

# المجلة الدولية

## للدراستات القانونية و الفقهية المقارنة

International Journal of Legal and  
Comparative Jurisprudence Studies

مجلة دورية علمية ومحكمة

المجلد 2- العدد 3، كانون الأول 2021

Vol.2 Issue.3, Dec 2021

تصدر عن مركز رفاذ للدراسات والابحاث - الأردن

 Refaad  
Research, Enlightenment, Findings Accelerated Applications Development

e-ISSN 2708-6607

p-ISSN 2708-6593

المجلة الدولية للدراسات القانونية والفقهية المقارنة  
International Journal of Legal and Comparative Jurisprudence Studies

المجلد الثاني- العدد الثالث، كانون الأول 2021

Vol.2 Issue.3, Dec 2021

رئيس التحرير

د. عدنان العمر

جامعة اليرموك- الأردن

مساعدة التحرير

م. سوزان السلايمه

هيئة التحرير

جامعة جرش الأهلية- الأردن

جامعة اليرموك- الأردن

جامعة القصيم- السعودية

جامعة اليرموك- الأردن

جامعة اليرموك- الأردن

جامعة آل البيت- الأردن

جامعة اليرموك- الأردن

الأستاذ الدكتور علي خطر شطناوي

الأستاذ الدكتور يوسف عبيدات

الدكتور حسن يوسف مقابله

الدكتور نعيم العتوم

الدكتور عبدالسلام الفضل

الدكتور جمال النعيمي

الدكتور أحمد زقيبة

## التعريف بالمجلة

المجلة الدولية للدراسات القانونية والفقهية المقارنة مجلة دورية مفهرسة ومحكمة تصدر في ثلاثة أعداد سنوياً عن مركز رفاذ للدراسات والأبحاث.

### أهداف المجلة:

تُعنى المجلة بنشر البحوث والمقالات العلمية ذات الصلة بالعلوم القانونية والدراسات الفقهية المقارنة التي لم يُسبق نشرها أو تقديمها للنشر في حقل القانون وحقول المعرفة الأخرى ذات العلاقة بها، وبخاصة تلك البحوث التي تتواءم والمستجدات الحديثة على الصعيدين الوطني والدولي، وملاحقة أبرز التطورات في التشريعات القانونية الوطنية والاتفاقيات الدولية. وعلى أن تتسم الأعمال العلمية المقدمة بالجدية والأصالة العلمية والموضوعية. وتصدر المجلة بشكل ربع سنوي، وتقبل المجلة كافة الدراسات والبحوث ذات العلاقة بالتشريعات العربية والأجنبية المقارنة.

### عنوان المراسلة:

#### المجلة الدولية للدراسات القانونية والفقهية المقارنة

International Journal of Legal and Comparative Jurisprudence Studies (LCJS)

رفاد للدراسات والأبحاث- الأردن

 Refaad for Studies and Research

Bulding Ali altal-Floor 1, Abdalqader al Tal Street -21166 Irbid - Jordan

Tel: +962-27279055

Email: editorlcjs@refaad.com , info@refaad.com

Website: <http://www.refaad.com/views/LCJS/Home.aspx>

جميع الآراء التي تتضمنها هذه المجلة تعبر عن وجهة نظر كاتبها  
ولا تعبر عن رأي المجلة وبالتالي فهي ليست مسؤولة عنها

### أولاً: قواعد الكتابة:

1. لا يزيد عدد صفحات البحث عن 30 صفحة، وفي حالة الدراسات المرجعية وملخصات الكتب الفقهية ( وهي التي تلخص معلومات واردة في أعمال أخرى ولا تشمل عملاً بحثياً جديداً ) لا يزيد عدد صفحاتها عن 40 صفحة ولا يقل عدد مراجعها عن 50 مرجعاً.
2. يكون مقياس الصفحة A4، بهوامش افتراضية 2سم من أعلى و 1.5سم من أسفل و 1.9سم من اليمين واليسار، المسافة بين الأسطر 1 بخط الكتابة 11 (Cambria Math) للغة الإنجليزية، و12 (Sakkal Majalla) للأبحاث باللغة العربية. (ويسري ذلك على الآيات القرآنية الكريمة والأحاديث النبوية الشريفة وكل العبارات الواردة مثل (صلى الله عليه وسلم) و (رضي الله عنه) ونحو ذلك.

### ثانياً: مشتملات البحث:

- العنوان - بيانات الباحث / الباحثين - الملخص بلغة البحث - الكلمات المفتاحية بلغة البحث - المقدمة - المواد وطرق العمل - النتائج والمناقشة - شكر و تقدير (إن لزم) - المراجع - العنوان باللغة الثانية - بيانات الباحثين باللغة الثانية - ملخص البحث باللغة الثانية - كلمات مفتاحية باللغة الثانية.
- لا يزيد عدد مستويات الخطوط للعناوين الأساسية والفرعية عن ثلاثة.

### ثالثاً: عنوان البحث:

يُكتب العنوان باللغتين العربية والإنجليزية ويكتب باللغة الفرنسية إذا كانت لغة البحث المستخدمة في الكتابة باللغة الفرنسية. يلي العنوان اسم المؤلف (المؤلفين) وجهة عمل المؤلف (المؤلفين) باللغتين العربية والإنجليزية، مع ذكر بيانات القسم العلمي الذي ينتمي إليه الباحث وتمييز الباحث بالمراسل.

### رابعاً: الملخص:

يكتب الملخص باللغتين العربية والإنجليزية ويجب أن يكون موجزاً ومحتوياً على العناصر التالية: تقديم وأهمية البحث، أهداف البحث، طرق الإجراء (الآليات) وأهم النتائج والتوصيات إن وجدت ولا يزيد عدد كلماته عن 250 كلمة.

### خامساً: الكلمات المفتاحية:

تكتب ست كلمات مفتاحية باللغتين العربية والإنجليزية تلخص مجالات اهتمام البحث، وتكون مرتبة هجائياً (كل واحدة حسب لغتها) كل في موضعه، وفقاً للغة البحث، ويجب ألا يكون قد سبق ذكرها في العنوان.

### سادساً: المقدمة:

يجب أن تشتمل على ملخص علمي لأهمية وتطور موضوع البحث ومشكلته واسئلته والمنهجية التي كتب بها، وتنتهي بتحديد الهدف من إجرائه. في حالة البحوث المستقلة من رسائل أو المستخلصة منها (يجب النص على ذلك)، يشار إلى الهوامش في أسفل كل صفحة

### أمثلة لكتابة الهوامش:

### الشبكة العنكبوتية (الإنترنت):

مثال: عبيدات، يوسف. 2016م. الضرر المرتد بين نصوص القانون وأحكام القضاء الإماراتي. تاريخ تصفح الموقع: 27-7-2018م. نشر بموقع: [http://www.siironline.org/alabwab/maqalat&mohaderat\(12\)/1146.htm](http://www.siironline.org/alabwab/maqalat&mohaderat(12)/1146.htm)

### الدوريات:

العمر، عدنان، 1439هـ. المكانة القانونية للأنظمة كمصدر للقاعدة القانونية في النظام القانوني السعودي: دراسة مقارنة. المجلة العلمية لجامعة الملك فيصل - إصدار العلوم الإنسانية والإدارية، المجلد الثامن عشر، العدد الثاني، ص 263- 276

### الكتب:

كيرة، حسن، المدخل إلى القانون، ط/3، منشأة دار المعارف، الاسكندرية 1971، ص 50.

### الترجمة:

دانيال مانجي، ترجمة: الحكيم، جاك، 1996م. المنافسة غير المشروعة، بيروت

### رسائل الماجستير والدكتوراه:

الفقهاء، إيلاف، 2019. انقاذ المشروعات المتعثرة وفقاً لقانون الاعسار الأردني رقم (21) لسنة 2018. رسالة ماجستير. كلية القانون - جامعة آل البيت.

### القرارات القضائية:

قرار محكمة التمييز رقم (2018/2125)، مجلة نقابة المحامين، عدد(4) لسنة 2019، ص 665-666

## فهرس المحتويات

رقم الصفحة	اسم البحث	#
154	القتل بدافع الشرف- دراسة تحليلية مقارنة بين التشريع المصري والفلسطيني	1
166	التمالؤ كصورة من صور الاشتراك في القتل بين الشريعة الإسلامية والقانون اليمني	2
180	العمل الإنساني الدولي في حالات الطوارئ الصحية العامة (دور اللجنة الدولية للصليب الأحمر أنموذجاً)	3
194	الرقابة القضائية على السلطة التقديرية للإدارة	4
214	The Israeli violations of the natural resources in Palestine	5

## افتتاحية العدد

الحمد لله رب العالمين الذي علم بالقلم علم الإنسان ما لم يعلم، وأشرف الصلاة والسلام على سيدنا محمد النبي الأمي وعلى آله وصحبه وسلم،،

يسعدنا أن نضع بين أيديكم العدد الثالث من المجلد الثاني من المجلة الدولية للدراسات القانونية والفقهية المقارنة، والذي به نختم العام الثاني على إصدار مجلتنا لتبدأ بإذن الله تعالى عامها الثالث، وقد حققت بإذن الله تعالى الهدف من وجودها المتمثل بنشر المعرفة والتطبيقات العملية في المجالات القانونية المختلفة ودعم الباحثين والأكاديميين من خلال نشر بحوثهم المتميزة والمقارنة بعدد من التشريعات العربية والأجنبية.

اشتمل هذا العدد على مجموعة من البحوث والمقالات القانونية المختلفة ومن عدد من الباحثين من بعض الدول العربية، وقد جاءت هذه البحوث في المجالات القانونية المختلفة وبعضها جاء باللغة الإنجليزية، فمنها ما جاء في القانون الجنائي المقارن ومنها ما جاء في القانون الدولي، ومنها ما جاء في القانون الإداري، راجين من الله أن ينفع بهذا العدد وأن يشكل لبنة من لبنات المعرفة القانونية يكون صالحاً للدارسين وللباحثين عن المعرفة القانونية.

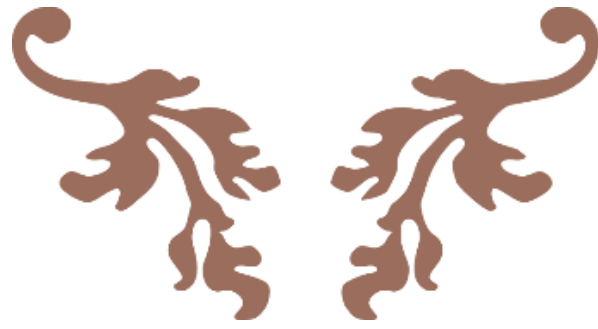
رئيس هيئة التحرير

د. عدنان العمر





# الأبحاث





# القتل بدافع الشرف- دراسة تحليلية مقارنة بين التشريع المصري والفلسطيني

أيمن نصر عبدالعال

أستاذ القانون الجنائي المساعد- عميد كلية القانون والممارسة القضائية

جامعة فلسطين- فلسطين

dr.aymannasr66@gmail.com

قبول البحث: 2021/10/20

مراجعة البحث: 2021/10/3

استلام البحث: 2021/8/17

DOI: <https://doi.org/10.31559/LCJS2021.2.3.1>



## القتل بدافع الشرف- دراسة تحليلية مقارنة بين التشريع المصري والفلسطيني

أيمن نصر عبدالعال

أستاذ القانون الجنائي المساعد- عميد كلية القانون والممارسة القضائية- جامعة فلسطين- فلسطين

dr.aymannasr66@gmail.com

استلام البحث: 2021/8/17 مراجعة البحث: 2021/10/3 قبول البحث: 2021/10/20 DOI: <https://doi.org/10.31559/LCJS2021.2.3.1>

### الملخص:

الحياة نعمة كبرى وهما الله تعالى للإنسان وفرض حمايتها بما رسخته الشرائع السماوية لحماية النفس الإنسانية من أي اعتداء، وهو ذات المسلك الذي سارت عليه العديد من التشريعات الوضعية على اختلاف توجهاتها وفلسفتها، وفي نفس الوقت أباح المشرع الإلهي وكذا التشريعات الوضعية حالات معينة تبرر الخروج على الأصل العام سالف الحماية، ومن تلك حالات حالة الاستفزاز المبني على المفاجأة عند الصدمة من هدم الميثاق الغليظ بين الزوجين إهدارا لكرامة الزوج أو أصول المرأة أو فروعها الأقربين في بعض التشريعات إضافة للزوج. ومن هنا جاءت هذه الدراسة لتبين المعالجة التشريعية في التشريع الفلسطيني والمصري هدياً بمسلك المشرع الأردني الذي ينتهج المشرع الفلسطيني مسلكه، وقد خلصت هذه الدراسة إلى أن المشرع المصري يعطي الحق للزوج فقط للاستفادة من تخفيف العقاب دون الزوجة، كما جعله ضد الزوجة فقط دون أخوات الرجل أو إحدى أصوله أو فروعها عكس المشرع الأردني تمامًا، كما أن المشرع الفلسطيني ألغى هذا العذر قانونًا وقضاء.

الكلمات المفتاحية: القتل؛ دافع الشرف؛ عمد؛ عذر مخفف؛ جريمة الزنا.

### المقدمة:

الشرف قيمة معنوية تكاد تكون أهم ما يملكه الإنسان كقيمة معنوية، ويحمل هذا المصطلح دلالات عديدة خاصة في المجتمعات العربية ومن معاني الشرف بصفة عامة الكرامة والشهامة والرجولة والصدق والعرض والأمانة والتزاهة وفضائل أخرى عديدة، ولكن حملت الموروثات الشرقية والعربية تقليصا لهذا المعنى، حيث حصرت في عفة المرأة وحفاظها على جسدها. (الأشقر، 2004، صفحة 16)

أما القتل فهو اعتداء على حياة الغير تترتب عليه وفاته، وهو كأصل عام مجرم تمامًا، ولجرائم القتل قسمان، عمدية وغير عمدية، وللقتل العمدى صورته البسيطة وله صور أخرى مركبة تشدد في بعضها عقوبته وتخفف في بعضها. (حسني، 1986، صفحة 320)

وسوف نتناول في هذه الدراسة " جريمة القتل بدافع الشرف في القانون المصري".

### أهمية الدراسة:

تكمن أهمية هذه الدراسة فيما يلي:

- بيان أهمية الحياة بالنسبة لكل إنسان، وإظهار ما يمثله الاعتداء على الحياة من خطر يهدد كيان المجتمع.
- بيان أثر الموروث الأخلاقي والمجتمعي لمعنى الشرف.
- بيان حدود الثقة بين الزوجين والميثاق الغليظ الذي يربطهما، مع ما يصاحب فداحة الجريمة وأثارها.
- بيان أثار الجريمة على الجاني وباقي أسرته وذوى المجنى عليها أو عليهما.
- بيان النموذج القانوني لجريمة القتل وأثر الظرف الجديد الذي يحيط بها.

## إشكالية الدراسة:

تكمّن إشكالية الدراسة في إجراء التوازن بين حماية الحق في الحياة وبين الاستفزاز الذي يُغيب الملكات والإدراك عند مشاهدة المرأة في وضع غير سوي ويتضح ذلك في الأسئلة التالية:

- هل ساوى المشرعان المصري والفلسطيني بين الرجل والمرأة فيما يتعلق بالشرف كدافع للقتل؟
- ما هو نطاق الأشخاص المستفيدين من هذا العذر في كل من التشريعين؟
- ما هي أوجه القصور في معالجة هذا العذر في التشريعين؟
- هل يعتبر الشرف سبباً للإباحة أم عذراً مخففاً؟
- ماهي التعديلات التشريعية لهذا العذر وما أثرها؟

## أهداف الدراسة:

تهدف الدراسة إلى استعراض مسلك المشرعين المصري والفلسطيني في معالجة هذه الجريمة واستظهار مدى توافر الصورة المجردة للقتل ومدى أثر الظرف الجديد المصاحب له على النموذج المجرد لجريمة القتل وبيان حدود النطاق الشخصي للاستفادة منه، والمعالجة التشريعية المتطورة لهذا العذر.

## منهج الدراسة:

سوف يكون المنهج الوصفي التحليلي وكذا المنهج المقارن هو المنهج المتخذ مسلكاً لهذه الدراسة من خلال بيان المعالجة التشريعية لتلك الجريمة واستعراض أركانها، وبيان موقف القضاء من خلال عرض المبادئ القانونية التي ترسخها المحاكم العليا، وذلك بطريقة متسلسلة متدرجة تهدف إلى الوصول إلى كيفية وأساليب المعالجة التشريعية المثلى لتلك الجريمة في التشريعين المصري والفلسطيني.

## تقسيم الدراسة:

سوف نقسم دراسة هذا الموضوع إلى مبحثين نتناول في الأول المعالجة القانونية للظروف المصاحبة للجريمة وأثارها. وفي الثاني القتل العمدي في صورته المخففة (قتل الزوج زوجته إذا فاجأها متلبسة بالزنا).

## المبحث الأول: المعالجة القانونية للظروف المصاحبة للجريمة وأثارها

تتقاسم قانون العقوبات في التشريع المصري وغيره من التشريعات نظريتان الأولى هي النظرية العامة للجريمة، والثانية هي النظرية العامة للعقوبة والتدبير الاحترازي. (حسني، شرح قانون العقوبات - القسم العام، 1982، صفحة 2) ومن المعلوم أن النظرية الأولى تشتمل على بيان الركن الشرعي للجريمة وكذا ركنها المادي وأيضاً الركن المعنوي لها بشكل عام لكل الجرائم، أي بيان الأركان العامة للجريمة والأحكام التي توضع لها ووضع ضوابط عامة للترقية بين المشروع وغير المشروع من الأفعال، فضلاً عن بيان القواعد العامة للعقوبات والتدابير.

أما في القسم الخاص ففيه يتم تناول دراسة الجرائم بشكل محدد من حيث بيان الأركان الخاصة بكل جريمة على حدة والعقوبة المقررة لها. وحينما يشرع الباحث بتناول موضوع القتل بدافع الشرف في القانون المصري فقد يتبادر إلى الذهن للوهلة الأولى هل يتم البحث عنه وتناوله من منظور عام، أم من منظور خاص؟.

## المطلب الأول: الظروف المغيرة لوصف الجريمة أو مقدار العقوبة

وحقيقة الأمر أن البحث في هذا الموضوع يستلزم تناول بيان الوضع الخاص لهذه الجريمة في الهيكل العام للجريمة عموماً في شكلها المجرد أولاً. ونمهد لذلك بدءاً بالقول بأن الجريمة في قالبها المجرد ترتكن إلى الأركان الثلاثة المتقدم بيانها بصدر هذه الدراسة فإذا اكتملت فقد اكتمل النموذج الإجرامي الذي عناه المشرع للسلوك المادي الذي يشكل اعتداء على حق يحميه القانون وقرر له الشارع جزاء جنائياً. ولكن الأمر لا يسير دوماً على هذا النهج، فهناك ظروف قد تغير من وصف الجريمة ذاتها وظروف أخرى قد تغير من وصف العقوبة. أما الظروف التي تغير من وصف الجريمة فهي عناصر تدخل في تكوينها كي تحدد وصفها القانوني بين مجموعة الجرائم التي تحمل اسمًا واحدًا، حيث تشترك الجرائم التي تحمل اسمًا واحدًا في أركانها الخاصة. (عبيد، 1970، صفحة 33) وإذا انتفت أحد الأركان الخاصة للجريمة فقدت اسمها القانوني بالتبعية لذلك بحيث تتحول إلى جريمة أخرى أو ربما تتحول كلية إلى فعل مباح. وإذا ترتب على الظروف تغير وصف الجريمة كان لهذا التغيير أثر قانوني حتمًا وهو خضوع ذات السلوك الإجرامي من الناحية المادية إلى نص قانوني آخر مغاير لما كان سيخضع له ذات السلوك في صورته المجردة من هذا الظرف.

وعلى جانب آخر فإن أثر الظرف على تغير العقوبة يكون من ناحية تأثيرها على العقوبة فقط دون المساس بالنموذج الإجرامي أو بالنص القانوني المقرر لها، فهي لا علاقة لها بعناصر الجريمة، وإنما بمدى استحقاق الجاني للعقاب وجدارته به. (حسني، المساهمة الجنائية في التشريعات العربية، 2004، صفحة 189)

وتنقسم الظروف إلى فئات متعددة بتنوع الأسس التي يقوم عليها التقسيم وهي تتنوع إلى أساس يرتكن إلى مقدار العقوبة وآخر إلى مقدار اتساع نطاق العقوبة وثالث إلى طبيعتها.

ولعل ما يتصل بموضوع الدراسة هنا هو الأساس الأول والذي ينقسم بدوره إلى أنواع ثلاثة، ظروف مشددة وظروف مخففة وظروف معفية (وهي ما يعبر عنها بموانع العقاب)، وتنقسم الأولى إلى ظروف مشددة وجوبية وجوازية، كذلك الظروف المخففة فهي نوعان أيضاً، فقد يكون التخفيف وجوبياً ويطلق عليه اصطلاحاً "الأعذار القانونية"، أما الظروف المخففة الجوازية فيطلق عليها "الظروف المخففة". (مصطفى، 1974، صفحة 42) ويلاحظ مما تقدم أن موضوع الدراسة يجد هيكلته العام تحت عنوان تطبيق العقوبة وهو ما يندرج بدوره ضمن إطار النظرية العامة للعقوبة كأصل عام كما تقدم البيان.

وحيث أن تطبيق العقوبة هو تحديدها من حيث النوع والمقدار تجاه مجرم معين وفقاً لضوابط محددة أرساها المشرع كأصل عام، فإن تطبيقها إذن هو عمل قضائي خالص، ولكنه يستلزم عملاً تشريعياً سابقاً عليه يستمد منه حدوده تمهيداً لعمل آخر لاحق عليه هو العمل التنفيذي، فالمشرع يضع لكل جريمة عقوبة محددة مقدراً أنها تناسب مادياتها، وما تكشف عنه من خطر على المجتمع أو قدر ما تحدثه من ضرر، والمشرع لا يستطيع أن يحقق التناسب بين العقوبة وبين شخصية كل من يرتكب الجريمة، فهو لا يعرف مسبقاً أشخاصهم، ومن العسير حصر ظروفهم جميعاً. (عازر، 1966، صفحة 23)

فالمشرع يضع العقوبة التي يرى ملاءمتها لشخص عادي في ظروف عادية ويرى أنها عادلة في ضوء هذا التحديد (وذلك بحسبان أن القاعدة القانونية عامة ومجردة).

ولكنه في الوقت ذاته يسلم بأنه قد يرتكب ذات الجريمة شخص ذو ظروف غير عادية فعندئذ تصبح العقوبة غير عادلة وغير ملائمة لهذا النموذج الإجرامي.

من هنا تبرز الوظيفة القضائية للعمل على استخراج التحديد الواقعي للعقوبة من التجريد الجامد لها.

وتتجه الوظيفة القضائية أيضاً صوب الملاءمة بين التحديد التشريعي المجرد وبين مختلف الحالات الواقعية وفقاً لظروف كل حالة وما قد يصاحبها من شذوذ عن الصورة المعتادة، بحيث تحدد لكل حالة عقوبة تلائم ظروفها تماماً وتحقق غاية المشرع من تقرير العقاب وذلك في إطار الفلك التشريعي وبين حدوده القصوى والدنيا، وهذا هو مناط السلطة التقديرية للقاضي بضوابطها الموضوعية والشخصية. (مصري، 1928، صفحة 42)

### المطلب الثاني: صور القتل وأنواع الأعذار في التشريع الفلسطيني

بمطالعة التشريع الفلسطيني نجد مسارين للتشريعات العقابية أحدهما مطبق في قطاع غزة وهو قانون العقوبات رقم 74 لسنة 1936 والآخر مطبق في الضفة الغربية وهو قانون العقوبات الأردني بما أجري عليه من تعديلات وهو القانون رقم 16 لسنة 1960... وسوف نعرض للنصوص القانونية ذات الصلة بشيء من الإيضاح حيث تجرى نصوص المواد 212، 213، 214، 215 من قانون العقوبات الفلسطيني 74 لسنة 1936 حيث أن ((المادة 212 تتناول القتل من غير قصد:

مع مراعاة أحكام المادة 214 من هذا القانون، كل من تسبب في موت شخص آخر، بفعل أو ترك غير مشروع يعتبر أنه ارتكب جناية وتعرف هذه الجناية بالقتل عن غير قصد.

وقد بيّنت المادة 213 العقوبات المقررة لهذه الصورة حيث نصت على أن: كل من أدين بارتكاب جناية القتل عن غير قصد، يعاقب بالحبس المؤبد.

أما المادة 214 فقد تناولت القتل قصداً: حيث أوردت أن كل من:

- تسبب قصداً في موت أبيه أو أمه أو جده أو جدته بفعل أو ترك غير مشروع، أو
- تسبب عمداً في موت أي شخص آخر، أو
- تسبب قصداً في موت أي شخص آخر خلال تهيئته للأسباب لارتكاب جرم أو تسهياً لارتكاب ذلك الجرم، أو
- تسبب عند وقوع جرم في موت شخص قاصداً بذلك أن يؤمن التملص أو النجاة من العقوبة المترتبة على ذلك الجرم إما لنفسه أو لأي شخص آخر اشترك معه كفاعل أصلي أو كشريك في ارتكاب ذلك الجرم: يعتبر أنه ارتكب جناية وتعرف هذه الجناية بالقتل قصداً.

وقد أوضحت المادة 215 العقوبات المقررة لجريمة القتل قصداً فنصت على أن: كل من أدين بارتكاب جناية القتل قصداً يعاقب بالإعدام.

ويشترط في ذلك أنه إذا ثبت للمحكمة بيينة مقنعة أن امرأة أدين بارتكاب القتل قصداً هي حبلى فيحكم على تلك المرأة بالحبس المؤبد).

وبمطالعة تلك النصوص يتضح منها مسلك المشرع الفلسطيني في القانون رقم (74) لسنة 1936 لمعالجة القتل بظروفه المختلفة وتناول صورته

وعقوباته.

بينما نصت المادة (18) على أنه في حالة الضرورة ((يجوز قبول المَعذرة في ارتكاب فعل أو ترك يعتبر إتيانه جرماً لولا وجود تلك المَعذرة إذا كان في وسع الشخص المتهم أن يثبت بأنه ارتكب ذلك الفعل أو الترك درءاً لنتائج لم يكن في الوسع اجتنابها بغير ذلك والتي لو حصلت لألحقت أذى أو ضرراً بليغاً به أو بشرفه أو ماله أو بنفس أو شرف أشخاص آخرين ممن هو ملزم بحمايتهم أو بمال موضوع في عهده: ويشترط في ذلك أن لا يكون قد فعل أثناء ارتكابه الفعل أو الترك إلا ما هو ضروري ضمن دائرة المعقول لتحقيق تلك الغاية وأن يكون الضرر الناجم عن فعله أو تركه متناسباً مع الضرر الذي تجنيه)).

وعلى صعيد آخر تجري نصوص المواد 96، 97، 98، 340 من قانون العقوبات الأردني المطبق في الضفة الغربية بتعدلاته على العديد من الأحكام القانونية التي تبين أثر توافر العذر المحل أو المخفف بما يغير الوصف القانوني للسلوك الإجرامي أو يغير مقدار العقوبة حيث أن (المادة 96 تتناول آثار العذر المحل فقررت: إن العذر المحل يعفي المجرم من كل عقاب على أنه يجوز أن تنزل به عند الاقتضاء تدابير الاحتراز كالكفالة الاحتياطية مثلاً.

وبشكل عام أوردت المادة 97 العقوبات على الجرائم عند توفر عذر مخفف عندما ينص القانون على عذر مخفف:

- إذا كان الفعل جنائياً توجب الإعدام أو الأشغال الشاقة المؤبدة أو الاعتقال المؤبد حولت العقوبة إلى الحبس سنة على الأقل.
  - وإذا كان الفعل يؤلف إحدى الجنائيات الأخرى كان الحبس من ستة أشهر إلى سنتين.
  - وإذا كان الفعل جنحة فلا تتجاوز العقوبة الحبس ستة أشهر أو الغرامة خمسة وعشرين ديناراً.
- وقد أوضحت المادة (98) المستفيدين من العذر المخفف: يستفيد من العذر المخفف فاعل الجريمة الذي أقدم عليها بصورة غضب شديد ناتج عن عمل غير محق وعلى جانب من الخطورة أتاه المجني عليه.
- أما المادة (340) فقد فصلت بيان المستفيدين من العذر في القتل عند التلبس بالزنا على النحو التالي:
- يستفيد من العذر المحل، من فاجأ زوجته أو إحدى محارمه حال التلبس بالزنا مع شخص آخر وأقدم على قتلها أو جرحها أو إيذاءها كليهما أو إحداها.

• يستفيد مرتكب القتل أو الجرح أو الإيذاء من العذر المخفف إذا فاجأ زوجته أو إحدى أصوله أو فروعه أو أخواته مع آخر على فراش غير مشروع. وقد تم تعديل نص هذه المادة بالقانون رقم 8 لسنة 2011 بحيث أصبح نصها بعد التعديل على النحو التالي:

1. يستفيد من العذر المخفف من فوجئ بزوجه أو إحدى أصوله أو فروعه أو أخواته حال تلبسها بجريمة الزنا أو في فراش غير مشروع فقتلها في الحال أو قتل من يزني بها أو قتلها معاً أو اعتدى على أحدهما أو كليهما اعتداءً أفضى إلى جرح أو إيذاء أو عاهة دائمة أو موت.
2. ويستفيد من العذر ذاته الزوجة التي فوجئت بزوجها حال تلبسها بجريمة الزنا أو في فراش غير مشروع في مسكن الزوجية فقتلته في الحال أو قتلت من يزني بها أو قتلها معاً أو اعتدت على أحدهما أو كليهما اعتداءً أفضى إلى جرح أو إيذاء أو عاهة دائمة أو موت.

- ولا يجوز استعمال حق الدفاع الشرعي بحق من يستفيد من هذا العذر.
  - كما لا تطبق على من يستفيد من العذر المخفف أحكام الظروف المشددة.
- ومما تقدم نخلص إلى الهيكل العام لتخفيف العقاب وهي أسباب تخفيف العقاب. وتعرف أسباب تخفيف العقاب بأنها حالات يجب إلزاماً على القاضي أو يجوز له أن يقضى بعقوبة أخف من حيث نوعها أو أقل من الحد الأدنى المقرر لعقوبة الجريمة أصلاً.

وترتكب أسباب التخفيف بصورتها إلى علة واحدة وهي رؤية الشارع أن العقوبة المقررة قد تكون (عند تطبيقها على بعض الحالات) غير ملائمة وغير عادلة بل إن الشارع وجد أنه حتى في استعمال القاضي لسلطته التقديرية والنزول بالعقوبة إلى حدها الأدنى غير كاف لجعلها ملائمة، لذا قرر النزول بها دون الحد الأدنى المقرر الأصلية ووضع ضوابط لذلك.

ويقصد المشرع بهذا المسلك تحقيق الملاءمة بين العقوبة وظروف حالات خاصة. (حسني، شرح قانون العقوبات - القسم العام، 1982، صفحة

(791)

وتنقسم أسباب التخفيف إلى نوعين، أسباب تخفيف وجوبية ويطلق عليها "الأعدار المخففة" وهي ما ينطوي تحت لوائها موضوع الدراسة على النحو الذي سنوضحه لاحقاً، وأسباب تخفيف جوازية ويطلق عليها "الظروف المخففة" وهي تخول القاضي في نطاق قواعد قانونية محددة الحكم بعقوبة تقل عن الحد الأدنى المقرر للجريمة، ولم يحدد المشرع الظروف المخففة ولم يضع ضوابط محددة للقاضي لاستخلاصها، وإنما ترك ذلك لفظنته وحسن تقديره يستخلصها من عناصر الدعوى، وقرر له مجالاً واسعاً للتخفيف في ضوء المادة (17) من قانون العقوبات المصري بصفة عامة، وجدير بالذكر أن نطاق الظروف المخففة ينحصر فقط في الجنائيات دون الجنح والمخالفات وذلك لعدم جدواها في الحالتين الأخيرتين.

أما الأعدار المخففة وهي كما سلف وثيقة الصلة بموضوع الدراسة فهي حالات حددها الشارع على سبيل الحصر ويجب على القاضي أن ينزل بالعقوبة المقررة للجريمة وفقاً لقواعد محددة. (مصري، س 20 - رقم 265، 1969، صفحة 1307)

ويجد مبدأ الشرعية مكانه بالنسبة لحالات التخفيف الوجوبي بشكل عام فالمشرع هو الذي تولى تحديد الأعدار القانونية المخففة ومن ثم يوضح كل عذر والوقائع التي يفترضها ومدى التخفيف عند توافره، ومن هنا لا يمكن للقاضي أن يعتبر العذر قائماً عند عدم توافر الشروط التي حددها القانون.

ومن ناحية أخرى لا يستطيع القاضي إنكار وجود العذر عند توافره، كما أنه ملزم بأن يشير في حكمه إلى العذر ويبين دلائل توافر شرطه.

نوعاً الأعدار المخففة: تنقسم الأعدار المخففة إلى نوعين عامة، وخاصة.

أما النوع الأول فهو يشمل كل الجرائم أو أغلبها ومثاله في القانون المصري صغر السن بين الخامسة عشرة والثامنة عشرة سنة، والذي يعد عذراً مخففاً لعقوبات الجنايات وفقاً للإطار المحدد قانوناً.

أما العذر المخفف الخاص فلم يجعله المشرع عاماً بالنسبة لكل الجرائم ومثاله "الاستفزاز" إنما قرره المشرع لحالة خاصة وهي الجريمة موضوع الدراسة وفقاً لنص المادة 337 عقوبات مصري. (عبيد، 1970، صفحة 162)

ترتيباً على ما تقدم نجد أننا نتناول موضوع الدراسة تحت مظلة قانون العقوبات في قسمه الخاص، فالمشرع المصري نص على جريمة القتل العمدى بطرفها وحالاتها في المواد (230) ما بعدها من قانون العقوبات المصري ونص أيضاً في تلك المواد على الصور المشددة لجريمة القتل العمدى والجرح والضرب وإعطاء المواد الضارة المفضي إلى الموت.

وقد نص الشارع المصري على الجريمة موضوع الدراسة في المادة (237) عقوبات مصري على النحو الذي سنعرض له في المبحث التالي.

### المبحث الثاني: القتل العمدى في صورته المخففة قتل الزوج زوجته إذا فاجأها متلبسة بالزنا

تمهيد:

لا يعاقب المشرع المصري على ارتكاب جريمة القتل في جميع صورها بذات العقوبة المقررة لها بدءاً في كلها بمجرد عند اقتران السلوك الإجرامي بطرف التلبس بالزنا، بينما المشرع الفلسطيني كان يسير على نهج التخفيف تشريعاً وقضاء حتى أتى المشرع الفلسطيني بالقرارين بقانون في عامي 2011، 2014 ليستحدث وضعا قانونياً جديداً بالمخالفة لذلك وبالمخالفة أكثر لنصوص التشريع الأردني في القانون رقم (16) لسنة 1960، وهو ما سنعرض له على النحو التالي:

#### المطلب الأول: نطاق التخفيف وسلطة القضاء عند التلبس بالزنا

نص المشرع المصري على القتل العمدى في صورته المخففة في المادة 237 عقوبات حيث نص على "من فاجأ زوجته حال تلبسها بالزنا فقتلها في الحال هي ومن يزني بها يعاقب بالحبس بدلاً من العقوبات المقررة في المادتين 234، 236). بينما تم تعديل نص قانون العقوبات رقم 16 لسنة 1960 في المادة 340 (كما سلفت الإشارة) بحيث توسع المشرع الأردني من ناحية صور السلوك المادي حال مفاجأة الزوج لزوجته متلبسة بالزنا وبسط نطاق ردة الفعل تجاه أصول الشخص وفروعه وأخواته، وجاء التعديل بأحقية الزوجة أيضاً في الاستفادة من العذر المخفف عند مفاجأتها لزوجها ومن يزني بها بذات صور ردة الفعل، وأضاف المشرع الأردني أيضاً عدم جواز استخدام الدفاع الشرعي بحق من يستفيد من هذا العذر "وحسناً فعل"، واستحدث المشرع الأردني أيضاً عدم جواز تطبيق أحكام الظروف المشددة على من يستفيد من هذا العذر.

وعلى صعيد آخر يجري مسلك القضاء الفلسطيني (المطبق في قطاع غزة في ظل عدم وجود نص تشريعي مباشر لمعالجة تلك الحالة) على تطبيق نص المادة (18) من قانون العقوبات 74 لسنة 1936. والتي يجري نصها على أن ((الضرورة يجوز قبول المعذرة في ارتكاب فعل أو ترك يعتبر إتيانه جرمًا لولا وجود تلك المعذرة إذا كان في وسع الشخص المتهم أن يثبت بأنه ارتكب ذلك الفعل أو الترك درءاً لنتائج لم يكن في الوسع اجتنابها بغير ذلك والتي لو حصلت لألحقت أدى أو ضرراً بليغاً به أو بشرفه أو ماله أو بنفس أو شرف أشخاص آخرين ممن هو ملزم بحمايتهم أو بمال موضوع في عهده: ويشترط في ذلك أن لا يكون قد فعل أثناء ارتكابه الفعل أو الترك إلا ما هو ضروري ضمن دائرة المعقول لتحقيق تلك الغاية وأن يكون الضرر الناجم عن فعله أو تركه متناسباً مع الضرر الذي تجنبه)).

ويرى الباحث أن هذا التطبيق لحكم المادة المذكورة هو استخدام في غير محله حيث تعالج تلك المادة حالة الدفاع الشرعي.

والقتل المقصود في الحالة المذكورة هو قتل مقترن بعذر قانوني، لذلك كان التخفيف وجوبياً في مسلك المشرع المصري والفلسطيني في الضفة الغربية (هدياً بمسلك المشرع الأردني)، بينما هو سلطة تقديرية للمحكمة في ظل القانون 74 لسنة 1936.

وجرى بالقول أن نطاق التخفيف في هذه الحالة لا يقتصر فقط على القتل، وإنما يمتد كذلك إلى الجرح أو الضرب المفضي إلى الموت، ويتضح ذلك من الإشارة الواردة بعجز المادة إلى المادة 236 عقوبات مصري الخاصة بهذه الجريمة، وبطبيعة الحال يمتد أثر العذر إلى الضرب المفضي إلى إحداث عاهة مستديمة. (السعيد، 1974، صفحة 728)

وهذا ما ورد أيضاً بالتعديل الوارد في نص المادة (340 عقوبات أردني)

ويستوى الأمر فيما يتعلق بإعمال أثر العذر سواء قام الزوج بقتل زوجته وعشيقتهما معاً وهو ما ورد بالنص كذلك إذا قام بقتل أحدهما فقط بالنسبة للتشريع المصري، بينما يمتد للزوجة أيضاً وفقاً لنص م (340 عقوبات أردني) سالف الإشارة.

● **علة تخفيف العقاب:**

تكمّن العلة التي من أجلها قرر الشارع تخفيف العقاب في هذه الحالة في الاستفزاز الذي يعانیه الزوج عند مشاهدته لزوجه في ذلك الوضع الشائن حال تلبسها بالزنا، ويرجع الاستفزاز في هذه الحالة إلى شعور الزوج بفداحة المساس بشرفه وشرف أسرته، فيؤدي ذلك إلى أن تنتابه ثورة نفسية تفقده السيطرة على نفسه وأعصابه، مما يؤدي لاندفاعه إلى ارتكاب السلوك المادي غير مدرك أو مقدر لعواقبه على النحو الذي كان يقدرها به لو كان في حالته العادية. (رمضان، 1986، صفحة 281)

● **الطبيعة القانونية للقتل العمدي المخفف:**

القتل العمدي المخفف هو نوع من القتل العمدي خفف الشارع عقوبته، ويعني ذلك بداءة أنه يشترط توافر كافة أركان القتل العمدي. (سرور، 1986، صفحة 555)

ولكن المشرع المصري قرر للقتل العمدي في هذه الحالة عقوبة مخففة وجوباً، وكذا القانون رقم 16 لسنة 1960 ومعنى ذلك أنه يعتبره جنحة وليست جناية، وقد قضت محكمة النقض المصرية في هذا الخصوص بأن (الجريمة المنصوص عليها في المادة 237 هي جنحة بحكم القانون، لأنه فرض لها الحبس كعقوبة أصلية ولم يجعل للقاضي حق تخفيض العقوبة كما هو الشأن في الظروف المخففة القضائية في الأعدار التي تجيز للقاضي أن يحكم بعقوبة الجناية أو بعقوبة الجنحة) (مصري، مج أحكام النقض ج6 رقم 272، 1943)

ويترتب على اعتبار هذه الجريمة جنحة وليست جناية نتائج هامة هي تلك المترتبة على التفرقة بين الجنح والجنايات، وأهمها نتيجتان، الأولى: انعقاد الاختصاص في هذا القتل لمحكمة الجنح (مصري، مج أحكام النقض ج6 رقم 272، 1943)، والثانية: عدم العقاب على الشروع في هذا القتل خلافاً للأصل العام في جنايات القتل، فكما سلف لاعتبارها جنحة ومن ثم فالعقاب على الشروع فيها رهين بوجود نص صريح للعقاب على الشروع وفقاً لمبدأ الشرعية بحيث يقرر النص العقاب من حيث المبدأ ثم يبين قدره، وبمطالعة النص القانوني آنف البيان بشأن هذه الجريمة نجده خلوا من النص على العقاب على الشروع في هذه الحالة.

وبطبيعة الحال إذا ترتب على الشروع في القتل في هذه الحالة مساس بسلامة جسم المجنى عليه في صورة جروح أو ضربات عوقب الزوج على الجرح والضرب دون أن تجاوز عقوبته الحبس باعتباره عقوبة القتل. (حسني، شرح قانون العقوبات - القسم الخاص، 1986، صفحة 395)

**المطلب الثاني: الشروط الموجبة للتخفيف**

بالإضافة إلى الأركان العامة للقتل العمدي يجب لإعمال أثر العذر المخفف في هذا القتل توافر شروط ثلاثة: الأول: صفة الجاني، إذ يتعين أن يكون زوجاً للمرأة الزانية في التشريع المصري، بينما قد يكون الزوج أو الابن أو الأخ أو أحد الأصول أو الفروع في التشريع الأردني، والثاني مفاجأة الزوجة متلبسة بالزنا، والثالث: ارتكاب القتل في الحال. وفيما يلي توضيح الشروط الثلاثة:

**أولاً: صفة الجاني:**

وفقاً للتنظيم القانوني المصري لا يستفيد من تخفيف العقاب إلا الزوج فقط، فأقارب الزوجة أياً كانوا لا يستفيدون منه حتى ولو كانت صلتهم بها وثيقة كأبها أو أخيها أو أبنها، ويتعين الرجوع إلى القواعد التي تقرها قوانين الأحوال الشخصية لتحديد صفة الجاني، وتجدر الإشارة إلى القول بأن الطلاق الرجعي لا يني الرابطة الزوجية وفقاً لأحكام الشريعة الإسلامية في حين أن الطلاق البائن ينهها.

والملاحظ أيضاً من عبارات النص الواضحة أن الزوجة لا تستفيد من سبب التخفيف إذا فاجأت زوجها متلبساً بالزنا فقتلته، حيث وردت عبارة النص مقتصرة على (من فاجأ زوجته) ومن الواضح اقتصار مسلك المشرع على قصر الاستفادة من العذر على الزوج فقط.

ونرى مع جانب من الفقه (حسني، شرح قانون العقوبات - القسم الخاص، 1986، صفحة 396) أن مسلك المشرع في هذا الخصوص مسلك معيب، فإذا كانت علة التخفيف هي الاستفزاز المرتكن إلى الإهانة وخذش الشرف الذي يعانیه ويشعر به الزوج المخدوع، فإن هذه العلة تتوافر لدى الزوجة أيضاً حال مصادفتها لنفس الظروف، ومن ثم فإن المنطق التشريعي السليم يقتضى المساواة بين الزوجين في هذه الحالة، ولا يقدح في ذلك القول بأن زنا الزوجة أكثر خطورة على العائلة من زنا الزوج، حيث أن هذا الاعتبار ربما يبرر الاختلاف في العقوبة بين جريمتهم، ولكنه لا يبرر التفرقة بينهما من حيث الاستفادة من العذر طالما كانت علة متوافرة لديهما بذات المقدار، ولا يقدح في ذلك أيضاً القول بأن من تضبط مع الزوج ربما تكون زوجته الثانية، حيث تلزم تشريعات الأحوال الشخصية الزوج بضرورة إخطار الزوجة الأولى بزواجه الثاني.

ومن ناحية أخرى نرى مع جانب من الفقه ضرورة توسيع نطاق العذر للأقربين من أهل الزوجة كأصولها وفروعها وأخوتها حيث تتوافر علة العذر لديهم حينما يفاجأون بتلبس الزوجة بالزنا، حيث تتوافر ذات علة التخفيف التي افترضها المشرع وهي الاستفزاز (عبدالعال، 2012، صفحة 676). وهو مسلك المشرع الفلسطيني في قانون العقوبات رقم 16 لسنة 1960 على النحو الوارد في المادة (340 عقوبات أردني). قبل التعديلات بقرارات بقوانين التي أدخلها المشرع الفلسطيني على نص تلك المادة وفقاً لما سيأتي بيانه لاحق في هذه الدراسة.

## موقف المساهمين مع الزوج في قتل زوجته:

كما أسلفنا بصدر هذه الدراسة فهناك من الظروف ما قد يتغير به وصف الجريمة، وبإزالة ذلك على هذه الجريمة يتضح أن عذر الزوج حين يقتل زوجته المتلبسة بالزنا هو نوع من الظروف التي تغير وصف الجريمة، فيسرى عليها حكم هذا النوع من الظروف من حيث تأثيرها على غير من توافرت لديه من المساهمين. (المادتان 2/39 و41 عقوبات مصري)

وتطبيقاً لذلك فإذا ارتكب الزوج القتل وساهم معه شريك كان يعلم بعوامل استفزاز الزوج فإنه يستفيد بدوره من تخفيف العقاب، أما إذا كان يجهل ذلك واعتقد أنه يساهم في قتل عادي فإنه لا يستفيد من التخفيف. (حسني، المساهمة الجنائية في التشريعات العربية، 2004، صفحة 383) وهذا الحكم يؤكد أنه إذا كان الشارع قد اعتبر إجرام الزوج أقل خطورة من إجرام القاتل العادي، وكان الشريك (وفقاً للقواعد العامة في المساهمة الجنائية) يستمد إجرامه من إجرام الفاعل، فمن غير المتصور أن يكون إجرامه أكثر من إجرام الفاعل الأصلي، ومن المنطقي أن تعلق استفادة الشريك من عذر الزوج على مدى علمه بعوامل استفزاز الزوج، ففضلاً عن كون ذلك تطبيقاً لنص المادة 41 عقوبات فإن لعذر الزوج طبيعة نفسية خاصة مما يقتضي أن يعلم الشريك بعوامله حتى يستحق تخفيف العقاب (وذلك بالنظر إلى تضاول خطورة شخصيته). ولكن إذا كان الذي ارتكب القتل غير الزوج فهو بداهة لا يستفيد من تخفيف العقاب، حيث لم تتوافر الشروط التي يتطلبها المشرع كي تكون جريمته أقل خطورة على المجتمع، فإذا ساهم الزوج معه فيها فهو أيضاً لا يستفيد من تخفيف العقاب لأنه ساهم في جريمة قتل عادية واستمد إجرامه من إجرام الفاعل الأصلي فيها. (مصري، س 6 رقم 1925، 296)

وعلى صعيد آخر إذا ساهم مع الزوج شخص آخر باعتباره فاعلاً معه فإن لكل منهما وضعه الخاص، حيث أن الزوج يستفيد من تخفيف العقاب أما الشخص الآخر فيسأل عن جريمة قتل عادية. وسبب ذلك أن للقتل الذي يرتكبه كل منهما خطورته على المجتمع وتحدد وفقاً لما إذا كانت شروط التخفيف متوافرة أم غير متوافرة، وهي متوافرة بالنسبة للفاعل معه، فضلاً عن ذلك فالقاعدة القانونية المقررة بنص المادة 39 عقوبات هي استقلال كل من الفاعلين من حيث الظروف التي تتوافر لأحدهم.

## ثانياً: مفاجأة الزوجة متلبسة بالزنا:

ويرتبط هذا الشرط بعلة التخفيف (مصري، س 27 رقم 817، 1976)، حيث أن مفاجأة الزوج زوجته متلبسة بالزنا هي التي تثير نفسه وتولد الاستفزاز الذي يفقده السيطرة على نفسه ويجعله يندفع نحو الفعل دونما سيطرة على نفسه، وعلى جانب آخر إذا كان الزوج عامماً بمسلك زوجته أو من باب أولى كان راضياً عنه فلا يستفيد من العذر ولا يقبل منه التدرج بثورة نفسية، وينطوي هذا الشرط على عنصرين هما المفاجأة وكون الزوجة في حالة تلبس بالزنا، وسنوضح ذلك فيما يلي:

## ● المفاجأة:

وهي اختلاف بين العقيدة والواقع أي بين ما كان يعتقد الزوج من سلوك زوجته المخلص له وبين ما استبان له عكس ذلك حينما شاهدها متلبسة بالزنا.

وتتحقق المفاجأة في صورتها الكاملة إذا كان الزوج واثقاً من إخلاص زوجته ثم فوجئ بها متلبسة بالزنا، وتتحقق المفاجأة أيضاً إذا كان الزوج يشك في سلوك زوجته ثم شاهدها متلبسة بالزنا، ويتوافر العذر سواء شاهدها عرضاً، أي كانت الظروف هي التي أتاحت له ذلك أم أنه راقبها واجتهد (ولو باستعمال الحيلة) كي يتحقق من سلوكها فيتبين من خيانتها حال تلبسها بالزنا، وهناك اختلاف بين ما كان الزوج يعتقدوه وهو الشك وبين اليقين الذي تحقق بالمفاجأة وهو ما يؤدي إلى تحقق المفاجأة. (سرور، 1986، صفحة 556).

أما إذا كان الزوج متيقناً من خيانة زوجته، فكان مدفوعاً بالانتقام منها، ولكنه يريد قتلها في ظروف تثبت فيها خيانتها، فاتبع سبلاً احتيالية كي يضبطها متلبسة بالزنا، فقام بقتلها، فلا يستفيد من سبب التخفيف، حيث أنه لم يفاجأ بها حال تلبسها بالزنا إذ أن ما كان يعتقدوه يقيناً هو عين ما تحقق بالفعل.

