

المجلة الدولية للدراسات

القانونية والفقمية 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 سنوياً عن مركز رفاذ للدراسات والأبحاث.

أهداف المجلة:

تهدف المجلة إلى تشجيع البحث العلمي وتطوير مهارات البحث لدى الهيئات التدريسية والأكاديمية والقضائية، وبخاصة تلك البحوث التي تتواءم والمستجدات الحديثة على الصعيدين الوطني والدولي، وملاحقة 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: تسليم الورقة البحثية:

- يتم إرسال الورقة البحثية ومرفقاتها إلى المجلة عن طريق نظام **التسليم 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: ملاءمة الموضوع للمجلة، ونوع 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 ورقته بما يساعد على تأهيل الورقة البحثية لمرحلة التحكيم.

2. التحكيم:

- تخضع كل ورقة بحثية للمراجعة العمياء المزدوجة (إخفاء أسماء الباحثين والمحكميين).
- يُبلغ 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، ويُرفق معه تقارير المراجعين أو خلاصات عنها.

3. إجراء التعديلات:

- يقوم المؤلف بإجراء التعديلات اللازمة 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 وبتوجيهات هيئة تحرير المجلة والتعديلات المطلوبة من قبل المحكمين.
- إذا أفاد المحكم بأن الباحث لم يَقم بالتعديلات المطلوبة، يُعطى الباحث فرصة أخيرة 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 يتعلق 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 وافٍ ومختصر 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:** يلتزم المؤلف بقواعد التوثيق المقررة في المجلة لأصول الإسناد والعرض الببليوغرافي حسب نظام APA.
8. **الحجم:** يلتزم المؤلف بعدد الصفحات بحيث لا تزيد الورقة البحثية عن 30 صفحة بما فيها الملخص و صفحة العنوان وقائمة المراجع.

فهرس المحتويات

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

افتتاحية العدد

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

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

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 ينفذ بهذا العدد وأن يشكل لبنة من لبنات المعرفة القانونية يكون صالحاً للدارسين وللباحثين عن المعرفة القانونية.

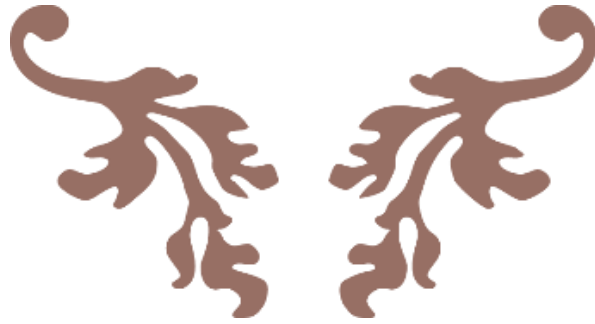
رئيس هيئة التحرير

د. عدنان العمر





الأبحاث



حماية حقوق المؤلف الإلكترونية في التشريع الفلسطيني والإسلامي

عبد القادر صابر علي جرادة¹ ، منال محمد رمضان العشي²

¹أستاذ 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>



حماية حقوق المؤلف الإلكترونية في التشريع الفلسطيني والإسلامي

عبد القادر صابر علي جرادة

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 تُثبت لصاحبه الاختصاص، وحق التصرف، مما أوجب ضرورة إقرار الحماية ومنع الاعتداء والتحايل واستغلال جهود الغير، ولا يخفى على كل ذي لب لما يترتب على ذلك من آثار إيجابية كحفظ المصالح وتحقيق العدالة والذي بدوره يساهم في رقي وتقدم الأمة. وسجلنا في نهاية البحث ما توصلنا إليه من نتائج وأهمها: إن التعدي على حقوق المؤلف الإلكترونية باستغلالها والاستفادة من ثمره جهود أصحابها، غير مشروع ويعد من قبيل أكل أموال الناس بالباطل، وهذا منهي عنه، فالشريعة الإسلامية مبناه 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 الإلكترونية بحيث يراعى 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 تُثبت لصاحبه الاختصاص، وحق التصرف، مما أوجب ضرورة إقرار الحماية ومنع الاعتداء والتحايل واستغلال جهود الغير، ولا يخفى على كل ذي لب ما يترتب على ذلك من آثار إيجابية كحفظ المصالح وتحقيق العدالة والذي بدوره يساهم في رقي وتقدم الأمة. وإذا استعرضنا تاريخ نشأة التأليف منذ العهد الأول إلى يومنا هذا لوجدناه تطور تطورًا نوعيًا وافق الاختراعات العلمية من أجهزة حاسوب وطاقبات وغيرها من الأدوات التكنولوجية مما يتعلق بالتأليف والكتابة فأضيفت البيانات الرقمية لتدخل في عالم التأليف لتكون جزءًا 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 لزامًا علينا التوضيح والبيان والوقوف على الأحكام التي تساهم في حل الإشكال وترسي قواعد العدالة التشريعية. وقد اعتاد العلماء على تصنيف حق التأليف ضمن الحقوق المعنوية ذات القيمة المالية التي تنشئ سلطة مالية معينة لصاحبها عليها تكون ثمره فكره أو خياله أو نشاطه¹.

¹ النظرية العامة للحق، سرور (ص: 24).

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

أهمية الدراسة:

- لا ريب أن لهذا الموضوع أهمية بالغة في مجال الدراسات التشريعية الفلسطينية، والتي تتمثل فيما هو تالي:
- موضوع الدراسة محاولة جادة للوقوف على المدى الذي بلغته النصوص الخاصة بتجريم 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 واقع الحياة الفلسطينية، والتي نجزم بأنه بعيد كل البعد عنها؛ نظراً لأنه يمثل صنعة إنجليزية استهدف منها المحتل تدعيم أركان حكمه، وتثبيت وجوده وتقنينه.
- يعد التأليف والنشر من القضايا التي استجذت على الساحة الفقهية الأمر الذي يوجب على العلماء والمجتهدين الوقوف على قانون شرعي وأخلاقي يحفظ ويحمي حق المؤلف في مؤلفه الرقمي 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 بزامنه مع ما يحمله الفقه من علوم شرعية.
- الأمّة تقف في عصر كثر فيه المجرمون وتفنونوا في اقرار جرائمهم، غير آبهين بشرعية أو قانون أو سلطان، فتفتقت عرى سيادة التشريع، وظهرت جرائم جديدة لم يعهدها المجتمع الفلسطيني من قبل؛ مما اقتضى تقديم دراسة وافية للتشريع الذي يحكم حقوق المؤلف الإلكترونية؛ لتقديم نتائج وتوصيات تنمى 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، ومحاولة 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 مشرعنا 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 الوضعية⁴.
- تعاني الأمة العربية اليوم هجمة شرسة على القيم والأخلاق تتمثل في التحول المادي للمجتمع، فاختراق المواقع وسلب ما فيها من معلومات خاصة وتفكيك أرقام الأمان للشبكات المعلوماتية والبرامج المؤمنة بأرقام سرية مما جعل الحاجة ماسة إلى تتبع عمليات الاختراق للبيانات وحماية حق صاحبها وردع المعتدي 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 حقائق 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 قضاياها 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 ويقرها للأذهان.
- وترتب على ذلك ضرورة قيامنا بإجراء موازنة متوازنة مع التشريع الجنائي الإسلامي.

² المدخل الفقهي العام، الزرقا (ج10/3).

³ الاستعانة بأهل الاختصاص في الاجتهاد، الضويحي (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 تألمنا لظلم يقع على بريء؛ لأنه أمر محرّم تحريمًا مؤبداً.

ولا شك أن الإلمام بأدبيات وأبجديات وتفصيلات التعدي على حقوق المؤلف الإلكترونية في التشريع الفلسطيني والإسلامي تقتضي التعرض لماهيتها وركنًا الجريمة وعقوبتها لإمكانية تناولها بصورة موضوعية، وهكذا ستكون هيكليتنا على نحو ما هو تالي:

- مبحث تمهيدي: ماهية حقوق المؤلف الإلكترونية.
- المبحث الأول: ركنًا جريمة التعدي على حقوق المؤلف الإلكترونية.
- المبحث الثاني: الجزء الجنائي لجريمة التعدي على حقوق المؤلف الإلكترونية.

المبحث التمهيدي: ماهية حقوق المؤلف الإلكترونية

تمهيد:

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

المطلب الأول: المقصود بحقوق المؤلف الإلكترونية

أولاً: تعريف حقوق المؤلف الإلكترونية لساناً

- الحق: مصدر حق الشيء يحق إذا ثبت ووجب، وجمع الحق حُقوق وحقاق، والحق نقيض الباطل، قال الراغب: أصل الحق المطابقة والموافقة والحق: صدق الحديث، وهو اليقين بعد الشك. وللحق إطلاقات كثيرة منها: العدل، والمال، والصدق، والموت، والحزم، والملك، واليقين، والواضح، ويطلق 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 أَلَفَ، مُؤَلِّفُ الكتاب: الَّذِي كَتَبَهُ، كَاتِبُهُ، يقال: حُقِّقَ المُؤَلِّفُ مَحْفُوظَةً.⁶
- الإلكتروني: اسم منسوب إلى إلكترون الجمع منه: إلكترونيات بدأ يُنْتَشَرُ العَقْلُ الإلكتروني في كُلِّ المُكَاتِبِ: آلَةُ الحَاسُوبِ تُعْتَمِدُ عَلَى مادَّةِ الإلكتروني لإجراء أَدَقَّ العَمَلِيَّاتِ الجَسَائِيَّةِ وبِأَسْرَعِ وَقَتٍ مُمَكِّنِ وَيُسَعِّي أَيْضاً كمبيوتر.⁷ ومنه البرمجة الإلكترونية، البريد الإلكتروني، البطاقة الإلكترونية، التِقْنِيَّاتِ الإلكترونية، الحضارة الإلكترونية، الفضاء الإلكتروني، تكنولوجيا الإلكترونيات، شحنة إلكترونية، عصر وسائل التعبير الإلكترونية، 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 Proprvis أي التي تعني حق الملك التي للمالك، أما مصطلح Intellectual وهي التي تعني الشيء غير المحسوس.⁹ وفي قانون العقوبات تشمل لفظة (المالك) كل من كان شريكاً في ملكية الشيء القابل للسرقة، أو الشخص الذي يوجد ذلك الشيء في حوزته أو عهده أو الشخص الذي يملك حق إحراره.¹⁰ ويلزم في التعدي على حقوق المؤلف أن يكون محلها صالحاً 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 ج) من قانون العقوبات الفلسطيني رقم (74) لسنة 1936م وتعديلاته لسنة 2014م.

¹¹ قضت محكمة النقض أنه: "لا يؤثر في سلامة استدلال الحكم عدم بيان المسروقات ما دام أن الطاعن لا يدعي حدوث خلاف بشأنها، وكان الثابت بالحكم أن الطاعن لم يدع ملكيته لها، وكان يكفي للعقاب في جريمة السرقة بالإكراه ثبوت أن المسروقات ليست ملكاً للمتهم، وثم فإن ما يفرضه الطاعن بشأن قصور الحكم في بيان المسروقات يكون لا محل له. نقض جنائي مصري رقم (24118) لسنة

83 جلسة 2014/6/7م (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 مكنة الاستئثار والانتفاع بما تدره عليه هذه الافكار من مردود مادي للمدة التي محددة قانونا ودون منازعة او 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 (الويبو) 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 أسبغ 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 أضفى عليه شيئاً من شخصيته، وأن يتم إفراغه في صورة مادية يبرز فيها الوجود ويكون معداً 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 المؤلف، 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 القدامى

لم يهتم العلماء القدامى 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 القدامى 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 يريد إظهاره وهو بهذا لا يخرج عن المعنى اللساني. فالمؤلف هو من يقدم إنتاجاً فكرياً مبتكراً في مجال العلوم والفنون والآداب، ويسمى إنتاجه الذهني مصنفاً¹⁹.

• الإلكترونية:

يعد 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 وتعديلها ونشرها إما على الوسائط المادية أو في شكل رقمي يعرض على شبكة الإنترنت²⁰. 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 (ماهيته - مفرداتها - طرق حمايتها)، د. عامر محمود الكسواني، دار الجيب 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 85 ق، جلسة 2016/2/27م (غير منشور).

¹⁷ شرح العلامة الزرقاني على المواهب اللدنية بالمنح المحمدية، الزرقاني (ج/3/463).

¹⁸ الحق ومدى سلطان الدولة في تقييده، الدريني (ص193).

¹⁹ النظرية العامة للحق، سرور (ص:74).

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

²¹ جرائم الحاسوب والإنترنت، الحسيناوي، (ص 30.29).

• حقوق المؤلف الإلكترونية:

بعد العرض السابق يتبين لنا أن حقوق المؤلف الإلكترونية هي: اختصاص يقر به الشرع سلطه لمن يقدم إنتاجاً فكرياً مبتكراً 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 الإلكترونية

- إن حماية المصنفات الإلكترونية وبالتالي حقوق المؤلفين أصبح يشكل اليوم الهاجس الأكبر لدى أصحاب هذه الحقوق، لأن غيرهم هو الذي سيتفيد من مجهوداتهم وتعميم 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 والتعديت على حقوق المؤلف تتسع مع ما يرافقها من سهولة خرق الأساليب التكنولوجية المعتمدة من قبل المؤلفين لحماية مصنفاتهم بعد ظهور وسائل تكنولوجية تمكن من الاستحصال على هذه المصنفات دون مقابل لأصحاب الحقوق، وتعطل بالتالي مفعول الحماية الخاصة.²³
- تحرم الشريعة الإسلامية التعدي على ممتلكات الآخرين وخصوصاً الحقوق المعنوية ذلك أن محور هذه الحقوق أمران: الأول: الحق في الاحتفاظ بنسبة محل هذا الحق لصاحبه وهو جانب معنوي يحث فإن الأمانة والصدق يقتضيان نسبة كل لصاحبه، والشريعة تبني على تقرير هذه النسبة أشياء كثيرة منها الحساب والأجر والثواب، والتحري والدقة والتثبت 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 وقانوناً.²⁴
- والشريعة الإسلامية وإن كانت تدعو إلى تعميم المنفعة ونشر ما فيه مصالح الناس وخيرهم لكن ذلك في نظرها لا يبرر الاعتداء على حقوقهم فيما هو نافع ومفيد بل إن تعميم 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 يقرها العرف، ما دام الأمر غير ممنوع في الشرع وإن تطور الحياة الإنسانية يملئ بذلك حماية لهذا التصور ودفعاً لمزيد من العطاء والبذل.²⁵

المبحث الأول: ركنا جريمة التعدي على حقوق المؤلف الإلكترونية

تمهيد:

إن وصف أي ظاهرة بالجريمة ينبئ 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 الإلكترونية تتمثل في ركنها المعنوي والمادي وتفصيل الحديث فيه على نحو ما هو تالي:

المطلب الأول: الركن المعنوي

تمهيد:

يتكون هذا الركن من عنصر العلم والإرادة والليدان ويشيران إلى الأصول النفسية لماديات الجريمة فهما الوسيلة لتحديد المسؤول عن الجريمة والذي يُعرف بالقصد الجنائي، حيث يفهم من التعدي على حقوق المؤلف الإلكترونية تجاوز الحدود المسموح بها أو الانتهاك لشيء محمي قانوناً أو الاستعمال بدون وجه حق لمؤلف أو ما شابه دون استئذان صاحبه أو مالكة.

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

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

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

²⁶ مبادئ قانون العقوبات، د. أحمد عوض بلال، دار النهضة العربية، القاهرة، 2006م، ص 659 وما بعدها؛ شرح قانون العقوبات، القسم العام، د. محمود نجيب حسني، الطبعة الرابعة، دار النهضة العربية، القاهرة، 1977م ص 602 وما بعدها؛ شرح قانون العقوبات، د. علي القهوجي، ود. فتوح الشاذلي، غير موضع جهة النشر، 2002م، ص 364، 365.

أولاً: العلم

القاعدة في التشريع الفلسطيني أنه لكي يتوافر العلم الذي يقوم به القصد الإجرامي إلى جانب الإرادة، يتعين أن يحيط الجاني علمًا بجميع العناصر القانونية للجريمة، فإذا انتفى العلم بأحدها بسبب الجهل أو الغلط؛ انتفى القصد بدوره.²⁷ ويجب أن ينصب العلم على كافة عناصر الواقعة المادية التي نص عليها التشريع، أي: كافة مراحل السلوك فعلاً أم تركاً، كما يشمل علاقة السببية بين السلوك والنتيجة.²⁸

وذلك بأن يعلم المتعدي أن ما يفعله من انتهاكات لحقوق التأليف الإلكترونية من شأنها المساس الضار بالمعلومة أو بمنتجها؛ وذلك بتوفر نية لديه مقصودة لذلك، فيوصف التعدي في هذه الحالة بالمتعمد بخلاف ما لم يتوفر 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 إلكتروني معتقداً أنه مؤلفه ثم يتبين أن هذا المؤلف يعود لزميله في العمل لا يتوافر لديه قصد الاعتداء.³⁰ وإن الجهل بالتشريع أو الغلط في فهم نصوصه لا يعدم 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 إنه افتراض تملية الدواعي العملية لحماية مصلحة المجموع؛ ولذا جرى قضاء محكمة النقض على أن العلم بالقانون الجزائي والقوانين العقابية المكمل له مفترض في حق الكافة، ولذا فلا يقبل الدفع بالجهل أو الغلط فيه كذريعة لنفي القصد الإجرامي.³¹

ولذا يستوي لتوافر القصد الإجرامي أن يكون الجاني عالماً بقواعد التجريمية أم جاهلاً لها، كما يستوي أن يكون واقعاً في غلط بحقيقتها أم لا، فالقاعدة أن الجهل بالتشريع التجريمي ليس بعذر يسقط المسؤولية الجزائية³²، فلا يجوز للجاني أن يحتج مثلاً بأنه كان يعتقد أن سلوكه مشروعاً وقت أن ارتكبه بسبب غلط وقع فيه أو جهله بذلك، وأنه لا يتوافر لديه القصد الإجرامي تبعاً لذلك.³³ والحقيقة: إن الجهل أو الغلط في الوقائع 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 المعنوية.³⁷

فيلزم أن تتجه إرادة الجاني في جريمة الاعتداء على الملكية الفكرية إلى نسبة المؤلف أو جزء منه إلى الجاني لا لمؤلفه الحقيقي. ويجب أيضاً؛ حتى يتوافر 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 حقاً له.

²⁷ Voir S. Glaser, *Infraction Internationale*, 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. يسر أنور علي، غير موضع جهة النشر، 1998م، ص 325.

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

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

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

³² نقض جنائي مصري رقم (1135) لسنة 37 ق، جلسة 1967/10/9م، س 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 1977/2/7م، س 28، ص 215.

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

³⁶ نقض جنائي مصري رقم (5100) لسنة 62 ق، جلسة 1994/2/13م، س 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 تأدية لدور له في مسرحية، فلا يتوافر القصد الإجرامي لديه. والقصد الإجرامي أمر داخلي يضمه الجاني ويطويه في نفسه³⁸؛ ولذا فإنه يستحيل إثباته بطريق مباشر في بعض الجرائم³⁹. وسبيل القاضي لمعرفة والتأكد من توافره 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، فتكون 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 وبينهما علاقة سببية:

أولاً: السلوك الإجرامي

• الفعل الإجرامي

يطلق 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 انتفتت 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 تنزيل بحث علمي، لا يرتكب فعلاً إجرامياً لتجرد حركته من الصفة الإرادية⁴³.

• الترك الإجرامي

هو سلوك نادر الحدوث، إذ الغالب أن تكون الجرائم فعلية (إيجابية)⁴⁴، ويطلق عليه (الامتناع) أو (السلوك السلبي). فالأصل 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 الحماية⁴⁵؛

ثانياً: النتيجة الإجرامية

يتمثل مفهوم النتيجة الإجرامية في أنها الأثر الذي يترتب على السلوك الإجرامي فعلاً أم تركاً، 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

³⁸ راجع: استئناف عليا جزء فلسطيني رقم (65/32) استئناف عليا جزء، جلسة 1965/7/26، مصدر سابق، الجزء التاسع عشر، ص 92. وانظر: نقض جزائي فلسطيني، رقم 2004/257، جلسة 2004/6/16، 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، 1983، ص 446؛ نقض جنائي مصري رقم (1324) لسنة 8 ق، جلسة 1938/6/13، ص 4 ع، ص 267.

⁴¹ نقض جنائي مصري رقم (2127) لسنة 49 ق، جلسة 1980/3/19، ص 31، ص 429.

