

المجلة الدولية للدراسات القانونية والفقهية المقارنة

International Journal of
Legal and
Comparative
Jurisprudence
Studies

المجلة الدولية للدراسات القانونية والفقهية المقارنة
International Journal of Legal and Comparative Jurisprudence Studies
المجلد الثالث- العدد الأول، نيسان 2022
Vol.3 Issue.1, April 2022

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 خطار 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 سنويًا عن مركز رفاد للدراسات والأبحاث.

أهداف المجلة:

تهدف المجلة إلى تشجيع البحث العلمي وتطوير مهارات البحث لدى الهيئات التدريسية والأكاديمية والقضائية، وبخاصة تلك البحوث التي تتواكب والمستجدات الحديثة على الصعيدين الوطني والدولي، وملحقة أبرز التطورات في التشريعات القانونية الوطنية والاتفاقيات الدولية. على أن تتسم الأعمال العلمية المقدمة بالجدية والأصالة العلمية والموضوعية، كما تقبل 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: <https://www.refaad.com/Journal/Index/9>

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

أولاً: تسلیم الورقة البحثیة:

- يتم إرسال الورقة البحثية ومرفقاتها إلى المجلة عن طريق نظام [التسلیم الإلكتروني](#) بالمجلة. أو عن طريق البريد الإلكتروني الخاص بالمجلة (editorlcjs@refaad.com)
- يتم إعلام المؤلف باستلام الورقة البحثية.

ثانياً: المراجعة:

1. الفحص الأولي:

- تقوم هيئة التحرير بفحص الورقة البحثية للنظر فيما إذا كانت مطابقة لقواعد النشر الشكلية ومؤهلة للتحكيم.
- تُعتمد في الفحص الأولي شروط مثل: ملائمة الموضوع للمجلة، نوع الورقة (ورقة بحثية أم غير بحثية)، وسلامة اللغة، ودقة التوثيق والإسناد بناء على نظام التوثيق المعتمد في المجلة، وعدم خرق أخلاقيات النشر العلمي.
- يتم إبلاغ المؤلف باستلام الورقة البحثية وبنتيجة الفحص الأولي.
- يمكن للمجلة أن تقوم بما يُعرف بمرحلة "استكمال وتحسين البحث"، وذلك إذا ما وجد، أن الورقة البحثية واعدة ولكنها بحاجة إلى تحسينات ما قبل التحكيم، وفي هذه المرحلة تقدم للمؤلف إرشادات أو توصيات ترشده إلى سبل تحسين ورقة بما يساعد على تأهيل الورقة البحثية لمرحلة التحكيم.

2. التحكيم:

- تخضع كل ورقة بحثية للمراجعة العميم المزدوجة (إخفاء أسماء الباحثين والمحكمين).
- يبلغ المؤلف بتقرير من هيئة التحرير يبين قرارها.
- دفع رسوم التحكيم والنشر كما هو موضح في موقع المجلة.
- تُرسل خلاصة ملاحظات هيئة التحرير والتعديلات المطلوبة إن وجدت، ويرفق معه تقارير المراجعين أو خلاصات عنها.

3. إجراء التعديلات:

- يقوم المؤلف بإجراء التعديلات الازمة على الورقة البحثية استناداً إلى نتائج التحكيم ويعيد إرسالها إلى المجلة، مع إظهار التعديلات، كما يُرفق في ملف مستقل مع الورقة البحثية المعدلة أجوبته عن جميع النقاط التي وردت في رسالة هيئة التحرير والتقارير التي وضعها المراجعون.

4. القبول والرفض:

- تحتفظ المجلة بحق القبول والرفض استناداً إلى التزام المؤلف بقواعد النشر وتوجيهات هيئة تحرير المجلة والتعديلات المطلوبة من قبل المحكمين.
- إذا أفاد المحكم بأن الباحث لم يقم بالتعديلات المطلوبة، يُعطي الباحث فرصة أخرى للقيام بها، وإلا يرفض بحثه ولا ينشر في المجلة ولا يتم استرجاع رسوم النشر.

ثالثاً: القواعد الشكلية:

1. **ملاءمة الموضوع:** أن يقع موضوع الورقة البحثية ضمن نطاق اهتمام المجلة.
2. **عنوان الورقة البحثية:** يكون باللغتين العربية والإنجليزية، كما يجب أن يتصل العنوان بهدف الورقة البحثية. مع تجنب الاختصارات والصيغ قدر الإمكان.
3. **الباحثين:** كتابة الأسم الكامل ومكان العمل وعنوان البريد الإلكتروني للمؤلف الرئيس ولجميع المؤلفين الموجودين في الورقة البحثية باللغتين العربية والإنجليزية.
4. **الملخص:** يجب أن تشمل الورقة البحثية على ملخص وافي ومختص من فقرة واحدة (200 كلمة) باللغتين العربية والإنجليزية لبيان الموضوع والمنهجية وأبرز النتائج في الورقة البحثية، كما يجب إضافة 3-5 من الكلمات المفتاحية باللغتين العربية والإنجليزية.
5. **المقدمة:** يتضمن هذا القسم خلفية الدراسة وأهدافها وملخصاً للأدبيات الموجودة والدوافع ولماذا كانت هذه الدراسة ضرورية.
6. **النتائج:** يتضمن هذا القسم النتائج التي توصلت إليها الدراسة.
7. **المصادر والمراجع:** يتلزم المؤلف بقواعد التوثيق المقررة في المجلة لأصول الإسناد والعرض البibliوغرافي حسب نظام APA.
8. **الحجم:** يتلزم المؤلف بعدد الصفحات بحيث لا تزيد الورقة البحثية عن 30 صفحة بما فيها الملخص وصفحة العنوان وقائمة المراجع.

فهرس المحتويات

#	اسم البحث	رقم الصفحة
1	حماية حقوق المؤلف الإلكتروني في التشريع الفلسطيني والإسلامي	1
2	المسؤولية الجنائية للبنوك عن جريمة غسل الأموال في ضوء النظام السعوسي	19
3	التنظيم القانوني لجريمة الإرهاب في المعايير الدولية لحقوق الإنسان والنظام القانوني الوطني	36
4	قراءة في إشكاليات بعض حالات الاختصاص الدولي للمحاكم البحرينية بين التوسع والتضييق (دراسة تحليلية نقدية مقارنة)	48
5	حماية المستهلك الإلكتروني من الشروط التعسفية وفقاً للقانون الأردني: دراسة مقارنة	73
6	-تعليق على قرار قضائي -توقف عقد الشغل مؤقتا-	86

افتتاحية العدد

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

يسعدنا أن نضع بين أيديكم العدد الأول من المجلد الثالث من المجلة الدولية للدراسات القانونية والفقهية المقارنة، وقد حوقت 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.

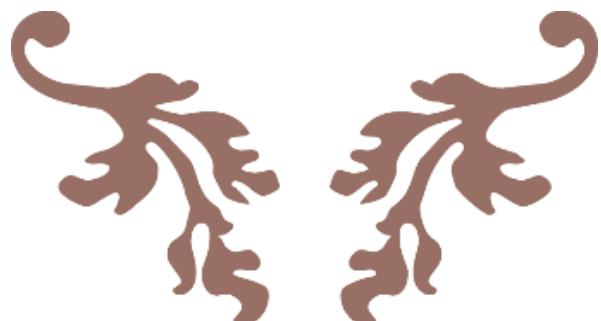
وقد اشتمل العدد على عصارة أفكار بحثية متميزة من عدد من الباحثين في المجالات القانونية المختلفة، لتكون بإذن الله تعالى منارة هدى للباحثين والدارسين في مجال الدراسات القانونية المختلفة وعلى الصعيدين الوطني والدولي. راجين من الله أن ينفع بهذا العدد وأن يشكل لبنة من لبنات المعرفة القانونية يكون صالحاً للدارسين وللباحثين عن المعرفة القانونية.

رئيس هيئة التحرير

د. عدنان العمر



الْأَبْحَاث



حماية حقوق المؤلف الإلكترونية في التشريع الفلسطيني والإسلامي

عبد القادر صابر علي جرادة¹ ، منال محمد رمضان العشري²

¹ أستاذ القانون الجنائي المشارك في الجامعات الفلسطينية، المركز العربي للعلوم الجنائية- فلسطين

² أستاذ الفقه المقارن المساعد بالجامعة الإسلامية بغزة- فلسطين

¹ abedsaber@hotmail.com, ² mashy@iugaza.edu.ps

قبول البحث: 2022/2/2

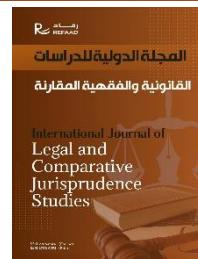
مراجعة البحث: 2021/10/18

استلام البحث: 2021/9/6

DOI: <https://doi.org/10.31559/LCJS2022.3.1.1>



This file is licensed under a [Creative Commons Attribution 4.0 International](#)



حماية حقوق المؤلف الإلكتروني في التشريع الفلسطيني والإسلامي

عبد القادر صابر علي جراده

أستاذ القانون الجنائي المشارك في الجامعات الفلسطينية، المركز العربي للعلوم الجنائية- فلسطين

abedsaber@hotmail.com

منال محمد رمضان العشي

أستاذ الفقه المقارن المساعد بالجامعة الإسلامية بغزة- فلسطين

mashy@iugaza.edu.ps

استلام البحث: 2021/9/6 مراجعة البحث: 2021/10/18 قبول البحث: 2022/2/2 DOI: <https://doi.org/10.31559/LCJS2022.3.1.1>

الملخص:

يتناول البحث قضية استجدت على الواقع الفقهي المعاصر، وهي حق المؤلف الإلكتروني في حماية مؤلفه الذي بات ذا قيمة مالية تثبت لصاحبه الاختصاص، وحق التصرف، مما أوجب ضرورة إقرار الحماية ومنع الاعتداء والتحايل واستغلال جهود الغير، ولا يخفي على كل ذي لب لما يتربى على ذلك من آثار إيجابية لحفظ المصالح وتحقيق العدالة والذي بدوره يساهم في رقي وتقدير الأمة.

وسجلنا في نهاية البحث ما توصلنا إليه من نتائج وأهمها: إن التعدي على حقوق المؤلف الإلكتروني باستغلالها والاستفاداة من ثمرة جهود أصحابها، غير مشروع وبعد من قبيل أكل أموال الناس بالباطل، وهذا منهى عنه، فالشريعة الإسلامية مبناتها وأساسها إقامة العدل بين الناس ومنع الظلم والتعدي على حقوق الآخرين.

وقد تركنا بعض التوصيات لأهل الاختصاص من العلماء تقدير عقوبة تعزيرية تتناسب مع جريمة الاعتداء على حقوق المؤلفين والمخترعين الإلكتروني بحيث يراعي فيها الجنائية في العظم والصغر وحال الجاني والمجني عليه.

الكلمات المفتاحية: حماية؛ حقوق؛ التأليف الإلكتروني.

المقدمة:

أفرز تطور الحياة المدنية والاقتصادية والعلمية قضايا استجدت على الواقع الفقهي المعاصر، والتي من أهمها حق المؤلف الإلكتروني في حماية مؤلفه الذي بات ذا قيمة مالية تثبت لصاحبه الاختصاص، وحق التصرف، مما أوجب ضرورة إقرار الحماية ومنع الاعتداء والتحايل واستغلال جهود الغير، ولا يخفي على كل ذي لب ما يتربى على ذلك من آثار إيجابية لحفظ المصالح وتحقيق العدالة والذي بدوره يساهم في رقي وتقدير الأمة.

وإذا استعرضنا تاريخ نشأة التأليف منذ العهد الأول إلى يومنا هذا لوجدناه تطوراً نوعياً وافق الابتكارات العلمية من أجهزة حاسوب وطابعات وغيرها من الأدوات التكنولوجية مما يتعلق بالتأليف والكتابة فأضفت البيانات الرقمية لتدخل في عالم التأليف لتكون جزءاً لا يتجزأ منه فبرز ما يسمى بحق المؤلف الإلكتروني، وإضافة الإلكتروني لحق التأليف يجعله بحاجة ماسة إلى حماية تناسب البيئة الرقمية لواقع التأليف المعاصر، وذلك من أجل حمايته بطريقة تناسب واقعه من هنا كان لزاماً علينا التوضيح والبيان والوقوف على الأحكام التي تساهم في حل الإشكال وتensi قواعد العدالة التشريعية.

وقد اعتمد العلماء على تصنيف حق التأليف ضمن الحقوق المعنوية ذات القيمة المالية التي تنشئ سلطة مالية معينة لصاحها عليها تكون ثمرة فكره أو خياله أو نشاطه¹.

¹ النظرية العامة للحق، سرور (ص: 24)

فالحقوق المعنوية تعد حقوق غير مادية ذات قيمة مالية معترفة شرعاً؛ يتوجب حمايتها وحق التأليف يندرج تحتها؛ حيث إن الجهد في التأليف يورث صاحبه اختصاص حاصل يتضمن معنى الحق²

أهمية الدراسة:

- لاريب أن لهذا الموضوع أهمية بالغة في مجال الدراسات التشريعية الفلسطينية، والتي تمثل فيما هو تالي:
- موضوع الدراسة محاولة جادة للوقوف على المدى الذي بلغته النصوص الخاصة بجرائم التعدي على حقوق المؤلف الإلكترونية في قانون العقوبات الفلسطيني رقم (74) لسنة 1936م وتعديلاته لسنة 2014م، والقوانين المكملة له في وضع تنظيم قانوني لهذه الجريمة والجزاء الجنائي يتناسب مع الواقع الحياة الفلسطينية، والتي نجزم بأنه بعيد كل البعد عنها؛ نظراً لأنه يمثل صنعة إنجليزية استهدف منها الاحتلال تدعيم أركان حكمه، وتثبت وجوده وتقينيه.
- بعد التأليف والنشر من القضايا التي استجدة على الساحة الفقهية الأمر الذي يوجب على العلماء والمجتهدین الوقوف على قانون شرعی وأخلاقي يحفظ ويحمي حق المؤلف في مؤلفه الرقعي بما يتناسب مع الأصول والقواعد الشرعية، وذلك من خلال الاستفادة من كافة الإنجازات العلمية في هذا المجال للتمكن من تكييف القضية وإنزال الحكم عليها بشكل صحيح³ فمن المؤكد أن وضوح الرؤية العلمية يشكل حزام الأمان بتزامنه مع ما يحمله الفقه من علوم شرعية.
- الأمة تقف في عصر كثر فيه المجرمون وتفننوا في اقتراف جرائمهم، غير آبهين بشرعية أو قانون أو سلطان، فتفتقت عرى سيادة التشريع، وظهرت جرائم جديدة لم يعهد لها المجتمع الفلسطيني من قبل؛ مما اقتضى تقديم دراسة وافية للتشريع الذي يحكم حقوق المؤلف الإلكترونية؛ لتقديم نتائج ووصيات نتمي أن تفيد في الحد من الظاهرة الإجرامية.
- توقف المجلس التشريعي الثاني عن مناقشة مشروع قانون العقوبات بعد إقراره بالقراءة الأولى عام 2003م على أثر الاعتراضات الجماهيرية الواسعة على كثير من نصوصه، ومحاولات المجلس التشريعي الثالث طرح مشروع جديد يستند لأحكام الفقه الإسلامي، وإصدار الرئيس قرارات بقانون لتعديل بعض النصوص حتى عام 2021م؛ وتعديلات من المجلس التشريعي في المحافظات الجنوبية لسنة 2014م؛ مما يتطلب مواصلة البحث والدراسة لمتابعة التطورات التشريعية بهدف تقديم دراسة تساعد مشرعينا في إنجاز مشروع قانون قديم حديث للجريمة والجزاء الجنائي: قديم في أصله الشرعي، وحديث في منهجه وأسلوبه وشموله بما لا يتعارض مع أحكام الفقه الإسلامي، والذي يمتاز بالسمو والدوام عن القانون الفلسطيني المستعار من القوانين الوضعية.⁴
- تعاني الأمة العربية اليوم هجمة شرسة على القيم والأخلاقيات تتمثل في التحول المادي للمجتمع، فاختراق الواقع وسلب ما فيها من معلومات خاصة وفكك أرقام الأمان للشبكات المعلوماتية والبرامج المؤمنة بأرقام سرية مما جعل الحاجة ماسة إلى تتبع عمليات الاختراق للبيانات وحماية حق أصحابها وردع المعتمدي بالعقوبة المناسبة فظهرت أهمية البحث لرصد الأحكام الشرعية وتقرير العقوبات المناسبة وفق الأصول الشرعية.
- دخول التأليف والنشر العالم الرقمي يبرز الدور الحاسم فيه ليكون من نصيب أهل الاختصاص الذين يقفون على خط التماس مع الواقع وما يتعلق به من حفائق تكنولوجية، تشكل لعلماء الشريعة المدخل لتقرير الأحكام الشرعية المتعلقة بها فقد غدت العلوم الحديثة اليوم من الأمور الضرورية التي تعين المجتهد على فهم الواقع وتمكنه من الحكم على قضاياه المستجدة على جهة الصواب.

منهج الدراسة:

لقد اعتمدنا في هذه الدراسة على أسلوب علمي بحثي متوازن يؤدي الغرض والغاية المرجوة منه، وهو الأسلوب التحليلي التأصيلي للنصوص التشريعية التي تنظم حقوق المؤلف الإلكترونية في قانون العقوبات الفلسطيني رقم (74) لسنة 1936م وتعديلاته لسنة 2014م المطبق في المحافظات الجنوبية (قطاع غزة)، وذلك من خلال إلقاء الضوء عليها بشكل أوسع وبصورة موضوعية بهدف استجلاء حقيقتها، وبيان موقفنا تجاهها فيما يتصل بما فيها من ثغرات قانونية.

واستعرضنا بالتحليل لمنهج التشريع والقضاء؛ محاولين التركيز على الإثراء الفقهي في كتب السابقين من الفقهاء، آخذين منها ما يوضح أفكارنا وينقذها للأدلة.

وترتبط على ذلك ضرورة قيامنا بإجراء موازنة متوازنة مع التشريع الجنائي الإسلامي.

² المدخل الفقهي العام، الزرقا (ج 10/3).

³ الاستعانة بأهل الاختصاص في الإجهاض، الضبوطي (ص: 23).

⁴ أدوات النظر الاجتهادي المنشود، سانو (ص: 145).

هيكلية الدراسة:

أضحت العدالة الجزائية وتطبيقها على الأفراد على قدم المساواة من أهم ما يشغل تفكيرنا، ولا نتألم لأي شيء قدر تأملنا لظلم يقع على بريء؛ لأنه أمر محزن تحريماً مؤبداً.

ولا شك أن الإسلام بأدبيات وأبجديات وتفاصيل التعدي على حقوق المؤلف الإلكتروني في التشريع الفلسطيني والإسلامي تقتضي التعرض لماهيتها ورकناً الجريمة وعقوبتها لإمكانية تناولها بصورة موضوعية، وهكذا ستكون هيكلتنا على نحو ما هو تالي:

- مبحث تمهيدي: ماهية حقوق المؤلف الإلكتروني.
- البحث الأول: ركناً جريمة التعدي على حقوق المؤلف الإلكتروني.
- البحث الثاني: الجزاء الجنائي لجريمة التعدي على حقوق المؤلف الإلكترونية.

المبحث التمهيدي: ماهية حقوق المؤلف الإلكترونية

تمهيد:

إن دخول التأليف إلى العالم الرقمي المحسوب أمر أوجب على العلماء الوقوف على تفاصيله بالتعرف على حقيقته وإجلاء المعاني المنطوية عليه، وما يتربّ عليه من مخاطر التعدي، ليتسنى تكييف القضية واستنباط الحكم بما يتواتق مع الأصول والقواعد الشرعية.

المطلب الأول: المقصود بحقوق المؤلف الإلكترونية

أولاً: تعريف حقوق المؤلف الإلكترونية لساناً

• الحق: مصدر حق الشيء يتحقق إذا ثبتت ووجوب، وجمع الحق حقوق وحقاق، والحق نقيض الباطل، قال الراغب: أصل الحق المطابقة والموافقة والحق صدق الحديث، وهو اليقين بعد الشك.

وللحظ إطلاقات كثيرة منها: العدل، والمال، والصدق، والموت، والحزم، والملك، والبين، والواضح، وبطريق الحق على الحصة، والحظ، والنصيب.⁵

خلاصة القول: إن أصل الحق هو المطابقة والموافقة ولم تخرج استعمالاته عن الوجوب والثبات.

• المؤلف: ألفت الشيء تأليفاً إذا وصلت بعضه ببعض؛ ومنه تأليف الكتب، وهو اسم فاعل من ألف، مؤلف الكتاب: الذي كتبه، كاتبه، يقال: حقوق المؤلف ممحوظة.⁶

• الإلكتروني: اسم منسوب إلى الكترونون الجمع منه: إلكترونيات بدأ ينتشر العقل الإلكتروني في كل المكاتب: الله الحاسوب تعتمد على مادة الإلكتروني لإجراء أدق العمليات الحسابية وب AISN وفت ممكن ويسمى أيضاً كمبيوتر.⁷

ومنه البرمجة الإلكترونية، البريد الإلكتروني، البطاقة الإلكترونية، التقنيات الإلكترونية، الحضارة الإلكترونية، الفضاء الإلكتروني، تكنولوجيا الإلكترونيات، شحنة إلكترونية، عصر وسائل التعبير الإلكتروني، وسائل إعلام إلكترونية...⁸.

ثانياً: تعريف حقوق المؤلف الإلكترونية قانوناً

اصطلاحاً، فإن الحق هو الشيء الثابت، أما الملكية أو Property، فقد جاءت من الكلمة اللاتينية Proprius أي التي تعني حق الملك التي للملك، أما مصطلح Intellectual وهي التي تعني الشيء غير المحسوس.⁹

وفي قانون العقوبات تشمل لفظة (الملك) كل من كان شريكاً في ملكية الشيء القابل للسرقة، أو الشخص الذي يوجد ذلك الشيء في حوزته أو عهده أو الشخص الذي يملك حق إحرازه.¹⁰

ويلزم في التعدي على حقوق المؤلف أن يكون محلها صالحًا لأن يكون محلاً للملكية، ولا يكون محلاً للملكية: إلا شيء له صفة المال وفقاً للقانون أو هو كل ما يصلح لأن يكون محلاً لحق من الحقوق المالية.¹¹

⁵ لسان العرب، ابن منظور (ج 10/52).

⁶ المرجع السابق (ج 1/133).

⁷ معجم اللغة العربية المعاصرة، عمر (ج 1/112).

⁸ معجم اللغة العربية المعاصرة، عمر (ج 1/112).

⁹ آلية حماية حقوق الملكية الفكرية، د. محمود محمد الكمال، مؤتمر الجوانب القانونية لاتفاقيات منظمة التجارة العالمية، معهد التدريب والدراسات القضائية، ص 22.

¹⁰ راجع: المادة (3/263) من قانون العقوبات الفلسطيني رقم (74) لسنة 1936م وتعديلاته لسنة 2014م.

¹¹ قضت محكمة النقض أنه: لا يؤثر في سلامة استدلال الحكم عدم بيان المسوقة لبيان ملكاً للمتهم، وفإن ما يثيره الطاعن لا يدعى حدوث خلاف بشأنها، وكان الثابت بالحكم أن الطاعن لم يدع ملكيته لها، وكان يكفي

للعقاب في جريمة السرقة بالإكراه ثبوط أن المسوقة ليست ملكاً للمتهم، وفإن ما يثيره الطاعن بشأن قصور الحكم في بيان المسوقة يكون لا محل له. نقض جنائي مصرى رقم (24118) لسنة

83 جلسة 6/7/2014م (غير منشور).

ولقد عرف قانون العقوبات الفلسطيني المال بقوله: "... وتشمل لفظة "المال" كل حي أو جماد يصح تملكه"¹². ويرى البعض: "إن الملكية سلطة مباشرة ويعطها القانون للشخص على كافة منتجات عقله وتفكيره وتمنحه مكنته الاستثمار والانتفاع بما تدره عليه هذه الأفكار من مردود مادي للمدة التي محددة قانوناً دون منازعة أو اعتراض من أحد"¹³.

ويرى آخر أن عبارة الملكية الفكرية تشير إلى كل ما له علاقة بإبداعات العقل البشري وهذا ما أكد عليه العديد من الباحثين القانونيين¹⁴.

وقد عرفتها منظمة (اليونسكو) أنها الحقوق القانونية الناجمة عن النشاط العقلي في المجالات الصناعية والعلمية والأدبية والفنية¹⁵.

ويرى الباحثان: إن حقوق المؤلف الإلكترونية هي مجموعة الحقوق القانونية الاستثنائية المعنية بحماية المصنفات العلمية والأدبية والفنية الإلكترونية للمؤلف.

ونشير إلى أن: "المشرع أسيغ الحماية الواردة بهما على مؤلفي المصنفات أيًا كان نوعها أو طريقة التعبير عنها أو أهميتها أو الغرض منها، بشرط أن يكون هذا المصنف قد انطوى على شيء من الابتكار بحيث يبين منه أن المؤلف أضاف عليه شيئاً من شخصيته، وأن يتم إفراغه في صورة مادية يبرز فيها إلى الوجود ويكون معه للنشر، وبغير ذلك، فلا يرقى إلى مرتبة المصنف الجدير بالحماية"¹⁶.

ثالثاً: المقصود بحقوق المؤلف الإلكترونية في الفقه الإسلامي

لبيان المقصود من حقوق المؤلف الإلكترونية نحتاج لبيان مفهوم حق، ثم مفهوم إلكترونية في اصطلاح العلماء، - وقد سبق تعريف هذه المفاهيم لسانياً، ثم أبين مفهوم حقوق المؤلف الإلكترونية، وذلك لأن تحديد المفاهيم يساعد في تعميق فهم الموضوع.

• الحق: عند العلماء القدماء

لم يتم العلماء القدماء بتعريف الحق في الاصطلاح وذلك إما لوضوح معناه، أو لأنهم اعتمدوا في تعريفهم للحق على المعنى اللغوي للحق من حيث الوجوب والإثبات والمطابقة للواقع؛ لذا ما ورد عندهم له كان قليلاً، ومن هذه التعريفات:

عرف التفتازاني الحق بأنه الحكم المطابق للواقع ويطلق على الأقوال والعقائد والأديان والمذاهب ويقابله الباطل¹⁷.

وعند العلماء المعاصرين: إن العلماء في العصر الحديث اهتموا بالحق؛ وذلك انطلاقاً من اهتمام المجتمع الإنساني بالحق في جوانب متعددة من جوانب الحياة، ومن ذلك:

وعرف الدريني الحق بأنه: (اختصاص يقر به الشرع سلطة على شيء، أو اقتضاء أداء من آخر تحقيقاً لمصلحة معينة)¹⁸.

ونلاحظ مما سبق: أن القدماء اعتمدوا في تعريفاتهم للحق على المعنى اللغوي للحق من حيث الوجوب والإثبات والمطابقة للواقع، أما المعاصرون تنوعت تعريفاتهم بين تعريف الحق بالغاية أو الحقيقة.

• المؤلف:

هو الذي يجمع ويصل بين العبارات والمعاني للخروج بمعنى مفيد يزيد إظهاره وهو بهذا لا يخرج عن المعنى اللساني. فالمؤلف هو من يقدم إنتاجاً فكريًا مبتكرةً في مجال العلوم والفنون والأداب، ويسمى إنتاجه الذهني مصنفاً¹⁹.

• الإلكتروني:

بعد التطور التكنولوجي أحد ابتكارات العقل البشري والعنصر الأبرز في تدفق المعرفة والأفكار، وهو المساهم الأكبر في التحول إلى عصر ثورة المعلومات التي قد يصعب أن نضع لها مفهوماً محدداً لمصطلح إلكتروني سوى أنها منظومة تقوم على المعرفة وعلى الإنتاج الفكري عن طريق الاتصال والتواصل، ويتمثل في جمع المعلومات والصور والفنون وتبويبها وترتيبها ونشرها إما على الوسائل المادية أو في شكل رقمي يعرض على شبكة الإنترن特²⁰. والذي بدوره عبارة عن نظام تتصل فيه أجهزة الكمبيوتر والأجهزة الذكية ببعضها البعض حتى يمكنها مشاركة المعلومات²¹.

¹² راجع: المادة (5) من قانون العقوبات الفلسطيني رقم (74) لسنة 1936م وتعديلاته لسنة 2014م.

¹³ الملكية الفكرية (ماهيتها - مفرداتها - طرق حمايتها). د. عامر محمود الكسواني، دار الجيد للنشر والتوزيع، عمان، الأردن، 1998م، ص .68.

¹⁴ Property rights refer to the bundle of legal rights over the use to which a source is put and over the use made of any income that may be derived from that resource" see: Charles W. L.; Hill, International business competing in the global marketplace, 2nd ed., Chicago Irwin, 1997, p.40; Roger E. Schechter and John R. Thomas, Intellectual property, the law of copyright, patent and trademark, Thomas west, 2003. P.1-4; The legal rights which result from intellectual activity in the industrial, scientific, literary, and artistic fields" see:

¹⁵ Alexandra George, Construction intellectual property, Cambridge University Press, NY, first published, 2012, P.32.

¹⁶ نقض جنائي رقم (3354) لسنة 85ق، جلسة 27/2/2016م (غير منشور).

¹⁷ شرح العلامة الرزقاني على المawahib اللدنية بالمعنى الحمدية، الرزقاني (ج 3/463).

¹⁸ الحق ومدى سلطان الدولة في تقييده، الدريني (ص 193).

¹⁹ النظرية العامة للحق، سرور (ص: 74).

²⁰ النشر الإلكتروني والتحديات التي يطرحها حول حماية حقوق المؤلف، باترسيا الصعيبي، المجلة القضائية دراسات وأراء، الرابط الإلكتروني: <http://lebanon.saderlex.com/category>

²¹ جرائم الحاسوب والإنترنت، الحسيناوي، (ص 30.29)

- حقوق المؤلف الإلكتروني:

بعد العرض السابق يتبيّن لنا أن حقوق المؤلف الإلكتروني هي: اختصاص يقر به الشرع سلطه من يقدم إنتاجاً فكرياً مبتكرة في مجال العلوم والفنون والآداب، ويقوم بنشره عبر منظومة الاتصال والتواصل؛ إما على الوسائط المادية (مثل بطاقة الذاكرة) أو في شكل رقمي يعرض على شبكة الإنترنت تحقيقاً لمصلحة معينة.

المطلب الثاني: مخاطر التعدي حقوق المؤلف الإلكتروني

- إن حماية المصنفات الإلكترونية وبالتالي حقوق المؤلفين أصبح يشكّل اليوم الهاجس الأكبر لدى أصحاب هذه الحقوق، لأن غيرهم هو الذي سيتغافل عن حقوقهم وتعهّم الذي بدوره يؤدي إلى قتل روح الابتكار والتأليف فيهم من ناحية، وحرمانهم من استغلالها والتصرف على نحو يحقق المصالح المشروعة لهم وللمجتمع.²²

إن صعوبة تطبيق الإجراءات القانونية جعل رقعة الانتهاكات والتعديات على حقوق المؤلف تتّسّع مع ما يرافقها من سهولة خرق الأساليب التكنولوجية المعتمدة من قبل المؤلفين لحماية مصنفاتهم بعد ظهور وسائل تكنولوجية تمكّن من الاستحسان على هذه المصنفات دون مقابل لأصحاب الحقوق، وتعطل وبالتالي مفعول الحماية الخاصة.²³

- تحريم الشريعة الإسلامية التعدي على ممتلكات الآخرين وخصوصاً الحقوق المعنوية ذلك أن محور هذه الحقوق أمان: الأول: الحق في الاحتفاظ بنسبة محل هذا الحق لصاحبها وهو جانب معنوي بحت فإن الأمانة والصدق يقتضيان نسبة كل لصاحبها، والشريعة تبني على تقرير هذه النسبة أشياء كثيرة منها الحساب والأجر والثواب، والتحري والدقة والثبات وبخاصة في المجالات العلمية بخصوص تفسير القرآن الكريم ونقل الحديث النبوي وشرحه وفي الشهادة وإثبات الحقوق وغيرها. الثاني: الحق في الاختصاص بالمنفعة المالية التي تعود على صاحبه من استغلاله أو نشره ضمن ما هو مقرر شرعاً وقانوناً²⁴.

والشريعة الإسلامية وإن كانت تدعو إلى تعليم المنفعة ونشر ما فيه صالح الناس وخيرهم لكن ذلك في نظرها لا يبرر الاعتداء على حقوقهم فيما هو نافع ومفيد بل إن تعليم المنفعة بما يبتكره الأفراد له قواعده وأصوله ومن أهم هذه القواعد التي تحقق المصلحة وتمنعضرر الاعتراف بهذه الحقوق وتنظيم نشرها والاستفادة منها بأحكام تنسجم مع طبيعتها وظروف التعامل معها، وقد استقرت الأعراف الإنسانية في كثير من الدول على ذلك، والمالية يقرّرها العرف، ما دام الأمر غير منمنوع في الشّرع وإن تطور الحياة الإنسانية يملي بذلك حماية لهذا التصور ودفعاً لمزيد من العطاء والبذل.²⁵

المبحث الأول: ركناً جريمة التعدي على حقوق المؤلف الإلكتروني

تمهيد:

إن وصف أي ظاهرة بالجريمة يعني عن إما ارتكاب فعل يُجرمه القانون أو ترك فعل أمر به القانون، وهذا يدل على أنه لا جريمة ولا جزاء جنائي؛ إلا إذا استوفت الأركان التي تتعلق بالجريمة، وبالتالي فإن جريمة التعدي على حقوق المؤلف الإلكتروني تمثل في ركنتها المعنوي والمادي وتفصيل الحديث فيه على نحو ما هو تالي:

المطلب الأول: الركن المعنوي

تمهيد:

يتكون هذا الركن من عنصري العلم والإرادة وللذان يشيران إلى الأصول النفسية لماديات الجريمة فيما الوسيلة لتحديد المسؤول عن الجريمة والذي يُعرف بالقصد الجنائي، حيث يفهم من التعدي على حقوق المؤلف الإلكتروني تجاوز الحدود المسموح بها أو الانتهاك لشيء محمي قانوناً أو الاستعمال بدون وجه حق لمؤلف أو ما شابه دون استئذان صاحبه أو مالكه.

وفقهاء القانون يرون أن القصد الإجرامي في الركن المعنوي لجريمة التعدي حقوق المؤلف الإلكتروني يقوم على عنصرين أساسيين²⁶:

²² النشر الإلكتروني والتحديات التي يطرحها حول حماية حقوق المؤلف، باترسيا الصعيبي، المجلة القضائية دراسات وأراء، الرابط الإلكتروني: <http://lebanon.saderlex.com/category>

²³ المرجع السابق.

²⁴ الفقه الإسلامي والحقوق المعنوية، عبد السلام داود العبدلي، مجلة مجمع الفقه الإسلامي، (ج 5/2011)، الرابط الإلكتروني: <https://al-maktaba.org/book/8356/10608#p7>

²⁵ المرجع السابق.

²⁶ مبادئ قانون العقوبات، د. أحمد عوض بالل، دار الهيبة العربية، القاهرة، 2006م، ص 659 وما بعدها: شرح قانون العقوبات، القسم العام، د. محمود نجيب حسني، الطبعة الرابعة، دار الهيبة العربية، القاهرة، 1977م ص 602 وما بعدها: شرح قانون العقوبات، د. علي القهوجي، د. فتوح الشاذلي، غير موضح جهة النشر، 2002م، ص 364.

أولاً: العلم

القاعدة في التشريع الفلسطيني أنه لكي يتتوفر العلم الذي يقوم به القصد الإجرامي إلى جانب الإرادة، يتعين أن يحيط الجاني علماً بجميع العناصر القانونية للجريمة، فإذا انتفى العلم بأحدها بسبب الجهل أو الغلط؛ انتفى القصد بدورة.²⁷ ويجب أن ينصب العلم على كافة عناصر الواقعية المادية التي نص عليها التشريع، أي: كافة مراحل السلوك فعلاً أم ترگاً، كما يشمل علاقة السببية بين السلوك والنتيجة²⁸.

وذلك بأن يعلم المتعدى أن ما يفعله من انتهاكات لحقوق التأليف الإلكتروني من شأنها المساس الضار بالمعلومة أو بمنتجها؛ وذلك بتوفر نية لديه مقصودة لذلك، فيوصف التعدي في هذه الحالة بالتمعد بخلاف ما لم يتتوفر عنده العلم والنية حيث يوصف تصرفه في هذه الحالة بالخطأ.²⁹ ويجب أن يعلم الجاني صلاحية سلوكه لإحداث الاعتداء على موضوع الحق، وأن يتوقع النتيجة التي تنجم عن هذا الاعتداء، فمن ينسخ مؤلف الكتروني معتقداً أنه مؤلفه ثم يتبيّن أن هذا المؤلف يعود لزميله في العمل لا يتتوفر لديه قصد الاعتداء.³⁰ وإن الجهل بالتشريع أو الغلط في فهم نصوصه لا يعد القصد الإجرامي باعتبار أن العلم به وفهمه على وجهه الصحيح أمر مفترض في الناس كافة، وإن كان هذا الافتراض يخالف الواقع في كثير من الأحيان، بيد أنه افتراض تملّيه الدواعي العملية لحماية مصلحة المجموع؛ ولذا جرى قضاء محكمة النقض على أن العلم بالقانون الجنائي والقوانين العقابية المكملة له مفترض في حق الكافية، ولذا فلا يقبل الدفع بالجهل أو الغلط فيه كذرعة لنفي القصد الإجرامي.³¹

ولذا يستوي لتتوفر القصد الإجرامي أن يكون الجاني عالماً بقواعد التجريمية أم جاهلاً لها، كما يستوي أن يكون واقعاً في غلط بحقيقة أم لا، فالقاعدة أن الجهل بالتشريع التجريمي ليس بعذر يسقط المسؤولية الجنائية³²، فلا يجوز للجاني أن يحتج مثلاً بأنه كان يعتقد أن سلوكه مشروعًا وقت أن ارتكبه بسبب غلط وقع فيه أو جهله بذلك، وأنه لا يتتوفر لديه القصد الإجرامي تبعاً لذلك.³³

والحقيقة: إن الجهل أو الغلط في الواقع ينفي القصد الإجرامي بشرط أن يكون هذا الجهل أو الغلط منصباً على واقعة تدخل في العناصر المكونة للجريمة، أي بشرط أن يكون الغلط جوهرياً كما يقول الفقهاء، أما إذا كان الجهل أو الغلط يتعلق بواقعة لا تدخل في عناصر الجريمة، فإنه لا ينفي القصد الإجرامي لأنه غلط غير جوهري.³⁴

ثانياً: الإرادة

تعد الإرادة العنصر الثاني للقصد الإجرامي، وهي عبارة عن قوة نفسية توجه كل أعضاء الجسم أو بعضها نحو تحقيق غرض غير مشروع³⁵، أي: نحو المساس بحق أو مصلحة يحميها القانون.³⁶ فالإرادة يجب أن تنصرف إلى كل من السلوك الإجرامي والنتيجة الإجرامية بالنسبة للجرائم المادية أو إلى السلوك الإجرامي فقط بالنسبة للجرائم المنوية.³⁷

فيلزم أن تتجه إرادة الجاني في جريمة الاعتداء على الملكية الفكرية إلى نسبة المؤلف أو جزء منه إلى الجاني لا مؤلفه الحقيقي. ويجب أيضًا: حتى يتتوفر القصد الإجرامي في الجرائم السابقة، أن تتجه الإرادة إلى تحقيق النتيجة الإجرامية، فيجب أن تتجه إرادة المعتدي على الملكية الفكرية صوب التصرف في المؤلف بنشره مثلاً: باعتباره حملًا.

²⁷ Voir S. Glaser, Infraction International, Librairie Général De Droit Et De Jurisprudence, Paris, 1957PP. 120-121 ; W. Schabas, An Introduction to The International Criminal Court, Cambridge University Press, 2001. PP. 85-86.

²⁸ قانون العقوبات، القسم العام، د. محمد زكي أبو عامر، الدار الجامعية، بيروت، 1993م، ص 180 – 181؛ شرح قانون العقوبات، النظريات العامة، د. سر آنور علي، غير موضح جهة النشر، 1998م، ص 325.

²⁹ جرائم الحاسوب والإنتernet الجريمة المعلوماتية، الشوابكة، ص: 131.

³⁰ نقض جنائي مصري رقم (1281) لسنة 3 ق، جلسة 5/1 1933م، ص 3 ع، ص 174.

³¹ نقض جنائي مصري رقم (1104) لسنة 45 ق، جلسة 26/10/1975م، ص 26، ص .630.

³² نقض جنائي مصري رقم (1135) لسنة 37 ق، جلسة 9/10/1967م، ص 18، ص 937.

³³ As regards knowledge of law there is a rule proactively in all countries that every man is supposed to know the law, he is deemed to know the law. A man cannot say I did know it, the court will not accept it. However, sometimes you may blunder, in very limited cases, in respect of certain administrative rules or by-laws, you may say, I did not know, I did not see the notice. The court might take it into consideration taking it as a cause of mitigation, after conviction and before sentence. See: JUDGE N. Bardaky, LECTURES ON CRIMINAL LAW, delivered at the Jerusalem Law classes, (1943-1945), P. 51.

³⁴ نقض جنائي مصري رقم (955) لسنة 46 ق، جلسة 2/7 1977م، ص 28، ص 215.

³⁵ ويجب أن تكون الإرادة مختارة أي: لديها القدرة على المفاضلة بين دوافع السلوك بين الإقدام على ما هو مباح، والإحجام عمما هو محظوظ. د. محمود نجيب حسني، شرح قانون العقوبات، مصدر سابق، ص .633.

³⁶ نقض جنائي مصري رقم (5100) لسنة 62 ق، جلسة 13/2 1994م، ص 45، ص .253.

³⁷ But in criminal law, no external conduct, however serious or even fatal its consequences may have been, there is no punishment unless it has been produced by some form or other of guilty mind or "means rea", no punishment without means real, that is the basic rule. True, he must not have intended to commit the particular curiae which he did commit. The result may have been differently intended by the wrong doer. In any case, he must have intended to do what you and I know to be illegal. See: JUDGE N. Bardaky, Op. Cit. P. 57.

فإذا كان إعلان الجاني أن المؤلف من بنات أفكاره تأدبة لدور له في مسرحية، فلا يتوافر القصد الإجرامي لديه. والقصد الإجرامي أمر داخلي يضممه الجاني ويطويه في نفسه³⁸؛ ولذا فإنه يستحيل إثباته بطريق مباشر في بعض الجرائم.³⁹ وسبيل القاضي لمعرفته والتتأكد من توافرها هو الاستدلال عليه من المظاهر الخارجية التي تكشف عنه وتظهره. ويستعين القاضي في هذا الخصوص بالسلوكيات التي صدرت عن الجاني والظروف الخارجية التي أحاطت بها.⁴⁰ وهذا يعني أن استخلاص القصد الإجرامي مسألة موضوعية بحتة تخضع لتقدير قاضي الأساس تحت إشراف المحكمة الاستئنافية بموجب ما يقوم لديه من الدلائل، ولا رقابة لمحكمة النقض عليه في ذلك ما دام أن استخلاصه كان سائغاً.⁴¹

المطلب الثاني: الركن المادي

الركن المادي في كل جريمة يعد مكون أساس في جسم الجريمة، حيث إنه يلمس الماديات المحسوسة التي تقوم عليها الجريمة حيث تدرك عن طريق الحواس، فت تكون دليل ملموس يسهل الوقوف عليه للتمكن من إقامة دليل ملموس يسهل الوقوف عليه للتمكن من إقامة الدليل على المجرم فيكون العقاب على سلوك مادي محسوس وليس مجرد أفكار تدور داخل النفس فتكون المحاسبة منطقية. وهذا الركن يتكون من فعل ونتيجة وبينما علاقة سببية:

أولاً: السلوك الإجرامي

• الفعل الإجرامي

يطلاق عليه الفقه (السلوك الإيجابي)⁴²، ولكن معظم التشريعات الموازنة: كالفلسطيني تستخدم مصطلح (الفعل). والحركة أو الحركات العضوية التي يتكون منها الفعل الإجرامي يلزم أن يكون مصدرها أو سببها الإرادة، فإذا انتهت الإرادة تجردت الحركة من صفتها الإرادية، ولا يتحقق الفعل الإجرامي؛ حتى ولو أدت الحركة مادياً إلى إهدار حقوق يحميها الشارع، فمن يصاب بإغماء مفاجئ يقع على أثره على حاسب آلي يؤدي إلى تزيل بحث علمي، لا يرتكب فعلًا إجراميًا لتجرد حركته من الصفة الإرادية.⁴³

• الترك الإجرامي

هو سلوك نادر الحدوث، إذ الغالب أن تكون الجرائم فعلية (إيجابية)⁴⁴، ويطلاق عليه (الامتناع) أو (السلوك السلبي). فالاصل في القواعد الجزائية أنها تفرض التزاماً بترك عمل على عاتق المخاطبين بها في بعض الأحيان، وقد تفرض التزامات بعمل. ويعاقب المشرع الفلسطيني على ترك تنفيذ تلك الالتزامات، وهذا النوع الأخير من الالتزامات يهدف التشريع منه إلى حماية مصلحة معينة، ويمثل تركها اعتداء على هذه الحماية؟⁴⁵

ثانياً: النتيجة الإجرامية

يتمثل مفهوم النتيجة الإجرامية في أنها الأثر الذي يتربّب على السلوك الإجرامي فعلًا أم تركًا، وهي الضرر المتجسد الذي يقع على المصلحة التي يحميها القانون.⁴⁶

وقد قرر المشرع الفلسطيني أنه لا عبرة للنتيجة التي كان القصد أن يؤدي إليها ارتكاب فعل أو ترك؛ إلا إذا ورد نص صريح على أن نية الوصول إلى تلك النتيجة تؤلف عنصراً من عناصر الجرم الذي يتكون كله أو بعضه من ذلك الفعل أو الترك.⁴⁷

³⁸راجع: استئناف عليا جزاء فلسطيني رقم (32/65) استئناف عليا جزاء، جلسة 26/7/1965م، مصدر سابق، الجزء التاسع عشر، ص 92. وانظر: نقض جزائي فلسطيني، رقم 257/2004م جلسة 16/6/2004م، غير منشور.

³⁹ See Ch. Blakesley, Comparing The Ad Hoc Tribunal for Crimes Against Humanitarian Law in The Former Yugoslavia & The Project for An International Criminal Court. Prepared by The International Law Commission, International Review of Penal Law, Vol. 67 No. 1/2, 1996. PP.154-155.

⁴⁰ شرح قانون العقوبات، القسم العام، د. محمود محمود مصطفى، الطبعة العاشرة، دار النهضة العربية، القاهرة، 1983م، ص 446؛ نقض جنائي مصرى رقم (1324) لسنة 8ق، جلسة 13/6/1938م، ص 4، ص 267.

⁴¹ نقض جنائي مصرى رقم (2127) لسنة 49ق، جلسة 19/3/1980م، ص 31، ص 415.

⁴² Cross and Jones, Introduction to Criminal law, 8th ed., London, Butterworth, 1976, p. 27.

⁴³ شرح قانون العقوبات، د. علي القبوسي ود. فتوح الشاذلي، ص 290، 291.

⁴⁴ قانون العقوبات، القسم العام، د. محمد زكي أبو عامر، الدار الجامعية، بيروت، 1993م، ص 96، 97؛ شرح قانون العقوبات، د. محمود محمود مصطفى، ص 270؛ - J. Pradep, Le Droit Pénal Général, Sans Maison D'édition, 1997. P. 185. Merle et vitu, Traité De Droit Criminel, Editions Cujas, Paris, 1989. P.552.

⁴⁵ الوسيط في قانون العقوبات، القسم العام، د. أحمد فتحي سرور، الجزء الأول، دار النهضة العربية، القاهرة، 1981م، ص 415؛ - J. Pradep, Op. Cit. P. 185.

⁴⁶ المبادئ العامة في قانون العقوبات، د. علي حسين الخلف، ود. سلطان عبد القادر الشاوي، المكتبة القانونية، بغداد، غير موضح سنة النشر، ص 140.

⁴⁷ راجع: المادة (2/11) من قانون العقوبات الجنوبي رقم (74) لسنة 1936م المعدل لسنة 2014م، والمادة (65) من قانون العقوبات الشمالي رقم (16) لسنة 1960م المعدل لسنة 2014م؛ Article (11) of the Palestinian penal code states that: ... (2) Unless the intention to cause a particular result is expressly declared to be an element of the offence constituted, in whole or in part, by an act or omission, the result intended to be caused by an act or omission is immaterial.

وانقسم الفقه القانوني في شأن تعريفها إلى اتجاهين⁴⁸: الأول قانوني والآخر مادي. فأنصار الاتجاه القانوني يعرفونها بأنها: "العدوان الذي يصيب حقاً أو مصلحة يحميها القانون سواء أتى العدوان في ضرب فعلي يصيب الحق أو المصلحة محل الحماية أم في مجرد تعريض هذا المحل للخطر". أما الاتجاه المادي، فيصور النتيجة على أنها تغير يطرأ في العالم الخارجي أكثر للسلوك الإجرامي. والنتيجة عندهم لا تكون عنصراً في جميع الجرائم، فإذا أخذنا جريمة سرقة حقوق المؤلف تكون النتيجة القانونية هي الاعتداء على حق الملكية، أما نتيجتها المادية، فهي التغير الذي تمثل في نقل المال المسروق إلى حيازة الجاني وتملكه له.

والنتيجة كعنصر في الركن المادي للجريمة لا يعتد بها إلا إذا كان يتجسد فيها صفات هذا الركن من مظهر خارجي أو كيان مادي محسوس في العالم الخارجي؛ ولهذا فإن الاتجاه المادي يفضل الاتجاه القانوني.

وعليه فإن كل سلوك إنساني يسفر عن تغيير في المحیط الخارجي، أي أن له نتائج كبيرة أم صغيرة، غير أن هذه النتائج لا يعتد بها القانون دوماً⁴⁹، وحيثما يعتد المشرع بالنتائج الطبيعية للسلوك - سواء أكان فعلًا أم تركًا - فإنهما تغدو جزءاً من المكونات القانونية للجريمة، بحيث إنه لا يمكن القول: بأن الجريمة قد تمت؛ إلا إذا تحققت النتيجة.⁵⁰

ثالثاً: علاقة السببية

علاقة السببية تعني أن يكون السلوك الإجرامي سواء أكان فعلًا أم تركًا هو الذي أفضى إلى تحقق النتيجة الإجرامية التي يتطلبها التشريع في أنموذج الجريمة⁵¹، بمعنى: إثبات أن النتيجة ما كانت لتحدث في العالم الخارجي ما لم يتم ارتكاب فعل معين أو ترك عمل محدد.⁵²

ومن هنا تبدو الأهمية القانونية لها، فهي من عناصر الركن المادي في الجرائم المادية، وتحقيقها شرط أساس من شروط المسؤولية الجزائية عنها⁵³، فإذا أمكن إسناد النتيجة إلى السلوك، اكتمل الركن المادي للجريمة وتحققـت بالتالي المسؤولية الجزائية؛ إذا اكتمـلت الأركان الأخرى للجريمة، أما إذا انفتـت علاقة السببية بين السلوك والنتيـجةـ لأنـ كانـ تـحققـهاـ لاـ يـرجعـ إلىـ سـلـوكـ الجـانـيـ فلاـ يـمـكـنـ أـنـ تـقوـمـ مـسـؤـلـيـتـهـ عـنـ الـجـرـيمـةـ التـامـةـ.

وعليـهـ،ـ فإنـ توـافـرـ أوـ اـنـتـفـاءـ عـلـاقـةـ السـبـبـيـةـ يـكـوـنـ فـيـ الـجـرـائـمـ الـيـتـمـ يـتـطـلـبـ الـمـشـرـعـ فـيـ آـنـمـوـذـجـهـ تـحـقـقـ نـتـيـجـةـ إـجـرـامـيـةـ مـادـيـةـ،ـ يـسـتوـيـ بـعـدـ ذـلـكـ أـنـ يـكـوـنـ تـحـقـقـ النـتـيـجـةـ بـسـبـبـ فـعـلـ مـنـ الـجـانـيـ،ـ أـمـ بـسـبـبـ تـرـكـ عـلـيـ النـتـيـجـةـ الإـجـرـامـيـةـ.

أما إذا كانت الجريمة معنية التي يكتفي المشـرـعـ لـقـيـامـ رـكـهـاـ المـادـيـ اـرـتكـابـ السـلـوكـ ذاتـهـ،ـ فـلاـ يـكـوـنـ هـنـاكـ مـجـالـ لـلـبـحـثـ فـيـ عـلـاقـةـ السـبـبـيـةـ⁵⁴.ـ وـفـيـماـ نـحـنـ بـصـدـدـهـ مـنـ اـعـتـدـاءـ عـلـىـ حـقـوقـ الـمـؤـلـفـ الـإـلـكـتـرـوـنـيـةـ يـظـهـرـ لـنـاـ أـنـ الرـكـنـ المـادـيـ يـتـكـوـنـ مـنـ السـلـوكـ الـمـخـالـفـ لـلـشـرـعـ فـيـ مـجـالـ الـبـيـئـةـ الـرـقـمـيـةـ وـالـذـيـ يـنـعـكـسـ آـثـارـهـ عـلـىـ الـوـاقـعـ بـالـاعـتـدـاءـ وـالـسـرـقـةـ(ـالـنـتـيـجـةـ)ـ وـعـلـاقـةـ السـبـبـيـةـ وـاضـحـةـ بـيـنـ السـلـوكـ وـالـنـتـيـجـةـ.

فالسلوك هو اختراق البيئة الرقمية بدون وجه حق والذي بدوره يعد سبب في إضرار المؤلف وسرقة متعلقاته وبذلك توصف بالجريمة العمدية. وللمؤلف وحده له الحق في استغلال مصنفه مالياً بأية طريقة من طرق الاستغلال بما في ذلك نقل المصنف إلى الجمهور مباشرةً بأية صورة أو نقله إلى الجمهور بطريقة غير مباشرةً بنسخ صور منه تكون في متناوله، ولا يجوز لغيره مباشرةً هذا الحق دون إذن كتابي سابق منه أو من يخلفه وأنه يتشرط لقيام هذا التصرف أن يكون مكتوبًا يحدد فيه صراحة وبالتفصيل كل حق على حده نزل عنه المؤلف للغير مع بيان مدة وغاية ومكانه وذلك حتى يكون كل من الطرفين على بيته من أمره ولكي لا توضع في العقد نصوص عامة غامضة مجحفة له، وتعد الكتابة ركيـناـ فيـ العـقـدـ لاـ يـقـومـ إـلـاـ هـيـ،ـ وـهـيـ بـالـضـرـورةـ لـازـمـةـ لإـثـيـاتهـ بـمـاـ لـاـ يـغـيـرـ عـنـ أـيـ دـلـيـلـ آخرـ⁵⁵.

ومن الجدير بالذكر الإشارة إلى صعوبة الإثبات؛ وذلك لما يتميز به الاعتداء في هذا الوسط الافتراضي من مميزات⁵⁶، جعلتها صعبة المتابعة والاكتشاف فإنهما لا تعرف الحدود الدولية فهي عالمية بالإضافة إلى أن عدم استعمال العنف في إجرائهما كباقي الجرائم المادية فهي من الجرائم الناعمة لا تحدث ضجة كالضرب بالرصاص والقتل مثلاً.

⁴⁸ راجع في موقف ذلك الفقه: شرح قانون العقوبات، د. علي القبوسي ود. فتوح الشاذلي، ص 299؛ شرح قانون العقوبات، د. محمود نجيب حسني، ص 288 وما بعدها.

⁴⁹ Voir G. Stefani, G. Levassieur, B. Bouloc, Op. Cit. P. 193.

⁵⁰ د. محمود نجيب حسني، علاقة السببية في قانون العقوبات، منشورات نادي القضاة، القاهرة، 1984، ص 44 وما بعدها.

⁵¹ قضت محكمة النقض أن: "علاقة السببية في المواد الجنائية علاقة مادية تبدأ بالفعل الضار الذي قارفه الجاني، وترتبط من الناحية المعنوية بما يجب أن يتوقعه من النتائج المألوفة لفعله، إذا ما أتاه عمدًا، وثبتت هذه العلاقة من المسائل الموضوعية التي ينفرد قاضي الموضوع بتقديرها، فمثى فصل في شأنها إثباتاً أو نفيها، فلا رقابة لمحكمة النقض عليه، مادام قد أقام قضاها في ذلك على أساس تؤدي إلى ما انتهى إليه". نقض جنائي مصرى رقم (30138) لسنة 1997م، جلسة 2/2/1997م، لسنة 64/ق، لسنة 21/1/1996م، ص 108، ص 47.

⁵² شرح قانون العقوبات، مصدر سابق، د. محمود محمود مصطفى، ص 286؛ شرح قانون العقوبات، النظريات العامة، د. يسرأ نور علي، ص 296.

⁵³ شرح قانون العقوبات، مصدر سابق، د. محمود نجيب حسني، ص 293.

- N. Zakr, Analyse Spécifique Du Crime De Génocide Dans Le Tribunal Pénal International Pour Le Rwanda, Revue Sc. Crim. (2) Avr.-Juin. Dalloz: 2001. P. 267.

⁵⁴ الوسيط في قانون العقوبات، مصدر سابق، د. أحمد فتحي سرور، ص 474؛ قانون العقوبات، مصدر سابق، د. محمد ذكي أبو عامر، ص 77.

⁵⁵ نقض مدني مصري رقم (7440) لسنة 78/ق، جلسة 28/11/2020.

⁵⁶ شرح جرائم الكمبيوتر والإنترنت، مراد، ص: 38.

المبحث الثاني: الجزاء الجنائي للتعدي على حقوق المؤلف الإلكترونية⁵⁷

تمهيد:

لم ينظر العلماء الجزائريون للعقوبة بوصفها فقط قصاصاً تستوجبه قواعد الأخلاق أو مجرد تعويض عادل ومستحق للمجتمع، بل أضافوا إلى ذلك وظيفة وقائية، بحيث تلعب دوراً في حماية المجتمع من المجرمين بما تحدثه من تأثير يحد من اقتراف جرائم جديدة سواء أكان من جانب الجنائي أم من غيره.⁵⁸

المطلب الأول: الجزاء الجنائي للتعدي على حقوق المؤلف الإلكترونية في القانون

تمهيد:

إن أفضل نظام عقابي هو الذي يجمع بين أهداف خمسة: العدالة والردع العام والردع الخاص وإصلاح الجنائي وجرير الضرر، وينسق بينهم حتى يحمي المجتمع من الجريمة:

أولاًً: انتهاك حقوق الملكية الفكرية الإلكترونية

تتمثل المصالح المستحدثة في استحداث مراكز قانونية أفرزتها الحياة الرقمية الجديدة مثل: حقوق الملكية الفكرية على تصميم البرامج المعلوماتية، بالإضافة إلى حقوق الملكية الصناعية، والاسم التجاري للمواقع الإلكترونية المختلفة، والحقوق الناتجة عن تشغيلها والخدمات التي تقدمها للعملاء.⁵⁹ ولقد نص الشارع على أن: "حرية الإبداع الفني والأدبي مكفولة، ولا يجوز رفع أو تحريك الدعاوى لوقف أو مصادرة الأعمال الفنية والأدبية والفكرية أو ضد مبدعها؛ إلا بأمر قضائي، ولا توقع عقوبة سالبة للحرية أو التوفيق الاحتياطي في الجرائم التي ترتكب بسبب علانية المنتج الفني أو الأدبي أو الفكري".⁶⁰

وان كل من انتهك حق من حقوق الملكية الفكرية أو الأدبية أو الصناعية وفقاً للتغيرات النافذة، عن طريق الشبكة الإلكترونية أو إحدى وسائل تكنولوجيا المعلومات؛ يعاقب بالحبس مدة لا تزيد على ستة أشهر أو بغرامة لا تقل عن خمسمائة دينار أردني ولا تزيد على ألف دينار أو ما يعادلها بالعملة المتداولة قانوناً أو بكلتا العقوبتين.⁶¹

وجرائم الملكية الفكرية هي الجرائم المتعلقة باعتداء على الحقوق المعنوية أو المادية التي تخول لصاحها حماً استثنائياً على مصنف أو اختراع أو مستنبط، ويكون الاعتداء بالتقليد والاستنساخ والتزييف وغيرها من طرق الاعتداء.⁶²

ولذا فكل من ينتهك حقاً من حقوق الملكية الفكرية للغير سواء فيما يتعلق بالأعمال الأدبية أم الفنية أم التصويرية أم ما هو في حكم ذلك، يعاقب بالحبس مدة لا تزيد على ستة أشهر وبغرامة لا تجاوز خمسمائة دينار أو بإحدى هاتين العقوبتين.⁶³

ولقد جرمت الاتفاقية العربية لمكافحة جرائم تقنية المعلومات: انتهاك حق المؤلف كما هو معرف حسب قانون الدولة الطرف، وذلك إذا ارتكب الفعل عن قصد ولغير الاستعمال الشخصي، وانتهاك الحقوق المجاورة لحق المؤلف ذات الصلة، كما هي معرفة حسب قانون الدولة الطرف، وذلك إذا ارتكب

ارتكب الفعل عن قصد ولغير الاستعمال الشخصي.⁶⁴

هذا وقد نص قانون الطبع والتأليف الفلسطيني على أنه:

1. كل شخص قام عن علم منه بعمل من الأعمال التالية أي:

- أعد للبيع أو الإيجار نسخة يقع بسيبها اعتداء على أثر لا يزال حق طبعه وتأليفه قائماً، أو

⁵⁷ مع ملاحظة أن المشروع قرر أن يعاقب على الشروع في تلك الجرائم بنصف العقوبة المقررة لجريمة التامة.

راجع: المادة (391) من مشروع قانون العقوبات الفلسطيني لسنة 2003م.

⁵⁸ With this we come to the Banes of ethical retribution. Temptation and provocation do not make the offence a non-criminal act, but may cause a mitigation in punishment. See: JUDGE N. Bardaky, Op. Cit. P. 8.

⁵⁹ لا وجه للتحدي بعدم استيفاء مؤلف المصنف - محل التعدي - لشروط إيداع نسخ من مصنفه الجهة التي يحددها القرار الوزاري الذي أحالت الفقرة الأولى من المادة (184) من قانون حماية حقوق الملكية الفكرية عليه في تحديدها، إذ لا يترتب على عدم الإيداع - وفقاً لحكم الفقرة الثانية من ذات المادة - المساس بحقوق المؤلف المنصوص عليها في ذلك القانون، ومؤدى ذلك أن الإيداع ليس شرطاً للحماية يترتب على تخلله عدم استخلاص المصنف بواوف ظلها، بل غاية ما يفيده هذا النص أن الإيداع محض قرينة بسيطة على أن المصنف المودعة نسخ منه - استيفاء لأحكام الفقرة الأولى من المادة (184) سالفه البيان - من ابتكار المودع باسمه المصنف، وهي قريبة بسيطة تقبل إثبات العكس، فإذا لم ينفذ الالتزام بالإيداع أو شابت هذا الإيداع شائبة، فلا يعني ذلك - في حد ذاته - أن المصنف محل التعدي ليس من ابتكاره، إذ للمؤلف أن يقدم من القرائن البديلة "في حالة عدم الالتزام بالإيداع" أو القرائن المعززة "في حالة ما إذا شابت الإيداع شائبة" ما يؤكد أسبقيته في تصنيف مصنفه قبل المصنف المتعدي، والمشرع المصري - بهذا النص المحكم - يكون مواكباً تماماً للاتفاقيات الدولية المعنية بحماية حقوق المؤلف - وعلى رأسها الاتفاقية الأم "اتفاقية برن لحماية المصنفات الأدبية والفنية لسنة 1886" وبنهاية باريس 1971 Convention de Berne pour la protection des œuvres littéraires et artistiques 1886] 1971 Acte de paris . 1886].

المقارنة، وكذا للمستقر عليه في فقه الشراح الثقات. نقض مدنى مصرى رقم (7224) لسنة 89ق، جلسه 13 / 2 / 2020م.

راجع: المادة (2/21) من قانون الجرائم الإلكترونية الفلسطيني رقم (10) لسنة 2018م.

راجع: المادة (20) من قانون الجرائم الإلكترونية الفلسطيني رقم (10) لسنة 2018م.

⁶² القاضي، سر الختم صالح علي والقاضي / الصادر ضرار مختار، جرائم رجال الأعمال، مصدر سابق، ص.3.

راجع: المادة (389) من مشروع قانون العقوبات الفلسطيني لسنة 2003م.

راجع: المادة (17) من الاتفاقية العربية لمكافحة جرائم تقنية المعلومات.

- باع أو أجر نسخة كهذه أو عرضها بطريق التجارة للبيع أو للإيجار، أو
 - وزع نسخة كهذه بقصد المتاجرة بها أو على وجه يؤثر تأثيراً ملحوظاً بحق صاحب الطبع والتأليف، أو
 - عرض نسخة كهذه للجمهور بقصد المتاجرة، أو
 - استورد إلى المملكة المتحدة نسخة كهذه بقصد البيع أو الإيجار؛ يعد أنه ارتكب جرماً خلافاً لهذا القانون ويعاقب لدى إدانته بصورة جزئية بغرامة لا تتجاوز الأربعين شلنًا عن كل نسخة جرى التعامل بها على وجه يخالف هذه المادة على أن لا تتجاوز الغرامات الخمسين جنًّا بشأن تلك الصفقة بكمالها وإذا عاد إلى ارتكاب الجرم فيعاقب عن المخالفة الثانية وما بعدها بالغرامة المذكورة أعلاه أو بالسجن مع الأشغال الشاقة أو بدونها مدة لا تتجاوز الشهرين.
2. كل من صنع عن علم منه أو أحرز لوحة بقصد صنع نسخ يقع بسبها اعتداء على أثر لا يزال حق طبعه وتأليفه قائماً أو تسبب عن علم منه وتأميناً لمنفعته الخاصة بحصول ذلك دون رضا وموافقة صاحب الحق المذكور يعد أنه قد ارتكب جرماً بمقتضى هذا القانون ويعاقب لدى إدانته بصورة جزئية بغرامة لا تتجاوز الخمسين جنًّا وإذا عاد إلى ارتكاب الجرم فيعاقب عن المخالفة الثانية وما بعدها بالغرامة المذكورة أعلاه أو بالسجن مع الأشغال الشاقة أو بدونها مدة لا تتجاوز الشهرين.
3. يجوز للمحكمة التي أقيمت أية دعوى كهذه أمامها سواء أدين المجرم المزعوم أم لم يدن، أن تأمر بإتلاف كافة نسخ الأثر أو اللوحات الموجودة في حيازة المجرم المذكور إذا تبين وقوع اعتداء بسبها أو أن تأمر بتسليمها إلى صاحب حق الطبع والتأليف أو تتصرف فيها بخلاف ذلك حسبما تستنسِب⁶⁵.
- ولقد قضت محكمة النقض على أن: "المشرع رغبة منه في إحداث التوازن المناسب بين كفالته لكافة مظاهر الحماية القانونية لحقوق وسلطات المؤلف على مصنفه من ناحية، وضمان الإتاحة المثلثة للمصنفات الإبداعية من ناحية أخرى؛ تحفيزاً لنشر المعرفة والحركة الإبداعية على نطاق واسع، إذ من المسلمات الراسخة إن غالبية النشاط الإبداعي يحدث بطريقة تراكمية، عن طريق البناء على ما خلفته الأجيال الإنسانية المتعاقبة من معارف؛ فقد أورد المشرع سلسلة من الرخص والإباحات كقيود واستثناءات على الحقوق الاستثنائية الممنوحة لأصحاب حقوق المؤلف، وأجاز المشرع مباشرة هذه الرخص والإباحات دون إذن من الآخرين، دون مقابل أو تعويض لهما، ومنها السماح بأداء المصنف داخل إطار العائلة بما تشمله من الآباء والأبناء والأحفاد وأصدقاء العائلة فحسب، أو بطلب داخل المنشأة التعليمية، وذلك يُعد من قبيل الاستعمال الشخصي غير العلني، مع شيء من التوسيع في مفهوم هذا الاستعمال، هنا في حالة ما إذا كان ذلك ضروريًا لأغراض التدريس في المنشآت التعليمية، وذلك تشجيعاً للتحصيل والبحث العلمي، ورفعاً لمستوى التدريس من خلال التزود بثمار العقل البشري المبدع، إلا أن مناط إعمال الرخصة الواردة في الفقرة الأولى من المادة (171) من قانون حماية حقوق الملكية الفكرية⁶⁶؛ أن يتجرد هذا الاستعمال من قصد الكسب المادي سواء المباشر أو غير المباشر.⁶⁷
- ثانياً: سرقة المعلومات الإلكترونية**

كل من يسرق معلومات من نظام حاسب آلي خاص بالغير يعاقب بالحبس وبغرامة لا تجاوز ثلاثة آلاف دينار أو بإحدى هاتين العقوبتين.⁶⁸ فالحقوق الشخصية أو العينية لا يعد الاعتداء عليها سرقة لافتقارها إلى الكيان المادي؛ باعتبار أن الحق ليس سوى تجريد قانوني، فمن يوهם جاره أن له على عقاره حق ارتفاق، ويباشره بالفعل لا يعد سارقاً⁶⁹. أما إذا كان مثل هذا الحق قد سجل في محرر، فإنأخذ ونقل هذا السند وهو شيء مادي بعد سرقة.

وأخيراً، فإن المنفعة أي استعمال الشيء لا تكون أبداً محلاً للسرقة؛ لأن المنافع لا يكون لها في العالم الخارجي كيان مادي ملموس، بل هي مجرد حالة معنوية لا يتصور أخذها، ومن قبيلها الانتفاع بالقوى الطبيعية: كالحرارة والبرودة والضوء، فمن يستعمل ناراً أو قدماً جاره رغم إرادته لا يعد سارقاً للحرارة، ومن يسترضي بمصباح جاره لا يعد سارقاً للضوء.

أما الجريمة الإلكترونية، فقد صك لها بعض الفقهاء عدداً ليس بالقليل من التعريفات⁷⁰، تتمايز وتباين تبعاً لموضع العلم المنتسبة إليه وتبعاً لمعايير التعريف ذاته، توسيع أولئك الباحثين في الظاهرة الإجرامية الناشئة عن استخدام الحاسوب الآلي من الوجهة التقنية، وأولئك الدارسين في الظاهرة ذاتها

⁶⁵ راجع المادة (11) من قانون حقوق الطبع والتأليف الفلسطيني رقم (16) لسنة 1911م.

⁶⁶ نصت الفقرة الأولى من المادة (171) من القانون رقم (82) لسنة 2002 بشأن حماية حقوق الملكية الفكرية على أنه: "مع عدم الإخلال بحقوق المؤلف الأذية طبقاً لأحكام هذا القانون، ليس للمؤلف بعد نشر مصنفه أن يمنع الغير من القيام بأي عمل من الأعمال الآتية: أولاً: أداء المصنف في اجتماعات داخل إطار عائلي أو بطلب داخل المنشأة التعليمية ما دام ذلك يتم بدون تحصيل مقابل مالي مباشر أو غير مباشر".

