا(1).

ونَتَائِجُ التَّنْفِيزِ الْجَبْرِيِّ رَهِينَةٌ بِصِحَّةِ أَوْ بَطْلَانِ السَّنَدِ التَّنْفِيزِيِّ، فَإِذَا كَانَ السَّنَدُ
صَحِيحًا كَانَتْ الْإِجْرَاءَاتُ صَحِيحَةً، أَمَا إِذَا كَانَ السَّنَدُ بَاطِلًا أَوْ مُنْعَدِمًا كَانَ التَّنْفِيزُ
وَحَاصِلُهُ مُنْعَدِمًا. كَمَا يُعَلَّقُ مَصْنِعُ التَّنْفِيزِ الْمُعْجَلِ عَلَى مُصِيرِ السَّنَدِ ذَاتَهُ بِالْحُكْمِ
فِي الطَّعْنِ. وَمَكُونَاتُ السَّنَدِ التَّنْفِيزِيِّ بِالْعَنْصَرِ الْمَوْضُوعِيِّ وَالشَّكْلِيِّ مَسْأَلَةٌ
قَانُونِيَّةٌ(2).

2- مفهوم السند التنفيذي: السند التنفيذي Le Titre exécutoire: هو عمل
قانوني شكلي، مؤكّد لوجود حقّ الدائن في التنفيذ الجبري، ويتمتع بالقوة التنفيذية.
وبالتالي فهو مفترضٌ ضروريٌّ، والأساس القانوني للتنفيذ الجبري، بعد الحصول
على الصورة التنفيذية بوضع الصيغة التنفيذية La formule exécutoire على
السند التنفيذي؛ لتؤدي الصورة التنفيذية copie exécutoire وظيفتها الأساسية
كوسيلة مهياً للتنفيذ الجبري. وفكرة السند التنفيذي فكرة قانونية إجرائية شكلية مستقلة

(1) د. أحمد ماهر زغلول، آثار الغاء الاحكام بعد تنفيذها، بند 126 وما بعدها. د. عيد محمد
القصاص، أصول التنفيذ الجبري، ط3، 2010م، بند 8، ص 26 وما بعدها. د. طلعت دويدار،
النظرية العامة للتنفيذ القضائي، بند 2، ص 10 وما بعدها.

(2) د. محمد محمود إبراهيم، أصول التنفيذ الجبري على ضوء المنهج القضائي، دار الفكر العربي
بالقاهرة 1983م، ص 21 وما بعدها. نقض مدني 13/12/1966، طعن رقم 217 لسنة 32
ق، مج، س 17، ج 4، ق 271، ص 1880. نقض مدني 17/1/1960، طعن رقم 165
لسنة 25 ق، مج، س 11، ج 1، ص 216.

عن العمل القضائي، بدليل أن إعلان الحكم القضائي إلى المحكوم عليه لا يغني عن إعلان السند التنفيذي إلى المُنْفَذِ ضِدَّهُ⁽¹⁾.

ولا يجوز التنفيذ الجبري إلا بسندٍ تنفيذيٍّ، والسندات التنفيذية: هي الأحكام، والأوامر، والمَحَرَّرَاتُ الْمُؤَثَّقَةُ، وَمَحَاضِرُ الصُّلْحِ التي تُصَدِّقُ عليها المحاكم أو مجالس الصلح، والأوراق الأخرى التي يعطيها القانونُ صفةَ السندِ التنفيذي. ولا يجوز التنفيذ في غير الأحوال المستثناة بنص القانون، إلا بِمُوجِبِ صورة تنفيذية للسند التنفيذي عليها الصيغة التنفيذية (م280 مرافعات).

ولأنَّ القانونَ هو الذي يَمْنَحُ السندَ التنفيذيَ قوتهِ التنفيذية مباشرةً؛ فقد وردت السندات التنفيذية على سبيل الحصر، فالقانونَ هو المصدر المباشر للقوة التنفيذية للسندِ التنفيذي؛ ولذلك فلا يجوزُ الإضافة إليها بالاجتهاد أو القياس عليها، ولا يجوزُ الاتفاقُ بين ذوي الشأن على إضفاء الصفة التنفيذية على مُحَرَّرٍ مُعَيَّنٍ، وبالتالي فلا يجوزُ التنفيذُ إلا بمقتضى سندٍ تنفيذيٍّ نصَّ عليه القانونُ. والعبرةُ في إضفاء القوة التنفيذية على السند تكونُ بالقانون الساري وقتَ إنشائه؛ لأنَّ قابلية الحكم للتنفيذ، أو عدم قابليته له، هي وصفٌ للحكم يوجد معه وقت إنشائه. والسند

(1) د. فتحي والي، التنفيذ الجبري في المواد المدنية والتجارية، مطبعة جامعة القاهرة والكتاب الجامعي، 1995م، بند 15 وما بعده، ص 29 وما بعدها. د. محمد عبد الخالق عمر، مبادئ التنفيذ، بند 87، ص 111-112. د. أحمد محمد أحمد حشيش، أساس التنفيذ الجبري في قانون المرافعات، 1998م، بند 1 وما بعده، ص 173 وما بعدها. د. السعيد محمد الأرمزي عبد الله، السند التنفيذي في قانون المرافعات، المكتب الجامعي الحديث بالإسكندرية، 2008م، ص 30.

التنفيذي مفترض ضروري للتنفيذ، فهو يُنشئ بِدأته الحقَّ في التنفيذ؛ ولذلك يجب أن يُوجدَ السُّنْدُ التنفيذيُّ عندَ البَدْءِ في التنفيذ؛ ولذا لا يجوز التنفيذ بغير وجود سند تنفيذي حتى ولو وُجِدَ فيما بعد بَدْءُ التنفيذ. وإذا أُبْطِلَ السُّنْدُ التنفيذيُّ، أو أُلْغِيَ بعد أن تمَّ التنفيذ الجبري بموجبه، فإن ما تمَّ من إجراءات تعتبر كأن لم تكن⁽¹⁾.

وتهدف فكرة السند التنفيذي إلى إقامة توازنٍ بين مصلحة المحكوم عليه والمحكوم له، فلا يتعدى ظالمٌ ولا يُعصَفُ مظلوم، ويحصل طالبُ التنفيذِ على حَقِّهِ في أسرع وقتٍ وبأقلِّ نَقَعَاتٍ وإجراءات، أي: تحقيقُ التوازنِ بين مصالحِ أطرافِ السندِ التنفيذي المتعارضة: مصلحةُ طالبِ التنفيذِ في تنفيذٍ فوريٍّ سريعٍ لِحَقِّهِ، ومصلحةُ المُنفَّذِ ضِدَّهُ في عدم التنفيذِ إلا لصاحبِ حقِّ يحميه القانونُ حمايةً تنفيذيةً. وللسندِ التنفيذي قوةً تأكيديةً بوجودِ الحقِّ ويعتبر مفترضاً ضرورياً للتنفيذ، وسبباً مُنشئاً للحق في التنفيذ الذي هو سلطة أو مُكْنَةُ إجرائية تُحوَّلُ لصاحبها تحريكُ الجهازِ القضائي للقيام بالتنفيذ الجبري، بحيث أصبحت القاعدةُ أنَّه لا يجوز التنفيذ الجبري إلا بسند تنفيذي مدموغ بالصيغة التنفيذية؛ اقتضاءً لِحَقِّ مُحقِّقِ الوجودِ ومُعَيَّنِ المِقْدَارِ وحَالِ الأداء⁽²⁾.

(1) د. فتحي والي، التنفيذ الجبري، بند 18، ص 32-33. د. السعيد الأزمازي، السند التنفيذي، ص 30. د. هيكل أحمد عثمان حميد، الحكم القضائي كسند تنفيذي في قانون القضاء المدني، رسالة دكتوراه حقوق القاهرة، 2010م، ص 58 وما بعدها.

(2) د. أحمد ماهر زغلول، آثار إلغاء الأحكام بعد تنفيذها، بند 2 وما بعده، ص 9 وما بعدها. د. عبد العزيز خليل بديوي، القضاء في الإسلام وحماية الحقوق في الإسلام، دار الفكر العربي

ويعُدُّ الحُكْمُ القَضَائِيَّ كَسَنَدٍ تَنفِيزِيٍّ وَسِيلةَ تَحْقِيقِ فَاعِلِيَّةِ النِّظَامِ القَضَائِيِّ بِحِمايةِ النِّظَامِ القَانُونِيِّ، وإِعادةِ التَّوافُقِ بَينَ الوَاقِعِ والقَانُونِ، وَحِمايةِ الحَقُوقِ والمَراكِزِ القَانُونِيَّةِ، وَتَحْقِيقِ العَدَالَةِ الَّتِي يَسْعَى المَسْتَجِيرُ بالقَضَاءِ لِلحَصُولِ عَلَیْها بِتَأَكِيدِ حَقِّهِ المَوْضُوعِي وَقِيامِهِ بِالتَّنْفِيزِ الجَبْرِيِّ؛ لَكي لا يَصِبُ الحُكْمُ القَضَائِيُّ وَرَقَةً بَیضاءَ لا نَفادَ لَهُ؛ وَذلكَ لِأَنَّ القَضَاءَ: هُوَ حِصْنُ الحَقُوقِ وَالْحُرِّيَّاتِ وَالْمَلادُ الأَمْنِ لِلْمُتَقاضِيْنَ فِي اقْتِضاءِ حَقُوقِهِم بِتَنفِيزِ السَنَداتِ التَّنْفِيزِيَّةِ تَنفِيزًا جَبْرِيًّا؛ حَتى لا تَضِيعُ هِيبَةُ وَقُدْسِيَّةُ القَضَاءِ بِإِهْدارِ تَنفِيزِ أَحكامِهِ ذاتِ القُوَّةِ التَّنْفِيزِيَّةِ⁽¹⁾.

وَيَلزِمُ لَكي يَكُونَ الحُكْمُ سَنَدًا تَنفِيزِيًّا قَابِلًا لِلتَّنْفِيزِ الجَبْرِيِّ، أَنْ يَكُونَ قَضَاءً نَهائِيًّا قَطْعِيًّا بِالإِزامِ، وَالْمَناطُ فِي تَعْرِفِ ما لِلحُكْمِ مِنْ قُوَّةِ الإِزامِ هُوَ بِنَقَّهِم مُقْتَضاهُ وَمُقْتَضَى مَرامِيهِ. وَتُحَقِّقُ أَحكامُ الإِزامِ الحِمايةَ القَضائِيَّةَ الكامِلَةَ بِإِزالَةِ الشَكِّ، أَوِ التَّجْهِيلِ الَّذِي يَلاِبَسُ الحَقَّ، أَوِ المَركَزِ القَانُونِيِّ، وَيُوجَدُ ارْتِباطٌ حَتْمِيٌّ بَينَ قَضاءِ الإِزامِ والقُوَّةِ التَّنْفِيزِيَّةِ. وَيَكْتَسِبُ قَضاءُ الإِزامِ صِفةَ القُوَّةِ التَّنْفِيزِيَّةِ سِواءً صَدَرَ مِنْ قَضاءِ المَوْضُوعِ أَمْ

بِالقاهِرة، 1979م، ص 86 وما بَعدِها. د. مَحْمود الطَناحِي، المَقُوماتِ المَوْضُوعِيَّةِ والشَكليَّةِ لِلسَنَدِ التَّنْفِيزِيِّ، رِسالَةُ دَكتوراهِ، حَقُوقِ القاهِرة، 2005م، ص 37 وما بَعدِها.

(1) د. هِيكَلُ أَحْمَدِ عِثْمانِ حَميدِ، الحُكْمُ القَضائِيُّ كَسَنَدِ تَنفِيزِيٍّ، ص 1 وما بَعدِها.

–Roger Perrot et Philippe Théry; Procédures Civiles d'exécution;
Dalloz; Paris 2000; P. 59.

–Caas. Civ.2^e; 28 out. 1999; D. 1999; N. 44; Juris.; P. 281.

المستعجل. ومن الممكن تحقيق فكرة الوحدة القانونية بين الدول العربية بتوحيد فكرة السندات التنفيذية⁽¹⁾.

3- عدم الاهتمام بدراسة النظام الإجرائي لوقف القوة التنفيذية من محكمة الطعن، أو التظلم (مشكلة البحث): لم تَفِ الدراساتُ التي تناولت قانونَ المرافعات موضوع النظام الإجرائي لوقف القوة التنفيذية من محكمة الطعن أو التظلم بدراسة كافة زَوَاياه، وهذا ليس قصورًا من الباحثين الذين اجتهدوا قدر طاقتهم، لكن دقة الموضوع هي الباعث على صعوبته، وتحتاج لمن يُبَيِّرُهُ من الباحثين قدر أكبر من العناية، والجهد؛ لأجل البحث العلمي، وخدمة البشرية، ولعل البحث فيه ما زال يعاني معاناة أشبه بخطوات الطفل الأولى، وهنا تكْمُنُ درجةُ الصعوبة؛ حيث يكون على الباحث دائمًا في المجال القانوني أن يسهم بوضع أُطُرٍ عامّة أمام المُشَرِّع بما يُعِينُهُ عَلَى وضع تشريعات تكون لها صفة العمومية، والدوام، والاستمرار، والإحاطة بما قد ينشأ من منازعات، أو يجد من تفسيرات لأطول فترة زمنية ممكنة، وهو الأمر العسير في مجال دراستنا.

ويجتهد الباحث مدفوعًا برغبةٍ مُلِحَّةٍ في التَعَرُّفِ عَلَى آلية النظام الإجرائي لوقف القوة التنفيذية من محكمة الطعن أو التظلم، فهذا الجانب الذي أغفل الفقه دِرَاسَتَهُ لوقت طويل، ولم تَنْجِهْ إِلَيْهِ الأنظارُ، ولم ينل من الفقه قدرًا من الاهتمام، والبحث

(1) د. أحمد هندي، التنفيذ الجبري، ص 26. د. عيد محمد القصاص، أصول التنفيذ الجبري، بند 60، ص 189. د. وائل البشل، التنفيذ العكسي، ص 28 وما بعدها.

يتناسب مع أهميته، وآثاره القانونية؛ حتى يتفق الرأي، وتتوحد الكلمة بشأنه، وذلك في محاولة للإسهام بوضع أنموذج، أو صياغة مُثلى لفكرة النظام الإجرائي لوقف القوة التنفيذية من محكمة الطعن أو التظلم؛ ليسهل بعد ذلك تأطيرها، وتقنينها بما يتناسب وأهميتها التي أصبحت مُلحةً في حياتنا اليومية أمام القضاء؛ وذلك لتقديم إفادة علمية، وتطبيقية للمجتمع القانوني بشكل خاص، والمجتمع الإنساني بشكل عام. ولعل من أبرز صعوبات البحث التي تصادف الباحث، هي دقة موضوع النظام الإجرائي لوقف القوة التنفيذية من محكمة الطعن أو التظلم، ونُدرة الدراسات القانونية المتخصصة المقارنة، وقلة المراجع، والكتب، ونُدرة أحكام القضاء التي تتناول موضوع تلك الدراسة.

4- سبب اختيار موضوع البحث، وأهميته، وتساؤلاته: تم التركيز على دراسة موضوع النظام الإجرائي لوقف القوة التنفيذية من محكمة الطعن أو التظلم، لجلي جوانبه، وسبر أغواره؛ نظرًا لأهميته العلمية، والعملية، وتوضيح آثاره القانونية، وبيان مدى، وكيفية الاستفادة منه، وسد ثغرة بالمكتبة القانونية العربية في موضوع "النظام الإجرائي لوقف القوة التنفيذية من محكمة الطعن المدني"؛ لأنه رغم ثبوت فكرة وقف القوة التنفيذية في ضمير القاضي، والمتقاضي، إلا أن التشريعات الإجرائية العربية لم تُنظّمها بشكل متكامل، ولم تتل ما تستحقه من العناية والاهتمام من جانب الفقه الإجرائي، وهي في أشد الحاجة إليه، وليكون هاديًا، ومُعينًا لكل مشغل بالقانون، والقضاء، والمحاماة. كما ترجع أهمية هذا البحث إلى ارتباطه بالحصول على ثمرة تنفيذ الحكم القضائي كسند تنفيذي. ويهدف هذا البحث إلى

محاولة خلق فكرة متطورة، ومتكاملة ذات طابع إجرائي عن آليّة " النظام الإجرائي لوقف القوة التنفيذية من محكمة الطعن المدني" باعتبار أن التطور هدف مُرتجى لا نهاية له، وتطلّعاً للأفضل في المستقبل القريب.

ويثير هذا الموضوع عدة تساؤلات منها: ما مفهوم وقف القوة التنفيذية للسند التنفيذي من محكمة الطعن أو التظلم؟ وما ضوابطه القانونية؟ وما طبيعته القانونية، ونطاقه، وتنظيمه التشريعي، وشروطه، وآثاره؟ وكيف يتم وقف القوة التنفيذية للأوامر القضائية ولحكم المطعون فيه كسند تنفيذي من محكمة الطعن بالاستئناف والمعارضة والتماس إعادة النظر والنقض والمحاكم المتخصصة؟ ... وما مصير عملية التنفيذ بعد وقف القوة التنفيذية للسند التنفيذي؟ وما الآثار القانونية للحكم بوقف القوة التنفيذية؟ وهل يمكن إعادة الحال إلى ما كان عليه بالتنفيذ العكسي بعد تنفيذ حكم الوقف؟

5- منهج البحث، وخطته: اهتم قانون المرافعات الفرنسي الجديد بالنظام الإجرائي لوقف القوة التنفيذية من محكمة الطعن أو التظلم، ونظراً لقصور القانون المصري، والتشريعات العربية من تنظيم شامل للنظام الإجرائي لوقف القوة التنفيذية من محكمة الطعن أو التظلم، وعدم معالجته لمسائل هامة تتعلق به؛ لذا رأينا دراسة النظام الإجرائي لوقف القوة التنفيذية من محكمة الطعن أو التظلم، في هذا البحث؛ لأهميته الكبرى باعتباره متعلقاً بالحصول على ثمرة الحكم القضائي؛ ولكي نلفت نظر المُشرِّع المصري، والتشريعات العربية، ورجال القضاء، والمحامين إلى أهمية، وضوابط وقف القوة التنفيذية، وآثاره.

ومن أجل عرض الأفكار المتعلقة ببحث موضوع " النظام الإجرائي لوقف القوة التنفيذية من محكمة الطعن أو التظلم"، وإبراز إشكالياته العلمية، والعملية، وبسبب أهمية الموضوع؛ فقد تم إتباع عدة مناهج علمية لتتكامل فيما بينها في محاولة لفحص جميع جوانب الموضوع، ألا وهي: المنهج الوصفي التحليلي التأسيلي المقارن بين التشريعات، وأحكام القضاء، والآراء الفقهية المختلفة؛ لتوصيف، وتحليل، وتفسير، وتأصيل، واستنباط نتائج بحث موضوع "النظام الإجرائي لوقف القوة التنفيذية من محكمة الطعن المدني" بهدف التوصل إلى أفضل الحلول الممكنة، والترجيح بينها، مبيناً المحاسن، والمساوئ، وأوجه النقص، والقصور، وأوجه القوة، والضعف، وأوجه الاتفاق، والاختلاف، من أجل تطوير أحكام القانون الوطني على ضوء أحكام الدراسة المقارنة؛ للإسهام في معالجة أي قصور تشريعي بما لا يدعُ مجالاً لوجود ثَغَرَاتٍ قانونية، أو نقص تشريعي... كل ذلك في إطار موضوعي متجردٍ من العاطفة، والشعارات.

وبناءً على ذلك سوف نتناول بالدراسة، والبحث موضوع (النظام الإجرائي لوقف القوة التنفيذية من محكمة الطعن المدني)، في فصلين يسبقهما مبحث تمهيدي، وتسبقهما خاتمة، وذلك على النحو التالي:

المبحث التمهيدي: ماهية القوة التنفيذية للسند التنفيذي

الفصل الأول : ماهية وقف القوة التنفيذية ونطاقها، ويتضمن مبحثين

المبحث الأول: مفهوم وقف القوة التنفيذية، والتميز بينه وبين غيره من النظم القانونية المشابهة.

المطلب الأول: مفهوم وقف القوة التنفيذية.

المطلب الثاني: التمييز بين وقف القوة التنفيذية وبين غيره من النظم القانونية المشابهة.

المبحث الثاني: نطاق وقف القوة التنفيذية.

المطلب الأول: وقف القوة التنفيذية لأحكام المحاكم العادية.

المطلب الثاني: وقف القوة التنفيذية لأحكام المحاكم المتخصصة والأوامر القضائية.

الفصل الثاني : خصومة وقف القوة التنفيذية والحكم فيها، ويتضمن مبحثين

المبحث الأول: إجراءات طلب وقف القوة التنفيذية وشروطه.

المطلب الأول: طلب وقف القوة التنفيذية.

المطلب الثاني: شروط طلب وقف القوة التنفيذية.

المبحث الثاني: الحكم في طلب وقف القوة التنفيذية وآثاره.

المطلب الأول: الحكم في طلب وقف القوة التنفيذية.

المطلب الثاني: آثار الحكم في طلب وقف القوة التنفيذية.

الخاتمة: وتتضمن خلاصة ما انتهى إليه البحث، وأهم ما توصل إليه من نتائج،
وتوصيات.

وذلك بالتفصيل المناسب على النحو الآتي

مبحث تمهيدي

ماهية القوة التنفيذية للسند التنفيذي

6- مفهوم القوة التنفيذية للسند التنفيذي: القوة لغة هي الطاقة، وضد الضعف، وجمعها قوي. والقوة التنفيذية هي أثر قانوني إجرائي لسند يجعله صالحاً للتنفيذ الجبري. والقوة التنفيذية هي مُكَنَّةٌ أو سُلْطَةٌ تمنح صاحب الحق إجبار المدين على التنفيذ الجبري جبراً عنه إذا نكص عن التنفيذ الاختياري. أي: هي الأثر الذي يترتب على القانون على الأحكام الموضوعية النهائية أو الانتهائية بإلزام بما يجعلها صالحة للتنفيذ الجبري متى توافرت شروطه وضوابطه. أي أن القوة التنفيذية هي: التعبير عن السلطة الآمرة للحكم كسند تنفيذي بمقتضى القانون. والقوة التنفيذية إذاً هي: المصدر الذي يستمد منه السند التنفيذي القوة في التنفيذ الجبري مما يسمح بإعادة المطابقة بين المراكز الواقعية التي حدث بها الإخلال مع المراكز القانونية النموذجية كما حددها القانون. وتَحَلُّلُ القوَّةِ التَّنْفِيذِيَّةِ للسند إلى عنصرين هما الشكل (الصيغة التنفيذية)، والمضمون (الإجبار في التنفيذ الجبري)⁽¹⁾.

(1) د. نبيل إسماعيل عمر، أصول المرافعات المدنية والتجارية، ط 1، منشأة المعارف بالإسكندرية 1986م، بند 332، ص 358؛ دراسات في قانون المرافعات المدنية والتجارية، ط 1، دار الجامعة الجديدة بالإسكندرية 2008م، بند 5 وما بعده، ص 107 وما بعدها. د. أحمد محمد أحمد حشيش، نظرية القوة التنفيذية لسند التنفيذ، دار الفكر الجامعي، عام 2002م، بند 56، ص 102-103. د. إبراهيم النفاوي، القوة التنفيذية للأحكام، بند 31، ص 34-35.

وفاية القوة التنفيذية هي: تنفيذ الحكم على أساس الموازنة بين مصالح الأطراف وفاعلية الأحكام. ويجب صدور الحكم في حدود الولاية العامة لقضاء الدولة، وفي حدود ولاية الجهة القضائية التي أصدرته حتى يحقق آثاره، ويكون له قوة تنفيذية، وإلا كان معدوم الحجة أمام الجهة القضائية صاحبة الولاية في النزاع، رغم أنه يظل محتفظاً بحجته أمام جميع محاكم الجهة القضائية التي أصدرته إحدى محاكمها. ونظراً لأن فكرة الحماية التنفيذية تعتمد على فكرة الإلزام، ويخضع للتنظيم الإجرائي للقوة التنفيذية الأحكام الإلزامية موضوعية أو وقتية، وسواء صدرت في شكل حكم أم في شكل أمر، سواء أكانت صريحة أم ضمنية، وبالتالي يستبعد من نطاق تطبيقه كلاً من: الحكم التقريري، والحكم المنشئ⁽¹⁾.

وتتدرج قوة الحكم أو حصانته بحسب طبقة درجة المحكمة الصادر عنها الحكم، فالأحكام الصادرة من محكمة الدرجة الأولى تكون أضعف الأحكام جميعاً؛ نظراً لقابليتها للطعن فيها بطرق الطعن العادية؛ المعارضة والاستئناف، فهي أحكام قلقة غير مستقرة يمكن أن تلغى، أو تُعدّل من محكمة الطعن؛ لأنها أحكام ابتدائية معرضة للإلغاء أو التعديل من محكمة الطعن، أما الأحكام الصادرة من محكمة

(1) د. محمد عبد الخالق عمر، مبادئ التنفيذ، بند 87، ص 111. د. نبيل عمر، أصول المرافعات، بند 313، ص 336. د. أحمد ماهر زغلول، أعمال القاضي التي تحوز الحجية، 1990م، بند 148، ص 287. د. إبراهيم النفيراوي، القوة التنفيذية للأحكام، بند 21، ص 25، بند 41، ص 43 وما بعدها. نقض مدني 1980/1/28م، طعن 109 لسنة 43 ق، مج، س 31، ج 1، ق 63، ص 312. نقض مدني 1974/11/26م، طعن رقم 189 لسنة 39 ق، مج، س 25، ق 219، ص 1286.

الدرجة الثانية فتمتع بحصانة نسبية؛ نظرًا لأنها قابلة للطعن عليها بطرق الطعن غير العادية، التماس إعادة النظر والنقض لأسباب محددة، وبالتالي تحوز القوة التنفيذية العادية، وقوة الأمر المقضي بمجرد صدورهما. بينما يتمتع الحكم الصادر من محكمة النقض بحصانة مطلقة؛ نظرًا لعدم قابليته للطعن فيه بأي طريق من طرق الطعن، فهي أقوى الأحكام جميعًا؛ لأنها أحكام باتّة، وبالتالي تحوز القوة التنفيذية العادية بمجرد صدورها⁽¹⁾.

وعلى ذلك يختلف مفهوم القوة التنفيذية للحكم عن قوة نفاذه؛ فقوة نفاذ الحكم، أو الأمر هي: صلاحيته لتوليد آثاره القانونية بمجرد صدوره بقوة القانون دون تدخل من القاضي أو طلب الخصوم، وأيًا كان نوعه أو درجة المحكمة التي أصدرته، وهي تتعلق بالنظام العام، وتثبت لكافة الأحكام القضائية، ولا ترتبط بالتنفيذ الجبري، ولا بحيازة أو عدم حيازة الحكم للحجية. فالأحكام المقررة والمنشئة ليست لها قوة تنفيذية، وإنما لها قوة نفاذ تجعلها صالحة لتوليد آثارها القانونية بمجرد صدورها. وعلى ذلك فكل حكم يتمتع بقوة تنفيذية فإنه يتمتع في نفس الوقت بقوة نفاذ والعكس غير صحيح، بمعنى: أنه ليس كل حكم يتمتع بقوة النفاذ، يكون له في نفس الوقت

(1) د. محمد محمود إبراهيم، أصول التنفيذ الجبري، ص 133. د. أحمد هندي، التنفيذ الجبري، ص 26. د. عيد محمد القصاص، أصول التنفيذ الجبري، بند 60، ص 189. د. إبراهيم النفاوي، القوة التنفيذية للأحكام، بند 94، ص 107 وما بعدها.

-Z. Beaugendre ; Autorité de la Chose Jugée et Primauté de droit Communautaire; Révue Française de droit administratif; 2005; P. 473.

قوة تنفيذية؛ كالأحكام التقريرية والمنشئة؛ ولذا فنطاق قوة النفاذ أكثر اتساعاً وشمولاً من نطاق القوة التنفيذية، فالقوة التنفيذية لا تثبت إلا لأحكام الإلزام النهائية أو المشمولة بالنفاذ المعجل⁽¹⁾.

والسبب في أن الأحكام التي لها قوة نفاذ ليست لها كلها قوة تنفيذية، يرجع إلى أن مجرد صدور الحكم الذي له قوة نفاذ دون أن يكون له قوة تنفيذية، يؤدي إلى إشباع مصالح الخصوم، فيغدو المحكوم له ليس في حاجة لأي تنفيذ جبري، كما أن مثل تلك الأحكام تقتقد إلى عنصر الإلزام الذي يخول المحكوم له إجبار المدين على تنفيذ التزامه تنفيذاً جبرياً؛ كالأحكام المقررة والمنشئة، أما أحكام الإلزام النهائية أو المشمولة بالتنفيذ المعجل فإن مجرد نفاذها لا يكفي لإشباع مصالح المحكوم له، وبالتالي فكان لا بد من تمتعها بالقوة التنفيذية العادية أو المعجلة لتنفيذها جبرياً سواءً كان تنفيذاً عينياً مباشراً، أم بالحجز والبيع⁽²⁾.

7- أنواع القوة التنفيذية: تتنوع القوة التنفيذية إلى: قوة تنفيذية عادية، وقوة تنفيذية مُعَجَّلَة. ويكتسب الحكم القوة التنفيذية العادية عند امتناع الطعن فيه بطرق

(1) د. أحمد أبو الوفا، إجراءات التنفيذ، ط 10، منشأة المعارف بالإسكندرية 1991م، بند 20، ص 43 هامش (1)؛ التعليق على نصوص قانون المرافعات، ط 6، منشأة المعارف بالإسكندرية 1989م، م 280، ص 1098 وما بعدها. د. علي الحديدي، التنفيذ الجبري في دولة الامارات العربية المتحدة، ط 1، 2000م، ص 37 هامش (1).

(2) د محمد عبد الخالق عمر، مبادئ التنفيذ، بند 44، ص 49. د. نبيل عمر، دراسات في قانون المرافعات، بند 1 وما بعده، ص 103 وما بعدها. د. أحمد محمد أحمد حشيش، أساس التنفيذ الجبري قانون المرافعات، 1998م، بند 86، ص 136.

الطعن العادية - المعارضة والاستئناف -، واكتسابه قوة الأمر المقضي. وقوة الأمر المقضي هي: صفة إجرائية يكتسبها الحكم عند امتناع الطعن فيه بطرق الطعن العادية (المعارضة والاستئناف)، حتى وإن كان قابلاً للطعن فيه بطرق الطعن غير العادية كـ (التماس إعادة النظر والنقض)، وتم الربط بين القوة التنفيذية العادية للحكم وقوة الأمر المقضي؛ حتى يكون قد تحقق له درجة معقولة من الاستقرار، بعد تحصنه ضد طرق الطعن العادية، وتحقيق فاعلية الحكم إلى درجة تجعله صالحاً للتنفيذ الجبري من أجل التوفيق والتوازن بين المصالح المتعارضة للأطراف⁽¹⁾.

ولكي يحوز الحكم القوة التنفيذية فلا بد له من حصانة إجرائية ضد طرق الطعن العادية تمنع المساس به؛ لأن تمتع الحكم بالقوة التنفيذية يقتضي وصوله إلى قدر معقول من الاستقرار للمحافظة على المصالح المتعارضة للخصوم وعدم تعريضها للخطر، واستقرار الحقوق والمراكز القانونية، واعتبارات الصالح العام المتمثلة في حسن أداء القضاء لوظيفته حتى لا ينشغل القضاء بإجراءات لم يتحقق لها اليقين القانوني بشكل حاسم ونهائي، مع إمكانية إلغاء الحكم من محكمة الطعن، وبالتالي إلغاء ما تم من تنفيذ استناداً إليه، وصعوبة أو استحالة إعادة الحال على ما كان

(1) د. طلعت محمد دويدار، وظيفة فكرة الاستعجال في فن التوفيق بين المصالح المتعارضة في التنفيذ القضائي، دار الجامعة الجديدة للنشر بالإسكندرية 2009م، ص 38 وما بعدها.

عليه بالتنفيذ العكسي إذا ما أُلغِيَ الحكم بعد تنفيذه من محكمة الطعن، والتعويض عن التعسف في استعمال الحق في التنفيذ الجبري والأضرار الناشئة عنه⁽¹⁾.

ومع ذلك فقد تتمتع أحكام الدرجة الأولى بالقوة التنفيذية العادية، ويكون هو السند التنفيذي، على سبيل الاستثناء في حالات منها: صدور حكم أول درجة انتهائي غير قابل للطعن فيه بالاستئناف، أو لانقضاء ميعاد الطعن فيه بالاستئناف، أو لاتفاق الخصوم المسبق على صدور الحكم غير قابل للطعن فيه، أو لقبول المحكوم عليه الحكم، أو لسقوط الخصومة في الاستئناف، أو للتنازل عنها، أو تركها، أو لاستناد الحكم إلى اليمين الحاسمة ما لم يثبت كذب اليمين بحكم جنائي (م117 إثبات، م1363 مدني فرنسي)؛ وذلك لأن الحكم الذي لا يقبل الطعن بالطرق العادية ينطوي على تأكيد للحق الثابت به ومديونية المدين به لدرجة يرجح معها احتمال تأييده إذا ما طعن فيه بطرق الطعن غير العادية في أحوال خاصة ولأسباب معينة نص عليها القانون، على عكس طرق الطعن العادية التي يجوز لالتجاء إليها كوسيلة للتظلم من الحكم دون التقيّد بأسباب محددة بنص القانون⁽²⁾.

(1) د. أحمد ماهر زغلول، آثار إلغاء الأحكام بعد تنفيذها، ط 1992م، بند 151 وما بعده. د. إبراهيم النفاوي، مسؤولية الخصم عن الإجراءات، رسالة دكتوراه، حقوق عين شمس 1988م، ص159.

-Blandine Rolland; Procédure Civile; 2005; P.350-353.

(2) د. عبد العزيز خليل بديوي، قواعد وإجراءات التنفيذ الجبري والتحفظ، ط 2، دار الفكر العربي بالقاهرة 1980م، ص 61. د. إبراهيم النفاوي، القوة التنفيذية للأحكام، ص 182.

والقوة التنفيذية المعجلة هي أثر تنفيذي وقائي يلحق بحكم أول درجة الابتدائي، يجعله صالحًا للتنفيذ الجبري من وقت مبكر قبل الأوان الطبيعي بقوة القانون، أو بحكم المحكمة، بعد طلب شمول الحكم بالنفاذ المعجل رغم قابليته للطعن فيه بإحدى طرق الطعن العادية كالمُعَارَضَة أو الاستئناف؛ لحماية مصلحة المحكوم له الأولى بالرعاية بتوقي ضرر جسيم يتعذر تداركه بتأخير التنفيذ إلى الأوان الطبيعي. وقد اعتمد القانون المصري القاعدة التي تقضي: بتزويد الأحكام الصادرة عن محاكم أول درجة بالقوة التنفيذية الوقتية التي نشطت معجلًا، رغم قابليتها للطعن فيها بطرق الطعن العادية، أو حتى مع الطعن فيها بالفعل؛ وذلك لتلافي المخاطر التي يتعرض لها المحكوم له من تأخير التنفيذ إلى الأوان الطبيعي طبقًا للقاعدة العادية. وهي القاعدة المعمول بها في الكثير من النظم القانونية، كالقانون السعودي، والعراقي، والأردني، واللبناني، والفرنسي، والقانون التونسي في الفصل 125، و126 من مجلة المرافعات المدنية والتجارية التونسية الصادرة بقانون عدد 130 لسنة 1959م⁽¹⁾.

والقوة التنفيذية المعجلة هي: قوة قفلة مؤقتة غير مستقرة مرهونة بنتيجة الطعن في الحكم، وما قد يسفر عنه من تأييد، أو إلغاء، أو تعديل للحكم. فإما أن تزول بزوال

(1) د. أسامة أحمد شوقي المليجي، الإجراءات المدنية للتنفيذ الجبري، ط 3، دار النهضة العربية بالقاهرة 2008م، بند 156، ص 170.

-G. Widerkehr; Exécution de Jugement et des acets ; Ency. Dalloz; 1979; N. 139; P. 11.

الحكم، وإما أن تتحول إلى قوة تنفيذية عادية بتأييد الحكم من محكمة الطعن وخضوعه للقواعد العامة في التنفيذ، ولا يجوز للخصوم الاتفاق على التنفيذ المعجل للحكم خارج الحالات التي يتقرر فيها بنص القانون أو بحكم المحكمة. ويجوز التنازل عن التنفيذ المعجل للحكم بالتنازل عن الحق في التنفيذ الوتقي بالتريث لحين الفصل في الطعن وتأجيل التنفيذ؛ حتى يحوز الحكم القوة التنفيذية العادية، ما لم يتعارض هذا التنازل مع نص القانون. ويلاحظ أن النفاذ المعجل: هو نظام لا يعمل به إلا أمام محاكم الدرجة الأولى في القانون المصري، وبصدد أحكام الإلزام الابتدائية فقط؛ لأنها وحدها التي تقبل التنفيذ الجبري دون غيرها من الأحكام المقررة أو المنشئة⁽¹⁾.

ويكتسب الحكم القوة التنفيذية المعجلة: إما بنص القانون، أو بحكم المحكمة قبل أن يكتسب قوة الأمر المقضي. ويكسب الحكم حجية الأمر المقضي بمجرد صدوره، ولا تستقر تلك الحجية المؤقتة إلا إذا تحصن ضد طرق الطعن العادية، فإذا طعن فيه بالاستئناف وفتت حجيته المؤقتة بمجرد رفع الاستئناف عنه، وتظل موقوفة

(1) د. نبيل عمر، دراسات في قانون المرافعات، بند 11 وما بعده، ص 19 وما بعدها. د. أحمد هندي، التنفيذ الجبري، ص 26. د. عيد محمد القصاص، أصول التنفيذ الجبري، بند 60، ص 189. د. إبراهيم النفاوي، القوة التنفيذية للأحكام، بند 201 وما بعده، ص 207 وما بعدها.

إلى أن يقضي في الاستئناف، فإذا تأييد الحكم عادت إليه، وإذا ألغى زالت عنه حجيته⁽¹⁾.

ويسمح بتزويد الحكم الابتدائي القابل للطعن فيه بطرق الطعن العادية -المعارضة والاستئناف- بالقوة التنفيذية المعجلة بنص القانون في حالات محددة، أو بحكم من المحكمة إذا قدرت المحكمة أن تأخير التنفيذ يمكن أن يضرَّ بمصلحة المحكوم له على نحو غير قابل للإصلاح ويتعذر تداركه؛ وذلك لتلافي مخاطر تأخير التنفيذ طبقاً للقاعدة العامة في الألوان الطبيعي، ومواجهة الظروف التي لا تحتل التأخير والانتظار، وتحتاج إلى تنفيذ سريع، متى قدرت المحكمة أن تأخير التنفيذ يمكن أن يضرَّ بمصلحة المحكوم له. وعلى ذلك يكتسب الحكم الابتدائي الصادر من محكمة الدرجة الأولى القوة التنفيذية المعجلة بقوة القانون، أو بحكم المحكمة لحماية مصلحة المحكوم له الأولى بالرعاية التي لا تحتل تأخير التنفيذ حتى يحوز الحكم القوة التنفيذية العادية⁽²⁾.

(1) د. أحمد ماهر زغول، الحجية الموقوفة، ط 2، بند 46 وما بعده. د. إبراهيم النفاوي، القوة التنفيذية للأحكام، بند 19 وما بعده، ص 22 وما بعدها. نقض مدني 1968/4/18م، طعن رقم 223 لسنة 34 ق، مج، س 9، ج 2، ق 115، ص 795. نقض مدني 1974/1/22م، طعن رقم 369 لسنة 38 ق، مج، س 25، ج 1، ق 37، ص 216.

(2) د. محمود محمد هاشم، قواعد التنفيذ الجبري وإجراءاته في قانون المرافعات، ط 2، دار الفكر العربي بالقاهرة، 1990م، بند 52، ص 110، بند 62، ص 131-132. د. أحمد هندي، التنفيذ الجبري، ص 25 وما بعدها. د. أحمد ماهر زغول، أصول التنفيذ الجبري القضائي، دار

وقد تبنى القانون الفرنسي فكرة القوة التنفيذية المعجلة بالنص على التنفيذ الوتقي، أو المعجل في المواد (art. 514 à 526 N.C.P.F.) سواء قانوني بنص القانون، أم قضائي بحكم المحكمة. وبين أحكام طلب وقف القوة التنفيذية في (art. 524 à 526)، وأجاز طلب وقف القوة التنفيذية بالتبعية للطعن، ومنح الرئيس الأول لمحكمة الاستئناف سلطة الأمر بوقف القوة التنفيذية، أو رفض طلب وقف التنفيذ بنص (art. 524 N.C.P.C.F. abrogé Par Décr. N°.) (2014-1338 du 6 nov.2014; art. 3-11.) والتي كانت معدلة في السابق ب (Déc. N°. 2004- 836 du 20aout 2004; art. 8 en) (1) vigueurv Le 1^{er} janv.2005) .

النهضة العربية بالقاهرة 2002م، بند 63، ص 146. د. عيد محمد القصاص، أصول التنفيذ الجبري، بند 60، ص 185 وما بعدها.

(1)-S. Guinchard; retour sur l'arrêt de l'exécution provisoire de droit: un espoir déçu; Dalloz; 2010; P.713.

–**Jacques Miquet;** Exécution Provisoire; Jur. Class. Proc. Civ.; Fasc. 516-4; N. 1 ets.; P. 2 ets.

–**J. Miguet;** Exécution Provisoire; Juris. Calss. Proc. Civ.1997; Fasc. 518; P. 9.

–**Ph. Hoonakker;** Exécution Provisoire; Rép. Proc. Civ .; N. 127; P. 16.

–**P. Estoup;** La Pratique des Procédures rapides; 2.éd.; Litec; Paris; 1998; P. 5.

وعلى ذلك فقد تبنى القانون المصري القاعدة التي تجيز تزويد الأحكام الابتدائية بالقوة التنفيذية المعجلة، رغم قابليتها للطعن بطرق الطعن العادية، وحتى لو تم الطعن فيها بالفعل. فمن المستقر عليه أنه لا يجوز تنفيذ الأحكام جبراً إلا إذا كانت حائزة لقوة الأمر المقضي. حيث إن الاعتراف للحكم بالقوة التنفيذية يتوقف على حيازته لوصف إجرائي معين، هو أن يكون محصناً ضد طرق الطعن العادية المقررة قانوناً، إلا أنه في بعض الحالات أجاز المُشَرِّعُ تنفيذ الحكم معجلاً قبل أن يحوز قوة الأمر المقضي، ومن ثَمَّ فهو تنفيذ مُعَجَّلٌ يجري قبل الأوان الطبيعي كاستثناء من القاعدة العامة في الشق المتعلق بعدم قابلية الأحكام الابتدائية للتنفيذ (1).

وبهذا الاستثناء يكون لتلك الأحكام قوة تنفيذية معجلة، خلافاً لما تقرره القاعدة العامة، ومن ثَمَّ فيمكن القول بأنه: قد شرعت قاعدة الحماية المؤقتة، وذلك لمواجهة تأكيد حق طالب التنفيذ تأكيداً يسمح له باقتضاء حقه جبراً، لما في تأخير التنفيذ حتى يحوزَ الحكم قوة الأمر المقضي من ضررٍ بالغٍ. وفي مقابل ذلك قرَّرَ المُشَرِّعُ ضماناتٍ قانونيةً؛ لإعادة الحال إلى ما كانت عليه. ومما لا شك فيه أن تنفيذ الأحكام الابتدائية بما لها من حجِّيةٍ غير مستقرة بحكم قابليتها لطرق الطعن العادية

(1) د. عبد العزيز خليل بديوي، قواعد وإجراءات التنفيذ، ص 65-66. د. أحمد هندي، التنفيذ الجبري، ص 25 وما بعدها. د. أحمد ماهر زغلول، أصول التنفيذ الجبري القضائي، بند 60-61، ص 137 وما بعدها. د. عيد محمد القصاص، أصول التنفيذ الجبري، بند 60، ص 185 وما بعدها.

لا يخلو من مخاطر يتعرض لها المحكوم عليه في حالة إلغائه محكمة الطعن. فقد لجأ المشرع إلى تلك الضمانة؛ لإزالة آثار التنفيذ المعجل قبل الأوان الطبيعي. ووقف التنفيذ لا يحول دون اتخاذ الإجراءات التحفظية بالحكم الذي وقف تنفيذه، بحبس الشيء والتحفظ عليه لحين الفصل في الطعن؛ لأن الإجراءات التَّحْفُظِيَّةَ يجوز اتخاذها بمقتضى حكم ابتدائي حائز لحجية الأمر المقضي⁽¹⁾.

8- علاقة القوة التنفيذية بقوة الأمر المقضي: تَبَنَّتْ بعض النظم القانونية تنظيمًا لا يعترف للحكم من حيث المبدأ بالقوة التنفيذية ما لم يتوافر له وصف إجرائي يَحُولُ بينه وبين طُرُقِ الطعن العادية، بحيث لا يكتسب الحكمُ القوة التنفيذية إلا إذا كان الحكمُ نهائيًا أو انتهائيًا غير قابل للطعن فيه بالاستئناف، بمعنى أن الحكم لا يكتسب الصفة الإجرائية التي توَهِّله لاكتساب القوة التنفيذية إلا إذا كان حائزًا لقوة الأمر المقضي؛ وذلك لأن الأحكام الحائزة لقوة الأمر المقضي تكون أكثر حصانة وقوة واستقرارًا بما يمكن الاعتماد عليه في تزويد الحكم بالقوة التنفيذية، وكقاعدة عامة فإن الصفة الابتدائية للحكم لا تكفي لاكتسابه القوة

(1) د. عبد العزيز خليل بديوي، قواعد وإجراءات التنفيذ، ص 65-66. د. أحمد ماهر زغول، أصول التنفيذ الجبري القضائي، بند 60-61، ص 137 وما بعدها. د. عيد محمد القصاص، أصول التنفيذ الجبري، بند 60، ص 185 وما بعدها.

التنفيذية العادية؛ لأنها لاتحقق القدر المعقول من درجة الاستقرار للحكم كسند تنفيذي، إذ قد يُلغى الحكم من محكمة الطعن بعد تنفيذه⁽¹⁾.

ولذا فأحكام الدرجة الأولى تتمتع بجِيبَةِ الأمر المقضي، ولا يكون لها قوة تنفيذية عادية بل معجلة؛ لأنها قابلة للطعن بالاستئناف، وعندما تتخطى هذه المرحلة فتتمتع بقدر معقول من الاستقرار، وتكتسب القوة التنفيذية العادية حتى مع قابليتها للطعن بطُرُق الطعن غير العادية؛ كالتماس إعادة النظر والنقض. ومع ذلك فقد تمنح قوة تنفيذية معجلة سواءً بنص القانون أم بأمر المحكمة، في حالات استثنائية محددة. فيكون الحق في التنفيذ الذي يعترف به القانون للدائن طالب التنفيذ في هذه الحالة ليس حقاً باتاً، وإنما هو حق معلق على شرط فاسخ، هو أنه لا يلغي الحكم في مرحلة الطعن بما يؤدي إلى زواله حال تحققه، ويعتبر الحق في التنفيذ كأن لم يكن بعد إلغاء الحكم وتجريده من قوته التنفيذية، ويلتزم من قام بالتنفيذ برد ما استوفاه، ويكون لمنَّمَّ التنفيذ ضده الحق في استرداد ما استوفي منه نتيجة التنفيذ المعجل الملغي؛ لإعادة الحال إلى ما كان عليه برد غير المستحق⁽²⁾.

(1) د. أحمد ماهر زغلول، آثار إلغاء الأحكام بعد تنفيذها، بند 7، ص 16؛ بند 36 وما بعده، ص 53 وما بعدها.

-Guettier .Ch.; Exécution des jugements; Juris. Class. Proc. Administratif; Fasc. 1112; P. 6.

(2) د. أحمد ماهر زغلول، آثار إلغاء الأحكام بعد تنفيذها، بند 7، ص 16؛ بند 36 وما بعده، ص 53 وما بعدها. د. إبراهيم النفاوي، القوة التنفيذية للأحكام، بند 43 وما بعده، ص 47 وما بعدها.

وَتَبَيَّنَتْ بعضُ النُّظْمِ القانونيةِ قاعدةُ التنفيذِ الفوريِ لأحكامِ الدرجةِ الأولى، حيث لا تتطلب أن يحوز الحكم وصفًا معينًا، أو أن يستند طُرُقًا معينة للطعن فيه؛ لأنها لا تسمح بالطعن فيه كقاعدة، لكي يحوز الحكم القوة التنفيذية، فيكون للحكم هذه القوة بمجرد صدوره؛ وذلك تحقيقًا لمصلحة المحكوم له وللمصلحة العامة المتمثلة في استقرار الحقوق والمراكز القانونية، وهذه القاعدة هي المعتمدة في الفقه الإسلامي، والقانون السوداني، والعراقي، والسعودي، والأردني، والإنجليزي...؛ حيث تحوز الأحكام القوة التنفيذية فور صدورها، ولا يكون اكتساب الحكم لهذه القوة متوقفًا على اكتسابه لوصف معين، أو استفاد طُرُقٍ معينة للطعن، أو المراجعة؛ وذلك لأن كل حكم صدر وفق الشروط الشرعية يكون صحيحًا ومحققًا للعدالة ومستحقًا للتنفيذ الفوري، مراعاة لمصلحة المحكوم له بمجرد صدوره، رغم قابليته للطعن فيه بالمعارضة والاستئناف، وقد جعلت تلك النظم للطعن في هذا الحكم أثرًا واقفًا للقوة التنفيذية يعطل التنفيذ لحين الفصل في الطعن في محاولة للتوفيق بين المصالح المتعارضة، وذلك ما لم يكن حكم أول درجة مشمولًا بالنفذ المعجل، فلا يكون للطعن فيه أثرٌ واقفٌ للتنفيذ⁽¹⁾.

-Guettier .Ch.; Exécution des jugements; Juris. Class. Proc. Administratif; Fasc. 1112; P. 6.

(1) د. عبد الحكم شرف الدين، حجية الأحكام في الشريعة الإسلامية، ط 1، 1988م، ص 15. د. عبد العزيز خليل بديوي، قواعد وإجراءات التنفيذ، ص 23. د. محمود محمد هاشم، القضاء ونظام الإثبات، 1988م، بند 158، ص 384. د. محمد عبد الخالق عمر، مبادئ التنفيذ، بند 153، ص 182. أحمد صفوت، النظام القضائي في إنجلترا، ط 1923م، ص 13-21.

فتلك النُظم تعترف للحكم بالقوة التنفيذية فور صدوره، ولكن يكون للمحكمة التي أصدرته ولمحكمة الطعن، سلطة وقف تنفيذه وذلك إذا كان الحكم قابلاً للطعن. حيث يكفي أن يكون الحكم قد صدر من محاكم أول درجة بصفة ابتدائية؛ لكي يحوز القوة التنفيذية، وأعطت للمحكمة التي أصدرت الحكم ولمحكمة الطعن الحق في وقف تنفيذه؛ من أجل التوفيق بين المصالح المتعارضة عند وجود ما يبرر ذلك؛ ولذلك لا تحتاج تلك النظم القانونية التي تعترف لحكم محكمة الدرجة الأولى بالقوة التنفيذية العادية إلى فكرة القوة التنفيذية المعجلة؛ وذلك لأن الحكم يحوز القوة التنفيذية العادية فور صدوره⁽¹⁾.

وقد اعتمد القانون المصري قاعدة مزدوجة المضمون بجلٍ وسط في محاولة؛ للتوفيق بين المصالح المتعارضة، ولتلاقي ما قد يصيب الحكم من أخطاء، حيث اعترف للحكم الحائز لقوة الأمر المقضي بالقوة التنفيذية العادية، ومَنَحَ لمحكمة الطعن سلطة الحق في وقف تنفيذه، كما اعترف للحكم الابتدائي الحائز على حجية الأمر المقضي بالقوة التنفيذية المُعَجَّلَة بنص القانون، أو بأمر المحكمة رغم قابليته للطعن فيه بطُرُقِ الطعن العادية؛ لأنها لا تحتل الانتظار. وتخضع القوة التنفيذية لحكم القانون الساري عند صدور الحكم باعتباره القانون الذي يحدد طرق الطعن

د. محمد عبد الجواد، المبادئ العامة في التنفيذ الجبري في قانون المرافعات السوداني، مجلة القانون والاقتصاد، تصدرها حقوق القاهرة، س 36، 1966م، ص 112.

(1) د. إبراهيم النياوي، القوة التنفيذية للأحكام، بند 43 وما بعده، ص 47 وما بعدها؛ بند 173، ص 183 هامش (1).

فيه، وليس القانون الساري وقت اتخاذ إجراءات التنفيذ؛ وذلك لأن قابلية الحكم للتنفيذي الجبري أو عدم قابليته له عبارة عن وصف للحكم يولد معه ويولد بمقتضاه مراكز إجرائية مكتملة⁽¹⁾.

وعلى ذلك فلا يكون الحكم مستوجباً التنفيذ من حيث المبدأ، ما لم يتحصن ضد طرق الطعن العادية المعارضة والاستئناف، وهو ما يترتب عليه أن يحوز قوة الأمر المقضي، وهي الصفة التي تؤهله لاكتساب القوة التنفيذية؛ ولذا فالحكم الابتدائي لا يكسب القوة التنفيذية إلا استثناءً في بعض الحالات (القوة التنفيذية المعجلة) بنص القانون أو بأمر المحكمة في حالات لا تحتمل تأخير التنفيذ إلى الأوان الطبيعي؛ وذلك لأنه كلما ارتقى الحكم صعوداً في درجات التقاضي كلما زادت حصانته. وعلى نفس منوال القانون المصري، اعتمد القانون الفرنسي فكرة التدرج الإجرائي كأساس لتزويد الحكم بالقوة التنفيذية، للتوازن بين مصالح الخصوم، فالحكم الابتدائي لا يحوز القوة التنفيذية مراعاة لمصالح المحكوم عليه؛ لأنه معرض للإلغاء أو التعديل من محكمة الطعن العادي، فلا يتم تزويد الحكم بالقوة التنفيذية العادية طالما أنه قابلاً للطعن بطرق الطعن العادية. أما إذا حاز قوة الأمر المقضي، فإنه يتمتع بالقوة التنفيذية العادية (art. 501 et 539)

(1) د. أحمد أبو الوفا، إجراءات التنفيذ، بند 15، ص 23-24. د. أحمد ماهر زغلول، آثار إلغاء الأحكام، بند 6، ص 15.

(N.C.P.C.F.) ما لم يحصل المدين على أجل قضائي للوفاء أو كان الحكم مشمولاً بالنفاز المعجل⁽¹⁾.

وقد أجازت (م292 مرافعات) وقف النفاذ المعجل للحكم، دون تفرقة بين التنفيذ المعجل الحتمي بنص القانون أو الجوازي بحكم المحكمة، وأعطت هذه السلطة التقديرية لمحكمة الطعن بالاستئناف التي يكون لها بناءً على طلب الخصم عند الطعن في الحكم بالاستئناف وقف تنفيذ الحكم، إذا كان يخشى وقوع ضرر جسيم من التنفيذ وكانت أسباب الطعن في الحكم يرجح معها إلغاؤه. أما القانون الفرنسي فقد فرّق بصدد وقف التنفيذ بين التنفيذ المعجل القانوني، والتنفيذ المعجل القضائي، فلا يجوز وقف التنفيذ المعجل القانوني في الاستئناف؛ وذلك لأن ما يقرره القانون لا يوقفه القاضي. وقد أراد القانون الفرنسي بهذا الحكم تقديم دعم إضافي للتنفيذ المعجل القانوني بحيث لا يكون من الممكن المساس به، أما التنفيذ المعجل الجوازي فقد أجازت (art. 524 N.C.P.C.F.) للرئيس الأول لمحكمة الاستئناف وقف هذا النوع من التنفيذ في حالتين: إحداهما: إذا كان القانون يمنع شمول الحكم بالنفاز المعجل، والثانية: إذا كان من شأن التنفيذ المعجل للحكم أن

(1) د. أحمد ماهر زغلول، آثار إلغاء الأحكام، بند 8، ص 16. د. إبراهيم النفاوي، القوة التنفيذية للأحكام، بند 51، ص 56.

-J.Vincent et S.Guichard; Procédure Civile; 23 éd.; N. 796; P. 1285.

-T.G.Paris; 15 mai 1990; D.1990; P.553; Not. Santalacée.

يؤدي إلى نتائج واضحة الإفراط. " Conséquences manifestement
"excessives" (1).

وتشير القواعد المتعلقة بالقوة التنفيذية للأحكام والأوامر القضائية مسائل بالغة الأهمية، تتزايد أهميتها بتزايد مرونة هذه القواعد في قانون المرافعات، وإذا كان على القضاء أن يواجه هذه المسائل بالحلول العلمية الصحيحة والمناسبة، فإنه ينبغي على الفقه أن يزوده بالأفكار اللازمة؛ لتأصيل هذه الحلول ويلاحقه بالنقد لضبطها وتنسيقها. ومن هذه المسائل: مسألة وقف القوة التنفيذية للسند التنفيذي من محكمة الطعن، أو التظلم لحين تقرير مصيره النهائي من محكمة الطعن، أو التظلم بالحكم في موضوع الطعن، أو التظلم (2).

إذ بعد أن انتهينا من دراسة المبحث التمهيدي (مفهوم السند التنفيذي والقوة التنفيذية) على النحو السابق، ننتقل الآن إلى دراسة الفصل الأول (ماهية وقف القوة التنفيذية ونطاقها)، وهاك تفصيل القول في ذلك:

(1) د. عزمي عبدالفتاح، قواعد التنفيذ الجبري في قانون المرافعات المصري، دار النهضة العربية بالقاهرة 2002م، ص 217. د. أحمد ماهر زغلول، آثار إلغاء الأحكام بعد تنفيذها، بند 6، ص 15.

-J.Vincent et S.Guichard; Procédure Civile.; N. 796; P. 1285.

(2) د. وجدي اغب، حول جواز الطعن المباشر في الأحكام الصادرة في طلبات وقف التنفيذ المعجل، مجلة العلوم القانونية والاقتصادية، حقوق عين شمس، س 17، ع 1، يناير 1975، بند 1، ص 241. د. أسامة أحمد شوقي المليجي، الإجراءات المدنية للتنفيذ الجبري، بند 172، ص 185.

الفصل الأول

ماهية وقف القوة التنفيذية ونطاقها

9- تمهيد وتقسيم: تُسمَّى طلبات وقف القوة التنفيذية من محكمة الطعن، أو النظم بالتبعية للطعن المدني بمنازعات القوة التنفيذية للأحكام، وهي تعتبر ضمانات حقيقية تملئها السياسة التشريعية، القائمة على أساس التوازن بين مصلحة المحكوم له في التنفيذ، ومصلحة المحكوم عليه في وقف التنفيذ، ومراعاة المصلحة الأحق بالترتيب بسلطة ملائمة. وطلب وقف التنفيذ (sursis à exécution): هو طلب وقتي يتحدد من خلال فكرة الاستعجال، التي هي عبارة عن الخشية من فوات الوقت، أي خطر تأخير حصول المُنفذّ ضده (المحكوم عليه) على الحماية الموضوعية لأصل الحق المتنازع عليه من محكمة الطعن إذا لم توقف محكمة الطعن التنفيذ الجبري مؤقتاً، لحين تحديد مصير الحكم المطعون فيه بإلغاء، أو التأييد، أو التعديل من محكمة الطعن، حيث قد يصيب المُنفذّ ضده ضررٌ جسيم، يتعذر تداركه بفوات الوقت الذي تستغرقه إجراءات نظر الطعن أمام محكمة الطعن أو التظلم⁽¹⁾.

(1) د. نبيل عمر، دراسات في قانون المرافعات، بند 16 وما بعده، ص 28 وما بعدها. د. طلعت دويدار، النظرية العامة للتنفيذ الجبري في قانون المرافعات المدنية والتجارية، دار الجامعة الجديدة للنشر بالإسكندرية 2014م، ص 84. د. محمود مصطفى يونس، المرجع في قانون إجراءات التنفيذ الجبري، دار النهضة العربية بالقاهرة، 2013م، بند 77، ص 139.

وأجاز المُشَرِّعُ في حالات معينة وقف القوة التنفيذية للسند التنفيذي من محكمة الطعن أو التظلم، بشروط: الخشية من وقوع ضرر جسيم يتعذر تداركه فيما لو أُلْغِيَ الحكم من محكمة الطعن بعد تمام تنفيذه، ويتعذر إعادة الحالة إلى ما كانت عليه قبل إلغاء الحكم من محكمة الطعن، والأمر بوقف تنفيذ حكم الإلزام النهائي يطيح بحيازتها لقوة الأمر المقضي ويوقف قوتها التنفيذية. وعلى ذلك فالقوة التنفيذية للسند التنفيذي سواءً كان حكماً قضائياً، أو تحكيمياً، أو سنداً توثيقاً تخضع لنظام الوقف. وهذا الوقف على نوعين هما: الوقف القانوني، والوقف القضائي. والوقف القانوني مصدره نصُّ القانون مباشرة ويقع بقوة القانون، ولا يتطلب تقديم طلب، ولا صدور حكم به، وذلك خلافاً للوقف القضائي، يحتاج إلى طلب من صاحب المصلحة، وحكم من محكمة الطعن أو التظلم. ويقوم وقف التنفيذ بدور الحماية الوقائية من خلال طبيعته الوقائية، وهي حماية بطبيعتها مستعجلة ووقائية⁽¹⁾.

ويعتبر نظام وقف التنفيذ نظاماً قانونياً عاماً يصلح لمختلف صور قابلية التنفيذ للإلغاء، وبكافة طرق التنفيذ، كما أنه نظام قانوني يقدم حلاًً وقائياً؛ لمنع التنفيذ القابل للإلغاء من أن يبدأ أو أن يستمر، وذلك في حدود نطاقه، وبضوابطه

(1) د. وجدي راغب، نحو فكرة عامة للقضاء الوقي في قانون المرافعات، مجلة العلوم القانونية والاقتصادية، حقوق عين شمس، س 15، ع 1، يناير 1973م، ص 12 وما بعدها. د. عزمي عبد الفتاح، قواعد التنفيذ الجبري، في قانون المرافعات المصري، دار النهضة العربية بالقاهرة 2002م، ص 217.

القانونية، فالغرض من نظام وقف التنفيذ: هو توقي القيام بتنفيذ جبري مُعَرَّض للإلغاء، ووقف القوة التنفيذية يؤدي إلى وقف التنفيذ مؤقتاً إلى حين الفصل في موضوع الطعن؛ وذلك للوقاية من مخاطر إلغاء التنفيذ، فإما أن يُلغى الحكم فلا يكون نَمَّةً سبباً للتنفيذ، وإما أن يُؤَيِّدَ الحكم؛ ليستعيد قوته التنفيذية التي حُرِمَ منها مؤقتاً. وسواء كان طالب الوقف قد شرع في التنفيذ الجبري للسند التنفيذي أم لم يشرع فيه بعد، وإن كان في مَقْدُورِهِ هذا الشرع في أي وقت؛ لأن مجرد رفع الطعن لا يوقف التنفيذ بقوة القانون، بل لابد من حكم بالوقف⁽¹⁾.

وتسكين الحقوق والمراكز القانونية المتنازع بشأنها: هي بما يقرره القضاء الموضوعي، فالعبرة في تحديد الحقوق والمراكز القانونية: هي بما يقرره العمل القضائي الموضوعي، أما أعمال الحماية المستعجلة فهي مؤقتة تزول بمجرد صدور الحكم القضائي الموضوعي وتنفيذه، وإن ظلت قائمة مُرْتَبَةً لآثارها لحين إحلال الحكم الموضوعي محل الحكم المستعجل. ويثبت للمحكوم له في الحكم الموضوعي الحق في إعادة الحال إلى ما كان عليه قبل تنفيذ الحكم المستعجل، بالتنفيذ العكسي. ولكن نظراً لاحتمال إفلاس أو إعسار المُنفِّذ، فلن يكون من

(1) د. نبيل إسماعيل عمر، التنفيذ الجبري، دار الجامعة الجديدة للنشر بالإسكندرية 2015م، بند 47، ص 42. د. طلعت دويدار، وظيفة فكرة الاستعجال في فن التوفيق بين المصالح المتعارضة في التنفيذ القضائي، دار الجامعة الجديدة للنشر بالإسكندرية 2009م، ص 39 وما بعدها.

الممكن بسهولة إعادة الحال إلى ما كانت عليه، ومن هنا نشأت نظرة الحماية الوقتية بطلب وقف التنفيذ⁽¹⁾.

والواقع أن وقف التنفيذ يمكن التوصل إليه باتفاق الخصوم أو بقوة القانون بإشكال وقتي أو بحكم وقتي من محكمة الطعن يظل قائماً إلى أن يصدر حكم في موضوع الطعن أو التظلم. وطلب وقف التنفيذ من محكمة الطعن أو التظلم لا يعتبر في ذاته طعناً في الحكم، وهو مقرر لمصلحة المحكوم عليه الطاعن المنفذ ضده، وغير متعلق بالنظام العام. ولا يمكن العودة لمحكمة الطعن بهدف الحكم بإزالته والاستمرار في التنفيذ، كما لا يمكن الرجوع إلى قاضي التنفيذ؛ بهدف الحصول على حكم بالاستمرار في التنفيذ الذي أوقفته محكمة الطعن؛ لأن هذا يمتنع عليه؛ لأن فيه مساس بحكم الوقف، وهذا لا يجوز لقاضي التنفيذ⁽²⁾.

وبناءً على ذلك نتناول الفصل الأول (ماهية وقف القوة التنفيذية ونطاقها) في مبحثين على النحو التالي:

(1) د. وجدي راغب فهمي، النظرية العامة للعمل القضائي في قانون المرافعات، منشأة المعارف بالإسكندرية 1974م، ص 113 وما بعدها، د. أحمد ماهر زغلول، آثار إلغاء الأحكام بعد تنفيذها، بند 121 وما بعده، ص 189 وما بعدها.

(2) د. نبيل عمر، التنفيذ الجبري، بند 47، ص 43. د. أحمد هندي، التنفيذ الجبري، بند 22، ص 59. د. أحمد خليل، قانون التنفيذ الجبري، 1996م، ص 495. د. عزمي عبد الفتاح، قواعد التنفيذ الجبري، ص 218-219. د. محمود مصطفى يونس، المرجع في إجراءات التنفيذ الجبري، بند 77، ص 140-141.

المبحث الأول: مفهوم وقف القوة التنفيذية، والتمييز بينه وبين غيره من النظم القانونية المشابهة.

المطلب الأول: مفهوم وقف القوة التنفيذية.

المطلب الثاني: التمييز بين وقف القوة التنفيذية وبين غيره من النظم القانونية المشابهة.

المبحث الثاني: نطاق وقف القوة التنفيذية.

المطلب الأول: وقف القوة التنفيذية لأحكام المحاكم العادية.

المطلب الثاني

وقف القوة التنفيذية لأحكام المحاكم المتخصصة والأوامر القضائية.

المبحث الأول

مفهوم وقف القوة التنفيذية والتمييز بينه وبين غيره من النظم

القانونية المشابهة

10- تمهيد وتقسيم: نتناول في هذا المبحث: تعريف وقف القوة التنفيذية، والحكمة من نظام وقف القوة التنفيذية، والطابع الاستثنائي لنظام وقف القوة التنفيذية، والطبيعة القانونية لنظام وقف القوة التنفيذية، والطابع الوقتي والمستعجل لطلب وقف القوة التنفيذية، وأثر الطعن أو التظلم على القوة التنفيذية، وأثر الطعن على التنفيذ في القانون الفرنسي، وشطب خصومة الطعن لعدم تنفيذ الحكم المطعون فيه.

ونتناول كذلك التمييز بين طلب وقف القوة التنفيذية، وغيره من النظم القانونية المشابهة له؛ كالأشكال في التنفيذ، والاستئناف الوصفي، والكفالة، وسقوط القوة التنفيذية بالتقادم.

وعلي ذلك نتناول هذا المبحث في مطلبين هما

المطلب الأول: مفهوم وقف القوة التنفيذية.

المطلب الثاني: التمييز بين وقف القوة التنفيذية وبين غيره من النظم القانونية المشابهة.

وذلك بالتفصيل المناسب على النحو الآتي

المطلب الأول

مفهوم وقف القوة التنفيذية

11- تعريف وقف القوة التنفيذية: يقصد بوقف القوة التنفيذية للسند التنفيذي من محكمة الطعن أو التظلم: تعطيل تنفيذ السند التنفيذي مؤقتاً لحين الفصل في موضوع الطعن أو التظلم. أو عدم السير في تنفيذ السند إذا كان قد بدأ، وامتناع البدء فيه إذا كان لم يبدأ. أي: تعطيل مؤقت لحق الدائن في تنفيذ حكم قابل للإلغاء أو التعديل بطلب المحكوم عليه (المُنْفَذ ضده) لمحكمة الطعن بهدف الحصول على حكم يَحُولُ دون البدء في تنفيذ الحكم الصادر ضده والمطعون عليه، أو عدم الاستمرار في تنفيذه حال البدء فيه، وذلك لحين صدور حكم في موضوع الطعن. فطلب وقف التنفيذ يعتبر بمثابة ضمانات وقائية تسمح للمحكوم عليه بوقف القوة التنفيذية للحكم الصادر ضده مؤقتاً لحين تحديد مصيره من محكمة الطعن أو التظلم؛ لتجنب مخاطر تنفيذه، وصعوبة إعادة الحال إلى ماكان عليه بالتنفيذ العكسي، إذ ألغى هذا الحكم من محكمة الطعن. ويجب أن يترتب على التنفيذ ضرر يستعصي على الإصلاح فيما لو ألغى الحكم، وهو ما يعكس طابع الاستعجال كمبرر للوقف. كما يلزم وجود أسانيد قانونية على ما اعترى الحكم من معاييب، يترجح معها إلغاؤه من محكمة الطعن، ومخاطر يصعب تداركها فيما

لو قضى بإلغائه، فيكون الوقف؛ لتلافي النتائج الخطيرة المترتبة على تنفيذ حكم قابل للإلغاء أو التعديل⁽¹⁾.

ويعتبر طلب وقف القوة التنفيذية حقاً دستورياً باعتباره ضماناً من ضمانات حق الدفاع، يدرأ به المحكوم عليه (الْمُنْفَذُ ضده) عن نفسه مغبة تنفيذ حكم مُرَجَّحِ الْغَاوَةِ من محكمة الطعن، وتكفل من خلاله حماية عاجلة. والعلاقة بين الوقف ومصير الحكم الْمُرَجَّحِ الْغَاوَةِ، هي التي تعكس وجه المصلحة في طلب الوقف⁽²⁾.

ويتمثل نظام وقف القوة التنفيذية للسند التنفيذي في منح محكمة الطعن أو التظلم سلطة الأمر بوقف تنفيذ الحكم المطعون فيه أمامها بصفة مؤقتة إلى أن يفصل في موضوع الطعن أو التظلم، أي وقف سريان القوة التنفيذية للحكم لحين الفصل في الطعن، وذلك بِشَلِّ الْفَاعِلِيَةِ التَّعْزِيزِيَةِ للحكم عن طريق وقف تنفيذه، بحيث تنتهي صلاحيته لمباشرة إجراءات التنفيذ الجبري. ووقف القوة التنفيذية للحكم لا يفيد إلغاء الأثر التنفيذي للحكم، وإنما يفيد وقف إعماله لفترة مؤقتة؛ ولذلك فإن مجال إعماله يتحدد في إجراءات التنفيذ اللاحقة دون الإجراءات السابقة؛ لأن ما سبق إتمامه لا يردُّ عليه الوقف، وإنما يردُّ عليه

(1) د. نبيل عمر، التنفيذ الجبري، بند 47، ص43. د. أحمد هندي، التنفيذ الجبري، بند 22، ص 58 وما بعدها. د. أحمد خليل، طلبات وقف التنفيذ أمام محاكم التنفيذ ومحاكم الطعن، دار المطبوعات الجامعية بالإسكندرية 200م، بند 24، ص 39. د. علي الحديدي، التنفيذ الجبري، ص41. د. أحمد مليجي، شرح أصول التنفيذ الجبري، ط2010م، ص169-170.

(2) د. محمد باهي أبو يونس، وقف تنفيذ الحكم الإداري، بند 3، ص 13. د. محمد كمال منير، قضاء الأمور الإدارية المستعجلة، ط 1، 1990م، ص 413 وما بعدها.

الإلغاء. وتتحدد سلطة محكمة الطعن في الأمر بوقف ما يجري، أو ما سيجري اتخاذه من تنفيذ دون أن يكون لها سلطة الأمر بإلغاء ما تم تنفيذه بالفعل؛ ولذا يعد عدم تمام التنفيذ شرطاً لقبول طلب وقف التنفيذ، فإذا كان التنفيذ قد تم بالفعل، فلا يقبل الطلب؛ لأنه يعد في حقيقته طلباً بالإلغاء وليس بوقف التنفيذ، وهو ما لا يندرج في سلطة محكمة الطعن، فلا يجوز أن يطلب من محكمة الطعن ما يتجاوز حدود السلطة المخولة لها قانوناً⁽¹⁾.

وتثبت هذه السلطة للمحكمة الاستئنافية عند الطعن أمامها في الحكم الابتدائي المشمول بالنفاز المعجل (م292 مرافعات)، كما تثبت لمحكمة الطعن بالمعارضة في الأنظمة القانونية التي تجيز الطعن المعارضة (م4/60، 5 مرافعات شرعية سعودي)، كما تثبت لمحكمة الطعن غير العادي كمحكمة النقض (م251 مرافعات)، ومحكمة التماس إعادة النظر (م244 مرافعات)، ومحكمة اعتراض الخارج عن الخصومة في القوانين التي تجيزها. وفي كافة حالات وقف القوة التنفيذية من محكمة الطعن أو التظلم، فإن المحكمة تباشر سلطة قضاء وقتي أو

(1) د. رمزي سيف، قواعد تنفيذ الأحكام والمحرمات الموثقة، ط9، دار النهضة العربية بالقاهرة 1970/1969م، بند 34، ص 37. د. محمد عبد الخالق عمر، مبادئ التنفيذ، بند 203 وما بعده، ص 225 وما بعدها. د. أحمد ماهر زغلول، آثار إلغاء الأحكام بعد تنفيذها، بند 113، ص 175 وما بعدها.

مستعجل؛ ولذلك فإن طلبات الوقف تخضع في نظرها، والفصل فيها لقواعد القضاء المستعجل كقاعدة عامة⁽¹⁾.

12- الحكمة من نظام وقف القوة التنفيذية: طلب وقف القوة التنفيذية بالتبعية للطعن: هو طلب بحماية وقائية وقتية مستعجلة ترمي إلى تلافي، ومنع الضرر قبل وقوعه بوقف التنفيذ قبل البدء فيه أو بإتمامه، وليس طلبًا بحماية علاجية أو جزائية ترمي إلى إزالة ضرر وقع بالفعل. وذلك أيًا كان نوع التنفيذ الجبري، سواء كان عينيًا مباشرًا أم بالحجز ونزع الملكية. فالحكمة من نظام وقف القوة التنفيذية تفادي الضرر قبل وقوعه كإجراء وقائي؛ لتفادي مضار تنفيذ حكم قلق آيل للإلغاء أو التعديل. وإذا تم التنفيذ كاملاً بكافة أجزائه وجوانبه، فلا فائدة تُرجى من طلب وقفه، بعد أن تحققت الغاية المرجوة من الحكم بتنفيذه كاملاً. أما إذا لم تكتمل عملية تنفيذ الحكم فيمكن قبول طلب وقف التنفيذ؛ لوجود محل لطلب الوقف، ومصالحة لطالب الوقف حينئذ، وعلى ذلك فإن مجرد البدء في التنفيذ أو الشروع فيه لا يفرغ طلب الوقف من مضمونه، ولا يؤدي إلى خروج الحكم من نطاق القابلية للوقف، إذ يظل إمكان طلب الوقف قائمًا ما دام التنفيذ لم يكتمل. ويؤدي

(1) الإشارة السابقة.

تمام التنفيذ إلى عدم قبول طلب الوقف؛ وذلك لانتفاء مصلحة طالب الوقف، بينما يمكن طلب الوقف إذا لم يبدأ التنفيذ أو كان قد بدأ ولم يكتمل⁽¹⁾.

والحكمة من قبول طلب وقف القوة التنفيذية هي أن محكمة الطعن أو التظلم قد تستغرق وقتاً طويلاً للفصل في الطعن، ثم يأتي حكمها بإلغاء الحكم المطعون فيه بعد تنفيذه، وقد يعجز المُنْفَذُ بسبب إفلاسه أو إعساره بالتنفيذ العكسي. وعلى ذلك فإذا تم تنفيذ الحكم فعلاً كاملاً قبل تقديم طلب وقف التنفيذ، فإن هذا الطلب لا يقبل؛ لأنه يقع على غير محل، وما تم تنفيذه لا يمكن وقفه، وتحكم محكمة الطعن بعدم قبول طلب الوقف، وتنتهي خصومة الوقف أمامها عند هذا الحد، وإن ظلت خصومة الطعن قائمة؛ لعدم توافر شَرْطَي: المصلحة والاستعجال في طلب الوقف. فالمصلحة المرجوة من طلب الوقف تتمثل في: تلافي ومنع وقوع ضرر من تنفيذ حكم مطعون فيه، ومُحْتَمَلُ إلغاؤه من محكمة الطعن، وتمام التنفيذ يؤدي إلى انقضاء حالة الاستعجال⁽²⁾.

(1) د. وجدي راغب فهمي، النظرية العامة للتنفيذ القضائي، 1997م، ص 111-112. د. عزمي عبد الفتاح، قواعد التنفيذ الجبري، ص 219. د. أحمد مليجي، التعليق على قانون المرافعات، ج 5، ط 3، نادي القضاة، ص 376. د. محمد صلاح الدين فايز محمد، وقف تنفيذ الحكم الإداري، ص 235 وما بعدها. د. عصمت عبد الله الشيخ، جدوى نظام وقف تنفيذ القرارات الإدارية في تحقيق التوازن المطلوب بين الإدارة والأفراد، 2005م، ص 62.

(2) الإشارة السابقة.

ويقصد بتبعية طلب الوقف للطعن قيام صلة وثيقة بين الطعن وطلب الوقف، وأن الطعن قد يسبق طلب الوقف أو يتعاصران معاً؛ ولكي يقبل طلب الوقف يجب أن يكون الطعن نفسه مقبولاً، ويرتبط مصير طلب الوقف بمصير الطعن، فيبقى ببقائه ويزول بزواله. وتظهر أهمية طلب وقف القوة التنفيذية في كونه ضماناً وقائية؛ بهدف للحيلولة دون الإضرار بالمُنفذّ ضده بتحقيق حماية وقتية عاجلة؛ للوقاية من مخاطر تنفيذ حكم مُعرّضٍ للإلغاء من محكمة الطعن، تتمثل في استحالة أو صعوبة التنفيذ العكسي بإعادة الحال إلى ما كان عليه قبل تنفيذ حكم قابل للإلغاء لحين استقرار مصيره من محكمة الطعن؛ لاحتقال إفلاس أو إفسار المنفذ بعد التنفيذ. كما يحقق نظام وقف القوة التنفيذية للسند التنفيذي؛ التوازن بين المصالح المتعارضة؛ مصلحة طالب التنفيذ في القيام بالتنفيذ، ومصلحة المنفذ ضده في عدم تنفيذ حكم مؤقتاً لحين تقرير مصيره من محكمة الطعن، فالغاية من الوقف منع تنفيذ الحكم مؤقتاً وليس إلغاؤه⁽¹⁾.

ونظام وقف القوة التنفيذية يحقق التعايش بين مصالح متعارضة سيصعب التوفيق بينها، مصلحة المحكوم له في التنفيذ الحال للحكم؛ لاجتباء ثمراته، ومصلحة المحكوم عليه في إرجاء التنفيذ؛ حتى يتقرر مصير الحكم المنفذ به والمطعون عليه من محكمة الطعن؛ وذلك لتفادي ما قد يترتب على تنفيذ حكم محتمل للإلغاء من محكمة الطعن من آثار يصعب تداركها بالتنفيذ العكسي؛ لإعادة الحال إلى ما كان

(1) د. نبيل عمر، التنفيذ الجبري، بند 47، ص 42؛ بند 52، ص 46. د. طلعت دويدار، وظيفة فكرة الاستعجال، ص 87.

عليه في حال إلغاء الحكم من محكمة الطعن بعد تمام تنفيذه، فالوقاية خير من العلاج. وكذلك يضع حدًا لصراع بين مصلحتين متعارضتين، ففي تعجيل التنفيذ مصلحة للمحكوم له، ومضرة للمحكوم عليه، ولما كان دفع الضرر مُقَدَّمًا على جلب المنفعة، فمن دواعي منطق هذا الأصل يكون إرجاء التنفيذ أولى لرعاية مصلحة المضرور حتى يتقرر مصير الحكم من محكمة الطعن، تجنبًا للتنفيذ العكسي. ووقف التنفيذ يحقق التعايش الآمن بين مفترضات التنفيذ الحالي للحكم ومقتضيات إلغاء الحكم من محكمة الطعن. كما أنه يجنب كل من الدائن والمدين من التورط في عملية تنفيذ مهددة بالإلغاء والتنفيذ العكسي والتعويض⁽¹⁾.

وعلى ذلك تعتبر ضمانه وقف القوة التنفيذية تجسيدًا لقاعدة التوازن بين المصالح المتعارضة، ومراعاة المصلحة الأحق بالتفضيل، التي اتبعها القانون المصري. أي مصلحة المحكوم له في التنفيذ، ومصلحة المحكوم عليه في وقف التنفيذ. وقد حَوَّل المُشَرِّعُ المحكمة التي تنتظر الطعن في الحكم، أو التظلم من الأمر سواءً كان أمرًا على

(1) د. محمود محمد هاشم، قواعد التنفيذ، ص 184. د. محمد باهي أبو يونس، وقف تنفيذ الحكم الإداري، بند 5، ص 23 وما بعدها.

-L. Philip; Le sursis à l'exécution des décisions des Juridiction
adminisrtive, D. 1965; P. 219.

-Cass. Civ.2^e; 18 févr. 2016; Dalloz actualité; 9 mars 2016; P.199;
obs. Kéhir.

-Cass. Civ.2^e; 18 févr. 2016; Gaz. Pal.; 17 mai 2016; P. 71; obs.
Raschel.

عريضة أم أمر أداء سلطة وقف التنفيذ (م 292، م 244، م 251 مرافعات)؛ لمنح حماية وقتية للمحكوم عليه بوقف التنفيذ لحين الفصل في الطعن، الذي قد يستغرق وقتاً طويلاً؛ ولتفادي الضرر قبل وقوعه⁽¹⁾.

13- الطابع الاستثنائي لنظام وقف القوة التنفيذية: يعتبر نظام وقف القوة التنفيذية للسند التنفيذي استثناءً من مبدأ الأثر غير الواقف للطعن في الأحكام، فالطعن في الأحكام لا يُوقف تنفيذها كقاعدة عامة يردُّ عليها استثناءً وقف التنفيذ، فلا يترتب على الطعن وقف تنفيذ الحكم ما لم تحكم محكمة الطعن بالوقف في حالات محددة وبشروط معينة، وذلك أيًا كان نوع التنفيذ الجبري، سواءً كان عينياً مباشراً، أم بالحجز ونزع الملكية. وعلى ذلك يعتبر وقف التنفيذ استثناءً من استثناء النفاذ المُعجَّل للحكم الابتدائي، كما يُعدُّ استثناءً من مبدأ الأثر غير الموقف للطعن في الحكم النهائي أو الانتهائي؛ وذلك لمواجهة الأثر الفوري للقوة التنفيذية للحكم النهائي⁽²⁾.

(1) د. عزمي عبد الفتاح، قواعد التنفيذ الجبري، ص 219. د. أحمد مليجي، التنفيذ، دار النهضة العربية بالقاهرة 1994م، ص 343-344. د. محمود مصطفى يونس، المرجع في قانون إجراءات التنفيذ الجبري، دار النهضة العربية بالقاهرة 2013، بند 77، ص 139.

-Cass. Soc. 26 Nov. 2013; Rév. Trim. dr. Civ.2014; P.108; obs. **Debord.**

(2) د. أحمد أبو الوفا، إجراءات التنفيذ، بند 21-22، ص 44 وما بعدها، بند 34، ص 75 وما بعدها.

-Cass. Soc. 26 Nov. 2013; Procédures. 2014; N. 50; Not. **Bugada.**

وإذا كان الحكم هو قضاء تأكيدي يعكس عنوان الصحة والحقيقة الكامنة في منطوقه، ويتمتع بالحجية، فيخضع للأصل وهو التنفيذ الجبري، ولا يجوز تعطيله بالوقف؛ لأن الأصل هو التنفيذ والاستثناء هو الوقف، وبالتالي يجب تفسيره ضيقاً، ولا يجوز التوسع فيه ولا القياس عليه؛ حتى لا ينال من قوة الأحكام التنفيذية، ولا يتخذ ذريعة لتعطيل تنفيذ الأحكام من جانب المحكوم عليه؛ ولذا فهو يعتبر موازنة لمبدأ الأثر غير الواقف للطعن⁽¹⁾.

14- الطبيعة القانونية لنظام وقف القوة التنفيذية (وقتي مستعجل) : لا شك أن الفصل في موضوع الطعن قد يستغرق وقتاً طويلاً، وقد يصدر حكم محكمة الطعن بعد مرور هذا الوقت بإلغاء الحكم المستأنف، بعد أن يكون قد تم تنفيذه، وقد يصعب على طالب التنفيذ إعادة الحال إلى ما كان عليه قبل التنفيذ؛ ولذلك فإنه تفادياً لما قد يصيب المحكوم عليه من ضرر نتيجة تنفيذ الحكم الابتدائي تنفيذاً معجلاً قبل الاستئناف الأصلي، فقد أجاز المشرع للمحكوم عليه أن يطلب من محكمة الطعن أن تأمر بوقف التنفيذ، وذلك متى توافرت شروط معينة، وذلك أيّاً كان نوع التنفيذ الجبري، سواءً كان عينياً مباشراً، أم بالحجز ونزع الملكية. ويعتبر نظام وقف التنفيذ النظام الأمثل للحدّ من الأضرار المترتبة على النفاذ المعجل؛ لأنه نظام وقائي يتلافى الضرر قبل حدوثه. ولا يُعدّ وقف النفاذ المعجل من محكمة الاستئناف طريق طعن في الحكم الصادر من محكمة أول درجة؛ وذلك لأن

(1) د. محمد باهي يونس، وقف تنفيذ الحكم الإداري، بند 3، ص 18 وما بعدها.

محكمة الاستئناف لا تمارس في هذا الخصوص رقابة على محكمة أول درجة، بمعنى: أنها لا تبحث مسألة خطأ الحكم أو صوابه، فهي لا تراقب مخالفة الحكم للقانون فيما فصل فيه، فقد يكون حكم أول درجة لا يتضمن أي مخالفة للقانون، ومع ذلك تأمر محكمة الاستئناف بوقف النفاذ المُعَجَّل⁽¹⁾. وتخضع القوة التنفيذية للسند لنظام الوقف الذي يجعلها مجرد قوة تَحْفَظِيَّةٍ وِقْتِيَّةٍ خلال فترة الوقف؛ لأن تلك القوة لا تُحَوَّلُ صاحب السند التنفيذي اتخاذ الإجراءات التنفيذية، وإنما فقط تُحَوَّلُهُ اتخاذ الإجراءات التحفظية⁽²⁾.

ولا يَحْتَصُّ قاضي التنفيذ بطلب وقف التنفيذ؛ لأن ذلك لا يُعَدُّ منازعةً في إجراءات التنفيذ؛ حتى تدخل في ولاية قاضي التنفيذ وسلطته، وإنما يتعلق بالقوة التنفيذية المعجلة التي منحتها محكمة أول درجة على حكمها، فالمنازعة إذاً تتعلق في هذه الحالة بتكوين السند التنفيذي، وليس بتنفيذه⁽³⁾.

(1) د. وجدي راغب فهمي، النظرية العامة للتنفيذ القضائي، ص 112. د. عزمي عبد الفتاح، قواعد التنفيذ الجبري، ص 218-219. د. أحمد ماهر زغلول، أصول التنفيذ الجبري القضائي، بند 101، ص 206.

(2) د. عزمي عبد الفتاح، قواعد التنفيذ الجبري، ص 219. د. أحمد محمد أحمد حشيش، الوجيز في التنفيذ الجبري 2000م، ص 142. د. محمد الصاوي مصطفى، قواعد التنفيذ الجبري، دار النهضة العربية بالقاهرة 1996م، ص 121 هامش (1).

-Jean Vincent et Jacques Prévaut; Voies d'exécution et Procédure de distribution; 19 éd.; Dalloz Delta; 1999. N. 393; P. 272.

(3) د. عبد الحكم شرف الدين، و د. السعيد الأزمازي، التنفيذ الجبري، ص 147.

ويتشابه نظام وقف التنفيذ في النفاذ المُعَجَّل مع إشكالات التنفيذ الوقتية في الغاية من الوقف؛ إذ يطلب واقف التنفيذ في النفاذ المعجل وقف النفاذ المعجل، وكذلك طالب الإشكال يطلب وقف التنفيذ بصفة مؤقتة لحين الفصل في موضوع الدعوى. ووقف النفاذ المُعَجَّل يُحَوَّل لمحكمة الطعن رعاية المصلحة الأحق بالتفضيل، سواء كانت مصلحة المحكوم له في إجراء النفاذ المُعَجَّل، أم مصلحة المحكوم عليه بوقف التنفيذ لحين الفصل في موضوع الطعن؛ ولذلك فإن نظام وقف النفاذ المُعَجَّل هو أسلوب وَقْتِي وَقَائِي على عكس الكفالة، فهي أسلوب علاجي، ومن المُسَلَّم به أن الوقاية خير من العلاج⁽¹⁾.

وبهذا الوقف فإن المشرع قد أوجد وسيلةً وقائيةً يعطي الحق بمقتضاها للمحكوم عليه بأن يطلب وَقْفَ تنفيذ الحُكْمِ أو الأمرِ المشْمُولِ بالنفاذ المُعَجَّل؛ وذلك درءاً للضرر الذي قد يترتب على تنفيذ هذا الحكم من قبل المحكوم له الذي يسعى بدوره جاهداً لتنفيذ حكمه دون الالتفات إلى ما قد يحدثه من ضرر بمصالح المحكوم عليه⁽²⁾.

-Caas. Civ.2^e; 18 juin 2009; J. P. C. 2009; P. 295; obs. **Jamin**.

⁽¹⁾ د. نبيل إسماعيل عمر، التنفيذ الجبري للسندات التنفيذية، دار الجامعة الجديدة للنشر بالإسكندرية 2015م، بند415، ص447. د. محمد ظهري محمد يوسف، النظرية العامة لإشكالات التنفيذ، رسالة دكتوراه، 1994م، ص 73-74.

⁽²⁾ -**J. J. Barbier**; Le Procédure Civile; 1995; P. 105.

-Cass. Civ. 2e ; 10 Fév. 2011; D. 2012; Pan.; 1514; obs. **Leborgne**.

وقد كُتِبَ رأيٌ منفردٌ في الفقه الإجرائي، وحكّم يَتِيَمٌ في القضاء طلب وقف القوة التنفيذية المعجلة بأنه طعن في الحكم الصادر من قضاء الدرجة الأولى ينصب على جزئه المتعلق بالإنفاذ، ومن ثَمَّ وجب تقديمه في نفس ميعادِ الطعن بالاستئناف⁽¹⁾.

في حين يرى جمهور الفقه أن طلب وقف القوة التنفيذية للحكم المشمول بالإنفاذ المُعَجَّل من محكمة الطعن لا يعد طعنًا في الحكم المطلوب وقف تنفيذه، وإنما هو طلب وقتي مؤقت مستعجل يتعلق بهذه القوة، فمحكمة الطعن هنا لا تبحث مسألة ما إذا كانت محكمة أول درجة قد قدرت الظروف، التي تستدعي الأمر بالإنفاذ تقديرًا صحيحًا أم لا؛ لأن هذه المسألة تملك محكمة أول درجة بشأنها سلطة تقديرية كاملة، بينما نجد أن مهمة محكمة الاستئناف: هي أن تتأكد فقط من ما إذا كانت النتائج التي تترتب على تنفيذ الحكم المشمول بالإنفاذ تسبب ضررًا جسيمًا أم لا، ومحاكم الاستئناف هي التي يناط لها وحدها تقدير ذلك (م 292 مرافعات)، وهو

-Cass. Civ. 2e ; 10 Fév. 2011; Procédures 2011; N. 128; Not. R.

Perrot.

(¹) د. رمزي سيف، قواعد تنفيذ الأحكام والمحرمات الموثقة، بند 34، ص 37-38. استئناف القاهرة 1961/3/28م، المحاماة، س 42، ص 716.

يعتبر من الطلبات الجديدة المسموح بقبولها لأول مرة في الاستئناف باعتبارها طلبًا تابعًا بالحماية الوقتية المستعجلة⁽¹⁾.

ومن المسلم به أنّ النفاذ المُعَجَّل القانوني يستمد قوته التنفيذية من القانون مباشرة لا من الحكم؛ لذلك يستقيم معه القول بأن محكمة الاستئناف تُمارِسُ به رقابة على قضاء الدرجة الأولى، فمحكمة الاستئناف بينما تتصدى لهذا الطلب لا تراقب مخالفة الحكم الابتدائي للقانون، فيما فصل فيه من حيث الوصف، وإنّما تُسَبِّغُ للمحكوم عليه حمايةً وقتية؛ حتى تفصل في الاستئناف الأصلي. ولا بُدَّ للمحكمة أن تضع في اعتبارها عند نظر طلب الوقف التوازن بين مصلحة المحكوم له في أن يُنْفَذَ الحكم، ومصلحة المحكوم عليه في ألا يُنْفَذَ هذا الحكم؛ حتى لا يضرَّ نتيجة هذا التنفيذ، وترجيح المصلحة الأحق والأولى بالرعاية⁽²⁾.

ويعتبر النظام الإجرائي لوقف القوة التنفيذية منظومةً ثلاثية الأبعاد، فهو نظام استثنائي، ونظام عاجل وقتي، ونظامٌ تبعيٌّ، وذلك أيًا كان نوع التنفيذ الجبري،

⁽¹⁾ د. فتحي والي، التنفيذ الجبري، بند 41، ص 60. د. وجدي راغب فهمي، النظرية العامة للتنفيذ القضائي، ص 120. د. عزمي عبد الفتاح، قواعد التنفيذ الجبري، ص 219. د. نبيل عمر، التنفيذ الجبري، بند 49، ص 45. د. عاشور مبروك، الوسيط في التنفيذ، ص 156. د. محمود مصطفى يونس، المرجع في قانون إجراءات التنفيذ الجبري، بند 78، ص 141 وما بعدها. د. محمد الصاوي مصطفى، قواعد التنفيذ الجبري، ص 218.

⁽²⁾ د. وجدي راغب فهمي، النظرية العامة للتنفيذ القضائي، ص 112. د. أحمد ماهر زغلول، أصول التنفيذ، بند 69، ص 156.

-Caas. Civ.2° ; 18 juin 2009; D. 2009; Pan.; 2704; obs. **Blanchard**.

سواء كان عينياً مباشراً، أم بالحجز ونزع الملكية. فيتمتع طلب وقف التنفيذ بالطبيعة الوقتية، وباعتباره طلباً وقتياً فيتحدد مناطه الأساسي بفكرة الاستعجال. ويعرف الاستعجال بأنه الخشية من فوات الوقت، أي: مواجهة خطر تأخير الحصول على الحماية القانونية الموضوعية (م 45 مرافعات). ويعرف الطلبُ الوقتي بأنه طلب يقوم على وقائع قابلة للتغيير والتبديل حسب الظروف، ويتحدد مركز الخصوم بالحكم فيه تحديداً مؤقتاً لحين الفصل في الموضوع. وعلى ذلك فطلب وقف التنفيذ: هو طلب وقتي مؤقت مستعجل سواء أكان مقدماً لمحكمة الطعن بالتبعية للطعن في الحكم، أو التظلم (م 244، م 251، م 292 مرافعات)؛ لتجريح السند التنفيذي. أما كان مقدماً إلى قاضي التنفيذ بإشكال وقتي (م 312 مرافعات) لوجود عيب في عملية التنفيذ ذاتها. ينظره القاضي بصفته قاضي أمورٍ مستعجلةٍ بعد التحقق من مناطه بتوافر الاستعجال كشرط للحكم فيه، ويُعدُّ طلب وقف التنفيذ مستعجلاً بطبيعته؛ لأن كل عملية تنفيذ قابلة للإلغاء يتوافر معها الضرر الذي يشكل عنصر الاستعجال؛ نظراً لأن الحق في التنفيذ هو من حقوق الإضرار بطبيعتها.

وقد تطلبت (م 292 مرافعات) توافر شرط الضرر الجسيم للحكم بوقف القوة التنفيذية من محكمة الاستئناف أو التظلم، بينما تطلبت (م 244، م 251 مرافعات) توافر شرط الضرر الجسيم المتعذر تداركه للحكم بوقف القوة التنفيذية من محكمة الالتماس أو النقض، وتطلبت (م 312 مرافعات) توافر الضرر العادي للحكم بوقف التنفيذ من قاضي التنفيذ، ويتمتع القاضي بسلطة تقديرية للحكم بوقف التنفيذ أو

برفضه. وتقدير درجة الضرر تختلف باختلاف الظروف الشخصية والموضوعية وقت صدور الحكم في طلب وقف القوة التنفيذية⁽¹⁾.

15- الطابع الوقتي والمستعجل لطلب وقف القوة التنفيذية: ذهب غالبية الفقهاء⁽²⁾ إلى: أن الأحكام الصادرة في طلبات وقف القوة التنفيذية ذات طبيعة وقتية شرطية مستعجلة ترتبط بتغيير الظروف الصادر فيها؛ لأن الغرض منها هو إجراء تحفظي، وهو الأمر بوقف التنفيذ إلى أن يتم الفصل في موضوع الطعن، وتلافياً لأضرار يتعذر تداركها فيما بعد؛ لأنها تصدر بناءً على ظروف ووقائع متغيرة تكون قابلة للتغير والتعديل إذا ما طعن في الحكم؛ وذلك باعتبار أن طلب الوقف هو طلب وقتي، وأن ما تأمر به المحكمة في مسألة النفاذ هو قضاءً وقتي لا يقيدها عند نظر الطعن، فلها أن تعدل عما حكمت به، فقد تقضي بوقف النفاذ، ثم تحكم بعد ذلك برفض الاستئناف، وهو ما يعني نفاذ الحكم نفاذاً عادياً؛

⁽¹⁾ د. وجدي راغب، نحو فكرة عامة للقضاء الوقتي، ص 167 وما بعدها. د. أحمد مسلم، الاختصاص والموضوع في قضاء الأمور المستعجلة، مجلة القانون والاقتصاد، تصدرها حقوق القاهرة، س 30، ع 1، ص 89 وما بعدها.

–J. Normond; juge de l'exécution; Juris . class. Proc .Fasc. 2040; N. 83.

⁽²⁾ د. أحمد أبو الوفا، إجراءات التنفيذ، ص 78. د. فتحي والي، التنفيذ الجبري، بند 43، ص 87. د. عزمي عبد الفتاح، قواعد التنفيذ الجبري، ص 218-219. د. نبيل عمر، التنفيذ الجبري، بند 54، ص 47. د. أحمد ماهر زغلول، أصول التنفيذ، بند 69، ص 156.

–Caas. Civ.2°; 17 Fév. 2011; Rév. Trim. dr. Civ. 2011; P.389; obs. R. Perrot.

لأنه أصبح نهائياً، ولهذا فإن جميع الأحكام الوقتية لا تقيد محكمة الموضوع عند نظر موضوع الطعن، وهذا الحكم قابل للطعن عليه فور صدوره.

وقد جاءت أحكام القضاء تؤيد ذلك، فقد قضت محكمة النقض⁽¹⁾ بأن الحكم الصادر في طلب وقف نفاذ الحكم المستأنف هو قضاءً وقتي، ليس له تأثير على استئناف الموضوع، ولا تتقيد به المحكمة التي أصدرته عند نظر موضوع الاستئناف، ولا يحوز قوة الأمر المقضي أمام محكمة الطعن عند نظر موضوع الطعن؛ لأن الفصل في هذا الطلب إنما استند إلى ما يبدو للمحكمة من ظاهر أوراق الدعوى، بما يُحَوِّلُهَا أن تُعَدَّلَ عند الفصل في الموضوع عن رأي حَكَمَتْ به وقت الفصل في الطلب، إذ ليس لحكمها تأثير على الفصل في الموضوع، وأنه لا وجه للتحدي بسبق وقف محكمة الاستئناف حكم المحكمة الابتدائية، فقد وصفت محكمة النقض الحكم الصادر في طلب وقف النفاذ بأنه طلبٌ وقتي لا يحوز قوة الأمر المقضي به؛ وذلك لأن السند فيه يكون من ظاهر أوراق الدعوى، ولها أن تعدل عنه عند الفصل في موضوع الدعوى، إذا تَبَيَّنَ لها خلاف ما قضت به، وذلك باعتبار أن طلب وقف النفاذ المُعَجَّلَ ينصبُّ على الحكم أو الأمر النافذ معجلاً هادفاً إلى تجريده مؤقتاً من قوته التنفيذية الفورية لصالح المُتَقَدِّ ضده. ويقدم طلب الوقف بصورة تبعية للطعن أو التظلم. وعلى ذلك فإن وجه التبعية يتجلى في

(1) نقض مدني 1971/1/19م، طعن رقم 264 لسنة 36 ق، مج، س 22، ج 1، ق 13، ص

أن محكمة الطعن باعتبارها محكمة موضوع، فلا تختص بنظر الطلبات الوقتية، إلا إذا رفعت إليها بطريق التبعية لنزاع موضوعي يدخل في اختصاصها.

كما يتمتع طلب وقف القوة التنفيذية بالطابع المستعجل؛ حيث يُعدُّ طلب وقف التنفيذ (Sursin à exécution) أمام محكمة الطعن من الإجراءات المستعجلة (procédures d'urgence)، فالاستعجال جزء من طبيعته، ولا ينحسر عنه، ويلزم طلبه، والوقتية صفة تلحق الحكم به، فالحكم بالوقف حكم مستعجل وقتي مؤقت لحين صدور حكم في موضوع الطعن، فقاضي الوقف يحكم فيه دون مساس بأصل الحق، يترك لمحكمة موضوع الطعن. ويُعدُّ الاستعجال طابعاً مُميّزاً لطلب وقف القوة التنفيذية في المنظومة الإجرائية بما يكون لازماً لانعقاد الاختصاص لمحكمة الطعن للفصل فيه، قبل الفصل في موضوع الطعن. ويتمثل في وقوع ضرر جسيم يتعذر تداركه للطاعن، من الاستمرار في تنفيذ حكم مرجح إلغاؤه من محكمة الطعن⁽¹⁾.

16- أثر الطعن أو التظلم على القوة التنفيذية : تتباين الأنظمة الإجرائية فيما يتعلق بأثر رفع الطعن على تنفيذ الحكم بين نظامين أساسيين: إما نظام الأثر الواقف للطعن (الموقف للتنفيذ) أي: أن سريان ميعاد الطعن أو رفع الطعن فعلاً

(1) د. أحمد هندي، التعليق على قانون المرافعات، دار الجامعة الجديدة للنشر بالإسكندرية 2008م، م 244، ص 471 وما بعدها؛ م 251، ص 533 وما بعدها. د. عبد المحسن سيد عمار، أثر الطعن على التنفيذ، ص 91. نقض مدني 1992/3/15م، طعن رقم 3499 لسنة 61 ق، مج، س 43، ج 1، ق 99، ص 458.

يَحُولُ دون تنفيذ الحكم - حيث يعتبر الوقفُ أصلاً، والتنفيذ استثناءً - إلا إذا كان مشمولاً بالنفاذ المُعَجَّل؛ لأنه قد يترتب على الطعن في الحكم الابتدائي بالاستئناف تعديله أو إلغاؤه من محكمة الاستئناف، بما قد يلحق ضرراً بالمحكوم عليه (المُنْفَعَدُ ضده)؛ وذلك لضرورة وجوب أن يكون الحكم القضائي حائزاً لقوة الأمر المقضي كسندٍ تنفيذيٍّ، لتنفيذه تنفيذ عادي في الأوان الطبيعي، أي لا يجوز تنفيذ الأحكام جبراً ما دام الطعن فيها بالاستئناف جائزاً كقاعدة عامة ما لم يوجد نص على خلافها أو أمر من القضاء (1)

وبه أخذ القانون المصري كأصل عام في الأحكام الجنائية والمدنية بمقتضي (م 287 مرافعات). وهو ما أخذ به في المملكة العربية السعودية بنص (م 187 مرافعات شرعية لعام 1435هـ، وم 10 من نظام التنفيذ لعام 1433هـ). وكذلك القانون التونسي في الفصل 146، و125، و126 من مجلة المرافعات المدنية والتجارية التونسية الصادرة بقانون عدد 130 لسنة 1959م. وكذلك نص (م 251) من قانون أصول المحاكمات المدنية السوري. ونص (م 9) من قانون التنفيذ الأردني رقم 25 لسنة 2007م.

(1) د. هشام موفق عوض، أصول المرافعات الشرعية في النظام القضائي السعودي، ط 3، مكتبة الشقري، الرياض 1439هـ / 2018م، ص 463-464. د. هشام موفق عوض، ود. جمال عبد الرحمن محمد علي، أصول التنفيذ الجبري، ط 2، مكتبة الشقري بالرياض 1439هـ/2018م، ص 103 وما بعدها. د. مفلح بن ربيعان القحطاني، ود. محمد السيد محمد رفاعي، الوسيط في نظام التنفيذ السعودي، ط 1، دار الإجازة بالرياض 1440هـ / 2019م، ص 177 وما بعدها.

وإما نظام الأثر غير الواقف للطعن: الذي يجوز بمقتضاه الاستمرار في التنفيذ الحال للحكم فور صدوره وخلال ميعاد الطعن، ولا يحول دون هذا التنفيذ الطعن فيه التنفيذ الحال أو الفوري (exécution immédiate)؛ تأسيسًا على أن الطعن لا يوقف التنفيذ إلا إذا وجد نص على خلافه أو أمر به القضاء،- حيث يعتبر التنفيذ أصلًا، والوقف استثناء-، وهو أحد المبادئ العامة في المرافعات الإدارية، سواء أكان المطعون فيه قرارًا إداريًا أو حكمًا قضائيًا (م5 من قانون مجلس الدولة رقم 47 لسنة 1972م)؛ ولأن الحكم قضاء تأكيدي يتمتع بحجية الأمر المقضي ويعكس الصحة، و لا يجوز تعطيله بالوقف؛ لاحتتمالية إغائه من محكمة الطعن، فلا يجوز دفع اليقين بالاحتمال، ولا يجوز الأخذ بالظن في مقام الجزم؛ ولذا فإن الوقف يكون استثناءً لأصل التنفيذ⁽¹⁾.

وقد أخذ به قانون الإجراء الأردني القديم الملغي رقم 31 لسنة 1952م في (م 19). ونصت عليه (م 564) من قانون أصول المحاكمات المدنية اللبناني الجديد بمرسوم اشتراعي رقم 90 صادر في 16/9/1983م، بقولها: " يكتسب الحكم القوة التنفيذية من تاريخ صدوره إذا كان قطعياً أو من التاريخ الذي يصبح فيه قطعياً ما لم يمنح المحكوم عليه مهلة للتنفيذ...".

(1) د. محمد باهي أبو يونس، وقف تنفيذ الحكم الإداري من محكمة الطعن في المرافعات الإدارية، دار الجامعة الجديدة للنشر بالإسكندرية 2018م، بند 1 وما بعده، ص 7 وما بعدها. د. عبد المحسن سيد ريان عمار، أثر الطعن على التنفيذ في القانون المصري والفرنسي، رسالة دكتوراه، حقوق أسيوط، 1993م، ص 4-5، ص 88. د. محمد صلاح الدين فايز محمد، وقف تنفيذ الحكم الإداري، ص 9 وما بعدها.

وكذلك نص (م1402) من القانون القضائي البلجيكي: تبنت مبدأ عدم إلغاء النفاذ المُعجَّل القانوني أو القضائي، فقد نصّت على أنه لا يمكن لقضاة الاستئناف بأي حال من الأحوال وتحت طائلة البطالان، منع التنفيذ المستعجل للأحكام أو وقف تنفيذها. فالقاعدة التي أرسّتها (م 1402 قضائي بلجيكي) هنا تهدف أساسًا إلى أن تُسبَّغ على النفاذ المُعجَّل فعالية بلا حدود، ولا يمكن لقاضي الاستئناف أن يوقفها لحين صدور حكم في موضوع الطعن، ولكن أحكام القضاء البلجيكي بيّنت أنّ لهذه القاعدة استثناءً عند السماح بالنفاذ المُعجَّل بالمخالفة لمبدأ إجرائي عام يؤدي بالضرورة لإلغاء الحكم، أو جود تناقضات بمطالعة الحكم، أو أن الحكم به عوّز لا تخطئه عين، وينتج عن ذلك أنه في القانون البلجيكي بالإمكان إيقاف النفاذ المعجل القضائي بصفة استثنائية، إذا كان الحكم المشمول بالنفاذ المُعجَّل مشوّبًا بعيوب إجرائية بديهية واضحة كمخالفة مبدأ المواجهة وحقوق الدفاع، والتي تؤدي غالبًا إلى إلغاء أو تعديل الحكم في الاستئناف⁽¹⁾.

(1) –**Sayed Zaki**; La Protection Provisoire dans le cadre de L'exécution Forcée; Etude comparative en droit français, égyptien et belge.; thèse Reims 2003; N. 532; P. 230 , N. 540; P. 234, N.560; P.242, N. 581; P. 250.

–Liège; 28 mars 2002; Journal de Tribunaux. 2002; P.734. ==

–Bruxelles; 10 mars 2000; Journal de Liège , Mons et Bruxelles 2000; P. 1166.

ونرى أن منح القوة التنفيذية إلى حكم محكمة الدرجة الأولى من تاريخ صدوره، وقبل أن يكتسب قوة الأمر المقضي، هو أمر يتنافى مع مبدأ التقاضي على درجتين، وهو مبدأ من أسس النظام القضائي متعلق بالنظام العام، لا تجوز مخالفته. كما أنه يتنافى مع تحقيق العدالة؛ لاحتثال إلغاء أو تعديل الحكم من محكمة الطعن بعد تنفيذه، مما يورث مشاكل التنفيذ العكسي...

ولا يتم تطبيق هذا النظام أو ذاك بصورة مطلقة، بل باتجاه تنظيم التشريع، وعلى ضوء ما جرت عليه أحكام القضاء. ويقترن الأخذ بأي منهما بتقرير حق أطراف الخصومة في طلب الحماية الوقتية - نظراً للنتائج المترتبة على تطبيقه - أثناء نظر الطعن، وحتى يتم الفصل فيه كنوع من الضمانات الإجرائية العاجلة لحماية الأطراف، ومن هذه الضمانات الإجرائية في الحالة التي يُخشى فيها حدوث ضرر جسيم يتعذر تداركه، فيجوزُ للمضروب من التنفيذ المُعجَّل أو العادي أن يطلب وقف التنفيذ مؤقتاً من المحكمة الطعن، أو التظلم المختصة عند توافر شروطه، وتحت رقابة القضاء، حيث أناط القانونُ بمحكمة الطعن أو التظلم الأمر بوقف تنفيذ الحكم المطعون فيه مؤقتاً لحين الفصل في الطعن أو التظلم بناءً على طلب

-Bruxelles; 21 juill.2000; Journal de Liège , Mons et Bruxelles. 2000; P. 1649.

-Civ. Bruxelles; 16 ème ch.; 8 juin 1995; Journal de Liège , Mons et Bruxelles1996; P. 302.

-Civ. Namur; 24 août 1993; Journal de Tribunaux. 1993; P. 742.

من ذوي الشأن. ويعتبر نظام وقف التنفيذ نظامًا تحفظيًا استثنائيًا لحسن سير العدالة، وضمان فعالية الرقابة القضائية، وضمانة أساسية لحقوق الدفاع⁽¹⁾.

والقاعدة العامة في تنفيذ الأحكام في قانون المرافعات المصري هي: أنه لا يجوز تنفيذ أحكام الإلزام *jugement de condamnation* الحائزة لحجية الأمر المقضي *L'autoirite de la chose jugée* جبرًا ما دام الطعن فيها بالاستئناف جائزًا، إلا إذا كانت مشمولة بالنفذ المعجل القانوني أو القضائي (م 287 مرافعات). فقد رأي المُشرِّع أن تأخير التنفيذ حتى يحوز الحكم لقوة الأمر المقضي به قد يضر بمصلحة المحكوم له ضررًا بالغًا، كما أنه من جهة أخرى قدر أن حقَّ المحكوم له ثابتٌ بدليلٍ قويٍّ، بحيث يصبح احتمالُ تأييد الحكم من محكمة الطعن راجحًا. ولهذا أجاز القانون في حالات استثنائية تنفيذ الحكم الحائز لحجية الأمر المقضي تنفيذًا معجلًا وجوبيًا بقوة القانون، كما أجاز في حالات أخرى للخصوم طلب التنفيذ المُعجَّل القضائي من المحكمة، وسواءً أكان التنفيذ المعجل قانونيًا أم قضائيًا؛ فإن

(1) د. عبد المحسن سيد ريان عمار، أثر الطعن على التنفيذ، ص 4-5، ص 88.

-Caas. Civ.2°; 6 déc. 2007; Rév. Trim. dr. Civ. 2008; P.158; obs. R.

Perrot.

مصيره النهائي يتوقف على مصير الحكم من محكمة الطعن، فإذا تم تأييده استقر ما تم تنفيذه، وإذا ألغي أعيدت الحالة إلى ما كانت عليه⁽¹⁾.

أما الأحكام الحائزة لقوة الأمر المقضي، أي: الأحكام التي لا تقبل الطعن فيها بطرق الطعن العادية كالاستئناف - تم إلغاء المعارضة بالقانون رقم 100 لسنة 1962م - تحوز بهذه المثابة قوة تنفيذية، وهي التي يسوغ تنفيذها تنفيذًا جبريًا، ولا يحول دون ذلك قابليتها للطعن بطرق الطعن غير العادية كالنقض والتماس إعادة النظر طبقًا لنص (م1/252، و م244 مرافعات)؛ لأن تلك الأحكام تصدر بعد تمحيص تام لادعاءات الخصوم بحيث غدت عنوانًا للحقيقة حال اشتغالها على تأكيد نهائي للمركز القانوني محل الدعوى؛ حتى لا ينفذ حكم غير مستقر فيصنّف المحكوم عليه⁽²⁾.

ويعتبر الامتناع عن تنفيذ حكم قضائي نهائي حائز لقوة الشيء المقضي به وواجب النفاذ مخالفةً قانونيةً صارخةً تستوجب المسؤولية القانونية (م123 عقوبات). ومع ذلك فقد حاول المُشرِّع الموازنة بين مصلحة المحكوم له في تنفيذ الحكم، والضرر الذي يمكن أن يعود على المحكوم عليه من جراء هذا التنفيذ، فأجاز لمحكمة

(1) د. أحمد مسلم، أصول المرافعات، دار الفكر العربي بالقاهرة 1978م، بند 642، ص 691. د. أحمد هندي، التنفيذ الجبري، ص 26. د. عيد محمد القصاص، أصول التنفيذ الجبري، بند 60، ص 189. د. عبد المحسن سيد ريان عمار، أثر الطعن على التنفيذ، ص 11-12.

(2) د. أحمد مسلم، أصول المرافعات، بند 642، ص 691. د. أحمد هندي، التنفيذ الجبري، ص 26. د. عيد محمد القصاص، أصول التنفيذ الجبري، بند 60، ص 189.

الطعن أن تأمر بوقف تنفيذ الحكم المطعون فيه بناء على طلب المحكوم عليه إذا توافرت ضوابط محددة بشروط معينة، كاستثناء *exception* على مبدأ الأثر غير الواقف للطعن، لا يجوز التوسع فيه ولا القياس عليه، ويجب تفسيره تفسيراً ضيقاً، في الحالات التي يترتب على التنفيذ أضراراً يتعدى تداركها فيما لو قضى بإلغاء الحكم فيما بعد؛ للتخفيف من آثار التنفيذ الضارة بحقوق المنفذ ضده، تحت إشراف قاضي الموضوع عند توافر شروط معينة، وكموازنة لتوفير حماية قضائية وقتية مستعجلة لأطراف المنازعة. وإذا أمرت محكمة الطعن بوقف التنفيذ امتنع تنفيذ الحكم إلى أن يقضي في موضوع الطعن الأصلي، وذلك على أساس الموازنة والترجيح بين المصالح المتعارضة طبقاً لمقتضيات العدالة، وحماية الحقوق والمراكز القانونية، واحترام حقوق الدفاع⁽¹⁾.

وعندما أخذ القانون الإجرائي بمبدأ الأثر الواقف للطعن *Principe de l'effet suspensif des recours* العادي كاستثناء، فإنه أجاز نظام التنفيذ المعجل سواء بقوة القانون أم بحكم القاضي، للخروج على مبدأ الأثر الواقف للطعن، حيث يكون التنفيذ متراخي. وعندما طبق مبدأ الأثر غير الواقف للطعن غير العادي *Principe de l'effet non suspensif des recours* أجاز على سبيل الاستثناء، طلب وقف تنفيذ الحكم المطعون فيه بشروط خاصة شكلية وموضوعية

(1) د. أحمد مسلم، أصول المرافعات، بند 642، ص 691. د. عيد محمد القصاص، أصول التنفيذ الجبري، بند 60، ص 189. د. عبد المحسن سيد ريان عمار، أثر الطعن على التنفيذ، ص 11-12.

للخروج على مبدأ الأثر غير الواقف للطعن غير العادي كالتنقض والتماس إعادة النظر، حيث يكون التنفيذ فورياً *L'execution immediate* (1).

ويجوز تنفيذ الأحكام النهائية أي الحائزة لقوة الأمر المقضي، حيث تكون واجبة النفاذ من تاريخ صدورهما، ما لم يؤمر بوقف تنفيذها من محكمة الطعن، إلا أنه يمكن رفع إشكال في تنفيذها كإجراء وقائي توصيلاً إلى وقف تنفيذها؛ إذا توافرت شروطه أمام قاضي التنفيذ، أو يقدم الإشكال للمحضر عند التنفيذ، بعكس طلب وقف التنفيذ الذي يتعين أن يرد بالتبعية للطعن (م 311 إلى 315 مرافعات). ويعتبر كل من: طلب وقف التنفيذ، والإشكال طلباً وقتياً مستعجلاً، ويرفعه المحكوم عليه بقصد تفادي ضرر مما يتعذر تداركه، دون التغافل عن أن الإشكال قد يستهدف وقف تنفيذ الحكم أو الاستمرار في تنفيذه إذ رفعه المحكوم له، ومن هذه الزاوية يبدو أوسع في مداه من طلب الوقف. ولا مانع من ولوج الأفراد هذا الطريق، أو ذاك حسب ظروف الحال، حيث لا يوجد ما يحول دون أطراف الخصومة واللجوء إلى نظام الإشكال، بدلاً من طلب وقف التنفيذ من محكمة الطعن أو الجمع بينهما في وقت واحد. طبقاً لمبدأ الأثر غير الواقف للطعن، فلا يترتب أي أثر بشأن القوة التنفيذية للحكم على رفع الطعن في الحكم أو تقديم طلب وقف تنفيذه لمحكمة الطعن، في حين أن رفع الإشكال في تنفيذ الأحكام النهائية يؤدي إلى

(1) د. عبد العزيز خليل بديوي، الطعن بالنقض والطعن أمام الإدارية العليا، ط 1، دار الفكر العربي بالقاهرة، 1970م، ص 324. د. عبد المحسن سيد ريان عمار، أثر الطعن على التنفيذ، ص 11-12.

وقف تنفيذها بمجرد تقديمه لأول مرة في المرافعات المدنية والتجارية عملاً بمبدأ الأثر الواقف للإشكال الأول، فيترتب على تقديم الإشكال الأول كقاعدة عامة وقف تنفيذ الحكم⁽¹⁾.

وأحاط المشرع وقف القوة التنفيذية كإجراء تحفظي برقابة القضاء؛ لضمان حقوق الدفاع وحماية الحقوق، بعدة ضوابط منها ما يتصل بنطاق تطبيقه، ومنها ما يتعلق بشكل طلب وقف التنفيذ، كما حَوَّلَ القاضي سُلْطَةً تقديرية في ملاءمة الأمر بوقف القوة التنفيذية أو رفضه رغم توافر شروطه، حسب ظروف الطعن.

ويقدم طلب وقف القوة التنفيذية كطلب مرفق Annexe وتابع للطعن؛ لوجوب اقتران طلب الوقف بالطعن كشرط شكلي، انطلاقاً من علاقة ملازمة Corollaire وتبعية طلب الوقف للطعن، وهو ما يطلق عليه "شرط الاقتران والتبعية"؛ لأن سبق رفع الطعن من مقتضيات قبول طلب وقف القوة التنفيذية، وإلا حُكِمَ بعدم قبول طلب الوقف؛ لأنه لا يتصور وجود الفرع دون الأصل؛ وذلك لتوفير الوقت اللازم للفصل في طلب وقف التنفيذ، حيث يبحث القاضي الأوراق بسرعة؛ ليصل إلى تقدير جِدِيَّة الأسباب التي ترجح إلغاء الحكم، وتبرر بالتالي وقف تنفيذه مؤقتاً للأسباب الواردة في ذات الطعن، استناداً إلى قاعدة "الفرع يتبع الأصل" باعتبار طلب وقف التنفيذ طلباً متفرعاً Annexe عن الطعن الأصلي Recours

(1) د. محمد عبد الخالق عمر، مبادئ التنفيذ، بند 241، ص 153. أحمد عبد الظاهر الطيب، إشكالات التنفيذ في المواد الجنائية، المكتبة القانونية، 1986م، بند 26-29، ص 50-52.

Principal، فيخضع لذات إجراءاته وقواعده، والحكم الصادر في طلب وقف التنفيذ - قبل الفصل في الموضوع - لا يُقَيِّدُ المحكمة التي أصدرته عند نظرها لموضوع الطعن؛ لأنه حكم وقتي مؤقت مستعجل بطبيعته، ويصبح غير ذي موضوع بصدور الحكم في الطعن، ولا يتمحص أبداً عن دعوى منفصلة ومستقلة قائمة بذاتها. ويلزم توافر شرطين أساسيين لطلب وقف التنفيذ هما: الضرر : Prèjudice الذي يتعدّر تداركه irrèparable، أو يصعب إصلاحه difficilement reparable، والأسباب الجدية les Moyens sérieux: التي ترجح إلغاء الحكم المطعون فيه، ويتمتع القاضي في حدود الطلبات المعروضة عليه بسلطة تقديرية في ملائمة الأمر بقبول أو رفض طلب وقف القوة التنفيذية وفقاً لظروف الطعن Les Circonstances de l' affaire ومقتضيات العدالة(1).

وتختص محكمة الطعن أو التظلم بنظر طلب وقف القوة التنفيذية؛ لأن قاضي الأصل هو قاضي الفرع، والفرعُ يتبعُ الأصل L'accessoire suit le principal ، ما لم ينص القانون على خلاف ذلك، وإلا عُدَّتْ مُنْكَرَةً للعدالة وجاز مخاصمتها؛

(1) د. عبد المحسن سيد ريان عمار، أثر الطعن عليّ، ص 187 وما بعدها.

-J. J . Gleizal; le sursis à exécution, théorie et politique
Jurisprudentielle; A.J.D.A.; 1975; P. 390.

-Loïc philip; le sursis à exécution des decisions des juridictions
administratives; D; 1965; P. 219 ets.

وذلك لدواعي حسن سير العدالة، وحرصًا على تركيز النزاع واختصارًا للوقت والجهد والنفقات، ولأن قاضي موضوع الطعن يكون هو الأكثر فهمًا لظروف الدعوى. ويخضع طلب وقف القوة التنفيذية من محكمة الطعن أو التظلم، كدعوى مستعجلة لكافة القواعد التي تطبق على الدعاوى المستعجلة من حيث سرعة الفصل فيها، وصدوره من ظاهر الأوراق، ودون المساس بأصل الحق، بحكم Jugement مستعجل وقتي أو مؤقت Provisoire؛ لأن شعور المتقاضي بالحماية القضائية يقتضي التدخل السريع من جانب القاضي؛ لأن الوقت هو العنصر المادي والجوهرية الذي يجسد الإحساس بالعدالة، حيث تتساوى العدالة البطيئة مع إنكارها، وللتغلب على مضار بطء التقاضي، وسرعة الفصل في المنازعات التي لا تحتمل التأخير (1).

والحكم بوقف التنفيذ يستنفذ غرضه بالحكم في الطعن، ولا يقيد المحكمة عند نظر الطعن، فيجوز لها أن تعدل عنه. ويجوز تنفيذ حكم الوقف، والطعن فيه استقلالاً كحكم صادرة قبل الفصل في الموضوع (avant dire droit). ويجوز الحكم

(1) د. أحمد هندي، التنفيذ الجبري، بند 28، ص 76 وما بعدها. د. أحمد ماهر زغلول، أصول التنفيذ الجبري القضائي، بند 106، ص 219 وما بعدها. د. عبد المحسن سيد ريان عمار، أثر الطعن عليّ، ص 187 وما بعدها.

–Renavd de St.Marc; Les notions de prejudice diffin cilement reparable et de moyens Serieuxm; Gaz.Pal., 28 Fév.1985, P. 124 ets.

–Pilate JM.; Evolution et actualité du sursis à exécution dans le contentieux administratif ; C.J.E.G. 1984; P. 35 – 47.

بإيقاف تنفيذ الحكم الصادر بوقف التنفيذ بصفة مؤقتة من محكمة الطعن فيه أيضاً
لحين صدور الحكم في موضوع الطعن، كحق دفاع في مواجهة أحكام وقف
التنفيذ، باسترداد فاعلية القوة التنفيذية إذا كان من شأن وقف التنفيذ أن يؤدي إلى
أضرار جسيمة يتعذر تداركها. وكأن ما تعطيه محكمة أول درجة باليمين (النفاز
المعجل) تسترده محكمة الطعن بالاستئناف باليسار(وقف التنفيذ)، وما تعطيه
محكمة الطعن بالاستئناف باليمين (وقف التنفيذ) تسترده محكمة الطعن بالنقض
باليسار(وقف، وقف التنفيذ)، ويظل الطاعن لسنوات طويلة في انتظار الفصل في
الموضوع بحكم قد يستحيل عملاً تنفيذه بالتنفيذ العكسي؛ نظراً لبطء التقاضي⁽¹⁾.

17- أثر الطعن على التنفيذ في القانون الفرنسي: تَبَنَّى القانون الفرنسي فكرة
القوة التنفيذية المُعَجَّلَة بالنص على التنفيذ الوقتي أو المعجل في المواد (art.
514 à 526 N.C.P.F.) سواء قانوني بنص القانون أو قضائي بحكم
المحكمة. وبيّن أحكام طلب وقف القوة التنفيذية في (art. 524 à 526)،
وأجاز طلب وقف القوة التنفيذية بالتبعية للطعن، ومنح الرئيس الأول لمحكمة
الاستئناف سلطة الأمر بوقف القوة التنفيذية أو رفض طلب وقف التنفيذ⁽²⁾.

(1) الإشارة السابقة.

(2) –**Jacques Miquet**; Exécution Provisoire; Jur. Class. Proc. Civ.;

Fasc. 516-4; N. 1 ets.; P. 2 ets.

–**J. Miquet**; Exécution Provisoire; Juris. Calss. Proc. Civ.1997; Fasc.

518; P. 9.

ومنع القانون الفرنسي التنفيذ المعجل قبل الأوان الطبيعي بمقتضى نص (art. 514 N.C.P.C.F.) إلا بنص في القانون أو بحكم قضائي. وأجاز وقف النفاذ المعجل القضائي بالتبعية للطعن، ومنع وقف النفاذ المعجل القانوني بمقتضى نص (art. 524 N.C.P.C.F.)، إلا أن هناك تياراً من أحكام محاكم الاستئناف الفرنسية أجاز بصفة استثنائية وقف النفاذ المعجل القانوني؛ إذا كان ممنوعاً بنص القانون، أي في حالة عدم قانونيته، أو إذا كان سينجم عنه خطرٌ داهمٌ جسيمٌ، أو أضرار وتبعات وتداعيات جمّة واضحة للعيان، أي في حالة إذا تراءى له وجود أسباب جادة؛ لإلغاء أو تعديل الحكم المطعون فيه. ويجوز بمقتضى نص (art. 524 al.3; 521 et 522 N.C.P.C.F.) للقاضي الأمر باتخاذ بعض الإجراءات التحفظية. وأجازت بعض محاكم الاستئناف الفرنسية وقف النفاذ المعجل القانوني للحكم إذا تراءى لها وجود أسباب جادة؛ لإلغاء أو تعديل الحكم بمخالفته الصارخة للقانون؛ بالتقارب مع نظرية الانعدام؛ ومخالفته لمبدأ المواجهة، وانتهاك حقوق الدفاع، والمبادئ الأساسية للتقاضي، وبالتعسف في استخدام واستغلال

-Ph. Hoonakker; Exécution Provisoire; Rép. Proc. Civ .; N. 127; P.

16.

-P. Estoup; La Pratique des Procédures rapides; 2.éd.; Litec; Paris; 1998; P. 5.

-Cass. Soc. 26 Nov. 2013; Gaz. Pal. 11 mars 2014; P. 45; Not. Orif.

السُّلطة، ومخالفة ضمانات القضيَّة العادلة (م6 من الاتفاقية الأوربية لحقوق الإنسان)...(1).

إلا أن محكمة النقض الفرنسية قد أدانت بشدة صارمة هذا الحل من محاكم الاستئناف، وأكدت بصفة مستمرة على منع وقف النفاذ المُعَجَّل بقوة القانون؛ لأن

(1) –**J. Miguet**; Exécution Provisoire; Juris. Calss. Proc. Civ.1997; Fasc. 518; P. 9.

–**Ph. Hoonakker**; Exécution Provisoire; Rép. Proc. Civ .; N. 127; P. 16.

–**P. Estoup**; La Pratique des Procédures rapides; 2. éd.; Litec; Paris; 1998; P. 9.

–**Emmanuel Blanc et Jean Vaitte**; Nouveau code de Procédure Civile Commenté; dans l'ordre des articles; Paris 1991; art. 524.

–Lyon; 31 mars 1998; Gaz. Pal. 19–21 déc. 1999; P. 49; Not.; **Vray**.

–Montpellier; 29 oct. 1997; D. 1999; P. 380; Not.; **Bourdiliat**.

–Cass. Civ. 2^e; 18 déc. 1996; J.C.P. 1997; IV; N. 337.

–Paris; 3 mars 1994; Gaz. Pal. 1994; Somm.; P. 351.

–Basse-Terre (ord.); 19 mars 1990; Rév. Trim. dr. Civ.1991; P. 562; obs.; **R. Perrot**.

–Cass. Ass. Plén.; 2 Nov.1990; J.C.P. éd.G.; 1990; Jurisp.; II; 21631; Note.; **P. Estoup**.

–Rennes; 13 Fév. 1990; Gaz. Pal. 1990; II; Somm.; P. 448; Not.; **Du Rusquec**.

–Versailles; 26 juill 1988; D. 1989; Somm.; P.179; obs. **P. Julien**.

الذي عليه القانون لا يوقفه القاضي، فلا يمكن للرئيس الأول لمحكمة الاستئناف أن يوقف التنفيذ المعجل بقوة القانون؛ لأن ما ينص عليه القانون لا يوقفه القاضي، بل يمكنه الأمر بالإجراءات التحفظية، ومنح مهلة للسداد، والسداد بالتقسيط (art. 521 al. 2 N.C.P.C.F.) وهذا الأمر يؤدي إلى وجود نزاع تشريعي بين محكمة النقض الفرنسية ومحاكم الاستئناف، وهو ما يسفر عن لغط تشريعي ذا نتائج وخيمة؛ لأنه يجب تفسير نص (art. 524 N.C.P.C.F.) تفسيراً حرفياً نظراً للطابع الاستثنائي للتنفيذ المعجل⁽¹⁾.

وقد أدى تحفُّظ النصوص، وتشدد محكمة النقض الفرنسية إلى تدخل المشرع الفرنسي بتعديل نص (art. 524 N.C.P.C.F.)؛ بموجب (Décret. N° .)

(1)–**Yvon Desdevises**; Référés du Premier Président; Ency. Dalloz.

Proc. civ.1994; N. 68–69; P. 8.

–**René Mauricf**; Exécution Provisoire; Ency. Dalloz. Proc. civ.1979; N. 91; P. 6.

–**Jacques Miquet**; Exécution Provisoire; Jur. Class. Proc. Civ.; Fasc. 516–4; N. 65 bis..

–Caas. Civ.2^e; 6 déc. 2007; Rév. Trim. dr. Civ. 2008; P.158; obs. **R.**

Perrot.

–Cass. Civ.2^e; 13 janv.2000; Procédure; 2000; P. 7; N. 56;

Commentaire; **R. Perrot.**

–Cass. Soc.; 12 Nov. 1997; Bull. Civ. 1997; N. 374.

–Cass. Civ.2^e; 17 juin 1987; D. 1987; somm.; P. 359; obs.; **P. Julien.**

المشمول بالإنفاذ المعجل القانوني بشروط شديدة صارمة؛ حيث أجاز للرئيس الأول لمحكمة الاستئناف بسلطة تقديرية بشرط تسبب قراره، الأمر بوقف الإنفاذ المعجل القانوني، إذا كانت هناك قرائن قوية جادة لإلغاء، أو تعديل الحكم المطعون فيه، وكان يخشى من التنفيذ تداعيات خطيرة جمّة. وكما أجاز للمحكمة شطب الطعن من رول الجلسات بتعديل (art. 526 N.C.P.C.F.)؛ بمقتضى Décret. N°. 2005-1678 du 28 déc. 2005; art. 47-II; en) (vigueur le 1er mars 2006) لعدم تقديم الطاعن المحكوم عليه المنفذ ضده الدليل على قيامه بتنفيذ الحكم المطعون فيه. والتي تم تعديلها مرة أخرى بمقتضى (art.46-1; en) Décret. N°. 2017-891 du 6 mai. 2017; art.46-1; en) (vigueur le 1er sept. 2017)⁽¹⁾.

(1) –Serge Guinchard et Tony Moussa; Droit et Pratique des Voies d'exécution; Dalloz; Paris; 2004; N. 222-14; P. 175.

–Cécile Chainais, Frédérique Ferrand et Serge Guinchard; Procédure Civile; Droit interne et européen du procès civil; Dalloz; 33.éd.; Paris. 2016; N. 1394et 1395; P. 951 ets.

–Anne Leborgne; Voies d'exécution et Procédures de distribution; Dalloz; 2009; N. 353; P.150-151.

ويختص بنظر طلب وقف القوة التنفيذية المعجلة في القانون الفرنسي عند الطعن بالاستئناف الرئيس الأول لمحكمة الاستئناف كقاضي أمور مستعجلة (art.524 N.C.P.C.F.)، وليست محكمة الاستئناف بهيئة جماعية كما كان في القانون السابق، بشرط الطعن بالاستئناف - سواء أكان أصلياً أم فرعياً - في الحكم المشمول بالنفذ المعجل المطلوب وقف تنفيذه، ولا يستطيع قاضي التحضير ممارسة هذا الاختصاص. ويملك الرئيس الأول لمحكمة الاستئناف كقاضي أمور مستعجلة سلطات حقيقية متوافقة مع طبيعة الدعوى، وليس درجة قضائية ثانية، وإنما مقلص لخسائر واضحة الإفراط، وأضرار غير قابلة للإصلاح بقضاء وقتي، وليس قضاء طعن من خلال موازنة اقتصادية بين فرص المدين في الدفع، وفرص الدائن في الرد، والتقارب بين فكرة النتائج المفرطة، وفكرة عدم الملائمة عند إلغاء الحكم من محكمة الطعن. وللرئيس الأول لمحكمة الاستئناف سلطة وقف تنفيذ حكم أول درجة المشمول بالنفذ المعجل، إذا انتهكت فيه المبادئ الأساسية للتقاضي، أو حقوق الدفاع، أو شابه خطأ يتصف بأنه بطبيعته يجرّد الحكم من وجوده القانوني⁽¹⁾.

(1)–R. Perrot; La Compétence du Juge de référés; Gaz. Pal. 1974; II; doct.; P. 895.

–Gerpay; Reflexion sur La Jurisdiction du Premier President; D. 1980; Chro.; P. 65.

وكان المشرع الفرنسي يُجيزُ طلبَ وقف تنفيذ حكم محكمة الدرجة الأولى المشمول بالنفاز المعجلّ القضائي فقط دون القانوني؛ لأن في وقف تنفيذ الحكم المشمول بالنفاز المعجلّ القانوني تعطيلاً لنص القانون الذي منحه النفاز المعجلّ بقوة القانون. فكانَ المُشرِّعُ الفرنسي يعتمد قاعدة منع المساس بالنفاز المعجل القانوني ويقدها، ولكنه بموجب (8 art. Décret. N°. 2004-836 du août.2004;) et 59) تنازل جزئياً عن هذه القاعدة، وذلك بالسماح بوقف تنفيذ الحكم المشمول بالنفاز المعجل القانوني بشروط شديدة صارمة. ويعتمد وقف التنفيذ على المخالفة الواضحة للقانون الموضوعي أو الإجرائي، والنتائج ظاهرة الإفراط...وذلك بمنطق

–**Ph. Hoonakker**; L'effet suspensive des Voies des recours dans le Nouveau Code Procédure Civile; une Chimere? Thèse Robert. Schuman; 1988; P. 544.

–**P.Estoup**; La Pratique de Procédures rapides; 1998; P. 224.

–**J. Viatte**; L'exécution Provisoire nonobstant opposition; D. 1977; doct.; P. 213.

–**F.Ferrand**; L'exécution Provisoire de decision; Gaz. Pal. 1987; Doct.; P. 370.

–**Loyer – Larher**; La reforme de L'exécution Provisoire; Gaz. Pal. 1976; doct.; P. 587.

عدم وجود قوة تنفيذية لحكم يبدو أن حيازته للحجية ليست إلا وهمّ سينجلي عند صدور حكم في موضوع الطعن⁽¹⁾.

وقد حكم المجلس الدستوري الفرنسي قبل ذلك في 23 يناير 1987م بعدم دستورية النص الذي يمنع وقف تنفيذ الحكم المشمول بالنفذ المعجل القانوني؛ لأن حق المحكوم عليه برفع طعن، وطلب وقف التنفيذ عند اللزوم يشكّل ضماناً جوهرية لحقوق الدفاع⁽²⁾.

18- شطب خصومة الطعن وسحب القضية من الرول لعدم تنفيذ الحكم المطعون فيه: نظم القانون الفرنسي (art. 915 N.C.P.C.F.) نظاماً شطب خصومة الطعن؛ لعدم تقديم الطاعن المحكوم عليه الدليل على قيامه بتنفيذ

(1) –**Jean Vencent et S. Guinchard**; Procédure Civile; Dalloz; Paris; 2001; P. 879.

–**E. Bonnet**; L'exécution immediate des decisions de Premier instance; Gaz. Pal. 27-28 avril. 2003; P. 2.

–**Hoonakker**; droit et Pratique de la Procédure Civile; Dalloz action; 1998; N. 5293.

–**Alain-Blaisse**; arrêt et aménagement de L'exécution Provisoire; J.C.P. 1985; doct. 3183.

–**R. Maurice**; exécution Provisoire; Ency. Dalloz; 2. éd.; T. II; 1979; N. 96 ets.

(2) –Conseil Constitutional; 23 Janv. 1987; D. 1988; Juris.; P. 117.

الحكم المطعون فيه؛ وبالتالي يصبح قرار محكمة أول درجة نافذاً بقوة القانون، ويتم رفض طلب الطعن، وبالتبعية طلب وقف القوة التنفيذية التابع للطعن. وذلك من أجل تحقيق التوازن بين حق المحكوم عليه في الطعن، وحق المحكوم له في التنفيذ الجبري؛ ولكسر ومنع تَعَنُّت المدين المُمَاطِل الممتنع عن التنفيذ الاختياري لحكم إلزام مطعونٍ عليه مشمولٍ بالقوة التنفيذية صادرٍ من إحدى المحاكم المدنية؛ ولتدعيم فاعلية القوة التنفيذية للسند التنفيذي بالضغط على إرادة المدين المحكوم عليه للقيام بالتنفيذ الاختياري، ولمحاربة الطعون الكيديَّة، وتجنب الدائن عبء إجراءات التنفيذ الجبري، وتخفيف ازدحام الطعون... وتحكُّم محكمة الطعن بسلطة تقديرية بشطب خصومة الطعن بالاستئناف أو النقض لمدة سنتين، ما لم يُقَمَّ الطاعن المحكوم عليه بالتنفيذ الاختياري خلال مدة السنتين ويقدم الدليل على التنفيذ⁽¹⁾.

(1) –C. Chqngiset; La radiation du rôle pour L'inexécution de la decision Frappée d'appel Précaution d'emploi; D. 2008; P. 780.

–J. et L. Bore; La Cassation en matière civile; 3.éd.; D. 2003; N. 111; P. 91.

–Claude Giverdon; Appel; Juris. Class. Proc. Civ. 1995; Fasc. 724; N. 68; P. 14.

–A.De Guillenchmidt– Guignot; La radiation des Pourvois du rôle de la cassation; Bull. Information; 2008; 15 mars 2008; N. 678; P. 5 ets.

–I. V. Norguin; Nature et régime de la radiation du rôle en appel; D. 2009; P. 2532.

وعلى ذلك فإن القانون الفرنسي قنّن نظام شطب خصومة الطعن؛ لعدم تقديم الطاعن المحكوم عليه الدليل على قيامه بتنفيذ الحكم المطعون فيه في الطعن بالنقض، حيث أجاز للرئيس الأول لمحكمة النقض، أو من ينوب عنه أن يقرر بناء على طلب المدافع، وبعد الحصول على رأي المُدَّعي العام وملاحظات الخصوم شطب القضية من جدول القضايا بضوابط محددة؛ لعدم تنفيذ الحكم المطعون فيه وذلك بنص (art. 1009 N.C.P.C.F.). والمضافة بنص (art. 27) من المرسوم رقم 511089 الصادر في 1989/7/20م، وتم تعديل (art.1009) بالمرسوم رقم 1678م الصادر في 2005/12/28م؛ وذلك لعدم قيام المحكوم عليه الطاعن بالتنفيذ الاختياري للحكم المطعون فيه. وذلك ما لم يكن التنفيذ مستحيلاً، أو سيترتب على التنفيذ أضراراً جسيمة ظاهرة الخطورة، وتحكم محكمة الطعن بسلطة تقديرية بشطب خصومة الطعن بالنقض لمدة سنتين، ما لم يقم الطاعن المحكوم عليه بالتنفيذ الاختياري خلال مدة السنتين، ويقدم الدليل على التنفيذ⁽¹⁾.

-Paris; 4 janv.1994; Bull; avoués.1990; N.129; P. 34.

-Paris; 4 août.1993; Bull; avoués.1993; N.129; P. 149.

(¹) -J. et L. Bore; La Cassation en matière civile; 3. éd.; D. 2003; N. 111; P. 91.

-A.De Guillenchmidt- Guignot; La radiation des Pourvois du rôle de la cassation; Bull. Information; 2008; 15 mars 2008; N. 678; P. 5 ets.

كما نَظَّم أيضًا القانون الفرنسي بمقتضى (art. 526 N.C.P.C.F.) المعدلة بـ (Décr. N°.2005-1678 du 28 déc.2005) ثم عُدِّلت بـ (Décr. N°.2017-891 du 6 mai 2017)، نظام شطب خصومة الطعن؛ لعدم تنفيذ الحكم المطعون فيه في الطعن بالاستئناف، حيث أجاز للرئيس الأول لمحكمة الاستئناف أو قاضي التحضير أن يقرر بناءً على طلب المستأنف ضده، وبعد سماع ملاحظات الخصوم شطب القضية من جدول القضايا بضوابط محددة؛ لعدم تنفيذ الحكم المطعون فيه، وذلك بنص (art. 526 N.C.P.C.F.)؛ وذلك لعدم قيام المحكوم عليه الطاعن بالتنفيذ الاختياري للحكم المطعون فيه، وذلك ما لم يكن التنفيذ مستحيلًا، أو كان سيترتب على التنفيذ أضرارًا جسيمة ظاهرة الخطورة تفوق الحدود المعقولة، وتحكم محكمة الطعن بسلطة تقديرية بشطب خصومة الطعن بالاستئناف لمدة سنتين، ما لم يتم الطاعن المحكوم عليه بالتنفيذ الاختياري خلال مدة السنتين ويقدم الدليل على التنفيذ⁽¹⁾.

–Cass. Civ. Ord.; 18 Juin 2009; Rév. Tirm. Dr. civ. 2009; P. 574; obs.

R. Perrot.

–Cass. Civ. Ord.; 26 Nov. 2003; Bull. Civ. 2003; N. 5; P. 11.

–Cass. Civ. Ord.; 17 déc. 2001; Bull. Civ. 2001; N. 23; P. 17.

–Cass. Civ. Ord.; 11 Juin 1996; Bull. Civ. 1996; N. 8; P. 7.

(¹)–I. V. Norguin; Nature et régime de la radiation du rôle en appel; D. 2009; P. 2532.

المطلب الثاني

التمييز بين طلب وقف القوة التنفيذية وغيره من النظم القانونية

المشابهة

19- أولاً: التمييز بين طلب وقف القوة التنفيذية، والإشكال في التنفيذ: يقوم المتقاضون بعمل إشكالات التنفيذ إما بحسن نية أو بسوء نية؛ لعرقلة تنفيذ الحكم أو الأمر، والتكيل بالخصم، ومضايقته، والمماطلة، والتسويق في التنفيذ بأداء الحق، مما قد يؤدي حتمًا إلى إضاعة الوقت، والجهد، والنفقات؛ ولذا يجب على قاضي التنفيذ التمييز بين الطيب والخبيث منها⁽¹⁾. والإشكال في التنفيذ: هو عبارة عن منازعة وقتية، تعترض التنفيذ الجبري للأحكام والسندات الواجبة التنفيذ قبل تمام التنفيذ؛ لمنع النشاط التنفيذي والمخالف للقانون بحماية وقتية. أي: هو طلب اتخاذ إجراء وقتي لا يمس أصل الحق في التنفيذ، هدفه إما وقف التنفيذ مؤقتًا (يقدم من المدين)، أو الاستمرار فيه مؤقتًا (يقدم من الدائن)، بشروط ثلاثة هي: الاستعجال، ووقتيية الطلب، ورجحان حق الطالب. ويرفع إما بالطريق المعتاد لرفع دعوى أمام قاضي التنفيذ، وإما بإبدائه شفويًا أمام معاون التنفيذ. ولا يجوز تأسيس

-S. Guinchard et Tony Moussa; Droit et Pratique des Voies

d'exécution; Dalloz; Paris; 2004; N. 222-14; P.175.

-C. A. Colmar; 3 avril. 2008; D. 2008; P. 204.

-C. A. Bordeaux; 6 avril 2006; Bull. Avoués 2006; N. 175; P. 9.

(1) د. أحمد مليجي ، إشكالات التنفيذ ومنازعات التنفيذ الموضوعية ، بند 1، ص 5.

الإشكال في تنفيذ الحكم على أمور سابقة على صدوره بما يمس حجته، بل يُننى على اعتراضٍ إجرائيٍّ أو موضوعيٍّ لاحق على صدور الحكم. وينسحب أثر الحكم بوقف التنفيذ على إجراءات التنفيذ التي اتخذت بعد رفع الإشكال، تأسيسًا على أنّ للإشكال الأول أثرًا موقفًا للتنفيذ بقوة القانون. والحكم الصادر من قاضي التنفيذ في الإشكال المُقام قبل تمام التنفيذ بالنسبة للتنفيذ الذي تم قبل الفصل في الإشكال، يُعدُّ سندًا تنفيذيًّا للتنفيذ العكسي بإعادة الحال إلى ما كانت عليه قبل التنفيذ⁽¹⁾.

ويعتبر الإشكال في التنفيذ إحدى منازعات التنفيذ الوقتية، التي يطلب فيها الحكم بإجراء وقتيٍّ، لا يمسُّ أصلَ الحقِّ، إذ ينصب الإشكال على إجراءات تنفيذ الحكم، ولا يهدف إلى تغيير مضمونه؛ لأن الإشكال ليس طعنًا عليه. فإشكالات التنفيذ هي منازعات تتعلق بالتنفيذ، ويترتب على الحكم فيها، أن يصبح التنفيذ جائزًا أو غير جائز، صحيحًا أو باطلًا، يترتب وقف السير فيه أو استمراره، ويبيدها أحد أطراف التنفيذ في مواجهة الآخر، أو يبيدها الغير في مواجهتهما. وتُعدُّ إشكالات التنفيذ بمثابة وسيلة قانونية يعرض بها ذُو المصلحة على القضاء ادعاءاتهم المتعلقة بجواز، أو عدم جواز التنفيذ، أو بصحته، أو بطلانه، أو طلب المضي في التنفيذ

(1) د. نبيل إسماعيل عمر، إشكالات التنفيذ الجبري، دار الجامعة الجديدة بالإسكندرية 2015م، بند 7، ص 14-15. د. بندر محمد طاهر الشريف، مبدأ المواجهة في التنفيذ الجبري، ط 1، منشورات الحلبي الحقوقية 2013م، ص 166 وما بعدها. إبراهيم أمين النفاوي، منازعات التنفيذ الجبري، دار النهضة العربية بالقاهرة، ط 1، بند 29، ص 38. عبد المنعم حسني، منازعات التنفيذ في المواد المدنية والتجارية، ملحق ع 1، 2، مجلة المحاماة، يناير وفبراير 1988م، بند 183، ص 251.

مؤقتاً، أو وقفه مؤقتاً، فهي تتضمن ادعاءات أمام القضاء تتعلق بالتنفيذ، بحيث لو صحت لأنّرت إيجاباً أو سلباً والحكم الصادر في الإشكال الوتقي في التنفيذ لا يُعدُّ سنداً تنفيذياً على غرار الأحكام المعتبرة كذلك؛ لأنه مرهون بالظروف التي صدر فيها، وما يَبَيِّنُهُ القاضي من ظاهر الأوراق من مخاطر التنفيذ وإمكانية تداركها، دون مَسَّاسٍ بأصل الحق المقضي به، أو تأثير على المراكز القانونية الثابتة للخصوم بالسند التنفيذي⁽¹⁾.

لا ينشأ الحق في التنفيذ إلا عن سند تنفيذي يعطيه القانونُ صفةَ السندِ التنفيذيِّ (م280 مرافعات). وقد تحدث المنازعة في الحق الموضوعي المُنقَّذ من أجله كأن كان التنفيذ؛ لاقتضاء حق غير محقق أو غير المعين المقدار أو غير حال الأداء. كما قد تكون المنازعة في مقدمات التنفيذ: إعلان السند التنفيذي، وتكليف المدين بالوفاء، ومضيِّ يومٍ كامل على إعلان السند التنفيذي، وطلب التنفيذ. وقد تكون المنازعة في أشخاص التنفيذ: قاضي التنفيذ، والمحضر، وطالب التنفيذ، والمنفذ ضده، والغير. وكما قد تكون المنازعة في محل التنفيذ: مال، مملوك للمدين، يمكن

(1) د. الأنصاري حسن النيداني، التنفيذ المباشر للسندات التنفيذية، دار الجامعة الجديدة للنشر بالإسكندرية 2009م، ص 266. د. عبد الرؤوف هاشم، إشكالات التنفيذ في أحكام القضاء الإداري، دار النهضة العربية بالقاهرة 1998، ص 16.

نقض مدني 1990/1/18م، طعن رقم 2333 لسنة 51 ق، مج، س 41، ج 1، ق 41، ص 206.

التصرف فيه، جائز الحجز عليه. وقد تكون المنازعة في شكل وإجراءات ونوع التنفيذ... (1).

ويخضع كل من طلب وقف التنفيذ، ومنازعات التنفيذ الوقتية (الإشكال) من حيث قبولها لحكم القواعد العامة في قبول الدعاوى، فهي بحكم أنها دعاوى مستعجلة، فيشترط الأهلية، ومشروعية موضوعها، واحترام حجية الأمر المقضي بعدم سبق الفصل فيها، والمصلحة، والصفة، والاستعجال... كوسيلة؛ لتفادي خطر التنفيذ بحماية وقائية وقتية مستعجلة؛ لتوقي ضرر وشيك الوقوع يتعذر إصلاحه فيما بعد، وذلك بحكم وقتي مستعجل (2).

ويجوز تنفيذ الأحكام النهائية أي: الحائزة لقوة الأمر المقضي فيه، حيث تكون واجبة النفاذ من تاريخ صدورها، ما لم يؤمر بوقف تنفيذها من محكمة الطعن، إلا أنه يمكن رفع إشكال في تنفيذها كإجراء وقتي توصيلاً إلى وقف تنفيذها، إذا توافرت شروطه أمام قاضي التنفيذ، أو يقدم الإشكال للمحضر عند التنفيذ بعكس

(1) د. أحمد مليجي، إشكالات التنفيذ ومنازعات التنفيذ الموضوعية، بند 5، ص 10 وما بعدها.

(2) د. نبيل عمر، إشكالات التنفيذ، بند 8، ص 16 وما بعدها. د. إبراهيم أمين النفاوي، منازعات التنفيذ الجبري، بند 189، ص 255، بند 179، ص 242. د. أحمد مليجي، إشكالات التنفيذ، بند 13، ص 24 وما بعدها.

نقض مدني 2010/2/4م، طعن رقم 991 لسنة 78ق، مج، س 61، ج 1، ق 26، ص 159.

طلب وقف القوة التنفيذية الذي يتعين أن يردَّ في ذات صحيفة الطعن (م311 - 315 مرافعات).

والواقع أن التشابه بين طلب وقف القوة التنفيذية والإشكال، باعتبار أن كلاً منهما طلبٌ وقتيٌّ مستعجل، ويرفعه المحكوم عليه بقصد تقاضي ضرر مما يتعذر تداركه، دون التغافل عن أن الإشكال قد يستهدف وقف تنفيذ الحكم أو الاستمرار في تنفيذه إذا رفعه المحكوم له، ومن هذه الزاوية يبدو أوسع في مداه من طلب الوقف.

إلا أنهما يختلفان من عدة أوجه تتمثل في الآتي: تختص بطلب وقف القوة التنفيذية المحكمة المختصة بنظر الطعن في الحكم، بعكس الإشكال فإنه يرفع إلى قاضي التنفيذ. ويتقيد طلب وقف التنفيذ بميعاد الطعن في الحكم المراد وقف تنفيذه مما قد يستوجب تقديمه خلال هذا الميعاد وإلا قضى بعدم قبوله، في حين أن إشكال التنفيذ لا يتقيد بذلك الميعاد، ويمكن تقديمه في أي وقت قبل تمام تنفيذ الحكم المستشكل فيه. ويرفع الإشكال من المحكوم له، أو عليه، أو الغير بعكس طلب وقف التنفيذ الذي لا يرفع إلا من المحكوم عليه⁽¹⁾.

(1) د. محمد عبد الخالق عمر، مبادئ التنفيذ، بند 241، ص 153. د. نبيل عمر، إشكالات

التنفيذ، بند 8، ص 16 وما بعدها.

-Serge Guinchard et Tony Moussa; Droit et Pratique des Voies d'exécution; 5. éd.; 2007; N.222.12 à 16.

-Cass. Civ. 2^e; 25 juin. 1997; D.1997; Juris.; P.536; Not. **P. Julien**.

فطلب وقف التنفيذ يجب أن يقوم على أسباب جدية، يرجح معها إلغاء الحكم في الموضوع؛ لاستناد الطعن على أوجه كفيّلة بتجريحه تجريحاً يَنُمُّ عن رجحان إغائه، كل ذلك على خلاف الإشكال في التنفيذ الذي يسلم فيه المستشكل بصحة الحكم؛ لذلك فهو يستند على وقائع لاحقة على صدور الحكم، وليست سابقة عليه، وإلا كان طعنًا فيه بغير الطريق القانوني، ومن شأن هذه الوقائع -إن صحّت- أن تؤثر في سير التنفيذ، أو كيفية إجرائه حال اتصاله بشروط التنفيذ ذاته دون الأسانيد التي قام عليها الحكم. في حين يخضع طلب وقف التنفيذ لشرط كليّ لقبوله وهو ضرورة وجود الطعن الموضوعي واقتترانه بالطعن ذاته، نجد أن الإشكال في التنفيذ لا يخضع لهذا الشرط إزاء تعلقه بسبب لاحق لصدور الحكم، وهذا الذي يفسره لجوء المتقاضين إلى الإشكال أكثر من لجوئهم إلى طلب وقف تنفيذ الحكم؛ لتحقيق غايتهم في أقل وأسرع وقت ممكن⁽¹⁾.

ولا مانع من ولوج الأفراد هذا الطريق، أو ذاك حسب ظروف الحال، حيث لا يوجد ما يحول دون أطراف الخصومة واللجوء إلى الإشكال بدلاً من طلب وقف القوة التنفيذية من محكمة الطعن أو الجمع بينهما في وقت واحد. طبقاً لمبدأ الأثر غير الواقف للطعن لا يترتب على رفع الطعن في الحكم، أو تقديم طلب وقف تنفيذه

-Aix-en-Provence (ord.); 19 janv. 1996; J.C.P.; éd. G. 1996; II; N. 22728; Not. M. Glacopelli-mori.

(1) د. الأنصاري حسن النيداني، التنفيذ المباشر للسندات التنفيذية، ص 266. أحمد عبد الظاهر الطيب، إشكالات التنفيذ في المواد الجنائية، المكتبة القانونية، 1986م، بند 26-29.

لمحكمة الطعن أي أثر بشأن القوة التنفيذية للحكم في حين أن رفع الإشكال في الأحكام النهائية يؤدي إلى وقف تنفيذها بمجرد تقديمه لأول مرة في المرافعات المدنية والتجارية؛ اعتدًا بمبدأ الأثر الواقف للإشكال الأول، فيترتب على تقديم الإشكال الأول كقاعدة عامة وقف تنفيذ الحكم.

إنَّ وقف القوة التنفيذية للسند التنفيذي، وُقِّعَ ما قرره المُشَرِّعُ يمثل أحد طريقتين، الأول: طريق قانوني وهو: وقف القوة التنفيذية بالنسبة للإشكال الأول، والذي يمكن تسميته بالتجرد القانوني المؤقت للقوة التنفيذية للسند التنفيذي، والطريق الثاني: طريق قضائي وهو: ما يطلق عليه التجريد الحكمي، الصادر من قاضي التنفيذ بوقف القوة التنفيذية للسند التنفيذي، وهو تجريدٌ مؤقتٌ فتلك الصورة تتمثل في الإشكال الثاني، وفي طلبات وقف التنفيذ، سواء المقامة من الملتزم في السند التنفيذي إذا تغيرت الظروف أو من الغير، الذي يدعى بأن له صفة ومصلحة في الحكم بوقف القوة التنفيذية للسند التنفيذي ولو مؤقتًا، فإذا أُقيم الإشكال وفق صحيح القانون - متوافقًا فيه - شرائط قبوله، وتم التنفيذ قبل الفصل في الإشكال. وقد نظَّم القانونُ . متوافقًا فيه . شرائط قبوله، وتم التنفيذ قبل الفصل في الإشكال ، وقد نظَّم المُشَرِّعُ ذلك الإجراء في (م 1/312 مرافعات)، والتي جاء بها إذا عرض عند التنفيذ إشكالٌ وكان المطلوبُ فيه إجراءً وقتيًّا، فلمعاون التنفيذ أن يوقف التنفيذ، أو أن يمضي فيه على سبيل الاحتياط مع تكليف الخصوم في الحالتين بالحضور أمام قاضي التنفيذ، ولو بميعاد ساعة وفي منزله عند الضرورة، ويكفي إثبات حصول

هذا التكليف في المحضر فيما يتعلق برفع الإشكال ، وفي جميع الأحوال لايجوز أن يتم التنفيذ قبل أن يصدر القاضي حكمه⁽¹⁾.

وعلى ذلك يجب بيان أوجه الاختلاف بين نظام وقف القوة التنفيذية، والإشكال في التنفيذ⁽²⁾ : يتقيد طلب وقف القوة التنفيذية بمواعيد الطعن في الحكم المطلوب وقف تنفيذه، وبالتالي يجب تقديمه خلال تلك المواعيد، فإن قُوَّتْهَا الطاعن حَكَمَتْ المحكمة بعدم قبول طلب الوقف، أما الإشكال الوقتي فلا يتقيد بقيد زمني معين، ولكن يتقيد بقيد عملي هو: ألا يكون التنفيذ قد تم قبل رفعه. ويشترط أن يكون طلب وقف التنفيذ مقترناً بالطعن في الحكم المراد وقف تنفيذه عملاً بمبدأ التبعية بين الطعن والوقف، فلا يجوز تقديمه منفصلاً، أو مستقلاً عن الطعن، أما الإشكال الوقتي فلا يتقيد بذلك، فلا يرتبط بالطعن في الحكم، ويرفع مستقلاً عنه، ويجوز رفعه بعريضة دعوى أو بطلب عارض وفقاً للإجراءات المعتادة؛ لنظر الدعوى المستعجلة، كما يجوز إبدائه أمام المحضر حال القيام بإجراءات التنفيذ الجبري. ويستلزم طلب وقف القوة التنفيذية من محكمة الطعن؛ ضرورة توافر جدية يترجح

(1) د. أحمد أبو الوفاء، التنفيذ، ص 337 وما بعدها. د. طلعت دويدار، النظرية العامة للتنفيذ القضائي، ص 184. د. أحمد مليجي، إشكالات التنفيذ، بند 18، ص 29 وما بعدها.

(2) د. حسني عبد الواحد، تنفيذ الأحكام الإدارية، رسالة دكتوراه، حقوق القاهرة، 1984م، ص 84. د. محمد ظهري محمود، إشكالات التنفيذ الوقتية المتعلقة بتنفيذ أحكام محاكم مجلس الدولة، 2007م، ص 12 وما بعدها. د. محمد باهي أبو يونس، وقف تنفيذ الحكم الإداري، بند 10، ص 57 وما بعدها. عز الدين الدناصوري، وحامد عكاز، القضاء المستعجل وقضاء التنفيذ، ص 83.

معها إلغاء الحكم المطعون فيه، فضلاً عن الخشية من ترتيب أضرار قد يتعذر تداركها مستقبلاً على طالب الوقف من جراء التنفيذ. فالوقف يعتمد على وجود عيوب بالحكم، ولا يعني ذلك أنه طريق للطعن في الحكم، وإنما طلب حماية وقتية مما قد يلحق طالبه من أضرار. أما الإشكال في التنفيذ فيؤسس على إجراءات تنفيذ الحكم ذاتها باطلّة ومعيبة، أي أنه: يقوم على أسباب جدّت بعد صدور الحكم المراد تنفيذه، من شأنها لو صحّت أن تؤثر في إجراءات التنفيذ، أو سيره دون الخوض في أسباب الحكم، أو تجريحها وهو ما يستبعد معه أن يؤسس الأشكال على أسباب سابقة على صدور الحكم؛ وذلك لأن الحكم فصل فيها، وبالتالي لا يجوز معاودة بحثها من جديد لما في ذلك من مساس بحجية الحكم. فضلاً عن أن الاستعجال مفترضٌ دائماً في جميع إشكالات التنفيذ؛ إذ اعتبرها المشرع مستعجلة بطبيعتها بخلاف طلب وقف القوة التنفيذية من محكمة الطعن الذي يلتزم فيه طالب الوقف بإثبات توافر الاستعجال، وإلا فُضِيَ برفض طلبه. ولا يجوز طلب الوقف إلا من الطاعن، ولا يجوز للغير ذلك، كما لا يتصور أن يستخدمه من المحكوم له. أما في الإشكال في التنفيذ يمكن أن يلجأ إليه المحكوم ضده أو المحكوم له؛ لإزالة عقبات تنفيذ الحكم، أو حتى الغير الذي يكون من شأن تنفيذ الحكم التأثير على مصلحة خاصة به، ولو لم يكن طرفاً في الحكم. وليس لطلب وقف القوة التنفيذية من محكمة الطعن أيُّ أثرٍ على الصيغة التنفيذية المُدَيَّل بها الحكم، الذي يظل قابلاً للتنفيذ رغم طلب الوقف، وذلك استناداً لقاعدة الأثر غير الواقف للطعن، طالما لم تحكم محكمة الطعن بالوقف. وبالتالي فلا يتعطل عمل الصيغة التنفيذية إلا اعتباراً

من تاريخ الحكم بالوقف. أما الإشكال الوقتي: فإنه يترتب على مجرد رفعه - إن كان إشكالاً أولاً- وقف التنفيذ بقوة القانون، أما الإشكالات التالية له: فليس لها أثر واقف ما لم تحكم المحكمة المختصة بالوقف؛ استناداً لأسباب جديّة يذكرها المستشكل وتخضع لتقديرها، ويلاحظ أن السبب الذي أُسّس عليه الإشكال قد يؤدي إلى وقف تنفيذ الحكم إلى ما لا نهاية، لحين زوال العقبة القانونية التي اعترضت طريق التنفيذ. خلاف طلب القوة التنفيذية من محكمة الطعن الذي يُعدُّ مؤقتاً بالفصل في الطعن ويزول بزواله. ويقدم الإشكال في التنفيذ إلى المحكمة التي أصدرت الحكم المستشكل فيه في المسائل الإدارية، ولقاضي التنفيذ في المسائل المدنية، بينما يقدم طلب وقف القوة التنفيذية إلى محكمة الطعن فقط...⁽¹⁾.

ولا يعني ما سبق عدم وجود أي تماثل بين نظام وقف التنفيذ وإشكالات التنفيذ، فالمحكوم ضده له أن يسلك أيّاً منهما منفرداً، وكما أن من حقه الجمع بينهما، وذلك بتقديم طلب وقف القوة التنفيذية إلى محكمة الطعن، مع رفع الإشكال أمام

⁽¹⁾ د. محمد ظهري محمود، إشكالات التنفيذ، ص 12 وما بعدها. د. أحمد مليجي، إشكالات التنفيذ، بند 18، ص 30-31. د. محمد عبد الخالق عمر، مبادئ التنفيذ، بند 228، ص 247. إدارية عليا 1998/5/17م، طعن رقم 4637 لسنة 40 ق، مج، س 43، ج 2، ص 55.

-Emmanuel Jeuland; Droit Processuel general; 3.éd.; LGDJ; 2014; N. 541; P. 591.

-M.Thiberge; l'exécution Provisoire du jugement et l'équilibre des parties; D. 2011; P. 610.

-Cass. Civ.2^e; 18 déc. 2008; D. 2009; P. 536; Not. C.Paul-Loubière.

قاضي التنفيذ أو المحضر، فلا يوجد ما يمنع ذلك قانونًا. إذ قد تتأخر محكمة الطعن في الفصل في طلب وقف القوة التنفيذية، ويرى الطاعن تدارك هذا التأخير برفع إشكال يطلب فيه وقف تنفيذ الحكم.

20- ثانيًا - التمييز بين طلب وقف القوة التنفيذية والاستئناف الوصفي: لا يجوز تنفيذ الأحكام تنفيذًا جبريًا إلا إذا كانت أحكامًا نهائية، أي لا تقبل الطعن فيها بالاستئناف، سواء كانت صادرة من محكمة الاستئناف أم من محكمة أول درجة، ولم يطعن فيها بالاستئناف، ويستثنى من ذلك الأحكام المشمولة بالنفذ المعجل. وقد يحدث أن تقع محكمة أول درجة في خطأ قانوني في وصف الحكم، ويكون من شأن هذا الوصف الخاطئ التأثير في القوة التنفيذية له، فيُضَى بتنفيذه على خلاف ما تُضَى به القواعد القانونية. ومن أمثلة ذلك أن تخطئ محكمة أول درجة، وتصف حكمها الابتدائي بالنهائية، أو تشملته بالنفذ المعجل في غير حالاته، أو دون توافر شروطه؛ ولذا فقد أوجد المشرع طريقًا لرفع ذلك الخطأ وإلغاء الوصف الخاطئ الذي وصف به الحكم. حيث نصت (م 292 مرافعات) على أنه: "يجوز التظلم أمام المحكمة الاستئنافية فيه من وصف الحكم، وذلك بالإجراءات المعتادة لرفع الدعوى، ويكون ميعاد الحضور ثلاثة أيام، ويجوز إبداء هذا التظلم في الجلسة أثناء نظر الاستئناف المرفوع عن الحكم". ويلاحظ أن هذا الاستئناف ينصب على الوصف فحسب لا على موضوع الحكم وما قضى به؛ ولذلك يعرف بالاستئناف الوصفي، أو التظلم من وصف الحكم. ويهدف إلى تقرير الوصف الصحيح للحكم، وبالتالي تحديد صلاحيته، أو عدم صلاحيته للتنفيذ الجبري.

فالتظلم من وصف الحكم طريقاً خاصاً واستثنائياً للطعن فيه؛ لمخالفته للوصف القانوني، وليس طريقاً عاماً للطعن فيه⁽¹⁾.

ويجوز للمحكوم عليه التظلم من وصف الحكم بالاستئناف الوصفي (م291 مرافعات)؛ لتجريد الحكم من قوته التنفيذية بإلغاء الأثر التنفيذي للحكم عند خطأ محكمة أول درجة في وصف الحكم بالنفذ المعجل، ومنحجِه قوةً تنفيذيةً مُعجَّلةً ليست له بحسب الأصل، وذلك كأن تصف حكمها على غير الحقيقة بأنه انتهائي مع كونه ابتدائي. ويرفع الاستئناف الوصفي إلى محكمة الدرجة الثانية بالنسبة للمحكمة التي أصدرت حكم أول درجة. ولا يشترط لقبول الاستئناف الوصفي، أن يبدي قبل تمام التنفيذ كطلب وقف القوة التنفيذية، وإنما يجوز أن يبدي قبل البدء في التنفيذ بُعْيةً تقاديه، أو بعد البدء فيه أو إتمامه؛ لإزالة ما وقع منه⁽²⁾.

والادعاء المطروح على محكمة الاستئناف الوصفي: هو وجود خطأ في الحكم يتعلق بوصفه الإجرائي يؤثر على قوته التنفيذية. وتتحصر سلطة محكمة

(1) د. وجدي راغب، النظرية العامة للتنفيذ القضائي، دار النهضة العربية بالقاهرة، 1997م، ص 108. د. أحمد ماهر زغلول، أصول التنفيذ، بند 103، ص 213-216. د. محمد عبد الخالق عمر، مبادئ التنفيذ، ص 251. د. عماد مصطفى قميناسي، سلطة القاضي إزاء القوة التنفيذية للأحكام، رسالة دكتوراه، حقوق القاهرة، 2005م، بند 225 وما بعده، ص 179 وما بعدها.

(2) د. أحمد ماهر زغلول، آثار إلغاء الأحكام بعد تنفيذها، بند 108-109، ص 165 وما بعدها. د. إبراهيم أمين النفاوي، منازعات التنفيذ الجبري، بند 30، ص 43. د. محمد الصاوي مصطفى، قواعد التنفيذ الجبري، ص 248.

الاستئناف الوصفي في بحث مدى صحة تطبيق القانون على وصف الحكم استقلاً، ودون التعرض للموضوع، وقبل النظر في موضوع الاستئناف (م 3/291 مرافعات). وإذا فصلت المحكمة في الاستئناف الأصلي، فلا حاجة لها بعد ذلك للفصل في التظلم من وصف الحكم، إذ يصبح الحكم نهائياً يحوز القوة التنفيذية بَعْضِ النظر عن وصفه السابق؛ ولذلك فإنه عند بحثها لصحة تطبيق القانون من حيث الوصف، فإنها تقتض صحة ما أورده الحكم المطعون فيه من حيث الموضوع. ويعتبر الحكم في الاستئناف الوصفي حكماً وقتياً بطبيعته، لا يحوز قوة الأمر المقضي، ولا تنقيد به المحكمة عند نظر موضوع الاستئناف الأصلي، ويقبل الطعن فيه مباشرة بمجرد صدوره عملاً بأحكام (م 212 مرافعات)، ولا يؤثر هذا الإلغاء في وجود الحكم ذاته، فيظل الحكم قائماً بين الخصوم يترتب آثاره في مواجهتهم، فيما عدا أثره التنفيذي الذي تم إلغاؤه بالحكم الصادر في التظلم، ويترتب على تجريد الحكم من قوته التنفيذية إعدام صلاحيته؛ لأن يكون سنداً تنفيذياً. ويجوز التقدم بالطالبين . التظلم من الوصف، وطلب وقف القوة التنفيذية معاً . بعد توافر الشروط القانونية لكل منهما⁽¹⁾.

وبذلك يقترب نظام الاستئناف الوصفي من حيث أثره في تجريد الحكم المطعون فيه من قوته التنفيذية، من نظام وقف القوة التنفيذية من محكمة الطعن بصفة مؤقتة

(1) د. نبيل عمر، الوسيط في الطعن بالاستئناف، دار الجامعة الجديد للنشر بالإسكندرية، 2000م، ص 193. د. أحمد هندي، التنفيذ الجبري، بند 31 وما بعده، ص 91 وما بعدها. د. أحمد ماهر زغلول، آثار إلغاء الأحكام، بند 110 - 111، ص 171 وما بعدها.

إلى أن يفصل في الموضوع، بحيث تنتفي صلاحية الحكم كسند تنفيذي لمباشرة إجراءات التنفيذ، إلى أن يصدر حكم من القضاء الموضوعي. وإذا كان نظام الاستئناف الوصفي يهدف إلى إلغاء القوة التنفيذية التي نسبتها محكمة أول درجة للحكم خطأ، فإن نظام وقف القوة التنفيذية يهدف إلى إعمال وقف التنفيذ لفترة مؤقتة⁽¹⁾.

وعلى ذلك فالاستئناف الوصفي إجراء ينصبُّ على وصف خاطئٍ يمنح القوة التنفيذية لحُكمٍ لا يعترف له بها القانون فورَ صدوره؛ وذلك بقصد إلغاء هذا الوصف. كما يسمى هذا التظلم بطلب منع قوة التنفيذ؛ حيث يتم رفعه من قِبَل المحكوم ضده بهدف منع تنفيذ الحكم الموصوف خطأ بأنه نهائي، أو مشمول بالنفاذ المعجل في غير حالاته، أو دون توافر شروطه. ولا تعرف المرافعات الإدارية نظام طلب المنع من التنفيذ؛ نظرًا لأن جميع الأحكام الإدارية نافذة فور صدورها. وبالتالي فهي تحوز القوة التنفيذية بمجرد صدورها، ولا يؤثر وصف الحكم في تنفيذه؛ لأن جميع الأحكام الصادرة من محاكم مجلس الدولة نافذة فورَ صدورها حتى لو طعن فيها؛ ولذا فلا مجال لطلب المنع من التنفيذ في مجال الأحكام الإدارية.

(1) د. وجدي راغب، النظرية العامة للتنفيذ القضائي، ص 95. د. أحمد هندي، التنفيذ الجبري، بند 31 وما بعده، ص 91 وما بعدها. د. أحمد ماهر زغلول، آثار إلغاء الأحكام، بند 113، ص 175 وما بعدها. د. محمد الصاوي مصطفى، قواعد التنفيذ الجبري، ص 249.

ويوجد بعض أوجه التشابه بين طلب الوقف وطلب المنع من التنفيذ، فلا يقبل أيّ من الطالبين ما لم تتوافر لصاحبه مصلحة فيه، عملاً بالأصل الإجرائي لا يقبل أي طلب، أو دفع بغير مصلحة (م3 مرافعات). وكل منهما يؤديان حال قبولهما إلى وقف القوة التنفيذية للحكم، ولكنه وقف مؤقت لحين تقرير مصير الحكم من محكمة الطعن في طلب وقف القوة التنفيذية، أو صيرورة الحكم نهائياً قانوناً في طلب المنع. ويلاحظ أن ذلك الأثر المتمثل في عدم التنفيذ، سواء بسبب طلب الوقف أم المنع لا يترتب تلقائياً حال تقديم أيّ منهما، وإنما يشترط أن تقضي به محكمة الطعن في الوقف، أو تقضي محكمة الاستئناف في المنع بقبول هذا الطلب شكلاً وموضوعاً. وتختص بنظر طلب وقف القوة التنفيذية محكمة الطعن، وتختص بنظر طلب المنع محكمة الاستئناف⁽¹⁾.

وهناك العديد من مظاهر الاختلاف بين: طلب وقف القوة التنفيذية، وطلب المنع مع التنفيذ: فلا يقبل طلب وقف تنفيذ الحكم استقلالاً، وإنما بالتبعية للطعن فيه، أما طلب المنع من التنفيذ، فلا يتقيد بالطعن في الحكم إذ قد يرد مستقلاً عن الطعن بالاستئناف، وقد يرفع معه ويتصور أن يقتصر الطاعن على التظلم من الوصف دون أن يطعن في الحكم بالنسبة للموضوع، كما أن التظلم قد يرفع سابقاً على الطعن أو لاحقاً له. ويشترط لقبول طلب وقف القوة التنفيذية توافر الجدية وتعني ترجيح إلغاء الحكم المطعون فيه، والاستعجال أي: الخشية من ترتب أضرار؛ نتيجة

(1) د. نبيل عمر، الوسيط في التنفيذ الجبري 2001م، ص 192. د. محمود محمد هاشم، قواعد التنفيذ الجبري، ص 179 ومابعدھا. د. محمد الصاوي مصطفى، قواعد التنفيذ الجبري، ص 249.

تنفيذ الحكم قد يتعذر تداركها فيما لو ألغِيَ من محكمة الطعن بعد تنفيذه، بينما يشترط في طلب المنع من التنفيذ أن يكون هناك خطأ قانوني في وصف الحكم. وتمام التنفيذ لا يجرّد طلب المنع من مسوغ قبوله والمضِيّ في نظره؛ حيث لا يرتبط طلب المنع من التنفيذ بعملية التنفيذ الجبري بمعنى أن بلوغ التنفيذ غايته أثناء نظره أمام المحكمة الاستئنافية لا يغل يدها عن الاستمرار في الفصل فيه تصحيحًا للوصف وإلغاء لما تم من تنفيذ. وبالتالي يجوز رفع هذا التظلم من الوصف قبل البدء في التنفيذ أو بعد إتمامه لإلغاء ما تم، وإذا رفع التظلم بعد البدء في التنفيذ، أو بعد تمامه فيجب أن يتضمن التظلم طلب إلغاء ما تم من تنفيذ؛ نتيجة لتصحيح ما شاب الحكم من خطأ في الوصف، أما طلب وقف التنفيذ، فيشترط فيه عدم تمام التنفيذ. ولا يؤثر طلب وقف التنفيذ على حق المحكوم له في التنفيذ، وكل ما هنالك أنه بصدور الحكم به يتوقف التنفيذ ريثما تفرغ محكمة الطعن من الفصل فيه، ويتحدد مصير الحكم نهائيًا؛ ولذا لا يكون للحكم بالوقف غير أثرٍ مستقبلي. بمعنى: أنه لا تأثير له على الماضي أي ما جرى من تنفيذ قبل القضاء به، فالحكم الصادر بالوقف لا ينفذ إلا من تاريخ إعلان المحكوم ضده به، ولا يسري بأثر رجعي. وعلى خلاف ذلك الحكم بمنع التنفيذ إذ يرتده بأثره إلى الماضي، فيلغى ما قد نفذ من الحكم باعتباره كاشفًا عن تجرّد الحكم من صلاحيته كسند تنفيذي، وافتقاده للقوة التنفيذية التي تؤهله للإعمال كما يرفع عنه صفة الانتهائية التي اكتسبها خطأ. وليس لمحكمة الاستئناف الوصفي اختصاص بطلب الوقف؛ وذلك لعدم وجود نص صريح يقرر لها اختصاصًا بذلك. كما أن المتظلم من وصف

الحكم طالبًا منع التنفيذ بالاستئناف الوصفي ليس في حاجة إلى طلب الوقف؛ لأن الهدف منه يتحقق بالحكم في الاستئناف الوصفي ذاته⁽¹⁾.

وليس ثمة ما يمنع من اقتران (م 291 و م 292 مرافعات) على أية صورة ما كان هذا الاقتران: فيجوز للمحكوم عليه عند الطعن في الحكم أن يجمع بين طلب وقف القوة التنفيذية؛ بناءً على (م 292 مرافعات) وطلب منع النفاذ بناءً على (م 291 مرافعات) تاركًا للمحكمة أن تقضي في هذا الشأن بوقف التنفيذ وتؤسس حكمها على أي النّصّين؛ ولذا فإن تمييز الطلبين أحدهما من الآخر لا يمنع من إبدائهما مجتمعين رجاء الوصول إلى الغاية التي يصلح أحدهما لتحقيقها وهي وقف التنفيذ⁽²⁾.

ويجوز للمحكوم عليه أن يتظلم من وصف النفاذ على أساس (م 291 مرافعات)، أي أن يرفع استئنافًا وصفيًا، فإذا أخفق فإن ذلك لا يمنعه من إبداء طلب وقف النفاذ بعد ذلك أثناء نظر الطعن الموضوعي على أسس (م 292 مرافعات). ويتصور من جهة أخرى أن المحكوم له يرفع تظلمًا على أساس (م 291 مرافعات)

(1) د. نبيل عمر، التنفيذ الجبري للسندات التنفيذية 2015م، ص 56؛ الوسيط في التنفيذ الجبري، ص 192. د. محمود محمد هاشم، قواعد التنفيذ الجبري، ص 179 وما بعدها. د. أحمد هندي، التنفيذ الجبري، بند 31 وما بعده، ص 91 وما بعدها. د. الأنصاري حسن النيداني، التنفيذ المباشر للسندات التنفيذية، ص 263. د. محمد الصاوي مصطفى، قواعد التنفيذ الجبري، ص 248-249.

(2) د. محمد حامد فهمي، التنفيذ، بند 50، ص 39. د. عبد الباسط جميعي، د. آمال الفزائري، التنفيذ، ص 106.

طالبًا إسناد النفاذ إلى الحكم؛ فيقضي له بذلك، ثم يأتي المحكوم عليه فيطعن في الحكم ويطلب من المحكمة إيقاف النفاذ على أساس (م292 مرافعات). ولا شك أن الحكم بالنفاذ بناءً على (م291 مرافعات)، لا يمنع المحكمة بعد ذلك من الحكم بوقف النفاذ على أساس تقديري بناءً على (م292 مرافعات). وعلى ذلك يجوز الجمع بين التظلم من وصف الحكم (م291 مرافعات)، وبين طلب وقف القوة التنفيذية طبقاً (م292 مرافعات)، مع مراعاة شروط كل منهما على حدة؛ لأن لكل منهما مجاله.

ويلاحظ أن التظلم في وصف الحكم يختلف اختلافاً كُلياً عن الإشكال في التنفيذ: فتختص المحكمة الاستئنافية بالتظلم من وصف الحكم، بينما يختص بنظر إشكال التنفيذ الوقتي قاضي التنفيذ. كما أن التظلم في وصف الحكم لا يكون إلا عن حكم صادر من محكمة أول درجة، أما الإشكال الوقتي في التنفيذ: فيكون عن تنفيذ حكم قابل للتنفيذ الجبري أيًا ما كانت المحكمة التي أصدرته، وكذلك يكون الإشكال عن أي سند تنفيذي آخر من سندات التنفيذ التي بيّنها المشرع على سبيل الحصر. والتظلم في وصف الحكم: هو نعي على الحكم بخطئه في تطبيق القانون بأن يكون قد وصف الحكم بأنه انتهائي في حين أنه ابتدائي، أو العكس، أو أورد أن النفاذ المعجل واجب بقوة القانون في حين أنه غير واجب، أو أن المحكمة أغفلت الحكم بالكفالة مع وجوبها بقوة القانون كما إذا صدر الحكم في مادة تجارية، أما الإشكال الوقتي في التنفيذ، فإنه ينصبُّ على إجراءات التنفيذ، أو مقدماته اللاحقة على صدور الحكم، أو وقائع لاحقة على صدوره. أما تلك السابقة على صدور الحكم:

فلا يجوز أن تكون سبباً للإشكال، أو أساساً لوقف التنفيذ، حتى ولو كان الحكم المنفذ به قد أخطأ في تطبيق القانون، أو قصر في تحصيل الوقائع، أو أغفل دليلاً قاطعاً ولم يعمل أثره، ذلك أن الإشكال لا يجوز أن يكون طعنًا على الحكم، وإلا كان فيه مساسٌ بأصل الحق، وإهدار لحجية الحكم التي يتمتع على قاضي التنفيذ أن يمسه وهو بصدد نظر الإشكال. و لا يترتب على مجرد رفع التظلم في وصف الحكم وقف تنفيذه، أما الإشكال في التنفيذ: فيترتب على رفعه إن كان هو الإشكال الأول وقف التنفيذ إلى أن يفصل فيه⁽¹⁾.

بينما اعتبر قانون المرافعات الفرنسي الجديد أن التكييف غير الصحيح المغلوط للحكم من قبل القاضي الذي أصدره، لا يؤثر على الحق في سلوك الطعن، ولا يؤدي إلى تعديل الشروط القانونية لقبول الطعن (art.536 N.C.P.C.F.)، وذلك كالحكم الذي تم تكييفه خطأ بأنه انتهائي، أو ابتدائي بحيث يؤدي إلى منح إمكانية التنفيذ، أو سلب هذه الإمكانية منه. ويكون وقف تنفيذ الأحكام المكيفة خطأً بالنهائية، أو الانتهائية للرئيس الأول لمحكمة الاستئناف بصفة مستعجلة في حالات منع النفاذ المعجل، في أي وقت من الدعوى (art. 574 N.C.P.C.F.).

وعندما يكون قاضي التحضير بمحكمة الاستئناف هو المختص والدعوى في حوزته، فيكون هو فقط المختص بوقف تنفيذ الأحكام المكيفة خطأً بالدرجة النهائية،

(1) عز الدين الدناصري، وحامد عكاز، القضاء المستعجل وقضاء التنفيذ، ط 3، نادي القضاة 1992م، ص 871-872.

أو يمارس السلطات الممنوحة له في مجال النفاذ المعجل (art. 912 N.C.P.C.F.). كما يستطيع الرئيس الأول لمحكمة الاستئناف في حال الاستئناف أن يوقف تنفيذ الأحكام المكيفة خطأ بالدرجة النهائية، أو يمارس سلطاته التي مُنحت له في مجال النفاذ المعجل (art. 957N.C.P.C.F.). وعلى ذلك فلا يوجد طريق خاص بالاستئناف الوصفي في الحكم الخاطئ في التكييف؛ لأنه نهائي أو ابتدائي، وإنما يتم الحصول على الوقف؛ لتنفيذ الأحكام المكيفة خطأ من خلال طعن عادي في الحكم - وليس من خلال استئناف وصفي كطريق خاص استثنائي للطعن في الحكم مثل القانون المصري - ويلغى التنفيذ بأثر رجعي؛ لأن القوة التنفيذية للحكم قد نشطت بالمخالفة للقانون، فكل ما تم من تنفيذ سيتم إزالته؛ لأنه تم على أساس نشاط وهمي للقوة التنفيذية 524; 525 et 526 art.(N.C.P.C.F.)⁽¹⁾.

(¹) -J.A.Fusil; Laiuridktion du premier president de la cour d'appel ; Gaz. Pal. 1975; doct.; P. 347.

-**Reflexion et Propositions**; sur la procedure civile; Rapport –de– m.Jean– marie coulom; Gaz. Pal. 1997; 17–18 Janv. 1997; P. 2 – 35.

-**R. Perrot**; Notes sur; Rév. Tirm. der. Civ. 1997; P. 997.

-**P. Estoup**; La Pratique des procedures Rapides; 1998; P. 230.

-**R. Maurice**; exécution provisoire; Ency. Dalloz; 2^e.éd; 1979; N. 86
ets.

21- ثالثاً - التمييز بين طلب وقف القوة التنفيذية والكفالة: إذا كان المُشَرِّعُ

منح القضاء سلطة الأمر بتنشيط القوة التنفيذية قبل الأوان الطبيعي بحيازة الحكم لقوة الأمر المقضي عن طريق الأمر بالنفاذ المعجل القانوني أو القضائي مراعاة لمصلحة المحكوم له، فإن المشرع بالمقابل مَنَحَ القضاء أيضاً سلطة تقييد نشاط القوة التنفيذية . سواءً أكان نشاطاً عادياً أم نشاطاً معجلاً . وذلك بتعليق نشاط القوة التنفيذية على تقديم كفالة أو إضافة نشاط القوة التنفيذية إلى أجلٍ بمنح المحكوم عليه المدين نظرة مُيَسَّرَة (أجل قضائي) بعد توافر شروطها من محكمة الطعن ما لم يوجد مانعٌ قانونيٌّ صريحٌ أو ضمنيٌّ، وذلك بمقتضى (م346 مدني، art. 510 á 513 N.C.P.C.F. et art. 1244.C.C.F.). ويترتب على منح مهلة أجل قضائي للمدين المحكوم عليه (المُنْفَذَ ضِدَّهُ)، وقف إجراءات التنفيذ التي كانت قد بدأت من قِبَلِ الدائن طالب التنفيذ المحكوم له، وتوقف الفوائد وغرامات التأخير، مع جواز اتخاذ الإجراءات التحفظية⁽¹⁾.

وتعتبر الكفالة وسيلة احترازية يستخدمها المشرع لضمان التنفيذ العكسي، إذا تغيرت الظروف بأن أُلْغِيَ الحكم من محكمة الطعن بعد أن نُفِذَ تنفيذاً معجلاً، أو هي الضمانة التي يقدمها طالب التنفيذ المعجل؛ حتى يتسنى عن طريقها إعادة الحال

(1) د. أحمد ماهر زغلول، أصول التنفيذ، بند 93 وما بعدها، ص 192 وما بعدها. د. عيد محمد القصاص، أصول التنفيذ الجبري، بند 100 وما بعده، ص 279 وما بعدها. د. عماد مصطفى قمناسي، سلطة القاضي، بند 235، ص 193 وما بعدها.

-J. Vincent et S. Guinchard; Procédure civile; 2001; P. 868.

إلى ما كانت عليه، إذا ألغى الحكم الذي تم تنفيذه معجلاً. واستخدم المشرع الكفالة لإحداث التوازن بين مصالح المحكوم له والمحكوم عليه، فيمكن لمحكمة الطعن أن تأمر بها عندما تقرر وقف التنفيذ، والكفالة في كل الأحوال هي وسيلة وقائية؛ لأنها لا تمنع التنفيذ المعجل، وإنما تدفع القاضي للحكم به مطمئناً إلى حماية المحكوم عليه؛ إذا ألغى الحكم. وتعدُّ وسيلة علاجية؛ لضمان إعادة الحال إلى ما كان عليه، إذا ما ألغى الحكم من محكمة الاستئناف بعد أن نُفِذَ تنفيذاً معجلاً⁽¹⁾.

إذا كان هدفُ النفاذِ المعجلِ رعاية مصلحة المحكوم له؛ لاقتضاء حقه جبراً قبل الأوان الطبيعي، فإنه يجب في نفس الوقت أن تراعى مصلحة المحكوم عليه بضمانات وقائية؛ لتلافي الضرر الذي قد يحيق به نتيجة هذا النفاذ أو علاجه إذا ما وقع؛ وذلك للتوفيق بين المصالح المتعارضة، إذ يلزم المحكوم له بتقديم كفالة قبل الشروع في إجراء التنفيذ المعجل، كوسيلة وقائية لضمان التنفيذ العكسي، إذا ألغى الحكم المنفذ بمقتضاه في الاستئناف، أو كان المحكوم له معسراً. فغرض الكفالة إزالة آثار التنفيذ المعجل للحكم، وإعادة الحال إلى ما كان عليه قبل التنفيذ، إذا ما تبين فيما بعد عدم الأحقية فيه، وألغت محكمة الطعن الحكم الذي كان يعد سنداً تنفيذياً له. ولا تتحد قيمة الكفالة فقط بما يعادل قيمة الالتزام بمضمون الحكم المراد تنفيذه معجلاً، وإنما بما يكفي للتنفيذ العكسي إلى ما قبل التنفيذ، بمعنى إزالة

(1) د. أمينة النمر، أحكام التنفيذ الجبري وطرقه، ط 2، منشأة المعارف بالإسكندرية 1971م، بند 145-146، ص 191. د. أحمد هندي، التنفيذ الجبري، بند 29، ص 82. د. أحمد ماهر زغلول، أصول التنفيذ، بند 93، ص 192 وما بعدها.

كافة الآثار المترتبة على التنفيذ، وبما يكفل إعادة تسكين الخصوم إلى مراكزهم التي كانوا يشغلونها قبل التنفيذ. والكفالة هي ضمان شخصية، أو عينية يقدمها طالب التنفيذ المعجل؛ لضمان إعادة الحال إلى ما عليه؛ ولتعويض الضرر عند إلغاء الحكم المنفذ، أو تعديله من محكمة الطعن. ويؤدي فرض الكفالة إلى تقييد وتعليق نشاط القوة التنفيذية المعجلة، حيث يترتب على عدم تقديم الكفالة عدم جواز تنفيذ ذلك الحكم إلا بشرط تقديم الكفالة، وإلا كان التنفيذ باطلاً دون حاجة لإثبات ضرر⁽¹⁾.

واعتمد القانون الفرنسي ضمان الكفالة (La Comstitution d'une garantie) في حالات النفاذ المعجل القضائي بموجب (art. 517 á 520 N.C.P.C.F)⁽²⁾. وأجاز القانون الفرنسي تعليق النفاذ المعجل على تقديم كفالة عينية أو شخصية كافية للرد عند التنفيذ العكسي، والتعويض في حال إلغاء الحكم، أو تعديله من محكمة الطعن؛ لضمان حماية المحكوم عليه بالنفاذ المعجل (art.)

⁽¹⁾ د. أحمد هندي، التنفيذ الجبري، بند 29-30، ص 82 وما بعدها. د. أحمد ماهر زغلول، أصول التنفيذ، بند 93 وما بعدها، ص 192 وما بعدها. د. عيد محمد القصاص، أصول التنفيذ الجبري، بند 104، ص 286 وما بعدها.

⁽²⁾ د. وجدي راغب، النظرية العامة للتنفيذ القضائي، ص 100. د. أحمد هندي، التنفيذ الجبري، بند 29-30، ص 82 وما بعدها. د. أحمد ماهر زغلول، أصول التنفيذ، ص 143، 193. د. عاشور مبروك، الوسيط في التنفيذ 2004م، ص 183، 203.

-R.Maurice; exécution Provisoire; Ency. Dalloz; T.II; Fasc. 518; N. 70 á 84.

517 N.C.P.C.F.). ويترتب على فرض الكفالة وقف وتقييد وتعليق نشاط القوة التنفيذية المعجلة على شرط تقديم الكفالة، فلا يمكن تنفيذ الحكم المعلق نشاط قوته التنفيذية على كفالة إلا عند تقديمها بشكل قانوني صحيح. ويستطيع الرئيس الأول لمحكمة الاستئناف كقاضٍ مستعجلٍ عند الحكم في طلب وقف القوة التنفيذية، أو بشكل مستقل أن يتخذ إجراءات فرض الكفالة المنصوص عليها في (art. 517 à 522 et 524 N.C.P.C.F.). مع الأخذ في الاعتبار ضرورة التمييز بين الوقف والكفالة، والشروط والإجراءات المغايرة لكل منهما... وقد تستغني المحكمة بالكفالة عن الوقف⁽¹⁾.

وللكفالة صور ثلاث هي: تقديم كفيل مقتدر، أو إيداع خزانة المحكمة مبلغ من النقود، أو الأوراق المالية بما فيه الكفاية لإعادة الحال إلى ما كانت عليه، أو إيداع ما يحصل من التنفيذ خزانة المحكمة، أو تسليم الشيء المأمور بتسليمه في الحكم، أو الأمر إلى حارس مقتدر. ولا تقوم المحكمة بتعيين صورة الكفالة، بل يختار الملزم بها ذلك ويعلن بها خصمه قبل الشروع في التنفيذ. ويظل التنفيذ ممنوعاً إذا

(¹) -C-Loyer Larher; l'exécution Provisoire; Gaz. Pal. 1982; doct.; P. 151.

-Alain Blaisse; arrêt et aménagement de l'exécution Provisoire par le Premier Président; J.C.P.1985; doct.; 3183.

-J-Miguet; l'exécution Provisoire; Juris. Class. Pro. 1997; Fasc. 518; N. 10; P. 3.

حدثت منازعة في الكفالة، لحين الفصل فيها بحكم انتهائي من قاضي التنفيذ (م2/292- م295 مرافعات).

22- رابعاً- التمييز بين طلب وقف القوة التنفيذية، وسقوط القوة التنفيذية بالتقادم: بصدور حكم قضائي حائز لقوة الأمر المقضي، يتأكد حق المحكوم له بقطع النزاع فيه، ويمتنع على المحكوم عليه تجديده في المستقبل، ويصبح تقادم الحق المحكوم به خمس عشرة سنة، ولو كان أصلاً من الحقوق التي تسقط بمدة تقادم أقل، ويصبح الحق ثابتاً في سند تنفيذي (الحكم القضائي)، ويكون للمحكوم له الحق في التنفيذ الجبري بحكم قضائي بإلزام (سند تنفيذي) ضد المحكوم عليه. وعلى ذلك يعتبر الحق في التنفيذ الجبري حقاً مؤقتاً، وليس مؤبداً مدى الحياة، حيث يتقادم الحق الموضوعي الثابت بالحكم القضائي كسند التنفيذي. وعلى ذلك فيقترن ميعاد تقادم السند التنفيذي بميعاد تقادم الحق الموضوعي الثابت فيه، وتسري عليه أحكام وقف أو انقطاع مدة التقادم المنصوص عليها في القانون المدني. وعليه تتقادم القوة التنفيذية للحكم القضائي كسند تنفيذي بفوات ميعاد تقادم الحق الموضوعي الثابت به. ونصت (م 2/385 مدني) بأنه إذا حكم بالدين، وحاز الحكم قوة الأمر المقضي، كانت مدة التقادم الجديد خمس عشرة سنة. وقد

قضت محكمة النقض بعدم جواز تسليم المحكوم له صورة تنفيذية ثانية بعد مرور مدة التقادم الطويل خمس عشرة سنة⁽¹⁾.

وتطبيقاً لذلك فقد نص قانون التنفيذ العراقي رقم 45 لسنة 1980م في الباب السادس، والمُعْتَوَّنُ بالتقادم المُسَقِطِ وسقوط حق المطالبات بالأمانات في (م 112: 116) على أحكام سقوط القوة التنفيذية بالتقادم. حيث نصّت (م 112) على أنه: " إذا ترك الحكم أو المحرر المودع للتنفيذ، ولم يراجع صاحبه بشأنه سبع سنوات، اعتباراً من تاريخ آخر معاملة، فتسقط قوته التنفيذية". ونصّت (م 113) على أنه: " إذا تحقق للمنفذ العدل مُضِي مدة التقادم القانونية على الحكم أو المحرر المودع للتنفيذ، فعليه أن يتخذ قراراً بإيقاف التنفيذ". ونصّت (م 114) على أنه: " لا يقبل التنفيذ، الحكم الذي مضى سبع سنوات على اكتسابه درجة البتات". ونظمت (م 115) أحكام وقف أو انقطاع مدة التقادم، والتي تنص على أنه: " تسري الأعدار القانونية التي توقف التقادم أو تقطعه المنصوص عليها في القانون المدني، على التقادم المنصوص عليه في هذا القانون". ونصّت (م 116) على أنه: " يسقط من حساب المُدَدِ القانونية، كلُّ زمنٍ مضى بين تاريخ إيداع السندات والأوراق التجارية والحجج لمديرية التنفيذ، وبين تاريخ تفهيم الدائن بلزوم مراجعة المحكمة المختصة".

(¹) د. أحمد هندي، قانون المرافعات المدنية والتجارية، دار الجامعة الجديدة للنشر بالإسكندرية 2017م، بند 280، ص 557. د.وائل البشل، التنفيذ العكسي، ص 448 وما بعدها. نقض مدني 2014/12/15م، طعن رقم 16389 لسنة 83 ق، موقع محكمة النقض: <http://www.cc.gov.eg/Madany.aspx>

" ويجوز تجديد القوة التنفيذية قبل سقوطها بالتقادم بقرار تصديق للحكم من المحكمة بدعوي تجديد القوة التنفيذية.

ونفس الحال في (م 3/288) من قانون أصول المحاكمات المدنية السوري، حيث أجاز تجديد القوة التنفيذية بدعوي عادية جديدة كاستثناء من مبدأ استنفاد ولاية القاضي، ويقتصر دور المحكمة على إعادة إضفاء القوة التنفيذية على الحكم فقط دون التطرق للموضوع. وأعتقد أن دعوي تجديد القوة التنفيذية هذه تتعارض مع أحكام التقادم المسقط في القانون المدني المصري، وإن كان هذا جائز في الأنظمة تعترف بتقادم الدعوي لا بتقادم الحق، أي التي لا تعترف بالتقادم المسقط للحقوق كالقانون السعودي.

وكما نص القانون اللبناني في (م843) من قانون أصول المحاكمات المدنية على سقوط القوة التنفيذية بالتقادم بأنه: " إذا انقضت سنة كاملة ولم يقم طالب التنفيذ أو أحد المشتركين في المعاملة التنفيذية بعمل لمتابعتها، تسقط هذه المعاملة بقرار يتخذه رئيس دائرة التنفيذ بناءً على طلب أحد الأطراف فيها، أو تلقائياً وبعد إبلاغ الأطراف؛ لتقديم ملاحظتهم خلال مهلة خمسة أيام، إلا إذا كان قد صدر قرارٌ بوقف التنفيذ، أو قام حائل قانوني دون متابعة معاملة التنفيذ، ويترتب على هذا السقوط بطلان استدعاء التنفيذ والإجراءات التالية له، ما لم تكن قد استنفدت مفاعليها. ولا يؤدي السقوط إلى زوال الأثر المترتب على انقطاع مرور الزمن". ويبدو أن القانون اللبناني يتحدث عن إجراءات التنفيذ، وليس عن سقوط السند

التنفيذي ذاته، فسقوط الإجراء بعدم إتيان أي عمل أو فعل في حالة انقضاء سنة، يحوي بسقوط ذلك الإجراء فقط، وهو ما يعني إمكانية إتيان ذلك العمل من جديد.

ونص القانون الإماراتي في (م 3/225 من قانون الإجراءات المدنية رقم 11 لسنة 1992م) على سقوط القوة التنفيذية بالتقادم بأنه: "لا تنفذ السندات إذا تركت مدة خمسة عشر عاماً على تاريخ آخر معاملة تنفيذية، أو إذا تركت لذات المدة منذ صدورها دون تنفيذ". وبذلك يكون السند التنفيذي سيقاً مسلطاً على رقبة المُنفذ ضده، طوال مدة تقادم السند التنفيذي، إلا أنه يحمده أنه قد أورد نصاً يقرر ذلك في قانون الإجراء المدنية، ليس له نظير في قانون المرافعات المصري.

وفي القانون الجزائري نصّت (م 344 من قانون الإجراءات المدنية الجزائري القديم الملغي رقم 85-268 لسنة 1965م) على سقوط القوة التنفيذية بالتقادم بأن الأحكام تكون قابلة للتنفيذ خلال مدة ثلاثين سنة تبدأ من يوم صدورها، وتسقط بعد انقضاء هذه المدة". ونقل ذات الحكم إلى نص (م 630 من قانون الإجراءات المدنية والتجارية والإدارية رقم 08-09 لسنة 2008م، ولكن بمدة تقادم أقل، جعلها خمس عشرة سنة كاملة ابتداءً من تاريخ قابليتها للتنفيذ. وعُنوان القسم الثامن منه بعنوان "تقادم السندات التنفيذية" بمادة وحيدة يتيمة من فقرتين، هي (م 630) والتي نصّت على أنه: "تتقادم الحقوق التي تتضمنها السندات التنفيذية بمضي خمس عشرة (15) سنة كاملة ابتداءً من تاريخ قابليتها للتنفيذ.

يقطع التقادم بكل إجراء من إجراءات التنفيذ".

وفي القانون التونسي نصّت (م 287) من قانون المرافعات المدنية والتجارية التونسي رقم 130 لسنة 1959م) على سقوط القوة التنفيذية بالتقادم، بأنه يبطل العمل بالحكم بمضَيّ عشرين سنة مسيحية من تاريخ يوم صدوره".

وقد نصت (م8) من قانون التنفيذ الأردني رقم 25 لسنة 2007م، على سقوط القوة التنفيذية بالتقادم، بعدم قبول طلب تنفيذ أي من السندات التنفيذية، إذا مضى عليها أو على آخر إجراء يتعلق بها مدة خمسة عشر سنة.

أما في القانون المصري فقد خلا قانون المرافعات من معالجة خاصة لتلك المسألة، وهذا ما دعنا إلى البحث في القواعد العامة لعله يجد ضالته فيها؛ إذ ورد في (م 2/385 مدني مصري) التي نصّت على أنه: "إذا حكم بالدين وحاز الحكم قوة الأمر المقضي، أو إذا كان الدين مما يتقادم بسنة واحدة، وانقطع تقادمه بإقرار المدين، كانت مدة التقادم الجديد خمس عشرة سنة، إلا أن يكون الدين المحكوم به متضمناً للالتزامات دورية متجددة لا تستحق الأداء إلا بعد صدور الحكم". إلا أن هذا النصّ قد جاء عاماً يدل على أنه يشمل كافة الأحكام، ويدل على ذلك أنّ المُشَرِّعَ استهل الفقرة الثانية بالقول: إنه إذا حكم بالدين وحاز الحكم قوة الأمر المقضي. ومن ثمّ فإن مدة تقادم ذلك الحكم هو خمس عشرة سنة - مدة التقادم الطويل - ورغم أن التشريعات سألقة الذكر كانت أحرص من المشرع المصري على وضع حدّاً لتلك المسألة. وقد خلا قانون المرافعات المصري من تنظيم تلك المسألة، والتي تخص السندات التنفيذية؛ على الرغم من أن المشرع قد حاول جمع

النصوص الخاصة بالتنفيذ في نسيج واحد؛ إلا أن تلك المسألة لم تعالج في قانون المرافعات المصري، وهو ما يُعدُّ قصورًا تشريعيًا يلزم وضع أُطرٍ وقواعدٍ تُقنِّئُه. ويرى الباحث أن أنسب التشريعات وأفضلها في معالجة ذلك الأمر وهو التشريع الأردني والجزائري الذي أورد نصًا صريحًا يعالج تلك المسألة في باب التنفيذ، وعلى المُشرِّعِ المصري أن يحذو حذو المُشرِّعِ الجزائري والأردني في معالجة تلك المسألة. وبعد أن انتهينا من دراسة المبحث الأول من الفصل الأول (مفهوم وقف القوة التنفيذية) على النحو السابق، ننتقل الآن إلى دراسة المبحث الثاني من الفصل الأول (نطاق وقف القوة التنفيذية) على النحو التالي:

المبحث الثاني

نطاق وقف القوة التنفيذية

23- تمهيد وتقسيم: نتناول في هذا المبحث: الوقف القانوني للقوة التنفيذية بقوة القانون، والوقف القضائي للقوة التنفيذية بحكم قضائي، وحدود نطاق وقف تنفيذ الحكم القضائي. ووقف القوة التنفيذية من محكمة الطعن بالاستئناف، ومن محكمة الطعن بالمعارضة، ومن محكمة الطعن بالتماس إعادة النظر، ومن محكمة الاعتراض الخارج عن الخصومة، ومن محكمة بالنقض، ولحكم محكمة الإحالة.

ثم نتناول وقف القوة التنفيذية لأحكام المحاكم المتخصصة كمحكمة الأسرة، و المحكمة الاقتصادية، والمحكمة العمالية. ووقف القوة التنفيذية للأوامر القضائية، ووقف التنفيذ من محكمة التظلم (تطبيق للأمر المعجل الصادر من النيابة العامة في منازعات الحياة)، ووقف القوة التنفيذية لحكم التحكيم، ووقف القوة التنفيذية لقرارات الصادرة من الهيئات ذات الاختصاص القضائي، ووقف التنفيذ بإشكال وقتي أول أمام قاضي التنفيذ (م312 مرافعات).

وعلي ذلك نتناول هذا المبحث في مطلبين هما:

المطلب الأول: وقف القوة التنفيذية لأحكام المحاكم العادية.

المطلب الثاني: وقف القوة التنفيذية لأحكام المحاكم المتخصصة والأوامر القضائية.

وذلك بالتفصيل المناسب على النحو الآتي:

المطلب الأول

وقف القوة التنفيذية لأحكام المحاكم العادية

24- الوقف القانوني للقوة التنفيذية بقوة القانون: يتقرر الوقف القانوني للقوة التنفيذية بنص القانون، وتتعَدُّ الأسباب القانونية التي تؤدي إلى وقف القوة التنفيذية للسند التنفيذي بقوة القانون؛ نتيجة تحقق السبب القانوني للوقف. ومن تلك الأسباب القانونية التي تؤدي إلى وقف القوة التنفيذية الطعن بتزوير السند التنفيذي، وسريان الميعاد القانوني كسريان ميعاد رفع دعوى بطلان حكم التحكيم... ويعتبر الوقف القانوني بمثابة الأصل في فكرة وقف القوة التنفيذية للسند التنفيذي، وبالتالي فإنَّ نظامه يَسْرِي على كُلِّ السندات التنفيذيّة، بصرف النظر عن نوع أصلها، أي سواءً كان أصلها قضائيًا (أحكام أو أوامر قضائية) أم تحكيميًا (حكم تحكيم) أم توثيقيًا (محاضر توثيق) ⁽¹⁾.

وعلي ذلك فتقف القوة التنفيذية بقوة القانون عملاً بالقاعدة العامة المنصوص عليها في (م55) من قانون الإثبات المصري رقم 25 لسنة 1968م بسبب الطعن بالتزوير، وهو وقف وقتي مؤقت لحين الفصل في موضوع الادعاء

⁽¹⁾ د. أحمد محمد أحمد حشيش، القوة التنفيذية لحكم التحكيم، دار النهضة العربية بالقاهرة، 2012م، بند 64، ص 124؛ مبادئ التنفيذ الجبري في قانون المرافعات، دار النهضة العربية بالقاهرة 2014م، بند 75 و ما بعده، ص 101 و ما بعدها؛ نظرية القضاء الوقتي في مصر، دار النهضة العربية بالقاهرة 2016م، بند 71، ص 112 و ما بعدها.

بالتزوير⁽¹⁾. ويترتب على نجاح الادعاء بتزوير المحرر الموثق أمام المحكمة المختصة إلغاء التنفيذ الذي تم استناداً إلى المحرر الموثق. وتقف صلاحية المحرر الموثق للتنفيذ بقوة القانون، ودون طلب، ودون حكم به (وقف قانوني للقوة التنفيذية)، إذا ثبت جدية الادعاء بالتزوير، وحكمت المحكمة بالتحقيق في شواهد التزوير (م55 إثبات). وعلى ذلك فوقف صلاحية المحرر الموثق المطعون فيه بالتزوير، سواء كانت محررات رسمية أم عرفية (م29 إثبات)، وسواء كان هذا الادعاء بالتزوير فرعياً أم أصلياً⁽²⁾.

وعلى ذلك يتطلب الوقف القانوني للقوة التنفيذية للسند التنفيذي مؤقتاً؛ بسبب الطعن بالتزوير سواء أكان بدعوى التزوير الأصلية، أم بدعوى التزوير الفرعية، يتطلب ادعاءً قضائياً بتزوير السند التنفيذي، وحكم المحكمة بالتحقيق في شواهد التزوير، وعدم تمام التنفيذ... ويترتب على الحكم بالوقف، وقف صلاحية السند التنفيذي بالنسبة إلى إجراءات التنفيذ الجبري، دون الإجراءات التحفظية، من تاريخ الادعاء قضاءً بالتزوير أي من تاريخ طلب وقف القوة التنفيذية. وإذا حُكم بتزوير

(1) د. أحمد محمد أحمد حشيش، القوة التنفيذية لحكم التحكيم، بند 64، ص 124؛ مبادئ التنفيذ الجبري في قانون المرافعات، بند 75، ص 102-103.

(2) د. أحمد محمد أحمد حشيش، نظرية القضاء الوقفي، بند 71 وما بعده، ص 112 وما بعدها؛ مبادئ التنفيذ الجبري، بند 75 وما بعده، ص 101 وما بعدها.

السند التنفيذي؛ تنتهي صلاحيته كسند تنفيذي، ويعتبر كأن لم يكن. أما إذا حكم برفض الادعاء بالتزوير أي بصحة السند، فيزول وقف قوته التنفيذية⁽¹⁾.

أما في القانون الفرنسي إذا تعلق أمر المُحَرَّر الموثق بالادعاء الجنائي بالتزوير، فيقف تنفيذ المحرر الموثق بقوة القانون بمجرد صدور قرار الاتهام. وإذا تعلق الأمرُ بادعاءٍ مدنيٍّ فرعيٍّ بالتزوير فللمحكمة المختصة سلطة الحكم بوقف التنفيذ وفقاً للظروف التي تقدرها. أما إذا تعلق الأمرُ بادعاءٍ مدنيٍّ أصليٍّ بالتزوير، فيكون للمحكمة المختصة سلطة الحكم بوقف التنفيذ حسب ظروف الحال (art. 314 N.C.P.C.F.⁽²⁾).

وبصدور قانون التحكيم المصري رقم 27 لسنة 1994م لم يعد يترتب على رفع دعوى بطلان حكم التحكيم وقف تنفيذ حكم التحكيم، ومع ذلك يجوز لمحكمة دعوى بطلان حكم التحكيم أن تأمر بوقف التنفيذ إذا طلب المدعي ذلك في صحيفة دعوى البطلان، وكان الطلب مبنياً على أسبابٍ جديّة... (م 57 تحكيم).

وكما جعل قانون التحكيم المصري من مجرد سريان ميعاد رفع دعوى بطلان حكم التحكيم سبباً للوقف القانوني لطلب التنفيذ، وذلك بقول (م 1/58 تحكيم) التي

(1) د. أحمد محمد أحمد حشيش، نظرية القضاء الوقتي، بند 71 وما بعده، ص 112 وما بعدها.

(2) –G. Wiedekehr; exécution des Jugements et des acts; Ency. Dalloz; 2^e.éd.; 1979; N. 110 ets.

–Caas. Civ.2^e;15 oct.2009; Procédures 2009; N. 388; obs. R. Perrot.

نصت على أنه: " لا يقبل طلب تنفيذ حكم التحكيم إذا لم يكن ميعاد رفع دعوى بطلان الحكم قد انقضى".

25- الوقف القضائي للقوة التنفيذية بحكم قضائي: يتحدد نطاق الوقف القضائي للقوة التنفيذية بالحكم الصادر بوقف القوة التنفيذية من محكمة الطعن أو التظلم. وسواءً كان الطعن بإحدى طُرُق الطعن العادية كالمعارضة والاستئناف (م292 مرافعات)، أم بإحدى طرق الطعن غير العادية كالتماس إعادة النظر والنقض (م242، م251 مرافعات). ويعتبر الوقف القضائي بمثابة الاستثناء في فكرة وقف القوة التنفيذية للسند التنفيذي، وبالتالي فإن نظامه لا يَسْرِي على كل السندات التنفيذية، بل يَسْرِي على بعضها فقط دون البعض الآخر، فلا يَسْرِي الوقف القضائي على محاضر التوثيق. وعلى ذلك فإن قوة محاضر التوثيق تخضع لنظام الوقف القانوني فقط دون الوقف القضائي، بينما قوة السندات التنفيذية الأخرى سواءً القضائية أم التحكيمية، فتخضع لنظام الوقف القانوني ولنظام الوقف القضائي أيضًا⁽¹⁾.

(1) د. أحمد محمد أحمد حشيش، القوة التنفيذية لحكم التحكيم، ، بند 64، ص 124؛ مبادئ التنفيذ الجبري في قانون المرافعات، م، بند 75، ص 102-103.

-Loïc Cadiet et Emmanuel Jeuland; Droit Judiciaire Privé; 5.éd.; Litec; Paris; 2006; N. 741; P. 471.

-Caas. Civ.2 9 19 mai 1999; Procédures 1999; N.175; Not. R. Perrot.

ويقتصر طلب وقف القوة التنفيذية على الحكم القضائي الصادر بالإلزام - دون الأحكام التقريرية والمُنشئة- المطعون عليه، والقابل للتنفيذ الجبري، حيث يتحدد النطاق الموضوعي للوقف بما لم يتم تنفيذه من أحكام الإلزام المطعون عليها. فالقابلية للتنفيذ: هي مبرر طلب الوقف؛ لشلّ آثار الحكم مؤقتاً لحين تقرير مصيره من محكمة الطعن؛ وذلك لاعتبار تمام التنفيذ مانعاً من قبول طلب الوقف؛ لانعدام محل طلب الوقف بتمام التنفيذ؛ ولانتفاء شرط المصلحة في طلب الوقف كشرط عام من شروط قبول أي طلب أو دفع (م 3 مرافعات)؛ ولذا يُعدُّ عدم التنفيذ، أو التنفيذ الجزئي لحكم الإلزام المطعون فيه مفترضاً ضرورياً لقبول طلب الوقف. ويحكم بعدم قبول طلب وقف التنفيذ الذي يقدم بعد تمام التنفيذ؛ لانتفاء شرط المصلحة والاستعجال⁽¹⁾.

ويعتبر كلٌّ من الطعن العادي (المعارضة، الاستئناف)، والطعن غير العادي (التماس إعادة النظر، النقض) هو طعن في الحكم ذاته، وليس طعنًا في قوته التنفيذية؛ ولذا أجاز القانون للطاعن طلب وقف القوة التنفيذية من محكمة الطعن بالتبعية للطعن، وذلك على اعتبار أنه طلب تبعي بحسب الأصل يقدم قبل تمام التنفيذ، أي قبل انقضاء القوة التنفيذية. وللمحكمة سلطة تقديرية في الحكم بوقف

(1) د. وجدي راغب، النظرية العامة للتنفيذ القضائي، ص 113-114. د. محمد باهي أبو يونس، وقف تنفيذ الحكم الإداري، بند 48 وما بعده، ص 141 وما بعدها.

-Caas. Civ.2°; 15 oct. 2009; Gaz. Pal. 14-18 mai 2010; P. 20; Not.

Amrani-Mekki.

القوة التنفيذية للسند التنفيذي مؤقتًا لحين الفصل في موضوع الطعن؛ ولذا لا يدخل طلب وقف القوة التنفيذية في اختصاص قاضي التنفيذ؛ لأنه لا يتعلق مباشرة بإجراءات التنفيذ⁽¹⁾.

وتخضع محكمة الطعن عند نظرها لطلبات وقف القوة التنفيذية من محكمة الطعن والفصل فيها لقواعد القضاء المستعجل كقاعدة عامة. وقد تصدّت محكمة النقض الفرنسية لتحديد طبيعة العلاقة بين أعمال الحماية المستعجلة، وأعمال الحماية الموضوعية، بأنّ العبرة في تسكين المراكز القانونية المتنازع بشأنها بما يقرره القضاء الموضوعي، أما أعمال الحماية المستعجلة فتزول بمجرد صدور القضاء الموضوعي وتنفيذه. وتكون العبرة في تحديد الحقوق والمراكز القانونية بما يقرره العمل القضائي الموضوعي، وزوال أعمال الحماية المستعجلة وما يترتب عليها من نتائج وأثار بصدور الأحكام الموضوعية؛ وذلك لأن وظيفة الحماية المستعجلة ذاتها تتمثل في إضفاء حماية وقتية احتياطية على الحقوق والمراكز القانونية خلال الفترة اللازمة لتمكين القضاء من إضفاء حمايته الموضوعية عليها. وإذا حُسم النزاع في أصل الحق بحكم موضوعي يحوز القوة التنفيذية، فيحكم بعدم قبول الدعوى المستعجلة؛ لانعدام وجه المصلحة فيها. وتسقط المراكز القانونية المؤقتة التي رتبها القضاء المستعجل، ويثبت للمحكوم له في الحكم الموضوعي الحق في إعادة الحال

(1) د. أحمد محمد أحمد حشيش، نظرية القضاء الوقتي في مصر، دار النهضة العربية بالقاهرة 2006م، بند 61 وما بعده، ص 96 وما بعدها.

إلى ما كانت عليه قبل تنفيذ القرار المستعجل بوقف التنفيذ الذي أمرت به محكمة الطعن⁽¹⁾.

وتطبيقاً لذلك فإن القرارات الصادرة من محكمة أول درجة بصفة ابتدائية في مسائل الولاية علي المال واجبة النفاذ ولو مع حصول استئنافها، إلا أنه يجوز للمحكمة المنظور أمامها الاستئناف أن تأمر بوقف التنفيذ مؤقتاً؛ حتى يفصل في الطعن (م54 من القانون رقم 1 لسنة 2000م بإصدار قانون تنظيم بعض أوضاع وإجراءات التقاضي في مسائل الأحوال الشخصية)⁽²⁾.

ويجيز نظام المرافعات الشرعية السعودي المعارضة كطريق من طرق الطعن العادية يلجأ إليها المحكوم عليه غيابياً للوصول إلى إلغاء الحكم الصادر في غيبته

(1) د. أمينة النمر، مناط الاختصاص والحكم في الدعاوى المستعجلة، رسالة دكتوراه، حقوق إسكندرية، 1967م، ص 372 وما بعدها. د. وجدي راغب، النظرية العامة للعمل القضائي، منشأة المعارف بالإسكندرية 1974م، ص 113 وما بعدها. د. أحمد ماهر زغول، آثار إلغاء الأحكام بعد تنفيذها، بند 121 وما بعده، ص 189 وما بعدها.

نقض مدني 1967/5/23م، طعن رقم 10 لسنة 34 ق، مج، س 18، ج 3، ق 161، ص1084.

-A. Mlyer. Jack; Les Conséquences de l'exécution d'un arrêt ultérieurement cases; J.C.P. 1968; I; 2202; N. 1 ets.

-Cass. Com.; 25 oct. 1967; Bull. Civ. 1967; III; N. 344.

(2) د. سيد أحمد محمود، أصول التنفيذ الجبري، دار النهضة العربية بالقاهرة 2009م، ص 328 هامش (2).

أو تعديله؛ لاحتوائه على عيب، أو خطأ بسبب ارتكازه على أقوال وحجج خصم واحد فقط، وذلك بعرض النزاع من جديد أمام نفس المحكمة التي أصدرت الحكم الغيابي، والحكم الغيابي قد يكون مشمولاً بالنفاذ المعجل، فهو غير مستثنى من أحكام النفاذ المعجل كحكم النفقة الغيابي. ويجوز لمحكمة المعارضة أن تأمر بوقف القوة التنفيذية للحكم لمعارض عليه مؤقتاً بناءً على طلب المحكوم عليه الغائب في مذكرة المعارضة، وكان يخشى من التنفيذ وقوع ضرر جسيم يتعذر تداركه (م4/60 مرافعات شرعية سعودي)⁽¹⁾.

26- حدود نطاق وقف القوة التنفيذية للسند التنفيذي: ينصب طلب وقف القوة التنفيذية على سند تنفيذي صالح للتنفيذ الجبري، مطعون فيه أو متظلم منه، لم ينفذ، أو لم يكتمل تنفيذه؛ وذلك عملاً بمبدأ تبعية طلب وقف التنفيذ للتظلم أو للطعن، فلا وقف للقوة التنفيذية بغير طعن أو تظلم. كما أن هذا الحكم يتمتع بالصلاحيية للتنفيذ الجبري؛ لأن الغاية من طلب الوقف هي الحيلولة دون التنفيذ الجبري. وعلى ذلك يتحدد محل طلب الوقف بأنه حكم قضائي ملزم قابل للتنفيذ الجبري مطعوناً فيه، وهذا يقتضي استمرار الطعن قائماً لحين الفصل في طلب الوقف؛ لأنه مناط وجوده. ولأن الوقف عارض للتنفيذ؛ فإن ما لا يقبل التنفيذ لا

(1) د. هشام موفق عوض، أصول المرافعات الشرعية في النظام القضائي السعودي، ط 3، مكتبة الشقري بالرياض 1439هـ / 2018م، ص 363 وما بعدها.

يصلح محلاً للوقف. ويجب أن يكون الحكم القضائي صادرًا من محكمة مختصة قانونًا بالفصل في خصومة بالشكل المحدد في قانون المرافعات⁽¹⁾.

ويبرر تبعية طلب وقف تنفيذ حكم قضائي قابل للتنفيذ الجبري للطعن فيه، أن طلب وقف القوة التنفيذية طلب وقتي مستعجل، ومحكمة الطعن لا تختص بنظر الطلبات الوقتية المستعجلة استقلالاً بمفردها، وإنما لا بد من أن تكون مرفوعة إليها بطريق التبعية لطعن موضوعي مختصة به؛ ولذا لا تقبل محكمة الطعن طلب القوة التنفيذية منفردًا، وإنما يجب أن يكون تابعًا لطعن صحيح قائم أمامها؛ ولذا فالطعن شرط وجود طلب وقف القوة التنفيذية، ويجب قبول الطعن واستمراره قائمًا حتى يقضي في طلب وقف القوة التنفيذية⁽²⁾.

وعلى ذلك فإن التوصية التي تصدر من لجان التوفيق بمقتضى القانون رقم 7 لسنة 2000م لا تعتبر حكمًا قضائيًا؛ لأن لجنة التوفيق لا تعتبر محكمة، ولا تتبع أمامها إجراءات ومواعيد قانون المرافعات. وبالتالي لا يسري على توصية لجان

(1) د. نبيل إسماعيل عمر، النظام القانوني للحكم القضائي، دار الجامعة الجديدة للنشر بالإسكندرية 2015م، بند 1، ص 4. د. محمد سعيد عبد الرحمن، الحكم القضائي، ص 25-26. -Caas. Civ.2°; 22 sept. 2016; Dalloz actualité; 12 oct. 2016; obs.

Mélin.

(2) د. أحمد مليجي، أصول التنفيذ الجبري في القانون الكويتي، مؤسسة دار الكتب، الكويت، ط 1، 996م، ص 191.

-Caas. Civ.2°; 15 oct. 2009; Gaz. Pal. 14-18 mai 2010; P. 20; Not.

Amrani-Mekki.

التوفيق نظام الطعن المقرر للأحكام القضائية، وهو ما يقتضي تبعًا لذلك عدم خضوعها لنظام وقف القوة التنفيذية من محكمة الطعن. كما أن التوصية غير ملزمة لأطرافها، وليس لها أية قيمة قانونية إلا بموافقة أطرافها⁽¹⁾.

ونظرًا لأن طلب تصحيح الحكم من الأخطاء المادية البحتة كتابية أو حسابية (م 191 مرافعات) لا يعد طعنًا في الحكم، وليس من طرق الطعن في الأحكام، فإنه يترتب على ذلك عدم خضوعه لنظام وقف القوة التنفيذية من محكمة الطعن. كما أن طلب تفسير حكم (م 192 مرافعات) الذي يقدم لنفس المحكمة التي أصدرت الحكم باعتبارها الأقدر على فهم موضوعه وتحديد وإزالة ما قد يشوبه من غموض بالإجراءات المعتادة لرفع دعوى لا يعد طعنًا في الحكم، وليس من طرق الطعن في الأحكام، وبالتالي لا يخضع لنظام وقف القوة التنفيذية إلا من محكمة الطعن فيه، لا من محكمة التفسير. وكذلك لا يعد أيضًا طلب الفصل في طلبات أغفلت المحكمة الفصل فيها (م 193 مرافعات) طعنًا في الحكم، وليس من طرق الطعن في الأحكام، وبالتالي لا يخضع لنظام وقف القوة التنفيذية من المحكمة التي أصدرت الحكم فيه، وإن كان يقبل ذلك من محكمة الطعن فيه⁽²⁾.

(1) د. مصطفى أبو زيد فهمي، القضاء الإداري ومجلس الدولة وقضاء الإلغاء، 2006م، ص 149. د. ماجد راغب الحلو، القضاء الإداري، 2000م، ص 100. د. محمد صلاح الدين فايز محمد، وقف تنفيذ الحكم الإداري، ص 149.

(2) د. نبيل عمر: النظام القانوني للحكم القضائي، ص 225 وما بعدها، ص 242 وما بعدها.

وتوجه دعوى البطلان الأصلية ضد الأحكام النهائية المشوبة بسبب من أسباب انعدام الحكم؛ كما لو صدر من محكمة غير مشكّلة تشكيلاً قانونياً، أو صدر الحكم غير مكتوب، أو صدر في غير خصومة، أو صدر الحكم من قاضٍ قام به سبب من أسباب عدم الصلاحية للفصل في الدعوى، فيقترب الحكم بعيب جسيم يفقد معه وظيفته ومقوماته، ويجرده من مقوماته وأركانه الأساسية على نحو يفقده كيانه وصفته كحكم. وترفع دعوى البطلان الأصلية أمام نفس المحكمة التي أصدرت الحكم المنعدم؛ لأنها لم تستند ولايتها بالنسبة للنزاع إلا بحكم صحيح أو باطل وليس بحكم منعدم، ويكون ذلك بصحيفة دعوى مقترنة بطلب وقف القوة التنفيذية للحكم المطعون فيه بالبطلان؛ لأنه فاقد لصفته كحكم وكسند تنفيذي، وذلك في أي وقت خلال ميعاد مدة التقادم الطويلة خمس عشرة سنة؛ وذلك لعدم تقييد دعوى البطلان الأصلية بمواعيد الطعن في الأحكام⁽¹⁾.

وتعد طلبات وقف القوة التنفيذية هي إحدى الطرق القانونية لإعمال قاعدة التنفيذ العكسي، مما مفاده عدم السير في التنفيذ، أو امتناعه إذا لم يكن قد بدأ بعد؛ إذ أنها تعد الطريقة القانونية التي قررها المشرع للمحكوم عليه (المُنْفَذ ضده) لدرء الخطر الناجم عن تنفيذ ذلك السند في مواجهته؛ ولذا تعد طلبات وقف القوة التنفيذية هي صورة من صور الحماية القضائية، وهي ضمانات للمحكوم عليه

(1) د. نبيل عمر، النظام القانوني للحكم القضائي، ص 95 وما بعدها. د. محمد باهي أبو يونس، وقف تنفيذ الحكم الإداري، ص 118. د. محمد صلاح الدين فايز محمد، وقف تنفيذ الحكم الإداري، ص 184.