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

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

⁴⁴ شرح قانون العقوبات، القسم العام، د. محمد زكي أبو عامر، الدار الجامعية، بيروت، 1993، 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، 1981، 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 الجنوي رقم (74) لسنة 1936 م المعدل لسنة 2014 م، والمادة (65) من قانون العقوبات الشمالي رقم (16) لسنة 1960 م المعدل لسنة 2014 م؛

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 أتمثل هذا العدوان في ضرر فعلي يصيب الحق أو المصلحة محل الحماية أم في مجرد تعريض هذا المحل للخطر". أما الاتجاه المادي، فيصور النتيجة على أنها تغيير يطرأ في العالم الخارجي كأثر للسلوك الإجرامي. والنتيجة عندهم لا تكون عنصرًا في جميع الجرائم، فإذا أخذنا جريمة سرقة حقوق المؤلف تكون النتيجة القانونية هي الاعتداء على حق الملكية، أما نتيجة المادية، فهي التغيير 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 المحيط الخارجي، أي أن له نتائج كبرت أم صغرت، غير أن هذه النتائج لا يعتد بها القانون دومًا⁴⁹، وحينما يعتد المشرع بالنتائج الطبيعية للسلوك - سواء أكان فعلاً أم تركاً - فإنها 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 فعلاً أم تركاً هو الذي أفضى إلى تحقق النتيجة الإجرامية التي يتطلّبها التشريع في أنموذج الجريمة⁵¹، بمعنى: إثبات أن النتيجة ما كانت لتحدث في العالم الخارجي ما لم يتم ارتكاب فعل معين أو ترك عمل محدد⁵².

ومن هنا تبدو الأهمية القانونية لها، فهي من عناصر الركن المادي في الجرائم المادية، وتحققها شرط أساس من شروط المسؤولية الجزائية عنها⁵³، فإذا أمكن إسناد النتيجة إلى السلوك، اكتمل الركن المادي للجريمة وتحققت بالتالي المسؤولية الجزائية؛ إذا اكتملت الأركان الأخرى للجريمة، أما إذا انتفت علاقة السببية بين السلوك والنتيجة بأن كان تحققها لا يرجع إلى سلوك الجاني؛ فلا يمكن أن تقوم مسؤوليته عن الجريمة التامة. وعليه، فإن 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 ترتب عليه النتيجة الإجرامية.

أما إذا كانت الجريمة معنوية التي يكتفي المشرع لقيام ركنها المادي ارتكاب السلوك ذاته، فلا يكون هناك مجال للبحث في علاقة السببية⁵⁴. وفيما نحن بصدد من اعتداء على حقوق المؤلف الإلكترونية يظهر لنا أن الركن المادي يتكون من السلوك المخالف للشرع في مجال البيئة الرقمية والذي ينعكس آثاره على الواقع بالاعتداء والسرقة (النتيجة) وعلاقة السببية واضحة بين السلوك والنتيجة.

فالسلك 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 مصنّفه مالياً بأية طريقة من طرق الاستغلال بما في ذلك نقل المصنّف إلى الجمهور مباشرةً بأية صورة أو نقله إلى الجمهور بطريقة غير مباشرة بنسخ صور منه تكون في متناولها، ولا يجوز لغيره مباشرة هذا الحق دون إذن كتابي سابق منه أو ممن يخلفه وأنه يشترط لقيام هذا التصرف أن يكون مكتوباً يحدد فيه صراحة وبالتفصيل كل حق على حده نزل عنه المؤلف للغير مع بيان مدها والغرض منه ومدّة الاستغلال ومكانه وذلك حتى يكون كل من الطرفين على بينة من أمره ولكي لا توضع في العقد نصوص عامة غامضة مجحفة له، وتعد الكتابة ركناً في العقد لا يقوم إلا بها، وهي بالضرورة لازمة لإثباته بما لا يغني عنها أي دليل آخر⁵⁵.

ومن الجدير بالذكر الإشارة إلى صعوبة الإثبات؛ وذلك لما يتميز به الاعتداء في هذا الوسط الافتراضي من مميزات⁵⁶، جعلتها صعبة المتابعة والاكتشاف فإنها 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 مثلاً.

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

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

⁵⁰ د. محمود نجيب حسني، علاقة السببية في قانون العقوبات، منشورات نادي القضاة، القاهرة، 1984م، 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 عمداً، وثبوت هذه العلاقة من المسائل الموضوعية التي ينفرد قاضي الموضوع بتقديرها، فمتى فصل في شأنها إثباتاً أو نفيًا، فلا رقابة لمحكمة النقض عليه، مادام قد أقام قضاءه في ذلك على أسباب تؤدي إلى ما انتهى إليه". نقض جنائي مصري رقم (30138) لسنة 59 ق، جلسة 1997/2/2، ص 48، 151. ورقم (4326)، لسنة 64 ق، جلسة 1996/1/21، ص 47، ص 108.

⁵² شرح قانون العقوبات، مصدر سابق، د. محمود محمود مصطفى، ص 286؛ شرح قانون العقوبات، النظريات العامة، د. يسر أنور 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 زكي أبو عامر، ص 77.

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

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

المبحث الثاني: الجزاء الجنائي للتعدي على حقوق المؤلف الإلكترونية⁵⁷

تمهيد:

لم ينظر العلماء الجزائيون للعقوبة بوصفها فقط قصاصاً تستوجبها قواعد الأخلاق أو مجرد تعويض عادل ومستحق للمجتمع، بل أضافوا إلى ذلك وظيفة وقائية، بحيث تلعب دوراً في حماية المجتمع من المجرمين بما تحدته من تأثير يحد من اقتراف جرائم جديدة سواء أكان من جانب الجاني 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 الجاني وجبر الضرر، وينسق بينهم حتى يحمي المجتمع من الجريمة:

أولاً: 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 مبدعيها؛ إلا بأمر قضائي، ولا توقع عقوبة سالبة للحرية أو التوقيف الاحتياطي في الجرائم التي ترتكب بسبب علانية المنتج الفني أو الأدبي أو الفكري"⁶⁰.

وإن كل من انتهك حق من حقوق الملكية الفكرية أو الأدبية أو الصناعية وفقاً للتشريعات 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 بالاعتداء على الحقوق المعنوية أو المادية التي تخول لصاحبها حقاً استثنائياً على مصنف أو اختراع أو مستنبت، 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 تتجاوز 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 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 بسببها 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 للجريمة 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 للتعدي 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 تخلفه عدم استغلال المصنف بوارف ظلها، بل غاية ما يفيد هذا النص أن الإيداع محض قرينة بسيطة على أن المصنف المودعة نسخ منه - استيفاء لأحكام الفقرة الأولى من المادة (184) سالفة البيان - من ابتكار المودع باسمه المصنف، وهي قرينة بسيطة تقبل إثبات العكس، فإذا لم ينفذ الالتزام بالإيداع أو شابت هذا الإيداع شائبة، فلا يعنى 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 المتعدى، والمشروع 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 " وثيقة باريس 1971 Convention de Berne pour la protection des œuvres littéraires et artistiques [1886 - 1971 Acte de paris. -] وللغالب الأعم من التشريعات المقارنة، وكذا للمستقر عليه في فقه الشراح الفئات. نقض مدني مصري رقم (7224) لسنة 89 ق، جلسة 2020 / 2 / 13م.

⁶⁰ راجع: المادة (2/21) من قانون الجرائم الإلكترونية الفلسطيني رقم (10) لسنة 2018م.

⁶¹ 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.

⁶³ راجع: المادة (389) من مشروع قانون العقوبات الفلسطيني لسنة 2003م.

⁶⁴ راجع: المادة (17) من الاتفاقية العربية لمكافحة جرائم تقنية المعلومات.

- باع أو أجر نسخة كهذه أو عرضها بطريق التجارة للبيع أو للإجارة، أو
- وزع نسخة كهذه بقصد المتاجرة بها أو على وجه يؤثر تأثيرًا مجحفًا 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 جرمًا خلافًا 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 الغرامة الخمسين جنيهًا بشأن تلك الصفقة بكاملها وإذا عاد إلى ارتكاب الجرم فيعاقب عن المخالفة الثانية وما بعدها بالغرامة المذكورة أعلاه أو بالسجن مع الأشغال الشاقة أو بدونها لمدة لا تتجاوز الشهرين.

2. كل من صنع عن علم منه أو أحرز لوحة بقصد صنع نسخ يقع بسببها اعتداء على أثر لا يزال حق طبعه وتأليفه قائمًا أو تسبب عن علم منه وتأمينًا لمنفعته الخاصة بحصول ذلك دون رضا وموافقة صاحب الحق المذكور يعد أنه قد ارتكب جرمًا بمقتضى هذا القانون ويعاقب لدى إدانته بصورة جزئية بغرامة لا تتجاوز الخمسين جنيهًا وإذا عاد إلى ارتكاب الجرم فيعاقب عن المخالفة الثانية وما بعدها بالغرامة المذكورة أعلاه أو بالسجن مع الأشغال الشاقة أو بدونها لمدة لا تتجاوز الشهرين.

3. يجوز للمحكمة التي أقيمت أية دعوى كهذه أمامها سواء أدين المجرم المزعوم أم لم يدين، أن تأمر بإتلاف كافة نسخ الأثر أو اللوحات الموجودة في حيازة المجرم المذكور إذا تبين وقوع اعتداء بسببها أو أن تأمر بتسليمها إلى صاحب حق الطبع والتأليف أو تتصرف فيها بخلاف ذلك حسبما تستنسب".⁶⁵

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 المثلى للمصنفات الإبداعية من ناحية أخرى؛ تحفيزًا 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 الأخيرين، ودون مقابل أو تعويض لهما، ومنها السماح بأداء المصنف داخل إطار العائلة بما تشمله من الآباء والأبناء والأحفاد وأصدقاء العائلة فحسب، أو بطلاب داخل المنشأة التعليمية، فذلك يُعد من قبيل الاستعمال الشخصي غير العلني، مع شيء من التوسع في مفهوم هذا الاستعمال، هذا في حالة ما إذا كان ذلك ضروريًا لأغراض التدريس في المنشآت التعليمية، وذلك تشجيعًا للتحصيل والبحث العلمي، ورفعًا لمستوى التدريس من خلال التزود بثمار العقل البشري المُبدع، 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 تتجاوز 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 يوهم جاره أن له على عقاره حق ارتفاق، ويباشره بالفعل لا يعد سارقاً⁶⁹. أما إذا كان مثل هذا الحق قد سجل في محرر، فإن أخذ ونقل هذا السند وهو شيء مادي يعد 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 قودها جاره رغم إرادته لا يعد سارقاً للحرارة، ومن يستضيئ بمصباح جاره لا يعد سارقاً للضوء.

أما الجريمة الإلكترونية، فقد صك لها بعض الفقهاء عددًا ليس بالقليل من التعريفات⁷⁰، تميز وتباين تبعاً لموضع العلم المنتمية إليه وتبعاً لمعيار التعريف ذاته، توسع أولئك الباحثين في الظاهرة الإجرامية الناشئة عن استخدام الحاسب 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 2002م بشأن حماية حقوق الملكية الفكرية على أنه: "مع عدم الإخلال بحقوق المؤلف الأدبية 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 بطلاب داخل المنشأة التعليمية ما دام ذلك يتم بدون تحصيل مقابل مالي مباشر أو غير مباشر".

⁶⁷ نقض جنائي رقم (1985) لسنة 82 ق، جلسة 2017/3/28م (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 مالا 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 التلة الأخيرة تباينت التعريفات تبعاً لموضوع الدراسة (القانونية) ذاته، وتعددت حسب ما إذا كانت الدراسة متعلقة بالقانون الجزائي 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 مستنبت، ويكون الاعتداء بالتقليد والاستنساخ والتزييف وغيرها من طرق الاعتداء.⁷² ويلحظ: إن تحليل الطبيعة القانونية للمال المعلوماتي هناك مال معلوماتي مادي فقط، ولا يمكن أن يخرج عن هذه الطبيعة كالات وأدوات الحاسب، وهناك المال المعلوماتي المادي الذي يحتوي على مضمون معنوي هو الذي يعطيه القيمة الحقيقية: كالشريط المغنط. ولا ريب: إنه يمكن الاستحواذ على البرامج والمعلومات بواسطة تشغيلها أي وضعها في جهاز الحاسب واستعمال التكنيك اللازم 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 بحياته الشخصية.

المطلب الثاني: الجزاء الجنائي للتعدي على حقوق المؤلف الإلكترونية في الفقه الإسلامي

إن التعدي على حقوق المؤلف الإلكترونية باستغلالها والاستفادة من ثمره جهود أصحابها، غير مشروع ويعد من قبيل أكل أموال الناس بالباطل، وهذا منهي عنه بنص الآية الكريمة قال تعالى: ﴿وَلَا تَأْكُلُوا أَمْوَالَكُمْ بَيْنَكُمْ بِالْبُطْلِ وَتُدْخِلُوا بِهَا إِلَى الْحُكَّامِ لِيَأْكُلُوا فَرِيقًا مِّنْ أَمْوَالِ النَّاسِ بِالْإِثْمِ وَأَنْتُمْ تَعْلَمُونَ﴾ [البقرة الآية 188]، فالشريعة الإسلامية مبناها وأساسها إقامة العدل بين الناس ومنع الظلم والتعدي على حقوق الآخرين. فحقوق التأليف والاختراع والابتكار حقوق مصونة في الشريعة الإسلامية⁷⁴، يحرم الاعتداء عليها، وإذا تقرر أن الاعتداء على هذا الحق معصية، فإنها معصية لا حد فيها مقدراً في الشرع، وما كان من المعاصي من هذا القبيل، ففيها التعزير وهو مفوض إلى القاضي أو الحاكم يختار العقوبة المناسبة بحسب ظروف المتهم وشخصيته وسوابقه ودرجة ظروف الجريمة وأثرها في المجتمع.⁷⁵ أولاً: التعدي على حقوق المؤلف الفكرية:

وهي في الحقيقة جريمة دينية وحلّفية، كما أنها تجمع بين عدة جرائم معاً؛ 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 التعدي على حقوق المؤلف الفكرية، ومن ثم العقوبة المترتبة على ذلك حال ثبوته، وذلك على أقوال سيتم ذكرها أولاً، ومن ثم التطرق لمسألة المسألة التعدي على حقوق المؤلف الإلكترونية، وذلك على النحو التالي: القول الأول: وقد ذهب إلى أن التعدي على الإنتاج العلمي وسرقته جريمة تستحق العقوبة غير أنها لا تصل إلى حد القطع، وإنما بالتعزير عليها بالحبس أو التعويض أو كليهما، وهو لجمهور العلماء المعاصرين ومنهم، الدريني، والزرقا، والقرضاوي، وعلي الخفيف، ومحمد سلام مدكور، وعثمان شبير، وغيرهم.⁷⁶ وقد استدلو في قولهم على أدلة من المعقول، وذلك على النحو الآتي:

1. إن النظام العام والعرف السائد بين مختلف دول العالم يعد التعدي على الملكية الفكرية سرقة بالمعنى العرفي والقانوني على ملكية الإنتاج الذهني الذي أودعه صاحبه في كتاب متداول بين الناس بالبيع والشراء يقتني في البيوت والمكتبات، يعني أن أصبح ذا قيمة مالية وتجارية، ويقع على المعتدي عليه ما يقع على المعتدي 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 مبدعها؛ إلا بأمر قضائي، ولا توقع عقوبة سالية للحرية أو التوقيف الاحتياطي في الجرائم التي ترتكب بسبب 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.

⁷³ جرائم الحاسب الإلكتروني في التشريع الموازن، د. هدى حامد قشقوش، دار النهضة العربية، القاهرة، 1992م، ص 51-52.

⁷⁴ الابتكار إما أن يكون مطلقاً وإما أن يكون نسبياً، فيكون مطلقاً إذا لم يكن المصنف يستند إلى إنتاج سابق، ويكون نسبياً إذا ما كان المصنف - كمصنف مشتق من مصنف سابق عليه - يقتبس عناصر شكلية من هذا الإنتاج السابق ولكن في كلتا الحالتين لا بد من خلق ذهني جديد في جملته لكي يكون شرط الابتكار متوافراً، ليتقرر بذلك حق المؤلف على مصنفه، ولكي يتمتع بالحماية أو ليستحق صاحبه الاعتراف بملكته الفكرية وما يترتب عليها من حقوق، ويكفي في ذلك أن يضيف المؤلف إلى فكرة سابقة ما يجعل للفكرة طابعاً جديداً يختلف به عما كانت عليه من قبل، فإذا ما اتضح أن ما تحققه الفكرة لا يبدو أن يكون تطوراً عادياً وطبيعياً للقدر القائم أو مألوفاً لأهل الاختصاص، فعندئذ يتخلف عنصر الابتكار نقض تجاري رقم (7133) لسنة 88 ق، جلسة 2019/3/28م.

⁷⁵ عقوبة الاعتداء على حقوق المؤلفين والمخترعين - إسلام ويب، رقم الفتوى: 33506، الرابط الإلكتروني: <https://www.islamweb.net/ar/fatwa/33506>

⁷⁶ الفقه الإسلامي المقارن، فتحي الدريني، ص 311؛ المدخل إلى نظرية الالتزام العامة في الفقه الإسلامي، الزرقا، 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 مدكور، ص 432؛ المعاملات المالية

المعاصرة، محمد عثمان شبير.

⁷⁷ يوسف القرضاوي، الموقع الإلكتروني للشيخ يوسف القرضاوي: <https://www.al-qaradawi.net/node/3593>

2. لقد أجاز المتأخرين من الفقهاء أخذ الأجرة على التعليم والاستعاضة عنه بمال، فأصبح من المصالح المعترية التي يجب حفظها وصيانتها من التعدي والعدوان سد جميع الذرائع المفضية إلى تضييعها.⁷⁸
3. إن اختلاف العلماء في مالية المنافع والأشياء المعنوية يورث شبهة 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 فَاقْطَعُوا أَيْدِيَهُمَا جِزَاءً بِمَا كَسَبَا نَكَالًا مِّنْ اللَّهِ وَاللَّهُ عَزِيزٌ حَكِيمٌ ﴿٣٨﴾﴾ [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 شبهة اسقاط الحد.

2. من السنة:

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

وجه الدلالة: يدل الحديث على أن السارق يعتبر من أصل المعاصي، فقد لعنه النبي صلى الله عليه وسلم، وهذا دليل على أن عملية السطو على الجهد البشري يعد من أبشع أنواع السرقات مهما كانت قيمة المسروق ونوع السرقة وصورته، فلا فرق بين سرقة المتاع وسرقة الأفكار⁸³.

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

3. من المعقول:

• اعتبار المنفعة المالية للحقوق المعنوية بكل أشكالها الموجودة اليوم، يؤكد على اعتبار التعدي عليه سرقة بالمعنى الشرعي توجب عليه العقاب⁸⁴.

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

• ليس من المعقول أن يقرر الإسلام الحماية للأموال من السرقة ويسحب هذه الحماية عن الممتلكات الفكرية المتمثلة بما أنتجه العلماء والأدباء ليكون طريقاً قيمياً لهضة الأمة، فحماية الحقوق الفكرية لعلماء الأمة وأدبائها كحماية المال من السرقة بلا فارق في ذلك البيعة⁸⁵.

القول الثالث: وقد ذهب إلى عدم اعتبار التأليف والإنتاج العلمي مآلاً: فليس من حق المؤلف بيع إنتاجه وابتكاره العلمي، لأنه مجرد حق وشرط المبيع أن يكون مآلاً.

واستدلوا على ذلك من السنة: ما روي عن أبي هريرة رضي الله عنه عن النبي صلى الله عليه وسلم قال: "مَنْ سَتَلَ عَنْ عِلْمٍ فَكَتَمَهُ، أُجِمَ يَوْمَ الْقِيَامَةِ بِلِجَامٍ 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 المنهي عنه.

يرد عليه: الشريعة الإسلامية وإن كانت تدعو إلى تعميم المنفعة ونشر ما فيه مصالح الناس وخيرهم لكن ذلك في نظرنا لا يبرر الاعتداء على حقوقهم فيما هو نافع ومفيد بل إن تعميم 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

يقرها العرف، ما دام الأمر غير ممنوع في الشرع وإن تطور الحياة الإنسانية يملئ بذلك حماية لهذا التصور ودفعاً لمزيد من العطاء والبذل⁸⁷.

⁷⁸ الفقه الإسلامي المقارن، فتحي الدريبي، 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 الطبري، الطبري، (ج10/ص295).

⁸² صحيح البخاري، البخاري، كتاب الحدود، باب لعن السارق، (ج8/ص159).

⁸³ فتح الباري شرح صحيح البخاري، ابن حجر العسقلاني (ج12، ص3).

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/ص96).