⁶⁷ نقض جنائي رقم (1985) لسنة 82 ق، جلسة 28/3/2017م (غير منشور).

⁶⁸ راجع: المادة (1/390) من مشروع قانون العقوبات الفلسطيني لسنة 2003م.

⁶⁹ راجع: المادة (263) من قانون العقوبات الفلسطيني لسنة 2003م، في حين عرفته المادة (330) من مشروع قانون العقوبات الفلسطيني لسنة 2003م بأنه: "كل من أخذ مالاً منقولاً مملوكاً للغير دون رضاه وبنية تملكه".

⁷⁰ لمزيد من التعريفات انظر: مفهوم الجرائم المعلوماتية وتحدياتها التشريعية، أ. نبيل محمود أبو الرب، جامعة النجاح الوطنية، نابلس، 2018م، ص 10 وما بعدها.

من الوجهة القانونية، وفي الثلة الأخيرة تبانت التعاريفات تبعاً لموضوع الدراسة (القانونية) ذاته، وتعددت حسب ما إذا كانت الدراسة متعلقة بالقانون الجنائي أم متصلة بالحياة الخاصة أم متعلقة بحقوق الملكية الفكرية.⁷¹

وجرائم الملكية الفكرية هي الجرائم المتعلقة بالاعتداء على الحقوق المعنوية أو المادية التي تخول لصاحبها حقاً استثنائياً على مصنف أو اختراع أو مستنبط، ويكون الاعتداء بالتقليد والاستنساخ والتزيف وغيرها من طرق الاعتداء.⁷²

ويلاحظ: إن تحليل الطبيعة القانونية للمال المعلوماتي هناك مال معلوماتي مادي فقط، ولا يمكن أن يخرج عن هذه الطبيعة كالألات وأدوات الحاسوب، وهناك المال المعلوماتي المادي الذي يحتوي على مضمون معنوي هو الذي يعطيه القيمة الحقيقة: كالشريط المغнط.

ولا ريب: إنه يمكن الاستحوذ على البرامج والمعلومات بواسطة تشغيلها أي وضعها في جهاز الحاسوب واستعمال التكنولوجيا اللازمة للتشغيل عن طريق مفتاح السر، ولذا فمن الجائز الحصول على ما بها أي الاستحواذ عليها.⁷³

وكل من يحصل على معلومات خاصة بالغير أثناء تسجيلها أو إرسالها بأية وسيلة من وسائل المعالجة المعلوماتية، أو مكن غيره من الحصول على معلومات خاصة بالغير أثناء تسجيلها أو إرسالها؛ متى كان من شأن إفشائها المساس بسمعة صاحبها أو ب حياته الشخصية.

المطلب الثاني: الجزء الجنائي للتعدى على حقوق المؤلف الإلكتروني في الفقه الإسلامي

تمهيد:

إن التعدى على حقوق المؤلف الإلكتروني باستغلالها والاستفادة من ثمرة جهود أصحابها، غير مشروع وبعد من قبيل أكل أموال الناس بالباطل، وهذا منهي عنه بنص الآية الكريمة قال تعالى: ﴿وَلَا تَأْكُلُوا أَمْوَالَكُمْ يَتَّكِئُنَّ بِالْبَطْلِ وَتَذَلُّوا يَهْبَأُ إِلَى الْحَكَمِ لَتَأْكُلُوا فَرِيقًا مِّنْ أَمْوَالِ الْأَنْسَابِ بِالْإِثْمِ وَأَنْشَمْ تَعْلَمُونَ﴾ [البقرة الآية 188]، فالشرعية الإسلامية مبناهما وأساسهما إقامة العدل بين الناس ومنع الظلم والتعدى على حقوق الآخرين.

فح حقوق التأليف والاختراع والابتکار حقوق مصونة في الشريعة الإسلامية⁷⁴، يحرم الاعتداء عليها، وإذا تقرر أن الاعتداء على هذا الحق معصية فإيمها معصية لا حد فيها مقدراً في الشرع، وما كان من العاصي من هذا القبيل، ففيها التعزير وهو مفوض إلى القاضي أو الحكم يختار العقوبة المناسبة بحسب ظروف المهم وشخصيته وسوابقه ودرجة ظروف الجريمة وأثرها في المجتمع.⁷⁵.

أولاً: التعدى على حقوق المؤلف الفكرية:

وهي في الحقيقة جريمة دينية وخلقية، كما أنها تجمع بين عدة جرائم معًا: كالسرقة، ونسبة ما ليس له لنفسه، وأخذه ما لا يستحق، إضافة إلى خداع الناس والقراء.

وقد اختلف العلماء في تنزيل حكم السرقة في الإسلام على التعدى على حقوق المؤلف الفكرية، ومن ثم العقوبة المرتبة على ذلك حال ثبوته، وذلك على أقوال س يتم ذكرها أولاً، ومن ثم التطرق لمسألة مسألة التعدى على حقوق المؤلف الإلكتروني، وذلك على النحو التالي:

القول الأول: وقد ذهب إلى أن التعدى على الإنتاج العلمي وسرقه جريمة تستحق العقوبة غير أنها لا تصل إلى حد القطع، وإنما بالتعزير عليها بالحبس أو التعويض أو كلها، وهو لجمهور العلماء المعاصرين منهم، الدرني، والزرقا، والقرضاوي، علي الخفيف، ومحمد سلام مذكر، وعثمان شبير، وغيرهم.⁷⁶

وقد استدلوا في قولهم على أدلة من المعقولة، وذلك على النحو الآتي:

1. إن النظام العام والعرف السائد بين مختلف دول العالم يعد التعدى على الملكية الفكرية سرقة بالمعنى العرفى والقانونى على ملكية الإنتاج الذهنى الذى أودعه صاحبه في كتاب متداول بين الناس بالبيع والشراء يقتى في البيوت والمكتبات، يعني أن أصبح ذات قيمة مالية وتجارية، ويقع على المعتدى عليه ما يقع على المعتدى على أنواع المال الأخرى من عقاب على ألا يصل إلى حد قطع اليد.⁷⁷

⁷¹ ولقد نص الشارع على أن: "حرية الإبداع الفني والأدبي مكفولة، ولا يجوز رفع أو تحريك الدعاوى لوقف أو مصادرة الأعمال الفنية والأدبية والفكرية أو ضد مدعها؛ إلا بأمر قضائي، ولا توقع عقوبة سالبة للحرمة أو التوقيف الاحتياطي في الجرائم التي ترتكب بسب علانية المنتج الفني أو الأدبي أو الفكري".

راجع: المادة (2/21) من قانون الجرائم الإلكترونية الفلسطيني رقم (10) لسنة 2018م

⁷² القاضي / سر الختم صالح علي والقاضي / الصادر ضرار مختار، جرائم رجال الأعمال، مصدر سابق، ص 3.

جرائم الحاسوب الإلكتروني في التشريع المأوزان، د. هدى حامد قشوش، دار الهيبة العربية، القاهرة، 1992م، ص 51-52.

⁷³ الابتکار إما أن يكون مطلقاً وإما أن يكون نسبياً، فيكون مطلقاً إذا لم يكن المصنف يستند إلى إنتاج سابق، ويكون نسبياً إذا ما كان المصنف - كمحصن مشتق من مصنف سابق عليه - يقتبس عناصر شكلية من هذا الإنتاج السابق ولكن في كلتا الحالتين لا بد من خلق ذهنی جديد في جملته لكي يكون شرط الابتکار متوفراً، ليقرر بذلك حق المؤلف على مصنفه، ولكن يتمتع بالحماية أو ليستحق صاحبه الاعتراف بملكية الفكرية وما ترتب عليها من حقوق، ويكون في ذلك أن يضيف المؤلف إلى فكرة سابقة ما يجعل للفكرة طابعاً جديداً مختلفاً عنه من قبل، فإذا ما اتضحت أن ما تتحققه الفكرة لا يبعده أن يكون تطوراً عادياً وطبيعياً للقدر القائم أو مأولاً لأهم الاختصاص، فعندئذ يتختلف عنصر الابتکار نقض تجاري رقم (7133) لسنة 88 ق، جلسه 28/3/2019م.

⁷⁴ حقوقية الاعتداء على حقوق المؤلفين والمخترعين - إسلام وب، رقم الفتوى: 33506، الرابط الإلكتروني: <https://www.islamweb.net/ar/fatwa/33506>.

⁷⁵ الفقه الإسلامي المقارن، فتحي الدرني، ص 311: المدخل إلى نظرية الالتزام العامة في الفقه الإسلامي، الزرقاء، ص 338: سرقة المعلومات، يوسف القرضاوي، الموقع الإلكتروني للشيخ يوسف القرضاوي: <https://www.al-qaradawi.net/node/3593>، الملكية في الشريعة الإسلامية، علي الخفيف، ص 82: المدخل الفقهي الإسلامي، محمد سلام مذكر، ص 432: المعاملات المالية المعاصرة، محمد عثمان شبير.

⁷⁶ يوسف القرضاوي، الموقع الإلكتروني للشيخ يوسف القرضاوي: <https://www.al-qaradawi.net/node/3593>.

2. لقد أجاز المتأخرین من الفقهاء أخذ الأجرة على التعليم والاستعاضة عنه بمال، فأصبح من المصالح المعتبرة التي يجب حفظها وصيانتها من التعدي والعدوان سد جميع الدرائع المفضية إلى تصييغها.⁷⁸

3. إن اختلاف العلماء في مالية المنافع والأشياء المعنوية يورث شهبة يسقط بها الحد، مع التأكيد على شناعة هذا الفعل وحرمة وأنه يوجب العقوبة.

79

القول الثاني: ذهب إلى وجوب تطبيق حد السرقة على الجاني السارق للإنتاج العلمي، والحقوق الفكرية، وهو لبعض الباحثين منهم (أسعد الأطرش)⁸⁰، وقد استدلوا من القرآن والسنة والمعقول.

1. من القرآن الكريم:

قول الله تعالى: ﴿وَالسَّارِقُ وَالسَّارِقَةُ فَاقْطُلُوْا اَيْدِيهِمَا جَرَاءً بِمَا كَسَبَا نَكَلًا مِنَ اللَّهِ وَاللَّهُ عَزِيزٌ حَكِيمٌ﴾ [المائدة الآية 38]

وجه الدلالة: دلت الآية الكريمة على أن جزاء السارق ومصيره هو القطع⁸¹، وما دامت الحقوق الفكرية تعد من قبيل المنافع المقومة بالمال، فإن التعدي عليها بلا وجه حق تعد جريمة تستحق العقوبة.

يرد عليه: إن القول بأن حق التأليف من المنافع المقومة بالمال صحيح، لكنه محل اختلاف بين العلماء، وهذا يورث شهبة اسقاط الحد.

2. من السنة:

ما روي عن أبي هريرة رضي الله عنه قال: "قال النبي صلى الله عليه وسلم: لعن الله السارق، يسرق البถضة فتقطع يده، ويسرق الحبل فتقطع يده".⁸²

وجه الدلالة: يدل الحديث على أن السارق يعتبر من أصل المعاصي، فقد لعن النبي صلى الله عليه وسلم، وهذا دليل على أن عملية السطو على الجهد البشري يعد من أبغض أنواع السرقات مما كانت قيمة المسروق ونوع السرقة وصورتها، فلا فرق بين سرقة الماتع وسرقة الأفكار.⁸³

يرد عليه: إن سارق الأفكار والحقوق المعنوية صحيح يصدق عليه وصف سارق يستحق العقوبة، لكن عدم انطباق شروط السرقة عليه جعل العقوبة على تعديه ما دون الحد.

3. من المعقول:

- اعتبار المنفعة المالية للحقوق المعنوية بكل أشكالها الموجودة اليوم، يؤكّد على اعتبار التعدي عليه سرقة بالمعنى الشرعي توجب عليه العقاب.⁸⁴

يرد عليه: إن شروط حد السرقة غير متحققة في الحقوق المعنوية، ومنها شروط أخذ المال من حزره مثله فهو منفي في الحقوق المعنوية.

- ليس من المعقول أن يقرّ الإسلام الحماية للأموال من السرقة ويسحب هذه الحماية عن الممتلكات الفكرية المتمثلة بما أنتجه العلماء والأدباء ليكون طریقاً قیمیاً لهنّهزة الأمة، فحماية الحقوق الفكرية لعلماء الأمة وأدبائها كحماية المال من السرقة بلا فارق في ذلك البتة.⁸⁵

القول الثالث: وقد ذهب إلى عدم اعتبار التأليف والإنتاج العلمي مالاً: فليس من حق المؤلف بيع إنتاجه وابتکاره العلمي، لأنّه مجرد حق وشرط البيع أن يكون مالاً.

واستدلوا على ذلك من السنة: ما روي عن أبي هريرة رضي الله عنه عن النبي صلى الله عليه وسلم قال: "مَنْ سُتِّلَ عَنْ عِلْمٍ فَكَتَمَهُ، أَلْجَمَ يَوْمَ القيمة بِلْجَامٍ مِنْ نَارٍ".⁸⁶

وجه الدلالة: ظاهر الحديث دل على وجوب بذل العلم للناس ونشره بلا مقابل، وشرط الاستعاضة عن العلم ونشره بمقابل يدخل في باب كتمان العلم الشرعي المنبي عنه.

يرد عليه: الشريعة الإسلامية وإن كانت تدعو إلى تعليم المنفعة ونشر ما فيه صالح الناس وخيرهم لكن ذلك في نظرها لا يبرر الاعتداء على حقوقهم فيما هو نافع ومفيد بل إن تعليم المنفعة بما يبتكره الأفراد له قواعده وأصوله ومن أهم هذه القواعد التي تحقق المصلحة وتمنع الضرر الاعتراف بهذه الحقوق وتنظيم نشرها والاستفادة منها بأحكام تنسجم مع طبيعتها وظروف التعامل معها، وقد استقرت الأعراف الإنسانية في كثير من الدول على ذلك، والمالية يقرّرها العرف، ما دام الأمر غير مننوع في الشرع وإن تطور الحياة الإنسانية يملئ بذلك حماية لهذا التصور ودفعاً لمزيد من العطاء والبذل.⁸⁷

⁷⁸ الفقه الإسلامي المقارن، فتحي الدربي، ص 311.

⁷⁹ السرقة العلمية والمسؤولية الجنائية المترتبة عليها، جمال الكيلاني، مجلد.

⁸⁰ السرقات العلمية والأدبيات في ضوء الشريعة الإسلامية، أسعد الأطرش، جريدة الأسبوع الأدبي العدد 1231 تاريخ 29 كانون الثاني 2011 ص 6، الموقع الإلكتروني: <http://omferas.com/vb/t28848>

⁸¹ تفسير الطبرى، الطبرى، (ج 10/ ص 295).

⁸² صحيح البخارى، البخارى، كتاب الحجود، باب لعن السارق، (ج 8/ ص 159).

⁸³ فتن الباري شرح صحيح البخارى، ابن حجر العسقلانى، (ج 12، ص 3).

⁸⁴ السرقات العلمية والأدبيات في ضوء الشريعة الإسلامية، أسعد الأطرش، جريدة الأسبوع الأدبي العدد 1231 تاريخ 29 كانون الثاني 2011 ص 6، الموقع الإلكتروني: <http://omferas.com/vb/t28848>

⁸⁵ السرقات العلمية والأدبيات في ضوء الشريعة الإسلامية، أسعد الأطرش، جريدة الأسبوع الأدبي العدد 1231 تاريخ 29 كانون الثاني 2011 ص 6، الموقع الإلكتروني: <http://omferas.com/vb/t28848>

⁸⁶ سنن ابن ماجه، ابن ماجه، باب من سئل عن علم فكتمه، (ج/ ص 96).

⁸⁷ المرجع السابق

سبب الخلاف في المسألة:

الاختلاف في مفهوم السرقة هل ينطبق على سرقة ما أنتج العقل؟

فمن يعتبر أن الإنتاج الفكري مال يستوجب الحماية عند التعدي عليه ذهب إلى وجوب حماية هذا الحق من السرقة بإقامة الحد على السارق، كما في حماية المال من السرقة سواء بسواء، وأما من اعتبر الاعتداء جريمة لكن لا ينطبق عليها شروط السرقة، ذهب إلى أنها جريمة تستحق العقوبة التعزيرية من حبس أو تعويض.

الراجع وأسباب الترجيح:

بعد عرض الأقوال والأدلة في المسألة، يمكن ترجيح القول الأول القائل بأن التعدي على الإنتاج العلمي وسرقه جريمة تستحق العقوبة التعزيرية، وذلك للأسباب الآتية:

- إن المؤلف العلمي أصبح ذات قيمة مالية وتجارية، ويقع على المعتدي عليه ما يقع على المعتدي على الأموال الأخرى من عقاب غير أنها لا تصل إلى حد القطع، لأنها لا تنطبق عليها شروط السرقة المعتبرة في الإسلام.
- تعارف الناس في وقتنا الحاضر على أن الاعتداء على حق المؤلف يعتبر جريمة أخلاقية لا تقل في خطورتها عن جريمة السرقة العينية بالنظر إلى مآلاتها ونتائجها وبالنظر إلى عدم تحقق شروط السرقة فيها فكان لابد من معاقبة الجاني بعقوبة تعزيرية من حبس أو تعريض وغير ذلك من عقوبات رادعة وزاجرة تطهر المجتمع من الفساد.

أما عن حكم التعدي على حقوق المؤلف الإلكترونية حيث تبين بعد عرض المسألة السابقة ومناقشتها وال المتعلقة بحماية حقوق المؤلف التي انتهينا فيها بتقرير العقوبة التعزيرية على المعتدي عليها من حبس أو غرامة وغيرها على الرابع من الأقوال، فيرد هنا سؤال: هل حقوق المؤلف كونها إلكترونية تغير منحقيقة الحكم الوارد في المسألة السابقة؟

للجواب على هذا السؤال نقول وبأ والله التوفيق إذا ثبت لاحقاً أن حق التأليف من الحقوق المعنوية المقومة بالمال، والتعدي عليها يعتبر سرقة واعتداء على حقوق الآخرين، فتدخل أولاً في باب أكل أموال الناس بالباطل، وتستوجب العقوبة التعزيرية على الرابع من الأقوال. فإذا ثبتت الأدلة وقوع الاعتداء على حق المؤلف فإننا نستطيع أن نسقط الحكم السابق عليها، فيكون الاعتداء على حق المؤلف الإلكتروني جريمة توجب العقوبة التعزيرية من حبس أو تعريض وغيره، وذلك للأسباب الآتية:

- إن اعتبار حقوق التأليف الإلكترونية من قبيل المنافع المقومة بالمال يؤكّد على اعتبار التعدي عليها بلا وجه حق جريمة سرقة تستحق العقوبة بالمعنى الشرعي، فكان يمكن أن تكون عقوبة حدية إلا أن اختلاف العلماء في اعتبارها من المنافع المقومة بالمال من جهة واختلال شروط تتحقق السرقة من جهة أخرى أورث شبهة اسقاط الحد؛ وحيث إنه لا يمكن ترك المجرم بدون عقوبة فلا بد من أن تجري عليه العقوبة التعزيرية المناسبة من غرامة أو حبس.

إن عدم التمكن من إلهاق وصف الجريمة الإلكترونية بجريمة السرقة لاحتلال بعض الشروط، فإن ميدان العقوبة التعزيرية ميدان واسع لمواجهة هذه الجريمة وذريحوها.

لقد تضافت الأدلة الشرعية على اعتبار الاعتداء على حق الغير من أهل المعاصي، فقد لعنه النبي صلى الله عليه وسلم، ولا فرق بين أن يكون الجهد الكتروني أو موضوع في كتاب، فعملية السطو على الجهد البشري تعد من أبغض أنواع السرقات مهما كانت قيمة المسروق، فسارق حق التأليف الإلكتروني يصدق عليه وصف سارق، ويستحق العقوبة الحدية، لكن عدم توافق شروط السرقة عليه جعلت العقوبة على تعديه ما دون الحد.

إن حماية الحقوق الفكرية الإلكترونية لعلماء الأمة وأدبائها كحماية المال من السرقة، فمن المؤكد أن إنتاجهم طريقاً لهوض الأمة ورقى المجتمع.

فليس من المعقول أن يقرر الإسلام مبدأ حماية الأموال من السرقة، وتسحب هذه الحماية عن الممتلكات الفكرية الإلكترونية. إن النظام العام والعرف السائد بين مختلف دول العالم يعد التعدي على الملكية الفكرية الإلكترونية سرقة، فملكية الإنتاج الذهني الذي أودعه صاحبه في ذاكرة أو حافظة إلكترونية متداولة بين الناس بالبيع والشراء، يعني أن أصبح ذات قيمة مالية وتجارية، ويقع على المعتدي عليه ما يقع على المعتدي على أنواع المال الأخرى من العقاب.

إن جرائم الاعتداء على حقوق المؤلف الإلكتروني بلغت خطورتها مبلغاً يفوق بكثير جريمة القتل التي عقوبتها أشد عقوبة وهي القصاص، فيكفي في وصف خطورتها أنها لا تعرف بالحدود، فهي في أغلب الأحيان تقع عبر حدود دولية كثيرة.⁸⁸ تعتبر حقوق التأليف الإلكترونية اليوم من المصالح المعتبرة التي يجب حفظها وصيانتها من التعدي والعدوان ومن جميع النزاع المفضي إلى تضييعها.

⁸⁸ الجريمة الإلكترونية وسبل مواجهتها في الشريعة الإسلامية والأنظمة الدولية- دراسة تحليلية تطبيقية، د. إبراهيم عطايا، مجلة المستقبل، جامعة طنطا، مصر، 2015، ع 30، ج 2، ص 389.

الخاتمة والتوصيات:**أولاً: الخاتمة**

- وتشتمل على أهم النتائج التي توصلنا إليها من خلال البحث، ويمكن بيانها على نحو ما هو تالي:
- إن التحرير والتجريم خطان متوازيان يجب أن يسيرا معاً لضمان تحقيق أرفع معانٍ للعدالة الجنائية، مع الأخذ بعين الاعتبار أن التحرير يحضر لجرائم دنيوية وأخروية؛ مما يتطلب وضع حد ما بين الخطين يكفل تحقيق أسمى معانٍ للشريعة السماوية.
 - اعتاد العلماء على تصنيف حق التأليف ضمن الحقوق المعنوية ذات القيمة المالية التي تنشئ سلطة مالية معينة لصاحبها علمها تكون ثمرة فكره أو خياله أو نشاطه.
 - إن حقوق المؤلف الإلكترونية هي مجموعة الحقوق القانونية الاستثنائية المعنية بحماية المصنفات العلمية والأدبية والفنية الإلكترونية للمؤلف.
 - حقوق المؤلف الإلكترونية هي اختصاص يقر به الشعـر سلطـه لـن يقدـم إنتاجـاً فـكريـاً مـبتـكرةً فـي مـجالـ الـعـلـمـ وـالـفـنـونـ وـالـآـدـابـ، ويـقـومـ بـنـشـرـهـ عـبـرـ منـظـومةـ الـاتـصالـ وـالتـواـصـلـ؛ إـمـاـ عـلـىـ الـوـسـائـطـ الـمـادـيـةـ (مـثـلـ بـطاـقةـ الـذـاـكـرـةـ)ـ أـوـ فـيـ شـكـلـ رـقـمـيـ يـعـرـضـ عـلـىـ شـبـكـةـ الـإـنـتـرـنـتـ تـحـقـيقـاـ مـلـصـاحـةـ مـعـيـنـةـ.
 - توافر أو انتفاء علاقة السببية يكون في الجرائم التي يتطلب المشرع في أنموذجها تحقق نتيجة إجرامية مادية، يستوي بعد ذلك أن يكون تحقق النتيجة بسبب فعل من الجاني، أم بسبب ترك ترتيب عليه النتيجة الإجرامية.
 - أسيغ المشرع الحماية الواردة بها على مؤلفي المصنفات أيًا كان نوعها أو طريقة التعبير عنها أو أهميتها أو الغرض منها، بشرط أن يكون هذا المصنف قد انطوى على شيء من الابتکار.
 - إن الشريعة الإسلامية لا تعرف بحقوق المؤلف الإلكترونية فحسب؛ بل وتدعو إلى تنظيمها في مجال استغلالها والتصرف، وذلك بالوقوف على أحكام تفصيلية تحقق المصلحة المشروعة لأصحابها وللمجتمع.
 - تجعل الشريعة الإسلامية لجهود المؤلفين الإلكترونية حقوقاً يحظى على الغير الإساءة إليها أو الاعتداء عليها.
 - تحرم الشريعة الإسلامية التعدي على ممتلكات الآخرين وخصوصاً الحقوق المعنوية ذلك أن محور هذه الحقوق هو الحق في الاختصاص بالمنفعة المالية التي تعود على صاحبه من استغلاله أو نشره ضمن ما هو مقرر شرعاً وقانوناً.
 - يتتوفر الركن المعنوي في جريمة انتهاك حقوق التأليف الإلكترونية وذلك بأن يعلم المتعدى أن ما يفعله من انتهاك لحقوق التأليف الإلكترونية من شأنها المساس الضار بالمعلومة أو بمنتجها وذلك بتوفّر نية لديه مقصودة لذلك، فيوصف التعدي في هذه الحالة بالمتعمد بخلاف مالم يتوفّر عنده العلم والنية حيث يوصف تصرفه في هذه الحالة بالخطأ.
 - صعوبة الإثبات في جريمة انتهاك حقوق التأليف الإلكترونية؛ وذلك لما يتميز به الاعتداء في هذا الوسط الافتراضي من مميزات، جعلتها صعبة المتابعة والاكتشاف فإياها لا تعرف الحدود الدولية فهي عالمية بالإضافة إلى أن عدم استعمال العنف في إجرائها كباقي الجرائم المادية فهي من الجرائم الناعمة لا تحدث ضجة كالضرب بالرصاص والقتل مثلًا.
 - إن التعدي على حقوق المؤلف الإلكترونية باستغلالها والاستفادة من ثمرة جهود أصحابها، غير مشروع وبعد من قبيل أكل أموال الناس بالباطل، وهذا منه عنه، فالشريعة الإسلامية مبناتها وأسسها إقامة العدل بين الناس ومنع الظلم والتعدي على حقوق الآخرين.

ثانياً: التوصيات

- نوصي أهل الاختصاص تقدير عقوبة تعزيرية تتناسب مع جريمة الاعتداء على حقوق المؤلفين والمخترعين الإلكترونية بحيث يراعي فيها الجنائية في العظم والصغر وحال الجاني والمجنى عليه.
- سن قانون عقوبات فلسطيني جديد يتناسب مع بمبادئ الشريعة الإسلامية؛ على أن يجرم فيه التعدي على حقوق المؤلف التقليدية الإلكترونية، ووضع العقوبات المناسبة لهذه الجريمة الخطيرة.
- التركيز على الجزاءات الجنائية البديلة؛ ومنها: نظام وقف تنفيذ العقوبة، والوضع تحت الرقابة، والإفراج الشرطي، والعمل لخدمة المجتمع، والغرامة، وتأجيل النطق بالجزاء الجنائي، والتوبخ القضائي، والنفي وعقوبة التعليم الاجباري، وتقسيط العقوبة، وتقديم تعهد بالمحافظة على الطمأنينة العامة.
- أن يكون لسان القانون الجديد واضح بسيط مفهوم، والتعريفات محددة لا تثير اللبس.
- ضرورة توحيد الإطار النظامي والقانوني والإداري والمؤسسي لحماية حقوق المؤلف الإلكتروني في كافة مجالاتها العلمية أو الطبية أو الأدبية أو الفنية.
- مطالبة القضاء بتفعيل العقوبات البديلة التي نص عليها قانون العقوبات والتدابير البديلة لسنة (2019)، والتركيز على العدالة الرضائية لتحقيق التوازن بين سياسة الردع والحد من العقوبات السالبة للحرية.
- يجب الإسراع في حوكمة حوكمة النظام القضائي، واعتماد مفاهيم المساءلة والشفافية والنزاهة والإنصاف؛ لضمان ممارسة سلطات الإدارة الرشيدة.

المراجع:

أولاً: المراجع العربية:

- الأطرش، أسعد. (2011). السرقات العلمية والأدبيات في ضوء الشريعة الإسلامية. جريدة الأسبوع الأدبي العدد 1231 تاريخ 29 كانون الثاني 2011 ص 6. <http://omferas.com/vb/t28848>
- الآملي، محمد بن يزيد بن كثير بن غالب. (2000). جامع البيان في تأويل القرآن. الطبرى، أبو جعفر الطبرى (المتوفى: 310هـ). تحقيق: محمد أحمد شاكر، لبنان، مؤسسة الرسالة، ط 1، عدد الأجزاء: 24.
- البخارى (1422هـ). الجامع المسند الصحيح المختصر من أمور رسول الله (صلى الله عليه وسلم) وسننه وأيامه. أبو عبد الله محمد بن إسماعيل بن إبراهيم بن المغيرة البخاري (المتوفى: 256هـ)، تحقيق: محمد زهير بن ناصر الناصر، دار طرق النجاة، ط 1، عدد الأجزاء: 9.
- بلال، أحمد عوض. (2006). مبادئ قانون العقوبات. دار الهبة العربية.
- حسني، محمود نجيب. (1977). شرح قانون العقوبات، القسم العام. دار الهبة العربية، ط 4.
- الحسيناوي، علي جبار صالح. (2009). جرائم الحاسوب والإنترنت. دار اليازوري العلمية للنشر والتوزيع.
- الخفيف، علي. (1996). الملاكي في الشريعة الإسلامية مع المقارنة بالشائع الوضعية معناها وأنواعها وعناصرها وخواصها وقيودها. دار الفكر العربي.
- الدربي، محمد فتحى. (1992). الفقه الإسلامي المقارن مع المذاهب. جامعة دمشق، ط 3.
- أبو الرب، نبيل محمود. (2018). مفهوم الجرائم المعلوماتية وتحدياتها التشريعية. جامعة النجاح الوطنية.
- الرديبي، فتحى. (د.ت). بحوث مقارنة في الفقه الإسلامي وأصوله. مؤسسة الرسالة.
- الزرقا، مصطفى أحمد. (1999). المدخل إلى نظرية الالتزام العامة في الفقه الإسلامي. دار القلم.
- الزرقا، مصطفى أحمد. (2004). المدخل الفقهي العام. دار القلم، ط 2.
- سانو، قطب مصطفى. (2000). أدوات النظر الاجهادي المنشود. دار الفكر، ط 1، جزء 1.
- سروى، محمد شكري. (1979). النظريات العامة للحق. دار الفكر العربي، ط 1.
- ال Shawabka، محمد أمين. (2001). جرائم الحاسوب والإنترنت الجريمة المعلوماتية. دار الثقافة للنشر والتوزيع.
- ال Shawabka، محمد أمين. (2004). جرائم الحاسوب والإنترنت الجريمة المعلوماتية. دار العلم والثقافة للنشر والتوزيع.
- الصعبى، باتريسيا. النشر الإلكتروني والتحديات التي يطرحها حول حماية حقوق المؤلف. المجلة القضائية دراسات وآراء.
- الضويحي، أحمد بن عبد الله. (1430هـ). الاستعانة بأهل الاختصاص في الاجتياز. مجلة وزارة العدل: 11 (42): 15 - 86.
- عامر، عادل. (2021). السرقات الأدبية في ضوء الفقه والقانون. موقع قصة الإسلام، 3751 <https://forum.islamstory.com/3751>
- أبو عامر، محمد زكي. (1993). قانون العقوبات، القسم العام. الدار الجامعية.
- العبادي، عبد السلام. (2011). الفقه الإسلامي والحقوق المعنوية. مجلة مجمع الفقه الإسلامي، (ج 5 / 2011)، <https://al-maktaba.org/book/8356/10608#p7>
- العبادي، عبد السلام. (2011). داود الفقه الإسلامي والحقوق المعنوية. كتاب مجلة مجمع الفقه الإسلامي.
- العسقلاني، أبو الفضل أحمد بن علي بن محمد بن أحمد بن حجر. (1379هـ). فتح الباري شرح صحيح البخاري. تحقيق: محب الدين الخطيب، دار المعرفة، عدد الأجزاء: 14.
- عطايا، إبراهيم. (2015). الجريمة الإلكترونية وسبل مواجهتها في الشريعة الإسلامية والأنظمة الدولية- دراسة تحليلية تطبيقية. مجلة المستقبل: جامعة طنطا، ع 30، ج 2.
- عقوبة الاعتداء على حقوق المؤلفين والمخترعين - إسلام ويب - مركز الفتوى(islamweb.net) رقم الفتوى: 33506
- عقوبة الاعتداء على حقوق المؤلفين والمخترعين - إسلام ويب، رقم الفتوى: 33506، 33506 <https://www.islamweb.net/ar/fatwa/33506>
- علي، يسر أنور. (1998). شرح قانون العقوبات، النظريات العامة. (د.ن).
- عمر، أحمد مختار. (2008). معجم اللغة العربية المعاصرة. عالم الكتب، ط 1، عدد المجلدات: 1.
- العيبي، مالك. (2021). السرقة العلمية لما ذا؟ موقع النسابون العرب، 19147.html <https://www.alnssabon.com/t19147.html>
- فتاح الدربي. (1984). الحق ومدى سلطان الدولة في تقييده. مؤسسة الرسالة، ط 3.
- القرضاوي، يوسف. (2022). سرقة المعلومات. الموقع الإلكتروني للشيخ يوسف القرضاوي، 3593 <https://www.al-qaradawi.net/node/3593>
- القزويني، أبو عبد الله محمد بن يزيد. (د.ت). سنن ابن ماجه، ابن ماجه، وما جه اسم أبيه يزيد (المتوفى: 273هـ). تحقيق: محمد فؤاد عبد الباقي، دار إحياء الكتب العربية، عدد الأجزاء: 2.

33. القسطلاني، أحمد بن محمد بن أبي بكر. (1996). *شرح العالمة الزرقاني على المawahب اللدنية بالمنهج المحمدية*. دار الكتب العلمية.
34. قشقوش، هدى حامد. (1992). *جرائم الحاسوب الإلكتروني في التشريع الموازن*. دار النهضة العربية.
35. القهوجي، علي، والشاذلي، فتوح. (2002). *شرح قانون العقوبات*. (د.ن).
36. الكسواني، عامر محمود. (1998). *المملكة الفكرية (ماهيتها - مفرداتها - طرق حمايتها)*. دار الجيب للنشر والتوزيع.
37. الكمال، محمود محمد. (2019). *آلية حماية حقوق الملكية الفكرية*. مؤتمر الجوانب القانونية لاتفاقيات منظمة التجارة العالمية، معهد التدريب والدراسات القضائية.
38. مذكر، محمد سلام. (1996). *المدخل للفقه الإسلامي تاريخه ومصادر ونظرياته العامة*. دار الكتاب الحديث.
39. مراد، عبد الفتاح. (2007). *شرح جرائم الكمبيوتر والانترنت*. دار الكتب والوثائق المصرية.
40. ابن منظور، محمد بن مكرم بن علي، أبو الفضل. (1414هـ). *لسان العرب*. دار صادر، ط 3، عدد الأجزاء: 15.
41. الموقع الإلكتروني للشيخ يوسف القرضاوي، <https://www.al-qaradawi.net/node/3593>

ثانياً: المراجع الأجنبية:

1. Alexandra George. (2012). *Construction intellectual property*. Cambridge University Press, NY. first published, P.32.
2. JUDGE N. Bardaky. (1943-1945). *LECTURES ON Criminal LAW*. delivered at the Jerusalem Law classes, P. 51.
3. Schabas, W. (2001). *An Introduction to The International Criminal Court*, Cambridge University Press, PP. 85-86.
4. Voir .S. Glaser. (1957). *Infraction International* Librairie Général De Droit Et De Jurisprudence . Paris, PP. 120-121.
5. Zakr, N. (2001). *Analyse Spécifique Du Crime De Génocide Dans Le Tribunal Pénal International Pour Le Rwanda*, Revue Sc. Crim. (2) Avr.-Juin. Dalloz, P. 267.



Electronic Copyright Protection in the Palestinian and Islamic Legislation

Abdel Qader Saber Ali Jarada

Associate Professor of Criminal Law in Palestinian Universities, Arab Center for Criminal Sciences, Palestine
abedsaber@hotmail.com

Manal Mohammad Ramadan Al-Ashi

Assistant Professor of Comparative Jurisprudence at the Islamic University of Gaza, Palestine
mashy@iugaza.edu.ps

Received: 6/9/2021 **Revised:** 18/10/2021 **Accepted:** 2/2/2022 **DOI:** <https://doi.org/10.31559/LCJS2022.3.1.1>

Abstract: This study addresses a question that has arisen in the contemporary jurisprudential actual status, which is about the author's right to protect his electronic writings, which have become of financial value. Such protection is to prove to the owner's title and his right to act. This made it necessary to approve protection and prevent abuse, fraud and the exploitation of the efforts of others. This has positive effects such as preserving interests and achieving justice, which in turn contributes to the advancement and progress of nations. The study has a number of conclusions, the most important of which are: the infringement of the author's electronic rights by exploiting them and benefiting from them is illegal and is like confiscate people's property unjustly, and this is forbidden. The basis of Islamic Sharia law and its foundation is to establish justice among people and to prevent injustice and infringement of the rights of others. The study made a recommendation to the specialists and scholars to enact a discretionary punishment that commensurate with the crime of infringement upon the rights of electronic authors and inventors. It should take into account the size of the felony and the condition of the offender and the victim.

Keywords: Protection; Rights; Electronic Authorship.

References:

1. 'amr, 'adl. (2021). Alsrqat Aladbyh Fy Dw' Alfqh Walqanwn. Mwq' Qsh Aleslam, <https://forum.islamstory.com/3751>
2. Abw 'amr, Mhmd Zky. (1993). Qanwn Al'qwbat, Alqsm Al'am. Aldar Aljam'yh.
3. Al'bady, 'bd Alslam. (2011). Alfqh Aleslamy Walhqwq Alm'nwyh. Mjlt Mjm' Alfqh Aleslamy, (J5/ 2011), <https://almaktaba.org/book/8356/10608#p7>
4. Al'bady, 'bd Alslam. (2011). Dawd Alfqh Aleslamy Walhqwq Alm'nwyh. Ktab Mjlt Mjm' Alfqh Aleslamy.
5. 'ly, Ysr Anwr. (1998). Shrh Qanwn Al'qwbat, Alnzryat Al'amh. (D.N).
6. 'mr, Ahmd Mkhtar. (2008). M'jm Allghh Al'rbyh Alm'asrh. 'alm Alktb, T1, 'dd Almjldat:1.
7. 'qwhb Ala'tda' 'Ea Hqwq Alm'lbyn Walmkhtr'yn - Eslam Wyb - Mrkz Alftwa (Islamweb.Net) Rqm Alftwa: 33506
8. 'qwhb Ala'tda' 'la Hqwq Alm'lbyn Walmkhtr'yn - Eslam Wyb, Rqm Alftwa: 33506, <https://www.islamweb.net/ar/fatwa/33506>
9. Al'sqlany, Abw Alfdl Ahmd Bn 'ly Bn Mhmd Bn Ahmd Bn Hjr. (1379h). Fth Albary Shrh Shyh Albkhary. Thqyq: Mhb Aldyn Alkhtyb, Dar Alm'rfh, 'dd Alajza': 14.
10. 'taya, Ebrahy. (2015). Aljrymh Alelktrwnyh Wsbl Mwajhtha Fy Alshry'h Aleslamy Walanzmh Aldwlyh- Drash Thlylyh Ttbyqyh. Mjh Almstqbl: Jam't Tnta, ' 30, J/2.
11. Al'yby, Malik. (2021). Alsrqh Al'lmyh Lmada?. Mwq' Alnsabwn Al'rb, <https://www.alnssabon.com/t19147.html>

12. Alamly, Mhmd Bn Jryr Bn Yzyd Bn Kthyr Bn Ghalb. (2000). Jam' Albyan Fy Tawyl Alqran. Altbry, Abw J'fr Altbry (Almtwfa: 310h). Thqyq: Mhmd Ahmd Shakr, Lbnan, M'sst Alrsalh, T1, 'dd Alajza': 24.
13. Alatrsh, As'd. (2011). Alsrqat Al'lmyh Waladbyat Fy Dw' Alshry'h Aleslamyh. Jrydt Alasbw' Aladby Al'dd 1231 Tarykh 29 Kanwn Althany 2011 S 6, <http://omferas.com/vb/t28848/>
14. Albkhary (1422h). Aljam' Almsnd Alshyh Almkhtsr Mn Amwr Rswl Allh (Sla Allh 'lyh Wslm) Wsnnh Wayamh. Abw 'bd Allh Mhmd Bn Esma'yl Bn Ebrahy Bn Almghyrh Alj'fy Albkhary (Almtwfa: 256h), Thqyq: Mhmd Zhyr Bn Nasr Alnasr, Dar Twq Alnjah, T1, 'dd Alajza': 9.
15. Blal, Ahmd 'wd. (2006). Mbad' Qanwn Al'qwbat. Dar Alnhdh Al'rbyh.
16. Aldryny, Mhmd Fthy. (1992). Alfqh Aleslamy Almqarn M' Almdahb. Jam't Dmshq, T3.
17. Aldwykhy, Ahmd Bn 'bd Allh. (1430h.). Alast'an Bahl Alakhtas Fy Alajthad. Mjlt Wzart Al'dl: 11 (42): 15 - 86.
18. Alkhfyf, 'ly. (1996). Almlkyh Fy Alshry'h Aleslamyh M' Almqarnh Balshra" Alwd'yh M'naha Wanwa'ha W'nasrha Wkhwasha Wqywdha. Dar Alfkr Al'rbyh.
19. Fthy Aldryny. (1984). Alhq Wmda Sltan Aldwlh Fy Tqyydh. M'sst Alrsalh, T3.
20. Hsny, Mhmwd Njyb. (1977). Shrhr Qanwn Al'qwbat, Alqsm Al'am. Dar Alnhdh Al'rbyh, T4.
21. Alhsynawy, 'ly Jbar Salh. (2009). Jra'm Alhaswb Walentrnt. Dar Alyazwry Al'lmyh Llnshr Waltwzy'.
22. Abw Alrb, Nbyl Mhmwd. (2018). Mfhwm Aljra'm Alm'lwmattyh Wthdyatha Altshry'yh. Jam't Alnjah Alwtynyh.
23. Alrdyny, Fthy. (D.T). Bhwth Mqarnh Fy Alfqh Aleslamy Waswlh. M'sst Alrsalh.
24. Als'yby, Batrysya. Alnshr Alelktrwny Walthdyat Alty Ytrhha Hwl Hmayt Hqwj Alm'lif. Almjlh Alqda'yh Drasat Wara'.
25. Sanw, Qtb Mstfa. (2000). Adwat Alnzr Alajthady Almnshwd. Dar Alfkr, T1, Jz'1.
26. Alshwabkh, Mhmd Amyn. (2001). Jra'm Alhaswb Walantrnt Aljrymh Alm'lwmattyh. Dar Althqafh Llnshr Waltwzy'.
27. Alshwabkh, Mhmd Amyn. (2004). Jra'm Alhaswb Walentrnt Aljrymh Alm'lwmattyh. Dar Al'l'm Walthqafh Llnshr Waltwzy'.
28. Srwy, Mhmd Shkry. (1979). Alnzryh Al'amh Llhq. Dar Alfkr Al'rby, T1.
29. Alzrqa, Mstfa Ahmd. (1999). Almdkhl Ela Nzryt Alaltzam Al'amh Fy Alfqh Aleslamy. Dar Alqlm.
30. Alzrqa, Mstfa Ahmd. (2004). Almdkhl Alfqhy Al'am. Dar Alqlm, T2.

المسؤولية الجنائية للبنوك عن جريمة غسل الأموال في ضوء النظام السعودي

حسن يوسف مصطفى مقابله¹؛ زياد عبد الرحمن محمد الصقيري²

¹ أستاذ القانون الجنائي المشارك - كلية الشريعة والدراسات الإسلامية - قسم الأنظمة
جامعة القصيم - المملكة العربية السعودية

² ماجستير قانون جنائي - جامعة القصيم - المملكة العربية السعودية

¹ hy.maqabableh@qu.edu.sa, ² r.alsugayri@gmail.com

قبول البحث: 2022/2/20

مراجعة البحث: 2022/2/4

استلام البحث: 2022/1/16

DOI: <https://doi.org/10.31559/LCJS2022.3.1.2>



This file is licensed under a [Creative Commons Attribution 4.0 International](#)



المسؤولية الجنائية للبنوك عن جريمة غسل الأموال في ضوء النظام السعودي

حسن يوسف مصطفى مقابله

أستاذ القانون الجنائي المشارك- كلية الشريعة والدراسات الإسلامية- قسم الأنظمة- جامعة القصيم- المملكة العربية السعودية
hy.maqabableh@qu.edu.sa

ريداء عبدالرحمن محمد الصقيري

ماجستير قانون جنائي- جامعة القصيم- المملكة العربية السعودية
r.alsugayri@gmail.com

استلام البحث: 2022/1/16 مراجعة البحث: 2022/2/4 قبول البحث: 2022/2/20 DOI: <https://doi.org/10.31559/LCJS2022.3.1.2>

الملخص:

ترتبط جرائم غسل الأموال ارتباطاً وثيقاً بالمؤسسات المصرفية والمالية، حيث تعد أحد أهم الروافد التي يلجأ إليها المتورطون في هذه الجرائم، نتيجة للتطور التقني الهائل في مجال تقنية المعلومات والاتصالات، والذي ترتب عليه استغلال الأسواق المالية المفتوحة، واستغلال التطور التقني في الأنظمة المصرفية والمالية، لذا حرصت كثير من التشريعات على إقرار المسؤولية الجنائية للبنوك عند إخلالها بالالتزامات المفروضة عليها رعاية للمصلحة العامة؛ التي تهدف في مجموعها في المحافظة على سمعة المؤسسات المالية، ومنع كل الأعمال والتصرفات التي تؤدي إلى غسل الأموال، والمساس بالاقتصاد الوطني.

وقد اشتملت هذه الدراسة على مبحثين رئيسين بين أولهما ماهية المسؤولية الجنائية للبنوك عن جريمة غسل الأموال في مطلبين مستقلين ركزاً على اسناد وتقرير المسؤولية الجنائية للأشخاص المعنوية، في حين تناول المبحث الثاني طبيعة المسؤولية الجنائية للبنوك عن جريمة غسل الأموال في مطلبين تناول كل منهما أنواع المسؤولية الجنائية للبنك وشروطها، العقوبات المقررة للبنك عن جريمة غسل الأموال، ومن أهم النتائج التي تم التوصل إليها إقرار المنظم السعودي للمسؤولية الجنائية للبنوك عن جريمة غسل الأموال، متواافقاً في ذلك مع مجمل التشريعات العقابية المقارنة.

الكلمات المفتاحية: غسيل أموال؛ بنوك؛ مسؤولية جنائية.

المقدمة:

الحمد لله والصلوة والسلام على نبينا محمد وعلى آله وصحبه اجمعين وسلم تسليماً كثيراً .. أما بعد:
من المسلم به أن البنوك تقوم بدور هام وحيوي في الحياة الاقتصادية، حيث تسعى دائماً لتقديم الخدمات المالية والمصرفية المتنوعة والمتطرفة؛
لजذب أكبر قدر من الودائع التي تساعده في زيادة الاستثمار وبالتالي زيادة دخل الفرد والمجتمع⁽¹⁾.

وبظهور العولمة تفجرت ثورة تكنولوجية في مجال الاتصالات والمعلومات والأدوات التي ركزت المؤسسات المالية والمصرفية على استخدامها والاستفادة منها، إلا أن هذا التطور العلمي والتقني الذي يشهد له العصر الحالي وبالرغم من ايجابياته قد ساعد على استحداث العديد من الجرائم المستعصية والمستحدثة والتي يصعب تحديد مصادرها ومواردها ومن بين هذه الجرائم جريمة غسل الأموال.

ويعد غسل الأموال من المصطلحات التيكثر تداولها في الآونة الأخيرة، حيث صنفت جريمة غسل الأموال من ضمن الجرائم المنظمة الخطيرة على المنظومة الاقتصادية عامة والمصرفية خاصة، حيث أصبحت المصارف عنصر جذب لغاسلي الأموال بعد قيامها بأعمال الصيغة الشاملة ودخولها

¹ د. عبد الرحمن السيد قرمان، مساعدة البنوك في مكافحة غسل الأموال، ط2، دار النهضة العربية، القاهرة، عام 2004م، ص 37.

مجال الوساطة وخلق الائتمان وتقديم خدمات الصرف والتحويل النقدي باستخدام العديد من العمليات المصرفية المتطرفة⁽²⁾، فنظرًا لما يشهده القطاع المصرفى من تطور كبير متأثرًا بعوامل قطاع الخدمات المالية؛ فإن غامضي الأموال قد وجدوا فيه وسيلة لغسل أموالهم غير المشروعة بإجراء العديد من العمليات المصرفية حتى تنتفع عن مصدرها غير المشروع؛ لتظهر في نهاية المطاف كأموال شرعية قانونية⁽³⁾.

لذلك تسعى الدول الحديثة في وقتنا الحاضر إلى الحفاظ على استقرار نظامها الاقتصادي السياسي والاجتماعي، من خلال التنظيم القانوني لمؤسساتها المالية والمصرفية باعتبارهما أحد أهم الدعامات التي يرتكز عليها الاقتصاد الوطني، وهذا لن يأتي إلا إذا انتهت هذه الدول سياسة جنائية حديثة من شأنها استئصال واجتناب أسباب الجريمة والعوامل المساعدة والمحرضة لها⁽⁴⁾، خصوصاً وأن التقدم العلمي في الخدمات المالية والمصرفية وشبكة المعلومات الدولية قد ساهمت في ترويج وتسييل هذه الجرائم مما أثر على اقتصاد الدولة ودخلها القومي وسياساتها المالية والنقدية⁽⁵⁾، الأمر الذي دعا إلى مكافحة هذه الجريمة على الرغم من الصعوبات التي تواجه الدول في ظل التقدم التقني.

لذا جاء هذا البحث ليلاقي الضوء على مسؤولية الجنائية للبنوك عن جريمة غسل الأموال في ضوء النظام السعودي.

مشكلة الدراسة:

تعتبر البنوك العنصر الرئيسي في عمليات غسل الأموال من جهة، ومكافحتها من جهة أخرى باعتبارها القناة الرئيسية التي يتم عن طريقها اجراء العديد من العمليات المتعلقة بتدوير الأموال غير المشروعة.

ولهذا فإن للبنوك دور كبير في مساعدة السلطات المختصة في الكشف عن جرائم غسل الأموال، حيث نصت القوانين على العديد من الالتزامات الملقاة على عاتق البنوك في المجال المالي والمصرفي والمتصلة بمجال غسل الأموال ومكافحته؛ للإحالة دون وقوع هذه الجرائم.

كما تتجلى خطورة هذه الجريمة عندما تساهم البنوك ذاتها في عملية غسل الأموال مما يقتضي مسؤوليتها جنائياً، فعلى القطاع المصرفى والبنوك خصوصاً أن تقوم بدورها بشكل فعال في مكافحة هذه الجريمة، وعليه فإن مشكلة البحث تتحول في السؤال الرئيس الآتي: مدى أستاد المسؤولية الجنائية للجهات البنكية عن جريمة غسل الأموال في ضوء النظام السعودي؟، ويترفع منه مجموعة من الأسئلة الآتية:

- السؤال الأول: ما مفهوم المسؤولية الجنائية للبنوك عن جريمة غسل الأموال؟
- السؤال الثاني: ما موقف المنظم السعودي من تقرير المسؤولية الجنائية للأشخاص المعنية؟
- السؤال الثالث: ما نوع المسؤولية الجنائية للبنوك عن جريمة غسل الأموال وشروطها؟
- السؤال الرابع: ما شكل العقاب الذي يقرره المنظم السعودي على البنوك عند ارتكاب جريمة غسل الأموال؟

أهمية الدراسة:

تتعلق الدراسة بالمسؤولية الجنائية للبنوك عن جريمة غسل الأموال، وما يتربى على هذه الجريمة من أضرار سلبية على المستوى الدولي والوطني، فهذه الظاهرة أصبحت إحدى التحديات الحقيقة التي تواجه المؤسسات المالية بأنواعها في أنحاء العالم، ونظرًا للآثار السلبية التي تخلفها جريمة غسل الأموال والتي تنعكس بصورة واضحة ومؤثرة على البنوك بشكل خاص وعلى اقتصاد الدولة ومكانها بشكل عام، جاء موضوع هذا البحث ليُبين مدى المسؤولية الجنائية للبنوك في حال مخالفتها لواجب الالتزام والتصدي لهذه الجريمة وخاصة مع التقدم التقني والعلمي الذي ساهم في انتشارها وأساليب ارتكابها، ومن أبرز الأسباب التي دعت لاختيار هذا الموضوع:

- تفشي جريمة غسل الأموال وارتفاع نسبة الأضرار والمساوى داخل الدولة وخارجها.
- استغلال التطور التكنولوجي والمصرفي في عمليات غسل الأموال وصعوبة ملاحقة مرتكبيها.
- تأكيد مسؤولية البنوك ودورها في مكافحة جريمة غسل الأموال.

أهداف الدراسة:

تهدف الدراسة إلى إلقاء الضوء على المسؤولية الجنائية للبنوك في ضوء النظام السعودي ببيان النقاط الآتية:

- بيان مفهوم المسؤولية الجنائية للبنوك عن جريمة غسل الأموال.
- إظهار موقف المنظم السعودي من تقرير المسؤولية الجنائية للأشخاص المعنية.
- بيان نوع المسؤولية الجنائية للبنوك عن جريمة غسل الأموال وشروطها، وصور العقاب عليها.

² د.اهاب حمد الرفاتي، عمليات مكافحة غسل الأموال وأثر الالتزام بها على فاعلية نشاط المصارف -رسالة ماجستير-، الجامعة الإسلامية، فلسطين، عام 2007م، ص.2.

³ أ.د مصطفى يوسف كافي، النقد والبنوك الإلكترونية في ظل التقنيات الحديثة، دار مؤسسة رسان، دمشق، عام 2011م، ص.303.

⁴ د.عبدالسلام حسان، جريمة تبييض الأموال وسبل مكافحتها-رسالة دكتوراه-، جامعة دیابجين سطيف، الجزائر، عام 2016م، ص.1.

⁵ د. محمد زهير أبو العز، مدى المسؤولية الجنائية عن أعمال البنوك، دار الهبة العربية، القاهرة، عام 2013م، ص.278.

منهج الدراسة:

اعتمدت الدراسة على المنهج الوصفي التحليلي، بهدف استجلاء ملامح مفهوم المسؤولية الجنائية للبنوك عن جريمة غسل الأموال، ومدى تقريرها في النظام السعودي، وأنواع هذه المسؤولية وشروطها وأشكال العقاب عليها عند ثبوت ارتكابها.

حدود الدراسة:

- **الحدود الموضوعية:** تدور الدراسة حول مسؤولية البنوك الجنائية عن جريمة غسل الأموال، في ضوء نظام غسل الأموال الصادر بالمرسوم الملكي رقم (م/20) لعام 1439هـ، ونظام البنك المركزي السعودي الصادر بالمرسوم الملكي رقم (م/36) وتاريخ 11/4/1442هـ، ونظام مراقبة البنوك الصادر بالمرسوم الملكي رقم (م/5) لعام 1386هـ.
- **الحدود المكانية:** تنحصر حدود الدراسة في المملكة العربية السعودية، مع التطرق إلى بعض التشريعات المقارنة.
- **الحدود الزمنية:** تنحصر حدود الدراسة الزمانية منذ صدور نظام غسل الأموال الصادر بالمرسوم الملكي رقم (م/20) لعام 1439هـ، ولاتهته التنفيذية الصادرة بموجب التعليم رقم 0 (13) تاریخ 28/3/3601هـ، ونظام البنك المركزي السعودي الصادر بالمرسوم الملكي رقم (م/36) وتاريخ 11/4/1442هـ، ونظام مراقبة البنوك الصادر بالمرسوم الملكي رقم (م/5) لعام 1386هـ.

مصطلحات الدراسة:

- **الأموال:** الأصول أو الموارد الاقتصادية أو الممتلكات أيًّا كانت قيمتها أو نوعها أو طريقة امتلاكها -سواءً أكانت مادية أم غير مادية منقوله أم غير منقوله أم غير ملموسة- والوثائق والصكوك والمستندات والحوالات وخطابات الاعتماد أيًّا كان شكلها؛ سواءً أكانت داخل المملكة أم خارجها. ويشمل ذلك النظم الإلكترونية أو الرقمية، والانتمانات المصرفية التي تدل على ملكية أو مصلحة فيها، وكذلك جميع أنواع الأوراق التجارية والمالية، أو أية فوائد أو أرباح أو مداخيل أخرى تنتجه من هذه الأموال.
- **المتحصلات: الأموال الناشئة أو المتحصلة-** داخل المملكة أو خارجها- بشكل مباشر أو غير مباشر من ارتكاب جريمة أصلية، بما في ذلك الأموال التي حولت أو بدللت كلياً أو جزئياً إلى أموال مماثلة.
- **البنك:** أي شخص طبيعي أو اعتباري يزاول في المملكة أي عمل من الأعمال المصرفية بصفة أساسية.
- **الأعمال المصرفية:** أعمال تسلم النقود كودائع جارية أو ثابتة، وفتح الحسابات الجارية وفتح الاعتمادات وإصدار خطابات الضمان، ودفع وتحصيل الشيكولات أو الأوامر أو أدون الصرف وغيرها من الأوراق ذات القيمة، وخصم المستندات والكمبيالات وغيرها من الأوراق التجارية، وأعمال الصرف الأجنبي، وغير ذلك من أعمال البنوك. المصادر: التجرييد والحرمان الدائم من الأموال أو متحصلات الجريمة أو الواسطة؛ بناءً على حكم قضائي صادر من محكمة مختصة.
- **الجهة الرقابية:** الجهة المسؤولة عن التتحقق من التزام المؤسسات المالية، والأعمال والمهن غير المالية المحددة، والمنظمات غير الهادفة إلى الربح؛ بالمتطلبات المنصوص عليها في النظام واللائحة أو أي قرارات أو تعليمات ذات صلة.
- **العميل:** من يقوم -أو يشرع في القيام- بأي من الأعمال التي تحددها اللائحة مع إحدى المؤسسات المالية أو الأعمال والمهن غير المالية المحددة.
- **البنك الصوري:** بنك مسجل أو مرخص له في دولة وليس له وجود مادي فيها، ولا ينتمي إلى مجموعة مالية خاضعة للتنظيم والرقابة.
- **التحويل البرقي:** معاملة مالية تجرِّها مؤسسة مالية نيابةً عن أمر التحويل يجري من خلالها إيصال مبلغ مالي إلى مستفيد في مؤسسة مالية أخرى بصرف النظر عما إذا كان أمر التحويل المستفيد بما الشخص نفسه.
- **تدابير العناية الواجبة:** عملية التعرف أو التتحقق من معلومات العميل أو المستفيد الحقيقي، التي تمكن المؤسسة المالية والأعمال والمهن غير المالية المحددة من تقويم مدى تعرضها للمخاطر⁽⁶⁾.

خطة الدراسة:

- المبحث الأول:** ماهية المسؤولية الجنائية للبنك عن جريمة غسل الأموال
- المطلب الأول:** استناد المسؤولية الجنائية للأشخاص الاعتبارية
- المطلب الثاني:** تقرير المسؤولية الجنائية للأشخاص المعنية
- المبحث الثاني:** طبيعة المسؤولية الجنائية للبنوك عن جريمة غسل الأموال
- المطلب الأول:** أنواع المسؤولية الجنائية للبنك وشروطها

⁽⁶⁾ كافة المفاهيم الواردة في مصطلحات البحث تم الاستناد فيها على نظام مراقبة البنوك السعودي الصادر بالمرسوم الملكي رقم (م/5) وتاريخ 22/2/1386هـ، ونظام مكافحة غسل الأموال السعودي الصادر بالمرسوم الملكي رقم (م/20) وتاريخ 2/2/1439هـ، واللائحة التنفيذية لنظام مكافحة غسل الأموال رقم (م/20) لعام 2017م. الصادرة بموجب قرار رئاسة أمن الدولة رقم (14525) وتاريخ 19/2/1439هـ.

المطلب الثاني: العقوبات المقررة للبنك عن جريمة غسل الأموال

الخاتمة

المراجع

المبحث الأول: ماهية المسؤولية الجنائية للبنك عن جريمة غسل الأموال

إن القاعدة العامة هي مسألة الشخص الطبيعي عند ارتكابه للجرائم المنصوص عليها في النظام لكون عنصرًا الإرادة والإدراك لا تنطبق إلا على الشخص الطبيعي، إلا أن التطور الذي حدث في كافة المجالات الاقتصادية والاجتماعية والتكنولوجية، قد ساعد وبشكل كبير جدًا في ارتكاب الجرائم الاقتصادية عن طريق المؤسسات والشركات الأمر الذي دعا إلى توسيع دائرة المسائلة الجنائية لتشمل فضلاً عن الشخص الطبيعي إمكانية مسؤولية الشخص الاعتباري عن الجرائم التي ترتكب بواسطته ولصالحه. وسيتناول هذا المبحث مسؤولية البنك عن جرائم غسل الأموال بالحديث عن مدى صحة إسناد المسؤولية الجنائية للأشخاص الاعتبارية، وطبيعة هذه المسؤولية عند ارتكاب البنك جريمة غسل الأموال، وذلك في المطلبين الآتيين:

المطلب الأول: إسناد المسؤولية الجنائية للأشخاص الاعتبارية

من المستقر لدى الفقهاء أنه يجوز مسؤولية الشخص المعنوي استناداً إلى قواعد المسؤولية المدنية التي تقرر جزاء التعويض عند ثبوت الضرر، أما المسؤولية الجنائية فقد أثارت جدلاً واسعاً وانقسم الفقه بين مؤيد ومعارض، وسيتناول هذا المطلب مفهوم المسؤولية الجنائية ونطاق تطبيقها على الأشخاص الاعتبارية.

الفرع الأول: مفهوم المسؤولية الجنائية

يفتفي تناول مفهوم المسؤولية الجنائية للبنوك بيان تعريف المسؤولية الجنائية لغةً وأصطلاحاً، وإظهار مفهوم المسؤولية الجنائية بشكل خاص، فضلاً عن بيان مفهوم المسؤولية الجنائية للبنك بوجه خاص على النحو الآتي:

أولاً: تعريف المسؤولية الجنائية في اللغة

المسؤولة في اللغة مصدر لكلمة «سأل» كالأهلية لكلمة «أهل» فأصلها من (السين، والهمزة، واللام) كلمة واحدة يقال سأل، يسأل، سؤالاً ومسئولة⁽⁷⁾. والسؤال في اللغة: هو استدعاء معرفة أو ما يؤدي إلى معرفة، واستدعاء مال أو ما يؤدي إلى مال، فاستدعاء المعرفة جوابه على اللسان، واليد خليفة له بالكتابة أو الإشارة، واستدعاء المال جوابه على اليد، واللسان خليفة لها إما بوعد أو برد⁽⁸⁾.

وجاء تعريفه في المعجم الوسيط بأنها: «حالة أو صفة من يسأل عن أمر تقع عليه تبعته». يقال: أنا بريء من مسؤولية هذا العمل أي من تبعته⁽⁹⁾. والجناية في اللغة مصدر جن جنائيه، يقال: جن فلان على نفسه إذا جر جريمة على نفسه أو على قومه، وتتجنى فلان على فلان ذنبها إذا تقوله عليه وهو بريء، وتتجنى وجاني: ادعى عليه جنائية، والتتجنى مثل التجرم وهو الذنب، والجرم ما يفعله الإنسان مما يوجب عليه العقاب أو القصاص في الدنيا والآخرة، وجني على قومه جنائية، أي أذنب ذنبها يؤخذن به، وتطلق الجنائية بمعنى الأخذ والكسب والتناول، يقال: جننت الثمرة أي تناولتها من شجرتها⁽¹⁰⁾.

ثانياً: تعريف المسؤولية الجنائية أصطلاحاً

لا يختلف كثيراً مفهوم المسؤولية الجنائية في الأنظمة القانونية العقابية عن الفقه الإسلامي؛ إذ إنهم يتفقان من حيث وجوب توافر الأهلية الجنائية لدى الجنائي كي يمكن مساءلته، وهي الإدراك والتمييز وحرية الاختيار، هذه الأهلية تمثل في القدرة الذهنية والإمكانات العقلية للجنائي والتي تتعلق منها إرادته الإجرامية نحو ارتكاب الجريمة، كما يتفقان في موانع المسؤولية الجنائية المتمثلة في الجنون، وصغر السن، وذهب العقل؛ نتيجة للسكر الإلزامي⁽¹¹⁾.

وتعتبر المسؤولية الجنائية من الناحية القانونية بأ أنها (التزام شخص بتحمّل نتائج أفعاله المجرمة⁽¹²⁾، التي يأتها مختاراً وهو مدرك لمعانها ونتائجها⁽¹³⁾). ويشرط هذا التعريف لقيام المسؤولية الجنائية أن يكون الشخص مختاراً ومدركاً للفعل المجرم.

كما عرفت بأ أنها: التزام شخص -أو جهة- بما تعهد القيام به أو الامتناع عنه، حتى إذا أخل بالتزامه وتعهداته، تعرض للمساءلة عن ذلك الإخلال فيلزم عندها بتحمّل نتائج ذلك، ويتسع هذا المفهوم ليشمل التزام الشخص -أو الجهة- بتحمّل نتائج فعل أثاره هو أو بواسطة غيره، سواء كان مفروضاً

⁷ ابن فارس، معجم مقاييس اللغة، (باب السين والهمزة وما يثلهما)، ج. 3، دار الفكر، سوريا، عام 1399هـ، ص.124.

⁸ الراغب الأصفهاني أبو القاسم الحسيني، مفردات في غريب القرآن، ط.1، دار القلم، بيروت، ص.250.

⁹ مجمع اللغة العربية، المعجم الوسيط، مجلد 1، ط.4، دار الدعوة، مصر، عام 2004م، ص.411.

¹⁰ ابن منظور، لسان العرب، مجلد 14، دار صادر، لبنان، عام 1956م، ص.153.

¹¹ أحمد فتحي سرور، الوسيط في قانون العقوبات - القسم العام، جامعة القاهرة، عام 2010م، ص.638.

¹² مصطفى العوجي، القانون الجنائي العام (المسؤولية الجنائية)، ج. 2، ط.1، مؤسسة توقيف، لبنان، عام 1985م، ص.12.

¹³ عبد القادر عودة، التشريع الجنائي الإسلامي، ج. 1، ط.3، مؤسسة الرسالة ناشرون، سوريا، عام 2013م، ص.421.

منه أو عاماً باسمه، كما يتسع مفهوم المسؤولية ليشمل التزام شخص -أو جهة- بتحمل نتائج فعل شخص تابع له، أو موضوع تحت رقبته أو إدارته أو ولايته أو وصايتها، كما يشمل التزام شخص -أو جهة- باحترام ما فرضه القانون عليه من واجبات وسلوك، ويحمله عواقب الإخلال بهذا الالتزام⁽¹⁴⁾. ويمكن تحديد المسؤولية الجنائية «بالخروج عن القاعدة القانونية»، فمثى ما خرج الشخص الطبيعي أو الاعتباري عن القاعدة القانونية وجبت المسؤولية، ووجب أن يتحمل تبعاتها المترتبة. من هنا يتبيّن أن المسؤولية الجنائية لا تتحقق إلا بإثبات الشخص أفعالاً يجرّمها القانون، أو الامتناع عن أفعال يوجب القانون القيام بها⁽¹⁵⁾.

ثالثاً: تعريف المسؤولية الجنائية للبنك

ترتبط مسؤولية البنك عند مخالفته لأنظمة ولوائح المصرفية التي تفرض عليه التزامات محددة يقوم بها، وتحظر عليه أعمالاً معينة يمتنع عنها، فإذا خالف ذلك وقع في المسائلة الجنائية أو الإدارية.

وقد تحدث الشرح عن إمكانية إيقاع العقوبة الجنائية على البنك باعتباره شخصية اعتبارية، وقد أخذت كثيرون من القوانين مثل النظام السعودي والسوداني والبحريني والأردني بإمكانية مساءلة الشخص الاعتباري جنائياً قياساً على الشخص الطبيعي⁽¹⁶⁾؛ فالبنك شخصية اعتبارية له إرادة يعبر عنها ممثله أو من ينوبه في ذلك، وهو عادة رئيس مجلس إدارته أو المدير المفوض، وينسب سلوك هذا الممثل -المدير أو الرئيس- إلى البنك نفسه، ولا يعتبر سلوكاً صادراً من تابع، بل هو سلوك الأصيل⁽¹⁷⁾.

بناء على ما سبق يمكن تعريف المسؤولية الجنائية للبنك بأنها: المسؤولية التي ترتب عن الجرائم ذات الطبيعة المصرفية الخاصة والمتعلقة بتنظيم الائتمان والرقابة عليه، وذلك عند إخلال البنك بتعليمات البنك المركزي في مجال توجيه الائتمان، وبخصوص الزمام بمكافحة البنك المركزي بالبيانات والمعلومات المتعلقة بأعماله وميزانياته، وكذلك عند إخلاله بأصول وقواعد المهنة المصرفية، أو نشره أخباراً تضر بالمؤسسة المالية، إلى جانب قيامه بأحد الأعمال التي تحظر عليه النظم ممارستها⁽¹⁸⁾.

الفرع الثاني: تقرير المسؤولية الجنائية للأشخاص المعنية

إن المسؤولية الجنائية ليست قاصرة على الشخص الطبيعي، وإنما تمتد لتشمل الأشخاص المعنية أو الاعتبارية في معظم الأحيان، والشخص الاعتباري هو مجموعة من الأشخاص والأموال تمتلك بالشخصية القانونية المستقلة عن الأشخاص الطبيعيين المكونين له، وله كافة الحقوق إلا ما كان ملزماً لصفة الإنسان الطبيعية، وذلك في الحدود التي قررها النظام، وقد اعترف له النظام بالحق في الموطن المستقل والذمة المالية المستقلة والأهلية القانونية وأهلية التقاضي⁽¹⁹⁾.