(المُنْفَذُ ضده) حفاظًا على حقوقه من الضياع إذا ألغِيَ الحكم من محكمة الطعن؛ ولذا منح المشرع لمحكمة الطعن سلطة تعطل القوة التنفيذية للسند بوقف تنفيذه إذا توافر فيه شروطه، كوقاية ضد مخاطر التنفيذ، والتنفيذ العكسي إذا ما ألغِيَ الحكم من محكمة الطعن، فإذا ما تم تنفيذ الحكم رغم الطعن عليه، فإن هذا التنفيذ لا يَعْزُلُ يَدَ المحكمة عن الفصل في طلب وقف القوة التنفيذية، ومع القضاء بوقف القوة التنفيذية، فقد بات من حق الصادر لصالحه، اتخاذ إجراءات التنفيذ العكسي؛ لاستعادة العين محل التنفيذ. حيث يعد الحكم الصادر في طلبات وقف القوة التنفيذية سنْدًا تنفيذيًّا لإعادة الحال إلى ما كان عليه أمام كافة درجات التقاضي⁽¹⁾.

27- وقف القوة التنفيذية من محكمة الطعن بالاستئناف: نظَمَ المَشْرِعُ الإجراءي الطعن بالاستئناف l'appel في (م 219-240 مرافعات مصري، à voies ordinaires art. 542 570 N.C.P.C.F.)، كطريق طعن عادي يرفعه المحكوم عليه أمام محكمة الدرجة الثانية الاستئنافية خلال ميعاد الطعن بالاستئناف؛ لإصلاح وتصحيح الحكم الصادر ضده من محكمة الدرجة الأولى، بالتعديل أو الإلغاء، كليًّا أو جزئيًّا ، في القضية كلها أو جزءٍ منها، بإعادة الفصل

(1) د. فتحي والي، المبسوط في قانون القضاء المدني علمًا و عملاً، ج 2، دار النهضة العربية بالقاهرة 2017م، بند 177، ص 526 وما بعدها. د. أحمد هندي، قانون المرافعات المدنية والتجارية، دار الجامعة الجديدة للنشر بالإسكندرية 2017م، بند 295، ص 592-593. د. عيد محمد القصاص، الوسيط في شرح قانون المرافعات المدنية والتجارية، ط 2، 2010م، بند 470، ص 1068 وما بعدها.

من جديد في القضية من حيث الواقع والقانون، وبنفس سلطات محكمة أول درجة، تطبيقاً لمبدأ التقاضي على درجتين، ولا يكون الاستئناف سوى مرة واحدة⁽¹⁾.

ويجوز بنص (م292 مرافعات) للمحكمة المرفوع إليها الاستئناف، أو التظلم أن تأمر ببناءً على طلب ذوي الشأن بوقف القوة التنفيذية المعجلة للحكم الابتدائي في جميع أحواله، حتى ولو كان تنفيذاً معجلاً بقوة القانون، إذا كان يخشى وقوع ضرر جسيم من التنفيذ، وكانت أسباب الطعن في الحكم أو الأمر تُرجح إلغاءه، كضمانة للمحكوم عليه؛ ولكي يتمكن من تقاضي ما قد يحدث من أضرار؛ بسبب النفاذ المعجل للحكم الابتدائي، وهي في هذا لا تمارس رقابة على محكمة أول درجة، فالتنفيذ المعجل ليس مقرراً ببناءً على حكمها، وإنما استناداً إلى القانون مباشرة. وعلى نفس المنوال نص (م577) من قانون أصول المحاكمات المدنية اللبناني، ونص (م234) من قانون الإجراءات المدنية الاماراتي. وفي القانون الفرنسي تكون سلطة القضاء بوقف القوة التنفيذية تثبت كقاعدة عامة للرئيس الأول لمحكمة

(1) د. أحمد هندي، التنفيذ الجبري، بند 22، ص 58 وما بعدها. د. أحمد مليجي، شرح أصول التنفيذ الجبري، ص 169. د. عيد محمد القصاص، أصول التنفيذ الجبري، بند 92، ص 247.

-Cass. Civ.2^e ; 18 juin 2009; Procédures. 2009; N. 270; obs.; R.

Perrot.

الاستئناف يقضي فيه باعتباره قاضيًا للأمر المستعجلة (art. 524 N.C.P.C.F.⁽¹⁾).

وإذا كان للمحكوم له حق في التنفيذ كحق نافذ ومؤقت، فإنه يكون للمحكوم عليه طلب وقف القوة التنفيذية للحكم المطعون فيه بالاستئناف، كطلب مستعجل؛ نظرًا للحاجة إلى وقف إجراءات التنفيذ التي تمس المنفذ ضده سواء في نفسه وماله، والحكم الصادر بوقف القوة التنفيذية هو حكم مؤقت مستعجل، لا يحوز حجية أمام محكمة الطعن عند نظر موضوع الطعن، ولا يغل يد المحكمة التي أصدرته من الفصل في الموضوع وفق الثابت بالأوراق. وإذا كان الحكم صادرًا في حدود النصاب الانتهائي لمحكمة أول درجة، وكان من الجائز استئنافه استثناءً من القواعد العامة (الاستئناف الاستثنائي)؛ بسبب وقوع بطلان في الحكم، أو بطلان في الإجراءات أثير في الحكم (م 221 مرافعات)، أو إذا كان صادرًا على خلاف حكم سابق لم يجز قوة الأمر المقضي (م 222 مرافعات) فإن محكمة الاستئناف لا

(1) د. أحمد زغلول ، أصول التنفيذ ، ص 145، هامش رقم (2). د. وائل النشل، التنفيذ العكسي، ص 186 وما بعدها.

–**Jacques Héron**; Par; Thierry Le Bars; Droit Judiciaire Privé; 2e. éd.;

Montchrestien; 2002; N. 514 ets.; P. 384 ets.

–**Claude Brenner**; Voies d'exécution; 6.éd.; Dalloz; Paris; 2011; N. 58–59; P. 33.

–Caas. Civ.2^e; 22 sept. 2016; J. C. P. 2016; 1358; Not. **Reverchon–Billot**.

تملك الأمر بوقف تنفيذه عملاً بالمادة 292 مرافعات؛ لأن حالات الأمر بوقف القوة التنفيذية بمقتضاها قاصرة على الأحكام المشمولة بالنفاذ المُعجَّل⁽¹⁾.

وطلب وقف القوة التنفيذية من محكمة التظلم، أو من محكمة الطعن بالاستئناف يختلف عن الأشكال في التنفيذ؛ حيث يختص قاضي التنفيذ بالفصل في الإشكال في التنفيذ، بينما يختص بطلب وقف النفاذ المُعجَّل محكمة التظلم أو المحكمة المرفوع إليها الاستئناف. ولا يكون طلب الأمر بوقف النفاذ المُعجَّل إعمالاً للمادة 292 مرافعات إلا أثناء نظر التظلم في الأمر الولائي، أو أمر الأداء، أو أثناء نظر الاستئناف، ولا يجوز تقديم هذا الطلب مستقلاً عن التظلم، أو الاستئناف. ولا يؤمر به إلا إذا كان التظلم أو الاستئناف مقبولاً شكلاً وجائزاً، أما الإشكال في التنفيذ، فيكون عن أي حكم قطعي جائز تنفيذه، حتى ولو كان باتاً، أو أي سند تنفيذي آخر جائز تنفيذه. ولا يترتب على مجرد رفع التظلم أو الاستئناف وقف تنفيذ الأمر أو الحكم، أما الإشكال فيترتب على مجرد رفعه وقف تنفيذ الأمر أو الحكم أو السند التنفيذي إلى أن يفصل في الإشكال. كما أن محكمة التظلم أو الاستئناف تبحث من ظاهر الأوراق أسباب الطعن، فإن وجدت أنه يُرجَّحُ معها إلغاؤه قضت بوقف التنفيذ إذا كان يخشى منه وقوع ضرر جسيم، أما الإشكال فإنه ينصبُّ على إجراءات التنفيذ، أو مقدماته اللاحقة على صدور الحكم. وليس لقاضي التنفيذ أن يوقف تنفيذ الحكم لمجرد رفع استئناف عنه حتى ولو كانت أسباب الاستئناف يرجح

(1) د. أحمد مليجي، شرح أصول التنفيذ الجبري، ص 170 وما بعدها. عز الدين الدناصوري، وحامد عكاز، القضاء المستعجل وقضاء التنفيذ، ص 873-874.

معها إلغاء الحكم؛ لأن في ذلك مساساً بحجية الحكم، إلا أن يكون الحكم معدوماً، أو كان الإشكال في تنفيذ أمر أداء لم يصبح نهائياً⁽¹⁾.

ويعتبر الحكم بوقف القوة التنفيذية للسند التنفيذي من محكمة الاستئناف سنداً تنفيذياً يتيح للصادر لصالحه اتخاذ إجراءات التنفيذ العكسي؛ لإعادة الحال إلى ما كان عليه. وحكم الوقف ينشئ حالة قانونية جديدة يترتب عليها تغيير في مراكز الخصوم السابقة، فيما يتعلق بالعين محل التنفيذ، فإذا كان التنفيذ قد تم على مال تم قبضه وجب رده، وإذا كان قد تم سد نافذة وجب فتحها، وإذا كان قد فتح نافذة وجب غلقها؛ كما يلغي ما يكون المحكوم له قد حصل من تأمينات بموجب الحكم الذي أُلغي⁽²⁾. وعلى ذلك: فإن مجرد تقديم طلب بوقف التنفيذ غير كافٍ بذاته

(1) د. نبيل إسماعيل عمر، إشكالات التنفيذ الجبري، بند 7، ص 14-15. د. الأنصاري حسن النيداني، التنفيذ المباشر للسندات التنفيذية، ص 266. عز الدين الدناصوري، وحامد عكاز، القضاء المستعجل وقضاء التنفيذ، ص 873-874. د. محمد ظهري محمود، إشكالات التنفيذ الوقتية، ص 12 وما بعدها.

(2) مدني إيتاي البارود 2006/1/30م، الدعوى رقم 647 لسنة 2001 مدني، حيث قضت بأن قضاءها بوقف التنفيذ يعد سنداً تنفيذياً بإلغاء ما كان قد تم من تنفيذ أثناء نظر الإشكال وإعادة الحال إلى ما كان عليه قبل التنفيذ. الحكم الصادر في الدعوى رقم 20 لسنة 2007 مدني مستأنف إيتاي البارود، فإن حكم ثاني درجة إذا خالفت ما ذهبت إليه محكمة أول درجة يعتبر في هذا المقام سنداً تنفيذياً لإلغاء ما تم من تنفيذ واعتبار كأن لم يكن وإعادة الحال إلى ما كان عليه قبل تنفيذ حكم أول درجة. وقضت محكمة الاستئناف العليا بالكويت في الاستئناف رقم 332 لسنة 1975 بجلسة 1976/6/26م على أن الحكم الصادر بوقف التنفيذ عندئذ يعتبر متضمناً لقرار بإلغاء ما تم من تنفيذ بعد رفع الإشكال واعتباره كأن لم يكن ويعد الحكم الصادر بوقف التنفيذ سنداً تنفيذياً لإعادة الحال إلى ما كان عليه. مشار إليهم لدى د. وائل البشل، التنفيذ العكسي، ص 188.

لوقف القوة التنفيذية، وإنما يلزم صدور حكم بوقف القوة التنفيذية، وأن صدور حكم في تلك الحالة هو ما يعني إلغاء جميع إجراءات التنفيذ وأعماله، وما ترتب على ذلك واعتبارها جميعاً كأن لم تكن، وذلك بقوة القانون وأن الحكم الصادر بوقف القوة التنفيذية للسند التنفيذي، ينزع عن السند المطعون عليه صفته كسند تنفيذي في حين يتمتع الحكم الصادر بوقف التنفيذ بصفة الإلزام، ويعد الحكم الصادر بوقف التنفيذ بصفة الإلزام، ويعد الحكم الصادر بوقف التنفيذ هو أوضح الحالات؛ لتطبيق قاعدة التنفيذ العكسي⁽¹⁾.

28- وقف القوة التنفيذية من محكمة الطعن بالمعارضة: نَظَّمَ قانون المرافعات المصري القديم الملغي رقم 77 لسنة 1949م الطعن بالمعارضة كطريق طعن عادي في (م385-393)، في الحكم الغيابي من المدعى عليه الغائب المحكوم عليه بتكليف بالحضور. ثم ألغيت المعارضة بالقانون رقم 100 لسنة 1962م كقاعدة عامة باستثناء المعارضة في بعض مسائل الأحوال الشخصية، والتي ألغيت فيها أيضاً نهائياً بمقتضى القانون رقم 1 لسنة 2000م للأحوال الشخصية، وعلى ذلك فلم يعد هناك مجالاً للطعن بالمعارضة في الأحكام الغيابية في القانون المصري، إلا في الحالات التي يَرُدُّ بها نص خاص، كالأحكام الجنائية الغيابية. وذلك بعد أن تمَّ تعديل قواعد الحضور والغياب على نحو لم يُعَدُّ يصدر معه حكماً غيابي. ومع ذلك فما زال الطعن بالمعارضة مطبقاً

(1) د. وائل البشل، التنفيذ العكسي، ص 183-184.

في قوانين بعض الدول؛ ففي فرنسا نَظَّمَ المُشَرِّعُ الطعن بالمعارضة l'opposition كطريق طعن عادي (voies ordinaires de recours) في (art. 571 à 578 N.C.P.C.F.). وفي السعودية يمكن طلب وقف القوة التنفيذية من محكمة الطعن بالمعارضة بالتبعية للطعن بالمعارضة (م4/60 من نظام المرافعات الشرعية السعودي الجديد لعام 1435هـ)⁽¹⁾.

والمعارضة طريق طعن عادي في الأحكام الغيابية، يرفعها المُدَّعَى عليه الغائب المحكوم ضده - لأن المُدَّعَى حاضراً دائماً بصحيفة الدَّعْوَى - إلى نفس المحكمة التي أصدرته بتكليف بالحضور؛ بقصد سحبه وإصلاحه بإعادة النظر في الدَّعْوَى من جديد في الواقع والقانون، بناءً على ما يقدمه من دفاع ودفوع وطلبات لم يقدمها لحظة صدور الحكم الغيابي، تمكيناً له من استدراك ما فاتته، واحتراماً لحقوق الدفاع، في حالات محددة قانوناً وبشروط قانونية، خلال خمسة عشر يوماً من تاريخ إعلان الحكم الغيابي إلى المُدَّعَى عليه الغائب، ما لم ينص القانون على غير ذلك. ويجب إعلان الحكم الغيابي خلال ستة أشهر من تاريخ صدوره، وإلا اعتبر كأن لم يكن. ويمكن طلب وقف القوة التنفيذية من محكمة الطعن

(1) د. وجدي راغب فهمي، مبادئ القضاء المدني، ط 4، دار النهضة العربية بالقاهرة 2004م، ص 721 وما بعدها. د. أحمد السيد صاوي، الوسيط في شرح قانون المرافعات المدنية والتجارية، 2005م، بند 477 وما بعده، ص 849 وما بعدها.

-René Mauricf; Exécution Provisoire; Ency. Dalloz. Proc. civ.1979; N. 97; P. 6.

بالمعارضة بالتبعية للطعن بالمعارضة. وإذا غاب المُعَارِض في الجلسة الأولى المحددة لنظر المعارضة؛ تحكم محكمة المعارضة باعتبار المعارضة كأن لم تكن؛ لعدم جدية طعنه، ما لم يقدم مذكرة قبل الجلسة الأولى، ويسقط حقه في الطعن بالمعارضة حتى ولو كان ميعاد الطعن بالمعارضة ما زال ممتدًا، وبالتالي يسقط معه بالتبعية طلب وقف القوة التنفيذية. والأحكام الصادرة في المعارضة لا يجوز الطعن فيها بالمعارضة مرة أخرى، سواءً رُفِعَتِ المعارضة من رافع الطعن الأول أم من المعارض ضده. ولا يبدأ ميعاد استئناف الحكم الغيابي إلا من اليوم الذي تصبح فيه المعارضة غير مقبولة أو من اليوم الذي يحكم فيه باعتبار المعارضة كأن لم تكن⁽¹⁾.

وتطبيقاً لذلك يجيز نظام المرافعات الشرعية السعودي الجديد لعام 1435هـ المعارضة كطريق من طرق الطعن العادية يلجأ إليها المحكوم عليه غيابياً للوصول إلى إلغاء الحكم الصادر في غيبته أو تعديله؛ لاحتوائه على عيب، أو خطأ بسبب ارتكازه على أقوال وحجج خُصِمَ واحد فقط، وذلك بعرض النزاع من جديد أمام نفس المحكمة التي أصدرت الحكم الغيابي، والحكم الغيابي قد يكون مشمولاً بالنفاذ المعجل، فهو غير مستثنى من أحكام النفاذ المعجل كحكم النفقة

(1) د. نبيل إسماعيل عمر، الوسيط في قانون المرافعات المدنية والتجارية، دار الجامعة الجديدة للنشر بالإسكندرية 2008م، بند 341 وما بعده، ص 707 وما بعدها. د. أحمد خليل، قانون المرافعات، ج 2، الخصومة والحكم والطعن، دار الجامعة الجديدة للنشر بالإسكندرية 1996م، ص 334 وما بعدها.

الغيابي. ويجوز لمحكمة المعارضة أن تأمر بوقف القوة التنفيذية للحكم المعارض عليه مؤقتاً بناءً على طلب المحكوم عليه غيابياً في مذكرة الطعن بالمعارضة، وكان يخشى من التنفيذ وقوع ضرر جسيم يتعذر تداركه (م4/60 مرافعات شرعية سعودي جديد)⁽¹⁾.

29- وقف القوة التنفيذية من محكمة الطعن بالتماس إعادة النظر: نظم
المُشرِّعُ الفرنسي الطعن بالتماس إعادة النظر Le recours en révision في (art. 593 à 603 N.C.P.C.F.)، كطريق طعن غير عادي voies extraordinaires ، وكذلك نظم المشرع المصري الطعن بالتماس إعادة النظر في (م241-247 مرافعات)، وهو طريق طعن غير عادي في حكم نهائي حائز للقوة التنفيذية، وقابل للتنفيذ الجبري، في حالات محددة قانوناً، خلال ميعاد الطعن بالالتماس، أمام نفس المحكمة التي أصدرته؛ لمواجهة الخطأ في الواقع بصورة مؤثرة في تقدير القاضي، ويجوز طلب وقف القوة التنفيذية بالتبعية للطعن بالالتماس. ولا يترتب على مجرد رفع الالتماس وقف القوة التنفيذية للحكم، ومع ذلك يجوز لمحكمة الالتماس أن تأمر بوقف القوة التنفيذية متى طلب المحكوم عليه الطاعن المُنفَّذُ ضده ذلك بالتبعية للطعن بالالتماس، وكان يخشى من التنفيذ وقوع ضرر جسيم يتعذر تداركه. ويجوز لمحكمة الالتماس عندما تأمر بوقف

(1) د. هشام موفق عوض، أصول المرافعات الشرعية في النظام القضائي السعودي، ط3، مكتبة الشقري بالرياض 1439هـ / 2018م ، ص 363 وما بعدها.

القوة التنفيذية أن توجب تقديم كفالة، أو تأمر بما تراه كفيلاً بصيانة حقّ المطعون عليه (م 244 مرافعات)⁽¹⁾.

وطلب وقف القوة التنفيذية من محكمة التماس إعادة النظر يختلف عن الإشكال الوقتي في التنفيذ من عدة وجوه أهمها: أن المحكمة التي أصدرت الحكم الملتمس فيه هي المختصة دون غيرها بالحكم بوقف التنفيذ بالشروط المُبيّنة (م 244 مرافعات)، أما الإشكال الوقتي فَيُحْصُ بالفصل فيه قاضي التنفيذ. كما لا يقبل طلب وقف التنفيذ أمام محكمة الالتماس إلا إذا كان قد طلب بصحيفة الالتماس، أو بعد رفعه أما قبل رفع الالتماس، أو بعد الفصل فيه فلا يكون مقبولاً، أما الإشكال فيرفع بطلب وقف تنفيذ أي حكم، ولو أصبح باتاً، أو أي سند تنفيذي، وذلك بشرط رفعه قبل تمام التنفيذ. ولا يترتب على طلب الوقف أمام محكمة الالتماس وقف تنفيذ الحكم الملتمس فيه، أما رفع الإشكال الوقتي الأول فيترتب عليه وقف التنفيذ إلى أن يفصل فيه. ولا تقضي محكمة الالتماس بوقف تنفيذ الحكم الملتمس فيه إلا إذا كان يخشى من التنفيذ وقوع ضرر جسيم يتعذر تداركه، أما الإشكال فلا يجوز أن يؤسّس الحكم الصادر بوقف القوة التنفيذية على وقائع

(1) د. فتحي والي، الوسيط في قانون القضاء المدني، مطبعة جامعة القاهرة والكتاب الجامعي، 2009م، بند 361، ص 687-689. د. عيد محمد القصاص، أصول التنفيذ الجبري، بند 68، ص 211.

سابقة على الحكم مهما كان الحكم معيباً ما دام العيب لم ينحدر به إلى درجة الانعدام⁽¹⁾.

وقيام الصادر لصالحه السند التنفيذي بالتنفيذ، بعد تقديم طلب وقف القوة التنفيذية أمام محكمة الالتماس، وقبل الفصل فيه، لا يُعدُّ مانعاً من قبول طلب وقف التنفيذ القوة التنفيذية، كما لا يُعدُّ مانعاً من قبول الطلب، كما أنه لا يُعدُّ مانعاً من إعادة الحال إلى ما كانت عليه قبل التنفيذ، ويُعدُّ الحكم الصادر بوقف القوة التنفيذية من محكمة الالتماس يُعدُّ سنداً تنفيذياً يتيح للصادر لصالحه ذلك الحكم السير في عملية التنفيذ الجبري العكسي؛ لما لذلك الحكم من قوة إجرائية في إعادة الحال إلى ما كان عليه قبل التنفيذ؛ إذ بصدور ذلك الحكم تُعدُّ إجراءات وأعمال التنفيذ التي تمت كأن لم تكن، ويترتب على ذلك حق الصادر لصالحه الحكم في طلب إعادة الحال إلى ما كانت عليه قبل تمام ذلك التنفيذ⁽²⁾.

(1) د. وجدي راغب فهمي، النظرية العامة للتنفيذ القضائي، ص 127-128. د. أحمد ماهر زغلول، أصول التنفيذ الجبري القضائي، بند 128-129، ص 268 وما بعدها. د. عيد محمد القصاص، أصول التنفيذ الجبري، بند 68 وما بعده، ص 210 وما بعدها. عز الدين الدناصوري، وحامد عكاز، القضاء المستعجل وقضاء التنفيذ، ص 875-876.

-**Pierre Julien et Gilles Taormina; Voies d'exécution et Procédures**
distribution; L.G.D.J.; 2000; N. 43; P. 48.

(2) د. عزمي عبدالفتاح، قواعد التنفيذ الجبري، ص 245. د. أحمد ماهر زغلول، أصول التنفيذ الجبري القضائي، بند 128-129، ص 268 وما بعدها. د. سيد أحمد محمود، أصول التنفيذ

وعلى ذلك فإن مجرد تقديم طلب بوقف القوة التنفيذية غير كاف بذاته لوقف التنفيذ، وإنما يلزم صدور حكم بوقف التنفيذ، وأن صدور حكم في تلك الحالة هو ما يعني إلغاء جميع إجراءات التنفيذ وأعماله، وما ترتب على ذلك واعتبارها جميعاً كأن لم تكن، وذلك بقوة القانون. وأن الحكم الصادر بوقف القوة التنفيذية للسند التنفيذي ينزع عن السند المطعون عليه صفته كسندٍ تنفيذيٍّ، في حين يتمتع الحكم الصادر بوقف التنفيذ بصفة الإلزام، ويُعدّ الحكم الصادر بوقف التنفيذ بصفة الإلزام، ويُعدّ الحكم الصادر بوقف التنفيذ هو أوضح الحالات لتطبيق قاعدة التنفيذ العكسي⁽¹⁾.

ويرى جانب من الفقه أن أعمال قاعدة إعادة الحال لا يترتب مباشرة على صدور الحكم بقبول الالتماس وهو ما يفيد إلغاء الحكم المطعون فيه. وإنما يرتبط أعمال هذه القاعدة بانتهاء خصومة الالتماس في مرحلتها الثانية والفصل في الموضوع لصالح الطاعن⁽²⁾.

30- وقف القوة التنفيذية من محكمة الطعن باعتراض الخارج عن الخصومة:

أجازت بعض التشريعات كقانون المرافعات المصري القديم الملغي رقم 77 لسنة 1949م، وقانون المرافعات الليبي الحالي لعام 1953م، اعتراض الخارج عن

الجبري، ص 338. د. عيد محمد القصاص، أصول التنفيذ الجبري، بند 68 وما بعده، ص 210 وما بعدها.

(1) د. أحمد ماهر زغلول، أصول التنفيذ الجبري القضائي، بند 128-129، ص 268 وما بعدها. د. وائل البشل، التنفيذ العكسي، ص 183-184.

(2) د. أحمد زغلول، آثار إلغاء الأحكام، ص 161.

الخصومة على الحكم الصادر فيها، كطريق مستقل للطعن غير العادي في الأحكام في (م 363-368 لبيي). أجازهُ المَشْرَعُ لكل من يعتبر الحكم الصادر في الدَّعْوَى حجة عليه، ولو لم يكن قد أدخل أو تدخل فيها، وذلك بشرط إثبات غش من كان يمثله، أو توأطئه، أو إهماله الجسيم (م 363 لبيي). ويرفع الاعتراض إما بطريق أصلي أمام نفس المحكمة التي أصدرت الحكم المعارض عليه بتكليف بالحضور بالطرق المعتادة، أو بطريق تبعي لدَّعْوَى أخرى بطلب عارض (م 364-365 لبيي). وذلك بإعادة طرح الخصومة على محكمة الاعتراض من جديد، من حيث الوقائع والقانون (م 367 لبيي). كما نَظَّمَ المَشْرَعُ الفرنسي اعتراض الخارج عن الخصومة على الحكم الصادر فيها- معارضة الطرف الثالث- La tierce opposition في (art. 582 à 592) (N.C.P.C.F.)⁽¹⁾.

وتطبيقاً لذلك فقد نصّت (م 366) مرافعات لبيي على أن: "الاعتراض على الحكم لا يوقف التنفيذ ما لم تأمر المحكمة المرفوع إليها بوقفه لأسباب جدية". وهذا النص يغير إلى حد بعيد الأحكام التي أوردها المشرع الليبي بالنسبة لوقف تنفيذ الحكم من محكمة النقض أو محكمة التماس إعادة النظر في القانون الليبي، فالمشرع لم يشترط تقديم طلب وقف التنفيذ ضمن عريضة الاعتراض؛ ولذلك يجوز

(1) د. أمينة النمر، أحكام التنفيذ الجبري وطرقه، بند 162، ص 209 هامش (1). د. عبد المنعم عبد العظيم جيرة، القواعد العامة في التنفيذ الجبري، المكتبة الوطنية بنغازي، ليبيا، 1976م، ص 114-115.

تقديمه بأي طريقة أثناء نظر الاعتراض ولو بإبدائه شفاهه بالجلسة كطلب عارض⁽¹⁾. ومن ناحية أخرى لم يشترط النص لوقف التنفيذ أن يخشى وقوع ضرر جسيم يتعذر أو يستحيل تداركه، وإنما اكتفى بأن يكون طلب وقف التنفيذ مستنداً إلى أسباب جدية، وهي عبارة مرنة تتسع لكثير من الفروض، منها أن يكون طلب وقف التنفيذ مستنداً إلى خشية وقوع ضرر جسيم أو ضرر يتعذر تداركه، أو أن يكون الاعتراض نفسه مَبْنِيًا على أسباب قوية يرجح معها قبوله. وعلى أي حال: فإن جدية الأسباب التي يستند إليها طلب وقف التنفيذ متروك لتقدير المحكمة التي تفصل في الطلب حسب سلطتها التقديرية. ويلاحظ أن الحكم الصادر بوقف التنفيذ بماله من سلطة تقديرية حكم وقتي لا يُقَيَّدُ محكمة الاعتراض عند نظرها موضوع الاعتراض يقتصر أثره على المعارض دون غيره من الخصوم الذين يستمر الحكم نافذاً في مواجهتهم. ولم ينصَّ المُشَرِّع على عدم قابلية الحكم الصادر في طلب وقف التنفيذ للطعن عليه بأي طريق من طرق الطعن مما يرخص في القول بخضوع هذا الحكم للقواعد العامة للطعن على الأحكام الوقتية⁽²⁾.

31- وقف القوة التنفيذية من محكمة بالنقض: نظم المُشَرِّعُ الفَرَنسِي في)

Le pourvoi en الطعن بالنقض (art. 604 à 639 N.C.P.C.F)

(1) د. أمينة النمر، أحكام التنفيذ، بند 162، ص 209 هامش(1). د. عبد المنعم جيرة، القواعد العامة في التنفيذ، ص 114-115. د. علي أبو عطية هيكل، التنفيذ الجبري، دار المطبوعات الجامعية بالإسكندرية 2008م، بند 35، ص 43-45.

(2) الإشارة السابقة.

cassation كطريق غير عادي voies extraordinaires للطعن في الأحكام لمخالفة القانون. كما نظّم المُشَرِّعُ المصري الطعن بالنقض كطريق طعن غير عادي في الأحكام النهائية لمخالفة القانون في (م 248 - 273 مرافعات)، واستحدث المشرع المصري لأول مرة نظام وقف القوة التنفيذية من محكمة النقض بنص (م 2/427) من قانون المرافعات القديم الملغي رقم 77 لسنة 1949م. والأصل أن محكمة النقض في مصر ليست درجة ثالثة من درجات تفصل في خصومة الطعن من حيث الواقع والقانون، وإنما هي محكمة قانون مَهْمَتُهَا الإشراف على صحة تطبيق المحاكم على اختلافها للقانون وسلامة تفسيره وتأويله. ومجرد تقديم طلب بوقف القوة التنفيذية من محكمة النقض بالتبعية للطعن غير كافٍ بذاته لوقف التنفيذ، وإنما يلزم صدور حكم بوقف التنفيذ، وأن صدور حكم في تلك الحالة هو ما يعني إلغاء جميع إجراءات التنفيذ وأعماله، وما ترتب على ذلك واعتبارها جميعًا كأن لم تكن، وذلك بقوة القانون (م 251 مرافعات). وأن الحكم الصادر بوقف القوة التنفيذية للسند التنفيذي ينزع عن السند المطعون عليه صفته كسند تنفيذي في حين يتمتع الحكم الصادر بوقف التنفيذ بصفة الإلزام، ويُعدُّ الحكم الصادر بوقف التنفيذ بصفة الإلزام، ويُعدُّ الحكم الصادر بوقف التنفيذ هو أوضح الحالات لتطبيق قاعدة التنفيذ العكسي⁽¹⁾.

(1) د. فتحي والي، التنفيذ الجبري، بند 24، ص 47. د. أحمد هندي، التنفيذ الجبري، بند 22، ص 58. د. عيد محمد القصاص، أصول التنفيذ الجبري، بند 63، ص 194. د. سيد أحمد

وطلب وقف القوة التنفيذية من محكمة النقض يختلف عن الإشكال الوقتي، وذلك من عدة وجوه من أهمها: أن محكمة النقض المختصة دون غيرها بالحكم بالوقف بالشروط المبنية في (م251 مرافعات)، أما إشكال التنفيذ فيختص به قاضي التنفيذ. ولا يُقبَل طلب وقف القوة التنفيذية أمام محكمة النقض إلا إذا وَرَدَ في صحيفة الطعن بالنقض ذاتها ولا يجوز إبدائه قبل أو بعد ذلك، أما إشكال التنفيذ الوقتي فيجوز رفعه بصحيفة أو إبدائه شفويًا أمام المحضر، وهو طلب مستقل بذاته، لا يشترط فيه أن يكون تابعًا لطلب آخر. ولا يترتب على مجرد طلب وقف القوة التنفيذية أمام محكمة النقض وقف تنفيذ الحكم ما لم تأمر محكمة النقض بذلك، أما الإشكال الأول: فإنه يوقف التنفيذ بمجرد رفع الإشكال سواء بصحيفة أو أمام المحضر. ويشترط لكي تأمر محكمة النقض بوقف التنفيذ أن يخشى وقوع ضرر جسيم يتعذر تداركه إذا نفذ الحكم، إما الإشكال في التنفيذ فلا يجوز تأسيسه إلا على أسباب لاحقة لصدور الحكم، ولا يبحث قاضي التنفيذ مدى خطورة تنفيذ الحكم المستشكل فيه، ولا يكون لذلك أثرٌ في قضائه. وينسحب وقف التنفيذ من محكمة النقض على إجراءات التنفيذ التي اتخذها المحكوم له بناء على الحكم المطعون فيه من تاريخ طلب وقف التنفيذ، فإذا كان التنفيذ قد تم بإخلاء الشقة التي حكم بإخلاء الطاعن منها بعد تقديم طلب وقف التنفيذ، فإن أمر محكمة النقض بوقف التنفيذ يجيز للطاعن أن يعود للشقة التي أُخْلِىَ منها. أما الإشكال الوقتي في

محمود، النقض الجزئي للأحكام، دار الكتب القانونية بالمحلة الكبرى 2007م، ص 3 وما بعدها؛ أصول التنفيذ الجبري، ص 337.

التنفيذ: فإنه يعتبر مرفوعاً من وقت رفعه بإيداع صحيفته قلم الكتاب، أو إبدائه أمام المحضر، فإذا مضى المحضر في التنفيذ على سبيل الاحتياط ولم يتم التنفيذ وحكم قاضي التنفيذ بوقف التنفيذ، فإن الوقف لا ينصرف إلى الإجراءات التي اتخذها المحضر على سبيل الاحتياط⁽¹⁾.

ويرى جانب من الفقه⁽²⁾ أن الحكم الصادر بوقف التنفيذ لا يُعدّ سنداً تنفيذياً لإعادة الحال إلى ما كانت عليه قبله، ويستوجب الأمر الالتجاء إلى قاضي التنفيذ بطلب على عريضة، حتى يمكن أن يحصل على سند، تُعطي له صورة تنفيذية؛ نظراً لأن العمل جرى على عدم إعطاء محكمة النقض صورة تنفيذية لأحكام الوقف؛ لعدم توافر شروط السند التنفيذي في الحكم الصادر من محكمة النقض بوقف التنفيذ، من جهة أنه ليس صادراً بالإنذار بإعادة الحال إلى ما كانت عليه، وكأنه فقط أنشأ الحق في إعادة الحال، أما الإلزام بذلك فيحتاج إلى سند تنفيذي يتضمنه.

بينما يرى جانب آخر من الفقه⁽³⁾ - نؤيده - أن الحكم بوقف التنفيذ رغم تمامه - لم يكن ممكناً أن يصدر أصلاً لولا نص (م 251 مرافعات)، والذي يجعل الطلب

(1) عز الدين الدناصوري، حامد عكاز، القضاء المستعجل وقضاء التنفيذ، ط3، نادي القضاة 1992م، ص 877-878.

(2) د. نبيل عمر، التنفيذ الجبري، ص 61. د. أحمد زغلول، آثار إلغاء الأحكام، بند 118.

(3) د. أحمد أبو الوفا، التعليق، م 251؛ م 275، م 287. د. أحمد خليل، طلبات وقف التنفيذ أمام محكمة التنفيذ ومحاكم الطعن في المواد المدنية والتجارية، دار المطبوعات الجامعية بالإسكندرية 2000م، بند 264، ص 329 وما بعدها.

مقبولاً في هذه الظروف طالما سيكون للحكم الصادر فيه قيمة عملية. هو في حقيقته حكم بإلغاء أو بطلان التنفيذ، الذي حدث في الفترة ما بين التقدم بطلب الوقف وصدور الحكم به، ومن ثَمَّ فإن الحكم الصادر بوقف التنفيذ يُعدّ سنداً تنفيذياً لإعادة الحال إلى ما كانت عليه قبله.

وعلى ذلك: فالحكم الصادر بوقف التنفيذ يعتبر سنداً تنفيذياً لإعادة الحال إلى ما كان عليه قبل التنفيذ، فإذا كان يترتب على تنفيذ السند تغيير في مراكز الخصوم الواقعية والقانونية، فإن حكم وقف التنفيذ ينشئ حالة قانونية جديدة تخالف الحالة التي خلفها الحكم الصادر بشأنه وقف التنفيذ، مُفادً ذلك إعادة تسكين الخصوم والخصومة وفق أسفر عنه حكم وقف التنفيذ⁽¹⁾.

وتختص بنظر طلب وقف التنفيذ الدائرة التي تنتظر الطعن بالنقض. وإذا تصدت محكمة النقض لنظر الموضوع بعد نقض الحكم المطعون فيه، إذا كان الموضوع صالحاً للفصل فيه، أو كان الطعن بالنقض للمرة الثانية (م4/269 مرافعات)، فلا يجوز تقديم طلب وقف التنفيذ أمامها في كل الأحوال؛ لأن الحكم المطعون فيه بعد النقض يكون قد زال من الوجود، والحكم الصادر منها في التصدي ليس حكماً

(1) د. فتحي والي، التنفيذ الجبري، بند 24، ص 47. د. وجدي راغب، النظرية العامة للتنفيذ القضائي، ص 104. وقد قضت محكمة النقض بجلسة 1979/1/22م، في الطعن رقم 975 لسنة 47 ق، بأن: "الأمر الصادر بوقف تنفيذ الحكم بإشهار إفلاس تاجر يترتب عليه إعادة صلاحية المفلس بصفة مؤقتة في إدارة أمواله والنقاضي بشأنها حتى تتصل محكمة النقض في الطعن المطروح عليها".

مطعونًا فيه، وهو حكم بات غير قابل للطعن عليه بأي طريق من طرق الطعن (م272 مرافعات)، ومع ذلك فيمكن وقف تنفيذه بإشكال وقتي في التنفيذ؛ ونظرًا لأن طلب وقف التنفيذ يردُّ في نفس صحيفة الطعن بالنقض ذاتها، فإنه تشوبه نفس العيوب الإجرائية التي تشوبها⁽¹⁾.

ويجوز الجمع بين الإشكال وطلب وقف التنفيذ في النقض؛ والإشكال في التنفيذ؛ هو منازعة تتصل بالتنفيذ قبل أن يتم، ويتعلق بالشروط اللازم توافرها لإجراء تنفيذ أو تتعلق بسيره، وإذا كان الإشكال يوقف التنفيذ، فمناطق ذلك أن يكون سببُ الإشكال حدثًا بعد صدور الحكم. أما طلب وقف التنفيذ، فيتعلق بالمنازعة في القوة التنفيذية للحكم، وبذلك يختلف عن الإشكال. ولهذا ليس هناك ما يمنع من الجمع بين الإشكال في التنفيذ، بهدف الحصول على وقف تنفيذ الحكم، وبين طلب وقف القوة التنفيذية لذات الحكم من محكمة النقض، وقد يحدث تعارض بين ما تقضي به محكمة النقض في طلب الوقف، وبين ما يحكم به قاضي التنفيذ في الإشكال. وفي هذه الحالة ينبغي التفرقة بين⁽²⁾: (أ) إذا حُكِمَ من محكمة النقض برفض طلب وقف التنفيذ، فذلك يعني وجود القوة التنفيذية للحكم، ومن ثمَّ ليس هناك ما يحولُّ دون وقف هذه القوة عن طريق المنازعة في التنفيذ، ويترتب الوقف

(1) د. فتحي والي، التنفيذ الجبري، بند 27، ص 54-55. د. نبيل عمر، التنفيذ الجبري، بند 54، ص 48.

(2) د. علي عبد الحميد تركي، شرح إجراءات التنفيذ الجبري، ط1، 2009م، ص 147 وما بعدها.

بقوة القانون في بعض الأحوال؛ كما في دعوى الاسترداد الأولى، أو بحكم من قاضي التنفيذ إذا تبين حدوث سبب لاحق على صدور الحكم يستدعي وقف تنفيذه.

(ب) أما إذا قضت محكمة النقض بوقف التنفيذ، ثم صدر حكم قاضي التنفيذ برفض الإشكال، أي الاستمرار في التنفيذ، فإنه يتعين وقف التنفيذ رغم ذلك؛ لأن الحكم يكون فَقَدَ قُوَّتَهُ التنفيذية، ولم يُعَدَّ صالحًا للتنفيذ بمقتضاه.

وذهب البعض إلى جواز الإشكال أمام قاضي التنفيذ، على أساس اختصاص هذا القاضي بنظر جميع مسائل إشكالات تنفيذ الأحكام الصادرة من أية محكمة، ولو كانت محكمة النقض⁽¹⁾. ولكن البعض الآخر يرى: أن قضاء النقض بصفة مؤقتة بوقف تنفيذ الحكم يترتب عليه اعتباره غير صالح للتنفيذ، ولا يُمكن إهدار الحِجِيَّة المؤقتة لحكم وقف تنفيذ الحكم الصادر من محكمة النقض بِنَاءً على أمر من قاضي التنفيذ بالاستمرار فيه؛ لأن وقف النفاذ لا يرد على وقف النفاذ⁽²⁾.

وعلى ذلك فإن اختصاص محكمة النقض بوقف النفاذ على أساس خشية وقوع ضرر جسيم يتعذر تداركه، لا يمنع من الإشكال أيضًا في تنفيذ الحكم أمام قاضي التنفيذ ابتغاء الحصول على حكم بوقف التنفيذ. وقد يرفع الإشكال من نفس الطاعن أو من الغير. وليس ثَمَّة ما يمنع الجمع بين الطريقتين، بمعنى: أنه يجوز للطاعن أن

(1) د. أحمد مليجي، الموسوعة الشاملة، ج 5، بند 742، ص 389.

(2) عز الدين الدناصوري، وحامد عكاز، التعليق على قانون المرافعات، ط 11، 2003م، ج 2، ص 809.

يطلب إلى محكمة النقض وقف القوة التنفيذية للحكم، وأن يرفع في نفس الوقت إشكالاً في تنفيذ الحكم ذاته. بل لقد جَرَّتْ العادة على أن يقترن رفع الطعن المتضمن طلب وقف النفاذ برفع إشكال مستعجل حتى يتسنى إيقاف التنفيذ إلى أن يحلَّ موعد جلسة وقف النفاذ في النقض⁽¹⁾.

وإذا صدر حكم قاضي التنفيذ في الإشكال برفضه، ثم صدر حكم النقض بوقف النفاذ، فإن حكم النقض يَحْبِبُ حكم قاضي التنفيذ، وتكون له الغلبة عليه، وهذا بديهى. ويمتنع بعد ذلك على قضاء التنفيذ أن يحكم - في إشكال جديد، أو في استئناف الإشكال الأول- باستمرار التنفيذ. إلا أن الفرض العكسي وهو صدور حكم النقض برفض طلب وقف النفاذ- لا يَحُولُ دون صدور حكم من قاضي التنفيذ بوقف النفاذ في إشكال متعلق بذلك الحكم؛ لعييب في إجراءات التنفيذ⁽²⁾.

وقضت محكمة النقض بأنه في حالة رفع أكثر من طعن بالنقض في حكم واحد وتعدد طلبات وقف تنفيذ ذات الحكم، يجوز إقامة أكثر من طعن بالنقض عن حكم واحد يشتمل كل منها على طلب لوقف تنفيذه، إلا أن قضاء المحكمة برفض

(1) د. عبد الباسط جميعي، د. آمال الفزائري، التنفيذ، منشأة المعارف بالإسكندرية 1991م، ص117-118. د. أحمد مليجي، الموسوعة الشاملة في التنفيذ، ط 5، ج 1، المركز القومي للإصدارات القانونية 2008م، بند 398، ص452.

(2) د. عبد الباسط جميعي، د. آمال الفزائري، التنفيذ، ص117-118. د. محمد نور شحاته، التنفيذ، بند 143-144، ص118 وما بعدها. د. أحمد مليجي، الموسوعة الشاملة في التنفيذ، بند 398، ص 452.

إحداها مانع من إعادة نظر أي طلب آخر لوقف التنفيذ، طالما لم تتضمن صحيفته تغييراً في أسباب ومبررات طلب وقف تنفيذه، ومقتضى ذلك أنه إذا تضمنت أسباب الطعن الثاني أسباب تغاير أسباب الطعن الأول الذي قضى فيه برفض طلب وقف التنفيذ، أو مبررات جديدة لهذا الطلب فإن الطعن يكون جائزاً⁽¹⁾.

32- وقف القوة التنفيذية لحكم محكمة الإحالة: قضت محكمة النقض بأنه: "المقرر- في قضاء محكمة النقض - أنه ولئن كان مفاد نص المادة 2/269 من قانون المرافعات أنه إذا نقض الحكم نقضاً كلياً وأحيلت القضية إلى المحكمة التي أصدرت الحكم المطعون فيه لتحكم فيه من جديد بناءً على طلب الخصوم، فإنه يتحتم على تلك المحكمة أن تتبع حكم النقض فقط في المسألة القانونية التي فصلت فيها المحكمة، إلا أنه لما كان المقصود بالمسألة القانونية في هذا المجال - وعلى ما جرى به قضاء هذه المحكمة - أن تكون قد طرحت على محكمة النقض وأدلت برأيها فيها عن قصد وبصيرة فاكتسب حكمها قوة الشيء المحكوم فيه في حدود المسألة أو المسائل التي تكون قد بنتت فيها بحيث يمتنع على محكمة الإحالة عند إعادة نظر الدعوى المساس بهذه الحجية، وما عدا ذلك فتعود الخصومة، ويعود الخصوم إلى ما كانت عليه وكانوا عليه قبل إصدار الحكم المنقوض. ولمحكمة الإحالة بهذه المثابة أن تبني حكمها على فهم جديد تحصله حرة من جميع عناصرها، وهي مقيدة في هذا المجال بما أوجبه عليها المادة 176 من

(1) نقض مدني 1991/12/9 م ، طعن رقم 3160 لسنة 59 ق، مج، س 42 ، ج 2.

قانون المرافعات من أن يشمل حكمها الأسباب التي بنى عليها وإلا كان حكمها باطلاً، فيكون عليها أن تورّد فيه أسباباً جديدة تكون دعامة كافية لما انتهت إليه في قضائها⁽¹⁾.

إذا كان حكم محكمة الإحالة صادراً من محكمة أول درجة، وكان هذا الحكم مشمولاً بالنفاذ المُعجّل، فيجوز للخصوم أن يطلبوا من محكمة الاستئناف وقف تنفيذ هذا الحكم، وتُطبّق في هذا الصدد كافة قواعد وقف النفاذ المُعجّل من محكمة الاستئناف، سواءً فيما يتعلق بشروط قبول طلب وقف التنفيذ، أو شروط الحكم في الطلب (م292 مرافعات). أما إذا كان طلب الوقف مقدماً أمام محكمة النقض، فيجب مراعاة إجراءات وشروط تقديم طلب وقف التنفيذ أمام محكمة النقض، بحيث يتعين على الخصم أن يقدم طلب الوقف في صحيفة الطعن بالنقض وفي ميعاده (م251 مرافعات)⁽²⁾.

ويلاحظ أنه: يجوز للخصم أن يطلب من محكمة الطعن وقف تنفيذ حكم محكمة الإحالة، ولو كان قد سبق له أن طلب وقف التنفيذ من محكمة الاستئناف الأولى، أو من محكمة النقض عند الطعن في الحكم للمرة الأولى؛ وذلك لأن طلب وقف التنفيذ هذه المرة مُنصّب على حكم آخر، مختلف عن الحكم الصادر من محكمة

⁽¹⁾ نقض مدني 2014/8/4م، طعن رقم 11308 لسنة 83 ق. موقع محكمة النقض:

<http://www.cc.gov.eg/Madany.aspx>

⁽²⁾ د. الأنصاري حسن النيداني، مبادئ التنفيذ الجبري، ص 157.

الاستئناف الأولي، الذي زال من الوجود بصور حكم من محكمة النقض بنقضه، فطلب وقف تنفيذ أحد الحكمين لا يمنع من طلب وقف تنفيذ الحكم الآخر. وأن محكمة الطعن تكون حرة في الاستجابة لطلب الوقف، أو عدم الاستجابة له، وذلك دون أن تنقيد بما سبق أن قضت به محكمة الاستئناف الأولى، أو محكمة النقض في الطعن الأول، فيمكنها أن تقضي بوقف التنفيذ، ولو كانت محكمة الطعن الأولى قد قضت برفض طلب الوقف، أو العكس. كما أنه يجوز للخصم أن يستند في طلب الوقف إلى مخالفة محكمة الإحالة لرأي محكمة النقض في خصوص المسألة القانونية التي حسمتها؛ لأنه يعتبر سبباً من أسباب الطعن أيّاً كان طريق الطعن الذي يسلكه الخصم⁽¹⁾.

- مدى اختصاص محكمة الإحالة بطلب وقف القوة التنفيذية للحكم الناقض:

قد يعين للخصوم طلب وقف تنفيذ حكم محكمة النقض بنفس الحكم الصادر من محكمة الموضوع الأولى، إذ أن حكم النقض يشتمل على قضاءٍ ضمني بإعادة الحال إلى ما كانت عليه قبل صدور الحكم المنقوض. فهل يجوز أن يطلب الخصوم من محكمة الإحالة وقف تنفيذ حكم محكمة النقض لحين صدور حكم من محكمة الإحالة؟ يرى بعض الفقهاء أنه لا يدخل في اختصاص محكمة الإحالة وقف القوة التنفيذية لحكم محكمة النقض؛ وذلك لأن الاختصاص الممنوح لمحاكم الطعن بوقف تنفيذ الأحكام هو اختصاص قاصر على محكمة الطعن، دون غيرها

(1) د. الأنصاري حسن النيداني، النظام القانوني للخصومة أمام محكمة الإحالة بعد النقض، دار الجامعة الجديدة للنشر بالإسكندرية 2002م، بند 215، ص 306-307.

من المحاكم، فإذا كان الحكم المطلوب وقف تنفيذه ليس محلاً للطعن أمام المحكمة، فلا يتصور ولا يجوز أن نطلب من المحكمة وقف تنفيذه، إذ لا سلطان للمحكمة على هذا الحكم حتى تقضي بوقف تنفيذه. ولا شك أن حكم محكمة النقض بإعادة الحال إلى ما كانت عليه قبل صدور الحكم المنقوض ليس محلاً للطعن أمام محكمة الإحالة، وبالتالي لا يجوز طلب وقف تنفيذه من محكمة الإحالة، ناهيك عن أن طلب وقف التنفيذ أمام محكمة الاستئناف أمر قاصر على طلب وقف تنفيذ الأحكام المشمولة بالنفاذ المعجل، أما إذا كان الحكم نافذاً نفاذاً عادياً، فلا يجوز طلب وقف تنفيذه من محكمة الاستئناف، ولا شك أن حكم محكمة النقض بإعادة الحال إلى ما كانت عليه هو حكم نافذ نفاذاً عادياً؛ لأنه حكم نهائي وبات⁽¹⁾.

(1) د. الأنصاري حسن النيداني، مبادئ التنفيذ الجبري، ص 143-144.

المطلب الثاني

وقف القوة التنفيذية لأحكام المحاكم المتخصصة والأوامر القضائية

33- وقف القوة التنفيذية لأحكام المحاكم المتخصصة (الأسرة، الاقتصادية، العمالية): هبَّت على مِصْرَ رياحُ التغيير والتطوير، وظهرت الحاجة ملحة لإنشاء أنظمة قانونية حديثة، وجهات قضائية متخصصة بقضاة متخصصين، أو الاستعانة بعناصر غير قضائية في تشكيلها، أو باشتراك جهات إدارية من ذات تخصص المنازعة في محاولة لتسويتها قبل الفصل فيها من جهة قضائية متخصصة؛ لضمان سرعة فَصِّ المنازعات، وسلامة الأحكام الصادرة فيها. وظهر الاتجاه نحو إنشاء محاكم متخصصة بنظر نوع معين من المنازعات، وتفرغ وتخصيص القضاة القائمين عليها بهذا النوع من القضايا، يؤدي إلى اكتسابهم الخبرة والمهارة العلمية والعملية؛ لتحقيق عدالة ناجزة سريعة، محاطة بسياج من الضمانات الإجرائية. وَيَعْتَبِرُ قانونُ المرافعاتِ التنظيمَ الإجرائيَّ العامَ للتقاضي أمام المحاكم قواعدَ عامةً تُطبق على إجراءات التقاضي أمام جميع المحاكم، عند عدم وجود قواعد خاصة بقوانين خاصة؛ حيث إن الخاصَّ يُقَيِّدُ العامَّ. ويتبع فيما لم يرد بشأنه نصٌّ خاصٌّ قانونَ المرافعاتِ كقانونِ إجرائي عام⁽¹⁾.

(1) د. أحمد ماهر زغلول، أصول وقواعد المرافعات، دار النهضة العربية بالقاهرة 2001م، بند 192، ص 379.

34- (أ) - وقف القوة التنفيذية لأحكام محكمة الأسرة: بصدر القانون رقم 10 لسنة 2004م بإنشاء محاكم الأسرة، أصبحت محاكم الأسرة تتألف من ثلاثة قضاة، كمحكمة ابتدائية مخصصة وحدها لجميع مسائل الأحوال الشخصية - النفس والمال - للمصريين مسلمين وغير مسلمين والأجانب، اختصاصاً نوعياً متعلقاً بالنظام العام، دون غيرها من المحاكم الأخرى. ويعاون محكمة الأسرة خبيراً أخصائياً اجتماعياً، وآخر نفسيّ يكون أحدهما على الأقل من النساء، مع وجود نيابة عامة متخصصة لشئون الأسرة. وأصبح القانون رقم 1 لسنة 2000م بإصدار قانون تنظيم بعض أوضاع وإجراءات التقاضي في مسائل الأحوال الشخصية، القانون الإجرائي الخاصّ بمسائل الأحوال الشخصية؛ ولأن النص الخاص يقدم على النص العام، فإن أحكام قانون المرافعات تُطبّق فيما لم يرد بشأنه نصّ خاص في هذا القانون؛ باعتباره الشريعة العامة لكافة القوانين الإجرائية. وعلى ذلك يتبع أمام محاكم الأسرة ودوائرها الاستثنائية قواعد وإجراءات التقاضي في مسائل الأحوال الشخصية، وتطبّق فيما لم يرد به نص خاص أحكام قانون المرافعات، والإثبات، والمدني... (م13 من القانون رقم 10 لسنة 2004م)، وعلى ذلك يطبق على أحكام الأحوال الشخصية قواعد النفاذ المعجل القانوني والقضائي في قانون المرافعات ما لم يرد نص خاص بغير ذلك⁽¹⁾.

(1) د. أحمد خليل، خصوصيات التقاضي في مسائل الأحوال الشخصية المتعلقة بالولاية على النفس وفقاً للقانون رقم 1 لسنة 2000م، دار المطبوعات الجامعية بالإسكندرية 2000م، ص 30 وما بعدها. د. عيد محمد القصاص، محكمة الأسرة في القانونين الفرنسي والمصري، ط

وعلى الرغم من أن القانون الفرنسي يعتنق فكرة التخصص والمحاكم المتخصصة، إلا أنه لم يَتَّبِعْ فكرة محكمة متخصصة لشئون الأسرة، بل أنشأ نظام قاضي يختص بنظر قضايا الأسرة، وهو قاضي منتدب من بين قضاة المحكمة الابتدائية ويعمل في دائرتها، وذلك بمقتضى القانون (Loi N°. 93-22 du 8 janvier 1993). حيث وُزِعَ الاختصاص بها بين المحكمة الابتدائية (قاضي المنازعات العائلية)، ومحكمة الأطفال، وقاضي القصر، وتطبق قواعد قانون المرافعات؛ لعدم وجود قواعد إجرائية خاصة⁽¹⁾.

2004م، ص 10 وما بعدها. د. محمود مصطفى يونس، تيسير إجراءات التقاضي في مسائل الأحوال الشخصية بين المتطلبات التشريعية والمقتضيات الاجتماعية، دار النهضة العربية بالقاهرة 2001م، ص 9 وما بعدها. د. سحر عبد الستار إمام يوسف، محكمة الأسرة، دراسة مقارنة في القانون المصري والفرنسي، دار النهضة العربية بالقاهرة 2005م، ص 13 وما بعدها. ⁽¹⁾ د. عيد محمد القصاص، الوسيط في شرح قانون المرافعات، بند 252 وما بعده، ص 1296 وما بعدها. د. سحر عبد الستار، محكمة الأسرة، ص 29 وما بعدها.

-**Vincent et Guinchard**; Procédure civile; 25.éd.; 1999; N. 280; P.

303.

-**Alain Benabent**; Droit Civil, La Famille, 11. éd.; Litec; Paris; 2003; P.

5 ets.

-**Jacques Massip**; les modifications apportées au droit de la famille par

la loi du 8 janvier 1993; Gaz. Pal.; N. 262 - 264; Sept. 1993; doct.; P.

19.

ويختص رئيس محكمة الأسرة بإصدار الأوامر على عرائض، وذلك بصفته قاضيًا للأمر الوقفية (م 2/3 من القانون رقم 10 لسنة 2004م). ويكون لمحضر الصلح الذي يتولى رئيس مكتب تسوية المنازعات الأسرية إثباته ويوقعه أطراف النزاع، ويلحق بمحضر الجلسة التي تمّ فيها، قوة السندات واجبة التنفيذ (م 1/8 من القانون رقم 10 لسنة 2004م). وتنشأ بكل محكمة أسرة إدارة خاصة؛ لتنفيذ الأحكام والقرارات الصادرة منها، أو من دوائرها الاستئنافية، ويتولى الإشراف على هذه الإدارة قاضي التنفيذ، وتزود بعدد كافٍ من محضري التنفيذ (م 15 من القانون رقم 10 لسنة 2004م). والقرارات الصادرة من محكمة الأسرة كمحكمة أول درجة بصفة ابتدائية في مسائل الولاية على المال واجبة النفاذ، ولو مع حصول استئنافها، إلا أنه يجوز للمحكمة المنظور أمامها الاستئناف أن تأمر بوقف التنفيذ مؤقتًا؛ حتى يُفصل في الطعن (م 54 من القانون رقم 1 لسنة 2000م)⁽¹⁾.

وطرق الطعن في الأحكام والقرارات هي الطعن بالاستئناف، وبالتماس إعادة النظر، ويتبع فيما لم يرد به حكم خاص قواعد قانون المرافعات (م 56 من القانون رقم 1 لسنة 2000م)، وبالتالي يجوز طلب وقف القوة التنفيذية بالتبعية للطعن بالاستئناف أو بالتماس إعادة النظر طبقًا للقواعد العامة في قانون المرافعات (م 292، م 244 مرافعات).

(1) د. سيد أحمد محمود، أصول التنفيذ الجبري، دار النهضة العربية بالقاهرة 2009م، ص

328 هامش (2).

وبعد أن أصبحت جميع الأحكام في مسائل الأحوال الشخصية حضورية، بعد تعديل قواعد الحضور والغياب باتّباع نظام الإعلان وإعادة الإعلان في قانون المرافعات؛ ولذا فلا توجد أحكام غيابية، وعليه فلم يعد للمعارضة وجود فيها، وبالتالي فلا يجوز طلب وقف القوة التنفيذية بالتبعية للطعن بالمعارضة؛ لعدم وجود الطعن بالمعارضة في الأحكام الغيابية أصلاً في مسائل الأحوال الشخصية.

ولا يجوز الطعن بالنقض في الأحكام الصادرة من الدوائر الاستئنافية بمحكمة الأسرة، باستثناء الطعن بالنقض من النائب العام لمصلحة القانون طبقاً لنص م250 مرافعات فقط (م14 من القانون رقم 10 لسنة 2004م). وبالتالي لا يجوز طلب وقف القوة التنفيذية بالتبعية للطعن بالنقض؛ لعدم وجود الطعن بالنقض أصلاً في مسائل الأحوال الشخصية. كما لا يجوز طلب وقف القوة التنفيذية بالتبعية للطعن بالنقض من النائب العام لمصلحة القانون في مسائل الأحوال الشخصية؛ لأن النائب العام ليس مديناً محكوماً عليه ولا مُنقَذاً ضده، بالتالي فلا يجوز أن يكون طرفاً في طلب وقف القوة التنفيذية.

ومع جود نيابة عامة متخصصة لشئون الأسرة، فيكون لها في جميع الأحوال الطعن بطريق الاستئناف في الأحكام والقرارات الصادرة في الدعاوى التي يوجب القانون أو يجيز تدخلها فيها، ويتبع في الطعن أحكام قانون المرافعات (م57 من القانون رقم 1 لسنة 2000م). ويجوز للنيابة العامة متى عرضت عليها منازعة

بشأن حضانة صغير في سن حضانة النساء، أو طلبت حضانته مؤقتًا متى يرجح الحكم لها بذلك، أن تصدر بعد إجراء التحقيق المناسب قرارًا مسببًا بتسليم الصغير إلى من تتحقق مصلحته معها، ويصدر القرار من رئيس نيابة على الأقل، ويكون واجب التنفيذ كسندٍ تنفيذيٍّ إلى حين صدور حكم من المحكمة في موضوع حضانة الصغير (م70 من القانون رقم 1 لسنة 2000م)⁽¹⁾.

وحتى تصدر محكمة الاستئناف حكمها النهائي يجوز لها إصدار حكم مؤقت واجب النفاذ بشأن الرؤية، أو بتقرير نفقة، أو تعديل النفقة التي قضى بها الحكم المطعون فيه بالزيادة أو بالنقصان (م59 من القانون رقم 1 لسنة 2000م). الأحكام والقرارات - الموضوعية والمستعجلة - الصادرة بتسليم الصغير، أو رؤيته، أو بالنفقات، أو الأجر، أو المصروفات، وما في حكمها تكون واجبة النفاذ بقوة القانون، وبلا كفالة بقوة القانون. ويجوز إعادة التنفيذ بذات السند التنفيذي كلما اقتضى الحال ذلك في تنفيذ الأحكام والقرارات الصادرة بضم الصغير وحفظه

(1) د سحر عبد الستار، محكمة الأسرة، ص 139 وما بعدها. د. علي بركات، الوسيط في شرح قانون المرافعات المدنية والتجارية، دار النهضة العربية بالقاهرة 2016م، بند 909 وما بعدها، ص 1263 وما بعدها.

وتسليمه جبراً؛ لأنها من الحقوق الدورية المتجددة بعد صدور السند التنفيذي (م 65، 66 من القانون رقم 1 لسنة 2000م)⁽¹⁾.

ولا يترتب على الإشكال - حتى ولو كان إشكالاً أولاً - في تنفيذ أحكام نفقة الزوجة، أو المطلقة، أو الأولاد، أو الوالدين، أو الأقارب، وقف إجراءات التنفيذ (م 78 من القانون رقم 1 لسنة 2000م)، ويمثل ذلك استثناءً - بنص خاص - بنسخ جزئي لحكم الأثر الواقف للإشكال الوقتي في تنفيذ أحكام النفقة بقوة القانون طبقاً للقواعد العامة في قانون المرافعات (م 312 مرافعات)، أي باستبعاد الأثر الواقف للإشكال في تنفيذ حكم النفقة؛ وذلك لمنع الكيد والمماطلة وعرقلة التنفيذ، وضمان سرعة التنفيذ بحق النفقة الذي لا يحتمل أية تأخير. ولا يجوز التوسع في تفسير هذا الاستثناء أو القياس عليه⁽²⁾.

ويتولى قاضي تنفيذ محكمة الأسرة إصدار الأوامر المتعلقة بتنفيذها، وسلطة الإشراف فقط على جميع إجراءات التنفيذ الجبري؛ لتنفيذ الأحكام والقرارات الصادرة منها، أو من دوائرها الاستئنافية (م 15 من القانون رقم 10 لسنة 2004م)، ولم يوضح هذا النص مسألة الاختصاص بالنظم من القرارات، والأوامر الصادرة من

(1) د. عيد محمد القصاص، الوسيط في شرح قانون المرافعات، بند 252 وما بعده، ص 1296 وما بعدها. د. علي بركات، الوسيط في شرح قانون المرافعات، بند 909 وما بعدها، ص 1263 وما بعدها. د. سحر عبد الستار، محكمة الأسرة، ص 261 وما بعدها.

(2) د. أحمد خليل، خصوصيات التقاضي، ص 216 وما بعدها. د. محمود مصطفى يونس، تيسير إجراءات التقاضي، ص 263. د. سحر عبد الستار، محكمة الأسرة، ص 272 وما بعدها.

قاضي تنفيذ محكمة الأسرة، كما أنه لم ينص أيضًا على الاختصاص بسلطة الفصل والحكم في منازعات التنفيذ الوقتية والموضوعية في تنفيذ الأحكام والقرارات الصادرة من محكمة الأسرة؛ ولذا فإنها تظل لقاضي التنفيذ العام المنصوص عليه في (م276 مرافعات) طبقًا للقواعد العامة في قانون المرافعات؛ لأنه لا اختصاص خاص بغير نص صريح⁽¹⁾.

ويجري العمل بالمحاكم على أن يتضمن تشكيل كل محكمة ابتدائية قاضيان للتنفيذ، ينتدبان من قبل الجمعية العمومية للمحكمة، أحدهما: يختص بتنفيذ الأحكام الصادرة في المواد المدنية والتجارية بدائرة اختصاص المحكمة، والفصل في منازعات التنفيذ الموضوعية والوقتية المتعلقة بها. بينما يختص الآخر والمنتدب: من بين قضاة محكمة الأسرة بدائرة المحكمة بالإشراف على تنفيذ الأحكام والقرارات الصادرة من محكمة الأسرة ودوائرها الاستئنافية، دون الفصل في منازعات التنفيذ

(1) د. محمود محمود الطناحي، التنفيذ الجبري في مسائل الأحوال الشخصية، طبعة نادي القضاة 2011م، ص 141-142. د. محمد علي سويلم، شرح قانون محكمة الأسرة، دار المطبوعات الجامعية بالإسكندرية 2006م، ص 439-440. محمد عزمي البكري، التعليق على قانون إنشاء محاكم الأسرة، ط 2004م، ص 302 وما بعدها. أشرف مصطفى كمال، قوانين الأحوال الشخصية معلقًا على نصوصها، الكتاب الثالث، دار العدالة بالقاهرة 2013/2014م، ص 15، ص 347 وما بعدها.

الوقتية والموضوعية، التي تقام من الخصوم بهذا الشأن، والتي يختص بها قاضي التنفيذ الأول (م276 مرافعات) دون الثاني⁽¹⁾.

وعلى ذلك نُهَيَّبُ بِالْمُشَرِّعِ الْمِصْرِيِّ التَّدْخُلَ عَاجِلًا؛ لِتَعْدِيلِ نَصِّ (م15 من القانون رقم 10 لسنة 2004م بإنشاء محاكم الأسرة)، بالنص الصريح على اختصاص قاضي تنفيذ محكمة الأسرة، بنظر التظلم من القرارات والأوامر الصادرة من قاضي تنفيذ محكمة الأسرة ودوائرها الاستئنافية، وكذلك أيضًا بسلطة الفصل والحكم في منازعات التنفيذ الوقتية والموضوعية في تنفيذ الأحكام والقرارات الصادرة من محكمة الأسرة ودوائرها الاستئنافية؛ وذلك استكمالاً لتحقيق غايات المُشَرِّعِ الْمِصْرِيِّ في الوصول إلى الترضية القضائية في مسائل الأحوال الشخصية من خلال نظام قضائي متخصص متكامل بإجراءات سهلة ميسرة، واستكمالاً لحلقات التخصص المنشود، وجمع شتات مسائل تنفيذ الأحكام والقرارات الصادرة من محكمة الأسرة ودوائرها الاستئنافية بملف واحد أمام قاضي واحد؛ لمنع التناقض والتضارب فيما بينها بما قد يضر بفكرة العدالة نفسها.

35- (ب) وقف القوة التنفيذية لأحكام المحاكم الاقتصادية: صدر القانون رقم 120 لسنة 2008م بإصدار قانون بإنشاء المحاكم الاقتصادية، وأصبح هو القانون الخاص بالمنازعات الاستثمارية والتجارية أمام المحاكم الاقتصادية كمحاكم

⁽¹⁾ أشرف مصطفى كمال، قوانين الأحوال الشخصية معلقاً على نصوصها، الكتاب الثالث، دار العدالة بالقاهرة 2014/2013م، م15، ص 347 وما بعدها.

متخصصة، محاكمة بسياج من الضمانات الإجرائية، وإجراءات مُبسَّطة؛ لتحسين مناخ الاستثمار؛ ولأن النص الخاص يقدم على النص العام، فإن أحكام قانون المرافعات تطبَّق فيما لم يرد بشأنه نص خاص في هذا القانون، باعتباره الشريعة العامة لكافة القوانين الإجرائية. وعلى ذلك يتبع أمام المحاكم الاقتصادية قواعد وإجراءات التقاضي في المسائل الاقتصادية، وتطبق فيما لم يرد بشأنه نص خاص أحكام قانون المرافعات، وعلى ذلك يطبَّق على الأحكام الاقتصادية أحكام قواعد الطعن والنفذ المعجَّل القانوني والقضائي في قانون المرافعات، فيما لم يرد به نص خاص بقانون المحاكم الاقتصادية رقم 120 لسنة 2008م. بمعنى: أنه يتبع في إجراءات التقاضي، وفي الطعن على أحكام المحاكم الاقتصادية، وفي وقف القوة التنفيذية لأحكام المحاكم الاقتصادية بالتبعية للطعن أو التظلم، الأحكام الواردة في قانون المرافعات، فيما لم يرد بشأنه نص خاص (م 4 من مواد اصدر القانون رقم 120 لسنة 2008م)، وعلى ذلك يمكن طلب وقف القوة التنفيذية للأحكام والأوامر الصادرة من المحاكم الاقتصادية - كسندات تنفيذية - بالتبعية للطعن أو التظلم بقواعد قانون المرافعات فيما لم يرد به نص خاص⁽¹⁾.

(1) د. فتحي والي، المبسوط في قانون القضاء المدني، ج 2، بند 266، ص 775. د. أحمد خليل، خصوصيات التقاضي أمام المحاكم الاقتصادية، دار المطبوعات الجامعية بالإسكندرية 2010م، ص 19 وما بعدها. د. سحر عبد الستار إمام يوسف، المحاكم الاقتصادية في القانون المصري، دار النهضة العربية بالقاهرة 2008م، بند 17، ص 44. د. علي بركات، الوسيط في شرح قانون المرافعات، بند 893، ص 1239.

تنشأ بدائرة اختصاص كل محكمة استئناف محكمة اقتصادية، وتتشكل من دوائر ابتدائية للنظر في المنازعات التي لا تتجاوز قيمتها خمسة ملايين جنيه، ودوائر استئنافية للنظر ابتداء في المنازعات التي تتجاوز قيمتها خمسة ملايين جنيه أو كانت غير مقدرة القيمة، وهو اختصاص نوعي متعلق بالنظام العام (م1 من القانون رقم 120 لسنة 2008م)، واختصاص محلي لمحكمة موطن المدعى عليه (م49 مرافعات). وقد اعتمد المشرع في توزيع هذا الاختصاص على معيار قيمة المنازعة⁽¹⁾.

وتُعَيَّن الجمعية العمومية للمحكمة الاقتصادية في بداية كل عام قضائي، قاضياً أو أكثر من قضاتها بدرجة رئيس بالمحاكم الابتدائية من الفئة (أ) على الأقل، يُسمَّى قاضياً فرداً (قاضي الأمور المستعجلة والأوامر بالمحكمة الاقتصادية)؛ ليحكم بصفة مؤقتة، ومع عدم المساس بأصل الحق، في المسائل المستعجلة، التي يُخشى عليها من فوات الوقت، والتي تختص بها تلك المحكمة. وكما يصدر الأوامر على

(1) د. أحمد شرف الدين، مشكلات الاختصاص النوعي للمحاكم الاقتصادية، طبعة نادي القضاة 2009م، بند 12، ص 34. د. أحمد خليل، خصوصيات التقاضي أمام المحاكم الاقتصادية، ص 60 وما بعدها.

عرائض، والأوامر الوقتية، وأوامر أداء، في المسائل التي تختص بنظرها المحكمة الاقتصادية التابع لها القاضي الفرد (م3 من القانون رقم 120 لسنة 2008م)⁽¹⁾.

وتختص اختصاصًا استثنائيًا - دون قاضي التنفيذ (م275 مرافعات) - الدوائر الابتدائية بالحكم في منازعات التنفيذ الوقتية والموضوعية عن تنفيذ الأحكام الصادرة من المحاكم الاقتصادية، وكذلك تلك التي يصدرها القاضي الفرد، ويظعن في الأحكام الصادرة منها أمام الدوائر الاستئنافية بالمحكمة الاقتصادية. ويختص رؤساء الدوائر الابتدائية بالمحاكم الاقتصادية بإصدار القرارات والأوامر المتعلقة بالتنفيذ. ويكون الاختصاص بالفصل في التظلمات من هذه القرارات والأوامر للدائرة الابتدائية بالمحاكم الاقتصادية، على ألا يكون من بين أعضائها مَنْ أصدرَ القرار أو الأمر المتظلم منه (م7 من القانون رقم 120 لسنة 2008م). وعلى ذلك فيجوز طلب وقف القوة التنفيذية بالتبعية للطعن أو التظلم طبقاً للقواعد العامة في قانون المرافعات؛ لأن عدم وجود نص خاص لا يمنع من تطبيق القواعد العامة⁽²⁾.

(1) د. أحمد شرف الدين، مشكلات الاختصاص النوعي للمحاكم الاقتصادية، بند 16 وما بعده، ص 42 وما بعدها. د. أحمد خليل، خصوصيات التقاضي أمام المحاكم الاقتصادية، ص 70 وما بعدها. د. سحر عبد الستار، المحاكم الاقتصادية، بند 14-15، ص 34 وما بعدها.

(2) د. أحمد شرف الدين، مشكلات الاختصاص النوعي للمحاكم الاقتصادية، ص 50 وما بعدها. د. أحمد خليل، خصوصيات التقاضي أمام المحاكم الاقتصادية، ص 94 وما بعدها. د. سحر عبد الستار، المحاكم الاقتصادية، بند 56 وما بعده، ص 120 وما بعدها.

ويكون الطعن في الأحكام الصادرة من الدوائر الابتدائية بالمحاكم الاقتصادية أمام دوائرها الاستئنافية، ويكون الطعن في الأحكام الصادرة من القاضي الفرد كالأحكام المستعجلة، والتظلم من الأوامر الصادرة من القاضي الفرد كالأوامر على العرائض، والأوامر الوقتية، وأوامر الأداء، أمام الدوائر الابتدائية بالمحاكم الاقتصادية دون غيرها، كجهة طعن وجهة تظلم (م10 من القانون رقم 120 لسنة 2008م). وعلى ذلك فيجوز طلب وقف القوة التنفيذية بالتبعية للطعن أو التظلم طبقاً للقواعد العامة في قانون المرافعات؛ لأن عدم وجود نص خاص لا يمنع من تطبيق القواعد العامة⁽¹⁾.

وبعد أن أصبحت جميع الأحكام في القانون المصري حضورية، بعد إتباع نظام الإعلان وإعادة الإعلان في قانون المرافعات؛ لذا لم يعد للطعن بالمعارضة وجود فيه، وبالتالي لا يجوز طلب وقف القوة التنفيذية بالتبعية للطعن بالمعارضة في الحكم الغيابي من المدعى عليه الغائب المحكوم عليه، - فالمدعى حاضر دائماً بصحيفة الدعوى - ؛ لعدم وجود الطعن بالمعارضة أصلاً.

ويجوز الطعن بالتماس إعادة النظر كطريق طعن غير عادي في الأحكام الانتهائية الصادرة من المحكمة الاقتصادية، إذا توافرت إحدى حالاته، بتطبيق القواعد العامة

(1) د. أحمد شرف الدين، مشكلات الاختصاص النوعي للمحاكم الاقتصادية، ص 52-53. د. طلعت محمد دويدار، المحاكم الاقتصادية خطوة أخرى نحو التخصص القضائي، دار الجامعة الجديدة للنشر بالإسكندرية 2009م، ص 118 وما بعدها. د. أحمد محمد أحمد حشيش، مبادئ المحاكم الاقتصادية، دار النهضة العربية بالقاهرة 2010م، بند 198، ص 318-319.

في قانون المرافعات، إعمالاً لنص (م4 من مواد إصدار القانون رقم 120 لسنة 2008م)، حيث لا يوجد نصٌ خاصٌ يمنع الطعن بالالتماس. وعلى ذلك فيجوز طلب وقف القوة التنفيذية بالتبعية للطعن بالتماس إعادة النظر في الأحكام النهائية الصادرة من المحكمة الاقتصادية، طبقاً للقواعد العامة (م244 مرافعات)؛ لأن عدم وجود نصٍ خاص لا يمنع من تطبيق القواعد العامة⁽¹⁾.

ولا يجوز الطعن بالنقض في الأحكام الصادرة من المحكمة الاقتصادية، فيما عدا الأحكام الصادرة في مواد الجنائيات، والجُنح، والأحكام الصادرة ابتداءً من الدوائر الاستئنافية بالمحكمة الاقتصادية، والطعن بالنقض من النائب العام لمصلحة القانون طبقاً لنص م250 مرافعات (م11 من القانون رقم 120 لسنة 2008م). وعلى ذلك فيجوز طلب وقف القوة التنفيذية بالتبعية للطعن بالنقض في الأحكام الصادرة ابتداءً من الدوائر الاستئنافية بالمحكمة الاقتصادية، طبقاً للقواعد العامة (م251 مرافعات)؛ لأن عدم وجود نص خاص لا يمنع من تطبيق القواعد العامة⁽²⁾.

(¹) د. أحمد خليل، خصوصيات التقاضي أمام المحاكم الاقتصادية، ص 151 وما بعدها. د. سحر عبد الستار، المحاكم الاقتصادية، بند 55، ص 118-119. د. أحمد محمد حشيش، مبادئ المحاكم الاقتصادية، بند 198، ص 318-319.

(²) د. طلعت دويدار، المحاكم الاقتصادية، ص 126 وما بعدها. د. سحر عبد الستار، المحاكم الاقتصادية، بند 45 وما بعده، ص 101 وما بعدها.

36- (ج) - وقف القوة التنفيذية لأحكام المحاكم العماليّة: صدر قانون العمل المصري الموحد بالقانون رقم 12 لسنة 2003م، ثم تم تعديله بمقتضى القانون رقم 180 لسنة 2008م بإنشاء المحاكم العماليّة، وذلك باستبدال نصوص المواد (70، 71، 72) من قانون العمل الصادر بالقانون رقم 12 لسنة 2003م. ويتبع فيما لم يرد بشأنه نص خاص في هذا القانون أحكام قانون المرافعات والإثبات. كما يتبع في الطعن على أحكام المحاكم العماليّة، الأحكام الواردة في قانون المرافعات (م72 عمل). وعلى ذلك تطبّق نفس القواعد العامة بقانون المرافعات على وقف القوة التنفيذية لأحكام المحاكم العماليّة بالتبعية للطعن أو التظلم. وللمحكمة شمول حكمها باستحقاق العامل للأجر بالنفاد المُعجّل القضائي بكفالة، أو بدون كفالة (م1/290 مرافعات). كما يمنع الحجز، أو الاستقطاع، أو النزول عن أجور العمال، وما في حكمها لأداء أي دين إلا بالضوابط القانونية، وفي حدود الربع (م309 مرافعات، م1/44 عمل)⁽¹⁾.

وإذا نشأ نزاع فرديّ بين صاحب العمل والعامل في شأن تطبيق أحكام هذا القانون، أو أي من القوانين، أو اللوائح المنظمة لعلاقات العمل الفردية، فلايّ منهما أن يطلب من لجنة - تشكل من: ممثل للجهة الإدارية المختصة (مقررًا)، وممثل للمنظمة النقابية، وممثل لمنظمة أصحاب الأعمال - خلال عشرة أيام من تاريخ

(1) د. علي بركات، النقاضي أمام المحاكم العماليّة المنشأة بمقتضى القانون 180 لسنة 2008م "دراسة مقارنة"، دار النهضة العربية بالقاهرة 2009م، بند 1 وما بعده، ص 7 وما بعدها؛ الوسيط في شرح قانون المرافعات، بند 922، ص 1285.

النزاع تسويته ودياً، فإذا لم تتم التسوية خلال واحد وعشرين يوماً - من تاريخ تقديم الطلب - جاز لأيٍّ منهما أن يطلب من الجهة الإدارية المختصة إحالة النزاع إلى المحكمة العمالية المنصوص عليها في (م 71 عمل)، أو أن يلجأ إليها في موعد أقصاه خمسة وأربعين يوماً من تاريخ انتهاء المدة المحددة للتسوية، سواءً كان قد تقدم للجنة بطلب التسوية أم لم يتقدم به وإلا سقط حقه في عرض الأمر على المحكمة (م 70 عمل).

وتشكل المحكمة العمالية من دائرة، أو أكثر من دوائر المحكمة الابتدائية، وتُخصَّص دون غيرها بالفصل في كافة المنازعات العمالية الفردية. وتخطر المحكمة ممثلاً عن المنظمة النقابية المعنية، وممثلاً عن منظمة أصحاب الأعمال لسماع رأيهما في النزاع في أول جلسة، فإذا تخلف أيُّ منهما عن الحضور استمرت المحكمة في نظر الدعوى، وعلى المحكمة العمالية أن تفصل - على وجه السرعة وبحكم واجب النفاذ ولو تم استئنائه - في طلب صاحب العمل بفصل العامل خلال خمسة عشر يوماً من تاريخ أول جلسة، فإذا رفضت الطلب، قضت باستمرار العامل في عمله، وبالإلزام صاحب العمل بأن يؤدي إليه ما لم يُصرف له من مستحقات. فإذا لم يُقْم صاحب العمل بتنفيذ الحكم باستمرار العامل في عمله أُعْتَبِرَ ذلك فصلاً تعسفياً يستوجب التعويض طبقاً لنص (م 122 عمل). وتقضي المحكمة العمالية بصفة مستعجلة وبحكم واجب النفاذ بتعويض مؤقت للعامل يعادل أجره الشامل لمدة اثني عشر شهراً إذا تجاوزت مدة عمله سنة كاملة، فإن كانت أقل من ذلك كان التعويض المؤقت بقدر أجره الشامل عن مدة عمله إذا طلب منها ذلك. وعلى العامل إعلان

صاحب العمل بطلباته النهائية خلال ثلاثين يومًا من اليوم التالي لتاريخ صدور الحكم بالتعويض المؤقت، إذا لم يكن قد سبق له إبدائها. وتقضي المحكمة العمالية للعامل بمبلغ التعويض النهائي، وفي باقي طلباته بعد أن تُخصم المبالغ التي يكون العامل قد استوفها تنفيذًا للحكم الصادر بالتعويض المؤقت، فإذا كان طلب فصل العامل بسبب نشاطه النقابي قُضت المحكمة العمالية باستمرار العامل في عمله، إذا طلب ذلك ما لم يثبت صاحب العمل أن طلب الفصل لم يكن بسبب هذا النشاط (م 71 عمل)⁽¹⁾.

37- وقف القوة التنفيذية للأوامر القضائية: يقصد بالأوامر: ما يصدره القاضي من قرارات بناءً على طلب الخصم من غير مرافعة، ودون تكليف الخصم الآخر بالحضور وفي غيبته، كالأمر على عريضة، وأمر الأداء، وأمر التقدير... وتعتبر هذه الأوامر سندات تنفيذية، بعد استكمال مقومات السند التنفيذي بأن تكون صادرة بإلزام، وحائزة للقوة التنفيذية، وقابلة للتنفيذ الجبري. وتلك الأوامر لها طريق طعن خاص بها هو التظلم، ولا يترتب على التظلم وقف القوة التنفيذية، بل تقف القوة التنفيذية بالحكم الصادر بالوقف؛ ولذلك يجوز للمحكمة المرفوع إليها التظلم أن تأمر بناءً على طلب ذوي الشأن بوقف القوة التنفيذية المعجلة، إذا كانت

(1) د. علي بركات، التقاضي أمام المحاكم العمالية، بند 1 وما بعده، ص 7 وما بعدها؛ الوسيط في شرح قانون المرافعات، بند 938، ص 1300-1301.

أسباب الطعن (التظلم) في الأمر يرجح معها إلغاؤه (م292 مرافعات) مؤقتاً لحين الفصل في موضوع التظلم⁽¹⁾.

وكما أن جميع الأحكام لا تقبل التنفيذ، فقط أحكام الإلزام تقبل التنفيذ الجبري دون الأحكام المقررة والمنشئة، فإنه ليست جميع الأوامر تقبل التنفيذ الجبري. فالأوامر الوقتية فقط هي التي تقبل التنفيذ الجبري؛ لأنها سند تنفيذي له قوة تنفيذية كالأمر بالحجز التحفظي أو تسليم الصغير، وهي مشموله بالإنفاذ المعجل بقوة القانون، ويطلب وقف تنفيذها من محكمة التظلم. والأوامر التأكيدية الموضوعية كأمر الأداء تقبل التنفيذ الجبري بشروط خاصة. والأوامر الولائية كالأمر للحارس بتسليم منقول، أو تعيين وصي للتركة لا تقبل التنفيذ الجبري؛ لأنها تستعصي بذاتها على فكرة التنفيذ الجبري؛ لأن العمل الولائي يقوم على مفترض انعدام المنازعة والخصومة، فلا يوجد خصم يجري التنفيذ ضده، وبالتالي فلا يجوز طلب وقف تنفيذها. والأوامر التنفيذية كالأمر بتعيين حارس لا تقبل التنفيذ الجبري؛ لأنها لا تعتبر سنداً تنفيذياً، بل تنفذ بما لها من خصائص ذاتية. والأوامر الإجرائية البحتة

(1) د. أحمد محمد أحمد حشيش، نظرية القضاء الوقتي في مصر، دار النهضة العربية بالقاهرة، 2016م، بند 65، ص 104. د. أسامة أحمد شوقي المليجي، الإجراءات المدنية للتنفيذ الجبري، بند 192، ص 224. د. محمود محمود الطناحي، الصورة التنفيذية في قانون المرافعات، دار النهضة العربية بالقاهرة 2006م، بند 61، ص 75.

كالأمر بتقصير ميعاد مسافة لا تقبل التنفيذ الجبري؛ لأنها ليس لها قوة تنفيذية، بل لها قوة نفاذ⁽¹⁾.

ونظّم المشرع الأوامر على عرائض *Les ordonnances sur requête* (م 194-200 مرافعات، art. 493 à 498 N.C.P.C.F.)، هي قرارات مكتوبة يصدرها قاضي الأمور الوقتية بسلطة تقديرية، بناءً على طلب ذوي الشأن على عريضة، بغير طريق الخصومة، وفي غير جلسة، وبدون حضور الخصوم وكاتب المحكمة، في اليوم التالي لتقديمها على الأكثر، وبدون تسبب ما لم يكن مخالفاً لأمر سابق صدوره. فالخضّم يقدم طلبه على عريضة من نسختين متطابقتين تتضمن الوقائع، والمستندات، ويصدر القاضي أمره كتابة على إحدى النسختين، ودون ذكر الأسباب التي بنى عليها الأمر. ومن أمثلتها؛ الأمر بتقدير مصاريف الدّعوى، الأمر بالحجز التّحفّطي... وتُعَدُّ الأوامر من أمثلة الحماية الوقتية، إذ يتدخل القاضي بما له من سلطة الأمر، التي يملكها لمواجهة حالات السرعة، والخطر، والبطء في الإجراءات، فيمنح الحماية القانونية للحق في صورة أوامر بناءً على طلب الخصم من غير مرافعة، ودون تكليف الخصم بالحضور أي في غيبته. ولذوي الشأن التظلم منه لنفس القاضي الأمر أو للمحكمة المختصة، ويصدر في

(1) د. نبيل عمر، الوسيط في التنفيذ الجبري، ص 194 و ما بعدها. د. سيد أحمد محمود، أصول التنفيذ الجبري، ص 371 وما بعدها. د. طلعت دويدار، النظرية العامة للتنفيذ القضائي، ص 98.

التظلم حكم وقتي لا يقيد المحكمة عند نظر الموضوع، يجوز استئنائه خلال خمسة عشر يوماً، ويسقط الأمر إذا لم يقدم للتنفيذ خلال ثلاثين يوماً من صدوره⁽¹⁾.

ونصّت (م194 مرافعات) على أنه: " في الأحوال التي ينص فيها القانون على أن يكون للخصم وجه في استصدار أمر يقدم عريضة إلى قاضي الأمور الوقتية بالمحكمة المختصة، أو إلى رئيس الهيئة التي تنظر الدّعوى، وتكون هذه العريضة من نسختين متطابقتين، ومشملة على وقائع الطلب، وأسانيده، وتعيين موطن مختار للطالب في البلدة التي بها مقر المحكمة، وتشفع بها المستندات المؤيدة لها".

وعلى ذلك تبدأ إجراءات استصدار الأمر على عريضة بطلب يحرره الطالب من نسختين متطابقتين، تشتمل على بيانات معينة منها: بيان وقائع الطلب وأسانيده والموطن المختار للطالب بالبلدة، التي بها مقر المحكمة، وتقدم العريضة مرفقة بالمستندات المؤيدة للطالب إلى القاضي المختص ووفقاً لما نصّت عليه (م194 مرافعات) فإن جهة الاختصاص بإصدار الأمر على عريضة تتمثل في قاضي

(1) د. فتحي والي، المبسوط في قانون القضاء المدني علماً وعملاً، دار النهضة العربية بالقاهرة 2017م، ج 1، بند 37 وما بعده، ص 93 وما بعدها. د. عيد محمد القصاص، أصول التنفيذ الجبري، 118 وما بعده، ص 319 وما بعدها. د. طلعت دويدار، النظرية العامة للتنفيذ القضائي، ص 98-99. د. أسامة أحمد شوقي المليجي، الإجراءات المدنية للتنفيذ الجبري، بند 191، ص 223. د. محمود الطناحي، الصورة التنفيذية، بند 64، ص 80. د. حسن صلاح الدين الليبيدي، الأوامر على العرائض، رسالة دكتوراه، حقوق القاهرة، 1978م، ص 3 وما بعدها. د. محمد سيد أحمد عبد القادر، النظرية العامة للأوامر في قانون القضاء المدني، دار النهضة العربية بالقاهرة 2002م، ص 239 وما بعدها.

الأمر الوقتية بالمحكمة المختصة بنظر النزاع المتعلق به الأمر، أو رئيس الهيئة التي تنتظر الدَعْوَى الموضوعية، إذا طلب الأمر المتعلق بها أو نظرها. ويلتزم القاضي المختص بالإجابة على العريضة إيجاباً أو سلباً في اليوم التالي؛ لتقديمها إليه على الأكثر. ويصدر القاضي أمره كتابةً على إحدى نسختي العريضة، وتحفظ في قلم كتاب المحكمة. وأوجب القانون على قلم كتاب المحكمة أن يُسَلِّم الطالب النسخة الثانية من العريضة مدوناً عليها صورة الأمر، وذلك في اليوم التالي لصدوره على الأكثر. وللقاضي سلطة تقديرية في قبول الطلب، أو رفضه حسبما يترأى له من أسباب الطلب ومستنداته، كما أنه له سلطة قبول الطلب جزئياً. ولا يلتزم القاضي بتسبيب الأمر الذي يصدره، إلا إذا كان مخالفاً لأمر آخر سيق أن أصدره، ففي هذه الحالة يلتزم القاضي بتسبيب أمره الجديد وإلا كان باطلاً⁽¹⁾.

إذا كانت الأوامر على عرائض تتشابه مع الأحكام في كونها أحد السندات التنفيذية وفقاً (م280 مرافعات) فضلاً عن صدور كلاهما عن القضاء. إلا أنهما يختلفان في عدة أمور؛ فالأوامر على عرائض تصدر في غَيْبَةِ الخَصْم الآخر، وبإجراءات مختصرة لا يستغرق صدور القرار القضائي فيها سوى أيام قليلة، ودون مواجهة وفي غير جلسة، خلاف الأحكام التي تصدر من المحكمة بطريق الخصومة

(1) د. نبيل عمر، الأوامر على عرائض ونظامها القانوني، دار الجامعة الجديدة بالإسكندرية 2004، ص 198. د. محمود محمد هاشم، قواعد التنفيذ الجبري وإجراءاته، 1989م، ص 207-209. د. أحمد مليجي، التعليق، ج 4، ص 109، د. أحمد هندي، التنفيذ الجبري، ص 103 وما بعدها. د. محمود التحيوي، الأوامر على العرائض، دار الجامعة الجديدة بالإسكندرية 2003، ص 62 وما بعدها.

والمواجهة بين الخصوم قبل صدورها، كما يتميز الأمر على عريضة بأنه: يتضمن مصلحة طالب استصداره فقط، وذلك على خلاف الخصومة القضائية التي تتميز بوجود مصلحتين متعارضتين لطرفين مختلفين، ولهذا فلا يترتب على تقديم العريضة أن يكتسب الطالب صفة المُدَّعي، ولا أن يكتسب المطلوب إصدار الأمر ضده صفة المُدَّعى عليه بما تتضمنه هذه المراكز من حقوق وواجبات. وكذا يختلف الأمر على عريضة عن الحكم من حيث موضوع كل منهما، فالحكم يتضمن قضاءً، إذ يحسم نزاعاً بين خصمين، أو أكثر حول حقٍ مُدَّعى به، أما الأمر على عريضة فلا يتضمن قضاءً بهذا المعنى، وإنما يتضمن إذنًا للطالب باتخاذ إجراء معين حَوَّلَه القانون اتخاذه؛ ضماناً لتطبيق أحكام القانون، ومنعاً للتعسف، فيما حَوَّلَه القانون للخصوم من رخص. وكذلك لا تتمتع الأوامر على عرائض بحجية الشيء المقضي به خلاف الأحكام؛ ولذا فإن طالب الأمر يستطيع إعادة تقديم نفس الطلب الذي سبق رفضه⁽¹⁾.

وفقاً لنص (م288 مرافعات، art. 495 al.2 et 496 al.2 N.C.P.C.F.) فإن الأوامر على عرائض تنفيذ تنفيذاً معجلاً بقوة القانون فور صدورها، وذلك بغير كفالة ما لم ينصّ الأمر على تقديم كفالة. فالأوامر على عرائض مشمولة بالتنفيذ

(1) د. نبيل عمر، التنفيذ الجبري، ص 81 وما بعدها. د. أحمد هندي، التنفيذ الجبري، ص 103 وما بعدها. د. أحمد مليجي، شرح أصول التنفيذ الجبري، ط 2010م. د. عيد محمد القصاص، أصول التنفيذ، بند 118 وما بعده، ص 319 وما بعدها. د. محمود الطناحي، الصورة التنفيذية، بند 63، ص 81. د. محمد سيد أحمد عبد القادر، النظرية العامة للأوامر، ص 239 وما بعدها.

المعجل بقوة القانون بمجرد صدورها، ولو كانت قابلة للتظلم منها، فمجرد التظلم من الأمر لا يوقف تنفيذه؛ وذلك نظرًا لطبيعتها الوقتية (م288 مرافعات مصري). ويجب تقديم الأمر للتنفيذ خلال ثلاثين يومًا من تاريخ صدوره، وإلا فقد قُوَّتَه التنفيذية إذ سيعتبر حينها كأن لم يكن، ولكن سقوطه لا يمنع من استصدار غيره (1).

نظرًا لاختلاف الأوامر على عرائض في طبيعتها عن الأحكام القضائية؛ فقد وضع المشرع طريقًا معينًا لمراجعتها، وهو التظلم الذي يختلف عن طرق الطعن في الأحكام القضائية. فيكون لذوي الشأن الحق في التظلم إلى المحكمة المختصة إلا إذا نص القانون على خلاف ذلك، ويكون التظلم بالإجراءات المعتادة لرفع الدَّعْوَى أمام المحكمة خلال عشرة أيام من صدور الأمر بالرفض، أو من تاريخ البدء في تنفيذ الأمر، أو إعلانه بحسب الأحوال، وتحكم المحكمة فيه بإصدار الأمر، أو بتأييد الأمر الصادر، أو بتعديله، أو بإلغائه. ويجب أن يكون التظلم مُسَبَّبًا، وإلا كان باطلاً (م197 مرافعات). ويجوز رفع التظلم تبعًا ل للدَّعْوَى الأصلية في أي حالة تكون عليها، ولو أثناء المرافعة بالجلسة (م198 مرافعات). ولذوي الشأن بدلًا من التظلم للمحكمة المختصة الحق في التظلم لنفس القاضي الأمر بالإجراءات

(1) د. وجدي راغب، النظرية العامة للعمل القضائي، ص 124. د. سيد أحمد محمود، أصول التنفيذ الجبري، ص 371 وما بعدها. د. طلعت دويدار، وظيفة فكرة الاستعجال، ص 60 وما بعدها؛ النظرية العامة للتنفيذ القضائي، ص 98. د. أسامة أحمد شوقي المليجي، الإجراءات المدنية للتنفيذ الجبري، بند 195، ص 227-228.

المعتادة لرفع الدَّعوى، ولا يمنع من ذلك قيام الدَّعوى الأصلية أمام المحكمة. ويحكم القاضي في التظلم بتأييد الأمر، أو بتعديله، أو بإلغائه، ويكون حكمه قابلاً لطرق الطعن المقررة للأحكام (م199 مرافعات). ويقدم التظلم من طالب الأمر حال رفض طلبه كلياً أو جزئياً، ويكون التظلم حينئذ أمام المحكمة المختصة بنظر النزاع الذي يتصل به الأمر الصادر على عريضة. أما إذا كان المتظلم هو الصادر ضده الأمر، فإنه يجوز له تقديمه إلى القاضي الأمر نفسه والذي أصدر الأمر دون سماع أقواله، أو إلى المحكمة المختصة بنظر النزاع- المتصل به الأمر على عريضة- والتابع لها القاضي الأمر⁽¹⁾.

ويرفع التظلم بالإجراءات المعتادة لرفع الدَّعوى سواء رفع إلى القاضي الأمر، أم إلى المحكمة المختصة التابع لها القاضي. إذ يتم بصحيفة دَعوى تودع قلم كتاب المحكمة، ثم تعلن للطرف الآخر على يد محضر، وينظر في جلسة بحضور الخصوم، وتسير الإجراءات وفقاً لمبدأ المواجهة بين الخصوم أي وفقاً لإجراءات الخصومة، وتنتهي هذه الإجراءات بحكم في التظلم لا بأمر على عريضة. ويتضمن الحكم إما تأييد الأمر، أو إلغاؤه، أو تعديله. ويُعدُّ القرار الصادر في التظلم حكماً قضائياً بالمعنى الفني، وليس مجرد أمر ولائي، فهو حكم صادر في

(1) د. نبيل عمر، التنفيذ الجبري، ص 81 وما بعدها. د. أحمد هندي، التنفيذ الجبري، ص 103 وما بعدها. د. سيد أحمد محمود، أصول التنفيذ الجبري، ص 371 وما بعدها. د. طلعت دويدار، النظرية العامة للتنفيذ القضائي، ص 98. د. محمد سيد أحمد عبد القادر، النظرية العامة للأوامر، ص 239 وما بعدها. نقض مدني 2004/3/25م، طعن رقم 741 لسنة 64ق، مج، س55، ج1، ص345.

خصومة، وله طبيعة الأحكام الوقتية، إذ إنه لا يَمَسُّ أصل الحق المتنازع عليه، ولا يقيد محكمة الموضوع حال نظر الدَّعْوَى الموضوعية التي يتعلق بها الأمر، ويطبق عليه جميع القواعد التي تحكم الأحكام الوقتية من حيث الطعن فيها. ويرجع الأساس الفني للقوة التنفيذية المعجَّلة للحكم الصادر في التظلم من الأمر على عريضة إلى طبيعتها المستعجلة، وباعتباره حكمًا مستعجلًا، فينفذ بموجب مسودته (م286 مرافعات) مما يعني الإعفاء من مقدمات التنفيذ⁽¹⁾.

لم يرتب المُشْرِعُ المصريُّ أثرًا موقَّعًا للتظلم من الأمر على عريضة، أو أمر الأداء المشمول بالتنفيذ المعجَّل، ولكنه أجاز في (م292 مرافعات) للمحكمة المرفوع إليها التظلم أن تحكم بوقف التنفيذ المعجَّل، متى توافرت شروطه. وهذا الوقف هو وقف قضائي يصدر بحكم وليس وقفًا قانونيًا. غير أن القاعدة المذكورة قد يرد عليها الاستثناء إذا نص المشرع على ما يخالفها صراحة. كنص (م161 إثبات) على وقف تنفيذ أمر تقدير أتعاب الخبير؛ نتيجة للتظلم من الأمر. ففي هذه الحالات يقف تنفيذ الأمر وقفًا قانونيًا؛ نتيجة للتظلم. ولما كان المُشْرِعُ المصريُّ قد أجاز

(1) د. وجدي راغب، النظرية العامة للتنفيذ القضائي، ص 115. د. نبيل عمر، الأوامر على عرائض ونظامها القانوني، بند149، ص 175. د. طلعت دويدار، وظيفة فكرة الاستعجال، ص 60 وما بعدها. د. محمد سيد أحمد عبد القادر، النظرية العامة للأوامر، ص 241-242. نقض مدني 2007/6/26م، طعن رقم 8567 لسنة 65ق، المستحدث من المبادئ التي قررتها الدوائر المدنية في مواد المرافعات من يناير 2003م لغاية ديسمبر 2012م، ق 84، ص 106.

-G. Wiederkehr; exécution et des Jugement; des actes; Ency. Dalloz; 2. éd.;1979; II; N. 59 ets.

الطعن بالاستئناف في أمر الأداء (م206 مرافعات) فإن التنفيذ الجبري، إذ تم بموجب أمر مشمول بالتنفيذ المُعجَّل، قد يقف بحكم من المحكمة الاستئنافية المرفوع إليها الاستئناف عن هذا الأمر وفقًا (م292 مرافعات). وسبب هذا: أن القواعد الخاصة بالطعن بطريق معين، وهي هنا قواعد الاستئناف، تُطبَّق أيًا كان القرار محل هذا الطعن، أي: ولو لم يكن حكمًا⁽¹⁾.

أجاز القانون لمن صدر ضده الأمر - حال تظلمه منه- أن يطلب من المحكمة التي تنظر التظلم وقف تنفيذه، وذلك متى توافرت شروط وقف النفاذ من محكمة الطعن (م292 مرافعات)، فيجب أن يطلب المتظلم وقف التنفيذ ممن ينظر التظلم - بالتبعية له- وأن يخشى وقوع ضرر جسيم من التنفيذ، وأن تكون أسباب التظلم من الأمر مما يرجح معها إلغاؤه. وهذا الوقف وقف قضائي يصدر بحكم وليس وفقًا قانونيًا. والحكم الصادر في التظلم يعد حكمًا وقتيًا؛ ولذا يقبل الطعن فيه استقلالًا بمجرد صدوره، وبالتالي يمكن طلب وقف تنفيذه بالتبعية للطعن فيه، متى توافرت شروط طلب الوقف. ويمكن طلب وقف تنفيذ الأمر على عريضة حال الطعن فيه بدعوى البطلان الأصلية، فلما كان الأمر على عريضة يقبل الطعن فيه بدعوى البطلان الأصلية، والتي ترتب إلغاؤه وإزالة آثاره. ولما كانت تلك الدعوى -

(1) د. أمينة النمر، قوانين المرافعات، الكتاب الثالث، بند 138، ص 207. د. أسامة أحمد شوقي المليجي، الإجراءات المدنية للتنفيذ الجبري، بند 195، ص 227-228. د. محمد سيد أحمد عبد القادر، النظرية العامة للأوامر، ص 239 وما بعدها.

تقبل نظام وقف التنفيذ؛ فإنه يجوز طلب وقف تنفيذ الأمر على عريضة بالتبعية للطعن فيه بدعوى البطلان الأصلية⁽¹⁾.

ونظّم المشرّع أوامر الأداء Les injonction de paiement في (م 201-210 مرافعات، art.1405 à 1425 N.C.P.C.F.)، وهي مطالبة قضائية؛ لإلزام المدين بأداء معين في شكل أمر على عريضة من نسختين موقعة من محامٍ مرفق بها سند الحق والمستندات المؤيدة؛ لطلب حماية موضوعية لمبلغ معين مقداره من النقود، أو منقولٍ معينٍ بنوعه، أو مقداره، أو معينٍ بذاته تعينًا نافيًا للجهالة، أو كان صاحب الحق دائنًا بورقة تجارية، حال الأداء، ومعين المقدار، ثابت بورقة رسمية، أو عرفية موقعة من المدين، بأمر يصدره القاضي خلال ثلاثة أيام من تقديم العريضة على إحدى نسختي العريضة، ويعلنُ للمدين خلال ثلاثة أشهر من صدوره وإلا اعتبر كأن لم يكن. وهو قضاء قطعي تأكيدي صادر في الموضوع يتضمن قضاءً بإلزام في الديون الثابتة بالكتابة مهما كانت قيمتها؛ ولذا تخضع أوامر الأداء للتنفيذ الجبري، وتحوز القوة التنفيذية، وتولد آثار الأحكام. وأمر الأداء لا يقبل

(1) د. أمينة النمر، قوانين المرافعات، الكتاب الثالث، بند 138، ص 207. د. نبيل عمر، الأوامر على عرائض ونظامها القانوني، بند 149، ص 175. د. محمد سيد أحمد عبد القادر، النظرية العامة للأوامر، ص 239 وما بعدها.

التنفيذ الجبري إلا إذا صار نهائياً، إما بانقضاء ميعاد التظلم، أو باعتبار التظلم كأن لم يكن، أو برفض الاستئناف، أو بفوات ميعاده (1).

وينفذ أمر الأداء نفاذاً معجلاً قانونياً بقوة القانون، أو قضائياً بحكم المحكمة. وأمر الأداء يقبل الطعن بالاستئناف، وللمحكمة الاستئناف المرفوع إليها الطعن في أمر أداء مشمول بالنفاذ المعجل وقف تنفيذه بأسباب يترجح معها إلغاؤه. وللمدين المحكوم عليه بأمر أداء طلب وقف تنفيذه بالتبعية للطعن فيه، إما بالتظلم خلال عشرة أيام من إعلانه بالإجراءات المعتادة لرفع دعوى أمام المحكمة التي أصدرت الأمر، أو بالاستئناف للمحكمة الأعلى بإجراءات وقواعد استئناف الأحكام خلال أربعين يوماً من تاريخ فوات ميعاد التظلم، أو من تاريخ اعتبار التظلم كأن لم يكن، وله في أيهما الحق في طلب وقف التنفيذ بالتبعية (م206، 209 مرافعات مصري، art.1422-1424 N.C.P.C.F.). كما أنه يجوز طلب وقف التنفيذ بالتبعية لرفع دعوى أصلية ببطلان أمر الأداء، إذا شابته عيب يبطله بطلاناً لا يقبل التصحيح. وكذلك يجوز طلب وقف التنفيذ بالتبعية للطعن بالتماس إعادة النظر في أمر أداء نهائي عند توافر سبب للطعن بالالتماس فيه، كما لو صدر

(1) د. فتحي والي، المبسوط في قانون القضاء المدني علماً وعملاً، دار النهضة العربية بالقاهرة 2017م، ج 2، بند 251 و ما بعده، ص 774 وما بعدها. د. أحمد هندي، التنفيذ الجبري، بند 40، ص 117 وما بعدها.

-Ph. Hoonakker; Ency. Dalloz.; II; exécution Provisoire; N.16-18.

-J. Vincent et S. Guinchard; Procédure Civile; N. 927 ets.

-G. Couchez; Procédure Civile; éd. 1994; N. 291 et.

الأمر بناءً على ورقة حكم بتزويرها بعد انقضاء ميعاد التظلم. وكما يجوز طلب وقف التنفيذ بالتبعية للطعن بالنقض في أمر أداء عند توافر سبب للطعن بالنقض فيه، كما لو صدر الأمر نهائياً فاصلاً في نزاع على خلاف حكم سابق حائز لقوة الأمر المقضي (م249 مرافعات). وقد أجاز القانون الفرنسي الطعن بالمعارضة في أمر الأداء قبل وضع الصيغة التنفيذية عليه، أو لم يكن إعلانه قد تم لشخص المدين (art. 571; 1416 N.C.P.C.F.)، كما أجاز للغير الاعتراض عليه بطريق اعتراض الخارج على الخصومة المنصوص عليه في (art. 582 N.C.P.C.F)⁽¹⁾. وتتمتع محكمة التظلم بسلطة تقديرية حيال طلب الوقف، حتى لو توافرت شروطه. ويشترط للوقف تقديم طلب وقف تبغي للتظلم في نفس صحيفة التظلم، وذلك قبل تمام التنفيذ، وأن يخشى من التنفيذ وقوع ضرر جسيم. (art. 495-496 N.C.P.C.F)⁽²⁾.

(1) د. أحمد هندي، التنفيذ الجبري، بند 40، ص 117 وما بعدها. د. محمود الطناحي، الصورة التنفيذية، بند 63، ص 77. محمد سيد أحمد عبد القادر، النظرية العامة للأوامر في قانون المرافعات، دار النهضة العربية بالقاهرة 2003م، ص 528 وما بعدها.

-Ph. Hoonakker; Ency. Dalloz.; II; exécution Provisoire; N.16-18.

-J. Vincent et S. Guinchard; Procédure Civile; N. 927 ets.

-G. Couchez; Procédure Civile; éd. 1994; N. 291 et..

(2) د. أحمد محمد حشيش، نظرية القضاء الوقتي، بند 66، ص 105. د. عيد محمد القصاص، أصول التنفيذ الجبري، بند 122، ص 325-326.

ولأوامر الأداء تطبيقات في المسائل الاقتصادية، حيث نصّت (م3 من قانون إنشاء المحاكم الاقتصادية رقم 120 لسنة 2008م) على أن: "تعين الجمعية العمومية للمحكمة الاقتصادية، في بداية كل عام قضائي قاضيًا أو أكثر من قضاتها بدرجة رئيس بالمحاكم الابتدائية من الفئة (أ) على الأقل؛ ليحكم بصفة مؤقتة ومع عدم المساس بأصل الحق، في المسائل المستعجلة التي يخشي عليها من فوات الوقت، والتي تختص بها تلك المحكمة.

و يصدر القاضي المشار إليه في الفقرة الأولى الأوامر على عرائض و الأوامر الوقتية، و ذلك في المسائل التي تختص بها المحكمة الاقتصادية، كما يصدر- أيًا كانت قيمة الحق محل الطلب- أوامر أداء في تلك المسائل، وفي حالة امتناعه يحدد جلسة؛ لنظر الدَّعوى أمام إحدى الدوائر الابتدائية، أو الاستئنافية بالمحكمة، حسب الأحوال".

ويصدر عن القضاء أيضًا أوامر التقدير، وهو كالأمر على عريضة يتضمن قضاءً موضوعيًا بتقدير مبلغ من النقود مقابل خدمة قضائية معينة يلزم به المدين. وتتعدد أنواع أوامر التقدير وتختلف حالاتها بقواعد مختلفة بتعدد طبيعتها وتعدد مضمونها، ويمكن طلب وقف التنفيذ بالتبعية للتظلم منها، أو للطعن فيها؛ كأمر تقدير مصاريف الدَّعوى (م184: 190 مرافعات)، وأمر تقدير الرسوم القضائية

-Ph. Hoonakker; L'effet suspensif des voies de recours; thèse
Strasbourg1988; P. 48 ets.

(م16: 18 من قانون الرسوم القضائية رقم 90 لسنة 1944م)، وأمر تقدير أتعاب الخبير (م162:157 إثبات)، وأمر تقدير مصروفات الشهود (م92 إثبات)،...⁽¹⁾.

38- وقف التنفيذ من محكمة التظلم (تطبيق للأمر المعجل الصادر من النيابة

العامّة في منازعات الحياة): عندما يكون السند التنفيذي أمرًا قضائيًا نافذًا معجلًا، وغير قابل للاستئناف، وإنما قابل للتظلم منه، فإنه يجوز التظلم منه خلال الميعاد القانوني، ولا يترتب على تقديم التظلم منه وقف القوة التنفيذية، بل لا بد من طلب وقف القوة التنفيذية بالتبعية للتظلم منه من محكمة التظلم المختصة (وقف قضائي) مؤقتًا إلى حين الفصل في موضوع التظلم، وذلك قبل تمام التنفيذ، عندما يخشى وقوع ضرر جسيم من التنفيذ، وتكون أسباب التظلم يرجح معها إلغاؤه⁽²⁾.

وتطبيقًا لذلك فقد نصّت (م44 مكرر مرافعات) على أنه " يجب على النيابة العامة متى عرضت عليها منازعة من منازعات الحياة، مدنية كانت أو جنائية، أن تصدر فيها قرارًا وقتيًا مسببًا واجب التنفيذ فورًا بعد سماع أقوال أطراف النزاع وإجراء

(1) د. أحمد ماهر زغلول، أصول التنفيذ الجبري القضائي، بند 167 وما بعده، ص 362 وما بعدها. د. عيد محمد القصاص، أصول التنفيذ الجبري، بند 133 وما بعده، ص 327 وما بعدها. د. أسامة أحمد شوقي المليجي، بند 197 وما بعده، ص 229 وما بعدها. د. محمد سيد أحمد عبد القادر، النظرية العامة للأوامر، ص 566 وما بعدها.

(2) د. أحمد محمد أحمد حشيش، نظرية القضاء الوقتي في مصر، دار النهضة العربية بالقاهرة 2016م، بند 65، ص 104-105.

التحقيقات اللازمة، ويصدر القرار المشار إليه من عضو نيابة بدرجة رئيس نيابة على الأقل.

وعلى النيابة العامة إعلان هذا القرار لذوي الشأن خلال ثلاثة أيام من تاريخ صدوره.

وفي جميع الأحوال يكون التظلم من هذا القرار لكل ذي شأن أمام القاضي المختص بالأمور المستعجلة، بدعوى ترفع بالإجراءات المعتادة في ميعاد خمسة عشر يومًا من يوم إعلانه بالقرار، ويحكم القاضي في التظلم بحكم وقتي بتأييد القرار، أو بتعديله، أو بإلغائه، وله بناءً على طلب المتظلم أن يوقف تنفيذ القرار المتظلم منه إلى أن يفصل في التظلم".

ويُرفع هذا التظلم إلى قاضي الأمور المستعجلة المختصة (م45 مرافعات)، وبوصفه محكمة تظلم، وليس بوصفه محكمة تنفيذ، وبالتالي أجاز القانون للمتظلم أن يقدم أمام هذا القاضي طلبًا تبعيًا بوقف قوة الأمر المعجل التنفيذية، وذلك أمر لا تملكه محكمة التنفيذ، التي لا تملك سوى وقف إجراءات التنفيذ. ومن ثمَّ فلا يجوز تقديم هذا التظلم إلى محكمة التنفيذ، ولو كان لقاضي التنفيذ أن يفصل في المنازعات الوقتية بوصفه قاضيًا للأمور المستعجلة، وبالتالي لا يجوز رفع هذا التظلم بطريق إبدائه أمام معاون التنفيذ، ذلك أن (م3/44 مكرر مرافعات) قد نصت على أنه: " في جميع الأحوال يكون التظلم... بدعوى ترفع بالإجراءات المعتادة...".

فإذا رفع هذا التظلم إلى قاضي التنفيذ بدعوى وفقاً للإجراءات المعتادة، فإن عليه أن يقضي بعدم اختصاصه، والإحالة إلى قاضي الأمور المستعجلة المختص. أما إذا رفع هذا التظلم بطريق إبدائه أمام معاون التنفيذ، وكأنه إشكال، وقضى قاضي التنفيذ بعدم اختصاصه والإحالة، فإن على قاضي الأمور المستعجلة المختص أن يقضي بعدم جواز نظر هذا التظلم؛ لرفعه بغير الطريق الذي حدده القانون للتظلم⁽¹⁾.

وعلى ذلك فجميع منازعات الحيابة مدنية كانت أو جنائية، عقارية كانت أو منقولة، تعرض ابتداء على النيابة العامة. ويجب على هذه الأخيرة أن تصدر فيها قراراً وقتياً ومسبباً وواجب التنفيذ فوراً بعد سماع أقوال أطراف النزاع وإجراء التحقيقات اللازمة. وهذا القرار يصدر من عضو نيابة بدرجة رئيس نيابة على الأقل. ثم يعلن هذا القرار لذوي الشأن، أي للخصوم، خلال ثلاثة أيام من تاريخ صدوره. ولم يحدد المشرع جزاءً على مخالفة هذا الميعاد. ويستفاد من حكمه هذا النظام أن هذا الميعاد يمكن اعتباره من طائفة المواعيد التنظيمية التي لا يترتب أي جزاء على مخالفتها. وقرار النيابة العامة في مسائل الحيابة ليس نهائياً؛ لأنه قابل للتظلم منه أمام القاضي المختص بالأمور المستعجلة وفق (م45 مرافعات) ويتم التظلم بدعوى

(1) د. أحمد محمد أحمد حشيش، نظرية القضاء الوقي، بند 67، ص 106، 107. د. نبيل إسماعيل عمر، إشكالات التنفيذ الجبري، بند 68، ص 145 وما بعدها. د. أحمد هندي، التعليق على قانون المرافعات، ج 1، دار الجامعة الجديدة للنشر بالإسكندرية 2008م، م 44 مكرر، ص 882 وما بعدها. نقض مدني 2008/5/24م، طعن رقم 1810 لسنة 78 ق، المستحدث من المبادئ التي قررتها الدوائر المدنية في مواد المرافعات من يناير 2003م لغاية ديسمبر 2012م، ق 135، ص 151.

ترفع بالإجراءات المعتادة في ميعاد خمسة عشر يوماً من يوم إعلانه بالقرار. وهذا ميعاد سقوط يبدأ ليس من تاريخ صدور الأمر، إنما من تاريخ إعلانه. أما شمول الأمر بالنفاذ المعجل، فنحن نرى أنه يكون كذلك من تاريخ صدوره؛ لأن من لا يريد التظلم وحصل على صورة من الأمر قبل إعلانه يستطيع تنفيذه، وكذلك إذا أعلن ولم يرغب أحد في التظلم منه جاز الشروع في تنفيذه فوراً⁽¹⁾.

وعند التظلم أي عند رفعه، فلا أثر لذلك على القوة التنفيذية للقرار؛ بحيث يجوز الشروع في التنفيذ رغم التظلم بالفعل، أو رغم قابلية الأمر للتظلم منه. ويجوز أن يتم التنفيذ تماماً قبل رفع التظلم، أو أثناء نظره؛ لهذا أجاز القانون للمتظلم أن يطلب بطلب تابع للتظلم وقف التنفيذ مؤقتاً من محكمة التظلم؛ حتى يدرأ خطر تمام التنفيذ قبل الفصل في التظلم. ويرفع طلب وقف التنفيذ، وهو طلب بالحماية الوقتية بالتبعية لرفع التظلم، سواء تم رفعهما معاً أم لا، ويكون طلب وقف التنفيذ مستقلاً عن دعوى التظلم، بشرط أن ترفع الدعوى قبل رفع الطلب حتى وإن رفعت الدعوى بعد ذلك حيث لم ينص القانون على هذه الصورة، وحيث إن ذلك غير منطقي؛ لأن طلب وقف التنفيذ يستند في الغالب على الأسس التي تقوم عليها

(1) د. نبيل إسماعيل عمر، إشكالات التنفيذ، بند 68، ص 145 وما بعدها. د. أحمد هندي، التعليق، م 44 مكرر، ص 882 وما بعدها. خيرى كباش، نحو أسلوب موحد في تطبيق المادة 44 مكرر من قانون المرافعات، مجلة القضاة، س 25، ع 2، ص 247. نقض مدني 2008/5/24م، طعن رقم 1810 لسنة 78 ق، المستحدث من المبادئ التي قررتها الدوائر المدنية في مواد المرافعات من يناير 2003م لغاية ديسمبر 2012م، ق 135، ص 151.

دعوى التظلم من الأمر، وعلى ذلك ينبغي أن يسبق رفع الدعوى رفع التظلم، وإلا حكم بعدم قبول هذا الأخير⁽¹⁾.

ويتعين رفع التظلم في جميع الأحوال وفقاً للقواعد العامة في باب الطلبات العارضة، أي قبل قفل باب المرافعة في الدعوى الأصلية بالتظلم. ويجب أن يفصل في طلب الوقف قبل الفصل في طلب التظلم؛ لأن الحكمة من طلب الوقف هي الحصول على الحماية الوقتية اللازمة لحماية أصل الحق الذي يُحمى بدعوى التظلم من الأمر الصادر من النيابة العامة. ويفصل قاضي الأمور المستعجلة في التظلم متبعاً أسلوب القاضي المستعجل، وذلك بحكم وقته بتأييد القرار الصادر من النيابة العامة، أو بتعديله، أو بإلغائه، وهذا الحكم باعتباره صادراً من قاضي الأمور المستعجلة. ويكون هو أيضاً مشمولاً بالنفاذ المُعجل بقوة القانون، وقابلاً للاستئناف في جميع الأحوال ويكون استئنافه أمام المحكمة الابتدائية بهيئة استئنافية. وهذا الحكم لا يجوز الطعن فيه وفق (م248 مرافعات) ومع ذلك يجوز الطعن فيه بهذا الطريق وفق (م249 مرافعات). والحكم الصادر بوقف التنفيذ مؤقتاً الصادر من

(1) د. نبيل إسماعيل عمر، إشكالات التنفيذ الجبري، بند 68، ص 145 وما بعدها. د. أحمد هندي، التعليق، م 44 مكرر، ص 882 وما بعدها. د. محمود الطناحي، الصورة التنفيذية، بند 83، ص 103 وما بعدها. خيرى كباش، نحو أسلوب موحد في تطبيق المادة 44 مكرر من قانون المرافعات، مجلة القضاة، س 25، ع 2، ص 247. سيف النصر سليمان، مرجع القاضي والمتقاضي في الحياة، دار محمود للنشر والتوزيع، 1996م، ص 27 وما بعدها. نقض مدني 2008/5/24م، طعن رقم 1810 لسنة 78 ق، المستحدث من المبادئ التي قررتها الدوائر المدنية في مواد المرافعات من يناير 2003م لغاية ديسمبر 2012م، ق 135، ص 151.

قاضي الأمور المستعجلة، في الطلب الذي رفع إليه بالتبع للتظلم من قرار النيابة لا يقبل الطعن فيه على استقلال وفق (م212 مرافعات) حيث إنه ليس حكماً بوقف الدعوى، بل بوقف إجراءات التنفيذ ، كما لا يجوز الطعن فيه على استقلال مباشرة، وقبل الحكم في التظلم أنه غير قابل للتنفيذ الجبري فهو حكم مُنْشِئٌ لحالة وقف لم تكن قائمة من قبل، وليست له قوة تنفيذية بل له قوة في النفاذ ترتب الأثر الذي ناط بها القانون ترتيبه وهو وقف التنفيذ الجبري، وبالتالي فلا يعتبر من طائفة الأحكام الصادرة قبل الفصل في الموضوع، ولا تنتهي بها الخصومة كلها إذا كان قابلاً للتنفيذ الجبري، فهو كما سبق غير قابل للتنفيذ الجبري⁽¹⁾.

39- وقف القوة التنفيذية لحكم التحكيم: التحكيم وسيلة بديلة عن قضاء الدولة؛ لفض المنازعات يلجأ إليه الأطراف باتفاق مكتوب؛ لتسوية كل أو بعض المنازعات التي نشأت - بشرط تحكيم - أو يمكن أن تنشأ بينهما - بمشاركة تحكيم - بمناسبة علاقة قانونية معينة عقدية كانت أو غير عقدية (م10 تحكيم).

ويتمتع حكم التحكيم بحجية وقوة الأمر المقضي (م 55 تحكيم)، ويستنفذ ولاية المحكم فور صدوره وإن كان يقبل الطعن فيه بالبطلان، ولكنه لا يعتبر سنداً تنفيذياً، ولا يتمتع بالقوة التنفيذية إلا بعد إيداعه قلم كتاب المحكمة وصدور أمر بتنفيذه، ووضع الصيغة التنفيذية عليه، وفوات ميعاد دَعْوَى البطلان تسعين يوماً من إعلانها، وطلب تنفيذه. وذلك بإجراءات استصدار أمر بتنفيذه من رئيس

(1) الإشارة السابقة.

المحكمة المختصة أصلاً بنظر النزاع أو من يندبه من قضاؤها (م9، م56 تحكيم) في التحكيم الوطني، أو من رئيس محكمة استئناف القاهرة، أو من يندبه من قضااتها، ما لم يتفق الطرفان على محكمة استئناف أخرى في التحكيم الدولي (م9، م56 تحكيم)، أو من رئيس الدائرة الابتدائية بالمحكمة الاقتصادية في تحكيم المنازعات الاقتصادية. أو بالإجراءات المعتادة لرفع دعوى أمام المحكمة الابتدائية، التي يراد تنفيذ السند الأجنبي (الأحكام والأوامر الأجنبية) في دائرتها بشرط المعاملة بالمثل (م296-300 مرافعات)، علماً بأن حكم التحكيم يقبل التنفيذ الاختياري حتى من دون إصدار أمر بتنفيذه⁽¹⁾.

ويحوز حكم التحكيم حجية وقوة الأمر المقضي منذ صدوره، وصفة الورقة الرسمية، ويكون له جميع آثار الحكم القضائي، حتى ولو لم يكن قد صدر أمر بتنفيذه؛ لأن صدور أمر التنفيذ يتطلب من أجل التنفيذ، وليس من أجل قوة الإثبات، ويبقى حكم التحكيم لا يسقط إلا بمرور 15 سنة من تاريخ صدوره في القانون المصري، يبقى

(1) د. أحمد هندي، التحكيم "دراسة إجرائية"، دار الجامعة الجديدة للنشر بالإسكندرية 2016م، بند 29-30، ص 118 وما بعدها؛ التنفيذ الجبري، بند 41 وما بعده، ص 121 وما بعدها؛ تنفيذ أحكام التحكيم الوطنية والأجنبية، دار الجامعة الجديدة للنشر بالإسكندرية 2015م، ص 114 وما بعدها. د. أحمد محمد حشيش، نظرية القضاء الوقفي، بند 83، ص 131 وما بعدها؛ القوة التنفيذية لحكم التحكيم، بند 58، ص 117. د. الأنصاري حسن النيداني، تنفيذ أحكام التحكيم، ط 1، 2014م، ص 172 وما بعدها. نقض مدني 2005/1/10م، طعن رقم 966 لسنة 73 ق، المستحدث، ق 91، ص 113. نقض مدني 2015/4/6م، طعن رقم 15912 لسنة 76 ق، موقع محكمة النقض: <http://www.cc.gov.eg/Madany.aspx>

خلالها صالحًا للتنفيذ الجبري. وقد علق المشرع نشاط القوة التنفيذية لحكم التحكيم الوطني، أم الأجنبي على صدور أمر بتنفيذه من قضاء الدولة؛ وذلك لمراقبة عمل المحكم قبل تنفيذ حكمه دون مراجعته؛ لأنه لا يعد طعنًا، أي أن أمر التنفيذ لازم لنشاط القوة التنفيذية، ووضع الصيغة التنفيذية عليه. ويعد حكم التحكيم سندًا تنفيذيًا متى كان صادرًا بالزام، ولا يقبل الطعن فيه بالاستئناف، ولا بالتماس إعادة النظر، ولا بالنقض، بل يقبل الطعن فيه بدعوى بطلان أصلية في القانون المصري، وتختص محكمة دعوى بطلانه بطلب وقف تنفيذه بالتبعية لدعوى البطلان، متى كان مبنياً على أسباب جدية ومرجح إلغاؤه (م 57 تحكيم). وكذلك قد يطلب وقف تنفيذ حكم التحكيم بحكم قضائي (وقف قضائي) بالتبعية للتظلم من الأمر بتنفيذه (م 292 مرافعات)، وكما يمكن وقف تنفيذه بإشكال وقتي في تنفيذ حكم التحكيم طبقاً للقواعد العامة أمام قاضي التنفيذ (م 312 مرافعات)⁽¹⁾. وقد تستدعي الضرورة تنفيذ حكم التحكيم تنفيذًا معجلًا كما هو الحال في الحكم القضائي، وذلك في القوانين التي تجيز الطعن فيه بالاستئناف، فالنقض المُعَجَّل لحكم التحكيم يعتبر من متطلبات العدالة التحكيمية، ومن الفعالية المطلوبة في عالم

(1) د. فتحي والي، كتابات في القضاء المدني والتحكيم (بحوث وتعليقات)، دار النهضة العربية بالقاهرة 2015م، دور القاضي في منح القوة التنفيذية لأحكام التحكيم، ص 642 وما بعدها. د. أمينة النمر، قوانين المرافعات، الكتاب الثالث، بند 139، ص 208. د. أحمد هندي، التحكيم، بند 29-30، ص 118 وما بعدها؛ التنفيذ الجبري، بند 44، ص 132 وما بعدها. د. أحمد محمد أحمد حشيش، القوة التنفيذية لحكم التحكيم، بند 15، ص 35 وما بعدها. د. الأنصاري حسن النيداني، تنفيذ أحكام التحكيم، ص 172 وما بعدها.

التجارة والاقتصاد، كما قد تكون هناك ضرورة لوقف تنفيذ حكم التحكيم قبل انتظار حكم من محكمة الطعن، وذلك في قوانين الدولة التي تُجيز الطعن في حكم التحكيم، وتعامل حكم التحكيم كحكم أول درجة. وتطبق على حكم التحكيم القواعد المتعلقة بالتنفيذ المعجل للأحكام القضائية (art. 1479.N.C.P.C.F.)، فالمحكم قاضٍ حقيقي يستطيع أن يمنح مهلة ويأمر بالإنفاذ المعجل، ولا يستطيع القاضي الأمر بالتنفيذ أن يشمل حكم التحكيم بالإنفاذ المعجل، ولا أن يقطع منه حكماً يتعلق بالإنفاذ المعجل. وكما قد تدعو الضرورة الرئيس الأول لمحكمة الاستئناف عند الطعن بالاستئناف فيه، أو محكمة دعوى بطلانه لوقف تنفيذ حكم التحكيم عند نظر الطعن⁽¹⁾.

(1) –Ph. Hoonakker; L'arrêt L'exécution Provisoire de droit; D. 2004;N. 32; doct.; P. 2314.

–J.Vencent et S.Guinchard; Procédure Civile; N. 1681; P. 1014.

–Guy Horsmans; Propos insolites sur L'efficacité arbitrale ; Gaz. Pal. 2004; N.140–141;doct.;P. 5.

–Orscheidt; octroi et arrêt de l'exécution Provisoire des sentences arbitrales ; Rév. arb. 2004; P. 9.

–Lyon; 18 déc.1979; Gaz. Pal.1980; II; Somm; P. 382.

–Aix–en–Provence; 23 Janv.2004; Gaz. Pal. 2004; N. 93–94; II; Somm; P. 8.

أما في القانون المصري: فإن حكم التحكيم يحوز حجية وقوة الأمر المقضي، ويكون واجب النفاذ منذ صدوره، ولا يقبل الطعن فيه بأي طريق من طرق الطعن في الأحكام؛ ولذا فلا توجد حاجة اللجوء إلى نظام النفاذ المعجل ما دام حكم التحكيم يصدر قابلاً للتنفيذ الجبري (م1/52، م55، م57 تحكيم)؛ وذلك لتمتع حكم التحكيم بميزة التنفيذ الفوري في القانون المصري؛ نتيجة تَبَنِّي المشرع لاتجاه منع قيام الأثر الواقف للطعن في حكم التحكيم، إلا أنه يمكن الأمر بوقف التنفيذ؛ لأسباب جدية من محكمة دَعَوَى بطلانه بحماية وقتية مؤقتة لحين الفصل في دعوى بطلانه، بناءً على طلب مُدَّعي البطلان في صحيفة دعوى البطلان. كما يمكن وقف القوة التنفيذية لحكم التحكيم، عندما توقف القوة التنفيذية لأمر التنفيذ، سواء أمام المحكمة التي تنظر التظلم، أم وقف التنفيذ الذي يحكم به قضاء الاستئناف، الذي ينظر الطعن في القرار الصادر في التظلم من قرار أمر التنفيذ⁽¹⁾.

(1) د. فتحي والي، التحكيم في المنازعات الوطنية والتجارية الدولية علماً وعملاً، ط 1، منشأة المعارف بالإسكندرية 2014م، بند 337، ص 611 وما بعدها؛ بند 346، ص 630-631. د. أحمد هندي، التحكيم، بند 69، ص 285 وما بعدها. د. أحمد ماهر زغلول، أصول التنفيذ، بند 119، ص 250. د. محمود الطناحي، بطلان التنفيذ الجبري وآثاره، ط 1، دار النهضة العربية بالقاهرة 2008م، بند 20، ص 19. د. رأفت محمد رشيد ميقاتي، تنفيذ أحكام المحكمين الوطنية، رسالة دكتوراه، حقوق القاهرة 1995م، بند 35 وما بعده، ص 83 وما بعده. نقض مدني، طعن رقم 2690 لسنة 57 ق، مج، س 54، ج 1، ص 1295.

ويجوز وقف تنفيذ حكم التحكيم من محكمة الطعن بالتبعية لدَعْوَى بطلانه بمقتضى (م57 تحكيم) التي نصّت على أنه: " لا يترتب على رفع دعوى البطلان وقف تنفيذ الحكم، ومع ذلك يجوز للمحكمة أن تأمر بوقف التنفيذ إذا طلب المُدَّعي ذلك في صحيفة الدَّعْوَى، وكان الطلبُ مبنياً على أسباب جدية...". وعلى ذلك يجوز وقف تنفيذ حكم التحكيم برفع دعوى بطلانه، خلال ميعاد رفع دعوى بطلانه بالتبعية لصحيفة الطعن بالبطلان، بشرط أن يكون الطلب مبنياً على أسباب جدية، ويخضع ذلك لتقدير محكمة الطعن بالبطلان، بما يحقق توازن المصالح بين مصلحة المحكوم له، ومصحة المحكوم عليه. ويمكن للمحكمة أن تفرض ضمناً مالياً، أي: كفالة شخصية، أو عينية؛ لتعويض المدعى عليه في دعوى البطلان عن الأضرار التي قد تصيبه من وقف التنفيذ. وعلى ذلك يشترط لوقف التنفيذ من محكمة البطلان: تقديم طلب وقف التنفيذ في صحيفة دعوى البطلان قبل تمام التنفيذ، مبنياً على أسباب جدية، ومرجح إلغاء الحكم المطعون ببطلانه، ويخشى وقوع ضرر جسيم؛ نتيجة التنفيذ (م57 تحكيم)⁽¹⁾.

(1) د. وجدي راغب، النظرية العامة للتنفيذ القضائي، ص 136. د. أحمد ماهر زغلول، أصول التنفيذ، بند 112، ص 233. د. عيد محمد القصاص، قانون التحكيم في المنازعات المدنية والتجارية الدولية والداخلية، ط 1، 2015م، بند 219، ص 607-609. د. عماد مصطفى قميناس، سلطة القاضي، ص 507 وما بعدها. د. رأفت رشيد ميقاتي، تنفيذ أحكام التحكيم الوطنية، رسالة دكتوراه، حقوق القاهرة، 1996م، ص 240. د. الأنصاري حسن النيداني، تنفيذ أحكام التحكيم، ص 172 وما بعدها. د. أسامة أحمد شوقي المليجي، الإجراءات المدنية للتنفيذ

40- وقف القوة التنفيذية للقرارات الصادرة من الهيئات ذات الاختصاص القضائي: تكون العبرة فيما يتعلق بوقف التنفيذ الجبري للقرار الصادر من هيئة ذات اختصاص قضائي بالقواعد المقررة قانونيًا في شأن هذا القرار. وتفرعًا على هذا، لا يتسنى القول بأن المحكمة الاستئنافية التي تنتظر الاستئناف عن القرار الصادر من مجلس نقابة المحامين بتقدير أتعاب المحامي وفقًا لنص (م110 محاماة) يجوز لها الحكم بوقف التنفيذ وفقًا لنص (م292 مرافعات)؛ لأن القرار المذكور لا يكون مشمولًا بالتنفيذ المعجل ولا يكون قابلاً للتنفيذ قبل أن يصير نهائيًا (م4/111 محاماة). كما لا يتسنى القول بأن التنفيذ العادي للقرار المذكور يقف من محكمة النقض، أو التماس إعادة النظر؛ لأنه لا يكون جائزًا الطعن فيه بأيهما باعتبارهما طرُقًا للطعن في الأحكام، وهو ليس منها⁽¹⁾.

41- وقف التنفيذ بإشكالٍ وقتيٍّ أوّلٍ أمام قاضي التنفيذ (م312 مرافعات): الإشكالات التنفيذية الوقتية هي منازعات تنفيذ وقتية مستعجلة بطلب طالب التنفيذ الاستمرار فيه (الإشكال العكسي)، أو بطلب المنفّذ ضده وقف التنفيذ مؤقتًا لحين الفصل في نزاع الحق الموضوعي، مبناها وقائع وأسباب لاحقة على صدور

الجبري، بند 188، ص 216-217. نقض مدني 21 / 1 / 2016م، الطعن رقم 5162 لسنة 79 ق، موقع محكمة النقض المصرية: <http://www.cc.gov.eg/Madany.aspx>

(1) د. أمينة النمر، قوانين المرافعات، الكتاب الثالث، بند 140، ص 209. د. أحمد هندي، التنفيذ الجبري، بند 44، ص 132 وما بعدها. د. طلعت دويدار، النظرية العامة للتنفيذ الجبري، ص 107-108.

الحكم لا سابقة عليه؛ لعدم المساس بحججته، تطبيقاً للسياسة التشريعية العامة في قانون المرافعات القائمة على التوفيق بين المصالح المتعارضة؛ مصلحة المحكوم له الدائن طالب التنفيذ، ومصلحة المحكوم عليه المدين المنفذ ضده، وتغليب المصلحة الأولى بالرعاية. وذلك بعد توافر الشروط القانونية العامة والخاصة، والتي تَطَلَّبُها الفقه والقضاء للدَّعْوَى المستعجلة من: المصلحة، والصفة، والاستعجال، ووقتيّة الطلب، ورجحان وجود الحق، ورفع الإشكال قبل تمام التنفيذ، وعدم المساس بأصل الحق...، وإلا حكم برفض وعدم قبول الإشكال⁽¹⁾.

القاعدة العامة: هي اختصاص قاضي التنفيذ دون غيره بالفصل في جميع منازعات التنفيذ الوقتية والموضوعية أيًا كانت قيمتها، وهو اختصاص نوعي متعلق بالنظام العام. ويفصل قاضي التنفيذ في منازعات التنفيذ الوقتية بوصفه قاضيًا للأمور المستعجلة (م275 مرافعات مستبدلة بالقانون رقم 76 لسنة 2007م). وتستأنف أحكام قاضي التنفيذ في المنازعات الوقتية والموضوعية، أيًا كانت قيمتها إلى المحكمة الابتدائية (م277 مرافعات معدلة بالقانون رقم 76 لسنة 2007م). والعبرة بالتكييف القانوني الصحيح للمنازعة لا بما يراه الخصوم، بل بما يراه

(1) د. أحمد هندي، التنفيذ الجبري، بند 198 وما بعده، ص 545 وما بعدها. د. أسامة المليجي، الإجراءات المدنية للتنفيذ الجبري، بند 639 وما بعده، ص 802 وما بعدها. د. طلعت دويدار، النظرية العامة للتنفيذ الجبري، ص 200 وما بعدها. د. الأنصاري النيداني، مبادئ التنفيذ الجبري، ص 353 وما بعدها. د. وجدي راغب فهمي، نحو فكرة عامة للقضاء الوقي في قانون المرافعات، مجلة العلوم القانونية والاقتصادية، حقوق عين شمس، س 15، ع 1، 1973م، ص 1 وما بعدها. نقض مدني 1966/11/10م، مج، س 17، ق 237، ص 1673.

القاضي، فقاضي التنفيذ: هو المختص بتكييف منازعة التنفيذ المعروضة عليه، وهو غير مقيد بتكييف الخصوم لها، والتكييف مسألة قانونية يخضع فيها لرقابة محكمة النقض؛ لأن تطبيق القانون على وجهه الصحيح لا يحتاج إلى طلب الخصوم، بل هو واجب على القاضي الذي عليه من تلقاء نفسه أن يبحث عن الحكم القانوني المنطبق على الوقائع المطروحة عليه، وأن ينزل عليها هذا الحكم أيًا ما كانت الحجج القانونية التي يستند إليها الخصوم في تأييد طلباتهم، أو دفاعهم⁽¹⁾.

إشكالات التنفيذ الموضوعية: هي دعاوى قانونية متعلقة بالتنفيذ يرفعها أحد أطراف التنفيذ، أو الغير؛ للحصول على حكم يحسم النزاع في أصل الحق الموضوعي.

(1) د. عزمي عبد الفتاح عطية، نظام قاضي التنفيذ، رسالة دكتوراه، حقوق عين شمس 1978م، ص 244. د. محمد محمود إبراهيم، النظرية العامة للتكييف القانوني للدعوى في قانون المرافعات، 1982م، ص 412 وما بعدها. د. عيد محمد القصاص، أصول التنفيذ الجبري، بند 364، ص 786 وما بعدها. نقض مدني 2009/11/9م، طعن رقم 11779 لسنة 78 ق، المستحدث من المبادئ التي قررتها الدوائر المدنية في مواد المرافعات من يناير 2003م لغاية ديسمبر 2012م، ق 94، ص 116. مدني 2011/6/13م، طعن رقم 8877 لسنة 64 ق، المستحدث من المبادئ التي قررتها الدوائر المدنية في مواد المرافعات من يناير 2003م لغاية ديسمبر 2012م، ق 47، ص 72. نقض مدني 2017/6/21م، طعن رقم 10976 لسنة 84ق؛ نقض مدني 2017/5/14م، طعن رقم 2747 لسنة 74ق؛ نقض مدني 2017/2/4م، طعن رقم 8321 لسنة 85ق، موقع محكمة النقض:

http://www.cc.gov.eg/Courts/Cassation_Court/Civil/Cassation_Court_Civil.aspx

وتوجه منازعات التنفيذ الموضوعية إلى أركان التنفيذ وإجراءاته بهدف ادعاء صحة أو بطلان التنفيذ، أي قانونية أو عدم قانونية التنفيذ. والأصل ألا يترتب على مجرد رفع تلك المنازعات الموضوعية أي أثر موقف للتنفيذ بقوة القانون باستثناء دعوى استرداد المنقولات المحجوزة⁽¹⁾.

وإشكالات التنفيذ الوقتية: هي دعوى وقتية مستعجلة لا تَمَسُّ أصل الحق، ترمي إلى وقف التنفيذ مؤقتاً، أو الاستمرار فيه مؤقتاً، لحين الفصل في موضوع المنازعة أساس الإشكال؛ لسبب لاحق على صدور الحكم لإسابقٍ عليه؛ لعدم المساس بحجبيته، وسواء كان التنفيذ مباشراً أم بطريق الحجز والبيع. وذلك في جميع صور التنفيذ الجبري ومراحله، سواء ما تعلق منها بتنفيذ الأحكام الجنائية (م524 إجراءات جنائية مصرية معدلة بالقانون رقم 17 لسنة 1981م)، أم تنفيذ الأحكام الإدارية، أم الصادرة من هيئات إدارية ذات اختصاص القضائي⁽²⁾.

(1) د. نبيل عمر، الوسيط في التنفيذ الجبري، ص 157. د. أحمد هندي، التنفيذ الجبري، بند 198 وما بعده، ص 545 وما بعدها. د. عيد محمد القصاص، أصول التنفيذ الجبري، بند 376 وما بعده، ص 815 وما بعدها. د. محمود مصطفى يونس، المرجع في قانون إجراءات التنفيذ الجبري، بند 413، ص 735.

(2) د. نبيل عمر، الوسيط في التنفيذ الجبري، ص 157. د. محمود مصطفى يونس، المرجع في قانون إجراءات التنفيذ الجبري، بند 403، ص 721 وما بعدها. د. عيد محمد القصاص، أصول التنفيذ الجبري، بند 369، ص 803-804. د. أسامة المليجي، الإجراءات المدنية للتنفيذ الجبري، بند 639 وما بعده، ص 802 وما بعدها.

ويختص قاضي التنفيذ بنظر منازعات التنفيذ الوقتية كقاضي أمور مستعجلة. ومجرد رفع الإشكال الوتقي الأول في تنفيذ معين، وأياً كان أسلوب رفعه، سواء رفع بإبدائه شفويًا أمام معاون التنفيذ وإثباته في محضر، أو بصحيفة دعوى تودع قلم كتاب محكمة التنفيذ المختصة بالإجراءات المعتادة للدعاوى المستعجلة، فإنه يترتب على رفعه وقف التنفيذ بقوة القانون أي تعطيل إجراءات التنفيذ نفسها دون المساس بالقوة التنفيذية للحكم (الأثر الفوري الواقف للإشكال الأول)؛ لذا يطلق عليها عوارض تنفيذية، كما يترتب على رفع أول إشكال يرفعه الطرف الملتزم بالسند التنفيذي، الذي لم يتم اختصاصه في إشكال سابق وقف التنفيذ بقوة القانون أيًا كان أسلوب رفعه. وأن أيَّ إشكالٍ ووتقي يرفع بعد هذه الإشكالات لا يكون لرفعه أيُّ أثر في وقف التنفيذ (م312 مرافعات). وأن الإشكال الذي يرفض يجوز إعادة رفعه مرة ثانية إذا تغيرت الظروف⁽¹⁾.

وعلى الرغم من وقف التنفيذ بقوة القانون بمجرد رفع الإشكال الوتقي الأول، إلا أن القوة التنفيذية للسند التنفيذي أيًا كان نوعه تظل قائمة ونشطة، ويكون صالحًا لاتخاذ أية إجراءات تحفظية كتعيين حارس، وبمجرد زوال الوقف يعود التنفيذ إلى الحركة من النقطة التي كان قد توقف عندها من قبل. ورفع الإشكال

(1) د. نبيل عمر، الوسيط في التنفيذ الجبري، ص 155 وما بعدها. د. سيد أحمد محمود، أصول التنفيذ الجبري، ص 327 هامش (1). د. عيد محمد القصاص، أصول التنفيذ الجبري، بند 376 وما بعده، ص 815 وما بعدها. د. محمود مصطفى يونس، المرجع في قانون إجراءات التنفيذ الجبري، بند 403 وما بعده، ص 721 وما بعدها.

الوقتي الأول لا يؤثر على قابلية الحكم للطعن فيه بطرق الطعن القانونية وطلب وقف التنفيذ من محكمة الطعن بالتبعية للطعن. وعلى ذلك فضمانة وقف التنفيذ أمام قاضي التنفيذ هي ضمانة هشة بوقف التنفيذ مؤقتاً يبقى ببقاء أسبابه، ويزول بزوالها أو تغييرها، ويعود للحركة مرة ثانية بالإجراءات الخاصة، فهو حكم مبنئ على وقائع متغيرة، ويتغير بتغير الظروف، ويجوز العدول عنه إذا تغيرت الظروف؛ لأنه لا يؤثر في القوة التنفيذية للسند التنفيذي. بينما وقف التنفيذ من محكمة الطعن لا يمكن زواله إلا بالحكم في موضوع الطعن؛ لأن الأمر متعلق بسند تنفيذي توقفت قوته التنفيذية مؤقتاً. وإذا تغيب الخصوم وحكم قاضي التنفيذ بشطب الإشكال، زال الأثر الواقف للتنفيذ المترتب على رفع الإشكال الأول؛ حتى لا يظل التنفيذ موقوفاً بسبب إشكال لم يهتم الخصوم بالحضور فيه فحكم بشطبه (م314، م82 مرافعات)⁽¹⁾.

ويحكم قاضي التنفيذ كقاضي أمور مستعجلة في الإشكال الوقي ببحث سطحي ظاهري للأوراق والمستندات، ودون المساس بأصل الحق *Sans Prejudice au fond* ، بحكم وقتي مستعجل يحوز حجية مؤقتة مقترنة ببقاء الظروف، التي صدر فيها الحكم على حالها كما هي، وليس له حجية أمام محكمة الموضوع. وإذا خسر المستشكل دعواه جاز الحكم عليه بغرامة لا تقل عن مائتي جنيه، ولا تزيد

(1) د. أحمد هندي، التنفيذ الجبري، بند 198 وما بعده، ص 545 وما بعدها. د. طلعت دويدار، النظرية العامة للتنفيذ الجبري، ص 200 وما بعدها. د. الأنصاري النيداني، مبادئ التنفيذ الجبري، ص 353 وما بعدها.

على ثمانمائة جنيه، وذلك مع عدم الإخلال بالتعويضات إن كان لها وجه بمقتضى نص (م315 مرافعات)، والتي تم تعديل قيمة الغرامة فيها بالقانون رقم 23 لسنة 1992م، ثم بالقانون رقم 18 لسنة 1999م، وأخيراً بالقانون رقم 76 لسنة 2007م؛ لرغبة المشرع الملحّة في الحدّ من إشكالات التنفيذ التعسفية الكيدية⁽¹⁾.

وبعد أن انتهينا من دراسة الفصل الأول (مفهوم وقف القوة التنفيذية ونطاقه) على النحو السابق، ننتقل الآن إلى دراسة الفصل الثاني (إجراءات وقف القوة التنفيذية وآثاره) على النحو التالي:

(1) د. أحمد هندي، التنفيذ الجبري، بند 198 وما بعده، ص 545 وما بعدها. د. أسامة المليجي، الإجراءات المدنية للتنفيذ الجبري، بند 639 وما بعده، ص 802 وما بعدها. د. طلعت دويدار، النظرية العامة للتنفيذ الجبري، ص 200 وما بعدها. د. الأنصاري النيداني، مبادئ التنفيذ الجبري، ص 353 وما بعدها. نقض مدني 1995/1/5م، مج، س 46، ج1، ق 21، ص 93.

الفصل الثاني

خصومة وقف القوة التنفيذية والحكم فيها

42 . تمهيدٌ وتقسيمٌ: الأصل وفقاً لمبدأ التبعية بين الطعن والوقف، أن أطراف طلب الوقف هم ذات أطراف الطعن الذين كانوا أطرافاً في الخصومة الأصلية التي صدر فيها الحكم المطعون فيه، أي أنه لا يكتسب صفة الطرف في طلب الوقف إلا مَنْ كان طرفاً في الطعن وبذات الصفة. ويشترط تقديم طلب الوقف بالتبعية للطعن أو التظلم، ويترتب على سقوط الحق في الطعن، أو التظلم سقوط الحق في طلب وقف التنفيذ. وينعقد الاختصاص القضائي لمحكمة الطعن أو التظلم. ويبدأ دور محكمة الطعن أو التظلم في فحص ظاهري وتحقيق طلب وقف القوة التنفيذية وصولاً للقضاء به، أو رفضه بنظرة أولية من ظاهر الأوراق دون مساس بأصل الحق؛ لبحث الجدية والاستعجال من خلال الأسباب التي بنى عليها الطاعن طلب وقف التنفيذ من أسباب الطعن، أو التظلم؛ لتتسلسل مدى ترجيح إلغاء الأمر أو الحكم المطعون فيه المطلوب وقف تنفيذه من عدمه، ومنحه الحماية الوقتية من عدمه، وذلك بعد مُضيِّ طلب الوقف بمراحل نظره، بما أبداه الخصوم من إيضاحات وأدلة؛ ليصدر حكم مؤقت وقتي مستعجل بشأنه لحين الفصل في موضوع الطعن أو التظلم⁽¹⁾.

(1) د. نبيل عمر، التنفيذ الجبري، بند 47-48، ص 42-45.

ويُعدُّ نظام وقف التنفيذ وليدَ النقاءِ مصلحتين متقابلتين، يسعى إلى التوفيق بينهما، خاصة وأن سلطة الحكم به موزعة بين قضائين مختلفين هما: قاضي التنفيذ، ومحاكم الطعن أو التظلم. والأصل أن طلب وقف القوة التنفيذية لا يعني إلغاء السند التنفيذي، فالإلغاء التنفيذ يُعدُّ أمرًا متصورًا رغم بقاء سنده قائمًا، وذلك عند بطلان العملية التنفيذية لسبب ذاتي فيها، فالوقف مجاله المستقبل، بينما الإلغاء يعمل في الماضي، وأن حكم وقف التنفيذ يَسْرِي على ما لم يكن قد تم قبل صدوره من إجراءات تنفيذية، أمّا ما تم فلا يتصور وقفه، وإنما إلغاؤه. ولا يمنع القانون صاحب الحق المقرّر بمقتضى سندٍ تنفيذي من اتخاذ إجراءات التنفيذ، لمجرد تقدم المُنفِّذِ ضده بطلب وقف التنفيذ. فالامتناع عن التنفيذ لا يكون إلا بحكم بوقف التنفيذ. ومما لا شك فيه أن السند التنفيذي، وإن كان يتضمن تأكيدًا قانونيًا لوجود حقٍّ موضوعيٍّ، جدير بالحماية التنفيذية، إلا أنه ليس بالضرورة أن يكون محصنًا ضد الإلغاء أو القضاء بتعطيل القوة التنفيذية؛ لذلك السند مؤقتًا فيصبح عاجزًا عن التنفيذ⁽¹⁾.

وينظر طلب الوقف من ذات الدائرة التي تنتظر الطعن؛ لأنها الأقدر من غيرها على تقييم الموقف، بحسب أسباب الطعن، ومدى ترجيح إلغاء الحكم. ولمحكمة الطعن أو التظلم الحكمُ بوقف التنفيذ كله، أو بوقف تنفيذ جزء من الحكم فقط، ولها أن تأمر بالكفالة حينما تقضي بوقف التنفيذ أو باستمراره. والحكم الصادر بالوقف

(1) د. وائل البشل، التنفيذ العكسي، ص 167.

من محكمة الطعن: هو حكم وقتي مستعجل لا يقيدھا عند الفصل في موضوع الطعن؛ لاختلاف الأمرين موضوعاً وسبباً، كما أنه يجوز الطعن فيه فور صدوره⁽¹⁾.

وبناءً على ذلك نتناول الفصل الثاني (خصوصة وقف القوة التنفيذية والحكم فيها) في مبحثين على النحو التالي:

المبحث الأول: إجراءات طلب وقف القوة التنفيذية وشروطه.

المبحث الثاني: الحكم في طلب وقف القوة التنفيذية وآثاره.

وذلك بالتفصيل المناسب على الوجه التالي.

(1) د. نبيل عمر، التنفيذ الجبري، بند 67، ص 56.

المبحث الأول

إجراءات طلب وقف القوة التنفيذية وشروطه

43- تمهيد وتقسيم: نتناول في هذا المبحث: أطراف خصومة طلب وقف القوة التنفيذية، ووجوب طلب وقف القوة التنفيذية من المدين المنفذ ضده (الطاعن أو المتظلم)، و الذاتية الخاصة لطلب وقف القوة التنفيذية رغم تبعيته للطعن أو التظلم، و تقديم طلب لتحديد جلسة نظر طلب وقف القوة التنفيذية إلى رئيس محكمة النقض، المحكمة المختصة بنظر طلب وقف القوة التنفيذية.

ونتناول الشروط العامة لقبول طلب وقف القوة التنفيذية؛ كالمصلحة، والصفة، والميعاد. ثم نتناول الشروط الخاصة لقبول طلب وقف القوة التنفيذية من محكمة الطعن أو التظلم؛ كوجوب تقديم طلب وقف القوة التنفيذية لمحكمة الطعن أو التظلم قبل تمام التنفيذ الجبري، وجوب اقتران وتعاصر وتبعية طلب وقف القوة التنفيذية للطعن أو للتظلم:

وعلي ذلك نتناول هذا المبحث في مطلبين هما:

المطلب الأول: طلب وقف القوة التنفيذية.

المطلب الثاني: شروط طلب وقف القوة التنفيذية.

وذلك بالتفصيل المناسب على النحو الآتي:

المطلب الأول

طلب وقف القوة التنفيذية

44- أطراف خصومة طلب وقف القوة التنفيذية: لا يجوز أن يختصم في الطعن إلا من كان خصماً في النزاع الذي فصل فيه الحكم المطعون فيه، ويفرض مبدأ التبعية بين الطعن والوقف أن أطراف طلب الوقف هم ذات أطراف خصومة الطعن، الذين كانوا هم أنفسهم أطرافاً في الخصومة السابقة، التي صدر فيها الحكم المطعون فيه. أي أنه لا يكتسب صفة الطرف في طلب الوقف إلا من كان طرفاً في الطعن، وبذات الصفة. وعلى ذلك يكون أطراف طلب وقف القوة التنفيذية هما: المحكوم عليه الطاعن في خصومة الطعن المطلوب التنفيذ ضده، والمحكوم له في الخصومة التي صدر فيها الحكم المطعون فيه وهو المطعون ضده في خصومة الطعن طالب تنفيذ الحكم المطعون فيه. والنيابة العامة إذا كانت محكمة الطعن هي محكمة النقض، فيجب إعلان النيابة بجلسة نظر طلب وقف التنفيذ، (م 251 مرافعات)، لوجوب تدخل النيابة في كل قضية تتعلق بالطعن بالنقض. ولا يجوز للغير طلب وقف التنفيذ أمام محكمة الطعن؛ لأنه ليس طرفاً في الحكم⁽¹⁾.

(1) د. نبيل عمر، التنفيذ الجبري، بند 64، ص 54. د. أحمد هندي، التنفيذ الجبري، بند 27، ص 74. د. سيد أحمد محمود، أصول التنفيذ الجبري، ص 327 هامش (1). د. محمد باهي أبو يونس، وقف تنفيذ الحكم الإداري، بند 118 وما بعده، ص 288 وما بعدها. نقض مدني 2012/12/26م، طعن رقم 3059 لسنة 71 ق، مج، س 63، ج 1، ق 199، ص 1234. نقض مدني 2008/2/26م، طعن رقم 10593 لسنة 76 ق، المستحدث من المبادئ التي قررتها

ويشترط في المحكوم عليه الطاعن طالب وقف التنفيذ المدين الملتزم بالأداء الثابت في السند التنفيذي أن يكون طرفاً في الخصومة القضائية، التي صدر فيها الحكم المطعون فيه، سواء كان مُدَّعي، أم مُدَّعى عليه، أم متدخلاً - انضمامياً، أم هجومياً، أم مختصماً فيها، أم خلفه العام، أم الخاص...، أما من لم يكن طرفاً في تلك الخصومة فليس له صفة في رفع الطعن. ويجب أن يتوافر للطاعن مصلحة في الطعن بأن يكون محكوماً عليه، أو ضده بطلبات خصمه، أو لم يقض له بطلباته، أو قضى له ببعضها فقط دون الأخر. كما يجب ألا يكون الطاعن قد قبل الحكم القضائي المطعون فيه أو تنازل عن حقه في الطعن صراحة أو ضمناً. وعلى ذلك يقدم طلب وقف التنفيذ من الطاعن المحكوم عليه من الخصوم الأصليين، أو المتدخلين تدخلاً هجومياً أو انضمامياً في الأحوال التي يجوز فيها ذلك قانوناً⁽¹⁾.

الدوائر المدنية في مواد المرافعات من يناير 2003م لغاية ديسمبر 2012م، ق 123، ص 142. نقض مدني 2007/6/23م، طعن رقم 7189 لسنة 65 ق، المستحدث من المبادئ التي قررتها الدوائر المدنية في مواد المرافعات من يناير 2003م لغاية ديسمبر 2012م، ق 121، ص 141.

(د. فتحي والي، التنفيذ الجبري، بند 25، ص 50. د. نبيل عمر، التنفيذ الجبري، بند 65، 1) ص 55. د. أحمد ماهر زغلول، أصول التنفيذ، بند 102، ص 207-208. د. سيد أحمد محمود، أصول التنفيذ الجبري، ص 343-344. نقض مدني 2011/6/13م، طعن رقم 4487 لسنة 78 ق، المستحدث من المبادئ التي قررتها الدوائر المدنية في مواد المرافعات من يناير 2003م لغاية ديسمبر 2012م، ق 126، ص 144. نقض مدني 2015/5/11م، طعن رقم 3398 لسنة 72 ق، موقع محكمة النقض : <http://www.cc.gov.eg/Madany.aspx>

-Gérard Couchez; Voies d'exécution; 9. éd.; Sirey; Paris; 2007; N. 52-53; P. 31.

وطبقاً لنص (م211 مرافعات) فإن الخصومة في الطعن لا تكون إلا بين من كان خصماً في النزاع الذي فصل فيه الحكم المطعون فيه، وكان من حقه الطعن في هذا الحكم، وكان الحكم حجة له أو عليه، وسواء كانت خصماً أصلياً أم متدخلًا في الخصومة، وأن يختصماً بذات الصفة التي كانت لهما. أما من لم يكن طرفاً في الخصومة التي صدر فيها الحكم، فلا يجوز له الطعن بأية طريقة من طرق الطعن في الحكم. ولا يجوز الطعن في الحكم إلا من المحكوم عليه، ولا يجوز ممن قَبِلَ الحُكْمَ، أو مِمَّنْ قُضِيَ له بكل طلباته. ويلزم لاعتبار المتدخل هجوميًا كان، أم انضماميًا طرفًا في خصومة الطعن، وتبعًا في طلب الوقف، أن يكون قد قُبِلَ تدخله في خصومة أول درجة، فإن كان قد رفض تدخله عدَّ من الغير في خصومة الطعن، وينحسر عنه وصف الطرف في طلب الوقف⁽¹⁾.

45- وجوب طلب وقف القوة التنفيذية من المدين المنفذ ضده (الطاعن أو المتظلم): لا يتقرر وقف التنفيذ إلا بناءً على طلب؛ تطبيقاً لمبدأ أن القضاء مطلوب، وليس بمعروض، محله إجراءات التنفيذ اللاحقة دون الإجراءات السابقة؛ لأن ما سبق إتمامه لا يرد عليه الوقف، بل يرد عليه الإلغاء. ولا يجوز وقف التنفيذ من تلقاء نفس محكمة الطعن سواء كان تنفيذًا معجلًا أم تنفيذًا عاديًا، وإنما لا بُدَّ أن يتم طلبه من المحكوم عليه بالتبعية للتظلم أو الطعن، وإلا أحلَّ القاضي بمبدأ حيادِهِ، الذي يعني أنه لا يجوز له أن يقضي بما لم يطلبه الخصوم، إلا إذا تعلق

(1) الإشارة السابقة.

الأمر بالنظام العام، ولا يمكن القول بتعلق وقف التنفيذ الذي يتم لمحض مصلحة الطاعن بالنظام العام. وإذا ورد طلب وقف التنفيذ في نفس صحيفة الطعن أو التظلم ذاتها، فإنه تشوبه نفس العيوب الإجرائية التي تشوبها. وتقضي المحكمة بوقف التنفيذ أو برفضه بسلطة تقديرية وبأغلبية أعضاء الدائرة المختصة، بحكم وقتي لا يقيدها عند نظر موضوع الطعن. ويكون طلب وقف القوة التنفيذية في القانون الفرنسي في شكل تكليف بالحضور، أثناء نظر الاستئناف، أمام الرئيس الأول لمحكمة الاستئناف كقاضي أمور مستعجلة، ويعلن للخضم الآخر⁽¹⁾.

وينشأ للمحكوم عليه الطاعن حق في طلب وقف القوة التنفيذية للحكم المطعون فيه القابل للتنفيذ الجبري، وتنعقد على أثره خصومة جديدة متفرعة عن خصومة الطعن، يتغياً بها طالب الوقف مجرد تعطيل القوة التنفيذية للحكم المطعون فيه، لحين تقرير مصيره من محكمة الطعن. ويكون محل خصومة طلب الوقف: هو

(1) د. فتحي والي، التنفيذ الجبري، بند 27، ص 54 وما بعدها. د. نبيل عمر، التنفيذ الجبري، بند 54، ص 48. د. أحمد هندي، التنفيذ الجبري، بند 23، ص 61. د. أحمد ماهر زغول، أصول التنفيذ، بند 102، ص 207-208. د. طلعت دويدار، النظرية العامة للتنفيذ القضائي، ص 85.

-Roger Perrot et Philippe Théry; Procédures civiles d'exécution;

Dalloz; Paris; 2000; N. 265C; P. 278 ets.

-Cass. Civ.2°; 20 juin 1996; Rév. Trim. dr. Civ. 1996; P. 989; obs. R. Perrot.

-Rennes. ord.; 9 avril 1996; Gaz. Pal. 1996; I; 226; Not. X. Daverat.

-Paris. ord.; 4 oct. 1995; Procédures; 1996; N. 8.

الحكم المطعون فيه باعتبارها خصومة منقرعة *instance dérivée* عن خصومة الطعن، مما يستلزم خضوعها لذات النسق الإجرائي، ومضيها بنفس الخطى التي تمر بها منذ افتتاحها بصحيفة الطعن، وحتى انقضائها بحكم، إلا أن ذلك لا يُخفي ما تتمتع به خصومة الوقف من ذاتية إجرائية خاصة بها تقتضي إيثارها بطائفة من الإجراءات لها من الخصوصية مما يُضفي عليها جوانب متباينة من التميز الإجرائي يتفق وطبيعتها⁽¹⁾.

أوجب القانون الإجرائي (م 251، م 292، م 244 مرفعات) لزوم طلب وقف القوة التنفيذية للحكم المطعون فيه، بأن أجاز لمحكمة الطعن أن تأمر بوقف التنفيذ بناءً على طلب ذي الشأن بالتبعية للطعن، وكان يخشى من التنفيذ وقوع ضررٍ جسيم يتعذر تداركه. وهذا اللزوم يتفق مع أصول التقاضي، ومبدأ الطلب، والتزام القاضي بطلبات الخصوم، فلا يجوز لمحكمة الطعن الحكم بالوقف من تلقاء نفسها بدون طلب بالتبعية طلب الوقف لصحيفة الطعن. وعلى ذلك يجب على الطاعن طالب الوقف طلبه صراحةً بعبارة قاطعة الدلالة على رغبته في طلب الوقف، مما يتأبى أن يكون مفترضاً، فلا افتراض في الوقف، إلا أنه قد يجيء بصورة ضمنية كطلب

(1) د. أحمد ماهر زغلول، أصول التنفيذ، بند 102، ص 207-208. د. أسامة أحمد شوقي المليجي، الإجراءات المدنية للتنفيذ الجبري، بند 173، ص 186 وما بعدها. د. محمد باهي أبو يونس، وقف تنفيذ الحكم الإداري، بند 15، ص 267.

تعطيل القوة التنفيذية للحكم المطعون فيه، أو عدم تنفيذه حتى يقضي في الطعن⁽¹⁾.

وقد استلزم القانون الإجرائي اقتران طلب الوقف بالتبعية للطعن بالالتماس، أو بالاستئناف، وسواءً كان استئنافاً أصلياً أم فرعياً أم مقابلاً. و سواء رفع طلب الوقف بصحيفة مستقلة تعلن مع صحيفة الطعن، وأم بطلب في صحيفة الطعن نفسها، أم بإيدائه كطلب عارض أثناء خصومة الطعن بالاستئناف أو الالتماس، وحتى قبل قفل باب المرافعة فيها؛ ليرتبط الطلبان معاً ويتعاضبان؛ وذلك لأن طلب وقف تنفيذ الحكم فرعٌ من إلغاء الحكم كلياً أو جزئياً من محكمة الطعن، وإلا كان طلب الوقف وسيلة لشلّ قوة الأمر المقضي للحكم، لاسيّما إذا انغلق باب الطعن فيه لفوات مياعده، فمن سنن الوقف أنه تابع للطعن، ومتصل به بصلة تبرر منطق التبعية القائمة بينهما، حتى تتمكن المحكمة من تقدير توافر شروط الحماية الوقتية من صحيفة الطعن وأسبابه، وعليه فلا يقبل طلب الوقف المقدم قبل رفع الطعن⁽²⁾.

(1) د. محمود محمد هاشم، قواعد التنفيذ الجبري، بند 90، ص 173؛ بند 54، ص 112. د. أحمد ماهر زغلول، أصول التنفيذ، بند 102، ص 208. د. عبد المحسن سيد عمار، أثر الطعن على التنفيذ، ص 242-243.

(2) د. فتحي والي، التنفيذ الجبري، بند 27، ص 54 وما بعدها. د. نبيل عمر، التنفيذ الجبري، بند 54، ص 48. د. أحمد هندي، التنفيذ الجبري، بند 23، ص 61. د. أحمد ماهر زغلول، أصول التنفيذ، بند 102، ص 207-208.

-Versailles; 10 Fév. 1989; Gaz. Pal. 1989; II; Somm.; P. 422.

والعبرة في قبول طلب وقف التنفيذ، أو عدم قبوله: بيوم رفعه؛ لحفظ حقوق الخصوم وعدم الإضرار بمركز الخصوم من تأخر القضاء في نظر طلباتهم والفصل فيها. ويقدم طلب الوقف لمحكمة التظلم، أو الطعن ضمن صحيفة الطعن، أو بصحيفة مستقلة خلال ميعاد الطعن، أو بطلب عارض قبل قفل باب المرافعة، سواء كانت محكمة ابتدائية بهيئة استئنافية، أم استئناف عالٍ، أم أمام محكمة استئناف اقتصادية، أم محكمة ابتدائية اقتصادية في استئناف الأحكام المشمولة بالنفاذ المعجل القانوني (م3 من القانون رقم 120 لسنة 2008م بإنشاء المحاكم الاقتصادية)، أم محكمة الطعن بالالتماس إعادة النظر. أما في الطعن بالنقض، فيجب طلب وقف التنفيذ في صحيفة الطعن بالنقض ذاتها خلال ميعاد الطعن بالنقض؛ لوجود نص صريح خاص بالنقض (م2/251 مرافعات). ويقدم طلب وقف التنفيذ من الطاعن المحكوم عليه من الخصوم الأصليين أو المتدخلين تدخلًا هجومياً، أو انضمامياً في الأحوال التي يجوز فيها ذلك قانوناً⁽¹⁾.

ويجب أن يكون الحكم المطلوب وقف تنفيذه قابلاً للطعن فيه، وأن يطعن فيه بالفعل طعنًا صحيحًا خلال ميعاد الطعن، وأن يقدم طلب الوقف بالتبعية للطعن أمام نفس محكمة الطعن؛ ولذا لا يجوز طلب الوقف دون الطعن في الحكم

(1) د. فتحي والي، التنفيذ الجبري، بند 25، ص 50. د. نبيل عمر، التنفيذ الجبري، بند 65، ص 55. د. أحمد ماهر زغلول، أصول التنفيذ، بند 102، ص 207-208. د. سيد أحمد محمود، أصول التنفيذ الجبري، ص 343-344.

المطلوب وقف تنفيذه، ولا قبل رفع الطعن⁽¹⁾؛ ونظرا لوجود نص صريح في الطعن بالنقض (م 251 مرافعات) على وجوب تقديم طلب الوقف بالتبعية لصحيفة الطعن بالنقض نفسها، فلا يقبل طلب الوقف الذي يقدم بصحيفة مستقلة عن صحيفة الطعن بالنقض، سواءً قُدِّمَ قَبْلَ الطعن، أم بعده، أم حتى معه، ولا يقبل طلب الوقف من محكوم عليه ثم يطعن في الحكم وعلى نفس المنوال نص (م 401 مرافعات إيطالي بخصوص طلب وقف التنفيذ من محكمة النقض). وعلى ذلك يجب أن يكون الطعن الأصلي صحيحًا، فإذا كان غير مقبول، أو باطلاً، أو انقضى ميعاد رفعه، فلا يجوز تقديم طلب وقف التنفيذ، وإذا قُدِّمَ امتنع على المحكمة قبوله؛ لأن طلب الوقف يتبع الطعن الأصلي بالنقض في الموضوع ويقدم بناء عليه⁽²⁾.

ويمكن تجديد طلب وقف القوة التنفيذية باعتباره طلبًا وقتيًا مستعجلاً؛ لأن طلب وقف التنفيذ هو طلب وقتي مستعجل يتأثر بتغير الظروف التي صدر فيها؛ ولذا فإن قضاء محكمة الطعن بالاستئناف أو بالالتماس في طلب وقف الحكم المستأنف يُعد قضاءً وقتيًا مستعجلاً، وبالتالي يحق لمحكمة الطعن العدول عن حكم حَكَمَتْ

(1) د. أحمد هندي، التنفيذ الجبري، بند 23، ص 64. د. محمود محمد هاشم، قواعد التنفيذ الجبري، بند 54، ص 112. د. حامد محمد أبو طالب، التنفيذ الجبري، 1425هـ / 2005م، ص 61-62، ص 87-88.

(2) د. أحمد هندي، التنفيذ الجبري، بند 23، ص 64. د. علي الحديدي، ط 1، التنفيذ الجبري، ص 42، 49، 84. د. عبد الحكيم عباس عكاشة، التنفيذ الجبري، دار النهضة العربية بالقاهرة 1998م / 1999م، ص 37-38؛ ص 101. د. عبد التواب مبارك، التنفيذ الجبري، ط 1، دار النهضة العربية 2004م، ص 140.

به وقت الفصل في طلب الوقف. وبناءً على ذلك يجوز تجديد طلب وقف النفاذ المعجل بالتبعية للطعن المرفوع عن الحكم إذا جَدَّتْ، أو استجدَّت وقائع جديدة، أو إذا بُنيَ طلب الوقف على وقائع سابقة لم يحصل التمسك بها في الطلب الأول، ولكن بشرط أن يكون باب المرافعة ما زال مفتوحاً لم يقفل بعد. ويختلف الوضع هنا عنه في حالة طلب وقف التنفيذ أمام محكمة النقض؛ حيث لا يجوز إبداء طلب الوقف إلا مرة واحدة فقط في صحيفة الطعن بالنقض ذاتها، وفي ذات ميعاد الطعن بالنقض، وبالتالي فلا يجوز تجديده مرة ثانية، وبالتالي لا تحكم المحكمة فيه إلا مرة واحدة فقط؛ نظراً لوجود نص خاص (م251 مرافعات)، ولطبيعة محكمة النقض كمحكمة قانون(1).

46- الذاتية الخاصة لطلب وقف القوة التنفيذية رغم تبعيته للطعن أو التظلم: اقتران طلب وقف القوة التنفيذية للسند التنفيذي بالتظلم أو بالطعن الموضوعي لا ينفي الذاتية الخاصة لطلب وقف القوة التنفيذية، وهو ما يكشف عن استقلال كلٍ منهما بذاتيته، وأحكامه الخاصة، وبشروطه المختلفة، وقواعده المميزة، وسلطة محكمة الطعن في طلب وقف القوة التنفيذية سلطة وقتية تمارسها استقلالا قبل الفصل في موضوع الطعن، وهي مغايرة تماماً عن سلطتها الموضوعية في الطعن. والحكم في طلب وقف القوة التنفيذية حكم وقتي مستعجلٌ

(1) د. نبيل عمر، التنفيذ الجبري، بند 67، ص 56-57. د. أحمد شوقي المليجي، التنفيذ الجبري، بند 309. د. حامد محمد أبو طالب، التنفيذ الجبري، ص 88. نقض مدني 1978/11/27م، طعن رقم 44 لسنة 44 ق، مج، س 29، ج 2، ق 341، ص 1766.

يجوز حجية وقتية مؤقتة لحين الفصل في الطعن، ولا يقيدتها عند نظر موضوع الطعن، وبشرط عدم تغيير الظروف التي صدر فيها، ويجوز الطعن فيه استقلالا فور صدوره، وبالتالي لا يجوز المزج أو الخلط بينهما. فطلب وقف القوة التنفيذية المعجلة بالتبعية للطعن المرفوع عن الحكم المطعون فيه، لا تؤثر في وجود ذاتية خاصة وكيان مستقل منفصل لطلب وقف التنفيذ، حيث إن هذا الطلب ينطلق من أساس مختلف عن الأساس الذي ينطلق منه الطعن الموضوعي، فالطعن ينقل الدَّعوى برمتها إلى محكمة الدرجة الثانية ناشراً القضية أمامها، وهاذاً إلى منح الحماية التأكيدية النهائية للحق الموضوعي، بينما يقتصر طلب وقف التنفيذ على إثارة الجانب الخاص بالقوة التنفيذية، للحكم بهدف وقفها مؤقتاً عبر حماية وقتية يمنحها القضاء لصاحب الحق الظاهر، حسب ما يلتزمه من الدراسة السطحية لأسباب الطعن؛ مما يجعل كل طلب من هذين الطلبين؛ الطلب "الموضوعي للحصول على حماية موضوعية" المتمثل بالطعن أو التظلم، والطلب "الوقتي للحصول على حماية وقتية" المتمثل بوقف التنفيذ خاضعا للنظام القانوني الذي يتبعه، وما يتطلب خضوع كل واحد منهما للشروط الخاصة به والإجراءات الملائمة له سواء كانت إجراءات عادية أو مستعجلة⁽¹⁾.

(1) د. محمد عبدالخالق عمر، مبادئ التنفيذ، ص 160-161. د. أحمد ماهر زغلول، أصول التنفيذ، بند 105، ص 217-219. د. الأنصاري حسن النيداني، مبادئ التنفيذ الجبري، ص 116. د. طلعت دويدار، النظرية العامة للتنفيذ القضائي، ص 91

وقد قضت محكمة النقض⁽¹⁾ بأنه : " يدل النص في المادة 212 من قانون المرافعات وما أفصحت عنه المذكرة الإيضاحية - وعلى ما جرى به قضاء هذه المحكمة - على أن المشرع قد وضع قاعدة عامة، تقضي بعدم جواز الطعن على استقلال في الأحكام الصادرة أثناء سير الخصومة، قبل الحكم الختامي المنهي لها، ولم يستثن من ذلك إلا الأحكام التي بيّنها بياناً حصر، وهي الأحكام الوقتية والمستعجلة والصادرة بوقف الدّعوى والقبالة للتنفيذ الجبري، ورائد المشرع في ذلك: الرغبة في منع تقطيع أوصال القضية الواحدة وتوزيعها بين مختلف المحاكم، وما يترتب على ذلك أحياناً من تعويق الفصل في الدّعوى، وما يترتب عليه حتماً زيادة نفقات".

47- تقديم طلب؛ لتحديد جلسة نظر طلب وقف القوة التنفيذية إلى رئيس محكمة النقض: لا يكفي أن يعلن الطاعن في صحيفة الطعن بالنقض عن رغبته في طلب وقف القوة التنفيذية للحكم الصادر ضده، وإنما يجب أن يتقدم بعد ذلك بعريضة إلى رئيس محكمة النقض، يطلب منه فيها تحديد جلسة لنظر طلب الوقف. وبعد أن يحدد رئيس المحكمة، موعد جلسة لنظر طلب الوقف، يقوم الطاعن بإعلان خصمه بموعد جلسة نظر طلب وقف القوة التنفيذية وبصورة من صحيفة الطعن، وذلك حتى يكون المطعون ضده على بينه من أسباب الطعن، كما تُبلّغ النيابة العامة باعتبارها طرفاً في جميع الطعون المرفوعة أمام محكمة النقض

(1) نقض مدني 1988/12/22 م، طعن رقم 2488 لسنة 57 ق، مج، س 39 ، ج 2، ق 238، ص 1391.

وفقاً لما تقرره (م/251/1 مرافعات). ويجوز لمحكمة النقض اعتبار طلب الوقف كأن لم يكن؛ إذا لم يتم إعلان الخصم بموعد الجلسة المحددة وكان ذلك راجعاً إلى فعل الطاعن⁽¹⁾.

وتفصيل في طلب وقف القوة التنفيذية الدائرة المختصة بنظر الطعن أو التظلم؛ لأنها أقدر من غيرها على الفصل في طلب الوقف. ولا يلزم حضور الخصم في الجلسة المحددة؛ لنظر طلب وقف القوة التنفيذية، فيجوز للمحكمة أن تأمر بوقف النفاذ، أو ترفضه ولو لم يحضر الطاعن، أو المطعون ضده، أو كلاهما معاً. ولا يشترط في الحكم الصادر بوقف النفاذ إجماع الآراء، كما كان الوضع في ظل القانون الملغي، وإنما يكفي توافر الأغلبية. ولا يترتب على الطلب وقف التنفيذ، وإنما يترتب على الحكم بإجابته، وعلى ذلك فإن للمحكوم له أن يستمر في التنفيذ بعد تقديم الطلب، على أن الأمر الصادر بوقف التنفيذ ينسحب على إجراءات التنفيذ التي اتخذها المحكوم له بناءً على الحكم المطعون فيه من تاريخ طلب الوقف⁽²⁾.

(1) د. فتحي والي، التنفيذ الجبري، بند 28، ص 58-59. د. نبيل عمر، التنفيذ الجبري، بند 66، ص 55-56. د. أحمد مليجي، شرح أصول التنفيذ الجبري، ص 184-185. د. أحمد هندي، التعليق، م 251. محمد كمال عبد العزيز، تقنين المرافعات، م 251.

(2) د. نبيل عمر، التنفيذ الجبري، بند 66، ص 55-56. د. أحمد مليجي، شرح أصول التنفيذ الجبري، ص 184-185. د. أحمد هندي، التنفيذ الجبري، بند 27، ص 75. د. محمود مصطفى يونس، المرجع في قانون إجراءات التنفيذ الجبري، بند 84، ص 160 وما بعدها.

48- المحكمة المختصة بنظر طلب وقف القوة التنفيذية: يقتضي مبدأ تبعية الوقف للطعن أن يعقد الاختصاص بطلب وقف القوة التنفيذية لمن يختص بالفصل في الطعن أو التظلم؛ لأن طلب الوقف يستلزم لوجوده وجود طعن أو تظلم، بعكس الإشكال في التنفيذ، فهو منازعة مستقلة لا يقتضي لإقامتها الارتكان إلى طعن، رغم تشابه الغاية بتعطيل تنفيذ الحكم مؤقتاً. فالطعن: هو الذي يسوغ لمحكمة الطعن امتداد اختصاصها التبعية إلى طلب وقف القوة التنفيذية، إذ يكون لمحكمة الطعن بهيئة جماعية الاختصاص بالفصل فيه اختصاص نوعي تبعية؛ لاختصاصها بالطعن، وبدون الطعن لا يمكن لها أن تفصل فيه، ولا يعقد لها الاختصاص به استقلالاً. وبالرغم من أن طلب وقف القوة التنفيذية أمر مستعجل؛ فتختص به محكمة الطعن ذاتها بهيئة جماعية، ولا يختص به قاضي الأمور المستعجلة في محكمة الطعن، ولا في غيرها من المحاكم الأخرى. وتنتظر محكمة الطعن أو التظلم طلب وقف القوة التنفيذية في جلسة علنية مستعجلة قبل النظر في موضوع الطعن. وتقتضي المحكمة بقبول طلب الوقف أو برفضه، وفي الحالتين لا ينتهي الحكم في طلب الوقف الخصومة أمام محكمة الطعن أو التظلم، وإنما تمضي بعد هذا في نظر موضوع الطعن أو التظلم دون أن تنتقيد بحكمها الصادر في طلب الوقف. وعلى ذلك يقدم طلب وقف التنفيذ أمام كافة المحاكم التي تنتظر الطعن في السند التنفيذي، أو التي تنتظر دَعْوَى بطلانه، حيثما يكون لها سلطة وقف القوة التنفيذية لهذا السند المطعون فيه⁽¹⁾.

(1) د. وجدي راغب، حول جواز الطعن المباشر، بند 2، ص 242. د. محمود مصطفى يونس،

ويرجع تأسيس اختصاص محكمة الطعن بهيئة جماعية - الدائرة المختصة بنظر الطعن - بنظر طلب وقف القوة التنفيذية إلى: أن قاضي الأصل هو قاضي الفرع، وحيث إن خصومة طلب الوقف هي خصومة متفرعة عن خصومة الطعن، باعتبارهما يتمحوران حول ذات الحكم السند التنفيذي، فلا معنى لذلك غير أن يكون فرعاً منه، ولا يجوز الاقتصار على الوقف دون الطعن؛ لما قد يؤدي إليه ذلك من تناقض. كما أن ذلك يقتضي حسن سير العدالة على اعتبار أن الأسباب التي دعت إلى الطعن، هي ذاتها الأسباب التي يؤسس عليها طلب الوقف، فكلاهما يهاجم نفس الحكم بنفس الأسباب، مما يقتضي أن ينظرهما ذات الدائرة المختصة بهيئة جماعية؛ ليكون تقديرها واحداً بنفس الرأي وبنفس المعايير؛ حتى لا يحدث تناقض أو تنافر بين الحكّمين فيهما، مما قد يترتب عليه آثار قد يصعب التسليم بها. وكما أن سبب طلب وقف القوة التنفيذية هو الاعتراض على الحكم ذاته، لما انطوى عليه من عيوب قانونية أم واقعية؛ ولذا فيكون بمثابة طعن، ويكون الاختصاص لمحكمة الطعن؛ لأنها الأقدر من غيرها على تقييم الموقف حسب

المرجع في قانون إجراءات التنفيذ الجبري، بند 83-84، ص 159-161. د. الأنصاري حسن النيداني، مبادئ التنفيذ الجبري، ص 114. د. محمد باهي أبو يونس، وقف تنفيذ الحكم الإداري، بند 122، ص 295.

أسباب الطعن، وذلك عكس سبب الإشكال الذي هو محض اعتراض على خطأ وقع في التنفيذ، فيختص به قاضي التنفيذ⁽¹⁾.

وعلى ذلك يعتبر طلب وقف التنفيذ المقدم لقاضي التنفيذ من منازعات التنفيذ الوقتية (إشكالات التنفيذ الوقتية)، بينما طلب وقف القوة التنفيذية المقدم لمحكمة الطعن أو التظلم لا يعد من إشكالات التنفيذ، بل هو فرع تابع للطعن الأصلي، رغم وحدة الهدف (وقف التنفيذ) كصورة من صور الحماية الوقتية. ويستطيع الخصم طلب وقف القوة التنفيذية من محكمة الطعن، وعمل إشكال تنفيذ وقتي أمام قاضي التنفيذ أو معاون التنفيذ في نفس الوقت، ودون تعارض بينهما، بشرط توافر الشروط القانونية لكل منهما على حده⁽²⁾.

وعلى ذلك فتختص محكمة الطعن في القانون المصري بنظر طلب وقف القوة التنفيذية سواء أكانت محكمة الاستئناف (م292 مرافعات)، وسواء كان استئنافاً أصلياً أم فرعياً أم مقابلاً. أم كانت محكمة الطعن بالتماس إعادة النظر (م244 مرافعات) أم كانت محكمة الطعن بالنقض (م251 مرافعات). وتتنظر محكمة

(1) د. أحمد أبو الوفا، قاضي التنفيذ، مجلة إدارة قضايا الحكومة، تصدرها إدارة قضايا الحكومة، س 12، ع 3، ص 671. د. محمد عبد الخالق عمر، مبادئ التنفيذ، بند 292، ص 289. د. نبيل عمر، التنفيذ الجبري، بند 66، ص 55. د. فريد فنري، نظام النفاذ المعجل، رسالة دكتوراه، حقوق القاهرة 1997م، ص 275.

-B. Lebaut – Ferrarèse; Les Procédures d'urgence et Langage du droit; Rév. Fran. Dr. admin. 2002; P. 296.

(2) الإشارة السابقة.

الطعن طلب وقف القوة التنفيذية في جلسة علنية، وليس في غرفة المشورة، ولا يشترط حضور الخصوم في تلك الجلسة⁽¹⁾.

ويلاحظ أنه ليس لمحكمة الاستئناف الوصفي اختصاص بطلب وقف القوة التنفيذية؛ لعدم وجود نص بذلك. كما أن المتظلم من وصف الحكم طالبا منع تنفيذه، ليس في حاجة إلى طلب وقف القوة التنفيذية؛ لأن طلب منع التنفيذ الذي يتضمنه التظلم من وصف الحكم، يحقق نفس غاية طلب وقف القوة التنفيذية. ولاتختص أيضاً محكمة الاستئناف الاستثنائي بطلبات وقف القوة التنفيذية للأحكام النهائية أي: المشمولة بالقوة التنفيذية العادية؛ لأن التفسير الحرفي لنص (م292 مرافعات) يقصر اختصاص المحكمة الاستئنافية على طلب وقف القوة التنفيذية للأحكام المشمولة بالنفاذ المعجل على سبيل الحصر دون الأحكام النهائية أو الانتهائية. وكما لا يختص كذلك قاضي التنفيذ بطلب وقف القوة التنفيذية للأحكام المشمولة بالنفاذ المعجل؛ وذلك لأن طلب وقف القوة التنفيذية لا يعتبر منازعة تنفيذ جبري تدخل في ولايته، بل هو طلب متعلق بالقوة التنفيذية وتكوين السند التنفيذي، وهو أمر ليس من مهمة قاضي التنفيذ. فمهمة قاضي التنفيذ نظر كافة منازعات التنفيذ الوقتية والموضوعية اختصاص نوعي من

(1) د. أحمد ماهر زغلول، أصول التنفيذ، بند 102، ص 208 هامش (2). د. نبيل عمر، التنفيذ الجبري، بند 66، ص 55. د. أحمد هندي، التنفيذ الجبري، بند 27، ص 75. د. طلعت دويدار، النظرية العامة للتنفيذ القضائي، ص 93-94.

النظام العام (م275 مرافعات)، وهي التي ليس من بينها طلب وقف القوة التنفيذية⁽¹⁾.

والحكم الصادر من محكمة النقض لا يجوز طلب وقف تنفيذه من محاكم الطعن؛ لأنه لا يقبل الطعن فيه بأي طريق من طرق الطعن في الأحكام أمام أي محكمة أو جهة من جهات القضاء (م272 مرافعات)، ومن ثَمَّ فلا يكون ثَمَّة فرصة للمطالبة بوقف تنفيذه، إلا بالتبعية لدَعْوَى بطلانه بالشروط والضوابط القانونية. ويُتَأَرَّ التَسَاوُلُ في الحالات التي يجوز فيها رفع دَعْوَى بطلان أصلية ضد أحكام محكمة النقض، وذلك في حالة عدم صلاحية أحد أعضاء الهيئة التي أصدرت الحكم، فهل من الجائز أن يطلب المحكوم عليه، أو من حكم بنقض الحكم الصادر لمصلحته؟؟ وكان مؤدَّى ذلك هو إعادة الحال إلى ما كانت عليه قبل صدور الحكم المنقوض. فهل يجوز له أن يطلب من محكمة النقض وقف تنفيذ حكمها، وذلك بمناسبة طعنه في هذا الحكم أمامها؟ يرى بعض الفقهاء أنه يجوز له ذلك، وذلك إذا توافرت كافة شروط طلب وقف تنفيذ الحكم الناقض بأن توافر شرط الاستعجال وترجح قيام محكمة النقض بإلغاء حكمها، ويكون الأمر في النهاية متروكًا للسلطة التقديرية لمحكمة النقض⁽²⁾.

(1) د. أحمد أبو الوفاء، التعليق، م221، م222، م292. د. نبيل عمر، الوسيط في التنفيذ الجبري، ص 178 وما بعدها.

(2) د. الأنصاري حسن النيداني، مبادئ التنفيذ الجبري، ص 142-143.

المطلب الثاني

شروط طلب وقف القوة التنفيذية

49- الشروط العامة لقبول طلب وقف القوة التنفيذية: إذا كان طلب وقف القوة التنفيذية هو منازعة قضائية أي دعوى قضائية؛ لذا فيجب توافر الشروط العامة لقبول طلب وقف القوة التنفيذية، وكذلك يجب توافرها أيضا في الطعن حتى يسلم بتمامها انعقاد وقبول خصومة طلب وقف القوة التنفيذية، وخصومة الطعن، من وجوب توافر شرط المصلحة، والصفة والميعاد... وإلا حُكِمَ بعدم القبول⁽¹⁾.

50- (أ) - الشرط الأول (المصلحة): من الشروط العامة لقبول طلب وقف القوة التنفيذية من محكمة الطعن أو التظلم وجوب تحقيق شرط المصلحة في طلب وقف القوة التنفيذية وفي الطعن معاً؛ نظراً لتبعية طلب الوقف للطعن، وهو شرط متعلق بالنظام العام. فلا تقبل أيُّ دعوى، أو طلب، أو دفع لا يكون لصاحبه فيها مصلحة شخصية ومباشرة وقائمة يقرها القانون (م3 مرافعات معدلة بالقانون رقم 81 لسنة 1996م). وتتمثل المصلحة في الطعن في دفع الضرر الذي لحق بالطاعن طالب الوقف من الحكم المطعون فيه بإلغائه، أم تعديله. وتتمثل المصلحة في طلب وقف القوة التنفيذية في دفع الضرر المتعذر تداركه من تنفيذ حكم مطعون فيه محتمل

⁽¹⁾ د. الأنصاري حسن النيداني، التنفيذ الجبري 2017م، ص 45. د. محمد باهي أبو يونس، وقف تنفيذ الحكم الإداري، بند 27، ص 101. د. محمد كمال الدين منير، قضاء الأمور الإدارية المستعجلة، رسالة دكتوراه. حقوق عين شمس 1988م، ص 136.

الإلغاء من محكمة الطعن أي: الخشية من التنفيذ. ويُعْتَدُّ زمانياً في تقدير المصلحة بوقت رفع الطعن ووقت تقديم طلب وقف القوة التنفيذية. كما يُعْتَدُّ زمانياً في تقدير المصلحة بمنطوق الحكم، وبما ترتب عليه ضمناً. أي يجب تحقيق مصلحة لطالب الوقف بجلب منفعة أو دفع ضرر، وذلك كأن يضر تنفيذ الحكم بمركز، أو حالة الطاعن في نفسه، أو ماله ضرراً محدقاً متعذر تداركه يصعب إصلاحه، بما يتطلب منحه حماية قانونية وقتية عاجلة بتعطيل مؤقت لحق الدائن في تنفيذ حكم قابل للإلغاء، أو التعديل من محكمة الطعن⁽¹⁾.

وعلى ذلك فيجب أن تكون لطالب وقف التنفيذ مصلحة في طلب وقف القوة التنفيذية، ويجب أن تكون هذه المصلحة قانونية فلا تكفي المصلحة الاقتصادية البحتة، أما بالنسبة لشرط المصلحة الحالّة: فإنه يتميز بخصوصية حيث يكفي أن يكون الضرر الذي يريد المدّعي تجنّبه ضرراً متوقّعا أو يوشك أن يقع، ولا يلزم أن يكون ضرراً حالاً، أي: وقع بالفعل، فلطالب الوقف مصلحة حالة في دفع ضرر محتمل، وهذا هو ما يناسب الحماية الوقتية، والتي تهدف إلى دفع ضرر محتمل، ولا تهدف إلى إزالة أيّ رد عدوان قائم. كما يلزم أن تتوافر لطالب الوقف مصلحة شخصية مباشرة ما لم يجز القانون للشخص أن يدافع عن مصلحة غير شخصية،

(1) د. الأنصاري حسن النيداني، التنفيذ الجبري، ص 45. د. محمد باهي أبو يونس، وقف تنفيذ الحكم الإداري، بند 27، ص 101. د. محمد كمال الدين مثير، قضاء الأمور الإدارية المستعجلة، ص 136.

-R. Maurice; exécution Provisoire; Ency. Dalloz.; II; 2.éd.; 1979; N. 99.

أو غير مباشرة. ومثال ذلك حق الدائن في رفع الدَعْوَى غير المباشرة استخدامًا لحقوق مَدِينِهِ، فيجوز له تبعًا لذلك أن يرفع منازعة وقتيه في التنفيذ للمطالبة بحماية حقوق مَدِينِهِ، فيجوز له أن يطلب وقف التنفيذ على أموال مَدِينِهِ؛ لأنها ليست مملوكة للمنفَعَدَّ ضده. والمشرع جعل من توافر المصلحة بخصائصها المقررة في فقه القانون سواء كانت حالةً، أو محتملة ليس شرطًا لقبول الدعوى عند بدء الخصومة القضائية فحسب، بل في جميع مراحلها حتى الفصل فيها، أي أنه شرط بقاء لا شرط ابتداء فقط⁽¹⁾.

ويجب على من يطلب وقف القوة التنفيذية من محكمة الطعن أن يستند إلى نفس أسباب الطعن. ولا يجوز له أن يستند إلى عيوب في عملية التنفيذ ذاتها، فهذا الأمر خاص بطلب وقف التنفيذ المقدم أمام قاضي التنفيذ بإشكال وقتي في التنفيذ⁽²⁾.

ويلاحظ أن الأحكام الابتدائية غير المشمولة بالنفاذ المعجل لا يجوز طلب وقف تنفيذها من المحكمة الاستئنافية؛ لأنها غير قابلة للتنفيذ الجبري أصلاً. كما أن

(1) د. أحمد هندي، التنفيذ الجبري، بند 24، ص 67. د. عيد محمد القصاص، بند 95، ص 253. د. الأنصاري حسن النيداني، مبادئ التنفيذ الجبري، ص 115. نقض مدني 2017/3/6م، طعن رقم 15441 لسنة 78ق. موقع محكمة النقض:

<http://www.cc.gov.eg/Madany.aspx>

(2) د. محمود محمد هاشم، قواعد التنفيذ الجبري، بند 90، ص 172. د. الأنصاري حسن النيداني، مبادئ التنفيذ الجبري، ص 114.

الأحكام الانتهائية المطعون فيها بالاستئناف الاستثنائي بمقتضى (م221، م222 مرافعات) لا يجوز طلب وقف تنفيذها من محكمة الاستئناف الاستثنائي؛ لأنها أحكام انتهائية غير قابلة للنفاذ المعجل، بل يمكن تنفيذها تنفيذًا عاديًا، ويمكن أن تكون محلًا لطلب إشكال تنفيذ وقتي من قاضي التنفيذ، أو معاون التنفيذ. ويقتصر طلب وقف القوة التنفيذية من المحكمة الاستئنافية على الأحكام الابتدائية المشمولة بالنفاذ المعجل دون الأحكام النهائية أو الانتهائية (م292 مرافعات). ولا يجوز طلب وقف تنفيذ الحكم الغيابي من محكمة المعارضة، حتى ولو كانت هي المحكمة الاستئنافية؛ لعدم وجود نص على ذلك في القانون المصري. كما لا يجوز طلب وقف القوة التنفيذية لحكم مشمول بالنفاذ المعجل من قاضي التنفيذ، ومن معاون التنفيذ؛ وذلك لأن طلب وقف القوة التنفيذية لا يعد منازعة تنفيذ تدخل في ولايته، بل هو متعلق بالقوة التنفيذية وتكوين السند التنفيذي الذي ليس من مهمة قاضي التنفيذ⁽¹⁾.

51- (ب) - الشرط الثاني (الصفة): ومن الشروط العامة أيضًا لقبول طلب وقف القوة التنفيذية من محكمة الطعن أو التظلم: وجوب تحقق شرط الصفة في طلب الوقف وفي الطعن معاً؛ نظراً لتبعية الوقف للطعن وهو شرط متعلق بالنظام العام؛ وإلا حكم بعدم قبول الطعن، وتبعاً لذلك عدم قبول ورفض طلب وقف القوة

(1) د. أحمد أبو الوفا، التعليق، م221، م222، م292. د. نبيل عمر، الوسيط في التنفيذ الجبري، دار الجامعة الجديدة للنشر بالإسكندرية 2001م، ص 178 وما بعدها. د. محمود مصطفى يونس، المرجع في قانون إجراءات التنفيذ الجبري، بند77، ص 141.

التنفيذية. ويقتضي توافر شرط الصفة أن يكون الطاعن المحكوم عليه، والمطعون ضده المحكوم له طرفي الخصومة التي صدر فيها الحكم المطعون فيه والمطلوب وقف تنفيذه (م211 مرافعات)، سواء كانا خصمين أصليين: مدَّعي ومدعى عليه، أم متدخلين هجومياً أم انضمامياً، أم مختصمين فيها. أي: كانا ممثلين في خصومة الحكم المطعون فيه. ويجوز للخلف العام أو الخاص الحلول في الطعن محل سلفه خلال ميعاد الطعن بتصحيح شكل الطعن، وطلب الوقف، وإعلان الخصم الآخر به. وعندئذ لا يتصور أن يكون للغير صفة في طلب الوقف. وتثبت الصفة في طلب وقف القوة التنفيذية للمدين الملتزم بالأداء الثابت في السند التنفيذي، باعتبار أنه: هو الذي توجه إليه في الأصل إجراءات التنفيذ الجبري، ويخضع لها ويجري التنفيذ جبراً على أمواله⁽¹⁾.

وعلى ذلك فلا يجوز تقديم طلب وقف القوة التنفيذية إلا من الطاعن على الحكم المطلوب وقف تنفيذه؛ ولذا لا يقبل طلب وقف القوة التنفيذية من خصم محكوم عليه لم يطعن في الحكم عند تعدد المحكوم عليهم⁽²⁾.

(1) د. أحمد هندي، الصفة في التنفيذ، ص 297 وما بعدها. د. محمد نور شحاتة، التنفيذ الجبري في المواد المدنية والتجارية، ج1، 1997م، بند 109، ص 86. د. الأنصاري حسن النيداني، التنفيذ الجبري، ص 45-46. نقض مدني 2005/3/13م، طعن رقم 9204 لسنة 64 ق، مجلة هيئة قضايا الدولة، س 51، ع 1، يناير/ مارس 2006م، ص 155.

(2) د. محمد محمود إبراهيم، أصول التنفيذ الجبري، ص 137 وما بعدها. د. الأنصاري حسن النيداني، مبادئ التنفيذ الجبري، ص 115. د. محمد الصاوي مصطفى إبراهيم، قواعد التنفيذ الجبري، دار النهضة العربية بالقاهرة 1996م، بند 71، ص 123.

ويلزم أن تتوافر في طلب وقف القوة التنفيذية الصفة، ولا تتوافر الصفة في طلب وقف التنفيذ أمام محاكم الموضوع إلا لمن يطلب إلغاء السند التنفيذي سواء بمناسبة الطعن في الحكم، أم التظلم منه، أم بمناسبة دَعْوَى بطلان السند التنفيذي التي رفعها، أما الطَّرْف الآخر في التنفيذ وهو الدائن، أو طالب التنفيذ، فليست له صفة في طلب وقف القوة التنفيذية من المحكمة الاستئنافية، هذا حتى ولو تصورنا أن له مصلحة في طلب الوقف. ونعتقد أنه يجب على المحكمة الاستئنافية أن تتحقق قبل الحكم بقبول طلب الوقف أن الطعن مرفوع من شخص له صفة في رفع الطعن، وهو ما يعني: وجوب الحكم أولاً بقبول الطعن قبل الحكم بقبول طلب وقف القوة التنفيذية، وأن الحكم بقبول طلب وقف القوة التنفيذية يشتمل على حكم ضمني بقبول الطعن. ويجب على المحكمة الاستئنافية أن تتحقق ومن تلقاء نفسها من توافر شرطي المصلحة والصفة في طالب وقف القوة التنفيذية باعتبار أنهما أصبحا من الشروط المتعلقة بالنظام العام (م3 مرافعات مستبدلة بالقانون رقم 81 لسنة 1996م). فهو شرط متعلِّق بالحاجة إلى الحماية القضائية، وسلطة المحكمة في منح هذه الحماية لمن يحتاجها⁽¹⁾.

52 - (ج) - الشرط الثالث (الميعاد): ومن الشروط العامة أيضاً لقبول طلب وقف القوة التنفيذية من محكمة الطعن أو التظلم، وجوب رفع الطعن خلال الميعاد

(1) د. الأنصاري حسن النيداني، مبادئ التنفيذ الجبري، ص 115-116. نقض مدني 2003/1/28م، طعن رقم 1272 لسنة 72 ق، المستحدث من المبادئ التي قررتها الدوائر المدنية في مواد المرافعات من يناير 2003م لغاية ديسمبر 2012م، ق151، ص164.

القانوني للطعن، وإلا حكم بعدم قبول الطعن لرفعه بعد الميعاد؛ وتبعاً لذلك عدم قبول ورفض طلب وقف القوة التنفيذية؛ نظراً لتبعية طلب الوقف للطعن. ويبدأ ميعاد الطعن كقاعدة عامة من تاريخ صدور الحكم المطعون فيه (م213 مرافعات). القابل للتنفيذ والمطلوب وقف تنفيذه، ولا يحسب يوم النطق به، وإنما يبدأ الحساب من اليوم التالي له، وينتهي الميعاد بنهاية دوام آخر يوم عمل منه، ويضاف إليه ميعاد مسافة، وإذا صادف آخر الميعاد عطلة رسمية امتد إلى أول يوم عمل بعدها، وهو من المواعيد الناقصة التي يجب اتخاذ الإجراء خلالها، وإلا سقط الحق في القيام به. ويجب توقيع صحيفة الطعن من محامي مقبول للمرافعة أمام محكمة الطعن، وإلا حكم بعدم قبول الطعن، وبالتبعية رفض طلب الوقف؛ وذلك لضمان تحرير تلك الأوراق بمعرفة مختص في القانون؛ حتى يراعي في تحريرها أحكام القانون في الأمور ذات الطبيعة القانونية. وكما يجب ضرورة انطواء الحكم المطعون فيه على معايير تبرر قضاء محكمة الطعن بإلغائه أو تعديله. وأن يكون الحكم قابلاً لطعن عليه، وقابلاً للتنفيذ الجبري. وأن تتضمن صحيفة الطعن جميع البيانات القانونية للطعن. و أن لا تنقضي خصومة الطعن قبل الحكم في طلب وقف القوة التنفيذية؛ نظراً لتبعية طلب الوقف للطعن.

53- الشروط الخاصة لقبول طلب وقف القوة التنفيذية من محكمة الطعن

أو التظلم: يجب لقبول طلب وقف القوة التنفيذية من محكمة الطعن أو التظلم؛ وجوب تقديم طلب وقف القوة التنفيذية لمحكمة الطعن أو التظلم قبل تمام التنفيذ الجبري، وضرورة اقتران طلب وقف القوة التنفيذية بالطعن أو التظلم.

54- (أ) - وجوب تقديم طلب وقف القوة التنفيذية لمحكمة الطعن، أو التظلم قبل تمام التنفيذ الجبري: ذهب الفقه الإجرائي إلى وجوب تقديم طلب وقف القوة التنفيذية إلى محكمة الطعن، أو التظلم قبل تمام التنفيذ الجبري، أي ضرورة توافر شرط عدم تنفيذ، أو عدم اكتمال تنفيذ الحكم المطلوب وقُفُّ تنفيذه من محكمة الطعن أو التظلم؛ وذلك حتى تتواجد مصلحة لطالب الوقف. ونظرًا لطبيعة حكم الوقف بأنه حكم وقتي مستعجلٌ مؤقتٌ لحين صدور حكم في موضوع الطعن، فالحماية المستعجلة تؤدي دورًا وقائيًا للحقوق والمراكز القانونية، وبالتالي إذ كان ما يخشى وقوعه قد تمَّ وانتهى، فإن الحماية الوقائية الوقتية لم يُعد لها محل. وعلى ذلك فلا يقبل طلب وقف القوة التنفيذية إذا كان التنفيذ قد تم بالفعل وانتهى قبل تقديم طلب الوقف، كما لا يقبل إذا تم التنفيذ بعد تقديم الطلب وقبل الحكم فيه وهو ما ينطبق على (م292، م244، م251 مرافعات)⁽¹⁾.

ويثور تساؤل عن: هل يجوز الحكم بوقف التنفيذ الذي تم بعد تقديم طلب الوقف وقبل الفصل فيه؟ اختلف الفقه في المسألة إلى رأيين: أحدهما يرى عدم الجواز، والآخر يذهب مذهبًا مغايرًا.

(1) د. أمنية النمر، أحكام التنفيذ الجبري وطرقه، بند 165، ص 212. د. وجدي راغب، النظرية العامة للتنفيذ القضائي، ص 173. د. عاشور مبروك، الوسيط في التنفيذ، ط 2، دار النهضة العربية بالقاهرة 2004م، ص 194. د. أحمد ماهر زغلول، آثار إلغاء الأحكام بعد تنفيذها، ص 91. -J.Miguet; L'exécution Provisoire; Juris. Class. Pro. Civ.; Fasc. 516-4; N. 90-91.

فذهب أنصار الرأي الأول -استناد إلى أن العبرة هي بوقت الفصل والحكم في طلب وقف القوة التنفيذية-: إلى عدم قبول طلب وقف القوة التنفيذية؛ إذا تم التنفيذ بعد تقديم الطلب وقبل الفصل فيه. أي أنه لا يجوز الحكم بالوقف، إذا كان التنفيذ قد تم في الفترة ما بين تقديم طلب الوقف والفصل فيه، باعتبار أن الحكم به في هذه الحالة يكون واردًا على غير محل، واعتباره غير ذي موضوع؛ لأن العبرة هي بوقت الحكم في الطلب. إذ أن التنفيذ الذي يطلب الطاعن وقفه يكون قد تم بالفعل وانتهى، مما لا يكون معه قيمة أو مقتضى للحكم بوقفه. إضافة إلى أن الحكم بالوقف في هذه الحالة أيضًا، سيكون قضاءً صريحاً، أو ضمناً ببطلان التنفيذ الذي تمّ، وهو ما لا تملك المحكمة - باعتبارها محكمة طعن - الحكم به. كما أن الحكم بوقف التنفيذ يستحيل تنفيذه، بعد أن تمّ التنفيذ فعلاً وانتهى. فكيف يصوغ إذاً الحكم به؟ وعلى هذا فلا وجه للفصل في طلب الوقف إذا تبين أن التنفيذ قد تمّ وقت الفصل فيه *en état d'instruction*. ولا محل للفصل في طلب وقف القوة التنفيذية بعدما ثبت أن التنفيذ قد تمّ قبل الفصل في طلب الوقف، وعلى ذلك فليس ثمّة جدوى لوقف التنفيذ بعد أن فقد محله، بحسبان أن وقف التنفيذ لا يرد على أمر نَفَذَ في الواقع واستنفذَ أغراضه. وبالتالي يتعين على المحكمة أن ترفض طلب وقف التنفيذ؛ لتخلف الاستعجال (المصلحة) وقت الفصل في الطلب، يتوجب توافره ابتداءً واستمرارًا حتى الفصل فيه⁽¹⁾.

(1) د. أحمد أبو الوفا، إجراءات التنفيذ، ص 36. د. أمنية النمر، قوانين المرافعات، الكتاب الثالث، منشأة المعارف بالإسكندرية 1990م، ص 81. د. محمد باهي أبو يونس، وقف تنفيذ

من غير المذكور أن للرأي الأول ما يبرره من سديد المنطق، مفاده: أن الحكم إذا ما تم تنفيذه استنفذ غرضه، وتحقق ما كان يَبْتَغِي بالوقف تحقيقه. وهكذا لا يجد قاضي الوقف ما يفصل فيه، إذا غَدَى طلب الوقف بغير محل، وسار غير ذي موضوع، يفرغ فيه القاضي مَهْمَتَهُ. بل ويصبح الحكم بالوقف متجرّدًا من كل قيمة عملية⁽¹⁾.

وقد ذكر بعض الفقهاء⁽²⁾ مبررات هذا الرأي في: أن شرط قبول الطلب: هو أن تكون المصلحة في تقديمه وقت رفع الدَعْوَى قائمة، وأن تستمرّ كذلك حتى يوم الفصل فيه، فإذا انعدمت المصلحة من رفع الطلب لم يُعَدَّ الطلب صالحًا للفصل فيه. كما أنّ من شأن الأخذ بهذا الرأي أن يجعل للطعن أثرًا مُوقِفًا؛ لأنه قد يحجم كثير من المحكوم لهم عن مباشرة حقهم في التنفيذ، وانتظار الفصل في الطعن. في الحكم وطلب الوقف، خوفًا من إلغاء أية إجراءات تنفيذيّة تَتِمُّ إِذَا ما قَبِلَ طَلَبَ وَقْفِ التنفيذ. كما لا يصح الاستناد إلى حكم (م251 مرافعات) التي تجيز لمحكمة النقض إلغاء ما تم من تنفيذ وقبول طلب الوقف، إذا كان المحكوم عليه قدّم طلب الوقف، ولم يكن التنفيذ قد تَمَّ إِلَّا بعد الطعن وقبل الفصل فيه؛ لأنها تقرر حكمًا استثنائيًا. والاستثناء لا يتوسع فيه ولا يقاس عليه. ولو أراد المشرع مدّه لكان قد

الحكم الإداري، بند 59، ص 157.

(1) د. محمد باهي أبو يونس، وقف تنفيذ الحكم الإداري، بند 59، ص 157.

(2) د. محمود مصطفى يونس، المرجع في قانون إجراءات التنفيذ الجبري، بند 78، ص 145-

نص على ذلك صراحة. وأن المشرِّع إذا نص على وقف تنفيذ الحكم المعجَّل وحسب، فلا يجب مَنْحُ القاضي سُلطة ليست له، وهي سُلطة إلغاء ما تم من تنفيذ. ولا خوف على مصلحة المحكوم عليه؛ لأن بوسِعِهِ ترك باب الطعن في الحكم الابتدائي، وطلب إعادة الحال إلى ما كان عليه قبل التنفيذ. أي يجب عليه الانتظار لحين صدور حكم في الموضوع.

بينما يرى أنصار الرأي الثاني - نؤيده - أنه يجوز الحكم بوقف القوة التنفيذية، حتى ولو كان التنفيذ قد تَمَّ وقت الفصل في طلب الوقف؛ لأن العبرة بوقت تقديم الطلب، طالما قدم طلب وقف التنفيذ قبل تمامه. إذ لا يحول تمام التنفيذ في الفترة ما بين تقديم طلب الوقف وبين الفصل فيه، دون أن يقضي بالوقف. ويستند أنصار هذا الرأي إلى القول بأن القاعدة العامة هي: أن المحكمة تنتظر طلبات الخصوم من حيث صحَّتها وقبولها باعتبارها يوم رَفْعِهَا؛ وذلك لتجنب الإضرار بمركز الخصوم من تأخر القضاء في الفصل في طلباتهم. فمن غير العَدْل أن يحكم للخصم، أو يحكم عليه لمجرد أن المحكمة قد فَصَلت في طلبه بعد وقت قصير، أو أنها تراخت - لسبب أو لأخر - في النظر فيه. وعلى ذلك إذا طلب الطاعن وقف التنفيذ، وكان التنفيذ لم يتم وقت الطلب، كان حَرِيًّا أن يقضي له به، حتى ولو تَمَّ التنفيذ قبل الحكم بالوقف. إذ لا ينبغي أن يُضارَّ من تأخير القضاء في الفصل في طلبه حتى بلغ التنفيذ تمامه. إذ العبرة: بحال التنفيذ يوم تقديم طلب الوقف، لاحين الفصل فيه. ويبدو أن المشرِّع قد قنع بالاعتبارات التي يقوم عليها هذا الرأي من حيث رعاية جانب المحكوم ضده الذي نشط للحد من آثار حكم توافرت

موجبات وُقِفِه حال طلبه. فَقَنَّ ما انتهى إليه أنصاره، قاصراً ذلك على طلبات وقف التنفيذ أمام محكمة النقض، دون غيرها من محاكم الطعن - الاستئناف والالتماس - بنص خاص في (م3/251 مرافعات) على أنه : " ينسحب للأمر الصادر بوقف تنفيذ الحكم على إجراءات التنفيذ التي اتخذها المحكوم له بناء على الحكم المطعون فيه من تاريخ تقديم الطلب"⁽¹⁾.

ويمكن الرد على حجج الرأي الأول بما يلي⁽²⁾: أولاً: بصدد القول بأن إلغاء ما تم من تنفيذ فيه تجاوز لحدود طلب الوقف، كان من الممكن التسليم بصحته، إذا لم يقدم المحكوم له على إتمام التنفيذ، على الرغم من علمه، أو باستطاعته أن يعلم باحتمال قبول طلب الوقف، فيكون عليه عبء إعادة الحال إلى ما كان عليه. وفي الوقت ذاته يَجِوُّ لنا أن نتساءل، هل في منح المشرع بنص خاص (م251 مرافعات) لمحكمة النقض سلطة إلغاء ما تم من تنفيذ (في طلب وقف التنفيذ) ما يُعدُّ تجاوزاً لسلطتها؟!

ثانياً: وأما القول بأن من شأن إلغاء ما تم من تنفيذ إذا ما قُبِل طلب الوقف، يجعل لطلب الوقف أثراً موقِعاً، فهذا لم يقل به أحد؛ لأنه بوسع المحكوم له إتمام التنفيذ،

(1) د. فتحي والى، التنفيذ الجبري، ص 47-48. د. نبيل عمر، التنفيذ الجبري، بند 56، ص 50. د. أحمد مليجي، التنفيذ الجبري، ص 195. د. أحمد هندي، التنفيذ الجبري، بند 24، ص 68. د. محمود مصطفى يونس، المرجع في قانون إجراءات التنفيذ الجبري، بند 78، ص 145 وما بعدها.

(2) د. محمود مصطفى يونس، المرجع في قانون إجراءات التنفيذ الجبري، بند 78، ص 147-148.

ولكن على مسؤوليته وحسابه. لاسيما وأنه ينفذ بموجب حكم قابل للإلغاء، أو التعديل من محكمة الطعن.

ثالثاً: وأما القول بضرورة توافر شرط المصلحة عند رفع الدَّعوى، واستمرارها حتى الفصل في الموضوع، فإنه يؤكد على احتواء الوقف على سلطة القاضي في إلغاء التنفيذ إذا ما قُبِلَ طلب الوقف؛ لأنه لن يكون مجردَ طلبٍ وقفٍ، بل يزيد عليه إلغاء ما تم من تنفيذ، فالمصلحة أضحت أكثر اتساعاً. ومن ثَمَّ فلا يقبل القول بعدم قبول طلب الوقف؛ لأن التنفيذ قد تم. والحكم بعدم قبول الدعوى؛ لتخلف شرط المصلحة بعد رفعها، لا يتحقق - وبحق - إلا في حالة الحصول على الحماية القضائية المطلوبة أي وقف التنفيذ عن طريق آخَرٍ غيرِ الدَّعوى القضائية، وهو ما لم يتحقق في هذا الفرض.

55 - (ب) - وجوب اقتران وتعاصر وتبعية طلب وقف القوة التنفيذية للطعن

أو للتظلم: يجب أن يطلب المنفَّذ ضده وقف القوة التنفيذية للحكم من محكمة الطعن أو التظلم، إذ لا تأمر المحكمة بوقف التنفيذ من تلقاء نفسها، وإنما بناءً على طلب الطاعن أو المتظلم، فلا تقضي المحكمة بما لم يطلبه الخصوم، ولا بأكثر مما طلبوه؛ نظراً لأن القضاء مطلوب، وليس معروضاً. ويرتبط طلب وقف التنفيذ بالطعن في الحكم أو التظلم، فلا يمكن طلبه بمعزل عن التظلم، أو الطعن في الحكم. ويجب أن يكون الحكم قابلاً للطعن فيه؛ حتى يمكن طلب وقف تنفيذه. وحتى تتمكن محكمة الطعن من تقدير توافر شروط الحماية الوقتية من صحيفة

الطعن، ويلزم اقترانُ طلب وقف التنفيذ بالطعن أو التظلم، كما أن الحكم الصادر في طلب وقف التنفيذ حُكْمٌ مؤقتٌ يرتبط مصيره، وتتأقَّتْ حياته بصدور الحكم في الطعن، فلا يقبل طلب وقف التنفيذ استقلالاً عن الطعن في الحكم المراد وقف تنفيذه. وطلب وقف التنفيذ: يمثل الوجه المستعجل للنزاع، أما الطعن في الحكم: فيمثل الوجه الموضوعي له. ويجب أن يكون الطعن صحيحاً من حيث الشكل والموضوع؛ حتى يقبل بالتبعية طلب وقف القوة التنفيذية⁽¹⁾.

وتبعية طلب وقف القوة التنفيذية لصحيفة الطعن هو مجرد شرط لممارسته، وليس سببٌ وُجُودِه؛ إعمالاً للأثر غير الموقوف للطعن. وإذا طعن المحكوم عليه في الحكم دون طلب وقف التنفيذ، فلا يجوز لمحكمة الطعن أن تقضي بوقف التنفيذ، وإلا كان قضاءً بشيءٍ لم يطلبه الخصوم. ويلزم قبول واستمرار الطعن قائماً لحين الفصل في طلب الوقف، فمناطق قبول طلب وقف القوة التنفيذية شكلاً أن يطلب بالتبعية للطعن⁽²⁾.

ويرجع سبب تبعية طلب الوقف للطعن إلى غلبة التماثل في المقاصد، أو التقارب في المهام بين الطعن والوقف، واحترام حجية الأحكام. فالطعن مراجعة للحكم لإلغائه وعدم تنفيذه نهائياً، بينما الوقف تعطيل لإعماله مؤقتاً، إذ أن وقف التنفيذ هو أيضاً نوعٌ من

(1) د. نبيل عمر، التنفيذ الجبري، بند 52، ص 46 وما بعدها. د. أحمد مليجي، شرح أصول

التنفيذ الجبري، ص 170-171. د. أحمد هندي، التنفيذ الجبري، بند 23، ص 61 وما بعدها.

(2) الإشارة السابقة.

إلغائه، فلا يجوز الاقتصار على طلب الوقف دون الطعن، فما يرجح إلغاء الحكم في الطعن يجيز الوقف؛ وحتى لا يحكم بوقف تنفيذ حكم صحيح قائمٍ بغير طعنٍ، فتتال من حجية الأحكام وتعطيل تنفيذها، ونكونُ حيالَ حكمين حكمٌ بالوقف وحكمٌ موقوف⁽¹⁾. كما أن الحكمَ في طلب الوقف بالقبول: بمثابة أمر من محكمة الطعن بتعطيل القوة التنفيذية للحكم المطعون فيه لمدة مؤقتة هي مدة الفصل في موضوع الطعن من محكمة الطعن⁽²⁾.

ويجب أن يكون الطعن بالاستئناف صحيحًا من حيث الشكل والموضوع؛ ونتيجة لذلك فإنه إذا كان الاستئناف الموضوعي باطلاً، امتنع عن المحكمة الاستئنافية الفصل في طلب وقف النفاذ المقدم تبعًا له، ولا يجدي المستأنف بعد ذلك رفعه استئنافًا موضوعيًا آخر صحيحًا؛ لأن هذا الاستئناف الأخير يكون قد تمَّ رفعه بعد تقديم طلب وقف النفاذ المعجل المطروح على المحكمة، ويكون هذا الطلب قد تمَّ تقديمه في وقت لم يكن فيه أمام المحكمة استئناف موضوعي قائم، ومع ذلك فإنه يجوز إعادة رفع الاستئناف بشكل صحيح، ما دام ميعاذه ممتدًا وإعادة تقديم طلب وقف التنفيذ تبعًا لرفع الاستئناف الجديد الصحيح⁽³⁾.

(1) د. محمد باهي أبو يونس، وقف تنفيذ الحكم الإداري، بند 3، ص 17.

(2) د. محمد باهي أبو يونس، وقف تنفيذ الحكم الإداري، بند 3، ص 18.

(3) د. أحمد مليجي، شرح أصول التنفيذ الجبري، ص 171. د. أحمد هندي، التنفيذ الجبري، بند 23، ص 61 وما بعدها.

ويلاحظ: أنه لا يشترط أن يطلب وقف النفاذ مرة واحدة فقط، بل إنه يجوز تجديد طلب وقف النفاذ بالتبعية للاستئناف إذا استجبت وقائع جديدة، أو إذا بُني طلب وقف التنفيذ على وقائع سابقة لم يحصل التمسُّك بها في الطلب الأول، ما دام باب المرافعة لم يُفعل في الاستئناف المرفوع عن الحكم الابتدائي المشمول بالنفاذ المعجل والمطلوب وقف تنفيذه. وهذا خلاف وقف التنفيذ أمام محكمة النقض الذي لا يجوز أن يُدلي به إلا مرة واحدة في صحيفة الطعن خلال ميعاد الطعن بالنقض، ومن ثمَّ لا يحكم فيه إلا مرة واحدة فقط⁽¹⁾.

وذهب جمهور الفقه الإجماعي إلى أن طَلَبَ وقف القوة التنفيذية أمام محكمة الطعن سواءً أكانت محكمة الاستئناف (م292 مرافعات)، أم كانت محكمة التماس إعادة النظر (م244 مرافعات)، يمكن تقديمه في أي وقت خلال قيام إجراءات الطعن، ولو بعد فوات ميعاده؛ لأن القانون في (م292، م244 مرافعات) لم يشترط ضرورة تقديم طلب الوقف في صحيفة الطعن، ولم يشترط لتقديمه ميعادًا معينًا. والميعاد شكلٌ قانونيٌّ لا يجوز تقريره إلا بنص قانونيٍّ - كما ورد بنص (م251 مرافعات) بخصوص الطعن بالنقض-؛ ولذلك فيمكن تقديمه في أي حالة كانت عليها الإجراءات، حتى قفل باب المرافعة كطلب عارض بحماية وقتية مستعجلة، وذلك في الطعن بالاستئناف أو بالالتماس، حيث لا ينتقد تقديم طلب الوقف بضرورة تقديمه في صحيفة الطعن، كما هو الشأن في الطعن بالنقض بنص (م251

(1) د. نبيل عمر، التنفيذ الجبري، بند52، ص 46 وما بعدها. د. أحمد مليجي، شرح أصول التنفيذ الجبري، ص 172.

مرافعات) أي: أن ذلك كُله نتيجة أن المشرع اشترط ضرورة تقديم طلب الوقف أمام محكمة النقض في صحيفة الطعن ذاتها خلال ميعاد الطعن (م251 مرافعات)، بينما لم يشترط تقديم طلب الوقف في صحيفة الطعن أمام محكمة الاستئناف، أو الالتماس، أو التظلم⁽¹⁾.

وعلى ذلك فإنه: يمكن تقديم طلب وقف التنفيذ في أي وقت خلال قيام اجراءات الطعن، حتى قفل باب المرافعة كطلب عارض، حتى ولو بعد فوات ميعاد الطعن بالاستئناف، أو التماس إعادة النظر؛ لأن القانون لم يشترط لتقديم طلب الوقف ميعادًا معينًا، والميعاد شكلًا قانونيًّا لا يتقرر إلا بنص كنص (م251 مرافعات) في الطعن بالنقض باشتراط تقديم طلب وقف التنفيذ من محكمة النقض في صحيفة الطعن نفسها؛ ولذا يمكن تقديمه كطلب عارض بإجراء وقتي يضاف إلى الطعن الأصلي؛ لأنه طلب بحماية وقتيه وليس طعنًا في الحكم⁽²⁾.

ويمكن رفع طلب وقف القوة التنفيذية لمحكمة الطعن سواء أكانت محكمة الاستئناف (م292 مرافعات)، أم كانت محكمة التماس إعادة النظر (م244

⁽¹⁾ د. فتحي والي، التنفيذ الجبري، بند 43، ص 88. د. وجدي راغب، النظرية العامة للتنفيذ القضائي، ص 121-122. د. عزمي عبد الفتاح، قواعد التنفيذ الجبري، ص 220. د. أحمد ماهر زغلول، أصول التنفيذ الجبري، بند 102، ص 208-209.

⁽²⁾ د. نبيل عمر، التنفيذ الجبري، بند 53-54، ص 46-47. د. أحمد هندي، التنفيذ الجبري، بند 23، ص 63. د. سيد أحمد محمود، أصول التنفيذ الجبري، ص 340. د. عبد الحكيم عباس عكاشة، التنفيذ الجبري، ص 101.

مرافعات) كطلب عارض بحماية وقتية مستعجلة في أي وقت، قبل قفل باب المرافعة في موضوع الطعن. ويجوز إعادة طرح طلب وقف التنفيذ كطلب مستعجلٍ أمام محكمة الطعن بالاستئناف، أو بالالتماس حتى قفل باب المرافعة في موضوع الطعن، إذا استجدت ظروف جديدة بعد رفض طلب وقف التنفيذ من محكمة الطعن؛ لأنه قضاء وقتي مستعجلٌ يحق للمحكمة العدول عنه، متى تغيرت الظروف، ولا يقيد محكمة الطعن عند نظر موضوع الطعن. وهذا الأمر قاصرٌ على الطعن بالاستئناف، أو بالالتماس، حيث لا يتقيد طلب الوقف بضرورة تقديمه في صحيفة الطعن، كما هو الحال في الطعن بالنقض بنص (م 251 مرافعات)؛ ولذا لا يجوز تجديد طلب وقف التنفيذ أمام محكمة النقض بعد رفضه؛ بسبب الشرط الشكلي - إذا طلب ذلك في صحيفة الطعن - الذي فرضه المشرع بنص (م 251 مرافعات) (1).

وعلى ذلك: فإنَّ وجوب الاقتران والتعاصر الزمني لطلب وقف التنفيذ بالتبعية للطعن أو التظلم، يقتضي مبدأ تبعيَّة الوقف للطعن أو التظلم، ارتباط طلب الوقف بالطعن ارتباطاً مادياً على نحو يستلزم أن يرد الاثنان في وقت واحد، مما يتطلب تلازمهما وتعاصرهما في الزمان، بحكم اقترانهما في ذات الوقت معاً. وعلى ذلك

(1) د. أحمد أبو الوفا، التعليق، م 292. د. فتحي والي، التنفيذ الجبري، بند 43، ص 88. د. محمود عبد الخالق عمر، مبادئ التنفيذ، بند 271، ص 27. د. محمد محمود إبراهيم، أصول التنفيذ الجبري، ص 179-246. د. أحمد ماهر زغلول، أصول التنفيذ الجبري، بند 102، ص 208-209. د. وجدي راغب، النظرية العامة للتنفيذ القضائي، ص 121-122.

فلا يجوز تقديم طلب الوقف قبل تقديم صحيفة الطعن، وإلا كان غير مقبول؛ لأنه يكون طلبًا سابقًا *demande Prématuro* للطعن فاقدًا لأساس قبوله. وعلى ذلك فإذا تم تقديم طلب الوقف قبل رفع الطعن، فإنه يكون غير مقبول؛ وذلك لأن محكمة الطعن لن تستطيع الحكم في طلب الوقف إلا إذا اطلعت على أسباب الطعن للتأكد من احتمالية إلغاء الحكم المطعون فيه، أو تعديله⁽¹⁾.

فقد أعطت (م292 مرافعات) سلطة وقف النفاذ المعجل للمحكمة المرفوع إليها الاستئناف أو التظلم. كما أن (م244 مرافعات) لم تجز إلا لمحكمة الطعن بالالتماس الأمر بوقف تنفيذ الحكم الملتمس فيه، ولم تسمح (م251 مرافعات) لمحكمة النقض النظر في طلب وقف تنفيذ الحكم المطعون فيه أمامها، إلا إذا طلب ذلك في صحيفة الطعن بالنقض ذاتها. وعلى ذلك؛ فيجب لكي يكون للمحكوم عليه مكنة طلب وقف التنفيذ من محكمة الطعن، وأن يكون له حق الطعن في الحكم المطلوب وقف تنفيذه منها، وأن يكون قد طعن بالفعل، وعلى نحو صحيح، ثم يمارس سلطة طلب وقف التنفيذ؛ وذلك نتيجة تبعية طلب وقف التنفيذ للطعن.

(1) د. حامد محمد ابو طالب، التنفيذ الجبري، ص 56-62. د. علي عبد الحميد تركي، شرح إجراءات التنفيذ لجبري، ط 1، 2009م، بند 197، ص 190. د. عبد الحكيم عباس عكاشة، التنفيذ الجبري، ص 101.