⁸⁷ المرجع السابق

سبب الخلاف في المسألة:

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

فمن اعتبر 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 وسرقته جريمة تستحق العقوبة التعزيرية، وذلك للأسباب الآتية:

- إن المؤلف العلمي أصبح ذا 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 والمتعلقة بحماية حقوق المؤلف التي انتهينا فيها بتقرير العقوبة التعزيرية على المعتدي عليها من حبس أو غرامة وغيرها على الراجح من الأقوال، فيرد هنا سؤال: هل حقوق المؤلف كونها إلكترونية تغير من حقيقة الحكم الوارد في المسألة السابقة؟
- للجواب على هذا السؤال نقول وبالله 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 الراجح من الأقوال.
- فإذا أثبتت 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 تعويض وغيره، وذلك للأسباب الآتية:
- إن اعتبار حقوق التأليف الإلكترونية من قبيل المنافع المقومة بالمال يؤكد 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 تحقق السرقة من جهة أخرى أوردت 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 إلحاق وصف الجريمة الإلكترونية بجريمة السرقة لاختلال بعض الشروط، فإن ميدان العقوبة التعزيرية ميدان واسع لمواجهة هذه الجريمة وزجر الجاني.
- 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 أشنع أنواع السرقات مهما كانت قيمة المسروق، فسارق حق التأليف الإلكتروني يصدق عليه وصف سارق، ويستحق العقوبة الحدية، لكن عدم توافيق 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 فعلياً لهيوس الأمة ورفق 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 متداول بين الناس بالبيع والشراء، يعني أن أصبح ذا قيمة مالية وتجارية، ويقع على المعتدي عليه ما يقع على المعتدي على أنواع المال الأخرى من العقاب.
- إن جرائم الاعتداء على حقوق المؤلف الإلكترونية بلغت خطورتها مبلغاً يفوق بكثير جريمة القتل التي عقوبتها أشد عقوبة وهي القصاص، فيكفي في وصف خطورتها أنها لا تعترف 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 الذرائع المفضية إلى تضييعها.

⁸⁸ الجريمة الإلكترونية وسبل مواجهتها في الشريعة الإسلامية والأنظمة الدولية - دراسة تحليلية تطبيقية، د. إبراهيم عطاي، مجلة المستقبل، جامعة طنطا، مصر، 2015، 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 التحريم والتجريم خطان متوازيان يجب أن يسيرا معاً لضمان تحقيق أرفع معاني العدالة الجنائية، مع الأخذ بعين الاعتبار أن التحريم يخضع لجزاءات دنيوية وأخرى؛ مما يتطلب وضع حد ما بين الخطين يكفل تحقيق أسعى معاني الشريعة السماوية.
 - اعتاد العلماء على تصنيف حق التأليف ضمن الحقوق المعنوية ذات القيمة المالية التي تنشئ سلطة مالية معينة لصاحبها عليها 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 الشرع سلطه لمن يقدم إنتاجاً فكرياً مبتكراً 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.
 - 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 ترتب عليه النتيجة الإجرامية.
 - أسبغ المشرع الحماية الواردة بهما على مؤلفي المصنفات أي كان نوعها أو طريقة التعبير عنها أو أهميتها أو الغرض منها، بشرط أن يكون هذا المصنف قد انطوى على شيء من الابتكار.
 - إن الشريعة الإسلامية لا تعترف 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 حقوق خاص يحظر 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.
 - يتوفر الركن المعنوي في جريمة انتهاك حقوق التأليف الإلكترونية وذلك بأن يعلم المتعدي أن ما يفعله من انتهاكات لحقوق التأليف الإلكترونية من شأنها المساس الضار بالمعلومة أو بمنتجها وذلك بتوفر نية لديه مقصودة لذلك، فيوصف التعدي في هذه الحالة بالمتعمد بخلاف ما لم يتوفر 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 فإنها لا تعرف الحدود الدولية فهي عالمية بالإضافة إلى أن عدم استعمال العنف في إجراءاتها كباقي الجرائم المادية فهي من الجرائم الناعمة لا تحدث ضجة كالضرب بالرصاص والقتل مثلاً.
 - إن التعدي على حقوق المؤلف الإلكترونية باستغلالها والاستفادة من ثمرة جهود أصحابها، غير مشروع ويعد من قبيل أكل أموال الناس بالباطل، وهذا منهي عنه، فالشريعة الإسلامية مبناهما وأساسها إقامة العدل بين الناس ومنع الظلم والتعدي على حقوق الآخرين.

ثانياً: التوصيات

- نوصي أهل الاختصاص بتقدير عقوبة تعزيرية تتناسب مع جريمة الاعتداء على حقوق المؤلفين والمخترعين الإلكترونية بحيث يراعى فيها الجناية في العظم والصغر وحال الجاني والمجني عليه.
- سن قانون عقوبات فلسطيني جديد يتناسب مع مبادئ 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، والتوبيخ القضائي، والنفي وعقوبة التعليم اجباري، 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 والمؤسساتي لحماية حقوق المؤلف الإلكترونية في كافة مجالاتها العلمية أو الطبية أو الأدبية أو الفنية.
- مطالبة القضاء بتفعيل العقوبات البديلة التي نص عليها قانون العقوبات والتدابير البديلة لسنة (2019م)، والتركيز على العدالة الرضائية لتحقيق التوازن بين سياسة الردع والحد من العقوبات السالبة للحرية.
- يجب الإسراع في حوكمة النظام القضائي، واعتماد مفاهيم المساءلة والشفافية والنزاهة والانصاف؛ لضمان ممارسة سلطات الإدارة الرشيدة.

المراجع:

أولاً: المراجع العربية:

1. 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>
2. الأملي، محمد بن جرير بن يزيد بن كثير بن غالب. (2000). *جامع البيان في تأويل القرآن*. الطبري، أبو جعفر الطبري (المتوفى: 310هـ). تحقيق: محمد أحمد شاكر، لبنان، مؤسسة الرسالة، ط1، عدد الأجزاء: 24.
3. البخاري (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 الجعفي البخاري (المتوفى: 256هـ)، تحقيق: محمد زهير بن ناصر الناصر، دار طوق النجاة، ط1، عدد الأجزاء: 9.
4. بلال، أحمد عوض. (2006). *مبادئ قانون العقوبات*. دار النهضة العربية.
5. حسني، محمود نجيب. (1977). *شرح قانون العقوبات، القسم العام*. دار النهضة العربية، ط4.
6. الحسيناوي، علي جبار صالح. (2009). *جرائم الحاسوب والإنترنت*. دار اليازوري العلمية للنشر والتوزيع.
7. الخفيف، علي. (1996). *الملكية في الشريعة الإسلامية مع المقارنة بالشرائع الوضعية معناها وأنواعها وعناصرها وخواصها وقبورها*. دار الفكر العربي.
8. الدريني، محمد فتحي. (1992). *الفقه الإسلامي المقارن مع المذاهب*. جامعة دمشق، ط3.
9. أبو الرب، نبيل محمود. (2018). *مفهوم الجرائم المعلوماتية وتحدياتها التشريعية*. جامعة النجاح الوطنية.
10. الرديني، فتحي. (د.ت.). *بحوث مقارنة في الفقه الإسلامي وأصوله*. مؤسسة الرسالة.
11. الزرقا، مصطفى أحمد. (1999). *المدخل إلى نظرية الالتزام العامة في الفقه الإسلامي*. دار القلم.
12. الزرقا، مصطفى أحمد. (2004). *المدخل الفقهي العام*. دار القلم، ط2.
13. سانو، قطب مصطفى. (2000). *أدوات النظر الاجتهادي المنشود*. دار الفكر، ط1، جزء1.
14. سروي، محمد شكري. (1979). *النظرية العامة للحق*. دار الفكر العربي، ط1.
15. الشوابكة، محمد أمين. (2001). *جرائم الحاسوب والإنترنت الجريمة المعلوماتية*. دار الثقافة للنشر والتوزيع.
16. الشوابكة، محمد أمين. (2004). *جرائم الحاسوب والإنترنت الجريمة المعلوماتية*. دار العلم والثقافة للنشر والتوزيع.
17. الصعبي، باتريسيا. *النشر الإلكتروني والتحديات التي يطرحها حول حماية حقوق المؤلف*. المجلة القضائية دراسات وآراء.
18. الضويحي، أحمد بن عبد الله. (1430هـ). *الاستعانة بأهل الاختصاص في الاجتهاد*. مجلة وزارة العدل: 11 (42): 15 - 86.
19. عامر، عادل. (2021). *السرقات الأدبية في ضوء الفقه والقانون*. موقع قصة الإسلام، <https://forum.islamstory.com/3751>
20. أبو عامر، محمد زكي. (1993). *قانون العقوبات، القسم العام*. الدار الجامعية.
21. العبادي، عبد السلام. (2011). *الفقه الإسلامي والحقوق المعنوية*. مجلة مجمع الفقه الإسلامي، (ج5 / 2011)، <https://al-maktaba.org/book/8356/10608#p7>
22. العبادي، عبد السلام. (2011). *داود الفقه الإسلامي والحقوق المعنوية*. كتاب مجلة مجمع الفقه الإسلامي.
23. 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.
24. عطايا، إبراهيم. (2015). *الجريمة الإلكترونية وسبل مواجهتها في الشريعة الإسلامية والأنظمة الدولية- دراسة تحليلية تطبيقية*. مجلة المستقبل: جامعة طنطا، ع 30، ج/ 2.
25. عقوبة الاعتداء على حقوق المؤلفين والمخترعين - إسلام ويب - مركز الفتوى (islamweb.net) رقم الفتوى: 33506
26. عقوبة الاعتداء على حقوق المؤلفين والمخترعين - إسلام ويب، رقم الفتوى: 33506، <https://www.islamweb.net/ar/fatwa/33506>
27. علي، يسر أنور. (1998). *شرح قانون العقوبات، النظريات العامة*. (د.ن).
28. عمر، أحمد مختار. (2008). *معجم اللغة العربية المعاصرة*. عالم الكتب، ط1، عدد المجلدات: 1.
29. العبيي، مالك. (2021). *السرقعة العلمية لماذا؟*. موقع النسابون العرب، <https://www.alnssabon.com/t19147.html>
30. فتحي الدريني. (1984). *الحق ومدى سلطان الدولة في تقييده*. مؤسسة الرسالة، ط3.
31. القرضاوي، يوسف. (2022). *سرقعة المعلومات*. الموقع الإلكتروني للشيخ يوسف القرضاوي، <https://www.al-qaradawi.net/node/3593>
32. القزويني، أبو عبد الله محمد بن يزيد. (د.ت.). *سنن ابن ماجه، ابن ماجه، وماجه 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 العلامة الزرقاني على المواهب اللدنية بالمنهج المحمديّة. دار الكتب العلمية.
34. قشقوش، هدى حامد. (1992). جرائم الحاسب الإلكتروني في التشريع الموازن. دار النهضة العربية.
35. القهوجي، علي، والشاذلي، فتوح. (2002). شرح قانون العقوبات. (د.ن).
36. الكسواني، عامر محمود. (1998). الملكية الفكرية (ماهيتها - مفرداتها - طرق حمايتها). دار الجيب للنشر والتوزيع.
37. الكمالي، محمود محمد. (2019). آلية حماية حقوق الملكية الفكرية. مؤتمر الجوانب القانونية لاتفاقيات منظمة التجارة العالمية، معهد التدريب والدراسات القضائية.
38. مدكور، محمد سلام. (1996). المدخل للفقهاء الإسلاميين تاريخه ومصادره 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، ط3، 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. Mwg' Qsh Aleslam, <https://forum.islamstory.com/3751>
2. Abw 'amr, Mhmd Zky. (1993). Qanwn Al'qwbaw, Alqsm Al'am. Aldar Aljam'yh.
3. Al'bady, 'bd Alslam. (2011). Alfqh Aleslamy Walhqwq Alm'nwyh. Mjlt Mjm' Alfqh Aleslamy, (J5/ 2011), <https://al-maktaba.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'qwbaw, Alnzryat Al'amh. (D.N).
6. 'mr, Ahmd Mkhtar. (2008). M'jm Allghh Al'rbyh Alm'asrh. 'alm Alktb, T1, 'dd Almjdlat:1.
7. 'qwbh Ala'tda' 'Ea Hqwq Alm'lfyn Walmkhtr'yn - Eslam Wyb - Mrkz Alftwa (Islamweb.Net) Rqm Alftwa: 33506
8. 'qwbh Ala'tda' 'la Hqwq Alm'lfyn 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, Ebrahym. (2015). Aljrymh Alelkrwnyh Wsbl Mwajhtha Fy Alshry'h Aleslamy Walanzmh Aldwlyh- Drash Thlylyh Tbyqyh. Mjlt Almstqbl: Jam't Tnta, ' 30, J/2.
11. Al'yby, Malk. (2021). Alsrqh Al'lm'yh Lmada?. Mwg' Alnsabwn Al'rb, <https://www.alnssabon.com/t19147.html>

12. Alamly, Mhmd Bn Jryr Bn Yzyd Bn Kthyr Bn Ghalb. (2000). Jam' Albany 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 Aleslmyh. 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 Ebrahym Bn Almghyrh Al'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'qwbah. Dar Alnhdh Al'rbyh.
16. Aldryny, Mhmd Fthy. (1992). Alfqh Aleslmy Almqrn M' Almdahb. Jam't Dmshq, T3.
17. Aldwykhy, Ahmd Bn 'bd Allh. (1430h.). Alast'anh Bahl Alakhtsas Fy Alajthad. Mjlt Wzart Al'dl: 11 (42): 15 - 86.
18. Alkhfyf, 'ly. (1996). Almlkyh Fy Alshry'h Aleslmyh M' Almqrn Balshra" Alwd'yh M'naha Wanwa'ha W'nasrha Wkhwasha Wqywdha. Dar Alfkr Al'rby.
19. Fthy Aldryny. (1984). Alhq Wmda Sltan Aldwlh Fy Tqyydh. M'sst Alrsalh, T3.
20. Hsny, Mhmwd Njyb. (1977). Shrh Qanwn Al'qwbah, 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'lwmatyh Wthdyatha Altshry'yh. Jam't Alnjah Alwtnyh.
23. Alrdyny, Fthy. (D.T). Bhwth Mqrn Fy Alfqh Aleslmy Waswlh. M'sst Alrsalh.
24. Als'yby, Batrysya. Alnshr Alelkrwny Walthdyat Alty Ytrhha Hwl Hmayt Hqwq Alm'lf. Almjhl Alqda'yh Drasat Wara'.
25. Sanw, Qtb Mstfa. (2000). Adwat Alnzz Alajthady Almnshwd. Dar Alfkr, T1, Jz'1.
26. Alshwabkh, Mhmd Amyn. (2001). Jra'm Alhaswb Walantrnt Aljrymh Alm'lwmatyh. Dar Althqafh Llnshr Waltwzy'.
27. Alshwabkh, Mhmd Amyn. (2004). Jra'm Alhaswb Walentrnt Aljrymh Alm'lwmatyh. Dar Al'lm Walthqafh Llnshr Waltwzy'.
28. Srwy, Mhmd Shkry. (1979). Alnzryh Al'amh Lhq. Dar Alfkr Al'rby, T1.
29. Alzrqa, Mstfa Ahmd. (1999). Almdkhl Ela Nzryt Alaltzam Al'amh Fy Alfqh Aleslmy. 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، ريداء عبدالرحمن 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>



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 رئيسيين بين أولهما ماهية المسؤولية الجنائية للبنوك عن جريمة غسل الأموال في مطلبين مستقلين ركزا 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، والعقوبات المقررة للبنك عن جريمة غسل الأموال، ومن أهم النتائج التي تم التوصل إليها إقرار المنظم السعودي للمسؤولية الجنائية للبنوك عن جريمة غسل الأموال، متوافقاً في ذلك مع مجمل التشريعات العقابية المقارنة.

الكلمات المفتاحية: غسل أموال؛ بنوك؛ مسؤولية جنائية.

المقدمة:

الحمد لله والصلاة والسلام على نبينا محمد وعلى آله وصحبه اجمعين وسلم تسليمًا كثيرًا .. أما بعد:
من المسلم به أن البنوك تقوم بدور هام وحيوي في الحياة الاقتصادية، حيث تسعى دائمًا لتقديم الخدمات المالية والمصرفية المتنوعة والمتطورة؛ لجذب أكبر قدر من الودائع التي تساعد 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 يشهده العصر الحالي وبالرغم من إيجابياته قد ساعد على استحداث العديد من الجرائم المستعصية والمستحدثة والتي يصعب تحديدها ومصادرها ومواردها ومن بين هذه الجرائم جريمة غسل الأموال.
ويعد غسل الأموال من المصطلحات التي كثر 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 الصيرفة الشاملة ودخولها

¹ د. عبدالرحمن السيد قرمان، مساهمة البنوك في مكافحة غسل الأموال، ط2، دار النهضة العربية، القاهرة، عام 2004م، ص37.

مجال الوساطة وخلق الائتمان وتقديم خدمات الصرف والتحويل النقدي باستخدام العديد من العمليات المصرفية المتطورة⁽²⁾، فنظرًا لما يشهده القطاع المصرفي من تطور كبير متأثرًا بعولمة قطاع الخدمات المالية؛ فإن غاسلي الأموال قد وجدوا فيه وسيلة لغسل أموالهم غير المشروعة بإجراء العديد من العمليات المصرفية حتى تنقطع 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 والسياسي والاجتماعي، من خلال التنظيم القانوني لمؤسساتها المالية والمصرفية باعتبارهما أحد أهم الدعامات التي يرتكز عليها الاقتصاد الوطني، وهذا لن يأتي إلا إذا انتهجت هذه الدول سياسة جنائية حديثة من شأنها استئصال واجتباب أسباب الجريمة والعوامل المساعدة والمحرضة لها⁽⁴⁾، خصوصًا وأن التقدم العلمي في الخدمات المالية والمصرفية وشبكة المعلومات الدولية قد ساهمت في ترويج وتسهيل 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 ليلقي 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 إجراء 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 والمتعلقة بمجال غسل الأموال ومكافحته؛ للإحالة دون وقوع هذه الجرائم. كما تتجلى خطورة هذه الجريمة عندما تساهم البنوك ذاتها في عملية غسل الأموال مما يقتضي مساندة جنائياً، فعلى القطاع المصرفي والبنوك خصوصاً أن تقوم بدورها بشكل فعال في مكافحة هذه الجريمة، وعليه فإن مشكلة البحث تتمحور في السؤال الرئيس الآتي: مدى أسناد المسؤولية الجنائية للجهات البنكية عن جريمة غسل الأموال في ضوء النظام السعودي؟، ويتفرع 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 المعنوية؟
- 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 يترتب على هذه الجريمة من أضرار سلبية على المستوى الدولي والوطني، فهذه الظاهرة أصبحت إحدى التحديات الحقيقية 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 ومكانتها بشكل عام، جاء موضوع هذا البحث ليبيّن 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 والمساوي 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 المعنوية.
- بيان نوع المسؤولية الجنائية للبنوك عن جريمة غسل الأموال وشروطها، وصور العقاب عليها.

² د. إيهاب 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، النقود والبنوك الإلكترونية في ظل التقنيات الحديثة، دار مؤسسة رسلان، دمشق، عام 2011م، ص 303.

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

⁵ د. محمد زهير أبو العز، مدى المسؤولية الجنائية عن أعمال البنوك، دار النهضة 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 تقربها في النظام السعودي، وأنواع هذه المسؤولية وشروطها واشكال 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 ملكي 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 الزمانية: تنحصر حدود الدراسة الزمانية منذ صدور نظام غسل الأموال الصادر بالمرسوم الملكي رقم (م/20) لعام 1439هـ، ولانتهى التنفيذ الصادرة بموجب التعميم رقم 0 (13/ت/3601) تاريخ 1430/3/28 هـ، ونظام البنك المركزي السعودي الصادر بالمرسوم ملكي 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 أيًا كانت قيمتها أو نوعها أو طريقة امتلاكها -سواء أكانت مادية أم غير مادية منقولة أم غير منقولة ملموسة أم غير ملموسة- والوثائق والصكوك والمستندات والحوالات وخطابات الاعتماد أيًا كان شكلها؛ سواء أكانت داخل المملكة أم خارجها. ويشمل ذلك النظم الإلكترونية أو الرقمية، والائتمانات المصرفية التي تدل على ملكية أو مصلحة فيها، وكذلك جميع أنواع الأوراق التجارية والمالية، أو أية فوائد أو أرباح أو مداخيل أخرى تنتج 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 بدلت كليًا أو جزئيًا 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 الشيكات أو الأوامر أو أذون الصرف وغيرها من الأوراق ذات القيمة، وخصم السندات والكمبيالات وغيرها من الأوراق التجارية، وأعمال الصرف الأجنبي، وغير ذلك من أعمال البنوك. المصادر: التجريد والحرمان الدائمان من الأموال أو متحصلات الجريمة أو الوسائط؛ بناءً على حكم قضائي صادر من محكمة مختصة.
- الجهة الرقابية: الجهة المسؤولة عن التحقق 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 ينتسب إلى مجموعة مالية خاضعة للتنظيم والرقابة.
- التحويل البرقي: معاملة مالية تجريها 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 والمستفيد هما الشخص نفسه.
- تدابير العناية الواجبة: عملية التعرف أو التحقق 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: اسناد المسؤولية الجنائية للأشخاص الاعتبارية
- المطلب الثاني: تقرير المسؤولية الجنائية للأشخاص المعنوية
- 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 1386/2/22هـ، ونظام مكافحة غسل الأموال السعودي الصادر بالمرسوم الملكي رقم (م/20) وتاريخ 1439/2/5هـ، و^{٨٨} اللائحة التنفيذية لنظام مكافحة غسل الأموال رقم (م/20) لعام 2017م. الصادرة بموجب قرار رئاسة أمن الدولة رقم (14525) وتاريخ 1439/2/19هـ.