وقد ترتب على انتشار الأشخاص المعنية العامة كالشركات والجمعيات والهيئات والمصالح إلى كثرة المخالفات الجنائية التي يرتكبها، مما أدى إلى ظهور اختلاف تشريعي حول مدى صحة مسألة الشخص المعنوي وذلك على اتجاهين:

- الاتجاه الأول: ذهب إلى عدم مساءلة الشخص المعنوي أو الاعتباري جنائياً تأسساً على أنه لا إرادة له، بل يسأل ممثلية الذين يتمتعوا بالجانب الإرادي، وأن معظم العقوبات يستحيل توقعها على الشخص الاعتباري كالحبس، والإعدام ، وتقييم عقوبة الغرامات على الشخص الاعتباري – وإن اتفقت مع طبيعته- إلا أنها تتعارض مع مبدأ شخصية العقوبة؛ إذ إنها لا توقع إلا على مرتكب الجريمة، والشخص المعنوي بطبيعته لا يرتكب جرائم، وإنما يرتكبها شخص طبيعي، كما يرتب تقييم الغرامات على الشخص الاعتباري الأضرار ببقية الشركاء الذين لم يرتكبوا هذه الجرائم⁽²⁰⁾.

- الاتجاه الثاني: يذهب هذا الاتجاه إلى الاعتراف بالشخصية القانونية للشخص الاعتباري، ومن ثم الاعتراف بمسؤوليته الجنائية أو القانونية؛ وذلك تأسساً على أن للشخص الاعتباري وجوداً حقيقياً بسبب المصالح الخاصة التي يقوم بتحقيقها، والتي من شأنها أن تجعل لهذا الشخص شخصية مستقلة عن أصحاب المصلحة فيها⁽²¹⁾. وهناك من العقوبات التي تتلاءم مع طبيعة الشخص الاعتباري كالغرامة والمصادرة والغلق، بالإضافة إلى عقوبات أخرى تمثل في الحرمان من بعض الحقوق والمميزات الجمركية والضرورية وقبول التبرعات وخلافه⁽²²⁾.

¹⁴ مصطفى العوجي، المسؤولية الجنائية في المؤسسة الاقتصادية، ط. 1، مؤسسة نوفل، 1982م، ص.23.

¹⁵ منصور بن عمر العايطة، المسؤولية المدنية والجنائية في الأخطاء الطبية، مركز الدراسات والبحوث في جامعة تايف العربية للعلوم المدنية، ط. 1، الرياض، عام 1425هـ، ص.34.

¹⁶ أحمد علي عبدالله، المسؤولية الجنائية للمصارف، مطباع جامعة أفريقيا العالمية، السودان، عام 1996م، ص.6.

¹⁷ علي جمال الدين عوض، عمليات البنوك من الوجهة القانونية، دار الهبة العربية، القاهرة، عام 1988م، ص.737.

¹⁸ عبد الفتاح سليمان، المسؤولية المدنية والجنائية في العمل المغربي، ط. 1، مكتبة الأنجلو المصرية، عام 1407هـ، ص.106.

¹⁹ أحمد فتحي سرور، مرجع سابق، ص.760.

²⁰ حسن كامل مرسي، شرح قانون العقوبات المصري الجديد، دار الفكر العربي، مصر، عام 1943م، ص.610.

²¹ مأمون محمد سلامة، قانون العقوبات - القسم العام، ط. 1، دار الفكر العربي ، مصر، عام 2008م، ص.267.

²² محمود محمود مصطفى، الجرائم الاقتصادية في القانون المقارن، ج. 1، ط. 2، جامعة القاهرة، عام 1979م، ص.133.

ونلاحظ أن هذا الخلاف القديم أصبح يميل إلى التوافق بتقرير قيام المسؤولية الجنائية للشخص المعنوي مع مراعاة الجزاءات التي تتوافق وطبيعة أرادته المفترضة، كالغرامة والحل والغلاف والمصادرة، وهذا ما انعكس على النصوص النظامية التي باتت تعمل ذلك في نصوصها وخاصة في مجال جرائم غسل الأموال، واعملة القضاء في الكثير من الأحكام الصادرة عنه بهذا الشأن.

هذا وقد اهتمت مجموعة العمل المالي (FATF) المنوط بها مكافحة جريمة غسل الأموال عند إصدارها توصياتها الأربعين بتقرير المسؤولية الجنائية للأشخاص المعنوية كالبنوك والمؤسسات المالية والشركات التي تقوم بتوظيف الأموال، وذلك في سياق التوصية السادسة التي أقرت أنه "يجب أن تخضع الشركات وليس موظفوها فقط للمسؤولية حيثما كان ذلك ممكناً، ولا يفرق القانون النموذجي بين الأشخاص الطبيعيين، والأشخاص المعنوية فيما يتعلق بالمسؤولية الجنائية⁽²³⁾.

وفيما يتعلق بالنظام الاسترشادي الخليجي فقد أشار إلى هذه المسؤولية⁽²⁴⁾، حيث يقرر "مع عدم الإخلال بالمسؤولية الجنائية للمؤسسات المالية وغير المالية والمصرفية عن تلك الجريمة إذا ارتكبت باسمها أو لحسابها..."، بينما القانون العربي الاسترشادي قد أغفل الإشارة إلى تلك المسؤولية الجنائية للأشخاص المعنوية.

وقد أخذت الأنظمة السعودية بمسؤولية الشخص الاعتباري، ونظمت كافة القواعد المتعلقة به، وبما يتفق مع طبيعته. ومن ذلك ما نصت عليه المادة (31) من نظام مكافحة غسل الأموال رقم (20) تاريخ 1439/5/2هـ، من أنه "يعاقب أي شخص ذي صفة اعتبارية يرتكب جريمة غسل الأموال بغرامة لا تزيد على خمسين مليون ريال سعودي ولا تقل عن ضعف قيمة الأموال محل الجريمة. ويجوز معاقبة الشخص ذي الصفة الاعتبارية بمنعه بصفة دائمة أو مؤقتة من القيام بالنشاط المرخص له به بصورة مباشرة أو غير مباشرة، أو بإغلاق مكتبه التي اقترن استخدامها بارتكاب الجريمة بصفة دائمة أو مؤقتة، أو بتصفيه أعماله".

وما تضمنته المادة (20) من نظام مكافحة الغش التجاري الصادر بالمرسوم الملكي رقم (م/19) بتاريخ 1429/4/23هـ ، من أنه : "مع عدم الإخلال بالعقوبات المنصوص عليها في هذا النظام، يجوز الحكم بإغلاق المحل المخالف مدة لا تتجاوز سنة في الحالات المنصوص عليها في المادة (الثانية) من هذا النظام".

وال المادة (19) نظام مكافحة الرشوة الصادر بالمرسوم الملكي رقم (م/36) بتاريخ 1412/12/29هـ، على أنه: "للجهة المختصة بالحكم في جرائم الرشوة الحكم بغرامة لا تتجاوز عشرة أضعاف قيمة الرشوة أو بالحرمان من الدخول مع الوزارات والمصالح الحكومية أو الأجهزة ذات الشخصية المعنوية العامة في عقود لتأمين مشترياتها وأعمالها أو بآليتين العقوبيتين على أية شركة أو مؤسسة خاصة وطنية أو أجنبية أدين مدیرها أو أحد منسوبيها في جريمة من الجرائم المنصوص عليها في هذا النظام إذا ثبت أن الجريمة قد ارتكبت لصلحتها..".

وال المادة (12) من نظام مكافحة التستر الصادر بالمرسوم الملكي رقم (م/4) وتاريخ 1/1/1442هـ، على أنه: "يتربى على الإدانة بارتكاب الجريمة المنصوص عليها في الفقرة (أ) من المادة (الثالثة) من النظام حل المنشأة محل الجريمة، وإلغاء الترخيص والموافقة الصادرة لها على ممارسة النشاط، وشطب السجل التجاري للمدان..".

هذا وقد اختلفت الأنظمة المقارنة في الأخذ بالمسؤولية الجنائية، فمنها من يأخذ بها مطلقاً كالقانون الفرنسي والإنجليزي والأمريكي، ومنها من ينكرها كالقانون الالماني والاطيالي، ومنها من يأخذ بها على سبيل الاستثناء كالقانون المصري، وسأعرض فيما يلي بعض القوانين التي أخذت بمبدأ المسؤولية الجنائية للشخص المعنوي.

أولاً: إقرار المسؤولية الجنائية للأشخاص المعنوية كأصل عام

ظهرت هذه الفكرة في الولايات المتحدة الأمريكية في قانون ولاية نيويورك الصادر أول ديسمبر سنة 1782م ، والذي سوى في المسؤولية الجنائية بين الشخص الطبيعي والشخص المعنوي، فضلاً عن إنشائه جرائم خاصة بالشخص المعنوي⁽²⁵⁾.

وفي إنجلترا أقر القضاء الإنجليزي بالمسؤولية الجنائية للأشخاص المعنوية ، في بداية القرن التاسع عشر استناداً إلى نظرية تشخيص الشركة، أي اعتبارها شخصاً من خلال الأشخاص الطبيعيين المسئولين فيها، وبمعنى آخر اعتبار مقصود المسؤولين فيها وأفكارهم هي نفسها أفكار الشركة ومقصودها⁽²⁶⁾. ويستند شرح القانون الجنائي الإنجليزي في تقرير هذه المسؤولية إلى نص المادة (33) من قانون العدالة الجنائية الصادر عام 1925م حيث فسرت هذه المادة كلمة "شخص" الواردة في كافة القوانين على أنها تعني الشخص الطبيعي والشخصي المعنوي، ومن ثم تكون القاعدة العامة هي مسؤولية الشخص المعنوي جنائياً ما لم يرد نص على خلاف ذلك، وتنحصر العقوبات المقررة للأشخاص المعنوية في إنجلترا في العقوبات المالية المتمثلة في الغرامة ، والمصادرة، والحل⁽²⁷⁾.

²³ المادة (1-1-2) مجموعة العمل المالي.

²⁴ المادة (3) من النظام الاسترشادي الخليجي.

²⁵ د. محمود محمود مصطفى، الجرائم الاقتصادية في القانون المقارن، ج 1، ط 2. جامعة القاهرة، عام 1979م، ص 133.

²⁶ د. عزت محمد العمري، جريمة غسل الأموال ، دار الهيبة العربية ، القاهرة ، 2005م ، ص 223.

²⁷ د. أنور المساعدة، المسؤولية الجنائية عن الجرائم الاقتصادية، ط 1، دار الثقافة، عمان، عام 2009م، ص 4-2.

أما القانون الفرنسي فقد انتهى إلى إقرار المسؤولية الجنائية للأشخاص المعنوية في قانون العقوبات الجديد رقم (04-82) الصادر 22 يوليو عام 1992م، في المادة (2/121) منه؛ حيث اعتبر الشخص المعنوي مثل الشخص الطبيعي، أهلاً لتحمل المسؤولية الجنائية عن الجرائم التي ترتكب لحسابه، من أعضائه أو ممثليه، وحدد نطاق المسؤولية الجنائية للأشخاص المعنوية من حيث الأشخاص المعنوية المسئولة جنائياً وغير المسئولة. والجرائم التي يسأل عنها الشخص المعنوي، وشروط مسؤوليته الجنائية. والإجراءات والعقوبات المطبقة عليه. كما قرر في الفقرة (3) من المادة السابقة أن مسؤولية الأشخاص المعنوية لا تستبعد مسؤولية الشخص الطبيعي. فالمشرع قد أشرك الشخص المعنوي في المسؤولية الجنائية، حتى لا يتحمل الشخص الطبيعي وحده نتائج أفعال تعد وليدة الإرادة الجماعية⁽²⁸⁾.

وبالنظر إلى القوانين العربية فقد تجاوالت مع جميع الجهود الدولية وبنت معيتها في شأن مكافحة غسل الأموال وأقرت المسؤولية الجنائية للشخصية المعنوية، ومن ذلك القانون الإماراتي في المادة (65) من قانون العقوبات الاتحادي لدولة الإمارات العربية المتحدة رقم (3) لسنة 1987م: "على أن الأشخاص الاعتبارية فيما عدا مصالح الحكومة ودوائرها الرسمية والميئات والمؤسسات العامة، مسؤولة جنائياً عن الجرائم التي يرتكبها ممثلوها أو مدبروها أو وكلاؤها لحسابها أو باسمها". كما ينص قانون غسل الأموال لدولة الإمارات رقم (20) لعام 2018م⁽²⁹⁾ في المادة (4)، على أنه " يكون الشخص الاعتباري مسؤولاً جزائياً عن الجريمة اذا ارتكبت باسمه ولصالحه عمداً..."

وعلى ذات المسلك يسير قانون مكافحة غسل الأموال القطري رقم (20) عام 2019م⁽³⁰⁾ في المادة (77)، الذي يقرر أنه "يعاقب بالغرامة التي لا تقل عن أربعة ملايين ريال ولا تزيد على ثمانية ملايين ريال، أو ثلاثة أضعاف الحد الأقصى للغرامة المقررة للجريمة، أيهما أكثر، كل شخص معنوي ارتكبت أحدي الجرائم المنصوص عليها في هذا القانون باسمه ولصالحه ..."

كما ذهب المشرع الأردني إلى الاعتراف بالمسؤولية الجنائية للشخص المعنوي، وذلك عن الأفعال والجرائم التي يرتكبها هذا الشخص، والأشخاص الطبيعيين المكونين له والذين ساهموا في ارتكاب الأفعال المنصوص عليه⁽³¹⁾، وقد أخذ القانون الأردني بالمسؤولية الجنائية للأشخاص المعنوية في كافة الجرائم الاقتصادية دون استثناء⁽³²⁾، وفي قانون الجرائم الاقتصادية رقم (40) عام 2003م، نصت المادة (5) على أنه "إذا ارتكب مدير أي هيئة معرفية، أو موظف فيها، أو أي من أعضاء مجلس إدارتها، أو هيئة مديرها، فيما في ذلك رئيس المجلس أو الهيئة أو أي من العاملين... أي جريمة خلافاً لأحكامه، وتبين أن هذا الجرم قد ارتكب قصدًا فيعاقب بمقتضى العقوبات المنصوص عليها في قانون العقوبات وهذا القانون...".

كما أخذ قانون العقوبات العراقي رقم (111) لسنة 1969م بمبدأ مسؤولية الشخص الاعتباري جنائياً وذلك في المادة (80) والتي قررت عقوبة الغرامة والمصادرة، وجاءت المادة (123) لتضييف الحل والوقف في حالات محددة حصرًا.

وبالنظر إلى ما قررته هذه القوانين العربية في مسألة المسؤولية الجنائية للأشخاص المعنوية، فإنه يظهر تقاربها إلى حد بعيد في نطاق الصياغة اللغوية، ويتجلّى تبنيها لسياسة واحدة، وهي تجريم الشخص المعنوي إذا ما ارتكبت جريمة غسل الأموال باسمه أو لحسابه، ممثلاً في الشخص الطبيعي القائم عليه، والذي لا يعنى هو الآخر من المسؤولية الجنائية إذا ما توافر لديه عنصر العمد أو الإهمال الجسيم، بحيث يصبح ذلك الشخص الطبيعي المشترك بالتحريض أو المساعدة أو الاتفاق بمثابة الفاعل الأصلي⁽³³⁾.

ثانياً: اقرار المسؤولية الجنائية للأشخاص الاعتبارية كاستثناء

القاعدة في قانون العقوبات السويسري الصادر في 21 ديسمبر عام 1937م، هي عدم المسؤولية الجنائية للأشخاص المعنوية، إلا أنه يتحمل بالتضامن مع المحكوم عليه - دفع الغرامة والمصاريف. هذه هي القاعدة التي نص عليها قرار المجلس المركزي الاتحادي في المادة الأولى منه. كما نص القانون السويسري على مسأله في بعض القوانين الفدرالية والإقليمية في حدود السلطة التقديرية للأقاليم حسب المادة (335/عقوبات) في المجال الإداري وخاصة في القانون الضريبي بهدف توفير فعالية أكثر للعقوبات المالية النقدية. إذ جاء في المادة (30 / 4) من قرار المجلس الفيدرالي الصادر في 1940م "تطبق عقوبات على الشخص المعنوي إذا هرب من الضريبة ولا يلاحق الأعضاء إلا إذا ارتكبوا خطأ شخصياً يسند إليهم⁽³⁴⁾.

ونتيج قانون العقوبات الإيطالي الصادر في 5 سبتمبر عام 1931م نتج القانون السويسري حيث لم يقر المسألة الجنائية للشخص المعنوي إلا استثناء عند وجود نص صريح في مسألته. ويبعد أنه اتجاه طبيعي في بلد نشأت في مبادئ تفريد العقاب وشخصية العقوبة، فقد نصت المادة 198 من مشروع قانون العقوبات الإيطالي على أنه تلتزم الهيئات المتمتعة بالشخصية القانونية عدا - الدولة والمحافظات والبلديات - عند الحكم بالإدانة

²⁸ د. أحمد محمد مقابل، المسؤولية الجنائية للشخص المعنوي، ط.1، المصرية للنشر والتوزيع، مصر، عام 2019م، ص124.

²⁹ الصادر بمرسوم قانون اتحادي رقم (20) لعام 2018م.

³⁰ قانون رقم (20) عام 2019م.

³¹ عبد الوهاب البطريري، أساس المسؤولية الجنائية للشخص المعنوي الخاص، مجلة الأمن والقانون، ع.1، عام 2005م، ص292.

³² أنور المساعدة، مرجع سابق، ص406.

³³ ناصر صالح الحميد، التزام المؤسسات المالية، في مكافحة جريمة غسل الأموال - رسالة ماجستير، الجامعة الإسلامية، المدينة المنورة، عام 1437هـ، ص152.

³⁴ د. أحمد محمد مقابل، مرجع سابق، ص164.

بمخالفه على من له صفة تمثيلها أو إدارتها أو على من تربطه بها علاقة تبعية بدفع مبلغ يعادل الغرامه المحکوم بها متى كان المحکوم عليه معسراً وكان الأمر يتعلق بمخالفه تعتبر اتهاماً للواجبات الاصحیحة بصفته⁽³⁵⁾.

إلا أن قانون العقوبات خال من أي نص يسائلها جنائياً. حيث تنص المادة (42) من قانون العقوبات على أنه "لا يجوز معاقبة أحد عن فعل أو ترك منصوص عليه في هذا القانون إلا إذا كان ارتكب بادراك وإرادة ويحدد القانون الواقع الذي يصح فيها في حالات أخرى، إسنادها إلى الأداة باعتبارها فعلأً أو تركاً بالنسبة لموضوع المخالفات، فإن كل شخص بعد مسئولاً عن الفعل أو الترك الذي يقترفه، سواء كان عمدياً أو غير عمدي"، لذا يرى الفقه أن التشريع الإيطالي لا يقر المسؤولية الجنائية للأشخاص المعنوي، ويستندون إلى المادة (27) من الدستور الصادر في 1 يناير عام 1948م التي تنص أن "أي مسؤولية جنائية هي مسؤولية شخصية"⁽³⁶⁾.

وفي القوانين العربية جاء قانون العقوبات المصري رقم (58) لسنة 1937م خالياً من أي نص يقرر المسؤولية الجنائية للأشخاص المعنوي، أما القوانين الاقتصادية فقد قررت الأخذ بهذه المسؤولية، إما بصفة مباشرة كما في نص المادة (104) من القانون رقم (26) لسنة 1954م بشأن ما يخص الأحكام الخاصة بشركات المساهمة، وشركات التوصية بالأسماء، والشركات ذات المسؤولية المحدودة، على أنه "مع عدم الإخلال بالعقوبات الأشد المنصوص عليها في القوانين الأخرى يعاقب بغرامة لا تقل عن ... ولا تزيد عن ... كل شركة تخالف الأحكام المقررة في شأن نسبة المصريين في مجال إدارتها، أو نسبة من المستخدمين أو العمال، وكل عضو منتدباً للإدارة أو مدير فيها؛ ومن ثم فالعقوبة توقع مباشرة على الشركة، وليس بالتضامن مع الأشخاص الطبيعيين ممثلة الشركة، أو غير مباشرة بالتضامن مع الشخص الطبيعي الذي يمثله⁽³⁷⁾. وذلك في نص المادة (68) من قانون جرائم سوق المال المصري على أن : "يعاقب المسؤول عن الإدارة الفعلية بالشركة بالعقوبات المقررة من الأفعال التي ترتكب بالمخالفة لأحكام هذا القانون، وتكون أموال الشركة ضامنة في جميع الأحوال؛ للوفاء بما يحكم به من غرامات مالية".

المبحث الثاني: طبيعة المسؤولية الجنائية للبنوك عن جريمة غسل الأموال

الأصل أن الشخص الطبيعي هو من تقع عليه المسؤولية الجنائية وتعاقبها من عقوبات وتدابير احترازية، لما يتمتع به من كيان ملموس يتميز بالإرادة والإدراك، واستثناء تقع مسؤولية جنائية على الشخص المعنوي في بعض القوانين الخاصة.

المطلب الأول: أنواع المسؤولية الجنائية للبنك وشروطها

قبل التحدث عن شروط تحمل البنك للمسؤولية الجنائية أتحدث ابتدأً عن أنواع المسؤولية الجنائية التي يمكن أن تُنسب إلى البنك كشخص اعتباري.

لأن الاعتراف بالمسؤولية الجنائية للشخص المعنوي يثير التساؤل عن الجهة التي تحرك ضدها الدعوى الجنائية، هل هي الشخص المعنوي - البنك -، أو الشخص الطبيعي المسؤول عن إدارة الشخص المعنوي أو يتم تحريكهما ضدهما معاً؟ فإذا أُسندت الجريمة إلى البنك وحده أطلق عليها بالمسؤولية الجنائية المباشرة، أما إذا أُسندت الجريمة للبنك والشخص الطبيعي المسؤول عن إدارته، سميت بالمسؤولية الجنائية غير المباشرة⁽³⁸⁾.

الفرع الأول: أنواع المسؤولية الجنائية للبنك

أولاً: المسؤولية الجنائية المباشرة

وفيها تسند جريمة غسل الأموال إلى البنك، فترفع عليه الدعوى الجنائية، ويحكم عليه بالعقوبات المقررة نظاماً، كالغرامة والغلق والمصادرة وخلافه، والأنظمة القانونية هي التي تحدد صور هذه المسؤولية، والجزاءات التي يمكن توقيعها والتي تتفق مع طبيعة البنك كشخص المعنوي⁽³⁹⁾، وعلى هذا الاتجاه سار المنظم السعودي في المادة (31) من نظام مكافحة غسل الأموال من أنه "يعاقب أي شخص ذي صفة اعتبارية يرتكب جريمة غسل الأموال بغرامة لا تزيد على خمسين مليون ريال سعودي ولا تقل عن ضعف قيمة الأموال محل الجريمة. ويجوز معاقبة الشخص ذي الصفة الاعتبارية بمنعه بصفة دائمة أو مؤقتة من القيام بالنشاط المرخص له به بصورة مباشرة أو غير مباشرة، أو بإغلاق مكتبه التي اقترنت استخدامها بارتكاب الجريمة بصفة دائمة أو مؤقتة، أو بتصفية أعماله".

ثانياً: المسؤولية الجنائية غير المباشرة

بمعنى أن البنك يسأل جنائياً بالتضامن مع الشخص الطبيعي الذي يديره، ويكون مسؤولاً عن كافة العقوبات الجنائية المحکوم بها من الغرامات والمصاريف والمصادرة وغيرها.

³⁵ د. أحمد محمد مقبل، مرجع سابق، ص 165.

³⁶ د. أحمد محمد مقبل، مرجع سابق، ص 166.

³⁷ تم تعديل هذا القانون بالقوانين أرقام (230) لسنة 1989م، و(213) لسنة 1994م، و(3) لسنة 1998م، و(159) لسنة 1999م. د. محمود محمود مصطفى، الجرائم الاقتصادية في القانون المقارن، مرجع سابق، ص 140.

³⁸ د. محمود محمود مصطفى، الجرائم الاقتصادية في القانون المقارن ، مرجع سابق، ص 136.

³⁹ د. أنور المساعدة، مرجع سابق، ص 398.

وقد أخذ المنظم السعودي بالمسؤولية الجنائية غير مباشرة في كافة الجرائم الاقتصادية، وذلك بالنص على العقوبات الجنائية لكل من الشخص المعنوي، والمدير المسؤول عن ذات الواقعة وذلك في نصوص كثيرة ومنها ما جاء في المادة (3) من نظام مكافحة غسل الأموال على أنه "يُعد الشخص الاعتباري مرتكباً جريمة غسل الأموال إذا ارتكب أي من الأفعال الواردة في المادة (الثانية) من النظام، وذلك مع عدم الإخلال بالمسؤولية الجنائية لرؤساء وأعضاء مجالس إداراته أو مالكيه أو العاملين فيه أو ممثليه المفوضين أو مدقي حساباته".

والمادة (24) من نظام مراقبة البنوك الصادر بالمرسوم الملكي رقم (5) تاريخ 22/2/1386، على أنه "يكون كل من رئيس مجلس إدارة البنك وعضو مجلس الإدارة المنتدب وأعضاء مجلس الإدارة ومدير المركز الرئيسي ومدير الفرع مسؤولاً - كل في حدود اختصاصه - عن مخالفات البنك لأحكام هذا النظام أو القرارات والقواعد الصادرة تنفيذاً له".

ونلاحظ أن المنظم السعودي قد فرض مجموعة من آليات للتصدي لجريمة غسل الأموال، يشكل المساس بها قيام المسؤولية الجنائية على الجهات البنكية، كوضع التزامات بالتحري عن العمليات المشبوهة، وتحرير الإخطار بالشبهة، إضافة إلى الحد من عقبة السرقة المصرفية، ولكن يجب الإشارة إلى أن غزارة النصوص القانونية وحدها لا تكفي لمواجهة ظاهرة غسل الأموال بل يجب موازاة مع ذلك تطوير آليات عمل النظام البنكي السعودي.

الفرع الثاني: شروط تحمل البنك للمؤهلة الجنائية

لكل قانون شروط يتربّب على تتحققها قيام المسؤولية الجنائية للشخص المعنوي، غير أن تقرير هذه المسؤولية لا يتم دون قيد ولا شرط ، فقد نصت المادة (121-2) من قانون العقوبات الفرنسي الجديد على أنه " فيما عدا الدولة تسأل الأشخاص المعنوية جنائياً عن الجرائم التي ترتكب لحسابها بواسطة أجهزتها أو ممثليها ... "(40).

كما تنص المادة (32) من قانون مكافحة غسل الأموال الكويتي وتمويل الإرهاب رقم (106) لسنة 2013م بالقول (مع عدم الإخلال بالمسؤولية الجزائية للشخص الطبيعي، يعاقب أي شخص اعتباري يرتكب جريمة غسل الأموال أو تمويل الإرهاب بغرامة لا تقل عن خمسين ألف دينار ولا تجاوز مليون دينار، أو ما يعادل إجمالي قيمة الأموال محل الجريمة، أيهما أعلى. ويجوز معاقبة الشخص الاعتباري بمنعه بصفة دائمة أو مؤقتة مدة لا تقل عن خمس سنوات من القيام بأنشطة تجارية معينة بصورة مباشرة أو غير مباشرة، أو بإغلاق مكتبه التي استخدمت في ارتكاب الجريمة بصفة دائمة أو مؤقتة، أو بتصفية أعماله، أو يتعين حارس قضائي لإدارة الأموال، وينشر الحكم الصادر بالإدانة في الجريدة الرسمية.

ونصت المادة (33) من ذات القانون بالقول (عاقب المؤسسات المالية والأعمال والمهن غير المالية المحددة أو أي من أعضاء مجلس الإدارة التنفيذية أو الإشرافية أو مدرائها، بغرامة لا تقل عن خمسة آلاف دينار ولا تتجاوز خمسة ألف دينار عن كل مخالفة أو عدم التزام عن عمد أو إهمال جسيم بأحكام المواد (5) أو (9) أو (10) أو (11) من هذا القانون).

وفي مصر فقد نصت المادة (16) من قانون مكافحة غسل الأموال رقم (80) لسنة 2002م على الشروط التي يلزم توافرها لتقرير المسؤولية التضامنية للمؤسسات المالية إذ تنص أنه " في الأحوال التي ترتكب فيها الجريمة بواسطة شخص اعتباري يعاقب المسؤول عن الإدارة الفعلية للشخص الاعتباري المخالف بذات العقوبات المقررة عن الأفعال التي ترتكب بالمخالفة لأحكام هذا القانون إذا ثبت علمه بها وكانت الجريمة بسبب إخلاله بواجبات وظيفته، ويكون الشخص الاعتباري مسؤولاً بالتضامن عن الوفاء بما يحكم به من عقوبات مالية وتعويضات إذا كانت الجريمة التي وقعت بالمخالفة لأحكام هذا القانون قد ارتكبت من أحد العاملين به وباسميه ولصالحه ".

كما أنه وفقاً للفقرة الأولى من المادة (10) من اتفاقية الأمم المتحدة لمكافحة الجريمة المنظمة عبر الوطنية تسأل الأشخاص المعنوية عما يرتكبه الأشخاص الطبيعيون لحسابها من مخالفات تتعلق بغسل الأموال .

ومن مجمل ما تقدم يمكن القول أن هناك شروطاً معينة ينبغي توافرها لقيام المسؤولية الجنائية للبنوك المخاطبة بأحكام غسل الأموال (شخص معنوي) ويمكن رد هذه الشروط إلى شرتين: الأول يتعلق بمن قام بارتكاب الجريمة، بأن يكون من ارتكبها أحد أجهزتها أو أحد ممثليها، والثاني يتعلق بمن ارتكبت الجريمة لصالحه، وهو أن تكون الجريمة ارتكبت لحساب البنك ذاته، إلا أن هناك شرط مبدئي هو أن تكون الأفعال التي ارتكبها البنك داخلة ضمن الأفعال المكونة لجريمة غسل الأموال، وذلك على النحو الآتي:

الشرط الأول: أن يكون الفعل المرتكب داخلاً ضمن الأفعال المكونة لغسل الأموال

من الضروري حتى يسأل البنك عن جريمة غسل الأموال أن تكون الأفعال التي ارتكبها داخلة ضمن الأفعال المكونة لجريمة غسل الأموال، والتي حددتها المشرع على سبيل الحصر.

فقد حددت اتفاقية الأمم المتحدة لمكافحة الجريمة المنظمة عبر الوطنية الأفعال المكونة لجريمة غسل الأموال، والتي تقرر المسؤولية الجنائية للمؤسسة المالية (شخص معنوي) عن ارتكابها وذلك في المادة (6) من الاتفاقية بقولها: "يتعين على كل دولة طرف أن تعتمد وفقاً للمبادئ الأساسية لقانونها الداخلي ما قد يلزم من تدابير تشريعية وتدابير أخرى لتجريم الأفعال التالية جنائياً في حالة ارتكابها عمداً:

⁴⁰د. عزت محمد العمري، مرجع سابق، ص 243.

1. تحويل الممتلكات أو نقلها، مع العلم بأنها عائدات إجرامية، بغرض إخفاء أو تمويه المصدر غير المشروع لتلك الممتلكات أو مساعدة أي شخص ضالع في ارتكاب الجرم الأصلي الذي أنت منه على الإفلات من العواقب القانونية ل فعله.
2. إخفاء أو تمويه الطبيعة الحقيقة للممتلكات أو مكانها أو مصدرها أو كيفية التصرف فيها أو حركتها أو ملكيتها أو الحقوق المتعلقة بها مع العلم بأنها عائدات إجرامية.
3. اكتساب الممتلكات أو حيازتها أو استخدامها مع العلم، وقت تلقيها، بأنها عائدات إجرامية.
4. المشاركة في ارتكاب أي من الجرائم المقررة وفقاً لهذه المادة. أو التواطؤ أو التآمر على ارتكابها ومحاولة ارتكابها والمساعدة في التحريض على ذلك وتسهيله وإبداء المشورة بشأنه".

وهذا ما نصت عليه المادة (2) من قانون مكافحة غسل الأموال السعودي⁽⁴¹⁾ بأنه: يعد مرتكباً جريمة غسل الأموال كل من قام بأي من الأفعال

الآتية:

1. تحويل أموال أو نقلها أو إجراء أي عملية بها، مع علمه بأنها من متحصلات جريمة؛ لأجل إخفاء المصدر غير المشروع لتلك الأموال أو تمويهه، أو لأجل مساعدة أي شخص متورط في ارتكاب الجريمة الأصلية التي تحصلت منها تلك الأموال للإفلات من عواقب ارتكابها.
 2. اكتساب أموال أو حيازتها أو استخدامها، مع علمه بأنها من متحصلات جريمة أو مصدر غير مشروع.
 3. إخفاء أو تمويه طبيعة أموال، أو مصدرها أو حركتها أو ملكيتها أو مكانها أو طريقة التصرف بها أو الحقوق المرتبطة بها، مع علمه بأنها من متحصلات جريمة.
 4. الشروع في ارتكاب أي من الأفعال المنصوص عليها في الفقرات (1) و(2) و(3) من هذه المادة، أو الاشتراك في ارتكابها بطريق الاتفاق أو تأمين المساعدة أو التحريض أو تقديم المشورة أو التوجيه أو النصح أو التسهيل أو التواطؤ أو التستر أو التآمر.
- أما قانون العقوبات الفرنسي الجديد فإنه يأخذ مبدأ التخصص في مسألة الأشخاص المعنوية ، بمعنى قصر المسؤولية الجنائية على جرائم معينة منصوص عليها صراحة⁽⁴²⁾، فإنه وفقاً لنص المادة (324 - 9) من قانون العقوبات فإن الأشخاص المعنوية تسأل عن جريمة غسل الأموال وفقاً للشروط المنصوص عليها في المادة (121 - 2) ، والتي تنص على أن الأشخاص المعنوية تسأل جنانياً فقط في " الحالات المنصوص عليها في القانون أو اللائحة "

ونلاحظ مما سبق أن جريمة غسل الأموال جريمة قائمة بذاتها لا يمكن لأي نص قانوني يعالج جريمة أخرى أن يستوعب طبيعة هذا النشاط سواء من الناحية الموضوعية أو الإجرائية، حيث أن محاولة إدراج نشاط غسل الأموال تحت أوصاف تقليدية من قبل المساهمة التبعية أو من قبل جريمة الإخفاء يؤدي إلى إفلات مرتكبي جريمة غسل الأموال القانوني لأن هذين الوصفين لا ينسجم مع صور جريمة غسل الأموال واحتمالات ارتكابها وطبيعة نشاطها والجوانب الفنية فيها مما دفع المنظم السعودي إلى إصدار نظام خاص فيها.

الشرط الثاني: صدور الفعل من أحد موظفي البنك وفي حدود اختصاصه
معنى أن يكون هناك علاقة تلبية بين الموظف والبنك، وذلك بأن يقع السلوك من أحد رؤساء مجالس إدارات المؤسسات المالية وغير المالية أو أعضائها أو أصحابها أو موظفيها أو ممثليها المفوضين أو مدققي حساباتها أو مستخدميها ومن يتصرفون بمقتضى هذه الصفات⁽⁴³⁾، وقد نص على هذا الشرط قانون العقوبات الفرنسي في المادة 121 - 2 فقرة أولى" ...أن ترتكب الجريمة بواسطة أجهزته أو ممثليه ... ، وتكون أجهزة الشخص المعنوي من شخص طبيعي أو أكثر يخول لهم القانون أو النظام الأساسي، وظيفة خاصة تتعلق بتنظيم الشخص المعنوي، وذلك بتكييفهم بإدارته والتصرف باسمه⁽⁴⁴⁾.

وكذلك الحال في القانون الكويتي⁽⁴⁵⁾، الذي يشترط وقوع الجرم بواسطة أحد أجهزتها أو مدیرها أو ممثليها أو العاملين عليها، ولم يبين القانون ولا المذكورة الإيضاحية مفهوم (الأجهزة) في هذه المادة.

أما المنظم السعودي فقد وسع من نطاق الأشخاص الذين يرتكبون جريمة غسل الأموال لتشمل فضلاً عما سبق أي شخص طبيعي آخر يتصرف باسمه أو لحسابه، وذلك في المادة (3) من نظام مكافحة غسل الأموال على أنه "يعد الشخص الاعتباري مرتكباً جريمة غسل الأموال إذا ارتكب أي من الأفعال الواردة في المادة (الثانية) من النظام، وذلك مع عدم الإخلال بالمسؤولية الجنائية لرؤساء وأعضاء مجالس إداراته أو مالكيه أو العاملين فيه أو ممثليه المفوضين أو مدققي حساباته، أو أي شخص طبيعي آخر".

⁴¹ الصادر بالمرسوم الملكي رقم (م/20) وتاريخ 1439/2/5م

⁴² د. شريف سيد كامل، المسؤولية الجنائية للأشخاص المعنوية، ط1، دار النهضة العربية، مصر، عام 1997م، ص 103 .

⁴³ أحمد فتحي سرور، مرجع سابق، ص 487.

⁴⁴ عبد الرزاق المواتي، المسؤولية الجنائية لمدير المنشأة الاقتصادية -رسالة دكتوراه، كلية الحقوق، جامعة المنصورة، عام 1999م، ص 469.

⁴⁵ المادة (12) من قانون مكافحة غسل الأموال الكويتي

الشرط الثالث: أن تم الجريمة لحساب البنك وباسمها

لكي تسأل المؤسسة المالية عن جريمة غسل الأموال لا يكفي أن تكون العملية قد أجرتها أحد المسؤولين أو الموظفين في هذه المؤسسة المالية وإنما ينبغي أن يرتكب الفعل باسمها أو لحسابها، فإذا كانت العملية لمصلحة الغير أو لمصلحة الفاعل الشخصي فلا مسؤولية تقع على المؤسسة⁽⁴⁶⁾، والفعل يكون لحساب المؤسسة إذا كان في نطاق أنشطتها، وبهدف إلى تحقيق مصلحة مادية أو معنوية مباشرة أو غير مباشرة، محققة أو احتمالية⁽⁴⁷⁾. وهو شرط منصوص عليه في المادة (3) من نظام مكافحة غسل الأموال السعودي إذ يُعد الشخص الاعتباري مرتكبًا جريمة غسل الأموال إذا ارتكب باسمه أو لحسابه أي من الأفعال الواردة في المادة (الثانية) من النظام، وذلك مع عدم الإخلال بالمسؤولية الجنائية لرؤساء وأعضاء مجالس إداراته أو مالكيه أو العاملين فيه أو ممثليه المفوضين أو مدققي حساباته، أو أي شخص طبيعي آخر يتصرف باسمه أو لحسابه. كذلك في القانونين المصري (م/16) والكويتي (م/12) لمكافحة غسل الأموال.

المطلب الثاني: العقوبات المقررة للبنك عن جريمة غسل الأموال

لقد انتهج المشرع سياسة جنائية واضحة في معاقبة الشخص المعنوي وقيام المسؤولية الجنائية بحقه عن جريمة غسل الأموال، وذلك دون الإخلال بمسؤولية الشخص الطبيعي الذي يعمل باسمه أو لصالحه⁽⁴⁸⁾.

وقد رسمت الاتفاقيات الدولية الملاحن العامة للتجريم، وتركت للدول حرية العقوبات المناسبة للجريمة، وألزمت اتفاقية فيينا صراحة الدول الأعضاء بضرورة فرض عقوبات جنائية على مرتكب الجريمة.

وتتنوع هذه العقوبات بين عقوبات أصلية وهي الجزاء الأساسي الذي نص عليه النظم وقدره للجريمة، على أن يحكم القاضي به عند ثبوت الإدانة⁽⁴⁹⁾، وأخرى تكميلية وهي التي تصيب الجاني بناء على الحكم بالعقوبة الأصلية بشرط أن ينص الحكم بالعقوبة التكميلية⁽⁵⁰⁾.

وقد بين النظام الجزائري السعودي العقوبات التي يمكن أن تقع على الشخص الاعتباري في حالة ارتكابه جريمة غسل الأموال وذلك على النحو التالي:

أولاً: العقوبات الماسة بالذمة المالية للشخص الاعتباري

1. الغرامة:

تعرف الغرامة بأنها الزام المحكوم عليه بأن يدفع إلى خزينة الدولة المبلغ المقدر في الحكم القضائي جزاء لما ارتكبه من جريمة ويقصد بها الآيلام لا التعويض.⁽⁵¹⁾

وقد نص المنظم السعودي على عقوبة الغرامة في العديد من الأنظمة الجنائية ومنها ما جاء في نظام مكافحة غسل الأموال في المادة (31) بأنه "مع عدم الإخلال بالمسؤولية الجنائية للشخص ذي الصفة الطبيعية، يعاقب أي شخص ذي صفة اعتبارية يرتكب جريمة غسل الأموال بغرامة لا تزيد على خمسين مليون ريال سعودي ولا تقل عن ضعف قيمة الأموال محل الجريمة"، وفي المادة (19) من نظام مكافحة الرشوة⁽⁵²⁾ على "الحكم بغرامة لا تتجاوز عشرة أضعاف قيمة الرشوة ... أية شركة أو مؤسسة خاصة وطنية أو أجنبية أدين مديرها أو أحد منسوبها في جريمة من الجرائم المنصوص عليها في هذا النظام". كما نصت المادة (49) من نظام جرائم الإرهاب وتمويله⁽⁵³⁾ على أنه "يعاقب بغرامة مالية لا تزيد عن عشرة ملايين ولا تقل عن ثلاثة ملايين ، كل شخص ذي صفة اعتبارية ارتكب أي من مالكيه أو ممثليه أو مديريه أو وكلائه أي من الجرائم المنصوص عليها في النظام أو ساهم فيها...". كما نصت المادة (9) من نظام مكافحة التستر⁽⁵⁴⁾ على أنه "دون إخلال بأى عقوبة ينص عليها أي نظام آخر، يعاقب كل من يرتكب أيًّا من الجرائم المنصوص عليها في النظام... بغرامة لا تزيد على (خمسة) ملايين ريال على أن يراعي عند تحديد العقوبة: حجم النشاط الاقتصادي محل الجريمة، وإبراداته، ومدة مزاولة النشاط، والأثار المترتبة على الجريمة".

وتتفق معظم التشريعات على إخضاع الشخص المعنوي لعقوبة الغرامة، لأهميتها القصوى في ردع الجرائم الاقتصادية، فهي تصيب الذمة المالية للشخص المعنوي وتضعفها⁽⁵⁵⁾، ولقد كان المشرع الفرنسي سباقا إلى تطبيق عقوبة الغرامة نظرا لفعاليتها ، فقد أحالت المادة (9- 324) عقوبات

⁴⁶ د. إبراهيم علي صالح، المسؤولية الجنائية للأشخاص المعنوي، دار المعارف، مصر، عام 1980م، ص 296.

⁴⁷ خالد حامد مصطفى، جريمة غسل الأموال - رسالة دكتوراه، جامعة طنطا، منشأة المعارف، عام 1429م، ص 352.

⁴⁸ د. حمدي عبد العليم ، غسل الأموال في مصر والعالم ، ط 3، الدار الجامعية، الإسكندرية ، مصر، 2007 م ، ص 129.

⁴⁹ دżwār Ahmad Ḥmrr, السياضة الجنائية في مواجهة جريمة تمويل الإرهاب، المكتب الجامعي الحديث، مصر، عام 2017م، ص 143.

⁵⁰ عبد القادر عودة، مرجع سابق ، ص 38.

⁵¹ د. محمود محمد مصطفى ، شرح قانون العقوبات ، القسم العام ، ط 9، دار التهفة العربية، عام 1974م، ص 592.

⁵² الصادر بالمرسوم الملكي رقم (م/36) بتاريخ 29/12/1412هـ.

⁵³ الصادر بالمرسوم الملكي رقم (21) بتاريخ 12/2/1439هـ

⁵⁴ الصادر بالمرسوم الملكي رقم (م/4) وتاريخ 1/1/1442هـ.

⁵⁵ د. محمود سليمان موسى، المسؤولية الجنائية للشخص المعنوي، ط 1 دار الجماهيرية للنشر والتوزيع، ليبيا، عام 1985م، ص 252.

فرنسي في تحديد قيمة الغرامة التي توقع على الشخص المعنوي إلى المادة (38-131) عقوبات والتي تنص على أنه "الحد الأقصى لعقوبة الغرامة التي تطبق على الأشخاص المعنوية تكون خمسة أضعاف الغرامة التي ينص عليها القانون للأشخاص الطبيعيين عن ذات الجريمة"⁽⁵⁶⁾. وبلاحظ تشدد المشرع في تحديده لمقدار الغرامة؛ وذلك يرجع إلى أنه قد وضع في الاعتبار أن عقوبة الغرامة تطبق عادة على الشخص الطبيعي مع عقوبة أخرى سالبة للحرية، ولما كانت الأخيرة لا يتسع تطبيقها على الشخص المعنوي، فإن المساواة تقضي مضاعفة مبلغ الغرامة التي يحكم بها على هذا الأخير⁽⁵⁷⁾.

2. المصادر:

هي التجريد والحرمان الدائم من الأموال، أو المتخلصات، أو الوسائل، وتعد المصادر من أهم الجزاءات التي نص عليها النظام؛ لعقاب مرتكب جريمة غسل الأموال⁽⁵⁸⁾.

وقد نص المنظم السعودي على عقوبة المصادر في المواد (36 إلى 33) مع مراعاة حقوق الحسن النية أن المصادر لا تكون إلا بحكم قضائي في حال الإدانة بجريمة غسل أموال، أو جريمة أصلية على أن تشمل المصادر الأموال المغسلة، والمتخلصات، والوسائل، فإن اختلطت الأموال والمتخلصات بأموال اكتسبت من مصادر مشروعية كانت هذه الأموال خاصة للمصادر في حدود ما يعادل القيمة المقدرة للمتخلصات غير المشروعية، وتقوم جهات التحقيق بتقديرها عن طريق أهل الخبرة، ويصدر بشأنها حكم من المحكمة المختصة⁽⁵⁹⁾.

ونص المصادر لجزء من الأموال المشروعة في حالة الخلط نص فريد يقصد به العقاب على فعل الخلط، والتحذير من اللجوء إليه. ويجب أن يكون هذا الخلط مادياً وإراديًّا بحيث يتعدى الفصل بين الأموال أو المتخلصات محل الغسل وبين الأموال التي اكتسبت من مصادر مشروعية واختلطت بها، فيعد من الخلط أن تشارك الأموال محل الجريمة مع أموال ناتجة من مصدر مشروع في شراء أصول مادية، أو معنوية ثابتة، أو منقوله، أو إيداع النقود محل الجريمة في حساب بنكي مملوك للجاني به أموال اكتسبت من مصادر مشروعة⁽⁶⁰⁾.

ونلاحظ هنا أن المنظم أوكل للمحكمة الجنائية المختصة النظر في مصادرة متخلصات الجريمة، وكذلك تقاديرها، ولم يجعلها لأي جهة أخرى، كما أن للمحكمة الحكم بمصادرة الأموال المرتبطة بجريمة غسل أموال بصرف النظر عمّا إذا كانت في حيازة أو ملكية مرتكب الجريمة أو طرف آخر، ولا يجوز مصادرتها مثًّا أثبتت صاحبها أنه حصل عليها بناء على أسباب مشروعة، وأنه كان يجهل مصدرها غير المشروع⁽⁶¹⁾.

إذا كانت مصادرة الأموال المرتبطة بجريمة غسل أموال غير ممكنة؛ لكونها لم تعد متوفّرة للمصادرة أو لا يمكن تحديد مكانها؛ فتحكم المحكمة المختصة بمصادرة أموال أخرى يملكها مرتكب الجريمة تماثل قيمة تلك الأموال، وإذا كانت قيمة متخلصات الجريمة المحكوم بمصادرتها أقل من قيمة المتخلصات الناشئة عن الجريمة الأصلية، فعلى المحكمة المختصة أن تحكم بالمصادرة من الأموال الأخرى لمرتكب الجريمة ما يكمل قيمة المتخلصات المحکوم بمصادرتها⁽⁶²⁾. وتؤول الأموال المصادر إلى الخزينة العامة، وتظل هذه الأموال محملة في حدود قيمتها بأي حقوق تترافق بصورة مشروعة لأي طرف آخر حسن النية⁽⁶³⁾. كما أوكل للنيابة العامة أمر الحجز التحفظي على الأموال محل المصادر، أو التي قد تصبح محلًا للمصادرة، لمدة لا تتجاوز ستين يوماً⁽⁶⁴⁾.

ثانياً: العقوبات الماسة بوجود الشخص الاعتباري وسمعته

1. حل الشخص الاعتباري أو اغلاقه أو إيقافه:

وهي عقوبة عينية تصيب المنشأة ذاتها، وتعد عقوبة فعالة في إزالة الاضطراب الذي أحدثته الجريمة ومنع تكرارها في المستقبل، فضلاً عن أنها تحقق العدالة، وتعيد التوازن بين المراكز الاقتصادية للمنشآت المتشابهة⁽⁶⁵⁾.

وقد نص على ذلك نظام مكافحة غسل الأموال السعودي في المادة (31) بأنه "يجوز معاقبة الشخص ذي الصفة الاعتبارية بمنعه بصفة دائمة أو مؤقتة من القيام بالنشاط المرخص له به بصورة مباشرة أو غير مباشرة، أو بإغلاق مكاتبها التي اقتنى استخدامها بارتكاب الجريمة بصفة دائمة أو مؤقتة، أو بتصفية أعماله."

ونص نظام مكافحة جرائم الإرهاب وتمويله⁽⁶⁶⁾ في المادة (49) على أن "للمحكمة المختصة الحكم بإيقاف نشاط الشخص الاعتباري بصفة مؤقتة أو دائمة، أو بإغلاق فروعه أو مكاتبها بارتكاب الجريمة بصفة دائمة أو مؤقتة".

⁵⁶ عزت العمري، مرجع سابق، ص 335.

⁵⁷ د. شريف سيد كامل، مرجع سابق، ص 143.

⁵⁸ بندر بن عبدالله الريبيعة ، إجراءات الدعوى الجنائية في جرائم غسل الأموال وتمويل الإرهاب ، مكتبة جرير ، بريدة ، القصيم ، 2020م ، ص 246.

⁵⁹ المادة (33) من نظام مكافحة غسل الأموال السعودي.

⁶⁰ بدر محمد الصالح، غسل الأموال دراسة مقارنة -رسالة دكتوراه، جامعة الإسكندرية، مصر، عام 1430هـ، ص 405.

⁶¹ المادة (2/33) من نظام مكافحة غسل الأموال السعودي.

⁶² المادة (35) من نظام مكافحة غسل الأموال السعودي.

⁶³ المادة (36) من نظام مكافحة غسل الأموال السعودي.

⁶⁴ المادة (44) من نظام مكافحة غسل الأموال السعودي.

⁶⁵ د. محمود محمود مصطفى، الجرائم الاقتصادية في القانون المقارن، مرجع سابق، ص 168.

2. نشر الحكم بإدانة:

نصت المادة (32) من نظام مكافحة غسل الأموال السعودي بأنه "يجوز تضمين الحكم الصادر بالعقوبة النص على نشر ملخصه على نفقة المحكوم عليه في صحيفة محلية تصدر في مقر إقامته، فإن لم تكن في مقره صحيفة ففي أقرب منطقة له، أو نشره في أي وسيلة أخرى مناسبة، وذلك بحسب نوع الجريمة المرتكبة وجسامتها وتأثيرها، على أن يكون نشر الحكم بعد اكتسابه الصفة النهائية".

كذلك المادة (11) من نظام مكافحة التستر⁽⁶⁷⁾ على أنه "يضمّن الحكم -ال الصادر بإدانة من يرتكب أيًّا من الجرائم المنصوص عليها في الفقرتين (أ) و(ب) من المادة (الثالثة) من النظام وإيقاع العقوبة بحقه- النص على نشر ملخصه، على أن يكون النشر بعد اكتساب الحكم الصفة النهائية. وتنشر الوزارة ملخص الحكم النهائي في الوسيلة التي تراها مناسبة".

ويقابل ذلك نص المادة (35) من قانون العقوبات الفرنسي المتعلقة بنشر الحكم بقولها "عقوبة نشر الحكم بتعليقه على الجدران أو الإذاعة تكون على نفقة المحكوم عليه، ومع ذلك لا يجوز أن تزيد نفقات النشر التي تحصل من المحكوم عليه على الحد الأقصى لعقوبة الغرامات التي توقع عليه. وللحكم أن تأمر بنشر الحكم كله أو جزء منه أو بإعلان الجمهور بأسباب الحكم ومنطوقه وتحدد المحكمة عند اللزوم ملخص الحكم والعبارات التي يجب أن تنشر منه بتعليقها على الجدران أو الإذاعة ولا يجوز أن يشتمل نشر الحكم على اسم المجنى عليه إلا بموافقته أو موافقة ممثله القانوني أو ورثته، وتتفيد عقوبة نشر الحكم في الأماكن وخلال المدة التي تحددها المحكمة. ولا يجوز أن تزيد مدة النشر على شهرين ما لم ينص القانون على غير ذلك. وفي حالة إلغاء الإعلان أو إخفائه أو تمزيقه يعاد نشر الحكم من جديد على نفقة من ارتكب هذا الفعل. وينشر الحكم في الجريدة الرسمية للجمهورية الفرنسية أو بأية وسيلة أخرى أو أكثر من وسائل النشر كالصحف أو الإذاعة المسومة والمربطة، وتعين المحكمة وسائل النشر التي تكلف بنشر الحكم ولا يجوز لتلك الوسائل أن تعترض على النشر"⁽⁶⁸⁾.

والهدف من الحكم بهذه العقوبة هو أن الشخص المعنوي الذي يدان بارتكابه جريمة غسل الأموال يتم نشر الحكم بإدانته حتى يعلم به أكبر عدد من أفراد المجتمع، الأمر الذي ينبعهم إلى خطورة التعامل معه، بما يؤدي إلى التأثير على نشاطه. وخلاصة القول أن معظم التشريعات التي عالجت جريمة غسل الأموال عاقبت مرتكب الجريمة من حيث جسامتها العقوبة بعقوبات أصلية مالية وعینية وأخرى تكميلية وجوبية.

الخاتمة:

أولاً: النتائج

- سلك المنظم السعودي في سبيل مكافحة غسل الأموال طريق التجريم الخاص والماهير، من خلال تدخله بنصوص عقابية صريحة تحبط بالجريمة، وتوسيع خصوصيتها، وتحدد بوضوح أركانها وعناصرها، بوصفها جريمة مستقلة بذاتها، لا تلتبس بغيرها من الأوصاف الجنائية الأخرى.
- أخذت المملكة العربية السعودية بمبدأ تقييد السرية المصرفية، فيما يتعلق بجرائم غسل الأموال، إذ أوجبت على المؤسسات المالية، الاستجابة لكل ما تطلب الإدارة العامة للتجريplets المالية من معلومات إضافية. كم يجوز للبنك المركزي أن يطلب من أي بنك أن يقدم إليه أية بيانات يراها ضرورية.
- حرص المنظم السعودي على فرض مجموعة من الالتزامات التي يجب على البنك تنفيذها رعاية للمصلحة العامة بما يتفق مع التوصيات الدولية، والتقارير الصادرة من مجموعة العمل المالي بشأن التقييمات السنوية المشتركة؛ بهدف المحافظة على سمعة المؤسسات المالية، ومنع كل الاعمال والتصرفات التي تهدف إلى غسل هذه الأموال، التزامات بالتحري عن العمليات المشبوهة، وتحرير الإخطار بالشنبة، إضافة إلى الحد من عقبة السرية المصرفية.
- أخذ المنظم السعودي بالمسؤولية الجنائية للأشخاص الاعتبارية، بصورةها المباشرة، وغير المباشرة بالتضامن مع الشخص الطبيعي الذي يمثله، وتقوم مسؤولية البنك الجنائية إذا كان الفعل المرتكب داخلًا ضمن الأفعال المكونة لغسل الأموال، وصدر الفعل من أحد موظفي البنك وفي حدود اختصاصه، وارتكاب الموظف لأي من الأفعال المكونة لجريمة غسل الأموال باسم البنك ولحسابه.
- أخذ المنظم السعودي بمبدأ التفريد العقابي عند نصية على مجموعة من الجراءات التي تتناسب والشخصية القانونية المفترضة للجهة البنكية عن طريق عقاب مرتكب الجريمة من حيث جسامتها العقوبة بعقوبات أصلية مالية كالغرامة وعینية كالحل وأخرى تكميلية كالمصادرة.

⁶⁶ الصادر بالمرسوم الملكي رقم (21) بتاريخ 12/2/1439هـ

⁶⁷ الصادر بالمرسوم الملكي رقم (4) وتاريخ 1/1/1442هـ

⁶⁸ عزت العمري، مرجع سابق، ص 338

ثانياً: التوصيات

- أن تبادر جميع الدول التي لم تعالج في تشريعاتها الجنائية الوطنية هذه الجريمة إلى إصدار تشريعات تعالج جريمة غسل الأموال كونها مستقلة بذاتها عن النشاط غير المشروع والذي هو مصدر الأموال غير المشروعة المراد غسلها، وأن تضع عقوبات تناسب مع خطورة هذه الجريمة على غرار التشريعات العقابية المعالجة لهذه الجريمة على الصعيد الدولي والوطني.
- أن يتم إنشاء أجهزة رقابية من أفراد مختصين مشهود لهم بالخبرة والكفاءة في الأعمال والدراسات المالية والمصرفية، تأخذ على عاتقها الرقابة على أعمال المصارف والمؤسسات المالية والتدقيق عليها عند الحاجة، وخاصة على حسابات العملاء المالية والسجلات المتعلقة بها، وحمل العمليات البنكية، وإن تكون لهذه الأجهزة الرقابية صلاحيات واسعة تتجاوز مبدأ السرية المصرفية يتم تحديدها بموجب نظام داخلي لها يتم وضعه من الجهات ذات الاختصاص.
- على الجهات المختصة بمكافحة غسل الأموال توعية القطاعات الحكومية والقطاعات الخاصة والمصرفية بشكل أخص بخطورة جريمة غسل الأموال والأثار السلبية المتربعة عليها، عن طريق عقد دورات متخصصة للكوادر الوطنية وخاصة جهاز العدالة الجنائية لثقيفهم بكيفية مكافحة جريمة غسل الأموال وأدبيات مواجهتها.
- على الجهات المختصة بمكافحة غسل الأموال متابعة تطور أساليب غسل الأموال بشكل دوري حتى يتم التجديد والتعديل في الأنظمة وفي وسائل مكافحة غسل الأموال.
- ندعو المنظم السعودي أن ينص على المبلغ المسموح به للإيداع في الحسابات البنكية، وأن ينظم حركة الإيداعات النقدية، وفق إجراءات معينة يفصح فيها صاحب المال عن مصدر الأموال المودعة بوثائق وإثباتات رسمية.
- ضرورة التشدد في تجريم ومعاقبة الموظفين العاملين في المصارف والمؤسسات المالية عند إخلالهم في الالتزامات الملقاة على عاتقهم والتي من شأنها التتحقق من مصدر الأموال التي يجري تداولها عبر القنوات المالية المصرفية، وكذلك تجريم ومعاقبة تفاسع وإهمال الموظفين في مباشرة هذه الالتزامات وبالشكل الذي يؤدي إلى غسل أموال ذات مصادر غير مشروعة.

المراجع:

أولاً: المراجع العامة:

1. الراغب الأصفهاني أبو القاسم الحسین. (د.ت). *مفردات في غريب القرآن*. ط1، دار القلم.
2. ابن فارس. (1399هـ). *معجم مقاييس اللغة*، باب السين والهمزة وما يثلهما. ج3، دار الفكر.
3. مجمع اللغة العربية. (2004). *المعجم الوسيط*. مجلد1، ط4، دار الدعوة.
4. ابن منظور. (1996). *لسان العرب*. مجلد 14، دار صادر.

ثانياً: الكتب والممؤلفات:

1. الريبيعة، بندر بن عبدالله. (2020). *إجراءات الدعوى الجنائية في جرائم غسل الأموال وتمويل الإرهاب*. مكتبة جرين.
2. سرور، أحمد فتحي. (2010). *الوسيط في قانون العقوبات - القسم العام*. جامعة القاهرة.
3. سلامة، مأمون محمد. (2008). *قانون العقوبات - القسم العام*. ط1، دار الفكر العربي.
4. سليمان، عبد الفتاح. (1407هـ). *المؤولية المدنية والجنائية في العمل المصرفي*. ط1، مكتبة الأنجلو المصرية.
5. صالح، ابراهيم علي. (1980). *المؤولية الجنائية للأشخاص المعنوية*. دار المعارف.
6. عبدالعظيم، حمدي. (2007). *غسل الأموال في مصر والعالم*. ط 3، الدار الجامعية.
7. عبدالله، أحمد علي. (1996). *المؤولية الجنائية للمصارف*. مطابع جامعة أفريقيا العالمية.
8. أبو العز، محمد زهير. (2013). *مدى المسؤولية الجنائية عن أعمال البنوك*. دار النهضة العربية.
9. عمر، ذمارأحمد. (2017). *السياسة الجنائية في مواجهة جريمة تمويل الإرهاب*. المكتب الجامعي الحديث.
10. العمري، عزت محمد. (2005). *جريمة غسل الأموال*. دار التهضة العربية.
11. العوجي، مصطفى. (1985). *القانون الجنائي العام (المؤولية الجنائية)*. ج 2، ط 1، مؤسسة نوفل.
12. عودة، عبد القادر. (2013). *التشريع الجنائي الإسلامي*. ج 1، ط 3، مؤسسة الرسالة ناشرون.
13. عوض، علي جمال الدين. (1988). *عمليات البنوك من الوجهة القانونية*. دار النهضة العربية.
14. قرمان، عبد الرحمن السيد. (2004). *مساهمة البنوك في مكافحة غسل الأموال*. ط 2، دار النهضة العربية.
15. كامل، شريف سيد. (1997). *المؤولية الجنائية للأشخاص المعنوية*. ط 1، دار النهضة العربية.

16. كافي، مصطفى يوسف. (2011). *النقد والبنوك الإلكترونية في ظل التقنيات الحديثة*. دار مؤسسة رسان.
17. مرسى، حسن كامل. (1993). *شرح قانون العقوبات المصري الجديد*. دار الفكر العربي.
18. المساعدة، أنور. (2009). *المؤولية الجنائية عن الجرائم الاقتصادية*. ط 1، دار الثقافة.
19. مصطفى، محمود محمود. (1974). *شرح قانون العقوبات، القسم العام*. ط 9، دار النهضة العربية.
20. مقابل، أحمد محمد. (2019). *المؤولية الجنائية للشخص المعنوي*. ط 1، المصرية للنشر والتوزيع.
21. موسى، محمود سليمان. (1985). *المؤولية الجنائية للشخص المعنوي*. ط 1 دار الجماهيرية للنشر والتوزيع.

ثالثاً: الرسائل العلمية:

1. حسان، عبد السلام. (2016). *جريمة تبييض الأموال وسبل مكافحتها*. رسالة دكتوراه، جامعة دباغين سطيف.
2. الحميد، ناصر صالح. (1437هـ). *الالتزام المؤسسات المالية، في مكافحة جريمة غسل الأموال*. رسالة ماجستير، الجامعة الإسلامية.
3. الرفاتي، أيهاب حمد. (2007). *عمليات مكافحة غسل الأموال وأثر الالتزام بها على فاعلية نشاط المصارف*. رسالة ماجستير، الجامعة الإسلامية.
4. الصالح، بدر محمد. (1430هـ). *غسل الأموال دراسة مقارنة*. رسالة دكتوراه، جامعة الأزهر.
5. مصطفى، خالد حامد. (1429هـ). *جريمة غسل الأموال*. رسالة دكتوراه، جامعة طنطا، منشأة المعارف.
6. الموافي، عبد الرازق. (1999). *المؤولية الجنائية لمديري المنشآت الاقتصادية*. رسالة دكتوراه، كلية الحقوق، جامعة المنصورة.

رابعاً: البحوث والمقالات:

1. البطراوي، عبد الوهاب. (2005). *أساس المسؤولية الجنائية للشخص المعنوي الخاص*. مجلة الأمن والقانون: ع 1.
2. مصطفى، محمود محمود. (1979). *الجرائم الاقتصادية في القانون المقارن*. ج 1، ط 2، جامعة القاهرة.
3. المعaitلة، منصور بن عمر. (1425هـ). *المؤولية المدنية والجنائية في الأخطاء الطبية*. مركز الدراسات والبحوث في جامعة نايف العربية للعلوم الأمنية، ط 1.

خامساً: التشريعات:

1. قانون مكافحة غسل الأموال الاتحادي لدولة الإمارات العربية المتحدة رقم (20) لعام 2018م.
2. قانون العقوبات الاتحادي لدولة الإمارات العربية المتحدة رقم (3) لسنة 1987م .
3. قانون مكافحة غسل الأموال الكويتي رقم (106) لعام 2013م .
4. قانون مكافحة غسل الأموال القطري رقم (20) عام 2019م .
5. قانون مكافحة غسل الأموال المصري رقم (80) لعام 2002م، المعدل بالقانون رقم (78) لعام 2003م.
6. قانون مكافحة غسل الأموال الأردني رقم (46) لعام 2007م وتعديلاته .
7. قانون العقوبات المصري رقم (58) لعام 1937م .
8. قانون الجرائم الاقتصادية المصري رقم (40) عام 2003م .
9. اللائحة التنفيذية لنظام مكافحة غسل الأموال رقم (م/20) لعام 2017م. الصادرة بموجب قرار رئاسة أمن الدولة رقم (14525) وتاريخ 1439/2/19هـ.
10. اللائحة التنفيذية للقانون الاتحادي رقم (20) لعام 2018م. الصادرة بقرار مجلس الوزراء رقم (10) لعام 2019م.
11. نظام مكافحة غسل الأموال السعودي الصادر بالمرسوم الملكي رقم (م/20) وتاريخ 1439/2/5هـ.
12. نظام مراقبة البنوك السعودي الصادر بالمرسوم الملكي مرسوم ملكي رقم (م/5) وتاريخ 1386/2/22هـ.
13. نظام البنك المركزي السعودي الصادر بالمرسوم ملكي رقم (م/36) وتاريخ 1442/4/11هـ.
14. نظام مكافحة الرشوة السعودية الصادر بالمرسوم الملكي رقم (م/36) وتاريخ 1412/12/29هـ.
15. نظام مكافحة جرائم الإرهاب وتمويله السعودي الصادر بالمرسوم ملكي رقم (م/21) وتاريخ 1439/2/12هـ.



The Criminal Responsibility of Banks for the Crime of Money Laundering in the Light of the Saudi System

Hassan Youssef Mustafa magableh

Associate Professor of Criminal Law, Faculty of Sharia and Islamic Studies Systems Department
 Qassim University, KSA
 hy.maqabableh@qu.edu.sa

Ridaa AbdulRahman Muhammad AlSugayri

Master's degree in criminal law, Qassim University, KSA
 r.alsugayri@gmail.com

Received: 16/1/2022 Revised: 4/2/2022 Accepted: 20/2/2022 DOI: <https://doi.org/10.31559/LCJS2022.3.1.2>

Abstract: Money laundering crimes are closely related to banking and financial institutions, as they are one of the most important tributaries to which those involved in these crimes resort, as a result of the tremendous technical development in the field of information and communication technology, which resulted in the exploitation of open financial markets and the exploitation of technical development in banking and financial systems. So, many legislations have been keen to acknowledge the criminal responsibility of banks when they violate the obligations imposed on them in the interest of the public interest, which aims, in its entirety, to preserve the reputation of financial institutions, and to prevent all acts and behaviors that lead to money laundering and prejudice the national economy. This study included two main sections, the first of which was the nature of the criminal responsibility of banks for the crime of money laundering in two independent demands focused on the attribution and determination of the criminal responsibility of legal persons and the second topic dealt with the nature of the criminal responsibility of banks for the crime of money laundering in two demands. Each of which has dealt with the types of criminal responsibility. The bank and its conditions, the penalties prescribed for the bank for the money laundering crime, and one of the most important results reached is the recognition by the Saudi regulator of the criminal responsibility of banks for the money laundering crime, in line with the overall comparative punitive legislation.

Keywords: Money laundering; banks; criminal liability.

References:

1. 'bdallh, Ahmd 'ly. (1996). Alms'wlyh Aljna'yh Llmsarf. Mtab' Jam't Afryqya Al'almyh.
2. 'bdal'zym, Hmdy. (2007). Ghsl Alamwal Fy Msr Wal'alm. T3, Aldar Aljam'yh.
3. 'mr, Ddwar Ahmd. (2017). Alsyash Aljna'yh Fy Mwajhh Jrymh Tmwyl Alerhab, Almktb Aljam'y Alhdhyth.
4. Al'mry, 'zt Mhmd. (2005). Jrymt Ghsl Alamwal. Dar Althdh Al'rbyh.
5. 'wdh, 'bdalqadr. (2013). Altshry' Aljna'y Alaslamy. J1, T3, M'sst Alrsalh Nashrwn.
6. 'wd, 'ly Jmal Aldyn. (1988). 'mlyat Albwk Mn Alwjhh Alqanwnyh. Dar Alnhdh Al'rbyh.
7. Al'wji, Mstfa. (1985). Alqanwn Aljna'y Al'am (Alms'wlyh Aljna'yh). J2, T1, M'sst Nwfl.
8. Abw Al'z, Mhmd Zhyr. (2013). Mda Alms'wlyh Aljna'yh 'n A'mal Albwk. Dar Alnhdh Al'rbyh.
9. Kafy, Mstfa Ywsf. (2011). Alnqwd Walbnwk Alelktrwnyh Fy Zl Altqnyat Alhdhyth. Dar M'sst Rslan.
10. Kaml, Shryf Syd. (1997). Alms'wlyh Aljna'yh Llashkhas Alm'nwyh. T1, Dar Alnhdh Al'rbyh.
11. Mqbl, Ahmd Mhmd. (2019). Alms'wlyh Aljna'yh Llshkhs Alm'nwy. T1, Almsryh Llnshr Waltwzy'.

12. Mrsy, Hsn Kaml. (1993). Shrh Qanwn Al'qwbat Almsry Aljdyd. Dar Alfkr Al'rby.
13. Almsa'dh, Anwr. (2009). Alms'wlyh Aljza'yh 'n Aljra'm Alaqtasyh. T1, Dar Althqafh.
14. Mstfa, Mhmwd Mhmwd. (1974). Shrh Qanwn Al'qwbat, Alqsm Al'eam. T9, Dar Alnhdh Al'rbyh.
15. Mwsa, Mhmwd Slyman. (1985). Alms'wlyh Aljna'eyh Llshkhs Alm'nwy. T1 Dar Aljmahyryh Llnshr Waltwzy'.
16. Qrman, 'Ebdalrhmn Alsyd. (2004). Msahmh Albnwk Fy Mkafht Ghsl Alamwal. T2, Dar Alnhdh Al'rbyh.
17. Alrby'h, Bndr Bn 'bdallh. (2020). Ejra'at Ald'wa Aljna'yh Fy Jra'm Ghsl Alamwal Wtmwyl Alerhab. Mktbh Jryr.
18. Salh, Abrahym 'ly. (1980). Alms'wlyh Aljna'yh Llashkhas Alm'nwyh. Dar Alm'arf.
19. Slamh, Mamwn Mhmd. (2008). Qanwn Al'eqwbat - Alqsm Al'am. T1, Dar Alfkr Al'rby.
20. Slyman, 'bdalftah. (1407h). Alms'wlyh Almdnyh Waljna'yh Fy Al'ml Almsrfy, T1, Mktbt Alanjlw Almsryh.
21. Srwr, Ahmd Fthy. (2010). Alwsyt Fy Qanwn Al'qwbat - Alqsm Al'am. Jam't Alqahrh.