## ● التلبس بالزنا:

ولا تعني حالة التلبس بالزنا مشاهدة الزوج زوجته وهي في حالة اتصال جنسي كامل بعشيقها، إذ لو قيل بذلك لضاق نطاق الاستفادة من العذر بشكل كبير، كذلك لا تفهم حالة التلبس في هذا المقام بذات النحو الوارد في المادة 30 من قانون الإجراءات الجنائية المصري التي تقصر التلبس بالجريمة على حالات محددة حصراً، فثورة الزوج وفقاً لمنطق الأشياء لا تقتصر على الصور السابقة، ولكن يفهم التلبس وفقاً لما أورده المشرع في المادة 276 عقوبات، وقرر المشرع بتوافر التلبس في كل وضع لا يدع مجالاً للشك في أن الزنا قد ارتكب، إضافة من باب أولى إلى حالة الاتصال الجنسي الكامل، وتجدر الإشارة إلى أن الزوج يجب أن يشاهد حالة التلبس بنفسه فهي التي تبرر حالة الاستفزاز، أما إذا أخبره الغير بأنه عاين الزوجة في هذا الوضع فلا يتوافر العذر وفقاً لهذه الحالة الأخيرة. (المرصفاوي، 1987، صفحة 214)



## ثالثاً: القتل في الحال:

ويعني هذا الشرط التعاصر بين المفاجأة وما ينبعث عنها من استفزاز وبين ردة الفعل المتمثلة في ارتكاب القتل، ويتصل هذا الشرط اتصالاً وثيقاً بعلّة التخفيف، وهي القتل متأثراً واندفاعاً بالثورة النفسية. (بكر، 1968، صفحة 608)

ولا محل لتوافر العذر إذا ارتكب الزوج القتل بعد مضي فترة على مشاهدة زوجته متلبسة بالزنا، حيث تكون نفسه قد هدأت ومن ثم فلا محل للتخفيف ففي تلك الحالة يكون القتل عبارة عن انتقام هادئ وليس تحت تأثير ثورة نفسية تفقده السيطرة على نفسه وتدفعه لارتكاب القتل. (مصطفى، 1974، صفحة 273)

وبالنظر إلى هذا الشرط يتبين أنه ذو طابع زمني مرجعه إلى تقدير الوقت الذي يفصل بين المفاجأة والفعل، وتقدير ذلك متروك لقاضي الموضوع. وعلى صعيد متصل لا يعنى هذا الشرط ضرورة ارتكاب القتل في لحظة مشاهدة الزوجة متلبسة بالزنا، فالقول بذلك يضيّق من نطاق العذر، ويؤدي إلى نفيه على الرغم من توافر علته، فلو أن الزوج ارتكب القتل بعد وقت قصير من مفاجأة الزوجة، ولكن لم تكن نفسه قد هدأت بعد، كما لو قتلها بعد وقت استغرقه البحث عن سلاح في الغرفة المجاورة فهو يستفيد من توافر العذر ومن ثم تخفيف العقاب، أما حالة مضي وقت طويل نسبياً بين المفاجأة والقتل كما لو ترددت الأمور على أوجهها أو عدل عن القتل ثم صمم عليه فإنه لا يستفيد من العذر. (حسني، شرح قانون العقوبات - القسم الخاص، 1986، صفحة 399)

## ● العلاقة بين العذر القانوني وسبق الإصرار:

من المسائل الهامة التي يجب التعرض لها مسألة ما قد يتبادر إلى الذهن أن هناك ثمة تناقض بين توافر هذا العذر والقول بسبق إصرار الزوج على قتل زوجته، ومظهر التناقض الذي قد يبدو يتمثل في أن سبق الإصرار يعني ارتكاب الجريمة بعد روية وتفكير هادئ واستغرق وقتاً لتدبير الأمر، بينما يفترض هذا العذر أن القتل قد ارتكب في ثورة الاستفزاز وأنه كان في الحال، ولكن هذا النظر المجرد المطلق يجانبه الصواب، والأقرب للمنطق القانوني السليم والمستساغ في الأفهام هو تحديد مدى دور سبق الإصرار في نفي المفاجأة في مدلولها المتقدم بيانه، فإذا ترتب عليه نفي المفاجأة انتفي العذر لتخلف أحد شروطه، أما إذا لم يكن له هذا الأثر بقي العذر متوافراً، وتطبيقاً لذلك يجب التفرقة بين وضعين: الأول إذا ساورت الزوج شكوك حول سلوك زوجته ففكر في هدوء ثم أصر على قتلها إذا تحققت له خيانتها، فلما تحققت له مشاهدتها متلبسة بالزنا فقام بقتلها، فإنه يستفيد من العذر، ذلك أن المفاجأة تحققت له حينما استبان له الاختلاف بين العقيدة والواقع كما سلفت الإشارة لذلك، أما الفرض الثاني: وهو إذا ما كان الزوج متأكداً من خيانتها له، فأصر على قتلها حينما يشاهدها متلبسة بالزنا وقام بذلك فعلاً فهو لا يستفيد من العذر، إذ أنه لم يفاجأ بشيء، حيث تحقق ما كان يعتقدّه يقيناً. (مصطفى، 1974، صفحة 274)

## ● عقوبة القتل المقترن بالعذر في القانون المصري:

إذا توافرت شروط العذر كانت العقوبة الحبس وتوقع سواء قام الزوج بقتل زوجته وحدها أو عشيقها وحده أو قتلها معاً. وأضاف الشارع الاستفادة وتخفيف العقاب سواء ارتكب قتلاً أو جرحاً أو ضرباً أفضى إلى موت، ومن باب أولى قياساً على ذلك يستفيد من العذر إذا ارتكب ضرباً أفضى إلى إحداث عاهة مستديمة. (مصري ع.، م 273)

بينما في التشريع الفلسطيني عندما ينص القانون على عذر مخفف:

1. إذا كان الفعل جنائية توجب الإعدام أو الأشغال الشاقة المؤبدة أو الاعتقال المؤبد حولت العقوبة إلى الحبس سنة على الأقل.
  2. وإذا كان الفعل يؤلف إحدى الجنائيات الأخرى كان الحبس من ستة أشهر إلى سنتين.
  3. وإذا كان الفعل جنحة فلا تتجاوز العقوبة الحبس ستة أشهر أو الغرامة خمسة وعشرين ديناراً.
- وأيضاً إذا وجدت في قضية أسباب مخففة قضت المحكمة:

1. بدلاً من الإعدام بالأشغال الشاقة المؤبدة أو بالأشغال الشاقة المؤقتة من عشر سنين إلى عشرين سنة.
2. بدلاً من الأشغال الشاقة المؤبدة بالأشغال الشاقة المؤقتة من خمس سنوات إلى خمس عشرة سنة وبدلاً من الاعتقال المؤبد بالاعتقال المؤقت مدة لا تقل عن خمس سنوات.
3. ولها أن تخفف كل عقوبة جنائية أخرى إلى خمس سنوات.
4. ولها أيضاً ما خلا حالة التكرار، أن تخفف أية عقوبة لا يتجاوز حدها الأدنى ثلاث سنوات إلى الحبس سنة على الأقل.

## المطلب الثالث: مسلك المشرع الفلسطيني للتعديل

إزاء ردود الفعل المجتمعية المختلفة لبعض الجرائم التي ارتكبت بدافع الشرف ثم تبين براءة الضحية من تلوّث الشرف عند تشريح جثتها فقد أصدر السيد الرئيس الفلسطيني (في ظل غياب المجلس التشريعي) القرار بقانون رقم 7 لسنة 2011 وكذا القرار بقانون رقم 10 لسنة 2014. والأول يجري حكمه بإلغاء حكم المادة 340 عقوبات من القانون رقم 16 لسنة 1960 وكذا تعديل المادة 18 من قانون العقوبات 74 لسنة 1936 مؤكداً على إلغاء ما يسمى بدافع الشرف كعذر للقتل، ومن ثم فهي جريمة قتل عادية بما يصاحبها من ظروف، وجاء القرار بقانون الثاني ليلغي تماماً

نص المادة 98 من قانون العقوبات 16 لسنة 1960 سالفة البيان فيما يخص "دافع الشرف" وقد ورد القراران على النحو التالي: ((قرار بقانون رقم (7) لسنة 2011م بشأن تعديل قانون العقوبات النافذ في المحافظات الشمالية وقانون العقوبات النافذ في المحافظات الجنوبية رئيس دولة فلسطين رئيس اللجنة التنفيذية لمنظمة التحرير الفلسطينية رئيس السلطة الوطنية الفلسطينية بعد الاطلاع على القانون الأساسي المعدل لسنة 2003م وتعديلاته ولا سيما أحكام المادة (43) منه، والاطلاع على قانون العقوبات رقم (16) لسنة 1960م وتعديلاته النافذ في المحافظات الشمالية، والاطلاع على قانون العقوبات رقم (74) لسنة 1936م وتعديلاته النافذ في المحافظات الجنوبية، والاطلاع على قرار مجلس الوزراء رقم (13/37/07م/و.س.ف) لسنة 2010م بشأن التنسيب لرئيس السلطة الوطنية بتعليق العمل بمواد القانون المتعلقة بالجرائم الواقعة على خلفية "شرف العائلة"، وبناءً على الصلاحيات المخولة لنا، وتحقيقاً للمصلحة العامة، وباسم الشعب العربي الفلسطيني، أصدرنا القرار بقانون التالي: مادة (1): بموجب أحكام هذا القرار بقانون يلغى نص المادة (340) من الفصل الأول من الباب الثامن من قانون العقوبات رقم (16) لسنة 1960م النافذ في المحافظات الشمالية.

مادة (2): يعدل نص المادة رقم (18) من قانون العقوبات رقم (74) لسنة 1936م النافذ في المحافظات الجنوبية وذلك بإضافة عبارة (ولا يشمل ذلك جرائم قتل النساء على خلفية "شرف العائلة") في آخر المادة.

مادة (3): يلغى كل ما يخالف أحكام هذا القرار بقانون.

مادة (4): يعرض هذا القرار بقانون على المجلس التشريعي في أول جلسة يعقدها لإقراره.

مادة (5): على الجهات المختصة كافة، كل فيما يخصه، تنفيذ أحكام هذا القرار بقانون، ويعمل به من تاريخ نشره في الجريدة الرسمية.

صدر في مدينة رام الله بتاريخ: 15/05/2011 ميلادية الموافق 11/جمادى الثاني/ 1432 هجرية محمود عباس رئيس دولة فلسطين رئيس اللجنة التنفيذية لمنظمة التحرير الفلسطينية رئيس السلطة الوطنية الفلسطينية بينما ورد القرار بقانون 10 لسنة 2014 على النحو التالي: قرار بقانون رقم (10) لسنة 2014م بشأن تعديل قانون العقوبات رقم (16) لسنة 1960م.

رئيس دولة فلسطين رئيس اللجنة التنفيذية لمنظمة التحرير الفلسطينية استناداً لأحكام القانون الأساسي المعدل لسنة 2003م وتعديلاته، ولا سيما المادة (43) منه، وبعد الاطلاع على قانون العقوبات رقم (16) لسنة 1960م وتعديلاته، وبناءً على الصلاحيات المخولة لنا، وتحقيقاً للمصلحة العامة، وباسم الشعب العربي الفلسطيني، أصدرنا القرار بقانون التالي:

مادة (1): يعدل نص المادة (98) من قانون العقوبات رقم (16) لسنة 1960م وتعديلاته، ليصبح على النحو التالي: "يستفيد من العذر المخفف فاعل الجريمة الذي أقدم عليها بثورة غضب شديد ناتج عن عمل غير محق وعلى جانب من الخطورة أنه المجني عليه، ولا يستفيد فاعل الجريمة من هذا العذر المخفف إذا وقع الفعل على أنثى بدواعي الشرف".

مادة (2): يلغى كل ما يخالف أحكام هذا القرار بقانون.

مادة (3): يعرض هذا القرار بقانون على المجلس التشريعي في أول جلسة يعقدها لإقراره.

مادة (4): على الجهات المختصة كافة، كل فيما يخصه تنفيذ أحكام هذا القرار بقانون، ويعمل به من تاريخ نشره في الجريدة الرسمية.

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

وبتدقيق النظر في تاريخي صدور القرارين بقانون الصادرين عن رئيس السلطة الفلسطينية يتبين أن الأول صدر بتاريخ 15-5-2011 والثاني بتاريخ 11-5-2014، وقد أكد القراران في ديواجهما أن صدورهما تم بعد الاطلاع على القانون رقم (16) لسنة 1960، وبمطالعة تاريخ نشر القانون رقم 8 لسنة 2011 الصادر بتعديل بعض أحكام قانون العقوبات رقم (16) لسنة 1960 ومنها المادة (340) على النحو سالف البيان يتبين أنه قد نُشر بالجريدة الرسمية في عددها رقم 5090 بتاريخ 2-5-2011، وبرغم سبق صدور التعديلات أنفة الإشارة لنص المادة (340) من قانون العقوبات رقم (16) لسنة 1960 إلا أن القرارين بقانون سالف البيان قد أوردوا الأحكام متقدمة البيان فيهما والتي تقطع بتوجه المشرع الفلسطيني نحو إلغاء كل عذر أو تخفيف متعلق بدافع الشرف سواء كان لازماً بقوة القانون أو كسلطة تقديرية للمحكمة واعتبر حالات قتل النساء أثراً بتلك الدوافع جرائم قتل عادية يمكن أن تقترب بالظروف المشددة إن اقترنت بها.

## الخاتمة:

يعتبر المشرع المصري القتل بدافع الشرف عذراً قانونياً مخففاً، ويقصر الاستفادة من العذر على الزوج وحده دون الزوجة وأيضاً على الزوج دون سائر أقارب الزوجة، ويعلل ذلك إلى الاستفزاز الذي يفقد الزوج السيطرة على اختياره وإدراكه فيقدم على فعله تحت تأثير هذا الاستفزاز، ويقرر الشارع المصري عقوبة الحبس على هذه الجريمة باعتبارها جنحة حال توافر شرائط العذر على النحو الذي أوضحناه فيما تقدم بهذه الدراسة، بينما المشرع الفلسطيني وفقاً لقانون العقوبات رقم 74 لسنة 1936 كان المرتكز للقضاء الفلسطيني هو نص المادة 18 سالفة البيان وفي القانون 16 لسنة 1960

كانت المواد 98 والمادة 340 ولكن بصور القرارين بقانون رقم 7 لسنة 2011 و10 لسنة 2014 أصبحت هذه الحالة جريمة قتل عادية دون أية أعدار، بالرغم من أن المشرع الأردني الذي يسير المشرع الفلسطيني على دربه في الضفة الغربية توسع في التعديلات التي أدخلها على نص المادة (340 عقوبات أردني) من حيث صور السلوك الإجرامي والنطاق الشخصي للاستفادة من هذا العذر وذلك بما أورده من تعديلات بالقانون رقم 8 لسنة 2011. وفي الختام خلصت هذه الدراسة إلى مجموعة من النتائج والتوصيات على النحو التالي:

#### أولاً: النتائج:

- قصر المشرع المصري حق الاستفادة من العذر على الزوج فقط وضد الزوجة وحدها دون باقي أخواته أو أصوله أو فروعها.
- توسع المشرع الأردني بموجب تعديلاته لقانون العقوبات 16 لسنة 1960 من حيث منح الرجل الحق في الاستفادة من العذر ضد أخواته أو إحدى أصوله أو إحدى فروعها.
- منح المشرع الأردني للزوجة حق الاستفادة من العذر حال مفاجئتها للزوج متلبساً بارتكاب الزنا.
- عطل المشرع الفلسطيني كل أحكام التخفيف الجوازي، والوجوبي المتعلقة بقتل النساء على خلفية الشرف أو داعي الشرف.
- ألغى المشرع الفلسطيني حكم نص المادتين 98 و340 عقوبات في حال ارتباطهما بقتل النساء على خلفية الشرف.
- تنوعت المعالجة التشريعية الفلسطينية لموضوع قتل النساء بدافع الشرف بين قانون العقوبات رقم 74 لسنة 1936 وقانون العقوبات الأردني 16 لسنة 1960، حتى عدل المشرع الفلسطيني عن أحكام تلك المواد تماماً بالقرارين بقانون رقم 7 لسنة 2011، 10 لسنة 2014، واعتبر تلك الجريمة جريمة قتل عادية يتحدد وصفها في ضوء ظروف ارتكابها.

#### ثانياً: التوصيات:

- في ختام هذه الدراسة نوصي ببعض التوصيات على النحو التالي:
- توسيع نطاق من يشملهم العذر ويستفيدون من التخفيف بحيث يشمل أصول الزوجة وفروعها وأشقائها في التشريع المصري.
  - تمكين الزوجة من الاستفادة من التخفيف حال مشاهدتها لزوجها حال تلبسه بالزنا في التشريع المصري.
  - المساواة في العقاب والأركان بين زنا الزوج وزنا الزوجة.
  - تقرير الجريمة متكاملة في حق الزوج إذا ارتكبها في أي مكان ولا تقتصر على منزل الزوجية فقط.
  - إلغاء عجز المادة 273 عقوبات مصري فيما يتعلق بعدم سماع دعوى الزوج (الذي يثبت ارتكابه للزنا بمنزل الزوجية وفقاً لنص المادة 277 عقوبات مصري) على زوجته التي يثبت ارتكابها لجريمة الزنا.
  - أن يعيد المشرع الفلسطيني النظر في معالجة هذه الجريمة بقانون موحد يطبق على الكل الفلسطيني مستلهماً أحكامه من مسلك المشرعين المصري والأردني.

#### المراجع:

1. الأشقر، أحمد (2004). جرائم قتل النساء بداعي الشرف في فلسطين. تم الاسترداد من مكتبة رام الله العامة: <http://ramallah.noursoft.com/records/index/1/732236>
2. بكر، عبدالمهيمن (1968). القسم الخاص في قانون العقوبات. القاهرة: دار النهضة العربية.
3. حسني، محمود نجيب (1982). شرح قانون العقوبات - القسم العام. القاهرة.
4. حسني، محمود نجيب (1986). شرح قانون العقوبات - القسم الخاص. القاهرة: دار النهضة العربية.
5. رمضان، عمر السعيد (1986). شرح قانون العقوبات - القسم الخاص. القاهرة: دار النهضة العربية.
6. سرور، أحمد فتحي (1986). شرح قانون العقوبات - القسم الخاص. القاهرة: دار النهضة العربية.
7. السعيد، مصطفى السعيد (1974). لقانون الجنائي. القاهرة: دار النهضة العربية.
8. عازر، عادل (1966). النظرية العامة في ظروف الجريمة. القاهرة: المطبعة العلمية.
9. عبدالعال، أيمن نصر (2012). مظاهر الإخلال بالمساواة في الإجراءات الجنائية. القاهرة: المركز القومي للإصدارات القانونية.
10. عبيد، حسنين إبراهيم (1970). النظرية العامة للظروف المخففة. القاهرة: دار النهضة العربية.
11. عقوبات مصري. (م 273).
12. محمود نجيب حسني. (2004). المساهمة الجنائية في التشريعات العربية. القاهرة: دار النهضة العربية.
13. المرصفاوي، حسن صادق (1987). شرح قانون العقوبات - القسم الخاص. الاسكندرية: منشأة المعارف بالاسكندرية.
14. مصطفى، محمود محمود (1974). شرح قانون العقوبات - القسم العام. القاهرة: دار النهضة العربية.

15. نقض جنائي مصري. (3، 11، 1925). س 6 رقم 296. القاهرة.
16. نقض جنائي مصري. (1928). مجموعة القواعد الجنائية - 21.
17. نقض جنائي مصري. (1943). مج أحكام النقض ج 6 رقم 272. القاهرة.
18. نقض جنائي مصري. (11، 17، 1969). س 20 - رقم 265. القاهرة.
19. نقض جنائي مصري. (11، 1976). س 27 رقم 817. القاهرة.



## Honor killing- comparative analytical study between Egyptian and Palestinian legislation

Ayman Nasr Abd Elaal

Assistant Professor of Criminal Law, Dean of the College of Law and Judicial Practice, University of Palestine  
dr.aymannasr66@gmail.com

Received: 17/8/2021 Revised: 3/10/2021 Accepted: 20/10/2021 DOI: <https://doi.org/10.31559/LCJS2021.2.3.1>

**Abstract:** Life is a great blessing granted by God Almighty to man and imposing its protection as established by the heavenly laws to protect the human soul from any aggression. The previous year of protection and among those cases is the case of provocation based on surprise when shocked, from the demolition of the thick pact between the spouses, as a waste of the husband's dignity or the woman's origins or her closest descendants in some legislation, in addition to the husband. Hence, this study came to show the legislative treatment in the Palestinian and Egyptian legislations as a guide to the behavior of the Jordanian legislator whose behavior is followed by the Palestinian legislator. One of its origins or branches is the exact opposite of the Jordanian legislator, just as the Palestinian legislator abolished this excuse legally and judicially.

**Keywords:** murder; honor motive; premeditated; mitigating excuse; adultery crime.

### References:

1. Alashqr, Ahmd (2004). Jra'm Qtl Alnsa' Bda'y Alshrf Fy Flstyn. Tm Alastrdad Mn Mktbt Ram Allh Al'amh: <http://ramallah.noursoft.com/records/index/1/732236>
2. Bkr, 'bdalmhymn (1968). Alqsm Alkhas Fy Qanwn Al'qwbat. Alqahrh: Dar Alnhdh Al'rbyh.
3. Hsny, Mhmwd Njyb (1982). Shrh Qanwn Al'qwyat - Alqsm Al'am. Alqahrh.
4. Hsny, Mhmwd Njyb. (1986). Shrh Qanwn Al'qwbat - Alqsm Alkhas. Alqahrh: Dar Alnhdh Al'rbyh.
5. Rmdan, 'mr Als'yd (1986). Shrh Qanwn Al'eqwbat - Alqsm Alkhas. Alqahrh: Dar Alnhdh Al'rbyh.
6. Srwr, Ahmd Fthy (1986). Shrh Qanwn Al'qwbat - Alqsm Alkhas. Alqahrh: Dar Alnhdh Al'rbyh.
7. Als'yd, Mstfa Als'yd (1974). Alqanwn Aljna'y. Alqahrh: Dar Alnhdh Al'rbyh.
8. 'azr, 'adl (1966). Alnzryh Al'amh Fy Zrwf Aljrymh. Alqahrh: Almtb'h Al'lmyh.
9. 'bdal'al, Aymn Nsr (2012). Mzahr Alekhlal Balmsawah Fy Alejra'at Aljna'yh. Alqahrh: Almrkz Alqwmy Llesdarat Alqanwny.
10. 'byd, Hsny Ebrahym (1970). Alnzryh Al'amh Llzrwf Almkhffh. Alqahrh: Dar Alnhdh Al'rbyh.
11. 'qwbat Msry. (M 273).
12. Mhmwd Njyb Hsny. (2004). Almsahmh Aljna'yh Fy Altshry'at Al'rbyh. Alqahrh: Dar Alnhdh Al'rbyh.
13. Almrswfy, Hsn Sadq (1987). Shrh Qanwn Al'qwbat - Alqsm Alkhas. Alaskndryh: Mnshat Alm'arf Balaskndryh.
14. Mstfa, Mhmwd Mhmwd (1974). Shrh Qanwn Al'qwbat - Alqsm Al'am. Alqahrh: Dar Alnhdh Al'rbyh.
15. Nqd Jna'y Msry. (3 11, 1925). S 6 Rqm 296. Alqahrh.
16. Nqd Jna'y Msry. (1928). Mjmw'eh Alqwa'd Aljna'yh - 21.
17. Nqd Jna'y Msry. (1943). Mj Ahkam Alnqd J6 Rqm 272. Alqahrh.
18. Nqd Jna'y Msry. (17 11, 1969). S20 -Rqm 265. Alqahrh.
19. Nqd Jna'y Msry. (1 11,1976). S27 Rqm 817. Alqahrh.

# التمالؤ كصورة من صور الاشتراك في القتل بين الشريعة الإسلامية والقانون اليمني

أحمد سالم أحمد بن عقيل

أستاذ القانون الجنائي المساعد بكلية الشريعة والقانون- جامعة الأحقاف- الجمهورية اليمنية  
Ageel16@gmail.com

قبول البحث: 2021/11/1

مراجعة البحث: 2021/10/23

استلام البحث: 2021/10/11

DOI: <https://doi.org/10.31559/LCJS2021.2.3.2>



This file is licensed under a [Creative Commons Attribution 4.0 International](https://creativecommons.org/licenses/by/4.0/)

## التماثل كصورة من صور الاشتراك في القتل بين الشريعة الإسلامية والقانون اليمني

أحمد سالم أحمد بن عقيل

أستاذ القانون الجنائي المساعد بكلية الشريعة والقانون- جامعة الأحقاف- الجمهورية اليمنية

Aageel16@gmail.com

استلام البحث: 2021/10/11 مراجعة البحث: 2021/10/23 قبول البحث: 2021/11/1 DOI: <https://doi.org/10.31559/LCJS2021.2.3.2>

### الملخص:

تلجأ كافة التشريعات إلى سن ما يحفظ للإنسان حياته ويحميه من كل الاعتداءات بكل أشكالها، ولا شك أن الحفاظ على الحياة يقتضي معاقبة الفاعل للجريمة بما يردعه عن إعادتها ويزجر الناس عن اقترافها، والتماثل كصورة من صور الاشتراك في القتل قد يكون سبباً لانتشار هذه الجريمة إن لم تكن عقوبته واضحة وراذعة، وقد اختلفت التشريعات في سن العقوبة المناسبة له واختار القانون اليمني شروطاً معينة يمكن عند تحققها معاقبة التماثل بنفس عقوبة المباشر، وهو بهذا يتوافق مع جزء من الفقه الإسلامي، وفي هذه الدراسة نتناول معنى التماثل من كل النواحي والاتجاهات اللغوية والشريعة والقانونية، ونتعرف على حكمه واختيار القانون اليمني فيه لنحاول في ختام البحث تقييم هذا الاختيار وتقديره ومدى توافقه مع الشريعة الإسلامية وتحقيقه للمصلحة العامة وتوفير الردع والزجر عن هذه الجريمة.

الكلمات المفتاحية: التماثل؛ المساهمة في الجريمة؛ مباشرة الجريمة؛ عقوبة التماثل.

### المقدمة:

لا شك أن جريمة القتل تعتبر من أخطر ما يمكن أن يتعرض له الإنسان من اعتداء، ذلك لأن فيها إعداماً لروحه وإنهاءً لحياته، ولذلك قررت كافة التشريعات ما يحفظ للإنسان الحق في الحياة ويمنع قتله، وجعلت عقوبة القاتل العمد عقوبة مشددة في أقصى ما يمكن من التشديد سواء في ذلك التشريعات الدينية أو القوانين الوضعية.

ولأن الإقدام على قتل شخص تعتريه صعوبات جمة تقف أمام الفرد الواحد في تنفيذ هذه الجريمة فقد يلجأ المجرم للاستعانة بغيره في ذلك، وتتنوع هذه الاستعانات إلى أنواع من المساهمة التي قد تكون من القوة بحيث تعد مشاركة في نفس فعل القتل بالعمل المادي الممتد إلى المجني عليه، وهي مشاركة تعدها بعض التشريعات مشاركة أصلية قد يلقي الشريك فيها نفس عقوبة الفاعل المباشر الأصلي، وقد تختلف مقدار مساهمتها باختلاف أفعالها ومدى تأثيرها في إحداث الموت.

في الجانب الآخر قد تكون المساهمة المقدمة من الشريك ضعيفة متمثلة في مساعدة خارجية كتقديم عون مادي أو خدمة تسهيلية تؤثر في إحداث الجريمة والموت إلا أن صاحبها غالباً يقدمها وهو بعيد عن ساحة الجريمة دون أن يقوى على المشاركة المادية الفعلية في القتل لو اقتضى تنفيذ الجريمة ذلك.

بين هذين النوعين من أنواع المساهمة تبرز لنا صورة تعرضت لها بعض التشريعات القانونية ومنها القانون اليمني حيث يشارك فيها الشريك بالحضور في ساعة الجريمة ومكانها ويكون مستعداً للإقدام على إتمام القتل عند عروض عارض يمنع الفاعل الأصلي من ذلك، كل هذا دون أن يشارك بأي عملي مباشر ومادي يمس به القتل أو يدخل في الأفعال التنفيذية الواقعة على المجني عليه، وسميت هذه الحالة بالمساهمة بالتماثل.

#### أهمية الدراسة:

تكمن إبراز أهمية الدراسة في النقاط الآتية:

- أن البحث يحاول التركيز على بيان حالة من حالات المساهمة في جريمة القتل مما انتشر في هذا الزمان ويسلط الضوء عليها بصورة خاصة.
- يحاول البحث أن يقدم حلولاً واضحة للقضاة والمحامين ببيان حالة التمالؤ وشروطها بما يساعد في الحكم القضائي وسيره في الاتجاه الصحيح.
- يحاول البحث إبراز التوافق في صورة التمالؤ مع الفقه الإسلامي من خلال إظهار توافق المعنى والشروط للتمالؤ في اللغة والشرع والقانون.
- تظهر الصورة العملية في مساعدة التشريع العقابي في وضع العقوبة المناسبة بعد تقدير دور التمالؤ في حدوث الجريمة ومدى فاعليته فيها.

#### مشكلة الدراسة:

عند الحديث عن التمالؤ يثور التساؤل التالي: هل كان القانون اليمني موفقاً في تقريره لمعنى التمالؤ وشروطه؟ وللإجابة عن هذا السؤال فإنه يلزمنا الإجابة عن الأسئلة التالية التي تحقق مشكلة الدراسة تفصيلاً:

- ما هو التمالؤ وما علاقة المعنى اللغوي له بالمعنى الشرعي والقانوني؟
- ما مدى وجوب تحقق شروط معينة حتى يكون المساهم في جريمة القتل متمالئاً؟
- ما حكم التمالؤ في ضوء الشريعة والقانون؟
- وما هو التقييم القانوني لاختيار القانون اليمني في موضوع التمالؤ؟

#### أساليب الدراسة:

سلكت في هذه الدراسة الأسلوب الاستقرائي والوصفي والتحليلي حيث استقرت نصوص اللغويين والشرعيين والقانونيين فيما يتعلق بالتمالؤ، ثم سلكت أسلوب التحليل لتحليلها واستخراج أوجه التشابه والاختلاف بينها، لأتوصل بعد ذلك إلى وصف شامل للتمالؤ وحكمه وتقدير موقف القانون اليمني منه.

#### الدراسات السابقة:

لم أطلع فيما بحثت فيه من مراجع على من أفرد موضوع التمالؤ ببحث مستقل يتحدث فيه عن معناه اللغوي ومدى انطباقه على المعنى الشرعي والقانوني، وإنما بحثت مسائله في ضمن ما كتب عن المساهمة في الجريمة كصورة من صورها.

ويمكن أن أذكر بعضاً من هذه الدراسات التي تعرضت لموضوع الاشتراك في الجريمة بصورة عامة على النحو الآتي:

- دراسة حامد (2010) بعنوان أحكام الاشتراك في الجريمة في الفقه الإسلامي دراسة مقارنة مع القانون الوضعي، رسالة ماجستير قدمت لجامعة المجاهد بفسطين، حيث تحدث فيها الباحث عن أحكام الاشتراك الجرمي بصورة عامة وقارن بين الفقه الإسلامي والقانون، كما تحدث عن أركان الاشتراك وقواعد العقوبة عليه.
- دراسة الدايل (1997) بعنوان المساهمة الجنائية في جرائم الحدود والقصاص دراسة تطبيقية على أحكام المحاكم الشرعية بالرياض، قدمت كرسالة ماجستير لجامعة نايف للعلوم الأمنية بالرياض، تعرض فيها الباحث لأحكام المساهمة من ناحية شرعية، وأركان المساهمة والاشتراك الجرمي في أحكام الحدود والقصاص.
- وأرى أن ما يميز بحثي عن الدراسات السابق ذكرها وما يشابهها: يتمثل في النقاط الآتية:
- أن الباحثين في الدراسات السابقة وما يشابهها لا يتحدثون سوى عن أحكام المساهمة بصورة عامة كمنظرة عامة للاشتراك الجرمي، بينما في بحثي هذا خصصت الحديث عن الاشتراك بطريق التمالؤ دون التعرض لغيره من أنواع الاشتراكات.
- أنني تعرضت هنا للحديث عن التمالؤ وبيان معناه اللغوي وعلاقته بالمعنى الشرعي والقانوني وهو ما لم يتعرض له الباحثون بهذا الخصوص.
- أنني تعرضت هنا للحديث عن التمالؤ في القانون اليمني بخصوصه متعرضاً لنصوصه القانونية ومقارنتها بكلام الشراح والفقه الإسلامي.

#### خطة الدراسة:

قرر القانون اليمني حكماً معيناً لهذه الجريمة ونريد من خلال هذا الدراسة تقدير موقفه ببيان معنى التمالؤ في اللغة والقانون والشرع وبيان العلاقة بينها، ثم التدقيق في الحكم الشرعي والقانوني للتمالؤ، وتقييم موقف القانون اليمني والأسباب التي دعت له لسلوك هذا المسلك، فحديثنا سيكون مقسماً إلى ثلاثة مباحث على النحو التالي:

المبحث الأول: معنى التمالؤ لغة وشرعاً وقانوناً، وتحته ثلاثة مطالب:

المطلب الأول: معنى التمالؤ لغة

المطلب الثاني: معنى التمالؤ في الشرع



المطلب الثالث: معنى التمالؤ في القانون

المبحث الثاني: الحكم الشرعي والقانوني للتمالؤ، وتحته مطلبان:

المطلب الأول: حكم التمالؤ في الفقه الإسلامي

المطلب الثاني: حكم التمالؤ في القانون

المبحث الثالث: تقييم اختيار القانون اليمني في معنى التمالؤ وحكمه

## المبحث الأول: تعريف التمالؤ لغة وشرعاً وقانوناً

تمهيد وتقسيم:

من المعلوم أن الارتباط أساسي بين المعنى اللغوي والمعنى الشرعي في أي مصطلح يحتوي على معنى له أثر في اختلاف التطبيقات ومرجع في ظهور الخلافات، حيث تعد اللغة العربية هي الأساس لاستعمال المصطلحات في معانيها ومضامينها التي ربما يتنازل عنها الذي يستخدمها أحياناً في عرفه وتطبيقاته، إلا أن معرفة المعنى اللغوي لا يستغنى عنه في وضع ذلك المصطلح في محله الصحيح، وفي تقليل مساحات الاختلاف بين من يستخدم ذلك المصطلح في كافة العلوم بعد ذلك.

من ناحية شرعية فإن علماء الشريعة سواء كانوا من أهل التفسير أو الحديث النبوي، أو كانوا ممن برع في الفقه وتخصص فيه لجأوا إلى اللغة العربية في فهم نصوص الوحيين، حيث نرى في كتبهم الاستشهاد بكلام أهل اللغة على ذلك واستعانتهم بهم في فهم ما غاب عنهم من معاني بعض المصطلحات.

ومن الناحية القانونية يمثل القانون كمادة مجردة بصياغة ثابتة نوعاً من نماذج الثبات في الدلالة على ما يريده المقنن، ويخضع بعد ذلك لتفسيرات من الشراح يراد بها الوصول إلى الاقتراب من المعنى المراد وتطبيقه بصورة كاملة.

ولأجل التفريق بين المعنى اللغوي للتمالؤ والمعنى الشرعي والقانوني له فإنه يلزمنا التطرق لذلك بالتفصيل والبحث عن معنى التمالؤ في الجهات الثلاث ومحاولة فهم أوجه الاختلاف والاتفاق بينها وذلك في المطالب الثلاثة الآتية.

### المطلب الأول: المعنى اللغوي لمصطلح التمالؤ

عند الرجوع إلى معاجم اللغة العربية لفهم معنى التمالؤ نجد أنها أعطته معاني متعددة قد تلتقي في نقاط محددة وقد تختلف في أخرى.

قال في لسان العرب (قد مالته على الأمر ممالأة: ساعدته عليه وشايعته. وتمالأنا عليه: اجتمعنا، وتمالؤوا عليه: اجتمعوا عليه؛ وقول الشاعر: وتحدثوا ملأ، لتصبح أمنا... عذراء، لا كهل ولا مولود، أي تشاوروا وتحدثوا متمالئين على ذلك ليقتلونا أجمعين، فتصبح أمنا كالعذراء التي لا ولد لها. قال أبو عبيد: يقال للقوم إذا تتابعوا برأيهم على أمر قد تمالؤوا عليه. ابن الأعرابي: مالأه إذا عاونه، ومالأه إذا صحبه أشباهه. وفي حديث علي، رضي الله عنه: والله ما قتلت عثمان، ولا مالأت على قتله؛ أي ما ساعدت ولا عاونت. وفي حديث عمر، رضي الله عنه: أنه قتل سبعة نفر برجل قتلوه غيلة، وقال: لو تمالأ عليه أهل صنعاء لأقدهم به. وفي رواية: لقتلهم. يقول: لو تضافروا عليه وتعاونوا وتساعدوا)<sup>(1)</sup>.

فيظهر من هذا النص أن التمالؤ يحمل معانٍ متعددة منها المساعدة والمعاونة، كما يمكن أن تشمل أيضاً المشايعة والاجتماع والتتابع على الرأي

الواحد.

وتأكد هذه المعاني اللغوية التي يحتويها معنى التمالؤ إذا ما اطلعنا أيضاً على نصوص أخرى مثل ما ورد في تاج العروس حيث قال (( ومالأه على الأمر ) كمنعه، ليس بمشهور عند اللغويين: (ساعده وشايعه) أي أعانه وقواه، (كمالأة) عليه ممالأة (وتمالئوا عليه) أي (اجتمعوا) ويقال: أحسنى ملأ جهينا، أي أحسنى ممالأة، أي معاونة، من مالأت فلاناً: ظاهرته)<sup>(2)</sup>، حيث يزيد في هذا النص الدلالة على أن من معاني التمالؤ التقوية في الموقف حيث لا يكفي فقط أن تعني تقديم المساعدة المجردة التي قد لا تؤثر، بل إن التمالؤ هنا يقود إلى تقوية المتمالئ لوضع من تمالأ معه.

وكافة المعاجم اللغوية القديمة والحديثة لا تخرج عن هذه التعريفات التي أوردنا بعضاً منها وتكاد لا تنقص عنها في الألفاظ والمفردات المعبرة عن

معنى التمالؤ.

قال في المعجم الوسيط (( مالأه) على الأمر ممالأة وملاء ساعده وعاونه، (تمالأ) القوم على كذا اجتمعوا وتعاونوا عليه)<sup>(3)</sup>، وقال في شمس العلوم

ودواء كلام العرب من الكلوم (التمالؤ: تمالؤوا عليه، مہموز: أي تعاونوا)<sup>(4)</sup>.

ومن خلال ما مر من هذه التعريفات نجد أن التمالؤ يحمل معنى أساسياً هو معنى الاتفاق، تشابه إرادة الأفراد على أمر ما.

(1) ابن منظور، لسان العرب، دار صادر - بيروت، الطبعة: الثالثة - 1414 هـ ج 1 ص 159.

(2) مرتضى الزبيدي، تاج العروس من جواهر القاموس دار الفكر - بيروت، الطبعة: الأولى / 1414 هـ ج 1 ص 253.

(3) مجمع اللغة العربية بالقاهرة، (إبراهيم مصطفى / أحمد الزيات / حامد عبد القادر / محمد النجار) المعجم الوسيط دار الدعوة ج 2 ص 882.

(4) نشوان بن سعيد الحميري اليمني، شمس العلوم ودواء كلام العرب من الكلوم، دار الفكر المعاصر (بيروت - لبنان)، دار الفكر (دمشق - سورية) الطبعة: الأولى، 1420 هـ - 1999 م ج 9 ص 6383.

إلا أننا لاحظنا أن تعبيرات أهل اللغة ذكرت مصطلحات عدة تحمل معنى التماثل، ومنها المشايعة والاجتماع والمساعدة والمعاونة والمظاهرة والمواطة والمضافرة.

ولكي نفهم المعنى اللغوي بدقة ونربط بينه وبين ما سيأتي من تعريفات شرعية وقانونية ونستخرج ما يشترط في معناه من شروط وما يلزم لتحقيقه من لوازم، فإننا سنعرج على تعريف المصطلحات التي وردت في معنى التماثل لنتفهم معناها ولنوجد الفروق بينها وبينه إن وجدت ولنستنبط شروط تحقيق معنى التماثل في اللغة، ليكون ربطنا بين المعنى اللغوي والشرعي والقانوني مبنياً على أساس لغوي صحيح.

أولاً: المساعدة:

قال في العين (والمُسَاعِدَةُ: المُعَاوَنَةُ على كل أمرٍ يعملُه عاملٌ)<sup>(5)</sup>.

وقال في غريب الحديث للخطابي في بيان معنى المساعدة (فأما المساعدة فهي عامة في كل مُعَوْنَةٍ. ويقال: إنَّهَا مأخوذة من وَضَعَ الرَّجُلُ يَدَهُ عَلَى سَاعِدِ صَاحِبِهِ إذا تَمَاشَى في حاجة)<sup>(6)</sup>.

وقال في المعجم الاشتقاقات المؤصل (ومن هذا أيضاً: المساعدة: التقوية والإعانة (لأنها شد أزر ودعم)<sup>(7)</sup>.

فيظهر من هذا أن المساعدة يمكن أن تحوي المعنى العام للمعاونة والتي قد يدخل فيها شد الأزر من خلال الحضور مع الشخص المعان، حيث يلاحظ أنها تعني وضع اليد على ساعد صاحبه وهو ما يمكن القول معه أن المساعدة ليست مجرد توافق في الرأي أو الفكر بل يمكن أن يدخل في معناها المشاركة الفعلية في الأمر المتفق عليه والمتمالاً لأجله.

ثانياً: المضافرة

من الألفاظ التي تحمل معنى التماثل لفظ التضافر، وهو مأخوذ من التقارب والالتحام مع من يتضافر معه قال في مقاييس اللغة (ضفر) الضاد والفاء والراء أصل صحيح، وهو ضم الشيء إلى الشيء نسجاً أو غيره عريضاً. ومن الباب ضفائر الشعر، وهي كل شعر ضفر حتى يصير ذؤابة. ومن الباب قولهم: تضافروا عليه، أي تعاونوا. وأصله عندي من ضفائر الشعر، وهو أن يتقاربوا حتى كأن كل واحد منهم قد شد ضفيرته بضميرته الأخر)<sup>(8)</sup>.

وقال في تهذيب اللغة (وقال الليث: متن مدمج، وكذلك الأعضاء المدمجة كأنها أدمجت وملست كما تدمج المشطة مشطة المرأة إذا ضفرت ذوائبها. وكل ضفيرة منها على حياها تسمى دمجاً واحداً، قال: والدموج: الدخول، وقال أبو عمر: وليلة دامجة، وليل دامج أي مظلم. وقال الأصمعي: تدمج القوم على فلان تدمجاً إذا تضافروا عليه)<sup>(9)</sup>.

وقال في موضع آخر عند الحديث عن التأليب (وقد تألبوا عليه تألباً، إذا تضافروا عليه. ويقال: ألب فلان معه، أي صفوه معه)<sup>(10)</sup>.

ونرى أن لفظ التضافر يضيف معنى التماثل إضافات جديدة من خلال معنى الاجتماع والاندماج ليصير المتضافر مندمجاً كشخص واحد مع من يتضافر معه، حيث شبهوه بضمير الشعر من خلال شد بعضها ببعض والتصاقها بها، كما أن التضافر وهو مرادف للتماثل يعي في أيضاً معنى التألب ويدخل فيه الاجتماع والصف في نفس المكان.

ثالثاً: المعاونة

عند تفسير لفظ المعاونة كلفظ مرادف للتماثل نجد أن المعاونة فيها معنى التعاضد والالتحام والمظاهرة كذلك وهي ألفاظ تجعل التداخل الفعلي الذاتي المادي داخلاً في معنى التماثل؛ حيث صار المتعاون متعاضداً مع غيره حتى كأنه معه في عضده، قال في معجم ديوان الأدب (والمُعَاوَنَةُ: المُعَاوَنَةُ)<sup>(11)</sup>، وقال في الصحاح تاج اللغة وصحاح العربية (والمُعَاوَنَةُ: المعاونة. وَاغْتَضَدْتُ بفلان، أي استعنت به. وَاغْتَضَدْتُ الشيء جعلته في عضدي)<sup>(12)</sup>.

كما أن المعاونة تشمل معنى المكائفة وهي أن يصير الشخص كنفاً لصاحبه يحيط به ويساعده قال في الصحاح تاج اللغة وصحاح العربية (والمُكَايَفَةُ: المُعَاوَنَةُ. وَاكْتَفَى بالتحريك: الجَانِبُ. وَاكْتَفَى الطائر: جَنَاحَهُ. وَاكْتَفَى الإبل: نَاحِيَتَهَا. قال أبو عبيدة: يقال ناقة كنفوف: تبرك في كنفه الإبل، مثل القذور، إلا أنها لا تستبعد كما تستبعد القذور. وحكى أبو زيد: شاة كنفاء، أي حذاء. وَاكْتَفَى وَاكْتَفَى، أي أحاطوا به)<sup>(13)</sup>.

ويأتي أيضاً في معنى التعاون معنى التأزر وهو التقوية بالإعانة الفعلية، قال في مجمع البحرين (والموازرة على العمل: المعاونة عليه، يقال وازرته

(5) الخليل بن أحمد الفراهيدي، كتاب العين، دار ومكتبة الهلال، دون مكان ولا رقم طبعة، ج1 ص322.

(6) الخطابي، غريب الحديث، دار الفكر - دمشق، 1402 هـ - 1982 م ج1 ص369.

(7) د. محمد حسن حسن جبل، المعجم الاشتقاقات المؤصل لألفاظ القرآن الكريم مكتبة الآداب - القاهرة الطبعة: الأولى، 2010 م ج2 ص1014.

(8) أحمد بن فارس الرازي، معجم مقاييس اللغة، دار الفكر، دمشق، 1979 م، ج3 ص366.

(9) محمد بن أحمد بن الأزهري الهروي، تهذيب اللغة دار إحياء التراث العربي - بيروت، 2001 م ج10 ص359.

(10) المرجع السابق ج15 ص277.

(11) الفارابي، معجم ديوان الأدب، مؤسسة دار الشعب للطباعة والنشر، القاهرة 1424 هـ - 2003 م ج2 ص383.

(12) أبو نصر إسماعيل بن حماد الجوهري الفارابي، الصحاح تاج اللغة وصحاح العربية، دار العلم للملايين - بيروت الطبعة: الرابعة 1407 هـ - 1987 م ج2 ص509.

(13) المرجع السابق ج4 ص1424.

موازرة أي أعتته وقويته، ومنه سمي الوزير وزيراً<sup>(14)</sup>.

قال في تاج العروس من جواهر القاموس (والمؤازرة، بالهمز أيضاً: المعاونة على الأمر، تقول: أردتُ كذا فأزرتي عليه فلان: أي ظاهره وعاون، يقال: أزّره ووازّره، بالواو على البدل من الهمز هو شاد، والأول أفصح، وقال القراء: أزرتُ فلاناً أزراً: قوّيته، وأزرتُه: عاونته، والعامّة تقول: وازرتُه. وقال الرّجّاج: أزرتُ الرجلَ على فلانٍ، إذا أعتنته عليه وقوّيته.)<sup>(15)</sup>

ثم قال (والمؤازرة أن يُقوّى الرّزُّ بَعْضُهُ بعضاً فَيَلْتَفَّ ويتلاصقَ «4»، وهو مجازٌ، كما في الأساس. وقال الرّجّاج في قوله تعالى: فَأَزَّرَهُ فَأَسْتَعْلَطَ «5»: أي فأزّر الصّغارَ الكبارَ حتى استوى بعضُهُ مع بعضٍ)<sup>(16)</sup>.

وواضح أن هذا يعني أن يصير المآزر رفيقاً لصاحبه مقوياً له بحيث لا يمكن لصاحبه أن يقوم إلا به.

#### رابعاً: المظاهرة

وأيضاً لفظ المظاهرة والتي تحوي معنى الاجتماع الجسدي حيث يصبر المظاهر كأنه شد ظهره بظهر أخيه، قال الصحاح تاج اللغة وصحاح العربية (والمظاهرة: المعاونة. والتظاهر: التعاون. وتظاهر القوم أيضاً: تدابروا، كأنه ولي كل واحدٍ منهم ظهره الى صاحبه. واستظهر به، أي استعان به).

#### خامساً: المواطأة

وهي لفظ يأتي كذلك في معاني التماثل ومعناها الموافقة التامة التي تجعل الإنسان مشاركاً لصاحبه وكأنه يطاء ما يطاءه صاحبه بقدمه، قال في النهاية في غريب الحديث والأثر (وفي حديث لَيْلَةَ القَدْرِ «أزى رؤياكم قد تواطت في العشر الأواخر» هكذا روي بترك الهمز، وهو من المواطأة: الموافقة. وحقيقته كأن كلًّا منهما وطاءً ما وطاءه الآخر)<sup>(17)</sup>.

وقال في تاج العروس من جواهر القاموس (ونقل شيخنا عن بعض أهل الاشتقاق أن أصل المواطأة أن يطاء الرجلُ برجله مكان رجلٍ صاحبه، ثم استعمل في كل موافقة. انتهى)<sup>(18)</sup>.

#### سادساً: المشايعة

وهو لفظ يحقق لنا معنى الاختلاط والمتابعة القوية فيمعنى التماثل مما يبين لنا المعنى الكامل للتماثل في اللغة، قال في شمس العلوم ودواء كلام العرب من الكلوم (المشايعة: شايعة: أي تابعه وشايعة: إذا خالطه، من قولهم: سبهم «3» شائع: لم يُشَسَم. وشايع بالإبل شياعاً: إذا صاح بها لتبعه)<sup>(19)</sup>. وتتوصل من كل ما مر بيانه في الناحية اللغوية أن التماثل لغة يمكن أن يشمل صورتين من صور المساعدة:

- الأولى: هي كل صور المساعدة والمعاونة التي تؤثر في عمل الفاعل الأصلي سواء كانت قد حصلت قبل الفعل أو في أثناءه أو بعده وسواء كانت بحضور المساعد في الزمان والمكان أو بدون حضوره، وهذا يفهم من أكثر النصوص اللغوية التي تتحدث عن التماثل، من حيث كونه مجرد الاتفاق والمساعدة.
- الثانية: هي المساعدة الحاصلة بحضور الشخص المتماثل في الزمان والمكان بحيث يصير كأنه ساعد صاحبه والتصق به ويصيران كالعَضْو الواحد وينسب الفعل الصادر من أحدهما لهما معاً، وهذا يفهم من بعض معاني المؤازرة والمضافرة والمساعدة. وهذا يمكن القول أن التصور اللغوي للتماثل يدور حول هذين المعنيين ويمكن بناءً على ذلك استخدام هذا المصطلح لغةً في أحدهما.