فيشترط أن يكون الحكم مطعوناً عليه، وأن يقدم طلب الوقف بالتبعية للطعن؛ حتى لا تقضي محكمة الطعن بشيء لم يطلبه الخصوم⁽¹⁾.

وعلى ذلك فإنه وفقاً لرأي جمهور الفقهاء يمكن تقديم طلب وقف التنفيذ في أي وقت، خلال قيام إجراءات الطعن حتى قفل باب المرافعة كطلب عارض، حتى ولو بعد فوات ميعاد الطعن بالاستئناف، أو التماس إعادة النظر؛ لأن القانون لم يشترط لتقديم طلب الوقف ميعاد معين، والميعاد شكل قانوني لا يتقرر إلا بنص كنص (م251 مرافعات) في الطعن بالنقض باشتراط تقديم طلب وقف التنفيذ من محكمة النقض في صحيفة الطعن نفسها؛ ولذا يمكن تقديمه كطلب عارض بإجراء وقتي يضاف إلى الطعن الأصلي؛ لأنه طلب بحماية وقتيه وليس طعناً في الحكم⁽²⁾.

ومع ذلك فقد ذهب رأي آخر في الفقه إلى القول بوجود تقديم طلب وقف التنفيذ في ميعاد الطعن، بحجة أنه: يعتبر طعناً في الحكم يُنصَّبُ على صلاحيته للتنفيذ، أي على جزء الحكم المتعلق بالتنفيذ. أي أن هذا الرأي من الفقه ذهب إلى القول بأن مبدأ تَبَعِيَّةِ الوقف للطعن يقتضي وُرُودَ طلب الوقف في صحيفة الطعن، مما يحقق الاتحاد في ميعاد الطعن والوقف، ويمنع الاختلاف في حساب هذا الميعاد،

(1) د. محمد محمود إبراهيم، أصول التنفيذ الجبري، ص 136. د. حامد محمد أبو طالب، التنفيذ

الجبري، ص 56-61. د. الأنصاري حسن النيداني، مبادئ التنفيذ الجبري، ص 123.

(2) د. نبيل عمر، التنفيذ الجبري، بند 53-54، ص 46-47. د. أحمد هندي، التنفيذ الجبري،

بند 23، ص 63. د. سيد أحمد محمود، أصول التنفيذ الجبري، ص 340. د. عبد الحكيم

عباس عكاشة، التنفيذ الجبري، ص 101.

بداية ونهاية خلال ميعاد الطعن الذي قد يختلف تبعًا لنوع الطعن، أي ما إذا كان يجري بطريق الاستئناف، أم التماس إعادة النظر، أم النقض. وذلك على أساس أن طلب الوقف يعد طعنا في الحكم ينصب على صلاحيته للتنفيذ الجبري، وبالتالي يجب أن يقدم خلال ميعاد الطعن. وعلى ذلك فهذا الرأي يوجب تقديم طلب وقف التنفيذ، في نفس ميعاد الطعن أيًا كانت مدته، بحجة أنه يعتبر طعنًا في الحكم يُنصَبُ على صلاحيته للتنفيذ، أي على جزء الحكم المتعلق بالتنفيذ⁽¹⁾.

ويجوز إعادة طرح طلب وقف التنفيذ على محكمة الطعن بالاستئناف أو التماس إعادة النظر عند تغير الظروف؛ وذلك لأن الحكم في طلب وقف التنفيذ: هو حكم وقتي مستعجل يتأثر بتغير الظروف. ويستثنى من ذلك طلب وقف التنفيذ من محكمة النقض؛ نظرًا لوجود نص تشريعي (م 251 مرافعات) يوجب طلب وقف التنفيذ من محكمة النقض في صحيفة الطعن نفسها، وخلال ميعاد الطعن بالنقض.

وبعد تقديم طلب الوقف إلى المحكمة المختصة - محكمة الطعن أو التظلم - تحدد جلسة لنظره، ثم يتم إعلان المدعى عليه للحضور أمام المحكمة لأبداء أقواله. وقد يحدث بعد انعقاد الخصومة تدخل أو إدخال للغير. ويلاحظ أن طلبات وقف التنفيذ التي تختص بها محكمة الطعن أو التظلم ليس لها أثر واقف بمجرد رفعها، عكس الإشكال الأول المقدم شفويًا للمحضر، أو بصحيفة لقاضي التنفيذ؛ فَيَرْتَبُ أثرًا واقفًا للتنفيذ بقوة القانون، ويترتب على تقديم طلب وقف التنفيذ وجوب الحكم فيه

(1) د. رمزي سيف، قواعد تنفيذ الأحكام والمحرمات الموثقة، بند 34، ص 37.

والالتزام بحدوده، ولا يقطع التقادم؛ لأنه لا ينصب على أصل الحق باعتباره طلباً وقتياً مستعجلاً⁽¹⁾.

ومن حيث أثر وقف التنفيذ على الطعن بالنقض: نجد أنّ المُشَرِّعَ قد أضاف حكماً جديداً إلى (م 251 مرافعات)؛ يهدف إلى عدم الإضرار بالمحكوم له من وقف التنفيذ مدة طويلة، وتتمثل ملامح هذا الحكم في أنه: إذا أمرت محكمة النقض بوقف التنفيذ؛ فإنها تكون ملزمة بتحديد جلسة لنظر الطعن في ميعاد لا يتجاوز ستة أشهر، فضلاً عن ذلك: فإن محكمة النقض تكون ملزمة أيضاً بتحديد أجل؛ لنيابة النقض لإيداع مذكرتها في الطعن بالنقض. والمحكمة في تحديدها لهذا الأجل تستند إلى عدة اعتبارات منها: مراعاة الوقت الذي يتناسب وحجم القضية، كذلك صعوبة ما يثيره الطعن بالنقض من مشاكل قانونية، وعدم احترام هذه المواعيد لا يترتب عليه أي بطلان أو سقوط؛ وذلك لأن الميعاد الأول - الخاص بتحديد جلسة لنظر الطعن - يتعلق بسلطة المحكمة ولا يولد أي حق إجرائي لطرفي الطعن، كما أن الميعاد الثاني - الخاص بتحديد أجل لنيابة النقض لإيداع مذكرتها في الطعن -

(1) د. أحمد هندي، التنفيذ الجبري، بند 23، ص 63. د. سيد أحمد محمود، أصول التنفيذ الجبري، ص 340. د. الأنصاري حسن النيداني، مبادئ التنفيذ الجبري، ص 126. د. عبد الحكيم عباس عكاشة، التنفيذ الجبري، ص 101.

إذا خالفته النيابة، فإنه لا يمكن توقيع أيّ جزاءٍ عليها إذ أنها في أداء وظيفتها تكون مستقلة عن المحكمة⁽¹⁾.

وبعد أن انتهينا من دراسة المبحث الأول (إجراءات طلب وقف القوة التنفيذية وشروطه) من الفصل الثاني على النحو السابق، ننتقل الآن إلى دراسة المبحث الثاني (الحكم في طلب وقف القوة التنفيذية وآثاره) من الفصل الثاني على النحو التالي:

(1) د. فتحي والي، التنفيذ الجبري، بند 28، ص 58. د. أحمد هندي، التنفيذ الجبري، بند 24، ص 68. د. الأنصاري حسن النيداني، مبادئ التنفيذ الجبري، ص 127. د. عبد الحكيم عباس عكاشة، التنفيذ الجبري، ص 45.

المبحث الثاني

الحكم في طلب وقف القوّة التنفيذية وآثاره

56- تمهيد وتقسيم: نتناول في هذا المبحث: نظر خصومة طلب وقف القوة التنفيذية من محكمة الطعن أو التظلم. وشروط الحكم في طلب وقف القوة التنفيذية من محكمة الطعن أو التظلم؛ كرجحان إلغاء السند التنفيذي المطعون فيه لأسباب جدية، أو ترجيح إلغاء تنفيذه، و وجود الاستعجال (وجود ضرر جسيم يتعذر تداركه). وسلطة محكمة الطعن أو التظلم عند نظر طلب وقف القوة التنفيذية، و ضمانة الكفالة عند الحكم بوقف القوة التنفيذية من محكمة الطعن أو التظلم، و الانقضاء المبتسر لخصومة طلب وقف القوة التنفيذية بغير حكم، والانقضاء التبعي لخصومة طلب وقف القوة التنفيذية؛ نتيجة لانقضاء خصومة الطعن، والانقضاء الطبيعي لخصومة طلب وقف القوة التنفيذية، التكييف القانوني للحكم الصادر في طلب وقف القوة التنفيذية بالقبول أو بالرفض.

ثم نتناول آثار الحكم في طلب وقف القوة التنفيذية؛ كحجية الحكم الصادر في طلب وقف القوة التنفيذية من محكمة الطعن أو التظلم، وصلاحيّة الحكم في طلب وقف القوة التنفيذية الصادر من محكمة الطعن أو التظلم للتنفيذ الجبري، و ضمانات تنفيذ الحكم في طلب وقف القوة التنفيذية الصادر من محكمة الطعن أو التظلم، والطعن في الحكم الصادر في طلب وقف القوة التنفيذية الصادر من

محكمة الطعن أو التظلم، و أثر صدور الحكم في موضوع الطعن على الحكم الصادر في طلب وقف القوة التنفيذية، والتنفيذ العكسي للحكم الصادر في طلب وقف القوة التنفيذية من محكمة الطعن أو التظلم، والتأصيل القانوني للنزاع حول القوة التنفيذية (نظرية إجرائية).

وعلي ذلك نتناول هذا المبحث في مطلبين هما:

المطلب الأول: الحكم في طلب وقف القوة التنفيذية.

المطلب الثاني: آثار الحكم في طلب وقف القوة التنفيذية.

وذلك بالتفصيل المناسب على النحو الآتي:

المطلب الأول

الحكم في طلب وقف القوة التنفيذية

57- نظر خصومة طلب وقف القوة التنفيذية من محكمة الطعن أو التظلم: تسير خصومة طلب وقف القوة التنفيذية كخصومة مستعجلة على مراحل ثلاث: المرحلة الافتتاحية، ومرحلة التحقيق، ومرحلة الحكم والطعن. وتمضي خصومة طلب وقف القوة التنفيذية بما يسوقه الخصوم فيها من أدلة ومستندات، وما يقدموه من إيضاحات، وما يبده من ملاحظات؛ لتنتهي خاتمة المطاف فيها بنهاية طبيعية بصدور حكم بالوقف أو بالرفض. إلا أن الأمور قد لا تسير على ما يرام، فينتابها أحياناً سببٌ من أسباب انقضائها بغير حكم في موضوعها، إما أن تنقضي بالتبعية لانقضاء خصومة الطعن انقضاً مبسراً بغير حكم موضوعها باعتبارها أساساً لنشأتها. ويجب على محكمة الوقف أن تُوردَ من أسباب حكمها ما يقنع بحمل منطوق الحكم عليه، وتصدره بعد مداولة قانونية، وتستنفد ولاية المحكمة التي أصدرته، ويقبل الطعن بطرق الطعن المقررة للأحكام متى توافرت شروط الطعن⁽¹⁾.

(1) د. أحمد هندي، التنفيذ الجبري، بند 28، ص 76-77. د. محمد باهي أبو يونس، وقف تنفيذ الحكم الإداري، بند 149، ص 343 وما بعدها. د. محمد صلاح الدين فايز محمد، وقف تنفيذ الحكم الإداري، ص 307.

-Jean Vincent et S. Guinchard; Procédure Civile; 26 éd.; Dalloz; Paris; 2001; P. 819.

58 - شروط الحكم في طلب وقف القوة التنفيذية من محكمة الطعن أو التظلم: اشترط المشرع والفقهاء الإجرائي للحكم في طلب وقف القوة التنفيذية للسند التنفيذي من محكمة الطعن أو التظلم؛ وجوب توافر شرط رجحان إلغاء السند التنفيذي المطعون فيه ذاته أمام محكمة الطعن أو التظلم؛ لأسباب جديّة Les moyens sérieux، أي ترجيح إلغاء تنفيذ السند التنفيذي المطعون فيه ذاته. وكذلك أيضًا وجوب توافر شرط آخر: هو الاستعجال L'urgence باعتباره طلبًا بحماية وقتية مستعجلة من محكمة الطعن أو التظلم (م 251، م 292، م 244 مرافعات، م 57 تحكيم، م 49 من قانون مجلس الدولة رقم 47 لسنة 1972م).

59 - (أ) - رجحان إلغاء السند التنفيذي المطعون فيه؛ لأسباب جديّة، أو ترجيح إلغاء تنفيذه: يجب استناد طلب وقف القوة التنفيذية للسند التنفيذي أمام محكمة الطعن أو التظلم إلى سبب يتصل بالسند التنفيذي ذاته؛ وذلك برجحان إلغاء السند التنفيذي المطعون فيه لأسباب جديّة Les moyens sérieux، أو ترجيح إلغاء تنفيذ الحكم المطعون فيه. ويعتبر الحق في التنفيذ الجبري من حقوق الإضرار بطبيعتها؛ لأنه يرتب أضرارًا قانونية للمنقذ ضده، حتى ولو تمت ممارسته على الوجه القانوني المعتاد؛ بسبب مشروع هو الحق في التنفيذ. ويجب لقبول طلب وقف القوة التنفيذية كنوع من الحماية الوقائية: أن يؤسس الطعن على توافر أسباب جديّة يترجح معها إلغاء الحكم المطعون فيه أو تعديله؛ وذلك للانسجام مع شروط المصلحة القانونية كشرط لقبول طلب الوقف. فالحكم بمجرد صدوره يُعدُّ عنوانًا للحقيقة، وحُجّة فيما قضي به، بما يستوجب عدم المساس به

لمجرد الطعن عليه ما لم تكن مبررات الطعن مما يرجح معها إلغائه أو تعديله (م251، م292، م244 مرافعات، م57 تحكيم، م49 من قانون مجلس الدولة رقم 47 لسنة 1972م). ويتحقق ذلك إذا كان يخشى من التنفيذ وقوع ضرر جسيم يتعذر تداركه، وكانت أسباب الطعن في الحكم مما يرجح معها إلغائه، أو تعديله عند نظر موضوع الطعن بحسب ظاهر الأوراق؛ لأن طلب وقف التنفيذ: هو طلب وقتي مستعجل لحماية المحكوم عليه من آثار تنفيذ الحكم الصادر ضده، وذلك دون المساس بأصل الحق⁽¹⁾.

وعلى ذلك فيجب أن يستند طلب وقف القوة التنفيذية إلى ادعاءات قائمة على أسباب جدية يترجح معها إلغاء الحكم المطعون فيه، من خلال الفحص الظاهري للأوراق؛ لأنه طلب بحماية وقتية مستعجلة لحق مهدد حتى يتسنى حمايته موضوعياً بالفصل في موضوع الطعن، وبسلطة تقديرية للمحكمة مقيدة بالفحص الظاهري للأوراق، وعدم المساس بأصل الموضوع. وسواءً تعلق الأمر بأسباب إجرائية أو موضوعية، قانونية أو واقعية، ويكفي وجود سبب واحد للقضاء بوقف التنفيذ، طالما تبيّن للمحكمة جديته بتقدير منطقي سائغ لا ينطوي على فسادٍ أو تحريف، بحدود الفحص الظاهري للأوراق والأسباب دون التعمق في صحتها وقت

(1) د. الأنصاري حسن النيداني، مبادئ التنفيذ الجبري، ص 125. د. فريد فنري، نظام النفاذ المعجل، رسالة دكتوراه، حقوق القاهرة 1997م، ص 293. د. محمد صلاح الدين فايز محمد، وقف تنفيذ الحكم الإداري، ص 42 وما بعدها. د. المحسن عمار، أثر الطعن على التنفيذ، ص 332.

-Cass. Soc. 13 sept. 2012; Procédures. 2012; N. 329; Not. **Bugada**.

الفصل في الطلب. ويقع عبء إثبات جدية الطلب على عاتق طالب وقف القوة التنفيذية كقاعدة عامة؛ لأن البينة على المدعي واليمين على من أنكر⁽¹⁾.

وتطبيقاً لذلك قضت محكمة النقض بأنه : " إذ كان ضمن ما اشترطته المادة 251 من قانون المرافعات لوقف تنفيذ الحكم المطعون فيه شرطاً أساسياً هو رجحان نقض الحكم المطعون فيه وذلك بأن تكون أسباب الطعن جدية تستشف منها المحكمة ذلك ، وهذا الشرط وإن لم ينص عليه صراحة في خصوص الطعن بالنقض إلا أنه شرط تملية القواعد العامة؛ لأن طلب وقف التنفيذ طلب وقتي يستهدف الحماية الوقتية، والقاعدة العامة في الحماية الوقتية أنها تقتضى رجحان الحق، والحق الذي يستهدف الطلب حمايته هو بقاء الحال على ما هو عليه، وهو ما لا يكون إلا بإلغاء الحكم المطعون فيه، إذ من العبث الاستمرار في تنفيذ حكم مرجح الالغاء...ولأنها أستشفت من ظاهر الأوراق جدية أسباب الطعن التي ترشح رجحان نقض الحكم المطعون فيه فأصدرت قرارها الوقتي بوقف تنفيذه لانعدام سنده..."⁽²⁾.

وعلى ذلك فيجب أن تكون المطاعن أو الأسباب من حيث الواقع والقانون، التي بني عليها الطعن بشكل يترجح معه إلغاء الحكم المطعون فيه أم تعديله. أي أن

(1) الإشارة السابقة.

(2) نقض مدني 2014/6/2م، طعن رقم 18808 لسنة 83 ق، موقع محكمة النقض:

تكون الأسانيد الواقعية والقانونية، إجرائية، أم موضوعية للطعن التي يهاجم بها الطاعن الحكم المطعون فيه، ترجح إلغاؤه أو تعديله لغوارٍ يقدِّح في صحته وسلامته كسبب صحيح سائغ لطلب وقف القوة التنفيذية. ويجري تقدير الجدية وقت الفصل في طلب الوقف؛ وذلك باعتبار أن هذا الوقت هو الذي يبحث فيه القاضي مدى جدوى طلب الوقف، وقد ما يعود على الطاعن من نفع، أو ما تتوافر له من مصلحة فيه. ولا يلزم للحكم بالوقف تعدد أسباب الجدية، بل يكفي سبب واحد للحكم به، طالما كان سائغا لحمل منطوقه، فالعبرة ليست بكثرة الأسباب أو قلتها، بل بالآثار المفضية إليه، أي أن يعتري الحكمَ معايبٌ توجب الطعن فيه، وعوامل يترجح معها إلغاؤه أو تعديله. وتطبيقاً لذلك فإن بطلان إجراءات الحكم يقتضي وقف تنفيذه لما يمثله من إخلال بحقوق الدفاع، وكذلك الخوف من التدمير الشامل لممتلكات الطرف الخاسر بلا سند قانوني ومناورات تسويقية، وتبعات خطيرة غير قابلة للعلاج بالوصول لنقطة اللاعودة كهدم منزل أثري⁽¹⁾.

(1) د. محمد عبد الخالق عمر، مبادئ التنفيذ، ص 271-272. د. طلعت دويدار، وظيفة فكرة الاستعجال، ص 103 وما بعدها. د. الأنصاري حسن النيداني، مبادئ التنفيذ، ص 125. د. عماد مصطفى قميناس، سلطة القاضي، بند 177 وما بعده، ص 134 وما بعدها.

-Markus. J. P.; Motivation des recours en appel par reproduction
Premières conclusions; D. 2005; N. 37; P. 2583.

-Cass. Soc. 13 sept. 2012; Gaz. Pal. 8 déc. 2012; P. 45; Not.

Herman.

60 - (ب) - وجود الاستعجال (وجود ضرر جسيم يتعذر تداركه): اشترط
المشرع والفقهاء الإجماعي للحكم في طلب وقف القوة التنفيذية من محكمة الطعن أو
التظلم؛ توافر شرط الاستعجال L'urgence باعتباره طلباً بحماية وقتية مستعجلة
من محكمة الطعن أو التظلم. أي أن يكون من شأن التنفيذ ترتيب ضرر جسيم
ونائج يتعذر تداركها، أي أن يخشى من التنفيذ السند التنفيذي المطعون فيه وقوع
ضرر جسيم يتعذر تداركه (م251، م292، م244 مرافعات، م57 تحكيم، م49
من قانون مجلس الدولة رقم 47 لسنة 1972م).

والضرر الجسيم: هو الضرورة التي تستوجب الحماية الوقتية، وهذا هو ما وصفه
القضاء بالاستعجال. ويقصد بالاستعجال: الخشية من وقوع ضرر جسيم يتعذر
تداركه، مادّي أو أدبي، يصيب المنفّذ ضده طالب وقف القوة التنفيذية من جراء
تنفيذ حكم قَلَقِ مطعون فيه محتمل الإلغاء أو التعديل من محكمة الطعن؛ نتيجة
فوات الوقت الذي تستغرقه إجراءات نظر موضوع الطعن، بما قد يتعذر إصلاحه
بالتنفيذ العكسي؛ لإعادة الحال إلى ما كان عليه في حال إلغاء الحكم المنفّذ
المطعون فيه من محكمة الطعن (م45 مرافعات). كَقَوَاتِ فرصة عَزَّ توافرها إذا ما
ألغى الحكم، والمساس بحق دستوري كحق الملكية، وصعوبة إعادة الحال إلى ما
كان عليه قبل التنفيذ؛ كالحكم بهدم مَبْنَى أثري...، وتقوم المحكمة بتقدير توافر

-C.A.Reñnes ; 25 févr. 1992; Gaz.Pal. 1992; éd. G; II; P. 673; Note.

Du Rusquec.

-Paris; 4 oct.1976; Rev.trim. dr. civ. 1977; P. 191; obs. **R.Perrot.**

الاستعجال ببصيرتها، وبما تستظهره من الأوراق بحسب ظروف كل حالة، وملابساتها، وخصوصياتها، وبحسب الظاهر من ظروف الواقع⁽¹⁾.

وقد اشترط المُشرعُ لوقف القوة التنفيذية للأحكام المطعون عليها بالنقض، أو التماس إعادة النظر وفقاً لنص (م251، م244 مرافعات) أن يترتب على التنفيذ ضرراً جسيماً يتعذر تداركه؛ نظراً لقوة تلك الأحكام بما تتمتع به من قوة الأمر المقضي التي تمنحها درجةً عالية من الثبات والاستقرار تبرر الحفاظ على قوتها التنفيذية، في حين اكتفى المشرع فيما يتعلق بوقف القوة التنفيذية للأحكام المطعون عليها بالاستئناف وفقاً لنص (م292 مرافعات) أن يترتب على التنفيذ ضرراً جسيماً فقط، دون اشتراط أن يكون ذلك الضرر مما يتعذر تداركه؛ لما تتمتع به تلك الأحكام من حجية الأمر المقضي، وهي حجية قلقة غير مستقرة موقوفة

(1) د. وجدي راغب، نحو فكرة عامة للقضاء الوقتي، ص 236 وما بعدها. د. طلعت دويدار، وظيفة فكرة الاستعجال، ص 95 وما بعدها. محمد كمال عبد العزيز، تقنين المرافعات، 1995م، م 45، ص 383. إدارية عليا 2005/1/15م، طعن رقم 3779 لسنة 48 ق، مجلة هيئة قضايا الدولة، س 49، ع 2، ص 186. د. الأنصاري حسن النيداني، مبادئ التنفيذ الجبري، ص 124.

-L.Philip; Le sursis d'exécution des decisions des Jurisdictions administratives; 1985; P. 225.

-C.A.Reéennes ; 26 juill.1991; J.C.P. 1992; éd. G.; II; 21925; Note. Du Rusquec.

على مصير الطعن بالاستئناف. ويجب توافر الاستعجال من عند لحظة تقديم طلب وقف القوة التنفيذية، وحتى الفصل فيه من محكمة الطعن أو التظلم⁽¹⁾.

فمناطق الاختصاص بالأمر المستعجلة عضوياً ووظيفياً هو الاستعجال. والاستعجال شرط لقبول طلب وقف القوة التنفيذية، وشرط للحكم به، مما يقتضي أن يكون الاستعجال قائماً حال تقديم طلب وقف القوة التنفيذية، ومستمرًا حتى لحظة الفصل فيه. ويتحقق الاستعجال بالخشية من وقوع ضرر جسيم يتعذر تداركه *difficilement réparable* من خطر التأخير، بفوات الوقت للحصول على الحماية الموضوعية من تنفيذ حكمٍ محتملٍ إغاؤه أو تعديله من محكمة الطعن؛ ولذا فالمقصود من الحكم بوقف التنفيذ هو توقي النتائج التي يتعذر تداركها من خطر التأخير بفوات الوقت للحصول على الحماية الموضوعية بالفصل في موضوع الطعن، لو تم تنفيذ حكمٍ محتملٍ إغاؤه أو تعديله من محكمة الطعن، وفق ميزان المصالح *bilan des intérêts* بما يستوجب من المرونة ما يتفق مع تحقيق غايته؛ لأنه في ذاته حكم وقتي مؤقت مستعجل بما يلائم كل حالة وفق ظروفها. وعلى ذلك فشرط الاستعجال ليس إلا الضرر صعب الإصلاح، أو النتائج المتعذر تداركها أو غير القابلة للإصلاح، أو الخشية من نفاذ الوقت بما يسبب ضرر محقق يصعب منع تفاقمه أو صعوبة إعادة الحال إلى ما كان عليه قبل

(1) الإشارة السابقة.

التنفيذ...، وهكذا يغدو الضرر جوهر الاستعجال، والاستعجال المظهر الخارجي للضرر الجسيم⁽¹⁾.

وقد قضت المحكمة الإدارية العليا بأن: "...الضرر الذي يتعذر تداركه: هو ما يتحقق في أحد أمور ثلاثة: الضرر الذي يمتنع إصلاحه بإعادة الحال إلى ما كانت عليه، أو يتعذر إصلاحه بالتعويض عنه مادياً، أو يصعب إصلاحه قانونياً. وهو درجة بين اثنتين: درجة الضرر الجسيم، ودرجة الضرر المستحيل إصلاحه..."⁽²⁾.

وفرق كبير بين الضرر الجسيم، والضرر الجسيم الذي يتعذر تداركه. فقد يكون الضرر جسيماً ومع هذا يمكن تداركه، كالحكم الصادر بطرد أسرة من المنزل الذي تقيم فيه، وعلّة التفرقة بين الضررين: هي أن طلب وقف التنفيذ أمام الاستئناف يتعلق بحكم حائز على حجية الأمر المقضي وغير حائز على قوة الأمر المقضي، أما وقف التنفيذ أمام محكمة النقض، فإنه يتعلق بحكم حائز على قوة الأمر المقضي، أكثر قوة وثبات واستقرار، وهذا هو ما يبرر تشدّد المشرع. وتسنقل

(1) د. أمنية النمر، مناهج الاختصاص، ص 50. د. نبيل عمر، دراسات في قانون المرافعات، بند 1 وما بعده، ص 7 وما بعدها. د. عماد مصطفى قميناسي، سلطة القاضي إزاء القوة التنفيذية للأحكام، رسالة دكتوراه، حقوق القاهرة، 2005م، بند 172 وما بعده، ص 129 وما بعدها. د. حسين عبد السلام جابر، الطلبات المستعجلة في قضاء مجلس الدولة، القاهرة 1989م، ص 210.

(2) إدارية عليا 2005/1/15م، طعن رقم 3779 لسنة 38 ق، مجلة هيئة قضايا الدولة، ص 49، ع 3، إبريل/يونيو 2005م، ص 185.

محكمة الموضوع بتقدير ما إذا كان الضرر جسيمًا من عدمه؛ وفقًا لظروف كل حالة على حده، بمرونة كبيرة للترجيح والموازنة بين المصالح المتعارضة. وعلى ذلك فمن المنطقي أن تكون شروط وقف تنفيذ الأحكام المشمولة بالنفاذ المعجل أقل تشددًا من شروط وقف تنفيذ الأحكام النهائية، سواءً من محكمة النقض، أم من محكمة التماس إعادة النظر. ووقف التنفيذ من محكمة الالتماس أو النقض أمر استثنائي؛ لأنه يعطل الأثر العادي للحكم النهائي الصادر من محكمة الاستئناف. وهذا ما يفسر تشدد المشرع بالنسبة للشروط الموضوعية، والشروط الإجرائية لهذا النوع من وقف التنفيذ⁽¹⁾.

وعلى ذلك فالضرر الجسيم: هو الضرورة التي تستوجب الحماية الوقتية المستعجلة، وهي: الاستعجال درءًا لضرر جسيم يقع للمحكوم عليه، إذا تم تنفيذ حكم مرجح إلغاؤه أو تعديله من محكمة الطعن، فهي ضرورة تستوجب وقف التنفيذ. وتعذر تدارك الضرر لا تعني استحالة إعادة الحال إلى ما كان عليه، وإنما يعني أن تكون هناك صعوبة وإرهاق شديد في إعادة الحال إلى ما كانت عليه، بعد أن يتم التنفيذ كالحكم بهدم منزل أثري... والضرر الجسيم، والضرر الجسيم المتعذر تداركه: مسألة نسبية تدخل فيها الظروف الشخصية والموضوعية للأطراف، والموازنة بين المصالح المتعارضة للخصوم، وتختلف من شخص إلى آخر، بل من وقت لآخر،

(1) د. محمد عبد الخالق عمر، مبادئ التنفيذ، بند 203، ص 225؛ بند 208، ص 229. د. أحمد صدقي محمود، قواعد التنفيذ الجبري، ص 163. د. أحمد مليجي، شرح أصول التنفيذ الجبري، ص 174-175. د. الأنصاري حسن النيداني، مبادئ التنفيذ الجبري، ص 124.

ومن ظرف لآخر بالنسبة لذات الشخص...، فالاستعجال أمرٌ مرٌّ غير محدد يتغير بحسب ظروف كل حالة على حده. ويفسح مجالاً لإحساس القاضي، ويسمح له بتقدير كل ظروف الدعوى، وتطبيق الحل الذي يراه مناسباً، وذلك كالحكم بحلِّ شركة، أو شطب رهن، أو فسخ زواج، أو هدم منزلٍ أثريٍّ، أو تنفيذ حكم بإخلاء عين يشغلها طبيب، كعيادة يمثل ضرراً جسيماً بالنسبة له؛ لأنه سيفقد عمله الخاص⁽¹⁾.

وتقدر محكمة الطعن الاستعجال وفق ظروف الطعن من خلال الأوراق، وعلى ما يسوقه الطاعن من تبريرات، أو أسانيد Justifications للتدليل على قدر ما يصيبه من ضرر من جراء تنفيذ حكم قَلْبٍ محتملٍ للإلغاء، أو التعديل من محكمة الطعن. والطاعن هو الذي يتجشم عناء البحث عن الأدلة، والتحري عن أسانيد تعزز إثبات الاستعجال لوقف التنفيذ *urgence de sursis*، ويعارضها المطعون ضده المحكوم له طالب التنفيذ بأسانيد تدعم غايته في الاستعجال بالتنفيذ *urgence d'exécution*، وعلى القاضي أن يقدر الاستعجال بالتنفيذ في ضوء الموازنة بين الاستعجال لوقف التنفيذ، والاستعجال للتنفيذ، بالتوفيق والترجيح بين جملة المصالح المتعارضة للخصوم بميزان المصالح *bilan des intérêt*،

(1) د. محمد عبد الخالق عمر، مبادئ التنفيذ، ص 268. د. أحمد ماهر زغلول، أصول التنفيذ، بند 106، ص 220. د. أحمد مليجي، التعليق، ج 5، ص 173. د. أحمد صدقي محمود، قواعد التنفيذ الجبري في قانون المرافعات المصري، ط 4، 2005م، ص 116 وما بعدها. د. عماد مصطفى قميناس، سلطة القاضي، بند 174، ص 130. د. عبد المحسن عمار، أثر الطعن على التنفيذ، ص 302.

الأولى بالرعاية في ضوء الموازنة بين المنافع والمضار المترتبة على كل من الوقف والتنفيذ، وهنا يظهر دور ميزان المصالح؛ لفض تنازع صراع المصالح بين الخصوم. ولقاضي الوقف سلطة تقدير ملائمة الحكم به من عدمه - بعد التأكد من توافر شروطه- بموازنة المصلحتين وقت الفصل في الطلب، ووفقاً لما يراه بعد تقدير الموقف تقديرًا كاملاً، وبما يرجحه المنطق وقوة الواقع⁽¹⁾.

61 - سلطة محكمة الطعن أو التظلم عند نظر طلب وقف القوة التنفيذية:

وبعد انتهاء دور الخصوم بتقديم طلب وقف التنفيذ وتبادل أوجه الدفاع، يبدأ دور القاضي في نظر طلب الوقف والفصل فيه، ويجوز للمحكمة أن تأمر بوقف التنفيذ إذا طُلب ذلك في صحيفة الطعن، ورأت المحكمة أنَّ نتائج التنفيذ قد يتعذر تداركها بعد عمل موازنة بين مصلحة المحكوم عليه في إيقاف التنفيذ، ومصلحة المحكوم له في التنفيذ. فقد تحكم بعدم وقف التنفيذ إذا استبان للمحكمة أن إعادة الحال إلى ما كان عليه (التنفيذ العكسي) -إذا ما ألغى الحكم المطعون فيه من محكمة الطعن- ميسرة. وللمحكمة سلطة تقديرية في الحكم بوقف التنفيذ كلياً أو جزئياً، أو بالنسبة لبعض خصوم الطعن دون البعض الآخر، وذلك وفقاً لتقديرها لمقتضيات

(1) د. نبيل عمر، دراسات في قانون المرافعات، بند 15 وما بعده، ص 27 وما بعدها. د. أحمد صدقي محمود. قواعد التنفيذ، ص 118. د. الأنصاري حسن النيداني، مبادئ التنفيذ الجبري، ص 124. د. محمد باهي أبو يونس، وقف تنفيذ الحكم الإداري، بند 91 وما بعده، ص 236 وما بعدها.

الحماية الوقتية. ويشترط للحكم بالوقف الجزئي أن يكون الحكم المطلوب وقف تنفيذه مما يقبل التجزئة⁽¹⁾.

وتوافر شروط طلب وقف التنفيذ لا يعني تحكم به المحكمة، بل تتمتع محكمة الوقف بسلطة تقديرية في الحكم بالوقف أو بالرفض، فمحكمة الوقف سلطة تقديرية في تقدير الحكم به من عدمه، حسب ظروف الطعن وملاءمة ظروف الحال، حال الفصل في طلبه بمنطق الحماية الوقتية، ورقابة الميزان بين المنافع والأضرار لمعرفة الأرجح منها. أي: للمحكمة سلطة رفض إجابة الطاعن إلى طلبه بالوقف حتى ولو اجتمعت شروطه؛ اعتباراً بأن الوقف مجرد رخصة للمحكمة simple faculté تقدر ملاءمة ممارستها تبعاً لظروف الطعن. وتتوقف السلطة التقديرية لمحكمة الوقف عند حد الحكم به من عدمه حال توافر شروطه، فلا يجوز لها الحكم بالوقف عند عدم توافر شروطه، أو عندما لم يطلبه الطاعن...، فلا يقبل طلب الوقف إلا عند توافر شروطه واجتماع موجباته، فإذا تخلف أحد شروطه فيكون لزاماً أن تقضي برفضه⁽²⁾.

ويتعين على محكمة الطعن - منعقدةً بهيئةً جماعية في القانون المصري عند النظر في خصومة طلب الوقف - أن تفصل أولاً في جميع الدفوع الشكلية

(1) د. أحمد هندي، التنفيذ الجبري، بند 28، ص 76-77. د. محمد باهي أبو يونس، وقف تنفيذ الحكم الإداري، بند 149، ص 343 وما بعدها.

(2) د. فتحي والي، التنفيذ الجبري، بند 44، ص 91. د. وجدي راغب، النظرية العامة للتنفيذ القضائي، 1997م، ص 84-87. د. عيد محمد القصاص، أصول التنفيذ الجبري، ص 242.

والمسائل الفرعية المؤثرة في خصومة الوقف، سواء تلك التي يعرضها الخصوم أم التي تكون متعلقة بالنظام العام، وتتصدى لها المحكمة من تلقاء نفسها كمسائل الولاية، والاختصاص، والقبول. وتتمتع الأحكام الصادرة في المسائل الفرعية من محكمة الطعن كمحكمة وقف بحجية الأمر المقضي، وتُغْلَى يدُ محكمة الطعن عند نظرها لموضوع الطعن حيث يعتبر قضاؤها في الدفوع الشكلية والمسائل الفرعية نهائياً يقيدها عند نظر موضوع الطعن، ويمتنع على محكمة الطعن معاودة البحث فيما فصلت فيه من دفوع تتعلق بولاية، أو باختصاص المحكمة، أو توافر صفة، أو مصلحة الخصوم، أو قبول الدعوى شكلاً...؛ وذلك لأن الفصل فيها أمر لازم قبل التعرض لموضوع طلب الوقف⁽¹⁾.

وتلتزم محكمة الطعن - منعقدةً بهيئةً جماعية؛ لنظر طلب الوقف - بتطبيق المبادئ العامة في أصول التقاضي. فيجب أن تتحلى محكمة الوقف بالحيدة التي تُعدّ أصلاً من أصول المرافعات، فلا تكون متحيزةً لخصمٍ أو معاديةً لآخر، بل يجب التحلي بالموضوعية. كما يجب على محكمة الطعن تطبيق مبدأ العلانية كأصل عام من أصول التقاضي عند نظرها لطلب الوقف. ويجب عليها تطبيق الأصول الإجرائية التي تحكم الفصل في المسائل المستعجلة، مع ما يستتبعه ذلك من لزوم سماع وجهات نظر الخصوم، وتحقيق مبدأ المواجهة بينهم؛ ليدفع كل

(1) د. عاشور مبروك، الوسيط في التنفيذ 2004م، ص 175. د. إبراهيم أمين النفاوي، القوة التنفيذية للأحكام، ص 202. د. محمد كمال الدين منير، قضاء الأمور المستعجلة الإدارية، ص 495.

منهم حجج الآخر، ويُفند أسانيدَه، وهذا لا يتحقق إلا بدعوتهم إلى جلسة علنية يتناضل فيها الخصوم؛ لبيان وجه الحق فيما يدّعيه كلٌّ منهم⁽¹⁾.

وتملك المحكمة وقف التنفيذ بالنسبة إلى شقٍّ من الحكم المطعون فيه دون شقٍّ آخر، أو بالنسبة لبعض الخصوم دون البعض الآخر. كما تلتزم محكمة الطعن منعقدة بهيئة جماعية للحكم في طلب الوقف بتسبيبه، أي باقتران حكمها بالأسانيد الواقعية والقانونية السائغة لحمل منطوقه عليها، والتحقق من توافر شروط الحكم في طلب الوقف، وأن تذكر ما رجح لديها ودواعيه من ظاهر الأوراق دون المَساس بالموضوع، في حدود سلطتها التقديرية عند الفصل في طلب الوقف كطلبٍ مستعجلٍ دون التعمُّق في فحص الطعن، أو الفصل في موضوعه، بالقدر الذي يراه لازماً؛ للتسبيب وتجسيد الاعتبارات التي أفضت إلى الحكم⁽²⁾.

62- ضمانة الكفالة عند الحكم بوقف القوة التنفيذية من محكمة الطعن أو التظلم: وتوجد ضمانات للمحكوم له عند الحكم بوقف التنفيذ من محكمة الطعن، حيث حَوَّلَ المُشَرِّعُ لمحكمة الطعن أو التظلم عندما تأمر بوقف التنفيذ أن توجب تقديم كفالة، أو أن تأمر بما تراه كفيلاً بصيانة حق المحكوم له. وتلك الضمانة أملتُها السياسة التشريعية الإجرائية بمقتضى (م244، م251، م292 مرافعات)

(1) محمد على راتب، د. محمد نصر الدين كامل، ود. محمد فاروق راتب، قضاء الأمور المستعجلة، ط7 عالم الكتب بالقاهرة 1985م، ص 118 وما بعدها. د. محمد باهي أبو يونس، وقف تنفيذ الحكم الإداري، بند 153، ص355 وما بعدها.

(2) د. محمد باهي أبو يونس، وقف تنفيذ الحكم الإداري، بند 157، ص358 وما بعدها.

للتوفيق والتوازن بين المصالح المتعارضة للمحكوم له والمحكوم عليه. وللمحكمة سلطة تقديرية واسعة في تحديد نوع وقيمة الكفالة⁽¹⁾.

وتطبيقاً لذلك فقد نصّت (م2/292 مرافعات) على أنه: "يجوز للمحكمة عندما تأمر بوقف التنفيذ أن توجب تقديم كفالة، أو تأمر بما تراه كفيلاً بصيانة حق المحكوم له". وهذا النص يوفّر للمحكوم له ضماناً عند وقف النفاذ المعجل؛ وذلك حتى يستطيع إذا رفضت المحكمة الطعن بعد ذلك أن يُنْفَذَ الحكم، وللمحكمة سلطة تقديرية كاملة في تقرير الكفالة، فهي توازن بين مصلحة الطرفين، ولها أن تشترط تقديم كفالة لوقف النفاذ، أو اتخاذ أي إجراء آخر تراه كفيلاً بصيانة حق المحكوم له، كتسليم الشيء إلى حارس يتولى المحافظة عليه لحين الفصل في الطعن، أو أي تدبير آخر، ولها أن ترفض اشتراط الكفالة، أو أي تدابير أخرى، ولها أن ترفض اشتراط الكفالة، أو أي تدابير أو ضمانات أخرى⁽²⁾.

ويجوز للمحكمة عندما تأمر بوقف التنفيذ أن توجب تقديم كفالة شخصية، أو عينية، أو بما تراه كفيلاً بصيانة الحقوق (م244، م251، م292 مرافعات). ويجب على محكمة النقض بعد الحكم بوقف التنفيذ تحديد جلسة؛ لنظر الطعن أمامها في ميعاد لا يجاوز ستة أشهر، وإحالة ملف الطعن إلى النيابة العامة؛ لتودع مذكرة

(1) د. طلعت دويدار، النظرية العامة للتنفيذ القضائي، ص 94-95.

(2) د. أحمد مليجي، شرح أصول التنفيذ الجبري، ص 176. د. طلعت دويدار، النظرية العامة للتنفيذ القضائي، ص 94-95.

برأيها خلال أجل تحدده لها، وإذا رُفِضَ طلب الوقف أُلْزِمَ الطاعن بمصروفاته (م4/251 مرافعات)، وفي ذلك تطبيق للقاعدة العامة في إلزام خاسر الدَّعْوَى بمصروفاتها⁽¹⁾.

63 - الانقضاء المبتسر لخصومة طلب وقف القوة التنفيذية بغير حكم فيها:
وفقاً لمبدأ تبعية الوقف للطعن أو التظلم، فإنَّ خصومة طلب وقف القوة التنفيذية تتقضي تبعاً لانقضاء خصومة الطعن أو التظلم. ولكن قد تتقضي خصومة الوقف استقلالاً عن خصومة الطعن، وذلك متى شأبها عارضٌ خاصٌّ بها أدى إلى انقضائها. وفي الحالتين تتقضي خصومة الوقف دون صدور حكم في موضوعها. وتتقضي خصومة وقف التنفيذ كخصومة قضائية بالأسباب العامة لانقضاء الخصومة القضائية كالسقوط (م134 مرافعات)، والتقادم (م140 مرافعات) والترك (م141 مرافعات)، وبالنزول عن حق طلب الوقف (م144 مرافعات) بعد صدور الحكم المطعون فيه؛ حتى يكون بعد نشأة حق الخصم في الطعن عليه وطلب وقف تنفيذه⁽²⁾.

ونتساءل هل يجوز النزول عن حق طلب وقف القوة التنفيذية باتفاق الخصوم على عدم جواز أن يطالب به المحكوم ضده حال طعنه في الحكم من عَدَمِهِ؟ ذهب

⁽¹⁾ د. فتحي والي، التنفيذ الجبري، بند 25، ص 46. د. عزمي عبد الفتاح، قواعد التنفيذ الجبري، ص 220. د. طلعت دويدار، النظرية العامة للتنفيذ القضائي، ص 94-95.

⁽²⁾ د. محمد باهي أبو يونس، وقف تنفيذ الحكم الإداري، بند 139، ص 323.

بعض الفقهاء إلى عدم جواز النزول عنه إطلاقاً؛ لأن نصوص قانون المرافعات في التنفيذ من النظام العام، مما لا يجوز معه الاتفاق على ما يخالفها؛ لأنها تتصل بأُسُسِ التقاضي، فالمُشَرَّعُ وحده الذي يقرر متى تقوم السلطة العامة بتنفيذ الأحكام وغيرها من الأوراق جبراً؟ ومتى لا تقوم بذلك؟ ولذا لا يجوز الاتفاق مقدماً على أن أيَّ حكم يصدر في الدعوى يكون قابلاً، أو غير قابل للتنفيذ، ما لم ينصُّ القانون على خلاف ذلك. هذا إلى أن الاستعجال أو الخطر الداهم أو الضرر الذي يتوجب اتخاذ إجراء الوقف، لا يفترض كقاعدة عامة، وقد لا تظهر معالمه وقت الاتفاق. فلا يملك الخصوم الاتفاق مُقَدِّماً في شأنها، ولا يملك خَصْمٌ قَرْضَ ضابطِ قانونيٍّ على خصمه في هذا الصدد؛ ولا يتحقق إلا إذا توافرت مقومات الحكم به، حسب ظروف القضية⁽¹⁾. ولئن كانت تلك الاعتبارات تُحُولُ دُونَ اتفاق الخصوم على عدم جواز طلب وقف التنفيذ أمام محكمة الطعن مقدماً، أي قبل صدور الحكم المتَّفقِ على عدم طلب وقف تنفيذه. تأسيساً على أنه اتفاق سابقٌ على وجوده وحدوثه قبل صدور الحكم. وكأنه يَرُدُّ على غير معلوم، حيث يُجْرِيه أحدُ الخصوم بغير أن يكون مُلماً بحقيقة مركزه، إلا أنه غير جائز تأسيساً على عدم جواز التسليم بالحكم، أو الاتفاق على عدم الطعن فيه قبل صدوره⁽²⁾.

أما الاتفاق بعد صدور الحكم على عدم طلب الوقف، فهو جائزٌ جوازَ التسليم بالحكم بعد صدوره، أو النزول عن حق الطعن من بعد ثبوته. إذ إنَّه يجري بعد أن

(1) د. أحمد أبو الوفا، إجراءات التنفيذ، ص 79-80.

(2) د. محمد باهي أبو يونس، وقف تنفيذ الحكم الإداري، بند 141، ص 329-330.

يكون الحكم قد صدر، وقال القضاء كلمته في واقعات الدَعْوَى، وخضعت بكل تفاصيلها لرقابته، وتَبَيَّنَ كُلُّ حَصْمٍ حَقِيقَةَ مَرَكِزِهِ عَلَى ضَوْءِ الْحُكْمِ الْكَاشِفِ لَهُ. وهنا يكون مَنْ نَزَلَ قَدْ نَزَلَ عَنْ بَيِّنَةٍ، ومن رفض يكون قد رفض على يقينٍ بغير مبرر أو عَسْفٍ؛ لذا لا يكون النزول عن الوقف مخالفاً للقانون؛ لأنه يجابه نزولاً عن حق بعد نشأته، وتنازل عنه بعد استجلاء حقيقته، أضف إلى ذلك أن القول بعدم جواز النزول عن حق الوقف من الطاعن بعد صدور الحكم المطلوب وقفه، يعارضه حق الطاعن في التسليم بهذا الحكم الذي بموجبه ينزل اتفاقاً عن حقه في الطعن فيه. مما يكون من مقتضاه انقضاء حَقِّ الوقف تبعاً لانتفاء الطعن؛ ولذا فإن الطاعن يمكنه التحايل على النزول عن حقه في الوقف، وتحقيق غايته فيه، بتسليمه بالحكم وقبوله له؛ إذ بالتسليم أو القبول لا قيام لخصومة الوقف، التي تنقضي تبعاً لانقضاء الطعن بقبول الحكم⁽¹⁾.

64- الانقضاء التبعي لخصومة طلب وقف القوة التنفيذية؛ نتيجة لانقضاء خصومة الطعن: ونظراً لتبعية طلب وقف القوة التنفيذية لخصومة الطعن أو التظلم، فإنه ينبغي أن تظلَّ خصومة الطعن قائمةً لحين الفصل في خصومة الوقف، إذ ترتبط خصومة الوقف وجوداً وعدمًا بخصومة الطعن. فإذا حدث ثمة عارض في خصومة الطعن أدى إلى انقضائها ترتب على ذلك انقضاء خصومة الوقف لزوال محلها. وعلى ذلك فإنه يشترط لقبول طلب الوقف أن يستمر الطعن

(1) د. أحمد أبو الوفا، إجراءات التنفيذ، ص 79-80. د. محمد باهي أبو يونس، وقف تنفيذ الحكم الإداري، بند 141، ص 329-330.

قائمًا لحين الفصل في طلب الوقف، وهو ما يقتضي ألا ينتاب خصومة الطعن عارضٌ يؤدي إلى انقضائها؛ كترك خصومة الطعن، أو قبول الحكم المطعون فيه، أو التنازل عن الحكم المطعون فيه، أو الصلح على الحكم المطعون فيه...؛ حيث لا يكون ثمّة محل لطلب وقف التنفيذ يعمل فيه قاضي الوقف اختصاصه، وذلك إذا لم يكن قد صدر في خصومة طلب وقف التنفيذ حكمٌ. أما إذا كان قد صدر فيها حكمٌ بالوقف أصبح عديم الأثر؛ لسقوطه بعد أن أضحى غير ذي موضوع⁽¹⁾.

65 - الانقضاء الطبيعي لخصومة طلب وقف القوة التنفيذية: يُعدّ صدور حكم

في طلب وقف القوة التنفيذية النهائية الطبيعية لخصومة طلب الوقف، بعد تحقيق مبدأ المواجهة بين الخصوم. ولا بد من صدوره في الشكل القانوني طبقًا لأحكام قانون المرافعات، من محكمة قضائية مختصة، مشكلة تشكيلاً قانونياً، في خصومة قضائية، بعد سماع أطرافها، في جلسات علنيّة، ومسبباً، ومكتوباً... طبقاً للقواعد العامة في قانون المرافعات.

66 - التكييف القانوني للحكم الصادر في طلب وقف القوة التنفيذية بالقبول

أو بالرفض: يعتبر قرارٌ محكمة التظلم أو الطعن بهيئة جماعية المختصة بطلب وقف القوة التنفيذية للسند التنفيذي حكماً قضائياً، له مقومات الأحكام القضائية وخصائصها، فهو حكم قطعي مؤقت ذو طبيعة وقتية مستعجلة، وليس حكماً

(1) د. محمد باهي أبو يونس، وقف تنفيذ الحكم الإداري، ص 330 وما بعدها. د. محمد صلاح

الدين فايز محمد، وقف تنفيذ الحكم الإداري، ص 204 وما بعدها.

موضوعياً، يحوز حجية الأمر المُقضي بشرط عدم تغيير الظروف الواقعية التي صدر فيها، ويجوز الطعن فيه استقلاً دون انتظار حكم في موضوع الطعن، طبقاً للقواعد العامة للطعن في الأحكام، وواجب النفاذ من تاريخ صدوره بموجب مسودته، وبغير إعلان (م286 مرافعات) حتى لو طعن فيه بالنقض، ورأت محكمة النقض وقف تنفيذه. ويكون مشمولاً بالنفاذ المعجل بقوة القانون، وبغير كفالة (م288 مرافعات) كحكم مستعجل، وحكم الوقف بمثابة حكم شرطي يعلق استنفاد ولاية القاضي بشأنه على شرط بقاء الظروف التي صدر فيها على حالها قائمة بدون تغيير أو تعديل، فإن تغيرت كان للمحكمة إعادة النظر فيه وفق ما تقتضيه الظروف الجديدة. والحكم الصادر في طلب وقف القوة التنفيذية حكم مستعجل قطعي؛ لأنه يفصل في مسألة الوقف فصلاً حاسماً، ويستنفد ولاية القاضي بصدوره طالما لم تتغير الظروف الواقعية التي صدر فيها(1).

بينما ذهب رأي في الفقه للقول: بأن طلب وقف القوة التنفيذية: هو طعن في الحكم ينصب على جزء الحكم المتعلق بالنفاذ المعجل، وبالتالي فالحكم الصادر هو حكم صادر عن قضاء طعن(2).

(1) د. وجدي راغب، النظرية العامة للتنفيذ القضائي، ص 113. د. أحمد ماهر زغلول، أصول التنفيذ، بند 69، ص 154-156. د. عاشور مبروك، الوسيط في التنفيذ 2004م، ص 192. د. طلعت دويدار، النظرية العامة للتنفيذ القضائي، ص 95-96.

-J.Normand; Juris. Class.; Fasc. 2060; N. 24.

(2) د. رمزي سيف، تنفيذ الأحكام والمحركات الموثقة، بند 34، ص 37.

كما يعتبر حكم الوقف سواء بالوقف أو بالرفض حكماً مؤقت لحين الفصل في موضوع الطعن، حيث يظل قائماً حتى صدور حكم في موضوع الطعن، فيزول بصدوره، أي ينتهي أثره بصدور الحكم في الشق الموضوعي، أو بصدور حكم محكمة الطعن بإلغائه؛ ولذا فهو لا يلزم محكمة الطعن التي أصدرته حال فصلها في موضوع الطعن، ويمكن أن تقضي على خلافه. ويظل مصير حكم الوقف مرتين بالحكم في الطعن؛ لأنه مبني على فحص سطحي ظاهري للأوراق، ولتغليب اعتبارات توقي مضار التنفيذ يُحكم بوقف التنفيذ بحكم مستعجلٍ وقتيٍّ مؤقتٍ مرهونٍ لحين تقرير مصيره بالحكم في موضوع الطعن. وعلى ذلك يتسم الحكم الصادر في طلب الوقف - سواء بالوقف أو بالرفض: بأنه حكم مؤقت، مثل جميع الأحكام الصادرة في الأمور المستعجلة التي تسبق الفصل في موضوع الطعن؛ وذلك لأنه يصدر في طلب وقتي - وقف التنفيذ -؛ لمنح حماية وقتية عاجلة لطالبه بوقف تنفيذ حكم محتمل إلغاؤه، أو تعديله من محكمة الطعن. فهو حكم مرهون بالظروف التي صدر فيها، ويصدر بعد بحث سطحي ظاهري، وبعد تقدير الأمر تقديراً مؤقتاً، وبصفة مبدئية⁽¹⁾.

(1) د. محمد عبد الخالق عمر، مبادئ التنفيذ، ص 268. د. أحمد ماهر زغول، أعمال القاضي التي تحوز حجية الأمر المقضي وضوابط حجيتها، دار النهضة العربية بالقاهرة 1990م، بند 27 وما بعده. د. أحمد مليجي، التعليق، ج 5، ص 1084. د. محمد باهي أبو يونس، وقف تنفيذ الحكم الإداري، بند 156 وما بعده، ص 362 وما بعدها.

ويترتب على الطبيعة المؤقتة لحكم الوقف أن الحكم الصادر في طلب وقف التنفيذ - سواء بالوقف أم الرفض - لا يقيد محكمة الطعن عند النظر في موضوع الطعن، فإذا أجابت المحكمة طلب وقف التنفيذ، فليس هناك ما يمنعها حال نظر موضوع الطعن - وبعد بحثه بحثاً متعمقاً - أن ترفض إلغاء الحكم المطعون فيه. وعلى العكس: فإن رفض طلب وقف التنفيذ لا يمنع المحكمة من إلغاء الحكم المطعون فيه بعد ذلك، وعلّة ذلك أن قاضي الوقف عند بحثه لوقف التنفيذ يبحث مسألة مستعجلة؛ لتفادي خطر تنفيذ الحكم، فإذا قضى بوقف التنفيذ، فهذا يكون بناءً على نظرة أولية ترجيحية تفيد جدية الطلب واحتمال إلغاء الحكم أو تعديله. أما الشق الخاص بالطعن: فهو يتصدى لبحث جدي متعمق ومفصل؛ لتحري مدى صحة الحكم المطعون فيه، وهذا بحث موضوعي غير وقتي⁽¹⁾.

كما يترتب على الطبيعة المؤقتة لحكم الوقف أن الحكم الصادر في طلب وقف التنفيذ ينقضي، ويزول أثره بصدور حكم محكمة الطعن في الشق الموضوعي. حيث إنه اعتباراً من تاريخ صدور الحكم في موضوع الطعن، ينتهي أثر الحكم الصادر في طلب الوقف، إذ من هذا التاريخ تترتب آثار الحكم الصادر في موضوع الطعن، باعتباره حكماً فاصلاً في موضوع المنازعة وواجب النفاذ من تاريخ

(1) د. وجدي راغب، حول جواز الطعن المباشر، ص 271. د. طلعت دويدار، النظرية العامة للتنفيذ القضائي، ص 95-96. د. محمود مصطفى يونس، المرجع في قانون إجراءات التنفيذ الجبري، بند 85، ص 164 - 165. د. محمد صلاح الدين فايز محمد، وقف تنفيذ الحكم الإداري، ص 314 وما بعدها.

صدوره. فالحماية العاجلة: التي يمثلها حكم الوقف تزول موجباتها بالفصل في موضوع الطعن. فمصير حكم الوقف معلق بصدور الحكم الموضوعي، بحيث إن صدر حكم موضوعي من محكمة الطعن، فإنه يَجِبُ الحكم الصادر من ذات المحكمة في الشق العاجل، ويكون هو المعول عليه في الفصل في الدَّعْوَى، ويستوي في ذلك أن يكون حكمُ الوقف صادرًا بوقف التنفيذ، أو برفضه⁽¹⁾.

(1) الإشارة السابقة.

المطلب الثاني

آثار الحكم في طلب وقف القوة التنفيذية

67 - حجية الحكم الصادر في طلب وقف القوة التنفيذية من محكمة الطعن أو التظلم، وآثاره: الحكم الصادر في طلب وقف القوة التنفيذية من محكمة الطعن، أو التظلم، سواء بالقبول، أم بالرّفْضِ كغيره من الأحكام يفصل في حق متنازع عليه، إذ يفصل في خصومة طلب وقف القوة التنفيذية للسند التنفيذي، ويتصدى للحق في وقف التنفيذ الذي يتنازل فيه الخصوم في نطاق خصومته، للحصول على قضاء حاسمٍ قطعيٍّ بحُكْمٍ وقتيٍّ مؤقتٍ مستعجلٍ يحوز حجية قلة مؤقتة مرهونة بالظروف، التي صدر فيها لحين صدور الحكم في موضوع الطعن؛ لأن حكم الوقف من محكمة الطعن ينقضي ويزول أثره من تاريخ صدور حكم في موضوع الطعن، ولا يقيد محكمة الطعن عند نظرها في موضوع الطعن، وهو حكم صادر قبل الفصل في الموضوع، ولا تنتهي به الخصومة الأصلية. ويلاحظ أن طابع التأقيت يلازم حكم الوقف في حجيته، فهي حجية مؤقتة، فلا يقيد محكمة الطعن عند نظر موضوع الطعن، ويزول أثره بصدور حكم في موضوع الطعن⁽¹⁾.

(1) د. وجدي راغب، حول جواز الطعن المباشر، ص 242 وما بعدها. د. طلعت دويدار، النظرية العامة للتنفيذ القضائي، ص 95-96. د. محمد باهي أبو يونس، وقف تنفيذ الحكم الإداري، بند 160 وما بعده، ص 370 وما بعدها. د. محمد صلاح الدين فايز محمد، وقف تنفيذ الحكم الإداري، ص 317 وما بعدها.

وقد تثور أثناء سير خصومة الوقف بعض الدفوع أو المسائل الفرعية، كالدفع بعدم قبول الطعن لرفعه بعد ميعاد الطعن، أو لانتفاء الصفة، أو المصلحة، أو الدفع بعدم الاختصاص، أو مسألة شكل الدَعْوَى...؛ فيتصدى قاضي الوقف لمثل تلك الدفوع، أو المسائل الأولى قبل الفصل في خصومة طلب وقف القوة التنفيذية، باعتبار ذلك من أصول التقاضي، وأمر لازم قبل التعرُّض لطلب الوقف. وتكون الأحكام الصادرة من قاضي الوقف في تلك الدفوع أو المسائل الفرعية نهائية - وليست مؤقتةً مثل: حكم الوقف - وتقييد محكمة الطعن عند نظرها في موضوع الطعن؛ لأنها تتمتع بحجية دائمة، وليست مؤقتة. وصدور حكم الوقف بغير رَدِّ على ما أثير من دفوع أو مسائل فرعية أو دُونَ ذكر لها مطلقًا، يُعدّ بمثابة قضاء ضمني برفضها، يتمتع معه إثارته مرة أخرى حال الفصل في موضوع الطعن⁽¹⁾.

ويتمتع الحكم الصادر من محكمة النقض بحجية مؤقتة بشأن مسألة وقف التنفيذ، سواء صَدَرَ الأمر بالوقف، أو برفض الطلب، كما هو الشأن بالنسبة لكافة الأحكام الصادرة في المواد الصادرة في المواد المستعجلة. وهذه الحجية المؤقتة تجعل الحكم الصادر في مسألة وقف التنفيذ، لا يقيد محكمة النقض عند الفصل في موضوع الطعن، إلا أنها تقيّد قاضي التنفيذ؛ ولهذا ليس لقاضي التنفيذ أن يقضي

(1) د. وجدي راغب فهمي، النظرية العامة للتنفيذ القضائي، ص 120. د. محمد باهي أبو يونس، وقف تنفيذ الحكم الإداري، بند 162، ص 375 وما بعدها. د. محمد صلاح الدين فايز، وقف تنفيذ الحكم الإداري، ص 320 وما بعدها.

للمحكوم له بالاستمرار في التنفيذ، حتى ولو كان هذا الطلب (الاستمرار في التنفيذ) سابقاً في تقديمه. على طلب وقف التنفيذ من محكمة النقض. وذلك احتراماً لحجية حكم النقض. ويمكن اللجوء لقاضي التنفيذ بطلب منازعة في تنفيذ حكم حائز لقوة الأمر المقضي (الإشكال)؛ لعدم توافر شروط الحق فيه. وهذه المنازعة - لا تحجب بطبيعة الحال - حقَّ المحكوم عليه من اللجوء إلى محكمة النقض بطلب وقف التنفيذ؛ ولتلافي ما قد ينشأ من تعارض بين الحكم الذي يصدر من محكمة النقض بطلب وقف التنفيذ، والحكم الذي يصدر من قاضي التنفيذ بشأن وقف التنفيذ، فإنه لا توجد مشكلة تُذكر، إذا حكمت محكمة النقض برفض طلب وقف التنفيذ إذ عندها لا يجوز للمحكوم عليه طلب وقف التنفيذ من قاضي التنفيذ، إلا إذا تغيرت ظروفه. وأما في حالة إذا ما حكمت محكمة النقض بوقف التنفيذ، وحكم قاضي التنفيذ بالاستمرار فيه، فهنا يكون لحكم محكمة النقض حجية ويوقف التنفيذ ويأمر قاضي التنفيذ بعدم الاستمرار فيه؛ لأن الحكم الذي أوقف تنفيذه لم يُعدَّ بعدها صالحاً للتنفيذ. فإذا كان المحكوم له قد أجرى التنفيذ، وجب اعتبار ما تم من تنفيذ كأن لم يكن، ويكون ذلك بطلب من المنفِّذ ضده بعدم الاعتداد بالتنفيذ من قاضي التنفيذ⁽¹⁾.

68- صلاحية الحكم في طلب وقف القوة التنفيذية الصادر من محكمة الطعن

أو التظلم للتنفيذ الجبري: لا يترتب وقف تنفيذ الحكم على مجرد الطعن فيه أو

(1) د. محمود مصطفى يونس، المرجع في قانون إجراءات التنفيذ الجبري، بند 85، ص 164

طلب وقف تنفيذه بصحيفة الطعن، وإنما لا بد من صدور حكم بذلك من محكمة الطعن أو التظلم؛ ولذا فلا يُحوَّلُ تقديم طلب وقف التنفيذ دون أَحَقِّيَّةِ المحكوم له في تنفيذ الحكم الصادر لصالحه بالإجراءات القانونية، فله أن يستمر في التنفيذ إن كان قد بدأ فيه، أو يبدأ فيه إن لم يكن قد بدأ في التنفيذ. أي: أنَّ وقف التنفيذ لا يترتب بقوة القانون، بمجرد تقديم طلب الوقف، وإنما لا بد من صدور حكم بالوقف من محكمة الطعن أو التظلم؛ ولذلك فإذا صدر حكم من قاضي الوقف برفض طلب وقف التنفيذ فهو حكم مقرر ويؤكد عدم أحقية الطاعن في طلب وقف التنفيذ، وأحقية المحكوم له في التنفيذ، أو الاستمرار في التنفيذ⁽¹⁾.

ووفق الأصل العام لا يرد التنفيذ إلا على الحكم الصادر بالوقف؛ لأنه حكم بالزام، بينما الحكم الصادر بالرفض، أو بعدم القبول - يتمتع بقوة نفاذ - فيكفي في ذاته؛ لتحقيق مقتضاه بغير حاجة للقيام بإجراءات التنفيذ الجبري. وعلى ذلك فالحكم الصادر بالوقف يلزم المحكوم ضده بالوقف بالكفِّ عن المضي في تنفيذ الحكم المطعون فيه - لانحسار وصف السند التنفيذي عنه، ووقف قوته التنفيذية لحين الفصل في موضوع الطعن - إن كان قد بدأ، أو عدم البدء فيه إن لم يكن قد شرع فيه. وتنفيذ حكم الوقف كحكم مستعجلٍ لا يحتاج إلى الحصول على صورة تنفيذية، وإنما هو يجري بموجب مسودته، وبغير إعلان (م286 مرافعات). ويتحدد النطاق الموضوعي؛ لتنفيذ حكم الوقف بمنطوقه دون تجاوزه، فقد يكون الوقف كلياً،

(1) د. أحمد هندي، التنفيذ الجبري، بند 27، ص 74-75.

أو جزئياً. كما يتحدد النطاق الزمني؛ لتنفيذ حكم الوقف بالفترة الزمنية الواقعة بين تاريخ صدوره وتاريخ صدور الحكم في موضوع الطعن، ولا يرتد بأثر رجعي؛ لأنه حكم مؤقت وقتي بطبيعته ينتهي مفعوله بصدوره حكم في موضوع الطعن كقاعدة عامة⁽¹⁾.

ويترتب على صدور حكم بوقف التنفيذ من محكمة الطعن أن يصبح من حق الطاعن المحكوم له بالوقف اتخاذ الإجراءات القانونية اللازمة؛ لتنفيذه بالتنفيذ العكسي؛ لما تم من تنفيذ للحكم المطعون عليه محل طلب وقف التنفيذ؛ لأن الحكم الصادر بوقف التنفيذ من أحكام الإلزام القابلة للنفذ المعجل، حيث يتضمن إلزاماً للدائن المنفذ بالكف عن التنفيذ وعدم الاستمرار فيه، فيحول بين التنفيذ، وبين الاستمرار فيه. ويجوز لمحكمة الوقف أن تأمر بتنفيذه بموجب مسودته بغير إعلانه؛ نظراً لطبيعة حكم الوقف كحكم مستعجل (م286 مرافعات)، وبدون وضع صيغة تنفيذية على مسودته؛ لأن الصيغة التنفيذية لا توضع على مسودة الحكم، بل توضع على صورة الحكم؛ لتصبح صورة تنفيذية، بناءً على طلب من المحكوم له بالوقف، وعملاً يكفي التقدم لمأمور التنفيذ بصورة بسيطة لحكم الوقف للامتناع عن الاستمرار في التنفيذ؛ لتخلف مقتضياته بعقبة قانونية. وحكم الوقف قد يكون

(1) د. أحمد مليجي، أصول التنفيذ، ص 196. عز الدين الدناصوري، وحامد عكاز، القضاء المستعجل وقضاء التنفيذ في ضوء الفقه والقضاء، ج2، القاهرة2006م، ص1147. د. محمد باهي أبو يونس، وقف تنفيذ الحكم الإداري، بند165 ومابعده، ص380 ومابعدها.

كلياً أو جزئياً، مسألة يفصح عنها منطوق حكم الوقف. والوقف لا يكون جزئياً إلا إذا صرّح به القاضي في حكمه، حيث يترك الإطلاق على العموم⁽¹⁾.

ويعتبر الحكم الصادر بعدم قبول طلب الوقف، أو ببطلان صحيفته، أو الحكم برفض طلب وقف التنفيذ حكماً مقرراً يرمي إلى تأكيد أن الطالب ليس له حق في طلب الوقف، ومؤكداً للحالة القانونية التي عليها التنفيذ. ويترتب عليه استمرار في التنفيذ كما هو؛ مستنداً إلى سنده التنفيذي الأصلي، ولا يتأثر مطلقاً بالحكم الصادر برفض الوقف. والبدء أو الاستمرار في التنفيذ بالسند التنفيذي الأصلي بعد صدور حكم برفض طلب الوقف معناه عودة سير التنفيذ بالسند التنفيذي الأصلي. والحكم برفض الوقف لا يحتاج إلى تنفيذ جبري؛ لأنه حكم مقرر ينفذ تلقائياً. ويتحد النطاق الزمني لتنفيذ حكم الوقف بالفترة الزمنية الواقعة بين تاريخ صدوره، وتاريخ صدور الحكم في موضوع الطعن. وينفذ حكم الوقف بأثر مباشر منذ صدوره بتعطيل القوة التنفيذية للحكم المطعون فيه مؤقتاً، لحين الفصل في موضع الطعن. وحكم الوقف ينتهي أثره بصدور حكم في موضوع الطعن؛ لأنه حكم وقتي مؤقت مستعجل⁽²⁾.

ويكفي تقديم صورة رسمية بسيطة من حكم وقف التنفيذ لسلطة التنفيذ؛ لتكف عن البدء في التنفيذ أو الاستمرار فيه. كما أن الحكم الصادر بوقت التنفيذ من محكمة

(1) د. أحمد مليجي، التعليق، ج 5، ص 1017 - 1018. د. محمد نور شحاتة، التنفيذ، بند 158، ص 130. د. محمد باهي أبو يونس، وقف تنفيذ الحكم الإداري، بند 165، ص 380 وما بعدها.

(2) د. أحمد أبو الوفا، التعليق، م 312. د. نبيل عمر،

الطعن بالاستئناف، لا يقبل طلب وقفه من محكمة النقض عند الطعن فيه بالنقض؛ لأنه لا يجوز طلب الوقف من محكمة الطعن إلا إذا كان الحكم المطعون فيه يقبل التنفيذ الجبري. والحكم الصادر بوقف التنفيذ، وإن كان صادرًا بالزام بالكف عن الاستمرار في التنفيذ، إلا أنه إلزام لا يحتاج تحقيقه إلى تنفيذ جبري على أموال المحكوم عليه بوقف التنفيذ⁽¹⁾.

وعلى ذلك فالحكم الصادر بوقف القوة التنفيذية للسند التنفيذي من محكمة الطعن أو التظلم، وأيًا كانت المحكمة التي أصدرته، يترتب عليه إلغاء عملية التنفيذ التي نَمَتْ، ويُعدّ ذلك الحكم في حقيقة الأمر سندًا تنفيذيًا بإعادة الحال إلى ما كانت عليه، قبل بدأ عملية التنفيذ. فمما لا شك فيه أن الحكم الصادر بالوقف والمتضمن الالتزام بإعادة الحال إلى ما كانت عليه، يُعدّ سندًا محققَ الوجود، لكونه ثابتًا بحكم قضائي، كما أنه يُعدّ حالَّ الأداء، ما دام أنه ليس مضافًا إلى أجل، ويتصور أن يكون حكم الوقف مضافًا إلى أجل، في الحالة التي يشترط فيها تقديم كفالة؛ لذلك يُعدّ الحق الوارد بذلك السند معلقًا على شرط واقف.

يرى جانب من الفقه⁽²⁾ أن حكم الوقف يجب تضمُّنه مقدارَ المبلغ النقديّ الواجب رُدّه، أو الأشياء المطلوب استردادها، ولمَّا كانت إعادة الحال مقضيًّا بها في أغلب الحالات بصورة ضمنية، وأنه يمكن معالجة ذلك الأمر، حيث إن القانون الإجرائي

(1) د. أحمد خليل، طلبات وقف التنفيذ، بند 281، ص 343 وهامش (2).

(2) د. أحمد خليل: طلبات وقف التنفيذ، ص 333 وما بعدها.

يقبل أن يتم تكملة السند التنفيذي بسند آخر، بشرط أن يتضمن السند التنفيذي إشارة واضحة لهذا السند الآخر⁽¹⁾، فإذا توفرت في أواق التنفيذ صفة السند المكمل، وكان ثابتاً بها أن التنفيذ الذي حدث بعد تاريخ معين؛ نقصد بذلك التاريخ الذي رفع فيه طلب وقف التنفيذ. أما إذا كان التنفيذ قد جرى بطريق الحجز على أموال ليست بنقود وتم بيعها، وتسليم ثمنها لطالب التنفيذ، وإعادة الحال إلى ما كان عليه في هذه الحالة، لا تعني رد الثمن الثابت بأوراق التنفيذ، وإنما رد المنقولات - أو حتى العقارات - التي تم بيعها بالمزاد العلني، فهنا يتعذر التنفيذ العكسي؛ لتعذر رد الأموال التي تم بيعها؛ نظراً لتعلق حق المشتري بها، كما يرى أنه في هذه الحالة يستحيل التنفيذ العكسي؛ لذا يلزم اللجوء إلى القضاء للحصول على سند تنفيذي جديد، يحدد الأشياء المطلوب استردادها، والشخص المطلوب استردادها منه، أو المبلغ النقدي المطلوب استرداده في حالة التعذر العيني⁽²⁾.

وعلى ذلك فإن الحكم الصادر بوقف القوة التنفيذية للسند التنفيذي، هو حكم ذو آثار متعددة؛ فالسند التنفيذي بائ غير صالح لاتخاذ أي إجراء من إجراءات التنفيذ، ليس من تاريخ صدور الحكم، وإنما من وقت تقديمه. وأن الحكم بوقف التنفيذ يُعدّ سنداً تنفيذياً؛ لإعادة الحال إلى ما كان عليه قبل التنفيذ. وعدم الاعتداد بأي تصرف قام به الصادرُ لصالحه السند التنفيذي في مواجهة الصادر لصالحه حكم وقف التنفيذ. إن حكم وقف التنفيذ له أثر فوري مباشر في إعادة الحال إلى ما

(1) د. محمد محمود إبراهيم: أصول التنفيذ الجبري، ص 42.

(2) د. وائل البشل، التنفيذ العكسي، ص 202.

كان عليه، وقد شُرِعَ هذا الحق بهدف تحقيق التوازن بين طرفي الخصومة، وحماية حركة التعامل وكفالة الاستقرار الاقتصادي. ويُعدّ السند التنفيذي هو القانون الذي يحكم العلاقة بين الخصوم، فإذا كان طالب التنفيذ قد استمدَّ حقّه في استلام العين محل التنفيذ، فإن ذلك السند هو أيضًا الذي يلقي على عاتق الصادر لصالحه؛ التزامًا برد العين محل التنفيذ⁽¹⁾.

69- ضمانات تنفيذ الحكم في طلب وقف القوة التنفيذية الصادر من محكمة الطعن أو التظلم: يلتزم المحكوم عليه في طلب وقف التنفيذ (المحكوم له طالب التنفيذ الأصلي) بتنفيذ الحكم الصادر بوقف التنفيذ كحكم مستعجل تنفيذًا كاملاً ومنجزًا باتخاذ الإجراءات اللازمة لوقف التنفيذ من وقت صدور الحكم به في وقت مناسب، فإن تقاعس، أو امتنع دون وجه حقٍ عن التنفيذ في الوقت المفيد، فإن هذا المسلك يمثل خطأ يستوجب تعويض ما لحق صاحب الشأن من ضرر؛ نتيجة لذلك. كما يجب عليه عدم وضع عراقيل تعوق تنفيذ الحكم بالوقف كأن يتبع من الحيل ما يمثل عقبة تحول دون التنفيذ، وإن تظاهر باتخاذ الإجراءات، كأن يستشكل فيه أمام محكمة غير مختصة بنظر الإشكال؛ لتعطيل التنفيذ بلا سند، ولا مبرر قانوني⁽²⁾.

(1) د. وائل البشل، التنفيذ العكسي، ص 203.

(2) د. محمد باهي أبو يونس، وقف تنفيذ الحكم الإداري، بند 167 وما بعده، ص 391 وما بعدها. د. عصمت الشيخ، الوسائل القانونية لضمان تنفيذ الاحكام الإدارية، دار النهضة العربية بالقاهرة 2005م، ص 139 وما بعدها.

كما يمكن مطالبة المحكوم له بوقف التنفيذ بتقديم ضمان ماليّ (كفالة) عند تنفيذ حكم الوقف كحكم مستعجلٍ؛ لضمان التنفيذ العكسي، إذا ما أُلغي حكم الوقف من محكمة الطعن بعودة الحال إلى ما كان عليه، وبذلك تعتبر الكفالة ضماناً للمحكوم ضده بالوقف حال رفض طلب الوقف، وتنفيذ الحكم المطعون فيه. ويلزم في الكفالة، أو الضمان الذي يقدمه المحكوم له للمحكوم ضده أن يكون كافياً ومنجزاً، أي تكون بقدر يكفي لاسترداد المحكوم ضده للمبالغ التي حكم عليه بها، وحصل عليها المحكوم له بتنفيذ الحكم المطعون فيه، إذا ما أُلغي هذا الحكم من محكمة الطعن. وتكون الكفالة منجزة، فلا تكون مجرد وعد بتقديمها، بل يجب على المحكوم له عرضها على المحكوم ضده، وإيداعها أمانة المحكمة كاملة بدون تعليق ذلك على شرط أو أجل⁽¹⁾.

وعلى ذلك فالحكم الصادر في طلب وقف التنفيذ الجبري قد يصدر بوقف التنفيذ، أو برفضه، أو بعدم قبوله، أو ببطلان الطلب، في كل هذه الأحوال: إما أنه صادر بتقرير، وليس بإلزام، وإما أنه صادر بإلزام - كما في حالة الحكم بالوقف - ولكنه إلزام لا يحتاج إلى أعمال التنفيذ الجبري؛ حيث لا يحتاج إلى اتخاذ الإجراءات اللازمة المطابقة للمركز الواقعي للمركز القانوني، وإنما يكفي نفاذ هذا الحكم؛ لكي يستمر التنفيذ موقوفاً، ودون حاجة إلى أن يبحث عن مقومات السند التنفيذي؛

(1) د. محمد باهي أبو يونس، وقف تنفيذ الحكم الإداري، بند 167 وما بعده، ص 391 وما بعدها. د. عصمت الشيخ، الوسائل القانونية لضمان تنفيذ الأحكام الإدارية، ص 139 وما بعدها.

ونظرًا لعدم قابلية هذا الحكم للتنفيذ الجبري، فإنه لا يقبل طلب وقف تنفيذه من محكمة النقض بمناسبة الطعن فيه⁽¹⁾.

وهناك بعض النظم القانونية جعلت الحكم بوقف التنفيذ يكون لمدة محددة، ويجب على محكمة الطعن الفصل في الطعن خلالها؛ كالقانون التونسي في الفصل 126 من مجلة المرافعات المدنية والتجارية، الصادرة بقانون عدد 130 لسنة 1959م، التي جعلت لمحكمة الاستئناف الحكم بوقف التنفيذ لمدة شهر واحد، ويتعين عليها في هذه الحالة البتّ في الموضوع في غضون الشهر؛ وذلك للحد من مشاكل التنفيذ العكسي⁽²⁾.

70- الطعن في الحكم الصادر في طلب وقف القوة التنفيذية الصادر من محكمة الطعن أو التظلم: كقاعدة عامة للطعن في الأحكام: لا يجوز الطعن المباشر إلا في الأحكام المؤهّية للخصومة كلها، والحكم الصادر في طلب الوقف سواء كان صادرًا بالقبول أم الرفض، هو حكم وقتي مؤقت مستعجل، صادرٌ قبل الفصل في الموضوع أثناء سير خصومة الطعن. ولكن يجوز استثناءً من القواعد العامة للطعن في الأحكام، الطعن فيه استقلالاً دون انتظار حكم موضوع الطعن بمظنة انطوائه على عيب اعتراه في ذاته، أو عيب لَحِقَ بإجراء بُنيَ عليه. وتستنفد

(1) د. محمد نور شحاته، التنفيذ، بند 116، ص 90-91.

(2) خليفة الخروبي، القانون العدلي الخاص طرق التنفيذ، منشورات مجمع الأطرش للكتاب الجامعي، تونس 2008م، بند 51 وما بعده، ص 53 وما بعدها.

محكمة الوقف ولايتها بصدور الحكم بالوقف أو برفضه، وبالتالي لا يجوز للمحكمة التي تنظر الطعن في الحكم الصادر بالوقف، أو برفضه أن تعيده إذا ما قضت بإلغائه إلى نفس المحكمة التي أصدرته؛ لاستنفاد ولايتها بإصداره، بل يكون لها التصدي للفصل فيه. ويترتب على صدور الحكم بوقف التنفيذ أن يصبح من حق الطاعن المحكوم له بالوقف اتخاذ الإجراءات اللازمة؛ لتنفيذه بالتنفيذ العكسي، كما يجوّ للمطعون ضده المحكوم عليه بالوقف الطعن في حكم الوقف، ويمكنه طلب وقف تنفيذ حكم الوقف المطعون فيه⁽¹⁾.

وقد نصّت (م212 مرافعات مستبدلة بالقانون رقم23 لسنة 1992م) على أنه: " لا يجوز الطعن في الأحكام التي تصدر أثناء سير الدّعوى، ولا تنتهي بها الخصومة، إلا بعد صدور الحكم المنهوي للخصومة كليها، وذلك عدا الأحكام الوقتية والمستعجلة...". بذلك أجازَ المُشرِّعُ الطعن المباشر استثناءً على بعض الأحكام الغير منهيّة للخصومة دون تربيثٍ لحين صدور الحكم المنهوي للخصومة كلها، ومن هذه الاستثناءات الأحكام المستعجلة؛ نظرًا لأن الحكم الصادر في طلب وقف التنفيذ، سواء كان صادر بالقبول أم بالرفض يُعدّ حُكْمًا مستعجلًا، فإن مُفَادَ ذلك جواز الطعن المباشر فيه على استقلال دون انتظارِ صدورِ الحكم الفاصل في موضوع الطعن؛ وذلك لأنه حكم قطعي مؤقت يزول بصدور حكم في موضوع

(1) د. وجدي راغب، حول جواز الطعن المباشر، ص241 وما بعدها. د. محمد باهي أبو يونس، وقف تنفيذ الحكم الإداري، بند175، ص 401 وما بعدها. د. محمد صلاح الدين فايز، وقف تنفيذ الحكم الإداري، ص 344-345.

الطعن، ومستعجل بطبيعته تعرض فيه مصالح ذوي الشأن للخطر، ويخشى عليها من فوات الوقت، مما يفرض عدم جواز تقيد العاجل بالأجل؛ لانعدام محل الطعن فيه عندئذ بعد صدور الحكم المنهي لخصومة موضوع الطعن أو التظلم . وذلك أمام المحكمة المختصة بعد توافر الشروط العامة للطعن في الأحكام: كالمصلحة، والصفة، وعدم سقوط الحق في الطعن بفوات ميعاد الطعن، أو بالصلح، أو بقبول الحكم، أو بالتنازل عن حق الطعن، أو بصدور حكم في موضوع الطعن، أو بتمام التنفيذ كاملاً إذ تنتفي المصلحة في الطعن⁽¹⁾.

وعلى ذلك: فإنه بمقتضى نصّ (م212، م220 مرافعات) يجوز الطعن المباشر في الأحكام الصادرة في طلبات وقف التنفيذ؛ لأنه حكم وقتي مستعجل يفصل في المسألة التي يثيرها طلب الوقف مستقلة عن موضوع الطعن، وفق القواعد العامة بمجرد صدوره استقلالا عن الحكم الصادر في موضوع الطعن، فهو حكم قطعي فاصل في أمر وقتي مستعجل رفع تبعاً للموضوع، لكنّه طلب مستقل، وتمتيز عن موضوع الطعن⁽²⁾.

(1) د. محمد باهي أبو يونس، وقف تنفيذ الحكم الإداري، بند 175، ص 401 وما بعدها. نقض مدني 2003/10/28م، الطعون أرقام 798 لسنة 68 ق، و674 و744 و749 لسنة 71 ق، المستحدث من المبادئ التي قررتها الدوائر المدنية في مواد المرافعات من يناير 2003م لغاية ديسمبر 2012م، ق 127، ص 145.

(2) د. عبد المنعم الشرقاوي، التعديلات التشريعية في قانون المرافعات المدنية والتجارية، مجلة القانون والاقتصاد، تصدرها حقوق القاهرة، س 23، ص 364. د. محمود مصطفى يونس، نظرية الطعن المباشر في الأحكام الصادرة في المواد المدنية والتجارية، ط1، دار النهضة العربية

ومع ذلك فقد ذهب رأي في الفقه إلى القول: بأن الحكم الصادر في طلب الوقف غير قابل للطعن الفوري المباشر رغم كونه حكماً وقتياً؛ لأنه حكم تبعية أصلاً صادر قبل الفصل في الموضوع، ولا تنتهي به الخصومة الأصلية. فطلب وقف التنفيذ لا يقدم كطلب أصلي، ولا كطلب عارض، وإنما يقدم كطلب تبعية لطعن أو تظلم، وموضوعه لا يتجاوز مجرد المنازعة في عنصر من عناصر السند التنفيذي، أي لا يتجاوز وقف قوته التنفيذية، وبالتالي فهي تتجاوز اختصاص قاضي التنفيذ، ولا تتجاوز اختصاص محكمة الطعن، أو محكمة التظلم، ولا يقدم إلى هذه المحكمة إلا تبعاً للطعن، أو التظلم المرفوع إليها كطلب أصلي⁽¹⁾. ويجوز الطعن المباشر في الحكم الصادر في طلب وقف التنفيذ، سواء كان صادراً بالرفض أم بعدم القبول أمام المحكمة المختصة تبعاً لنوع الطعن سواء كان طعناً بالالتماس، أم طعناً بالنقض، أم طعناً بدعوى البطلان الأصلية⁽²⁾.

ويمكن الطعن بالتماس إعادة النظر في الحكم الصادر في طلب وقف التنفيذ من محكمة الطعن، سواء كان صادراً بالقبول أم الرفض، متى توافر سبب من أسبابه،

بالقاهرة 2001م، بند 79، ص 150 وما بعدها. إدارية عليا 22 يونية 1968م، مجلة إدارة قضايا الحكومة (الدولة)، س 13، ص 741. نقض مدني 1978/11/27م، طعن رقم 444 لسنة 44 ق، مج، س 29، ج 2، ق 341، ص 1766.

(1) د. أحمد محمد أحمد حشيش، نظرية القضاء الوقتي، بند 60، ص 95.

(2) د. أحمد أبو الوفا، التعليق، م 292، ص 178. د. وجدي راغب، حول جواز الطعن المباشر، بند 61، ص 289. د. محمود مصطفى يونس، نظرية الطعن المباشر، بند 79، ص 152. د. محمد صلاح الدين فايز، وقف تنفيذ الحكم الإداري، ص 340 وما بعدها.

أو حالة من حالاته طبقاً لنص (م241 مرافعات) الواردة على سبيل الحصر، وهو طريق طعن غير عادي يرفع أمام نفس المحكمة التي أصدرت الحكم بصحيفة تودع قلم كتابها بالإجراءات القانونية (م243 مرافعات)، حتى ولو لم تكن فرغت من القضاء في موضوع الطعن، باعتبار أن الحكم في طلب الوقف حكمٌ وقتيٌّ مستعجلٌ، يقبل الطعن المباشر فيه، ولا يجوز الالتماس على الالتماس، أي: لا يجوز الطعن بعد الطعن بذات الطريق، فلا يجوز الطعن فيه لا بالالتماس، ولا بالاستئناف، بل يجوز بالنقض⁽¹⁾.

ويمكن الطعن بالنقض في الحكم الصادر في طلب وقف التنفيذ من محكمة الطعن سواء كان صادراً بالقبول، أم بالرفض، متى توافر سبب من أسبابه، أو حالة من حالاته المنصوص عليها في (م248، 249، 250 مرافعات) الواردة على سبيل الحصر، وهو طريق طعن غير عادي يرفع أمام محكمة النقض بصحيفة طعن بالإجراءات القانونية (م253 مرافعات). ولا يجوز للطاعن بالنقض أن يطلب وقف التنفيذ، أو إنهاء وقف التنفيذ بناءً على ظروف استجدت أثناء الطعن بالنقض تستوجب الوقف، أو الإنهاء؛ لأن ذلك يعد من الطلبات الجديدة، التي لا يجوز

(1) د. نبيل عمر، الوسيط في الطعن بالتماس إعادة النظر، دار الجامعة الجديدة للنشر بالإسكندرية 2004م، ص 411؛ الوسيط في الطعن بالنقض، دار الجامعة الجديدة للنشر بالإسكندرية 2004م، ص 25 وما بعدها.

التمسك بها أمام محكمة النقض. ولا يجوز الطعن في حكم النقض في طلب قبول وقف التنفيذ بأي طريقه من طرق الطعن بنص (م272 مرافعات) (1).

وكما يمكن الطعن بدعوى البطلان الأصلية، وهي طريقة طعن استثنائي خاص في الأحكام النهائية والانتهائية في الحكم الصادر في طلب وقف التنفيذ من محكمة الطعن، سواء كان صادرًا بالقبول، أم بالرفض، وذلك بدعوى مبتدأة أمام نفس المحكمة التي أصدرت الحكم، لغوار في الحكم أفقده صفته كحكم قضائي، وأفضي به إلي درجة الانعدام، وذلك كالحكم الصادر من قاضي قام به سبب من سبب من أسباب عدم الصلاحية للفصل في الدعوى، أو صدر في غير خصومة قضائية، أو غير مكتوب، أو صدر من غير قاض، أو من محكمة غير مكتملة التشكيل القانوني...، فيكون حكمًا معدومًا، وغير موجود قانونيًا، وغير منتج لأي أثر قانوني؛ لتجرده من الأركان الأساسية للحكم وجسامة ما لحق به من غوار (2). وإذا صدر حكم في موضوع الطعن قبل البث في الطعن بالتماس إعادة النظر، أو النقض، أو دعوى البطلان الأصلية في حكم الوقف، فإن تلك الطعون تستسقط بسقوط حكم الوقف؛ لصدور حكم في موضوع الطعن وتصبح غير ذات موضوع؛ لانعدام محلها (3).

(1) د. محمد باهي أبو يونس، وقف تنفيذ الحكم الإداري، بند 183، ص 416.

(2) د. محمد باهي أبو يونس، وقف تنفيذ الحكم الإداري، بند 181، ص 410 وما بعدها.

(3) د. محمد صلاح الدين فايز، وقف تنفيذ الحكم الإداري، ص 345.

وفي فرنسا ذهب اتجاه قضائي قديم قبل 2 نوفمبر 1990م إلى القول: بعدم جواز الطعن المباشر في القرار الصادر في طلب وقف التنفيذ؛ لأنه لا يضع حدًا ولا ينهي الخصومة، ولا يمكن الطعن فيه مستقلاً عن الموضوع عملاً بـ (art. 607 et 608 N.C.P.C.F.⁽¹⁾). وإلى جانب هذا الاتجاه القضائي، وُجِدَ اتجاه آخر أخذت به الهيئة العامة لمحكمة النقض الفرنسية في 2 نوفمبر 1990م، ذهب إلى القول بأنه: يجوز الطعن المباشر وبشكل مستقل في القرار الصادر في طلب وقف التنفيذ؛ لأنه قرارٌ مُنهِ لخصومة طلب وقف التنفيذ صادرٌ في خصومة مستعجلة مستقلة، فيمكن أن يكون محلاً لطعن مستقل عن الحكم في موضوع الطعن على معنى (art. 605, 607, 608, 957, et 524 N.C.P.C.F.) وهو مذهب جمهور الفقه الفرنسي⁽²⁾. ومع ذلك، فإن هناك بعض النظم القانونية الأخرى تمنع ولا تجيز إطلاقاً بالنص الصريح الطعن في الحكم الصادر في طلب وقف القوة التنفيذية للسند التنفيذي، حيث يكون غير قابل لأي وجه من

(1) –Cass. Com; 20 Juin 1989; J.C.P.1989; IV; P. 316.

–Cass. Civ.2°; 17 Juin 1987; J.C.P. 1987; IV; P. 292.

(2) –Cass. Ass. Plé.; 2 Nov. 1990; J.C.P. 1990; II; 21631; Rév. Trim. dr. Civ. 1991; P.173; obs. **Perrot**.

–Cass. Civ.; 23 Janv. 1991; J.C.P. 1991; IV; P. 106.

–Cass. Civ.3°; 4 Nov. 1987; D. 1988; Somm.; P. 123–124; obs. **Julien**.

–**Ph. Hoonakker**; L'effet suspensif des Voies de recours; N. 561 á 566;

Dalloz action 1998; P. 977.

أوجه الطعن؛ كالقانون التونسي في الفصل 146، والفصل 126 من مجلة المرافعات المدنية، والتجارية التونسية الصادرة بقانون عدد 130 لسنة 1959م⁽¹⁾.

71- أثر صدور الحكم في موضوع الطعن على الحكم الصادر في طلب وقف القوة التنفيذية: وصدور حكم من محكمة الطعن بإلغاء السند التنفيذي يؤدي إلى زواله بما يتضمنه من قضاء بإلزام، وما يترتب من آثار، ويقتضي الإلغاء سقوط جميع الآثار التي تُرتب عليه، كما يمتد الإلغاء إلى أعمال التنفيذ التي تَمَّت بناءً على هذا الحكم الملغي، فإذا كان الحكم قد نُفِذَ جَبْرًا أصبح التنفيذ على غير أساس، ويكون جميع ما اتخذ من إجراءات التنفيذ باطلة، ويكون حكم محكمة الطعن سندًا تنفيذيًا للتنفيذ العكسي، سواء صدر بصورة صريحة تؤدي إليه عبارات المنطوق، أو ضمنية يمكن استخلاصها من المنطوق، والأسباب مجتمعة من سياق الحكم صفة عامة⁽²⁾.

ويقتصر أثر الإلغاء على ما ورد في شأنه وفي الحدود التي ورد فيها، فإذا كان الإلغاء كلياً انصرف أثره إلى الحكم جملةً، وتفصيلاً، فيعدمه ويزول أثره من كافة الوجوه. بينما إذا كان الإلغاء جزئياً اقتصر أثر الإلغاء على ما تناوله حكم إلغاء السند من محكمة الطعن فقط، ولا يمتد إلي باقي أجزاء الحكم، والتي تظل صحيحةً

⁽¹⁾ خليفة الخروبي، القانون العدلي الخاص طرق التنفيذ، منشورات مجمع الأطرش للكتاب الجامعي، تونس 2008م، بند 51 وما بعده، ص 53 وما بعدها.

⁽²⁾ د. على مصطفى الشيخ، الحكم الضمني، رسالة دكتوراه، حقوق عين شمس 1996م، ص 70 هامش (5).

منتجةً لأثارها ما لم يكن الجزء الذي أُلغته محكمة الطعن هو الأساس الذي بني عليه الحكم الملغي، أو مرتبط به ارتباطاً لا يقبل التجزئة، ففي هذه الحالة يمتد أثر الإلغاء إلى كافة أوصال الحكم⁽¹⁾.

ونظراً لأن إجراءات المرافعات لا يفيد منها إلا من أجراها، ولا يحتج به إلا على من اتخذت في مواجهته، فتتحصّر آثار إلغاء الحكم المطعون فيه على أطراف خصومة الطعن دون أطراف خصومة الحكم المطعون فيه. فالطعن لا يفيد إلا مَنْ رَفَعَهُ من الخصوم، ولا يحتجّ به إلا على من رفع عليه كقاعدة عامة⁽²⁾. ويترتب على إلغاء الحكم المطعون فيه من محكمة الطعن اعتباره كأن لم يكن، ويزول وتزول معه كافة الآثار المترتبة عليه، وتزول حجية الأمر المقضي به، وتزول قوته التنفيذية، ومن ثَمَّ فلم يُعَدَّ يصلح كسندٍ تنفيذيٍّ، ويعتبر الحكم الصادر من محكمة الطعن هو السند التنفيذي للتنفيذ العكسي؛ لاسترداد ما سبق أن أدّاه الطاعن إلى المطعون ضده. كما يترتب على إلغائه بطلان الإجراءات التنفيذية والتحفظية، التي تمّت باعتباره سنداً تنفيذياً. ويبدو أن الفقه والقضاء المصريّ والفرنسيّ قد اتجه نحو مسؤولية منفذ الحكم الملغي من محكمة الطعن؛ لإعادة الحال إلى ما كان عليه قبل

(1) نقض مدني 7/ 2009/5م، طعن رقم 15133 لسنة 75ق، مج، س 60، ج 1، ق 90، ص 541. نقض مدني 12/12/2007م، طعن رقم 1587 لسنة 77 ق، مج، س 58، ج 1، ق 145، ص 813. نقض مدني 2/8/2005م، طعن رقم 1587 لسنة 74 ق، مج، س 56، ج 1، ق 131، ص 755.

(2) د. وائل البشل، التنفيذ العكسي، ص 81 وما بعدها.

التنفيذ، حيث يتم تنفيذ حكم مطعونٍ عليه على مسؤوليته، فيزُدُّ المبالغ التي تمَّ دفعُها بدون حق بالإضافة إلى الفوائد من يوم التنفيذ، وتعويض الأضرار التي أصابت المنفِذ من إجراء التنفيذ⁽¹⁾

72 - التنفيذ العكسي للحكم الصادر في طلب وقف القوة التنفيذية من محكمة الطعن أو التظلم: تمنح القوة التنفيذية المعجلة بقوة القانون، أو بأمر المحكمة في حالات محددة، ويكون الحق في التنفيذ المعجل الذي يعترف به القانون لطالب التنفيذ، في هذه الحالة ليس حقًا باتًا، بل حقٌّ معلقٌ على شرط فاسخٍ يستمد مصدره من القانون، هو عدم إلغاء الحكم في مرحلة الطعن بما يؤدي إلى زواله حال تحققه، ويعتبر الحق في التنفيذ كأنه لم يكن بعد إلغاء الحكم وتجريده من قوته التنفيذية. ومقتضى ذلك أن الحكم يرتب أثره التنفيذي قبل تحقق الشرط، فإذا ما تحقق الشرط يزول الحكم، وتزول معه آثاره كسند تنفيذي، ويعود الخصوم إلى ذات

(1) د. محمد عبد الخالق عمر، مبادئ التنفيذ، ص 233. د. أحمد ماهر زغلول، آثار إلغاء الأحكام بعد تنفيذها، ص 374. د. حسني سعد عبد الواحد، تنفيذ الأحكام الإدارية، ص 98. نقض مدني 1996/2/29م، طعن رقم 530 لسنة 58 ق، مج، س 47، ج 1، ق 79، ص 405.

-F. Ferrand; L'exécution Provisior des décisions rendus par les Juridictions Civiles; Gaz. Pal. 1987; II; doct.; P. 372.

-Cass. Civ. 9 Janv. 2003; Gaz. Pal.9-11 mars 2003; Pan.; P. 34.

-Cass. Ass. Plé. 3 mars 1995; Rév. Trim. de droit. Civ. 1995; P. 687.

المراكز القانونية التي كانوا عليها قبل صدور الحكم وتنفيذه، ويعتبر الحكم الملغى كأن لم يوجد من حيث الأصل⁽¹⁾.

وقد قضت محكمة النقض المصرية في هذا الشأن بأنه: "... ومن المقرر في قضاء هذه المحكمة أنه إذا الغي السند التنفيذي أو أبطل أمتنع المضي في التنفيذ وسقط ما يكون قد تم من إجراءاته؛ لأنه بعد إلغاء السند التنفيذي أو إبطاله يصبح التنفيذ غير مستند إلي حق فتسقط إجراءاته نتيجة حتمية لزوال سنده..."⁽²⁾.

ويلتزم من قام بالتنفيذ برد ما استوفاه، ويكون للمنفذ ضده الحق في استرداد ما استوفى منه؛ نتيجة التنفيذ بسند ملغي؛ لإعادة الحال إلى ما كان عليه قبل صدور الحكم الملغي، وتنفيذه برّ غير المستحق عيناً، وإلا بمقابل نقدي (التنفيذ العكسي)؛ ليعود الخصوم إلى ذات المراكز القانونية التي كانوا عليها قبل تنفيذه، والتعويض

(1) د. أحمد ماهر زغلول، آثار إلغاء الأحكام بعد تنفيذها، بند 36 وما بعدها، ص 53 وما بعدها. مصطفى هرجة، منازعات التنفيذ الوقتية في المواد المدنية والتجارية، ط 2، دار الثقافة للطباعة والنشر بالقاهرة 1983م، بند 66، ص 107 وما بعدها. نقض مدني 2001/1/30م، طعن رقم 2809 لسنة 63 ق، مج، س 52، ج 1، ق 47، ص 226. نقض مدني 1966/12/13م، طعن رقم 217 لسنة 32 ق، مج، س 17، ج 4، ق 271، ص 1880. نقض مدني 1969/3/27م، طعن رقم 114 لسنة 35 ق، مج، س 20، ج 1، ق 82، ص 508.

(2) نقض مدني 2001/1/30م، طعن رقم 2809 لسنة 63 ق، مج، س 52، ج 1، ق 47، ص 226. نقض مدني 1969/3/27م، طعن رقم 114 لسنة 35 ق، مج، س 20، ج 1، ق 82، ص 508. نقض مدني 1966/12/13م، طعن رقم 217 لسنة 32 ق، مج، س 17، ج 4، ق 271، ص 1880.

عن الأضرار التي لحقت؛ نتيجة لتنفيذ الحكم الملغي من محكمة الطعن طبقاً للقواعد العامة في المسؤولية التصيرية (م163 مدني مصري، art. 1382 et 1383 C.C.F.). وعليه فتكون إزالة آثار تنفيذ الحكم الملغي من محكمة الطعن بالتنفيذ العكسي بالحق في الرّد Droit à la restitution ، والتعويضات Dommages-intérêts، وإصلاح الأضرار الناجمة عنه La reparation du dommage . وكل تنفيذ يُعدّ "مؤقتاً" غير مستقرّ، إذ هو قابل للرجوع فيه طالما أن احتمالات إلغاء سنده، أو إلغاء إجراءاته لا تزال قائمة، ولا يُعدّ التنفيذ "مؤبداً" إلا بعد أن يصبح سنده غير قابل للإلغاء، وتصبح المنازعة في إجراءاته غير مقبولة. ويكون الحكم الذي يثبّل القوة التنفيذية للسند التنفيذي، سنداً تنفيذياً؛ لإعادة الحال إلى ما كان عليه قبل التنفيذ، وهذا يقتضي الاعتراف بأن الحكم الصادر بوقف التنفيذ يعدّ سنداً تنفيذياً يتيح للصادر لصالحه اتخاذ إجراءات التنفيذ العكسي⁽¹⁾.

وتباشر إجراءات التنفيذ الجبري العكسي وفقاً للقواعد العامة في التنفيذ. ويُعدّ الحكم الصادر من محكمة الطعن بإلغاء الحكم المطعون فيه بعد تنفيذه سنداً تنفيذياً Titre exécutoire. يتيح مباشرة إجراءات التنفيذ الجبري العكسي في مواجهة المطعون ضده؛ لإزالة آثار تنفيذ الحكم الملغي برّد ما تسلمه تنفيذاً للحكم الملغي،

(1) د. أحمد ماهر زغلول، آثار إلغاء الأحكام بعد تنفيذها، بند 211 وما بعدها، ص 224 وما بعدها. د. سيد أحمد محمود، النقض الجزئي للأحكام، 2003م، ص 27. د. أحمد خليل، طلبات وقف التنفيذ، ص 15 وما بعدها.

وذلك لكل من كان طرفاً في الخصومة حقيقة أو حكماً، في مواجهة المحكوم ضده، وخلفه العام والخاص⁽¹⁾.

وحق الاسترداد هو: ذلك الحق الذي يتلقاه الصادر لصالحه حكم الوقف، كأثر من آثار الحكم بإلغاء التنفيذ الجبري الذي تم في مواجهته، إنَّ حقَّ الصادر لصالحه حكم الوقف، أو الإلغاء في المطالبة باسترداد ما سبق أن أوفاه للصادر ضده الحكم، نتيجة التزام زال سببه، يلقي على عاتقه التزاماً باتخاذ إجراءات التنفيذ العكسي، مما مفاده مطالبة الصادر ضده بالاسترداد، إذ لا يستقيم أن يقوم الصادر ضده طواعية، واختياراً، ودون مطالبة الصادر لصالحه الحكم بتنفيذ سند هو مضرور من وجه نظره من تنفيذه، ويعد ذلك تطبيقاً من تطبيقات قاعدة دفع غير المستحق كأساس فنيّ لالتزام الصادر ضده بالرد⁽²⁾.

وإذا صدر حكم من محكمة الطعن ببطلان السند التنفيذي، فإنه يُعدّ ما تم اتخاذه من إجراءات باطلاً، ولا يعتد به، ويزول السبب الصحيح للتنفيذ بأثر رجعي، كما في الدَّين المقترن بشرط فاسخ بعد تحقق الشرط، والدَّين الناشئ من عقد قابل للإبطال، أو للفسخ بعد صدور حكم ببطلان السند، فإذا صدر حكم ببطلان السند التنفيذي

(1) د. أحمد ماهر زغول، آثار إلغاء الأحكام بعد تنفيذها، بند 211 وما بعدها، ص 324 وما بعدها. د. عاشور مبروك، النظام الإجرائي للطعن بالنقض في المواد المدنية، مكتبة الجلاء بالمنصورة 1995م، ص 235 هامش (1). نقض مدني 2012/6/9م، طعن رقم 6171 لسنة 81 ق، مج، س 63، ج 1، ق 133، ص 847.

(2) د. وائل البشل، التنفيذ العكسي، ص 295.

لم يُعَدَّ لذلك السند وجود ويزول السبب القانوني الصحيح، والذي كان يتيح الحق في التنفيذ، ويتولَّد على ذلك حقٌّ للصادر لصالحه حكم الإلغاء، هو الحق في استرداد محل التنفيذ، وتحت أيِّ يدٍ تُكوَّن، ويقابل ذلك الحق التزامٌ على الصادر ضده حكم الإلغاء، هو الالتزام بِرَدِّ محل التنفيذ فضلًا عن التعويض⁽¹⁾.

وتُعَدَّ (م198 مدني، art. 1370 C.C.F.) مصدرًا مباشرًا للالتزام بالرد، وأساسًا قانونيًا له، ولقاعدة التنفيذ العكسي. فالحكم الصادر بالالتزام هو مصدر الالتزام المباشر، ومن ثَمَّ فيكون الحكم الصادر بوقف، أو إلغاء السند التنفيذي، هو مصدر الالتزام المباشر بالنسبة للالتزام برد العين محل التنفيذ، وهو الدَّيْنُ واجبُ الوفاءِ به، وأطرافها هم الصادر لصالحه الحكم، والصادر ضده، أو خلافه⁽²⁾.

ويتحدد مضمون الالتزام بالردِّ بمحل التنفيذ، وملحقاته، والمصاريف التي تكبَّدها المحكوم له، وفوائدها أي بالأموال التي تم التنفيذ عليها، ويَجِدُ هذا الالتزام مصدره في واقعة قانونية تتمثل في واقعة مبادرة المحكوم له إلى تنفيذ حكم تم إلغاؤه في مرحلة الطعن، وهذه الواقعة تجد مصدرها في قاعدة دفع غير المستحق، التي تتمثل

(1) د. وائل البشل، التنفيذ العكسي، ص 300.

(2) د. أحمد هندي، آثار أحكام محكمة النقض وقوتها، ص 104 هامش (2)، ص 100 هامش (1). د. أحمد ماهر زغلول، آثار إلغاء الأحكام بعد تنفيذها، ص 203 هامش (1). د. سيد أحمد محمود، النقض الجزئي للأحكام، ص 219 الهامش؛ الغش الإجرائي، ص 192. د. مصطفى كيره، النقض المدني، 1992م، ص 756. د. إبراهيم النفاوي، مسؤولية الخصم، ص 409 وما بعدها. د. أحمد إبراهيم عبد التواب، الإساءة في إجراءات التقاضي والتنفيذ، دار الجامعة الجديدة للنشر بالإسكندرية 2009م، ص 162 هامش (2).

في الاعتراف بحق من يقوم بأداءٍ ليس واجبًا عليه في استرداد ما أدّاه، فيلتزم المُوقِّى له نتيجة لذلك برد ما تلقاه، فإلغاء السند يفيد إلغاء ما تضمنه من تأكيد سابق، وأنه استبدل به تأكيد عكسي يصدر من محكمة الطعن؛ إعمالا لسلطتها القانونية مما ينفي وجود الالتزام الذي تم تنفيذه، ويزول الالتزامُ بِأثرٍ رجعيٍّ، وهذا الأثر يترتب على حكم الإلغاء بقوة القانون، فيلتزم مَنْ قام بالتنفيذ برد ما قَبَضَهُ من منقول، أو عقار (1).

وصاحب الحق في التنفيذ العكسي هو الصادر لصالحه حكمُ الإلغاء أو وقف التنفيذ، وهو مَنْ له الحق في اتخاذ إجراءات استرداد العين محلَّ التنفيذ باسمه ولمصلحته. إذ بصدور حكم الإلغاء، أو وقف التنفيذ أصبح الصادرُ لصالحه حكمُ الإلغاء أو وقف التنفيذ هو صاحب الحق الذي يعطيه القانونُ سلطةً مباشرةً إجراءاتِ التنفيذِ العكسي، بإعادة العين محلَّ التنفيذ، والتي سُلبت منه تنفيذًا للسند الملغي، أو الذي فقَدَ قدرته الإيجابية على التنفيذ. والصادر ضده الحكم هو من يَجْرِي التنفيذُ ضده هو المُلتزم في الحكم المقضي بوقف تنفيذه، أو بإلغائه بِردِّ العين محل التنفيذ السابق؛ تنفيذًا للحكم الملغي فهو الطرف السلبي المطلوب منه أداءٌ معينٌ (2). ويترتب على صدور الحكم بوقف أو إلغاء القوة التنفيذية للسند السابق التنفيذ بمقتضاه حالة قانونية جديدة ومراكز قانونية يلزم تسكينها، وفقًا للأوضاع

(1) الإشارة السابقة.

(2) د. وائل البشل، التنفيذ العكسي، ص 232، 242. نقض مدني 2008/6/8م، طعن رقم 9559 لسنة 65 ق، مج، س 59، ج 1، ق 112، ص 642.

الجديدة التي استقرت بالحكم الذي شلَّ القوة التنفيذية للسند بمقتضاه؛ نتيجة تغيير في المراكز القانونية للخصوم، وصفاتهم، وطلباتهم⁽¹⁾.

فضلاً عن أنّ صدور حكم من محكمة الطعن بإلغاء السند التنفيذي، يؤدي إلى محوّه، وزوال حجّيته، وبطلان كافة الأعمال والإجراءات التي ترتبت عليه، وينتج عن ذلك الحكم عودة الخصومة والخصوم إلى ما كانوا عليه قبل التنفيذ، إذ يترتب على صدور حكم بإلغاء التنفيذ مجموعة من النتائج القانونية، تكمن في تغيير المركز القانوني لطرفي السند التنفيذي، وينتج عن ذلك مجموعة من الحقوق والواجبات الإجرائية لطرفي الحكم الصادر بإلغاء التنفيذ. وقاعدة التنفيذ العكسي: هي قاعدة علاجية تسري كنتيجة حتمية، ومنطقية وملازمة لإلغاء الحكم، أو وقف القوة التنفيذية للسند السابق التنفيذ؛ لإعادة تسكين الخصوم وفق مراكزهم القانونية، التي ترتبت على الحكم بوقف القوة التنفيذية للسند السابق التنفيذ بمقتضاه أو إلغائه، بإعادة الحال إلى ما كان عليه قبل ذلك التنفيذ⁽²⁾.

ويلزم توافر عدة شروط؛ لكي تتمتع قاعدة التنفيذ العكسي بالقوة الإجرائية التنفيذية، وهي: صدور حكم من محكمة الطعن سواءً بوقف أم إلغاء السند التنفيذي، وأن يكون التنفيذ قد تمَّ سواءً كلياً أم جزئياً، وأن يتم ذلك التنفيذ استناداً للسند محل

(1) د. وائل البشل، التنفيذ العكسي، ص 252.

(2) د. أحمد هندي، آثار أحكام محكمة النقض وقوتها، دار الجامعة الجديدة للنشر بالإسكندرية 2006م، ص 66 وما بعدها. نقض مدني 1967/3/7م، طعن رقم 296 لسنة 33 ق، مج، س 18، ج 2، ق 86، ص 557.

الحكم الصادر بوقف وإلغاء السند، وليس إلى سند آخر، وأن يكون ذلك التنفيذ تمَّ عُنْوَةً عن المنفَعْد ضده⁽¹⁾. ويرى جانب من الفقه⁽²⁾ - نؤيده - أن الحق في التنفيذ الذي يعترف به القانون في حالة إلغاء السند التنفيذي ليس حقًّا باتًّا، وإنما هو حقٌّ معلق على شرط فاسخ، هو أن لا يلغي الحكم في مرحلة الطعن، فلا يستقر الحق في التنفيذ على وجه ثابتٍ وباتٍّ إلا باكتمال حصانة الحكم داخل الإجراءات بامتناعه على إمكانية الطعن فيه.

أما إذا أُلغِيَ الحكم في مرحلة الطعن، فقد أصبح التنفيذ الذي تم بموجب السند التنفيذي الملغى تنفيذًا قَلْبًا، ويتحقق الشرط الفاسخ بإلغاء السند التنفيذي، ويستلزم ذلك إعادة تسكين الخصوم وفق ما كانوا عليه قبل التنفيذ، وقد باتَّ للصادر لصالحه حكمُ الإلغاء اتخاذ إجراءات التنفيذ العكسي، فالأساس الفني لأعمال قاعدة التنفيذ من حجية، وقوة الشيء المحكوم فيه في إعادة تسكين الخصوم، وفق الحالة التي كانوا عليها قبل التنفيذ، وهو حقٌّ معلق على شرط فاسخ، وهو ألا يُلغَى الحكم في مرحلة الطعن، أو يصدر حكم بوقف تنفيذ السند التنفيذي، فإذا تحقق الإلغاء،

(1) د. وائل البشل، التنفيذ العكسي، ص 107 وما بعدها.

(2) د. أحمد ماهر زغلول، آثار إلغاء الاحكام بعد تنفيذها، بند 211 وما بعده، ص 324 وما بعدها.

أو وقف التنفيذ تحقق الشرط الفاسخ من تاريخ تقديم الطعن، أو طلب وقف التنفيذ⁽¹⁾.

بينما يرى بعض الفقه⁽²⁾ ونؤيده في ذلك أن الحق في التنفيذ، ليس حقاً معلقاً على شرط فاسخ، بل هو حق بسيطٌ مثله في ذلك مثل الحقوق والالتزامات الناشئة عن العقود، فكما أنه لا يقال: إن هذه الحقوق والالتزامات تعتبر معلقةً على شرط فاسخ، وهو إلغاء العقد، أو بطلانه، أو فسخه، فلا يقال: إن الحق في التنفيذ هو حق ناشئ عن الحكم، ويكون معلقاً على شرط فاسخ هو إلغاء الحكم، وإلا ترتب على ذلك نتيجة لا يمكن قبولها، وهي أن جميع الحقوق، أو الالتزامات معلقة على شرط الفسخ، وهو زوال السبب المنشئ لهذه الحقوق والالتزامات، إذ إن الشرط أمرٌ خارجي، أو أمرٌ عارضٌ يلحق الالتزام بعد تكوينه، ووجود الحكم ليس أمراً عارضاً، أو أمراً خارجياً بالنسبة للحق في التنفيذ، وعلى الرغم من الاعتراف بأن الشرط يمكن أن يجد مصدره في القانون، وذلك طالما وجدت رابطة حق أو التزام، فإن من أوجدها يستطيع أن يخلع عليها ما يشاء من أوصاف، فيملك أن يجعل من الالتزام في الروابط القانونية بسيطاً، منجراً أو على العكس موصوفاً مرجئاً؛ ولذلك فإن أوصاف الالتزام تتصرف إلى الالتزام في عمومها أيًا كان مصدره، دون تفرقه بين

(1) نقض مدني 6/19/2008م، طعن رقم 13714 لسنة 77 ق، مج، س 59، ج 1، ق 124، ص 713.

(2) د. الأنصاري حسن النيداني، التنفيذ المباشر للسندات التنفيذية، ص 100 وما بعدها.

الالتزامات التي تجد مصدرها، في إرادة الأطراف، أو تلك التي يكون مصدرها القانون.

وقد استقرَّ القضاء⁽¹⁾ على أنّ الحق في التنفيذ الذي يعترف به القانون في حالة إلغاء السند التنفيذي ليس حقاً باتاً، وإنما هو حقّ معلق على شرط فاسخٍ هو أن لا يلغى الحكم في مرحلة الطعن، وأن الحق في التنفيذ لا يستقرُّ على وجه ثابتٍ وباتٍ إلا باكتمال حصانة الحكم داخل الإجراءات بامتناعه على إمكانية الطعن فيه، أما إذا ألغى الحكم في مرحلة الطعن فقد أصبح التنفيذ الذي تم بموجب السند التنفيذي الملغى تنفيذاً قلعاً، ويتحقق الشرط الفاسخ بإلغاء السند التنفيذي، ويستلزم ذلك إعادة تسكين الخصوم وفق ما كانوا عليه قبل التنفيذ، وقد بات للصادر لصالحه حكمُ الإلغاء الحق في التنفيذ العكسي. وأن الأساس الفني لإعمال قاعدة التنفيذ العكسي يستمد قوته مما لحكم الإلغاء، أو وقف التنفيذ من قوة الشيء المحكوم فيه، في إعادة تسكين الخصوم وفق الحالة التي كانوا عليها قبل التنفيذ،

(1) نقض مدني 2010/3/18، الطعن رقم 2310 لسنة 68 ق، مج، س 61، ج 1، ق 60، ص 377. نقض مدني 2005/4/14م، طعون أرقام 352، 508، 512، لسنة 73 ق، مج، س 56، ج 1، ق 66، ص 365، حيث قضت بأن فسخ العقد أثره: انحلال العقد بأثر رجعي منذ نشوئه، واسترداد كل متعاقد ما قدمه للآخر. نقض مدني 2001/6/17، الطعن رقم 1540 لسنة 70 ق، مج، س 52، ج 1، ق 179، ص 907. نقض مدني 2001/1/30م، الطعن رقم 2809 لسنة 63 ق، مج، س 52، ج 1، ق 47، ص 226. حيث قضت محكمة النقض بأنه يترتب على نقض الحكم زواله، وعودة الخصوم إلى مراكزهم السابقة، وإلغاء جميع إجراءات إعمال التنفيذ التي تمت بناءً عليه، واعتبار حكم النقض سنداً تنفيذياً؛ لإعادة تسكين الخصوم للحالة الواقعية والقانونية السابقة على التنفيذ.

وهو حقّ معلق على شرطٍ فاسخ، وهو ألاّ يلغى الحكم في مرحلة الطعن، أو يصدر حكم بوقف تنفيذ السند التنفيذي، فإذا تحقق الإلغاء، أو وقف التنفيذ تحقق الشرط الفاسخ من تاريخ تقديم الطعن أو طلب وقف التنفيذ.

وعلى ذلك فبتطبيق قاعدة التنفيذ العكسي يعود الخصوم إلى الحالة التي كانوا عليها قبل الحكم، كأثر لإلغاء الحكم في مرحلة الطعن، ويكون المشرّع قد اعتمد أثرًا رجعيًا؛ لتحقيق الشرط الفاسخ الذي يقترن بالحق في التنفيذ، وهو ألاّ يلغى الحكم في مرحلة الطعن. فالتنفيذ لا يستقر إلا بالفصل في ذلك الطعن، وبمقتضى الأثر الرجعي كأثر من آثار إلغاء الحكم في مرحلة الطعن، فيعتبر الحقّ في التنفيذ كأن لم يكن. وعلى ذلك يلتزم من قام بالتنفيذ برد ما استوفاه؛ نتيجة هذا التنفيذ، وفي المقابل فإنه ينشأ لمن تمّ التنفيذ ضده استنادًا إلى الحكم الملغي حقّ قانوني في إعمال قاعدة التنفيذ العكسي باسترداد ما استوفي منه نتيجة هذا التنفيذ⁽¹⁾.

وقد ذهب جانب من الفقه إلى أن العبرة بتاريخ التقرير بالطعن، ومن ثمّ فإنّ للحكم الصادر في الطعن بوصفه طلب قضائيّ أثرًا رجعيًا، فيرتد لجميع الأعمال والإجراءات منذ تقديم الطعن، وحتى صدور الحكم فيه، وتنفيذه، تُعدّ جميعها كأن لم تكن. حيث يزول الحق في التنفيذ وجميع الحقوق التي ترتبت عليه بمقتضى الأثر الرجعي، وعلى ذلك فإن مصدر الحق في التنفيذ هو القانون، وهو حق

(1) د. وائل البشل، التنفيذ العكسي، ص 154.

معلّق على شرط فسخٍ، فإذا صدَرَ حكم بإلغاء السند المنفذ ترتب على ذلك زوال جميع الآثار التي ترتبت عليه، وذلك بأثر رجعي منذ نشأة الحق في التنفيذ⁽¹⁾.

والحكم الصادر بوقف القوة التنفيذية للسند التنفيذي، هو حكم ذو آثار متعددة منها؛ أن السند التنفيذي باتّ غير صالح لاتخاذ أي إجراء من إجراءات التنفيذ، ليس من تاريخ صدور الحكم، وإنّما من وقت تقديمه. وأن الحكم بوقف التنفيذ يُعدّ سنداً تنفيذياً؛ لإعادة الحال إلى ما كان عليه قبل التنفيذ. ولا يجوز عدم الاعتداء بأي تصرف قام به الصادر لصالحه السند التنفيذي في مواجهة الصادر لصالحه حكم وقف التنفيذ. وأن حكم وقف التنفيذ له أثر فوريّ مباشر في إعادة الحال؛ وذلك لتحقيق التوازن بين مصالح الخصوم وحمايتها⁽²⁾.

ويرى بعض الفقهاء أن الطعن في السند التنفيذي يُعدّ مانعاً من التصرف في العين محل التنفيذ، وأن هذا المنع مؤقتٌ ومحدد بمدة الفصل في الطعن؛ لحماية الطاعن والمطعون ضده وكذلك الغير سواء حسن النية أم سيء النية. وتُعدّ يد طالب التنفيذ مغلوطةً عن التصرف في العين محل التنفيذ، ومن ثمّ يترتب على التصرف في العين محل التنفيذ بطلانُهُ، وأن ذلك المنع من التصرف في العين

(1) د. محمد محمود ابراهيم: أصول التنفيذ الجبري، ص 164 وما بعدها. د. أحمد هندي، آثار أحكام محكمة النقض وقوتها، ص 97 وما بعدها. د. سيد أحمد، النقض الجزئي، ص 166 وما بعدها. د. عيد القصاص، أصول التنفيذ، ص 242 وما بعدها. د. أحمد زغلول، أصول التنفيذ، ص 174 وما بعدها. د. أحمد خليل، أصول التنفيذ، ص 482 وما بعدها.

(2) د. وائل البشل، التنفيذ العكسي، ص 203.

محل التنفيذ هو مما تمليه طبيعته، إذ إن أحقية المتصرف في التصرف في العين محل التنفيذ لن يستقر، ولن يكون نافذاً إلا بعد الفصل في الطعن، ومن ثمَّ فيكون ذلك التصرف مبناه الغش والتحايل، وهو ما يترتب عليه البطلان حتى دون نص يقرر ذلك⁽¹⁾.

وعلى ذلك فإن قاعدة التنفيذ العكسي ليست محض قاعدة إرادية، بل هي قاعدة قانونية إجرائية لها أُطرٌ وقواعد تحملها، إذ هي رابطة إلزامٍ قانونية تنشأ بمجرد صدور حكم وقف القوة التنفيذية للسند السابق للتنفيذ بمقتضاه أو إلغائه؛ وذلك لمعالجة الآثار التي ترتبت على التنفيذ الملغي، فقاعدة التنفيذ العكسي لها أطراف كما ينشأ عن تطبيقها آثار قانونية، ومراكز قانونية جديدة بخلاف المراكز الواقعية التي كان الحكم الملغي قد أرسلها، ويظهر ذلك فيما يخص أطرافها. ولها وجهان أساسيان ومتلازمان لا يقوم أحدهما دون الآخر، الأول: قومه التزام الصادر ضده الحكم برد العين محل التنفيذ، والثاني: هو حق الصادر لصالحه الحكم في المطالبة باسترداد ما سبق وأن استوفى منه تنفيذاً للحكم الملغي. فلا يتصور التزام الصادر ضده برد العين محل التنفيذ من تلقاء نفسه، ودون أن يكون للصادر لصالحه الحق في طلب استرداد ما سبق، وإن استوفى منه. فلا تقوم قاعدة التنفيذ العكسي دون

(1) نقض مدني 2009/4/27م، طعن رقم 17575 لسنة 77 ق، مج، س 60، ق 85، ص 508. نقض مدني 2009/6/25م، طعن رقم 621 لسنة 79 ق، مج، س 60، ج 1، ق 127، ص 757. نقض مدني 2008/5/20م، طعن رقم 11889 لسنة 65ق، مج، س 59، ج 1، ق 97، ص 558.

الوجهين معًا. وكلا الطرفين ملزمٌ باتخاذ خطوةٍ إيجابية من جانبه، فيلتزم الصادر لصالحه السند مطالبةً الطرف الآخر باسترداد العين محل التنفيذ، يقابل ذلك قيام الصادر ضده بالرد، ولمّا كانت الرابطة تنشأ عن التنفيذ العكسي ليس مردها إرادة أطرافها، وإنما هي رابطة إلزامية، مردها إرادة المشرع.

ولذا فإن قاعدة التنفيذ العكسي بوصفها قاعدة قانونية لها أطرافها وهما: الصادر لصالحه حكم وقف التنفيذ، أو إلغاء السند التنفيذ، والصادر ضده الحكم، وتتكون من ركنين أساسيين هما: الأول: ركن الالتزام الواقع على كاهل المحكوم ضده برد العين محل التنفيذ، الركن الثاني: هو حق الصادر لصالحه الحكم في استرداد ما سبق أن دفعه للصادر ضده، وبالحالة التي كانت عليه قبل التنفيذ، وأساسها الفني هو قاعدة دفع غير المستحق⁽¹⁾.

وعلى ذلك فإنّ حكم الإلغاء يكون صالحًا لمباشرة إجراءات التنفيذ الجبري العكسي في مواجهة المحكوم عليه فيه (طالب التنفيذ استنادًا إلى الحكم الملغي)؛ لاقتضاء حقوق المحكوم له في هذا الحكم بما يكفل إعادة الحال إلى ما كانت عليه قبل تنفيذ الحكم الملغي، إذا توافرت فيه الشروط التي يتطلبها القانون في السند التنفيذي، (م285 مرافعات)، حتى ولو لم يقض صراحة بالرد؛ لأن حكم الإلغاء يتضمن قرارًا

(1) د. وائل البشل، التنفيذ العكسي، ص 301.

ضمنياً بالإلزام بالرد، كنتيجة لازمة حتمية للقضاء بإلغاء الحكم المطعون فيه بدلالات منطقية⁽¹⁾.

73- التأصيل القانوني للنزاع حول القوة التنفيذية (نظرية إجرائية): تأسيساً على كل ما تقدم تكون في مقام التنفيذ، هدياً بالتشريع الإجرائي، وبالمنهاج العلمي لقضاء محكمة النقض، نظرية إجرائية تنظم (النزاع حول القوة التنفيذية للحكم) كسند تنفيذي، الغاية منها تعطيل فاعلية تلك القوة الخطيرة في التنفيذ الجبري. وهي وإن لم تكن تُكوّن إشكالاً في التنفيذ، إلا أنّها تتفق معه في غايته الإجرائية، في شلّ تلك القوة التنفيذية للحكم. وقد عالج المُشرِّعُ الإجرائيُّ تلك النظرية في (م 244، 251، 291، 293 مرافعات، art. 524 N.C.P.C.F.)، وهي نصوص وإن بدت متفرقة إلا أنها جميعاً بُنيتُ بناءً دقيقاً متجانساً؛ لتحمل أصول تلك النظرية وقواعدها.

وتتجلي المعالم الرئيسية لتلك النظرية الإجرائية في الآتي⁽²⁾:

فمن حيث طبيعة النزاع؛ فتلك المنازعات لها نطاق مرسوم، فهي تتعلق بالحكم ذاته كسند تنفيذي تتعلق بصلاحيته للتنفيذ وقوته؛ ولذلك فهي تنال من حجبية، أو قوة الأمر المقضي، وبالتالي تقوم على نقد الحكم وتجريحه، ومن ثمّ دارت مع الطعن على الحكم فيه، أو معه، ولا تقوم لها قيامة إلا بالطعن، فإذا انعدم الطعن

(1) د. أحمد ماهر زغلول ، آثار إلغاء الأحكام بعد تنفيذها، ص 424.

(2) د. محمد محمود إبراهيم، أصول التنفيذ الجبري، ص 246 وما بعدها.

زالت، مهما كانت من القوة والصحة؛ ولذلك تَمَتَّع ذوي الشأن بمرحلة متقدمة في (منازعات التنفيذ)، قد تغنيه عن اللجوء إلى فكرة (الإشكال)، المبنية على عيوب التنفيذ من حيث المقدمات والأسس. ونتج عن ذلك الجمع ما بين الإجراءين.

ومن حيث نوع المحكمة المختصة: فالمحكمة التي تختص بنظر تلك المنازعات هي محكمة طعن. فقرر المشرع أنّ تنفيذ تلك الأحكام ينبغي أن يخضع لرقابة المحكمة المختصة بنظر الطعن فيها، بحيث يكون لمحكمة الطعن سلطة وقف تنفيذها عند الاقتضاء. ومحكمة الطعن قد تكون هي محكمة النقض، أو محكمة الالتماس، أو محكمة الاستئناف، أو محكمة التظلم، حسب ما إذا كان الحكم محل المنازعة، حكماً نهائياً أم حكماً ابتدائياً؛ ولذلك فليست هي محكمة الموضوع، أو محكمة التنفيذ. وترتّب على ذلك أنه لا يجوز طرح المنازعة على محكمة التنفيذ، ولا طرح الإشكال على محكمة الطعن.

ومن حيث تماثل الشروط؛ فعندما نكون أمام نزاع يتعلق بالقوة التنفيذية للحكم سواء كان الحكم نهائياً أم ابتدائياً وجب توافر الشروط الآتية: تعاصر طلب وقف التنفيذ مع الطعن في الحكم، وأن يخشى من التنفيذ وقوع ضرر جسيم يتعذر تداركُه، وألا يكون التنفيذ قد تَمَّ، وترجيح إلغاء الحكم المطعون فيه. وإذا توافرت هذه الشروط قامت المنازعة مع اختلاف طفيفٍ حول بعض الجزئيات التي لا تُقلِّل من جوهر النظرية.

ومن حيث طبيعة الحكم، وتكرار طلب وقف القوة التنفيذية؛ فالحكم الصادر في النزاع: هو حكم وقتي يخضع لجوهر القضاء الوقتي، وأنه ليس هناك مانع قانوني يحول دون تكرار طرح طلب وقف التنفيذ على محكمة الطعن سواءً كان الحكم محلّ وقف التنفيذ نهائياً أم ابتدائياً، باستثناء طلب وقف التنفيذ من محكمة النقض لوجود نص خاص (م 251 مرافعات) ولطبيعة محكمة النقض كمحكمة قانون.

ومن حيث طبيعة وقف القوة التنفيذية: وقف التنفيذ الصادر من محكمة الطعن وقف مؤقت لحين فصل محكمة الطعن في موضوع الطعن على الحكم الموقوف تنفيذه، ولا يتمنع حكم الوقف بأدنى حجية أمام محكمة الطعن أو التظلم عند نظر موضوع الطعن.

ومن حيث التوازن فيما بين المصالح المحمية: فعندما يطرح النزاع المتعلق بالقوة التنفيذية للحكم وتوافرت كل المقومات القانونية لطرح النزاع على محكمة الطعن، تتمتع محكمة الطعن بشلطات كبيرة في الموازنة بين المصالح المتعارضة لكل الطرفين المحكوم له والمحكوم عليه. فلها أن تأمر بوقف التنفيذ دون شرط إذا رجحت لديها حماية الطاعن، ولها أن تمتنع عن الأمر إذا فضّلت مصلحة المطعون ضده. كما لها أن توفق بين المصلحتين فتأمر بوقف التنفيذ، وبهذا تحمي مصلحة الطاعن، ولها أن تمتنع عن الأمر إذا فضّلت مصلحة المطعون. كما أن لها أن توفق بين المصلحتين فتأمر بوقف التنفيذ، وبهذا تحمي مصلحة الطاعن، وتلزم الطاعن بكفالة أو تأمر بأي إجراء آخر يحمي مصلحة المطعون ضده.

ومن حيث وضع جزاء لتجاوز حدود الحق في التنفيذ: يجب على المحكوم له عندما يريد أن يشرع في تنفيذ الحكم أن يراعي أصول التنفيذ: فلا يغلو، أو يخطأ فيه، وإلا جاز للمنفَذّ ضده أن يرفع دعوى تعويض عن ذلك الخطأ، حتى ولو كان الحكم المنفذ به نهائياً؛ ولذلك فمن باب أولى أنه إذا ثبت الخطأ، أو الضرر، أو الخطأ الجسيم بالنسبة لتنفيذ حكم غير نهائي جاز رفع دعوى التعويض.

ومن حيث الحكم الصادر في الطعن، وإزالة آثار التنفيذ الجبري، فالقاعدة: أن نقض الحكم المطعون فيه يبني عليه زواله، واعتباره كأن لم يكن، وعودة الخصومة إلى ما كانت عليه من قبل صدور الحكم المنقوض، وعودة الخصوم إلى مراكزهم الأولى، وبالتالي إلغاء كل ما تمّ؛ نفاذا للحكم المنقوض من إجراءات وأعمال، فيصح من تمّ استرداد ما كان الخصم قد قبضه، أو تسلمه من أموال عن طريق تنفيذ ذلك الحكم دون حاجة إلى إجراءات تقاضي جديدة⁽¹⁾. وكذلك الحكم الاستثنائي الصادر بإلغاء الحكم الابتدائي، ورفض الدّعوى قابليته للتنفيذ الجبري؛ لإزالة تنفيذ الحكم الابتدائي⁽²⁾. وإذا كان الحكم المطعون فيه قد صدر بإلغاء الحكم

(1) نقض مدني 1979/5/7م، طعن رقم 758 س 48 ق، س 30، ج 2، ق 239، ص 297. نقض مدني 1978/11/1م، الطعن رقم 22 لسنة 46 ق (أحوال شخصية)، س 29، ج 2، ق 321، ص 1667. نقض مدني 1977/4/27م، طعن رقم 50 لسنة 43 ق، مج، س 27، ج 1، ق 185، ص 1080. نقض مدني 1975/5/4م، طعن رقم 2118 لسنة 39 ق، مج، س 26، ج 1، ق 176، ص 913.

(2) نقض مدني 1981/12/16م، طعن رقم 146 لسنة 47 ق، (غير منشور)، مشار إليه عند د. محمد محمود إبراهيم، أصول التنفيذ الجبري، ص 249.

المستأنف ورفض الدَّعوى، وكان الأصل في الأحكام برِّفُضِ الدعوى أنها لا تقبل التنفيذ الجبري، إلا أنه لما كان الثابت أن الحكم الابتدائي قد صدر بفتح العقد والتسليم مع النفاذ المعجل بلغًا كفالة، فإن الحكم الاستئنافي الصادر بإلغاء هذا الحكم، ورفض الدَّعوى يكون قابلاً للتنفيذ الجبري؛ لإزالة تنفيذ الحكم الابتدائي⁽¹⁾.

وبعد أن انتهينا من دراسة موضوع (النظام الإجرائي لوقف القوة التنفيذية من محكمة الطعن المدني) على النحو السابق، ننتقل الآن إلى بيان خاتمة البحث التي تتضمن أهم النتائج، والتوصيات على النحو التالي:

(1) نقض مدني 1975/12/27م، طعن رقم 26 لسنة 40 ق، مج، س 26، ج 2، ق 317، ص 1699. نقض مدني 1974/11/25م، طعن رقم 390 لسنة 39 ق، مج، س 25، ج 1، ق 218، ص 1279.

الخاتمة

تناولت موضوع (النظام الإجرائي لوقف القوة التنفيذية من محكمة الطعن المدني أو التظلم) من خلال مقدمة، ومبحث تمهيدي، وفصلين كل فصل في مبحثين، وخاتمة.

ففي المقدمة: أوضحت مفهوم الحق في التنفيذ الجبري، والسند التنفيذي، وأثر الطعن على القوة التنفيذية.

وفي المبحث التمهيدي؛ تناولت: ماهية القوة التنفيذية للسند التنفيذي ببيان مفهوم القوة التنفيذية، وأنواعها، وعلاقتها بقوة الأمر المقضي.

وفي الفصل الأول: (ماهية وقف القوة التنفيذية)؛ تناولت (مفهوم وقف القوة التنفيذية): بتعريفه، والحكمة منه، وطبيعته القانونية، والتمييز بينه، وغيره من النظم القانونية المشابهة وذلك في المبحث الأول. وأما في المبحث الثاني: (نطاق وقف القوة التنفيذية) تناولت الوقف القانوني والقضائي للقوة التنفيذية، وحدود نطاق وقف تنفيذ الحكم القضائي من محكمة الطعن بالاستئناف، والمعارضة، والاعتراض الخارج عن الخصومة، والتماس إعادة النظر، والنقض، ومحكمة الإحالة، والمحاكم المتخصصة، ووقف تنفيذ الأوامر القضائية، وحكم التحكيم...

وأما في الفصل الثاني: (إجراءات وقف القوة التنفيذية وآثاره)؛ تناولت (إجراءات طلب وقف القوة التنفيذية) ببيان؛ أطراف خصومة طلب وقف القوة التنفيذية،

وجوب طلب الوقف من المدين المُنفذ ضده (الطاعن أو المتظلم)، وتجديده باعتباره طلب وقتي مستعجل، وذاتية الخاصة به، والمحكمة المختصة بنظره، والشروط العامة لقبوله (المصلحة، الصفة، الميعاد)، والشروط الخاصة لقبوله (تقديمه قبل تمام التنفيذ، وتبعيته للطعن)، وذلك في المبحث الأول. أما في المبحث الثاني: (الحكم في طلب وقف القوة التنفيذية) فتناولت: نظر خصومة طلب وقف القوة التنفيذية من محكمة الطعن أو التظلم، وشروط الحكم فيه (رجحان إلغاء تنفيذه، والاستعجال). وسلطة المحكمة عند نظره، والانقضاء المُبتسّر والتبعي والطبيعي لخصومة طلب الوقف، والتكييف القانوني للحكم فيه وحجيته، وآثاره، وصلاحيته للتنفيذ، والطعن فيه، وأثر صدور الحكم في موضوع الطعن عليه، والتنفيذ العكسي، والتأصيل القانوني للنزاع حول القوة التنفيذية (كنظرية إجرائية).

ثم الخاتمة: بخلاصة ما انتهى إليه البحث، وأهم ما توصلنا إليه من نتائج وتوصيات.

ومما سبق يتبين أن:

- ضرورة الاستفادة من نشر الأحكام القضائية؛ حيث تمثل ظاهرة عدم نشر الأحكام الصادرة في طلبات وقف التنفيذ بصفة دورية عائقًا وعقبةً كئودًا أمام دراسة نظام وقف تنفيذ الأحكام، خاصة الأحكام الصادرة من محاكم الاستئناف، ومحاكم التماس إعادة النظر، والنقض...؛ ولذلك نهيب بوزارة العدل السعي في نشر تلك

الأحكام حتى يجد الباحثين أمامهم ثروة هائلة من الأحكام القضائية تعينه على تقصي الظاهرة محل البحث، وبيان السياسة القضائية بمالها وما عليها، وللوقوف على محددات الاتجاهات القضائية وتقييمها، وحتى يستطيع القضاء الأدنى تصحيح مساره في هذا الشأن من خلال التعرف على اتجاه القضاء الأعلى؛ ولتسهيل الدراسات الفقهية وتقييمها.

- ضرورة تعديل قانون المرافعات الحالي بما يتوافق مع نظام وقف القوة التنفيذية كنظرية عامة، فنناشد المشرع المصري بضرورة النص على ترتيب أثر واقف؛ لتقديم طلب وقف التنفيذ أمام محكمة الطعن، أو التظلم كما هو الحال أمام قاضي التنفيذ في الإشكال الأول، أي مد نطاق تطبيق (م312 مرافعات)؛ ليشمل طلب الوقف أمام محكمة الطعن أو التظلم مثل قاضي التنفيذ؛ وذلك حتى لا يحول تمام التنفيذ دون قبول طلب الوقف والحكم فيه بعد تقديمه، أو يضطر المنفذ ضده إلى تعديل طلبه إلى طلب عدم الاعتداد بالتنفيذ، إن توافرت شروطه أمام قاضي التنفيذ فقط، دون محكمة الطعن أو التظلم التي لا تختص إلا بطلبات وقف التنفيذ فقط دون غيرها من منازعات التنفيذ الوقتية.

- ونهيب بالمشروع المصري ضرورة النص على انسحاب أثر الحكم الصادر بوقف التنفيذ على إجراءات التنفيذ، التي اتخذت بعد تقديم الطلب الموقوف للتنفيذ، أو غير الموقوف له أيًا كانت المحكمة المختصة محكمة طعن عادي أو غير عادي، أو قاضي التنفيذ بالقياس على حكم (م3/251 مرافعات).

- يُعَوَّلُ الْمُشَرِّعُ وَالْفَقَهُ وَالْقَضَاءُ الْمِصْرِيُّ وَالْفَرَنْسِيُّ عَلَى مَدَى صِحَّةِ الْحُكْمِ الْمَوْضُوعِيِّ فِي طَلْبِ وَقْفِ التَّنْفِيزِ، وَمَنْحِ الْإِخْتِصَاصِ فِي تَنْشِيطِ أَوْ وَقْفِ الْقُوَّةِ التَّنْفِيزِيَّةِ لِلْمَحْكَمَةِ الَّتِي تَنْظُرُ الْمَوْضُوعَ، فَهِيَ الَّتِي تَسْتَطِيعُ أَنْ تَتَبَيَّنَ حَقِيقَةَ وَمَدَى اسْتِقْرَارِ الْحُجِيَّةِ، وَبِالتَّالِيِ اتِّخَاذِ الْقَرَارِ الْمُنَاسِبِ بِشَأْنِ مَنْحِ أَوْ وَقْفِ الْقُوَّةِ التَّنْفِيزِيَّةِ. وَهُوَ نَوْعٌ مِنَ الْإِخْتِصَاصِ التَّبْعِيِّ الْحَتْمِيِّ: بِحَيْثُ لَا يَجُوزُ تَقْدِيمُهُ إِلَّا لِهَذِهِ الْمَحْكَمَةِ فَقَطْ، وَهُوَ مَا يَنْسَجِمُ مَعَ اشْتِرَاطِ أَنْ تَكُونَ أَسْبَابُ الطَّعْنِ فِي الْحُكْمِ أَوْ الْأَمْرِ يَرْجَحُ مَعَهَا الْغَاوَهُ.

- وَمَحْكَمَةُ الطَّعْنِ عِنْدَ نَظَرِ طَلْبِ الْوَقْفِ كَمَحْكَمَةِ أُمُورٍ مُسْتَعِجَلَةٍ لَا يُمْكِنُ أَنْ تَتَّصِدَى لِلْمَوْضُوعِ، وَلَا أَنْ تُعَدَّلَ حُكْمَ مَحْكَمَةِ الدَّرَجَةِ الْأُولَى فِي مَسْأَلَةِ الْقُوَّةِ التَّنْفِيزِيَّةِ، حَتَّى وَلَوْ كَانَ الْحُكْمُ مَشُوبًا بِعَدَمِ الْمَشْرُوعِيَّةِ الظَّاهِرَةِ؛ لِأَنَّ سُلْطَتَهَا مُحَدَّدَةٌ فِي طَلْبِ الْوَقْفِ بِالْقَبُولِ أَوْ الرِّفْضِ، وَبِحَيْثُ تَوْضُحُ مَا إِذَا كَانَ لِلتَّنْفِيزِ أَسَاسٌ قَانُونِيٌّ فِي هَذِهِ الْحَالَةِ أَمْ لَا؛ لِأَنَّهُ مِنْ غَيْرِ الْمُمْكِنِ تَنْفِيزَ الْعَدَمِ أَوْ تَنْفِيزَ حُكْمٍ بَاطِلٍ مَشُوبٍ بِخَطَأٍ جَسِيمٍ وَاضِحٍ مِنْ حَيْثُ الشَّكْلِ أَوْ الْمَوْضُوعِ، وَذَلِكَ بِالرَّقَابَةِ عَلَى قَانُونِيَّةِ، أَوْ صِحَّةِ الْحُكْمِ بِمَا لَدَيْهِ مِنْ فُرْصِ الْإِلْغَاءِ أَوْ التَّعْدِيلِ؛ لِمُوَاجَهَةِ الْمَخَالَفَاتِ الْجَسِيمَةِ الَّتِي تَشُوبُ الْحُكْمَ الْمَطْلُوبَ وَقْفَ تَنْفِيزِهِ بِمَا قَدْ يَنْتُجُ عَنْهَا مِنْ نَتَائِجٍ جَسِيمَةٍ، فَإِذَا كَانَ الْحُكْمُ مُنْعَدِمًا أَوْ بَاطِلًا لَمَّا يَشُوبُهُ مِنْ عَيُوبٍ وَاضِحَةٍ وَجَسِيمَةٍ فَهُوَ حُكْمٌ نَوْ حُجِيَّةٌ يَغْلِبُ عَلَيْهَا الزُّوَالُ، وَبِالتَّالِيِ لَا يَجُوزُ افْتِرَاضُ حِيَازَتِهِ لِلْقُوَّةِ التَّنْفِيزِيَّةِ. فَلَا يَجُوزُ تَنْفِيزُ حُكْمٍ يَبْدُو مِنَ النُّظَرَةِ الْأُولَى أَنَّهُ حُكْمٌ يَغْلِبُ عَلَى حُجِيَّتِهِ الزُّوَالُ؛ لِانْعِدَامِهِ أَوْ لِبَطْلَانِهِ؛ لِأَنَّهُ يَحُوزُ قُوَّةَ تَنْفِيزِيَّةٍ وَهَمِيَّةٍ عِنْدَ زُوَالِ حُجِيَّتِهِ بِالْغَاوَهُ، مِمَّا

سيشغل السلطة العامة بتنفيذ متعدد وعكسي دون جدوى، وبذلك تتأكد قاعدة عدم حيازة الحكم القضائي للقوة التنفيذية إذا كانت حجيته من المرجح زوالها وإلغاؤها، أي الربط بين القوة التنفيذية وقوة الأمر المقضي.

- ونُهيَّبُ بِالمُشَرِّعِ المِصرِيِّ النَّصَّ على سلطة القاضي في منح نظرة الميسرة ضمن النصوص المتعلقة بنظام النفاذ المُعَجَّل، ووقف التنفيذ كما هو الحال في القانون الفرنسي.

- ونُناشِدُ المُشَرِّعَ المِصرِيَّ بِضَرُورَةِ النَّصِّ على أن يكون الحكم بوقف القوة التنفيذية لمدة محددة، ويجب على محكمة الطعن الفصل في موضوع الطعن خلالها: كالقانون التونسي في الفصل 126 من مجلة المرافعات المدنية والتجارية الصادرة بقانون عدد 130 لسنة 1959م، التي جعلت لمحكمة الاستئناف الحكم بوقف التنفيذ لمدة شهر واحد، ويتعين عليها في هذه الحالة البت في الموضوع في غضون الشهر.

- و كما نُهيَّبُ بِالمُشَرِّعِ المِصرِيَّ التَّدخُلَ عاجلاً؛ لتعديل نص (م15من القانون رقم 10 لسنة 2004م بإنشاء محاكم الأسرة)، للنص الصريح على اختصاص قاضي تنفيذ محكمة الأسرة بنظر التظلم من القرارات والأوامر الصادرة من قاضي تنفيذ محكمة الأسرة ودوائرها الاستئنافية، وكذلك أيضاً بِسُلْطَةِ الفصل والحكم في منازعات التنفيذ الوقتية، والموضوعية في تنفيذ الأحكام، والقرارات الصادرة من محكمة الأسرة ودوائرها الاستئنافية؛ وذلك استكمالاً لتحقيق غايات المشرع المصري

في الوصول إلى الترضية القضائية في مسائل الأحوال الشخصية من خلال نظام قضائي متخصص متكامل بإجراءات سهلة ميسرة، واستكمالاً لحلقات التخصص المنشود، وجمع شتات مسائل تنفيذ الأحكام والقرارات الصادرة من محكمة الأسرة ودوائرها الاستئنافية بملف واحد أمام قاضي واحد؛ لمنع التناقض والتضارب فيما بينها، بما قد يضر بفكرة العدالة نفسها.

قائمة المراجع

أولاً: المراجع العربية:

د. إبراهيم أمين النفاوي، القوة التنفيذية للأحكام، ط 1، دار النهضة العربية بالقاهرة 2005م.

د. إبراهيم أمين النفاوي، مسئولية الخصم عن الإجراءات، رسالة دكتوراه، حقوق عين شمس 1988م.

د. إبراهيم أمين النفاوي، منازعات التنفيذ الجبري، دار النهضة العربية بالقاهرة، ط 1.

د. أحمد إبراهيم حسن، غاية القانون، دار المطبوعات الجامعية بالإسكندرية، 2000م.

د. أحمد إبراهيم عبدالتواب، الإساءة في إجراءات التقاضي والتنفيذ، دار الجامعة الجديدة للنشر بالإسكندرية، 2009م.

د. أحمد أبو الوفا، إجراءات التنفيذ، ط 10، منشأة المعارف بالإسكندرية 1991م.

د. أحمد أبو الوفا، التعليق على نصوص قانون المرافعات، ط 6، منشأة المعارف بالإسكندرية 1989م.

د. أحمد أبو الوفا، قاضي التنفيذ، مجلة إدارة قضايا الحكومة، تصدرها إدارة قضايا الحكومة، س12، ع3.

د. أحمد السيد صاوي، الوسيط في شرح قانون المرافعات المدنية والتجارية، 2005م.

د. أحمد السيد خليل، خصوصيات التقاضي أمام المحاكم الاقتصادية، دار المطبوعات الجامعية بالإسكندرية 2010م.

د. أحمد السيد خليل، خصوصيات التقاضي في مسائل الأحوال الشخصية المتعلقة بالولاية على النفس وفقاً للقانون رقم 1 لسنة 2000م، دار المطبوعات الجامعية بالإسكندرية 2000م.

د. أحمد السيد خليل، طلبات وقف التنفيذ أمام محاكم التنفيذ ومحاكم الطعن، دار المطبوعات الجامعية بالإسكندرية 2000م.

د. أحمد السيد خليل، قانون التنفيذ الجبري، 1996م.

د. أحمد السيد خليل، قانون المرافعات، ج 2، الخصومة والحكم والطعن، دار الجامعة الجديدة للنشر بالإسكندرية 1996م.

د. أحمد شرف الدين، مشكلات الاختصاص النوعي للمحاكم الاقتصادية، طبعة نادي القضاة 2009م.

د. أحمد صدقي محمود، قواعد التنفيذ الجبري في قانون المرافعات المصري، ط 4، 2005م.

د. أحمد صفوت، النظام القضائي في إنجلترا، ط 1923م.

أحمد عبد الظاهر الطيب، إشكالات التنفيذ في المواد الجنائية، المكتبة القانونية، 1986م.

د. أحمد قطب عباس، إساءة استعمال الحق في التقاضي، دار الجامعة الجديدة، 2006م.

د. أحمد ماهر زغلول، آثار إلغاء الأحكام بعد تنفيذها، ط 1992م.

د. أحمد ماهر زغلول، أصول التنفيذ الجبري القضائي، دار النهضة العربية بالقاهرة 2002م.

د. أحمد ماهر زغلول، أصول وقواعد المرافعات، دار النهضة العربية بالقاهرة 2001م.

د. أحمد ماهر زغلول، أعمال القاضي التي تحوز حجية الأمر المقضي وضوابط حجيتها، دار النهضة العربية بالقاهرة 1990م.

د. أحمد ماهر زغلول، الحجية الموقوفة، ط 2.

د. أحمد محمد أحمد حشيش، أساس التنفيذ الجبري في قانون المرافعات، 1998م

د. أحمد محمد أحمد حشيش، القوة التنفيذية لحكم التحكيم، دار النهضة العربية بالقاهرة، 2012م.

د. أحمد محمد أحمد حشيش، الوجيز في التنفيذ الجبري 2000م.

د. أحمد محمد أحمد حشيش، مبادئ التنفيذ الجبري في قانون المرافعات، دار النهضة العربية بالقاهرة 2014م

د. أحمد محمد أحمد حشيش، مبادئ المحاكم الاقتصادية، دار النهضة العربية بالقاهرة 2010م،

د. أحمد محمد أحمد حشيش، نظرية القضاء الوقتي في مصر، دار النهضة العربية بالقاهرة 2016م.

د. أحمد محمد أحمد حشيش، نظرية القوة التنفيذية لسند التنفيذ، دار الفكر الجامعي، عام 2002م.

د. أحمد مسلم، أصول المرافعات، دار الفكر العربي بالقاهرة 1978م.

د. أحمد مسلم، الاختصاص والموضوع في قضاء الأمور المستعجلة، مجلة القانون والاقتصاد، تصدرها حقوق القاهرة، س 30، ع 1.

د. أحمد مليجي، إشكالات التنفيذ ومنازعات التنفيذ الموضوعية.

د. أحمد مليجي، أصول التنفيذ الجبري في القانون الكويتي، مؤسسة دار الكتب، الكويت، ط 1، 996م.

د. أحمد مليجي، التعليق على قانون المرافعات، ط 3، نادي القضاة.

د. أحمد مليجي، التنفيذ، دار النهضة العربية بالقاهرة 1994م.

د. أحمد مليجي، الموسوعة الشاملة في التنفيذ، ط 5، ج 1، المركز القومي للإصدارات القانونية 2008م.

د. أحمد مليجي، شرح أصول التنفيذ الجبري، ط 2010م.

د. أحمد هندي، آثار احكام محكمة النقض وقوتها، دار الجامعة الجديدة للنشر بالإسكندرية 2006م،

د. أحمد هندي، التحكيم "دراسة إجرائية"، دار الجامعة الجديدة للنشر بالإسكندرية 2016م.

د. أحمد هندي، التعليق على قانون المرافعات، دار الجامعة الجديدة للنشر بالإسكندرية 2008م.

د. أحمد هندي، التنفيذ الجبري، دار الجامعة الجديدة للنشر بالإسكندرية، 2016م.

د. أحمد هندي، الصفة في التنفيذ، دار الجامعة الجديدة للنشر بالإسكندرية، 2000م.

د. أحمد هندي، تنفيذ أحكام التحكيم الوطنية والأجنبية، دار الجامعة الجديدة للنشر بالإسكندرية 2015م.

د. أحمد هندي، قانون المرافعات المدنية والتجارية، دار الجامعة الجديدة للنشر بالإسكندرية 2017م.

د. أسامة أحمد شوقي المليجي، الإجراءات المدنية للتنفيذ الجبري في قانون المرافعات المصري، دار النهضة العربية بالقاهرة 2008م.

أشرف مصطفى كمال، قوانين الأحوال الشخصية معلقاً على نصوصها، دار العدالة بالقاهرة 2014/2013م.

د. الأنصاري حسن النيداني، التنفيذ المباشر للسندات التنفيذية، دار الجامعة الجديدة للنشر بالإسكندرية 2009م.

د. الأنصاري حسن النيداني، النظام القانوني للخصومة أمام محكمة الإحالة بعد النقض، دار الجامعة الجديدة للنشر بالإسكندرية 2002م.

د. الأنصاري حسن النيداني، تنفيذ أحكام التحكيم، ط 1، 2014م.

د. الأنصاري حسن النيداني، مبادئ التنفيذ الجبري، ط 1، 2013/2012م.

د. السعيد محمد الأزمازي عبد الله، السند التنفيذي في قانون المرافعات، المكتب الجامعي الحديث بالإسكندرية، 2008م.

د. أمينة النمر، قوانين المرافعات، الكتاب الثالث، منشأة المعارف بالإسكندرية
1990م.

د. أمينة النمر، أحكام التنفيذ الجبري وطرقه، ط 2، منشأة المعارف بالإسكندرية
1971م.

د. أمينة النمر، مناط الاختصاص والحكم في دعاوى المستعجلة، رسالة دكتوراه،
حقوق إسكندرية، 1967م.

د. بندر محمد طاهر الشريف، مبدأ المواجهة في التنفيذ الجبري، ط 1، منشورات
الحلبي الحقوقية 2013م.

د. حامد محمد أبو طالب، التنفيذ الجبري، 1425هـ / 2005م.

د. حسن صلاح الدين الليبيدي، الأوامر على العرائض، رسالة دكتوراه، حقوق
القاهرة، 1978م.

د. حسني عبد الواحد، تنفيذ الأحكام الإدارية، رسالة دكتوراه، حقوق القاهرة،
1984م.

د. حسين عبد السلام جابر، الطلبات المستعجلة في قضاء مجلس الدولة، القاهرة
1989م،

د. حمدي عبد الرحمن، فكرة القانون، دار الفكر العربي بالقاهرة، 1979م.

د. خليفة الخروبي، القانون العدلي الخاص طرق التنفيذ، منشورات مجمع الأطرش للكتاب الجامعي، تونس 2008م.

خييري كباش، نحو أسلوب موحد في تطبيق المادة 44 مكرر من قانون المرافعات، مجلة القضاة، س 25، ع 2،

د. رأفت محمد رشيد ميقاتي، تنفيذ أحكام التحكيم الوطنية، رسالة دكتوراه، حقوق القاهرة، 1996م.

د. رمزي سيف، قواعد تنفيذ الأحكام والمحرمات الموثقة، ط 9، دار النهضة العربية بالقاهرة 1970/1969م.

د. سحر عبد الستار إمام يوسف، المحاكم الاقتصادية في القانون المصري، دار النهضة العربية بالقاهرة 2008م.

د. سحر عبد الستار إمام يوسف، محكمة الأسرة، دراسة مقارنة في القانون المصري والفرنسي، دار النهضة العربية بالقاهرة 2005م.

د. سيد أحمد محمود، أصول التنفيذ الجبري، دار النهضة العربية بالقاهرة 2009م.

د. سيد أحمد محمود، الغش الإجرائي.

د. سيد أحمد محمود، النقض الجزئي للأحكام، دار الكتب القانونية بالمحلة الكبرى
2007م.

سيف النصر سليمان، مرجع القاضي والمتقاضي في الحياة، دار محمود للنشر
والتوزيع، 1996م.

د. طلعت محمد دويدار، المحاكم الاقتصادية خطوة أخرى نحو التخصص القضائي،
دار الجامعة الجديدة للنشر بالإسكندرية 2009م.

د. طلعت محمد دويدار، النظرية العامة للتنفيذ الجبري في قانون المرافعات المدنية
والتجارية، دار الجامعة الجديدة للنشر بالإسكندرية 2014م.

د. طلعت محمد دويدار، وظيفة فكرة الاستعجال في فن التوفيق بين المصالح
المتعارضة في التنفيذ القضائي، دار الجامعة الجديدة للنشر بالإسكندرية 2009م.

د. عاشور مبروك، النظام الإجرائي للطعن بالنقض في المواد المدنية، مكتبة
الجلال بالمنصورة 1995م،

د. عاشور مبروك، الوسيط في التنفيذ، ط 2، دار النهضة العربية بالقاهرة
2004م.

د. عبد الباسط جميعي، د. آمال الفزائري، التنفيذ، منشأة المعارف بالإسكندرية
1991م.

- د. عبد التواب مبارك، التنفيذ الجبري، ط1، دار النهضة العربية 2004م.
- د. عبد الحكم شرف الدين، حجية الأحكام في الشريعة الإسلامية، ط1، 1988م.
- د. عبد الحكم شرف الدين، و د. السعيد الأزمازي، التنفيذ الجبري.
- د. عبد الحكيم عباس عكاشة، التنفيذ الجبري، دار النهضة العربية بالقاهرة
1998م / 1999م،
- د. عبد الرؤوف هاشم، إشكالات التنفيذ في أحكام القضاء الإداري، دار النهضة
العربية بالقاهرة 1998م.
- د. عبد العزيز خليل بديوي، الطعن بالنقض والطعن أمام الإدارية العليا، ط1، دار
الفكر العربي بالقاهرة، 1970م.
- د. عبد العزيز خليل بديوي، القضاء في الإسلام وحماية الحقوق في الإسلام، دار
الفكر العربي بالقاهرة، 1979م.
- د. عبد العزيز خليل بديوي، قواعد وإجراءات التنفيذ الجبري والتحفظ، ط2، دار
الفكر العربي بالقاهرة 1980م.
- د. عبد المحسن سيد ريان عمار، أثر الطعن على التنفيذ في القانون المصري
والفرنسي، رسالة دكتوراه، حقوق أسيوط، 1993م.

د. عبد المنعم الشرقاوي، التعديلات التشريعية في قانون المرافعات المدنية والتجارية، مجلة القانون والاقتصاد، تصدرها حقوق القاهرة، س 23، ص 364.

د. عبد المنعم حسني، منازعات التنفيذ في المواد المدنية والتجارية، ملحق ع 1، 2، لمجلة المحاماة، يناير وفبراير 1988م.

د. عبد المنعم عبد العظيم جيرة، القواعد العامة في التنفيذ الجبري، المكتبة الوطنية بنغازي، ليبيا، 1976م.

عز الدين الدناصوري، وحامد عكاز، التعليق على قانون المرافعات، ط 11، 2003م، ج 2.

عز الدين الدناصوري، وحامد عكاز، القضاء المستعجل وقضاء التنفيذ في ضوء الفقه والقضاء، ج 2، القاهرة 2006م.

عز الدين الدناصوري، وحامد عكاز، القضاء المستعجل وقضاء التنفيذ، ط 3، نادي القضاة 1992م،

د. عزمي عبد الفتاح عطية، قواعد التنفيذ الجبري، في قانون المرافعات المصري، دار النهضة العربية بالقاهرة 2002م.

د. عزمي عبد الفتاح عطية، نظام قاضي التنفيذ، رسالة دكتوراه، حقوق عين شمس 1978م.

د. عصمت عبد الله الشيخ، الوسائل القانونية لضمان تنفيذ الاحكام الإدارية، دار النهضة العربية بالقاهرة 2005م.

د. عصمت عبد الله الشيخ، جدوى نظام وقف تنفيذ القرارات الإدارية في تحقيق التوازن المطلوب بين الإدارة والأفراد، 2005م.

د. علي مصطفى الشيخ، الحكم الضمني، رسالة دكتوراه، حقوق عين شمس 1996م.

د. علي أبو عطية هيكل، التنفيذ الجبري، دار المطبوعات الجامعية بالإسكندرية 2008م.

د. علي الشحات الحديدي، التنفيذ الجبري في دولة الامارات العربية المتحدة، ط 1، 2000م.

د. علي بركات، التقاضي أمام المحاكم العمالية المنشأة بمقتضى القانون 180 لسنة 2008م "دراسة مقارنة"، دار النهضة العربية بالقاهرة 2009م.

د. علي بركات، الوسيط في شرح قانون المرافعات المدنية والتجارية، دار النهضة العربية بالقاهرة 2016م.

د. علي عبد الحميد تركي، شرح إجراءات التنفيذ لجبري، ط 1، 2009م.

د. عماد مصطفى قميناسي، سلطة القاضي إزاء القوة التنفيذية للأحكام، رسالة دكتوراه، حقوق القاهرة، 2005م

د. عيد محمد القصاص، أصول التنفيذ الجبري، ط 3، 2010م.

د. عيد محمد القصاص، المسؤولية عن التنفيذ الجبري، دار النهضة العربية بالقاهرة، 2001م.

د. عيد محمد القصاص، الوسيط في شرح قانون المرافعات المدنية والتجارية، ط 2، 2010م.

د. عيد محمد القصاص، قانون التحكيم في المنازعات المدنية والتجارية الدولية والداخلية، ط 1، 2015م.

د. عيد محمد القصاص، محكمة الأسرة في القانونيين الفرنسي والمصري، ط 2004م.

د. فتحي والي، التحكيم في المنازعات الوطنية والتجارية الدولية علمًا وعملاً، ط 1، منشأة المعارف بالإسكندرية 2014م.

د. فتحي والي، التنفيذ الجبري في المواد المدنية والتجارية، مطبعة جامعة القاهرة والكتاب الجامعي، 1995م.

د. فتحي والي، المبسوط في قانون القضاء المدني علمًا وعملاً، ج 1، ج 2، دار النهضة العربية بالقاهرة 2017م.

د. فتحي والي، الوسيط في قانون القضاء المدني، مطبعة جامعة القاهرة والكتاب الجامعي، 2009م.

د. فتحي والي، كتابات في القضاء المدني والتحكيم (بحوث وتعليقات)، دار النهضة العربية بالقاهرة 2015م، دور القاضي في منح القوة التنفيذية لأحكام التحكيم، ص 642 وما بعدها.

د. فريد فنري، نظام النفاذ المعجل، رسالة دكتوراه، حقوق القاهرة 1997م.

د. ماجد راغب الحلو، القضاء الإداري، 2000م.

د. محمد الصاوي مصطفى إبراهيم، قواعد التنفيذ الجبري، دار النهضة العربية بالقاهرة 1996م.

د. محمد باهي أبو يونس، وقف تنفيذ الحكم الإداري من محكمة الطعن في المرافعات الإدارية، دار الجامعة الجديدة للنشر بالإسكندرية 2018م.

د. محمد سعيد عبد الرحمن، الحكم القضائي، منشورات الحلبي الحقوقية 2011م.

د. محمد سعيد عبد الرحمن، القوة القاهرة في قانون المرافعات، ط 1، منشورات الحلبي الحقوقية 2011م.

د. محمد سيد أحمد عبد القادر، النظرية العامة للأوامر في قانون القضاء المدني، دار النهضة العربية بالقاهرة 2002م.

د. محمد صلاح الدين فايز محمد، وقف تنفيذ الحكم الإداري من محكمة الطعن، دار الجامعة الجديدة للنشر بالإسكندرية، 2017م.

د. محمد ظهري محمد يوسف، النظرية العامة لإشكالات التنفيذ، رسالة دكتوراه، 1994م.

د. محمد ظهري محمود، إشكالات التنفيذ الوقتية المتعلقة بتنفيذ أحكام محاكم مجلس الدولة، 2007م.

د. محمد عبد الجواد، المبادئ العامة في التنفيذ الجبري في قانون المرافعات السوداني، مجلة القانون والاقتصاد، تصدرها حقوق القاهرة، س 36، 1966م.

د. محمد عبد الخالق عمر، مبادئ التنفيذ الجبري، ط 4، دار النهضة العربية بالقاهرة، 1978م.

د. محمد عزمي البكري، التعليق على قانون إنشاء محاكم الأسرة، ط 2004م.

د. محمد علي راتب، د. محمد نصر الدين كامل، ود. محمد فاروق راتب، قضاء الأمور المستعجلة، ط 7 عالم الكتب بالقاهرة 1985م.

د. محمد على سويلم، شرح قانون محكمة الأسرة، دار المطبوعات الجامعية
بالإسكندرية 2006م.

د. محمد كمال الدين منير، قضاء الأمور الإدارية المستعجلة، رسالة دكتوراه. حقوق
عين شمس 1988م.

د. محمد كمال عبد العزيز، تقنين المرافعات، 1995م.

د. محمد كمال منير، قضاء الأمور الإدارية المستعجلة، ط 1، 1990م.

د. محمد محمود إبراهيم، أصول التنفيذ الجبري على ضوء المنهج القضائي، دار
الفكر العربي بالقاهرة 1983م.

د. محمد محمود إبراهيم، النظرية العامة للتكييف القانوني للدعوي في قانون
المرافعات، 1982م.

د. محمد نور شحاتة، التنفيذ الجبري في المواد المدنية والتجارية، ج 1، 1997م.

د. محمود السيد التحيوي، الأوامر على العرائض، دار الجامعة الجديدة
بالإسكندرية 2003م.

د. محمود الطناحي، التنفيذ الجبري في مسائل الأحوال الشخصية، طبعة نادي
القضاة 2011م.

د. محمود الطناحي، الصورة التنفيذية في قانون المرافعات، دار النهضة العربية بالقاهرة 2006م.

د. محمود الطناحي، المقومات الموضوعية والشكلية للسند التنفيذي، رسالة دكتوراه، حقوق القاهرة، 2005م.

د. محمود الطناحي، بطلان التنفيذ الجبري وآثاره، ط 1، دار النهضة العربية بالقاهرة 2008م.

د. محمود محمد هاشم، القضاء ونظام الإثبات، 1988م.

د. محمود محمد هاشم، قواعد التنفيذ الجبري وإجراءاته في قانون المرافعات، ط 2، دار الفكر العربي بالقاهرة، 1990م.

د. محمود مصطفى يونس، المرجع في قانون إجراءات التنفيذ الجبري، دار النهضة العربية بالقاهرة، 2013م.

د. محمود مصطفى يونس، تيسير إجراءات التقاضي في مسائل الأحوال الشخصية بين المتطلبات التشريعية والمقتضيات الاجتماعية، دار النهضة العربية بالقاهرة 2001م.

د. محمود مصطفى يونس، نظرية الطعن المباشر في الأحكام الصادرة في المواد المدنية والتجارية، ط 1، دار النهضة العربية بالقاهرة 2001م.

د. مصطفى أبو زيد فهمي، القضاء الإداري ومجلس الدولة وقضاء الإلغاء،
2006م.

د. مصطفى كيره، النقض المدني، 1992م.

د. مصطفى هرجة، منازعات التنفيذ الوقتية في المواد المدنية والتجارية، ط 2، دار
الثقافة للطباعة والنشر بالقاهرة 1983م،

د. مفلح بن ربيعان القحطاني، ود. محمد السيد محمد رفاعي، الوسيط في نظام التنفيذ
السعودي، ط 1، دار الاجادة بالرياض 1440هـ/ 2019م.

د. نبيل إسماعيل عمر، إشكالات التنفيذ الجبري، دار الجامعة الجديدة بالإسكندرية
2015م.

د. نبيل إسماعيل عمر، أصول المرافعات المدنية والتجارية، ط 1، منشأة المعارف
بالإسكندرية 1986م.

د. نبيل إسماعيل عمر، الأوامر على عرائض ونظامها القانوني، دار الجامعة
الجديدة بالإسكندرية 2004م.

د. نبيل إسماعيل عمر، التنفيذ الجبري للسندات التنفيذية، دار الجامعة الجديدة
للنشر بالإسكندرية 2015م.

د. نبيل إسماعيل عمر، النظام القانوني للحكم القضائي دار الجامعة الجديدة للنشر
بالإسكندرية، 2015م.

د. نبيل إسماعيل عمر، الوسيط في التنفيذ الجبري، دار الجامعة الجديدة للنشر
بالإسكندرية 2001م.

د. نبيل إسماعيل عمر، الوسيط في الطعن بالاستئناف، دار الجامعة الجديد للنشر
بالإسكندرية، 2000م.

د. نبيل إسماعيل عمر، الوسيط في الطعن بالتماس إعادة النظر، دار الجامعة
الجديدة بالنشر بالإسكندرية 2004م.

د. نبيل إسماعيل عمر، الوسيط في الطعن بالنقض، دار الجامعة الجديدة للنشر
بالإسكندرية 2004م.

د. نبيل إسماعيل عمر، الوسيط في قانون المرافعات المدنية والتجارية، دار
الجامعة الجديدة للنشر بالإسكندرية 2008م.

د. نبيل إسماعيل عمر، دراسات في قانون المرافعات المدنية والتجارية، ط 1، دار
الجامعة الجديدة بالإسكندرية 2008م.

د. هشام موفق عوض، أصول المرافعات الشرعية في النظام القضائي السعودي،
ط 3، مكتبة الشقري بالرياض 1439هـ / 2018م.

د. هشام موفق عوض، ود. جمال عبد الرحمن محمد علي، أصول التنفيذ الجبري، ط 2، مكتبة الشقري بالرياض 1439هـ/2018م، ص 103 وما بعدها.

د. هيكل أحمد عثمان حميد، الحكم القضائي كسند تنفيذي في قانون القضاء المدني، رسالة دكتوراه حقوق القاهرة، 2010م.

د. وائل محمود عبد المطب البشل، التنفيذ العكسي، ط 1، دار النهضة العربية بالقاهرة، 2018م.

د. وجدي راغب فهمي، النظرية العامة للتنفيذ القضائي، 1997م.

د. وجدي راغب فهمي، النظرية العامة للتنفيذ القضائي، دار النهضة العربية بالقاهرة، 1997م.

د. وجدي راغب فهمي، النظرية العامة للعمل القضائي في قانون المرافعات، منشأة المعارف بالإسكندرية 1974م.

د. وجدي راغب فهمي، حول جواز الطعن المباشر في الأحكام الصادرة في طلبات وقف النفاذ المعجل، مجلة العلوم القانونية والاقتصادية، حقوق عين شمس، س 17، ع 1، يناير 1975م.

د. وجدي راغب فهمي، مبادئ القضاء المدني، دار النهضة العربية بالقاهرة، 2001م؛ ط 4، 2004م.

د. وجدي راغب فهمي، نحو فكرة عامة للقضاء الوقتي في قانون المرافعات، مجلة العلوم القانونية والاقتصادية، حقوق عين شمس، س 15، ع 1، 1973م، ص 1 وما بعدها.

د. وجدي راغب فهمي، نحو فكرة عامة للقضاء الوقتي في قانون المرافعات، مجلة العلوم القانونية والاقتصادية، حقوق عين شمس، س 15، ع 1، يناير 1973م.

ثانياً: المراجع الأجنبية:

-**A.De Guillenchmidt- Guignot**; La radiation des Pourvois du rôle de la cassation; Bull. Information; 15 mars 2008.

-**A.Mlyer. Jack**; Les Conséquences de l'exécution d'un arrêt ulterieurement cases; J.C.P. 1968.

-**Alain Benabent**; Droit Civil, La Famille, 11. éd.; Litec; Paris; 2003.

-**Alain Blaisse**; arrêt et aménagement de l'exécution Provisoire par le Premier Président; J.C.P.1985 doctrine; N. 12-13; 3183.

–**Anne Leborgne**; Voies d'exécution et Procédures de distribution; Dalloz;2009.

–**B. Lebaut – Ferrarèse**; Les Procédures d'urgence et Langage du droit; Rév. Fran. Dr. admin. 2002.

–**Blandine Rolland**; Procédure Civile; 2005.

–**C.Chqngiset**; La radiation du rôle pour L'inexécution de la decision Frappée d'appel Précaution d'emploi; D. 2008.

–**C.Loyer Larher**; l'exécution Provisoire; Gaz. Pal. 1982.

–**Cécile Chainais, Frédérique Ferrand et Serge Guinchard**; Procédure Civile; Droit interne et européen du procès civil; Dalloz; 33.éd.; Paris. 2016.

–**Ch.Guettier.**; Exécution des jugement; Juris. Class. Proc. Administratif; Fasc. 1112.

–**Claude Brenner**; Voies d'exécution; 6. éd.; Dalloz; Paris; 2011.

–**Claude Giverdon**; Appel; Juris. Class. Proc. Civ. 1995;
Fasc. 724.

–**Debord**; obs. Sous; Soc. 26 Nov. 2013; Rév. Trim. dr.
Civ.2014; P.108.

–**E.Bonnet**; L'exécution immédiate des décisions de Première
instance; Gaz. Pal. 27–28 avril. 2003.

–**Emmanuel Blanc et Jean Vaitte**; Nouveau code de
Procédure Civile Commenté; dans l'ordre des articles; Paris
1991.

–**Emmanuel Jeuland**; Droit Processuel general; 3.éd.; LGDJ;
2014.

–**F.Ferrand**; L'exécution Provisior des décisions rendus par
les Juridictions Civiles; Gaz. Pal. 1987; II; doct.

–**G.Couchez**; Procédure Civile; éd. 1994.

–**G.Wiedekehr**; exécution des Jugements et des acts; Ency.
Dalloz; 2^e.éd.; 1979.

–**Gérard Couchez**; Voies d'exécution; 9. éd.; Sirey; Paris; 2007.

–**Gerpay**; Réflexion sur La Juridiction du Premier President; D. 1980; Chro.

–**Guy Horsmans**; Propos insolites sur L'efficacité arbitrale ; Gaz. Pal. 2004.

–**Hoonakker**; droit et Pratique de la Procédure Civile; Dalloz action; 1998.

–**I.V.Norguin**; Nature et régime de la radiation du rôle en appel; D. 2009.

–**J. et L. Bore**; La Cassation en matière civile; 3. éd.; D. 2003.

–**J.A.Fusil**; Laiuridktion du premier president de la cour d'appel ; Gaz. Pal. 1975.

–**J.J.Barbier**; Le procédure civile; 1995.

–**J.J.Gleizal**; le sursis à exécution, théorie et politique Jurisprudentielle; A.J.D.A.; 1975.

–**J.Miguet**; Exécution Provisoire; Juris. Calss. Proc. Civ.1997; Fasc. 518.

–**J.Miguet**; L'exécution Provisoire; Juris. Class. Pro. Civ.; Fasc. 516–4.

–**J.Normand**; Juris. Class. Proc. Civ.; Fasc. 2060.

–**J.Normond**; juge de l'exécution; Juris . class. Proc. Fasc. 2040.

–**J.P.Markus**; Motivation des recours en appel par reproduction Premières conclusions; D. 2005.

–**J.Viatte**; L'exécution Provisoire nonobstant opposition; D. 1977.

–**Jacques Héron**; Par; **Tierry Le Bars**; Droit Judiciaire Privé; 2e. éd.; Montchrestien; 2002.

–**Jacques Massip**; les modifications apportées au droit de la famille par la loi du 8 janvier 1993; Gaz. Pal.; N. 262 – 264; Sept. 1993.

–**Jacques Miquet**; Exécution Provisoire; Jur. Class. Proc. Civ.; Fasc. 516–4.

–**Jean Vincent et Jacques Prévault**; Voies d'exécution et Procédure de distribution 19 éd.; Dalloz Delta; 1999.

–**Jean Vincent et S. Guinchard**; Procédure Civile; 26 éd.; Dalloz; Paris; 2001.

–**L.Philip**; Le sursis d'exécution des décisions des Juridictions administratives; 1985.

–**Loïc Cadiet et Emmanuel Jeuland**; Droit Judiciaire Privé; 5.éd.; Litec; Paris; 2006.

–**Loïc philip**; le sursis à exécution des décisions des juridictions administrative; D; 1965.

–**Loyer – Larher**; La reforme de l'Exécution Provisoire; Gaz. Pal. 1976.

–**M.Thiberge**; l'exécution Provisoire du jugement et l'équilibre des parties; D. 2011.

–**Orscheidt**; octroi et arrêt de l'exécution Provisoire des sentences arbitrales ; Rév. arb. 2004; P. 9.

–**P.Estoup**; La Pratique des Procédures rapides; 2.éd.; Litec; Paris; 1998.

–**Ph.Hoonakker**; Exécution Provisoire; Rép. Proc. Civ.

–**Ph.Hoonakker**; Ency. Dalloz.; II; exécution Provisoire.

–**Ph.Hoonakker**; L'arrêt l'Exécution Provisoire de droit; D. 2004;N. 32; doct.; P. 2314.

–**Ph.Hoonakker**; L'effet suspensif des Voies des recours dans le Nouveau Code Procédure Civile; une Chimere? Thèse Robert. Schuman; 1988.

–**Pierre Julien et Gilles Taormina**; Voies d'exécution et Procédures distribution; L.G.D.J.; 2000.

–**Pilate JM.**; Evolution et actualité du sursis à exécution dans le contentieux administratif ; C.J.E.G. 1984.

–**R.Maurice**; exécution Provisoire; Ency. Dalloz; 2. éd.; T. II; 1979.

–**R.Maurice**; exécution Provisoire; Ency. Dalloz; T.II; Fasc. 518.

–**R.Perrot**; La Conbetence du Juge de référés; Gaz. Pal. 1974; II; doct.

–**Reflexion et Propositions**; sur la procédure civile; Rapport –de– m.Jean– marie coulom; Gaz. Pal. 1997; 17–18 Janv. 1997.

–**Renavd de St. Marc**; Les notions de prejudice difficilement réparable et de moyens Serieux; Gaz. Pal., 28 Fév.1985.

–**René Mauricf**; Exécution Provisoire; Ency. Dalloz. Proc. civ.1979

–**Roger Perrot et Philippe Théry**; Procédure Civiles d'exécution; Dalloz; Paris 2000.

–**S.Guinchard**; retour sur l'arrêt de l'exécution provisoire de droit: un espoir déçu; Dalloz; 2010.

–**Sayed Zaki**; La Protection Provisoire dans le cadre L'exécution Forcée; Etude comparative en droit français,égyptien et belge.; thèse Reims 2003.

–**Serge Guinchard et Tony Moussa**; Droit et Pratique des Voies d'exécution; 5. éd.; 2007.

–**Serge Guinchard et Tony Moussa**; Droit et Pratique des Voies d'exécution;Dalloz; Paris; 2004.

–**Yvon Desdevises**; Référés du Premier Président; Ency. Dalloz. Proc. civ.1994.

–**Z.Beaugendre** ; Autorité de la Chose Jugée et Primauté de droit Communautaire; Réuve Française de droit administratif; 2005.

ثالثاً: التعليقات على الأحكام الأجنبية:

-**Amrani-Mekki**; Not. Sous; Caas. Civ.2^e ;15 oct. 2009;
Gaz. Pal. 14-18 mai 2010; P. 20.

-**Blanchard**; obs. Sous; Caas. Civ.2^e ; 18 juin 2009; D. 2009;
Pan.; 2704.

-**Bourdiliat**; Not. Sous; Montpellier; 29 oct. 1997; D. 1999;
P.380.

-**Bugada**; Not. Sous; Cass. Soc. 13 sept. 2012; Procédures
. 2012; N. 329.

-**Bugada**; obs. Sous; 26 Nov. 2013; Procédures. 2014; N.
50.

-**C.Paul-Loubière**; Not. Sous ; Cass. Civ.2^e ; 18 déc.2008;
D. 2009; P. 536.

-**Dahan**; Not. Sous; Cass. Civ.2^e ; 28 Jan. 1998; Rév.
huiss. 1998; P. 558.

–**Du Rusquec**; Not.Sous;.Rennes; 13 Fév. 1990; Gaz. Pal. 1990; II; Somm.; P. 448.

–**Du Rusquec**; Note. Sous; C. A. Reéennes ; 25 févr. 1992; Gaz.Pal. 1992; éd. G; II; P. 673.

–**Du Rusquec**; Note. Sous; C. A. Reéennes; 26 juill.1991; J.C.P. 1992; éd. G.; II; 21925.

–**Herman**; Not. Sous; Cass. Soc. 13 sept. 2012; Gaz. Pal. 8 déc. 2012; P. 45.

–**Jamin**; obs. Sous; Caas. Civ.2^e; 18 juin 2009; J.P.C. 2009; P. 295.

–**Julien**; obs. Sous; Cass. Civ.3^e ; 4 Nov. 1987; D. 1988; Somm.; P. 123–124.

–**Kéhir**; obs.Sous; Cass. Civ.2^e; 18 févr. 2016; Dalloz actualité; 9 mars 2016; P.199.

–**Leborgne**; obs. Sous; Cass. Civ. 2^e; 10 Fév. 2011; D. 2012; Pan.; 1514.

–**M.Giacopelli–mori**; Not. Sous; Aix–en–Provence (ord.); 19 janv.1996; J.C.P.; éd.G.1996; II; N. 22728.

–**Mélin**; obs. Sous; Caas. Civ. 2^e ; 22 sept. 2016; Dalloz actualité; 12 oct. 2016.

–**Orif**; obs. Sous; 26 Nov. 2013; Gaz. Pal. 11 mars 2014; P. 45.

–**P. Estoup**; Note. Sous; Cass. Ass. Plén.; 2 Nov.1990; J.C.P. éd.G.; 1990; Jurisp.; II; 21631.

–**P. Julien.**; Not. Sous; Cass. Civ. 2^e; 25 juin. 1997; D.1997; Juris.; P.536.

–**P. Julien**; obs. Sous; Cass. Civ. 2^e; 17 juin 1987; D. 1987; somm.; P. 359.

–**P. Julien**; obs. Sous;Versailles; 26 juill 1988; D. 1989; Somm.; P.179.

–**R. Perrot.** Not. Sous; Caas. Civ.2^e ; 19 mai 1999; Procédures 1999; N.175.

–**R. Perrot.** obs. Sous; Cass. Civ.2^e ; 18 juin 2009; Procédures. 2009; N. 270.

–**R. Perrot**; obs. Sous; Cass. Civ. Ord.; 18 Juin 2009; Rév. Tirm. Dr. civ. 2009; P. 574.

–**R. Perrot**; Commentaire. Sous; Cass. Civ.2^e; 13 janv.2000; Procédure; 2000; P. 7; N. 56.

–**R. Perrot**; Not. Sous; Cass. Civ. 2^e; 10 Fév. 2011; Procédures 2011; N. 128.

–**R. Perrot**; Note. Sous; Rév. Tirm. der. Civ. 1997.

–**R. Perrot**; obs. Sous; Caas. Civ.2^e § 17 Fév. 2011; Rév. Trim. dr. Civ. 2011; P. 389.

–**R. Perrot**; obs. Sous; Caas. Civ.2^e § 6 déc. 2007; Rév. Trim. dr. Civ. 2008; P. 158.

–**R. Perrot**; obs. Sous; Caas. Civ.2^e §15 oct. 2009; Procédures 2009; N. 388.

–**R. Perrot**; obs. Sous; Cass. Ass. Plé.; 2 Nov. 1990; J.C.P. 1990; II; 21631; Rév. Trim. dr. Civ. 1991; P.173.

–**R. Perrot**; obs. Sous; Cass. Civ.2^e; 20 juin 1996; Rév. Trim. dr. Civ. 1996; P. 989.

–**R. Perrot**; obs. Sous; ord. Basse-Terre; 19 mars 1990;
Rév. Trim. dr. Civ.1991; P. 562.

–**R. Perrot**; obs. Sous; Paris; 4 oct.1976; Rev.trim. dr. civ.
1977; P. 191.

–**Raschel**; obs. Sous; Cass. Civ.2^e; 18 févr. 2016; Gaz. Pal.; 17 mai 2016; P. 71.

–**Reverchon-Billot**; Not. Sous; Caas. Civ. 2^e ; 22 sept.
2016; J. C. P. 2016; 1358.

–**Santalacée**; Not.Sous; T.G.Paris; 15 mai 1990; D.1990;
P.553.

–**Vray**; Not. Sous; Lyon; 31 mars 1998; Gaz. Pal. 19–21
déc. 1999.

–**X. Daverat**; Not. Sous; Rennes. ord.; 9 avril 1996; Gaz.
Pal. 1996; I; 226.

رابعاً: الدوريات الأجنبية:

–Bulletin des Arrêts des Chambres Civiles de La Cour de
Cassation Française.

- Dalloz actualité.
- Dalloz- sirey.
- Encyclopédie Dalloz; Répertoire de Procédure Civile.
- Gazette de Palais.
- Juris classeur Périodique. Édition Générale (La Semaine Juridique).
- Juris classeur de Droit de Procédure Civile.
- Procédures.
- Recueil de Dalloz.
- Révue d'arbitrage.
- Révue des Huissiers de Justice.
- Révue Trimestrielle de Droit Civil .

خامساً: المواقع الإلكترونية:

-موقع محكمة النقض المصرية:

http://www.cc.gov.eg/Courts/Cassation_Court/Civil/Cassation_Court_Civil.aspx -

- <http://www.eastlaws.com> - موقع شبكة قوانين الشرق

- [http://www. Cour de Cassation.fr](http://www.Cour de Cassation.fr) - موقع محكمة النقض الفرنسية

سادساً: قائمة المختصرات :

1- المختصرات العربية: س = السنة، ص = الصفحة، ط = الطبعة، ع = العدد، ق = القاعدة

مج = مجموعة المكتب الفني لأحكام محكمة النقض المصرية.

المستحدث = المستحدث من المبادئ التي قررتها الدوائر المدنية في مواد المرافعات من يناير 2003م لغاية ديسمبر 2012م.

مج دستورية = مجموعة المبادئ التي قررتها المحكمة العليا، والمحكمة الدستورية العليا في أربعين عاماً (1969- 2009 م) - المكتب الفني للمحكمة الدستورية العليا.

1- المختصرات الأجنبية:

A.J.D.A. = Actualité Juridique de droit Administratif.

Al. = alinéa.

Anc.C.P.C. = ancien code de procédure civile.

art. = article.

Bull.civ. = Bulletin des arrêts des chambres civiles de la cour de cassation.

Bull.Crim. = Bulletin des arrêts des chambres Criminelles de la cour de cassation.

Cass. = l'arrêt de la cour de cassation.

Cass. Ass. Plén. = l'arrêt de la cour de cassation siégeant en Assemblée Plénière.

Cass. ch. Mixte = l'arrêt de la cour de cassation en chambres mixtes.

Chron. = chronique.

Cive. 1^{re} = première chambre civile.

Civ.2^e = deuxième chambre civile.

Civ.3^e = troisième chambre civile.

C.C.F. = Code civile.

C.O.J.F.= Code de l'Organisation Judiciaire.

C.P.pén.F.= Code de Procédure Pénale.

Com. = Chambre commerciale.

Crim. = Chambers Criminelles.

Comm.= Commentaire

D. = Recueil de dalloz.

D.S = Dallozsirey.

Doct.= Doctrine.

éd. = Édition.

Encyc. Dalloz = Encyclopédie Dalloz – Procédure civile.

Fasc. = Fascicule.

Gaz.Pal. = Gazette de palais.

inf. rap. = informations rapides.

J.C.P = jurais classeur périodique. (la semaine juridique).

Jurisp. = Jurisprudence.

Juris. Calss. Proc. Civ. = Jusris classeur de procédure civile.

Justices = Justices.

N.C.P.C.F. = Nouveau code de procédure civile Française.

Not. = Note.

N° . = Numéro.

Obs. = Observation.

Op. Cit. = Ouvrage cité.

P = page.

Pan. = Panorama.

Procédures = Procédures

Rév. arb. = Revue d'arbitrage.

Rév. Huiss. = Revue des Huissiers de Justice.

Rév. Trim. dr. Civ. = Revue trimestrielle de droit civil.

Rév. Crit. dr. inter. Privé. = Revue Critique de droit international
privé

Soc. = Chambre Sociale.

Somm. = sommaire.

T. = Tome.

Trib. Gran. inst = décision de tribunal de grande instance.

النظام الإجرائي لوقف القوة التنفيذية من محكمة الطعن المدني

تناولت موضوع (النظام الإجرائي لوقف القوة التنفيذية من محكمة الطعن المدني أو النظم) من خلال مقدمة، ومبحث تمهيدي، وفصلين كل فصل في مبحثين، وخاتمة.

ففي المقدمة: أوضحت مفهوم الحق في التنفيذ الجبري، والسند التنفيذي، وأثر الطعن على القوة التنفيذية.

وفي المبحث التمهيدي: تناولت: ماهية القوة التنفيذية للسند التنفيذي ببيان مفهوم القوة التنفيذية، وأنواعها، وعلاقتها بقوة الأمر المقضي.

وفي الفصل الأول: (ماهية وقف القوة التنفيذية) تناولت: (مفهوم وقف القوة التنفيذية) بتعريفه، والحكمة منه، وطبيعته القانونية، والتمييز بينه، وغيره من النظم القانونية المشابهة وذلك في المبحث الأول. وأما في المبحث الثاني: (نطاق وقف القوة التنفيذية) تناولت: الوقف القانوني والقضائي للقوة التنفيذية، وحدود نطاق وقف تنفيذ الحكم القضائي من محكمة الطعن بالاستئناف، والمعارضة، والاعتراض، الخارج عن الخصومة، والتماس إعادة النظر، والنقض، ومحكمة الإحالة، والمحاكم المتخصصة، ووقف تنفيذ الأوامر القضائية، وحكم التحكيم...

أما في الفصل الثاني: (إجراءات وقف القوة التنفيذية وآثاره) تناولت: (إجراءات طلب وقف القوة التنفيذية) ببيان؛ أطراف خصومة طلب وقف القوة التنفيذية، وجوب طلب الوقف من المدين المنفذ ضده (الطاعن أو المتظلم)، وتجديده باعتباره طلب وقتي مستعجل، وذاتية الخاصة به، والمحكمة المختصة بنظره، والشروط العامة لقبوله (المصلحة، الصفة، الميعاد)، والشروط الخاصة لقبوله (تقديمه قبل تمام التنفيذ، وتبعيته للطعن)، وذلك في المبحث الأول. أما في المبحث الثاني: (الحكم في طلب وقف القوة التنفيذية) فتناولت: نظر خصومة طلب وقف القوة التنفيذية من محكمة الطعن أو التظلم، وشروط الحكم فيه (رجحان إلغاء تنفيذه، والاستعجال). وسلطة المحكمة عند نظره، والانقضاء المبتسر والتبعي والطبيعي لخصومة طلب الوقف، والتكييف القانوني للحكم فيه وحجيته، وآثاره، وصلاحيته للتنفيذ، والطعن فيه، وأثر صدور الحكم في موضوع الطعن عليه، والتنفيذ العكسي، والتأصيل القانوني للنزاع حول القوة التنفيذية (كنظرية إجرائية).

ثم الخاتمة بخلاصة ما انتهى إليه البحث، وأهم ما توصلنا إليه من نتائج وتوصيات.

Résumé de la recherche

le système de procédure pour interrompre l'exécution de la cour civile de pourvoi

Nous avons parlé du "Le système de procédure pour interrompre l'exécution de la cour civile de pourvoi ou du grief " par le biais d'une introduction, d'une recherche de prélude dans deux chapitres dont chacun comprend deux recherches et une conclusions.

Dans l'introduction, Nous avons traité étant précisé la notion du droit à l'exécution obligatoire, le fondement exécutif, l'effet du pourvoi sur la force exécutive. Au prélude, je définis la nature de la force exécutive du fondement exécutif tout en définissant la force exécutive et genres, son rapport avec la force révolue.

Dans le Premier Chapitre, nous avons expliqué examiné la notion de l'interruption de la force exécutive, sa définition, son objet, sa nature juridique, la distinction avec les autres systèemes juridiques analogues, c'est à la première

recherche, dès lors qu'à la deuxième (domaine de suspension de la force exécutive) j'ai examiné la suspension juridique et judiciaire de la force exécutive et le champ de la suspension de l'exécution du jugement rendu par la cour d'appel, de l'opposition, la controverse hors conflit, du pourvoi, la réquête de révision, du pourvoi en cassation, la cour du renvoi, des tribunaux spécialisés, la suspension de l'exécution des ordres judiciaires et le jugement d'arbitrage .

Dans le Deuxième Chapitre, Nous avons expliqué (procédures de suspension de la force exécutive et ses effets) , j'examine (la demande de la suspension de la force exécutive) tout en précisant les justiciables en matière de la demande de l'interruption de la force exécutive , la demande d'interruption dûe par le débiteur (l'appelant ou l'opposant) en la renouvelant en tant qu'une demande temporaire et provisoire , la cour à laquelle a été remise et les conditions généraux de recevabilité (intérêt , titre , temps) , les conditions propres à sa recevabilité (présentation avant que son exécution soit révolue et la recevabilité du pourvoi), c'est pour

la première recherche, quant à la deuxième (verdict à la demande de suspension de la force de l'exécution), elle examine le contredit demandant l'interruption de la force exécutive du tribunal devant lequel le pourvoi ou le contredit est formé et les conditions requises pour prononcer la sentence (probabilité de suspendre son exécution et le référé), le pouvoirs du tribunal d'instance, l'expiration prématurée et normale de l'instance demandant l'arrêt et l'adaptation juridique du jugement en la matière, son fondement, ses effets, son applicabilité, sa révision, la conséquence du prononcé au sujet du pourvoi et l'exécution inverse, l'enracinement juridique du conflit autour de la force exécutive (**théorie de procédure**).

Les conclusions contient les résultats acquis et les recommandations de la recherché.

شروط تولي القضاء في القانون والفقہ الإسلامي

د/ ريم جمعه مصطفى ذكري

مركز القاضي في القوانين المقارنه والشريعه

إن القاضي السليم ذا الخلق المتين هو الذي يحكم ولا يميز بين الخصوم فيعدل بينهم بصرف النظر عن مراكزهم ، فلا يحابي ولا يظلم ولا يعرف للعدل سوى مقياس واحد ، وهو المساواة في الحقوق بين جميع الناس والهيئات

كانت وظيفة القاضي ولا تزال من أسمى المناصب إذ من شأنها تمكين سيادة القانون وتدعيم السلام بين الناس بواسطة ما يصدره القاضي من أحكام و أوامر لصيانة الحقوق ولتوقييع العقاب بإسم الهيئة الأجماعية .

فالخصومة ليست نزاع شخصي أو فردي بل هي عملية قانونية إجتماعية ينضم إليها القاضي كطرف ممثل للمجتمع ، والقاضي في تلك الخصومة يقف موقفا محايدا ولا ينحاز إلى أحد الخصوم ، فلا يقوم بتوجيه الخصوم أو استكمال الأدلة أو الحكم بعلمه الشخصي . وإنما يقتصر دوره على تقدير ما يتقدم به الخصوم من أدلة ووفقا لما أصبغه القانون⁽¹⁾ .

ولقد جاء اعلان المبادئ الاساسية بشأن استقلال القضاء التي تبنتها الجمعية العامة للأمم المتحدة بقراريها الصادر في 29 يناير سنة 1985 و13 ديسمبر سنة 1985 مؤكدا بوضوح ان " المنازعات التي تدخل في اختصاص السلطة

(1) عابد فايد عبد الفتاح فايد ، نظام الاثبات في المواد المدنية والتجارية ، ص 27، القاهرة ، دار النهضة العربية، الطبعة الاولى ، 2006.

القضائية ينبغي الفصل فيها بطريقة محايدة ، وعلى ضوء وقائعها ، ووفقا لحكم القانون بشأنها ، مع تجرد قضائها من عوامل التأثير والتحريض ، وكذلك من كل صور الضغط ، او التهديد ، او التدخل غير المشروع ، سواء كان مباشرا ، او غير مباشر ، وأيا كان مصدرها ، او سببها (1) .

ولقد أمر الإسلام بالعدل إذ قرر الله سبحانه وتعالى في وضوح لا يدع مجال للاجتهاد " إن الله يأمر بالعدل والإحسان " ولقوله أيضا " وإذا حكمتم بين الناس أن تحكموا بالعدل " وعندما سأل أبي بن كعب رسول الله " صلى الله عليه وسلم " أمن العصبية أن يحب الرجل قومه فقال النبي "صلى الله عليه وسلم" لا ولكن من العصبية أن ينصر الرجل قومه على الظلم " (2)

ورغم أن مركز القاضي في الدعوى يختلف باختلاف المذهب المطبق في الدولة ، عما إذا كانت الدولة تعتنق المذهب الحر ، والذي يتمتع فيه القاضي بسلطات واسعة في الدعوى بتوجيهها والسير فيها ، وإمكانية تحري الحقيقة بكافة الطرق والوسائل دون أن يكون مقيدا بإتباع مسلك معين . أو إعتنقت المذهب الثاني هو المذهب المقيد ووفقا لهذا المذهب يحدد القانون طرق الإثبات الجائزة قانونا بحيث لا يجوز للخصم الاستناد إلى دليل خارج عن تلك الأدلة ، ولا يقبل القاضي منهم

(1) هدى بشير الجامعي ، مسؤولية الدولة عن أعمال السلطة القضائية ، ص 67، دار المطبوعات الجامعية ، الإسكندرية .

(2) مصطفى أحمد فؤاد، مفهوم أنكار العدالة، ص 48، منشأة دار المعارف بالإسكندرية،

غيرها ، وهنا لا يساهم القاضي في جمع الأدلة بل يقتصر على ما يقدمه الخصوم فقط ، ولهذا المذهب عيب ، في رأيي إنه يجعل وظيفة القاضي وظيفة آلية ، ويمنعه من الحكم بالحقيقة الواقعية إذا أثبتت بغير الطريق المحدد قانونا . أو كانت معتقة المذهب الثالث وهو المذهب المختلط ، والذي وفق بين النظامين ليتلافى عيوبهما ، ويجمع بين مزايا النظامين . فهذا المذهب يعطي للقاضي السلطة في تسيير الدعوى وتقدير الأدلة ، فهنا يلزم القاضي أن يقف موقفاً محايداً ، فوظيفته هي حصر الأدلة ، وترتيبها ، وتقديرها ، ولكنها حددت الشروط الواجب توافرها في الواقعة محل الإثبات (1) .

إلا إنه في جميع تلك المذاهب إذا حكم القاضي في الدعوى المنظورة أمامه بناء على محاباة لأحد الطرفين ، على الطرف الآخر ، أو لتحقيق مصلحة شخصية له أو لغيره . فإن القاضي هنا يتحول من مجرد طرف محايد للحكم بين الأطراف ، إلى نصير أحد الطرفين على الطرف الآخر في الدعوى ، مما ينزله من مرتبة الحكم إلى مرتبة الخصم . مما يعطي الطرف المضرور من تصرف القاضي حقا في منازعته وذلك عن طريق دعوى المخاصمة وذلك لجبر الضرر الواقع عليه ، كما أن تصرف القاضي قد يرتب المسؤولية الجنائية إذا كان تصرفه ينطوي على ارتكاب جريمة جنائية ، ويعرضه كذلك للمسؤولية التأديبية في بعض الحالات و

(1) قروف موسى الزين ، سلطة القاضي المدني في تقدير الأدلة ، ص 32-35 ، رسالة لنيل درجة الدكتوراة ، جامعة محمد خيضر بسكرة ، كلية الحقوق والعلوم السياسية ، 2014

لكن ما هو القضاء ؟ ومن هو القاضي ؟ وما هي الشروط الواجب توافرها في القاضي ؟ هذا ما سيبينه الباحث وذلك على النحو الآتي .

أولاً : تعريف القضاء

القضاء في اللغة : إن كلمة قضاء بالمد يقصد بها الحكم⁽¹⁾ ، وهي مادة قضي (ق. ض. ي) وهي من (قضاءي) لأنها من (قضيت) ، إلا إن الياء لما جاءت بعد الألف الساكنة همزت فصارت (قضاء)⁽²⁾ ، وهو مفرد وجمعها (أقضية) و(القضية) مفردة والجمع (قضايا)⁽³⁾ ، وهو مصدر (لقضي) الثلاثي والمضارع (يقضي) واسم الفاعل (قاضي)⁽⁴⁾، ويقال: القضاء الفصل في الحكم وذلك لقول الله تعالى ﴿وَلَوْلَا

(1) مَجَدُ الدِّينِ مُحَمَّدُ بْنُ يَعْقُوبِ الْفَيْرُوزَابَادِيِّ، الْقَامُوسُ الْمُحِيطُ، ص1325، الطَّابِعَةُ النَّامِيَّةُ، مُؤَسَّسَةُ الرِّسَالَةِ لِلنَّشْرِ وَالتَّوْزِيْعِ، بَيْرُوتُ لُبْنَانَ ، أنظر إْحْمَدُ بْنُ مُحَمَّدِ بْنِ عَلِيٍّ الْفَيُومِي الْمَقْرِي، ' الْمِصْبَاحُ الْمُنِيرُ'، ص193، مَكْتَبَةُ لُبْنَانَ، بَيْرُوتُ لُبْنَانَ، أنظر 'أبي الْفَضْلِ جَمَالُ الدِّينِ مُحَمَّدُ بْنُ مُكْرَمِ بْنِ مَنْظُورِ الْأَنْصَارِيِّ الْخَزْرَجِيُّ الْمِصْرِيُّ، لِسَانُ الْعَرَبِ، ج20، ص47، وَرِازَةُ الشُّونِ الْإِسْلَامِيَّةِ وَالْأَوْقَافِ وَالدَّعْوَةِ وَالْإِرْشَادِ، الْمَمْلَكَةُ الْعُرْبِيَّةُ السُّعُودِيَّةُ ، أنظر مُحَمَّدُ بْنُ أَبِي بَكْرٍ بْنِ عَبْدِ الْقَادِرِ الرَّازِيِّ، مُخْتَارُ الصَّحَاحِ"، ص226، ' مَكْتَبَةُ لُبْنَانَ، بَيْرُوتُ لُبْنَانَ.

(2) أَبِي الْفَضْلِ جَمَالُ الدِّينِ مُحَمَّدُ بْنُ مُكْرَمِ بْنِ مَنْظُورِ الْأَنْصَارِيِّ الْخَزْرَجِيُّ الْمِصْرِيُّ، الْمَرْجِعُ السَّابِقُ، ج20، ص47.

(3) أَبِي الْفَضْلِ جَمَالُ الدِّينِ مُحَمَّدُ بْنُ مُكْرَمِ بْنِ مَنْظُورِ الْأَنْصَارِيِّ الْخَزْرَجِيُّ الْمِصْرِيُّ، الْمَرْجِعُ السَّابِقُ ، ج20، ص47، أنظر مُحَمَّدُ بْنُ أَبِي بَكْرٍ بْنِ عَبْدِ الْقَادِرِ الرَّازِيِّ، الْمَرْجِعُ السَّابِقُ، ص226

(4) مَنْظُورُ بْنُ يُونُسَ بْنِ إِدْرِيسِ الْبَهْوتِيِّ، كَشَافُ الْفَنَاحِ ' عَنْ مُتَنِ الْإِقْنَاعِ، ج9، ص3185، الرِّيَاضُ ، دَارُ عَالِمِ الْكُتُبِ .

كَلِمَةً سَبَقَتْ مِنْ رَبِّكَ إِلَى أَجَلٍ مُّسَمًّى لِّقَضِي بَيْنَهُمْ وَإِنَّ الَّذِينَ أُوْرثُوا الْكِتَابَ مِنْ بَعْدِهِمْ لَفِي شَكِّ مِنْهُ مُرِيْبٍ ﴿١﴾ أي لفصل الحكم بينهم وقيل أيضًا إن قضاء الشيء إحكامه وإمضاؤه والفراغ منه⁽²⁾.

(1) سورة الشورى، آية 14.

(2) عيسى بن عثمان بن عيسى بن معاذي الغزي بن روح شرف الدين، المرجع السابق، ص 6.

والقضاء في اللغة يأتي علي وجوه عدة منها:

أولاً: بمعنى الصنع والخلق والإحكام فقال تعالى ﴿فَقَضَاهُنَّ سِنْعَ سَمَاوَاتٍ فِي يَوْمَيْنِ﴾، أي خلقهن وأحكمهن ويقال: قضى الشيء قضاءً إذا صنعه وقدره (سورة فصلت، آية 12).

ثانياً: بمعنى الأمر ﴿وَقَضَى رَبُّكَ أَلَّا تَعْبُدُوا إِلَّا إِيَّاهُ وَبِالْوَالِدَيْنِ إِحْسَانًا﴾ سورة الإسراء، آية 23. أي أمر أو أوصى وحكم وكذلك قوله تعالى ﴿وَقَضَيْنَا إِلَى بَنِي إِسْرَائِيلَ فِي الْكِتَابِ﴾ سورة الإسراء، آية 4.

ثالثاً: بمعنى الأداء قال تعالى: "فإذا قضيتم مناسككم فاذكروا الله" سورة البقرة، آية 200. أي إذا فرغتم وانتهيتم من أداء مناسككم، وقال سبحانه وتعالى أيضاً: ﴿فَإِذَا قَضَيْتُمُ الصَّلَاةَ فَادْكُرُوا اللَّهَ قِيَامًا وَقُعُودًا وَعَلَىٰ جُنُوبِكُمْ﴾ سورة النساء، آية 103. أي إذا انتهيتم من الصلاة وأديتموها

رابعاً: بمعنى الحكم قال تعالى: ﴿وَاللَّهُ يَقْضِي بِالْحَقِّ﴾ سورة غافر، آية 20. أي يحكم وقال تعالى: ﴿إِنَّ رَبَّكَ يَقْضِي بَيْنَهُمْ بِحُكْمِهِ﴾ سورة النمل، آية 78. أي يفصل بينكم بحكمه

كما يأتي بمعاني أخرى منها: القتل أو الموت: قال تعالى ﴿فَوَكَرَهُ مُوسَىٰ فَقَضَىٰ عَلَيْهِ﴾ أي فقتله، الأمر المكتوب المقدر: قال تعالى ﴿وَكَانَ أَمْرًا مَّقْضِيًّا﴾ أي مكتوباً مقدرًا، الوحي والأخبار: قال تعالى ﴿وَقَضَيْنَا إِلَيْهِ ذَلِكَ الْأَمْرَ أَنَّ دَابِرَ هَوْلَاءِ مَقْطُوعٌ مُّصْبِحِينَ﴾ أي أوحينا إليه وأخبرناه وأبلغناه، الإتمام: قال تعالى ﴿فَلَمَّا قَضَىٰ مُوسَىٰ الْأَجَلَ﴾ أي اتم (لمزيد من التفاصيل أنظر الموسوعة الفقهية، ج 33، ص 282، ، وزارة الأوقاف والشئون الإسلامية الكويت، دار الصفوة للطباعة والنشر والتوزيع، جمهورية مصر العربية أنظر أبي الفضل جمال الدين محمد بن مكرم بن منظور الأنصاري الخرجي المصري، المرجع السابق، ص 47، أنظر محمد بن أبي

القضاء اصطلاحاً : وهنا سيعرف الباحث في عجالة القضاء في الاصطلاح الشرعي (الشريعة) و في الاصطلاح القانوني ، وذلك علي النحو الآتي:

القضاء في الاصطلاح الشرعي: إن المعنى في الاصطلاح الشرعي هو المعنى الذي أراده الفقهاء، وهو يختلف من مذهب لآخر ومن فقيه لآخر ، والسبب في ذلك يكمن في الإجابة على السؤال الاتي هل القضاء فعل يقوم به القاضي أو هو صفة حكمية تلازم موصوفها وتوجب نفاذ حكمه؟ وهل القضاء يشمل التحكيم والفتيا أم انهما خارجان عنه؟ وسوف يتناول الباحث عرض التعريفات لدى الفقه الإسلامي: **فعد الحنفية:** قال الحنفية: إنه يراد بالقضاء الإلزام وعرفوه بأنه " فصل الخصومات وقطع المنازعات "⁽¹⁾ ، **وعند المالكية:** وعرفت المالكية القضاء بأنه "

بَكَرَ بُنِّي عَبْدِ الْقَادِرِ الرَّازِي، المرجع السابق، ص226. أنظر مَجْدَ الدِّينِ مُحَمَّدَ بْنَ يَعْقُوبِ الفيروزابادي المرجع السابق، ص1325).

(1) مُحَمَّدُ بْنُ عَلِيٍّ بْنِ مُحَمَّدِ بْنِ عَلِيٍّ بْنِ عَبْدِ الرَّحْمَنِ الْحَنْفِيِّ الْحَصَكِيِّ ، الدَّرُّ الْمُخْتَارُ ، ص463، الطَّبَعَةُ الْأُولَى، بَيْرُوتَ ، دَارُ الْكُتُبِ الْعِلْمِيَّةِ، أنظر عثمان بْنَ عَلِيٍّ الزيلعي الحنفي، تَبَيَّنَ الْحَقَائِقُ شَرْحُ كَنْزِ الدَّقَائِقِ ،ج4 ، ص، بولاق 175، الْمُطْبَعَةُ الْكُبْرَى الْأَمِيرِيَّةُ، الطَّبَعَةُ الْأُولَى، ، أنظر أَبِي الْبِرْكَاتِ عَبْدِ اللَّهِ بْنِ إِحْمَدَ بْنِ مُحَمَّدٍ ، ' الْبَحْرُ الرَّائِقُ ' شرح كنز الدقائق، ج6،ص427، بَيْرُوتَ ، دَارُ الْكُتُبِ الْعِلْمِيَّةِ، الطَّبَعَةُ الْأُولَى، أنظر مُحَمَّدُ بْنُ إِحْمَدَ بْنِ مُوسَى بْنِ إِحْمَدَ بْنِ الْحُسَيْنِيِّ، الْبِنَايَةُ ' شَرْحُ الْهَدَايَةِ ' ، ج9، ص 3 ، بَيْرُوتَ ، دَارُ الْكُتُبِ الْعِلْمِيَّةِ، الطَّبَعَةُ الْأُولَى .

وعند الحنفية أيضا هناك من عرفوه وسمي حكماً لما فيه من منع الظالم عن الظلم (لمزيد من التفاصيل أنظر بُرْهَانَ الدِّينِ أَبِي الْحَسَنِ عَلِيٍّ بْنِ أَبِي بَكْرٍ الْمِيرْغَانِيِّ، الهداية شرح بداية المبتدئ، ج5، ص353، باكستان ، إدارة القرآن والعلوم الإسلامية، الطبعة الأولى، أنظر كمال

الإخبار عن حكم شرعي على سبيل الإلزام" ، وقيل: هو الدخول بين الخلق والخالق ليؤدي فيهم أوامره وأحكامه بواسطة الكتاب والسنة (1) ، بينما عرفه فقهاء الشافعية : بأنه " فصل الخصومة بين خصمين فأكثر بحكم الله تعالى " (1) .

الدِّينِ مُحَمَّدِ بْنِ عَبْدِ الْوَالِدِ السِّيَاسِيِّ ثُمَّ السَّكَنْدَرِيِّ، شَرَحَ ' فَتْحِ الْقَدِيرِ ' ، ج5، ص453، بولاق، المطبعة الكبرى الأميرية، الطبعة الأولى)

كم عرفوه أيضًا بأنه " الحكم بين الناس بالحق بما أنزل الله - عزوجل- وإنصاف المظلوم من الظالم وقطع المنازعات التي هي مادة الفساد وغير ذلك من المصالح" (لمزيد من التفاصيل أنظر علاء الدين ' أبي بكر بن مسعود الكاساني الحنفي، بدائع الصنائع في ترتيب الشرائع، ' ج7، ص2، بيروت، دار الكتب العلمية، الطبعة الثانية) . وهذه التعريف غير مانع ؛ لأنه يدخل فيه الصلح بين الخصمين، ويدخل فيه حكم المحكم فكان يجب أن يزيد " علي وجه خاص" وهو ما أضافه ابن عابدين في تعريفه وبذلك يخرج الصلح بين الخصمين من تعريفه للقضاء (لمزيد من التفاصيل أنظر مُحَمَّد أمين الشهير بابن عابدين، رد المختار ' علي الدر المختار شرح تنوير الأبصار، ج8، ص20، الرياض ، دار عالم الكتب)

(1) بُرْهَانَ الدِّينِ أَبِي الْوَفَاءِ إِبْرَاهِيمَ بْنِ فَرْحُونَ الِيعْمَرِيِّ الْمَالِكِيِّ، تَبْصُرَةً الْحَكَّامِ فِي أَسْوَاقِ الْأَقْضِيَةِ وَمَنَاهِجِ الْأَحْكَامِ، ج2 ، ص9، الرياض ، دار عالم الكتب .

وعرفوه فقهاء المالكية أيضا بأنه" صفة حكمية توجب لموصوفها نفوذ حكمه الشرعي ولو بتعديل أو بتجريح لا في عموم مصالح المسلمين " فيخرج التحكيم لأنه غير عام ، ويخرج أيضًا ولاية الشرطة وأخواتها (لمزيد من التفاصيل أنظر إحمذ بن غنيم بن سالم بن مهنا النفراوي الأزهرى المالكي، الفواكه الدواني علي رسالة بن أبي زيد القيرواني، ج2، ص357، بيروت، دار الكتب العلمية، الطبعة الأولى) . وعرفوه كذلك وأيضًا هو إنشاء الزام أو إطلاق وقيل أيضًا هو فصل الخصومات وقطع المنازعات (لمزيد من التفاصيل أنظر محمد زكريا الكاندهولي المدني، أوجز المسالك إلي موطأ ابن مالك، ج13، ص545، الإمارات العربية المتحدة ، الطبعة الأولى) .

وهذه التعريفات أحدهما "الإخبار عن حكم شرعي" يوهم القارئ أن المراد به الإخبار المحتمل للكذب المقابل للإنشاء أو الصدق ، وإنما كان يجب أن يقول: "أمر القاضي بحكم شرعي" ،

والثاني رغم أنه قال في تعريفه أنه قد أخرج التحكيم لأن المُحَكِّم لا يحكم إلا في الأموال ، وما يتعلق بها وما في معناها ، ولا يحكم في القصاص واللعان والطلاق والعنق إلا أنه إذا حكم في هؤلاء بغير جور نفذ حكمه ، وبذلك لا يخرج المحكم من التعريف السابق" (لمزيد من التفاصيل أنظر أبو عَبْدِ اللَّهِ بْنِ مُحَمَّدٍ بْنِ مُحَمَّدٍ بْنِ عَبْدِ الرَّحْمَنِ الْمَغْرِبِيِّ، مواهب الجليل لشرح مختصر خليل، ج1، ص64، بيروت ، دار الكتب العلمية ، الطبعة الأولى)

(1) شمس الدين مُحَمَّدُ بْنُ الْحَطِيبِ الشَّرِيبِيِّ' ، مغني المحتاج إلي معرفة معاني الفاظ المنهاج، ج4، ص64، بيروت ، دار المعرفة، الطبعة الأولى، أنظر حاشية الشَّيْخِ 'ابراهيم البيجوري علي' شَرْحُ الْعُلَمَاءِ 'بُنِ الْقَاسِمِ الْعُزِّيِّ عَلِيِّ مَثْنِ الشَّيْخِ أَبِي شَجَاعٍ، ج2، ص613، 'صَبْطُهُ وَصَحْحُهُ " مُحَمَّدٌ عَبْدُ السَّلَامِ شَاهِيْنٌ " ، بَيْرُوتَ ، دَارُ الْكُتُبِ الْعِلْمِيَّةِ ، الطَّبَعَةُ الثَّانِيَّةُ .

وعرفوه أيضا : هو "الإلزام بمن له الإلزام بحكم الشرع" هو إظهار حكم الشرع في الواقعة من مطاع في الوقائع الخاصة بحكم شرعي لمعين ، أو غيره" (لمزيد من التفاصيل أنظر حاشيتان الأولى شَهَابِ الدِّينِ إِحْمَدُ بْنُ إِحْمَدَ بْنِ سَلَامَةَ الْقَلِيُوبِيِّ وَالثَّانِيَّةُ شَهَابِ الدِّينِ إِحْمَدُ الدِّرْلِسِيِّ الْمَلَقَبِ بِعَمِيرَةَ عَلِيٍّ شَرْحُ جَلَالِ الدِّينِ مُحَمَّدِ إِحْمَدَ الْمُحَلِّيِّ عَلِيٍّ مَنَاجِ الطَّالِبِينَ لِلإِمَامِ أَبِي زَكَرِيَّا يُحْيِي بْنِ شَرْفِ النَّوَوِيِّ فِي فِقْهِ الشَّافِعِيَّةِ، ج4، ص295 ، مِصْرَ ، مَطْبَعَةُ مِصْطَفَى النَّبَاطِيِّ وَالْأَوْلَادِ، الطَّبَعَةُ الثَّلَاثَةُ). وعرفوه أيضا "بفصل الخصومات وقطع المنازعات"(لمزيد من التفاصيل أنظر أَبِي الْحَسَنِ يُحْيِي بْنِ أَبِي الْخَيْرِ بْنِ سَالِمِ الْعُمَرَانِيِّ الشَّافِعِيِّ الْيَمِينِيِّ، البيان في مذهب الإمام الشافعي، ج13، ص7، دار المنهاج للطباعة والنشر والتوزيع) وهو فصل الخصومة بين خصمين فأكثر بحكم الله تعالى وإظهار الحكم الشرعي في الواقعة فيمن يجب عليه إمضاؤه فيه ، وسمي القضاء حكماً لما فيه من الحكمة التي توجب وضع الشيء محله لكونه يكف الظالم عن ظلمه" (لمزيد من التفاصيل أنظر شمس الدين مُحَمَّدُ بْنُ مُحَمَّدٍ بْنِ الْحَطِيبِ الشَّرِيبِيِّ ، الْمَرْجِعُ السَّابِقُ، ' ص64، أنظر ابي الْحَسَنَ عَلِيَّ بْنَ مُحَمَّدِ بْنِ حَبِيبِ الْمَارُودِيِّ الْبَصْرِيِّ، الْحَاوِي الْكَبِيرُ فِي فِقْهِ مَذْهَبِ الْإِمَامِ الشَّافِعِيِّ ' رَضِيَ اللَّهُ ' عَنْهُ وَهُوَ شَرْحُ ' مُخْتَصَرِ الْمُزَنِّيِّ '، ج16، ص5، 7 ، بَيْرُوتَ ، دَارُ الْكُتُبِ الْعِلْمِيَّةِ ، الطَّبَعَةُ الْأُولَى ، أنظر أَبِي بَكْرَ بْنَ مُحَمَّدِ الْحُسَيْنِيِّ الْحِصْنِيِّ الدِّمَشْقِيِّ الشَّافِعِيِّ، كفاية الاخيار في حل غاية الاختصار ، ص725، بَيْرُوتَ ، دَارُ الْكُتُبِ الْعِلْمِيَّةِ)

وعرفه الحنابلة : " تبيين الحكم الشرعي والإلزام به"⁽¹⁾ ، ثامنا : تعريفه في المذهب الإباضي: عرفه الإباضية بأنه هو حكم من نصبه الإمام للحكم بين الناس

(1) مصطفى السيوطي الرحباني، مَطَالِبُ أَوْلِي النَّهْيِ فِي شَرْحِ غَايَةِ الْمُنتَهَى، ج8، ص437، دِمَشْقُ ، مَنَشُورَاتِ الْمَكْتَبِ الْإِسْلَامِيِّ.

كما عرفوه بالإلزام وقيل أيضًا " النظر بين المترافعين له للإلزام وفصل الخصومات" (لمزيد من التفاصيل أنظر أبي إسحاق بُرْهَانَ الدِّينِ إِبْرَاهِيمَ بْنِ مُحَمَّدٍ بْنِ عَبْدِ اللَّهِ بْنِ مُحَمَّدِ بْنِ مَفْلَحِ الْحَنْبَلِيِّ، المبدع شرح المقنع '، الهامش ج8، ص139، بيروت ، دار الكتب العلمية، الطبعة الأولى). وعرفوه كذلك أو الإلزام بحكم شرعي ، وفصل الخصومات" (لمزيد من التفاصيل أنظر علاء الدِّينِ ' أَبِي الْحَسَنِ عَلِيِّ بْنِ سَلِيمَانَ المارودي، الإنصاف فِي مَعْرِفَةِ الرَّاجِحِ مِنَ الْخِلَافِ عَلَيَّ مَذْهَبِ الْإِمَامِ ' الْمَجَلِّ إِحْمَدُ بْنُ حَنْبَلٍ،' ج11، ص154 ، الْمَمْلَكَةُ الْعُرَبِيَّةُ السُّعُودِيَّةُ، الطَّبَعَةُ الْأُولَى) ، وهذا التعريف غير مانع لدخول حكم المحكم فيه .

خامسا: تعريف الظاهرية: لم يقم ابن حزم بتعريف القضاء ولكن يفهم من كلامه حيث تكلم عن أحكامه فقال في المسألة الأولى من كتاب القضاء: "القضاء هو الحكم بما أنزل الله تعالى علي لسان رسوله وهو الحق، وكل ما عدا ذلك فهو جور وظلم لا يحل الحكم به (لمزيد من التفاصيل أبي مُحَمَّدَ عَلِيَّ بْنِ إِحْمَدَ بْنِ سَعِيدِ بْنِ حُرْمٍ، الْمُحَلِّيَّ، ص362، ج9 ، مُصَرِّرٍ، مَطْبَعَةُ النَّهْضَةِ ، الطَّبَعَةُ الْأُولَى)

سادسا : تعريف الزيدية: هو "الإلزام ذي الولاية بعد الترافع" وقيل: "الإكراه بحكم الشرع في الوقائع الخاصة لعين أو جهة والمراد بالجهة الحكم لبيت المال أو عليه (لمزيد من التفاصيل مُحَمَّدَ بْنَ إِسْمَاعِيلَ الصنعاني، سَبَلُ السَّلَامِ شَرْحُ بُلُوغِ الْمَرَامِ لِلْحَافِظِ ابْنِ حَجْرٍ الْعَسْقَلَانِيِّ، ج4، ص564، الرِّيَاضِ ، مَكْتَبَةُ الْمَعَارِفِ لِلنُّشْرِ وَالتَّوْزِيْعِ) .

سابعا : تعريفه في مذهب الإمامية: لم يوجد تعريف في مذهب الإمامية لكنهم تكلموا عن أحكامه مباشرة ولكن يفهم من هذه الأحكام أنها لا تخرج عن معاني التعريفات السابقة (لمزيد من التفاصيل أنظر أبي جعفر محمد بن علي بن الحسين بن بابوية أَلْقَمِي، من لا يحضره الفقيه، ج3، ص12، بيروت ، مؤسسة الاعلمي للمطبوعات، الطبعة الأولى ، أنظر محمد بن يعقوب الكليني ، الكافي، ج7، ص260، بيروت، منشورات الفجر، الطبعة الأولى ، أنظر أبي جعفر

بالعدل⁽¹⁾ أو هو حكم من نصبه الإمام أو السلطان أو الجماعة ، ولقد عرفه ابن عرفة "صفة حكمية توجب لموصوفها نفوذ حكمه الشرعي ولو بتعديل أو بترجيح لا في عموم مصالح المسلمين"⁽²⁾

ويرى الباحث أن أفضل التعريفات هو "تعريف الإباضية" . وذلك حيث أن التعريفات السابقة قد أهملت شرطاً مهماً من شروط القضاء ، وهو أن القضاء لا بد أن يصدر ممن تم تقليده من قبل الإمام أو من ذي ولاية ، وبذلك فيدخل التحكيم في هذه التعريفات ، وهذا ما تلافاه المذهب الإباضي حيث أنه في بداية تعريف القاضي قال "حكم من نصبه الإمام" وبذلك أخرج التحكيم من ذلك التعريف . ولقد قام بعض الفقهاء المعاصرون بتعريف القضاء على أنه "فصل في الخصومات بإظهار حكم الشارع فيها علي وجه الإلزام"⁽³⁾ .

محمد بن حسن الطوسي، تهذيب الأحكام في شرح المقنعة، ج6، ص177، بيروت ، دار لتعارف للمطبوعات) .

(1) خميس بن سعيد بن علي بن مسعود الشقصي الرستاقى، منهاج الطالبين وبلاغ الراغبين، ج5، ص147، سلطنة عمان، وزارة الأوقاف والشئون الدينية ، الطبعة الأولى.

(2) محمد بن يوسف اطفيش، شرح كتاب النيل وشفاء العليل، ج13، ص12/10 ، بيروت، دار الفتح، الطبعة الثانية

(3) مَنْصُورٌ بِنُّ يونس بِنُّ إدريس البهوتي، كَشَّافُ الْفَنَاءِ ' عَنْ مُتْنِ الْإِقْنَاعِ، ج9، ص 3185، الرِّيَاضُ ، دَارُ عَالِمِ الْكُتُبِ .

والمتمعمق في هذه التعريفات يجد أن ألفاظها تدور حول معنى واحد وهو " حسم المنازعات بين أفراد المجتمع بتطبيق أحكام القانون على وجه الإلزام وقد تبين من هذه التعريفات الأمور الآتية:

1- إن القضاء هو الإخبار عن حكم الله تعالى في القضية والدعوى ، وهو إظهار المدعى به بين الخصمين، فالقاضي منجز عن الحكم الشرعي ، ومظهر له وليس منشئاً لحكم من عنده. حيث أن حكم القاضي حكم شرعي مستمد من الكتاب والسنة ، بالنص أو بالاجتهاد وبقيّة المصادر الشرعية التي تسعى لإقامة شرع الله ودينه ، لإصلاح الفرد والمجتمع.

2- إن حكم القاضي لا بد أن يكون ملزماً للطرفين، وإخباره بالحكم يكون ملزماً علي سبيل الإلزام بالتنفيذ وهذا ما يميز القاضي عن المفتي والمحكم ، وذلك لأن القضاء هو إلزام أحد المتخاصمين بما عليه للأخر، بعد أن يثبت ذلك لديه، أما وظيفة المفتي هو بيان الحكم الشرعي حتى مع عدم الخصومة وبذلك فإن الإلزام مستمد من السلطة القضائية التي تعد جزءاً من سلطة الدولة⁽¹⁾ ، بينما يختلف القضاء عن التحكيم في أن التحكيم تولية خاصة من الخصمين ولا يجوز فيه الحدود⁽²⁾ ، والقصاص والديّة على العاقلة ولا يتعدى إلى الغائب ولا بد فيه من

(1) أبي زكريا بن يحيى الدين النووي، المجموع شرح المذهب، ج20، ص127، المدينة المنورة ، المكتبة السلفية

(2) والحدود هي حد " السرقة، الزنا، القذف، شرب الخمر، قاطع الطريق أو الحراة" لمزيد من التفاصيل انظر احمد محمد لطفي احمد، المرجع السابق، ص 143

التراخي ، بينما حكم القاضي لا تراخي في قضائه والقضاء ولاية عامة والقضاء يجوز فيه الديّة والحدود والقصاص على العاقلة ويتعدى حكم القاضي إلى الغائب⁽¹⁾ .

ومما سبق يتضح لنا أن المحكم ليس له الولاية الثابتة مثل القاضي ، ويتم تحكيمه باختيار الخصوم ، بينما القاضي يتم تعيينه من قبل الإمام أو نائبة، ويضاف إلى ذلك أن القاضي له ولاية عامة بينما المحكم ولايته قاصرة على طرفي النزاع ، والقاضي تشمل ولايته جميع أنواع النزاع بينما المحكم ولايته قاصرة على الأموال فقط⁽²⁾ .

3- إن الغاية والهدف من وجود القضاء هو الفصل بين الخصومات وقطع المنازعات وهذا لا يتم إلا بقوة القضاء .