التنظيم القانوني لجريمة الإرهاب في المعايير الدولية لحقوق الإنسان والنظام القانوني الوطني

سيف زياد الجنيدى

دكتوراه في القانون الدستوري والإداري
المركز الوطني لحقوق الإنسان - الأردن
aljunidisaif@hotmail.com

نهلا عبد القادر المومني

دكتوراه في القانون الدولي العام
المركز الوطني لحقوق الإنسان - الأردن
nahla400086@yahoo.com

قبول البحث: 2022/3/19

مراجعة البحث: 2022/2/24

استلام البحث: 2022/1/31

DOI: <https://doi.org/10.31559/LCJS2022.3.1.3>



This file is licensed under a [Creative Commons Attribution 4.0 International](#)



التنظيم القانوني لجريمة الإرهاب في المعايير الدولية لحقوق الإنسان والنظام القانوني الوطني

نهلا عبد القادر المومني

دكتوراه في القانون الدولي العام- المركز الوطني لحقوق الإنسان- الأردن

nahla400086@yahoo.com

سيف زياد الجنيدى

دكتوراه في القانون الدستوري والإداري- المركز الوطني لحقوق الإنسان- الأردن

aljunidisaf@hotmail.com

استلام البحث: 2022/1/31 مراجعة البحث: 2022/2/24 قبول البحث: 2022/3/19 DOI: <https://doi.org/10.31559/LCJS2022.3.1.3>

الملخص:

إن الموازنة بين حقوق الإنسان وحفظ الأمن تعد من المسائل التي تثير جدلاً على المستوى الدولي والداخلي أيضاً؛ نظراً لأهمية هذين المحورين في الهوض بالمجتمع والحفاظ على كيانه الاقتصادي والاجتماعي والسياسي والثقافي.

وفي هذا الإطار تشكل جريمة الإرهاب قلقاً للمجتمع الدولي والداخلي؛ نظراً لخطورتها وقيامتها بشكل أساسى على فكرة التروع والانتقام من أمن الأفراد والمجتمع لتحقيق غايات غير مشروعة. وفي الوقت ذاته فإن المعايير الدولية المتعلقة بمكافحة الإرهاب شددت على ضرورة احترام حقوق الإنسان في سياق مكافحة الإرهاب والالتزام بأصول الصياغة التشريعية الجنائية حتى يتمكن الفرد من ضبط سلوكه وفقاً للنص القانوني.

وعليه يتناول هذا البحث المنظومة القانونية الوطنية المتعلقة بمكافحة الإرهاب في الأردن، ومدى اتساقها وانسجامها والمنظومة الدولية المتعلقة بمكافحة الإرهاب.

الكلمات المفتاحية: الإرهاب؛ القواعد العامة؛ الصياغة التشريعية؛ المعايير الدولية؛ حقوق الإنسان.

المقدمة:

تعد الموازنة بين حقوق الإنسان وحفظ الأمن من المسائل التي تثير جدلاً على المستوى الدولي والداخلي أيضاً؛ نظراً لأهمية هذين المحورين في الهوض بالمجتمع والحفاظ على كيانه الاقتصادي والاجتماعي والسياسي والثقافي. ومما لا شك فيه أن وجود أي خلل في العلاقة المتبادلة بين الأمن وحقوق الإنسان من شأنه أن يعمق حالة الصراع بين السلطة والأفراد.

وفي الآونة الأخيرة شكلت جريمة الإرهاب قلقاً للمجتمع الدولي والداخلي؛ نظراً لخطورتها وقيامتها بشكل أساسى على فكرة التروع والانتقام من أمن الأفراد والمجتمع لتحقيق غايات غير مشروعة. وفي هذا الإطار فقد أقرت الأمم المتحدة عدداً من المواثيق، وأصدرت عدة قرارات لمواجهة هذه الجريمة، إلا أنها في الوقت ذاته أولت اهتماماً لحماية حقوق الإنسان في إطار مكافحة الإرهاب وفرضت التزاماتٍ تشريعيةٍ على الدول تمثل في الاعتراف بالإرهاب كجريمة تستوجب العقاب والнакارة، إلا أن هذه الصكوك أكدت على ضرورة احترام مبدأ الشرعية الجزائية والالتزام بأصول الصياغة التشريعية الدقيقة.

أما على المستوى الداخلي، فقد أقرت غالبية الدول قوانين تجرم الأفعال الإرهابية في محاولة للحد من آثارها وتحقيق الردع العام والخاص، وقد انتهجت الدول وفي معرض تجريمها لهذه الأفعال سياسةً تشريعيةً متشددةً إلى حدٍ ما، وهذا هو القاسم المشترك بين القوانين المُجرمة للإرهاب، إلا أن الدول اختلفت فيما بينها في مدى التزامها بأصول الصياغة التشريعية الجنائية المستقر عليها والالتزام بالمبادئ المستقرة في الأصول الجنائية خاصةً ما تعلق منها بمبدأ الشرعية. كما تفاوتت هذه الدول فيما بينها في مدى ومقدار الرقابة المفروضة على الأحكام الصادرة في هذه الجرائم وأيضاً في المنظومة

القضائية الخاضعة لها؛ ما نتج عنه توسيع بعض الدول في عملية التّجريم واتساع نطاق الملاحقة الجزائية والتّضييق بالنتيجة على حقوق الأفراد وحرّياتهم والمساس بجوهرها في أحيانٍ أخرى.

مشكلة الدراسة:

وتكمّن الإشكالية الرئيسيّة في هذه الدراسة في تحليل مدى اتساق المنظومة القانونية المتعلّقة بجريمة الإرهاب والمعايير الدوليّة لحقوق الإنسان التي نظمت هذه الجريمة؛ حيث أنّ المشرع الأردني انتهج منهجاً قائماً على التّشدد في تجريم الإرهاب نظرًا للخطورة الجريمة على المجتمع وتهديدها لكيانه المستقر، وهذا نهج يتفق فيه الأردن مع القوانين المقارنة؛ إلا أنّ التّوسيع في السياسة الجنائيّة التي اتبّعها المشرع الأردني أدّى إلى الخروج عن القواعد والمبادئ المستقرة في الصياغة التشريعية المتفق عليها والمساس ببعض المبادئ التي تحكم السياسة الجنائيّة التشريعية، وهو الأمر الذي بدا واضحًا من خلال: ازدواجية التّجريم بين القوانين وخاصة قانون العقوبات وقانون منع الإرهاب، إذ يتضمّن القانونين نصًا يتعلّق بتعكير صفو العلاقات مع دولة أجنبية وتعرض المملكة لأعمال ثأرية، وهو الأمر الذي خلق ازدواجية في عملية التّجريم كما برزت اختلالات قانونية أخرى تتعلّق باتسام النصوص التشريعية بالاتساع، وإمكانية تفسيرها وتأويلها على أكثر من وجه، بالإضافة إلى الخروج عن القواعد العامة المتعلّقة بالاشتراك الجرمي والخروج عن القواعد العامة المتعلّقة بالشروع الجرمي.

كما برزت إشكاليات تتعلّق بعدم الأخذ بمبدأ التّدرج في العقوبات وإحاله القضايا بالالتزام إلى محكمة أمن الدولة في الوقت الذي حدّد الدستور اختصاصات هذه المحكمة بمجموعة من الجرائم حصراً.

أما في الممارسة العملية، فقد برزت قضية تغيير الوصف الجرمي من قبل محكمة أمن الدولة من جرائم تندّر تحت وصف الجرائم الإهابية إلى جرائم أخرى لا تدخل في اختصاصاتها المحددة حصراً؛ وإنما تُبقي يدها عليها وتحكم فيها بموجب القواعد العامة الواردة في قانون أصول المحاكمات الجنائيّة، وهو الأمر الذي تعرّي شهادات دستوريّة؛ نظرًا إلى أنّ اختصاصات محكمة أمن الدولة محددة حصراً بموجب الدستور. ناهيك عن أنّ الممارسة العملية كشفت عن وجود خلط بين ما يعدّ حرّية تعبير وبين مفهوم وفلسفة تجريم الإرهاب؛ ما أدى إلى وقوع نشطاء حراكيين وحزبيين وصحفيين تحت طائلة المساءلة بموجب قوانين الإرهاب.

أهمية الدراسة:

وعليه فإن أهمية الدراسة وغايتها تكمّن في بيان الموضع الذي يتفق فيها التشريع الأردني والمعايير الدوليّة لحقوق الإنسان، وبيان النصوص التي تتطلّب التعديل والمراجعة.

منهجية الدراسة:

وتنتهي هذه الدراسة منهجاً وصفيًا تحليليًا الواقع للسياسة التشريعية الجنائيّة المُتبعة لمكافحة الإرهاب في الأردن، لغایات تحديد مواطن الخلل التي من شأن التعريف بها تجاوزها في المستقبل حماية لفكرة الدولة القانونية التي لا تواجه الخروج على القانون بخروج متشابه أو مماثل في وحماية لحقوق الأفراد وحرّياتهم التي تؤدي بالنتيجة إلى حماية أمن المجتمع وركائزه الأساسية، وانطلاقاً من الفكرة التي سطّرها الميثاق الوطني الأردني حين تناول محور الأمن الوطني عندما أشار في رؤية واضحة للأمن الوطني إلى أنّ: "الأمن الوطني الأردني يعتمد اعتماداً كبيراً على منعة المجتمع الأردني، وعلى تعزيز عوامل قوّته الذاتية، لحماية أرض الوطن واستقلال إرادته، وضمان أمن الشّعب الأردني وحرّيته".

خطة الدراسة:

المبحث الأول: المعايير الدوليّة المتعلّقة بمكافحة الإرهاب

المطلب الأول: الاتفاقيات الدوليّة المتعلّقة بمكافحة الإرهاب

المطلب الثاني: استراتيجية الأمم المتحدة لمكافحة الإرهاب وولاية المقرر الخاص المعنى باحترام حقوق الإنسان في سياق مكافحة الإرهاب

المبحث الثاني: المعايير الوطنيّة ذات العلاقة بمكافحة الإرهاب ومقاربتها مع المعايير الدوليّة

المطلب الأول: اتساع نطاق التّجريم في المنظومة القانونية المتعلّقة بالإرهاب

المطلب الثاني: الخروج عن القواعد العامة المقررة في الأصول العامة

الخاتمة

المراجع

المبحث الأول: المعايير الدولية المتعلقة بمكافحة الإرهاب

يشكّل الإرهاب اعتداءً على المصالح الأساسية للأمم المتحدة، وفي مقدمتها حماية السلم والأمن الدوليين وحماية حقوق الإنسان. وقد قام المجتمع الدولي بوضع نظام قانوني يقوم على فكرة مفادها قيام الدول الأطراف بتجريم الأعمال الإرهابية الواردة في الاتفاقيات التي حددت الأفعال الإرهابية. كما ينطلق النظام الدولي في مكافحة الجرائم الإرهابية من مبدأ هام، ألا وهو أنّ مرتكي الجرائم الإرهابية ينبغي أن تقدّمهم حكوماتهم إلى المحاكمة، أو أن يسلّموا إلى بلدٍ مستعدٍ لتقديمهم إلى المحاكمة. ومبدأ "إما التسلّيم أو المحاكمة" يقصد به أن يجعل العالم مكتّباً لا مقام فيه للإرهابيين ولا من يمولونهم ويدعمونهم بحرمانهم من أي ملاذٍ آمن.⁽¹⁾

وتاليًا سيتم تسليط الضوء على الصكوك الدولية المتعلقة بمكافحة الإرهاب، والتي تشکّل سنداً قانونياً للدول الأعضاء في الأسرة الدولية؛ للحد والوقوف في وجه الإرهاب وتدعياته.

المطلب الأول: الاتفاقيات الدولية المتعلقة بمكافحة الإرهاب

انطلق المجتمع الدولي في تجربته للإرهاب واضعاً حماية حقوق الإنسان وتعزيزها سبباً مباشرًا للوقوف يدًا واحدةً لمواجهة هذا الخطر، وهذه الرؤية في مكافحة الإرهاب جاءت انطلاقاً من أنّ الإرهاب يعتدي على القيم الراسخة في متن ميثاق الأمم المتحدة والصكوك الدولية الأخرى، وخاصةً ما تعلق منها بحماية حقوق الإنسان؛ ذلك أنّ الإرهاب ينطوي على تأثيرٍ مباشرٍ على التّمتع بالعديد من حقوق الإنسان، وبوجهٍ خاصٍ الحق في الحياة والحق في الحرية والأمان الجسدي والحق في العيش في العيش في مجتمعات يسودها الاستقرار والسلام، كما يُعرقل الإرهاب عملية التنمية المستدامة. كما أنه يمسّ بأفعاله كرامة الفرد وكيانه وإنسانيته.

هذا التأثير المُتَنَامي للإرهاب على حقوق الإنسان تم التسلّيم به من قبل الجمعية العامة في الأمم المتحدة؛ حيث بينت الدول الأعضاء فيها أنّ الإرهاب⁽²⁾:

- هُدِّدَ كرامة البشر وأمنهم في كل مكان ويعرض أرواح الأبرياء للخطر أو يزهقها، وينشأ بيئتاً تدمر تحرر الإنسان من الخوف ويضرّ بالحرّيات الأساسية.
 - للإرهاب أثر سيء على إرساء سيادة القانون ويقوّض المجتمع المدني التعددي، ويهدّف إلى تدمير الأسس الديمقراطية للمجتمع، ويزعزّع استقرار الحكومات المؤسسة بطريقةٍ شرعية.
 - يتصل الإرهاب بالجريمة المنظمة عبر الوطنية، وتهريب المخدرات وغسيل الأموال والاتّجار بالسلاح.
 - للإرهاب عواقب وخيمة على التنمية الاقتصادية والاجتماعية للدول، ويشكّل تهديداً للسلم والأمن الدوليين.
- وقد أكدت الجمعية العامة أيضًا على أنّ واجب الدول في حماية الأفراد الخاضعين لولايّتها من الهجمات الإرهابية، وينبع هذا الواجب من ولائيّها في حماية تمتّع الأفراد بحقوقهم⁽³⁾.

وضمن هذه الرؤية وتجسيدها لصادراتها تم إقرار العديد من الاتفاقيات، وكذلك إصدار العديد من القرارات المتعلقة بمكافحة الإرهاب، وتعدّ اتفاقية جنيف لقمع ومعاقبة الإرهاب لعام 1937م من أوائل الاتفاقيات التي أبرمت لمكافحة هذه الجريمة، وذلك قبل إنشاء الأمم المتحدة ووضع ميثاقها؛ وقد عرفت الاتفاقية الإرهاب على أنه⁽⁴⁾: "الأعمال الإجرامية الموجّهة ضد دولة ما وتسهدف أو يقصد بها خلق حالة من الرعب في أذهان أشخاص معينين أو مجموعة من الأشخاص أو عامة الجمهور".

ومنذ إنشاء الأمم المتحدة عام 1945م⁽⁵⁾، تم سنّ ما يقارب من الثلاثة عشر اتفاقية لمنع الأعمال الإرهابية وملحقتها⁽⁶⁾. وتعدّ اتفاقية قمع تمويل الإرهاب لعام 1999م إحدى هذه الاتفاقيات الهامة التي أكدت على ضرورة مكافحة تمويل الإرهاب واعتبرت هذه الاتفاقية أنه:

¹ مكتب الأمم المتحدة المعنى بالمخدرات والجريمة، الدليل التشريعى للنظام القانوني العالمي لمكافحة الإرهاب، منشورات الأمم المتحدة، نيويورك، (2008)، ص. 1.

² لاسترادة يرجى الاطلاع على قرارات الجمعية العامة للأمم المتحدة وتحديد القرارات (50/48، 122، 133، 160، 186، 187، 193)، الموقع الإلكتروني لمكتب المفوضية السامية لحقوق الإنسان، <https://www.ohchr.org/ar/Pages/Home.aspx>

³ مفوضية الأمم المتحدة السامية لحقوق الإنسان، حقوق الإنسان، الإرهاب، ومكافحة الإرهاب، 2008، الناشر: الأمم المتحدة: نيويورك وجنيف، ص 8-7.

⁴ اتفاقية جنيف لمنع وعاقبة الإرهاب، الموقعة في جنيف بتاريخ 16 نوفمبر 1937.

⁵ حول جهود الأمم المتحدة لمكافحة الإرهاب، أنظر: رفعت، أحمد محمد (2006)، الإرهاب الدولي، دار النهضة للنشر، القاهرة، ص 160-167.

⁶ هناك اتفاقيات متخصصة أيضاً جاءت لتجريم الإرهاب دولياً، وقد تناولت هذه الاتفاقيات جرائم بعينها، أبرزها:

1. اتفاقية طوكيو الخاصة بالجرائم والأفعال الأخرى التي ترتكب على متن الطائرات، والموقعة بتاريخ 14/9/1963. 2. اتفاقية لاهي بشأن قمع الاستيلاء غير المشروع على الطائرات، والموقعة بتاريخ 16/12/1970. 3. اتفاقية مونتريال الخاصة بقمع الأعمال غير المشروعة الموجّهة ضد سلامنة الطيران المدني، والموقعة في 23/9/1971 والبروتوكول الملحق بها، والموقعة في مونتريال في 10/5/1984.

اتفاقية نيويورك الخاصة بمنع ومعاقبة الجرائم المرتكبة ضد الأشخاص المشمولين بالحماية الدولية بين فهم الممثلون الدبلوماسيون، والموقعة في 14/12/1973. 5. المعاهدة الدولية ضد اختطاف واحتجاز الرهائن، والموقعة في 17/12/1979. 6. اتفاقية الأمم المتحدة لقانون البحار لسنة 1982 ما تعلق بها بالقرصنة البحرية. 7. المعاهدة الخاصة بالحماية المادية للمواد النووية والموقعة في فيينا عام 1979.

8. البروتوكول الإضافي لمعاهدة قمع الأعمال غير المشروعة ضد سلامنة الطيران المدني والخاص بقمع أعمال العنف غير المشروع في الطائرات التي تخدم الطيران المدني، والموقعة في مونتريال في عام 1988.

9. البروتوكول الخاص بقمع الأعمال غير المشروعة التي ترتكب ضد سلامنة مساحات معينة من الجرف القاري، والموقعة في روما عام 1988. 10. المعاهدة الخاصة بقمع الأعمال غير المشروعة الموجّهة ضد الملاحة البحرية، والموقعة في روما عام 1988. 11. المعاهدة الدولية بقمع التفجيرات الإرهابية (نيويورك 1997). 12. المعاهدة الخاصة بوضع علامات على المتغيرات البلاستيكية بغرض الكشف عنها (مونتريال 1991).

أنظر في ذلك، جمال الدين، صلاح الدين (2004)، إرهاب ركاب الطائرات، دار الفكر الجامعي، مصر، ص 20-27.

"يرتكب جريمة بمفهوم هذه الاتفاقية كل شخص يقوم بأية وسيلة كانت، مباشرة أو غير مباشرة، وبشكل غير مشروع وبإرادته بتقديم أو جمع أموال بنية استخدمها أو هو يعلم أنها ستستخدم كلياً أو جزئياً، للقيام:

- بعمل يشكل جريمة في نطاق إحدى المعاهدات الواردة في المرفق وبالتعريف المحدد في هذه المعاهدات؛
- بأي عمل آخر يهدف إلى التسبب في موت شخص مدني أو أي شخص آخر، أو إصابته بجروح بدنية جسيمة، عندما يكون هذا الشخص غير مشترك في أعمال عدائية في حالة نشوب نزاع مسلح، عندما يكون غرض هذا العمل، بحكم طبيعته أو في سياقه، موجهاً لتروع السكان، أو لإرغام حكومة أو منظمة دولية على القيام بأي عمل أو الامتناع عن القيام به".⁽⁷⁾

ومن المعاهدات المتخصصة التي عرفت الإرهاب اتفاقية مكافحة العمليات الإرهابية بوساطة المنفجرات لسنة 1997م، والتي نصت على أنه: "يرتكب جريمة كل شخص يقوم عمداً وبصورة غير مشروع على تسليم أو وضع أو تفجير قذيفة قاتلة في مكان عام أو إدارة رسمية أو منشآت عامة أو وسيلة نقل أو بنية تحتية بقصد التسبب بوفاة أشخاص أو أضرار مادية بالغة الخطورة لإيقاع التخريب والحادق خسائر اقتصادية جسيمة سواء من ناحية الارتكاب أو محاولة الارتكاب أو الاشتراك أو التدخل".

أما على الصعيد الإقليمي، فقد عرفت معاهدتا المؤتمر الإسلامي لمكافحة الإرهاب الدولي الإرهاب على أنه: "كل فعل من أفعال العنف أو التهديد به أياً كانت بواعته أو أغراضه، يقع تنفيذاً المشروع إجراميًّاً فرديًّا أو جماعيًّا وهدف إلى إلقاء الرعب بين الناس أو تروعهم بإيذائهم أو تعریض حياتهم أو أعراضهم أو حرثتهم أو أنهم أو حقوقهم للخطر أو إلحاق الضرر بالبيئة أو بأحد المراقب العاملة أو الخاصة أواحتلالها أو الاستيلاء عليها أو تعریض أحد الموارد الوطنية أو المراقب الدولي للخطر، أو تهديد الاستقرار أو السلامية الإقليمية أو الوحدة السياسية أو سيادة الدول المستقلة".

أما الجريمة الإرهابية، فقد عرفتها الاتفاقية على أنها: "أي جريمة أو شروع أو اشتراك فيها ترتكب تنفيذاً لغرض إرهابي في أي من الدول الأطراف أو رعاياها أو ممتلكاتها أو مصالحها أو المراقب والرعايا الأجانب الموجودين على إقليمها مما يُعاقب عليها قانونها الداخلي".⁽⁸⁾ كما وتفاوض الدول الأعضاء في الجمعية العامة للأمم المتحدة على وضع معايدة دولية، هي مشروع اتفاقية شاملة بشأن الإرهاب الدولي، إلا أن عدم الاتفاق على مفهوم موحد للإرهاب ما يزال يشكّل عائقاً أساسياً أمام تبني هذه الاتفاقية. ويشكّل عدم وجود اتفاقية شاملة لمكافحة الإرهاب عائقاً أمام الفعالية في مكافحته؛ نظراً لغياب المنظور والرؤيا المشتركة في هذا الإطار.⁽⁹⁾ وباستقراء هذه الاتفاقيات، فإنه يمكننا الوصول إلى المبادئ والقواسم المشتركة التي تجمع بينها فيما يتعلق بالآليات مكافحة الإرهاب؛ وذلك على النحو الآتي:

- فرضت الاتفاقيات ثلاثة مستويات من الالتزام على الدولة: أولاً: الالتزام بالإعتراف؛ وينقصد بذلك الاعتراف بالإرهاب كجريمة تستوجب الملاحقة والعقاب من خلال التشريعات الوطنية. ثانياً: الالتزام بالإعمال والحماية؛ أي حماية الأفراد من هذه الجريمة وتبعاتها واتخاذ الإجراءات الكفيلة بمنع الإرهاب. وأخيراً الالتزام بالتمكين⁽¹⁰⁾: من خلال مكافحة الفكر الإرهابي، وما يؤدي إليه، ورفع وعي الأفراد بخطورة هذه الجريمة وعدم الانسياق خلفها.
- تستند غالبية الاتفاقيات الدولية على فكرة مفادها قيام الدول الأطراف بمحاكمة مُرتکب الأفعال الإرهابية أو تسليمهم.
- إنفاذ مضمون هذه الاتفاقيات يقع على عاتق الدولة الطرف فيها لتقوم في إطار سيادتها الوطنية بما يلزم؛ فالأصل أن حماية حقوق الإنسان مسؤولية وطنية، وما الحماية الدولية إلا حماية مُكمّلة.
- تعاظن الدول الأعضاء وتبادل المعلومات المتعلقة بالجرائم الإرهابية وتقديم المساعدة فيما يتعلق بمنع الهجمات الإرهابية. هذا فيما يتعلق بالقواعد المشتركة بين الاتفاقيات المتعلقة بمكافحة الإرهاب؛ أما من حيث تعريف الإرهاب فإنَّ الأدبيات الكثيرة نسبياً التي وضعت لمكافحته لم تؤدي إلى وجود تعريف محدد ومتفق عليه، فهناك انقسام عميق في المجتمع الدولي حول تعريف الإرهاب،⁽¹¹⁾ وهو الأمر الذي ما يزال يقف عائقاً أمام إقرار اتفاقية شاملة لمكافحة الإرهاب في رحاب الجمعية العامة، على الرغم من المشاورات التي تمت والمسودات التي وضعت.

7 المادة الثانية، اتفاقية قمع تمويل الإرهاب.

8 المادة الأولى من معايدة منظمة المؤتمر الإسلامي لمكافحة الإرهاب الدولي، اعتمدت من قبل مؤتمر وزراء الخارجية دول المُتعقد في أوغادوغو، والمععقد خلال الفترة من 28 حزيران يونيو إلى 1 تموز/يوليو 1999.

9 يتضمن مشروع مسودة الاتفاقية المتعلقة بالإرهاب تعريفاً له يشمل: "محاولة التسبب أو التهديد بالتسبب بصورة غير مشروعة وعن عمد في آراءه روح أي شخص أو إحداث إصابات بدنية خطيرة به، أو بـ إلحاق أضرار جسيمة بممتلكات عامة أو خاصة بما في ذلك أي مكان للاستعمال العمومي أو مرفق تابع للدولة أو الحكومة أو شبكة النقل العام أو مرفق من مراقب التنمية الأساسية أو البيئة، أو جـ إلحاق ضرر بالممتلكات أو الأماكن أو المراقب أو الشبكات تنتج عنه أو يُرجح أن خسارة اقتصادية كبيرة عندما يكون الغرض من هذا الفعل سواء بطبيعة أو بسياقه، هو إشعاع الرعب بين السكان أو إرغام حكومة أو منظمة دولية على القيام بأي عمل من الأفعال أو الامتناع عن القيام به".

10 يقصد بالتمكين وكما عرفه برنامج الأمم المتحدة الإنمائي "زيادة قدرة الإنسان على احداث التغيير". كما تم تعريفه على انه "زيادة قدرة الأفراد وسيطرتهم على الموارد والمصادر والقرارات التي تؤثر على حياتهم". وردت هذه التعريف لدى، دليل التمكين القانوني للقراء، علاء شلي ومحسن عوض، 2013، القاهرة، منشورات المنظمة العربية لحقوق الإنسان وبرنامج الأمم المتحدة الإنمائي، ص 41-40.

11 الطيار، صالح ورفعت، أحمد (1998)، الإرهاب الدولي، القاهرة، مركز الدراسات العربيـ الأوروبي، ص 207. وحول صعوبة وضع تعريف للإرهاب أنظر أيضاً عبدالمجيد، فخرى عطالة (1989)، الإرهاب الدولي، المنفجرات، القاهرة، دار الكتاب الحديث، ص 13.

وبالرغم من هذا الاختلاف والإشكاليات التي تعيّر وضع مفهوم مُحدّد للإرهاب، إلا أن هناك ملاحظاتٍ عامَّةٍ يمكن الخروج بها في سياق مراجعة التعريفات المتعلقة بالإرهاب الواردة في الاتفاقيات الدوليَّة سالفَةِ الذَّكر، وتنمَّلُ في الآتي:

- تَسْمِيَّ التعريفات الخاصَّة بجريمة الإرهاب بكونها تعريفاً فضفاضاً، وتفتقد للضَّابط والمعيار الواضح لما يعَدُ فعلاً إرهابياً من عدمه⁽¹²⁾. وهذه الإشكالية تنبُّأ أساساً من عدم وجود تعرِيف واحدٍ مُتفقٍ عليه للإرهاب سواءً على المستوى الداخلي أو الدولي، وحتى على المستوى الفقهي أيضاً. إلا أنَّ التعريف الذي جاءَت به معاهدَة منظمة المؤتمر الإسلامي لمكافحة الإرهاب الدولي كان التَّعريف الأكثَر اتساعاً من التعريف الواردَة في الاتفاقيات الأخرى ويفتح الباب واسعاً أمام وضع العديد من الأفعال في سياق الإرهاب.
- اتفقت التعريف على الغاية من جريمة الإرهاب، وهي التَّروع وبَتَ الرُّعب في نفوس السُّكَّان أو إرغام الحكومات على القيام أو الامتناع عن عملٍ ما.
- باستقرار تعريف جريمة الإرهاب نجد بأنَّها لم تدرج ضمن مفهوم جريمة الإرهاب الأفعال ذات العلاقة بتغيير صفو العلاقات مع دولةٍ أجنبية أو القيام بأعمال من شأنها تعريض الدولة وأفرادها لخطر أعمالٍ عدائية أو تقويض نظام الحكم، كما أنها لم تنص على أنَّ القيام بأعمالٍ بهدف تعطيل الدستور أو القوانين أو الأنظمة تُعدَّ أعمالاً إرهابية، ولم تتضمَّن الإشارة إلى مفاهيم مثل: التَّروع أو التَّسويق للجماعات الإرهابية.

المطلب الثاني: استراتيجية الأمم المتَّحدة لمكافحة الإرهاب وولاية المُقرَّ الخاص المعني باحترام حقوق الإنسان في سياق مكافحة الإرهاب
اعتمدت الدول الأعضاء في الأمم المتَّحدة استراتيجية الأمم المتَّحدة العالمية لمكافحة الإرهاب في الثامن من أيلول لعام 2006، وهي عبارة عن قرار صادر عن الجمعية العامة للأمم المتَّحدة وخطَّة عملٍ مرفقة به⁽¹³⁾. وقد اتفقت الدول ولأول مرة على نهجٍ موحَّدٍ لمكافحة الإرهاب في الوقت الذي لم تستطع فيه الوصول إلى اتفاقية أو صكٍ دوليٍ شاملٍ لمكافحته. وتقوم الاستراتيجية على أربعة أركان أساسية هي:

- التَّدابير الرَّامية إلى معالجة الظروف المؤدية إلى انتشار الإرهاب (الجانب الوقائي).
- تدابير منع الإرهاب ومكافحته (الجانب العلاجي).
- التَّدابير الرَّامية إلى بناء قدرات الدول على منع الإرهاب ومكافحته وتعزيز دور منظومة الأمم المتَّحدة في هذا الصَّدد.
- التَّدابير الرَّامية إلى احترام حقوق الإنسان وسيادة القانون بوصفه الرَّكيزة الأساسية لمكافحة الإرهاب.

وتعَدَّ استراتيجية الأمم المتَّحدة لمكافحة الإرهاب من الوثائق الهامة التي أكدَت على أنَّ اتخاذ تدابير لمكافحة الإرهاب وحماية حقوق الإنسان هدفان لا يتعارضان، وعلى ضرورة التَّزام الدول أثناء مكافحتها للإرهاب بالالتزامات المفروضة عليها بموجب القانون الدولي لحقوق الإنسان، وعدم ادخال أيَّ جهدٍ لإنشاء نظامٍ وطني للعدالة الجنائية يتَّسِّم بالفعالية ويقوم على سيادة القانون.

في العام 2005م وما لمسَته الأمم المتَّحدة من انتهاكٍ واسعٍ لحقوق الإنسان باسم مكافحة الإرهاب في ظل غياب النَّصوص القانونية محدَّدة الدَّلالة ودقَّيقَة الصِّياغة في دول العالم، وبسبب الإخلال بمبدأ التَّوازن بين الأمن الوطني وحماية حقوق الإنسان من قبل الدول، فقد تمَّ استحداث منصب المُقرَّ الخاص المعني بحماية "حقوق الإنسان في سياق مكافحة الإرهاب"، والذي أكدَ على أنه في ظل غياب تعريفٍ شاملٍ وموجَّهٍ للإرهاب متفقٍ عليه عالمياً، يجب أن تتحصَّر قوانين مكافحة الإرهاب في مكافحة الجرائم التي تعكس خصائص السلوك الذي ينبغي قمعها في إطار مكافحة الإرهاب الدولي مع الالتزام في الوقت ذاته بضمانات المحاكمة العادلة وعدم الاحتجاز التعسفي وتوفير نظام عدالةٍ فعَالٍ.

وتمَّثَّلت أبرز مخرجات عمل المُقرَّ الخاص في إقراره تعريفٍ لمفهوم الإرهاب ضمن تقريره المُقدَّم إلى الجمعية العامة للأمم المتَّحدة عام 2012م في ضوء الممارسات الفُضلى للدول، وذلك على النحو الآتي⁽¹⁴⁾:

الإرهاب عملاً أو محاولةً للقيام بعمل، حيث أنَّ:

1. العمل:

- يتمَّثلُ في احتجاز مُتعمَّدٍ للرهائن.
- أو يهدف إلى التَّسبُّب في وفاة أو في إصابات بدنيَّة خطيرة لواحد أو أكثر من عامة السُّكَّان أو من شرائحهم.
- أو ينطوي على عنفٍ جسديٍّ مُميتٍ أو خطيرٍ ضد أحد أو أكثر من عامة السُّكَّان أو شرائحهم.

2. ينَّفذ العمل أو تجريم محاولة تنفيذه بهدف:

- إثارة حالة من الرَّعب بين عامة الناس أو جزءٍ منهم.
- إرغام حكومةٍ أو منظمةٍ دوليةٍ على القيام بفعلٍ ما أو الامتناع عن فعلٍ ما.

¹² شعيب، مختار (2004). الإرهاب صناعة عالمية، هبة مصر للطباعة والنشر، ص168.

¹³ القرار رقم 60/60 (288)، قرار صادر عن الجمعية العامة للأمم المتَّحدة في 8/أيلول لعام 2006، الدورة الستون، اليونان (46.120) من جداول الأعمال، منشور على الموقع الإلكتروني للمفوضية السامية لحقوق الإنسان <https://www.ohchr.org/ar/Pages/Home.aspx>

¹⁴ تقرير المُقرَّ الخاص المعني بحماية وتعزيز حقوق الإنسان في سياق مكافحة الإرهاب والمقدم إلى الجمعية العامة في دورتها السادسة عشر، بعنوان عشرة مجالات للممارسات الفضلى في سياق مكافحة الإرهاب، 22 ديسمبر 2010م، جنيف، منشورات مكتب المفوض السامي لحقوق الإنسان، ص19-18.

3. يتوافق العمل مع:

- تعريف الجريمة الخطيرة في القانون الوطني الذي سنّ لغرض الامتثال للاتفاقيات والبروتوكولات الدولية ذات الصلة بالإرهاب ولقرارات مجلس الأمن المتعلقة بالإرهاب.
 - أو جميع عناصر الجريمة الخطيرة كما حدّدها القانون الوطني.
- كما وضع المقرر الخاص نموذجًا قانونيًّا مستمدًا من الممارسات الفضلى للدول من حيث تعريف جريمة التحرير على الإرهاب؛ إذ أشار إلى أنه تعتبر جريمة توزيع أي رسالة إلى الجمهوري بشكلٍ متعمدٍ وغير قانوني أو توجيه أي رسالةٍ للجمهوري بأي طريقةٍ بقصد التحرير على ارتكاب جريمة إرهابية، حيث يتسبب هذا السلوك سواءً دعاءً بطريقٍ صريحٍ أو غير صريحٍ إلى ارتكاب جرائم إرهابية، في نشوء خطر ارتكاب جريمة أو أكثر⁽¹⁵⁾.
- وقد أشار المقرر الخاص في معرض تقريره إلى أن جريمة التحرير على الإرهاب يجب:
- أن لا تُفضي إلى تقييد حرية التعبير إلا بما هو ضروري لحماية الأمن الوطني أو النظام العام. (أي توفر القصد الخاص لقيام هذه الجريمة).
 - أن تكون محددة بلغة دقيقة مع تجنب أي تعابير مثل "تمجيد" أو "تشجيع" الإرهاب.
 - أن تنطوي على خطٍ موضوعيٍ فعليٍ بارتكاب العمل الذي تم التحرير عليه.
 - أن يشير نصها صراحة إلى عناصر القصد بما قصد إيصال رسالة وقصد التحرير على ارتكاب عمل إرهابي.
 - وفيما يتعلق بالتصور الذي وضعه المقرر الخاص لتعريف الإرهاب بالرجوع إلى الممارسات الدولية الفضلى، نلاحظ أنه شدد على أن تكون الصياغة القانونية دقيقة للركن المادي المشكّل للفعل. كما أكد على ضرورة عدم استخدام مصطلحات فضفاضة مثل "تمجيد أو تشجيع جماعة إرهابية"، وهو المصطلح الذي يمكن اعتباره مصطلحًا مرادًّا "ترويج جماعة إرهابية". مع التأكيد على أن طبيعة الفعل المشكّل للعمل الإرهابي لا يتضمن الإشارة إلى القيام بأعمال من شأنها تعكير صفو العلاقات أو القيام بأعمال أو خطابات أو نشر كتابات بهدف تقويض أو التحرير على تقويض نظام الحكم أو تعطيل الدستور أو الأنظمة.

المبحث الثاني: المعايير الوطنية ذات العلاقة بمكافحة الإرهاب ومقارنتها مع المعايير الدولية

تجدر الإشارة ابتداءً إلى أن العديد من الدول اتبعت سياسةً متشددةً في مكافحة الإرهاب ووضعت من القوانين المُجرمة لهذه الجريمة؛ نظرًا لخطورتها وتأثيرها على المجتمع ككل، إلا أن الدول في إطار مكافحتها للإرهاب تفاوتت في الالتزام بالأطر العامة في التشريع الجنائي، وفي مقدمتها مبدأ الشرعية فلا عقوبة ولا جريمة إلا بنص قانوني صريح ودقيق. كما وتفاوتت في التزامها بأصول الصياغة التشريعية القائمة على الوضوح والمفهومية والبعد عن التصوصق التي تحتمل التأويل والتفسير. كما أنها تفاوتت في التزامها بالقواعد الإجرائية العامة، وإن كانت قد تشدّدت أو توسيّعت في بعض المسائل الإجرائية، خاصةً ما يتعلق منها باحترام الخصوصية. كما أن الدول تفاوتت في التزامها بالمعايير الدولية لحقوق الإنسان المتعلقة بمكافحة الإرهاب في تشعّبها. وتنتناول في هذا المبحث مدى التزام المنظومة القانونية الأردنية المتعلقة بمكافحة الإرهاب بالمعايير الدولية لحقوق الإنسان في هذا الجانب.

المطلب الأول: اتساع نطاق التجريم في المنظومة القانونية المتعلقة بالإرهاب

تعريف الإرهاب

عرف المشرع الأردني الإرهاب في قانون منع الإرهاب رقم (55) لسنة 2006م وتعديلاته في المادة الثانية، حيث استخدم في تعريفه للإرهاب نصًّا يتسم بالتعقيد والبعد عن الإيجاز والوضوح. كما استخدم المشرع عدًّا من المصطلحات المترادفة، والتي تتسم أيضًا بالعمومية والاتساع، وهو الأمر الذي يخالف أصول الصياغة التشريعية.

إذ ترتبط البلاغة والوضوح ودقة المفهوم في الصياغة التشريعية بمبدأ العلم المفترض بالقانون وعدم جواز التذرع بالجهل به، والذي أصبح مبدأ دستوريًّا لارتباطه بقاعدة المساواة، ومبدأ عمومية وتجدد القانون، وبالتالي فإن التشريع غير المنسجم مع قواعد الصياغة هذه يمسّ ويتناقض مع مفهوم دولة الحق. وقد أكد المجلس الدستوري الفرنسي مُبكرًا على دستورية هذا المبدأ في قراره رقم DC 421-99 بتاريخ 16 كانون الأول 1999م، والذي جاء به: "إن مبادئ حقوق الإنسان والحرّيات والمساواة أمام القانون تصبح دون جدوى إذا لم يتّسّن للمواطنين الاطلاع بصورة جيدة على النظم القانونية المطبقة" (16) بوجههم.

كما كرر المجلس الدستوري الفرنسي تأكيده بموجب الفقرة الثانية من قراره رقم DC 500-2004 تاريخ 29 تموز 2004 على أن مبدأ وضوح التشريع، هو مبدأ دستوري. وألزم المشرع بتبيين أحكاماً دقيقةً بعيدةً كلًّا عن العموم، بهدف حماية أشخاص القانون من أي تفسيرٍ مُخالف للقانون.⁽¹⁷⁾

¹⁵ تقرير المقرر الخاص المعنى بحماية وتعزيز حقوق الإنسان في سياق مكافحة الإرهاب والمقدم إلى الجمعية العامة في دورتها السادسة عشر، بعنوان عشرة مجالات للممارسات الفضلى في سياق مكافحة الإرهاب، 22 ديسمبر 2010م، جنيف، منشورات مكتب المفوض السامي لحقوق الإنسان، ص. 21.

¹⁶ أشار للقرار ذاته مُرقص، بول، "كيف تُصاغ التشريعات في لبنان اليوم؟"، منشورات مرصد التشريع في لبنان، العدد 23، 2005، المكتبة الشرقية، بيروت، ص. 77، الموقع الإلكتروني الرسمي للمجلس الدستوري الفرنسي، www.conseil-constitutionnel.fr، تاريخ الاطلاع 2019/4/6.

¹⁷ الموقع الإلكتروني الرسمي للمجلس الدستوري الفرنسي، www.conseil-constitutionnel.fr، تاريخ الاطلاع 2019/4/6.

كما توسيع المشروع في بيان البواعث الدافعة إلى ارتكاب الجريمة، على الرغم من أنَّ البواعث لا يعدُّ عنصراً من عناصر التجريم كما هو مستقر عليه قانوناً، إلا في أحوالٍ محددة حصرًا⁽¹⁸⁾. علاوةً على أنَّ التعريف يربط بين ارتكاب جريمة الإرهاب وبين الإخلال بالنظام العام أو تعريض حياة الآخرين للخطر، في الوقت الذي قد تترتب هذه الآثار على أيَّة جريمة قد تُرتكب.

وعلى غير صعيد تضمن تعريف الإرهاب "... القيام بعملٍ يهدف إلى تعطيل الدستور أو القوانين أو الأنظمة"، واعتبر ذلك من قبيل الأفعال الإرهابية؛ وهو الأمر الذي لا يوجد له مثيل أو إشارة في الاتفاقيات الدولية التي طرقت إلى هذه الجريمة. وكذلك الأمر فإنَّ المقرر الخاص المعنى بحماية حقوق الإنسان في سياق مكافحة الإرهاب في تقريره الخاص الذي أشار فيه إلى الممارسات الفعلية في تعريف الإرهاب وأشار إلى أنَّ جريمة الإرهاب من حيث الهدف يجري تنفيذها بهدف إثارة الرعب بين عامة الناس أو جزءاً منهم أو إغام حكومة أو منظمة دولية على القيام بفعل أو الامتناع عن فعل ولم يتطرق إلى أنَّ تعطيل الدستور أو القوانين يعدَّ عملاً إرهابياً.

• الأفعال المجرمة في القانون:

أ. لجأ المشروع وبعد تعريفه لمفهوم الإرهاب إلى تحديد الجرائم التي تعدَّ في حكم الجرائم الإرهابية، وحيث أنَّ الركن الشرعي (النص القانوني) هو الذي يحدد النموذج القانوني للجريمة، فإنَّ هذا النموذج وحسب الأصول العامة للصياغة التشريعية لا بد وأن يكون واضح العناصر على نحو يضمن التَّحديد الدقيق للأركان؛ ليتمكن الفرد من ضبط سلوكه وفقاً له وذلك احتراماً لمبدأ الشرعية؛ فلا جريمة ولا عقوبة إلا بنصٍ قانوني صريح ودقيق، واحتراماً كذلك لمبدأ العلم اليقيني بالقانون.

ومما يؤخذ على قانون منع الإرهاب، وتحديداً المادة الثالثة منه اتساع المدلول الجرمي للأفعال الواردة وإمكانية تطبيق النصوص القانونية وفقاً للفعل المرتكب، ويتبَّع ذلك من خلال استعراض نص المادة الثالثة وتحديداً الفقرة (هـ) التي تعدَّ من أكثر البنود اتساعاً من حيث المدلول الجرمي وإمكانية تحديد السلوك الجرمي المشكَّل للرَّكن المادي المؤدي إلى قيام الجريمة. وتعدَّ هذه المادة أيضاً من المواد التي تتقطَّع بشكِّل كبير مع حرية التعبير ويصعب في كثير من الأحيان تحديد الفاصل والضابط بينهما؛ إذ يقوم الرَّكن الشرعي في هذه الجريمة على تجريم استخدام نظام المعلومات أو الشبكة المعلوماتية أو آية وسيلة نشر أو إعلام أو إنشاء موقع الكتروني تسهيل القيام بأعمال إرهابية أو دعم لجماعة أو تنظيم أو جمعية تقوم بأعمال إرهابية أو الترويج لأفكارها أو تمويلها أو القيام بأي عمل من شأنه تعريض الأردنيين أو ممتلكاتهم لخطر أعمال عدائية أو انتقامية. ومما يؤخذ على هذا النص طول العبارة التشريعية، وعدم ضبطها وإيجازها ووضوحها، وسعة مدلولاتها، واستخدام مصطلحات تؤدي إلى القياس في عملية التَّحريم.

وفي هذا الإطار تجدر الإشارة إلى أنَّ المحكمة الدستورية العليا اعتبرت في مصر أيضاً أنَّه واضح ومفهومية وبلغية النصوص القانونية مبدأ دستوريَاً في إحدى قراراتها، والذي جاء به: "إنَّ إهمال المشرع ضبط النصوص العقابية بما يحدُّد مقاصده منها بصورة ينسجم بها كل جدل حول حقيقتها، يُفقد هذه النصوص وضوحها وبقائها، وهما مُتطلَّبان فيها، فلا تُقدَّم للمخاطبين بها إخطاً معقولاً بما ينبغي عليهم أن يدعوه أو يأتهُ من الأفعال التي هاهم المشرع عنها أو طلبها منهم".⁽¹⁹⁾

ووفقاً للنص القانوني، فإنَّ مدلول الترويج⁽²⁰⁾ ينقشه الوضوح ليشكَّل ركناً مادياً وفعلاً إرهابياً بالنتيجة؛ فما هو الترويج؟ هل يعني إذاعة الأخبار أم تداول الفيديوهات والمقاطع الصوتية أم التَّقاش والتَّأييد لأفكار هذه الفتنة؟ أم أنه يرقى إلى مرتبة أعلى من ذلك ليشكَّل فعلاً على درجة من الجسامنة في المدلول والعقوبة في آن واحد. وكذلك هو الحال في استخدام مصطلح "دعم جماعة إرهابية"⁽²¹⁾، فما هي الأفعال التي تؤلَّف "دعماً"؟، وتجدر بالنتيجة إلى قيام الرَّكن المادي المشكَّل للجريمة.

إنَّ النتيجة المترتبة على هذا التوسيع في الدلالات والمصطلحات يؤدي بالضرورة إلى اتساع سلطة القضاء في التفسير والقياس والتَّأويل، وفتح باب الاجتهد واسعاً لتطبيقات الأفعال وفقاً للنصوص، وذلك خلافاً لما هو مستقرٌ عليه في السياسة التشريعية الجزائية.

ب. جريمة تعكير صفو العلاقات مع دولة أجنبية.

أدرج المشروع ضمن الجرائم التي تعدَّ في حكم الأفعال الإرهابية القيام بأعمال من شأنها أن تعرّض المملكة لخطر أعمال عدائية أو تعكر صلاتها بدولة أجنبية أو تعرّض الأردنيين لخطر أعمال ثأرية تقع عليهم أو على أموالهم. في الوقت الذي أدرج قانون العقوبات هذه الجريمة -في الباب الأول/ الفصل الأول- ضمن الجرائم "الواقعة على أمن الدولة الخارجي"، وتحديداً المادة (2/118) من قانون العقوبات.

¹⁸ تنص المادة (67) من قانون العقوبات رقم (16) لسنة 1960 وتعديلاته على أنَّ "1. الدافع: هو العلة التي تحمل الفاعل على الفعل أو الغاية القصوى التي يتواхما. 2. لا يكون الدافع عنصراً من عناصر التَّحريم إلا في الأحوال التي عتها القانون."

¹⁹ حكم المحكمة الدستورية العليا المصرية في القضية رقم 33 لسنة 16 قضائية (دستورية)، تاريخ 27/17/1996، الجريدة الرسمية، عدد 7، تاريخ 1/2/1996.

²⁰ هنا المصطلح لغوياً يعني، روج الشيء، جعله منتشرًا؛ أي يكتَر الطلب عليه، معجم لسان العرب.

²¹ في اللغة يعني مصطلح "الدعم" دعَمَ الشيء يَدْعُمُه دعْمًا: مال فأقامه، والدَّعْمُ أن يمْلأ الشيء، فَتَذَعَّمُه، معجم لسان العرب.

وقد توسيع المشروع في دلالات هذه الجريمة وأطлечها، وذلك خلافاً لما هو منصوص عليه في قانون العقوبات؛ إذ أنَّ الركن المادي في هذه الجريمة جاء مطلقاً، وهو القيام "بأعمال" بدون تحديد وصفها ودلالتها؛ مما يعني إمكانية شموله لأي عملٍ مهما كانت صورته وفي هذا توسيع غير محمود. كما أنَّ هذه الجريمة تعدَّ من جرائم الخطير التي لا يتطلب المشروع أن تتحقق النتيجة الجرمية، وهو الأمر الذي من شأنه اتساع نطاق التجريم. كما أنَّ المصلحة المحمية في تجريم هذا الفعل ضمن قانون منع الإرهاب غير واضحة؛ ويثير هذا تساؤلاً حول مدى انطباق وصف الأفعال الإرهابية على هذا الفعل، خاصةً في ظل وجود نصٍ مماثلٍ لهذه الجريمة في قانون العقوبات، جاءت تحت بند الجرائم التي تمسُّ أمن الدولة الخارجي، وتحديداً القانون الدولي.

وعلى صعيد آخر، فإن نص المادة (1/118) من قانون العقوبات يعاقب على جريمة تعكير صفو العلاقات بالاعتقال المؤقت مدة خمس سنوات، في حين يعاقب على هذه الجريمة في قانون منع الإرهاب بالأشغال الشاقة المؤقت؛ وهو الأمر الذي يثير تساؤلاً حول فلسفة المشروع في تغيير العقوبة المنصوص عليها في قانون العقوبات، وفلسفته ابتداءً في اعتبارها من الجرائم الإرهابية.

ج. جريمة تقويض نظام الحكم السياسي في المملكة أو التحرير على مناهضته

تعد المادة (149) من جرائم الإرهاب المنصوص عليها في قانون العقوبات⁽²²⁾، والتي تم إدخال منطوقها ضمن اختصاص محكمة أمن الدولة بموجب المادة (3/3) من قانون محكمة أمن الدولة رقم (17) لسنة 1959م. وتنص المادة (149) على الآتي:

"يعاقب بالأشغال الشاقة المؤقتة كل من أقدم على أي عملٍ من شأنه تقويض نظام الحكم السياسي في المملكة أو التحرير على مناهضته وكل من أقدم على أي عملٍ فرديٍ أو جماعيٍ بقصد تغيير كيان الدولة الاقتصادي أو الاجتماعي أو أوضاع المجتمع الأساسية".

وتتسم هذه المادة بإشكالياتٍ قانونية؛ كان من شأنها وضع عدد من الأشخاص ممن يمارسون حقهم في حرية التغيير ضمن دائرة التجريم، وتتمثل هذه الإشكاليات في الآتي: اتساع نطاق التجريم وعدم وضوح الركن المادي للجريمة؛ نظراً للصياغة التشريعية الفضفاضة للمصطلحات، مثل "تقويض نظام الحكم" و "تغيير كيان الدولة الاقتصادي أو الاجتماعي" و "أوضاع المجتمع الأساسية".

كما أنَّ هذه الجريمة تعدَّ من جرائم الخطير، والتي لا يتطلب المشروع تحقق نتيجة جرميةٍ لقيامتها؛ وهو الأمر الذي يؤدي إلى اتساع نطاق الملاحقة⁽²³⁾. وبصورة عامة فيما يتعلق بالصياغة التشريعية وإشكالياتها الواضحة في إطار جريمة تقويض نظام الحكم، يمكن الإشارة إلى أنَّ التشريع العربي عموماً يعتريه الثغرات التالية: ينطوي على نصوصٍ قديمة، مبعثر وغير موحد، غير متجانس إلى حدود التضارب، تكرار الإحالات من قانون إلى آخر، إلغاء قانون بأخر بصورةٍ ضمنية، قوانين غير مُبُوَّبة بالشكل الصحيح، أحياناً غير معنونة بشكلٍ لا يعكس مضمونها كاملاً، استخدام لغة وتعابير قانونية غير مدرosaة، قوانين منشورة بصورة بدائية. ويلخص أسباب القصور التشريعي هذا بالآتي⁽²⁴⁾:

- قوانين مستمدَّة من أحكام المجلة العثمانية، ونسخ التشريعات عموماً عن تشريعات أجنبية، وعدم ملاءمتها في معظم الأحيان ل الواقع وحاجاته.
- عدم كفاية السياسة التشريعية وآلية تحديث القوانين.
- عدم استعانته التَّواب عموماً بمستشارين قانونيين متفرِّجين، أو بذل الجهد من التَّواب لدراسة مشاريع القوانين بشكلٍ كافٍ.
- تراجع عدد رجال القانون الكبار لصالح رجال الأعمال بين التَّواب.
- تشابك الصَّالحيات بين الوزارات والإدارات المختلفة ما يعكس تشابكاً وتنازعاً بين القوانين.

المطلب الثاني: الخروج عن القواعد العامة المقررة في الأصول العامة

خرج المشروع الأردني عن القواعد العامة المقررة في قانون العقوبات وقانون أصول المحاكمات الجزائية، وذلك من حيث:

• الاشتراك الجرمي

خرج المشروع الأردني عن القواعد العامة المتعلقة بالاشتراك الجرمي، حيث أنَّ المادة (7/و) من قانون منع الإرهاب رقم 55 لسنة 2006م وتعديلاته تعاقب الشريك في أي جريمةٍ من الجرائم المنصوص عليها في القانون بأي صورةٍ من صور الاشتراك، بما في ذلك التدخل في الجريمة أو التحرير على مناهضتها في ارتكابها بعقوبة الفاعل الأصلي.

وفي هذا توسيعٌ وخروجٌ عن المنطق القانوني، وإهانةٌ لمبدأ التَّناسب بين الإثم الجنائي والعقوبة؛ إذ أنَّ الأفعال التي يقوم بها المتدخل -على سبيل المثال- أقل من حيث الخطورة الجرمية من الأفعال التي يقوم بها غيره من الشركاء، وممَا يُجافي مبدأ العدالة أن يوضع الجميع على قدم المساواة في إطار التجريم.

²² جاءت هذه المادة في الفصل الثاني من قانون العقوبات، والذي يحمل عنوان (في الجرائم الواقعة على أمن الدولة الداخلي).

²³ 1. كل جمعية أنشئت بقصد تغيير كيان الدولة الاقتصادي أو الاجتماعي أو أوضاع المجتمع الأساسية بأخذى الوسائل المذكورة في المادة (147) تُحل ويقضى على المتنبيين إليها بالأشغال الشاقة المؤقتة. 2. ولا تنقص عقوبة المؤسسين والمدبرين عن سبع سنوات. 3. إن الغذر المحل أو المخفف المن noug للمتآمرين بموجب المادة (109) يشمل مرتكي الجناية المتحدة أعلاه.

²⁴ مسرة، أنطوان، الأجهاد الدستوري في البلوغية والوضوح والمفہومية في الصياغة التشريعية، وثيقة ورشة عمل بعنوان: "آليات التشريع في النظام اللبناني اقتراحات ومشاريع القوانين الاتفاقيات الدولية دور القضاء"، عقدتها المؤسسة اللبنانية للسلم الأهلي الدائم ومؤسسة كونراد أدينauer، مكتبة مجلس التَّواب اللبناني بتاريخ 9/22/2016، العدد 42، المكتبة الشرقية، لبنان، 2017م.

• الشروع الجرمي

تُعتبر المادة (7/و) الفعل المؤلف للعمل الإرهابي قد قام سواءً أكان هناك شروعاً تاماً أم ناقصاً؛ وفي هذا خروج عن الأصول العامة الواردة في قانون العقوبات؛ فالمشرع الجزائري رتب على أنواع الشروع آثاراً قانونيةً مختلفةً خاصةً من حيث العقوبة المقررة، كما أنّ المشرع في قانون العقوبات لم يتطرق إلى الحالة التي يعيّل فيها الشخص اختيارياً عن ارتكاب الفعل الإرهابي، وذلك لمنح الأفراد فرصة التفكير في الرجوع عن ارتكاب الفعل الإرهابي الذي قد يرتكب.

• العقوبات

يميل المشرع إلى التشدد في العقوبات على الأفعال التي تشكل أفعالاً إرهابيةً بموجب القانون. وقد تضمن القانون بهذا الصدد نصاً يُنبع بالغموض؛ إذ أشارت المادة (7/ط) من قانون منع الإرهاب على أن يعاقب على كلّ عمل إرهابي آخر بالأشغال الشاقة لمدة خمس سنوات على الأقل. وفي هذا الإطار أكدت المحكمة الدستورية العليا المصرية في إحدى قراراتها على أنّ غموض التصوص العقابية يعني انفلاتها من الضوابط وتعذر تأويلاتها. فلا تكون الأفعال التي منعها المشرع أو طلبها محددةً بصورةٍ يقينية، بل شباكاً أو إشراكاً يلقهما المشرع مُتصيداً باتساعها أو إخفاءها من يقعون تحتها أو يخطئون مواقعها.⁽²⁵⁾

كما يُعاقب المشرع على جريمة الترويج لجماعةٍ إرهابيةٍ وجريمة تعكير صفو العلاقات مع دولة أجنبية بالأشغال الشاقة المؤقتة، وهو الأمر الذي يعد خروجاً عن مبدأ التناسب بين الفعل والعقوبة؛ إذ أنّ العقوبة لا بد وأن تتوافق وحجم الإثم الجنائي، وإلا أصبحت مضارها أكثر من منافعها. كما أنّ هذه العقوبة المقررة هي العقوبة ذاتها المقررة لجرائم تعدّ أشد خطورةً من الجرائم السابقة مثل: تقديم الأموال وجمعها وتدبيرها لاستخدامها في ارتكاب عملٍ إرهابيٍ، والالتحاق بجماعةٍ إرهابيةٍ، وهو الأمر الذي يعكس عدم أخذ المشرع بمبدأ التدرج في العقوبات.

• القواعد الإجرائية

يتضمن قانون منع الإرهاب في المادة الرابعة منه خروجاً عن القواعد العامة في الأصول الإجرائية؛ إذ أنّ للمدعي العام في حال ورود معلومة ذات أساس بأنّ أحدهم على علاقة بنشاط إرهابي أن يفرض رقابة على اتصالات هذا الشخص ومنعه من السفر. ومن حيث المبدأ، فإنّ اتخاذ إجراءات أكثر تشدداً لمحارحة الإرهاب، هو أمر أخذت به العديد من التشريعات، إلا أنّ اتخاذ إجراءات تمثّل وبشكل كبير بحق الأفراد في الحياة الخاصة، وبحق الأفراد في التنقل وغيرها من الحقوق يتطلب وجود دلائل قد تؤدي لارتكاب أعمالٍ إرهابية، وأن يتم الإشارة إليها، وعدم الاكتفاء فقط بالعبارة المهمة التي وردت في النص والمتعلقة (بوجود معلومات ذات أساس).

وفي هذا السياق، وفي إطار الحديث عن القواعد الإجرائية، لا بد من الإشارة إلى أنّ قانون الإتصالات الأردني رقم (13) لسنة 1995م وتعديلاته يعد من القوانين ذات العلاقة بمكافحة جرائم الإرهاب بصورة غير مباشرة؛ إذ من خلاله يتم تقديم التسهيلات الازمة لتبني الاتصالات وغيرها في حالات معينة، إلا أنّ هذا القانون يتضمن نصاً ينطوي على مخالفة دستورية، وذلك على النحو الآتي:

تنص المادة (29/ز) على أن: "تصدر الرخصة⁽²⁶⁾ بقرار من المجلس على أن ينظم عقد ذو صفةٍ إداريةٍ ويتضمن الشروط التالية، بالإضافة إلى أيٍ شروطٍ أخرى منصوصٍ عليها في هذا القانون أو الأنظمة الصادرة بمقتضاه وأيٍ استثناءات يقررها المجلس: ز. التزام المرخص له بتقديم التسهيلات الازمة للجهات المختصة لتنفيذ الأوامر القضائية والإدارية المتعلقة بتبني الاتصالات المحددة بذلك الأوامر".

كما هو واضح أعلاه، فإنّ نص المادة (29/ز) يلزم المرخص له بتقديم تسييلات تتبع الاتصالات للجهات الإدارية إلى جانب الجهات القضائية، وهو الأمر الذي يخالف نص المادة (18) من الدستور الأردني⁽²⁷⁾، والتي نصت بشكل واضح وجليٍ على سرية جميع وسائل الاتصال وعدم خضوعها للمراقبة أو الاطلاع أو التوقيف أو المصادرة، إلا بأمرٍ قضائيٍ وفق أحكام القانون.

ويفتح هذا النص الباب واسعاً أمام تبعيـة الاتصالات بناءً على أوامر إداريةً أيّاً كان مصدرها؛ إذ أنّ النص جاء مطلقاً، الأمر الذي قد يؤدي إلى التعسف في استعمال السلطة. والمسألة الأهم في هذا السياق، هو مخالفة هذا النص للدستور الذي حصر صلاحية إصدار أوامر مراقبة الاتصالات على الجهات القضائية.

²⁵ حكم المحكمة الدستورية العليا المصرية في القضية رقم 85 لسنة 18 قضائية (دستورية)، الجريدة الرسمية، عدد 29، تاريخ 19/7/1997.

²⁶ عرفت المادة الثانية الرخصة على أنها "الإذن المنوح من الهيئة أو العقد أو الاتفاقية الموقع أي مهما بين الهيئة والشخص للسماح له بإنشاء وتشغيل وإدارة شبكة اتصالات عامة أو تقديم خدمات اتصالات عامة أو استخدام ترددات راديوية، وذلك وفق أحكام هذا القانون والأنظمة الصادرة بموجبه" أما الشخص المرخص له عرفته المادة الثانية ذاكراً على أنها "الشخص الذي حصل على رخصة وفقاً لإحکام هذا القانون".

²⁷ هنا يضمون المادة (18) بعد التعديلات الدستورية لعام 2011م، علماً بأن الدستور الأردني نص في المادة (128) على التالي: "إن جميع القوانين والأنظمة وسائر الأعمال التشريعية المعمول بها في المملكة الأردنية عند نفاذ هذا الدستور تبقى نافذة إلى أن تلغى أو تعدل بتشريع يصدر بمقتضاه وذلك خلال مدة اقصاها ثلاثة سنوات".

الخاتمة:

شكلت منظومة حقوق الإنسان وحمايتها وتعزيزها منطلقاً أساسياً لمكافحة الإرهاب حمايةً لهذه القيم العليا في أي مجتمع، ومن هنا جاءت الصكوك الدولية لتأكيد وجود علاقة وثيقة بين الحفاظ على أمن المجتمعات ومكافحة الإرهاب باعتباره مظهراً يؤدي إلى اختراف هذا الأمن، إلا أن هذه الأمور والمُبررات شكلت مدخلاً لاتهام حقوق الإنسان أيضاً؛ الأمر الذي أوجد حالةً جدليةً حول الآلية المُثلَى للحفاظ على حقوق الإنسان والحفاظ على الأمن كقيمتين منسجمتين بدون الإخلال بأحدهما، وهو الأمر الذي حدا بالجمعية العامة للأمم المتحدة التأكيد مراراً على أن حماية حقوق الإنسان هي الوسيلة للحفاظ على الأمن والأدلة الفاعلة للوقوف في وجه الإرهاب؛ إذ أن مجتمعاً تُضمن فيه الحقوق وتُؤدي فيه الواجبات ويسمو فيه مبدأ سيادة القانون (دولة الحق) وتطبق فيه قيم المواطنة يُشكّل سداً منيعاً أمام الفكر الإرهابي والفكر المتطرف.

وفي إطار المنظومة الوطنية لمكافحة الإرهاب في الأردن ومدى اتفاقها والمعايير الدولية لحقوق الإنسان بدا واضحاً أن المشرع الأردني انتهج خططاً لم تراع المعايير الدولية في غالب الأحيان ولم تراع أصول الصياغة الجنائية القائمة على الوضوح ودقة الصياغة سواءً من حيث تعريف الإرهاب أو خروج التجريم عن القواعد العامة في قانون العقوبات أو من حيث قواعد التّجريم والعقاب.

وهو الأمر الذي تجسد في قانون منع الإرهاب الأردني رقم (55) لسنة 2006م وفي بعض نصوص قانون العقوبات، حيث اتسمت التصوص القانونية بالاتساع الأمر الذي يفتح الباب أمام تأويلها وتفسيرها، وكذلك خرج المشرع عن القواعد العامة في قانون العقوبات خاصةً ما تعلق منها بالشروع والاشتراك الجريمي في إطار مكافحة الإرهاب.

النوصيات:

وفي ختام هذا البحث نوصي بما يلي:

- ضرورة وجود اتفاقية شاملة لمكافحة الإرهاب تصل خلالها الدول إلى تحديد الأفعال الإجرامية الرئيسة التي تشکّل أفعالاً إرهابية.
- الالتزام بأصول الصياغة التشريعية عند وضع قوانين منع الإرهاب، وذلك باحترام مبدأ المشروعية ومبدأ اليقين الفعلي، والتقييد بأصول الصياغة التشريعية الجنائية التي يتوجب أن تتسم بالوضوح ودقة الصياغة بصورة تُسهم في قدرة الفرد على ضبط سلوكه وفقاً للنص القانوني.
- تعديل نص المادة الثانية من قانون منع الإرهاب بضبط التعريف أو إلغائه والاكتفاء بتحديد الأفعال التي تشکّل جريمة الإرهاب.
- تعديل المادة الثالثة من قانون منع الإرهاب، وذلك بإلغاء الفقرة (ب) المتعلقة بجريمة تعكير صفو العلاقات مع دولة أجنبية، خاصةً في ظل وجود نص مشابه لهذا النص في قانون العقوبات الأردني.
- تعديل الفقرة (ه) من المادة الثالثة من قانون منع الإرهاب المتعلقة بجريمة الترويج لأفكار جماعة إرهابية، وذلك بضبط النص وصياغته بصورة تُسّم بالوضوح ودقة الصياغة.
- الرجوع إلى القواعد العامة المتعلقة بالتمييز بين الشروع التام والشروع الناقص في الجرائم الإرهابية.

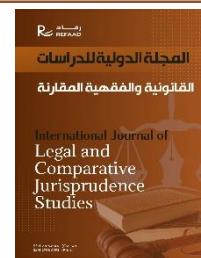
المراجع:**أولاً: المؤلفات**

1. جمال الدين، صلاح الدين. (2004). *إرهاب ركب الطائرات*. دار الفكر الجامعي.
2. رفعت، أحمد محمد. (2006). *الإرهاب الدولي*. دار الهبة للنشر.
3. شعيب، مختار. (2004). *الإرهاب صناعة عالمية*. هبة مصر للطباعة والنشر.
4. شلبي، علاء. (2013). *دليل التمكين القانوني للغير*. منشورات المنظمة العربية وبرنامج الأمم المتحدة الإنمائي.
5. الطيار، صالح ورفعت، أحمد. (1998). *الإرهاب الدولي*. مركز الدراسات العربي-الأوروبي.
6. عبد المهدي، فخرى عطالله. (1989). *الإرهاب الدولي*. المتفجرات. دار الكتاب الحديث.
7. مُرقص، بول. (2005). "كيف تصاغ التشريعات في لبنان اليوم؟". منشورات مرصد التشريع في لبنان، العدد 23، المكتبة الشرقية.
8. مسره، أنطوان. (2017). *الاجتهد الدستوري في البلوغية والوضوح والمفهومية في الصياغة التشريعية*. وثيقة وقائع ورشة عمل بعنوان: "آليات التشريع في النظام اللبناني: اقتراحات ومشاريع القوانين الاتفاقيات الدولية ودور القضاء"، عقدتها المؤسسة اللبنانية للسلم الأهلي الدائم ومؤسسة كونراد أدينauer، مكتبة مجلس النواب اللبناني بتاريخ 22/9/2016، العدد 42، المكتبة الشرقية.
9. Thornton, C.C. (1987). *Legislative Drafting, Third Edition*. Butterworth, p.80.

- ثانيًا: المراجع الدولية (المعاهدات، القرارات، التقارير)**
1. اتفاقية جنيف لنزع ومعاقبة الإرهاب، جنيف، 16 نوفمبر 1937 م.
 2. اتفاقية قمع تمويل الإرهاب، 1999 م.
 3. الآليات الدولية لتعزيز حرمة التعبير، الإعلان المشترك للمقرر الخاص للأمم المتحدة المعنى بحرمة التعبير، وممثل منظمة التعاون والتنمية في الميدان الاقتصادي المعنى بحرمة الإعلام، والمقرر الخاص بمنظمة الدول الأمريكية المعنى بحرمة التعبير (21 كانون الأول/2005 م).
 4. تقرير المقرر الخاص المعنى بحماية وتعزيز حقوق الإنسان في سياق مكافحة الإرهاب والمقدم إلى الجمعية العامة في دورتها السادسة عشر، بعنوان عشرة مجالات للممارسات الفضلى في سياق مكافحة الإرهاب، 22 ديسمبر 2010 م، جنيف، منشورات مكتب المفوض السامي لحقوق الإنسان.
 5. حقوق الإنسان ومكافحة الإرهاب (2008)، منشورات: المفوضية السامية لحقوق الإنسان.
 6. الدليل التشريعى للنظام القانونى资料 العالمى لمكافحة الإرهاب، مكتب الأمم المتحدة المعنى بالمخدرات والجريمة، الأمم المتحدة، نيويورك، 2008 م.
 7. قرارات الجمعية العامة للأمم المتحدة ذات الأرقام: (48/58، 56/133، 52/186، 50/122، 174/58).
 8. المبادئ الدولى المتعلقة بالتعريف بالشہیر، مبادئ حول حرمة التعبير وحماية السمعة المنظمة، المادة (19)، أيار 2000 م.
 9. مبادئ سيراکوزا لتفسير بنود التقييد الواردة في العهد الدولي الخاص بالحقوق المدنية والسياسية.
 10. معاهدة منظمة المؤتمر الإسلامي لمكافحة الإرهاب الدولي، 1999 م.