#### المطلب الثاني: التماثل في الاصطلاح الشرعي

باستقراء بسيط لفظ التماثل في اصطلاح أهل الشرع فإننا لانجد اختلافاً كثيراً في معناه الشرعي عن المعنى اللغوي السابق إيراده، إلا أن الفقهاء المسلمين هنا تعرضوا أكثر لحكم التماثل والمتماثل، ولم يكن اهتمامهم كبيراً في تحقيق معنى التماثل وذكر شروطه بصورة تفصيلية. وتعد قصة سيدنا عمر بن الخطاب رضي الله عنه مع الملائ الذين ارتكبوا جريمة في صنعاء اليمن وحكمه عليهم بالقتل جميعاً وقولته المشهورة (والله لو تماثل عليه أهل صنعاء لقتلتهم به) مرجعاً أساسياً للفقهاء في بيان حكم اشتراك الجماعة في قتل الواحد وتفصيل الحالات المشابهة بها والتفريق بينها، من حيث المباشرة أو التسبب أو المعاونة والمناصرة التي لا ترقى إلى المباشرة الفعلية في الجريمة، وستعرض هنا لبعض كلام أهل التفسير والفقهاء حديثهم عن التماثل ثم نمر على قصة ملاء صنعاء لتحقيق الرواية التي وردت واستخلاص معنى التماثل من خلال حديث الفقهاء عنها وحكمهم عليها. قال في حاشية الشهاب علي تفسير البيضاوي (قوله: الملاء الخ هو اسم جمع لا واحد له ويجمع على أملاء وأفاد المشاورة يقال: تماثل عليه إذا تعاون وتناصر ومثله يكون عن مشاورة واجتماع رأي)<sup>(20)</sup>.

(14) فخر الدين الطريحي، مجمع البحرين ومطلع النيرين، مكتبة المرتضوي - طهران/إيران، الطبعة: الثانية - 1365 هـ - ج3 ص 511.

(15) مرتضى الزبيدي، تاج العروس من جواهر القاموس، مرجع سابق ج6 ص 21.

(16) المرجع السابق ج10 ص 46.

(17) الجزري ابن الأثير، النهاية في غريب الحديث والأثر، المكتبة العلمية - بيروت، 1399م - 1979م، ج5 ص 202.

(18) مرتضى الزبيدي، تاج العروس من جواهر القاموس ج1 ص 279.

(19) نشوان بن سعيد الحميري، شمس العلوم ودواء كلام العرب من الكلوم ج6 ص 3611.

(20) شهاب الدين الخفاجي، عناية القاضي وكفاية الرازي، دار صادر بيروت، دون سنة طبع، ج2 ص 326.

وقال في التحرير والتنوير (والمأ: الجماعة الذين أمرهم واحد، وهو اسم جمع كالقوم والرهط، وكأنه مشتق من الملاء وهو تعمير الوعاء بالماء ونحوه، وأنه مؤذن بالتشاور لقولهم: تماؤ القوم إذا اتفقوا على شيء والكل مأخوذ من ملء الماء فإنهم كانوا يملأون قريهم وأوعيتهم كل مساء عند الورد)<sup>(21)</sup>.

فيظهر واضحاً في هذي النصين أن التماؤ مرحلة لاحقة على الاتفاق واجتماع الرأي حيث يجئ التماؤ بعد ذلك، أي أن ما يفعله المتفقان من أفعال مبنية على اتفاق يمكن أن يسمى ذلك تماؤاً.

وقال في تفسير الماتريدي (... ففيه دلالة لمذهب أصحابنا أن قطاع الطريق إذا تولى بعضهم القتل، وأخذ الأموال، ولم يتول بعضهم يتشاركون جميعاً: من تولى منهم، ومن لم يتول في حكم قطاع الطريق بعد أن يكون بعضهم عوناً لبعض، وكذلك إذا اجتمع قوم على قتل واحد، فتولى بعضهم القتل ولم يتول بعض بعد أن كانوا في عون أولئك، فإنهم يقتلون جميعاً، وعلى ذلك يخرج قول عمر - رضي الله عنه - حيث قال: " لو تماؤ عليه أهل صنعاء لقتلتهم " وأهل صنعاء إذا اجتمعوا لا سبيل للكل أن يتولوا قتله، فدل أنه على العون والنصر لبعضهم بعضاً فيتشاركون جميعاً في القصاص على ما تشارك أولئك جميعاً في العذاب: من تولى عقربا ومن لم يتول، بعد أن كان ذلك العقرب بمعونتهم، ويتراضونهم على ذلك، والله أعلم)<sup>(22)</sup>.

ويظهر في كلام الامام الماتريدي في معنى التماؤ معنى التناصر الذي يصير به المساعد المشارك جزءاً من فريق المساهمين وإن لم يباشر بنفسه، فيعطى حكمهم مادام أن مساهمته كانت عوناً يصل بهم إلى التقوي ببعضهم البعض فيصيروا كالجسد الواحد بأجزاء مختلفة فحكمهم في الجزء واحد لأنهم على مسافة واحدة من الجريمة التي تم تنفيذها.

ومن هذه النصوص في كتب التفسير نفهم أن المعنى في التماؤ يتوافق فيما تقدم من المعنى اللغوي في المشاورة والاجتماع والتعاون.

وعند التطرق لبعض ما ورد في الآثار الواردة عن السلف نجد أن من أشهر ما يمكن الاستدلال به في بيان معنى التماؤ وحكمه: القصة التي وردت في روايات متعددة عن سيدنا عمر بن الخطاب وذكر فيها التماؤ، ونرى أنها مهمة جداً في تحقيق المعنى الشرعي له وذلك أن الفقهاء الذين حكموا على التماؤ استدلوا بها، فعند تحقيق هذه القصة وإدراك تفسير معنى مقولة سيدنا عمر سيتوضح لنا المعنى الحقيقي للتماؤ.

وردت هذه القصة بروايات متعددة منها ما هو مختصر ومنها ما هو مطول مفصل وسنقتصر على بعض الروايات التي تحتوي موضع الشاهد، فقد جاء في موطأ الإمام مالك، عَنْ سَعِيدِ بْنِ الْمُسَيَّبِ، أَنَّ عُمَرَ بْنَ الْخَطَّابِ قَتَلَ نَفَرًا، خُمْسَةً أَوْ سَبْعَةً بِرَجُلٍ وَاحِدٍ، فَتَلَّوهُ قَتْلَ غَيْلَةٍ، وَقَالَ عُمَرُ: لَوْ تَمَّالًا عَلَيْهِ أَهْلُ صَنْعَاءَ لَقَتَلْتَهُمْ جَمِيعًا)<sup>(23)</sup>.

وأكثر ما وردت القصة مفصلة في مصنف عبدالرزاق الصنعاني وفي خاتمتها قوله (فَكَتَبَ عمر إلى عامله أن اقتلهم، فلو تماؤاً به أهل صنعاء قتلهم قال: «فَقَتَلَ السَّبْعَةَ»)<sup>(24)</sup>.

هذه هي الرواية التي وردت عن سيدنا عمر بن الخطاب وورد فيها لفظ التماؤ، والسؤال هل هذا اللفظ يجعل التماؤ فاعلاً أصلياً رغم أنه لم يباشر الجريمة والقتل؟

عند استعراض هذه القصة في كتب الفقه نجد أنه يستدل بها على حكم التماؤ طرفان من الفقهاء، فبعضهم يجعلها دليلاً على قتل الجماعة بالواحد سواء كان الاشتراك مباشرة من الجميع أو المباشرة من البعض والمساهمة من البعض الآخر، بينما يخصها طرف آخر من الفقهاء بالاشتراك بالمباشرة الفعلية فقط دون غيرها من المساهمات.

وهذا يتضح أن التماؤ الذي يترتب عليه ما على المباشر الأصلي واستنبطه الفقهاء من لفظ التماؤ في قصة سيدنا عمر ليس منضبطاً عندهم حيث اختلفوا في تفسيره على قولين:

- القول الأول: أن التماؤ هو المباشرة الفعلية مع الفاعل الأصلي ولهذا كان الحكم أنه يعاقب بنفس العقوبة للفاعل الأصلي، وعند هؤلاء لا يكون تماؤاً إلا من باشر مع الفاعل الأصلي فعل الجريمة المادي ولا يسمى تماؤاً عندهم من ساعد غيره بما دون المباشرة الفعلية، قال في المهذب في فقه الإمام الشافعي للشيرازي (فصل: وتقتل الجماعة بالواحد إذا اشتركوا في قتله وهو أن يجني كل واحد منهم جناية لو انفرد بها ومات أضيف القتل إليه ووجب القصاص عليه والدليل عليه ما روى سعيد بن المسيب أن عمر بن الخطاب رضي الله عنه قتل سبعة أنفس من أهل صنعاء قتلوا رجلاً وقال: لو تماؤاً فيه أهل صنعاء لقتلتهم)<sup>(25)</sup>.

فانظر إلى استدلالهم على قتل الجميع المشتركين المباشرين فعلياً بنفس الرواية عن سيدنا عمر بما يدل على أن التماؤ عندهم ينطبق على الاشتراك في الفعل وليس مجرد الحضور.

ويؤكد هذا قول الإمام الماوردي في الحاوي عند حديثه عن مسألة قتل الجماعة بالواحد في حكم المسك هل يقتل مع القاتل المباشر أم لا حيث

(21) الطاهر بن عاشور، التحرير والتنوير، الدار التونسية للنشر - تونس 1984 م ج 2 ص 484.

(22) أبو منصور الماتريدي، تأويلات أهل السنة، دار الكتب العلمية - بيروت، لبنان، الطبعة: الأولى، 1426 هـ - 2005 م ج 4 ص 483.

(23) الإمام مالك، الموطأ، دار الفلم - دمشق، الطبعة: الأولى 1413 هـ - 1991 م ج 3 ص 17.

(24) عبدالرزاق الصنعاني، المصنف، المجلس العلمي، الهند، الطبعة الثانية 1403 هـ ج 9 ص 477.

(25) الشيرازي، المهذب في فقه الإمام الشافعي، دار الفكر، دمشق، دون رقم طبعة ولا سنة، ج 3 ص 173.

بيّن قول الامام الشافعي في أنه لا يقتل لعدم مباشرته، وعند أثناء سرد أدلته على ذلك تعرّض لمن استدلل على القتل بحديث عمر ورد على ذلك بأنه محمول على الاشتراك في الفعل وليس مجرد المعاونة والمناصرة حيث قال (وقول عمر رضي الله تعالى عنه: لو تماؤ عليه أهل صنعاء لقتلهم به محمول على اشتراكهم في قتله، لأن المعاونة هي التساوي في الفعل)<sup>(26)</sup> بما يدل على أن معنى التماؤ عنده في قول سيدنا عمر هو الاشتراك المباشر وليس مجرد المعاونة والمناصرة بما دون المباشرة.

- القول الثاني: قول مالكو النخعي أن التماؤ هو المساعدة وتقديم العون كالحضور والاتفاق والاستعداد للفاعل الأصلي ولو كان ذلك بما دون المباشرة، مادام أن الفاعل المباشر أكمل جريمته بمعاونة المساعد وبمؤازرته حيث لم تكن لتتم الجريمة إلا بتلك المساهمة والمساعدة. قال في مواهب الجليل في شرح مختصر خليل (كالقوم يجتمعون على قتل رجل فيقتل جميعهم به وإن ولي القتل أحدهم. وقد قال عمر بن الخطاب - رضي الله عنه - لو تماؤ عليه أهل صنعاء لقتلهم به جميعاً انتهى)<sup>(27)</sup>. وقال في سبل السلام ( وَفِي هَذَا دَلِيلٌ أَنَّ رَأْيَ عُمَرَ - رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُ - أَنَّهُ تُقْتَلُ الْجَمَاعَةُ بِالْوَاحِدِ وَظَاهِرُهُ وَلَوْ لَمْ يُبَاشِرْهُ كُلُّ وَاحِدٍ وَلَدَا قُلْنَا إِنَّ فِيهِ دَلِيلًا لِقَوْلِ مَالِكٍ وَالتَّخْيِ وَقَوْلِ عُمَرَ: لَوْ تَمَأُّوا أَي تَوَافَقَ دَلِيلٌ عَلَى ذَلِكَ )<sup>(28)</sup>. بل يذكر المالكية بالنص أن سيدنا عمر قتل شخصاً لم يباشر في القتل ويرجحون بهذا أن معنى التماؤ في الحديث هو المعاونة والمساعدة حتى وإن لم يباشر قال في المدونة (وَلَقَدْ ذَكَرَ عَنْ عُمَرَ بْنِ الْخَطَّابِ أَنَّ بَعْضَهُمْ كَانَ رَيْبَةً لِلَّذِينَ قَتَلُوهُ، فَقَتَلَهُ عُمَرُ مَعَهُمْ) والربيعة هو الحارس والناطور وهو لم يباشر فعلياً في الجريمة)<sup>(29)</sup>. ومن مجمل هذه النصوص يتبين احتمالية لفظ التماؤ عند الفقهاء للمعنيين وهو بهذا قريب من المعنى اللغوي الذي قررنا احتمالية انطباقه أيضاً على ذات الاحتمالين.

### المطلب الثالث: التماؤ في الاصطلاح القانوني

تعد المادة (21) من قانون الجرائم والعقوبات اليمني المرجع الأساسي في الحديث عن التماؤ في القانون اليمني حيث ورد فيها (يعد فاعلاً من يحقق بسلوكه عناصر الجريمة ويشمل ذلك المتماؤ الموجود على مسرح الجريمة وقت حدوثها). ونلاحظ من خلال هذا النص أنه جعل المتماؤ فاعلاً للجريمة؛ وذلك لأنه يحقق بسلوكه عناصر الجريمة الثلاثة المتمثلة بالركن الشرعي والمادي والمعنوي وهذا هو التبرير الذي اتخذته المشرع لجعل التماؤ نوعاً من أنواع المساهمة الأصلية التي يكون بها المتماؤ فاعلاً أصلياً كالمباشر تماماً. ويمكننا من خلال هذا النص استخلاص تعريف للتماؤ في القانون حيث يمكن الأخذ من قوله (ويشمل ذلك المتماؤ الموجود على مسرح الجريمة وقت حدوثها) اشتراط أن يكون المتماؤ حاضراً في زمان ومكان حدوث الجريمة فلا يكفي مجرد حضوره في أحدهما، كما لا يكفي من باب أولى مجرد اتفاهه المسبق دون تواجده في زمان ومكان الجريمة. أما ما يتعلق باشتراط الاتفاق المسبق فهذا أمر بدهي في معنى التماؤ حيث أن المعنى الأساسي للتماؤ في اللغة هو الاتفاق، ومع ذلك فيمكن الاستنباط من عبارة المادة 21 شرط الاتفاق وذلك من خلال قوله (يعد فاعلاً من يحقق بسلوكه عناصر الجريمة) حيث يظهر جلياً من التعبير بـ (سلوكه) أن الشخص لا يمكن أن يحقق عناصر الجريمة إلا إن كان فعله مقصوداً ومراداً ومتفقاً عليه فيما بينه وبين الفاعل المباشر للجريمة. ومع ذلك فإننا نرى أن عبارة النص القانوني ليست صريحة في بيان تعريف المتماؤ وكان ينبغي أن تكون أوضح في تعريف التماؤ، ونرى أنه هذا وجه من وجوه القصور في النص ينبغي تداركه في التعديلات اللاحقة. كما يذكر شراح القانون شرطاً ثالثاً لتحقيق التماؤ وهو اشتراط أن يكون المتماؤ مستعداً للمشاركة في إكمال الجريمة وتحقيق أعمالها التنفيذية لو اقتضى الحال ذلك، بمعنى أنه كان حاضراً للمشاركة في الجريمة وعدم إبقائها غير تامة، بل كان مستعداً لتحقيق النتيجة والتنفيذ إذا حصل تخلف في ذلك من المباشر الأصلي للجريمة. وهذا يعني أن المتماؤ صار عضداً ومناصراً للفاعل المباشر بحيث يعتمد المباشر عليه، إذ لو لم يكن حاضراً معه في زمان ومكان الجريمة لما أقدم المباشر على فعلها.

وقد درج شراح القانون اليمني على هذه الشروط في تعريف المتماؤ الذي يكون شريكاً أصلياً وينال نفس عقوبة، يقول أستاذنا الدكتور على حسن الشرفي (ونظراً لأن التماؤ أصلاً يعني الاتفاق، ولأن الحضور إلى مسرح الجريمة لا بد أن يكون بقصد التنفيذ وإلا عد اشتراكاً تبعياً وليس أصلياً فإننا نرى أن التماؤ يقتضي توافر ثلاثة شروط، الاتفاق السابق على الاشتراك في ارتكاب الجريمة... الوجود الفعلي في المكان الذي وقعت فيه الجريمة وفي زمن وقوعها... الاستعداد لمباشرة العمل التنفيذي للجريمة...)<sup>(30)</sup>

(26) الماوردى، الحاوي الكبير، دار الكتب العلمية، بيروت، 1999م، ج12 ص84.

(27) الخطاب الرعي، مواهب الجليل في شرح مختصر خليل، دار عالم الكتب 2003م ج8 ص432.

(28) الأمير الصنعاني، سبل السلام دار الحديث، دون طبعة ولا سنة ج2 ص353.

(29) الامام مالك، المدونة، دار الكتب العلمية، بيروت، 1994م، ج4 ص554.

(30) أستاذنا الدكتور علي حسن الشرفي، النظرية العامة للجريمة، دار أوان، صنعاء، دون سنة نشر، ص304.

كما يؤكد هذا الاتجاه ما نقله الدكتور حسني الجندي في شرحه لقانون العقوبات اليمني حيث أورد نص مشروع لجنة القانون الذي عرف التماثل بأنه (هو من يتفق مع غيره على ارتكاب الجريمة ويتواجد في مكان حدوثها مستعداً لارتكابها بحيث إذا تركها أحد المتماثلين معه لم يتركها هو، وإنما يكون تركه لها اكتفاء بمباشرة الآخر مادام معضوداً بوجوده ولو كان رقيقاً بشرط أن يكون مستعداً لتنفيذ ما اتفق عليه).<sup>(31)</sup>

ومما يؤكد هذا الاتجاه في المعنى القانوني للتماثل وحكمه ما نص عليه الحكم القضائي لمحكمة النقض اليمنية عند استعراضها للحكم القضائي الابتدائي والاستئنافي في قضية قتل اشترك فيها اثنان في قتل ثالث حيث ورد في مناقشة الحكم (وحيث يتبين مما سبق أن الحكم المطعون فيه قد دان الطاعن والمحكوم عليه الثاني (الفار من وجه العدالة) بالتماثل المتمثل في الاتفاق على الاشتراك في ارتكاب الجريمة والتواجد الفعلي في مسرح الجريمة والاستعداد لمباشرة العمل التنفيذي للجريمة (كما ورد نصاً في الحكم). ولما كان لا يتصور التماثل بتعريفه الذي أوردته المحكمة إلا إذا كان هناك مباشر غير المحكوم عليهما.. أما وإن القتل حدث فالحال لا يخرج عن أحد احتمالين، الأول: أن يكونا معاً قد باشرا القتل، والثاني: أن يكون أحدهما باشر القتل فيصح أن يكون الثاني متماثلاً)<sup>(32)</sup>.

ومن خلال ما سبق نجد أن هناك تشابهاً واضحاً بين المعنى اللغوي والشعري والقانوني للتماثل، فالكل يتفق على أن المعنى العام للتماثل هو الاتفاق، إلا أنهم يقرون أيضاً أن من معانيه المناصرة والمعاونة التي ترقى بالتماثل إلى مرتبة الفاعل الأصلي المباشر للجريمة من خلال أنه صار عضداً ووعناً للفاعل، حيث قدم له مساعدة لا يستغني عنها، وهي مساعدة مؤثرة في حدوث الجريمة إذ لولا مساعدته لما حصلت الجريمة، وعندئذ يمكن القول أنه من الممكن نسبة الجريمة إليه رغم أنه لم يباشر الركن المادي فعلياً.

### المبحث الثاني: عقوبة التماثل في الشرع والقانون

إذا أردنا أن نحيط إحاطة تامة بالتماثل وما يتعلق به فإنه يلزمنا أن نمر على حكم التماثل في الشريعة الإسلامية والقانون لنرى تقدير الأقوال والمذاهب لمصطلح التماثل ومدى انطباقه على المعنى الدقيق في المساهمة والمساعدة على جريمة القتل ونرى التبرير الذي سطره الفقهاء لذلك الحكم مما يساعدنا على تقدير الاتجاهات المختلفة في ذلك، وستعرض لحكم التماثل في الشريعة الإسلامية ثم في القانون في مطلبين كالآتي:

#### المطلب الأول: عقوبة التماثل على القتل في الشريعة الإسلامية

باستعراض بسيط لكتب الفقهاء من المذاهب الأربعة وغيرهم نجد أن هذه المسألة اختلف فيها الفقهاء إلى مذهبين يمكن تفصيلهما على النحو التالي:

• **القول الأول:** الجمهور من الفقهاء الحنفية والشافعية والحنابلة يذهبون إلى أن العقوبة في جريمة القتل إنما تقع على من باشر فيها مباشرة فعلية مادية، بأن فعل فعلاً يدخل في تكوينها المادي والذي يكون عادة بجزء من أعضاء البدن كاليد والرجل واللسان وغيرها، أما من شارك وساهم في الجريمة بما دون ذلك ك مجرد حضوره أو مناصرته أو تقديمه العون ولو كان ذلك باتفاق مسبق بينهما، فلا يعاقب بنفس عقوبة الفاعل، حتى لو بلغت مساعدته مبلغاً كبيراً أو كانت سبباً للفاعل المباشر في مباشرته مادام كان المباشر إنساناً عاقلاً مدركاً لما يفعل ومريداً له، فالمباشرة مقدمة دوماً.

قال في تبيين الحقائق شرح كنز الدقائق وحاشية الشليبي ( قوله في المتن: ويقتل الجمع بالفرد) بشرط المباشرة من الكل بأن جرح كل واحد جرحاً سارياً. اهـ)<sup>(33)</sup>

وقال في روضة الطالبين وعمدة المفتين (ولو أمسك رجلاً، فقتله آخر، فالضمان على القاتل، ولا شيء على الممسك، إلا أنه يأثم إذا أمسكه للقتل، ويعزر)<sup>(34)</sup>.

أدلة هذا القول:

استدل أصحاب هذا القول بأدلة يمكن سرها كالتالي:

1. ما رواه أحمد والطبراني والبيهقي عن عمرو بن شعيب، عن أبيه، عن جده، قال: قال رسول الله صلى الله عليه وسلم: "إن أعتى الناس على الله، من قتل غير قاتله"<sup>(35)</sup>. والممسك غير قاتل، فقتله يعد من قتل غير القاتل.
2. ما رواه الدارقطني عن إسماعيل بن أمية أن النبي -صلى الله عليه وسلم- أنه قال " يقتل القاتل، ويصبر الصابر"<sup>(36)</sup>. قال أبو عبيدة يعني يجبس

(31) الدكتور حسني الجندي، شرح قانون العقوبات اليمني، القسم العام، 1411م و1991م ص596.

(32) الطعن بالنقض الجزائري رقم (30900) لسنة 2007م.

(33) الزيلعي الحنفي، تبيين الحقائق شرح كنز الدقائق وحاشية الشليبي المطبعة الأميرية الكبرى القاهرة، 1313م ج6 ص114.

(34) النووي، روضة الطالبين وعمدة المفتين، المكتب الإسلامي، بيروت 1991م، ج9 ص133.

(35) الامام أحمد، مسند الامام احمد حديث رقم 6757، الطبراني، المعجم الكبير للطبراني حديث رقم 498، البيهقي، السنن الكبرى للبيهقي حديث رقم 16317

(36) الدارقطني، سنن الدارقطني، حديث رقم 175، دار المعرفة، بيروت، 1966م، ج3 ص140.

- لأن المصبور هو المحبوس، يريد بالحبس التأديب<sup>(37)</sup>.
3. ولأن الإمساك سبب، والقتل مباشرة، فإذا اجتمعا ولم يكن في السبب إجماع كالشهود سقط حكم السبب بوجود المباشرة، كما لو حفر رجل بئراً فدفع رجل فيها إنساناً فمات كان القود على الدافع دون الحافر.
4. قياساً على الزنا فإن حكم الممسك مخالف لحكم المباشر في الزنا، فلو أمسك امرأة حتى زنا بها رجل، وجب الحد على الزاني دون الممسك. ووجب أن يكون حكم الممسك في القتل بمثابة في وجوب القود على القاتل دون الممسك. ولو جاز أن يساويه في القود جاز أن يساويه في الحد.
- القول الثاني: يذهب المالكية إلى أن المشارك المعاون والمناصر للقاتل المباشر يأخذ نفس عقوبته فيقتل مثله، فلا فرق بينهما في العقوبة؛ وذلك لقيام الجريمة بسببهما معاً، ولاعتماد المباشر الأصلي عليه، إذ نفترض أن المباشر لم يكن ليقدم على الجريمة لولا وجود من يعاونه على فعلها ويسهل له اقترافها، وعندئذ تنسب الجريمة لهما معاً.
- قال في الشرح الكبير للشيخ الدردير وحاشية الدسوقي (و) يقتل (المتماثلون) على القتل، أو الضرب بأن قصد الجميع الضرب وحضروا، وإن لم يتوله إلا واحد منهم إذا كان غير الضارب لو لم يضرب غيره لضرب<sup>(38)</sup> و قال في التوضيح لشرح الجامع الصحيح (ومن ثم قال مالك: إن طليعة اللصوص تقتل معها وإن لم تقتل ولم تسلب، ولذلك قال عمر: لو تماثل عليه أهل صنعاء لقتلهم به)<sup>(39)</sup>.
- بل يذكر المالكية بالنص أن سيدنا عمر قتل شخصاً لم يباشر في القتل كما تقدم ذكره، قال في المدونة (وَلَقَدْ ذُكِرَ عَنْ عُمَرَ بْنِ الْخَطَّابِ أَنَّ بَعْضَهُمْ كَانَ رَبِيبَةً لِلَّذِينَ قَتَلُوهُ، فَقَتَلَهُ عُمَرُ مَعَهُمْ)<sup>(40)</sup> والربيئة هو الحارس والناطور وهو لم يباشر فعلياً في الجريمة.
- كما يذكر المالكية شروطاً ليكون المتماثل كالمقتل المباشر ذكرها في منح الجليل بقوله (ويقتل) الجماعة (المتماثلون) بكسر اللام، أي المتوافقون على قتل شخص معصوم به إن تماثلوا بضربه بنحو سيوف، بل (وإن بسوط) من أحدهم و(سوط) من آخر، وهكذا حتى مات فيقتلون به لما في الموطأ عن عمر - رضي الله عنه - " لو تماثل أهل صنعاء على قتل صبي لقتلهم به. شب يشترط في القتل بالممالة أربعة شروط أن يقصدوا قتله، فإن قصدوا ضربه فقط جرى على ما تقدم، وأن يحضروا بحيث يكون الذي لم يضرب لو احتيج إليه لضرب ولو لم يل القتل إلا واحد، والذي يحرس لهم كهـم، وأن يموت فوراً أو مغموراً، فإن عاش وأكل وشرب فلا بد من القسامة ولا يقسم في العمد على أكثر من واحد، وأن يكونوا ممن يقتص منهم له بخلاف قتل الحرابة)<sup>(41)</sup>.

#### أدلة هذا الفريق:

1. قوله تعالى: {فقد جعلنا لوليه سلطاناً} [الإسراء: 33] ، فمن حقه أن يأخذ حقه ويستوفي ممن كان له سبب في قتل وليه.
2. ما روى الدارقطني، بإسناده عن ابن عمر، أن النبي - صلى الله عليه وسلم - قال «إذا أمسك الرجل، وقتله الآخر، يقلت الذي قتل، ويجبس الذي أمسك»<sup>(42)</sup> ولأنه حبسه إلى الموت، فيحبس الآخر إلى الموت، كما لو حبسه عن الطعام والشراب حتى مات، فإننا نفعل به ذلك حتى يموت.
3. وبما روي عن عمر بن الخطاب رضي الله تعالى عنه أنه قتل جماعة بواحد. وقال: لو تماثل عليه أهل صنعاء لقتلهم به أي لو تعاونوا عليه<sup>(43)</sup>.
4. ولأنهما تعاوناً في قتله، فوجب أن يستويا في القود، كما لو اشتركا في قتله.
5. ولأن الإمساك سبب أفضى إلى القتل فلم يمنع أن يجري عليه حكم المباشرة للقتل كالشهود إذا شهدوا عند الحاكم على رجل بالقتل فقتل، ثم رجعوا قتلوا قوداً بالشهادة، وإن كانت سبباً فكذلك الممسك<sup>(44)</sup>.

#### المطلب الثاني: حكم المتماثل في القانون

يقرر شراح القانون اليمني عند الحديث عن صور المساهمة في الجريمة صورة التماثل باعتبارها صورة من صور المساهمة الأصلية والتي تضم إضافة إليها المساهمة بالمباشرة والتسبب، حيث يقرر فيها نفس عقوبة الفاعل الأصلي المباشر وعندئذ يكون المساهم المتماثل فاعلاً أصلياً تلحق به عقوبة الفاعل المباشر.

إلا أن هذا الحكم لا يكون لازماً على المتماثل إلا إذا تحققت شروط ثلاثة؛ إذ يعتبر هؤلاء أن المتماثل وبسبب عدم مباشرته الفعلية لا يمكن أن يرقى لمكانة المباشر ليعاقب بنفس عقوبته، إلا أنه متسبب في حدوث الجريمة ومساهم فيها، ولذلك فلا بد من تقوية جانب التماثل ومعناه حتى يصبح في قوة المباشرة من خلال شروط ثلاثة يصبح بعد تحققها من الممكن أن نحكم عليه بنفس حكم المباشر.

(37) الماوردي، الحاوي الكبير، مرجع سابق، ج 12 ص 84.

(38) ابن عرفة الدسوقي المالكي، الشرح الكبير للشيخ الدردير وحاشية الدسوقي، دار الفكر، دمشق، بدون طبعة ولا سنة ج 4 ص 245.

(39) ابن الملقن الشافعي، التوضيح لشرح الجامع الصحيح، دار النوادر، دمشق، 2008م، ج 17 ص 491.

(40) الامام مالك، المدونة، مرجع سابق، ج 4 ص 554.

(41) عليش المالكي، منح الجليل شرح مختصر خليل، دار الفكر، بيروت، 1989م، ج 9 ص 26.

(42) الدارقطني، سنن الدارقطني، مرجع سابق، حديث رقم 176، ج 3 ص 140.

(43) سبق تخريجه انظر صفحة 15.

(44) تنظر الأدلة في الماوردي، الحاوي، ج 12 ص 84، ابن قدامة، المغني، مكتبة القاهرة 1968م، ج 8 ص 290.

والشروط الثلاثة لكي نحكم على المتماثل بنفس حكم المباشر هي:

1. الاتفاق: وهو يعني التقاء إرادات المساهمين على ارتكاب الجريمة، ويمكن أن يكون بصور متعددة منها: أن يجلسوا بقاء واحد ويخططوا للجريمة ويوزعوا الأدوار فيها بحيث يظهر في ذلك الاتفاق جلياً فيما بينهم، كما أن من صور الاتفاق كذلك التقاءهم قبل تنفيذ الجريمة بلحظات وعقد العزم على تنفيذها معاً. أما أدنى صور الاتفاق فهي أن يكون كل واحد من المساهمين عالماً بأنه ليس وحيداً في تنفيذ الجريمة، بل هو عالم أن معه غيره من المساهمين الذين تتوزع عليهم أدوار الجريمة ويسهم كل واحد منهم بالقيام بدوره في تنفيذها. ومعلوم أن شرط الاتفاق هنا إنما يحقق أثره إذا كان الاتفاق قد تم على تنفيذ جريمة معينة أو جرائم معينة، ولذلك لو افترضنا أن هناك جرائم أخرى حدثت من أحد المساهمين لم يكن قد اتفق عليها مع الآخرين فلا تدخل في معنى التماثل بل يحاسب كل شخص بحسب ما فعله وما ترتب على فعله من نتائج في تلك الجريمة غير المتفق عليها.
2. الوجود في مكان وزمان الجريمة: لا يمكن اعتبار المساهم متمالاً إلا إن كان حاضراً في زمان ومكان حدوث الجريمة، وذلك لأنه بحضوره يحقق معنى المساهمة المؤثرة والفعالة التي يستحق معها معاقبته بنفس عقوبة المباشر، ذلك أنه شهد الفعل التنفيذي للجريمة وكان موافقاً عليه مقرأً به. ويظهر أثر الحضور هنا في المساهمة كون المباشر لم يكن ليقدم على جريمته إلا لأن معه من يساعده حاضراً في ساحة الجريمة يستنصر به ويتقوى بوجوده وهو ما يعني أن المتماثل صار عضواً في جسد المباشر لا فرق بينه وبينه في إحداث نتيجة الجريمة وحصولها. ومن المعلوم في القانون الجنائي أن المراد بمكان الجريمة وزمانها هو كل مكان وزمان يتعلق به حدوث الفعل المادي للجريمة سواء كله أو بعضه ولذلك يعد كل زمن ومكان حدث به جزء من الفعل المادي مسرحاً للجريمة يحقق حضور المتماثل فيه معنى التماثل. وقد يكون حضور الشخص في مكان الجريمة وزمانها مصادفة حيث لم يكن بينه وبين الشريك المباشر اتفاق مسبق على الحضور، ونرى أن هذه الصورة لا يتحقق فيها الحضور المحقق للتماثل إلا إن كان الحضور قبل فعل الجريمة بتمامها، وبشرط أن ينعقد الاتفاق مباشرة بينهما بمجرد لقاؤهما، بحيث يتحقق أن كلا منهما له فاعلية في حدوث الجريمة وتحققها، أما إذا لم ينعقد الاتفاق بينهما أو كان الحضور بعد تمام الجريمة فلا أثر لذلك الحضور ويعاقب المساهم بحسب فعله ولا يعد شريكاً أصلياً كالمباشر وذلك لعدم تحقق شرط الحضور عن اتفاق سابق على الجريمة.
3. الاستعداد لمباشرة الجريمة لو تخلف المباشر الأصلي عنها: يعتبر هذا الشرط أساسياً في إعطاء المتماثل صفة الفاعلية في حدوث الجريمة، حيث يقتضي هذا الشرط أن الشخص لم يكن حاضراً فقط لمجرد المساهمة العادية وتقديم العون للمباشر؛ وإنما كان حاضراً بصفته نائباً عن المباشر ومستعداً لإكمال مهمته لو قصر عنها ولم يكملها، فلو عرض عارض للمباشر ولم يقدر على إتمام عمله تصدى المتماثل له فأتمه، ومن هذه الناحية فإن المتماثل يعد كعضو في جسد واحد يشترك فيه مع المباشر ويستحق نفس عقوبته. هذه هي الشروط التي اشترطها المشرع اليمني لتحقيق معنى التماثل الذي يستحق عقوبة المباشر، وعند تخلف هذه الشروط تبقى صورة المساهمة في نطاقها الذي حدده القانون بأنواعها المختلفة. وبهذه الشروط نرى أن القانون اليمني وضع هذا المعنى الخاص بالتماثل وتوافق فيه مع المذهب المالكي في معناه وعقوبته كما سبق بيانه.

### المبحث الثالث: تقدير اتجاه القانون اليمني ونقده

بعد مرورنا على المعاني المختلفة للتماثل والشروط اللازمة لتوفره عند البعض نجد أن الاتجاه القانوني اليمني الذي سلكه في اعتبار المتماثل مباشراً أصلياً عند توفر هذه الشروط له وجهته واعتباره. ويمكن التطرق لتقدير اتجاه القانون اليمني من ثلاثة نواحي كالاتي:

#### الأولى: موافقته لقول في الشريعة الإسلامية

طبقاً للمادة الثالثة من الدستور اليمني فإن الشريعة الإسلامية هي مصدر جميع التشريعات ولذلك كان من الطبيعي جداً والمناسب أن ينظر القانون إلى الأقوال المختلفة في المذاهب الإسلامية فيما يتعلق بمفهوم التماثل ليختار منها ما هو مناسب ويحقق العدالة في نظره ورأيه. ونعتقد أن القانون اليمني هنا استحضر كون المجتمع اليمني مجتمعاً مسلماً وأنه لا بد وأن يستند في توجهاته على ما يرضى به الشعب والعامّة الذين لا يرضون بديلاً عن الشريعة الإسلامية كمصدر أساسي للتشريع.

ونرى أن هذا التوجه يتميز فيه القانون اليمني عن كثير من القوانين في الدول العربية والإسلامية، والتي برغم نصها في دساتيرها على كون الشريعة الإسلامية مصدر التشريعات، إلا أنها تسلك في توجيهها في بعض التشريعات توجهاً مغايراً للشريعة الإسلامية، وبهذا نسجل موقفاً المتفخر بالقانون اليمني الذي راعى هذه المسألة واستحضر فيها قولاً شرعياً معتبراً لمذهب فقهي من المذاهب الأربعة وهو المذهب المالكي كما سبق الحديث عنه.

#### الثانية: تحقيقه للعدالة وتحقيق غرض العقوبة

يذكر أصحاب القانون أن من أغراض العقوبة الردع والزجر، وذلك من خلال إيقاع العقوبة المناسبة على المجرم بما يؤدي إلى ردعه عن الجريمة



وزجر غيره عنها، والحقيقة أننا أمام جريمة شنيعة يتم فيها إعدام الانسان وإهلاك روحه، حيث تعد هي أم الجرائم وأكبرها، ولا يخفى أنه لتحقيق الردع والزجر عنها فينبغي لنا قطع كل السبل والطرق المؤدية إليها بما يحفظ للناس حياتهم وأمنهم.

وكان من الممكن أن يأخذ المشرع بقول الجمهور في هذه المسألة ويقضي بعدم معاقبة المساهم بالتماثل بعقوبة المباشر، وهو قول فيه تخفيف وعدم تشدد، إلا أن القانون اليمني أحسن بمعاقبة المتماثل بالعقوبة المباشر حتى لا يتخذ ذلك وسيلة لإهدار حياة الناس والاعتداء عليهم والتساهل في ذلك.

ولا يخفى على أحد في هذا الزمان ما وصل إليه الحال من تفنن المجرمين في اقتراف هذه الجرائم حيث صارت لها شبكات منظمة وفرق وجماعات تعمل معاً، ويتم بينها التنظيم وتوزيع الأدوار بحيث يكمل كل فرد منهم الآخر، وتكون نتيجة ذلك التعاون نجاحهم في اقتراف جريمة القتل وإراقة دماء الناس، وهي صورة التماثل التي نتحدث عنها، ولذلك نرى أن المشرع قد أحسن بحسم هذه المسألة ردعاً لجاني وزجراً لمعاونيه ومن يقدم له العون. وتطبيقاً لهذا الاتجاه، وتأكيداً له فإنه لا يخفى على كل عاقل أن المجرم المشارك المتماثل لو علم مسبقاً أنه سيقتل وستكون عقوبته نفس عقوبة المباشر الذي عاونه وساعده، فلا شك أن ذلك سيكون له كبير الأثر في تربيته في تقديم المساعدة للقاتل وتفكيره في عواقب ذلك وسيقوده تفكيره بعد ذلك إلى التوقف عنها والبعد عن اقترافها وهو ما هدف المشرع إليه من خلال هذا الاتجاه الذي سار عليه.

#### الثالثة: انضباطه بالتزام الشروط والنص عليها في المواد القانونية

قد يقول البعض أن القانون سار على مذهب التشدد في العقوبة ووضع عقوبة قوية على شخص لم يباشر فعلاً الجريمة حتى وإن كان مساعداً فيها، إلا أنه في تقديرنا أن المشرع اليمني قد تلافي هذه الاشكالية من خلال وضع الشروط الكافية للتحقق من كون الشخص المتماثل قد صار شخصاً فاعلاً في الجريمة ومؤثراً فيها بحيث تنسب إليه الجريمة بكمالها كما تنسب إلى المباشر، ويستحق بناء على ذلك هذه العقوبة الشديدة. إن اشتراط أن يكون التماثل مستعداً لتنفيذ الجريمة إذا تخلف عن فعلها المباشر نفسه يجعله من القوة في الفاعلية في إحداث الجريمة بما لا يختلف فيه عن المباشر في الدرجة، فهما عضوان كبدين أو يد ورجل في جسد واحد، اقترف أحدهما الجريمة ولم يقترفها الثاني اكتفاء بفعل العضو الأول ولو تخلف عنها لفعلها هو، وهو معنى دقيق يجعل المتماثل شريكاً في إحداث الجريمة وإن لم يصدر منه فعل مباشر في الركن المادي لها. ونرى بهذا أن المشرع اليمني يضع من الضمانات اللازمة توفرها ما يحقق المعنى الخاص للتماثل الذي يستحق به الفاعل إيقاع هذه العقوبة الشديدة على المتماثل، ونعتقد أنه اختيار موفق وصائب وله ما يسند في اللغة والشرع.

#### الخاتمة:

في ختام البحث يمكن تلخيص ما توصل إليه الباحث في النقاط الآتية:

- التماثل في معناه اللغوي الأساسي يعني الاتفاق بين اثنين فأكثر، ولكنه أيضاً يحتمل معنى الاتحاد والمشاركة في الفعل بحيث ينسب للمتماثل ما ينسب للمباشر المتفق معه.
- يتوافق هذا المعنى للتماثل تماماً مع المعنى الشرعي له على رأي بعض أقوال المذاهب الإسلامية وهو أيضاً يتوافق مع ما ذهب إليه القانون اليمني في ذلك.
- اشترط القانون اليمني شروطاً يلزم توفرها حتى نحكم على المتماثل بنفس حكم المباشر، وتوافق القانون في هذه الشروط مع المذهب المالكي.
- من أوجه التوافق أيضاً بين القانون والمذهب المالكي ما يتعلق بعقوبة المتماثل، حيث قرر القانون له نفس عقوبة المباشر بشرط توفر الشروط اللازمة لتحقيق معناه.
- اختيار القانون لهذا الاتجاه اختيار موفق لتوافقه مع بعض المذاهب الفقهية ولأنه يحقق الغرض من العقوبة في رد الجاني وزجره، ويحسب له أنه وضع لذلك الضمانات التي يلزم فيها توفر شروط معينة يكون بناء عليها معاقبة المتماثل بنفس عقوبة المباشر مستساغاً ومقبولاً.

#### التوصيات:

يتقدم الباحث في ختام البحث بالتوصيات الآتية:

- أوصي المشرع اليمني بتحديد تعريف واضح ومنضبط للتماثل في النص القانوني حتى لا يقع الاشكال في توصيف الوقائع القضائية في إندراجها تحته أو خروجها عنه.
- أوصي المشرع ببيان الشروط اللازمة لتوافرها في المتماثل بصورة جلية حتى لا يقع الالتباس في وجودها من عدمه.
- أوصي الباحثين بالتعرض لحالات التماثل وبحثها في القانون وبيان شروطها وربطها بالحوادث القضائية الواقعية.

## المراجع:

1. إبراهيم مصطفى، أحمد الزيات، حامد عبد القادر، محمد النجار). مجمع اللغة العربية بالقاهرة، المعجم الوسيط دار الدعوة، دون رقم طبعة ولا سنة.
2. الاصبغي، مالك (1991). الموطأ. الطبعة الأولى، دار القلم - دمشق.
3. الاصبغي، مالك (1994). المدونة. دار الكتب العلمية، بيروت.
4. الأمير الصنعاني، محمد (1966). سبل السلام. الطبعة الرابعة، مطبعة البابي الحلبي، القاهرة.
5. جبل، محمد (2010). المعجم الاشتقاقي المؤصل لألفاظ القرآن الكريم. الطبعة الأولى، مكتبة الآداب - القاهرة.
6. الجزري، ابن الأثير (1979). النهاية في غريب الحديث والأثر. المكتبة العلمية - بيروت.
7. الجندي، حسني (1991). شرح قانون العقوبات اليميني. القسم العام، دون دار نشر ولا رقم طبعة.
8. الخطاب الرعيني، محمد (1992). مواهب الجليل في شرح مختصر خليل. الطبعة الثالثة، دار الفكر بيروت.
9. الحميري، نشوان (1990). شمس العلوم ودواء كلام العرب من الكلوم. الطبعة الأولى، دار الفكر المعاصر (بيروت - لبنان).
10. الخطابي، أحمد (1982). غريب الحديث. دار الفكر - دمشق.
11. الخفاجي، شهاب الدين (د.ت). عنايه القاضي وكفاية الراضي. دار صادر بيروت.
12. الدارقطني، علي (1966). سنن الدارقطني. دار المعرفة، بيروت.
13. الرازي، أحمد بن فارس (1979). معجم مقاييس اللغة. دار الفكر، بيروت.
14. الزبيدي، مرتضى (1414هـ). تاج العروس من جواهر القاموس. الطبعة الأولى دار الفكر - بيروت.
15. الزيلعي، عثمان (1313هـ). تبين الحقائق شرح كنز الدقائق وحاشية الشلبي. المطبعة الأميرية الكبرى، القاهرة.
16. الشرفي، علي (د.ت). النظرية العامة للجريمة. دار أوان، صنعاء، دون طبعة.
17. الشيرازي، إبراهيم (د.ت). المهذب في فقه الإمام الشافعي. دار الفكر دون رقم طبعة.
18. الصنعاني، عبدالرزاق (1403هـ). المصنف. الطبعة الثانية، المجلس العلمي الهند.
19. الطريحي، فخر الدين (1365هـ). مجمع البحرين ومطلع النيرين. الطبعة الثانية، مكتبة المرتضوي - طهران/ إيران.
20. بن عاشور، محمد الطاهر (1984). التحرير والتنوير. الدار التونسية للنشر - تونس.
21. ابن عرفة الدسوقي، محمد (د.ت). الشرح الكبير للشيخ الدردير وحاشية الدسوقي. دار الفكر، بيروت، بدون طبعة.
22. عيش، محمد (1989). منح الجليل شرح مختصر خليل. دار الفكر بيروت.
23. الفارابي، إسماعيل (1987). الصحاح تاج اللغة وصحاح العربية. الطبعة الرابعة، دار العلم للملايين - بيروت.
24. الفارابي، إسحاق (2003). معجم ديوان الأدب. مؤسسة دار الشعب للطباعة والنشر، القاهرة.
25. الفراهيدي، الخليل (د.ت). كتاب العين. دار ومكتبة الهلال دون طبعة.
26. الماتريدي، محمد (2005). تأويلات أهل السنة. الطبعة الأولى، دار الكتب العلمية - بيروت، لبنان.
27. الماوردي، علي (1999). الحاوي الكبير. دار الكتب العلمية، بيروت.
28. ابن الملقن الشافعي، عمر (2008). التوضيح لشرح الجامع الصحيح. دار النوادر دمشق.
29. ابن منظور، محمد (1414هـ). لسان العرب. الطبعة الثالثة، دار صادر - بيروت.
30. النووي، يحيى (1991). روضة الطالبين وعمدة المفتين. المكتب الإسلامي بيروت.
31. الهروي، محمد (2001). تهذيب اللغة. دار إحياء التراث العربي - بيروت.



## Cooperation in crime as a form of participation in murder, between, Islamic laws and Yemeni Law

**Ahmed Salim Ahmed bin Ageel**

Assistant Professor of Criminal Law, faculty of Sharia' and Law, Al-Ahqaf University, republic of Yemen  
Ageel16@gmail.com

Received: 11/10/2021 Revised: 23/10/2021 Accepted: 1/11/2021 DOI: <https://doi.org/10.31559/LCJS2021.2.3.2>

**Abstract:** Every law is made to preserve person's life and protects him/her from all forms of aggression. Undoubtedly, preserving life requires punishing the perpetrator of the crime in a way that prevents him/her from repeating it and forbids people from committing it. Cooperation, as a form of participation in killing, may be a big reason for the crimes to spread more if the punishment wasn't clear and deterrent, and the laws differed in the enactment of the appropriate punishment for the crimes, the Yemeni law chose certain conditions that, when achieved, could punish the outlaw with the same direct punishment. This is in accordance with part of Islamic jurisprudence. We learn about this topic and the choice of Yemeni law in it, to try. At the conclusion of the research, we learn and evaluate these judgments and the extent of its compatibility with Islamic Sharia, achieving it in the public interest, and providing deterrence and restraint from this crime.