القضاء في الاصطلاح القانوني : لم يقم المشرع بوضع تعريف للقضاء بل ترك ذلك الأمر إلى فقهاء القانون لذلك نراهم اختلفوا في وضع تعريفه ، ولكن تلك التعريفات نجد أنها مع اختلاف ألفاظها ، إلا أنها تدور حول معنى واحد وهو "حسم المنازعات بين أفراد المجتمع ، بتطبيق أحكام القانون على وجه الإلزام" ، ومن هذه

(1) للإمام أبي زكريا يُحْيِي بُنُّ شُرْفِ النَّوَوِيِّ فِي فِقْهِ الشَّافِعِيَّةِ، المجموع شرح المهذب، ، ج20، ص127، أنظر أبي حامد بن محمد الغزالي، الوجيز في فقه الإمام الشافعي، ج2، ص238، بيروت، شركة دار الأرقم بن أبي الأرقم، الطبعة الأولى .

(2) عبد العزيز نبيه عبد العزيز خضر، نحو نظرية عامة للمسئولية التأديبية لأعضاء السلطة القضائية، ص 14، رسالة لنيل درجة الدكتوراه كلية الحقوق، جامعة المنصورة، 2015.

التعريفات هي: لقد عرفه البعض بأنه "الجهة التي تختص بفض المنازعات بالقانون سواء كانت هذه المنازعة واقعة بين الأفراد أو بين الأفراد والحكومة" (1) ، كما عرفوه أيضًا "الفض بين المنازعات وفقا للقانون وذلك محافظة على السلام الاجتماعي"(2).

ولكن كل هذه التعريفات كذلك لم تقم بتعريف القضاء بطريقة واضحة . حيث لم تفرق بين القضاء والتحكيم . فالقضاء هو " الفصل بين الأشخاص في الخصومات قطعاً للنزاع من قبل السلطة الموكله من الدولة لممارسة هذه الوظيفة والمتمثلة في السلطة القضائية " .

(1) محمد عبد الرحمن بكر، السلطة القضائية وشخصية القاضي، ص56، الزهراء للإعلام العربي، الطبعة الأولى

(2) محمد رضا النمر، مسؤولية الدولة عن التعويض عن أخطاء القضاء، ص149، الإسكندرية ، دار الفكر الجامعي، الطبعة الأولى

وتم تعريفه " إن القضاء هو تطبيق القواعد القانونية التي وضعتها الدولة لحماية المصالح المختلفة في المجتمع ، وذلك لأن القانون يتولى حماية مصالح معينة في المجتمع ، وحينما يحدد الحماية على مصلحة من المصالح التي يحميها القانون يصبح في حينها القضاء صورة أخرى من صور الحماية القانونية لرد هذا الاعتداء. وتتحقق الحماية القضائية بتطبيق القاعدة التي أدت مخالفتها الاعتداء علي المصالح محل الحماية" (لمزيد من التفاصيل أنظر خالد عبد العظيم أبو غابة، طرق اختيار القضاة، ص14، دار الكتب القانونية) ، وعُرف " بأنه تقرير له قوة الحقيقة القانونية" ، أي الإلزام ،وعنصر الإلزام اللاصق من الأحكام الصادرة من القضاء في الشريعة الإسلامية هي التي تميزه عن غيره من الولايات والتصرفات والفتاوى والأعمال الأخرى (لمزيد من التفاصيل أنظر حسان عبد السميع هاشم، مسؤولية الدولة عن أعمال السلطة القضائية دراسة مقارنة، ص381، رسالة لنيل درجة الدكتوراة ، كلية الحقوق جامعة القاهرة 2001)

ثانيا : تعريف القاضي

وهنا سيتم التطرق إلى تعريف القاضي في الفقه الإسلامي والقانون الوضعي وذلك كالآتي:

تعريف القاضي في الفقه الإسلامي:

القاضي لغة هو "القاطع للأمور المحكم لها"⁽¹⁾ ، بينما في الفقه الإسلامي هو من خصصه ولي الأمر لتقييد الأحكام وإنصاف المظلوم من الظالم وقطع المنازعات التي هي مادة الفساد⁽²⁾ ، وقيل هو من جعله الإمام للحكم بين الناس⁽³⁾ ، وكذلك هو "منفذ بالشرع للأحكام *** له نيابة من الإمام"⁽⁴⁾ ، وقيل هو" من ينصبه الإمام في تبیین الأحكام الشرعية وإلزام الرعية بها"⁽⁵⁾.

ويرى الباحث أن هذه التعريفات الثلاثة: فهي غير جامعة لتعريف القاضي . لأن التعريفين الأول والثاني وإن كانا قد ذكرا صفات القاضي في كونه معين من قبل ولي الأمر، وكونه يفصل بين الناس في الدعاوي والخصومات على وجه الإلزام ،

(1) الموسوعة الفقهية، ج33 ، ص282 ، وكذلك أبي الفضل جمال الدين محمد بن مكرم بن منظور الأنصاري الخزرجي المصيري، المرجع السابق، ص47 .

(2) علاء الدين أبي بكر بن مسعود الكاساني الحنفي ، المرجع السابق، ص2.

(3) خميس بن سعيد بن علي بن مسعود الشقصي الرستاقى، المرجع السابق، ص147.

(4) محمد بن يوسف اطفيش، المرجع السابق، ص13.

(5) أبي بكر بن محمد الحسيني الحصني الدمشقي الشافعي، المرجع السابق، ص725.

إلا أنهما أغفلا جانباً مهماً، ألا وهو كونه يحكم بما أنزل الله تعالى. أما التعريف الثالث وإن كان قد ذكر إن القاضي هو من يقضي بين الناس بحكم الشرع وأنه تم توليته لمهامه من قبل الخليفة ، إلا أنه قد أغفل تماماً أنه يقوم الحكم على وجه الإلزام . ولذلك فهي تعريفات غير وافية لتعريف معنى القاضي في الفقه الإسلامي. ولذا يتبين للباحث أن القاضي هو "من يعينه الإمام أو من ينوبه في ذلك ليقضي بين الناس في الدعاوي والخصومات بما أنزل الله تعالى على وجه الحتم والإلزام " . ومن هذا التعريف يظهر جلياً لنا الفرق بين القاضي وبين المحكم وبين المفتي وهو ما قال به التعريف الرابع .

تعريف القاضي في الاصطلاح القانوني

برغم تعدد تعريفات القاضي في الاصطلاح القانوني إلا إنها تدور حول معنى واحد ، وهو أن القاضي " عضو السلطة القضائية المنوط به تطبيق القاعدة القانونية الموضوعية من قبل المشرع للفصل في الخصومات عن طريق الإلزام " . من هذه التعريفات ما يلي:

أولاً : يطلق لفظ القاضي على كل من تثبت له ولاية القضاء سواء كانت ولاية عامة مطلقة أو ولاية خاصة مقيدة وسواء بعد ذلك أكان قاضياً أم مستشاراً⁽¹⁾ .

(1) محمود محمد هاشم، قانون القضاء المدني "دراسة في نظام القضاء وإجراءات التقاضي في قانون المرافعات"، ص173، الطبعة الثانية.

ثانياً: لقد عرفه آخرون " كل من يتولى الفصل في المنازعات بين الناس بحكم ملزم غايته إظهار العدل ورفع الظلم" (1) .

ثالثاً: هو " عضو يمثل السلطة القضائية ويتمتع باستقلال ، وحيدة ، وضمانات يكفلها له القانون والدستور" (2) .

رابعاً: ويرى بعض فقهاء القانون أن القاضي هو الذي يقوم بتطبيق القاعدة العامة التي يضعها المشرع على وقائع خاصة بقصد الفصل في المنازعات ، أو فصل الخصومات بقول حاسم ملزم ، حيث إن القاضي لم يعين كموظف عام إلا للمحافظة على السلام الاجتماعي بين المجتمعات عن طريق فض المنازعات وحسم الخصومات بقول ملزم (3) .

وتم تعريف القاضي في فرنسا⁽⁴⁾ أولاً : بأنه" من يكلف بالفصل في المنازعات أي إصدار حكم في إدعائين متعارضين" ، ثانياً: "هو كل من يتولى منصب القضاء

(1) فضل ادم مسيري، قانون المرافعات المدنية والتجارية "التتظيم القضائي الليبي، ج 1"، ص56، 2009.

(2) احمد هندي، قانون المرافعات المدنية والتجارية "النظام القضائي والاختصاص والدعوي"، ص62، الإسكندرية دار الجامعة الجديدة للنشر، 1995.

(3) خالد عبد العظيم أبو غابة، المرجع السابق، ص18.

(4) في الفرنسية كلمة قاض "juge" مأخوذة من اللاتينية " jusjudex " (Dicec) ومعناها الواسع الشامل كل من ولي القضاء، أو كل من يكلف بتطبيق القانون والحكم بالعدل ،لمزيد من المعلومات أنظر عبد العزيز نبيه عبد العزيز خضر، المرجع السابق، ص 45.

سواء أكان قاضيا في المحاكم الابتدائية أم مستشارا في محاكم الاستئناف أو في محكمة النقض" (1) .

ولقد تم تعريف القاضي الجنائي " إنه هو الذي يتوافر فيه شرطان الأول: أن يكون معيّنًا وفقا لشروط السلطة القضائية والثاني أن يباشر وظيفته وفقا لقانون الإجراءات الجنائية بدون أية استثناءات بمعنى أنه يجوز الطعن في قراراته وأحكامه بالطرق المقررة في هذا القانون" (2) .

كما عرفه أرسطو بأنه هو الرجل العادل الذي يمك بين الطرفين المتنازعين فالعدالة تقتضي أن يكون القاضي محايداً ونزيهاً⁽³⁾ .

وفي النهاية ومن خلال التعريفات السابقة يتضح للباحث أن مهمة القاضي هي "فض المنازعات التي تعرض عليه من الخصوم بغض النظر عن صفة الخصوم ، وأن القاضي يعمل وفقا لاختصاصه المحدد من القانون و متقيدا بنصوص القانون".

(1) عبد الفتاح محمد علي مسعود مراد، المسؤولية التأديبية لرجال القضاء والنيابة العامة في قضاء محكمة النقض المصرية، ص2، 3.

(2) حامد عبد الحليم الشريف، رد القضاة في المواد الجنائية طبقا للتعديل الجديد في قانون المرافعات رقم 23 لسنة 1992، ص17، المهندسين ، د. ن ، 1992.

(3) محمد نور شحاتة، استقلال القضاء من وجهة النظر العربية والدولية والإسلامية ، ص153، القاهرة ، دار النهضة العربية .

ونبين للباحث من خلال النقطة الأخيرة الفرق بين سلطة القاضي في القانون وبين سلطته في الفقه الإسلامي ، فعلى الرغم من أن كلاهما يستطيعان أن يجتهدا فيما لا نص فيه ، إلا أن القاضي في الفقه الإسلامي يتمتع بمدى أوسع في فض المنازعات التي تعرض عليه. وذلك لأن القانون الوضعي قد نص على معظم الجرائم وعلى حدّي العقوبة الأدنى والأقصى الواجب تطبيقها والتي لا يجوز للقاضي الخروج عنها ، إلا إن الشريعة الإسلامية لم تنص على عقوبة للجرائم إلا في الحدود ، بينما الجرائم الأخرى تركت معظم عقوبتها للقاضي والذي له مطلق الحرية في تطبيق ما يراه مناسباً من العقاب وكذلك لم تقم بتصنيف الجرائم بل تركتها أيضاً للقاضي .

ثالثاً: الشروط الواجب توافرها في القاضي

وبعد أن إنتهى الباحث من تعريف القضاء وتعريف القاضي ، تبين أن تعريف القضاء في الفقه الإسلامي اتفق مع الاصطلاح القانوني : " بأن القضاء في الاثنين يكون فصل في الخصومات علي سبيل الإلزام" . بينما يختلف القضاء في الفقه عن القانون ، بأنه في الفقه هو الحكم بما انزل الله ، وإلا أصبح الحكم مخالفاً وبه ظلم وجور ، بينما في القانون الاصطلاحي والقوانين الوضعية الحديثة يطبق القوانين الوضعية حتى ولو كانت مخالفة للفقه الإسلامي والشريعة الإسلامية⁽¹⁾ .

(1) خالد عبد العظيم ابو غابة ، طرق اختيار القضاة دراسة مقارنة، ص 22، 20، دار الكتب القانونية.

وهنا سيقوم الباحث بشرح الشروط الواجب توافرها في القاضي في القانون المقارن والفقهاء الإسلامي ، ومن مطالعة الباحث للقانونين المصري والفرنسي ، ومقارنتهما مع الفقهاء الإسلامي ، يتبين للباحث بما لا يدع مجالاً للشك أنه رغم اختلاف المصطلحات المطلقة على الشروط المطلوب توافرها في القاضي إلا أن فحوى تلك الشروط متقارب ، ففي حين إن القوانين المقارنة اشترطت أن يكون محمود السيرة حسن السمعة وألا يكون قد حكم عليه من المحاكم أو مجالس التأديب ، اشترط الفقهاء الإسلامي العدالة ، ويقابل شرط الإجتهد في الفقهاء الإسلامي شرط الحصول علي مؤهل عالٍ في القوانين المقارنة ويكون لديه خبرة سابقة في العمل بالقانون . واشترطت القوانين الوضعية الجنسية والتي حلت محل شرط الديانة الإسلامية في الفقهاء الإسلامي.

و قبل أن يتم التطرق إلى تلك الشروط ، لابد من ذكر إنه يشترط في القاضي صلاحية عامة ، ويقصد بها أن يكون القائم بالعمل متمتعاً بصفة الموظف من الفئة التي ينسب إليها العمل . حيث يجب أن يكون القاضي قد صدر بتعيينه مرسوم في وظيفة قاضي⁽¹⁾ بقرار من رئيس الجمهورية⁽¹⁾ ، وذلك بعد موافقة أو أخذ رأي مجلس القضاء الأعلى وفقاً لنص المادة (44) من قانون السلطة القضائية⁽²⁾.

(1) فتحي والي، نظرية البطالان في قانون المرافعات، ص 389، الاسكندرية ، منشأة المعارف ، الطبعة الأولى، 1959.

و لقد نصت المادة (83) من قانون مجلس الدولة "يعين رئيس مجلس الدولة بقرار من رئيس الجمهورية بعد موافقة الجمعية العمومية، ويعين نواب رئيس المجلس ووكلائه بقرار من رئيس الجمهورية بعد موافقة الجمعية العمومية للمجلس ويعين باقي الأعضاء والمندوبون المساعدون بقرار من رئيس الجمهورية بعد موافقة المجلس الخاص للشئون الإدارية" (3).

وفي الفقه الإسلامي نجد أن تعيين القضاة أمر منوط بالإمام (أي رئيس الدولة)، وفرض ذلك عليه لأنه مستخلف على الأمة، والقضاء داخل في عموم ولايته ويجوز للإمام أن يوكل أمر تعيين القضاة لمن ينيب عنه (كوزير العدل حالياً) (4). والشروط الأخرى كالآتي:

(1) وكذلك يتم التعيين في ليبيا بقرار من المجلس الأعلى للهيئات القضائية وفقا لنص المادة 49 من قانون نظام القضاء رقم 9 لسنة 2006 الجديد ، لمزيد من التفاصيل أنظر فضل آدم المسيري، قانون المرافعات المدنية والتجارية الليبي ، ص58، 2009 .

(2) محمد محمود هاشم، قانون القضاء المدني، ص182، الطبعة الثانية، 1990.

(3) احمد عامر، مجلة المحاماة، ملحق التشريعات ، موسوعة التشريعات المصرية، ص 980، شركة ال طلال للنشر والتوزيع ، 2014.

(4) ابن قدامة المقدسي، المرجع السابق، ص 11 وكذلك أبي إسحاق بُرْهَانَ الدِّينِ إبراهيم بُنْ مُحَمَّدٍ بُنْ عَبْدِ اللَّهِ بُنْ مُحَمَّدٍ ابْنِ مَفْلَحِ الحَنْبَلِيِّ، المرجع السابق، ص140 وكذلك علاء الدين أبي بكر بن مسعود الكاساني الحنفي ، المرجع السابق، ص2 وكذلك حاشية الدسوقي علي الشرح الكبير محمد عرفة الدسوقي علي الشرح الكبير لابي البركات سيدي احمد الدردير وبهامشه الشرح المذكور للشيخ محمد عlish، ص130.

الشرط الأول: الجنسية: بداية قبل التطرق إلى ضرورة توافر جنسية الدولة في القاضي من عدمه، يجب أن نذكر أن جميع الشرائع القديمة كانت تشترط في القاضي الخلفية الدينية . ففي مصر الفرعونية نص قانون حورمحب على " إذا سمعت أن أي كاهن قد جلس في محكمة ليقضي فيها" (1) . وفي القانون الروماني وخصوصا في العصر الملكي ، كان الملك هو الكاهن الأعظم وهو القاضي وقائد شعبه في الحروب ، وأدى ذلك إلى استحوذته على السلطة القضائية واستحواد الكهنة من بعده عليها(2) . والديانة اليهودية كانت تشترط ان يكون القضاة من اللاويين والكهنة ورؤساء عشائر بني إسرائيل ليقضوا بإسم الرب بين أهل المدينة (3) . وفي الديانة المسيحية فإن المسيحي مأمور باللجوء إلى محكمة مسيحية ، إذا

حيث كان الخليفة هو الذي يختص بتعيين القضاة أو من ينوبه، لأن تعيين القضاة من حق رئيس الدولة الإسلامية وحده، ومع اتساع الرقعة الإسلامية أنتقل هذا الحق إلى أمراء الأمصار، ووزير التفويض، وأمير الاستكاف، وأمير الاستيلاء، وقاضي القضاة، كما يجوز في حالة عدم وجود حاكم أن يقلد أهل الاختيار (أهل الحل والعقد) وهم الذين يتصفون بالعدل والعلم، والرأي والحكمة ممن يروه صالحا للقضاء في حالة خلو منصبه لمزيد من التفاصيل أنظر إسماعيل إبراهيم البدوي، نظام القضاء الإسلامي، ص270، د. ن، الطبعة الأولى، 1989.

(1) مرسوم حور محب (1298/1328 ق.م) آخر ملوك الأسرة الثامنة عشر ، مهاب درويش، القوانين في مصر القديمة ، ص 7، مكتبة الإسكندرية ، صفحة مصريات .

(2) بسام نهان البطون الجبور ، الإثبات بالشهادة بين الفقه الإسلامي والقضاء العشائري الأردني ، ص 38 ، تقديم محمد عدنان البخيت ، دار يافا العملية للنشر والتوزيع ، 2010.

(3) خالد بن محمد الشننير ، حقوق الإنسان في اليهودية والمسيحية و الإسلام مقارنة بالقانون الدولي، ص403 ، مكتبة الملك فهد الوطنية، الطبعة الأولى ، 1435 هـ .

كان خصمه مسيحياً⁽¹⁾ ، وفي الشريعة الإسلامية على الرغم من عدم ورود نص صريح يشترط الإسلام في القاضي إلا أن الفقه الإسلامي يشترط في القاضي الذي يتولى الفصل بين المسلمين ، أن يكون مسلماً موحداً بالله سبحانه وتعالى⁽²⁾ . بأن يشهد بأن لا إله إلا الله وأن محمداً " رسول الله " صل الله عليه وسلم" ، مصداقاً لكل ما أمر الله تعالى التصديق به والإذعان إليه .

وأشترط الإسلام ذلك لأن القضاء نوع من أنواع الولاية ، ولا يجوز ولاية الكافر علي المسلم⁽³⁾ ، وذلك لقول الله تعالى ﴿ وَلَنْ يَجْعَلَ اللَّهُ لِلْكَافِرِينَ عَلَى الْمُؤْمِنِينَ سَبِيلًا ﴾

(1) يقول بولس الرسول " إذا كان لأحدكم دعوى على أحد الأخوة ، فكيف يجرؤ أن يقاضيه إلى الظالمين ، لا إلى الأخوة القديسين ؟ أما تعرفون أن الأخوة القديسين هم الذين سيدينون العالم ؟ وإذا كنتم أنتم ستدينون العالم ، ألا تكونون أنتم أهلاً لأن تحكموا في القضايا البسيطة ؟ أما تعرفون إننا سندين الملائكة ؟ فكم بالأولى أن نحكم في قضايا هذه الدنيا . وإذا وقع خلاف بينكم على مثل هذه القضايا ، اتعرضونه على من تحتقره الكنيسة للحكم فيه ؟ أقول هذا لتخجلوا ، أما فيكم حكيم واحد يقدر أن يقضي بين أخوته ، فلا يقاضي الأخ أخاه إلى غير مؤمن " كورنثوس الأولى6 ، لمزيد من التفاصيل أنظر المرجع السابق ، ص 407 .

(2) إذا كان الحاكم الاعظم مسلماً وولي القضاء لغير مسلم للفصل بين المسلمين أو في القضايا المشتركة مختلفي الديانة فالمعين ظالم لنفسه آثم، والمتعين تعيينه باطل فإذا جلس للفصل فجلوسه ضرورة حتى لا تتعطل مصالح الناس ، لمزيد من التفاصيل أنظر ضاحي موسى حسن عبد الرازق، المرجع السابق، ص47.

(3) علاء الدين أبي بكر بن مسعود الكاساني الحنفي ، المرجع السابق ، ص3وكذلك كمال الدين مُحَمَّدِ بْنِ عَبْدِ الْوَّاحِدِ السِّيَاسِيِّ تَمَّ السَّكَنْدَرِي، المرجع السابق، ص453وكذلك بُرْهَانَ الدِّينِ أَبِي الْوَفَاءِ إِبْرَاهِيمَ بْنِ فَرْحُونَ البِعْمَرِي الْمَالِكِي، المرجع السابق، ص21وكذلك حاشية الدسوقي علي الشرح الكبير محمد عرفة الدسوقي علي الشرح الكبير لابي البركات سيدي احمد الدردير

(1). ولقوله تعالى ﴿لَا يَتَّخِذِ الْمُؤْمِنُونَ الْكَافِرِينَ أَوْلِيَاءَ مِنْ دُونِ الْمُؤْمِنِينَ وَمَنْ يَفْعَلْ ذَلِكَ فَلَيْسَ مِنَ اللَّهِ فِي شَيْءٍ﴾ (2). وأيضًا لما روي عن رسول الله " صل الله عليه وسلم " الإسلام يعلو ولا يعلى عليه" (3).

وكذلك لقول الله سبحانه وتعالى: ﴿يَا أَيُّهَا الَّذِينَ آمَنُوا لَا تَتَّخِذُوا بَطَانَةَ مَنْ دُونَكُمْ لَا يَأُولِيكُمْ حَبَالًا وَذُؤًا مَا عَنِتُّمْ قَدْ بَدَتِ الْبَغْضَاءُ مِنْ أَفْوَاهِهِمْ وَمَا تُخْفِي صُدُورُهُمْ أَكْبَرُ قَدْ بَيَّنَّا لَكُمْ الْآيَاتِ إِنْ كُنْتُمْ تَعْقِلُونَ﴾ (4).

ويستدل من هذه الآية الكريمة على أن الله عز وجل نهى المؤمنين بهذه الآية أن يتخذوا من الكفار، واليهود، وأهل الأهواء أخلاء، يفاوضونهم في الآراء ويسندون إليهم أمورهم ومن هذه الأمور القضاء (1).

وبهامشه الشرح المنكور للشيخ محمد عيش، ج 4، ص 129 وكذلك أبي إسحاق بزهران الدين إبراهيم بن محمد بن عبد الله بن محمد ابن مفلح الحنبلي، المرجع السابق، ص 146 وكذلك علاء الدين ' أبي الحسن علي بن سليمان المارودي، المرجع السابق، ص 176 وكذلك محمد بن يوسف اطفيش، المرجع السابق، ص 23 وكذلك ابي الحسن علي بن محمد بن حبيب المارودي البصري، المرجع السابق، ص 157 وكذلك الإمام أبي زكريا يحيى بن شرف النووي في فقه الشافعية، المرجع السابق، ص 126 وكذلك أبي محمد علي بن أحمد بن سعيد بن حزم، المرجع السابق، ص 363 .

(1) سورة النساء اية 141.

(2) سورة ال عمران اية 28.

(3) ابي الحسن علي بن محمد بن حبيب المارودي البصري، المرجع السابق، ص 157.

(4) سورة ال عمران، اية 118 .

ما روي عن أبي موسى الأشعري رضي الله عنه قال: قلت لعمر بن الخطاب أن لي كاتباً نصرانياً قال: مالك؟ قاتلك الله، أما سمعت الله يقول: "يا أيها الذين آمنوا لا تتخذوا اليهود والنصارى أولياء بعضهم أولياء بعض ومن يتولهم منكم فإنه منهم" ألا اتخذت حنيفاً؟ قال: يا أمير المؤمنين لي كتابته وله دينه قال: لا أكرمهم إذ أهانهم الله، ولا أعزهم إذ أذلهم الله، ولا أدنيهم إذ أقصاهم الله " وذلك فيه إفادة واضحة بأنه لا يجوز بأي حال من الأحوال الاستعانة بغير المسلمين في أي عمل من أعمال المسلمين والوظيفة العامة نوع من الأعمال فبالتالي لا يجوز الاستعانة بهم فيها، ولو كانت الاستعانة بهم جائزة، لكان أجازها وأقرها سيدنا عمر بن الخطاب⁽²⁾.

ولقد اتفق الفقهاء على أنه من يقوم بالفصل بين المسلمين لا بد أن يكون قاضياً مسلماً ولكن هناك بعض الباحثين في موضوع القضاء في الإسلام في جواز تولية غير المسلم قضاء المسلمين قياساً على الشهادة وأن قضاءه بينهم جائز فيما عدا مسائل الأحوال الشخصية واستدلوا على ذلك فيما يلي :

أجاز الحنابلة وشريح والنخعي والأوزاعي وابن مسعود وابن موسى والظاهرية والإمامية قبول شهادة غير المسلمين في وصية المسلم حال السفر لقوله تعالى "يا أيها الذين آمنوا شهادة بينكم إذا حضر أحدكم الموت حين الوصية اثنان ذوا عدل منكم أو آخران

(1) ناصر احمد ابراهيم النشوي، المرجع السابق، ص 425 .

(2) عبد العزيز نبيه عبد العزيز خضر، المرجع السابق، ص 25.

من غيركم إن أنتم ضربتكم في الأرض فأصابتكم مصيبة الموت" (1) والمراد من غيركم أي من أهل الكتاب ، فأجازت الآية شهادة غير المسلم على المسلم في حالة الوصية في حال السفر ولم يجد غيره ممن يشهد بذلك.

ولقد روي عن الإمام ابن حنبل القول بجواز شهادة غير المسلم في الإرث قياساً على ما أجازته في السفر ، كما روي عن الإمام مالك القول بجواز شهادة طبيبين كافرين على المسلم حين لا يوجد طبيب مسلم .

إن ابن تيمية يقول: إن تعليل قبول شهادة غير المسلم في الوصية حال السفر بالضرورة يقتضي هذا التعليل قبولها في كل ضرورة حضرًا أو سفرًا وصية أو غيرها لدلالة النص على ما يسأوي الوصية في الحوادث.

أضف إلى ذلك أن قوله تعالى ﴿وَأَشْهَدُوا إِذَا تَبَايَعْتُمْ﴾ (2) ولقوله تعالى ﴿فَإِذَا دَفَعْتُمْ إِلَيْهِمْ أَمْوَالَهُمْ فَأَشْهَدُوا عَلَيْهِمْ﴾ (3) ، قد جاء مطلقاً عن اشتراط الإسلام فيكون غير المسلم أهلاً للشهادة على المسلم فيما على الإطلاق ونحوه مما يندرج تحت أحكام الأسرة لاشتراط ذلك (4) .

(1) سورة المائدة ، آية 106.

(2) سورة البقرة ، آية 282.

(3) سورة النساء ، آية 6.

(4) محمد سلام مذكور ، القضاء في الإسلام ، ص40 ، دار النهضة العربية.

وبعد ستعراض الآراء والأدلة السابقة نخلص منها إلى " إنه مادام غير المسلم أهل للشهادة على المسلم فإنه يكون أهلاً للقضاء عليه وذلك لأن أهلية القضاء بأهلية الشهادة ".

ولكن هذا الرأي مخالف لما سبقه من الإجماع وتم الرد عليه بالأدلة الآتية :

أولاً: إن القول بأن الإمام أحمد يرى جواز شهادة غير المسلم على المسلم في الميراث ، لا وجود له في الكتب المعتمدة في مذهب الحنابلة ، وفي ذلك يقول ابن قدامة "مذهب أبي عبد الله إن شهادة أهل الكتاب لا تقبل في شيء على مسلم ، ولا على كافر ، إلا في الوصية في السفر، إذا لم يكن غيرهم" ورواه عنه نحو عشرين نفساً ولقد أعقب ذلك بقوله "وهذا مذهب قاضي العلم والعدل شريح وقول سعيد بن المسيب ، وحكاه عن ابن عباس ، وأبي موسى الأشعري ، وهذا يوهن قيمة الرواية الأولى ، وإنها على فرض صحتها فهي مرجوحة وهي محمولة على حال الضرورة ، إنها قضت بقبول أهل الكتاب في الوصية ، فإذا لم تتحقق الضرورة المذكورة ، فلا تقبل في الشهادة ، وما يُستفاد من هذا الدليل هو جواز تولية غير المسلم في القضاء عند الضرورة وفي عدم وجود المسلمين فقط دون الاختيار .

ثانياً: إن الشهادة التي وردت مطلقة في آية التبائع ، ودفع مال اليتيم مقيدة بالأدلة الدالة على اشتراط إسلام الشهود ، وعدالتهم في الشهادة على المسلمين ، لقول الله تعالى ﴿وَاسْتَشْهِدُوا شَهِيدَيْنِ مِنْ رَجَالِكُمْ فَإِنْ لَمْ يَكُونَا رَجُلَيْنِ فَرَجُلٌ وَامْرَأَتَانِ مِمَّن

تَرَضُّونَ مِنَ الشُّهَدَاءِ¹ ورجالنا هم المسلمون وهذا يظهر إن الشهادة المطلقة في الآيتين مقيدة بالإسلام فلا حجة له فيما ادعاه .

ثالثا: إن بناء ولاية القضاء علي الشهادة ، بمعنى إن من كان أهلا للشهادة يكون أهلا للقضاء غير مسلم به لان ولاية القضاء ملزمة بلا واسطة ، أما الشهادة فهي ملزمة بواسطة حكم القاضي ، وبذلك فالشهادة اقل رتبة من القضاء ، وبذلك بينهما فارق يمنع من بناء احدهما علي الآخر ، وبذلك يظهر بطلان الرأي المذكور لأنه رأي ضعيف وقياس في غير محله (2) .

مما سبق عرضه يتضح أن جمهور الفقهاء اتفق علي انه من يقوم بالحكم بين المسلمين لابد إن يكون مسلماً ولكن اختلفوا في حالة مدي جواز تولي القضاء رجل غير مسلم إذا كان الخصوم غير مسلمين وذلك علي النحو الآتي :

1- إن جمهور الفقهاء اجمع علي إن القضاء لا يعين فيه إلا مسلم اجتمعت فيه جميع الشرائط الواجبة لتعيينه وبذلك فشرط الإسلام عندهم ضروري سواء القضاء كان بين المسلمين أو غير المسلمين وأدلتهم في ذلك هي (3) .

(1) سورة البقرة ، آية 282 .

(2) ضاحي موسي حسن عبد الرازق، الضمانات الكفيلة لحسن أداء القضاء لمهامهم بين الشريعة الإسلامية والقانون الوضعي المصري، ص46، جامعة الإسكندرية ، كلية الحقوق.

(3) أبي مُحَمَّدَ عَلِيٍّ بُنُّ إِحْمَدُ بْنُ سَعِيدِ بْنِ حُرْمٍ، المرجع السابق، ص363 وكذلك بُرْهَانَ الدِّينِ أَبِي الوَفَاءِ إِبْرَاهِيمَ بْنِ فَرْحُونَ اليعمري المَالِكِي، المرجع السابق، ص21 وكذلك أبو يعلي محمد بن

- قول الله تعالى ﴿وَاسْتَشْهِدُوا شَهِيدَيْنِ مِنْ رِجَالِكُمْ﴾⁽¹⁾ ورجالكم عائدة علي المسلمين.

- قول الله تعالى ﴿يَا أَيُّهَا الَّذِينَ آمَنُوا كُونُوا قَوَّامِينَ بِالْقِسْطِ شُهَدَاءَ لِلَّهِ﴾⁽²⁾ وهنا يشترط بذلك العدالة والإيمان .

2- إن الغرض من القضاء هو الفصل في المنازعات بإصدار الأحكام الشرعية لها والكافر جاهل بهذه الأحكام فكيف يحكم بها ، بالإضافة إلى أن القضاء يعز الإنسان ويرفعه في حين أن الكفر يذل الإنسان فكيف يجتمع الضدان ؟ ورغم كون الكافر ليس أهلاً للقضاء إلا أنه يمكن أن يتحاكموا إليه ، ليس بصفة قاضي ، ولكن بصفة رئيس أو زعيم عليهم ، ولا يلزمهم حكمه إلا إذا رضوا به ولا يأخذ الإمام بحكمه وإذا امتنعوا عن التحاكم إليه لم يجبروا عليه وهذا قول جمهور الفقهاء⁽³⁾.

حسين الفراء، المرجع السابق، ص61 وكذلك الإمام أبي زكريا يُحْيِي بِنُ شَرَفِ النَّوَوِيِّ فِي فَهْمِهِ الشَّافِعِيَّةِ، المرجع السابق، ص501 وكذلك بِنُ الْقَاسِمِ الْغُزِّيِّ عَلَيَّ مَتَّنَ الشَّيْخِ أَبِي شَجَاعَ، المرجع السابق، ص614.

(1) سورة البقرة، آية 282.

(2) سورة النساء، آية 135.

(3) أبو يعلي محمد بن حسين الفراء، المرجع السابق، ص61 وكذلك الإمام أبي زكريا يُحْيِي بِنُ شَرَفِ النَّوَوِيِّ فِي فَهْمِهِ الشَّافِعِيَّةِ، المرجع السابق، ص501.

بينما يرى الحنفية والإباضية أنه يجوز تولية القضاء من غير المسلمين⁽¹⁾ ولكن بشرط ألا يكون القاضي أدنى من المتخصصين حالاً أي لا يكون أدنى منهم في العقيدة

الدينية فلا يقضي الحربي والمستأمن⁽²⁾ على الذمي⁽¹⁾ ولكن يقضي الذمي علي

(1) المسلم: هو من يرتبط مع الدولة برباط العقيدة الإسلامية ويحمل جنسيتها على هذا الأساس ، أحمد النجدي زهو، الأساس وأحكام التصرفات في الفقه السلامي، ص 131، دار النصر للنشر والتوزيع .

(2) المستأمن: بكسر الميم: هو الطالب للأمان، ويصح بالفتح بمعنى اسم المفعول والتاء للضرورة اي صار امانا ، لمزيد من التفاصيل أنظر عبد الكريم زيدان، احكام الذميين والمستأمنين في دار الاسلام، ص48 .

وهو شخص دخل ديار الإسلام بغير نية الإقامة الدائمة فيها بل إقامتها فيها تكون محدودة بمدة معلومة ومن ثم يبرم عقدا يسمى عقد الأمان طوال مدة إقامته على أن هذه الإقامة هي بالضرورة مؤقتة وهي غالبا للسماح له بالإتجار وقد تتجدد الإقامة وقتا بعد آخر بيد إنه لا تجوز أن تكون إقامته دائمة فإذا أخذت صفة الدوام تحول إلى رعايا الدولة الإسلامية وفقا لوصف الذمي " لمزيد من التفاصيل أنظر مصطفى أحمد فؤاد، مفهوم إنكار العدالة، ص30، منشأة المعارف بالإسكندرية، 1986، وكذلك " ناصر احمد ابراهيم النشوي، موقف الشريعة الإسلامية في الاستعانة بغير المسلمين في الجهاد وتولي الوظائف العامة بالدولة، ص 386، الاسكندرية، دار الجامعة الجديدة للنشر، 2005 .

والاصل في الامان قول الله تعالى "وان احد من المشركين استجارك فاجره حتى يسمع كلام الله ثم ابلغه مأمنه" وقول رسول الله ﷺ "ذمة المسلمين واحدة يسعى بها ادناهم"، وهذا الامان مؤقت على عكس الامان على اساس عقد الذمة والذي يتسم بالأبدية . لمزيد من التفاصيل انظر عبد الكريم زيدان، احكام الذميين والمستأمنين في دار الاسلام، ص46.

والمستأمن له حق الدخول في دار الإسلام بهذا الأمان والإذن بما لا يزيد عن سنة وله حق الحماية من الاعتداء عليه وحرية التنقل وتمتعه بالعقيدة وله مباشرة المعاملات المالية مع

المسلمين والذميين ، لمزيد من التفاصيل انظر أحمد النجدي زهو، الأساس وأحكام التصرفات في الفقه السلامي، ص 132، دار النصر للنشر والتوزيع

ولصحة امان المسلم لا بد ان يكون بالغا، عاقلا، ذكرا كان أو انثى ولا يكون فيه ضرر على المسلمين وهذا شرط يتفق مع المصلحة وللإمام الرقابة على ذلك العقد وهذا يدعى الامان المؤقت الخاص وهناك الامان المؤقت العام وهو يعطيه الامام لجميع الحربيين أو إلى جمع غير محصور منهم ويصدر من الامام فقط أو إلى نائبة وهناك الامان بالموادعة هي الامان المؤقت وهي معاهدة مع غير المسلمين على ترك القتال وتدعى أيضًا المسالمة أو المهادنة وتلك أيضًا لا تجوز الا من الامام، وهناك الامان بالعرف أو العادة وهي إذا ارسل غير المسلمين رسولا إلى دار الاسلام بدون تقدم امان من المسلمين فهو امن إذا اخرج كتابا من ملكهم أو رئيسهم وكذلك امان التجار، واخرهم الامان بالتبعية وهو ان الأولاد الصغار يدخلون في عقد الامان تبعا، لمزيد من التفاصيل انظر عبد الكريم زيدان، احكام الذميين والمستأمنين في دار الاسلام، ص 51، 57.

(1) والذمي: الذمة في اللغة هي العهد والأمان وأهل الذمة هم السكان الأصليين للمناطق التي فتحها المسلمون وأصبحت جزءا من دار الإسلام ممن يؤمنون بكتاب سماوي كاليهود والنصارى أو شبه كتاب كالمجوس واطلق عليهم أهل ذمة أو ذميين لأن لهم عهد الله ورسوله وجماعة المسلمين " لمزيد من التفاصيل أنظر مصطفى أحمد فؤاد ، مفهوم إنكار العدالة، ، ص 30 ، الإسكندرية، منشأة المعارف 1986 ، وكذلك رمضان خضر سالم، عقد الصلح في القانون الوضعي والشريعة الإسلامية، ص 30، رسالة لنيل درجة الدكتوراه كلية الحقوق، جامعة القاهرة، 2008.

والذمي هو من يرتبط مع الدولة برباط الذمة ويحمل جنسيتها على أساس الذمة، والذمي له حق التنقلوحرية الاعتقاد وحرمة المسكن وحماية شخصه من أي اعتداء وكفالة الدولة له عند الفقر والعجز وكذلك له مباشرة التصرفات المالية وعليه واجبات للدولة هي الجزية وأداء الضريبة على أمواله التجارية والامتناع عما يخل بالنظام العام .لمزيد من التفاصيل انظر أحمد النجدي زهو، الأساس وأحكام التصرفات في الفقه السلامي، ص 131، دار النصر للنشر والتوزيع.

وعقد الذمة: هو اقرار بعض الكفار على كفرهم بشرط بذل الجزية والتزام احكام الملة، ويمقتضاه يصير غير المسلم في ذمة المسلمين اي في عهدهم وامانهم على وجه التأييد وله الإقامة في دار الاسلام على وجه الدوام وشرع عقد الذمة بعد فتح مكة.

الحربي

والمستأمن⁽¹⁾ ويقضي أهل الكتاب على من دونهم من غير أهل الكتاب ، وذلك لأن أهلية القضاء من أهلية الشهادة وأدلتهم في ذلك⁽²⁾ .

وعلى ذلك فأهل الذمة يعتبرون من مواطني الدولة الإسلامية ويتمتعون بحمايتها ويلتزمون بالأحكام الإسلامية ما عدا تلك التي تخص عقيدتهم . لمزيد من التفاصيل انظر ناصر احمد ابراهيم النشوي، المرجع السابق، ص 385.

وحكمة مشروعيته: ان يترك الحربي القتال مع احتمال دخوله الاسلام عن طريق مخالطته الاسلام واطلاعه على شرائع المسلمين والاسلام وعقد الذمة يشبه التجنس في الوقت الحاضر .

وعقد الذمة يعقد عن طريق الخليفة أو نائبة . د: رمضان خضر سالم، المرجع السابق، ص

31

والذمة تعقد لأهل الكتاب من اليهود والنصارى والمجوس بينما المرتدون لا تجوز لهم عقد الذمة اجماعاً، والسنة النبوية تدل على جواز عقد الذمة لجميع اصناف غير المسلمين عرباً كانوا أو عجماً وذلك لقول رسول الله ﷺ " إذا لقيت عدوك من المشركين فادعهم إلى ثلاث خصال فأيتهن اجابوك فاقبل منهم وكف عنهم، وادعهم إلى الاسلام.. فان هن ابوا فسألهم الجزية، فان هن اجابوك فاقبل منهم وان هم ابوا فاستعن بالله وقاتلهم " . لمزيد من التفاصيل انظر عبد الكريم زيدان، احكام الذميين والمستأمنين في دار الاسلام، ص22-29 ، رسالة لنيل درجة الدكتوراه، كلية الحقوق ، جامعة القاهرة، 1962 .

(1) بينما المستأمنين فهم اجانب عن دار الاسلام لانهم من اهل دار الحرب ودخلوا دار الاسلام بأمان مؤقت ولذلك لا نصيب لهم في ادارة شؤون الدولة الإسلامية عن طريق التمتع بالحقوق السياسية، عبد الكريم زيدان، احكام الذميين والمستأمنين في دار الاسلام، ص85.

(2) أبي القاسم علي بن محمد بن احمد السمناني، المرجع السابق، ص52 ، وكذلك محمد بن يوسف اطفيش، المرجع السابق، ص114.

أولاً: قول الله تعالى ﴿يَا أَيُّهَا الَّذِينَ آمَنُوا لَا تَتَّخِذُوا الْيَهُودَ وَالنَّصَارَىٰ أَوْلِيَاءَ بَعْضُهُمْ أَوْلِيَاءُ بَعْضٍ﴾⁽¹⁾ ولقد دلت الآية ولاية بعضهم على بعض والقضاء نوع من أنواع الولاية

ثانياً: أنه يجوز شهادة الذمي على مثله فمن ثم يجوز قضاء الذمي على مثله لأن أهلية القضاء تتبع أهلية الشهادة

ثالثاً: منذ فجر التاريخ الإسلامي جرى العرف على تعيين قضاة من أهل الذمة ليحكموا بينهم ولقد روي قيام عمرو بن العاص بتتصيبه للأقباط قضاة منهم وأقره عمر بن الخطاب على ذلك حين بلغه، حيث كان إسناد الوظائف العامة إلى الذميين في الدولة الإسلامية شائعاً حيث قال (آدم منزامر) أحد مؤرخي الغرب من الأمور التي تعجب بها كثرة عدد العمال والمتصرفين غير المسلمين في الدولة الإسلامية⁽²⁾.

رابعاً: إن تولية قاضي من غير المسلمين ليحكم بينهم هو نوع من أنواع تسامح المسلمين مع أهل الذمة وهو مبدأ أقره الإسلام⁽³⁾

خامساً: قال الشيخ المراغي انه " يجوز للوالي المسلم ان يولي القضاء الذمي لينظر في قضايا الذميين ويحكم عليهم بما تقتضيه شريعتهم ، وذلك لان الوالي المسلم

(1) المائدة، آية 51.

(2) عبد الكريم زيدان ، احكام الذميين والمستأمنين في دار الاسلام، ص81.

(3) ضاحي موسى حسن عبد الرازق، المرجع السابق، ص49.

مطلوب منه القيام بمصالح الذميين (1) . وفي العصر الأموي كان القضاة غير المسلمين يتمتعون باختصاص جنائي على أتباع ديانتهم ، غير إنه من مع نهاية العصر الأموي انحدرت سلطة القاضي غير المسلم جنائيا فانقل اختصاصه للقضاة المسلمين (2) . على الرغم أن غير المسلمين في المجتمع الإسلامي أُلزموا بالخضوع لأحكام الإسلام فيما يرجع على المعاملات المدنية ، والجنائية ، وذلك لارتباط تلك الأحكام ارتباطاً وثيقاً بالمجتمع (3) .

وبعد عرض الآراء الفقهية السابقة وأدلتهم ، وعلى الرغم من أن شرط إسلام القاضي كان محل خلاف بين فقهاء الشريعة في الماضي- و أن جميع المجتمعات والديانات كما سبق توضيحه كانت تشترط الخلفية الدينية في القاضي ويرجع ذلك لأن رابطة الديانة هي التي كانت تربط المجتمعات السابقة - إلا أن ذلك الشرط لم يعد ذو أهمية في الوقت الحالي لأن المواطنة والجنسية حلت محل الديانة كرابطة تميز المجتمعات عن بعضها البعض ، ولأن إقصاء طائفة من المجتمع بناء على إنتمائها الديني يعد مخالفا لقواعد العدالة المنصوص عليها في جميع القوانين الوضعية والشرعية ، أضف إلى ذلك أن معظم القوانين الوضعية

(1) عبد الكريم زيدان، احكام الذميين والمستأمنين في دار الاسلام، ص599.

(2) السيد عبد الحميد فودة ، أحمد محمد البغدادي ، موجز القانون المصري ، ص33 ، كتاب المستوى الدراسي الثاني للفصل الدراسي الثاني لكلية الحقوق ، جامعة بنها 2002.

(3) محمود حمدي زقزوق ، موسوعة الحضارة الإسلامية ، ص86 ، وزارة اوقاف ، المجلس الأعلى للشؤون الإسلامية، 2005 .

مكتوبة ولا يوجد إجتهد للقاضي إلا في أضيق الحدود ، لذا فيتبين يرى الباحث أنه يجوز تولية القضاء لغير المسلم مطلقا .

وكما سبق القول ، ففي الوقت الحاضر ما يربط المجتمع ببعضه ليس الديانة بل هي فكرة الولاء والتبعية لدولة واحدة التي هي أصل الجنسية في العصر الحديث . حيث أنه مع تعدد الديانات في الدولة الواحدة ، أتجهت الدول إلى ترسيخ فكرة المواطنة في مواطنيها والتي تعني وجود صلة إجتماعية ، وسياسية ، وقانونية ، قائمة بين شخص ودولة تجعله يمتلك حقوقا دينية ، وإقتصادية ، وثقافية ، وممارسة حقه السياسي⁽¹⁾ ، شرط ألا يكون محروما كليا أو جزئيا من ممارسة هذا الحق بسبب الحرمان من حقه القانوني الأساسي (الجنسية)، أو بسبب الإدانة الجنائية (الحرمان من الحقوق المدنية)⁽²⁾.

إذن المواطنة هي "إنتماء الفرد إلى وطن معين بالمولد ، أو بالجنسية ، ضمن إطار مجتمع سياسي مؤسساتي ، بما يمكنه من حقوق ، ويكفله بواجبات بموجب هذا

(1) سامح فوزي ، المواطنة ، ص10 ، مركز القاهرة لدراسات حقوق الإنسان ، القاهرة ، الطبعة الأولى ، 2007

(2) سيدي محمد ولد ديب ، الدولة وإشكالية المواطنة ، ص59 ، دار كنوز المعرفة ، الأردن ، الطبعة الأولى 2011.

الإنتماء ، في مساواة مع الأخرى ، وبما يحقق علاقة سليمة مع الدولة في إطار من الشفافية والديمقراطية" (1)

وعلى ذلك فالمواطنة تهدف إلى المساواة في الحقوق والواجبات بين المواطنين ، وبغض النظر عن الإختلاف في اللون أو الدين أو الجنس أو العرق أو النوع (2) .

ولقد نص الدستور المصري الصادر في 2014 في مادته (53) على أن " المواطنون لدى القانون سواء ، وهم متساوون في الحقوق والحريات والواجبات العامة ، لا تمييز بينهم بسبب الدين ، أو العقيدة ، أو الجنس ، أو الأصل ، أو العرق ، أو اللون ، أو اللغة ، أو الإعاقة ، أو المستوى الإجتماعي ، أو الإنتماء السياسي ، أو الجغرافي ، أو لأي سبب آخر " .

وهكذا أصبحت الجنسية في عصرنا الحالي ، تحل محل شرط الإسلام (3) في شروط تولية القاضي، ووفقا لمفهوم القانون الدولي فإن الأجنبي هو ذلك الشخص

(1) رشدي بو ذكري، المواطنة ودورها في بناء الدولة القوية "الكويت نموذجا" ، ص9 ، مذكرة مقدمة لنيل شهادة الماستر في العلوم السياسية والعلاقات الدولية ، كلية الحقوق والعلوم السياسية ، بسكرة ، لعام 2013/2014 .

(2) سامح فوزي ، المرجع السابق، ص25

(3) إلا إنه إذا كانت الخصومة تنطوي على ما يوجب تطبيق الشريعة الإسلامية فيه ، فإنه يجب أن يكون جميع القضاة مسلمين وهذا ما قضت به محكمة النقض المصرية " بأنه إذا كانت الخصومة التي فصل فيها الحكم تنطوي على دعوى مما يوجب القانون بشأنها تطبيق أحكام الشريعة الإسلامية وكان الخصوم مسلمين ، فإنه يجب أن يكون جميع القضاة الذين إشتراكوا في إصدار الحكم أي الذين سمعوا المرافعات وتداولوا في إصداره من المسلمين " حكم محكمة

الذي لا تربطه بالدولة رابطة سياسية ، أو قانونية، ومن ثم فإن فيصل القول في اعتبار الشخص أجنبياً من عدمه هو وجود الجنسية من عدمها ، ذلك أن قواعد الجنسية في دولة ما ، هي التي تبين من هم رعايا الدولة ومن ثم هي التي تميز الوطني من الأجنبي (1) .

نصت المادة (6) من الدستور المصري الصادر في 2014 على " الجنسية حق لمن يولد لأب مصري ، أو لأم مصرية، والاعتراف القانوني به ، ومنحه أوراقاً رسمية تثبت بياناته الشخصية، حق يكفله القانون و ينظمه. و يحدد القانون شروط اكتساب الجنسية " .

و لقد قضت المحكمة الإدارية العليا بأن : " نظم الشارع المصري أحكام الجنسية بحسبانها رابطة قانونية ، وسياسية بين المواطن والدولة ، على أسس منضبطة يجعل من إنتساب المواطن لدولته مركزا تنظيميا ، يُكتسب للمصري من أحكام القانون مباشرة ، إذا ما توافرت في حقه الاشتراطات التي أوجبها القانون دون أن يكون للمواطن ، أو السلطة القائمة على إثبات الجنسية دخل في اكتسابها ، أو ثبوتها في حقه ، فتلزم السلطة المختصة في الاعتراف بحقه في التمتع بالجنسية

النقض رقم 56ل2474 ق الصادر بجلسة 1989/3/22 ، تم الإشارة إليه بكتاب أحمد محمد أحمد حشيش ، مشكلات النظام القضائي المصري في ضوء مبدأ سمو القانون الإلهي ، ص 116، دار النهضة العربية ، القاهرة ، 2011

(1) مصطفى أحمد فؤاد، المرجع السابق ، ص31،30 .

المصرية متى تحققت من قيام حالة من الحالات الواردة في القانون التي تسوغ تمتعه بالجنسية المصرية " (1) .

ومن هنا يتبين أن القاضي وبحكم أنه موظف عام فلقد استلزمت معظم التشريعات ، والقوانين ، شرط إن يكون القاضي يحمل جنسية الدولة⁽²⁾ التي يُعين بها وهذا ما

(1) طعن رقم 3741 لسنة 33 ق.ع جلسة 1993/3/21، مجلة المحاماة 2014 ، ص 13 .
(2) الجنسية " هي أنتماء شخص إلى امة معينة أوأنتمائه إلى دولة من الدول، وهي علاقة قانونية وسياسية بين الفرد ودولة معينة وهي تتطلب توافر ثلاث محاور " الدولة، الفرد، علاقة قانونية وسياسية . وهي التبعية القانونية والسياسية التي تحدها الدولة فتحلح بها الصفة الوطنية على الفرد "، والاجنبي في الشريعة الإسلامية هو غير المسلم الذي يقيم داخل حدودها، وهو اما يكون ذميا أو مستامنا، ايا كأنت نوع الإقامة دائمة وا مؤقتة " مصطفى احمد فؤاد، مفهوم انكار العدالة، ص 27،33، بالاسكندرية، منشأة المعارف ، 1986، حيث ان الشريعة الإسلامية اقامت الجنسية على اساس وحدة العقيدة لقول الله تعالى " وان هذه امتكم امة واحدة وانا ربكم فاعبدون" ، لمزيد من التفاصيل أنظر عبد الكريم زيدان، عبد الكريم زيدان، احكام الذميين والمستأمنين في دار الاسلام، ص57، في الإمارات العربية المتحدة .

رغم نص المشرع على شرط الجنسية إلا إنه أجاز في المادتين (19، 59) من قانون السلطة القضائية رقم 1 لسنة 1983 تعيين أبناء البلاد العربية عن طريق الإستعارة من الحكومات التابعين لها أو بمقتضى عقود خارجية وذلك لمدة محددة قابلة للتجديد كما أجازت المادة (2/10) من القانون رقم 8 لسنة 1992 بشأن النيابة بإمارة دبي ذلك أيضًا في حالة عدم وجود عدد كاف من المواطنين لتولي تلك المناصب ، لمزيد من التفاصيل أنظر عبد الكريم زيدان، محمود رضا خضير، تشريعات السلطة القضائية في دولة الإمارات العربية المتحدة، ص28، جامعة القاهرة، كلية الحقوق .

وكذلك أيضًا القانون الليبي نص في المادة 1/44 من قانون نظام القضاء الليبي الإستعانة بالمستشارين والقضاة ورجال النيابة من غير الليبيين لمدة خمس سنوات من تاريخ نفاذ القانون (وقد نفذ من تاريخ نشره في الجريدة رسمية بتاريخ 1958/11/10) وتنتهي هذه المدة في

أكدته الكثير من القوانين الوضعية مثل نص المادة (38) من قانون السلطة القضائية المصري علي الشروط الكلية التي يتطلبها القانون فيمن يُولي القضاء وهي:

أن يكون متمتعاً بجنسية جمهورية مصر العربية وكامل الأهلية المدنية وبذلك لا يجوز تعيين الأجنبي في منصب القضاء الوطني وبعد ذلك مظهرًا من مظاهر سيادة الدولة ويمكن إن يُعين القاضي المتجنس بالجنسية المصرية بعد مضي المدة التي يحددها قانون الجنسية الجديد رقم (26) لسنة 1975 المواد رقم (3) ، (4) ، (6) ، (7) حيث يصبح مكتسبًا الجنسية ومن عداد مواطنيها فتثبت له الصفة الوطنية بعد إن كان أجنبيًا⁽¹⁾.

1963/11/9، ويكون استخدام غير الليبيين في غضون الخمس سنوات بمقتضى عقود خاصة تبين فيها الشروط الخاصة بعملهم والمرتبات التي يتقاضونها ويتمتعون خلالها بجميع الحصانات والضمانات المنصوص عليها في القانون ولخبرة هؤلاء القضاة إستتاهم المشرع من نظام الترقية ورخص لنظارات العدل ترفيتهم في غير دورهم إلى وظائف أعلى وأجاز القانون الليبي جواز مد الخمس سنوات تلك إلى مدد أخرى وذلك بقرار من وزير العدل بعد أخذ رأي نظار العدل ، لمزيد من التفاصيل أنظر عبد الكريم زيدان، محمود القاضي، النظام القضائي والحركة التشريعية في ليبيا، ص88،89، جامعة الدول العربية معهد الدراسات العربية العلمي، 1960.

(1) محمود محمد هاشم، قانون القضاء المدني، ص18، وكذلك احمد هندي ،المرجع السابق، ص67 وكذلك حامد محمد أبو طالب، المرجع السابق، ص81، وكذلك ضاحي موسي حسن عبد الرازق، الضمانات الكفيلة لحسن أداء القضاء، ص87 ، وكذلك خالد عبد العظيم أبو غابة، المرجع السابق، ص26 وكذلك محمد نور شحاتة، المرجع السابق ،ص129 .

وهذا الشرط نصت عليه معظم القوانين ، فنصت المادة (16) من القانون الفرنسي الأساسي رقم 1270/85 الصادر في 22 ديسمبر 1958 علي الشروط الواجب توافرها فيمن يُعَيّن قاضيا ومن هذه الشروط " إن يكون متمتعا بالجنسية الفرنسية منذ خمس سنوات علي الأقل طبقا لما نصت عليه المادتان (81) ، (82) من قانون الجنسية الصادر 19 أكتوبر 1945 والمعدل بالقانون الصادر في 9 يناير 1973⁽¹⁾.

والسبب في ذلك ان القضاء مظهر من مظاهر سيادة الدولة ولا يجوز ان تسمح الدولة في تولي سلطتها الا من تمتع بجنسيتها⁽²⁾ .

ثانيا: الجنس: في بادئ الأمر يجب التوضيح أنه في مصر ، وعلى الرغم من أن المرأة المصرية نالت جميع حقوقها السياسية منذ عام 1956⁽³⁾ ، ورغم إنها شاركت في هئتين قضائيتين هما النيابة الإدارية وهيئة قضايا الدولة، ولها تولي

(1) طارق عبد الجواد شبل، المرجع السابق، ص185.

(2) محمد رضا النمر، المرجع السابق، ص 153.

(3) وعلى الرغم من المادة 11 من الدستور المصري الحالي نصت على " تكفل الدولة تحقيق المساواة بين امرأة والرجل في جميع الحقوق المدنية والسياسية والاقتصادية والاجتماعية والثقافية وفقا لاحكام الدستور .

وتعمل الدولة على اتخاذ التدابير الكفيلة بضمان تمثيل المرأة تمثيلا مناسباً في المجالس النيابية على النحو الذي يحدده القانون، كما تكفل للمرأة حقها في تولي الوظائف العامة ووظائف الادارة العليا في الدولة والتعيين في الجهات والهيئات القضائية دون تمييز ضدها "، إلا إنه حتى حينه لم يتم تمكين المرأة من التعيين في مجلس الدولة والنيابة العامة .

القضاء عن طريق تلك الهيئتين بقرار من رئاسة الجمهورية⁽¹⁾ ، إلا انه محرم عليها دخول النيابة العامة ومجلس الدولة⁽²⁾ .

ولكن يتبين للباحث أن هذا الحرمان يناقض القانون ، والدستور، حيث نصت المادة (11) من الدستور المصري الصادر في 2014 على " تكفل الدولة تحقيق المساواة بين المرأة والرجل ، في جميع الحقوق المدنية ، والسياسية ، والاقتصادية ، والاجتماعية ، والثقافية ، وفقا لأحكام الدستور، وتعمل الدولة على اتخاذ التدابير الكفيلة بضمان تمثيل المرأة تمثيلا مناسباً ، في المجالس النيابية، على النحو الذي

(1) ومنها قرار رئيس الجمهورية رقم 235 لسنة 2015 المنشور بالجريدة الرسمية العدد 25 الصادر في 18 يونية 2015 حيث جاء في المواد من الأولى إلى الثالثة تعيين كل من عضوات هيئة النيابة الإدارية وقضايا الدولة الأتية أسماؤهن بعد قاضيات بدرجة رئيس محكمة من الفئة أ بالإضافة إلى درجات أخرى .

(2) مفتاح سعد بشير الرفادي، المرجع السابق، ص 77 .

وقضت محكمة القضاء الإداري بأنه "قصر بعض الوظائف، كوظائف مجلس الدولة والقضاء علي الرجال دون النساء لا يعدو هو الآخر وزناً لمناسبات التعيين في هذه الوظائف تراعي فيه الإدارة بمقتضى سلطتها التقديرية شتى الاعتبارات من أحوال الوظيفة وملابساتها وظروف البيئة وأوضاع العرف والتقاليد دون إن يكون ذلك خطأ من قيمة المرأة ولا نيلاً من كرامتها ولا نقصاً من مستواها الأدبي والثقافي، ولا غمطاً لنبوغها وتفوقها وإجحافاً بها وإنما مجرد تخيير الإدارة في مجال تترخص فيه ملائمة التعيين في وظيفة بذاتها، وبحسب ظروف الحال ملابستها كما قدرتها فيها، وليس في ذلك إخلالاً بمبدأ المساواة قانوناً ومن ثم فلا معقب لهذه المحكمة علي تقديرها ما دام الأمر قد خلا من إساءة استعمال السلطة " القضية رقم 31 لسنة 4 قضائية جلسة 20 فبراير 1952 القاعدة رقم 176 " لمزيد من التفاصيل أنظر محمد نور شحاتة، المرجع السابق، ص 131 .

يحدده القانون، كما تكفل للمرأة حقها في تولي الوظائف العامة ووظائف الإدارة العليا في الدولة والتعيين في الجهات والهيئات القضائية، دون تمييز ضدها".

وبذلك فإن المشرع لم يفرق بين الرجل والمرأة ، ولا يوجد نص في القانون أو الدستور يمنع تولي المرأة القضاء أو الهيئات القضائية المختلفة، ولا يوجد نص يشترط إن يكون القاضي ذكرا "

ولقد دخلت المرأة المصرية سلك القضاء في عام 2003 حيث تم تعيين المستشارة تهاني الجبالي عضوا بالمحكمة الدستورية العليا والتي تعتبر وظيفتها هي مراقبة مطابقة القوانين لصحيح الدستور⁽¹⁾ .

وبنظرة عامة فإن المرأة في معظم البلاد العربية أصبح لها أحقية تولي القضاء ومن هذه الدول "المغرب والسودان ولبنان وسوريا واليمن والاردن والجزائر وفلسطين وليبيا والعراق وسلطنة عمان والإمارات و البحرين"⁽²⁾

وفي القوانين المعاصرة كانت هناك بعض التشريعات لا تبيح تولي المرأة مناصب القضاء كالتشريع الفرنسي الذي لم يبيح للمرأة الفرنسية حتى عام 1946⁽³⁾ إن

(1) طارق عبد العزيز محمد الطيار ، تولي المرأة القضاء في الدول العربية ، ص 124، بحث مقدم لإستكمال متطلبات الحصول على الماجستير ، 2008، جامعة نايف للعلوم الأمنية

(2) طارق عبد الجواد شبل، المرجع السابق ،ص 379 .

(3) وذلك بصدور قانون " tietgon " في الحادي عشر من أبريل سنة 1964 والذي نص على أن كل فرنسي سواء كان ذكرا أم أنثى تتوفر لديه الشروط التي يتطلبها القانون لشغل وظائف

تتولي مناصب القضاء المختلفة . أما الآن فقد قامت المرأة الفرنسية بأخذ جميع حقوقها و من بينها إن تصبح قاضية حيث نص القانون الفرنسي علي (كل فرنسي سواء أكان ذكرا أم أنثي تتوافر لديه الشروط التي يتطلبها القانون لشغل الوظائف القضائية)⁽¹⁾ ، وكذلك في الولايات المتحدة الأمريكية لم يكن للمرأة ولاية القضاء حتى النصف الأول من القرن الماضي حيث تولت المرأة القضاء وذلك بعد فرنسا بسنوات قليلة ⁽²⁾ . ويقر جانب من الفقه الفرنسي بأن المرأة القاضية قد أثبتت كفاءة

القضاء يمكنه التقدم إليها" لمزيد من التفاصيل أنظر علاء علي عبد المتعال، مدى جواز تولي المرأة القضاء شرعا ووضعا، ص426، القاهرة، دار النهضة العربية " مجلس البحوث القانونية والاقتصادية، السنة 13 عدد يوليو 1999 .

ولقد نصت المادة الأولى من الدستور الفرنسي الصادر عام 1958 في فقرتها الثانية " تعزز التشريعات المساواة بين النساء والرجال تقلد المناصب والوظائف الانتخابية وكذلك المناصب ذات المسؤوليات المهنية والاجتماعية

(1)"tout français , de l'un l'autre sexe , répondante aux condition le gales , peut accéder aux fonctions de la magistrature " saint-laurens (I): lovenent des français ala magistrature m'élonges joseph m. AGNO1. Sirey 1984 –pp 373,391 "

تم الإشارة اليه في كتاب طارق عبد الجواد شبل، المرجع السابق، ص 359 .

(2) تاليف روبرت كارب ورونالد ستيدهام، الإجراءات القضائية في امريكا، ص302، ترجمة علاء ابو زيد، الطبعة الانجليزية الثانية .

وفاعلية لا تقل عن كفاءة وفاعلية القضاة من الرجال ، وإنها إستطاعت بجهد واضح أن تساهم مساهمة إيجابية وفعالة في إدارة العدالة (1) .

ولقد وجدنا في أمريكا إنه قد تتخطي نسبة القاضيات النساء القضاة الرجال في بعض الولايات وهذا ليس بالأمر الغريب برغم إن قانون الولايات المتحدة الأمريكية يشترط شروطاً يجب توافرها في النساء أكثر من الشروط التي يشترطها في الرجل لتولي القضاء ومن هذه الشروط إن القاضية يجب أولاً إن تكون محامية ولديها خبرة لا تقل عن عشرة سنوات(2) .

أما في الفقه الإسلامي فإن هذا الشرط من الشروط التي حدث فيها نقاش وإختلاف في المذاهب بين الفقهاء حيث إن للعلماء في تولي المرأة القضاء ثلاثة أقوال:

أولاً : المنع مطلقاً وهو قول المالكية والشافعية والحنابلة.

ثانياً : المنع مع تصحيح القضاء إن قضت في غير الحدود، والقصاص وهو رأي الأحناف.

ثالثاً : السماح مطلقاً وهو رأي الظاهرية ، وينسب إلي ابن جرير والطبري.

(1) محمد كامل محمد عبد النبي عبيد ، استقلال القضاء ، ص 151 ، رسالة للحصول على درجة الدكتوراة كلية الحقوق جامعة القاهرة ، 1991.

(2) روبرت كارب ورونالد ستيدهام، الإجراءات القضائية في امريكا، ص271، ترجمة د علاء ابو زيد، الطبعة الانجليزية الثانية .

القول الأول: منع المرأة من القضاء مطلقا : هو مذهب جمهور المالكية⁽¹⁾ والشافعية⁽²⁾ والحنابلة⁽³⁾ والشيعة⁽⁴⁾ وكذلك جزء من الحنفية⁽⁵⁾ وهو "عدم جواز

(1) حاشية الدسوقي ج4ص115، مواهب الجليل ج8ص65، تبصرة الحكام ج1ص24، الفواكه الدواني ج2ص360، كفاية الاخير ص727.

** فلقد قال فقهاء المالكية (أهل القضاء لا أنثي ولا خنثي فلا يصح توليتهما للقضاء ولا ينفذ حكمهما)

(2) أبو يعلي محمد بن حسين الفراء، المرجع السابق، ص 88، الوجيز ج2 ص 273، المجموع في شرح المهذب ج20ص126، روضة الطالبين 1905، حاشية البيجوري ج2ص636 .

** ولقد قال فقهاء الشافعية المرأة لا تصلح للإمامة العظمي ولا لتولية البلدان ولذلك لم يول رسول الله ﷺ احد خلفائه امرأة قضاء أو بلد ولو كان ذلك جائزا لما خلا منه جميع الأزمان) وبذلك جاء في نهاية المحتاج للرملي وأيضًا في حاشيتي قليوبي وعميرة ولقد قال الشافعي أيضًا انه لا يجوز تولي المرأة القضاء لقصور عقلها وذلك لأن شهادة المرأة نصف شهادة الرجل.

(3) المغني لابن قدامة ج14ص13، مصطفى السيوطي الرحبياني، المرجع السابق، ج6ص466، كشاف القناع ج9 ص 3194، المبدع وشرح المقنع ج8ص146.

** ولقد قال الحنابلة (يشترط في القاضي إن يكون ذكرا وذلك للقول رسول الله ﷺ لا يصلح قوم ولوا أمرهم لامرأة) وذلك لان القاضي يحضر محافل الخصوم والرجال ويحتاج إلي كمال العقل والفظنة والمرأة ناقصة عقل وليست أهلا لحضور محافل الرجال ولا تقبل شهادتها ولو كان معها ألف امرأة أخري حيث لا بد إن يكون معها ذكرا .

(4) النيل وشفاء العليل ج13ص23 .

***بالنسبة للشيعة: (عدم جواز ولاية المرأة القضاء) وكذلك جزء من الحنفية .

(5) بدائع الصنائع ج7ص3 .

تولي المرأة القضاء مطلقاً فلا بد أن يكون القاضي رجلاً ولقد قالوا "وإذا وليت يكون المولي لها آثماً، وولايتها باطلة وقضاؤها غير نافذ"⁽¹⁾ .

واستند أصحاب ذلك الرأي على أدلة منها :

أولاً: الأدلة من القرآن الكريم

أولاً: قول الحق سبحانه وتعالى ﴿الرِّجَالُ قَوَّامُونَ عَلَى النِّسَاءِ بِمَا فَضَّلَ اللَّهُ بَعْضَهُمْ عَلَى بَعْضٍ وَبِمَا أَنْفَقُوا مِنْ أَمْوَالِهِمْ﴾⁽²⁾ وإستدلوا من هذه الآية ما يلي :

1- إن الله تبارك وتعالى بين إن الرجل مقدم علي المرأة لتفضيله عليها بالعقل والرأي ، فلم يجز أن تتقدم المرأة علي الرجل والذين يجيزون ولاية المرأة يقدمونها علي الرجل ، فيقدمون من أخره الله تعالى⁽³⁾ .

2- إن الآية تفيد حصر القوامة علي الرجال ، لأن المبتدأ المعرف بلام الجنس منحصر في خبره بمقتضي قواعد اللغة العربية ، إلا إنه هاهنا حصر

(1) حاشية الدسوقي ج4ص188، مواهب الجليل ج8ص65، تبصرة الحكام ج1 ص 24، مغني المحتاج ج4ص504، روضة الطالبين ص1905، المبدع وشرح المقنع ج8 ص 146، المغني لابن قدامة ج14ص13.

(2) النساء، آية34.

(3) أبو يعلي محمد بن حسين الفراء، المرجع السابق، ص61، ادب القاضي للغزي ص24 .

إضافي ، أي القوامة للرجال علي النساء لا العكس ، بمعنى إن القوامة له ، لا عليه ، وبذلك لا يجوز تولية المرأة القضاء (1).

ثانيا: قال الله تعالى ﴿وَإِنْ خِفْتُمْ شِقَاقَ بَيْنِهِمَا فَأَبْعَثُوا حَكَمًا مِّنْ أَهْلِهِ وَحَكَمًا مِّنْ أَهْلِهَا إِنْ يُرِيدَا إِصْلَاحًا يُوَفِّقِ اللَّهُ بَيْنَهُمَا إِنَّ اللَّهَ كَانَ عَلِيمًا حَبِيرًا﴾ (2).

ويرى جمهور الفقهاء أن وجه الاستدلال في ذلك أن الله أمر عند حدوث شقاق بين الزوجين إرسال حكمين من الرجال من أهلها يصلحا بينهما وهذا نوع من الخلاف ، ليس من الحدود وهذه الأمور يجوز فيها شهادة المرأة ومع شهادتها لا يجوز تحكيمها ، وإذا كانت المرأة ليست أهلا للتحكيم فأولي إن لا تكون أهلا لولاية القضاء (3) .

ثالثا: قوله تعالى ﴿وَاسْتَشْهِدُوا شَهِيدَيْنِ مِنْ رِجَالِكُمْ فَإِنْ لَمْ يَكُونَا رَجُلَيْنِ فَرَجُلٌ وَامْرَأَتَانِ مِمَّنْ تَرْضَوْنَ مِنَ الشُّهَدَاءِ أَنْ تَضِلَّ إِحْدَاهُمَا فَتُذَكَّرَ إِحْدَاهُمَا الْأُخْرَى﴾ (4)
صدق الله العظيم . إن الله تعالى عندما طلب شهادة الرجال إن لم يأت الطالب

(1) الأحكام السلطانية للماوردي ص 53 .

(2) النساء ، آية 35.

(3) ضاحي موسي حسن عبد الرزق، الضمانات الكفيلة لحسن أداء القضاء، ص 85 ، وكذلك

كمال امام احمد، تولية المرأة القضاء، ص 71.

(4) سورة البقرة ، آية 288.

برجلين فليأت برجل وامرأتين يقومان مقامهما وبذلك فلا تنفرد المرأة بالشهادة مطلقاً إلا فيما لا يطلع الرجال كالزنا¹.

رابعا: قوله تعالى ﴿وَلَهُنَّ مِثْلُ الَّذِي عَلَيْهِنَّ بِالْمَعْرُوفِ وَلِلرِّجَالِ عَلَيْهِنَّ دَرَجَةٌ وَاللَّهُ عَزِيزٌ حَكِيمٌ﴾ (2) . وأيضاً قوله تعالى ﴿وَقَرْنَ فِي بُيُوتِكُنَّ وَلَا تَبَرَّجْنَ تَبَرُّجَ الْجَاهِلِيَّةِ الْأُولَى﴾ (3) . وأيضاً لقول الله تعالى ﴿وَلَا تَتَمَنَّوْا مَا فَضَّلَ اللَّهُ بِهِ بَعْضَكُمْ عَلَى بَعْضٍ لِّلرِّجَالِ نَصِيبٌ مِّمَّا اكْتَسَبُوا وَلِلنِّسَاءِ نَصِيبٌ مِّمَّا اكْتَسَبْنَ﴾ (4) . لقوله أيضاً ﴿يَا أَيُّهَا النَّبِيُّ قُلْ لِّأَزْوَاجِكَ وَبَنَاتِكَ وَنِسَاءِ الْمُؤْمِنِينَ يُدْنِينَ عَلَيْهِنَّ مِنْ جَلَابِيبِهِنَّ ذَلِكَ أَدْنَىٰ أَنْ يُعْرَفْنَ فَلَا يُؤْذَيْنَ وَكَانَ اللَّهُ غَفُورًا رَّحِيمًا﴾ (5) .

فكل هذه الآيات ساقها الفقهاء الرافضيين لتولى المرأة القضاء ويرون أن سبب قوامة الرجل علي المرأة ثلاثة أشياء أولها :هي كمال العقل والتمييز وثانيها: كمال الدين

(1) ادب القاضي للغزي ص24، حاشية الدسوقي ج4 ص164، مغني المحتاج ج4 ص505
ويقول ابن قدامة هنا ولا تقبل شهادتها ولو كان معها ألف امرأة مثلها لو لم يكن معهن رجل وقد
نبا الله سبحانه وتعالى عن ضلالهن ونسيانهن وبذلك لم تصح شهادة المرأة منفردة عن الرجال
فكيف تتولي منصب خطير كهذا مع إنها قد تضل فيؤدي ذلك إلي ضياع أموال الناس * (المزيد
من التفاصيل أنظر المغني لابن قدامة ج12 ص18).

(2) سورة البقرة، آية 228.

(3) سورة الاحزاب، اية30.

(4) سورة النساء، اية 33.

(5) سورة الاحزاب، اية59 .

والطاعة في الجهاد والأمر بالمعروف ، والنهي عن المنكر، وثالثها : بذله لها المال من الصداق والنفقة، وأيضًا معني الآيات السابقة يتبين إن مقام المرأة ومستقرها البيت فلا تخرج إلا عند الضرورة الملزمة وإذا خرجت فلا بد من الاحتشام⁽¹⁾.

ثانيا: الأدلة من السنة الشريفة

وإستدلوا كذلك بأدلة أخرى من سنة الرسول الكريم صل الله عليه وسلم ، مثل ما روي إن كسري لما هلك سأل النبي "صل الله عليه وسلم" من اخلف قالوا استخلف ابنته نوري فقال صلي الله عليه وسلم "خاب قوم ولوا أمرهم امرأة"⁽²⁾ ، فقد خرج مخرج الذم الذي يقتضي النهي ، والدلالة أن النبي "صل الله عليه وسلم" نهى الفلاح عن قوم ولوا أمرهم إلي نساءهم وهم مأمورون باكتساب الفلاح إلي أنفسهم ، وقال الإمام أبو سليمان حمد بن محمد الخطاب : "أن النساء لا يلين الإمارة ولا القضاء بين الناس"⁽³⁾ .

وكذلك قول النبي "صل الله عليه وسلم" : القضاء ثلاثة واحد في الجنة ، واثنان في النار فأما الذي في الجنة فرجل عرف الحق فقضي به ، ورجل عرف الحق فجار

(1) ابي بكر بن عبد الله بن المعروف بابن العربي، احكام القران، ج3، ص624، بيروت ، دار الكتب العلمية الطبعة الثالثة 2002 .

(2) نيل الأوطار للشوكاني ج8ص263 .

(3) سبل السلام للصنعاني ج4ص1469، نيل الأوطار للشوكاني ج8ص268 تبصره الحكام ج1ص105، ادب القاضي للغزي ص24 .

في الحكم فهو في النار، ورجل قضي للناس علي جهل فهو في النار⁽¹⁾ " والحديث ينص علي كون القاضي رجل ويدل مفهومه علي خروج المرأة من القضاء وعدم صلاحيتها لذلك⁽²⁾ .

وأيضاً ما روي عن الرسول "صل الله عليه وسلم" انه قال في النساء "أخروهن حيث أخرن الله" رواه البخاري والحديث دل علي تأخيرهن والقضاء تقديم فلا يصح لهن اعتلاء منصبته⁽³⁾ .

وكذلك قول رسول الله "صل الله عليه وسلم" : ما رأيت ناقصات عقل ودين اذهب للب الرجل الحازم من إحداهن ، قلن : وما نقصان عقلا وديننا يا رسول الله ؟ قال " صل الله عليه وسلم" : أليس شهادة المرأة مثل نصف شهادة الرجل ؟ قلن: بلي ! قال: فذلك من نقصان عقلها ، أليس إذا حاضت لم تصل ولم تصم ؟ قلنا: بلي! قال: فذلك من نقصان دينها⁽⁴⁾ . ووجه الدلالة في هذا الحديث أن المرأة ناقصة عقل ودين وتوليبتها ضرر علي المسلمين ، وسبب حصول المفسدة ، وهذا منهي

(1) نيل الأوطار للشوكاني ج8ص264، المستدرك علي الصحيحين ج4ص90.

(2) ادب القاضي للغزي ص25، نيل الأوطار للشوكاني ج8ص264.

(3) ابو بكر احمد بن عمر بن عبد الخالق المعروف بالبخاري، البحر الزخار المعروف بمسند البراز، ج5، ص188، المدينة المنورة، مكتبة العلوم والحكم، الطبعة الأولى 1988.

(4) ابو بكر بن محمد بن اسحاق النيسابوري، صحيح ابن خزيمة، ص172، رقم الحديث 2045 ، المكتب الإسلامي، الطبعة الثالثة 2003.

عنه ، وذلك لان القضاء من أمور المسلمين العامة وقال الحافظ بن حجر "وليس المقصود من ذكر النقص في النساء لومهن علي ذلك لأنه من أصل الخلقة⁽¹⁾ .

"وكذلك قوله صل الله عليه وسلم أيضًا: "ما تركت بعدي فتته اضر علي الرجال من النساء " . وأيضًا لقوله "إن المرأة عورة فإذا خرجت استشرفها الشيطان⁽²⁾ ، ولقوله : "استوصوا بالنساء خيرا فان المرأة خلقت من ضلع اعوج ، وإن اعوج ما في الضلع أعلاه فإذا ذهب تقومه كسرتة وان تركته لم يزل أعوجا فاستوصوا بالنساء خيرا " .

وبعد بسط كل هذه الأدلة من السنة النبوية الشريفة ، نراهم قد استدلوا من تلك الأحاديث علي إن النساء ناقصات عقل ودين أو بهن اعوجاج لا يمكن تقويمه ، وأن قيامهن بالولاية العامة يرتب عدم الفلاح . وبذلك فان السنة تؤكد عدم جواز ولاية المرأة القضاء⁽³⁾.

(1) شرح فتح القدير، ج1 ص 485 .

(2) ابو بكر بن محمد بن اسحاق النيسابوري، صحيح ابن خزيمة، ص 58، رقم الحديث 1685، ج2.

(3) طارق عبد الجواد شبل، المرجع السابق، ص288 .

ثالثاً: الإستدلال

حيث يستدل من عمل النبي ﷺ وخلفائه ، إنهم قد عينوا القضاة في حاضر الدولة وفي أمصارها ولم يثبت إنهم قد عينوا امرأة واحدة في القضاء ولو كان ذلك جائزاً لما خلت منه العصور المتتابعة⁽¹⁾.

رابعاً: القياس

وقياساً علي الإمامة العظمي ، فالمرأة لا يجوز أن تتولى الإمامة وكذلك القضاء ، لأنه جزء من الولاية العامة والمرأة ناقصة عن رتبة الإمامة فلا تصلح للولاية العامة ولا لتولية البلدان ، وفي ذلك يقول ابن رشد المالكي: "فمن رد قضاء المرأة شبهه بالإمامة الكبرى"⁽²⁾.

ويتم القياس أيضاً علي المنع من إمامة الصلوات "فكما إن المرأة لا تصح إن تكون إمامة للصلوات، فكذلك القضاء لا يصح إن تتولاه ، وقال الماوردي : "ولما منعها نقص الأنوثة من إمامة الصلوات مع جواز إمامة الفاسق فكان المنع من القضاء ، الذي لا يصح من الفاسق أولى " ⁽³⁾ .

(1) ادب القاضي للغزي ص25، المغني لابن قدامة ج12 ص 18.

(2) ادب القاضي للغزي ص25، أدب القاضي للمأوري ج1، ص135.

(3) طارق عبد الجواد شبل، المرجع السابق، ص295

خامسا: من المعقول

ومن المعقول أن يحضر القاضي محافل الرجال ، والقضاء محتاج إلي كمال الفطنة ، والجرأة في الرأي ، والمرأة قليلة الرأي ، ولا تقبل شهادتها كما سبق القول ، والمرأة أيضًا ليست أهلا لحضور محافل الرجال لما يشوب ذلك من كرامتها ، وسمعتها ⁽¹⁾ ، وقيل إن المرأة لا تصلح إن تكون إماما ولا قاضيا لأن الإمام يحتاج إلي الخروج ، لإقامة أمر الجهاد والقيام بأمر المسلمين والقاضي يحتاج إلي البروز ، والمرأة تعجز لضعفها عن القيام بأكثر الأمور ، ولأن المرأة ناقصة والإمامة والقضاء من كمال الولايات فلا يصح لها إلا الكمال من الرجال ⁽²⁾ .

ومن العرف:

يري أنصار هذا الرأي أن العرف قد جري علي عدم ولاية المرأة القضاء وذلك لأنه لم تثبت تولية المرأة القضاء في عصر رسول الله - صل الله عليه وسلم - أو الخلفاء الراشدين أو العصور التي تلتهم ⁽³⁾ .

(1) المجموع في شرح المهذب، ج20ص128

(2) ضاحي موسي حسن عبد الرازق، المرجع السابق، ص61، وكذلك كمال امام احمد ،المرجع السابق، ص87

(3) أبو يعلي محمد بن حسين الفراء، المرجع السابق، ص61، والمغني ج12ص16 .

مناقشة أدلة الرأي الأول

ويرى الباحث إنه لا بد من مناقشة تلك الأدلة للخلوص إلى نتيجة نرتضيها ولا تتعارض مع مقاصد الشريعة الإسلامية الغراء من القرآن الكريم والسنة والنبوية المطهرة ، فإذا كانت لهم آراء فمن حق الباحث أن يكون له رأي يعرضه من خلال أدلة وشواهد .

أولاً: إن آية القوامة هنا المراد منها قوامة التأديب ، وتصريف شئون الأسرة ، وليس المقصود بالولاية هنا الولايات العامة كالقضاء ، وذلك لأن تلك الآية نزلت في حادثه سعد بن الربيع ، وإمرأته حبيبة بنت زيد بن أبي زهير⁽¹⁾ . والآية لا تدل على كون الرجال هم الحكام فقط ، ولا تدل على منع النساء من تولي الحكومة لأن لفظ " قوام " يأتي في اللغة بمعنى القائم بالكفالة والإتفاق ، ولا يأتي بمعنى الحاكم أو الأمير ، فالآية تدل على مسئولية الرجال قبل أهلهم من توفير النفقة ، وحفظ النساء والآية تتحدث عن إتفاق الرجال على زوجاتهم ووجوب إطاعة زوجاتهم لهم في الحياة الزوجية⁽²⁾ .

ثانياً: في حديث (لم يفلح قوم ولوا أمرهم لامرأة) "فقال الكمال بن همام : غاية ما يفيد منع إن تستقضي وعدم حله فالحديث متعرضاً للمولين ولهن بنقض الحال وهذا حق ويرد علي كلمة أمرهم في الحديث الشريف ، يراد بها جميع شئون الدولة

(1) لسان العرب ص3781.

(2) طارق عبد العزيز محمد الطيار ، المرجع السابق، ص 33 .

وهو رئاسة الدولة (1)، حيث أن العبرة بعموم اللفظ ، لا بخصوص السبب وذلك وفقا للقاعدة الأصولية (2) .

ثالثا: ورد ابن حزم الحديث بقوله "إن ذلك في الأمر العام الذي هو الخلافة، برهان ذلك قول رسول الله "صل الله عليه وسلم" المرأة راعية في بيت زوجها ، ومسئولة عن رعيتهما " . وأيضا لصلاحيه المرأة للولايات الخاصة حيث تصلح إن تكون وليه عن اليتيم ، أو ناظرة أوقاف ، وبذلك يجوز إسناد الولايات العامة لها(3) .

رابعا: لقد تم الاعتراض علي شرح الفقهاء للآية الثانية وهي أية القرار في البيوت وإذا خرجت محتشمة حيث لأن هذه الآية خاصة بنساء النبي ﷺ " فقط ، ولكنهم ردوا علي ذلك بان الآيات تشمل نساء النبي ﷺ والمؤمنات والمسلمات ، ولكنني أرد علي ذلك بالآتي:

1- مسألة القرار في البيوت فان الاية الكريمة تم سبقها بقول الله تعالى ﴿ يَا نِسَاءَ النَّبِيِّ لَسْتُنَّ كَأَحَدٍ مِّنَ النِّسَاءِ ﴾ وبذلك فان مسألة القرار خاصة بنساء النبي ﷺ (4) ، فإنه لا يشبههن أحد من النساء ولا يلحقهن في المنزلة والفضيلة (1) .

(1) المحلي لابن حزم ج9ص429

(2) رشدي شحاته أبو زيد، تولية المرأة القضاء، ص103، ط1، دار الفكر العربي، القاهرة

(3) المحلي لابن حزم ج9ص429

(4) احكام القران لابن العربي ج3ص568

2- مسألة الاحتشام وعدم التبرج فانه لا مانع من خروج المرأة محتشمة للعمل ، وذلك لأن تلك الآية وردت في وصف المرأة المسلمة وليس منعها من العمل .

خامسا:ولقد سجلنا الإختلاف في مفهوم الحديث النبوي (إذا كان أمراؤكم شراركم) وذلك بالاتي :

1- تعارض مفهوم الحديث مع قول الله تعالى ﴿ وَلَقَدْ كَرَّمْنَا بَنِي آدَمَ ﴾ وهذا اللفظ يشمل النساء والرجال .

2- قوله تعالى ﴿وَالْمُؤْمِنُونَ وَالْمُؤْمِنَاتُ بَعْضُهُمْ أَوْلِيَاءُ بَعْضٍ يَأْمُرُونَ بِالْمَعْرُوفِ وَيَنْهَوْنَ عَنِ الْمُنْكَرِ﴾⁽²⁾ وهذه الاية تقضي بالأمر بالمعروف والنهي عن المنكر اي الاشراف علي امور المسلمين

سادسا: القول في فهم الحديث " النساء ناقصات عقل ودين " . فإن هذا الحديث يشير إلي طبيعة المرأة الفسيولوجية دون إن يتضمن منعها لها من تولي الوظيفة العامة⁽³⁾.

(1) اسماعيل بن عمر بن كثير، المصباح المنير في تهذيب بن كثير، ص1087، الرياض، دار السلام للنشر والتوزيع ، ط2 2000

(2) سورة التوبة، اية 71

(3) كمال امام احمد المرجع السابق، ص 106

سابعاً: أما بالنسبة لحديث " ما اجتمع رجل وامرأة إلا كان ثالثهما الشيطان " فإنه يمكن الرد علي فهم هذا الحديث بأن قاعة القضاء تكون مليئة بالناس وبذلك لا ينفرد الرجل والمرأة لوحدهما .

ثامناً: وأما بالنسبة لفهم الحديث " استوصوا بالنساء خيراً " فإن هذا الحديث ينص علي كيفية خلق المرأة وكيفية معاملة الرجال للمرأة .

تاسعاً : وبالنسبة لقول الله تعالى " وللرجال عليهن درجة " فهذه الدرجة ليست درجة علو أو سمو بل درجة قوامة وقيادة الأسرة وذلك لأنه المكلف بالإففاق علي الأسرة⁽¹⁾

ويمكن الرد علي من المعقول بأنه: إن الرسول "صل الله عليه وسلم" كان يقوم باستشارة بعض زوجاته في بعض الأمور العامة ،مثل استشارته لام سلمة⁽²⁾، وقيام السيدة عائشة بالإفتاء ، والفصل بين الرجال والنساء في الجامع . وحادثة سيدنا عمر بن الخطاب - رضي الله عنه - مع المرأة في تحديد المهر عندما قال أصابت المرأة وأخطأ عمر⁽³⁾ ، أضف إلى ذلك إن الأصل في الأشياء الإباحة : هذه قاعدة فقهية مقررة: رغم أن البعض ذهب إلى أن الأصل هو الحظر، لكن

(1) اميمة فؤاد مهنا، المرأة والوظيفة العامة، ص 47، رسالة لنيل درجة الدكتوراة كلية الحقوق جامعة القاهرة

(2) طارق عبد الجواد شبل، المرجع السابق، ص289

(3) نيل الأوطار للشوكاني ص1222

الشرع لا يؤخذ على عمل ما لم يحرمه الشرع وهذا هو المباح⁽¹⁾ ، وبذلك ليس هناك قاعدة شرعية تحرم تولية المرأة القضاء قاطعة الدلالة لا تقبل الجدل أو تعدد المفاهيم ، حيث لا إجتهد مع وجود نص، أضف إلى ذلك قيام المرأة بالجهاد مع الرجال في غزوة حنين وكذلك في معركة اليرموك فكيف بعد ذلك ينكر حقها في القضاء⁽²⁾ .

والآن سوف يتناول الباحث آراء بعض المؤيدين للرأي الأول (منع المرأة ولاية القضاء مطلقا) من رجال الفقه الإسلامي المعاصر، ومنهم الشيخ محمد المدني حيث قال: " إن حق الولاية في الشؤون العامة لم تُجعل للمرأة، وذلك لأن الرجل أقر علي التفرغ له ، والصبر علي تبعته ، حيث أنه معرض لأن ينظر في أمر طارئ ، وحكم مفاجئ ، بينما المرأة أجهدا الحمل في بطنها أو المخاض أو الرضاع أو نحو ذلك من شؤون الأسرة " ⁽³⁾ .

الرأي الثاني:جواز ولاية المرأة القضاء مطلقا

فهذا الرأي يجيز للمرأة أن تلي القضاء مطلقا ، وإليه ذهب ابن حزم الظاهري ، والحسن بن أبي الحسن بن يسار البصري ، وهو محكي عن محمد بن جرير الطبري:

(1) أحمد النجدي زهو، الأساسي وأحكام التصرفات في الفقه الإسلامي، ص 27، 2004، دار النصر للتوزيع والنشر

(2) ظافر القاسمي، المرجع السابق، ص250

(3) طارق عبد الجواد شبل، ولاية المرأة القضاء، ص، القاهرة 317، دار النهضة العربية، 2002 .

حيث روي عن بن جرير إن الذكورة لا تشترط ، وذلك لان المرأة تجوز إن تكون مفتية ، فيجوز إن تكون قاضيا ، ويرى ابن حزم الظاهري انه لا مانع من تولي المرأة القضاء ، وإنه يجوز توليها من غير أثم موليتها ، وذهب ابن فرحون في مؤلفه " تبصرة الحكام " إلي انه أجاز ابن القاسم للمرأة إن تتولي القضاء وإنه يصح حكمها فيما تصح فيه شهادتها ، ولقد ذهب ابن عبد السلام في المالكية إلي القول بان الحسن البصري أجاز تولية المرأة القضاء ولقد استدلوا علي ذلك بالاتي (1) .

أولاً: الأدلة من الكتاب

قول الله تعالى ﴿إِنَّ اللَّهَ يَأْمُرُكُمْ أَنْ تُؤَدُّوا الْأَمَانَاتِ إِلَىٰ أَهْلِهَا وَإِذَا حَكَمْتُمْ بَيْنَ النَّاسِ أَنْ تَحْكُمُوا بِالْعَدْلِ﴾ (2) . وهذا القول متوجه إلي عموم المسلمين سواء أكان رجلاً أم

(1) الأحكام السلطانية للمأوردي ص65، المحلي لابن حزم ج9ص395، نيل الأوطار للشوكاني ج8ص247، المغني لابن قدامة ج12ص18، مواهب الجليل ج8ص63، المقنع والشرح الكبير ج28ص298، تبصرة الحكام ج1ص24 .

(2) سورة النساء، آية 58.

ويعتبر العدل هو الدعامة الأولى للفكر السياسي الإسلامي وذلك لقول الله تعالى " واقسطوا ان الله يحب المقسطين " حيث يقوم النظام السياسي الإسلامي على ثلاث دعائم أساسية وهي العدل كما سبق القول والشورى وذلك لقول الله تعالى " وأمرهم شورى بينهم " وكذلك قوله جل شاناه " وشأورهم في الأمر " وثالثهم المساواة حيث قال الله تعالى " إنما المؤمنون أخوة " (لمزيد من المعلومات أنظرسمير عبد المنعم ابو العنين، مفهوم العدالة السياسية في الشرائع القديمة والشريعة الإسلامية، ص230، دار النهضة المصرية ، القاهرة 2003).

امرأة حرًا أو عبدًا ولم يأت نص يمنعها من أن تلي بعض الأمور فليس هناك مانع من تلي القضاء (1) .

ثانيا : الأدلة من السنة:

وأن سمراء بنت نهيك الأسيدي أدركت النبي صلي الله عليه وسلم وعمرت وكانت تمر في الأسواق وتأمر بالمعروف وتنهى عن المنكر وتضرب بالسوط من لا يفعل ذلك وهذا يدل علي ولاية المرأة الحسبة(2) والحسبة من القضاء (1) .

(1) المحلي لابن حزم ج9ص 669 .

(2) والحسبة هي الأمر بالمعروف والنهي عن المنكر وهي الترغيب في كل ما ينبغي قوله أو فعله طبقا للإسلام، والنهي عن المنكر هو الترغيب في ترك ما ينبغي تركه، أو تغيير ما ينبغي تغييره طبقا لما رسمه الاسلام " وهي عبارة عن رقابة إدارية تقوم بها الدولة عن طريق موظفين خاصين على نشاط الافراد في مجالات خرق المثل والقيم العليا والدين وجميع أوجه النشاط الاجتماعي طبقا للمبادئ المقررة في الشرع الإسلامي والقواعد المتبعة والمألوفة في كل زمان ومكان، وهي وظيفة من وظائف الدولة في الاسلام مثل القضاء والمظالم.. وأساسها قول الله تعالى " ولتكن منكم امة يدعون إلى الخير ويأمرون بالمعروف وينهون عن المنكر وأولئك هم المفلحون " (لمزيد من التفاصيل أنظر نأوات محمد أمين القرداغي، المبادئ المتعلقة بالسلطة في نظام الحكم الإسلامي، ص 206، مصر، دار الكتب القانونية، دار شتات للنشر والبرمجيات، 2010).

وتتفق الحسبة مع القضاء في النقاط التالية: يجوز الادعاء امام المحتسب في حقوق الادميين والطلب منه حسمها وايصال الحقوق المدعي بها في هذه الدعاوي إلى أصحابها، وهذه الدعاوي قليلة جدا وتتبع ب" 1) تتعلق ببخس أو تطفيق في كيل أو وزن (2) تتعلق بغش أو تدليس في بيع أو ثمن (3) تتعلق بعطل أو تأخير في دين مستحق الأداء مع القدرة على الوفاء وهذه الدعاوي تتعلق بمنكر ظاهر تم تعيين المحتسب لإزالته، ويختلف المحتسب مع القاضي في

وقول صل الله عليه وسلم "المرأة راعية علي أهل بيت زوجها وهي مسئولة عنهم"⁽²⁾
"وقال بن حزم " ، ولم يأت نص من تلي بعض الأمور"⁽³⁾ .

ثالثا القياس:

فقياسا علي الإفتاء فالمرأة يمكن أن تكون مفتية وبذلك يجوز أن تكون قاضية⁽¹⁾
.حيث أن الأصل في الأشياء الإباحة ، ما لم يكن دليل المنع وبذلك فان الأصل

الاتي: ليس للمحتسب سماع الدعاوي التي تخرج عن نطاق الدعاوي الثلاث التي ذكرناها،
بخلاف القاضي حيث تمتد ولايته إلى سماع الدعاوي الأخرى من غير الأنواع الثلاثة:
المحتسب ينظر في الحقوق المعترف بها كما اشرنا في الدعاوى الثلاث، اما ما يدخله التجاهد
والتناكر فلا ينظره المحتسب لان الحق لا يثبت عند ذلك الا بينة من المدعي أو تحليف المدعي
عليه المنكر اليمين فينكل عن الحلف، وهذا من عمل القاض واختصاصه وليس من عمل
المحتسب أو اختصاصه للمحتسب ان يأمر بما هو معروف في الشرع وينهى عما هو منكر في
الشرع وان لم يرتفع اليه في ذلك خصم ولم يتقدم اليه احد بدعوى وليس لقاضي ذلك الا برفع
دعوى ومطالبة خصم للمحتسب من ولاية السلطة وقوة الاعوان فيما يتعلق بالمنكرات الظاهرة ما
ليس للقضاة لان الحسبة كما يقول الفقهاء موضوعة على الرهبة فلا يجافئها الغلظة واتخاذ
الاعوان، اما القضاة فموضوع لانصاف الناس واستماع البيئات حتى يتبين المحق من المبطل
فكان الملائم له الاناة والوقار والبعد عن الخشونة والغلظة والرهبة، لمحتسب ان يامر بالمعروف
وينهى عن المنكر لا بدخلان في وظائف القاضي كالأمر بالصلاة في أوقاتها والنهي عن
المنكرات في الاسواق ونحو ذلك مما لا تجري فيه احكام القضاء ولا ينظر فيه القاضي (لمزيد
من التفاصيل أنظر عبد الكريم زيدان، المرجع السابق، ص 321،322) .

(1) المحلي لابن حزم ج9 ص424.

(2) ادب القاضي للغزي ص25 .

(3) المحلي لابن حزم ج9 ص424.

إن كل من يتأتى منه الفصل بين الناس فحكمه جائز ، إلا ما خصصه الإجماع من الولاية الكبرى (2) .أضف إلى ذلك أن الغرض من الأحكام تنفيذ القاضي لها وسماع البينة عليها والفصل بين الخصوم فيها وذلك ممكن من المرأة كماكانه من الرجل(3) .

رابعاً: الإستدلال:

ما روي إن عمر بن الخطاب - رضي الله عنه - ولى امرأة هي الشفهاء بنت عبد الله بن عبد شمس بن خلف القرشي أمر السوق (4) ، ويستدل من ذلك جواز ولاية المرأة القضاء .

وبعد أن تم سرد أدلة الرأي الثاني ، فهناك بعض الفقهاء عارضوا ذلك الرأي كالاتي:

(1) ادب القاضي للغزي ص25 وكذلك ادب القاضي للمأوردي ص 626 وكذلك كشاف القناع ج9ص 3194 ، وكذلك المغني لابن قدامة ج14ص 15 .

(2) بداية المجتهد ونهاية المقتصد، ابي الوليد محمد بن احمد بن رشد القرطبي، ص 2 ص 264، القاهرة، مكتبة بن تيمية ، ط 1 .

(3) بداية المجتهد لابن رشد، ج2 ص 265، شرح فتح القدير ج5ص 453 .

(4) ادب القاضي للغزي ص25 وكذلك المحلي لابن حزم ج9ص424 .

مناقشات أدلة الرأي الثاني

أولاً: عارض ابن العربي في أن يكون هذا الرأي صدر عن ابن جرير⁽¹⁾ . وقالوا إن الإمام أبو حنيفة نقل عنه أن المرأة تقضي فيما يُسمح لها بالشهادة فيه وليس مطلقاً أي يخرج الحدود والقصاص من ولايتها .

ثانياً: إن الآية الكريمة التي استدل بها ابن حزم ﴿إِنَّ اللَّهَ يَأْمُرُكُمْ أَنْ تُؤَدُّوا الْأَمَانَاتِ إِلَىٰ أَهْلِهَا وَإِذَا حَكَمْتُمْ بَيْنَ النَّاسِ أَنْ تَحْكُمُوا بِالْعَدْلِ﴾ فهذا العموم تم تخصيصه بحديث الرسول الله ﷺ "لن يفلح قوم ولوا أمرهم امرأة" والمقصود بالولاية هنا الولاية العامة وهي الخلافة وكذلك الولاية الخاصة وهي القضاء لأن العبرة بعموم اللفظ لا بخصوص السبب⁽²⁾ .

ثالثاً: انه لم يثبت أبدا قيام الرسول ﷺ أو احد الصحابة بتولية امرأة قضاءً أو ولايةً بلد ، ولو أجاز ذلك لما خلا منه جميع الزمان غالباً ، وهو ما قاله بن قدامة⁽³⁾ .

رابعاً: إن قياس القضاء مع الإفتاء هو قياس مع الفارق ، وذلك لان الإفتاء ليس من باب الولايات لأنه إخبار عن حكم شرعي⁽⁴⁾ .

(1) الأحكام السلطانية للمأوردي ص65، المغني لابن قدامة ج12 ص16 .

(2) المغني لابن قدامة ج14 ص15 .

(3) المغني لابن قدامة ج12 ص14 .

(4) الأحكام السلطانية للمأوردي ص60 .

خامسا: رواية تولية عمر رضي الله عنه أمر السوق لامرأة غير مثبتة صحتها (1)

سادسا: رواية سمراء بنت نهيك الأسيدي لم يقال إن الرسول ﷺ " ولاها ، ولكن يرد الباحث علي ذلك بأنه إذا كانت في ولايتها مفسدة أو غير جائزة فان الرسول ﷺ لم يكن ليسكت علي ذلك .

سابعا: رعاية المرأة لمال زوجها هي من قبيل الولايات الخاصة بينما القضاء ولاية عامة(2).

ثامنا: أن ابن حزم ينكر القياس أساسا ، فكيف يقاس القضاء علي الحسبة ؟ .

تاسعا: ان الاية الكريمة ﴿وَالْمُؤْمِنُونَ وَالْمُؤْمِنَاتُ بَعْضُهُمْ أَوْلِيَاءُ بَعْضٍ﴾ قد فسرها حديث رسول الله "صل الله عليه وسلم" القضاة ثلاثة واحد في الجنة واثنان في النار فاما الذي في الجنة فرجل عرف الحق فقضي به ورجل عرف الحق وجار في الحكم فهو في النار ورجل قضي للناس عن جهل فهو في النار(3).

(1) ادب القاضي للغزي ص 26 .

(2) طارق عبد الجواد شبل، المرجع السابق ص 31 .

(3) طارق عبد الجواد شبل، المرجع السابق ص39.

ومن الأراء المؤيدة لعمل المرأة بوجه عام من رجال الفقه الإسلامي المعاصرين

الشيخ محمد متولي الشعراوي: ذهب في مؤلفة القضاء والقدر إلي إن عمل النساء واحترافهن حرفة أو مهنة سواء داخل البيوت أو خارجها في أماكن تصون كرامتها وعفتهن بحيث لا يسهن منها شيء يجافي الدين والخلق، وهذا العمل أو تلك الحرفة لا مانع من قيام المرأة بها. ولكن بالكيفية التي لا تتعارض مع وظيفتها الأصلية السامية، وهي تربية الأجيال ورعايتها، فعمل المرأة إذا كان يساعد في الإنتاج ويعين الأسرة في داخل هذا الإطار لا مانع منه شرعا، لا سيما إذا كان الوطن في حالة أزمة يحتاج معها إلي جهودهن أو الأسرة في حاجة إلي مورد إضافي إذا كان دخل الزوج المكلف أصلا الإنفاق علي الأسرة لا يكفي حاجات ومطالب الأسرة، وكذلك فضيلة المفتي الدكتور: نصر فريد واصل ذهب في حوار لسيادته مع شباب الملتقي الإسلامي إلي القول بأنه " وعن إمامة المرأة الصلاة فإنها جائزة بشرط إن يصلي خلفها نساء، وكما تجوز ولاية المرأة القضاء في حالة قدرتها علي تحقيق العدالة " (1).

الرأي الثالث: جواز ولاية المرأة القضاء في غير الحدود والقصاص:

وهذا الرأي يجيز للمرأة إن تلي القضاء مطلقا في غير الحدود والقصاص وإذا وليت فلا يآثم المولي لها وتكون ولايتها صحيحة وأحكامها نافذة فيما تقبل شهادتها فيه (وهي الأموال -وما يتعلق بها -وما لا يطلع عليه الرجال كالولادة - عيوب

(1) طارق عبد الجواد شبل، المرجع السابق، ص323-325.

النساء التي تحت الثياب) وهذا القول للحنفية وابن القاسم ومن المالكية الإمام
علاء الدين أبو مسعود الكاساني وكذلك ابن رشد ويقول الإمام الكاساني الحنفي
"وإما الذكورة فليست من شرط جواز التقليد في الجملة لأن المرأة من أهل الشهادات
في الجملة إلا إنها تقضي في الحدود والقصاص لان لا شهادة لها في ذلك وأهلية
القضاء مع أهلية الشهادة"⁽¹⁾.

واستدلوا علي ذلك :

بالقياس حيث قاسوا القضاء علي الشهادة فما جازت منه شهادة ، جاز قضاؤها
وشهادة المرأة جائزة في غير الحدود ، والقصاص ، وبذلك فهي تجوز للقضاء في
غير الحدود والقصاص⁽²⁾.

وبعد هذا الذي إستندوا إليه نجد إنه لا يوجد في الشرع ما يسلب أهلية المرأة كلية ،
فليس في الشرع إلا نقصان عقلها ، وهذا النقصان مسلوب لجنس النساء وقد توجد

(1) روضة القضاة ج1ص43، تبين الحقائق ج4 ص 175، مواهب الجليل ج8ص63، بدائع
الصنائع ج7ص3، مغني المحتاج ج4ص501، الأحكام السلطانية للمأوردي ص65، حاشية
الدسوقي ج4 ص188، شرح فتح القدير ج5ص453 .

(2) تبين الحقائق ج4 ص 175، بدائع الصنائع ج7ص3، الهداية شرح المبتدئ ج5 ص
303 .

نساء انكي من الرجال والسند يصح قضاؤها ولكن بشرط إلا يكون في حد أو قصاص (1) .

مناقشة أدلة الرأي الثالث

ولقد ناقش الفقهاء أدلة الرأي الثالث ، حيث يروا إنه لا قياس مع صريح النص ، حيث حديث رسول الله ﷺ "لن يفلح قوم ولوا أمرهم امرأة" وبذلك فإنه يمنع تولية المرأة القضاء مطلقا ، سواء أكان في الحدود أم في غيرها وأيضا إن ولاية الشهادة تغاير ولاية القضاء ، حيث أن ولاية القضاء عامة شاملة تلزم الحق مباشرة ، ودون وساطة من أحد ، أما الشهادة فهي خاصة قاصرة ولا تلزم إلا بواسطة حكم القاضي ، وبذلك فالفارق محقق ، وإذا تحقق الفارق لا يصح إن نبني إحداهما علي الأخرى ، ونقص الأنوثة تمنعها من الولاية مثل إمامة الصلاة ، ويمكن الرد على ذلك بأن أنوثة المرأة لا تحول دون فهمها موضوع النزاع والحجج التي يقدمها الخصوم ومعرفة وجه الحق ، فالأصل إن كل من عنده مقدرة الفصل في قضاء الناس يكون حكمه جائزا ، وهذا أصل عام ولقد اجمع العلماء علي عدم ولاية المرأة الرياسة وذلك لوجود حديث رسول الله " صل الله عليه وسلم " (لن يفلح قوم) (2) والذي سبق وأن ذكرناه .

(1) شرح فتح القدير ج5 ص 453.

(2) لدر المختار ص 466.

رأوا الأحناف أن الذكورة شرط جواز لا صحة ، ومعني ذلك إن من يولي المرأة القضاء يأثم ولكن ولايتها تكون صحيحة وقضاؤها نافذ فيما لو قضت بالحق ومن حيث قضائها في الحدود والقصاص فإن قضائها يكون باطلاً⁽¹⁾.

الرأي الرابع: هو جواز تولي المرأة القضاء في حالة الضرورة :

وحالة الضرورة هنا هو عدم وجود رجال تتولى القضاء ، حيث الضرورات تبيح المحظورات ، ولئلا تتعطل مصالح الناس وإليه ذهب الشافعية استثناءً⁽²⁾ .

مناقشة أدلة الرأي الرابع:

إن الضرورة هنا مستحيلة الحدوث وذلك لاستحالة انقراض الرجال من الأرض .

الرأي الخامس: الجواز مع الإثم في غير الحدود والقصاص: وإليه ذهب بعض الحنفية وهو المذهب عندهم⁽³⁾ .

مناقشة أدلة الرأي الخامس:

إن حديث رسول الله "صل الله عليه وسلم" كان صريحا في عدم جواز تولية المرأة القضاء ، وأن أحكامها غير نافذة ، وإنها مثل القاضي الجاهل الذي قال الرسول

(1) علاء عبد المتعال ، مدي جواز تولي المرأة القضاء شرعا وقانونا، ص 412، القاهرة ، دار النهضة العربية .

(2) مغني المحتاج ج4 ص 505 .

(3) رد المحتار علي الدر المختار، ج8 ص 25 وكذلك شرح فتح القدير ج5 ص 453.

"صل الله عليه وسلم" عنه انه في النار وبذلك ولايتها لا تجوز، وأيضًا قالوا إن هناك فارق بين الشهادة والقضاء كما سبق القول في موضع سابق (1) .

الرأي الراجح:

وبعد عرض كل الآراء المعارضة والمؤيدة لتولي المرأة القضاء ، يخلص الباحث إلى رأي راجح ألا وهو تولي المرأة القضاء مطلقا ، لوجاهة حججهم ، وعدم وجود العلة من منع المرأة تولية القضاء ، ولأن الإسلام قد ساوى المرأة مع الرجل ، وأن عدم إعطائها ولاية القضاء في عهد الرسول "صل الله عليه وسلم" والصحابة لا يدل علي منعها من توليته ويسوق الباحث من الأدلة على رجحان هذا الرأي بالإضافة إلى ما سبق سرده ، وهذه الأدلة هي:

1- قول (ابن رشد) من رأي حكم المرأة نافذا في كل شيء، قال : إن الأصل هو كل شيء يأتي منه الفصل بين الناس ، فحكمه جائزا إلا من خصصه الإجماع من الإمامة الكبرى، فالمرأة وليت علي القضاء وقضت بالحق ، فلماذا يبطل ذلك الحق؟ هو غاية القضاء (2) .

2- قد أعلن الإمام شيخ الأزهر محمد سيد طنطاوي عدم وجود "موانع شرعية" أمام تولي المرأة مناصب قضائية، موضحا إن تعيين النساء في هذا السلك يشكل

(1) المستدرك علي الصحيحين، ج4 ص90.

(2) سعد بشير مفتاح الرفادي، استقلالية القضاء ما بين الحصانة والمسائلة، ص333، الاسكندرية، منشأة المعارف 2012.

خدمة لقضايا الأسرة ، وخصوصا في مصر، حسب ما ذكرت وكالة أنباء الشرق الأوسط ، وأضافت الوكالة نقلا عن طنطاوي " لا يوجد مانع من الناحية الشرعية يحول دون تولي المرأة منصب القضاء"، كما أكد انه لا يوجد نص في الكتاب أو السنة الشريفة يرفض إن تكون المرأة قاضية ، وقال خلال لقاء نظمه معرض القاهرة الدولي للكتاب " إن إقحام المرأة في منصب القضاء سيخدم قضايا الأسرة خصوصا في مصر حيث سيتم إنشاء محاكم خاصة بها " (1) .

3- أن سيدنا (عثمان بن عفان) رضي الله عنه كان يستشير زوجته (نائلة) في العديد من المسائل وكانت تشير عليه بالرأي ، وقد سمعت ذات يوم (مروان بن الحكم) يشير علي أمير المؤمنين برأي غير سديد فتدخلت في الحديث ، وأبدت رأيا آخر ، فقال لها (مروان ابن الحكم) اسكتي أنت لا شان لك ، فقال له عثمان : دعها " فإنها انصح لي منك " (2) وهذا يدل علي رجحان عقل المرأة .

4- لقد عملت المرأة في عهد الرسول ﷺ في مجالات مختلفة ، فعلي سبيل المثال عملت في الزراعة ، فعن جابر رضي الله عنه قال: طُلقت خالتي فأرادت إن

(1) كمال امام احمد، تولية المرأة القضاء، ص 42، دار العلوم للنشر والتوزيع، 2005.

(2) طارق عبد الجواد شبل، المرجع السابق ، ص 339،340 .

تَجَدَّ (تقطع ثمار نخلها) في فترة العدة فزجرها رجل إن تخرج ، فأنت النبي ﷺ فقال
بل نُجدي نخلك عسي إن تتصدقني أو تعلمي معروفًا (1) .

5- وحديث ما اجتمع رجل وامرأة ، يمكن القول بأن المرأة أيضًا في عهد
رسول الله ﷺ عملت في مداواة المرضى ، حيث يقول الحافظ بن حجر " إن سعدًا
كان يُداوى في خيمة رُفيدة الاسلامية (يقصد سعد بن معاذ) ، وأن الرسول ﷺ جعل
سعدًا في خيمة رُفيدة عند مسجده . وقال اجعلوه في خيمتها لأعوذه من قريب "(2)،
ولم يعترض رسول الله ﷺ علي عملها أو علي ترك سيدنا سعد في خيمتها .

(1) ابي عبد الرحمن شرف الحق، عون المعبود علي سنن بن داوود، ص1014، باب الطلاق،
بيت الافكار الدولية، عمان الاردن .

(2) فتح الباري، الجزء الثامن، ص 415.

*هناك أيضًا شرط الكتابة:

اختلف الفقهاء في اشتراط الكتابة فيمن يتولي القضاء أي هل تصح تولية الأمي أم لا وفي ذلك
رأيين كالاتي:

- الرأي الأول: ويذهب إلي انه تصح تولية الأمي القضاء وذلك لان شرط النبوة أغلظ ولقد كان
الرسول ﷺ أميا ولا يلزم القاضي العمل بخطه فغير مؤثرة أميته في قضاؤه.

- الرأي الثاني: يذهب إلي عدم القول بتولية الأمي القضاء وذلك لأنه لا يعرف الاجتهاد الذي
هو من شروط القضاء إلا بقراءة العلوم ولا يحفظ ما يعلمه من الشرع إلا بالكتابة لقول رسول
الله"ع" قيدا العلم بالكتابة "، ولقد ردوا علي أدلة الرأي الأول إن كون الرسول"ع" أميا لا يقاس
عليه غيره وذلك لأنها من معجزاته "ع" الرأي الراجح هو القول الثاني وهو اشتراط الكتابة وذلك
حتى يعلم ما يكتبه كاتبه ويستطيع مراجعته بنفسه وتصحيح الأخطاء وبدون الكتابة لا يستطيع
فعل ذلك.

الشرط الثالث: كمال الأهلية والاعتبار :

يجب إن يكون المرشح لوظيفة القضاء كامل الأهلية محمودة السيرة حسن السمعة وهو ما يتطلب إلا يكون قد حكم عليه من المحاكم ، أو المجالس التأديبية في جنائية ، أو جنحة مخلة بالشرف (كالاختلاس والسرقة والتزوير والرشوة... الخ)، سواء أكانت العقوبة جنائية أم تأديبية ⁽¹⁾ ولو كان قد رُدَّ إليه اعتباره وتقدير الأمر المخل بالشرف متروك لمن بيده أمر التعيين ⁽²⁾.

لمزيد من التفاصيل أنظر حاشية البيجوري ج 2 ص 620 وكذلك الوجيز للشافعي ج 2 ص 237 وكذلك كفاية الاخيار ص 729 وكذلك الفواكه الدواني ج 2 ص 358 وكذلك ادب القاضي للغزي ص 22.

(1) احمد هندي، المرجع السابق ، ص 69 .

(2) طارق عبد الجواد شبل، المرجع السابق ،ص 182 وكذلك احمد هندي ، المرجع السابق ، ص 69 وكذلك ضاحي موسي حسن عبد الرازق ، المرجع السابق، ص 90.

هناك شرط : عدم الزواج بأجنبية : لقد نص علي ذلك القانون الليبي حيث لا يجوز تعيين المتزوج من غير العربية في القضاء ، مالم يحصل علي قرار بإعفائه من هذا الشرط من مجلس الوزراء (م 43 ف8) ولقد أشار القانون رقم 15 لسنة 1984 في شان قواعد الزواج من غير الليبين والليبيات الذي حظر زواج المواطنين من الأجانب من حيث المبدأ وللجهة المختصة إن تأذن للراغب بذلك (م 1,2) أما الزواج من العرب فيتوقف علي إذن من اللجنة الشعبية للضمان الاجتماعي في الشعبية التي يقيم فيها طالب الإذن بالزواج (م 3) وكذلك اشترطت المادة 73 من قانون مجلس الدولة المصري الصادر بالقانون رقم 47 لسنة 1972 والمعدل بالقانون رقم 136 لسنة 1984 لأعضاء مجلس الدولة عدم الجواز بأجنبية إلا انه قد حكم بعدم دستورية هذا الشرط (لمزيد من التفاصيل أنظر سعد بشير مفتاح الرفادي ، المرجع السابق ، ص 76 ، وكذلك طارق عبد الجواد شبل، المرجع السابق ، ص 188) .

وهذا شرط يفرضه المنطق وأعباء وظيفته ، فكما يتطلب القانون الإداري إن يكون الموظف العام حسن السيرة والسمعة ، فإن القاضي يُشترط إن يتوافر فيه هذا الشرط هو الآخر ، بالنظر إلي الاختلاف بين وظيفة القاضي والموظف العادي⁽¹⁾.

وهذا ما نصت عليه جميع القوانين العربية ، والأجنبية ، وذلك حتى يتم تطهير القضاء من ذوي السمعة السيئة ، والسيرة الذميمة .

وقد قضت محكمة النقض : "أن من الأمور المسلم بها إن تخلف شرط من شروط الصلاحية لتولي وظائف القضاء يُمنع من التعيين في تلك الوظائف ، أو البقاء فيها ومن تلك الشروط التي حددتها المادتان (38) ، (116) من قانون السلطة القضائية السالف البيان أن يكون المرشح للتعين في وظيفة معاون نيابة محمود السيرة ، حسن السمعة ، ويندرج تحت هذا الشرط السلوك الاخلاقي بأدق معانيه.....وأن يغفل الطالب عن عمد بيانات متعلقة بأحد أفراد أسرته وهو توقيع عقوبة السجن لمدة ثلاث سنوات لارتكابه جناية اختلاس مال عام مخلة بالشرف.....و من ثم فإن قرار فصله غير الطريق التأديبي لفقده شرط حسن السمعة ، يكون قد بني على ما يبرره قانونا⁽²⁾.

(1) سعد بشير مفتاح الرقادي ، المرجع السابق، ص79، وكذلك حامد محمد ابو طالب ، المرجع السابق، ص83 وكذلك فضل ادم فضل المسيري ، المرجع السابق ، ص58 .

(2) طعن رقم 410 لسنة 64 ق جلسة 1995/1/28 س46 ع1 ص42 ق11، نقلا عن الموقع الإلكتروني الرسمي لمحكمة النقض www.cc.gov.eg .

وعلى ذلك فإذا ارتكب القاضي إخلال غير بسيط بواجبات وظيفته فإنه يخضع للنظام التأديبي وهو مجموعة القواعد القانونية التي تضمن توقيع الجزاء التأديبي على عضو السلطة القضائية إذا ما ارتكب خطأ تأديبي (1) .

ويمكن حصر المخالفة التأديبية في إطار ثلاث طوائف أساسية:

الطائفة الأولى: تشمل الواجبات التي تتصل بأداء القاضي لوظيفته كواجب الإقامة في البلدة التي بها مقر عمله وواجب عدم التغيب عن مقر عمله أو الانقطاع عنه في غير إجازة ، وعدم إفشاء أسرار المداولات .

الطائفة الثانية: وهي تلك المتعلقة بحياة القاضي الخاصة، فعلى القاضي أن يلتزم في حياته الخاصة بقواعد السلوك الني تتفق مع هيبته وكرامة الهيئة القضائية التي ينتمي إليها .

الطائفة الثالثة: وتشمل بعض الواجبات التي تتصل بنشاطه الخارجي، كواجب الامتناع عن مباشرة الأعمال التجارية، أو أي أعمال أخرى لا تتفق واستقلال القضاء (2) وكرامته (1).

(1) طلعت محمد دويدار، تطور الحماية التشريعية لمبدأ حيده القضاء، ص 145، دار الجامعة الجديدة، الاسكندرية، 2009

(2) واستقلال القضاء يعني ان تكون السلطة التي تمارس القضاء مستقلة ومحيدة ومعنى مستقلة ان تكون غير تابعة لاي مرفق من مرافق الدولة وغير خاضعة لرقابة الحكومة، ويتم استقلال القضاء بصفته سلطة من سلطات الدولة الثلاث يقف على قدم المساواة مع السلطة التنفيذية

ويذهب جانب من الفقه إلى انه لا يمكن حصر تلك المخالفات⁽²⁾ استنادا إلى إنها تنشأ عن الإخلال بأي واجب يفرضه القانون والتقاليد وآداب القضاء .

والتشريعية، وكذلك استقلال القضاة كإفراد اثناء اضطلاعهم بمهام وظائفهم حيث يمارس القاضي واجبه دون تأثير أو تدخل من اي جهة كانت فلا يسمع الا لحكم القانون والضمير (لمزيد من المعلومات أنظر هدى بشير الجامعي، المرجع السابق، ص 56)

(1) عماد الدين عبد الله الوقاد ، المرجع السابق ،ص334

(2) لقد تم النص على تأديب وصلاحيه القضاة وأعضاء النيابة العامة في قانون السلطة القضائية رقم 46 لسنة 1972 والمعدل بالقانون رقم 142 لسنة 2006 ويلاحظ أن هناك فرق بين فقد أسباب الصلاحيه والتأديب، وذلك لأن التأديب يحاكم فيها القاضي عن واقعة محددة ولا يجوز الطعن في الحكم الصادر فيها من مجلس التأديب أما الصلاحيه فتختلف بحالة القاضي في مجموعها وليس بواقعة وقد يقوم القرار على سيرة القاضي أو سمعته وما علاف عنه بطريق التواتر من صفات تناقلت الألسن وتستقر في الأذهان، ويجوز الطعن في القرار أمام محكمة النقض وبخاصة لعدم ملائمة الجزاء وهو ما يعرف بالغلو (لمزيد من المعلومات أنظر يس عمر يس، المرجع السابق،ص244وكذلك محمد نور شحاتة، المرجع السابق ،ص 232)

ولقد اتجه جانب من الفقه إلى أن صلاحية القاضي تقوم على عدة عناصر، بعض هذه العناصر يتعلق بما يتمتع به العضو من مزايا وصفات حميدة، وبعض هذه العناصر يتصل بكفاءته الفنية أي بقدرته على أداء عمله، ومدى درايته بمتطلباته، وإمكانية الاضطلاع بمسئوليته(لمزيد من المعلومات أنظر عماد الدين عبد الله الوقاد ،المرجع السابق ،ص 335)

كذلك يحال القاضي إلى المعاش أو ينقل إلى وظيفة غير قضائية إذا تبين لأسباب غير صحية أن القاضي فقد أسباب صلاحيته لولاية القضاء (لمزيد من المعلومات أنظر عادل محمد جبر الشريف، المرجع السابق ، ص178)

وذلك لنص المادة (111) من القانون 46 لسنة 1972 بعد تعديل فقرتها الأولى بالقانون رقم 142 لسنة 2006 " إذا ظهر في أي وقت أن القاضي فقد أسباب الصلاحيه لولاية القضاء لغير

وتقام الدعوى التأديبية من النائب العام من تلقاء نفسه أو بناء على اقتراح وزير العدل أو رئيس المحكمة التي يتبعها القاضي (1) - نص المادة (99) بعد تعديلها - وترفع بناء على عريضة تشمل التهمة والادلة المؤيدة لها وتقدم لمجل التأديب ليصدر قراره بإعلان القاضي بالحضور امامه (2) ولا تقام الدعوى إلا بناء على تحقيق جنائي أو بناء على تحقيق إداري يتولاه أحد نواب رئيس محكمة النقض أو رئيس محكمة الاستئناف يندبه وزير العدل أو رئيس محكمة بالنسبة للقضاة أو من يعلوهم بمحكمة النقض أو بمحاكم الاستئناف، أو قاض بمحكمة النقض أو من محكمة الاستئناف من إدارة التفتيش القضائي بالنسبة إلى الرؤساء بالمحاكم الابتدائية وقضاتها" (3)

الأسباب الصحية يرفع طلب الإحالة إلى المعاش أو النقل إلى وظيفة غير قضائية من وزير العدل من تلقاء نفسه أو بناء على طلب رئيس المحكمة إلى المجلس المشار إليه في المادة (98) ، ولهذا المجلس - إذا رأى محلا للسير في الإجراءات - أن ينيب عند الاقتضاء أحد أعضائه لإجراء ما يلزم من التحقيقات، ويدعو المجلس القاضي للحضور أمامه بميعاد ثلاثة أيام، ويعتبر القاضي في أجازة حتمية تصرف له خلالها كافة مستحقاته المالية وذلك حتى الفصل في الطلب "

(1) عبد العزيز خليل إبراهيم بديوي، بحوث قواعد المرافعات والقضاء في الاسلام، ص 163، دار الفكر العربي

(2) طلعت محمد دويدار، المرجع السابق، ص162

(3) ضاحي موسي حسن عبد الرازق، المرجع السابق، ص180 ، وكذلك رشدي شحاتة ابو زيد، المرجع السابق ، ص 291

و يخطر مجلس التأديب - المشكل داخل السلطة القضائية برئاسة رئيس محكمة النقض وعضوية أقدم ثلاثة من رؤساء محاكم الاستئناف وأقدم ثلاثة من مستشاري محكمة النقض⁽¹⁾ - بالطلب فإذا لم يقر النائب العام برفع الدعوى خلال ثلاثين يوم من تاريخ الطلب جاز لمجلس التأديب أن يتولى بنفسه الدعوى بقرار يبين فيه الأسباب⁽²⁾ .

ولكن بعد التعديل الجذري الذي أتى به القانون 2006/142 وجعل التأديب على درجتين وذلك لإتاحة امكانية الطعن الصادر في الحكم بالعزل⁽³⁾ و تم تغيير شكل مجلس التأديب⁽⁴⁾ فنصت عليه المادة (98) حيث نصت على " تأديب القضاة⁽¹⁾

(1) عبد العزيز خليل إبراهيم بديوي، المرجع السابق، ص 162، وكذلك طلعت محمد دويدار، المرجع السابق، ص 159

(2) يس عمر يوسف، المرجع السابق، ص 243

(3) طلعت محمد دويدار، المرجع السابق، ص 160

(4) نصت المادة (65) من الدستور الفرنسي على " يتألف المجلس الأعلى للقضاء من قسم له الولاية القضائية على القضاة وقسم خاص بالولاية القضائية على النيابة العامة يرأس القسم صاحب الولاية القضائية على القضاة رئيس محكمة النقض، ويجب ان يضم بالإضافة الي ذلك خمسة قضاة ومدعي عام واحد، ومستشار دولة يعينه مجلس الدولة، ومحام متمرس بالإضافة لسته شخصيات بارزة مؤهلين ليسوا أعضاء في البرلمان أو في السلطة القضائية أو الادارة ، يتولى كل من رئيس الجمهورية ورئيس الجمعية الوطنية ورئيس مجلس الشيوخ تعيين اثنين من الشخصيات البارزة المؤهلة ، يطبق الاجراء المنصوص عليه في الفقرة الاخيرة من المادة (13) فيما يتعلق بتعيين الشخصيات البارزة والمؤهلة. تحال التعيينات التي قام بها رئيس كل من مجلسي البرلمان للرأي الوحيد من اللجنة الدائمة ذات الصلة بهذا المجلس يرأس القسم صاحب الولاية على النيابة العامة في محكمة النقض، ويجب أن تضم بالإضافة إلى ذلك، خمسة أعضاء

من النيابة العامة وقاض واحد فضلا عن مستشار الدولة ومحام مزاول جنبا إلى جنب مع ستة من المواطنين البارزين المؤهلين المشار إليها في الفقرة الثانية يقدم القسم صاحب الولاية القضائية على القضاة في المجلس الاعلى للقضاء الاقتراحات الخاصة بتعيين القضاة لدى محكمة النقض والرئيس الأول لمحكمة الاستئناف ورئيس المحكمة الابتدائية، يعين قضاة آخرين بعد التشاور مع هذا القسم يبيد القسم الخاص بالنيابة العامة في المجلس الاعلى للقضاء رأيه في التعيينات التي تخص النيابة العامة يقوم قسم المجلس الاعلى للقضاء صاحب الولاية القضائية على القضاة مقام المحكمة التأديبية للقضاة، عندما يتصرف بهذه الصفة، يتعين عليه أن يضم بالإضافة إلى الأعضاء المذكورين في الفقرة الثانية قاض من القسم صاحب الولاية القضائية على النيابة العامة يبيد قسم المجلس الاعلى للقضاء صاحب الولاية على النيابة العامة رايه بشأن التدابير التأديبية المتعلقة بالنيابة العامة وعندما يتصرف بهذه الصفة يجب ان يشمل بالإضافة إلى الأعضاء المذكورين في الفقرة الثالثة المدعي العام من القسم صاحب الولاية القضائية على القضاة ينعقد المجلس الاعلى للقضاء بتشكيلته الكاملة للرد على طلبات الحصول على الآراء التي ادلي بها رئيس الجمهورية في تطبيق المادة 64، ويفصل بذات التشكيلة في المسائل المتعلقة بأخلاقيات القضاة وكذا في كل مسألة تتعلق بسير القضاء يبلغه بها وزير العدل وتضم التشكيلة الكاملة ثلاثة من خمسة قضاة من المشار اليهم في الفقرة الثانية، وثلاثة من خمسة من النيابة العامة المشار اليهم في الفقرة الثالثة كما تضم مستشار الدولة والمحامي والشخصيات الست المؤهلة المشار اليهم في الفقرة الثانية ويرأسها رئيس محكمة النقض الذي يمكن استبداله من قبل رئيس النيابة العامة في هذه المحكمة وباستثناء المسائل التأديبية يجوز لوزير العدل ان يشارك في الجلسات التي يعقدها قسمي المجلس الاعلى للقضاء وفقا للشروط التي يحددها قانون اساسي، يجوز الاحالة إلى المجلس الاعلى للقضاء من قبل شخص ينتظر المحاكمة تتحدد شروط تطبيق هذه المادة بموجب القانون الاساسي

(1) تنص المادة (112) من قانون مجلس الدولة الصادر بالقانون رقم 47 لسنة 1972 على " ان يختص بتأديب أعضاء مجلس الدولة مجلس تأديب يشكل على النحو الموضح وتنص المادة (120) من القانون المذكور على أن العقوبات التأديبية التي يجوز توقيعها على أعضاء مجلس الدولة هي اللوم، والعزل، وإذا صدر حكم مجلس التأديب بعقوبة العزل أعتبر عضو المجلس في أجازة حتمية من تاريخ صدور الحكم إلى يوم نشر منطوقه في الجريدة الرسمية ويعتبر تاريخ

بجميع درجاتهم يكون من اختصاص مجلس يشكل من أقدم رؤساء محاكم الاستئناف من غير أعضاء مجلس القضاء الأعلى رئيساً، وعضوية أقدم قاضيين بمحكمة النقض وأقدم نائبي رئيس محكمة الاستئناف، وعند غياب الرئيس أو أحد الأعضاء أو وجود مانع لديه يحل محله الذي يليه في الأقدمية"⁽¹⁾

قضت محكمة النقض "إن قانون السلطة القضائية الصادر بقرار بقانون رقم 46 لسنة 1972 المعدل بالقانونين رقمي 142 لسنة 2006، 17 لسنة 2007. المعمول به اعتباراً من 2007/5/9، والمنطبق على الدعوى قد أفرد الفصل التاسع من بابه الثاني للأحكام الخاصة بمسائلة القضاة تأديبياً، وعهد بذلك في المادة (98) منه إلى مجلس التأديب يشكل من أقدم رؤساء محاكم الاستئناف من غير أعضاء مجلس القضاء الأعلى رئيساً وعضوية أقدم قاضيين بمحكمة النقض وأقدم نائبي رئيس محكمة الاستئناف وأورد في الفقرة الثانية من المادة (107) منه ، على أن للنائب العام وللحكوم عليه الطعن في الحكم الصادر في مجلس

العزل، من يوم النشر في الجريدة الرسمية أما عقوبة اللوم فيصدر بتنفيذها قرار من رئيس مجلس الدولة وينشر هذا القرار أو منطوق الحكم في الجريدة الرسمية وانقضاء الدعوى التأديبية بالنسبة لعضو مجلس الدولة باستقالته أو بإحالتة إلى المعاش، ولا تأثير للدعوى التأديبية على الدعوى الجنائية أو المدنية الناشئة عن الواقعة ذاتها وذلك طبقاً للمادة (117) من القانون المشار إليه (لمزيد من المعلومات أنظر عبد الوهاب البنداري، العقوبات التأديبية للعاملين المدنيين بالدولة والقطاع العام، ص 173، 174، دار الفكر العربي)

(1) يس عمر يوسف، المرجع السابق، ص 335 ، وكذلك محمد نور شحاتة، المرجع السابق، ص 229،

التأديب السالف البيان خلال ثلاثين يوماً من تاريخ صدوره أمام مجلس تأديب أعلى يشكل برئاسة رئيس محكمة النقض وعضوية أقدم ثلاثة من رؤساء محاكم الاستئناف وأحدث ثلاثة نواب لرئيس محكمة النقض مما مفاده أن المشرع جعل الاختصاص بالدعوى التأديبية على درجتين " (1) ، وعند خلو رئيس محكمة النقض أو غيابة أو وجود مانع لديه يحل محله الأقدم فالأقدم من أعضاء المجلس وعند غياب احد رؤساء محاكم الاستئناف أو وجود مانع لديه يكمل العدد بالأقدم من رؤساء محاكم الاستئناف من غير أعضاء مجلس التأديب ثم من أعضاء هذه المحاكم وعند غياب نواب رئيس محكمة النقض أو وجود مانع لديه يكمل العدد من التاليين له في الأقدمية في هذه المحكمة (2) .

العقوبات التأديبية التي يمكن توقيعها على القاضي وفقاً لنص المادة (45) من القانون الأساسي للقضاء هي " التوبيخ أو التأنيب / النقل التلقائي / سحب بعض الوظائف / تأخير التقديمية / خفض الدرجة / الإحالة إلى المعاش / العزل مع أو بدون وقف المعاش " (3)

(1) طعن رقم 7701 لسنة 84 جلسة 2015/6/16، كذلك الطعن رقم 10711 ل76 ق بجلسة 2008/4/12، النشرة التشريعية والقانونية لمحكمة النقض عن شهر يوليو وأغسطس وسبتمبر 2015، إعداد المكتب الفني لمحكمة النقض

(2) طلعت مجد دويدار، المرجع السابق، ص 168، 169

(3) سعد بشير مفتاح الرفادي، المرجع السابق، ص 221

ونجد أن الجمعية العمومية في كل محكمة تملك توقيع جزاء التنبيه على القاضي التابع لدائرتها، في حين يملك رئيس محكمة النقض أو الاستئناف أو المحكمة الابتدائية توقيع جزاء التنبيه وهو نفس الحق الذي يملكه وزير العدل، والوحيد الذي يملك توقيع جزاء العزل⁽¹⁾ أو اللوم⁽²⁾ هو المجلس الأعلى للهيئات القضائية⁽³⁾.

وفي حالة تقرير السير في إجراءات المحاكمة يعتبر القاضي في اجازة حتمية تصرف له خلالها كافة مستحقاته المالية وذلك حتى تنتهي المحاكمة وتلك سلطة

(1) سبقت الشريعة الإسلامية النظم الوضعية في تقرير مبدأ عدم القابلية للعزل ما داموا باقين على أهليتهم للقضاء حيث جاء الآتي: ولا ينعزل القاضي إذا عزل أو خلع الإمام أو الوالي أو قاضي القضاة الذي ولاه، كما لا ينعزل إذا مات احد هؤلاء لأنه عينه لمصلحة الأمة، ونيابة عنهم فلا ينعزل بموته أو خلعه، ولأن القاضي يعمل بولاية المسلمين وعلى اقرار حقوقهم فلا ينعزل الا في الأحوال الآتية:

- إذا وجد من هو افضل منه صلاحا، وقدرة، وقوة على فصل الخصومات
- إذا ثبت جوره عمدا بإقرار أو بينة
- إذا ثبت اخذ الرشوة من احد الخصوم
- إذا ضعف عن العمل لكبر سن أو مرض لم يرج برؤه

وبالنظر لتلك الحالات نجد انها مثل حالات المحاكمة التأديبية وعدم صلاحية القاضي في القانون الوضعي (لمزيد من التفاصيل أنظر أبي عمر محمد بن يوسف الكندي المصري ، الولاية وكتاب القضاة، ص 159، 160)

(2) ضاحي موسي حسن عبد الرازق، المرجع السابق ، ص181

(3) سعد بشير الرفادي، المرجع السابق، ص251

جوازيه لمجلس التأديب اما هذا أو ان توقف القاضي عن أعمال وظيفته وللمجلس في اي وقت ان يعيد النظر في امر الوقف أو الاجازة المذكورة (1)

تنقضي الدعوى التأديبية وفقا لنص المادة (104) " باستقالة القاضي أو إحالته إلى المعاش ولا تأثير للدعوى التأديبية على الدعوى الجنائية أو المدنية الناشئة عن نفس الواقعة "(2)، وذلك على خلاف القواعد العامة، في شأن تأديب الموظفين العموميين حيث لا تقبل استقالة الموظف المحال إلى المعاش إلا بعد أنتهاء محاكمته تأديبيا(3)، وكذلك تنقضي بصدور الحكم فيها (4)

و صدر حديثا قرار بإحالة عدد 5 رؤساء من الفئة أ وعدد 2 قضاة بالمحاكم الابتدائية إلى المعاش بناء على حكم مجلس التأديب الأعلى(5)

بينما في فرنسا فان الدعاوي التأديبية يمكن مباشرتها عن طريق وزير العدل وكذلك عن طريق رئيس المحكمة المعنية بالشروط عليها في المادتين (1/50) ، (2/50) تصدر اللجنة كل عام تقريرا بنشاطها يبين عدد الشكاوي التي أحيلت إليها عن طريق وزير العدل ورؤساء المحكمة ،والسلطة المختصة بتحريك الدعاوي التأديبية

(1) طلعت محمد دويدار، المرجع السابق، ص 164

(2) عماد الدين عبد الله الوقاد، المرجع السابق، ص 335

(3) يس عمر يوسف، المرجع السابق ،ص 243

(4) عبد العزيز خليل إبراهيم بديوي، المرجع السابق، ص 163

(5) قرار رئيس الجمهورية رقم 442 لسنة 2014، ص 46، الجريدة الرسمية العدد 49 الصادر في ديسمبر سنة 2014

التي يقدر فيها وجود قصور في السلطات العامة هو وسيط الجمهورية والذي تم إنشاؤه بموجب القانون الصادر في 3 يناير 1973⁽¹⁾

والمشروع سواء في مصر أو في فرنسا حول لوزير العدل سلطة تنفيذ الحكم الصادر في الدعوى التأديبية ولا يجوز له عند تنفيذ الحكم ان يزيد من العقوبة المحكوم بها ويقتصر دوره فقط بان يقوم بإبلاغ القاضي بمضمون الحكم بعزله خلال ثمان واربعون ساعة من صدوره وتزول ولاية القاضي من تاريخ ذلك التبليغ وإذا صدر الحكم باللوم يصدر وزير العدل قرارا بتنفيذ هذه العقوبة على الا ينشر هذا القرار في الجريدة الرسمية وذلك حفظا لكرامة القاضي، وفي عقوبة العزل يصدر قرار جمهوري بتنفيذ هذه العقوبة ويعتبر تاريخ العزل من يوم نشر هذا القرار فيث الجريدة الرسمية وهذا القرار هو في الحقيقة قرار كاشف عن حقيقة قضائية انشئت بمقتضى حكم صدر من مجلس التأديب⁽²⁾ .

وعلى ذلك فمجرد الإتهام أو إقامة الدعوى قبله لا يقوم به هذا المانع ولكن لا يشترط أن يكون هذا الحكم نهائيا فمجرد الحكم ولو كان قابلا للطعن بأي طريق يكفي لقيام هذا المانع ويلزم أن يكون هذا الحكم من المحكمة⁽³⁾ .

(1) عماد الدين عبد الله الوقاد ، المرجع السابق، ص357

(2) طلعت محمد دويدار، المرجع السابق ، ص 164

(3) طارق عبد العزيز محمد الطيار ، المرجع السابق، ص 82

وذلك فضلا عن اعتبار كمال السن للأهلية ، يجب إن يكون خاليا من العوارض (الجنون - العته)⁽¹⁾ ، ولقد نصت علي ذلك أيضا المادة (38) من قانون السلطة القضائية المصري السابق ذكرها وكذلك القانون الفرنسي في مادته السابق ذكرها⁽²⁾ .
وحيث أنه يصعب التحقق من هذا الشرط ، من الناحية العلمية ، فلقد جرت العادة على الاعتماد على تقارير جهات الامن في هذا الخصوص ⁽³⁾ .

وفي الفقه الإسلامي هذا الشرط يقابل ضرورة التمتع بسلامة العقل ، والعدالة ، فلا يكفي البلوغ المكتمل للقاضي ، بل لابد أن يكون القاضي متمتعاً بسلامة العقل، وبذلك لا يصلح تولية السفهيه ، أو المجنون ، أو المعتوه ⁽⁴⁾ القضاء ، وذلك لأنه لا

(1) محمود هاشم ، المرجع السابق، ص181 وكذلك ضاحي موسي حسن عبد الرازق، المرجع السابق، ص89 وكذلك خالد عبد العظيم ابو غابة، المرجع السابق، ص28 وكذلك احمد هندي المرجع السابق، ص69 وكذلك سعد بشير مفتاح الرفادي ، المرجع السابق، ص75 .

(2) حامد محمد ابو طالب ، المرجع السابق، ص81 وكذلك طارق عبد الجواد شبل المرجع السابق ، ص182.

(3) أحمد هندي، المرجع السابق، ص69 .

(4) السفه: هو التصرف في المال على غير مقتضى الشرع والعقل بالتبذير والإسراف فيه ويوصف الشخص بالسفه لو تصرف هكذا في وجوه الشر كالقمار وشرب الخمر أو في وجوه الخير كمن يبدد ماله في المصالح العامة وعليه فإنه يصير غير رشيد وإن كان السفه لا يسلب أهلية الأداء لكن تتأثر بعض تصرفاته المالية ويكون حكمه فيها كالصبي المميز بينما الجنون هو: مرض يصيب العقل يمنع من جريان الأفعال والأقوال على نهج الفكر السليم، والجنون سواء كان عارضا أو أصليا يزيل أهلية الأداء أصلا لأن مناطها العقل والتمييز وهو ما يفقده الجنون وبذلك لا يترتب أي أثر مدني أو جنائي سوى ضمان المتلفات في ماله حيث عنده أهلية الوجود والثابتة له لكونه إنسانا وهو ما يقوم عنه نائبه، بينما العته: هو مرض يصيب العقل ينشأ عنه

ولاية له على نفسه حيث يتم الحجر عليه ، فلا يكون له علي غيره وليس له ولاية في الحكم بين المسلمين في المنازعات التي تثور بينهم⁽¹⁾ .

و لقد قال رسول الله " صل الله عليه وسلم " رفع القلم عن ثلاث منهم " عن المجنون حتى يعقل"⁽²⁾ ، وكلمة العقل هنا يقصد بها أن يكون القاضي صحيح التمييز ، جيد الفطنة ، بعيدا عن السهو والغفلة⁽³⁾ يتوصل بذكائه إلى إيضاح ما أشكل وفصل ما أعضل⁽¹⁾.

فساد التدبير وضياع الإدراك والتمييز وذلك الخلل له نوعان ما يذهب الإدراك والتمييز كالمجنون وهذا يأخذ حكم المجنون حينئذ من بطلان تصرفه إذ ليست له أهلية أداء بل له أهلية وجوب فحسب ما يذهب الإدراك دون التمييز فيصير كالصبي المميز وحينئذ يأخذ حكمه من صحة تصرفاته النافعة له دون الضارة به وتوقف ما تردد من تصرفاته بين النفع والضرر على إجازة من له الإجازة. لمزيد من التفاصيل أنظر أحمد النجدي زهو، النظريات والقواعد الفقهية، ص 77،78، 2001، د.ن .

(1) أبو الحسن المارودي، ص88، وكذلك شمس الدين مُحَمَّدُ بْنُ ' الخَطِيبِ الشَّرْبِينِي، المرجع السابق' ص501، وكذلك علاء الدين أبي بكر بن مسعود الكاساني الحنفي ، المرجع السابق، ، ص3، وكذلك ابن قدامة المقدسي، المرجع السابق، ص12، وكذلك مَنْصُورُ بْنُ يونسِ بْنِ إدريس البهوتي، المرجع السابق، ص3194، وكذلك بَنَّ عَلِيّ الزيلعي الحنفي، المرجع السابق، ص175، وكذلك بُرْهَانَ الدِّينِ أَبِي الوَفَاءِ إبراهيم بَنَّ فَرْحُونَ اليعمري المالكِي، المرجع السابق، ص21.

(2) محمد بن علي بن محمد الشوكاني ، نيل الأوطار شرح منتقى الأخبار، ص572، لبنان ، بيت الافكار الدولية.

(3) الغفلة: هي حالة يوصف بها الشخص نتيجة بساطته ونقص مرانه ينجم عنها عدم الاهتداء إلى وجه المصلحة من التصرفات بمعنى إنه لا يمكن التفريق بين الربح والخاسر منها فهو كثيرا

مما سبق من شواهد فالعقل - على خلاف البلوغ ، والذكورة أو الرجولة - لا يقاس بالسنين وإنما يقدر بحكم قرائن وتصرفات معينة (2) ، وكذلك يشترط في القاضي العدالة و العدالة لغة "التوسط والوسط هو العدل" (3) ومنه قول الله تعالى ﴿وَكَذَلِكَ جَعَلْنَاكُمْ أُمَّةً وَسَطًا﴾ (4) أي أن الله وصف هذه الأمة بكونهم عدول ، وفي الاصطلاح المراد بعدالة القاضي أن يكون صادق اللهجة ، ظاهر الأمانة ، عفيفاً عن المحارم ، متوقياً المآثم ، بعيداً عن الريب ، مأموناً في الرضا والغضب ، مستعملاً المروءة مثله في دينه ودنياه وهذا ما قال به الماوردي (5) ، وعرفها البعض بالامتناع عن ارتكاب الكبائر ، وهي ما جاء فيها وعيد شديد بنص كتاب أو سنة وعدم الإصرار علي الصغائر (6) .

ما يغبن وحكمه كالسفيه، وكذلك أحمد النجدي زهو، النظريات والقواعد الفقهية، ص 80، 2001، د.ن.

(1) أبو الحسن المارودي، ص88 وكذلك بُزْهَانَ الدِّينِ أَبِي الْوَفَاءِ إِبْرَاهِيمَ بْنِ فَرْحُونَ اليعمري المَالِكِي، المرجع السابق، ص21.

(2) محمد نور شحاتة، المرجع السابق، ص146.

(3) مجد الدين الفيروزآبادي، المرجع السابق، ص1030.

(4) سورة البقرة، آية 143.

(5) ادب القاضي للغزي، ص21، أبو يعلي محمد بن حسين الفراء الحنبلي، المرجع السابق، ص66 وكذلك ابي الحسن علي بن محمد بن حبيب المارودي البصري، المرجع السابق، ج16، ص158 .

(6) حاشيتنا قليوبي وعميرة ج4 ص296، بدائع الصنائع، ج7 ص4.

ولكن إختلف الفقهاء في مدى ضرورة توافر العدالة في القاضي ، فالرأي الأول: وهو لجمهور الفقهاء وهو اشتراط العدالة في القاضي ، ويرون أن العدالة هو شرط جواز وصحة لتولي القضاء ، بحيث إذا ولي الفاسق القضاء أثم توليته ، ولا ينفذ شيء من قضائه ، حتى وإن وافق الحق ، وبذلك فلا يتولى عندهم فاسق سواء كان فاسقاً بالاعتقاد ، أو فاسقاً بالجارحة (1) ، واستدل جمهور الفقهاء (بعض الحنفية - المالكية - الشافعية - الحنابلة - الظاهرية - الزيدية - الإمامية) بالآتي:

أولاً : الأدلة من الكتاب: قول الله تعالى ﴿يَا أَيُّهَا الَّذِينَ آمَنُوا إِن جَاءَكُمْ فَاسِقٌ بِنَبَأٍ فَتَبَيَّنُوا أَن تُصِيبُوا قَوْمًا بِجَهَالَةٍ فَتُصْبِحُوا عَلَىٰ مَا فَعَلْتُمْ نَادِمِينَ﴾ (2) ، فهنا أمر الله التبين عند قول الفاسق ، وبذلك لا يصح أن يكون القاضي ممن لا يقبل قوله ، ويجب التبين عند حكمه (3) ، والفاسق هو من يقوم بارتكاب المحرمات ، المتفق عليها ، أو الذي يعتقد أنها المكلف حراماً تبعاً لشهوات نفسه (4).

ثانياً: الأدلة من القياس: قياس القضاء علي الشهادة ، بجامع الولاية في كل ، ولأن الفاسق لا يجوز أن يكون شاهداً ، فمن باب أولى لا يجوز أن يكون قاضياً ،

(1) شرح فتح القدير ج7 ص 253، مواهب الجليل ج6 ص87، تبصرة الحكام ج1 ص24 المغني لابن قدامة ج4 ص14، المحلي لابن حزم ج9 ص363 .

(2) سورة الحجرات، اية 161.

(3) لمغني لابن قدامة ج4 ص14.

(4) القاضي شهاب الدين ابراهيم عبد الله المعروف بابن أبي الدم، كتاب أدب القضاء، ص34، تحقيق وكذلك محمد عبد القادر أحمد عطا، بيروت ، دار الكتب العلمية.

ولأن العدالة شرط في الشاهد فلا بد أن تكون كذلك في القاضي ، ولأن الفاسق أيضاً لا ينصف نفسه ، فكيف ينصف غيره ويرد له حقه (1) ؟

ثالثاً: الأدلة من المعقول: أن الفاسق غير مؤتمن على نفسه ، فلا يؤتمن على غيره ، والفاسق ممنوع من النظر في مال والده ، مع وفور شفقتة ، وهذا ما جاء به مغني المحتاج وبذلك فمن باب أولى يمنع النظر في الأمور العامة ، وأيضاً لأن الفاسق غير مؤتمن على أمور الدين فكيف يؤتمن على أمور الدنيا (2) .

والرأي الثاني: هو في الرواية الثانية للحنفية والمالكية: إن العدالة ليست شرطاً من شروط جواز تولية القضاء ، وإنما شرط من شروط الكمال فأجازوا للقاضي الفاسق أن يتولى القضاء، وجعلوا أحكامه نافذة ما دامت قد وافقت الحق ، واستدلوا على ذلك بالآتي(3):

القياس: حيث إنهم قاسوا القضاء على الشهادة ، لأن من كان أهلاً للشهادة كان أهلاً للقضاء (4) . واستدلوا بقول الله تعالى ﴿يَا أَيُّهَا الَّذِينَ آمَنُوا إِن جَاءكُمْ فَاسِقٌ بِنَبَأٍ﴾ (5) وأمر الله هنا بالتبين يدل على قبول الشهادة .

(1) المغني لابن قدامة ج4 ص14، تبصرة الحكام ج1ص26، الحاوي الكبير ج16ص 158 .

(2) مغني المحتاج، ج4 ص 375، الإنصاف ج11 ص181، البحر الرائق ج6ص 283 .

(3) ادب القاضي للغزي ص21 .

(4) المغني لابن قدامة ص14، ادب القاضي للغزي ص21 .

(5) سورة الحجرات، آية 6 .

رد جمهور العلماء: أنهم لا يسلّمون أن الفاسق أهل للشهادة ، نقول الله تعالى ﴿وَأَشْهِدُوا ذَوِي عَدْلٍ مِّنكُمْ﴾ (1) وقوله سبحانه وتعالى ﴿وَالَّذِينَ يَزُمُونَ الْمِحْصَنَاتِ ثُمَّ لَمْ يَأْتُوا بِأَرْبَعَةِ شُهَدَاءَ فَاجْلِدُوهُمْ ثَمَانِينَ جَلْدَةً وَلَا تَقْبَلُوا لَهُمْ شَهَادَةً أَبَدًا وَأُولَئِكَ هُمُ الْفَاسِقُونَ﴾ (2) فهنا الآية الأولى تشترط عدالة الشاهد ، والآية الثانية تدل على أن شهادة الفاسق مردودة ، وبذلك فقضاؤه أيضًا مردود ، وهذا قياس مع الفارق (3) .

والرأي الراجح لدى الباحث هو ضرورة إشتراط العدالة في القاضي وهو رأي جمهور الفقهاء وذلك لقوة أدلتهم وسلامتها ، وضعف أدلة المخالفين ، ولأن الفاسق غير مؤتمن على نفسه فكيف يؤتمن على غيره وعلى مرفق خطير كالقضاء ويؤيد هذا الكلام قول الله تعالى ﴿أَفَمَن كَانَ مُؤْمِنًا كَمَن كَانَ فَاسِقًا لَّا يَسْتَوُونَ﴾ (4) بل ذهب بعض الفقهاء إلى أن العدالة أيضًا شرط استمرار إذا كان القاضي عادلاً وفسق وذلك لقيامه بأفعال يتبع بها شهوات ، بطلت ولايته مثل شرب الخمر، أو الزنا ، أو ارتكاب ما يسئ للشرف والأمانة ، حيث إن ذلك يؤدي إلى زعزعة

(1) سورة البقرة، آية 457.

(2) النور، آية 4.

(3) المغني لابن قدامة ص14، ادب القاضي للغزي ص21.

(4) سورة السجدة، آية 13 .

الأمانة في القاضي، وسحب الثقة فيه⁽¹⁾ ويتم عزله⁽²⁾ وبذلك فالعدالة شرط تعيين واستمرار

الشرط الرابع: سلامة البدن

لم ينص المشرع المصري على هذا الشرط صراحة ، إلا إنه رغم ذلك فهذا الشرط معمول به ، حيث لا يتولى الوظائف العامة في مصر إلا من كان خاليا من الآفات وذلك بنجاحه في الكشف الطبي⁽³⁾ وفقا للمادة (14) من القانون (81 ل2016) " قانون العاملين المدنيين بالدولة" وهذا ما حكمت به المحكمة الإدارية العليا : " ، وإذا كانت القوانين المتعاقبة بدءا من القانون (210) لسنة 1951 حتى القانون (47) لسنة 1978 قد اشترطت فيمن يعين في إحدى الوظائف المدنية أن تثبت لياقته الصحية للوظيفة ، بمعرفة المجلس الطبي المختص ، فإن ذلك يكون مشروطا من باب أولى فيمن يعين في وظيفة قضائية ، نظراً لأهمية المنصب القضائي ورفعة شأنه ، وآية ذلك أن كل قوانين الهيئات القضائية، وقانون السلطة القضائية تقرر إنه إذا لم يستطيع القاضي بسبب مرضه مباشرة عمله ، أو ظهر

(1) كتاب أدب القضاء، ص34، وكذلك مغني المحتاج ، ج4 ، ص381 .

(2) "قأن طراً عليه الفسق بعد صحة تقليده بطلت ولايته ، ولمزيد من التفاصيل انظر "ابي الحسن علي بن محمد بن حبيب المارودي البصري، المرجع السابق، ج16، ص159 وكذلك شهاب الدين ابي اسحاق بن عبد الله، المرجع السابق، ص24، 25.

(3) حامد محمد أبو طالب، نظام القضاء المصري في الشريعة الإسلامية، ص 291، القاهرة ، دار الفكر العربي

في أي وقت أنه لا يستطيع لأسباب صحية القيام بوظيفته على الوجه اللائق ، فإنه يحال إلى المعاش ، مما يتعين معه الرجوع إلى التشريعات السارية ، بشأن العاملين المدنيين بالدولة فيما لم يرد به نص في تشريعات الكادرات الخاصة ، وفيما لا يتعارض مع طبيعة الوظائف القضائية⁽¹⁾ .

إلا إنه بعد الجريمة المرتكبة من قبل وكيل النيابة، بقتل أحد الأفراد بأربعة رصاصات مع سبق الاصرار والترصد ، والتي تمت في فبراير 2001 ، صدر قرار وزير العدل بضرورة اجراء التحاليل الطبية للدفعة المرشحة في وظيفة معاوني النيابة العامة دفعة 2001 وما تلاها⁽²⁾ .

وقد تلى ذلك قرار وزير الصحة رقم (2001/184) ساردا الأمراض التي تعتبر مانعة للإلتحاق بوظائف النيابة العامة ، وبصدور ذلك القرار نجد أن القانون المصري⁽³⁾ لم يعد يقتصر على سلامة الحواس فقط (السمع- البصر- النطق) والتي تمثل الحد الأدنى⁽⁴⁾ ، بل أورد بها الأمراض التي يعتقد إنها قد تؤثر على

(1) حكم المحكمة الإدارية العليا في الطعون أرقام 13932 ل48 و 9514 ل49 و 1510 ل51 قضائية عليا بجلسة 2007/1/28 .

(2) محمد رضا النمر، المرجع السابق، ص 156 .

(3) بينما المشرع الليبي نص في الفقرة السادسة من المادة رقم (43) والذي استحدثه القانون رقم (51) لسنة 1976 لما تفرضه وظيفة القاضي لكن المشرع الليبي لم يحدد لنا العاهات التي تحول دون تعيين القاضي ولكن اكتفي بمعيار مرن مؤداه إنها هي التي تمنع المرشح من أداء وظيفته، لمزيد من التفاصيل أنظر طارق عبد الجواد شبل المرجع السابق ،ص182 .

(4) سعد بشير مفتاح الرفادي ، المرجع السابق، ص76 .

أداء أعضاء الهيئات القضائية وظائفهم⁽¹⁾ . وكذلك القانون الفرنسي في مادته السابقة نص علي إن تتوافر فيه شروط اللياقة البدنية والطبية اللازمة لممارسة وظائفه.

وفي الفقه الإسلامي يجب أن يكون القاضي سمياً بصيراً ومتكماً غير فاقد لحاسة من الحواس تجعله غير قادر على القيام بأعمال القضاة⁽²⁾ .

(1) منشور في الوقائع المصرية العدد 180 في 11/8/2001 ، ص 15 .

والذي نص في مادته الأولى" مع عدم الإخلال تعتبر الإصابة باحد تلك الأمراض الأتية مانعا من اللياقة الصحية للتعيين في وظائف النيابة العامة : (1) مرض نقص المناعة المكتسبة إيجابي (2) تضخم الكبد والطحال الواضح مع هبوط فيوظائف الكبد (3) داء الفيل مع وجود أمراض واضحة (4) إدمان الواد المخدرة والكحولية بجميع أنواعها أو طرق تعاطيها (5) الأمراض النفسية والعقلية والصرع (6) أمراض القلب العضوية والشرايين التاجية المصحوبة بهبوط في القلب (7) أمراض الأذن المزمنة التي تؤدي إلى ضعف شديد بقوة السمع بدون سماعة (8) الفشل الكلوي (9) ألا تقل قوة الإبصار لكل عين على حدة (6/18 ، 6/24) بالنظارة .

(2) ابن قدامة المقدسي، المرجع السابق، ص13وكذلك أبي إسحاق بُرْهَانَ الدِّينِ إبراهيم بُنِّ مُحَمَّدِ بْنِ عَبْدِ اللَّهِ بْنِ مُحَمَّدِ بْنِ مَفْلَحِ الْحَنْبَلِيِّ، المرجع السابق، ص146وكذلك علاء الدين أبي بكر بن مسعود الكاساني الحنفي ، المرجع السابق، ص3وكذلك كَمَالِ الدِّينِ مُحَمَّدِ بْنِ عَبْدِ الْوَّاحِدِ السِّيَاسِيِّ ثُمَّ السَّكَنْدَرِيِّ، المرجع السابق، ص453وكذلك بُرْهَانَ الدِّينِ أَبِي الْوَفَاءِ إبراهيم بْنِ فَرْحُونَ اليعمري المَالِكِيِّ، المرجع السابق، ص21وكذلك حاشية الدسوقي علي الشرح الكبير محمد عرفة الدسوقي علي الشرح الكبير لأبي البركات سيدي احمد الدردير وبهامشه الشرح المذكور للشيخ محمد عليش، ص129، الجزء الرابع وكذلك علاء الدِّينِ ' أَبِي الْحَسَنِ عَلِيِّ بْنِ سَلِيمَانَ المارودي، المرجع السابق، ص176.

وزيادة في التأكيد وإحترام وظيفة القاضي ، ذهب جمهور الفقهاء إلى أنه لا يجوز تولي الصم القضاء ، لعدم القدرة في هذه الحالة على سماع طلبات الخصوم ، وشهادة الشهود ، كما لا يجوز تولي الأعمى لعدم القدرة على قراءة المستندات ، وأوراق الخصوم ، ومعرفة المدعي من المدعى عليه ، ولا يعرف المقر من المقر له ، وكذلك لا يستطيع أن يفرق بين الشهود والخصوم ، وأيضاً لا يصح تولي الأخرس القضاء بطريق القياس ، لأنه لا يستطيع الكلام ومناقشة الحجج والشهود في أقوالهم إليه ، وكذلك لا يستطيع النطق بالحكم ، وهذا ما قاله الماوردي والمالكية ، ولكن المالكية أضافت أنه إذا كان القاضي سليماً ثم اعترضه عارض من العوارض السابقة، يجب عزله حيث سلامة الحواس شرط تولية القاضي وكذلك شرط استمراره⁽¹⁾ .

ولكن ذهب بعض الشافعية إلى: أنه يجوز تولي الأعمى للقضاء ، واستدلوا على ذلك بأن سيدنا (شعيباً) كان أعمى ، وكذلك استخلاف الرسول ﷺ لابن أم مكتوم في المدينة⁽²⁾ .

(1) ابن قدامة المقدسي، المرجع السابق، ص13 وكذلك المقنع لابي محمد بن قدامة المقدسي والشرح الكبير لابي الفرج بن قدامة المقدسي والإنصاف للمواردي، تحقيق عبد الله بن عبد المحسن التركي، الجزء الثامن والعشرون، ص299 وكذلك بُرْهَانُ الدِّينِ أَبِي الوَفَاءِ إبراهيم بْن فَرْحُونَ اليعمرى الْمَالِكِي، المرجع السابق، ص22، 23 وكذلك أبو الحسن المارودي، المرجع السابق، ص89 .

(2) ابن قدامة المقدسي، المرجع السابق، ص13 وكذلك بُنِ الْقَاسِمِ الْغَزِي عَلِي مَنَّ الشَّيْخِ ابي شجاع، المرجع السابق، ص620 وكذلك حاشية الدسوقي علي الشرح الكبير محمد عرفة الدسوقي

لقد رد جمهور الفقهاء على الحجج السابقة: أن ما روي عن سيدنا شعيباً كان أعمى أمر غير مجزوم به ، أو لم تثبت صحته ، وعلى فرض صحته فلا يكون هذا حجة ، لأن شعيباً قد آمن معه قليل من الناس وربما لا يحتاجون إلى حكم بينهم لقلتهم ، وتقواهم وردوا أيضاً على قول استخلاف الرسول ﷺ لإبن أم مكتوم أنه كان استخلاف في إقامة الصلاة ، وليس في ولاية القضاء (1) .

وللشافعية في الأخرس رأي آخر وهو إنه حيث يجوز تولية الأخرس الذي تفهم إشارته (2) . ولقد رد جمهور الفقهاء أن تأثير فقدان أي من هذه الحواس يؤثر في

علي الشرح الكبير لآبي البركات سيدي احمد الدردير وبهامشه الشرح المذكور للشيخ محمد عlish، ص130 وكذلك ابي الحسن علي بن محمد بن حبيب المارودي البصري، المرجع السابق، ص155 وكذلك ابي بكر بن محمد الحسيني الحصيني اليمشي الشافعي، المرجع السابق، ص729 وكذلك بزهان الدين ابي الوفاء ابراهيم بن فرحون اليعمري المالكي، المرجع السابق، ص22.

(1) بن القاسم الغزي علي متن الشيخ ابي شجاع، المرجع السابق، ص620 وكذلك شمس الدين محمد بن الخطيب الشربيني، المرجع السابق، ص502 وكذلك بزهان الدين ابي الوفاء ابراهيم بن فرحون اليعمري المالكي، المرجع السابق، ص22.

(2) للإمام ابي زكريا يحيى بن شرف النووي في فقه الشافعية، المرجع السابق، ص127 وكذلك أبو الحسن المارودي، المرجع السابق، ص89 وكذلك بزهان الدين ابي الوفاء ابراهيم بن فرحون اليعمري المالكي، المرجع السابق، ص23.

الشهادة وعلى ذلك فإنه يؤثر في القضاء لأن منصب الشهادة دون منصب القضاء (1) .

يرجح الباحث اشتراط سلامة الحواس فيمن يتولى القضاء من السمع والبصر والنطق وهو رأي الجمهور وذلك لقوة أدلتهم .

(1) شمس الدين محمد بن ' الخطيب الشربيني، المرجع السابق' ص502 وكذلك بزهان الدين أبي الوفاء إبراهيم بن فرحون اليعمري المالكي، المرجع السابق، ص23.

الشرط الخامس: الكفاءة العلمية(1)

(1) كيفية تولي القضاء في المغرب مثال يجب أن يحتذى به حيث يمر الملحقون القضائيون المغاربة عند تعيينهم بالآتي: نص الفصل الرابع من ظهير شريف 11 نوفمبر 1974 المتعلق بالنظام الأساسي لرجال القضاء على الشروط العامة التي يجب توافرها فيمن يعين ملحقا قضائيا، حيث نص الفصل الخامس من نفس الظهير على إنه " يقبل في مباراة الانخراط في سلك الملحقين القضائيين حملة شهادة العالمية للتعليم العالي الإسلامي، وشهادة الإجازة من الحقوق والعلوم القانونية، والإجازة في الشريعة من جامعة القرويين أو شهادة معترف بها بمعادلتها بمقتضى مرسوم بناء على اقتراح من وزير العدل، يحدد بمرسوم صادر بنفس الطريقة شروط المشاركة في المباراة ومواد الاختبار وكذلك تشكيل لجنة المباراة .

يعين المرشحون الناجحون في المباراة المنصوص عليها في الفصل السابق حسب تفوقهم ملحقين قضائيين بقرار من الوزير ويتقاضون مرتبا يحدد بمرسوم وتعويضا تمثيلا عن بذلة الجلسة، ويقضون بهذه الصفة تمرينا لمدة سنتين يشتمل على:

طور للدراسات الوظيفية بالمعهد الوطني للدراسات القضائية مدة خمسة أشهر يرمي إلى تحقيق تكوينهم المهني بواسطة تعليم خاص .

تدريب بمحاكم الاستئناف والمحاكم الابتدائية مدته خمسة عشر شهرا، يشارك الملحقون القضائيون بهذه الصفة تحت مسئولية القضاة في النشاط القضائي غير أنه لا يمكن أن يفوض لهم في الأعضاء .

تدريب مدته أربعة أشهر تقسم بين المؤسسات السجنية والمقاولات العمومية أو الخاصة والعمالات .

تحدد قرارات وزير العدل طريقة تطبيق الطور الدراسي والتدريبين المشار اليهما في الفقرات السابقة وكذلك الأوقات التي تجري فيها " الفصل السادس "ويؤدي الملحقون القضائيين "طبقا للفصل السابق" بعد انصرام الفترة المشار اليها في الفقرة الثانية في الفصل السابق امتحان نهاية التمرين ضمن الشروط المحددة بمقتضى مرسوم، يمكن الملحقون القضائيون الذين نجحوا في الامتحان المشار إليه أعلاه أن يعينوا قضاة تظهر باقتراح في المجلس الأعلى للقضاء في الرتبة

حيث يشترط فيمن يولي من القضاة إن يكون حاصلًا علي مؤهل عالٍ في القانون أو الشريعة وهذا ما نصت عليه معظم القوانين التشريعية ، حيث نصت المادة (38) من قانون السلطة القضائية المصري ، إن يكون حاصلًا علي إجازة الحقوق من احدي كليات الحقوق بجامعة جمهورية مصر العربية ، أو علي الإجازة العالية في الشريعة والقانون من احدي كليات الشريعة والقانون بجامعة الأزهر ، وكذلك يمكن إن يكون حاصلًا عليها من كلية الشرطة ، ويجوز تعيين من يحصل علي شهادة أجنبية معادلة لإجازة الحقوق بشرط إن ينجح في امتحان المعادلة طبقًا للقوانين واللوائح الخاصة بذلك (1) .

كما أن هناك بعض الهيئات القضائية التي تشترط حصول عضوها علي دبلومي الدراسات العليا ومنها مجلس الدولة المصري وذلك وفقا لنص المادة (73) من قانون مجلس الدولة المصري ، ولقد صدرت فتوى بذلك بأنه " استظهرت الجمعية العمومية أن المشرع إشتراط فيمن يعين في وظيفة مندوب مجلس الدولة أن يكون حاصلًا علي دبلومتين من دبلومات الدراسات العليا أحدهما في أول يناير التالي

الأولى من الدرجة الثالثة، بعض الذين لا تتوفر فيهم شروط تعيينهم قضاة أو يوضعون رهن إشارة أدارتهم الأصلية بقرار من وزير العدل ، لمزيد من التفاصيل أنظر محمد نور شحاتة، المرجع السابق، ص135، 136 .

(1) خالد عبدالعظيم ابو غابة، المرجع السابق، ص27 ، وكذلك حامد محمد ابو طالب ' المرجع السابق، ص82 ، وكذلك احمد هندي ، المرجع السابق ، ص68 ، وكذلك ضاحي موسي حسن عبد الرازق ، المرجع السابق، ص90 ، وكذلك محمود محمد هاشم ، المرجع السابق ، ص181 .

لحصوله على ذات الدبلومين متى كان التقارير المقدمة عنه مرضية ، وعمدت الجمعية إلى التفرقة بين دبلومات الدراسات العليا في القانون والتي لا ترقى إلى معادلة درجة الماجستير في القانون وإن تعددت وتكاثرت ، ودبلومي القانون العام والقانون الخاص الذي يكفي أحدهما بجانب أي دبلوم آخر لإعتبار طالب الدراسات العليا حاصلًا على درجة معادلة الماجستير ومن ثم مؤهلاً لنيل درجة الدكتوراة⁽¹⁾.

وقد حددت المواد من (39-43) من قانون السلطة القضائية المصري رقم (46) لسنة 1972 ورقم (35) لسنة 1984 الخبرة المطلوبة لكل درجة من الدرجات الوظيفية ، حيث نصت المادة (41) أنه لا بد إن يكون القاضي قد مارس عملاً قانونياً مدة معينة قبل اشتغاله بالقضاء ، وعلي ذلك فلا يعين قاضياً إلا من سبق له الاشتغال بعمل من الأعمال القضائية ، أو القانونية في جهة من الجهات كالنيابة العامة ، أو إدارة قضايا الحكومة ، أو التدريس بكليات الحقوق ، أو العمل بالمحاماة ، أو بأي عمل يعتبر بقرار تنظيمي عام من المجلس الأعلى من الهيئات القضائية نظيراً للعمل القضائي . وكان طبيعياً والأمر كذلك اختلاف مدة الخبرة المطلوبة باختلاف الدرجات القضائية⁽²⁾ . وهذا الشرط غير مفعل في مصر وذلك

(1) فتوى مجلس الدولة رقم 845 بتاريخ 2002/10/8 ملف رقم 1017/3/86 ، الكتاب القانوني الإلكتروني ، موسوعة فتاوي مجلس الدولة .

(2) حامد محمد ابو طالب ، المرجع السابق ، ص 83 وكذلك خالد عبدالعظيم ابو غابة، المرجع السابق ، ص 30 وكذلك ضاحي موسي حسن عبد الرازق ، المرجع السابق ، ص 91 ، وكذلك محمد محمود هاشم ، المرجع السابق ، ص 182 وكذلك محمد نور شحاتة ، المرجع السابق ، ص 134.

لعدم تولية القضاء لأي شخص خارج السلك القضائي ، أضف إلى ذلك إنه في السنوات الاخيرة أهدر ركن الكفاءة العملية المطلوبة وتُرك أوائل الدفعات لتعيين ابناء القضاة من الحاصلين على تقديرات أقل، لذا يلزم ان ينص على وضع ضوابط موضوعية تضمن أن يعتلي منصة القضاء أكفاً وأفضل العناصر الموجودة للإرتقاء بمرفق القضاء وإقامة العدل بين الناس⁽¹⁾.

بالإضافة إلى الخبرة يجب أن يتوفر في المرشح الكفاية ويتم التحقق منها بالرجوع إلى تقارير التفتيش القضائي⁽²⁾ ، حيث أن أول مراحل الإشراف على القاضي هي تقارير الكفاءة التي يضعها جهاز التفتيش القضائي وهو الجهاز المسئول عن تقييم أداء القضاة وأعضاء النيابة العامة، فإذا اتضح أن القاضي ارتكب خطأ جسيم أو عمدي فإنه يقوم بوضع بعض الملاحظات في ملف القاضي السري، وبناء علي تلك الملاحظات فلوزير العدل إحالة الأمر لمجلس القضاء الأعلى ليتخذ ما يراه في شأن ذلك العضو⁽³⁾ ، إلا أن المشرع المصري قصر دور إدارة الإشراف على أعمال القضاة والرؤساء بالمحاكم الابتدائية وبهذا فإن القاضي الدستوري لا يخضع لأي تفتيش أو تقييم⁽⁴⁾ ، ويكون تقدير الكفاية بإحدى الدرجات الآتية: كفاء - فوق

(1) عبد العزيز نبيه عبد العزيز خضر، المرجع السابق، ص 50 .

(2) سعد بشير مفتاح الرفادي ، إستقلالية القاضي ما بين الحصانة والمساءلة ، ص 80 ، منشأة المعارف،الإسكندرية، 2012

(3) عماد الدين عبد الله الوقاد ، المرجع السابق، ص 343

(4) سعد بشير مفتاح الرفادي، المرجع السابق، ص 282

المتوسط - متوسط - اقل من المتوسط ويجب إجراء التفتيش مرة على الأقل كل سنتين ويجب إيداع تقرير التفتيش خلال شهرين على الأقل من تاريخ انتهاء التفتيش كما يجب أن يحاط أعضاء مجلس الدولة علما بكل ما يودع بملفات خدمتهم من تقارير أو ملاحظات أو أوراق⁽¹⁾ .

وتؤثر تقارير الكفاية على ترقية القضاة ويتم نقل أعضاء الهيئات القضائية من هيئة لأخرى بقرار من المجلس الأعلى للهيئات القضائية بناء على عرض من إدارة التفتيش على الهيئات القضائية وتكون قرارات المجلس في هذا الشأن غير قابلة للطعن وكذلك يكون نقل أعضاء الهيئات القضائية داخل الهيئة القضائية الواحدة بقرار من رئيس المجلس الأعلى بناء على عرض من رئيس هيئة التفتيش⁽²⁾ .

بينما في فرنسا فإنه اشترط إلي انه يجب إن يكون حائزا علي ليسانس الحقوق ، فإنه لا بد أيضا إن يكون من بين خريجي المركز الوطني للدراسات القضائية ، والذي أنشئ في سنة 1958⁽³⁾ ، والذي حلت محله المدرسة الوطنية للقضاء في

(1) رشدي شحاتة ابو زيد، المرجع السابق، ص297

(2) ابراهيم ابو النجا، شرح قانون المرافعات المدنية والتجارية الليبي، ص63، حقوق الطبع محفوظة للمؤلف، طبعة أولي، 1998

(3) منذ عام 1959 يتم تدريب كل القضاة الجدد بكثافة لفترة لا تقل عن ثمانية وعشرين شهرا في الكلية القومية للقضاة وهي هيئة علمية رفيعة ولا يضطلعون إلى الخدمة في السلك القضائي إلا بعد أن ينجحوا في امتحانات شديدة الصعوبة " لمزيد من التفاصيل أنظر روبرت أكارب، رونالد ستيدهام، المرجع السابق، ص 319 .

سنة 1970⁽¹⁾ ، ومهمته إعداد القضاة⁽²⁾. وفي فرنسا تم إنشاء مجلس القضاء الأعلى في ظل الدستور الصادر سنة 1946 الذي أكدته دستور 1958 ويتألف المجلس الأعلى من رئيس الجمهورية رئيسا ومن وزير العدل نائبا وتسعة أعضاء يمثلون الهيئات القضائية وعضوين آخرين يعينهم رئيس الجمهورية، ويختص المجلس بالنظر في الترشيحات للتعيين في مناصب مستشارين والقضاة وترقيتهم ونقلهم والنظر في أمر عزلهم وإحالتهم إلي التقاعد⁽³⁾ .

فانه بمقتضى الأمر (1270) الصادر في 158/2/22 تم تشكيل اللجنة الوطنية لفحص شكاوي المتقاضين وتشكل هذه اللجنة وفقا لنص المادة (3/50) من هذا المرسوم علي النحو التالي

1 - قاض خارج التدرج الخاص بمحكمة النقض معين عن طريق مجموع القضاة من خارج التدرج الخاص بهذه المحكمة

2- شخصية يختارها ويعينها رئيس الجمهورية

3- شخصية يختارها ويعينها كل من رئيس مجلس الشيوخ ورئيس الجمعية الوطنية والشخصيات المذكورة في البندين (2و3) السابقين لا تملك صفة قاض أو قض

(1) طارق عبد الحواد شبل، المرجع السابق، ص185 وكذلك محمود محمد هاشم، المرجع السابق، ص181.

(2) احمد هندي، المرجع السابق، ص 76 .

(3) سعد بشير مفتاح الرفادي، المرجع السابق، ص240

قديم بالقضاء العادي، وقد يجري تعيين عضو إضافي، وتخضع هذه اللجنة إلى رئاسة قاض من خارج التدرج الخاص بمحكمة النقض، أعضاء هذه اللجنة يتم تعيينهم كل أربع سنوات . وتقوم اللجنة الوطنية بفحص الشكاوي تقوم بتلقي الشكاوي وتقوم بفحصها واستبعاد كل الشكاوي التي لا تستند إلى أساس سليم من الواقع، وتفحص الشكاوي من حيث المضمون قبل إحالتها إلى وزير العدل أو رؤساء المحاكم وبذلك لا ينتقل إلا ما يستوجب النقد والجزاء⁽¹⁾ .

وفي الفقه الإسلامي يشترط الفقهاء الاجتهاد في القاضي . والاجتهاد في اللغة: قال أبو بكر الرازي إن الجهد بفتح الجيم وضمها (الطاقة) ، قال الله تعالى "والذين لا يجدون إلا جهدهم فيسخرون منهم سخر الله منهم " . والجهد بالفتح المشقة والاجتهاد والتجاهد وبذل الوسع والمجهود⁽²⁾ .

والاجتهاد اصطلاحاً بذل الجهد في استنباط الحكم الشرعي من أدلته التفصيلية ، أو أخذه من مصادره ، إذا لم تنص هذه المصادر أو تلك الأدلة علي الحكم صراحة ، إذن فالاجتهاد هو الأهلية لاستنباط الحكم الشرعي من أدلته التفصيلية⁽³⁾

(1) عماد الدين عبد الله الوقاد، المرجع السابق، ص357

(2) مجد الدين محمد بن الفيروزآبادي، المرجع السابق، ص275، ص43، وكذلك احمد بن محمد المقرئ، المرجع السابق، ص43، .

(3) مغني المحتاج ، ص503 وكذلك مختار الصحاح ص74 وكذلك القاموس المحيط ص204 وكذلك بدائع الصنائع ج7 ص3 .

، والمجتهد⁽¹⁾ يجب أن يكون عالما بكتاب الله ، ناسخه ، ومنسوخه ، وخاصة ، وعامه⁽²⁾، وعالما بسنة رسول الله ﷺ " ، وأقوال أهل العلم قديما وحديثا، وعالما

(1) ويكون من أهل الاجتهاد إذا احاط علمه بخمسة اصول:

* علمه بكتاب الله تعالى في معرفة ناسخه ومنسوخه ومحكمه ومتشابهه ومفسره ومجمله وعمومه
* علمه بسنة رسول الله " صل الله عليه وسلم " في معرفة اخبار التواتر والاحاد وصحة الطرق
والإسناد وما تقدم منها وما تاخر وما كان على سبب وغير سبب وان لم يسمعها مسندة إذا عرفها
من وجوه الصحة

* علمه بالاجماع والاختلاف وأقوال الناي ليتبع الاجماع ويجتهد في المختلف

* علمه بالقياس ما كان منه جليا أو خفيا وقياس المعنى وقياس الشبه وصحة العلل وفسادها

* علمه بالعربية فيما تدعو الحاجة اليه في اللغة والاعراب لان لسان الكتاب والسنة عربي

لمزيد من التفاصيل أنظر ابي الحسن بن محمد بن حبيب المارودي البصري، المرجع السابق،
ج16، ص 158 .

(2) العام: هو اللفظ الواحد الدال على مسميين فصاعدا مطلقا معا، بينما الخاص: هو كل ما
ليس بعام وهو اللفظ الدال على مسمى واحد، والمجمل: هو ما تردد بين احتمالين فاكثر على
السواء، وهو ما افاد شيئا في جملة اشياء، والمفسر: هو الذي اتضحت دلالاته منه، والمطلق:
هو ما دل على شائع في جنسه وهو اللفظ الدال على الحقيقة من حيث انهاهي من غير ان
يكون فيها دلالة على شئ من قيود تلك الحقيقة سلبا كان القيد أو ايجابيا، والمقيد: هو اللفظ
الدال عبي مدلول المطلق بصفة زائدة ومثل كل حقيقة اعتبرت مضافة لغيرها، والنسخ: هو هو
رفع حكم الشرع بدليل شرعي متاخر، والحكم الشرعي: هو خطاب الله تعالى المتعلق باقوال
المكلفين بالاقضاء أو التخيير، والاحاد: هو ما لم تبلغ روايته من التواتر أو حد الشهرة، والتواتر:
هو تتابع الأمور واحد بعد الاخر وهو خبر اقوام بلغوا في الكثرة إلى حصول العلم بقولهم،
المسند: هو ما اسند إلى قائلة، وما اتصل سنده إلى منتهاه، المرسل: هو ان يترك التابع
الواسطة بينه وبين النبي ﷺ ، لمزيد من التفاصيل أنظر كتاب احمد محمد لطفي احمد، تحقيق
ودراسة من أول كتاب الاقضية إلى اخر كتاب دعاوي والبيانات من كتاب البيان في الفقه على

بلسان العرب، عاقلا يميز بين المشتبه، وفعل القياس، فإن عدم واحدا من هذه الخصال، فلا يجوز أن يقال عليه مجتهدا⁽¹⁾. واتفق الفقهاء علي انه يُستحب إن يكون القاضي مجتهدا ولكن اختلفوا في مدي اشتراط ذلك كالاتي :

الرأي الأول: وهو رأي جمهور الفقهاء إن الاجتهاد شرط في القاضي ولا يصح تولية القاضي غير المجتهد واستدلوا علي ذلك بالاتي⁽²⁾.

أولا: من الكتاب:

قوله تعالى ﴿فَإِنْ تَنَازَعْتُمْ فِي شَيْءٍ فَرُدُّوهُ إِلَى اللَّهِ وَالرَّسُولِ﴾⁽³⁾ والرد إلي الكتاب والسنة لا يتوافر إلا في المجتهد والذين يستطيعون الاستنباط⁽⁴⁾.

ثانيا: من السنة:

مذهب الامام الشافعي للامام العمران المتوفي سنة 558هـ، ص98،95، بحث مقدم للحصول على درجة التخصص " الماجستير في الفقه المقارن "، جامعة الازهر، كلية الشريعة والقانون بطنطا، 2001 .

(1) الام، للشافعي، ج7، ص 274 .

(2) ابو الحسن المارودي، المرجع السابق ، ص89 وكذلك شمس الدين محمد الخطيب الشربيني، المرجع السابق ،ص503 وكذلك، ابن حزم الظاهري، المرجع السابق ص363 وكذلك محمد بن قدامة المقدسي، المرجع السابق، ص14.

(3) سورة النساء، اية59.

(4) الام للشافعي ج6 ص 204 وكذلك المغني لابن قدامة ج12 ص 16.

حديث رسول الله صل الله عليه وسلم " القضاة ثلاثة " فهذا الحديث يدل علي إن القاضي الجاهل يستحق دخول النار وهذا اكبر دليل علي اشتراط الاجتهاد⁽¹⁾.

وصية رسول الله صل الله عليه وسلم " لمعاذ بن جبل عندما قال له : كيف تقضي؟ قال: بكتاب الله . فقال الرسول : فإن لم تجد ؟ فقال :من سنة رسول الله . قال: فإن لم تجد ؟ قال: اجتهد رأي ولا آلو. فضرب رسول الله ﷺ علي صدره وقال: الحمد لله الذي وفق رسول الله لما يرضي رسول الله .وهذا اكبر دليل علي اشتراط الاجتهاد (2) .

الرأي الثاني: يري عدم اشتراط الاجتهاد في القاضي وأدلتهم هي كالآتي⁽³⁾

إن الغرض من القضاء هو فصل وإيصال الحق إلي مستحقه ، والمقلد يمكنه ذلك لأنه يمكن إن يقضي بفتوى لغيره⁽⁴⁾ . وأن المنع سيؤدي لتعطيل الأحكام في زمن قل فيه الاجتهاد.

(1) المغني لابن قدامة ج12 ص 16.

(2) عون المعبود علي سنن بن داوود، ص 1532 .

(3) عثمان بن الزيلعي الحنفي، المرجع السابق، ص176 وكذلك علاء الدين أبي بكر بن مسعود الكاساني الحنفي ، المرجع السابق، ، ص3 وكذلك محمود بن احمد بن موسي، المرجع السابق ص4.

(4) بدائع الصنائع ج7 ص4.

ولقد رد أصحاب المذهب الأول علي هذه الحجج بان الغرض من القضاء ليس فصل الخصومات علي أي نحو إنما الغرض هو فصل الخصومات بالطريقة الشرعية وفقا للقانون الإلهي ، ولا يصل إلي هذا إلا من بلغ مرتبة الاجتهاد (1) .

وكذلك نصل إلى الراجح عند الباحث وهو إشتراط الاجتهاد في القاضي وهو ذهب إليه جمهور الفقهاء لقوة أدلتهم ، وذلك لأن الجاهل يفسد أكثر مما يصلح عند التقيد بأحكامه وكما نرى غير المجتهد لا يعرف الحق أصلا ، لأن الحق لا يعرف إلا بالدليل، مثلما قال الشيرازي "الحق ما دل عليه الدليل" (2) .

ولقد عرف الفقه الإسلامي أيضا الإشراف على القاضي ومراقبته حيث كان لا يقتصر وظيفة ولي الأمر على اختيار القضاة فحسب إنما يجب أن يراقبهم في الأعمال القضائية حيث ينبغي على الإمام أن يتفقد أحوال القضاة فإنهم قوام أمره ورأس سلطانه، وكذلك قاضي الجماعة (حيث ظهر في عهد الدولة العباسية ووظيفة قاضي القضاة الذي كان له تعيين القضاة وعزلهم والاشراف على أعمالهم وتولي أمرهم وصاحب هذا المنصب كأنت له سلطات ضخمة لا تعدلها سلطات بعد

(1) تبصرة الحكام ج1 ص 29.

(2) المغني لابن قدامة ج14 ص 17 .

الخليفة وممن تولوا هذا المنصب ابو يوسف يعقوب بن ابراهيم، وبقي هذا المنصب حتى سقوط الدولة العثمانية⁽¹⁾ .

الشرط السادس: شرط السن

اشترط المشرع مع كمال الأهلية وصولا لسن معينة ولقد نصت علي ذلك القوانين المختلفة:

ففي القانون المصري فإنه يجب إلا يقل سن القاضي عن ثلاثين سنة ، إذا كان التعيين بالمحاكم الابتدائية ، وعن أربعين سنة إذا كان التعيين بمحاكم الاستئناف ،

(1) إسماعيل إبراهيم بدوي، نظام القضاء الإسلامي، ص 286، دار الفكر الجامعي، 30 شارع سوتير الإسكندرية، 2012 .

حيث قيل و ينبغي له أن يتفقد قضاته ونوابه، فيتصفح في أفضيتهم ويراعي أمورهم وسيرتهم بين الناس، وعلى الإمام والقاضي الجامع لأحكام القضاء، أن يسأل الثقات عنهم، ويسأل قوم صالحين من لا يتهم عليهم، ولا يخدع، فان كثيرا من ذوي الأغراض يلقي في قلوب الصالحين من القاضي شيئا، ليتوصل بذلك إلى نم الصلحاء له عند ذكره عندهم وسؤالهم عنه فإذا ظهرت الشكية بهم ولم تعرف أحوالهم سأل عنهم كما تقدم فان كانوا على طريق استقامة أبغاهم، وأن كانوا على ما ذكر عنهم عزلهم (لمزيد من المعلومات تبصرة الحكام لابن فرحون ج1، ص68، / مواهب الجليل، ج8، ص 207).

وعن ثلاث وأربعين سنة إذا كان التعيين بمحكمة النقض (1) ، وهذا يمثل الحد الأدنى للسنة حيث يمكن للقضاة تولية تلك المراتب بعد هذه السنة (2) .

وهناك شرط ألا يزيد سن المتقدم لأي وظيفة قضائية عن ثلاثين سنة والذي يتم النص عليه في الإعلان عن الوظيفة القضائية (3) ، إلا إنه قد صدرت عدة أحكام من المحكمة الإدارية العليا ألغت بموجبها شرط ألا يزيد سن المتقدم عن ثلاثين سنة ، حيث جاء بأسباب الحكم أن هذا التحديد يشكل قيودا غير مبرر يلامس حد الإهدار لحق العمل ، بحسبانه أحد الأصول التي ما انفكت الدساتير المتعاقبة تقرها وتكفلها . حيث ورد بالحكم مايلي " ومن حيث إنه يضاف إلى ما تقدم أن جهة الإدارة في تقريرها الحد الأقصى لشرط السن " المطعون فيه" تبدو كمن يسلك في هذا الشأن دربا مغايرا لذلك الذي سلكته إجماعا الهيئات القضائية الأخرى ، إذ تفصح الإعلانات الصادرة عن كل من النيابة العامة ، وهيئة النيابة الإدارية ، وهيئة قضايا الدولة ، عن أن الحد الأقصى لسن المرشح ثلاثون سنة ، فإن ما إنفردت به الجهة الإدارية المطعون ضدها.."مجلس الدولة " دون غيرها من الهيئات القضائية بتحديد سن المرشح على النحو المتقدم 25 سنة دون سند ، أو منطق ،

(1) محمود رضا خضيرى، تشريعات السلطة القضائية في دولة الامارات العربية ،ص30 وكذلك محمد نور شحاتة، استقلال القضاة، ص133، القاهرة ، دار النهضة العربية.

(2) أحمد هندي، المرجع السابق، ص 68 .

(3) ومنها اعلان عن وظيفة معاون نيابة عامة المنشور بجريدة الجمهورية بتاريخ 2017/2/21 ، وكذلك اعلان مندوب مساعد بمجلس الدولة المنشور بجريدة الاهرام بتاريخ 2016/1/29.

أو قانون ، فإن قرارها المطعون فيه يكون قد أدركه وجه آخر من أوجه الإخلال بالمساواة وتكافؤ الفرص..... ومن حيث إنه فوق ما تقدم جميعه فإن ذلك التحديد يشكل قيداً غير مبرر يلامس حد الإهدار لحق العمل بحسبانه أحد الأصول التي ما انفكت الدساتير المتعاقبة تقررها وتكفلها ، وهو ما يذر القرار المطعون فيه مخالفا القانون مستوجب الإلغاء مع ما يترتب على ذلك من آثار (1) .

من الحكم السابق نستنتج أنه لا يوجد نص قانوني يحدد الحد الأقصى لسن المرشح للإلتحاق بالهيئات القضائية ، إلا أن العرف بين الهيئات القضائية تواتر على أن يكون ذلك السن هو ثلاثون عاما ، إلا أن الحكم السابق أوضح في حيثياته أن تحديد السن بشكل قيدا يهدر حق العمل ، مما يجعله مخالفا للدستور ، لذلك لا يوجد حد أقصى لسن الإلتحاق بالهيئات القضائية .

والتضاء في الفقه الإسلامي ولاية عظيمة الشأن ، لذلك لا يجوز تقليد القضاء لغير البالغ من العمر ، غير مكتمل الأهلية (2) ، لأنه لا يقدر علي تصريف شئون نفسه ،

(1) طعن رقم 59 ل20607 ق بجلسة 2014/2/22 ، وكذلك رقم 21806 ل59 ق بجلسة 2014/2/22 ، وكذلك 21803 ل59 ق بجلسة 2014/2/22 .

(2) الأهلية: في اللغة هي الصلاحية وفي لسان أهل الشرع هي صلاحية الإنسان لوجوب الحقوق المشروعة له وعليه وهي الأمانة التي حملها الأنسان. دوذلك أحمد النجدي زهو، أصول التشريع الإسلامي، ص174، د.ن، 1999.

وبذلك لا يستطيع تصريف شئون الغير⁽¹⁾ ، ولأن حكمه ليس علي نفسه لأنه يتم الوصاية عليه ، وبذلك كيف يجلس للنظر في منازعات غيره ، ويؤيد ذلك ما روي عن النبي "صل الله عليه وسلم" في حديث أبي هريرة أن النبي "صل الله عليه وسلم" قال: "تعوذوا بالله في رأس السبعين وإمارة الصبيان"⁽²⁾ والنبي "صل الله عليه وسلم" لم يأمرنا من التعوذ إلا من شر ، وبذلك فان إمارة الصبي شر ويستدل أيضاً من قول الله تعالى: ﴿وَاسْتَشْهِدُوا شَهِيدَيْنِ مِنْ رِجَالِكُمْ﴾⁽³⁾ وبذلك يخرج الصبي من الشهادة التي هي ولاية خاصة فمن باب أولى أن يخرج من القضاء التي هي ولاية عامة⁽⁴⁾ .

واختلف الفقهاء فيما إذا كانت العبرة في البلوغ ، هي بالاحتلام ، أم بالسن في البلوغ، فذهب داود الظاهري إلى إنه لا اعتبار بالسن في البلوغ ، فلا يحكم ببلوغه السن ما لم يحتلم ، ولو بلغ أربعين سنة . في حين ذهب المالكية إلى الاعتداد

(1) حاشيتان الأولى شَهَابُ الدِّينِ إِحْمَدُ بْنُ إِحْمَدَ بْنِ سَلَامَةَ القَلْيُوبِيِّ والثَّانِيَّةُ شَهَابُ الدِّينِ إِحْمَدُ البِرْلِسِيِّ الملقب بِعَمِيرَةَ عَلِيِّ شَرْحِ جَلَالِ الدِّينِ مُحَمَّدِ إِحْمَدَ المَحَلِّيِّ عَلَى مَنَاجِ الطَّلَبِيِّينَ للإمام ابي زكريا يُحْيِي بُنُ شَرْفِ النَّوَوِيِّ فِي فَهْمِ الشَّافِعِيَّةِ، ص296 وكذلك للإمام ابي زكريا يُحْيِي بُنُ شَرْفِ النَّوَوِيِّ فِي فَهْمِ الشَّافِعِيَّةِ، المرجع السابق، ص126 وكذلك ابي مُحَمَّدَ عَلِيَّ بُنُ إِحْمَدَ بُنُ سَعِيدِ بُنُ حُرْمِ، المرجع السابق، ص363.

(2) محمد بن علي الشوكاني، نيل الأوطار شرح منتهي الاخير، ص573 .

(3) سورة البقرة، اية 282.

(4) محمد بن يوسف اطفيش، المرجع السابق، ص22، أبو الحسن المارودي، المرجع السابق، ص88 وكذلك لابن قدامة المقدسي، المرجع السابق، ص12.

بالسن ، على خلاف بينهم في تقدير هذا السن، حيث ذهب البعض إلى أن هذا السن يقدر بسبع عشرة سنة، وذهب البعض الآخر إلى إنه ثماني عشرة سنة ، وذهب آخرون إلى إنه يقدر بخمس عشرة سنة (1) . حيث غنه لا يمكن أن يتاخر عن الخامسة عشر ، إلا إنه لوجود شروط أخرى مثل العلم بكتاب الله والإجتهد وغيرها فلا يمكن أن تكون الخامسة عشر أو ما دونها سنا معقولة لتولي القضاء ، ومع ذلك فقد تولى قضاة أعمالهم وهم في سن مبكرة ومنهم يحيى بن الأكم (2) .

وروي أن الخليفة المأمون قلد يحيى بن أكم قضاء البصرة ، وكان ابن ثماني عشرة سنة، فطعن بعض الناس في ولايته لحدائثة سنه، فكتب إليه المأمون كم سن القاضي ، فأجاب يحيى بقوله " أنا في سن عتاب بن أسيد حين ولاه الرسول ﷺ " على مكة (3) .

ولقد نص الدستور المصري الصادر في 2014 في مادته 80 على " يعد طفلا كل من لم يبلغ الثامنة عشرة من عمره " .

(1) طارق عبد الجواد شبل، 2002: "ولاية المرأة القضاء"، دار النهضة العربية، 34 ش عبد الخالق ثروت، القاهرة، ص 171.

(2) ظافر القاسمي، نظام الحكم في الشريعة والتاريخ الإسلامي، ص156 ، دار النفائس ، بيروت، الطبعة الثالثة، 1987

(3) التقرير الفقهي، العدد الثامن ، ص67، 2008، نقلا عن موقع مركز بن ادريس الإلكتروني.

الشرط التاسع: وهو إلا يكون خلال الثلاث سنوات السابقة علي تعيينه قد أنتسب إلي هيئة سياسية . وهذا الشرط تم النص عليه حديثا في القانون المصري فلم يكن منصوصا عليه في القانون سنة 1943 حيث نص عليه لأول مرة في المادة (73) من قانون السلطة القضائية رقم (46) لسنة 1972. وسبب النص عليه لزيادة التأكد من حيده القضاء ، ومنع السلطة التنفيذية من حشر القضاء بأنصارها وأتباعها⁽¹⁾. حيث يجب أن يتمتع القاضي بالحياد الكامل والا يكون له أنتماء متطرف يؤثر على حيده حيث أنه ليست كل الانشطة السياسية تمنع الخريج من القيد في سلك النيابة العامة ولكن يرفض من ينتمون إلى تيارات دينية متطرفة⁽²⁾ .

وذلك حتى لا يتحول القاضي إلى اداة لترسيخ مفاهيم الحزب ، أو الأنتصار لها على منصة القضاء بالحق ، وبدونه مواجهة لمعارضيهها ، ولذلك حظرت اغلبية القوانين أنتماء القضاة إلى الاحزاب السياسية ، أو انخراطهم في العمل السياسي⁽³⁾ . وذلك حتى لا يخشى الأفراد والجماعات الأخرى من قيام القاضي بالانحياز إلى الحكومة أو الحزب المنتمي إليه ضد ما يكون لهم من قضايا منظورة أمامهم⁽⁴⁾ .

(1) خالد عبد العظيم ابو غابة ، المرجع السابق، ص 29 .

(2) محمد كامل محمد عبد النبي عبيد ، المرجع السابق ، ص 138 ، وكذلك محمد رضا النمر، المرجع السابق، ص 153.

(3) عبد الحميد الشواربي، المرجع السابق، ص 66 .

(4) نجيب أحمد عبد الله ، ضمانات استقلال القضاة ، ص 82، المكتب الجامعي الحديث، 2007 .

أضف إلى ذلك أن قانون مجلس الدولة المصري حظر على القاضي إبداء الأراء السياسية أو الإشتغال بالعمل السياسي إلا بعد تقديم إستقالتهم وذلك لكي لا تسيطر الإعتبارات الساسية أو الحزبية على إقامة العدل⁽¹⁾.

الشرط العاشر: شرط الحصول على تقدير جيد على الأقل: إن اختيار رجال القضاء يتم بداية من اختيار رجال النيابة العامة ، ويتم اختيارهم عن طريق إجراء مسابقة ، يعقدها المركز القومي للدراسات القضائية ، كل عام للراغبين من خريجي كليات الحقوق ، الحاصلين على تقدير جيد على الأقل، وبناء عليه فإنه يشترط الحصول على تقدير جيد على الأقل ، وذلك لتصبح قاضيا في القانون المصري⁽²⁾ ، حيث إنه يكفي للتعيين في مصر حصول خريجي كليات الحقوق على درجة الليسانس ، وتعيينهم بداءة في وظيفة معاون نيابة ثم يتدرجون بعد ذلك في وظائفهم عن طريق الترقية⁽³⁾ .

الشرط الحادي عشر: ولقد نص عليه القانون الفرنسي صراحة في مادته السابقة الذكر ، وهو " إن يكون في وضع قانوني سليم بالنسبة لقوانين الخدمة العسكرية

(1) فراموش عمر فتح الله ، إستقلال القضاء كوسيلة لهيبة السلطة القضائية ، ص151 ، دار الجامعة الجديدة ، الإسكندرية، 2016 .

(2) جابر فهمي عمران، إستقلال القضاء، ص 251، الإسكندرية، دار الجامعة الجديدة، 2015.

(3) محمد كامل محمد عبد النبي عبيد ، المرجع السابق ، ص 132

"(1)، وكذلك نص عليه القانون المصري حيث لا بد أن يكون أدى الخدمة العسكرية الإلزامية (2)

وأخيرا لا بد أن يؤدي اليمين بصفة معينة، وذلك أمام رئيس الجمهورية بالنسبة لرئيس محكمة النقض، وأمام الجمعية العمومية لمحكمة النقض ، بالنسبة لنواب رئيس محكمة النقض ورؤساء محاكم الاستئناف ، ونوابهم، وأمام إحدى دوائر النقض ، بالنسبة لمستشاري محكمة النقض ، ومحاكم الاستئناف، وأمام إحدى دوائر استئناف بالنسبة لقضاة المحاكم الابتدائية والجزئية، أما أعضاء النيابة العامة فيؤدون اليمين أمام وزير العدل (3) .

شروط تولي القضاء في القانون الأمريكي:

إن النظام القضائي⁽⁴⁾ في الولايات المتحدة الأمريكية يختلف اختلافاً كلياً عن جميع الأنظمة العالمية الأخرى وذلك باختلافين هما :

(1) طارق عبد الجواد شبل، المرجع السابق، ص 185 .

(2) أحمد هندي، المرجع السابق، ص 69 .

(3) أحمد هندي، المرجع السابق، ص 270 .

(4) نصت المادة الثالثة من دستور الولايات المتحدة الأمريكية 1789 والمعدل 1992 في فقرتها الأولى على " تتاط السلطة القضائية في الولايات المتحدة بمحكمة عليا واحدة وبمحاكم ادنى درجة حسبما يرئى الكونجرس ويحدد من حين لآخر ويبقى قضاة كلا من المحكمة العليا والمحاكم الادنى درجة شاغلين مناصبهم ماداموا حسني السلوك، ويتقاضون في أوقات محددة لقاء خدماتهم تعويضات لا يجوز انقاصها اثناء بقائهم في منصبهم .

الأول: إن القضاة الأمريكيين يعتلون منصة القضاء في بادئ الأمر عبر مهن قانونية أخرى وبعد مرور سنوات عديدة من الخبرة المهنية

الثاني: عندما يستقر القضاة علي منصة القضاء فإنهم لا يتدرجون بصفة عامة من خلال نظام الترقية إلي المناصب القضائية الأعلى ، وهم في هذين الأمرين

كما نصت الفقرة الثانية من نفس المادة على " تشمل السلطة القضائية جميع قضايا القانون والانصاف الناشئة في ظل أحكام هذا الدستور وقوانين الولايات المتحدة والمعاهدات المعقودة أو التي ستعقد بموجب سلطتها، كما تشمل جميع القضايا التي تتناول السفراء والوزراء والمفوضين الآخرين والقناصل وجميع القضايا الداخلة في اختصاص الولاية القضائية والاميرالية والبحرية والمنازعات التي تكون الولايات المتحدة طرفا فيها، والمنازعات التي تنشأ بين اثنين أو أكثر من الولايات، وبين احدى الولايات ومواطني ولاية أخرى، وبين مواطني ولايات مختلفة وبين مواطني نفس الولاية من يدعون ملكية اراض بموجب منح من ولايات أخرى وبين ولاية أو مواطنيها ودول اجنبية أو مواطني دول اجنبية أو رعايا اجانب .

للمحكمة العليا صلاحية النظر أساسا في جميع القضايا التي تتناول السفراء أو الوزراء المفوضين الآخرين والقناصل وتلك التي تكون فيها احدى الولايات طرفا وفي جميع القضايا الاخرى المذكورة انفا، تكون المحكمة العليا الصلاحية القضائية للنظر فيها استثناءا من ناحيتي الوقائع والقانون مع مراعاة الاستثناءات والانظمة التي يضعها الكونجرس .

تتم المحاكمات في جميع الجرائم ما عدا قضايا تهم للمسئولين امام هيئة محلفين وتجري مثل هذه المحاكمات في الولاية حيث تكون تلك الجرائم قد اقترفت، ولكن عندما بلا تقترف تلك الجرائم داخل حدود اية ولاية تجري المحاكمة في المكان أو الاماكن التي يحددها الكونجرس بقانون " .

يختلفون عن القضاة العاملين في إطار نظم القانون العام ، أو القانون المدني في البلاد الأخرى⁽¹⁾ .

أضف إلى ذلك أن الدستور الأمريكي لم ينص على الشروط الواجب توافرها في القاضي، ولا يوجد هناك اختبارات يكون علي القاضي اجتيازها ، وكذلك لا توجد متطلبات خاصة بحد ادني للسن ، أو الجنسية أو إن يكون القضاة حاصلين علي درجة علمية معينة من القانون ، وبالرغم من ذلك إلا انه توجد متطلبات غير رسمية محددة بوضوح، حيث تتفاوت الشروط التي يجب توافرها في القاضي من ولاية لأخرى⁽²⁾ ، ورغم أن قضاة محاكم الولايات والمحاكم الاتحادية يتولون القضاء مدى الحياة⁽³⁾ ، إلا أن قضاة محاكم أول درجة مدتهم من أربع إلى ست سنوات ، والمحاكم الاستئنافية مدتها ست أو ثمان سنوات⁽¹⁾ .

(1) دانيال جون ميدور، المحاكم الأمريكية، ص62، ترجمة الدكتور مصطفى رياض، القاهرة ، الجمعية المصرية لنشر المعرفة والثقافة العالمية .

(2) The U.S. Legal System: A Short Description, Federal Judicial Center ,p3.

(3) حيث أن القضاة في القانون الأمريكي غير قابلين للعزل أو التقاعد إلا إذا أراد القاضي ذلك وهنا تكمن مشكلة النظام القضائي الأمريكي حيث أن هناك عدد لا بأس به من القضاة غير الصالحين وذلك بسبب (التقدم بالسن، والشيخوخة ، الأمراض، وإدمان الكحول)، ومثال على ذلك إصابة القاضي وليام و. دوجلاس بنزيف في المخ أثناء فترة عمله في المحكمة العليا لكنه رفض أن يستقيل رغم إنه أصبح بعد ذلك مريض بهوس العظمة وجنون الاضطهاد، وكان دوما يشتهي من وجود خطط لقتله ودخل مرة بالكرسي المتحرك لقاعة المحكمة ولك يكن يكمل الجلسة أبدا، بالإضافة إلى أنه كان ينام في الجلسات، هذه حالة قاضي من كثير من القضاة مثله، وعلى

أولاً: بالنسبة للشروط الواجب توافرها في قضاة محاكم الولايات: فلم تشترط دساتير ، أو قوانين بعض الولايات الأمريكية أية شروط فيمن يتولى قاضياً في حين اشترطت بعض الولايات الشروط المعتادة التي يتطلبها القانون مثل الخبرة القانونية ، والسن المعين ، والإقامة الدائمة في الولاية (2).

ثانياً: بالنسبة للشروط الواجب توافرها في قضاة محاكم الاتحادية: نص الدستور صراحة علي إن الرئيس يعين هؤلاء القضاة بعد مشاورة وموافقة مجلس الشيوخ ، ولم ينص الدستور أو القانون علي شروط معينة ، ولكن النظام الأمريكي يتطلب شروطاً خاصة مشددة فيمن يتولى القضاء وهي:

1: المؤهل العلمي الواجب توافره في القضاة : حيث أنه من الضروري إن يكون المؤهل قانونياً ويتم اختيار القضاة عادة من المحامين، وقليل منهم يُختار من

الرغم من إجراءات الكونجرس المتقدمة لإغرائهم بالتقاعد مع الاحتفاظ بجميع المزايا والراتب كاملاً بعد التقاعد بالإضافة إلى تخفيض تلك المزايا إذا تقدم السن ورفض التقاعد إلا إن تلك الإجراءات غير مفيدة ويكون منصب القاضي في معظم الأوقات شاغراً لوفاء القاضي فقط وكذلك روبرت أكارب، رونالد ستيدهام ، المرجع السابق، ص 326 .

(1) ألان فرانسويث، المدخل الي النظام القضائي في الولايات المتحدة، ترجمة محمد لبيب شبل ، ص45 ، القاهرة ، مكتبة القاهرة الحديثة.

(2) دانيال جونيور ميدور ، المرجع السابق ، ص63 وكذلك روبرت أكارب ورونالد ستيدهام، المرجع السابق ، ص283 .

موظفي الحكومة ، أو من مدرسي القانون ، ولا يوجد في الولايات المتحدة إعداد قضائي كالذي يوجد في الدول الأخرى⁽¹⁾

2: الخبرة العملية الواجب توافرها في القاضي : لا تُشترط إن تكون خبرة قانونية ، أو قضائية فقد تكون خبرة مالية ، أو دبلوماسية ، أو العمل التنفيذي ، أو التشريعي ، أو التدريس في كليات الحقوق⁽²⁾ .

3: السن المتطلب توافره في القاضي: إن متوسط السن ما بين الأربعين ، والخامسة والأربعين ، حسب الإحصائيات التي قامت منذ تأسيس المحكمة العليا عام 1789 حتى عام 1937⁽³⁾ .

ثالثا: بالنسبة للمحكمة الدستورية: لا يتم اختيار أعضاء المحاكم الدستورية ، وتعيينهم علي أساس الشروط والإجراءات عينها ، كتلك التي تنطبق علي أعضاء السلطة القضائية⁽⁴⁾ ، ولا تعتبر الخبرة القضائية المسبقة شرطا لتولي القضاء في

(1) الان فرنسوايرث، المرجع السابق ، ص 43 .

(2) حيث إنه يشترط لدراسة القانون أن يكون الطالب حاصل على درجة جامعية أخرى أو أن يكون قد مضى على الأقل ثلاث سنوات في كلية من الكليات أو الحصول على درجة العلوم والآداب قبل التحاقهم بمدرسة القانون ولمزيد من التفاصيل أنظر الان فرنسوايرث، المرجع السابق، ص 28، 29 .

(3) The law in America ,Bernard Schwartz ,mc graw-hell ,new York , p. 238.

(4) المقصود بأعضاء السلطة القضائية: هم رجال القضاء المنصوص عليهم في قانون السلطة القضائية المصري، ويشمل ذلك قضاة محكمة الدرجة الأولى وقضاة محكمة الدرجة الثانية

المحكمة الدستورية ، ولكن يجب إن يكون قضاة المحكمة أخصائيين مميزين ، ولا يمكن الشك بنزاهتهم وأخلاقيتهم⁽¹⁾ .

بالإضافة إلى ما سبق فإنه هناك بعض المتطلبات غير الرسمية في القاضي: فبالرغم من أن المرشحين لشغل المناصب القضائية في الولايات المتحدة لا يجب إن يكونوا محامين ، إلا إنه قد جرت العادة علي اختيار المحامين الذين تميزوا مهنيا ، أو يمتلكون الجدارة ، ومعني الجدارة هنا إن يكونوا ملتحقين بمكتب محاماة ذي حيثية وأن يكون لديهم سمعة طيبة .

أضف إى ما سبق المؤهلات السياسية : حيث أن تسعين بالمائة علي الأقل من إجمالي المرشحين في السلك القضائي ينتمون إلي نفس الحزب السياسي الذي ينتمي إليه الرئيس الذي عينهم حيث يكون منصب القضاء خدمة جلييلة يقدمها الرئيس لمن يخدمون الحزب ، أو يقدمون خدمات له شخصيا⁽²⁾ . فعلى المرء الذي

ومستشاري محاكم الجنائيات، ومستشاري محكمة النقض وذلك سواء كانت المحاكم مدنية أو تجارية أو عمالية أو إيجاريه أو غيرها من انواع المحاكم في مصر، فجميع القضاة يخضعون للمخاصمة ولمزيد من التفاصيل أنظر حامد عبد الحليم شريف، رد القضاة في المواد الجنائية، ص56، 1992، المهندسين ، تطلب من المؤلف.

(1) منيوليس أوثمان ، المحاكم الدستورية واستقلال القضاء وحكم القانون الدروس العالمية المستسقاة (IFES)، تدقيق: كيث هندرسون (IFES)، ترجمة المركز العربي لتطوير حكم القانون والنزاهة (ACRLI) 2004.

(2) The American law, Lawrence M. Friedman.W.W. Norton and company,p.66 .

يقوم بترشيح نفسه إن يقود حملات في الخفاء لصالح أنفسهم ، وأن ينغمسوا بإظهار الفضائل الموجودة بأنفسهم ، وإنهم مستعدون للخدمة في السلك القضائي ، وذلك إلي جانب الحظ⁽¹⁾ ، حيث انه ليس هناك شروط محددة لتولي القضاء في الولايات المتحدة الأمريكية⁽²⁾ .

" ولقد قال القاضي الفدرالي بيرسون هول عندما سال عن سبب تعيينه بالاتي: لقد عملت بإخلاص لفرانكلين روزفلت في الايام التي لم يكن في كاليفورنيا اي ذكر لحزب ديمقراطي، وفي عام 1939 بدأت ارشح نفسي لمجلس الشيوخ، واقنعني الحزب انه من الافضل إذا لم تكن هناك منافسة علي الترشيح الديمقراطي، ومن ثم انسحبت وبدأت اشارك في حملة مارتن داووني ولقد اعطوني منصب القضاء كترضية - وهي جائزة - يجب ان اضيف - قد استمتعت بها " روبرت أ كارب ورونالد ستيدهام، المرجع السابق ، ص 279،280.

(1) والحظ هنا يعني أن تكون عضوا في الحزب المناسب في الوقت المناسب أو كونك مرثيا لوسطاء السلطة في لحظة مناسبة، وهذا الحظ كثيرا يكون له دورا في أن يصبح الشخص قاضيا ربما بنفس القدر الذي يلعبه مدة وتألق تاريخ الشخص المهني ولمزيد من التفاصيل أنظر روبرت أ كارب، روناود ستيدهام، المرجع السابق، ص 283 .

(2) روبرت أ كارب ورونالد ستيدهام، المرجع السابق، ص 281.

قائمة المراجع:

(1) عابد فايد عبد الفتاح فايد ، نظام الاثبات في المواد المدنية والتجارية ، القاهرة ، دار النهضة العربية، الطبعة الاولى ، 2006.

(2) هدى بشير الجامعي ، ، مسئولية الدولة عن أعمال السلطة القضائية ، دار المطبوعات الجامعية ، الإسكندرية .

(3) مصطفى أحمد فؤاد، مفهوم أنكار العدالة، منشأة دار المعارف بالإسكندرية، 1986

(4) قروف موسى الزين ، سلطة القاضي المدني في تقدير الأدلة ، رسالة لنيل درجة الدكتوراة ، جامعة محمد خيضر بسكرة ، كلية الحقوق والعلوم السياسية ، 2014

(5) مَجْدَ الدِّينِ مُحَمَّدَ بْنَ يَعْقُوبِ الفيروزابادي، القَامُوسَ المُحِيطَ، ص1325، الطَّابِعَةُ التَّامِنَةُ، مَوْسَسَةُ الرِّسَالَةِ لِلنُّشْرِ وَالتَّوْزِيعِ، بَيْرُوتَ لُبْنَانَ

(6) إِحْمَدُ بْنُ مُحَمَّدِ بْنِ عَلِيٍّ الفيومي المقرئ، ' المِصْبَاحُ المُنِيرُ'، مَكْتَبَةُ لُبْنَانَ، بَيْرُوتَ لُبْنَانَ

(7) أبي الفضل جمال الدين محمد بن مكرم بن منظور الأنصاري الخرجي
المصري، لسان العرب، ج20، وزارة الشؤون الإسلامية والأوقاف والدعوة
والإرشاد، المملكة العربية السعودية

(8) محمد بن أبي بكر بن عبد القادر الرازي، مختار الصحاح، ' مكتبة لبنان،
بيروت لبنان.

(9) منصور بن يونس بن إدريس البهوتي، كشف القناع ' عن متن الإقناع، ج9،
ص3185، الرياض، دار عالم الكتب .

(10) الموسوعة الفقهية، ج33، وزارة الأوقاف والشؤون الإسلامية الكويت، دار
الصفوة للطباعة والنشر والتوزيع، جمهورية مصر العربية

(11) محمد بن علي بن محمد بن علي بن عبد الرحمن الحنفي الحسكي، الدر
المختار، ' الطبعة الأولى، بيروت، دار الكتب العلمية

(12) أنظر عثمان بن علي الزيلعي الحنفي، تبين الحقائق شرح كنز الدقائق، ج4
، بولاق 175، المطبعة الكبرى الأميرية، الطبعة الأولى

(13) أنظر أبي البركات عبد الله بن أحمد بن محمود، ' البحر الرائق ' شرح كنز
الدقائق، ج6، بيروت، دار الكتب العلمية، الطبعة الأولى

(14) أنظر مُحَمَّدُ بْنُ إِحْمَدَ بْنِ مُوسَى بْنِ إِحْمَدَ بْنِ الْحُسَيْنِيِّ، الْبُنَائِيَّةُ ' شَرْحُ الْهَدَايَةِ '، ج9، بَيْرُوتَ، دَارُ الْكُتُبِ الْعِلْمِيَّةِ، الطَّبْعَةُ الْأُولَى .

(15) بُرْهَانَ الدِّينِ أَبِي الْحَسَنِ عَلِيِّ بْنِ أَبِي بَكْرٍ الميرغناني، الهداية شرح بداية المبتدئ، ج5، باكستان، إدارة القرآن والعلوم الإسلامية، الطبعة الأولى

(16) كَمَالُ الدِّينِ مُحَمَّدُ بْنُ عَبْدِ الْوَاحِدِ السِّيَاسِيِّ تَمَّ السَّكَنْدَرِيُّ، شَرْحُ ' فَتْحِ الْقَدِيرِ '، ج5، بولاق، المَطْبَعَةُ الْكُبْرَى الْأَمِيرِيَّةُ، الطَّبْعَةُ الْأُولَى

(17) علاء الدِّينِ ' أَبِي بَكْرٍ بْنُ مَسْعُودِ الْكَاسَانِيِّ الْحَنْفِيِّ، بَدَائِعُ الصَّنَائِعِ فِي تَرْتِيبِ الشَّرَائِعِ، ' ج7، بَيْرُوتَ، دَارُ الْكُتُبِ الْعِلْمِيَّةِ، الطَّبْعَةُ الثَّانِيَّةُ .

(18) مُحَمَّدُ أَمِينُ الشَّهِيرِ بِابْنِ عَابِدِينَ، رَدُّ الْمُخْتَارِ ' عَلَيِّ الدَّرِّ الْمُخْتَارِ شَرْحُ تَنْوِيرِ الْأَبْصَارِ، ج8، الرِّيَاضُ، دَارُ عَالِمِ الْكُتُبِ

(19) بُرْهَانَ الدِّينِ أَبِي الْوَفَاءِ إِبْرَاهِيمُ بْنُ فَرْحُونَ الْعِمْرِيُّ الْمَالِكِيُّ، تَبْصِرَةُ الْحُكَّامِ فِي أَصُولِ الْاِقْضِيَةِ وَمَنَاهِجِ الْأَحْكَامِ، ج2، الرِّيَاضُ، دَارُ عَالِمِ الْكُتُبِ .

(20) إِحْمَدُ بْنُ غَنِيمِ بْنِ سَالِمِ بْنِ مَهْنَةَ النَّفْرَاوِيِّ الْأَزْهَرِيِّ الْمَالِكِيِّ، الْفَوَاكِهُ الدَّوَانِيَّةُ عَلَيَّ رِسَالَةِ بْنِ أَبِي زَيْدٍ الْقَيْرَوَانِيِّ، ج2، بَيْرُوتَ، دَارُ الْكُتُبِ الْعِلْمِيَّةِ، الطَّبْعَةُ الْأُولَى

(21) محمد زكريا الكاندهولي المدني، أوجز المسالك إلي موطأ ابن مالك، ج13، الإمارات العربية المتحدة ، الطبعة الأولى .

(22) أبو عبد الله بن محمد بن محمد بن عبد الرحمن المغربي، مواهب الجليل لشرح مختصر خليل، ج 1 ، بيروت ، دار الكتب العلمية ، الطبعة الأولى

(23) شمس الدين محمد بن الخطيب الشربيني' ، مغني المحتاج إلي معرفة معاني الفاظ المنهاج، ج 4 ، بيروت ، دار المعرفة، الطبعة الأولى

(24) أنظر حاشية الشيخ ابراهيم البيجوري علي 'شرح العلامة ' بن القاسم الغزي علي متن الشيخ ابي شجاع، ج2، 'ضبطه وصححه " محمد عبد السلام شاهين " ، بيروت ، دار الكتب العلمية ، الطبعة الثانية .

(25) حاشيتان الأولى شهاب الدين احمد بن احمد بن سلامة القلوبى والثانية شهاب الدين احمد البرلسي الملقب بعميرة علي شرح جلال الدين محمد احمد المحلي علي مناخ الطالبين للامام ابي زكريا يحيى بن شرف النووي في فقه الشافعية، ج4، مصر ، مطبعة مصطفى البابي الحلبي وأولاده، الطبعة الثالثة .

(26) أبي الحسين يحيى بن أبي الخير بن سالم العمراني الشافعي اليمني، البيان في مذهب الإمام الشافعي'، ج13، ، دار المنهاج للطباعة والنشر والتوزيع

(27) ابي الحسن علي بن محمد بن حبيب المارودي البصري، الحاوي الكبير في فقه مذهب الإمام الشافعي ' رضي الله ' عن وهو شرح ' مختصر المزني ' ، ج16، بيروت ، دار الكتب العلمية ، الطبعة الأولى

(28) أنظر أبي بكر بن محمد الحسيني الحنفي الدمشقي الشافعي، كفاية الاخيار في حل غاية الاختصار ، بيروت ، دار الكتب العلمية

(29) مصطفى السيوطي الرحباني، مطالب أولي النهي في شرح غاية المنتهي، ج8، ، دمشق ، منشورات المكتب الإسلامي.

(30) أبي إسحاق بزهان الدين إبراهيم بن محمد بن عبد الله بن محمد ابن مفلح الحنبلي، المبدع شرح المقنع ' ، ج8، بيروت ، دار الكتب العلمية، الطبعة الأولى

(31) علاء الدين ' أبي الحسن علي بن سليمان المارودي، الإنصاف في معرفة الرائج من الخلاف علي 'مذهب الإمام ' المجلد أحمد بن حنبل، ' ج11، المملكة العربية السعودية، الطبعة الأولى

(32) أبي محمد علي بن أحمد بن سعيد بن حزم، المحلي، ج9 ، مصر، مطبعة النهضة ، الطبعة الأولى

(33) محمد بن إسماعيل الصنعاني، سبل السلام شرح بلوغ المرام للحافظ ابن حجر العسقلاني، ج4 ، الرياض ، مكتبة المعارف للنشر والتوزيع .

(34) أبي جعفر محمد بن علي بن الحسين بن بابوية أقمي، من لا يحضره الفقيه، ج3، بيروت ، مؤسسة الاعلمي للمطبوعات، الطبعة الأولى

(35) أنظر محمد بن يعقوب الكليني ، الكافي، ج 7 ، بيروت، منشورات الفجر، الطبعة الأولى

(36) أنظر أبي جعفر محمد بن حسن الطوسي، تهذيب الأحكام في شرح المقنعة، ج6، بيروت ، دار لتعارف للمطبوعات .

خميس بن سعيد بن علي بن مسعود الشقسي الرستاقي، منهاج الطالبين وبلاغ الراغبين، ج 5 ، سلطنة عمان، وزارة الأوقاف والشئون الدينية ، الطبعة الأولى.

(37) محمد بن يوسف اطفيش، شرح كتاب النيل وشفاء العليل، ج13، بيروت، دار الفتح، الطبعة الثانية

(38) مَنْصُورٌ بَنَّ يونسُ بَنَّ إدريس البهوتي، كَشَّافُ الْقِنَاعِ ' عَنْ مُتْنِ الْإِقْتِنَاعِ، ج9، الرِّياضُ ، دَارَ عَالِمِ الْكُتُبِ .

(39) أبي زكريا بن يحيى الدين النووي، المجموع شرح المهذب، ج20 ، المدينة المنورة ، المكتبة السلفية

(40) الإمام أبي زكريا يُحْيِي بَنَّ شُرْفِ النَّوَوِيِّ فِي فَهْمِ الشَّافِعِيَّةِ، المجموع شرح المهذب، ، ج20،

(41) أنظر أبي حامد بن محمد الغزالي، الوجيز في فقه الإمام الشافعي، ج2، بيروت، شركة دار الأرقم بن أبي الأرقم، الطبعة الأولى .

(42) عبد العزيز نبيه عبد العزيز خضر، نحو نظرية عامة للمسئولية التأديبية لأعضاء السلطة القضائية، رسالة لنيل درجة الدكتوراه كلية الحقوق، جامعة المنصورة، 2015.

(43) محمد عبد الرحمن بكر، السلطة القضائية وشخصية القاضي، الزهراء للإعلام العربي، الطبعة الأولى

(44) محمد رضا النمر، مسئولية الدولة عن التعويض عن أخطاء القضاء، الإسكندرية ، دار الفكر الجامعي، الطبعة الأولى

(45) خالد عبد العظيم أبو غابة، طرق اختيار القضاة، ص14، دار الكتب القانونية

(46) حسان عبد السميع هاشم، مسئولية الدولة عن أعمال السلطة القضائية دراسة مقارنة، رسالة لنيل درجة الدكتوراه ، كلية الحقوق جامعة القاهرة 2001

(47) محمود محمد هاشم، قانون القضاء المدني "دراسة في نظام القضاء وإجراءات التقاضي في قانون المرافعات ، الطبعة الثانية.

(48) فضل ادم مسيري، قانون المرافعات المدنية والتجارية "التنظيم القضائي الليبي، ج 1"، 2009.

(49) احمد هندي، قانون المرافعات المدنية والتجارية "النظام القضائي والاختصاص والدعوي"، الإسكندرية دار الجامعة الجديدة للنشر، 1995.

(50) عبد الفتاح محمد علي مسعود مراد، المسؤولية التأديبية لرجال القضاء والنيابة العامة في قضاء محكمة النقض المصرية، .

(51) حامد عبد الحليم الشريف، رد القضاة في المواد الجنائية طبقا للتعديل الجديد في قانون المرافعات رقم 23 لسنة 1992، المهندسين ، د. ن ، 1992.

(52) محمد نور شحاتة، استقلال القضاء من وجهة النظر العربية والدولية والإسلامية ، القاهرة ، دار النهضة العربية .

(53) خالد عبد العظيم ابو غابة ، طرق اختيار القضاة دراسة مقارنة، دار الكتب القانونية.

(54) فتحي والي، نظرية البطلان في قانون المرافعات، الاسكندرية ، منشأة المعارف ، الطبعة الأولى، 1959.

(55) أنظر فضل أدم المسيري، قانون المرافعات المدنية والتجارية الليبي ، 2009 .

- (56) محمد محمود هاشم، قانون القضاء المدني، الطبعة الثانية، 1990.
- (57) احمد عامر، مجلة المحاماة، ملحق التشريعات ، موسوعة التشريعات المصرية، شركة ال طلال للنشر والتوزيع ، 2014.
- (58) إسماعيل إبراهيم البدوي، نظام القضاء الإسلامي ، د. ن، الطبعة الأولى، 1989.
- (59) مرسوم حور محب (1298/1328 ق.م) آخر ملوك الأسرة الثامنة عشر ، مهاب درويش، القوانين في مصر القديمة ، مكتبة الإسكندرية ، صفحة مصريات .
- (60) بسام نهان البطون الجبور ، الإثبات بالشهادة بين الفقه الإسلامي والقضاء العشائري الأردني ، تقديم محمد عدنان البخيت ، دار يافا العملية للنشر والتوزيع ، 2010.
- (61) خالد بن محمد الشنبر ، حقوق الإنسان في اليهودية والمسيحية و الإسلام مقارنة بالقانون الدولي، مكتبة الملك فهد الوطنية، الطبعة الأولى ، 1435 هـ .
- (62) محمد سلام مذكور، القضاء في الإسلام، دار النهضة العربية.
- (63) ضاحي موسي حسن عبد الرازق، الضمانات الكفيلة لحسن أداء القضاء لمهامهم بين الشريعة الإسلامية والقانون الوضعي المصري، جامعة الإسكندرية ، كلية الحقوق.

(64) أحمد النجدي زهو، الأساس وأحكام التصرفات في الفقه الإسلامي، دار
النصر للنشر والتوزيع .

(65) مصطفى أحمد فؤاد، مفهوم إنكار العدالة، منشأة المعارف بالإسكندرية،
1986

(66) ناصر احمد ابراهيم النشوي، موقف الشريعة الإسلامية في الاستعانة بغير
المسلمين في الجهاد وتولي الوظائف العامة بالدولة، الاسكندرية، دار الجامعة
الجديدة للنشر، 2005 .