ثالثًا: الأحكام والقرارات القضائية

1. حكم المحكمة الدستورية العليا المصرية في القضية رقم (33) لسنة (16) قضائية (دستورية)، تاريخ 1/2/1996، الجريدة الرسمية، عدد (7)، بتاريخ 27/17/1996 م.
2. حكم المحكمة الدستورية العليا المصرية في القضية رقم (85) لسنة (18) قضائية (دستورية)، الجريدة الرسمية، عدد (29)، تاريخ 19/7/1997 م.
3. قرار المجلس الدستوري الفرنسي رقم (DC 421-99) بتاريخ 16 كانون الأول 1999 م.
4. قرار المجلس الدستوري الفرنسي رقم (DC 500-2004) بتاريخ 29 تموز 2004 م.
5. قرار محكمة بداية عمان رقم 876/2002، تاريخ 30/10/2010 م، برنامج قسطناس القانوني.



The Legal Framework of Terrorism Crimes under the International Standards of Human Rights and the National Legal System

Nahla Abed Alkader Almomani

PhD in public international law, National Center for Human Rights, Jordan

nahla400086@yahoo.com

Saif Ziyad Aljunidi

PhD in constitutional and administrative law, National Center for Human Rights, Jordan

aljunidisaf@hotmail.com

Received: 31/1/2022 Revised: 24/2/2022 Accepted: 19/3/2022 DOI: <https://doi.org/10.31559/LCJS2022.3.1.3>

Abstract: The balance between human rights the maintenance of order is one of the issues that causes controversy at both the international and internal levels due to the importance of these two axes in the advancement of society and the preservation of its economic, social, political and cultural entity. In this context, the crime of terrorism constitutes a concern for the international and national community due to its seriousness and because it is based mainly on the idea of intimidation and diminishing the security of both individuals and society to achieve illegal goals. At the same time, the international standards are related to combating terrorism stressed on the need to respect human rights in the context of combating terrorism and the adherence to the principles of drafting criminal legislation so that the individual can adapt his behavior in accordance with the law. Therefore, this article deals with the national legal context related to combating terrorism in Jordan and the extent to which it is coherent and consistent with the international context of combating terrorism.

Keywords: terrorism; general rules; legislative drafting; international standards; human rights.

References:

1. 'bd Almhdy, Fkhry 'taallh. (1989). Alerhab Aldwly. Almtfjrat. Dar Alktab Alhdyth.
2. Jmal Aldyn, Slah Aldyn. (2004). Erhab Rkab Alta'rat. Dar Alfkr Aljam'y.
3. Msrh, Antwan. (2017). Alajthad Aldstwry Fy Albwgħy Walwdwh Walmħwmyh Fy Alsyagħħ Altshry'yh. Wthyq Wqa" Wrshħħ 'ml B'nwan:"Alyat Altshry' Fy Alnzam Allbnany Aqtrahat Wmshary' Alqwanġy Alatfaqyat Aldwlyh Wdwr Alqda", 'qdha Alm'ssh Allbnany Llisl Alahly Alda'm Wm'sst Kwnrad Adynawr, Mktbt Mjls Alnwas Allbnany Btarbkh 22/9/2016, Al'dd 42, Almktbh Alshrqyh.
4. Murqs, Bwl. (2005). "Kyf Tusagh Altshry'at Fy Lbnan Alywm?". Mnshwrat Mrsd Altshry'e Fy Lbnan, Al'dd 23, Almktbh Alshrqyh.
5. Rf't, Ahmd Mhmd. (2006). Alerhab Aldwly. Dar Alnhdh Llnshr.
6. Sh'yb, Mkhtar. (2004). Alerhab Sna'h 'almyh. Nhdh Msr Lltba'h Walnshr.
7. Shlby, 'la'. (2013). Dlyl Altmkyn Alqanwnej Llfqra'. Mnshwrat Almnzvh Al'rbyh Wbrnamj Alamm Almthdh Alenma'y.
8. Altyar, Salh Wrf't, Ahmd. (1998). Alerhab Aldwly. Mrkz Aldrasat Al'rby-Alawrwby.

قراءة في إشكاليات بعض حالات الاختصاص الدولي للمحاكم البحرينية بين التوسيع والتضييق (دراسة تحليلية نقدية مقارنة)

محمد وليد المصري

أستاذ القانون الدولي الخاص المساعد- كلية الحقوق- جامعة البحرين- مملكة البحرين

malmasri@uob.edu.bh

قبول البحث: 2022/4/25

مراجعة البحث: 2022/4/12

استلام البحث: 2022/3/30

DOI: <https://doi.org/10.31559/LCJS2022.3.1.4>



This file is licensed under a [Creative Commons Attribution 4.0 International](#)



قراءة في إشكاليات بعض حالات الاختصاص الدولي للمحاكم البحرينية بين التوسيع والتضييق (دراسة تحليلية نقدية مقارنة)

محمد وليد المصري

أستاذ القانون الدولي الخاص المساعد- كلية الحقوق- جامعة البحرين- مملكة البحرين
malmasri@uob.edu.bh

استلام البحث: 2022/3/30 مراجعة البحث: 2022/4/12 قبول البحث: 2022/4/25 DOI: <https://doi.org/10.31559/LCJS2022.3.1.4>

الملخص:

لئن حرصت المواد المنظمة لحالات الاختصاص القضائي الدولي البحريني على تكريس ضوابط مختلفة تسعى لضمان وجود روابط وثيقة للنزاع مع البحرين، وملائمة محاكمها للنظر به، وضمان أكبر فعالية ممكنة للأحكام الوطنية في الخارج، إلا أنه يتضح من بعض هذه الحالات أنها تثير إشكاليات مرتبطة، إما بتضييق الاختصاص الدولي للمحاكم البحرينية، وإما على العكس بتوسيعه. من هنا، فإن أهمية هذه الدراسة تمثل في رصد هذه الإشكاليات من خلال إجراء مقاربة جديدة للمواد المنظمة لحالات الاختصاص البحريني في محاولة لطرح الحلول والتوصيات دون التوقف فحسب عند حدود موقف المشرع. وتظهر أهمية هذا الموضوع أيضًا لعدم وجود أي دراسة تحليلية مقارنة في الفقه البحريني لحالات الاختصاص الدولي للمحاكم البحرينية والتينظمها المشرع منذ صدور قانون المرافعات المدنية والتجارية عام 1971، أي منذ خمسة عقود من الزمن دون أن يتم إعادة النظر بها أو مراجعتها منذ ذلك الوقت. وقد خلصت الدراسة إلى عدة نتائج وтوصيات بتعديل بعض مواد الاختصاص القضائي الدولي بما يمنع الاختصاص للمحاكم البحرينية في بعض الحالات، أو على العكس عدم الابقاء على اختصاصها في حالات أخرى.

الكلمات المفتاحية: الاختصاص القضائي الدولي؛ ضوابط الاختصاص القضائي الدولي البحريني؛ القانون الدولي الخاص البحريني؛ المنازعات الخاصة الدولية؛ الاختصاص الدولي للمحاكم البحرينية.

المقدمة:

مشكلة الدراسة:

لحل تنازع الاختصاص القضائي الدولي، تعمد الدول لوضع قواعد خاصة تحدد بموجها اختصاص محاكمها، وبما ان هذه القواعد تستند إلى سياسة الدولة التشريعية، فإن الدولة تنفرد بوضعها بما يحقق أهدافها، إلا أن طبيعة العلاقات الخاصة الدولية، وضرورة تحقيق التعاون بين مختلف الأنظمة القضائية، تقتضي أن يستند تحديد الاختصاص الدولي أيضًا لضوابط ومعايير تعكس ارتباط النزاع بالدولة. من هنا، يحرص المشرع عادةً على تبني ضوابط شائعة على المستوى الدولي تسعى لتحديد حالات اختصاص محكمه دون التضييق منها، أو التوسيع بها دون مبرر بغير ضمان أكبر فعالية ممكنة لأحكامه خارج الحدود الوطنية، وضمان ملائمة قضائه للنظر بالنزاع وتحقيق حسن أداء العدالة، وتجنب إنكار العدالة، أو ما يعرف بالتنازع السليبي للاختصاص القضائي، وإلى التقليل ما أمكن من حالات التنازع الإيجابي للاختصاص القضائي بين الدول، وتفادي إصدار أحكام متناقضة في القضية الواحدة. وبعد القانون البحريني من بين التشريعات التي اعتمدت تقنين قواعد الاختصاص الدولي في المواد من 14 حتى 20 من

قانون المراهنات المدنية والتجارية،¹ خلافاً لتشريعات أخرى فضلت عدم تبني هذا الإتجاه كالقانون الفرنسي، الذي يحدد الاختصاص الدولي للمحاكم الفرنسية في أغلب الحالات من خلال تطبيق قواعد الاختصاص الداخلية (الاختصاص المحلي) على المستوى الدولي.² ويرر موقف المشرع البحريني هنا عدم وجود أي قواعد للاختصاص المكاني في مملكة البحرين، حيث تتواجد كافة المحاكم في العاصمة المنامة. ولئن حرصت المواد المنظمة لحالات الاختصاص القضائي الدولي البحريني على تبني ضوابط مختلفة تسعى لضمان وجود روابط وثيقة للنزاع مع البحرين، إلا أنه يتضح من بعض هذه الحالات أنها تثير إشكاليات مرتبطة إما بتضييق الاختصاص الدولي للمحاكم البحرينية، وإما على العكس بتوسيعه، وذلك بسبب عدم النص على الاختصاص تارة، أو بسبب التضييق من نطاق هذا الاختصاص تارةً أخرى.

أهمية الدراسة:

تبعد أهمية هذه الدراسة لكونها ستعنى بمتى وتحليل حالات الاختصاص الدولي للمحاكم البحرينية والتي تثير إشكاليات لبيان مدى توافقها مع ميزان الوسطية في المعادلة التي تستند إلى فكرة عدم التوسيع غير المقبول في الاختصاص من جهة، أو التضييق منه دون مبرر من جهة أخرى. صحيح أن المواد المنظمة للاختصاص القضائي الدولي البحريني مستندة بالأصل من القانون المصري، أسوة بغالبية التشريعات العربية، وبالتالي تناولتها كتب الفقه بالشرح والتحليل الكافيين - مما يجعل الدراسة غير معنية بهذا الجانب- ، إلا أن هناك حالات للاختصاص البحريني تختلف في بعض جوانبها عن القانون المصري وعن تشريعات بعض دول مجلس التعاون لدول الخليج العربية، مما يقتضي تناول ذلك. وتظهر أهمية هذه الدراسة بشكل خاص لكونها تشكل محاولة لقراءة جديدة لبعض هذه الحالات ورصد الإشكاليات التي تطرحها، ولا سيما في ظل عدم وجود أي دراسة تحليلية مقارنة في الفقه البحريني لحالات الاختصاص الدولي والتي نظمها المشرع منذ صدور قانون المراهنات المدنية والتجارية عام 1971، أي منذ خمسة عقود من الزمن دون أن يتم إعادة النظر بها أو مراجعتها منذ ذلك الوقت.

تساؤلات وأهداف الدراسة:

- تهدف هذه الدراسة لرصد الإشكاليات التي تثيرها بعض حالات الاختصاص الدولي للمحاكم البحرينية من خلال إجراء مقاربة جديدة للمواد المنظمة لها دون التوقف فحسب عند حدود موقف المشرع البحريني، وستتناول هذه التساؤلات ما يلي:
- هل يعد عدم نص المشرع البحريني على الاختصاص الشخصي للمحاكم البحرينية تضييقاً لحالات الاختصاص القضائي الدولي البحريني؟ وما مدى ضرورة النص على هذا الاختصاص تشعياً في ضوء تبني محكمة التمييز للاختصاص القائم على جنسية المدعى عليه البحرينية؟ وهل هناك ما يبرر عدم الالتفات بالاختصاص الشخصي الإيجابي للمحاكم البحرينية، وما مدى ضرورة إعادة النظر بالموقف الرافض له؟
 - لماذا ضيق المشرع نطاق اختصاص المحاكم البحرينية في دعوى إنهاء العلاقة الزوجية المرفوعة من زوجة أجنبية متقطنة في البحرين، أو دعوى نفقة الأم أو الزوجة أو الصغير، من حيث الأشخاص الذين يحق لهم التقدم بالدعوى، أو من حيث شروط انعقاد الاختصاص، وما مبرر ذلك؟
 - هل يوجد ما يبرر التوسيع في بعض حالات الاختصاص الدولي للمحاكم البحرينية من خلال اعتماد ضابط الاختصاص التشارعي كمعيار للاختصاص القضائي في دعاوى مسائل الأحوال الشخصية عموماً مجرد كون القانون البحريني واجب التطبيق؟ أو من خلال الضوابط القائمة على فكرة تحقيق حسن أداء العدالة أو تجنب إنكار العدالة؟
 - هل يعد الاختصاص القائم على الخصوص الاختياري المكرس في النص الحالي توسيعاً غير مشروط لاختصاص المحاكم البحرينية؟ وهل هناك ضرورة لمنع سلطة تقديرية للمحكمة بشأن هذا الاختصاص وفق كل حالة على حدة؟
 - ألن يؤدي عدم النص على اختصاص المحاكم البحرينية في إشهار الإفلاس إلى احتمالية التوسيع في اختصاصها بشأن الدعاوى المرتبطة بالإفلاس الذي يُشهر في البحريني؟

منهجية الدراسة:

اعتمدت هذه الدراسة المنهج الوصفي التحليلي الذي يستند إلى الوصف والاستقراء والتحليل والاستنباط المقارن من خلال تحليل النصوص القانونية الواردة في قانون المراهنات المدنية والتجارية البحريني المتعلقة بالاختصاص القضائي الدولي، ودراسة الآراء الفقهية والأحكام القضائية المتعلقة بها، ومن ثم مقارنة هذه النصوص القانونية والآراء الفقهية بما يماثلها في القانون المقارن، وذلك بهدف الوصول إلى النتائج والتوصيات المناسبة.

¹ المرسوم بقانون رقم (12) لسنة 1971 بإصدار قانون المراهنات المدنية والتجارية ، الجريدة الرسمية رقم 926 بتاريخ 22/7/1971 ، انظر حول حالات الاختصاص الدولي للمحاكم البحرينية د. عوض الله شيبة الحمد السيد ، شرح القانون الدولي الخاص البحريني، تنازع القوانين- تنازع الاختصاص القضائي الدولي . جامعة البحرين ، الطبعة الثانية 2017 . ص 395 ، د. محمد عبدالله حمود الدليبي، شرح قانون المراهنات البحريني، جامعة العلوم التطبيقية – مملكة البحرين ، الطبعة الأولى 2008 ، صفحة 85 و ما بعدها.

² YVON LOUSSUARN, PIERRE BOUREL, PASCAL DE VAREILLES – SOMMIERES, SARA, LAVAL, Droit international privé ,11 -ème Edition Dalloz, 2021, p350.
FRANCOIS MELIN, droit international privé, cours intégral, GUALINO ,2020-2021, p 33

MARIE-LAURE NIBOYET, GERAUD DE GEOUFFRE DE LA PRADELLE, Droit international prive ,7 -ème édition, L.G.D.J 2020 p 311

انظر المرجع ذاته بخصوص التشريعات الأوروبية من 360

BERNARD AUDIT, LOUIS D'AVOUT, Droit international privé, sixième édition ECONOMICA 2010, p 292
PIERRE MAYER, VINCENT HEUZE, Droit international privé 10 édition, Montchrestien 2010 p 201.

خطة الدراسة:

المقدمة

المبحث الأول: إشكاليات متعلقة بغياب بعض ضوابط الاختصاص القضائي أو بالتضييق من نطاق تطبيقها
المطلب الأول: غياب ضابط الاختصاص الشخصي

أولاً: غياب اختصاص المحاكم البحرينية القائم على جنسية المدعي عليه البحرينية (الاختصاص الشخصي السلبي) لا يمنع ولاية المحاكم البحرينية على المدعي عليه البحريني.

ثانياً: غياب اختصاص المحاكم البحرينية القائم على جنسية المدعي البحرينية (الاختصاص الشخصي الإيجابي) يمنع ولاية المحاكم البحرينية عندما يكون المدعي بحرينياً.

المطلب الثاني: التضييق من نطاق بعض ضوابط الاختصاص القضائي

أولاً: دعوى انقضاء الزواج: قصر دعاوى الفسخ والطلاق والانفصال على الدعاوى المرفوعة من زوجة متوطنة في البحرين.

ثانياً: دعاوى النفقات: قصر دعاوى النفقات على الأم والزوجة والصغير.

المبحث الثاني: إشكاليات متعلقة بتوسيع حالات الاختصاص الدولي للمحاكم البحرينية.

المطلب الأول: حالات توسيع الاختصاص القضائي المرتبطة بنوعية ضابط الاختصاص.

أولاً: اعتماد الاختصاص التشريعي كضابط لاختصاص المحاكم البحرينية بنظر دعاوى الأحوال الشخصية عموماً.

ثانياً: اختصاص المحاكم البحرينية المستند إلى ضابط الخصوص الإختياري للمحاكم البحرينية.

ثالثاً: اختصاص المحاكم البحرينية بكافة الدعاوى المتعلقة بإفلات أشهر في البحرين.

المطلب الثاني: حالات توسيع الاختصاص القضائي المرتبطة بتطبيق ضابط الاختصاص

أولاً: اختصاصمحاكم البحرين بنظر الدعوى المرفوعة على أجانب ليس لهم موطن او إقامة في البحرين اذا كان أحد المدعى عليهم له موطن او إقامة في البحرين.

ثانياً: اختصاص المحاكم البحرينية للنظر في كل طلب يرتبط بالدعوى الأصلية ويقتضي حسن أداء العدالة النظر فيه.

الخاتمة

التوصيات

المبحث الأول: إشكاليات متعلقة بغياب بعض ضوابط الاختصاص القضائي أو بالتضييق من نطاق تطبيقها

اعتمد المشرع البحريني ضابط موطن المدعي كضابط رئيسي للاختصاص القضائي الدولي، مستنداً بذلك إلى المبدأ السائد في العلاقات الداخلية، والذي يجد تطبيقاً شائعاً على المستوى الدولي باعتباره يقر لمحكمة دولة موطن المدعي عليه - أكثر من أي محكمة أخرى - بقدرها على القيام بالتحقيقات والإجراءات الازمة لتحقيق العدالة وجمع الأدلة، ولكن المدعي يسعى للمدعي عليه في موطنه (مادة 14 و مادة 15 فقرة 1 مравعات مدنية وتجارية).³

بذات الوقت، لم ينص المشرع البحريني على الاختصاص القائم على جنسية المدعي عليه (الاختصاص الشخصي السلبي) أو المدعي البحريني (الاختصاص الشخصي الإيجابي) (المطلب الأول)، كما أنه إتجه نحو التضييق من نطاق تطبيق ضوابط الاختصاص في بعض حالات الاختصاص المبني على نوع الدعوى عندما يكون المدعي عليه الأجنبي لا موطن أو إقامة له في البحرين (المطلب الثاني).

المطلب الأول : غياب ضابط الاختصاص الشخصي

يُعرف ضابط الاختصاص الشخصي بأنه الضابط الذي يمنع اختصاصاً قضائياً لمحاكم الدولة التي ينتهي إليها أحد أطراف الدعوى بجنسيته، ويدعى هذا الاختصاص بالسلبي إذا كان يستند إلى جنسية المدعي عليه، وبالإيجابي إذا كان يستند لجنسية المدعي.⁴

ولم يلق الاختصاص القضائي القائم على هذا الضابط اعتماداً من المشرع البحريني، مما يوحى بتوجه هذا الأخير نحو التضييق من اختصاص المحاكم البحرينية وحرمانها من ولايتها إذا كان المدعي عليه بحريني الجنسية (أولاً)، في حين أن الواقع العملي يثبت إعلان المحاكم البحرينية اختصاصها لنظر الدعوى المرفوعة على بحريني بالإستناد إلى اجتياز محكمة التمييز. إلا أنه، وفي المقابل، أدى غياب النص على الاختصاص الشخصي الإيجابي للمحاكم البحرينية إلى حرمانها من الاختصاص عندما يكون المدعي بحريني الجنسية (ثانياً).

³ انظر على سبيل المثال ، حكم محكمة التمييز البحرينية تاريخ 7 ابريل 2003 ، مجموعة احكام محكمة التمييز 2003 . صفحة 201.

⁴ BERNARD AUDIT, LOUIS D'AVOUT, Droit international privé, 6 -ème édition ECONOMICA, 2010, p 320.

د. محمد وليد المصري ، الوجيز في شرح القانون الدولي الخاص. دراسة مقارنة للتشریعات العربية والقانون الفرنسي، دار الحامد للنشر والتوزيع، عمان ، الطبعة الخامسة 2021. ص304.

أولاً: غياب اختصاص المحاكم البحرينية القائم على جنسية المدعى عليه البحرينية (الاختصاص الشخصي السلي) لا يمنع ولاية المحاكم البحرينية على المدعى عليه البحريني

لم ينص المشرع البحريني على الاختصاص القائم على جنسية المدعى عليه البحرينية، إلا أن ذلك لم يمنع القضاء البحريني من تقرير اختصاصه في هذه الحالة وفقاً للإجتهد القضائي، بما يوحي بعدم وجود أي تأثير لغياب النص على انعقاد الاختصاص المباشر البحريني. رغم ذلك، هناك أسباب عديدة تدعو، من وجهة نظرنا، للنص صراحة على هذا الاختصاص.

1. غياب النص على الاختصاص الشخصي السلي

لم ينص القانون البحريني على الاختصاص الشخصي السلي بخلاف العديد من التشريعات العربية كالقانون المصري، حيث تمنع المادة (28) من قانون المراقبات المدنية والتجارية المصري اختصاصاً للمحاكم المصرية في الدعاوى التي ترفع على مصرى ولو لم يكن له موطن أو محل إقامة في الجمهورية وذلك فيما عدا الدعاوى العقارية المتعلقة بعقار واقع في الخارج. والإماراتي (المادة 20 من القانون رقم 11 لسنة 1992 بشأن إصدار قانون الإجراءات المدنية)⁵ ، والكويتي (مادة 23 مرسوم بالقانون رقم 38 لسنة 1980 بإصدار قانون المراقبات المدنية والتجارية)⁶ ، وال سعودي (مادة 24 من نظام المراقبات الشرعية السعودية الصادر بالمرسوم الملكي رقم (م/1) بتاريخ 22/1/1435 الموافق 25/11/2013)⁷ والعراقي (مادة 14 من القانون المدني العراقي)⁸ ، فقد اقتصرت المادتين 14 و15 من قانون المراقبات المدنية بالنص على اختصاص المحاكم البحرينية عندما يكون المدعى عليه أجنبياً، ولم تتناول الفرضية التي يكون فيها المدعى عليه بحريني الجنسية، ولا نرى لماذا أغفل المشرع النص على هذا الاختصاص في الوقت الذي كرسه الإجتهد القضائي البحريني، وفي الوقت الذي لم يرى المشرع ما يمنع من انعقاد اختصاص المحاكم البحرينية بنظر الدعوى المفوعة على مدعى عليه بحريني فيما يتعلق باختصاص مجلس الولاية على أموال القاصرين (الذي يعتبر هيئة قضائية)، والذي يختص (بجميع مواد الولاية على المال بالنسبة للبحرينيين عموماً أيّاً كان دينهم ولو لم يكن لهم موطن أو محل إقامة في البحرين).⁹

2. تكريس محكمة التمييز البحرينية الاختصاص القضائي المبني على الجنسية البحرينية للمدعى عليه

في قرارها الصادر بتاريخ 27 فبراير 2006، أقرت محكمة التمييز البحرينية اختصاص المحاكم البحرينية المستند إلى جنسية المدعى عليه البحرينية أيّاً كان نوع الدعوى، فيما عدا الدعاوى العقارية المتعلقة بعقار واقع في الخارج، مستندة بذلك إلى ولادة القضاء الوطني على البحريني سواءً كان مقيناً في البحرين أو خارجاً . في هذه القضية طعن المدعى عليه البحريني أمام محكمة التمييز بعدم اختصاص المحاكم البحرينية لنظر الدعوى المرفوعة من المدعى الأجنبي مطالباً إياه بمبلغ مالي مقابل حقوقه العمالية مستنداً إلى اتفاق مكتوب بينهما يمنع الاختصاص لمحاكم انكلترا وويلز بخصوص أي نزاع ينشأ من العقد. رفضت محكمة التمييز الطعن، وأكملت على أنه ليس للمدعى عليه (أن يدفع بعدم اختصاص هذه المحاكم... ولا يجوز الاتفاق على الخروج من هذا الاختصاص لتعلقه بالنظام العام، لأن الدولة هي التي ترسم حدود ولادة القضاء فيها مقدرة في ذلك ما يلزم لتحقيق المصلحة العامة، وهي أداء العدالة بحسبانها من أهم الوظائف التي تتولاها وتبشرها بواسطة المحاكم، والتي تهدف إلى إقرار النظام والسكنية على إقليمها، ولن أغفل المشرع البحريني النص على هذا الحكم، فليس ذلك سوى أنه من المسلمات التي لا تحتاج إلى نص. لما كان ذلك وكان الثابت أن الطاعن "بحريني الجنسية" وأن الدعوى المرفوعة عليه من الدعاوى الشخصية المتعلقة بحقوق مالية، فإن محاكم البحرين تكون هي المختصة بنتظارها، وبصحي الاتفاق مع المطعون ضده على سلب هذا الاختصاص منها باطلًا وحابط الآخر لا يعتد به)¹⁰. وكررت المحكمة في أحکامها اللاحقة ذات الاعتبارات مؤكدة أن (اختصاص القضاء الوطني بالدعوى التي ترفع على البحريني يرجع إلى اعتبار القضاء مظهراً من مظاهر الدولة وتمتد ولاته إلى ما تمتد إليه هذه السيادة ومتعلقاً بالنظام العام لارتباطه بمهام الدولة الأساسية في تحقيق العدالة والسكنية على أراضيها).¹¹

غير أنه في حكم حديث لها صدر بتاريخ 21 يناير 2019¹² لم تكن محكمة التمييز بذات الوضوح الذي أبدته في الحكم السابق. في هذا الحكم، قبلت المحكمة الطعن المقدم من شركة بحرينية تعمل في البحرين -وليس لها فروع أو محل مختار في السعودية-. (بما يعني أن المحكمة السعودية لا تتمتع

⁵ قانون الإجراءات المدنية الإمارتي رقم 11 لسنة 1992، البوابة الرسمية لحكومة الإمارات العربية المتحدة

-<https://uae/ar-AE/information-and-services/justice-safety-and-the-law/litigation-procedures/general-provisions>

⁶ المرسوم بقانون رقم 38 لسنة 1980 باصدار قانون المراقبات المدنية والتجارية الكويتي : <https://law.almohammi.com>

⁷ نظام المراقبات الشرعية السعودية الصادر بالمرسوم الملكي رقم (م/1) بتاريخ 22/1/1435 الموافق 25/11/2013

<https://laws.boe.gov.sa/BoeLaws/Laws/LawDetails/f0eeae46-9fb4-40ee-815e-a9a700f268b3/1>

انظر د عوض الله شيبة الحمد السيد ، مرجع سابق ص 399. أ.د هشام صادق، دروس في القانون الدولي الخاص، الجنسيّة ومركز الإجانب، تنازع القوانين ، تنازع الاختصاص القضائي ، دار المطبوعات الجامعية ، 2015 ص 15. د. فؤاد رياض، د. سامية راشد، تنازع القوانين والاختصاص القضائي الدولي، وتأثير الأحكام الجنائية ، القاهرة ، دار الهبة العربية 1999، ص 498.

د. حسن الهداوي، تنازع القوانين وأحكامه في القانون الدولي الخاص العراقي، 1972، ص 238.

⁸ المادة (6) من المرسوم بقانون رقم (7) لسنة 1986 في شأن الولاية على المال ، العريضة الرسمية البحرينية العدد رقم 1688 تاريخ 4/3/1986.

⁹ انظر مجموعة احكام محكمة التمييز الطعن رقم 231 لسنة 2005-السنة 17-2006 صفحة 301.

¹⁰ الطعن رقم 531 سنة 2013 القاعدة رقم 73. انظر، ايضاً حكم محكمة التمييز تاريخ 21 يناير 2019 الطعن رقم 769 لسنة 2017 مجموعة الاحكام الصادرة من محكمة التمييز -السنة الثلاثون -الجزء الاول صفحة 66.

¹¹ انظر الطعن رقم 769 لسنة 2017 مجموعة الاحكام الصادرة من محكمة التمييز -السنة الثلاثون -الجزء الاول صفحة 66.

¹² انظر الطعن رقم 769 لسنة 2017 مجموعة الاحكام الصادرة من محكمة التمييز -السنة الثلاثون -الجزء الاول صفحة 66.

باختصاص بمواجهة الشركة البحرينية وفقاً للقانون البحريني)، والتي نعت فيه على حكم محكمة الاستئناف العليا المدنية اعتبار المحاكم السعودية (محكمة الدمام) مختصة لنظر الدعوى المرفوعة ضدها من قبل سعودي على الرغم من دفعها أمام المحكمة السعودية بعدم اختصاصها، وباختصاص المحاكم البحرينية بنظر الدعوى، لكنها شركة بحرينية وتعمل في البحرين، إلا أن محكمة الاستئناف العليا رفضت هذا الدفع، وقضت بإلزام الشركة البحرينية بأن تؤدي للمدعي السعودي مليوني ريال سعودي بموجب الشرط الجزائي المنفرد عليه، وحيث أن الأخير تقدم إلى محكمة التنفيذ في مملكة البحرين بطلب تنفيذ هذا الحكم، فقبل طلبه وفتح له ملف تنفيذ، وتم إعلان الشركة البحرينية بهذا الطلب مع تكليفها بالوفاء، فبادرت إلى رفع هذه دعوى بطلب رفض تنفيذه مؤقتاً لحين الفصل في الدعوى بحكم ذات.

استندت محكمة التمييز إلى اتفاقية تنفيذ الأحكام لدى مجلس التعاون لدول الخليج العربية لتقدير تنفيذ الحكم السعودي دون التحقق من توفر اختصاص هذه المحكمة وفقاً للقانون السعودي، أو أحكام الاتفاقية المذكورة مؤكدة ما يلي: (لما كانت اتفاقية تنفيذ الأحكام لدى مجلس التعاون لدول الخليج العربية... يكون الحكم الصادر من محاكم إحدى هذه الدول قابلاً للتنفيذ في أي منها متى كان قابلاً للتنفيذ في دولة المحكمة التي أصدرته، وتخضع الإجراءات الخاصة بتنفيذ الحكم لقانون الدولة المطلوب إليها التنفيذ، وأن تقتصر مهمة الجهة القضائية لدى تلك الدولة على التتحقق مما إذا كان الحكم قد توافرت له الشروط المنصوص عليها في الاتفاقية، وتأمر تلك الجهة باتخاذ التدابير اللازمة لتسبيغ على الحكم القوة التنفيذية كما لو أنه صدر من محاكم الدولة، فإن مفاد ذلك أن الأحكام الصادرة من محاكم أي دولة عضو في مجلس التعاون يجري تنفيذها في دولة البحرين كما لو كانت صادرة من محاكمها استثناءً مما نصت عليه المادة 252 من قانون المرافعات، فلا يطلب الأمر بتنفيذها بدعوى ترفع إلى المحكمة الكبرى المدنية حسب نص هذه المادة، وإنما يكون ذلك بطلب يُقدم إلى محكمة التنفيذ مباشرةً طبقاً لنص المادة 262 من ذلك القانون. وبناءً على ذلك قدم الحكم موضوع الدعوى إلى محكمة التنفيذ مباشرةً وفتح له ملف التنفيذ رقم ...، ولم يطلب تنفيذه بدعوى إلى المحكمة الكبرى وفقاً لنص المادة 252). وبالتالي، يلاحظ أن المحكمة فوتت فرصة مناقشة اختصاص المحاكم البحرينية بالدعوى المرفوعة ضد المدعي عليها البحرينية، ونقضت الحكم الاستئنافي فقط من جهة اعتباره محكمة التنفيذ مختصة في منازعة التنفيذ، بينما كان الاختصاص للمحكمة الكبرى المدنية بهذا الشأن، الأمر الذي يشير بأن هذا الحكم يتوجه ضمئياً فقط إلى ترجيح الاختصاص القضائي الدولي البحريني في الدعوى الموضوعية المرفوعة على الشركة البحرينية. كما أنها لم تجد بعد هذا الحكم أي حكم آخر لمحكمة التمييز حول هذا الموضوع لتتمكن من متابعة موقف الاجتهد القضائي بهذا الشأن.

وبكل الأحوال، وفي ضوء الاجتهد القضائي المذكور، يبقى التساؤل مطروحاً حول سبب استمرار غياب نص مباشر يكسر الاختصاص القضائي القائم على جنسية المدعي عليه البحرينية دون أن تكون المحاكم البحرينية مضطورة في كل قضية أن تبرر اختصاصها، أو أن تناقش الدافع المثار بهذه الشأن.

3. تقديرنا: اقتراح النص صراحة على اختصاص القضاء البحريني إذا كان المدعي عليه بحريني الجنسية

على الرغم من موقف محكمة التمييز المذكور أعلاه، فإن التساؤل يبقى قائماً حول سبب استمرار غياب نص قانوني يكسر الاختصاص الشخصي السلي. كما يظل التساؤل مطروحاً أيضاً بشأن مدى فعالية الحكم البحريني الصادر بالإستناد إلى جنسية المدعي عليه البحريني دون نص قانوني يكسر هذا الاختصاص. بعبارة أخرى، هل اعتبار الاختصاص القضائي البحريني القائم على جنسية المدعي عليه من "المسلمات" (وفق تعبير محكمة التمييز) سيكون كافياً أو مقنعاً لقاضي التنفيذ الأجنبي لضمان نفاذ وفعالية الأحكام البحرينية؟

ألا يوجد احتمال أن تواجه هذه الأخيرة معضلة قانونية حين قيام القاضي الأجنبي بالتحقق من اختصاص المحكمة البحرينية، ورفضه الاعتراف بمحكمها لغياب أي نص يمنحها اختصاصاً لنظر التزاع، لا سيما إذا كان القانون الأجنبي (قانون بلد تنفيذ الحكم البحريني) يكسر نصاً مشابهاً للنص البحريني المتعلق بتنفيذ الأحكام الأجنبية في البحرين والذي يشرط أن تكون المحكمة الأجنبية مصدرة الحكم مختصة طبقاً لقواعد الاختصاص القضائي الدولي المقررة في قانونها؟ (مادة 252 – فقرة 1 من قانون المرافعات المدنية والتجارية). ثم لماذا لا يحسّن المشرع هذه المسالة، وينحو منحى المشرعين العرب الذين كرسوا هذا الاختصاص بنص تشريعي مباشر؟

في حقيقة الأمر، لن يكون الاجتهد القضائي لمحكمة التمييز البحرينية التي أرست الاختصاص القائم على جنسية المدعي عليه بذات قوة وأهمية النص التشريعي. كما أن المبررات التي ساقتها هذه المحكمة تبقى غير كافية من وجهة نظرنا. فإذا كان لا أحد ينزع اعتبار المحكمة العليا لمسألة تنظيم القضاء في الدولة، أمراً سيادياً ومتعلقاً بالنظام العام لارتباطه بهم암 الدولة الأساسية في تحقيق العدالة والسكنية على أراضيها، إلا أن اعتبارها لاختصاص المحاكم البحريnen لننظر الدعوى المرفوعة على بحريني من "المسلمات" يتطلب مراجعة وإعادة نظر، إذ وفقاً لمنطق العلاقات بين الأنظمة القضائية المختلفة، ومبادئ القانون الدولي الخاص، لا يمكن اعتبار أي حالة من حالات الاختصاص القضائي الدولي البحريني أو غيره من "المسلمات"، دون أي ضوابط أو معايير واضحة ومحددة تحكمه، فكيف بالاختصاص الشخصي القائم على جنسية أطراف الدعوى الذي يستند لضابط شخصي.

كما أن صفة النظام العام التي أحقرتها محكمة التمييز بالاختصاص الشخصي السلي منتقدة من وجهة نظرنا، فإذا رفع الأجنبي الدعوى ضد بحريني أمام محكمة أجنبية (أو مثل البحريني أمامها دون الدفع بعدم اختصاصها)، أو اتفق أطراف الدعوى على منح الاختصاص لمحكمة أجنبية، فإن الحكم الأجنبي الصادر من هذه الأخيرة يبقى محتفظاً بقابلية النفاذ في البحرين، والقول بغير ذلك سيجعل الاختصاص البحريني المستند إلى جنسية المدعي عليه اختصاصاً حصرياً، وسيؤدي وبالتالي لمنع تنفيذ أي حكم أجنبي صادر ضد بحريني، ولا نعتقد أن إرادة محكمة التمييز قد توجبت لهذه النتيجة. فهذا الاختصاص وضع لمصلحة المواطن البحريني بأن يمثل أمام محاكم بلاده، مما يعطيه الحق بالتنازل عنه بالاتفاق المسبق، أو بقبوله المثول

أمام محكمة أجنبية إذا اقتضت مصلحته ذلك، الأمر الذي يتوجب أن تُنفي صفة النظام العام عن الاختصاص الشخصي السلي. ويتفق رأينا هذا مع موقف محكمة النقض الفرنسية الذي يرفض تنفيذ أي حكم أجنبي صادر بمواجهة فرنسي لم يتخلص صراحة عن اختصاص محاكم بلاده أثناء مثوله أمام المحكمة الأجنبية مصدرة الحكم¹³. وعلى الرغم من صدور قرار Prieur بتاريخ 23 مايو 2006¹⁴ (الذي تراجعت فيه محكمة النقض الفرنسية عن اعتبار الاختصاص الشخصي انتهاكاً حسرياً بتأكيدها على أن المادة 15) من القانون المدني لا تكرس سوى اختصاصاً اختيارياً للمحاكم الفرنسية لا يمكنه أن يقصي الاختصاص غير المباشر للمحكمة الأجنبية، فإن محكمة النقض الفرنسية ما زالت ترفض تنفيذ أي حكم أجنبي يصدر بمواجهة فرنسي لم يتنازل عن اختصاص محاكم بلاده.

الخلاصة: أمام هذه الإشكالات التي يثيرها الإجهاض القضائي البحريني حول هذه المسألة يبدو النص على الاختصاص الشخصي السلي بنص مباشر الحل الأمثل والمفضل أسوة بالعديد من تشريعات دول مجلس التعاون لدول الخليج العربية والتشريعات العربية الأخرى، وأسوة بالقانون الفرنسي (المادتين 14 و 15 من القانون المدني).

ثانياً: غياب النص على اختصاص المحاكم البحرينية القائم على جنسية المدعي البحرينية (الاختصاص الشخصي الإيجابي) يمنع ولاية المحاكم البحرينية عندما يكون المدعي بحرينياً

لم ينص المشرع البحريني على اختصاص المحاكم البحرينية إذا كان المدعي بحريني الجنسية، مما يمنع ولاية المحاكم البحرينية في هذه الحالة. وإذا كان الاختصاص القضائي القائم على جنسية المدعي قد شكل موضوع نقاش فهي تقليدي بينأغلبية مناهضة وأقلية مؤيدة، إلا أن طرح هذه المسألة وإعادة قراءتها بمقاربة مختلفة تقتضي برأينا التفكير جدياً بمراجعة الموقف المناهض للاختصاص الشخصي الإيجابي، والقبول به في التشريع البحريني لعدة أسباب وهي:

- سبق وأن كرس المشرع البحريني (وغالبية التشريعات العربية) ضابط جنسية المدعي لمنع الاختصاص للمحاكم البحرينية للنظر بالدعوى المرفوعة من بحريني في مسائل الأحوال الشخصية عموماً، بنص المادة (15) فقرة (6) من قانون المرافعات التي جاء فيها: (اختصاص محاكم البحرين بنظر الدعاوى التي ترفع على غير البحريني الذي ليس له موطن أو محل إقامة في البحرين في الحالات الآتية: إذا كانت الدعوى متعلقة بمسألة من مسائل الأحوال الشخصية وكان المدعي وطنياً أو أجنبياً له موطن في البحرين وذلك إذا لم يكن للمدعي عليه موطن معروف في الخارج أو كان القانون البحريني واجب التطبيق)¹⁵ فلماذا لا يقر ذات الضابط أيضاً بشكل عام دون تقديره بمسائل الأحوال الشخصية، طالما أن الفكرة بذاتها مقبولة لديه، لا سيما أن دعاوى الأحوال الشخصية تشكل غالبية كبيرة للدعوى في العلاقات بين الأفراد العابرة للحدود؟

وبالرغم على الرأي الذي يعتبر معيار جنسية المدعي غير صالح لوحده ليكون أساساً لعقد الاختصاص الدولي، لاستناده إلى مفهوم المحاباة لطرف واحد من أطراف الدعوى¹⁶، وبأن هذا الاختصاص لن يعود على المدعي بأي منفعة تذكر، (لأن مركز نشاط خصمه (المدعي عليه) الأجنبي يكون في أغلب الأحيان في وطنه حيث تتوارد أيضاً أمواله، وبالتالي، فإن الحكم الذي سيصدر عن القضاء الوطني للمدعي لن تكون له فعالية في بلد موطنه المدعي عليه)، يمكن القول بعدم وجود ما يمنع من تكريس الدولة مثل هذه المحاباة مواطنها، فمعيار الجنسية معمول به كضابط للاختصاص القضائي في القانون الدولي الخاص، وسبق أن طبقته تشريعات قطعت أشواطاً بعيدة في هذا الفرع من القانون، كالقانون الفرنسي (المادتان 14 و 15 من القانون المدني). كما أخذ به المشرع الجزائري في المادتين 41 و 42 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية¹⁷. وإذا استبعد هذا الضابط من نطاق الإتحاد الأوروبي وفقاً لاتفاقية بروكسل لعام 1968 واتفاقية لوغانو لعامي 1988 و 2007¹⁸، أن الإجهاض القضائي الفرنسي ما زال مستمراً في الأخذ به ضمن النطاق الوطني استناداً للمادتين 14 و 15 من القانون المدني، بل أن محكمة النقض الفرنسية ذهبت بعيداً في موقفها حين اعتبرت بأنه لا يعد تنازلاً عن امتياز اختصاص القضاء الفرنسي اضطراراً لرفع دعوى أمام القضاء الأجنبي إذا كان رفعه للدعوى ضرورياً للحفاظ على حقوقه، حيث جاء في حكمها: (...بما أن محكمة استئناف باريس اعتبرت أن السيد... قد تنازلت عن اختصاص المحاكم الفرنسية دون أن تبحث فيما إذا كان رفعها لهذه الدعوى خارج فرنسا كان مستندًا لأسباب... للحفاظ على حقوقها بعد أن طردت من

Bernard Audit -Droit international privé, op. Cit. P 3201
Rev.crit.DIP.2006, P.870, Note GAUDEMENT-TALLON

وقد اتخذت محكمة النقض الفرنسية موقفاً مماثلاً بشأن المادة 14 من القانون المدني، انظر في هذا السياق

Cass. Civ 22 mai 2007 : Gaz. Pal 2007, Jurisprudence 1918, note, note NIBOYET.

Cass.civ 25 octobre 2001, J.dr. In, pr1065 cour d'Apple de Paris

Cass-1ere ch. civile Arrêt n589 du 28 mars 2006, <https://www.courdecassation.fr/publications>

Cass -civ Arrêt n 771 du 1er juillet 2009 <https://www.courdecassation.fr/publications>

انظر أيضاً في ذات المعنى

Bernard AUDIT. Droit international privé 6 -ème Edition Economica p408, note 3 .

¹⁴ Rev.crit.DIP.2006, P.870, Note GAUDEMENT-TALLON

وقد جاء ذات النص في القانون المصري في المادة 30- فقرة 7 من قانون المرافعات المدنية والتجارية، انظر د. هشام خالد، القانون القضائي الخاص الدولي، دار الفكر الجامعي، 2001، ص 49 د.

عكاشه عبد العال و. د. سامي بديع منصور، القانون الدولي الخاص، الدار الجامعية، بيروت، 1995، ص 437. وفي القانون الكويتي - مادة 24 من قانون المرافعات المدنية والتجارية.

¹⁶ انظر على سبيل المثال، في الفقه البحريني، د. عوض الله شيبة الحمد... مرجع سابق، ص 401.

¹⁷ كمال سمية، تطبيق قانون القاضي على المنازعات الدولية الخاصة ،اطروحة دكتوراه ،جامعة أبو بكر بلقايد -تلمسان 2015-2016 ، ص 62 وما بعدها.

¹⁸ Bernard AUDIT, Louis D'AVOUT, Droit international privé 6 -ème édition, ECONOMICA 2010, n 64 p.51

منزلها بالقوة من قبل زوجها... وهي ضرورات مطلقة دفعت السيدة... للجوء لمحكمة أجنبية بحيث أنها لم تكن تمتلك والحال كذلك الإرادة الحرة في التنازل عن حقها برفع دعواها أمام المحاكم الفرنسية، فإن حكمها يكون مشوباً بالقصور في التسبيب.¹⁹

كما أنه ليس من المؤكد أن الحكم البحريني المستند للاختصاص القائم على جنسية المدعي البحرينية سيكون عديم النفاذ أو الفعالية خارج البحرين، إذ يمكن للمدعي عليه أن يمتلك أموالاً في البحرين، وبالتالي سيكون من مصلحة البحريني مقاضاته في المملكة لسهولة التنفيذ على هذه الأموال، وتجنبًا لإجراءات الأمر بالتنفيذ التي سيضطر للقيام بها في البحرين فيما لو حصل على الحكم منمحاكم أجنبية.

أخيرًا ، يؤكد بعض الفقه أن (عدم الأخذ بمعيار جنسية الوطني يؤدي إلى حرمانه من الحق في القاضي الطبيعي ومن الحماية القضائية، ذلك أن إلزامه بالانتقال للخارج حيث موطن المدعي عليه الأجنبي، وتحمل ما ينبع عن ذلك من مخاطر وتعثرات وأعباء مالية يمنعه عمليًا من اللجوء إلى جهة قضائية تمكّنه من الحق في القاضي الطبيعي، وهو قاضي دولته غير الماجور منه خصوصًا في الوقت الحاضر وما يشهده من عوائق في تنقل المواطنين من دول الجنوب إلى الشمال بسبب الاحتياطات الأمنية وما يشاع من حرب على الإرهاب، وهو ما يبرر اعتماد معيار مستحدث لإسناد الاختصاص القضائي الدولي، وهو معيار الضرورة...).²⁰ ويرى هذا الرأي بأن معيار جنسية المدعي هو معيار منطقي ومقبول (وجاء لمجاهدة وضع من الاستحالة، ولا يلزم أحد بالمستحيل، وهو مقبول قانونًا، لأنه يؤدي إلى إلزام الدولة أو التزامها بواجب توفير القاضي الطبيعي، وبالتالي ضمان الحق في القاضي الطبيعي لمواطنيها أولًا. وإذا لم تلتزم بهذا الواجب تكون قد أخلت بأحد التزاماتها الدولية، أي إزاء المجتمع الدولي من جهة، ومن جهة أخرى، إن حرمان المتلاقي من حق اللجوء لمحاكم دولته إزاء هذا الوضع من الاستحالة سوف يؤدي إلى نكران مستتر للعدالة. إن تحميم الطالب تبعه مصاريف مقاضاة المطلوب لدى قضاء مقر إقامته يمكن أن يجحف بحقوق الطالب، بل حتى أن يحول دونه دون حقه في ممارسة حق التقاضي، سواء بسبب ارتفاع تكاليف التقاضي بالخارج ، أو بسبب عجزه عن الانتقال إلى الخارج).²¹

ونضيف من جهتنا، بأن جائحة كورونا ساهمت بشكل كبير بوضع المزيد من الصعوبات والعرقلات أمام تنقل الأفراد بسبب حالات الحجر والتدابير التي اتخذتها كل دول العالم، بالإضافة للتکاليف الأخرى التي فرضها إجراء فحوصات الوباء، ناهيك عن الخوف من التقطاف العدوى. من هنا، فإن النص على الاختصاص القضائي القائم على جنسية الوطني قد يكون الحل الضروري والناجع في عصر "الأوبئة والازمات"²² ولربما عصر الحروب والتداعيات الاقتصادية التي تفاقمت منذ مطلع عام 2022.²³

وعليه، نقترح أن ينص المشرع البحريني على اختصاص المحاكم البحرينية بالدعوى المرفوعة من بحريني -باستثناء الدعاوى العقارية الكائنة خارج البحرين- بشرط لا تكون لهذا الاختصاص صفة النظام العام، أي لا يكون اختصاصاً مانعاً (حصرياً) من أي اختصاص. سيكون هذا الاختصاص بمثابة ميزة ممنوعة لبحريني، فإن شاء استخدمها، وإن أراد تنازل عنها وفقاً لما تقتضيه مصلحته. فإذا تنازل البحريني عن رفع الدعوى أمام محاكم بلاده، فلا يمكن له رفع ذات الدعوى مرة أخرى أمام محاكم المملكة أو الدفع بعدم إمكانية تنفيذ الحكم الأجنبي الصادر ضده. ونقترح أيضًا عدم إعمال هذا الاختصاص في فضاء الدول العربية، والذي كما هو معلوم، تسرى فيه أحكام اتفاقية الرياض العربية للتعاون القضائي (المواد : 25-26(27-27)، واتفاقية تنفيذ الأحكام والإثباتات والاعلانات القضائية بدول مجلس التعاون لدول الخليج العربية (1997) (المواد 4 و 5 و 6) واللتان لم تعتمدا الجنسية كضابط للاختصاص القضائي، وحدتا حالات الاختصاص القضائي بالإستناد بشكل أساسي إلى موطن المدعي عليه في إحدى الدول المتعاقدة. من هنا، يقتصر اقتراحتنا بتطبيق الاختصاص الشخصي الإيجابي البحريني على المدعي عليهم المتقطعين خارج الدول العربية.

⁵Cass. Civ Arrêt n : 1212, 3decembre 2008- <https://www.courdecassation.fr/publications>

Cass.Civ.1re, 29 février 2012 « La compatibilité de l'article 14 du Code civil avec les droits fondamentaux, une question dépourvue de caractère sérieux ? A propos de l'arrêt Cass.civ.1re, 29 février 2012, Revue critique de droit international privé 2012 (N4) page 775....\...

... كما قررت محكمة النقض الفرنسية بأنه طالما لم يبيِ المدعي الفرنسي أي تنازل عن حقه في رفع الدعوى أمام القضاة الفرنسي وفقاً للمادة (14) من القانون المدني، وبأنه لم يرفع فعلياً أي دعوى أمام محكمة أجنبية (أي أنه لم يتخلى صراحة عن اختصاص المحاكم الفرنسية)، فإن مجرد إعلان نيته في رفع دعوى خارج فرنسا لا يفيد تنازله عن الاستفادة من الميزة التي منحتها له المادة (14) المذكورة.

¹ فاطمة الزهراء بن محمود، منظومة القانون الدولي الخاص التونسي، منشورات مجمع الاطرش لكتاب المختص ،طبعة الاولى 2016، ص. 45.

²¹ فاطمة الزهراء بن محمود ،مرجع سابق ،ص 45 ، انظر ايضاً في مفهوم استحالة اللجوء لمحكمة أجنبية كضابط للاختصاص القضائي في القانون الدولي الخاص لكنون الاستحالة تؤدي الى نوع من إنكار العدالة.

LE DÉNI DE JUSTICE EN DROIT INTERNATIONAL PRIVÉ, PRESSES universitaires d'Aix-Marseille n :212

<https://books.openedition.org/puam/360>.

²² انظر أخبار الأمم المتحدة ، فيروس كورونا: الجائحة التي عطلت العالم ووسعـت الفجوة بين الأغنياء والفقراء <https://news.un.org/ar/story/2020/12/1068272>

²³ انظر حرب أوكرانيا... آثار على الاقتصادات الدولية، صحيفة الشرق الأوسط 25 فبراير 2022 ، <https://aawsat.com/home/article/>

انظر ايضاً "حرب روسيا وأوكرانيا تلقي بظلالها.. اقتصاد العالم يدفع الثمن، سكاي نيوز عربية -ابو ظبي 12 مارس 2022 <https://www.skynewsarabia.com/business/>

²⁴ انظر المرسوم بقانون رقم (41) لسنة 1999 بالتصديق على اتفاقية الرياض العربية للتعاون القضائي لعام 1983 (<https://www.legalaffairs.gov.bh/HTM/L4199.htm>)

المطلب الثاني: التضييق من نطاق بعض ضوابط الاختصاص القضائي

عندما تناول المشرع الاختصاص الدولي للمحاكم البحرينية المبني على نوع الدعوى، أي في الحالة التي ترفع فيها الدعوى على أجنبي ليس له موطن أو محل إقامة في المملكة، نص على عدة حالات للاختصاص، يتضح أن من بينها من كرست تضييقاً في نطاق الاختصاص، والمقصود هنا دعاوى انقضاء الزواج (أولاً) و دعاوى نفقة الأقارب (ثانياً).

أولاً: دعوى انقضاء الزواج: قصر دعاوى الفسخ والتطليق والانفصال على الدعاوى المرفوعة من زوجة متقطنة في البحرين

تنص الفقرة الرابعة من المادة 15 من قانون المراقبات المدنية على أنه (تختص المحاكم البحرينية بنظر الدعوى التي ترفع على غير البحريني الذي ليس له موطن أو محل إقامة في البحرين في الأحوال الآتية: إذا كانت الدعوى متعلقة بطلب فسخ الزواج أو بالتطليق أو بالانفصال وكانت مرفوعة من زوجة لها موطن في البحرين على زوجها الذي كان لها موطن فيها متى كان الزوج قد هجر زوجته وجعل موطنها في الخارج بعد قيام سبب الفسخ أو التطليق أو الانفصال أو كان قد أبعد عن البلاد).

يهدف هذا النص لحماية الزوجات اللاتي يعيشن في البحرين، وهجرهن أزواجهن، وتوطنوا خارج البحرين، بحيث سمح لهن برفع دعاوى فسخ الزواج أو الانفصال أو التطليق أمام المحاكم البحرينية على الرغم من توطن المدعى عليه بالخارج. ويشرط لانعقاد الاختصاص البحريني أن يكون الزوج الأجنبي قد سبق له التوطن في البحرين، وأن تكون الزوجة لها موطن حالياً فيها بغض النظر عن جنسيتها، أي سواء كانت الزوجة بحرينية أو غير بحرينية. ويهدف المشرع هنا لمساعدة الزوجة التي هجرها زوجها بحيث منحها إمكانية اللجوء للمحاكم البحرينية عندما يتذرع عليها لأسباب مختلفة - تعود لظروفها الاجتماعية أو الاقتصادية- رفع دعواها أمام محكمة دولة موطنه أو جنسية الزوج المدعى عليه. كما يهدف النص لحماية ومساعدة الزوجات المتقطنات في البحرين، واللاتي لم تعد ترغبن بالاستمرار في حياتهن الزوجية بسبب إبعاد أزواجهن عن المملكة.

يتضح هنا بأن المشرع قد ضيق الاختصاص البحريني بثلاثة مواضع وهي:

1. قصر الاختصاص القضائي على إنهاء الزوجية المرفوعة من الزوجة دون الزوج

قصر المشرع نطاق اختصاص المحاكم البحرينية على دعوى فسخ الزواج أو الانفصال أو التطليق المرفوعة من الزوجة دون الزوج، بينما يمكن أن ترفع دعوى إنهاء الزوجية أيضاً من زوج متوطن في البحرين ضد زوجته الأجنبية التي كان لها موطناً فيها، ولكنها هجرت الزوج وجعلت موطنها خارج البحرين أو أبعدت عن البحرين. من هنا، كان من الأولى أن يتبنى النص حكماً عاماً يطبق على الزوجين معاً، ولا يقتصر على الزوجة فقط. وهذا الحل يقتضيه مفهوم المساواة بين المرأة والرجل، والذي بدأ يثار في فقه القانون الدولي الخاص الحديث من خلال سعيه نحو تحقيق العدالة الموضوعية باعتباره الفرع من القانون الذي يرعى حقوق الأفراد بما يقتضي منه أن يلتزم بمبدأ المساواة بين المرأة والرجل. ويندرج هذا المبدأ أيضاً ضمن مفهوم حقوق الإنسان عامة، وعلى وجه الخصوص حق الإنسان ليس فقط بمحاكمة عادلة بل وفي النفاذ إلى العدالة بأيسر الطرق وأقل التكاليف. وإذا كان هذا المفهوم قد بدأ يثار على مستوى قواعد الإسناد، ولاسيما تلك المتعلقة بمسائل الطلاق والتطليق²⁵ ، فإننا لا نرى ما يمنع من تطبيقه أيضاً على قواعد الاختصاص القضائي الدولي، والتي وإن كانت الدولة تنفرد بوضعها لارتباطها بسيادتها، إلا أن هذه القواعد تشكل جزءاً لا يتجزأ من منظومة العدالة المرتبطة بحقوق الإنسان كما أسلفنا أعلاه.

2. اشتراط سبق توطن الزوج في البحرين

قد يكون الهدف من اشتراط موطن سابق للزوج في البحرين لانعقاد الاختصاص البحريني هو التحقق من ارتباط النزاع بمملكة البحرين ارتباطاً كافياً ليبرر الخروج على ضابط الاختصاص الدولي لدولة موطن المدعى عليه، إلا أن هذا الشرط لا يبدو ضرورياً برأينا، لأن الاختصاص هنا يستند في حقيقة الأمر إلى موطن الزوجة الحالي في البحرين، فهو الذي يشكل العامل الحاسم الذي دفع المشرع لمساعدتها والتسهيل عليها في منحها إمكانية اللجوء لمحاكم البحرين نظراً لظروفها الاقتصادية والاجتماعية دون أن تضطر للجوء لمحاكم بلادها أو بلاد الزوج للحصول على حكم التطليق.²⁶

وعليه، قد يكون من المفيد تعديل النص، بجعل موطن الزوجة شرطاً كافياً لرفع دعواها على زوجها المتوطن خارج البحرين ولو لم يسبق أن كان لهذا الأخير موطناً في المملكة، إذ يمكن أن تتصور الحالة التي يأتي بها الزوجان إلى البحرين، ويمثل الزوج فيها لبعض الوقت دون أن يتخذ فيها موطناً، ثم يغادر عائداً لموطنه خارج البحرين.

وقد طبق هذا الحل المشرع الفرنسي الذي نص على عدة حالات للاختصاص الدولي لمحاكمه في مسائل التطليق عندما يتعلق بأجانب مقيمين على الأرضي الفرنسي استناداً للمادة (1070) من قانون المراقبات المدنية، والتي حدّدت هذه الحالات كالتالي:

- إذا كان محل إقامة العائلة في فرنسا.

²⁵ انظر د حسام شعبان "المساواة بين الرجل والمرأة في إطار قواعد الإسناد المتعلقة بمسائل الطلاق والتطليق . دراسة مقارنة في إطار القانون الدولي الخاص البحريني ونظيره الأوروبي" مجلة القانونية الصادرة من هيئة التشريع والرأي القانوني – مملكة البحرين - العدد السادس ، يونيو 2016 صفحة 77.

²⁶ صحيح أنه يفضل عادة أن تستحصل المرأة الأجنبية على حكم بالتطليق من محاكم بلادها، بما يضمن لها تسجيل واقعة انقضاء الزوجية في حالتها المدنية هناك ، وبما يمكنها فيما بعد من الإستناد إلى هذا الحكم في البحرين حيث يمكن الاعتراف بحجهته سمهولة في المملكة . لكنه لا يحتاج لاي اجراءات تنفيذية جبرية اذ انه يمكن المرأة على سبيل المثال من الزواج مرة اخرى في المملكة ، الا انه في حالات اخرى ، وتهبلاً على الزوج أو الزوجة التي قد تطول اجراءات التطليق في بلادها ، يتوجب ان يؤهلها الاختصاص القضائي البحريني بيسراً لكي تحصل على حكم التطليق في بلد موطنهما البحرين.

- إذا كان محل إقامة أحد الزوجين الذي يرعى الأطفال القاصرين في فرنسا.
- إذا كان محل إقامة الزوج المدعى عليه الذي لم يبادر بطلب التطليق في فرنسا.
- إذا كان أحد الزوجين فرنسي الجنسية.

ويشترط لإعمال هذه الحالات ألا يكون أحد الزوجين يحمل جنسية إحدى الدول الأعضاء في الاتحاد الأوروبي أو يقيم في إحدى هذه الدول، وإلا فإن اختصاص المحاكم الفرنسية يتحدد وفقاً لنظام بروكسل.²⁷

3. عدم النص على اختصاص المحاكم البحرينية بنظر دعوى إنهاء الزوجية المرفوعة من زوجة بحرية فقدت جنسيتها بسبب الزواج من غير بحريني

لم يحذو المشرع البحريني حذو المشرع المصري في تكريس حالة أخرى لاختصاص محاكمه على الرغم من أن النص البحريني مستقى من النص المصري، فقد منحت المادة 30 من قانون المراهنات المدنية المصري اختصاصاً للمحاكم المصرية لنظر دعوى فسخ الزواج أو التطليق أو الانفصال المرفوعة من زوجة فقدت جنسيتها المصرية بسبب زواجها من أجنبي متى كان للزوجة موطن في مصر.²⁸

وقد اعتمد المشرع المصري ضابط الجنسية عند الزواج، وهو ضابط شخصي، وضابط الموطن عند رفع الدعوى بغض النظر عن موطنها أو إقامتها قبل رفع الدعوى طالما أنها عادت وتوطنت في مصر قبل رفع الدعوى. ولا يوجد أي شك حول مدى أهمية هذا الاختصاص المصري للزوجة التي بإمكانها إنهاء الزوجية دون أن تتකب عناء رفع هذه الدعوى في موطن أو بلد الزوج الأجنبي، خاصة وأن الحكم الصادر بهذه الحالة لن يحتاج لأي إجراءات للتنفيذ لكونه حكماً وطنياً.

وقد كرس القانون السعودي نصاً مماثلاً في المادة 27 فقرة (ب) من نظام المراهنات الشرعية حيث (تحتفظ المحاكم السعودية بنظر الدعوى المرفوعة على غير السعودي الذي ليس له محل إقامة عام أو مختار في المملكة بـ- إذا كانت الدعوى بطلب الطلاق أو فسخ عقد الزواج وكانت مرفوعة من الزوجة السعودية التي فقدت جنسيتها بسبب الزواج متى كانت أي مهما مقيمة في المملكة,...).

وبما أنه وفقاً لقانون الجنسية البحريني يمكن للبحرينية أن تفقد جنسيتها بالزواج من غير بحريني (المادة 7 فقرة 1 من قانون الجنسية البحرينية لعام 1963) أسوةً بقانون الجنسية المصري، فلا نرى لماذا لم يكرس المشرع البحريني هذا الاختصاص للمحاكم البحرينية، بما قد يعود بالنفع على المواطنة البحرينية التي فقدت جنسيتها بالزواج والتي عادت للإقامة في البحرين وترغب في بدء إجراءات انقضاء زواجها في المملكة؟.

ثانياً: دعاوى نفقات الأقارب: اقتصرارها على نفقة الأم والزوجة والصغير واشتراط توطن الأم والزوجة في البحرين

تنص الفقرة الخامسة من المادة 15 من قانون المراهنات المدنية على أنه (تحتفظ محاكم البحرين بنظر الدعوى التي ترفع على غير البحريني الذي ليس له موطن أو محل إقامة في البحرين في الأحوال الآتية: إذا كانت الدعوى متعلقة بطلب نفقة للأم أو الزوجة متى كان لها موطن في البحرين أو للصغير المقيم فيها).

خرج المشرع البحريني في هذه الدعاوى عن المبدأ الذي يقضي باختصاص محاكم دولة موطن أو إقامة المدعى عليه إذا تعلقت الدعوى ببنفقة الأقارب لتعلق هذه المسالة بالأمن المدني والاجتماعي البحريني، باعتبار أن وجود الأم أو الزوجة أو الصغير في حالة عوز على الأراضي البحرينية يعرض الأم المدني والاجتماعي البحريني للخطر. وبالتالي، إذا كانت الزوجة أو الأم متوفة في البحرين، فذلك يعد كافياً لتبرير اختصاص القضاء البحريني بمواجهة المدعى عليه المدين بالنفقة حتى وإن كان متوفطاً أو مقيماً خارج مملكة البحرين. ويلاحظ بأن المشرع قد ضيق الاختصاص البحريني في هذه الحالات في موضوعين:

1. اشتراط موطن الزوجة والأم في البحرين

اكتفى النص أعلاه لعقد الاختصاص البحريني بنظر دعوى نفقة الصغير بإقامة هذا الأخير في المملكة دون حاجة لأن يكون له موطنًا فيها، وذلك على سبيل التخفيف على الصغير، بينما لم يفعل بالمثل بالنسبة للأم والزوجة مشترطاً تبعهما بموطنهما في البحرين. ومما لا شك فيه بأن اشتراط الموطن يعد تشديداً في عقد الاختصاص لكون الموطن يتطلب توفر الركن المعنوي المتمثل في نية التوطن والبقاء في المملكة²⁹، مقارنةً بشرط الإقامة الذي يعد أكثر سهولة في التتحقق، والذي يكفي فيه تواجد الشخص في الإقليم. ولا نرى أي مبرر لهذا التضييق باشتراط الموطن، طالما أن هذا الاختصاص يستند

²⁷ بحيث يكون اختصاص المحاكم الفرنسية في الحالات الآتية: -إذا كان محل الإقامة الاعتيادي للعائلة في فرنسا.

-إذا كانت فرنسا آخر محل إقامة اعتيادي للعائلة بشرط أن أحد الزوجين ما زال يقيم فيها.

-إذا كان المدعى عليه يقيم في فرنسا.

-إذا كان قد طلب مشتركاً وكان أحد الزوجين يقيم في فرنسا.

-إذا كانت فرنسا محل إقامة المدعي إذا كان مقيناً بها منذ سنة على الأقل قبل تقديم الطلب.

-إذا كان المدعي يقيم في فرنسا مدة ستة أشهر مباشرة تقديم الطلب وان يكون فرنسي موجود في فرنسا.

²⁸ احمد عبد الموجود محمد فرغلي ، الاختصاص القضائي الدولي للمحاكم المصرية بداعوى الأحوال الشخصية ، حق الطفل في الحضانة في القانون الدولي الخاص ، صفحة 201 . <https://almerja.com/reading.php?idm=166348>

²⁹ انظر كمال عبد الرحيم العلاويين و خلدون سعيد قطيشات "دور الموطن كضابط لاختصاص القاضي الدولي في القانون الاردني : دراسة تحليلية مقارنة" مجلة دراسات ، علوم الشريعة والقانون ، المجلد 38 العدد 2 ، 2011 صفحة 703 و ما بعدها.

لجاجة مستحقة النفقة للإنفاق، وهي حاجة ترتبط بمجرد وجوده على الأراضي البحرينية (أي مجرد الإقامة) في حالة عوز وحاجة، الأمر الذي يمس بالأمن المدني الاجتماعي البحريني كما أوضحتنا أعلاه، بما يفترض بأن يكون كافياً لعقد الاختصاص البحريني.

2. قصر دعوى نفقة الأقارب على الام والزوجة

لا ينعقد الاختصاص البحريني إلا فيما يتعلق بدعوى النفقة المروفة من الزوجة أو الأم، ولا نرى السبب الذي جعل المشرع يقصر هذا الاختصاص على دعوى نفقة الزوجة أو الأم، علماً أن هناك فئات أخرى قد تكون مستحقة للنفقة وتقيم على أرض البحرين، كالوالدين مثلاً والمحجور عليهم وغيرهم.

من هنا، يلاحظ أن النص الإماراتي تجنب هذا التضييق في الاختصاص وجاء عاماً حين نص في المادة 21- فقرة 5 من القانون الاتحادي على اعتبار المحاكم الإماراتية مختصة بنظر الدعوى على الأجنبي الذي ليس له موطن أو محل إقامة في الدولة: (5- إذا كانت الدعوى متعلقة بنفقة أحد الوالدين أو زوجة أو بمحجور عليه أو بصغير أو بنسبه أو بالولاية على المال أو النفس إذا كان طالب النفقة أو الزوجة أو الصغير أو المحجور عليه له موطن في الدولة).

كما تبغي هذا الموقف أيضاً نظام المرافعات السعودية في المادة 27 فقرة ج التي كرست اختصاص المحاكم السعودية (إذا كانت الدعوى بطلب نفقة وكان المطلوب له النفقة مقيماً في المملكة) دون تحديد الأشخاص مستحقين النفقة. وهي بموجبها تطبق على الأقارب ذات الموقف، وعدم قصر الاختصاص بدعوى النفقة على الزوجة والأم فقط بما يؤدي إلى تضييق نطاق الاختصاص البحريني دون أي ضرورة لذلك.

المبحث الثاني: إشكاليات متعلقة بتوسيع حالات الاختصاص الدولي للمحاكم البحرينية

تكشف بعض حالات الاختصاص الدولي للمحاكم البحرينية المبني على نوع الدعوى توسيع المشرع البحريني فيها، إما بسبب نوعية ضابط الاختصاص المعتمد (المطلب الأول)، وإما بسبب كيفية تطبيق ضابط الاختصاص (المطلب الثاني).

المطلب الأول: حالات توسيع الاختصاص القضائي المرتبطة بنوعية ضابط الاختصاص

توسيع المشرع في اختصاص المحاكم البحرينية من خلال اعتماد ضابط الاختصاص التشريعي في دعاوى الأحوال الشخصية عموماً (أولاً)، وضابط الخصوص الإرادي للمحاكم البحرينية (ثانياً)، وهناك تخوف من توسيع الاختصاص بسبب سكوت المشرع عن بيان الضوابط المعتمدة لاختصاص القضاء البحريني لشهر الإفلاس (ثالثاً).

أولاً: اعتماد الاختصاص التشريعي كضابط لاختصاص المحاكم البحرينية بنظر دعاوى الأحوال الشخصية عموماً

تنص الفقرة السادسة من المادة 15 من قانون المرافعات المدنية على أنه: (تختص المحاكم البحرين بنظر الدعوى التي ترفع على غير البحريني الذي ليس له موطن أو محل إقامة في البحرين في الأحوال الآتية: 6- إذا كانت الدعوى متعلقة بمسألة من مسائل الأحوال الشخصية وكان المدعي وطنياً أو كان أجنبياً له موطن في البحرين وذلك إذا لم يكن للمدعي عليه موطن معروف في الخارج أو إذا كان القانون البحريني واجب التطبيق في الدعوى³⁰).