**Keywords:** *deflecting; contributing to crime; direct crime.*

### References:

1. Bn 'ashwr, Mhmd Altahr (1984). Althryr Waltnwyr. Aldar Altwnsyh Llnshr – Twns.
2. Abn 'rfh Aldswqy, Mhmd (D.T). Alshrh Alkbyr Llshykh Aldrdr Whashyh Aldswqy. Dar Alfkr, Byrwt, Bdwn Tb'h.
3. 'lysh, Mhmd (1989). Mnh Aljlyl Shrh Mkhtsr Khlyl. Dar Alfkr Byrwt.
4. Alamy Alsn'any, Mhmd (1966). Sbl Alslam. Altb'h Alrab'h, Mtb't Albaby Alhlby, Alqahrh.
5. Alasbhy, Malk (1991). Almwta. Altb'h Alawla, Dar Alqlm - Dmshq.
6. Alasbhy, Malk (1994). Almdwnh. Dar Alktb Al'lmyh, Byrwt .
7. Aldarqtny, 'ly (1966). Snn Aldarqtny. Dar Alm'rfh, Byrwt.
8. Ebrahym Mstfa, Ahmd Alzyat, Hamd 'bd Alqadr, Mhmd Alnjar). Mjm' Allghh Al'rbyh Balqahrh, Alm'jm Alwsyt Dar Ald'wh, Dwn Rqm Tb'h Wla Snh .
9. Alfaraby, Esma'yl (1987). Alshah Taj Allghh Wshah Al'rbyh. Altb'h Alrab'h, Dar Al'lm Llmlayn – Byrwt.
10. Alfaraby, Eshaq (2003). M'jm Dywan Aladb. M'sst Dar Alsh'b Llshafh Waltba'eh Walnshr, Alqahrh.
11. Alfrahydy, Alkhlyl (D.T). Ktab Al'yn. Dar Wmktbh Alhlal Dwn Tb'h.
12. Alhmyry, Nshwan (1990). Shms Al'lwm Wdwa' Klam Al'rb Mn Alklwm. Altb'h Alawla, Dar Alfkr Alm'asr (Byrwt - Lbnan).
13. Alhrwy, Mhmd (2001). Thdyb Allghh. Dar Ehya' Altrath Al'rby - Byrwt .
14. Alhtab Al'rny, Mhmd (1992). Mwahb Aljlyl Fy Shrh Mkhtsr Khlyl. Altb'h Althalthh, Dar Alfkr Byrwt.
15. Jbl, Mhmd (2010). Alm'jm Alashtqaqy Alm'sl Lalfaz Alqran Alkrym. Altb'h Alawla, Mktbh Aladab – Alqahrh .
16. Aljndy, Hsny (1991). Shrh Qanwn Al'qwbat Alymny. Alqsm Al'am, Dwn Dar Nshr Wla Rqm Tb'h.
17. Aljzry, Abn Alathyr (1979). Alnhayh Fy Ghryb Alhdyth Walathr. Almktbh Al'lmyh – Byrwt.
18. Alkhtaby, Ahmd (1982). Ghryb Alhdyth. Dar Alfkr – Dmshq.

19. Alkhfajy, Shhab Aldyn (D.T). 'nayh Alqady Wkfayh Alrady. Dar Sadr Byrwt.
20. Almatrydy, Mhmd (2005). Tawylat Ahl Alsnh. Altb'h Alawla, Dar Alktb Al'lmyh - Byrwt, Lbnan.
21. Almawrды, 'ly (1999). Alhawy Alkbyr. Dar Alktb Al'lmyh, Byrwt.
22. Abn Almlqn Alshaf'y, 'mr (2008). Altwdyh Lshrh Aljam' Alshyh. Dar Alnwadr Dmshq.
23. Abn Mnzwr, Mhmd (1414h). Lsan Al'rb. Altb'eh Althalthh, Dar Sadr - Byrwt.
24. Alnwyy, Yhya (1991). Rwdh Altalbyn W'mdh Almftyn. Almktb Aleslamy Byrwt.
25. Alrazy, Ahmd Bn Fars (1979). M'jm Mqayys Allghh. Dar Alfkr, Byrwt.
26. Alshrfy, 'ly (D.T). Alnzryh Al'amh Lljrymh. Dar Awan, Sn'a', Dwn Tb'h.
27. Alshyrazy, Ebrahym (D.T). Almhdb Fy Fqh Alemam Alshaf'y. Dar Alfkr Dwn Rqm Tb'h.
28. Alsn'any, 'bdalrzaq, (1403h). Almsnf. Altb'h Althanyh, Almjls Al'lmy Alhnd.
29. Altryhy, Fkhr Aldyn (1365h). Mjm' Albhryn Wmtl' Alnyryn. Altb'h Althanyh, Mktbt Almrtdwy - Thran/ Eyran.
30. Alzbydy, Mrtda (1414h). Taj Al'rws Mn Jwahr Alqamws. Altb'h Alawla Dar Alfkr - Byrwt.
31. Alzyl'y, 'thman (1313h). Tbyyn Alhqa'q Shrh Knz Aldqa'q Whashyh Alshlby. Almtb'h Alamyryh Alkbra, Alqahrh.

# العمل الإنساني الدولي في حالات الطوارئ الصحية العامة (دور اللجنة الدولية للصليب الأحمر أنموذجاً)

وهج خضير عباس

أستاذ مساعد- كلية القانون- جامعة البصرة- العراق

wahag.khder@gmail.com

قبول البحث: 2021/10/20

مراجعة البحث: 2021/9/30

استلام البحث: 2021/9/6

DOI: <https://doi.org/10.31559/LCJS2021.2.3.3>



## العمل الإنساني الدولي في حالات الطوارئ الصحية العامة (دور اللجنة الدولية للصليب الأحمر أنموذجاً)

وهج خضير عباس

أستاذ مساعد- كلية القانون- جامعة البصرة- العراق

wahag.khder@gmail.com

استلام البحث: 2021/9/6 مراجعة البحث: 2021/9/30 قبول البحث: 2021/10/20 DOI: <https://doi.org/10.31559/LCJS2021.2.3.3>

### الملخص:

العمل الإنساني يتضمن مجموعة من الإجراءات يقصد القائمون بها التخفيف من آلام ومعاناة المتضررين من جراء الأزمات الإنسانية سواء أكانت نزاعات مسلحة أم كوارث طبيعية، يستند القائمون بالعمل الإنساني إلى المبادئ الإنسانية كالتحيز والاحترام والحصول على المقبولية من الجهات المتنازعة لتأمين إيصال المساعدات والخدمات الإنسانية في وقتها لمستحقيها، إلا أنه اليوم يواجه العمل الإنساني الكثير من التحديات والعراقيل كأعمال الخطف والعنف ضد الأشخاص القائمين بالعمل الإنساني فضلاً عن انتشار الأوبئة والجوائح في بيئات غير آمنة مما يعرض حياة القائمين بالعمل الإنساني للخطر والكثير من الصعوبات التي حالت دون إيصال الاحتياجات الإنسانية للمتضررين في وقتها.

الكلمات المفتاحية: العمل الإنساني؛ حالات الطوارئ الصحية العامة؛ معايير الاستجابة الإنسانية؛ مدونة السلوك.

### المقدمة:

تعاني الدول اليوم وفي كل أنحاء العالم حتى الدول المتقدمة منها من آثار الأوبئة والأمراض المعدية خاصة COVID 19، الذي أثبتت عجز المنظومة الصحية الدولية وضعفها مما أدى إلى إعلان حالة الطوارئ الصحية العامة ذات الاهتمام الدولي لضمان تحقيق أرفع مستويات التعاون الدولي لمواجهة هذه الحالة الطارئة للمجتمع الدولي ككل. ومن هنا تتضح أهمية العمل الإنساني الدولي خاصة للدول النامية والفقيرة أو تلك التي تكون في نزاع مسلح إذ تزداد شدة ووطنية الكارثة الإنسانية المترتبة على حالة الطوارئ الصحية العامة بوجود النزاعات المسلحة وهنا يكون دور العمل الإنساني أكثر أهمية وفي قمة الاحتياجات الإنسانية لتقديم الدعم لسكان تلك المناطق خاصة الدور الذي تقوم به منظمة الصليب الأحمر التي أثبتت على مرور السنين السابقة وإلى اليوم مدى أهمية دورها في تخفيف المعاناة والألام لسكان المناطق التي تعاني من النزاعات المسلحة خاصة في فترة الطوارئ الصحية العامة.

### أهمية الدراسة:

تكمن أهمية الدراسة في بيان مدى أهمية العمل الإنساني الدولي في حالات الطوارئ الصحية العامة ذات الاهتمام الدولي وتأثيره في الاستجابة للاحتياجات الإنسانية خاصة في حالة انتشار الأوبئة في مناطق النزاع المسلح ودوره في تقليل حجم الخسائر في الأرواح والتخفيف من التدهور في الحقوق الإنسانية الصحية، فضلاً عن بيان أهم المؤسسات الإنسانية والوثائق الدولية الداعمة للعمل الإنساني الدولي في النزاعات المسلحة خاصة الميثاق الإنساني (اسفير) للمساعدات الإنسانية لمواجهة ومواجهة هذه الحالات الطارئة.

**أهداف الدراسة:**

تهدف الدراسة بيان الأمور الآتية:

- تحديد مقومات العمل الإنساني الدولي ومبادئه وأساسياته التي يقوم عليها لبيان أهميتها وكيفية ممارستها في مواجهة حالات الطوارئ الصحية العامة.
- العمل على إيجاد وتحديد أفضل الوسائل والآليات لدعم ممارسة العمل الإنساني والتطبيق الصحيح لمعايير وأسسها وفسح المجال أمام مؤسساته ضمن منظور دولي يضمن تذليل معوقات مباشرة العمل الإنساني الدولي وبالتالي الحفاظ والعمل على تلبية الاحتياجات الإنسانية في حالة الطوارئ الصحية العامة.

**مشكلة الدراسة:**

تكمن المشكلة في أنه على الرغم من أهمية العمل الإنساني الدولي في مناطق النزاعات المسلحة خاصة في حالات الطوارئ الصحية العامة، فضلاً عن أهميته في تلك المناطق في الحالات الطبيعية في المجتمع الدولي ورغم وجود الكثير من الوثائق الدولية المحددة لكيفية ممارسة العمل الإنساني ووجود الكثير من المؤسسات الدولية القائمة بهذا العمل إلا أن الوضع الحالي في مناطق النزاع خاصة في ظل انتشار الجوائح كفيروس كورونا يندرج بالخطر إذ أنه مازالت هناك الكثير من العوائق التي تقف وتحول دون إتمام الأعمال الإنسانية كإيصال المساعدات الإنسانية أو تطبيق المبادئ الإنسانية للعمل الإنساني في وقتها وبالتالي تتفاقم شدة ووطأة الكارثة الإنسانية، ذلك أن الكارثة لا تتحدد تأثيراتها فقط عند حدوثها وإنما تتطور إلى كارثة إنسانية أكبر عند عدم التمكن من مواجهتها ومعالجتها كعدم إيصال المساعدات الإنسانية في وقتها لتخفيف آثار الكارثة.

**أسئلة الدراسة:**

سيتم خلال هذه الدراسة الإجابة عن الأسئلة الآتية:

- من هي الجهات الفاعلة التي تضطلع للقيام بالعمل الإنساني في مناطق النزاع المسلح عند انتشار الأوبئة؟
- ماهي حالات الطوارئ الصحية المعقدة؟
- ماهي أهم المعوقات التي تواجه الجهات الفاعلة عند ممارسة العمل الإنساني في حالات الطوارئ الصحية العامة؟

**منهجية الدراسة:**

استخدم الباحث المنهج الوصفي ومنهج التحليل القانوني في إيراد النصوص القانونية والاتفاقيات الدولية فضلاً عن استخدام المنهج التاريخي للبحث في التطبيقات العملية للمواضيع ذات الصلة بموضوع الدراسة.

**هيكلية الدراسة:**

للاطلاع بموضوع الدراسة سوف تقسم إلى التقسيمات الآتية: المبحث الأول: مفهوم العمل الإنساني الدولي. المطلب الأول: التعريف بالعمل الإنساني الدولي. المطلب الثاني: المعايير الدنيا للاستجابة الإنسانية على وفق الميثاق الإنساني (اسفير) المطلب الثالث: مبادئ ممارسة العمل الإنساني الدولي. المبحث الثاني: حالات الطوارئ الصحية العامة ذات الاهتمام الدولي. المطلب الأول: مفهوم حالات الطوارئ الصحية العامة. المطلب الثاني: دور الجهات الفاعلة في مجال العمل الإنساني عند إعلان حالات الطوارئ الصحية العامة (منظمة الصليب الأحمر نموذجاً). المطلب الثالث: مدونة قواعد السلوك لمنظمة الصليب الأحمر في حالات الطوارئ الصحية العامة.

**المبحث الأول: مفهوم العمل الإنساني الدولي**

إن العمل الإنساني الدولي يطبق مبدأً إنسانياً أساسياً يقوم على حق الإنسان الذي يعاني من الأزمات الإنسانية في الحصول على المساعدات الإنسانية لسد احتياجاته الأساسية والتخفيف من معاناته<sup>1</sup>.

وللاطلاع بمفهوم العمل الإنساني الدولي سنتناوله على وفق التفصيل الآتي:

**المطلب الأول: التعريف بالعمل الإنساني الدولي**

العمل الإنساني الدولي هو: التدابير التي يتم اتخاذها بهدف إنقاذ الأرواح والتخفيف من المعاناة والآلام والحفاظ على الكرامة الإنسانية اثناء وبعد الأزمات التي يسببها الإنسان أو الكوارث الطبيعية وكذلك العمل على منعها والتأهب لها<sup>2</sup>.

<sup>1</sup> المعيار الانساني الاساسي، ملحق اسئلة ارشادية لرصد الاعمال الاساسية والمسؤوليات التنظيمية، ص 362، متاح على الموقع الالكتروني تمت الزيارة الساعة 3:00 مساءً في 2021/6/2 : <https://kayaconnect.org/course/info.php?id=490>

<sup>2</sup> المعايير الانسانية الاساسية المتعلقة بالجودة والمسائلة، تحالف المعايير الانسانية الاساسية ومجموعة (Groupe URD) ومشروع اسفير، 2014، ص 36.

تتألف منظومة العمل الإنساني من كيانات تنظيمية مهمتها القيام بالعمل الإنساني بالمنظمات غير الحكومية المحلية، الوطنية والدولية، الوكالات الإنسانية التابعة لمنظمة الأمم المتحدة<sup>3</sup>، الحركة الدولية للصليب الأحمر والهلال الأحمر، الوكالات الحكومية المستفيدة والمسؤولة عن الاستجابة للأزمات، المؤسسات الإنسانية التابعة للمنظمات الحكومية الدولية الاقليمية وأخيراً الوكالات والمكاتب الحكومية الممولة للعمل الإنساني.

تقوم منظومة العمل الإنساني بالأعمال الآتية:

- تقديم الاغاثة العاجلة عند الكوارث الفجائية الحدوث<sup>4</sup> التي تعجز قدرة الدولة والجهات الفاعلة المحلية عن الاستجابة لها.
  - تلبية الاحتياجات الإنسانية الرئيسية للسكان المتضررين في حالة النزاعات المسلحة أو الكوارث الطبيعية المتكررة.<sup>5</sup>
  - العمل على تطوير مقدره الشعوب المتضررة وضمان مشاركتهم لتحقيق التنمية المستدامة والعمل على سد احتياجاتهم الإنسانية ذاتياً في المستقبل.<sup>6</sup>
- تقع مسؤولية تامين العمل الإنساني وحمايته في الدرجة الأولى على الدولة المتضررة الموجود فيها الكادر الممارس للعمل الإنساني<sup>7</sup> مع مراعاة الظروف الصعبة التي تمر بها الدولة سواء أكان ذلك ضمن نزاع مسلح أم ضمن كوارث إنسانية وفي نفس الاتجاه مسؤولية المنظمات الدولية خاصة الأمم المتحدة نفسها وهنا تبرز أهمية تبادل المعلومات بين الجهات الحكومية المختصة في الدولة والوكالات الإنسانية للتمكن من التحديد الصريح للمخاطر ووضع الخطط الأمنية لتجاوزها<sup>8</sup>.
- كما شكلت التكنولوجيا الحديثة باستخدام الإنترنت أيضاً دوراً في ممارسة العمل الإنساني عن بعد خاصة في البيئات غير الآمنة حفاظاً على حياة القائمين بالعمل الإنساني بسحب موظفيها الدوليين واستبدالهم بموظفين محليين كنوع من المعالجة الوقائية ومواجهة أعمال العنف التي تمس اليوم القائمين بالعمل الإنساني كذلك يعد من ضمن الإجراءات الوقائية المتخذة من الجهات الإنسانية الفاعلة تبادل المعلومات الأمنية بين الجهات الإنسانية المختلفة للحصول على المعلومات اللازمة عن البيئة غير الآمنة تجنباً للمخاطر وتخفيفاً للأضرار وحماية لأرواح القائمين بالعمل الإنساني وسلامة المون والمساعدات الإنسانية<sup>9</sup>.
- إلا أنه رغم أهمية العمل الإنساني الدولي لمساعدة وتخفيف الآلام لضحايا النزاعات المسلحة واضطلاح الجهات الإنسانية الفاعلة بذلك توجد الكثير من الصعوبات والعقبات التي تحول دون إتمام العمل الإنساني وتعرض القائمين به إلى الخطر والتي يمكن إجمالها بما يلي:

<sup>3</sup> هيئات الأمم المتحدة المختصة بالعمل الإنساني هي:

- FAW منظمة الأمم المتحدة للزراعة والتغذية: تضطلع بدور مهم في المراقبة للإنذار المبكر عن ازيمات الغذاء والامداد الغذائي. على الموقع الإلكتروني: [www.fao.org](http://www.fao.org)
- المنظمة الدولية للهجرة IOM: وهي منظمة مختصة باللجوء والمشردين داخليا لتقديم خدمات الهجرة الداخلية والدولية. على الموقع الإلكتروني: [www.iom.int](http://www.iom.int)
- مفوضية الأمم المتحدة لحقوق الإنسان OHCHR: وهي منظمة مختصة بحقوق الإنسان ورصد الانتهاكات الواقعة عليها. على الموقع الإلكتروني: [www.ohchr.org](http://www.ohchr.org)
- مكتب تنسيق الشؤون الإنسانية OCHA وهو المكتب الذي تم انشائه لتنسيق التعاون مع اللجنة الدائمة المشتركة في مجال الاستجابة الإنسانية في حالات الكوارث والنزاعات المسلحة. على الموقع الإلكتروني: <http://ochaonline.un.org>
- البرنامج الإنمائي للأمم المتحدة UNDP يساعد الدول في التطوير والتنمية لبناء حياة أفضل. على الموقع الإلكتروني: [www.undp.org](http://www.undp.org)
- المفوضية السامية لشؤون اللاجئين UNHCR: يتمثل دورها في تقديم الحماية والمساعدة الدولية للاجئين وعديمي الجنسية والمشردين داخليا. [www.unhcr.org](http://www.unhcr.org)
- منظمة الأمم المتحدة للطفولة UNICEF ومهمتها الاهتمام بحق الطفل وتنميته من الناحية الصحية والتعليم ومياه الشرب والصرف الصحي والصحة العامة وتوفير الحماية لهم. على الموقع الإلكتروني: [www.unicef.org](http://www.unicef.org)
- برنامج الغذاء العالمي WFP: يعمل على توفير الغذاء في الاماكن التي ينذر فيها أو التي تكون تكلفته عالية فيها في حالات الطوارئ كالتزاعات الدولية وانتشار الاوبئة أو المناطق التي تعاني من التغير المناخي. على الموقع الإلكتروني: [www.wfp.org](http://www.wfp.org)
- منظمة الصحة العالمية WHO وتقوم بوضع الارشادات الصحية للمحافظة على صحة الانسان فضلا عن دورها في اعلان حالات الطوارئ الصحية العامة الناشئة عن انتشار الاوبئة. على الموقع الإلكتروني: [www.who.org](http://www.who.org)
- المنظمة العالمية للارصاد الجوية WMO: وهي منظمة متخصصة في الارصاد الجوية كالتلصق والمناخ كرصده الجفاف والاعصار. على الموقع الإلكتروني: <https://public.wmo.int/en>

<sup>4</sup> شرح مسودة الارشادات المتعلقة بتسهيل وتنظيم المساعدات الدولية للاغاثة والانتعاش الدولي على الصعيد المحلي في حالات الكوارث، الاتحاد الدولي لجمعيات الصليب الاحمر والهلال الاحمر، 2007، ص2.

<sup>5</sup> وضع منظومة العمل الإنساني، شبكة التعلم الإيجابي للمساءلة والاداء، 2015، ص 19، متاح الساعة 10:00 صباحا في 2021/5/31 على الموقع الإلكتروني: <https://www.alnap.org/system/files/content/resource/files/main/sohs2015-arabic.pdf>

<sup>6</sup> اللجنة الدائمة المشتركة بين الوكالات ومكتب تنسيق الشؤون الإنسانية التابع للأمم المتحدة 2007، وقت الزيارة 9:00 ص في 6/ 2021/8، متاح على الموقع الإلكتروني: <http://ochaonline.un.org/clmcs/guideline>

<sup>7</sup> ان مسألة تأكيد الدول على سيادتها مازالت الى الان تؤثر سلبا في تاخير أو رفض الاستجابة الدولية للاحتياجات الإنسانية وخاصة ازداد ذلك في الوقت الحالي تحت حجة منع الارهاب و اعمال حفظ الامن المحلية.

كلوديا ماكغولدريك، مستقبل العمل الإنساني من منظور اللجنة الدولية للصليب الاحمر، منشورات الصليب الاحمر، المجلد 93، العدد 884، كانون الاول 2011، ص10.

<sup>8</sup> د. لقاء ابو عجيب، البيات ووسائل حماية العمل الإنساني بين النظرية والتطبيق، اصدارات المعهد الاسكندنافي لحقوق الانسان -أب -أغسطس 2014، ص13.

<sup>9</sup> يوسف برقوق، التحديات التي تواجه العمل الإنساني اثناء النزاعات المسلحة، جامعة سيد بلعباس الحوار المتوسطي، المجلد التاسع، العدد 2، 2018، ص 294.



## أسباب تدهور العمل الإنساني:

- طبيعة النزاعات المسلحة الحديثة: أغلب النزاعات المسلحة في الوقت الحاضر هي نزاعات مسلحة غير دولية تقوم غالباً في المدن فكان لزيادة عدد السكان وازدياد عدد الجماعات المسلحة وخاصة استغلالهم للفئات العمرية الصغيرة أو الشابه ووضعهم كدروع بشرية وانتشار الفقر والبطالة وتفشي الفساد في مؤسسات الدولة وعدم التمكن من السيطرة على العنف المسلح للجماعات المسلحة كلها كانت تمثل مزيداً من التحديات في وجه القائمين بالعمل الإنساني<sup>10</sup>، كما أن العمل الإنساني المستند إلى المبادئ الإنسانية لسد الاحتياجات الإنسانية في وقت الأزمات كالنزاع المسلح والكوارث الطبيعية له طبيعة مؤقتة إلا أنه في الوقت الحالي ونتيجة للنزاعات المسلحة الداخلية أصبحت هذه الأزمات تستغرق وقتاً طويلاً مما يترتب عليه تصدع كبير في البنى التحتية للدول التي تعاني منها فيفتك القانون وتضعف مؤسسات الدولة عن تقديم خدماتها بتلبية الاحتياجات الأساسية للسكان كالغذاء والماء والدواء فتتدهور الحالة الصحية فضلاً عن انتشار الأوبئة في مثل هذه البيئات يجعل الكل ضمن معارك كبيرة فمن جهة تردي الوضع وتدهور البنى التحتية بسبب النزاع المسلح ومن جهة أخرى تفشي الجوائح التي حتى في الدول التي تعيش في سلام وبنيتها التحتية آمنة لم تصمد كثيراً أمام الأعداد الهائلة للمصابين بتفشي الجوائح وبالتالي فالوضع أكثر دماراً في الدول التي تعاني من النزاعات المسلحة<sup>11</sup>، ومن الدول التي عانت الأمرين معاً أي النزاع المسلح وانتشار الأوبئة خاصة وباء COVID 19 اليمن فالوباء من جهة والانهيار الاقتصادي وانهيار المؤسسات وتدمير البنى التحتية فضلاً عن ذلك أن 80% من سكانه هم من النساء والأطفال مما شكل أزمة إنسانية خطيرة لمعاناتهم من العنف والحرمان من التعليم وانتشار الأوبئة وتردي خدمات العلاج وسوء التغذية<sup>12</sup>.
- انتهاكات جسيمة لقواعد القانون الدولي الإنساني إذ أن هذه الجماعات المسلحة غالباً ما تنتهك قواعد القانون الدولي الإنساني وقانون حقوق الإنسان ولا تلتزم به لكونها وليدة مجتمع يسود فيه التدهور الاقتصادي بانتشار الفساد والبطالة والفقر كونها بيئة خصبة للعنف والإرهاب<sup>13</sup>.
- من الصعوبات والتحديات في وجه العمل الإنساني هو عدم إيصال أو تأخر إيصال المساعدات الإنسانية لسد الاحتياجات الملحة في الوقت المناسب نتيجة لعدم وجود القوانين التي تسهل إيصالها أو عدم موافقة الدول على ذلك<sup>14</sup>، مما كان له الأثر الكبير في تدهور الأوضاع الصحية في الكثير من الدول التي منها كمبوديا التي عانت من سوء تردي الوضع الصحي فيها بانتشار الكثير من الأوبئة، كوباء الدنك منذ عام 1962 ومازال إلى الآن إذ قد وصل أعداد المصابين بحمى الدنك والذين معظمهم من الأطفال في عام 2007 إلى ما يزيد عن أربعين ألفاً وقد حذرت الجهات الإنسانية الفاعلة وفي مقدمتها اللجنة الدولية للصليب الأحمر من تدهور الأحوال خاصة بظهور انفلونزا الطيور وغيرها لذا لا بد من الاستجابة الإنسانية السريعة وأن يتم سن قوانين تسهل إيصال المساعدات الإنسانية وبذلك تكون الاستجابة الإنسانية الوطنية والدولية تستند إلى منظومة قانونية سليمة لسد الاحتياجات الإنسانية في وقت مناسب حتى لا تتفاقم الأزمة<sup>15</sup>.
- عسكرة العمل الإنساني: إن العمل الإنساني يقدم من قبل الجهات الإنسانية إلا أنه في الوقت الحاضر توجد العديد من التحديات والصعوبات التي تحول دون وصول هذه المساعدات والخدمات إلى السكان المتضررين ولأسباب كثيرة في مقدمتها العنف والسلب والنهب داخل الدول التي تعاني من النزاعات المسلحة غير الدولية إذ يتعرض العاملون في مجال العمل الإنساني للاختطاف أو الإبعاد القسري أو أعمال العنف من قبل الجماعات المسلحة المتطرفة<sup>16</sup>، وبعد هجمات الحادي عشر من سبتمبر 2001 ازدادت صعوبات عمل الجهات الإنسانية الفاعلة وخاصة الصليب الأحمر بظهور ما يسمى بالحرب على الإرهاب وظهور الكثير من الجماعات المسلحة إذ تعاملت اللجنة الدولية للصليب الأحمر مع ما يزيد عن أربعين جماعة مختلفة وكان مد أو أصر الثقة بينهم وبين اللجنة الدولية للصليب الأحمر يحتمل الكثير من العقبات واستغرق الكثير من الوقت خاصة أن الكثير من هذه الجماعات كانت قد تخطت في نزاعاتها مبادئ ونصوص القانون الدولي الإنساني وقانون حقوق الإنسان واتسمت أعمالها بالعنف بالقتل والسلب والنهب والاختطاف للمدنيين والأعمال الانتقامية حتى في مواجهة القائمين بالعمل الإنساني<sup>17</sup>، مما أدى في كثير من الأحيان أن تصاحب القائمين بالعمل الإنساني قوات عسكرية. ورغم ذلك، إلا أنه لا بد من أن تبقى الجهات الإنسانية الفاعلة محتفظة بطابعها المدني وأن

<sup>10</sup> ماريون هاروف -تافل، العنف والعمل الإنساني في المناطق الحضرية: تحديات جديدة ونهج جديدة، مختارات من المجلة الدولية للصليب الأحمر، مجلد 92، العدد 878، حزيران 2010، ص 115.

<sup>11</sup> بيتر ماروير، السياسة الإنسانية والعمل الإنساني القائم على المبادئ، مختارات من المجلة الدولية للصليب الأحمر، المجلد 97(897-898)، 2016، ص 447.

<sup>12</sup> نشوان العثماني، نساء اليمن وابعاء مضاعفة في زمن كورونا، الإنساني، العدد 67، منشورات اللجنة الدولية للصليب الأحمر، خريف -شتاء 2020، ص 28.

<sup>13</sup> كلوديا ماكغولدريك، مصدر سابق، ص 9

<sup>14</sup> المشاورة الإقليمية للشرق الأوسط وشمال أفريقيا، القمة العالمية للعمل الإنساني، عمان -الأردن، 3-5/5/2015، تمت الزيارة في 4:00 مساءً في 2021/6/11 على الموقع الإلكتروني :

<https://www.alnap.org/system/files/content/resource/files/main/scoping-paper-mena-regional-consultation-%5Barabic%5D.pdf>

<sup>15</sup> برنامج القانون الدولي لمواجهة الطوارئ في الاتحاد الدولي لجمعيات الصليب الأحمر والهلال الأحمر، منشورات الاتحاد الدولي لجمعيات الصليب الأحمر والهلال الأحمر، نشرة رقم 11 الخاصة بالقوانين والقواعد والمبادئ الدولية الخاصة بالاستجابة للكوارث، 2008، ص 2

<sup>16</sup> كحواث الاختطاف لموظفي الصليب الأحمر عام 2003 في العراق، وتفجير مقر الأمم المتحدة في بغداد والذي اودى بحياة الكثير من موظفي الهيئات الإنسانية التابعة للأمم المتحدة. للمزيد ينظر :

معايير وممارسات الأمن الخاصة بموظفي المساعدات الإنسانية تدريب والدعوة لافساح المجال للعمل الإنساني، تقرير حول أمن موظفي المساعدات الإنسانية، منشورات دائرة المساعدات الإنسانية التابعة للمفوضية الأوروبية (ECHO)، 2004، ص 18.

<sup>17</sup> المبادئ الأساسية للحركة الدولية للصليب الأحمر والهلال الأحمر، أخلاقيات وادوات العمل الإنساني، منشورات الاتحاد الدولي لجمعيات الصليب الأحمر والهلال الأحمر، 2015، ص 17.

يكون التقديم للمساعدات الإنسانية من قبل متطوعي وموظفي الوكالات الإنسانية وليس من قبل القوات العسكرية، وأن يكون وجود هذه القوات بقدر الضرورة فقط، وأن يكونوا ملتزمين بمدونات السلوك والمبادئ الإنسانية عند النزاعات المسلحة أو الكوارث<sup>18</sup>. ولقد انشأت لتأمين الحماية للقائمين بالعمل الإنساني الكثير من الشركات الأمنية الخاصة إلا أنه ورغم أهمية توفير الحماية للعاملين في مجال العمل الإنساني إلا أن هذه الشركات الأمنية قد استنزفت مبالغ مالية كبيرة مما أوقع الدول المتضررة بأزمات اقتصادية فضلاً عن أزماتها الإنسانية بوجود النزاعات المسلحة. فبعض الدول في أفريقيا لا تستطيع سداد ديونها التي تراكمت لصالح الشركات الأمنية فطالبت الأخيرة بتسليمها موارد طبيعية مقابل استحقاقاتها أو استغلال المناجم في المناطق الغنية بالأحجار الكريمة أو الاستثمار في القطاع العام في تلك البلدان كقطاع المياه أو الكهرباء وبالتالي كان لعسكرة العمل الإنساني أثراً سلبية كبيرة<sup>19</sup>.

نخلص مما تقدم أنه توجد الكثير من الصعوبات والتحديات التي عرقلت ممارسة العمل الإنساني بتلبية الاحتياجات الإنسانية عند النزاعات المسلحة فضلاً عن تعرض حياة القائمين بالعمل الإنساني للخطر.

#### المطلب الثاني: المعايير الدنيا للاستجابة الإنسانية على وفق الميثاق الإنساني (اسفير)

إن الميثاق الإنساني اسفير يتضمن الإشارة إلى معتقدات مشتركة ومبادئ شائعة في حالات الكوارث والأزمات الإنسانية. تتميز أهم المعايير الدنيا التي نص عليها الميثاق الإنساني في السلامة الشخصية والكرامة والتحرر من التمييز والحق في المياه والاصحاح والمأوى والأمن الغذائي والتغذية والرعاية الصحية وقد تم النص على هذه الحقوق وتأكيداً أيضاً ضمن الكثير من الوثائق والاتفاقيات الدولية كالإعلان العالمي لحقوق الإنسان والعهدين الدوليين والاتفاقية الدولية للقضاء على التمييز العنصري بكافة أشكاله... الخ<sup>20</sup> كذلك تم الإشارة لهذه الحقوق ضمن مبادئ وتوجهات الأمم المتحدة كقرار الجمعية العامة رقم 51/37 في 1982 الخاص بالشيخوخة، وكذلك القرار رقم 91/46 في 1991 الخاص بحقوق كبار السن. كذلك قرارات مجلس الأمن بشأن العنف الجنسي الذي يتعرض له النساء في النزاعات المسلحة كالقرار رقم 1325 في عام 2000 بشأن النساء والسلام والأمن.

توجد جملة من الحقوق التي يتضمنها الميثاق الإنساني اسفير تمثل إطاراً للمعايير الدنيا التي ينص عليها هذا الميثاق هذه الحقوق هي:

- الحق في الحياة بكرامة.
- الحق في تلقي المساعدة الإنسانية.
- الحق في الحماية والأمن.

كذلك تم الإشارة إلى المعايير الدنيا في الميثاق الإنساني اسفير ضمن نصوص القانون الدولي الإنساني وضمن هذا السياق تعد اللجنة الدولية للصليب الأحمر المستودع الرسمي لمعاهدات القانون الدولي الإنساني كاتفاقيات جنيف الأربعة والاتفاقيات المتعلقة بالأسلحة المحظورة والألغام الأرضية والملكية الثقافية... الخ، فضلاً عن القانون الدولي الإنساني العرفي.

من المعايير الدنيا التي لا بد من توافرها وتدخل ضمن حق الإنسان في الكرامة وتلقي المساعدة الإنسانية هو الحق في المياه الملائمة والكافية إذ أن عدم ملائمة أو كفاية المياه يعد من الأسباب الرئيسية لتدهور الصحة العامة عند النزاعات المسلحة إذ غالباً ماتكون مصادر المياه مهملة بسبب النزاع أو الكارثة الطبيعية أو قد يستخدم كوسيلة للضغط بين الأطراف المتنازعة وهذا يتنافى مع قواعد القانون الدولي الإنساني<sup>21</sup>.

كذلك من معايير اسفير الدنيا أن عدم تحقيق الأمن الغذائي - وهو تعبير عن حصول الفرد على غذاء مناسب يتوافق والاحتياجات الإنسانية - له دور بارز في نقص قدرة الإنسان على التعافي خاصة عند انتشار الجوائح إذ تضعف مناعة الإنسان وكفاءة وظائفه الجسمية مما يجعله عرضة للعدوى وتزيد من قابليته على الإصابة بالأمراض المزمنة وتؤثر على سائر حقوقه الإنسانية الأخرى كحقه في العمل وغيره من الحقوق الإنسانية الأخرى وبالتالي تكون أمام كوارث أكبر من النزاعات المسلحة وتفشي الجوائح<sup>22</sup>.

تتضمن الآثار قصيرة الأجل لانعدام الأمن الغذائي وعدم ملائمة وكفاءة المياه الصحية في المرض الموت، العجز في حين أن الآثار بعيدة الأجل لذلك تتمثل في ضعف البنية الجسمية لأجيال المستقبل، عدم كفاءة أو ضعف القدرة الفكرية لهذه الأجيال، تدهور الإنتاج الاقتصادي، تراجع الإنجاب. تجدر الإشارة هنا أن محاربة سوء التغذية يعد أحد السبل العلاجية الهامة عند الأزمات الإنسانية كانتشار الجوائح أو المنازعات المسلحة إذ أن الغذاء مهم جداً للبقاء على قيد الحياة وغالباً ماتحدثت الأزمات الغذائية عندما لا يتمكن السكان من الحصول على ما يكفي من الطعام بسبب الكوارث

<sup>18</sup> اللجنة الدائمة المشتركة بين الوكالات ومكتب تنسيق الشؤون الإنسانية التابع للأمم المتحدة 2007، وقت الزيارة 9:00 ص في 6/8/2021، ص 13، متاح على الموقع الإلكتروني <http://ochaonline.un.org/clmcms/guideline>;

<sup>19</sup> د. لقاء ابو عجيوب، مصدر سابق ص 43.

<sup>20</sup> المعيار الإنساني الاساسي، ملحق اسئلة ارشادية لرصد الاعمال الاساسية والمسؤوليات التنظيمية مصدر سابق، ص 352.

<sup>21</sup> د. هالة خالد حميد، اشكالية الامن المائي في العلاقات التركية العراقية: دراسة في اليات التعامل الامثل في قضية المياه، مجلة القضايا السياسية، العدد 65، ص 467.

<sup>22</sup> د. ماجد صدام سالم، اثر الازهاج على التنمية والامن الغذائي في العراق، عدد خاص للمؤتمر العلمي الدولي الثالث، كلية التربية الاساسية - جامعة ميسان / كلية المنارة للعلوم الطبية - ميسان، ص 29-30 نيسان/2019، مجلة ميسان للدراسات الاكاديمية، المجلد 18، العدد 36، 2019، ص 36.

الطبيعية أو النزاعات المسلحة وعدم الاستقرار السياسي أو عند انتشار الأوبئة والجوائح. لذا لا بد من توفير الأمن الغذائي أي الحصول على غذاء صحي وكاف في الحاضر والمستقبل.<sup>23</sup>

في الوقت الراهن فإن ضمان تأمين المساعدات الإنسانية بتوفير الحاجات الإنسانية القصيرة الأجل من إمدادات المياه والغذاء الكافي لمن هم ضمن الأزمات الإنسانية غير كاف فلا بد من أن يتم تبني استراتيجيات حقيقية تحمي سبل العيش وتستعيد لها وأن تثبت فرص العمل والحفاظ على الموارد الطبيعية للبيئة كل ذلك يسهم في استعادة وضمان الأمن الغذائي طويل الأجل.<sup>24</sup> كذلك من المعايير الدنيا التي أقرت ضمن ميثاق اسفير حق الإنسان في سكن ملائم وفقاً للاحتياجات الإنسانية وهو "مساحة للمعيشة الأسرية يتضمن العناصر الضرورية لدعم الأنشطة اليومية"<sup>25</sup>

إن النزاعات المسلحة أو الكوارث تؤثر بصورة مباشرة على صحة الإنسان الذي يكون في هذا الوضع فضلاً عن انتشار الجوائح الذي يزيد الأمر سوءاً لذا يعد الحصول على الرعاية الصحية من الأمور اللازمة والحاسمة والضرورية أي أنه يعتبر من المعايير الدنيا للميثاق الإنساني خاصة في المراحل الأولى للأزمات الإنسانية حتى لا تزداد الأمور سوءاً وتدهور الناحية الصحية أكثر فأكثر مما يجعل التمتع بالحقوق الإنسانية صعباً فضلاً عن التدهور في جميع النواحي والبنى التحتية، كما أن تحقيق الرعاية الصحية يكون من خلال تقديم خدمات صحية جيدة، فريق متدرب لتقديم الرعاية الصحية، امدادات دوائية وتمويل مناسب للرعاية الصحية فضلاً عن توفير المعلومات الصحية الصحيحة.

تجدر الإشارة هنا أن الأزمات الإنسانية كالكوارث والنزاعات المسلحة تتسبب بارتفاع نسبة الوفيات وانتشار الأمراض المعدية خاصة في المستوطنات والملاجئ المزدحمة كما يسبب نقص أو تلف مرافق الإصحاح أو نقص المياه النظيفة بانتشار الأمراض المنقولة بالنواقل أو المياه<sup>26</sup>، إن انتشار الأوبئة في دول تعاني أصلاً من تدهور البنى التحتية لوجود نزاعات مسلحة فيها تؤدي إلى أن تكون تأثيرات الأزمة الإنسانية المتمثلة بالنزاع المسلح من جهة وانتشار الوباء من جهة أخرى آثاراً مضاعفة إذ تزداد خطورة تفشي الوباء، كما تقلل من قدرة السكان على التكيف مع الأوبئة والوقاية منها كما يصعب حصول المرضى على الدواء في ظل هذه الظروف وهذا كله يزيد العبء على عاتق مقدمي الخدمات الإنسانية بزيادة الجهود والخوف من الإصابة بالوباء فضلاً عن كل التحديات التي تم الإشارة إليها سابقاً والمتعلقة بتحديات العمل الإنساني الدولي.<sup>27</sup>

إذن المعايير الدنيا التي أقرها الميثاق الإنساني (اسفير) تمثل الاحتياجات الإنسانية الضرورية للبقاء على قيد الحياة وصور الكرامة الإنسانية .

#### المطلب الثالث: مبادئ ممارسة العمل الإنساني الدولي

توفر المبادئ الإنسانية القواعد التي تنظم ممارسة العمل الإنساني عند الأزمات الإنسانية للحد من تأثيرات وأضرار النزاعات المسلحة أو الكوارث الطبيعية كما أنها تعد شروطاً للعاملين في المجال الإنساني<sup>28</sup>، إن للعنف والسياسة تأثير كبير في العمل الإنساني في الوقت الحالي وقد أثرت بشكل كبير على المبادئ الإنسانية التي يقوم عليها العمل الإنساني مما أثر بشكل آخر في نفس الوقت بالقبول بالعمل الإنساني وحمايته إذ استهدف موظفو ومتطوعو الجهات الإنسانية الفاعلة أثناء قيامهم بتلبية الاحتياجات الإنسانية للسكان المتضررين، من الأمثلة على انتشار هذا العنف ضد القائمين بالعمل الإنساني ما حدث في الشيشان من قتل ستة من العاملين في اللجنة الدولية للصليب الأحمر في عام 1996 وكانت سبباً في توجيه المجتمع الدولي وتنبيهه إلى الخطر الكبير الذي يتعرض له موظفو الجهات الإنسانية الفاعلة.<sup>29</sup>

والذي تم تسميته بالإرهاب الموجه للعمل الإنساني مما ترتب عليه ظهور ما يسمى الوكالات الأمنية لحماية الجهات الفاعلة الإنسانية وبذلك جرد العمل الإنساني من وسائل حمايته الذاتية والمتمثلة بمبادئه التي يستند إليها أي الإنسانية، الحياد، النزاهة<sup>30</sup>. والتي كانت تضيف عليه صفة القبول وحلت محلها حماية تتمثل باستخدام المظاهر المسلحة هذا التحول كون شركات أمنية كبيرة تثير مسألة مدى مشروعيتها في القانون الدولي الإنساني لفظ كبير ومن جهة أخرى اتسم العمل الإنساني بسمه التسليح أو صفة العسكرية مما يدفعه بعيداً عن الحياد والنزاهة والاستقلال وبالتالي يكون بعيداً عن القبول.<sup>31</sup>

إذ يقصد بالمبادئ الإنسانية وفقاً لقرار الجمعية العامة للأمم المتحدة 182/46 أن العمل الإنساني يجب أن يقدم مستنداً إلى المبادئ الإنسانية التي تضمن "معالجة المعاناة الإنسانية أينما وجدت مع إيلاء اهتمام خاص لأشد الفئات ضعفاً كالنساء والأطفال وكبار السن ويجب أن تكون الكرامة والحقوق محل احترام وحماية" إن هذه المبادئ الإنسانية هي:

<sup>23</sup> أداة عملية للعاملين في المجال الإنساني، ALL IN DIARY ، الإصدار الثاني، يناير ، ص 22. تمت الزيارة الساعة 4:00 صباحاً في 2021/6/4 على الموقع الإلكتروني :

<https://www.eldis.org/document/A43456>

<sup>24</sup> د. بيار بيران، الطوارئ الصحية في التجمعات السكانية الكبيرة، منشورات اللجنة الدولية للصليب الأحمر، 2001، بلا ص.

<sup>25</sup> المعيار الإنساني الاساسي، ملحق اسئلة ارشادية لرصد الاعمال الاساسية والمسؤوليات التنظيمية، مصدر سابق، ص 224

<sup>26</sup> المعيار الإنساني الاساسي، ملحق اسئلة ارشادية لرصد الاعمال الاساسية والمسؤوليات التنظيمية، مصدر سابق، ص 272-288.

<sup>27</sup> أداة عملية للعاملين في المجال الإنساني، ALL IN DIARY ، الإصدار الثاني، يناير 2009، ص 42.

<sup>28</sup> تحديات تواجه العمل الإنساني القائم على المبادئ: وجهات نظر من أربعة بلدان، المجلس الترويجي للاجئين والمنظمة الدولية للمعوقين، ص 8

<sup>29</sup> د. لقاء ابو عجيب، مصدر سابق، ص 5.

<sup>30</sup> وفقاً لقرار الجمعية العامة للأمم المتحدة 182/46 ان العمل الانساني يجب ان يقدم مستندا الى المبادئ الانسانية والحياد والنزاهة.

<sup>31</sup> د. لقاء ابو عجيب، مصدر سابق، ص 7.

عدم التحيز: ويعني تقديم المساعدات الإنسانية للمتضررين حسب الاحتياجات الإنسانية الأكثر إلحاحاً دون مراعاة أي جنسية أو وضع قانوني محدد<sup>32</sup>، أما المبدأ الثاني فهو:

الحياد: ويقصد به ممارسة العمل الإنساني دون المشاركة في الأعمال العسكرية أو الانحياز إلى أي طرف نتيجة لبعده سياسي أو ديني أو عرقي. في حين يقصد بالترابطة: أن يكون العمل الإنساني يقدم دون تمييز على أساس الأصل الأثني أو الجنس أو الجنسية أو الآراء السياسية أو العنصر أو الدين.

كما أكد القرار أعلاه احترام سيادة الدولة وسلامتها الإقليمية ووحدتها الوطنية<sup>33</sup> احتراماً كاملاً لذا يعد الحصول على موافقة الدولة المتضررة أحد شروط أداء العمل الإنساني.

تم إنشاء ما يصطلح على تسميته مثلث الأمن للعمليات الإنسانية الذي يعتمد على المبادئ الإنسانية (الحياد، عدم التحيز، الاستقلال) للحصول على قبول المجتمع المحلي، وتعد لجنة الصليب الأحمر من أكثر المنظمات الإنسانية تحقيقاً لصفة القبول إذ حصلت على قبول واسع لدى الكثير من المجتمعات الإنسانية المختلفة لالتزامها بالمبادئ الإنسانية التي شكلت قاعدة أساسية لتأمين حمايتها. أما حماية متطوعي وموظفي العمل الإنساني في الجهات الإنسانية الفاعلة ونتيجة للتحديات السابقة الذكر فكان لابد لحمايتها أن يتم الاستعانة بقوة مسلحة لتأمين ذلك وفي نفس الوقت ضمان الردع يعني دفع التهديد بهتديد مقابل وزرع الخوف لدى المهاجمين من عاقبة أعمالهم كالعقوبات الاقتصادية أو السياسية أو الثقافية<sup>34</sup>. وهي مجموعة من الإجراءات والخطوات الأمنية التي تعزز الاستراتيجيات الأمنية للوكالات الإنسانية.

لجنة الدولية للصليب الأحمر أهمية كبيرة ومنذ نشأتها باستنادها إلى مبادئ العمل الإنساني الواضحة التي تقوم على عدم التحيز والمحايدة والاستقلال في تحقيق الحوار والتواصل مع أطراف النزاع وبالتالي التمكن من إيصال المساعدات الإنسانية إلى من يحتاجونها ومن الدول التي واجهت تحديات كبيرة لإيصال المساعدات الإنسانية أفغانستان لاستمرار انشقاق الجماعات المسلحة عن بعضها واتساع النزاع ليشمل مناطق كانت سابقاً بعيدة عن النزاع المسلح مما تطلب جهداً أكبر من اللجنة الدولية للصليب الأحمر وتم التعاون مع الجهات المحلية وبخاصة جمعية الهلال الأحمر الأفغاني لإيصال المساعدات الإنسانية لكافة الفئات المستحقة خاصة الأكثر ضعفاً.<sup>35</sup>

إذن المبادئ الإنسانية التي كان يستند إليها العمل الإنساني في الحصول على القبول من قبل الحكومات والمجاميع المسلحة وبالتالي ضمان عدم تعرض كوادر وموظفي ومتطوعي العمل الإنساني للانتهاك أنها اليوم تواجه تحديات العنف مما تطلب توفير الحماية والردع لمرتكبي هذه الانتهاكات فضلاً عن استنادها للقبول القائم على المبادئ مما قد يخلط العمل الإنساني بالتوجهات السياسية للحكومة الوطنية تحت ذريعة حماية القائمين بالعمل الإنساني أي التأثير في عقول وقلوب مواطنيها أي مايسمى (نظرية كسب القلوب والعقول) على أساس أنها تضمن وصول المساعدات الإنسانية للمتضررين مما يؤدي إلى الاختلاط بين الإتجاه السياسي والعمل الإنساني وبالتالي تعاضم وتكاثف العنف ضد الطواقم الطبية والقائمين على العمل الإنساني عند انتشار الجوائح لفقدانهم القبول لدى هذه الجماعات.<sup>36</sup>

## المبحث الثاني: حالات الطوارئ الصحية العامة ذات الاهتمام الدولي

سنتناول ضمن هذا المبحث مفهوم حالات الطوارئ الصحية العامة وبيان أهم الجهات الفاعلة لمواجهتها.

### المطلب الأول: مفهوم حالات الطوارئ الصحية العامة

حق الإنسان في الصحة من الحقوق الأساسية إذ توجد العديد من الوثائق والاتفاقيات الدولية المؤكدة ليس لكونه أحد الحقوق الإنسانية فحسب وإنما توافره يضمن التمتع بالعديد من الحقوق الإنسانية الأخرى لارتباطها بها. وقد ازداد أو بالأحرى برز مدى أهمية هذا الحق في السنوات الأخيرة لانتشار الأوبئة والجوائح والأمراض المعدية والمزمنة والتي أودت باقتصاد أكثر الدول تقدماً وأظهرت ضعف المنظومة الصحية وعدم قدرتها على استيعاب الأعداد المتزايدة أو على التطورات المترتبة على هذه الأمراض<sup>37</sup> وبالطبع يزداد الأمر وطأة وشدة في الدول التي تعاني من الأزمات الإنسانية خاصة النزاعات المسلحة لأن أصلاً حق الصحة فيها يتعرض للانتهاك بسبب ظروف الحرب فماذا لو اجتمعت الحروب مع انتشار الجوائح فالدول التي تعاني من النزاعات المسلحة تحتاج لعمل كبير من الجهات الفاعلة الإنسانية للاستجابة للاحتياجات الإنسانية ورفع الآلام والتخفيف من معاناة المتضررين وهذه الجهات تحتاج إلى جهود أكبر عند انتشار الجوائح لمراعاة الأعداد المتزايدة للمصابين فضلاً عن وقاية العاملين فيها من هذه الأوبئة والجوائح. وهذا ما يصطلح على تسميته بحالة الطوارئ المعقدة و"هي أزمة إنسانية تنشأ في بلد أو منطقة أو مجتمع حيث تنهار السلطة تماماً أو بصورة

<sup>32</sup> روح المبادئ الإنسانية في صورتها العملية، المبادئ التي توجه العمل الإنساني، المجلة الدولية للصليب الأحمر، 2016، 97(898-899)، ص 7.