(67) أحمد النجدي زهو، الأساس وأحكام التصرفات في الفقه الإسلامي، دار
النصر للنشر والتوزيع

(68) رمضان خضر سالم، عقد الصلح في القانون الوضعي والشريعة الإسلامية،
رسالة لنيل درجة الدكتوراه كلية الحقوق، جامعة القاهرة، 2008.

(69) عبد الكريم زيدان، احكام الذميين والمستأمنين في دار الاسلام، رسالة لنيل
درجة الدكتوراه، كلية الحقوق ، جامعة القاهرة، 1962 .

(70) السيد عبد الحميد فودة ، أحمد محمد البغدادي ، موجز القانون المصري ،
كتاب المستوى الدراسي الثاني للفصل الدراسي الثاني لكلية الحقوق ، جامعة بنها
.2002

(71) محمود حمدي زقزوق ، موسوعة الحضارة الإسلامية ،وزارة اوقاف ، المجلس الأعلى للشئون الإسلامية ،2005 .

(72) سامح فوزي ، المواطنة ، مركز القاهرة لدراسات حقوق الإنسان ، القاهرة ، الطبعة الأولى ، 2007

(73) سيدي محمد ولد ديب ، الدولة وإشكالية المواطنة، دار كنوز المعرفة ، الأردن، الطبعة الأولى 2011.

(74) رشدي بو ذكري، المواطنة ودورها في بناء الدولة القوية "الكويت نموذجا" ، مذكرة مقدمة لنيل شهادة الماستر في العلوم السياسية والعلاقات الدولية ، كلية الحقوق والعلوم السياسية ، بسكرة ، لعام 2013 / 2014 .

(75) أحمد محمد أحمد حشيش ، مشكلات النظام القضائي المصري في ضوء مبدأ سمو القانون الإلهي ، دار النهضة العربية ، القاهرة ، 2011

(76) عبد الكريم زيدان، عبد الكريم زيدان، احكام الذميين والمستأمنين في دار الاسلام، في الإمارات العربية المتحدة .

(77) عبد الكريم زيدان،محمود رضا خضير، تشريعات السلطة القضائية في دولة الإمارات العربية المتحدة، جامعة القاهرة، كلية الحقوق.

(78) عبد الكريم زيدان، محمود القاضي، النظام القضائي والحركة التشريعية في ليبيا، جامعة الدول العربية معهد الدراسات العربية العلمي، 1960.

(79) طارق عبد العزيز محمد الطيار ، تولي المرأة القضاء في الدول العربية، بحث مقدم لإستكمال متطلبات الحصول على الماجستير، 2008، جامعة نايف للعلوم الأمنية

(80) محمد كامل محمد عبد النبي عبيد ، استقلال القضاء ، رسالة للحصول على درجة الدكتوراة كلية الحقوق جامعة القاهرة ، 1991.

(81) روبرت كارب ورونالد ستيدهام، الإجراءات القضائية في امريكا، ترجمة د علاء ابو زيد، الطبعة الانجليزية الثانية .

(82) ضاحي موسي حسن عبد الرازق، الضمانات الكفيلة لحسن أداء القضاء، وكذلك كمال امام احمد، تولية المرأة القضاء، ص 71.

(83) ابي بكر بن عبد الله بن المعروف بابن العربي، احكام القران، ج3، بيروت ، دار الكتب العلمية الطبعة الثالثة 2002 .

(84) ابو بكر احمد بن عمر بن عبد الخالق المعروف بالبخاري، البحر الزخار المعروف بمسند البخاري، ج5 ، المدينة المنورة ، مكتبة العلوم والحكم، الطبعة الأولى 1988.

(85) ابو بكر بن محمد بن اسحاق النيسابوري، صحيح ابن خزيمة، المكتب الإسلامي، الطبعة الثالثة 2003.

(86) رشدي شحاته أبو زيد، تولية المرأة القضاء، ط1، دار الفكر العربي، القاهرة

(87) اسماعيل بن عمر بن كثير، المصباح المنير في تهذيب بن كثير، الرياض، دار السلام للنشر والتوزيع ، ط2 2000

(88) اميمة فؤاد مهنا، المرأة والوظيفة العامة، رسالة لنيل درجة الدكتوراة كلية الحقوق جامعة القاهرة

(89) أحمد النجدي زهو، الأساسي وأحكام التصرفات في الفقه الإسلامي، 2004، دار النصر للتوزيع والنشر

(90) سمير عبد المنعم ابو العنين، مفهوم العدالة السياسية في الشرائع القديمة والشريعة الإسلامية، دار النهضة المصرية ، القاهرة 2003

(91) نأوات محمد أمين القرداغي، المبادئ المتعلقة بالسلطة في نظام الحكم الإسلامي، مصر، دار الكتب القانونية، دار شتات للنشر والبرمجيات، 2010

(92) بداية المجتهد ونهاية المقتصد، ابي الوليد محمد بن احمد بن رشد القرطبي، القاهرة، مكتبة بن تيمية ، ط1 .

(93) علاء عبد المتعال ، مدي جواز تولي المرأة القضاء شرعا وقانونا، القاهرة ،
دار النهضة العربية

(94) سعد بشير مفتاح الرفادي، استقلالية القضاء ما بين الحصانة والمسائلة،
الاسكندرية، منشأة المعرف 2012.

(95) كمال امام احمد، تولية المرأة القضاء، دار العلوم للنشر والتوزيع، 2005.

(96) ابي عبد الرحمن شرف الحق، عون المعبود علي سنن بن داوود، باب
الطلاق، بيت الافكار الدولية، عمان الاردن .

(97) الموقع الإلكتروني الرسمي لمحكمة النقض www.cc.gov.eg .

(98) طلعت محمد دويدار، تطور الحماية التشريعية لمبدأ حيده القضاء، دار
الجامعة الجديدة، الاسكندرية، 2009

(99) عبد العزيز خليل إبراهيم بديوي، بحوث قواعد المرافعات والقضاء في
الاسلام، دار الفكر العربي

(100) عبد الوهاب البنداري، العقوبات التأديبية للعاملين المدنيين بالدولة والقطاع
العام، دار الفكر العربي (

(101) النشرة التشريعية والقانونية لمحكمة النقض عن شهر يوليو وأغسطس
وسبتمبر 2015، إعداد المكتب الفني لمحكمة النقض

- (102) الجريدة الرسمية العدد 49 الصادر في ديسمبر سنة 2014
- (103) محمد بن علي بن محمد الشوكاني ، نيل الأوطار شرح منتقى الأخبار، لبنان ،
بيت الافكار الدولية.
- (194) أحمد النجدي زهو، النظريات والقواعد الفقهية ، 2001، دن.
- (105) القاضي شهاب الدين ابراهيم عبد الله المعروف بابن أبي الدم، كتاب أدب
القضاء، تحقيق وكذلك محمد عبد القادر أحمد عطا، بيروت ، دار الكتب العلمية.
- (106) حامد محمد أبو طالب، نظام القضاء المصري في الشريعة الإسلامية، القاهرة
، دار الفكر العربي
- (107) الوقائع المصرية العدد 180 في 11/8/2001 ، ص 15 .
- (108) المقنع لابي محمد بن قدامة المقدسي والشرح الكبير لابي الفرج بن قدامة
المقدسي والإنصاف للمواردي، تحقيق عبد الله بن عبد المحسن التركي، الجزء
الثامن والعشرون
- (109) الكتاب القانوني الإلكتروني ، موسوعة فتاوي مجلس الدولة .
- (110) سعد بشير مفتاح الرفادي ، إستقلالية القاضي ما بين الحصانة والمساءلة
، منشأة المعارف،الإسكندرية، 2012

(111) ابراهيم ابو النجا ،شرح قانون المرافعات المدنية والتجارية الليبي، حقوق الطبع محفوظة للمؤلف، طبعة أولي، 1998

(112) احمد محمد لطفي احمد، تحقيق ودراسة من أول كتاب الاقضية إلى اخر كتاب الدعاوي والبيانات من كتاب البيان في الفقه على مذهب الامام الشافعي للامام العمران المتوفي سنة 558هـ، بحث مقدم للحصول على درجة التخصص " الماجستير في الفقه المقارن "، جامعة الازهر، كلية الشريعة والقانون بطنطا، 2001 .

(113) إسماعيل إبراهيم بدوي، نظام القضاء الإسلامي، دار الفكر الجامعي، 30 شارع سوتير الإسكندرية، 2012

(114) محمود رضا خضير، تشريعات السلطة القضائية في دولة الامارات العربية ،

(115) محمد نور شحاتة، استقلال القضاة، القاهرة ، دار النهضة العربية.

(116) جريدة الجمهورية بتاريخ 2017/2/21 ، وتاريخ 2016/1/29.

(117) أحمد النجدي زهو، أصول التشريع الإسلامي، دن، 1999.

(118) طارق عبد الجواد شبل، 2002: "ولاية المرأة القضاء"، دار النهضة العربية، 34 ش عبد الخالق ثروت، القاهرة، ص 171.

- (119) ظافر القاسمي، نظام الحكم في الشريعة والتاريخ الإسلامي، ص156 ،
دار النفائس ، بيروت، الطبعة الثالثة،1987
- (120) التقرير الفقهي، العدد الثامن ، ص67، 2008، نقلا عن موقع مركز بن
ادريس الإلكتروني .
- (121) نجيب أحمد عبد الله ، ضمانات استقلال القضاة ، ص82، المكتب
الجامعي الحديث، 2007 .
- (122) فراموش عمر فتح الله ، إستقلال القضاء كوسيلة لهيبة السلطة القضائية ،
ص151 ، دار الجامعة الجديدة ، الإسكندرية، 2016 .
- (123) جابر فهمي عمران، إستقلال القضاء، ص 251، الإسكندرية، دار الجامعة
الجديدة، 2015 .
- (124) دانيال جون ميدور، المحاكم الأمريكية، ص62، ترجمة الدكتور مصطفى
رياض، القاهرة ، الجمعية المصرية لنشر المعرفة والثقافة العالمية .
- (125) ألان فرانسويث، المدخل الي النظام القضائي في الولايات المتحدة، ترجمة
محمد لبيب شبل، ، ص45 ، القاهرة ، مكتبة القاهرة الحديثة.
- (126) حامد عبد الحليم شريف، رد القضاة في المواد الجنائية، ص56، 1992،
المهندسين ، تطلب من المؤلف.

(127) منيوليس أوثمان ، المحاكم الدستورية واستقلال القضاء وحكم القانون
الدروس العالمية المستسقاء (IFES)، تدقيق: كيث هندرسون (IFES)، ترجمة
المركز العربي لتطوير حكم القانون والنزاهة (ACRLI) 2004.

(128) The American law, Lawrence M. Friedman.W.W.
Norton and company,p.66 .

(129) The U.S. Legal System: A Short Description, Federal
Judicial Center ,p3.

(130) [http: //www.lbnidrees.com](http://www.lbnidrees.com)

(131) The law in America ,Bernard Schwartz ,mc graw-hell
,new York , p. 238.

أبحاث في القانون الدولي العام

دور المحكمة الدولية لقانون البحار في تسوية المنازعات البحرية

د. سوزان معوض غنيم

أستاذ القانون الدولي المساعد بقسم الأنظمة

كلية الشريعة والدراسات الإسلامية

جامعة القصيم

مستخلص

للمنازعات البحرية طبيعة خاصة تتبع من الطبيعة الخاصة للبيئة البحرية؛ لذلك ابتكرت اتفاقية الأمم المتحدة لقانون البحار وسيلة قضائية جديدة لتسوية المنازعات البحرية وهي المحكمة الدولية لقانون البحار والتي تصنف باعتبارها إحدى أنواع القضاء الدولي النوعي.

وقامت المحكمة بدور متميز في تسوية المنازعات الدولية البحرية؛ حيث شهد واقع عملها حسمها للعديد من المنازعات في وقت قياسي وإصدارها أحكام مؤثرة، بل وأرست بعض أسس المسؤولية الدولية، إلا أن دور المحكمة في تسوية المنازعات لم يعط الأولوية التي تتناسب مع اعتبارها الوسيلة التي نشأت خصيصاً للقيام بهذا الدور وينافسها فيه التحكيم الدولي وإمكانية اللجوء لمحكمة العدل الدولية أو غيرها لحل النزاع القائم؛ وهو ما يحد من فاعلية دورها في تسوية هذه المنازعات، لذلك ثار يثور التساؤل: ما تأثير مساهمات المحكمة في توفير تسوية شاملة للمنازعات البحرية، وما آليات زيادة فاعلية دورها؟

ويهدف البحث إلى دراسة دور المحكمة في تسوية المنازعات في محاولة لمنحه تركيزاً لم يحظ به في الدراسات والأبحاث القانونية؛ في أربعة مباحث يسبقها مبحث تمهيدي يتناول الأبعاد القانونية للمنازعات البحرية، ويتناول المبحث الأول دور هيئة المحكمة في تسوية المنازعات، بينما يتناول المبحث الثاني دور غرفة منازعات قاع البحار، ويتناول المبحث الثالث دور الغرف الخاصة، ويتناول

المبحث الرابع المشكلات التي تواجه دور المحكمة وتعوق تفعيله، وذلك وفق المنهج الاستقرائي التحليلي التطبيقي.

Abstract

Maritime Disputes have a Special Nature that stems out from the Special Nature of the Marine Environment. Therefore, United Nations Convention of the Sea Law has devised a new Judicial Method for settling Maritime Disputes, which is the International Tribunal for the Law of the Sea, which is classified as one of the Types of Specific International Jurisdiction.

The Tribunal Plays a distinguished Role in Settling International Maritime Disputes, as the reality of its Work Witnessed its success in settling alot of disputes in record time and Issuance of Influential Judgments, and even Established Some Foundations of International Responsibility, but the Tribunal's Role in Settling Disputes did not give Priority that is Commensurate with the Consideration of the Method that arose Specifically To Play this Role and the International Arbitration Competes with it and the Possibility of Resorting to the International Court of Justice or others to Settle the

Existing Dispute, which Limits the Effectiveness of its role in Settling these Disputes. The thing which arouse the question of: what is the effect does the Court have in Settling the Maritime Disputes? And what are the mechanisms to enrich the Effectiveness of its Role?

The Research aims to Study the Role of the Tribunal in Settling Disputes in an attempt to give it a Focus that it did not receive in Legal Studies and research; in Four Topics Preceded by an Introductory Topic Dealing with the Legal Dimensions of Maritime Disputes, the First Topic Deals with the Role of the Tribunal in Settling Disputes, while the Second Topic Deals with the Role of Seabed Disputes Chamber, the third Topic Deals with the Role of Special Chambers, and the Fourth Topic Deals with the Problems Facing the Role of the Tribunal and Impeding its Activation, according to the Inductive and Analytical Approach Applied.

مقدمة

الحمد لله الذي يرفع بالعلم أقواما ويوصل له عمل صاحبه في الدنيا ويسهل به طريق الجنة، والصلاة والسلام على من علمه شديد القوى نبينا محمد وعلى آله وصحبه أجمعين أما بعد؛

فتعد المنازعات بين أشخاص القانون الدولي أحد الملامح الأساسية للمجتمع الدولي ولا يمكن فصلها عن العلاقات الدولية؛ حيث إن العلاقات بينهم متعددة ومتغيرة تختلف مصالح أطرافها، وتصطدم هذه المصالح بمبدأ السيادة الذي يجعل كل دولة تتمسك بمصالحها وتمنحها الأولوية؛ وهو ما يفرض حتمية وجود منازعات دولية مما يوجب تأمين وسائل تكفل تسويتها سلميا بما يكفل عدم تطور هذه المنازعات إلى منازعات مسلحة تهدد استقرار العلاقات الدولية.

وللمنازعات البحرية بوجه خاص أهمية من بين سائر المنازعات الدولية؛ وذلك لما تتميز به البيئة البحرية من طبيعة خاصة تجعل من الأضرار التي تصيبها عابرة للحدود، كما وأن حق سائر الدول في استغلال المساحات البحرية الدولية بوجه متساو يجعل المصالح بينهم تتداخل؛ مما قد يثير بينهم تعارض المصالح المتعلقة بهذا الاستغلال أو بالمرور، وبين سلطة الدولة الساحلية في الحفاظ على مساحتها المائية الخاصة وحماية أنظمتها الجمركية والأمنية وبين حقوق الدول الأخرى في المنطقة الاقتصادية الخالصة يثور تعارض المصالح بما قد يهدد بتفاقم النزاع ليؤثر بدوره على السلم والأمن الدوليين.

ومن بين كافة وسائل التسوية السلمية للمنازعات البحرية ابتكرت اتفاقية الأمم المتحدة لقانون البحار وسيلة قضائية جديدة لتسوية المنازعات البحرية وهي المحكمة الدولية لقانون البحار؛ اعترافاً منها بالطبيعة الخاصة لهذه المنازعات والحاجة الملحة إلى السرعة في إجراءات تسويتها.

والمحكمة إحدى الوسائل القضائية التي تتميز بأنها تبدأ اختياريه وتنتهي إلزامية، كما تصنف باعتبارها إحدى أنواع القضاء الدولي النوعي؛ حيث سمح ميثاق الأمم المتحدة للدول بإنشاء محاكم بالنظر للعلاقات الخاصة بينها، وقد نشأت العديد من المحاكم النوعية لتسوية المنازعات، كما تتميز هذه المحكمة كوسيلة لتسوية المنازعات بمنح المنظمات والأفراد في حالات معينة حق اللجوء للمحكمة لتسوية المنازعات.

والوسائل القضائية لتسوية المنازعات هي: وسائل تسوية سلمية تتم بين أشخاص القانون الدولي العام على أساس احترام القانون بواسطة حكم ملزم لأطراف النزاع يصدر من محكمة دولية.

بينما النزاع الدولي هو: خلاف حول مسألة قانونية أو واقعية يتمثل في تناقض أو تعارض أو تضاد أو تضارب الآراء القانونية لشخصين أو أكثر من أشخاص القانون الدولي.

والبيئة البحرية هي: "كل مساحات المياه المالحة التي تمثل كتلة متصلة بعضها ببعض متلاحمة الأجزاء سواء كان هذا الاتصال طبيعياً أو صناعياً، وما تشتمل عليه هذه الكتلة من جميع أوجه الحياة البحرية"¹.

وجاءت نشأة المحكمة مقترنة بإقرار اتفاقية الأمم المتحدة لقانون البحار والتي فتحت للتوقيع في جامايكا، في 10 ديسمبر 1982م، ودخلت حيز النفاذ في 16 نوفمبر 1994م²، وهناك اتفاق لاحق يتعلق بتنفيذ الجزء الحادي عشر من الاتفاقية تم اعتماده في 28 يوليو 1994م³.

¹ هذا التعريف لأستاذنا الدكتور عبد الهادي العشري بعد ذكره لمشكلة التعريف الدولي للبيئة بوجه عام والبيئة البحرية بوجه خاص واستخدام الفقه لمصالح البحر مرادفاً للبيئة البحرية؛ وهو ما لم يتفق معهم عليه-وبحق-حيث ذهب لكون البيئة البحرية في المفهوم المعاصر أعم وأشمل من لفظ البحر فهي ليست مجرد نطاق جغرافي فحسب بل ينظر إليها بوصفها نظاماً بيئياً؛ انظر في استعراض ذلك تفصيلاً: أ.د/ عبد الهادي العشري: اختصاص دولة علم السفينة في حماية البيئة البحرية من التلوث، مطبوعات جامعة المنوفية، الطبعة الأولى، 2006م، ص: 16-21.

²) United Nations Convention on the Law of the Sea, Montego Bay, 10 December 1982, United Nations Treaty Series Vol. 1833, No. 31363, pp: 396-581.

³) Agreement relating to the Implementation of Part XI of the United Nations Convention on the Law of the Sea of 10 December 1982 (with annex). Adopted by the General Assembly of the United Nations on 28 July 1994, United Nations Treaty Series Vol. 1836, No. 31364, pp. 42-66.

وتضع الاتفاقية إطاراً قانونياً شاملاً لتنظيم جميع مساحات المحيطات واستخداماتها ومواردها، كما نصت على حماية البيئة البحرية والمحافظة عليها، والبحث العلمي البحري وتطوير التكنولوجيا البحرية ونقلها، ويتعلق أحد أهم أجزاء الاتفاقية باستكشاف واستغلال موارد قاع البحر وقاع المحيط وترتيبه بما يتجاوز حدود الولاية الوطنية، وفي هذا الصدد أعلنت الاتفاقية أن المنطقة ومواردها هي التراث المشترك للبشرية وتدير مواردها السلطة الدولية لقاع البحار المنشأة بموجب الاتفاقية، وتحدد آليات تسوية المنازعات البحرية المتعلقة بها والتي تعد من أهم الخطوات التي اتخذت في التسوية السلمية للمنازعات.

وينظم عمل المحكمة النظام الأساسي لها الذي أقر ملحقاً بالاتفاقية¹، وقواعد عملها التي اعتمدت في 28 أكتوبر 1997م²، والمبادئ التوجيهية للإجراءات والإثبات أمامها التي اعتمدت في التاريخ نفسه³، وجاءت خطوة إنشاء

¹) Statute of The International Tribunal for the Law of the Sea: Annex VI of The United Nations Convention on the Law of the Sea, 1982, United Nations Treaty Series Vol. 1833, No. 31363, pp. 561–570.

²) Rules of the Tribunal: the International Tribunal for the Law of the Sea, Adopted on 28 October 1997, amended on 15 March and 21 September 2001, on 17 March 2009 and on 25 September 2018, ITLOS/8, 25 September 2018.

³) Guidelines concerning the Preparation and Presentation of Cases before the Tribunal: Issued by the International Tribunal for the Law of the Sea, on 28 October 1997 ITLOS/9, 14 November 2006.

المحكمة كمحكمة نوعية متخصصة في المنازعات البحرية، وهذه المزية تميزها عن سائر الوسائل السلمية لتسوية المنازعات الدولية قضائية كانت أو غير قضائية، وتجعل لزاما تسليط الضوء على آليات تفعيل وتطوير دورها في التسوية السلمية للمنازعات البحرية والاستفادة من هذه المزية التي تتفرد بها؛ خاصة مع ما تميز به نظام عملها سواء من حيث عدد القضاة وآلية اختيارهم أو الخبرة القانونية والفنية التي تتوافر لهيئة المحكمة وغرفها مما يجعلها الأقدر على تحقيق التسوية الشاملة للمنازعات الدولية بما يترك أثره على استقرار العلاقات الدولية والحفاظ على السلم والأمن الدوليين.

ودراسة دور المحكمة وغرفها في تسوية المنازعات الدولية البحرية يقتضي الوقوف على الأبعاد القانونية الدولية للمنازعات البحرية؛ بما في ذلك توضيح مفهوم النزاع الدولي، وبيان الطبيعة الخاصة للمنازعات الدولية البحرية الذي يفرض نفسه على آليات معالجتها والوصول إلى تسوية كاملة لها مع الحفاظ على البيئة البحرية من التلوث ومنع نشوب منازعات مسلحة بها، وما لذلك من تأثير هام على ضرورة تفعيل دور المحكمة الدولية لقانون البحار في تسوية هذه المنازعات، وإلقاء الضوء على الوسائل الدولية السلمية لتسوية المنازعات البحرية بوجه عام وإبراز مكانتها وأهميتها يبين مكانة المحكمة بين الوسائل القضائية؛ حيث يتميز حكمها بالإلزام الذي يحسم النزاع مما يبرز أهمية تسليط الضوء عليه والعمل على تفعيله ومعالجة ما يشوبه من معوقات تضعف الأثر المرجو منه.

وتعمل المحكمة على ثلاثة أصعدة؛ حيث تعمل هيئة المحكمة ذاتها على تسوية المنازعات الدولية البحرية ولها في ذلك دور ومساهمات بارزة أسهمت في تسوية العديد من المنازعات البحرية ورسمت حدودا بحرية بما يقدم إسهاما ملموسا في تطوير الفقه القضائي الدولي في هذا المجال، كما توسعت في تفسير سلطتها فمنحت لنفسها وفقا لقواعد عملها حق تقديم آراء استشارية.

وتختص غرفة منازعات قاع البحار بتسوية المنازعات التي تقع في المنطقة ولها اختصاص أصلي وإلزامي في هذه المنازعات كما أن لها سلطة إصدار الآراء الاستشارية التي تتعلق بالمنطقة واستخدامها؛ إلا أن دورها يحتاج للتفعيل والتطوير بما يتناسب مع القيمة التي منحها لها الوثائق الرئيسية التي تنظم عمل المحكمة فلم تقدم حتى الآن سوى رأى استشاري واحد ولم نظر في أية منازعات.

وللغرف الخاصة وفقا لما منحها إياه الوثائق الرئيسية للمحكمة دور لا يمكن إغفاله في تسوية المنازعات البحرية سواء تلك التي أنشأتها المحكمة من تلقاء نفسها أو تنشئها بناء على طلب الأطراف، وقد أسهمت الغرف الخاصة في تسوية النزاع الذي طرح عليها بصورة متميزة تدعم دور المحكمة في التسوية السلمية للمنازعات البحرية، إلا أن دورها لازال في حاجة لمزيد من التفعيل والتطوير المناسب.

إلا أن دور المحكمة في تسوية المنازعات البحرية تواجهه معوقات لعل أهمها مشكلة فاعلية دور المحكمة في تسوية المنازعات الدولية؛ حيث تثار مشكلة

تتازع الاختصاص القضائي في المنازعات البحرية سواء في الوثائق الرئيسية التي تمنح الاختصاص للمحكمة أو المعاهدات الدولية الأخرى التي تمنحها الاختصاص، وكذلك مشكلة عدم الظهور أمام المحكمة والتي قد تتعدد أسبابها ويظل أهمها رفض اختصاص المحكمة، وما لذلك من أثر على فعالية دور المحكمة في تسوية المنازعات البحرية، كما تثار مشكلة القوة التنفيذية لأحكام المحكمة في ظل افتقارها لأدوات تلزم الأطراف على الانصياع لأوامرها وقراراتها والتي تهدد بعدم تنفيذ الحكم مما يجعل النزاع مستمرا دون حل وربما يتم تصعيده بما يهدد استقرار العلاقات الدولية.

ومن هنا برزت فكرة هذا البحث في محاولة لإبراز دور المحكمة في التسوية السلمية الحاسمة للمنازعات الدولية البحرية ومحاولة اقتراح حلول لما يعترضها من مشكلات بما يسهم في تفعيل دورها وتطويره، ويمكن بيان الملاحظة العلمية للبحث من خلال إبراز مشكلة وأهمية وأهداف ومنهج البحث.

مشكلة البحث

المنازعات الدولية البحرية ذات طبيعة خاصة تفرض ذاتها على آليات تسوية المنازعات التي تثار في نطاقها، وهو دور تقوم به المحكمة الدولية لقانون البحار بصورة متميزة لا يعترضه تطويل مراحل إقامة الدعوى أو الإجراءات؛ حيث شهد واقع عمل المحكمة حسمها للعديد من المنازعات التي عرضت عليها في وقت قياسي نسبة لما يستغرقه نظر المنازعات أمام محكمة العدل الدولية من وقت

وجهد، إلا أن دور المحكمة في تسوية المنازعات لم يعط الأولوية التي تتناسب مع اعتبارها الوسيلة التي نشأت خصيصا للقيام بهذا الدور وينافسها فيه التحكيم الدولي وإمكانية اللجوء لمحكمة العدل الدولية أو غيرها لحل النزاع القائم؛ وهو ما يحد من فاعلية دور المحكمة في تسوية هذه المنازعات.

وعلى ذلك يكون التساؤل الرئيس للبحث هو: ما تأثير مساهمات المحكمة الدولية لقانون البحار وغرفها في توفير تسوية شاملة للمنازعات البحرية، وما الآليات التي يمكن من خلالها زيادة فاعلية دور المحكمة في تسوية المنازعات الدولية البحرية؟ وينبثق عن هذا التساؤل الأسئلة القانونية الفرعية التالية:

1. ما تأثير الأبعاد القانونية للمنازعات الدولية البحرية على وسائل تسويتها؟
2. ما مدى فاعلية دور المحكمة وغرفها في تسوية المنازعات الدولية البحرية؟
3. ما تقييم كفاءة أحكام المحكمة وتأثيرها على تسوية المنازعات الدولية البحرية؟
4. ما المشكلات التي تعترض دور المحكمة في تسوية المنازعات الدولية البحرية؟
5. ما الآليات المناسبة لتفعيل دور المحكمة في تسوية المنازعات الدولية البحرية؟

أهمية البحث

تكمن أهمية البحث فيما تنطوي عليه المنازعات الدولية البحرية من طبيعة خاصة، وفيما للمحكمة الدولية لقانون البحار من دور فعال في تسوية المنازعات التي نظرتها منذ بدء عملها؛ وإن كانت فترته ليست بالطويلة إلا أنها أصدرت أحكاماً مؤثرة بحق أسهمت في تسوية بعض المنازعات البحرية بل وأرست بدورها بعض أسس المسؤولية الدولية عن الأضرار التي تصيب أشخاص القانون الدولي الآخرين أو البيئة، ومن هذا المنطلق كانت فكرة هذا البحث بدراسة دور المحكمة الدولية لقانون البحار في تسوية المنازعات البحرية؛ ومن ثم يمكن بيان أهميته فيما يلي:

1. خطورة المنازعات الدولية البحرية وتأثيرها على استقرار العلاقات الدولية والحفاظ على السلم والأمن الدوليين؛ بما يبين الأهمية القصوى في تسويتها تسوية سلمية حتى لا يتفاقم النزاع.
2. الطبيعة الملزمة للوسائل القضائية في تسوية المنازعات الدولية بوجه عام والتي تعد المحكمة الدولية لقانون البحار إحدى أهم هذه الوسائل والتي تختص بالنظر نوعياً في فئة واحدة من المنازعات الدولية وهي المنازعات البحرية.
3. تأثير المشكلات التي تعترض اختصاص المحكمة وضرورة البحث عن آليات لحلها وتجعله أكثر إلزامية بما يفعل دور المحكمة في تسوية المنازعات البحرية.

4. رغم القوة الإلزامية لحكم المحكمة إلا أن تنفيذ أحكام المحكمة لا يخضع لقوة تنفيذية تلزم الأطراف وتجعل دور المحكمة أكثر فاعلية.

5. سعي المحكمة من خلالها جهدها القضائي وجهدها التدريبي على تسوية المنازعات الدولية ومحاولة إيجاد حلول للمعوقات التي تعترض تفعيل عملها؛ يدفع لمحاولة بذل الجهد لتقديم مقترحات قد تفيد في هذا الصدد.

أهداف البحث

يهدف البحث إلى دراسة دور المحكمة الدولية لقانون البحار في تسوية المنازعات الدولية البحرية في محاولة لمنحه تركيزاً لم يحظ به في الدراسات والأبحاث القانونية حتى الآن؛ حيث يسعى البحث إلى الوقوف على طبيعة دور المحكمة في تسوية المنازعات البحرية وتقييم مدى فاعليته، مع البحث في آليات زيادة فاعليته وتطويره؛ وعلى ذلك تتمثل أهم أهداف البحث في:

1. بيان الطبيعة الخاصة للمنازعات الدولية البحرية وأثرها على آليات تسوية منازعاتها.

2. تتبع طبيعة دور المحكمة وغرفها في تسوية المنازعات الدولية البحرية.

3. تقييم دور المحكمة وغرفها في تسوية المنازعات الدولية البحرية.

4. تحليل المشكلات التي تعترض دور المحكمة في تسوية المنازعات الدولية البحرية.

5. اقتراح الآليات المناسبة لتفعيل دور المحكمة في تسوية المنازعات الدولية البحرية.

منهج البحث

ستتبع هذه الدراسة المنهج الاستقرائي التحليلي التطبيقي؛ الذي يقوم على استقراء آلية عمل المحكمة وغرفها في تسوية المنازعات الدولية البحرية بما تصدره من أحكام، وفق نظرة تحليلية نقدية تهدف لبيان مدى قدرتها على تسوية شاملة للمنازعات ومدى قوة هذه الأحكام، مع التطبيق على ما نظرت المحكمة من قضايا كلما كان ذلك مناسباً، وتناول بعض هذه الأحكام بالتحليل والتعليق وفق المنهجية العلمية.

تقسيم البحث

تم تقسيم البحث إلى أربعة مباحث يسبقها مبحث تمهيدي، ينقسم كل مبحث إلى ثلاثة مطالب، يسبقها مقدمة عامة وتنتهي بخاتمة تشمل أهم نتائج وتوصيات البحث؛ وذلك وفق التفصيل التالي:

مقدمة

المبحث التمهيدي: الأبعاد القانونية للمنازعات الدولية البحرية

المطلب الأول: مفهوم النزاع الدولي البحري.

المطلب الثاني: الطبيعة الخاصة للمنازعات الدولية البحرية.

المطلب الثالث: الوسائل الدولية السلمية لتسوية المنازعات البحرية.

المبحث الأول: دور هيئة محكمة قانون البحار في تسوية المنازعات.

المطلب الأول: النظام القانوني لهيئة محكمة قانون البحار.

المطلب الثاني: النظام الإجرائي لهيئة محكمة قانون البحار.

المطلب الثالث: أهم المنازعات التي نظرتها هيئة المحكمة.

المبحث الثاني: دور غرفة منازعات قاع البحار في تسوية المنازعات.

المطلب الأول: النظام القانوني لغرفة منازعات قاع البحار.

المطلب الثاني: النظام الإجرائي لغرفة منازعات قاع البحار.

المطلب الثالث: الرأي الاستشاري الصادر عن غرفة منازعات قاع البحار.

المبحث الثالث: دور الغرف الخاصة في تسوية المنازعات.

المطلب الأول: النظام القانوني للغرف الخاصة.

المطلب الثاني: النظام الإجرائي للغرف الخاصة.

المطلب الثالث: المنازعات التي نظرتها الغرف الخاصة.

المبحث الرابع: المشكلات التي تواجه دور المحكمة في تسوية المنازعات.

المطلب الأول: تنازع الاختصاص القضائي بالمنازعات البحرية.

المطلب الثاني: مشكلة عدم الظهور أمام المحكمة.

المطلب الثالث: القوة التنفيذية لأحكام المحكمة.

الخاتمة.

المبحث التمهيدي

الأبعاد القانونية للمنازعات الدولية البحرية

تعد المنازعات الدولية أحد الملامح الأساسية للمجتمع الدولي، وتعتبر المنازعات الدولية البحرية من أهم المنازعات الدولية بوجه عام نظراً لطبيعتها الخاصة؛ وهو ما يثير التساؤل: ما تأثير الأبعاد القانونية للمنازعات البحرية على وسائل تسويتها؟ لذا كان لزاماً البدء بالوقوف على مفهومها، وتوضيح طبيعتها الخاصة واستعراض وسائل تسويتها؛ وذلك وفق نظرة تحليلية مختصرة غير مخلة بأغراض البحث.

تقسيم

المطلب الأول: مفهوم النزاع الدولي البحري.

المطلب الثاني: الطبيعة الخاصة للمنازعات الدولية البحرية.

المطلب الثالث: الوسائل الدولية السلمية لتسوية المنازعات البحرية.

المطلب الأول

مفهوم النزاع الدولي البحري

النزاع الدولي البحري أحد صور النزاع الدولي والذي يستقي طبيعته من طبيعة العلاقات الدولية مما يعني اختلافه عن النزاع الداخلي من حيث المضمون والمبادئ التي تحكمه، وتقسيمات المنازعات الدولية والتي تنقسم إلى منازعات سياسية وأخرى قانونية؛ مما يضفي طبيعة فقهية على تصنيف هذه المنازعات وآليات حلها، والوقوف على مفهوم النزاع الدولي البحري له أهميته في بيان دور الوسائل القضائية بصفة عامة ودور المحكمة الدولية لقانون البحار بصفة خاصة في تسوية المنازعات الدولية البحرية.

تعريف النزاع الدولي

يعرف النزاع الدولي في الفقه الغربي بأنه: "خلاف بين دولتين على مسألة قانونية أو حادث معين أو بسبب تعارض وجهات نظرهما القانونية أو مصالحهما"¹.

وهذا التعريف مبني على النظرة التقليدية القديمة للقانون الدولي؛ كونه قانوناً يحكم علاقات بين الدول ولا يعترف بوجود أشخاص دولية غيرها، وبالتالي لا

¹ (شارل روسو: القانون الدولي العام، ترجمة شكر الله خليفة وعبد المحسن سعد، الأهلية للنشر والتوزيع، بيروت، الطبعة الأولى، 1987م، ص: 283.

يسمح بالتقاضي أمام القضاء الدولي لغيرها، إلا أن التطورات التي أصابت بنيان القانون الدولي سمحت لكيانات غير الدول بحق التقاضي.

ويعرف في الفقه العربي بأنه: "خلاف حول مسألة قانونية أو واقعية يتمثل في تناقض أو تعارض أو تضاد أو تضارب الآراء القانونية لشخصين أو أكثر من أشخاص القانون الدولي"¹.

والنزاع الدولي بمعناه الواسع هو الخلاف الذي يتجاوز أحد عناصره إطار المجتمع الوطني، أما بمعناه الضيق فهو الخلاف الذي يثور بين أشخاص القانون الدولي، ويدخل في هذا المفهوم الخلاف بين دولة وفرد أجنبي إذا تبنت دولته دعواه بالحماية الدبلوماسية، وهذا هو المعنى المتعارف عليه للنزاع الدولي².

¹ من أهم التعريفات المستقرة في الفقه العربي والتي تبنت مفهوما يتوافق مع التطور الذي أصاب بنيان القانون الدولي الحديث تعريف الأستاذ الدكتور أحمد أبو الوفا؛ لمزيد من التفاصيل انظر مؤلفه: أ.د/ أحمد أبو الوفا: الوسيط في القانون الدولي العام، دار النهضة العربية، القاهرة، الطبعة السادسة، 2016م، ص624.

² (أ.د/ إبراهيم العناني: القانون الدولي العام، دار النهضة العربية، القاهرة، الطبعة الخامسة، 2016م، ص: 845.

وعرفه القضاء الدولي بأنه: "خلاف حول مسألة قانونية أو واقعية أو تضارب في الآراء القانونية أو المصالح بين شخصين"¹.

ومن الملاحظ أن التعريف المستقر في الفقه العربي يتفق مع ما استقر عليه القضاء الدولي في تعريف النزاع الدولي؛ وهو ما يتفق مع التطور الذي أصاب التقاضي أمام المحاكم الدولية والذي ظهر جليا في نظام المحكمة الدولية لقانون البحار والتي سمحت لكيانات غير الدول باللجوء إليها في حالات معينة.

وهذا التعريف يفترض وفقا لما استقر عليه القضاء الدولي إثبات أن شروط وجود نزاع قد استوفيت، ولا يكفي لطرف في قضية خلافية أن يؤكد وجود نزاع مع الطرف الآخر؛ فمجرد التأكيد لا يكفي لإثبات وجود نزاع أكثر من مجرد إنكار وجوده، ولا يكفي أن يظهر أن مصالح الطرفين في مثل هذه الحالة تتعارض؛ بل يجب إثبات أن مطالبة أحد الأطراف تُعارض بشكل إيجابي من قبل الطرف الآخر،

¹ صدر التعريف عن المحكمة الدائمة للعدل الدولي أثناء نظرها للنزاع المتعلق بامتيازات مافروماتيس ثم اعتمده محكمة العدل الدولية في نظرها للمنازعات التي تعرض عليها، وأكدت المحكمة الدولية لقانون البحار في نظرها للنزاع بين كل من نيوزلندا وأستراليا ضد اليابان؛ انظر:

-Order of 27 August 1999, in Southern Bluefin Tuna Case, New Zealand v. Japan; Australia v. Japan, List of cases: Nos. 3 and 4, Reports of Judgments, Advisory Opinions and Orders, ITLOS Reports 1999, pp.280-301, p. 293, Para. 44.

فالنزاع يتشكل بوضوح من خلال مواقفهم المتعارضة فيما يتعلق بأداء التزامات المدعى عليه كالتزام واجب¹.

وبذلك يكون القضاء الدولي أرسى سمات النزاع الدولي حيث إن للنزاع الدولي حتى يتم توصيفه كذلك شروطاً لا بد أن تتوفر فيه؛ ولا بد أن يستوفيه لينظره القضاء الدولي، ولا يكفي فيه مجرد تعارض المصالح حتى ولو كان هذا التعارض ظاهراً.

تعريف النزاع الدولي البحري

النزاع الدولي البحري هو نزاع دولي؛ مما يعني أن تعريف وسمات النزاع الدولي تنطبق بذاتها على النزاع الدولي البحري ويجب أن تستوفى شروط النزاع الدولي فيه حتى يعتد به كنزاع دولي بحري، إلا أنه يتميز بخصوصية عن المنازعات الدولية الأخرى تفرض نفسها على مفهومه ووسائل تسويته.

ويمكن تعريف النزاع الدولي البحري بأنه: خلاف حول مسألة قانونية أو واقعية تتعلق بالمساحات البحرية التي ينظمها قانون البحار، أو تضارب في الآراء

¹) Judgment of 21 December 1962, South West Africa Cases, Ethiopia Liberia v. South Africa, Preliminary Objections, v. South Africa International Court of Justice, Reports of Judgments, Advisory Opinions Nos. 46 & 47, I.C.J. Reports 1962, Sales No. : and Orders, General List 270, pp. 319–348, p. 328.

القانونية أو المصالح بين شخصين دوليين بشأن المساحات الدولية البحرية وتنظيم استغلالها والاستفادة منها وحقوق كل منهما فيها.

المبادئ التي تحكم النزاع الدولي البحري

المنازعات الدولية البحرية كأحدى صور المنازعات الدولية يحكمها ذات المبادئ التي تحكم المنازعات الدولية بوجه عام، مع مراعاة الطبيعة الخاصة لهذه المنازعات والتطورات التي أصابت نظام التقاضي الدولي، ومن أهم هذه المبادئ:

- ضرورة أن يكون النزاع ذي طبيعة دولية: فلا يشترط أن يكون النزاع بين أشخاص من طبيعة واحدة؛ ولكن المنازعات التي لا تتصف بالطابع الدولي لا تخضع لقواعد التسوية الدولية للمنازعات.

- ضرورة تحديد النزاع بطريقة موضوعية: وذلك لأنه في حالة عرض النزاع على الغير للفصل فيه يحتاج للاقتناع بتأكيدات الأطراف بشأن وجود النزاع قبل الفصل فيه، كما أنه يفترض التأكد من كون النزاع لازال قائماً للعمل على تقادي آثاره المستقبلية؛ فلا يعقل السعي لتسوية نزاع انتهى¹.

- نشوء ادعاءات متناقضة بين الأطراف المتنازعة واستمرار المطالبة بها: فلا بد من وجود ادعاء من طرف يقابله ادعاء متناقض من طرف آخر، والاستمرار

¹ (أ.د/ أحمد أبو الوفا: الوسيط في القانون الدولي العام، مرجع سابق، ص: 624-625).

بالمطالبة بهذه الادعاءات يتطلب حلها لكون النزاع سيظل قائماً حتى تنتهي هذه المطالبة¹.

• ضرورة توافر الرضى بين الأطراف المتنازعة لتسوية منازعاتهم سلمياً: وذلك لكون الأشخاص الدولية مستقلة عن بعضها ومتساوية في السيادة ولا يوجد سلطة عليا تجبر الأطراف على استخدام وسيلة تسوية بعينها فيفترض وجود اتفاق وتراضي على اللجوء لوسيلة تسوية ودية².

• الطبيعة الخاصة للمنازعات الدولية البحرية: والتي بدورها تفرض وجود وسائل خاصة لتسوية هذه المنازعات، وذلك للطبيعة الفنية لها والتي تتطلب خبرة علمية وفنية خاصة لحلها.

فالنزاع الدولي قديم قدم البشرية؛ لوجود كيانات مستقلة لكل منهم مصالحه التي قد تتعارض مع الآخر لذا يختلف في وسائل تسويته عن النزاع الداخلي؛ حيث لا وجود لسلطة عليا تقر القوانين وتلزم الأشخاص الدوليين باحترامها بل يلزم التراضي بين الأطراف على الوسيلة المستخدمة في التسوية؛ وهذا الطابع الرضائي الذي يعرقل في كثير من الحالات الحل المنهي للنزاع يجعل المنازعات الدولية

¹ أ.د/ سهيل الفتلاوي: القانون الدولي العام في السلم، دار الثقافة للنشر والتوزيع، عمان، الطبعة الأولى، 2010م، ص: 642.

² أ.د/ أحمد أبو الوفا: الوسيط في القانون الدولي العام، مرجع سابق، ص: 625.

بوجه عام والمنازعات البحرية بوجه خاص محل نقاش وبحث دائم حول آليات ملزمة لتسويتها بما يضمن استقرار العلاقات الدولية وحفظ السلم والأمن الدوليين.

المنازعات القانونية والمنازعات السياسية

حاول الفقه الدولي التفرقة بين المنازعات القانونية والمنازعات السياسية وكان أساس التمييز المنازعات التي تصلح لأن تنظر فيها المحكمة والتي لا تصلح لذلك¹، وانقسم الفقه الدولي إلى ثلاثة اتجاهات:

الاتجاه الأول يرى أن المنازعات القانونية هي التي تخضع لولاية المحاكم الدولية بينما لا تخضع لها المنازعات السياسية ويتم تسويتها وفقا للوسائل السياسية، حيث يرى بعض أنصاره أن المنازعات السياسية لا يمكن أن تحل إلا بالوسائل السياسية، أما المنازعات القانونية فإنها تحل بالوسائل القضائية².

¹ أ.د/ خليل حسين: موسوعة القانون الدولي العام، الجزء الثاني، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت، الطبعة الأولى، 2012م، ص542

² أ.د/ سهيل الفتلاوي: القانون الدولي للبحار، دار الثقافة للنشر والتوزيع، عمان، الأردن، الطبعة الأولى، 2009م، ص: 270.

وقد رجح هذا الاتجاه ميثاق الأمم المتحدة الذي أوجب على مجلس الأمن وهو يقدم توصياته مراعاة أن المنازعات القانونية يجب على أطراف النزاع عرضها على محكمة العدل الدولية¹.

الاتجاه الثاني يرى أن المنازعات القانونية هي المتعلقة بوجود أو مدى أو كيفية احترام حق ما عن طريق تحديد القاعدة القانونية واجبة التطبيق فتتعلق من أساس قانوني محض، بينما المنازعات السياسية هي التي تستند إلى اعتبارات سياسية غير قانونية وذلك بوجود تنازع أو تعارض بين مصالح دولتين أو أكثر².

الاتجاه الثالث يرى صعوبة التفرقة بين النوعين حيث إنه لا يوجد نزاع قانوني وآخر سياسي بشكل مجرد فالنزاع الواحد يكون له مظاهر سياسية وأخرى قانونية وأي نزاع يؤسس على جوانب قانونية ولا يمكن تجريده من إطار تطبيق القواعد القانونية³، لذلك يميل معظم الفقهاء إلى اعتبار تمييز النزاع القانوني عن

3) Charter of the United Nations: San Francisco, 26 June 1945, Entry into force: 24 October 1945, in accordance with article 110, Registration with the Secretariat of the United Nations, 26 June 1945, United Nations Documents, New York, 1945, Chapter VI: Pacific Settlement of Disputes, Art: 36, para3.

² ممن يقول بهذا الرأي: أ.د/ أحمد أبو الوفا؛ للتفاصيل راجع مؤلفه السابق ذكره: ص628.

³ ممن يقول بهذا الرأي: أ.د/ إبراهيم العناني؛ للتفاصيل راجع مؤلفه السابق ذكره: ص848-849.

النزاع السياسي معتمدا على مواقف الدول الأطراف والمصلحة التي يريدون تحقيقها¹.

وأرى أنه لا جدوى من محاولة التمييز بين المنازعات القانونية والمنازعات السياسية في المنازعات الدولية عامة والمنازعات البحرية خاصة؛ فالأولى يمكن أن تحل وفقا للوسائل السياسية؛ والثانية ليس ثمة ما يمنع عرضها على القضاء الدولي إذا ارتضى أطراف النزاع ذلك، ففي كل منازعة دولية جوانب قانونية وأخرى سياسية.

ومن الملاحظ أن مفهوم النزاع الدولي البحري يضيف طابعا خاصا على هذه المنازعات؛ تتبع في الأساس من الطبيعة الخاصة للبيئة البحرية وأهمية الحفاظ عليها؛ مما يترك أثره على الوسائل الأنسب لتسويتها تسوية شاملة تحسم النزاع بما يدعم استقرار العلاقات الدولية.

¹ (أ.د/ خليل حسين: مرجع سابق، ص542

المطلب الثاني

الطبيعة الخاصة للمنازعات الدولية البحرية

تتولد الطبيعة الخاصة للمنازعات الدولية البحرية من طبيعة البيئة البحرية ومساحتها وأهميتها الدولية؛ حيث تشمل البحار ما يقرب من 70% من مساحة الكرة الأرضية، وهي تحيط باليابسة من جميع النواحي، وعليه تعتبر الطريق الأول للمواصلات الدولية؛ لذا كان من الضروري وجود قواعد دولية تحمي هذا الاتصال وتمنع المنازعات فيه، وأخذت هذه القواعد تتطور حتى أصبح للبحار نظام قانوني ثابت¹، وقد اهتم فقهاء القانون الدولي منذ نشأته بتنظيم البحار واهتمت به الدول منذ بداية تنظيم العلاقات الدولية، وكان الفقيه الفرنسي "Gidel" أول من استخدم مصطلح قانون البحار الدولي²، ثم أقرته الأمم المتحدة لأول مرة بمناسبة عقد المؤتمر الدبلوماسي الأول للتفاوض حول قانون البحار³.

¹ أ.د/ علي صادق أبو هيف: مرجع سابق، ص: 287.

²) Gilbert Gidel: Le Droit International Public de La Mer, Le Temps de Paix, Vol. I, Introduction- La Haute Mer, 1932; Vol. II, Les Eaux Intérieures 1932, Vol. III, La Mer Territoriale et La Zone Contigue 1934;

³) General Assembly Resolution: A/RES/1105(XI); International conference of plenipotentiaries to examine the law of the sea, /67-0-3, Resolutions adopted by the General A/PV.658/21Feb.1957 Assembly at its 12th session, Vol. I: Resolutions and Decisions, 12 November 1956 - 8 March 1957: A/3572 + Corr.1

وهذا الاهتمام بتنظيم البحار سمح بنمو مجموعة من القواعد القانونية العرفية التي نمت حتى استقلت كأحد أفرع القانون الدولي¹؛ فصدرت اتفاقيات جنيف لقانون البحار عام 1958م²؛ وهي خمس اتفاقيات: اتفاقية البحر الإقليمي والمنطقة المتاخمة³، واتفاقية أعالي البحار⁴، واتفاقية صيد الأسماك وحفظ الموارد

¹ أ.د/ صلاح الدين عامر: القانون الدولي للبحار-دراسة لأهم أحكام اتفاقية الأمم المتحدة لقانون البحار 1982م، دار النهضة العربية، الطبعة الثانية، 2000م، ص: 14-15.

²) Final Act of the United Nations Conference on the Law of the Sea, held at the European Office of the United Nations, at Geneva, from 24 February to 27 April 1958 (with annexed resolutions); United Nations Treaty Series, Vol. 450, No. 6465, pp: 11-81;

³) Convention on the Territorial Sea and the Contiguous Zone, Done at Geneva, on 29 April 1958; United Nations Treaty Series, Vol. 516, No. 7477, pp: 205-224.

4) Seas, done at Geneva, on 29 April 1958, Convention on the High United Nations Treaty Series, Vol. 450, No. 6465, pp: 82-102.

الحية لأعالي البحار¹، واتفاقية الجرف القاري²، والبروتوكول الاختياري للتسوية الإلزامية للمنازعات³.

ثم توجت الجهود الدولية بإقرار اتفاقية الأمم المتحدة لقانون البحار والتي مثلت بذاتها قانونا للبحار ينظم كل ما يتعلق بالمساحات البحرية ويحدد سيادة الدول على المناطق المختلفة من البحار وينظم ضوابط استغلالها، كما يحدد آليات تسوية المنازعات الدولية البحرية.

وتنقسم البحار وفقا لقواعد القانون الدولي للبحار إلى عدة مناطق تحكم كل منطقة منها قواعد خاصة حددت في اتفاقية الأمم المتحدة لقانون البحار؛ وهي:

5) Convention on Fishing and Conservation of the Living Resources of the High Seas. Done at Geneva, on 29 April 1958; United Nations Treaty Series, Vol. 559, No. 8164, pp: 268–300.

²) Convention on the Continental Shelf, Done at Geneva, on 29 April 1958; United Nations Treaty Series, Vol. 499, No. 7302, pp: 311–320.

7) Optional Protocol of Signature concerning the Compulsory Settlement of Disputes. Adopted by the United Nations Conference on the Law of the Sea, held at Geneva from 24 February to 27 April 1958, and opened for signature on 29 April 1958, United Nations Treaty Series, Vol. 450, No. 6466, pp: 169–172.

المياه الداخلية¹، والبحر الإقليمي²، والمنطقة المتاخمة³، والمنطقة الاقتصادية الخالصة⁴، والامتداد القاري⁵، وأعالي البحار¹.

¹ هي المياه الواقعة على الجانب المواجه للبر من خط أساس قياس البحر الإقليمي، وتشمل الموانئ التي تعتبر جزءاً من الساحل والأرصفة التي تشكل جزءاً أصيلاً من نظام المرفأء، والمراسي التي تستخدم عادة لتحميل السفن وتفريغها ورسوها؛ انظر:

-United Nations Convention on the Law of the Sea, Op. Cit. Art. 8-11-12.

² هو منطقة بحرية تالية للإقليم البري، حيث تمتد سيادة الدولة الساحلية خارج إقليمها البري ومياهها الداخلية أو مياهها الأرخبيبية إلى حزام بحري ملاصق لها يسمى بالبحر الإقليمي؛ انظر:

-Ibid: Art. 2/1.

³ هي منطقة بحرية ملاصقة للبحر الإقليمي تالية له يمكن خلالها للدولة الساحلية أن تمارس الإشراف والسيطرة اللازمة لمنع خرق قوانينها وأنظمتها والمعاقبة على هذا الخرق؛ انظر:

-Ibid: Art. 33/1.

⁴ هي منطقة تلي البحر الإقليمي تحدد بما لا يزيد عن 200 ميلاً بحرياً من خطوط الأساس التي يقاس منها عرض البحر الإقليمي، يحكمها نظام قانوني مميز بموجبه تخضع لولاية واختصاص الدولة الساحلية في الاستفادة الاقتصادية، مع مراعاة حقوق الدول الأخرى في هذه المنطقة؛ انظر:

-Ibid: Art. 55-57.

⁵ هو الامتداد الطبيعي لأرض القارات تحت البحار والمحيطات يأخذ شكلاً متدرجاً في العمق وأنه بعد نقطة معينة يزداد العمق فجائياً حيث يبلغ أقصى أعماق المحيطات وهو يحتوي على ثروات معدنية ضخمة، والجرف القاري للدولة الساحلية هو الامتداد الطبيعي تحت بحرهما الإقليمي حتى الطرف الخارجي للهامش القاري أو إلى 200 ميل بحري عمقا إذا لم يكن الهامش القاري يمتد لتلك المسافة، وتمارس عليه الدولة الساحلية حقوقاً سيادية لأغراض استكشاف ثرواته

وهذه الخصوصية للبيئة البحرية تفرض بطبيعتها خصوصية للمنازعات الدولية البحرية التي يهدد تصاعدها استقرار المجتمع الدولي والحفاظ على أمنه وسلمه، وإن كانت الطبيعة الاختيارية لتسوية المنازعات الدولية تفرض نفسها على المنازعات الدولية بوجه عام إلا أن الخطورة التي تحيط بالمنازعات البحرية جعلت المجتمع الدولي يسعى لإيجاد وسائل تسوية أكثر إلزامية من المستخدمة في غيرها من المنازعات.

وكان الاهتمام بمكافحة مظاهر التلوث بالبيئة البحرية من أهم مظاهر الاهتمام الدولي بالبيئة بوجه عام، وقد امتد الاهتمام بالبيئة البحرية ليشمل الحفاظ على ثروات البيئة البحرية؛ ولا ريب أن تلوث البيئة البحرية من أهم مسببات المنازعات الدولية بين الأشخاص الدوليين؛ حيث إنها ليست قاصرة على منطقة دون أخرى بل هي مشكلة عالمية؛ فالبحار متصلة ولا تتوقف عند حدود معينة

واستغلالها، فهو يشكل استمراراً للإقليم البري للدولة الساحلية في قاع وما تحت قاع المساحات المائية البحرية المواجهة لشواطئها

Ibid: Art. 76-77.-

¹ هي جميع أجزاء البحار التي لا يشملها أي وصف من الأوصاف القانونية لأجزاء من البحار والمحيطات؛ فلا تشملها المنطقة الاقتصادية الخالصة أو البحر الإقليمي أو المياه الداخلية لدولة ما ولا تشملها المياه الأريخيلية لدولة أريخيلية، ويحكمها نظام قانوني خاص دون انتقاص من الأحكام المقررة للمنطقة الاقتصادية الخالصة، وهي مفتوحة لجميع الدول ساحلية كانت أو غير ساحلية؛ انظر:

-Ibid: Art. 86-87.

وتحمل معها الخطر الداهم الذي قد يقتل الحياة في البحار والمحيطات¹، كما أن حوادث التصادم البحري والكوارث التي قد تتعرض لها ناقلات البترول تؤدي في كثير من الأحوال إلى التأثير على البيئة البحرية وتثير بدورها المنازعات بين الأشخاص الدوليين²، وهو ما يظهر جليا في العديد من المنازعات التي عرضت على المحكمة الدولية لقانون البحار وعرفها منذ نشأتها؛ الأمر الذي يبين الأهمية العملية لدور المحكمة في تسوية المنازعات الدولية البحرية.

ومن مسببات المنازعات الدولية البحرية إلقاء المخلفات النووية بالبحار أو استخدام البحار الدولية بما يتنافى مع مبدأ الحفاظ على البيئة البحرية من التلوث؛ ويفرض ذلك التزاما عاما على الدول التي تمارس نشاطا نوويا بحماية البيئة البحرية من التلوث³.

كما أن تقسيم المناطق البحرية يفرض على الدول التزامات تتعلق باحترام سيادة كل دولة على المناطق البحرية الخاضعة لها واحترام قوانينها التي تنظم تلك المناطق وعدم مخالفة الأنظمة الأمنية والجمركية فيها، وبالتالي فإن مخالفة سفينة ترفع علم دولة ما لهذه الأنظمة والقوانين يؤدي لنشوب المنازعات بين الدولتين،

¹ أ.د/ عبد الهادي العشري: مرجع سابق، ص: 5-6.

² أ.د/ صلاح الدين عامر: حماية البيئة إبان المنازعات المسلحة في البحار، المجلة المصرية للقانون الدولي، الجمعية المصرية للقانون الدولي، المجلد 49، عام 1993م، ص: 13.

³ انظر في تفاصيل ذلك للباحثة: النظم القانونية الدولية لضمان استخدام الطاقة النووية في الأغراض السلمية، دار الجامعة الجديدة، الإسكندرية، الطبعة الأولى، 2011م، ص 682.

وتكون هذه المنازعات أكثر حساسية فيما يتعلق بحق الضبط والقبض على السفن المخالفة وهو ما يعتبر من أهم مبررات الطبيعة الخاصة للمنازعات الدولية البحرية وإن كانت المنازعات الدولية بصفة عامة تؤثر على البيئة البحرية وتهدد المواصلات العالمية مما لا ريب فيه أن للمنازعات المسلحة في البحار تأثيراً مباشراً على مبدأ حرية أعالي البحار؛ فرغم أن الحرب وفقاً لقواعد القانون الدولي الحديثة قد أصبحت مخالفة للقانون فإن ذلك لم يقض على استخدام القوة في العلاقات الدولية بصورة كاملة، ومن أخطر الصور التي قد تستخدم فيها القوة المسلحة استخدامها في النطاق البحري المشترك؛ ورغم اعتبار اتفاقية قانون البحار تتعلق بوقت السلم إلا أن المبدأ الذي أقرته الاتفاقية بتخصيص أعالي البحار للعمليات السلمية فقط له اعتباره؛ فيجب أن تنجو منطقة أعالي البحار من أن تكون مسرحاً للعمليات الحربية التي تعرض طرق المواصلات الدولية البحرية للخطر بما يهدد السلم والأمن الدوليين¹.

ومما لا شك فيه أن وضع الحرب خارج نطاق القانون وتحريم استخدام القوة في العلاقات الدولية لا بد وأن يترتب عليه بحكم المنطق والضرورة حرمان الدول التي تنتهك هذه المبادئ من حرية استخدام النطاق البحري المشترك مسرحاً

¹ أ.د/صلاح الدين عامر: قانون التنظيم الدولي، دار النهضة العربية، القاهرة، طبعة مصورة، 2002م، ص: 119.

لعملياتها العسكرية، وهو ما أكدته اتفاقية قانون البحار بقصرها النشاط فيها على الاستخدامات السلمية فقط¹.

وبصفة عامة يمكن القول بأن الضرر البيئي الناجم عن عمل عدائي متعمد وموجه ضد البيئة البحرية ذاتها كعمل من أعمال القتال يمثل انتهاكاً مباشراً لقواعد القانون الدولي؛ ولذلك فإن هناك التزاماً عاماً على الدول التي تدخل في منازعات مسلحة بعدم استخدام البيئة البحرية في العمليات العسكرية، فاحترام البيئة البحرية أصبح التزاماً أساسياً في قانون المنازعات المسلحة الدولية².

وإذا كان المجتمع الدولي بحاجة ماسة لحل المنازعات الدولية البحرية ومنعها بصفة عامة فإن منع المنازعات المسلحة في البيئة البحرية لهو أولى بالاهتمام واتخاذ كافة التدابير الدولية التي تمنع تفاقم النزاع بما يؤدي لنشوب نزاع مسلح في البحار لما فيه من إضرار بالغ بالبيئة البحرية بصفة عامة وبثرواتها الحية وغير الحية، وبما له من إضرار بالغ بمصالح الدول الأخرى التي يحق لها الانتفاع بهذه المياه وثرواتها والمرور منها وإليها وفقاً لحقوقها بموجب القانون الدولي للبحار.

¹ أ.د/ صلاح الدين عامر: مقدمة لدراسة القانون الدولي العام، دار النهضة العربية، القاهرة، الطبعة الرابعة، 2007م، ص: 867.

² أ.د/صلاح الدين عامر: حماية البيئة إبان المنازعات المسلحة في البحار، مرجع سابق، ص: 41-40.

وإن كانت اتفاقية الأمم المتحدة لقانون البحار قصرت استخدام أعالي البحار على الأغراض السلمية فقط بما يوضع أساسا بمنع المنازعات المسلحة في المناطق البحرية المشتركة؛ إلا أن ذلك لا يكفي بذاته كرادع لمنع هذا الاستخدام، وهو ما يتطلب ضرورة تعديل بنود الاتفاقية وجعل النص أكثر قوة وحسم بل وتجريم استخدام المناطق البحرية المشتركة في الأغراض العسكرية ووضع الضمانات التي تكفل قصر الاستخدام فيها على الأغراض السلمية فقط، مع إحاطة ذلك بضمانات تكفل إلزامية اللجوء للمحكمة الدولية لقانون البحار في هذا النوع من المنازعات ومنحها سلطة مراقبة تصرفات الدول في هذه المناطق، وعدم قصر هذه السلطة على الدول الأطراف في الاتفاقية على اعتبار الحفاظ على هذه المناطق من القواعد الأمرة التي تتعلق بالحفاظ على النظام العام الدولي وتكفل استقرار العلاقات الدولية بوجه عام.

وتبلور الطبيعة الخاصة للمنازعات البحرية خصوصية هذه المنازعات بما يستوجب خصوصية معالجتها عبر آليات تسوية تراعي هذه الطبيعة وتعجل بحل النزاع حلا حاسما يسهم بدوره في الحفاظ على استقرار المجتمع الدولي والحفاظ على الحقوق الفردية والمشاركة لأعضائه.

المطلب الثالث

الوسائل الدولية السلمية لتسوية المنازعات البحرية

مع رؤية الآثار المدمرة للحروب بدأت الدول تدرك أهمية اللجوء إلى وسائل غير القوة لتسوية منازعاتها مما فتح المجال تدريجيا أمام وسائل تقوم على التراضي بين المتنازعين، وهكذا نشأت الوسائل السلمية لتسوية المنازعات الدولية¹، وكانت البادرة القانونية الأولى في مجال التسوية السلمية للمنازعات الدولية هي اتفاقية لاهاي للتسوية السلمية والتي حثت الدول على بذل أقصى جهودها لضمان التسوية السلمية للمنازعات الدولية بهدف تجنب اللجوء إلى القوة قدر الإمكان²، وأكد ميثاق الأمم المتحدة على التسوية السلمية للمنازعات الدولية وعلى فض جميع أعضاء المنظمة منازعاتهم الدولية بالوسائل السلمية على وجه لا يجعل السلم والأمن والعدل الدولي عرضة للخطر³، وخصص فصلا منه لتسوية المنازعات سلميا سواء بالتسوية السياسية أو القضائية⁴، كما أكد إعلان مانيلا بشأن التسوية السلمية على

¹ أ.د/ صلاح الدين عامر: مقدمة لدراسة القانون الدولي العام، مرجع سابق، ص: 946-947

²) Pacific Settlement of International Disputes Convention for The (Hague I); Hague, 18 October, 1907, UKTS 6 (1971) Cmnd. 4575, 1 Bevens 577, 2 AJIL Supp. 43 (1908), Art: 1

³) Charter of the United Nations: Op. Cit. Art: 2, Para: 3

⁴) Ibid: Arts: 33-38

ضرورة تسوية كل دولة منازعاتها الدولية بالوسائل السلمية وحدها، على نحو لا يعرض السلم والأمن الدوليين والعدالة للخطر¹.

ولما كان ميثاق الأمم المتحدة لم يلزم الدول باللجوء لوسيلة معينة من وسائل تسوية المنازعات سواء كانت سياسية أو قضائية؛ فإن هذا الالتزام لا يرتب بالضرورة قبول أحد الطرفين ما يفرضه عليه الطرف الآخر من تسوية سلمية بل يكفي أن يلجأ الطرفين لوسيلة سلمية للتسوية وإن لم تتجح، ولا يعني الالتزام الوارد في الميثاق ضرورة اللجوء لكافة وسائل التسوية فيكفي أن تلجأ الدولة لإحدى الوسائل سواء نجحت هذه الوسيلة أو فشلت فتعتبر هذه الدولة قد نفذت ما عليها من التزام².

وإن كانت الوسائل السلمية لتسوية المنازعات الدولية تكتسب أهمية كبيرة في ظل القواعد الدولية المعاصرة فإنها بلا ريب تكتسب أهمية أكبر في تسوية المنازعات الدولية البحرية وذلك للطبيعة الخاصة لهذه المنازعات ولتأثيرها المباشر على استقرار العلاقات الدولية والحفاظ على السلم والأمن الدوليين، وإن كانت هذه

¹) General Assembly Resolution: A/RES/37/10; Manila Declaration on the Peaceful settlement of disputes between States, A/37/PV.68, 15 Nov. 1982, without vote, Resolutions adopted by the General Assembly at its 37th session, Vol. I: Resolutions and Decisions, 21 September – 21 December 1982 and 10–13 May 1983: A/37/51, Part1, Para2

² أ.د/ محمد طلعت الغنيمي: الأحكام العامة في قانون الأمم -التنظيم الدولي، منشأة المعارف، الإسكندرية، الطبعة الأولى، 1970م، ص: 815.

الوسائل تتميز بسمات تجعل بها من معوقات تفعيلها ما يهدد بفعالية دورها فإنها تظل الحل الأمثل الذي يقي المجتمع الدولي ويلات الدخول في الحروب وما يترتب عليها من آثار مدمرة، مما يظهر إلزامية البحث في آليات تفعيل هذه الوسائل وإحاطتها بضمانات تكفل فاعليتها وتسهيل إنائها للمنازعات الدولية بوجه عام والمنازعات البحرية بوجه خاص.

مميزات الوسائل السلمية لتسوية المنازعات الدولية

تتميز الوسائل السلمية لتسوية المنازعات بكونها متعددة ومتغايرة يمكن اللجوء إليها في كافة المنازعات بشرط موافقة الدول المتنازعة عليها، وليس ثمة ما يمنع من تعددها وتزامنها في وقت واحد¹.

وعدد إعلان مانيلا هذه الوسائل: "تلتزم الدول بحسن نية وبروح تعاونية تسوية مبكرة ومنصفة لمنازعاتها الدولية بأي من الوسائل التالية: التفاوض أو التحقيق أو الوساطة أو التوفيق أو التحكيم أو التسوية القضائية أو اللجوء إلى الترتيبات أو المنظمات الإقليمية أو أية وسيلة سلمية أخرى تختارها بما في ذلك المساعي الودية وعلى الأطراف الاتفاق على الوسيلة السلمية التي تناسب ظروف نزاعها وطبيعته"².

¹ (أ.د/ أحمد أبو الوفا: الوسيط في القانون الدولي العام، مرجع سابق، ص634-635)

2) Manila Declaration: Op. Cit. Part1, Para. 5.

كما تتميز بكونها وسائل اختيارية؛ حيث تبدأ الوسائل السياسية وتنتهي اختيارية لا يجبر الأطراف على الأخذ بها، في حين تبدأ الوسائل القضائية اختيارية وتنتهي إلزامية حيث يلزم حكمها الأطراف المتنازعة، وهو ما يجعل الوسائل القضائية الحل الأمثل لمثل هذه المنازعات، وإن كان الطابع الاختياري الذي يفرض نفسه على التسوية السلمية للمنازعات في ذاته يحد من فاعلية هذه الوسائل القضائية.

وقد أكد إعلان مانيلا على تسوية المنازعات الدولية على أساس تساوي الدول في السيادة ووفقاً لمبدأ حرية الاختيار بين الوسائل المحددة بموجب ميثاق الأمم المتحدة كالتزامات على الدول الأعضاء وفقاً لمبادئ القانون الدولي، وكل لجوء لأسلوب للتسوية تتفق عليه دول ما اتفاقاً حراً بخصوص المنازعات الحالية أو المقبلة التي تكون أطرافاً فيها لا يعتبر متنافياً مع تساوي الدول في السيادة¹.

التسوية السلمية للمنازعات البحرية في ضوء اتفاقية الأمم المتحدة لقانون البحار

ينص الجزء الخامس عشر من الاتفاقية على نظام شامل لتسوية المنازعات التي قد تنشأ فيما يتعلق بتفسير الاتفاقية وتطبيقها؛ حيث تتطلب من الدول الأطراف تسوية منازعاتها المتعلقة بتفسير أو تطبيق الاتفاقية بالوسائل السلمية المشار إليها في ميثاق الأمم المتحدة، ومع ذلك إذا فشلت أطراف النزاع في التوصل إلى تسوية بالوسائل السلمية التي تختارها فإنها تكون مضطرة للجوء إلى

1) Ibid: Para. 3

الإجراءات الإلزامية لتسوية المنازعات التي تستلزم قرارات ملزمة مع مراعاة التقييدات والاستثناءات الواردة في الاتفاقية¹.

وتنص الآلية المنشأة بموجب الاتفاقية على أربع وسائل بديلة لتسوية المنازعات: المحكمة الدولية لقانون البحار، ومحكمة العدل الدولية، وهيئة تحكيم تشكلت وفقاً للمرفق السابع للاتفاقية، وتحكيم خاص في المحكمة الدولية لقانون البحار، ولكل دولة طرف حرية اختيار واحدة أو أكثر من هذه الوسائل بإعلان مكتوب وتودع لدى الأمين العام للأمم المتحدة، وإذا لم تقبل أطراف النزاع نفس إجراءات التسوية، يجوز تقديم النزاع فقط للتحكيم وفقاً للملحق السابع للاتفاقية، ما لم يتفق الطرفان على خلاف ذلك².

والمبدأ الأساسي الذي يحكم تسوية المنازعات البحرية هو الالتزام العام بتسوية المنازعات الدولية بالوسائل السلمية والذي يعتبر بدوره التزاماً عاماً على الدول الأعضاء في الأمم المتحدة بموجب ميثاقها، وللدول حرية اختيار الوقت الذي تعلن فيه اختيار وسيلة تسوية معينة وعدم إعلانها لأية وسيلة يعني أنها قبلت محكمة التحكيم كوسيلة لتسوية المنازعات³.

¹) United Nations Convention on the Law of the Sea: Op. Cit. Arts. 279-282.

²) Ibid: Art. 287.

³) أ.د/ صلاح الدين عامر: القانون الدولي للبحار، مرجع سابق، ص: 565-569.

ومن الملاحظ أن الوسائل الودية لتسوية المنازعات الدولية تحتاج بادئ ذي بدء لقبول الأطراف المتنازعة اللجوء إليها فلا يمكن إجبار الدول على وسيلة بعينها ويعود الأمر للاتفاق بين الأطراف المتنازعة، ولكن من المؤكد أن اللجوء إليها وتفضيلها على الوسائل القسرية له أكبر الأثر على استقرار العلاقات الدولية، وفيما يلي نعرض في عجالة لأهم الوسائل السلمية لتسوية المنازعات الدولية البحرية.

أولاً: الوسائل السياسية لتسوية المنازعات الدولية

تعتمد هذه الوسائل على الإجراءات السياسية اعتماداً أساسياً، وتتنوع ما بين وسائل تقتصر على أطراف النزاع وأخرى تتضمن تدخلاً إيجابياً من الغير، وثالثة تعتمد على تدخل المنظمات الدولية.

1. المفاوضات الدبلوماسية

هي تبادل وجهات النظر حول مسألة أو مسائل محددة بهدف الوصول إلى حل لها¹، فتقوم الأطراف المتنازعة بدراسة مشتركة للنزاع للتوصل إلى تسوية له دون حاجة لتدخل من الغير، وهي إجراء يسبق كافة طرق التسوية الأخرى؛ فهي الوسيلة الطبيعية والمباشرة لتسوية المنازعات الدولية ويمكن أن يتم مباشرتها

¹ أ.د/ أحمد أبو الوفا: الوسيط في القانون الدولي العام، مرجع سابق، ص: 638-639.

بالتوازي مع أية وسيلة أخرى وكثيرا ما تكون وسيلة تمهيدية للوصول إلى اتفاق حول وسيلة التسوية الأساسية التي سيتم اللجوء لها¹.

وقد أوجبت اتفاقية قانون البحار فيما يتعلق بالمنازعات البحرية التفاوض متى نشأ نزاع بين دول أطراف يتعلق بتفسير هذه الاتفاقية أو تطبيقها، فيجب أن يقوم أطراف النزاع عاجلا بتبادل الآراء في أمر تسويته بالتفاوض أو غير ذلك من الوسائل السلمية، ويقوم الأطراف بسرعة أيضا بتبادل الآراء كلما أنهى أي إجراء لتسوية النزاع دون التوصل إلى تسوية أو تم التوصل إلى تسوية وتطلبت الظروف التشاور بشأن طريقة تنفيذ التسوية².

ورغم هذه الصياغة الموجبة للجوء للتفاوض بشأن التسوية السلمية للمنازعات البحرية إلا أن الطابع الاختياري الذي تتسم به المفاوضات الدولية كآلية لتسوية المنازعات يظل يطغى على إمكانية إرغام الأطراف على اللجوء للتفاوض كوسيلة لتسوية المنازعات البحرية.

2. المساعي الودية

هي وسيلة سياسية للتسوية السلمية تتمثل في تدخل شخص دولي من الغير ولكنه لا يتدخل إيجابيا في موضوع النزاع فيقتصر دوره على إقناع الطرفين

¹ (أ.د./ إبراهيم العناني: مرجع سابق، ص: 853-854).

²) United Nations Convention on the Law of the Sea, Op. Cit. Art. 283.

بإيجاد وسيلة اتفاق بينهما إما بإجراء مفاوضات مباشرة أو وصل المفاوضات في حال توقفها أو إقناعهما باللجوء لوسيلة أخرى؛ فالقائم بالمساعي الودية ليس طرفاً في النزاع ولا يتدخل إيجابياً في تسويته¹.

وبالنظر للطبيعة الخاصة للمنازعات البحرية؛ يرى بعض الفقه أن القائم بالمساعي لا بد وأن يكون على دراية بأمور قانون البحار وخاصة المنازعات البحرية المتعلقة باستغلال البحار واستثمارها².

3. الوساطة

هي إجراء للتسوية السلمية السياسية للمنازعات الدولية تمثل عملاً إيجابياً من جانب الوسيط تتمثل في التوفيق بين الرغبات المتضادة وتهدئه مشاعر الاستياء التي ربما تنشأ بين الدول³؛ بمعنى قيام طرف من الغير بجهود تهدف للتوصل لتسوية سلمية للنزاع بتقديم اقتراحات وحلول قد تلقى قبول الأطراف ولكنها لا تلزمهم⁴.

¹ أ.د/ إبراهيم العناني: مرجع سابق، ص: 855.

² ممن يقول بهذا الرأي الأستاذ الدكتور/ سهيل القتلاوي؛ في مؤلفه: القانون الدولي للبحار، مرجع سابق، ص: 276.

3) Convention For The Pacific Settlement of International Disputes: Op.
Cit. Art4

⁴ أ.د/ صلاح الدين عامر: مقدمة لدراسة القانون الدولي العام، مرجع سابق، ص951.

وإذا كان القائم بدور المساعي رغم عدم تدخله الإيجابي في موضوع النزاع يفترض فيه الإلمام بالمسائل المتعلقة بقانون البحار فإن من الأولى أن يكون الوسيط على دراية وخبرة علمية وفنية بمسائل قانون البحار وتنظيمها واستغلالها حتى يستطيع اقتراح حلول سليمة تسهم في إنهاء النزاع.

4. التحقيق

هو إجراء للتسوية السلمية يتمثل في قيام لجنة مشكلة باتفاق خاص بين الأطراف لإيضاح الحقائق من خلال تحقيق نزيه خال من التحيز ووضع تقرير موضوعي يحدد بدقة مادية الوقائع ويترك للأطراف الحرية الكاملة للإجراء الذي يتخذه استناداً إلى الوقائع المحددة¹، فتكون مهمة اللجنة قاصرة على جمع الحقائق ووضعها تحت تصرف الطرفين كي يتصرفا على ضوءها وللأطراف أن تقرر بعد عرض الحقائق عليهم آلية تسوية النزاع².

ولجنة التحقيق بصفة عامة يتم اختيار أعضائها من قائمة المحكمين الدوليين لضمان أن يكونوا على معرفة ودراية قانونية وخبرة عالية في حل المنازعات؛ وفي مجال المنازعات البحرية بصفة خاصة يجب أن يكون أعضاء

1) Convention For The Pacific Settlement of International Disputes: Op. Cit. Art: 9-35

² أ.د/ عبد العزيز سرحان: القانون الدولي العام، دار النهضة العربية، القاهرة، الطبعة الأولى، 1968م، ص: 398.

اللجنة من ذوي الخبرة العلمية والفنية بمسائل قانون البحار ليتمكنوا من تحديد الوقائع تحديدا سليما يسهل على أطراف النزاع التوصل لمقترحات لحله.

5. التوفيق

هو إجراء للتسوية السلمية السياسية يتمثل في قيام لجنة مشكلة من شخصيات متخصصة ببحث النزاع القائم بين الأطراف ووضع تقرير يتضمن كل اقتراح مفيد في حل هذا النزاع¹، وتتمثل أهم وظائفها في توضيح النقاط محل النزاع بعد الاستماع إلى الأطراف المتنازعة وجمع كافة المعلومات اللازمة ثم محاولة التوفيق بين الأطراف وذلك بعرض شروط للتسوية تراها اللجنة مناسبة وفي نهاية عملها تقدم تقريراً يتضمن ما توصلت إليه من نتائج².

وقد أجازت اتفاقية قانون البحار لأية دولة تكون طرفاً في نزاع يتعلق بتفسير الاتفاقية أو تطبيقها أن تدعو الأطراف الأخرى إلى إخضاع النزاع للتوفيق، فإذا قبلت الدعوة وإذا اتفقت الأطراف على إجراء التوفيق الواجب تطبيقه جاز لأي طرف أن يخضع النزاع لذلك الإجراء، أما إذا لم تقبل الدعوة أو لم تتفق الأطراف على الإجراء اعتبر التوفيق منتهياً، ومتى أخضع نزاع للتوفيق لا يجوز إنهاء الإجراءات إلا وفقاً لإجراء التوفيق المتفق عليه ما لم تتفق الأطراف على غير ذلك³.

¹ أ.د./ إبراهيم العناني: مرجع سابق، ص 858.

² أ.د./ أحمد أبو الوفا: الوسيط في القانون الدولي العام، مرجع سابق، ص 662-663.

³) United Nations Convention on the Law of the Sea, Op. Cit. Art. 284.

6. دور المنظمات الدولية في التسوية السلمية للمنازعات

تأتي موثيق المنظمات الدولية متضمنة آليات تسوية المنازعات بين أعضائها؛ فأصبح اللجوء للمنظمات الدولية طريق حديث لتسوية المنازعات نتج عن الرغبة في تنظيم المجتمع الدولي دون الإخلال بمبدأ السيادة، فأصبحت تلعب دورا كبيرا في تسوية المنازعات سليما، وللأمم المتحدة في تسوية المنازعات الدولية دور لا يمكن إغفاله حيث يضطلع بهذه المهمة الجمعية العامة ومجلس الأمن، كما تقوم المنظمات الإقليمية بدور فعال في تسوية المنازعات الدولية بين أعضائها.

ورغم السمة المميزة للوسائل السياسية لقيامها على إرادة الأطراف مما يجعل أكثر الأطراف المتنازعة تفضل اللجوء إليها، إلا أنها تحد من فاعليتها في تسوية المنازعات الدولية عامة والمنازعات البحرية بوجه خاص؛ فإذا تمسك كل طرف من الأطراف المتنازعة بمطالبه سيصعب الوصول على حل منهي للنزاع، ولو تم التوصل لهذا الحل فليس ثمة ما يلزم الأطراف بتنفيذه حيث تظل الإرادة هي الغالبة.

ثانيا: الوسائل القضائية لتسوية المنازعات

يقصد بالتسوية القضائية للمنازعات الدولية الفصل في النزاع على أساس القانون القائم وبقرار ملزم من الناحية القانونية وتنقسم إلى القضاء الدولي ذي

الطبيعة الدائمة، والتحكيم الدولي ذي الطبيعة المؤقتة¹، والتي تعد المحكمة الدولية لقانون البحار إحدى أهم هذه الوسائل التي يسعى البحث لتحليل وتقييم عملها.

1. التحكيم الدولي

هو تسوية المنازعات بين الدول على أساس احترام القانون من قبل قضاة تختارهم الدول نفسها، وينطوي اللجوء إلى التحكيم على التعهد بالخضوع إلى قرار التحكيم بحسن نية².

والتحكيم أقدم الوسائل التي لجأ إليها الأشخاص لحل منازعاتهم وظهر بوصفه الشكل الأول للعدالة الدولية، ويعتبر التحكيم في المسائل القانونية أكثر الوسائل فاعلية في تسوية المنازعات³.

وقد أسهم التحكيم الدولي في حل العديد من المنازعات الدولية البحرية منذ منتصف القرن التاسع عشر كبداية جادة للأخذ بالتحكيم كوسيلة حيوية لتسوية

¹ أ.د. مصطفى عبد الرحمن: الجوانب القانونية لتسوية منازعات الحدود الدولية، دار النهضة العربية، القاهرة، الطبعة الأولى، 1994م، ص: 131.

² Convention For The Pacific Settlement of International Disputes: Op. Cit. Art: 37.

³ Ibid: Arts: 41-42.

المنازعات القائمة بين الدول لا سيما المنازعات البحرية منها وعلى الأخص تسوية
منازعات الحدود البحرية¹.

وقد أفردت الاتفاقية مرفقا خاصا بالتحكيم في المنازعات البحرية بوجه
عام، كما أفردت مرفقا آخر للتحكيم كإجراء خاص بصدد بعض المنازعات، ويتميز
نظام التحكيم في المنازعات البحرية أنه يمكن طلبه من أحد أطراف النزاع طالما
قبلته الأطراف الأخرى للنزاع صراحة أو ضمنا².

وتمثل هذه الآلية تطوراً في نظام التحكيم الدولي والذي يفترض بداهة تراضي
الأطراف على كل خطوات التحكيم عبر إبرام ما يسمى باتفاق التحكيم حتى ولو
كان هناك اتفاق مسبق على اللجوء للتحكيم، ولا ريب أن إقرار هذا النظام يفسح
المجال للإلزامية أكبر في مجال تسوية المنازعات البحرية بما يسهم في تسويتها
سليما وفق آلية ملزمة تتفادى العيوب التي كانت تشوب نظام التحكيم.

¹ كان من أهم قضايا التحكيم البحرية تحكيم خليج فوندي بين الولايات المتحدة الأمريكية وكندا
عام 1814م، وتحكيم إغلاق ميناء بيونس إيريس بين المملكة المتحدة والأرجنتين عام 1870م،
وتحكيم مصايد شمال الأطلسي بين الولايات المتحدة الأمريكية والمملكة المتحدة عام 1907م،
وغيرها من المنازعات؛ انظر في عرض هذه النماذج والتعليق عليها: أستاذنا الدكتور مصطفى
عبد الرحمن: في مؤلفه سابق الإشارة إليه، ص: 133 وما بعدها.

² أ.د/ صلاح الدين عامر: القانون الدولي للبحار، مرجع سابق، ص: 570.

2. محكمة العدل الدولية

هي الأداة القضائية الرئيسية للأمم المتحدة، وتقوم بعملها وفق نظامها الأساسي¹، وأصبحت الجهاز القضائي الرئيس في المجتمع الدولي ولها الاختصاص الأصيل بتسوية المنازعات الدولية دون أن ينقص ذلك من حق اللجوء للمحاكم الدولية الأخرى، وتعتبر أهم وسائل تسوية المنازعات الدولية وأكثرها فاعلية.

وقد تمت الإشارة إليها ضمن الوسائل التي يجوز لأطراف النزاع اختيارها لتسوية المنازعات البحرية، وهو أمر تكفله القواعد العامة، إلا أن التأكيد عليه هنا يجعل إعلان طرف النزاع اختيار محكمة العدل الدولية لتسوية النزاع البحري بمثابة قبول للولاية الإلزامية للمحكمة بشأن تلك المنازعات².

ولذلك أهميته في إلزامية التسوية السلمية للمنازعات الدولية البحرية، فمن المعروف أن محكمة العدل الدولية تتمتع باختصاص إلزامي في تسوية كافة المنازعات الدولية التي يقبل الأطراف عرضها عليها، وتمتع المحكمة بولاية إجبارية في تسوية النزاع يسهم في سرعة حله، أضف إلى ذلك تمتع المحكمة بمزية وجود جهاز تنفيذي مسئول عن إجبار أطراف النزاع على تنفيذ الحكم الصادر عنها إذا امتنع أحدهم عن التنفيذ.

¹) Charter of the United Nations: Op. Cit. Art: 92.

² أ.د/ صلاح الدين عامر: القانون الدولي للبحار، مرجع سابق، ص: 570.

3. المحكمة الدولية لقانون البحار

هي منظمة دولية قضائية مستقلة نشأت بموجب اتفاقية الأمم المتحدة لقانون البحار للنظر في المنازعات المتعلقة بالبحار نظرا لكون تسوية المنازعات المتعلقة بها يتطلب خبرة فنية خاصة، والمحكمة تمارس اختصاصا قضائيا في معالجة ما يحال إليها من منازعات واختصاصا استشاريا يتعلق بما يحال إليها من مسائل قانونية في المنازعات البحرية، والمحكمة هي الجهة الأكثر تخصصا في تسوية المنازعات الدولية البحرية بما يدعم ضرورة تفعيل دورها في التسوية السلمية لهذه المنازعات.

العلاقة بين التحكيم والقضاء الدوليين

ثار نقاش في الفقه الدولي حول طبيعة العلاقة بين التحكيم والقضاء الدوليين ومدى إمكانية اعتبار التحكيم الدولي وسيلة قضائية لتسوية المنازعات، ولاحظ بعض الفقهاء وجود خلاف رئيسي بين وظيفة كل من التحكيم والقضاء الدوليين مما يعني وجود فصل حقيقي بين عمل كل من القاضي والمحكم وعليه يقوم النظامان جنبا إلى جنب لا يختلطان ولا يطغى أحدهما على الآخر، بينما رأى البعض الآخر ضرورة إلغاء محكمة التحكيم الدائمة والاكتفاء بمحكمة العدل

الدولية، وذهب آخرون إلى عدم ضرورة التفرقة بينهما حيث إن كليهما وسيلة للتسوية الدولية للمنازعات والتي تختلف كلياً عن التسوية الداخلية¹.

ولعل السبب الرئيس في التفرقة بين التحكيم والقضاء الدوليين هو آليات عمل كل منهما؛ حيث لا توجد هيئة محكمة دائمة وثابتة بالمعنى الدقيق في التحكيم الدولي وتحديد كافة خطوات التحكيم يتم في اتفاق التحكيم بما يقطع بقيامه على رضا الأطراف في كل مرحله، إلا أن الحكم الصادر من محكمة التحكيم نهائي وملزم وهي صفة يتفق فيها مع القضاء الدولي، كما أنه غير قابل للطعن عليه إلا باتفاق الأطراف، وعليه يمكننا اعتبار التحكيم الدولي في منطقة متميزة بين الوسائل السياسية والوسائل القضائية وإن كان يغلب عليه الطابع القضائي من حيث تحديد هيئة المحكمة والقانون المطبق والإجراءات المتبعة فيه.

أهمية الوسائل القضائية في تسوية المنازعات الدولية البحرية

تتأتى أهمية الوسائل القضائية في تسوية المنازعات الدولية البحرية من الطبيعة الخاصة لهذه المنازعات والتي تفرض بذاتها أهمية التوصل لآليات فعالة تنهي النزاع وتلزم الأطراف المتنازعة بالحل القضائي الذي تم التوصل إليه، بما يضمن منع تطور هذه المنازعات لمنازعات مسلحة.

¹ انظر في عرض هذه الآراء الفقهية والتعليق عليها: أ.د/ محمد طلعت الغنيمي: الأحكام العامة في قانون الأمم، مرجع سابق، ص: 683-692.

وتتميز الوسائل القضائية لتسوية المنازعات البحرية شأنها في ذلك شأن الوسائل القضائية بصفة عامة باحترام قواعد إجرائية وطرق إثبات محددة، كما تلتزم بالقواعد الموضوعية للترجيح بين الأدلة التي يقدمها الأطراف، وذلك عكس الوسائل السياسية والتي لا تلتزم بقواعد محددة وتترك الحرية لأطراف النزاع لاختيار ما يناسبهم من تنظيم، كما تتمتع الوسائل القضائية بقيامها على الاعتبارات القانونية دون الاعتبارات السياسية والتي لا تكون عرضة للتبديل أو التغيير¹.

كما تظهر أهمية الوسائل القضائية في تسوية المنازعات البحرية بوجه خاص فيما يتعلق بتسوية المنازعات المتعلقة بالبحر الإقليمي والمنطقة الاقتصادية الخالصة والمنازعات المتعلقة بالبحث العلمي والمنازعات المتعلقة بمصايد الأسماك².

كما تتميز الوسائل القضائية بالطبيعة الملزمة التي تنتهي إليها حيث يتمتع الحكم القضائي الذي يصدر عن المحكمة الدولية المختصة بنظر النزاع بقوة إلزامية في مواجهة أطراف النزاع فيلتزم الأطراف بتنفيذه وفقا لقواعد حسن النية.

وبالنظر للقضايا التي نظرتها محكمة العدل الدولية ومحكمة قانون البحار وتلك التي عرضت على التحكيم الدولي بشأن تسوية المنازعات البحرية نجد أطراف

¹ أ.د/ مصطفى عبد الرحمن: مرجع سابق، ص: 147-149.

² أ.د/ صلاح الدين عامر: القانون الدولي للبحار، مرجع سابق، ص: 571-572.

النزاع تفضل اللجوء للوسائل القضائية على اختلافها لتسوية المنازعات البحرية التي قد تنشأ بينها.

أهمية دور المحكمة الدولية لقانون البحار في تسوية المنازعات البحرية

ابتكرت اتفاقية الأمم المتحدة لقانون البحار آليتها الخاصة لتسوية المنازعات البحرية فيما بين أطرافها فأنشأت لأول مرة في المجتمع الدولي محكمة متخصصة، ويتضح جليا أهمية الدور الموكل للمحكمة في تسوية المنازعات البحرية كونها الجهة القضائية الوحيدة المتخصصة من الناحية الفنية في نظر المنازعات الدولية البحرية، فبالإضافة لكونها وسيلة قضائية تتميز بذات المميزات والخصائص المميزة للوسائل القضائية تنفرد بمزية تخصصها في نظر نوع واحد من المنازعات الدولية وهي المنازعات البحرية.

وإلى جانب اختصاصها القضائي والاستشاري تقوم المحكمة بدور فعال في التدريب على حل المنازعات البحرية؛ حيث تنظم حلقات عمل إقليمية لتزويد الخبراء البحريين بإجراءات التسوية السلمية للمنازعات البحرية، مع توجيه الانتباه للاختصاص القضائي للمحكمة ودوره في تسوية المنازعات البحرية¹.

¹) Annual Report of the International Tribunal for the Law of the Sea for 2000, Meeting of States Parties, Eleventh Meeting, New York, 14-18 May 2000, Prepared by the Tribunal, SPLOS/63, 6 April 2001, p. 21.

وقد صمم برنامج المحكمة لبناء القدرات والتدريب في مجال تسوية المنازعات البحرية لتقديم التدريب القانوني المتقدم في تسوية المنازعات، فيتم التدريب على استخدام الوسائل السياسية والقضائية على حد سواء لإكساب المهارات اللازمة لتقديم المشورة القانونية والمتخصصة إلى الحكومات بشأن مختلف وسائل التسوية المحددة في الاتفاقية وسبل تنفيذ الاتفاقية في دولهم¹.

ورغم تخصص المحكمة النوعي في المنازعات البحرية الذي يميزها عن غيرها من وسائل التسوية القضائية للمنازعات البحرية، ورغم ما يغلف نظام عملها من قوة وتميز، ورغم ما أصدرته من أحكام متميزة أسهم بعضها في إقرار عرفا قضائيا بحريا؛ إلا أن الواقع العملي يثبت أن اللجوء لمحكمة العدل الدولية أو للتحكيم الدولي يفوق اللجوء لها وهو ما يعكس طبيعة مشكلة البحث بما يستدعي البحث عن آليات لتفعيل هذا الدور بما يناسب المكانة التي يجب أن تتخذها المحكمة بين وسائل التسوية القضائية للمنازعات البحرية.

¹) Annual Report of the International Tribunal for the Law of the Sea for 2017, Meeting of States Parties, Twenty-eighth Meeting, New York, 11–14 June 2017, Prepared by the Tribunal, SPLOS/ 317, 26 March 2018, pp. 20–21.

المبحث الأول

دور هيئة محكمة قانون البحار في تسوية المنازعات

لهيئة محكمة قانون البحار الاختصاص الأساسي بنظر المنازعات الدولية البحرية، ولها في ذلك آلية قانونية وإجرائية ثابتة يحددها نظامها الأساسي والاتفاقية وقواعد عملها والدليل الإجرائي لها، حول فاعلية دورها في تسوية المنازعات البحرية يثور التساؤل: هل نجحت هيئة المحكمة في تسوية المنازعات الدولية البحرية التي عرضت عليها حتى الآن؟ وللوقوف على ذلك ينبغي استعراض نظامها القانوني والإجرائي المتبع في نظر هذه المنازعات، ثم تسليط الضوء على بعض أهم ممارساتها القضائية.

تقسيم

المطلب الأول: النظام القانوني لهيئة محكمة قانون البحار.

المطلب الثاني: النظام الإجرائي لهيئة محكمة قانون البحار.

المطلب الثالث: أهم المنازعات التي نظرتها هيئة المحكمة.

المطلب الأول: النظام القانوني لهيئة محكمة قانون البحار.

يتسم النظام القانوني للمحكمة بالثبات شأنه في ذلك شأن القضاء الدولي بصفة عامة، ولها مقر ثابت بمدينة هامبورج بألمانيا ولها تشكيل ثابت

واختصاصاتها محددة، والمحكمة أن تعقد جلساتها وتمارس أعمالها في مكان آخر كلما رأت ذلك مناسباً¹.

أولاً: تشكيل المحكمة

تتشكل من 21 عضواً مستقلاً ينتخبون ممن يتمتعون بصفات عالية من الإنصاف والنزاهة والكفاءة في قانون البحار، مع مراعاة التوزيع الجغرافي العادل²، ولا يجوز أن يكون اثنان من أعضاء المحكمة من رعايا دولة واحدة ولا يقل عدد الأعضاء من كل مجموعة من المجموعات الجغرافية عن ثلاثة³.

وهذا التمثيل يكفل ضماناً هامة لتمثيل الدول النامية بوجه خاص ويتجاوز النقد الذي يوجه للنظام القائم في تشكيل محكمة العدل الدولية والذي يكتفي على تمثيل النظم القانونية الرئيسية في المجتمع الدولي⁴.

وينتخب أعضاء المحكمة من قائمة بأسماء الأشخاص المرشحين مرتبة أبجدياً بالاقتراع السري بأغلبية ثلثي أصوات الدول الأطراف الحاضرة والمصوتة على أن تضم هذه الأغلبية أغلبية الدول الأطراف¹.

1) The International Tribunal for the Law of the Sea: Op. Cit. Statute of Art: 1, Paras: 2-3.

2) Ibid: Art: 2.

3) Ibid: Art: 3.

4) أ.د/ صلاح الدين عامر: القانون الدولي للبحار، مرجع سابق، ص: 589.

مدة عضويتهم تسع سنوات ويجوز إعادة انتخابهم على أن تنتهي فترة عضوية سبعة أعضاء بانتهاء ثلاث سنوات وتنتهي فترة عضوية سبعة آخرين بانتهاء ست سنوات، وفي حالة استقالة أحد أعضاء المحكمة يوجه الاستقالة مكتوبة إلى رئيس المحكمة ويصبح مقعده خاليا بمجرد تسليمها²، ويتمتع أعضاء المحكمة عند مباشرتهم أعمالها بالامتيازات والحصانات الدبلوماسية³.

وليس لأي عضو في المحكمة أن يمارس وظيفة سياسية أو إدارية، أو أن تكون له مشاركة فعلية أو مصلحة مالية في أية عملية من عمليات أية مؤسسة تعني باستكشاف أو استغلال موارد البحار أو قاع البحار أو باستخدام تجاري آخر للبحار أو لقاءها، ولا يجوز لأي عضو في المحكمة أن يقوم بدور الوكيل أو المستشار أو المحامي في أية قضية، وأي شك حول هذه النقاط يفصل فيه بقرار أغلبية أعضاء المحكمة الحاضرين⁴.

ويقترَب هذا النظام لتشكيل المحكمة من النظام المتبع في حكمة العدل الدولية، إلا أن عدد القضاة فيها أكبر منه في محكمة العدل الدولية، وهو مما يميز نظام عمل المحكمة حيث يمثل بصورة أوسع نطاقا المجتمع الدولي ويضمن تواجد

¹) Statute of The International Tribunal for the Law of the Sea: Op. Cit.

Art: 4.

²) Ibid: Art. 5.

³) Ibid: Art. 10.

⁴) Ibid: Art. 7.

قضاة من ذوي الخبرة والقدرة الفنية بما يضمن قيام المحكمة بعملها في تسوية المنازعات الدولية البحرية بكفاءة عالية وحياد، كما أن تشكيل المحكمة أكثر مراعاة لتمثيل المجتمع الدولي بقاعدة عريضة تتقضى الانتقادات التي تواجه تشكيل محكمة العدل الدولية؛ وهو أحد نقاط القوة التي تدعم أهمية تفعيل دور المحكمة في تسوية المنازعات الدولية البحرية.

ثانياً: اختصاص المحكمة

يشمل اختصاص المحكمة جميع المنازعات وجميع الطلبات المحالة إليها وفقاً لاتفاقية قانون البحار وجميع المسائل المنصوص عليها تحديداً في أي اتفاق آخر يمنح الولاية للمحكمة¹، ويجوز إذا اتفق على ذلك جميع الأطراف في معاهدة نافذة تتعلق بموضوع الاتفاقية أن يحال إلى المحكمة وفقاً لهذا الاتفاق أي نزاع يتعلق بتفسير أو تطبيق تلك المعاهدة². وتنفيذاً لذلك تم حتى الآن إبرام اثني عشر اتفاقاً متعدد الأطراف يمنح الاختصاص للمحكمة وعدداً لا بأس به من الاتفاقيات الثنائية³، وفي حالة نشوء خلاف حول ما إذا كانت المحكمة ذات اختصاص يحسم

¹) Ibid: Art: 21.

²) Ibid: Art: 22.

³) انظر في الأحكام ذات الصلة من هذه الاتفاقيات المطلب الأول من المبحث الرابع من هذا البحث، ص: 127-145.

الأمر بقرار تتخذه المحكمة¹، وقرارها في ذلك نهائي ولا يقبل الطعن عليه شأنها في ذلك شأن القضاء الدولي بوجه عام.

وتقضي المحكمة بادئ ذي بدء في اختصاصها في القضايا المعروضة عليها، وحكمها في ذلك نهائي لا يقبل الطعن عليه؛ ومن ذلك قرارها بعدم اختصاصها بالنظر في القضية المتعلقة بالإفراج الفوري عن السفينة "Grand Prince" بين بليز وفرنسا². ورغم أن النظام الأساسي للمحكمة لم ينص صراحة

¹) United Nations Convention on the Law of the Sea, Op. Cit. Art. 288, Para. 4.

²) تتعلق القضية بسفينة الصيد "جراند برنس" والتي كانت وقت إلقاء القبض عليها ترفع علم بليز حيث تم القبض من قبل فرقاطة فرنسية في المنطقة الاقتصادية الخالصة لجزر كيرغولين في الأقاليم الجنوبية الفرنسية والقطب الجنوبي بزعم صيدها غير المشروع وعدم إخطارها بدخولها إلى المنطقة الاقتصادية الخالصة من الجزر ثم تم اصطحابها إلى ريونيون، واستولت السلطات الفرنسية على الأسماك (حوالي 18 طنا)، ومعدات الصيد والطعم (40 طنا) وصادرت السفينة ومعداتها ووثائقها، ووجهت تهم ضد قائدها، ثم أعلنت محكمة فرنسية أن الإفراج عن السفينة الموقوفة سيخضع لدفع سند بقيمة 11.400.000 فرنك فرنسي نقدا أو شيك مصدق أو مشروع مصرفي يتم دفعه في مكتب الإيداع والشحنات، فاعترضت بليز على قيمة السند ورفعت طلب للمحكمة للإفراج الفوري عن السفينة وطاقتها، وفي هذه القضية نظرت المحكمة في اختصاصها وبينت في حكمها أن اختصاص المحكمة ينعقد إذا كانت الدولتان طرفان في الاتفاقية وأن يقدم الطلب من دولة العلم أو نيابة عنها، وقضت المحكمة أن الوثائق المقدمة لإثبات الصلة بين الدولة والسفينة بها تناقضات أثارت الشكوك لدى المحكمة ولم تثبت أن بليز دولة العلم ولذلك تأثير على اختصاصها وبناء على ذلك قضت المحكمة بعدم اختصاصها بنظر الطلب؛ انظر حكم المحكمة:

على الاختصاص الإفتائي لها إلا أن قواعد المحكمة أجازت للمحكمة أيضا أن تصدر فتوى بشأن مسألة قانونية إذا كان منصوص على ذلك في اتفاق دولي يتعلق بأغراض الاتفاقية¹.

وقد أحيل إلى المحكمة طلب فتوى واحد؛ أحاله الأمين الدائم للجنة مصايد الأسماك دون الإقليمية بشأن تحديد الشروط الدنيا للوصول إلى الموارد البحرية واستغلالها داخل المناطق البحرية الخاضعة لولاية الدول الأعضاء في اللجنة².

Arrêt du 20 avril 2001, en Affaire du Grand Prince , Belize c. France, Prompte Mainlevé, Rôle des Affaires: No. 8, Recueil des Arrêts, Avis Consultatifs et Ordonnances, TIDM Recueil, 2001, pp. 17-46.

¹) Rules of the Tribunal: Op. Cit. Art.138, Para. 1.

²) في رسالة مؤرخة 27 مارس 2013 أحال الأمين الدائم للجنة مصايد الأسماك دون الإقليمية (SRFC) إلى المحكمة طلب فتوى عملاً بقرار اتخذه مؤتمر وزراء اللجنة بشأن تحديد الشروط الدنيا للوصول إلى الموارد البحرية واستغلالها داخل المناطق البحرية الخاضعة لولاية الدول الأعضاء في اللجنة بأن يأذن للأمين الدائم للجنة طلب الحصول على فتوى من المحكمة بشأن المسائل التالية:

1. ما هي التزامات دولة العلم في الحالات التي تتم فيها أنشطة صيد الأسماك غير القانونية وغير المبلغ عنها وغير المنظمة داخل المنطقة الاقتصادية الخالصة لدول أطراف ثالثة؟
2. إلى أي مدى تكون دولة العلم مسؤولة عن أنشطة الصيد غير القانوني دون إبلاغ ودون تنظيم والتي تقوم بها سفن تبحر تحت علمها؟
3. في حالة إصدار رخصة صيد لسفينة في إطار اتفاق دولي مع دولة العلم أو مع منظمة دولية، تكون الدولة أو المنظمة الدولية مسؤولة عن انتهاك تشريعات مصايد الأسماك للدولة الساحلية من قبل دولة علم السفينة في السؤال؟

وفي فتاوها عقببت المحكمة على اختصاصها الإفتائي حيث لاحظت أن المشاركين الذين عارضوا الاختصاص الاستشاري للمحكمة وكذلك أولئك الذين اعتبروا أن المحكمة لها هذا الاختصاص تركزت حججهم على المادة 21 من النظام الأساسي لا سيما الإشارة إلى "جميع المسائل" الواردة فيه، ورأت المحكمة أن هذا التعبير لا ينبغي أن يفسر على أنه يشمل المنازعات فقط؛ لأنه لو كان الأمر كذلك فإن المادة 21 من النظام الأساسي كانت ستستخدم ببساطة كلمة المنازعات؛ وبالتالي يجب أن تعني شيئاً أكثر من المنازعات فقط، بما يشمل الفتاوى إذا نص عليها تحديداً أي اتفاق آخر يمنح الاختصاص القضائي للمحكمة، وفي هذا السياق أكدت المحكمة أن المادة 21 والاتفاق الآخر الذي يمنح الاختصاص للمحكمة مترابطان ويشكلان الأساس القانوني الموضوعي للولاية الاستشارية للمحكمة¹.

وفي تصريحه بين القاضي "Cot" اختلافه مع أساس إسناد الاختصاص الإفتائي للمحكمة ورفض تنفيذ السلطة التقديرية التي تعترف بها؛ حيث إنه لا يوجد في الاتفاقية ما يمنع المحكمة من ممارسة الاختصاص الاستشاري، ولم يكن هناك أي اعتراض من جانب الدول الأطراف على صياغة المادة 138 من قواعد

4. ما هي حقوق والتزامات الدولة الساحلية في ضمان الإدارة المستدامة للأرصدة ذات الاهتمام المشترك، لا سيما الأنواع البحرية الصغيرة والتونة؟

¹) Advisory Opinion of 2 April 2015, Request for Advisory Opinion submitted TO the Tribunal by the Sub-Regional Fisheries Commission, List of cases: No. 21, Reports of Judgments, Advisory Opinions and ITLOS Reports 2015, pp. 4-70.، Orders

المحكمة بما يعني قبول مبدأ الاختصاص الاستشاري للمحكمة، والتحفز الرئيس هنا هو رفض المحكمة تولي ممارسة سلطتها التقديرية فيما يتعلق بما إذا كانت تملك الإجابة على الأسئلة المطروحة عليها في الإجراءات الاستشارية أم لا، ولتبرير هذا الرفض تلجأ المحكمة إلى السوابق القضائية لمحكمة العدل الدولية وتعلن أنه من الثابت أن طلب الفتوى لا ينبغي رفضه إلا لأسباب حاسمة¹.

لقد أحدثت المحكمة سابقة رائعة من خلال تأكيد اختصاصها الاستشاري وإن كان الأساس غير مقنع، وكان يمكن أن تقوم بتصور وبناء نظام متماسك يضمن حقوق المجتمع الدولي، وفضلت اللجوء إلى الاجتهاد القضائي لمحكمة العدل الدولية على أساس أوجه التشابه غير ذات الصلة، وعسى أن تتمكن في المستقبل من تحرير نفسها من هذا المفهوم الضيق؛ عن طريق تولي هذه السلطة التقديرية بالكامل².

وفي رأيه المستقل أيد القاضي "Lucky" سلطة المحكمة في إصدار آراء استشارية وأكد أنه يمكن للمحكمة قبول طلب فتوى وإصدار هذا الرأي الاستشاري؛ فالمحكمة الدولية لقانون البحار هي هيئة قضائية مستقلة، وأضاف أن المادة 16

¹) Déclaration de M. le juge Cot: avis consultatif, 2 avril 2015, Demande d'avis consultatif soumise par la Commission sous-régionale des Rôle des affaires: No. 21, Recueil des Arrêts, Avis Consultatifs, pêches et Ordonnances, TIDM Recueil, 2015, p. 73, Paras. 3-5.

²) Ibid: P. 75, Para. 13.

من النظام الأساسي تمنح المحكمة سلطة وضع قواعد لأداء وظائفها، وجاءت الصياغة واضحة ولا لبس فيها، ووفقاً لذلك صاغت المحكمة المادة 138 من قواعد عملها والتي تجيز للمحكمة أن تصدر فتوى بشأن مسألة قانونية إذا كان هناك اتفاق دولي يتعلق بمقاصد الاتفاقية ينص تحديداً على تقديم طلب بهذا الرأي إلى المحكمة، ويرى أن المحكمة بذلك لم تمنح اختصاصاً لنفسها، لكنها تصرفت وفقاً للمادتين 16 و 21 من النظام الأساسي¹.

وإذا اختلفت الدول الأطراف مع امتلاك المحكمة حق ممارسة اختصاصها القضائي لإصدار الفتوى المطلوبة في القضية؛ فإن الإجراء الصحيح هو أن تقوم الدول الأطراف بتعديل اتفاقية الأمم المتحدة لقانون البحار للحد من ولاية المحكمة الاستشارية صراحة أو التخلي عنها، أما في الوقت الحالي فلا يمكن للمحكمة أن تمضي إلا وفقاً للأحكام المعتمدة والمصدق عليها في الاتفاقية وصكوكها الفرعية، وهي الأحكام التي تمنح المحكمة اختصاصها الاستشاري².

¹) Separate Opinion of Judge Lucky: Advisory Opinion of 2 April 2015, Request for Advisory Opinion submitted TO the Tribunal by the Sub-Regional Fisheries Commission, List of cases: No. 21, Reports of Judgments, Advisory Opinions and Orders ,ITLOS Reports 2015, p. 93, Para.13.

²) Ibid: pp. 95-96, Para. 18.

وبالنظر لما توصلت إليه هيئة المحكمة بإقرار الاختصاص الإفتائي لها؛ فإنها قد نهجت نهجا جديداً أقرت به واقعا قضائياً يدعم الاتجاه القضائي الدولي الذي يمنح هذه الولاية الإفتائية للمحاكم الدولية، وإن اعتبر بعض القضاة أن هيئة المحكمة لم تكن حاسمة في إقرار الولاية الاستشارية؛ إلا أن تقديم الرأي الاستشاري قد حسم الخلاف حيث أقر واقعا قضائياً يؤكد سلطة المحكمة في تقديم مثل هذه الآراء، وقد استخدمت المحكمة في ذلك سلطتها في تفسير النصوص القانونية التي تمنحها الاختصاص فأثبتت لنفسها الولاية الاستشارية تطبيقاً لهذه الصكوك واقتداء بدور محكمة العدل الدولية ليصبح نهجاً قضائياً تتبعه المحاكم الدولية بإقرار الولاية القضائية والإفتائية على حد سواء لما لهذه الولاية من دور هام في إقرار القواعد والمبادئ القانونية بما يجيب بدوره على الأسئلة التي قد تثير نزاعات ويترك أثره الإيجابي على التسوية السلمية للمنازعات الدولية.

الإفراج الفوري عن السفن والطواقم

ما لم يتفق الأطراف على خلاف ذلك يكون اختصاص المحكمة إلزامياً في القضايا المتعلقة بالإفراج الفوري عن السفن والطواقم، ولا يجوز أن يقدم طلب الإفراج إلا من قبل دولة علم السفينة أو نيابة عنها، وتنتظر المحكمة دون تأخير في طلب الإفراج ويقتصر نظرها على مسألة الإفراج فقط دون الإخلال بمقومات

أية قضية معروضة على الجهة المحلية المناسبة ضد السفينة أو مالكها أو طاقمها¹.

وفقا لذلك فإن اختصاص المحكمة بالإفراج الفوري عن السفن والطواقم هو اختصاص إلزامي إلا إذا اتفق أطراف النزاع على حل آخر، وهو من الطلبات التي لها أولوية في المحكمة فتتظر فيه على وجه الاستعجال وتصدر حكمها بشأنه، ويعتبر هذا الاختصاص أقوى من غيره من اختصاصات المحكمة.

¹) United Nations Convention on the Law of the Sea, Op. Cit. Art. 292.

التدابير المؤقتة

إذا عقد نزاع أمام المحكمة وإذا اعتبرت المحكمة أنه من البدهي أن يكون لها اختصاص يكون للمحكمة أن تقرر تدابير مؤقتة تعتبرها في الظروف القائمة مناسبة لصون حقوق كل من أطراف النزاع أو لمنع إلحاق ضرر جدي بالبيئة البحرية بانتظار القرار النهائي¹، وإذا لم تكن المحكمة في دور الانعقاد أو إذا لم يكن هناك عدد كافٍ من الأعضاء الممكن حضورهم لتكوين النصاب توضع التدابير المؤقتة من قبل غرفة الإجراءات الموجزة بناء على طلب أي طرف في النزاع، وتكون قابلة للمراجعة والتنقيح من قبل المحكمة².

ويجوز للمحكمة أن تفرض تدابير مؤقتة أو تعديلها أو تلغيها ريثما يتم تشكيل محكمة تحكيم، إذا رأت بصورة مبدئية أن المحكمة التي ستشكل ستكون ذات اختصاص وأن الصفة العاجلة للحالة تتطلب ذلك، وللمحكمة التي أحيل إليها النزاع، بمجرد تشكيلها أن تعدل أو تلغي أو تؤكد تلك التدابير المؤقتة³.

¹) United Nations Convention on the Law of the Sea, Op. Cit. Art. 290, Para. 1.

²) Statute of The International Tribunal for the Law of the Sea: Op. Cit. Art. 25.

³) United Nations Convention on the Law of the Sea, Op. Cit. Art. 290, Para. 5.

وللمحكمة سلطة تقديرية في فرض التدابير المؤقتة؛ فقد تقضي المحكمة بالتدابير المؤقتة المطلوبة ذاتها وقد تقضي بتدابير مختلفة كلياً أو جزئياً عنها¹، وقد ترى عدم الحاجة لفرض تدابير مؤقتة وهو ما قرره المحكمة بالفعل في القضية المتعلقة بطلب تدابير مؤقتة من سانت فنسنت وجزر غرينادين ضد مملكة إسبانيا في قضية السفينة لويزا "M/V Louisa"؛ حيث قضت المحكمة بأن الظروف كما عرضها الأطراف لا تتطلب ممارسة صلاحياتها في فرض تدابير مؤقتة².

¹) Rules of the Tribunal, Op. Cit. Art. 89, Para. 5

²) تتعلق القضية باحتجاز إسبانيا للسفينة لويزا "M/V Louisa"، وهي سفينة ترفع علم سانت فنسنت وجزر غرينادين كانت قد وصلت إلى ميناء قانس بإسبانيا في 20 أغسطس 2004، ومنذ وصولها حتى أكتوبر أجرت عمليات في البحر الإقليمي والمياه الداخلية لإسبانيا، واعتباراً من أكتوبر 2004 تم إرساء السفينة طوعاً في ميناء "البيرتو دي سانت ماريا" بإسبانيا، حيث قامت السلطات الإسبانية في 1 فبراير 2006 بصعودها وتفتيشها واحتجازها، وفي نفس اليوم احتجزت السلطات الإسبانية سفينة ثانية هي "الجوزاء الثالثة"، والتي لم تكن ترفع علم سانت فنسنت وجزر غرينادين لكنها بمثابة مناقصة للويزا، وقامت إسبانيا بالصعود للسفينة لويزا وتفتيشها وفقاً للإجراءات الجنائية بها بزعم تنفيذها جريمة حيازة أسلحة الحرب وإيداعها مع استمرار جريمة الإضرار بالتراث التاريخي الإسباني، وتم القبض على أربعة أشخاص واحتجزوا في إسبانيا، وأعلنت السلطات الإسبانية عثورها أثناء تفتيش السفينة على قطع أثرية متنوعة من أصل أثري تحت البحر بالإضافة إلى خمس بنادق هجومية كانت تعتبر أسلحة حرب ومسدس، وفي 24 نوفمبر 2010، قدمت سانت فنسنت وجزر غرينادين طلباً برفع دعاوى ضد مملكة إسبانيا في النزاع المتعلق باحتجاز السفينة التي أجرت مسوحات لقاع البحر بهدف تحديد موقع رواسب النفط والغاز على أساس تصريح صادر عن السلطات الإسبانية في 5 أبريل 2004، واستندت في طلبها كقاعدة للولاية القضائية للمحكمة للإعلانات الصادرة عن الأطراف، وقضت

ومما لا شك فيه أن ممارسة المحكمة سلطتها التقديرية في إقرار التدابير المؤقتة المطلوبة ذاتها أو تغييرها أو عدم فرضها يسهم في عدم اشتعال النزاع وتفاقمه حتى يتم نظر النزاع نفسه بواسطة المحكمة المختصة سواء كانت المحكمة ذاتها أو محكمة أخرى، إلا أن الدور الذي تقوم به المحكمة في هذا المجال يفترض رضوخ أطراف النزاع للحكم الصادر منها والالتزام به حتى توتي النتائج المرجوة منها في تسوية المنازعات الدولية البحرية تسوية سلمية.

المحكمة فيما يتعلق بالتدابير التي طلبتها سانت فنسنت وجزر غرينادين أنها لا تجد في ظروف هذه القضية خطرا حقيقيا وشيك الحدوث لا يمكن إصلاحه بحقوق الأطراف في النزاع بما يستدعي فرض التدابير المؤقتة المطلوبة، ومع ذلك أكدت المحكمة أنه ينبغي على الأطراف في هذه الظروف التصرف بحذر لمنع إلحاق ضرر جسيم بالبيئة البحرية، كما أوضحت أن هذا الأمر لا يستتق بأي حال من الأحوال مسألة اختصاص المحكمة للتعامل مع الأسس الموضوعية للقضية أو أي مسائل تتعلق بمقبولية الطلب؛ انظر أمر المحكمة:

, Saint Vincent and the "Louisa"-Order of 23 December 2010, in M/V Provisional Measures, List of cases: ،Grenadines v. Kingdom of Spain No. 18, Reports of Judgments, Advisory Opinions and Orders, ITLOS Reports 2008-2010, pp. 17-58.

وبعد ذلك أثناء نظرها للنزاع نفسه قضت المحكمة بعدم اختصاصها بنظر النزاع القائم لعدم وجود نزاع بشأن تفسير أو تطبيق الاتفاقية بين الطرفين وقت تقديم الطلب؛ انظر الحكم:

- Judgment 28 May 2013, in M/V "Louisa" Case, Saint Vincent and the Grenadines v. Kingdom of Spain, Provisional Measures, List of cases: No. 18, Reports of Judgments, Advisory Opinions and Orders, ITLOS Reports 2013, pp. 4-48,

والمتمثل في النظام القانوني للمحكمة يجدها الأقوى من حيث التشكيل ونظام العمل والاختصاصات، كما تتميز بالطابع النوعي والخبرة الفنية والعلمية المتخصصة في المسائل البحرية، وهو ما يؤكد أهمية الدور المنوط بها في تسوية المنازعات الدولية البحرية واعتبارها الجهة الأنسب للقيام بهذا الدور، مما يظهر الأهمية الجلية في حل ما يعترضها من المشكلات التي تعوق تفعيل دورها في تسوية المنازعات الدولية البحرية ويتناسب مع كونها الجهة القضائية الأكثر تخصصاً والأنسب لحل هذه المنازعات.

ويقع على عاتق المحكمة الدور الأكبر في تفعيل دورها في تسوية المنازعات الدولية البحرية وتطويره بما ستناسب مع قوة نظامها القانوني مع سد الثغرات التي تشوبه؛ وفي سبيل ذلك على المحكمة أن تأخذ بزمام المبادرة في توسيع دائرة اختصاصها كلما كان ذلك ممكناً، كما أن عليها زيادة التوعية بدورها وإبراز الخبرة القانونية والفنية والتقنية التي تميز نظام عملها وذلك من خلال المؤتمرات والبرامج التدريبية التي تقيمها وهو ما يستلزم تكثيف هذه البرامج وتطويرها.

المطلب الثاني

النظام الإجرائي لهيئة محكمة قانون البحار

ترد القواعد الإجرائية المتعلقة بإدارة القضايا أمام المحكمة في الاتفاقية والنظام الأساسي لها وقواعدها، وقرار الممارسة القضائية الداخلية لها، والمبادئ التوجيهية المتعلقة بإعداد وعرض القضايا أمامها.

أولاً: اللجوء إلى المحكمة

يثبت حق اللجوء إلى المحكمة للدول الأطراف في الاتفاقية كما يثبت لكيانات غير الدول حق اللجوء في منازعات قاع البحار، كما يمكن للدول غير الأطراف اللجوء إلى المحكمة بناء على اتفاق خاص بين كافة أطراف النزاع يمنح الاختصاص للمحكمة ويقبله جميع الأطراف في تلك القضية¹.

ومما يميز النظام الأساسي للمحكمة أنه سمح لكيانات غير الدول باللجوء للمحكمة في حين منح النظام الأساسي لمحكمة العدل الدولية حق اللجوء للدول فقط وإن كانت المحكمة على الصعيد العملي قد اعترفت للمنظمات الدولية بحق التقاضي لتمتعها بالشخصية القانونية الدولية، إلا أن النظام الأساسي لمحكمة

1)The International Tribunal for the Law of the Sea: Op. Cit. Statute of Arts: 20.

قانون البحار نصت صراحة على هذا الحق وهو ما يعتبر سابقة قانونية في حق اللجوء للقضاء الدولي.

ثانياً: إجراءات رفع الدعوى

تعرض المنازعات على المحكمة إما بإخطار المسجل بالاتفاق الخاص أو بطلب كتابي موجه إليه وفي الحالتين يجب بيان موضوع النزاع وأطرافه، ويقوم المسجل فوراً بإخطار كل من يعينهم الأمر ويقوم أيضاً بإخطار جميع الدول الأطراف¹.

في حالة إقامة الدعوى أمام المحكمة عن طريق تقديم طلب يجب أن يحدد الطلب إلى أقصى حد ممكن الأسس القانونية التي يستند إليها اختصاص المحكمة، ويوقع أصل الطلب من قبل وكيل الطرف المعني أو الممثل الدبلوماسي لذلك الطرف في ألمانيا أو من قبل شخص آخر مفوض حسب الأصول، وإذا كان الطلب يحمل توقيع شخص آخر غير الممثل الدبلوماسي فيجب أن يتم التصديق على التوقيع من قبل الأخير أو من قبل السلطة الحكومية المختصة².

وعند رفع الدعوى أمام المحكمة عن طريق الإخطار باتفاق خاص، يجوز أن يكون الإخطار مشتركاً من جانب الطرفين أو أحدهما أو أكثر، إذا لم يكن

¹) Ibid: Art: 24.

²) Rules of the Tribunal: Op. Cit. Art. 54, Paras. 2-3.

الإخطار مشتركا يتم على الفور إرسال نسخة مصدقة منه من قبل المسجل إلى أي طرف آخر، وفي كل حالة يجب أن يكون الإخطار مصحوبا بنسخة أصلية أو مصدقة من الاتفاق الخاص¹.

ثالثا: إجراءات نظر الدعوى

تطبق المحكمة اتفاقية قانون البحار وقواعد القانون الدولي الأخرى غير المتنافية معها بما فيها مبادئ العدل والإنصاف إذا اتفقت الأطراف عليها².

وإذا رأت دولة طرف أن لها مصلحة قانونية قد تتأثر بالحكم في أي نزاع جاز لها تقديم طلب للمحكمة لتسمح لها بالتدخل ويعود أمر الفصل في هذا الطلب للمحكمة فإذا وافقت على الطلب كان حكم المحكمة في شأن النزاع ملزما للدولة المتدخلة بقدر اتصاله بالمسائل التي تدخلت بشأنها³.

يجوز للمحكمة أن تطلب من المنظمة الدولية التي تكون طرفا في نزاع ما بناء على طلب أي طرف آخر أو مقدم الطلب في غضون فترة زمنية معقولة تقديم معلومات عن الدول الأعضاء فيها التي يكون لديها اختصاص فيما يتعلق بأية

¹) Rules of the Tribunal: Op. Cit. Art. 55.

United Nations Convention on the Law of the Sea, Op. Cit. Art: 293. ²)

³) Statute of the International Tribunal for the Law of the Sea: Op. Cit.

Art. 31.

مسألة محددة قد نشأت، وإذا رأت المحكمة أن ذلك ضروري يجوز لها تعليق الإجراءات حتى تتلقى هذه المعلومات¹.

تتكون الإجراءات من مرحلتين: خطية وشفوية، يجب إجراؤها دون تأخير أو نفقات غير ضرورية²:

الإجراءات الكتابية

تتكون من إرسال المرافعات إلى المحكمة وإلى الأطراف، وتتكون المرافعات من مذكرات من المدعي ومذكرات مضادة من المدعى عليه، والردود الإلحاقية إذا سمحت بها المحكمة وجميع الوثائق المؤيدة للطلبات³، وفي جميع القضايا يتم توجيه المراسلات والإخطارات والوثائق إلى المسجل وهو قناة الاتصال المعتادة من وإلى المحكمة⁴، ويحتفظ المسجل بقائمة من القضايا المرفوعة إلى المحكمة⁵.

ويجوز تسليم جميع الوثائق والمرافعات وغيرها من الرسائل إلى المحكمة مباشرة أو عن طريق البريد الإلكتروني أو عن طريق البريد العادي، ويمكن إرسالها أيضا بالفاكس أو غيرها من الوسائل الإلكترونية على أن تكون واضحة؛ وفي مثل

¹) Rules of the Tribunal: Op. Cit. Art. 57, Para. 2.

²) Rules of the Tribunal: Op. Cit. Art. 44, Para 1; Art. 49.

²) Rules of the Tribunal: Op. Cit. Art. 44, Para 2; Art. 60

³) Rules of the Tribunal: Op. Cit. Art. 36, Para. 1/A.

⁴)Ibid: Art. 36, Para. 1/B.

هذه الحالة يُعتبر التاريخ الذي تستقبل فيه المحكمة التاريخ الفعلي شريطة أن يتم استلام النسخ الورقية دون تأخير غير معقول¹.

يوقع أصل كل مرافعة من قبل الوكيل وتودع في السجل، ويجب أن تكون مرفقة بنسخة مصدقة من المستندات المطلوبة، وأية وثيقة مرفقة بها وأي ترجمات، لإبلاغها إلى الطرف الآخر، كما يجب أن يكون مصحوبًا بعدد النسخ الإضافية المطلوبة من سجل المحكمة، ويجب أن تكون جميع المرافعات مؤرخة، وتاريخ استلام المرافعة في سجل المحكمة يعتبر تاريخا ماديا²، في حالة عدم استيفاء المرافعة لمتطلبات القواعد، سيعود المسجل إلى الطرف المعني لتصحيحها، وبعد التصحيح يتم رفع المرافعة بشكل صحيح ويوافق المسجل على تاريخ استلامها في السجل عند استلام المرافعة³، ويتم تقديم نسخة مصدقة من المرافعة وأي وثيقة مرفقة بها من قبل المسجل إلى الطرف الآخر⁴.

¹) Guidelines concerning the Preparation and Presentation of Cases before the Tribunal: Op. Cit. Para. 10.

²) Rules of the Tribunal: Op. Cit. Art. 65, Paras. 1-2.

²) Op. :Guidelines concerning the Preparation and Presentation of Cases Cit. Para. 11.

³)Rules of the Tribunal: Op. Cit. Art. 66.

بعد إغلاق الإجراءات المكتوبة وقبل فتح الإجراءات الشفوية، تجتمع المحكمة على انفراد لتمكين القضاة من تبادل الآراء بشأن المرافعات المكتوبة وإدارة سير القضية¹.

الإجراءات الشفوية

تتكون من جلسة استماع للوكلاء والمستشارين والمحامين والشهود والخبراء²، وجلسات الاستماع مفتوحة للجمهور ما لم تقرر المحكمة خلاف ذلك أو في حالة عدم قبول الأطراف³، وفي جلسات الاستماع يُطلب من كل طرف تقديم مخطط موجز للدعوات التي لا تزال بحاجة إلى توجيهها إلى الأطراف⁴، ويجوز خلالها استدعاء أي شاهد آخر إذا أثار الطرف الآخر الاعتراض أو إذا أذنت المحكمة بذلك⁵.

يجوز للمحكمة في أي وقت قبل إغلاق الإجراءات الشفوية أن تطلب من منظمة حكومية دولية تقديم المعلومات ذات الصلة بالقضية المعروضة عليها

¹) Rules of the Tribunal: Op. Cit. Art. 68.

²) Rules of the Tribunal: Op. Cit. Art. 44, Para 3.

²) Statute of the International Tribunal for the Law of the Sea: Op. Cit. Art. 26, Para. 2.

⁴) Guidelines concerning the Preparation and Presentation of Cases: Op. Cit. Para. 14.

⁵) Rules of the Tribunal: Op. Cit. Art. 78, Para 1.

وتقرر المحكمة بعد التشاور مع الأمين العام للمنظمة المعنية ما إذا كانت هذه المعلومات ستعرض عليها شفهيًا أو كتابيًا وتحدد المهلة الزمنية لتقديمها¹.

استدعاء خبراء

في أي نزاع ينطوي على أمور علمية أو تقنية يجوز للمحكمة بناء على طلب أحد الأطراف أو من تلقاء نفسها، وبالتشاور مع الأطراف، أن تختار ما لا يقل عن خبيرين علميين أو تقنيين، ويتم الاختيار من القائمة المعدة لذلك، ويحضر الخبراء المعينون الجلسات دون أن يكون لهم حق التصويت².

بعد الانتهاء من عرض القضية يعلن الرئيس إغلاق المرافعات الشفوية، ويظل الوكلاء تحت تصرف المحكمة إذا احتاجتهم، وتتصرف المحكمة للمداولة³.

ضم الدعاوى

يجوز للمحكمة في أي وقت أن تأمر بضم الدعاوى في قضيتين أو أكثر، كما يجوز لها توجيه الإجراءات الكتابية أو الشفوية بما في ذلك استدعاء الشهود،

¹) Rules of the Tribunal: Op. Cit. Art. 84, Para. 1.

²) United Nations Convention on the Law of the Sea: Op. Cit. Art. 289.)

¹) Rules of the Tribunal: Op. Cit. Art. 88.

أو يجوز للمحكمة دون التأثير على أي ضم رسمي توجيه عمل مشترك في أي من هذه الجوانب¹.

وقد ضمت المحكمة قضيتين أقيمتا ضد اليابان إحداهما من نيوزلندا والأخرى من أستراليا بشأن النزاع المتعلق بحفظ وإدارة سمك التونة الجنوبية ذات الزعانف الزرقاء؛ حيث قدمت طلبين منفصلين لوضع تدابير مؤقتة، وقد أشارت الطلبات المقدمة منهما إلى أنهما تظهران كأطراف في نفس المصلحة، وبناء على ذلك أمرت المحكمة بضم إجراءات النظر في التدابير المؤقتة فيما يتعلق بالقضيتين².

¹) Rules of the Tribunal: Op. Cit. Art. 47.

²) Order of 16 August 1999, in Southern Bluefin Tuna Case, New List of cases: Nos. 3 and 4, Zealand v. Japan; Australia v. Japan Reports of Judgments, Advisory Opinions and Orders, ITLOS Reports 1999, pp. 274–275.

إجراءات الإفراج الفوري عن السفن والطواقم

يجوز تقديم طلب للإفراج عن سفينة أو طاقمها من الاحتجاز من دولة العلم للسفينة أو بالنيابة عنها، يجوز لأية دولة طرف أن تخطر المحكمة في أي وقت بما يلي: سلطات الدولة المختصة بترخيص الأشخاص لتقديم طلبات نيابة عنها، اسم وعنوان أي شخص مفوض لتقديم طلب نيابة عنه، المكتب المعين لتلقي إشعار لطلب الإفراج عن سفينة أو طاقمها وأسرع وسيلة لتسليم المستندات إلى ذلك المكتب، أي توضيح أو تعديل أو سحب لهذا الإخطار، ويجب أن يكون الطلب المقدم نيابة عن دولة العلم مصحوبًا بترخيص إذا لم يكن هذا الإذن مقدمًا من قبل إلى المحكمة، وكذلك مستندات تفيد بأن الشخص المقدم للطلب هو الشخص المذكور اسمه في قائمة التفويض، كما يجب أن يتضمن شهادة بأن نسخة من الطلب وجميع الوثائق الداعمة قد تم تسليمها إلى دولة العلم¹.

تعطي المحكمة الأولوية لطلبات الإفراج عن السفن أو الأطقم على جميع الإجراءات الأخرى المعروضة عليها، ومع ذلك إذا نظرت المحكمة في طلب للإفراج عن سفينة أو طاقمها وطلب تحديد تدابير مؤقتة يتعين عليها اتخاذ التدابير اللازمة لضمان معالجة الطلب دون تأخير، وإذا طلب مقدم الطلب ذلك يتم التعامل مع الطلب من قبل غرفة الإجراءات الموجزة شريطة أن تقوم الدولة المحتجزة خلال خمسة أيام من استلام إخطار الطلب بإخطار المحكمة بأنها توافق على ذلك

¹) Rules of the Tribunal: Op. Cit. Art. 110.

الطلب، وتحدد المحكمة أو الرئيس إذا لم تتعد المحكمة أقرب تاريخ ممكن خلال فترة 15 يوماً تبدأ من يوم العمل الأول التالي لتاريخ استلام الطلب لعقد جلسة استماع تمنح الأطراف ما لم يقرر خلاف ذلك يوماً واحدا لتقديم الأدلة والحجج الخاصة بها، ويكون قرار المحكمة في شكل حكم يصدر في أسرع وقت ممكن، ويُقرأ في جلسة علنية للمحكمة تُعقد في موعد لا يتجاوز 14 يوماً بعد إغلاق الجلسة، على أن يتم إخطار الطرفين بتاريخ الجلسة¹.

تحدد المحكمة في حكمها في كل قضية ما إذا كان ادعاء مقدم الطلب بأن الدولة المحتجزة لم يمتثل لأحكام الاتفاقية للإفراج الفوري عن السفينة أو طاقمها أم لا، عند نشر سند معقول أو غيره من الضمانات المالية الذي يعتبر أساساً جيداً، وإذا قررت المحكمة أن الادعاء قائم على أسس سليمة فعليها تحديد مبلغ وطبيعة وشكل السند أو الضمان المالي المراد ترحيله لإطلاق سراح السفينة أو الطاقم، وما لم يتفق الطرفان على خلاف ذلك تحدد المحكمة ما إذا كان يجب نشر السند أو الضمان المالي الآخر لدى المسجل أو مع الدولة المحتجزة².

وقد عرضت على المحكمة العديد من القضايا التي تتعلق بالإفراج الفوري عن السفن الطواقم بل ربما كان هذا الاختصاص هو الأقوى بين اختصاصات المحكمة، ومن ذلك قضية الإفراج الفوري عن السفينة "Camouco" بين بنما

¹) Ibid: Art. 112.

²) Ibid: Art. 113.

وفرنسا¹، والتي قضت فيها المحكمة بأن السند الذي فرضته المحكمة الفرنسية ليس معقولا وأمرت بالإفراج الفوري عن السفينة وطاقمها وحددت السند بثمانية ملايين فرنك فرنسي يتم ترحيلها إلى فرنسا على أن يكون السند في شكل ضمان بنكي أو بأي شكل آخر إذا وافق عليه الطرفان².

ويتميز النظام الإجرائي للمحكمة بالقوة والثبات من حيث تنظيم كافة خطوات التقاضي في كل مرحلة من مراحل الدعوى وفي كل اختصاص نوعي للمحكمة؛ مما يدعم دور المحكمة في تسوية المنازعات البحرية ويسهل عملها في ذلك مما يقلل الزمن المستغرق في نظر القضايا ويسرع الفصل فيها، وقد شهد نظام عمل المحكمة نظر العديد من القضايا في وقت قياسي بالظر للوقت المستغرق

¹ تتعلق القضية بسفينة صيد ترفع علم بنما، حيث تم القبض على السفينة كاموكو من قبل فرقاطة فرنسية في المنطقة الاقتصادية الخالصة لجزر كروزيت بزعم الصيد غير المشروع وعدم إعلان الدخول إلى المنطقة الاقتصادية الخالصة لجزر كروزيت، وبعد ذلك اصطحبت السفينة إلى ريونيون، واستولت السلطات الفرنسية على السفينة وصيد الأسماك ومعدات الملاحة والاتصالات ووثائق السفينة والطاقم، وتم توجيه الاتهام إلى القائد ووضعه تحت إشراف المحكمة، ثم أمرت محكمة فرنسية بإخضاع الإفراج عن السفينة لدفع سند بقيمة 20 مليون فرنك فرنسي نقدا أو بشيك مصدق أو برقية بنكية تدفع لمكتب الإيداع والشحنات، فوجدت بنما هذا السند مبالغ فيه ورفعت طلبا إلى المحكمة للإفراج الفوري عن السفينة وطاقمها؛ انظر حكم المحكمة:

²) Arrêt du 7 Février 2000, en Affaire du Camouco, Panama c. France, Rôle des Affaires: No. 5, Recueil des Arrêts, Avis, Prompte Mainlevée Consultatifs et Ordonnances, TIDM Recueil, 2000, p.10-37

Ibid: p.34-36, Para. 78.

أمام المحاكم الدولية الأخرى، لا سيما قضايا الإفراج الفوري عن السفن والطواقم؛
بما يؤكد أهمية وفعالية دور المحكمة في تسوية المنازعات الدولية البحرية.

المطلب الثالث

أهم المنازعات التي نظرتها هيئة المحكمة

إن العدد الأكبر من القضايا التي نظرتها المحكمة نظرتها هيئة المحكمة ذاتها، وهي في غالبها تتعلق إما بالإفراج الفوري عن السفن أو باتخاذ تدابير مؤقتة ريثما يتم عقد محكمة تحكيم، وقدمت هيئة المحكمة رأيا استشاريا واحدا، وفي هذا المطلب نلقي الضوء على ثلاث من أهم المنازعات التي أسهمت المحكمة في حلها؛ وهي النزاع المتعلق بالسفينة سايجا، والنزاع المتعلق بترسيم الحدود البحرية في خليج البنغال، والنزاع المتعلق بالتعويض عن الأضرار التي أصابت السفينة فرجينيا.

قضيته السفينة سايجا "M/V Saiga"¹

السفينة "M/V Saiga" هي ناقلة نفط ترفع علم سانت فنسنت وجزر غرينادين وفي 28 أكتوبر 1997م، بينما كنت السفينة تطوف لتزويد سفن الصيد العاملة قبالة ساحل غينيا بالوقود؛ ألقت قوارب الدورية التابعة للجمارك الغينية القبض على السفينة، وقع الاعتقال في نقطة جنوب الحدود البحرية للمنطقة الاقتصادية الخالصة لغينيا وذلك بعد إطلاق النار على السفينة وطاقمها حيث أصيب بعض أفراد الطاقم، وتم نقل السفينة إلى كوناكري بغينيا، واحتجاز السفينة وطاقمها ثم سمح لاثنتين من أفراد الطاقم المصابين بالمغادرة وتم تفرغ البضائع في كوناكري بناء على أوامر من السلطات المحلية، ولم تطلب غينيا أي سند أو ضمان

¹ قضية الإفراج الفوري عن السفينة سايجا وطاقمها كانت أول قضية تنظرها المحكمة الدولية لقانون البحار بعد بدء عملها عام 1997م؛ على إثر النزاع الذي ثار بين سانت فنسنت وجزر غرينادين وجمهورية غينيا حينما قامت غينيا بإطلاق النار على السفينة وحجز طاقمها ونقلها إلى كوناكري بحجة خرقها لقوانين المنطقة الاقتصادية الخالصة التي وضعتها غينيا؛ ولهذه القضية أهمية في إقرار اختصاص المحكمة وتفعيل دورها في تسوية المنازعات البحرية؛ حيث أكدت في حكمها الصادر في هذه القضية بولايتها القضائية بنظر الدعوى، ثم تبع ذلك رفع دعوى أخرى من سانت فنسنت لإلزام غينيا بالإفراج عن السفينة وطاقمها تلى ذلك اتفاق الطرفين على إحالة النزاع نفسه إلى المحكمة والذي انتهى بإلزام غينيا بتعويض سانت فنسنت وجزر غرينادين عن الأضرار، تلى هذه القضية عددا لا بأس به من القضايا.

مالي آخر للإفراج عن السفينة وطاقمها ولم تعرضها سانت فنسنت وجزر غرينادين¹.

أولاً: الإفراج الفوري عن السفينة

في 13 نوفمبر 1997م، قدمت سانت فنسنت وجزر غرينادين طلباً بموجب المادة 292 من اتفاقية الأمم المتحدة لقانون البحار برفع دعوى ضد غينيا في النزاع المتعلق بالإفراج الفوري عن السفينة وطاقمها²، وبموجب أمر مؤرخ 13 نوفمبر 1997م، تحدد تاريخ 21 نوفمبر 1997م موعداً لافتتاح الجلسة لنظر الطلب³، وفي التاريخ المحدد أشار رئيس المحكمة إلى أن حكومة غينيا أرسلت رسالة للمحكمة تشير إلى الصعوبات في تلقي وثائق معينة وطلبت تأجيل الجلسة

¹) Judgment of 4 December 1997 in The M/V "SAIGA" Case, Saint Vincent and the Grenadines v. Guinea List of cases: No. 1 Release, Reports of Judgments, Advisory Opinions and Orders, ITLOS Reports 1997, pp. 16–38, Paras. 26–31.

²) The Tribunal Receives Application for Prompt Release of a Vessel and its Crew, Press Release: ITLOS/Press 8, 13 November 1997.

³) Order of 13 November 1997 in The M/V "SAIGA" Case, Saint Vincent and the Grenadines v. Guinea, Prompt Release, List of cases: No. 1 Reports of Judgments, Advisory Opinions and Orders, ITLOS Reports 1997, pp. 4–5.

وبناء على ذلك تقرر تأجيل جلسة الاستماع إلى 27 نوفمبر 1997م¹، وفي 26 نوفمبر 1997م، أحالت غينيا بالفاكس إلى المحكمة مذكرة دفاعية ردت فيها على مذكرة سانت فنسنت²، وفي اليوم التالي بدأت المحكمة نظر الدعوى³.

وفي حكمها الصادر بتاريخ 4 ديسمبر 1997م، أكدت المحكمة اختصاصها بنظر الدعوى، ورفضت اعتراض غينيا بكون وكيل سانت فنسنت غير مصرح له حيث يجوز تقديم طلب بالإفراج الفوري عن السفينة وطاقتها من قبل أو بالنيابة عن دولة علم السفينة، وفيما يتعلق بملكية السفينة لاحظت المحكمة أن هذه

¹) Order of 21 November 1997 in The M/V "SAIGA" Case, Saint Vincent and the Grenadines v. Guinea, Prompt Release, List of cases: No. 1, Reports of Judgments, Advisory Opinions and Orders, ITLOS Reports 1997, pp. 10–11.

²) Mémoire en Défense Soumis par La Guinée: Demande de Main-levée du Navire et de Libération de L'équipage Formulée par Le Gouvernement de Saint Vincent-et-Les-Grenadines Contre Le Gouvernement de La République de Guinée- Conakry, Site officiel de Le Tribunal; Rôle des Affaires, Affaire No. 1.

²) at ،Public hearing held on Thursday 27 November 1997, at 3.00 p.m the City Hall of the Free and Hanseatic City of Hamburg, in the M/V "SAIGA" case, Verbatim Record, ITLOS/PV.97/1

at the ،-Public hearing held on Friday 28 November 1997, at 2.30 p.m City Hall of the Free and Hanseatic City of Hamburg, in the M/V "SAIGA" case, Verbatim Record, ITLOS/PV.97/2

المسألة ليست مسألة محل مداوات وأن غينيا لم تعترض على أن سانت فنسنت وجزر غرينادين هي دولة العلم للسفينة¹.

وفيما يتعلق بحق المطاردة الحثيثة وجدت المحكمة من الوقائع المقدمة إليها أن الإمداد بالوقود كان على الأرجح في منطقة متاخمة لغينيا، وأن غينيا تقر بأن المطاردة بدأت بعد يوم واحد من الانتهاك المزعوم في وقت كانت فيه السفينة بالتأكد ليست داخل المنطقة المتاخمة لغينيا، وعليه وجدت المحكمة أن الحجج المقدمة لدعم وجود متطلبات المطاردة الحثيثة وبالتالي لتبرير الاعتقال ليست قابلة للاستمرار وليست ظاهرة الواجهة².

كما إن إلقاء القبض على سفينة وطاقم يُزعم أنهما ينتهكان هذه القاعدة يقع في نطاق الفقرة 1 من المادة 73 من الاتفاقية والإفراج الفوري عن السفينة والطاقم عند تقديم سند معقول أو أي ضمان آخر سيكون التزاما على الدولة الساحلية بموجب الفقرة 2 من المادة 73، في حالة عدم تنفيذ هذا الإفراج الفوري من قبل الدولة الساحلية يمكن الاحتجاج بالمادة 292³، ويكفي أن نلاحظ أن عدم الامتثال للفقرة 2 من المادة 73 من الاتفاقية مزعوم وأن نستنتج أن الادعاء قابل للنقاش أو

¹) Judgment of 4 December 1997 in the M/V "SAIGA" Case, Op. Cit. p. 26, Para 44.

²) Ibid: p. 31, Para. 61.

³) Ibid: p. 29, Para.56.

معقول بما فيه الكفاية¹، والمحكمة مسئولة عن تحديد ما إذا كان الاحتجاز الناجم عن التوقيف يشكل انتهاكاً لحكم من أحكام الاتفاقية للإفراج الفوري عن السفينة أو الطاقم عند تقديم سندات معقولة أو غيرها من الضمانات المالية².

ولاحظت المحكمة أن السفينة متهمة بانتهاك المادة 40 من القانون البحري والقانون الجوي الغيني الذي يحظر استيراد ونقل وتوزيع الوقود دون إذن في جمهورية غينيا، ولاحظت المحكمة أن المادة 40 من قانون غينيا البحري تعرف حقوق غينيا في المنطقة الاقتصادية الخالصة على غرار المادة 56 من الاتفاقية، ورأت المحكمة أنه في هذا السياق تقرأ المادة المذكورة على أنها تتناول المسائل المشمولة بالمادة 73 من الاتفاقية، لذلك خلصت المحكمة لأغراض الإجراءات الحالية إلى أنه يمكن النظر إلى إجراء غينيا في إطار المادة 73 من الاتفاقية³.

وعلى ذلك قررت المحكمة أن الطلب مقبول، وأن الادعاءات التي قدمتها سانت فنسنت وجزر غرينادين تستند إلى أسس جيدة، وبالتالي يتعين على غينيا أن تفرج فوراً عن السفينة "سايجا" وأفراد طاقمها المحتجزين حالياً أو المحرومين من حريتهم⁴.

¹) Ibid: p. 30, Para.59.

²) Ibid: p. 31, Para. 62.

³) Ibid: pp. 31-33, Paras. 63-71.

⁴) Ibid: p. 35, Para. 79.

ويكون الإفراج بعد تقديم ضمان أو سند معقول؛ على أن يتكون الضمان من: كمية الغاز المستخرج من "سايجا"، ومبلغ 400.000 دولار أمريكي، يتم ترحيله في شكل خطاب اعتماد أو ضمان بنكي، أو بأي شكل آخر إذا وافق الطرفان على ذلك¹.

التعليق على الحكم

أجمع قضاة المحكمة على الإقرار باختصاص المحكمة بنظر القضية؛ حيث استوفت جميع الشروط اللازمة لانعقاد اختصاصها، وبذلك فقد وضعت المحكمة أساساً لاختصاصاتها التزمت فيه بمقتضى النصوص التي تمنحها الاختصاص دون توسع فيها، وهو ما فرض نفسه على قضاء المحكمة في القضايا التي تلت ذلك.

أما فيما يتعلق بقبول الطلب: ففي التعليق على الحكم الصادر من المحكمة اعترض بعض القضاة على قبول المحكمة لطلب سانت فنسنت وجزر غرينادين؛ وأسسوا اعتراضهم على أن المادة 73 من الاتفاقية لا تنطبق على الحالة الماثلة أمام المحكمة وأن المحكمة في هذه الحالة تتخذ قراراً وليس مجرد إجراء مؤقت لحين عرض النزاع على محكمة تحكيم أو أية محكمة دولية أخرى، وكان من وجهة نظرهم أن معيار التقدير لا يجب أن يكون مبنياً على ما إذا كانت الادعاءات المقدمة ذات طابع مقبول بدرجة كافية أم لا؛ وعلى ذلك تكون أغلبية

¹) Ibid: p. 37, Para. 86/ 4-5.

المحكمة قد وقعت في خطأ لأنها لم تستند إلى أساس موضوعي ولكنها استشهدت بما ورد نصا في حكم صادر عن محكمة العدل الدولية، واعتمدت المحكمة هذا المعيار في سياق تحديد دورها الخاص مقابل دور هيئة التحكيم، وهو ما جعلهم يرون نهج الأغلبية في هذه القضية مخطئاً لأنه فيما يتعلق بالمسائل التي تتمتع المحكمة بسلطة قضائية فيها لا يوجد ما يستدعي معادلته بهيئة التحكيم؛ فالاختصاص المحدود للمحكمة حصري وينبغي تطبيق معيار التقدير العادي¹.

كما رأوا أنه لا يجب الموافقة على طلب سانت فنسنت وجزر غرينادين بالإفراج عن السفينة حيث لم تقدم ما يثبت أن سلطات غينيا لم تمتثل لأية أحكام أخرى من الاتفاقية للإفراج الفوري عن السفينة، وأن المحكمة قد اختارت أن تتجاهل تماما التهم التي وجهتها غينيا بحق السفينة منذ بداية القضية والتي حافظت عليها غينيا باستمرار في جميع مراحل الإجراءات، وبدلاً من ذلك استبدلت أساساً آخر للاتهام الموجه ضد السفينة والذي لم يتم استخدامه أو حتى الإشارة إليه

1) Dissenting Opinion of Judge Anderson: Judgment of 4 December 1.997 in The M/V "SAIGA" Case, Saint Vincent and the Grenadines v. Guinea List of cases: No. 1, Prompt Release, Reports of Judgments, Advisory Opinions and Orders, ITLOS Reports 1997, pp. 63-68.

من قبل أي من المسؤولين في غينيا، وبذلك فالمحكمة تبتكر لنفسها سلطة وكفاءة لا تتمتع بهما ولا تحتاج إليهما من أجل الاضطلاع بولايتها¹.

وأكد أغلب القضاة المعارضون للحكم بقبول الطلب والإفراج عن السفينة أن المحكمة قد توسعت في تفسير المادة 292 من الاتفاقية رغم أن معنى النص كما أكدته الأعمال التحضيرية لا يدعم التفسير الأوسع نطاقا الوارد في الحكم ولذلك وجدوا أن طلب سانت فنسنت وجزر غرينادين غير مقبول².

ورغم هذه الاعتراضات من بعض قضاة المحكمة نجد أن المحكمة قد وفقت في حكمها بدرجة كبيرة حيث استخدمت سلطتها في تفسير وتطبيق القواعد القانونية الدولية بما يسهم في تحقيق العدالة ويحسم النزاع حسماً قضائياً لا يترك النزاع ممتداً أو يهدد بتطوره تطوراً يمكن أن يهدد السلم والأمن الدوليين:

¹) Dissenting Opinion of President Mensah: Judgment of 4 December 1.997 in The M/V "SAIGA" Case, Saint Vincent and the Grenadines v. Guinea List of cases: No. 1, Prompt Release, Reports of Judgments, Advisory Opinions and Orders, ITLOS Reports 1997, pp. 39–45.

²) Dissenting Opinion of Judges Park, Nelson Chandrasekhara Rao, Vukas and Ndiaye: Judgment of 4 December 1.997 in The M/V "SAIGA" Case, Saint Vincent and the Grenadines v. Guinea List of cases: No. 1, Prompt Release, Reports of Judgments, Advisory Opinions and Orders, ITLOS Reports 1997, pp. 53–62.

فقد استخدمت المحكمة سلطتها في تفسير المادة 73 من الاتفاقية وفقا لما هو مصرح لها في وثائق إنشائها وبما يتوافق مع الدور الموكل للمحكمة القيام به وتحديد ما إذا كان القانون الداخلي أم القانون الدولي هو المعني بالتطبيق على النزاع القائم، مع عدم إغفال قواعد القانون الداخلي فيما يتعلق بحق الدولة الساحلية في الحفاظ على حقوقها الاقتصادية وأمنها، ولا يضر في الوقت ذاته بحقوق الدول الأخرى في المنطقة الاقتصادية الخالصة، وقد ناقشت المحكمة في الحكم ادعاءات غينيا فيما يتعلق بتشريعاتها الجمركية ووجدت أنها تتسق مع مقتضيات المادة 73 من الاتفاقية.

كما لم تتجاهل المحكمة المبررات المذكورة من المدعى عليه بل ناقشتها وردت عليها ومن ذلك ردها على عدم وجود ما يبرر حق المطاردة الحثيثة والتي فقدت شروط استمرارها وهي ألا تنقطع المطاردة وأن تبدأ فور الانتهاك وقبل مغادرة المنطقة وتستمر دون انقطاع حتى يتم القبض.

والمحكمة في تفسيرها وتطبيقها للمادة 292 من الاتفاقية لم تتخط ولايتها القضائية ودورها في تفسير وتطبيق القواعد القانونية الدولية، وللمحكمة سلطة تقديرية في تفسير المادة مادامت لم تخالف في ذلك القواعد المنشئة لها ولم تخالف قواعد القانون الدولي العام، بل إنه مما يميز دور المحكمة الحسم والقدرة على حل النزاع القائم أمامها بما يسهم في إنهائه.

وفي استنادها لأحكام محكمة العدل الدولية تفعيلاً لدور الأحكام القضائية بما أرسته من مبادئ وقواعد دولية كمصدر من مصادر القانون الدولي العام؛ الأمر الذي يحتاجه القاضي الدولي بصفة مستمرة لتدعيم حكمه وتحقيق التناسق مع ما عليه العمل في الممارسة القانونية والقضائية الدولية.

وفي تحديدها للضمان المالي المعقول للإفراج عن السفينة قدرت المبلغ بما يراعي مصلحة الدولة المدعى عليها في ذلك، حيث قدرته بكمية الغاز الذي تمت مصادرتة من السفينة ومبلغ مالي يقدر بأربعمائة ألف دولار أمريكي، وهو ما يحقق مصلحة طرفي الدعوى حتى يتم الفصل في النزاع الأساسي والذي سبب القبض على السفينة.

وبهذا الحكم وهو أول حكم يصدر عن المحكمة تفعيلاً لدورها في تسوية المنازعات الدولية البحرية على أساس احترام القانون بالوصول لحل ملزم لنزاع قائم بإجراء فوري عاجل تحقيقاً لاختصاصها الإلزامي بالإفراج الفوري عن السفن والطواقم.

ثانياً: التدابير المؤقتة

بعد مرور بضعة أشهر لم تقم غينيا بتنفيذ الحكم الصادر من المحكمة
فقدت سانت فنسنت وجزر غرينادين طلباً للمحكمة لوضع تدابير مؤقتة طلبت فيه
أن تأمر المحكمة في جملة أمور بأن تضع غينيا حيز التنفيذ التدابير اللازمة
للامتثال لحكم المحكمة الدولية لقانون البحار المتعلق بالإفراج الفوري عن السفينة
وجاء طلب تدابير مؤقتة ريثما يتم عقد محكمة تحكيم للنظر في النزاع¹، ثم اتفق
الطرفان على إحالة النزاع إلى المحكمة بديلاً عن إجراءات التحكيم وكذلك طلب
التدابير المؤقتة.

وأثناء نظر الدعوى تم الإفراج عن السفينة وطاقتها فرأت المحكمة أن
فرض تدبير مؤقت للإفراج عنهم لن يخدم أي غرض؛ إلا أنها قررت استخدام حقها
بجواز وضع تدابير مختلفة كلياً أو جزئياً عن التدابير المطلوبة للحفاظ على حقوق
مقدم الطلب ومنع تفاقم النزاع².

¹) Request for the Prescription of Provisional Measures Submitted by Saint Vincent and the Grenadines, 5 January 1998, ITLOS Pleadings Statement in Response by Guinea, part 1, 03/04/2002, pp. 5-13 ITLOS Pleadings part 2, 03/04/2002, pp. 29-32.

²) Order of 11 March 1998, Provisional Measures in M/V "SAIGA" Case List of cases: No. (No. 2), Saint Vincent and the Grenadines v. Guinea

وتمثلت التدابير المؤقتة المختلفة عن المطلوبة التي فرضتها المحكمة في:

- وجوب امتناع غينيا عن اتخاذ أو إنفاذ أي تدبير قضائي أو إداري ضد السفينة "M/V Saiga" وقائدها وأعضاء الطاقم أو مالكيها أو مشغليها الآخرين فيما يتعلق بالأحداث التي أدت إلى توقيف واحتجاز السفينة وإلى الملاحقة والإدانة اللاحقة للقائد.

- التوصية بأن تسعى سانت فنسنت وجزر غرينادين وغينيا إلى إيجاد ترتيب لتطبيقه في انتظار القرار النهائي، وتحقيقاً لهذه الغاية ينبغي على الدولتين ضمان عدم اتخاذ أي إجراء من جانب سلطاتهما أو سفنهما التي ترفع علمها والتي قد تؤدي إلى تفاقم أو تمديد النزاع المقدم إلى المحكمة.

- وجوب أن تقدم كل من سانت فنسنت وجزر غرينادين وغينيا التقرير الأولي بشأن الامتثال لأي تدابير مؤقتة منصوص عليها في أقرب وقت ممكن وفي موعد لا يتجاوز 30 أبريل 1998م، ويسمح للرئيس بطلب التقارير والمعلومات الإضافية حسب ما يراه مناسباً بعد ذلك التاريخ.

2, Reports of Judgments, Advisory Opinions and Orders, ITLOS Reports 1998, pp.24-40, p. 39, Paras. 40-47.

وأكدت المحكمة أن هذا الأمر لا يستبق بأي حال من الأحوال أي مسائل تتعلق باختصاص المحكمة أو بموضوع الدعوى، ويترك دون تأثر حق الطرفين في تقديم الحجج فيما يتعلق بهذه المسائل¹.

¹) Ibid: pp. 39–40, Para. 52.

التعليق على التدابير المؤقتة

في هذا المقام فقد استخدمت المحكمة حقها في فرض تدابير مؤقتة تختلف عن التدابير المطلوبة في الدعوى المعروضة عليها هدفت منها لمنع تفاقم النزاع والحفاظ على حقوق الدولة المدعية في الوقت ذاته، وهو ما يدعم التسوية السلمية للمنازعات البحرية عن طريق وضع التدابير الكفيلة بعدم تفاقم النزاع وعدم الإضرار بالمصالح التي يطلب طرف الدعوى المتضرر الحفاظ عليها.

وقد اعتمدت المحكمة في صياغة التدبير الأول صيغة ملزمة؛ فأوجبت امتناع غينيا عن اتخاذ أي تدبير قضائي أو إداري ضد السفينة أو طاقمها، ومما لا شك فيه أن هذه الصياغة الملزمة توجب على غينيا عدم اتخاذ إجراءات تسهم في تأزم الوضع أو تأجج النزاع بين الطرفين وذلك حتى يتم نظر النزاع.

أما فيما يتعلق بالفقرة الثانية فقد اعتمدتها المحكمة في شكل توصية وهو ما اعترضت عليها القاضية "Vukas" في تصريحها المرفق بأمر المحكمة حيث أعلنت أنها كانت ترى وجوب اعتماد هذا التدبير كتدبير ملزم للطرفين وليس مجرد توصية؛ حيث إنه مع الأخذ في الاعتبار طبيعة القضية وضبط النفس الذي ينبغي أن يمارسه الأطراف فيما يتعلق بالإجراءات التي قد تؤدي إلى تفاقم النزاع أو تمديده له أهمية قصوى؛ ويظهر ذلك جليا في الأضرار التي نتجت عن فعل ملاحقة السفينة والقبض عليها وما سببته من معاناة بشرية وخسارة مادية، لذلك كان ينبغي للمحكمة أن تستخدم أكثر التدابير فعالية لإقناع الأطراف بالامتناع عن أي إجراء

مماثل أو غيره من الإجراءات التي قد تؤدي إلى تفاقم النزاع أو تمديده ريثما يتم اتخاذ القرار النهائي للمحكمة بموجب القواعد المعمول بها؛ وهذه الوسائل هي تدابير مؤقتة محددة، كما أن طبيعة التدابير المذكورة في هذه التوصية غامضة لم تسبغ عليها المحكمة صفة التدابير المؤقتة¹.

ونذهب للاتفاق مع ما قالته القاضية "Vukas"؛ حيث إن الصياغة المرنة والتي تترك للأطراف حرية الاتفاق أو عدم الاتفاق لا تسهم في منع تفاقم النزاع، فمادام الأمر غير ملزم وغير محدد فلا يوجد ما يدفع الطرفين للتوصل إلى اتفاق، والمحكمة لم تشر إلى طبيعة التدابير التي توصي الأطراف بإجهاها مما يؤدي بدوره إلى استمرار النزاع وربما تفاقمه قبل النظر في موضوع النزاع نفسه.

وتأتي صياغة الفقرة الثالثة المتعلقة بتقديم التقارير للمحكمة بشأن التدابير المؤقتة غير محددة ولا تبين هل تتعلق بالفقرة الأولى فقط أم الفقرتين الأولى والثانية، وترى القاضية "Vukas" أن هذا الغموض لا يمثل مفاجأة لأن المحكمة تدرك حقيقة أنه يحق لها طلب تقارير فقط فيما يتعلق بالامتثال للتدابير المؤقتة، في حين لا توجد قاعدة تلزم الأطراف بالإبلاغ عن الامتثال للتوصيات، وهو ما

¹) Declaration of Judge Vukas: Order of 11 March 1998, Provisional Measures in M/V "SAIGA" Case (No. 2), Saint Vincent and the Grenadines v. Guinea, List of cases: No. 2, Reports of Judgments, Advisory Opinions and Orders, ITLOS Reports 1998, pp. 41-42.

توافر في الفقرة الأولى بينما لم يتوفر في الفقرة الثانية¹، وعلى ذلك فإن صياغة الفقرة الثالثة من التدابير تؤكد عدم إلزامية الفقرة الثانية منها مما يدل على حرية طرفي النزاع في القيام بهذه المساعي من عدمه، وبالتالي لا يوجد فيها ما يعزز دور المحكمة في منع تفاقم النزاع والحفاظ على مصالح المدعي التي يسعى إلى حمايتها بالتدابير المؤقتة.

ثالثاً: النظر في النزاع

اتفق الطرفان على إحالة النزاع إلى المحكمة إلى جانب طلب التدابير المؤقتة؛ وذلك بموجب اتفاق خاص عقد بينهما وتم إخطار المحكمة به بواسطة سانت فنسنت بتاريخ 20 فبراير 1998م²، وعلى ذلك بينت المحكمة أنه لا يوجد خلاف بين الطرفين فيما يتعلق باختصاص المحكمة في هذه القضية؛ حيث قدم النزاع أصلاً بموجب الإخطار باتفاق خاص بين الطرفين على نقل النزاع إلى المحكمة³.

¹) Ibid: p. 42, Para. 5.

¹)Guinea, Tribunal Official &Notification Special Agreement between SVG Site, List of Cases Case No. 2.

³) Judgment of 1 July 1999, in M/V "SAIGA" Case (No. 2), Saint Vincent and the Grenadines v. Guinea, List of cases: No. 2, Reports of Judgments, Advisory Opinions and Orders, ITLOS Reports 1999, pp.10-76, p. 30,Para. 40.

وفي حكمها خلصت المحكمة إلى أن الأدلة التي قدمتها غينيا ليست كافية لتبرير ادعاءها بعدم وجود صلة حقيقية بين السفينة وسانت فنسنت وجزر غرينادين وقت القبض عليها، وأن السفينة تتمتع بجنسية الدولة؛ وعليه رفضت اعتراض غينيا بعدم قبول الدعوى لانعدام الصلة الفعلية بين السفينة والدولة¹.

كما رفضت المحكمة اعتراض غينيا بأن بعض مطالبات سانت فنسنت وجزر غرينادين المتعلقة بالأضرار التي لحقت بالأشخاص الطبيعيين والاعتباريين نتيجة للتدابير التي اتخذتها غينيا ضد سايجا غير مقبولة لأن الأشخاص المعنيين لم يستنفدوا سبل المراجعة الداخلية، حيث بينت المحكمة أنه لا يمكن وصف أي من انتهاكات الحقوق التي تطالب بها سانت فنسنت وجزر غرينادين على أنها خرق للالتزامات المتعلقة بمعاملة الأجانب، بل تعتبر جميعها انتهاكات مباشرة لحقوق سانت فنسنت وجزر غرينادين حيث إن الأضرار أصابت الأشخاص القائمين على تشغيل السفينة نتيجة لتلك الانتهاكات، وبناء على ذلك فإن المطالبات المتعلقة بهذا الضرر لا تخضع لقاعدة استنفاد سبل المراجعة الداخلية².

كما رفضت المحكمة الاعتراض المقدم من غينيا بأن المطالبات المتعلقة بالتعويض تتعلق بالحماية الدبلوماسية وأن سانت فنسنت وجزر غرينادين ليست مختصة بطلب التعويض نيابة عن الأشخاص الذين ليسوا من رعاياها، حيث

¹) Ibid: p. 42, Paras. 87–88.

²) Ibid: pp. 46–47, Paras. 98&102.

أشارت المحكمة إلى أنه في الحالات التي تتخذ فيها دولة تدابير ضد سفينة أجنبية ثم تبين أن التدابير غير مبررة فإنها تكون ملزمة بدفع تعويض عن أية خسارة أو ضرر نجم عن هذه التدابير، ولا تربط الاتفاقية بين الحق في التعويض وجنسية الأشخاص الذين يعانون من الخسارة أو الضرر؛ حيث تعتبر السفينة وحدة فيما يتعلق بالتزامات دولة العلم المتعلقة بالسفينة وحقها في التماس التعويض عن الخسارة أو الضرر الناجم عن أفعال دول أخرى، وبالتالي تعامل السفينة وكل شيء عليها وكل شخص معني أو مهتم بعملياتها ككيان مرتبط بدولة العلم وجنسيات هؤلاء الأشخاص ليست ذات صلة¹.

وقررت المحكمة أن غينيا انتهكت حقوق سانت فنسنت وجزر غرينادين بموجب الاتفاقية في القبض على السفينة سايجا واحتجازها وأعضاء طاقمها وفي محاكمة قائدها وإدانته وفي الاستيلاء على السفينة ومصادرة حمولتها، كما تصرفت غينيا عند إلقاء القبض على سايجا بما يخالف أحكام الاتفاقية المتعلقة بممارسة حق المطاردة الحثيثة؛ وبالتالي انتهكت حقوق سانت فنسنت وجزر غرينادين أثناء إيقاف واعتقال سايجا حين استخدمت القوة المفرطة بالمخالفة للقانون الدولي، وعليه تدفع غينيا تعويضا لسانت فنسنت وجزر غرينادين بمبلغ مليونين ومائة وثلاثة وعشرين ألفا وثلاثمائة وسبعة وخمسين دولارًا أمريكيًا مع الفائدة².

¹) Ibid: pp. 47-48, Paras. 105-106.

²) Ibid: pp. 71-73, Para. 183.

التعليق على الحكم

لم تواجه المحكمة أية صعوبة في تحديد أساس اختصاصها حيث اتفق الطرفان على إحالة النزاع إلى المحكمة وهو ما يعني موافقة صراحة منهما على اختصاص المحكمة في مسألة تتعلق بالاتفاقية، وعليه لم تجد مسألة الاختصاص في هذه الحالة أي عائق.

وفيما يتعلق برابطة الجنسية بين السفينة وسانت فنسنت وجزر غرينادين فقد رفض القاضي "Ndiaye" في رأيه المخالف قرار المحكمة برفض ادعاءات غينيا المتعلقة بعدم وجود رابطة جنسية حقيقية بين السفينة والدولة؛ ويبرر أن السفينة لم تكن مسجلة تسجيلاً صحيحاً وقت وقوع الضرر وعليه كان على المحكمة أن تعلن أن السفينة كانت بلا جنسية وقت القبض عليها، وبموجب مبدأ الجنسية المستمرة وفقاً للقانون الدولي الذي يتطلب رابطة الجنسية ليس فقط وقت تقديم الطلب ولكن أيضاً وقت حدوث الضرر؛ فلا يمكن للمدعي ممارسة الحقوق لصالح سايجا لعدم وجود صلة الجنسية بينهما والتي تمنح الدولة حق الحماية الدبلوماسية¹.

¹) Opinion Dissidente de M. Ndiaye: Arrêt du 1er juillet 1999, en Affaire du Navire SAIGA, (No. 2), Saint-Vincent-et-les-Grenadines c. Guinée, Rôle des Affaires: No. 2, Recueil des Arrêts, Avis Consultatifs et Ordonnances, TIDM Recueil, 1999, pp. 234-257.

وقد أضاف القاضي "Warioba" في رأيه المخالف أن المحكمة اعتمدت في حكمها على سلوك الأطراف وتعاملت مع الأسس الموضوعية وتجاهلت الناحية الإجرائية فلم تتم بإجراء تقييم للأدلة المقدمة من غينيا وتوسعت في سلطتها التقديرية لتحديد رابطة الجنسية بين الدولة المدعية والسفينة¹.

إلا أن ما توصلت إليه المحكمة من صحة تمتع السفينة سايجا بجنسية سانت فنسنت وجزر غرينادين وبأن السفينة لم تحذف فعليا من سجلات الدولة، وهو المعيار المتعارف عليه؛ حيث تحتاج الإجراءات للمزيد من الوقت بين انتهاء الشهادة المؤقتة وصدور شهادة أخرى مؤقتة أو دائمة، هو ما يتوافق مع الأعمال الصحيح لقواعد القانون الدولي، ويؤكد أن الرابطة الفعلية بين دولة العلم والسفينة هو المعيار في تمتع السفينة بجنسية الدولة، وحتى لا تعوق الناحية الإجرائية حق الدولة في حماية سفنها، وكان على غينيا باعتبارها المدعية في عدم تمتع السفينة بجنسية الدولة المدعية أن تثبت بالأدلة الكافية عدم وجود رابطة جنسية فعلية بين الدولة والسفينة، وهو ما لم يحدث وأكدته المحكمة في حكمها.

وهو ما أكده القاضي "Nelson" في رأيه المستقل؛ حيث اتفق مع استنتاجات المحكمة بأن هناك أدلة كافية لإثبات أن سانت فنسنت وجزر غرينادين

¹) Dissenting Opinion of Judge Warioba: Judgment of 1 July 1999, in M/V "SAIGA" Case (No. 2), Saint Vincent and the Grenadines v. Guinea, List of cases: No. 2, Reports of Judgments, Advisory Opinions and Orders, ITLOS Reports 1999, pp.195-233.

تعتبر دائماً أن السفينة تحمل جنسيتها في جميع الأوقات في هذه القضية؛ ففي الظروف الخاصة السلوك الثابت لسانت فنسنت وجزر غرينادين يدعم بما فيه الكفاية الاستنتاج القائل بأن السفينة احتفظت بتسجيل وجنسية الدولة المدعية في جميع أوقات النزاع الحالي¹.

وأضاف القاضي "Rao" في رأيه المستقل بأن غينيا لم تثر مسألة عدم تسجيل السفينة في الوقت الذي استولت فيه على أوراق السفينة بعد اعتقالها، وورد في قرارات السلطات القضائية في غينيا إن سانت فنسنت وجزر غرينادين هي دولة العلم، وبعد إخفاقها في تحدي وضعها كدولة العلم في جميع الأوقات التي كان يتعين عليها فعل ذلك لحماية حقوقها، فليس مقبولاً الآن أن تدعي اكتشافها حقيقة جديدة بشأن مسألة التسجيل التي كانت غير معروفة لها قبل تقديم المذكرة المضادة، فيتعين على غينيا أن تلوم إهمالها في هذا الصدد، فمبادئ الإنصاف تتطلب بوضوح عدم السماح لدولة ما بالعمل بشكل متناقض، خاصة عندما تتسبب في الإجحاف بالآخرين².

¹) Separate Opinion of Judge Nelson: Judgment of 1 July 1999, in M/V "SAIGA" Case (No. 2), Saint Vincent and the Grenadines v. Guinea, List of cases: No. 2, Reports of Judgments, Advisory Opinions and Orders, ITLOS Reports 1999, pp. 116–125.

²) Separate Opinion of Judge Chandrasekhara Rao: Judgment of 1 July 1999, in M/V "SAIGA" Case (No. 2), Saint Vincent and the Grenadines

وفي تبرير آخر لرفض هذا الادعاء برر القاضي "Wolfrum" قرار المحكمة بأن رفض المطالبات التي تقدمت بها سانت فنسنت وجزر غرينادين على أساس أن سايجا لم تكن مسجلة وقت القبض عليها كان سيضر بشدة بأولئك الذين عانوا كثيرا من الاعتقال؛ وهم أفراد الطاقم ومالك الشحنة، ورغم أنهم لم يكن لهم أي تأثير على إدارة السفينة وعلى وجه الخصوص على تسجيلها الصحيح؛ حيث كانت الفجوة في التسجيل نتيجة الممارسة الإدارية المتساهلة من جانب سانت فنسنت وجزر غرينادين ونقص الاجتهاد المطلوب من مالك السفينة، كما يجب أن يؤخذ في الاعتبار أنه لولا ذلك كانت غينيا ستُتخذ دون أي مبرر من عواقب اعتقال السفينة وطاقمها التي وصفها الحكم بحق بأنها غير قانونية ونُفذت باستخدام مفرط للقوة، ولهذه الأسباب فإن العدالة المطلوبة تمنع غينيا من إثارة عدم تسجيل سايجا وقت إلقاء القبض عليها، كما أن غينيا في المقام الأول لم تعترض على سانت فنسنت وجزر غرينادين كدولة العلم للسفينة منذ بداية الإجراءات بل ودخلت في مفاوضات معها لحل النزاع تلاها اتفاق اللجوء للمحكمة¹.

v. Guinea, List of cases: No. 2, Reports of Judgments, Advisory Opinions and Orders, ITLOS Reports 1999, pp. 126–130.

¹) Separate Opinion of Vice-President Wolfrum: Judgment of 1 July 1999, in M/V "SAIGA" Case (No. 2), Saint Vincent and the Grenadines v. Guinea, List of cases: No. 2, Reports of Judgments, Advisory Opinions and Orders, ITLOS Reports 1999, pp. 92–112.

ورغم اختلاف بعض القضاة مع قرار المحكمة فيما يتعلق بوثائق تسجيل السفينة وتأكيدهم على وجود إهمال وأخطاء فيما يتعلق بالتسجيل إلا أنهم رغم ذلك أكدوا الرابطة القانونية الفعلية بين الدولة المدعية والسفينة مع اختلاف مبرراتهم، وفيما ذهبت إليه المحكمة وأيده القضاة حماية لحقوق الدولة المدعية وحفاظا على حقوق السفينة وطاقمها، مع عدم منح الدولة المدعى عليها الفرصة للتدخل من التزاماتها، وبذلك أرست المحكمة مبدأ هاما في تسوية المنازعات الدولية البحرية يمنع محاولات التهرب من الالتزامات.

وفيما يتعلق بادعاء غينيا بعدم استفاد سبل المراجعة الداخلية كشرط لرفع الدعوى، فقد اختلف القاضي "Warioba" مع حكم المحكمة بشأن هذه المسألة؛ حيث رأى أن الأساس الأول الذي استندت إليه المحكمة في استنتاجها هو أن ادعاءات سانت فنسنت وجزر غرينادين تتعلق بانتهاكات مباشرة لحق الدولة، ولم تبذل المحكمة مطلقا أية محاولة لفحص ما إذا كانت هذه الادعاءات قد تم إثباتها أم لا، واغفلت تقييم الأدلة التي تشير إلى تهريب البضائع على طول الساحل الغربي لأفريقيا¹.

أما القاضي "Wolfrum" قد اتفق مع المحكمة في رفض ادعاء غينيا إلا أنه لم يتفق مع ما قدمته المحكمة من أسباب؛ فمن المقبول تماما أنه عندما تقاضي

¹) Dissenting Opinion of Judge Warioba: Op. Cit. pp. 216–217, Paras. 59–63.

دولة بموجب حق الحماية الدبلوماسية يكون فحص استنفاد سبل المراجعة الداخلية إلزامياً، ومن المقبول بنفس القدر أنه عندما تكون الدعوى التي قدمتها الدولة مطالبة مباشرة ولا تنطوي على أي ضرر لمواطنيها على هذا النحو فإن قاعدة استنفاد سبل المراجعة الداخلية لا تنطبق لأن القاعدة لا تشترط على الدولة المطالبة اللجوء إلى سبل المراجعة المحلية المتاحة بموجب النظام القانوني لدولة أخرى؛ لذلك من الأهمية بمكان إثبات ما إذا كان الضرر المعني يجب اعتباره إصابة مباشرة للدولة المطالبة، ومن المهم في هذا المجال النظر إلى حرية الملاحة والحرية في عدم التعرض لمطاردة حثيثة غير قانونية كحق للدول وسفنها؛ فوفقاً للمفهوم المقبول عالمياً تشمل حرية الملاحة المشار إليها في الاتفاقية حرية الحركة للسفن وحرية الدخول إلى الموانئ واستخدام المصانع والأرصفة لتحميل وتفريغ البضائع ونقل البضائع والركاب، وفي هذا المقام فإن حقوق الدول وحقوق الأفراد متشابكة، كما أن شرط استنفاد سبل المراجعة الداخلية لا ينطبق في الحالات التي تكون فيها الدولة التي اتخذت تدابير قد تصرفت خارج نطاق اختصاصها؛ وعلى وجه الخصوص عندما لا يكون لدولة ما اختصاص بشأن التدابير المتخذة كما هو الحال هنا؛ فإن شرط استنفاد سبل المراجعة الداخلية سيكون بمثابة اعتراف بالولاية القضائية لتلك الدولة، وهذا بالتأكيد ليس هدف مفهوم استنفاد سبل المراجعة الداخلية¹.

¹) Separate Opinion of Vice-President Wolfrum: Op. Cit. pp. 109–111, Paras. 51–55.

وبالنظر إلى المبررات التي قدمتها المحكمة لرفض ادعاء غينيا بعدم استفاد سبل المراجعة الداخلية قبل اللجوء لها نجد المحكمة لم تعتبر الدعوى متعلقة بالحماية الدبلوماسية ووجدت الانتهاكات تتعلق مباشرة بحقوق دولة العلم؛ وبالتالي لم تجد شرط استفاد سبل المراجعة الداخلية مطلوباً في ظروف القضية وتعاملت مع السفينة كوحدة واحدة ولم تنتظر لجنسية الأشخاص الموجودين عليها، وهو مما يسهم في وضع أسس التعويض عن الأضرار البحرية التي تتجم عن مخالفة إحدى الدول للقواعد والالتزامات المفروضة عليها بمقتضى القانون الدولي للبحار، وإن كان حري بالمحكمة أن تنتهج ما توصل إليه القاضي "Wolfrum" فيما يتعلق بحرية الملاحة وبأن الاعتداء على هذا الحق هو اعتداء مباشر على حقوق الدول ومصالحها؛ حيث إن حق الدولة الساحلية في استغلال المنطقة الاقتصادية الخالصة لا يبيح لها الاعتداء على حقوق الدول الأخرى في هذه المنطقة، مما يمثل مخالفة مباشرة في حق الدولة المدعية ويوجب التعويض بما يجبر الضرر للدولة والسفينة في آن خاصة مع تداخل الحقوق في هذا الضرر بين الدولة والأشخاص.

وبالنظر إلى ما أقرته الدولة من مخالفة غينيا لمقتضيات حق المطاردة الحثيثة ومن قيامها باستخدام القوة المفرطة في حق السفينة وطاقمها نجد المحكمة قد أوجدت حلاً حاسماً للنزاع قدرت فيه التعويض بما يتناسب مع قدر الأضرار التي لحقت بالدولة وبالسفينة وطاقمها، وأرست في الوقت ذاته المقصود الدولي من قواعد استغلال المنطقة الاقتصادية الخالصة والحفاظ على حقوق الدول الأخرى فيها.

قضية ترسيم الحدود البحرية في خليج البنغال¹

ثار خلاف بين كل من بنجلاديش وميانمار بشأن ترسيم الحدود البحرية في المنطقة البحرية التي تقع في الجزء الشمالي الشرقي من خليج البنغال²، وقبل إقامة الدعاوى أمام المحكمة كانت المفاوضات بشأن ترسيم الحدود البحرية بين بنجلاديش وميانمار من 1974م إلى 2010م مستمرة وقعا خلالها محضرين بشأن ترسيم الحدود البحرية بينهما³.

ثم في رسالة مؤرخة 13 ديسمبر 2009م أبلغت بنجلاديش رئيس المحكمة بالإعلانين اللذين أصدرتهما ميانمار وبنجلاديش على التوالي بشأن تسوية النزاع

¹ قضية تسوية النزاع المتعلق بترسيم الحدود البحرية في خليج البنغال بين بنجلاديش وميانمار هي القضية السادسة عشرة بقائمة قضايا المحكمة الدولية لقانون البحار.

² يقع هذا الخليج في شمال شرق المحيط الهندي ويغطي مساحة حوالي 2.2 مليون كيلو متر مربع ويحده سريلانكا والهند وبنجلاديش وميانمار، وتقع بنجلاديش في الشمال والشمال الشرقي لخليج البنغال حدودها البرية حدود الهند وميانمار وتغطي مساحة حوالي 147000 كيلو متر مربع، بينما تقع ميانمار شرق خليج البنغال حدودها البرية حدود بنجلاديش والهند والصين ولاوس وتايلاند وتغطي مساحة قدرها حوالي 678000 كيلو متر مربع.

³ حيث عقدت ثماني جولات من المحادثات بين عامي 1974 و1986 وست جولات بين عامي 2008 و2010، وخلال الجولة الثانية من المحادثات وقع رئيسا الوفدين محضرا متفق عليه بين الوفدين بشأن ترسيم الحدود البحرية بين البلدين، وعند استئناف المحادثات في عام 2008 وقع رؤساء الوفود محضر اجتماع متفق عليه بين الوفدين بشأن ترسيم الحدود البحرية بين البلدين، وفي ملخص المناقشات التي وقع عليها رؤساء الوفود في الجولة الخامسة، التي عقدت في شيتاجونج يومي 8 و9 يناير 2010، لوحظ أن بنجلاديش قد شرعت بالفعل في إجراءات التحكيم بموجب المرفق السابع للاتفاقية.

بين الطرفين فيما يتعلق بترسيم حدودهما البحرية في خليج البنغال، حيث أكدوا استحسانهما لاختصاص المحكمة الدولية لقانون البحار بتسوية النزاع القائم بينهما، باعتبار أن المحكمة هي الآن المحفل الوحيد لحل نزاع الطرفين، وفي ضوء ذلك أُدرجت القضية في قائمة القضايا وفي نفس اليوم أرسل سجل المحكمة نسخة مصدقة من الإخطار المقدم من بنجلاديش إلى حكومة ميانمار¹.

وفي حكمها خلصت المحكمة إلى أن لها اختصاصًا قضائيًا لترسيم الحدود البحرية بين الطرفين في البحر الإقليمي والمنطقة الاقتصادية الخالصة والجرف القاري في حدود 200 ميل بحري².

وتناولت المحكمة مسألة ما إذا كانت الأطراف قد حددت في الواقع بحرهما الإقليمي إما عن طريق التوقيع على المحضرين المتفق عليهما لعامي 1974 و2008 أو باتفاق ضمني وما إذا كان يمكن القول إن سلوك الأطراف خلق حالة

¹) Special Agreement, Notification submitted by Bangladesh, 13 December 2009, Tribunal Official Site, List of Cases Case No. 16.

–Proceedings Instituted in the Dispute Concerning the Maritime Boundary between Bangladesh and Myanmar in the Bay of Bengal, Press Releases, ITLOS/Press 140, 16 December 2009.

²) Judgment of 14 March 2012, in Dispute concerning delimitation of the maritime boundary between Bangladesh and Myanmar in the Bay of Bengal, List of cases: No. 16, Reports of Judgments, Advisory Opinions and Orders, ITLOS Reports 2012, pp. 4–292, p. 23, Para. 50

من الإغلاق الحكمي¹، وبينت أن العبرة ليست بشكل أو طريقة تعيين الصك بل بطابعه القانوني ومحتواه، وخلصت المحكمة إلى أنه لا يوجد أي سبب لاعتبار أن الأطراف قد أبرمت اتفاقاً ملزم قانوناً من خلال التوقيع على أي من المحضرين لأن هذه المحاضر لا تشكل التزاماً مستقلاً، كما أن الأدلة التي قدمتها بنجلاديش لا تثبت وجود اتفاق ضمني أو عملي بشأن البحر الإقليمي، كما أنه لا يمكن التمسك بادعاء بنجلاديش بالإغلاق².

وبالنظر للوضع الخاص لجزيرة "سانت مارتن" اعترفت المحكمة بأن بنجلاديش لها الحق في بحر إقليمي تبلغ مساحته 12 ميل بحري حول جزيرة "سانت مارتن" في المنطقة التي لم يعد يتداخل فيها هذا البحر الإقليمي مع البحر الإقليمي لميانمار، وسيؤدي إبرام عكس ذلك إلى إعطاء وزن أكبر لحقوق ميانمار السيادية وولايتها القضائية في منطقتها الاقتصادية الخالصة والجرف القاري منها لسيادة بنجلاديش على بحرها الإقليمي³.

وقررت المحكمة رسم خط واحد لترسيم الحدود لكل من المنطقة الاقتصادية الخالصة والجرف القاري، وفيما يتعلق بالسواحل ذات الصلة لاحظت المحكمة أنه لكي تعتبر السواحل ذا أهمية في ترسيم الحدود البحرية يجب أن تولد إسقاطات

¹) Ibid: p.24, Para. 56.

²) Ibid: p. 35, Paras. 88-125.

³) Ibid: pp. 51-52, Para. 169.

تتداخل مع إسقاطات سواحل طرف آخر، وفي ذلك خلصت المحكمة إلى أن سواحل بنجلاديش كلها ذات صلة لأغراض تعيين الحدود حيث تولد إسقاطات باتجاه البحر تتداخل مع توقعات من ساحل ميانمار، ولتجنب الصعوبات الناجمة عن التعقيد والجاذبية في ذلك الساحل فينبغي قياسه في خطين مستقيمين¹، كما توصلت المحكمة إلى أن ساحل ميانمار من طرف حدودها البرية مع بنجلاديش يولد بالفعل إسقاطات تتداخل مع إسقاطات ساحل بنجلاديش؛ وبالتالي قررت المحكمة اعتبار ساحل ميانمار ذا صلة، كما خلصت المحكمة إلى أنه ينبغي أيضا قياس ساحل ميانمار ذي الصلة بخطين لتقادي الصعوبات الناجمة عن جاذبية الساحل ولضمان الاتساق في قياس سواحل الأطراف المعنية².

ورأت المحكمة أن الطريقة المناسبة لتطبيق حدود المنطقة الاقتصادية الخالصة والجرف القاري بين بنجلاديش وميانمار في حدود 200 ميل بحري هي طريقة "خطوط التسوية مع مراعاة الظروف ذات الصلة"، وعند تطبيق هذه الطريقة على رسم خط ترسيم الحدود في هذه القضية تتبع المحكمة النهج الثلاثي المراحل كما تم تطويره في أحدث السوابق القضائية المتعلقة بالموضوع³.

¹) Ibid: pp. 58-59, Paras. 198-200-201.

²) Ibid: p. 59, Paras. 203-204.

³) Ibid: p. 67, Paras. 239-240.

بعد ذلك قررت المحكمة أن جزيرة مارتن يمكن اعتبارها ظرفا ذا صلة في القضية الحالية ولكن بسبب موقعها فإن تفعيلها في ترسيم المنطقة الاقتصادية الخالصة والجرف القاري سيؤدي إلى حجب خط الإسقاط باتجاه البحر من ساحل ميانمار بطريقة من شأنها أن تؤدي إلى تشويه لا مبرر له لخط تعيين الحدود، مما قد يؤدي إلى زيادة كبيرة في تشويه تأثير الجزيرة على خط التسوية مع تحرك الخط إلى ما بعد 12 ميل بحري من الساحل، وخلصت المحكمة إلى أن جزيرة سانت مارتن ليست ظرفا ذا صلة وقررت عدم تفعيلها في رسم خط تعيين المنطقة الاقتصادية الخالصة والجرف القاري¹.

واتخذت المحكمة موقفا مفاده أنه في حين أنه يجب إجراء تعديل على خط التسوية المؤقت للتخفيف من أثر قطع الخط على ساحل بنجلاديش المقعر؛ فإن الحل العادل يتطلب في ضوء الجغرافيا الساحلية للأطراف أن يتم ذلك بطريقة متوازنة لتجنب رسم خط له تأثير تشويهي عكسي على الإسقاط البحري لشواطئ ميانمار الساحلية، وهناك أيضا تعديلات مختلفة يمكن إجراؤها في إطار القيود القانونية ذات الصلة لتحقيق نتيجة عادلة².

وقررت المحكمة أنه في ضوء الظروف الجغرافية في هذه القضية يجب أن ينحرف خط التسوية المؤقت عند النقطة التي يبدأ فيها بقطع الإسقاط المتجه نحو

¹Ibid: p. 86, Paras. 317-318.

² Ibid: pp. 87-88, Paras. 325-327.

البحر لساحل بنجلاديش، ويتم تحديد اتجاه التعديل في ضوء تلك الظروف¹، وبعد ذلك حددت المحكمة تحديدا دقيقا خط تعيين الحدود للمنطقة الاقتصادية الخالصة والجرف القاري للأطراف في حدود 200 ميل بحري، ورسمت له نقط البداية والانحراف والقياس كما وضعت خريطة لهذا التحديد².

أما فيما يتعلق بمسألة الاختصاص فيما يتعلق بتعيين حدود الجرف القاري وراء 200 ميل بحري وجدت المحكمة أن لها اختصاص تحديد الجرف القاري بأكمله³، أما بالنسبة لمسألة إذا كان من المناسب ممارسة تلك الولاية القضائية في ظروف هذه القضية لاحظت المحكمة أنه لا يكون لقرارها قوة ملزمة إلا بين الطرفين فيما يتعلق بهذا النزاع بالذات، وعليه فإن تعيين الجرف القاري من جانب المحكمة لا يمكن أن يمس بحقوق الأطراف الثالثة، علاوة على ذلك؛ من الممارسات المعمول بها أنه يمكن تحديد اتجاه الجزء باتجاه البحر من الحدود البحرية دون الإشارة إلى حده الدقيق، على سبيل المثال عن طريق تحديد أنه يستمر حتى يصل إلى المنطقة التي قد تتأثر فيها حقوق الأطراف الثالثة، وبالإضافة إلى ذلك وفيما يتعلق بالمنطقة لاحظت المحكمة كما يتضح من المذكرات المقدمة من الأطراف أن الجرف القاري الذي يتجاوز 200 ميل بحري موضوع تعيين الحدود في هذه القضية يقع بعيدا عن منطقة قاع البحار، وبناء

¹) Ibid: p. 88, Para. 329.

²) Ibid: p. 90, Paras. 337-340; p. 91.

³) Ibid: p. 97, Para. 363.

على ذلك فإن المحكمة من خلال رسم خط ترسيم الحدود لن تمس بحقوق المجتمع الدولي¹.

كما خلصت المحكمة إلى أنه من أجل الوفاء بمسئولياتها في هذه القضية يكون عليها التزام الفصل في النزاع وتحديد الجرف القاري بين الطرفين فيما وراء 200 ميل بحري ولا يخل هذا التحديد بتحديد الحدود الخارجية للجرف القاري²، وأن عدم تحديد الحدود الخارجية للجرف القاري الذي يتجاوز 200 ميل بحري لا يعني أن المحكمة يجب أن تمتنع عن تحديد وجود الحق في الجرف القاري وتحديد الجرف القاري بين الطرفين المعنيين³.

وبالنظر إلى الأدلة العلمية التي لا جدال فيها بشأن الطبيعة الفريدة لخليج البنغال والمعلومات المقدمة أثناء الإجراءات فإن المحكمة مقتنعة بوجود طبقة مستمرة وكبيرة من الصخور الرسوبية الممتدة من ساحل ميانمار إلى المنطقة التي تتجاوز 200 ميل بحري، ولاحظت المحكمة أن نص المادة 76 من الاتفاقية لا يدعم الرأي القائل بأن الأصل الجغرافي للصخور الرسوبية من الهامش القاري له صلة بمسألة استحقاق الجرف القاري أو أنه يشكل معيارا مسيطرا لتحديد ما إذا كان يحق للدولة الحصول على الجرف القاري؛ فالمحكمة ليست مقتنعة بحجج

¹) Ibid: p. 97, Para. 366–368.

1) Ibid: p. 103, Para. 394.

³) Ibid: p. 107, Para. 410.

بنجلاديش بأن ميانمار ليس لها حق في الجرف القاري الذي يتجاوز 200 ميل بحري؛ حيث لا تثبت البيانات والتحليلات العلمية المقدمة والتي لم يتم الطعن فيها أن الجرف القاري لميانمار يقتصر على 200 ميل بحري بل تشير إلى عكس ذلك، وبناء على ذلك خلصت المحكمة إلى أن لكل من بنجلاديش وميانمار استحقاقات في الجرف القاري الذي يتجاوز 200 ميل بحري، وتشير المذكرات المقدمة من بنجلاديش وميانمار بوضوح إلى أن استحقاقتهما تتداخل في المنطقة محل النزاع في هذه القضية¹.

ثم شرعت المحكمة في تحديد الجرف القاري الذي يتجاوز 200 ميل بحري وطبقت نفس طريقة تعيين الحدود المستخدمة في تحديد المنطقة الاقتصادية الخالصة والجرف القاري في حدود 200 ميل بحري².

ثم عالجت المحكمة مسألة المنطقة الرمادية التي تحدث في هذه القضية عندما يتجاوز خط التسوية المعدل المستخدم لتعيين حدود الجرف القاري 200 ميل بحري قبالة بنجلاديش ويستمر حتى يصل إلى 200 ميل بحري قبالة ميانمار، وفي هذا الصدد لاحظت المحكمة أن الأطراف تختلف في معالجة المنطقة الرمادية، ولاحظت أن الحدود التي تحدد المنطقة التي تتجاوز 200 ميل بحري من بنجلاديش ولكن ضمن 200 ميل بحري من ميانمار هي حدود تحدد الهوامش

¹) Ibid: pp. 115–116, Para. 446–449.

²)Ibid: p. 117, Para. 455.

القارية للأطراف لأنه في هذا المجال لا تتداخل سوى هوامشها القارية ولا مجال هنا لمسألة تحديد المناطق الاقتصادية الخالصة للأطراف حيث لا يوجد تداخل بين هذه المناطق¹، وبينت أنه في المنطقة الواقعة خارج المنطقة الاقتصادية الخالصة لبنجلاديش والتي تقع ضمن حدود المنطقة الاقتصادية الخالصة لميانمار تحدد الحدود البحرية حقوق الأطراف فيما يتعلق بقاع البحر للجرف القاري ولكنها لا تحد من حقوق ميانمار بخلاف ذلك فيما يتعلق بالمنطقة الاقتصادية الخالصة، وأشارت المحكمة إلى أن النظام القانوني للجرف القاري ظل يتعايش دائما مع نظام قانوني آخر في نفس المنطقة، وتوجد طرق عديدة يمكن للأطراف من خلالها ضمان الوفاء بالتزاماتهم بما في ذلك إبرام اتفاقات محددة أو وضع ترتيبات تعاونية مناسبة²، ثم وصفت المحكمة خط تعيين هذه المنطقة بين الطرفين ووضعت خريطة لها³.

التعليق على الحكم

علق بعض القضاة في إعلان مشترك أرفقوه بالحكم على تطور قانون ترسيم الحدود البحرية في المنطقة الاقتصادية الخالصة والجرف القاري بشكل ملحوظ على مدى السنوات الماضية، وذلك بفضل مساهمة التحكيم والمحاكم

¹) Ibid: pp. 119–120, Para. 463–471.

²) Ibid: p. 121, Para. 474–476.

³) Ibid: pp. 121–128, Para. 500–505; p. 129.

الدولية من خلال اجتهاداتها القضائية، وأنه حري بالمحكمة أن ترحب بهذه التطورات وأن تتبنى بشكل صارم منهجية تعيين الحدود الزوجية كما هي اليوم، مما يضيف مساهمتها في توحيد السوابق القضائية في هذا المجال، ويجب أن تدعم المحكمة بحزم نهج الخطوات الثلاث كما تم صياغته على مر السنين، كما يجب النظر في اختيار طريقة ترسيم الحدود في حالة معينة من منظور موضوعي تماما وبناءً على الاعتبارات الجغرافية لا سيما التحديد العام للخط الساحلي، فمن خلال إعادة التأكيد على هذه المبادئ الأساسية واحترامها ستسهم المحكمة إسهاماً كبيراً وإيجابياً في تطوير قانون ترسيم الحدود البحرية في السنوات القادمة¹.

وفيما يتعلق بترسيم حدود المنطقة الاقتصادية الخالصة والجرف القاري أبدى القاضي "Wolfrum" تحفظه على تعامل المحكمة مع جزيرة سانت مارتن؛ فأكد أنه كان ينبغي للمحكمة أن توضح الاعتبارات التي أخذتها في الحسبان إلا أنها لم تفعل، ولو كانت بينت هذه الاعتبارات لكانت وفرت أساساً لتطوير القاعدة العامة المفقودة حتى الآن في الممارسة الدولية، خاصة وأن المحكمة قد منحت للجزيرة فعالية كاملة في ترسيم حدود البحر الإقليمي، بينما عللت هنا بأن اعتبار الجزيرة ذات صلة من شأنه أن يسفر عن خط يسد الإسقاط باتجاه البحر من ساحل

¹) Joint Declaration of Judges Nelson, Chandrasekhara Rao and Cot: Judgment of 14 March 2012, in Dispute concerning delimitation of the maritime boundary between Bangladesh and Myanmar in the Bay of Bengal, List of cases: No. 16, Reports of Judgments, Advisory Opinions and Orders, ITLOS Reports 2012, pp. 134-135.

ميانمار ومن شأن ذلك أن يؤدي إلى تشويه لا مبرر له لخط تعيين الحدود، وهذه الحجة بصيغتها الحالية تبدو ذاتية؛ فلم يتم تقديم أية أسباب موضوعية لماذا لا يوجد ما يبرر التشويه، وهذا لا يفي بالمعايير الدولية المعنية هنا وهي الشفافية والقدرة على التنبؤ؛ وبذلك تكون المحكمة قد أضاعت الفرصة لتطوير القواعد تدريجياً بشأن الجزر في عملية ترسيم الحدود، وبالتالي الإسهام في التقاضي بشأن القواعد المتعلقة بترسيم الحدود البحرية، هذه المساهمة كانت مطلوبة بشكل خاص لأن الفقه القانوني الدولي حتى الآن يفتقر إلى التماسك اللازم بشأن هذه المسألة¹.

وبالنظر لتبرير المحكمة لعدم اعتبار جزيرة سانت مارتن ذات صلة في تحديد المنطقة الاقتصادية الخالصة والجرف القاري نجد بوضوح أن المحكمة اعترفت بأهمية جزيرة مارتن واعتبارها ميزة مهمة يمكن اعتبارها ظرفاً ذا صلة في القضية الحالية ولكن بسبب موقعها فإن تفعيلها في ترسيم المنطقة الاقتصادية الخالصة والجرف القاري سيؤدي إلى حجب خط الإسقاط باتجاه البحر من ساحل ميانمار بطريقة من شأنها أن تؤدي إلى تشويه لا مبرر له لخط تعيين الحدود، وبذلك يتضح أن المحكمة قد حرصت على عدم تشويه خط ترسيم الحدود مما قد يؤدي إلى زيادة كبيرة في تشويه تأثير الجزيرة على خط التسوية مع تحرك الخط

¹) Declaration of Judge Wolfrum: Judgment of 14 March 2012, in Dispute concerning delimitation of the maritime boundary between Bangladesh and Myanmar in the Bay of Bengal, List of cases: No. 16, Reports of Judgments, Advisory Opinions and Orders, ITLOS Reports 2012, pp. 136–140.

إلى ما بعد 12 ميل بحري من الساحل، وفي ذلك مراعاة للعدالة والحفاظ على حقوق الطرفين.

والمحكمة في اعتبار الجزيرة ظرفاً ذا صلة في ترسيم حدود البحر الإقليمي لم تجد ذلك سيؤثر سلباً على حقوق الطرفين وليست ملزمة في ظل ظروف القضية الحالية مع مراعاة الطبيعة الجغرافية للمكان أن تعتبر الجزيرة ذات صلة في تحديد المنطقة الاقتصادية الخالصة والجرف القاري، إلا أن الاعتبارات التي استندت إليها المحكمة وإن كانت واضحة للتبرير؛ فلا يوجد ما يمنع أن تتخذ المحكمة موقفاً أكثر قوة في وضع مبررات موضوعية بما يسهم في تطوير القواعد تدريجياً بشأن الجزر في عملية ترسيم الحدود البحرية.

وفيما يتعلق بترسيم الجرف القاري فيما يتجاوز 200 ميل بحري أكد القاضي "Cot" في رأيه المستقل إن القسم الخاص بترسيم الجرف القاري الذي يتجاوز 200 ميل بحري يستحق الترحيب بشكل خاص؛ فقد نفذت المحكمة أحكام اتفاقية الأمم المتحدة لقانون البحار بصورة مثمرة بهدف ضمان التعاون الفعال مع الأجهزة الأخرى المسؤولة عن تطبيق الاتفاقية وأبرزها لجنة حدود الجرف القاري، إلا أنه لديه تحفظ خطير فيما يتعلق بترسيم المنطقة الاقتصادية الخالصة والجرف القاري على بعد 200 ميل؛ حيث تخلت المحكمة عن خط التسوية بعد حوالي 30 ميلاً لصالح خط السميت، وهو ما اعتبره تحريفاً للمنهجية التي اتبعتها المحكمة في الترسيم، ولم يكن لديه اعتراض على نقطة البداية التي اختارتها المحكمة في رسم

خط التسوية المؤقت، ولكنه اعترض على نقطة النهاية؛ أي النقطة التي يتقاطع فيها الخط الذي يحدد المناطق الاقتصادية الخالصة والجرف القاري للطرفين مع الخط الذي يمثل الحد الأقصى البالغ 200 ميل بحري المقاس من خطوط الأساس للبحار الإقليمية للطرفين، ومن وجهة نظره كان من الصعب للغاية معرفة سبب امتناع المحكمة عن رسم خط تساوي مؤقت على طول الجرف القاري بالكامل، حتى النقطة التي تنتهي فيها مطالبات الأطراف اعترافًا بحقوق الأطراف الثالثة¹.

بينما أشاد القاضي "Wolfrum" بقرار المحكمة بشأن تعيين حدود الجرف القاري لما يزيد عن 200 ميل بحري؛ حيث تفتح آفاقا جديدة، وهي مسألة تم تجنبها في معظم الأحيان من قبل المحاكم والهيئات القضائية الدولية حتى الآن، وعليه فإن هذا الجزء من الحكم يسهم بشكل إيجابي في السوابق القضائية الدولية المتعلقة بترسيم الحدود البحرية، على الرغم من أن بعض الأسباب الإضافية قد عززت قبوله بالكامل من قبل الهيئات والمحاكم الدولية الأخرى².

ومن الملاحظ أن المحكمة باتباعها نهج القضاء والتحكيم الدوليين في آلية ترسيم الحدود يضيف مساهمة متميزة في توحيد السوابق القضائية في هذا المجال؛

¹) Opinion Individuelle de M. Le Juge Cot: Arrêt du 14 mars 2012, en Affaire du Délimitation de la frontière maritime dans le golfe du Bengale , Bangladesh c. Myanmar, Rôle des Affaires: No. 16, Recueil des Arrêts, Avis Consultatifs et Ordonnances, TIDM Recueil, 2012, pp. 184-196.

²) Declaration of Judge Wolfrum: Op. Cit. p. 140.

وهو ما سيسهم بدوره إسهاما كبيرا في تطوير قانون ترسيم الحدود البحرية، إلا أنني اتفق مع ما ذهب إليه عدد من قضاة المحكمة بضرورة أن تتسم أحكام المحكمة بحسم أكبر في اتباع هذا النهج المتطور ولا تقتصر على ما صيغ من المحاكم الدولية والتحكيم الدولي، بل عليها أن ترسم بأحكامها تطويراً أكبر تخطو فيه خطوات أكثر حسماً لتأخذ زمام المبادرة في تطوير قانون ترسيم الحدود البحرية الدولية.

وقد أصابت المحكمة بقرارها فيما يتعلق بتحديد الجرف القاري فيما يتجاوز 200 ميل بحري؛ حيث استخدمت بداية طريقة خطوط التسوية مع مراعاة الظروف ذات الصلة ثم عالجت مشكلة المنطقة الرمادية؛ وأكدت أن النظام القانوني للجرف القاري ظل يتعايش دائما مع نظام قانوني آخر في نفس المنطقة، والمحكمة بذلك طرقت مسألة تم تجنبها في معظم الأحيان من القضاء والتحكيم الدوليين، وهي بذلك تسهم إسهاما إيجابيا في السوابق القضائية الدولية المتعلقة بترسيم الحدود البحرية.

وتؤكد هذه المساهمات لهيئة المحكمة النتيجة الإيجابية المتوقعة من مبادرة المحكمة في تطوير القواعد الدولية لترسيم الحدود البحرية، وهي مهمة ينبغي أن تبادر هيئة المحكمة باتخاذها من تلقاء نفسها مستعينة بالقواعد القانونية والسوابق القضائية التي تمنحها هذا الحق.

قضية السفينة فرجينيا "M/V Virginia G"¹

السفينة "M/V Virginia G" ناقلة نفط ترفع علم بنما كانت وقت إلقاء القبض عليها في 21 أغسطس 2009م توفر زيت الغاز للسفن الأجنبية التي تصطاد في المنطقة الاقتصادية الخالصة لغينيا بيساو عندما ألقت سلطات الأخيرة القبض عليها بسبب بيعها غير المصرح به للوقود وبعد ذلك تم نقل السفينة إلى ميناء بيساو، وفي 27 أغسطس 2009م صادرت سلطات غينيا بيساو السفينة والمعدات الموجودة على متنها لممارسة متكررة للأنشطة المتعلقة بالصيد في شكل بيع غير مصرح به للوقود لسفن الصيد في المنطقة الاقتصادية الخالصة لها، وفي 20 سبتمبر 2010م أُفرج عن السفينة بقرار من سلطات غينيا بيساو²، وتم إبلاغ صاحب السفينة بالإفراج في 6 أكتوبر 2010م³.

¹ قضية التعويض عن الأضرار التي لحقت بالأشخاص والكيانات الذين لهم مصلحة في السفينة فرجينيا بين بنما وغينيا بيساو هي القضية التاسعة عشرة بقائمة قضايا المحكمة الدولية لقانون البحار.

²) Judgment of 14 April 2014, in M/V "Virginia G" Case between Panama and Guinea-Bissau, List of cases: No. 19, Reports of Judgments, Advisory Opinions and Orders, ITLOS Reports 2014, pp. 4-129, pp. 30-32, Paras. 55-64.

³) Ibid: p. 36, Para. 82.

وفي رسالة مؤرخة 4 يوليو 2011م أخطرت بنما المحكمة بالاتفاق الخاص المبرم بينهما لتقديم النزاع بشأن السفينة فرجينيا إلى المحكمة¹، ثم قدمت غينيا بيساو في مذكرتها المضادة دعوى مضادة²، وخلصت المحكمة بموجب أمر مؤرخ في 2 نوفمبر 2012م إلى قبول الدعوى المضادة³.

وفي حكمها تناولت المحكمة الاعتراض الأول الذي تقدمت به غينيا بيساو استنادا إلى الافتقار للصلة الحقيقية بين السفينة وبنما، ولاحظت المحكمة أنه بمجرد تسجيل السفينة تكون دولة العلم ملزمة بممارسة الولاية القضائية والسيطرة الفعليتين على تلك السفينة لضمان تشغيلها وفقا للوائح الدولية والإجراءات والممارسات المقبولة عموما، وهذا يعني الارتباط الحقيقي، وفي هذا الصدد لاحظت المحكمة أيضا أنه بناء على المعلومات المتاحة لها لا يوجد سبب للشك في أن بنما مارست ولاية وسيطرة فعلية على السفينة وقت وقوع الحادث، وخلصت

¹) Special Agreement, Notification submitted by Panama, 4 July 2011, Tribunal Official Site, List of Cases Case No. 19.

²) Counter-Memorial of the Republic of Guinea-Bissau, 28 May 2012, Tribunal Official Site, List of Cases Case No. 19.

³) Order of 2 November 2012, in M/V "Virginia G" Case, Panama v. List of cases: No. 19, Reports of Judgments, Advisory, Guinea-Bissau Opinions and Orders, ITLOS Reports 2012, pp. 309-317.

المحكمة إلى وجود صلة حقيقية بين بنما والسفينة وقت وقوع الحادث، وبالتالي رفضت الاعتراض الذي تقدمت به غينيا بيساو بهذا الشأن¹.

كما رفضت المحكمة الاعتراض الذي تقدمت به غينيا بيساو استنادا إلى حقيقة أن صاحب السفينة والطاقم ليسوا من رعايا بنما، وخلصت إلى أن السفينة تعتبر وحدة واحدة هي وطاقمها وشحناتها بالإضافة إلى مالكيها وكل شخص معني يعاملون ككيان مرتبط بدولة العلم، وبالتالي يحق لبنما رفع دعاوى فيما يتعلق بالانتهاكات لحقوقها بموجب الاتفاقية والتي أسفرت عن أضرار لهؤلاء الأشخاص أو الكيانات².

ورفضت المحكمة اعتراض غينيا بيساو القائم على عدم استفاد سبل المراجعة الداخلية ورأت المحكمة أن الحقوق الرئيسية التي تدعي بنما أن غينيا بيساو انتهكتها تشمل حق بنما في التمتع بحرية الملاحة والاستخدامات القانونية الأخرى للبحار في المنطقة الاقتصادية الخالصة للدولة الساحلية، وحققها في إنفاذ قوانين وأنظمة الدولة الساحلية، وبالتالي فالانتهاكات تصل إلى حد الإضرار المباشر ببنما، وخلصت المحكمة إلى أن دعوى بنما ككل قد رفعت على أساس الضرر الذي لحق بها، وأن المطالبة بالتعويض عن الأضرار التي لحقت

¹) Judgment of 14 April 2014, in M/V “Virginia G” Case: Op. Cit. p. 45–46, Paras. 113–114–117.

²) Ibid: p.48, Paras. 127& 129.

بالأشخاص والكيانات الذين لهم مصلحة في السفينة أو حمولتها ناشئة عن هذه الانتهاكات، وبالتالي فالمطالبات المتعلقة بهذا الضرر لا تخضع لقاعدة استنفاد سبل المراجعة الداخلية¹.

وفي مسألة ما إذا كانت غينيا بيساو في ممارستها لحقوقها السيادية فيما يتعلق باستكشاف الموارد الطبيعية واستغلالها وحفظها وإدارتها في منطقتها الاقتصادية الخالصة تتمتع باختصاص تنظيم تموين السفن الأجنبية الصيد في هذه المنطقة؛ أكدت المحكمة أن تنظيم دولة ساحلية لوقود السفن الأجنبية التي تقوم بالصيد في منطقتها الاقتصادية الخالصة هو من بين التدابير التي قد تتخذها الدولة الساحلية في منطقتها الاقتصادية الخالصة لحفظ وإدارة الموارد الحية، وخلصت المحكمة بالتالي إلى أن تموين السفن الأجنبية العاملة في صيد الأسماك في المنطقة الاقتصادية الخالصة هو نشاط يمكن أن تنظمه الدولة الساحلية المعنية وأن الدولة الساحلية مع ذلك لا تتمتع بمثل هذه الصلاحية فيما يتعلق بأنشطة تموين السفن الأخرى ما لم يتم تحديد خلاف ذلك وفقا للاتفاقية².

ثم تناولت المحكمة مسألة ما إذا كانت السفينة فرجينيا قد حصلت على الإذن اللازم لسفن الوقود؛ وفي هذا الصدد خلصت المحكمة بناء على الأدلة المعروضة عليها إلى أنه عندما تم إلقاء القبض عليها لم يكن لدى فرجينيا الإذن

¹) Ibid: pp.54-55, Paras. 157-160.

¹)Ibid: pp.69-70, Paras. 217&223.

الكتابي المطلوب بموجب تشريع غينيا بيساو لسفن الوقود¹، ولاحظت المحكمة أن عدم الحصول على إذن كتابي كان بالأحرى نتيجة سوء تفسير المراسلات بين ممثلي سفن الصيد والسلطات المختصة في غينيا بيساو وليس عن انتهاك متعمد لقوانين وأنظمة غينيا بيساو؛ لذلك رأت المحكمة أن مصادرة السفينة وزيت الغاز على متنها في ظروف القضية الحالية ليست ضرورية إما لمعاقبة المخالفة المرتكبة أو لردع السفن أو مشغليها عن تكرار هذا الانتهاك²، وعليه خلصت إلى أن مصادرة غينيا بيساو للسفينة وزيت الغاز على متنها كان انتهاكاً للفقرة 1 من المادة 73 من الاتفاقية³.

كما قررت المحكمة أن غينيا بيساو بإخفاقها في إخطار بنما بصفتها دولة العلم بالاحتجاز وإلقاء القبض على السفينة والإجراءات اللاحقة المتخذة ضد السفينة وحمولتها، قد انتهكت متطلبات الفقرة 4 من المادة 73 من الاتفاقية، وبالتالي حرمت بنما من حقها كدولة علم في التدخل في المراحل الأولية من الإجراءات المتخذة ضد السفينة وخلال الإجراءات اللاحقة⁴.

¹) Ibid: p. 76, Para. 248.

²) Ibid: p. 81, Para. 269.

³) Ibid: p. 82, Para. 271.

⁴) Ibid: p. 93, Para. 328.

ثم بحثت المحكمة مسألة الجبر؛ وعند تقييم مطالبات التعويض التي قدمتها
بنما خلصت المحكمة إلى أن الأضرار والخسائر فقط المتعلقة بقيمة زيت الغاز
المصادرة وتكلفة إصلاح السفينة هي نتائج مباشرة للمصادرة غير القانونية¹.

وبالتالي قررت المحكمة منح بنما تعويضا إجماليه 388.506.00 دولارا
أمريكا و146.080.80 يورو مع الفائدة، على النحو التالي²:

- قيمة 532.2 طنا من زيت الغاز المصادر بسعر 730 دولارا أمريكا
للطن بقيمة 388.506.00 دولارا أمريكا، بفائدة قدرها 2.86 في المائة مركبة
سنويا تدفع من 20 نوفمبر 2009م حتى تاريخ صدور الحكم الحالي.

- تكاليف إصلاح السفينة بقيمة و146.080.80 يورو، مع الفائدة بمعدل
3.165 في المائة مركبة سنويا تدفع من 18 مارس 2011م حتى تاريخ صدور
الحكم الحالي.

وكانت بنما قد طلبت أيضا التعويض في شكل ترضية أو اعتذار يقدم لها
عن انتهاك حقوقها والاتهامات المهينة التي لا أساس لها ضد السفينة ودولة العلم؛
وفي هذا الصدد لاحظت المحكمة أن الترضية يمكن أن تتخذ شكل إعلان قضائي،
والمحكمة قد أعلنت في حكمها أن غينيا بيساو تصرفت بصورة غير مشروعة

¹) Ibid: p. 121, Para. 445.

²) Ibid: p. 121, Para. 446.

وانتهكت حقوق بنما بمصادرة السفينة فرجينيا وحمولتها وانتهاك الالتزام بإخطار بنما بالقبض على السفينة والإجراءات اللاحقة المتخذة ضدها، وبذلك ترى المحكمة أن هذه الإعلانات تشكل جبرا مناسبا¹.

بينما قررت المحكمة عدم انتهاك غينيا بيساو لأحكام الاتفاقية فيما يتعلق بصعود السفينة وتفتيشها وإلقاء القبض عليها، حيث إن للدولة الساحلية الحق في الصعود إلى السفن المعنية وتفتيشها واعتقالها²، وكذلك فيما يتعلق بالإفراج الفوري عن سفن الصيد الموقوفة وطواقمها عند تقديم السندات المعقولة أو غيرها من الضمانات حيث لم تُفرض عقوبة بالسجن على أعضاء طاقم السفينة³، كما أنها لم تنتهك أحكام الاتفاقية المتعلقة بأنشطة الإنفاذ التي تضطلع بها الدولة الساحلية⁴، كما لم تجد المحكمة أن غينيا بيساو استخدمت القوة المفرطة التي أدت إلى إصابات جسدية أو تعريض حياة الإنسان للخطر أثناء صعود ونقل السفينة إلى ميناء بيساو⁵، كما لم تنتهك المبادئ الأساسية لسلامة الأرواح في البحر ومنع التصادم أثناء نقلها⁶.

¹) Ibid: p. 121, Para. 447-118.

²) Ibid: p. 66, Para. 207.

³) Ibid: pp. 87-88, Paras. 296-299.

⁴) Ibid: p. 99, Para. 348.

³) Ibid: p. 103, Para. 362.

⁶) Ibid: p. 105, Para. 375.

وقررت المحكمة عدم منح بنما تعويضاً عن خسارة الأرباح، وعدم منحها تعويضاً عن مطالباتها الأخرى¹؛ حيث خلصت المحكمة إلى أن بنما في هذا الصدد لم تقدم ما يفي بشرط وجود علاقة سببية بين مصادرة السفينة والمطالبات المقدمة، فالضرر المشار إليه والذي يتألف أساساً من فقدان السمعة يفتقر إلى علاقة السببية بالإجراء الذي اتخذته غينيا بيساو؛ فهو ضرر غير مباشر وبعيد للغاية بحيث لا يمكن تقييمه مالياً؛ وبناء على ذلك لا يمكن دعم مطالبة بنما للحصول على 10 % إضافية من التعويض².

¹) Ibid: p. 126, Para. 452/18-19.

²) Ibid: pp. 114 & 119, Para. 418 & 439-440.

التعليق على الحكم

استند اختصاص المحكمة على الاتفاق الخاص بين الطرفين بنقل النزاع إلى المحكمة، وعليه لم تواجه المحكمة مشكلة في مسألة تحديد اختصاصها القضائي، وإن كان تعليق المحكمة على اختصاصها يعزز مشكلة تنازع الاختصاص القضائي للمحكمة¹.

ويمثل قرار المحكمة مساهمة هامة في تطوير القانون الدولي للبحار؛ لأنه يوضح العديد من المسائل المتعلقة بسلطات أو حقوق الدولة الساحلية الحصرية في المنطقة الاقتصادية الخالصة، ومن بين هذه المسائل تلك التي أثبتت المحكمة أن تخزين سفن الصيد الأجنبية فيها نشاط مرتبط بالصيد؛ وبالتالي قد تنظمه الدولة الساحلية بموجب صلاحياتها المخولة بموجب الفقرة 1 من المادة 73 من الاتفاقية، وتعلن أن مصادرة السفن الأجنبية المتورطة في أنشطة الصيد في المنطقة الاقتصادية الخالصة لدولة ساحلية سواء كانت سفن صيد ملائمة أو سفن متورطة في أنشطة متعلقة بالصيد مثل تلك المتورطة في تموين سفن الصيد تدبير مشروع

¹ انظر في تفاصيل مشكلة تنازع الاختصاص القضائي للمحكمة المطلوب الأول من المبحث الرابع من هذا البحث، ص: 122.

قد تأخذ الدولة الساحلية في ممارسة حقوقها السيادية لاستكشاف واستغلال وحفظ وإدارة الموارد الحية في المنطقة الاقتصادية الخالصة¹.

وبذلك قد تميز الحكم كونه يسد فجوة في مجال تمويل سفن الصيد الأجنبية في المنطقة الاقتصادية الخالصة للدول الساحلية، وهي مسألة ظلت حتى الآن في المنطقة الرمادية من السوابق القضائية الدولية، إن القواعد الواردة في الحكم فيما يتعلق بتفسير حرية الملاحة واختصاص الدول الساحلية في التشريعات وتنظيم أنشطة تمويل السفن في المناطق الاقتصادية الخالصة التابعة لها توفر إرشادات واضحة لقطاع صناعة السفن والدول الساحلية التي يجب اتباعها في السنوات القادمة؛ وبالتالي فإن هذا الجزء من الحكم يساهم بشكل إيجابي في التطوير التدريجي للقانون الدولي².

وفيما يتعلق بقاعدة استنفاد سبل المراجعة الداخلية فقد اختلف معه بعض قضاة المحكمة في آراء مستقلة ومخالفة؛ حيث رأوا أن المحكمة جانبها الصواب فيه

¹) Dissenting Opinion of Judge Jesus: Judgment of 14 April 2014, in M/V “Virginia G” Case between Panama and Guinea-Bissau, List of cases: No. 19, Reports of Judgments, Advisory Opinions and Orders, ITLOS Reports 2014, pp. 338-358.

²) Declaration of Judge Gao: Judgment of 14 April 2014, in M/V “Virginia G” Case between Panama and Guinea-Bissau, List of cases: No. 19, Reports of Judgments, Advisory Opinions and Orders, ITLOS Reports 2014, pp. 134-141.

وكان عليها الفصل بين الضرر المباشر الذي أصاب الدولة والضرر غير المباشر الذي أصاب السفينة والأشخاص الموجودين على متنها، وحيث يرون أن السبب في المطالبة ورفع الدعوى أصلا هو الضرر الذي أصاب الأشخاص على متن السفينة وبذلك كان يجب استنفاد طرق المراجعة الداخلية قبل الفصل في الدعوى على اعتبارها دعوى حماية دبلوماسية، كما رأوا أن الأساس الذي كان يجب أن تنطلق المحكمة منه أن الدولة المدعى عليها لم تستطع إقناع المحكمة بأن هناك سبل مراجعة فعالة في نظامها القانوني المحلي لم تستفد، وعليه يتفقون مع القرار دون الاتفاق مع الأساس الذي قدمته المحكمة¹.

إلا أن المحكمة قد انتهجت ذات نهجها في قضية السفينة سايجا في اعتبار الضرر المباشر الذي أصاب دولة العلم هو أساس المطالبة وأن حقوق الدولة وحقوق الأشخاص على السفينة متداخلة ولا مجال للفصل بينهما في المطالبات وبناء على ذلك رأت عدم الحاجة لاستنفاد طرق المراجعة الداخلية، وبذلك ترسي المحكمة المبدأ الذي أقرته ابتداء في قضية السفينة سايجا والذي يقطع الطريق على أية دولة في التذرع بعدم استنفاد طرق المراجعة الداخلية لمنع الدولة من الحصول على التعويض على أساس التفرقة بين الدولة والأشخاص الموجودين على متن

¹) Joint Separate Opinion of Judges Cot and Kelly: Judgment of 14 April 2014, in M/V “Virginia G” Case between Panama and Guinea-Bissau, List of cases: No. 19, Reports of Judgments, Advisory Opinions and Orders, ITLOS Reports 2014, pp.164-171.

السفينة، ومما لا شك فيه أن هذا المبدأ يرسى عرفاً قضائياً يمثل طفرة في مجال المسؤولية الدولية بوجه عام وفي مجال عمل المحكمة بوجه خاص.

وفيما يتعلق برفض المحكمة تعويض بنما عن خسارة الأرباح فقد اختلف معه القاضي "Akl" وذلك لخلافه مع الأسس التي تستند إليها المحكمة في الواقع والقانون المعتمد في الحكم؛ ففي حين بينت المحكمة في حكمها أنه يحق لبنما في هذه القضية التعويض عن الأضرار التي لحقت بها والتعويض عن الأضرار أو الخسائر الأخرى التي تكبدها السفينة وجميع الأشخاص والكيانات المعنية في عملها نتيجة لمصادرة السفينة وحمولتها، ومع ذلك؛ رفضت التعويض المطلوب للحصول على الكسب الفائت حيث رأت المحكمة أن بنما فشلت في إقامة صلة مباشرة بين مصادرة السفينة والضرر الذي تطالب به على أنه خسارة في الربح، في حين يعتبر إنهاء عقد السفينة وفقدان الربح من النتائج المباشرة لاعتقال السفينة ومصادرتها؛ حيث مُنعت الشركة بمصادرتها غير القانونية من المشاركة في نشاطها التجاري وتكبد مالكاها خسائر كبيرة، كما كان الضرر الناتج من الربح الفائت ثابتاً وبالتالي يحق لبنما المطالبة بالتعويض عن الكسب الفائت، وعلى ذلك فإن قرار المحكمة برفض مطالبة بنما بالتعويض عن الكسب الفائت يتعارض مع قواعد القانون الدولي الراسخة الواردة في مشاريع المواد المتعلقة بمسؤولية الدول عن

الأفعال غير المشروعة دولياً التي اعتمدها لجنة القانون الدولي، كما أنه يخرج عن السوابق القضائية للمحاكم والهيئات القضائية الدولية¹.

وبذلك تكون المحكمة قد فوتت فرصة إقرار عرف قضائي خاص بها يتسق مع السوابق القضائية بوجه عام؛ وبإقرار التعويض عن الربح الفائت كانت المحكمة ستسهم جدياً في تسوية المنازعات الدولية البحرية حيث سيكون ذلك رادعاً للدول التي تعتقل السفن وطواقمها تعسفاً أو بالمخالفة للقواعد والأعراف الثابتة التي تحكم المناطق البحرية الدولية، وكون التعويض عن الربح الفائت مستقر فقهاً وقضائياً في عرف العلاقات الدولية وهو مما يحقق العدالة ويقدم الجبر المناسب للضرر سيمثل في ذاته محوراً هاماً في التسوية السلمية للمنازعات الدولية البحرية.

وبوجه عام ورغم قوة الأحكام الصادرة من المحكمة وتميزها وقدرتها على حسم العديد من المنازعات البحرية إلا أن المحكمة قد فوتت فرصاً عديدة في أحكامها كان يمكن من خلالها أن تكون أكثر حسماً سواء فيما يتعلق بإقرار اختصاصها أو فيما يتعلق بمبادئ قانونية كان من الممكن أن تسهم في تطوير المبادئ القانونية البحرية والتي تسهم بلا ريب في التسوية الشاملة للمنازعات

¹) Opinion individuelle de M. le juge Akl: Arrêt du 14 Avril 2014, en Affaire du Navire «Virginia G», Panama c. Guinée-Bissau, Rôle des Affaires: No. 19, Recueil des Arrêts, Avis Consultatifs et Ordonnances, TIDM Recueil, 2014, pp. 154-163.

الدولية البحرية وتعطي دور المحكمة قوة أكبر من المتاحة لها وذلك بدلا من تكبير نفسها بقيود تحد من فاعلية هذا الدور وتقلصه.

لذلك ينبغي أن تأخذ المحكمة زمام المبادرة في إرساء مبادئ أكثر قوة وتأثيرا في مجال التسوية السلمية للمنازعات الدولية وهي في ذلك لا تمنح نفسها سلطات غير متوافرة لديها بل تحسن استخدام وتفسير الوثائق الرئيسية التي تمنحها الاختصاص وتسهم في إرساء المبادئ والأعراف القضائية التي تطور الفقه القضائي الدولي وتضعها في مكانة تناسب تخصصها وطبيعة الدور الموكل إليها بل وتمنح الدول الثقة في هذا الدور بما يجعلها تبادر في عرض المنازعات التي تتعلق بها على المحكمة.

المبحث الثاني

دور غرفة منازعات قاع البحار في تسوية المنازعات

الأهمية الخاصة لمنطقة قاع البحار واستغلال ثرواتها وما قد يثيره ذلك من منازعات كان دافعا لإنشاء غرفة خاصة بمنازعات قاع البحار ووضع تنظيم كامل لعملها واختصاصاتها، ورغم هذا الاهتمام الجلي بالمنطقة إلا أن الغرفة حتى هذه اللحظات لم تنتظر على أرض الواقع منازعات أو يصدر عنها أحكام، وهو ما يثير تساؤل: ما مدى فاعلية دور غرفة منازعات قاع البحار في تسوية المنازعات الدولية البحرية؟ وللوقوف على ذلك ينبغي الوقوف على النظام القانوني والإجرائي للغرفة ثم عرض الرأي الاستشاري الوحيد الذي نظرتة.

تقسيم

المطلب الأول: النظام القانوني لغرفة منازعات قاع البحار.

المطلب الثاني: النظام الإجرائي لغرفة منازعات قاع البحار.

المطلب الثالث: الرأي الاستشاري الصادر عن غرفة منازعات قاع البحار.

المطلب الأول

النظام القانوني لغرفة منازعات قاع البحار

منحت وثائق المحكمة اهتماماً خاصاً لغرفة منازعات قاع البحار؛ سببه الأهمية الخاصة للمنازعات التي تتعلق بمنطقة قاع البحار وثرواتها، فنظم النظام الأساسي للمحكمة تشكيل الغرفة ونظام عملها، وحددت نصوص الاتفاقية تفصيلاً اختصاصات الغرفة.