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 مسائلة 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 توسعة دائرة المسائلة الجنائية لتشمل فضلًا عن الشخص الطبيعي إمكانية مسائلة الشخص الاعتباري عن الجرائم التي ترتكب بواسطته ولصالحه. وسيتناول هذا المبحث مسؤولية البنوك عن جرائم غسل الأموال بالحديث عن مدى صحة إسناد المسؤولية الجنائية للأشخاص الاعتبارية، وطبيعة هذه المسؤولية عند ارتكاب البنوك جريمة غسل الأموال، وذلك في المطلبين الآتين:

المطلب الأول: إسناد المسؤولية الجنائية للأشخاص الاعتبارية

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

الفرع الأول: مفهوم المسؤولية الجنائية

يقتضي تناول مفهوم المسؤولية الجنائية للبنوك بيان تعريف المسؤولية والجنابة لغاً واصطلاحاً، وإظهار مفهوم المسؤولية الجنائية بشكل خاص، فضلاً عن بيان مفهوم المسؤولية الجنائية للبنك بوجه خاص على النحو الآتي:

أولاً: تعريف المسؤولية الجنائية في اللغة

المسؤولية في اللغة مصدر لكلمة «سأل» كالأهلية لكلمة «أهل» فأصلها من (السين، والهمزة، واللام) كلمة واحدة يقال سأل، يسأل، سؤالاً ومسألة⁽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⁾. والجنابة في اللغة مصدر جنى يجنى جناباً، يقال: جنى فلان على نفسه إذا جر جريرة على نفسه أو على قومه، وتجنى فلان على فلان ذنباً إذا تقوله عليه وهو بريء، وتجنى وجانى: ادعى عليه جناباً، والتجنى مثل التجرم وهو الذنب، والجرم ما يفعله الإنسان مما يوجب عليه العقاب أو القصاص في الدنيا والآخرة، وجنى على قومه جنابة، أي أذنب ذنباً يؤاخذ به، وتطلق الجنابة بمعنى الأخذ والكسب والتناول، يقال: جنيت الثمرة أي تناولتها من شجرتها⁽¹⁰⁾.

ثانياً: تعريف المسؤولية الجنائية اصطلاحاً

لا يختلف كثيراً مفهوم المسؤولية الجنائية في الأنظمة القانونية العقابية عن الفقه الإسلامي؛ إذ إنهما يتفقان من حيث وجوب توافر الأهلية الجنائية لدى الجاني كي يمكن مساءلته، وهي الإدراك والتمييز وحرية الاختيار، هذه الأهلية تتمثل في القدرة الذهنية والإمكانات العقلية للجاني والتي تنطلق منها إرادته الإجرامية نحو ارتكاب الجريمة، كما يتفقان في موانع المسؤولية الجنائية المتمثلة في الجنون، وصغر السن، وذهاب العقل؛ نتيجة للسکر الاضطرابي⁽¹¹⁾.

وتُعرف المسؤولية الجنائية من الناحية القانونية بأنها (التزام شخص بتحمل نتائج أفعاله المجرمة⁽¹²⁾)، التي يأتيها مختاراً وهو مدرك لمعانيها ونتائجها⁽¹³⁾. ويشترط هذا التعريف لقيام المسؤولية الجنائية أن يكون الشخص مختاراً ومدركاً للفعل المجرم.

كما عُرفت بأنها: التزام شخص -أو جهة- بما تعهد القيام به أو الامتناع عنه، حتى إذا أخل بالتزامه وتعهد، تعرض للمساءلة عن ذلك الإخلال فيلزم عندها بتحمل نتائج ذلك، ويتسع هذا المفهوم ليشمل التزام الشخص -أو الجهة- بتحمل نتائج فعل أتاها هو أو بواسطة غيره، سواء كان مفضلاً

⁷ ابن فارس، معجم مقاييس اللغة، (باب السين والهمزة وما يتلوهما)، ج3، دار الفكر، سوريا، عام 1399هـ، ص124.

⁸ الراغب الأصفهاني أبو القاسم الحسين، مفردات في غريب القرآن، ط1، دار القلم، بيروت، ص250.

⁹ مجمع اللغة العربية، المعجم الوسيط، مجلد1، ط4، دار الدعوة، مصر، عام 2004م، ص411.

¹⁰ ابن منظور، لسان العرب، مجلد14، دار صادر، لبنان، عام 1956م، ص153.

¹¹ أحمد فتحي سرور، الوسيط في قانون العقوبات - القسم العام، جامعة القاهرة، عام 2010م، ص638.

¹² مصطفى العوي، القانون الجنائي العام (المسؤولية الجنائية)، ج2، ط1، مؤسسة نوفل، لبنان، عام 1985م، ص12.

¹³ عبدالقادر عودة، التشريع الجنائي الإسلامي، ج1، ط3، مؤسسة الرسالة ناشرون، سوريا، عام 2013م، ص421.

منه أو عاملاً 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 وصايته، 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»، فمتى ما خرج الشخص الطبيعي أو الاعتباري عن القاعدة القانونية وجبت المسؤولية، ووجب أن يتحمل تبعاتها المترتبة. من هنا يتبين أن المسؤولية الجنائية لا تتحقق إلا بإتيان الشخص أفعالاً يجرمها القانون، أو الامتناع عن أفعال يوجب القانون القيام بها⁽¹⁵⁾.

ثالثاً: تعريف المسؤولية الجنائية للبنك

تترتب مسؤولية البنك عند مخالفته للأنظمة واللوائح المصرفية التي تفرض عليه التزامات محددة يقوم بها، وتحظر عليه أعمالاً معينة يتمتع عنها، فإذا خالف ذلك وقع في المساءلة الجنائية أو الإدارية.

وقد تحدث الشراح عن إمكانية إيقاع العقوبة الجنائية على البنك باعتباره شخصية اعتبارية، وقد أخذت كثير 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 الاصيل⁽¹⁷⁾.

بناء على ما سبق يمكن تعريف المسؤولية الجنائية للبنك بأنها: المسؤولية التي تترتب عن الجرائم ذات الطبيعة المصرفية الخاصة والمتعلقة بتنظيم الائتمان والرقابة عليه، وذلك عند إخلال البنك بتعليمات البنك المركزي في مجال توجيه الائتمان، وبخصوص التزامه بموافاة 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 المعنوية

إن المسؤولية الجنائية ليست قاصرة على الشخص الطبيعي، وإنما تمتد لتشمل الأشخاص المعنوية أو الاعتبارية في معظم الأحيان، والشخص الاعتباري هو مجموعة من الأشخاص والأموال تتمتع بالشخصية القانونية المستقلة عن الأشخاص الطبيعيين المكونين له، وله كافة الحقوق إلا ما كان ملازماً 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 المعنوية العامة كالشركات والجمعيات والهيئات والمصالح إلى كثرة المخالفات الجنائية التي يرتكبها، مما أدى إلى ظهور اختلاف تشريعي حول مدى صحة مساءلة الشخص المعنوي وذلك على اتجاهين:

- الاتجاه الأول: ذهب إلى عدم مساءلة الشخص المعنوي أو الاعتباري جنائياً تأسيساً على أنه لا إرادة له، بل يسأل ممثليه الذين يتمتعون بالجانب الإرادي، وأن معظم العقوبات يستحيل توقيعها على الشخص الاعتباري كالحبس، والإعدام، وتوقيع عقوبة الغرامة 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 توقيع الغرامة على الشخص الاعتباري الاضرار 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 تأسيساً 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 كالعقوبات والمصادرة والغلق، بالإضافة إلى عقوبات أخرى تتمثل في الحرمان من بعض الحقوق والمميزات الجمركية والضريبية وقبول التبرعات وخلافه⁽²²⁾.

¹⁴ مصطفى العوي، المسؤولية الجنائية في المؤسسة الاقتصادية، ط1، مؤسسة نوفل، 1982م، ص23.

¹⁵ منصور بن عمر المعاطية، المسؤولية المدنية والجنائية في الأخطاء الطبية، مركز الدراسات والبحوث في جامعة نايف العربية للعلوم الأمنية، ط1، الرياض، عام 1425هـ، ص34.

¹⁶ أحمد علي عبدالله، المسؤولية الجنائية للمصارف، مطابع جامعة أفريقيا العالمية، السودان، عام 1996م، ص6.

¹⁷ علي جمال الدين عوض، عمليات البنوك من الوجهة القانونية، دار النهضة العربية، القاهرة، عام 1988، ص737.

¹⁸ عبدالفتاح سليمان، المسؤولية المدنية والجنائية في العمل المصرفي، ط1، مكتبة الأنجلو المصرية، عام 1407هـ، ص106.

¹⁹ أحمد فتحي سرور، مرجع سابق، ص760.

²⁰ حسن كامل مرسي، شرح قانون العقوبات المصري الجديد، دار الفكر العربي، مصر، عام 1943م، ص610.

²¹ مأمون محمد سلامة، قانون العقوبات - القسم العام، ط1، دار الفكر العربي، مصر، عام 2008م، ص267.

²² د. محمود محمود مصطفى، الجرائم الاقتصادية في القانون المقارن، ج1، ط2، جامعة القاهرة، عام 1979م، ص133.

ونلاحظ أن هذا الخلاف القديم أصبح يميل إلى التوافق بتقرير قيام المسؤولية الجنائية للشخص المعنوي مع مراعاة الجزاءات التي تتوافق وطبيعته وأرادته 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 ممكنًا، 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 1439/2/5هـ، 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 مكاتبه التي اقترن استخدامها بارتكاب الجريمة بصفة دائمة أو مؤقتة، أو بتصفية 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 المخالفات المنصوص عليها في المادة (الثانية) من هذا النظام".

والمادة (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 وتنفيذ مشروعاتها وأعمالها أو بهاتين العقوبتين على أية شركة أو مؤسسة خاصة وطنية أو أجنبية أدين مديرها أو أحد منسوبيها في جريمة من الجرائم المنصوص عليها في هذا النظام إذا ثبت أن الجريمة قد ارتكبت لمصلحتها".

والمادة (12) من نظام مكافحة التستر الصادر بالمرسوم الملكي رقم (م/4) وتاريخ 1442/1/1هـ، على أنه: "يترتب 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 مطلقًا كالقانون الفرنسي والانجليزي والأمريكي، ومنها من ينكرها كالقانون الألماني والاطالي، ومنها من يأخذ بها على سبيل الاستثناء كالقانون المصري، وسأعرض فيما يلي لبعض 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 استنادًا إلى نظرية تشخيص الشركة، أي اعتبارها شخصًا من خلال الأشخاص الطبيعيين المسؤولين فيها، وبمعنى آخر اعتبار مقاصد المسؤولين فيها وأفكارهم هي نفسها أفكار الشركة ومقاصدها⁽²⁶⁾. ويستند شراح 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 جنائيًا 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، ج1، ط2، جامعة القاهرة، عام 1979م، ص133.

²⁶ د. عزت محمد العمري، جريمة غسل الأموال، دار النهضة العربية، القاهرة، 2005م، ص223.

²⁷ د. أنور المساعدة، المسؤولية الجزائية عن الجرائم الاقتصادية، ط1، دار الثقافة، عمان، عام 2009م، ص4-2.

أما القانون الفرنسي فقد انتهى إلى إقرار المسؤولية الجنائية للأشخاص المعنوية في قانون العقوبات الجديد رقم (82-04) 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 المستولة جنائياً وغير المسؤولة. والجرائم التي يساءل عنها الشخص المعنوي، وشروط مسؤليته الجنائية. والإجراءات والعقوبات المطبقة عليه. كما قرر في الفقرة (3) من المادة السابقة أن مسؤولية الأشخاص المعنوية لا تستبعد مسؤولية الشخص الطبيعي. فالمشرع قد اشرك الشخص المعنوي في المسؤولية الجنائية، حتى لا يتحمل الشخص الطبيعي وحده نتائج أفعال تعد وليدة الإرادة الجماعية⁽²⁸⁾.

وبالنظر إلى القوانين العربية فقد تجاوبت مع جميع الجهود الدولية وتبنت معطياتها 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 والهيئات والمؤسسات العامة، مسؤولة جنائياً عن الجرائم التي يرتكها ممثلوها أو مديروها 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 إذا 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 إحدى الجرائم المنصوص عليها في هذا القانون باسمه ولصالحه..."

كما ذهب المشرع الأردني إلى الاعتراف بالمسؤولية الجنائية للشخص المعنوي، وذلك عن الأفعال والجرائم التي يرتكها هذا الشخص، والأشخاص الطبيعيين المكونين له والذين ساهموا في ارتكاب الأفعال المنسوبة إليه⁽³¹⁾، وقد أخذ القانون الأردني بالمسؤولية الجنائية للأشخاص المعنوية في كافة الجرائم الاقتصادية دون استثناء⁽³²⁾، ففي قانون الجرائم الاقتصادية رقم (40) عام 2003م، نصت المادة (5) على أنه "إذا ارتكب مدير أي هيئة معنوية، أو موظف فيها، أو أي من أعضاء مجلس إدارتها، أو هيئة مديريها، فما في ذلك رئيس المجلس أو الهيئة أو أي من العاملين... أي جريمة خلافاً لأحكامه، وتبين أن هذا الجرم قد ارتكب قصداً 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) لتضيف الحل والوقف في حالات محدودة حصراً.

وبالنظر إلى ما قررت هذه القوانين العربية في مسألة المسؤولية الجنائية للأشخاص المعنوية. فإنه يظهر تقاربها إلى حد بعيد في نطاق الصياغة اللغوية، ويتجلى تبنيها لسياسة واحدة، وهي تجريم الشخص المعنوي إذا ما ارتكبت جريمة غسل الأموال باسمه أو لحسابه، ممثلاً في الشخص الطبيعي القائم عليه، والذي لا يعفى 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 مساءلته في بعض القوانين الفدرالية والإقليمية في حدود السلطة التقديرية للأقاليم حسب المادة (335ق/عقوبات) في المجال الإداري وخاصة في القانون الضريبي يهدف 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 تهرب من الضريبة ولا يلاحق الأعضاء إلا إذا ارتكبوا خطأ شخصياً يسند إليهم⁽³⁴⁾."

ونهج قانون العقوبات الإيطالي الصادر في 5 سبتمبر عام 1931م نهج القانون السويسري حيث لم يقر المساءلة الجنائية للشخص المعنوي إلا استثناء عند وجود نص صريح في مسألته. ويبدو أنه اتجه 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 مقبل، المسؤولية الجنائية للشخص المعنوي، ط1، المصرية للنشر والتوزيع، مصر، عام 2019م، ص 124.

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

³⁰ قانون رقم (20) عام 2019م.

³¹ عبد الوهاب البطراوي، أساس المسؤولية الجنائية للشخص المعنوي الخاص، مجلة الأمن والقانون، ع1، عام 2005م، ص 292.

³² أنور المساعدة، مرجع سابق، ص 406.

³³ ناصر صالح الحميد، التزام المؤسسات المالية، في مكافحة جريمة غسل الأموال -رسالة ماجستير، الجامعة الإسلامية، المدينة المنورة، عام 1437هـ، ص 152.

³⁴ د. أحمد محمد مقبل، مرجع سابق، ص 164.

بمخالفة على من له صفة تمثيلها أو إدارتها أو على من تربطه بها علاقة تبعية بدفع مبلغ يعادل الغرامة المحكوم بها متى كان المحكوم عليه معسراً وكان الامر يتعلق بمخالفة تعتبر انتهاكاً للواجبات للصيقة بصفته⁽³⁵⁾.

إلا أن قانون العقوبات خلا من أي نص يسائلها جنائياً. حيث تنص المادة (42) من قانون العقوبات على أنه "لا يجوز معاقبة احد عن فعل أو ترك منصوص عليه في هذا القانون إلا إذا كان ارتكب بادراك وإرادة ويحدد القانون الوقائع التي يصح فيها في حالات أخرى، إسنادها إلى الأداة باعتبارها فعلاً أو تركاً بالنسبة لموضوع المخالفات، فإن كل شخص يعد مسئولاً عن الفعل أو الترك الذي يقترفه، سواء كان عمدياً أو غير عمدي"، لذا يرى الفقه أن التشريع الإيطالي لا يقرر المسؤولية الجنائية للأشخاص المعنوية، 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 المعنوية، 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 بالأسهم، 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 نسبتهم من المستخدمين أو العمال، وكل عضو منتدباً للإدارة أو مدير فيها؛ ومن ثم فالعقوبة توقع مباشرة على الشركة، وليس بالتضامن مع الأشخاص الطبيعيين ممثلي 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 وتبعاتها 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 ابتداءً 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 ضدتهما معاً؟ فإذا أسندت الجريمة إلى البنك وحده أطلق عليها بالمسؤولية الجنائية المباشرة، أما إذا أسندت 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 مكاتبه التي اقترن 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 المحكوم 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 1998م. 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 إدارته أو مالكيه أو العاملين فيه أو ممثليه المفوضين أو مدققي حساباته..".

والمادة (24) من نظام مراقبة البنوك الصادر بالمرسوم الملكي رقم (5) تاريخ 1386/2/22، 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 مخالفة 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 السرية 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 للمسؤولية الجنائية

لكل قانون شروط يترتب على تحققها 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 لإرهاب 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 مكاتبه التي استخدمت في ارتكاب الجريمة بصفة دائمة أو مؤقتة، أو بتصفية أعماله، أو بتعيين 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 مدراءها، بغرامة لا تقل عن خمسة آلاف دينار ولا تتجاوز خمسمائة 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 قد وقعت بسبب إخلاله بواجبات وظيفته، ويكون الشخص الاعتباري مسؤولاً بالتضامن عن الوفاء بما يحكم به من عقوبات مالية وتعيويضات إذا كانت الجريمة التي وقعت بالمخالفة لأحكام هذا القانون قد ارتكبت من أحد العاملين به وباسمه 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 (كشخص معنوي) ويمكن رد هذه الشروط إلى شرطين: الأول يتعلق بمن قام بارتكاب الجريمة، بأن يكون من ارتكبتها 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 ارتكبتها 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 يُسأل البنك عن جريمة غسل الأموال أن تكون الأفعال التي ارتكبتها داخلة ضمن الأفعال المكونة لجريمة غسل الأموال، والتي حددها 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 (كشخص 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 أتت منه على الإفلات من العواقب القانونية لفعله.
 2. إخفاء أو تمويه الطبيعة الحقيقية للممتلكات أو مصدرها أو مكانها أو كيفية التصرف فيها أو حركتها أو ملكيتها أو الحقوق المتعلقة بها مع العلم 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 مساءلة 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 جنائياً 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 قبيل 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

بمعنى أن يكون هناك علاقة تبعية بين الموظف والبنك، وذلك بأن يقع السلوك من أحد رؤساء مجالس إدارات المؤسسات المالية وغير المالية أو أعضائها أو أصحابها أو موظفيها أو ممثلها المفوضين أو مدققي حساباتها أو مستخدميها ممن 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 ..."، وتتكون أجهزة الشخص المعنوي من شخص طبيعي أو أكثر يخول لهم القانون أو النظام الأساسي، وظيفة خاصة تتعلق بتنظيم الشخص المعنوي، وذلك بتكليفهم بإدارته والتصرف باسمه⁽⁴⁴⁾.

وكذلك الحال في القانون الكويتي⁽⁴⁵⁾، الذي يشترط وقوع الجرم بواسطة أحد أجهزتها أو مديرها 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 " 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 إدارته أو مالكيه أو العاملين فيه أو ممثليه المفوضين أو مدققي حساباته، أو أي شخص طبيعي آخر " .

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

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

⁴⁵ المادة (12) من قانون مكافحة غسل الاموال الكويتي.

الشرط الثالث: أن تتم الجريمة لحساب البنك وباسمه

لكي تسأل المؤسسة المالية عن جريمة غسل الأموال لا يكفي أن تكون العملية قد أجراها احد المسؤولين أو الموظفين في هذه المؤسسة المالية وإنما ينبغي أن يرتكب الفعل باسمها أو لحسابها، فإذا كانت العملية لمصلحة الغير أو لمصلحة الفاعل الشخصية فلا مسؤولية تقع على المؤسسة⁽⁴⁶⁾، والفعل يكون لحساب المؤسسة إذا كان في نطاق أنشطتها، ويهدف 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 مرتكباً 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 إدارته 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 الملامح 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 المنظم 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 الجزائي 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:

تُعرف الغرامة بأنها الزام المحكوم عليه بأن يدفع إلى خزينة الدولة المبلغ المقدر في الحكم القضائي جزاء لما ارتكبه من جريمة ويقصد بها الإيلاء لا التعويض⁽⁵¹⁾. وقد نص المنظم السعودي على عقوبة الغرامة في العديد من الأنظمة الجزائية 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 منسوبيها 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 مديره 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 بأي عقوبة ينص عليها أي نظام آخر، يعاقب كل من يرتكب أيًا من الجرائم المنصوص عليها في النظام... بغرامة لا تزيد على (خمسة) ملايين ريال على أن يراعى عند تحديد العقوبة: حجم النشاط الاقتصادي محل الجريمة، وإيراداته، ومدّة مزاولته للنشاط، والآثار 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 سابقاً إلى تطبيق عقوبة الغرامة نظراً لفعاليتها، فقد أحالت المادة (324-9) عقوبات

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

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

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

49. دؤار أحمد عمر، السياسة الجنائية في مواجهة جريمة تمويل الإرهاب، المكتب الجامعي الحديث، مصر، عام 2017م، ص 143.