<sup>33</sup> المشاورة الإقليمية للشرق الأوسط وشمال أفريقيا، القمة العالمية للعمل الإنساني، عمان -الأردن، 3-5/2015، ص 2.

<sup>34</sup> د. لقاء أبو عجيبة، مصدر سابق، ص 22.

<sup>35</sup> كلوديا ماكغولدريك، مصدر سابق، ص 12.

<sup>36</sup> روح المبادئ الإنسانية في صورتها العملية، المبادئ التي توجه العمل الإنساني، المجلة الدولية للصليب الأحمر، 2016، 97(898-899) مصدر سابق، ص 10.

<sup>37</sup> Lucia Mullen Christina Potter, Lawrence O Gostin, Anita Cicero, Jennifer B Nuzzo, An analysis of International Health Regulations Emergency committees and Public Health Emergency of International Concern Designation, 2020, 5:e002502. doi:10.1136/bmjgh-2020-002502, p2.

ضخمة نتيجة لصراع داخلي أو خارجي وتتطلب استجابة دولية تتجاوز ولاية أو قدرة أية وكالة قائمة بذاتها " 38 إذ يجتمع هنا النزاعات المسلحة وانتشار الأوبئة وكلاهما يستنزف حقوق الإنسان.

عرف حق الصحة استناداً إلى دستور منظمة الصحة العالمية 1946 بأنه " أحد الحقوق الأساسية لكل إنسان، دون تمييز بسبب العرق أو الدين أو العقيدة السياسية أو الحالة الاقتصادية أو الاجتماعية، الصحة هي حالة من الاكتمال السلامة بدنياً وعقلياً واجتماعياً لا مجرد انعدام المرض أو العجز "

إن للقانون الدولي العام دور كبير في المراقبة العالمية للأمراض المعدية فترتب على ذلك تنسيق أنظمة الحجر الصحي وتسهيل تبادل المعلومات الوبائية عن الأمراض المعدية كما تم إنشاء منظمات متخصصة في الناحية الصحية كمنظمة الصحة العالمية 1948 كأداة لا غنى عنها في إدارة الصحة العالمية بهدف وقاية الإنسان وتقليل تعرضه للأوبئة والجوائح والوقاية عن هذه الأوبئة 39، إن منظمة الصحة العالمية بكونها الوكالة الدولية المتخصصة لمنظمة الأمم المتحدة في إطار إدارة مخاطر الطوارئ والأزمات بإجراءات التأهب والترصد والاستجابة وهو برنامج عمل موجه لدول العالم التي تعاني الأزمات الإنسانية ذات العواقب على الصحة عن طريق مساعدة هذه البلدان بالاستعداد لهذه المخاطر والتخفيف من شدتها والتصدي لها عندما لا تتمكن الدول المتضررة من تحمل أعبائها. 40

تقاس حالات الطوارئ الصحية العامة بما تخلفه من وفيات وأمراض وإعاقات وأن لمنظمة الصحة العالمية دور رئيسي في إدارة المخاطر الصحية العامة. قامت منظمة الصحة العالمية بإنشاء فريق لإدارة الطوارئ (EMT) بما في ذلك دعم التأهب الوطني والاستعداد لمؤسسات الدولة الصحية وهذا هو من يقوم بتحديد شدة الحالة الطارئة الصحية. 41

على سبيل المثال أعلنت حالة الطوارئ الصحية من الدرجة الثالثة في نيجيريا نتيجة تفشي فيروس الأيبولا كما تم تصنيفه ضمن نفس الدرجة من اللجنة الدائمة المشتركة بين الوكالات 2016، إذ عانت نيجيريا من عدم الاستقرار في عام 2009 في الجزء الشمالي الشرقي منها مما أدى إلى أن يكون هناك نزوح يصل إلى ما يزيد عن 2.2 مليون شخص وقامت منظمة الصحة العالمية -الوكالة المتخصصة التابعة للأمم المتحدة والتي تعتمد اللوائح الصحية - بتحديد طرق مكافحة وتسمية الأمراض وأسباب الوفاة وتحديد معايير التشخيص والمعايير ذات الصلة بالسلامة ونقاء وفعالية المنتجات الحياتية والإعلان عنها كما تقدم التوصيات في الشؤون الصحية، 42 كما أعلنت منظمة الصحة العالمية في 30/كانون الثاني/2020 حالة الطوارئ الصحية العامة عن تفشي فيروس COVID 19 والتي تثير قلقاً دولياً وخطراً كبيراً على كل الدول خاصة الدول ذات الأنظمة الصحية الضعيفة. 43

أعطى ميثاق منظمة الأمم المتحدة لمنظمة الصحة العالمية اختصاص تعزيز وحماية الصحة داخل إطار منظمة الأمم المتحدة فنصت المادة الأولى من دستور منظمة الصحة العالمية على أنه "هدفها هو أن تبلغ جميع الشعوب أرفع مستوى صحي ممكن" لذا فهي تمارس صلاحية التنسيق والتوجيه في مجال العمل الدولي الصحي فلجمعية منظمة الصحة العالمية إصدار قرارات تشريعية لمكافحة الأمراض المعدية دولياً.

في عام 2009 عقدت منظمة الصحة العالمية اجتماعاً مع لجنة الطوارئ وبعد عدة مشاورات أعلن المدير العام بموجب اللوائح الصحية 2005 بوجود حالة صحية طارئة عامة انفلونزا (H1N1) تعد خطراً على الصحة العامة للدول لانتشارها دولياً وتم رفع مستوى الوباء للمرحلة الخامسة وبالفعل أسفرت الجهود ووزعت جرعات اللقاح للقضاء على الوباء ففي الدول التي تنتشر فيها الأوبئة وتطبق اللوائح الصحية 2005 يجب أن تنفذ هذه اللوائح مع الاحترام الكامل لحقوق الإنسان وحرياته الأساسية وأن يتم ممارسة الإجراءات الصحية بكل شفافية وبدون تمييز 44 إذ أن لوائح منظمة الصحة العالمية لمكافحة انتشار الأوبئة 45 تفرض احترام المخاطبين بها وبالتالي بطلان تصرف أي دولة تخالف ماورد بها وتثبت بذلك مسؤولية الدولة المخالفة فعندما تخالف الدولة اللوائح الصحية لمكافحة الأوبئة تكون بذلك ارتكبت عملاً غير مشروع وتثبت مسؤوليتها الدولية. 46

38 تعريف وضعته اللجنة الدائمة المشتركة بين الوكالات 1992، الساعة 3:00 مساءً، في 2021/6/6، على الموقع الإلكتروني: <https://www.thenewhumanitarian.org/ar/report/1657>

39 Obijiofor Aginam, International law and communicable diseases, Global Public Health and International Law, Bulletin of the World Health Organization 2002, 80(12), p946.

40 إدارة مخاطر الطوارئ والاستجابة الإنسانية تقرير 2013-2014، منشورات منظمة الصحة العالمية، جنيف-سويسرا، على الموقع الإلكتروني [www.who.int](http://www.who.int)، ص 5.

41 Muhammad A.S0ghaier, Khawaja MI Saeed, and Khushhal K.Zaman, declared a Public Health Emergency of International Concern (PHEIC) twice in 2014; Polio and Ebola at top, AIMS Public Health. 2015; 2(2): 218-222.

42 د. خالد سعد انصاري يوسف، الوظيفة التشريعية لمنظمة الصحة العالمية، دار الجامعة الجديدة -الاسكندرية، 2012، ص 120

43 بيان الاجتماع الرابع للجنة الطوارئ المعنية باللوائح الصحية العالمية 2005 بشأن فاشية المرض الناجم عن فيروس كورونا (COVID 19)، منظمة الصحة العالمية، متاح في الساعة السادسة في 2021/10/8 على الموقع الإلكتروني:

[https://www.who.int/ar/news/item/11-12-1441-statement-on-the-fourth-meeting-of-the-international-regarding-the-outbreak-of-coronavirus-disease-\(covid-19\)-health-regulations-\(2005\)-emergency-committee-](https://www.who.int/ar/news/item/11-12-1441-statement-on-the-fourth-meeting-of-the-international-regarding-the-outbreak-of-coronavirus-disease-(covid-19)-health-regulations-(2005)-emergency-committee-)

44 Advancing the right to health: the vital role of law, Public health emergencies SUMMARY POINTS, p 169

على الموقع الإلكتروني [https://www.researchgate.net/publication/324531402\\_Advancing\\_the\\_Right\\_to\\_Health-The\\_Vital\\_Role\\_of\\_Law](https://www.researchgate.net/publication/324531402_Advancing_the_Right_to_Health-The_Vital_Role_of_Law)

45 Legal Responses to Health Emergencies, The Law Library of congress, Global Legal Research Center (202)707-6462(phone). (866)550-0442(fax). [law@loc.gov](mailto:law@loc.gov) <http://www.law.gov> p1.

46 خالد سعد انصاري يوسف، المصدر السابق، ص 423

إذن على وفق ماتقدم تتكاتف الجهود الدولية للجهات الإنسانية الفاعلة وتبذل مزيداً من الجهد ضمن إطار ما يسمى بالحالات الطارئة المعقدة إذ تتسبب هذه الحالة بضرر أكبر إذ بالإضافة إلى معاناة السكان من النزاعات المسلحة التي تعد بحد ذاتها استنزافاً لحقوق الإنسان ودماراً للبنية التحتية وفي مقدمتها مؤسسات الدولة المقدمة للرعاية الصحية يسبب انتشار الأوبئة آثاراً سلبية مضاعفة.

**المطلب الثاني: دور الجهات الفاعلة في مجال العمل الإنساني عند إعلان حالات الطوارئ الصحية العامة (منظمة الصليب الأحمر نموذجاً)**

ان الجهات العاملة في مجال العمل الإنساني ملزمة بالخضوع لقانون الدولة الوطني في أي حالة طارئة إلا أن معظم الدول ليس لها قوانين خاصة تنظم المساعدات الإنسانية وكيفية توزيعها مما يشكل عرقلة أمام المساعدات الإنسانية وتأمين وصولها في الوقت المحدد بسبب الإجراءات الطويلة والمعقدة.

من المبادئ السائدة في القانون الدولي العام أنه على الجهات المتنازعة سواء أكانت الدول في حالات النزاعات الدولية المسلحة أو الدولة الوطنية والجهات المسلحة في حالات النزاعات المسلحة غير الدولية تلبية الاحتياجات الإنسانية لمن هم تحت سيطرتها وإذا لم ترغب بذلك أو كانت غير قادرة على تلبية هذه الاحتياجات هنا علمها أن تسمح للجهات الإنسانية المحايدة بذلك وهذا يتم عن طريق التفاوض بين الجهات الفاعلة الإنسانية والجهات المتنازعة.<sup>47</sup>

تقوم الجهات الإنسانية الدولية الفاعلة بدور كبير في العمل الإنساني وتحقيقه لأهدافه وتعد منظمة الأمم المتحدة المنظمة الحكومية الدولية الرائدة في كافة المجالات الدولية ومنها ضمن مضمار العمل الإنساني لذا ترغب كل الجهات الفاعلة الإنسانية غير الحكومية العمل مع منظمة الأمم المتحدة لمواجهة الأزمات الإنسانية والعمل في جو يضمن سيادة واستقلال واحترام الشركاء وعلى منظمة الأمم المتحدة احترام استقلال هذه الجهات وعدم تحيزها، كما أن خدمات الأمن للمنظمات الحكومية الدولية يجب أن تشمل كذلك الجهات الفاعلة الإنسانية والحصول على المعلومات الصحيحة لمواجهة هذه الأزمات.<sup>48</sup>

في عام 1992 انشأت اللجنة الدائمة المشتركة بين الوكالات استناداً إلى قرار الجمعية العامة للأمم المتحدة 182/46- الذي يدعو إلى تعزيز تنسيق المساعدات الإنسانية- وقد تم تأكيد دور هذه اللجنة استناداً إلى القرار 57/48 بصفتها الآلية الرئيسية للتنسيق بين الوكالات في مجال المساعدة الإنسانية.

إن النزاعات المسلحة سواء أكانت نزاعات مسلحة دولية أو غير دولية وما تتضمنه من انتهاكات جسيمة للقانون الدولي الإنساني والقانون الدولي لحقوق الإنسان أوجدت مجموعات كبيرة من الأشخاص ضمن وضع مؤلم من النقص في أبسط الاحتياجات الإنسانية كالغذاء والدواء والمأوى وإمدادات المياه مما تطلب أن تتكاتف الجهود الدولية لمعالجة هذا التدهور الكبير لا سيما اليوم بظهور الأوبئة وبالتغير المناخي مما أدى إلى ازدياد السكان المتضررين، وفي عام 1996 تم الاتفاق بين الأمم المتحدة واللجنة الدولية للصليب الأحمر على وضع نقاط توجيهية لموظفي الأمم المتحدة لتطبيق واحترام قواعد القانون الدولي الإنساني وتأمين سلامتهم، إذ يعاني العاملون في المجال الإنساني عند تلبية احتياجات الإنسانية في البيئات غير الآمنة إلى الاعتقال والتعذيب والخطف والحرمان من حرية التنقل وضعف الاعتراف القانوني بمؤسساتهم فضلاً عن التعرض لإمدادات المساعدات الإنسانية ومواد الإغاثة بالسلب والنهب أو بالتدمير والاتلاف أي أنهم قد خسروا القبول من الجهات المستفيدة وبالتالي فقدوا عنصراً مهماً من العناصر التي تضمن لهم الحماية في مناطق النزاع كباكستان واليمن والصومال وغيرهم.<sup>49</sup> ومن الجهات الإنسانية الفاعلة في إطار العمل الإنساني الدولي: منظمة الصليب الأحمر منظمة إنسانية محايدة وغير متحيزة مقرها جنيف في سويسرا تهدف الاستجابة الإنسانية لضحايا النزاعات المسلحة<sup>50</sup>، تقوم اللجنة الدولية للصليب الأحمر بدور كبير في إطار تطبيق القانون الدولي الإنساني إذ تنص اتفاقياته على أن للجنة الدولية للصليب الأحمر زيارة الأسرى وتأمين مواد الإغاثة ولها دور معترف فيه من حيث تفسيره فضلاً عن العمل على نشره وتطويره.<sup>51</sup>

إن اللجنة الدولية للصليب الأحمر تعمل على مستوى دولي ووطني وتقوم على عدة مبادئ وهي: تتضمن المبادئ الإنسانية تقديم المساعدة للمتضررين في الأعمال القتالية لتخفيف الأهم والحفاظ على الحياة والصحة وكرامة الإنسان لكافة الشعوب كما تلزم اتفاقيات جنيف الأربع وبروتوكولاتها الإضافية عام 1977 الدول الأطراف بالسماح لمكونات اللجنة الدولية للصليب الأحمر والجهات الإنسانية الفاعلة بالقيام بالعمل الإنساني بالالتزام بمبادئ الصليب الأحمر هذه المبادئ التي أثبتت أهميتها ودورها الكبير في تعزيز العمل الإنساني وأداءه لدوره في تلبية الحاجات الإنسانية<sup>52</sup> وقد

<sup>47</sup> المبادئ الأساسية للحركة الدولية للصليب الأحمر والهلال الأحمر، أخلاقيات وادوات العمل الإنساني، منشورات الاتحاد الدولي لجمعيات الصليب الأحمر والهلال الأحمر، 2015، ص 15.

<sup>48</sup> المعيار الإنساني الأساسي، ملحق اسئلة ارشادية لرصد الاعمال الأساسية والمسؤوليات التنظيمية مصدر سابق، ص 366.

<sup>49</sup> يوسف برفوق، مصدر سابق، ص 290.

<sup>50</sup> بريس فتاح يونس، دور المنظمات الإنسانية أثناء النزاعات الداخلية المسلحة (الصليب الأحمر نموذجاً)، مجلة كلية القانون للعلوم القانونية والسياسية، ص 331

<sup>51</sup> الحماية القانونية الدولية لحقوق الإنسان في النزاع المسلح، منشورات الامم المتحدة، مكتب المفوض السامي لحقوق الإنسان، نيويورك وجنيف 2012، ص 14.

<sup>52</sup> ومن الأمثلة على ذلك ففي العامين 2014-2015 عند انتشار وباء إيبولا في غرب أفريقيا كان يقع على عاتق القائمين بالعمل الإنساني كسب ثقة الجهات المحلية المتضررة من تفشي المرض وكان الأمر يعرقل عملهم خاصة أن هذه البلدان كانت تشكل حتى بالمعلومة الطبية التي يقدمها أفراد الرعاية الصحية للجهات الفاعلة الإنسانية مما كان له الأثر في زيادة الجهود والكثير من التحديات والعقبات لممارسة العمل الإنساني في تلك المناطق. في حين أنه في أنه كان عمل الجهات الإنسانية الفاعلة خاصة الصليب الأحمر أكثر سلاسة في دول أخرى مثل ليبيا وسيراليون لكونها كانت أكثر تفهماً لعملهم نتيجة لتجارب سابقة ولدت لدى شعوب هذه الدول ثقة بالعاملين في مجال العمل الإنساني من حيث تمسكهم بالحياد وعدم التحيز عند تلبية الحاجات الإنسانية.

أكدت قرارات الأمم المتحدة أهمية هذه المبادئ لممارسة العمل الإنساني منها القرار رقم 182/46 في 1991 الذي يتضمن تقديم الأمم المتحدة للمساعدات الإنسانية استناداً إلى مبادئ الإنسانية، الحياد، عدم التحيز التي تعد جزءاً هاماً ضمن مدونة السلوك الذي تعتمد المنظمة الدولية للصليب الأحمر عند ممارستها لمهمتها الإنسانية.

من الأمثلة على تطبيق مبدء عدم التحيز وتقديم المساعدات الإنسانية بشكل موضوعي بغض النظر عن العرق، الدين، الطائفة، العقيدة والجنس حركة الصليب الأحمر اللبناني رغم أن لبنان بلد منقسم إلى عدة فئات إلا أن هذه الحركة أثبتت إنسانيتها وعدم تحيزها لجهة معينة إذ حازت على ثقة واحتراف جميع الأطراف فهي الجهة الرئيسية المقدمة للخدمات الطبية في حالات الطوارئ كالرعاية الطبية وسيارات الإسعاف كما أثبتت إنسانيتها والتزامها بالمبادئ الإنسانية عند قدوم ما يزيد على مئة ألف لاجئ سوري بعد الحرب السورية والذين كانوا بحاجة إلى الخدمات والرعاية الطبية وتم مراعاتهم بكل تفران ودون تحيز، أما مبدأ الاستقلال فيعني أن الجمعيات الوطنية بصفتها هيئات مساعدة لحكوماتها لتقديم العمل الإنساني إلا أنها مستقلة بقراراتها وخياراتها وتستند فقط إلى الحاجة الإنسانية وليس إلى اتجاه سياسي أو طائفي.<sup>53</sup> كما أن عدم التمييز ليس المقصود به أن لا يتم تقديم رعاية أكثر لأشخاص معينين في الأزمات الإنسانية إذ يوجد بعض الأشخاص كالنساء والأطفال والمسنين لكونهم الحلقة الأضعف في مواجهة الصعوبات أثناء النزاعات المسلحة أو الكوارث الطبيعية يحتاجون لرعاية أكبر وتوفير مستلزماتهم واحتياجاتهم الإنسانية وحمايتهم من العنف الجنسي بالنسبة للنساء أو الابتعاد عن ذوبهم فيما يتعلق بالأطفال فبالتالي الرعاية المقدمة لهم لا تعد من قبيل التمييز وإنما تعد من قبيل إضفاء رعاية خاصة بفئات معينة فضلاً عن تمتعهم بالرعاية العامة وهذا يتلائم مع القواعد والمبادئ في القانون الدولي الإنساني وقانون الدولي لحقوق الإنسان .

على الرغم من أن انتشار الكثير من الجهات الإنسانية والتي تقوم بالعمل الإنساني وسد الاحتياجات الإنسانية يعد له الكثير من الجوانب الإيجابية في تقليل المعاناة والألام للمتضررين في الأزمات الإنسانية، إلا أن الكثير من هذه الجهات تستند إلى المبادئ الإنسانية للعمل الإنساني لكن بما يتلائم ورؤيتها الشخصية وتطبيقها المتفاوت لهذه المبادئ زعزع الثقة بالعمل الإنساني لدى الجهات الإنسانية المتضررة وفقد بذلك العمل الإنساني القبول وترتب على ذلك أنه الكثير من الدول رغم المعاناة والاحتياجات الإنسانية قد رفضت المساعدات.<sup>54</sup> فأصبحت المبادئ الإنسانية لوحدها لا تكفي لكسب ثقة الناس المتضررين فضلاً عن أن مظاهر التسلح للعمليات الإنسانية قد كان سبباً في فقدان مقبولية الجهات الإنسانية الفاعلة.

#### المطلب الثالث: مدونة قواعد السلوك لمنظمة الصليب الأحمر في حالات الطوارئ الصحية العامة

مدونة السلوك تعني القواعد التي تعزز الممارسة الإنسانية الجيدة من خلال اعتماداً على المعايير للاستجابة الإنسانية عند النزاعات المسلحة والكوارث.<sup>55</sup>

قواعد السلوك التي تيسر بموجبها منظمة الصليب الأحمر عند قيامها بعملها الإنساني هي:

- أولوية الحاجات الإنسانية: إن الحق في الحصول على المساعدات الإنسانية يعد مبدأ إنساني أساسي.
- عدم التمييز عند تقديم المساعدات الإنسانية.
- أي حق الإنسان دون تمييز استناداً إلى العرق أو العقيدة أو الجنسية وإن كان الاهتمام الأكبر ينصب على الأطفال والنساء وكبار السن وذلك لأنهم من أكثر الفئات الإنسانية تأثراً في حالة الحرب أو الكوارث الطبيعية.
- استقلال الجهات الإنسانية الفاعلة عن دعم أي موقف ديني أو سياسي.
- استقلال الجهات الفاعلة عن الحكومات عند تقديم المساعدات الإنسانية إذ أن عمل هذه الجهات يقوم على الاستجابة للحاجات الإنسانية وبشكل مستقل عن المصالح السياسية.<sup>56</sup>
- على الجهات الإنسانية الفاعلة احترام العادات والثقافات للبلد التي تقدم لها المساعدات الإنسانية.
- أن يتم العمل الإنساني الدولي بالمشاركة مع الجهات المحلية عند الاستجابة للحاجات الإنسانية.
- تفعيل طرق لاشراك المستفيدين من المساعدات الإنسانية في تصميم برامج المساعدة وإدارتها وإعادة تأهيلهم.
- يقوم العمل الإنساني على تلبية الاحتياجات الإنسانية الطارئة فضلاً عن العمل على برامج تساعد على تطوير وسائل عيش جديدة ومستدامة.<sup>57</sup>

<sup>53</sup> المبادئ الأساسية للحركة الدولية للصليب الأحمر والهلال الأحمر، أخلاقيات وأدوات العمل الإنساني، منشورات الاتحاد الدولي لجمعيات الصليب الأحمر والهلال الأحمر، 2015، ص 7-54.

<sup>54</sup> عتو احمد، المساعدات الإنسانية بين التسييس ومبادئ العمل الإنساني، المجلة الجزائرية للحقوق والعلوم السياسية، المجلد 6، العدد 1، ص 267.

<sup>55</sup> اداة عملية للعاملين في المجال الإنساني، ALL IN DIARY، الاصدار الثاني، يناير 2009 مصدر سابق ص 7

<sup>56</sup> OHCHR مكتب المفوضية السامية للأمم المتحدة، الرصد أثناء فترات النزاع المسلح، الفصل السادس عشر، منشورات الأمم المتحدة، ص 16، متاح الساعة 6:00 مساءً في 2021/10/10، على الموقع

الإلكتروني: <https://www.ohchr.org/>

<sup>57</sup> المعيار الإنساني الأساسي، ملحق اسئلة ارشادية لرصد الاعمال الأساسية والمسؤوليات التنظيمية، مصدر السابق، ص 363

- إن الجهات الفاعلة الإنسانية في مجال العمل الإنساني الدولي تكون كحلقة وصل بين المانحين والمستفيدين بكل نزاهة ووضوح إذ تقدم تقارير هذه الجهات سواء عن أنشطتها إلى جهات التمويل فضلاً عن أنها تخضع للرقابة حول كيفية توزيع المعونات وتقييم منتظم لنتائج المساعدة في الأزمات الإنسانية<sup>58</sup>
- أن يتم ممارسة العمل الإنساني وتقديم المساعدات الإنسانية بطريقة تحفظ كرامة المتضررين عند استخدام الأنشطة الإعلامية والدعائية للتعبير عن هذه المساعدات فضلاً عن نقل صورتهم وحجم الأزمة الإنسانية التي يعانون منها بكل موضوعية إلى وسائل الإعلام.<sup>59</sup>
- ليس للجهات الفاعلة الإنسانية جميعها القبول في مناطق الدول المتضررة مما يضع العراقيل والصعوبات أمام إيصال المساعدات والخدمات الإنسانية من قبلهم إلى تلك المناطق ويعود ذلك بسبب التصورات الخاطئة من قبل المجتمعات والجماعات المسلحة رغم أن هذه الجهات تتبع التوصيات التي وضعتها إدارة الأمم المتحدة لضمان السلامة والأمن<sup>60</sup>.
- إن منظمة الصليب الأحمر تمتلك نظاماً تدريبياً كافياً لموظفيها قبل إرسالهم مناطق النزاعات المسلحة ضمن مرحلتين للمبتدئين المرحلة الأولى دروس نظرية لمدة 19 ساعة والمرحلة الثانية تتضمن تطبيق كيفية ممارسة العمل الإنساني تدريبات المحاكاة كالتدريب على الكمائن والهجمات الخطرة فضلاً عن مدونة السلوك التي يلتزم بها موظفو الصليب الأحمر<sup>61</sup>، وبذلك نجد أن اللجنة الدولية للصليب قد وضمت مدونة السلوك التي تسير بموجبها عند القيام بالعمل الإنساني أهم المبادئ الإنسانية كالحياة وعدم التحيز والاستقلال مؤكدة على أن هذه المبادئ رغم انتشار العنف والسلب والنهب مازال إلى اليوم قائم على أساس أنها تشكل قاعدة القبول التي يستند إليها العمل الإنساني عند تقديمه المساعدات الإنسانية.

### الخاتمة:

تناولنا من خلال بحثنا العمل الإنساني الدولي خلال أو عند انتشار الأوبئة وقد توصلنا إلى جملة من الاستنتاجات ثم لحقناها بجملة من الاقتراحات وذلك على النحو الآتي:

#### أولاً: الاستنتاجات:

- يقصد بالعمل الإنساني التدابير التي يتم اتخاذها لتخفيف الآم ومراعاة السكان المتضررين من جراء النزاعات المسلحة أو الكوارث الطبيعية.
- تقع مسؤولية تلبية الاحتياجات الإنسانية للمتضررين على عاتق الدولة الموجودين فوق إقليمها وفي حالة عجزها عن ذلك لابد من تدخل الجهات الإنسانية الفاعلة لسد تلك الاحتياجات.
- تواجه اليوم العمل الإنساني والقائمين تحديات كبيرة جداً تعوق ممارستها وتعرضهم للاعتقال والتعذيب والختف، من أهم هذه التحديات والصعوبات انتشار النزاعات المسلحة غير الدولية خاصة في المدن المكتظة بالسكان مما جعل مجموع الخسائر يزداد أضعافاً فضلاً عن التدمير الكبير في البنى التحتية، وكذلك عسكرة العمل الإنساني الذي أثر سلباً على المقبولية التي كانت تتمتع بها الجهات الإنسانية الفاعلة.
- أن منظمة الصحة العالمية هي الوكالة الدولية المتخصصة في وضع التوصيات اللازمة لمواجهة الأوبئة والجوائح وإدارة مخاطر الطوارئ والأزمات بإجراءات التاهب والترصد والاستجابة. هذا وتقاس حالات الطوارئ الصحية العامة بما تخلفه من وفيات وأمراض وإعاقات.
- أن النزاعات المسلحة تؤثر بصورة مباشرة على صحة الإنسان فضلاً عن مساسها بكل حقوق الإنسان الأخرى وتدميرها للبنى التحتية خاصة المؤسسات الصحية ويزداد الأمر سوءاً عند انتشار الأوبئة إذ تصبح الآثار أشد وأعتى وهذا ما يطلق عليه حالات الطوارئ الصحية المعقدة باجتماع النزاعات المسلحة وانتشار الأوبئة.
- تعد منظمة الصليب الأحمر من أكثر الجهات الفاعلة الإنسانية مقبولة لدى الجماعات المتنازعة لإثباتها المهنية الجيدة في العمل الإنساني باعتبارها على المبادئ الإنسانية كالحياة وعدم التمييز عند القيام بأعمالها.
- تعني مدونة السلوك للعمل الإنساني مجموعة من القواعد الإنسانية الجيدة من خلال اعتماد أعلى المعايير للاستجابة الإنسانية عند النزاعات المسلحة والكوارث.

#### ثانياً: الاقتراحات:

إن العمل الإنساني وممارسته تعد من الصعوبة في النزاعات المسلحة سواء أكانت دولية أم غير دولية فالجهات المتنازعة تنظر للجهة المقابلة على أنها العدو لذلك يبذل العاملون في المجال الإنساني دوراً كبيراً وجهداً عظيماً لمحاولة إيصال المساعدات الإنسانية لمستحقيها خاصة أن القبول لهذه

<sup>58</sup> عتو احمد، مصدر سابق، ص 274.

<sup>59</sup> OHCHR مكتب المفوضية السامية للأمم المتحدة، الرصد أثناء فترات النزاع المسلح، الفصل السادس عشر، منشورات الامم المتحدة، مصدر سابق، ص 3، متاح الساعة 6:00 مساءً في 10/10/2021، على الموقع الإلكتروني: <https://www.ohchr.org>

<sup>60</sup> تحديات تواجه العمل الإنساني القائم على المبادئ: وجهات نظر من أربعة بلدان، المجلس التروبي للجنين والمنظمة الدولية للمعوقين، ص15

<sup>61</sup> د. لقاء ابو عجيوب، مصدر سابق، ص25



الجهات الفاعلة الإنسانية والمبني على فهم والإيمان بمبادئهم أصبح اليوم غير كاف لحماية القائمين بالعمل الإنساني مما تطلب توفير الحماية الفعلية لهم وبالتالي أصبح الجهد أكبر لكونهم يعملون على إثبات أنهم غير منتمين لاية جهة سياسية هذا من ناحية، ومن ناحية أخرى التكاليف المالية العالية التي تنفق لتوفير هذه الحماية وكان الأولى بها المتضررين لتلبية حاجاتهم الإنسانية عند النزاعات المسلحة هذه الصعوبات وأكثر تزايد بوجود واقع آخر يعاني منه المجتمع الدولي ككل في السنوات الأخيرة وهو انتشار الأمراض المعدية والأوبئة مما يزيد الخطر على القائمين بالعمل الإنساني إذ لم يتوقف الأمر على حماية حياتهم وإنما أيضاً الحفاظ على صحتهم فضلاً عن تزايد الاحتياجات الإنسانية لوجود الأوبئة في مناطق النزاع المسلح.

لذا نقترح ضمن هذا السياق مايلي:

- العمل الإنساني الدولي ضروري ومهم لتلبية الاحتياجات الإنسانية فهو عمل قائم على المبادئ الإنسانية لذا لا بد من أن يستمر كذلك بمعنى أن يبقى العاملون في المجال الإنساني بمظهر مدني وأن تسلم المساعدات والخدمات الإنسانية من قبلهم حصراً لا من الجهات الأمنية التي يستعينون بها .
- لتقليل الخسائر والمخاطر يجب الاستعانة بالسكان المحليين أنفسهم في إيصال المساعدات الإنسانية لمستحقيها ولكن بعد أن يتم تدريبهم نظرياً وميدانياً حفاظاً على سلامتهم وسلامة القائمين بالعمل الإنساني.
- عقد مؤتمرات دولية مخصصة لبحث معوقات العمل الإنساني في مناطق النزاع المسلح خاصة عند انتشار الأوبئة.
- تكثيف الجهود الإنسانية في الحوار والتفاوض مع الجهات المسلحة ومحاولة إعادة كسب الثقة بسلامة العمل الإنساني المحايد.

## المراجع:

### أولاً: الكتب:

1. يوسف، خالد سعد انصاري (2012). الوظيفة التشريعية لمنظمة الصحة العالمية. الاسكندرية: دار الجامعة الجديدة.

### ثانياً: البحوث والمجلات:

1. أحمد، عتو (2021). المساعدات الإنسانية بين التسييس ومبادئ العمل الإنساني. *المجلة الجزائرية للحقوق والعلوم السياسية*، 6(1).
2. برقوق، يوسف (2018). التحديات التي تواجه العمل الإنساني اثناء النزاعات المسلحة. *جامعة سيد بلعباس الحوار المتوسطي*، 9(2).
3. بيران، بيار (2001). *الطوارئ الصحية في التجمعات السكانية الكبيرة*. منشورات اللجنة الدولية للصليب الأحمر.
4. تافل، ماريون هاروف (2010). العنف والعمل الإنساني في المناطق الحضرية، تحديات جديدة ونهج جديدة. *مختارات من المجلة الدولية للصليب الأحمر*، 92(878).
5. حميد، هالة خالد (2021). إشكالية الأمن المائي في العلاقات التركية العراقية، دراسة في اليات التعامل الامثل في قضية المياه. *مجلة القضايا السياسية*، (65).
6. سالم، ماجد صدام (2019). أثر الارهاب على التنمية والأمن الغذائي في العراق. (عدد خاص للمؤتمر العلمي الدولي الثالث، كلية التربية الاساسية -جامعة ميسان /كلية المنارة للعلوم الطبية -ميسان، 29-30/نيسان/2019). *مجلة ميسان للدراسات الاكاديمية*، 18(36).
7. العثماني، نشوان (2020). *نساء اليمن واعباء مضاعفة في زمن كورونا*. منشورات اللجنة الدولية للصليب الأحمر الإنساني، العدد 67.
8. أبو عجيب، لقاء (2014). *آليات ووسائل حماية العمل الإنساني بين النظرية والتطبيق*. اصدارات المعهد الاسكندرناني لحقوق الإنسان.
9. ماروير، بيتر (2016). السياسة الإنسانية والعمل الإنساني القائم على المبادئ. *مختارات من المجلة الدولية للصليب الأحمر*، 97(897-898).
10. ماكغولدريك، كلوديا (2016). مستقبل العمل الإنساني من منظور اللجنة الدولية للصليب الأحمر. *منشورات الصليب الأحمر*، 93(884).
11. يونس، بريس فتاح (2016). دور المنظمات الإنسانية اثناء النزاعات الداخلية المسلحة (الصليب الأحمر نموذجاً). *مجلة كلية القانون للعلوم القانونية والسياسية*، (16).

### ثالثاً: منشورات موقع الأمم المتحدة:

1. المعيار الإنساني الاساسي، ملحق اسئلة ارشادية لرصد الأعمال الاساسية والمسؤوليات التنظيمية، متاح على الموقع الالكتروني تمت الزيارة الساعة 3:00 مساء في 2021/6/2 : <https://kayaconnect.org/course/info.php?id=490>
2. المعايير الإنسانية الأساسية المتعلقة بالجودة والمساءلة، تحالف المعايير الإنسانية الأساسية ومجموعة (Groupe URD) ومشروع اسفير، 2014.
3. وضع منظومة العمل الإنساني، شبكة التعلم الايجابي للمساءلة والاداء، 2015، متاح الساعة 10:00 صباحاً في 2021/5/31 على الموقع الالكتروني <https://www.alnap.org/system/files/content/resource/files/main/sohs2015-arabic.pdf>
4. اللجنة الدائمة المشتركة بين الوكالات ومكتب تنسيق الشؤون الإنسانية التابع للأمم المتحدة 2007، وقت الزيارة 9:00، في 2021/8/6، متاح على الموقع الالكتروني <http://ochaonline.un.org/lcmcs/guideline>

5. المشاورة الإقليمية للشرق الأوسط وشمال أفريقيا، القمة العالمية للعمل الإنساني، عمان –الأردن، 3-5/2015. تمت الزيارة في 4:00 مساءً في 2021/6/11 على الموقع الإلكتروني: <https://www.alnap.org/system/files/content/resource/files/main/scoping-paper-mena-regional-consultation-%5Barabic%5D.pdf>
6. OHCHR مكتب المفوضية السامية للأمم المتحدة، الرصد اثناء فترات النزاع المسلح، الفصل السادس عشر، منشورات الأمم المتحدة، الساعة 6:00 مساءً في 2021/10/10، متاح على الموقع الإلكتروني: <https://www.ohchr.org/>

#### رابعاً: منشورات المنظمة الدولية للصليب الأحمر:

1. برنامج القانون الدولي لمواجهة الطوارئ في الاتحاد الدولي لجمعيات الصليب الأحمر والهلال الأحمر، منشورات الاتحاد الدولي لجمعيات الصليب الأحمر والهلال الأحمر، نشرة رقم 11 الخاصة بالقوانين والقواعد والمبادئ الدولية الخاصة بالاستجابة للكوارث، 2008.
2. روح المبادئ الإنسانية في صورتها العملية، المبادئ التي توجه العمل الإنساني، المجلة الدولية للصليب الأحمر، 2016، 97(897-898).
3. شرح مسودة الارشادات المتعلقة بتسهيل وتنظيم المساعدات الدولية للاغاثة والانتعاش الدولي على الصعيد المحلي في حالات الكوارث، الاتحاد الدولي لجمعيات الصليب الأحمر والهلال الأحمر، 2007.
4. المبادئ الاساسية للحركة الدولية للصليب الأحمر والهلال الأحمر، اخلاقيات وادوات العمل الإنساني، منشورات الاتحاد الدولي لجمعيات الصليب الأحمر والهلال الأحمر، 2015.

#### خامساً: الوثائق الدولية:

1. بيان الاجتماع الرابع للجنة الطوارئ المعنية باللوائح الصحية العالمية 2005 بشأن فاشية المرض الناجم عن فيروس كورونا (COVID 19)، منظمة الصحة العالمية، متاح في الساعة السادسة في 2021/10/8 على الموقع الإلكتروني: [https://www.who.int/ar/news/item/11-12-1441-statement-on-the-fourth-meeting-of-the-international-health-regulations-\(2005\)-emergency-committee-regarding-the-outbreak-of-coronavirus-disease-\(covid-19\)](https://www.who.int/ar/news/item/11-12-1441-statement-on-the-fourth-meeting-of-the-international-health-regulations-(2005)-emergency-committee-regarding-the-outbreak-of-coronavirus-disease-(covid-19))
2. قرار الجمعية العامة للأمم المتحدة رقم 51/37 في 1982
3. قرار الجمعية العامة للأمم المتحدة 182/46 في 1991
4. قرار الجمعية العامة للأمم المتحدة 1325 في 2000
5. معايير وممارسات الأمن الخاصة بموظفي المساعدات الإنسانية تدريب والدعوة لافساح المجال للعمل الإنساني، تقرير حول امن موظفي المساعدات الإنسانية، منشورات دائرة المساعدات الإنسانية التابعة للمفوضية الاوروبية (ECHO)، 2004.

#### خامساً: المراجع الأجنبية:

1. Lucia Mullen Christina Potter, Lawrence O Gostin, Anita Cicero, Jennifer B Nuzzo (2020). An analysis of International Health Regulations Emergency committees and Public Health Emergency of International Concern Designation, 5: e002502. [10.1136/bmjgh-2020-002502](https://doi.org/10.1136/bmjgh-2020-002502)
2. Obijiofor Aginam (2002). International law and communicable diseases, Global Public Health and International Law. *Bulletin of the World Health Organization*, 80.
3. Legal Responses to Health Emergencies, The Law Library of congress, Global Legal Research Center (202)707-6462(phone). (866)550-0442(fax). law@loc.gov <http://www.law.gov>.
4. Muhammad A.Soghaier ,Khawaja MI Saeed, & Khushhal K.Zaman (2015). Public Health Public Health Emergency of International Concern (PHEIC)twice in 2014; Polio and Ebola at top, *AIMS Public Health*, 2(2): 218-222. <https://doi.org/10.3934/publichealth.2015.2.218>

#### سادساً: المواقع الإلكترونية:

1. Advancing the right to health : the vital role of law ,Public health emergencies SUMMARY POINTS ,p 169 [https://www.researchgate.net/publication/324531402\\_Advancing\\_the\\_Right\\_to\\_Health-The\\_Vital\\_Role\\_of\\_Law](https://www.researchgate.net/publication/324531402_Advancing_the_Right_to_Health-The_Vital_Role_of_Law)



## International action in public health emergencies (The role of the International Committee of the Red Cross as a model)

Wahag Khder Abbas

Assistant Professor, College of Law, University of Basra, Iraq  
wahag.khder@gmail.com

Received: 6/9/2021 Revised: 30/9/2021 Accepted: 20/10/2021 DOI: <https://doi.org/10.31559/LCJS2021.2.3.3>

**Abstract:** Humanitarian work includes a set of measures intended to alleviate the pain and suffering of those affected by humanitarian crises, whether armed conflicts or natural disasters. Those undertaking humanitarian work rely on humanitarian principles such as neutrality, impartiality and independence to obtain acceptance from the conflicting parties to ensure the timely delivery of humanitarian aid and services. Deserving it, today however, humanitarian work faces many challenges and obstacles, such as kidnappings and violence against people doing humanitarian work, as well as the spread of epidemics and pandemics in unsafe environments, which endangers the lives of those doing humanitarian work and many difficulties that prevented the timely delivery of the humanitarian needs of those affected.

**Keywords:** Humanitarian work; public health emergencies; humanitarian response standards; code of conduct.

### References:

1. Abw 'jyb, Lqa' (2014). Alyat Wwsa'l Hmayh Al'ml Alensany Byn Alnzryh Walttbyq. Asdarat Alm'hd Alaskndnafy Lhqwq Alensan.
2. Al'thmany, Nshwan (2020). Nsa' Alymn Wa'ba' Mda'fh Fy Zmn Kwrwna. Mnshwrat Alljnh Aldwlyh Llslyb Alahmralensany, Al'dd 67.
3. Ahmd, 'tw (2021). Almsa'dat Alensanyh Byn Altsyys Wmbad' Al'ml Alensany. Almjhlh Aljza'ryh Llhqwq Wal'lwm Alsyasyh, 6(1).
4. Brqwq, Ywsf (2018). Althdyat Alty Twajh Al'ml Alensany Athna' Alnza'at Almslhh. Jam't Syd Bl'bas Alhwar Almtwsty, 9(2).
5. Byran, Byar (2001). Altwar' Alshyh Fy Altjm'eat Alskanyh Alkbyrh. Mnshwrat Alljnh Aldwlyh Llslyb Alahmr.
6. Hmyd, Halh Khald (2021). Eshkalyh Alamn Alma'y Fy Al'laqat Altrkyh Al'raqyh, Drash Fy Alyat Alt'aml Alamthl Fy Qdyh Almyah. Mjlt Alqdaya Alsyasyh, (65).
7. Makghwldryk, Klwdya (2016). Mstqbl Al'ml Alensany Mn Mnzwr Alljnh Aldwlyh Llslyb Alahmr. Mnshwrat Alsyb Alahmr, 93(884).
8. Marwyr, Bytr (2016). Alsyash Alensanyh Wal'ml Alensany Alqa'm 'la Almbad'. Mkhtarat Mn Almjhlh Aldwlyh Llslyb Alahmr, 97(897- 898).
9. Salm, Majd Sdam (2019). Athr Alarhab 'la Altnmyh Walamn Alghda'y Fy Al'raq. ('dd Khas Llm'tmr Al'lmy Aldwly Althalth, Klyt Altrbyh Alasasyh –Jam't Mysan /Klyt Almnarh Ll'lwm Altbyh –Mysan,29-30/Nysan/2019). Mjlt Mysan Lldrasat Alakadymy,18(36).
10. Tafli, Marywn Harwf (2010). Al'nf Wal'ml Alensany Fy Almnatq Alhdryh, Thdyat Jdydh Wnhj Jdydh. Mkhtarat Mn Almjhlh Aldwlyh Llslyb Alahmr, 92(878).
11. Ywns, Bryz Ftah (2016). Dwr Almnzmat Alensanyh Athna' Alnza'at Aldakhlyh Almslhh (Alsyb Alahmr Nmwdja). Mjlt Klyt Alqanwn Ll'lwm Alqanwny Alsyasyh, (16).

## الرقابة القضائية على السلطة التقديرية للإدارة

وليد عبدالرحمن مزهر

أستاذ القانون العام المساعد - جامعة الأقصى - غزة، فلسطين

wa.mezher@alaqsa.edu.ps

قبول البحث: 2022/1/12

مراجعة البحث: 2021/9/30

استلام البحث: 2021/9/6

DOI: <https://doi.org/10.31559/LCJS2021.2.3.4>



This file is licensed under a [Creative Commons Attribution 4.0 International](https://creativecommons.org/licenses/by/4.0/)

## الرقابة القضائية على السلطة التقديرية للإدارة

وليد عبدالرحمن مزهر

أستاذ القانون العام المساعد- جامعة الأقصى- غزة، فلسطين

wa.mezher@alaqsa.edu.ps

استلام البحث: 2021/9/6 مراجعة البحث: 2021/9/30 قبول البحث: 2022/1/12 DOI: <https://doi.org/10.31559/LCJS2021.2.3.4>

### الملخص:

هدفت الدراسة إلى التعمق في الموضوع القانوني بالرقابة القضائية على السلطة التقديرية للإدارة، وأن وجود السلطة التقديرية في العمل الإداري من شأنه أن يحقق وجود الدولة القانونية هذا من جهة ومن جهة أخرى من شأنه تسيير وحسن أداء المرافق العامة الإدارية، ولأهميتها تم استخدام المنهج الوصفي التحليلي وكذلك المقارن، ولهذا تم تقسيم الدراسة إلى ثلاثة مباحث حيث تناولنا في المبحث الأول على ماهية السلطة التقديرية ثم انتقلنا إلى المبحث الثاني وتحدثنا خلاله على الرقابة القضائية الخارجية على حدود السلطة التقديرية التي تتمثل في عيب عدم الاختصاص والشكل والإجراءات والانحراف في استعمال السلطة، بينما في المبحث الأخير تناولنا الرقابة القضائية الداخلية على حدود السلطة التقديرية وتحدثنا خلاله على عيب السبب وعيب المحل، وقد توصلنا إلى عدة نتائج وتوصيات وكان من أهم النتائج السلطة التقديرية للإدارة تكمن في عنصر السبب والمحل والغاية أما السلطة المقيدة فتكون في الاختصاص والشكل. بينما أهم التوصيات تتمثل في الأمل من الإدارة ضرورة استهدافها للمصلحة العامة عند استعمالها للامتيازات المقررة لها بموجب القانون لاسيما السلطة التقديرية.

**الكلمات المفتاحية:** الرقابة القضائية؛ السلطة التقديرية؛ القضاء الإداري؛ عيب عدم الاختصاص؛ عيب الشكل؛ عيب السبب؛ عيب المحل.

### المقدمة:

أضحت الإدارة في الوقت المعاصر تمارس العديد من الاختصاصات لا سيما بعد تحول مفهوم الدولة من المفهوم التقليدي "الدولة الحارسة" إلى المفهوم الحديث "الدولة المتدخلة"، حيث أن دورها لم يعد مقتصرًا على حفظ النظام العام بعناصر الثلاثة بل امتد ليشمل كافة الأنشطة الحياتية والسياسية والاقتصادية؛ وفي وجود هذا التدخل منحها القانون امتيازات واسعة تمكنها من ممارسة اختصاصاتها والقيام بوظائفها على أكمل وجه وعلى وجه الخصوص قد منحها سلطة تقديرية واسعة إلا أنه جعل سلطتها التقديرية مرتبطة بأن تضع الإدارة نفسها في أفضل الظروف عند استعمالها لغاية تحقيق الغرض المنشود وهو تحقيق المصلحة العامة.

تتمتع الإدارة في مباشرتها لاختصاصاتها لسلطة تقديرية بحيث تملك حرية التصرف وفق ما تراه ملائمًا وسلطة مقيدة بحيث تكون الإدارة ملزمة بما حدده القانون، فالسلطة التقديرية والمقيدة تستمد أحكامهما من نصوص القانون والمبادئ العامة له.

وبالتالي السلطة التقديرية ضرورة حتمية في الدول الحديثة ومن المؤكد ألا يمكن أن تكون سلطات الإدارة كلها مقيدة أو تقديرية فالمرشح لن يكون قادر على سن قوانين في مواجهة جميع التغيرات التي تحصل في المجتمع، فتمنح الإدارة روح الابتكار وأن تمارس اختصاصاتها بحرية مما يؤدي إلى حسن سير الإدارة. إلا أن الإدارة وفي حيال ممارستها لسلطتها التقديرية قد تمس بحقوق وحرية الأفراد والاضرار بمصالحهم تبعاً لما تمتع به من امتيازات السلطة العامة ولضمان عدم المساس بمصالح الأفراد، لا بد من أن تتقيد الإدارة عند ممارستها للوظيفة الإدارية بالقانون، وأن تخضع في جميع تصرفاتها لرقابة قضائية فعالة، فضلاً عن أن خضوع الإدارة لرقابة قضائية يحمي مبدأ المشروعية واحترامه، الأمر الذي يدفع الإدارة إلى عدم مخالفة القوانين والأنظمة فيما تقوم به من عمل إداري كذلك تتجنب الأخطاء التي توجب المسؤولية الإدارية.

## أهمية الدراسة:

تتجلى أهمية الدراسة في كون السلطة التقديرية للإدارة باتت ضرورة ملحة في الوقت الحالي نتيجة تطور واتساع النشاط الإداري الذي فرض على المشرع منح الإدارة بعض الامتيازات التي تقوم على الابتكار والتجديد مسيرة مع التطورات الحاصلة في عالم الإدارة لاسيما وأن القانون الإداري قانون مرّن متطور فهو لن يسن قواعد قانونية تتناسب مع كافة الأزمنة وعليه فإن كل ما يتعلق بموضوعاته يتصف بالتجدد والابتكار لذلك كان لابد من وجود سلطة تقديرية تتمتع بها الإدارة وألا يقتصر المشرع على السلطة المقيدة.