أولاً: تشكيل غرفة منازعات قاع البحار

قررت اتفاقية قانون البحار إنشاء غرفة منازعات قاع البحار تابعة للمحكمة¹، تتكون من 11 عضواً، يختارهم أعضاء المحكمة المنتخبون من بينهم بالأغلبية، ويكفل في اختيار أعضاء الغرفة تمثيل النظم القانونية الرئيسية في العالم والتوزيع الجغرافي العادل ويجوز لجمعية السلطة أن تعتمد توصيات ذات طابع عام تتعلق بهذا التمثيل والتوزيع، يتم اختيار أعضاء الغرفة كل ثلاث سنوات ويجوز اختيارهم لفترة ثانية، وتنتخب الغرفة رئيسها من بين أعضائها ليتولى الرئاسة للفترة التي اختيرت لها الغرفة، فإذا حدث إن ظلت قضية قيد النظر في نهاية فترة السنوات الثلاث التي اختيرت لها الغرفة تنجز الغرفة هذه القضية بتشكيلها الأصلي، وإذا حدث شاغر في الغرفة تختار المحكمة من بين أعضائها المنتخبين

¹) United Nations Convention on the Law of the Sea, Op. Cit. Art. 186.

خلفا يشغل المنصب لما تبقى من فترة سلفه، ويقتضي تشكيل الغرفة توفر نصاب قانوني من سبعة أعضاء ممن اختارتهم المحكمة¹.

وخلال الدورة الثانية للمحكمة المعقودة في ٢٠ فبراير ١٩٩٧ تم اختيار تشكيل الغرفة من القضاة حسب ترتيب الأسبقية، وروعي في اختيارهم تمثيل النظم القانونية الرئيسية في العالم والتوزيع الجغرافي العادل، ثم قام أعضاء الغرفة بواجباتهم على الفور بعد أن انتخبوا الرئيس من بين أعضاء الغرفة².

تشكيل غرف مخصصة

يجوز لأي طرف في أي نزاع تكون لغرفة منازعات قاع البحار اختصاص به أن يطلب من الغرفة تشكيل غرفة مخصصة تتألف من ثلاثة أعضاء للغرفة³، وتحدد غرفة منازعات قاع البحار تشكيل هذه الغرفة بموافقة الأطراف، وإذا لم يتفق الأطراف على التشكيل يقوم كل طرف بتعيين عضو واحد ويعين العضو الثالث

¹) Statute of The International Tribunal for the Law of the Sea: Op. Cit. Art: 35.

²) Annual Report of the International Tribunal for the Law of the Sea For the Period 1996–1997, Meeting of States Parties, New York, 18–22 May 1998, Prepared by the Tribunal, SPLOS/27, 23 April 1998, pp. 7–8.

³) United Nations Convention on the Law of the Sea, Op. Cit. Art. 188, Para. 1/B.

بالاتفاق فيما بينهم، فإذا اختلفوا أو لم يقد أي طرف بالتعيين أجرى رئيس غرفة منازعات قاع البحار على الفور التعيين أو التعيينات من بين أعضائها بعد التشاور مع الأطراف، ولا يجوز أن يكون أعضاء الغرفة المخصصة عاملين في خدمة أي طرف من أطراف النزاع أو من رعاياه¹.

ثانياً: اختصاص غرفة منازعات قاع البحار

عهدت الاتفاقية والنظام الأساسي للمحكمة لغرفة منازعات قاع البحار باختصاصات هامة فيما يتعلق بمنطقة قاع البحار وثوراتها والمنازعات التي تنشأ بشأنها؛ وذلك للطبيعة الخاصة لهذه المنطقة والطبيعة الخاصة للمنازعات المتعلقة بها، وهي بذلك خصت الغرفة بدور له أهمية خاصة في تسوية المنازعات الدولية البحرية، وللغرفة اختصاص قضائي وآخر إفتائي، كما أن لها سلطة فرض تدابير مؤقتة حتى يتم الفصل في النزاع المعروض عليها.

الاختصاص القضائي

لغرفة منازعات قاع البحار ولاية قضائية في الفئات التالية من المنازعات المتعلقة بالأنشطة في المنطقة²:

¹) Statute of The International Tribunal for the Law of the Sea: Op. Cit. Art: 36.

²) United Nations Convention on the Law of the Sea, Op. Cit. Art. 187.

1. المنازعات بين الدول الأطراف بشأن تفسير أو تطبيق هذا الجزء والمرفقات المتصلة به.

2. المنازعات بين دولة طرف والسلطة بشأن:

أ. أي عمل أو امتناع لدولة طرف يدعى أنه انتهاك لقواعد المنظمة لقاع البحار أو لقواعد السلطة وأنظمتها وإجراءاتها المعتمدة وفقا لها.

ب. أي أعمال للسلطة يدعى أنها تجاوز لولايتها أو إساءة لاستعمال السلطات.

3. المنازعات بين أطراف في عقد ما، سواء كانت دولا أطرافا أو كانت السلطة أو المؤسسة أو مؤسسات حكومية أو أشخاصا طبيعيين أو اعتباريين بشأن ما يلي:

1. تفسير أو تطبيق عقد ذي صلة بالموضوع أو خطة عمل.

2. أي عمل أو امتناع لطرف في العقد يتعلق بالأنشطة في المنطقة وموجهة نحو الطرف الآخر أو تؤثر مباشرة بمصالحه المشروعة.

3. المنازعات بين السلطة ومتعاقد محتمل تكون قد زكته دولة وأوفى على النحو الواجب بالشروط، بشأن رفض التعاقد أو بشأن مسألة قانونية تنشأ خلال التفاوض على العقد.

4. المنازعات بين السلطة ودولة طرف أو مؤسسة حكومية أو شخص طبيعي أو اعتباري تزكيه دولة طرف، ويدعى فيها أن المسؤولية تقع على السلطة.

5. أي نزاع آخر ينص صراحة في هذه الاتفاقية على ولاية الغرفة بشأنه.

ومن الملاحظ هنا أن ولاية غرفة منازعات قاع البحار ولاية إجبارية بالنسبة لهذه المسائل المتعلقة بالجوانب المختلفة لاستغلال ثروات التراث المشترك في المنطقة ولا يؤثر اختيار الدولة لأحد إجراءات التسوية الأخرى على التزامها بقبول ولاية غرفة منازعات قاع البحار في هذه الحالات¹.

ويجوز بناء على طلب أطراف النزاع إحالة المنازعات إلى غرفة خاصة في المحكمة الدولية لقانون البحار أو إلى غرفة مخصصة تابعة لغرفة منازعات قاع البحار، وتحال المنازعات المتعلقة بتفسير عقد أو تطبيقه بناء على طلب أي طرف في النزاع، إلى التحكيم الملزم ما لم يتفق الأطراف على غير ذلك، ولا يكون لمحكمة التحكيم التي يحال إليها النزاع اختصاص الفصل في أية مسألة تتعلق بتفسير هذه الاتفاقية، وحين ينطوي النزاع كذلك على مسألة تتعلق بتفسير الأحكام الخاصة بالأنشطة في المنطقة تحال تلك المسألة إلى غرفة منازعات قاع البحار لإصدار قرار بشأنها، وإذا قررت محكمة التحكيم عند بدء أي تحكيم من هذا النوع أو في أثناءه سواء بناء على طلب أي طرف في النزاع أو من تلقاء نفسها، أن قرارها يتوقف على قرار صادر عن غرفة منازعات قاع البحار؛ كان على محكمة التحكيم أن تحيل هذه المسألة إلى غرفة منازعات قاع البحار لإصدار ذلك القرار،

¹ (أ.د/ صلاح الدين عامر: القانون الدولي للبحار، مرجع سابق، ص: 602.

وتشرع محكمة التحكيم بعدها في إصدار حكمها على نحو يتفق مع قرار منازعات قاع البحار¹.

فإلى جانب الاختصاص الإلزامي للغرفة؛ يجوز في الحالات الأخرى التي يتفق فيها الأطراف اللجوء لغرفة خاصة تابعة لغرفة منازعات قاع البحار، وفي هذه الحالة لا يلتزم الأطراف باللجوء لهذه الغرف الخاصة إلا بالاتفاق، كما يمنح النص محكمة التحكيم سلطة تقدير ما إذا كان حكمها يحتاج لقرار من الغرفة وهذه السلطة التقديرية تجعل دور الغرفة مرتبط بما تقرره محكمة التحكيم ويهمش من فاعلية دورها في تسوية المنازعات، إلا أن المحكمة ستكون ملزمة في هذه الحالة بإصدار حكمها بما يتوافق مع قرار الغرفة، وإن كان من الأفضل إحالة النزاع ذاته للغرفة كونها الأكثر تخصصا في نظر المنازعات المتعلقة بالمنطقة وهي الأقدر بحكم الخبرة الفنية والقانونية على حسم النزاع.

وليس لغرفة منازعات قاع البحار ولاية بشأن ممارسة السلطة لصلاحياتها التقديرية، وليس لها في أي حال أن تحل تقديرها محل تقدير السلطة؛ فليس لغرفة منازعات قاع البحار في ممارستها لولايتها أن تبدي رأيا بشأن مسألة ما إذا كان أي من قواعد السلطة وأنظمتها وإجراءاتها مطابقا للاتفاقية ولا أن تعلن بطلان أي من هذه القواعد أو الأنظمة أو الإجراءات، وتقنصر ولايتها في هذا الصدد على البت في الادعاءات بأن تطبيق أي من قواعد السلطة وأنظمتها وإجراءاتها في الحالات

¹) United Nations Convention on the Law of the Sea, Op. Cit. Art. 188.

الفردية يتعارض مع الالتزامات التعاقدية أو إساءة استعمال السلطات، وكذلك مطالب التعويض المالي عن الأضرار أو غيرها من التعويضات التي تقدم إلى الطرف المعني نتيجة عدم تقيد الطرف الآخر بالتزاماته التعاقدية أو التزاماته بموجب هذه الاتفاقية¹.

ومما لا شك فيه أحد الحد من دور غرفة منازعات قاع البحار فيما يتعلق بممارسة سلطة قاع البحار لصلاحياتها التقديرية هو أحد القيود التي تعوق تفعيل دور الغرفة في تسوية المنازعات الدولية البحرية المتعلقة بقاع البحار وتجعل أطراف النزاع تفضل اللجوء لجهات قضائية أخرى غير المحكمة لحل النزاع القائم بينهم.

التدابير المؤقتة

بالنسبة للأنشطة في المنطقة يجوز لغرفة منازعات قاع البحار أن تفرض تدابير مؤقتة أو تعديلها أو تلغيها ريثما يتم تشكيل محكمة تحكيم؛ إذا رأت بصورة مبدئية أن المحكمة التي ستشكل ستكون ذات اختصاص وأن الصفة العاجلة للحالة تتطلب ذلك، وللمحكمة التي أحيل إليها النزاع بمجرد تشكيلها أن تعدل أو تلغي أو تؤكد تلك التدابير المؤقتة².

¹) Ibid: Art. 189.

²) Ibid: Art. 290, Para. 5.

وبذلك يكون للغرفة ذات السلطة المقررة لهيئة المحكمة ذاتها فيما يتعلق بالاختصاص القضائي مما يدعم أهمية تفعيل دور الغرفة في تسوية المنازعات المتعلقة بالمنطقة بما يسهم في منع تفاقم النزاع حتى يعرض على المحكمة المختصة للنظر فيه، مع الاحتفاظ للمحكمة المختصة بحق تعديل أو إلغاء أو تأكيد هذه التدابير وهو ما يحافظ على حقوق جميع الأطراف.

الآراء الاستشارية

تصدر غرفة منازعات قاع البحار، عندما تطلب إليها الجمعية أو مجلس السلطة الدولية لقاع البحار ذلك، آراء استشارية في المسائل القانونية التي تنشأ داخل نطاق أنشطتها، وتصدر هذه الآراء الاستشارية بصورة مستعجلة¹.

ولا يجوز لدولة طرف أو للأمين العام للسلطة طلب الرأي الاستشاري، وهذه الآراء الاستشارية لا تتمتع بالقوة الإلزامية التي يتمتع بها الحكم الصادر عن الغرفة أو المحكمة إلا أن لها أهميتها في حمل الجهة الطالبة له على احترامها والعمل بموجبها كما هو الشأن في الآراء الاستشارية الصادرة من محكمة العدل الدولية²، وقد أصدرت الغرفة رأيا استشاريا واحدا³.

¹) Ibid: Art. 159, Para .10; Art. 191.

²) أ.د/ صلاح الدين عامر: القانون الدولي للبحار، مرجع سابق، ص: 604.

³) نعالجه في المطلب الثالث من هذا المبحث؛ ص: 80.

وفيما يتعلق باختصاص تقديم الآراء الاستشارية فقد ورد النص عليه بشكل صريح على عكس ما حدث مع هيئة المحكمة ذاتها ومنحت هذه الآراء طابع الاستعجال بما يؤكد أهمية الدور القانوني الذي يمكن أن تلعبه الآراء الاستشارية الصادرة عن غرفة منازعات قاع البحار في تقاضي أو حسم الخلافات التي قد تتور بشأن النشاط في المنطقة ورغم ذلك لم يتم اللجوء إلى هذه الميزة بصورة تمكن من تفعيل الدور القانوني الاستشاري للغرفة.

ورغم القوة الظاهرة في تشكيل واختصاص الغرفة والذي يماثل النظام العام للمحكمة في كثير من الأمور إلا أن دور الغرفة حتى الآن لم يفعل في تسوية المنازعات المتعلقة بمنطقة قاع البحار، ومن الأهمية بمكان دعم دور الغرفة في تسوية المنازعات المتعلقة بالمنطقة بما يدعم دور المحكمة.

المطلب الثاني

النظام الإجرائي لغرفة منازعات قاع البحار

يتشابه النظام الإجرائي لغرفة منازعات قاع البحار مع النظام المعمول به في المحكمة ويعتبر الحكم الصادر من الغرفة حكماً من المحكمة؛ فمع مراعاة أحكام الاتفاقية والقواعد المتعلقة بها على وجه التحديد تخضع الإجراءات أمام غرفة منازعات قاع البحار وغرفها المخصصة للقواعد المنطبقة في القضايا الخلافية المعروضة على المحكمة¹.

اللجوء لغرفة منازعات قاع البحار

يكون اللجوء إلى الغرفة متاحاً للدول الأطراف وللسلطة وللكيانات الأخرى المسموح لها، وتطبق الغرفة بالإضافة إلى أحكام الاتفاقية قواعد السلطة وأنظمتها وإجراءاتها المعتمدة وفقاً للاتفاقية وأحكام العقود المتعلقة بالأنشطة في المنطقة في المسائل المتعلقة بتلك العقود².

¹) Rules of the Tribunal, Op. Cit. Art. 115.

²) Statute of the International Tribunal for the Law of the Sea: Op. Cit. Arts. 37-38.

إقامة الدعوى أمام الغرفة

تتخذ طريقة رفع الدعاوى أمام الغرفة ذات طريقة رفعها أمام هيئة المحكمة، والتي تتخذ الشكل المتعارف عليه في رفع الدعاوى أمام القضاء الدولي بصفة عامة؛ فتأخذ شكل إعلان كتابي في حالة التعهد المسبق، أو شكل إخطار باتفاق خاص إذا كان الاتفاق لاحق على نشوب النزاع.

أولاً: تقديم طلب من أحد الأطراف

عند إقامة الدعوى أمام الغرفة عن طريق تقديم طلب يشار فيه إلى¹:

1. اسم مقدم الطلب، وإذا كان مقدم الطلب شخصاً طبيعياً أو اعتبارياً فيشار إلى الإقامة الدائمة أو العنوان أو عنوان المكتب المسجل لها.
2. اسم المدعى عليه، وإذا كان المدعى عليه شخصاً طبيعياً أو اعتبارياً؛ فيشار إلى الإقامة الدائمة أو العنوان أو عنوان المكتب المسجل لها.
3. الدولة الراعية في أي حالة يكون فيها مقدم الطلب شخصاً طبيعياً أو اعتبارياً أو مؤسسة حكومية.
4. الدولة الراعية للمدعى عليه في أي حالة يكون فيها الطرف الذي تم رفع الدعوى ضده هو شخص طبيعياً أو اعتبارياً أو مشروع حكومي.

¹) Rules of the Tribunal, Op. Cit. Art. 117.

5. عنوان للخدمة في مقر المحكمة.
 6. موضوع النزاع والأسباب القانونية التي يستند إليها الاختصاص، والطبيعة الدقيقة للمطالبة مع بيان الوقائع والأسباب القانونية التي تستند إليها المطالبة.
 7. القرار أو التدبير الذي طلبه مقدم الطلب.
 8. الدليل الذي تم تأسيس الطلب عليه.
- ويجب تقديم الطلب إلى المدعى عليه، كما يجب تقديم الطلب أيضا في الدولة الراعية في حال كان المودع أو المدعى عليه شخصا طبيعيا أو اعتباريا أو مؤسسة حكومية¹، وفي غضون شهرين بعد تقديم الطلب يجب على المدعى عليه أن يقدم دفاعا يوضح²:
1. اسم المدعى عليه، وإذا كان المدعى عليه شخصا طبيعيا أو اعتباريا، فيتم الإشارة إلى الإقامة الدائمة أو العنوان أو عنوان المكتب المسجل لها.
 2. عنوان للتواصل مع مقر المحكمة.
 3. المسائل محل النزاع بين الطرفين والوقائع والأسس القانونية التي يقوم عليها الدفاع.

¹) Ibid: Art. 118, Para. 1.

²) Ibid: Art. 118, Para. 2.

4. القرار أو التدبير الذي طلبه المدعى عليه.

5. الدليل الذي أسس الدفاع عليه.

وبناء على طلب المدعى عليه يجوز لرئيس الغرفة تمديد المهلة إذا اقتنع بوجود مبرر مناسب للطلب¹.

ثانياً: الإخطار باتفاق خاص

عندما يتم رفع الدعاوى أمام الدائرة عن طريق الإخطار باتفاق خاص يجب أن يشير الإخطار إلى²:

1. أطراف القضية وأية دول راعية للأطراف.

2. موضوع النزاع والطبيعة الدقيقة لمطالب الأطراف مع بيان بالوقائع والأسباب القانونية التي تستند إليها المطالبات.

3. القرارات أو التدابير التي طلبها الطرفان.

4. الأدلة التي تستند إليها المطالبات.

¹) Ibid: Art. 118, Para. 3.

²) Ibid: Art. 120.

5. يقدم الإخطار أيضا معلومات تتعلق بمشاركة الدول الأطراف الراقية ومثولها في الإجراءات.

من الملاحظ هنا أن الغرفة تسمح للأشخاص الطبيعيين أو الاعتباريين باللجوء إلى الغرفة في حال وجود منازعات تتعلق باختصاصها، وهو من التطورات التي انفردت بها المحكمة الدولية لقانون البحار في نظامها القانوني بشكل مباشر، مع تنظيم هذا الوضع بما يتوافق مع القواعد الثابتة في القانون الدولي الإجرائي حيث أجازت للدولة المعنية أن تتدخل في القضية وتمثل في الإجراءات أمام الغرفة وفقا لما تنظمه قواعد عملها، كما أجاز للدول الراقية للشخص الطبيعي أو الاعتباري الاشتراك في الدعوى.

اشتراك الدول في الدعوى وحضورها لها

عندما يكون شخص طبيعي أو اعتباري طرفا في أي نزاع يعرض أمام الغرفة يتم إخطار الدولة الطرف المعنية بذلك ويكون لها حق الاشتراك في الدعوى بتقديم بيانات كتابية أو شفوية، وإذا رفعت دعوى ضد دولة طرف من قبل شخص طبيعي أو اعتباري تزكيه دولة طرف أخرى في نزاع يخص الغرفة، جاز للدولة المدعى عليها أن تطلب إلى الدولة المعنية أن تحضر الدعوى نيابة عن ذلك

الشخص، وفي حالة عدم حضور الدولة المعنية يجوز للدولة المدعى عليها أن تتخذ الترتيبات لكي تكون ممثلة بشخص اعتباري من رعاياها¹.

في غضون شهرين بعد استلام الطلب؛ عندما يكون المدعى عليه دولة طرف في قضية رفعها شخص طبيعي أو اعتباري برعاية دولة طرف أخرى في نزاع يجوز للدولة المدعى عليها أن تقدم طلبا لكي تمثل الدولة مقدمة الطلب في الإجراءات بالنيابة عن مقدم الطلب، ويجب إرسال إشعار الطلب المقدم إلى مقدم الطلب والدولة الراعية له، فإذا لم تشر الدولة الراعية في غضون مهلة زمنية محددة من قبل رئيس الغرفة، إلى أنها ستمثل في الإجراءات نيابة عن مقدم الطلب يجوز للدولة المدعى عليها أن تعين شخصا اعتباريا من جنسيتها لتمثيلها، وفي غضون شهرين بعد استلام الطلب بشأن الدولة الراعية للطرف يجوز لهذه الدولة أن تقدم إشعارا خطيا بعزمها على تقديم بيانات مكتوبة أو شفوية، وعند استلام هذا الإشعار يحدد رئيس الدائرة المهلة الزمنية التي يجوز للدولة الراعية خلالها تقديم بياناتها المكتوبة، ويتم إخطار الدولة الراعية بهذا المهلة، كما يتم إخطارها بتاريخ الجلسة، وترسل البيانات المكتوبة إلى الطرفين وإلى أية دولة راعية أخرى للطرف، وبناء على طلب المدعى عليه أو دولة راعية يجوز لرئيس الغرفة تمديد المهلة الزمنية إذا اقتنع بوجود مبرر مناسب للطلب².

¹)United Nations Convention on the Law of the Sea, Op. Cit. Art. 190.

²) Rules of the Tribunal, Op. Cit. Art. 119.

ومما لا شك فيه أن هذا النظام يحقق التكافؤ بين طرفي الدعوى حيث يسمح لدولة الشخص الطبيعي أو الاعتباري المدعي أو الدولة لراعية لها أن تمثل في الإجراءات أمام المحكمة نيابة عنه بناء على طلب الدولة المدعى عليها وإلا كان لتلك الأخيرة حق اختيار شخص اعتباري لتمثيلها في الدعوى؛ مما يحقق مصلحة جميع أطراف النزاع ويسهم في تسويته تسوية سلمية وفقا لحل قانوني حاسم للنزاع.

الإجراءات المرفوعة بالنيابة عن السلطة الدولية لقاع البحار

يباشر المجلس رفع الدعوى بالنيابة عن السلطة الدولية لقاع البحار عن طريق تقديم طلب؛ ويجب أن يكون الطلب مصحوبا بنسخة مصدقة من قرار المجلس الذي يستند إليه والسجلات الكاملة لجميع المناقشات داخل السلطة الدولية لقاع البحار بشأن هذه المسألة¹.

ويجوز للمجلس أن يأذن أو يوجه بعملية تقديم مرافعات أخرى إذا تمت الموافقة على ذلك أو إذا قررت الغرفة أو قررت بناء على طلب طرف ما أن هذه المرافعات ضرورية، ويحدد رئيس الغرفة المهل الزمنية التي يتم خلالها رفع هذه المرافعات².

¹) Ibid: Art. 122..

²) Ibid: Art. 121.

مسألة مقدمة من هيئة تحكيم تجارية

عندما تحيل هيئة تحكيم تجارية إلى الغرفة مسألة تفسير الجزء الحادي عشر من الاتفاقية والمرفقات المتعلقة بها؛ فإن الوثيقة التي تقدم السؤال إلى الغرفة يجب أن تحتوي على بيان دقيق للمسألة ويراقتها جميع المعلومات والوثائق ذات الصلة التي تدعم الطلب، وعند استلام الوثيقة يحدد رئيس الغرفة مهلة زمنية لا تزيد عن ثلاثة أشهر يجوز للطرفين في الإجراءات أمام هيئة التحكيم ويجوز للدول الأطراف تقديم ملاحظاتها الخطية على المسألة، ويتم إخطار أطراف الدعوى والدول الأطراف بالموعد المحدد، كما يتم إخطار الدول الأطراف بمحتويات الطلب، ويحدد رئيس الغرفة موعداً لجلسة استماع إذا قام أحد الأطراف في غضون شهر واحد من انقضاء المهلة المحددة لتقديم الملاحظات الكتابية بتقديم إشعار كتابي بقراره إلى المحكمة نية تقديم الملاحظات الشفوية، وتصدر الغرفة حكمها في شكل حكم¹.

خلاصة القول إن النظام الإجرائي لغرفة منازعات قاع البحار يتميز بالقوة والثبات أضف إلى ذلك ما فيه من مرونة من حيث حق المثل وكيفية تقديم المستندات، وفي النهاية يتميز بذات القوة الإلزامية التي يتميز بها حكم المحكمة ويعتبرا حكماً صادراً عن المحكمة.

¹Ibid: Art. 123.

المطلب الثالث

الرأي الاستشاري الصادر عن غرفة منازعات قاع البحار

لم يعرض على غرفة منازعات قاع البحار رغم السلطات الكبيرة الممنوحة لها أية منازعات حتى الآن؛ ولم يطلب منها سوى رأي استشاري واحد من مجلس السلطة الدولية لقاع البحار؛ وإن كان هذا الرأي الاستشاري غير ملزم كطبيعة الآراء الاستشارية عموماً ولا يقدم في حد ذاته حلاً لمنازعة قائمة؛ إلا أنه بلا شك يسهم في تحديد الوضع القانوني بما يسهل تسوية المنازعات أو تفاديها، وفيما يلي نعرض لهذا الرأي الاستشاري مع تحليل مدى مساهمته في تسوية المنازعات البحرية أو تفاديها.

مسئوليات والتزامات الدول فيما يتعلق بالأنشطة في منطقة قاع البحر¹

سبق طلب الرأي الاستشاري أحداثاً تمثلت في تلقي السلطة في 10 أبريل 2008م، طلبين للموافقة على خطة عمل للتنقيب في المناطق المحجوزة لإدارة الأنشطة من قبل السلطة من خلال المؤسسة أو بالاشتراك مع الدول النامية، وتم تقديم هذه الطلبات من قبل شركتين إحداهما برعاية جمهورية ناورو والأخرى برعاية مملكة تونجا، وفي 1 مارس 2010م، أحالت جمهورية ناورو إلى الأمين العام للسلطة اقتراحاً للحصول على رأي استشاري من الغرفة بشأن عدد من الأسئلة

¹ (الرأي الاستشاري المقدم لغرفة منازعات قاع البحار هو القضية السابعة عشرة بقائمة قضايا المحكمة الدولية لقانون البحار.

المحددة المتعلقة بمسئولية الدول الراعية، وأدرج اقتراح ناورو في جدول أعمال الدورة السادسة عشرة للمجلس، وقرر المجلس عدم اعتماد الاقتراح بالصيغة التي وضعتها ناورو في ضوء رغبات العديد من المشاركين في النقاش، وقررت طلب فتوى بشأن ثلاثة أسئلة أكثر تجريدية بصياغة موجزة¹.

طلب الرأي الاستشاري

برسالة مؤرخة 11 مايو 2010م، أحال الأمين العام للسلطة الدولية لقاع البحار إلى غرفة منازعات قاع البحار طلبا بشأن قرار مجلس السلطة بطلب الحصول على رأي استشاري بشأن المسائل التالية²:

1. ما هي المسؤوليات والالتزامات القانونية للدول الأطراف في الاتفاقية فيما يتعلق برعاية الأنشطة في المنطقة وفقا للاتفاقية، واتفاق عام 1994م، المتعلق بتنفيذ الجزء الحادي عشر من الاتفاقية؟

¹) Advisory Opinion of 1 February 2011, about Responsibilities and obligations of States Sponsoring Persons and Entities with Respect to Activities in the Area, Request for Advisory Opinion Submitted to the Seabed Disputes Chamber, List of cases: No. 17, Reports of Judgments, Advisory Opinions and Orders, ITLOS Reports 2011, p. 10-78, pp. 16-17, Para.4.

²) Ibid: pp. 14-15, Para. 1.

2. ما مدى مسؤولية الدولة الطرف عن أي عدم امتثال لأحكام الاتفاقية، واتفاق عام 1994م، من جانب كيان رعته بموجب الاتفاقية؟

3. ما هي التدابير الضرورية والملائمة التي يجب على الدولة الراعية اتخاذها للوفاء بمسئوليتها بموجب الاتفاقية، واتفاق عام 1994م؟

الرأي الاستشاري

فيما يتعلق باختصاصها خلصت الغرفة إلى أنه كان هناك طلب صحيح من مجلس السلطة الدولية لقاع البحار، وأن الأسئلة التي أثارها المجلس كانت ذات طبيعة قانونية، وتدرج هذه المسائل القانونية في نطاق أنشطة المجلس لأنها تتعلق بممارسة صلاحياته ووظائفه بما في ذلك سلطته في الموافقة على خطط العمل¹؛ وعليه قررت أن لها اختصاص إعطاء الرأي الاستشاري المطلوب وقررت تقديمه².

الإجابة على السؤال الأول³

الدول الراعية لها نوعان من الالتزامات بموجب الاتفاقية والصكوك ذات

الصلة:

¹) Ibid: pp. 24–26, Paras. 31–45.

²) Ibid: p. 74, Para. 242/1–2.

³) Ibid: p. 74–75, Para. 242/3.

1. الالتزام بضمان امتثال المقاولين المكفولين لشروط العقد والالتزامات المنصوص عليها في الاتفاقية والصكوك ذات الصلة، وهذا التزام بالعناية الواجبة؛ حيث تلتزم الدولة الراعية ببذل أقصى جهد ممكن لضمان امتثال المقاولين المكفولين.

قد يختلف معيار العناية الواجبة بمرور الوقت ويعتمد على مستوى المخاطرة وعلى الأنشطة المعنية، ويتطلب التزام العناية الواجبة من الدولة الراعية اتخاذ تدابير في إطار نظامها القانوني تتكون من قوانين ولوائح وإجراءات إدارية، والمعيار المطبق هو وجوب أن تكون التدابير مناسبة بشكل معقول.

1. الالتزامات المباشرة التي يجب على الدول الراعية أن تمتثل لها بشكل مستقل عن التزامها بضمان سلوك معين من جانب المقاولين المكفولين، قد يُنظر أيضاً إلى الامتثال لهذه الالتزامات كعامل ذي صلة في الوفاء بالتزام العناية الواجبة للدولة الراعية¹، والدولة الراعية ملزمة بالحرص الواجب

¹ أهم الالتزامات المباشرة للدولة الراعية هي:

1. الالتزام بمساعدة السلطة الدولية لفاع البحار على النحو المحدد في الاتفاقية.
2. الالتزام بتطبيق نهج احترازي على النحو الوارد في المبدأ 15 من إعلان ريو والمبين في لوائح العقيدات ولوائح الكبريتيدات؛ ويعتبر هذا الالتزام أيضاً جزءاً لا يتجزأ من التزام العناية الواجبة للدولة الراعية ويكون قابلاً للتطبيق خارج نطاق اللوائح.
3. الالتزام بتطبيق أفضل الممارسات البيئية المنصوص عليها في لوائح الكبريتيد ولكن قابلة للتطبيق على قدم المساواة في سياق لوائح العقيدات.

لضمان امتثال المتعاقد المشمول بالتزامها بإجراء تقييم للأثر البيئي؛ حيث يعد الالتزام بإجراء تقييم للأثر البيئي أيضا التزاما عاما بموجب القانون الدولي، كما ينص على أنه التزام مباشر لجميع الدول في الاتفاقية، وكجزء من التزام الدولة الراعية بمساعدة السلطة بموجب الاتفاقية.

وتنطبق الالتزامات من كلا النوعين بالتساوي على الدول المتقدمة والدول النامية ما لم ينص على وجه التحديد على خلاف ذلك في الأحكام المعمول بها، كما يجب تنفيذ أحكام الاتفاقية التي تأخذ في الاعتبار المصالح والاحتياجات الخاصة للدول النامية تنفيذا فعالا بهدف تمكين الدول النامية من المشاركة في التعدين في قاع البحار العميق على قدم المساواة مع الدول المتقدمة.

الإجابة على السؤال الثاني¹

تنشأ مسؤولية الدولة الراعية عن عدم وفائها بالتزاماتها بموجب الاتفاقية والصكوك ذات الصلة، وعدم قيام المقاول المكفول بالامتثال لالتزاماته لا يؤدي في حد ذاته إلى مسؤولية الدولة الراعية؛ فالشروط اللازمة لمسؤولية الدولة الراعية هي عدم الاضطلاع بمسئولياتها بموجب الاتفاقية، وحدوث الضرر.

4. الالتزام باعتماد تدابير لضمان توفير الضمانات في حالة صدور أمر طارئ من قبل الهيئة لحماية البيئة البحرية.

5. الالتزام بتوفير اللجوء للحصول على تعويض.

¹) Ibid: p.76-77, Para. 242/4.

ومسئولية الدولة الراعية لعدم الامتثال للالتزامات العناية الواجبة تقتضي قيام علاقة سببية بين هذا الفشل والضرر؛ فتنشأ هذه المسئولية عن ضرر ناتج عن فشل المقاول المكفول في الامتثال للالتزاماته مع وجود علاقة سببية بين فشل الدولة الراعية والضرر، ووجود علاقة السببية هنا أمر لا يمكن افتراضه؛ وبناء على ذلك يتم إعفاء الدولة الراعية من المسئولية إذا اتخذت جميع التدابير اللازمة والملائمة لضمان الامتثال الفعال من قبل المقاول المكفول بالتزاماتها، ولا ينطبق هذا الإعفاء من المسئولية على فشل الدولة الراعية في الوفاء بالتزاماتها المباشرة.

إن مسئولية الدولة الراعية ومسئولية المقاول المقدم هي مسئولية متوازية وليست مشتركة ومتعددة؛ فلا تتحمل الدولة الراعية أية مسئولية متبقية في حين تتحمل الجهات الراعية المتعددة مسئولية مشتركة ومتعددة ما لم ينص على خلاف ذلك في لوائح السلطة، وتكون مسئولية الدولة الراعية للمبلغ الفعلي للضرر، ويظل المقاول مسئولاً عن الضرر حتى بعد الانتهاء من مرحلة الاستكشاف بنفس قدر مسئولية الدولة الراعية

ولا تخل قواعد المسئولية المنصوص عليها في الاتفاقية والصكوك ذات الصلة بقواعد القانون الدولي؛ فعندما تفي الدولة الراعية بالتزاماتها فإن الضرر الناجم عن فعل المقاول المشمول بالرعاية لا يؤدي إلى قيام مسئولية الدولة الراعية، وكذلك إذا لم تقم الدولة الراعية بالوفاء بالتزامها ولم يحدث أي ضرر فإن عواقب

هذا الفعل غير المشروع يحددها القانون الدولي العرفي، ويمكن النظر في إنشاء صندوق ائتماني لتغطية الضرر غير المشمول بالاتفاقية.

الإجابة على السؤال الثالث¹

تتشرط الاتفاقية على الدولة الراعية أن تعتمد في إطار نظامها القانوني القوانين واللوائح وأن تتخذ تدابير إدارية لها وظيفتان متميزتان؛ هما ضمان امتثال المقاول لالتزاماته وإعفاء الدولة الراعية من المسؤولية، وقد تتضمن هذه القوانين واللوائح والإجراءات الإدارية إنشاء آليات إنفاذ للإشراف النشط على أنشطة المقاول المكفول وللتنسيق بين أنشطة الدولة الراعية وأنشطة السلطة، ويجب أن تكون القوانين واللوائح والإجراءات الإدارية سارية في جميع الأوقات التي يكون فيها العقد المبرم مع السلطة ساري المفعول، مع ملاحظة أن وجود مثل هذه القوانين واللوائح والإجراءات الإدارية ليس شرطاً لإبرام العقد مع السلطة؛ ومع ذلك فهو مطلب ضروري لتنفيذ التزام العناية الواجبة للدولة الراعية والسعي إلى الإعفاء من المسؤولية.

كما يجب أن تغطي هذه التدابير الوطنية أيضاً التزامات المقاول بعد الانتهاء من مرحلة الاستكشاف؛ فلا يمكن اعتبار الدولة الراعية امتثلت لالتزاماتها فقط عن طريق الدخول في ترتيب تعاقدية مع المقاول، ولا تتمتع الدولة الراعية بسلطة تقديرية مطلقة فيما يتعلق باعتماد القوانين واللوائح واتخاذ التدابير الإدارية؛

¹) Ibid: p.77-78, Para. 242/5.

حيث يجب أن تتصرف بحسن نية مع مراعاة الخيارات المختلفة بطريقة معقولة وذات صلة وتفضي إلى مصلحة البشرية ككل، وفيما يتعلق بحماية البيئة البحرية لا يجوز أن تكون القوانين واللوائح والتدابير الإدارية للدولة الراعية أقل صرامة من تلك التي تعتمد عليها السلطة أو أقل فعالية من القواعد واللوائح والإجراءات الدولية.

إن الأحكام التي قد تجدها الدولة الراعية ضرورية لإدراجها في قوانينها الوطنية قد تتعلق بجملة أمور منها السلامة المالية والقدرات التقنية للمقاولين المشمولين بالرعاية وشروط إصدار شهادة الكفالة وعقوبات عدم امتثال هؤلاء المقاولين، فمن المتأصل في التزام العناية الواجبة للدولة الراعية ضمان أن تصبح واجبات المقاول المكفول قابلة للتنفيذ.

وترد مؤشرات محددة فيما يتعلق بمحتويات التدابير المحلية التي يتعين على الدولة الراعية اتخاذها في أحكام مختلفة من الاتفاقية والصكوك ذات الصلة، وهذا ينطبق على وجه الخصوص على الحكم الوارد في المادة 39 من النظام الأساسي الذي ينص على أن تكون قرارات الغرفة قابلة للتنفيذ في أراضي الدول الأطراف بنفس الطريقة التي تصدر بها أحكام وأوامر أعلى محكمة في الدولة الطرف التي يطلب الإنفاذ في أراضيها.

التعليق على الرأي الاستشاري

لم يثر اختصاص الغرفة أي اعتراض ولم يأخذ العديد من المشاورات وذلك للنص الصريح عليه في وثائق عمل المحكمة ولطلبه من الجهة المخول لها طلبه،

كما لم يثر الرأي ذاته انتقادات أو تعليقات فردية أو مشتركة من قضاة الغرفة، مما يدل على قوة الرأي الاستشاري وقدرته على التعبير عن رأي قانوني سليم يسهم بدوره في تقادي المنازعات المتعلقة بالمنطقة أو الحد من تفاقمها لا سيما وقد صدر عن الجهة الأكثر تخصصًا واختصاصًا بموجب الوثائق الرئيسية التي تمنح الاختصاص للمحكمة.

وقد اتجهت الغرفة إلى الإجابة التفصيلية على الأسئلة الثلاث المطلوبة من مجلس السلطة الدولية لقاع البحار مبينة الاتجاه القانوني الواجب الاعتبار في كل سؤال من الأسئلة المطروحة متوافقة في ذلك مع ما تقضي به القواعد الدولية بوجه عام.

التعليق على الإجابة على السؤال الأول

بين الرأي الاستشاري أن الالتزامات القانونية للدول الأطراف في الاتفاقية فيما يتعلق برعاية الأنشطة في المنطقة وفقا للاتفاقية، واتفاق عام 1994م، قد تكون التزامات غير مباشرة وقد تكون التزامات مباشرة؛ فجاءت الإجابة متوافقة مع القواعد العامة للمسئولية الدولية.

فمن المسلم به في القواعد الدولية أن التصرفات التي تصدر عن السلطات الرسمية للدولة بوصفها أدوات الدولة في التعبير عن إرادتها تنسب إلى الدولة ذاتها

طالما صدر هذا التصرف باسم الدولة ولحسابها، بينما تسأل استثناءً عن تصرفات الكيانات الاعتبارية والأشخاص الطبيعيين في حدود وبشروط معينة¹.

وبين الرأي الاستشاري أن الالتزام الأول هو التزام العناية الواجبة؛ يتمثل في ضمان امتثال المقاولين المكفولين لشروط العقد والالتزامات المنصوص عليها، وهو ما يتفق مع قواعد قيام المسؤولية غير المباشرة في حق الدولة عن تصرفات الأفراد العاديين وفقاً لما استقرت عليه قواعد المسؤولية الدولية، ولم يكتفِ الرأي الاستشاري بذلك بل فصل في معيار العناية الواجبة؛ فأوضح أنه قد يختلف بمرور الوقت ويعتمد على مستوى المخاطرة وعلى الأنشطة المعنية، فعلى الدولة الراعية اتخاذ تدابير في إطار نظامها القانوني على أن تكون التدابير مناسبة بشكل معقول؛ وعليه مهما تغير المعيار المعتبر في العناية الواجبة فالعبرة أن تكون التدابير التي اتخذتها الدولة معقولة في ظل الظروف المحيطة.

أما الالتزامات المباشرة التي يجب على الدول الراعية أن تمتثل لها، والتي تتبع من التزام الدولة الأصيل بالقواعد والالتزامات الدولية بصفة عامة؛ فقد اعتبرها الرأي الاستشاري عوامل ذات صلة في الوفاء بالتزام العناية الواجبة للدولة الراعية، ومن ذلك التزامها بإجراء تقييم للأثر البيئي؛ حيث يعد الالتزام بإجراء تقييم للأثر البيئي التزاماً عاماً بموجب القانون الدولي، وهو ما يعكس التطبيق الصحيح لقواعد

¹ (أ.د/ صلاح الدين عامر: مقدمة لدراسة القانون الدولي العام، مرجع سابق، ص: 814 وما بعدها.

المسئولية الدولية بشقيها على الدول الراعية للنشاط في منقطة قاع البحار وفي بما لا يدع مجالاً للشك أو الخلاف بمتطلبات هذا العمل فيحدد الحقوق والالتزامات المتبادلة للأطراف المعنية.

وقد ساوى الرأي الاستشاري بين كل من الدول المتقدمة والدول النامية فيما يتعلق بتطبيق الالتزامات واستثنى من ذلك ما قد ينص على خلاف ذلك في الأحكام المعمول بها، كما اعتد بأية أحكام تتضمن ميزات خاصة للدول النامية وتمكنها من المشاركة في التعدين في قاع البحار العميق على قدم المساواة مع الدول المتقدمة، ومما لا شك فيه أن ذلك يظهر جليا الحرص على بيان كافة النقاط القانونية التي يثيرها السؤال بما في ذلك الحالات الخاصة.

التعليق على الإجابة على السؤال الثاني

بين الرأي الاستشاري مسؤولية الدولة الطرف عن أي عدم امتثال لأحكام الاتفاقية، واتفاق عام 1994م، من جانب كيان رعته بموجب الاتفاقية تستلزم توافر شروط المسؤولية في مواجهة هذه الدولية.

فيما يتعلق بشروط المسؤولية المباشرة للدولة الراعية؛ بين أنها تتمثل في عدم الاضطلاع بمسئولياتها بموجب الاتفاقية وحدث الضرر، ولا تعفى من المسؤولية إذا فشلت رغم بذل العناية الواجبة في الوفاء بالتزاماتها المباشرة؛ فوفقا للقواعد العامة في المسؤولية الدولية تسأل الدولة بشكل مباشر عن مخالفة القواعد أو الالتزامات الدولية ولا يمكنها التحلل من المسؤولية بإثبات بذلها للعناية الواجبة.

بينما أوضح أن المسؤولية غير المباشرة للدولة الراعية لعدم الامتثال للالتزامات العناية الواجبة تقتضي قيام علاقة سببية بين هذا الفشل والضرر؛ وبناء على ذلك يتم إعفاء الدولة الراعية من المسؤولية إذا اتخذت جميع التدابير اللازمة والملائمة لضمان الامتثال الفعال من قبل المقاول المكفول بالتزاماتها؛ فوفقا لما تقره القواعد العامة في المسؤولية الدولية فإن الأصل أن الدولة لا تسأل عن تصرفات الأشخاص الطبيعيين أو المعنويين التابعين لها إلا إذا نسب لها تقصير في حماية مصالح الأشخاص الدولية الأخرى ورعاياها وتستند مسؤوليتها في هذه الحالة لمبدأ التقصير، أما إذا بذلت الدولة العناية الواجبة في حماية مصالح الأشخاص الدولية ورعاياها ولم تقصر في ذلك وفق المعيار المعتد به في هذا الوقت فلا يمكن إقامة المسؤولية الدولية في حقها.

فالقاعدة في قانون المسؤولية الدولية أن مسؤولية الدولة لا تتبع في هذه الحالة عن تصرفات الأفراد ولكنها تتبع عن تقصير من الدولة حيال هذه التصرفات؛ فما ينسب للدولة في هذه الحالة هو إهمال سلطاتها عن اتخاذ الحيطة اللازمة لمنع أو معاقبة مرتكبيها إذا ما وقعت بالفعل، وعلى ذلك يجب أن تمتلك الدولة بصفة دائمة جهازا قانونيا وإداريا كافيا لاحترامها لالتزاماتها الدولية بصورة

دائمة وأن تدير أجهزتها بدرجة كافية من القدرة المناسبة لكافة الظروف التي تحيط بها¹.

وبذلك يكون الرأي الاستشاري في إجابته على السؤال قد راعى القواعد القانونية المعتمدة في إقرار المسؤولية الدولية مع مراعاة ما ورد في الاتفاقية والصكوك ذات الصلة وما ورد فيها من قواعد.

التعليق على الإجابة على السؤال الثالث

تطرق الرأي الاستشاري إلى التدابير الضرورية والملائمة التي يجب على الدولة الراعية اتخاذها للوفاء بمسئوليتها بموجب الاتفاقية، واتفاق عام 1994م، وقد فصل في بيان هذه التدابير تفصيلا دقيقا؛ فبين أن الاتفاقية تشترط على الدولة الراعية أن تعتمد في إطار نظامها القانوني والقوانين واللوائح وأن تتخذ التدابير الإدارية اللازمة؛ على أن يتوافر فيها ما يلي:

1. يجب أن تتضمن هذه القوانين واللوائح والإجراءات الإدارية إنشاء آليات إنفاذ للإشراف النشط على أنشطة المقاول المكفول وللتنسيق بين أنشطة الدولة الراعية وأنشطة السلطة.

¹ (أ.د./ مصطفى عبد الرحمن: القانون الدولي العام-العلاقات الدولية، مطبعة حمادة الحديثة، قويسنا، مصر، الطبعة الأولى، 2001م، ص: 149-152).

2. يجب أن تكون القوانين واللوائح والإجراءات الإدارية سارية في جميع الأوقات التي يكون فيها العقد المبرم مع السلطة ساري المفعول.
3. يجب أن تغطي هذه التدابير الوطنية أيضا التزامات المقاول بعد الانتهاء من مرحلة الاستكشاف.
4. لا تتمتع الدولة الراعية بسلطة تقديرية مطلقة فيما يتعلق باعتماد القوانين واللوائح واتخاذ التدابير الإدارية؛ حيث يجب أن تتصرف بحسن نية مع مراعاة الخيارات المختلفة بطريقة معقولة وذات صلة وتفضي إلى مصلحة البشرية ككل.
5. فيما يتعلق بحماية البيئة البحرية لا يجوز أن تكون القوانين واللوائح والتدابير الإدارية للدولة الراعية أقل صرامة من تلك التي تعتمد عليها السلطة أو أقل فعالية من القواعد واللوائح والإجراءات الدولية.
6. من الأحكام التي قد تجدها الدولة الراعية ضرورية لإدراجها في قوانينها الوطنية؛ السلامة المالية والقدرات التقنية للمقاولين المشمولين بالرعاية وشروط إصدار شهادة الكفالة وعقوبات عدم امتثال هؤلاء المقاولين.
7. يجب أن ترد مؤشرات محددة فيما يتعلق بمحتويات التدابير المحلية التي يتعين على الدولة الراعية اتخاذها في أحكام مختلفة من الاتفاقية والصكوك ذات الصلة.

وبذلك يكون الرأي الاستشاري في إجابته على السؤال الثالث قد تناول كل ما يتعلق بالتدابير الوطنية سواء المحددة على وجه الدقة أو تلك التي يمكن أن تتخذ إذا رأت الدولة ضرورة لها، ولم يغفل ضرورة متابعة محتوى التدابير الوطنية المتخذة وذلك عبر مؤشرات محددة يجب أن تقدم عما تتخذه الدولة من تدابير في ضوء الوثائق الدولية ذات الصلة.

ورغم أن الغرفة لم يتح لها تقديم آراء استشارية غير هذا الرأي الاستشاري؛ إلا أنه يمكن اعتباره أساسا هاما في دور الغرفة في تقديم آراء استشارية تسهم بدورها في عدم تقادم المنازعات وتضع أسسا عامة لتسوية المنازعات التي قد تنور في منطقة قاع البحار، وذلك على أساس سليم من القانون وبما يتوافق مع القواعد الدولية الثابتة ولا يتنافى معها بل يدعم تثبيت بعض القواعد الدولية العرفية.

وإن كان من الضروري العمل على دعم دور الغرفة في تسوية المنازعات المتعلقة بمنطقة قاع البحار وتوسيع صلاحيتها في نظر المنازعات وعدم تقييد سلطتها في نظر القضايا إما بالصلاحية التقديرية لسلطة قاع البحار أو بانتظار الطلب من محكمة التحكيم المختصة بنظر النزاع، بل يجب العمل على منح الغرفة الأولوية في نظر المنازعات المتعلقة بالمنطقة والعمل على حسمها وفقا للحل القانوني الذي يتميز بمراعاة الطبيعة الخاصة للمنطقة والخبرة الفنية المتعلقة بها والذي يتمتع في الوقت نفسه بالقوة الإلزامية للأحكام القضائية الدولية.

المبحث الثالث

دور الغرف الخاصة في تسوية المنازعات

للمحكمة وفقا لما منحها إياه الوثائق المنظمة لها حق إنشاء غرف خاصة من تلقاء نفسها؛ والهدف من ذلك تسهيل النظر في المنازعات التي قد يكون لها طبيعة خاصة أو تحتاج إلى خبرة فنية وتقنية معينة، أو للنظر في الحالات العاجلة إذا لم تكن المحكمة في طور الانعقاد، كما أن لها حق إنشاء غرف خاصة بناء على طلب الأطراف في نزاع معين وتبت في تشكيل هذه الغرف باتفاق الطرفين، وهو ما يقترب بعض الشيء من نظام التحكيم؛ مما يجعل نظام عمل هذه الغرف يتميز بمزية خاصة تدعم دور المحكمة في تسوية المنازعات، ويثور التساؤل: ما مدى فاعلية دور الغرف الخاصة في تسوية المنازعات؟ والوقوف على ذلك يقتضي تحليل نظام نظامها القانوني والإجرائي، ثم عرض المنازعات التي نظرتها.

تقسيم:

المطلب الأول: النظام القانوني للغرف الخاصة.

المطلب الثاني: النظام الإجرائي للغرف الخاصة.

المطلب الثالث: المنازعات التي نظرتها الغرف الخاصة.

المطلب الأول: النظام القانوني للغرف الخاصة.

للمحكمة أن تشكل غرفة خاصة تتألف من ثلاثة أعضاء أو أكثر من أعضائها المنتخبين بالقدر الذي تراه ضروريا لمعالجة فئات معينة من المنازعات، وتشكل المحكمة غرفة للنظر في أي نزاع معين يحال إليها إذا طلب الأطراف ذلك وتبت في تكوين تلك الغرفة بموافقة الأطراف، وتشكل المحكمة سنويا بغية الإسراع في تصريف الأعمال غرفة مؤلفة من خمسة من أعضائها المنتخبين يجوز لها النظر في المنازعات والبت فيها باتباع إجراءات موجزة ويتم اختيار عضوين بديلين للحلول محل من يتعذر اشتراكه من الأعضاء في مرحلة معينة لقضية، وتنتظر هذه الغرف في المنازعات وتبت فيها إذا طلب الأطراف ذلك، ويعتبر صادراً عن المحكمة كل حكم يصدر عن إحدى هذه الغرف¹.

أولاً: الغرف الخاصة الدائمة

عندما تقرر المحكمة تشكيل غرفة خاصة دائمة فإنها تحدد فئة معينة من المنازعات التي تشكلت من أجلها وعدد أعضائها والفترة التي سيعملون خلالها وواجباتهم والنصاب القانوني للاجتماعات، وتختار المحكمة أعضاء هذه الغرفة بناءً على اقتراح رئيس المحكمة من بين الأعضاء مع مراعاة أية معرفة أو خبرة سابقة قد تكون لدى أي من الأعضاء فيما يتعلق بفئة الخلافات التي تتعامل معها الغرفة،

¹)The International Tribunal for the Law of the Sea: Op. Cit. Statute of Art. 15.

كما يجوز للمحكمة أن تقرر حل غرفة خاصة دائمة إلا أنه يجب أن تنتهي الغرفة من أية قضايا معلقة أمامها أولاً قبل حلها¹.

إذا تضمن تشكيل الغرفة الخاصة رئيس المحكمة يتأسس بنفسه الغرفة، وإذا لم يتضمن تشكيلها الرئيس ولكنه تضمن نائب الرئيس يتأسسها نائب الرئيس، أما في أية حالة أخرى تنتخب الغرفة رئيسها بالاقتراع السري وبأغلبية أصوات أعضائها، ويواصل العضو الذي يرأس الجلسة وقت تشكيلها رئاسة الجلسة طالما بقي عضوًا في تلك الغرفة².

يمارس رئيس الغرفة فيما يتعلق بالقضايا التي تعالجها تلك الغرفة ومنذ أن تبدأ في التعامل مع القضية مهام رئيس المحكمة فيما يتعلق بالقضايا المعروضة على الغرفة، وإذا حدث ما يمنع رئيس الغرفة من الحضور أو العمل كرئيس للغرفة فإن مهام رئاسة الغرفة يتولاها عضو المحكمة الأقدم والأسبق ليكون قادراً على التصرف³.

وبالنظر لنظام عمل الغرف الخاصة الدائمة نجد أنها تأخذ ذات نظام عمل المحكمة، وتمنح الغرفة ذات صلاحيات المحكمة ويمارس رئيسها مهام رئيس المحكمة فيما يتعلق بعمل الغرفة؛ وهو ما يدل على جدية العمل بالغرف الخاصة

¹) Rules of the Tribunal, Op. Cit. Art. 29.

²)Ibid: Art. 31, Para. 1.

³) Ibid: Art. 31, Paras. 2-4.

ويبرر القوة الإلزامية للأحكام الصادرة عنها والتي تتساوى مع الأحكام الصادرة من المحكمة بما يزيد من فرصة تطوير دورها في تسوية المنازعات ذات الطبيعة الخاصة.

وتنفيذا لما أقرته الوثائق التي تنظم عمل المحكمة؛ شكلت المحكمة الدوائر التالية: غرفة الإجراءات الموجزة، وغرفة المنازعات المتعلقة بمصائد الأسماك، وغرفة المنازعات المتعلقة بالبيئة البحرية، وغرفة المنازعات المتعلقة بترسيم الحدود البحرية.

غرفة الإجراءات الموجزة

غرفة الإجراءات الموجزة هي غرفة دائمة يمكنها أن تنتظر وتبت في قضية بإجراءات موجزة إذا طلب الطرفان ذلك، وبالإضافة إلى ذلك يجوز لها أن تضع تدابير مؤقتة إذا لم تكن المحكمة منعقدة أو إذا لم يكن هناك عدد كافٍ من الأعضاء لتشكيل النصاب القانوني.

وتتألف الغرفة من خمسة أعضاء وعضوين مناوبين؛ ويكون رئيس المحكمة ونائب رئيسها عضوين بحكم منصبهما في الغرفة، ويتولى رئيس المحكمة رئاسة الغرفة، وتختار المحكمة أعضاء الغرفة والأعضاء المناوبين بناءً على اقتراح رئيس المحكمة، ويتم اختيار أعضاء الغرفة في أقرب وقت ممكن بعد الأول من أكتوبر من كل عام، ويباشر أعضاء الغرفة والأعضاء المناوبون مهامهم عند اختياريهم ويعملون حتى 30 سبتمبر من العام التالي، على أن يواصل أعضاء

الغرفة والأعضاء المناوبون الذين بقوا في المحكمة بعد ذلك التاريخ العمل في الغرفة حتى الاختيار التالي، فإذا كان عضو الغرفة غير قادر لأي سبب من الأسباب على الحضور في قضية معينة يتم استبداله في هذه القضية من قبل الرئيس بالأسبق من بين المناوبين، وإذا استقال أحد أعضاء الغرفة أو لم يعد عضواً في المحكمة فيجب أن يحل محله الأكثر أقدمية من المناوبين الذي يصبح عضواً أساسياً في الغرفة ويتم اختيار مناوب آخر كبديل عنه، والنصاب القانوني لاجتماعات الغرفة هو ثلاثة أعضاء¹.

وتنفيذاً لذلك أجريت خلال الدورة الأولى المعقودة في ٣٠ أكتوبر ١٩٩٦م، أول انتخابات لأعضاء الغرفة؛ ثم خلال الدورة الرابعة المعقودة في ٢٠ أكتوبر ١٩٩٧م، تشكلت الغرفة للفترة المنتهية في ٣٠ سبتمبر ١٩٩٨م².

ومما لا شك فيه أن نظام الغرفة يخدم تسهيل إجراءات نظر القضايا المعروضة على المحكمة وسرعة الفصل فيها، مع مراعاة ما قد تتطلبه هذه القضايا من خبرة فنية أو تقنية خاصة، ونظراً لأهمية الدور الذي تقوم به هذه الغرفة يترأسها رئيس المحكمة بنفسه كونه عضواً في الغرفة، وحدد نظام عملها تحديداً دقيقاً

¹)Ibid: Art. 28, Paras. 4:6.

²) Annual Report of the International Tribunal for the Law of the Sea For the Period 1996–1997, Op. Cit. pp. 8–9.

يعكس أهمية دورها في تسوية المنازعات البحرية ذات الطابع الخاص، بما يسهل دور المحكمة في تسوية المنازعات البحرية ويسرع الفصل فيها.

غرفة منازعات مصائد الأسماك

أنشئت غرفة المنازعات المتعلقة بمصائد الأسماك للتعامل مع المنازعات المتعلقة بحفظ وإدارة الموارد البحرية الحية والتي قد توافق الأطراف على تقديمها إليها، وتتكون الغرفة من تسعة أعضاء، ويتم تغيير تشكيلها كل ثلاث سنوات، وأثناء الدورة الثانية المعقودة في ٢٠ فبراير ١٩٩٧م، انتخبت المحكمة أول تشكيل لأعضاء الغرفة الذين تولوا مهامهم على الفور بعد أن انتخبوا رئيساً من بينهم للغرفة¹.

ومن الملاحظ أن للغرفة طابعاً خاصاً نظراً لاختصاصها بنوع واحد فقط من المنازعات البحرية يغلب عليها الطابع الفني؛ حيث يتعلق عملها المنازعات المتعلقة بحفظ وإدارة الموارد البحرية الحية وهو ما يتطلب الخبرة الفنية والعلمية ومراعاة طبيعة تلك المنازعات عند النظر فيها، مما يسهل حسم النزاع ويسرع عمل المحكمة، إلا أن عمل الغرفة مرتبط بقبول أطراف النزاع له لكي ينعقد اختصاصها.

غرفة منازعات البيئة البحرية

أنشئت غرفة منازعات البيئة البحرية للتعامل مع المنازعات المتعلقة بحماية البيئة البحرية والمحافظة عليها والتي قد توافق الأطراف على تقديمها إليها، وتتكون الغرفة من تسعة أعضاء يعملون لمدة ثلاث سنوات، والنصاب القانوني المطلوب

¹) Ibid: p. 9.

لاجتماعات الغرفة يتكون من تسعة أعضاء، وقد انتخبت المحكمة في دورتها الثانية المعقودة في ٢٠ فبراير ١٩٩٧م، أول تشكيل لأعضاء الغرفة الذين تولوا مهامهم على الفور، وتولى رئاسة الغرفة نائب رئيس المحكمة بحكم منصبه¹.

ومما لا شك فيه أن إنشاء هذه الغرفة يعد طفرة في نظام التقاضي الدولي؛ حيث تعتبر الأولى من نوعها والمتخصصة بالمنازعات المتعلقة بحماية البيئة البحرية والحفاظ عليها، ولا يخفى ما لحماية البيئة البحرية من أهمية في استقرار المجتمع الدولي وهي من أهم مسببات المنازعات الدولية كما سبق أن بينا، ورغم أن انعقاد اختصاصها يستلزم موافقة الأطراف عليه إلا أنها خطوة موفقة من المحكمة وربما مع التطورات المتتالية يكون لها دور أكبر في حسم المنازعات البيئية بما يضمن عدم خرق قواعد الحماية ويفعل التزام المجتمع الدولي بالآليات المفروضة لحماية البيئة البحرية ومواجهة تغير المناخ.

غرفة المنازعات المتعلقة بترسيم الحدود البحرية

انشئت الغرفة للتعامل مع المنازعات المتعلقة بترسيم الحدود البحرية والتي قد يوافق الأطراف على عرضها، وتتكون من عشرة أعضاء، وإذا كان عدد الأعضاء القادرين على الحضور في قضية معينة أقل من سبعة تختار المحكمة أعضاء جدد لإكمال العدد إلى سبعة على الأقل، والنصاب القانوني المطلوب للاجتماعات هو سبعة أعضاء، وتختص الغرفة بالتعامل مع المنازعات المتعلقة

¹) Ibid: p. 9-10.

بترسيم الحدود البحرية والتي يتفق الطرفان على تقديمها إليها فيما يتعلق بتفسير أو تطبيق أي حكم من أحكام اتفاقية الأمم المتحدة لقانون البحار، وأي اتفاق آخر يمنح الاختصاص للمحكمة¹.

وبالنظر لما يتطلبه ترسيم الحدود البحرية من دقة علمية وفنية وقانونية؛ فإن استحداث غرفة خاصة لنظر هذا النوع من المنازعات أمر شديد الأهمية وله أكبر الأثر في تسهيل عمل المحكمة وسرعة نظر المنازعات، والمتأمل في الأحكام الصادرة من هيئة المحكمة والمتعلقة بترسيم الحدود البحرية يجدها تتميز بالدقة القانونية والفنية الشديدة وترسم عرفاً قضائياً يسهم في تطوير قانون الحدود البحرية، ولا شك أن تخصيص غرفة لنظر هذا النوع من المنازعات يرسم تطويراً هاماً في نظام عمل المحكمة ويوسع من دورها، مع ملاحظة أن اختصاص الغرفة يعوقه نفس العائق الذي يقف أمام اختصاص الغرف الخاصة بوجه عام بما يحد من فاعلية دورها في تسوية المنازعات البحرية.

ومما لا شك فيه أن ربط دور الغرف الخاصة بوجه عام بقبول الأطراف عرض النزاع عليها يقلل من أهميتها ويعوق تفعيل دورها في تسوية المنازعات البحرية ذات الطابع الخاص؛ مما يستلزم معالجة وتطوير هذا الواقع من خلال تطوير الوثائق المعنية بما يفعل دور هذه الغرف في نظر المنازعات، ويسهم في

¹) Annual report of the International Tribunal for the Law of the Sea for 2007, Meeting of States Parties, Eighteenth Meeting, New York, 13–20 June 2008, SPLOS/174, 25 March 2008, p.7.

توسيع دور المحكمة في تسوية المنازعات البحرية وتطويره بما يتناسب مع اعتبارها الجهة صاحبة الاختصاص الأصلي والأكثر تخصصًا وتأهيلًا لحسم هذه المنازعات على أساس القانون.

ثانياً: الغرف الخاصة بطلب الأطراف

يُقدم طلب لتشكيل غرفة خاصة لمعالجة نزاع معين بناء على طلب الأطراف في غضون شهرين من تاريخ إقامة الدعوى، وعند استلام طلب مقدم من أحد الأطراف يتأكد رئيس المحكمة من موافقة الطرف الآخر، وعندما يتفق الطرفان يتأكد رئيس المحكمة من آرائهما فيما يتعلق بتشكيل الغرفة ويبلغ المحكمة بذلك، ثم تحدد المحكمة بموافقة الأطراف الأعضاء الذين سيشكلون الغرفة، ويجب اتباع نفس الإجراء في ملء أية وظيفة شاغرة بالغرفة، وتحدد المحكمة أيضاً النصاب القانوني لاجتماعات الغرفة¹.

وبناء على طلب الطرفين شكلت المحكمة غرفاً خاصة للتعامل مع بعض القضايا؛ ومنها قضية الحفظ والاستغلال المستدام لمخزونات مصائد أبو سيف في جنوب شرق المحيط الهادئ بين شيلي والجماعة الأوروبية²، والنزاع المتعلق بترسيم الحدود البحرية بين غانا وكوت ديفوار في المحيط الأطلنطي¹.

¹) Rules of the Tribunal, Op. Cit. Art. 30.

²) Order of 20 December 2000, in the Case Concerning the Conservation and Sustainable Exploitation of Swordfish Stocks in the

ويقترَب نظام الغرفة الخاصة بطلب الأطراف من نظام التحكيم حيث يعتمد على إرادة الأطراف في ضرورة موافقتهم على القضاة الذين سينظرون النزاع، مع ملاحظة أن هذا الحق ينحصر على الموافقة على تحديد الأعضاء الذين يشكلون الغرفة؛ ومن البدهي أن هؤلاء الأعضاء سيكونون من قضاة المحكمة، وبالتالي يقترب هذا النظام مع التحكيم الدولي من حيث ضرورة تراضي جميع الأطراف على اللجوء للغرفة ويقع على عاتق رئيس المحكمة أن يتأكد من هذا التراضي، ثم تحديد تشكيل الغرفة بموافقة جميع أطراف النزاع، وفي هذه الحالة لن تكون الخيارات مفتوحة أمام الأطراف كما هو الحال في تحديد محكمة التحكيم، ثم إن النظام الذي ستدار به الغرفة هو ذات نظام المحكمة.

ويمكن القول إن هذا النظام يجمع مميزات كل من التحكيم والقضاء الدوليين بما يناسب أطراف النزاع أكثر من غيره من طرق تسوية المنازعات، وعلى الرغم من ذلك يظل عدد القضايا التي نظرتها الغرفة الخاصة محدودا بالنظر لما

South–Eastern Pacific Ocean, Chile v. European Community, List of cases: No. 7, Reports of Judgments, Advisory Opinions and Orders, ITLOS Reports 2000, pp. 148–154.

¹) Order of 12 January 2015 in the Dispute Concerning Delimitation of the Maritime Boundary Between Ghana and Côte d’Ivoire in the Atlantic Ocean, Ghana v. Côte d’Ivoire, List of cases: No. 23, Reports of Judgments, Advisory Opinions and Orders, ITLOS Reports 2015, pp. 122–129.

تتظرة هيئة المحكمة أو تتظرة المحاكم والهيئات الدولية الأخرى من المنازعات البحرية، بل إن الواقع العملي يظهر أن أطراف النزاع يفضلون نظر النزاع بواسطة هيئة المحكمة ذاتها في العديد من المنازعات البحرية.

وهو ما يستدعي ضرورة تركيز الضوء على الدور الموكل لغرف المحكمة والتوعية بالقوة الإلزامية للأحكام التي تصدرها على اعتبارها أحكاما صادرة من المحكمة ذاتها، ويكون ذلك عبر برامج التدريب التي تقدمها المحكمة وبعقد المؤتمرات التي تستهدف دعم دور المحكمة في التسوية السلمية الشاملة للمنازعات الدولية البحرية.

المطلب الثاني النظام الإجرائي للغرف الخاصة

تخضع الإجراءات أمام الغرف الخاصة أو غرفة الإجراءات الموجزة للقواعد المطبقة في القضايا الخلافية المعروضة على المحكمة، رهنا بأحكام الاتفاقية والقواعد المتعلقة بالغرف الخاصة¹.

طلب تقديم القضية إلى غرفة خاصة

يتم التعامل مع القضية من قبل غرفة خاصة دائمة أو غرفة الإجراءات الموجزة عندما يتم تقديم طلب بهذا المعنى في المستند المنشئ للإجراءات على أن يكون الأطراف متفقين، وعند استلام قلم المحكمة لهذا الطلب يقوم رئيس المحكمة بإبلاغه إلى أعضاء الغرفة المعنية، ويُعطى الأثر لطلب رفع القضية أمام الغرفة التي ستشكل باتفاق الأطراف بمجرد تشكيل الغرفة، ويدعو رئيس المحكمة الغرفة الخاصة إلى عقد الجلسة في أقرب وقت يتوافق مع متطلبات الإجراء².

وليس شرطاً بعد تقديم الطلب بنظر الغرفة الخاصة للنزاع أن يستكمل نظر النزاع أمامها؛ وهذا ما حدث في النزاع بين بنما وإيطاليا والمتعلق باعتقال واحتجاز

¹) Rules of the Tribunal, Op. Cit. Art. 107.

²) Ibid: Art. 108

إيطاليا للسفينة "M/V Norstar"¹، والذي طلبت فيه بنما من المحكمة نظر القضية عبر غرفة الإجراءات الموجزة، ثم بعد ذلك طلبت إيطاليا أن تنتظر هيئة المحكمة نفسها القضية وليست غرفة الإجراءات الموجزة؛ وأثناء المشاورات مع

¹ السفينة نورستار "M/V Norstar" هي ناقلة نفط ترفع علم بنما كانت تعمل في مجال تزويد اليخوت الضخمة بالوقود في منطقة وصفتها بنما بأنها مياه دولية وراء البحر الإقليمي لإيطاليا وفرنسا وإسبانيا بينما وصفتها إيطاليا على أنها قبالة سواحل فرنسا وإيطاليا وإسبانيا، عام 1997م شرعت الشرطة المالية الإيطالية في التحقيق في أنشطة السفينة، وحسبما أفادت إيطاليا كشف التحقيق أن السفينة كانت متورطة في أعمال بيع الوقود الذي تم شراؤه في إيطاليا في الإعفاء من الرسوم الضريبية لزبائن القوارب الترفيهية الإيطالية وغيرها من الاتحاد الأوروبي في المياه الدولية قبالة سواحل مدينة سانريمو الإيطالية، وفي هذا الصدد أقيمت دعاوى جنائية ضد ثمانية أفراد بمن فيهم الرئيس والمدير الإداري للشركة المؤجرة وقائد السفينة ومالك الشركة الإيطالية المتورطة، ثم أصدر المدعي العام في محكمة سافونا بإيطاليا قرار مصادرة ضد السفينة، واعتبر المدعي العام أن السفينة وكذلك المنتج النفطي المنقول فيها يجب أن يتم الحصول عليهما ومصادرتهما لأن الكيانات التي ارتكبت من خلالها الجريمة موضع التحقيق، كما أمر بضبط البضائع الموجودة على متنها، وتلى ذلك بناء على طلب المساعدة القضائية استيلاء السلطات الإسبانية في بالما دي مايوركا على السفينة، وبعد فترة طويلة تم إبلاغ مالك السفينة بأنه يمكن إطلاق سراح السفينة بعد دفع الكفالة والتي يبلغ مجموعها 250 مليون ليرة إيطالية، لكن لم يتم دفعها وظلت السفينة تحت الحجز، وفي عام 2015م تم إعلان بيع السفينة بالمزاد العلني وتم شراءها بواسطة شركة مخصصة لإدارة النفايات لتحويلها إلى خردة وتمت إزالتها من الميناء، بموجب طلب مؤرخ في 16 نوفمبر 2015م، بدأت بنما إجراءات ضد إيطاليا في النزاع المتعلق بالسفينة.

ممثلي الأطراف أبلغهم رئيس المحكمة بأن هيئة المحكمة بأكملها ستنتظر القضية، وبأمر مؤرخ 3 فبراير 2016م، حددت المحكمة مواعيد تلقي الطلبات والمرافعات¹.

إجراءات نظر الدعوى

تتبع الغرف الخاصة في إجراءاتها النظام ذاته الذي تتبعه المحكمة في نظر الدعوى حيث تتألف الإجراءات فيها من إجراءات كتابية وأخرى شفوية.

الإجراءات الكتابية

تتألف الإجراءات الكتابية في القضية المعروضة على إحدى الغرف الخاصة من مرافعة واحدة من جانب كل طرف لرفعها في غضون مهلة زمنية محددة من قبل الغرفة، أو رئيسها إذا لم تكن الجلسة منعقدة، وإذا لزم الأمر يجوز للغرفة أيضا أن تأذن أو توجه بتقديم مرافعات أخرى إذا تم الاتفاق على ذلك، أو إذا قررت الغرفة أو بناءً على طلب أحد الطرفين أن هذه المرافعات ضرورية².

¹) Order of 3 February 2016, in The M/V "Norstar" Case, Panama v. Italy, List of Cases: No. 25, Reports of Judgments, Advisory Opinions and Orders, ITLOS Reports 2016, pp.1-3.

²) Rules of the Tribunal, Op. Cit. Art. 109, Paras.1-2.

الإجراءات الشفوية

تتم الإجراءات الشفوية ما لم يوافق الطرفان على الاستغناء عنها وتوافق الغرفة على ذلك، وحتى في حالة عدم اتخاذ إجراءات شفوية يجوز للغرفة أن تدعو الأطراف إلى تقديم معلومات أو تقديم تفسيرات شفوية¹.

وتوحيد الإجراءات في هيئة وغرف المحكمة سواء كانت إجراءات كتابية أو شفوية هو أمر تحتمه طبيعة عمل المحكمة ومنح الغرف ذات دور المحكمة في نظر النزاع؛ حيث إن الهدف منها تسهيل عمل المحكمة وسرعة الفصل في المنازعات ذات الطبيعة الخاصة، وطالما أن الحكم الصادر من الغرفة سيكون له ذات القوة الإلزامية والحجية الممنوحة لحكم المحكمة فمن المنطقي أن تتبع في نظر الدعوى المعروضة أمامها الطريقة ذاتها والتي يجب أن تستوفي كافة الإجراءات والمتطلبات التي تتيح دراسة القضية بتمعن وتفرض في ختامها حكما مطبقا لصحيح القانون والواقع محققا للعدالة وحاسما للنزاع.

ولا ريب أن دور الغرف الخاصة حال تفعيله وتقويته سيسهم في تفعيل وتطوير دور الحكمة في تسوية المنازعات الدولية البحرية ويختصر كذلك وقت التقاضي، وهو ما يضيف ميزة جديدة لميزات المحكمة والتي تتميز بسرعة الفصل في المنازعات المعروضة عليها مقارنة بالجهات القضائية الدولية الأخرى، وبالتبعية يترك أثره على دعم دور المحكمة في تسوية المنازعات البحرية وتوسيع قاعدة

¹) Ibid: Art. 109, Para. 3.

القضايا التي تنظرها المحكمة وغرفها؛ مما يتطلب ضرورة دعم دور الغرف الخاصة في تسوية المنازعات والتوعية بالإجراءات المتبعة أمامها والحكم الصادر منها.

ولا يوجد ما يمنع زيادة عدد القضاة في الغرف الخاصة حسب طبيعة وأهمية المنازعة التي تنظرها الغرفة بما يضمن توافر الخبرة القانونية والعلمية مع الكفاءة والحياد وضمان دقة الإجراءات والتحقق من الوقائع؛ بما يضمن صحة الحكم الصادر منها والذي سيتمتع بالحجية ويلزم أطراف النزاع، وينتهي بدوره النزاع القائم بجل حاسم يوافق صحيح القانون والواقع.

المطلب الثالث

المنازعات التي نظرتها الغرفة الخاصة

انحصرت المنازعات التي نظرتها الغرفة الخاصة في نزاعين عرضا على الغرفة الخاصة باتفاق الأطراف؛ انتهى أحدهما بالإزالة من قائمة القضايا دون نظرها وذلك لاتفاق الأطراف على الحلول الودية غير القضائية، بينما انتهى النزاع الثاني بإقرار الغرفة لتدابير مؤقتة ريثما يتم نظر النزاع الأصلي.

قضية الحفظ والاستغلال المستدام لمخزونات أبو سيف¹

بتبادل الرسائل المؤرخة 18 و 19 ديسمبر 2000م، وافقت شيلي والجماعة الأوروبية على تقديم نزاع بشأن حفظ الأرصدة السمكية في جنوب شرق المحيط الهادئ واستغلالها على نحو مستدام إلى غرفة خاصة بالمحكمة تشكل باتفاق الأطراف، ووفقا للاتفاق المبرم بين شيلي والجماعة الأوروبية طُلب من الغرفة الخاصة في جملة أمور أن تقرر ما إذا كانت الجماعة الأوروبية قد امتثلت لالتزاماتها بموجب الاتفاقية بضمان حفظ سمك أبو سيف في أنشطة الصيد التي تقوم بها سفن ترفع علم أي من دولها الأعضاء في أعالي البحار المتاخمة للمنطقة الاقتصادية الخالصة لشيلي، وما إذا كان المرسوم التشيلي الذي يهدف إلى تطبيق

¹ قضية الحفظ والاستغلال المستدام لمخزونات أبو سيف بين شيلي والجماعة الأوروبية هي القضية السابعة بقائمة قضايا المحكمة الدولية لقانون البحار

تدابير الحفظ أحادية الجانب المتعلقة بمخزونات أبو سيف في أعالي البحار يعد خرقاً للاتفاقية¹.

بموجب أمر مؤرخ 20 ديسمبر 2000م قررت المحكمة أن توافق على طلب الطرفين تشكيل دائرة خاصة مؤلفة من خمسة قضاة للتعامل مع هذه القضية؛ وحددت تشكيل الدائرة الخاصة بموافقتهما، وتحديد المهل الزمنية لتقديم الاعتراضات الأولية والمرافعات المكتوبة².

ولعدة مرات وعلى مدار تسع سنوات طلب الطرفان من الغرفة الخاصة تعليق الإجراءات لانعقاد مشاورات ثنائية فيما بينهم، وفي عام 2008م أبلغت الجماعة الأوروبية وشيلي الغرفة الخاصة بأنهم قد وافقوا على مشروع اتفاق تفاهم جديد بشأن حفظ الأرصد السمكية في جنوب شرق المحيط الهادئ وطلبوا تعليق الإجراءات في القضية، وبناء على هذا الطلب الجديد للأطراف بموجب أمر مؤرخ

¹) Order of 20 December 2000, in the Case Concerning the Conservation and Sustainable Exploitation of Swordfish Stocks in the South–Eastern Pacific Ocean, Chile v. European Community, List of cases: No. 7, Reports of Judgments, Advisory Opinions and Orders, ITLOS Reports 2000, p. 148–154., p. 149–153.

²) Ibid: pp.153–154.

11 ديسمبر 2008م مددت الغرفة الخاصة المهلة الزمنية لتقديم الاعتراضات الأولية بحيث تبدأ من 1 يناير 2010م¹.

في عام 2009م أبلغ الطرفان الغرفة الخاصة بأنهما قد عقدا مشاورات ثنائية في أكتوبر 2009م وبأنهم ملتزمون بالتوقيع أو التصديق أو الموافقة وتنفيذ والامتثال للتفاهم الجديد المتفق عليه بين المفاوضين لكلا الطرفين بتاريخ 16 أكتوبر 2008م، ووفقاً لأحكام التفاهم المذكور لن تسعى الأطراف إلى تمديد تعليق إجراءات القضية ولكنها ستطلب من الغرفة الخاصة إصدار أمر بوقف هذه القضية، مع مراعاة أن الأطراف على استعداد لتزويد الغرفة الخاصة بمزيد من التفاصيل بمناسبة المشاورات القادمة بين رئيس الغرفة الخاصة ووكلاء الأطراف².

واستجابة لطلب الغرفة الخاصة قدم وكلاء الأطراف معلومات إضافية في رسالة مشتركة أبلغا فيها الغرفة الخاصة بأنهما ملتزمان بالامتثال للتفاهم الجديد

¹) Order of 11 December 2008, in the Case Concerning the Conservation and Sustainable Exploitation of Swordfish Stocks in the South–Eastern Pacific Ocean, Chile v. European Community, List of cases: No. 7, Reports of Judgments, Advisory Opinions and Orders, ITLOS Reports 2008–2010, pp. 4–8.

²) Order of 16 December 2009, in the Case Concerning the Conservation and Sustainable Exploitation of Swordfish Stocks in the South–Eastern Pacific Ocean, Chile v. European Community, List of cases: No. 7, Reports of Judgments, Advisory Opinions and Orders, ITLOS Reports 2008–2010, pp. 13–19, p. 15, Para. 8.

المتفق عليه بين المفاوضين لكلا الطرفين وأن شروط التسوية المتفق عليها بين المفاوضين تشتمل على العناصر التالية¹:

1. إطار أكثر تنظيماً للتعاون في مجال مصايد الأسماك لاستبدال وتحويل الترتيبات المؤقتة الثنائية لعام 2001م إلى التزام نهائي بالتعاون من أجل الحفاظ على الأرصد السمكية على المدى الطويل في جنوب شرق المحيط الهادئ وإدارتها.

2. إدارة مصايد أسماك السيف الخاصة بكل منها لصيد مستويات تتناسب مع الهدف المتمثل في ضمان استدامة هذه الموارد وكذلك الحفاظ على النظام البيئي البحري.

3. تجميد جهود الصيد من قبل الطرفين على مستوى عام 2008م أو في أقصى فترة الذروة التاريخية.

4. إنشاء لجنة علمية وتقنية ثنائية الأطراف؛ تتمثل مهامها في: تبادل المعلومات والبيانات المتعلقة بجهود الصيد، وكذلك المتعلقة بحالة المخزونات، تقديم المشورة العلمية لمديري المخزونات السمكية لمساعدتهم في ضمان استدامة أنشطة الصيد لكلا الطرفين، تقديم المشورة للأطراف بشأن اعتماد المزيد من تدابير الحفظ إذا لزم الأمر.

¹) Ibid: p. 17, Para. 12.

5. ينبغي أن تشمل المشاورات المتعددة الأطراف القائمة حالياً جميع المشاركين المعنيين في مصايد أسماك أبو سيف في جنوب شرق المحيط الهادئ والمراقبين المدعويين من المنظمات القائمة التي لها مصلحة مشروعة في المصايد.

6. الاتفاق على منح سفن الاتحاد الأوروبي التي تصطاد سمك أبو سيف في أعالي البحار وفقاً للأهداف الواردة في التفاهم الجديد إمكانية الوصول إلى الموانئ التشغيلية المخصصة للهبوط أو إعادة الشحن أو التجديد أو الإصلاح.

نتيجة لذلك ووفقاً لأحكام التفاهم المذكور طلبت الأطراف من الغرفة الخاصة إصدار أمر بوقف القضية، وبناء على ذلك قضت الغرفة الخاصة بوقف الإجراءات التي بدأت باتفاق الطرفين وأمرت بإزالة القضية من قائمة القضايا¹.

التعليق على الحكم

رغم عدم تمكن الغرفة الخاصة من نظر القضية أو التعامل مع النزاع إلا أنه من الملاحظ أن الغرفة لم تدع إدارة الأمور دون تدخل؛ حيث ظهر أن إبلاغ الأطراف بالاتفاق الخاص بينهما لم يكن كافياً في نظر الغرفة بل طالبت الطرفين بتقديم المعلومات التفصيلية حول آليات إنهاء النزاع، وهو إجراء وإن لم يكن بحد ذاته منهيًا للنزاع إلا أنه مؤثر من حيث التأكد من جدية إجراءات التسوية الثنائية

¹) Ibid: p.18.

غير القضائية التي لجأ إليها الطرفان وقدرتها على إنهاء النزاع قبل أن تأمر بإزالة القضية من قائمة القضايا.

قضية ترسيم الحدود البحرية في المحيط الأطلنطي¹

في 3 ديسمبر 2014م أبرمت غانا وكوت ديفوار اتفاقا خاصا لتقديم النزاع بشأن الحدود البحرية بينهما في المحيط الأطلنطي إلى غرفة خاصة للمحكمة تُشكل باتفاق الأطراف، وتم إخطار المحكمة بالاتفاق الخاص²، وبموجب أمر مؤرخ 12 يناير 2015م، قررت المحكمة الموافقة على طلب الطرفين بتشكيل غرفة خاصة مؤلفة من خمسة قضاة للتعامل مع النزاع المتعلق بتعيين حدودهما البحرية في المحيط الأطلنطي؛ وحددت تشكيل الغرفة الخاصة بموافقة الأطراف³.

التدابير المؤقتة

في 27 فبراير 2015م قدمت كوت ديفوار طلبا باتخاذ تدابير مؤقتة ضد غانا فيما يتعلق بالنزاع نفسه⁴؛

¹ قضية ترسيم الحدود البحرية في المحيط الأطلنطي بين غانا وكوت ديفوار هي القضية الثالثة والعشرون بقائمة قضايا المحكمة الدولية لقانون البحار

²) Special Agreement and Notification of 3 December 2014 and the Minutes of Consultation, annexed thereto, Tribunal Official Site, List of Cases Case No. 23.

³) Order of 12 January 2015, in the Dispute concerning delimitation of the maritime boundary, Op. Cit. pp. 122-129.

⁴) Demande en prescription de Mesures Conservatoires de La Côte d'Ivoire, Différend Relatif à La Délimitation de La Frontière Maritime

وذلك حتى تصدر الغرفة الخاصة حكمها في النزاع المثار ذلك، وبالفعل أصدرت الغرفة الخاصة أمرها في 25 أبريل 2015م¹.

وذكرت الغرفة الخاصة أن سلطتها المتمثلة في فرض تدابير مؤقتة تهدف في المقام الأول إلى الحفاظ على حقوق كل طرف من أطراف النزاع أو منع إلحاق ضرر جسيم بالبيئة البحرية حتى يصدر القرار النهائي، وأنها قد لا تفرض تدابير مؤقتة ما لم يكن هناك خطر حقيقي وشيك الحدوث يمثل إهدارا لا يمكن تعويضه لحقوق أطراف النزاع، وأشارت الغرفة في هذا الصدد إلى أن هناك حاجة ملحة لممارسة سلطة فرض تدابير مؤقتة لتجنب خطر حقيقي وشيك يتمثل في أن الخطر الذي لا يمكن تعويضه قد يكون متعلقا بالحقوق موضوع النزاع قبل صدور القرار النهائي².

ولاحظت الغرفة بعد ذلك أنها بصدد اتخاذ قرار بشأن طلب اتخاذ تدابير مؤقتة ولا تحتاج في هذه المرحلة من الإجراءات إلى تسوية مطالبات الطرفين فيما

Entre Le Ghana et La Côte d'Ivoire dans l'océan Atlantique, Ghana c.

Rôle des Affaires: No. 23. ؛Côte d'Ivoire, Site officiel de Le Tribunal

¹) Order of 25 April 2015, Provisional Measures in the Dispute concerning delimitation of the Maritime Boundary between Ghana and Côte d'Ivoire in the Atlantic, Ghana V. Côte d'Ivoire, List of cases: No. 23, Reports of Judgments, Advisory Opinions and Orders, ITLOS Reports 2015, pp. 146–167.

²) Ibid: pp. 155–156, Paras. 39–42.

يتعلق بالحقوق والالتزامات محل النزاع، وغير مطلوب منها أن تحدد بشكل قاطع ما إذا كانت الحقوق التي يرغب كل منهما في حمايتها موجودة، وبالتالي لا تحتاج إلى الاهتمام بالمطالب المتنافسة للأطراف بل هي بحاجة فقط أن تثبت أن الحقوق التي تطالب بها كوت ديفوار وتسعى لحمايتها هي على الأقل معقولة¹.

وقد وجدت الغرفة في ظروف هذه القضية أن كوت ديفوار قدمت ما يكفي من الأدلة لإثبات أن الحقوق التي تسعى إلى حمايتها في المنطقة المتنازع عليها معقولة².

أما فيما يتعلق بطلب كوت ديفوار لتدابير مؤقتة لمنع إلحاق ضرر جسيم بالبيئة البحرية وجدت الغرفة الخاصة أن كوت ديفوار لم تقدم أدلة كافية لدعم مزاعمها بأن أنشطة غانا في المنطقة المتنازع عليها تؤدي إلى خلق خطر وشيك يهدد بحدوث ضرر جسيم بالبيئة البحرية، ومع ذلك أشارت الغرفة إلى أن خطر إلحاق ضرر جسيم بالبيئة البحرية يشكل مصدر قلق كبير لها، وأنه في نظرها ينبغي للأطراف في هذه الظروف أن تتصرف بحذر لمنع إلحاق ضرر جسيم بالبيئة البحرية³.

¹) Ibid: p. 158, Paras.57-58.

²) Ibid: p.159, Para. 62.

³) Ibid: pp. 159-160, Paras. 64-72.

وفيما يتعلق بالحقوق السيادية التي تطالب بها كوت ديفوار بغرض استكشاف الجرف القاري واستغلال مواردها الطبيعية رأّت الغرفة أنه في حين أن الخسارة المزعومة للإيرادات المتأتية من إنتاج النفط يمكن أن يكون موضوع تعويض مناسب في المستقبل، وأنشطة الاستكشاف والاستغلال الجارية التي تقوم بها غانا في المنطقة المتنازع عليها ستؤدي إلى تعديل الخصائص المادية للجرف القاري، بالإضافة إلى ذلك هناك خطر حدوث ضرر لا يمكن إصلاحه؛ حيث تؤدي الأنشطة على وجه الخصوص إلى تعديل كبير ودائم للصفة المادية للمنطقة محل النزاع، وحيث لا يمكن تعويض هذا التعديل بالكامل بالتعويضات المالية؛ فبغض النظر عن طبيعتها فإن أي تعويض يُمنح لن يكون قادراً أبداً على استعادة الوضع القائم فيما يتعلق بقاع البحر وتربة الأرض، وأن هذا الوضع قد يؤثر على حقوق كوت ديفوار بطريقة لا رجعة فيها إذا توصلت الغرفة في قرارها بشأن الأسس الموضوعية إلى أن كل أو جزء من المنطقة موضع النزاع يخص كوت ديفوار¹.

وفيما يتعلق بالحق الاستثنائي الذي تطالب به كوت ديفوار في الوصول إلى المعلومات المتعلقة بالموارد الطبيعية للجرف القاري، رأّت الغرفة أن حقوق الدولة الساحلية على جرفها القاري تشمل جميع الحقوق اللازمة والمتصلة باستكشاف واستغلال الموارد الطبيعية للجرف القاري وأن الحق الحصري في الوصول إلى المعلومات المتعلقة بموارد الجرف القاري هو من ضمن هذه الحقوق

¹) Ibid: p. 163, Paras. 88-91.

المعقولة، ورأت الغرفة أن أنشطة الاستكشاف والاستغلال على النحو المخطط له من قبل غانا قد تتسبب في مساس لا يمكن إصلاحه بالحقوق السيادية والحصريّة التي تحتج بها كوت ديفوار في الجرف القاري والمياه الطافية للمنطقة المتنازع عليها، قبل أن تتخذ الغرفة قراراً بشأن الأسس الموضوعية، وأن خطر هذا الضرر وشيك¹.

ومع ذلك فإن تعليق الأنشطة الجارية التي تقوم بها غانا فيما يتعلق بالتقيب بالفعل قد ينطوي على خطر خسارة مالية كبيرة لغانا وأصحاب الامتياز فيها ويمكن أن يشكل أيضاً خطراً جسيماً على البيئة البحرية الناتجة على وجه الخصوص عن تدهور المعدات، فالأمر بتعليق جميع أنشطة الاستكشاف أو الاستغلال التي تقوم بها غانا أو نيابة عنها في المنطقة المتنازع عليها بما في ذلك الأنشطة التي سبق أن بدأ الحفر فيها بالفعل من شأنه أن يتسبب في المساس بالحقوق التي تطالب بها غانا ويخلق عبئاً لا مبرر له، وقد يتسبب أيضاً في إلحاق ضرر بالبيئة البحرية².

¹) Ibid: p. 164, Paras. 94–96.

²) Ibid: pp. 164–165, Paras. 99–101.

ولذلك رأت الغرفة من المناسب للحفاظ على حقوق كوت ديفوار أن تأمر غانا باتخاذ جميع الخطوات اللازمة لضمان عدم إجراء عمليات حفر جديدة من قبلها أو تحت سيطرتها في المنطقة المتنازع عليها¹.

مع مراعاة أن أي إجراء أو امتناع من جانب أي طرف من أجل تقاضي تفاقم النزاع أو تمديده لا ينبغي بأي حال تفسيره على أنه تنازل عن أي من مطالباته أو قبول لمطالبات الطرف الآخر في النزاع، وأن هذا الأمر لا يستتق بأي حال من الأحوال مسألة اختصاص الغرفة للتعامل مع الأسس الموضوعية للقضية، ولا يؤثر على حقوق كل من غانا وكوت ديفوار في تقديم الحجج فيما يتعلق بتلك الأسئلة².

وعليه قررت الغرفة ريثما يتخذ القرار النهائي فرض التدابير المؤقتة التالية³

1. تتخذ غانا جميع الخطوات اللازمة لضمان عدم إجراء عمليات حفر جديدة من قبلها أو تحت سيطرتها في المنطقة المتنازع عليها.

2. تتخذ غانا جميع الخطوات اللازمة لمنع المعلومات الناتجة عن أنشطة الاستكشاف الماضية أو الجارية أو المستقبلية التي تقوم بها أو تتم بتصريح منها

¹) Ibid: p. 165, Para. 102.

²) Ibid: p. 165, Paras. 103-104.

³) Ibid: p. 166, Para. 108/1.

في المنطقة المتنازع عليها والتي ليست بالفعل في المجال العام لاستخدامها بأية طريقة كانت على حساب كوت ديفوار.

3. تقوم غانا برصد صارم ومستمر لجميع الأنشطة التي تضطلع بها أو ترخص لها في المنطقة المتنازع عليها بهدف ضمان منع إلحاق ضرر جسيم بالبيئة البحرية.

4. يتخذ الطرفان جميع الخطوات اللازمة لمنع إلحاق ضرر جسيم بالبيئة البحرية بما في ذلك الجرف القاري ومياهه الطافية في المنطقة المتنازع عليها ويتعاونان لتحقيق ذلك.

5. يسعى الطرفان إلى التعاون والامتناع عن أي عمل انفرادي قد يؤدي إلى تفاقم النزاع.

ويتعين على كل طرف أن يقدم إلى الغرفة التقرير الأولي والمعلومات عن الامتثال للتدابير المؤقتة في موعد لا يتجاوز 25 مايو 2015م، ويأذن لرئيس الغرفة بطلب أية معلومات إضافية قد يكون من الضروري لها أن تطلبها من الأطراف بشأن تنفيذ التدابير المؤقتة¹.

¹) Ibid: p. 165&166, Paras. 105-106; 108/2.

التعليق على التدابير المؤقتة

من الملاحظ أن الغرفة الخاصة في اتخاذها للتدابير المؤقتة قد درست الظروف المحيطة في ضوء القواعد التي تحكم عملها، وراعت في إقرارها مصلحة طرفي النزاع مع التأكيد على أن هذه التدابير المقررة لا تؤثر على المركز القانوني لطرفي النزاع ولا تعني تقرير حق لأحدهما في الحقوق المتنازع عليها، وذكرت أن الهدف منها هو الحفاظ على حقوق الطرفين حتى يتم نظر النزاع نفسه، واستخدمت في تقريرها المعيار المتعارف عليه في السوابق القضائية وهو معيار معقولية الطلبات والتي في حال ثبت جديتها سيكون هناك خطر حقيقي ووشيك بحقوق الدولة المعنية؛ فلا يشترط في هذه المرحلة إثبات الحق ولكن التحقق من كون المطالبة به تقوم على أساس معقول.

وهو ما أكده القاضي "Mensah" في تعليقه على التدابير المؤقتة من خلال الرأي المستقل الذي ألحقه بأمر الغرفة؛ حيث وافق على ما توصلت إليه الغرفة من أن المطالبة معقولة؛ حيث يرى أن معيار المعقولية هو المعيار الوحيد الذي ينطبق في هذه المرحلة من الإجراءات رغم أنه لا يعتقد أن ادعاء كوت ديفوار ينطوي على فرص جدية للنجاح عند نظر النزاع نفسه، كما وافق أيضًا على الاستنتاج بأنه إذا وجدت الغرفة الخاصة أن أي جزء من المنطقة المتنازع عليها يتعلق بكوت ديفوار فإن الأنشطة التي تقوم بها غانا في المنطقة من شأنها أن تشكل خطرًا على المساس بالحقوق التي تطالب بها كوت ديفوار وهذه المخاطر

وشبكة؛ وبناءً على ذلك وافق على أن اتخاذ بعض التدابير المؤقتة لحماية الحقوق التي تطالب بها كوت ديفوار في المنطقة أمر مناسب في ظروف القضية¹.

وبذلك تكون الغرفة الخاصة قد أسبغت الحماية على المطالب المشروعة للدولة المدعية ولم تغفل حقوق المدعى عليها والتي ينبغي الحفاظ عليها أيضاً، فالحق المطالب به من كوت ديفوار معقول والمخاطر التي يمكن أن تمثل مساساً بحقوقها وشبكة؛ وبالتالي يجب المحافظة عليه بما لا يؤثر على حقوق الطرفين حين نظر النزاع نفسه، ومع ذلك لم تستجب الغرفة لكل ما طالبت به كوت ديفوار من تدابير حيث إن الغرفة درست التدابير المطلوبة وتلك التي يجب أن تفرض بما لا يضر بمصالح الدولة المدعى عليها، وعلى ذلك درست طلب المدعي بأن تأمر غانا باتخاذ جميع الخطوات لتعليق جميع عمليات التنقيب عن النفط واستغلالها في المنطقة المتنازع عليها، وهو ما رأت فيه مساساً بالحقوق المشروعة لغانا والذي قد يتسبب في إضرار لها ولمصالحها المشروعة فقررت أن توازن بين ما طلبته الأولى وما يحافظ على مصلحة الثانية؛ فرفضت تعليق أنشطة غانا ولكنها أمرتها بعدم

1) Separate Opinion of Judge ad hoc Mensah: Order of 25 April 2015, Provisional Measures in the Dispute concerning delimitation of the Maritime Boundary between Ghana and Côte d'Ivoire in the Atlantic, Ghana V. Côte d'Ivoire, List of cases: No. 23, Reports of Judgments, Advisory Opinions and Orders, ITLOS Reports 2015, pp. 168–171; p.168

البدء في عمليات تنقيب جديدة، وفي لك دون ريب ما يحافظ على حقوق ومصالح الطرفين.

وهو ما أيده القاضي "Mensah" برفض التدابير المؤقتة الرئيسية التي طلبتها كوت ديفوار بأن تأمر الغرفة غانا باتخاذ جميع الخطوات لتعليق جميع عمليات التنقيب عن النفط واستغلالها في المنطقة المتنازع عليها؛ حيث لم يعتبر أن مثل هذا الطلب سيكون مناسباً في هذه الحالة، والمعيار المعتد به في وضع التدابير المؤقتة سواء في نظام عمل المحكمة أو محكمة العدل الدولية هو أن تكون التدابير مناسبة للحفاظ على حقوق الأطراف المعنية للنزاع أو لمنع إلحاق ضرر جسيم بالبيئة البحرية في انتظار القرار النهائي، مما يعني أن التدابير المؤقتة التي تأمر بها الغرفة الخاصة ينبغي أن يكون هدفها الحفاظ ليس فقط على حقوق الطرف الذي يطلب التدابير ولكن أيضاً على حقوق الطرف الآخر في النزاع؛ وبالتالي تكون ملزمة بوزن الحقوق المختلفة للأطراف ضد بعضها البعض¹.

ومما لا شك فيه أن اعتماد التدابير المطلوبة من الدولة المدعية كما طُلبت يجعلها في مركز أقوى من الدولة المدعى عليها وهو ما قد يتسبب بأضرار للأخيرة ربما لا يمكن تداركها عند نظر النزاع الأصلي؛ مما يجعل المحكمة أو الغرفة الخاصة التي تنتظر النزاع ملزمة بالموازنة بين حقوق كلا الطرفين بما يحقق المصالح العاجلة لكليهما ولا يصيب الطرف الآخر بضرر، وتطبيق الغرفة الخاصة

¹) Ibid: pp. 168-169.

لهذه القاعدة يجعل من التدابير المقررة منها تدابير محايدة قائمة على أساس سليم من الواقع والقانون؛ تدعم وتقوي دور المحكمة في تسوية المنازعات البحرية، وتبين أهمية تفعيل هذا الدور وسد الثغرات التي تعوقه.

ولذلك أيد القاضي "Mensah" في رأيه المستقل التدابير المؤقتة التي أمرت بها الغرفة بأمر غانا بالامتناع عن إجراء عمليات تنقيب أو استغلال جديدة في المنطقة المتنازع عليها؛ فذلك يأخذ في الاعتبار مصالح وحقوق الطرفين ويسعى لحماية حقوق كل من مقدم الطلب والمدعى عليه، ولاحظ أيضا أن الغرفة إذ أحاطت علما بضمان غانا وتعهداتها وتسجيلها؛ أكدت أن غانا قد يُطلب منها تقديم تعويضات مناسبة إذا ما دأبت الغرفة الخاصة أن تقرر أن أي جزء من المنطقة المتنازع عليها يتعلق بكوت ديفوار وإذا ما خلصت إلى أن أي حقوق من كوت ديفوار قد انتهكت بسبب أنشطة غانا في المنطقة¹.

وبذلك فالغرفة في تقريرها لهذا التدبير أكدت أنه ليس إقراراً نهائياً بمنح ذلك الحق لغانا ولكنها أحاطتها علما بأنه عند نظر النزاع نفسه وإذا ثبت أنها انتهكت حقوق كوت ديفوار سيترتب في حقها التعويض عن الأضرار التي سببتها هذه الأنشطة، ومما لا شك فيه أن هذه الصياغة تدعم الحفاظ على حقوق الطرفين وتؤكد في الوقت ذاته عدم تأثير ذلك على القرار النهائي فتجعل كل منهما على

¹) Ibid: pp. 169-171.

بينه من أمره وتؤكد تحمله تبعة تصرفاته منذ ذلك الوقت وحتى نظر النزاع وتقديم القرار النهائي بشأنه.

كما أن الغرفة في إقرارها للتدابير المؤقتة راعت الحقوق السيادية لكوت ديفوار المتعلقة بالحق الاستثنائي في الوصول إلى المعلومات المتعلقة بالموارد الطبيعية للجرف القاري؛ ولذلك أمرت بأن تتخذ غانا جميع الخطوات اللازمة لمنع المعلومات الناتجة عن أنشطة الاستكشاف الماضية أو الجارية أو المستقبلية التي تقوم بها أو تتم بتصريح منها في المنطقة المتنازع عليها والتي ليست بالفعل في المجال العام لاستخدامها بأية طريقة كانت على حساب كوت ديفوار؛ فيظهر جليا حرص الغرفة على الحفاظ على كافة الحقوق المعقولة التي تحقق مصالح الطرفين حتى لا تتضرر المصالح المشروعة لهما ريثما ينظر النزاع.

ورغم أن الغرفة الخاصة وجدت أن كوت ديفوار لم تقدم أدلة كافية لدعم مزاعمها بأن أنشطة غانا في المنطقة المتنازع عليها تؤدي إلى خلق خطر وشيك يهدد بحدوث ضرر جسيم بالبيئة البحرية، إلا أنها أشارت إلى أن خطر إلحاق ضرر جسيم بالبيئة البحرية يشكل مصدر قلق كبير لها، وعلى ذلك ضمنت التدابير المؤقتة تدبيرا يلزم غانا بأن تقوم برصد صارم ومستمر لجميع الأنشطة التي تضطلع بها أو ترخص لها في المنطقة المتنازع عليها بهدف ضمان منع إلحاق ضرر جسيم بالبيئة البحرية، وتديبرا آخر بأن يتخذ الطرفان جميع الخطوات اللازمة لمنع إلحاق ضرر جسيم بالبيئة البحرية بما في ذلك الجرف القاري ومياهه

الطافية في المنطقة المتنازع عليها ويتعاونان لتحقيق ذلك؛ وفي استخدام الغرفة الخاصة لسلطتها التقديرية فيما يتعلق بحماية البيئة البحرية من التلوث رغم قناعتها بعدم تقديم الدولة المدعية ما يثبت صحة ادعائها بهذا الصدد ما يؤكد حرص المحكمة وعرفها على الحفاظ على البيئة البحرية واتخاذ ما يلزم من خطوات لذلك من تلقاء نفسها؛ مما يدعم قوة الدور الموكل للمحكمة فيما يتعلق بتسوية المنازعات البحرية والحفاظ على البيئة البحرية في آن واحد.

النظر في النزاع

بعد استكمال تقديم المذكرات والوثائق المطلوبة وفقا للإجراءات الكتابية المحددة، وبعد أن انتهت الإجراءات الشفوية؛ أصدرت الغرفة الخاصة حكمها بتاريخ 23 سبتمبر 2017م¹.

وفي حكمها بينت الغرفة الخاصة أنه لا يوجد خلاف بين الطرفين فيما يتعلق باختصاصها في هذه القضية، ومع ذلك وجب عليها الفصل في اختصاصها؛ ولاحظت أن الدولتين طرفان في الاتفاقية ويوافقان على ولايتها للفصل في النزاع؛ ولذلك خلصت إلى أن لها صلاحية تحديد الحدود البحرية بين الأطراف في البحر الإقليمي والمنطقة الاقتصادية الخالصة والجرف القاري في حدود 200 ميل بحري².

وفيما يتعلق باختصاصها بتحديد الجرف القاري الذي يتجاوز 200 ميل بحري بين الأطراف؛ شددت على أنه لا يوجد في القانون سوى جرف قاري واحد، ولا يمكن تحديد حدود الجرف القاري بما يزيد عن 200 ميل بحري إلا في حالة

¹) Judgment of 23 September 2017, in the Dispute concerning delimitation of the Maritime Boundary between Ghana and Côte d'Ivoire in the Atlantic, Ghana V. Côte d'Ivoire, List of cases: No. 23, Reports of 8- Judgments, Advisory Opinions and Orders, ITLOS Reports 2017, pp. 181

²) Ibid: pp. 29-31, Paras. 76-88.

وجود مثل هذا الجرف القاري، وليس لديها أدنى شك في أن الجرف القاري الذي يتجاوز 200 ميل بحري موجود لكوت ديفوار لأن وضعه الجيولوجي مطابق للتوصيات الإيجابية الصادرة من لجنة حدود الجرف القاري، وعلى ذلك قررت أن لها ولاية قضائية في البت في تعيين حدود الجرف القاري الذي يتجاوز 200 ميل بحري بين الأطراف¹.

أما فيما يتعلق باختصاص الغرفة في تقرير المسؤولية الدولية لغانا؛ شددت الغرفة على أن الاختصاص القضائي للفصل في انتهاك التدابير المؤقتة ينتمي إلى الاختصاص المتأصل لها؛ وبناءً على ذلك فإن السؤال المتعلق بما إذا كانت الغرفة لها اختصاص البت في المسؤولية الدولية لغانا لا يثار بشأنه²، وخلصت إلى أن اختصاصها بالبت في الطلب النهائي الثاني لكوت ديفوار بشأن المسؤولية الدولية لغانا لا يشمل الاتفاق الخاص الذي قدم به النزاع المتعلق بتعيين الحدود³، ولكن استناداً لحقها في توسيع نطاق اختصاصها إذا كان سلوك الأطراف أثناء إجراءات المحاكمة يقبله ولأن سلوك غانا يقود إلى استنتاج بأنها قبلت اختصاصها القضائي

¹) Ibid: pp. 136–139, Paras. 482–495.

¹)Ibid: pp. 151–152, Paras. 545–546

³) Ibid: p. 152, Paras. 547–548

للبت في المطالبة بالمسئولية الدولية، خلصت الغرفة إلى أن لها اختصاص البت في المطالبة بإقرار المسئولية الدولية وكذلك عن الجبر¹.

وفيما يتعلق بادعاء أن تعيين حدود البحر الإقليمي والمنطقة الاقتصادية الخالصة والجرف القاري داخل وخارج 200 ميل بحري يستند إلى اتفاق ضمني تم تطويره أو تأكيده نتيجة للأنشطة النفطية لكلا الطرفين على مر السنين؛ كان لزاما على الغرفة التأكد من وجود اتفاق ضمني كما تجادل غانا والتحديات التي تواجه كوت ديفوار².

وفي هذا الصدد لاحظت الغرفة أن الأدلة التي قدمتها غانا تبين أن كتل الامتياز النفطي المرخصة من الطرفين تتماشى مع خط اسمته خط الاتزان، ولاحظت أن الأنشطة النفطية التي قام بها كل طرف كانت محصورة في المنطقة الواقعة على جانب الطرف المعني من الخط؛ فلا جدال في أن أي طرف لم يحاول القيام بأنشطة نفطية على الجانب الآخر من الخط، ولاحظت أن كل طرف طلب وحصل على إذن من الطرف الآخر قبل عبور هذا الخط لإجراء المسوحات الزلزالية؛ وعلى ذلك يتضح أن الخط المذكور كان ذا صلة لكلا الطرفين عند القيام بأنشطتهما النفطية³، ومع ذلك فمن الثابت لدى الغرفة أن كوت ديفوار اعترضت

³)Ibid: pp. 152-153, Paras. 551-554

⁴)Ibid: p. 37, Para. 112

1)Ibid: pp. 46-47, Para. 146

في مناسبات عديدة على أي تطور للأنشطة النفطية لغانا في المنطقة المتنازع عليها، وأن غانا لم تتكر هذه الاعتراضات؛ وعلى ذلك فالغرفة لم تقتنع بأن الممارسة المرتبطة بالأنشطة النفطية للأطراف تدل على وجود تفاهم مشترك بين الطرفين يدل على وجود اتفاق ترسيم ضمني بينهما¹.

وأشارت الغرفة كذلك إلى أن لديها شكوكاً بشأن ما إذا كانت الممارسة المرتبطة بالأنشطة النفطية للأطراف قد تكون كافية لإنشاء حدود بحرية واحدة للبحر الإقليمي والمنطقة الاقتصادية الخالصة والجرف القاري داخل وخارج 200 ميل بحري؛ حيث تجري أنشطة النفط البحرية في قاع البحر الإقليمي والجرف القاري ولا يتمتع النظام القانوني الذي يغطي هذه الأنشطة باللجوء إلى الحقوق السيادية للدولة الساحلية المعنية، وأشارت إلى أن الأنشطة النفطية للأطراف قد حدثت على مسافة تقل كثيراً عن 200 ميل بحري من خط الأساس؛ لذلك من المشكوك فيه أن يكون لها تأثير على ترسيم حدود الجرف القاري داخل وخارج 200 ميل بحري².

ولاحظت الغرفة أن التشريعات الوطنية لها أهمية محدودة لإثبات وجود حدود بحرية متفق عليها، ولا يعطي تشريع كلا الطرفين إشارة واضحة بما فيه الكفاية؛ فلا يمكن اعتبار الإشارة في القانون الغاني إلى "الخط الحدودي الذي

2)Ibid: p. 47, Para. 147

1)Ibid: pp. 47-48, Para. 149

يفصل بين النقطتين بمثابة اعتراف باتفاق ضمني بين الدولتين، بينما يثبت قانون كوت ديفوار في الواقع عكس ما تدعي غانا تمامًا كما يشير فيما يتعلق بترسيم الحدود في المستقبل أنه "يجب ترسيم الحدود بالاتفاق"، وبالتالي لا يمكن استخدامها لإثبات وجود اتفاق ترسيم الحدود الضمني بالفعل¹؛ ولذلك لا يمكن أن قبول حجة أنها أول مثال للتشريع الذي يعترف بوجود الحدود البحرية بين الطرفين؛ حيث لا تشكل أدلة دامغة تثبت وجود اتفاق ضمني بشأن الحدود البحرية².

كما لاحظت الغرفة الخاصة أن البيانات المقدمة إلى لجنة حدود الجرف القاري من كلا الطرفين تشير بوضوح إلى وجود مطالبات بحرية متداخلة مع الدول المجاورة وتتضمن إخلاء مسؤولية بأن النظر فيها سيكون دون مساس بتحديد الحدود البحرية الجانبية لكل طرف؛ وفي ضوء هذه الإشارة الواضحة من وجهة نظر الغرفة لا يمكن اعتبار حقيقة أن حدود الجرف القاري التي يطالب بها الطرفان في عروضهما الأولية على طول خط التسوية دليلاً على وجود اتفاق ضمني على الحدود البحرية³.

وفيما يتعلق بما ينبغي أن يكون عليه معيار إثبات وجود اتفاق ضمني؛ لاحظت الغرفة أن الطرفين لا يتفقان بشأن ما إذا كان معيار الإثبات قد تم الوفاء

2)Ibid: p. 51, Para. 163

3)Ibid: pp. 68, Para. 21

1)Ibid: p. 53, Para. 168

به في هذه القضية، كما لاحظت المواقف المختلفة للأطراف بشأن التاريخ الحرج، ومع ذلك رأت أن أنشطة الطرفين في المنطقة البحرية قيد النظر لم تتغير على مر السنين؛ لهذا السبب فإن الغرفة لا تعتبر أن مفهوم التاريخ الحرج مناسب في هذه القضية¹.

وأشارت الغرفة أنه يجب أن يكون الدليل على وجود اتفاق قانوني ضمني ملزماً؛ حيث إن وضع حدود بحرية دائمة أمر بالغ الأهمية ولا يمكن افتراضه بسهولة، بينما الأدلة التي قدمتها غانا تبين أن الأنشطة النفطية للأطراف قد تم تنفيذها على طول الخط الذي تشير إليه باسم "حد الاتزان"، ولاحظت الغرفة كذلك أن خرائط امتياز النفط المقدمة إليها تشهد على ذلك، وأقرت الغرفة بأن هذه الممارسة كانت ثابتة ومتبادلة على مدار فترة زمنية طويلة على الرغم من أنها ليست خالية من الجدل أو الشك².

ورأت الغرفة أن طلبات كوت ديفوار تلقي بظلال من الشك على ادعاء غانا بأن الممارسة النفطية لدى الأطراف كانت لا لبس فيها على مدار أكثر من خمسة عقود، وأن اعتبار أو عدم اعتبار طابع الممارسة النفطية للأطراف لا لبس فيه ليس هو الاعتبار الرئيسي لديها؛ فالممارسة النفطية بغض النظر عن مدى اتساقها لا يمكنها في حد ذاتها إثبات وجود اتفاق ضمني بشأن الحدود البحرية،

2) Ibid: p. 65, Paras. 209-210

3) Ibid: p. 66, Paras. 212-213²)

وبالتالي فإن إثبات وجود حدود بحرية يتطلب أكثر من مجرد إظهار الممارسة النفطية القديمة أو حدود امتياز النفط المجاورة¹.

وفيما يتعلق بخرائط الامتياز النفطي فإن الغرفة ليست مقتنعة بأنها لا تُظهر حدود الامتيازات النفطية فحسب بل الحدود البحرية كما تدعي غانا، وأشارت إلى أن عددًا من خرائط الامتياز النفطي التي قدمتها غانا تصور خطأ معطلاً يبدأ من حدود الحدود البرية ويمتد إلى ما بعد الحدود البحرية لامتياز النفط مع وجود أسماء أحد الطرفين أو كليهما على كل جانب من الخط؛ ففي حالة عدم وجود إشارة واضحة إلى الحدود البحرية الدولية على الخرائط فمن الصعب القيام بذلك².

وأشارت الغرفة إلى أن كوت ديفوار كلما سمحت للمرخص لهم من غانا بالدخول إلى منطقتها البحرية من أجل إجراء عمليات المسح الزلزالي كانت تشير بالتحديد إلى المياه الإقليمية الإيفوارية بالقرب من الحدود البحرية بين غانا وكوت ديفوار وتعتبر غانا هذا اعترافاً صريحاً لكوت ديفوار بحدود بحرية بين الدولتين، ومع ذلك لا يمكن للغرفة قبول حجة غانا؛ لأن مجرد استخدام مصطلح "الحدود البحرية" لا يمكن أن يثبت وجود حدود بحرية "متفق عليها" أكثر من مجرد خريطة تصور خطأً بطريقة معينة³.

¹)Ibid: pp. 66–67, Paras. 214–215

²) Ibid: p. 67, Para. 217

³) Ibid: p. 68, Para. 218

ورأت الغرفة أن الأطراف كانت على علم بالتمييز بين حدود امتياز النفط والحدود البحرية؛ حيث يتجلى بوضوح أن حدود الامتياز النفطي والحدود البحرية متميزة في محاولات الأطراف لترسيم حدودهما البحرية عن طريق التفاوض، وينعكس ذلك أيضًا فيما قدمه الأطراف إلى لجنة حدود الجرف القاري، ورأت الغرفة أن بيانات الأطراف المقدمة إلى لجنة مراقبة الأسلحة التقليدية دليل آخر على عدم وجود أي اتفاق بينها بشأن الحدود البحرية¹.

ولاحظت الغرفة أن الدول كثيرا ما تمنح امتيازات نفطية في منطقة لم يتم بعد تحديدها، كما أن هناك سبب آخر لعدم قبول حجة غانا بشأن وجود اتفاق ضمني بشأن الحدود البحرية؛ حيث إن الأدلة المتعلقة فقط بالغرض المحدد من أنشطة النفط في قاع البحر وترتيبه تعتبر محدودة القيمة في إثبات وجود حدود متعددة الأغراض، ويبدو أن سلوك الأطراف فيما يتعلق بمسائل أخرى غير الامتيازات والعمليات النفطية يؤكد عدم اليقين فيما يتعلق بالحدود البحرية ويضيف القليل إلى إثبات وجود اتفاق ضمني².

¹) Ibid: pp. 68-69, Paras. 220-224.

²) Ibid: p. 70, Paras. 225-227.

في ضوء ذلك خلصت الغرفة الخاصة إلى أنه لا يوجد اتفاق ضمني بين الطرفين لتحديد حدود البحر الإقليمي والمنطقة الاقتصادية الخالصة والجرف القاري داخل وخارج 200 ميل بحري¹.

أما فيما يتعلق بمسألة ما إذا كان الإغلاق الحكمي الذي استندت إليه غانا كحجة فرعية ينطبق في هذه القضية؛ أشارت الغرفة إلى أنه في القانون الدولي توجد حالة الإغلاق الحكمي عندما تخلق دولة ما بحكم سلوكها مظهراً لحالة معينة وتتصرف دولة أخرى أو تعتمد على هذا السلوك بحسن نية أو تمتنع عن فعل ما بسببه؛ إن أثر فكرة الإغلاق الحكمي هو أن الدولة تمنع بسلوكها من التأكيد على أنها لم توافق على موقف معين أو تعترف به، ولم تثبت كوت ديفوار بكلماتها أو تصرفاتها أو صمتها أنها وافقت على الحدود البحرية القائمة؛ وبما أنه لم يتم استيفاء الشرط الأول للإغلاق الحكمي فليس من الضروري تحديد ما إذا كانت غانا تصرفت بحسن نية في الاعتماد على سلوك كوت ديفوار أو ما إذا كانت عانت من تحيز ناتج عن تغير في سلوك كوت ديفوار؛ ولذلك رفضت الغرفة هذا الادعاء².

ثم بدأت الغرفة بترسيم حدود البحر الإقليمي؛ وبينت أن ترسيمه تحكمه المادة 15 من الاتفاقية، وأخذت في الاعتبار أن حقوق الدول الساحلية المعنية ليست عملية فردية بل هي إقليمية؛ حيث إنها تستلزم السيادة على قاع البحر

¹) Ibid: p. 71, Para. 228.

²) Ibid: pp. 74-75, Paras. 242-246.

والمياه العميقة والجو، وعلى هذا الأساس قررت استخدام نفس المنهجية لترسيم حدود البحار الإقليمية وللمناطق الاقتصادية الخالصة والجرف القاري داخل وخارج 200 ميل بحري¹.

وفي هذا الصدد لاحظت الغرفة أن الطرفين يختلفان بشأن المنهجية المستخدمة في تعيين الحدود؛ حيث لا يتفقان على اعتبار منهجية التسوية/الظروف ذات الصلة المنهجية الغالبة، وحيث إنه لا توجد منهجية معينة تحدها النصوص المعنية من الاتفاقية؛ فإن منهجية ترسيم الحدود المناسبة-إذا لم تتفق الدول المعنية-تُترك ليتم تحديدها من خلال آلية تسوية المنازعات والتي ينبغي أن تتوصل إلى حل عادل في ضوء ظروف كل حالة، وبينت المحكمة أن الاجتهاد القضائي قد تطور لصالح طريقة التسوية/الظروف ذات الصلة؛ فهذه هي الطريقة التي يتبعها القضاء الدولي في غالبية قضايا ترسيم الحدود المعروضة عليه، كما أن الفقه القانوني الدولي المتعلق بتعيين حدود المساحات البحرية من حيث المبدأ يؤيد هذه المنهجية، وأن المحاكم الدولية عندما اعتمدت منهجية الزاوية الثابتة كان بسبب ظروف خاصة في كل قضية من القضايا المعنية، وأكد الفقه القانوني الدولي أنه في حالة عدم وجود أسباب مقنعة تجعل من غير المناسب رسم خط مؤقت للتسوية ينبغي اختيار منهجية التسوية/الظروف ذات الصلة لترسيم الحدود البحرية².

¹) Ibid: pp. 78-79, Paras. 261-263.

²) Ibid: pp. 81-86, Paras. 279-289.

وأكدت الغرفة الخاصة على أن جومورو جزء لا يمكن إنكاره من أراضي غانا ولا تشكل شبه جزيرة، وفي عملية تحديد البحر الإقليمي والمنطقة الاقتصادية الخالصة والجرف القاري بين غانا وكوت ديفوار لا يمكن معاملتها كجزيرة أو شبه جزيرة بارزة تشوه الاتجاه العام للساحل أو إسقاطه باتجاه البحر، والغرفة ليست مقتنعة بأنه ينبغي اعتماد منهجية الزاوية الثابتة في هذه الحالة بحجة أن استخدام هذه المنهجية سيراقي مصالح الدول المجاورة في المنطقة؛ فحكم الغرفة ملزم فقط لطرفي النزاع؛ واستنادا لذلك لم تر الغرفة أي سبب مقنع للانحراف عن هذه المنهجية لترسيم الحدود البحرية للطرفين¹.

لاحظت الغرفة أن الطرفين يتفقان من حيث المبدأ على النهج الثلاثي المراحل كما طوره الفقه القانوني الدولي، وتتمثل الخطوة الأولى في بناء خط التسوية المؤقت في تحديد سواحل الأطراف التي يتداخل فيها الإسقاط البحري، ولتحديد الإسقاط الناتج عن سواحل الدولة اتبعت الغرفة الفقه الدولي؛ لكي يُعتبر أي ساحل مناسباً في ترسيم الحدود البحرية يجب أن يولد إسقاطات تتداخل مع تلك الخاصة بسواحل طرف آخر، ورأت الغرفة أنه لا يوجد أساس للتمييز بين الإسقاطات في حدود 200 ميل بحري وتلك الموجودة خارجها، حيث لا يوجد سوى جرف قاري واحد؛ وبناءً على ذلك فإن سواحل الطرفين مهمة بغض النظر عما إذا كان التداخل يحدث في حدود 200 ميل بحري من كلا السواحل أو ما يتجاوزها،

¹) Ibid: pp. 90–93, Paras. 309–324.

أو في حدود 200 ميل بحري من سواحل أخرى وما يتجاوزها، وحددت وفقاً لذلك السواحل ذات الصلة للطرفين وأرفقت الخريطة الموضحة للتحديد بالحكم، ولاحظت أن طول خط ساحل غانا وطول ساحل كوت ديفوار يختلف عن طول الخط الذي حسبته الأطراف؛ وذلك بسبب التقنية المستخدمة في الحساب¹.

ثم انتقلت الغرفة إلى تحديد المنطقة ذات الصلة؛ التي تتداخل فيها إسقاطات سواحل الطرفين وتمتد إلى الحدود الخارجية للمنطقة المراد تعيينها، واختارت نقاطاً أساسية لبناء خط التسوية المؤقت، وحددته تحديداً دقيقاً وأرفقت الخرائط بالحكم، ورأتها كافية لإنشاء خط التسوية المؤقت حتى يصل إلى الحدود الخارجية للجرف القاري وراء 200 ميل بحري، وعلى أساسها تم إنشاء خط مبسط مؤقت للتسوية².

وبعد أن ناقشت الغرفة مبررات الطرفين وما استقر عليه الفقه القضائي الدولي قررت أنه لا يوجد أي ظرف ذي صلة يبرر تعديل خط التسوية المؤقت على النحو المحدد؛ وبناءً على ذلك قامت بترسيم حدود البحر الإقليمي والمنطقة الاقتصادية الخالصة والجرف القاري على مسافة 200 ميل بحري³.

¹) Ibid: pp. 101–106, Paras. 360–380.

²) Ibid: pp. 106–114, Paras. 381–401.

³) Ibid: pp. 114–136, Paras. 402–481.

ثم انتقلت الغرفة الخاصة لترسيم حدود الجرف القاري بما يتجاوز 200 ميل بحري؛ وفيما يتعلق بمنهجية تحديده أشارت إلى موقفها المتمثل في أنه لا يوجد سوى جرف قاري واحد، لذلك فمن غير المناسب التمييز بين الجرف القاري داخل 200 ميل بحري وما يتجاوزه فيما يتعلق بمنهجية ترسيم الحدود؛ وعليه قررت أن يستمر خط ترسيم الحدود المحدد في نفس الاتجاه حتى يصل إلى الحدود الخارجية للجرف القاري، وبعد أن ناقشت اختبار عدم التناسب وقررت عدم انطباقه قامت بتحديد الجرف القاري بما يتجاوز 200 ميل بحري تحديداً دقيقاً وأرقت بالحكم الخرائط التي توضح هذا التحديد¹.

أما فيما يتعلق بمسألة المسؤولية الدولية لغانا المتعلقة بادعاء كوت ديفوار بأن الأنشطة التي تقوم بها غانا من جانب واحد في المنطقة البحرية الإيفوارية تشكل انتهاكاً للحقوق السيادية الحصرية لها على حافتها القارية؛ رأيت الغرفة أن غانا عند القيام بأنشطة الهيدروكربونات في ميدان "TEN" كانت على علم بأن هذه الأنشطة كانت تجري في منطقة تطالب بها كوت ديفوار، ورغم ذلك فالحجة التي تقدمت بها كوت ديفوار غير مستدامة، حتى على افتراض أن بعض هذه الأنشطة قد تمت في مناطق نسبت إلى كوت ديفوار بموجب الحكم؛ لذلك وجدت الغرفة أن

1) Ibid: pp. 145–150, Paras. 526–540.

غانا لم تنتهك الحقوق السيادية لكوت ديفوار، ولا يمكنها تحمل مسؤولية دولية وافقت عليها كوت ديفوار منذ أن أثبتت بالفعل أن هذا الخط ليس له صلة قانونية¹.

وفيما يتعلق بمسألة المسؤولية الدولية لغانا المتعلقة بادعاء كوت ديفوار أن أنشطة غانا الانفرادية في المنطقة المتنازع عليها وعدم مرونتها في المفاوضات إلى جانب إغلاق جميع السبل لتسوية النزاع قضائيا في الوقت المناسب تشكل انتهاكات للالتزام بالتفاوض بحسن نية على النحو المنصوص عليه في الاتفاقية؛ رأيت الغرفة أن الالتزام بموجب الاتفاقية بالتوصل إلى اتفاق بشأن ترسيم الحدود يستلزم بالضرورة إجراء مفاوضات في هذا الصدد، والالتزام بالتفاوض بحسن نية يحتل مكانة بارزة في الاتفاقية وفي القانون الدولي، وهذا الالتزام ذو أهمية خاصة عندما تقوم الدول المجاورة بأنشطة بحرية على مقربة، ومع ذلك فالالتزام بالتفاوض بحسن نية هو التزام بسلوك وليس نتيجة؛ لذلك لا يمكن أن يستند انتهاك هذا الالتزام فقط إلى أن النتيجة المتوقعة من جانب واحد لم تتحقق؛ وعلى ذلك رأيت الغرفة أن كوت ديفوار لم تثبت بشكل مقنع أن غانا لم تتفاوض بحسن نية، وبالتالي فإنها ترفض مطالبتها بالمسؤولية الدولية على أساس انتهاك الفقرة 1 من المادة 83 من الاتفاقية².

2) Ibid: pp. 162–163, Paras. 588–595.

1) Ibid: pp. 165–166, Paras. 604–605.

وفيما يتعلق بمسألة المسؤولية الدولية لغانا المتعلقة بادعاء كوت ديفوار أن الأنشطة التي تقوم بها من جانب واحد في المنطقة البحرية الإيفوارية تشكل انتهاكا للالتزام عدم تعريض إبرام اتفاق للفشل أو عرقلته على النحو المنصوص عليه في الاتفاقية؛ أحاطت الغرفة علما بحقيقة أن غانا علقت أنشطتها أخيرا عن طريق تنفيذ التزاماتها وفقا للتدابير المؤقتة لضمان عدم إجراء حفر جديد من قبلها أو بمعرفتها في المنطقة المتنازع عليها؛ ولكن كان من الأفضل لو التزمت بطلب كوت ديفوار في وقت سابق لتعليق أنشطتها الهيدروكربونية في هذا المجال، وأخذت الغرفة في الاعتبار أن غانا لم تقم بأنشطة هيدروكربونية إلا في منطقة تنسب إليها؛ وبناء على ذلك وجدت أنها لم تنتهك الفقرتين 1 و3 من المادة 83 من الاتفاقية، وبالتالي فإنها ترفض طلب كوت ديفوار بإقرار مسؤوليتها في هذا الصدد¹.

وفيما يتعلق بالمسؤولية الدولية لغانا عن انتهاكها للتدابير المؤقتة التي حددتها الغرفة الخاصة؛ أوضحت الغرفة أنه عملاً بالمادة 290 من الاتفاقية فإن أمرها الخاص بوضع تدابير مؤقتة إلزامي بطبيعته ويخلق التزامات قانونية يتعين على الأطراف الامتثال لها، وخلصت فيما يتعلق بالتدابير المؤقت المتعلق بعمليات الحفر إلى أنه لم يتم إجراء "حفر جديد" من قبل غانا أو تحت سيطرتها في المنطقة المتنازع عليها وأن كل الأنشطة التي تمت كانت أنشطة مستمرة بدأت من قبل،

1) Ibid: pp. 172-173, Paras. 632-634.

وفيما يتعلق بالتدبير المؤقت الذي يلزم الأطراف بمواصلة تعاونها لاحظت الغرفة أن غانا قد ساهمت في التعاون في عدة مناسبات؛ وبناءً على ذلك وجدت الغرفة أن غانا لم تنتهك التدابير المؤقتة الصادرة عن الغرفة¹.

على أساس كل الاعتبارات المذكورة خلصت الغرفة الخاصة إلى أن أيًا من أنشطة غانا لا تستتبع مسئوليتها الدولية؛ لذلك لا توجد حاجة لمعالجة مسألة الجبر².

2) Ibid: pp. 176–179, Paras. 647–658.

3) Ibid: p. 179, Para. 659.

التعليق على الحكم

كنهج المحكمة في نظر المنازعات بدأت الغرفة الخاصة بالفصل في اختصاصها دون طلب من طرفي النزاع ورغم تأكيدها على عدم اعتراض الطرفين على اختصاص المحكمة في كافة المسائل التي ستنظر فيها، وبتت فيه مع ملاحظة توسعها في تفسير أساس الاختصاص فيما يتعلق بالمسئولية الدولية¹.

ثم عالجت معالجة دقيقة المسائل المطروحة عليها فيما يتعلق بترسيم الحدود البحرية بين غانا وكوت ديفوار؛ حيث بتت في كافة الادعاءات التي طرحها طرفي النزاع وناقشت كافة الحجج التي قدمت إليها، وكانت الغرفة تواجه ثلاث مسائل رئيسية في هذه القضية؛ يتمثل الأول في ادعاء غانا بوجود اتفاق ضمني بين الدولتين بترسيم الحدود، والمسألة الثانية ترسيم الحدود البحرية بينهما في البحر الإقليمي والمنطقة الاقتصادية الخالصة والجرف القاري في حدود 200 ميل بحري وما يتجاوزها، أما المسألة الثالثة فكانت تتعلق بادعاء كوت ديفوار بتحمل غانا المسئولية الدولية عن تصرفاتها.

وفيما يتعلق بمسألة وجود اتفاق ضمني متعلق بترسيم الحدود البحرية بين الطرفين؛ ناقشت الغرفة الخاصة كافة الادعاءات والحجج التي قدمتها غانا وردود كوت ديفوار وانتهت لعدم وجود ما يكفي لإثبات وجود مثل هذا الاتفاق الضمني

¹ انظر في التعليق على اختصاص الغرفة المطلب الأول من المبحث الرابع من هذا البحث؛ ص: 125.

لتحديد حدود البحر الإقليمي والمنطقة الاقتصادية الخالصة والجرف القاري داخل وخارج 200 ميل بحري.

وهو ما اتفق فيه القاضي "Mensah" في رأيه المستقل مع الغرفة؛ حيث إن غانا لم تقدم ما يكفي من أسباب مقنعة لإثبات وجود اتفاق ضمني لترسيم حدود البحر الإقليمي والمنطقة الاقتصادية الخالصة والجرف القاري داخل وخارج 200 ميل بحري؛ ومن الواضح أن غانا لم تكن قادرة كذلك على إثبات وجود اتفاق على الخط الذي تدعيه، وقد أكد الفقه القانوني الدولي باستمرار أن إثبات وجود اتفاق على الحدود البحرية يستلزم أن يكون الدليل على وجود اتفاق ضمني مقنع؛ وذلك لأن إنشاء الحدود البحرية الدائمة بين الدول مسألة ذات أهمية بالغة، ومثل هذا الاتفاق ليس من السهل افتراضه¹.

وفيما توصلت إليه الغرفة فيما يتعلق بهذه المسألة دقة ومراعاة لكافة الاعتبارات المتعلقة بحجج الطرفين؛ حيث غطي ردها الوافي كافة الادعاءات والردود، فأكدت أن خط الاتزان الذي تدعيه غانا كان ذا صلة لكلا الطرفين عند القيام بأنشطتهما النفطية إلا أنها بينت عدم اقتناعها بأن الممارسة المرتبطة

1) Separate Opinion of Judge ad hoc Mensah: Judgment of 23 September 2017, in the Dispute concerning delimitation of the Maritime Boundary between Ghana and Côte d'Ivoire in the Atlantic, Ghana V. Côte d'Ivoire, List of cases: No. 23, Reports of Judgments, Advisory 182–186; pp. 182–183. Opinions and Orders, ITLOS Reports 2017, pp.

بالأنشطة النفطية للأطراف تدل على وجود تفاهم مشترك بين الطرفين يدل على وجود اتفاق ترسيم ضمني بينهما، كما لم يكن لها تأثير على ترسيم حدود الجرف القاري داخل وخارج 200 ميل بحري.

ولم تكتفِ الغرفة بذلك بل أكدت وجوب أن يكون الدليل على وجود اتفاق قانوني ضمني ملزماً؛ حيث إن وضع حدود بحرية دائمة أمر بالغ الأهمية ولا يمكن افتراضه بسهولة، وإثبات وجود حدود بحرية يتطلب أكثر من مجرد إظهار الممارسة النفطية القديمة أو حدود امتياز النفط المجاورة، والدول كثيراً ما تمنح امتيازات نفطية في منطقة لم يتم بعد تحديدها، بينما سلوك الأطراف في مسائل أخرى غير الامتيازات والعمليات النفطية يؤكد عدم اليقين فيما يتعلق بالحدود البحرية ولا يضيف إلا القليل إلى إثبات وجود اتفاق ضمني، والغرفة بذلك قطعت مجال الاعتراض على قرارها فيما يتعلق بادعاء وجود اتفاق ضمني حول ترسيم الحدود البحرية بين الطرفين، وثبتت المبدأ الذي أقره الفقه القضائي الدولي فيما يتعلق باليقين الذي يجب أن يغلف الاتفاق الضمني الذي يمكن اعتباره أساساً لترسيم الحدود البحرية.

وعرّجت الغرفة بعد ذلك إلى ترسيم الحدود البحرية بين الطرفين في البحر الإقليمي والمنطقة الاقتصادية الخالصة والجرف القاري؛ فبدأت بتحديد المنهجية التي ستتبعها في ذلك وناقشت المنهجية التي تطلبها كوت ديفوار ورجحت المنهجية الغالبة في الفقه القانوني الدولي وهي منهجية التسوية/الظروف ذات الصلة كما

طورها الفقه القضائي الدولي ووجدت أنه لا مبرر يدعو إلى مخالفة هذه المنهجية المرجحة.

والغرفة في ترسيمها للحدود البحرية بين الطرفين قررت استخدام نفس المنهجية لترسيم حدود البحار الإقليمية والمناطق الاقتصادية الخالصة والجرف القاري داخل وخارج 200 ميل بحري؛ واستخدمت حقها الذي تمنحه لها الاتفاقية مادام الطرفين لم يتفقا على منهجية؛ وفي هذا الصدد استخدمت منهجية التسوية/الظروف ذات الصلة، بينما رفضت استخدام منهجية الزاوية الثابتة حيث إن المحاكم الدولية عندما اعتمدها كان ذلك بسبب ظروف خاصة في كل قضية.

وهو ما اتفق فيه القاضي "Mensah" مع قرار الغرفة؛ فبين أن كوت ديفوار لم تقدم أي سبب مقنع لأن تحديد الغرفة الخاصة عن المنهجية القياسية التي تعتمدها المحاكم والهيئات القضائية الدولية لتحديد المناطق البحرية بين الدول؛ لذلك وافق على أنه لا توجد ظروف في هذه الحالة من شأنها تبرير استخدام أية منهجية مختلفة¹، واتفق مع تعيين المناطق البحرية بين غانا وكوت ديفوار بناءً على خط التسوية المؤقت الموصوف في الحكم؛ حيث يرى عدم وجود ظروف ذات صلة من شأنها أن تتطلب أي تعديل على هذا الخط، وأنه لا التاريخ ولا الجغرافيا وبالتأكيد ليس السوابق القضائية توفر الأساس القانوني للنظر في جغرافيا جومورو باعتبارها تشكل ظرفاً يبرر أو يتطلب تعديل خط التسوية المؤقت، كما اعتبر حجة

1) Ibid: p. 183.

غانا بأن ممارسة النفط للأطراف يشكل ظرفا ذا صلة يتطلب تعديل خط التسوية المؤقت لتتوافق مع حدود التسوية المعتادة هو محاولة لإحياء الادعاء بوجود اتفاق ضمني على الحدود البحرية بين غانا وكوت ديفوار والتي تم رفضها بالفعل من قبل الغرفة¹.

وانتق مع القاضي "Mensah" في رفض حجة غانا باعتبار ممارسة النفط للطرفين تشكل ظرفا ذا صلة؛ حيث رفضت الغرفة قبل معالجة ترسيم الحدود وجود اتفاق ضمني ثابت لترسيم الحدود البحرية بينهما، وعند معالجة اعتبارها ذات صلة في ترسيم الحدود ستعود الغرفة لذات النقطة التي انتهت إليها فيما يتعلق بوجود اتفاق ضمني، وذلك سيدعم المحاولات المتتالية لغانا بإقرار الحدود البحرية وفقا لخط التسوية المؤقت الذي ترعمه وتسميه بحد الاتزان.

واستخدمت الغرفة النهج الثلاثي المراحل كما طوره الفقه القانوني الدولي في ترسيم الحدود البحرية بين الطرفين بناء على اتفاقهما عليه واعتبرت سواحل الطرفين مهمة، وحددت طول خط الساحل يختلف عن طول الخط الذي حسبته الأطراف؛ وذلك بسبب التقنية المستخدمة في الحساب، وحددت بدقة حدود البحر الإقليمي والمنطقة الاقتصادية الخالصة والجرف القاري داخل وخارج 20 ميل بحري؛ وفي دقة هذا التحديد الذي قدمته ما يبرز أهمية استخدام المنهجية القياسية

1) Ibid: p. 184.

بل ويوجب العمل على تطويرها لتتاسب كافة الحالات التي تحتاج إلى ترسيم الحدود البحرية.

وبذلك تكون الغرفة قد اتبعت الفقه القضائي الدولي ونهجها في قضية ترسيم الحدود البحرية في خليج البنغال وهو ما يمنح المحكمة فرصة جيدة للمساهمة في تطوير الفقه القضائي الدولي لصالح هذه المنهجية القياسية التي تستخدم في ترسيم الحدود البحرية بما يثقل دور المحكمة في تسوية هذا النوع من المنازعات ويسهم في استقرار العلاقات الدولية وإن كان حري بالمحكمة وغرفها البدء بتطوير مبادئ ترسيم الحدود البحرية وفقا للمنهج الذي بدأتها في قضية خليج البنغال.

وفيما يتعلق بمسألة المسؤولية الدولية لغانا التي طالبت بها كوت ديفوار فقد توصلت الغرفة الخاصة بعد مناقشة كافة الحجج إلى عدم إقرار المسؤولية الدولية في حق غانا في أي من الادعاءات المطروحة.

وقد وافق القاضي "Mensah" على استنتاج الغرفة بأن غانا لم تنتهك القانون الدولي أو الاتفاقية أو الأمر المتعلق بالتدابير المؤقتة في الاضطلاع بأنشطة في المنطقة المتنازع عليها؛ فقد أصابت الغرفة فيما خلصت إليه من أن عمليات الحفر التي تم تنفيذها في المنطقة المتنازع عليها إما بواسطة غانا أو تحت سيطرتها كانت لمجرد ضمان الإنتاج السليم وصيانة النفط فقد كان هذا الحفر جزءاً من الأنشطة المستمرة فيما يتعلق بحفر حدث بالفعل وليس حفر جديد وهو

المحظور بموجب التدابير المؤقتة، واتفق أيضا مع ما خلصت إليه الغرفة من أنه لا شيء يتعارض مع التزام غانا بالتفاوض بحسن نية أو ما يمكن بحق وصفه بأنه يهدد أو يعرقل إبرام الاتفاق النهائي على ترسيم الحدود¹.

بينما وافق القاضي "Paik" في رأيه المستقل على الاستنتاج الوارد في الحكم بأن غانا لم تنتهك الفقرة 1 من المادة 83 من الاتفاقية؛ حيث إن الأنشطة التي اضطلعت بها لم تحدث في منطقة بحرية لساحل العاج ولكن في منطقة تنسب إلى غانا، ولكنه أوضح أنه إذا تركنا هذا السبب الشكلي جانبا فيوجد تحفظ جدي حول قانونية أنشطة غانا في المنطقة المتنازع عليها².

فقد جاء رد الغرفة فيما يتعلق بالالتزام بعدم تعريض الوصول لاتفاق نهائي للفشل أو عرقلته متسما بعدم الحسم؛ ففي حين أقرت أنه كان من الأفضل لو التزمت غانا بطلب كوت ديفوار في وقت سابق لتعليق أنشطتها الهيدروكربونية في هذا المجال إلا أنها أضافت أن غانا لم تقم بأنشطة هيدروكربونية إلا في منطقة تنسب إليها بموجب الحكم وبناء على ذلك رفضت إقرار مسؤوليتها في هذا الصدد،

1) Ibid: pp. 185–186.

2) Separate Opinion of Judge Paik: Judgment of 23 September 2017, in the Dispute concerning delimitation of the Maritime Boundary between Ghana and Côte d'Ivoire in the Atlantic, Ghana V. Côte d'Ivoire, List of cases: No. 23, Reports of Judgments, Advisory Opinions and Orders, 187–194; pp. 187–188. ITLOS Reports 2017, pp.

وهذا الرد من الغرفة كان قصيرا وغير متناسب مع طبيعة الالتزام الذي ينبغي أن توفي به غانا.

وقد علق على ذلك القاضي "Paik" حيث أوضح أن الالتزام بعدم تعريض الوصول لاتفاق نهائي للفشل أو عرقته لا يمنع تماما أنشطة الدول المعنية في المنطقة البحرية المتنازع عليها، وفي حالة وجود ترتيب مؤقت فمن المتوقع أن يتم تنفيذ هذه الأنشطة وفقا له، ولكن في حالة عدم وجوده أو إذا كان الترتيب المؤقت يغطي فئة محدودة فقط من الأنشطة؛ يكون الالتزام بعدم تعريض الوصول لاتفاق نهائي للفشل أو عرقته ذي صلة بشكل خاص بتنظيم سلوك الدول في المنطقة المراد تعيينها، وبالنسبة للإجراءات التي تعيق الوصول إلى الاتفاق النهائي أو تعرضه للفشل فهناك معيار رئيسي هو ما إذا كانت الإجراءات المعنية سيكون لها تأثير في تعريض عملية التوصل إلى اتفاق نهائي للفشل أو عرقته، فهي فكرة موجهة نحو النتائج وهو ما يعتمد كثيرا على الظروف الخاصة لكل قضية؛ لذلك لا يخدم غرض الفقرة 3 من المادة 83 من الاتفاقية، ويثور التساؤل ما هي الأنشطة المسموح بها والأنشطة غير المسموح بها؟ في حين أن الأنشطة التي تسبب التغيير المادي الدائم في البيئة البحرية من شأنها أن تضر على الأرجح التوصل إلى الاتفاق النهائي¹.

1) Ibid: pp. 188–189.

وبين أنه في هذه القضية اضطلعت غانا ومقاولوها باستفاضة بأنشطة الاستكشاف والاستغلال في المنطقة المتنازع عليها؛ فوفقاً للمعلومات المقدمة إلى الغرفة تم ما لا يقل عن 30 عملية حفر، وبعض المناطق البحرية التي وقعت فيها عمليات الحفر كانت قريبة جداً من حدود التسوية العرفية التي تطالب بها غانا، وقد أجريت عمليات الحفر هذه دون إخطار مسبق لكوت ديفوار، واستمرت وحتى تسارعت في العمليات على الرغم من الطلبات المتكررة لكوت ديفوار لتعليق أي نشاط من جانب واحد في المنطقة المتنازع عليها حتى التحديد النهائي للحدود البحرية، وعندما تم تحديد التدابير المؤقتة من قبل الغرفة تم تطوير مشروع "TEN" في غانا، والذي يتضمن الحفر واستكمال ما يصل إلى 24 بئراً تطويرية ليتم توصيلها من خلال البحر الكبير للبنية التحتية في المنطقة المتنازع عليها¹.

وهذه التطورات التي قامت بها غانا في أنشطتها والثابتة بالمعلومات والتفاصيل التي وصلت للغرفة الخاصة توحى بعزمها وإصرارها على مواصلة نشاطها واستكمال عمليات الحفر والاستثمارات المالية في المنطقة المتنازع عليها بغض النظر عن النتيجة التي سيتم التوصل إليها بالحكم النهائي.

وبين القاضي "Paik" أنه حيث وجدت الغرفة أنه لا يوجد اتفاق ضمني لتحديد الحدود البحرية بين الطرفين وأن متطلبات الإغلاق الحكمي غير موجودة؛ فإن حجة غانا بأن أنشطتها في المنطقة المتنازع عليها ليست من جانب واحد لا

1) Ibid: pp. 190-191

يمكن الدفاع عنها، وغير مقنع منها حجة أن أنشطتها كانت مناسبة للوضع الراهن لأن عمليات الحفر في المنطقة المتنازع عليها سيكون من المرجح أن تولد التغيير المتصور عن الوضع الراهن، ورغم الاعتراضات المتتالية التي قدمتها كوت ديفوار لم تولي غانا الاهتمام الواجب لهذا التطور القانوني وأثره وواصلت وكثفت أنشطتها من جانب واحد في المنطقة المتنازع عليها؛ وهذا السلوك أبعد ما يكون عن ممارسة ضبط النفس المطلوبة بموجب الفقرة 3 من المادة 83 الاتفاقية¹.

ورغم أن كوت ديفوار لم تثبت بشكل كامل أثر أنشطة غانا من جانب واحد على مفاوضات ترسيم الحدود البحرية بينهما إلا أنه سيكون من المعقول الافتراض أن الأنشطة الهيدروكربونية المكثفة مع الاستثمارات المالية الضخمة في المنطقة المتنازع عليها جعلت غانا تترك مجالاً قليلاً للمرونة في المفاوضات، ويعزز هذا الافتراض موقف غانا الذي يثبت أن الغرض من المفاوضات الثنائية كان ببساطة إضفاء الطابع الرسمي على ما وافقت عليه بالفعل في الممارسة؛ وعلى ذلك فإن الأنشطة شديدة التدخل التي تقوم بها من جانب واحد في المنطقة المتنازع عليها بالقرب من حدود التسوية العرفية ليست سابقة على التدابير وكان مزعجاً للغاية القيام بها بل وتصعيدها على الرغم من الاحتجاجات المتكررة لكوت ديفوار؛ ولذلك تعتبر غانا انتهكت التزامها بموجب الفقرة 3 من المادة 83 من الاتفاقية².

1) Ibid: pp. 191–192.

2) Ibid: pp. 192–193.

فغانا لم تترك مجالاً مناسباً للتفاوض بحسن نية والوفاء بالتزام عدم تعريض الاتفاق النهائي للفشل أو عرقلته في ضوء تطوير أنشطتها واستكمال عمليات الحفر من جانب واحد، علماً بأن الغرفة قد أقرت بذلك إلا أنها لم ترتب عليه أثراً قانونياً ووجدته غير كافٍ لإقرار مسئوليتها الدولية، وكان حري بالغرفة في هذا الصدد أن تكون أكثر حسماً في إقرار ضعف استجابة غانا وبالتالي إقرار مسئوليتها الدولية.

وهو ما أكده القاضي "Paik" حقيقة أن غانا علقت الكثير من أنشطتها امتثالاً لقرار الغرفة لا يعفيها من مسئوليتها، كما أن حقيقة أن الأنشطة الانفرادية لغانا وقعت في المنطقة البحرية التي قررت الغرفة تخصيصها لغانا تحول دون عدم شرعية أنشطتها، فالالتزام بعدم تعريض الوصول لاتفاق نهائي للفشل أو عرقلته هو التزام بممارسة الحيطة والحذر في المنطقة التي يكون الوضع القانوني فيها لم يتقرر بعد؛ لذلك فإن هذا الالتزام ينتهك طالما فشلت الدولة في ممارسة الحيطة والحذر المطلوبين بانتظار الاتفاق بغض النظر عن نتيجة تخصيص المنطقة المتنازع عليها، فتبرئة الأفعال التي يمكن أن تعرض للخطر أو تعيق الوصول إلى الاتفاق النهائي بسبب أن المنطقة في نهاية المطاف نسبت إلى الدولة التي قامت بهذه الأفعال سوف يقلل بشكل كبير من قيمة هذا الالتزام؛ وفي ضوء ما أقرته الغرفة في حكمها قد ترى الدول سبباً أقل لممارسة ضبط النفس في المنطقة البحرية المتنازع عليها، في حين أن الدولة ما زالت قادرة على المطالبة بالتعويض فيما يتعلق بالضرر الناشئ عن أنشطة دولة أخرى في الحالة المذكورة أعلاه على أساس

الإثراء غير المشروع مثلاً؛ فالاتفاقية هي الجهاز القانوني الموثوق الوحيد الذي يمكنه تنظيم سلوك الدول في المنطقة التي لم يتم تحديدها بعد بما يسهم في التسوية السلمية الحقيقية للمنازعات¹.

فمن المنطقي قياس تصرفات الدولة في ظل الظروف التي حدثت فيها وليس في ضوء النتيجة النهائية التي تم التوصل إليها؛ فكيف يمكن لغانا التأكد وقت القيام بأنشطتها أن هذه المنطقة ستؤول إليها بموجب الحكم النهائي؟ وماذا لو خصصت المنطقة لكوت ديفوار في النتيجة النهائية للحكم؟

وخلاصة ما توصلت إليه الغرفة الخاصة بهذا الصدد مؤسف؛ فالقضاء الدولي حين يرتب الأثر القانوني على النتيجة يغفل ما يفترض أن يكون عليه سلوك الدول في انتظار القرار النهائي ويفتح مجالاً للدول الأخرى استناداً لهذا القرار لإغفال جانب الحيطة والحذر وهو ما يقلل من قيمة الالتزام الدولي خاصة مع حق الاستناد على السوابق القضائية في إقرار المبادئ والأعراف الدولية، ويفتح ذلك مجالاً واسعاً للقيام بممارسات مماثلة في منازعات أخرى؛ ولذلك أثره على التسوية السلمية للمنازعات بشكل عام وعلى نظام عمل المحكمة ودورها في تسوية المنازعات الدولية البحرية بوجه خاص.

وبصفة عامة ومن خلال تناولها لمسألة المسؤولية الدولية لغانا ظهر وكأن الغرفة الخاصة لا ترغب في إقرار المسؤولية الدولية في حقها في أي من

1) Ibid: pp. 193-194.

الادعاءات التي تطالب بها كوت ديفوار رغم إقرارها لاختصاص الغرفة بالفصل فيها؛ فكانت تارة تقرر بعدم كفاية الإجراءات والخطوات المتخذة من قبل غانا، وتارة أخرى ترى أنها تعاونت في بعض المناسبات، فأقرت بأن كوت ديفوار لم تثبت بما يكفي عدم قيامها بالتفاوض بحسن نية، وبينت أن الالتزام بالتفاوض بحسن نية هو التزام بسلوك وليس نتيجة، كما بينت أن غانا قد ساهمت في التعاون في عدة مناسبات، ورغم ذلك أقرت أنها لم تتعاون في مناسبات أخرى، وخلصت في النهاية ورغم إقرارها بعدم كفاية تصرفات غانا إلى أن أيّاً من أنشطتها لا تستتبع مسؤوليتها الدولية ولم تعالج مسألة الجبر.

وكان حري بالغرفة الخاصة وخاصة مع قوة موقفها فيما يتعلق باختصاصها بالنظر في إقرار المسؤولية الدولية في حق غانا وتوسعة اختصاصها بما دل عليه السلوك الضمني لأطراف النزاع بقبول الاختصاص أن تتخذ موقفاً مشابهاً في إقرار المسؤولية الدولية والتي يتضح من صياغة فقرات الحكم المتعلقة بها أن الغرفة ليست واثقة من انعدام المسؤولية في حق غانا إلا أنها رأت الأدلة غير كافية لإقرارها، ولا شك أن قيام الغرفة بإقرار المسؤولية الدولية في حق غانا لا سيما فيما يتعلق بالتزام تعريض الوصول لاتفاق نهائي للفشل أو عرقلة كان من تبعاته أن يمثل ردعا للدول في منازعات مماثلة عن التراخي في اتخاذ جانب الحيطة والحذر وبذل الجهد الكافي في التعاون للوصول إلى اتفاق ينهي النزاع ويسهم في تفعيل دور المحكمة في تسوية المنازعات الدولية البحرية.

المبحث الرابع

معوقات تفعيل دور المحكمة في تسوية المنازعات البحرية

بالنظر للأحكام الصادرة من المحكمة وبقراءة متأنية فيها يمكن القول بأن أحكام المحكمة تتميز بالدقة القانونية والفنية، تتناول كل ما يتعلق بالنزاع وبادعاءات الأطراف وتفضل فيها جميعا فتحدد حقوق والتزامات كل طرف من أطراف النزاع؛ بما يؤكد الأهمية القصوى لدور المحكمة في تسوية المنازعات، إلا أن ذلك الدور تعترضه مشكلات تحد من فاعليته لعل من أهمها مشكلة تنازع الاختصاص القضائي في المنازعات البحرية، ومشكلة رفض الظهور أمام المحكمة في ظل عدم وجود آلية دولية تلزم الأطراف بالمثول، وعدم وجود آلية تضمن الالتزام بتنفيذ الأحكام الصادرة عن المحكمة، وهو ما يثير تساؤل: ما الآليات التي يمكن أن تعالج هذه المشكلات وتطور دور المحكمة في تسوية المنازعات البحرية؟

تقسيم:

المطلب الأول: تنازع الاختصاص القضائي في المنازعات البحرية.

المطلب الثاني: مشكلة عدم الظهور أمام المحكمة.

المطلب الثالث: عدم وجود آلية لتنفيذ أحكام المحكمة.

المطلب الأول: تنازع الاختصاص القضائي في المنازعات البحرية.

يقتصر الاختصاص القضائي الإلزامي للمحكمة بنظر المنازعات على حالتين فقط؛ الأولى حالة الإفراج الفوري عن السفن والطواقم، والثانية فرض تدابير مؤقتة ريثما يتم تشكيل محكمة تحكيم لنظر النزاع، ولغرفة منازعات قاع البحار اختصاص إلزامي في المنازعات التي تثور بشأن الأنشطة في المنطقة.

إلا أن الاختصاص الأساسي للمحكمة وهو اختصاصها بنظر المنازعات الدولية البحرية ليس اختصاصًا إلزاميًا بل ويقع ضمن ترتيب الوسائل المحددة لتسوية المنازعات الدولية البحرية إجراء يتبع التحكيم في الأولوية، وهو ما يثير التساؤل حول فاعلية دور المحكمة في تسوية المنازعات.

وبنظرة متعمقة للأحكام الصادرة من المحكمة نجد أغلبها ينصب إما على الإفراج الفوري عن السفن والطواقم أو بفرض تدابير مؤقتة ريثما يتم نظر النزاع الأساسي سواء من هيئة تحكيم أو من المحكمة إذا تم تحويل النزاع إليها، وأحكام المحكمة بالتسوية الشاملة للمنازعات على نحو ما بينا من قبل فاصلة ومنهية للنزاع توضح حق كل طرف وما عليه، إلا أنها قليلة بالمقارنة بأحكامها في الإفراج عن السفن والطواقم أو فرض تدابير مؤقتة؛ ولذلك بلا ريب أثره في تفعيل دور المحكمة في تسوية المنازعات.

أولاً: تنازع الاختصاص في النصوص الأساسية للمحكمة

تركت اتفاقية الأمم المتحدة لقانون البحار المجال مفتوحاً لأطراف النزاع باختيار الوسيلة المناسبة لتسوية النزاع البحري القائم بينهم؛ حيث تكون الدولة عند

توقيعها أو تصديقها على الاتفاقية أو انضمامها إليها أو في أي وقت بعد ذلك،
حرة في أن تختار بواسطة إعلان مكتوب واحدة أو أكثر من الوسائل التالية لتسوية
المنازعات المتعلقة بتفسير هذه الاتفاقية أو تطبيقها¹:

المحكمة الدولية لقانون البحار المنشأة وفقا للمرفق السادس.

محكمة العدل الدولية.

محكمة تحكيم مشكلة وفقا للمرفق السابع.

محكمة تحكيم خاص، مشكلة وفقا للمرفق الثامن لفئة أو أكثر من فئات المنازعات
المحددة فيه.

ولا يؤثر الإعلان الصادر باختيار وسيلة تسوية ولا يتأثر بالتزام دولة طرف
بأن تقبل إلى المدى وبالطريقة المنصوص عليهما في الاتفاقية ولاية غرفة منازعات
قاع البحار التابعة للمحكمة، وتعتبر الدولة الطرف التي تكون طرفا في نزاع لا
يغطيه إعلان نافذ قد قبلت بالتحكيم وفقا للمرفق السابع، وإذا كانت الأطراف في
نزاع قد قبلت بنفس الإجراء لتسوية هذا النزاع لا يجوز إخضاع النزاع إلا إلى ذلك
الإجراء ما لم تتفق الأطراف على غير ذلك، وإذا لم تكن الأطراف في نزاع قد قبلت
بنفس الإجراء لتسوية هذا النزاع لا يجوز إخضاع النزاع إلا إلى التحكيم وفقا للمرفق

¹) United Nations Convention on the Law of the Sea, Op. Cit. Art. 287,
Para. 1.

السابع، ما لم تتفق الأطراف على غير ذلك، ويظل الإعلان الصادر نافذا لمدة ثلاثة أشهر بعد إيداع إشعار الإلغاء لدى الأمين العام للأمم المتحدة، ولا يؤثر إعلان جديد أو إشعار بإلغاء إعلان أو انقضاء مفعول إعلان بأي وجه في الدعوى القائمة أمام محكمة ذات اختصاص بموجب هذه المادة ما لم تتفق الأطراف على غير ذلك، وتودع الإعلانات والإشعارات المشار إليها في هذه المادة لدى الأمين العام للأمم المتحدة الذي يرسل نسخا منها إلى الدول الأطراف¹.

ومما لا شك فيه أن عدم إلزامية اختصاص المحكمة على النحو الوارد بالاتفاقية وفق هذا الترتيب الذي يجعلها خيارا متاح للأطراف اختياره أو اختيار غيره ينعكس على قدرة المحكمة على تسوية النزاع القائم؛ فهي تحتاج أولا لتحديد مدى اختصاصها بالنظر في النزاع وعليها بداية أن تتيقن من اتفاق الأطراف على إحالة النزاع إليها.

وقد أكدت المحكمة في حكمها في قضية ترسيم الحدود البحرية في خليج البنغال أن اختصاصها يعتمد في جميع الحالات على الموافقة المسبقة للأطراف وأنه لا يمكن لدولة ذات سيادة أن تكون طرفاً في قضية أمام محكمة دولية ما لم

¹) Ibid: Art. 287.

تكن قد وافقت على عرض النزاع على المحكمة فهذه الموافقة هي التي تحدد اختصاص المحكمة على النزاع¹.

وفي حكمها في قضية ترسيم الحدود البحرية بين غانا وكوت ديفوار بينت الغرفة الخاصة أنه لا يوجد خلاف بين الطرفين فيما يتعلق باختصاصها، ومع ذلك وجب عليها الفصل في اختصاصها².

كما قضت في قضية السفينة لويزا بعدم اختصاصها في نظر النزاع؛ حيث بينت أنه لتمكين المحكمة من تحديد ما إذا كان لها اختصاص يجب أن تقيم صلة بين الوقائع التي قدمت وأحكام الاتفاقية المشار إليها ويظهر أن هذه الأحكام يمكن أن تدعم الدعوى أو المطالبات المقدمة³، وحيث خلصت المحكمة إلى أنه لم يكن هناك نزاع بشأن تفسير أو تطبيق الاتفاقية بين الطرفين وقت إيداع الطلب، وبالتالي فليس لها اختصاص قضائي للنظر في القضية⁴.

¹) Judgment in Delimitation of the Maritime Boundary in the Bay of Bengal: Op. Cit. p. 163, Para. 50

¹) Judgment of 23 September 2017, in the Dispute concerning delimitation of the Maritime Boundary between Ghana and Côte d'Ivoire in the Atlantic, Op. Cit. pp. 29–31, Paras. 76–88.

³) Judgment 28 May 2013, in M/V "Louisa" Case, Op. Cit. p. 34, Para.99.

⁴) Ibid: p. 46, Para.151.

وهذه المشكلة تكبل المحكمة وتوقفها عن القيام بدور فعال في تسوية المنازعات البحرية بين الأطراف بالرغم من تمتعها بالدور القضائي الملزم وهو الأكثر فاعلية في تسوية المنازعات البحرية، وإذا عقدنا مقارنة سريعة بين المنازعات البحرية التي نظرتها المحكمة وتلك التي نظرتها محكمة العدل الدولية نجد أن الدول لا زالت تفضل اللجوء لمحكمة العدل الدولية ربما نظراً للسلطة الممنوحة للمحكمة بموجب ميثاق الأمم المتحدة والذي يفرض على مجلس الأمن وهو يقدم توصياته للأطراف المتنازعة مراعاة أن المنازعات القانونية تعرض على محكمة العدل الدولية وفقاً لأحكام النظام الأساسي للمحكمة¹، وربما لوجود آلية لتنفيذ الأحكام كما سنوضح فيما بعد، إلا أنه من المؤكد أن اختصاص المحكمة لا يتناسب مع كونها الجهاز القضائي المتخصص في المنازعات البحرية والذي نشأ ليراعي الطبيعة الخاصة لهذه المنازعات ويسهل مسألة تسويتها على أساس المساواة بين الأطراف.

الاستثناءات الاختيارية من ولاية المحكمة

لعل من أبرز المشكلات التي تواجه اختصاص المحكمة تلك الاستثناءات التي وردت في اتفاقية قانون البحار حيث أجازت لأية دولة طرف فيها أن تعلم

¹) Charter of the United Nations: Op. Cit. Art. 36, Para. 3.

كتابيا أنها لا تقبل ولاية المحكمة فيما يتعلق بوحدة أو أكثر من فئات المنازعات التالية¹:

1. المنازعات المتعلقة بترسيم الحدود البحرية، أو تلك التي تشمل خلجانا أو سندات تاريخية، بشرط أن تقبل الدولة التي أصدرت ذلك الإعلان حينما ينشأ نزاع ولا يكون قد تم التوصل إلى اتفاق خلال فترة معقولة من الزمن في المفاوضات بين الأطراف، بإخضاع النزاع بناء على طلب أي طرف في النزاع للتوفيق.

2. المنازعات المتعلقة بالأنشطة العسكرية، بما فيها الأنشطة العسكرية للسفن والطائرات الحكومية القائمة بخدمة غير تجارية، والمنازعات المتعلقة بأنشطة تنفيذ القوانين بصدد ممارسة حقوق سيادية أو ولاية مستثناة من اختصاص أية محكمة.

3. المنازعات التي يمارس بصددها مجلس الأمن التابع للأمم المتحدة الوظائف التي خصه بها ميثاق الأمم المتحدة، ما لم يقرر مجلس الأمن رفع المسألة من جدول أعماله أو ما لم يطلب من أطراف النزاع حله بالوسائل المنصوص عليها في هذه الاتفاقية.

وهذه الاستثناءات بدورها تفتح مجالاً أوسع لتكبير اختصاص المحكمة؛ حيث منحت الاتفاقية الأطراف حق رفض ولاية المحكمة في حالة من هذه الحالات الثلاث، وربما يكون أكثرها مثاراً للجدل حالة المنازعات التي يمارس بصددها

¹) United Nations Convention on the Law of the Sea, Op. Cit. Art. 298.

مجلس الأمن وظائفه؛ فالمحكمة شخصية قانونية مستقلة ترتبط بالأمن المتحدة بعلاقة نشأت بموجب اتفاق تعاون، وتكبير سلطتها لصالح مجلس الأمن وهو جهة تنفيذية محدودة الأعضاء يطغى على عمله في كثير من الحالات اعتبارات سياسية هو تقييد لسلطة المحكمة والتي تعتبر جهازاً قضائياً يتمتع بصلاحيات تسوية النزاع على أساس احترام القانون ويتمتع حكمه بالزامية قانونية.

كما أن السماح للدول باستثناء المنازعات المتعلقة بالأنشطة العسكرية به من الخطورة ما يمكن أن يجعل من النزاع القائم يتحول لنزاع عسكري يهدد السلم والأمن الدوليين ويهدد استقرار العلاقات الدولية؛ حيث إن الأنشطة العسكرية أكثر تهديداً للعلاقات الدولية من غيرها من المنازعات.

وإذا كانت ممارسات المحكمة تدعم توسيع المحكمة لدائرة اختصاصها فيما يتعلق بالمنازعات المعروضة عليها والمنازعات المرتبطة بها حتى إنها تتوسع لتأخذ بما يتضح من سلوك أطراف النزاع أثناء نظر الدعوى؛ فإن ذلك يفتح مجالاً يمكن المحكمة من إقرار سابقة قضائية تضيي الزامية على دور المحكمة في تسوية المنازعات البحرية؛ وإذا اتخذت المحكمة هذا النهج القضائي في توسيع دائرة اختصاصها بدلاً من تكبيره سيكون لذلك أكبر الأثر في توسيع دائرة اختصاص المحكمة وتفعيل دورها في تسوية المنازعات الدولية البحرية.

وهو ما اتخذته الغرفة الخاصة المشكلة باتفاق الأطراف لترسيم الحدود البحرية بين غانا وكوت ديفوار فيما يتعلق باختصاصها في تقرير المسؤولية الدولية

لغانا؛ فقد لاحظت أن غانا لا تشكك في اختصاصها في البت في مطالبات كوت ديفوار بشأن مسؤولية غانا الدولية، ولأن الاختصاص القضائي هو الأساس لوظائفها القضائية رأَت الغرفة أنه يتعين عليها التأكد من اختصاصها على الرغم من أن غانا لم تطعن فيه، وشددت على أن الاختصاص القضائي للفصل في انتهاك التدابير المؤقتة ينتمي إلى الاختصاص المتأصل لها؛ وبناءً على ذلك فإن السؤال المتعلق بما إذا كانت الغرفة لها اختصاص البت في المسؤولية الدولية لغانا لا يثار إلا فيما يتعلق بالطلب النهائي الثاني من كوت ديفوار¹.

وفي هذا الصدد لاحظت الغرفة الخاصة أن الأطراف سجلت في الاتفاق الخاص موافقتها على رفع النزاع المتعلق بتعيين حدودها البحرية في المحيط الأطلسي إلى غرفة خاصة بالمحكمة الدولية لقانون البحار، وفي الوقت نفسه الحد من نطاق النزاع، والسؤال الأول الذي يتعين البت فيه هو ما إذا كانت عبارة "نزاع يتعلق بتعيين حدودها البحرية في المحيط الأطلسي" تتضمن أيضاً نزاعاً على المسؤولية الدولية الناشئة عن أنشطة الهيدروكربونات في المنطقة المتنازع عليها، وفي هذا الصدد أقرت الغرفة بأن كلمة "فيما يتعلق" قد تُفهم على أنها تشمل في نطاق النزاع مسائل أخرى لا تشكل جزءاً من ترسيم الحدود ولكنها ترتبط ارتباطاً وثيقاً به؛ ومن الواضح أن النزاع بين غانا وكوت ديفوار بشأن المسؤولية الدولية نشأ

¹) Judgment of 23 September 2017, in the Dispute concerning delimitation of the Maritime Boundary between Ghana and Côte d'Ivoire .in the Atlantic, Op. Cit. pp. 151–152, Paras. 545–546

عن نزاع ترسيم الحدود بينهما، ومع ذلك من وجهة نظر الغرفة فإن معنى عبارة "نزاع بشأن تعيين حدودها البحرية" سيمتد أكثر من اللازم لتفسيرها بطريقة تشمل النزاع على المسؤولية الدولية، ولذلك خلصت الغرفة إلى أن اختصاصها بالبت في الطلب النهائي الثاني لكوت ديفوار بشأن المسؤولية الدولية لغانا لا يشملها الاتفاق الخاص الذي قدم به النزاع المتعلق بتعيين الحدود¹.

لذلك قررت الغرفة أن تتحقق مما إذا كانت الأطراف بعد إقامة الإجراءات قد ضمنّت بسلوكها أثناء المرافعات أنها قبلت اختصاص الغرفة للنظر في الادعاء المتعلق بالمسؤولية الدولية لغانا؛ حيث إن الفقه القانوني الدولي قد قبل أنه يجوز توسيع نطاق اختصاص المحكمة الدولية عن طريق سلوك الأطراف أثناء إجراءات المحاكمة القانونية على أن يكون موقف الدولة المدعى عليها مؤهلاً بما لا لبس فيه لرغبة تلك الدولة في قبول اختصاص المحكمة بطريقة "طوعية لا جدال فيها"، وحيث إن غانا لم تعترض على اختصاص الغرفة بالبت في الادعاء بأنها مسؤولة دولياً، بل على العكس من ذلك في ردها وكذلك في الجلسة عارضت غانا الادعاء المقدم من كوت ديفوار؛ فأنكرت أنها انتهكت القانون الدولي العام أو التزاماتها بموجب الاتفاقية أو تلك المتعلقة بالتدابير المؤقتة، كما طلبت غانا في تقاريرها النهائية من الغرفة رفض طلبات كوت ديفوار بشأن المسؤولية الدولية لها حيث لا أساس لها من حيث المضمون؛ ويقود هذا السلوك الغرفة إلى استنتاج مفاده أن

²) Ibid: p. 152, Paras. 547-548

غانا قبلت اختصاصها القضائي للبت في المطالبة بالمسئولية الدولية، لذلك خلصت الغرفة إلى أن لها اختصاص البت في مطالبة كوت ديفوار ضد غانا بشأن المسئولية الدولية وكذلك عن الجبر¹.

ومن الملاحظ أن السلوك الذي اتخذته الغرفة في تقرير اختصاصها به من التوسع في الاختصاص وعدم قصره على القبول الصريح للأطراف ما يسهم في تفعيل اختصاص المحكمة في تسوية المنازعات البحرية، وإن كان من الأحرى أن تتخذ الغرفة منهج ارتباط المنازعة الفرعية بالأساسية كأساس لاختصاصها دون ربط ذلك بالموافقة الصريحة أو الضمنية للدولة المدعى عليها في قبول الاختصاص؛ على أساس أن الحل الحاسم للنزاع القائم يقتضي حسم كافة المنازعات المتعلقة به بما يحقق التسوية الشاملة للنزاع وتجنب تجدد النزاع بينهما، فمن المستحسن لو اتخذت المحكمة وغرفها المبادرة في مجال اختصاصها بما يضيفي الإلزامية على هذا الاختصاص.

ثانياً: تنازع الاختصاص في الاتفاقيات الدولية التي تمنح الاختصاص للمحكمة

وفقاً للنظام الأساسي للمحكمة؛ يجوز إذا اتفق على ذلك جميع الأطراف في اتفاقية نافذة تتعلق بالموضوع الذي تتناوله اتفاقية قانون البحار أن يحال إلى

1) Ibid: pp. 152-153, Paras. 551-554

المحكمة أي نزاع يتعلق بتفسير أو تطبيق تلك الاتفاقية¹، وبالفعل يوجد العديد من المعاهدات المتعددة الأطراف والمعاهدات الثنائية التي تمنح الاختصاص للمحكمة، إلا أن هذه المعاهدات جميعاً لم تمنح المحكمة اختصاصاً إلزامياً؛ بل تجسد ذات المشكلة المعقدة التي يعاني منها نظام عمل المحكمة وهي تنازع الاختصاص القضائي في المنازعات البحرية، والوقوف على طبيعة المشكلة وتحليلها يقتضي بطبيعة الحال استعراض النصوص الخاصة بتسوية المنازعات في تلك المعاهدات وتحليلها لبيان طبيعة المشكلة ومحاولة إيجاد حلول لها.

المعاهدات المتعددة الأطراف

تتجسد مشكلة تنازع الاختصاص القضائي في المنازعات البحرية في النصوص المتعلقة بتسوية المنازعات في المعاهدات المتعددة الأطراف والتي تمنح الاختصاص للمحكمة الدولية لقانون البحار؛ حيث لم تلزم هذه النصوص الدول الأطراف في المعاهدة باللجوء للمحكمة أو على الأقل تضعها كوسيلة أولى لتسوية النزاع.

¹) Statute of the International Tribunal for the Law of the Sea: Op. Cit.

Art: 22.

اتفاقية تعزيز الامتثال لتدابير الحفظ والإدارة الدولية بواسطة سفن الصيد في أعالي البحار¹

حددت الاتفاقية آليات تسوية المنازعات المتعلقة بها وفق خطوات متتالية راعت فيها الطبيعة الاختيارية لتسوية المنازعات بوجه عام؛ وتتمثل هذه الخطوات في²:

1. يجوز لأي طرف أن يسعى إلى إجراء مشاورات مع أية أطراف أخرى بشأن أي نزاع فيما يتعلق بتفسير أو تطبيق أحكام الاتفاقية بهدف التوصل إلى حل مرضٍ للطرفين في أقرب وقت ممكن.
2. في حالة عدم حل النزاع من خلال هذه المشاورات خلال فترة زمنية معقولة، يجب على الأطراف المعنية التشاور فيما بينها في أقرب وقت ممكن بهدف تسوية النزاع عن طريق التفاوض والتحقيق والوساطة والتوفيق، التحكيم أو التسوية القضائية أو غيرها من الوسائل السلمية التي يختارونها.

¹) Agreement to Promote Compliance with International Conservation and Management Measures by Fishing Vessels on the High Seas, Rome on 24 November 1993, United Nations Treaty Series, Vol. 2221, No. 1–39486, pp: 120–129.

²) Ibid: Art. IX

3. يحال أي نزاع من هذا النوع لم يتم حله على هذا النحو بموافقة جميع أطراف النزاع إلى محكمة العدل الدولية لتسويته أو إلى المحكمة الدولية لقانون البحار أو التحكيم، وفي حالة عدم التوصل إلى اتفاق بشأن الإحالة إلى محكمة العدل الدولية أو المحكمة الدولية لقانون البحار أو التحكيم يواصل الطرفان التشاور والتعاون بهدف التوصل إلى تسوية للنزاع وفقا لقواعد القانون الدولي المتعلقة بحفظ الموارد البحرية الحية.

ويتضح من ذلك أن خيار اللجوء للمحكمة الدولية لقانون البحار يظل اختيارا يتساوى في طبيعته مع سائر الطرق الأخرى لتسوية المنازعات الدولية بل إن الصياغة توحي بأنه يلي محكمة العدل الدولية في الأولوية وربما يعود ذلك لكون الاتفاقية عقدت قبل دخول اتفاقية قانون البحار حيز التنفيذ، كما أنه لم يجعل اللجوء للوسائل القضائية بما فيها المحكمة إلزاميا ومما يدل على ذلك النص على أنه في حالة عدم التوصل لاتفاق تستمر المشاورات بين الأعضاء، ولا يخفى ما في هذه الصياغة من مرونة تفقد اختصاص المحكمة أهميته ودوره في تسوية المنازعات الدولية البحرية، وربما يكون من المناسب التعديل على نصوص تسوية المنازعات في الاتفاقية؛ بحيث يتم تقادي هذه المشكلة لمنح اختصاص المحكمة صورة أكثر فاعلية وقوة في تسوية المنازعات بين الدول الأطراف في الاتفاقية مع تضمين الصياغة الإلزامية الكفيلة بتحقيق الدور المنوط بالمحكمة القيام به.

اتفاق تنفيذ أحكام اتفاقية الأمم المتحدة لقانون البحار المتعلقة بحفظ وإدارة الأرصدة السمكية المتداخلة المناطق والأرصدة السمكية الكثيرة الارتحال¹

يطبق هذا الاتفاق ذات الآلية المحددة في اتفاقية الأمم المتحدة لقانون البحار بشأن تسوية المنازعات الدولية التي قد تنشأ بين الدول الأطراف فيما يتعلق بحفظ وإدارة الأرصدة السمكية المتداخلة المناطق والأرصدة السمكية الكثيرة الارتحال؛ فتطبق عليه ذات القواعد العامة التي تنطبق على اختصاص المحكمة بوجه عام؛ وتتمثل هذه الآلية في²:

1. تطبق الأحكام المتعلقة بتسوية المنازعات المنصوص عليها في الجزء الخامس عشر من الاتفاقية مع ما يلزم من تبديل على أي نزاع بين الدول الأطراف في هذا الاتفاق فيما يتعلق بتفسير أو تطبيق هذا الاتفاق سواء كانت أطرافاً في الاتفاقية أم لا.

2. تطبق الأحكام المتعلقة بتسوية المنازعات المنصوص عليها في الجزء الخامس عشر من الاتفاقية مع ما يلزم من تبديل على أي نزاع بين الدول الأطراف

¹) Agreement for the Implementation of the Provisions of the United Nations Convention on the Law of the Sea of 10 December 1982 Relating to the Conservation and Management of Straddling Fish Stocks and Highly Migratory Fish Stocks, New York, 4 August 1995, United Nations Treaty Series, Vol. 2167, No. 37924, pp: 88-137.

²) Ibid: Art. 30.

في هذا الاتفاق فيما يتعلق بتفسير أو تطبيق اتفاق مصائد أسماك دون إقليمية أو إقليمية أو عالمية يتعلق بالأرصدة السمكية المتداخلة المناطق أو الأرصدة السمكية الكثيرة الارتحال التي هي أطراف فيها، بما في ذلك أي نزاع يتعلق بحفظ هذه الأرصدة وإدارتها، سواء أكانت أطرافاً في الاتفاقية أم لا.

3. ينطبق أي إجراء تقبله دولة طرف في هذا الاتفاق والاتفاقية لتسوية المنازعات بموجب الاتفاقية، ما لم تكن تلك الدولة الطرف عند التوقيع على هذه الاتفاقية أو التصديق عليها أو الانضمام إليها أو في أي وقت بعد ذلك قبلت إجراءً آخر من إجراءات التسوية المنصوص عليها في الاتفاقية.

4. يكون لأية دولة طرف في هذا الاتفاق وليست طرفاً في الاتفاقية عند التوقيع على هذه الاتفاقية أو التصديق عليها أو الانضمام إليها أو في أي وقت بعد ذلك حرية اختيار واحدة أو أكثر من الوسائل المنصوص عليها في اتفاقية قانون البحار لتسوية المنازعات، وكذلك لها اللجوء في أي نزاع تكون هذه الدولة طرفاً فيه ولا يشمل إعلان ساري المفعول لنظام التوفيق والتحكيم وفقاً للمرفقات الخامس والسابع والثامن من الاتفاقية؛ حيث يحق لهذه الدولة تسمية موفقين ومحكمين وخبراء لإدراجهم في القوائم المشار إليها في النصوص المعنية لتسوية المنازعات بموجب هذا الجزء.

5. تطبق أي محكمة أو هيئة قضائية تم تقديم نزاع إليها بموجب هذا الجزء الأحكام ذات الصلة من الاتفاقية، ومن هذه الاتفاقية وأي اتفاق دون إقليمي أو

إقليمي أو عالمي ذي صلة بمصائد الأسماك، وكذلك المعايير المقبولة عمومًا لحفظ وإدارة الموارد البحرية الحية وغيرها من قواعد القانون الدولي التي لا تتعارض مع الاتفاقية، بهدف ضمان حفظ الأرصدة السمكية المتداخلة المناطق والأرصدة السمكية الكثيرة الارتحال المعنية.

ومن الملاحظ اعتماد الاتفاق ذات آلية تسوية المنازعات المحددة في اتفاقية قانون البحار وهو ما يعني ذات الملاحظات التي تنطبق على اختصاص المحكمة وفقا للاتفاقية، والاتفاق يعتمد النصوص المحددة في الاتفاقية مع مراعاة ما يلزم من تعديل؛ وهو ما يمنحه مرونة تجعل التبديل في نصوص الاتفاقية ذاتها وارداً بما يتناسب مع طبيعة النزاع القائم، فجد الطبيعة الاختيارية بطبيعتها في الاتفاقية تزداد اختيارية في الاتفاق فينص في كل بند على مراعاة ما يلزم من تعديل في القواعد الواردة بها، كما رهننت اللجوء لتلك الأحكام بعدم اتفاق الأطراف على إجراء آخر من إجراءات تسوية المنازعات؛ وهو ما يجعل دور المحكمة وفقا لهذه الآلية محدوداً في تسوية المنازعات الدولية البحرية.

ومما يمكن استقراءه من الصياغة تعتبر الأولوية في تسوية المنازعات التي لا يشملها إعلان ساري المفعول لما يتفق عليه الأطراف من التوفيق أو التحكيم بما يجعل اختيار الأطراف لأحد هذه الطرق له الأولوية على اللجوء للمحكمة وذلك لاتفاق وتراضي أطراف النزاع على هذا الحل.

وقد حددت الاتفاقية آلية لفرض تدابير مؤقتة ريثما يتم البت في النزاع؛ فحثت على أن تبذل أطراف النزاع كل جهد ممكن للدخول في ترتيبات مؤقتة ذات طبيعة عملية وأجازت للمحكمة أو هيئة التحكيم التي قدم إليها النزاع أن تقرر أية تدابير مؤقتة تراها مناسبة في ظل الظروف للحفاظ على حقوق كل طرف من أطراف النزاع أو منع إلحاق الضرر بالمخزونات المعنية، إلا أنها أجازت لأية دولة طرف في هذا الاتفاق وليست طرفاً في الاتفاقية أن تعلن أنه لا يحق للمحكمة الدولية لقانون البحار أن تفرض أو تعدل أو تلغي تدابير مؤقتة دون موافقة هذه الدولة¹.

وهذه الآلية وإن كانت تمنح المحكمة اختصاصاً بفرض تدابير مؤقتة ريثما يتم نظر النزاع من الجهة التي يتفق عليها الأطراف إلا أنها أضعفت هذا الاختصاص بمنح الدول حق رفض قيام المحكمة بفرض تدابير مؤقتة دون موافقتها؛ فما الفائدة المرجوة من اختصاص يمكن للدول غير الأطراف في الاتفاقية رفضه وتقييده بقبول الدولة له بينما من المفترض أنه اختصاصاً طارئاً يحق لمحكمة التحكيم أو المحكمة المختصة بإعادة النظر فيه فور انعقادها فيمكن أن تلغيه أو تعدله؟

¹) Ibid: Art. 31.

بروتوكول عام 1996م، الملحق باتفاقية منع التلوث البحري الناجم عن إلقاء
النفايات وغيرها من المواد 1972م¹

اعتمد البروتوكول آلية لتسوية المنازعات المتعلقة بتفسيره أو تطبيقه تعتمد
على الرضا التام للأطراف وضرورة اتفاهم على وسيلة التسوية التي يمكن اللجوء
إليها مع اعتبار التحكيم هو الحل في حال لم يتوصل الأطراف لاتفاق بخصوص
وسيلة التسوية؛ وتتمثل هذه الآلية في²:

1. يتم حل أي نزاع يتعلق بتفسير أو تطبيق هذا البروتوكول في المقام الأول
عن طريق التفاوض أو الوساطة أو التوفيق أو غير ذلك من الوسائل السلمية التي
يختارها أطراف النزاع.

2. في حالة عدم إمكانية التوصل إلى حل خلال اثني عشر شهرًا من إخطار
أحد الطرفين المتعاقدين للطرف الآخر بوجود نزاع بينهما يتم تسوية النزاع بناءً على
طلب أحد أطراف النزاع عن طريق إجراء التحكيم ما لم توافق أطراف النزاع على
استخدام أحد الإجراءات المذكورة في اتفاقية الأمم المتحدة لقانون البحار؛ فقد يتفق

¹) 1996 Protocol to the Convention on the Prevention of Marine Pollution
by Dumping of Wastes and other Matter, 1972, Adopted on London, 7
November 1996 by the Special Meeting of Contracting Parties to the
London Convention 1972, International Maritime Organization document
LC/SM 1/6 of 14 November 1996; 36 ILM 7 (1997), pp: 1-24.

²) Ibid: Art. 16.

أطراف النزاع على ذلك سواء كانوا من الدول الأطراف في اتفاقية الأمم المتحدة لقانون البحار أم لا.

3. في حالة التوصل إلى اتفاق على استخدام أحد الإجراءات المذكورة في اتفاقية قانون البحار؛ يتم تطبيق الأحكام المنصوص عليها في الجزء الخامس عشر من الاتفاقية مع ما يلزم من تعديل.

4. يجوز تمديد فترة الاثني عشر شهراً المشار إليها لمدة اثني عشر شهراً أخرى بموافقة الطرفين.

5. يجوز لأية دولة في الوقت الذي تعرب فيه عن موافقتها على الالتزام بهذا البروتوكول، أن تخطر الأمين العام بأنه عندما تكون طرفاً في نزاع حول تفسير أو تطبيق الاتفاقية، ستكون موافقتها مطلوبة قبل تسوية النزاع عن طريق إجراء التحكيم المنصوص عليه.

ومن الملاحظ أن البروتوكول لم ينص صراحة على اللجوء للمحكمة إلا أنه أجاز للأطراف حرية اختيار وسيلة من الوسائل المحددة في الاتفاقية والتي يعتبر اللجوء للمحكمة أحدها، في حين جعل التحكيم وسيلة صريحة لتسوية النزاع القائم وجعله الخيار الأساسي لحل النزاع ما لم يتفق الأطراف على اللجوء للآليات المحددة في الاتفاقية، وهذه الصياغة تجعل التحكيم مقدماً على الاتفاقية وجعلها استثناءً إذا اتفق الأطراف على اللجوء لها، وفي حال اتفقت الأطراف على استخدام إحدى الوسائل المحددة في الاتفاقية ترك لها تلك المرونة بتغيير ما يلزم من أحكام،

وهو ما يجعل دور المحكمة في تسوية المنازعات وفقا لهذا البروتوكول دورا مكملًا احتياطيًا إذا ارتضاه الأطراف بشكل ودي بينهم، وعلى ذلك لا يمكن القول أنه يمنح المحكمة اختصاصًا يسهم في تفعيل دور المحكمة في تسوية المنازعات الدولية البحرية.

الاتفاق الإطاري لحفظ الموارد البحرية الحية في أعالي البحار في جنوب شرق المحيط الهادئ¹

اعتمد الاتفاق في تسوية المنازعات المتعلقة بتطبيقه أو تفسيره الآلية العامة لتسوية المنازعات المحددة في ميثاق الأمم المتحدة أو في القانون الدولي بوجه عام، مع مراعاة تقديم القضاء الدولي على التحكيم في حال عدم التوصل لاتفاق عبر الوسائل الاختيارية، وتتمثل هذه الآلية في²:

1. يتم حل الخلافات بين الدول الأطراف فيما يتعلق بتفسير أو تطبيق الأحكام المنصوص عليها في الاتفاقية أو في صكوكها التكميلية في المقام الأول من خلال إجراءات تسوية المنازعات المنصوص عليها في ميثاق الأمم المتحدة، أو في الصكوك الدولية الأخرى النافذة بالنسبة للدول الأطراف.

1) Framework Agreement for the Conservation of the Living Marine Resources on the High Seas of the South-Eastern Pacific (Galapagos Agreement), Santiago, 14 August 2000, Law of the Sea Bulletin No. 45, DOALOS, United Nations (2001), pp. 70-78

2) Ibid: Art. 14.

2. إذا تعذر الوصول إلى اتفاق فيجب تقديم المنازعات إما إلى لجنة التوفيق أو إلى هيئة تحكيم فنية، ما لم يتفق الطرفان على إجراء مختلف.

3. في حالة استنفاد تدابير تسوية المنازعات الطوعية أو في حالة عدم التوصل إلى اتفاق بشأن اللجوء إلى جهات قضائية أخرى مثل محكمة العدل الدولية أو المحكمة الدولية لقانون البحار يجوز لأي من الطرفين التماس إجراءات التحكيم الملزمة.

4. لا يجوز على أي حال ورهنا بالأحكام السارية وفقاً للقانون الدولي تقديم المنازعات المتعلقة بممارسة الحقوق السيادية للدول الساحلية ضمن مناطق الولاية الوطنية لكل منها على الإجراءات المنصوص عليها في الفقرة السابقة.

ومن الملاحظ أن الاتفاق لم يمنح أولوية أو مزية خاصة للمحكمة في تسوية المنازعات التي قد تنور بين أطرافه إلا أنه يستخلص من صياغته أنه جعل المحكمة ومحكمة العدل الدولية مقدمتان على التحكيم في الأولوية إذا لم ينجح الأطراف في التوصل لاتفاق عبر الوسائل الاختيارية، وجعل اللجوء للتحكيم مرهونا بعدم التوصل لاتفاق بشأن اللجوء لإحدى المحكمتين.

ومنع الاتفاق أيضاً تقديم المنازعات المتعلقة بممارسة الحقوق السيادية للدول الساحلية ضمن مناطق الولاية الوطنية لكل منها على الإجراءات القضائية المذكورة، ورغم أن هذه المزية تعطي أولوية للمحكمة على قدر المساواة مع محكمة العدل الدولية والتحكيم الدولي كوسائل ملزمة لتسوية المنازعات، إلا أنه يظل كغيره

من الصكوك الدولية لم يمنح المحكمة اختصاصًا قويا ملزما في تسوية المنازعات الدولية وهو ما يحد بدوره من دور المحكمة في تسوية المنازعات الدولية البحرية ويقف عائقا أمام تفعيل هذا الدور ودعمه وتطويره بما يتناسب مع الطبيعة المتخصصة والإلزامية لها.

اتفاقية حفظ وإدارة الأرصد السمكية الكثيرة الارتحال في غرب ووسط المحيط الهادئ¹

اعتمدت الاتفاقية في تسوية المنازعات آلية تتمثل في تطبيق الأحكام المتعلقة بتسوية المنازعات المنصوص عليها في الجزء الثامن من اتفاقية تنفيذ أحكام اتفاقية الأمم المتحدة لقانون البحار المتعلقة بحفظ وإدارة الأرصد السمكية المتداخلة المناطق والأرصد السمكية الكثيرة الارتحال مع ما يلزم من تبديل على أي نزاع بين أعضاء اللجنة سواء كانوا أطرافًا في الاتفاقية أم لا².

وهذه الآلية تثير الملاحظات ذاتها المتعلقة بتنازع الاختصاص القضائي في المنازعات البحرية والتي تعيق تفعيل دور المحكمة في تسوية المنازعات في الاتفاق سالف الذكر؛ حيث تعتمد على الآلية المتبعة في اتفاقية قانون البحار على

¹) Convention on the Conservation and Management of Highly Migratory Fish Stocks in the Western and Central Pacific Ocean: Honolulu, 05 September 2000, United Nations Treaty Series, Vol. 2275, No. 40532, pp.46- 75.

²) Ibid: Art. 31.

المنازعات المتعلقة بتطبيق وتفسير اتفاقية حفظ وإدارة الأرصد السمكية الكثيرة الارتحال في غرب ووسط المحيط الهادي، بما يشوبه من عيوب تتعلق بمنح الاختصاص للمحكمة وتجعل اللجوء للمحكمة مجرد خيار متاح للأطراف، كما تمنحهم الحق في تعديل ما يلزم.

اتفاقية حفظ وإدارة الموارد السمكية في جنوب شرق المحيط الأطلنطي¹

اعتمدت الاتفاقية آلية لتسوية المنازعات المتعلقة بها لا تختلف كثيراً عن الآلية المتبعة في تسوية المنازعات وفقاً للاتفاقية؛ وتتمثل هذه الآلية في²:

1. تتعاون الأطراف المتعاقدة من أجل منع المنازعات.
2. في حالة نشوء أي نزاع بين طرفين أو أكثر فيما يتعلق بتفسير أو تنفيذ الاتفاقية يتشاور الطرفان فيما بينهما بهدف حل النزاع عن طريق التفاوض أو التحقيق أو الوساطة أو التوفيق أو التحكيم أو التسوية القضائية أو غيرها من الوسائل السلمية التي يختارونها.
3. في الحالات التي يكون فيها النزاع بين طرفين أو أكثر ذا طابع تقني ويكون الطرفان غير قادرين على حل النزاع فيما بينهما، فيجوز لهما إحالة النزاع

¹) Convention on the Conservation and Management of Fishery Resources in the South-East Atlantic Ocean: Windhoek, 20 April 2001, United Nations Treaty Series, Vol. 2221, No. 39489, pp.191– 217.

²)Ibid: Art. 24.

إلى فريق خبراء مخصص تم إنشاؤه وفقاً للإجراءات المعتمدة من قبل اللجنة في اجتماعها الأول، وتتشاور اللجنة مع الأطراف المعنية وتسعى إلى حل النزاع على وجه السرعة دون اللجوء إلى إجراءات ملزمة لتسوية المنازعات.

4. في حالة عدم إحالة نزاع للتسوية في غضون فترة زمنية معقولة من المشاورات المشار إليها، أو في حالة عدم حل النزاع عن طريق اللجوء إلى وسائل أخرى في غضون فترة زمنية معقولة، يجوز حل هذا النزاع بناء على تقديم طلب من أي طرف في النزاع لاتخاذ قرار ملزم وفقاً لإجراءات تسوية المنازعات المنصوص عليها في اتفاقية قانون البحار، أو عندما يتعلق النزاع بواحد أو أكثر من المخزونات المتداخلة المناطق من خلال الأحكام المنصوص عليها في اتفاق تنفيذ أحكام اتفاقية الأمم المتحدة لقانون البحار المتعلقة بحفظ وإدارة الأرصدة السمكية المتداخلة المناطق والأرصدة السمكية الكثيرة الارتحال سواء كانت أطراف النزاع أطرافاً في هذه الصكوك أم لا.

5. تطبق المحكمة أو هيئة التحكيم أو الهيئة التي قدم إليها النزاع الأحكام ذات الصلة من هذه الاتفاقية، ومن اتفاقية قانون البحار، ومن اتفاق تنفيذ أحكام اتفاقية الأمم المتحدة لقانون البحار، وكذلك المعايير المقبولة بشكل عام لحفظ وإدارة المعيشة الموارد البحرية وغيرها من قواعد القانون الدولي، بما يتوافق مع الاتفاقيتين؛ بهدف ضمان حفظ الأرصدة السمكية المعنية.

ومن الملاحظ أن هذه الآلية لم تختلف كثيراً عن الاتفاقيات السابقة في تحديد اختصاص المحكمة وبالتبعية لا تسهم في تحقيق فاعلية دور المحكمة في تسوية المنازعات ولا تتفادى مشكلة تنازع الاختصاص القضائي في المنازعات البحرية، كما أنها جعلت الخلافات التقنية يعنى بها فريق خبراء مخصص لحل المنازعات المتعلقة بها؛ على الرغم من الطبيعة المتخصصة للمحكمة وقدرتها على استدعاء الخبراء والمتخصصين التقنيين في كافة المسائل المعروضة عليها والتي تؤكد أحكام المحكمة التي تميزت بالدقة الفنية ولم ينقصها الخبرة الفنية والتقنية في تحديد النقاط التي تحتاج لهذه الخبرة والمهارة، كترسيم الحدود البحرية بدقة فائقة مرفق بها الخرائط التي تحدد نقاط البداية والنهاية بصورة واضحة.

كما لم تحدد الاتفاقية الفترة الزمنية المعقولة التي أشارت إليها كمييار في جواز اللجوء لإجراءات التسوية المحددة في اتفاقية قانون البحار، مما يجعل تحديد هذه المدة رهنا بما يتفق عليه الأطراف، كما جعلت اللجوء لها والتي من بينها المحكمة جوازي للأطراف ومرهون بعدم اختيار وسيلة أخرى.

اتفاقية حماية التراث الثقافي المغمور بالمياه¹

حددت الاتفاقية آلية تسوية المنازعات المتعلقة بتطبيقها أو تفسيرها وفقاً للآلية العامة التي تنتهجها أغلب الاتفاقيات المماثلة؛ والتي تتمثل في:

1. يخضع أي نزاع ينشأ بين دولتين أو أكثر من الدول الأطراف بشأن تفسير أو تطبيق الاتفاقية للمفاوضات بحسن نية أو غيرها من الوسائل السلمية لتسوية من اختيارهم.

2. إذا لم تؤد هذه المفاوضات إلى تسوية النزاع خلال فترة زمنية معقولة، فيمكن تقديمه إلى اليونسكو للتوسط، بالاتفاق بين الدول الأطراف المعنية.

3. إذا لم تتم الوساطة أو إذا لم يتم الاتفاق على التسوية عن طريق الوساطة؛ تطبق الأحكام المتعلقة بتسوية المنازعات المنصوص عليها في الجزء الخامس عشر من اتفاقية الأمم المتحدة لقانون البحار مع مراعاة ما يقتضيه اختلاف الحال على أي نزاع بين الدول الأطراف في هذه الاتفاقية، سواء كانت أو لم تكن أطرافاً في اتفاقية الأمم المتحدة لقانون البحار.

¹) Convention on the Protection of the Underwater Cultural Heritage: Paris, 2 November 2001, United Nations Treaty Series, Vol. 2562, No. 45694, pp. 48– 68.

4. ينطبق أي إجراء تختاره دولة طرف في هذه الاتفاقية وفي اتفاقية قانون البحار من إجراءات تسوية المنازعات المحددة بها ما لم تكن تلك الدولة الطرف عند التصديق أو الانضمام إلى هذه الاتفاقية أو في أي وقت بعد ذلك قد اختارت إجراءً آخر لتسوية المنازعات الناشئة عن هذه الاتفاقية.

5. يكون لأية دولة طرف في هذا الاتفاق وليست طرفاً في اتفاقية قانون البحار عند التوقيع على هذه الاتفاقية أو التصديق عليها أو الانضمام إليها أو في أي وقت بعد ذلك حرية اختيار واحدة أو أكثر من الوسائل المحددة في اتفاقية قانون البحار لتسوية المنازعات، وكذلك لها اللجوء في أي نزاع تكون هذه الدولة طرفاً فيه ولا يشمل إعلان ساري المفعول لنظام التوفيق والتحكيم وفقاً للمرفقات الخامس والسابع والثامن من الاتفاقية؛ حيث يحق لهذه الدولة تسمية موفقين ومحكمين وخبراء لإدراجهما في القوائم المشار إليها في النصوص المعنية لتسوية المنازعات الناشئة عن الاتفاقية¹.

وما من فرق يذكر بين هذه الاتفاقية وغيرها فيما يتعلق بأنظمة تسوية المنازعات؛ حيث تتبع ذات الآلية الاختيارية التي تبدأ بما يترضى عليه الأطراف وتمنح الأولوية للمفاوضات والوساطة وحددت اليونسكو كوسيط، ثم تتيح للأطراف اللجوء للآلية المتبعة في اتفاقية قانون البحار، ولم تميز المحكمة بأولوية اللجوء

¹) Ibid: Art. 25.

إليها بل أتاحت للأطراف اللجوء إليها ضمن الوسائل المحددة في الاتفاقية ولم تلزمهم بذلك.

اتفاقية التعاون المتعدد الأطراف في المستقبل في مصايد أسماك شمال شرق المحيط الأطلسي¹

أوكلت الاتفاقية للجنة مصايد أسماك شمال شرق المحيط الأطلسي مهمة إصدار توصيات لوضع إجراءات لتسوية المنازعات الناشئة بموجب الاتفاقية²؛ وتنفيذا لذلك صدرت توصية اللجنة بوضع إجراءات لتسوية المنازعات تتمثل في³:

1. تتعاون الأطراف من أجل منع المنازعات المتعلقة بتفسير أو تطبيق الاتفاقية.

¹) Convention on future multilateral co-operation in North-East Atlantic Fisheries: London, 18 November 1980, United Nations Treaty Series, Vol. 1285, No. 21173, p.129- 145.

²) Ibid: Art. 18 bis, amending the Convention by adding Article 18bis was proposed by the EU and adopted at the Annual Meeting of the Commission in November 2004. This amendment has not yet entered into force.

²)Report of the 23rd Annual Meeting of The North East Atlantic Fisheries Commission, 10-14 November 2004, Vol. I, Report, pp. 37-38, Vol. II – ANNEXES, Annex K, pp. 27-29

2. في حالة نشوء أي نزاع بين طرفين أو أكثر فيما يتعلق بتفسير أو تطبيق الاتفاقية، تسعى تلك الأطراف على وجه السرعة إلى حل النزاع عن طريق التشاور أو التفاوض أو التحقيق أو الوساطة أو التوفيق أو التحكيم أو التسوية القضائية أو غيرها من الوسائل السلمية من اختيارهم.

3. عندما يتعلق أي نزاع بتطبيق الاتفاقية أو تفسير أو تطبيق توصية اعتمدها اللجنة، يجوز لأطراف النزاع إحالته إلى لجنة مخصصة تشكل وفقاً للنظام الداخلي الذي اعتمده اللجنة، وتتشاور اللجنة في أقرب فرصة ممكنة مع الأطراف المعنية وتسعى إلى حل النزاع على وجه السرعة.

4. عندما تتفق أطراف النزاع على إحالة النزاع إلى اللجنة المخصصة يجوز لها في نفس الوقت الموافقة على تطبيق التوصية ذات الصلة التي اعتمدها اللجنة مؤقتاً حتى تنتهي اللجنة من عملها أو يتم حل النزاع عن طريق أطراف النزاع، أيهما يحدث أولاً، وفي انتظار تسوية النزاع تطبق أطراف النزاع مؤقتاً أي تدبير وصفه الفريق، ويتوقف هذا التطبيق المؤقت عندما تتفق أطراف النزاع على ترتيبات ذات أثر معادل، أو عندما تتخذ هيئة قضائية أُحيل إليها النزاع قراراً مؤقتاً أو نهائياً أو في أي حال في تاريخ انقضاء توصية اللجنة المعنية.

5. في حالة عدم حل النزاع باللجوء لهذه الوسائل يجوز لأحد أطراف النزاع إحالة النزاع إلى إجراءات إلزامية تستتبع قرارات ملزمة؛ تخضع هذه الإجراءات مع مراعاة ما يقتضيه اختلاف الحال للأحكام المتعلقة بتسوية المنازعات في اتفاقية

قانون البحار، أو بموجب الأحكام الواردة في الجزء الثامن من اتفاق تنفيذ أحكام اتفاقية قانون البحار المتعلقة بحفظ وإدارة الأرصدة السمكية المتداخلة المناطق والأرصدة السمكية الكثيرة الارتحال عندما يتعلق النزاع بواحد أو أكثر من الأرصدة السمكية المتداخلة المناطق؛ وذلك سواء كانت أطراف النزاع أطرافاً في هذه الصكوك أم لا.

6. تطبق الهيئة القضائية التي يحال إليها أي نزاع بموجب هذه الاتفاقية حسب الاقتضاء الأحكام ذات الصلة من الاتفاقية، واتفاقية قانون البحار، واتفاق تنفيذ أحكامها المتعلقة بالأرصدة السمكية، وقواعد القانون الدولي الأخرى المتوافقة معهما، فضلاً عن توصيات اللجنة التي تنطبق على أطراف النزاع بهدف ضمان الحفظ والاستغلال الأمثل للأرصدة السمكية المعنية.

ومن الملاحظ أن التوصية حددت آلية تسوية المنازعات في خطوات متتالية إذا لم تنجح الأولى ينتقل أطراف النزاع لما يليها، وابتكرت آلية خاصة بها تتمثل في لجنة مخصصة تنشأ وفق نظام لجنة مصايد الأسماك؛ وبالتالي لها الدور الأبرز في تسوية أي نزاع يثور بشأن الاتفاقية، وجعلت اللجوء للمحكمة أمراً احتياطياً إذا لم يتم تسوية النزاع وفق الطرق المحددة، وذلك في إطار عام يتمثل في اختيار آلية من تلك المحددة في اتفاقية قانون البحار ووفق القواعد المحددة فيها وهو ما يتيح لأطراف النزاع رفع طلب للمحكمة لنظر النزاع، ولكنه لا يلزمهم باللجوء إليها.

اتفاقية مصايد أسماك المحيط الهندي الجنوبية¹

تنبت الاتفاقية الآلية العامة المتبعة في نظام عمل المحكمة؛ وتتمثل هذه

الآلية في²:

1. تبذل الأطراف قصارى جهدها لحل منازعاتها بالوسائل الودية، وبناءً على طلب أي طرف يجوز تقديم نزاع لاتخاذ قرار ملزم وفقاً لإجراءات تسوية المنازعات المنصوص عليها في الجزء الخامس عشر من اتفاقية قانون البحار، أو تلك المنصوص عليها في الجزء الثامن من اتفاق تنفيذ أحكام اتفاقية قانون البحار المتعلقة بحفظ وإدارة الأرصد السمكية المتداخلة المناطق والأرصد السمكية الكثيرة الارتحال عندما يتعلق النزاع بسهم واحد أو أكثر من المخزونات المتداخلة المناطق، وذلك سواء كانت أطراف النزاع أطرافاً في أي من هذين الصكين أم لا.

2. إذا كان النزاع يتضمن كياناً لصيد الأسماك أعرب عن التزامه بالالتزام بشروط هذه الاتفاقية ولا يمكن تسويته بالوسائل الودية، فيجب تقديم النزاع، بناءً على طلب أي طرف في النزاع، إلى التحكيم الملزم وفقاً للقواعد ذات الصلة لمحكمة التحكيم الدائمة.

¹) Southern Indian Ocean Fisheries Agreement: Rome, 7 July 2006, United Nations Treaty Series, Vol. 2835, No. 49647, pp. 412- 427.

²) Ibid: Art. 20.

وإن كانت الاتفاقية قد حددت الآلية العامة المحددة في الاتفاقية والاتفاق المنفذ لها إلا أنها تختلف عن غيرها في منح هذه الآلية أولوية على التحكيم الدولي، كما أنها تجاوزت عن الاتجاه العام في الاتفاقيات والذي يبدأ بالنص على الوسائل الدبلوماسية ويتدرج حتى يمنح الاختصاص للمحكمة وفق الآلية العامة لتسوية المنازعات، وإن كانت ترد عليها ذات الملاحظات المتعلقة بمشكلة عدم تفعيل اختصاص المحكمة في تسوية المنازعات الدولية البحرية.

اتفاقية نيروبي الدولية لإزالة الحطام¹

تبنت الاتفاقية آلية لتسوية المنازعات تقوم على تحديد الوسائل الدبلوماسية ثم تدرجت في خطوات لتحديد وسائل حل المنازعات التي تنور بشأنها؛ وتمثل هذه الآلية في²:

1. عندما ينشأ نزاع بين دولتين أو أكثر من الدول الأطراف بشأن تفسير أو تطبيق الاتفاقية يتعين عليها أن تسعى إلى حل نزاعها في المقام الأول عن طريق

¹) Convention internationale de Nairobi sur l'enlèvement des épaves, 2007 (avec annexes), Nairobi, 18 mai 2007, United Nations Treaty Series, Recueil des Traités, Aucun numéro de volume n'a encore été attribué à ce dossier, No. 55565, Voir aussi annexe A, No. 55565, pp. 50- 66.

²) Ibid: Art. 15.

التفاوض أو التحقيق أو الوساطة أو التوفيق أو التحكيم أو التسوية القضائية أو اللجوء إلى المنظمات الإقليمية أو غيرها من الوسائل السلمية التي يختارونها.

2. إذا تعذرت التسوية في غضون فترة زمنية معقولة لا تتجاوز اثني عشر شهراً بعد إخطار إحدى الدول الأطراف دولة أخرى بوجود نزاع بينها؛ تطبق الأحكام المتعلقة بتسوية المنازعات المبينة في الجزء الخامس عشر من اتفاقية قانون البحار مع ما يلزم من تعديل سواء كان أطراف النزاع أطرافاً في اتفاقية قانون البحار أم لا.

3. ينطبق أي إجراء تختاره دولة طرف في هذه الاتفاقية وفي اتفاقية قانون البحار على تسوية المنازعات، ما لم تكن تلك الدولة الطرف عند التوقيع أو التصديق على هذه الاتفاقية أو الانضمام إليها في أي وقت بعد ذلك قد اختارت إجراءً آخر لتسوية المنازعات الناشئة عن هذه الاتفاقية.

4. أية دولة طرف في هذه الاتفاقية وليست طرفاً في اتفاقية قانون البحار عند التوقيع أو التصديق على هذه الاتفاقية أو الانضمام إليها أو في أي وقت بعد ذلك لها حرية اختيار واحدة أو أكثر من الوسائل المنصوص عليها في اتفاقية قانون البحار لتسوية المنازعات، وكذلك لها اللجوء في أي نزاع تكون هذه الدولة طرفاً فيه ولا يشملها إعلان ساري المفعول لنظام التوفيق والتحكيم وفقاً للمرفقات الخامس والسابع والثامن من الاتفاقية؛ حيث يحق لهذه الدولة تسمية موفقين ومحكمين وخبراء لإدراجهما في القوائم المشار إليها في النصوص المعنية لتسوية المنازعات الناشئة عن هذه الاتفاقية.

ومن الملاحظ أن الصياغة تركت الحرية للأطراف سواء في اختيار الوسائل العامة أو في اللجوء للوسائل المحددة في الاتفاقية بل وتركت لهم حق اختيار محكمين أو موفقين لحل النزاع طالما لم يكونوا ملزمين بأحكام اتفاقية قانون البحار، وهو ذات ما ينطبق على أغلب الاتفاقيات البحرية والذي يجسد مشكلة تنازع الاختصاص القضائي في تسوية المنازعات البحرية، إلا أنها جعلت اللجوء للوسائل المحددة في اتفاقية قانون البحار إلزامياً إذا لم يتم التوصل إلى اتفاق على إحدى الوسائل الدبلوماسية وسواء كان أطراف النزاع أطرافاً في اتفاقية قانون البحار أم لا، ولكنها رهنّت ذلك بعدم التوصل لاتفاق خلال فترة زمنية معقولة ولم تحدد هذه الفترة الزمنية ولم تحدد آلية لتقديرها؛ وهو ما يجعل الأطراف حرية تحديد هذه الفترة الزمنية ويفتح مجالاً للتهرب من هذه الإلزامية، ومما لا شك فيه أن ذلك يحد بدوره من فاعلية دور المحكمة في تسوية المنازعات البحرية.

اتفاقية تحديد الشروط الدنيا للحصول على الموارد البحرية واستغلالها داخل
المناطق البحرية الخاضعة لولاية الدول الأعضاء في هيئة مصايد الأسماك دون
الإقليمية (SRFC)¹

منحت الاتفاقية الأولوية للمحكمة فيما يتعلق بالمسائل القانونية حيث
أوجبت تقديم المسائل القانونية إلى المحكمة الدولية لقانون البحار للفتوى، ويجوز
لمؤتمر وزراء هيئة مصايد الأسماك دون الإقليمية أن يأذن للأمين الدائم للهيئة
بعرض مسألة قانونية معينة أمام المحكمة الدولية لقانون البحار لطلب الفتوى².

وفيما يتعلق بتسوية المنازعات تبنت الاتفاقية آلية تعتبر هي الأكثر
وضوحاً في منح الاختصاص للمحكمة؛ حيث حددت آلية تتمثل في³:

1. أي نزاع على تفسير أو تنفيذ أحكام الاتفاقية يجب أن يعرض على مؤتمر
وزراء هيئة مصايد الأسماك دون الإقليمية.

¹) Convention on the Determination of the Minimal Conditions for Access and Exploitation of Marine Resources within the Maritime Areas under Jurisdiction of the Member States of the Sub-Regional Fisheries Commission (SRFC): Dakar, 8 June 2012, Journal of Ocean Law and Governance in Africa, Vol. 2017, No. 1, pp. 159-175.

²) Ibid: Art. 33.

³) Ibid: Art. 34.

2. تسوى المنازعات وديا عن طريق التوفيق أو الوساطة أو التحكيم.

3. أي نزاع ينشأ بين الدول الأعضاء حول تفسير أو تنفيذ أحكام هذه الاتفاقية والتي لا يجوز حلها من خلال الإجراءات المذكورة أعلاه يجب تقديمه بناءً على طلب أحد الطرفين إلى المحكمة الدولية لقانون البحار.

فكس سائر الاتفاقيات الأخرى أوجبت الاتفاقية اللجوء للمحكمة لحل النزاع إذا لم يتوصل الأطراف لتسوية النزاع وفق الوسائل الدبلوماسية، كما أنها خصت المحكمة بنظر النزاع ولم تجعل الأطراف مخيرة بين المحاكم الدولية والتحكيم، وزيادة في قوة النص جعلت تقديم الطلب للمحكمة من أحد الطرفين ولا يشترط اتفاق الطرفين؛ ومما لا شك فيه أن ذلك يقوي اختصاص المحكمة فأطراف النزاع ستكون ملزمة بعرض النزاع عليها، وهو ما يتفادى مشكلة تنازع الاختصاص القضائي في المنازعات البحرية.

اتفاقية حفظ وإدارة الموارد السمكية في أعالي البحار في جنوب المحيط الهادئ¹

تبنّت الاتفاقية آلية لتسوية المنازعات التي قد تنشأ بين أطرافها تتيح اللجوء إلى المحكمة ضمن الآلية العامة المحددة في اتفاقية قانون البحار؛ وتتمثل هذه الآلية في²:

1. تتعاون الأطراف من أجل منع المنازعات وتبذل قصارى جهدها لحل أية منازعات بالوسائل الودية التي قد تتضمن عند وجود نزاع ذي طبيعة تقنية إحالة النزاع إلى فريق خبراء مخصص.
2. في أي حالة لا يتم فيها حل النزاع من خلال هذه الوسائل تطبق الأحكام المتعلقة بتسوية المنازعات المنصوص عليها في الجزء الثامن من اتفاق تنفيذ أحكام اتفاقية قانون البحار المتعلقة بحفظ وإدارة الأرصدة السمكية المتداخلة المناطق والأرصدة السمكية الكثيرة الارتحال، مع ما يلزم من تبديل على أي نزاع بين الطرفين.

¹) Convention on the Conservation and Management of High Seas Fishery Resources in the South Pacific Ocean (with annexes, declaration Wellington, 1 April 2010): Auckland, and procès-verbal of rectification 14 November 2009, United Nations Treaty Series, Vol. 2899, No. 50553, pp. 214-257.

²) Ibid: Art. 34.

3. لا تؤثر هذه الآلية على وضع أي طرف فيما يتعلق باتفاقية قانون البحار أو اتفاق تنفيذ أحكامها.

وهذه الآلية تتبنى الآلية العامة المحددة في الوثائق الرئيسية التي تمنح الاختصاص للمحكمة وعلى ذلك ترد عليها ذات الملاحظات؛ فتمنح الأولوية لفريق من المتخصصين لحل النزاع، وتجعل اللجوء للمحكمة خياراً متاحاً ضمن الآليات العامة والتي نصت عليها بصياغة تتمتع بالزام اللجوء إليها؛ وعليه تعتبر الآلية المتبعة في هذه الاتفاقية أفضل من غيرها من الاتفاقيات إلا أنها لا تمنح مزية خاصة للمحكمة.

اتفاق بشأن تدابير دولة الميناء لمنع الصيد غير المشروع وغير المبلغ عنه وغير المنظم وردعه والقضاء عليه¹

حدد الاتفاق آليات التسوية السلمية للمنازعات التي تتعلق بتفسيرها أو تطبيقها أتاح فيه للأطراف المتنازعة إحالة النزاع للمحكمة ضمن وسائل أخرى؛ وتتمثل هذه الآلية في¹:

¹) Accord relatif aux mesures du ressort de l'État du Port visant à prévenir, contrecarrer et éliminer la pêche illicite, non déclarée et non réglementée (avec annexes). Rome, 22 novembre 2009, Recueil des Traités, Le numéro de volume RTNU n'a pas encore été établi pour ce dossier, No. 54133, Voir aussi annexe A, No. 54133, pp. 96-127.

1. يجوز لأي طرف أن يسعى إلى إجراء مشاورات مع أي طرف أو أطراف أخرى بشأن أي نزاع فيما يتعلق بتفسير أو تطبيق أحكام الاتفاقية بهدف التوصل إلى حل مرضٍ للطرفين في أقرب وقت ممكن.

2. في حالة عدم حل النزاع من خلال هذه المشاورات خلال فترة زمنية معقولة، يجب على الأطراف المعنية التشاور فيما بينها في أقرب وقت ممكن بهدف تسوية النزاع عن طريق التفاوض أو التحقيق أو الوساطة أو التوفيق أو التحكيم أو التسوية القضائية أو غيرها من الوسائل السلمية التي يختارونها.

3. يُحال أي نزاع من هذا النوع لم يتم حله على هذا النحو بموافقة جميع أطراف النزاع إلى محكمة العدل الدولية أو إلى المحكمة الدولية لقانون البحار أو للتحكيم لتسويته، وفي حالة عدم التوصل إلى اتفاق بشأن الإحالة إلى محكمة العدل الدولية أو المحكمة الدولية لقانون البحار أو التحكيم يواصل الأطراف التشاور والتعاون بهدف التوصل إلى تسوية للنزاع وفقا مع قواعد القانون الدولي المتعلقة بحفظ الموارد البحرية الحية.

والاتفاقية وإن كانت نصت بشكل مباشر على إحالة النزاع للمحكمة فقد تبنت أيضا ذات الآلية المحددة في اتفاقية قانون البحار، إلا أن صياغتها أيضا تفتقر إلى الحسم المطلوب في انعقاد الاختصاص حيث إنه في حال عدم التوصل لاتفاق يعود الأطراف لمواصلة المشاورات ولا يوجد إجراء ملزم يسهم في حل النزاع،

¹⁾ Ibid: Art. 22.

ولا يوجد ما يلزم أطراف النزاع باللجوء للمحكمة بل لهم الاختيار بين اللجوء لها أو لمحكمة العدل الدولية أو للتحكيم الدولي بما يظهر جليا مشكلة صعوبة تفعيل دور المحكمة الدولية لقانون البحار في تسوية المنازعات البحرية.

تعديل اتفاقية التعاون المتعدد الأطراف في المستقبل في مصايد أسماك شمال غرب المحيط الأطلنطي¹

تبنّت الاتفاقية آلية لتسوية المنازعات تلزم الأطراف المتنازعة على اختيار وسيلة من تلك المحددة باتفاقية قانون البحار إذا لم يتمكنوا من الاتفاق على وسيلة أخرى لحل النزاع؛ وتتمثل هذه الآلية في²:

1. عندما يتعذر على أطراف النزاع الاتفاق على أية وسيلة سلمية لحل نزاعها أو عندما تصبح غير قادرة على التوصل إلى تسوية بطريقة أخرى، يجب تقديم النزاع بناءً على طلب واحد منهم إلى الإجراءات الإلزامية والتي تستلزم قراراً ملزماً وفقاً للجزء الخامس عشر من اتفاقية قانون البحار أو الجزء الثامن من اتفاق تنفيذ أحكام اتفاقية قانون البحار المتعلقة بحفظ وإدارة الأرصدة السمكية المتداخلة المناطق والأرصدة السمكية الكثيرة الارتحال.

2. في حالة اللجوء إلى الإجراءات الإجبارية التي تستلزم قرارات ملزمة، يتعين على أطراف النزاع ما لم يتفقوا على خلاف ذلك أن تطبق مؤقتاً أية توصية مقدمة من الفريق المخصص ويجب أن يواصلوا تطبيق هذه التدابير المؤقتة أو أية

¹) Amendment to the Convention on Future Multilateral Cooperation in the Northwest Atlantic Fisheries: 28 September 2007, Northwest Atlantic Fisheries Organization, 29th Annual Meeting, September 2007, Serial No. N5453 NAFO/GC Doc. 07/4, pp. 1-23.

²) Ibid: Art: XV

ترتيبات لها نفس الأثر المنفق عليه بينهما حتى تحدد المحكمة أو الهيئة القضائية التي يكون لها اختصاص في النزاع تدابير مؤقتة أو تصدر قراراً، أو حتى انتهاء التدبير المعني.

ومن الملاحظ أن الاتفاقية تبنت صياغة أكثر حسماً من غيرها من الاتفاقيات حيث أوجبت على أطراف النزاع اختيار إحدى الوسائل القضائية ذات الأثر الملزم لحل النزاع وذلك إذا لم يتمكنوا من إيجاد وسيلة سلمية بالاتفاق بينهم، وهذه الآلية وإن لم تمنح الاختصاص المباشر للمحكمة إلا أنها جعلت من اللجوء للوسائل القضائية والتي تعد المحكمة إحداها واجبا على أطراف النزاع، كما أنها ألزمت أطراف النزاع باللجوء للتدابير المؤقتة التي تمنع تفاقم النزاع حتى يصدر قراراً حاسماً للنزاع، وهو ما يتميز بإيجابية تفوق غيرها من المعاهدات التي تمنح الاختصاص للمحكمة، إلا أنها لا زالت تجسد مشكلة تنازع الاختصاص القضائي، وتحتاج لإعادة النظر في صياغتها بما يجعلها أكثر وضوحاً وإلزاماً فيما يتعلق بمنح الاختصاص للمحكمة.

اتفاقية حفظ وإدارة موارد مصايد الأسماك في أعالي البحار في شمال المحيط

الهادئ¹

تبنّت الاتفاقية في تسوية المنازعات المتعلقة بها تطبيق الأحكام المتعلقة بتسوية المنازعات المنصوص عليها في الجزء الثامن من اتفاق تنفيذ أحكام اتفاقية قانون البحار المتعلقة بحفظ وإدارة الأرصد السمكية المتداخلة المناطق والأرصدة السمكية الكثيرة الارتحال مع ما يلزم من تبديل على أي نزاع بين الأطراف، سواء كانت أطرافاً في هذا الاتفاق أم لا².

وهو ما يجعل من الآلية المحددة في الاتفاقية تعتمد ذات الآلية المعتمدة في الوثائق الرئيسية التي تمنح الاختصاص للمحكمة وبالتالي تنطبق عليها ذات الملاحظات، بما يسهم في بلورة طبيعة مشكلة تنازع الاختصاص القضائي في المنازعات البحرية، وتظهر أهمية النظر في آليات تفعيل اختصاص المحكمة ومنحها الأولوية في نظر هذا النوع من المنازعات بحكم التخصص والخبرة الفنية والإدارية بها.

¹) Convention on the Conservation and Management of High Seas Fisheries Resources in the North Pacific Ocean: Tokyo, 24 February 2012, North Pacific Fisheries Commission Official Cite; <https://www.npfc.int/document/convention-conservation-and-management-high-seas-fisheries-resources-north-pacific-ocean>.

²) Ibid: Art: 19.

ت. المعاهدات الثنائية

عقدت العديد من المعاهدات الدولية الثنائية البحرية والتي ضمنت متنها آليات لتسوية المنازعات التي قد تنثور بشأن تطبيق أو تفسير تلك المعاهدات وإن كانت هذه الآليات لم تمنح الاختصاص بشكل مباشر وحاسم للمحكمة إلا أنها أتاحت للأطراف اللجوء إليها كإحدى الوسائل المحددة في اتفاقية قانون البحار.

معاهدة ترسيم الحدود البحرية بين جمهورية الرأس الأخضر وجمهورية السنغال¹

حددت الاتفاقية آلية لتسوية المنازعات تتمثل في أن يتم تسوية أي نزاع يتعلق بتفسير أو تطبيق المعاهدة عن طريق التفاوض، فإذا فشلت هذه المفاوضات خلال فترة زمنية معقولة في التوصل إلى تسوية، فقد يلجأ الطرفان إلى أية وسيلة أخرى متفق عليها بشكل متبادل للتسوية السلمية دون الإخلال بالأحكام ذات الصلة من اتفاقية قانون البحار².

ومن الملاحظ أن الآلية عامة حتى إنها لم تنص بشكل صريح على اتباع الوسائل المحددة بالاتفاقية بل أتت الصياغة تتيح للأطراف البحث عن وسائل أخرى بصياغة شديدة المرونة تفتقر للإلزام، ولكنها نصت على عدم الإخلال

¹) Traité sur la délimitation de la frontière maritime (avec annexes et carte), Dakar le 17 février 1993: Sénégal et Cap-Vert, Recueil des Traités, Vol. 1776, No. 30956, pp. 306- 314.

²) Ibid: Art. 6.

بأحكامها، مع مراعاة أن عدم الاتفاق على اللجوء للوسائل المحددة بها لا يمثل بحد ذاته إخلالا بأحكامها، وهو ما يمنح المحكمة اختصاصًا إذا اتفق جميع الأطراف على ذلك، مما يؤثر بكل تأكيد على فاعلية دور المحكمة في تسوية المنازعات.

اتفاق بين حكومة مملكة النرويج وحكومة مملكة بلجيكا بشأن مد خط أنابيب نقل الغاز "نورفرا" على الجرف القاري البلجيكي¹

حددت الاتفاقية آلية لتسوية المنازعات تتمثل في أن أي نزاع يتعلق بتفسير أو تطبيق الاتفاقية والذي لم يكن من الممكن تسويته في إطار التعاون بين الطرفين أو عبر القنوات الدبلوماسية يتم تسويته على أساس الإجراءات المنصوص عليها في الجزء الخامس عشر من اتفاقية الأمم المتحدة لقانون البحار².

وهو ما يتيح بدوره لطرفي النزاع اللجوء للمحكمة ضمن الآلية العامة المحددة في اتفاقية قانون البحار ويرد عليها ذات الملاحظات التي ترد على الآلية المحددة في الاتفاقية، ولا يلزم الأطراف باللجوء للمحكمة ويبلور بدوره طبيعة مشكلة اختصاص المحكمة بنظر المنازعات البحرية.

¹) Agreement concerning the laying of the gas transportation pipeline "Norfra" on the Belgian continental shelf (with map and annexes): Norway and Belgium, Brussels, 20 December 1996, United Nations Treaty Series, Vol. 1965, No. 33592, pp. 230– 248.

²) Ibid: Art. 5.

معاهدة ترسيم الحدود البحرية بين جمهورية موريتانيا الإسلامية وجمهورية الرأس الأخضر¹

حددت الاتفاقية آلية لتسوية المنازعات تتمثل في أن يتم حل أي نزاع يتعلق بتفسير أو تطبيق المعاهدة عن طريق التفاوض؛ فإذا فشلت هذه المفاوضات خلال فترة زمنية معقولة في التوصل إلى تسوية، فقد يلجأ الطرفان إلى أية وسيلة أخرى متفق عليها بشكل متبادل للتسوية السلمية، دون الإخلال بالأحكام ذات الصلة من اتفاقية قانون البحار².

وتتشابه الآلية المحددة في الاتفاقية مع تلك المحددة في معاهدة ترسيم الحدود البحرية بين جمهورية الرأس الأخضر وجمهورية السنغال، ويبدو أن هذه الآلية هي المفضلة لدى جمهورية الرأس الأخضر حيث تنتهجها في المعاهدات الثنائية التي تبرمها، مع ملاحظة أن هذه الآلية غير حاسمة للنزاع ولا يمكن اعتبارها تقدم حلاً جوهرياً، أضف إلى ذلك تلك الصياغة المرنة التي لا تحسم الفترة الزمنية المعقولة أو تلك الوسائل التي قد يلجأ إليها الأطراف، وكل صلتها باتفاقية

¹) Treaty on the Delimitation of the Maritime Frontier: the Islamic Republic of Mauritania and the Republic of Cape Verde, Praia, 19 September 2003, Law of the Sea Bulletin No. 55, DOALOS, United Nations, 2004, pp. 32-35

²) Ibid: Art. 7.

قانون البحار هو عدم الإخلال بأحكامها مما يتيح لأطراف النزاع اللجوء للوسائل المحددة فيها إذا تراضوا على ذلك.

معاهدة التعاون في المنطقة الاقتصادية الخالصة بين دولة بربادوس وجمهورية غيانا فيما يتعلق بممارسة الولاية القضائية في مناطقها الاقتصادية الخالصة في منطقة التداخل الثنائي داخل كل من حدودها الخارجية وما وراء الحدود الخارجية الحصرية والمناطق الاقتصادية للدول الأخرى¹

حددت المعاهدة آلية تسوية المنازعات التي قد تثور بشأن تطبيقها أو تفسيرها على نحو يراعي تراضي الأطراف وجعلت المفاوضات الخيار الأول والأهم لتسوية أي نزاع؛ وتتمثل هذه الآلية في²:

1. يتم حل أي نزاع يتعلق بتفسير أو تطبيق أحكام هذه المعاهدة عن طريق المفاوضات الدبلوماسية المباشرة بين الطرفين.

¹) Exclusive Economic Zone Co-operation Treaty between the State of Barbados and the Republic of Guyana concerning the Exercise of Jurisdiction in their Exclusive Economic Zones in the Area of Bilateral Overlap within Each of their Outer Limits and Beyond the Outer Limits of the Exclusive Economic Zones of other States (with annex and figure), London, 2 December 2003, United Nations Treaty Series, Vol. 2277, No. 40555, pp. 202-209.

²) Ibid: Art. 10.

2. إذا لم يتم التوصل إلى اتفاق خلال فترة زمنية معقولة يجوز لأي من الطرفين اللجوء إلى أحكام تسوية المنازعات المنصوص عليها في اتفاقية قانون البحار.

3. يكون أي قرار أو أمر مؤقت لأية محكمة دائمة أو محكمة تشكل لتسوية النزاع نهائيًا وملزمًا للطرفين وعلى الطرفين تنفيذ جميع هذه القرارات والأوامر بحسن نية.

وإن كانت هذه الآلية لا تختلف كثيرا عن مثيلاتها التي تمنح الاختصاص للمحكمة؛ فمن الملاحظ أنها أجازت لأي من الطرفين اللجوء لأحكام التسوية المحددة في الاتفاقية مما يجعل انعقاد اختصاص المحكمة خيارا متاحا؛ بما يعني وجود نفس الإشكالية الموجودة في جل المعاهدات، ولم تنص بشكل صريح سوى على المفاوضات باعتبارها الخيار الأول الذي يجب أن يسعى الأطراف إليها؛ ربما لاعتبارها تقوم على التراضي والاتفاق المباشر بين الأطراف دون دخول طرف آخر وتسهل الوصول لحل؛ إلا أنها تميزت بالنص على إلزامية تنفيذ القرارات الصادرة منها وهو ما قد يسهم إن تم تبنيه في المعاهدات المماثلة في إيجاد علاج لمشكلة القوة التنفيذية لأحكام المحكمة، وربما يكون من الأجدى لزيادة فاعلية دور المحكمة في تسوية المنازعات إعادة النظر في النصوص المتعلقة بتسوية المنازعات بما يفعل دورها.