50. عبدالقادر عودة، مرجع سابق، ص 38.

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

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

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

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

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 (131-38) 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 يتسنى تطبيقها على الشخص المعنوي، فإن المساواة تقتضي مضاعفة مبلغ الغرامة التي يحكم بها على هذا الأخير (57).

2. المصادرة:

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

وقد نص المنظم السعودي على عقوبة المصادرة في المواد (33 إلى 36) مع مراعاة حقوق الحسن النية أن المصادرة لا تكون إلا بحكم قضائي في حال الإدانة بجريمة غسل أموال، أو جريمة أصلية على أن تشمل المصادرة الأموال المغسولة، والمتحصلات، والوسائط، فإن اختلقت الأموال والمتحصلات بأموال اكتسبت من مصادر مشروعة كانت هذه الأموال خاضعة للمصادرة في حدود ما يعادل القيمة المقدرة للمتحصلات غير المشروعة، وتقوم جهات التحقيق بتقديرها عن طريق أهل الخبرة، ويصدر بشأنها حكم من المحكمة المختصة (59).

ونص المصادرة 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 وإرادياً بحيث يتعذر الفصل بين الأموال أو المتحصلات محل الغسل وبين الأموال التي اكتسبت من مصادر مشروعة واختلقت بها، فيعد من الخلط أن تشارك الأموال محل الجريمة مع أموال ناتجة من مصدر مشروع في شراء أصول مادية، أو معنوية ثابتة، أو منقولة، أو إيداع النقود محل الجريمة في حساب بنكي مملوك للجاني به أموال اكتسبت من مصادر مشروعة (60).

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

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

ثانياً: العقوبات الماسة بوجود الشخص الاعتباري وسماعته

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 بمنعاً بصفة دائمة أو مؤقتة من القيام بالنشاط المرخص له به بصورة مباشرة أو غير مباشرة، أو بإغلاق مكاتبه التي اقترن 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 فروع أو مكاتبه التي اقترن استخدامها 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 الربيعية، 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 الأزهر، 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 بالإدانة:

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 -الصادر بإدانة من يرتكب أيّاً من الجريمتين المنصوص عليهما 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".

ومقابله ذلك نص المادة (131-35) من قانون العقوبات الفرنسي المتعلقة بنشر الحكم بقولها "عقوبة نشر الحكم بتعليقه على الجدران أو الإذاعة تكون علي نفقة المحكوم عليه، ومع ذلك لا يجوز أن تزيد نفقات النشر التي تحصل من المحكوم عليه علي الحد الأقصى لعقوبة الغرامة التي توقع عليه. وللمحكمة أن تأمر بنشر الحكم كله أو جزء منه أو بإعلان الجمهور بأسباب الحكم ومنطوقه وتحدد المحكمة عند اللزوم ملخص الحكم والعبارة التي يجب أن تنشر منه بتعليقه علي الجدران أو الإذاعة ولا يجوز أن يشتمل نشر الحكم على اسم المجنى عليه إلا بموافقة أو موافقة ممثله القانوني أو ورثته، وتنفذ عقوبة نشر الحكم في الأماكن وخلال المدة التي تحددها المحكمة. ولا يجوز أن تزيد مدة النشر علي شهرين ما لم ينص القانون علي 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 وسيلة من وسائل النشر كالصحف أو الإذاعة المسموعة والمرئية، 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 ينبههم 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 جسامته العقوبة بعقوبات أصلية مالية وعينية وأخرى تكميلية وجوبية.

الخاتمة:

أولاً: النتائج

- سلك المنظم السعودي في سبيل مكافحة غسل الأموال طريق التجريم الخاص والمباشر، من خلال تدخله بنصوص عقابية صريحة تحيط بالجريمة، وتستوعب خصوصيتها، وتحدد بوضوح أركانها وعناصرها، بوصفها جريمة مستقلة قائمة 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 تطلبه الإدارة العامة للتحريات 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 البنوك 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، وتحريم الإخطار بالشبهة، إضافة إلى الحد من عقبة السرية المصرفية.
- أخذ المنظم السعودي بالمسؤولية الجنائية للأشخاص الاعتبارية، بصورتها المباشرة، وغير المباشرة بالتضامن مع الشخص الطبيعي الذي يمثله، وتقوم مسؤولية البنك الجنائية إذا كان الفعل المرتكب داخلياً ضمن الأفعال المكونة لغسل الأموال، وصدور 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 نصة على مجموعة من الجزاءات التي تتناسب والشخصية القانونية المفترضة للجهة البنكية عن طريق عقاب مرتكب الجريمة من حيث جسامته العقوبة بعقوبات أصلية مالية كالغرامة وعينية كالحل وأخرى تكميلية كالمصادرة.

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

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

⁶⁸ عزت العمري، مرجع سابق، ص338.

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 تتناسب 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، وجمل العمليات البنكية، وأن 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 والآثار السلبية المترتبة عليها، عن طريق عقد دورات متخصصة للكوادر الوطنية وخاصة جهاز العدالة الجنائية لتثقيفهم بكيفية مكافحة جريمة غسل الأموال وآليات 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 يوضح فيها صاحب المال عن مصدر الأموال المودعة بوثائق وإثباتات رسمية.
- ضرورة التشدد في تجريم ومعاينة الموظفين العاملين في المصارف والمؤسسات المالية عند إخلالهم في الالتزامات الملقاة على عاتقهم والتي من شأنها التحقق من مصدر الأموال التي يجري تداولها عبر القنوات المالية المصرفية، وكذلك تجريم ومعاينة تقاعس 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 الحسين. (د.ت). مفردات في غريب القرآن. ط1، دار القلم.
2. ابن فارس. (1399هـ). معجم مقاييس اللغة، باب السين والهمزة وما يثلاثهما. 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 والمؤلفات:

1. الربيعية، بندر بن عبدالله. (2020). إجراءات الدعوى الجنائية في جرائم غسل الأموال وتمويل الإرهاب. مكتبة جريب.
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، عبدالفتاح. (1407هـ). المسؤولية المدنية والجنائية في العمل المصرفي، ط1، مكتبة الأنجلو المصرية.
5. صالح، إبراهيم علي. (1980). المسؤولية الجنائية للأشخاص المعنوية. دار المعارف.
6. عبدالعظيم، حمدي. (2007). غسل الأموال في مصر والعالم. ط3، الدار الجامعية.
7. عبدالله، أحمد علي. (1996). المسؤولية الجنائية للمصارف. مطابع جامعة أفريقيا العالمية.
8. أبو العز، محمد زهير. (2013). مدى المسؤولية الجنائية عن أعمال البنوك. دار النهضة العربية.
9. عمر، دذوار أحمد. (2017). السياسة الجنائية في مواجهة جريمة تمويل الإرهاب، المكتب الجامعي الحديث.
10. العمري، عزت محمد. (2005). جريمة غسل الأموال. دار النهضة العربية.
11. العوجي، مصطفى. (1985). القانون الجنائي العام (المسؤولية الجنائية). ج2، ط1، مؤسسة نوفل.
12. عودة، عبدالقادر. (2013). التشريع الجنائي الإسلامي. ج1، ط3، مؤسسة الرسالة ناشرون.
13. عوض، علي جمال الدين. (1988). عمليات البنوك من الوجهة القانونية. دار النهضة العربية.
14. قرمان، عبدالرحمن السيد. (2004). مساهمة البنوك في مكافحة غسل الأموال. ط2، دار النهضة العربية.
15. كامل، شريف سيد. (1997). المسؤولية الجنائية للأشخاص المعنوية. ط1، دار النهضة العربية.

16. كافي، مصطفى يوسف. (2011). النقود والبنوك الإلكترونية في ظل التقنيات الحديثة. دار مؤسسة رسلان.
17. مرسي، حسن كامل. (1993). شرح قانون العقوبات المصري الجديد. دار الفكر العربي.
18. المساعدة، أنور. (2009). المسؤولية الجزائية عن الجرائم الاقتصادية. ط1، دار الثقافة.
19. مصطفى، محمود محمود. (1974). شرح قانون العقوبات، القسم العام. ط9، دار النهضة العربية.
20. مقبل، أحمد محمد. (2019). المسؤولية الجنائية للشخص المعنوي. ط1، المصرية للنشر والتوزيع.
21. موسى، محمود سليمان. (1985). المسؤولية الجنائية للشخص المعنوي. ط1 دار الجماهيرية للنشر والتوزيع.

ثالثاً: الرسائل العلمية:

1. حسان، عبدالسلام. (2016). جريمة تبييض الأموال وسبل مكافحتها. رسالة دكتوراه، جامعة دباغين سطيف.
2. الحميد، ناصر صالح. (1437هـ). التزام المؤسسات المالية، في مكافحة جريمة غسل الأموال. رسالة ماجستير، الجامعة الإسلامية.
3. الرفاتي، ايهاب 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). المسؤولية الجنائية لمدير المنشأة الاقتصادية. رسالة دكتوراه، كلية الحقوق، جامعة المنصورة.

رابعاً: البحوث والمقالات:

1. البطراوي، عبد الوهاب. (2005). أساس المسؤولية الجنائية للشخص المعنوي الخاص. مجلة الأمن والقانون: ع1.
2. مصطفى، محمود محمود. (1979). الجرائم الاقتصادية في القانون المقارن. ج1، ط2، جامعة القاهرة.
3. المعاينة، منصور بن عمر. (1425هـ). المسؤولية المدنية والجنائية في الأخطاء الطبية. مركز الدراسات والبحوث في جامعة نايف العربية للعلوم الأمنية، ط1.

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 رقم (م/5) وتاريخ 1386/2/22هـ.
13. نظام البنك المركزي السعودي الصادر بالمرسوم الملكي رقم (م/36) وتاريخ 1442/4/11هـ.
14. نظام مكافحة الرشوة السعودي الصادر بالمرسوم الملكي رقم (م/36) وتاريخ 1412/12/29هـ.
15. نظام مكافحة جرائم الإرهاب وتمويله السعودي الصادر بالمرسوم الملكي 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. 'bdalh, 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 Tmwyh Alerhab, Almktb Aljam'y Alhdyth.
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 Albnwk Mn Alwjhh Alqanwny. Dar Alnhdh Al'rbyh.
7. Al'wjy, 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 Albnwk. Dar Alnhdh Al'rbyh.
9. Kafy, Mstfa Ywsf. (2011). Alnqwd Walbnwk Alelktwny Fy Zl Altqnyat Alhdyth. Dar M'sst Rslan.
10. Kaml, Shryf Syd. (1997). Alms'wlyh Aljna'yh Llshkhas Alm'nwyh. T1, Dar Alnhdh Al'rbyh.
11. Mqbl, Ahmd Mhmd. (2019). Alms'wlyh Aljna'yh Llshkhs Alm'nwy. T1, Almsryh Llshr Waltwzy'.

12. Misy, 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 Alaqtsadyh. 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 الجنيدي

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](https://creativecommons.org/licenses/by/4.0/)

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 الجنيدي

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

aljunidisaif@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 النهوض بالمجتمع والحفاظ على كيانه الاقتصادي والاجتماعي والسياسي والثقافي. وفي هذا الإطار تشكل جريمة الإرهاب قلقاً للمجتمع الدولي والداخلي؛ نظراً لخطورتها وقيامها بشكل أساسي على فكرة الترويع والانتقاص 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:

تعدّ الموازنة بين حقوق الإنسان وحفظ الأمن من المسائل التي تثير جدلاً على المستوى الدولي والداخلي أيضاً؛ نظراً لأهمية هذين المحورين في النهوض بالمجتمع والحفاظ على كيانه الاقتصادي والاجتماعي والسياسي والثقافي. ومما لا شك فيه أنّ وجود أي خلل في العلاقة المتبادلة بين الأمن وحقوق الإنسان من شأنه أن يعمق حالة الصراع بين السلطة والأفراد. وفي الآونة الأخيرة شكّلت جريمة الإرهاب قلقاً للمجتمع الدولي والداخلي؛ نظراً لخطورتها وقيامها بشكل أساسي على فكرة الترويع والانتقاص 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 أنّها في الوقت ذاته أولت اهتماماً لحماية حقوق الإنسان في إطار مكافحة الإرهاب وفرضت التزامات تشريعية على الدول تتمثل في الاعتراف بالإرهاب كجريمة تستوجب العقاب والملاحقة، إلا أنّ 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 للحدّ من آثارها وتحقيق الردع العام والخاص، وقد انتهجت الدول وفي معرض تجريمها لهذه الأفعال سياسةً تشريعيةً مُتشددةً إلى حد ما، وهذا هو القاسم المشترك بين القوانين المُجرّمة للإرهاب، إلا أنّ الدول اختلفت فيما بينها في مدى التزامها بأصول الصياغة التشريعية الجنائية المُستقر عليها والالتزام بالمبادئ المُستقرّة 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 توسع بعض الدول في عملية التجريم واتساع نطاق الملاحقة الجزائية والتضييق بالنتيجة على حقوق الأفراد وحرّياتهم والمساس بجوهرها في أحيانٍ أخرى.

مشكلة الدراسة:

وتكمن الإشكالية الرئيسية في هذه الدراسة في تحليل مدى اتساق المنظومة القانونية المتعلقة بجريمة الإرهاب والمعايير الدولية لحقوق الإنسان التي نظمت هذه الجريمة؛ حيث أن المشرع الأردني انتهج نهجاً قائماً على التشدد في تجريم الإرهاب نظراً لخطورة الجريمة على المجتمع وتهديدها لكيانه المستقر، وهذا نهج يتفق فيه الأردن مع القوانين المقارنة؛ إلا أن التوسع في السياسة الجنائية التي اتبعتها المشرع الأردني أدت إلى الخروج عن القواعد والمبادئ المستقرة في الصياغة التشريعية المتفق عليها والمساس ببعض المبادئ التي تحكم السياسة الجنائية التشريعية، وهو الأمر الذي بدا واضحاً من خلال: ازدواجية التجريم بين القوانين وخاصة قانون العقوبات وقانون منع الإرهاب، إذ يتضمن القانونين نصاً يتعلق بتعكير صفو العلاقات مع دولة أجنبية وتعرض المملكة لأعمال ثأرية، وهو الأمر الذي خلق ازدواجية في عملية التجريم. كما برزت اختلالات قانونية أخرى تتعلق باتسام النصوص التشريعية بالاتساع، وإمكانية تفسيرها وتأويلها على أكثر من وجه، بالإضافة إلى الخروج عن القواعد العامة المتعلقة بالاشتراك الجرمي والخروج عن القواعد العامة المتعلقة بالشروع الجرمي.

كما برزت إشكاليات تتعلق بعدم الأخذ بمبدأ التدرج في العقوبات وإحالة القضايا بالتلازم 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 تندرج تحت وصف الجرائم الإرهابية إلى جرائم أخرى لا تدخل في اختصاصاتها المحددة حصراً؛ وإنما تبقى يدها عليها وتحكم فيها بموجب القواعد العامة الواردة في قانون أصول المحاكمات الجزائية، وهو الأمر الذي تعثر به شهادات دستورية؛ نظراً إلى أن اختصاصات محكمة أمن الدولة محددة حصراً بموجب الدستور. ناهيك عن أن الممارسة العملية كشفت عن وجود خلط بين ما يعدّ حرّية تعبير وبين مفهوم وفلسفة تجريم الإرهاب؛ ما أدى إلى وقوع نشطاء حراكين وحزبيين وصحفيين تحت طائلة المساءلة بموجب قوانين الإرهاب.

أهمية الدراسة:

وعليه فإن أهمية الدراسة وغاياتها تكمن في بيان المواضع التي يتفق فيها التشريع الأردني والمعايير الدولية لحقوق الإنسان، وبيان النصوص التي تتطلب التعديل والمراجعة.

منهجية الدراسة:

وتنتهج هذه الدراسة منهجاً وصفيّاً تحليليّاً لواقع السياسة التشريعية الجنائية المتبعة لمكافحة الإرهاب في الأردن، لغايات 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 حماية لحقوق الأفراد وحرّياتهم التي تؤدي بالنتيجة إلى حماية أمن المجتمع وركائزه الأساسية، وانطلاقاً من الفكرة التي سطرها الميثاق الوطني الأردني حين تناول محور الأمن الوطني عندما أشار في رؤية واضحة للأمن الوطني إلى أن: "الأمن الوطني الأردني يعتمد اعتماداً كبيراً على منعة المجتمع الأردني، وعلى تعزيز عوامل قوته الذاتية، لحماية أرض الوطن واستقلال إرادته، وضمان أمن الشعب الأردني وحرّيته".

خطة الدراسة:

المبحث الأول: المعايير الدولية المتعلقة بمكافحة الإرهاب

المطلب الأول: الاتفاقيات الدولية المتعلقة بمكافحة الإرهاب

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

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

المطلب الأول: اتساع نطاق التجريم في المنظومة القانونية المتعلقة بالإرهاب

المطلب الثاني: الخروج عن القواعد العامة المقررة في الأصول العامة

الخاتمة

المراجع

المبحث الأول: المعايير الدولية المتعلقة بمكافحة الإرهاب

يُشكّل الإرهاب اعتداءً على المقاصد 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 مرتكبي الجرائم الإرهابية ينبغي أن تقدّمهم حكوماتهم إلى المحاكمة، أو أن يسلموا إلى بلد مُستعد لتقديهم إلى المحاكمة. ومبدأ "إما التّسليم أو المُحاكمة" يقصد به أن يجعل العالم مكاناً لا مقام فيه للإرهابيين ولا لمن يمولّونهم ويدعمونهم بحرمانهم من أيّ ملاذٍ آمن.⁽¹⁾

وتالياً سيتم تسليط الضوء على الصّكوك الدوليّة المتعلّقة بمكافحة الإرهاب، والتي تشكّل سنداً قانونياً للدول الأعضاء في الأسرة الدوليّة؛ للحدّ والوقوف في وجه الإرهاب وتداعياته.

المطلب الأول: الاتفاقيات الدوليّة المتعلقة بمكافحة الإرهاب

انطلق المجتمع الدوليّ في تجريمه للإرهاب واضعاً حماية حقوق الإنسان وتعزيزها سبباً مباشراً للوقوف يداً واحدة لمواجهة هذا الخطر، وهذه الرؤية في مكافحة الإرهاب جاءت انطلاقاً من أنّ الإرهاب يعتدي على القيم الرّاسخة في متن ميثاق الأمم المتّحدة والصّكوك الدوليّة الأخرى، وخاصةً ما تعلق منها بحماية حقوق الإنسان؛ ذلك أنّ الإرهاب ينطوي على تأثيرٍ مباشرٍ على التّمتع بالعديد من حقوق الإنسان، وبوجهٍ خاصٍ الحقّ في الحياة والحقّ في الحرّية والأمان الجسديّ والحقّ في العيش في مجتمعات يسودها الاستقرار والسّلام، كما يُعرقل الإرهاب عملية التّمنية المُستدامة. كما أنّه يمسّ بأفعاله كرامة الفرد وكيانه وإنسانيّته.

هذا التأثير المُتنامي للإرهاب على حقوق الإنسان تمّ التّسليم به من قبل الجمعية العامّة في الأمم المتّحدة؛ حيث بيّنت الدّول الأعضاء فيها أنّ الإرهاب⁽²⁾:

- يُهدّد كرامة البشر وأمنهم في كل مكان ويعرّض أرواح الأبرياء للخطر أو يزهقها، وينشأ بيئة تدمر تحرر الإنسان من الخوف ويضرب بالحريّات الأساسية.
 - للإرهاب أثر سيء على إرساء سيادة القانون ويقوّض المجتمع المدنيّ التعدديّ، ويهدف إلى تدمير الأسس الديمقراطيّة للمجتمع، ويزعزع استقرار الحكومات المؤسسة بطريقةٍ شرعيّة.
 - يتّصل الإرهاب بالجريمة المُنظمة عبر الوطنيّة، وتهريب المخدرات وغسيل الأموال والاتجار بالسّلاح.
 - للإرهاب عواقب وخيمة على التّمنية الاقتصاديّة والاجتماعيّة للدّول، ويشكّل تهديداً للسّلم والأمن الدوليّين.
- وقد أكّدت الجمعية العامّة أيضاً على أنّ واجب الدول في حماية الأفراد الخاضعين لولايتها من الهجمات الإرهابيّة، وينبع هذا الواجب من ولايتها في حماية تمّتع الأفراد بحقوقهم⁽³⁾.

وضمن هذه الرؤية وتجسيدياً لمضامينها تمّ إقرار العديد من الاتفاقيات، وكذلك إصدار العديد من القرارات المتعلّقة بمكافحة الإرهاب، وتعدّ اتفاقية جنيف لقمع ومعاقبة الإرهاب لعام 1937م من أوائل الاتفاقيات التي أبرمت لمكافحة هذه الجريمة، وذلك قبل إنشاء الأمم المتّحدة ووضع ميثاقها؛ وقد عرّفت الاتفاقية الإرهاب على أنّه⁽⁴⁾: "الأعمال الإجراميّة المُوجّهة ضد دولة ما وتستهدف أو يقصد بها خلق حالةٍ من الرّعب في أذهان أشخاص مُعيّنين أو مجموعة من الأشخاص أو عامة الجمهور".