أن وجود السلطة التقديرية في العمل الإداري من شأنه أن يحقق وجود الدولة القانونية هذا من جهة ومن جهة أخرى من شأنه تسيير وحسن أداء المرافق العامة الإدارية.

## أهداف الدراسة:

- التعرف على طبيعة السلطة التقديرية للإدارة والتفرقة بينها وبين السلطة المقيدة.
- بيان دور القضاء في المراقبة على أعمال الإدارة وتحقيقه لحماية مبدأ المشروعية وحماية الحقوق والحريات الفردية.
- التعرف على حدود السلطة التقديرية من خلال أركان القرار الإداري ومدى الرقابة عليها.
- التعرف على مبررات وجود هذه النظرية وماهية ضوابطها.

## منهج الدراسة:

اعتمد الباحث على المنهج الوصفي التحليلي حيث وصفت ماهية النظرية والضوابط التي تقوم عليها ومبررات وجودها وكذلك تحليل بعض النصوص القانونية المتعلقة بالموضوع، وكذلك استخدام المنهج المقارن لتحليل هذا الظاهرة فيما بين أحكام القضاء الإداري الأردني والمصري والفلسطيني.

## مشكلة الدراسة:

تكمن مشكلة الدراسة في تجاوز الإدارة للسلطات المخولة لها بموجب القانون وتعهدتها في بعض الأحيان إلى الإضرار بمصالح الأفراد في حالة عدم وجود رقابة قضائية فعالة عليها فضلاً عن تجاوزها لتحقيق المصلحة العامة وتحقيق أغراض خاصة بها. وبالتالي يدور التساؤل الهام حول، مدى رقابة القضاء على السلطة التقديرية للإدارة؟

## أسئلة الدراسة:

- ما هو مفهوم السلطة التقديرية وما هي مبررات وجودها؟
- ما هي حدود الرقابة القضائية الخارجية للسلطة التقديرية للإدارة؟
- ما هي الرقابة القضائية على الحدود الداخلية على السلطة التقديرية للإدارة؟

## خطة الدراسة:

المبحث الأول: ماهية السلطة التقديرية.

المبحث الثاني: الرقابة القضائية الخارجية على حدود السلطة التقديرية.

المبحث الثالث: الرقابة القضائية الداخلية على حدود السلطة التقديرية.

## المبحث الأول: ماهية السلطة التقديرية

تقوم كل جهة إدارية بمباشرة نشاطها وفقاً للقانون ويكون لها في حدوده سلطة تقديرية، وذلك سواء كان من جهة تدخلها أو امتناعها، فالسلطة التقديرية هي القدر من الحرية الذي يتركه المشرع للإدارة كي تباشر وظيفتها الإدارية على أكمل وجه. (حسين، 1953، صفحة 204)

وعلى ذلك فهي لا تتمتع بهذه الحرية إلا لأن القانون قد خولها سلطة في تقدير مناسبة التصرف، فإذا تجاوزت هذا الحد تكون قد خرجت عن نطاق القانون، وبالتالي عن نطاق المشروعية، والسلطة التقديرية لازمة لحسن سير الإدارة، إذ أن المشروعية تثقل كاهل الإدارة، ولا يجب الإفراط فيها.

ويجب أن تخضع الدولة بكافة سلطاتها تحقيقاً للمصلحة العامة لمبدأ المشروعية وأن تلتزم به في كافة مهامها وتصرفاتها الوظيفية الإدارية، إلا أن هذا المبدأ وحده لا يكفي لتحقيق هذه الغاية، فلا بد من أن يتوافر عنصر الملائمة في تصرفات الإدارة، فما تمارسه السلطة الإدارية من ملائمة خلال ما يصدر عنها من تصرفات في إطار المشروعية الإدارية يصطلح عليه "بالسلطة التقديرية". (تيطاوين، 2014م، صفحة 42).

وهنا لابد من الإشارة إلى أن معظم الفقه قد يربط بين "السلطة التقديرية" و"الملائمة" فالأستاذ مصطفى أبو زيد فهدى يقول تحت عنوان: السلطة التقديرية أو الملائمة، أنه "مادام لا توجد قواعد قانونية تحدد مسلك الإدارة، فهذا يعني أننا بعيدون عن السلطة المقيدة، وعلى الإدارة أن تقرر وحدها أن هذا الاجراء ملائم أو غير ملائم، فهي وحدها القادرة على ملائمة قراراتها للظروف الواقعية.

المطلب الأول: مفهوم السلطة التقديرية

أولاً: التعريف اللغوي للسلطة التقديرية:

هي إمكانية التصرف الحر، أي التصرف طبقاً لإرادة صاحب التصرف وطبقاً لمحض رغبته الذاتية، ويقصد بكلمة تقدير من الناحية اللغوية امكانية التقدير الحر، أي التصرف طبقاً لإرادة صاحب التصرف، وطبقاً لمحض رغبته الذاتية. (تيطاوين، 2014م، صفحة 43)

ثانياً: التعريف الاصطلاحي للسلطة التقديرية:

إن المشرع كثيراً ما يترك للإدارة قدراً من الحرية في التصرف وفقاً للظروف دون معقب عليها ولقد عرّف العميد بونار السلطة التقديرية للإدارة: "تكون سلطة الإدارة تقديرية حينما يترك لها القانون الذي يمنحها هذه الاختصاصات بصدد علاقاتها مع الأفراد، الحرية في أن تتدخل أو تمتنع، ووقت هذا التدخل وكيفية، وفحوى القرار الذي تتخذه، فالسلطة التقديرية تنحصر إذا في حرية التقدير التي يتركها القانون للإدارة لتحديد ما يصح عمله، وما يصح تركه". (Devili، 1999، صفحة 278)

أما موريس هوريو فيعرف السلطة التقديرية بأنها: "سلطة تقدير مدى ملاءمة الإجراءات الإدارية". (نجم، 1982، صفحة 46)

أما الفقيه الفرنسي ميشو فيري: "أن السلطة التقديرية تتحقق في كل مرة تستطيع فيها السلطة الإدارية أن تعمل بحرية، ودون أن يكون هناك مسلكاً محددًا تفرضه بطريقة مسبقة إحدى القواعد القانونية". (عبد الوهاب، 2003، صفحة 197)

كما عرفنا الدكتور سامي جمال الدين بأنها: "تتمتع الإدارة بقسط من حرية التصرف عندما تمارس اختصاصاتها القانونية بحيث يكون للإدارة تقدير اتخاذ التصرف أو الامتناع عن اتخاذه أو اتخاذه على نحو معين أو اختيار الوقت الذي تراه مناسباً للتصرف، أو السبب الملائم له، أو في تحديد محله". (جمال الدين، صفحة 145)

وإن مجال أعمال السلطتين التقديرية والمقيدة، هو موضوع القرار الإداري، وعلى وجه التحديد هو الاتصال بين الأسباب والظروف الواقعية، فحيث تعمل الإدارة بموجب سلطة مقيدة، لا تستطيع أن تفعل ذلك إلا استناداً إلى سبب أو آخر معين (أي إذ تحققت ظروف معينة).

أما في حالة ممارستها سلطة تقديرية فإن الإدارة تستطيع أن تتخذ أي قرار لقدرة بنفسها في أي حالة تستطيع أن تصدر قراراً أو آخر. (عصفور، 1957م، صفحة 110)

ويقول الدكتور محمد فؤاد مهنا "ما دام انه لا توجد قواعد قانونية تحدد مسلك الإدارة فمعنى هنا أننا بعيدون عن السلطة المقيدة، وعلى الإدارة وحدها أن تقرر أن هذا الإجراء ملائم أو غير ملائم أي أن تزن وحدها ملاءمة قرارها للظروف الواقعية. (مهنا، 1965م، صفحة 1143)

ثالثاً: التعريف القضائي للسلطة التقديرية:

عرفت محكمة القضاء الإداري المصرية بقولها: "إن قضاء هذه المحكمة قد استقر على أن الجهة الإدارية تستقل بتقدير مناسبة إصدار قراراتها وتترخص بملاءمته ومراعاة ظروفه ووزن ملبساته المحيطة به طالما ان الباعث عليه ابتغاء مصلحة عامة، ولم يشبه عيب إساءة استعمال السلطة أو مخالفة القانون". (قضاء محكمة القضاء الإداري بتاريخ 1953/12/13، السنة الثامنة، ص 329)

بينما عرفت محكمة العدل العليا بأنها: "هو ان يكون للإدارة سلطة اتخاذ الموقف الذي تراه مناسباً عند تحقق الغرض الذي هدف إليه القانون". (قرار محكمة العدل العليا رقم 205 لعام 1997، مجلة نقابة المحامين، العدد 9، 1998م، ص 3253)

فيرى الباحث أن السلطة التقديرية للإدارة قسط من الحرية تتمتع به الإدارة حيال تصرفاتها الإدارية، وعليه فإن الإدارة لها حرية الاختيار في اتخاذ القرار الإداري، ويكون ذلك في الحالات التي يترك القانون لها حرية لإصدار قرار ما من بين عدة قرارات تستطيع اتخاذها وإصدارها دون أن يحدد لها أو يفرض عليها قراراً معيناً يتعين عليها اتخاذه، وفي هذه الحالة يكون أي قرار تتخذه الإدارة من بين القرارات صحيحاً وسليماً من الناحية القانونية، ومعنى ذلك أنه في هذه الحالة تستطيع الإدارة أن ترفض إصدار أي قرار إذا قدرت ملاءمة ذلك. كما تستطيع أن تختار قرار من بين القرارات المتاحة والممكنة وفي جميع الأحوال يكون موقفها أو قرارها متفقاً مع القانون. (ساري، صفحة 408)

المطلب الثاني: مبررات السلطة التقديرية

إن الإدارة لا تقدر على مواجهة الأمور اليومية وحل المشكلات التي تعترض طريق العمل الإداري أو تمثل خطراً على النظام العام، ولا يتصور أن يقوم المشرع بوضع مقاييس دقيقة ومعايير منضبطة لعلاج كل حالة يتصور وقوعها. (حافظ، صفحة 49)

وإذا كان وضع قيود على ممارسة الإدارة لسلطتها يمثل ضماناً هامة لحماية الأفراد ضد إساءة الإدارة استعمال سلطتها والانحراف بها، ويؤدي ذلك احترامها لمبدأ المشروعية وسيادة القانون، فإن تكبير الإدارة بالعديد من القيود والشروط لا يتفق مع الصالح العام.

وعليه سنبين فيما يلي أهم المبررات التي دفعت إلى الاعتراف بالسلطة التقديرية للإدارة على نحو من التفصيل كما يلي:

أولاً: استحالة وضع قواعد عامة لكافة تفاصيل الحياة الإدارية:

لقد لاحظ الفقهاء أنه يكاد أن يكون مستحيلًا أن يضع المشرع قاعدة عامة مجردة تعالج كافة تفاصيل الحياة الإدارية بما فيها من تعقيدات المراكز الفردية. (حافظ، صفحة 49)

لذلك كان من المحتم أن يقتصر التشريع على وضع القواعد والمبادئ العامة وأن يترك للدائرة سلطة معالجة الحالات الفردية بما يتفق مع ظروف كل حالة على حدى، فالسلطة التقديرية من وجهة نظر هذا الرأي تبررها الاستحالة الفنية التي تواجه المشرع في ضوء قاعدة عامة مجرد تعالج كافة تفاصيل الحياة الإدارية وعدم امكان التنبؤ بكافة احتمالات المراكز الفردية، والواقع أن هذا التفسير التقليدي صحيح إلى حد ما، ذلك تن مما لاشك فيه أن هناك استحالة فنية تحول بين المشرع وبين تحديد كافة مجالات نشاط الإدارة، ولكن في كثير من الحالات أيضاً لا يكون سبب السلطة التقديرية هو فكرة الاستحالة الفنية، بل يكون مبررها هو رغبة المشرع في أن يترك للإدارة حرية معالجة الحالات الفردية، وبعبارة أخرى فإن هناك حالات يمكن للمشرع أن يرسم حدودها رسماً دقيقاً وإن يضع قيوداً على الإدارة في ممارسة سلطتها حيالها ومع ذلك فإن المشرع فضل أن يترك للإدارة سلطة تقديرية إزاء هذه الحالات. (السناري، 2000م، صفحة 63)

#### ثانياً: فكرة الصلاحية الإدارية:

ويرى بعض الفقه أن مبرر السلطة التقديرية هو قدرة الإدارة على مواجهة وتقدير وملائمة تصرفاتها وفقاً للظروف والملايسات وذلك بما لها من خبرة وما يوجد تحت تصرفها من وسائل فنية ومعلومات، وذلك على عكس القاضي الذي لا يعيش في أحداث النزاع، فهو عادة بعيد عن المكان الذي تتم فيه وقائعه، وهو غالباً يفصل في النزاع بعد فترة بعيدة نسبياً من حدوثه مما يفقده القدرة على تقدير ملاءمة القرار الواجب اتخاذه لمواجهة أحداث النزاع، فمن المنطق والصالح العام وحسن سير العمل الإداري في جهاز الدولة يتطلب منح الإدارة قدرماً من الحرية في اتخاذ التصرف أو عدم اتخاذه، أو اتخاذ نوع العمل الملائم وأخيراً تحديد الوقت المناسب. (بسيوني، 1996م، صفحة 41 وما بعدها)

فقضت محكمة العدل العليا في مجال الصلاحية التقديرية في مجال تمديد الأجل المنصوص عليها في القانون "صلاحية مسجل العلامات التجارية، صلاحية تقديرية يمارسها وفق مقتضيات وظروف العمل وليس في ظروف الدعوى ما يشير إلى ان مسجل العلامات التجارية قد خالف أحكام المادة (40) من قانون المعاملات التجارية تمديد مهلة الاعتراض سيما أنه قام بتبليغ الجهة المعارضة عليها تمديد مهلة الاعتراض وقبول الاعتراض". (قرار محكمة العدل العليا رقم 39 لعام 99، مجلة نقابة المحامين، العدد (2-1)، 2000م، ص 75)

#### ثالثاً: السلطة التقديرية ضرورية لفاعلية العمل الإداري:

أن السلطة التقديرية شرط ضروري لكفالة فاعلية العمل الإداري، ذلك لأن الاختصاص المقيد غالباً ما يفقد العمل الإداري فاعليته فالإدارة مكلفة بحكم وظيفتها بتنظيم سير المرافق العامة، ولاشك أن هذه المهمة من أعقد المهام وأشقها ذلك أنه يجب على رجل الإدارة أن يوافق في أداء هذه الرقابة بين شتى المصالح المتعارضة والجديرة بالرعاية والتي يتعلق بعضها بالصالح العام والبعض الآخر بالمصالح الخاصة المشروعة للمواطنين. (اليازجي، 2017م، صفحة 81)

فإذا كان رجل الإدارة ليس إلا منفذاً حرفياً للقوانين واللوائح لأدى ذلك إلى شلل الإدارة، وإلى فقدان فاعلية العمل الإداري ذلك أن فاعلية العمل الإداري تكمن في ملاءمته للظروف التي يعالجها، والعمل الإداري غير الملائم يولد ميتاً فاقداً لعناصر فاعليته، فالسلطة التقديرية هي ضرورة من ضرورات الفاعلية الإدارية، فإن منح الإدارة سلطة تقديرية يتحقق للتوفيق والملاءمة بين اعتبارين أساسيين هما الكفاءة الإدارية وحماية حقوق وحريات الأفراد التي تتطلب تقييد الإدارة بنصوص قانونية. (شيحا، 1994م، صفحة 116)

#### رابعاً: تفادي عيوب السلطة المقيدة:

إن تفادي عيوب السلطة المقيدة يمكن أن يكون مبرراً للاعتراف بنصيب من السلطة التقديرية للإدارة، فإذا كانت السلطة المقيدة تبدو لأول وهلة ضماناً لحقوق وحريات الأفراد ضد تعسف الإدارة أو تحكمها، إلا أن سلطة المقيدة ليست دائماً في صالح الأفراد، فهي في كثير من الحالات تنتهي إلى وضع عراقيل في سبيل العمل الإداري وتؤدي من الناحية العملية إلى بطء وارتباك العمل الإداري.

كذلك فإن السلطة المقيدة تهدد أيضاً بفقدان الروح الانسانية في العمل الإداري، فالقاعدة القانونية بحكم أنها قاعدة عامة مجردة وأنها تعالج حالات مستقبلية يصعب التنبؤ بظروفها. تقرر نفس المبادئ، والأحكام لعدد لانها من الحالات الفردية المستقبلية التي لا تتطابق حتماً مطابقة تامة بل هي تختلف عن بعضها البعض اختلافاً كبيراً أو قليلاً وهذا التفاوت والاختلاف في ظروف الحالات الفردية يظهر أحياناً عدم ملاءمة القاعدة القانونية بل وقسوتها في التطبيق الفردي ومن أجل هذا فإن الإدارة يمكنها عن طريق السلطة التقديرية أن تبعث في التطبيق الفردي للقاعدة القانونية تلك الروح الانسانية والعدالة التي فقدتها بسبب تجريدتها وعموميتها. (علم الدين، 1971م، صفحة 12)

حيث ذهبت المحكمة الإدارية العليا في مصر إلى أن: "السلطة التقديرية التي تتمتع بها الإدارة مع خطورتها أبعد ما تكون عن السلطة التحكيمية، فهي لا تعدو أن تكون نوعاً من الحرية لتمكين الإدارة من تقدير خطورة بعض الحالات، وهذه تتطابق تماماً على الإجراءات التي تقوم بها سلطات الضبط الإداري في ممارسة نشاطها، ولتتمكن من مواجهة الحالات الواقعية التي تعرض عليها، ويكون لها اختيار وقت تدخلها بالإجراء الضبطي، وتقدير أفضل الوسائل وأجداها لمواجهة هذه الحالات، وفي هذا المجال تكون سلطة الضبط حرة، ولكنها في نفس الوقت تكون محاطة دائماً بفكرة تحقيق الغاية من النشاط الضابط، وهو النظام العام بأسلوب يكفل تحقيق الصالح العام في ذات الوقت، أما مجلس الدولة الفرنسي فقد اعترف للإدارة بسلطة تقديرية لتيسير العمل الإداري، حيث منح الإدارة سلطة تقدير إنشاء أو عدم إنشاء المرافق العامة، طالما لم يلزمها القانون بذلك، ولكنه قيد سلطة الإدارة في



إلغاء المرافق التي وافقت على إنشائها وارتبطت بها مصالح الجماهير بضرورة أن يكون ذلك لضرورات المصلحة العامة. ( خليفة، الانحراف بالسلطة كسبب لإلغاء القرار الإداري،، 2001م، صفحة 17)

### المبحث الثاني: الرقابة القضائية الخارجية على حدود السلطة التقديرية

تعرف محكمة العدل العليا القرار الإداري بأنه: "إفصاح جهة الإدارة عن إرادتها الملزمة والمنفردة بما لها من سلطة بمقتضى القوانين والأنظمة وذلك بقصد إحداث أو تغيير مركز معين متى كان ذلك ممكناً أو جائزاً قانوناً، وكان الباعث عليه ابتغاء مصلحة عامة". (قرار عدل علياً أردنية رقم 99/512، مجلة نقابة المحامين، العددان (10-9)، 2000، ص 3049)

وعلى ذلك يمكننا تحديد أركان القرار الإداري بأنه يتكون من خمسة أركان أو عناصر وهي ركن السبب، وركن الشكل، وركن الاختصاص، وركن المحل، وركن الغاية.

ويقصد بالعناصر الخارجية للقرار الإداري، عنصر الاختصاص، وعنصر الشكل، وإن توزيع الاختصاصات بين الجهات الإدارية والهيئات يراعى فيه المصالح العام والذي يقتضي تقسيم العمل حتى يتفرغ كل موظف وكل هيئة لما أنيط به ليؤدي بالطريقة المثلى عمله بالإضافة لما في ذلك التقسيم والتوزيع من مصلحة للأفراد حتى يسهل توجيههم إلى أقسام الإدارة المختلفة.

فيتعين على الإدارة حتى في ممارستها لسلطتها التقديرية أن تحترم جميع أوجه المشروعية، فيجب أن يكون قرارها وفقاً للقانون بمعناه الواسع.

#### المطلب الأول: عيب عدم الاختصاص

يقوم القانون العام الحديث، على فكرة الاختصاص، وتحديد اختصاصات معينة لرجل الإدارة، هو نتيجة من نتائج مبدأ الفصل بين السلطات، لأن هذا المبدأ لا يقتضي تحديد اختصاصات السلطات العامة الثلاث فحسب، وإنما يستتبع أيضاً ضرورة توزيع الاختصاصات في نطاق السلطة الواحدة. (الطماوي س،، 1996، صفحة 590)

أولاً: مفهوم عيب عدم الاختصاص:

إن التعريف المستقر عليه فقها لعيب الاختصاص، هو الذي يعرفه بأنه: "عدم القدرة قانوناً على مباشرة عمل قانوني معين، حيث جعله المشرع من اختصاص سلطة أخرى طبقاً للقواعد المنظمة للاختصاص". (عبد الله، 1990م، صفحة 463)

عرفت محكمة القضاء الإداري بأنه "عدم القدرة على مباشرة عمل قانوني معين جعله المشرع من سلطة أو فرد آخر". (حكم محكمة القضاء الإداري في القضية رقم 1867، لسنة 8 ق، جلسة 1957/1/27، مجموعة أحكام السنة 11، مبدأ رقم 114، ص 172)

وعرفت محكمة العدل العليا في فلسطين عيب عدم الاختصاص، حيث قررت في ذلك "... استقر قضاء محكمة العدل العليا على أن اعتداء سلطة إدارية دنيا على اختصاص سلطة إدارية أعلى يؤدي إلى عدم مشروعية القرارات الصادرة لعدم الاختصاص، كاعتداء القائد العام للقوات المسلحة على اختصاص وزير الدفاع. (قرار محكمة العدل العليا برام الله رقم 98/17 جلسة 1999/11/13)

ويأخذ عيب عدم الاختصاص إحدى صورتين، صورة عدم الاختصاص الإيجابي، وعدم الاختصاص السلبي، كما يجب الإشارة إلى أن الاختصاص لا يفترض، بل يستند إلى قاعدة قانونية مكتوبة أو غير مكتوبة، تمنح اختصاص إصدار القرار لشخص محدد.

ويتميز عيب عدم الاختصاص بأنه العيب الوحيد الذي يتعلق بالنظام العام (فهني، 1979، صفحة 411) ويتربط على ذلك أن الدفع بعدم الاختصاص لا يسقط بالدخول في موضوع الدعوى ويجوز إيدأؤه في أي مرحلة من مراحلها وأن على القاضي أن يحكم بعدم الاختصاص تلقائياً ولو لم يثيره طالب الإلغاء.

فعيب عدم الاختصاص هو أول وأقدم سبب من أسباب الحكم بالإلغاء وهو العيب الذي يصيب القرار الإداري من حيث ركن الاختصاص، فهو يعني انعدام القدرة والأهلية أو لصفة القانونية على اتخاذ قرار إداري معين لحساب الإدارة العامة بصفة مشروعية، فإذا قام موظف ما بإصدار قراره باطلاً لعيب الاختصاص ويتحقق إلغاء القرار الإداري، وليس للإدارة في مجال ركن الاختصاص أية سلطة تقديرية؛ لأنه محدد بالقانون، وليس لها في ذلك حرية الاختيار، وإن كانت الإدارة تعمل غالباً على توسيع اختصاصاتها عن طريق تفسير النصوص المحددة له تفسيراً واسعاً. (الجبوري، صفحة 49)

ثانياً: صور عيب عدم الاختصاص:

تنقسم صور عيب عدم الاختصاص إلى عيب عدم اختصاص جسيم يعرف باغتصاب السلطة وعيب عدم الاختصاص بسيط.

#### 1. عيب عدم الاختصاص الجسيم

يطلق الفقه والقضاء على عيب عدم الاختصاص الجسيم اصطلاحاً " اغتصاب السلطة " ويكون من أثره فقدان القرار لصفته وطبيعته الإدارية فلا يعد باطلاً وقابلاً للإلغاء فحسب، وإنما يعد القرار معدومة لا تلحقه أية حصانة ولا ينزل انعدامه فوات ميعاد الطعن فيه ولا يتقيد الطعن فيه بشرط الميعاد، إذ يمكن سحبه وإلغاءه بعد انتهاء ميعاد الستين يوماً المحددة للطعن. (بعلوشة، 2010، صفحة 117)

قد تبلغ مخافة القرار الإداري لركن الاختصاص، حداً من الجسامة لدرجة تفقده صفته الإدارية، حيث يتحول إلى عمل مادي، حيث يكون مصدره مغتصباً لسلطة لم يمنحه المشرع إياها، كما أن هذا العيب لا يؤدي إلى إلغاء القرارات الإدارية، وإنما يؤدي إلى انعدامها (عوابدي، 1998، صفحة 505)، ويظهر عدم الاختصاص الجسيم في عدة حالات هي:

#### أ. صدور القرار الإداري من فرد عادي:

يقصد به صدور القرار من شخص لا يتمتع بأي صفة إدارية تخوله إصدار القرار الإداري إما لعدم تقلده الوظيفة أصلاً أو أن القرار قد صدر في وقت كانت صفته كموظف عام زالت عنه السبب من الأسباب، فيعتبر القرار الصادر منه عندئذ منعدماً ولا يرتب أي آثار قانونية لافتقاده شرطة هامة يفترض توافره في كافة القرارات الإدارية ألا وهو صدوره عن شخص عام. وقد جاء في قضاء مجلس الدولة المصري في حكم محكمة القضاء الإداري على أنه: "العمل الإداري لا يفقد صفته الإداري ولا يكون معدوماً إلا إذا كان مشوباً بمخالفة جسيمة ومن صورها أن يصدر القرار من فرد عادي". (حكمها في القضية رقم 1131 الصادر في تاريخ 16 ديسمبر سنة 1953م، المجموعة، ص 632).

وأكدت محكمة العدل العليا على هذه الحالة في حكم صدر لها حيث عدت أن القرار منعدماً إذا صدر من فرد عادي، أو هيئة غير مختصة حيث جاءت حيثيات حكمها "إن القرار المنعدم هو الذي يصدر عن فرد عادي أو هيئة لها أن تزاوِل هذا الاختصاص أصلاً أو صدر القرار من سلطة من شأن اختصاص سلطة أخرى، إذ يصدر موظف قراراً هو غير مخول بإصدار أي قرار إداري، ففي هذه الحالات يعد القرار منعدماً...". (حكمها في القضية رقم 86/18 الصادر بتاريخ 26 فبراير لسنة 1986، المنشور بمجلة نقابة المحامين، العدد السادس، ص 729). وقد استقر القضاء الإداري الفلسطيني على اعتبار أن "القرار الإداري منعدماً إذا كان مشوباً بعيب جسيم ويكون ذلك إذا صدر القرار من فرد عادي أو هيئة لا تختص أصلاً بمزاولة هذا الاختصاص، أو صدر القرار من سلطة في شأن من اختصاص سلطة أخرى كان تتولى السلطة الإدارية عملاً من أعمال السلطتين القضائية أو التشريعية، أو إذا أصدره موظف ليس من واجبات وظيفته أن يصدر قرارات إدارية...". (قرار محكمة العدل العليا برام الله في الطلب رقم 74/1999 م جلسة 28/5/2003، موقع المفتي)

#### ب. اعتداء السلطة التنفيذية على اختصاصات السلطة التشريعية والتنفيذية.

يحدد المشرع غالباً اختصاصات كل سلطة من السلطات الثلاثة التشريعية والقضائية والتنفيذية، فإذا أصدرت الإدارة قراراً في موضوع هو من اختصاص السلطة التشريعية أو القضائية فإن قرارها هذا يكون من قبيل اغتصاب السلطة. (ليلو، 2008، صفحة 168)

#### 2. اعتداء السلطة التنفيذية على اختصاصات السلطة التشريعية

ويظهر عيب عدم الاختصاص الجسيم في هذه الصورة بتناول القرار الإداري تنظيم أمر لا يمكن تنظيمه إلا بقانون وفقاً لأحكام الدستور (السناري، 2000م، صفحة 205) إذا خرجت الإدارة عن النطاق المحدد لها في حقل التنظيم العام وتناولت إلى ما هو من اختصاص السلطة التشريعية يكون عملها مشوباً باغتصاب السلطة ومستلزمياً البطلان كأن تنشئ السلطة التنفيذية محكمة إدارية بقرار إداري.

وقد أكدت محكمة القضاء الإداري المصرية بقولها: "إذا ينص القانون على تشكيل ما على وجه معين فإنه لا يصح تعديل التشكيل إن رُوي تقرير ضمان القرار ضماناً أكبر إلا ممن يملكه قانوناً هو المشرع، أما السلطة القائمة على تنفيذ القانون فإنها لا تملك أصلاً تعديل التشكيل، فإن فعلت كان تصرفها من قبيل اغتصاب السلطة فيقع باطلاً أصلياً". (حكمها في القضية رقم 588 الصادر في 23 يونيو 1949، المجموعة، ص 1070).

#### 3. اعتداء السلطة التنفيذية على اختصاصات السلطة القضائية

لسلطة القضائية تتولى الرقابة على أعمال الإدارة العامة وقراراتها وذلك وفقاً للمبدأ الدستوري الفصل بين السلطات وترتيباً على ذلك في حال صدور قرار إداري من السلطة الإدارية يتناول اختصاص من اختصاصات ومهام السلطة القضائية، فإنه يعتبر قراراً مشوباً بعيب عدم الاختصاص الجسيم ومنعدماً إلا في الحالات التي يجيزها القانون. (كنعان، 2010م، صفحة 275)

والسلطة القضائية تتولى الرقابة على أعمال الإدارة العامة وقراراتها وذلك وفقاً للمبدأ الدستوري الفصل بين السلطات وترتيباً على ذلك في حال صدور قرار إداري من السلطة الإدارية يتناول اختصاص من اختصاصات ومهام السلطة القضائية، فإنه يعتبر قراراً مشوباً بعيب عدم الاختصاص الجسيم ومنعدماً إلا في الحالات التي يجيزها القانون. (صاوق، 2008م، صفحة 265)

ولقد أقر القضاء الإداري الفلسطيني في العديد من أحكامه بعدم مشروعية القرارات الإدارية الصادرة من الإدارة التي تعدي بها على اختصاصات السلطة القضائية التي منحها لها المشرع الدستوري. (قرار محكمة العدل العليا بغزة في الطلب رقم 83/2004 جلسة 12/7/2006، غير منشور)

#### 4. اعتداء جهة إدارية على اختصاصات جهة إدارية أخرى

يكون مرجع العيب في هذه الصورة انتهاك بلغ حد الجسامة لقواعد الاختصاص في نطاق الوظيفة الإدارية يمكن اعتبارها من قبيل اغتصاب السلطة (ليلو، 2008، صفحة 170). ومن صورة هذا العيب أن تعدي سلطة إدارية على اختصاص سلطة إدارية أخرى لا تربطها بها صلة تبعية أو إشراف والغالب يكون المشرع قد جعل السلطتين على قدم المساواة وقد سعى الفقه القانوني الإداري هذه الصورة الاعتداء الجاني على السلطة.

ومن المبادئ التي استقر عليها القضاء الإداري المصري في أحكامه في هذه الصورة بأن " صدور القرار الإداري من جهة غير منوط بها إصداره قانوناً يعيبه بعبء جسيم ينحدر به إلى حد العلم طالما كان في ذلك افتاتت على سلطة جهة أخرى لها شخصيتها المستقلة". (حكم المحكمة الإدارية العليا المصرية في الطعن رقم 60 5934 ق جلسة 26/6/2007 م)

وفي الأخير ننهي إلى أن التفرقة بين صورتين عدم الاختصاص يترتب عليها نتيجة غاية في الأهمية، حيث أن القرارات التي شأها عيب عدم الاختصاص البسيط ما هي إلا قرارات باطلة، أما التصرف المشوب بعدم الاختصاص الجسيم فجزأؤه الانعدام، إذ يعد مجرد عمل معدوماً لا يكسب حقاً ولا يكتسب حصانة ولا يتقيد الطعن بإلغائه بميعاد.

وقد قرر القضاء الإداري الفلسطيني في أحكامه بعدم مشروعية القرارات الصادرة عن الجهة الإدارية التي ليس من صلاحيتها ولا اختصاصاتها إصدار هذه القرارات واصباغ قراراتها بعبء عدم الاختصاص الجسيم وانعدامه ومن هذه الأحكام. (قرار محكمة العدل العليا بغزة في الطلب 31 / 2009 رقم جلسة 28/1/2009 م، وقرار محكمة العدل العليا بغزة في الطلب رقم 462/2008 جلسة 5/1/2009، موقع المفتي)

### 5. عيب عدم الاختصاص البسيط

يكون حينما يقع في داخل النطاق الإداري، وهذه الصورة هي الأكثر شيوعاً يظهر عيب عدم الاختصاص البسيط في نطاق السلطة الإدارية ذاتها أي يقع فيما بين الجهات الإدارية المختلفة وموظفيها، ويكون الاعتداء فيه على الاختصاصات غير الجسيمة حيث يرتبط بتجاوز حدود السلطة لا يصلحها إلى درجة غصبها مما يجعل القرار الإداري قابل للإلغاء فقط، ويبقى القرار محتفظاً بمقوماته كقرار إداري ونافذاً إلى أن يصدر قراراً قضائياً بإلغائه، ويكون ذلك في إحدى صورتين: إما إيجابية بأن يصدر موظف، أو هيئة قراراً من اختصاص موظف أو هيئة أخرى، أو سلبية إذا امتنعت سلطة إدارية عن مزاوله اختصاصها خطأ كما لو رفض أحد المديرين إصدار قراراً يدخل في اختصاصه، لاعتقاده بأن قراراً صادرة من لجنة معينة يمنعه من ذلك في حين أن مهمة تلك اللجنة استشارية بحته. (قرار محكمة العدل العليا برام الله في الطلب رقم 455 / 2008 جلسة 31 / 12 / 2008، موقع المفتي). ولها ثلاث صور تقليدية

#### أ. عدم الاختصاص الموضوعي

يقصد به " العيب الناتج عن إصدار الموظف أو الجهة الإدارية قراراً إدارية في موضوع لا تملك سلطة إصداره قانوناً لمنح المشرع سلطة إصداره لجهة إدارية أخرى". (صاديق، 2008م، صفحة 342)

#### ب. عدم الاختصاص المكاني

عدم الاختصاص المكاني يعرف بأنه " عدم قدرة رجل الإدارة على اتخاذ قرارات إدارية تقع خارج منطقة اختصاصه الإقليمي (شطنانوي، 2004م، صفحة 751)؛ وذلك لأن القواعد القانونية تبين وتحدد الدائرة الإقليمية التي يتعين على صاحب الاختصاص ممارستها فيها فيتوجب عليه احترام الحدود الإقليمية لهذه الدائرة، وتمثل الدائرة الإقليمية لصلاحيات الجهات المركزية أرجاء إقليم الدولة كاملاً بينما تقتصر الدوائر الإقليمية لصلاحيات الهيئات المحلية على أرجاء معينة ومحددة من إقليم الدولة فقط، وعليه يعتبر القرار الإداري مشوباً بعيب عدم الاختصاص المكاني في حال تجاوز الجهة الإدارية المصدر القرار نطاق دائرة اختصاصها الإقليمي.

ووفقاً لقضاء محكمة العدل العليا في فلسطين فإن الاختصاص المكاني للهيئات المحلية يتحدد على ضوء موقف المشرع في النصوص القانونية المنظمة لنشاطها وقراراته وهذا ما جاء في أحد أحكامها: " اما تقسيم قطعة الأرض موضوع مشروع التقسيم التفصيلي فقد قمت به لجنة المحلية للتنظيم، وبالرجوع إلى المادة "28" من نفس القانون نجد أن اللجنة المحلية للتنظيم هي صاحبة الاختصاص بتقسيم أية أرض واقعة في منطقة تنظيم، وان كل تقسيم لأية أرض واقعة في منطقة تنظيم وكل تسجيل يجري بشأنها خلافاً لأحكام هذه المادة يعتبر باطلاً... إلخ". (حكم محكمة العدل العليا المنعقدة في رام الله في الدعوى الإدارية رقم 22 لسنة 1997م، بتاريخ 2003/2/5م)

#### ج. عدم الاختصاص الزمني

يعني أن القرار الإداري صدر في وقت لا يكون الاختصاص ممنوح قانون الجهة المصدر له، حيث أن لكل موظف نطاق زمني يكتسب من خلاله صفة تؤهله لمباشرة صلاحيات تنتمي مدتها بانتهاء هذه الصفة وزوالها عن المسئول أو الموظف، فللزم أهمية كبيرة بالنسبة لممارسة هذه الاختصاصات حيث تكون مباشرة الجهة الإدارية لاختصاصها وسلطاتها من تاريخ التعيين أو تاريخ تقلد الوظيفة أصلية أو تفويضية بها. (السناري، 2000م، صفحة 211)

#### المطلب الثاني: عيب الشكل والإجراءات

أوجب المشرع وكذلك القضاء على الإدارة أن تصدر قرارها مستوفية أركانها وشروطه، مراعية شكلياته وإجراءاته، فجعل المشرع من تجاوز هذا العنصر سبباً للطعن في صحة القرار الإداري، وجعل من بين أسباب الطعن في القرار الإداري تجاوز ما يتطلبه المشرع من أشكال وإجراءات، ورتب على ذلك آثاراً سببها المصلحة العامة.

#### أولاً: التعريف بعيب الشكل

وقد ثار التساؤل حول ما إذا كان الإجراء يُعدُّ عنصراً من عناصر الشكل أم أنه مستقل عنه؟ وللإجابة عن هذا التساؤل، انقسم الفقه الإداري إلى

اتجاهين:

فذهب جانب من الفقه إلى التفرقة بين الشكل والإجراء في القرار الإداري وعدم اعتبارهما عنصراً واحداً يُشكل سبباً من أسباب الإلغاء، ويستند هؤلاء في تعريفهم للإجراءات بأنها: "مجموع العمليات أو القواعد القانونية التي يجب على الإدارة مراعاتها منذ بدء التفكير في إصدار القرار لحين وضع القرار في قالب أو الصورة التي يصدر فيها. وتعريفهم للشكل بأنه الإطار أو الصورة التي تظهر فيها إرادة الإدارة المنفردة بشكلها النهائي. (حسن، التعويض في القانون الإداري والإدارة العامة، 1971م، صفحة 127)

في حين ذهب جانب آخر من الفقه الإداري إلى اعتبار الإجراء من عناصر الشكل على أساس أن المقصود بالشكل المظهر الخارجي الذي يتخذه القرار للإفصاح عن إرادة الإدارة المنفردة، ولذلك لا مجال للفصل بين الإجراء المتبع لإصدار القرار وشكله. (الجرف، 1973م، صفحة 490) يقصد بالشكل "المظهر الخارجي والإجراءات التي تعبر بموجبه الإدارة عن إرادتها وفقاً للقانون". (الطماوي س.، 1984م، صفحة 231) كما عرف أيضاً بأنه "الصورة التي يجب أن يفرغ فيها القرار عند إصداره، أي الصورة التي يجب أن تتم بها عملية التعبير عن الإرادة التي هي جوهر القرار الإداري". (حسن، قضاء الإلغاء، 1982م، صفحة 242)

وقد قررت محكمة العدل العليا في فلسطين بأنه "... يجب أن يصدر القرار الإداري وفقاً للإجراءات التي حددها المشرع وفي الشكل المرسوم له، إذ أن قواعد الشكل والإجراءات قد وضعت لحماية المصلحة العامة ومصصلحة الأفراد على السواء، ومخالفتها تستدعي بطلان الإجراء المتخذ دون حاجة للنص على ذلك صراحة لأن عدم مراعاتها فيه إخلال بالضمانات المقررة للأفراد" (قرارها برام الله رقم 6/96، جلسة 8/96، 26/11/1996، و. كذلك قرارها برام الله رقم 8/96، جلسة 5/12/1996).

ثانياً: صور الشكل والإجراءات في القرار الإداري

### 1. الأشكال الجوهرية التي تؤثر في القرار الإداري:

لا يمكن حصر الأشكال والإجراءات التي يترتب على مخالفتها بطلان القرار الإداري، حيث لم يضع القضاء الإداري معياراً حاسماً مانعاً لما يعد من قبيل الأشكال والإجراءات الجوهرية وما لا يعد كذلك، والتمييز بين الأشكال الجوهرية والأشكال غير الجوهرية مسألة تقديرية تنظر في ضوء النصوص القانونية ورأي المحكمة.

#### • الإجراءات التمهيدية لإصدار القرار الإداري

يشترط القانون في بعض الأحيان على جهة الإدارة سلوك إجراءات محددة قبل إصدار قرارها ويترتب على إغفال إتباع هذه الإجراءات بطلان قرارها كما في الإجراءات الاستشارية مثل: قد يتطلب المشرع في بعض الأحيان على الجهة الإدارية قبل إصدار قرار إداري معين أخذ رأي جهة معينة أو استشارة هيئة معينة بغض النظر إن كان هذا الرأي أو تلك الاستشارة ملزمة من عدمه وكذلك إجراءات التحقيق، وأيضاً الشكليات الخاصة باللجان والمجالس فقد يوكل أمر القيام ببعض الأنشطة الإدارية إلى مجموعة من الموظفين يطلق عليهم وصف لجنة أو مجلساً أو هيئة. (الزناتي، 2017م، صفحة 45) وقضت محكمة العدل العليا في فلسطين أيضاً بضرورة التثبت من المخالفة المنسوبة للموظف قبل إيقاع العقوبة عليه، وعدم إيقاعها إلا بعد سؤاله عما أسند إليه ومواجهته بتلك المخالفة، وأن يتم التحقيق معه في حدود الأصول العامة بمراعاة الضمانات الأساسية له بحيث يكفل حقه بالدفاع عن نفسه تحقيقاً للعدالة وليتمكن من دفع التهمة أو تبريرها وبالعكس ذلك فإن عدم مراعاة تلك الضمانات يجعل قرار إيقاع العقوبة بحق الموظف واجب الإلغاء".

#### • المظهر الخارجي للقرار الإداري

يقصد بالمظهر الخارجي للقرار الإداري شكل القرار ذاته، والقاعدة أنه ليس للقرار الإداري شكل أو قالب معين يجب أن يصدر فيه، إلا أن المشرع قد يشترط أن يكون القرار مكتوباً أو مسجلاً، وفي هذه الحالة يتوجب على الإدارة إتباع الشكل الذي تطلبه المشرع، وإلا عد قرارها مخالفاً لشكل جوهري حري بالإلغاء. (غانم و الشاعر، 2019م، صفحة 487)

### 2. الأشكال غير الجوهرية التي لا تؤثر في القرار الإداري

من المستقر في القضاء الإداري أنه لا يترتب البطلان على كافة مخالفة للشكليات والإجراءات التي لا يتوجب القانون إتباعها والتي لا تؤثر على موضوع القرار أو على ضمانات الأفراد تعتبر إجراءات وشكليات ثانوية غير جوهرية. (مزهر و الأخرس، 2020م، صفحة 263)

تتمثل الأشكال الثانوية أو غير الجوهرية في تلك الشكليات التي لم يوجب القانون ضرورة إتباعها واحترامها، ولم يرتب البطلان على مخالفتها من جانب الإدارة، وكذلك الأشكال التي لا تؤثر على مضمون القرار ومحتواه بحيث لا ينتج من مخالفتها أي تغيير في محتوى القرار أو الإدارة أتبعها. إذ أنها تكون في معظم الأحيان مقررة لمصلحة الإدارة، لذلك فقد استقر القضاء الإداري على أن إغفالها لا يؤدي بالضرورة أي إبطال القرار الإداري وإلغائه، ومن أمثلتها عدم ذكر اسم المحقق في القرار التأديبي، أو عدم سماع شاهد لا تعد شهادته منتجة في التحقيق وما إلى ذلك، كما أن عدم إتباع إجراءات نشر القرار في الجريدة الرسمية لا يبطل القرار، لأن غاية النشر إعلام صاحب الشأن به وقد تحققت تلك الغاية بالعلم اليقيني بالقرار ومن ثم يكون إجراء النشر ثانوية في صحة القرار. (خليفة، القرارات الإدارية في الفقه وقضاء مجلس الدولة، الطبعة الأولى، 2007م، صفحة 125)

وهذا التمييز بين الشكليات المقررة لمصلحة الإدارة، وتلك المقررة لمصالح الأفراد، قد واجه انتقاداً فقهياً، فمن جهة من الصعب تحديد الحالات التي تكون فيها الأشكال مقررة لمصلحة الإدارة وحدها، ومن جانب آخر فإن هذه الأشكال هي في الحقيقة مقررة لتحقيق الصالح العام، وليس تحقيق صالح

الإدارة وحدها أو الأفراد وحدهم، بل أن الكومسيون الطبي هو في حقيقته لمصلحة الموظف إلى جانب مصلحة الإدارة، كما أن الطبيعة الموضوعية-العينية - لدعوى الإلغاء التي تختصم القرار الإداري ذاته تتعارض مع النظر إلى مصالح أطراف النزاع<sup>1</sup>. (فهبي، 1979، صفحة 209)

يتغاضى القضاء الإداري أحياناً عن مخالفة بعض الشكليات التي يعدها ثانوية لا تؤدي إلى بطلان القرار الإداري ومثلاً إغفال الإدارة الإشارة صراحة في صلب قرارها إلى النصوص القانونية التي كانت الأساس في إصداره، وعدم ذكر صفات أعضاء اللجان الإدارية ذات الاختصاص القضائي في صلب القرارات الصادرة عنها، إن هذا الاتجاه في القضاء يهدف إلى التقليل من الشكليات التي تضر بعمل الإدارة وتقيدتها عن أداء وظيفتها إلا أن هذا الاتجاه لا شك سيؤدي إلى تعسف الإدارة وادعائها بأن أغلب الإجراءات والأشكال لا تؤثر في مضمون القرار الإداري ولها سلطة تقديرية في هذا المجال، ولا يخطئ ما لذلك من تأثير سلبي على سلطة القضاء الإداري في الرقابة على مشروعيتها قراراتها<sup>2</sup>. (مزهر و الأخرس، 2020م، صفحة 265)

ومن قضاء محكمة العدل العليا في فلسطين، بهذا الصدد، حكمها الذي ذهب فيه إلى القول بأن تنازل جهة الإدارة عن استكمال الإجراءات اللازمة لمنح الترخيص للجهة المستدعية لا يترتب عليه بطلان الإجراءات لأنها شرعت في الأصل لمصلحة الإدارة، فإذا تنازلت عنها ووافقت على السير فيها من النقطة التي توقفت عندها، فإن بقاء القرار المطعون فيه - رفض الترخيص - يغدو والحالة هذه لا مبرر له. (قرارها برام الله رقم 96/38، جلسة 1998/11/3 قرار غير منشور.)

#### ثالثاً: تغطية عيب الشكل

مسألة تغطية عيب الشكل والإجراءات لا تثار إلا بالنسبة للشكل أو الإجراء الجوهري، الذي تم إغفاله، أو تم إجراؤه بصورة غير صحيحة، لأن عيب الشكل والإجراء الجوهري هو الذي يعتد به القضاء ويلغي القرار الإداري بسببه، لكن بالنسبة لعيب الشكل والإجراء غير الجوهري فإن القضاء لا يتعارض له بالإلغاء. (العبادي، الوجيز في القضاء الإداري: دراسة قضائية تحليلية مقارنة، 2004م، صفحة 321)

ويرى الباحث مما سبق أن الإدارة تقيدتها الشكليات والإجراءات الجوهرية التي تؤثر على مضمون فحوى ومضمون القرار الإداري.

#### رابعاً: الرقابة القضائية للسلطة التقديرية للإدارة لعنصر الشكل

إن الإدارة حرة في اختيار المظهر الخارجي للقرارات الصادرة عنها وتحديد الإجراءات التي يمر القرار الإداري خلالها، قبل صدوره وتكمن هنا السلطة التقديرية للإدارة، غير أن المشرع يلزم الإدارة أحياناً بإصدار قرارها وفقاً لشكل معين أو يفرض عليها اتباع إجراءات محددة وهنا تكون الإدارة ملزمة باحترام الشكل والإجراءات التي نص عليها المشرع تحت طائلة البطلان حيث يشوب قرارها عيب الشكل. (قرار محكمة العدل العليا، رقم 389 لعام 2000، العدد (1.2) لسنة 2002، ص 102)

وقد قضت محكمة القضاء الإداري بخصوص الشكل الجوهري بأن: "إغفال الشكل الجوهري بأخذ رأي لجنة شؤون الموظفين يبطل قرار الترقية الذي يصدره الوزير وذلك لأن معرفة رأي اللجنة قبل صدورها يمكن أن يؤثر على هذا القرار وما انطوى عليه من ترقيات، فهذه اللجنة بمعرفتها بأحوال الموظفين تعد ضماناً لا غنى عنه حتى يتم الاختيار على أحسن وجه فتحقق المصلحة العامة والعدالة بين الموظفين، ولذلك كان الرجوع إليها لإجراء المفاضلة بين المطعون عليهما وبين المدعي وزميله قبل إصدار القرار المطعون فيه أمراً لازماً يترتب على إغفاله إهدار الضمانة التي كفلها القانون من إيجاد اللجنة المذكورة، بجانب الوزير ليستعين برأيها ومشورتها في تعريف أحوال الموظفين وهذا ما يعيب القرار ويبطله". (حكم المحكمة الإدارية في مصر في القضية رقم 1021 لسنة 5 مجموعة مجلس الدولة لأحكام القضاء الإداري السنة 7، ص 916)

وقضت محكمة العدل العليا في الأردن بوجوب مراعاة الإجراءات المنصوص عليها في القانون بقولها: "وحيث أن كافة الإجراءات والضمانات التي يتطلبها القانون روعي من قبل المجلس فإن قرار المستدعي ضده-مجلس نقابة المحامين-يكون سليماً من حيث الإدانة" (قرار محكمة العدل العليا رقم 459 لعام 2000 مجلة نقابة المحامين، عدد 210، 2001م، ص 1929)

وقضت محكمة العدل العليا الفلسطينية معيار التمييز بين الأشكال الجوهرية والأشكال غير الجوهرية، حيث قالت: "إنه على ضوء ما استقر عليه الفقه والقضاء الإداري بأنه يتوجب على رجل الإدارة أن يراعي الإجراءات التي أوجب القانون مراعاتها قبل إصدار القرار الإداري وأن يفرغ القرار بالشكل الذي أوجبه القانون وإلا كان مشوباً بعيب في شكله، وإنه إذا كانت الإجراءات مقررة لضمان مصلحة الفرد أو كانت مراعاتها تؤدي إلى تعديل القرار فهي إجراءات جوهرية إذا خولفت كان القرار معيباً من حيث الشكل وقابلاً للإبطال". (قرار محكمة العدل العليا الفلسطينية برام الله رقم (6) لسنة 1996 جلسة 1996/11/26م)

ويرى الباحث أنه إذا حدد القانون الأشكال أو الإجراءات التي يلزم اتباعها عند إصدار القرار الإداري، فإن سلطة الإدارة بصدد هذا العنصر تكون مقيدة بضرورة اتباع هذه الأشكال وتلك الإجراءات والتي يحصر المشرع على تحديدها دوماً- على نحو دقيق لا يسمح بأية حرية في التقدير- وإلا تعرض قرارها للإلغاء لتعيبه بعيب الشكل.