اتفاق بين جمهورية تنزانيا المتحدة وجمهورية كينيا بشأن ترسيم الحدود البحرية للمنطقة الاقتصادية الخالصة والجرف القاري، 23 يونيو 2009¹

حددت الاتفاقية آلية حل المنازعات والتي تتمثل في حل أي نزاع يتعلق بتفسير أو تطبيق الاتفاق عن طريق الوساطة أو المفاوضات أو الوسائل السلمية الأخرى التي يتفق عليها الطرفان وفقا لأحكام اتفاقية الأمم المتحدة لقانون البحار².

وهو ما يتيح لأطرافها اللجوء للمحكمة لتسوية النزاع القائم بينهم، فينعتد اختصاص المحكمة في هذه الحالة بناء على تراضي الطرفين وذلك ضمن الآلية العامة المحددة في الاتفاقية وبالتالي يرد عليها ذات الملاحظات، وتجسد المشكلة القائمة والتي تعوق تفعيل اختصاص المحكمة.

وبعد استعراض آليات تسوية المنازعات في الاتفاقيات الدولية المتعددة الأطراف والثنائية التي تمنح الاختصاص للمحكمة نجدها جميعها على حد سواء تجسد مشكلة تنازع الاختصاص القضائي في المنازعات البحرية وتجعل من اختصاص المحكمة مجرد خيارا مطروحا على أطراف النزاع وتترك لهم حرية

¹) Agreement between the United Republic of Tanzania and the Republic of Kenya on the delimitation of the maritime boundary of the exclusive economic zone and the continental shelf (with map). Dar es Salaam June 2009, United Nations Treaty Series, Vol. 2603, No. 46308, pp. 38-42.

²) Ibid: Art. 5.

اختيار آلية أخرى غير اللجوء للمحكمة؛ تلك المشكلة التي تحتاج حتما لوجود حل يدعم اختصاص المحكمة ويقويه ويزيد بدوره فاعلية دور المحكمة في تسوية المنازعات البحرية بما يتناسب مع طبيعتها الفنية وتخصصها والهدف الذي أنشئت المحكمة لتحقيقه.

وربما كان من الضروري وخاصة في ظل سعي هيئة المحكمة إلى التدريب على تسوية المنازعات وإلقاء الضوء على أهمية دورها ومحاولة حل مشكلة تفعيل اختصاصها أن يتم الدعوة لتعديل بنود هذه المعاهدات بما يمنح اختصاص المحكمة الإلزامية التي تتناسب مع طبيعتها المتخصصة والخبرة الفنية والتقنية والقضائية المتوفرة فيها والتي تتجسد جلية من خلال الأحكام القضائية التي تصدرها المحكمة.

والأولى من ذلك هو الدعوة لتعديل اتفاقية الأمم المتحدة لقانون البحار والنظام الأساسي للمحكمة بما يفعل اختصاص المحكمة ويمنحها الأولوية والإلزامية في نظر المنازعات الدولية المتعلقة بقانون البحار بما يدعم تفعيل الدور الذي نشأت المحكمة للاضطلاع به في تسوية المنازعات الدولية البحرية.

المطلب الثاني

مشكلة عدم الظهور أمام المحكمة

إذا تمت الإجراءات وفق الآلية المحددة تكون المحكمة قد حققت الغرض منها، إلا أنه أحيانا ما تظهر مشكلة بهذا الصدد حال عدم مثول الدولة أمام المحكمة خاصة عندما تكون المحكمة مختصة بالنظر في النزاع؛ وهو ما يترتب عليه عدم تقديمها للدفع الخطية أو الشفوية أو كليهما وعدم الدفاع عن موقفها مما يؤدي إلى محاكمة ناقصة، وهو ما يثير التساؤل: ما تأثير عدم ظهور أحد أطراف النزاع أمام هيئة المحكمة أو إحدى الغرف على سير الإجراءات وعلى القوة الإلزامية لحكم المحكمة؟ وما تأثيره على فاعلية دور المحكمة في تسوية المنازعات الدولية البحرية؟

عالج النظام الأساسي للمحكمة هذه المشكلة وفق ذات الآلية المتبعة في محكمة العدل الدولية؛ فعندما لا يمثل أحد الطرفين أمام المحكمة أو يفشل في الدفاع عن قضيته يجوز للطرف الآخر أن يطلب من المحكمة مواصلة السير بالقضية واتخاذ قرار فيها، ولا يشكل غياب طرف أو عدم دفاعه عائقا أمام السير في القضية، وعلى المحكمة قبل اتخاذ قرارها أن تتأكد ليس فقط إنها ذات اختصاص في النزاع بل أيضا أن المطالبة تقوم على سند قوي في الواقع والقانون¹.

¹) Statute of the International Tribunal for the Law of the Sea: Op. Cit.

Art: 28.

وقد انتهجت المحكمة في قضائها ذات الآلية المتبعة في أحكام محكمة العدل الدولية واستشهدت بالأحكام الصادرة منها؛ حيث أقرت أن غياب طرف عن التمثيل أمام المحكمة لا يشكل عائقاً أمام الإجراءات ولا يمنع المحكمة من فرض تدابير مؤقتة بشرط أن يتاح للأطراف فرصة لتقديم ملاحظاتهم حول الموضوع¹، وأسباب عدم الحضور أمام المحكمة قد تكون:

1. إما باعتباره استحالة قانونية؛ وذلك بأن تكون المحكمة غير مختصة من الناحية الشخصية بالنظر في موضوع النزاع لعدم توافر شروط اختصاصها القضائي، أو في إطار الاختصاص الاستشاري لعدم توافر شروط طلبه؛ كأن يطلب ممن ليس له حق طلب الرأي الاستشاري².

وهذه الحالة لا تثير مشكلة؛ فعدم الظهور أمام المحكمة متوقع، وفي الواقع العملي إما تمتنع الدولة الطرف عن الظهور أمام المحكمة وإما ستحضر وتدفع بعدم الاختصاص، وكما بينا تقضي المحكمة في اختصاصها في كل الأحوال؛ وبناء

¹) Order of 22 November 2013, in The "Arctic Sunrise" Case, Provisional Measures, Kingdom of the Netherlands v. Russian Federation, List of cases: Nos. 22, Reports of Judgments, Advisory Opinions and Orders, ITLOS Reports 2013, pp. 30–253, p.242, Para. 48.

²) أ.د/ أحمد أبو الوفا: مشكلة عدم الظهور أمام محكمة العدل الدولية-دراسة في إطار قانون الإجراءات الدولية، دار النهضة العربية، القاهرة، الطبعة الثانية، 2016م، ص: 11-24.

عليه لا تثير هذه الحالة مشكلة عدم الظهور التي نناقشها في هذه الصورة من معوقات تفعيل دور المحكمة في تسوية المنازعات الدولية البحرية.

2. بسبب عدم وجود سند قانوني يخول المحكمة الاختصاص بنظر النزاع؛ وذلك حال عدم موافقة الدولة على اللجوء إلى المحكمة بأية طريقة؛ فالخضوع للقضاء الدولي بوجه عام يحتاج موافقة أطراف النزاع على اختصاص المحكمة للفصل فيه، وقد يكون للنزاع طرفان فقط فيكون ممثل أحدهما بمثابة إيجاب منه على قبول اختصاص المحكمة وتنتظر المحكمة قبول الطرف الآخر لاختصاصها حتى ينعقد الاختصاص، وقد يكون للنزاع أكثر من طرفين وتكون الأطراف المتنازعة قبلت اختصاص المحكمة وظل طرف غائب وكان هذا الطرف هو المعني بالحكم فيتوقف قبول المحكمة للاختصاص على ممثل هذا الطرف¹.

وهذه الحالة أيضا لا تثير مشكلة؛ فعدم الظهور أمام المحكمة لعدم وجود سند قانوني يحتج به الطرف المدعي يجعل من المتوقع أن يرفض الطرف الآخر المثل أمام المحكمة ويعيق ذلك سير العدالة بإعاقه اختصاص المحكمة ذاته كما سبق الذكر؛ مما يؤثر بدوره على تفعيل دور المحكمة في تسوية المنازعات الدولية البحرية.

3. عدم الظهور رغم وجود سند قانوني يخول المحكمة الاختصاص للنظر في النزاع؛ وهذا السند القانوني قد يتخذ شكل وثيقة صادرة عن الدولتين المعنيتين

¹ المرجع السابق: ص: 25-34.

كشروط اتفاقي مدرج في معاهدة مبرمة بين الدولتين تتفقان فيها على اللجوء الى المحكمة حال النزاع، أو موافقة صادرة عن كل منهما مثل الإعلان الانفرادي بقبول اختصاص المحكمة للنظر في المنازعات¹.

ومن ذلك موقف محكمة قانون البحار في نظرها لقضية السفينة نورستار؛ حيث انتظرت موافقة إيطاليا على اختصاص المحكمة حينما قدمت بنما طلبها للمحكمة واستندت فيه للولاية القضائية للمحكمة على الإعلانات الصادرة من الدولتين وفقا للمادة 287 من اتفاقية قانون البحار؛ فقامت المحكمة بمراسلة إيطاليا عبر المسجل وطالبتها بإعلان موقفها في هذا الصدد في أقرب وقت ممكن على ألا يتجاوز ذلك موعد 8 يناير 2016م، وبالفعل استجابت إيطاليا وبدأت تشارك في إجراءات القضية².

وتتجلى مشكلة عدم الظهور في هذه الحالة؛ وأسبابها متعددة منها: ادعاء أحد أطراف النزاع عدم اختصاص المحكمة، انقضاء أو حلول الأجل المحدد في الإعلان الذي يستند إليه الطلب، وجود وسائل موازية لتسوية النزاع، عدم الظهور كوسيلة تحايليه أو تهريبه أو كأداة للمماطلة والتسويف، عدم الظهور كرد فعل على

¹ (المرجع السابق: ص: 35).

²) Order of 3 February 2016, in The M/V "Norstar" Case, Op. Cit. pp.1-

موقف سابق، ادعاء أن النزاع غير قانوني، الاحتجاج بالاختصاص الوطني، وقد يكون عدم الظهور بسبب غير اختياري كوجود قوة قاهرة وهو سبب نادر الحدوث¹.

وهذه الحالة تجسد مشكلة عدم الظهور أمام المحكمة وتأثيرها على تفعيل دور المحكمة في تسوية المنازعات الدولية البحرية؛ فعدم الظهور في هذه الحالة يترتب عليه أن يمثل طرف واحد أمام المحكمة ويحمل المحكمة عبء التحري عن الوقائع والمستندات التي يفترض أن يقدمها بنفسه فيختصر وقت وإجراءات المحاكمة، بينما يتقل غيابه كاهل المحكمة ويطيل إجراءات نظر الدعوى.

وكون الدول أشخاص دولية ذات سيادة لها مطلق الحرية في اللجوء لوسيلة تسوية النزاع التي تراها، فلا يمكن إجبارها على الظهور أمام المحكمة، وأجاز لها النظام عدم الظهور حتى في الحالة التي تكون فيها المحكمة مختصة بنظر النزاع ورغم موافقة الدولة مسبقاً على اللجوء إليها، إلا أنها تلتزم بالحكم.

وهو ما أكدته المحكمة في قضية السفينة "Arctic Sunrise" بين هولندا وروسيا عندما رفضت روسيا المثل أمام المحكمة؛ حيث أشارت المحكمة إلى أنها قد أحالت جميع البلاغات المتعلقة بالقضية إلى روسيا، والمحكمة على استعداد لأخذ أية ملاحظات قد يتم تقديمها إليها من قبل أي طرف قبل إغلاق الجلسة في الاعتبار؛ وبالنظر إلى أن روسيا مُنحت فرصة كبيرة لتقديم ملاحظاتها لكنها

¹ (أ.د./ أحمد أبو الوفا: مشكلة عدم الظهور أمام محكمة العدل الدولية، مرجع سابق، ص: 38-

رفضت القيام بذلك، ورغم ذلك تظل الدولة التي تقرر عدم المثل أمام المحكمة طرفاً في الإجراءات وبالتالي يجب أن تقبل تبعات قرارها، وأولها أن القضية ستستمر دون مشاركتها؛ فتظل الدولة التي اختارت عدم المثل طرفاً في القضية وهي ملزمة بالحكم النهائي¹.

فالأجزاء المترتب على عدم الحضور يكمن في الحكم بطلبات الطرف المائل أمام المحكمة إذا طلب ذلك، وذلك بعد أن تتأكد المحكمة من اختصاصها بنظر النزاع والفصل فيه، إلا أن هذه الطلبات مقيدة بموافقتها للواقع والقانون؛ فتقديم الطلبات لا يعني أن المحكمة ستحكم بجميع طلبات هذه الدولة فالحكم الذي لا يستند لطلبات يؤيدها الواقع والقانون يعتبر قراراً تحكيمياً وليس حكماً حقيقياً، كما أن الطرف المائل أمام المحكمة لا يمكنه الاستفادة من غياب الطرف الآخر ليحصل على حسابه ودون أي تبرير آخر على موضوع طلبه¹.

إلا أن الفائدة العملية لهذا الجزاء مفقودة؛ حيث إن حق الطرف غير المائل في القضية في عدم إصدار حكم جائر بحقه يفرض على المحكمة التزامات تتمثل في القيام مقامه في التحقق من الوقائع والادعاءات المقدمة وعدم إهدار حقه، وهو

¹) Order of 22 November 2013, in the "Arctic Sunrise" Case, Op. Cit. pp. 242-243, Paras. 49-52.

¹) أ.د/ أحمد أبو الوفا: مشكلة عدم الظهور أمام محكمة العدل الدولية، مرجع سابق، ص: 82-106.

ما يمثل مزية لهذا الطرف رغم غيابه عن حضور المحاكمة وعدم عرض مستنداته والرد على ادعاءات الطرف الآخر.

وأيضاً في هذه الحالة يقع على عاتق المحكمة بصفة خاصة أن تتأكد أن في حوزتها كل الوقائع المتاحة، فتمثل محل الطرف غير المائل أمامها في البحث عن جميع ملابسات القضية ووقائعها حتى تستطيع أن تحكم وهي على علم تام بكل ملابسات القضية آخذة في الاعتبار أحكام الاتفاقية وقواعد القانون الدولي¹.

وهو ما يضع على المحكمة عبئاً في التحقق من الوقائع والتثبت من حقوق والتزامات الطرف غير المائل أمامها؛ حيث إن غياب أحد الأطراف يترتب نقصاً في الوقائع والمستندات التي يفترض أن تقدم إلى المحكمة لتحقيق المساواة في الحقوق والواجبات بين الأطراف ويجعل حكم المحكمة موافقاً لصحيح القانون والواقع ويحقق العدالة والمساواة بين الأطراف.

وهو ما أكدته المحكمة في قضية السفينة "Arctic Sunrise"؛ حيث أشارت إلى أن وصف التدابير المؤقتة يجب أن يراعي الحقوق الإجرائية لكلا الطرفين وأن يكفل التنفيذ التام لمبدأ المساواة بين الطرفين في الحالة التي قد يؤدي فيها غياب الطرف إلى إعاقة سير الإجراءات بصورة منتظمة والحفاظ على حسن سير العدالة، وأن روسيا كان يمكن أن تسهل مهمة المحكمة بتزويدها بمعلومات أكمل عن مسائل الواقع والقانون؛ ونتج عن غيابها صعوبة تعترض المحكمة في

¹ المرجع السابق: ص: 107

نظر القضية تتمثل في تقييم طبيعة ونطاق حقوق الأطراف المعنية التي يتعين الحفاظ عليها عن طريق تدابير مؤقتة، كما أنه لا ينبغي وضع هولندا في وضع غير مؤاتٍ بسبب عدم حضور روسيا في الإجراءات؛ وبالتالي فالمحكمة تضع في اعتبارها أنه يتعين عليها تحديد وتقييم حقوق الأطراف المعنية بأفضل الأدلة المتاحة¹.

ومن العقوبات التي تنتج عن عدم ظهور الدولة أمام المحكمة؛ إطالة زمن القضية المعروضة على المحكمة مما يترك أثره على عملها الذي يتميز بسرعة الإجراءات في المنازعات المعروضة عليها وسرعة الفصل فيها وخاصة فيما يتعلق بالإفراج الفوري أو التدابير المؤقتة، ولا شك أن عدم حضور الدولة سيكلف المحكمة جهداً ووقتاً مضاعفاً للتيقن من الحقائق وبناء حكمها على أسس قانونية سليمة، مما يسبب تأخيراً في إصدار الأحكام وهو ما يؤثر بدوره على فاعلية دور المحكمة في تسوية المنازعات.

أضف إلى كل ذلك مشكلة آليات إلزام الطرف غير المائل أمام المحكمة بالحكم الصادر عنها والذي يحوز حجية الأمر المقضي به والذي قد يكون منصفاً بصورة أكبر للطرف المائل أمام المحكمة؛ حيث يأخذ فرصته كاملة في عرض ادعاءاته والدفاع عن الطلبات التي قدمها للمحكمة، وعلى ذلك وفي ظل عدم وجود

¹) Order of 22 November 2013, in the "Arctic Sunrise" Case, Op. Cit. p. 243, Paras. 53-57.

آلية تلزم الطرف غير المائل أمام المحكمة على تنفيذ حكمها؛ قد يؤدي ذلك لبقاء النزاع دون حل مما يهدد فاعلية دور المحكمة في تسوية المنازعات ويحد من دورها الذي يفترض أن يكون الدور الأقوى والأكثر فاعلية في تسوية المنازعات البحرية.

وهو ما يفرض ضرورة البحث عن آليات لمعالجة مشكلة عدم الظهور أمام المحكمة فإذا كانت محكمة العدل الدولية لديها من الآليات التي تلزم أطراف النزاع بأحكام المحكمة فمحكمة قانون البحار لا تتوفر لها هذه المزية مما يجعل لزاما عليها تحديد آلية واضحة تلزم الدول الأطراف في الاتفاقية بالمثل أمامها؛ تباديا لمشكلة العبء المضاعف الذي يقع على المحكمة سواء في الإثبات وتحقيق المساواة بين أطراف النزاع، وبين حق الطرف المائل أمام المحكمة في آلية استيفاء حقه في ظل رفض الطرف الآخر لحكم المحكمة ورفض الامتثال له، وهو ما نعالجه في المطلب الثالث.

ومن المقترح أن يكون ذلك عبر آلية تتخذها جمعية الدول الأطراف في الاتفاقية في صورة قرار تنفيذي يشمل إلزام الدول الأطراف في الاتفاقية بالتعاون مع المحكمة وتقديم ما تطلبه من وثائق ومعلومات تسهم في تحقيق العدالة والمساواة وتساعد المحكمة على إصدار حكم موافق لصحيح القانون والواقع، مع فرض عقوبات على الدول التي تخالف تنفيذ هذه الالتزامات.

المطلب الثالث

القوة التنفيذية لأحكام المحكمة

في سبيل تحليل القوة التنفيذية لأحكام المحكمة الدولية لقانون البحار نجد من الأهمية بمكان بادئ ذي بدء الوقوف على آلية إصدار وتفسير أحكام المحكمة وبيان القوة الإلزامية لحكمها؛ كونه حكما قضائيا دوليا يحوز حجية الأمر المقضي به بالنسبة لأطراف النزاع شأنه في ذلك شأن الأحكام القضائية الدولية عموما؛ والتي تعتمد نظام التقاضي على درجة واحدة لا تقبل الاستئناف أو الطعن عليها عكس الأحكام القضائية الداخلية، وإن كانت تقبل التماس إعادة النظر في الحكم إذا توافرت شروط معينة.

أولا: آلية صدور الحكم من المحكمة

يفصل في جميع المسائل أغلبية الأعضاء الحاضرين ويكون للرئيس أو للعضو الذي يحل محله الصوت المرجح، ويبين الحكم الأسباب التي استند إليها ويتضمن أسماء أعضاء المحكمة المشتركين في اتخاذه، ويوقع الرئيس والمسجل على الحكم ويتلى في جلسة علنية للمحكمة بعد تقديم الإشعار الواجب لأطراف النزاع¹.

1) Statute of the International Tribunal for the Law of the Sea: Op. Cit. Arts: 29-30.

يجب أن ينص الحكم على ما إذا كانت تصدره المحكمة أو إحدى الغرف، ويجب أن يتضمن: تاريخ قراءته، أسماء القضاة المشاركين في القضية، أسماء الأطراف، أسماء الوكلاء والمحامين، أسماء الخبراء إن وجدت، ملخص الإجراءات، طلبات الأطراف، بيان الحقائق، الأسباب القانونية التي يقوم عليها، منطوق الحكم، القرار إن وجد فيما يتعلق بالتكاليف، عدد وأسماء القضاة الذين يشكلون الأغلبية والقضاة الذين يشكلون الأقلية في كل بند من أحكام المنطوق، بيان فيما يتعلق بنص الحكم الصادر¹.

يتم توقيع نسخة واحدة من الحكم من قبل الرئيس ورئيس قلم المحكمة، ثم يتم ختمها ووضعها في أرشيف المحكمة، ويتم تسليم نسخة لكل طرف، وتُرسل نسخ إلى الدول الأطراف والأمين العام للأمم المتحدة والأمين العام للسلطة الدولية لقاع البحار والأطراف الأخرى في حالة قدمت بموجب اتفاق غير الاتفاقية، وتتوفر نسخ من الحكم للجمهور عند الطلب².

تفسير الحكم

إذا أصدرت المحكمة الحكم الذي سيجري تنقيحه أو تفسيره تتولى النظر في طلب تنقيحه أو تفسيره، وإذا صدر الحكم عن إحدى الغرف فيجب أن تعالج تلك المراجعة إذا أمكن ذلك تنقيحها أو تفسيرها، وإذا لم يكن ذلك ممكناً يتم التعامل

¹) Rules of the Tribunal: Op. Cit. Art. 125, Para. 1.

²) Ibid: Art. 125, Para. 3.

مع الطلب من قبل غرفة مؤلفة بموافقة الأطراف والقواعد، فإذا كان تكوين الغرفة يتطلب موافقة الأطراف التي لا يمكن الحصول عليها في غضون المهل الزمنية المحددة من قبل المحكمة، يجب أن تنتظر المحكمة في الطلب، ويُتخذ قرار تفسير أو مراجعة الحكم في شكل حكم¹.

القوة الإلزامية للحكم

قرار المحكمة قطعي وعلى جميع أطراف النزاع الامتثال له ولا يكون للقرار أية قوة ملزمة إلا لأطراف النزاع وبخصوص النزاع نفسه وفي حالة الخلاف بشأن معنى القرار أو نطاقه تقوم المحكمة بتفسيره بناء على طلب أي طرف².

ويلاحظ أن الحكم الصادر من المحكمة شأنه في ذلك شأن الحكم الصادر من محكمة العدل الدولية يحوز حجيته بالنسبة لأطراف النزاع ما لم يتم تقديم التماس إعادة النظر فإذا تمت مباشرة الالتماس تتوقف حجيته؛ حيث إنه من البدهي ألا يتمتع الحكم الباطل بحجية لأن أساس الحجية هو اعتبار الحكم قرينة على صحة ما ثبت فيه³.

¹) Rules of the Tribunal: Op. Cit. Art. 129.

2) Statute of the International Tribunal for the Law of the Sea: Op. Cit. Art: 33.

³) أ.د/ محمد طلعت الغنيمي: الأحكام العامة في قانون الأمم، مرجع سابق، ص: 698.

ويجوز لأي قاض إبداء رأي منفصل أو مخالف في الحكم؛ فيجوز للقاضي تسجيل الموافقة أو المعارضة دون ذكر أسباب في شكل إعلان، والأمر نفسه ينطبق على الطلبات¹.

وإذا رأت دولة طرف أن لها مصلحة ذات طبيعة قانونية يمكن أن تتأثر بالحكم في أي نزاع، جاز لها أن تقدم طلباً إلى المحكمة لتسمح لها بالتدخل، ويعود أمر الفصل في هذا الطلب للمحكمة؛ فإذا تمت الموافقة على طلب التدخل كان حكم المحكمة في شأن هذا النزاع ملزماً للدولة الطرف المتدخلة بقدر ما يتصل بالمسائل التي تدخلت تلك الدولة الطرف بشأنها².

التماس إعادة النظر

لا يجوز تقديم طلب لإعادة النظر في أي حكم إلا إذا استند إلى اكتشاف بعض الحقائق ذات الطبيعة التي من شأنها أن تكون عاملاً حاسماً، وكانت عند صدور الحكم غير معروفة للمحكمة وأيضاً للطرف الذي يطلب إعادة النظر، شريطة ألا يكون هذا الجهل بسبب الإهمال، ويجب تقديم هذا الطلب على الأكثر في غضون ستة أشهر من اكتشاف الواقعة الجديدة وقبل انقضاء عشر سنوات من تاريخ الحكم، وتفتح إجراءات إعادة النظر بقرار من المحكمة في شكل حكم يسجل

¹) Rules of the Tribunal: Op. Cit. Art. 125, Para. 2.

²) Statute of the International Tribunal for the Law of the Sea: Op. Cit.)

Art: 31.

صراحة وجود الواقعة الجديدة مع الاعتراف بتمتعها بطابع يجعل القضية مفتوحة للمراجعة وإعلان قبول الطلب على هذا الأساس¹.

ويتم تقديم طلب إعادة النظر في الحكم من خلال طلب يحتوي على التفاصيل اللازمة لإثبات استيفاء الشروط المحددة، ويجب إرفاق أي مستند يدعم الطلب، ويحق للطرف الآخر تقديم ملاحظات خطية حول مقبولية الطلب خلال مهلة زمنية محددة من قبل المحكمة أو من قبل الرئيس إذا لم تكن المحكمة منعقدة، ويجب إرسال هذه الملاحظات إلى الطرف الذي قدم الطلب، ويجوز للمحكمة قبل إصدار حكمها بشأن مقبولية الطلب أن تتيح للأطراف فرصة أخرى لعرض آرائهم بشأنها، وإذا قررت المحكمة جعل قبول إعادة النظر مشروطة بالامتنال المسبق للحكم تصدر الأمر وفقا لذلك، وإذا خلصت المحكمة إلى أن الطلب مقبول يجب عليها تحديد المهلة الزمنية لمثل هذه الإجراءات الإضافية للنظر في الطلب، حسبما تراه ضروريا بعد التحقق من وجهات نظر الأطراف².

وبالنظر للقوة الإلزامية لحكم المحكمة نجد أن هذه المزية الأساسية للمحكمة وللوسائل القضائية لتسوية المنازعات بوجه عام؛ حيث تميزها عن الوسائل السياسية والتي تسبغ بالطابع الاختياري في كل مراحلها مما يحد من فاعليتها في حل النزاع القائم وكثيرا ما تتركه دون حل.

¹) Rules of the Tribunal: Op. Cit. Art. 127.

²) Ibid: Art. 128.

ثانياً: عدم وجود آلية لتنفيذ الأحكام

لم تحدد اتفاقية الأمم المتحدة لقانون البحار أو النظام الأساسي المنشئ للمحكمة أو قواعد عملها آلية تنفيذ الأحكام التي تصدرها المحكمة؛ وعليه يثور التساؤل: ما الأثر القانوني المترتب على امتناع أحد أطراف النزاع عن تطبيق الحكم الصادر من المحكمة أو إحدى غرفها؟

إذا قارنا نظام عمل المحكمة بنظام عمل محكمة العدل الدولية نجد الوثائق الرئيسية للمحكمة أغفلت النص على آلية تنفيذ الأحكام وذلك على العكس مما أقره نظام عمل محكمة العدل الدولية؛ حيث ألزم ميثاق الأمم المتحدة كل أعضاء المنظمة بتنفيذ حكم المحكمة في أية قضية يكون طرفاً فيها وإذا امتنع أحد المتقاضين عن تنفيذ حكم تصدره المحكمة للطرف الآخر اللجوء لمجلس الأمن، وللمجلس أن يقدم توصياته أو يصدر قراراً بالتدابير التي يجب اتخاذها لتنفيذ الحكم¹.

وهو ما لم يجد له مكاناً في نظام عمل المحكمة الدولية لقانون البحار، فالإشارة الوحيدة لتنفيذ الحكم هي تلك المتعلقة بنظام عمل غرفة منازعات قاع البحار؛ حيث نجد النظام الأساسي للمحكمة اقتصر على النص على أن تكون قرارات الغرفة قابلة للتنفيذ في أقاليم الدول الأطراف بنفس الطريقة التي تنفذ فيها

1) Charter of the United Nations: Op. Cit. Art: 94.

أحكام أو أوامر أعلى محاكم الدولة الطرف التي يطلب التنفيذ في إقليمها¹، إلا أنه لم يحدد آلية هذا التنفيذ كما لم يحدد الأثر القانوني المترتب على عدم تنفيذ هذا الحكم؛ وبالتالي يظل التنفيذ مرهوناً بتعاون الدول أطراف النزاع التي يجب عليها تنفيذ الحكم، بما يوجب ضرورة تحديد آلية تنفيذ الحكم والأثر القانوني المترتب على عدم التنفيذ.

وقد يجد الطرف الذي صدر لصالحه الحكم الذي لم يتم تنفيذه نفسه في وضع لا يتمكن معه من استيفاء حقه مما يضطره للجوء لوسيلة أخرى تلزم الطرف الممتنع على التنفيذ، وهو ما حدث في قضية الإفراج الفوري عن السفينة سايجا؛ حيث اضطرت سانت فنسنت وجزر غرينادين للجوء للمحكمة ذاتها التي أصدرت الحكم طلباً لوضع تدابير مؤقتة؛ وفيه طلبت أن تأمر المحكمة في جملة أمور بأن تضع غينيا حيز التنفيذ التدابير اللازمة للامتثال لحكم المحكمة المتعلق بالإفراج الفوري عن السفينة².

ولكن هذا الإجراء لن تكون له الفاعلية المطلوبة في جميع الأحوال؛ فإذا لم يمتثل الطرف الصادر بحقه الحكم بتنفيذه في المرة الأولى فلا يوجد ما يجبره على

¹) Statute of the International Tribunal for the Law of the Sea: Op. Cit. Art: 39.

²) Request for the Prescription of Provisional Measures Submitted by Saint Vincent and the Grenadines, Op. Cit. pp. 29–32.

تنفيذ الحكم الصادر في المرة الثانية المتعلق بوضع الحكم الصادر من المحكمة موضع التنفيذ في ظل عدم وجود آلية قانونية للإلزام بتنفيذه.

وفي ظل الوضع الراهن لنظام عمل المحكمة وغرفها لا يوجد جزء في حال امتنع طرف النزاع الصادر في حقه الحكم عن تنفيذه، وإن كان حتماً يمكن إثارة المسؤولية الدولية في حقه، غير أن ذلك لا يحل بأي حال من الأحوال مشكلة تفعيل القوة التنفيذية لحكم المحكمة؛ مما يهدد بدوره الحل السلمي للنزاع ويعيق عمل المحكمة ويحبط دورها الفعلي في تسوية المنازعات، وسيظل النزاع من الناحية الواقعية قائماً بل قد ينتج عنه إذا لم يتم تدارك الأمر تطوره لنزاع مسلح يهدد بدوره السلم والأمن الدوليين.

وكان حري بالاتفاقية والنظام الأساسي للمحكمة معالجة هذه المشكلة التي تحد من فاعلية دور المحكمة في تسوية المنازعات الدولية؛ وفي ظل عدم المعالجة الفعلية يمكن تدارك الأمر بابتكار آلية ملحققة توضع من جمعية الدول الأطراف في الاتفاقية تحدد وفق إطار واضح دقيق الآليات القانونية التي ينبغي اتخاذها في حال امتنع أحد أطراف النزاع عن تطبيق الحكم الصادر من المحكمة.

ومن المقترح أن يكون ذلك بتعديل البنود المتعلقة بإصدار الحكم في النظام الأساسي للمحكمة أو إقرار اتفاق لاحق على غرار اتفاق تنفيذ الجزء الحادي عشر من الاتفاقية؛ على أن يتضمن هذا الإطار إنشاء سلطة مسئولة عن متابعة تنفيذ الأحكام الصادرة من المحكمة وإلزام أطراف النزاع بتنفيذها.

كما يمكن أن يتم في إطار التعاون بين المحكمة والأمم المتحدة تنفيذًا للبند الذي يقضي بالتعاون والتنسيق بينهما بهدف تيسير تحقيق أهدافهما وتنسيق أنشطتهما بفعالية¹؛ أن يعقد اتفاق ملحق بهذه الاتفاقية يتضمن آلية تنفيذ الأحكام الصادرة من المحكمة وفق نفس الآلية التي تستخدم في تنفيذ أحكام محكمة العدل الدولية، بما يحقق الفعالية لدور المحكمة في تسوية المنازعات البحرية ويسبغ حكمها بالإلزامية الفعلية بجانب الإلزامية القانونية.

ولا شك أن معالجة هذه المشكلات التي تعوق التفعيل الكامل لدور المحكمة في تسوية المنازعات الدولية ستؤدي إلى دعم دور المحكمة وتطويره في تسوية المنازعات الدولية البحرية التي تتسم بالخصوصية والأهمية المستمدة من طبيعة القانون الدولي للبحار بما يعزز التسوية السلمية للمنازعات الدولية وينهي اللجوء إلى المنازعات المسلحة، مما يترك أثره على استقرار العلاقات الدولية والحفاظ على السلم والأمن الدوليين.

¹) Agreement on Cooperation and Relationship between the United Nations and the International Tribunal for the Law of the Sea, 18 December 1997, New York, United Nations Treaty Series, Vol. 2000, No. 1201, pp. 467-475, Art. 2.

الخاتمة

اتضح من خلال البحث أن للمنازعات البحرية بوجه خاص أهمية من بين سائر المنازعات الدولية لذلك ابتكرت اتفاقية الأمم المتحدة لقانون البحار وسيلة قضائية جديدة لتسوية المنازعات البحرية وهي المحكمة الدولية لقانون البحار؛ اعترافاً منها بالطبيعة الخاصة لهذه المنازعات والحاجة الملحة إلى السرعة في إجراءات تسويتها، والمحكمة تصنف باعتبارها إحدى أنواع القضاء الدولي النوعي، وتتميز بمنح المنظمات والأفراد في حالات معينة حق اللجوء للمحكمة لتسوية المنازعات التي تنشأ بينهم وبين أشخاص القانون الدولي.

وتجلت فيما تنطوي عليه المنازعات الدولية البحرية من طبيعة خاصة، وفيما للمحكمة الدولية لقانون البحار من دور فعال في تسوية المنازعات التي نظرتها منذ بدء عملها أهمية البحث، حتى وإن كانت فترة عملها ليست بالطويلة إلا أنها قامت بدور متميز لا يعترضه تطويل مراحل إقامة الدعوى أو الإجراءات؛ حيث شهد واقع عمل المحكمة حسمها للعديد من المنازعات التي عرضت عليها في وقت قياسي نسبة لما يستغرقه نظر المنازعات أمام محكمة العدل الدولية من وقت وجهد، وأصدرت أحكاماً مؤثرة بحق أسهمت في تسوية بعض المنازعات البحرية بل وأرست بدورها بعض أسس المسؤولية الدولية عن الأضرار التي تصيب أشخاص القانون الدولي الآخرين أو البيئة، ومن هذا المنطلق كانت فكرة هذا البحث بدراسة دور المحكمة الدولية لقانون البحار في تسوية المنازعات البحرية.

إلا أن دور المحكمة في تسوية المنازعات لم يعط الأولوية التي تتناسب مع اعتبارها الوسيلة التي نشأت خصيصاً للقيام بهذا الدور وينافسها فيه التحكيم الدولي وإمكانية اللجوء لمحكمة العدل الدولية أو غيرها لحل النزاع القائم؛ وهو ما يحد من فاعلية دور المحكمة في تسوية هذه المنازعات، وكان التساؤل الرئيس للبحث هو: ما تأثير مساهمات المحكمة الدولية لقانون البحار وغرفها في توفير تسوية شاملة للمنازعات البحرية، وما الآليات التي يمكن من خلالها زيادة فاعلية دور المحكمة في تسوية المنازعات الدولية البحرية؟

وللإجابة على هذا التساؤل هدف البحث إلى دراسة دور المحكمة الدولية لقانون البحار في محاولة لمنحه تركيزاً لم يحظ به في الدراسات والأبحاث القانونية حتى الآن؛ حيث سعى البحث إلى الوقوف على طبيعة دور المحكمة في تسوية المنازعات البحرية وتقييم مدى فاعليته، مع البحث في آليات زيادة فاعليته وتطويره؛ ولذلك تم تقسيمه على أربعة مباحث يسبقها مبحث تمهيدي: تناول المبحث التمهيدي الأبعاد القانونية للمنازعات الدولية البحرية؛ بدأ ببيان مفهوم النزاع الدولي البحري، ومناقشة الطبيعة الخاصة للمنازعات الدولية البحرية، مع إلقاء الضوء على الوسائل السلمية لتسوية المنازعات البحرية لبيان مكانة المحكمة بين هذه الوسائل، وتناول المبحث الأول دور هيئة محكمة قانون البحار في تسوية المنازعات؛ من حيث النظام القانوني والإجرائي الذي تتبعهما في نظر المنازعات البحرية، مع تحليل أهم المنازعات التي نظرتها، بينما تناول المبحث الثاني دور غرفة منازعات قاع البحار في تسوية المنازعات؛ من حيث النظام القانوني والإجرائي الذي تتبعهما

في نظر المنازعات المتعلقة بالمنطقة، وتناول المبحث الثالث دور الغرف الخاصة في تسوية المنازعات؛ من حيث النظام القانوني والإجرائي المتبع في نظر المنازعات التي تعرض عليها سواء تلك المشكلة من المحكمة أو التي تشكل باتفاق الأطراف، وتناول المبحث الرابع المشكلات التي تواجه دور المحكمة في تسوية المنازعات؛ بدءاً بمشكلة تنازع الاختصاص القضائي في المنازعات البحرية مروراً بمشكلة عدم الظهور أمام المحكمة ووصولاً لمشكلة القوة التنفيذية لأحكام المحكمة، وذلك وفق المنهج الاستقرائي التحليلي التطبيقي.

وقد توصل البحث في نهايته إلى مجموعة من النتائج التي يمكن الخلوص إليها من استقراء وتحليل نظام عمل المحكمة في نظر المنازعات الدولية البحرية وتحليل الأحكام التي تصدرها في هذا الصدد، كما يقدم البحث مجموعة من التوصيات التي قد تسهم في سد الثغرات التي تمت ملاحظتها ومعالجة المشكلات التي تعوق تفعيل دورها، مع ملاحظة أن تفعيل هذه التوصيات يقتضي بطبيعة الحال التعاون والاستجابة من الأشخاص الدوليين المعنيين بما يسهم في تطوير دور المحكمة في التسوية السلمية الشاملة والحاسمة للمنازعات الدولية البحرية؛ ويمكن إبراز أهم هذه النتائج والتوصيات فيما يلي.

أهم النتائج

1. قصرت اتفاقية الأمم المتحدة لقانون البحار استخدام أعالي البحار على الأغراض السلمية فقط بما يضع أساسا لمنع المنازعات المسلحة في المناطق البحرية المشتركة؛ إلا أن ذلك لا يكفي بذاته كرادع لمنع هذا الاستخدام، فمنع المنازعات المسلحة في البيئة البحرية أولى بالاهتمام واتخاذ كافة التدابير الدولية التي تمنع نشوب نزاع مسلح في البحار.

2. ابتكرت اتفاقية الأمم المتحدة لقانون البحار آليتها الخاصة لتسوية المنازعات البحرية بين أطرافها فأنشئت لأول مرة في المجتمع الدولي محكمة متخصصة، ويتضح جليا أهمية الدور الموكل للمحكمة في تسوية المنازعات البحرية كونها الجهة القضائية الوحيدة المتخصصة من الناحية الفنية في نظر المنازعات الدولية البحرية، فبالإضافة لكونها وسيلة قضائية تتميز بذات المميزات والخصائص المميزة للوسائل القضائية تنفرد بمزية تخصصها في نظر نوع واحد من المنازعات الدولية وهي المنازعات البحرية.

3. لهيئة محكمة قانون البحار الاختصاص الأساسي بنظر المنازعات البحرية، ولها في ذلك آلية قانونية وإجرائية ثابتة شأنها في ذلك شأن القضاء الدولي بصفة عامة، ويقترّب النظام الهيكلي للمحكمة من النظام في محكمة العدل الدولية إلا أنه يتفادى الانتقادات التي تواجه تشكيل محكمة العدل الدولية؛ وهو مما يميز نظام عمل المحكمة ويضمن قيامها بعملها في تسوية المنازعات البحرية بكفاءة

عالية وحياد، وهو أحد نقاط القوة التي تدعم أهمية تفعيل دور المحكمة في تسوية المنازعات الدولية البحرية.

4. أقرت هيئة المحكمة لنفسها الاختصاص الإفتائي؛ فانتهجت نهجا جديداً استخدمت فيه سلطتها في تفسير النصوص القانونية التي تمنحها الاختصاص فأثبتت لنفسها الولاية الاستشارية ليصبح نهجاً قضائياً تتبعه المحاكم الدولية.

5. اختصاص المحكمة بالإفراج الفوري عن السفن والطواقم اختصاص إلزامي إلا إذا اتفق أطراف النزاع على حل آخر، وهو من الطلبات التي لها أولوية في المحكمة فتتظر فيه على وجه الاستعجال وتصدر حكمها بشأنه، ويعتبر هذا الاختصاص أقوى من غيره من اختصاصات المحكمة.

6. ممارسة المحكمة سلطتها التقديرية في إقرار التدابير المؤقتة المطلوبة أو تغييرها أو رفضها يسهم في عدم تفاقم النزاع، إلا أن الدور الذي تقوم به المحكمة في هذا المجال يفترض رضوخ أطراف النزاع للحكم الصادر منها والالتزام به حتى تؤولي النتائج المرجوة منها في التسوية السلمية الشاملة للمنازعات البحرية.

7. شهد نظام عمل المحكمة نظر العديد من القضايا في وقت قياسي بالنظر للوقت المستغرق أمام المحاكم الدولية الأخرى، لا سيما قضايا الإفراج الفوري عن السفن والطواقم، إلا أن العدد الأكبر من القضايا التي نظرتها المحكمة نظرتها هيئة المحكمة ذاتها، وهي في غالبها تتعلق إما بالإفراج الفوري عن السفن أو باتخاذ

تدابير مؤقتة ريثما يتم عقد محكمة تحكيم، وقدمت هيئة المحكمة رأياً استشارياً واحداً.

8. فوتت المحكمة فرصاً عديدة في أحكامها كان يمكن من خلالها أن تكون أكثر حسماً سواء فيما يتعلق بإقرار اختصاصها أو فيما يتعلق بمبادئ قانونية كان من الممكن أن تسهم في تطوير المبادئ القانونية البحرية والتي تسهم بلا ريب في التسوية الشاملة للمنازعات الدولية البحرية.

9. منحت وثائق المحكمة اهتماماً خاصاً لغرفة منازعات قاع البحار؛ حيث خصتها بدور له أهمية كبيرة في تسوية المنازعات البحرية، إلا أن الحد من دور الغرفة فيما يتعلق بممارسة سلطة قاع البحار لصلاحياتها التقديرية هو أحد القيود التي تعوق تفعيل دورها في تسوية المنازعات المتعلقة بالمنطقة وتجعل أطراف النزاع تفضل اللجوء لجهات قضائية أخرى لحل النزاع القائم بينهم.

10. لغرفة منازعات قاع البحار اختصاص صريح بتقديم الآراء الاستشارية ولهذه الآراء طابع الاستعجال ورغم ذلك لم يتم اللجوء إلى هذه المزية بصورة تمكن من تفعيل دورها القانوني.

11. ربط دور الغرف الخاصة بوجه عام بقبول الأطراف عرض النزاع عليها يقلل من أهميتها ويعوق تفعيل دورها في تسوية المنازعات البحرية ذات الطابع الخاص.

12. يقترب نظام الغرف الخاصة بطلب الأطراف من نظام التحكيم، ويمكن القول إن هذا النظام يجمع مميزات كل من التحكيم والقضاء الدوليين، وعلى الرغم من ذلك يظل عدد القضايا التي نظرتها الغرف الخاصة محدودا بالنظر لما تنظره هيئة المحكمة أو تنظره المحاكم والهيئات الدولية الأخرى.

13. لا ريب أن دور الغرف الخاصة حال تفعيله وتقويته سيسهم في تفعيل وتطوير دور الحكمة في تسوية المنازعات الدولية البحرية ويختصر كذلك وقت التقاضي، وهو ما يضيف ميزة جديدة لميزات المحكمة، وبالتبعية يترك أثره على دعم دور المحكمة في تسوية المنازعات البحرية وتوسيع قاعدة القضايا التي تنظرها المحكمة وغرفها.

14. رغم تخصص المحكمة النوعي في المنازعات البحرية الذي يميزها عن غيرها من وسائل التسوية القضائية للمنازعات البحرية، ورغم ما يغلف نظام عملها من قوة وتميز، ورغم ما أصدرته من أحكام متميزة أسهم بعضها في إقرار عرفا قضائيا بحريا؛ إلا أن الواقع العملي يثبت أن اللجوء لمحكمة العدل الدولية أو للتحكيم الدولي يفوق اللجوء إليها.

15. الاختصاص الأساسي للمحكمة بنظر المنازعات البحرية ليس اختصاصا إلزاميا بل ويقع ضمن ترتيب الوسائل المحددة لتسوية المنازعات الدولية البحرية إجراء يتبع التحكيم في الأولوية، وينعكس ذلك على قدرة المحكمة على تسوية النزاع

القائم؛ فهذه المشكلة تكبلها وتوقفها عن القيام بدور فعال في تسوية المنازعات البحرية.

16. من أبرز المشكلات التي تواجه اختصاص المحكمة الاستثنائية التي وردت في اتفاقية قانون البحار حيث أجازت لأية دولة طرف فيها أن تعلم كتابيا أنها لا تقبل ولاية المحكمة فيما يتعلق بوحدة أو أكثر من فئات معينة من المنازعات، وهذه الاستثناءات بدورها تفتح مجالاً أوسع لتكبير اختصاص المحكمة.

17. تتجسد مشكلة تنازع الاختصاص القضائي في المنازعات البحرية في المعاهدات التي تمنح الاختصاص للمحكمة الدولية لقانون البحار؛ حيث لم تلزم هذه النصوص الدول الأطراف فيها باللجوء للمحكمة أو على الأقل تضعها كوسيلة أولى لتسوية النزاع؛ فجميعها تجعل من اختصاص المحكمة مجرد خياراً مطروحاً على أطراف النزاع وتترك لهم حرية اختيار آلية أخرى.

18. من العقبات التي تنتج عن عدم ظهور الدولة أمام المحكمة؛ إطالة زمن القضية مما يترك أثره على عملها الذي يتميز بسرعة الإجراءات في المنازعات المعروضة عليها وسرعة الفصل فيها، ولا شك أن عدم حضور الدولة سيكلف المحكمة جهداً ووقتاً مضاعفاً للتيقن من الحقائق وبناء حكمها على أسس قانونية سليمة، مما يسبب تأخيراً في إصدار الأحكام وهو ما يؤثر بدوره على فاعلية دور المحكمة في تسوية المنازعات، أضف إلى ذلك مشكلة آليات إلزام الطرف غير المائل أمام المحكمة بالحكم الصادر عنها والذي يحوز حجية الأمر المقضي به.

19. الوثائق الرئيسية للمحكمة أغفلت النص على آلية تنفيذ الأحكام وذلك على العكس مما أقره نظام عمل محكمة العدل الدولية؛ فالإشارة الوحيدة لتنفيذ الحكم هي تلك المتعلقة بنظام عمل غرفة منازعات قاع البحار إلا أنه لم يحدد آلية هذا التنفيذ كما لم يحدد الأثر القانوني المترتب على عدم تنفيذ هذا الحكم، ولا يوجد جزاء في حال امتنع طرف النزاع الصادر في حقه الحكم عن تنفيذه، وسيظل النزاع من الناحية الواقعية قائماً وقد ينتج عنه إذا لم يتم تدارك الأمر تطوره لنزاع مسلح يهدد بدوره السلم والأمن الدوليين.

20. معالجة المشكلات التي تعوق التفعيل الكامل لدور المحكمة في تسوية المنازعات ستؤدي إلى دعم دورها وتطويره في تسوية المنازعات الدولية البحرية التي تتسم بالخصوصية والأهمية المستمدة من طبيعة القانون الدولي للبحار بما يعزز التسوية السلمية للمنازعات الدولية وينهي اللجوء إلى المنازعات المسلحة، ويترك أثره على استقرار العلاقات الدولية والحفاظ على السلم والأمن الدوليين.

أهم التوصيات

1. ضرورة تعديل بنود اتفاقية الأمم المتحدة لقانون البحار فيما يتعلق بقصر استخدام أعالي البحار على الاستخدام السلمي؛ وذلك عن طريق:

- جعل النص أكثر قوة وحسم من حيث الصياغة التي تنص صراحة عن حظر الاستخدام العسكري لأعالي البحار.

- تجريم استخدام المناطق البحرية المشتركة في الأغراض العسكرية ووضع الضمانات التي تكفل قصر الاستخدام فيها على الأغراض السلمية فقط.
 - إضافة ضمانات تكفل إلزامية اللجوء للمحكمة الدولية لقانون البحار في هذا النوع من المنازعات.
 - منح المحكمة سلطة مراقبة تصرفات الدول في هذه المناطق، وعدم قصر هذه السلطة على الدول الأطراف في الاتفاقية على اعتبار الحفاظ على هذه المناطق من القواعد الأمرة التي تتعلق بالحفاظ على النظام العام الدولي وتكفل استقرار العلاقات الدولية بوجه عام.
 - تكثيف الاهتمام الدولي بمنع المنازعات المسلحة في البيئة البحرية واتخاذ كافة التدابير الدولية التي تمنع تفاقم النزاع بما يؤدي لنشوب نزاع مسلح في البحار.
2. يقع على عاتق المحكمة الدور الأكبر في تفعيل دورها في تسوية المنازعات الدولية البحرية وتطويره؛ وفي سبيل ذلك على المحكمة أن تأخذ بزمam المبادرة في:
- زيادة التوعية بدورها وإبراز الخبرة القانونية والفنية والتقنية التي تميز نظام عملها وذلك من خلال المؤتمرات والبرامج التدريبية التي تقيمها وهو ما يستلزم تكثيف هذه البرامج وتطويرها، مع نشر مطويات توضيحية.

• أن تحسن المحكمة استغلال فرصة النتيجة الإيجابية المتوقعة من مبادرتها في تطوير القواعد الدولية المتعلقة بترسيم الحدود البحرية، وهي مهمة ينبغي أن تبادر هيئة المحكمة باتخاذها من تلقاء نفسها مستعينة بالقواعد القانونية والسوابق القضائية التي تمنحها هذا الحق.

• ينبغي أن تأخذ المحكمة زمام المبادرة في إرساء مبادئ أكثر قوة وتأثيراً في مجال التسوية السلمية للمنازعات الدولية بما يسهم في إرساء المبادئ والأعراف القضائية التي تطور الفقه القضائي الدولي وتضعها في مكانة تناسب تخصصها وطبيعة الدور الموكل إليها بل وتمنح الدول الثقة في هذا الدور بما يجعلها تبادر في عرض المنازعات التي تتعلق بها على المحكمة.

3. من الأهمية بمكان دعم دور غرفة منازعات قاع البحار في تسوية المنازعات المتعلقة بالمنطقة بما يدعم دور المحكمة؛ وذلك عن طريق:

• العمل على دعم دور غرفة منازعات قاع البحار في تسوية المنازعات المتعلقة بالمنطقة بتعديل الوثائق التي تمنحها الاختصاص أو عبر قرار ملزم من جمعية الدول الأطراف في المحكمة يتضمن توسيع صلاحيتها في نظر المنازعات وعدم تقييد سلطتها في نظر القضايا إما بالصلاحية التقديرية لسلطة قاع البحار أو بانتظار الطلب من محكمة التحكيم المختصة بنظر النزاع.

• منح الغرفة الأولوية في نظر المنازعات المتعلقة بالمنطقة والعمل على حسمها وفقاً للحل القانوني الذي يتميز بمراعاة الطبيعة الخاصة للمنطقة والخبرة

الفنية المتعلقة بها والذي يتمتع في الوقت نفسه بالقوة الإلزامية للأحكام القضائية الدولية.

4. تفعيل وتطوير دور الغرف الخاصة في تسوية المنازعات الدولية البحرية ذات الطابع الخاص سواء تلك المحددة والثابتة من المحكمة أو تلك التي تشكل باتفاق الأطراف؛ ويمكن أن يتم ذلك من خلال:

- تركيز الضوء على الدور الموكل لغرف المحكمة والتوعية بالقوة الإلزامية للأحكام التي تصدرها على اعتبارها أحكاما صادرة من المحكمة ذاتها، ويكون ذلك عبر برامج التدريب التي تقدمها المحكمة وبعقد المؤتمرات التي تستهدف دعم دور المحكمة في التسوية السلمية الشاملة للمنازعات الدولية البحرية.

- زيادة عدد القضاة في الغرف الخاصة حسب طبيعة وأهمية المنازعة التي تنتظرها الغرفة بما يضمن توافر الخبرة القانونية والعلمية مع الكفاءة والحياد وضمن دقة الإجراءات والتحقق من الوقائع؛ بما يضمن صحة ودقة الحكم الصادر منها والذي سيتمتع بالحجية ويلزم أطراف النزاع، وينهي بدوره النزاع القائم بحل حاسم يوافق صحيح القانون والواقع.

- عدم ربط دور الغرف الخاصة بوجه عام بقبول الأطراف عرض النزاع عليها؛ مما يستلزم معالجة وتطوير هذا الواقع من خلال تطوير الوثائق المعنية بما يفعل دور هذه الغرف في نظر المنازعات، ويسهم في توسيع دور المحكمة في تسوية المنازعات البحرية وتطويره بما يتناسب مع اعتبارها الجهة صاحبة

الاختصاص الأصلي والأكثر تخصصًا وتأهيلًا لحسم هذه المنازعات على أساس القانون.

5. من الضروري العمل على حل المشكلات التي تواجه اختصاص المحكمة بما يضمن طابع الإلزام على اللجوء لمحكمة قانون البحار ويزيد إلزامية وفعالية دورها في تسوية المنازعات؛ ويمكن أن يتم ذلك من خلال:

- توسيع دائرة اختصاصها كلما كان ذلك ممكنا وهي في ذلك لا تمنح نفسها سلطات غير متوافرة لديها بل تحسن استخدام وتفسير الوثائق الرئيسية التي تمنحها الاختصاص؛ فإذا كانت ممارسات المحكمة تدعم توسيع المحكمة لدائرة اختصاصها فيما يتعلق بالمنازعات المعروضة عليها والمنازعات المرتبطة بها حتى إنها تتوسع لتأخذ بما يتضح من سلوك أطراف النزاع أثناء نظر الدعوى؛ فإن ذلك يفتح مجالاً يمكن المحكمة من إقرار سابقة قضائية تضيء إلزامية على دور المحكمة في تسوية المنازعات البحرية، وإذا اتخذت المحكمة هذا النهج القضائي في توسيع دائرة اختصاصها بدلا من تكبيله سيكون لذلك أكبر الأثر في تفعيل دورها في تسوية المنازعات الدولية البحرية.

- الدعوة لتعديل اتفاقية الأمم المتحدة لقانون البحار والنظام الأساسي للمحكمة بما يفعل اختصاص المحكمة بحيث يكون إجباريا للدول الأطراف مقدما على أية وسيلة أخرى كونها الجهة الأقدر على تسوية المنازعات البحرية، ويمنحها الأولوية والإلزامية في نظر المنازعات الدولية المتعلقة بقانون البحار بما يدعم

تفعيل الدور الذي نشأت المحكمة للاضطلاع به في تسوية المنازعات الدولية البحرية؛ كونها الجهة الأكثر دراية بمشاكل البحار والأقدر على تسوية المنازعات في إطار الاتفاقية.

- الدعوة لتعديل بنود المعاهدات التي تمنح الاختصاص للمحكمة بما يمنح اختصاص المحكمة الإلزامية التي تتناسب مع طبيعتها المتخصصة والخبرة الفنية والتقنية والقضائية المتوفرة فيها والتي تتجسد جلية من خلال الأحكام القضائية التي تصدرها المحكمة.

6. ضرورة إيجاد آليات لمعالجة مشكلة عدم الظهور أمام المحكمة التي تعوق تفعيل دور المحكمة في التسوية الشاملة للمنازعات مما يجعل لزاما عليها تحديد آلية واضحة تلزم الدول الأطراف في الاتفاقية بالمثل أمامها؛ ومن المقترح أن يكون ذلك عبر آلية تتخذها جمعية الدول الأطراف في الاتفاقية في:

- قرار تنفيذي يشمل إلزام الدول الأطراف في الاتفاقية بالتعاون مع المحكمة وتقديم ما تطلبه من وثائق ومعلومات تسهم في تحقيق العدالة والمساواة وتساعد المحكمة على إصدار حكم موافق لصحيح القانون والواقع.

- فرض عقوبات على الدول التي تخالف تنفيذ التزاماتها في هذا الصدد، على أن تتدرج العقوبات حسب مقدار عدم التعاون مع المحكمة وإلزام الدول الأعضاء جميعا بالتعاون في تنفيذ هذه العقوبات بما يحقق الغرض المرجو منها.

7. معالجة مشكلة القوة التنفيذية لأحكام المحكمة والتي تحد من فاعلية دور المحكمة في تسوية المنازعات الدولية؛ وفي ظل عدم المعالجة الفعلية يمكن تدارك الأمر بأحد الوسائل الآتية:

- ابتكار آلية ملحقه توضع من جمعية الدول الأطراف في الاتفاقية تحدد وفق إطار واضح دقيق الآليات القانونية التي ينبغي اتخاذها في حال امتنع أحد أطراف النزاع عن تطبيق الحكم الصادر من المحكمة.

- تعديل البنود المتعلقة بإصدار الحكم في النظام الأساسي للمحكمة أو إقرار اتفاق لاحق على غرار اتفاق تنفيذ الجزء الحادي عشر من الاتفاقية؛ على أن يتضمن هذا الإطار إنشاء سلطة مسؤولة عن متابعة تنفيذ الأحكام الصادرة من المحكمة وإلزام أطراف النزاع بتنفيذها.

- يمكن أن يتم في إطار التعاون بين المحكمة والأمم المتحدة تنفيذًا للبند الذي يقضي بالتعاون والتنسيق بينهما بهدف تيسير تحقيق أهدافهما وتنسيق أنشطتهما بفعالية؛ أن يعقد اتفاق ملحق بهذه الاتفاقية يتضمن آلية تنفيذ الأحكام الصادرة من المحكمة وفق نفس الآلية التي تستخدم في تنفيذ أحكام محكمة العدل الدولية، بما يحقق الفاعلية لدور المحكمة في تسوية المنازعات البحرية ويسبغ حكمها بالإلزامية الفعلية بجانب الإلزامية القانونية.

قائمة المختصرات الإنجليزية والفرنسية

"List of English and French Abbreviations"

"Liste des Anglais et Français Abréviations"

No	Abbreviation	Full Term
1	A.J.I.L.	American Journal of International Law
2	Art.	Article.
3	I.C.J.	International Court of Justice.
4	Ibid.	In The Same Place.
5	ITLOS.	International Tribunal for the Law of the Sea.
6	No.	Number.

7	Op. Cit	Opere Citato.
8	P.	Page.
9	Para.	Paragraph.
10	SRFC.	Sub-Regional Fisheries Commission.
11	TIDM	Tribunal International du Droit de la Mer.
12	UN.	United Nations.
13	Vol.	Volume.

قائمة المراجع

المراجع العربية

أولاً: الكتب

- أ.د/ إبراهيم العناني القانون الدولي العام، دار النهضة العربية، القاهرة، الطبعة الخامسة، 2016م.
- أ.د/ أحمد أبو الوفا
- الوسيط في القانون الدولي العام، دار النهضة العربية، القاهرة، الطبعة السادسة، 2016م.
- مشكلة عدم الظهور أمام محكمة العدل الدولية-دراسة في إطار قانون الإجراءات الدولية، دار النهضة العربية، القاهرة، الطبعة الثانية، 2016م.
- أ.د/ خليل حسين موسوعة القانون الدولي العام، الجزء الثاني، منشورات الجبلي الحقوقية، بيروت، الطبعة الأولى، 2012م.
- أ.د/ سهيل الفتلاوي
- القانون الدولي العام في السلم، دار الثقافة للنشر والتوزيع، عمان، الطبعة الأولى، 2010م.

-القانون الدولي للبحار، دار الثقافة للنشر والتوزيع، عمان، الأردن، الطبعة الأولى،
2009م.

• د/ سوزان غنيم النظم القانونية الدولية لضمان استخدام الطاقة النووية في
الأغراض السلمية، دار الجامعة الجديدة، الإسكندرية، الطبعة الأولى، 2011م.

• أ.د/ صلاح الدين عامر

-القانون الدولي للبحار-دراسة لأهم أحكام اتفاقية الأمم المتحدة لقانون البحار
1982م، دار النهضة العربية، الطبعة الثانية، 2000م.

-قانون التنظيم الدولي، دار النهضة العربية، القاهرة، طبعة مصورة، 2002م.

-مقدمة لدراسة القانون الدولي العام، دار النهضة العربية، القاهرة، الطبعة الرابعة،
2007م.

• أ.د/ عبد العزيز سرحان القانون الدولي العام، دار النهضة العربية،
القاهرة، الطبعة الأولى، 1968م.

• أ.د/ عبد الهادي العشري اختصاص دولة علم السفينة في حماية البيئة
البحرية من التلوث، مطبوعات جامعة المنوفية، الطبعة الأولى، 2006م.

• أ.د/ محمد طلعت الغنيمي الأحكام العامة في قانون الأمم -التنظيم الدولي،
منشأة المعارف، الإسكندرية، الطبعة الأولى، 1970م.

• أ.د/ مصطفى عبد الرحمن

الجوانب القانونية لتسوية منازعات الحدود الدولية، دار النهضة العربية، القاهرة،
الطبعة الأولى، 1994م.

القانون الدولي العام-العلاقات الدولية، مطبعة حمادة الحديثة، قويسنا، مصر،
الطبعة الأولى، 2001م.

ثانياً: البحوث

• أ.د/صلاح الدين عامر حماية البيئة إبان المنازعات المسلحة في البحار،
المجلة المصرية للقانون الدولي، الجمعية المصرية للقانون الدولي، المجلد 49،
عام 1993م.

• د/ عبد الله العريان قانون البحار الدولي، المجلة المصرية للقانون الدولي،
المجلد 19، 1963م.

المراجع المترجمة

• شارل روسو القانون الدولي العام، ترجمة شكر الله خليفة وعبد المحسن
سعد، الأهلية للنشر والتوزيع، بيروت، الطبعة الأولى، 1987م.

(English References) المراجع الإنجليزية

I: Treaties

- Agreement between the United Republic of Tanzania and the Republic of Kenya on the delimitation of the maritime boundary of the exclusive economic zone and the continental shelf (with map). Dar es Salaam, 23 June 2009, United Nations Treaty Series, Vol. 2603, No. 46308, pp. 38–42.
- Agreement concerning the laying of the gas transportation pipeline "Norfra" on the Belgian continental shelf (with map and annexes): Norway and Belgium, Brussels, 20 December 1996, United Nations Treaty Series, Vol. 1965, No. 33592, pp. 230– 248.
- Agreement for the Implementation of the Provisions of the United Nations Convention on the Law of the Sea of 10 December 1982 Relating to the Conservation and Management of Straddling Fish Stocks and Highly Migratory Fish Stocks, New York, 4 August 1995, United Nations Treaty Series, Vol. 2167, No. 37924, pp: 88–137.

- Agreement relating to the Implementation of Part XI of the United Nations Convention on the Law of the Sea of 10 December 1982 (with annex). Adopted by the General Assembly of the United Nations on 28 July 1994, United Nations Treaty Series Vol. 1836, No. 31364, pp. 42–66.
- Agreement on Cooperation and Relationship between the United Nations and the International Tribunal for the Law of the Sea, 18 December 1997, New York, United Nations Treaty Series, Vol. 2000, No. 1201, pp. 467–475.
- Agreement to Promote Compliance with International Conservation and Management Measures by Fishing Vessels on the High Seas, Rome on 24 November 1993, United Nations Treaty Series, Vol. 2221, No. 1–39486, New York, 2005, pp. 120–129.
- Amendment to the Convention on Future Multilateral Cooperation in the Northwest Atlantic Fisheries: 28 September 2007, Northwest Atlantic Fisheries Organization, 29th Annual

Meeting, September 2007, Serial No. N5453 NAFO/GC Doc. 07/4, pp. 1–23.

- Charter of the United Nations: San Francisco, 26 June 1945, Entry into force: 24 October 1945, in accordance with article 110, Registration with the Secretariat of the United Nations, 26 June 1945, United Nations Documents, New York, 1945.
- Convention for the Pacific Settlement of International Disputes (Hague I); Hague, 18 October 1907, UKTS 6 (1971) Cmnd. 4575, 1 Bevens 577, 2 AJIL Supp. 43, 1908.
- Convention on Fishing and Conservation of the Living Resources of the High Seas: Geneva, 29 April 1958, United Nations Treaty Series, Vol. 559, No. 8164, pp. 268–300 & amending the Convention by adding Article 18bis was proposed by the EU and adopted at the Annual Meeting of the Commission in November 2004.

- Convention on future multilateral co-operation in North-East Atlantic Fisheries: London, 18 November 1980, United Nations Treaty Series, Vol. 1285, No. 21173, p.129– 145.
- Convention on the Conservation and Management of Fishery Resources in the South-East Atlantic Ocean: Windhoek, 20 April 2001, United Nations Treaty Series, Vol. 2221, No. 39489, pp.191– 217.
- Convention on the Conservation and Management of Highly Migratory Fish Stocks in the Western and Central Pacific Ocean: Honolulu, 05 September 2000, United Nations Treaty Series, Vol. 2275, No. 40532, pp.46– 75.
- Convention on the Conservation and Management of High Seas Fisheries Resources in the North Pacific Ocean: Tokyo, 24 February 2012, North Pacific Fisheries Commission Official Cite;
- <https://www.npfc.int/document/convention-conservation-and-management-high-seas-fisheries-resources-north-pacific-ocean>.

- Convention on the Conservation and Management of High Seas Fishery Resources in the South Pacific Ocean (with annexes, declaration and procès-verbal of rectification, Wellington, 1 April 2010): Auckland, 14 November 2009, United Nations Treaty Series, Vol. 2899, No. 50553, pp. 214–257.
- Convention on the Continental Shelf, Done at Geneva, on 29 April 1958; United Nations Treaty Series, Vol. 499, No. 7302, pp. 311–320.
- Convention on the High Seas, done at Geneva, on 29 April 1958, United Nations Treaty Series, Vol. 450, No. 6465, pp: 82–102.
- Convention on the Determination of the Minimal Conditions for Access and Exploitation of Marine Resources within the Maritime Areas under Jurisdiction of the Member States of the Sub-Regional Fisheries Commission (SRFC): Dakar, 8 June 2012, Journal of Ocean Law and Governance in Africa, Vol. 2017, No. 1, pp. 159–175.

- Convention on the Protection of the Underwater Cultural Heritage: Paris, 2 November 2001, United Nations Treaty Series, Vol. 2562, No. 45694, pp. 48– 68.
- Convention on the Territorial Sea and the Contiguous Zone, Done at Geneva, on 29 April 1958; United Nations Treaty Series, Vol. 516, No. 7477, pp. 205–224.
- Exclusive Economic Zone Co-operation Treaty between the State of Barbados and the Republic of Guyana Concerning the Exercise of Jurisdiction in their Exclusive Economic Zones in the Area of Bilateral Overlap within Each of their Outer Limits and Beyond the Outer Limits of the Exclusive Economic Zones of Other States (with annex and figure), London, 2 December 2003, United Nations Treaty Series, Vol. 2277, No. 40555, pp. 202–209.
- Framework Agreement for the Conservation of the Living Marine Resources on the High Seas of the South-Eastern Pacific (Galapagos Agreement), Santiago, 14 August

2000, Law of the Sea Bulletin No. 45, DOALOS, United Nations (2001), pp. 70–78.

- Optional Protocol of Signature concerning the Compulsory Settlement of Disputes. Adopted by the United Nations Conference on the Law of the Sea, held at Geneva from 24 February to 27 April 1958, and opened for signature on 29 April 1958, United Nations Treaty Series, Vol. 450, No. 6466, pp: 169–172.
- 1996 Protocol to the Convention on the Prevention of Marine Pollution by Dumping of Wastes and other Matter, 1972, Adopted on London, 7 November 1996 by the Special Meeting of Contracting Parties to the London Convention 1972, International Maritime Organization document LC/SM 1/6 of 14 November 1996; 36 ILM 7 (1997), pp: 1–24.
- Southern Indian Ocean Fisheries Agreement: Rome, 7 July 2006, United Nations Treaty Series, Vol. 2835, No. 49647, pp. 412– 427.

- Statute of The International Tribunal for the Law of the Sea: Annex VI of The United Nations Convention on the Law of the Sea, 1982, United Nations Treaty Series Vol. 1833, No. 31363, pp: 561–570.
- Treaty on the Delimitation of the Maritime Frontier: the Islamic Republic of Mauritania and the Republic of Cape Verde, Praia, 19 September 2003, Law of the Sea Bulletin No. 55, DOALOS, United Nations, 2004, pp. 32–35.
- United Nations Convention on the Law of the Sea, Montego Bay, 10 December 1982, United Nations Treaty Series Vol. 1833, No. 31363, pp: 396–581.

II: Documents

Advisory Opinions

- Advisory Opinion of 1 February 2011, about Responsibilities and obligations of States Sponsoring Persons and Entities with Respect to Activities in the Area, Request for Advisory Opinion Submitted to the Seabed Disputes Chamber,

List of cases: No. 17, Reports of Judgments, Advisory Opinions and Orders, ITLOS Reports 2011, p. 10–78.

- Advisory Opinion of 2 April 2015, Request for Advisory Opinion submitted TO the Tribunal by the Sub-Regional Fisheries Commission List of cases: No. 21, Reports of Judgments, Advisory Opinions and Orders, ITLOS Reports 2015, pp. 4–70.

Annual Reports

- Annual Report of the International Tribunal for the Law of the Sea For the Period 1996–1997, Meeting of States Parties, New York, 18–22 May 1998, Prepared by the Tribunal, SPLOS/27, 23 April 1998.
- Annual report of the International Tribunal for the Law of the Sea for 2000, Meeting of States Parties, Eleventh Meeting, New York, 14–18 May 2001, Prepared by the Tribunal, SPLOS/63, 6 April 2001.

- Annual report of the International Tribunal for the Law of the Sea for 2007, Meeting of States Parties, Eighteenth Meeting, New York, 13–20 June 2008, Prepared by the Tribunal, SPLOS/174, 25 March 2008.
- Annual report of the International Tribunal for the Law of the Sea for 2017, Meeting of States Parties, Twenty–eighth Meeting, New York, 11–14 June 2017, Prepared by the Tribunal, SPLOS/ 317, 26 March 2018.
- Report of the 23rd Annual Meeting of the North East Atlantic Fisheries Commission, 10–14 November 2004, Vol. I, Report, pp: 37–38, Vol. II – ANNEXES, Annex K.

Judgments

- Judgment of 21 December 1962, South West Africa Cases, Ethiopia v. South Africa; Liberia v. South Africa, Preliminary Objections, International Court of Justice, Reports of Judgments, Advisory Opinions and Orders, General List: Nos. 46 & 47, I.C.J. Reports 1962, Sales No. 270, pp. 319–348.

- Judgment of 4 December 1997 in The M/V "SAIGA" Case, Saint Vincent and the Grenadines v. Guinea List of cases: No. 1, Prompt Release, Reports of Judgments, Advisory Opinions and Orders, ITLOS Reports 1997, pp. 16–38.
- Judgment of 1 July 1999, in MIV "SAIGA" Case (No. 2), Saint Vincent and the Grenadines v. Guinea, List of cases: No. 2, Reports of Judgments, Advisory Opinions and Orders, ITLOS Reports 1999, pp.10–76.
- Judgment of 14 March 2012, in Dispute concerning delimitation of the maritime boundary between Bangladesh and Myanmar in the Bay of Bengal, List of cases: No. 16, Reports of Judgments, Advisory Opinions and Orders, ITLOS Reports 2012, pp. 4–292.
- Judgment 28 May 2013, in M/V "Louisa" Case, Saint Vincent and the Grenadines v. Kingdom of Spain, Provisional Measures, List of cases: No. 18, Reports of Judgments,

Advisory Opinions and Orders, ITLOS Reports 2013, pp. 4–48.

- Judgment of 14 April 2014, in M/V “Virginia G” Case between Panama and Guinea–Bissau, List of cases: No. 19, Reports of Judgments, Advisory Opinions and Orders, ITLOS Reports 2014, pp. 4–129.

- Judgment of 23 September 2017, in the Dispute concerning delimitation of the Maritime Boundary between Ghana and Côte d'Ivoire in the Atlantic, Ghana V. Côte d'Ivoire, List of cases: No. 23, Reports of Judgments, Advisory Opinions and Orders, ITLOS Reports 2017, pp. 8–181.

Orders

- Order of 13 November 1997 in The M/V "SAIGA" Case, Saint Vincent and the Grenadines v. Guinea, Prompt Release, List of cases: No. 1, Reports of Judgments, Advisory Opinions and Orders, ITLOS Reports 1997, pp. 4–5.

- Order of 21 November 1997 in The M/V "SAIGA" Case, Saint Vincent and the Grenadines v. Guinea, Prompt Release, List of cases: No. 1, Reports of Judgments, Advisory Opinions and Orders, ITLOS Reports 1997, pp. 10–11.
- Order of 11 March 1998, Provisional Measures in MIV "SAIGA" Case (No. 2), Saint Vincent and the Grenadines v. Guinea, List of cases: No. 2, Reports of Judgments, Advisory Opinions and Orders, ITLOS Reports 1998, pp.24–40.
- Order of 16 August 1999, in Southern Bluefin Tuna Case, New Zealand v. Japan; Australia v. Japan, List of cases: Nos. 3 and 4, Reports of Judgments, Advisory Opinions and Orders, ITLOS Reports 1999, pp. 274–275.
- Order of 27 August 1999, in Southern Bluefin Tuna Case, New Zealand v. Japan; Australia v. Japan, List of cases: Nos. 3 and 4, Reports of Judgments, Advisory Opinions and Orders, ITLOS Reports 1999, pp.280–301.
- Order of 20 December 2000, in the Case Concerning the Conservation and Sustainable Exploitation of Swordfish

Stocks in the South–Eastern Pacific Ocean, Chile v. European Community, List of cases: No. 7, Reports of Judgments, Advisory Opinions and Orders, ITLOS Reports 2000, p. 148–154.

- Order of 11 December 2008, in the Case Concerning the Conservation and Sustainable Exploitation of Swordfish Stocks in the South–Eastern Pacific Ocean, Chile v. European Community, List of cases: No. 7, Reports of Judgments, Advisory Opinions and Orders, ITLOS Reports 2008–2010, pp. 4–8.

- Order of 16 December 2009, in the Case Concerning the Conservation and Sustainable Exploitation of Swordfish Stocks in the South–Eastern Pacific Ocean, Chile v. European Community, List of cases: No. 7, Reports of Judgments, Advisory Opinions and Orders, ITLOS Reports 2008–2010, pp. 13–19.

- Order of 23 December 2010, in *M/V "Louisa"*, Saint Vincent and the Grenadines v. Kingdom of Spain, Provisional

Measures, List of cases: No. 18, Reports of Judgments, Advisory Opinions and Orders, ITLOS Reports 2008–2010, pp. 17–58.

- Order of 22 November 2013, in The "Arctic Sunrise" Case, Provisional Measures, Kingdom of the Netherlands v. Russian Federation, List of cases: Nos. 22, Reports of Judgments, Advisory Opinions and Orders, ITLOS Reports 2013, pp. 30–253.

- Order of 12 January 2015 in the Dispute Concerning Delimitation of the Maritime Boundary between Ghana and Côte d'Ivoire in the Atlantic Ocean, Ghana v. Côte d'Ivoire, List of cases: No. 23, Reports of Judgments, Advisory Opinions and Orders, ITLOS Reports 2015, pp. 122–129.

- Order of 25 April 2015, Provisional Measures in the Dispute concerning delimitation of the maritime boundary between Ghana and Côte d'Ivoire in the Atlantic, Ghana V. Côte d'Ivoire, List of cases: No. 23, Reports of Judgments,

Advisory Opinions and Orders, ITLOS Reports 2015, pp. 146–167.

- Order of 3 February 2016, in The M/V "Norstar" Case, Panama v. Italy, List of Cases: No. 25, Reports of Judgments, Advisory Opinions and Orders, ITLOS Reports 2016.

Opinions

- Declaration of Judge Gao: Judgment of 14 April 2014, in M/V "Virginia G" Case between Panama and Guinea-Bissau, List of cases: No. 19, Reports of Judgments, Advisory Opinions and Orders, ITLOS Reports 2014, pp.134–141.
- Declaration of Judge Wolfrum: Judgment of 14 March 2012, in Dispute concerning delimitation of the maritime boundary between Bangladesh and Myanmar in the Bay of Bengal, List of cases: No. 16, Reports of Judgments, Advisory Opinions and Orders, ITLOS Reports 2012, pp. 136–140.

- Declaration of Judge Vukas: Order of 11 March 1998, Provisional Measures in M/V "SAIGA" Case (No. 2), Saint Vincent and the Grenadines v. Guinea, List of cases: No. 2, Reports of Judgments, Advisory Opinions and Orders, ITLOS Reports 1998, pp. 41–42.
- Dissenting Opinion of Judge Anderson: Judgment of 4 December 1.997 in The M/V "SAIGA" Case, Saint Vincent and the Grenadines v. Guinea List of cases: No. 1, Prompt Release, Reports of Judgments, Advisory Opinions and Orders, ITLOS Reports 1997, pp. 63–68.
- Dissenting Opinion of Judge Jesus: Judgment of 14 April 2014, in M/V "Virginia G" Case between Panama and Guinea-Bissau, List of cases: No. 19, Reports of Judgments, Advisory Opinions and Orders, ITLOS Reports 2014, pp. 338–358.
- Dissenting Opinion of Judges Park, Nelson, Chandrasekhara Rao, Vukas and Ndiaye: Judgment of 4 December 1.997 in The M/V "SAIGA" Case, Saint Vincent and

the Grenadines v. Guinea List of cases: No. 1, Prompt Release, Reports of Judgments, Advisory Opinions and Orders, ITLOS Reports 1997, pp. 53–62.

- Dissenting Opinion of Judge Warioba: Judgment of 1 July 1999, in M/V "SAIGA" Case (No. 2), Saint Vincent and the Grenadines v. Guinea, List of cases: No. 2, Reports of Judgments, Advisory Opinions and Orders, ITLOS Reports 1999, pp.195–233.

- Dissenting Opinion of President Mensah: Judgment of 4 December 1997 in The M/V "SAIGA" Case, Saint Vincent and the Grenadines v. Guinea List of cases: No. 1, Prompt Release, Reports of Judgments, Advisory Opinions and Orders, ITLOS Reports 1997, pp. 39–45.

- Joint Separate Opinion of Judges Cot and Kelly: Judgment of 14 April 2014, in M/V "Virginia G" Case between Panama and Guinea-Bissau, List of cases: No. 19, Reports of Judgments, Advisory Opinions and Orders, ITLOS Reports 2014, pp.164–171.

- Joint Declaration of Judges Nelson, Chandrasekhara Rao and Cot: Judgment of 14 March 2012, in Dispute concerning delimitation of the maritime boundary between Bangladesh and Myanmar in the Bay of Bengal, List of cases: No. 16, Reports of Judgments, Advisory Opinions and Orders, ITLOS Reports 2012, pp. 134–135
- Separate Opinion of Judge ad hoc Mensah: Order of 25 April 2015, Provisional Measures in the Dispute concerning delimitation of the Maritime Boundary between Ghana and Côte d'Ivoire in the Atlantic, Ghana V. Côte d'Ivoire, List of cases: No. 23, Reports of Judgments, Advisory Opinions and Orders, ITLOS Reports 2015, pp. 168–171.
- Separate Opinion of Judge ad hoc Mensah: Judgment of 23 September 2017, in the Dispute concerning delimitation of the Maritime Boundary between Ghana and Côte d'Ivoire in the Atlantic, Ghana V. Côte d'Ivoire, List of cases: No. 23, Reports of Judgments, Advisory Opinions and Orders, ITLOS Reports 2017, pp. 182–186.

- Separate Opinion of Judge Chandrasekhara Rao: Judgment of 1 July 1999, in M/V "SAIGA" Case (No. 2), Saint Vincent and the Grenadines v. Guinea, List of cases: No. 2, Reports of Judgments, Advisory Opinions and Orders, ITLOS Reports 1999, pp. 126–130.
- Separate Opinion of Judge Nelson: Judgment of 1 July 1999, in M/V "SAIGA" Case (No. 2), Saint Vincent and the Grenadines v. Guinea, List of cases: No. 2, Reports of Judgments, Advisory Opinions and Orders, ITLOS Reports 1999, pp. 116–125.
- Separate Opinion of Judge Lucky: Advisory Opinion of 2 April 2015, Request for Advisory Opinion submitted TO the Tribunal by the Sub–Regional Fisheries Commission, List of cases: No. 21, Reports of Judgments, Advisory Opinions and Orders, ITLOS Reports 2015, pp. 88–101.
- Separate Opinion of Judge Paik: Judgment of 23 September 2017, in the Dispute concerning delimitation of the Maritime Boundary between Ghana and Côte d'Ivoire in the

Atlantic, Ghana V. Côte d'Ivoire, List of cases: No. 23, Reports of Judgments, Advisory Opinions and Orders, ITLOS Reports 2017, pp. 187–194.

- Separate Opinion of Vice-President Wolfrum: Judgment of 1 July 1999, in M/V "SAIGA" Case (No. 2), Saint Vincent and the Grenadines v. Guinea, List of cases: No. 2, Reports of Judgments, Advisory Opinions and Orders, ITLOS Reports 1999, pp. 92–112.

Requests

- Counter-Memorial of the Republic of Guinea-Bissau, 28 May 2012, Tribunal Official Site, List of Cases Case No. 19.
- Notification Special Agreement between SVG & Guinea, Tribunal Official Site, List of Cases Case No. 2.
- Public hearing held on Thursday 27 November 1997, at 3.00 p.m, at the City Hall of the Free and Hanseatic City of

Hamburg, in the M/V "SAIGA" case, Verbatim Record, ITLOS/PV.97/1.

- Proceedings Instituted in the Dispute Concerning the Maritime Boundary between Bangladesh and Myanmar in the Bay of Bengal, Press Releases, ITLOS/Press 140, 16 December 2009.
- Public hearing held on Friday 28 November 1997, at 2.30 p.m, at the City Hall of the Free and Hanseatic City of Hamburg, in the M/V "SAIGA" case, Verbatim Record, ITLOS/PV.97/2.
- Request for the Prescription of Provisional Measures Submitted by Saint Vincent and the Grenadines, 5 January 1998, ITLOS Pleadings part 1, 03/04/2002, pp. 5–13; Statement in Response by Guinea, ITLOS Pleadings part 2, 03/04/2002, pp. 29–32.
- Special Agreement, Notification submitted by Bangladesh, 13 December 2009, Tribunal Official Site, List of Cases Case No. 16.

- Special Agreement, Notification submitted by Panama, 4 July 2011, Tribunal Official Site, List of Cases Case No. 19.
- Special Agreement and Notification of 3 December 2014 and the Minutes of Consultation, annexed thereto, Tribunal Official Site, List of Cases Case No. 23.
- The Tribunal Receives Application for Prompt Release of a Vessel and its Crew, Press Release: ITLOS/Press 8, 13 November 1997.

Resolutions

- General Assembly Resolution: A/RES/1105(XI); International conference of plenipotentiaries to examine the law of the sea, A/PV.658/21Feb.1957 /67-0-3, Resolutions adopted by the General Assembly at its 12th session, Vol. I: Resolutions and Decisions, 12 November 1956 – 8 March 1957: A/3572 + Corr.1.
- General Assembly Resolution: A/RES/37/10; Manila Declaration on the Peaceful settlement of disputes between

States, A/37/PV.68, 15 Nov. 1982, without vote, Resolutions adopted by the General Assembly at its 37th session, Vol. I: Resolutions and Decisions, 21 September – 21 December 1982 and 10–13 May 1983: A/37/51.

- Guidelines concerning the Preparation and Presentation of Cases before the Tribunal Issued by the International Tribunal for the Law of the Sea, on 28 October 1997 ITLOS/9, 14 November 2006.
- Final Act of the United Nations Conference on the Law of the Sea, held at the European Office of the United Nations, at Geneva, from 24 February to 27 April 1958 (with annexed resolutions); United Nations Treaty Series, Vol. 450, No. 6465, pp: 11–81.
- Rules of the Tribunal, the International Tribunal for the Law of the Sea, Adopted on 28 October 1997, amended on 15 March and 21 September 2001, on 17 March 2009 and on 25 September 2018, ITLOS/8.

(Références françaises) المراجع الفرنسية

I: Livres

- **Gilbert Gidel:** Le Droit International Public de La Mer, Le Temps de Paix, Vol. I, Introduction– La Haute Mer, 1932; Vol. II, Les Eaux Intérieures 1932, Vol. III, La Mer Territoriale et La Zone Contigue 1934.

III: Traités

- Accord relatif aux mesures du ressort de l'État du Port visant à prévenir, contrecarrer et éliminer la pêche illicite, non déclarée et non réglementée (avec annexes). Rome, 22 novembre 2009, Recueil des Traités, Le numéro de volume RTNU n'a pas encore été établi pour ce dossier, No. 54133, Voir aussi annexe A, No. 54133, pp. 96–127.
- Convention internationale de Nairobi sur l'enlèvement des épaves, 2007 (avec annexes), Nairobi, 18 mai 2007, United Nations Treaty Series, Recueil des Traités, Aucun

numéro de volume n'a encore été attribué à ce dossier, No. 55565, Voir aussi annexe A, No. 55565, pp. 50– 66.

- Traité sur la délimitation de la frontière maritime (avec annexes et carte), Dakar le 17 février 1993: Sénégal et Cap-Vert, Recueil des Traités, Vol. 1776, No. 30956, pp. 306–314.

IV: Documents

Arrêts

- Arrêt du 7 Février 2000, en Affaire du Camouco, Panama c. France, Prompte Mainlevée, , Rôle des Affaires: No. 5, Recueil des Arrêts, Avis Consultatifs et Ordonnances, TIDM Recueil, 2000, pp. 10–37.
- Arrêt du 20 avril 2001, en Affaire du Grand Prince , Belize c. France, Prompte Mainlevé, Rôle des Affaires: No. 8, Recueil des Arrêts, Avis Consultatifs et Ordonnances, TIDM Recueil, 2001, pp. 17–46.

- Déclaration de M. le juge Cot: avis consultatif, 2 avril 2015, Demande d'avis consultatif soumise par la Commission sous-régionale des pêches, Rôle des affaires: No. 21, Recueil des Arrêts, Avis Consultatifs et Ordonnances, TIDM Recueil, 2015, pp. 73–75.

Demandes

- Demande en prescription de Mesures Conservatoires de La Côte d'Ivoire, Différend Relatif à La Délimitation de La Frontière Maritime Entre Le Ghana et La Côte d'Ivoire dans l'océan Atlantique, Ghana c. Côte d'Ivoire, Site officiel de Le Tribunal; Rôle des Affaires: No. 23.
- Mémoire en Défense Soumis par La Guinée: Demande de Main–Levée du Navire et de Libération de L'équipage Formulée par Le Gouvernement de Saint Vincent–et–Les–Grenadines Contre Le Gouvernement de La République de Guinée– Conakry, Site officiel de Le Tribunal; Rôle des Affaires, Affaire No. 1.

Opinions

- Opinion Dissidente de M. Ndiaye: Arrêt du 1er juillet 1999, en Affaire du Navire SAIGA, (No. 2) ,Saint-Vincent-et-Grenadines c. Guinée, Rôle des Affaires: No. 2, Recueil des Arrêts, Avis Consultatifs et Ordonnances, TIDM Recueil, 1999, pp. 234-257.
- Opinion individuelle de M. le juge Akl: Arrêt du 14 Avril 2014, en Affaire du Navire «Virginia G », Panama c. Guinée-Bissau, Rôle des Affaires: No. 19, Recueil des Arrêts, Avis Consultatifs et Ordonnances, TIDM Recueil, 2014, pp. 154-163.
- Opinion Individuelle de M. Le Juge Cot: Arrêt du 14 mars 2012, en Affaire du Délimitation de la frontière maritime dans le golfe du Bengale , Bangladesh c. Myanmar, Rôle des Affaires: No. 16, Recueil des Arrêts, Avis Consultatifs et Ordonnances, TIDM Recueil, 2012, pp. 184-196.

دور القانون الدولى فى مكافحة الفساد وأثره فى إعمال حقوق الإنسان

دكتور

محمد مصطفى سيد حسين

مدرس القانون الدولى العام

كلية الحقوق _ جامعة عين شمس

مقدمة

جاءت عملية مكافحة الفساد على رأس أولويات وتحديات المجتمع الدولي، خاصة في ظل تغلغله في جميع مجالات الحياة، وما سببه من أضرار بالغة الخطورة على كافة الأصعدة. وعلى الرغم من صعوبة حساب التكلفة الرقمية للخسائر المالية العالمية والإقليمية الذي يسببها بدرجة مؤكدة، إلا أن مختلف تلك التقديرات وعلى الرغم من تعددها الفائق واختلافها في حجم تلك الأرقام تتفق على الإشارة إلى إنها أرقام مرتفعة للغاية⁽¹⁾،

(1) أشار الأمين العام للأمم المتحدة (أنطونيو غوتيريس) في كلمته أمام مجلس الأمن خلال جلسته المتعلقة بالفساد، المنعقدة في نوفمبر 2018 _ واستنادًا إلى تقديرات المنتدى الاقتصادي العالمي_ ، إلى أن التكلفة العالمية للفساد تبلغ 2.6 تريليون دولار على الأقل، أو 5 في المائة من إجمالي الناتج المحلي العالمي. متاح عبر الموقع الرسمي للأمم المتحدة عبر الرابط التالي: <https://www.un.org/press/en/2018/sc13493.doc.htm>

كما جاء في التقرير السنوي الصادر عن البنك الدولي لعام 2016، أن التكلفة السنوية للرشوة بوصفها واحدة من جرائم الفساد، تتراوح بين 1.5 و 2 تريليون دولار تقريباً، أي حوالي 2% من إجمالي الناتج المحلي العالمي: "التقرير السنوي لصندوق النقد الدولي 2016" ص 116. متاح عبر الموقع الرسمي لصندوق النقد الدولي:

<https://www.imf.org/ar/Publications/AREB>

كذلك قدرتها بعض الدراسات الصادرة في عام 2014 بأربعة تريليونات دولار أمريكي أي حوالي 12 في المائة من إجمالي الإنتاج العالمي. مشار إليها في:

كما تشير إلى تحمل الدول النامية⁽¹⁾ ودول القارة الإفريقية⁽²⁾ النصيب الأكبر من تلك الخسائر.

وتتعدد الأبعاد الدولية للفساد، إذ إن أشكال الفساد وصوره المختلفة غالباً ما تُنسخ وتُحول من بلد إلى آخر، فضلاً عن زيادة احتمالات نقل عائدات الفساد_ نظراً لعدم قانونية السلوك الفاسد_ من بلد الفعل إلى بلد آخر مما يؤدي إلى نزاعات دولية في بلدان مختلفة⁽³⁾.

Hemsley, Ralph. "Human rights and corruption: States' human rights obligation to fight corruption." *Journal of Transnational Legal* , Vol.2.1 (2015),P.2.

(1) وفقاً لدراسة أجريت بواسطة مركز أبحاث Global Financial Integrity_ مقره واشنطن ومتخصص في إجراء تحليلات لمستوى التدفقات المالية غير المشروعة_ فإنه تم إهدار ما يقارب من ألف مليار (تريليون) دولار من اقتصادات العالم النامي خلال عام 2012 بسبب الفساد.
<https://gfintegrity.org/>

(2) قدرت تلك الخسائر وفقاً لتقديرات بنك التنمية الإفريقي بـ 300 بليون دولار بنسبة بلغت 25% من الناتج المحلي للقارة : د. نهلة أحمد أبو العز، تداعيات ظاهرة الفساد وأثرها على النمو الاقتصادي في أفريقيا: نيجيريا نموذجاً، مجلة مصر المعاصرة، ج106، ع519 (2015) ص653.

(3) Argandoña, Antonio. "The United Nations convention against corruption and its impact on international companies." *Journal of Business Ethics*, Vol. 74, No.4 (2007)P.482.

مؤخرا بدأ المجتمع الدولي يدرك أن الفساد الدولي يمثل مشكلة كبيرة، وهو ما دفعه إلى محاولة مواجهتها عن طريق تبني عددا من الاتفاقات العالمية والإقليمية، وذلك لمعالجة أثارها المدمرة ليست فقط على التجارة الدولية ولكن على حقوق الإنسان والديمقراطية كذلك⁽¹⁾. وبعبارة أخرى يمكن القول بأن مشكلة الفساد هي سبب رئيسي في التدهور الاجتماعي والثقافي والاقتصادي الذي يصيب الدول الغارقة فيه⁽²⁾.

وتتعاظم أهمية السلاح القانوني في مكافحة الفساد وذلك إذا ما قورن بغيره من الأدوات الأخرى_ كونه الأداة الأكثر فعالية في مواجهة هذا الوباء، ولذلك فإن أية قصور أو ثغرات في بنیان هذا السلاح لهو من الخطورة التي تهدد المجتمع الداخلي والدولي على حد سواء.

أولا) أهمية الدراسة

مما لا شك فيه، أن دراسة أثر ممارسات الفساد في حقوق الإنسان، لهو الأمر الذي يعود بفائدة كبيرة في فعالية محاربة الفساد، حيث يجعله يحظى بقدر كبير من الاهتمام الدولي؛ نظرا لمساسه بمسألة " حقوق الإنسان " التي تحتل نسبة كبيرة من

⁽¹⁾ راجع للمزيد من التفاصيل حول الآثار الاجتماعية والسياسية والاقتصادية الضارة للفساد:

Ibid,P.481-482.

⁽²⁾ Hughes, Robert. "CORRUPTION." Passage of Change: Law, Society and Governance in the Pacific, edited by Anita Jowitt and Tess Newton Cain, ANU Press, Canberra, 2010,P.36.

اهتمامات المنتديات والمحافل الدولية فى العصر الحديث⁽¹⁾، ومن ثمّ مزيد من تدويل جهود مكافحة الفساد، كما أنه يفتح الباب أمام إدخال آليات حقوق الإنسان، مثل (المحاكم الدولية لحقوق الإنسان_ آليات الشكاوى التابعة للأمم المتحدة _ المؤسسات الوطنية لحقوق الإنسان)⁽²⁾، وذلك من أجل مواجهة مرتكبى جرائم الفساد.

كذلك تنبع أهمية البحث من محاولته استكشاف ووضع تحديد منضبط لمفهوم الفساد الدولى خاصة فى ظل التطورات القانونية الدولية المتسارعة والمتلاحقة فى هذا الشأن، ذلك الأمر الذى لا يخلو من أهمية بالغة بوصفه إجراءً أولياً وضرورياً للكشف عن أثاره المدمرة المختلفة، سواء بالنسبة لحقوق الإنسان، أو بالنسبة لغيره

(1) يلاحظ أن هناك فجوة زمنية كبيرة بين عملية تدويل حقوق الإنسان، الذى يعود تاريخها إلى عام 1948 (الإعلان العالمى لحقوق الإنسان) من جانب، وبين عملية تدويل مكافحة الفساد التى تعود الى فترة التسعينيات_ وهو ما نتعرض له لاحقاً فى بحثنا_ من جانب آخر، وهو الأمر الذى كان من شأنه محدودية الجهود الدولية المتعلقة بمكافحة الفساد وبدائيتها، وذلك إذا ما قورنت بالجهود الدولية لحماية حقوق الإنسان التى كانت أكثر اتساعاً وتنظيماً.

Hemsley, Ralph. "Human rights and corruption: States' human rights obligation to fight corruption." Op.cit,P.1.

(2) انظر للمزيد من التفاصيل حول آليات الرقابة العالمية والإقليمية القائمة على متابعة الالتزامات الدولية باحترام حقوق الإنسان: د.إبراهيم أحمد خليفة، الالتزام الدولى باحترام حقوق الإنسان وحرياته الأساسية (دراسة تحليلية فى مضمونه والرقابة علي تنفيذه)، دار الجامعة الجديدة، (2007) ص 99-143.

من الشؤون الأخرى، وعلى النحو الذى يستتبع بالضرورة الكشف عن وسائل المعالجة الملائمة للحد من تلك الآثار أو للتغلب عليها نهائيا.

كما يستهدف البحث محاولة التوصل إلى حقيقة وجود أو عدم وجود ارتباط فعلى بين جرائم الفساد وجرائم حقوق الانسان، ودرجة هذا الارتباط حال كانت الإجابة بنعم؛ إذ إن هذا الأمر يُسهم بفائدة عظيمة فى مجهودات التغلب على مشكلة عملية كبيرة معترف بها من الجميع، وهى "الصعوبة البالغة فى مقياس درجة الفساد داخل كل دولة" نظرا لارتكابها غالبا فى جو من السرية المفرطة، إذ إن الوصول إلى نتيجة إيجابية حول هذه العلاقة، لهو الأمر الذى من شأنه أن يخلق مؤشرا حقيقيا وصادقا بنسبة كبيرة يكشف عن حجم ارتكاب جرائم الفساد، بالاستناد على معلومات ومؤشرات ارتكاب جرائم انتهاك حقوق الانسان.

ثانيا) إشكالية البحث

تتمثل إشكالية البحث الأساسية فى محاولة الوصول إلى استخلاص تعريف واضح ومنضبط للمفهوم الدولى لجريمة الفساد _أسوة بما هو موجود بالنسبة لمفهومها الوطنى_، وذلك فى ضوء ما انتهت إليه الوثائق القانونية العالمية منها والإقليمية كذلك.

ثمّة إشكالية أخرى؛ هى إلى أى مدى نجحت المجهودات الدولية المتعلقة بمكافحة ومنع الفساد فى تحقيق أهدافها فعليا؟، خاصة فى ظل السرية المفرطة التى عادة ما تُرتكب جريمة الفساد فى ظلها، وهو الأمر الذى يؤدى بدوره إلى صعوبة الوصول

إلى مؤشرات دولية دقيقة بدرجة كافية تكشف عن حجم تغييرات ارتكاب جرائم الفساد الدولي.

كما توجد إشكالية أخرى، وهى مدى وجود علاقة حقيقية بين جرائم الفساد من جانب، وجرائم انتهاكات حقوق الإنسان من جانب آخر؟؛ إذ تثور إشكاليات كثيرة بالنسبة لهذا التساؤل، وذلك فيما يتعلق بمدى حقيقة وجود هذه العلاقة من عدمه، وما هى درجة ذلك الارتباط فى حالة وجوده؟ وما هى أشكاله وتطبيقاته العملية العامة والخاصة الداعمة لوجود مثل ذلك الارتباط؟ وأخيرا ما هى الفوائد العملية التى تعود على مجهودات مكافحة كلا الجريمتين، والتى يمكن جنيها فى حالة تحقق ذلك الارتباط.

ثالثا) هدف البحث :

يهدف هذا البحث إلى

1_ محاولة استخلاص المفهوم الدولي لجريمة الفساد، وذلك فى ضوء التطورات والمستحدثات القانونية الدولية المتلاحقة فى هذا الشأن.

2_ رصد وتحليل مقارن للمجهودات القانونية الدولية العالمية والإقليمية المبدولة فى مكافحة الفساد ومنعه، وذلك من أجل استكشاف مدى كفايتها وإبراز إيجابيتها، ثم الوقوف على أبرز ثغراتها وسلبياتها مع تقديم_ كلما أمكن _ اقتراحات متواضعة من أجل التغلب عليها ومعالجتها.

3_ محاولة الكشف عن مدى وجود علاقة حقيقية بين ارتكاب جرائم الفساد وفقاً لمفهومها الدولي من جانب، والتمتع بحقوق الإنسان المختلفة والمستقرة فى قواعد القانون الدولي العام من جانب آخر. وعلى فرض وجود مثل هذه العلاقة، فإن دراستنا تطرق إلى الأبعاد القانونية المختلفة لهذه العلاقة؛ من أجل الوصول إلى كشف حقيقى عن مدى درجة هذا الارتباط ونطاقه؟، وذلك من أجل الوصول فى النهاية إلى محاولة تعظيم الإفادة من تلك العلاقة واستكشاف مدى إمكانية وطرق استغلالها فى تقوية محاربة الفساد من جانب، وتعزيز أعمال قواعد حقوق الإنسان الدولية على أرض الواقع من جانب آخر.

رابعاً) منهجية البحث :

اعتمد الباحث فى دراسته على المناهج الآتية

1_ المنهج التحليلى، وهو ما رُكن إليه عن طريق التعرض للوثائق القانونية الدولية التى تعرضت لموضوع البحث؛ وذلك من أجل تحديد موقفها من نطاق ومعايير المفهوم القانونى الدولي لجريمة الفساد، هذا فضلاً عن موقفها من حجم تدابير مكافحة الفساد ومنعه ومدى كفايتها. كذلك اعتمدنا عليه فى استخلاص طبيعة درجة العلاقة بين كل من جرائم الفساد وانتهاكات حقوق الإنسان المختلفة.

2_ المنهج المقارن، وهو المنهج المتبع فى التعرض لموقف العديد من الوثائق القانونية الصادرة عن الهيئات الدولية الحكومية العالمية والإقليمية على حد سواء، وذلك من أجل استكشاف أوجه التشابه والاختلاف بين الأنظمة القانونية الدولية

التي تصدت لهذه المسألة، هذا فضلاً عن التعرض لموقف الفقه الدولي المقارن، وذلك بصفته مصدراً استدلالياً داخل قواعد القانون الدولي العام، الذي يمكن الاعتماد عليه بوصفه مفسراً وشارحاً لكثير من أحكام قواعده ذات الصلة بموضوع البحث. كما نود أن نشير إلى أننا وجدنا ندرة في الأحكام الدولية المتعلقة بالموضوع نظراً للتدويل المتأخر لجرائم الفساد.

تتطلب الإحاطة العلمية الكاملة بكافة جنبات موضوع " دور القانون الدولي في مكافحة الفساد وأثره في إعمال حقوق الإنسان " وتقديم تصور عام وكاف عنه، أن يُتناول على ثلاثة مباحث، وهي كالتالي:

المبحث الأول: مفهوم الفساد في القانون الدولي.

المبحث الثاني: الجهود الدولية لمنع ومكافحة الفساد.

المبحث الثالث: العلاقة بين مكافحة الفساد وتعزيز إعمال حقوق الإنسان.

المبحث الأول

ماهية الفساد فى القانون الدولى

شهد العقد الأخير من القرن العشرين تحولاً جذرياً ومهماً فى مكافحة الفساد؛ إذ عاصرت تلك الفترة اتجاهها دولياً ملموساً ومتسارعاً على الأصعدة كافة نحو تدويل مكافحة ظاهرة الفساد، حيث خرجت عملية مواجهته من بوتقة الجهود الداخلية الذاتية لكل دولة على حدة _ أو ما يسمى بالمجال المحجوز أو الحصرى للدولة _ إلى بوتقة القانون الدولى كما جسده الجهود الإقليمية والعالمية الرامية إلى منع ومكافحة الفساد، لتصبح بذلك عملية التدويل حلقة من سلسلة إعادة صياغة السيادة الوطنية من جانب واختصاصات المجتمع الدولى من جانب آخر (1).

ولم يكن اهتمام الدراسات الفقهية بظاهرة الفساد أقل من اهتمامات المؤسسات الدولية القانونية والسياسية؛ إذ شهدت فترة تسعينيات القرن السابق اهتماماً ملحوظاً لمختلف التخصصات الفقهية لتشمل القانون، والتاريخ، والاقتصاد، وعلم الاجتماع، وما إلى ذلك من تخصصات (2).

(1) انظر المزيد من التفاصيل حول هذه المسألة: د.مازن ليلو راضي، القانون الدولى وعولمة تشريعات مكافحة الفساد، المجلة المصرية للدراسات القانونية والاقتصادية، العدد ١١ يوليو (٢٠١٨)، ص 238-270.

(2) Nguemegne, Jacques P. " Corruption and Human Development in Africa" Xlibris Corporation (2011)P.41.

ويهدف الحد من الآثار الضارة للفساد داخل المجتمع، فقد سعت مختلف المنتديات الدولية إلى تحمل مسؤولياتها؛ من أجل تأكيد الرفض العالمي القاطع لهذه الظاهرة. ولقد تجسد اهتمام المجتمع الدولي في إصدار العديد من الصكوك القانونية التي خلقت إطارًا تنظيميًا يضمن التزامات حقيقية في مواجهة الدول لمحاربة الفساد، والتي تجسدت في مجموعة من الاتفاقيات الدولية التي تحتوي على التزامات محددة ترمى إلى منع ومكافحة الفساد والتي تتحملها الدول التي صدقت عليها. وقد جاءت أبرز مخرجات القانون الدولي في مكافحة الفساد عبر الصكوك القانونية الآتية :

1_ اتفاقية البلدان الأمريكية لمكافحة الفساد، التي اعتمدها منظمة الدول الأمريكية في 29 مارس عام 1996.

2_ اتفاقية مكافحة الفساد بين موظفي الجماعات الأوروبية أو موظفي الدول الأعضاء في الاتحاد الأوروبي، التي اعتمدها مجلس الاتحاد الأوروبي في 26 مايو 1997.

3_ اتفاقية مكافحة رشوة الموظفين العموميين الأجانب في المعاملات التجارية الدولية، التي اعتمدها منظمة التعاون الاقتصادي والتنمية (OECD) في 21 نوفمبر 1997⁽¹⁾.

(1) للمزيد من التفاصيل حول هذه الاتفاقية راجع:

4_ اتفاقية القانون الجنائي بشأن الفساد، التي اعتمدها اللجنة الوزارية لمجلس أوروبا في 27 يناير 1999، وكذلك اتفاقية القانون المدني بشأن الفساد، التي اعتمدها المنظمة ذاتها في 4 نوفمبر 1999.

5_ اتفاقية الاتحاد الأفريقي لمنع الفساد ومكافحته لعام 2003، التي جاء اعتمادها في الدورة العادية الثانية لمؤتمر الاتحاد الأفريقي، في مابوتو "موزبيق" في 11 يوليو 2003⁽¹⁾. (يشار إليها فيما بعد بـ الاتفاقية الأفريقية)

6_ اتفاقية الأمم المتحدة لمكافحة الفساد التي اعتمدها الجمعية العامة للأمم المتحدة في 31 أكتوبر عام 2003⁽¹⁾. (يشار إليها فيما بعد بـ اتفاقية الأمم المتحدة)

_Unzicker, Andrea D. Bontrager. "From Corruption to Cooperation: Globalization Brings a Multilateral Agreement Against Foreign Bribery." Indiana Journal of Global Legal Studies (2000)pp. 655-686.

_Quinones, Eney " L'évolution du droit international en matière de corruption : la convention de l'OCDE" Annuaire français de droit international, volume 49, (2003) pp.563-574.

⁽¹⁾ راجع للمزيد من التفاصيل حول هذه الاتفاقية:

Snider, Thomas R., and Won Kidane. "Combating corruption through international law in Africa: A comparative analysis." Cornell Int'l LJ, Vol.40 (2007)pp.691-748.

7_ الاتفاقية العربية لمكافحة الفساد لعام 2010، التي جاء اعتمادها من جانب الجامعة العربية عام 2010⁽²⁾. (يشار إليها فيما بعد بـ الاتفاقية العربية)

وكما هو واضح فإننا نجد العديد من الصكوك القانونية على المستوى الدولي التي سعت إلى منع ومكافحة الفساد، ومع ذلك فإن تركيزنا في هذا البحث سوف ينصب بصفة أساسية على تحليل الصكوك الدولية التي لها تأثير مباشر في النظام القانوني المصري، وهو ما نجده أولاً في إطار المنظمات الدولية العالمية، وذلك عن طريق منظمة الأمم المتحدة التي اعتمدت اتفاقية الأمم المتحدة لمنع ومكافحة الفساد لعام 2003، التي صدقت عليها مصر عام (2005)⁽³⁾، كما يتحقق ثانياً، في حق المنظمات الإقليمية، وذلك عن طريق كل من: " منظمة الاتحاد الأفريقي " التي اعتمدت اتفاقية الاتحاد الأفريقي لمنع ومكافحة الفساد عام 2003، التي بلغ

راجع للمزيد من التفاصيل حول هذه الاتفاقية : د. مصطفى محمد محمود عبد الكريم، اتفاقية مكافحة الفساد (نفاذ وتطبيق اتفاقية مكافحة الفساد في القانون الداخلي وأثرها في محاكمة الفاسدين واسترداد الأموال)، دار الفكر والقانون، ط1 (2012)، ص1_296.

(2) انظر في الاستعراض العام لنصوص الاتفاقية العربية: د. محمود أكبر دقوق، الاتفاقيات العربية لمكافحة الفساد لسنة 2010، المجلة القانونية والقضائية (مركز الدراسات القانونية والقضائية_ قطر)، السنة العاشرة، العدد 1، (٢٠١٦)، ص٤٩١ _ ٥٣٨.

(3) ويبلغ عدد الدول الأطراف في هذه الاتفاقية (186) من بينهم جمهورية مصر العربية التي صدقت عليها في 25 فبراير 2005، وذلك وفقاً لآخر تحديث لقائمة التصديقات في 26/6/2018 والمنشورة على الموقع الرسمي لمكتب الأمم المتحدة المعنى بالمخدرات والجريمة عبر الرابط التالي:

<https://www.unodc.org/unodc/en/corruption/ratification-status.html>

عدد الدول التي صدقت عليها حتى الآن 41 دولة من بينهم جمهورية مصر العربية التي صدقت عليها مؤخرا في الأول من يناير عام 2017⁽¹⁾، وأخيرا في إطار " جامعة الدول العربية " التي اعتمدت الاتفاقية العربية لمكافحة الفساد عام 2010، التي صدقت عليها جمهورية مصر العربية بتاريخ 18 يونيو 2014⁽²⁾.

أول ما يلاحظ على تلك الجهود الدولية_ سواء أكانت اتفاقيات دولية أم آراء فقهية_ أنها انقسمت إلى اتجاهين في تبني التعريف القانوني الدولي للفساد؛ أولا) اتجاه يتبنى مفهوماً موضوعياً لجرائم الفساد، وهذا هو الاتجاه الغالب على موقف الفقه الدولي، ثانيا) اتجاه آخر_ متمثل في الاتفاقيات الدولية التي تعرضت لهذه الظاهرة_ يتبنى مفهوماً يقتصر على ذكر مجموعة من صور الجرائم_ سواء أكانت بطريقة حصرية أم كانت على سبيل المثال_ التي تتدرج تحت مصطلح جرائم الفساد، مع الإحجام عن وضع تعريف موضوعي لذلك المصطلح.

(1) راجع قائمة الدول التي صدقت على الاتفاقية وعددها وفقا لآخر تحديث بتاريخ 2019/6/26 عبر الموقع الإلكتروني للاتحاد الأفريقي عبر الرابط التالي :

<http://www.auanticorruption.org/auac/about/category/status-of-the-ratification> آخر زيارة 2019 /11/6

(2) انظر قائمة الدول المصدقة على الاتفاقية العربية لمكافحة الفساد، والمتاحة على الموقع الرسمي لجامعة الدول العربية، وذلك عبر الرابط التالي:

<http://www.lasportal.org/ar/Pages/default.aspx>

ويقتضى منا الإلمام القانونى التام بالتعريف الدولى للفساد، أن نتعرض للخطوط والاتجاهات العامة الدولية فى تعريف الفساد، ثم التعرف على نحو أكثر تفصيلاً لصوره المدرجة فى الاتفاقيات القانونية الدولية بوصفها المصدر الرئيسى لقواعد القانون الدولى العام.

وبناء على ما سبق، نقسم هذا المبحث إلى مطلبين، وذلك على النحو التالى:

المطلب الأول : الاتجاهات العامة الدولية فى تعريف للفساد.

المطلب الثانى : صور الفساد المدرجة داخل الوثائق القانونية الدولية.

المطلب الأول

الاتجاهات العامة الدولية فى تعريف الفساد

يمثل الفساد تهديدًا حقيقيًا للديمقراطية والتنمية الاقتصادية وحقوق الإنسان داخل الدول، ومع تفاقم آثاره الضارة، وتعدد صورته، فقد شغلت مسألة مكافحة الفساد في العصر الحديث حيزًا كبيرًا من اهتمامات المجتمع الداخلى والدولى على حد سواء إزاء هذه الظاهرة السلبية الخطيرة، التي تعد نقطة الانطلاق لارتكاب كل أنواع الجرائم التي تزعزع استقرار المجتمع أو ترتبط بها كالأرهاب والجريمة المنظمة وغيرهما من الجرائم، بل وتؤدى إلى خلل فى الأداء الطبيعي لمؤسسات الدولة، وحركة الحياة داخلها⁽¹⁾. وبناء على ما سبق، فإن وجود الفساد يمكن أن تصل خطورته إلى تهديد وجود الدولة ذاتها، والتي تعمل بمنزلة خط الدفاع الأول لكل ما يهدد وجود الإنسان واستقراره.

هذا، وعلى الرغم من أن الفساد قد أصبح اليوم مجرمًا تقريبًا فى النظم القانونية كافة، إلا أن انتشاره ظل يتنامى ويتوسع فى العصر الحديث؛ ولعل ذلك يرجع إلى الخلل الذى يعترى الأنظمة القانونية التى تعد السلاح الأكثر أهمية فى محاربة

(1) انظر ذات المعنى:

_Quinones, Enery " L'évolution du droit international en matière de corruption : la convention de l'OCDE" op.cit,P.563.

الفساد، إذ إن النظام القانوني المعطوب يعد الأرض والبيئة الملائمة لنمو الفساد وازدهاره.

ونظرا للنشأة المتأخرة للفساد بوصفه ظاهرة إجرامية حديثة في القانون الدولي، فإن ترسيخ جنابات هذا المصطلح داخل قواعد القانون الدولي العام لم تثبت بعد، إذ لم يكن هناك مفهوم دولي متفق عليه داخل كلٍ من الصكوك الدولية والفقهاء الدولي حول هذا الأمر.

ولذلك، فإننا نجد تباين موقف الفقهاء الدولي والصكوك الدولية في تناول هذه الظاهرة، حيث انقسمت الاتجاهات إلى؛ أولاً) اتجاه متحفظ يضيق كثيرا من مفهوم الفساد، وثانياً) اتجاه يمدد مفهوم هذا المصطلح، ويوسعه إلى العديد من الصور. وهو ما نتناوله في السطور الآتية.

أولاً) المفهوم الدولي الضيق للفساد:

في البداية نود الإشارة إلى أن مصطلح " الفساد " قد لاقى تعريفاً واسع النطاق وغير محدود في القرآن الكريم، والاصطلاح الشرعي، وذلك على النحو الذي جعله موازياً أو مرادفاً لمصطلح الجريمة؛ حيث عُحرف بأنه مخالفة فعل المكلف للشرع، وذلك أياً كان وجه المخالفة⁽¹⁾. ومع ذلك، فإن التعريفات القانونية الوطنية والدولية

(1) انظر : د. عادل عبد العال إبراهيم خراشي، آليات مكافحة جرائم الفساد في ضوء اتفاقية الأمم المتحدة لمكافحة الفساد والتشريع المصري والشريعة الإسلامية، مجلة قطاع الشريعة والقانون (جامعة الأزهر - كلية الشريعة والقانون) بالقاهرة، العدد ٧، ٢٠١٧، ص 8 وما يليها.

لمصطلح " الفساد " لم تتخذ الموقف ذاته، بينما جعلت من " الفساد " مصطلحًا خاصًا يحتوى على بعض صور " الجريمة " بوصفه مصطلحًا أعم وأشمل.

لقد مرَّ المفهوم الدولي للفساد بمرحلة من التطور التدريجي، إذ ظهرت الرشوة في بداية الأمر مرادفه لمفهوم الفساد، وذلك على النحو الذى قد يفهم منه إنه اقتصر عليها وحدها. ومن تلك الاتفاقيات الدولية التى احتوت على إشارة ضمنية إلى اقتصار مفهوم الفساد على جريمة الرشوة، نجد اتفاقية الأمم المتحدة لمكافحة الجريمة المنظمة عبر الوطنية⁽¹⁾، التى امتد نطاق تجريمها إلى مجموعة من الجرائم مثل؛ جريمة المشاركة فى جماعة إجرامية منظمة⁽²⁾، وجريمة غسل عائدات الجرائم⁽³⁾، وجريمة عرقلة سير العدالة⁽⁴⁾، وأخيرًا جريمة الفساد التى جاءت تحت نص المادة 8 من الاتفاقية والمعنونة بـ " تجريم الفساد " حيث اقتصر نصها على الإشارة إلى سلوك " الرشوة " الواقعة فى نطاق الوظيفة العامة فقط، على نحو

(1) اعتمدت تلك الاتفاقية، وعرضت للتوقيع، والتصديق، والانضمام بموجب قرار الجمعية العامة للأمم المتحدة 25 الدورة الخامسة والخمسون، المؤرخ في 15 نوفمبر 2000.

(2) المادة 5 من الاتفاقية.

(3) المادة 6 من الاتفاقية.

(4) المادة 23 من الاتفاقية.

يوحي بأن الاتفاقية قد جعلت من جريمة " الرشوة " مرادفًا لجريمة " الفساد " بصورة حصرية⁽¹⁾.

وهو موقف اتفاقية القانون المدني ذاته بشأن الفساد، التي اعتمدها مجلس أوروبا في عام 1999، التي عرفت الفساد بأنه " طلب، وعرض أو تقديم، أو قبول، بشكل مباشر أو غير مباشر، رشوة أو أي ميزة أو احتمالات أخرى لا مبرر

(1) وجاء نص المادة 8 من الاتفاقية على النحو التالي : تجريم الفساد 1- تعتمد كل دولة طرف ما قد يلزم من تدابير تشريعية وتدابير أخرى لتجريم الأفعال التالية جنائيا عندما ترتكب عمدا : أ) وعد موظف عمومي بمزية غير مستحقة أو عرضها عليه أو منحه إياها، بشكل مباشر أو غير مباشر، سواء لصالح الموظف نفسه أو لصالح شخص آخر أو هيئة أخرى، لكي يقوم ذلك الموظف بفعل ما أو يمتنع عن القيام بفعل ما ضمن نطاق ممارسته مهامه الرسمية؛ ب) التماس موظف عمومي أو قبوله، بشكل مباشر أو غير مباشر، مزية غير مستحقة، سواء لصالح الموظف نفسه أو لصالح شخص آخر أو هيئة أخرى، لكي يقوم ذلك الموظف بفعل ما أو يمتنع عن القيام بفعل ما ضمن نطاق ممارسته مهامه الرسمية. 2- تنظر كل دولة طرف في اعتماد ما قد يلزم من تدابير تشريعية وتدابير أخرى لتجريم السلوك المشار إليه في الفقرة 1 من هذه المادة الذي يكون ضالعا فيه موظف عمومي أجنبي أو موظف مدني دولي. وبالمثل، تنظر كل دولة طرف في تجريم أشكال الفساد الأخرى جنائيا. 3- تعتمد أيضا كل دولة طرف ما قد يلزم من تدابير للتجريم الجنائي للمشاركة كطرف متواطئ في فعل مجرم بمقتضى هذه المادة. 4- لأغراض الفقرة 1 من هذه المادة والمادة 9 من هذه الاتفاقية، يقصد بتعبير "الموظف العمومي" أي موظف عمومي أو شخص يقدم خدمة عمومية، حسب تعريفها في القانون الداخلي، وحسبما تطبق في القانون الجنائي للدولة الطرف التي يقوم الشخص المعني بأداء تلك الوظيفة فيها.

لها، والتي تشوه الأداء الطبيعي لأي واجب أو سلوك مطلوب من متلقي الرشوة، أو الميزة غير المبررة أو احتمال ذلك" (1).

كذلك جعل بعض الفقه الدولي هو الآخر مفهوم الفساد مرادفًا لجريمة الرشوة المرتكبة داخل القطاع العام دون القطاع الخاص، بالإضافة إلى استبعاده من هذا المفهوم أية صور أخرى؛ مثل الاختلاس، والإثراء غير المشروع، وغير ذلك من صور الجرائم (2).

في الاتجاه الضيق ذاته تحصر بعض الآراء الفساد في نطاق الوظيفة العامة فقط، إذ يعرف البنك الدولي الفساد بأنه "إساءة استخدام المناصب العامة لتحقيق مكاسب خاصة" (3).

(1) " Article 2 – Definition of corruption

For the purpose of this Convention, "corruption" means requesting, offering, giving or accepting, directly or indirectly, a bribe or any other undue advantage or prospect thereof which distorts the proper performance of any duty or behavior required of the recipient of the bribe, the undue advantage or the prospect thereof.

(2) Sandgren, Claes. "Combating corruption: the misunderstood role of law." Int'l Law. 39 (2005)P.722–723.

(3) " the abuse of public office for private gain"

انظر الموقع الرسمي للبنك الدولي عبر الرابط التالي:

<http://www1.worldbank.org/publicsector/anticorrupt/corruptn/cor02.htm>

كما يعرفه Pellegrini بأنه " إساءة استخدام السلطة أو المنصب لتحقيق مكاسب خاصة "(1).

كما عرفته بعض الدراسات التجارية بأنه استخدام الوظيفة العامة، أو غيرها من مواقع المسؤولية حيث يكون الفرد مسؤولاً أمام الآخرين عن السلوك والأداء، من أجل تعزيز المصالح الخاصة(2).

كما يشار إلى الفساد بحسب تعريف منظمة الشفافية الدولية _وهي غير حكومية_ على أنه "إساءة استخدام السلطة من أجل توفير مصالح خاصة "(3)، وعلى الرغم

وهو ذات الاتجاه المتبع من جانب بعض الفقه الدولي، ومن ذلك على سبيل المثال د. سلامة بن سليم الرفاعي، الهيئة الوطنية لمكافحة الفساد ودورها في محاربة الفساد المالي (دراسة مقارنة)، القانون والاقتصاد (الرياض)، الطبعة الأولى 2015، ص 32.

(1) " misuses of power or office for private gain " Pellegrini, Lorenzo. Corruption, development and the environment. Springer Science & Business Media, 2011, p.22.

-Ivory, Radha. " Corruption, Asset Recovery, and the Protection of Property in Public International Law " Cambridge University Press, (2014)P.22.

(2) Poole–Robb, Stuart, and Alan Bailey "Risky business: Corruption, fraud, terrorism and other threats to global business" Op.cit, P.55.

(3) <https://www.transparency.org/what-is-corruption>

من التعريف السابق، فإنه لا يمكن القول بأنه تعريف مقبول عالمياً؛ وذلك نظراً لأن العوامل الناجمة عن الاختلافات الثقافية تلعب دوراً أساسياً في تحديد مضمون هذا التعريف، إذ ينبغي أن يؤخذ في الاعتبار عادات البلد الذي يرتكب فيها التصرف عند تصنيف كونه فساداً من عدمه، إذ يمكن النظر إلى بعض الأفعال التي تعد فساداً في الدول الغربية بشكل مختلف عن مثيلاتها داخل الدول النامية واستبعادها من نطاق مضمون الفساد⁽¹⁾. ويمكن أن نضرب لذلك مثالا تقليدياً وهو "البقشيش" الذي ما زال شائعاً في العديد من الدول العربية والآسيوية في حين أنه يعد سلوكاً مشيناً في الدول الغربية.

كذلك اتجهت "مدونة قواعد السلوك لموظفي إنفاذ القوانين"⁽²⁾ التي اعتمدها الجمعية العامة للأمم المتحدة في 17 ديسمبر 1978، إلى تعريف أحد وجوه مصطلح "الفساد" وهو الواقع على الذمة، إذ عرّفته بأنه "يشمل ارتكاب أو اغفال فعل ما

منظمة (Transparency International) وهي حركة دولية تعمل في مكافحة الفساد، تأسست عام 1993م، ومقرها في برلين (ألمانيا)، ولها فروع في أكثر من 100 دولة، ليس من بينها جمهورية مصر العربية، وتصدر تقارير دورية عن مؤشرات الفساد حول العالم.

(1) Hughes, Robert. "CORRUPTION." Passage of Change: Law, Society and Governance in the Pacific, edited by Anita Jowitt and Tess Newton Cain, Op.cit.,P.36.

-Poole-Robb, Stuart, and Alan Bailey "Risky business: Corruption, fraud, terrorism and other threats to global business" London: Kogan Page, P.55.

A/RES/34/169⁽²⁾

لدى اضطلاع المرء بواجباته، أو فيما يتعلق بهذه الواجبات، استجابة لهدايا، أو وعود، أو حوافز سواء طلبت أو قبلت، أو تلقى أى من هذه الأشياء بشكل غير مشروع، ما أن يتم ارتكاب الفعل أو اغفاله⁽¹⁾.

وفى الاتجاه الضيق ذاته لكن بنسب أقل حدة، فقد عرّفته بعض الآراء⁽²⁾ بأنه إساءة استخدام للوظيفة العامة، أو للموارد العامة، أو للسلطة الموكلة لتحقيق مكاسب خاصة. وبحسب هذا التعريف فإنه يمتد إلى سلوك أى مسؤول مكلف بخدمة عامة، بحيث يشمل جميع فئات الموظفين العموميين، أو الوكلاء المتعاقد معهم، أو الأفراد المؤقتين، بالإضافة إلى المتطوعين لذلك، وسواء أكان اختياره تم عن طريق التعيين (بيروقراطي)، أم بالانتخاب (سياسي). ويوضح أصحاب ذلك الاتجاه، أنه ينبغي حتى يُوصف السلوك بالفساد، يجب أن يُشكّل انحرافاً عن الواجبات الطبيعية للدور العام أو انتهاك القواعد المعروفة، وكان ذلك بهدف تحقيق مكاسب مالية مثل " الرشوة أو الاختلاس"، أو لتحقيق مكاسب اجتماعية غير مالية تنتهك المصلحة العامة مثل " المحسوبية بدلا من الجدارة " لصالح الأسرة أو الأصدقاء المقربين.

(1) " الفقرة " ب " من التعليق على المادة 7.

(2) Nguemegne, Jacques P. " Corruption and Human Development in Africa" Op.cit, pp.43-44.

ويرى أصحاب هذا التعريف أنه يتميز بكونه شاملاً لأنواع الفساد كافة، وذلك بغض النظر عن الاختلافات في السياقات والثقافات المحلية إذ إنه يحدد بوضوح السلوكيات التي يمكن تحديدها عالمياً على أنها فساد، كما أنه يسمح بمقاربة صور أو سلوكيات الفساد الموجودة في بلد ما، أو قارة مع سلوكيات أو صور الفساد الموجودة في بلد أو قارة أخرى⁽¹⁾.

كما يُعرفه البعض بأنه " ظاهرة عالمية تتضمن استغلال الوظيفة العامة أو الموارد العامة لتحقيق مآرب شخصية أو جماعية، على نحو مخالف للشرع والقوانين والأعراف الدولية والداخلية، ويستوى أن يكون هذا الاستغلال بدافع شخصي من الموظف نفسه، أم بسبب الضغوط التي تُمارس عليه من الأفراد أو المؤسسات من داخل أو خارج الجهاز الحكومي "⁽²⁾.

(1) Nguemegne, Jacques P. " Corruption and Human Development in Africa" Op.cit, P.44.

(2) د. عبدالله محمد الهوارى " الفساد والقانون الدولي" مجلة البحوث القانونية والاقتصادية، كلية الحقوق _جامعة المنصورة، العدد 56 (2014)، ص 415.

كما ركزت العديد من آراء الفقه الدولي على اعتبار سلوك " المحسوبية " _ بما يعنيه من التفضيل المتعمد لبعض الأفراد على الآخرين على أساس علاقات خاصة بدلاً من الجدارة _ هي أحد الصور المهمة لجريمة الفساد⁽¹⁾.

وقد لاقت التعريفات التي ركزت في تعريفها لمصطلح الفساد على الوظائف العامة دون الخاصة انتقادات حادة من جانب الفقه القانوني الدولي⁽²⁾. إذ يوجد العديد من المبررات الداعية إلى رفض الحجج التي اعتنقتها بعض الآراء على سند الخوف من تأثير ذلك في تقييد التجارة فضلاً عن تأثيره السلبي في الاستثمار⁽³⁾.

في الحقيقية، فإننا نسلم بأن المجال الحكومي يمثل المجال الخصب لممارسات الفساد، خاصة في ظل ما تمارسه الدولة اليوم من تصرفات وسلطات في مواجهة القطاع الخاص_ الذي يتمتع بقوة اقتصادية كبيرة، والذي يكون على أتم الاستعداد

(1) For example : Poole–Robb, Stuart, and Alan Bailey "Risky business: Corruption, fraud, terrorism and other threats to global business" Op.cit, P.55.

(2) Nguemegne, Jacques P. " Corruption and Human Development in Africa" Op.cit, P.42./ Wouters, Jan, Cedric Ryngaert, and Ann Sofie Cloots. " The international legal framework against corruption: Achievements and challenges." Melb. J. Int'l L. 14 (2013)P.243.

د. عبدالله محمد الهوارى " الفساد والقانون الدولي " المرجع السابق، ص 415.

(3) Argandoña, Antonio. "The United Nations convention against corruption and its impact on international companies." Op.cit, P.494. Not.18.

للمشاركة فى السلوك الفاسد من أجل تجنب العديد من الضوابط أو التخفيف من حدتها_ مثل؛ القدرة على شراء وبيع السلع والخدمات، وتقديم التنازلات وتقدير الإعانات، وتحصيل الضرائب، وفرض اللوائح، ومنح التصاريح، وهو الأمر الذى يعظم من محفزات الفساد داخله⁽¹⁾. ومع ذلك، فإن هناك حقيقة أخرى لا نستطيع تجاهلها، وهى المستجدات الحديثة التى طرأت على دور القطاع الخاص داخل الدولة، إذ أدت حركة الخصخصة التى اجتاحت السواد الأعظم من دول العالم إلى حلول ذلك القطاع محل العديد من المرافق العامة التى ما كانت لتكتسب تلك الأهمية إلا نتيجة ما تقوم به من وظائف حيوية فى المجتمع؛ مثل الصحة، والتعليم، والمواصلات، وهو ما جعله يباشر تلك الوظيفة العامة بدلا منها أو بجانبها. يضاف إلى ذلك وجود أنواع معينة من الفساد داخل القطاع الخاص التى لا تقل أضرارها، بل تتعاضد فى بعض الأحيان عن الأضرار الواقعة نتيجة الفساد داخل القطاع العام، إذ قد يؤدي النوع الأول فى بعض الحالات إلى الارتفاع الحاد والمبالغ فيه فى أسعار السلع للمستهلكين، ومن ثم انخفاض عائدات الضرائب،

(1) Ferreira, Luciano Vaz, and Fabio Costa Morosini. "The Implementation of International Anti-Corruption Law in Business: Legal Control of Corruption Directed to Transnational Corporations." AUSTRAL: Brazilian Journal of Strategy & International Relations, Vol.2, N.3 (2013)P.243.

والتي تمثل حصة كبيرة من إيرادات العديد من الدول وهو أثر خطير لا يقل عن
أثار الفساد داخل القطاع العام⁽¹⁾.

(1) Ofosu–Amaah, W. Paatii, Raj Soopramanien, and Kishor Uprety.
Combating corruption: a comparative review of selected legal aspects of
state practices and major international initiatives. The World Bank,
(1999)P.67.

متاح على الموقع الإلكتروني للبنك الدولي عبر الرابط التالي :

<http://documents.albankaldawli.org/curated/ar/122181468762029898/pdf/multi-page.pdf>

ثانياً) المفهوم الدولي الواسع للفساد:

على الجانب المقابل ظهر اتجاه فى الفقه الدولى، والوثائق القانونية الدولية كتبت له الغلبة فى العصر الحديث يرفض اقتصار مفهوم الفساد على صور أو قطاعات محدودة، بل على العكس من ذلك يمد نطاق هذا التعريف إلى أبعد من ذلك.

ذهب الغالبية من الفقه الدولى إلى الإشارة لبعض مظاهر السلوك التى تندرج على _نحو غير حصرى_ فى إطار مفهوم الفساد بالمعنى الدولى، ومنها على سبيل المثال الرشوة، والاختلاس، وعرقلة سير العدالة⁽¹⁾.

كذلك دعم الغالبية من الفقه الحديث⁽²⁾ مد نطاق مفهوم جريمة الفساد، لتشمل جرائم القطاع الخاص بجانب القطاع العام أيضاً، إذ وفقاً لهذا الرأى فإن مفهوم الفساد

(1) "This very broad concept encompasses bribery and embezzlement, including activities such as extorting money to process a license application; paying government officials to affect the outcome of a judicial proceeding; and offering money, as a foreign corporation, to obtain a government contract." Unzicker, Andrea D. Bontrager. "From Corruption to Cooperation: Globalization Brings a Multilateral Agreement Against Foreign Bribery." Op.cit, P.655,note.2.

(2) من مؤيدى هذا الرأى، انظر على سبيل المثال :

-Prasad, Divya and Flickr, Lázarié Eeckeloo "Corruption and Human Rights" Centre for Civil and Political Rights(2019)P.8. Note.2.

عنده يعنى: إساءة استخدام السلطة المخولة_ سواء فى القطاع العام أو الخاص_ من أجل تحقيق الربح الخاص.

هذا هو الاتجاه الذى تبنته " المجموعة الانمائية لأفريقيا الجنوبية " (1) التى وضعت تعريفا مجردا للفساد، حيث جاء فى المادة الأولى من بروتوكول مكافحة الفساد_ الذى اعتمده المنظمة عام 2001_، والمعنونه بـ " تعاريف " أنه " أي سلوك آخر فيما يتعلق بالأشخاص الذين يُعهد إليهم مسؤوليات في القطاعين العام والخاص، ينتهك واجباتهم بوصفهم موظفين عموميين أو موظفين خاصين، أو وكلاء مستقلين، أو علاقات أخرى من هذا النوع، وتهدف إلى الحصول على ميزة لا لزوم لها من أي نوع لأنفسهم أو للآخرين " (2).

(1) وهى منظمة دولية حكومية أنشئت عام 1992.

وتسمى: (Southern African Development Commun) واختصارا " SADC "

(2) Art. 1 (" means any act referred to in III and includes bribery or any other other behaviour in relation to persons entrusted with responsibilities in the public and private sectors which violates their duties as public officials, private employees, independent agents or other relationships of that kind and aimed at obtaining undue advantage of any kind for themselves or others").

وعلى الرغم من أن البروتوكول قد وضع بعض الأمثلة على جرائم الفساد فى المادة 3 من الاتفاقية إلى

إنها تعتمد فتح المجال أمام الدول لتجريم الصور الأخرى للفساد. راجع نص البروتوكول فى :

وينبغي الإشارة إلى أن الصكوك الدولية الثلاثة (اتفاقية الأمم المتحدة، والاتفاقية الأفريقية، والاتفاقية العربية) المتعلقة بالفساد، لا تقدم تعريفًا قانونيًا جامعًا مانعًا له، بل تتضمن مجموعة من صور السلوكيات العديدة التي يجب أن تكون موضوعًا للتجريم في القوانين المحلية للدول الأطراف، إلا أن ما ورد بتلك الصكوك الدولية يعد الحد الأدنى لصور الفساد، ومن ثمَّ ليس هناك ما يمنع قانونًا من معالجة أشكال مستقبلية أخرى من الفساد بمقتضى التشريعات المحلية، أو عن طريق الفقه الدولي، وهو الأمر الذى انطوى على توسع كبير فى مفهوم الفساد الدولى. ومن تلك النماذج، نجد كلاً من:

1_ الرشوة 2_ اختلاس الأموال 3_ المتاجرة بالنفوذ 4_ إساءة استخدام الوظائف العمومية 5_ الإثراء غير المشروع 6_ غسل عائدات الجريمة 7_ إخفاء العائدات الإجرامية 7_ عرقلة سير العدالة. ونتعرض للمزيد من التفاصيل حول تلك الاتفاقيات على النحو الآتى:

Ebobrah, Solomon, and Armand Tanoh, eds. Compendium of African sub-regional human rights documents. Pretoria University Law Press (PULP),2010. p.413 et seq.

1_ مفهوم الفساد داخل اتفاقية الأمم المتحدة :

جاءت الصياغة النهائية لاتفاقية الأمم المتحدة خالية من نصوص تتضمن تعريفًا موضوعيًا جامعًا مانعًا للفساد؛ حيث استعاضت عن ذلك بسرد مجموعة من السلوكيات التي تمثل مظهرًا من مظاهر الفساد⁽¹⁾.

وفي أثناء صياغة اتفاقية الأمم المتحدة لمكافحة الفساد، ظهر اتجاهها يرى أنه من الأفضل الاستغناء عن وضع تعريف جامع مانع للفساد؛ وذلك نظرًا لما يثيره من خلافات حادة بين وجهات نظر الدول المشاركة، وضرورة التركيز _بدلاً من ذلك_ على ذكر مجموعة من السلوكيات الداخلة ضمن هذا المفهوم، حيث قام نائب رئيس اللجنة " المكلفة بالفصل المتضمن لتعاريف المصطلحات ذات الصلة في الاتفاقية " بإنشاء فريق عمل غير رسمي؛ للتوصل إلى اتفاق بشأن تعريف الفساد، وقد انتهى هذا الفريق إلى تعليق مناقشته حول وضع تعريف لمصطلح " الفساد"، بعدما اعترف بأن هذه المناقشة ترتبط بمسائل جوهرية معينة تطوى انقسامات حادة

(1) يرجع السبب في انتهاج هذا المسلك هو التسليم الكامل من جانب الدول الأعضاء باستحالة إيجاد تعريف مشترك للفساد يكون مقبول لدى الجميع.

Babu, R. Rajesh. "The United Nations convention against corruption: A critical overview." Available at SSRN 891898 (2006)P.6.

متاح عبر الرابط التالي :

https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=891898

لا يملك الفريق تناولها. وهو ما جعل رئيس اللجنة يقترح بشأن تعريف الفساد مشروع النص التالي " بشأن تعريف مصطلح " الفساد " ... يشير مصطلح " الفساد" المستخدم في هذه الاتفاقية إلى الأفعال المجرّمة في الفصل الثالث، وكذلك الأفعال التي قد تجرّمها الدول الأطراف أو سبق لها جرمتها «⁽¹⁾ وهذا الاتجاه هو الذى استقر الأمر عليه فى النص النهائى للاتفاقية، ويبدو أن واضعو الاتفاقية فضّلوا ارتياد هذا المسلك، وتقديم العديد من صور الجرائم التى تتدرج ضمن هذا المفهوم، وذلك بدلاً من تبنى تعريف جامد للفساد، وذلك من أجل السماح بمزيد من المرونة، وإضافة العديد من الصور والتفسيرات المستقبلية⁽²⁾.

وقد جاء تعداد جرائم الفساد داخل الاتفاقية _ وذلك وفق ما تضمنه الفصل الثالث منها_ على النحو الذى يمكن أن يستشف منه، إنها واردة على سبيل المثال وليس الحصر، إذ يظل الباب مفتوحاً أمام الأطراف لإضافة جرائم أخرى بمقتضى تشريعاتها الداخلية⁽³⁾، وقد تمثلت تلك الجرائم فى الآتى:

(1) A/AC.261/L.248

" اللجنة المخصصة للتفاوض بشأن اتفاقية لمكافحة الفساد" الدورة السادسة (فينا)، ٢١/ يوليو - ٨ آب/أغسطس ٢٠٠٣.

(2) Argandoña, Antonio. "The United Nations convention against corruption and its impact on international companies." Op.cit,P.488.

(3) د.مازن ليلو راضي، القانون الدولي وعولمة تشريعات مكافحة الفساد، المرجع السابق، ص264.

١ _ رشو الموظفين العموميين والأجانب (وكذلك فى القطاع الخاص)
2 _ اختلاس الممتلكات، أو تبديدها، أو تسريبها بشكل آخر من قبل موظف
عمومى (وكذلك فى القطاع الخاص) 3_ المتاجرة بالنفوذ 4_ إساءة استغلال
الوظائف 5_ الإثراء غير المشروع 6_ غسل العائدات الإجرامية 7_ إخفاء
الممتلكات المتأتية من أفعال الفساد 8_ إعاقة سير العدالة.

وينبغى الإشارة هنا إلى أن الاتفاقية فى أثناء توجيهها للدول نحو تجريم بعض
صور الجرائم السابقة، قد استخدمت مصطلحات قانونية قاطعة فى إلزاميتها، حيث
استهلتها بـ "تعتمد كل دولة طرف، ما قد يلزم من تدابير تشريعية وتدابير أخرى
لتجريم..."، وذلك بخصوص كل من؛ رشو الموظفين العموميين الوطنيين،
والأجانب وموظفى المؤسسات الدولية العمومية (الصورة الإيجابية) فقط، واختلاس
الممتلكات من جانب موظف عمومى، وغسل العائدات الإجرامية، وإعاقة سير
العدالة، بينما استخدمت الاتفاقية مصطلحات أقل إلزامية نحو توجيه الدول لتجريم
باقى الجرائم، والتي استهلتها بعبارة " تنظر كل دولة فى اعتماد ما قد يلزم من

Babu, R. Rajesh. "The United Nations convention against corruption: A
critical overview."Op.cit,P.6.

تدابير تشريعية وتدابير أخرى لتجريم..."، وهو الأمر الذي يستنتج منه أنها بمثابة " تجريم مستحسن"⁽¹⁾.

وعلى الرغم من المسلك العام المحمود للاتفاقية في هذا الشأن، فقد اعترافاً بعض العيوب الخطيرة ، إذ إننا نجدتها احتوت على تباين المصطلحات المستخدمة على النحو السابق، وعلى نحو جعلها تسمح بتجنب بعض الأطراف تنفيذ التزامات، وضوابط الاتفاقية، خاصة فيما تضمنته من " رخصة التنفيذ في حدود الإمكانيات"، وهو الأمر الذي قد يؤدي إلى نوع من الازدواجية، وعدم العدالة في التعامل، وذلك عندما تُنفذ بعض الأطراف التزاماتها بأمانة، بينما تستغل الأخرى تلك الرخصة في التهرب.

وفيما يتعلق بنطاق القوة الإلزامية لأحكام الاتفاقية، فإننا نجد أن هناك نوعاً من التدرج في إلزامية هذه الأحكام دون أن تكون هناك معاملة موحدة في مواجهة النصوص كافة، وهو الأمر الذي قد يكون مرجعه تعذر الاتفاق العام خلال المناقشات، ومن ثم محاولة الوصول إلى حلول، وصياغة توفيقية قدر

(1) د. عبدالله محمد الهواري " الفساد والقانون الدولي" المرجع السابق، ص 438. د. محمد حسن السراء/ د. عبد الناصر عباس عبد الهادي، الاتفاقية العربية واتفاقية الأمم المتحدة لمكافحة الفساد: تحليل نقدي مقارنة، المرجع السابق، ص 71.

المستطاع⁽¹⁾. ويتضح من استقراء نصوص الاتفاقية أن هناك ثلاثة أنواع مختلفة من الأحكام؛ وذلك على النحو التالي:

أولاً) النصوص التي تفرض التزاماً معيناً، على نحو ينطوي على ضرورة تحقيق النتيجة. وهو ما يستفاد من النصوص التي تستخدم مصطلحات مثل " تقوم كل دولة طرف ..."، أو " تكفل كل دولة طرف ...". أو " على كل دولة طرف ...".⁽²⁾

ثانياً) النصوص التي تفرض مجرد التزاماً بدراسة إمكانية وضع تشريع أو إجراء معين في موضوع ما وعلى أساس من التوافق مع المبادئ الأساسية لنظامها القانوني، وذلك دون أدنى التزام عليها في ضرورة أن ينتهي الأمر بوضع ذلك التشريع. وهو ما يستفاد من النصوص التي تستخدم مصطلحات مثل " تسعى كل دولة طرف، حينما اقتضى الأمر، ووفقاً للمبادئ الأساسية لنظامها القانوني ..."⁽⁴⁾، أو " تنظر كل دولة طرف ..."⁽⁵⁾.

(1) Snider, Thomas R., and Won Kidane. "Combating corruption through international law in Africa: A comparative analysis." Op.cit, P.709.

(2) انظر على سبيل المثال كل من المادة 6 والمادة 14.

(3) Babu, R. Rajesh. "The United Nations convention against corruption: A critical overview."Op.cit,P.8.

(4) انظر على سبيل المثال المادة 7 فقرة 1.

(5) المادة 8 فقرة 4.

ثالثاً) تلك النصوص التي تتضمن مجموعة من الأحكام الاختيارية التي تعبر عن مجموعة من التوصيات غير المشمولة بالالتزام القانوني. وهو ما يستفاد من النصوص التي تستخدم مصطلحات مثل "يجوز لكل دولة طرف أن..."⁽¹⁾

وأخيراً، ينبغي الإشارة إلى أن التوجه التوسعي لاتفاقية الأمم المتحدة في تعريفها لمفهوم للفساد، إنما يظهر مرة أخرى فيما اتبعته من دعوة الأطراف إلى مد نطاق المسؤولية القانونية، لتشمل الأشخاص الاعتبارية بجانب الأشخاص الطبيعية كذلك⁽²⁾.

2_ مفهوم الفساد داخل اتفاقية الاتحاد الأفريقي :

اتخذ التعريف الذي ذهبت إليه اتفاقية الاتحاد الأفريقي إلى تبني موقف متحفظ بعض الشيء مقارنة بموقف اتفاقية الأمم المتحدة تجاه تعريف الفساد، حيث جاءت الاتفاقية لتشمل (الرشوة سواء وقعت في مجال الوظيفة العامة، أو القطاع الخاص_ الاختلاس_ استغلال النفوذ سواء في نطاق الوظيفة العامة أو القطاع الخاص_ الكسب غير المشروع_ استخدام أو إخفاء عائدات مستمدة من الجرائم السابقة).

وعلى الرغم من التناول الضيق لصور الفساد في الاتفاقية الأفريقية مقارنة باتفاقية الأمم المتحدة، فإن الأولى تتميز بكونها أكثر فاعلية في تناول الالتزام بتجريم هذه

(1) انظر على سبيل المثال المادتان 41 و2/42 .

(2) المادة 26.

الصور. وتفسير ذلك، يتجلى من استقراء نص المادة 5 من الاتفاقية الى نصت على " ...تلتزم الدول الأطراف بما يلي: 1_ اعتماد الإجراءات التشريعية اللازمة لجعل الأعمال المنصوص عليها فى الفقرة 1 من المادة 4 من هذه الاتفاقية (وهى المادة المتعلقة بـ صور جريمة الفساد)، مندرجة ضمن الجرائم الجنائية. "

وعلى ذلك نجد أن الاتفاقية الأفريقية قد فرضت التزاماً قانونياً "إيجابياً" على الدول الأطراف⁽¹⁾، مؤداه إدراج جميع صور الفساد السابقة ضمن جرائمها الجنائية دون أن يكون هناك خيار فى ذلك؛ إذ إنها لم تسمح لأطرافها التذرع بالتعارض مع مبادئها القانونية أو الدستورية كما هو الشأن فى اتفاقية الأمم المتحدة بالنسبة لتجريم بعض صور جريمة الفساد.

ويشمل نطاق التجريم فى الاتفاقية الأفريقية جميع الأفعال التى تنطوى على المشاركة فى جميع الأفعال المكونة لمفهوم الفساد سواء كان فاعلاً رئيسياً أو شريكاً أو محرصاً أو متدخلأ بأى طريقة تمثل شكلاً من أشكال التعاون أو المؤامرة.

وتعد الأدوات الإقليمية لمكافحة الفساد هي الأكثر فعالية، حيث يتم وضعها وتطويرها بهدف تطبيقها فى منطقة إقليمية معينة، مع الأخذ فى الاعتبار خصوصيات تلك المنطقة.

(1) Udombana, Nsongurua J. "Fighting Corruption Seriously–Africa's Anti-Corruption Convention." Sing. J. Int'l & Comp. L., Vol.7, (2003)p.467.

3_ مفهوم الفساد داخل الاتفاقية العربية والنظام القانوني المصري:

انضمت الاتفاقية العربية إلى معسكر الإحجام عن وضع تعريف موضوعي لمفهوم الفساد، والاستعاضة عنه بذكر مجموعة من صور السلوك المشكّلة لمصطلح الفساد. وعلى الرغم من أن الاتفاقية العربية قد نقلت صور الفساد ذاتها _السابق ذكرها_ المدرجة في اتفاقية الأمم المتحدة⁽¹⁾، فإن نهج تحديد مدى الالتزام القانوني بإدراجها ضمن التشريعات الداخلية للدول الأطراف قد اختلف جذرياً. وتفسير ذلك، أن الاتفاقية العربية قد استخدمت صياغة قانونية واضحة وملزمة في مواجهة الأطراف بإدراج صور الفساد كافة ضمن جرائمها الجنائية دون أن يكون لأي منهما أي خيار في التذرع بأية مبررات قانونية أو دستورية داخلية، وهو ما يستفاد من صياغة المادة الرابعة من الاتفاقية التي ذهبت إلى "...تعتمد كل دولة وفقاً لنظامها القانوني ما قد يلزم من تدابير تشريعية وتدابير أخرى لتجريم الأفعال التالية، ..._1... ، ..._2... ، ..._3...،"⁽²⁾.

(1) راجع للمزيد من التفاصيل حول التأثير العام من جانب الاتفاقية العربية لمكافحة الفساد بمنهج ومصطلحات اتفاقية الأمم لمكافحة الفساد: د. محمد حسن السراء/ د. عبد الناصر عباس عبد الهادي ، الاتفاقية العربية واتفاقية الأمم المتحدة لمكافحة الفساد: تحليل نقدي مقارنة، المرجع السابق، ص 57- 108.

(2) انظر في المعنى ذاته: د. محمد حسن السراء/ د. عبد الناصر عباس عبد الهادي، الاتفاقية العربية واتفاقية الأمم المتحدة لمكافحة الفساد «تحليل نقدي مقارنة» المرجع السابق، ص 71.

ومن الجدير بالذكر هنا، الإشارة إلى موقف المشرّع المصرى الذى لم يضع هو الآخر تعريفا موضوعيا لجريمة الفساد، ويحتوى على عناصر جامعة مانعة، بل لم تضمن نصوص القوانين المصرية المختلفة استخدام مصطلح الفساد صراحة، وإنما تضمنت فى الوقت ذاته تجريم العديد من صورة المشار إليه فى الاتفاقيات الدولية، على النحو الذى يشير إلى اعتناق المشرّع المصرى المفهوم الواسع لجريمة الفساد.

وقد تناولت نصوص التجريم المصرية كلاً من جرم الرشوة فى القطاع العام والخاص، وكذلك جرم استغلال النفوذ الواقع من الموظف العام أو من غير الموظف العام، وكذلك جرم الاختلاس والغدر والعدوان على المال العام⁽¹⁾. كما امتد نطاق التجريم إلى صورة الإثراء غير المشروع، وذلك بموجب القانون رقم 62 لسنة 1975، وكذلك جرم غسل الأموال المتحصلة عن الأنشطة الإجرامية، وذلك بمقتضى القانون رقم 80 لسنة 2002 والقانون رقم 181 لسنة 2008⁽²⁾.

(1) د. محمد الأمين البشرى، الفساد والجريمة المنظمة، جامعة نايف العربية للعلوم الأمنية (الرياض) 2007، ص 11 مشار إليه فى : د. عادل عبد العال إبراهيم خراشي، آليات مكافحة جرائم الفساد فى ضوء اتفاقية الأمم المتحدة لمكافحة الفساد والتشريع المصرى والشريعة الإسلامية، المرجع السابق، ص 17.

(2) د. عادل عبد العال إبراهيم خراشي، آليات مكافحة جرائم الفساد فى ضوء اتفاقية الأمم المتحدة لمكافحة الفساد والتشريع المصرى والشريعة الإسلامية، المرجع السابق، ص 17.

ومن الجدير بالإشارة هنا، أن الدراسات الفقهية قد حاولت إجراء تقسيم نظري لأنواع الفساد، حيث احتوى التقسيم على مجموعة من الأشكال من بينها⁽¹⁾؛ 1_ (الفساد الكبير): وهو ما يقع من كبار الموظفين والسياسيين داخل الدولة، وأشار إليه بجرائم ذى الياقات البيضاء، 2_ (الفساد الصغير): وهو الذى يقع فى المستويات الدنيا من الإدارة، ويستهدف تحقيق فوائد محدودة النطاق، 3_ (الفساد الدولى): الذى يتجاوز نطاق الحدود الإقليمية للدولة الواحدة؛ حيث يقع عادة من جانب المنظمات الدولية، وموظفيها، وكذلك الشركات الدولية، كما أشير إلى أنواع أخرى مثل: الفساد السياسى، والفساد القضائى، والفساد الإدارى، والفساد الوطنى، وما إلى ذلك.

(1) المرجع السابق، ص 18 وما يليها.

Mbaku, John Mukum. "International law and the fight against bureaucratic corruption in Africa." *Arizona Journal of International & Comparative Law*, Vol.33, (2016) pp.679_788.

المطلب الثانى

صور الفساد المدرجة داخل الوثائق القانونية الدولية

بعد أن تعرضنا فى المطلب السابق للإطار الرئيسى لصور الفساد من جانب كل من الفقه الدولى، والصكوك القانونية الدولية عموماً، وذلك مع التركيز بصفة خاصة على موقف الصكوك الدولية الثلاثة، وهى (اتفاقية الأمم المتحدة، والاتفاقية الأفريقية، والاتفاقية العربية)، فإننا نتعرض فى هذا المطلب بالتفصيل لكل صورة من صور الفساد الواردة بالتحديد فى تلك الصكوك الثلاثة بوصفها الإطار القانونى محل التركيز الأساسى لدراستنا.

ولكن قبل التعرض لتلك الصور، نود الإشارة أولاً إلى ظروف نشأة كل اتفاقية وبعض الخطوط العريضة المشتركة، وذلك على النحو التالى:

أولاً) ظروف نشأة الاتفاقيات الدولية الثلاث المتعلقة بمكافحة الفساد:

وهى تشمل كلاً من:

1_ اتفاقية الأمم المتحدة لمكافحة الفساد لعام 2003:

يرتد تاريخ أولى مجهودات الجمعية العامة فى محاربة الفساد إلى تاريخ 14 ديسمبر عام 1975، إذ اعتمدت فيه قرارا رقم(2441)⁽¹⁾ المعنون بـ " تدابير ضد ما تقترفه الشركات عبر الوطنية وغيرها من الشركات، ووسائطها وسائر من يشملهم الأمر من ممارسات فاسدة "، التى تدين فيه جميع الممارسات الفاسدة من الشركات عبر الوطنية بما فى ذلك الرشوة، وتتؤكد حق أية دولة فى اتخاذ التدابير التشريعية، وغيرها من الأعمال فى مواجهة هذه الممارسات الفاسدة، كما تدعو إلى التعاون بين حكومات الموطن الأصلي، والبلدان المضيفة؛ لمنع تلك الممارسات الفاسدة، وجمع المعلومات والملاحقة القضائية.

ومما لا شك فيه أن مشكلة الفساد لحظة صدور ذلك القرار لم تكن تحظى بالاهتمام الكافى من جانب المجتمع الدولى وذلك مقارنة بالوقت الحالى، إذ اقتصرت تلك الوثيقة على مجرد الحث على التعاون فقط، فضلا عن انحصارها فى حالة فردية واحدة وهى الرشوة المرتكبة من الشركات الدولية فقط دون غيرها من الشركات الوطنية، كما لم يتحدث عن الصور الأخرى للفساد. وعلى الرغم من الملاحظة السابقة فإنه يُحمد للجمعية العامة فى ذلك الوقت إدراج هذه المشكلة على مائدة

(1)A/RES/3514(XXX)

متاح عبر الموقع الإلكتروني للأمم المتحدة عبر الرابط التالى:

[https://www.un.org/en/ga/search/view_doc.asp?symbol=A/RES/3514\(XXX\)&Lang=A](https://www.un.org/en/ga/search/view_doc.asp?symbol=A/RES/3514(XXX)&Lang=A)

المفاوضات الدولية، وهو الأمر الذي مهد كثيرا بعد ذلك إلى الجراة العالمية فى التعرض لتلك الظاهرة، وإخراجها من نطاق الاختصاصات الوطنية للدول.

فى عام 2000 بدأت المناقشات العملية داخل الأمم المتحدة من أجل وضع صك دولي جديد لمكافحة الفساد⁽¹⁾، ذلك التوجه الذى جاء بناء على مبادرة المجلس الاقتصادي والاجتماعي الذى أصدر قراره عام 1998 بالدعوة إلى عقد اجتماع للخبراء الحكوميين من أجل دراسة، ووضع استراتيجية دولية مناسبة لمكافحة الفساد، بما فى ذلك عائدات تلك الجريمة، ذلك الاجتماع الذى عُقد بالفعل بمدينة باريس خلال الفترة من 30 مارس إلى 1 أبريل عام 1999، والذى أوصى بدعوة أعضاء الأمم المتحدة إلى دراسة تطوير أداة عالمية حول هذا الموضوع، وهى التوصيات التى توجت بالفعل باعتماد الجمعية العامة للأمم المتحدة " اتفاقية الأمم المتحدة لمكافحة الفساد " فى 31 أكتوبر 2003 خلال دورتها العادية الثامنة والخمسين، والتى دخلت حيز التنفيذ فى 14 ديسمبر 2005 بعد اكتمال إيداع 30 وثيقة تصديق عليها لدى الأمانة العامة للأمم المتحدة.

ولا تقوم الاتفاقية على فرض تدابير مباشرة تدمج تلقائيا فى النظم القانونية الوطنية، بل تقوم على تكليف الدول الأعضاء بالقيام بمجموعة معينة من الالتزامات

(1) راجع للمزيد من التفاصيل حول مفاوضات إعداد اتفاقية الأمم المتحدة:

-Dimitri Vlassis, "The Negotiation of the Draft United Nations Convention against Corruption", Forum on Crime and Society, Vol.2, N.1, December (2002)pp.153_157.

والمعايير المشتركة، وهو الأمر الذي يتطلب منهم تنفيذها أو دمجها في النظم القانونية المحلية الخاصة بكل منها⁽¹⁾.

تحتوى الاتفاقية على 71 مادة موزعة على ثمانية فصول، ويتمثل الغرض من الاتفاقية كما جسده المادة الأولى منها فى: 1_ ترويج وتدعيم التدابير الرامية إلى منع ومكافحة الفساد بصورة أكفأ وأنجح، 2_ ترويج وتيسير ودعم التعاون الدولى والمساعدة التقنية فى مجال من ومكافحة الفساد.

وتعد اتفاقية الأمم المتحدة لمكافحة الفساد لعام 2003 أعظم حدث عالمى مؤثر فى مكافحة الفساد ومنعه، وذلك على الرغم من كونها ليست الأسبق فى ذلك. ويرجع سبب الأهمية السابقة فيما تميزت به تلك الاتفاقية من صفتين لم تجتمع لغيرها من الوثائق الدولية الأخرى، وهما؛ أولاً صفة " العالمية " التى جعلت نطاقها المكانى يشمل المجتمع العالمى بأكمله، ودون الوقوف عند حدود المناطق القارية فقط، وثانياً صفة " العمومية " التى تجسدت فى التوسع الكبير فى عدد صور جرائم الفساد التى تناولتها وذلك مقارنة بعدد صور جرائم الفساد التى تمت معالجتها فى الاتفاقيات العالمية الأخرى.

(1) Babu, R. Rajesh. "The United Nations convention against corruption: A critical overview."Op.cit,P.1.

2_ الاتفاقية الأفريقية لمكافحة الفساد لعام 2003:

اعتمدت الدول الأعضاء في الاتحاد الأفريقي "اتفاقية الاتحاد الأفريقي لمنع ومكافحة الفساد" وذلك خلال الدورة العادية الثانية لمؤتمر الاتحاد التي عقدت في مابوتو (موزمبيق)، في 11 يوليو عام 2003. وقد دخلت الاتفاقية حيز التنفيذ في 5 أغسطس عام 2006، وذلك بعد مرور ثلاثين (30) يومًا من إيداع وثيقة التصديق الخامسة عشرة.

هذا وقد جاءت أولى إرهاصات إقامة هذه الاتفاقية في عام 1998، وذلك عن طريق القرار الصادر في ذلك العام من مؤتمر رؤساء دول وحكومات منظمة الوحدة الأفريقية في دورته العادية رقم 42 المعقودة في واغادوغو (بوركينا فاسو)، الذي يطلب بمقتضاه من الأمين العام القيام بعقد اجتماع رفيع المستوى للخبراء؛ من أجل بحث سبل إزالة العقبات التي تحول دون التمتع بالحقوق الاقتصادية والاجتماعية والثقافية بما في ذلك مكافحة الفساد وتقديم الاقتراحات المناسبة في ذلك الشأن⁽¹⁾.

(1) AHG/Dec. 126 (XXXIV)

تنص الفقرة السادسة من القرار على أن :

6. REQUESTS the OAU Secretary-General to convene, in cooperation with the African Commission on Human and Peoples' Rights, a high level meeting of Experts to consider ways and means of removing obstacles to the enjoyment of economic, social and cultural rights,

وهو الأمر الذى كان له صدها على صدور الإعلان الذى أقرته الدورة الأولى لمؤتمر الاتحاد الأفريقى المعقودة فى دوربان(جنوب أفريقيا) فى يوليو 2002 حول الشراكة الجديدة لتنمية أفريقيا، الذى دعا إلى إنشاء آلية منسقة لمكافحة الفساد بصورة فعالة.

ثم يأتى عام 2003 وهو التاريخ الذى اعتمدت فيه الدول الأعضاء فى الاتحاد الأفريقى " اتفاقية الاتحاد الأفريقى لمنع ومكافحة الفساد " وذلك خلال الدورة العادية الثانية للمؤتمر المعقودة فى "مابوتو" عاصمة دولة موزمبيق فى 11 يوليو عام 2003، ثم تبعه دخول الاتفاقية حيز النفاذ فى 5 أغسطس عام 2006، أى بعد 30 يوما من إيداع صك التصديق الخامس عشر لهذه الاتفاقية.

3_ الاتفاقية العربية لمكافحة الفساد لعام 2010:

اعتمدت الجامعة العربية مشروع الاتفاقية العربية لمكافحة الفساد، وذلك بعدما وافق عليها مجلسا وزراء الداخلية والعدل العربية بالقاهرة بتاريخ 21 ديسمبر 2010. وقد دخلت الاتفاقية حيز النفاذ بتاريخ 29 يونيه 2013، وذلك بعد مضى ثلاثين يوما

including fight against corruption and impunity and propose appropriate legislative and other measures;

القرار متاح كاملا عبر الموقع الرسمى للاتحاد الإفريقى، وذلك عبر الرابط التالى :

https://archives.au.int/bitstream/handle/123456789/302/AHG%20Dec%20126%20%28XXXIV%29%20_E.pdf?sequence=1&isAllowed=y

من تاريخ إيداع وثائق التصديق عليها من سبع دول، وذلك إعمالاً للمادة 3/35 منها.

ولم تلق الاتفاقية العربية دعماً كبيراً من دول الجامعة، إذ لم تصدق عليها حتى الآن سوى 14 دولة فقط من أصل 22 دولة عضو في الجامعة العربية⁽¹⁾.

ويمكن القول إن الصكوك الدولية الثلاثة قد اتفقت مبدئياً حول الأخذ بنظام القائمة غير الحصرية⁽²⁾، كما اتفقت مبدئياً حول عناصر أو أمثلة هذا المفهوم.

(1) راجع قائمة الدول التي صدقت على الاتفاقية من خلال الموقع الرسمي للجامعة، وذلك عبر الرابط التالي :

<http://www.lasportal.org/ar/Pages/default.aspx>

مع ملاحظة أن القائمة المنشورة عبر الموقع غير محدثة، إذ تشير هذه القائمة إلى عدد التصديقات حتى نهاية عام 2014، إذ لم تضمن سوى الإشارة إلى عدد 12 دولة فقط هي التي صدقت عليها، وهم كل من (المملكة الأردنية الهاشمية _ دولة الإمارات العربية المتحدة _ الجمهورية الجزائرية الشعبية _ المملكة العربية السعودية _ جمهورية السودان _ جمهورية العراق _ سلطنة عمان _ دولة فلسطين _ دولة قطر _ دولة الكويت _ جمهورية مصر العربية _ المملكة المغربية). بينما انضمت إلى تلك القائمة دولتان صدقتا عليها في عام 2017، وهم كلٌّ من؛ مملكة البحرين، وجمهورية تونس.

(2) انظر على سبيل المثال من القائلين بهذا الأمر بالنسبة للاتفاقية العربية، وهو ما ينطبق بالضرورة على اتفاقية الأمم المتحدة؛ نظراً لما قامت به الاتفاقية الأولى من نسخ الإطار العام ومصطلحات الاتفاقية الثانية: د. محمود أبكر دقوق، الاتفاقيات العربية لمكافحة الفساد لسنة 2010، المرجع السابق، ص503.

كما اجتمعت تلك الصكوك الثلاثة على اعتمادها لكثير من مظاهر الفساد، سواء تمت فى إطار المجال العام أو المجال الخاص؛ إذ إن التطور الحديث الذى لحق بدور الدولة، وتحولها من دور الدولة الشمولية إلى اقتصارها على وظائف الدفاع والامن والقضاء مع إيكال الكثير من المهام الاجتماعية والاقتصادية الأساسية للقطاع الخاص، لهو الأمر الذى جعل من الحتمية ضرورة سد مناطق الفساد أيضا داخل القطاع الخاص؛ نظرا لأهمية الوظائف التى يقدمها فى العصر الحديث وحيويتها.

ولكن على الجانب الآخر نجد بعض الخلافات حول تحديد نطاق مضمون بعض هذه الصور، وهو ما نتعرض له فى النقطة الثانية:

ثانيا) ماهية صور جرائم الفساد الواردة داخل الصكوك الدولية الثلاثة:

وقد تمثلت فى كلاً من؛

1_ جريمة الرشوة :

تأتى جريمة الرشوة بوصفها أحد أبرز الأمثلة التقليدية على جريمة الفساد بالمعنى الدولى، إذ يمكن القول إن هناك إجماعاً دولياً على مستوى الصكوك القانونية الدولية تجاه اعتبار هذا السلوك على رأس مفردات جريمة الفساد.

وتشغل الرشوة الصورة الأكثر انتشاراً بين جرائم الفساد وأخطرها، إذ جاء في التقرير السنوي الصادر عن البنك الدولي، إلى أن التكلفة السنوية للرشوة تتراوح بين 1.5 و 2 تريليون دولار تقريبا، أي حوالي 2% من إجمالي الناتج المحلي العالمي⁽¹⁾.

وفي البداية تجدر الإشارة هنا، إلى أن اتفاقية الأمم المتحدة قد استفاضت في تعريف صور جرائم الفساد عموماً ومن بينها جريمة الرشوة، وهو النهج الذي لاقى استحساناً كبيراً من جانب الفقه الدولي⁽²⁾. وفيما يتعلق بمفهوم جريمة الرشوة، فقد أشارت الاتفاقية إلى إنها يمكن أن تتحقق في صورتين⁽³⁾؛ ومضمون الصورة الأولى التي يمكن أن نسميها بـ " الصورة الإيجابية للرشوة "، وذلك في حالة تعمد وعد موظف عمومي بمزية غير مستحقة أو عرضها عليه، أو منحه إياها، بشكل مباشر

(1) " التقرير السنوي لصندوق النقد الدولي 2016 " ص 116. متاح كاملاً عبر الموقع الرسمي

لصندوق النقد الدولي: <https://www.imf.org/ar/Publications/AREB>

(2) يقول أحد الباحثين في هذا الأمر، الآتي " تميزت اتفاقية الأمم المتحدة لمكافحة الفساد بتقديمها توصيفاً قانونياً دقيقاً للأفعال المجرمة وأركانها. ورب قائل: أن الاتفاقية العربية قد أشارت في (م4) نفسها الخاصة بالتجريم إلى مراعاة أن وصف أفعال الفساد المجرمة يخضع لقانون الدولة الطرف؛ ولذا لا حاجة إلى أن تتولى الاتفاقية مهمة توصيف الأفعال الإجرامية، ويمكن الرد بأن كل مادة من مواد الاتفاقية الأمامية الخاصة بالتجريم... قد تضمنت ذلك، ولكن واضع الاتفاقية الأمامية آثروا تقديم منهج تجريمي شامل ومتكامل بحيث ينتفى أي احتمال للشك أو اللبس، ويعد هذا المنهج بمثابة قانون نموذجي لمكافحة الفساد. " د. محمد حسن السراء/ د. عبد الناصر عباس عبد الهادي، الاتفاقية العربية واتفاقية الأمم المتحدة لمكافحة الفساد «تحليل نقدي مقارنة» المرجع السابق، ص 72.

(3) المادة 15 من الاتفاقية.

أو غير مباشر، سواء لصالح الموظف نفسه أو لصالح شخص أو كيان آخر، لكي يقوم ذلك الموظف بفعل ما، أو يمتنع عن القيام بفعل ما لدى أداء واجباته الرسمية. كما تتحقق هذه الجريمة بشكل آخر وهو ما يمكن التعبير عنه بـ " الصورة السلبية للرشوة " وتتحقق في حالة تعمد التماس موظف عمومي أو قبوله، بشكل مباشر أو غير مباشر، مزية غير مستحقة، سواء لصالح الموظف نفسه، أو لصالح شخص أو كيان آخر، لكي يقوم ذلك الموظف بفعل ما أو يمتنع عن القيام بفعل ما لدى أداء واجباته الرسمية.

وبينما انحصر تركيز القوانين الوطنية على رشوة موظفيها العموميين، فإن اتفاقية الأمم المتحدة قد اتخذت اتجاهًا مختلفًا في هذا الشأن؛ إذ اقتضت بمسلك الولايات المتحدة الأمريكية الذي اعتمده بموجب قانون ممارسات الفساد الأجنبية في عام 1977، والذي مدت فيه نطاق تلك الجريمة إلى رشوة "موظف عمومي أجنبي" وذلك بصورتها الإيجابية والسلبية⁽¹⁾. ومن ثمَّ فإن الاتفاقية قد قضت على ما كان

(1) راجع للمزيد من التفاصيل حول الخطوط العريضة لذلك التشريع :

Snider, Thomas R., and Won Kidane. "Combating corruption through international law in Africa: A comparative analysis." Op.cit, pp.700–703.

ومن الجدير بالذكر، أن هذا القانون وجد انتقادات لاذعة بداع أنه ينطوى على شبهة تدخلات لا مبرر لها في الشؤون الداخلية للدول الأخرى، فضلا عن تأزم الشركات الأمريكية منه بحجة أنه يشكل عائقًا كبيرًا لها تجاه منافسيها الأجانب الذين لن تلزمهم دولهم بالخطر نفسه، لكن دائما ما كانت تدافع الحكومات الأمريكية المتعاقبة عن هذا القانون بالاستناد إلى الأسباب الأخلاقية:

شائعاً قبل سريانها من إدراج الرشاوى التى تدفع من الشركات العالمية الكبرى إلى موظفى حكومات الدول الآخذة فى النمو، داخل الإقرارات الضريبية المقدمة إلى مصلحة الضرائب فى بلادها، ومن ثمّ انتفاعها من ذلك فى تخفيض مقدار الضريبة المستحقة⁽¹⁾.

وفى الحقيقة نجد أن اتفاقية الأمم المتحدة قد توسعت إلى حد كبير فى تحديد مضمون هذه الجريمة، إذ لم يقف نطاقها عند هذا الحد بل نجدها قد مدت استغراق هذه الجريمة بصورتها الإيجابية والسلبية إلى " موظفى المؤسسات الدولية العمومية " أيضاً⁽²⁾. وعلى الجانب الآخر نجد أن هذا التوسع قد وصل مداه حينما ندرك أن

Quinones, Enery " L'évolution du droit international en matière de corruption : la convention de l'OCDE" op.cit,P.565.

(1) د. مصطفى محمد محمود عبد الكريم، اتفاقية مكافحة الفساد (نفاذ وتطبيق اتفاقية مكافحة الفساد فى القانون الداخلى وأثرها فى محاكمة الفاسدين واسترداد الأموال)، المرجع السابق، ص29-30.

(2) حيث تنص المادة 16 من الاتفاقية على أن " 1_ تعتمد كل دولة طرف ما قد يلزم من تدابير تشريعية وتدابير أخرى لتجريم القيام، عمداً، بوعده موظف عمومي أجنبي أو موظف مؤسسة دولية عمومية بمزية غير مستحقة أو عرضها عليه أو منحه إياها، بشكل مباشر أو غير مباشر، سواء لصالح الموظف نفسه أو لصالح شخص أو كيان آخر، لكي يقوم ذلك الموظف بفعل ما أو يمتنع عن القيام بفعل ما لدى أداء واجباته الرسمية، من أجل الحصول على منفعة تجارية أو أي مزية غير مستحقة أخرى أو الاحتفاظ بها فيما يتعلق بتصريف الأعمال التجارية الدولية. 2_ تنظر كل دولة طرف فى اعتماد ما قد يلزم من تدابير تشريعية وتدابير أخرى لتجريم قيام موظف عمومي أجنبي أو موظف فى مؤسسة دولية عمومية عمداً، بشكل مباشر أو غير مباشر،

الاتفاقية قد جعلت مفهوم جريمة الرشوة يستغرق كذلك " رشو موظفى القطاع الخاص الاقتصادى "(1)، ولا يمكن أن يحد من ذلك التوسع ما قيدته الاتفاقية من ضرورة ارتباط تلك الجريمة بالأنشطة الاقتصادية أو المالية أو التجارية، وعلة ذلك أن النطاق المادى لهذه الأنشطة من الاتساع الذى يجعله يستغرق نصيب الأسد من حالات وقوع هذه الجريمة فى القطاع الخاص.

كذلك ظهر الاتجاه التوسعى للاتفاقية فيما ذهبت إليه من عدم اشتراط إلحاق ضرر بأملك الدولة _كقاعدة عامة_ حتى تقع جرائم الفساد عموما ومن بينها جريمة الرشوة، وذلك باستثناء ما ينص على خلاف ذلك(2)، ومن ثمَّ لم تنشأ الاتفاقية هنا أن تناصر الاتجاه الذى يشترط إلحاق الضرر بالملكات العامة حتى تكتمل

بالتماس أو قبول مزية غير مستحقة، سواء لصالح الموظف نفسه أو لصالح شخص أو كيان آخر، لكي يقوم ذلك الموظف بفعل ما أو يمتنع عن القيام بفعل ما لدى أداء واجباته الرسمية. "

(1) حيث تنص المادة 21 من الاتفاقية على أن " تنظر كل دولة طرف في اعتماد ما قد يلزم من تدابير تشريعية وتدابير أخرى لتجريم الأفعال التالية، عندما ترتكب عمدا أثناء مزاوله أنشطة اقتصادية أو مالية أو تجارية: (أ) وعد أي شخص يدير كيانا تابعا للقطاع الخاص، أو يعمل لديه بأي صفة، بمزية غير مستحقة أو عرضها عليه أو منحه إياها، بشكل مباشر أو غير مباشر، سواء لصالح الشخص نفسه أو لصالح شخص آخر، لكي يقوم ذلك الشخص بفعل ما أو يمتنع عن القيام بفعل ما، مما يشكل إخلالا بواجباته؛ (ب) التماس أي شخص يدير كيانا تابعا للقطاع الخاص، أو يعمل لديه بأي صفة، أو قبوله، بشكل مباشر أو غير مباشر، مزية غير مستحقة، سواء لصالح الشخص نفسه أو لصالح شخص آخر، لكي يقوم ذلك الشخص بفعل ما، مما يشكل إخلالا بواجباته. "

(2) المادة 2/3.

عناصر الجريمة، وذلك كما هو مأخوذ به في اتفاقية حماية المصالح المالية للجماعات الأوروبية لعام 1995⁽¹⁾.

وعلى الرغم من الاتجاه التوسعي الواضح من جانب اتفاقية الأمم المتحدة في تحديد نطاق مضمون جريمة الرشوة، نجدتها قد سلكت مسلكا منتقدا، وذلك نظرا لأنها لا تمت تطبيق هذا التعريف إلى حالات معينة على الرغم من توافر الحكمة ذاتها التي دفعتهم إلى التجريم في القطاع الخاص، ونقصد بذلك حالة موظفي المؤسسات الدولية الخاصة؛ مثل " منظمة الشفافية الدولية "، وغيرها من المؤسسات المشابهة، حيث إن بعض تلك الهيئات تلعب دورا مهما في تحديد بوصلة الاستثمار؛ نظرا لما تصدره من تقارير متعلقة بالفساد بواسطة موظفيها وخبرائها، والتي تؤثر بلا شك في السمعة الدولية للدولة فضلا عن التأثير في بوصلة اتجاهات المستثمرين الأجانب⁽²⁾.

(1) Ivory, Radha. " Corruption, Asset Recovery, and the Protection of Property in Public International Law " Op.cit, P.76.

(2) ويجدر الإشارة إلى أنه هناك العديد من المؤسسات الدولية الحكومية والغير حكومية العاملة في مجال رصد وجمع البيانات المتعلقة بجرائم الفساد وانتهاكات حقوق الإنسان والديمقراطية داخل الدول وإصدار مؤشرات خاصة بها، ومن أشهرها:

(Freedom House Index) و (the World Bank's Worldwide Governance Index Index)

فى الاتجاه المقابل، نجد أن هناك اتفاقا حول التوجه العام من جانب كل من الاتفاقية الأفريقية والاتفاقية العربية فى تبنى ذات نهج اتفاقية الأمم المتحدة الرامى إلى تصنيف الرشوة باعتبارها أبرز الأمثلة التى تتدرج ضمن صور الفساد.

وعلى الرغم من حقيقة التوافق السابق، يوجد بعض التباين فى استكمال باقى المشوار؛ إذ من " جانب أول " نجد أنه فى حين اتحد موقف الاتفاقية الإفريقية مع موقف اتفاقية الأمم المتحدة المتجه نحو عدم اقتصار نطاق هذه الجريمة على القطاع العام فقط، وإنما امتداده كذلك إلى القطاع الخاص " الاقتصادى " فقط، فإننا نجد أن الاتفاقية العربية قد أطلقت العنان أما لفظ " القطاع الخاص " ليشمل الاقتصادى، وغير الاقتصادى أيضا، ومن " جانب ثان " نجد أن الاتفاقية العربية استمرت فى السير على نهج اتفاقية الامم المتحدة نحو مد نطاق جريمة الرشوة إلى الموظفين العموميين الأجانب، وكذلك موظفى المؤسسات الدولية العمومية فيما

يتعلق بتصريف التجارة الدولية⁽¹⁾، فإننا نرى على الجانب الموازي أن الاتفاقية الأفريقية لم تنص على تلك الفئة صراحة⁽²⁾.

(1) المادة 4 التجريم : مع مراعاة أن وصف أفعال الفساد المجرمة وفقاً لهذه الاتفاقية يخضع لقانون الدولة الطرف، تعتمد كل دولة وفقاً لنظامها القانوني ما قد يلزم من تدابير تشريعية وتدابير أخرى لتجريم الأفعال التالية، عندما ترتكب قصداً أو عمداً: 1_ الرشوة في الوظائف العمومية. 2_ الرشوة في شركات القطاع العام، والشركات المساهمة، والجمعيات والمؤسسات المعتمدة قانوناً ذات نفع عام. 3_ الرشوة في القطاع الخاص. 4_ رشوة الموظفين العموميين الأجانب وموظفي المؤسسات الدولية العمومية فيما يتعلق بتصريف الأعمال التجارية الدولية داخل الدولة الطرف.

(2) المادة 4 نطاق التطبيق : تنطبق هذه الاتفاقية على أعمال الفساد والجرمات ذات الصلة التالية : أ_ التماس موظف عمومي أو أي شخص آخر أو قبوله بصورة مباشرة أو غير مباشرة_ لأي سلع ذات قيمة نقدية أو منفعة أخرى مثل هدية أو خدمة أو وعد أو ميزة لنفسه أو لشخص أو كيان آخر مقابل القيام أو الامتناع عن القيام بأي عمل أثناء أداء المهام العامة المنوطة به . ب_ عرض أي سلع ذات قيمة نقدية بصورة مباشرة أو غير مباشرة على موظف عمومي أو أي شخص آخر أو منحه إياها أو أي منفعة أخرى مثل هدية أو خدمة أو وعد أو مزية ، لنفسه أو لشخص أو كيان آخر مقابل القيام أو الامتناع عن القيام بأي عمل أثناء أداء المهام العامة المنوطة به .

ج_ قيام موظف عمومي أو أي شخص آخر أو امتناعه عن القيام بأي عمل أثناء أداء المهام المنوطة به بهدف الحصول بصورة غير مشروعة على فوائد لنفسه أو لأي طرف ثالث.

هـ) عرض أو تقديم أي منفعة غير مستحقة أو الوعد بها أو التماسها أو قبولها بصورة مباشرة أو غير مباشرة لصالح أو من قبل أي شخص يتولى إدارة كيان تابع للقطاع الخاص أو يعمل فيه ، لنفسه أو لغيره ، لكي يقوم بعمل أو يمتنع عن القيام به منتهكاً بذلك ما تفرضه عليه واجباته.

وفيما يتعلق بمدى امتداد المسؤولية إلى الأشخاص الاعتبارية (العامة والخاصة) عن جريمة الرشوة خاصة وصور الفساد عموماً؟، فإننا نجد أن اتفاقية الأمم المتحدة قد تطلبت صراحة⁽¹⁾ _وتبعتها في ذلك الاتفاقية العربية⁽²⁾_ من الدول الأطراف أن تعتمد ما يلزم من تدابير لتقرير المسؤولية الجنائية، أو المدنية، أو الإدارية عن المشاركة في تلك الأفعال، وذلك في حين أن الاتفاقية الأفريقية قد أغفلت التعرض صراحة لهذا الأمر على الرغم من إلزامها للدول الأطراف بمقتضى المادة ١١/١_ اتخاذ تدابير لمنع ومكافحة أعمال الفساد التي يرتكبها موظفون في القطاع الخاص أو " من قبله "⁽³⁾.

2_ جريمة الاختلاس :

تحتل جريمة الاختلاس داخل الصكوك القانونية الدولية المركز الثانى بعد جريمة الرشوة بوصفها أبرز الأمثلة المكونة لجريمة الفساد أو إحدى مفرداته الأساسية، ولعل سبب تلك المرتبة المتقدمة هو التشابه الكبير بينها وبين جريمة الرشوة صاحبة الإشارة التقليدية على مفهوم الفساد؛ إذ تتحد الغاية الأساسية من الجريمتين فى الاعتداء على الأموال، وخيانة الثقة الممنوحة للفاعل.

(1) المادة 26 من اتفاقية الأمم المتحدة.

(2) المادة 5 من الاتفاقية العربية.

(3) Ivory, Radha. " Corruption, Asset Recovery, and the Protection of Property in Public International Law " Op.cit, P.66.

وقد جاءت جريمة الاختلاس مثلاً آخر على مفهوم الفساد داخل كل من الصكوك القانونية الدولية الثلاثة إذ اتحدت تلك الصكوك على اعتبار أن الاعتداء الواقع على الممتلكات العامة من جانب الموظفين العموميين جرم ذو خطورة بالغة تجعله يرقى إلى مفهوم الفساد الذي تحاربه تلك الصكوك. وقد حرصت اتفاقية الأمم المتحدة على سرد تعريف واضح لهذه الجريمة، إذ عرفت أنها تتحقق في حالة تعمد قيام موظف عمومي عمداً، لصالحه أو لصالح شخص أو كيان آخر، باختلاس أو تبديد أي ممتلكات أو أموال أو أوراق مالية عمومية أو خصوصية أو أي أشياء أخرى ذات قيمة عهد بها إليه بحكم موقعه، أو تسريبها بشكل آخر⁽¹⁾.

أما فيما يتعلق بجريمة الاختلاس الواقعة على الممتلكات الخاصة، فإنه في حين لم تنص صراحة الاتفاقية الأفريقية على استغراق مفهوم الفساد لهذا الفعل في ظل ذلك الظرف، إلا أن اتفاقية الأمم المتحدة قد نهجت اتجاهها توسعياً_متحفظاً بعض الشيء_ لمفهوم الفساد، إذ جعلته يستغرق تلك الحالة بشرط أن يكون ذلك في إطار مزاوله نشاط تجارى⁽²⁾. وهذا التحفظ الأخير لم تحبذه الاتفاقية العربية التي جعلت مفهوم الفساد يشمل الاختلاس الذي يقع على أي من الممتلكات الخاصة، وذلك بصرف النظر عن كونها تجارية أم غير تجارية⁽³⁾.

(1) راجع المادة 17 من اتفاقية الأمم المتحدة، والمادة 1/4. د من الاتفاقية الأفريقية، والمادة

11/4 من الاتفاقية العربية.

(2) المادة 22 من الاتفاقية.

(3) المادة 4 / 12 من الاتفاقية.

3_ جريمة المتاجرة بالنفوذ:

انتقلت الصكوك الدولية الثلاثة على إدراج " جريمة المتاجرة بالنفوذ " ضمن قائمة جرائم الفساد التي تحاربها تلك الصكوك، وتعرف بأنها سلوك متعمد ينطوي على ممارسة تأثير غير لائق_ أو تشويه_ على صنع قرار موظف عام (محلي، أو أجنبي، أو دولي) في مقابل الحصول على ميزة غير مستحقة⁽¹⁾.

وعلى الرغم من اتفاق الصكوك الدولية الثلاثة في إدراجها ضمن صور الفساد، نجد اتجاهها مغايراً حول منهج وضع تعريف هذه الجريمة؛ إذ إن الاتفاقية العربية_ وسيرا على موقفها الموحد_ قد اكتفت بإدراج الجريمة ضمن مفهوم الفساد مع ترك تعريفها ووصفها إلى التشريعات الداخلية للدول الأطراف⁽²⁾، بينما نجد اتفاقية الأمم المتحدة حرصت على وضع وصف تفصيلي لهذا التعريف، وهو ذات نهج الاتفاقية الأفريقية التي توسعت بعض الشيء في نطاق هذا التعريف .

وقد عرّفت اتفاقية الأمم المتحدة تلك الجريمة بأنها تتحقق في حالتين، أولاً) تعمد وعد موظف عمومي أو أي شخص آخر بأي مزية غير مستحقة أو عرضها عليه أو منحه إياها، بشكل مباشر أو غير مباشر، لتحريض ذلك الموظف العمومي أو الشخص على استغلال نفوذه الفعلي أو المفترض بهدف الحصول من إدارة أو

(1) Ivory, Radha. " Corruption, Asset Recovery, and the Protection of Property in Public International Law " Op.cit, P.80

(2) المادة 4 فقرة 5.

سلطة عمومية تابعة للدولة الطرف على مزية غير مستحقة لصالح المحرّض الأصلي على ذلك الفعل أو لصالح أي شخص آخر⁽¹⁾؛ ثانياً) قيام موظف عمومي أو أي شخص آخر، بشكل مباشر أو غير مباشر، بالتماس أو قبول أي مزية غير مستحقة لصالحه أو لصالح شخص آخر؛ لكي يستغل ذلك الموظف العمومي أو الشخص نفوذه الفعلي أو المفترض بهدف الحصول من إدارة أو سلطة عمومية تابعة للدولة الطرف على مزية غير مستحقة⁽²⁾. وعلى الرغم من التشابه الكبير بين جرمية المتاجرة بالنفوذ وجرمية الرشوة، فإن أهم ما يميزها عنها، هو إنها "علاقة ثلاثية الفساد" تشمل؛ طالب التأثير، وبائع النفوذ، والموظف العمومي محل التأثير⁽³⁾.

ولم يخرج التعريف الذي وضعته الاتفاقية الأفريقية عن ذلك المفهوم، اللهم إلا إن تلك الاتفاقية لم تجعل نطاق التجريم يقف عند حد التأثير في القطاع العام فقط كما تشير اتفاقية الأمم المتحدة، وإنما يمتد كذلك حتى ولو كانت الجهة محل التأثير تابعة للقطاع الخاص⁽⁴⁾.

(1) المادة 18 فقرة (أ).

(2) المادة 18 فقرة (ب).

(3) Ivory, Radha. " Corruption, Asset Recovery, and the Protection of Property in Public International Law " Op.cit, P.81.

(4) المادة (4) "و" والتي تذهب إلى: (و) عرض أو تقديم أي منفعة غير مستحقة أو الوعد بها أو التماسها أو قبولها بصورة مباشرة أو غير مباشرة_ لصالح أو من قبل شخص يعلن أو يؤكد

4_ جريمة إساءة استغلال الوظائف:

جاءت جريمة " إساءة استغلال الوظيفة " بوصفها واحدة من نماذج جرائم الفساد داخل مختلف الصكوك القانونية الدولية. وقد عرفت اتفاقية الأمم المتحدة على أنها تعمد موظف عمومي إساءة استغلال وظائفه أو موقعه، أي قيامه أو عدم قيامه بفعل ما، لدى الاضطلاع بوظائفه، بغرض الحصول على مزية غير مستحقة لصالحه هو أو لصالح شخص أو كيان آخر، مما يشكل انتهاكا للقوانين⁽¹⁾. وكما هو واضح من ذلك التعريف أن الاتفاقية اقتصر نطاق التجريم فيها على مسلك إساءة استغلال "الوظائف العمومية " فقط، وفي هذا يتلاقى ذلك التعريف مع ما ورد في كل من الاتفاقية العربية والاتفاقية الأفريقية اللاتي اقتصرتا نطاق التجريم فيهما على " الوظائف العمومية فقط "⁽²⁾(3)، حيث لم تشأ هاتان الاتفاقيتان الأخذ

قدرته على استخدام نفوذه في التأثير بصورة غير سليمة على قرار يصدره أي شخص يؤدي وظائفه في القطاع العام أو الخاص ، من أجل الحصول على هذه المنفعة غير المستحقة لنفسه أو لغيره وكذلك طلب الحصول على العرض أو الوعد بتقديم هذه المنفعة أو استلامها أو قبولها مقابل النفوذ، سواء استخدم النفوذ بالفعل أو حقق النفوذ المفترض النتائج المطلوبة أم لا.

(1) المادة 19.

(2) المادة الرابعة الفقرة السادسة من الاتفاقية العربية.

(3) المادة الرابعة فقرة ج من الاتفاقية الإفريقية، والتي تنص على " قيام موظف عمومي او اى شخص آخر أو امتناعه عن القيام بأى عمل أثناء أداء المهام المنوطة به بهدف الحصول بصورة غير مشروعة على فوائد لنفسه أو لأى طرف ثالث "

بالمهج التوسعي، ومد نطاق التجريم إلى إساءة استخدام " وظائف القطاع الاقتصادي الخاص".

5_ جريمة الإثراء غير المشروع:

اتفقت كذلك الصكوك الدولية الثلاثة على إدراج جريمة " الإثراء غير المشروع " كونها واحدة من الجرائم الواردة في قائمة الفساد⁽¹⁾. وقد عرفت اتفاقية الأمم المتحدة هذه الجريمة بأنها تتحقق في حالة تعمّد موظف عمومي إثراءً غير مشروع، أي زيادة موجوداته زيادة كبيرة لا يستطيع تعليلها بصورة معقولة قياساً إلى دخله المشروع⁽²⁾. وهو التعريف ذاته الذي تبنته الاتفاقية الأفريقية التي أكدت أن عبارة " الإثراء غير المشروع " تعنى الزيادة الهائلة في الأصول الخاصة بأى موظف عمومي أو أى شخص آخر لا يمكن له تبرير دخله بصورة معقولة⁽³⁾.

ولا يتطلب التجريم في هذه الحالة إثبات أن الزيادة غير المبررة هي نتيجة فعل من أفعال الفساد الواردة في الاتفاقية أو نتيجة ارتكاب أى جريمة جنائية أخرى، إذ

(1) راجع المادة 20 من اتفاقية الأمم المتحدة والمادة 4 فقرة (ز) من الاتفاقية الأفريقية و المادة 4 فقرة (7) من الاتفاقية العربية.

(2) المادة 20.

(3) المادة 1 فقرة 1 من الاتفاقية الأفريقية.

يفترض ذلك تلقائياً، وتقع جريمة الفساد فى حق الفاعل بمجرد عجزه عن اثبات مصدرها المشروع⁽¹⁾.

صادف التعريف السابق لجريمة "الإثراء غير المشروع" انتقادات حادة من جانب بعض الفقه الدولى وبحق_ بسبب تعارضه مع ما هو مستقر من مبادئ قانونية أقرتها الأنظمة القانونية بمختلف توجهاتها ومرجعيتها، وهى " أن الأصل فى الإنسان البراءة، وعلى من يدعى العكس أن يقوم بإثباته"، وهو ما دفعهم إلى التثاء على موقف الاتفاقية العربية التى نصت على تلك الصورة دون أن تضع تعريفاً محدداً لها، تاركة أمر هذه المهمة إلى تقدير التشريعات الوطنية للدول الأطراف⁽²⁾. كذلك الأمر بالنسبة للاتفاقية الإفريقية التى اكتفت بالنص على تلك الصورة دون وضع تعريف تفصيلى لها.

ويبدو أن النقد السابق كان حاضراً فى ذهن المشرع الأسمى عند وضع الاتفاقية، لذلك جعل تطبيق هذا الالتزام فى مواجهة الأطراف، رهناً "بدستورها والمبادئ الأساسية لنظامها القانونى"، وهو ما يعنى أنه فى حالة وجود تعارض بينهما، فإن

(1) Babu, R. Rajesh. "The United Nations convention against corruption: A critical overview."Op.cit,P.15.

(2) د. محمد حسن السراء/د.عبد الناصر عباس عبد الهادى، الاتفاقية العربية واتفاقية الأمم المتحدة لمكافحة الفساد «تحليل نقدي مقارنة»، المرجع السابق، ص71.

الدولة تعفى من هذا الالتزام أو تصبح غير مضطرة إلى نقل عبء الإثبات إلى الفاعل كما هو منصوص عليه في الاتفاقية⁽¹⁾.

6_ جريمة غسل العائدات الإجرامية⁽²⁾:

استقرت كل من اتفاقية الأمم المتحدة والاتفاقية العربية على إدراج جريمة " غسل العائدات الإجرامية " ضمن قائمة جرائم الفساد بالمعنى الدولي. وفي حين نجد أن الاتفاقية العربية قد أغفلت وضع تعريف لهذه الجريمة تاركة هذه المهمة لتشريعات الدول الأطراف، فإننا نجد أن اتفاقية الأمم المتحدة قد استفاضت في تعريف هذه الجريمة⁽³⁾ التي تقع في حالة تعمد القيام بأى من التصرفات الآتية: 1_ إبدال الممتلكات أو إحالتها، مع العلم بأنها عائدات إجرامية، بغرض إخفاء أو تمويه مصدر تلك الممتلكات غير المشروع أو مساعدة أي شخص ضالع في ارتكاب الجرم الأصلي على الإفلات من العواقب القانونية لفعلة؛ 2_ إخفاء أو تمويه الطبيعة الحقيقية للممتلكات أو مصدرها أو مكانها أو كيفية التصرف فيها أو حركتها أو ملكيتها أو الحقوق المتعلقة بها، مع العلم بأن تلك الممتلكات هي

(1) Babu, R. Rajesh. "The United Nations convention against corruption: A critical overview."Op.cit,P.15.

(2) انظر في تعريف تلك الجريمة وأثارها الضارة المتنوعة : د. زياد علي عربية، غسل الأموال : آثاره الاقتصادية والاجتماعية ومكافحته دولياً وعربياً، مجلة الأمن والقانون (أكاديمية شرطة دبي) مج 12، ع 1 (2004) ص 96-141.

(3) المادة 23 من اتفاقية الأمم المتحدة المعنونة بـ غسل العائدات الإجرامية.

عائدات إجرامية؛³ اكتساب الممتلكات أو حيازتها أو استخدامها مع العلم، وقت استلامها، بأنها عائدات إجرامية؛⁴ المشاركة في ارتكاب أي فعل مجرم من الأفعال السابقة، أو التعاون أو التآمر على ارتكابه، والشروع في ارتكابه والمساعدة والتشجيع على ذلك وتسهيله وإسداء المشورة بشأنه.

وبحسب التعريف العام الوارد في اتفاقية الأمم المتحدة، فإنه لا يشترط أن تكون تلك العائدات الإجرامية محل الغسل متولدة حصريا عن واحدة من جرائم الفساد الواردة بها، وهو الأمر الذي يجعلها تمتد لتشمل كذلك غسل جميع العائدات الإجرامية الأخرى؛ مثل عائدات السرقة، والنصب، وما إلى ذلك، ومع هذا فإن العائدات المتأتية من جرائم الاتفاقية يجب أن تمثل الحد الأدنى في التجريم⁽¹⁾.

بينما نجد على الجانب الآخر أن الاتفاقية العربية لم تتخذ ذات موقف اتفاقية الأمم المتحدة في ذلك الشأن؛ وتفسير ذلك أنه على الرغم من إغفالها وضع تعريف تفصيلي لهذه الجريمة، تاركَةً أمر هذه المهمة إلى التشريعات الوطنية، فإنها وبحسب الفقرة السادسة من المادة الأولى منها، قد نصت على أن مصطلح العائدات الإجرامية " يقصد به أى ممتلكات متأتية أو متحصل عليها، بشكل مباشر أو غير مباشر، من ارتكاب أى فعل من أفعال الفساد المجرمة وفقا لهذه الاتفاقية"، وهو الأمر الذى يعنى أن الاتفاقية العربية لم تمد نطاق تجريمها لغسل عائدات

(1) Ivory, Radha. " Corruption, Asset Recovery, and the Protection of Property in Public International Law " Op.cit, P.88.

الجرائم كافة، وإنما اقتصر على غسل العائدات المتولدة من الجرائم الواردة في الاتفاقية فقط⁽¹⁾.

وفيما يتعلق بالاتفاقية الأفريقية في هذا الشأن، فإنها لم تنص صراحة على تصنيف " غسل العائدات الإجرامية عامة، أو عائدات الفساد خاصة " من ضمن صور جرائم الفساد التي تكافحه الاتفاقية. ومع ذلك، فإننا نجد أن ما نصت عليه الاتفاقية من تجريم " استخدام " عائدات الجرائم المنصوص عليه في الاتفاقية، لهو تجريم أعم وأشمل من مجرد تجريم غسل الأموال⁽²⁾، إذ إنه فضلا عن أن مصطلح استخدام يشمل بالضرورة صورة غسل الأموال، بل ويمتد من جانب آخر إلى مجرد التعامل مع هذه العائدات، حتى ولو لم يهدف ذلك التعامل إلى تمويه أو إبدال الطبيعة الحقيقية لتلك الأموال (على سبيل المثال مجرد انتفاع طرف ثالث بمنزل مع علمه بأنه تم الحصول عليه كرشوة لصالح طرف أول من طرف ثان نظير القيام بعمل ما)، ونعتقد أن ذلك بمنزلة توسع شديد لم تصل إليه كل من اتفاقية الأمم المتحدة والاتفاقية العربية.

(1) انظر المعنى ذاته: د. محمد حسن السراء/ د. عبد الناصر عباس عبد الهادي، الاتفاقية العربية واتفاقية الأمم المتحدة لمكافحة الفساد «تحليل نقدي مقارن " المرجع السابق، ص 68.

(2) تنص المادة 4 من الاتفاقية الأفريقية المعنونة بـ " نطاق الاتفاقية" على أن " 1_ تنطبق هذه الاتفاقية على أعمال الفساد والجرائم ذات الصلة التالية : (ح) استخدام أو إخفاء عائدات مستمدة من أى من الأعمال المشار إليها في هذه المادة. "

7_ جريمة إخفاء الممتلكات أو العائدات المتحصلة من جرائم الفساد:

اتفقت كذلك الصكوك القانونية الدولية الثلاثة على إدراج جريمة " إخفاء الممتلكات المتحصلة من جرائم الفساد " واحدةً من الجرائم الواردة في قائمة الفساد⁽¹⁾. وقد عرفت اتفاقية الأمم المتحدة هذه الجريمة على أنها تقع في حالة تعمد إخفاء ممتلكات، أو مواصلة الاحتفاظ بها عندما يكون الشخص المعني على علم بأن تلك الممتلكات متأتية من أي من أفعال الفساد الواردة بقائمة كل اتفاقية⁽²⁾.

8_ جريمة إعاقة سير العدالة:

صنفت كل من اتفاقية الأمم المتحدة⁽³⁾ والاتفاقية العربية فقط⁽⁴⁾ جريمة " إعاقة سير العدالة " بوصفها جريمة من جرائم الفساد. وعرفت اتفاقية الأمم المتحدة تلك الجريمة بأنها تقع في حالتين؛ أولاً) تعمد استخدام القوة البدنية، أو التهديد، أو الترهيب، أو الوعد بمزية غير مستحقة، أو عرضها أو منحها للتحريض على الإدلاء بشهادة زور، أو للتدخل في الإدلاء بالشهادة، أو تقديم الأدلة في إجراءات تتعلق بارتكاب جرائم الفساد، ثانياً) تعمد استخدام القوة البدنية أو التهديد أو الترهيب

(1) راجع المادة 24 من اتفاقية الأمم المتحدة، والمادة 4 (ح) من الاتفاقية الأفريقية، والمادة

4(9) من الاتفاقية العربية.

(2) المادة 24 من الاتفاقية.

(3) المادة 25 من الاتفاقية.

(4) المادة 4 فقرة 10.

للتدخل في ممارسة أي موظف قضائي أو معني بإنفاذ القانون مهامه الرسمية فيما يتعلق بارتكاب أفعال مجرّمة وفقا لهذه الاتفاقية.

بينما نجد نصوص الاتفاقية الأفريقية قد خلت من النص صراحة على تلك الصورة كواحدة من جرائم الفساد التي تكافحه الاتفاقية، ومع ذلك ليس هناك ما يمنع أحد الأطراف من تصنيف تلك الجريمة واحدةً من جرائم الفساد في تشريعاتها الوطنية، وذلك بالاستناد على ما سبق أن انتهينا إليه من أن سرد تلك الصور قد جاء على سبيل المثال_ وبمنزلة الحد الأدنى_ وليس على سبيل الحصر.

المبحث الثاني

الجهود الدولية لمنع ومكافحة الفساد

مقدمة:

ذكرنا سابقا، إن المجتمع الدولي تنبه مؤخرا للطبيعة الخاصة بجرائم الفساد، وما تسببه من آثار مدمرة على وجود الدول ومقدراتها الوطنية، فضلا عن تجاوز تلك الآثار الضارة المختلفة لحدود الدولة الواحدة وتناثرها عبر الحدود الدولية، وهو الأمر الذي استتبع توجيه النظر إلى تدويل مجهودات محاربة ذلك الخطر⁽¹⁾. وقد كان من الطبيعي أن يترتب على كشف تلك الحقيقية السابقة، ضرورة تضافر وتكامل الجهود الدولية نحو اتخاذ مجموعة من التدابير والإجراءات الوقائية، والعلاجية؛ من أجل القضاء على هذا الوباء، واستخلاص أثارة من جسد الدولة والمجتمع الدولي كله.

⁽¹⁾ انظر معنى قريب من ذلك:

Babu, R. Rajesh. "The United Nations convention against corruption: A critical

Over view." Op.cit,P.4.

_Mbaku, John Mukum. "International law and the fight against bureaucratic

corruption in Africa." Op.cit,pp.700-704.

وقد جاءت الاتفاقيات العالمية والإقليمية بوصفها أبرز أدوات القانون الدولي العام من أجل تحقيق التعاون في ذلك الشأن، وقد تضمنت مجموعة من الالتزامات القانونية الواقعة على الدول الأطراف، والرامية إلى تحقيق غاية القضاء على جرائم الفساد بأشكالها المختلفة.

وقد تنوعت التدابير الرئيسية المترتبة عن تلك الاتفاقيات، التي جاءت أولها في التوجه العام نحو "تشديد عقوبات جرائم الفساد مقارنة بغيرها من الجرائم"، وقد كشفت عنه صراحة كل من اتفاقية الأمم المتحدة، والاتفاقية العربية؛ إذ تنص الاتفاقية الأولى على أن "تجعل كل دولة طرف ارتكاب فعل مجرم وفقا لهذه الاتفاقية خاضعا لعقوبات تراعى فيها جسامته ذلك الجرم"⁽¹⁾، كما نصت الثانية على أن "تخضع كل دولة طرف ارتكاب أية جريمة من الجرائم المشمولة بهذه الاتفاقية لجزاءات تراعى فيها خطورة تلك الجريمة، على أن تشدد العقوبات المقررة للأفعال المذكورة وفقا لأحكام قانون العقوبات في حال العود"⁽²⁾.

لم تقف الالتزامات القانونية المترتبة عن المنظومة الاتفاقية الخاصة بالقانون الدولي العام بحسب ما جسده الاتفاقيات الدولية الثلاث لمكافحة الفساد (الأمم المتحدة_ الأفريقية_ العربية) عند هذا الحد، بل توسعت في فرض مجموعة من التدابير والإجراءات الرامية إلى؛ أولاً) محاولة منع الفساد قبل وقوعه، أو ما يمكن أن نسميه

(1) المادة (1/30) من اتفاقية الأمم المتحدة.

(2) المادة (4/6) من الاتفاقية العربية.

التدابير الاستباقية أو الوقائية لمنع الفساد، وثانياً) تدابير هدفها الكشف عن جرائم الفساد التي وقعت بالفعل، وتفعيل إجراءات القضاء عليه، وإزالة أضراره ومعالجة ضحايا.

وهو ما نتعرض له في مطلبين مستقلين على النحو الآتي:

المطلب الأول: التدابير الدولية الوقائية لمنع جرائم الفساد.

المطلب الثاني: التدابير الدولية لمتابعة الفساد وملاحقته.

المطلب الأول

التدابير الوقائية الدولية لمنع جرائم الفساد

يقصد بالتدابير الوقائية هنا، مجموعة التدابير والوسائل المقررة في القانون الدولي العام كما جسدهت الاتفاقيات العالمية والإقليمية المتعلقة بالفساد، والهادفة بصفة أساسية إلى البحث عن مسببات الفساد، ومحاولة تجنب وقوعها منذ البداية بدلاً من انتظار وقوعه بالفعل، ومحاولة معالجته لاحقاً وإزالة آثاره الضارة.

وإعمالاً للتوجه السابق، فقد تضمنت الاتفاقيات الدولية مجموعة من التدابير الوقائية الرامية بصفة أساسية إلى تجنب وقوع الفساد بوصفه مرحلة أولية ومنطقية، وقد تمثلت أهم تلك التدابير في الآتي:

أولاً) الهيئات الوطنية لمنع الفساد ومكافحته :

يعد الافتقار إلى الرقابة أحد أهم العوامل الأساسية لتمكين الفساد⁽¹⁾، لذلك تتمتع فكرة وجود هيئات وطنية لمكافحة الفساد بدعم قوى، إذ يرى فيها البعض إنها الحل العملي الوحيد في البلدان شديدة الفساد، وذلك بشرط أن تتمتع بدعم من أعلى

(1) Prasad, Divya and Flickr, Lázare Eeckeloo " Corruption and Human Rights" Op.cit, P.9.

مستوى سياسي، بالإضافة إلى الاستقلال الكامل من أجل التحقيق في أعلى مستوى من الحكومة⁽¹⁾.

وقد عملت اتفاقية الأمم المتحدة على وجود هيئة داخلية أو أكثر تعمل بوصفها جهة وقائية لمكافحة الفساد، تتمثل مهمتها الأساسية في اتخاذ مختلف الوسائل اللازمة للحيلولة دون وقوع جرائم الفساد التي جرّمتها الاتفاقية⁽²⁾. ولكي تقوم بتلك المهمة بشكل جيد، يجب على الدول الأطراف أن تمنحها ما يلزم من الاستقلالية وبعدها عن أي تأثير لا مسوغ له، فضلا عن توفير ما يلزم من موارد مادية وموظفين متخصصين مدربين على الاضطلاع بهذه المهمة. وتتمثل المهام الأساسية لهذه الهيئات _ كحد أدنى_ في⁽³⁾:

1_ وضع وتنفيذ أو ترسيخ سياسات فعالة منسقة لمكافحة الفساد، تعزز مشاركة المجتمع وتجسد مبادئ سيادة القانون وحسن ادارة الشؤون والممتلكات العمومية والنزاهة والشفافية والمساءلة.

2_ السعى إلى اجراء تقييم دوري لللكوك القانونية والتدابير الادارية ذات الصلة، بغية تقرير مدى كفايتها لمنع الفساد ومكافحته.

(1) Sandgren, Claes. "Combating corruption: the misunderstood role of law." Op.cit, P.729.

(2) المادة 6

(3) المادة 5 _ المادة 1/6.

3_ السعى إلى إرساء وترويج ممارسات فعالة تستهدف منع الفساد.

4_ التعاون مع هيئات مكافحة الفساد الأجنبية ومع المنظمات الدولية والاقليمية ذات الصلة، ويجوز أن يشمل ذلك التعاون المشاركة في البرامج والمشاريع الدولية الرامية إلى منع الفساد.

5_ زيادة المعارف المتعلقة بمنع الفساد وتعميمها.

ولم تغفل الاتفاقية الأفريقية النص على إلزام الدول الأطراف بإنشاء مثل تلك الهيئات، أوتعزيز وجودها إذا كان قد سبق إنشائها. كما أكدت ضرورة " الاستقلال " بوصفها ميزة تميزها ولازمة في عملها المتجه نحو مكافحة الفساد⁽¹⁾. أما فيما يتعلق بالاتفاقية العربية، فقد استعارت نهج وصياغة اتفاقية الأمم المتحدة في هذا الشأن⁽²⁾.

وعلى الرغم من راحة هذا التوجه داخل الاتفاقيات الثلاث، فإن متطلبات الفعالية كانت تقتضى وضع قيد زمني ينبغى خلاله استيفاءه بالنسبة للدول التي صدقت على الاتفاقية، ولم يكن لديها في ذلك الوقت مثل هذه الهيئات.

(1) المادة 5 / 3.

(2) المادة 10 / 10 و 11.

ثانياً) تدابير الوقاية المتعلقة بالقطاع العام:

مما لا شك فيه، أن الواقع العملي قد أثبت أن القطاع العام داخل الدول يعد الأرض الخصبة وبامتياز لنمو الفساد وانتشاره، بل ويحتل نصيب الأسد من حجم ممارسات الفساد داخل الدولة سواء من حيث النطاق الشخصي أو الموضوعي⁽¹⁾. ومن المنطلق السابق فقد حرص القانون الدولي على إيلاء اهتمام خاص بمواجهة بعض الممارسات الضارة في هذا القطاع التي تسهم في زيادة، وتسهيل ارتكاب جرائم الفساد كما انتهت إليها الصكوك الدولية ذات الصلة.

وفي ذلك نجد أن اتفاقية الأمم المتحدة قد اتجهت إلى حث الدول الأطراف إلى مجموعة من التوجهات، التي تمثلت في:

(1) تشير أحدث دراسات (منظمة الشفافية الدولية) لعام ٢٠١٨، والتي تدور حول الكشف عن درجة مستويات الفساد داخل القطاع العام لـ (١٨٠) دولة، وذلك بدرجات من الصفر (فاسد للغاية) إلى ١٠٠ (نظيفة للغاية)، إذ انتهت تلك الدراسة إلى حصول أكثر من ثلثي تلك الدول (١٢٣ دولة) على درجات أقل من ٥٠ في المائة، في حين جاءت الدانمارك على رأس تلك المؤشر بـ 88 درجة. دراسة منشورة عبر الموقع الرسمي للمنظمة، عبر الرابط التالي:

1_ اعتماد نظم خاصة بالمستخدمين المدنيين، وغير المدنيين عند الاقتضاء، تنظم وضعهم الوظيفي وتقوم على معايير الموضوعية، مثل الجدارة والإنصاف والأهلية⁽¹⁾.

2_ العمل على تعزيز النزاهة والأمانة بين موظفيها العموميين، ولها فى ذلك الاستعانة بمدونات أو معايير سلوكية ذات جزاءات تأديبية أو غيرها، مستهداه فى ذلك بالمبادرات التي تتخذها المنظمات الإقليمية والعالمية؛ مثل المدونة الدولية لقواعد سلوك الموظفين العموميين الصادرة عن الأمم المتحدة عام 1996⁽²⁾.

3_ إرساء تدابير تضمن قيام الموظفين العموميين بإبلاغ السلطات المعنية عن أفعال الفساد أثناء أداء وظائفهم، فضلا عن الإفصاح أى أعمال خاصة بهم قد تقضي إلى تضارب في المصالح مع مهامهم كموظفين عموميين⁽³⁾.

وعلى الرغم من أهمية التوجهات السابقة، فضلا عن الطريقة التفصيلية التي صيغ بها هذا الأمر_ وهو ما يعزز تنفيذها والتحقق من ذلك بسهولة وذلك مقارنة بالواجبات العامة ذات العبارات المطاطية والغامضة_، إلا أنه مع ذلك نجد أن كافة التوجهات السابقة لا تتمتع بالإلزام القانونى الكامل، إذ استخدمت نصوص الاتفاقية فى التعبير عنها عبارات مثل " تسعى كل دولة طرف، حيثما اقتضى الأمر ووفقا

(1) المادة 7.

(2) المادة 8.

(3) المادة 8.

للمبادئ الأساسية لنظامها القانوني... " أو " تتظر كل دولة طرف ... " وهو ما
يعنى أنه التزام بالسعى فقط دون الالتزام بضرورة تحقيق النتيجة.

أما فيما يتعلق بالشفافية فى القطاع العام، التى تعد أحد أهم الأدوات الفعالة فى
مكافحة الفساد⁽¹⁾، فإننا نجد أن اتفاقية الأمم المتحدة تارة تتحدث عنها بصفة "
الالتزام ببذل عناية فقط " وذلك فى صورة " السعى إلى ... " حيث أشارت إلى
تعزيز الشفافية داخل القطاع العام، فضلا عن تطلبها بصفة خاصة فى تمويل
الترشيحات لانتخاب شاغلي المناصب العمومية وفى تمويل الأحزاب السياسية⁽²⁾،
وتارة أخرى تتحدث عنها فى صورة " الإلزام القانونى الكامل بتحقيق نتيجة " وذلك
فى صورة " تتخذ كل دولة طرف، وفقا للمبادئ الأساسية لقانونها الداخلى ومع
مراعاة ضرورة مكافحة الفساد، ما قد يلزم من تدابير لتعزيز الشفافية فى إدارتها
العمومية، بما فى ذلك ما يتعلق بكيفية تنظيمها واشغالها وعمليات اتخاذ القرارات
فيها، عند الاقتضاء... "⁽³⁾.

(1) Prasad, Divya and Flickr, Làzarie Eeckeloo "Corruption and Human Rights" Op.cit, P.9.

_Mbaku, John Mukum. "International law and the fight against
bureaucratic
corruption in Africa." Op.cit,P.690.

(2) المادة 7 فقرة 3 و4.

(3) المادة 10.

وتدعيما لأداة الشفافية وأهميتها فى منع الفساد، ذهب السيد " فيل ماتشيزا " مستشار برنامج الأمم المتحدة الإنمائى المعنى بالسياسات العالية لمكافحة الفساد، إلى ضرورة تشجيع مبادرات الشفافية، إذ من المُسلّم به اليوم أن الفساد تتعاظم فرص حدوثه حيثما أتحت فرصة للاختلاس، وكان احتمال انفضاح الأمر ضئيلا، كما تشير الأدلة الواقعية إلى انخفاض هائل فى حالات الفساد فى إطار المشتريات، وتقديم الخدمات حيثما كانت المعلومات متاحة، بما فيها المعلومات المتعلقة بالتراخيص والتصاريح⁽¹⁾.

كذلك أسهبت الاتفاقية فى تناول تفصيلى لمسألة "المشتريات العمومية وإدارة الأموال العمومية"⁽²⁾، حيث فرضت التزاما قانونيا كاملا تجاه الدول الأطراف، تمثل فى الآتى :

1_ اتخاذ الخطوات اللازمة لإنشاء نظم اشتراء تقوم على الشفافية والتنافس وعلى معايير الموضوعية فى اتخاذ القرارات، وتتناول هذه النظم، كحد أدنى :

(أ) توزيع المعلومات المتعلقة بإجراءات وعقود الاشتراء، بما فى ذلك المعلومات المتعلقة بالدعوات إلى المشاركة فى المناقصات، والمعلومات ذات الصلة أو الوثيقة

1) A/HRC/23/26

" تقرير موجز عن حلقة النقاش التي عقدها مجلس حقوق الإنسان بشأن آثار الفساد السلبية على التمتع بحقوق الإنسان " بتاريخ 18 أبريل 2013، ص 10 الفقرة 23.

(2) المادة 9.

الصلة بإرساء عقود، توزيعاً عاماً، مما يتيح لمقدمي العروض المحتملين وقتاً كافياً لإعداد عروضهم وتقديمها.

(ب) القيام مسبقاً بإقرار ونشر شروط المشاركة، بما في ذلك معايير الاختيار وإرساء العقود وقواعد المناقصة.

(ج) استخدام معايير موضوعية ومقررة مسبقاً لاتخاذ القرارات المتعلقة بالمشتريات العمومية، تيسيراً للتحقق لاحقاً من صحة تطبيق القواعد أو الإجراءات.

(د) إقامة نظام فعال للمراجعة الداخلية.

2- اتخاذ التدابير المدنية والإدارية، للمحافظة على سلامة المستندات ذات الصلة بالنفقات والإيرادات العمومية.

3- تتخذ كل دولة طرف، وفقاً للمبادئ الأساسية لنظامها القانوني، تدابير مناسبة؛ لتعزيز الشفافية والمساءلة في إدارة الأموال العمومية. وتشمل هذه التدابير ما يلي (إجراءات لاعتماد الميزانية الوطنية _ الإبلاغ عن الإيرادات والنفقات في حينها _ نظام يتضمن معايير للمحاسبة، ومراجعة الحسابات، وما يتصل بذلك من رقابة _ نظم فعالة وكفؤة لتدبير المخاطر وللمراقبة الداخلية _ اتخاذ تدابير تصحيحية، عند الاقتضاء، في حال عدم الامتثال للاشتراطات المقررة).

وعلى الجانب المقابل نجد الاتفاقية الأفريقية اهتمت هي الأخرى بإرساء مجموعة من التدابير الوقائية الاستباقية لمنع الفساد داخل القطاع العام. وعلى الرغم من قلة

تلك التدابير إذا ما قورنت بما قامت به اتفاقية الأمم المتحدة التي أسهبت تفصيلا في ذلك، فإن نصوص الاتفاقية الأفريقية قد تميزت عنها في الإلزام القاطع بتحقيق نتيجة في مواجهة الدول الأطراف لكافة تلك التدابير والتي صاغتها بمصطلح " تلتزم الدول الأطراف بما يلي ..."، وذلك عكس ما هو منصوص عليه داخل اتفاقية الأمم المتحدة على النحو السابق بيانه.

وقد تمثلت أهم التدابير الوقائية داخل القطاع العام في⁽¹⁾؛ تقديم إقرارات كشف الذمة، إعداد مدونة سلوك ومراقبة تنفيذها، الشفافية والعدالة في إدارة العطاءات والتعيين في الخدمة العامة.

ومن ناحية ثالثة، فإننا نجد الاتفاقية العربية قد استعارت كثيرا من النصوص الموجودة في اتفاقية الأمم المتحدة في ذلك الشأن، التي ظهرت الكثير منها في صورة " الالتزام ببذل عناية " وليس " الالتزام بتحقيق نتيجة"، إذ ذلك ما يستفاد من عبارة " تسعى كل دولة طرف ..."، أو " تنتظر كل دولة طرف ... " وذلك في القيام بالتدابير اللازمة لكل من؛ لشفافية ومنع تضارب المصالح، اعتماد مدونات ومعايير سلوكية، الشفافية والموضوعية فيما يتعلق بالمشتريات والمناقصات العمومية، إبلاغ السلطات المعنية بجرائم الفساد من جانب الموظفين العموميين⁽²⁾.

(1) المادة 7.

(2) المادة 10 فقرات 4 و 5 و 6 و 7.

واستثناءً من النهج السابق، فقد استخدمت الاتفاقية العربية عبارات أكثر تشدداً والزاماً بخصوص بعض التدابير الوقائية، وإن كانت صاغتها بعبارات عامة مطاطة يصعب التحقق من إنفاذها الفعلي، إذ استخدمت الاتفاقية عبارة "تقوم كل دولة طرف... " وذلك من أجل " وضع وتنفيذ وترسيخ سياسات فعالة منسقة للوقاية من الفساد ومكافحته، من شأنها تعزيز مشاركة المجتمع، وتجسيد مبادئ سيادة القانون، وحسن إدارة الشؤون والممتلكات العمومية والنزاهة والشفافية والمساءلة".⁽¹⁾

ثالثاً) تدابير الوقاية المتعلقة بالقطاع الخاص:

لم يكن القطاع الخاص أقل حظاً في إيلاء الاهتمام بتطبيق مجموعة من المعايير الاحتياطية التي من شأنها تقليل فرص وقوع جرائم الفساد داخله⁽²⁾. حيث فرضت اتفاقية الأمم المتحدة مجموعة من الالتزامات الحقيقية في مواجهة الدول الأطراف، ذلك الإلزام الذي يستفاد من مطلع المادة الثانية عشرة المبينة حصرياً لهذه الإجراءات، والتي جاءت صياغتها كالتالي " تتخذ كل دولة طرف ..."، وهي صياغة صريحة في الدلالة على الإلزام بضرورة تبني مجموعة من التدابير؛ لمنع

(1) المادة 10 فقرة 1.

(2) لاقت مسألة إدراج فساد القطاع الخاص داخل الاتفاقية ترحيباً واسعاً من معظم الدول المتفاوضة، ولكن رأى البعض الآخر إنها مسألة معقدة للغاية ومن شأنها إحداث العديد من المشكلات المفاهيمية والقانونية والإجرائية، والتي قد لا تجد حلاً لها.

Dimitri Vlassis, "The Negotiation of the Draft United Nations Convention against Corruption", Op.cit, P.156. /Babu, R. Rajesh. "The United Nations convention against corruption: A critical overview." Op.cit, P.19.

ضلعو القطاع الخاص في الفساد، ولتعزير معايير المحاسبة ومراجعة الحسابات في القطاع الخاص"، كما سمحت الاتفاقية للدول الأطراف _ عند الاقتضاء _ أن تفرض عقوبات مدنية، أو إدارية، أو جنائية فعالة ومنتاسبة وردعة، على عدم الامتثال لهذه التدابير⁽¹⁾.

ولقد أوصت الاتفاقية في ذلك بمجموعة التدابير الرامية إلى تحقيق الغايات السابقة، مثل؛ (تعزيز التعاون بين أجهزة إنفاذ القانون، وكيانات القطاع الخاص ذات الصلة _ العمل على وضع معايير وإجراءات تستهدف صون نزاهة كيانات القطاع الخاص ذات الصلة، بما في ذلك وضع مدونات قواعد سلوك _ تعزيز الشفافية _ منع تضارب المصالح _ ضمان أن تكون لدى المنشأة ضوابط كافية لمراجعة الحسابات داخليا).

(1) تتعاظم الأهمية العملية لهذه التدابير مع تعاظم حجم الدور الذي يقوم به ذلك القطاع اليوم داخل الدول، وهو دور كبير أكدته العديد من الدراسات التي أجريت خلال الفترة الزمنية من 2009 _ 2010، والتي أشارت إلى إحدى صور _ وليس كل الصور _ ذلك القطاع، وهو القطاع الخاص الأجنبي فقط؛ إذ تشير التقديرات إلى وجود 82000 شركة عبر وطنية في جميع أنحاء العالم، بالإضافة إلى وجود 810.000 شركة تابعة الأجنبية، وإنهم مسؤولون عن أكثر من ربع الناتج العالمي الإجمالي وأكثر من ثلث الصادرات العالمية، كما أشارت هذه الدراسات إلى أن هناك شركات عبر وطنية ذات ناتج محلي إجمالي يتجاوز بكثير الناتج المحلي الإجمالي للعديد من الدول. مشار إليهم في:

Ferreira, Luciano Vaz, and Fabio Costa Morosini. "The Implementation of International Anti-Corruption Law in Business: Legal Control of Corruption Directed to Transnational Corporations." Op.cit,P.245.

ومن ناحية أخرى فقد ألزمت الدول الأطراف بضرورة تفعيل رقابتها واتخاذ التدابير اللازمة، لمنع القيام بالأفعال التالية؛ بغرض ارتكاب أي من أفعال الفساد التي جرّمتها الاتفاقية، وهي كالتالي؛ إنشاء حسابات خارج الدفاتر، إجراء معاملات دون تدوينها في الدفاتر أو دون تبيينها بصورة وافية، تسجيل نفقات وهمية، قيد التزامات مالية دون تبيين غرضها على الوجه الصحيح، استخدام مستندات زائفة، الإلتلاف المتعمد لمستندات المحاسبة قبل الموعد الذي يفرضه القانون.

كما ألزمت الدول ألا تسمح باقتطاع النفقات التي تمثل رشاًوى من الوعاء الضريبي، وكذلك سائر النفقات المتكبدة في تعزيز السلوك الفاسد.

وعلى الجانب الآخر، نجد أن الاتفاقية الأفريقية قد حرصت هي الأخرى على فرض التزامات حقيقية في مواجهة الدول الأطراف؛ من أجل اتخاذ مختلف الإجراءات لمنع ومكافحة أعمال الفساد التي يرتكبها موظفو القطاع الخاص، ومن ذلك منع الشركات عن دفع الرشاًوى للفوز بالعطاءات، بالإضافة إلى إقامة آليات لتشجيع مشاركة القطاع الخاص في محاربة المنافسة غير العادلة.

وينبغي الإشارة إلى أن اللتزامات المفروضة على الدول الأطراف في ذلك الشأن يقتصر مجال إعمالها على فرع واحد من القطاع الخاص، وهو القطاع الاقنصادى دون غيره من القطاعات، وذلك عكس ما هو مأخوذ به داخل اتفاقية الأمم المتحدة الذى يشمل كافة فروع القطاع الخاص. ويرجع ذلك إلى أن الاتفاقية الأفريقية قد

ألمحت في أثناء تعريف مصطلح " القطاع الخاص " المستخدم من جانبها، على أنه يعنى قطاع الاقتصاد الوطنى فقط⁽¹⁾.

ومن جانب ثالث، نجد أن الاتفاقية العربية قد سلكت مسلكا يكاد يكون مطابقا لما ورد فى اتفاقية الأمم المتحدة، وذلك من حيث نوعية التوجيهات التى أعلنتها، فضلا عن درجة الالتزام المنصوص عليها⁽²⁾.

رابعاً) التدابير الوقائية الأخرى:

وتشتمل على كلٍ من:

أ) التدابير الوقائية المتعلقة بالجهاز القضائى :

مما لا شك فيه أن افتقار المساءلة أو خللها، تأتى على رأس العوامل المساعدة فى تمكين الفساد⁽³⁾، لذلك فإنه من الطبيعى والمنطق أن تمتد التدابير الوقائية إلى الجهاز الأول المسؤول عن الكشف، والمحاسبة عن جرائم الفساد، وهو الجهاز القضائى والنيابة العامة، إذ من غير المتصور عملا أن يكون الجهاز المسؤول الأول عن مكافحة الفساد هو ذاته غارقا فيه. ولذلك يحمد _ وبامتياز _ لاتفاقية

(1) المادة 1/1.

(2) المادة 10 / 8 من الاتفاقية العربية.

(3) Prasad, Divya and Flickr, Lázarié Eeckeloo "Corruption and Human Rights" Op.cit, P.9.

الأمم المتحدة التتبه لهذه النقطة الخطيرة والتصدى لها بنصوص قاطعة فى إزاميتها. وعلى الرغم من أن قاطعية النصوص فى ترتيب الأثر الملزم التى تمت صياغتها بعبارة " تتخذ كل دولة طرف"، فإن تحديد طبيعة هذه الالتزامات يشوبه الغموض وعدم التحديد، حيث عُبر عنها بـ " تدابير لتدعيم النزاهة ودرء فرص الفساد بين أعضاء الجهاز القضائي. ويجوز أن تشمل تلك التدابير قواعد بشأن سلوك أعضاء الجهاز القضائي..."⁽¹⁾، ومن ثم، فإن تلك الالتزامات تظل دون تحديد واضح وأمثلة عليها، مثل؛ سلامة طرق التعيين فى الوظائف القضائية، وقواعد تنظيم الانتدابات فى الحكومة، والمزايا الممنوحة لهذه السلطة، والشفافية...إلخ.

ومع ذلك، نجد أن الاتفاقية العربية قد أشارت هى الأخرى إلى إحدى هذه الوسائل التى تمثلت فى اتخاذ الإجراءات اللازمة لضمان وتعزيز استقلال الجهاز القضائي ونزاهته⁽²⁾.

(1) المادة 11.

(2) المادة 12 من الاتفاقية.

ب_ التدابير الوقائية المتعلقة بجريمة غسل الأموال⁽¹⁾ :

انفردت الأمم المتحدة بوضع مجموعة من التدابير الوقائية فيما يتعلق بجريمة غسل الأموال⁽²⁾، إذ ألزمت الاتفاقية الدول الأطراف بالآتي:

1_ إنشاء نظام داخلي شامل للرقابة والإشراف على المصارف والمؤسسات المالية غير المصرفية، وكل من يعمل في مجال إحالة الأموال، وذلك مع التشديد على المتطلبات الخاصة بتحديد هوية الزبائن والمالكين المنتفعين، عند الاقتضاء، وحفظ السجلات، والإبلاغ عن المعاملات المشبوهة.

2_ كفالة قدرة السلطات الإدارية والرقابية المعنية على التعاون وتبادل المعلومات على الصعيدين الوطني والدولي، وأن تنظر لتلك الغاية، في إنشاء وحدة معلومات استخبارية مالية تعمل كمركز وطني لجمع وتحليل المعلومات المتعلقة بعمليات غسل الأموال المحتملة، ولتعميم تلك المعلومات.

(1) قدر صندوق النقد الدولي إجمالي الأموال التي يتم غسلها على أساس سنوي بما يعادل 3 إلى 5 في المائة من إجمالي الناتج المحلي في العالم (ما بين 600 مليار دولار و 1.8 تريليون دولار). مشار إليها في :

Babu, R. Rajesh. "The United Nations convention against corruption: A critical overview."Op.cit,P.21,Not.96.