يتضح من هذا النص أن المحاكم البحرينية تختص لنظر أي منازعة تتعلق بالأحوال الشخصية مروفة من بحريني أو أجنبي متواطن في البحرين. وتندرج عموماً ضمن مسائل الأحوال الشخصية كل من الأهلية وانعقاد الزواج وآثاره وانحلاله وانقضائه، والنفقات بين الأقارب (باستثناء حالة نفقة الأم والزوجة والصغير، حيث لم يلزم المشرع إلا يكون للمدعي عليه موطن معروف في الخارج أي حتى ولو كان موطنه معروف في الخارج) والميراث والوصية والنسب، وأي مسألة أخرى من مسائل الأحوال الشخصية، عدا ما استثناه المشرع بقاعدة خاصة لاختصاص، كاختصاص المحاكم البحرينية بنظر دعواوى النسب المرفوعة على مدعى عليه أجنبي ليس له موطن أو إقامة في البحرين إذا كانت الدعوى متعلقة بنسب صغير مقيم في البحرين (مادة 15 فقرة 7). وقد كرس المشرع البحريني وفقاً للمادة المذكورة أعلاه حالتين لاختصاص القضائي في مسائل الأحوال الشخصية عموماً، وهي:

1. الحالة الأولى: إذا كان المدعي بحريني الجنسية أو أجنبياً متواطنًا في البحرين ولم يكن للمدعي عليه موطنًا معروفاً في الخارج

يتمثل الهدف من اختصاص المحاكم البحرينية في هذه الحالة في تلافي إنكار العدالة بالنسبة للمدعي البحريني أو الأجنبي المتواطن بالبحرين، نظراً لعدم معرفة الدولة التي يتواطن بها المدعي عليه، فمفهوم إنكار العدالة يعد بحد ذاته ضابطاً كافياً لاختصاص القضائي الدولي عندما لا يجد المدعي أي محكمة مختصة للنظر في دعواوه أو إذا كانت هناك استحالة لرفع الدعوى أمام محكمة أجنبية. وقد استخدم مفهوم إنكار العدالة كضابط مباشر لاختصاص القضائي الفرنسي منذ عام 1870 حتى عام 1948 حيث جاء كاستثناءً على مبدأ عدم اختصاص المحاكم الفرنسية في البت بالنزاعات بين الأجانب³¹. وبعد التخلص عن هذا المبدأ، استمر مفهوم إنكار العدالة كمعيار لاختصاص القضائي، ولكن بشكل أقل اتساعاً ليشمل الحالات التي يثبت

³⁰ وقد جاء ذات النص في القانون المصري في المادة 30- فقرة 7 من قانون المرافعات المدنية والتجارية، انظر د. هشام خالد، القانون القضائي الخاص الدولي، دار الفكر الجامعي، 2001، ص 49 د. عكاشه عبد العال و د. سامي بديع منصور، القانون الدولي الخاص، الدار الجامعية، بيروت، 1995 ، ص 437 و في القانون الكويتي - مادة 24 من قانون المرافعات المدنية والتجارية.

³¹ Laurence SINOPOLI « Le procès équitable en droit international privé français et « européen » <https://halshs.archives-ouvertes.fr/halshs-00419087/file/>.

الحالـةـ الثـانـيـةـ: إذاـ كانـ المـدـعـيـ بـحـرـيـنـيـ أوـ أـجـنبـيـ مـوـطـنـاـ فـيـ الـبـحـرـيـنـ، وـكـانـ القـانـونـ الـبـحـرـيـنـيـ وـاجـبـ التـطـبـيقـ عـلـىـ الدـعـوىـ وـهـذـهـ الـحـالـةـ يـنـعـقـدـ فـيـهـاـ الـاـخـتـصـاصـ لـلـمـاـحـكـمـ الـبـحـرـيـنـيـ فـيـ مـسـائـلـ الـأـحـوـالـ الشـخـصـيـةـ إـذـاـ كـانـ المـدـعـيـ بـحـرـيـنـيـ أوـ أـجـنبـيـ لـهـ مـوـطـنـ فـيـ الـبـحـرـيـنـ دونـ أـيـ اـشـرـاطـ مـرـتـبـتـ بـمـوـطـنـ المـدـعـيـ عـلـيـهـ الـأـجـنبـيـ طـلـماـ أـنـ القـانـونـ الـبـحـرـيـنـيـ هوـ الـوـاجـبـ التـطـبـيقـ.

ويلاحظ أن ضابط الاختصاص القضائي المستند للاختصاص التشريعي البحريني لا يطبق إلا بعد تخلف إعمال الضابط الأول (الأصلي)، وهو توطن أو إقامة المدعي عليه في البحرين، كما يفترض أيضًا تخلف الضابط الاحتياطي الذي تتعلق به مسألة الأحوال الشخصية محل النزاع، مما قد يدفعنا للقول للوهلة الأولى بان ضابط الاختصاص التشريعي هنا لا يقصد منه التوسيع بولاية القضاء البحريني بقدر ما يراد منه تلافي إيكار العدالة بالنسبة للأجني المتوطن في البحرين أو المدعي البحريني، إلا أن الواقع غير ذلك لانه يهدف لتحقيق غاية أخرى غير تجنب إيكار العدالة، وهي ضمان تطبيق القانون البحريني على دعوى الأحوال الشخصية المتعلقة ببحريني. من هنا، فإن ربط الاختصاص القضائي باختصاص القانون البحريني يؤدي من وجها نظرنا إلى التوسيع في حالات الاختصاص الدولي للمحاكم البحرينية عندما يكون المدعي أجنبياً متوطناً في البحرين أو بحريني، وذلك في كل الحالات التي يكون فيها القانون البحريني واجب التطبيق في مسائل الأحوال الشخصية. فما هي هذه الحالات؟

لا بد من الاشارة أولاً بان المشرع المصري (الذى استقى المشرع البحرينى منه) ينص على هذا الاختصاص القضائى المستند إلى اختصاص القانون المصرى معتبراً أن المحكمة المصرية هي الأقدر على كفالة تطبيق قانونها، وخاصة بأن المادة 14 من القانون المدنى المصرى تمنع الاختصاص للقانون المصرى في مسائل الزواج عموماً (الانعقاد والآثار و الانقضاض) إذا كان أحد الزوجين مصرىاً وقت انعقاد الزواج .³³

وبالعودة لقواعد الإسناد البحرينية، (التي لم تتضمن نصاً مماثلاً لنص المادة 14 من القانون المدني المصري المذكور أعلاه)، فإن الاختصاص البحريني ينعقد في كل القضايا المتعلقة بانعقاد الزواج وأثاره وانقضائه والتي يطبق عليها قانون الزوج (باستثناء الشروط الموضوعية لانعقاد الزواج والتي تخضع لقانون الزوجين)، وفي مسائل الولاية والوصاية والقوامة (مادة 21 فقرة 5 من قانون المرافعات المدنية والتجارية) التي يسري عليها قانون الأب، وفي الميراث (مادة 21 فقرة 6 مرافعات مدنية) الذي يطبق عليه قانون جنسية المورث. ففي كل هذه الحالات، إذا كان الزوج أو الأب أو المتوفى بحريني الجنسية فيطبق القانون البحريني، وتصبح المحاكم البحرينية مختصة لنظر النزاع وفقاً للفقرة السادسة من المادة 15 من قانون المرافعات المدنية والتجارية.

وإذا كان المبدأ هو عدم التلازم بين الاختصاصين التشريعي والقضائي، غير أنه لأسباب معينة، وعلى سبيل الإستثناء، قد يكون هناك تلازم بينهما، فتكون المحكمة المختصة هي محكمة الدولة التي يجب تطبيق قانونها على النزاع، فيجلب الاختصاص التشريعي الاختصاص القضائي في حالات لا تكون فيها محاكم الدولة مختصة أصلًا بالمنازعة، ولكنها تصبح مختصة بنظرها إذا كان القانون الواجب التطبيق على النزاع هو القانون الوطني.³⁴

وتطبيقاً لما سبق، إن أسناد الاختصاص الدولي للمحاكم البحرينية بنظر مسائل الأحوال الشخصية للبحريني مرده على الأغلب ما يلي: عندما يكون المدعي بحريني الجنسية، أو أجنبى مسلم، فإن القانون الواجب التطبيق على أحواله الشخصية هي الشريعة الإسلامية، وبالتالي حسم المشرع المسالة سلفاً، دون تكبد عنااء انتظار أي حكم محتمل لمحكمة أجنبية (محكمة موطن المدعي عليه أو محكمة موطن المدعي البحريني أو غيرهما) بهذا الشأن، معتبراً أن المحكمة البحرينية أكثر قدرة من أي محكمة أخرى على كفالة تطبيق واحترام أحكام القانون البحريني المستند إلى أحكام الشريعة الإسلامية. وفي الواقع الحال، عندما يتعلق الأمر بمسألة من مسائل الأحوال الشخصية للمسلم، وكانت المحكمة التي تنظر التزاع أجنبية، فإن الأمر لن يخرج عن إحدى حالتين: إما يستطيع هذه المحكمة قانوناً متعارضاً (أو مختلفاً) مع أحكام الشريعة الإسلامية، ولن يكون لحكمها أي فعالية أو أثر في مملكة البحرين، وإما مستطبق المحكمة الأجنبية الشريعة الإسلامية، مما سيجعل النتيجة واحدة في كلتا الحالتين، أي سواءً صدر الحكم عن المحاكم الأجنبية أو البحرينية.

ورغم وجاهة هذا التبرير، إلا أننا نرى ضرورة مراجعة الاختصاص القضائي الدولي البحريني المستند إلى تطبيق القانون البحريني إذ أن الفرضية هنا تتعلق بمدعي بحريني أو أجنبي متowan بالبحرين دون توفر أي عنصر آخر مرتبط بالمملكة (باعتبار أن المدعى عليه أجنبي متowan خارج البحرين وقد يكون المدعي البحريني أيضًا متowan خارج البحرين) مما يجعل ارتباط النزاع بالبحرين ارتباطاً هزيلاً. كما أنه في حالة كانت محكمة متowan المدعى عليه هي محكمة تتبع لإحدى دول مجلس التعاون الخليجي أو الدول العربية والتي تطبق في العموم أحكام الشريعة الإسلامية على مسائل الأحوال الشخصية، فهي ستكون بلا شك حرصة على حسن تطبيق القانون بما يحترم أحكام الشريعة الإسلامية أسوةً بالقاضي البحريني، وبالتالي فإن السبب الذي يستند إليه الاختصاص البحريني (وهو أن المحكمة البحرينية أقدر على تطبيق القانون البحريني المستند لأحكام الشريعة الإسلامية) لم يعد قائماً في هذه الحالة. أما إذا كانت محكمة متowan المدعى عليه من غير الدول المذكورة، فإن اتخاذ القرار فيما إذا كان الحكم الأجنبي المترقب صدوره منها متعارض أم لا

³² Laurence SINOPOLI « Le procès équitable en droit international privé français et « européen » <https://halshs.archives-ouvertes.fr/halshs-00419087/file/>

³³ انظر أحمد عبدالمجيد محمد فرغلي، حق الطفل في الحضانة في القانون الدولي الخاص، مجلة الدراسات القانونية، 2019، ص 201.

³⁴ انظر أحمد عبد الموجود محمد فرغلي، حق الطفل في الحضانة في القانون الدولي الخاص ، مرجع سابق ، ص 177.

مع النظام العام الدولي البحريني يعود تقديره للقاضي البحريني، ويطلب أولاً صدور الحكم عن المحاكم الأجنبية، ولا يجوز أن نفترض سلفاً تعارض أي حكم أجنبي مع النظام العام الدولي البحريني مجرد أن المدعى في دعوى الأحوال الشخصية بحريني الجنسية أو مسلم.

ويؤيد بعض الفقهاء موقفنا حين اعتبر أن معيار الاختصاص التشريعي كضابط للاختصاص القضائي في مسائل الأحوال الشخصية يحتاج إلى إعادة نظر وصياغة لعدة أسباب: أولاً: أن تحديد القانون الواجب التطبيق مرحلة لاحقة على مرحلة تحديد الاختصاص القضائي للدولة بالمنازعة المعروضة، فكيف يمكن للقاضي أن يتحقق من أن القانون المصري هو القانون واجب التطبيق ما لم تحدد المحكمة المختصة بنظر النزاع أولاً، أي أن القاضي لن يستطيع التوصل للقانون واجب التطبيق إلا بعد انعقاد الاختصاص القضائي لمحكمة دولته والسير في نظر الدعوى وإجراءاتها، ولا يجدى الدفع بأن القانون واجب التطبيق في مثل هذه الحالة معروف مسبقاً ولا يحتاج إلى تأويل ما دام أن المدعى عليه مصرى فالاختصاص منعقد للقانون المصري وقت عقد الزواج. وبالتالي لن يكون للقاضي دور في البحث حول اختصاص قانون آخر، ولكن مسائل الأحوال الشخصية لا تقتصر فقط على مسائل الزواج وأثاره، وهي المسائل التي تتعلق بها الحكم الوارد في نص المادة 14 من القانون المدني و المتعلقة بالوصية والنفقة بين الأقارب والحضانة والنسب وغيرها من المسائل التي لا تخضع لنص المادة 14 والتي قد يكون القانون واجب التطبيق عليها قانوناً غير القانون المصري رغم أن أحد الطرفين مصرى الجنسية، وهذا يعني أنه يجب على القاضي أن ينظر في النزاع ويعكف على دراسته قبل تحديد القانون الواجب التطبيق وهنا تكون المفارقة، بل أن نص المادة 14 في حد ذاته استثنى شرط الأهلية للزواج الذي يبقى خاصاً للأحكام المتعلقة به في شأن تحديد القانون واجب التطبيق الأمر الذي يعني أن هذا الشرط سيُخضع لقانون كل من الزوجين وفقاً لنص القانون المدني المصري والمتعلق بالشروط الموضوعية للزواج. ثانياً: هل مجرد اختصاص القانون المصري بالتطبيق يجعل من النزاع نزاعاً وثيق الصلة بالإقليم المصري ويرتبط به؟ فلو افترضنا أن مصرى مقيم في إيطاليا متزوج من إيطالية الجنسية مقيمة معه هناك، ثم ثار نزاع بينهما حول حضانة الطفل، فإنه في مثل هذه الحالة اختصاص القانون المصري بحكم النزاع قد يكون محل انتقاد على الرغم من أن الاختصاص التشريعي في هذه الحالة ينعقد للقانون المصري بعد أن اتفق الفقه الغالب على تطبيق قانون جنسية الأب على مسائل الحضانة بوصفه رب الأسرة، ذلك أن الصلة بين القانون المصري والنزاع صلة هزلة مقارنة بالصلة بين النزاع والقانون الإيطالي، ذات الحديث ينطبق على الاختصاص القضائي حيث أن النزاع أكثر صلة بدولة إيطاليا منه إلى الدولة المصرية.³⁵

ويؤيد وجهة النظر هذه ما ذهب إليه المشرع السعودي الذي لم يكرس اختصاصمحاكمه بالإستناد إلى الاختصاص التشريعي، واكتفى بالنص على اختصاص هذه المحاكم إذا لم يكن للمدعى عليه محل إقامة معروفة في الخارج وكانت الدعوى مرفوعة من سعودي أو غير سعودي مقيم في المملكة (المادة السابعة والعشرون فقرة ه من نظام المرافعات الشرعية)، ونرى بأن موقف المشرع السعودي موفقاً، ونتمنى أن يحذو المشرع البحريني حذوه في هذا الشأن.

ثانياً: اختصاص المحاكم البحرينية المستند إلى ضابط الخصوص الإختياري للمحاكم البحرينية

على الرغم من عدم توفر أي ضابط من ضوابط الاختصاص العادي التي نصت عليها المواد من 14 حتى 16 من قانون المرافعات المدنية والتجارية، فإن المشرع كرس اختصاص محاكمه بالإستناد إلى قبول الأطراف الخصوص لولائية المحاكم البحرينية، وهو ما يعرف بضابط الخصوص الإختياري للمحاكم البحرينية الذي تناولته المادة 17 من قانون المرافعات المدنية والتي جاء فيها: "تختص المحاكم البحرين بالفصل في الدعوى ولو لم تكن داخلة في اختصاصها طبقاً للمواد السابقة إذا قبل الخصم ولائيتها صراحة أو ضمناً"، وطبق المبدأ ذاته المشرع المصري (مادة 32 قانون المرافعات)³⁶، والمشرع الأردني (المادة 27 قانون أصول المحاكمات المدنية)³⁷، والمشرع الفرنسي.³⁸

واستناداً لهذه المادة، إذا لم تكن المحاكم البحرينية مختصة وفقاً للمواد من 14 حتى 16 من قانون المرافعات المدنية (أي أنه لا وجود لموطن أو محل إقامة للمدعى عليه في البحرين، ولم ينشأ أي التزام في البحرين، ولم يبرم أي عقد أو ينفذ أو كان واجباً تنفيذه في البحرين، كما لا توجد أي أموال منقوله أو عقارية في البحرين، وبأن التركة لم تفتح في البحرين، ولا توجد أي أموال للتركة في البحرين، أي بعبارة أخرى، لا توجد أي صلة للنزاع مع مملكة البحرين بحسب ضوابط الاختصاص التي كرستها القواعد البحرينية)، فإنها تصبح مختصة بمجرد قبول الخصم بولائية القضاء البحريني. وهنا، نطرح التساؤل الآتي: إذا كانت لا توجد أي رابطة للنزاع مع مملكة البحرين، فلماذا تنظر محاكمها بدعوى لا تعنها؟ لأن تساهم المادة 17 بتوضيع الاختصاص الدولي للمحاكم البحرينية بالإستناد إلى مجرد إرادة الأفراد كضابط وحيد للاختصاص دون اشتراط أي علاقة للنزاع مع البحرين؟

³⁵ انظر أحمد عبدالموجود محمد فرغلي، حق الطفل في الحضانة في القانون الدولي الخاص ص 201. <https://almerja.com/more.php?idm=165969>

³⁶ والعديد من التشريعات العربية، لمزيد من التفصيل راجع د. أحمد عبد الكريم سالمة، فقه المرافعات المدنية الدولية، دراسة مقارنة في القانون المصري، والإنجليزي، والأمريكي، والإنجليزي، القاهرة، دار الهبة العربية 2000 ص 137. وأيضاً د. أحمد عبد الكريم سالمة، معلم المرحلة الجديدة لقضاء محكمة النقض المصرية على ضوء حكمها الصادر بتاريخ 25\3\2014 دار الهبة العربية، الإسكندرية 2015.

³⁷ د. محمد وليد هاشم المصري، الوجيز في شرح القانون الدولي الخاص، دراسة مقارنة للقانون الأردني مع التشريعات العربية والقانون الفرنسي، الطبعة الخامسة، دار الثقافة للنشر والتوزيع، عمان –الأردن 2021 صفحة 330 وما بعدها.

³⁸ MAYER Pierre, HEUZE Vincent, Droit international privé, 10 -ème édition, Montchrestien 2010, p220

الاجتهد القضائي البحريني لا يبدو من جهته يقبل بهذا الاختصاص دون أن تكون للنزاع أي رابطة مع المملكة، ونستشهد في هذا السياق بحكم محكمة التمييز الصادر بتاريخ 13 فبراير 2006.³⁹ في هذه القضية، تقدمت الشركة المطعون ضدها بدعوى على الشركة الطاعنة أمام المحكمة الكبرى المدنية التي حكمت بعدم اختصاصها، وقضت باختصاص محاكم هامبورغ طبقاً للثابت بسند الشحن، إلا أن محكمة الاستئناف العليا المدنية ألغت هذا الحكم، وأكّدت اختصاص المحاكم البحرينية مستندة إلى عدم دفع الشركة المدعي عليها أمام محكمة أول درجة بعدم اختصاص المحكمة البحرينية وخوضها في موضوع الدعوى، مما يعني قبولها بالاختصاص البحريني إستناداً للمادة (17) من قانون المرافعات المدنية، وأيدت محكمة التمييز حكم محكمة الاستئناف العليا.

يلاحظ هنا أن محكمة التمييز، ومن قبلها محكمة الاستئناف العليا، قد ناقشت الموضوع ضمن نطاق الخصوص الاختياري للمحاكم البحرينية، أي في الحالة التي يفترض فيها أن هذه المحاكم لا تتمتع باي اختصاص وفقاً للمواد من (14) حتى (17)، إلا أن وقائع القضية تشير إلى وجود علاقة للنزاع بمملكة البحرين تمثلت في أن العقد بين الشركتين نص على أن يتم شحن البضاعة من ميناء سلمان في البحرين لنقلها بالبحر إلىmania.

وببدو واضحأً بأن هذه الرابطة، لم تكن كافية بالنسبة لمحكمة التمييز لعقد الاختصاص البحريني الاعتيادي وفقاً لضوابط المواد من (14) حتى (17) من قانون المرافعات المدنية، ولكنها كانت ضرورية لعقد الاختصاص القائم على الخصوص الاختياري. مما يدفعنا للقول بأن الاجتهد القضائي البحريني يتوجه ضمناً لاشتراط علاقة للنزاع مع البحرين لقبول الخصوص الاختياري لمحاكمها.

وباستقراء الاجتهد القضائي الفرنسي حول هذا الموضوع، يلاحظ أن محكمة النقض الفرنسية لم تشترط في أحد أحكامها الصادر بتاريخ 19 ديسمبر 1987 أن تكون لدولة المحكمة المختارة رابطة مع النزاع (حيث أقرت المحكمة بصحبة الشرط المبرم بين شركة فرنسية وشركة ألمانية بمنع الاختصاص لمحكمة سويسرية (زيوريخ) باعتبار أن الأطراف أرادوا أن يضمنوا اللجوء إلى قضاء دولة أخرى (محايدة) لحل أي نزاع يقوم بينهما وبالتالي لم يتخلوا عن تطبيق شرط الاختصاص).⁴⁰ إلا أن الفقه الفرنسي انتقد هذا الموقف، ونادي بضرورة توافق مصلحة مشروعة للخصوم باختيارهم لقضاء دولة ما، وعدم الاكتفاء بمجرد رغبتهما أمام قاضي محايد.⁴¹ كما أن الحكم المشار إليه يبقى منعزلاً، ولا يمكن اعتباره يعكس موقف الاجتهد القضائي الفرنسي، لاسيما وأن هناك أحكاماً أخرى لذات المحكمة اشترطت فيها وجود علاقة للنزاع مع فرنسا.⁴²

من جهة أخرى، وإن لم يشترط المشرع الأوروبي رابطة جدية للنزاع للقبول بالخصوص الاختياري⁴³ ، إلا أن هذا الموقف يبقى مقتصرًا على علاقات دول الاتحاد الأوروبي، ولا يمتد إلى غيرها من الدول، أي أن هذا الحل يطبق فقط عندما يدخل النزاع ضمن نطاق النصوص الأوروبية المتعلقة بالاختصاص القضائي، إذ يكفي في هذه الحالة أن يكون أحد الأطراف متواطئاً في أقليم دولة طرف في الاتفاقية (بشأن الاختصاص القضائي في المواد المدنية) أو عضو في الاتحاد الأوروبي⁴⁴. كما أن المشرع الأوروبي قد اتفاق الأفراد بعدة شروط أخرى، ولم يجعلها مطلقة، و من بينها على سبيل المثال عدم قبول اتفاق الأفراد إذا كان يسلب الاختصاص الحصري أو المتعلق بالنظام العام للدولة العضو في الاتحاد الأوروبي.⁴⁵

وخلافاً للرأي القائل بوجوب الاعتراف للإرادة بدور مطلق، أسوة بما هو مطبق بالنسبة للتحكيم⁴⁶ ، فإنه لا وجه للمقارنة بين التحكيم، وهو نوع من أنواع القضاء الخاص، وبين قضاء الدولة كمرفق عام يهدف إلى تحقيق العدالة والنظام العام على اقليمه وفي القضايا المرتبطة بامنه وسكنته. من جهة أخرى، لا يمكن قبول الرأي الذي يبرر إطلاق حرية الأفراد باختيار المحكمة التي يرتؤها للفصل بتزاعهم دون أن تكون هناك أي رابطة للنزاع مع هذه المحكمة بذرعة أن المشرع أطلق مبدأ سلطان الإرادة في اختيار القانون الواجب التطبيق في القانون الدولي الخاص "ليس فقط في المعاملات المالية بل وحتى في مسائل الأحوال الشخصية"⁴⁷ ، إذ أن هذا الرأي ليس فقط يتجاهل فصل تنازع الاختصاص التشريع عن تنازع الاختصاص القضائي فحسب، وبالتالي اختلاف الضوابط التي تعتمدها قواعد الإسناد عن ضوابط الاختصاص القضائي الدولي، وإنما لا يأخذ بالاعتبار موقف التشريعات العربية وحتى القانون الفرنسي الذي لم يقر للإرادة دور في تحديد القانون الواجب التطبيق إلا في مسائل محددة وضيقه اقتصرت على المسائل التعاقدية خاصة وبعض المواد الأخرى، ولكن في حدود عدم التعارض مع القواعد الأممية في دولة القاضي الناظر بالنزاع.

من هنا، فإن من الأفراد الاختصاص لمحكمة ما لنظر نزاعهم دون روابط جدية للنزاع معها سيذهب عكس إرادة المشرع المتجلسة في قاعدة الاستناد ذاتها، لأن ذلك سيمعن الأفراد إمكانية اختيار القانون الواجب التطبيق، وبالتالي بشكل مباشر على الحل النهائي للنزاع، باعتبار أن

³⁹ مجموعة أحكام محكمة التمييز -السنة 17- 2006 ، 235-240.

⁴⁰ Cass.Com. 19 dec.1987 JDI, 1979.p 366

⁴¹ Pierre MAYER. Vincent HEUZE. Droit international privé, 10 e édition, Montchrestien 2010. P 223 N ;304

⁴² Cass.Civ.13 janv.1981. JDI 1981 p 360 note HUET

⁴³ انظر راي د. حسام اسمامة شعبان ، الوجيز في القانون الدولي الخاص البحريني ، تنازع القوانين-الإجراءات المدنية الدولية ، جامعة المملكة ، البحرين 2016 ص 318

⁴⁴ حيث نظم المشرع الأوروبي الاختصاص القضائي بعدة اتفاقيات مثل اتفاقية بروكسل تاريخ 27 سبتمبر 1986 بشأن الاختصاص القضائي وأثار الأحكام في المواد المدنية والتجارية ، واتفاقية لوغانو تاريخ 16 سبتمبر 1988، مادة 17 ، بالإضافة لانضمام المطبقة في هذا الشأن بين دول الاتحاد الأوروبي و من بينها النظام رقم 44/2001 المادة 23.

انظر : Bernard AUDIT , Louis D'AVOUT Droit international privé 6 ème édition , ECONOMICA 2010 , n 64 p,51

⁴⁵ انظر في النظام الأوروبي رقم 44/2001 المادة 23 وغيرها

PAULINO Pereira, "La coopération judiciaire en matière civile dans l'Union Européenne, bilan et perspectives « R.C 2010 p 1

⁴⁶ انظر د. حسام اسمامة شعبان ، الوجيز في القانون الدولي الخاص ، المراجع السابق، ص 315

⁴⁷ انظر د. حسام شعبان ، المراجع السابق ص 316

المحكمة ستكتيف العلاقة وفقاً لقانونها، مما سينعكس على اختيار قاعدة الإسناد، وعلى تحديد القانون الواجب التطبيق. وتعد قضايا التكيف التي آثارها الفقه الفرنسي منذ بداية القرن الماضي المتعلقة بقضية زواج اليوناني الأثوذوكسي وقضية ميراث المالطي ووصية الهولندي خير دليل على ذلك. كما أن عدم اشتراط أي رابطة للنزاع مع البحرين قد يهدد فعالية الأحكام الصادرة من المحاكم البحرينية في الخارج، وخاصة إذا كانت محاكم الدولة الأجنبية المعنية بالتنفيذ تتمتع باختصاص حصري أو متعلق بالنظام العام أو حتى لو كان اختصاصها مشترطاً، إذ سترفض محاكم هذه الدولة على الأغلب الاختصاص البحريني القائم على إرادة الأفراد، ولن تعترف بأثر لشرط الاختصاص في هذا الشأن، وسترفض على الأغلب الاعتراف بالحكم البحريني، لكنه صدر من محكمة لا تربطها بالنزاع أي علاقة، وليس لها أي مصلحة للبت فيه.⁴⁸

وبكل الأحوال، يعود للمحاكم البحرينية فقط التتحقق من الشروط الواجبة لقبول اختصاصها، وبيان مدى ملائمة النظر في الدعوى من عدمها، فلا تلزم هذه المحاكم بالفصل بنزاع لا يمت إليها باي صلة، ليس فقط لأن البحرين ليست المكان المتوقع لتقديم الحكم للتنفيذ، أو لأن هناك خشية من عدم الاعتراف بالحكم البحريني في الخارج فحسب، بل حتى لأن المحكمة البحرينية على الرغم من انعقاد اختصاصها تبدو غير ملائمة للفصل في النزاع وبأن هناك محكمة أخرى هي أكثر ملائمة منها.

ويتفق هذا الموقف مع الحل المتبوع في بريطانيا والولايات المتحدة الأمريكية وكندا واستراليا، حيث يمكن أن تعلن محکماها عدم النظر في الدعوى على الرغم من اختصاصها إذا كان ترى هذا الاختصاص غير ملائماً.⁴⁹ وتأخذ هذه الدول بنظرية Forum non conveniens ، أي ما يعرف بعدم ملائمة المحكمة، والتي تتبع للمدعى عليه الدفع بعدم اختصاص المحكمة على أن يبين الأسباب التي توجب على المحكمة إعلان عدم اختصاصها والتخلص عن نظر الدعوى لصالح المحكمة التي يعتبرها أكثر ملائمة والتي تربطها بالنزاع روابط تجعلها الأفضل لنظر النزاع. وتختلف الأنظمة القضائية التي تتبع هذه النظرية في كيفية تحديد المحكمة الملائمة، فهي النظام الكندي يتمتع القاضي بسلطة تقديرية، وهو عادة ما يأخذ بالاعتبار في اختياره للمحكمة الأكثر ملائمة مكان تواجد الأطراف، ومكان توفر الشهود، ولكن بعض الأحكام الصادرة من المحاكم الفدرالية و Provinciales تبنت اتجاهًا ضيقاً لنظرية الملائمة بحيث تتجه لحماية الطرف الضعيف، وتحاول قدر الامكان منح الأولوية لمحكمة موطن المدعى عليه. من جهته، يأخذ القضاة البريطاني في تقدير تعين المحكمة الأكثر ملائمة بمصلحة الأطراف واعتبارات العدالة وحقوق الإنسان⁵⁰.

وفي الولايات المتحدة الأمريكية، يكون التخلص عن الدعوى لصالح محكمة أخرى بناءً على Forum non convenience مبرراً إذا كان استمرار نظر الدعوى أمام المحكمة الأمريكية يلقي على عاتق المدعى عليه أو على المحكمة عبئاً ثقيلاً، وإذا فشل المدعى في تقديم أسباب محددة تبرر اختصاص المحكمة التي رفع النزاع إليها، ولكن اشتربت المحكمة العليا في هذه الحالة، لكي يتخلص القاضي الأمريكي عن اختصاصه، أن يكون هناك قاضٍ بديل ملائم يمكن للأطراف اللجوء إليه فعلياً. وبعد أن تتحقق المحكمة من وجود محكمة متخصصة بديلة وفقاً للاشتراطات المحددة أعلاه، يتوجب على القاضي الأمريكي أن يأخذ بالحسبان بعض الاعتبارات المتعلقة بالمصلحة العامة والمصلحة الخاصة كضوابط لاختيار المحكمة الأكثر ملائمة للنظر بالنزاع، ومنها على سبيل المثال بالنسبة لاعتبارات المصلحة الخاصة: سهولة الوصول إلى مصادر الدليل والإثبات، توفر إجراءات تسمح باحضار الشهود الراغبين بالشهادة وتكلفة ذلك، الاعتبارات العلمية التي تسمح بإجراء تحقيق سهل وسريع وغير مكلف للقضية. ومن بين اعتبارات المصلحة العامة، الصعوبات الإدارية المرتبطة بكثرة عدد الدعاوى أمام المحكمة والمصلحة بأن تحسس الدعوى من قبل محكمة تعرف بشكل وفي القانون الواجب التطبيق على النزاع⁵¹

وقد تشكل هذه النظرية المتبعة في الأنظمة القضائية الانجلوسكسونية حلاً مناسباً للمحكمة البحرينية التي يستند اختصاصها للمادة 17 من قانون المراهنات المدنية والتجارية للتخلص عن نظر الدعوى لصالح المحكمة الأجنبية الأكثر ملائمة لنظر النزاع، وإلا سيكون من المفيد من وجهة نظرنا مراجعة هذه المادة وربط الاختصاص البحريني القائم على الخصوص الاختياري بشرط توافر صلة للنزاع بالملكة أو وجود مصلحة لها. (لا حاجة لكتابة ملخص لما تم بحثه سابقاً بل يذكر ضمن النتائج والتوصيات في آخر البحث حتى لا يكون هناك تكرار للكلام نفسه) (شكراً على الملاحظة وأود لفت انتباه عزيزكم بأن الفقرة المضافة باللون الأحمر هي اقتراح لمعالجة الإشكالية التي طرحتها المادة 17 المذكورة وليس ملخصاً لما سبق. لذا تم التصحيح بناءً عليه مع خالص الشكر)

⁴⁸ وهذا ما دعا الفقه المصري لاشتراط رابطة جدية للنزاع مع مصر لضمان فعالية ونفذ الأحكام المصرية في الخارج، انظر على سبيل المثال د. هشام صادق دروس في القانون الدولي الخاص. مرجع سابق، ص 167 د. حسام شعبان، الاتجاهات الحديثة ، مرجع سابق، ص 24.

⁴⁹ انظر د.أحمد قسمت الجداوى، مبادئ الاختصاص القضائي الدولي وتنفيذ الأحكام الأجنبية، دار النهضة العربية، طبعة 1999، ص: 201. د. ياسين الشاذلي "نظرة المحكمة غير الملائمة Forum non conveniens و اثرها على الاختصاص القضائي الدولي في مشاريع النقل الجوى: دراسة مقارنة" مجلة البحوث القانونية والاقتصادية جامعة المنصورة ، العدد 71 مارس 2020 ص 1009

⁵⁰ انظر حول النظام الكندي والبريطاني والاسترالي:

Clara Poissant-Lespérance, La compétence internationale des tribunaux dans les poursuites civiles contre les sociétés transnationales pour atteinte aux droits humains : une critique de la jurisprudence québécoise, Mémoire présenté à la Faculté de droit de l'Université de Montréal 2014 p 52)

⁵¹ Laurent MARTINET, LA THÉORIE DU FORUM NON CONVENIENS DANS LES PAYS DE COMMON LAW, Petites affiches - 18 SEPTEMBRE 2006 - No 186 p 6)

ثالثاً: اختصاص المحاكم البحرينية بكافة الدعاوى المتعلقة بإفلاس أشهر في البحرين

تنص الفقرة الثانية من المادة 15 من قانون المرافعات المدنية على أنه (تحتخص المحاكم البحرينية بنظر الدعوى التي ترفع على غير البحريني الذي ليس له موطن أو محل إقامة في البحرين في الأحوال الآتية: -3- إذا كانت الدعوى متعلقة بإفلاس أشهر في البحرين). وفقاً لهذه المادة، تكون المحكمة البحرينية التي تصدر حكماً بشهر الإفلاس مختصة أيضاً للبت بجميع الدعاوى المتعلقة بالإفلاس، والتي ترفع على الأجنبي الذي ليس له موطن أو محل إقامة في المملكة.

وإذ أعلن المشرع اختصاص المحاكم البحرينية للنظر بكافة الدعاوى المتعلقة بإفلاس أشهر في البحرين، إلا أنه لم يحدد مقى تكون المحاكم البحرينية مختصة لإشهار الإفلاس،⁵² وبالتالي، اعتمد المشرع إشهار الإفلاس بالبحرين كضابط لاختصاص القاضي لنظر هذه الدعاوى، مما يعد غير كافياً بحد ذاته، ويفتح المجال أمام التكهن باعتماد أو عدم انعقاد الاختصاص البحريني بشأنها، ناهيك عن احتمالات توسيع نطاق هذا الاختصاص في موضوع الإفلاس الدولي الذي يطرح بالأصل مشكلات معقدة.⁵³ في الواقع، في عصر العولمة، اتّاح انتشار الشركات والمشاريع متعددة الجنسيات برؤوس أموال ودائنين من مختلف دول العالم امكانية مباشرة إجراءات الإفلاس في أكثر من دولة. ونظراً لاختلاف اعتبارات معاملة الدين وضمان مصالحة من قضاء لأخر، فإن أسللة عديدة تطرح هنا، وأهمها كيفية حماية موجودات الدين ومصالح الدائنين، وكيفية تحديد المحكمة المختصة لإشهار الإفلاس، والنظر بالدعوى المرتبطة به. دار بشأن هذا الموضوع نقاش فقهي بين مؤيدي نظرية الأقلية العالمية: الأقلية التي تدعو لافتتاح إجراءات للإفلاس في كل دولة معنية، في حين يرى مناصرو العالمية حصر إجراءات الإفلاس في دولة واحدة وبحيث يُعرف بهذه الإجراءات في كل الدول الأخرى.⁵⁴

من هنا، ومنذ نهاية تسعينيات القرن الماضي، دفعت ضرورات التنسيق الدولي وتحقيق اقصى حماية قضائية للأفراد الولايات المتحدة الأمريكية للطلب من لجنة الأمم المتحدة القانون التجاري الدولي لإقرار مبادئ توجيهية بهذا الشأن، فتم وضع قانون الأونسيتارال النموذجي بشأن الأسعار عبر الحدود عام 1997.

CNUDC والذي تبناه قانون الإفلاس الأمريكي معتبراً "مركز المصالح الخاصة بالمدين" الذي تمت فيه إجراءات الإفلاس ضابطاً مقبولاً للاعتراف على الأرضي الأمريكية بإجراءات الإفلاس الأجنبية. وقد تبني أيضاً هذا الضابط كل من القانون الفرنسي والنظام الأوروبي رقم 1346\2000 الصادر بتاريخ 20 مايو 2000 ورقم 848\2015 تاريخ 20 مايو 2015 بشأن الإفلاس في الفضاء الأوروبي، والذي يطبق عندما يكون مركز المصالح الخاصة للمدين في إحدى دول الاتحاد.⁵⁵

من جهةه، أخذ القانون الفرنسي بمقر المشروع في فرنسا كضابط إقليمي لاختصاص المحاكم الفرنسية للنظر بالإفلاس الدولي، وفي حال عدم تواجد مركز المشروع في فرنسا، يؤخذ "مركز مصالح المدين الخاصة" في فرنسا.⁵⁶

وقد عرفت محكمة العدل الأوروبية "مركز المصالح الخاصة" بأنه المكان الذي تتوارد فيه أجهزة إدارة ومراقبة الشركة ومركز تأسيسها والمكان الذي تصدر فيه القرارات المتعلقة بإدارة الشركة. في هذه الحالة، تكون قرينة "مركز المصالح الخاصة" في هذا المكان غير قابلة لإثبات العكس. أما إذا كان مكان مركز الإدارة الرئيسي للشركة يختلف عن مكان تأسيسها، فيؤخذ بالدولة التي يوجد فيها المركز الفعلي لإدارة ورقابة الشركة وإدارة مصالحها

57

من جهةه، نص قانون التجارة المصري رقم 17 لسنة 1999⁵⁸ على اختصاص (المحكمة الإبتدائية التي يقع في دائتها موطن تجارة الدين، فإذا لم يكن له موطن تجاري كانت المحكمة المختصة هي التي يقع في دائتها محل إقامته المعتادة. ومع عدم الإخلال بالاتفاقات الدولية الثنائية أو المتعددة

⁵² حتى بالعودة إلى القانون رقم (22) لسنة 2018 بإصدار قانون إعادة التنظيم والإفلاس ، يلاحظ بأنه لم يتناول اختصاص المحاكم البحرينية الدولي فيما يتعلق بشهر الإفلاس، وإنما عالج في الباب الخامس منه ما أسماه "الإفلاس عبر الحدود" بهدف توفير آليات فعالة لتسوية الإفلاس عبر الحدود، وأسنده للمحكمة المدنية الكبرى اختصاص أداء الوظائف المتعلقة بالاعتراف بالإجراءات بالاعتراض على أنس جديدة أو تصفيتها، او التصرف كممثل للإجراء الأجنبي- ان يقدم طلباً مباشراً إلى المحكمة (مادة 166) انظر الجريدة الرسمية عدد 3369 تاريخ 6/7/2018 ، انظر الاستاذة فاطمة جعفر عيسى مبارك "تنازع الاختصاص القضائي للداعوي الإفلاس في التشريع البحريني والمقارن" رسالة ماجستير- كلية الحقوق-جامعة البحرين 2019.

⁵³ كما ان قواعد الاختصاص القضائي العادي في التشريعات العربية غير كافية لوضع الحلول المناسبة للإفلاس الدولي، انظر دراسة محمد نوري كاظم د قيس الشرايدة "الإفلاس التجاري عبر الحدود ودور الاختصاص القضائي الدولي في حل إشكالياته ، دراسة تحليلية في القانونين العراقي والأردني" مجلة دنایر العدد السادس صفحه 28.

⁵⁴ انظر تفاصيل موضوع الإفلاس الدولي:

Diane Jouffroy, Faillite internationale : Le « centre des intérêts principaux » comme critère de rattachement dans le Chapitre 15 du Bankruptcy Code américain et dans l'ordre juridique français.
<https://blogs.parisnanterre.fr/content/faillite-internationale-le-%C2%AB-centre-des-int%C3%A9r%C3%AAts-principaux-%C2%BB-comme-crit%C3%A8re-de-rattachement->

⁵⁵ Véronique Legrand, Entrée en application du nouveau règlement Insolvabilité : nouveau recul du droit international privé commun ?
<https://www.actu-juridique.fr/> 9:45 بتاريخ 03/06/2022 الساعة

⁵⁶ انظر . Diane Jouffroy . - المرجع السابق.

⁵⁷ انظر حول هذا المفهوم قرار محكمة العدل الأوروبية تاريخ 20/10/2011

<http://www.europe-eje.eu/actualite/notion-centre-interets-principaux-debiteur-cadre-reglement-relatif-aux-procedures-insolvab>
<https://manshurat.org/node/27015> موقع منتشرات قانونية

الأطراف النافذة في مصر يجوز شهر إفلاس التاجر الذي له في مصر فرع أو وكالة ولو لم يصدر حكم بشهر إفلاسه في دولة أجنبية. وفي هذه الحالة تكون المحكمة المختصة بشهر الإفلاس في مصر هي التي يقع في دائتها الفرع أو الوكالة) (المادة 559).

ولا نرى ما يمنع من تطبيق هذا الحل في البحرين بالنسبة لشهر إفلاس التاجر، بحيث تختص به محاكم الدولة التي يعجز فيها التاجر عن أداء التزاماته وديونه، أي مكان الموطن التجاري أو موطن الأعمال، وهو المكان الذي يطلب فيه عادة التاجر أو أي من الدائنين أو النيابة العامة الحكم بإفلاس التاجر (كما في القانون المصري) وبالتالي، تكون محاكم هذه الدولة مختصة لشهر الإفلاس.

أما إذا كان شهر الإفلاس متعلقاً بشخص اعتباري، فنرى أن يتبنى المشرع ضابط "مركز المصالح الخاصة للمدين"، أي أن تكون المحكمة المختصة بشهر الإفلاس محاكم الدولة التي يتواجد فيها مركز الإدارة الرئيسي للشركة ومركز تأسيسها، فإن اختلف مكان تأسيس الشركة عن مكان مركز إدارتها الرئيسي والفعلي، فيؤخذ بمكان توافر أموال الشركة وموجوداتها وعقود استثمار هذه الممتلكات إذا ثبتت بعد دراسة للوقائع بأن المركز الفعلي لإدارة الشركة وإدارة مصالحها موجودة في هذا المكان.

المطلب الثاني: حالات توسيع الاختصاص القضائي المرتبطة بتطبيق ضابط الاختصاص

عندما تناول المشرع الاختصاص الدولي للمحاكم البحرينية المبني على نوع الدعوى، استند إلى ضابط موطن أحد المدعى عليهم الأجنبي في البحرين ليمنح اختصاصاً للمحاكم البحرينية تجاه مدعى عليهم أجنبى غير مقيمين أو متقطعين في البحرين، وإذا كان لهذا الاختصاص ماهيره، إلا أنه يتطلب حرصاً من القضاء في مراقبة شروط تطبيقه وفي كيفية التعامل معه (أولاً). كما استند المشرع إلى ضابط حسن اداء العدالة لتبرير اختصاص المحاكم البحرينية لنظر كل طلب يرتبط بالدعوى الأصلية (ثانياً)، في كلتا الحالتين يؤدي عدم التحقق بشكل دقيق من شروط هذا الاختصاص البحريني إلى التوسيع فيه دون مبرر.

أولاً: اختصاص محاكم البحرين بنظر الدعوى المرفوعة على أجنبى ليس لهم موطن أو إقامة في البحرين إذا كان أحد المدعى عليهم له موطن أو إقامة في البحرين

بعد أن كرس المشرع اختصاص محاكم البحرين إذا كان المدعى عليه الأجنبي له موطن أو محل إقامة في البحرين (المادة 14 مرفعات مدنية وتجارية)، سمح بامتداد الاختصاص البحريني ليشمل الأجانب الآخرين المدعى عليهم المقيمين أو المتقطعين خارج البحرين إذا كان أحد المدعى عليهم له موطن أو إقامة في البحرين (المادة 15 فقرة 9 مرفعات مدنية وتجارية).

ويُبرر هذا الاختصاص بفكرة عدم تجزئة النزاع، إذ يجتَب المدعى رفع دعوى بحق الأجنبي المقيم في البحرين ودعوى أخرى بحق باقي المدعى عليهم الأجانب خارج المملكة، بما يمنع فرضية تضارب الأحكام في ذات المنازعات التي تتوافر فيها وحدة الموضوع والسبب والأطراف. كما يقوم هذا الاختصاص على فكرة حسن سير العدالة، ويؤدي إلى الاقتصاد بالنفقات والإجراءات.

وبالرجوع لأصل هذا الاختصاص لوجنهان يعود لقاعدة معروفة في أصول المعرفات في الاختصاص الداخلي، والتي تتيح للمدعى (إذا تعدد المدعى عليهم) رفع دعواه أمام المحكمة التي يقيم أحدهم في دائتها. وتنص على هذه الاختصاص المحلي المادة 42 فقرة 2 من قانون المعرفات المدنية الفرنسي، وأخذت به مختلف التشريعات العربية، ومنها قانون المعرفات المدنية والتجارية المصري في المادة (49) منه، والتي جاء فيها: "يكون الاختصاص للمحكمة التي يقع في دائتها موطن المدعى عليه ما لم ينص القانون على خلاف ذلك. فإن لم يكن للمدعى عليه موطن في الجمهورية يكون الاختصاص للمحكمة التي يقع في دائتها محل إقامته. وإذا تعدد المدعى عليهم كان الاختصاص للمحكمة التي يقع في دائتها موطن أحدهم".⁵⁹

من هنا، جاء تطبيق هذه القاعدة الداخلية على المستوى الدولي في القانون الدولي الخاص المصري أمراً طبيعياً ومفهوماً، وكذلك الأمر فيما يخص الاجتهد القضائي الفرنسي، بما يسمح برفع الدعوى أمام المحاكم الفرنسية على مدعى عليهم مقيمين خارج فرنسا مجرد أن أحد المدعى عليهم مقيم في فرنسا.⁶⁰

على العكس من ذلك، نجد من المستغرب أن ينص المشرع البحريني على هذا الاختصاص على المستوى الدولي في الوقت الذي يجهله على المستوى الداخلي لعدم وجود أي نوع من أنواع الاختصاص (المحلي) المكاني أصلاً في المملكة، نظراً لتوارد كافة المحاكم في العاصمة المنامة كما أسلفنا.⁶¹ لذا، نرى أنه من الضروري أن تتعامل المحاكم البحرينية بحذر مع هذا الاختصاص، وأن تخضعه لشروط واضحة ودقيقة، وإلا فإن تساؤلات عديدة سوف تطرح حول مدى أهميته العملية، وحول قيمة الحكم البحريني الذي سيصدر في مواجهة المحكوم عليهم الأجانب المقيمين أو المتقطعين خارج البحرين. فهل سيوافق القاضي الأجنبي على تنفيذ أحكام صدرت بمواجهة مواطنه، المدعى عليهم الذين لم يتمثلا حتى أمام المحكمة البحرينية لإبداء دفاعهم ودفعهم؟ فضلاً عن أن الحكم البحريني الصادر ضدتهم قد لا تكون له أي قيمة عملية تذكر، إذا لم تكن للمدعى عليهم أي أموال يمكن التنفيذ عليها في المملكة، وهي عادة ما تكون الحالة الغالبة عندما يتعلق الأمر بأجانب متقطعين أو مقيمين في بلادهم أو في بلاد أخرى. ويمكن أن نشهد هنا بحكم محكمة التمييز البحرينية لتوضيح عدم فاعلية هذا الاختصاص البحريني بالضرورة في كل الحالات . في هذه القضية، رفضت محكمة التمييز

⁵⁹ انظر د. احمد السيد صاوي ، الوسيط في شرح قانون المعرفات المدنية والتجارية الصاوي طبعة 2010 ص 525 فقرة 327.

⁶⁰ Bernard AUDIT. Droit international privé 6 -ème édition, Economica, p408, note 3.

⁶¹ انظر د. محمد وليد المصري ، شرح قانون المعرفات المدنية والتجارية البحريني ، مرجع سابق ص 154.

الدفع بعدم اختصاص المحاكم البحرينية بنظر الدعوى المرفوعة على شركتين مركبها في قطر وبخصوص عقود تم إبرامها في قطر ونفذت أيضًا هناك⁶²، وأيدت محكمة التمييز حكم محكمة الاستئناف العليا الذي رفض الدفع بعدم اختصاصمحاكم مملكة البحرين وغرفة تسوية المنازعات بنظر الدعوى وبطريق إقالة الدعوى إلى غرفة تسوية المنازعات من المحكمة الكبرى المدنية وقضى في موضوع الدعوى رغم أن العقود المبرمة بين أطراف النزاع سند الدعوى أُبرمت في دولة قطر، وأطرافها شركات قطرية، والعقود محلها بيع أحدهم في مصرف البيان القطري، وهو شركة مساهمة عامة قطرية، واتفق في عقود البيع سند الدعوى على اختصاص المحاكم القطرية بنظر النزاع الناشئ عنها، مما يستتبع عدم اختصاص المحاكم بمملكة البحرين، وكذلك غرفة تسوية المنازعات بنظر الدعوى بمواجهة المدعى عليهم القطريين، إلا أن محكمة التمييز طبقت الفقرة 9 من المادة 15 من قانون المدائع مستندة في ذلك إلى أن الطاعنة الأولى (أحد الشركات المدعى عليها) هي شركة ذات مسؤولية محدودة بحرينية مقرها الرئيسي بمدينة المنامة بمملكة البحرين وفقًا للثابت من صورة استمارة تسجيلها الصادرة عن إدارة شئون الشركات بوزارة التجارة، مما يتبع رفع الدعوى على الشركتين القطريتين على الرغم من تواجد مركبها في قطر.

السؤال المطروح هنا، ما الفائدة التي سوف تجنيها الشركة البحرينية المدعية في حال صدور حكم لصالحها من المحاكم البحرينية إذا لم تكن للشركتين المدعى عليهم أي أموال في البحرين، وهل سيقبل القاضي القطري بتنفيذ الحكم البحريني على الشركتين في قطر؟ على الأغلب لا. لهذا السبب، تشدد الاجتهاد القضائي الفرنسي في تطبيق هذا الاختصاص في العلاقات الدولية وأخذه لشروط صارمة، وفي مقدمتها ضرورة أن يكون المدعى عليه (المتوطن أو المقيم في فرنسا) الذي تحدد بسببه الاختصاص الفرنسي حقيقياً وجاداً، وأن تكون للمدعى عليهم الأجانب (المتوطنين أو المقيمين خارج فرنسا) علاقة جوهرية بالنزاع، وليس مجرد أشخاص لا تربطهم سوى علاقة ثانوية أو غير مباشرة بالنزاع، بحيث لا يسمح بأن يكونوا مجرد ذريعة يلجأ إليها المدعى بهدف تبرير الاختصاص الفرنسي.⁶³

وتتجه محكمة النقض الفرنسية حتى إلى استبعاد هذا الاختصاص على المستوى الدولي كما حصل في حكم حديث لها صدر بتاريخ 14 ابريل 2021 على الرغم من أن الطلبات الموجهة ضد المدعى عليهم مرتبطة وذات سبب واحد⁶⁴. تخلص وقائع هذه القضية بالآتي: بتاريخ 28 ديسمبر 2014 تحطم إحدى الطائرات التابعة لشركة (طيران آسيا) بعد إقلاعها من إحدى الجزر الأندونيسية متوجهة إلى سنغافورة، مما أدى إلى لوفاة الطاقم والمسافرين، وبتاريخ 14 يوليو 2016 تقدم ورثة الضحايا بدعوى تعويض بمواجهة الشركة الناقلة (الشركة الأندونيسية) ومملكة الطائرة (الشركة الألمانية)، والشركة المصنعة والمجهزة (إير باص الفرنسية) أمام محكمة مركز إدارة الشركة الفرنسية. دفعت كل من الشركة الفرنسية والألمانية وشركة طيران آسيا بعدم اختصاص القضاة الفرنسي لصالح القضاة الأندونيسين.

وافقت المحكمة على الدفع بعدم الاختصاص، وأيدتها بذلك محكمة الاستئناف. تقدم الورثة بطبعن أمام محكمة التمييز واستندوا للمادة 42 فقرة 2 من قانون المدائع المدنية الفرنسي التي تسمح بتوسيع الاختصاص القضائي الفرنسي لنظر دعوى التعويض تجاه الشركة الأندونيسية الناقلة والشركة الألمانية مالكة الطائرة لكون أحد المدعى عليهم- وهي الشركة (إير باص) الفرنسية المصنعة والمجهزة للطائرة- مركزها الرئيسي في فرنسا، ولكون سبب دعوى التعويض واقعة واحدة وهي الحادث الجوي، ولارتباط الطلبات المقدمة بمواجهة المدعى عليه.

رفضت محكمة النقض الطعن، وجاء في حكمها ما يلي: (وحيث أن المركز الرئيسي لشركة طيران آسيا خارج حدود الإتحاد الأوروبي، فإن محكمة الاستئناف استنتجت بشكل صحيح أن هذه الشركة لا يمكن أن تمثل أمام القضاة الفرنسي عملاً بضوابط الاختصاص المعتمدة في نظام الإتحاد الأوروبي رقم 1215/2012 للبرلمان الأوروبي تاريخ 12 ديسمبر 2012 ، وحيث أن اتفاقية وارسو المبرمة بتاريخ 12 اكتوبر 1929 بشأن توحيد بعض القواعد المتعلقة بالنقل الجوي الدولي تطبق على النزاع، وأن الرحلة انطلقت من أندونيسيا باتجاه سنغافورة، وبأن المحاكم الفرنسية لا تستفيد من أي من ضوابط الاختصاص التي يمكن أن تبرر اختصاصها، وبأن المادة 28 فقرة 1 من هذه الاتفاقية تنص على أن دعوى التعويض ترفع بناء على خيار المدعى أمام محاكم إحدى الدول الأطراف في الاتفاقية التي يوجد فيها مكان إقامة الناقل أو المركز الرئيسي للشركة الناقلة أو مكان المؤسسة التي أبرمت العقد، أو الدولة الطرف التي توجهت إليها الرحلة، وبأن هذه القاعدة تعد قاعدة مباشرة للاختصاص تتمتع بصفة آمرة وحصرية، فإنها تمنع أن يتم الخروج عليها واستبعادها عن طريق تطبيق قاعدة داخلية للاختصاص، ولا سيما المادة 42 فقرة 2 من قانون المدائع المدنية- التي تتيح رفع دعوى على مدعى عليه أجنبي مقيم خارج فرنسا لكون أحد المدعى عليهم له موطن أو إقامة في فرنسا-).

من جهة، يرفض النظام الانجلوسكسوني هذا الاختصاص إذا وجده غير ملائم، ونستشهد هنا بقضية شهرة حكم بها القضاة البريطاني مؤخرًا والتي تعد تطبيقًا نموذجيًا في هذا السياق. بتاريخ 6 نوفمبر 2020، أصدرت المحكمة العليا البريطانية حكمها بالدعوى المرفوعة من المؤسسة العامة للتأمينات الاجتماعية الكويتية، (طالب فيها المدعى عليهم بمبلغ إجمالي وقدره 847.7 مليون دولار أمريكي ناشئة عن عمليات تحويلات مالية، حصلت

⁶² جلسة 25 من ابريل سنة 2017 الطعن رقم 521 لسنة 2015.

⁶³ انظر

Cass. Civ 8 janvier 1947, D 1047 p 164-Cass Civ, II 29 avril 1966 bull civ, n 504 Aix -en-Provence 22fev1994, DMF94 p572 obs. Tassel, Com., 13 avril 2010, pourvoi n° 09-11.885, Bull. 2010, IV, n° 77.

⁶⁴ Cour de Cassation, première chambre civile Arrêt n 308 du 14 avril 2021 https://www.courdecassation.fr/jurisprudence/2/arrets_publies_2986/premiere_chambre_civile_3169/2021_9993/avril_10104/308_14_46917.html

بين العام 1994 والعام 2014، تحمل شهادة فساد وتنبهك المال العام الكويتي وقوانين الرشوة) ضد مدعى عليه كويتي متوطن في بريطانيا و36 مدعى عليهم آخرين من بينهم بنوك ومؤسسات مالية أجنبية. وقد صدر هذا الحكم لصالح 10 من المدعى عليهم الذين طعنوا باختصاص المحاكم البريطانية للنظر بالدعوى المرفوعة ضدهم.⁶⁵

في هذه الطعن، تعاملت المحكمة مع المدعى عليهم بشكل مختلف فيما يتعلق بتقرير اختصاصها على النحو الآتي:

فقد أعلنت المحكمة البريطانية اختصاصها بنظر الدعوى ضد المدعى عليه الأساسي بناء على المادة 4 فقرة (1) من لائحة بروكسل الأوروبية (Brussels I Recast) الخاصة بالاختصاص القضائي الدولي، والتي تنص على أن تكون محاكم الدولة التي يقيم فيها المدعى عليه مختصة بنظر النزاع الذي يرفع عليه.

أما بالنسبة لبقية المدعى عليهم من أشخاص ومؤسسات مالية غير المتقطنين في بريطانيا، ولكن متقطنين في إحدى دول الاتحاد الأوروبي، (فيسري بشأنهم نظام بروكسل الذي يتطابق مع اتفاقية لوغانو المبرمة عام 1988 والمعدلة عام 2007 في المسائل المدنية والتجارية والذي استمر في التطبيق في بريطانيا بالرغم من انسحابها من الاتحاد الأوروبي بالنسبة للدعوى التي ترفع قبل 31 ديسمبر 2020)، فإن المؤسسة أدعت اختصاص المحاكم البريطانية بنظر النزاع ضدهم استناداً إلى الاختصاص المبني على ارتباط المدعى عليهم بالدعوى والمنصوص عليه في المادة 6 (1) من اتفاقية لوغانو (Lugano Convention)، ونظيرتها المادة 8 (1) من لائحة بروكسل الأوروبية (Brussels I Recast).

وب شأن المدعى عليهم المتقطنين خارج دول الاتحاد الأوروبي، فإن القواعد الوطنية البريطانية هي التي تطبق بشأنهم حيث أدعت المؤسسة العامة للتأمينات اختصاص المحاكم البريطانية بشأنهم، استناداً إلى المادة 6.36 من التوجيه البريطاني (CPR/Practice Direction) وخاصة أيضاً بالاختصاص المبني على ارتباط المدعى عليهم بالدعوى.

ويقضي الاختصاص المبني على ارتباط المدعى عليهم، بجواز مقاضاة أي شخص متوطن بدولة طرف باتفاقية لوغانو أو عضو من أعضاء الاتحاد الأوروبي بالنسبة للائحة بروكسل الأوروبية إذا كان أحد المدعى عليهم متوطن في الدولة مكان رفع الدعوى، شريطة أن تكون الدعوى مرتبطة ارتباطاً وثيقاً، بما يجعل من المناسب مقاضاة جميع المدعى عليهم أمام محاكم دولة واحدة تجنباً لتضارب الأحكام. عليه، ينطبق هذا الاختصاص عندما ترفع أمام المحاكم البريطانية دعوى على عدة مدعى عليهم (أشخاص طبيعيين أو اعتباريين) ويكون أحد المدعى عليهم متوطن في بريطانيا، فتكون المحاكم البريطانية مختصة ليس فقط على المدعى عليه المتقطن ببريطانيا فقط، إنما أيضاً ضد جميع المدعى عليهم المتقطنين خارج بريطانيا، وذلك لحسن سير العدالة ومنع تضارب الأحكام، وتوفيراً للمال والوقت.

دفع الطاعنون العشرة بعدم توافر الاختصاص البريطاني المبني على ارتباط المدعى عليهم بالدعوى، ولكن بعضهم قدم أسباباً مختلفة عن البعض

الأخر:

المجموعة الأولى من المدعى عليهم من الذين لديهم موطن بدول الاتحاد الأوروبي وبالتالي تختص المحاكم البريطانية بنظر الدعوى المرفوعة ضدهم لكون المدعى عليه الأساسي له موطن في بريطانيا وبحكم ارتباط المدعى عليهم بالدعوى، إلا أنهم دفعوا بوجود شرط اختيار محكمة حصرى بعقود مبرمة بينهم وبين المدعية "مؤسسة التأمينات" لصالح محاكم جنيف أو محاكم لكسنبرغ لذا، قضت المحكمة البريطانية بعدم اختصاصها تجاههم احتراماً للشرط المذكور تطبيقاً لأحكام المادة 23 (1) من اتفاقية لوغانو ومثلتها المادة 25 (1) من لائحة بروكسل الأوروبية، وطلبت من المؤسسة مقاضاتهم أمام محاكم جنيف.

أما بالنسبة للمدعى عليهم (من المجموعة الثانية) الذين لديهم موطن بدول الاتحاد الأوروبي، لكنهم ليسوا طرقاً مع المدعى -مؤسسة التأمينات - باتفاقات حصرية خاصة باختيار محاكم أجنبية، فإن طعنهم بالاختصاص البريطاني استند إلى عدم ملاءمة هذا الاختصاص بسبب عدم ارتباط قضيتيهم بالدعوى المرفوعة أمام هذا القضاء، وأنه من الأنساب أن تتم مقاضاتهم مع المجموعة الأولى أمام محاكم جنيف نظراً لارتباط قضيتيهم مع قضية المجموعة الأولى. وهذا ما قضت به المحكمة البريطانية، لأنه لم يثبت لديها ارتباط موضوع دعوى المدعى عليهم ارتباطاً كافياً بالدعوى الأصلية، وإنما مرتبط أكثر بالدعوى الخاصة بالمجموعة الأولى، كما لم يثبت لديها بأن نظر هذه الدعوى أمام المحاكم البريطانية سيؤدي إلى تعارض بالأحكام، وإنما العكس هو الصحيح تماماً، فإذا نظرت المحاكم البريطانية الدعوى الخاصة بالمجموعة الثانية مع وجود دعوى أمام محاكم جنيف خاصة بالمجموعة الأولى فهناك احتمالية لتعارض الأحكام.

المجموعة الثالثة من الطاعنين، وهم عبارة عن مؤسسات مالية من خارج بريطانيا والاتحاد الأوروبي، فلا تطبق عليهم قوانين الاتحاد الأوروبي الخاصة باتفاقية لوغانو ونظام بروكسل (البند 14 التوضيحي لنظام بروكسل)، وإنما قوانين بريطانيا الوطنية الخاصة بالاختصاص القضائي الدولي . والذي يلزم المدعى بالحصول على إذن من المحكمة ليتمكن من رفع الدعوى على مدعى عليه خارج بريطانيا. وللحصول على هذا الإذن، على المدعى أن يقدم للمحكمة الأسباب التي تدعوها لقبول النظر بالنزاع. وتتمتع المحكمة بسلطة تقدير مدى ملاءمة أو عدم ملاءمة عرض

⁶⁵ انظر تفاصيل هذه القضية صحيفة الرأي الكويتية تاريخ 12 نوفمبر 2020.

. تم تصفح الموقع بتاريخ 10-03-2022 الساعة 8:00 . <https://www.alraimedia.com/ampArticle/1507886>

انظر أيضاً ، دشائر صلاح عبدالله الغانم "اختصاص القضاء البريطاني في الدعوى المرفوعة ضد مدير المؤسسة العامة للتأمينات الاجتماعية السابق وأخرين" صحيفة الانباء 01-12-2020.

النزاع عليها بما يحقق مصلحة الأطراف وسير العدالة. وفشلت المدعية بإقناع المحكمة البريطانية بذلك مما دعاها لاعلان عدم اختصاصها بناءً على forum non conveniens وكلفت المدعية برفع النزاع أمام المحاكم جنيف، معتبرة أن غالبية عناصر النزاع تتصل بهذه المحاكم لتوافر العديد من الأدلة والوثائق والشهود في سويسرا ولكون القانون الواجب التطبيق على النزاع هو ليس القانون البريطاني وإنما القانون السويسري والقانون الكويتي، وبالتالي، إذا نظرت المحاكم البريطانية بالدعوى، فعلها أن تطبق قانونين أجنبيين، الأمر الذي يتطلب ترجمة وخبرة وهدراً للوقت، في حين لو نظرت المحاكم جنيف بالدعوى ستطبق قانونها والقانون الكويتي، وبالتالي سيكون هناك قانوناً أجنبياً واحداً فقط واجب التطبيق أمام محاكم جنيف، مما سيقلل من وقت وتكليف الترجمة.

ومن خلاصة ما سبق يتضح بأنه على الرغم من أن الدعوى التي رفعت ببريطانيا متعلقة بمدعى عليهم متربطين بالنزاع مقيمين خارج بريطانيا، فإن المحكمة البريطانية رفضت إعلان اختصاصها بشاهمهم جميعهم، واعتبرت أنها غير ملائمة بالاستناد لعدة عوامل من بينها ارتباط القضية بشكل أكبر مع الدولة الأجنبية، أو لكون اختصاصها سيؤدي لتعارض الأحكام بينها وبين المحكمة الأجنبية أو لاعتبارات تتعلق بحسن سير العدالة. من هنا، يبدو النظام الانجلوسكسوني القائم على فكرة ملاءمة المحكمة نظاماً ناجحاً، ويمكن للمحاكم البحرينية أن تستهدي به في تقدير مدى ملائمة نظرها للدعوى بمواجهة مدعى عليهم أجانب متواطنين خارج البحرين.

ثانياً: اختصاص المحاكم البحرينية للنظر في كل طلب يرتبط بالدعوى الأصلية ويقتضي حسن أداء العدالة النظري جاء في المادة 18 من قانون المرافعات المدنية والتجارية ما يلي: (إذا رفعت المحاكم البحرين دعوى داخلة في اختصاصها تكون هذه المحاكم مختصة بالمسائل الأولية والطلبات العارضة على الدعوى الأصلية، كما تختص بالفصل في كل طلب يرتبط بهذه الدعوى ويقتضي حسن أداء العدالة أن ينظر فيها). يتضح من هذه المادة بأنها مترتبة بين نوعين من الطلبات التي تدخل في اختصاص المحاكم البحرينية:

1. النوع الأول: المسائل الأولية Question préjudicielle ، والطلبات العارضة، والتي تختص بها المحاكم البحرينية بشرط أن تكون هذه المحاكم مختصة بالدعوى الأصلية، وبحيث أنها لا تتمتع باختصاص بشأن هذه المسائل لو رفعت أمامها بصورة مستقلة عن الدعوى الأصلية. ولا يثير الاختصاص بهذه المسائل أي إشكالية تذكر، باعتباره يُعد تطبيقاً لقواعدتين معروفتين في قانون المرافعات المدنية وهما: "قاضي الموضوع هو قاضي الدفوع"، و"الفرع يتبع الأصل". فإذا رفعت دعوى أمام المحاكم البحرينية يطلب فيها الدائن من مدعيه تسديد فوائد الدين، ودفع المدين بسقوط الدين بالتقادم، توجب على المحكمة البحرينية أن تتصدى لهذه المسألة الأولية (وهي وجود الدين من عدمه) على الرغم من عدم اختصاصها للبت بها الموضوع لو رفع أمامها ابتداءً وبصورة مستقلة. كما يُعد هذا الاختصاص من المبادئ الشائعة والمتبعة لدى القضاء في غالبية دول العالم لكونه يهدف لمنع تضارب الأحكام في القضية الواحدة ويتحقق حسن سير العدالة.

2. النوع الثاني: أي طلب مرتبط بالدعوى الأصلية، ويقتضي حسن أداء العدالة أن ينظر إليها. ويطرح هذا النوع من الطلبات التي تدخل في اختصاص المحاكم البحرينية تساوأً منها: إذا كانت المسائل الأولية والطلبات العارضة تدخل في اختصاص المحاكم البحرين لارتباطها بالدعوى الأصلية وفقاً للمادة 18 المذكورة، لماذا إذن أضافت المادة ذاتها على اختصاص المحاكم البحرينية الاختصاص بنظر أي طلب آخر؟ يقتضي حسن أداء العدالة النظر به؟ كيف يمكن لأي طلب آخر عدا المسألة الأولية أو الطلب العارض أن يكون من الضروري الفصل به لحسن أداء العدالة؟ أليس المسائل الأولية والطلبات العارضة هي أيضاً مرتبطة بالدعوى الأصلية وتنظر لها المحكمة البحرينية لضرورة تحقيق وحدة الخصومة ولحسن سير العدالة؟ أليس الطلبات العارضة هي من الطلبات المرتبطة بالدعوى؟ ليس النظر في المسائل الأولية والطلب العارض يقتضيه أيضاً حسن أداء العدالة؟ لماذا إذن لم يشملهم المشرع جميعهم بذات الحكم المطبق على أي طلب مرتبط؟ في الواقع، يمكن أن يكون الطلب المرتبط بالدعوى الأصلية لا يندرج ضمن نطاق المسائل الأولية أو الطلبات العارضة بالضرورة، على سبيل المثال: دعوى المطالبة بأجرة العمل إذا ارتبط بها طلب فسخ عقد العمل، وطلب التعويض عند الإخلال بتنفيذ العقد ويرتبط به طلب الفسخ. لذا، وإن كانت عبارة (كما تختص بالفصل في كل طلب يرتبط بهذه الدعوى ويقتضي حسن أداء العدالة أن ينظر إليها) تسمح للقضاء البحريني بمدّ ولايته ليشمل هذه الطلبات، بما يتحقق حسن سير وأداء العدالة، إلا أنه يتوجب رغم ذلك على المحكمة أن تتroxى الحذر الشديد في إقرارها لهذا الاختصاص وذلك من خلال التحقق من شرط ارتباط الطلب بالدعوى الأصلية، وأن يكون هذا الارتباط وثيقاً، وإلا فإن اختصاصها سيكون توسيعاً غير مبرر لحالات الاختصاص القضائي، ولا سيما ان مفهوم ضابط "حسن أداء العدالة" يبقى فضفاضاً وأن اختصاص المحاكم البحرينية بالطلبات العارضة يستند إلى كون هذه الطلبات مرتبطة بالدعوى الأصلية بصلة لا تقبل التجزئة ويقتضيه أيضاً حسن أداء العدالة.