<sup>1</sup> مصطفى أبو زيد فهبي، مرجع سابق، ص 209.

<sup>2</sup> وليد عبد الرحمن مزهر، عمر صالح الأخرس، مرجع سابق، ص 265.

## المطلب الثالث: عيب الانحراف في استخدام السلطة

## أولاً: التعريف بعيب الانحراف في استخدام السلطة

من المسلم به لدى الفقه والقضاء، أن الرقابة على انحراف الإدارة بسلطتها التقديرية هي رقابة مشروعية بمعنى آخر أن القرار الإداري المشوب بعيب الانحراف هو قرار إداري غير مشروع، لأن رجل الإدارة تنكر للغاية التي هي ركن أساسي في كل قرار إداري ويكون قد خرج على القانون. هو تعبير قانوني لا يقصد به الانحراف عن الغرض وسوء النية حصراً، بل هو انحراف الإدارة صاحبة السلطة عن أهداف القانون بسابق دافع لا يمت للمصلحة العامة بصلة أو للمصالح المخصصة قانوناً، سواء حسنت نية الإدارة في هذا أم ساءت (عمرو، 2004، صفحة 137)، فهو المصطلح القانوني المعبر عن سوء الإدارة بالمفهوم العام. وقد عرفه بعض الفقه العربي بأنه "استخدام الإدارة لسلطتها من أجل تحقيق غاية غير مشروعية، سواء باستهداف غاية بعيدة عن المصلحة العامة، أو بابتغاء هدف مغاير للهدف الذي حدده القانون". (بسيوني، 1996م، صفحة 66)

وهذا يرى معظم الفقه أن التكييف السليم للطبيعة القانونية للانحراف بالسلطة هو أنه مجرد امتداد لعدم المشروعية. و حماية القضاء الإداري للأفراد من انحراف الإدارة بسلطتها التقديرية، ما هي إلا حماية لمبدأ المشروعية، ذلك أن الانحراف بالسلطة هو عيب يشوب الغاية من إصدار القرار، أما كون الانحراف بالسلطة التقديرية يرتبط بالنوايا الداخلية لمصدر القرار، ولا يظهر أثره في الشكل الخارجي للقرار الإداري، فإن ذلك لا يتعارض مع جعل ذلك الانحراف وجه من أوجه عدم المشروعية، ومن أن إلغاء القرار لعيب الانحراف بالسلطة هو نوع من العقاب على عدم المشروعية. ( خليفة، الانحراف بالسلطة كسبب لإلغاء القرار الإداري، 2001م، صفحة 285)

عرفت محكمة العدل العليا الفلسطينية الانحراف في استعمال السلطة بأنه: "تصرف إداري يقع من مصدر القرار في حال توخيه في إصدار القرار الإداري غرضة غير الغرض الذي قصد القانون تحقيقه". (قرار محكمة العدل العليا الفلسطينية بغزة رقم 138/2002 م جلسة 16/11/2003) وعرفته في حكم آخر بقولها: "إن عيب التعسف أو الانحراف في استعمال السلطة لا يتحقق إلا حينما تستخدم الإدارة صلاحياتها القانونية لتحقيق هدف آخر غير ذلك الهدف الذي من أجل تحقيقه أنيطت فيها تلك الصلاحيات، أو لتحقيق غايات شخصية". (قرار محكمة العدل العليا الفلسطينية برام الله رقم 20/2006 م جلسة 23/1/2008 م)

## ثانياً: صور عيب الانحراف بالسلطة

## 1. الانحراف عن المصلحة العامة

إذا كانت غاية الإدارة من إصدار القرار تتنافى و الصالح العام، بأن هدف مصدر القرار إلى تحقيق غرض بعيداً عن ذلك، كان القرار معيباً بعيب الانحراف بالسلطة، وهذه الحالة من أخطر الحالات، لأن الانحراف هنا مقصوداً، فرجل الإدارة يستغل سلطاته التقديرية لتحقيق أغراض لا تتعلق بالصالح العام، وأوجه الانحراف عن المصلحة العامة متعددة نذكر منها ما يلي: (البناء، 1990، صفحة 271)

## ● استعمال السلطة لتحقيق نفع شخصي

قد يصدر رجل الإدارة قراراً مستفيداً تحقيق مصلحة شخصية ما، أو تحقيق نفع شخصي يعود للغير، وذلك كفصل موظف بقصد إخلاء الوظيفة لتعيين موظف آخر فيها، أو تخطي موظف في الترقية وترقية موظف آخر أقل منه.

وقد أكدت محكمة العدل العليا الفلسطينية على عدم مشروعية القرار الإداري الذي يسعى مصدره إلى تحقيق مصلحة شخصية على حساب المصلحة العامة، وفي هذا الشأن قررت المحكمة أنه: "تقتضي العدالة ألا يشارك رئيس اللجنة المحلية في الاجتماع المنعقد لمنح أحد أقاربه رخصة بناء، أو إذا كان له أو لأقاربه مصلحة في إصدار الرخصة، وبما أن الرخصة موقعة من رئيس البلدية، فيه تحقيق مصلحة خاصة ومنفعة شخصية تعود عليه بصفته أحد المستفيدين، وفيه أيضاً مصلحة شخصية تعود للغير وهو أخيه المستفيد الثاني من موضوع الرخصة التي صدرت بموجب القرار المطعون فيه، فإن ذلك يعتبر أمراً غير مشروع ويشكل انحرافاً في استخدام السلطة" (قرار محكمة العدل العليا الفلسطينية برام الله رقم 201/2008 م جلسة 23/2/2009)

## ● مباشرة السلطة بقصد الانتقام

حيث تكمن في قيام رجل الإدارة بممارسة سلطاته بقصد الانتقام والتشفي، كأن تقوم الإدارة بفصل أحد الموظفين للتخلص منه. ومن قضاء محكمة العدل العليا الفلسطينية، بهذا الصدد، حكمها الذي ذهب فيه إلى القول بأن تنازل جهة الإدارة عن استكمال الإجراءات اللازمة لمنح الترخيص للجهة المستدعية لا يترتب عليه بطلان الإجراءات لأنها شرعت في الأصل لمصلحة الإدارة، فإذا تنازلت عنها ووافقت على السير فيها من النقطة التي توقفت عندها، فإن بقاء القرار المطعون فيه - رفض الترخيص - يغدو والحالة هذه لا مبرر له. (قرارها برام الله رقم 96/38، جلسة 1998/11/3)

## ● استخدام السلطة لغرض سياسي

تتحقق هذه الصورة، بأن تصدر الإدارة قراراً لغاية حزبية بعيدة عن الصالح العام، وهذه الصورة كثيراً ما تتحقق في الدول التي تأخذ بنظام التعددية الحزبية، كأن يصدر أحد الوزراء قراراً بفصل موظف لأنه ينتمي إلى حزب سياسي مخالف أو يعتنق مذهباً مغايراً لمذهب الوزير.

## 2. مخالفة قاعدة تخصيص الأهداف

ويعتبر العمل الإداري مشوباً بعيب الانحراف، إذا خرج عن الغاية المخصصة التي رسمت له، حتى ولو كان الغرض الذي سعت إليه الإدارة يتصل بالصالح العام، والهدف الخاص للعمل الإداري قد يستفاد من نص القانون الصريح، أو يستدل عليه القاضي من بعض القران، أو يستنتج من طبيعة السلطة أو الاختصاصات المقررة للإدارة، والأمثلة كثيرة على حالة مخالفة قاعدة تخصيص الأهداف، سنكتفي بذكر البعض منها: (Moyrand, 1992, صفحة 160)

- استخدام سلطة الضبط الإداري لتحقيق مصالح مالية
- الانحراف بالإجراءات

ويتحقق، إذا استخدمت الإدارة بعض الوسائل أو الإجراءات لتحقيق غرض تملك تحقيقه و لكن بوسائل أخرى، ومثال ذلك، أن تلجأ الإدارة إلى الاستيلاء المؤقت، بدلاً من إجراءات نزع الملكية الواجب إتباعها.

ويرى الباحث بخصوص عنصر غاية القرار الإداري فالإدارة مقيدة نظرياً بتحقيق المصلحة العامة في جميع قراراتها، وتتمتع عملياً بسلطة تقديرية واسعة كونها الجهة التي تملك التقرير بوجود المصلحة العامة من عدمها وتحديد مجال المصلحة العامة والتي تكون إدارية أو اقتصادية أو اجتماعية أو مالية أو سياسية... إلخ، ويتم ذلك كله في ظل رقابة القضاء الإداري.

وتحقيق المصلحة العامة مفترض لحق الإدارة وعلى من يدعي العكس إثبات ذلك، وهذا الخصوص قضت محكمة العدل العليا: "ونظراً لأن كل قرار إداري يصدر سليماً وفي حدود المصلحة العامة ما لم يقم الدليل على خلاف ذلك، وعليه فإن عدم ورود دليل يثبت أن مجلس الوزراء استند في قراره المتضمن إحالة المستدعي على التقاعد للنصوص القانونية بقصد الخروج عن أهداف قانون التقاعد العسكري، وغاياته أو أنه كان مدفوعاً بعوامل شخصية لدى اتخاذ القرار المشكو منه مما يستدعي رد الدعوى". (قرار محكمة العدل العليا، رقم 49 لعام 99 عدد (3-2-1) لسنة 2001، ص 100) وقضت كذلك: "على رجل الإدارة أن يستهدف في أي قرار يصدره تحقيق الهدف الذي خصصه القانون لممارسة سلطته التقديرية فإذا خلا قراره من تحقيق ذلك الهدف كان مشوباً بعيب إساءة استعمال السلطة". (قرار محكمة العدل العليا رقم 76/59، ص 1072)

وفي رقابتها على السلطة التقديرية للإدارة في عيب الانحراف قد قضت محكمة العدل العليا الفلسطينية بأن: "الإدارة ليست حرة في أن تطلق العنان لنفسها ولتصوراتها حول الهدف الرئيس من القرار الذي تصدره بل عليها أن تتقيد بأحكام القانون...". (قرار محكمة العدل العليا رقم 2004/30، جلسة 2005/6/4م) كما وفي قرار آخر قررت بأنه: "يجب على الإدارة أن تسعى إلى تحقيق الهدف الذي ارتأه القانون، فإذا خالف مصدر القرار هدف القانون كان القرار معيباً من ناحية الغاية، وأصبح بالتالي مشوباً بعيب إساءة استعمال السلطة...". (قرار محكمة العدل العليا رقم 97/40، جلسة 1998/9/8م).

## المبحث الثالث: الرقابة القضائية الداخلية على حدود السلطة التقديرية

يرتبط الاختصاص المفيد للإدارة بفكرة المشروعية ارتباطاً وثيقاً، ولذلك فإن الإدارة تخضع في ممارسته للرقابة القضائية. حيث أن مضمون الرقابة على أعمال الإدارة هو التحقق من مدى مراعاة الشروط التي تطلبها القانون، ويكون للقضاء بالتالي أن يبطل أعمال الإدارة غير المشروعية أي المخالفة لما نص عليه القانون.

وعندما يخول الإدارة سلطة تقديرية فإنه بذلك لها حرية تقرير ملاءمة أعمالها، وهي في هذه الحالة لا تخضع كقاعدة عامة لرقابة القضاء، على أساس أن القاضي الإداري هو قاضي المشروعية دون الملاءمة لأنه وفقاً لمبدأ الفصل بين السلطات إذا تعرض لمصلحة العمل الإداري يكون بهذا التصرف قد جعل من نفسه سلطة رئاسية على جهة الإدارة وتدخل في صميم عملها وحل محلها في مباشرة وظيفتها، مما يعد خروجاً صريحاً على مبدأ الفصل بين السلطات. (جمال الدين، صفحة 106)

## المطلب الأول: عيب السبب

## أولاً: التعريف بالسبب

السبب هو الحالة الواقعية أو القانونية السابقة على القرار والتي تظهر فتدفع جهة الإدارة إلى إصدار القرار. (حجازي، 2001، صفحة 8) ويقصد بالسبب أنه الباعث الدافع إلى اتخاذ القرار الإداري، ويظهر في حالة واقعية نشأت ودفعت الإدارة إلى إصدار قرارها بشأن تلك الحالة، وبذلك يكون السبب عنصراً سابقاً وخارجاً عن القرار.

وعرفته المحكمة الإدارية العليا المصرية بأنه: "العنصر القانوني أو الواقعي الذي يحدد بالإدارة إصدار القرار، فهو حالة واقعية أو قانونية، تحمل الإدارة على التدخل بقصد إحداث أثر قانوني معين هو محل القرار ابتغاء تحقيق الصالح العام الذي هو غايته". (المحكمة الإدارية العليا المصرية، طعن رقم لسنة 28 قضائية جلسة 1985/12/14، س 31، ص 587)

وأكدت محكمة العدل العليا الفلسطينية أن القرار الإداري الصحيح يجب أن يكون مبنية على سبب قانوني صحيح، وعلى سند من القانون يفصح عنه مصدره، لاسيما إذا كانت سلطة الإدارة مقيدة بقانون أو نظام، وإلا كان القرار مخالف للقانون بمعنى أن واجب الإدارة وهي بصدد اتخاذ قرارها الإفصاح عن السبب الذي من أجله تدخلت إصدار هذا القرار واستندت إليه في إصداره. (قرارها رقم 1997/19 جلسة 2003/3/12، رام الله، المقتفي)

وفي تعريف آخر بأنه: "فهو يعني عدم مشروعية السبب -الأسباب- الذي بني عليه القرار الإداري، إما لعدم وجود الحالة القانونية أو الواقعية الباعثة على اتخاذ القرار، أو لعدم صحة التكييف القانوني للوقائع التي بني عليها القرار. (العاني، 2015م، صفحة 277)

ويقصد بالسبب أنه الباعث الدافع إلى اتخاذ القرار الإداري، ويظهر في حالة واقعية نشأت ودفعت الإدارة إلى إصدار قرارها بشأن تلك الحالة، وبذلك يكون السبب عنصراً سابقاً وخارجاً عن القرار. (مزهر و الأخرس، 2020م، صفحة 325)

ونحن من جانبنا نعرف عيب السبب بأنه انعدام الواقعة المادية أو القانونية التي يقوم عليها القرار لعدم وجودها أو عدم صحة التكييف القانوني للوقائع.

#### ثانياً: شروط صحة السبب

حتى يعتد بصحة وسلامة القرار الإداري فإنه يشترط في سببه مجموعة من الشروط اللازمة لذلك، وفيما يلي نتناوله على النحو التالي:

1. يجب أن يكون سبب القرار قائماً وموجوداً عند صدوره  
ومعنى ذلك فإنه يجب أن تكون الحالة الواقعية أو القانونية التي دفعت نحو إصدار القرار الإداري قائمة وموجودة عند اتخاذه، بحيث إن لم تكن قائمة من الأساس، أو كانت كذلك ولكنها زالت قبل صدور القرار، فيعتبر حينها القرار معيباً في سببه. (شبير، 2015م، صفحة 491)
- وهذا متفق مع القاعدة العامة التي تقضي بأن تاريخ صدور القرار هو الوقت الذي يجب الرجوع إليه لتقدير مشروعية أو عدم مشروعية القرار الإداري، مثال ذلك تقديم طلب الاستقالة من الموظف العام إلى جهة عمله وأثناء نظر طلبه وقبل البت فيه قام بالعدول عن طلبه إلا أنه رغم عدوله وعلم جهة عمله به أصدرت قرارها بقبول استقالته، ففي هذه الحالة يكون قرار قبول الاستقالة غير قائم على سبب يبرر صدوره.
2. يجب أن يكون سبب القرار مشروعاً أي صحيحاً طبقاً للقانون  
وهو يكون كذلك في حالة السلطة المقيدة، إذا التزمت الإدارة عندما تتخذ قراراً بما اعتبره المشرع سنداً قانونياً لهذا القرار، أو عندما تتحقق في هذا السند الشرائط والصفات الواجب توافرها فيه قانوناً، أما في حالة السلطة التقديرية فإن السبب يكون مشروعاً إذا كان صحيحاً ومبرراً للقرار المستند إليه. (مزهر و الأخرس، 2020م، صفحة 328)
3. يجب أن تكون أسباب القرار واضحة ومحددة غير غامضة ومبهمة  
يجب أن تكون أسباب القرار واضحة ومعلومة وبدون ذلك فإن القرار يصبح معيباً في سببه، ومعنى ذلك ضرورة أن يستند القرار إلى وقائع محددة ومعروفة وليست مبهمة ومجهولة، حتى يستطيع صاحب الشأن تحديد موقفه منها، ولكي يتمكن القضاء من إعمال رقابته على ركن السبب في القرار الإداري. (شبير، 2015م، صفحة 496)

#### ثالثاً: مدى الرقابة القضائية للسلطة التقديرية لعنصر السبب

- رقابة القضاء على الوجود المادي للوقائع: أن القرار الإداري حتى يكون مشروعاً في سببه يجب أن تستند الإدارة إلى سبب أو أسباب موجودة وصحيحة، ويسيطر القضاء الإداري رقابته على وجود الوقائع المادية التي استندت إليها الإدارة في إصدار قرارها. وهذه الرقابة أول درجات الرقابة على سبب القرار الإداري والحد الأدنى لها. (غانم، القضاء الإداري في ضوء قانون الفصل في المنازعات الإدارية الجديد رقم (3) لسنة 2016م، الطبعة الثانية، 2019م، صفحة 441)
- ويعترف القضاء الإداري بسلطة الرقابة على صحة الوجود المادي للوقائع، فهو يقوم برقابته على الجانب ليتأكد من صحة الوقائع المبررة للقرار الإداري المتخذ، فإذا ثبت أن الإدارة قد استندت في قرارها إلى الوقائع غير الصحيحة من الناحية المادية فإن القرار يتم إلغائه من قبل المحكمة.
- فالرقابة القضائية على صحة الوجود المادي للوقائع التي يقوم عليها القرار الإداري بوجه عام، الحلقة الأولى للرقابة على عنصر السبب، ودون الخوض في المراحل التاريخية التي مرت بها هذه الرقابة في قضاء مجلس الدولة الفرنسي، فإن هذه الصورة من الرقابة قد أضحيت الآن من المسلمات في الفقه، والقضاء الإداريين العربي، والمقارن على السواء، وهي تتجسد باختصار في بحث القضاء الإداري عما إذا كانت الوقائع التي اتخذتها الإدارة أساساً لقرارها قد حدثت فعلاً أم لا، أي ما إذا كان لها وجود مادي من عدمه. (صفاء، 2014م، صفحة 53)
- وفي مصر سار مجلس الدولة المصري على نهج نظيره الفرنسي حيث راقب الوجود المادي للوقائع المبررة لإصدار القرار الإداري للتحقق من صحة وجودها، حيث قضى بأنه "إن رقابة القضاء الإداري تجد حدها الطبيعي في التحقق مما إذا كانت النتيجة التي انتهى إليها القرار مستمدة من أصول موجودة أو غير موجودة وما إذا كانت هذه النتيجة مستخلصة استخلاصاً صائغاً من أصول تنتجها مادياً أو قانونياً أم لا، إذ يتوقف على وجود هذه الأصول أو عدم وجودها وعلى سلامة استخلاص النتيجة التي انتهى إليها القرار في هذه الأصول أو فسادها، وعلى صحة التكييف القانوني للوقائع بفرض وجودها مادياً أو عدم صحة هذا التكييف. (غانم، القضاء الإداري في ضوء قانون الفصل في المنازعات الإدارية الجديد رقم (3) لسنة 2016م، الطبعة الثانية، 2019م، صفحة 443)
- ونجد في حكم للمحكمة الإدارية المصرية قد جاء فيها على أنه: "رقابة القضاء الإداري لصحة الحالة الواقعية أو القانونية التي تكون ركن السبب تجد حدها الطبيعي في التحقق مما إذا كانت النتيجة التي انتهى إليها القرار مستخلصة استخلاصاً صائغاً من أصول تنتجها مادياً أو قانونياً – فإذا كانت مستخلصة من أصول موجودة لا تنتجها أو كان تكييف الوقائع على فرض وجودها مادياً لا تنتج النتيجة التي يتطلها القانون كان القرار فاقداً



اركن من أركانه وهو ركن السبب - بحث ذلك يدخل في صميم اختصاص المحكمة للتحقق من مطابقة القرار للقانون والتأكد من مشروعيته". (طعن رقم 1538 لسنة 39 ق.ع، جلسة 1997/10/26م، سنة المكتب الفني 43، الجزء الأول، ص141، القاعدة رقم 17).

ونجد أن القضاء الأردني كذلك أخذ بمبدأ الرقابة على وجود الوقائع المادية وذلك في حكم محكمة العدل العليا الأردنية السابقة في هذا الصدد حكمها في القضية رقم 2003/49 والصادر بتاريخ 2003/4/30م، والذي جاء فيه (يستفاد من المادة 59/أ من نظام الخدمة المدنية رقم 55 لسنة 2002 أن سلطة المستدعي ضده وهو المرجع المختص في التعيين هي سلطة تقديرية في إنهاء خدمة الموظف خلال مدة التجربة، وحيث إن الثابت من أوراق هذه الدعوى أن المستدعي غيب في الخدمة بتاريخ 1999/12/8م وتم الاستغناء عن خدماته بتاريخ 2012/12/12م أي أنه مضى على خدمته أكثر من سنتين ولم يصدر قرار بتثبيته في الخدمة من المرجع المختص هذا من جهة، ومن جهة أخرى، فإن المستدعي ضده أصدر القرار المطعون فيه في حدود سلطته التقديرية بمقتضى أحكام المادة 59/1 المشار إليها مما يجعل من أسباب الطعن غير واردة على القرار الطعن لأنها لم تقم على أساس سليم من الواقع والقانون. (الصادق، 2019م، صفحة 132)

كما قضت محكمة العدل العليا في فلسطين أيضاً بأنها تملك في حدود رقابتها القضائية أن تتحقق فيما إذا كانت الإجراءات التأديبية قد تمت وفق الأصول وروغيت الضمانات الجوهرية، وأن النتيجة التي انتهى إليها القرار التأديبي مستخلصة استخلاصاً سائغاً من أصول ثابتة في أوراق التحقيق تثبت قيام الحالة الواقعية والقانونية التي تكون ركن السبب في توقيع الجزاء، وأن مجرد اقتناع رجل الإدارة بالواقعة لا يحول دون تدخل المحكمة في بسط رقابتها على ثبوت السبب وتكييف الفعل المنسوب للمستدعي فيما إذا كان يشكل ذنباً تأديبياً أم لا وصحة التطبيق القانوني عليه". (قرارها رقم 97/10 جلسة 2003/12/16، رام الله، المقتضي).

وعلى هذا الأساس يتحقق القاضي الإداري مما إذا كانت الوقائع التي عوقب عليها الموظف تأديبياً، قد حدثت بالفعل على النحو المتقدم، فإذا فرغ من ذلك انصرف إلى المرحلة الثانية وذلك ببسط رقابته على التكييف القانوني الذي أجرته السلطة التأديبية على تلك الوقائع للتحقق مما إذا كانت تشكل قانونياً جريمة تأديبية من عدم تشكلها جريمة تأديبية. (بن علي، 2014م، صفحة 4)

● رقابة القضاء الإداري على التكييف القانوني للوقائع: لا تقف رقابة القضاء الإداري السبب القرار عند حد التحقق من الوجود المادي للوقائع المكونة للسبب في القضاء الإداري، بل تمتد إلى رقابة التكييف القانوني لهذه الوقائع، وذلك للتأكد من سلامة التكييف والوصف القانوني الذي أنزلته الإدارة على الوقائع المادية في إصدار قرارها.

فالقاضي يتدخل دائماً ليتأكد من وجود هذه الوقائع، فإن تحقق من وجودها فعلاً، انتقل للبحث عن التكييف القانوني لها -التوصيف القانوني- أي مدى خضوعها للقواعد القانونية من عدمه، فرقابة التكييف القانوني لا تسعى للبحث ما إذا كانت الوقائع التي تتمسك بها الإدارة موجودة حقيقة أم لا فهذه الحالة تدخل في مجال الصحة المادية للوقائع والتي أشرنا إليها أعلاه، ولكن ترد رقابة التكييف القانوني للوقائع أو التوصيف القانوني لها، على مسألة معرفة ما إذا كانت الوقائع الموجودة فعلاً تتسم بالصفات المميزة التي تسمح باتخاذ القرار، أي هل من طبيعتها تبريره، وعليه لو ثبت للقاضي الإداري صحة الوقائع مادياً فهو يبحث هل أعطت الإدارة لهذه الوقائع الوصف أو التكييف القانوني الصحيح. (غانم، القضاء الإداري في ضوء قانون الفصل في المنازعات الإدارية الجديد رقم (3) لسنة 2016م، الطبعة الثانية، 2019م، صفحة 444)

فاصطلاح التكييف القانوني للوقائع هو إضفاء الإدارة على الوقائع الوصف القانوني الذي حدده المشرع لتلك الوقائع، وبمعنى آخر إدراج حالة واقعية معينة داخل إطار فكرة قانونية نص عليها المشرع بحيث يمكن أن يحمل القرار الإداري المتخذ عليها باعتبارها دافعاً مشروعاً لاتخاذها.

فقد جاء في حكم للمحكمة الإدارية المصرية على أنه: "القرار التأديبي يجب أن يقوم على سبب يبرره بحيث يقوم على حالة واقعية أو قانونية تسوغ تدخل جهة الإدارة بتوقيع الجزاء - رقابة القضاء لصحة هذه الحالة بحدها الطبيعي في التحقق مما إذا كانت النتيجة مستخلصة استخلاصاً سائغاً، فإذا كانت منتزعة من غير أصول أو كان تكييف الوقائع غير صحيح كان القرار فاقداً ركن السبب ووقع مخالفاً للقانون". (طعن رقم 1937، لسنة 44 ق.ع جلسة 1-7-2001م، سنة المكتب الفني 46، الجزء الثالث ص2347، القاعدة رقم 276).

كما مارس القضاء الإداري الأردني رقابة التكييف القانوني للوقائع المادية التي تستند إليها الإدارة وهذا ما جاء في قرار محكمة العدل العليا السابقة، بتاريخ 2004/9/8م، والذي قررت فيه (لا يوجد في تعليمات الهيئة التدريسية الصادرة بموجب المادة (61) من نظام الهيئة التدريسية في جامعة البلقاء التطبيقية رقم (79) لسنة 1998م وتعديلاته أي نص يوجب على عضو هيئة التدريس الحصول على الموافقات الأمنية للعمل في الجامعة، ولم يبين وكيل المستدعي ضدها مضمون الموافقات الأمنية التي أشار إليها والغاية من الحصول عليها ومتى يجب الحصول عليها، مما يفقد القرار المشكوك منه السبب الواقعي والقانوني الذي يبرر إنهاء خدمات المستدعي، وحيث أن السبب ركن من الأركان التي يقوم عليها القرار الإداري وإن انعدامه يفقد القرار مشروعيته ويجعله متعين الإلغاء. (الصادق، عيب إثبات عيب السبب في القرار الإداري، 2019م، صفحة 133)

كما قضت محكمة العدل العليا الأردنية أيضاً بأن "المحكمة ترى أن الأصل في القضاء الإداري أنه لا يجوز له مراقبة ملائمة القرار الإداري، وعليه البحث في صحة الوقائع التي بُني عليها القرار، وذلك توصلاً إلى تقدير شرعية القرار، ذلك أن سلطة الإدارة في إصدار القرار محددة بنص القانون، وعلى القضاء الإداري فحص ما إذا كان القرار المطعون فيه متوافقاً مع النصوص القانونية التي تنظم موضوع الطعن، وحيث أن تقييم أداء المستدعي موضوع الطلب المائل بتقدير ضعيف قد تم من لجنة شؤون الموظفين بسلطة النقد شأنه شأن أمثلة الموظفين ووفقاً للقواعد القانونية

في لائحة إلى سلطة النقد ..... وما تقدم يكون طلب المستدعي غير قائم على أساس القانون والحقيقة". (قرارها رقم 2003/141 جلسة 2004/6/8، غزة)

#### ثالثاً: الرقابة على مدى ملائمة القرار

يجمع الفقه الإداري على أن هذه الصورة من الرقابة لا يمارسها القضاء الإداري على القرارات الإدارية، إلا على سبيل الاستثناء من القاعدة العامة في رقابته على مشروعية الأعمال الإدارية، والتي تقتصر في الأصل، على التحقق من صحة الوجود المادي للوقائع، ومن سلامة تكييفها القانوني، ولا تتعداه إلى الرقابة على تقدير مدى ملائمة القرار الإداري وخطورتها، لتعلق هذا التقدير بأحد عناصر الملاءمة في القرار الإداري، التي تترخص فيها الإدارة، ذلك أن دور القاضي الإداري يتحدد- كقاعدة عامة- برقابة مشروعية القرارات الإدارية دون التعرض لبحث مدى ملاءمتها. (الصادق، عبء إثبات عيب السبب في القرار الإداري، 2019م، صفحة 134)

الأصل أن رقابة قاضي الإلغاء تنصب على مشروعية القرار الإداري دون النظر في ملائمته، لدخول الملائمة بطبيعتها في تقدير الإدارة، إلا أنه حينما تختلط مناسبة العمل الإداري بمشروعيته ومتى كانت هذه المشروعية تتوقف على حسن تقدير الأمور، خصوصاً فيما يتعلق بالحريات العامة، وجب أن يكون تدخل الإدارة لأسباب جدية تبرره، كما يجب أن يكون قرار الإدارة لازماً بذاته لمواجهة حالة معينة كحالة الضرورة أو الاستعجال. (العاني، عيب السبب ومكانته بين أوجه الإلغاء في النظم المقارنة والعراق، صفحة 5)

ويعني بهذه الرقابة أنه يجب على القاضي الإداري الامتناع عن مراجعة الإدارة في تقديرها لأهمية وخطورة الحالة الواقعية التي استندت إليها بوصفها سبباً لقرارها، ومدى تناسب بين هذا السبب والإجراء المتخذ على أساسه، ذلك أن القاضي الإداري يعتبر قاضي مشروعية تقف رقابته عند حد مراقبة قانونية أعمال الإدارة، دون أن يكون له حق التصدي لبحث عنصر الملاءمة في العمل الإداري، الذي يدخل في نطاق السلطة التقديرية التامة للإدارة كونها هي التي تدرك شؤونها وحاجاتها وما تتطلبه من تصرفات تتخذ في الوقت المناسب وبالكيفية والأهمية المناسبة، وتبعاً لذلك وقفت رقابة مجلس الدولة الفرنسي عند حد رقابة التكييف القانوني للوقائع دون مراقبة ملاءمة القرار إذ يتركها للإدارة لتقديرها دون معقب عليها من جانب القضاء. (الأعرج، 1999م، صفحة 119)

فقد جاء في حكم للمحكمة المصرية بأن: "من المبادئ العامة للمسؤولية التأديبية تقدير خطورة ما يثبت من قبل العامل من مخالفات أو جرائم تأديبية في الظروف والملايسات الموضوعية التي حدثت فيها سواء تلك المتصلة بذات المتهم و دوافعه فيها فعل أو غيره من العاملين الذين أسهموا في حدوث الخطأ التأديبي ومدى الخلل في المرفق العام الذي قد يكون قد ساعد على وقوع الأفعال المؤثمة أو تجسم أثارها الضارة بالصالح العام -تقدير الجزاء الذي يوقع على ما هو ثابت قبل العامل يتعين أن يراعي فيه التناسب بين جسامة الجرائم التأديبية في ذاتها وفي الظروف الموضوعية التي حدثت فيها بما يحقق الهدف والغاية من العقاب". (طعن رقم 5712 لسنة 42 ق.ع، جلسة 2001/4/21م، سنة المكتب الفني 46، ص 1481، القاعدة رقم 176).

وقد استقرت محكمة العدل العليا الفلسطينية على رقابة مدى ملائمة القرار الإداري للوقائع، حيث قضت بأنه "بتدقيق العقوبة تجد المحكمة بأنها لا يوجد غلو في العقوبة، ولما كانت محكمة العدل العليا تفرض رقابتها على صحة الإجراءات وعلى مدى ملائمة العقوبة مع المخالفة المنسوبة للمحامي المحال التأديب، وان المحكمة تجد بأن الإجراءات متفقة وأحكام القانون، وأنه لا يوجد غلو في العقوبة، فإنه لا يرد النعي بأن القرار المطعون فيه مشوب بعيب التعسف باستعمال السلطة حيث أن الأصل في القرار الإداري صدوره بريء في بواعثه وأهدافه والنعي عليه بإساءة استعمال السلطة مؤداه انحرافه من المصلحة العامة وتنكبه لمتطلباته وانقطاع صلته بها أو مجاوزته لأغراض رصدها المشرع عليه وانه متى كان هذا العيب ينال من الغاية التي توخاها مجلس التأديب في قراره فإنه يعد عيباً قسدياً لا يفترض وإنما يتعين أن يقوم الدليل عليه من وقائع محددة لها وجود في أوراق الدعوى وهو ما تخلف في الطعن المائل أمام المحكمة مما يتعين معه رد هذا الطعن". (قرارها رقم 2006/61 جلسة 2008/9/15، رام الله، المفتي)

#### المطلب الثاني: عيب المحل

##### أولاً: التعريف بعيب المحل

يقصد بعيب المحل في القرار الإداري هو الأثر القانوني الذي تتجه إرادة جهة الإدارة إلى ترتيبه، ويتمثل هذا الأثر القانوني في إنشاء المراكز القانونية أو تعديلها أو إلغائها. (فهي، 1979، صفحة 234)

قد عرفت محكمته القضاء الإداري محل القرار الإداري بأنه "المركز القانوني الذي تتجه إرادة مصدر القرار إلى أحداثه، والأثر القانوني الذي يترتب عليه يقوم مباشرة وفي الحال وهذا الأثر هو انشاء حالة قانونية جديدة أو تعديل في مركز قانون القائم أو إلغاؤه". (حكم محكمة القضاء الاداري في القضية رقم 934، لسنة 6ق، جلسة 1954/1/6، مجموعة مجلس الدولة، السنة الثامنة، المجلد الثاني، قاعدة رقم: 200، ص 401).

وعيب مخالفة القانون هو العيب الذي يلحق أساساً المحل في القرار الإداري، لمخالفته القواعد القانونية الموضوعية إذ يشترط لصحة ومشروعية القرار الإداري أن يكون الأثر القانوني الذي يحدثه متفقاً مع القواعد القانونية، فإذا كان هذا الأثر مخالفاً للقاعدة القانونية كان القرار معيباً في محله وجديراً بالإلغاء.

أما الشرط الثاني فيقتضي أن يكون محل القرار ممكناً، من الناحية الواقعية والقانونية، فإذا استحال هذا المحل قانوناً أو واقعا فإن القرار الإداري يصبح قراراً منعهداً. (كنعان، 2010م، صفحة 298)

ويقصد بعبء المحل أو عيب مخالفة القانون، أن يخالف محل القرار الإداري إحدى القواعد القانونية وتستوي في ذلك القواعد المدونة كالدستور والتشريع العادي أو الفرعي أو غير المدونة المستمدة من العرف والمبادئ العامة للقانون.

### ثانياً: صور مخالفة القواعد القانونية

بينت محكمة القضاء الإداري في مصر الصور المختلفة لمخالفة القانون بقولها: "إن مدلول مخالفة القانون يشمل كل مخالفة القواعد القانونية فيدخل أولاً: مخالفة نصوص القوانين والأنظمة، ثانياً: الخطأ في تفسير القوانين أو تطبيقها وهو ما يعبر عنه رجال الفقه الإداري بالخطأ القانوني، وثالثاً: الخطأ في تطبيق القوانين والأنظمة على الوقائع التي بني عليها القرار الإداري وهو ما يعبر عنه بالخطأ في تقدير الوقائع (حكم المحكمة القضاء الإداري بتاريخ 14 من إبريل سنة 1948، مجموعة أحكام المحكمة، السنة الثانية، ص526)، سنتناولها على النحو التالي:

#### 1. مخالفة نصوص القوانين والأنظمة:

تتحقق هذه الحالة بالمخافة المباشرة القاعدة القانونية وذلك عندما تتصرف الإدارة وكأن القاعدة القانونية غير موجودة ولا تحسب لها أي حساب. وتطبيقاً لذلك في قضاء مجلس الدولة المصري فنجد في حيثيات قرار محكمة القضاء الإداري حيث تقول: "إن تعيين المطعون ضده في تلك الوظيفة وما استهدفته الإدارة من هذا القرار إلى الوظيفة الأعلى مباشرة دون اتباع القواعد والإجراءات المنظمة للترقية ومن هنا يكون هذا القرار قد صدر مخالفاً للقانون وبالتالي يجب إلغاؤه". (حكمها في القضية رقم 811 الصادر بتاريخ 2 يناير لسنة 1986م)

ومن تطبيقات محكمة العدل في هذا الصدد حكمها في "أن قرار المتصرف بتعيين أعضاء المجلس القروي مخالفاً لنص الفقرة (ب) من المادة الخامسة من قانون إدارة القرى التي توجب انتخاب أعضاء المجلس القروي وفق الطريقة التي يقرها متصرف اللواء". (حكم محكمة العدل العليا في القضية رقم 85/43، مجلة نقابة المحامين الأردنيين، العدد (11-12) لسنة 1985)

وتطبيقاً لذلك ذهبت محكمة العدل العليا الفلسطينية إلى أنه "لا يجوز للإدارة مخالفة حكم القانون، بل ينبغي توافق عملها ما صحيح نصوص القانون". (قرار محكمة العدل العليا في الطلب رقم 2012/17، جلسة 2012/5/29).

#### 2. الخطأ في تفسير القوانين والأنظمة

يحدث الخطأ في تفسير القانون إذا قامت الإدارة بتفسير القاعدة القانونية بطريقة خطأ لأنها خفية ودقيقة بحيث ينتج عن ذلك إعطاؤها معنى غير المعنى الذي قصده المشرع أو التفسير الذي لم يتجه إليه قصده.

وتطبيقاً لذلك في القضاء المصري فقد أكدت محكمة القضاء الإداري "أن القرار المطلوب إلغاؤه لا يعد مفسراً للقرار الأول إذ لا وجه للتفسير إلا حيث يكون ثمة غموض يدو إليه، وقد جاءت عبارة المذكرة التي تبي عليها القرار من الوضوح بما لا مجال معه لأية شبهة قد تستوجب مثل هذا التفسير". (حكمها في القضية رقم 1117 الصادر بتاريخ 21 أكتوبر لسنة 1980، المجموعة، ص17).

ومن تطبيقات التفسير الخاطئ للقانون، الذي رفضت محكمة العدل العليا الفلسطينية الأخذ به بأن الوكالة العامة ليست صالحة بسبب عدم النص صراحة فيها بأن البيع يتعلق بالأموال غير المنقولة ليس له ما يسنده، حيث من الواضح من تلك الوكالة، وهي وكالة عامة بنصها ومضمونها، أن حق البيع الوارد فيها يشمل الأموال غير المنقولة وليس هناك ما يقيد بها بيع الأموال المنقولة بوجه خاص، وحيث إن كلمة (البيع) جاءت مطلقة في هذه الوكالة أن مطلق يجري على إطلاقه ما لا يقيد نص صريح<sup>3</sup>. (قرارها برام الله رقم 98/16، جلسة 1998/10/29)

#### 3. الخطأ في تطبيق القاعدة القانونية

يقصد بالخطأ في تطبيق القانون، مباشرة الإدارة للسلطة التي منحها القانون إياها بالنسبة لغير الحالات الواقعية التي نص عليها القانون، أو دون توافر الشروط التي حددها القانون لمباشرتها، وهنا تأتي مهمة القضاء الإداري الذي عليه أن يراقب الوقائع ويتحقق من سلامتها حتى يصل إلى مشروعية أو عدم مشروعية القرار، ورقابة القضاء لا تكتفي بالرقابة القانونية بل تمتد لتشمل التحقق من حدوث الوقائع المادية التي بني عليها القرار الإداري الذي أصدرته الإدارة من ناحية، والتحقق كذلك من توافر الشروط القانونية لهذه الوقائع من ناحية، والتحقق كذلك من توافر الشروط القانونية لهذه الوقائع من ناحية أخرى.

في الأخير فإننا نصل إلى أن طبيعة الرقابة القضائية على السلطة التقديرية للإدارة، هي رقابة مشروعية أصلاً وليست رقابة ملاءمة، فالقاضي الإداري في بداية تصديده لفكرة السلطة التقديرية، كان يتجنب كل رقابة تخص أو تتعلق بالجانب التقديري للإدارة، لأنه كان يرى أن ذلك يتناقض ومبدأ الفصل بين السلطات وفكرة السلطة الرئاسية.

### الخاتمة:

نتهي إلى أن الإدارة تخضع في مباشرتها لأعمالها وتصرفاتها لمبدأ المشروعية، فتمتع الإدارة بقسط من الحرية في حالة السلطة التقديرية، وتتصرف فيما يملئها عليها القانون في حالة السلطة المقيدة، وتخضع لرقابة القضاء في بعض الحالات التي تدخل ضمن نطاق السلطة التقديرية لها، وهذا على خلاف الرقابة القضائية الدائمة على التصرفات التي هي من قبيل السلطة المقيدة لها، فالدول التي تمنح الإدارة الحرية في تقدير ما هو ملائم لعملها

(3) قرارها برام الله رقم 98/16، جلسة 1998/10/29

الإداري وفق قيود وضوابط المصلحة العامة واتفاقاً مع مبدأ المشروعية تعتبر دولة قانونية غير استبدادية وأقدر من غيرها التي تطبق فيها السلطة المقيدة والتي قد يغلب عليها الطابع التحكيمي في حسم النزاعات الإدارية التي تعرض عليها بسبب تمتع الدولة بقدر من المرونة وحرية التقدير.

#### أولاً: النتائج:

- الأصل أن القضاء لا يمارس رقابة على السلطة التقديرية إذا كانت في حدود القانون.
- السلطة التقديرية وسيلة قانونية لتحقيق مبدأ المشروعية فهي ليست خروجاً عنه.
- غالبية تصرفات وقرارات إدارية تجمع بين الصنفين سلطة تقديرية وسلطة مقيدة، فليس هناك ما يعرف بالسلطة المقيدة على الإطلاق أو السلطة التقديرية، فقرار الإدارة الواحد يتضمن طابعاً تقديرياً ومقيداً في نفس الوقت.
- السلطة التقديرية للإدارة تكمن في عنصر السبب والمحل والغاية أما السلطة المقيدة فتكون في الاختصاص والشكل.
- تعتبر رقابة الملائمة عنصر من رقابة المشروعية، لذلك فهي ليست خروجاً عنه.
- رقابة الإدارة على الأعمال التقديرية للإدارة رقابة مشروعية دون أن تمتد إلى ملاءمته.
- وجود قضاء متخصص يمارس الرقابة على أعمال الإدارة يمثل ضرورة ملحة لحقوق الأفراد في مواجهة تعسف السلطة.

#### ثانياً: التوصيات:

- العمل على إنشاء لجان رقابية داخل جميع الهيئات والمؤسسات الإدارية وتفعيل دورها في الرقابة الداخلية للتأكد من مدى مطابقة أعمال الإدارة لمبدأ المشروعية.
- ضرورة أن تمارس الإدارة سلطتها التقديرية في أفضل الظروف.
- ضرورة تنظيم المشرع الأردني لحالات الاختصاص المقيد والسلطة التقديرية.
- نأمل من الإدارة ضرورة استهدافها للمصلحة العامة عند استعمالها للامتيازات المقررة لها بموجب القانون لاسيما السلطة التقديرية.
- ضرورة إنشاء قضاء إداري متخصص ذو صلة بالعمل الإداري بشكل قريب ومباشر.

#### المراجع:

##### أولاً: الكتب والرسائل العلمية:

1. الأعرج، ميسون جريس عيسى (1999). عيب السبب في القرار الإداري، دراسة مقارنة وتطبيقية في الأردن. رسالة ماجستير، الجامعة الأردنية، عمان، الأردن.
2. بسيوني، عبد الغني (1996). القضاء الإداري. منشأة دار المعارف، الإسكندرية.
3. بسيوني، عبد الله (د.ت.). النظرية العامة في القانون الإداري.
4. بطارسة، سليمان سليم (2003). عيب انحراف السلطة "المصطلح، طبيعة العيب وطريقة إثباته". مجلة دراسات، الجامعة الأردنية، 30(2): 353.
5. بعلوشة، شريف (2010). دعوى إلغاء القرار الإداري، دراسة تحليلية مقارنة. رسالة ماجستير غير منشورة، جامعة الأزهر، فلسطين.
6. البنا، محمد عاطف (1990). الوسيط في القضاء الإداري. دار الفكر العربي، القاهرة.
7. تيطاوين، رميسة (2014). دور القضاء الإداري في حماية مبدأ المشروعية. رسالة ماجستير غير منشورة، الجزائر.
8. الجبوري، محمود خلف (د.ت.). القضاء الإداري. الطبعة الأولى، دار الثقافة للنشر والتوزيع، عمان.
9. الجرف، طعيمة (1973). القانون الإداري- دراسة مقارنة-. القاهرة.
10. جمال الدين، سامي (د.ت.). القضاء الإداري والرقابة على أعمال الإدارة. دار الجامعة الجديدة للنشر القاهرة.
11. حافظ، محمود (د.ت.). القضاء الإداري. الطبعة السابعة، القاهرة، دار النهضة العربية.
12. حجازي، رضا (2001). الرقابة القضائية على ركن السبب في إجراءات الضبط الإداري، دراسة مقارنة رسالة دكتوراه. جامعة القاهرة.
13. الحجر، عامر بن محمد بن عامر (د.ت.). الرقابة القضائية على عيب السبب في دعوى مراجعة القرار الإداري. محكمة القضاء الإداري.
14. حسن، عبد الفتاح (1971). التعويض في القانون الإداري والإدارة العامة. القاهرة.
15. حسن، عبد الفتاح (1982). قضاء الإلغاء. مكتبة الجلاء الجديدة، المنصورة.
16. حسين، محسن الجواد (1953). بين سلطة الإدارة التقديرية واختصاصها المقيد. مجلة مجلس الدولة، السنة 04، القاهرة.
17. الحلو، ماجد راغب (1985). القضاء الإداري، دار المطبوعات الجامعية، الإسكندرية، ص 377.
18. خليفة، عبد العزيز عبد المنعم (2001). الانحراف بالسلطة كسبب لإلغاء القرار الإداري. الطبعة الأولى، الإسكندرية، دار الفكر الجامعي.