ومنذ إنشاء الأمم المتّحدة عام 1945م،⁽⁵⁾ تمّ سنّ ما يقارب من الثلاثة عشر اتفاقية لمنع الأعمال الإرهابية وملاحقتها⁽⁶⁾. وتعدّ اتفاقية قمع تمويل الإرهاب لعام 1999م إحدى هذه الاتفاقيات الهامّة التي أكّدت على ضرورة مكافحة تمويل الإرهاب واعتبرت هذه الاتفاقية أنّه:

¹ مكتب الأمم المتّحدة المعني بالمخدرات والجريمة، الدليل التشريعيّ للنظام القانوني العالمي لمكافحة الإرهاب، منشورات الأمم المتّحدة، نيويورك، (2008)، ص 1.

² للاستزادة يرجى الاطلاع على قرارات الجمعية العامّة للأمم المتّحدة وتحديداً القرارات (186/122:50/48، 133/52، 160/56، 174/58)، الموقع الإلكتروني لمكتب المفوضية السامية لحقوق الإنسان، <https://www.ohchr.org/ar/Pages/Home.aspx>

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

⁴ اتفاقية جنيف لمنع ومعاقبة الإرهاب، الموقع في جنيف بتاريخ 16 نوفمبر 1937.

⁵ حول جهود الأمم المتّحدة 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 لاهاي بشأن قمع الاستيلاء غير المشروع على الطائرات، والموقعة بتاريخ 10/12/1970.
3. اتفاقية مونتريال الخاصة بقمع الأعمال غير المشروعة الموجهة ضد سلامة الطيران المدني، والموقعة في 23/9/1971 والبروتوكول الملحق بها، والموقعة في 10/5/1984.
4. اتفاقية نيويورك الخاصة بمنع ومعاقبة الجرائم المرتكبة ضد الأشخاص المشمولين بالحماية الدولية بمن فيهم الممثلون الدبلوماسيون، والموقعة في 14/12/1973.
5. المعاهدة الدولية ضد اختطاف واحتجاز الرهائن، والموقعة في 17/12/1979.
6. اتفاقية الأمم المتّحدة لقانون البحار لسنة 1982 ما تعلق منها بالقرصنة البحرية.
7. المعاهدة الخاصة بالحماية المادية للمواد النووية والموقعة في فيينا عام 1979.
8. البروتوكول الإضافي لمعاهدة قمع الأعمال غير المشروعة ضد سلامة الطيران المدني والخاص بقمع أعمال العنف غير المشروعة في المطارات التي تخدم الطيران المدني، والموقعة في مونتريال في عام 1988.
9. البروتوكول الخاص بقمع الأعمال غير المشروعة التي ترتكب ضد سلامة مساحات معينة من الجرف القاري، والموقعة في روما عام 1988.
10. المعاهدة الخاصة بقمع الأعمال غير المشروعة الموجهة ضد الملاحة البحرية، والموقعة في روما عام 1988.
11. المعاهدة الدولية بقمع التفجيرات الإرهابية (نيويورك 1997).
12. المعاهدة الخاصة بوضع علامات على المتفجرات البلاستيكية بغرض الكشف عنها (مونتريال 1991). أنظر في ذلك، جمال الدين، صلاح الدين (2004)، إرهاب ركاب الطائرات، دار الفكر الجامعيّ، مصر، ص 17-20.

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

- بعمل يشكل جريمة في نطاق إحدى المعاهدات الواردة في المرفق وبالتحديد 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 لترويع 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 المتفجرات لسنة 1997م، والتي نصت على أنه: "يرتكب جريمة كل شخص يقوم عمداً وبصورة غير مشروعة 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 وإلحاق خسائر اقتصادية جسيمة سواء من ناحية الارتكاب أو محاولة الارتكاب أو الاشتراك أو التدخل".

أما على الصعيد الإقليمي، فقد عرفت معاهدة منظمة المؤتمر الإسلامي لمكافحة الإرهاب الدولي الإرهاب على أنه:

"كل فعل من أفعال العنف أو التهديد به أيًا كانت بواعثه أو أغراضه، يقع تنفيذاً لمشروع إجرامي فردي أو جماعي ويهدف إلى إلقاء الرعب بين الناس أو ترويعهم بإيذائهم أو تعريض حياتهم أو أعضائهم أو حرمتهم أو أمنهم أو حقوقهم للخطر أو إلحاق الضرر بالبيئة أو بأحد المرافق أو الأملاك العامة أو الخاصة أو احتلالها أو الاستيلاء عليها أو تعريض أحد الموارد الوطنية أو المرافق الدولية للخطر، أو تهديد الاستقرار أو السلامة 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 المرافق والرعايا الأجانب الموجودين على إقليمها مما يُعاقب عليها قانونها الداخلي"⁽⁸⁾.

كما وتتفاوض الدول الأعضاء في الجمعية العامة للأمم المتحدة على وضع معاهدة دولية، هي مشروع اتفاقية شاملة بشأن الإرهاب الدولي، إلا أن عدم الاتفاق على مفهوم موحد للإرهاب ما يزال يشكل عائقاً أساسياً أمام تبني هذه الاتفاقية. ويشكل 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 بآليات مكافحة الإرهاب؛ وذلك على النحو الآتي:

- فرضت الاتفاقيات ثلاثة مستويات من الالتزام على الدولة؛ أولاً: الالتزام بالإعتراف؛ ويُقصد بذلك الاعتراف بالإرهاب كجريمة تستوجب الملاحقة والعقاب من خلال التشريعات الوطنية. ثانياً: الالتزام بالأعمال 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 مرتكبي الأفعال الإرهابية أو تسليمهم.
 - إنفاذ مضمون هذه الاتفاقيات يقع على عاتق الدولة الطرف فيما تقوم في إطار سيادتها الوطنية بما يلزم؛ فالأصل أن حماية حقوق الإنسان مسؤولية وطنية، وما الحماية الدولية إلا حماية مُكملة.
 - تعاون الدول الأعضاء وتبادل المعلومات المتعلقة بالجرائم الإرهابية وتقديم المساعدة فيما يتعلق بمنع الهجمات الإرهابية.
- هذا فيما يتعلق بالقواسم المشتركة بين الاتفاقيات المتعلقة بمكافحة الإرهاب؛ أما من حيث تعريف الإرهاب فإن الأدبيات الكثيرة نسبياً التي وضعت لمكافحة لم تؤد إلى وجود تعريف مُحدّد 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 قم تمويل الإرهاب.

8 المادة الأولى من معاهدة منظمة المؤتمر الإسلامي لمكافحة الإرهاب الدولي، اعتمدت من قبل مؤتمر وزراء الخارجية دول المنظمة المتعدد في أوغادوغو، والمنعقد 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 أ. إزهاق روح أي شخص أو إحداث إصابات بدنية خطيرة به، أو ب. 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 مرافق البنية الأساسية أو البيئة، أو ج. إلحاق ضرر بالممتلكات أو الأماكن أو المرافق أو الشبكات تنتج عنه أو يُرجح أن خسارته اقتصادية كبيرة عندما يكون الغرض من هذا الفعل سواء بطابعه أو سياقه، هو إشاعة الرعب بين السكان أو إرغام حكومة أو منظمة دولية على القيام بأي عمل من الأعمال أو الامتناع عن القيام به".

10 يقصد بالتمكين وكما عرفه برنامج الأمم المتحدة الإنمائي "زيادة قدرة الإنسان على أحداث التغيير". كما تم تعريفه على أنه "زيادة قدرة الأفراد وسيطرتهم على الموارد والمصادر والقرارات التي تؤثر على حياتهم". وردت هذه التعاريف لدى، دليل التمكين القانوني للفقراء، 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 العربي-الأوروبي، ص 207. وحول صعوبة وضع تعريف للإرهاب أنظر أيضاً: عبدالمهدي، فخري عطالله (1989)، الإرهاب الدولي، المتفجرات، القاهرة، دار الكتاب الحديث، ص 13.

وبالرغم من هذا الاختلاف والإشكاليات التي تعترى وضع مفهوم مُحدّد للإرهاب، إلا أنّ هناك ملاحظاتٍ عامّةٍ يُمكن الخروج بها في سياق مراجعة التعريفات المتعلّقة بالإرهاب الواردة في الاتفاقيات الدوليّة سالفة الذكر، وتتمثّل في الآتي:

- تتسم التعريفات الخاصّة بجريمة الإرهاب بكونها تعاريف فضفاضة، وتفتقد للضوابط والمعايير الواضح لما يعدّ فعلاً إرهابياً من عدمه (12). وهذه الإشكالية تنبع أساساً من عدم وجود تعريف واحدٍ مُتفقٍ عليه للإرهاب سواءً على المستوى الداخليّ أو الدوليّ، وحتى على المستوى الفقهيّ أيضاً. إلا أنّ التعريف الذي جاءت به معاهدة منظمة المؤتمر الإسلاميّ لمكافحة الإرهاب الدوليّ كان التعريف الأكثر اتساعاً من التعاريف الواردة في الاتفاقيات الأخرى ويفتح الباب واسعاً أمام وضع العديد من الأفعال في سياق الإرهاب.
- اتفقت التعاريف على الغاية من جريمة الإرهاب، وهي الترويع وبثّ الرعب في نفوس السكّان أو إرغام الحكومات على القيام أو الامتناع عن عملٍ ما.
- باستقراء تعاريف جريمة الإرهاب نجد بأنّها لم تدرج ضمن مفهوم جريمة الإرهاب الأفعال ذات العلاقة بتعكير صفو العلاقات مع دولةٍ أجنبيّةٍ أو القيام بأعمال من شأنها تعريض الدولة وأفرادها لخطر أعمالٍ عدائيّةٍ أو تقويض نظام الحكم، كما أنّها لم تنص على أنّ القيام بأعمال بهدف تعطيل الدستور أو القوانين أو الأنظمة تُعدّ أعمالاً إرهابيةً، ولم تتضمن الإشارة إلى مفاهيم مثل: الترويع أو التسويق للجماعات الإرهابية.

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

اعتمدت الدول الأعضاء في الأمم المتحدة استراتيجية الأمم المتحدة العالمية لمكافحة الإرهاب في الثامن من أيلول لعام 2006، وهي عبارة عن قرار صادر عن الجمعية العامّة للأمم المتحدة وخطة عملٍ مرفقة به (13). وقد اتفقت الدول ولأول مرة على نهجٍ موحدٍ لمكافحة الإرهاب في الوقت الذي لم تستطع فيه الوصول إلى اتفاقية أو صكٍ دوليٍّ شاملٍ لمكافحته. وتقوم الاستراتيجية على أربعة أركانٍ أساسية هي:

- التدابير الزامية إلى معالجة الظروف المؤدية إلى انتشار الإرهاب (الجانب الوقائي).
 - تدابير منع الإرهاب ومكافحته (الجانب العلاجي).
 - التدابير الزامية إلى بناء قدرات الدول على منع الإرهاب ومكافحته وتعزيز دور منظومة الأمم المتحدة في هذا الصدد.
 - التدابير الزامية إلى احترام حقوق الإنسان وسيادة القانون بوصفه الركيزة الأساسية لمكافحة الإرهاب.
- وتعدّ استراتيجية الأمم المتحدة لمكافحة الإرهاب من الوثائق الهامة التي أكّدت على أنّ اتخاذ تدابير مكافحة الإرهاب وحماية حقوق الإنسان هدفان لا يتعارضان، وعلى ضرورة التزام الدول أثناء مكافحتها للإرهاب بالالتزامات المفروضة عليها بموجب القانون الدوليّ لحقوق الإنسان، وعدم ادّخار أيّ جهدٍ لإنشاء نظامٍ وطنيٍّ للعدالة الجنائية يتّسم بالفعالية ويقوم على سيادة القانون.
- في العام 2005م ولما لمسته الأمم المتحدة من انتهاكٍ واسعٍ لحقوق الإنسان باسم مكافحة الإرهاب في ظل غياب النصوص القانونية محدّدة الدلالة ودقيقة الصياغة في دول العالم، وبسبب الإخلال بمبدأ التوازن بين الأمن الوطنيّ وحماية حقوق الإنسان من قبل الدول، فقد تمّ استحداث منصب المُقرّر الخاص المعني بحماية "حقوق الإنسان في سياق مكافحة الإرهاب"، والذي أكّد على أنّه في ظل غياب تعريفٍ شاملٍ وموجزٍ للإرهاب متفقٍ عليه عالمياً، يجب أن تنحصر قوانين مكافحة الإرهاب في مكافحة الجرائم التي تعكس خصائص السلوك الذي ينبغي قمعها في إطار مكافحة الإرهاب الدوليّ مع الالتزام في الوقت ذاته بضمانات المحاكمة العادلة وعدم الاحتجاز التعسفيّ وتوفير نظام عدالة فعّال.
- وتتمثّل أبرز مخرجات عمل المُقرّر الخاص في إقراره تعريفٍ لمفهوم الإرهاب ضمن تقريره المُقدّم إلى الجمعية العامّة للأمم المتحدة عام 2012م في ضوء الممارسات الفضلى للدول، وذلك على النحو الآتي (14):

الإرهاب عملاً أو محاولةً للقيام بعمل، حيث أنّ:

1. العمل:

- يتمثّل في احتجاز مُتعمدٍ للرهائن.
- أو يهدف إلى التسبب في وفاة أو في إصابات بدنيّة خطيرة لواحد أو أكثر من عامّة السكّان أو من شرائحهم.
- أو ينطوي على عنفٍ جسديٍّ مُميتٍ أو خطيرٍ ضدّ أحدٍ أو أكثر من عامّة السكّان أو شرائحهم.

2. ينقذ العمل أو تجريم محاولة تنفيذه بهدف:

- إثارة حالة من الرعب بين عامّة النّاس أو جزء منهم.
- إرغام حكومةٍ أو منظمةٍ دوليّةٍ على القيام بفعلٍ ما أو الامتناع عن فعلٍ ما.

¹² شعيب، مختار (2004)، الإرهاب صناعة عالمية، نهضة مصر للطباعة والنشر، ص 168.

¹³ القرار رقم (288/60)، قرار صادر عن الجمعية العامّة للأمم المتحدة في 8/ أيلول لعام 2006، الدورة الستون، البندين (46، 120) من جدول الأعمال، منشور على الموقع الإلكتروني للمفوضية السامية لحقوق الإنسان <https://www.ohchr.org/ar/Pages/Home.aspx>.

¹⁴ تقرير المقرر الخاص المعني بحماية وتعزيز حقوق الإنسان في سياق مكافحة الإرهاب والمقدم إلى الجمعية العامّة في دورتها السادسة عشر، بعنوان عشرة مجالات للممارسات الفضلى في سياق مكافحة الإرهاب، 22 ديسمبر 2010م، جنيف، منشورات مكتب المفوض السامي لحقوق الإنسان، ص 18-19.

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 حددها القانون الوطني.
- كما وضع المقرّر الخاص نموذجاً قانونياً مستمداً من الممارسات الفضلى للدول من حيث تعريف جريمة التحريض على الإرهاب؛ إذ أشار إلى أنه تعتبر جريمة توزيع أي رسالة إلى الجمهور بشكل متعمد وغير قانوني أو توجيه أي رسالة للجمهور بأي طريقة بقصد التحريض على ارتكاب جريمة إرهابية، حيث يتسبب هذا السلوك سواءً دعا بطريقة صريحة أو غير صريحة إلى ارتكاب جرائم إرهابية، في نشوء خطر ارتكاب جريمة أو أكثر⁽¹⁵⁾.
- وقد أشار المقرّر الخاص في معرض تقريره إلى أنّ جريمة التحريض على الإرهاب يجب:
- أن لا تُفضي إلى تقييد حرية التعبير إلا بما هو ضروري لحماية الأمن الوطني أو النظام العام. (أي توقّر القصد الخاص لقيام هذه الجريمة)
- أن تكون محدّدة بلغة دقيقة مع تجنّب أي تعابير مثل "تمجيد" أو "تشجيع" الإرهاب.
- أن تنطوي على خطرٍ موضوعي فعليّ بارتكاب العمل الذي تمّ التحريض عليه.
- أن يشير نصها صراحة إلى عنصرين من عناصر القصد هما قصد إيصال رسالة وقصد التحريض على ارتكاب عمل إرهابي.
- وفيما يتعلّق بالتصور الذي وضعه المقرر الخاص لتعريف الإرهاب بالرجوع إلى الممارسات الدولية الفضلى، نلاحظ أنه شدّد على أن تكون الصياغة القانونية دقيقة للركن الماديّ المشكّل للفعل. كما أكد على ضرورة عدم استخدام مصطلحات فضفاضة مثل "تمجيد أو تشجيع جماعة إرهابية"، وهو المصطلح الذي يمكن اعتباره مصطلحاً مرادفاً "لترويج جماعة إرهابية". مع التأكيد على أنّ طبيعة الفعل المشكّل للعمل الإرهابي لا يتضمّن الإشارة إلى القيام بأعمال من شأنها تعكير صفو العلاقات أو القيام بأعمال أو خطابات أو نشر كتابات بهدف تقويض أو التحريض على تقويض نظام الحكم أو تعطيل الدستور أو الأنظمة.

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

تجدد الإشارة ابتداءً إلى أنّ العديد من الدول اتبعت سياسةً متشدّدةً في مكافحة الإرهاب ووضعت من القوانين المُجرّمة لهذه الجريمة؛ نظرًا لخطورتها وتأثيرها على المجتمع ككل، إلا أنّ 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 النصوص التي تحتمل التأويل والتفسير. كما أنها تفاوتت في التزامها بالقواعد الإجرائية العامة، وإن كانت قد تشدّدت أو توسّعت في بعض المسائل الإجرائية، خاصةً ما يتعلّق منها باحترام الخصوصية. كما أنّ الدول تفاوتت في التزامها بالمعايير الدولية لحقوق الإنسان المتعلقة بمكافحة الإرهاب في تشريعاتها. وتتناول في هذا المبحث مدى التزام المنظومة القانونية الأردنية المتعلقة بمكافحة الإرهاب بالمعايير الدولية لحقوق الإنسان في هذا الجانب.

المطلب الأول: اتّساع نطاق التجريم في المنظومة القانونية المتعلقة بالإرهاب

• تعريف الإرهاب

عرّف المشرّع الأردني الإرهاب في قانون منع الإرهاب رقم (55) لسنة 2006م وتعديلاته في المادة الثانية، حيث استخدم في تعريفه للإرهاب نصّاً يتّسم بالتعقيد والبعد عن الإيجاز والوضوح. كما استخدم المشرّع عدداً من المصطلحات المترادفة، والتي تتسم أيضاً بالعمومية والاتساع، وهو الأمر الذي يخالف أصول الصياغة التشريعية.

إذ ترتبط البلاغة والوضوح ودقة المفهوم في الصياغة التشريعية بمبدأ العلم المُفترض بالقانون وعدم جواز التدرّع بالجهل به، والذي أضى مبدأ دستورياً لا يتباطه بقاعدة المساواة، ومبدأ عمومية وتجرد القانون، وبالتالي فإنّ التشريع غير المُسجم مع قواعد الصياغة هذه يمسّ ويتنافى مع مفهوم دولة الحقّ. وقد أكدّ المجلس الدستوري الفرنسي مُبكرًا على دستورية هذا المبدأ في قراره رقم 99-421 DC بتاريخ 16 كانون الأول 1999م، والذي جاء به: "إنّ مبادئ حقوق الإنسان والحريات والمساواة أمام القانون تصبح دون جدوى إذا لم يتسنّ للمواطنين الأطلاع بصورة جيدة على النظم القانونية المُطبّقة بوجههم".⁽¹⁶⁾

كما كرّر المجلس الدستوري الفرنسي تأكيده بموجب الفقرة الثانية من قراره رقم 2004-500 DC تاريخ 29 تموز 2004 على أنّ مبدأ وضوح التشريع، هو مبدأ دستوريّ. وألزم المشرّع بتبني أحكاماً دقيقة بعيدة كلياً عن الغموض، بهدف حماية أشخاص القانون من أيّ تفسيرٍ مُخالف للقانون.⁽¹⁷⁾

¹⁵ تقرير المقرر 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، ص 21.

¹⁶ أشار للقرار ذاته مُرقص، بول، "كيف نُصاغ التشريعات في لبنان اليوم؟"، منشورات مرصد التشريع في لبنان، العدد 23، 2005، المكتبة الشريفة، 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 توسع المشرع في بيان البواعث الدافعة إلى ارتكاب الجريمة، على الرغم من أن الباعث لا يعد عنصرًا من عناصر التجريم كما هو مستقر عليه قانوناً، إلا في أحوال محددة حصراً⁽¹⁸⁾. علاوة على أن التعريف يربط بين ارتكاب جريمة الإرهاب وبين الإخلال بالنظام العام أو تعريض حياة الآخرين للخطر، في الوقت الذي قد تترتب هذه الآثار على أية جريمة قد تُرتكب.