(2) المادة 14.

كما حثت الاتفاقية الدول الأطراف على النظر في تنفيذ تدابير لكشف ورصد حركة النقود والصكوك القابلة للتداول ذات الصلة عبر حدودها، وذلك دون إعاقة حركة رأس المال المشروع بأي صورة من الصور.

كذلك دعت الدول إلى النظر في تنفيذ تدابير مناسبة وقابلة للتطبيق لإلزام المؤسسات المالية بتضمين معلومات دقيقة ومفيدة عن المصدر، والاحتفاظ بها طوال سلسلة عمليات الدفع، بالإضافة إلى فرض فحص دقيق على حالات الأموال التي لا تحتوي على معلومات كاملة عن المصدر.

كما وجهت إلى الاسترشاد بالمبادرات التي اتخذتها المؤسسات الإقليمية والمتعددة الأطراف ضد غسل الأموال، وذلك في إنشاء نظام رقابي وإشرافي داخلي.

وعلى الجانب الآخر، نجد أن الاتفاقية العربية قد أغفلت النص على تدابير مماثلة اقتضاء بمسلكها العام المتجه نحو استعارة منهج وصياغة اتفاقية الأمم المتحدة. ولعل السبب الرئيسي في ذلك الإغفال، هو اكتفاء الدول الأطراف بما سبق أن قامت به دول الجامعة العربية في عام 2010 من اعتماد الاتفاقية العربية لمكافحة غسل الأموال وتمويل الإرهاب⁽¹⁾.

(1) د. محمد حسن السراء/د. عبد الناصر عباس عبد الهادي، الاتفاقية العربية واتفاقية الأمم المتحدة لمكافحة الفساد: تحليل نقدي مقارنة، المرجع السابق، ص 97.

المطلب الثانى

التدابير الدولية لمتابعة الفساد وملاحقته

اشتملت أهم تدابير المتابعة والملاحقة المنصوص عليها فى الوثائق الدولية الثلاث المتعلقة بمكافحة الفساد على التدابير الآتية:

أولاً) تدابير متابعة الالتزامات الدولية الخاصة بمكافحة الفساد:

وشملت كلاً من:

1_ أجهزة المتابعة اللاحقة (المؤتمرات الدورية للدول الأطراف):

مما لا شك فيه أن عملية المراجعة المنظمة والفعالة تساعد بشكل كبير فى إنفاذ قرارات واتفاقيات المنظمات الدولية، خاصة فى ظل ما تتميز به تلك الأخيرة من صفات الدورية والاستمرارية، لذلك فإن عملية تنفيذ أى اتفاقية دولية ستكون أكثر فعالية واحتراماً من جانب الأطراف، وذلك إذا ما تبنت تلك الاتفاقية إنشاء آلية للمتابعة وزودت بالموارد المالية اللازمة والتدريب الكافى⁽¹⁾. كذلك يمكن لعملية الرصد أن تخلق دوراً وقائياً إضافياً فى مكافحة الفساد؛ إذ قد تدفع الدول للمبالغة

(1) انظر معنى قريب من ذلك:

Babu, R. Rajesh. "The United Nations convention against corruption: A critical overview."Op.cit,P.25.

في مجهوداتها المتعلقة بالمكافحة على أمل الحصول على تقييمات إيجابية أفضل بهدف تحسين وتلميع صورتها الدولية⁽¹⁾.

وبناء على الحقيقة السابقة، واستكمالاً لفكرة تدويل مكافحة الفساد، فقد أوجبت اتفاقية الأمم المتحدة على " مؤتمر الدول الأطراف " ⁽²⁾ اتخاذ الإجراءات اللازمة لضمان الالتزام بتنفيذ نصوص الاتفاقية، الذي بدوره قام بإنشاء ما يسمى " آلية استعراض التنفيذ " ⁽³⁾ بمقتضى القرار 1/3، الذي اعتمده الاجتماع الثالث لمؤتمر الدول الأطراف في اتفاقية الأمم المتحدة لمكافحة الفساد في الفترة من 9 إلى 13 نوفمبر عام 2009 ⁽⁴⁾، تلك الآلية التي تعمل بطريقة منتظمة؛ إذ تقوم مهامها الأساسية على ضمان امتثال الدول الأطراف لأحكام الاتفاقية في أنظمتها القانونية

(1) انظر معنى قريب من ذلك :

De Beco, Gauthier. "Monitoring corruption from a human rights perspective." The International Journal of Human Rights, Vol.15.N.7 (2011)pp. 1108.

(2) اتفاقية الأمم المتحدة لمكافحة الفساد، المادة (63) فقرة "4" هـ و.

(3) رابط لكل ما يتعلق بالآلية الاستعراض :

<https://www.unodc.org/unodc/en/corruption/implementation-review-mechanism.html>

(4) راجع نص القرار متاح باللغة العربية عبر الموقع الرسمي لمكتب الامم المتحدة المعنى

بالمخدرات والجريمة، وذلك عبر الرابط التالي : (CAC/COSP/2009/15)

<https://www.unodc.org/documents/treaties/UNCAC/COSP/session3/V0988536a.pdf>

الداخلية، بحيث يتعين عليهم تقديم تقارير دورية إليها ترصد مدى وفائهم بالالتزامات الواقعة عليهم بموجب المعاهدة، كما يمكن لها _ وفى إطار مؤتمر الدول الأطراف _ تقديم توصياته إليهم من أجل تحسين تطبيق الاتفاقية.

وتلتزم " آلية الاستعراض " فى أثناء عملها بالمبادئ العامة للاتفاقية⁽¹⁾، وعلى وجه التحديد بمبدأي المساواة في السيادة والسلامة الإقليمية للدول، فضلا عن عدم التدخل في الشؤون الداخلية للدول، وهو الأمر الذى أعيد التذكير به فى قرار إنشاء تلك الآلية⁽²⁾. وللمؤتمر أن يستعين فى أداء مهامه باستخدام المعلومات ذات الصلة التي تعدها الآليات الدولية والإقليمية الأخرى من أجل مكافحة الفساد، كما له أن ينشئ أى آلية أو هيئة مناسبة للمساعدة على تنفيذ الاتفاقية تنفيذا فعالا⁽³⁾.

(1) المادة 4 من اتفاقية الأمم المتحدة.

(2) تنص الفقرة 5 من قرار إنشاء " آلية الاستعراض " على أنه " وفقا للمادة 4 من الاتفاقية، لا تتخذ الآلية أداة للتدخل فى الشؤون الداخلية للدول الأطراف بل تحترم مبدأي المساواة بين الدول الأطراف وسيادتها، وتجرى عملية الاستعراض بمنأى عن الأهواء السياسية والنزعة الانتقائية.

(3) ينبغى الإشارة إلى أن هناك اتفاقيات إقليمية متعلقة بالفساد سابقة على إبرام الاتفاقية الأممية _ وذلك مثل اتفاقية البلدان الأمريكية لمكافحة الفساد، التي اعتمدها منظمة الدول الأمريكية فى 29 مارس عام 1996 _ لم تنص صراحة على إنشاء مثل هذا الجهاز، وهو الأمر الذى جعلها محلا لانتقادات لاذعة من جانب الفقه الدولى الذى رأى فى ذلك أحد أهم أسباب ضعف تطبيق وفعالية الاتفاقية، ويبدو أن هذا ما دفع أطرافها وبعد سريانها بأربع سنوات إلى إنشاء مثل هذا الجهاز :

على الجانب الآخر نجد الاتفاقية الأفريقية قد تبنت هي الأخرى المسلك ذاته بإنشاء آلية للمراجعة؛ إذ في عام 2009 أنشئ " المجلس الاستشارى لمكافحة الفساد " وذلك إعمالا للمادة 22 من الاتفاقية، وذلك ليعمل بمنزلة أداة متابعة من جانب الاتحاد الأفريقي للتعامل مع الفساد. ويشكل المجلس من 11 خبيرا فى مسائل مكافحة الفساد ينتخبهم المجلس التنفيذي للاتحاد الأفريقي لمدة سنتين قابلة للتجديد، ويعملون بصفتهم الشخصية.

وتمثلت أهم وظائف المجلس فى تعزيز وتشجيع اتخاذ وتطبيق الإجراءات اللازمة لمنع الفساد، فضلا عن تقديم النصح للحكومات حول كيفية معالجة كارثة الفساد والجرائم ذات الصلة فى نطاق اختصاصاتها المحلية وكشفها والمعاقبة عليه، بالإضافة إلى تقديم تقارير سنوية منتظمة إلى المجلس التنفيذي عن التقدم الذى تحزره كل دولة طرف فى الامتثال لأحكام الاتفاقية.

ومن جانب ثالث، فإن الاتفاقية العربية قد استعارت منهج اتفاقية الأمم المتحدة وصياغتها فى ذلك الشأن⁽¹⁾.

Webb, Philippa. "The United Nations Convention against Corruption: global achievement or missed opportunity?." Journal of International Economic Law, Vol. 8, N.1 (2005)p.194.

(1) المادتين 33 و 34 من الاتفاقية العربية.

هذا، وعلى الرغم من اتفاق الصكوك الدولية الثلاثة حول إنشاء آلية دورية منتظمة لمتابعة مدى احترام الدول الأطراف للالتزامات الواقعة عليها بمقتضى الصكوك السابقة، فضلا عما تتمتع به مخرجات وقرارات هذه الهيئات من تقدير واحترام مختلف الدول؛ من أجل تحسين الصورة الوطنية أمام الرأى العام الدولى، إلا إنهم قد خلوا جميعا من منح هذه الآليات القدرة القانونية الذاتية على توقيع عقوبات فى مواجهة أى طرف لا يفى بالتزاماته المدرجة فى أى من تلك الصكوك، وهو الأمر الذى قيّد كثيرا من فاعلية عمل هذه الهيئات، وحسن تحقيقها للأهداف التى أنشئت من أجلها⁽¹⁾.

2_ آلية تسوية المنازعات المتعلقة بتطبيق الاتفاقية بين الدول الأطراف :

فى الحقيقة نجد أن اتفاقية الأمم المتحدة اتخذت خطوات رائعة فى اتجاه خلق آلية دولية فعّالة، لاحقة على نفاذها، ومن شأنها أن تعظم هى الأخرى من فرص متابعة ورقابة تنفيذ بنود الاتفاقية على أرض الواقع. وتتمثل تلك الآلية فيما نصت عليه

⁽¹⁾ راجع معنى قريب من ذلك، فضلا عن عرض مناقشات واقتراحات الدول الأطراف فى اتفاقية الأمم المتحدة حول نطاق سلطات آلية الاستعراض الدورية :

Babu, R. Rajesh. "The United Nations convention against corruption: A critical overview."Op.cit, pp.26_27.

_Mbaku, John Mukum. "International law and the fight against bureaucratic corruption in Africa." Op.cit,P.724.

الاتفاقية من إمكانية عرض أي نزاع ينشأ بين دولتين أو أكثر من الدول الأطراف بشأن تفسير نصوصها أو تطبيقها، وتعدّر تسويته عن طريق التفاوض في غضون فترة زمنية معقولة، على (التحكيم الدولي) بناء على طلب إحدى تلك الدول الأطراف. وإذا لم تتمكن تلك الدول الأطراف، بعد ستة أشهر من تاريخ طلب التحكيم، من الاتفاق على تنظيم التحكيم، جاز لأي من تلك الدول الأطراف أن تحيل النزاع إلى (محكمة العدل الدولية)⁽¹⁾.

ومن ثم، فإن الاتفاقية قد أتاحت للدول الأطراف المتضررة من إخلال إحدى الدول الأطراف الأخرى بأي من التزاماتها في مكافحة الفساد ومنعه، مجموعة من الوسائل القضائية الفعالة _ بجانب الطرق الدبلوماسية (التفاوض) _ التي تمثلت في اللجوء "أولاً" إلى باب التحكيم الدولي، وإذا تعذر ذلك فيمكن اللجوء " ثانياً" إلى طرق باب محكمة العدل الدولية.

(1) تنص المادة 66 والمعنونة بـ"تسوية النزاعات" في فقرتيها الأولى والثانية على أن :
1_ تسعى الدول الأطراف إلى تسوية النزاعات المتعلقة بتفسير أو تطبيق هذه الاتفاقية عن طريق التفاوض.

2_ يعرض أي نزاع ينشأ بين دولتين أو أكثر من الدول الأطراف بشأن تفسير هذه الاتفاقية أو تطبيقها، وتعدّر تسويته عن طريق التفاوض في غضون فترة زمنية معقولة، على التحكيم بناء على طلب إحدى تلك الدول الأطراف. وإذا لم تتمكن تلك الدول الأطراف، بعد ستة أشهر من تاريخ طلب التحكيم، من الاتفاق على تنظيم التحكيم، جاز لأي من تلك الدول الأطراف أن تحيل النزاع إلى محكمة العدل الدولية بطلب يقدم وفقاً للنظام الأساسي للمحكمة.

لكن للأسف الشديد، وعلى الرغم من أن المكنة السابقة قد تسهم فى ضمان الامتثال بنسب قد تصل إلى مائة فى المائة بالالتزامات المتعلقة بالفساد من جانب الدول الأطراف، فإن واضعو الاتفاقية يبدو إنهم قد خشوا أن يتسبب إجبار اللجوء الإجبارى للقضاء والتحكيم الدولى من تخوفات لدى الدول، وعلى النحو الذى قد يؤثر فى درجة القبول العام تجاه التصديق، أو فى التأثير على الانسحاب من الاتفاقية، وهو الأمر الذى جعلهم يجيزوا لأية دولة ترغب فى التصديق أو الانضمام بالحق فى التحفظ واستبعاد ذلك النص من التطبيق عليها⁽¹⁾.

ولعل ما يزيد من حدة الأثر السلبى لإجازة التحفظ على المكنة السابقة، هو ما وصل إليه عدد تحفظات الدول الأطراف، الذى وصل إلى اثنتين وأربعين دولة من أصل (186) دولة صدقت على تلك الاتفاقية⁽²⁾. ومن الجدير بالذكر هنا أن جمهورية مصر العربية ليست من ضمن الدول المتحفظة على تلك المكنة.

(1) تنص الفقرة 3 و 4 من المادة 66 من الاتفاقية على أن : 3_ يجوز لكل دولة طرف أن تعلن، وقت التوقيع على هذه الاتفاقية أو التصديق عليها أو قبولها أو إقرارها أو الانضمام إليها، أنها لا تعتبر نفسها ملزمة بالفقرة 2 من هذه المادة. ولا تكون الدول الأطراف الأخرى ملزمة بالفقرة 2 من هذه المادة تجاه أي دولة طرف أبدت تحفظا من هذا القبيل. 4_ يجوز لأي دولة طرف أبدت تحفظا وفقا للفقرة 3 من هذه المادة أن تسحب ذلك التحفظ في أي وقت بإشعار يوجّه إلى الأمين العام للأمم المتحدة.

(2) راجع عدد الدول الأطراف فى اتفاقية الأمم المتحدة لمكافحة الفساد لعام 2003، التى تحفظت على نص الفقرة الثانية من المادة 66 منها، وذلك عبر الموقع الرسمى للأمم المتحدة من خلال الرابط التالى :

أما فيما يتعلق باتفاقية الجامعة العربية، فعلى الرغم من نهجها العام فى صياغة نصوصها المتجه صوب الاستعارة النصية لكثير من نصوص اتفاقية الأمم المتحدة، فإنها قد خلت من نص مشابه يمنح ذات الإمكانية السابقة الواردة فى الاتفاقية الأخيرة.

ولم يختلف الحال كثيرا بالنسبة للاتفاقية الأفريقية، حيث إنها قد خلت هى الأخرى من نصوص تمنح الإمكانية السابقة للدول الأطراف المتضررة من خروقات الأطراف الأخرى.

ثانيا) مصادرة عائدات الفساد واسترداد موجوداته :

احتلت مسألة مصادرة عائدات الفساد درجة كبيرة من الأهمية من جانب الاتفاقيات الدولية الثلاث، وذلك أمر منطقي وطبيعى فى تحقيق الفعالية القانونية من أجل القضاء على جرائم الفساد بصورها المختلفة⁽¹⁾. كما أنه فضلا عن الأهمية السابقة،

https://treaties.un.org/Pages/ViewDetails.aspx?src=TREATY&mtdsg_no=XVIII-14&chapter=18&clang=_en

آخر زيارة فى 2019/10/30

⁽¹⁾ يمثل استرداد عائدات الفساد قضية حيوية بالنسبة للبلدان النامية على وجه الخصوص، والتي تتعاطم فيها فرص ارتكاب الحالات الكبرى من الفساد، وهو الأمر الذي يسهم فى نقل ثروات وطنية ضخمة إلى المراكز المصرفية والمالية الأجنبية، وهو ما يعرقل جهود الحكومات الجديدة فى توفير الموارد المالية اللازمة لإعادة الإعمار :

–Webb, Philippa. "The United Nations Convention against Corruption: global achievement or missed opportunity?".Op.cit,P.206.

فإن هذه العائدات يمكن استخدامها فى تخفيف حدة الآثار الضارة البالغة والمتنوعة لجرائم الفساد وتعويض ضحاياه _سواء فى مجال حقوق الإنسان أو غيره_ عن مغبة أضراره القاسية، كما أنه يمكن توظيف هذه العائدات فى مساعدة الدول؛ من أجل توفير الاعتمادات المالية اللازمة للوفاء بالمقتضيات القانونية، لإعمال حقوق الإنسان الاقتصادية والاجتماعية وغيرها⁽¹⁾.

ولم تقف الجهود الدولية عند حد ضبط تلك العائدات على أرض الدولة محل وقوع الجريمة، وإنما امتدت تلك الجهود إلى تكريس الالتزام الدولى بضرورة التعاون من أجل استرداد تلك العائدات فى حالة تمكن مرتكب جرائم الفساد من تهريبها عبر الحدود الوطنية إلى دولة أو دول أخرى، وهو الأمر الذى ساعد كثيرا فى إحكام منظومة ضبط وملاحقة هذه العائدات وتحقيق الغاية الأساسية منها.

ونتناول كلاً من الالتزام بمصادرة تلك العائدات، فضلا عن الالتزام بالتعاون الدولى لاسترداد تلك العائدات، وذلك على النحو الآتى:

(1) انظر معنى قريب من ذلك :

Mbaku, John Mukum. "International law and the fight against bureaucratic corruption in Africa." Op.cit,P.715.

1_ مصادرة عائدات الفساد :

مما لا شك فيه أن الانتباه إلى عملية استرداد عائدات الفساد وردها إلى مالكيها الشرعيين، دون الاقتصار على مجرد إيقاع الجزاء الجنائي مجرداً، لهو أمرٌ عظيم التوجه داخل قواعد القانون الدولي لمكافحة الفساد.

وقد اجتمعت الاتفاقيات الدولية الثلاث على تأكيد الالتزام الدولي بمصادرة عائدات جرائم الفساد في هذا الشأن، إذ ذهبت اتفاقية الأمم المتحدة إلى إيقاع التزام قانوني على أطرافها بضرورة مصادرة كافة العائدات الإجرامية المتأتية من أفعال الفساد الواردة في الاتفاقية، بل ولم تغفل الاتفاقية حالة تمكن الفاعل من التصرف في تلك العائدات وفنائها نتيجة ذلك، إذ فرضت في هذه الحالة مصادرة كل أو بعض من ممتلكات ذلك الفاعل وذلك بقيمة تعادل قيمة تلك العائدات⁽¹⁾.

كذلك مدت اتفاقية الأمم المتحدة نطاق تلك المصادرة إلى كافة الممتلكات أو المعدات أو الأدوات الأخرى التي استُخدمت، أو كانت معدّة أو ينتوى استخدامها في ارتكاب أفعال الفساد الواردة بها⁽²⁾. وفي حالة تمكن الفاعل من تحويل هذه العائدات إلى ممتلكات أخرى أو بدلت بها، جزئياً أو كلياً، وجب إخضاع تلك الممتلكات، بدلا من العائدات، للتدابير المشار إليها في هذه المادة. ولم تكتف الاتفاقية بأصول تلك العائدات بوصفه محلاً للمصادرة، وإنما مدت موضوعها كذلك

(1) المادة 1/31 من اتفاقية الأمم المتحدة.

(2) المادة 2/31.

إلى كافة الإيرادات والمنافع الناتجة عن هذه العائدات خلال فترة تواجدها في يد مرتكب جرائم الفساد⁽¹⁾.

وحسنا فعل المشرع الدولي التنبه إلى حالة_ وهو فرض يحدث كثيرا في الواقع العملى_ خاط تلك العائدات الإجرامية بممتلكات أخرى مشروعة، إذ في هذه الحالة أوجبت الاتفاقية إخضاع تلك الممتلكات للمصادرة في حدود القيمة المقدّرة للعائدات المخلوطة⁽²⁾.

لم تقتصر إجراءات ملاحقة عواقب الفساد على الشق الجنائي فقط، ولكن امتدت إلى الشق المدني والإداري أيضا، حيث جاءت المادة 34 من الاتفاقية الأممية لكي تقرّر إدارج حكما مهما ورادعا بدرجة كبيرة في مواجهة الأعمال والتعاقدات الملوثة بالفساد، وهو إجازة أن تقوم الدولة باتخاذ إجراءات انتصافية في مواجهتها،_ ولكن بشرط عدم الإضرار بالغير بحسن النية_، مثل؛ إلغاء أو فسخ عقد أو سحب امتياز أو غير ذلك من الإجراءات الانتصافية المماثلة⁽³⁾.

(1) المادة 6/31.

(2) المادة 5/31.

(3) Babu, R. Rajesh. "The United Nations convention against corruption: A critical overview."Op.cit,P.17.

وتطابق نهج الاتفاقية العربية مع اتفاقية الأمم المتحدة في هذا الشأن، هذا التطابق الذى وصل إلى درجة استعارة ذات الصياغة الموجودة فى الاتفاقية الثانية⁽¹⁾.

أما فيما يتعلق بالاتفاقية الأفريقية، فإنها على الرغم من عدم تشابهها فى الصياغة المقررة فى كلتا الاتفاقيتين السابقتين، اتحدت معهما فى التوجه العام نحو فرض الالتزام القانونى على الأطراف من أجل مصادرة العائدات الإجرامية المتولدة من جرائم الفساد، فضلا عن اقتصار تلك المصادرة على جرائم الفساد الواردة فى الاتفاقية فقط⁽²⁾. وعلى الرغم من حالة التوافق السابقة، فإن الاتفاقية الأفريقية قد اختلفت عنهم فى نقطتين، وهما؛ أولا) أن الإلزام القانونى الوارد بها أقل درجة من الإلزام القانونى الوارد فى كل من اتفاقية الأمم المتحدة والاتفاقية العربية، إذ استخدمت الاتفاقية مصطلح " حسب الاقتضاء " فى تقرير هذا الحكم، وهو الأمر الذى يشير إلى أن الدول الأطراف فى تلك الاتفاقية تتمتع بدرجة اختيار أكبر فى تنفيذه أو عدم تنفيذه مقارنة بالدول الأطراف فى كل من الاتفاقيتين السابقتين، ثانيا) إن نصوص الاتفاقية الأفريقية جاءت مقتضبة إلى حد كبير، إذ لم تتعرض للحالات التى تعرضت لها الاتفاقيتان السابقتان مثل، حالة تحويل العائدات وخطها

(1) انظر المادة 7 من الاتفاقية العربية، ونظيرتها المادة 31 من اتفاقية الأمم المتحدة.

(2) انظر المادة 16 من الاتفاقية الأفريقية.

وموقف كل من (إيرادات عائدات الفساد_ الممتلكات المزعم استخدامها فى جرائم الفساد)⁽¹⁾.

2_ استرداد موجودات الفساد المهربة:

مما لا شك فيه أن الانتباه إلى عملية استرداد عائدات الفساد بعد تهريبها عبر الحدود الوطنية وردّها إلى مالكيها الشرعيين، دون الاقتصار على مجرد إجراءات المصادرة الوطنية بجانب إيقاع الجزاء الجنائى مجردا، لهو أمرٌ عظيم التوجه داخل قواعد القانون الدولى لمكافحة الفساد؛ إذ يشهد الواقع العملى فى كثير من الحالات، أن تُرسل الأموال المدفوعة بطريقة غير مشروعة إلى الخارج خشية مصادرتها حال اكتشاف الجريمة، مما يؤدي إلى حرمان الدولة من هذه الأموال، واستنزاف ثروتها، وهو الأمر الذى يؤثر بشكل خطير فى التنمية الاقتصادية لذلك البلد⁽²⁾.

ووفقا لاتفاقية الأمم المتحدة، فإننا نجدها قد خطت خطوات جدية نحو وضع نظام قانونى ملزم بوصفه قاعدة عامة يسمح باسترداد الممتلكات العائدة من جرائم الفساد

(1) تنص المادة 16 من الاتفاقية فى فقرتها الأولى على أن : 1_ تلتزم كل دولة طرف باتخاذ الإجراءات التشريعية - حسب الاقتضاء - للتمكين مما يلي: (أ) قيام سلطاتها المختصة بالبحث عن الوسائل أو العائدات المتعلقة بأعمال الفساد والتعرف عليها ومتابعتها وإدارتها وتجميدها أو مصادرتها رهنا بصدور حكم نهائي بذلك. (ب) مصادرة العائدات أو الممتلكات التي تتساوى قيمتها مع العائدات التي تحققت نتيجة الجرائم المقررة طبقا لهذه الاتفاقية. (ج) إعادة تحويل عائدات الفساد.

(2) Argandoña, Antonio. "The United Nations convention against corruption and its impact on international companies." Op.cit, P.489.

وإرجاعها إلى مالكيها الشرعيين⁽¹⁾. إذ نجدها قد وضعت التزاما عاما على الدول الأطراف لتتخذ ما قد يلزم من تدابير للسماح لدولة طرف أخرى برفع دعوى مدنية أمام محاكمها لتثبيت الحق في ممتلكات اكتسبت عن طريق ارتكاب جريمة فساد⁽²⁾.

ومن أجل تنفيذ ما سبق، فقد ألفت الاتفاقية على عاتق كل دولة طرف اتخاذ ما قد يلزم من تدابير للسماح لسلطاتها المختصة بتجميد أو حجز الممتلكات، بناء على طلب من الدولة الطالبة، أو حجز صادر من سلطاتها المختصة، وكان الطلب أو الحكم منهما يوفر أساسا معقولا لاعتقاد الدولة المتلقية بأن هناك أسبابا كافية

(1) تعد الدول الأفريقية والنامية من أبرز المستفيدين من إدراج تلك التدابير داخل الاتفاقية الأممية، كما تعد اقتصادات البلدان المتقدمة (مثل الولايات المتحدة الأمريكية، والاتحاد الأوروبي)، وكذلك اقتصادات البلدان التي لديها تسهيلات مصرفية خارجية (مثل سويسرا) جزءا مهما من الفساد العالمي، إذ غالبا ما يشهد الواقع العملي استخدام كثير من موظفي الدول الأفريقية والنامية المتورطون في فساد كبير لتلك الاقتصادات كوجهة مفضلة لعائدات الفساد المتحصل عليها.

_Mbaku, John Mukum. "International law and the fight against bureaucratic

corruption in Africa." Op.cit,P.715.

(2) المادة 53.

لاتخاذ تدابير من هذا القبيل وبأن تلك الممتلكات ستخضع في نهاية المطاف لأمر مصادرة⁽¹⁾.

وعلى الدولة حال تلقيها طلب مصادرة أن تقوم بإحالته إلى سلطاتها المختصة لتستصدر أمراً قضائياً بالمصادرة، وأن تضع ذلك الأمر موضع التنفيذ في حال صدوره؛ أما إذا كان الطلب مرفقاً بحكم من محكمة الدولة الطالبة فعليها أن تحيله إلى سلطاتها المختصة بهدف إنفاذه بالقدر المطلوب⁽²⁾، ومن ثَمَّ فإنَّ الشروع في تنفيذ المصادرة في كلتا الحالتين لا يكون إلا بناءً على أمر قضائي سواء من الدولة الطالبة أو الدولة المتلقية⁽³⁾.

كما يجب على الدولة إثر تلقيها طلب المصادرة، أن تتخذ التدابير اللازمة لكشف الممتلكات والعائدات الإجرامية واقتفاء أثرها وتجميدها، وذلك تمهيداً لمصادرتها في نهاية المطاف، وذلك إما بناءً على أمر صادر عن الدولة الطرف الطالبة، أو عن الدولة الطرف متلقية الطلب⁽⁴⁾.

(1) المادة 2/54_أ، ب.

(2) المادة 1/ 55.

(3) د. محمد حسن السراء/ د. عبد الناصر عباس عبد الهادي، الاتفاقية العربية واتفاقية الأمم المتحدة لمكافحة الفساد: تحليل نقدي مقارنة، المرجع السابق، ص 83.

(4) المادة 2/55.

فى الحقيقة فإن هذا الحكم يمثل تقدماً عملياً كبيراً تجاه استرداد عائدات الفساد، خاصة فى ظل الطابع الملزم المستخدم فى الصياغة. ويلاحظ هنا أن اتفاقية الأمم المتحدة لم تشأ أن تعتق مسلك بعض الاتفاقيات الدولية المتعلقة بالفساد التى لم تطلب صراحةً من الدول الأطراف فيها اتخاذ تدابير تشريعية أو غيرها لمصادرة تلك العائدات، ومن ذلك نجد الاتفاقية الأمريكية لمكافحة الفساد التى اقتضت صياغة نصوصها بحسب المادة (1/15) على مجرد الاقتراح_ومن أجل تسهيل التعاون_ بأن الدول الأطراف عليها تكييف أوامر القانونىة الداخلية لتمكين المصادرة⁽¹⁾، التى جاء نصها كالتى: 1_ وفقاً لقوانينها المحلية المعمول بها والمعاهدات أو الاتفاقات الأخرى ذات الصلة التى قد تكون سارية بين هذه الدول أو فيما بينها، توفر الدول الأطراف لبعضها البعض أكبر قدر ممكن من المساعدة فى تحديد الممتلكات واقتناء أثرها وتجميدها وضبطها ومصادرتها أو العائدات التى تم الحصول عليها أو المشتقة منها أو المستخدمة فى ارتكاب الجرائم المقررة بموجب هذه الاتفاقية⁽²⁾.

(1) Ivory, Radha. " Corruption, Asset Recovery, and the Protection of Property in Public International Law " Op.cit, P.104-105.

(2) " Article XV Measures Regarding Property

1_ In accordance with their applicable domestic laws and relevant treaties or other agreements that may be in force between or among them, the States Parties shall provide each other the broadest possible measure of assistance in the identification, tracing, freezing,

على الرغم من الاستحسان السابق لما جاء فى نصوص اتفاقية الأمم المتحدة فى هذا الشأن، يعاب عليه ما تتضمنه من بعض الضوابط التى تقلل بدرجة كبيرة من فاعليته، وقد تمثلت هذه القيود فى؛ أولاً) أن اتخاذ القرارات السابقة يتم وفقاً لأحكام القانون الداخلى للدولة المتلقية للطلب وقواعدها الإجرائية، أو أى اتفاق قد تكون ملتزمة به تجاه الدولة الطالبة ورهنا بتلك الأحكام والقواعد⁽¹⁾، وهو الأمر الذى قد يتعذر معه إعمال ذلك النص حال افتقاد الدولة المتلقية لأحكام قانونية تنظم ذلك، ثانياً) أنه يجوز للدولة أن ترفض التعاون لأغراض المصادرة، أو أن تلغى التدابير المؤقتة التى سبق أن اتخذتها، وذلك إذا لم تلق أدلة كافية أو فى حينها، أو إذا كانت الممتلكات ذات قيمة لا يعتد بها⁽²⁾.

أما فيما يتعلق بالجهة التى يتعين على الدولة متلقية الطلب تسليمها الممتلكات محل المصادرة، فإنها تتصرف بصفة إجبارية إلى "الدولة الطرف الطالبة" وذلك بشرطين؛ أولهما) أن المصادرة قد تمت بناء على حكم نهائي صادر فى الدولة الطرف الطالبة_ وهو اشتراط يجوز استبعاده من الدولة المتلقية_، ثانياً) أن تكون الممتلكات ناتجة عن اختلاس، أو غسل أموال عمومية، أو عائدة من أى فعل آخر

seizure and forfeiture of property or proceeds obtained, derived from or used in the commission of offenses established in accordance with this Convention. 2_...."

(1) المادة 4/55.

(2) المادة 7/ 55

من أفعال الفساد المنصوص عليه في الاتفاقية واستطاعت الدولة الطالبة أن تثبت للدولة المتلقية بشكل معقول ملكيتها السابقة لتلك الممتلكات، أو عندما تعترف الدولة المتلقية بالضرر الذي لحق بالدولة الطالبة بوصفه أساسًا لإرجاع هذه الممتلكات⁽¹⁾.

وفيما عدا الحالات السابقة، فإن الدولة المتلقية لها مطلق الاختيار في إرجاع الممتلكات إلى الدولة الطرف الطالبة، أو إرجاعها إلى أصحابها الشرعيين السابقين، أو تعويض ضحايا الجريمة⁽²⁾.

أما بالنسبة للاتفاقية الأفريقية فقد تنبعت هي الأخرى لتنظيم هذه المسألة، وإن كانت قد اختصرت بدرجة كبيرة في تناول هذه المسألة. وقد فرضت الاتفاقية التزاما على الدولة الطرف المطلوب منها، وبقدر ما تسمح به قوانينها_ وبناء على طلب الدول الطرف الطالبة، بمصادرة وإرجاع أي شيء اكتسب نتيجة الجريمة المطلوب التسليم بشأنها، ووجد في حوزة الشخص المطلوب عند اعتقاله أو اكتشافه بعد ذلك⁽³⁾.

(1) المادة 3/57_ أ ، ب.

(2) المادة 3/57_ ج.

(3) المادة 16 / 2.

ولا يمنع تسليم الممتلكات التي تمت مصادرتها رفض تسليم الشخص المطلوب أو تعذر تسليمه بسبب وفاته أو اختفائه أو فراره⁽¹⁾.

وعلى الرغم من الطريقة التي عُبر بها عن ذلك الأمر وهي " تلتزم الدولة الطرف المطلوب منها..."، فإن الاتفاقية قد جعلت ذلك الأمر بقدر ما تسمح به القوانين الداخلية للدولة المطلوب منها المصادرة.

كما أكدت الاتفاقية إلزام الدول الأطراف باتخاذ الإجراءات التشريعية _حسب الاقتضاء_ من أجل قيام سلطاتها المختصة بالبحث عن الوسائل، أو العائدات المتعلقة بأعمال الفساد، والتعرف عليها، ومتابعتها، وإدارتها، وتجميدها أو مصادرتها رهنا بصدور حكم نهائي بذلك، بالإضافة إلى مصادرة العائدات أو الممتلكات التي تتساوى قيمتها مع العائدات التي تحققت نتيجة جرائم الفساد المذكورة بالاتفاقية، وكذلك من أجل إعادة تحويل عائدات الفساد⁽²⁾.

على الرغم من التقدم المحرز من الاتفاقية في هذا المجال، فإنه في الحقيقة يعاب عليها إهدارها لفرصة ذهبية سُنحت لها، وهي تناولها مسألة الأثر الرجعي لنصوصها _ولو على الأقل جزئياً_ فيما يتعلق بهذه المسألة؛ إذ لم تتناول الاتفاقية مسألة استرداد عائدات الفساد التي تم الحصول عليها قبل سريان الاتفاقية.

(1) المادة 16 / 3.

(2) المادة 1/16.

أما فيما يتعلق بالاتفاقية العربية، فقد سارت مع الاتجاه العام المتجه صوب توجيه الاهتمام بتنظيم مصادرة، وإعادة عائدات الفساد إلى مالكيها الشرعيين. وقد استعارت الاتفاقية بعض النصوص الواردة في اتفاقية الأمم المتحدة، بل ونقلتها بطريقة شبه حرفية، وقد تركزت أوجه التماثل بالنسبة للمواد المتعلقة بتأكيد أهمية مبدأ الاسترداد، والتعاون الخاص، والجهة التي تؤول إليها الممتلكات التي تمت مصادرتها.

المبحث الثالث

العلاقة بين مكافحة الفساد وتعزيز أعمال حقوق الإنسان

تمهيد:

يتنوع تأثير الفساد بصوره المختلفة، ومن ضمن تلك الآثار إحدائه مجموعة من الانتهاكات لحقوق الإنسان، وتتعدد هذه العلاقة بينهما؛ إذ إلى جانب التأثير العام للفساد في أعمال منظومة حقوق الإنسان ككل، فإنه يمكن في بعض الأحيان تحديد صور من جرائم الفساد تتطوي على انتهاكات لحالات بذاتها لحقوق الإنسان المعترف بها دولياً⁽¹⁾.

ومما لا شك فيه، أن دراسة أثر ممارسات الفساد في حقوق الإنسان، لهو الأمر الذي يعود بفائدة كبيرة في فعالية محاربة الفساد، حيث يجعله يحظى بقدر كبير من الاهتمام الدولي نظراً لمساسه بمسألة " حقوق الإنسان "⁽²⁾ التي تحتل نسبة كبيرة من اهتمامات المنتديات والمحافل الدولية في العصر الحديث، ومن ثمّ مزيد من

⁽¹⁾ يندر في الواقع العملي أن تقتصر احتمالات التأثير المباشر لجرائم الفساد في حق واحد من حقوق الإنسان، إذ إن ترابط تلك الحقوق وتداخلها في الواقع العملي والقانوني، أدى إلى تنوع التأثير المباشر لسلوك الفساد الواحد على العديد من حقوق الإنسان في ذات الوقت.

De Beco, Gauthier. "Monitoring corruption from a human rights perspective." Op.cit, P.1115.

⁽²⁾ راجع للمزيد من التفاصيل حول المقصود بحقوق الإنسان، وما يميزها عن غيرها من المصطلحات المشابهة: د.إبراهيم أحمد خليفة، الالتزام الدولي باحترام حقوق الإنسان وحياته الأساسية (دراسة تحليلية في مضمونه والرقابة علي تنفيذه)، المرجع السابق، ص12-20.

تدويل جهود مكافحة الفساد، كما أنه يفتح الباب أمام إدخال آليات حقوق الإنسان،
مثل (المحاكم الدولية لحقوق الإنسان_ آليات الشكاوى التابعة للأمم المتحدة _
المؤسسات الوطنية لحقوق الإنسان)، وذلك من أجل مواجهة مرتكبي ممارسة الفساد
حال تقاعس الأدوات الوطنية عن أداء دورها المنوط بها أو عدم كفايته⁽¹⁾.

كذلك يمكننا الاستفادة عملياً من كشف حقيقية الارتباط بين جرائم الفساد وحقوق
الإنسان، في التغلب على مشكلة كبيرة معترف بها من الجميع، وهي الصعوبة
البالغة في مقياس ورصد درجة الفساد داخل كل دولة⁽²⁾، إذ استقر الأمر على
صعوبة الوصول إلى مؤشرات حقيقة ذات نتائج مضمونة ومؤكدة تكشف عن حجم
الفساد المستشري داخل الدولة، خاصة وأن جرائمه تقع في جو من السرية المفرطة؛
ولذلك فيمكننا الاستعانة بمؤشر انتهاكات حقوق الإنسان _ التي قطعت فيه الدول
خطوات تقدمية كبيرة بحكم أسبقية العامل الزمني للاهتمام الدولي بحقوق الإنسان،

(1) Bacio–Terracino, Julio. "Corruption as a violation of human rights."

International Council on Human Rights Policy, Forthcoming

(2008)P.4.

_Prasad, Divya and Flicker, Lázare Eeckeloo "Corruption and
Human Rights" Op.cit, P.10.

(2) انظر على سبيل المثال:

Cardona, Luz Angela, Horacio Ortiz, and Daniel Vázquez. "Corruption
and Human Rights: Possible Relations." Human Rights Quarterly, Vol.
40.2 (2018)P.323.

وذلك مقارنة بالعامل الزمنى الحديث والمتأخر للاهتمام الدولى بمكافحة الفساد_
للاستدلال على بوصلة ارتكاب جرائم الفساد سلبيًا وإيجابا داخل الدولة⁽¹⁾. وعلى
ذلك، فإنه يمكننا القول إن الدول صاحبة المعدلات المرتفعة فى ارتكاب جرائم
تنتهك قواعد حقوق الإنسان تكون بالضرورة صاحبة معدلات مرتفعة فى ارتكاب
جرائم الفساد.

وفى ضوء ما سبق، فإننا نتناول فى (مطلب أول) أثر الفساد فى تعطيل الالتزام
العام بإعمال حقوق الإنسان، ثم نتناول فى (مطلب ثان) التطبيقات الخاصة
لتأثير الفساد فى حقوق الإنسان.

(1) لا تخلو عملية مراقبة الفساد ورصده من أهمية عملية؛ إذ تعزز مهمة محاربة الفساد، حيث
تمكن مؤسسات مكافحة الفساد من التعامل معه بكفاءة أكبر، نظرا لما تودى إليه تلك العملية من
تحديد المسؤول عن ممارسات الفساد، التى على أساسها تبنى الخطط والاستراتيجيات المناسبة
للمكافحة:

De Beco, Gauthier. "Monitoring corruption from a human rights
perspective." Op.cit, P.1109.

المطلب الأول

أثر الفساد فى تعطيل الالتزام العام بإعمال حقوق الإنسان

تتعدد أطر المنظومة الاتفاقية الدولية التى يتشكل منها القانون الدولى لحقوق الإنسان⁽¹⁾، التى من أهمها: الإعلان العالمى لحقوق الإنسان الذى تبنته الأمم المتحدة فى 10 ديسمبر 1948، والعهد الدولى الخاص بالحقوق الاقتصادية والاجتماعية والثقافية الذى اعتمده الجمعية العامة للأمم المتحدة بتاريخ 16 ديسمبر 1966، وكذلك العهد الدولى للحقوق المدنية والسياسية الذى اعتمده الجمعية العامة للأمم المتحدة فى 16 ديسمبر عام 1966.

ومن الاستقراء الأولى لغالبية تلك الوثائق الدولية يتضح توافقها على فرض _ سواء بشكل صريح أو ضمنى _ واجب عام يقع على أطرافها، يهدف إلى إعمال منظومة حقوق الإنسان ككل وذلك بصرف النظر عن اختلافات مفاهيم ومفردات كل حق من تلك الحقوق المكونة لهذه المنظومة.

واستناداً على الحقيقة السابقة، فإننا نتعرض لمضمون هذا الالتزام العام ثم نحاول استكشاف مدى تأثير الفساد بمفهومه الدولى الواسع فى تعطيل ذلك الالتزام، وذلك

(1) راجع فى تعريف القانون الدولى لحقوق الإنسان كأحد فروع القانون الدولى، بالإضافة إلى ذكر مجموعة من أهم الاتفاقيات والقرارات والإعلانات الدولية التى تنظم أحد جوانبه الأساسية : د.محمد صافى يوسف، القانون الدولى العام (الجزء الأول)، دار الكتاب الجامعى، ط1 (2018) ص43-48.

من أجل الوصول إلى الصورة الحقيقية، وطبيعة العلاقة بين انتشار الفساد وتوحشه من جانب، وتراجع أعمال منظومة حقوق الإنسان من جانب آخر فيما يتعلق بهذه الزاوية.

ولكن قبل التعرض لمحاولة بحث هذه المسألة، فإننا نتطرق بداية إلى إبراز النصوص الاتفاقية الدولية سواء المتعلقة بالفساد أو بحقوق الإنسان التي تشير إلى تلك العلاقة.

أولاً) العلاقة بين مكافحة الفساد وانتهاك قواعد حقوق الإنسان داخل الصكوك القانونية الدولية:

في البداية يجب الإشارة إلى أن الصكوك القانونية الدولية لم تتعرض إلى معالجة شاملة لكل من الفساد ومسائل حقوق الإنسان بشكل مشترك، وعلى نحو قد يبدو معه للوهلة الأولى عدم وجود ارتباط موضوعي بينهما.

ومع ذلك نجد على الجانب الآخر إشارة واضحة وصريحة إلى العلاقة الوثيقة بين مكافحة الفساد وتعزيز حقوق الإنسان⁽¹⁾؛ إذ نجد ديباجة اتفاقية القانون الجنائي

(1) لم تكن هذه الإشارة من مستحدثات أو اكتشاف الوثائق القانونية الدولية الحديثة، إذ يرتد تاريخ وضع مثل تلك الإشارات إلى أكثر من قرنين من الزمان، حيث بدأ التلميح إلى هذه العلاقة في "إعلان حقوق الإنسان والمواطن" الصادر عن الجمعية التأسيسية الفرنسية الصادر في 26 أغسطس عام 1789، الذي جاء في ديباجته النص التالي "يؤمن ممثلو الشعب الفرنسي المنتظمون في جمعية وطنية أن الجهل بحقوق الإنسان أو نسيانها أو ازديادها أسباب وحيدة وراء المصائب العامة وفساد الحكومات..."

بشأن الفساد، قد ذهبت إلى أن " الدول الأعضاء في مجلس أوروبا والدول الأخرى الموقعة عليها...تؤكد أن الفساد يهدد سيادة القانون والديمقراطية وحقوق الإنسان وفي إشارة إلى بعض مفردات حقوق الإنسان_ تقوض الحكم الرشيد والإنصاف والعدالة الاجتماعية وتشوه المنافسة وتعوق التنمية الاقتصادية وتعرض استقرار المؤسسات الديمقراطية للخطر ..."⁽¹⁾، كذلك الأمر فإن الاتفاقية المدنية قد ذهبت هي الأخرى في ديباجتها إلى أن الدول الأعضاء " تؤكد أن الفساد يمثل تهديدًا رئيسيًا لحكم القانون والديمقراطية وحقوق الإنسان والإنصاف والعدالة الاجتماعية، ويعوق التنمية الاقتصادية..."⁽²⁾.

كذلك الأمر بالنسبة للاتفاقية الأفريقية، إذ تضمنت ديباجة الاتفاقية أكثر من إشارة إلى مسائل حقوق الإنسان، إذ تنص على أن " الدول الأعضاء في الاتحاد

(1) " The member States of the Council of Europe and the other States signatory hereto, ...Emphasizing that corruption threatens the rule of law, democracy and human rights, undermines good governance, fairness and social justice, distorts competition, hinders economic development and endangers the stability of democratic institutions ". council of Europe: criminal law convention on corruption, International Legal Materials Vol. 38, No. 3 (May 1999), pp. 505-516.

(2) " Emphasizing that corruption represents a major threat to the rule of law, democracy and human rights, fairness and social justice, hinders economic development "

الأفريقي،... إذ تدرك أن القانون التأسيسي للاتحاد الأفريقي ينص، بين أمور أخرى على ضرورة تعزيز وحماية حقوق الإنسان والشعوب...وإذ تعي أهمية احترام كرامة الإنسان وتعزيز الحقوق الاقتصادية والاجتماعية والسياسية طبقاً لأحكام الميثاق الأفريقي لحقوق الإنسان والشعوب والوثائق الأخرى ذات الصلة بشأن حقوق الإنسان. " كذلك نوهت الديباجة إلى التذكير بـ "المقرر ... الصادر عن الدورة العادية الرابعة والثلاثين لمؤتمر رؤساء الدول والحكومات ...والذى يطلب من الأمين العام القيام بالتعاون مع اللجنة الأفريقية لحقوق الإنسان والشعوب، بعقد اجتماع رفيع المستوى للخبراء من أجل بحث سبل ووسائل إزالة العقبات التى تحول دون التمتع بالحقوق الاقتصادية والاجتماعية والثقافية، بما فى ذلك مكافحة الفساد...". كما جاء بالمادة الثانية المعنونة بأهداف الاتفاقية_وفى إشارة صريحة_ لتؤكد فى فقرتها الرابعة هدف " تعزيز التنمية الاجتماعية والاقتصادية عن طريق إزالة العقبات التى تحول دون التمتع بالحقوق الاقتصادية والاجتماعية والثقافية وكذلك الحقوق المدنية والسياسية."

كذلك، نجد إشارة صريحة للتأثير المتبادل بين الفساد وحقوق الإنسان داخل اتفاقية الأمم المتحدة، إذ جاءت مقدمة ديباجتها لتؤكد " أن الفساد وباء غادر يترتب عليه نطاق واسع من الآثار الضارة فى المجتمعات. فهو يقوض الديمقراطية وسيادة القانون، ويؤدى إلى انتهاكات حقوق الإنسان وتشويه الأسواق...".

كذلك نجد مجلس حقوق الإنسان التابع للأمم المتحدة قد أكد هو الآخر هذه العلاقة الوثيقة، وذلك بمناسبة تقريره الصادر عام 2013 حول " الآثار السلبية للفساد على التمتع بحقوق الإنسان " إذ انتهى في تقريره إلى أن " هناك أدلة فكرية وعملية على أن الفساد يشكل عقبة كأداء أمام أعمال جميع حقوق الإنسان _ المدنية منها والسياسية والاقتصادية والاجتماعية والثقافية _ والحق في التنمية "(1)، كذلك الأمر على مستوى لجان حقوق الإنسان، إذ أشارت إلى هذه العلاقة لجنة مناهضة التعذيب في تقريرها السنوي الصادر في مارس 2014، والتي أكدت أن هناك علاقة معترفاً بها بين مستويات الفساد داخل الدولة وانتشار التعذيب وسوء المعاملة(2).

لم يختلف الوضع كثيراً بالنسبة للفقهاء الدوليين(3)، الذي أشار هو الآخر إلى طبيعة وحقيقة تلك العلاقة العكسية بين استفحال الفساد وتوحشه وبين تقهقر حقوق

(1) P.11. A/HRC/23/26 متاح باللغة العربية عبر الرابط التالي :

<https://undocs.org/ar/A/HRC/23/26>

(2) مشار إليه في :

_Prasad, Divya and Flickr, Lâzarie Eeckeloo "Corruption and Human Rights" Op.cit, P.14.Note.30.

(3) ومن ذلك على سبيل المثال :

_Ibid,pp.1-59. / De Beco, Gauthier. "Monitoring corruption from a human rights perspective." Op.cit,P.1113/ Babu, R. Rajesh. "The

الإنسان واختفائها، وذلك بعد أن قطع شوطاً محموداً في محاولة استكشاف ووضع تحديد منضبط لمصطلح الفساد بوصفه إجراءً أولياً وضرورياً للكشف عن أثاره المدمرة المختلفة سواء بالنسبة لحقوق الإنسان أو بالنسبة لغيره من الشؤون الأخرى.

ومن ثم، فإننا نجد العديد من المؤشرات التي تكشف عن حقيقة مؤكدة؛ وهي الارتباط الوثيق بين الفساد وحقوق الإنسان، وذلك على نحو الذي يمكن معه التأكيد أن مسؤولية الدولة بمكافحة الفساد ومنعه، إنما تتبع في حقيقتها مما تفرضه عليها التزاماتها الدولية والوطنية بحماية حقوق الإنسان⁽¹⁾. ويمكن استجلاء تلك الحقيقة السابقة بوضوح مما تنص عليه المواثيق الدولية المتعلقة بحقوق الإنسان، ومن ذلك على سبيل المثال⁽²⁾ المادة 2/2 من العهد الدولي للحقوق المدنية والسياسية_ الذي

United Nations convention against corruption: A critical
overview."Op.cit,P. 1.

(1) انظر للمزيد من التفاصيل حول مضمون الالتزام الدولي باحترام حقوق الإنسان وآليات الرقابة الدولية عليه: د.إبراهيم أحمد خليفة، الالتزام الدولي باحترام حقوق الإنسان وحياته الأساسية (دراسة تحليلية في مضمونه والرقابة علي تنفيذه)، المرجع السابق، ص 1-258.

(2) انظر كذلك المادة 2 في فقرتها الأولى من العهد الدولي الخاص بالحقوق الاقتصادية والاجتماعية والثقافية_ الذي اعتمده الجمعية العامة للأمم المتحدة بتاريخ 16 ديسمبر 1966_ والتي تنص على أن : تتعهد كل دولة طرف في هذا العهد بأن تتخذ، بمفردها وعن طريق المساعدة والتعاون الدوليين، ولا سيما على الصعيدين الاقتصادي والتقني، وبأقصى ما تسمح به مواردها المتاحة، ما يلزم من خطوات لضمان التمتع الفعلي التدريجي بالحقوق المعترف بها في هذا العهد، سالكة إلى ذلك جميع السبل المناسبة، وخصوصاً سبيل اعتماد تدابير تشريعية.

اعتمده الجمعية العامة للأمم المتحدة في 16 ديسمبر عام 1966_ التي تنص على أن تتعهد كل دولة طرف في هذا العهد، إذا كانت جملة تدابيرها التشريعية، أو غير التشريعية القائمة لا تكفل فعلا إعمال الحقوق المعترف بها في هذا العهد، بأن تتخذ، طبقا لإجراءاتها الدستورية، ولأحكام هذا العهد، ما يكون ضروريا لهذا الإعمال من تدابير تشريعية أو غير تشريعية.

ويتمثل مضمون هذا الالتزام فيما يتعلق بالفساد بصفة أساسية؛⁽¹⁾ في كل من الاحترام (ومن مقتضاه أن تتجنب الدولة التدابير التي تعرقل أو تمنع التمتع بحقوق الإنسان، كتجريم أفعال الفساد ومحاكمة مرتكبيها من موظفيها)، والحماية (ومن مقتضاها أن تتخذ الدول التدابير اللازمة لمنع الآخرين _ من غير موظفيها _ من التدخل في التمتع بحقوق الإنسان، ومحاسبة الجناة عندما يحدث مثل هذا التدخل). ومن ثمَّ وبالاستناد على تلك الحقيقة السابقة، فإن عدم وفاء الدولة بالالتزامات السابقة، سيكون انتهاكا مباشرا لمواثيق حقوق الإنسان الدولية والوطنية، سواء تضمنت نصوصا صريحة في هذا الشأن أم أغفلت ذلك⁽²⁾.

(1) Prasad, Divya and Flickr, Lâzarie Eeckeloo "Corruption and Human Rights" Op.cit, P.11.

انظر معنى قريب من ذلك: د. إبراهيم أحمد خليفة، الالتزام الدولي باحترام حقوق الإنسان وحرياته الأساسية (دراسة تحليلية في مضمونه والرقابة علي تنفيذه)، المرجع السابق، ص21.

(2) انظر معنى قريب من ذلك:

Hemsley, Ralph. "Human rights and corruption: States' human rights

ثانياً الأثر العام لجرائم الفساد فى انتهاك الالتزام العام بإعمال قواعد حقوق الانسان:

هناك مجموعة من الأفعال الإجرامية المحددة في اتفاقيات مكافحة الفساد لها تأثير عام على الحقوق التي يحميها القانون الدولي لحقوق الإنسان.

وتفسيرا لذلك، فإننا نشير إلى أن الصكوك الدولية لحقوق الانسان قد ألزمت الدول بأن تتخذ، وبأقصى ما تسمح به مواردها المتاحة، ما يلزم من خطوات لضمان التمتع الفعلي التدريجي بالحقوق الاقتصادية والاجتماعية والثقافية، مستعينة فى ذلك بكافة السبل المناسبة⁽¹⁾.

ومما لا شك فيه أن استيفاء الدولة لهذا الالتزام العام لا يقف عند صورة (توفير الموارد المالية المناسبة)، وإنما يمتد كذلك إلى صورة (حسن التصرف فى انفاقها وتوجيهها)، ومن ثمَّ فإنَّ أي سلوك يمس كلتا الصورتين من شأنه أن يؤثر فى استيفاء الدولة لمتطلبات الوفاء بهذا الالتزام العام ويجعله ناقصا.

obligation to fight corruption." Op.cit,P.23.

(1) المادة 1/2 من العهد الدولي للحقوق الاقتصادية والاجتماعية والثقافية. وقريبا من المعنى ذاته، نجد المادة 22 من الإعلان العالمى لحقوق الإنسان تنص على " لكلِّ شخص، بوصفه عضواً في المجتمع، حقٌّ في الضمان الاجتماعي، ومن حقِّه أن تُوفَّر له، من خلال المجهود القومي والتعاون الدولي، وبما يتَّفَق مع هيكل كلِّ دولة ومواردها، الحقوق الاقتصادية والاجتماعية والثقافية التي لا غنى عنها لكرامته ولتنامي شخصيته في حرِّية."

وفى الاتجاه الموازى، فإن هناك بعض أفعال الفساد التى قد تعوق هذا الالتزام العام الواقع على الدولة، خاصة عند معرفة أن حجم التكلفة المالية للفساد تصل فى بعض الدول إلى خسارة بليون دولار سنوياً⁽¹⁾. وتوضيح هذه العلاقة نود الإشارة إلى العلاقة بين بعض صور الفساد من جانب وتحقيق الموارد المالية اللازمة للدولة من أجل القيام بمتطلبات تنفيذ الحقوق الاقتصادية والاجتماعية والثقافية من جانب آخر؛ إذ إن الفساد يؤدي إلى انخفاض معدلات النمو بصفة عامة، نظراً لما يسببه من انخفاض الاستثمار، وهروب الاستثمارات الأجنبية⁽²⁾ فضلاً عن التأثير فى إيرادات الضرائب⁽³⁾، بالإضافة إلى عدم فعالية برامج المعونة الدولية الممنوحة

(1) Wigström, Ophelia. "Corruption, global environmental degradation and multinational corporations—Is there a correlation?." Lund University Publications, (2018) P.42.

(2) د. سمر الأمير غازي/ د. فاروق فتحى السيد، العلاقة بين الفساد والاستثمار الأجنبي المباشر : دراسة تطبيقية على الاقتصاد المصرى خلال الفترة من 1996 - 2016، المجلة العلمية للبحوث التجارية، س5، ع3، (2018) ص175 - 143.

(3) انتهت الدراسات الذي أجراه صندوق النقد الدولي إلى أن أقل الحكومات فسادا تحصيل إيرادات ضريبية تزيد بنسبة 4% من إجمالي الناتج المحلي على ما تحصله البلدان الأخرى في نفس مستوى التنمية الاقتصادية التي بلغت أعلى مستويات الفساد.

" التقرير السنوي لصندوق النقد الدول 2019" ص18. متاح كاملا عبر الموقع الرسمى لصندوق النقد الدولي : <https://www.imf.org/ar/Publications/AREB>

للدول النامية والأقل نمو⁽¹⁾، إذ تؤكد المفوضية السامية لحقوق الإنسان أن البلدان النامية فقدت، في الفترة ما بين عامي 2000 و2009 ما يعادل 8,44 ألف مليار دولار أمريكي في تدفقات مالية غير قانونية، وهو الرقم الذي يعادل 10 أضعاف ما تلقتة من مساعدات أجنبية⁽²⁾.

هذا فضلا عما تسمح به جرائم الفساد عموما من التهرب والاحتتيال في أداء الالتزامات الضريبية، وما لذلك من آثار بالغة الخطورة في الوفاء بديون الدولة العامة، إذ تشير الدراسات إلى أن الدول صاحبة معدلات الفساد المنخفضة تبلغ حجم ديونها العامة 3.1 في المائة من الناتج المحلي الإجمالي، في حين يرتفع هذا الرقم إلى 6.7 في المائة بالنسبة للدول ذات معدلات الفساد المرتفعة⁽³⁾. ولا شك أن هذا الأمر يحد كثيرا من قدرة الدولة على توفير الاعتمادات المالية اللازمة للتشغيل الجيد لمنظومة حقوق الإنسان، وذلك نظرا لتوجيه جزء كبير من مواردها

(1) Argandoña, Antonio. "The United Nations convention against corruption and its impact on international companies." Op.cit,P.481-482.

(2) A/HRC/23/26

" تقرير موجز عن حلقة النقاش التي عقدها مجلس حقوق الإنسان بشأن آثار الفساد السلبية على المتمتع بحقوق الإنسان " بتاريخ 18 أبريل 2013.

(3) Cardona, Luz Angela, Horacio Ortiz, and Daniel Vázquez. "Corruption and Human Rights: Possible Relations." Op.cit, P.319.

المالية إلى الوفاء بأصل وفوائد ديونها العامة بدلا من توجيهها إلى خدمة وإعمال الكثير من متطلبات قواعد حقوق الإنسان الاقتصادية والاجتماعية والثقافية.

ومن الأمثلة العملية لجرائم الفساد التي تحقق تلك النتائج الضارة، نشير إلى جريمة " الرشوة " وهي أحد أبرز صور الفساد وأكثرها تأثيرا في حقوق الإنسان، إذ قد تتسبب في حرمان الخزنة العامة من حصيلة ضريبية كبيرة كانت سوف تؤول إلى الدولة من أحد المشروعات لولا ارتكاب فعل الارتشاء، بهدف تخفيض حجم الوعاء الضريبي، كذلك الأمر في حالة " اختلاس الأموال " المخصصة لتوفير الخدمات الصحية والتعليمية للمواطنين، وهو الأمر الذى يؤثر في مقدرة الدولة على كفالة حقوق الإنسان فى مجانية وسلامة الحق فى الصحة والتعليم، وما إلى ذلك من حقوق الإنسان المتنوعة.

كذلك انتهت العديد من الدراسات الاقتصادية إلى تأكيد العلاقة الراسخة بين زيادة معدلات الفساد داخل الدولة، وانخفاض كل من الاستثمارات الأجنبية⁽¹⁾ من جانب

(1) د. سمر الأمير غازي/ د. فاروق فتحى السيد، العلاقة بين الفساد والاستثمار الأجنبى المباشر : دراسة تطبيقية على الاقتصاد المصرى خلال الفترة من 1996- 2016، المجلة العلمية للبحوث التجارية، س5، ع3، (2018) ص175 - 143.

Hemsley, Ralph. "Human rights and corruption: States' human rights obligation to fight corruption." Op.cit,P.11.

يجدر بنا الإشارة هنا، إلى وجود بعض الدراسات التى تعدد بعض الجوانب الإيجابية المحدودة للفساد، خاصة فيما يتعلق بقضائه على البيروقراطية، وتجنب جمود الجهاز الإدارى، وهو الأمر الذى يدفع عجلة الانتاج والاستثمار: انظر للمزيد فى التعرض لوجهة النظر هذه ووجهة النظر

ونصيب المواطن من الناتج المحلى الوطنى من جانب آخر، وعلى النحو الذى يتضمن إشارة صريحة إلى طبيعة العلاقة بين جرائم الفساد من جانب ومتطلبات التنمية الاقتصادية الوطنية من جانب آخر⁽¹⁾.

من ثم يمكن القول إن ظاهرة الفساد بحسب تعريفها السابق_ وبحسب صورها المجسدة فى مختلف الصكوك الدولية المعنية- تولد ظروفًا ضارة من شأنها أن تمثل عقبة واضحة وهيكلية لإنفاذ حقوق الإنسان الطبيعية كالحق فى المساواة، والتنمية الاقتصادية، وسيادة القانون والعدال، واحترام كرامة الإنسان... إلخ. وبعبارة أخرى فإن منع الفساد ومكافحة انتشاره والمعاقبة عليه سيخلق بالضرورة ظروفًا مناسبة لإعمال حقوق الإنسان على النحو المطلوب.

وعلى ذلك، يمكن القول إن الفساد بصفة عامة يعوق الدولة عن أداء التزاماتها الدولية المالية التى يلقيها عليها القانون الدولى لحقوق الإنسان. كما يؤثر الفساد فى التزام عام آخر، وهو الالتزام بمحاكمة منتهكى حقوق الإنسان بصفة عامة،

المخالفة. د. أشرف محمد السيد سيد/ محمد محمود فتح الله، أثر الفساد على النمو الاقتصادى فى مصر، مجلة البحوث التجارية، مج39، ع1 (2017) ص 279 - 275.

Mbaku, John Mukum. "International law and the fight against bureaucratic corruption in Africa." Op.cit,pp.696-698.

(1) انظر إشارة إلى العديد من تلك الدراسات فى :

Cardona, Luz Angela, Horacio Ortiz, and Daniel Vázquez. "Corruption and Human Rights: Possible Relations." Op.cit, P.318.

وذلك حينما توجه أعمال الفساد_ مثل صورة الرشوة أو صورة عرقلة سير العدالة أو صورة إساءة استغلال الوظائف_ من أجل منع معاقبة مرتكبي تلك الجرائم عما فعلوه.

كذلك يتجلى التأثير العام لجرائم الفساد فى حقوق الإنسان، فيما قد يسببه من تدهور فى جودة أداء الخدمات العامة المقدمة من المؤسسات الصحية والتعليمية والثقافية، وذلك نظرا للاحتكام إلى أداة " الرشوة " فى تحديد الشركات والأفراد التى تكلف بالقيام بها، وذلك بدلا من الاحتكام إلى معيار " الكفاءة "(1). ولا تقتصر خطورة أفعال الفساد عند حد التأثير فى جودة الخدمة فحسب بل قد يتطور الأمر إلى الحرمان منها كليًا، وذلك فى حالة اختلاس الأموال العامة المخصصة لتلبية احتياجات صحية أو تعليمية معينة(2)، وذلك على نحو يؤدى إلى حرمان المواطن من الحصول على أبسط حقوقه كالحق فى الصحة، والتعليم، والضمان الاجتماعى، وما إلى ذلك.

(1) انظر معنى قريب من ذلك:

_Ferreira, Luciano Vaz, and Fabio Costa Morosini. "The Implementation of International Anti-Corruption Law in Business: Legal Control of Corruption Directed to Transnational Corporations." Op.cit,P.244.

(2) De Beco, Gauthier. "Monitoring corruption from a human rights perspective." Op.cit, P.1115.

كذلك قد يتأتى ذلك التأثير العام عن طريق " إساءة استغلال الوظائف" وهو من أشد أنواع الانتهاكات لحقوق الإنسان، وأكثرها انتشارا فى العصر الحديث الذى تميز بانتشار سيطرة رأس المال على مراكز القوى داخل الدولة، خاصة فى ظل الأنظمة القانونية التى تسمح لرجال الأعمال بتولى الوظائف التشريعية والتنفيذية العليا، ومن ثمَّ إحكام قبضتها عليها، واملائها لسياسيات لا ترمى إلى تحقيق المصلحة العامة للدولة، وإنما إلى تحقيق مصلحة خاصة لتلك الأفراد والشركات، وهو ما يتحقق إذا ما انطوت تلك الممارسات على انحرافات فى توجيه الموارد العامة للدولة عن مخصصاتها الأساسية فى تدعيم وإنفاذ متطلبات حقوق الإنسان المختلفة إلى مشاريع وأعمال تخدم مشاريعهم وأعمالهم الخاصة⁽¹⁾.

(1) انظر معنى قريب من ذلك :

Argandoña, Antonio. "The United Nations convention against corruption and its impact on international companies." Op.cit,P.482./ Prasad, Divya and Flickr, Lázare Eeckeloo "Corruption and Human Rights" Op.cit, P.13-14.

المطلب الثانى

التطبيقات الخاصة لتأثير الفساد فى قواعد حقوق الإنسان

لم تقتصر الالتزامات الدولية المتعلقة بحقوق الإنسان التى تفرضها المنظومة الاتفاقية الدولية عند حد الواجب العام المبين فى المطلب السابق، كما أن تلك المنظومة القانونية الدولية لم تتناول حقوق الإنسان بصفة مجملية، بل تعرضت تفصيلاً وعلى نحو ذاتى لكل حق من تلك الحقوق مبينة مفرداته وعناصره الخاصة.

وتدفعنا الحقيقة السابقة أن نلتزم نحن أيضاً بذلك التفصيل، على نحو يتطلب منّا التعرض لأهم تلك الحقوق التى تقوم عليها منظومة حقوق الإنسان المعترف بها دولياً، وبيان كيفية تأثير جرائم وصور الفساد المختلفة على كل حق من تلك الحقوق على حدة.

وهو ما نتناوله بالتفصيل على النحو التالى:

أولاً) الفساد بوصفه عائقاً أساسياً للحق في المساواة وعدم التمييز :

يمثل الحق في المساواة وعدم التمييز أحد أبرز الحقوق التقليدية والأساسية التي يقوم عليها القانون الدولي لحقوق الإنسان، إذ أكد "الإعلان العالمي لحقوق الإنسان" أن جميع الناس متساوين في الحقوق، كما منع إجراء أى تمييز من أي نوع، ومن ذلك التمييز على سبيل المثال؛ الرأي السياسي وغير السياسي، أو الأصل الوطني أو الاجتماعي، أو الثروة، أو المولد، أو أي وضع آخر من مواضع التمييز⁽¹⁾.

يتفق الفقه الدولي على أن الفساد يمثل إخلالاً جسيماً بمبدأ المساواة وعدم التمييز⁽²⁾؛ إذ تؤثر بعض أفعال الفساد مباشرة في إعمال الحق في المساواة، وذلك حينما تؤدي إلى إحداث تمايز بين الأشخاص، أو الشركات في العديد من مجالات تطبيق هذا الحق. ومن هذه المجالات نشير إلى:

1_ الحق في المعاملة المتساوية أمام مقدمى الخدمات العامة والخاصة: فإننا نجد أن هذا الحق يُنتهك من هذه الجهة، في حالة إقدام الشخص على رشوة موظف عمومى أو خاص من أجل الحصول على وضع متميز على أفراد آخرين في وضع

(1) المادة 1، والمادة 2 من الإعلان العالمي لحقوق الإنسان.

(2) Sandgren, Claes. "Combating corruption: the misunderstood role of law." Op.cit, p.724. / Prasad, Divya and Flicker, Lázarié Eeckeloo "Corruption and Human Rights" Op.cit, P.13.

ممائل وربما أفضل لم يستخدموا فعل الارتشاء. ومن ذلك على سبيل المثال، دفع الرشوة من أجل الحصول على وثيقة رسمية رغم عدم استيفاء كافة الشروط المطلوبة، مثل الحصول على رخصة قيادة أو رخصة حمل سلاح، وكذلك دفعها في القطاع الخاص من أجل الحصول على أفضلية الترتيب في تركيب خطوط التليفون متعديا دور من سبقوه في التقديم.

2_ الحق في المعاملة المتساوية في تقديم الخدمات العامة والخاصة: نجد أن الحق في المساواة ينتهك من هذه الزاوية في حالة إقدام شركة على رشوة موظف عمومي أو خاص من أجل الحصول على استثناءات غير مبررة دون منحها لغيرها من الشركات التي لم تستخدم فعل الارتشاء. ومن ذلك تقديمها إلى موظف الجهات الحكومية من أجل الحصول على مزايا ضريبية أفضل، أو مقدمات مدفوعة بنسبة أعلى أو أقل في منح العطاءات الحكومية (مزايدات ومناقصات) المتعلقة بتوريد أو استيراد السلع إلى هذه الجهات، وأيضا في حالة إقدام شركة على رشوة موظف إحدى الشركات الدولية الكبرى؛ من أجل حصولها على اشتراطات أقل صرامة من اشتراطات الوكلاء الآخرين الذين لم يستخدموا فعل الارتشاء في فتح توكيل داخلي لها.

ثانياً) الفساد بوصفه عائقاً للحق في المحاكمة العادلة والمنصفة⁽¹⁾:

اتفقت المواثيق الدولية على كفالة حق الإنسان في محاكمة عادلة ومنصفة، إذ أكد الإعلان العالمي لحقوق الإنسان أن لكل شخص حق اللجوء إلى المحاكم الوطنية المختصة؛ لإنصافه الفعلي من أية أعمال تنتهك الحقوق الأساسية التي يمنحها إياه الدستور أو القانون⁽²⁾. ويقتضى أعمال هذا الحق وتفعيله على أرض الواقع اتباع مجموعة من الإجراءات، التي جاء ذكر بعض منها في مواثيق حقوق الإنسان، وهي كالتالي :

1_ الحق في المحاكمة المستقلة والحايدة والمنصفة⁽³⁾: وهو الأمر الذي قد يتحقق مخالفته عن طريق ارتكاب أفعال معينة من أفعال الفساد؛ مثل الرشوة، أو التهريب والتهديد التي ترمي إلى الإخلال بقواعد العدالة والإنصاف والتأثير في استقلال المحكمة. ومن ذلك على سبيل المثال، تقديم رشوة إلى القاضي من أجل استبعاد بعض الأدلة المؤثرة في الدعوى، ومن ثمَّ النيل من نزاهته واستقلاله، أو تقديمها إلى أحد موظفي المحكمة من أجل إخفاء أو إتلاف أو التلاعب في مستندات موجودة في حيازته، وكانت ذات وزن في توجيه مسار الحكم، كذلك الأمر حال عرضها

(1) انظر فيما يتعلق بملاحظات لجان حقوق الإنسان الموجهة إلى الدول في ذلك الشأن :

Prasad, Divya and Flickr, Làzarie Eeckeloo "Corruption and Human Rights" Op.cit, P.16-18.

(2) المادة 8 من الإعلان.

(3) المادة 10 من الإعلان.

على محامى الخصم؛ من أجل التخاذل فى الدفاع عن موكله، أو إتلاف أو الاستحواذ على مستندات سُلمت إليه من الخصم الآخر.

2_ الحق فى عدم جواز اعتقال أيّ إنسان أو حجزه أو نفيه تعسُّفاً⁽¹⁾: وهو الأمر الذى قد يتحقق الخروج عليه فى حالة ارتكاب إحدى صور الفساد، وهو جرم " إساءة استغلال الوظائف ". ومن ذلك على سبيل المثال، قيام أحد رجال تنفيذ القانون باعتقال أحد المستأجرين لديه فى عقار يملكه؛ من أجل إجباره على ترك المنزل قبل انتهاء مدة الإيجار المتفق عليها فى العقد.

بالإضافة إلى ما سبق، فإنه ينبغى الإشارة إلى أن للفساد أثرا بالغ الأهمية والخطورة فى حقوق الإنسان بصفة عامة، وتفسير ذلك أن الفساد بصورة المختلفة والعديدة؛ مثل الرشوة، وإساءة استغلال النفوذ، وغيرها يمكن أن يوجه إلى منع المساءلة القضائية عن جرائم وانتهاكات حقوق الإنسان، ومن ثم التأثير العام فى أعمال حقوق الإنسان ككل، والتشكيك فى طابعها الإلزامى كذلك.

ثالثا) الفساد بوصفه عائقاً فى ممارسة الحق فى المشاركة السياسية:

تأتى المشاركة السياسية بوصفها إحدى أهم إنجازات المواثيق الدولية المتعلقة بحقوق الإنسان، وأكثر تلك الحقوق إثارة بالنسبة للشأن الداخلى. وقد كفل العهد

(1) المادة 9 من الإعلان.

الدولى للحقوق المدنية والسياسية ذلك الحق⁽¹⁾، إذ أكد كفالاته لكل مواطن وبدون تمييز، وذلك على النحو الذى ينبغى معه السماح ب: 1_ المشاركة في إدارة الشؤون العامة، إما مباشرة، وإما بواسطة ممثلين يختارون في حرية، و2_ أن ينتخب وينتخب، في انتخابات نزيهة تجرى دوريا بالاقتراع العام وعلى قدم المساواة بين الناخبين وبالتصويت السري، تضمن التعبير الحر عن إرادة الناخبين، و 3_ أن تتاح له، على قدم المساواة عموما مع سواه، فرصة تقلد الوظائف العامة في بلده.

ومن صور جرائم الفساد التى يمكن أن تخل بهذا الحق، فإنه يمكننا الإشارة _على سبيل المثال_ إلى جريمة " الرشوة " حينما تدفع إلى أعضاء اللجان الوطنية المشرفة على الانتخابات⁽²⁾، وذلك من أجل التأثير فى قراراتهم، واستبعاد أحد

(1) المادة 25 من العهد الدولى للحقوق المدنية والسياسية، تنص على: يكون لكل مواطن، دون أي وجه من وجوه التمييز المذكور في المادة 2، الحقوق التالية، التي يجب أن تتاح له فرصة التمتع بها دون قيود غير معقولة : (أ) أن يشارك في إدارة الشؤون العامة، إما مباشرة وإما بواسطة ممثلين يختارون في حرية، (ب) أن ينتخب وينتخب، في انتخابات نزيهة تجرى دوريا بالاقتراع العام وعلى قدم المساواة بين الناخبين وبالتصويت السري، تضمن التعبير الحر عن إرادة الناخبين، (ج) أن تتاح له، على قدم المساواة عموما مع سواه، فرصة تقلد الوظائف العامة في بلده.

(2) انظر :

Cardona, Luz Angela, Horacio Ortiz, and Daniel Vázquez.

"Corruption and

Human Rights: Possible Relations." Op.cit, P.321.

المنافسين عن طريق التعنت في تفسير بعض الشروط العامة للترشح، وكذلك الأمر حينما تقدم إليهم من أجل محاباة الراشئ بهدف التجاوز عن استيفائه بعض الشروط القانونية اللازمة في الترشح؛ إذ يتمثل أثر ذلك الفعل الفاسد في الإخلال المباشر بمبدأ المساواة بين المرشحين نحو التوجه في إدارة الشؤون العامة نتيجة التفاضل عن بعض المتطلبات في حق البعض دون الآخرين، كما قد يصل الأمر إلى درجة المصادرة كلية على حق أحد المرشحين في ممارسة حق المشاركة الانتخابية نتيجة ذلك الفعل الفاسد. كذلك الأمر فإن الإقدام على رشوة الناخبين، ينطوى هو الآخر _مثله تماما مثل فعل الفساد السابق_ على إخلال بمتطلب النزاهة، الذي يجب أن يسود عملية الانتخابات بوصفها المعيار العام في منح حق المشاركة السياسية⁽¹⁾.

كذلك الأمر بالنسبة لجريمة "إساءة استغلال الوظائف" التي قد تنتسب في انتهاك بعض قواعد حقوق الإنسان السياسية، ومن ذلك على سبيل المثال؛

1_ انتهاك الحق في حرية التعبير: كُفّل العهد الدولي للحقوق المدنية والسياسية هذا الحق، الذي أكد أن لكل إنسان الحق في اعتناق الآراء، وحرية التعبير دون مضايقة⁽²⁾. ويتحقق هذا الانتهاك في حالة قيام أحد رجال السلطة العامة بالتوسع

(1) De Beco, Gauthier. "Monitoring corruption from a human rights perspective." Op.cit, P.1115.

(2) المادة 19 التي تنص على أن : 1. لكل إنسان حق في اعتناق آراء دون مضايقة. 2. لكل إنسان حق في حرية التعبير. ويشمل هذا الحق حرئته في التماس مختلف ضروب المعلومات والأفكار وتلقيها ونقلها إلى آخرين دونما اعتبار للحدود، سواء على شكل مكتوب أو مطبوع أو

فى إصدار أوامر اعتقال بالمخالفة للمقتضيات القانونية فى حق مجموعة من المعارضين للسلطة الحاكمة؛ بسبب آرائهم وتصرفاتهم السلمية، وذلك بهدف الحصول على ترقية أو مد خدمة أو غير ذلك من المزايا الوظيفية غير المستحقة.

2_ انتهاك الحق فى حرية المعتقد الدينى⁽¹⁾: كفل العهد الدولى للحقوق المدنية والسياسية هذا الحق، والذى أكد أن لكل إنسان الحق فى ممارسة حرية الاعتناق الدينى، وهو ما يشمل من جملة أمور حريته فى إظهار دينه أو معتقده بالتعب وإقامة الشعائر والممارسة والتعليم، بمفرده أو مع جماعة. ويتحقق الانتهاك هنا، فى حالة تعمد أحد موظفى الدولة المختصين التعنت فى منح تراخيص بناء دور عبادة جديدة، أو إصدار أوامر هدم للقائم منها دون مقتضى؛ من أجل تضيق الخناق

فى قالب فنى أو بأية وسيلة أخرى يختارها. 3. تستتبع ممارسة الحقوق المنصوص عليها فى الفقرة 2 من هذه المادة واجبات ومسؤوليات خاصة. وعلى ذلك يجوز إخضاعها لبعض القيود ولكن شريطة أن تكون محددة بنص القانون وأن تكون ضرورية: (أ) لاحترام حقوق الآخرين أو سمعتهم، (ب) لحماية الأمن القومى أو النظام العام أو الصحة العامة أو الآداب العامة.

(1) المادة 18 التى تنص على أن : 1. لكل إنسان حق فى حرية الفكر والوجدان والدين. ويشمل ذلك حريته فى أن يدين بدين ما، وحرية فى اعتناق أى دين أو معتقد يختاره، وحرية فى إظهار دينه أو معتقده بالتعب وإقامة الشعائر والممارسة والتعليم، بمفرده أو مع جماعة، وأمام المأ أو على حدة. 2. لا يجوز تعريض أحد لإكراه من شأنه أن يخل بحريته فى أن يدين بدين ما، أو بحريته فى اعتناق أى دين أو معتقد يختاره. 3. لا يجوز إخضاع حرية الإنسان فى إظهار دينه أو معتقده، إلا للقيود التى يفرضها القانون والتى تكون ضرورية لحماية السلامة العامة أو النظام العام أو الصحة العامة أو الآداب العامة أو حقوق الآخرين وحياتهم الأساسية. 4. تتعهد الدول الأطراف فى هذا العهد باحترام حرية الآباء، أو الأوصياء عند وجودهم، فى تأمين تربية أولادهم دينياً وخلقياً وفقاً لقناعاتهم الخاصة.

على قيام أقلية دينية بممارسة شعائهم الدينية، وذلك بهدف إرضاء الحزب الحاكم أو رؤسائهم الإداريين، وذلك بهدف الحصول على مزية وظيفية غير مستحقة كترقية، أو مد خدمة، أو منصب سياسى فى المستقبل.

رابعاً) الفساد بوصفه عائقاً فى ممارسة الحقوق الاقتصادية والاجتماعية والثقافية :

يلعب الفساد دوراً كبيراً فى الحيلولة دون تحقق الكثير من حقوق الإنسان الاقتصادية والاجتماعية والثقافية، إذ تقوم الدولة بالدور الرئيسى فى تنفيذ متطلبات تلك الحقوق مستعينة فى ذلك بالعقود العامة _بوصفها أهم أدوات الإنفاق العام_ بما تشتمل عليه من مناقصات ومزايدات وأوامر مباشرة، وهى من المجالات الخصبة لتحقق العديد من صور الفساد مثل الرشوة والاختلاس وإساءة استغلال الوظائف، وهو الأمر الذى ينعكس بدوره على تشويه أداء ذلك الإنفاق العام فى تلبية الاحتياجات الأساسية؛ مثل التعليم، والصحة، والبنية الأساسية، وما إلى ذلك⁽¹⁾. وعلى الجانب الآخر فإن القطاع الخاص لم ينجح هو الآخر من تحقيق العديد من أفعال الفساد، وذلك فى أثناء قيامه بمساعدة الدولة فى أعمال تحقيق الكثير من تلك الحقوق.

(1) د. نهلة أحمد أبو العز، تداعيات ظاهرة الفساد وأثرها على النمو الاقتصادى فى أفريقيا : نيجيريا نموذجاً، المرجع السابق، ص 662.

وفى هذا الشأن نجد العديد من صور الفساد التى قد تصل إلى مرتبة ارتكاب جريمة ضد الإنسانية فى حق السكان المدنيين، وذلك حالة ما إذا نتج عنها المجاعة والمرض ونقص الرعاية الطبية لتنتهى بالوفاة فى قطاع كبير منهم، خاصة أنه لم يعد من الضروري اليوم إثبات وجود صلة مباشرة بين الجرائم ضد الإنسانية والنزاع المسلح⁽¹⁾.

ومن تلك الحقوق التى قد تعطلها جرائم الفساد، نذكر منها على سبيل المثال:

1_ الحق فى الصحة :

حرص العهد الدولى للحقوق الاقتصادية على كفالة حق الإنسان فى التمتع ببيئة صحية⁽²⁾، وإعمالاً لهذا الحق فقد فرض مجموعة من التدابير التى يتعين تنفيذها فى هذا الشأن، والتى من بينها؛ تحسين جميع جوانب الصحة البيئية والصناعية، والوقاية من الأمراض الوبائية، والمتوطنة، والمهنية، والأمراض الأخرى وعلاجها ومكافحتها، وتهيئة ظروف من شأنها تأمين الخدمات الطبية والعناية الطبية للجميع فى حالة المرض. ولا تقتصر أهمية هذا الحق الحديث نسبياً عليه فى ذاته، وإنما تتعاضد تلك الأهمية من منطلق ارتباطه الذى لا يقبل التجزئة بمجموعة من الحقوق

(1) Bantekas, Ilias. "Corruption as an international crime and crime against humanity: An outline of supplementary criminal justice policies." Journal of International Criminal Justice, Vol.4, No.3 (2006) pp.474-484.

(2) المادة 12 من الإعلان.

القديمة والراسخة فى القانون الدولى لحقوق الإنسان مثل؛ الحق فى الحياة وفى سلامة البدن، إذ لا مجال للتمتع بتلك الحقوق وغيرها إلا إذ عاش الإنسان فى بيئة صحية ملائمة⁽¹⁾.

وفى هذا الشأن، فإن هناك بعضًا من صور الفساد التى قد تؤدى إلى تعطيل هذا الحق أو إعماله بالكفاءة المطلوبة. ومن تلك الصور تقديم رشوة إلى جهات مراقبة الأدوية للسماح بدخول شحنة من العقاقير غير الآمنة والضارة، كذلك الأمر حالة تقديم رشوة إلى الجهات الحكومية من أجل التجاوز عن استيفاء كافة المتطلبات الصحية، اللازمة للترخيص بإنشاء مصنع يعمل بالأشعة الضارة وسط مناطق مكتظة بالسكان، كذلك يمكن تقديمها من أجل الإغراق غير القانوني للنفايات الخطرة، التى يمكن أن تؤدى إلى أضرار بيئية بالغة وتعرض الصحة العامة للخطر⁽²⁾، ولذلك وُجد أن البلدان التى يستشرى فيها الفساد، تكون معدلات التلوث أعلى بكثير مقارنة بمعدلاته فى البلدان الأقل فسادًا⁽³⁾.

(1) د.جعفر عبد السلام، حق الإنسان فى بيئة صحية مناسبة، مجلة الجامعة الإسلامية، ع 43 (2009) ص 207.

(2) انظر فى المعنى ذاته:

_Prasad, Divya and Flickr, Làzarie Eeckeloo "Corruption and Human Rights" Op.cit, P.13.

(3) Wigström, Ophelia. "Corruption, global environmental degradation and multinational corporations—Is there a correlation?." Op.cit, P.41.

كذلك كفلت الصكوك الدولية المساواة التامة فى ممارسة هذا الحق، وحظر إجراء من أي تمييز بسبب الدين، أو الأصل القومي أو الاجتماعي، أو الثروة، أو النسب، أو غير ذلك من الأسباب⁽¹⁾. وبخصوص هذا الأمر فإن هناك بعض من صور الفساد التى قد تنتهك هذا الحق من تلك الزاوية، وهو ما يتحقق حينما ترتكب أى من تلك الصور بهدف إجراء أى تمييز لا مبرر له فى ممارسة هذا الحق، ومن الأمثلة على ذلك، القيام بتقديم رشوة مادية أو جنسية إلى أحد مسؤولي المؤسسات الطبية من أجل الحصول على أسبقية العلاج، وذلك دون توافر ضرورة طبية، ومتخطيا حالات طبية أكثر خطورة لم تدفع رشوة⁽²⁾، كما قد يتحقق هذا الانتهاج بصور أخرى من جرائم الفساد؛ مثل " إساءة استغلال الوظيفة العامة " كما لو قام التمييز السابق من قبل أحد المسؤولين فى مؤسسة طبية لصالح أحد من أقاربه أو أصدقائه وما إلى ذلك.

(1) المادة 2/2 من العهد الدولي للحقوق الاقتصادية والاجتماعية والثقافية.

(2) تشير أحدث التقارير الصادرة عن منظمة الشفافية الدولية بتاريخ ١١ يوليو عام ٢٠١٩، الذي أُجرى فيه استطلاع لآراء المواطنين فى أفريقيا حول تصوراتهم للفساد، وخبراتهم المباشرة فى الرشوة، شمل 47000 مواطن فى 35 دولة، إلى أن أكثر من شخص من كل أربعة أشخاص ممن حصلوا على الخدمات العامة، مثل الرعاية الصحية، والتعليم، دفعوا رشوة فى العام السابق. وهو الرقم الذى يعادل حوالي 130 مليون شخص. التقرير متاح كاملا عبر الموقع الرسمى للمنظمة من خلال الرابط التالى:

https://www.transparency.org/news/pressrelease/one_in_four_people_in_africa_pay_bribes_survey_says

2_ الحق فى العمل:

كذلك كفلت الصكوك الدولية الحق فى العمل، إذ أكد العهد الدولى للحقوق الاقتصادية أن لكل شخص الحق فى أن تتاح له إمكانية كسب رزقه بعمل يختاره، أو يقبله بحرية⁽¹⁾، بشروط عادلة ومرضية⁽²⁾، وتبنت مجموعة من تدابير بوصفه حدًا أدنى لازمة لكفالة هذا الحق، ومن بينها؛ الحصول على أجر منصف، ومكافأة متساوية لدى تساوى قيمة العمل دون أي تمييز، بالإضافة إلى تمتع الجميع بفرص متساوية فى الترقية داخل عملهم إلى مرتبة أعلى ملائمة دون إخضاع ذلك إلا لاعتباري الأقدمية والكفاءة.

وفى هذا الشأن، فإنه يمكن لجرائم الفساد أن تهدد الحق فى العمل من هذه الزاوية، ومن ذلك على سبيل المثال، التعسف فى منح ترقية مستحقة سواء على أساس الأقدمية أو الاختيار طلبا لرشوة جنسية أو مادية، وكذلك الحرمان من الأجر المتساوى المستحق نظير العمل الذى تحقق طلبا لرشوة جنسية أو مادية كذلك.

(1) المادة 1/6.

(2) المادة 7.

3_ الحق فى التعليم :

كفلت الصكوك الدولية المتعلقة بحقوق الإنسان " الحق فى التعليم " لكل شخص بوصفه أحد الحقوق الأساسية والطبيعية اللازمة لبناء مجتمع سليم قادر على التفكير والابتكار؛ من أجل حل مشكلاته المختلفة. وفى ذلك الشأن تطلب العهد الدولى للحقوق الاقتصادية والاجتماعية تبنى مجموعة من التدابير اللازمة لضمان الممارسة التامة لهذا الحق⁽¹⁾. ومن ضمن تلك التدابير جعل التعليم العالى متاحا للجميع على قدم المساواة تبعا لمعايير الكفاءة⁽²⁾، ومن ثمَّ فإنَّ اللجوء إلى إحدى صور الفساد من أجل التغلب على اعتبارات الكفاءة فى الالتحاق بالتعليم العالى يؤثر فى إعمال هذا الحق. ومن ذلك على سبيل المثال، دفع رشوة إلى المسؤولين عن وضع الاختبارات المؤهلة للالتحاق بالتعليم العالى؛ من أجل تسريب مضمون تلك الاختبارات لدافع الرشوة للحصول على مكان شخص آخر كان يستحق الحصول على ذلك المقعد لو لم تدفع الرشوة، ومن ثمَّ الإخلال بمبدأ المساواة والكفاءة.

(1) المادة 13.

(2) Hemsley, Ralph. "Human rights and corruption: States' human rights obligation to fight corruption." Op.cit,P.24.

الخاتمة

وفى ختام بحثنا فقد توصلنا إلى مجموعة من النتائج والتوصيات، والتي تتمثل أهمها فى الآتى:

أولاً) النتائج :

1_ إن تدويل منع الفساد ومكافحته يعد ظاهرة جديدة فى العلاقات الدولية، تعود بداياتها إلى نهاية القرن العشرين، وتشير تلك الظاهرة إلى القلق البالغ من جانب المجتمع الدولي إزاء تفحل أضرار ذلك السلوك التى تجاوزت الحدود الوطنية للدول، فضلاً عن امتدادها إلى العديد من المجالات، وعلى رأسها الإضرار بحقوق الإنسان المقررة وطنياً ودولياً.

2_ توصلنا إلى أن المفهوم الدولي لـ " جريمة الفساد " قد مر بمرحلة من التطور التدريجى، إذ ظهرت جريمة الرشوة داخل القطاع العام فى بداية الأمر مرادفه لمفهوم جريمة الفساد، وذلك على النحو الذى قد يفهم منه أنه اقتصر عليها وحدها، ثم ما لبث أن تطور الأمر بموجب الاتفاقيات الدولية واتجاهات الفقه الدولي إلى إدخال جرائم أخرى تتدرج على نحو غير حصرى تحت هذا التصنيف، ومن تلك النماذج، نجد كلاً من: 1_ الرشوة 2_ اختلاس الأموال 3_ المتاجرة بالنفوذ 4_ إساءة استخدام الوظائف العمومية 5_ الإثراء غير المشروع 6_ غسل العائدات الإجرامية 7_ عرقلة سير العدالة.

3_ أن الصكوك القانونية الدولية المتعددة قد خلقت مجموعة من الالتزامات الحقيقية فيما يتعلق بمنع الفساد وملاحقته في مواجهة الدول الأطراف، وعلى النحو الذى يمكن معه القول إنها تمهيد لمرحلة انتقالية تخرج فى القريب العاجل_ خاصة فى ظل الوتيرة المتسارعة فى التنفيذ ومتابعتها الجيدة_ الجهود الدولية لمنع الفساد وملاحقته من مرحلة النصوص الاتفاقية ذات النطاق النسبى إلى مرحلة القواعد العرفية العالمية ذات النطاق غير المحدود.

4_ أن القانون الدولى_ وبحسب ما هو مجسد فى الاتفاقيات الدولية الثلاث_ يوفر مجموعة من الأدوات والآليات القانونية الدولية، والوطنية؛ من أجل تقييم ومتابعة تنفيذ الاستحقاقات الوطنية وإجراءات تنفيذ التدابير المختلفة الملقاة على عاتق الدول الأطراف، وذلك مثل المؤتمرات الدورية للدول الأطراف والهيئات الوطنية لمكافحة الفساد.

5_ أنه إذا كان هناك تشابه كبير بين الصكوك الدولية الثلاثة فى تبنى صور الفساد وتعددتها فإن كلاً من الاتفاقية العربية والاتفاقية الأفريقية قد تميزت على اتفاقية الأمم المتحدة فى درجة الالتزام القانونى الموجه للدول الأطراف؛ من أجل إدراج هذه الصور ضمن جرائمها الجنائية؛ إذ إن نصوص كلتا الاتفاقيتين كانت واضحة فى الزاميتها القانونية بتحقيق نتيجة، وليس مجرد السعى إلى ذلك دون اشتراط تحقيق النتيجة.

6_ أنه على الرغم من اتفاق الصكوك الدولية الثلاثة حول إنشاء آلية لمتابعة مدى احترام الدول الأطراف للالتزامات الواقعة عليها بمقتضى الصكوك السابقة، فقد خلوا جميعا من منح هذه الآليات القدرة القانونية الذاتية على توقيع عقوبات فى مواجهة أى طرف لا يفى بالتزاماته المدرجة فى أى من تلك الصكوك، وهو الأمر الذى قيدَ كثيرا من فاعلية عمل هذه الهيئات، وحسن تحقيقها للأهداف التى أنشئت من أجلها.

7_ أن مجهودات القانون الدولى لم تتوقف عند حد منع الفساد ومحاربتة فقط، وإنما امتدت تلك المجهودات إلى علاج آثاره الضارة، كذلك حال وقوعه بالفعل_ مع مراعاة تأمين الحقوق الفردية على قدم المساواة_ خاصة فى ظل تعاظم هذه الآثار لبعض صورته.

8_ إن وباء الفساد وأثاره الضارة تمثل خطرا حقيقيا على أعمال تطبيق قواعد القانون الدولى لحقوق الإنسان المستقرة فى المواثيق والإعلانات الدولية المعنية.

9_ إن أفعال الفساد تؤثر بشكل مباشر فى انتهاك حقوق الإنسان ومجال أعمالها، وأن المجهودات الدولية المبذولة فى منع ومكافحة جرائم الفساد تمثل فى الوقت ذاته مجهودات رامية إلى إنفاذ وحماية حقوق الإنسان التى يكفلها القانون الدولى.

10_ أن هناك ارتباطاً وثيقاً بين ارتكاب جرائم الفساد من جانب، وانتهاك حقوق الإنسان من جانب آخر، وذلك على نحو الذى يمكن معه التأكيد على أن مسؤولية

الدولة بمكافحة الفساد ومنعه، إنما تتبع في حقيقتها مما تفرضه عليها التزاماتها الدولية والوطنية المتعلقة بحماية حقوق الإنسان.

11_ كذلك انتهينا إلى أن التوصل لوجود ارتباط حقيقى بين جرائم الفساد وجرائم حقوق الإنسان كان من شأنه الإسهام فى التغلب على مشكلة صعوبة الوصول إلى مؤشرات حقيقية حول درجة الفساد داخل كل دولة؛ نظرا لوقوعه دائما فى جو من السرية، وهو الأمر الذى يمكننا معه الاستعانة بمؤشر انتهاكات حقوق الإنسان _التي قطعت فيه الدول خطوات تقدمية كبيرة بحكم أسبقية العامل الزمنى للاهتمام الدولى بحقوق الإنسان، وذلك مقارنة بالعامل الزمنى الحديث والمتأخر للاهتمام الدولى بمكافحة الفساد_ للاستدلال على بوصلة ارتكاب جرائم الفساد سلبيًا وإيجابا داخل الدولة.

ثانياً) التوصيات:

1 _ نوصى المشرع الأممي بإدخال بعض التعديلات على اتفاقية الأمم المتحدة، وذلك بهدف التغلب على بعض أوجه النقص في صياغة بعض نصوصها المتعلقة بترتيب الالتزامات في حق الأطراف؛ إذ نجد أن بعض العبارات المستخدمة تسمح بتجنب تنفيذ التزامات وضوابط الاتفاقية، وذلك على الرغم من أهميتها البالغة في مكافحة الفساد ومنعه، وهو الأمر الذي يفضل معه حذفها.

ونقدم بعض الأمثلة لتلك المصطلحات؛ إذ نجد إن المادة 6 (إنشاء هيئة أو هيئات مكافحة الفساد)، والمادة 7 (التدابير الوقائية المتعلقة بالقطاع العام)، والمادة 8 (مدونات قواعد سلوك الموظفين العموميين)، قد جعلت الاتفاقية التزام الدول بهم " حسب الاقتضاء "، وكذلك الأمر بالنسبة للمادة 32 (حماية الشهود والخبراء والضحايا) فقد ربطت الاتفاقية التزام الأطراف بها " في حدود إمكانياتها "، وبالتالي يمكن أن تؤدي أوجه عدم الدقة المذكورة أعلاه إلى ممارسة الكيل بمكيالين، وذلك عندما تفي بعض الدول بأمانة بالضوابط السابقة، في حين أن دولاً أخرى، في إشارة إلى الطبيعة التصريحية لهذه القواعد، لن تفي بتلك الالتزامات.

كذلك الأمر بالنسبة لبعض المواد المتضمنة لبنود وقائية تحد من التزام الدول الأطراف في حالة تعارضها مع دستورها أو مع المبادئ الأساسية لنظامها القانوني، وهذا يعني أن أحد أهداف الاتفاقية، وهو وضع معايير مشتركة في تشريعات الدول الأطراف، قد لا يتحقق على أرض الواقع.

2_ نوصى المشرع الأممي، بإلغاء الفقرة الثالثة من المادة 66 من اتفاقية الأمم المتحدة، التي تجيز لأية دولة عند تصديقها أو انضمامها إلى الاتفاقية أن تحتفظ على نص الفقرة الثانية من المادة ذاتها، وذلك فيما أتاحتها تلك الأخيرة للدول الأطراف من تسوية منازعاتهم المتعلقة بتفسير وتطبيق الاتفاقية عن طريق التحكيم الدولي، أو عن طريق محكمة العدل الدولية. ومما لا شك فيه أن وجود الطرق القضائية، وما تتسم به من فعالية والزامية دولية، سوف تساعد بدرجات كبيرة في تعظيم درجة الالتزام بأحكام الاتفاقية وتعزيز قبضة الرقابة اللاحقة عليها، وهو الأمر الذي ينعكس في النهاية على تعزيز أعمال قواعد حقوق الإنسان المقررة دولياً على أرض الواقع، خاصة في ظل ما تفتقده آلية المتابعة الدورية من سلطات واختصاصات فعّالة في مواجهة الدول المخالفة.

3_ كما نوصى المشرع الدولي فيما يتعلق بآلية المتابعة الدورية لمدى احترام الدول الأطراف للالتزامات الواقعة عليها في الصكوك الدولية السابقة، منح هذه الآليات القدرة القانونية الذاتية على توقيع عقوبات في مواجهة أي طرف لا يفي بالتزاماته المدرجة في أي من تلك الصكوك، وهو الأمر الذي يعزز كثيراً من فاعلية عمل هذه الهيئات وحسن تحقيقها للأهداف التي أنشئت من أجلها.

4_ نوصى المشرع العربي بضرورة تعديل الاتفاقية العربية والأخذ بمنهج كل من المشرع الأممي والأفريقي، وذلك عن طريق إضافة وصف إطارى لمجموعة أفعال الفساد المجرمة بها، والتخلي عن الاكتفاء بالنص على عنوان الجريمة وترك ذلك

التعريف للسلطة التقديرية الكاملة لقانون الدولة الطرف. ومما لا شك فيه أن النهج الجديد سوف يكون من شأنه وضع منهج تجريمى شامل ومتكامل بحيث ينتقى معه أى احتمال للشك أو اللبس أو التعارض بين التشريعات الوطنية، وعلى النحو الذى يسهم فى وضع معايير دولية مشتركة متناسقة لا متعارضة.

قائمة المراجع

أولاً) المراجع باللغة العربية :

أ- الكتب:

1_ د. إبراهيم أحمد خليفة، الالتزام الدولي باحترام حقوق الإنسان وحرياته الأساسية (دراسة تحليلية فى مضمونه والرقابة علي تنفيذه)، دار الجامعة الجديدة (2007) ص1-258.

1_ د. سلامة بن سليم الرفاعى، الهيئة الوطنية لمكافحة الفساد ودورها فى محاربة الفساد المالى (دراسة مقارنة)، القانون والاقتصاد (الرياض)، الطبعة الأولى (2015)، ص1-736.

2_ د. محمد صافى يوسف، القانون الدولى العام (الجزء الأول)، دار الكتاب الجامعى، ط1 (2018) ص1-500.

3_ د. محمود أبكر ددق، الاتفاقيات العربية لمكافحة الفساد لسنة 2010، المجلة القانونية والقضائية (مركز الدراسات القانونية والقضائية_ قطر)، السنة العاشرة، العدد ١، (٢٠١٦)، ص٤٩١ _ ٥٣٨.

4- د. مصطفى محمد محمود عبد الكريم، اتفاقية مكافحة الفساد (نفاذ وتطبيق اتفاقية مكافحة الفساد فى القانون الداخلى وأثرها فى محاكمة الفاسدين واسترداد الأموال)، دار الفكر والقانون، ط1 (2012)، ص1_296.

ب_ المقالات:

1_ د. أشرف محمد السيد سيد/ محمد محمود فتح الله، أثر الفساد على النمو الاقتصادي في مصر، مجلة البحوث التجارية، مج39، ع1 (2017) ص 279 - 275.

2_ د. جعفر عبدالسلام ، حق الإنسان في بيئة صحية مناسبة، مجلة الجامعة الإسلامية، ع 43 (2009) ص 199-217.

3_ د. زياد علي عربية، غسيل الأموال : آثاره الاقتصادية والاجتماعية ومكافحته دولياً وعربياً، مجلة الأمن والقانون (أكاديمية شرطة دبي) مج 12، ع 1 (2004) ص 96-141.

4_ د. سمر الأمير غازي/ د. فاروق فتحي السيد، العلاقة بين الفساد والاستثمار الأجنبي المباشر : دراسة تطبيقية على الاقتصاد المصري خلال الفترة من 1996-2016، المجلة العلمية للبحوث التجارية، س5، ع3، (2018) ص 175 - 143.

5_ د. عادل عبد العال إبراهيم خراشي، آليات مكافحة جرائم الفساد في ضوء اتفاقية الأمم المتحدة لمكافحة الفساد والتشريع المصري والشريعة الإسلامية، مجلة قطاع الشريعة والقانون (جامعة الأزهر - كلية الشريعة والقانون) بالقاهرة، العدد 7، 2017، ص 1-157.

6_ د. عبدالله محمد الهوارى " الفساد والقانون الدولي " مجلة البحوث القانونية والاقتصادية، كلية الحقوق _جامعة المنصورة، العدد 56 (2014)، ص 391-570

7_ د.مازن ليلو راضي، القانون الدولي وعولمة تشريعات مكافحة الفساد، المجلة المصرية للدراسات القانونية والاقتصادية، العدد ١١ يوليو (٢٠١٨)، ص 238-270.

8_ د. محمد حسن السراء/ د.عبد الناصر عباس عبد الهادى، الاتفاقية العربية واتفاقية الأمم المتحدة لمكافحة الفساد «تحليل نقدي مقارنة» "المجلة العربية للدراسات الأمنية والتدريب" الرياض، المجلد 31، العدد 64، (2016) ص 57-108

9_ د.نهلة أحمد أبو العز، تداعيات ظاهرة الفساد وأثرها على النمو الاقتصادى فى افريقيا : نيجيريا نموذجاً، مجلة مصر المعاصرة، ج106، ع519 (2015) ص 643 - 699.

A) Books:

1_ Ebobrah, Solomon, and Armand Tanoh, eds. Compendium of African sub-regional human rights documents. Pretoria University Law Press (PULP)(2010):pp.1-510.

2_ Hughes, Robert. "CORRUPTION." Passage of Change: Law, Society and Governance in the Pacific, edited by Anita Jowitt and Tess Newton Cain, ANU Press, Canberra, (2010):pp.1-357.

3_ Ivory, Radha. " Corruption, Asset Recovery, and the Protection of Property in Public International Law " Cambridge University Press, (2014):pp.1-391.

4_ Nguemegne, Jacques P. " Corruption and Human Development in Africa" Xlibris Corporation (2011):pp.1-219.

5_ Ofosu-Amaah, W. Paatii, Raj Soopramanien, and Kishor Uprety. Combating corruption: a comparative review of

selected legal aspects of state practices and major international initiatives. The World Bank, (1999):pp 1–114.

6_Pellegrini, Lorenzo. Corruption, development and the environment. Springer Science & Business Media, (2011):pp.1–160.

7_Poole–Robb, Stuart, and Alan Bailey "Risky business: Corruption, fraud, terrorism and other threats to global business" London: Kogan Page, (2002):pp.1–300.

8_Wigström, Ophelia. "Corruption, global environmental degradation and multinational corporations–Is there a correlation?."Lund University Publications, (2018):pp.1–83.

B) Articles:

1_ Argandoña, Antonio. "The United Nations convention against corruption and its impact on international companies." Journal of Business Ethics, Vol. 74, No.4 (2007) pp.481–496.

2_ Babu, R. Rajesh. "The United Nations convention against corruption: A critical overview." Available at SSRN 891898 (2006).pp.1–32.

3_ Bacio–Terracino, Julio. "Corruption as a violation of human rights." International Council on Human Rights Policy, Forthcoming (2008) pp.1–36.

4_ Bantekas, Ilias. "Corruption as an international crime and crime against humanity: An outline of supplementary criminal justice policies." Journal of International Criminal Justice, Vol.4, No.3 (2006)pp.1–19.

5_ Cardona, Luz Angela, Horacio Ortiz, and Daniel Vázquez. "Corruption and Human Rights: Possible Relations." Human Rights Quarterly, Vol. 40.2 (2018) pp.317–341.

6_ De Beco, Gauthier. "Monitoring corruption from a human rights perspective." The International Journal of Human Rights, Vol.15.N.7 (2011) pp.1107–1124.

7_ Dimitri Vlassis, "The Negotiation of the Draft United Nations Convention against Corruption", Forum on Crime and Society, Vol.2, N.1, December (2002):pp.153_157.

8_ Ferreira, Luciano Vaz, and Fabio Costa Morosini. "The Implementation of International Anti-Corruption Law in Business: Legal Control of Corruption Directed to Transnational Corporations." AUSTRAL: Brazilian Journal of Strategy & International Relations, Vol.2, N.3 (2013):pp. 257-278.

9_ Hemsley, Ralph. "Human rights and corruption: States' human rights obligation to fight corruption." Journal of Transnational Legal Issues Vol.2.1 (2015): :pp.1-24.

10_ Mbaku, John Mukum. "International law and the fight against bureaucratic corruption in Africa." Arizona Journal of International & Comparative Law, Vol.33, (2016)pp.661_764.

10_ Prasad, Divya and Flickr, Lázarië Eeckeloo "Corruption and Human Rights" Centre for Civil and Political Rights(2019):pp.1-59.

11_ Sandgren, Claes. "Combating corruption: the misunderstood role of law." *Int'l Law*, Vol. 39, (2005):pp.717–731.

12_Snider, Thomas R., and Won Kidane. "Combating corruption through international law in Africa: A comparative analysis." *Cornell Int'l LJ*, Vol 40 (2007):pp.691–748.

13_ Quinones, Eney " L'évolution du droit international en matière de corruption : la convention de l'OCDE" *Annuaire français de droit international*, volume 49, (2003) pp. 563–574

14- Udombana, Nsongurua J. "Fighting Corruption Seriously– Africa's Anti–Corruption Convention." *Sing. J. Int'l & Comp. L*, Vol.7, (2003)pp.467–488.

15_Unzicker, Andrea D. Bontrager. "From Corruption to Cooperation: Globalization Brings a Multilateral Agreement Against Foreign Bribery." *Indiana Journal of Global Legal Studies* (2000):pp.655–686.

16_Webb, Philippa. "The United Nations Convention against Corruption: global achievement or missed opportunity?" *Journal of International Economic Law*, Vol. 8, N.1 (2005)pp. 191–229

17_Wouters, Jan, Cedric Ryngaert, and Ann Sofie Cloots. "The international legal framework against corruption: Achievements and challenges." *Melb. J. Int'l L.* 14 (2013):pp.205–280.

أبحاث في الشريعة الإسلامية

العمل الخيري السعودي الدولي وتطبيقاته في ضوء المقاصد
الشرعية

(مشاريع مركز الملك سلمان للإغاثة والأعمال الإنسانية
نموذجاً)

د. جعفر هني محمد

أستاذ مشارك

المركز الجامعي بغيليزان – الجزائر

د. ناصر هادي فرحان العجمي

عضو الهيئة التعليمية بوزارة الأوقاف – الكويت

مستشار في وزارة التجارة والصناعة – الكويت

ملخص الدراسة:

تهدف هذه الدراسة إلى التعرف على الدور الريادي للمملكة العربية السعودية في دعم البلدان الفقيرة والمنكوبة في العالم ومدى مراعاتها للقواعد والمقاصد الشرعية للعمل الخيري الدولي بالتطبيق على مركز الملك سلمان للإغاثة والأعمال الإنسانية من خلال تسليط الضوء على نشاطاته ومساعداته الخيرية والإنسانية العاجلة في ضوء مقاصد الشريعة الإسلامية.

وقد توصلت الدراسة إلى: سبق وصدارة المملكة العربية السعودية وريادتها في خدمة الأعمال الخيرية في البلدان الفقيرة والأقل نمو، وتميزت مساعدات المملكة بخصائص بارزة من أهمها: أن تكون متنوعة بحسب مستحقيها وظروفهم التي يعيشون فيها أو تعرضوا لها، وقد تنوعت تلك المساعدات في تلك البلدان لتشمل جميع قطاعات العمل الإغاثي و الإنساني (الأمن الإغاثي، إدارة المخيمات، الإيواء، التعافي المبكر، الحماية، التعليم، المياه و الإصحاح البيئي، التغذية، الصحة، دعم العمليات الإنسانية، الخدمات اللوجستية، الاتصالات في الطوارئ)، مُراعية في ذلك المقاصد الشرعية للعمل الخيري (المقاصد الضرورية، والحاجية، والتحسنية وحتى المقاصد الخاصة)، وفي نفس الوقت داعمة للجهود الهادفة إلى زيادة معدلات النمو الاقتصادي والاجتماعي وخفض معدلات الفقر في إطار الأهداف الإنمائية للألفية.

الكلمات المفتاحية: العمل الخيري الدولي، المقاصد الشرعية، البلدان الفقيرة والأقل نمو، السعودية، مركز الملك سلمان للإغاثة والأعمال الإنسانية.

1. مقدمة:

إنَّ الحمد لله نحمده ونستعينه ونتوب إليه ونعوذ بالله من شرور أنفسنا وسيئات أعمالنا، من يهده الله فلا مضل له ومن يضلل فلا هادي له وأشهد ألا إله إلا الله وحده لا شريك له وأشهد أن محمداً عبده ورسوله، صلى الله عليه وعلى آله وأصحابه وسلم تسليماً كثيراً، أمّا بعد:

ازدهر العمل الخيري السعودي وبالأخص أعمال الإغاثة والمعونات الخارجية منذ أن أفاء الله على هذه البلاد بخيره العميم، فخصت حكومة المملكة الرشيدة جزءاً من الميزانية لدعم إخواننا المسلمين وغيرهم في كل مكان في العالم. ويُمكن القول أنَّ المملكة أصبحت بحق الرائدة والراعية الأولى للعمل الخيري والإغاثي على مستوى العالم. فعلى المستوى الخارجي اكتسبت السعودية سمعة عالمية طيبة بكونها من أكثر الدول نشاطاً في مجال العمل الخيري في مختلف أنحاء العالم.

لقد لعب العمل الخيري السعودي الدولي دوراً كبيراً في تعزيز علاقاتها الدولية وإبراز دورها في مساعدة الدول المنكوبة والفقيرة على المستوى العالمي، ويتجلى ذلك من خلال الدعم المادي و الإنمائي الريادي الذي قدمته المملكة للبلدان الفقيرة على مدى أربعة عقود، فقد سجل التاريخ الحديث والمعاصر صدارة وسبق المملكة العربية السعودية في خدمة القضايا التنموية الإسلاميّة، حيث جعل كافة من تولى الحكم ببلاد الحرمين الشريفين من الملوك الخيرة البررة دعم الشعوب المستضعفة والفقيرة من أولويات سياستهم الخارجية، ومن هذا المنطلق دأبت المملكة على مد جسر التعاون مع هذه الدول للنهوض باقتصادها، إيماناً منها بحاجتها للمساعدة وبمسئوليتها كبلاد الحرمين الشريفين وقبلة المسلمين، وبحتمية التعاون والتضامن بين أعضاء المجتمع الدولي، ولقد تنامي هذا الدور واتسع نطاقه مع تنامي قدرات المملكة وإمكاناتها.

2. أهمية البحث وحيثياته: في ضوء التطورات المالية والاقتصادية خلال العقدين الماضيين أضحت التحدي الرئيسي الذي يواجه البلدان الفقيرة والأقل نمو هو الحد من الفقر ومواجهة مشاكل ارتفاع أسعار المواد الغذائية والحد من أثر المضاعفات الناجمة عن الأزمة المالية العالمية، إضافة إلى تحديات التنمية التقليدية من ضعف البنية التحتية والمستوى المتدني للإنتاجية والخدمات الصحية والتعليمية.

انطلاقاً من دور المملكة العربية السعودية الإنساني والريادي تجاه المجتمع الدولي في شتى أنحاء العالم، واستشعاراً منها بأهمية هذا الدور المؤثر في رفع المعاناة عن الإنسان ليعيش حياة كريمة، بادرت بإنشاء مركز الملك سلمان للإغاثة والأعمال الإنسانية، ليكون مركزاً دولياً مخصصاً للأعمال الإغاثية والإنسانية، دُشنت أعماله في مايو من العام 2015 ، بتوجيه ورعاية كريمة من خادم الحرمين الشريفين الملك سلمان بن عبد العزيز أيده الله، ويعتمد المركز في أعماله على ثوابت تنطلق من أهداف إنسانية سامية، تركز على تقديم المساعدات للمحتاجين وإغاثة المنكوبين في أي مكان من العالم بألية رصد دقيقة وطرق نقل متطورة وسريعة، تتم من خلال الاستعانة بمنظمات الأمم المتحدة والمنظمات غير الربحية الدولية و المحلية في الدول المستفيدة ذات الوثوقية العالية.

3. إشكالية الدراسة: تتمثل إشكالية الدراسة في ما يلي:

ما مدى اهتمام المملكة العربية السعودية بالمقاصد الشرعية في تقديم المساعدات الخيرية الدولية؟ وما مدى مساهمة مشاريع مركز الملك سلمان للإغاثة والأعمال الإنسانية في دعم البلدان الفقيرة في العالم؟

4. الأسئلة فرعية: تتفرع الإشكالية الرئيسية إلى الأسئلة الفرعية التالية:

• ما واقع العمل الخيري

السعودي في الداخل والخارج؟

- ما دور المملكة العربية السعودية في رعاية العمل الخيري الدولي؟
- إلى أي مدى ساهمت المملكة العربية السعودية في خدمة العمل الخيري الدولي ومراعاة مقاصده الشرعية؟
- ما أهم الإجراءات والمبادرات التي اتخذتها المملكة العربية السعودية لتفعيل العمل الخيري في إطار رؤية المملكة 2030؟
- هل راعت حكومة المملكة العربية السعودية مقاصد الشريعة الإسلامية عند تقديمها للأعمال الخيرية الدولية؟

أهداف البحث:

1. تسليط الضوء على جهود المملكة العربية السعودية في خدمة العمل الخيري دولياً.
2. إبراز دور المملكة العربية السعودية في مراعاة المقاصد الشرعية للعمل الخيري الدولي.
3. الإشادة بالدور الريادي الذي تلعبه المملكة العربية السعودية في إغاثة البلدان الفقيرة والأقل دخلاً.
4. التعرف على دور مركز الملك سلمان للإغاثة والأعمال الإنسانية في التخفيف من معاناة المحتاجين في البلدان الفقيرة.

المنهج العلمي للبحث: تعتمد هذه الدراسة على المنهج الوصفي التحليلي في تحليل المؤشرات ذات الصلة بمساهمة المملكة العربية السعودية في خدمة العمل الخيري وإغاثة المحتاجين في البلدان الفقيرة والأقل نمواً، وذلك استناداً إلى البيانات المحلية

الصادرة عن وزارة الشؤون الاجتماعية ومركز الملك سلمان للإغاثة والأعمال الإنسانية.

خطة البحث: في إطار الإجابة على إشكالية الدراسة تمّ تقسيم البحث إلى ثلاث مباحث:

المبحث الأول: العمل الخيري السعودي الدولي: مؤسساته، قنواته، قواعده ومقاصده الشرعية.

المبحث الثاني: تفعيل الدور التنموي للعمل الخيري السعودي في ظل رؤية المملكة (2030).

المبحث الثالث: مشاريع مركز الملك سلمان للإغاثة والأعمال الإنسانية في ضوء مقاصد الشريعة الإسلامية.

المبحث الأول

العمل الخيري السعودي الدولي: مؤسساته، قنواته، قواعده ومقاصده الشرعية

إنَّ العمل الخيري القائم على الإغاثة العالمية، والذي يُعين الإنسان في أزمات الحروب والنكبات، والذي يلعب الدور الأهم في محاربة الفقر وتعزيز القيم الإنسانية، لهو جدير بتمية العلاقات الدولية، وتعميق التواصل الحضاري الإنساني بين الشعوب. ولعل تنمية العلاقات الدولية أمر واضح الحصول أثناء الوقوع في الأزمات، وهذا شيء يشكر للدول مجتمعة حين تضامنها في أوقات النزاعات والحروب والكوارث الطبيعية¹.

تحملت المملكة العربية السعودية أعباء ومسؤولية العمل الخيري منذ بداية تأسيسها على يد الملك عبد العزيز طيب الله ثراه حين كان منافحاً وداعماً لقضية فلسطين التي لازالت تحت وطأة الاحتلال اليهودي حتى الآن إضافة لبعض الأعمال الخيرية التي تقدم للمواطنين في بداية عهده واستمرت مع أبنائه حتى الوقت الحاضر الذي يشهد فيه العمل الخيري دعماً منقطع النظير، وفتحت الباب على مصراعيه للمؤسسات والجمعيات الخيرية لتعمل في الداخل والخارج لتلمس احتياجات الناس وتقديم الدعم الإغاثي للمسلمين في الخارج وفق إمكانيات هذه المؤسسات مع دعم خاص ومستقل من الدولة للكثير من قضايا المسلمين المتعددة،

¹ لمزيد من التفصيل حول دور العمل الخيري الدولي في تنمية العلاقات الدولية أنظر: محمد المجالي، المؤسسات الخيرية ودورها في تنمية العلاقات الدولية والتواصل الحضاري، العمل الخيري الخليجي الثالث، دائرة الشؤون الإسلامية والعمل الخيري، دبي، الإمارات العربية المتحدة، 2008.

ويدلل هذا الاهتمام على الدور القيادي المناط بها فهي رائدة للعمل الإسلامي في العالم، وتحتضن الحرمين الشريفين ومهبطا للوحي ومنبعا للرسالة.

أولاً: المؤسسات الخيرية السعودية الدولية

يمتد نشاط العمل الخيري السعودي بالخارج إلى أكثر من 80 دولة، تتقاسمها أكثر من 22 هيئة ولجنة ومؤسسة خيرية سعودية، فيما تتنوع الأنشطة ما بين الإغاثي والاجتماعي والدعوي والتربوي والتعليمي، وتقدر الميزانيات السنوية لتلك الأعمال بمئات الملايين من الريالات، وهو ما يمثل 70% من العمل الإغاثي الإسلامي على مستوى العالم. في الوقت الذي تتبع الجمعيات الخيرية ذات النشاط المحلي للوزارات المذكورة وفق نظمها ولوائحها المعتمدة، فإن المؤسسات الخيرية ذات النشاط الدولي تبقى حائرة؛ إذ لا يوجد لها نظام ولوائح موحدة تشرف عليها، فيما تتنوع مرجعيات وآليات تأسيس هذه المؤسسات إلى:

1. مؤسسات صدرت بمرسوم ملكي مثل الندوة العالمية للشباب الإسلامي والتي صدر قرار إنشائها عام 1392هـ-1972م¹.
2. مؤسسات تتبع لرابطة العالم الإسلامي؛ وهي مؤسسات تتبع الرابطة ويقر إنشاءها في كثير من الأحيان مجلس أمناء الرابطة مثل:

• لجنة الأمير سلطان بن عبد العزيز الخيرية الخاصة للإغاثة: وقد قامت اللجنة بالمساهمة في رفع المعاناة وتخفيف مصيبة الفقر بجمهورية مالي عام 1998-1999م، وذلك بتوزيع المساعدات الغذائية والدوائية، ولم تقتصر اللجنة جهودها على الأعمال الإغاثية الإنسانية فحسب بل تتعدى ذلك إلى تطبيق المفهوم

¹ لمزيد من التفصيل حول هذه الهيئة انظر: حميد الشايجي، العمل التطوعي عطاء وتتمية الندوة العالمية للشباب الإسلامي كأنموذج، اللقاء السنوي الرابع للجهات الشرقية بالمنطقة الشرقية، الدمام، المملكة العربية السعودية.

الشامل للإغاثة، وذلك بعد مسح شامل لما يُقارب 200 مدينة وبلدة للوقوف على أحوال الناس¹.

• هيئة الإغاثة الإسلامية العالمية التابعة لرابطة العالم الإسلامي: هي واحدة من ثمار خير المملكة العربية السعودية الياعة، تُقدم خدماتها المتنوعة من إغاثة إلى تعليمية، واجتماعية، وصحية وتنموية في معظم دول العالم عبر مكاتبها وممثليها في عدد كبير من دول العالم الإسلامي وبين العديد من الأقليات المسلمة². للهيئة جهود مشكورة في إغاثة الفقراء والمساكين واللاجئين حيث استطاعت الهيئة أن تقوم بهذا الدور الريادي من خلال سبع برامج رئيسية تبلغ تكلفتها الإجمالية خلال العام المالي الذي يبدأ في 2011/6/3م وينتهي 2012/5/22م (118.989.38,05) ريالاً لتنفيذ وتسيير 1342 مشروعاً يستفيد منها (4.529.934) فرداً في 57 دولة في العالم منها 30 دولة أفريقية وهي كالتالي: أريتيريا، أثيوبيا، أوغندا، بنين، بوركينا فاسو، بوروندي، تشاد، تنزانيا، توجو، جامبيا، جزر القمر، جنوب أفريقيا، جيبوتي، ساحل العاج، السنغال،

¹ عبد العزيز محمد عبدالله ميغا، المنح والمساعدات السعودية وأثرها على التنمية الاجتماعية في جمهورية مالي ، بحث مقدم إلى المؤتمر العالمي الأول حول جهود المملكة العربية السعودية في خدمة قضايا الأمة الإسلامية، الجامعة الإسلامية، المدينة المنورة، المملكة العربية السعودية، ديسمبر 2010، ص182.

² لمزيد من التفصيل حول هذه الهيئة أنظر: مركز البحوث والدراسات، جهود هيئة الإغاثة الإسلامية العالمية بالمملكة العربية السعودية في دعم ومساندة اللاجئين، مؤتمر اللجوء وأبعاده الأمنية والسياسية والاجتماعية، جامعة نايف العربية للعلوم الأمنية، الرياض، المملكة العربية السعودية، 17-19 ذو القعدة 1436هـ.

السودان، الصومال، غانا، غينيا بيساو، غينيا كوناكري، الكاميرون، كينيا، مصر ، مالي، المغرب، ملاوي، موريتانيا، موزنبيق، النيجر، نيجيريا¹.

• **مؤسسة مكة المكرمة الخيرية:** هي إحدى المؤسسات التابعة لرابطة العالم الإسلامي تقوم بتقديم الدعم المعنوي والمساعدات العينية والنقدية للفقراء والمعوزين من المسلمين والأيتام. والمساهمة في إعمار بيوت الله تعالى في شتى البلاد الإسلامية. والمساهمة في حفر الآبار في مناطق الجفاف في الدول الإسلامية.

• **المؤسسة العالمية للإعمار والتنمية:** هي إحدى روافد الخير التي تعمل في خدمة الإسلام والمسلمين وتعنى بإعمار بيوت الله، وإنشاء المدارس والمراكز الإسلامية وغيرها من الأعمال الإنسانية الخيرية، ومتابعتها وتشغيلها والإشراف عليها في أنحاء العالم، وهي ذات شخصية اعتبارية مستقلة تعمل تحت مظلة رابطة العالم الإسلامي. وتعمل تحت قانون عمل المنظمات التطوعية غير الحكومية في الدول التي سجلت بها وحسب الأنظمة الدولية للمؤسسات الإنسانية، وذلك وفق خطط سنوية معتمدة من قبل مجلس الإدارة، والمؤسسة لا تتدخل في الشؤون الداخلية والسياسية للدول التي تعمل فيها، ولا تدعم الجهات المشبوهة أو المحظورة².

3. مؤسسات نشأت وصارت أمرًا واقعًا (الحرمين، إدارة المساجد، الوقف).

4. مؤسسات خيرية مسجلة في الخارج ولبعضها مكتب تمثيل إعلامي (المؤسسة الإسلامية، مؤسسة البصر، المنتدى الإسلامي).

5. الهيئة السعودية الأهلية للإغاثة والأعمال الخيرية في الخارج: نتيجة للضغوط الشديدة التي مارستها الإدارة الأمريكية في أعقاب أحداث سبتمبر تحت ما يسمى

¹ التقرير السنوي عن الأداء العام لبرامج الإغاثة الإسلامية العالمية بالمملكة العربية السعودية، رابطة العالم الإسلامي، مكة المكرمة ، 1432-1433، ص16.

² لمزيد من التفصيل حول هذه الهيئة أطلع على الموقع الرسمي للهيئة : www.eamar.org

بالحرب على الإرهاب واتهامها لعددٍ من المؤسسات الخيرية السعودية وإقامة دعاوى ضد عدد من المؤسسات والشخصيات فقد صدر أمر ملكي بتاريخ 1425/1/6هـ الموافق 2004/2/27م بإنشاء الهيئة السعودية الأهلية للإغاثة والأعمال الخيرية بالخارج، والتي كلفت بالقيام بشكل حصري بجميع الأعمال الخيرية والإغاثية في الخارج. وذلك في إطار تمكين السعوديين من مد يد العون لأشقائهم المسلمين في كل مكان، وحرصاً على تنقية العمل الخيري السعودي في الخارج من الشوائب، فضلاً عن وضع استراتيجية موحدة للعمل السعودي في الخارج يقوم على التنسيق والتعاون الأمر الذي سينعكس حتماً على صورة السعودية في الحقل الإغاثية.

6. المفوضية السعودية للإغاثة بالخارج: تقدّم عدد من أعضاء مجلس الشورى في عام 2006م بمقترح إلى رئيس المجلس بإنشاء المفوضية السعودية للإغاثة بالخارج، والذي من شأنه جعل العمل الخيري قادراً على أداء واجباته ويحقّق السرعة والمرونة التي يحتاجها ويتميز بها أصلاً عن العمل الحكومي، وإخلاء الدولة من أي مسؤولية عن خطأ يقع من إحدى مؤسسات العمل الخيري، ويتيح في الوقت نفسه للدولة فرصة الرقابة الكاملة والمحاسبة لأي مؤسسة منها، وغيرها من المميزات.

حيث خلصت الدراسة إلى أنّ هذا المقترح هو وسيلة فاعلة للخروج من هذا المنعطف، وهو ما يتطلب إجراء تعديلات على نظام الهيئة السعودية الأهلية للإغاثة والأعمال الخيرية بالخارج (رسمية) خاصة بعض بنود النظام التي تنصّ على كونها حصريّة و تنفيذية لأعمال المؤسسات الخيرية الإغاثية، وكذلك معالجة ارتباطها بجهات حكومية أو وزارات أو مسؤولين حكوميين، في حين لا يزال هذا المقترح تحت الدراسة في جنابات مجلس الشورى، حيث يرى البعض أن صدور الموافقة على إنشاء مثل هذه المفوضية حلّ لمجموعة من الإشكالات والتداعيات التي أثّرت على العمل الخيري في ظل إجراءات ما يسمى بالحرب على الإرهاب

والضغوط الكبيرة التي تمارسها الولايات المتحدة في التضييق على العمل الخيري الإسلامي.

7. مؤسسة الملك فيصل الخيرية: وهي مؤسسة عملاقة أنشأت بموجب الأمر الملكي رقم أ/134 في 19/5/1396هـ برئاسة أحد أبناء الملك فيصل (رحمه الله).

وتتلخص أهداف هذه المؤسسة حسب ما نص عليه النظام الأساسي في تبني المشاريع والبرامج الخيرية والإنفاق عليها، وتشمل النشاط التعليمي والعلمي، وأوجه البر المختلفة مثل: المساجد، والمدارس والمعاهد، والمراكز الإسلامية، ومراكز البحث العلمي، وتقديم المعونات والمنح للباحثين والدارسين في شتى العلوم والدراسات.

كما تقوم المؤسسة بتقديم المساعدات وإنشاء المستشفيات والمصحات ودور العلاج والرعاية والتأهيل التي تهدف بصفة عامة إلى رفع مستوى الفرد المعيشي الاقتصادي والاجتماعي، داخل المملكة العربية السعودية وخارجها.

كما تقوم المؤسسة أيضاً بتقديم جائزة الملك فيصل العالمية كل عام للمبرزين في المجالات التالية:

- خدمة الإسلام.
- الدراسات الإسلامية.
- الأدب العربي.
- الطب.
- العلوم.

ثانياً: مجالات عمل المؤسسات الخيرية السعودية في الخارج

تعد المملكة العربية السعودية من الدول الهامة في دعم جهود الإغاثة الدولية، ومن الجدير بالذكر أنّ أدوار المؤسسات الخيرية السعودية في أفغانستان والبوسنة وكوسوفا وعدد من مناطق الكوارث لاقت ترحيباً من برنامج الغذاء العالمي، والمفوضية العليا لشؤون اللاجئين، والصليب الأحمر، وتُمارس هذه المؤسسات الأنشطة الاجتماعية، مثل: توفير البرامج الصحية، والخدمات التعليمية، والقضاء على الفقر. كما تُقدم الخدمات لفئات بعينها، مثل: رعاية الأمومة، ورعاية ذوي الاحتياجات الخاصة، وبرامج الخدمات الشبابية، وتمتد أنشطتها للخدمات الثقافية والدينية¹. وفيما يلي أهم مجالات العمل الخيري السعودي في الخارج:

أ. بناء المساجد والمدارس والمراكز الإسلامية.

ب. حفر الآبار.

ج. تنفيذ المشاريع الطبية من بناء المستشفيات والمستوصفات وغيرها من الأعمال الطبية.

د. كفالة الأيتام وغيرها من المشروعات التي تكون الحاجة إليها ماسة.

وإلى جانب ذلك تحرص على الجانب الإغاثي في مناطق الكوارث التي تقع وسط المسلمين في أنحاء العالم ويتم تقديم الأغذية والكساء والأدوية الطبية وغير ذلك يضاف لها تقديم بعض الكتب والنشرات الدعوية بلغة تلك المنطقة ليسير العمل الإغاثي مع الدعوي وبما يكون له من أثر على تلك الشعوب.

¹ ريهام خفاجي، العمل الخيري الخليجي: النشأة والتطور، مجلة مداد لدراسات العمل الخيري، العدد 01، المركز الدولي لدراسات العمل الخيري، جدة، المملكة العربية السعودية، 2012، ص36.

ثالثاً: قنوات المساعدات السعودية الخيرية الدولية

من الصعب حصر مجمل المساعدات الخيرية السعودية للبلدان المحتاجة*، فعلى الرغم من أنها تُقدم معونات كبيرة لأكثر من 80 بلد وذلك من خلال مجموعة مختلفة من القنوات الحكومية وشبه الحكومية والخاصة، وجهات أخرى ثنائية ومتعددة الأطراف.

على مر التاريخ ذهب جزء كبير من هذه المساعدات الخيرية والإغاثية السعودية لبلدان محتاجة في العربي والإسلامي وإلى حد أقل لغيرها من المناطق الأخرى ولا سيما فيما يتعلق بالتبرعات التي تمّ جمعها من قبل المنظمات غير الحكومية وشبه الحكومية وحملات الإغاثة الشعبية، التي على الرغم من أنها مشكلة من جهات حكومية رسمية، إلا أنها تتلقى التبرعات من المواطنين ومؤسسات الأعمال الخاصة. من ناحية أخرى، لا تقتصر المساعدات الخيرية السعودية على العالم العربي والإسلامي، ولكنها تمتد إلى بلدان أو مناطق متفرقة في العالم¹.

وإدراكاً منها بأهمية مساعدة المسلمين في الحفاظ على هويتهم وتثبيت الإسلام في نفوسهم والشعور بالأمهم كان لها دور لا ينساه الكثير من المسلمين في أصقاع المعمورة فقد امتدت أيديها البيضاء لهم في فلسطين وأفغانستان والشيشان والبوسنة

* نظراً لعدم وجود بحوث علمية عن المساعدات الخيرية السعودية في الخارج ونظراً لصعوبة الحصول على بيانات كاملة.

¹ خالد الجحى وناتالي فوستير، المملكة العربية السعودية كجهة مانحة للمساعدات الإنسانية: جهود دولية ضخمة، مع ضعف في القدرات المؤسسية والتنظيمية، المعهد العالمي للسياسات العامة، ورقة بحثية رقم (14)، برلين، ألمانيا، فبراير 2011، ص4.

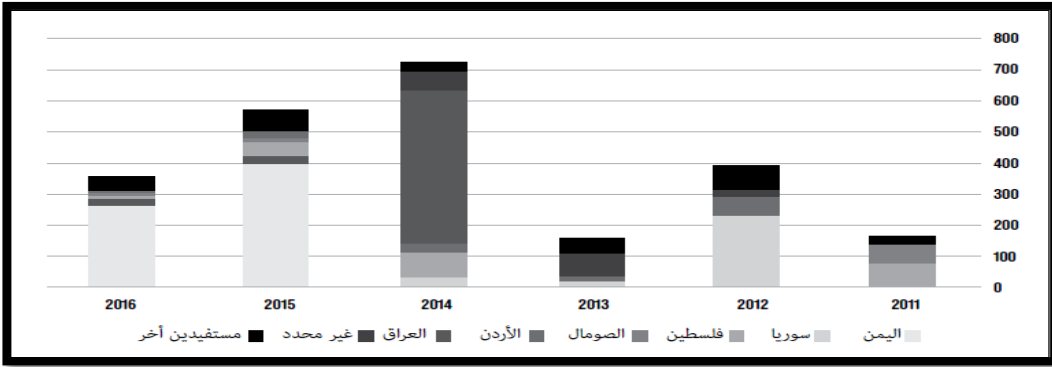
والهرسك وكوسوفا وغيرها من بلاد المسلمين التي عانت من الاضطهاد والتطهير العرقي .

وقد قامت المملكة العربية السعودية بتقديم مساعدات تنموية للدول الأفريقية على امتداد العقود الأربعة الماضية عبر قنوات مباشرة من خلال الصندوق السعودي للتنمية أو من خلال قنوات غير مباشرة وذلك من خلال مساهمتها في تمويل مؤسسات التنمية العربية والإقليمية والدولية والتي بدورها تدعم جهود التنمية في البلدان الإفريقيّة أو من خلال مساهمتها في تمويل الجمعيات الخيرية السعوديّة الدوليّة والتي تقوم بتمويل مشروعات خيريّة في البلدان الإفريقيّة، ومن جملة المساعدات التي قدمتها المملكة للبلدان الأفريقية مساعدات غير مُستردة بلغ مجموعها ثلاثين مليار دولار، كما قامت المملكة بإعفاء قروض بلغت قيمتها ستة مليارات دولار¹، و تشير تقارير برنامج الأمم المتحدة الإنمائي إلى أنه في عام 2014 بلغ حجم المساعدات الإنمائية الخارجية السعودية 14,5 مليار دولار أمريكي، أي ما يعادل 1,9 % من الدخل القومي الإجمالي للبلاد . وتضع هذه النسبة المملكة العربية السعودية على رأس قائمة الدول المانحة على مستوى العالم، حيث تتجاوز الهدف الذي حددته الأمم المتحدة من أجل المساعدة الإنمائية الرسمية البالغ 0,7 % من الناتج القومي الإجمالي . وفيما يتعلق بإجمالي المساعدات الإنمائية الخارجية، احتلت السعودية في المرتبة الرابعة في عام 2014 والسابعة من حيث المساعدات المصنفة كمساعدات إنسانية، وفيما بين عامي 2005 و 2014 احتلت السعودية المركز العاشر . وتجدر الإشارة إلى أن معظم المساعدات تقدّم في شكل منح 78 % من المساعدات الإنمائية الخارجية

¹ جعفر هني محمد، دور المملكة العربية السعودية في تنمية اقتصاديات البلدان الإفريقية (الصندوق السعودي للتنمية أنموذجاً)، مجلة قراءات إفريقية، العدد 26، مؤسسة المنتدى الإسلامي، الرياض، المملكة العربية السعودية، ديسمبر 2015، ص 63-64.

السعودية) وليس قروض . وتقدّم المساعدات من خلال ترتيبات ثنائية عن طريق المؤسسات، مثل الصندوق السعودي للتنمية ومركز الملك سلمان للإغاثة والمساعدات الإنسانية؛ وترتيبات متعددة الأطراف عن طريق الهيئات الإقليمية، مثل البنك الإسلامي للتنمية، والصندوق العربي للإنماء الاقتصادي والاجتماعي، والبنك الإفريقي للتنمية، والبنك العربي للتنمية الاقتصادية في أفريقيا؛ ومن خلال المنظمات العالمية مثل صندوق النقد الدولي، وصندوق الأوبك للتنمية الدولية، والأمم المتحدة، والبنك الدولي . وتشمل المؤسسات الأخرى التي تتولى تقديم المساعدة الإنسانية المؤسسات الملكية والحملات العامة.

شكل رقم(01): قنوات المساعدات السعودية الخيرية الدولية



المصدر: شيرين الطرابلسي، مملكة الإنسانية؟ قيم المملكة العربية السعودية وأنظمتها ومصالحها في مجال العمل الإنساني، معهد التنمية فيما وراء البحار، لندن، المملكة المتحدة، 2017، ص12.

يتضح جلياً أن المملكة العربية السعودية تُفضل توجيه عطاياها إلى المنطقة العربية : ففي عام 2016 ، بلغت نسبة المساعدات الإنسانية التي قدمتها المملكة العربية السعودية للدول في محيطها الإقليمي ما يقارب 94 % من إجمالي ما أنفقته السعودية على المساعدات الإنسانية بوجه عام بقيمة 360 مليون دولار

أمريكي .وقد تلقى اليمن 76 % من إجمالي المساعدات الإنسانية في عام 2016 و 70 % في عام 2015 ، فيما تلقى العراق 63 % في عام 2014 ، وسوريا % 55 في عام 2012 وفي عام 2013، تم توجيه 24 مليون دولار من إجمالي المساعدات الإنسانية السعودية، التي تبلغ قيمتها 109 مليون دولار أمريكي، إلى الأردن و 20 مليون دولار إلى لبنان .وتعد البلدان ذات الأغلبية المسلمة أيضًا من أبرز المستفيدين من المساعدات السعودية؛ حيث يتم رصد مخصصات كبيرة ومنتظمة لبلدان مثل مالي وطاجيكستان وجيبوتي .

رابعاً: مقاصد وقواعد العمل الخيري السعودي الدولي

كثر في العصر الحديث عن وجوب الاهتمام بالمقاصد الشرعية، ونظراً للأهمية البالغة لفهم المقاصد العامة للشريعة فإنّ ثمة ما يدعو إلى محاولة الكشف عن الصلة الوثيقة التي ربطت كثيراً بين النظم الاجتماعية والاقتصادية في الخبرة الحضارية الإسلامية بالمقاصد العامة للشريعة، وفي مقدمة هذه النظم نظام التبرعات والعمل الخيري.

1. مفهوم المقاصد الشرعية: صدرت قديماً وحديثاً عدة تعريفات عن المعنى الاصطلاحي للمقاصد بيد أنّ هذه التعريفات تختلف من حيث الصياغة غالباً، ولكنها تتحد بوجه عام من حيث المعنى، ويرجع التفاوت بينها إلى زيادة قيد أو تفصيل في تعريف دون آخر.

ومن هذه التعريفات: أنّ المقاصد هي المعاني والحكم الملحوظة للشارع في جميع أحوال التشريع أو معظمها بحيث لا تختص ملاحظتها بالكون في نوع خاص من أحكام الشريعة¹، أو هي الغاية من الشريعة والكشف عن الأسرار التي وضعها

¹ الطاهر بن عاشور، مقاصد الشريعة الإسلامية، الشركة التونسية للتوزيع، ط1، تونس،

الشارع عند كل حكم من أحكامها¹، أو أنّ المقاصد هي تحقيق المصالح للعباد في الدنيا والآخرة بجلب المنافع لهم ودفع المضار عنهم وإخلاء المجتمع من المفسد حتى يقوم الناس بوظيفة الخلافة في الأرض.

تدور مقاصد الشريعة حول الأمور العامة التي استهدفتها الشريعة الإسلامية وقصدت إلى حفظها في الناس، وهي الضروريات والحاجيات والتحسينات. وتتمثل الوظيفة الأساسية للمقاصد في جلب المصالح ودرء المفسد في الدنيا والآخرة².

ويدل على المفهوم الاصطلاحي للمقاصد استقراء وتتبع النصوص التشريعية في الكتاب والسنة، فهذه النصوص كلها تهدف إلى هذا الغرض الأسمى، غرض جلب المنافع والمصالح للناس كافة ودفع المفسد والمضار عنهم، يُرشد إلى ذلك أنّ كثيراً من الأحكام تعلل مما يُبين أحياناً الحكمة من تشريعها، أو المصلحة التي تتضمنها، وأحياناً المضار التي تترتب على إهمالها وعدم الأخذ بها.

2. أقسام المقاصد الشرعية: تتنوع المقاصد الشرعية إلى أنواع عديدة باعتبارات عديدة، وقد فصل العلامة نور الدين الخادمي في أنواع المقاصد وذكرها بحسب اعتبارات عديدة على النحو الآتي³:

1.2. باعتبار محل صدورها تنقسم إلى قسمين:

¹ علال الفاسي، مقاصد الشريعة الإسلامية ومكارمها، مكتبة الوحدة العربية، الدار البيضاء، المملكة المغربية، ص3.

² إسماعيل الحسيني، نظرية المقاصد عند الإمام محمد الطاهر بن عاشور، منشورات المعهد العالمي للفكر الإسلامي، الطبعة الثانية، 1926 هـ 2005م، ص282.

20 نور الدين الخادمي، الاجتهاد المقاصدي حجيته، ضوابطه ومجالاته، ج2، وزارة الأوقاف والشؤون الإسلامية، الدوحة، قطر، رجب 1419هـ، ص35.

أ. **مقاصد الشارع:** وهي المقاصد التي قصدتها الشارع بوضعه الشريعة، وهي تتمثل إجمالاً في جلب المصالح ودرء المفاسد في الدارين.

ب. **مقاصد المكلف:** وهي المقاصد التي يقصدها المكلف في سائر تصرفاته، اعتقاداً وقولاً وعملاً، والتي تفرق بين صحة الفعل وفساده، وبين ما هو تعبد وما هو معاملة، وما هو ديانة وما هو قضاء، وما هو موافق للمقاصد وما هو مخالف لها .

2.2. المقاصد باعتبار مدى الحاجة إليها تنقسم إلى ثلاثة أقسام:

أ. **المقاصد الضرورية:** وهي التي لا بد منها في قيام مصالح الدارين، وهي الكليات الخمس: حفظ الدين والنفس والعقل والنسل والمال، والتي ثبتت بالاستقراء والتتبع في كل أمة وملة، وفي كل زمان ومكان.

ب. **المقاصد الحاجية:** وهي التي يحتاج إليها للتوسعة ورفع الضيق والحرج والمشقة، ومثالها: الترخص في تناول الطيبات، والتوسع في المعاملات المشروعة على نحو السلم والمساقاة وغيرها .

ج. **المقاصد التحسينية:** وهي التي تليق بمحاسن العادات، ومكارم الأخلاق، والتي لا يؤدي تركها غالباً إلى الضيق والمشقة، ومثالها الطهارة وستر العورة وآداب الأكل وسننه وغير ذلك.

3.2. المقاصد باعتبار تعلقها بعموم الأمة وخصوصها، تنقسم إلى ثلاثة أقسام:

أ. **المقاصد العامة:** وهي التي تلاحظ في جميع أو أغلب أبواب الشريعة ومجالاتها، بحيث لا تختص ملاحظتها في نوع خاص من أحكام الشريعة، فيدخل في هذا أوصاف الشريعة وغاياتها الكبرى.

ب. **المقاصد الخاصة:** وهي التي تتعلق بباب معين أو أبواب معينة من أبواب المعاملات، وقد ذكر ابن عاشور أن هذه المقاصد هي: مقاصد خاصة بالعائلة، بالتصرفات المالية، بالمعاملات المنعقدة على الأبدان كالعمل والعمال، بالقضاء والشهادة، بالتبرعات، بالعقوبات.

ج. **المقاصد الجزئية:** وهي علل الأحكام وحكمها وأسرارها.

4.2. المقاصد باعتبار القطع والظن تنقسم إلى قسمين:

أ. **المقاصد القطعية:** وهي التي تواترت على إثباتها طائفة عظمى من الأدلة والنصوص، ومثالها: التيسير، والأمن، وحفظ الأعراض، وصيانة الأموال، وإقرار العدل .

ب. **المقاصد الظنية:** وهي التي تقع دون مرتبة القطع واليقين، والتي اختلفت حيالها الأنظار والآراء، ومثالها: مقصد سد ذريعة إفساد العقل، والذي نأخذ منه تحريم القليل من الخمر، وتحريم النبيذ الذي لا يغلب إفضاؤه إلى الإسكار، فتكون تلك الدلالة ظنية خفية، ومثالها أيضا: مصلحة تطبيق الزوجة من زوجها المفقود، ومصلحة ضرب المتهم بالسرقة للاستتطاق.

وهناك **المقاصد الوهمية:** وهي التي يتخيل ويتوهم أنها صلاح وخير ومنفعة، إلا أنها على غير ذلك، ولا شك أن هذا النوع مردود وباطل.

5.2. المقاصد باعتبار تعلقها بعموم الأمة وأفرادها، تنقسم إلى قسمين:

أ. **المقاصد الكلية:** وهي التي تعود على عموم الأمة كافة أو أغلبها، ومثالها حماية القرآن والسنة من التحريف والتغيير، وحفظ النظام، وتنظيم المعاملات، وبث روح التعاون والتسامح، وتقرير القيم والأخلاق.

ب. المقاصد البعضية: وهي العائدة على بعض الأفراد، ومثالها: الانتفاع بالمبيع، والأنس بالذرية، وغير ذلك .

6.2. المقاصد باعتبار حظ المكلف وعدمه، تنقسم إلى قسمين:

أ. المقاصد الأصلية: وهي ليس فيها حظ ظاهر للمكلف، ومثالها: أمور التعبد والامتثال غالباً.

ب. المقاصد التابعة: وهي التي فيها حظ ظاهر للمكلف، ومثالها: الزواج والبيع.

3. المقاصد الشرعية للعمل الخيري: ينقسم العمل الخيري إلى عدة مقاصد، منها المقاصد الشرعية وهي إحاطة البرامج والمشاريع الاجتماعية بالشرعية ورعايتها لها، وهذه المقاصد تنقسم بدورها إلى عدة أمور، منها تحقيق صور من العبودية لله تعالى من خلال الإخلاص له ودعائه بالتوفيق والسداد وإقامة الحكم الشرعي في الموارد المالية من زكاة وصدقات وأوقاف وكفارات وأضاح وإطعام وغير ذلك، بالإضافة إلى رعاية الكليات الخمس والمحافظة عليها وصيانتها، لأن عليها قوام الإنسان في هذه الحياة الدنيا، وهي حفظ الدين والنفس والعقل وحفظ النسب والعرض والمال .

من المعلوم أنّ مقاصد الشريعة في الجملة هي حفظ الدين والنفس والعقل والنسل والعرض والمال، وذلك لبناء مجتمع إسلامي يقوم فيه الناس بمصالحهم الدنيوية، ويعملون فيه على تحقيق مصالحهم الأخروية، وتتجمع هذه المصالح لإسعاد المسلم في حياته الدنيا بحيث يكون على استقامة وتعاون وخير ، وتكون حياته الأخروية في عيش سعيد في جنة عرضها السموات والأرض جزاء تحقيقه

لعادة ربه وحدة لا شريك له¹، والعمل الخيري - في هذا العصر خاصة - يعتبر من الأمور الضرورية لتحقيق هذه المقاصد سواء بالنسبة للفرد أو بالنسبة للمجتمع .

4. مقاصد العمل الخيري السعودي الدولي: تُسهم التبرعات الخيرية والإغاثة الإنسانية بكل صورها إسهاماً بالغاً في حفظ المصالح الضرورية ومن ثم كانت مقاصده الشرعية ترعى هذه المصالح، وتدرأ عنها ما يكون ذريعة لاختلالها أو إلحاق مفسدة بها. و تسعى التبرعات الخيرية والإغاثة الإنسانية السعودية في بعدها الدولي إلى تلبية المقاصد الخاصة في التبرعات الدائمة دولياً وخدمة المقاصد العليا للتشريع في بعدها الدولي. ويُمكن حصر أهم مقاصده في النقاط التالية²:

- تنمية شعور المسلمين بواجبهم نحو الآخرين وتحقيق معاني الخلافة الكونية بدءاً بشعور الواجب الإنساني والديني نحوهم.
- تعريف رسالة الإسلام وقيمه الحضارية ونشر دعوته العالمية.
- تحقيق مقصد التعاون والتكافل الإنساني الذي يُعتبر نتيجة مكملة لمقصد التعارف ولا يتحقق هذا إلا بأخذ أسبابه.
- تأمين الاحتياجات الأساس للفئات المعوزة من المجتمع العالمي بحكم الأخوة الإنسانية.
- التوطين المستقبلي لحضارة الإسلام وقيمه في الدول والمجتمعات غير المسلمة.

² عابد السفيناني، رؤية شرعية للإعلام وارتباطه بالجهات الخيرية، اللقاء الخامس للجهات الخيرية بالمنطقة الشرقية، الدمام، المملكة العربية السعودية، ص5.

² محمد حسن عيسى، الوقف الإسلامي دولياً أسسه ومتطلباته، مؤتمر الشارقة للوقف الإسلامي والمجتمع الدولي، الأمانة العامة للأوقاف، الإمارات العربية المتحدة، 2005، ص31.

5. قواعد العمل الخيري الدولي: بقي لنا أن نشير ملامح والضوابط الشرعية التي ينبغي مراعاتها والتقيّد بها عند تقديم العمل الخيري دولياً ومصارفه وفي المحيط الذي تعمل فيه. ومعنى هذا أنّ الضوابط الشرعية التي أخذنا من أقوال الفقهاء والقواعد الشرعية المتفق عليها ما هي إلا الإطار العام الشرعي الذي ينبغي أن تُراعِيها الجهات المهتمة بالعمل الخيري الدولي، كلامح عامة تستهدي بها حتى لا تقع في محاذير شرعية أو تصرف جهودها على جهات لا تحقق المقاصد الشرعية للعمل الخيري الدولي، وهذه الضوابط هي كالآتي¹:

1. أن تكون جهة بر بحسب نصوص الشريعة وقواعدها العامة والابتعاد عن كل ما كان من شأنه أن يُؤدي إلى معاصي يُنكرها الشرع الحنيف.
2. أن تُوجه التبرعات الدولية إلى الجهات المحتاجة وفي موقع احتياجها.
3. أن لا تكون هذه التبرعات ذريعة إلى إضاعة حقوق المسلمين في التعاون والتكافل والتي لها الأولوية في نظر الشرع.
4. أن تبتعد هذه التبرعات عن كل ما يخرق التعايش السلمي بين الشعوب ويخدش القوانين المرعية فيها، ولا ما يُمكن أن يثير حساسيات عرقية أو دينية لا مُبرر لها.

¹ نفس المرجع، ص32.

المبحث الثاني

تفعيل العمل الخيري السعودي في ظل رؤية المملكة 2030

العمل الخيري في السعودية ثقافة متجذرة وخبرات تراكمت على مر السنين، جُبل عليها أبناء هذا الوطن. ولأن شجرته الباسقة المغروسة في هذه الأرض الطيبة تشرب من نبع الإسلام الصافي فقد ظلت تنمو، وتؤتي ثمارها في كل الأوقات، ولم توقفها السنوات وتقلّب الأيام. ومع الدولة السعودية تنامي العمل الخيري، وتسارعت وتيرته، وبدأ يتحول من عطاء عفوي إلى عمل مؤسسي؛ فنشأت الجمعيات الخيرية، وأنشئت الأوقاف وغيرها؛ لتصير السعودية أنموذجاً وحادية للعمل الخيري في الداخل والخارج.

والآن في عهد الملك سلمان زاد الاهتمام بالعمل الخيري، وأصبح جزءاً مهماً في عمل الدولة على جميع المستويات، حتى أصبحت السعودية مضمراً للمثل في مأسسة العمل الخيري، مع ضبطه ومراقبته لكي يؤتي الهدف الحقيقي منه.

جاءت رؤية السعودية " 2030 " التي أطلقها ولي العهد نائب رئيس مجلس الوزراء وزير الدفاع الأمير محمد بن سلمان لترسخ مفهوم العمل الخيري، لما للملكة من دور مؤثر ومساهمات كبيرة في هذا المجال محلياً وإقليمياً وعالمياً، وقد حاز العمل الخيري نصيباً كبيراً في هذه الرؤية، وذلك تعزيراً للأثر الاجتماعي للقطاع الربحي وزيادة مساهمته، وتمكينه من التحول نحو المؤسسية والاستدامة، عبر دعم المشروعات والبرامج ذات الأثر الاجتماعي، وتسهيل تأسيس المنظمات غير الربحية، بما يُسهم في نمو القطاع بسرعة، ومواصلة العمل على تعزيز التعاون بين مؤسسات القطاع والأجهزة الحكومية، وتحفيز القطاع غير الربحي على تطبيق معايير الحوكمة الرشيدة، وغرس ثقافة التطوع لدى أفراد المجتمع.

أولاً: رؤية المملكة 2030 خارطة طريق لتعزيز الأثر التنموي للقطاع الخيري

1. مُستهدفات رؤية المملكة 2030 بالقطاع الخيري:

- رفع مساهمة القطاع غير الربحي من 0.3% إلى 5% من الناتج المحلي.
- رفع نسبة المشروعات التنموية ذات الأثر الاجتماعي من 7% إلى 33%.
- الإرتقاء بترتيب المملكة في مؤشر رأس المال الاجتماعي من المرتبة 26 إلى 10.
- الوصول إلى (01) مليون متطوع مقابل 11 ألف متطوع الآن.

2. التزامات رؤية المملكة 2030 في مجال القطاع الخيري:

- تسهيل تأسيس منظمات غير الربحية للميسورين وأصحاب الثروة بما يُساهم في نمو القطاع غير الربحي.
- تحفيز القطاع غير الربحي لتطبيق معايير الحوكمة الرشيدة.
- تمكين القطاع غير الربحي من التحول نحو المؤسسة.
- تهيئة البيئة التقنية المساندة.
- تعزيز التعاون بين مؤسسات القطاع غير الربحي والأجهزة الحكومية.
- تسهيل عملية استقطاب الكفاءات وتدريبها وبناء قدراتها.
- غرس ثقافة التطوع لدى أفراد المجتمع.

3. تفعيل القطاع الخيري من خلال الهيئة العامة للأوقاف ونظام الجمعيات

والمؤسسات الأهلية : أكدت رؤية 2030 أنّ نظام الجمعيات والمؤسسات الأهلية ونظام الهيئة العامة للأوقاف، سيُساهم في تمكين القطاع غير الربحي من التحول نحو المؤسسة، وتعزيز ذلك بدعم المشروعات والبرامج ذات الأثر الاجتماعي، وتسهيل تأسيس منظمات غير ربحية للأسر وأصحاب الثروة بما يُساهم في نمو القطاع غير الربحي بشكل سريع، علاوة على تهيئة البيئة التقنية المساندة، وتعزيز

التعاون بين مؤسسات القطاع غير الربحي والأجهزة الحكومية¹. صدرت الموافقة على نظام الهيئة العامة للأوقاف الذي له أهمية كبيرة لحجم الأموال الموقفة في المجتمع، وللعائد الممكن لهذه الأوقاف بما يحقق النفع الكبير للمجتمع ويعزز من إسهامه في التنمية المستدامة والعائد الأمثل للاقتصاد وفق "رؤية السعودية 2030م".

شكل رقم (02): دور الهيئة العامة للأوقاف في ظل رؤية المملكة 2030



المصدر: مفرح بن سعد القحطاني، الهيئة العامة للأوقاف ودورها في تحقيق رؤية 2030، المؤتمر الإسلامي للأوقاف، مكة المكرمة، المملكة العربية السعودية، 17-19 محرم 1438، ص10.

¹ خالد الفاضل، رؤية المملكة 2030.. خارطة طريق لمأسسة العمل الخيري وتمكينه، مجلة تمكين، العدد الثاني، مؤسسة الأميرة العنود الخيرية، الرياض، المملكة العربية السعودية، 2018، ص4-6.

ستتولى الهيئة العامة للأوقاف تنمية وتمكين قطاع الأوقاف من خلال ست ركائز أساسية في ظل رؤية المملكة 2030¹:

- **تطوير الأنظمة:** ستتولى الهيئة إصدار معايير لإنشاء الوقف وتعزيز أثره من خلال تعزيز دور العمل الوقفي في تنمية القطاعات الأخرى، مثل الصحة والتعليم والثقافة. كما ستقوم الهيئة بوضع الأنظمة والحوافز التي تساعد على دمج العمل الوقفي ضمن أنشطة الجهات غير الربحية، والإشراف الرقابي على العمل الوقفي، بالإضافة إلى ذلك ستتولى الهيئة إصدار مبادئ إرشادية المتعلقة بإدارة الوقف لضمان كفاءة الإدارة. والاستثمار.
- **حوكمة القطاع:** ستتولى الهيئة الإشراف الرقابي على أعمال النظار لضمان الالتزام بالأنظمة المتعلقة بالعمل الوقفي وشروط الواقفين، ومراجعة أعمال النظار لضمان التقيد بالمتطلبات المالية.
- **تنمية القطاع:** ستعمل الهيئة على تطوير العمل الوقفي من خلال تقديم التحفيز المالي مثل: خصم الزكاة (على الشركات) لجعل العمل الوقفي أكثر جذباً، وتزويد النظار بالإرشاد والتدريب من أجل تطوير قدراتهم في إدارة الأوقاف، والتوعية بأهمية الوقف في التنمية الاقتصادية والاجتماعية عبر الوسائل المختلفة.
- **تنمية القطاع:** ستعمل الهيئة على تنمية الأعيان من خلال أربع آليات: تتمثل الآلية الأولى في تحديد وتتبع وتسجيل الأوقاف الحالية غير المسجلة وتفعيلها، أمّا الآلية الثانية فتتمثل في تشجيع الشركات والمؤسسات على العمل الوقفي، وبالآلية الثالثة تسعى الآلية إلى دعم تطوير الأدوات المالية والأوقاف

¹ عبد الله النمري، نظام الهيئة العامة للأوقاف ودورها المرتقب، المؤتمر الإسلامي للأوقاف، مكة المكرمة، المملكة العربية السعودية، 17-19 محرم 1438، ص18-25.

النقدية لتنويع محفظة الأعيان، أمّا الآلية الرابعة فتعتمد الهيئة إلى التخطيط المسبق في الوصول إلى الواقفين الجدد وجذب عدد أكبر من الأوقاف.

• **تنمية الأعيان:** ستدعم الهيئة العامة للأوقاف تنمية وقف النقود والأدوات المالية.

• **إدارة الأعيان:** سوف تعمل الهيئة على جذب أفضل المواهب، ووضع إستراتيجية استثمار، وتعهيد عمليات إدارة الأعيان إلى منظمات مختصة.

• **تنويع البرامج:** سوف تُطور الهيئة كل مرحلة من مراحل صرف غلال الأوقاف.

ثانياً: مقترحات لتفعيل رؤية المملكة 2030 في مجال العمل الخيري

1. تحديد جهة أو كيان (قد تكون الجهة الداعمة أو الجهة المعدة للرؤية أو غيرها) للقيام ببعض المهام والتي من بينها ما يلي¹:

- استكمال باقي العمل بالرؤية.

- التواصل والتنسيق مع الجهات المعنية بوضع الرؤية موضع التنفيذ الفعلي.

- رصد برامج العمل الخيري التي يتم تنفيذها خلال السنوات المقبلة وتحديد مدى ارتباطها بالرؤية، وتقديم تقرير سنوي عنها.

2. مراحل العمل: يعمل الكيان السابق الإشارة إليه على تنفيذ المراحل التالية:

- وضع برنامج لتنظيم مشاركة أكبر عدد ممكن من المنظمات الخيرية السعودية (من خلال استخدام أدوات من بينها ورش العمل)، ويُراعى فيها التنوع الجغرافي وتنوع الاهتمامات ومجالات العمل، مع الالتزام بجدول زمني محدد.

- إعداد تقرير نهائي في ضوء ما تم التوصل إليه من نتائج عن طريق البرنامج، بحيث يتضمن التقرير ملاحظات المشاركين وأهم المبادرات التي تم الاتفاق عليها.

- الاتصال بالجهات المعنية بتنفيذ المبادرات بهدف عرض الرؤية في صورتها النهائية وأهم المبادرات المقترحة الخاصة بكل جهة ومسؤولياتها ومدى إمكانية تنفيذ تلك المسؤوليات.

¹ المركز الدولي مداد لدراسات العمل الخيري، رؤية إستراتيجية للعمل الخيري السعودي للسنوات الخمس القادمة، مكتبة الملك فهد الوطنية، الرياض، المملكة العربية السعودية، 2014، ص71.

3. إرساء مبادئ الحوكمة في المجالس التنسيقية للجمعيات الخيرية السعودية:
ما من شك أنّ وجود نظام فعال لحوكمة المجالس التنسيقية في كل مجلس يُساعد على توفير الثقة والشفافية الفعالة والسليمة للأعمال الخيرية ويهدف إلى تحسين كفاءة الأداء في الجمعيات الخيرية، وحوكمة المجالس التنسيقية هي مجموعة من الأنظمة والقوانين التي توفر معلومات محاسبية لمجلس الإدارة في المجالس التنسيقية مثل الإفصاح والشفافية والوضوح، وذلك لتحقيق الأهداف التي تكون في مصلحة المستفيدين من خدمات الجمعيات الخيرية والمانحين وتعتمد على الأنظمة القانونية والنظامية بالإضافة إلى أخلاقيات الأعمال الخيرية من ثقة وصدق وأمانة، ومن أهم المعلومات التي يجب الإفصاح عنها المعلومات المحاسبية والقوائم المالية الخاصة بالمراجعة الداخلية وطرق اختيار الأساليب المناسبة والسليمة لتحقيق خطط وأهداف الجمعيات الخيرية ، وهو ما يلقي بمسؤولية كبيرة على عاتق أعضاء مجلس الإدارة في المجالس التنسيقية حيث يتم تحويل معظم المهام إلى المدراء التنفيذيين الذين مُنحوا مسؤولية الالتزام بالعمل من قبل أعضاء مجلس الإدارة ، فمن الصعب على الجهات التي تُراقب الجمعيات الخيرية بشكل صحيح وفعال في ظل نقص الإفصاح والشفافية¹.

4. الاعتناء بثقافة الجودة والتميز المؤسسي: إنّ أغلب المنظمات في العالم الإسلامي في القطاع الخيري تفتقر إلى العمل المؤسسي المتميز وتفتقر إلى تطبيق معايير الجودة بمختلف مفاهيمها وتطبيقاتها المعروفة على الرغم من أنّ الجودة تمثل معلماً رئيساً في ديننا الإسلامي العظيم وفي تراثنا الإسلامي المجيد، وكثيراً ما

¹ جعفر هني محمّد، أهمية إرساء وتعزيز مبادئ حوكمة الشركات في المجالس التنسيقية للجمعيات الخيرية بالمملكة العربية السعودية، ملتقى المجالس التنسيقية للجمعيات الخيرية في المملكة العربية السعودية، المدينة المنورة، المملكة العربية السعودية، 3-4 سبتمبر 2014.

تذكر الجودة في القرآن الكريم والسنة النبوية المطهرة تحت أعظم مصطلحين للجودة، بل وأدق منها ألا وهما الإتقان والإحسان، وقد أكد القرشي على أهمية وجود معايير تهتم بالجودة في العمل الخيري والاجتماعي في المملكة، نظراً لحاجة هذا القطاع لمعايير مؤسسية تضمن له البقاء والاستمرار والمنافسة ونظراً لأهمية التقييم الذاتي والخارجي لهذا القطاع لإبراز دوره ونشر أفضل الممارسات ليستفيد منها الآخرون، ولتتم تطوير المنظمات الخيرية لتصل إلى مصاف المؤسسات الدولية المتميزة.

إنَّ العمل الخيري في المملكة العربيَّة السعوديَّة قد قطع شوطاً لا بأس به في مجال الجودة من خلال المبادرات الجيدة من بعض الجمعيات الخيرية والتطبيقات الاحترافية في مجال إدارة الجودة الشاملة ومنها تحقيق متطلبات المواصفات القياسية العالمية لنظم الإدارة آيزو 9001 والحصول على شهادتها وتطبيق معاييرها بشكل مستدام.

كما أنَّ تدشين جائزة السبوعي للتميز في العمل الخيري والتنافس الشريف من قبل بعض مؤسسات العمل الخيري في المملكة للفوز بها وتطبيق معاييرها باحترافية من خلال عملية التقييم في الدورة الأولى للجائزة - ما يدعو إلى الثقة بأن العمل الخيري مقبل - بإذن الله - على مرحلة متميزة ونقلة نوعية مشجعة، إلا أننا ندعو الجمعيات الخيرية السعودية المتخصصة في مجال رعاية الأيتام إلى تطبيق بعض المتطلبات التي تسبق البدء في تطبيق برنامج إدارة الجودة الشاملة حتى يُمكن إعداد العاملين على قبول الفكرة ومن ثمَّ السعي نحو تحقيقها بفعالية وحصر نتائجها المرغوبة. تكمن أهميَّة إدارة الجودة الشاملة في الجمعيات الخيرية السعوديَّة من خلال ما يمكن أن تحقَّقه من فوائد عند تطبيقها لمعايير ضمان الجودة، ومن أبرزها:

• **التطوير المستمر لرسالة الجمعيات الخيرية وأهدافها:** إذ أنّ تطبيق معايير ضمان الجودة سيدفع الجمعيات الخيرية السعودية إلى مراجعة دائمة لرسالاتها وأهدافها مما يجعلها تُواكب المتغيرات السريعة والمتلاحقة التي تفرضها العولمة واقتصاديات المعرفة، كما يجعلها تلبّي متطلبات التنمية الشاملة، خاصة أنّ معايير ضمان الجودة لا تقف عند سقف معين بل هي دائمة التطور مما يجعلها تُلاحق هذا التطور وتوسّع لتحقيق مستوياته؛

• **الاستثمار الأمثل للموارد المالية والبشرية:** إذ أنّ الجمعيات الخيرية السعودية تعاني من هدر الطاقات البشرية، كما أنّ مواردها المالية إمّا أن تكون عاجزة عن تحقيق متطلباتها وتنفيذ برامجها أو أنّها تستنزف في مجالات لا تخدم العملية التعليمية بصفة مباشرة، ولذا فإنّ تطبيق معايير ضمان الجودة يحقق الأسلوب الأفضل لاستخدام الموارد المالية والبشرية بصورة صحيحة.

• **تحقيق الدور المجتمعي للجمعيات الخيرية السعودية:** إذ أنّ رسالة الجمعيات الخيرية لا تقف عند الغايات التعليمية فقط بل تتجاوز ذلك إلى محيطها الأوسع وهو الدور المجتمعي والإنساني، ولاشك أن جودة التعليم ستؤثر بصفة مباشرة في المجتمع من خلال مخرجاتها (الطلبة)، الذين يعدون مُدخلات لعمليات وأدوار أخرى مثل القيام بالأبحاث العلمية، وتقديم الاستشارات العملية، ومساعدة متخذي القرار، والمساهمة في اقتراح حلول للمشكلات الاجتماعية؛

• **تطوير مهارات العاملين في مجال القطاع الخيري:** إذ أنّ معايير ضمان الجودة تشترط على العاملين في المؤسسات التعليمية مستويات عالية من الكفاءة المهنية، وتدريب مستمر، واستخدام أمثل لوسائل التقنية الحديثة، وتوفير مهارات قيادية، مما ينعكس على أداء وإنتاجية العمل ويسهم في تطوير التنمية بأبعادها المختلفة؛

• **نظام لتصحيح الأخطاء وضمان عدم تكرارها ويُحدد المسؤولية الإدارية والصلاحيات والمحاسبة على الأخطاء؛**

- إنَّ تطبيق مدخل إدارة الجودة الشاملة في الجمعيات الخيرية السعودية أصبح أمراً ضرورياً للحصول على بعض الشهادات الدولية مثل: ISO 9000 .

5. بناء القدرات المؤسسية للمؤسسات الخيرية السعودية: لقد أثبتت الدراسات الحديثة أهميّة عنصر التخطيط في تحقيق أهداف المؤسسة الخيرية، ووظائفها في خدمة المجتمع، لكن للأسف نجد في واقعنا كثيراً من المؤسسات العاملة في القطاع الخيري تُهمل عملية التخطيط لأسباب كثيرة أبرزها الوقت والجهد الذي تستغرقه هذه العملية، والتكاليف المالية التي تُنفق على ورشات التخطيط إضافة إلى هذه الخطط تحد من الانفتاح والتحرك بحرية.

تُعتبر عملية التخطيط للمستقبل أحد أوجه التميز والإبداع، حيثُ تتبع أهمية التخطيط الاستراتيجي في نظر القائمين على المؤسسة في حرصهم على ضمان الاستغلال الأمثل لموارد المؤسسات الخيرية، كذلك التأكد من وجود سياسات مرنة وبديلة تستجيب للفرص السانحة في المستقبل، إضافة إلى وضع استراتيجيات مستقبلية تُعالج أوجه القصور والخلل التي اعترت مسيرة هذه الجهات سابقاً، بناءً عليه تقوم الجهات الخيرية برسم سياسات عامة ومستقبلية من خلال وضع خطة إستراتيجية خماسية السنوات تُكون الإطار العام الذي يحكم أنشطة وفعاليات الجمعيات وأوجه الإنفاق فيها¹.

يحتاج العمل الخيري إلى توجه نوعي حيث يُصبح معه وضع الاستراتيجيات التحدي الحقيقي والمسير الصحيح أمام متخذي القرار داخل هذا القطاع، حيث يُعتبر التخطيط الاستراتيجي عملية تركيب وترتيب، فهو يستلزم من العاملين

¹ أسامة عمر الأشقر، تطوير المؤسسة الوقفية في ضوء التجربة الخيرية الغربية، سلسلة الدراسات الفائزة في مسابقة الكويت الدولية لأبحاث الوقف، الأمانة العامة للأوقاف بالكويت، 2007، ص80.

والمهتمين بالعمل الخيري إماماً بالأبعاد المتعددة للمؤسسة التي يُديرونها أو ينتمون إليها، وتحديد نوعية تفاعلها مع الأطراف الأخرى ذات العلاقة، ومعرفة القدرات ونقاط الضعف الذاتية وتحديد الاتجاهات المجتمعية العامة، وهذا لا يمكن أن يحدث إلا بتوحيد جهود الجهات الخيرية من خلال تطوير التعاون فيما بينها، واعتبار تبادل الخبرات خياراً رئيساً يعمل الجميع على السير فيه وطرح النماذج المبتكرة له¹. بينما تتمثل مخاطر غياب الرؤية الإستراتيجية للمؤسسات الخيرية في جملة من الانعكاسات السلبية على تحقيق الأهداف الرئيسية للعمل الخيري، والتي قد تؤدي إلى اختلاف العاملين حول نوعية الأهداف التفصيلية المراد تحقيقها، وبالتالي ينتقل الغموض واللبس في الأهداف إلى الاستراتيجيات والسياسات وتناقضها، وما يعنيه ذلك من عدم وضوح نقاط القوة والفرص الممكنة، إضافة إلى عدم رؤية نقاط الضعف والقيود التي تواجه تطوير القطاع الخيري بما يُضعف القدرة على تنمية موارده بكفاءة لخدمة المجتمع².

6. إطلاق برنامج أكاديمي في الجامعات السعودية لتخصص إدارة المنظمات غير الربحية وإنشاء المزيد من الكراسي البحثية في المجال الخيري³.

7. إلغاء الرسوم الحكومية والضرائب عن الجمعيات الخيرية، وتكون مساهمة من الحكومة في القطاع الخيري.

¹ أهمية التخطيط الاستراتيجي في النهوض بالقطاع الوقفي، افتتاحية العدد، مجلة أوقاف، السنة الحادية عشر، العدد 21، الأمانة العامة للأوقاف، الكويت، نوفمبر 2011، ص11.

² جعفر هني محمد، نموذج مقترح لقياس وتقييم الأداء بالجمعيات الخيرية السعودية لرعاية الأيتام باستخدام بطاقة العلامات المتوازنة، مجلة جامعة القدس المفتوحة للأبحاث والدراسات الإدارية والاقتصادية، المجلد الثاني، ع (7)، فلسطين، 2017، ص172.

³ المركز الدولي مداد لدراسات العمل الخيري، دراسة احتياجات العمل الخيري السعودي من الكراسي البحثية، مكتبة الملك فهد الوطنية، الرياض، المملكة العربية السعودية، 2013.

المبحث الثالث

مشاريع مركز الملك سلمان للإغاثة والأعمال الإنسانية في ضوء مقاصد الشريعة الإسلامية

انطلاقاً من دور المملكة العربية السعودية الإنسانية والريادي تجاه المجتمع الدولي في شتى أنحاء العالم، واستشعاراً منها بأهمية هذا الدور المؤثر في رفع المعاناة عن الإنسان ليعيش حياة كريمة، بادرت بإنشاء مركز الملك سلمان للإغاثة والأعمال الإنسانية، ليكون مركزاً دولياً مخصصاً للأعمال الإغاثية والإنسانية، دُشنت أعماله في مايو من العام 2015، بتوجيه ورعاية كريمة من خادم الحرمين الشريفين الملك سلمان بن عبد العزيز أيده الله، ويعتمد المركز في أعماله على ثوابت تنطلق من أهداف إنسانية سامية، تركز على تقديم المساعدات للمحتاجين وإغاثة المنكوبين في أي مكان من العالم بآلية رصد دقيقة وطرق نقل متطورة وسريعة، تتم من خلال الاستعانة بمنظمات الأمم المتحدة والمنظمات غير الربحية الدولية و المحلية في الدول المستفيدة ذات الموثوقية العالية.

أولاً: لمحة موجزة عن مركز الملك سلمان للإغاثة والأعمال الإنسانية

تأسس مركز الملك سلمان للإغاثة والمساعدات الإنسانية في مايو 2015 برعاية خادم الحرمين الشريفين الملك سلمان بن عبدالعزيز حفظه الله. وقد أنشئ في الأساس بهدف تنسيق استجابة المملكة العربية السعودية الإنسانية للأزمة في اليمن، وإن كان اختصاصه الأوسع هو تنسيق وإعادة تنظيم المساعدات الإنسانية السعودية تحت سقف واحد تبلغ ميزانية المركز 2 مليار ريال سعودي أي ما يعادل قيمة 500 (مليون دولار) ويعمل بتكليف مباشر من الملك.

ووفقاً لما ذكره المشرف العام على المركز، الدكتور/عبد الله بن عبد العزيز الربيعية: "من المتوقع أن يكون المركز بمثابة مؤسسة شبه حكومية، ولكننا لا نعتمد كلياً على الحكومة السعودية. ويعد المركز منظمة مستقلة وغير هادفة للربح. نرفع تقاريرنا مباشرة إلى الملك سلمان. أمّا فيما يتعلق بالدعم المالي للمركز، فهو يأتي من التبرعات الحكومية ومن تبرعات الشركات والكيانات الخاصة والعامّة. ويعمل مركز الملك سلمان على نحوٍ يتّسم بالشفافية، وبالتنسيق الوثيق مع وكالات المعونة الدولية الرئيسية. وهو يتوافق مع الأحكام التنظيمية للمعايير الدولية. وإننا نعتقد أن المركز سيحسن الطريقة التي تتبعها المملكة في الاستجابة للآزمات الإنسانية في المنطقة وحول العالم".

وقد أقام المركز علاقات تعاون واسعة النطاق مع 62 وكالة عالمية، مثل: الأمم المتحدة والمنظمات غير الحكومية والشركاء الإقليميين. وفي ديسمبر/كانون الأول 2016، وقّع المركز اتفاق التعاون الأول له مع وكالة الأمم المتحدة لإغاثة وتشغيل اللاجئين الفلسطينيين (الأونروا)، حيث ساهم في تقديم المساعدات الغذائية إلى اللاجئين الفلسطينيين في سوريا بمبلغ 39 مليون دولار أمريكي.

وعلى الرغم من أن المملكة العربية السعودية عضو في اللجنة الاستشارية للأونروا منذ عام 2005، فإنّ اتفاق التعاون لا يمثل التزاماً بين الحكومة وإحدى منظمات المعونة، وإنما بين منطمتين إنسانيتين. وتعد المملكة العربية السعودية حالياً ثاني أكبر المانحين للأونروا.

وقد استفاد المركز أيضاً من الخبرات الدولية لعدد من المنظمات الإنسانية الإقليمية والثنائية والمتعددة الأطراف؛ حيث استعان بها في وضع استراتيجياته وتطوير هيكل الإدارة. وتوجد بمقر المركز في مدينة الرياض مكاتب لممثلي وكالات وهيئات الأمم المتحدة من الخليج والمملكة المتحدة والولايات المتحدة الأمريكية.

ثانياً: نشاطات مركز الملك سلمان للإغاثة والأعمال الإنسانية

تتميز الإغاثة السعودية بطابع فريد ونظام خاص أكسبها شخصية متميزة يتمثل في التركيز على الجانب الإنساني وتكامل الخدمات الطبية الإسعافية الطارئة التي تقدمها مراكز الإغاثة السعودية للمستفيدين منها، فمن خلال مراكز الإغاثة السعودية يتوفر للمتضررين الرعاية الصحية الأولية إلى جانب التغذية المتكاملة وتأمين المأوى والملبس والسكن المناسب مع العناية التامة بنظافة المكان وتطهير البيئة داخل وبين مساكن المتضررين، وبجانب مراكز الإغاثة الثابتة توجد فرق متجولة للإغاثة السعودية تقوم بإيصال المعونات وتقديم الرعاية الطبية للمتضررين في أماكنهم الأصلية وذلك بإعطائهم فرصة مزاوله أنشطتهم اليومية واستمرارها.

عدد المشاريع	إجمالي المبالغ	قطاع المشروع
	(دولار أمريكي)	
160	513,960,575	الأمن الغذائي
123	443,237,016	الصحة
26	116,128,763	التعافي المبكر
21	104,306,566	قطاعات متعددة
25	126,938,242	المياه والإصلاح البيئي
24	118,086,654	الإيواء
21	118,086,654	دعم العمليات الإنسانية
9	47,686,160	الحماية
8	42,848,883	الخدمات اللوجستية
16	76,192,257	التعليم
5	40,299,515	التغذية

1	16,000,000	الاتصالات في حالات الطوارئ
439	1,826,962,993	

1. التمويل المباشر للمشاريع الخيرية والإغاثية الدولية عن طريق مركز الملك سلمان للإغاثة والأعمال الإنسانية: لقد قام المركز بتمويل 1242 مشروع خيري وإغاثي في 78 دولة منذ تأسيسه حتى يونيو 2018، وقد بلغت القيمة الإجمالية للمشاريع 32,989 مليار دولار أمريكي. تعتبر المملكة العربية السعودية المانح الرئيسي للمساعدات الإنسانية من خلال مركز الملك سلمان للإغاثة والأعمال الإنسانية والذي يُعتبر القناة الرئيسية للعمل الخيري والإغاثي في المملكة، سواء بشكل مباشر أو عن طريق المنظمات متعددة الأطراف (وكانت رابع أكبر مساهم في النداء الإنساني الذي أطلقته الأمم المتحدة في عام 2016 بعد الولايات المتحدة والمملكة المتحدة وبرنامج الأغذية العالمي).

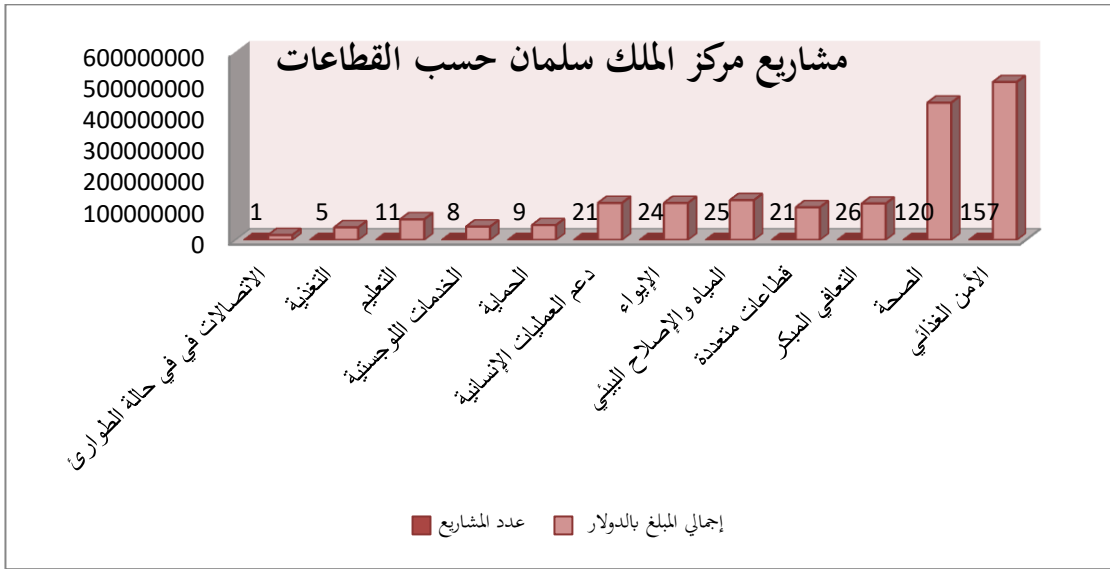
1.1. التوزيع القطاعي لتمويلات مركز الملك سلمان للإغاثة والأعمال الإنسانية: لقد شملت تمويلات المركز عدد من القطاعات الهامة والتي تعتبر من الضروريات عند الدول المنكوبة التي أنهكتها الحروب والمجاعات. والجدول الموالي يُبين أهم نشاطات مركز الملك سلمان حتى منذ تأسيسه إلى يونيو 2018:

جدول رقم (01): مشاريع مركز الملك سلمان للإغاثة والأعمال الإنسانية حسب القطاع عام 2018

المصدر: الموقع الإلكتروني لمركز الملك سلمان للإغاثة والأعمال الإنسانية (إحصائيات 2018)

نلاحظ من خلال الجدول أعلاه أنّ مركز الملك سلمان للإغاثة والأعمال الإنسانية في 2018 قدّم عدد من المشاريع الإغاثية والخيرية في الخارج بلغ مجموعها 439 مشروع ل 37 دولة محتاجة ومنكوبة، استأثر قطاع الأمن الغذائي بنصيب الأسد ب 160 مشروع بمبلغ قدره 513,960,575 مليون دولار أمريكي، يليه في المرتبة الثانية قطاع الصحة ب 123 مشروع بقيمة 443,237,016 مليون دولار أمريكي.

شكل رقم (03): قنوات مساعدات مركز الملك سلمان للإغاثة والأعمال الإنسانية حسب القطاع لسنة 2018



المصدر: من إعداد الباحث بالاعتماد على بيانات الجدول السابق.

وقد تميزت مساعدات المملكة بخصائص بارزة من أهمها: أن تكون متنوعة بحسب مستحقيها وظروفهم التي يعيشون فيها أو تعرضوا لها، وتشمل المساعدات جميع قطاعات العمل الإغاثي و الإنساني (الأمن الإغاثي، إدارة المخيمات ،

الإيواء، التعافي المبكر، الحماية، التعليم ، المياه و الإصحاح البيئي، التغذية، الصحة، دعم العمليات الإنسانية، الخدمات اللوجستية، الاتصالات في الطوارئ)

2.1. التوزيع الجغرافي لتمويلات مركز الملك سلمان للإغاثة والأعمال الإنسانية:
 لقد أشارت وزارة الداخلية السعودية إلى أنّ السعودية تعطي الأولوية للتوسع في مساعداتها لتشمل " إخوانها من العرب والمسلمين في الكوارث والنكبات"، فضلاً عن مساعدة الآخرين الذين يحتاجون إلى مساعدة عاجلة في جميع أنحاء العالم. والجدول الموالي يوضح أعلى خمس دول استفادة من مساعدات المركز:

جدول رقم (02): أعلى خمس دول مستفيدة من مركز الملك سلمان للإغاثة والأعمال الإنسانية

الدولة	المبلغ الإجمالي بالدولار	عدد المشاريع
اليمن	13,412,011,673	333
الجمهورية العربية السورية	2,496,730,450	173
مصر	1,949,612,404	21
موريتانيا	1,269,457,125	15
النيجر	1,230,404,364	7

المصدر: الموقع الإلكتروني لمركز الملك سلمان للإغاثة والأعمال الإنسانية
(إحصائيات 2018)

على الرغم من أنّ المركز قد أنشئ حديثاً، فقد أفاد بأنّه نفذ 333 برنامجاً للمساعدات والإغاثة لفائدة أكثر من 36 مليون شخص أغلبهم في اليمن، كما يُوضّح الجدول أعلاه بقيمة 13,412,011,673 مليار دولار أمريكي، ثمّ تأتي في المرتبة الثانية من حيث الاستفادة دولة سورية بـ 173 مشروع بقيمة 2,496,730,450 مليار دولار أمريكي، ثم مصر وموريتانيا والنيجر بـ 21 و15 و7 مشروع على التوالي.

2. التمويل غير المباشر لمركز الملك سلمان للإغاثة والأعمال الإنسانية: ينزع العطاء السعودي إلى تفضيل القنوات الثنائية، غير أن المملكة العربية السعودية تُعد أيضاً من الدول المانحة السخية للأمم المتحدة والمنظومة متعددة الأطراف؛ بل إنها جاءت في صدارة البلدان العربية المانحة من خلال منظومة الأمم المتحدة في عام 2016 ، وفي عام 2015 تجاوزت الأموال التي تمّ ضخها من خلال الأمم المتحدة تلك التي يتم توجيهها على المستوى الثنائي من خلال مركز الملك سلمان للإغاثة والأعمال الإنسانية حيث بلغت عدد المساهمات 489 مساهمة في 37 منظمة إقليمية ودولية إنسانية بمبلغ إجمالي 929,711,258 دولار أمريكي. وتعد المملكة العربية السعودية حالياً ثاني أكبر المانحين للأونروا. والجدول الموالي يبين أعلى خمس جهات مستفيدة من مساهمات المركز:

جدول رقم (03): أعلى خمس جهات مستفيدة من مساهمات مركز الملك سلمان للإغاثة والأعمال الإنسانية

الدولة	المبلغ	الإجمالي	عدد المساهمات
--------	--------	----------	---------------

	بالدولار	
45	303,376,578	الأمم المتحدة
23	225,848,264	الأمانة العامة لمجلس التعاون لدول الخليج
28	140,810,235	جامعة الدول العربية
24	80,200,000	برنامج الأمم المتحدة الإنمائي
21	48,395,849	منظمة التعاون الإسلامي

المصدر: الموقع الإلكتروني لمركز الملك سلمان للإغاثة والأعمال الإنسانية (إحصائيات 2018)

ثالثاً: دور مركز الملك سلمان للإغاثة والأعمال الإنسانية في مراعاة المقاصد الشرعية للعمل الخيري في الخارج

تُسهّم التبرعات الخيرية والإغاثة الإنسانية السعودية بكل صورها إسهاماً بالغاً في حفظ المصالح الضرورية ومن ثمّ كانت مقاصدها الشرعية ترعى هذه المصالح، وتدرأ عنها ما يكون ذريعة لاختلالها أو إلحاق مفسدة بها، كما تسعى هذه المشاريع في بعدها الدولي إلى تلبية المقاصد وخدمة المقاصد العليا للتشريع.

1. دور مركز الملك سلمان للإغاثة والأعمال الإنسانية في مُراعاة المقاصد العامة للعمل الخيري الدولي: لقد رُوِيَ في المشاريع والبرامج التي يقدمها المركز المقاصد الشرعية للعمل الخيري والإغاثي، حيث راعت المملكة العربية السعودية الحفاظ على المقاصد الضرورية ثم الحاجة فالتحسينية، أمّا المقاصد الخاصة: فقد راعى المركز أن تكون المساعدات متنوعة بحسب مستحقيها وظروفهم التي يعيشون فيها أو تعرضوا لها من دون تمييز وفي مكان في العالم. ونشرح كيفية تحقيق المساعدات السعودية الخيرية والإغاثية للضروريات الخمس، وما هي المجالات التي راعاها، والحفاظ هنا سيكون بالمحافظة على أصل هذه الخمس. مع التأكيد على أن الخمس كما هي موجودة في الضروريات فهي موجودة في الحاجيات والحفاظ عليها يكون بما يتعلق بجلب معاني التيسير والرفق، والحفاظ على التحسينيات يكون بجلب معاني التزيين والجمال.

1.1. دور مركز الملك سلمان للإغاثة والأعمال الإنسانية في مراعاة المقاصد الضرورية للعمل الخيري الدولي:

- **حفظ الدين:** من مقاصد الشريعة الضرورية، وأول مقاصدها المحافظة على الدين، إذ أنّ مصلحة الدين هي أعظم المصالح وأعلّاهَا، وتحتها ينطوي كل ما فيه مصلحة للمكلفين. ومن ثمّ فقد حمى الإسلام الدين، وشرع لإيجاده الإيمان بالله وملائكته وكتبه ورسله، وأصول العبادات كالصلاة والزكاة والصيام والحج لمن استطاع إليه سبيلاً. وشرع للمحافظة على الدين، الدعوة إليه، ورد الاعتداء عنه، ووجوب الجهاد ضد من يُريد إبطاله، ومحو معالمه، أو السيطرة على مقوماته.

ولذلك كان المقصد الشرعي من التبرعات الخيرية والأعمال الإغاثية، بل من أعظم مقاصده أن تكون أموال الأمة عدة لها، وقوة لبناء أساس مجدها، والحفاظ على مكانتها وقوتها حتى تكون مرهوبة الجانب، مرموقة بعين الاعتبار، غير

محتاجة إلى من قد يستغل حاجتها، فيبتز خيراتها وثرواتها، ويدخلها تحت نير سلطانه وجبروته. إقامة الدين وحفظه وصونه، وذلك من خلال أمرين اثنين:

الأمر الأول: ويتعلق بتطبيق العمل الخيري نفسه، باعتباره أحد تكاليف الدين، فيكون إعماله إعمالاً للدين في هذا التكليف، وهو ما يؤدي إلى حفظه وإقامته بهذا الوجه.

الأمر الثاني: ويتوقف بالأعمال الخيرية في مجال حفظ الدين وتشمل بناء المساجد والمدارس القرآنية والجامعات الشرعية، ببناءها وتأثيثها ورعايتها، والإنفاق على أهل العلم وطلابه وعلى الفقهاء والقراء والحفظة والأئمة والمؤذنين، فهذه الأعمال الخيرية تحفظ الدين في صميمه وحقيقته.

وتحقيقاً لهذا المقصد وجّه مركز الملك سلمان للإغاثة والأعمال الإنسانية الجزء الأكبر من تمويلاته والتي تقدر حوالي 13 مليار دولار أمريكي لدعم إخواننا اليمنيين من أهل السنة ليحفظ عليهم دينهم وعقيدتهم عقيدة التوحيد ويعينهم على مجاهدة أهل الأهواء والباطل وذلك من خلال بناء المساجد والمدارس القرآنية.

- **حفظ النفس:** حفظ النفس وحفظ حياتها وسلامتها وصحتها وأمنها النفسي والغذائي والمادي، وذلك من خلال سد الضروريات والحاجيات التي يقوم بها أمر الإنسان في عاجل أمره وأجله. وهذا يتحقق بمجاله المتعلق بالإفادة بمنافع العمل الخيري وثمرته وريعه، بما يسد هذه الضروريات والحاجيات والتحسينات.

وينبغي في هذا السياق ينبغي التنبيه إلى أنه من الأولويات أيضاً في بعض الأوقات تقديم الواجبات مثل تقديم الأطعمة للذين يموتون من الجوع، فمن غير المعقول أن أقوم بعمل مشروعات مستدامة في ظل وجود مجاعة فلو أخذنا مجاعة الصومال كمثال هل الأولوية لدى العمل الخيري وفي ظل هذه المجاعة التي تفتك به أن يقوم بحفر الآبار أو بناء المساجد أو توزيع مشروعات تنمية أم نقوم بتوزيع

وجبات غذائية وسلال على المتضررين من الجفاف؟* فتوزيع المساعدات الغذائية للذين يتعرضون للمجاعات والأدوية للمرضى، وإيواء المشردين، وكفالة الأيتام، ورعاية المسنين والأرامل والمعاقين كل ذلك مُقدم على تلك المشروعات*، فهذه من الضروريات اللازمة لحفظ النفس الإنسانية.

وقد ساهمت مشاريع مركز الملك سلمان للإغاثة والأعمال الإنسانية في توفير كفاية النفس مما يحتاجه الجسد من طعام، وشراب، ولباس، ومسكن، ووقاية من الأمراض السارية والمخاطر التي تؤدي بالنفس كالحريق والغرق وغيرها من الوسائل التي لا يتم حفظ النفس إلا بها، والتي تأخذ حكم المقصد الضروري. لقد سعى المركز إلى تلبية حاجات المحتاجين الأصلية، والتخفيف عنهم في مجال الفقر والجهل والمرض فأمن للنفس الطعام والشراب واللباس والمسكن، أي وضع الضمانات لحفظ النفس. وساهم في تأمين النفس من الأمراض والمخاطر التي تُودي بها، ومن بين أهم المشاريع التي قام بها المركز لتحقيق مقصد حفظ النفس

* لقد راعت المملكة العربية السعودية الأولوية لدى العمل الخيري للبلدان المنكوبة والتي تعاني من أوضاع إنسانية مزرية كالزلازل والفيضانات والأزمات، وعملياً نجد أنّ مشاريع المركز الإنمائية والتنمية قليلة جداً إذا ما قورنت بالمشاريع الأخرى التي تأخذ الطابع الإغاثي والإنساني العاجل مثل : المساعدات الغذائية وغير الغذائية والمساعدات الإيوائية والرعاية الصحية.

** يقوم مركز الملك سلمان للإغاثة والأعمال الإنسانية بإعداد خطط الاستجابة وتقديم مساعدات لمتضرري الكوارث والأزمات في مجالات البنى التحتية الأساسية وتقديم المشروعات المناسبة ضمن اختصاصات المركز. كما يقوم بإعداد التصاميم الخاصة بمشروعات البنى التحتية الأساسية في مناطق الكوارث والأزمات، والتجهيز والإشراف على مشروعات البنى التحتية الأساسية للدول المختارة من قبل المركز بالتعاون مع الشركاء المعتمدين والسلطات المحلية بناء على مؤشر المركز في خطة الاستجابة. ومن أمثلة المشاريع التي قام بها في هذا المجال: مشروع إنشاء المصدات الخرسانية لنهر بانج وجويكجه في محافظة همداني منطقة ختلون جمهورية طاجيكستان بالتعاون مع هيئة الري واستصلاح الأراضي الطاجيكستانية.

البشرية، وقد شملت القطاعات الآتية: (الأمن الغذائي، التغذية، الصحة، التعافي المبكر، المياه والإصحاح البيئي، الإيواء) وفيما يلي بعض النشاطات التي قام بها المركز في هذا المجال¹:

- دعم الأمن الغذائي للمحافظة على الحياة في محافظة تعز، توزيع 300000 سلة غذائية، واستفاد منها 1800000 مستفيد.
- تقديم وجبات ساخنة للعالمين في منفذ الوديعة لعدد 250000 مستفيد.
- جسر جوي لعدد 15 طائرة محملة بمساعدات إغاثية لعدن واستفاد منها 20000 مستفيد.
- تقديم مساعدات غذائية ومواد غير غذائية لمحافظة الأنبار وبغداد واستفاد منها 86500 مستفيد.
- مساعدات مقدمة من مركز الملك سلمان للإغاثة والأعمال الإنسانية إلى الإخوة المتضررين من الزلزال في محافظة أوش في جمهورية قيرغيزستان بحمولة 100 طن مكونة من واد غير غذائية ومأوى واستفاد منها 5000 مستفيد.
- تقديم مساعدات غذائية ومواد غير غذائية (سلال شتوية) في كل من حلب، إدلب وحماه، استفاد منها 276000 مستفيد.
- **برنامج توزيع التمور:** يعد هذا البرنامج أحد أهم برامج المركز الإنسانية حيث قام بتوزيع سبعة آلاف طن من التمور إلى مستحقيها حول العالم، وذلك ضمن برنامج مساعدات التمور من مساهمة المملكة لعام 2017 لبرنامج الغذاء العالمي. ويقوم هذا المركز بتنفيذ هذا البرنامج المهم للعام الثاني بمشاركة وزارات الخارجية المالية، البيئة والمياه والزراعة وتصل التمور خلال هذا العام إلى 30 دولة في قارات آسيا وأفريقيا وأوروبا وأمريكا الجنوبية.

¹ التقرير السنوي لمركز الملك سلمان للإغاثة والأعمال الإنسانية، (2016-2017).

- دعم خدمات المياه والتعقيم والإصحاح البيئي وتوفير مياه الشرب والصرف الصحي المنقذة لحياة الضعفاء من النازحين داخلياً وللمرافق الصحية في محافظات: عدن، تعز، صنعاء، لحج، إب.

- **حفظ العقل:** حفظ العقل وحمايته من معوقات ومبطلات رسالته في العلم والنظر والفهم والتمييز والترجيح والاستنباط والابتكار، وما يكون أثراً لكل ذلك، من تنمية وإنتاج وصنع وتكثير للثمار والمنافع والسلع والبضائع والمستهلكات ومستلزمات العيش والحياة. وللمركز إسهامات واضحة وملموسة في حفظ العقل بعدة وسائل نذكر منها على سبيل المثال: إنشاء مشروع تعليمي من خلال شركة تطوير الخدمات التعليمية إلى دعم الطلاب اليمنيين المتوقفين عن الدراسة بسبب ظروف الحصار وذلك عن طريق تقديم صفوف تعليمية إلكترونية (تعليم عن بعد) وبث فضائي تعليمي عبر قنوات مخصصة لدعم الصفوف التعليمية، أو من خلال المشروعات الإلكترونية، كما استفاد عدد من الطلبة اليمنيين والسوريين والفلسطينيين من برنامج خادم الحرمين الشريفين الجامعي للتعليم العالي، والجدول الموالي يوضح عدد الطلبة المستفيدين من هذا البرنامج:

جدول رقم (04): مشاريع مركز الملك سلمان للإغاثة والأعمال الإنسانية الموجهة لحفظ العقل

النوع	عدد المستفيدين	المبلغ بالدولار الأمريكي
1	7.950	105,997,350

		13,333 ألف دولار أمريكي في السنة.	
51,732,040	3,880	منحة خادم الحرمين الشريفين لمساعدة الطلبة اليمنيين للتعليم العالي التكلفة 13,333 ألف دولار أمريكي في السنة.	2
377,129,802	141,406	الطلاب السوريون الملتحقون بالتعليم العام/ تكلفة الطالب 2,667 دولار أمريكي.	3
761,812,548	285,644	الطلاب اليمنيون الملتحقون بالتعليم العام/ تكلفة الطالب 2,667 دولار أمريكي.	4
104,762,427	39,281	المساعدات التي قدمت للاجئين الأفغان والصوماليين والسوريين والفلسطينيين الملتحقين بالتعليم العام التكلفة في السنة الواحدة 2,667 دولار أمريكي.	5

المصدر: التقرير السنوي لمركز الملك سلمان للإغاثة والأعمال الإنسانية،
(2016-2017).

- **حفظ النسل:** النسل مهم في الحياة، وحفظه من الركائز الأساسية لعمارة الأرض، والنسل عنصر هام للجهاد الذي يحفظ الدين والنفس، وكلها من الضروريات الخمس، والنسل تكمن فيه قوة الأمة، وبه يباهي رسول الله صلى الله عليه وسلم الأمم. والإسلام حث على التناسل وعني بحمايته بوسائل عدة، منها الأعمال الخيرية والإغاثية، كالإنفاق على الأسر والأطفال والأرامل واليتامى وأصحاب العوز والحاجة. وربما تتجه الإرادة أكثر نحو تخصيص بعض الأموال للمقبلين على الزواج¹.

وفي هذا الصدد قام مركز الملك سلمان للإغاثة والأعمال الإنسانية بكفالة الأيتام في اليمن دون سن الثامنة عشرة وتنميتهم من خلال الرعاية الاجتماعية والصحية والتربوية، والإسهام في إنقاذهم من الأوضاع الكارثية التي يعيشونها، كما قام المركز بالتدخلات الغذائية الوقائية والعلاجية المنقذة لحياة الفتيات والأولاد دون سن الخامسة إضافة للنساء الحوامل والمرضعات.

- **حفظ المال:** ومن أهم الأولويات التي ينبغي التركيز عليها في العمل الخيري والإنساني هو الاهتمام بالعمل الدائم الذي يُدر دخلاً دائماً يومياً أو أسبوعياً أو شهرياً على الفقراء والمحتاجين بدلاً من الإغاثات التي قد تقل وتنقطع أحياناً، ويعتبر مشروع حماية سبيل العيش في محافظات اليمن من أهم مشاريع مركز الملك سلمان للإغاثة والأعمال الإنسانية التي تسعى إلى تحقيق مقصد حفظ المال،

¹ نور الدين الخادمي، المقاصد الشرعية للوقف الإسلامي تأصيلاً وتنزيلاً، المؤتمر الثالث للأوقاف، الجامعة الإسلامية، المدينة المنورة، المملكة العربية السعودية، 2009، ص 903-904.

حيث يهدف هذا المشروع إلى توفير المدخلات الزراعية والثروة السمكية، وتنفيذ تدخلات حماية الثروة الحيوانية في حالات الطوارئ، وتركيب وحدات الطاقة والمياه لضمان توفير المياه للأسر العاملة في مجال الزراعة التي تعاني من نقص شديد في الوقود لتوفير المياه لمحاصيلهم ومواشيهم، والتي تؤمن لهم الحصول على مصدر رزق .

2.1. دور مركز الملك سلمان للإغاثة والأعمال الإنسانية في مراعاة المقاصد الحاجية للعمل الخيري الدولي: لا يخفى دور المقاصد الحاجية التي تكمل الضرورية وتخدمها وهي حفظ الكليات الخمس ذاتها أي الدين والنفس والعقل والنسل والمال، لكن بمرتبة أقل من الضرورية، فتحفظ المقاصد الحاجية هذه الخمس بما يجلب التيسير والرفق للمكلفين. وقد فصلنا الحديث عنها في الضروريات. والمقاصد الحاجية هي التي يقصد منها التوسعة ورفع الضيق المؤدي إلى الحرج والمشقة بفوت المطلوب، وبما أنّ ظروف الحياة المتجددة والمتغيرة تنشأ دائماً عن حاجات لا حصر لها، فتتنوع صور المشاريع التي يقوم بها المركز بتنوع هذه الحاجات التي يطلب تلبيتها، حيث إنّ هذه الحاجات لا غنى للإنسان عنها، وبوجودها يرفع الحرج والمشقة عن الأفراد والأمة، وتجلب التيسير والرفق. ونذكر أمثلة للمشاريع الخيرية والإغاثية الحاجية التي قام بها مركز الملك سلمان للإغاثة والأعمال الإنسانية¹:

- دعم خدمات المياه والتعقيم والإصحاح البيئي وتوفير مياه الشرب والصرف الصحي المنقذة لحياة الضعفاء من النازحين داخلياً وللمرافق الصحية في محافظات: عدن، تعز، صنعاء، لحج، إب.

¹ النشرة الشهرية للوضع الإنساني في اليمن، العدد الثامن عشر، مركز الملك سلمان للإغاثة والأعمال الإنسانية، الرياض، المملكة العربية السعودية، ديسمبر 2017

- إنشاء مركز لتأمين وتركيب الأطراف الصناعية ذات الجودة لمن يحتاجها في مستشفى هيئة مأرب العام.

- حفر بئرين مع محطة تحلية مياه بمخيم اللاجئين اليمنيين في محافظة أبخ لتقديم محافظة أبخ لتقديم مياه صالحة للشرب والغسيل للاجئين اليمنيين تفاديا للأمراض والأوبئة.

- كفالة الأيتام في اليمن دون سن الثامنة عشرة وتنميتهم من خلال الرعاية الاجتماعية والصحية والتربوية، والإسهام في إنقاذهم من الأوضاع الكارثية التي يعيشونها.

3.1. دور مركز الملك سلمان للإغاثة والأعمال الإنسانية في مُراعاة المقاصد التحسينية للعمل الخيري الدولي:

المصالح التحسينية من التحسين والتزيين والتكميل، وهي الأخذ بمحاسن العادات والأخلاق، وترك ما تستقره النفس وتعافه الطباع، ووجودها حسن؛ لأن النفوس تتطلع دائماً إلى زيادة حسن وجمال متع الحياة. وهي تتناول حفظ الكليات الخمس الدين والنفس والعقل والنسل والمال بجلب معاني التزيين والجمال لها، أي إنها تدخل في تحسين الكليات الخمس، وقد اهتم المركز بالمقاصد التحسينية وسعى إلى تحسين وضع المعيشة لدى الشعوب الفقيرة والمنكوبة والتي تعاني من أوضاع إنسانية مزرية، وفيما يلي بعض المبادرات التي قام بها لتحقيق هذا المقصد:

-إنشاء 300 وحدة سكنية جاهزة ومؤثثة ومكيفة ومدرسة وفق المعايير الدولية للإيواء في محافظة إبخ في دولة جيبوتي.

- مشروع حماية سبيل العيش في محافظات اليمن يهدف: توفير المدخلات الزراعية والثروة السمكية، تنفيذ تدخلات حماية الثروة الحيوانية في حالات الطوارئ،

تركيب وحدات الطاقة والمياه لضمان توفير المياه للأسر العاملة في مجال الزراعة التي تعاني من نقص شديد في الوقود لتوفير المياه لمحاصيلهم ومواشيهم.

- مشروع توفير وسائل نقل مريحة لكبار السن وذوي الاحتياجات الخاصة بمنفذ الوديعة اليمني بمبلغ 2,796,608 مليون دولار بهدف مراعاة ظروف الفئات الأكثر ضعفاً بتسهيل حركة النقل لديهم لتُصبح أكثر إنسانية.

- نقل العالقين في منفذ الوديعة إلى اليمن بواسطة الحافلات بهدف إيجاد وسائل نقل مريحة تُحقق الحد الأدنى من الكرامة الإنسانية.

- نفذ المركز رحلة ترفيهية للأطفال المجندين ضمن المشروع الذي يُنفذه المركز لإعادة تأهيلهم، وشملت الرحلة زيارة الأطفال حديقة مأرب لاند وممارستهم الألعاب المختلفة المتوفرة في الحديقة سعياً من المركز لإبعادهم عن الصدمات النفسية والسلوك العدواني وإعادتهم إلى أجواء الطفولة التي افتقدوها.

- مساعدات أجهزة كمبيوتر وملحقاتها لجمهورية زامبيا - لوساكا.

2. دور مركز الملك سلمان للإغاثة والأعمال الإنسانية في مراعاة المقاصد الخاصة للعمل الخيري الدولي:

إنَّ الأعمال الخيرية قائمة على أساس المواساة، والتكافل بين أفراد الأمة الإسلامية، الخادمة لمقصد الأخوة الواجب إقامتها بينهم، ولهذا فهي مصلحة حاجية جلية، وأثر خلق إسلامي عظيم، لما فيها من تركية النفوس، وتطهير للمجتمعات من داء البخل، ولما فيها من استجلاب المحبة وإبقاء المودة بين أفرادها، وقد سعى مركز الملك سلمان للإغاثة والأعمال الإنسانية إلى تحقيق المقاصد الخاصة للمساعدات الخيرية التي تستفيد منها البلدان الفقيرة والمنكوبة، وفيما يلي تفصيل لهذه المقاصد:

• **إقامة مصلحة ضعاف المسلمين:** إنَّ مقصود الشريعة الأعظم من التبرعات والأعمال الخيرية هو إقامة مصالح ضعاف المسلمين وقضاء حوائجهم التي لا تستقيم حياتهم العادية إلاَّ بتمامها، ولا يبلغ هذا المقصد تمامه إلاَّ إذا كان الإنفاق بمقادير لها بال وبصورة دائمة وعامة حيث يستمر معها الإنفاق بمقادير متماثلة في سائر الأوقات¹. وإقامة لهذا المقصد أعطى المركز الأولوية للبلدان الفقيرة والمحتاجة للاستفادة من مساعداته.

• **التكثير من التبرعات والعمل الخيري:** لقد أوجب الله تعالى المواساة وندب إليها، ورجب في الصدقات وحرَّض عليها وحث على وجوه البر والتبرعات ودعا إلى التكثير منها لما فيها من المصالح العامة والخاصة، وتحقيقاً لهذا المقصد فقد قام المركز بتقديم 1242 مشروع خيري وإغااثي في 78 دولة منذ تأسيسه حتى يونيو 2018.

• **مقصد الحرية:** هو أول مقاصد العمل الخيري الإسلامي وأعلاها منزلة، ففي مقدمة الأهداف التي يتوجه إليها العمل الخيري أن يسهم في "تحرير" النفس الإنسانية من الأغلال التي قد تكبلها لسبب أو لآخر، وتعوق حركتها، وتهدر طاقتها، وجاءت الشريعة السمحاء لتجعل الحرية جزءاً لا يتجزأ من عمل الخير والمساهمة فيه.

مقصد السلم الأهلي: فالعمل الخيري يدعم روح الأخوة والتراحم والتعاطف في الاجتماع السياسي الإسلامي بصفة عامة، وإلى ذلك أشار العلامة ابن عاشور - رحمه الله - حيث يقول: "عقود التبرعات قائمة على أساس المواساة بين أفراد الأمة، الخادمة لمعنى الأخوة؛ فهي مصلحة حاجية وتحسينية جلية، وأثر خُلُق إسلامي جميل. وفي هذا الصدد تعاون مركز الملك سلمان للإغاثة والأعمال

¹ عز الدين بن زغبية، مقاصد الشريعة الخاصة بالتبرعات والعمل الخيري، مؤتمر العمل الخيري الخليجي الثالث، دائرة الشؤون الإسلامية والعمل الخيري، دبي، الإمارات العربية المتحدة، يناير 2008، ص5.

الإنسانية مع المنظمات الدولية العاملة في مجال الإغاثة الإنسانية إدراكاً منه لمسؤوليته عن تعميق التفاهم والتضامن بين مختلف الإيديولوجيات واللغات والألوان. كما حرص على تحقيق التقارب بين شعوب العالم، وتوحيد مشاعرهم وأهدافهم في إطار نظام إنساني ثابت يتماشى مع تعاليم الإسلام السمحة.

• **مقصد محاربة الفقر:** ومن مقاصد الشريعة عموماً والعمل الخيري خصوصاً معالجة علة الفقر تصحبها علل أخرى كثيرة مثل الجهل والمرض والبطالة والجريمة، وهي علل ذات آثار سلبية، تدمر قدرات المجتمع¹. وتحقيقاً لهذا المقصد فقد سعى المركز إلى تلبية حاجات المحتاجين الأصلية، والتخفيف عنهم في مجال الفقر والجهل والمرض فأمن للنفس الطعام والشراب واللباس والمسكن، أي وضع الضمانات لحفظ النفس. وساهم في تأمين النفس من الأمراض والمخاطر التي تؤدي بها.

• **مقصد الكفاية:** كذلك من بين المقاصد الخاصة بالعمل الخيري هو الخروج من حالة الكفاية إلى الكفاف والرفاه من مطالب الشريعة الإسلامية². وقد ساهمت مشاريع مركز الملك سلمان للإغاثة والأعمال الإنسانية في توفير كفاية النفس مما يحتاجه الجسد من طعام، وشراب، ولباس، ومسكن، ووقاية من الأمراض السارية والمخاطر التي تؤدي بالنفس كالحرق والغرق وغيرها من الوسائل التي لا يتم حفظ النفس إلا بها، والتي تأخذ حكم المقصد الضروري.

• **التعجيل بإيقاع المساعدات الخيرية وتفعيلها وإيصالها إلى مستحقيها من غير التمييز بينهم:** يسعى مركز الملك سلمان للإغاثة والأعمال الإنسانية انطلاقاً من رسالته الهادفة إلى خدمة الإنسان أينما كان ومساعدته وإغاثته والمساهمة في

¹ إبراهيم بيومي غانم، مقاصد العمل الخيري والأصول الإسلامية للمشاركة الاجتماعية، مكتبة الشروق الدولية، القاهرة، مصر، 2010.

² مقالاتي صحراوي، تطوير الإعلام الخيري في ضوء مقاصد الشريعة الإسلامية، المركز الدولي مداد لدراسات العمل الخيري، جدة، المملكة العربية السعودية، 2011، ص16.

التخفيف من معاناته، وتقديم المساعدات والبرامج التنفيذية بشتى أنواعها من منطلقات إنسانية بحثة للدول المنكوبة والمحتاجين في شتى أصقاع العالم دون تمييز.

خاتمة: حاولنا من خلال هذه الدراسة إلقاء الضوء على المشاريع الخيرية السعودية في الخارج ومجالاتها، قواعدها وأولوياتها ومقاصدها الشرعية، كما حاولنا التعرف على مدى اهتمام حكومة المملكة الرشيدة بالمقاصد الشرعية في تقديم المساعدات الإغاثية والخيرية الدولية، حيث تطرقنا في المبحث الأول لواقع العمل الخيري السعودي، وسلطنا الضوء في المبحث الثاني على رؤية المملكة 2030 ودورها في تفعيل الأثر التنموي للقطاع الخيري، أمّا المبحث الثالث فخصصناه للعمل الخيري السعودي في الخارج وذلك بالتطرق لأهم المؤسسات الخيرية الدولية، وقنواتها، وقد تناولنا في المبحث الأخير لتطبيقات العمل الخيري السعودي الدولي في ضوء مقاصد الشريعة الإسلامية من خلال التعرف على نشاطات مركز الملك سلمان للإغاثة والأعمال الإنسانية ومجالاتها ودورها في مراعاة المقاصد الشرعية للعمل الخيري.

النتائج: توصلت الدراسة إلى النتائج التالية:

لقد سعت رؤية المملكة 2030 إلى تفعيل القطاع الخيري السعودي وتعظيم أثره التنموي.

لقد رُوعي في تقديم المشاريع الخيرية والإغاثية السعودية الدولية المقاصد الشرعية للعمل الخيري.

لقد راعت المملكة العربية السعودية في تقديمها للمساعدات الخيرية والإغاثة العاجلة أولويات العمل الخيري الدولي، حيث منحت الأولوية للبلدان المنكوبة والمتضررة من الزلازل والفيضانات، كما أعطت الأولوية لمساعدة اللاجئين في

اليمن والصومال والعراق والذين يعانون من أوضاع إنسانية جد مزرية، وفي نفس الوقت قامت بتقديم مساعدات إنمائية وتنموية للبلدان الفقيرة في مجالات البنى التحتية.

سبق وصدارة المملكة العربية السعودية وريادتها في خدمة الأعمال الخيرية في البلدان الفقيرة والأقل نمو، وبذلك انفردت نشاطات المملكة الخيرية والإغاثة بصفة الخصوصية في العالم سواء من حيث حجم المساعدات أو من حيث طريقة تقديم تلك المساعدات، وقد تنوعت تلك الأعمال في البلدان الإسلامية مراعية المقاصد الشرعية في العمل الخيري وفي نفس الوقت داعمة للجهود الهادفة إلى زيادة معدلات النمو الاقتصادي والاجتماعي وخفض معدلات الفقر في إطار الأهداف الإنمائية للألفية.

يعتبر مركز الملك سلمان للإغاثة والأعمال الإنسانية القناة الرئيسية الأولى لتقديم الأعمال الإغاثية والإنسانية في المملكة العربية السعودية، وقد اعتمد المركز في تقديم المساعدات للمحتاجين بطريقتين: الطريقة الأولى وهي طريقة التمويل المباشر للمشاريع الخيرية والإغاثية والإنمائية والتنموية في البلدان الفقيرة والمنكوبة، أمّا الطريقة الثانية عن طريق التمويل غير المباشر للمشاريع الخيرية من خلال مساهمة المركز في تمويل الهيئات الدولية والإنسانية المتخصصة في تقديم المساعدات الإغاثية والإنسانية.

يعتمد مركز الملك سلمان للإغاثة والأعمال الإنسانية في أعماله على ثوابت تتطلق من أهداف إنسانية سامية، ترتكز على تقديم المساعدات للمحتاجين وإغاثة المنكوبين في أي مكان من العالم بألية رصد دقيقة وطرق نقل متطورة وسريعة، تتم من خلال الاستعانة بمنظمات الأمم المتحدة والمنظمات غير الربحية الدولية و المحلية في الدول المستفيدة ذات الموثوقية العالية.

تهدف إغاثات مركز الملك سلمان للإغاثة والأعمال الإنسانية إلى دعم جهود وخطط البلدان الإسلامية في مجالات التنمية الاقتصادية والاجتماعية، وتتميز مساعدات المملكة بخصائص بارزة من أهمها: أن تكون متنوعة بحسب مستحقيها وظروفهم التي يعيشون فيها أو تعرضوا لها، وتشمل المساعدات جميع قطاعات العمل الإغاثي و الإنساني (الأمن الإغاثي، إدارة المخيمات ، الإيواء، التعافي المبكر، الحماية، التعليم ، المياه و الإصحاح البيئي، التغذية، الصحة، دعم العمليات الإنسانية، الخدمات اللوجستية، الاتصالات في الطوارئ).

التوصيات: بناءً على النتائج المتوصل إليها، توصي الدراسة ب:

ضرورة توسيع قاعدة رأس مال مركز الملك سلمان للإغاثة والأعمال الإنسانية.

ضرورة توسيع قاعدة مساعدات مركز الملك سلمان لتشمل باقي البلدان الفقيرة في إفريقيا وآسيا وأمريكا اللاتينية، والبحث عن قطاعات حيوية أخرى يُمكن أن تلبي الاحتياجات التنموية في هذه البلدان؛

ضرورة دعم المواطنين ورجال الأعمال السعوديين للمركز لتمكينه من المواصلة في دعم مسيرة التنمية في البلدان الفقيرة والمنكوبة في العالم؛

التعريف بجهود المملكة من خلال برامج التعليم في مؤسسات التعليم والثقافة في الدول الإسلامية لتصحيح الصور النمطية المسيئة للمملكة؛

عقد المؤتمرات والندوات الإقليمية والدولية حول إنجازات المملكة وجهودها في خدمة القضايا التنموية في العالم.

في نهاية هذا البحث أحمد الله وأشكره على ما أولاه من النعم التي لا حصر لها وأشكره على ما ألهم وسدّد، وأستغفره ممّا سطره القلم من خطأ وزلل، والله نسأل

أن يُوفقنا لتحقيق المقاصد التي استهدفت من البحث، والغايات التي ارتجت من الكتابة، وقبل ذلك وبعد نسأل الله تعالى أن يجعله خالصاً لوجهه الكريم إنّه مولانا فنعم المولى ونعم النصير والمجيب.

المراجع: أولاً: الكتب

إبراهيم بيومي غانم، مقاصد العمل الخيري والأصول الإسلامية للمشاركة الاجتماعية، مكتبة الشروق الدولية، القاهرة، مصر، 2010.

إسماعيل الحسيني، نظرية المقاصد عند الإمام محمد الطاهر بن عاشور، منشورات المعهد العالمي للفكر الإسلامي، الطبعة الثانية، 1926 هـ 2005م.

أطلس الجمعيات الخيرية في المملكة العربية السعودية، وكالة الوزارة للتنمية الاجتماعية، وزارة الشؤون الاجتماعية، الرياض، المملكة العربية السعودية، 2014.

الطاهر بن عاشور، مقاصد الشريعة الإسلامية، الشركة التونسية للتوزيع، ط1، تونس، 1978.

عبد العزيز الدخيل، تطبيق المعايير المحاسبية في منظمات العمل الخيري، إصدارات مؤسسة الملك خالد الخيرية، الرياض، المملكة العربية السعودية، 2010.

علال الفاسي، مقاصد الشريعة الإسلامية ومكارمها، مكتبة الوحدة العربية، الدار البيضاء، المملكة المغربية، بدون تاريخ نشر.

1. المركز الدولي مداد لدراسات العمل الخيري، دراسة احتياجات العمل الخيري السعودي من الكراسي البحثية، مكتبة الملك فهد الوطنية، الرياض، المملكة العربية السعودية، 2013.

2. المركز الدولي مداد لدراسات العمل الخيري، رؤية إستراتيجية للعمل الخيري السعودي للسنوات الخمس القادمة، مكتبة الملك فهد الوطنية، الرياض، المملكة العربية السعودية، 2014.
3. نور الدين الخادمي، الاجتهاد المقاصدي حجيته، ضوابطه ومجالاته، ج 2 ، وزارة الأوقاف والشؤون الإسلامية، الدوحة، قطر، رجب 1419هـ.

ثانيا: البحوث والمجلات المحكمة

4. باقر سلمان النجار، العمل الاجتماعي التطوعي في الدول العربية الخليجية: مقوماته، دوره، أبعاده، سلسلة الدراسات الاجتماعية والعمالية، البحرين، مكتب المتابعة لمجلس وزراء العمل والشؤون الاجتماعية بالدول العربية الخليجية، العدد (11) ، 1992.
5. جعفر هني محمد، أنموذج مقترح لقياس وتقويم الأداء بالجمعيات الخيرية السعودية لرعاية الأيتام باستخدام بطاقة العلامات المتوازنة، مجلة جامعة القدس المفتوحة للأبحاث والدراسات الإدارية والاقتصادية، المجلد الثاني، ع (7)، فلسطين، 2017.
6. جعفر هني محمد، أهميّة إرساء وتعزيز مبادئ حوكمة الشركات في المجالس التنسيقيّة للجمعيات الخيريّة بالمملكة العربية السعوديّة، ملتقى المجالس التنسيقية للجمعيات الخيرية في المملكة العربية السعودية، المدينة المنورة، المملكة العربية السعودية، 3-4 سبتمبر 2014.
7. جعفر هني محمد، دور المملكة العربية السعودية في تنمية اقتصاديات البلدان الإفريقية (الصندوق السعودي للتنمية أنموذجا)، مجلة قراءات إفريقية، العدد 26، مؤسسة المنتدى الإسلامي، الرياض، المملكة العربية السعودية، ديسمبر 2015.

8. خالد الفاضل، رؤية المملكة 2030.. خارطة طريق لمأسسة العمل الخيري وتمكينه، مجلة تمكين، العدد الثاني، مؤسسة الأميرة العنود الخيرية، الرياض، المملكة العربية السعودية، 2018.
9. خالد اليحيى وناتالي فوستير، المملكة العربية السعودية كجهة مانحة للمساعدات الإنسانية: جهود دولية ضخمة، مع ضعف في القدرات المؤسسية والتنظيمية، المعهد العالمي للسياسات العامة، ورقة بحثية رقم (14)، برلين، ألمانيا، فبراير 2011.
10. ريهام خفاجي، العمل الخيري الخليجي: النشأة والتطور، مجلة مداد لدراسات العمل الخيري، العدد 01، المركز الدولي لدراسات العمل الخيري، جدة، المملكة العربية السعودية، 2012.
11. شيرين الطرابلسي، مملكة الإنسانية؟ قيم المملكة العربية السعودية وأنظمتها ومصالحها في مجال العمل الإنساني، معهد التنمية فيما وراء البحار، لندن، المملكة المتحدة، 2017.
12. محمد مظاهري، واقع العمل التطوعي في المملكة العربية السعودية والدور الإعلامي المأمول لتنميته دراسة وصفية نقدية، مجلة جامعة طيبة: العلوم التربوية، السنة الثانية، العدد 4، المدينة المنورة، المملكة العربية السعودية، 1427.
13. مركز إيفاد للدراسات والاستشارات، تصنيف الجمعيات الخيرية في المملكة العربية السعودية، مؤسسة الملك خالد الخيرية، الطبعة الأولى، الرياض، المملكة العربية السعودية، 1435هـ/2014.
14. مقالاتي صحراوي، تطوير الإعلام الخيري في ضوء مقاصد الشريعة الإسلامية، المركز الدولي مداد لدراسات العمل الخيري، جدة، المملكة العربية السعودية، 2011.

ثالثاً: المذكرات والأطروحات

15. الجازي الشبيكي ، الجمعيات النسائية الخيرية والمساهمة في التنمية الاجتماعية، ورقة عمل مقدمة إلى جمعية الملك عبد العزيز، القصيم، المملكة العربية السعودية، 2001.

16. حميد الشايجي، العمل التطوعي عطاء وتنمية الندوة العالمية للشباب الإسلامي كأنموذج، اللقاء السنوي الرابع للجهات الشرقية بالمنطقة الشرقية، الدمام، المملكة العربية السعودية.

17. خالد العتيبي، تمويل الجمعيات الأهلية في النظام السعودي (دراسة مقارنة)، مذكرة ماجستير، كلية العدالة الجنائية، جامعة نايف العربية للعلوم الأمنية، الرياض، المملكة العربية السعودية، 2014.

رابعاً: المؤتمرات والندوات

18. ضيف الله البلوي، واقع العمل التطوعي بالمملكة العربية السعودية، اللقاء السنوي الأول للجهات الخيرية، المنطقة الشرقية، المملكة العربية السعودية.

19. عابد السفيناني، رؤية شرعية للإعلام وارتباطه بالجهات الخيرية، اللقاء الخامس للجهات الخيرية بالمنطقة الشرقية، الدمام، المملكة العربية السعودية.

20. عبد العزيز ميغا، المنح والمساعدات السعودية وأثرها على التنمية الاجتماعية في جمهورية مالي ، بحث مقدم إلى المؤتمر العالمي الأول حول جهود المملكة العربية السعودية في خدمة قضايا الأمة الإسلامية، الجامعة الإسلامية، المدينة المنورة، المملكة العربية السعودية، ديسمبر 2010.

21. عبد الله النمري، نظام الهيئة العامة للأوقاف ودورها المرتقب، المؤتمر الإسلامي للأوقاف، مكة المكرمة، المملكة العربية السعودية، 17-19 محرم 1438.

22. عز الدين بن زغبية، مقاصد الشريعة الخاصة بالتبرعات والعمل الخيري، مؤتمر العمل الخيري الخليجي الثالث، دائرة الشؤون الإسلامية والعمل الخيري، دبي، الإمارات العربية المتحدة، يناير 2008.

23. محمد المجالي، المؤسسات الخيرية ودورها في تنمية العلاقات الدولية والتواصل الحضاري، العمل الخيري الخليجي الثالث، دائرة الشؤون الإسلامية والعمل الخيري، دبي، الإمارات العربية المتحدة، 2008.

24. محمد حسن عيسى، الوقف الإسلامي دولياً أسسه ومتطلباته، مؤتمر الشارقة للوقف الإسلامي والمجتمع الدولي، الأمانة العامة للأوقاف، الإمارات العربية المتحدة، 2005.

25. مركز البحوث والدراسات، جهود هيئة الإغاثة الإسلامية العالمية بالمملكة العربية السعودية في دعم ومساندة اللاجئين، مؤتمر اللجوء وأبعاده الأمنية والسياسية والاجتماعية، جامعة نايف العربية للعلوم الأمنية، الرياض، المملكة العربية السعودية، 17-19 ذو القعدة 1436هـ.

26. مفرح بن سعد القحطاني، الهيئة العامة للأوقاف ودورها في تحقيق رثة 2030، المؤتمر الإسلامي للأوقاف، مكة المكرمة، المملكة العربية السعودية، 17-19 محرم 1438.

27. نور الدين الخادمي، المقاصد الشرعية للوقف الإسلامي تأصيلاً وتنزيلاً، المؤتمر الثالث للأوقاف، الجامعة الإسلامية، المدينة المنورة، المملكة العربية السعودية، 2009.

خامساً: التقارير

28. التقرير السنوي عن الأداء العام لبرامج الإغاثة الإسلامية العالمية بالمملكة العربية السعودية، رابطة العالم الإسلامي، مكة المكرمة، 1432-1433.

29. وزارة العمل والشؤون الاجتماعية ، وكالة الوزارة لشؤون الرعاية الاجتماعية . . ، أضواء على الرعاية الاجتماعية في المملكة العربية السعودية، 1412هـ.

30. التقرير السنوي لمركز الملك سلمان للإغاثة والأعمال الإنسانية (2015-2016)، (2016-2017).