الخاتمة:

وان كانت الدولة تنفرد بتحديد حالات الاختصاص الدولي لمحاكمها، إلا أن علمها في سبيل ذلك تبني ضوابط موضوعية تعكس جدية ارتباط النزاع بها، وبما يجعل محاكمها مؤهلة للبت فيه، ويضمن أكبر فعالية ممكنة لأحكامها في الخارج، ولا يعني حرص المشرع على تحقيق هذه الاهداف أن يصل الأمر به إلى حد التشدد في تحديد ولاية القضاء الوطني، أو حرمانه من بعض حالات الاختصاص. بالمقابل، لا يتوجب التوسيع في حالات الاختصاص القضائي الدولي دون وجود ضرورة لذلك. في الواقع، يتوجب على قواعد الاختصاص القضائي الدولي أن تصل إلى تحقيق نوع من التوازن بين طرق

المعادلة، أي من جهة، ضمان ارتباط النزاع بشكل جدي بالدولة التي تتبع لها المحكمة، ومن جهة أخرى أن تكون هذه المحكمة ملائمة للبت بالنزاع، وكل ذلك بهدف ضمان تحقيق العدالة وتحقيق أطراف وتشجيع تفل الأفراد وتدفق الأموال عبر الحدود.

أولاً: النتائج:

- وقد خلصت الدراسة إلى عدة نتائج، من أهمها ما يلي:
- تشدد المشرع البحريني في بعض حالات الاختصاص بعدم النص على الاختصاص الشخصي القائم على الجنسية البحرينية للمدعى والمدعى عليه.
- ضيق المشرع نطاق اختصاص المحاكم البحرينية في دعوى نفقة القرابة حين قصر هذه الدعوى على الأم والزوجة والصغير فقط، إضافة لتشدد المشرع من خلال اشتراط توطن الأم والزوجة في البحرين.
- قصر المشرع اختصاص المحاكم البحرينية بنظر دعاوى إنهاء الزوجية المرفوعة من الزوج دون الزوج بما يخل بمبدأ العدالة والمساواة بين الرجل والمرأة.
- قد تساهم بعض المواد المنظمة للاختصاص الدولي للمحاكم البحرينية بتوسيع اختصاص هذه المحاكم، كما على سبيل المثال في حالة الاختصاص القائم على الخصوص الاختياري للمحاكم البحرينية، وحالة الاختصاص بمواجهة المدعى عليهم المقيمين خارج البحرين إذا كان أحد المدعى عليهم إقامة أو موطن في المملكة، الأمر الذي يتقتضي التعامل مع هذين الاختصاصين بحذر، وربطهما بنظرية الملاءمة أسوة بما هو مطبق بالنظام الانجلوسكسوني.

ثانياً: التوصيات:

توصي الدراسة بما يلي:

- النص على الاختصاص الدولي للمحاكم البحرينية إذا كان المدعى أو المدعى عليه بحريني الجنسية بإستثناء الدعاوى المتعلقة بعقار خارج البحرين، وبشرط عدم اعتبار هذا الاختصاص من النظام العام.
- تعديل الفقرة (5) من المادة (15) من قانون المرافعات المدنية والتجارية بشأن اختصاص المحاكم البحرينية بالدعوى المتعلقة بنفقة الأم والزوجة والصغير لتشمل أيضاً دعاوى النفقات المتعلقة بالوالدين على حد سواء وغيرهم من مستحقين للأقارب، وأن يكتفي المشرع بإقامة مستحق النفقة كضابط كافٍ للاختصاص القضائي دون اشتراط الموطن بالنسبة لغير الصغير، كما هو الأمر في النص الحالي، ونقتصر الصياغة الآتية للفقرة (5) من المادة (15) :

 - تختص المحاكم البحرينية بنظر الدعاوى التي ترفع على غير البحريني الذي ليس له موطن أو محل إقامة في البحرين وذلك في الأحوال الآتية: 5- إذا كانت الدعوى متعلقة بنفقة للوالدين أو لأحدهما أو الزوجة أو الصغير أو غيرهم من الأقارب متى كان طالب النفقة مقيماً في البحرين.
 - تعديل الفقرة (4) من المادة (15) من قانون المرافعات المدنية والتجارية المتعلقة بدعوى فسخ الزواج أو التطليق أو الانفصال المرفوعة من زوجة لها موطن في البحرين، بما يأخذ بالاعتبار ما يلي:
 - إتاحة رفع الدعوى أيضاً للزوج الأجنبي الذي له موطن في البحرين ضد زوجته الأجنبية.
 - قصر ضابط الاختصاص على تمنع الزوجة الأجنبية بموطنه في البحرين لتتمكن من رفع دعوى إنهاء الزوجية على زوجها الموطنه خارج البحرين، حتى ولو لم يسبق ان كان للزوج موطناً في المملكة.
 - النص على اختصاص المحاكم البحرينية بدعوى فسخ الزواج أو التطليق أو الانفصال المرفوعة من زوجة فقدت جنسيتها البحرينية بسبب زواجهما من غير بحريني متى كانت الزوجة مقيمة في البحرين.

- توصي الدراسة القضاء البحريني بضرورة تطبيق الاختصاص الدولي للمحاكم البحرينية بحق المدعى عليهم الأجانب المستند إلى إقامة أحدهم في المملكة باضيق الحدود (الفقرة (9) من المادة 15 مرفاعات مدنية وتجارية) وأن يستهدي القضاء البحريني بهذا الشأن بالنظام البريطاني الذي يستند إلى نظرية الملاءمة.
- إعادة النظر في الاختصاص الدولي للمحاكم البحرينية المستند إلى ضابط الاختصاص التشريعي البحريني بشأن دعاوى الأحوال الشخصية المرفوعة من مدعى بحريني أو أجنبي متوطن في البحرين، بحيث يتم إعادة صياغة الفقرة (6) من المادة (15) على النحو الآتي: مادة (15) : (تختص المحاكم البحرينية بنظر الدعاوى التي ترفع على غير البحريني الذي ليس له موطن أو محل إقامة في البحرين وذلك في الأحوال الآتية: 6- إذا كانت الدعوى متعلقة بمسألة من مسائل الأحوال الشخصية وكان المدعى وطنياً أو كان أجنبياً له موطن في البحرين وذلك إذا لم يكن للمدعى عليه موطن معروف في الخارج).
- تعديل المادة (17) من قانون المرافعات المدنية بما يعلق انعقاد الاختصاص القضائي البحريني القائم على الخصوص الاختياري للمحاكم البحرينية على شرط وجود رابطة للنزاع مع البحرين، أو توافر مصلحة للقضاء البحريني بنظر الدعوى، أو تطبيق نظرية الملاءمة المتبعة في الفقه الانجلوسكسوني بحيث تخلص المحكمة البحرينية عن نظر الدعوى إذا ثبت لها أن هناك محكمة أجنبية أخرى أكثر ملاءمة منها في نظر الدعوى.

- النص على حالات اختصاص المحاكم البحرينية في دعاوى شهر الإفلاس، بما يسد القصور التشريعي في هذه الحالة، وينع احتمالية التوسيع في الاختصاص القضائي البحريني بنظر الدعاوى المتعلقة بافلاس أشهر في البحرين (مادة 15 فقرة 3 مرافات مدنية وتجارية). ويقترح اضافة النص الآتي إلى قانون المرافات المدنية والتجارية: (مع عدم الإخلال بالاتفاقات الدولية الثنائية أو المتعددة الأطراف النافذة في البحرين تختص محاكم البحرين بشهر إفلاس):
 - الشركة البحرينية.
 - الشركة الأجنبية إذا كان لها فرع أو وكالة في البحرين في حدود أعمال الفرع أو الوكالة.
 - الناجر الذي له في البحرين فرع أو وكالة ولو لم يصدر حكم بشهر إفلاسه في دولة أجنبية).

المراجع:

أولاً: المراجع العربية:

1. الجداوي، أحمد قسمت. (1999). *مبادئ الاختصاص القضائي الدولي وتنفيذ الأحكام الأجنبية*. دار النهضة العربية.
2. خالد، هشام. (2001). *القانون القضائي الخاص الدولي*. دار الفكر الجامعي.
3. الدليمي، محمد عبدالله حمود. (2008). *شرح قانون المرافات البحريني*. جامعة العلوم التطبيقية. الطبعة الأولى.
4. رياض، فؤاد، راشد، سامية. (1999). *تنازع القوانين والاختصاص القضائي الدولي، وآثار الأحكام الأجنبية*. دار النهضة العربية.
5. سلامة، أحمد عبد الكريم. (2000). *القانون الدولي الخاص النوعي*. دار النهضة العربية.
6. سلامة، أحمد عبد الكريم. (2000). *فقه المرافات المدنية الدولية*. دراسة مقارنة في القانون المصري، والأمريكي، والإنجليزي. دار النهضة العربية.
7. سمية، كمال. (2015). *تطبيق قانون القاضي على المنازعات الدولية الخاصة*. أطروحة دكتوراه، جامعة ابو بكر بلقايد -تلمسان.
8. السيد صاوي، احمد. (2010). *الوسط في شرح قانون المرافات المدنية والتجارية الصاوي*.
9. السيد، عوض الله. (2017). *شرح القانون الدولي الخاص البحريني، تنازع القوانين - تنازع الاختصاص القضائي الدولي*. جامعة البحرين، الطبعة الثانية.
10. شعبان، حسام اسامة. (2016). *المساواة بين الرجل والمرأة في إطار قواعد الإسناد المتعلقة بمسائل الطلاق والطلاق*. دراسة مقارنة في إطار القانون الدولي الخاص البحريني ونظيره الأوروبي. مجلة القانونية الصادرة من هيئة التشريع والرأي القانوني: مملكة البحرين -العدد السادس.
11. شعبان، حسام اسامة. (2017). *الاتجاهات الحديثة للتخلي عن الاختصاص القضائي الدولي في ضوء حكم محكمة النقض المصرية الصادر بتاريخ 24/3/2014 - دراسة تأصيلية تحليلية مقارنة*. المجلة الدولية للقانون: <https://www.qscience.com/docserver/fulltext/irl/2017/3/irl2017.19.pdf>
12. صادق، هشام. (2015). *دروس في القانون الدولي الخاص، الجنسية ومركز الأجانب، تنازع القوانين ، تنازع الاختصاص القضائي*. دار المطبوعات الجامعية.
13. عبد العال، عكاشه، منصور، سامي بديع. (1995). *القانون الدولي الخاص*. الدار الجامعية.
14. الغانم، بشائر صلاح عبد الله. (2020). *اختصاص القضاء البريطاني في الدعوى المرفوعة ضد مدير المؤسسة العامة للتأمينات الاجتماعية السابق وأخرين*. صحيفة الانباء.
15. القشيري، احمد صادق. (2015). *النزوول عن الاختصاص القضائي الدولي في منازعات المعاملات الدولية*. معالم المرحلة الجديدة المرتقبة لقضاء محكمة النقض المصرية على ضوء حكمها الصادر بتاريخ 25/3/2014. دار النهضة العربية.
16. مبارك، فاطمة جعفر عيسى. (2019). *تنازع الاختصاص القضائي لدى دعاوى الإفلاس في التشريع البحريني والمقارن*. رسالة ماجستير - كلية الحقوق - جامعة البحرين.
17. بن محمود، فاطمة الزهراء. (2016). *منظومة القانون الدولي الخاص التونسي*. منشورات مجمع الاطرش للكتاب المختص، الطبعة الأولى.
18. المصري، محمد وليد. (2012). *شرح قانون المرافات المدنية والتجارية*. مطبعة جامعة البحرين.
19. المصري، محمد وليد. (2021). *الوجيز في شرح القانون الدولي الخاص*. دراسة مقارنة للتشريعات العربية والقانون الفرنسي. دار الحامد للنشر والتوزيع، الطبعة الخامسة.
20. الهداوي، حسن. (1997). *تنازع القوانين وأحكامه في القانون الدولي الخاص العراقي*. مكتبة دار الثقافة للنشر والتوزيع، الطبعة الثانية، <https://books-library.online/free-665198497-download>

ثانياً: المراجع الأجنبية:

1. AUDIT BERNARD, D'AVOUT LOUIS. (2010). *Droit international privé*, 6 -ème édition ECONOMICA.

2. Gaudemet -Tallon Hélène, Ancel Marle -Elodie. (2018). Compétence et exécution des jugements en Europe, Règlement 44\2001 et 1215 \2012. Conventions de Bruxelles (1968) et de Lugano (1988 et 2007) 6 -ème édition L.G.D.J.
3. LOUSSUARN YVON, BOUREL PIERRE. (2021). *DE VAREILLES – SOMMIERES PASCAL, LAVAL SARA, Droit international privé*,11 -ème Edition, Dalloz.
4. MARTINET Laurent. (2006). *LA THÉORIE DU FORUM NON CONVENIENS DANS LES PAYS DE COMMON LAW*. Petites affiches - 18 SEPTEMBRE - No 186 p 6.
5. MAYER PIERRE, HEUZE VINCENT. (2010). Droit international privé 10 -ème édition, Montchrestien.
6. MELIN FRANCOIS. (2020). *droit international privé*, cours intégral, GUALINO, Mémentos.
7. NIBOYET MARIE-LAURE, DE LA PRADELLE GERAUD DE GEOUFFRE. (2020). *Droit international privé* ,7 -ème édition, L.G.D.J.
8. PEREIRA PAULINO. (2010). *La coopération judiciaire en matière civile dans l'Union Européenne*, bilan et perspectives « R.C p 1.
9. Poissant-Lespérance Clara, La compétence internationale des tribunaux dans les poursuites civiles contre les sociétés transnationales pour atteinte aux droits humains : une critique de la jurisprudence québécoise, Mémoire présenté à la Faculté de droit de l'Université de Montréal 2014 p 52.
10. SINOPOLI Laurence « Le procès équitable en droit international privé français et européen »
<https://halshs.archives-ouvertes.fr/halshs-00419087/file/>

ثالثاً: التشريعات والقوانين:

1. المرسوم بقانون رقم (12) لسنة 1971 بإصدار قانون المراقبات المدنية والتجارية البحريني ، الجريدة الرسمية رقم 926 تاريخ 22\7\1971.
2. القانون رقم (22) لسنة 2018 بإصدار قانون إعادة التنظيم والإفلات، الجريدة الرسمية البحرينية عدد 3369 تاريخ 6\7\2018 .
3. القانون رقم (6) لسنة 2015 بشأن تنافز القوانين في المسائل المدنية والتجارية ذات العنصر الأجنبي، الجريدة الرسمية البحرينية، العدد رقم 3217 تاريخ 9\7\2015.
4. المرسوم بقانون رقم (7) لسنة 1986 في شأن الولاية على المال، الجريدة الرسمية البحرينية العدد رقم 1688 تاريخ 3\4\1986 .
5. قانون الاجراءات المدنية الاماراتي رقم 11 لسنة 1992 ، البوابة الرسمية لحكومة الامارات العربية المتحدة <https://u.ae/ar-AE/information-and-services/justice-safety-and-the-law/litigation-procedures/general-provisions>.
6. قانون المراقبات المدنية والتجارية الكويتي (مرسوم بالقانون رقم 38 لسنة 1980) <https://law.almohami.com>
7. نظام المراقبات الشرعية السعودية الصادر بالمرسوم الملكي رقم (م/1) بتاريخ 22/1/2013 الموافق 1435/11/25 م.
<https://laws.boe.gov.sa/BoeLaws/Laws/LawDetails/f0eaae46-9f84-40ee-815e-a9a700f268b3/1>
8. رقم 17 لسنة 1999، موقع منشورات قانونية :8-قانون التجارة المصري
<https://mansurat.org/node/27015>
9. القانون المدني الفرنسي <https://www.legifrance.gouv.fr/codes/id/LEGITEXT000006070721>
10. قانون الاجراءات المدنية الفرنسي <http://codes.droit.org/PDF/Code%20de%20proc%C3%A9dure%20civile.pdf>

رابعاً: أهم الأحكام القضائية:

• أهم أحكام محكمة التمييز البحرينية:

1. تاريخ 20 مايو 2019 ، الطعنان رقم 154 و 165 لسنة 2017 ، مجموعة الأحكام الصادرة من محكمة التمييز -السنة الثلاثون -من يناير الى ديسمبر 2019 الجزء الأول-في المواد المدنية والتجارية والأحوال الشخصية https://www.sjc.bh/search_res2.php
2. تاريخ 7 ابريل 2003 ، مجموعة أحكام محكمة التمييز 2003 صفحة 201 -تاريخ 19 نوفمبر 2013 ، الطعن رقم 405 لسنة 2011 ، قاعدة رقم https://www.sjc.bh/search_res2.php 176
3. تاريخ 23 ابريل 1995، الطعنان 8 و 27 لسنة 1995 ، قاعدة رقم 57. مجموعة أحكام محكمة التمييز السنة 14 عام 2001 ص 22 .
4. تاريخ 19 مارس 1995، طعن رقم 199 لسنة 1994 ، قاعدة رقم 36 https://www.sjc.bh/search_res2.php
5. تاريخ 28 اغسطس 2014 ، الطعن رقم 635 لسنة 2012 ، قاعدة رقم 137 https://www.sjc.bh/search_res2.php
6. تاريخ 3 ابريل 2006 ، مجموعة أحكام محكمة التمييز ، السنة 2006 ص 572 .
7. تاريخ 27 فبراير 2006 ، مجموعة أحكام محكمة التمييز ، السنة 2006 ص 301
8. تاريخ 15 ابريل 2014 الطعن رقم 531 سنة 2013 ، قاعدة رقم 73 https://www.sjc.bh/search_res2.php
9. تاريخ 21 يناير 2019 الطعن رقم 769 لسنة 2017 ،مجموعة الأحكام الصادرة من محكمة التمييز ،السنة الثلاثون-الجزء الأول ص 66 .
10. تاريخ 17 فبراير 2020 ، طعن رقم 1236 لسنة 2019 ، قاعدة رقم 33 https://www.sjc.bh/search_res2.php

11. تاريخ 25 ابريل سنة 2017 ، طعن رقم 521 لسنة 2015 https://www.sjc.bh/search_res2.php

• أهم الأحكام الأجنبية:

1. Cass. civ. 1re, Arrêt n 308 du 14 avril 2021
https://www.courdecassation.fr/jurisprudence_2/arrets_publies_2986/premiere_chambre_civile_3169/2021_9993/avril_10104/308_14_46917.html
2. Cass.Civ.1re, 29 février 2012, « La compatibilité de l'article 14 du Code civil avec les droits fondamentaux, une question dépourvue de caractère sérieux ? A propos de l'arrêt Cass.civ.1re ,29 février 2012, Revue critique de droit international privé 2012 (N4) page 775.
3. Cass.Com., 13 avril 2010, pourvoi no 09-11.885, Bull. 2010, IV, no : 77
4. Cass.civ.1re 6 déc. 1989, revu. Crit. DIP 1990p545, note Couchez.
5. Cass-civ-1ere, Arrêt n 705 du 17 juin 2009. <https://www.courdecassation.fr/publications>
6. Cass. Civ. 22 mai 2007, Gaz. Pal 2007, Jurisprudence 1918, note NIBOYET.
7. 25 octobre 2001, J.dr.In. Pr ,1065. - Cour d'Apple de Paris,
8. Cour d'appel de Paris, 10 sept.1997 D, 1997 p 215.
9. Cass.civ.1ere, Arrêt n 589,28mars 2006. <https://www.courdecassation.fr/publications>
10. Cass. civ. Arrêt n 771 du 1er juillet 2009. <https://www.courdecassation.fr/publications>
11. Cass. Civ. Arrêt n 771 du 1er juillet 2009. <https://www.courdecassation.fr/publications>
12. Cass. civ. Arrêt n 630 du 22mai 2007. <https://www.courdecassation.fr/publications>
13. Civ Arrêt n : 1212, 3 décembre 2008
14. Cass. <https://www.courdecassation.fr/publications>
15. Cass. Civ. 5 mai 1959. D, 1960. P 377.
16. Cass. Civ.14 mars 1961. R. C .1961 p 774.
17. Cass. Civ 8 janvier 1947. D ,1047 p 164.
18. Cass civ II .29 avril 1966, bull civ n 504.

خامسًا: قائمة بأهم الإختصارات في المراجع الفرنسية:

1. Bull.civ : Bulletin civil
2. Cass. Civ. La Cour de cassation, Chambre civile
3. Cass.Com. La Cour de cassation, Chambre commerciale
4. Civ.1re La Cour de cassation, Chambre civile (la première)
5. D : Revue Dalloz
6. Gaz. Pal : Revue Gazette du Palais
7. J. Dr. Int.pr : journal de droit international privé (clunet)
8. Revu. Crit. DIP : Revue Critique de droit international privé



A Reading in the Problems of Some Cases of International Jurisdiction of Bahraini Courts between Expansion and Narrowing: A Comparative and Critical Analytical Study

Mohammed Waleed Almasri

Assistant Professor in Private International Law -College of law, University of Bahrain, Bahrain
 malmasri@uob.edu.bh

Received: 30/3/2022 **Revised:** 12/4/2022 **Accepted:** 25/4/2022 **DOI:** <https://doi.org/10.31559/LCJS2022.3.1.4>

Abstract: While the articles regulating cases of Bahrain's international jurisdiction are keen to establish various controls that seek to ensure close ties to the conflict with Bahrain and the appropriateness of its courts to consider it and ensure the greatest possible effectiveness of national judgments abroad, it is clear from some of these cases that they raise problems related to either narrowing the jurisdiction of the international court of Bahraini courts, or on the contrary, to expand it. Hence, the importance of this study is to monitor these problems by conducting a new approach to the articles regulating the cases of Bahraini jurisdiction to propose solutions and recommendations without stopping only at the limits of the legislator's position. The importance of this topic also shows the absence of any comparative analytical study in the Bahraini jurisprudence of the cases of international jurisdiction of Bahraini courts, which have been organized by the legislator since the issuance of the Civil and Commercial Procedures Law in 1971, that is, five decades ago without being reconsidered or reviewed since that time. The study concluded with several results and recommendations for amending some articles of international jurisdiction to grant jurisdiction to Bahraini courts in some cases, or, on the contrary, not to maintain their jurisdiction in other cases.

Keywords: *international jurisdiction; criteria of Bahraini international jurisdiction; Bahraini private international law; international private disputes; international jurisdiction of Bahraini courts.*

References:

1. 'bdal'al, 'kashh, Mnswr, Samy Bdy'e. (1995). Alqanwn Aldwly Alkhas. Aldar Aljam'yh.
2. Aldlymy, Mhmd 'Ebdallh Hmwd. (2008). Shrh Qanwn Almraf'at Albhryny. Jam't Al'lwm Alttbyqyh. Altb'h Alawla.
3. Alghanm, Bsha'r Slah 'bdallh. (2020). Akhtas Alqda' Albrytany Fy Ald'wa Almrfw'h Dd Mdyr Alm'ssh Al'amh Lltamynat Alajtma'yh Alsabq Wakhry. Shyfh Alanba'.
4. Alhdawy, Hsn. (1997). Tnaz' Alqwany Wahkamh Fy Alqanwn Aldwly Alkhas Al'raqy. Mktbh Dar Althqafh Llnsh Waltwzy', Altb'h Althanyh, <https://books-library.online/free-665198497-download>
5. Aljdawy, Ahmd Qsmt. (1999). Mbad' Alakhtas Alqda'y Aldwly Wtnfyd Alahkam Alajnbyh. Dar Alnhdh Al'rbyh.
6. Khald, Hsham. (2001). Alqanwn Alqda'y Alkhas Aldwly. Dar Alfkr Aljam'y.
7. Mbark, Fatmh J'fr 'ysa. (2019). Tnaz' Alakhtas Alqda'y Ld'awa Aleflas Fy Altshry' Albhryny Walmqarn. Rsalt Majstyr - Klyt Alhqwq -Jam't Albhryn.
8. Bn Mhmwd, Fatmh Alzhra'. (2016). Mnzwmh Alqanwn Aldwly Alkhas Altwnsy. Mnshwrat Mjm' Alatrsh Llktab Almkhts, Altb'h Alawla.
9. Almsry, Mhmd Wlyd. (2012). Shrh Qanwn Almraf'at Almdnyh Waltjaryh. Mtb't Jam't Albhryn.

10. Almsry, Mhmd Wlyd. (2021). Alwjyz Fy Shrh Alqanwn Aldwly Alkhas. Drash Mqarnh Lltshry'at Al'rbyh Walqanwn Alfrnsy. Dar Alhamd Llnshr Waltwzy', Altb'h Alkhamsh.
11. Alqshyry, Ahmd Sadq. (2015). Alnzwl 'n Alakhtas Alqda'y Aldwly Fy Mnaz'at Alm'amlat Aldwlyh, M'al Almrhkh Aljdydh Almrtqbh Lqda' Mhkmt Alnqd Almsryh 'la Dw' Hkmha Alsadr Btarykh 25\3\2014. Dar Alnhdh Al'rbyh.
12. Ryad, F'ad, Rashd, Samyh. (1999). Tnaz' Alqwanyn Walakhtas Alqda'y Aldwly, Wathar Alahkam Alajnbyh. Dar Alnhdh Al'rbyh.
13. Sh'ban, Hsam Asamh. (2016). Almsawah Byn Alrjl Walmrah Fy Etar Qwa'd Alesnad Almt'lqh Bmsa'l Altlaq Walttlyq. Drash Mqarnh Fy Atar Alqanwn Aldwly Alkhas Albhryny Wnzyrt Alawrwby. Mjlt Alqanwnyh Alsadrh Mn Hy't Altshry' Walray Alqanwny: Mmlkh Albhry -Al'dd Alsads.
14. Sh'ban, Hsam Asamh. (2017). Alatjahat Alhdythh Lltkhly 'n Alakhtas Alqda'y Aldwly Fy Dw' Hkm Mhkmh Alnqd Almsryh Alsadr Btarykh 24\3\2014 - Drash Tasylyh Thlylyh Mqarnh. Almjih Aldwlyh Llqanwn: <https://www.qscience.com/docserver/fulltext/irl/2017/3/irl.2017.19.pdf>
15. Sadq, Hsham. (2015). Drws Fy Alqanwn Aldwly Alkhas, Aljnsyh Wmrkz Alajanb, Tnaz' Alqwanyn, Tnaz' Alakhtas Alqda'y. Dar Almtbw'at Aljam'yh.
16. Slamh, Ahmd 'bdalkrym. (2000). Alqanwn Aldwly Alkhas Alnw'y. Dar Alnhdh Al'rbyh.
17. Slamh, Ahmd 'bdalkrym. (2000). Fqh Almraf'at Almdnyh Aldwlyh, Drash Mqarnh Fy Alqanwn Almsry, Walamryky, Walanjlyzy. Dar Alnhdh Al'erbyh.
18. Smyh, Kmal. (2015). Ttbyq Qanwn Alqady 'la Almnaz'at Aldwlyh Alkhash. Attrwhh Dktwrah, Jamt Abw Bkr Blqayd - Tlmsan.
19. Alsyd Sawy, Ahmd. (2010). Alwsyt Fy Shrh Qanwn Almraf'at Almdnyh Waltjaryh Alsawy.
20. Alsyd, 'wd Allh. (2017). Shrh Alqanwn Aldwly Alkhas Albhryny, Tnaz' Alqwanyn -Tnaz' Alakhtas Alqda'y Aldwly. Jam't Albhry, Altb'eh Althanyh.

حماية المستهلك الإلكتروني من الشروط التعسفية وفقاً للقانون الأردني: دراسة مقارنة

صادم حسين يوسف الرحامنة

طالب دكتوراه- قسم القانون- كلية الشيخ نوح القضاة للشريعة والقانون
جامعة العلوم الإسلامية العالمية- الأردن
alrahamnehsadam@gmail.com

قبول البحث: 2022/4/22

مراجعة البحث: 2022/4/8

استلام البحث: 2022/3/14

DOI: <https://doi.org/10.31559/LCJS2022.3.1.5>



This file is licensed under a [Creative Commons Attribution 4.0 International](#)

حماية المستهلك الإلكتروني من الشروط التعسفية وفقاً للقانون الأردني: دراسة مقارنة

صادم حسين يوسف الرحامة

طالب دكتوراه- قسم القانون- كلية الشيخ نوح القضاة للشريعة والقانون

جامعة العلوم الإسلامية العالمية الأردن

alrahamnehsadam@gmail.com

استلام البحث: 2022/3/14 مراجعة البحث: 2022/4/8 قبول البحث: 2022/4/22 DOI: <https://doi.org/10.31559/LCJS2022.3.1.5>

الملخص:

هدفت هذه الدراسة إلى التعرف على مدى حماية المستهلك الإلكتروني من الشروط التعسفية وفقاً للقانون الأردني والقوانين المقارنة، واتبعت المنهج الوصفي، وقد توصلت إلى مجموعة من النتائج من أهمها: أن كل شرط يكون الغرض منه أو يتربّع عنه اختلال كبير بين حقوق وواجبات طرف العقد الإلكتروني على حساب المستهلك، هو شرط تعسفي ينشأ بسبب التعسف أو يسمح بوقوعه يجوز للقاضي تفسير الشرط التعسفي الواضح أو تعديله أو استبعاده وذلك حماية للطرف الضعيف (المستهلك) في العلاقة التعاقدية. أجاز المشرع الأردني للمحكمة إذا ما تم العقد بطريق الإذعان وتضمن شروطاً تعسفية، أن تعدل من هذه الشروط أو تعفي الطرف المذعن منها وفقاً لمقتضيات العدالة. وأوصت الدراسة المشرع الأردني بصورة سن أحكام خاصة تمنع المستهلك العدول عن عقود الاستهلاك عموماً التقليدية منها والإلكترونية ضمن القانون الخاص بحماية المستهلك، باعتبار أن الخيار المذكور أصبح حاجة ملحة لحماية رضا المستهلك.

الكلمات المفتاحية: المستهلك الإلكتروني؛ الشروط التعسفية؛ القانون الأردني.

المقدمة:

يقوم العقد كأصل عام على مبدأ هام وهو مبدأ سلطان الإرادة أو ما يعرف بمبدأ التراضي في إبرام العقود الذي يقضي بأن جوهر التعاقد وأساسه هو الإرادة المشتركة لطرفيه، فهذا الإرادة هي مصدر إنشائه وهي التي تحدد آثاره القانونية من حقوق والتزامات، ومن أهم النتائج المتترتبة على هذا المبدأ، مبدأ الحرية العقدية الذي يجيز لأطراف التعاقد حرية وضع أيه شروط أو بنود يتتفقون عليها.

غير أنه وفي ظل التطورات والمستجدات الحاصلة في المجالات الاقتصادية والعلمية والتكنولوجية الحديثة، امتدت هذه التطورات إلى نطاق العلاقات التعاقدية وأحدثت اختلالاً في توازنها العقدي نتيجة لما يتمتع به أحد طرفهما من تفوق اقتصادي وخبرة ومعرفة تقنية في مواجهة الطرف الآخر الذي يفتقر إلى هذه المقومات، ويبذر هذا الاختلال أكثر وبشكل جلي في نطاق المعاملات التعاقدية الإلكترونية، حيث يسعى المهني وبهدف جذب المستهلك إلى استخدام كافة وسائل الدعاية والإعلان عبر شبكة الإنترنت وتكون الغاية من هذه الدعاية هو ترويج المنتجات من سلع وخدمات، وعندما يأتي المستهلك للتعاقد معه يفرض عليه شروطاً تعاقدية لا تخضع لأية مناقشات أو مفاوضات والتي تكون في أغلبها شروطاً تعسفية تخدم مصلحته بالدرجة الأولى على حساب مصلحة المستهلك الضعيف، بأن تزيد من حقوق المهني أو تقلل من التزاماته في حين تضعف من حقوق المستهلك أو تزيد من التزاماته⁽¹⁾.

وقد أدى هذا التفاوت في المساواة إلى انفراد المهني بصياغة شروط العقد ووضعها في صيغة عقد نموذجي أو نمطي وطرحه على موقعه الإلكتروني على شبكة الإنترنت، ويقتصر دور من يرغب في إبرام العقد معه في مجرد الضغط بالقبول في الخانات المخصصة لذلك بعد ملء الفراغات المتعلقة ببياناته، أو عن طريق إرسال رسالة إلى بريد المهني تتضمن موافقته على قبول التعاقد بتلك الشروط، بحيث لا يتيح هذا الأخير للمستهلك أية فرصة أو

¹ الشرقاوي، القرقار (2020). حماية المستهلك الإلكتروني من الشروط التعسفية، مجلة عدالة للدراسات القانونية والقضائية، (3)، ص135.

إمكانية مساومة أو مناقشة شروط هذا العقد النموذجي. ونظرًا لعدم قدرة المستهلك في التعاقد الإلكتروني على التفاوض على شروط العقد، وبالتالي يكون من الصعب القول بوجود حرية في مناقشة هذه الشروط وهو ما يمكن القول معه بأن جوهر ومضمون مبدأ سلطان الإرادة لا يعود أن يكون سوى ترجمة لإرادة الطرف القوي⁽²⁾.

ويمكن القول بأن المستهلك الإلكتروني هو نفسه المستهلك في مجال عمليات التعاقد التقليدية ولكنه فقط يتعامل عبر وسيلة إلكترونية ومن خلال شبكة اتصالات عالمية، مع الأخذ في الاعتبار القواعد الخاصة المتعلقة بخصوصية العقد الإلكتروني وكونه من العقود التي تبرم عن بعد عبر شبكة إلكترونية. ونظرًا للمخاطر الكبيرة التي تنطوي عليها العملية الاستهلاكية في جميع مراحلها، وبصفة خاصة في مرحلة التعاقد الإلكتروني، ولوقایة المستهلك من مخاطر ما يقتنيه من سلع وخدمات، وجوب على القانون أن يتعرض لحماية من الشروط التعسفية في المعاملات الإلكترونية بما يرفع الضرر والخطر عنه⁽³⁾.

ومما سبق فقد جاءت هذه الدراسة بهدف التعرف على مدى حماية المستهلك في العقود الإلكترونية من الشروط التعسفية.

مشكلة الدراسة:

نظرًا للتطور الحاصل في الاستهلاك الإلكتروني والذي يشكل المستهلك أحد أطرافه، ويعتبر الطرف الضعيف في مناقشة الشروط التي يضعها المورد الإلكتروني وهو الطرف الذي يتمتع بقوة اقتصادية وخبرة فنية وتقنية تجعله يتتفوق على المستهلك المتعاقد الإلكتروني، فقد بدأت الحاجة لحماية المستهلك في الأسواق الإلكترونية من الشروط التعسفية التي يتضمنها العقد الإلكتروني.

ومما سبق فإن مشكلة الدراسة تكمن في بيان مدى حاجة المستهلك لحماية في العقود الإلكترونية من الشروط التعسفية التي قد تتضمنها تلك العقود، وكفاية القواعد القانونية العامة الواردة في التشريعات الأردنية وفقاً لقانون المعاملات الإلكترونية رقم (15) لسنة 2015، وقانون التجارة الأردني رقم (12) لسنة 1966 وتعديلاته، وكذلك بيان نطاق حماية المستهلك الإلكتروني من الشروط التعسفية وأدوات هذه الحماية. والإجابة عن السؤال الذي نصه: ما مدى حماية المستهلك الإلكتروني من الشروط التعسفية وفقاً للقانون الأردني؟

أسئلة الدراسة:

تسعى هذه الدراسة للإجابة عن التساؤلات التالية:

- ما مفهوم كل من المستهلك الإلكتروني والعقود الإلكترونية والشروط التعسفية؟
- ما نطاق ومبررات حماية المستهلك الإلكتروني من الشروط التعسفية وفقاً للقانون الأردني؟
- ما آليات حماية المستهلك الإلكتروني من الشروط التعسفية وفقاً للقانون الأردني؟

أهداف الدراسة:

تهدف هذه الدراسة إلى:

- التعرف على مفهوم كل من المستهلك الإلكتروني والعقود الإلكترونية والشروط التعسفية.
- استعراض نطاق ومبررات حماية المستهلك الإلكتروني من الشروط التعسفية وفقاً للقانون الأردني.
- الوقوف على آليات حماية المستهلك الإلكتروني من الشروط التعسفية وفقاً للقانون الأردني.

أهمية الدراسة:

تتجلى أهمية الدراسة من أهمية موضوع حماية المستهلك الإلكتروني من الشروط التعسفية في اعتباره موضوع حديث ومتغير يعكس الواقع المعاش، نظرًا للتطور الحاصل في مجال الاستهلاك الإلكتروني الذي يشكل المستهلك أحد أطرافه والذي أصبح رهينة شروط الطرف القوي في العقد (المهني) الذي يتمتع بقوة اقتصادية وخبرة فنية وتقنية تجعله يتتفوق على المستهلك الإلكتروني، الأمر الذي أتاح له فرصة الانفراد بصياغة العقد وفرض شروط تعسفية بحق المستهلك الإلكتروني الذي يعد الأقل خبرة ودرية والأضعف في مجال المعاملات التجارية الإلكترونية التي أصبحت الأرضية الخصبة لتطور هذه الممارسات التعاقدية التعسفية.

منهجية الدراسة:

اعتمدت هذه الدراسة على المنهج الوصفي حيث سيتم من خلال المنهج الوصفي التعريف بالعقود الإلكترونية والمستهلك، ومدى حاجة المستهلك للحماية القانونية من الشروط التعسفية في تلك العقود من خلال الكتب والمراجع والدراسات السابقة.

² جرادات، سحر بحث (2011). حماية المستهلك من الشروط التعسفية في العقود الإلكترونية، رسالة ماجستير، كلية القانون، جامعة اليرموك، اربد، ص.24.

³ حداد، عبد (2009). الحماية المدنية والجنائية للمستهلك عبر شبكة الانترنت، المؤتمر المغاربي الأول حول المعلوماتية والقانون، (28-29 أكتوبر)، أكاديمية الدراسات العليا، طرابلس، ليبيا، ص.17.

الدراسات السابقة:

تم تلخيص مجموعة من الدراسات ذات العلاقة المباشرة بموضع الدراسة الحالية، وهي كما يلي:

- دراسة عباس ومقدمة (2021) بعنوان: "نطاق الحماية المدنية للمستهلك الإلكتروني في القانون الأردني"⁽⁴⁾. هدفت الدراسة إلى التعرف على نطاق الحماية المدنية للمستهلك في التشريع الأردني، ولتحقيق هدف الدراسة اعتمد الباحثان المنهج الوصفي التحليلي، وذلك من خلال عرض المخاطر التي تواجه المستهلك في العقد الإلكتروني وكيفية التعامل معها من خلال النصوص القانونية. توصلت الدراسة إلى مجموعة من النتائج من أهمها أن نطاق الحماية المدنية للمستهلك الإلكتروني في القوانين الأردنية يشمل الحماية من العيوب الخفية في السلعة أو الخدمة، ومن الشروط التعسفية التي قد تفرض على المستهلك في العقد الإلكتروني، وكذلك من المخاطر التي قد تترتب على حيازة المستهلك للمفتاح أو حيازته.
- دراسة بن طاية ولشبيب (2020) بعنوان: "الحماية القانونية للمستهلك الرقيبي من الشروط التعسفية"⁽⁵⁾. هدفت الدراسة إلى تسلیط الضوء على الحماية من الشروط التي تتطوّر على تعسّف وتصرّب بالتعاقد الضعيف في مجالات المعاملات الإلكترونية، ولتحقيق هدف الدراسة تم الاعتماد على المنهج التحليلي من خلال تحليل النصوص القانونية والتنظيمية والتي جاءت لتحدّ من تعسّف الطرف القوي وتحمي المستهلك المتعاقّد الإلكتروني، توصلت الدراسة إلى أن قانون التجارة الإلكترونية الجزائري نظم العقد الإلكتروني لكنه لم يتعرّض لمسألة البنود التعسفية التي قد تكون محور العقد الإلكتروني بالرغم من تنظيمه للشروط الأساسية التي يجب أن يحتملها العقد، وهو ما يشكّل نقاشاً ينبغي تداركه.
- دراسة القرقار (2020) بعنوان: "حماية المستهلك الإلكتروني من الشروط التعسفية"⁽⁶⁾ هدفت هذه الدراسة إلى التعرف على مدى حماية المستهلك في التجارة الإلكترونية من الشروط التي قد تُعتبر تعسفية كونه الطرف الضعيف، ولتحقيق أهداف الدراسة اتبع الباحث المنهج الوصفي التحليلي بتعرّيف الحماية للمستهلك الإلكتروني وتحليل نصوص ومواد القانون المغربي التي ضمنت تلك الحماية. توصلت الدراسة إلى أن المشرع المغربي ونظرًا لمظاهر التعسّف التي أصبح يتعرّض لها المستهلك الإلكتروني كما هو الشأن للمستهلك التقليدي، سعى إلى التصدّي لهذه الممارسات التعاقدية التعسفية من خلال تضمين العديد من الضمانات والآليات الحماية في القانون، وكذلك المقررة بموجب قانون الالتزامات والعقود، إلا أن هذه الآليات الحماية لم تف بالغرض المطلوب ولا توفر الحماية الازمة والمرجوة للمستهلك.

هيكلية الدراسة:

تتضمن هذه الدراسة بالإضافة إلى المقدمة والمشكلة والأسئلة وأهداف الدراسة وأهميتها ومنهجيتها والدراسات السابقة، مباحثين وخاتمة، كما

يأتي:

المبحث الأول: ماهية العقد الإلكتروني والمستهلك والشروط التعسفية

المطلب الأول: مفهوم العقد الإلكتروني والمستهلك الإلكتروني.

المطلب الثاني: مفهوم الشروط التعسفية في العقود الإلكترونية.

المطلب الثالث: مدى اعتبار العقد الإلكتروني من عقود الإذعان

المبحث الثاني: أوجه حماية المستهلك من الشروط التعسفية.

المطلب الأول: نطاق حماية المستهلك الإلكتروني من الشروط التعسفية.

المطلب الثاني: آليات حماية المستهلك الإلكتروني من الشروط التعسفية.

الخاتمة

المبحث الأول: ماهية العقد الإلكتروني والمستهلك والشروط التعسفية

أثر ظهور التجارة الإلكترونية وما رافقها من تطور على النظام القانوني للعقود الإلكترونية، فظهر ما يسمى بالتسوق عبر الحدود، وما تبعه من إجراءات للوصول إلى التعاقد الإلكتروني والذي يشكل المستهلك أحد أطرافه الأساسية في الغالب، والثقة في السوق الإلكترونية من أبرز ما يحتاج إليه المستهلك في سبيل تلبية احتياجاته الشخصية، حيث أن عدم حضور أطراف العقد (البائع والمشتري) في نفس المكان والزمان وجئاً لوجه أو من ينوب عنهما كما هو الحال في العقود التقليدية، يثير العديد من المسائل القانونية الازمة للبائع كأحد الأطراف، والمشتري أو المستهلك كطرف آخر.

يتناول هذا المبحث ماهية العقد الإلكتروني والمستهلك الإلكتروني في المطلب الأول، ويتناول في المطلب الثاني مفهوم الشروط التعسفية في العقود الإلكترونية، أما المطلب الثالث فيتناول مدى اعتبار العقد الإلكتروني من عقود الإذعان.

⁴ زهير، إيمان ومقدمة، نبيل (2021). نطاق الحماية المدنية للمستهلك الإلكتروني في القانون الأردني، مجلة جامعة الزيتوна الأردنية للدراسات القانونية، (2).

⁵ بن طاية، زوليخة، ولشبيب، حورية (2020). الحماية القانونية للمستهلك الرقيبي من الشروط التعسفية، مجلة الباحث للدراسات الأكاديمية، (7).

⁶ القرقار الشرقاوي (2020). حماية المستهلك الإلكتروني من الشروط التعسفية، مرجع سابق.

المطلب الأول: مفهوم العقد الإلكتروني والمستهلك الإلكتروني

أولاً: مفهوم العقد الإلكتروني

يعرف العقد الإلكتروني بشكل عام على أنه عقد يتحقق بإيجاب وقبول مثل العقود العادية التي تبرم وتوقع كتابة، غير أن الإيجاب والقبول يتحقق بوسيلة إلكترونية دون حاجة إلى مستند مكتوب ومن أمثلة ذلك أن يرسل الموجب عرضه إلى الطرف الآخر بطريق البريد الإلكتروني الذي قد يكون فرداً أو شخصاً اعتبراً ويقوم من يوجه إليه الإيجاب بالتوقيع عليه إلكترونياً بما يفيد القبول وبعده للمرسل ثانية، ومن ثم ينعقد العقد بهذه الطريقة وتكون له قوته القانونية⁽⁷⁾. وعرف العقد الإلكتروني على أنه: "اتفاق يتلاقي فيه الإيجاب والقبول لبيع شيء أو لتقديم خدمة مع القبول الذي يتم عبر شبكة دولية مفتوحة للاتصال عن بعد، وذلك بوسيلة مسموعة مرئية، بفضل التفاعل بين الموجب والقابل"⁽⁸⁾. ويعرف كذلك على أنه: "ذلك العقد الذي ينطوي على تبادل للرسائل بين البائع والمشتري، والتي تكون قائمة على صيغ معدة سلفاً ومعالجة إلكترونياً، وتنشئ التزامات تعاقدية"⁽⁹⁾، وهو أيضاً: "ذلك العقد الذي يتلاقي فيه الإيجاب والقبول عبر شبكة اتصالات دولية باستخدام التبادل الإلكتروني للبيانات، وبقصد إنشاء التزامات تعاقدية"⁽¹⁰⁾.

وتناول قانون المعاملات الإلكترونية الأردني في المادة الثانية منه تعريفاً للعقد الإلكتروني على أنه: "الاتفاق الذي يتم انعقاده بوسائل إلكترونية، كلياً أو جزئياً"⁽¹¹⁾، وقد عدلت هذه المادة لتعريف المعاملات الإلكترونية بدلاً من العقود الإلكترونية، وتنص على أنها "المعاملات الإلكترونية التي تتدنى بوسائل إلكترونية"⁽¹²⁾. وتعرفه المادة (16/121) من قانون المستهلك الفرنسي على أنه: "كل بيع لمادة أو أداء لخدمة يبرم دون الحضور المادي المعاصر للأطراف بين مستهلك ومفي، يستخدمان لإبرام هذا العقد أي وسيلة من وسائل الاتصال الحديثة عن بعد"⁽¹³⁾. وعرفه قانون إمارة دبي الخاص بـالميدلات والتجارة الإلكترونية الصادر عام (2002) عن طريق تعريف المعاملات الإلكترونية بالنص على أن المعاملات الإلكترونية هي: "المعاملات التي يتم إبرامها أو تنفيذها بشكل كلي أو جزئي بواسطة وسائل أو سجلات إلكترونية والتي لا تكون فيها هذه الأعمال أو السجلات خاضعة لأي متابعة من قبل شخص طبيعي كما في السوق العادي لإنشاء وتنفيذ العقود والمعاملات"⁽¹⁴⁾. أما في النظام السعودي فقد تمت الإشارة إلى عملية التعاقد الإلكتروني من خلال نظام التعاملات الإلكترونية، حيث جاء في المادة الأولى (عاشرًا) تعريف التعاملات الإلكترونية على أنها: "أى تبادل أو تراسل أو تعاقد، أو أى إجراء آخر يبرم أو ينفذ - بشكل كلي أو جزئي - بوسيلة إلكترونية"⁽¹⁵⁾.

وتأسساً على ما سبق من تعاريفات للعقد الإلكتروني يرى الباحث أن مفهوم العقد الإلكتروني يشمل جميع العقود التي تجري بواسطة وسائل إلكترونية يأتي في مقدمة هذه الوسائل الإنترن特، وأن ما يميز هذا العقد المكان والزمان الافتراضيين فيه ودون الحضور المادي لأطراف العقد بشكل عام.

ثانياً: المستهلك الإلكتروني

يقصد بالمستهلك بشكل عام بأنه: "كل شخص يتعاقب، بقصد إشباع حاجاته الشخصية أو العائلية"⁽¹⁶⁾، وكذلك بأنه: "الشخص الذي يتملك أو يستخدم سلعاً أو خدمات للاستخدام غير المبني"⁽¹⁷⁾، ونظراً لحداثة مصطلح المستهلك في مجال القانون، فإن التعريف القانوني تم استيعابه من المفهوم الاقتصادي، فالمستهلك وفقاً للمفهوم القانوني هو: "من يقوم بإبرام العقود بهدف الحصول على احتياجاتاته الشخصية والعائلية من السلع والخدمات"⁽¹⁸⁾.

وقد عرف المشرع الأردني المستهلك في قانون حماية المستهلك على أنه: "الشخص الطبيعي أو الاعتباري الذي يحصل على سلعة أو خدمة بمقابل أو دون مقابل إشباعاً لاحتياجاته الشخصية أو لاحتاجات الآخرين ولا يشمل ذلك من يشتري السلعة أو الخدمة لإعادة بيعها أو تأجيرها"⁽¹⁹⁾. وعرف المشرع المصري المستهلك بأنه "كل شخص تقدم إليه أحد المنتجات لإشباع احتياجاته الشخصية أو العائلية أو يجري التعامل أو التعاقد معه بهذا الخصوص".⁽²⁰⁾ أما المشرع التونسي فقد عرف المستهلك بأنه: "كل من يشتري منتوجاً لاستعماله لغرض الاستهلاك"⁽²¹⁾، ومن جهته أشار المشرع الإماراتي

⁷ يوسف، زروق (2013). حماية المستهلك مدنياً من مخاطر التعاقد الإلكتروني، مجلة دفاتر السياسة والقانون، (9)، ص.135.

⁸ الرومي، محمد أمين (2006). النظام القانوني للتحكيم الإلكتروني، الإسكندرية، دار الفكر الجامعي، ص.12.

⁹ قاسم، محمد حسن (2005). التعاقد عن بعد:قراءة تحليلية في التجربة الفرنسية، مع إشارة لقواعد القانون الأوروبي، القاهرة: دار الجامعة الجديدة للنشر والتوزيع، ص.79.

¹⁰ إبراهيم، خالد ممدوح (2006). إبرام العقد الإلكتروني، بيروت: دار الفكر الجامعي، ص.52.

¹¹ قانون المعاملات الإلكترونية الأردني، رقم (85) لسنة 2001، المادة الثانية.

¹² قانون المعاملات الإلكترونية الأردني، رقم (15) لسنة 2015، المادة الثانية.

¹³ قانون المستهلك الفرنسي لسنة 1993، المادة (121) الفقرة السادسة.

¹⁴ قانون المعاملات الإلكترونية في إمارة دبي لسنة 2002، المادة الثانية.

¹⁵ نظام التعاملات الإلكترونية السعودي، الصادر بقرار مجلس الوزراء رقم 80 وتاريخ 7/3/1428هـ، بموجب المرسوم الملكي الكريم رقم م/18 وتاريخ 8/3/1428هـ، المادة الأولى (عاشرًا).

¹⁶ عمار، السيد محمد (1999). حماية المستهلك أثناء تكوين العقد، دراسة مقارنة، مصر: منشأة المعرف، ص.80.

¹⁷ رياح، غسان (2006). قانون حماية المستهلك الجديد دراسة مقارنة، لبنان: منشورات زين الحقوقية، ص.17.

¹⁸ محمود عبد الله ذيب (2009). حماية المستهلك في التعاقد الإلكتروني، دراسة مقارنة، رسالة ماجستير غير منشورة، كلية الدراسات العليا، جامعة النجاح الوطنية، نابلس، ص.9.

¹⁹ قانون حماية المستهلك الأردني رقم (7) لسنة 2017، المادة الثانية.

²⁰ قانون حماية المستهلك المصري رقم 67 لسنة 2006، المادة (1).

إلى أن المستهلك هو: "كل من يحصل على سلعة أو خدمة - بمقابل أو بدون مقابل - إشباعاً لحاجته الشخصية أو حاجات الآخرين"⁽²²⁾، وأشار المشرع المغربي في قانونه الجديد إلى أن المقصود بالمستهلك: "كل شخص طبيعي أو معنوي يقتني أو يستعمل لتلبية حاجياته غير المهنية منتوجات أو سلعاً أو خدمات معدة لاستعماله الشخصي أو العائلي".⁽²³⁾

ويعرف المستهلك في مجال التعاقد الإلكتروني على أنه: ذلك الشخص الذي يبرم العقود الإلكترونية المختلفة من شراء وإيجار وقرض وانتفاع وغيرها من أجل توفير كل ما يحتاجه من سلع وخدمات لإشباع حاجاته الشخصية أو العائلية دون أن يقصد من ذلك إعادة تسويقها ودون أن تتوافر له الخبرة الفنية لمعالجة هذه الأشياء⁽²⁴⁾. كما يعرف المستهلك الإلكتروني بأنه: "ذلك الشخص الذي يبرم العقود الإلكترونية المختلفة من شراء وإيجار وقرض من أجل توفير حاجياته من سلع وخدمات له ولعائلته، دون أن يعيده تسويقها"⁽²⁵⁾، ويعرف المستهلك الإلكتروني كذلك على أنه: الشخص الذي يتعاقد من خلال شاشات الحواسيب الآلية بغية الحصول على كل ما يحتاجه من سلع وخدمات لإشباع حاجاته الشخصية أو العائلية دون أن يقصد من ذلك إعادة تسويقها ودون أن تتوافر له الخبرة الفنية لمعالجة هذه الأشياء وأصلاحها⁽²⁶⁾.

ومن التعريفات السابقة يرى الباحث أن تعريف المستهلك الإلكتروني هو نفسه المستهلك العادي إلا أن الفرق الأساسي بينهما هو الوسيلة التي يستخدمها المستهلك الإلكتروني التي تؤدي إلى اشباع حاجاته ورغباته وهي وسيلة الاتصال الإلكتروني كالإنترنت وغيرها من وسائل الاتصال الحديثة.

المطلب الثاني: مفهوم الشروط التعسفية في العقود الإلكترونية

أولاً: تعريف الشروط التعسفية

يعرف الشرط التعسفي على أنه: "الشرط الذي يفرض على المستهلك من قبل المبغي أو المحترف (المزود)، نتيجة التعسف في استعمال الأخير لسلطته الاقتصادية بغرض الحصول على ميزة مجحفة"⁽²⁷⁾، وهو كذلك الشرط المحرر مسبقاً من جانب الطرف الأكثر قوة، وينتج هذا الأخير ميزة مجحفة عن الطرف الآخر. فاستخدام المزود لنفوذه الاقتصادي في فرض شروطه التعسفية على المستهلك بطريقة تمكنه من الحصول على ميزة مجحفة، تؤدي إلى حدوث خلل في التوازن العقدي، ولا يتعدى دور المستهلك فيه قبول هذه الشروط كما هي⁽²⁸⁾.

ويعرف الشرط التعسفي في العقود الإلكترونية على وجه الخصوص بأنه: "كل شرط يكون الغرض منه أو يترتب عنه اختلال كبير بين حقوق وواجبات طرف العقد الإلكتروني على حساب المستهلك، فهو الشرط الذي ينشأ بسبب التعسف أو يسمح بوقوعه"⁽²⁹⁾.

ثانياً: خصائص الشروط التعسفية

الشرط التعسفي له خصائص وهي كونه أنه شرط يترتب عليه عدم التكافؤ بين الحقوق والالتزامات الناشئة عن العلاقة التعاقدية، وأنه شرط غير خاضع للمفاوضات الفردية بين المزود والمستهلك، كذلك يختص بكونه أنه شرط مكتوبًا بصفة مسبقة، ودون أن يكون للمستهلك أي تأثير في محتوى العقد الإلكتروني⁽³⁰⁾. وعليه يجب أن يتوافر فيما يمكن اعتباره شرطاً تعسفيًا مفروضاً على المستهلك من قبل المزود عنصرتين متلازمين: هما:

- التعسف في استعمال السلطة أو القوة الاقتصادية: يعتبر الشرط تعسفيًا عندما تكون الميزة المجحفة التي منحت للمزود نتيجة لتعسفه في استعمال سلطته أو قوته الاقتصادية، فالمزود معتاد على إبرام العقود، ويعرف الحقوق والالتزامات المرتبة على العقد، ويمتلك من الوسائل ما يمكنه من تحديد الالتزامات التي يستطيع تنفيذها، بالإضافة إلى الشروط التي يستطيع فرضها على من يتعاقد معه⁽³¹⁾، والمثال على ذلك الشروط المطبوعة مسبقاً، والصياغات الموحدة للعقد المعدة من قبل المزود ومن في حكمه، فالإيجاب الإلكتروني يعد عاماً ودائماً، بحيث يثبت إلى جمهور غير محدد من المستهلكين، وتتم صياغة مضمونه بما تحتويه من شروط في قالب نموذجي يتسم بالطرق لمسائل فنية دقيقة كعنوان للعلاقات العقدية الحديثة التي تفتقر إلى الوضوح، ولا يتيسر فهمها من طرف المستهلك⁽³²⁾.

²¹ قانون حماية المستهلك التونسي رقم 117 لسنة 1992، الفصل (2).

²² قانون حماية المستهلك الاتحادي لدولة الإمارات العربية المتحدة رقم (24) لسنة 2006، المادة(1).

²³ قانون تحديد تدابير حماية المستهلك المغربي، رقم 31.08 لسنة 2011.

²⁴ يوسف، زروق (2013). حماية المستهلك مدنياً من مخاطر التعاقد الإلكتروني، مرجع سابق، ص 139.

²⁵ عبداتي، شمس الدين (2011).آلية حماية المستهلك الإلكتروني في المغرب، المنتدى المغربي للاستهلاك، المغرب، ص 14.

²⁶ المازلاوي، صالح جاد (2011). الحماية القضائية للمستهلك المتعاقدين عبر الإنترت في ضوء أحكام نظام المراقبات الشرعية السعودية، مجلة جامعة الملك سعود، الحقوق والعلوم السياسية، (23)2، ص 172.

²⁷ عبد الرحمن، صالح نائل (1995). حماية المستهلك في التشريع الأردني، الأردن، عمان: مؤسسة زهران للنشر والتوزيع، ص 38.

²⁸ المطيري، مساعد زيد عبد الله (2007).الحماية المدنية للمستهلك في القانونين المصري والكويتي، رسالة دكتوراه منشورة، جامعة عين شمس، القاهرة، ص 124.

²⁹ محمد، سليم (2012). أثر خصوصية العقد الإلكتروني على توسيع الحماية المدنية للمستهلك، مجلة الحقوق والعلوم الإنسانية، ص 146.

³⁰ محمود، عبد الله ذيب (2009). حماية المستهلك في التعاقد الإلكتروني، دراسة مقارنة، مرجع سابق، ص 72.

³¹ جمبيعي، عبد الباسط (2001).أثر عدم التكافؤ بين المتعاقدين على شروط العقد، القاهرة: دار الهضبة العربية، القاهرة، ص 271.

³² المطيري، مساعد زيد عبد الله (2007).الحماية المدنية للمستهلك في القانونين المصري والكويتي، مرجع سابق، ص 124.

- وجود الميزة المجنحة: وهي عنصر موضوعي تعني ما يحصل عليه المزود (التاجر) من مزايا مبالغ فيها، وعرفت على أنها: "المقابل المغالٍ فيه الذي يحصل عليه المزود (التاجر) من خلال تطبيق شرط أو عدة شروط تكون مخالفة للقانون المدني أو التجاري"⁽³³⁾. إن استخدام المزود في تعاقده مع المستهلك لنفوذه الاقتصادي من أجل فرض شروطه بطريقة تؤدي إلى حصوله على ميزة مجنحة، يعني أن الميزة المجنحة هي نتيجة أو محصلة لهذا الاستخدام التعسفي، وقد انتقد تعبير الميزة المجنحة، واعتبر غامضاً وليس محدداً، لكنه يبقى قريباً من النصوص العامة التي تعاقب على الغبن، فكلاهما يعبر عن الفكرة نفسها وهي الضرر اللاحق بالعدالة العقدية، غير أن الاختلاف بينهما يكمن في محل التعسف الذي هو في الغبن ينصب على الثمن، بينما في الشروط التعسفية ينصب على شرط تبعية تتعلق بتنفيذ العقد⁽³⁴⁾.

المطلب الثالث: مدى اعتبار العقد الإلكتروني من عقود الإذعان

تصف عقود الإذعان بأن أحد الطرفين يقبل العقد دفعة واحدة، بدون أن يتمكن من مناقشة شروط العقد التي يقدمها له المتعاقد الآخر، ومن ثم فإن حرية من وجه الإيجاب تنحصر في قبول أو عدم قبول التعاقد، ويجب أن تتوافر في عقد الإذعان الخصائص الآتية⁽³⁵⁾:

1. أن يكون هناك احتكار فعلي أو قانوني لسلعة من السلع، يتمتع بها مرجع اقتصادي قوي سواء كان هذا المحتكر من القطاع العام أو الخاص.
2. أن تكون الخدمة المحكمة ضرورية وليس كمالية بالنسبة إلى المستهلكين أو المنتفعين، ويتحدد ضرورة أو عدم ضرورة الخدمة في ضوء الواقع، وتحتار من زمن آخر، فمثلاً لا يستطيعون الاستغناء عن وسائل النقل أو خدمات الماء أو الكهرباء أو الهاتف.
3. أن يصدر الإيجاب بشروط واحدة إلى كافة الناس ولدة غير محدودة.
4. أن تعرض هذه الشروط في قالب نموذجي مطبوع ومعد سلفاً.

وقد اعتبر البعض العقد الإلكتروني عقد إذعان بالنسبة للمستهلك باعتباره الطرف الضعيف دائماً، وأنه بحاجة إلى الحماية برفع مظاهر الإذعان التي قد يكون تعرضاً لها والمتمثلة في الشروط التعسفية التي قد يتضمنها العقد، ويستند هذا الرأي إلى نص المادة (1/132) من قانون الاستهلاك الفرنسي رقم 949 لسنة 1993 والتي اعتبرت من قبل التعسف الشروط التي تنشأ من حيث موضوعها، أو الآثار المترتبة عليها اختلالاً عقداً مبيناً عدم توازن الحقوق والالتزامات ضد مصلحة المستهلك وبما يحقق مصلحة المزود⁽³⁶⁾.

وهناك رأي أن العقد الإلكتروني ليس عقد إذعان بسبب أن هناك تفاوض من خلال البريد الإلكتروني، وبالتالي يمكن اعتبار العقد الإلكتروني عقد إذعان إذا لم يكن هناك تفاوض، فالأمر يتوقف على مدى إمكانية التفاوض وهو غالباً ما يتم من خلال البريد الإلكتروني حول شروط العقد فإن كان العقد الإلكتروني يحيز التفاوض، ويسمح للمستهلك بمراجعة بنود العقد وتعديلها أحياً فإنه لا يعتبر عقد إذعان، أما إذا انعدمت سمة التفاوض أو المساومة وجاءت بنود العقد بطريقة جاماً لا تقبل المراجعة وغالباً ما يتم من خلال موقع الإنترنٽ فهو عقد إذعان⁽³⁷⁾.

ويمكن التمييز بين ثلاثة اتجاهات في اعتبار العقد الإلكتروني من عقود الإذعان أم لا، وكما يلي:

1. الاتجاه الأول: يقرر هذا الاتجاه أن العقد الإلكتروني هو نوع من عقود الإذعان، وهذا ما يذهب إليه بعض الفقه الانكليزي، والفرنسي، والعربي⁽³⁸⁾، على اعتبار أن المتعاقد لا يملك حرية المفاوضة أو المساومة في ما ستعاقده عليه، فهو مقيد بالضغط على عدد من الخيارات المقترحة أمامه في موقع المتعاقد الآخر أو الاختيار من بين مجموعة خيارات محددة مسبقاً، ضمن مواصفات معينة ومنها مواصفات السلعة أو الخدمة وثمنها المحدد مسبقاً، ولا يملك كذلك أن ينافق أو يعارض المتعاقد (الطرف الآخر) حول شروط التعاقد التي يوردها على الموقع، فهو مقيد بالتوقع في حالة القبول أو عدم التوقع في حالة الرفض⁽³⁹⁾.

ويعتمد أنصار هذا الاتجاه إلى تغلب المعيار الاقتصادي الذي ينشأ الإذعان عندما يكون هناك تفاوت بين الطرفين وتنعدم المساواة القانونية والفعلية بين ارادتهما فاحدهما يتمتع بنفوذ قوي، حالة المصارف وما تقدمه من خدمات مصرافية إلكترونية، والآخر ضعيف بسبب حاجته الملحة للتعاقد⁽⁴⁰⁾.

2. الاتجاه الثاني: يذهب هذا الاتجاه إلى أن العقد الإلكتروني ما هو إلا عقد رضائي وإن لم يكن من العقود المسماة⁽⁴¹⁾، وذلك لأن المتعاقد يستطيع اللجوء إلى مورد أو منتج آخر للسلعة أو الخدمة إذا لم تعجبه شروط أحد الموردين أو المنتجين، وأن عقود الإذعان هي من عقود الاحتكار والمنافسة الضعيفة مثل عقد توريد الكهرباء أو الغاز ويكون احتكار هذه السلع احتكاراً قانونياً أو فعلياً⁽⁴²⁾.

³³ نصيرة، خلوى (2013). الحماية القانونية للمستهلك عبر الإنترنٽ، دراسة مقارنة، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة مولود عماري، الجزائر، ص.33

³⁴ الرفاعي، أحمد محمود (2001).الحماية المدنية للمستهلك إزاء المضمون التعاقدى، القاهرة: دار الهبة العربية، ط.4، ص.221.

³⁵ عبد الدائم، أحمد (2003). شرح القانون المدني، نظرية الالتزام، مصادر الالتزام، الكويت، جامعة الكويت، ص.53.

³⁶ عبد الباقى، عمر (2004). الحماية العقدية للمستهلك، مصر: منشأة دار المعارف، ص.401.

³⁷ القيسي، عامر أحمد (1998). الحماية القانونية للمستهلك، رسالة دكتوراه، جامعة بغداد، كلية القانون، ص.75.

³⁸ أبو المحياء محمد ابراهيم (2005). عقود التجارة الإلكترونية، عمان: دار المسيرة للنشر والتوزيع، ص.30.

³⁹ المطالقة، محمد فواز (2006). الوجيز في عقود التجارة الإلكترونية، عمان: دار الثقافة للنشر والتوزيع، ص.17.

⁴⁰ منصور، محمد حسين(2006). المسؤولية الإلكترونية، الاسكندرية: دار المعارف للنشر والتوزيع، ص.76.

3. الاتجاه الثالث: يذهب هذا الاتجاه إلى أنه يجب التمييز بين نوعين من العقود الإلكترونية عند تحديد الطبيعة القانونية إذ أن العقود الإلكترونية من حيث آلية إبرامها هي إما عقود يتم إبرامها عن طريق البريد الإلكتروني للمتعاقدين أو عن طريق الواقع الإلكتروني، فالعقود التي تبرم عن طريق الواقع الإلكتروني قد تحتوي على سمات عقود الإذعان أما بالنسبة إلى العقود التي تبرم عن طريق البريد الإلكتروني فغالباً ما تكون عقود رضائية إذ يتم التفاوض على إبرام العقد عن طريق إرسال الرسائل الإلكترونية بين المتعاقدين عن طريق الواقع الشخصية الإلكترونية إلى أن يقترب ايجاب أحد المتعاقدين بقبول الآخر فينعقد العقد⁽⁴³⁾.

المبحث الثاني: أوجه حماية المستهلك من الشروط التعسفية

عملت معظم التشريعات القانونية على توفير الحماية الشاملة للمستهلك ضد الشروط التعسفية التي قد تفرض عليه، فأيًّا كانت الحرية المنوحة له في العقد الإلكتروني للمفاضلة بين السلع أو الخدمات المعروضة عليه، إلا أن الدعاية الهائلة التي تتم عبر شبكة الإنترنت والقوة الاقتصادية للمزودين الذين يعرضون هذه السلع أو الخدمات يجعل المستهلك بحاجة إلى الحماية من الشروط التعسفية التي قد يتضمنها العقد⁽⁴⁴⁾، وحماية لطرف الضعف (المستهلك) فقد قررت أغلب التشريعات القانونية وضع آليات حماية له تتمثل في مظاهرٍ أساسين، الأول: وهو الحماية من الشروط التعسفية من خلال تخويل القاضي سلطة تعديل الشروط التعسفية في العقد، والثاني: تفسير الشك في مصلحة طرف الضعف (المستهلك)⁽⁴⁵⁾.

يتناول هذا البحث أوجه حماية المستهلك من الشروط التعسفية في مطلبين، يتطرق المطلب الأول إلى نطاق حماية المستهلك الإلكتروني من الشروط التعسفية، بينما يتناول المطلب الثاني آليات حماية المستهلك الإلكتروني من الشروط التعسفية في التشريعات الأردنية والمقارنة

المطلب الأول: نطاق حماية المستهلك الإلكتروني من الشروط التعسفية

أولاً: مدى تدخل القاضي في تفسير الشروط التعسفية في العقد الإلكتروني

على الرغم من أن القاضي له السلطة في تفسير العقود وبنودها، إلا أنه ملزم بضوابط معينة تحتم عليه الالتزام بها، فيقل دور القاضي في تفسير شروط العقد الواضحة بالمقابل اتساع دوره في تفسير شروط العقد الغامضة، والشروط الغامضة يقصد بها: "عدم التوافق بين الألفاظ والإرادة الحقيقة للمتعاقدين، وقد يقع الغموض في الألفاظ وقد يقع في الإرادة دون الأنفاس أو يقع في كل من الألفاظ والإرادة معاً" والشروط التعسفية في العقود الإلكترونية في الغالب ما تأتي غامضة وغير واضحة يلجأ إليها المعني ليصعب على المستهلك أن يدرك القصد منها لأنها غير محددة المعنى بشكل دقيق، وقد سمح المشرع الأردني للقضاء بتفسير الشك في عبارات العقد الغامضة لمصلحة المدين، حيث نصت المادة (240) من القانون المدني على: "يفسر الشك في مصلحة المدين 2. ومع ذلك لا يجوز أن يكون تفسير العبارات الغامضة في عقود الإذعان ضاراً بمصلحة طرف المذعن"⁽⁴⁶⁾. وجاء في نفس المعني المادة (1/151) من القانون المدني المصري بنصها على: "يفسر الشكل بمصلحة المدين"⁽⁴⁷⁾. كما بينت المادة (239) من القانون المدني الأردني القواعد التي يسْتَهِدُ بها القاضي في التعرف على الإرادة الحقيقة للمتعاقدين إذا كانت عبارات العقد غامضة لا تكشف بجلاء عن مقصود العاقدين على النحو التالي: 1- إذا كانت عبارات العقد واضحة فلا يجوز الانحراف عنها عن طريق تفسيرها للتعرف على إرادة المتعاقدين. 2- إذا كان هناك محل لتفسير العقد فيجب البحث عن النية المشتركة للمتعاقدين دون الوقوف عند المعنى الحرفي للألفاظ مع الاستهدا في ذلك بطبيعة التعامل وبما ينبغي أن يتوافر منأمانة وثقة بين المتعاقدين وفقاً للعرف الجاري في المعاملات⁽⁴⁸⁾. أما في القانون المدني المصري في المادة 150 فقد نصت على: "إذا كانت عبارة العقد واضحة فلا يجوز الانحراف عنها من طريق تفسيرها للتعرف على إدارة المتعاقدين.