19. خليفة، عبد العزيز عبد المنعم (2007). *القرارات الإدارية في الفقه وقضاء مجلس الدولة*. الطبعة الأولى، دار الكتب المصرية، مصر.
20. الربيعي، سيف بن بخيت بن حمد (2018). *بعنوان تطور القضاء الإداري عند رقابته على ركن السبب*، ورقة عمل مقدّمة ضمن فعاليات المؤتمر الثامن لرؤساء المحاكم الإدارية العربية المنعقد بالمركز العربي للبحوث القانونية والقضائية بالعاصمة اللبنانية بيروت خلال الفترة: من 24 إلى 26/9/2018م، محكمة القضاء الإداري، سلطنة عمان.
21. الزناتي، مصطفى أسامة (2017). *عيب الشكل والاجراءات وأثره على صحة القرار الإداري في القانون الفلسطيني*. دراسة تحليلية، رسالة ماجستير، برنامج الدراسات العليا المشترك بين أكاديمية الإدارة والسياسة للدراسات العليا وجامعة الأقصى غزة، فلسطين.
22. ساري، جورج شفيق (د.ت). *المبادئ العامة للقانون الإداري "النشاط الإداري"*. جامعة المنصورة، مصر.
23. أبو سمهدانة، عبد الناصر (2009). *الخصومة الإدارية ومستقبل القضاء الإداري في فلسطين*، دراسة مقارنة. ط1، القاهرة، دار النهضة العربية.
24. السناري، محمد عبد (2000). *مبدأ المشروعية والرقابة على أعمال الإدارة في دولة الامارات*. مطبوعات جامعة الامارات المتحدة، الامارات.
25. شبير، محمد سليمان نايف (2015). *القضاء الإداري في فلسطين*. الطبعة الأولى، دار النهضة العربية، القاهرة.
26. الشريف، حامد (د.ت). *الطعن في القرارات الإدارية في المباني امام محاكم مجلس الدولة*. د. ط، المكتبة العالمية.
27. شطناوي، علي خاطر (2004). *موسوعة القضاء الإداري، الجزء الأول*. مكتبة دار الثقافة للنشر والتوزيع، عمان، الطبعة الأولى، الإصدار الأول، ص751.
28. شبحا، إبراهيم عبد العزيز (1994). *القضاء الإداري اللبناني ومجلس شورى الدولة اللبناني*. الدار الجامعية، بيروت.
29. الصادق، أحمد فرج (2019). *عبء إثبات عيب السبب في القرار الإداري*. مجلة دراسات وأبحاث المجلة العربية في العلوم الإنسانية والاجتماعية، 11(2).
30. صادق، علي (2008). *دعوى الإلغاء في القضاء الإداري الفلسطيني*. معهد البحوث للدراسات العربية، القاهرة.
31. الطماوي، سليمان (1984). *النظرية العامة للقرارات الإدارية، دراسة مقارنة*. الطبعة الخامسة، دار الفكر العربي، القاهرة، الطبعة الخامسة.
32. الطماوي، سليمان محمد (1996). *القضاء الإداري، الكتاب الأول*. دار الفكر العربي، الطبعة السابعة، القاهرة.
33. العاني، وسام صبار (2015). *القضاء الإداري*. الطبعة الأولى، مكتبة السنهوري، بيروت، لبنان.
34. العاني، وسام صبار (د.ت). *عيب السبب ومكانته بين أوجه الإلغاء في النظم المقارنة والعراق*. كلية القانون، جامعة بغداد.
35. العبادي، محمد وليد (2004). *الوجيز في القضاء الإداري: دراسة قضائية تحليلية مقارنة*. دار المسار للنشر والتوزيع، الطبعة الأولى، المفرق، الأردن.
36. عبد الحميد، بن علي (2014). *الرقابة القضائية على ركن السبب في القرار التأديبي*. مجلة البحوث القانونية، العدد الثاني.
37. عبد العال، محمد حسنين (1971). *السبب في القرار الإداري ودعوى الإلغاء*. رسالة دكتوراه. جامعة القاهرة.
38. عبد الله، عبد الغني بسيوني (1990). *القانون الإداري*. الدار الجامعية، الإسكندرية.
39. عبد الوهاب، محمد رفعت (2003). *القضاء الإداري*. الكتاب الأول، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت.
40. عصفور، محمد (1957). *مذاهب المحكمة الإدارية، في الرقابة والتفسير والابتداع الجزء الأول*. المطبعة العالمية، القاهرة.
41. علم الدين، محمد اسماعيل (1971). *التزام الإدارة القانوني في ممارسة السلطة التقديرية للإدارة*. مجلة العلوم الإدارية، العدد الثالث.
42. عمرو، عدنان (2004). *القضاء الإداري، قضاء الإلغاء*. ط2، الاسكندرية، منشأ دار المعارف.
43. عوابدي، عمار (1998). *النظرية العامة للمنازعات الإدارية في النظام القضائي الجزائري*. الجزء الثاني، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر.
44. غانم، هاني عبد الرحمن (د.ت). *القضاء الإداري في ضوء قانون الفصل في المنازعات الإدارية الجديد*.
45. غانم، هاني عبد الرحمن، الشاعر، أنور (2019). *الوسيط في القانون الإداري في ضوء اجتهاد أحكام القضاء الإداري في فلسطين*. الطبعة الأولى، مكتبة نيسان للطباعة والتوزيع.
46. فتيتي، صفاء (2014). *الرقابة على مبدأ التناسب في الجزاءات التأديبية*. رسالة ماجستير، جامعة محمد خضير، الجزائر.
47. فهبي، مصطفى أبو زيد (1979). *القضاء الإداري ومجلس الدولة*. منشأة المعارف.
48. كنعان، نواف (2010). *القانون الإداري، الكتاب الثاني، "الوظيفة العامة، القرارات الإدارية، العقود الإدارية، الأموال العامة"*. الطبعة الأولى، دار الثقافة للنشر والتوزيع، عمان.
49. ليو، مازن راضي (2008). *الوجيز في القانون الإداري*. د. ط، دنمارك، منشورات الأكاديمية العربية.
50. مزهر، وليد عبد الرحمن، الأخرس، عمر صالح (2020). *الوجيز في القضاء الإداري في فلسطين*. الطبعة الأولى، مكتبة نيسان للنشر والتوزيع، غزة.
51. مهنا، محمد فؤاد (1965). *القانون الإداري العربي في ظل النظام الإشتراكي الديمقراطي التعاوني*. الجزء الثاني، الطبعة الثانية، منشأة المعارف، الإسكندرية، ص1143.

52. نجم، أحمد حافظ عطية (1982). السلطة التقديرية للإدارة ودعاوي الانحراف بالسلطة في الأحكام الحديثة لمجلس الدولة الفرنسي. مجلة العلوم الإدارية، (1)23، القاهرة.

53. اليازجي، منيرة عمر (2017). الرقابة القضائية على السلطة التقديرية للإدارة في فلسطين: دراسة تحليلية مقارنة. رسالة ماجستير، الجامعة الإسلامية بغزة.

ثانياً: المراجع الأجنبية:

1. Alain Moyrand (1992). *Le droit administratif*. L'hermès, P160.
2. Jacqueline Morand -Devil (1999). *Cours de droit Administrative*. Montchrestien 6<sup>e</sup> edition. P. 278.



## Judicial control over the discretionary power of management

Walid Abdul Ruhman Mezher

Assistant Professor of Public Law, Al-Aqsa University, Gaza, Palestine  
wa.mezher@alaqsa.edu.ps

Received: 6/9/2021 Revised: 30/9/2021 Accepted: 12/1/2022 DOI: <https://doi.org/10.31559/LCJS2021.2.3.4>

**Abstract:** The study aimed to delve into the legal issue of judicial oversight over administrative discretionary authority, and that the presence of discretion in administrative work would achieve this legal presence of the state on the one hand, and on the other hand, would lead to the management and good performance of administrative public facilities. Moreover, for its significance, the descriptive analytical approach was used in conjunction with the comparative approach. As a result, the research was divided into three sections, the first of which addressed the nature of discretionary authority. The second is concerned with external judicial oversight of the limits of discretionary authority, as represented by the defects of lack of jurisdiction, form, procedures, and deviation in the use of authority and the third is concerned with internal judicial control over the limits of discretionary authority. We came to several conclusions and recommendations; one of the most important is that the administration's discretionary authority lies in the element of cause, place, and end. The restricted authority exists in jurisdiction and form. While the most important recommendations are represented in the administration's hope that should use the privileges granted to it under the law, particularly the discretionary authority, for the public interest.

**Keywords:** *Judicial oversight; discretion; administrative judiciary; defect of lack of jurisdiction; defect of form; defect of reason; defect of shop.*

### References:

1. Ala'rij, Myswn Jrys 'Eysa (1999). 'yb Alsbb Fy Alqrar Aledary, Drash Mqarnh Wttbyqyh Fy Alardn. Rsalt Majstyr, Aljam'h Alardnyh, 'man, Alardn.
2. B'lwshh, Shryf (2010). D'wa Algha' Alqrar Aledary, Drash Thlylyh Mqarnh. Rsalt Majstyr Ghyr Mnshwrh, Jam't Alazhr, Flstyn.
3. Albna, Mhmd 'atf (1990). Alwsyt Fy Alqda' Aledary. Dar Alfkr Al'rby, Alqahrh.
4. Bsywny, 'bd Alghny (1996). Alqda' Aledary. Mnshah Dar Alm'arf, Aleskndryh.
5. Bsywny, 'bd Allh (D.T). Alnzryh Al'eamh Fy Alqanwn Aledary.
6. Btarsh, Slyman Slym (2003). 'yb Anhrf Alslth "Almstlh, Tby'h Al'yb Wtryqh Ethbath". Mjlt Drasat, Aljam'h Alardnyh, 30(2): 353 .
7. Hafz, Mhmwd (D.T). Alqda' Aledary. Altb'h Alsab'h, Alqahrh, Dar Alnhdh Al'rbyh.
8. Hjazy, Rda (2001). Alrqabh Alqda'yh 'la Rkn Alsbb Fy Ejra'at Aldbt Aledary, Drash Mqarnh Rsalh Dktwrah. Jam't Alqahrh.
9. Alhjr, 'amr Bn Mhmd Bn 'amr (D.T). Alrqabh Alqda'yh 'la 'yb Alsbb Fy D'wa Mraj't Alqrar Aledary. Mhkmt Alqda' Aledary.
10. Alhlw, Majd Raghb (1985). Alqda' Aledary, Dar Almtbw'at Aljam'yh, Alaskndryh, S377.
11. Hsn, 'bd Alftah (1971). Alt'wyd Fy Alqanwn Aledary Waledarh Al'amh. Alqahrh.
12. Hsn, 'bd Alftah (1982). Qda' Alelgha'. Mktbt Aljla' Aljdydh, Almnswrh.
13. Hsyn, Mhsn Aljwad (1953). Byn Slth Aledarh Altqdyryh Wakhtsasha Almgyd. Mjlt Mjls Aldwlh, Alsnh 04, Alqahrh.
14. Aljwbry, Mhmwd Khlf (D.T). Alqda' Aledary. Altb'h Alawla, Dar Althqafh Llnshr Waltwzy', 'man.
15. Aljrf, T'yhm (1973). Alqanwn Aledary- Drash Mqarnh-. Alqahrh.
16. Jmal Aldyn, Samy (D.T). Alqda' Aledary Walrqabh 'la A'mal Aledarh. Dar Aljam'h Aljdydh Llnshr Alqahrh.

17. Khlyfh, 'bd Al'zyz 'bd Almn'm (2001). Alanhraf Balslth Ksbb Lelgha' Alqrar Aledary. Altb'h Alawla, Aleskndryh, Dar Alfkr Aljam'y.
18. Khlyfh, 'bd Al'zyz 'Ebd Almn'em (2007). Alqrarat Aledaryh Fy Alfqh Wqda' Mjls Aldwlh. Altb'h Alawla, Dar Alktb Almsryh, Msr.
19. Alrby'y, Syf Bn Bkhyt Bn Hmd (2018). B'nwan Ttwr Alqda' Aledary 'nd Rqabth 'la Rkn Alsbb, Wrqh 'ml Mqdmh Dmn F'alyat Alm'tmr Althamn Lr'sa' Almhakm Aledaryh Al'rbyh Almn'qd Balmrkz Al'rby Llbhwth Alqanwnyh Walqda'yh Bal'asmh Allbnanyh Byrwt Khlal Alftrh: Mn 24 Ela 26/9/2018m, Mhkmt Alqda' Aledary, Sltnt 'man.
20. Alsadq, Ahmd Frj (2019). 'b' thbat 'yb Alsbb Fy Alqrar Aledary. Mjlt Drasat Wabhath Almjhlh Al'rbyh Fy Al'lwm Alensanyh Walajtma'yh, 11(2).
21. Sadq, 'ly (2008). D'wa Alelgha' y Alqda' Aledary Alflstyny. M'hd Albhwth Lldrasat Al'rbyh, Alqahrh.
22. Sary, Jwrjy Shfyq (D.T). Almbad' Al'amh Llqanwn Aledary " Alnshat Aledary. Jam't Almnswrh, Msr.
23. Shbyr, Mhmd Slyman Nayf (2015). Alqda' Aledary Fy Flstyn. Altb'h Alawla, Dar Alnhdh Al'rbyh, Alqahrh.
24. Alshryf, Hamd (D.T). Alt'n Fy Alqrarat Aledary Fy Almbany Amam Mhakm Mjls Aldwlh. D. T, Almktbh Al'almyh.
25. Shtnawy, 'ly Khatr (2004). Mwsu't Alqda' Aledary, Aljz' Alawl. Mktbt Dar Althqafh Llnshr Waltwzy', 'man, Altb'h Alawla, Alesdar Alawl, S751.
26. Shyha, Ebrahym 'bd Al'zyz (1994). Alqda' Aledary Allbnany Wmjls Shwra Aldwlh Allbnany. Aldar Aljam'yh, Byrwt.
27. Abw Smhdanh, 'bd Alnasr (2009). Alkhswmh Aledaryh Wmstqbl Alqda' Aledary Fy Flstyn, Drash Mqarnh. T1, Alqahrh, Dar Alnhdh Al'rbyh.
28. Alsnary, Mhmd 'bd (2000). Mbda Almshrw'yh Walrqabh 'la A'mal Aledarh Fy Dwlh Alamarat. Mtbw'at Jam't Alamarat Almthdh, Alamarat.
29. Tytawyn, Rmysh (2014). Dwr Alqda' Aledary Fy Hmayh Mbda Almshrw'yh. Rsalt Majstyr Ghyr Mnshwrh, Aljza'r.
30. Alznaty, Mstfa Asamh (2017). 'yb Alshkl Walajra'at Wathrh 'la Shh Alqrar Aledary Fy Alqanwn Alflstyny. Drash Thlylyh, Rsalt Majstyr, Brnamj Aldrasat Al'lya Almshtk Byn Akadymyh Aledarh Walsyash Lldrasat Al'lya Wjam't Alaqsa Ghzh, Flstyn.



# The Israeli violations of the natural resources in Palestine

**Najah Duqmaq**

Assistant Professor, Faculty of law  
Al-Quds University, Palestine  
najahduq@yahoo.com

**Ahmed Abu Ja'far**

Ministry of Justice, Palestine

قبول البحث: 2022/12/5

مراجعة البحث: 2021/11/13

استلام البحث: 2021/10/9

DOI: <https://doi.org/10.31559/LCJS2021.2.3.5>



This file is licensed under a [Creative Commons Attribution 4.0 International](https://creativecommons.org/licenses/by/4.0/)



## The Israeli violations of the natural resources in Palestine

**Najah Duqmaq**

Assistant Professor, Faculty of law, Al-Quds University, Palestine  
najahduq@yahoo.com

**Ahmed Abu Ja'far**

Ministry of Justice, Palestine

Received: 9/10/2021 Revised: 13/11/2021 Accepted: 5/12/2022 DOI: <https://doi.org/10.31559/LCJS2021.2.3.5>

**Abstract:** The Israeli private companies deliberately committed various violations against the Palestinian inhabitants and civilian properties by pillaging the natural resources in Palestine. The research sheds light on the need for the Palestinian people to exercise their right over their natural resources and wealth, and the need to stop the violations and practices of Israeli companies that impede the implementation of this right, especially in the Jordan Valley and the Dead Sea, which are major sources of many minerals. Israeli practices violate the Public International Laws by giving the private companies the green light and the necessary declarations and facilities to extract and exploit the natural resources in Palestine. The research gave more attention to these companies' pillage and robbery of the natural resources in Palestine, mainly extracting the minerals in the Dead Sea. The research problem centers on the Israeli flagrant violation for the Public International Law provisions by giving the private companies the green light and the necessary declarations and facilities to extract and exploit the natural resources in Palestine. The research concludes some essential results and recommendations. The most important results are Israel occupied the Palestinian lands for their natural resources and got benefit from them. Israel encouraged and facilitated its civilian population to reside in the Occupied Palestinian Territories. Mining and extracting natural resources in Palestine by Israel for the economic benefit amount to the war crime of pillage, entailing responsibility for Israel and for its officials who commit such types of crimes. The most important recommendations are: Israel must abandon its illegal utilization of the natural resources in Palestine, damaging the Palestinians' properties, building up the Separation Discrimination Wall, transporting the Israeli civilians to the Palestinian Occupied Territories, plundering of the Dead Sea natural resources. The Israeli procedures and activities severely violate mainly the resolutions which have been issued by the UN organs, and Public International Law provisions.

**Keywords:** *Public International Law provisions; the Separation Discrimination Wall; International legal responsibility; the natural resources in Palestine.*

### 1. Introduction

Since 1967, Israel has seized the Palestinian land to inhabit its settlers and took control over the natural resources. Israel has prevented Palestinians from using and getting benefit from their lands and other natural resources. The Israeli settlers have been utilizing the Palestinian territories causing damage to the Palestinian natural resources.

The Security Council Resolution 2334 in 2016, demanded Israel to stop building up settlements in the Palestinian lands, mainly Jerusalem, and considered the settlements of any nature or purpose in the OPT illegal<sup>1</sup>.

The research talks about Israel's responsibility as an occupying state, and it must shoulder its legal duties when dealing with the natural resources issue. The Israeli occupation is a temporary case, so Israel is considered as a supervisor of these natural resources which are owned and possessed legally by the Palestinians, and Israel is

<sup>1</sup> The UN official site. The Security Council Resolution 2334.

forced to administer them in accordance with the rules of usufruct. As a result, Israel is prohibited from exploiting and undermining these natural resources for the favor of its settlers.

The Israeli practices in Palestine can be described as a flagrant violation of its legal obligation for the rules of Public **international** because Israel deliberately deprives the Palestinians from using and getting benefit from the land and the other natural resources.

### 1.1. Statement of the problem

Israel practices a flagrant violation for the rules of Public international by giving the private companies the green light and the necessary declarations and facilities to mine and utilize the natural resources in Palestine.

The occupier shoulders the legal responsibility for the companies' violations to the Public International Law, besides its responsibility and prosecution before the International Court of Justice for repairing the injury resulting from the exploitation, compensation and preventing these private companies from continuing their robbing of the natural resources.

### 1.2. Questions of the study

- What are the procedures that can be done by the Palestinians to prevent Israel from exploiting the natural resources in its territories?
- What can the State of Palestine do at the international level to keep the natural resources and get benefit from them?
- How can the Palestinians recruit the member states in the UN to support and adopt the Palestinians attitude to exploit their natural resources, and preventing Israel from practicing its policy?

### 1.3. Objectives of the study

The study aims at achieving the following objectives:

- Knowing the measures that can be adopted by the State of Palestine to limit Israel's exploitation of natural resources.
- Developing practical measures by the State of Palestine to preserve and benefit from its natural resources.
- Shedding the light on Israel's theft of natural resources in Palestine and depriving the Palestinians of benefiting from them.
- Creating an international lobby to support the Palestine's position at the United Nations in accordance with international legitimacy resolutions in order to preserve Palestine's natural resources and prevent Israel's exploitation of these resources.

### 1.4. Study approach

The researchers adopted two approaches which are suitable for this study. The first is the descriptive analytical approach, and the second is the legal applied approach.

### 1.5. Research Division

The study includes two sections:

**Topic one: The activity of the private firms and their illegal activities on the Palestinian Land, and the responsibility of Israel in accordance with the provisions of Public International law**

1. How can military firms be defined, and what is the nature of the activities they achieve?
2. The nature of the employees who serve in such firms.
3. The Israeli firms that mine and illegally benefit from the natural resources in the Palestine State.
4. What are the ways that Israel adopts to rob the Palestinian land?
5. Environmental Responsibilities of Israel as an occupier in accordance to the provisions of Public International Law.

**Topic two: Israel's exploitation of the natural resources in Palestine and its obligations towards the Palestinians**

1. The policy of building up settlements in the West Bank, mainly in the occupied Eastern Jerusalem.
2. The apartheid wall and its effect on the Palestinians life.
3. The illegal exploitation and robbing of the Palestinian water resources, and the pillage of the Dead Sea mineral resources.
4. The Palestinian sovereignty over their natural resources and their basic right to self-determination according to the rules of IHL.
5. The Israeli responsibility as an occupier towards the Palestinian occupied lands.

## Topic one: The activity of the private firms and their illegal activities on the Palestinian Land, and the responsibility of Israel in accordance with the provisions of Public International law

### 1. How can military firms be defined, and what is the nature of the activities they achieve?

Goddard described the private military companies as:

A civilian company that is devoted to military training, logistic support, communications and intelligence works and military services<sup>2</sup>.

**Singer** defined private military firms:

Private military companies can be defined as suppliers of professional services that are connected with warfare. Private military companies are considered the corporate evolution of "the soldiers of fortune". In sharp contrast of individuals "dogs of war", these are special companies which can produce types of utilities. They can produce certain activities such as, long term planning strategies, necessary intelligence services, logistics support, military equipment, and tactical and essential technical experience<sup>3</sup>.

### 2. The nature of the employees who serve in such firms.

Article 4(a) of Geneva Convention (3), and Article 43 of Additional protocol (1) talked about the armed forces. "The armed forces of a Party to a conflict consist of all organized armed forces, groups and units which are under a command responsible to that Party for the conduct of its subordinates, even if that Party is represented by a government or an authority not recognized by an adverse Party. Such armed forces shall be subject to an internal disciplinary system which, inter alia, shall enforce compliance with the rules of Public International Law applicable in armed conflict"<sup>4</sup>.

We can conclude from Article 4(a) of Geneva Convention (3) that the employees of the military firms are not really fighters, if these fighters do not fight side by side with the governmental army. Additional Protocol 1 of 1977 considers these employees as really fighters as long as they serve under a responsible leadership. Besides, Article 43 Additional protocol (1) says that "Whenever a Party to a conflict incorporates a paramilitary or armed law enforcement agency into its armed forces it shall so notify the other Parties to the conflict". This means that integration is really an internal matter, so incorporating people like these should be notified by the parties of war.<sup>5</sup>

### 3. The Israeli companies that mine and benefit economically from the Palestinian natural resources.

Since the war ended in 1967, Israel has been paying a remarkable effort, which includes political and military procedures to practice sovereignty rights to have control over the Palestinian natural resources. Here we want to talk about two main companies which are active on the Palestinian territories.

#### • Mekorot Company

In the year of 1982, Israel illegally gave the responsibility of the Palestine resources of water in the (OCP) to "Mekorot" private company that deliberately pushed and forced the Palestinian inhabitants to depend completely on the water firm to meet their daily consumption of water. Mekorot provides the Palestinians approximately with most of the water consumed by the Palestinians in the West Bank. Besides, Israel does its best to have the full control over the water resources; Mekorot robs water from the Palestinian share of water to supply copious amounts settlements in the West Bank.

Mekorot cooperates with Israel to achieve "water apartheid", this is a main policy of ethnic cleansing for the Palestinian inhabitants.

Mekorot gets a great benefit from the Israeli policies, in building the settlements and the Apartheid Wall, which violate human rights. Building the settlements and the Apartheid Discrimination Wall is an apparent violation of rights which are adopted by the General Assembly<sup>6</sup>.

The Palestinians have a legal right to have control over their natural resource, especially the right to water, and it is known as an essential **right** to an adequate standard of living according to Article 11 (1) of the International Covenant on Economic, Social and Cultural Rights. The right of the Palestinians to water is also legally protected and fully guaranteed in accordance with the provisions of the other international treaties and is essential to the enjoyment of the rights to healthy life, enough housing and stuff. The human beings' right to have enough supply of water will enable all the people to enough, healthy, acceptable, share of water for personal and domestic need.

Richard Falk, the Special Rapporteur on the situation of human rights in the Occupied Palestinian Territories, demonstrated in his report the complicity of companies involved in business for international crimes related to

<sup>2</sup> Dough Brooks, "Messiahs or Mercenaries? The Future of International Private Military Services", *International Peacekeeping*, Vol. 7, No 4, winter 2000, pp. 134-136.

<sup>3</sup> Singer, P.W, "The Private Military Industry and Iraq. Geneva, November 2004, P.21.

<sup>4</sup> Article 4(a) of Geneva Convention (3), and Article 43 of Additional protocol (1)

<sup>5</sup> Gillard, E.C: " Private Military Security Companies: The status of their staff and their obligations under IHL and the responsibilities of states in relation to their operations". Research published in a book (Private Military and Security Companies: Ethics, Policies and Civil Military Relations), Routledge, USA & Canada, First published, 2009, P. 162.

<sup>6</sup>Koek, E. Water for one People Only. Alhaq Foundation, Ramallah, 2013. P. 17.

the Israeli settlement enterprise, with the target of accountability with respect to the emerging obligations of businesses towards human rights in accordance with the International Law, referring to the decision of a Dutch company (Vitens) for water services to cut its relations with the Israeli company Mekorot, which works to supply all Israeli settlements with water, so that the Dutch company complied with the rules of Public International law<sup>7</sup>. Israel has recently created strategic alliances with the Arab countries that control the water resources<sup>8</sup>, considering this as an acquired right from its view, meeting the needs of its settlers, and making the water issue one of the foundations of peace negotiations based on future ambitions for water resources in the region<sup>9</sup>. Israel aims to take control of the water in the Arab countries that have water resources.

#### • Ahava Dead Sea Laboratories Ltd

Ahava Company is situated in "MitzpeShalem", a settlement on the Dead Sea Shore in Palestine, and utilizes the natural resources in the West Bank Lands. It is authorized by the Israeli government to mine the Dead Sea mud and offers many products manufactured from the Dead Sea land.

It was established in 1988, and it has the ownership of three global subsidiary firms in Germany, UK and the USA. Ahava's imports were mainly from exports to Europe, the USA, and the rest 40 percent comes from the local sale in the markets of Israel, and tourists who visit and be treated with therapeutic mud from the Dead Sea<sup>10</sup>.

Ahava Ltd. also has a specialized center for tourists and sales promotion in the settlement of 'MitzpeShalem'. Ahava Company gets nearly five times more income than all Jordanian companies together that produce and sell the Dead Sea products.

Ahava receives remarkable tax benefits from the occupying power, like all of the firms located and working in settlements in Palestine. No doubt that the taxes and revenues paid by Ahava to the Israeli Government are not paid to Palestine State.

It is clear that both Mikorot and Ahava firms mine and dig the natural resources in the Palestinian Occupied Territories disregarding the rules of IHL. They work side by side with the international firms from the Western countries to exploit illegally the **natural** wealth of Palestine. They gain great benefits; on the other hand, Palestine does not get any returns from its natural wealth.

According to the research, these commercial companies should respect the rules of international humanitarian law and human rights law and should not infringe on the rights of Palestinian citizens who are under Israeli occupation, but rather address these negative effects instead of contributing to encouraging them to violate human rights, which damages natural resources and wealth as one of the pillars of the right to self-determination.

#### 4. What are the ways that Israel adopts to rob the Palestinians land?

Israel has used various ways to rob the Palestinian lands. It seized the Palestinian land for the Israeli troop's purposes, announcing to the public that the seized lands are dedicated for the Israeli troops training or as wildlife reserves<sup>11</sup>.

The complicity of companies contributes to committing serious violations of the rights of Palestinian citizens, which highlights the unequal aspect in the distribution of water, the exploitation of the resources of the occupied land, the construction of the Discrimination Wall, and continuous Israeli oppression that coincides with the process of displacement of Palestinians to bring Jewish immigrants in their place through the continuous settlement activity in building settlements to transfer the Israeli civilians to the Palestinian Territories<sup>12</sup>.

Israel has adopted various means to confiscate the Palestinian lands, through Israeli laws and military orders under several pretexts to seize Palestinian land, including "state lands", deserted lands, "closed military areas" in order to achieve its political goals in implementation of the Israeli Alon Plan of 1967 with regard to the annexation of lands from the West Bank, the confiscation of lands along the Jordan River and the Dead Sea, the control of water in aquifers, and the construction of settlements to ensure their security on the borders of the eastern front<sup>13</sup>.

#### 5. Environmental Responsibilities of Israel as an occupier according to the Public International provisions

Israel has been occupying the Palestinian Territories for over five decades, so its occupation is considered a prolonged according to the rules of public international law.

<sup>7</sup> United Nations Human Rights Council, 25<sup>th</sup> Session, Report of the Special Rapporteur on the situation of human rights in the Palestinian territories occupied since 1967, Richard Falk, January 13, 2014. Index number: A/HRC/25/67, item, 39, 40, 41, p. 16.

<sup>8</sup> Marakami, Masahiro, (1995): *Managing Water for Peace in the Middle East, Alternative Strategies*. Tokyo: UN University Press. P. 61.

<sup>9</sup> Mansoor, Suliamam: *The Zionist Policy towards Arab Water*. The faculty of Law and Political Science, the second issue, Sousa, Tunisia, 2014, P.21.

<sup>10</sup> Nicoletti, C. *Pillage of the Dead Sea*, Alhaq Foundation, Ramallah, 2012. PP.21-22.

<sup>11</sup> West Bank Settlements: Facts and Figures 2009. <http://Peace now.org.il.org./node/297>.

<sup>12</sup> Corporate Complicity in Violations of International Law in Palestine, Palestinian Resource Center for Residency and Refugee Rights, Badil, April 2015, p. 5.

<sup>13</sup> Israeli Policies in Areas Classified "C" Obstacles to Development and the Intervention of the Palestinian Government in Confronting them, Independent Commission for Human Rights, Court of Justice, Report Series "85) 2016, pp. 9-10

- **Israel's Environmental Responsibilities as an Occupying Power during a military Occupation**

This expression is usually known as a main part of International Humanitarian Law of armed conflicts. It is ruled by a group of IHL criteria of armed conflicts due to the territories that it captures, its inhabitants, and normally the natural environment.

The law of the belligerent or military occupation is centered on the prosperity and healthy life of the inhabitants, the possession of their lands, and the ways they earn their living. Taking care of the natural environment has always been an essential interest of the modern world.

The Israeli State has not signed Protocol 1 of 1977, as a result, it does not abide by it. Anyway, the relevant articles of Additional Protocol 1, mainly articles 35 and 55, are considered essential parts of customary international law.<sup>14</sup>

- **Keeping objects necessary to the life of Civilian inhabitants**

Article 54 of additional protocol 1 states that states at war must protect and keep objects necessary to the life and survival of the civilian inhabitants. This contains "foodstuffs, crops, livestock, and drinking water installations". It is forbidden to being attacked because they are essential needs for the inhabitants in the occupied territories.<sup>15</sup>

- **Protection and keeping the natural environment in the occupied territories**

Article 35(3) of the Additional Protocol 1 provides the "basic rules" and at paragraph 3 states that "it is prohibited to employ methods or means of warfare which are intended, or may be expected, to cause widespread, long-term and severe damage to the natural environment"<sup>16</sup>.

The Israeli occupation is really a prolonged one. As a result, such activities are not connected with the means of warfare, but really connected with the systematic destruction of the environment which eventually cause the widespread, long-term, and destruction to the environment.

## **Topic two: Israel's exploitation of the natural resources in Palestine and its obligations towards the Palestinians**

### **1. The policy of building up settlements in the West Bank, mainly in the occupied eastern Jerusalem**

Over the last 50 years, Israel has followed a systematic policy to take control and plunder the natural resources in Palestine. It has followed various methods to achieve its targets. The Likud party, besides the other parties in Israel, considers the Palestinian territories parts of "Great Israel", they are described as lands "C". There are certain provisions that prevent Israel as an occupier to take control over the land and plunder the natural resources in the territories that it occupies. Article one of the International Covenant on Civil and Political Rights states that: "All people may, for their own ends, freely dispose of their natural wealth and resources without prejudice to any obligations arising out of international economic co-operation, based upon the principle of mutual benefit, and Public International Law. In no case may people be deprived of its own means of subsistence".

#### **The International Declaration of Human Rights 1948, in article 17 says:**

"Everyone has the right to own things or share them. Nobody should take our things from us without a good reason". Israel illegally violated the provisions of International Humanitarian Law by building up the settlements. It has transferred about 560,000 Jewish civilians into the Palestinian lands<sup>17</sup>. This action is not accepted, and it is normally prohibited in accordance with the provisions of the Public International Law in general.

Article 49, (6) of the Fourth Geneva Convention explicitly states that, "the occupying power shall not deport or transfer parts of its own civilian population in the territories that it occupies". The Security Council Resolution 446 (1979) and 465 (1980) explicitly condemned building up the settlements, and considered such action illegal, moreover, the International Court of Justice in its advisory opinion in 2004 considered "establishing the settlements, including East Jerusalem, are unlawful and obstacles towards achieving peace, and this opinion is very essential during the final negotiations between the Palestinians and Israelis.

Therefore, the Israeli settlements are basically a major barrier which prevents the Palestinians from achieving their dream in living in their own independent state beside Israel. The Israeli settlements affected the Palestinians life since they are built on the fertile agricultural land which the Palestinians depend on for their lives. Settlers use and consume more and more water; on the other hand, Palestinians do not consume half of the settlers' amount. In addition to what has been mentioned, the wastewater that comes from the Israeli settlements is discharged in a programmed way into the Palestinian near valleys without any treatment. This action caused a lot of damage for the Palestinian lands, and spread the diseases in the villages and towns they live in.

The Palestinians have the legal right to get benefit from the natural resources in their state. The General Assembly Resolution 66/225 of 29 March 2012 asserted that Palestinians can exercise their normal rights over the natural

<sup>14</sup>Takahanshi, Y: The Law of Occupation, Martinus Publisher, Boston 2009. P. 106.

<sup>15</sup>Lucia, V: Environmental Injustice in Occupied Palestinian Territories, Alhaq Foundation, Ramallah 2015, P.39.

<sup>16</sup> Article 35(3) of the Additional Protocol 1

<sup>17</sup> Article one of the International Covenant on Civil and Political Rights. article 17 of the International Declaration of Human Rights 1948

resources they possess, and asked the occupier state to abandon the mining, exploitation, damage, and endangerment of those natural resources<sup>18</sup>.

## 2. The Apartheid Wall and its effect on the Palestinians life

Israel constructed the Apartheid Wall in June 2002. The main target of the wall is to rob the Palestinian lands to seize more of the Palestinian land and to enlarge the Jewish settlements in the occupied Palestinian Territories. The wall's height is 8 meters and is more than 800 kilometers long. It crosses the heart of the occupied West Bank so as to rob more and more lands.<sup>19</sup>

### • The Apartheid Wall and the IHL rules

Constructing the Apartheid Wall is a great violation to the rules of IHL. The successive resolution adopted by the UN explicitly assured that the Palestinian lands belong to the Palestinian people.

Article 53 of the Fourth Geneva Convention says that "Any destruction by the occupying Power of real or personal property belonging individually or collectively to private persons, or to the state, or to other public authorities, or to social or cooperative organizations, is prohibited, except where such destruction is rendered absolutely necessary by military operations.

So, Israel is now damaging the fertile land, which is dedicated for agriculture, and removing the Palestinian villages. It violates the provisions of IHL, basically articles 33,147,153 which really provide certain and safe protection for the Palestinians under the Israeli Occupation. The provisions of IHL severely prevent Israel from damaging the civilians' crops which they depend on for their living<sup>20</sup>.

### • The Advisory Opinion of the ICJ ON the Apartheid Wall

The Discrimination Wall is constructed on the Palestinian fertile agricultural lands targeted to surround and encompass many settlements that are besieging the Palestinian lands.

The advisory opinion of the International Court of Justice stated that the "Construction of the wall on the Palestinian Territories was contrary to International Law for many reasons":

1. The discrimination Wall prevents the Palestinians illegally from practicing their right to self-determination.
2. It creates a "fait accompli" on the Palestinian lands that could become a permanent situation, putting into consideration that Israeli assured that its action does not amount to annexation to the Palestinian territories and is of a temporary procedure.
3. The route of the discrimination Wall reinforces the status of the Israel's unlawful settlements.
4. The wall establishment caused a lot of destruction or requisition of the Palestinian.

The ICJ asked Israel to stop building up the wall immediately, to demolish the built parts and compensate the Palestinians for the loss and injury caused by Israel<sup>21</sup>.

Finally, we can say that the wall caused a great damage to the Palestinians: The amount of water dedicated for drinking is not enough. The Palestinians have been systematically prevented from using and cultivating their land which, that normally provides them with the necessary crops for their life.

## 3. The illegal exploitation and robbing of the Palestinian underground water resources, and the pillage of the Dead Sea mineral resources

### • The Israeli mining and illegally exploitation of the Palestinian water

The Palestinians suffered severely from the lack of clean, healthy and safe water. Israel deliberately deprived the Palestinians of the necessary water resources for their normal life.

Israel illegally exercises control over the water resources in Palestine. Israel's water supply system and denial to access to their water resources are an apparent policy to its colonial and discrimination policy.

The annexation policy which Israel depends on in the Palestinian territories facilitates the integration of the Palestinian lands into the Israeli State. Israeli settlers consume more and more water at the expense of Palestinians' share of their own water<sup>22</sup>.

### • The Israeli robbery of the Dead Sea water resources

Since the beginning of the Israeli occupation of 1967, Israel has been exploiting and mining most of the Dead Sea resources, the land and the water. It considered this area as "state land". The government of Israel has seized the Palestinian parts of the Dead Sea land which are devoted for the Palestinians, so as to deprive them from getting any potential benefit from the unique and rich natural resources in the Dead Sea.

Israel does not have the right to deplete the resources which are found in the Dead Sea area, but it can use and utilize these natural resources to supply the specific military needs. Israel is a temporary occupier; so it

<sup>18</sup> Article 49, (6) of the Fourth Geneva Convention. The General Assembly Resolution 66/225 of 29 March 2012.

<sup>19</sup> Article 53 of the Fourth Geneva Convention. Yaqin, S: The Israeli Apartheid Wall, Arab center Studies, Beirut, 2015. P.13.

<sup>20</sup> Alqasem, A.: The Wall of Ideology, Dar Alfikr, Amman, 2009.P.88.

<sup>21</sup> <http://www.icj-cij.org/docket/index.php?> The advisory Opinion of the ICJ.

<sup>22</sup> Caffery, S. The Law of International Watercourses. Oxford University Press, New York, 2007.P.308.

cannot deplete the natural resources in a way that put an end these resources use the returns for its colonial expansion.

Israel's actions in the Dead Sea area are considered a grave violation of the humanitarian and human rights law rules, and its duty as an occupier state for the PT. Israel economically benefits from the exploitation of the occupied territories' natural resources on the account of the Palestinians. As a result, the Israeli procedures could amount to war crime of pillage which are not permitted and allowed in accordance to the public international law provisions<sup>23</sup>.

The researchers suggest that the government of Israel must stop exploiting the natural resources in the Occupied Palestinian Territories, as the occupying power, especially the Dead Sea water resources and abide by the rules of international humanitarian law regarding the applicability of the Fourth Geneva Convention on Civilian Population of 1949 to the Palestinian land.

#### **4. The Palestinians sovereignty over their natural resources and their basic right to self-determination in accordance with the provisions of IHL**

The Israeli policy of exercising sovereign rights over the Palestine natural resources aimed at dispossessing these natural resources from the Palestinians, and a step towards possessing and capturing them.

Practicing the Palestinians right to self-determination is considered an essential principle according to the rules of Public International Law. It is a guarantee for the Palestinians to practice their legal rights on their land. The above mentioned right means that all people live on the earth have this right freely, without any kind of interference from the occupier, to pursue their economic, social, and educational programs, all states which are members of the UN are obliged to fully respect this right achieving the United Nations Charter.

As a result, the obligation to guarantee the right to self-determination is an obligation fall upon all the states which are members in the modern world.

Since the year 1948, the United Nations Organs, mainly the General Assembly and the Security Council, have asserted the Palestinians right to self-determination, and condemning the Israeli Policy in possessing the Palestinians natural resources, and the grave violations of human rights in Palestine.

The General Assembly connected this right with the main principles of customary international law concerning the full control for the Palestinians over their natural resources, considering that it is an essential component in practicing the Palestinians their right to self-determination in their independent state<sup>24</sup>.

The principle of permanent sovereignty for the Palestinians over their natural resources prevents Israel as an occupier from exploiting and mining the Palestinians' natural resources. It is a necessary factor and inherent component of sovereignty, which enables the occupied Palestinians to freely dispose of their natural resources. Naturally, this contains the right to use, keep and administer the natural resources in order to encourage the natural evolution in the State of Palestine.

The right of the Palestinians to permanent sovereignty over their natural resources becomes relevant when taking into consideration the prolonged occupation because Israel's temporary right to use and consume the fruits deriving from the occupied territories' property cannot last for an indefinite period. No doubt that the Israeli occupation is of a temporary nature. This concept is clear since Article 55 of The Hague Regulations which supports a specific concept for the theory "enjoy the fruits". Anyhow, Israel's explanation for this idea grants Israel a motivation to prolong the occupation to exploit the Palestinian natural resources for its favor<sup>25</sup>.

The Israeli practices endanger the Palestinians right of permanent sovereignty over their natural resources and enables Israel from exploiting these resources 'indefinitely'. It is a great challenge for the Palestinians to practice their right to self-determination over their lands.

In 2015, the United Nations Special Rapporteur on human rights in the occupied Palestinian Territories, Michael Lynk, noted that Israel's mining and exploitation the Palestinians' natural resources prevents Palestinians from enjoying their natural resources and their right to self-development, and this constitutes a direct violation of Israel's legal responsibility as an occupying power, adding that the natural wealth and minerals from the Dead Sea are exploited by Israel for its own benefit<sup>26</sup>.

#### **5. The Israeli responsibility as an occupier towards the Palestinian occupied lands**

Article 43 of the Hague Regulations stipulates that: It is the responsibility of the legitimate power having in fact passed into the hands of the occupant, to take all the measures to restore, and ensure, public order and safety, while respecting, unless absolutely prevented, the laws in force in the country.

<sup>23</sup> Levenson,C:" New Israeli-Palestinian Land Dispute rises as Dead Sea Water Drop", Haaretz (10 November 2011).

<sup>24</sup>Richard and Issac: Water Resource allocations in the Occupied Palestinian Territory: Responding to Israeli claims, Ma'an News Agency (10 November 2013).

<sup>25</sup>Scobbie, I: Natural Resources and Belligerent Occupation: Perspectives from IHL and human rights law, Oxford University Press, 2009.P. 77.

<sup>26</sup> Corporate complicity in violations of international law in Palestine. Badeel Magazine 2015.



Article 43 of the Hague Regulations also asks the occupier to take all the possible procedures to ensure the public order and safety and requires the occupier to respect the laws and administrative rules in force in the occupied land<sup>27</sup>.

The Israeli occupation is considered a temporary case, so Israel does not have the legal sovereignty over the Palestinian territories and consequently its natural resources. The complete sovereign rights over the Palestinian Territories are normally for the Palestinians. According to the law of occupation, Israel as an occupier acts only as the *de facto* administrator of the Palestinian Territories; it should preserve the sovereign rights of the occupied Palestinians, and keep Palestinians and their lands from mining, exploitation and depletion by Israel.

IHL rules impose certain limitations on Israel, the occupier's power's use of the Palestinians' properties and natural resources found in the Palestinian territories, thereby stopping it from exploiting the wealth of Palestine to promote and support its own economy.

The procedures which are adopted by Israel in the Palestinian territories must meet two essential factors: the implementation of its own military needs and respect for the favors of the Palestinian inhabitants. It is prohibited for Israel to promote its own economy. Israel is permitted to take certain steps or measures to face dangers which threaten the security of its employees and special properties located in Palestine. Anyhow, these military needs must not affect and overcome the essential needs the Palestinians require<sup>28</sup>.

The state is responsible for every act or omission that goes against its international commitments, regardless the authority that exercised it, legislative, executive, or judicial<sup>29</sup>. Therefore, this country must make reparation for the damages arising from the destruction of natural resources, which is a violation of the rules of international humanitarian law<sup>30</sup>.

## Conclusion

The United Nations' resolutions consistently affirm the right of the Palestinians to sovereignty over their natural resources and control over their land, and the applicability of international human rights and humanitarian law, particularly the Fourth Geneva Convention of 1949, to the occupied Palestinian Territories, including East Jerusalem. All measures taken by Israel to exploit the resources and other economic activities in the occupied territories are illegal. Israel, as an occupying power, must stop these illegal measures, and the Palestinians have the right to recover their wealth and resources, and Israel must compensate them fully for the illegal exploitation and depletion of those resources.

According to international law, sovereignty over the territory is linked to wealth and natural resources, and they are subject to state ownership<sup>31</sup>.

The Palestinian human rights institutions, Al-Haq, Al-Mezan Center for Human Rights, and the Palestinian Center for Human Rights submitted a 500-page file to the Prosecutor of the International Criminal Court, on 26/October/2018 against Israeli officials, who committed war crimes of destruction, looting and confiscation of property as a part of a comprehensive and systematic policy of annexation, exercise of sovereignty and ensuring Israeli control through settlement expansion to seize and destroy Palestinian resources, which constitutes a violation of Israel's obligations to international law in relation to the occupied territories, and has serious economic and social repercussions on Palestinian communities, in particular, a violation of the right of the Palestinians to self-determination<sup>32</sup>.

And recently, the General Assembly's Economic and Financial Committee (Second Committee) has adopted a resolution on Thursday, the 19<sup>th</sup> of November that affirms the Palestinian sovereignty over their natural resources, including lands, water, and energy resources.

The research concluded to certain results and recommendation. The most important are the following<sup>33</sup>.

<sup>27</sup>Article 43 of the Hague Regulations. Benevisti, E: The International Law of Occupation, Princeton University Press, 1993.P28.

<sup>28</sup>The occupying power is not entitled to interfere in the economic activity of the territory under its control, unless such interference meets its own military or security needs; defrays the expenses involved in the occupation; or protects the interest or well-being of the inhabitants of the occupied territory. Cassese, A: International Law and the Administration of the Occupied Territories, Clarendon Press, Oxford 1992. P. 422.

<sup>29</sup>Firas Zuheir alhuseiny: International protection of water resources and water installations during armed conflict. Al-halabi legal publishes, Beirut 2009. P. 49.

<sup>30</sup>UN DOC. 4/L. 602/rev 1, 26 July 2001 chereinafter I/C Articles On State Responsibility.

<sup>31</sup> Ahmed Saeed Agha, Protection of Natural Resources According to the Provisions of Public International Law, the Palestinian Case as a Model," Journal of the Arab American University for Research. Volume 3, 2017, p. 42.

<sup>32</sup> The Palestinian Center for Human Rights, human rights organizations submit a file to the Prosecutor of the International Criminal Court, to investigate and prosecute acts of looting and the appropriation and destruction of Palestinian natural resources. The web page: <https://pchrghaza.org/ar> .:

<sup>33</sup> The UN official Website. the 19th of November 2021.

## Results

- Israel captured the Palestinian Territories, mainly to mine and to exploit its natural resources (the underground water, the land, and the Dead Sea). The Jewish state aims to promote and support its own economy. This action is contrary to the rules of IHL.
- No doubt that mining and extracting natural resources in Palestine by Israel for economic benefits amounts to the war crime of pillage, so the Israeli officials shoulder the legal responsibility for committing these types of crimes.
- Building up the Discrimination and Separation Wall, housing the Israeli inhabitants in the Palestinian Lands, and exploiting the natural resources is considered a grave violation to the rules of Public International and IHL.
- Israel encourages its own civilians to build settlements in the Palestinian Territories.
- The Jewish State deliberately and illegally damages the Palestinian agricultural land used for agriculture, water springs, and the Dead Sea natural resources.
- The right of the Palestinians to mine and keep their natural resources is legitimate. Israel is bound to guarantee this right.
- The Palestinians fell victims as a result of the environmental injustice resulted from a legal lacuna implied in Oslo Agreements. The proposed autonomy for the Palestinians did not actually include a reasonable access to their natural resources which are completely exploited by Israel, the occupying power.

## Recommendations

- Israel has to abandon its illegal mining and benefiting from the natural resources in Palestine, causing the injury to the inhabitants' properties, building up the Discrimination Wall, housing the Israeli civilians in the Palestinian Territories, and exploiting the Dead Sea natural resources. Israeli procedures and activities severely violate the rules of Public International Law, Human Rights law and IHL.
- Israel, as an occupying power, must stop Mekorot and Ahava companies from practicing their illegal activities in the Palestinian Territories. These companies are obliged to shoulder the legal effects for the violation of the IHL provisions.
- Israel must completely end its imposed restraints on access to, and utilize of the Palestinian natural water resources, which means, in one way or another the permanent sovereignty for the Palestinians over their natural resources in Palestine.
- The Palestinians should demand Israel for full compensation, since it has been systematically and unlawfully exploiting and damaging the Palestinian natural resources. It should demand the friendly countries, besides the UN for legal assistance to achieve this mission.
- The High Contracting Parties to the Geneva Conventions must do their best to urge Israel to guarantee and show full respect to the Geneva Conventions and abide by their obligations according to Common Article 1 under IHL.
- The UN members must take legal and practical steps to practice the necessary pressure on Israeli to stop its flagrant violations for human rights in Palestine, and not involved in any kind of cooperation with Israel, commercially or military.
- The State of Palestine may request the United Nations to activate Chapter 7 of the UN Charter, which gives the authority to the Security Council to use force against Israel, the aggressor country to implement the United Nations resolutions related to the Palestine case.

## Sources and References

### First: Sources

1. Geneva Conventions
2. UN resolutions

### Second: References

#### Books:

1. Agha, Ahmed Saeed (2017). Protection of Natural Resources According to the Provisions of Public International Law, the Palestinian Case as a Model. *Journal of the Arab American University for Research*, 3.
2. Alamlah, J.T. (2014). *The Israeli Violations for the Palestinian Rights in Land and Housing*. Society of Arab Studies.
3. Benevisti, E. (1993). *The International Law of Occupation*. Princeton University Press.
4. Caffery, S. (2007). *The Law of International Watercourses*. Oxford University Press.
5. Cassese, A. (1992). *International Law and the Administration of the Occupied Territories*. Clarendon Press.

6. Dinstein, Y. (2004). *The Conduct of Hostilities under the Law of International Armed Conflict*. Cambridge University Press.
7. Dough Brooks (2000). Messiahs or Mercenaries? The Future of International Private Military Services. *International Peacekeeping*, 7(4): 129-144. <https://doi.org/10.1080/13533310008413867>
8. Gillard, E.C. (2007). *Private Military Security Companies: The status of their staff and their obligations under IHL and the responsibilities of states in relation to their operations*. Research published in a book (Private Military and Security Companies: Ethics, Policies and Civil Military Relations), First Edition.
9. Alhuseiny, Firas Zuheir (2009). *International protection of water resources and water installations during armed conflicts*. Al-halabi legal publishes.
10. Abu Alkair, A.M. (2008). *Private Military and Security Firms, (Legal Study)*. Ittrak Company.
11. Koek, E. (2013). *Water for one People Only*. Alhaq.
12. Levenson, C. (2011). *New Israeli-Palestinian Land Dispute rises as Dead Sea Water Drop*. Haaretz.
13. Mansoor, Suliemam (2014). *The Zionist Policy towards Arab Water*. The faculty of Law and Political Science, the second issue.
14. Lucia, V. (2015). *Environmental Injustice in Occupied Palestinian Territories*. Alhaq Foundation.
15. Nicoletti, C. (2012). *Pillage of the Dead Sea*. Alhaq Foundation.
16. Alqasem, A. (2009). *The Wall of Ideology*. Dar Alfikr.
17. Richard & Issac (2013). *Water Resource allocations in the Occupied Palestinian Territory: Responding to Israeli claims*. Ma'an News Agency.
18. Scobbie, I. (2009). *Natural Resources and Belligerent Occupation: Perspectives from IHL and human rights law*. Oxford University Press.
19. Singer, P.W. (2004). *The Private Military Industry and Iraq*.
20. Takahanshi, Y. (2009). *The Law of Occupation*. Martinus Publisher.
21. Yaqin, S. (2015). *The Israeli Apartheid Wall*. Arab center Studies.

### Third: Internet References and Reports

1. Report of the United Nations Conference on Environment and Development (Rio de Janeiro, 13-14 June 1992), Annex 1 'Rio Declaration on Environment and Development', UN Doc. Vol. 1, 1992.
2. Taylor, K: Who profits; The Israeli Occupation Industry, Ahava: Tracking the Trade of Settlements Products, (May 2012). <http://www.privco-com/private-company/ahava-dead-sea-products>.
3. The advisory Opinion of the ICJ. (United Nations official website).
4. UN Doc. 4/L. 602/rev 1, 26 July 2001 therein after I/C Articles on State Responsibility
5. West Bank Settlements: Facts and Figures (2009). <http://Peace now.org.il.org./node/297>.