وعلى غير صعيد تضمن تعريف الإرهاب "... القيام بعمل 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 تطرقت إلى هذه الجريمة. وكذلك الأمر فإن المقرر الخاص المعني بحماية حقوق الإنسان في سياق مكافحة الإرهاب في تقريره الخاص الذي أشار فيه إلى الممارسات الفضلى في تعريف الإرهاب أشار إلى أن جريمة الإرهاب من حيث الهدف يجري تنفيذها بهدف إثارة الرعب بين عامة الناس أو جزءاً منهم أو إرغام حكومة أو منظمة دولية على القيام بفعل أو الامتناع عن فعل ولم يتطرق إلى أن تعطيل الدستور أو القوانين يعدّ عملاً إرهابياً.

• الأفعال المجرّمة في القانون:

أ. لجأ المشرع وبعد تعريفه لمفهوم الإرهاب إلى تحديد الجرائم التي تعدّ في حكم الجرائم الإرهابية، وحيث أن الركن الشرعي (النص القانوني) هو الذي يحدّد النموذج القانوني للجريمة، فإن هذا النموذج وحسب الأصول العامة للصياغة التشريعية لا بد وأن يكون واضح العناصر على نحو يضمن التحديد الدقيق لأركانه؛ ليمتكن الفرد من ضبط سلوكه وفقاً له وذلك احتراماً لمبدأ الشرعية؛ فلا جريمة ولا عقوبة إلا بنص قانوني صريح ودقيق، واحتراماً كذلك لمبدأ العلم اليقيني بالقانون.

ومما يؤخذ على قانون منع الإرهاب، وتحديدًا المادة الثالثة منه اتساع المدلول الجرمي للأفعال الواردة وإمكانية تطويع النصوص القانونية وفقاً للفعل المرتكب، ويتضح ذلك من خلال استعراض نص المادة الثالثة وتحديدًا الفقرة (هـ) التي تعدّ من أكثر البنود اتساعاً من حيث المدلول الجرمي وإمكانية تحديد السلوك الجرمي المشكّل للركن المادي المؤدي إلى قيام الجريمة. وتعدّ هذه المادة أيضاً من المواد التي تتقاطع بشكل كبير مع حرية التعبير ويصعب في كثير من الأحيان تحديد الفاصل والضابط بينهما؛ إذ يقوم الركن الشرعي في هذه الجريمة على تجريم استخدام نظام المعلومات أو الشبكة المعلوماتية أو أية وسيلة نشر أو إعلام أو إنشاء موقع الكتروني لتسهيل 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 عنائية أو انتقامية. ومما يؤخذ على هذا النص طول العبارة التشريعية، وعدم ضبطها وإيجازها ووضوحها، وسعة مدلولاتها، واستخدام مصطلحات تؤدي إلى القياس في عملية التجريم.

وفي هذا الإطار تجدر الإشارة إلى أن المحكمة الدستورية العليا اعتبرت في مصر أيضاً أن وضوح ومفهومية وبلوغية النصوص القانونية مبدأ دستورياً في إحدى قراراتها، والذي جاء به: "إن إهمال المشرع ضبط النصوص العقابية بما يحدّد مقاصده منها بصورة ينسجم بها كل جدل حول حقيقتها، يفقد هذه النصوص وضوحها ويقينها، وهما مُتطلبان فيها، فلا تُقدّم للمُخاطبين بها إخطاراً معقولاً بما ينبغي عليهم أن يدعوه أو يأتوه من الأفعال التي نهأهم المشرع عنها أو طلبها منهم".⁽¹⁹⁾

ووفقاً للنص القانوني، فإن مدلول الترويج⁽²⁰⁾ ينقصه الوضوح ليشكّل ركناً مادياً وفعالاً إرهابياً بالنتيجة؛ فما هو الترويج؟ هل يعني إذاعة الأخبار أم تداول الفيديوهات والمقاطع الصوتية أم النقاش والتأييد لأفكار هذه الفئة؟ أم أنه يرقى إلى مرتبة أعلى من ذلك ليشكّل فعلاً على درجة من الجسامه في المدلول والعقوبة في آن واحد. وكذلك هو الحال في استخدام مصطلح "دعم جماعة إرهابية"⁽²¹⁾، فما هي الأفعال التي تؤلّف "دعماً"؟ وتؤدي بالنتيجة إلى قيام الركن المادي المشكّل للجريمة.

إن النتيجة المترتبة على هذا التوسع في الدلالات والمصطلحات يؤدي بالضرورة إلى اتساع سلطة القضاء في التفسير والقياس والتأويل، وفتح باب الاجتهاد واسعاً لتطويع الأفعال وفقاً للنصوص، وذلك خلافاً لما هو مستقر عليه في السياسة التشريعية الجزائية.

ب. جريمة تعكير صفو العلاقات مع دولة أجنبية.

أدرج المشرع ضمن الجرائم التي تعدّ في حكم الأعمال الإرهابية القيام بأعمال من شأنها أن تعرّض المملكة لخطر أعمال عنائية أو تعكر صلاتها بدولة أجنبية أو تعرّض الأردنيين لخطر أعمال نارية 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"، وتحديدًا المادة (2/118) من قانون العقوبات.

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

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

²⁰ هذا المصطلح لغويًا يعني، رُج الشيء، جعله منتشرًا؛ أي يكثر الطلب عليه، معجم لسان العرب.

²¹ في اللغة يعني مصطلح "الدعم"، دعم الشيء يدعّمه دعماً؛ مال فأقامه. والدعّم أن يميل الشيء فتدعّمه، معجم لسان العرب.

وقد توسّع المشرع في دلالات هذه الجريمة وأطلقها، وذلك خلافاً لما هو منصوصٌ عليه في قانون العقوبات؛ إذ أنّ الركن الماديّ في هذه الجريمة جاء مطلقاً، وهو القيام "بأعمال" بدون تحديد وصفها ودلالاتها؛ ممّا يعني إمكانية شموله لأيّ عملٍ مهما كانت صورته وفي هذا توسّع غير محمود. كما أنّ هذه الجريمة تعدّ من جرائم الخطر التي لا يتطلّب المشرع أن تتحقّق النتيجة الجرميّة، وهو الأمر الذي من شأنه اتّساع نطاق التّجريم. كما أنّ المصلحة المحميّة في تجريم هذا الفعل ضمن قانون منع الإرهاب غير واضحة؛ ويؤثر هذا تساؤلاً حول مدى انطباق وصف الأفعال الإرهابيّة على هذا الفعل، خاصّة في ظل وجود نصٍ مماثليّ لهذه الجريمة في قانون العقوبات، جاءت تحت بند الجرائم التي تمسّ أمن الدولة الخارجيّ، وتحديدًا القانون الدوّليّ.

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 المؤقتة؛ وهو الأمر الذي يثير تساؤلاً حول فلسفة المشرع في تغيير العقوبة المنصوص عليها في قانون العقوبات، وفلسفته ابتداءً في اعتبارها من الجرائم الإرهابيّة.

ج. جريمة تقويض نظام الحكم السياسي في المملكة أو التّحريض 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 أيّ عملٍ من شأنه تقويض نظام الحكم السياسي في المملكة أو التّحريض على مناهضته وكل من أقدم على أيّ عملٍ فرديّ أو جماعيّ بقصد تغيير كيان الدولة الاقتصاديّ أو الاجتماعيّ أو أوضاع المجتمع الأساسيّة".

وتتسم هذه المادة بإشكاليات قانونية؛ كان من شأنها وضع عدد من الأشخاص ممن يُمارسون حقهم في حرّية التعبير ضمن دائرة التّجريم، وتمثّل هذه الإشكاليات في الآتي: اتّساع نطاق التّجريم وعدم وضوح الركن الماديّ للجريمة؛ نظرًا للصياغة التشريعيّة الفضفاضة للمصطلحات، مثل "تقويض نظام الحكم" و"تغيير كيان الدولة الاقتصاديّ أو الاجتماعيّ" و"أوضاع المجتمع الأساسيّة".

كما أنّ هذه الجريمة تعدّ من جرائم الخطر، والتي لا يتطلب المشرع تحقّق نتيجة جرميّة لقيامها؛ وهو الأمر الذي يؤدي إلى اتساع نطاق الملاحقة⁽²³⁾. وبصورة عامّة فيما يتعلق بالصياغة التشريعيّة وإشكالياتها والواضحة في إطار جريمة تقويض نظام الحكم، يمكن الإشارة إلى أنّ التّشريع العربيّ عمومًا يعتره الثغرات التالية: ينطوي على نصوص قديمة، مُبعثر وغير مُوحّد، غير مُتجانس إلى حدود التّضارب، تكرر الإحالات من قانون إلى آخر، إلغاء قانون بأخر بصورة ضمنيّة، قوانين غير مُبوّبة بالشكل الصّحيح، أحيانًا غير مُعنونة بشكلٍ لا يعكس مضمونها كاملاً، استخدام لغة وتعابير قانونيّة غير مدروسة، قوانين منشورة بصورة بدائيّة. ويُلخّص أسباب القصور التشريعيّ هذا بالآتي:⁽²⁴⁾

- قوانين مُستمدّة من أحكام المجلة العثمانيّة، ونسخ التّشريعات عمومًا عن تشريعات أجنبيّة، وعدم ملاءمتها في معظم الأحيان للواقع وحاجاته.
- عدم كفاية السياسة التشريعيّة وآلية تحديث القوانين.
- عدم استعانة النّواب عمومًا بمُستشارين قانونيين متفرّغين، أو بذل الجهد من النّواب لدراسة مشاريع القوانين بشكلٍ كافٍ.
- تراجع عدد رجال القانون الكبار لصالح رجال الأعمال بين النّواب.
- تشابك الصّلاحيات بين الوزارات والإدارات المختلفة ما ينعكس تشابكًا وتنازعًا بين القوانين.

المطلب الثاني: الخروج عن القواعد العامّة المقرّرة في الأصول العامّة

خرج المشرع الأردنيّ عن القواعد العامّة المقرّرة في قانون العقوبات وقانون أصول المحاكمات الجزائيّة، وذلك من حيث:

• الاشتراك الجرمي

خرج المشرع الأردنيّ عن القواعد العامّة المتعلقة بالاشتراك الجرمي، حيث أنّ المادة (7/و) من قانون منع الإرهاب رقم 55 لسنة 2006م وتعديلاتهما تعاقب الشريك في أيّ جريمة من الجرائم المنصوص عليها في القانون بأيّ صورة من صور الاشتراك، بما في ذلك التّدخل في الجريمة أو التّحريض عليها أو المساعدة في ارتكابها بعقوبة الفاعل الأصليّ.

وفي هذا توسّع وخروجٌ عن المنطق القانوني، وإهدارٌ لمبدأ التّناسب بين الإثم الجنائيّ والعقوبة؛ إذ أنّ الأفعال التي يقوم بها المتدخّل -على سبيل المثال- أقل من حيث الخطورة الجرميّة من الأفعال التي يقوم بها غيره من الشّركاء، وممّا يُجافي مبدأ العدالة أن يوضع الجميع على قدم المساواة في إطار التّجريم.

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

²³ 1. كلّ جمعية أنشئت بقصد تغيير كيان الدولة الاقتصاديّ أو الاجتماعيّ أو أوضاع المجتمع الأساسيّة بإحدى الوسائل المذكورة في المادة (147) تُحلّ ويقضى على المنتمين إليها بالأشغال الشاقة المؤقتة. 2. ولا تنقص عقوبة المؤسسين والمدبرين عن سبع سنوات. 3. إنّ الغدر المجلّ أو المخفّف الممنوح للمتأمّرين بموجب المادة (109) يشمل مرتكبي الجناية المحددة أعلاه.

²⁴ مسرّة، أنطوان، الاجتهاد الدستوريّ في البلوغية والوضوح والمفهوميّة في الصياغة التشريعيّة، وثيقة وقائع ورشة عمل بعنوان: "آليات التّشريع في النظام اللبنانيّ اقتراحات ومشاريع القوانين الاتفاقيات الدوليّة ودور القضاء"، عقدها المؤسسة اللبنانيّة للسلم الأهليّ الدائم ومؤسسة كونراد أديناور، مكتبة مجلس النّواب اللبنانيّ بتاريخ 2016/9/22، العدد 42، المكتبة الشرقيّة، لبنان، 2017م.

• الشروع الجرمي

تُعتبر المادة (7/9) الفعل المؤلف للعمل الإرهابي قد قام سواء أكان هناك شروعا تاماً أم ناقصاً؛ وفي هذا خروج عن الأصول العامة الواردة في قانون العقوبات؛ فالمشروع الجزائي رتب على أنواع الشروع آثاراً قانونية مختلفة خاصة من حيث العقوبة المقررة. كما أن المشروع في قانون العقوبات لم يتطرق إلى الحالة التي يعيد فيها الشخص اختياريًا عن ارتكاب الفعل الإرهابي، وذلك لمنح الأفراد فرصة التفكير في الرجوع عن ارتكاب الفعل الإرهابي الذي قد يرتكب.

• العقوبات

يميل المشروع إلى التشدد في العقوبات على الأفعال التي تشكل أفعالاً إرهابية بموجب القانون. وقد تضمن القانون بهذا الصدد نصاً يُعتمد بالعموم؛ إذ أشارت المادة (7/ط) من قانون منع الإرهاب على أن يُعاقب على كل عمل إرهابي آخر بالأشغال الشاقة لمدة خمس سنوات على الأقل. وفي هذا الإطار أكدت المحكمة الدستورية العليا المصرية في إحدى قراراتها على أن غموض النصوص العقابية يعني انفلاتها من الضوابط وتعدد تأويلاتها. فلا تكون الأفعال التي منعها المشروع أو طلبها محددة بصورة يقينية، بل شبكاً أو إشراكاً يُلقبها المشروع مُتصيدياً باتساعها أو إخفاءها من يقعون تحتها أو يُخطئون مواقعها.⁽²⁵⁾

كما يُعاقب المشروع على جريمة الترويج لجماعة إرهابية وجريمة تعكير صفو العلاقات مع دولة أجنبية بالأشغال الشاقة المؤقتة، وهو الأمر الذي يعدّ خروجاً عن مبدأ التناسب بين الفعل والعقوبة؛ إذ أن العقوبة لا بُد وأن تتوافق وحجم الإثم الجنائي، وإلا أصبحت مضارها أكثر من منافعها. كما أن هذه العقوبة المقررة هي العقوبة ذاتها المقررة لجرائم تعدّ أشد خطورة من الجرائم السابقة مثل: تقديم الأموال وجمعها وتديرها لاستخدامها في ارتكاب عمل إرهابي، والاتحاق بجماعة إرهابية، وهو الأمر الذي يعكس عدم أخذ المشروع بمبدأ التدرج في العقوبات.

• القواعد الإجرائية

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

وفي هذا السياق، وفي إطار الحديث عن القواعد الإجرائية، لا بد من الإشارة إلى أن قانون الاتصالات الأردني رقم (13) لسنة 1995م وتعدلاته يعدّ من القوانين ذات العلاقة بمكافحة جرائم الإرهاب بصورة غير مباشرة؛ إذ من خلاله يتم تقديم التسهيلات اللازمة لتتبع الاتصالات وغيرها في حالات معينة، إلا أن 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 صفة إدارية ويتضمن الشروط التالية، بالإضافة إلى أي شروط أخرى منصوص عليها في هذا القانون أو الأنظمة الصادرة بمقتضاها وأي استثناءات يُقررها المجلس: ز. التزام المرخص له بتقديم التسهيلات اللازمة للجهات المختصة لتنفيذ الأوامر القضائية والإدارية المتعلقة بتتبع الاتصالات المحددة بتلك الأوامر".

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

ويفتح هذا النص الباب واسعاً أمام تتبع الاتصالات بناءً على أوامر إدارية أيًا كان مصدرها؛ إذ أن 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 الممنوح 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 ذاتها على أنها "الشخص الذي حصل على رخصة وفقاً لإحكام هذا القانون".

²⁷ هذا مضمون 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 تُلغى أو تعدل بتشريع يصدر بمقتضاه وذلك خلال مدة اقصاها ثلاث سنوات".

الخاتمة:

شكّلت منظومة حقوق الإنسان وحمائيتها وتعزيزها منطلقاً أساسياً لمكافحة الإرهاب حمايةً لهذه القيم العليا في أيّ مجتمع، ومن هنا جاءت الصّكوك الدوليّة لتؤكد وجود علاقة وثيقة بين الحفاظ على أمن المجتمعات ومكافحة الإرهاب باعتباره مظهرًا يؤدي إلى اختراق هذا الأمن، إلا أنّ هذه الأسس والمُبررات شكّلت مدخلًا لانتهاك حقوق الإنسان أيضًا؛ الأمر الذي أوجد حالةً جدليّةً حول الآلية المثلى للحفاظ على حقوق الإنسان والحفاظ على الأمن كقيمتين منسجمتين بدون الإخلال بأحدهما، وهو الأمر الذي حدا بالجمعية العامّة للأمم المتّحدة التأكيد مرارًا على أنّ حماية حقوق الإنسان هي الوسيلة للحفاظ على الأمن والأداة الفاعلة للوقوف في وجه الإرهاب؛ إذ أنّ مجتمعًا تُضمن فيه الحقوق وتُؤدى فيه الواجبات ويسمو فيه مبدأ سيادة القانون (دولة الحق) وتطبق فيه قيم المواطنة يُشكّل سدًا منيعًا أمام الفكر الإرهابي والفكر المتطرّف.

وفي إطار المنظومة الوطنيّة لمكافحة الإرهاب في الأردن ومدى اتفاقها والمعايير الدوليّة لحقوق الإنسان بدا واضحًا أنّ المشرّع الأردنيّ انتهج خطّةً لم تراعى المعايير الدوليّة في غالب الأحيان ولم تراعى أصول الصّيغة الجنائيّة القائمة على الوضوح ودقة الصياغة سواءً من حيث تعريف الإرهاب أو خروج التّجريم عن القواعد العامّة في قانون العقوبات أو من حيث قواعد التّجريم والعقاب.

وهو الأمر الذي تجسّد في قانون منع الإرهاب الأردنيّ رقم (55) لسنة 2006م وفي بعض نصوص قانون العقوبات، حيث اتّسمت النّصوص القانونيّة بالاتّساع الأمر الذي يفتح الباب أمام تأويلها وتفسيرها، وكذلك خرج المشرّع عن القواعد العامّة في قانون العقوبات خاصّةً ما تعلق منها بالشّروع والاشتراك الجرمي في إطار مكافحة الإرهاب.

التوصيات:

وفي ختام هذا البحث نوصي بالآتي:

- ضرورة وجود اتفاقية شاملة لمكافحة الإرهاب تصل خلالها الدول إلى تحديد الأفعال الإجرامية الرئيسة التي تشكّل أفعالاً إرهابية.
- الالتزام بأصول الصّيغة التشريعيّة عند وضع قوانين منع الإرهاب، وذلك باحترام مبدأ المشروعية ومبدأ اليقين الفعلي، والتّقيّد بأصول الصّيغة التشريعيّة الجنائيّة التي يتوجّب أن تتّسم بالوضوح ودقة الصياغة بصورة تُسهّم في قدرة الفرد على ضبط سلوكه وفقًا للنّص القانوني.
- تعديل نص المادة الثانية من قانون منع الإرهاب بضبط التّعريف أو إلغائه والاكتفاء بتحديد الأفعال التي تشكّل جريمة الإرهاب.
- تعديل المادة الثالثة من قانون منع الإرهاب، وذلك بإلغاء الفقرة (ب) المتعلّقة بجريمة تعكير صفو العلاقات مع دولة أجنبيّة، خاصّةً في ظل وجود نص مشابه لهذا النّص في قانون العقوبات الأردني.
- تعديل الفقرة (هـ) من المادة الثالثة من قانون منع الإرهاب المتعلقة بجريمة الترويج لأفكار جماعة إرهابية، وذلك بضبط النص وصياغته بصورة تتّسم بالوضوح ودقة الصياغة.
- الرّجوع إلى القواعد العامّة المتعلّقة بالتمييز بين الشّروع التّام والشّروع النّاقص في الجرائم الإرهابية.