ونرى من خلال هذه التصوص إن القاضي في حالة وضوح عبارة العقد يكون بين أمرين أولهما إذا كانت عبارة العقد واضحة وتكتشف عن مقصود العاقدين لا يجوز الانحراف عنها ويطبق العقد كما هو ولا تثور مشكلة التفسير لأن الأصل أن عبارات العقد الواضحة تعبر بوضوح عن الإرادة المشتركة للعاقدين وبالتالي لا محل للجوء لعناصر أخرى تكشف عن هذه الإرادة وثانياًما أن تكون العبارة واضحة لا بس فيها لكنها تخالفقصد الحقيقي للعاقدين الذين يقصدان معنى آخر غير الذي ينصرف إليه اللفظ وهذا يجب الاعتداد بالقصد الحقيقي للمتعاقدين دون الوقوف على اللفظ

⁴¹ يعرف العقد المنسى بأنه: "العقد الذي خصه المشرع باسم معين، ونظم أحکامه بنصوص خاصة، نظرًا لكتراً شيوخه في الحياة العملية، أما العقد غير المنسى، فهو العقد الذي لم يخصه المشرع باسم معين، ولم يتم تنظيمه، وإنما يخضع للنظريات العامة للعقد، نظرًا لقلة شيوخه". انظر: العبيدي، علي هادي (2009). العقود المسماة، البيع والإيجار وقانون المالكين والمستأجرين، عمان: دار الثقافة للنشر والتوزيع، ص.8.

⁴² المومي، عمر حسن (2003). التوقيع الإلكتروني وقانون التجارة الإلكترونية، عمان: دار الثقافة للنشر والتوزيع، ص.34.

⁴³ دودين، بشار محمود (2013). الأطر القانوني للعقد المبرم عبر شبكة الانترنت، بيروت: منشورات الجليل القانونية، ص.73.

⁴⁴ حجازي، عبد الفتاح بيوجي (2006). حماية المستهلك عبر شبكة الانترنت، القاهرة: دار الفكر الجامعي، ص.122.

⁴⁵ نصيرة، خلوى (2013). الحماية القانونية للمستهلك عبر الانترنت، دراسة مقارنة، مرجع سابق، ص.73.

⁴⁶ القانون المدني الأردني رقم (43) لسنة 1976 وتعديلاته، المادة (240).

⁴⁷ القانون المدني المصري رقم (131) لسنة 1948 وتعديلاته، المادة رقم (151).

⁴⁸ القانون المدني الأردني رقم (43) لسنة 1976 وتعديلاته، المادة (239).

الوارد في العقد وهنا يتحمل القاضي عبء إثبات هذا القصد بصورة قاطعة وبين في أسبابه مبررات الانحراف عن المعنى اللفظي الوارد في العقد، وإن العبارات التي وردت به قد استعملت في معنى معاير لمعناها الحقيقي مع إيضاح كيفية الوصول إلى استخلاص المعنى الذي قصده الطرفان. ولكن هناك حالات ينشأ فيها تناقض بين العبارات الواضحة في العقد والإرادة الحقيقة فرغم وضوح العبارة إلا أن المتعاقدين أساءا استعمال التعبير الواضح، الأمر الذي يؤدي إلى غموض الإرادة، ومن الواضح أن القانونين الأردني والمصري يتطرقان على أنه في حالة العبارات الواضحة والتي لا تحتاج إلى تفسير فإنه يجب الأخذ بها كمعبر عن الإرادة دون الانحراف عنها، ولكن الخلاف يكون في حالة العبارة التي تحتاج إلى تفسير، حيث يتبنى القانون المصري والفرنسي مبدأ العبرة بالإرادة الباطلة وما الإرادة الظاهرة إلا دليل عليها ولكنه يقبل إثبات العكس، في حين يتبنى القانون الأردني مبدأ أن الإرادة الظاهرة هي الأساس في التعامل بين الطرفين.

وتأسساً على ما سبق فإنه يجوز للقاضي تفسير الشرط التعسفي الواضح أو تعديله أو استبعاده وذلك حماية للطرف الضعيف (المستهلك) في العلاقة التعاقدية، وكما تم توضيحه سابقاً فإن المستهلك الإلكتروني هو نفسه تعرف المستهلك العادي إلا أن الفرق الأساسي بينهما هو الوسيلة التي يستخدمها المستهلك الإلكتروني، وبالتالي ينطبق عليه ما ينطبق على المستهلك العادي من جواز أن يفسر القاضي الشرط التعسفي الواضح أو تعديله في العقود الإلكترونية حماية للمستهلك الإلكتروني.

ثانياً: سلطة القاضي في تعديل الشروط التعسفية أو استبعادها

نصت المادة (204) من القانون المدني الأردني على أنه: "إذا تم العقد بطريق الإذعان وكان قد تضمن شرطاً تعسفياً جاز للمحكمة أن تعدل هذه الشروط أو تعفي الطرف المذعن منها وفقاً لما تقتضي به العدالة، ويقع باطلأً كل اتفاق على خلاف ذلك"⁽⁴⁹⁾، حيث أعطت هذه المادة القاضي سلطة يستطيع من خلالها أن يحيى بها المستهلك من الشروط التعسفية التي يفرضها عليه المهنيون المتوفرون عليهم اقتصادياً. وفي هذا المعنى كذلك وأشارت المادة (149) من القانون المدني المصري ولم يحدد المشرع الأردني أو المصري المقصود بالشرط التعسفي وإنما تركاً لقاضي الموضوع سلطة مطلقة في قياس مدى التعسف بالنظر إلى ظروف وملابسات كل حالة على حدة وبالنظر إلى الظروف الشخصية لأطراف العقد.

وقد تنبه المشرع إلى ما قد يلجم إليه المهنيون من تضمين عقوتهم لشرط يستبعدون بموجبه سلطة القاضي في تعديل أو إلغاء الشروط التي يراها تعسفية، فنص على بطلان أي اتفاق أو شرط في هذا الشأن، وجعل من حق الطرف المذعن أو المستهلك في اللجوء إلى القضاء، وحق هذا الأخير في تعديل الشروط التعسفية أو الإعفاء منها، حفاظاً على حقوقه بالنظام العام وضمن بذلك للمستهلك حماية جدية.

ويرى بعض الفقهاء أن القاضي يملك الحق لتقرير ما إذا كان الشرط تعسفيًا ولا معقب لمحكمة النقض على تقديره، ما دامت عبارة العقد تحتمل المعنى الذي أخذ به، فإذاً عن له شرطاً تعسفيًّا في عقد إذعان، فيكون له أن يعدله إذاً كان من شأن ذلك أن يزيل أثر التعسف، وإلا فيكون له أن يلغيه. وهو في ذلك غير مقيد بحد معين سوى ما تقتضيه العدالة⁽⁵⁰⁾.

المطلب الثاني: آليات حماية المستهلك الإلكتروني من الشروط التعسفية

تضمنت أغلب القوانين، ومهمها القانون الأردني، الأحكام التي تواجه بها الشروط التعسفية سواء من خلال القواعد العامة في القانون المدني، أو من خلال الأحكام الخاصة في قوانين حماية المستهلك، فعلى صعيد القواعد العامة عالج المشرع الأردني الشروط التعسفية في عقود الإذعان خاصة، وذلك في المادة (204) من القانون المدني التي أجازت للمحكمة، إذاً ما تم العقد بطريق الإذعان وتضمن شرطاً تعسفياً، أن تعدل من هذه الشروط أو تعفي الطرف المذعن منها وفقاً لما تقتضيات العدالة. كما اعتبرت هذه المادة أن أي اتفاق على خلاف ذلك يعد باطلأً وهذا النص يسري على العقود الإلكترونية إذاً ما تضمن العقد شرطاً تعسفياً في حق المستهلك، وذلك في الحالات التي يكيف فيها القاضي العقد على أنه من عقود الإذعان، وهو ما يحصل إذاً ما تبين للقاضي أن جميع خصائص عقد الإذعان وشروطه متوافرة في هذا العقد، كما لو كان المستهلك قد تعاقد مع التاجر مقدم السلعة أو الخدمة من خلال الموقع الإلكتروني للتاجر، وتبين أن هذا التاجر محكر للسلعة أو الخدمة، وأنه وضع على الموقع شرطاً عاماً بشأن التعاقد عليها لا يسمح بمناقشتها، وكان المستهلك بحاجة للسلعة أو الخدمة كونها من الضروريات بالنسبة له⁽⁵¹⁾.

ويتمتع القاضي بسلطة تقديرية في استخلاص الشروط التعسفية بالنظر لممارسات وظروف كل حالة على حدة، كما يتمتع بسلطة واسعة في الرقابة على مثل هذه الشروط، وقد أبطل قانون حماية المستهلك الأردني، أي شرط تعسفي يرد في العقد فيحرم المستهلك من حقوقه التي نص عليها القانون، أو يكون من شأنه إفقاء المزود من مسؤوليته، كما أجاز للمحكمة إبطال الشروط التعسفية الواردة في العقد المبرم بين المستهلك والمزود أو أن تعدل فيها أو تعفي المستهلك منها، بناءً على طلب من المتضرر نفسه أو بطلب من جمعية حماية المستهلك، واعتبرت هذه المادة أن كل اتفاق على خلاف ذلك يعد باطلأً⁽⁵²⁾.

⁴⁹ القانون المدني الأردني رقم (43) لسنة 1976 وتعديلاته، المادة (204).

⁵⁰ السمنوري، عبد الرزاق (2000). الوسيط، مصادر الالتزام، ج 1، الإسكندرية: منشأة دارة المعارف، ص 250.

⁵¹ زهير، إيمان ومقابلة، نبيل (2021). نطاق الحماية للمستهلك الإلكتروني في القانون الأردني، مرجع سابق، ص 53.

⁵² انظر قانون حماية المستهلك الأردني رقم (7) لسنة 2017، المادة (21).

ومن آليات حماية المستهلك الإلكتروني من الشروط التعسفية ما يأتي:

أولاً: الحق في الإعلام الإلكتروني

إن الالتزام قبل التعاقد بإعلام المستهلك هو ضرورة عملية يقتضها التعاقد الإلكتروني الذي يكون فيه الالتفاف بين المستهلك والمورد واضحًا، ومنها تظهر مبررات تقرير هذا الإعلام كآلية قانونية لإرجاع التوازن المختل بين طرف العقد، والمساواة بينهما من خلال تنوير المستهلك الإلكتروني قبل الإقدام على التعاقد.

وقد نصت المادة (3) من قانون حماية المستهلك على: "للمستهلك الحق في...2. الحصول بصورة واضحة على المعلومات الكاملة والصحيحة عن السلعة أو الخدمة التي يشتريها وشروط البيع لها. 3. الحصول على معلومات كاملة وواضحة قبل إتمام عملية الشراء عن الالتزامات التي تترتب في ذمته للمزود وحقوق المزود في مواجهة المستهلك"⁽⁵³⁾. أما المشرع المغربي فقد طرق في هذا الصدد إلى الالتزام بالإعلام واعتبره في المادة الأولى من القانون 31.18 بأن من بين الأهداف التي يسعى إلى تحقيقها قانون حماية المستهلك وذلك بقوله: "هدف هذا القانون إلى تحقيق ما يلي: ...إعلام المستهلك إعلاماً ملائماً وواضحاً بالمنتجات أو السلع أو الخدمات التي يقتضيها أو يستعملها...".

ثانياً: الحق في العدول والرجوع عن التعاقد

بالإضافة إلى حق المستهلك في إعلامه لتبصيره عند إقدامه على إبرام العقد الإلكتروني فهناك حق آخر لا يقل أهمية هو الحق في العدول والذي يعد أحد الضمانات وأكثر الآليات الحماية للمستهلك ملائمة لخصوصيات العقد الإلكتروني لكون المستهلك لا يتتوفر على الإمكانيات الفعلية لمعاينة السلع أو التحقق من الأداء المناسب للخدمات ويتضمن هذا الحق إعطاء فرصة للتروي والتفكير⁽⁵⁴⁾.

فحق العدول في العقد الإلكتروني من الآليات القانونية التي لجأت إليها التشريعات الحديثة لحماية رضا المستهلك وبينم هذا الحق عن إعطاء فرصة للمستهلك للتفكير والتأمل فهو حق يتسم بالصفة الاختيارية، وهو من الحقوق المستحدثة، ولم ينص المشرع الأردني صراحة على ذلك، إلا أنه أشار إليه بمصطلح فسخ العقد، حيث نصت المادة (145) من القانون المدني الأردني على أنه: "إذا غير أحد العاقدين بالأخر وتحقق أن العقد تم بغبن فاحش كان من غيره فسخ العقد"⁽⁵⁵⁾. وكذلك جاءت المادة (1/157) من القانون المدني المصري بهذا المعنى.

وتكمن مبررات تبني التشريعات الحديثة لحق عدول المستهلك الإلكتروني وتراجع في أن التجارة الإلكترونية تتم عن بعد بوسائل اتصال لا تسمح للمستهلك الإلكتروني بالحكم الدقيق على المنتوج مما يلغى وصف البائع له من دقة وأمانة. وبالتالي فحق العدول المكفول للمستهلك الإلكتروني هو بمثابة مهلة إضافية للشرع والتدبر في أمر العقد تفادياً للأخطار التي قد تلحق به.

الخاتمة:

هدفت الدراسة إلى التعرف على مظاهر حماية المستهلك الإلكتروني من الشروط التعسفية وفقاً للقانون الأردني.

أولاً: النتائج:

وقد توصلت إلى مجموعة من النتائج، يمكن إيجازها في الآتي:

- المستهلك الإلكتروني هو نفسه تعرف المستهلك العادي إلا أن الفرق الأساسي بينهما هو الوسيلة التي يستخدمها المستهلك الإلكتروني التي تؤدي إلى إشباع حاجاته ورغباته وهي وسيلة الاتصال الإلكتروني كالإنترنت وغيرها من وسائل الاتصال الحديثة.
- كل شرط يكون الغرض منه أو يتربّع عنه اختلال كبير بين حقوق وواجبات طرف العقد الإلكتروني على حساب المستهلك، هو شرط تعسفي ينشأ بسبب التعس夫 أو يسمح بوقوعه.
- يعتبر الشرط تعسفيًا عندما تكون الميزة المجنحة التي منحت للمزود نتيجة لتعسفة في استعمال سلطته أو قوته الاقتصادية.
- عملت معظم التشريعات القانونية على توفير الحماية الشاملة للمستهلك ضد الشروط التعسفية التي قد تفرض عليه، ومنها المشرع الأردني في قانون المعاملات الإلكترونية وقانون حماية المستهلك.
- غالباً ما تأتي الشروط التعسفية في العقود الإلكترونية غامضة وغير واضحة ياجأ إليها المبتدئ ليصعب على المستهلك أن يدرك القصد منها لأنها غير محددة المعنى بشكل دقيق، وقد سمح المشرع الأردني للقضاء بتفسير الشك في عبارات العقد الغامضة لمصلحة المدين أو المستهلك (الطرف الأضعف).
- يجوز للقاضي تفسير الشرط التعسفي الواضح أو تعديله أو استبعاده وذلك حماية للطرف الضعيف (المستهلك) في العلاقة التعاقدية.

⁵³ قانون حماية المستهلك الأردني رقم (7) لسنة 2017. المادة (3) الفقرة (2 و 3)

⁵⁴ الشرقاوي، القرقار (2020). حماية المستهلك الإلكتروني من الشروط التعسفية، مرجع سابق، ص 144.

⁵⁵ القانون المدني الأردني رقم (43) لسنة 1976 وتعديلاته، المادة (145).

- منح المشرع الأردني القاضي سلطة وبحدود معينة (مقيدة) يستطيع من خلالها أن يحيى بها المستهلك من الشروط التعسفية التي يفرضها عليه المهنيون المتفوّرون عليهم اقتصادياً.
- أجاز المشرع الأردني للمحكمة إذا ما تم العقد بطريق الإذعان وتضمن شروطاً تعسفية، أن تعدل من هذه الشروط أو تعفي الطرف المذعن منها وفقاً لمقتضيات العدالة.

ثانياً: التوصيات:

- نأمل أن لا يقتصر المشرع الأردني مواجهة الشروط التعسفية على مجال عقود الإذعان، وإنما امتدادها إلى عقود الاستهلاك الإلكتروني، وذلك بهدف حماية الطرف الضعيف (المستهلك) في أي عقد من عقود التجارة الإلكترونية.
- يتوجب إعطاء السلطة التقديرية للقاضي الكاملة بتعديل أو إلغاء الشرط التعسفي.
- نتمنى على المشرع الأردني سن أحكام خاصة تمنع المستهلك العدول عن عقود الاستهلاك عموماً التقليدية منها والإلكترونية ضمن القانون الخاص بحماية المستهلك، باعتبار أن الخيار المذكور أصبح حاجة ملحة لحماية رضا المستهلك.
- ندعوا إلى وضع لجنة خاصة تعنى بحقوق المستهلك الإلكتروني في الأردن، وتحتسب بفحص نماذج العقود الإلكترونية التي يعرضها مقدم الخدمة على المستهلكين، والبحث فيها عن الشروط التعسفية للتوصية بإبطالها.

المراجع:

أولاً: الكتب والدراسات:

1. إبراهيم، خالد ممدوح. (2006). *إبرام العقد الإلكتروني*. دار الفكر الجامعي.
2. جرادات، سحر بيجت. (2011). *حماية المستهلك من الشروط التعسفية في العقود الإلكترونية*. رسالة ماجستير، كلية القانون، جامعة اليرموك.
3. جميمي، عبد الباسط. (2001). *أثر عدم التكافؤ بين المتعاقدين على شروط العقد*. دار الهبة العربية.
4. حجازي، عبد الفتاح بيومي. (2006). *حماية المستهلك عبر شبكة الإنترنت*. دار الفكر الجامعي.
5. حداد، عيد. (2009). *الحماية المدنية والجنائية للمستهلك عبر شبكة الإنترنت*. المؤتمر المغربي الأول حول المعلوماتية والقانون، (28-29 أكتوبر)، أكاديمية الدراسات العليا.
6. دودين، بشار محمود (2013). *الاطار القانوني للعقد المبرم عبر شبكة الانترنت*. منشورات الحلبي القانونية.
7. رياح، غسان. (2006). *قانون حماية المستهلك الجديد*. دراسة مقارنة. منشورات زين الحقوقية.
8. الرفاعي، أحمد محمود (2001). *الحماية المدنية للمستهلك إزاء المضمون التعاقدية*. دار الهبة العربية، ط.4.
9. الرومي، محمد أمين. (2006). *النظام القانوني للتحكيم الإلكتروني*. الإسكندرية، دار الفكر الجامعي.
10. زهير، إيمان ومقابلة، نبيل. (2021). *نطاق الحماية المدنية للمستهلك الإلكتروني في القانون الأردني*. مجلة جامعة الزيتونة الأردنية للدراسات القانونية، (2).
11. الشرقاوي، القرقار. (2020). *حماية المستهلك الإلكتروني من الشروط التعسفية*. مجلة عدالة للدراسات القانونية والقضائية: (3).
12. بن طاية، زوليخة، ولشبيب، حورية. (2020). *الحماية القانونية للمستهلك الرقعي من الشروط التعسفية*. مجلة الباحث للدراسات الأكademie: (1).
13. عبد الباتي، عمر. (2004). *الحماية العقدية للمستهلك*. منشأة دار المعارف.
14. عبد الدائم، أحمد. (2003). *شرح القانون المدني، نظرية الالتزام، مصادر الالتزام*. جامعة الكويت.
15. عبد الرحمن، صالح نائل. (1995). *حماية المستهلك في التشريع الأردني*. مؤسسة زهران للنشر والتوزيع.
16. عبداتي، شمس الدين. (2011). *آلية حماية المستهلك الإلكتروني في المغرب*. المنتدى المغربي للاستهلاك.
17. العبيدي، علي هادي. (2009). *العقود المسمى، البيع والإيجار وقانون المالكين والمستأجرين*. عمان: دار الثقافة للنشر والتوزيع.
18. عمران، السيد محمد. (1999). *حماية المستهلك أثناء تكوين العقد*. دراسة مقارنة. منشأة المعارف.
19. قاسم، محمد حسن. (2005). *التعاقد عن بعد: قراءة تحليلية في التجربة الفرنسية*. مع إشارة لقواعد القانون الأوروبي. دار الجامعة الجديدة للنشر والتوزيع.
20. القيسي، عامر أحمد. (1998). *الحماية القانونية للمستهلك*. رسالة دكتوراه، كلية القانون.
21. محمد، سويلم. (2012). *أثر خصوصية العقد الإلكتروني على توسيع الحماية المدنية للمستهلك*. مجلة الحقوق والعلوم الإنسانية.

22. محمود عبد الله ذيب. (2009). حماية المستهلك في التعاقد الإلكتروني، دراسة مقارنة. رسالة ماجستير غير منشورة، كلية الدراسات العليا، جامعة النجاح الوطنية.
23. المطالقة، محمد فواز. (2006). *الوجيز في عقود التجارة الإلكترونية*. دار الثقافة للنشر والتوزيع.
24. المطيري، مساعد زيد عبد الله. (2007). *الحماية المدنية للمستهلك في القانونين المصري والكويتي*. رسالة دكتوراه منشورة، جامعة عين شمس.
25. المزلawi، صالح جاد. (2011). *الحماية القضائية للمستهلك المتعاقد عبر الإنترن特 في ضوء أحكام نظام المرافعات الشرعية السعودية*. مجلة جامعة الملك سعود: الحقوق والعلوم السياسية، (23).
26. منصور، محمد حسين. (2006). *المسؤولية الإلكترونية*. دار المعارف للنشر والتوزيع.
27. المؤمني، عمر حسن (2003). *التوقيع الإلكتروني وقانون التجارة الإلكترونية*. دار الثقافة للنشر والتوزيع.
28. نصيرة، خلوى (2013). *الحماية القانونية للمستهلك عبر الإنترنط*. دراسة مقارنة. كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة مولود معمري.
29. أبو الهيجاء، محمد ابراهيم. (2005). *عقود التجارة الإلكترونية*. دار المسيرة للنشر والتوزيع.
30. يوسف، زروق (2013). *حماية المستهلك مدنياً من مخاطر التعاقد الإلكتروني*. مجلة دفاتر السياسة والقانون: (9).

ثانياً: القوانين والتشريعات:

- القانون المدني الأردني رقم (43) لسنة 1976 وتعديلاته.
- القانون المدني المصري رقم (131) لسنة 1948 وتعديلاته.
- قانون المستهلك الفرنسي لسنة 1993.
- قانون المعاملات الإلكترونية الأردني، رقم (15) لسنة 2015.
- قانون المعاملات الإلكترونية في إمارة دبي لسنة 2002.
- قانون تحديد تدابير حماية المستهلك المغربي، رقم 31.08 لسنة 2011.
- قانون حماية المستهلك الاتحادي لدولة الإمارات العربية المتحدة رقم (24) لسنة 2006.
- قانون حماية المستهلك الأردني رقم (7) لسنة 2017.
- قانون حماية المستهلك التونسي رقم 117 لسنة 1992.
- قانون حماية المستهلك المصري رقم 67 لسنة 2006.
- نظام التعاملات الإلكترونية السعودي، الصادر بقرار مجلس الوزراء رقم 80 وتاريخ 7/3/1428هـ



Protecting the Electronic Consumer from Arbitrary Conditions According to Jordanian Law

Saddam Hussein Youssef Al-Rahmana

PhD student, Sheikh Noah College of Sharia and Law, The world Islamic science & Education University, Jordan
 alrahamnehsadam@gmail.com

Received: 14/3/2022 Revised: 8/4/2022 Accepted: 22/4/2022 DOI: <https://doi.org/10.31559/LCJS2022.3.1.5>

Abstract: This study aimed to identify the extent to which the electronic consumer is protected from arbitrary conditions according to the Jordanian law, and followed the descriptive approach, which is an arbitrary condition that arises out of or permits arbitrariness to occur. The judge may interpret, modify or exclude the apparent arbitrary clause in order to protect the weak party (the consumer) in the contractual relationship. The Jordanian legislator permitted the court, if the contract was concluded by way of submission and included arbitrary conditions to modify these conditions or exempt the obedient party from them in accordance with the requirements of justice. The study recommended the Jordanian legislator to enact special provisions that give the consumer to abandon consumer contracts in general, both traditional and electronic, within the law of consumer protection, given that the aforementioned option has become an urgent need to protect consumer satisfaction.

Keywords: *electronic consumer; arbitrary conditions; Jordanian law.*

References:

1. 'bd Albaqy, 'Emr. (2004). *Alhmayh Al'qdyh Llmsthlik. Mnshah Dar Alm'arf.*
2. 'bd Alda'm, Ahmd. (2003). *Shrh Alqanwn Almdny, Nzryt Alaltzam, Msadr Alaltzam. Jam't Alkwyt.*
3. 'bd Alrhmn, Salh Na'l. (1995). *Hmayt Almsthlik Fy Altshry' Alardny. M'sst Zhran Llnshr Waltwzy'.*
4. 'bdaty, Shms Aldyn. (2011). *Alyh Hmayh Almsthlik Alelktrwny Fy Almghrb. Almntda Almghrbly Llasthlak.*
5. Al'bydy, 'ly Hady. (2009). *Al'qwd Almsmah, Alby' Waleyjar Wqanwn Almalkyn Walmstajryn, 'man: Dar Althqafh Llnshr Waltwzy'.*
6. 'mran, Alsyd Mhmd. (1999). *Hmayh Almsthlik Athna' Tkwyn Al'qd. Drash Mqarnh. Mnshah Alm'arf.*
7. Dwdyn, Bshar Mhmwd (2013). *Alatar Alqanwny Li'qd Almbrm 'br Shbkhh Alantrnyt. Mnshwrat Alhlby Alqanwny.*
8. Ebrahym, Khald Mmdwh. (2006). *Ebram Al'qd Alelktrwny. Dar Alfkr Aljam'y.*
9. Hdad, 'yd. (2009). *Alhmayh Almdnyh Waljna'yh Llmsthlik'br Shbkt Alentrnt. Alm'tmr Almgharby Alawl Hwl Alm'lwmattyh Walqanwn, (28-29 Aktwbr), Akadymyh Aldrasat Al'lya.*
10. Hjazy, 'bd Alftah Bywmy. (2006). *Hmayh Almsthlik 'br Shbkhh Alentrnt. Dar Alfkr Aljam'y.*
11. Abw Alhyja', Mhmd Abrahym. (2005). *'qwd Altjarh Alelktrwny. Dar Almsyrh Llnshr Waltwzy'.*
12. Jradat, Shr Bhjt. (2011). *Hmayh Almsthlik Mn Alshrw Alt'sfyh Fy Al'qwd Alelktrwny. Rsalt Majstyr, Klyt Alqanwn, Jam't Alyrmwk.*
13. Jmy'y, 'bd Albast. (2001). *Athr 'dm Altkaf' Byn Almt'aqdyn 'la Shrwt Al'qd. Dar Alnhdh Al'rbyh.*
14. Mhmd, Swylm. (2012). *Athr Khwsyh Al'qd Alelktrwny 'la Twsy' Alhmayh Almdnyh Llmsthlik, Mjlt Alhqwq Wal'lwm Alensanyh.*
15. Mhmwd 'bd Allh Dyb. (2009). *Hmayh Almsthlik Fy Alt'aqd Alelktrwny, Drash Mqarnh. Rsalt Majstyr Ghyr Mnshwrh, Klyt Aldrasat Al'lya, Jam't Alnjah Alwtynyh.*

16. Almnzlawy, Salh Jad. (2011). Alhmayah Alqda'yh Llmsthlk Almt'aqd 'br Alentrnt Fy Dw' Ahkam Nzam Almraf'at Alshr'yh Als'wdy. Mjh Jam't Almlk S'wd: Alhqwq Wal'lwm Alsyasyh, (23)2.
17. Mnswr, Mhmd Hsyn. (2006). Alms'wlyh Alelktrwnyh. Dar Alm'arf Llnshar Waltwzy'.
18. Almtalqh, Mhmd Fwaz. (2006). Alwjyz Fy 'qwd Altjarh Alelktrwnyh. Dar Althqafh Llnshar Waltwzy'.
19. Almyry, Msa'd Zyd 'bd Allh. (2007). Alhmayah Almdnyh Llmsthlk Fy Alqanwnyn Almsry Walkwyty. Rsalt Dktwrah Mnshwrh, Jam't 'yn Shms.
20. Almwmny, 'mr Hsn (2003). Altwqy' Alelktrwny Wqanwn Altjarh Alelktrwnyh. Dar Althqafh Llnshar Waltwzy'.
21. Nsyrh, Khly (2013). Alhmayah Alqanwnyh Llmsthlk 'br Alentrnt, Drash Mqarnh. Klyt Alhqwq Wal'lwm Alsyasyh, Jam't Mwlwd M'mry.
22. Qasm, Mhmd Hsn. (2005). Alt'aqd 'n B'd: Qra'h Thlylyh Fy Altjrbh Alfrnsyh, M' Eshart Lqwa'd Alqanwn Alawrby. Dar Aljam'h Aljdydh Llnshar Waltwzy'.
23. Alqysy, 'amr Ahmd. (1998). Alhmayah Alqanwnyh Llmsthlk. Rsalt Dktwrah, Klyt Alqanwn.
24. Rbah, Ghsan. (2006). Qanwn Hmayh Almsthlk Aljdyd, Drash Mqarnh. Mnshwrat Zyn Alhqwqyh.
25. Alrfa'y, Ahmd Mhmwd (2001). Alhmayah Almdnyh Llmsthlk Eza' Almdmwn Alt'aqdy. Dar Alnhdh Al'rbyh, T4.
26. Alrwmy, Mhmd Amyn. (2006). Alnzam Alqanwny Llthkym Alelktrwny, Aleskndryh, Dar Alfkr Aljam'y.
27. Alshrqawy, Alqrqar. (2020). Hmayh Almsthlk Alelktrwny Mn Alshrw Alt'sfyh. Mjlt 'dalh Lldrasat Alqanwnyh Walqda'yh: (3).
28. Bn Tayh, Zwlykhh, Wlshhb, Hwryh. (2020). Alhmayah Alqanwnyh Llmsthlk Alrqmy Mn Alshrw Alt'sfyh. Mjlt Albahth Lldrasat Alakadymyh: 7(1).
29. Ywsf, Zrwq (2013). Hmayt Almsthlk Mdnyaan Mn Mkhatr Alt'aqd Alelktrwny. Mjlt Dfatr Alsyash Walqanwn: (9).
30. Zhyr, Eyman Wmqablh, Nbyl. (2021). Ntaq Alhmayah Almdnyh Llmsthlk Alelktrwny Fy Alqanwn Alardny. Mjlt Jam't Alzytwnh Alardnyh Lldrasat Alqanwnyh: (2)1.

التعليق على قرار قضائي -توقف عقد الشغل مؤقتا-

سميرة هزاو

طالبة دكتوراه- المغرب

samirahazaoui29@gmail.com

قبول البحث: 2022/4/25

مراجعة البحث: 2022/4/21

استلام البحث: 2022/3/31

DOI: <https://doi.org/10.31559/LCJS2022.3.1.6>



This file is licensed under a [Creative Commons Attribution 4.0 International](#)



التعليق على قرار قضائي -وقف عقد الشغل مؤقتاً-

Comment on a Judicial Decision-Temporary Interruption of an Employment Contract

سميرة هزاو

Samira hazaoui

طالبة دكتوراه- المغرب

Student in the Doctorate, Morocco

samirahazaoui29@gmail.com

استلام البحث: 2022/3/31 مراجعة البحث: 2022/4/21 قبول البحث: 2022/4/25 DOI: <https://doi.org/10.31559/LCJS2022.3.1.6>

القرار عدد 233

الصادر بتاريخ 08 مارس 2017

في الملف الاجتماعي عدد 2016/2/5/554

مرض الأجير - وقف عقد الشغل مؤقتاً - عدم جواز فصله من العمل.

إن مرض الأجير المثبت قانوناً يوقف عقد شغله مؤقتاً طبقاً لما تنص عليه المادة 32 من مدونة الشغل. ولما كان الثابت فقهياً وقضاء عدم جواز اتخاذ أي عقوبة تأديبية في حق الأجير أثناء توقيف عقد عمله المبرر، فإن فصله خلال الفترة المذكورة يكون فصلاً تعسفياً.

نقض وإحالة

باسم جالية الملك وطبقاً للقانون

يستفاد من مستندات الملف، ومن القرار المطعون فيه المشار إلى مراجعه أعلاه أن الأجرة (الطالبة) تقدمت بمقالين افتتاحي وإضافي، عرضت فيما أنها التحقت للعمل لدى شركة (...) (المطلوبة) كإطار مكلفة بالتخفيط منذ 2001/9/1، وأن علاقتها بمشغلتها كانت على أحسن ما يرام إلى أن تم تفويت أسمها الشركة إلى الرئيس المدير العام الحالي، الذي أخذ يسلك ضدها كل أساليب الضغط والإهانة والترهيب النفسي من أجل حملها على مغادرة العمل، وقد انتهى الأمر بطردها خلال شهر فبراير 2013 دون مبرر ودون سلوك مسيطرة الفصل القانونية، بل وأنباء فترة توقيف عقد الشغل مؤقتاً بسبب الوعكة الصحية النفسية التي تعرضت لها إثر العنف النفسي الذي مارسه عليها المدير العام يوم 2013/2/11 حينما كسر عليها باب مكتبه وأحضر الشرطة لأسباب واهية وهو ما تسبب لها في التوقف عن العمل لمدة عشرين يوماً حسب الثابت من الشهادة الطبية الصادرة عن الطبيب النفسي، والتي توصلت بما المشغلة بواسطة الفاكس وكذا عن طريق مفوض قضائي يوم 2013/2/12 ، مطالبة الحكم لها بما هو مسطر بمقالمها. كما تقدمت المشغلة بطلب مضاد ملتمسة الحكم لها بتعويض مسبق مع الأمر بإجراء خبرة لتحديد التعويض عما لحقها من ضرر من جراء تصرفات الأجير.

وبعد تمام الإجراءات، أصدرت المحكمة الابتدائية حكماً قضى في الطلب الأصلي بأداء المدعي علماً للمدعية تعويضات عن الإخطار والفصل والعطلة وكذا الأجرة مع تسليمها شهادة العمل، ويرفض باقي الطلبات وبعدم قبول الطلب المضاد، وهو الحكم الذي كان محل استئناف من الطرفين قضت محكمة الاستئناف بإلغائه فيما قضى به من تعويضات عن الإخطار والفصل والضرر والحكم من جديد برفض الطلب بخصوصها وبالغائه كذلك فيما قضى به من عدم قبول الطلب المضاد والحكم تصدياً بقبوله وبأدء الأجرة لفائدة المشغلة تعويضات عن الضرر مبلغه 20000 درهم وبتأييده في الباقي. وهذا هو القرار المطلوب نقضه من طرف الأجير.

في شأن الوسيلة الأولى في النقض:

تعيب الطاعنة على القرار عدم الارتكاز على أساس وانعدام التعلييل وخرق الفصل 125 من الدستور والفصل 345 من ق م ، والمادة 32 من مدونة الشغل، وذلك أن الفصل 125 من الدستور ينص على أنه: " تكون الأحكام معللة وتصدر في جلسة علنية، وفق الشروط المنصوص عليها في القانون" ، كما أن الفصل 345 من ق م ينص بدوره على ذلك فيما المادة 32 من مدونة الشغل تنص على ما يلي: " يتوقف عقد الشغل مؤقتاً أثناء: 1- ... 2- تغيب الأجير لمرض، أو إصابة، يثبتها طبيب إثباتاً قانونياً ... ". وأن الثابت من وثائق الملف أنها وعلى إثر التحرش المعنوي والضغط النفسي التي أصبحت تمارس عليها من طرف الرئيس/ المدير العام للمشغلة، أصيبت بأزمة نفسية اضطررتها إلى متابعة العلاج من طرف أخصائي في أمراض الرأس والأعصاب والعلاج النفسي، وهي الأزمة التي تفاقمت بشكل حاد إثر واقعة تكسيره باب مكتبه أثناء إغلاقه وقت استراحة الغذاء واستدعائه الشرطة قصد ترهيماً مجرد أنها قامت بتمزيق مسودات أوراق العمل المستخرجة من النظام المعلومات، وهو ما استدعي نقلها من طرف أفراد أسرتها إلى طبيها المعالج يوم 12/2/2013 الذي سلمها شهادة طبية تؤكد فيها أنها خضعت للعلاج منذ 15/3/2012 بسبب اكتئاب حاد مرتبط بنزاع وضغط في العمل، وبأن حالها الصحية تفاقمت حالياً وتتطلب توقفاً عن العمل لمدة عشرين يوماً، وهي الشهادة التي بلغتها للمشغلة في نفس اليوم عبر الفاكس والبريد الإلكتروني كما بلغتها في اليوم الموالي أي 13/3/2013 بواسطة مفوض قضائي حسب الثابت من الوثائق المدللي بها، إلا أن المطلوبة في النقض وبالرغم من توصلها بصفة قانونية بالشهادة الطبية المبررة للتوقف عن العمل ابتداء من 12/2/2013 إلى 3/3/2013 أقدمت بتاريخ 18/2/2013 أي داخل فترة العجز المرضي على اتخاذ قرار بفصلها من العمل. وقد ظلت خلال كافة مراحل الدعوى تتمسك بأن قرار الفصل كان تعسفياً لاتخاذه خلال فترة العجز الموقف لعقد الشغل بتصريح المادة 32 أعلاه، إلا أن القرار تفادى الإجابة عن الدفع، مع أن المطلوبة في النقض لم تنف إطلاقاً توصلها بالشهادة الطبية، وانتقل إلى مناقشة الخطأ المزعوم ارتكابه وخلص إلى ثبوته، والحال أن الطرد الذي تعرض له، وبغض النظر عن ثبوت الخطأ من عدمه، طرد تعسفي لاتخاذه خلال فترة توقف عقد الشغل التي تغلب يد المشغل عن اتخاذ أي تدبير تأديبي في حق الأجير إلى حين انتهاء فترة العجز، فيكون القرار على نحو ما انتهى إليه من عدم التعلييل ومشوبًا بخرق المقتضيات المومأ إليها أعلاه وهو ما يستدعي نقضه.

حيث تبين صحة ما نعته الطاعنة بالوسيلة على القرار، ذلك أن مرض الأجير المثبت قانونياً يوقف عقد شغله مؤقتاً طبقاً لما تنص عليه المادة 32 من مدونة الشغل. ولما كان الثابت فقهاً وقضاء عدم جواز اتخاذ أي عقوبة تأديبية في حق الأجير أثناء توقف عقد عمله المبرر؛ فإن فصله خلال الفترة المذكورة يكون فصلاً تعسفيًا. والثابت من وثائق الملف كما هي معروضة على قضاة المحكمة، فإن دفع الطاعنة بمقتضى مقالها الافتتاحي للدعوى بكون فصلها من العمل تم بتاريخ 28/2/2013 أي خلال فترة توقفها بسبب المرض وقد أدلت بشهادتها طيبة ترخص لها بالتوقف لمدة عشرين يوماً ابتداء من 12/2/2013 وبمحضر منجر من طرف مفوض قضائي ثبت تبلغ الشهادة الطبية للمطلوبة، كما أنها في معرض جوابها عن استئناف هذه الأخيرة أعادت التأكيد على الدفع المذكور وهو ما كان يقتضي الرد عنه لما له من تأثير حاسم في مسار الدعوى، إلا أن المحكمة بضررها صفحًا عن ذلك وخوضها في البحث عن الخطأ المنسوب للطاعنة لم تجعل لما انتهت إليه أساساً قانونياً وكان قرارها فاسد التعلييل المنزل منزلة انعدامه والملجأ لنقضه وبغض النظر عما جاء بباقي الوسائل.

لهذه الأسباب

قضت محكمة النقض بنقض القرار المطعون فيه.

وبه صدر القرار وتلي بالجلسة العلنية المنعقدة بتاريخ المذكور أعلاه بقاعة الجلسات العادلة بمحكمة النقض بالرباط. وكانت الهيئة الحاكمة متربكة من رئيس الغرفة السيد محمد سعد جرندي رئيساً، والمستشارين السادة عبد اللطيف الغازي مقرراً ونزة مرشد وأحمد بنهدي ومحمد برادة أعضاء، وبحضور المحامي العام السيد رشيد صدوق وبمساعدة كاتب الضبط السيد سعيد احماموش.

التعليق

يناقش القرار عدد 233 الصادر بتاريخ 08 مارس 2017 عن محكمة النقض قضية اجتماعية حول توقف عقد الشغل مؤقتاً بسبب مرض الأجير والمنصوص عليها في المادة 32 من مدونة الشغل، وتخلص وقائعها في أن الأجارة التحقت لدى شركة (أ) إطار مكلفة بالخطيط منذ 1/9/2001 ، وأن علاقتها كانت على أحسن ما يرمي إلى أن تم تفويت أسهم الشركة إلى الرئيس المدير العام الحالي، والذي يسلك ضدها كل أساليب الضغط والإهانة والترهيب النفسي من أجل حملها على مغادرة العمل؛ وبالتالي أصيبت بأزمة نفسية اضطررتها إلى متابعة العلاج من طرف أخصائي في أمراض الرأس، ونتيجة لواقعة تكسيره لباب مكتبه أثناء إغلاقه وقت استراحة الغذاء واستدعائه للشرطة قصد ترهيماً مجرد أنها قامت بتمزيق مسودات أوراق العمل المستخرجة من النظام المعلوماتي، هذه الأزمة التي أدت بنقلها من طرف أسرتها إلى طبيها المعالج يوم 12/2/2013 الذي سلمها شهادة طبية يؤكد فيها أنها خضعت للعلاج منذ 15/3/2012 بسبب اكتئاب حاد مرتبط بنزاع وضغط في العمل، وتضمنت الشهادة أن حالها الصحية تفاقمت حالياً وتتطلب توقفاً عن العمل لمدة عشرين يوماً، وبلغتها للمشغل في اليوم نفسه عبر الفاكس والبريد الإلكتروني، وبلغتها في اليوم الموالي 13/2/2013 بواسطة المفوض القضائي، وانتهى بها الأمر بطردها خلال شهر فبراير 2013 دون مسوغ ودون سلوك مسيطرة الفصل القانونية، بل وأنباء فترة توقف عقد الشغل مؤقتاً.

وطالبت الأجرة الحكم لها بما هو مسطر بمقابلها الافتتاحي والإضافي، كما تقدمت المشغلة بطلب مضاد ملتمسة الحكم لها بتعويض مسبق مع الأمر بإجراه خبرة لتحديد التعويض عما لحقها من ضرر من جراء تصرفات الأجرة، وبعد تمام الإجراءات أصدرت المحكمة الابتدائية حكماً قضى في الطلب الأصلي بأداء المدعي عليها للمدعية تعويضات عن الإخطار والفصل والعطلة، وكذا الأجرة مع تسليمها شهادة العمل، وبرفض باقي الطلبات وبعدم قبول الطلب المضاد، وهو الحكم الذي كان محل استئناف من المشغلة وقضت محكمة الاستئناف بإلغائه فيما قضى به من تعويضات، والحكم من جديد برفض الطلب بخصوصها وبالغائه كذلك فيما قضى به من عدم قبول الطلب المضاد والحكم تصديقاً بقوله وبأدائه الأجرة لفائدة المشغلة تعويضات عن الضرر مبلغه 20000 درهم وبتأييده في الباقى، وتم نقضه من طرف الأجرة بعيب عدم الارتكاز على أساس وانعدام التعليل وخرق الفصل 125 من الدستور والفصل 345 من ق م م الذي ينص على أن "الأحكام تكون معللة وتصدر في جلسة علنية، ووفق الشروط المنصوص عليها في القانون"، وخرق المادة 32 من م ش التي تقضي على أن عقد الشغل يتوقف مؤقتاً أثناء: 1-....2- أثناء تغيب الأجير لمرض، أو إصابة يثبتها طبيب إثباتاً قانونياً، وقضت محكمة النقض بصحة ما نعتنه الطاعنة بالوسيلة على القرار حيث إن قرار الفصل كان تعسفياً لاتخاذه خلال فترة العجز المؤقت لعقد الشغل، إضافة إلى أن المطلوبة لم تنف إطلاقاً توصلها بالشهادة الطبية، وانتقلت محكمة الاستئناف إلى مناقشة الخطأ المزعوم ارتكابه وخلص إلى ثبوته، وتكون المحكمة لما انتهت إليه لم تجعل له أساساً قانونياً، وكان قرارها فاسداً التعليل المتزل متزلاً انعداماً والوجوب لنقضه.

مما سبق يتضح أن الإشكالية الأساسية في هذا القرار يتعلق بمسألة فصل الأجرة أثناء توقف عقد الشغل مؤقتاً، بمعنى آخر هل يعد مرض الأجرة سبباً لتوقف عقد الشغل مؤقتاً واعتبار فصل الأجرة فصلاً تعسفياً لاتخاذه داخل فترة العجز الصحي؟ وهل القضاء استند إلى نص قانوني صريح واستطاع تفسيره وتطبيقه بما يلام الواقع المثار في القرار محل التعليق؟

سنحاول البحث في هذا -التعليق- على مدى توفر عناصر توقف عقد الشغل بسبب مرض الأجرة من الناحية القانونية والفقهية، والتركيز على موقف الاجتهد القضائي من مسألة فصل الأجرة أثناء توقف عقد الشغل.

ويمكن عرض خطة التعليق على هذا القرار والإجابة عن الإشكالية المطروحة فيه وفق التصميم الآتي:

الفقرة الأولى: مدى اعتبار مرض الأجرة سبباً مؤقتاً لعقد الشغل مؤقتاً

أولاً: موقف الفقه من مرض الأجير كسبب موقف لعقد الشغل

ثانياً: موقف التشريعات المقارنة من مرض الأجير كسبب موقف لعقد الشغل

الفقرة الثانية: توجه الاجتهد القضائي بالنسبة إلى مرض الأجير كسبب موقف لعقد الشغل

أولاً: تكييف وتحليل الرأي الذي اعتمد الحكم محل الطعن.

ثانياً: موقف الاجتهد القضائي بالنسبة للقرار محل النقض.

الفقرة الأولى: مدى اعتبار مرض الأجرة سبباً مؤقتاً لعقد الشغل مؤقتاً

إن عقد الشغل هو من قبيل العقود الملزمة للجانبين، ومقتضى هذا أن عدم تنفيذ أحد المتعاقدين للالتزامات المتولدة عنه، يؤدي إلى فسخه، متى طلب ذو المصلحة ذلك، إلا أنه، وبالنظر إلى الطبيعة الخاصة للعلاقة التي ينظمها عقد الشغل، فإننا قد نكون إزاء العديد من الحالات التي لا يقوم فيها أحد الطرفين بتنفيذ التزاماته، ومع ذلك يبقى العقد قائماً، أي إنه في مثل هذه الحالات يكون موقوفاً¹، وهي التي نصت عليها مدونة الشغل تكريساً للمبادئ والأحكام الواردة في مجموعة من المواثيق والاتفاقيات الدولية التي تهدف إلى حماية الأجير من كل تعسف، ومن بينها اتفاقية منظمة العمل الدولية رقم 158 لسنة 1988 المتعلقة بموضوع "إنهاء الاستخدام (الشغل)" بمبادرة من صاحب العمل. وهكذا استنسخت المادة 4 من هذه الاتفاقية عندما نصت على أنه "يمنع فصل الأجير دون مبرر مقبول إلا إذا كان المبرر مرتبطاً بكتفاه أو بسلوكه.... أو تحتممه ضرورة سير المقاولة".

أولاً: موقف الفقه من مرض الأجير كسبب موقف لعقد الشغل

إن أسباب توقف عقد الشغل عديدة ومتعددة، منها ما يعود إلى الأجير، ومنها ما يرجع إلى المشغل، ومنها ما يعزى إلى أسباب لا علاقة لها بطرف العقد، لكن ما يهمنا هنا هو ما عنده علاقة بموضوع -القرار محل التعليق- وهي الأسباب التي تعود إلى الأجير ومن بين هذه الأسباب، توقف عقد الشغل بسبب المرض المنصوص عليهما في الفقرة الرابعة من المادة 32² من مدونة الشغل.

¹ عبد اللطيف خالفي -الوسط في مدونة الشغل-الجزء الأول(علاقات الشغل الفردية) المطبعة والوراقة الوطنية -زنقة أبو عبيدة -الجي الحميدي-مراكش ،الطبعة الأولى 2004.ص: 466.

² الجريدة الرسمية عدد 5167 بتاريخ 12/08/2003 بجريدة 3969 ظهير شريف رقم 194 الصادر في 14 من رجب 1424 (11 سبتمبر 2003) بتنفيذ القانون رقم 65.99 المتعلق بمدونة الشغل، جاء في المادة 32: توقف عقد الشغل مؤقتاً أثناء:

1. فترة الخدمة العسكرية الإجبارية:

2. تغيب الأجير لمرض، أو إصابة، يثبتها طبيب إثباتاً قانونياً;

3. فترة ما قبل وضع الحامل حملها، وما بعده، وفق الشروط المنصوص عليها في المادتين 154 و 156 أدناه؛

4. فترة العجز المؤقت الناتج عن حادثة شغل أو مرض مفهـى:

حيث يتجه الفقه³، إلى أنه إذا أصيب الأجير بمرض، أو بأية إصابة خارج إطار حوادث الشغل والأمراض المهنية، وأثبتت طبيب أيّاً منها إثباتاً قانونياً، ونجم عن ذلك تعفيه عن العمل، فإن عقد شغله يكون موقوفاً خلال مدة التعفيب هذه بسبب المرض أو الإصابة التي تمنع المشغل من إتماء عقد، لهذا السبب أو ذاك (مع ضرورة احترام مقتضيات المادة 271 من مدونة الشغل التي توجب على الأجير تبرير غيابه وإشعار مشغله خلال 48 ساعة الموالية لذلك، إلا إذا حالت القوة القاهرة دون هذا الإشعار)، فقد جاء في المادة 272 من م ش أنه، يمكن للمشغل اعتبار الأجير في حكم المستقيل، إذا زاد غيابه لمرض غير مهني، أو لحادثة غير حادثة الشغل على مائة وثمانين يوماً متواصلة خلال فترة ثلاثمائة وخمسة وستين يوماً، أو إذا فقد الأجير قدرته على الاستمرار في مزاولة شغله، وهذا يفيد أنه، خلال مدة المائة وثمانين يوماً، لا يكون من حق المشغل إنهاء عقد شغل أجيره المتغيب بسبب المرض غير المهني، أو الإصابة الناجمة عن غير حادث الشغل، تجعل أيّاً منها (العقد موقوفاً خلال مدة تعفيب الأجر)، فإن المرض المهني، أو الإصابة الناجمة عن حادث شغل، الذي يكون المشغل مسؤولاً عنهما في إطار ظهير 6 فبراير 1963 ، كما وقع تعديله بالقانون رقم 18.12⁴ المتعلقة بالتعويض عن حوادث الشغل والأمراض المهنية، إذا نجم عن أيّ منها عجز مؤقت عن العمل، فإن عقد الشغل يكون خلاله موقوفاً، يمنع على المشغل إنهاؤه، بحيث يكون من حق الأجير الرجوع إلى عمله بعد انتهاء فترة العجز المؤقت.⁵

ويقصد بالمرض المؤقت للأجير المرض غير المهني، والذي يكون لمدة لا تزيد على 180 يوماً متتالية داخل السنة، حيث يتم وقف تنفيذ عقد الشغل وليس إنهاؤه، وكل فعل يتعرض له الأجير خلال هذه الفترة يعتبر تعسفياً (وهو ما ذهبت إليه محكمة الابتدائية- في هذه القرار محل التعليق-)، أما إذا تجاوز أجل المرض مدة 180 يوماً متتالية داخل السنة، أو كان الأجير مصاباً بعجز صحي يمنعه من مواصلة عمله، أمكن اعتباره بمثابة المستقيل حتى قبل انتهاء المدة المذكورة. (المادة 272 من م ش)

ويجب على الأجير المصاب بمرض مؤقت إخبار مشغله بمرضه داخل 48 ساعة من المرض، وأن يقدم شهادة طبية ثبت ذلك (وهو ما قامت به الأجرة في هذه النازلة محل التعليق)، بعد أربعة أيام من تعفيه عن العمل (الفقرة الأولى من المادة 271).

ويترتب عن توقف عقد الشغل بسبب المرض تحمل المشغل من أداء الأجر، إلا في حالة وجود اتفاق بين الطرفين أو اتفاقية جماعية تنص على خلاف ذلك (المادة 273 من مدونة الشغل)، إلا أنه يبقى للأجير المتصح به لدى الصندوق الوطني للضمان الاجتماعي الحصول على تعويض على المرض كأجر يومي، طبقاً للفصل 32 من ظهير 27 يوليو 1972.

أجمع الفقه⁶ على أن مرض الأجير سواء أكان حادث شغل أو مرضًا عاديًا، فإنه يوقف عقد الشغل مؤقتاً، وبالتالي فالالتزامات الملقاة على عائق طرف عقد الشغل يعلق مؤقتاً، كما اتفق على إثبات المرض بشهادة طبية معترف بها قانوناً، وأي تصرف يصدر من المشغل أثناء هذه الفترة يعد تصرفاً متعسفاً.

ثانياً: موقف التشريعات المقارنة من مرض الأجير كسبب موقف لعقد الشغل

نص المشرع الجزائري في المادة 64 فقرة 2 من قانون رقم 90/11 على : "تعلق علاقة العمل قانوناً للأسباب التالية: عطل مرضية أو ما يماثله كذلك التي ينص عليها التشريع والتنظيم المتعلقين بالضمان الاجتماعي" وحسب تشريع الضمان الاجتماعي فإن العطلة المرضية هي التي تمنع للعامل بسبب حالته الصحية البدنية والعقلية كالعجز المؤقت عن العمل أو بسبب حادث العمل أو الأمراض المهنية ولقد أقر قرار المحكمة العليا رقم 191737 المؤرخ في 11/04/2000 بأن الغياب عن العمل خلال الفترة المرضية، لا يعد إهمالاً لمنصب العمل ولا يؤدي إلى إنهاء علاقة العمل.⁷

وما ينفرد به النظام الجزائري في هذا الشأن هو أن العامل الذي ينقطع عن العمل لهذه الأسباب لا يتفرض أجرًا، بل أداءات يتکفل بها الضمان الاجتماعي بشرط أن يخضع تعليق علاقة العمل في هذه الحالة إلى التصريح الإيجاري بالحالة التي تسببت فيه في طرف يومين من عرضه على الضمان الاجتماعي، غير أن التصريح إلى المستخدم بسبب التوقف عن العمل، لا يخضع من حيث الأجال التي يجب أن يدلّى بها إلى القانون أو التنظيم بل إلى النظام الداخلي أو الاتفاقية الجماعية.⁸

5. فترات تعفيب الأجير المنصوص عليها في المواد 274 و 275 و 277 أدناه:

6. مدة الإضراب:

7. الإغلاق القانوني للمقاولة بصفة مؤقتة

غير أن عقد الشغل محدد المدة، ينتهي بحلول الأجل المحدد له، بصرف النظر عن الأحكام الوارددة أعلاه.

3 عبد الطيف خالفي -الوسسيط في مدونة الشغل-الجزء الأول،ص : 468.

4 ظهير شريف رقم 141 190 صادر في 6 ربى الأول 1436 الموافق لـ 29 جانفي 2014 بتنفيذ القانون رقم 18 المتعلق بالتعويض عن حوادث الشغل والأمراض المهنية.

5 عبد الطيف خالفي -الوسسيط في مدونة الشغل-الجزء الأول،ص: 469.

6 كل من الفقه المغربي والتونسي والأردني والجزائري.

7 مشار عليه في مرجع عبد السلام ذيبي، قانون العمل الجزائري والتحولات الاقتصادية ، دار القصبة للنشر ،الجزائر 2003 . الصفحة: 334.

8 عبد السلام ذيبي، قانون العمل الجزائري والتحولات الاقتصادية-مراجعة سابقة ،ص : 335.

كما نجد المشرع الأردني في المادة 65 من قانون العمل الأردني نص على أن "لكل عامل الحق في إجازة مرضية مدتها أربعة عشر يوماً خلال السنة الواحدة بأجر كامل بناء على تقرير من الطبيب المعتمد من قبل المؤسسة، ويجوز تجديدها لمدة أربعة عشر يوماً أخرى بأجر كامل إذا كان نزيل أحد المستشفيات وبنصف الأجر إذا كان بناء على تقرير لجنة طبية تعتمد其 المؤسسة ولم يكن نزيل أحد المستشفيات". فإذا أصيب العامل بمرض ما فإن ذلك يؤدي إلى توقف العامل عن تنفيذ التزامه، دون أن تترتب عليه أي مسؤولية جراء ذلك، ولا يؤدي ذلك إلى إنهاء عقد العمل.

وقد منع المشرع الأردني إنهاء استخدام العامل بسبب مرضه أثناء الإجازة المرضية طبقاً للمادة 27 من القانون العمل، ويكون فصل العامل فصلاً تعسفياً موجباً للتعويض سنداً للأحكام قانون العمل الإردني.⁹

في حين ذهب المشرع التونسي في الفصل 20 من مجلة الشغل التونسية إلى أن "يوقف المرض عقد الشغل"، وعبارة يوقف يقصد بها تعليق العقد مؤقتاً لا إنهاؤه، ويترتب على تعليق عقد الشغل تجميد التزامات الطرفين وتوقف كل طرف عن تنفيذ التزاماته، فالعقد يبقى موجوداً قائماً لا ينتهي ولكن يتوقف تنفيذ أهم التزاماته فيه أي أن الأجير لا يعمل طيلة مدة التعليق والمؤجر لا يدفع الأجر ولا يعطي الأوامر للأجير، إلا أنه يبقى من حق المؤجر تسلیط عقاب تأديبي على الأجير في صورة ارتكابه لخطأ مبنيًّا أثناء تعليق عقد الشغل، ومن بين أهم آثار التعليق هو حق الأجير في الرجوع إلى مركز عمله نفسه وتمتعه بالحقوق والمنافع نفسها عند انتهاء مدة التعليق، حتى وإن تولى المؤجر تعويضه مؤقتاً بغيره من الأجراء. ولا يحرم الأجير من حقه في الرجوع إلى عمله بعد المرض في صورة تعرضه إلى مرض طال معالجه وكان بالغ الخطورة وحتمت مصلحة العمل تعويض الأجير بغيره¹⁰.

وبالتالي نلاحظ إجماع التشريعات العربية المقارنة على اعتبار إصابة الأجير بمرض سواءً أكان مرضًا مهنياً أو مرضًا عادياً ثابتة طبيب إثباتاً قانونياً، يوقف عقد الشغل مؤقتاً ويسوغ تغيبه عن العمل، ويمنع المشغل من إنهاء عقد الشغل خلال مدة التغيب، كما يحق للأجير أن يعود إلى عمله بعد شفائه، وأي تصرف داخل مدة توقفه يعد فصلاً تعسفياً.

الفقرة الثانية: توجه الاجتهد القضائي بالنسبة إلى مرض الأجير كسبب موقف لعقد الشغل

يتطرق القرار الاجتماعي-موضوع التعليق- لسبب من أسباب توقف عقد الشغل مؤقتاً، وهو اصابة الأجرة بمرض عادي، والذي أدى إلى توقفها عن تنفيذ التزاماتها تجاه المشغلة، وداخل فترة توقف عقد الشغل قامت المشغلة بفصلها من عملها، مما أدى بالأجرة إلى رفع دعوى قضائية تلتزم فيها بالحكم لها بالتعويض وإرجاعها إلى العمل وهو ما قضى به الحكم الابتدائي (أولاً)، الذي كان محل استئناف من الطرفين وقضت فيه محكمة الاستئناف بقبول الطلب المضاد للمشغلة الذي تلتزم فيه بالحكم لها بتعويض مسبق مع الأمر بإجراء خبرة لتحديد التعويض عملاً لحقها من ضرر من جراء تصرفات الأجرة، والحكم على الأجرة بأداء تعويضات لفائدة المشغلة (ثانياً) وهو القرار المطلوب نقضه من طرف الأجرة.

أولاً: تكييف وتحليل الرأي الذي اعتمد الحكم محل الطعن

حيث إنه بالرجوع إلى القرار -موضوع التعليق- نجد الأجرة تعرضت للوعكة الصحية إثر العنف النفسي الذي مارسه عليها المدير العام للشركة يوم 2/11/2013 حينما كسر عليها باب مكتبه وأحضر الشرطة لأسباب واهية وهو ما تسبب لها في التوقف عن العمل لمدة 20 يوماً حسب الثابت من الشهادة الطبية الصادرة عن الطبيب النفسي، وبالتالي فعقد الشغل يكون موقوفاً خلال مدة تغيب الأجرة طبقاً للمادة 32 من مدونة الشغل، ويمنع المشغل من إنهاء عقد الشغل خلال هذه المدة وهي (عشرين يوماً) المثبت في الشهادة، وبالرغم من توصل المشغلة بالشهادة الطبية بواسطة الفاكس والبريد الإلكتروني في اليوم نفسه، انتهى الأمر بطرد الأجرة خلال شهر فبراير 2013 دون مسوغ ودون سلوك مسيطرة الفصل القانونية، بل وأنباء توقف عقد الشغل مؤقتاً، وبالتالي يمكن اعتبار هذا الفصل تعسفياً في حق الأجرة، والذي يمكن تعريفه بأنه اقدام المشغل على فصل الأجير عن العمل دون سبب قانوني، حيث يكون الفصل قائماً على سبب غير مشروع¹¹، وهو ما قضت به المحكمة الابتدائية في هذا -القرار محل التعليق-. فتوجه القضاء على مستوى محكمة الابتدائية- في القرار المطعون لدى محكمة الاستئناف هو حكم صادف الصواب واحترم المقتضيات القانونية التي تهدف إلى حماية الطرف الضعيف في العلاقة الشغلية وهي في القرار-الأجرة- -باعتبارها متوقفة عن العمل واعتبار الفصل الذي تعرضت له فصلاً تعسفياً رغم أن المشرع المغربي لم يقدم تعريفاً له، فإنه بالمقابل حدد جملة من الأخطاء الجسيمة التي تبرر فصل الأجير عن العمل إن هو ارتكبها، حيث يكون والحالة هذه الفصل تأديبياً لا تعسفياً، ذلك أن تحديد الأخطاء الجسيمة التي تسوق الفصل التأديبي للأجير هو بحد ذاته منفذ موصل لاستخلاص عدة حالات لا يكون فيها الفصل تعسفياً وهي الأسباب المنصوص عليها في المادة 39 من مدونة الشغل، كما حدد المشرع مجموعة من الإجراءات المسطرية التي يتعين على المشغل احترامها بمناسبة الفصل التأديبي للأجير تروم بالأساس إلى حماية مصالح هذا الأجير وقد استقر قضاء محكمة النقض على أن خرق هذه الإجراءات يخرج الفصل من نطاقه التأديبي ليصبح فصلاً تعسفياً وهذه الإجراءات هي المنصوص عليها في المادة 62 من م ش، وما يمكن ملاحظته عموماً

⁹ عماد توفيق سلامة -نظام وقف عقد العمل في القانون الأردني-رسالة الدراسات العليا في قسم القانون الخاص،جامعة الشرق الأوسط للدراسات العليا،عمان -الأردن،السنة 2009،الصفحة :118.

¹⁰ فتحي عبد الصبور-الوسط في قانون العمل التونسي-المدخل إلى تشريع العمل الفردية ،الجزء الأول، 1985،الصفحة :103.

¹¹ عبد اللطيف كرازي-شرح قانون الشغل المغربي -المطبعة والورقة الوطنية ،مراكش، الطبعة الأولى 2020 ،الصفحة:103-102.

أن العمل القضائي اضطلاع بدور مهم في سبيل الحفاظ على حقوق الأجارة، وذلك من خلال التعامل مع موضوع الفصل التعسفي بشكل مرن، وتكييف عدة حالات يتجاوز فيها المشغل سلطته أو يخرق إجراءً مقرراً لمصلحة الأجير، على أنها فصلاً تعسفياً مع ترتيب الآثار القانونية على ذلك.

ثانياً: موقف الاجتهد القضائي بالنسبة للقرار محل النقض

إن الحكم الذي أصدرته محكمة الابتدائية هو المطعون فيه لدى محكمة الاستئناف، وقضت فيه هذه الأخيرة بالغائه فيما قضى به من تعويضات لفائدة الأجارة عن الإخطار والفصل والضرر والحكم من جديد برفض طلب الأجارة والحكم تصديقاً بقبول الطلب المضاد للمشغلة والحكم على الأجارة بأداء لفائدة المشغلة تعويضات عن الضرر مبلغه 20000 درهم وبتأييد في الباقى. وهذا الأخير تم نقضه من طرف الأجارة لدى محكمة النقض، وعابت عليه أنه لم يرتكب على أساس ومنعدم التعليل وخرقه للفصل 125 من الدستور والفصل 345 من ق م م ، والمادة 32 من م ش، وقضت محكمة النقض: في شأن الوسيلة الأولى، بصحة ما نعتنه الطاعنة (الأجارة) بالوسيلة على القرار حيث ظلت خلال كافة مراحل الدعوى تتمسك بأن قرار الفصل كان تعسفياً لاتخاذه داخل فترة العجز المؤقت لعقد الشغل بتصريح المادة 32 من م ش، إلا أن القرار الاستئنافي تفادى الإجابة عن الدفع، وانتقل إلى مناقشة الخطأ المزعوم ارتكابه من طرف الأجارة، والحال أن الطرد الذي تعرضت له الأجارة هو طرد تعسفي لاتخاذه خلال فترة توقف عقد الشغل، وبما أن المطلوبة في النقض (المشغلة) لا تنفي إطلاقاً توصلها بالشهادة الطيبة، وبما أن تبليغ هذه الشهادة تم بالوسائل القانونية المقررة في قانون المسطرة المدنية، ويعاب عليها أنها استبعدت هذا الدفع المشار من طرف (الأجارة) مما له من تأثير حاسم في مسار الدعوى، وهو ما كان يقتضي الرد عنه من طرف محكمة الاستئناف، وبالتالي تكون الأجارة احترمت مقتضيات المادة 271 من م ش التي توجب على الأجير تسونع غيابه وإشعار مشغله خلال 48 ساعة الموالية لذلك، وهو ما نجده في- القرار محل التعليق- حيث ثم ثبات توصل المشغلة بالشهادة الطيبة في اليوم نفسه الذي توقفت فيه الأجارة عن عملها عندما تم نقلها من طرف أسرتها إلى طبيتها المعالج يوم 13/2/2013 وبلغتها عبر الفاكس والبريد الإلكتروني، كما بلغتها في اليوم الموالي 2013/2/13 بواسطة المفوض القضائي، إلا أن المشغلة وبالرغم من توصلها بصفة قانونية بالشهادة الطيبة المبررة للتوقف عن العمل ابتداء من 2013/3/12 إلى 2013/3/13 وداخل فترة العجز المرضي أقدمت المشغلة بتاريخ 18/2/2013 على اتخاذ قرار بفصلها عن العمل بغض النظر عن عدم احترامها لسلطة الفصل المنصوص عليها في المادة 62 من مدونة الشغل.

وبالتالي يعتبر هذا الفصل الذي تعرضت له الأجارة طرداً تعسفي لاتخاذه خلال فترة توقف عقد الشغل والذي تغل فيه يد المشغل عن اتخاذ أي تدبير تأديبي في حق الأجير إلى حين انتهاء فترة العجز، وفي الأخير يكون القرار الذي أصدرته محكمة الاستئناف لما انتهت إليه لم يجعل له أساساً قانونياً، وهو ما قضت به محكمة النقض أن قرارها فاسد التعليل المنزلي انعداماً الموجب لنقضه.

وهو التوجه نفسه الذي قضى به المجلس الأعلى (محكمة النقض حالياً) في قرار صادر له قرار عدد 999 بتاريخ 5/6/1989 إلى اعتبار اصابة الأجير بمرض لا يبرر مشغله بفصله عن العمل¹²، ومن ثم يكون تعليل محكمة الموضوع غير سليم، وبالمقابل نقض الطاعنة وقرار محكمة النقض قد صادف الصواب وهو بذلك، يسابر اجتهاداته السابقة مثل ما تمت الإشارة إليه في القرار السالف.

وخلال القول، فإن القرار موضوع التعليق واستناداً للعلل والاعتبارات الواقعية التي كانت سبباً في توقف عقد الشغل، واحترام الضوابط القانونية في تبليغ المشغلة داخل أجل 48 ساعة وباحترام طرق التبليغ القانونية، وكذا الحقوقية المستعرضة في حماية الطرف الضعيف وهو في النازلة أعلاه (الأجارة) يكون بتوجهه وحيثياته، قد صادف الصواب في منطوقه واعتمد حيثيات بحجية قانونية وحملة حقوقية جديرة بالتنوية.

¹² قرار عدد 999 بتاريخ 5/6/1989 -ملف اجتماعي عدد 88/9 صادر عن الغرفة الاجتماعية (المجلس الأعلى- محكمة النقض حالياً).

المراجع:

أولاً: نصوص قانونية:

1. القانون رقم 55.99 المتعلق بقانون الشغل.
2. القانون رقم 18 المتعلق بالتعويض عن حوادث الشغل والأمراض المهنية.

ثانياً: الكتب:

1. خالفي، عبد اللطيف. (2004). *الوسيط في مدونة الشغل-الجزء الأول (علاقة الشغل الفردية)*. المطبعة والوراقة الوطنية -زنقة أبو عبيدة - الحبي المحمدي، الطبعة الأولى.
2. ذيب، عبد السلام. (2003). *قانون العمل الجزائري والتحولات الاقتصادية*. دار القصبة للنشر.
3. عبد الصبور، فتحي. (1985). *الوسيط في قانون العمل التونسي-المدخل إلى تشريع العمل*. علاقات العمل الفردية، الجزء الأول.
4. كرازي، عبد اللطيف. (2020). *شرح قانون الشغل المغربي*. المطبعة والوراقة الوطنية، الطبعة الأولى.

ثالثاً: الرسائل:

1. سلامة، عماد توفيق. (2009). *نظام وقف عقد العمل في القانون الأردني*. رسالة الدراسات العليا في قسم القانون الخاص، جامعة الشرق الأوسط للدراسات العليا.

ملحق