المراجع:

أولاً: المؤلفات

1. جمال الدين، صلاح الدين. (2004). *إرهاب ركاب الطائرات*. دار الفكر الجامعي.
2. رفعت، أحمد محمد. (2006). *الإرهاب الدولي*. دار التّهضة للنّشر.
3. شعيب، مختار. (2004). *الإرهاب صناعة عالميّة*. نهضة مصر للطباعة والنّشر.
4. شلبي، علاء. (2013). *دليل التمكين القانوني للفقراء*. منشورات المنظمة العربية وبرنامج الأمم المتحدة الإنمائي.
5. الطيّار، صالح ورفعت، أحمد. (1998). *الإرهاب الدولي*. مركز الدراسات العربي-الأوروبي.
6. عبد المهدي، فخري عطاالله. (1989). *الإرهاب الدولي*. المتفجرات. دار الكتاب الحديث.
7. مرقص، بول. (2005). "كيف تُصاغ التّشريعات في لبنان اليوم؟". منشورات مرصد التّشريع في لبنان، العدد 23، المكتبة الشريفة.
8. مسرّه، أنطوان. (2017). *الاجتهاد الدستوري في البلوغية والوضوح والمفهومية في الصّيغة التشريعيّة*. وثيقة وقائع ورشة عمل بعنوان: "البيات التّشريع في النّظام اللبناني اقتراحات ومشاريع القوانين الاتفاقيات الدوليّة ودور القضاء"، عقدتها المؤسسة اللبنانيّة للسلم الأهليّ الدائم ومؤسسة كونراد أديناور، مكتبة مجلس النّواب اللبناني بتاريخ 2016/9/22، العدد 42، المكتبة الشريفة.

9. Thornton, C.C. (1987). *Legislative Drafting, Third Edition*. Butterworth, p.80.

ثانياً: المراجع الدوليّة (المعاهدات، القرارات، التّقارير)

1. اتفاقية جنيف لمنع ومعاقبة الإرهاب، جنيف، 16 نوفمبر 1937م.
2. اتفاقية قمع تمويل الإرهاب، 1999م.
3. الآليات الدوليّة لتعزيز حرّية التعبير، الإعلان المشترك للمقرّر الخاص للأمم المتّحدة المعني بحرّية التعبير، ومُمثل منظمة التّعاون والتّمنية في الميدان الاقتصاديّ المعني بحرّية الإعلام، والمقرّر الخاص بمنظمة الدول الأمريكيّة المعني بحرّية التعبير (21 كانون الأول/2005م).
4. تقرير المقرر الخاص المعني بحماية وتعزيز حقوق الإنسان في سياق مكافحة الإرهاب والمقدم الى 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.
5. حقوق الإنسان ومكافحة الإرهاب (2008)، منشورات: المفوضية السامية لحقوق الإنسان.
6. الدليل التشريعيّ للنّظام القانونيّ العالميّ لمكافحة الإرهاب، مكتب الأمم المتّحدة المعني بالمخدرات والجريمة، الأمم المتحدة، نيويورك، 2008م.
7. قرارات الجمعية العامة للأمم المتّحدة ذوات الأرقام: (174/58، 160/56، 133/52، 186/122، 50/48).
8. المبادئ الدوليّة المتعلّقة بالتّعريف بالتشهير، مبادئ حول حرّية التعبير وحماية السّمتة المنظمة، المادة (19)، أيار 2000م.
9. مبادئ سيراكوزا لتفسير بنود التقييد الواردة في العهد الدوليّ الخاصّ بالحقوق المدنيّة والسياسيّة.
10. معاهدة منظمة المؤتمر الإسلاميّ لمكافحة الإرهاب الدوليّ، 1999م.

ثالثاً: الأحكام والقرارات القضائيّة

1. حُكم المحكمة الدستوية العليا المصريّة في القضية رقم (33) لسنة (16) قضائيّة (دستوريّة)، تاريخ 1996/1/2، الجريدة الرسميّة، عدد (7)، بتاريخ 1996/27/17م.
2. حُكم المحكمة الدستويّة العليا المصريّة في القضية رقم (85) لسنة (18) قضائيّة (دستوريّة)، الجريدة الرسميّة، عدد (29)، تاريخ 1997/7/19م.
3. قرار المجلس الدستوريّ الفرنسيّ رقم (DC 421-99) بتاريخ 16 كانون الأول 1999م.
4. قرار المجلس الدستوريّ الفرنسيّ رقم (DC 500-2004) بتاريخ 29 تموز 2004م.
5. قرار محكمة بداية جزاء عمّان رقم 2002/876، تاريخ 2010/10/30م، برنامج قسطاس القانونيّ.

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

aljunidisaiif@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 Almhd, 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 Alblwghyh Walwdwh Walmfhwmyh Fy Alsyaghh Altshry'yh. Wthyqh Wqa" Wrshh 'ml B'nwan:"Alyat Altshry' Fy Alnzam Allbnany Aqtrahat Wmshary' Alqwany Alatfaqyat Aldwlyh Wdwr Alqda", 'qdtha Alm'ssh Allbnanyh Llsm Alahly Alda'm Wm'sst Kwnrad Adynawr, Mktbt Mjls Alnwab Allbnany Btarbkh 22/9/2016, Al'dd 42, Almkthb Alshrqyh.
4. Murqs, Bwl. (2005). "Kyf Tusagh Altshry'at Fy Lbnan Alywm?". Mnshwrat Mrsd Altshry'e Fy Lbnan, Al'dd 23, Almkthb Alshrqyh.
5. Rf't, Ahmd Mhmd. (2006). Alerhab Aldwly. Dar Alnhdh Lnshr.
6. Sh'yb, Mkhtar. (2004). Alerhab Sna'h 'almyh. Nhdh Msr Ltba'h Walnshr.
7. Shlby, 'la'. (2013). Dlyl Altmkyn Alqanwny Llfqra'. Mnshwrat Almnzmh 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 التوسع 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](https://creativecommons.org/licenses/by/4.0/)

قراءة في إشكاليات بعض حالات الاختصاص الدولي للمحاكم البحرينية بين التوسع 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 البحري 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 تتمثل في رصد هذه الإشكاليات من خلال إجراء مقارنة جديدة للمواد المنظمة لحالات الاختصاص البحري في محاولة لطرح الحلول والتوصيات دون التوقف فحسب عند حدود موقف المشرع. وتظهر أهمية هذا الموضوع أيضاً لعدم وجود أي دراسة تحليلية مقارنة في الفقه البحري لحالات الاختصاص الدولي للمحاكم البحرينية والتي نظمها 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 وتوصيات بتعديل بعض مواد الاختصاص القضائي الدولي بما يمنح الاختصاص للمحاكم البحرينية في بعض الحالات، أو على العكس عدم الإبقاء على اختصاصها في حالات أخرى.

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

المقدمة:

مشكلة الدراسة:

لحل تنازع الاختصاص القضائي الدولي، تعتمد الدول لوضع قواعد خاصة تحدد بموجبها 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 أيضاً لضوابط ومعايير تعكس ارتباط النزاع بالدولة. من هنا، يحرص المشرع عادةً على تبني ضوابط شائعة على المستوى الدولي تسعى لتحديد حالات اختصاص محاكمه دون التضييق منها، أو التوسع بها دون مبرر بغرض ضمان أكبر فعالية ممكنة لأحكامه خارج الحدود الوطنية، وضمان ملائمة قضائه للنظر بالنزاع وتحقيق حسن أداء العدالة، وتجنب إنكار العدالة، أو ما يعرف بالتنازع السلبي للاختصاص القضائي، وإلى التقليل ما أمكن من حالات التنازع الإيجابي للاختصاص القضائي بين الدول، وتفادي إصدار أحكام متناقضة في القضية الواحدة. ويعد القانون البحري من بين التشريعات التي اعتمدت تقنين قواعد الاختصاص الدولي في المواد من 14 حتى 20 من

قانون المرافعات المدنية والتجارية،¹ خلافاً لتشريعات أخرى فضّلت 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 ويبرر 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:

تبرز أهمية هذه الدراسة لكونها سئعتى بتقصي وتحليل حالات الاختصاص الدولي للمحاكم البحرينية والتي تثير إشكاليات لبيان مدى توافقها مع ميزان الوسطية في المعادلة التي تستند إلى فكرة عدم التوسع غير المقبول في الاختصاص من جهة، أو التضييق منه دون مبرر من جهة أخرى. صحيح أن المواد المنظمة للاختصاص القضائي الدولي البحريني مستقاة 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 المرافعات 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 مقارنة 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 تشريعياً في ضوء تبني محكمة التمييز للاختصاص القائم على جنسية المدعى عليه البحرينية؟ وهل هناك ما يبرر عدم الأخذ بالاختصاص الشخصي الإيجابي للمحاكم البحرينية، وما مدى ضرورة إعادة النظر بالموقف الراض له؟
- لماذا ضيّق المشرع نطاق اختصاص المحاكم البحرينية في دعوى إنهاء العلاقة الزوجية المرفوعة من زوجة أجنبية متوطنة 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 التوسع في بعض حالات الاختصاص الدولي للمحاكم البحرينية من خلال اعتماد ضابط الاختصاص التشريعي كميّار للاختصاص القضائي في دعاوى مسائل الأحوال الشخصية عموماً لمجرد 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 الخضوع الاختياري المكرس في النص الحالي توسعاً غير مشروط لاختصاص المحاكم البحرينية؟ وهل هناك ضرورة لمنح سلطة تقديرية للمحكمة بشأن هذا الاختصاص وفق كل حالة على حدة؟
- ألن يؤدي عدم النص على اختصاص المحاكم البحرينية في إشهار الإفلاس إلى احتمالية التوسع 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 المرافعات 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 المرافعات المدنية والتجارية، الجريدة الرسمية رقم 926 تاريخ 1971\7\22، انظر حول حالات الاختصاص الدولي للمحاكم البحرينية د. عوض الله شيبه 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 المرافعات البحريني، جامعة العلوم التطبيقية - مملكة البحرين، الطبعة الأولى 2008، صفحة 85 وما 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 privé, 7-ème édition, L.G.D.J 2020 p 311

انظر المرجع ذاته بخصوص التشريعات الأوروبية ص 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 او بالتضييق من نطاق تطبيقها

المطلب الأول: غياب ضابط الاختصاص الشخصي

أولاً: غياب اختصاص المحاكم البحرينية القائم على جنسية المدعى عليه البحرينية (الاختصاص الشخصي السلبي) لا يمنع ولاية المحاكم البحرينية على المدعى 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 والتطليق 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 توسع 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 الخضوع الإختياري للمحاكم البحرينية .

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

المطلب الثاني: حالات توسع الاختصاص القضائي المرتبطة بتطبيق ضابط الاختصاص

أولاً: اختصاص محاكم البحرين بنظر الدعوى المرفوعة على أجنبي 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 الاصلية 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 المدعى عليه الأجنبي كضابط رئيس للاختصاص القضائي الدولي، مستنداً بذلك إلى المبدأ السائد في العلاقات الداخلية، والذي يجد تطبيقاً شائعاً على المستوى الدولي باعتباره يقر لمحكمة دولة موطن المدعى عليه - أكثر من أي محكمة أخرى- بقدرتها على القيام بالتحقيقات والإجراءات اللازمة لتحقيق العدالة وجمع الأدلة، ولكون المدعي يسعى للمدعى عليه في موطنه (مادة 14 و مادة 15 فقرة 1 مرافعات مدنية وتجارية)³.

بذات الوقت، لم ينص المشرع البحريني على الاختصاص القائم على جنسية المدعى 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 المدعى عليه الأجنبي لا موطن أو إقامة له في البحرين (المطلب الثاني).

المطلب الأول : غياب ضابط الاختصاص الشخصي

يُعرف ضابط الاختصاص الشخصي بأنه الضابط الذي يمنح اختصاصاً قضائياً لمحاكم الدولة التي ينتمي إليها أحد أطراف الدعوى بجنسيته، ويُدعى هذا الاختصاص بالسلبي إذا كان يستند إلى جنسية المدعى عليه، وبالإيجابي إذا كان يستند لجنسية المدعي⁴.

ولم يلقَ الاختصاص القضائي القائم على هذا الضابط اعتماداً من المشرع البحريني، مما يوحي بتوجه هذا الأخير نحو التضييق من اختصاص المحاكم البحرينية وحرمانها من ولايتها إذا كان المدعى عليه بحريني الجنسية (أولاً)، في حين أن الواقع العملي يثبت إعلان المحاكم البحرينية اختصاصها لنظر الدعوى المرفوعة على بحريني بالإستناد إلى اجتهاد 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 للتشريعات 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 للاجتهاد 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 تمنح المادة (28) من قانون المرافعات المدنية والتجارية المصري اختصاصاً للمحاكم المصرية في الدعاوى التي ترفع على مصري 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 المرافعات المدنية والتجارية)⁶، والسعودي (مادة 24 من نظام المرافعات الشرعية السعودي الصادر بالمرسوم الملكي رقم (م/1) بتاريخ 1/22/1435 الموافق 25\11\2013م)⁷ والعراقي (مادة 14 من القانون المدني العراقي)⁸، فقد اقتصر المادتين 14 و15 من قانون المرافعات 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 الاجتهاد القضائي البحريني، وفي الوقت الذي لم يرى المشرع ما يمنع من انعقاد اختصاص المحاكم البحرينية بنظر الدعوى المرفوعة على مدعى عليه بحريني فيما يتعلق باختصاص مجلس الولاية على أموال القاصرين (الذي يعتبر هيئة قضائية)، والذي يختص (بجميع مواد الولاية على المال بالنسبة للبحرانيين عموماً أيًا 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 أيًا كان نوع الدعوى، فيما عدا الدعاوى العقارية المتعلقة بعقار واقع في الخارج، مستندة بذلك إلى ولاية القضاء الوطني على البحريني سواء كان مقيماً في البحرين أو خارجاً. في هذه القضية طعن المدعى عليه البحريني أمام محكمة التمييز بعدم اختصاص المحاكم البحرينية لنظر الدعوى المرفوعة من المدعي الأجنبي مطالباً إياه بمبلغ مالي مقابل حقوقه العمالية مستنداً إلى اتفاق مكتوب بينهما يمنح الاختصاص لمحاكم انكلترا وويلز بخصوص أي نزاع ينشأ من العقد. رفضت محكمة التمييز الطعن، وأكدت 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 ولاية القضاء فيها مقدرة في ذلك ما يلزم لتحقيق المصلحة العامة، وهي أداء العدالة بحسبانها من أهم الوظائف التي تتولاها وتباشرها بواسطة المحاكم، والتي تهدف إلى إقرار النظام والسكينة على إقليمها، ولئن 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 بنظرها، ويضحي الاتفاق مع المطعون ضده على سلب هذا الاختصاص منها باطلاً وحابط الأثر لا يعتد به)¹⁰. وكررت المحكمة في أحكامها اللاحقة ذات الاعتبارات مؤكدة أن (اختصاص القضاء الوطني بالدعاوى التي ترفع على البحريني يرجع إلى اعتبار القضاء مظهرًا من مظاهر الدولة و تمتد ولايته إلى ما تمتد إليه هذه السيادة ومتعلقًا بالنظام العام لارتباطه بمهام الدولة الأساسية في تحقيق العدالة والسكينة 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 الاماراتي رقم 11 لسنة 1992، البوابة الرسمية لحكومة الامارات العربية المتحدة

⁶ <https://u.ae/ar-AE/information-and-services/justice-safety-and-the-law/litigation-procedures/general-provisions>

⁷ المرسوم بقانون رقم 38 لسنة 1980 بإصدار قانون المرافعات المدنية والتجارية الكويتي : <https://law.almohami.com>

⁸ نظام المرافعات الشرعية السعودي الصادر بالمرسوم الملكي رقم (م/1) بتاريخ 1/22/1435 الموافق 25\11\2013م

⁹ <https://laws.boe.gov.sa/BoeLaws/Laws/LawDetails/f0eaae46-9f84-40ee-815e-a9a700f268b3/1>

¹⁰ انظر دعوى عوض الله شيبه الحمد السيد، مرجع سابق ص 399. أد. هشام صادق، دروس في القانون الدولي الخاص، الجنسية ومركز الاجانب، تنازع القوانين، تنازع الاختصاص القضائي، دار المطبوعات الجامعية، 2015 ص 15. د. فؤاد رياض، د. سامية راشد، تنازع القوانين والاختصاص القضائي الدولي، وأثار الاحكام الاجنبية، القاهرة، دار النهضة العربية 1999، ص 498.

¹¹ د. حسن الهداوي، تنازع القوانين وأحكامه في القانون الدولي الخاص العراقي، 1972، ص 238.

¹² المادة (6) من المرسوم بقانون رقم (7) لسنة 1986 في شأن الولاية على المال، الجريدة الرسمية البحرينية العدد رقم 1688 تاريخ 1986\4\3.

¹³ انظر مجموعة احكام محكمة التمييز الطعن رقم 231 لسنة 2005- السنة 17- 2006- صفحة 301.

¹⁴ الطعن رقم 531 سنة 2013 القاعدة رقم 73. انظر، ايضا حكم محكمة التمييز تاريخ 21 يناير 2019 الطعن رقم 769 لسنة 2017 مجموعة الاحكام الصادرة من محكمة التمييز -السنة الثلاثون - الجزء الاول صفحة 66.

¹⁵ 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، لكونها 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 المتفق 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 تنفيذ الحكم، وبوقف تنفيذه مؤقتاً لحين الفصل في الدعوى بحكم بات.

استندت محكمة التمييز إلى اتفاقية تنفيذ الأحكام لدول مجلس التعاون لدول الخليج العربية لتقرر بتنفيذ الحكم السعودي دون التحقق من توفر اختصاص هذه المحكمة وفقاً للقانون السعودي، أو أحكام الاتفاقية المذكورة مؤكدة ما يلي: (لما كانت اتفاقية تنفيذ الأحكام لدول 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 التحقق مما إذا كان الحكم قد توافرت له الشروط المنصوص عليها في الاتفاقية، وتأمّر تلك الجهة باتخاذ التدابير اللازمة لتسبغ 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 يجرى 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 مباشرة طبقاً لنص المادة 262 من ذلك القانون. وبناءً على ذلك قدم الحكم موضوع الدعوى إلى محكمة التنفيذ مباشرة وفتح له ملف التنفيذ رقم... ولم يُطلب تنفيذه بدعوى إلى المحكمة الكبرى وفقاً لنص المادة 252). و بالتالي، يلاحظ أن المحكمة قوّتت فرصة مناقشة اختصاص المحاكم البحرينية بالدعوى المرفوعة ضد المدعى 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 ضمناً فقط إلى ترجيح الاختصاص القضائي الدولي البحريني في الدعوى الموضوعية المرفوعة على الشركة البحرينية. كما أننا لم نجد بعد هذا الحكم أي حكم آخر لمحكمة التمييز حول هذا الموضوع لنتمكّن من متابعة موقف الاجتهاد القضائي بهذا الشأن.

وبكل الأحوال، وفي ضوء الاجتهاد القضائي المذكور، يبقى التساؤل مطروحاً حول سبب استمرار غياب نص مباشر يكرس الاختصاص القضائي القائم على جنسية المدعى عليه البحرينية دون أن تكون المحاكم البحرينية مضطرة في كل قضية أن تبرر اختصاصها، أو أن تناقش الدفوع المثارة بهذا الشأن.

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

على الرغم من موقف محكمة التمييز المذكور أعلاه، فإن التساؤل يبقى قائماً حول سبب استمرار غياب نص قانوني يكرس الاختصاص الشخصي السلبي. كما يظل التساؤل مطروحاً أيضاً بشأن مدى فعالية الحكم البحريني الصادر بالإستناد إلى جنسية المدعى عليه البحريني دون نص قانوني يكرس هذا الاختصاص. بعبارة أخرى، هل اعتبار الاختصاص القضائي البحريني القائم على جنسية المدعى 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 بحكمها لغياب أي نص يمنحها اختصاصاً لنظر النزاع، لا سيما إذا كان القانون الأجنبي (قانون بلد تنفيذ الحكم البحريني) يكرس نصاً مشابهاً للنص البحريني المتعلق بتنفيذ الأحكام الأجنبية في البحرين والذي يشترط 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 يحسم المشرع هذه المسألة، وينحو منح المشرعين العرب الذين كرسوا هذا الاختصاص بنص تشريعي مباشر؟

في حقيقة الأمر، لن يكون الاجتهاد القضائي لمحكمة التمييز البحرينية التي أرست الاختصاص القائم على جنسية المدعى عليه بذات قوة وأهمية النص التشريعي. كما أن المبررات التي ساقها هذه المحكمة تبقى غير كافية من وجهة نظرنا. فإذا كان لا أحد ينازع اعتبار المحكمة العليا لمسألة تنظيم القضاء في الدولة، أمراً سيادياً ومتعلقاً بالنظام العام لارتباطه بمهام الدولة الأساسية في تحقيق العدالة والسكينة على أراضيها، إلا أن اعتبارها لاختصاص محاكم البحرين لنظر 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 لضوابط شخصية.

كما أن صفة النظام العام التي ألحقها محكمة التمييز بالاختصاص الشخصي السلبي 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 المدعى عليه اختصاصاً حصرياً، وسيؤدي بالتالي لمنع تنفيذ أي حكم أجنبي صادر ضد بحريني، ولا نعتقد أن إرادة محكمة التمييز قد توجهت لهذه النتيجة. فهذا الاختصاص وُضِع 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 تُنفى صفة النظام العام عن الاختصاص الشخصي السليبي. ويتفق رأينا هذا مع موقف محكمة النقض الفرنسية الذي يرفض تنفيذ أي حكم أجنبي صادر بمواجهة فرنسي لم يتخلَّ صراحة عن اختصاص محاكم بلاده أثناء مثوله أمام المحكمة الأجنبية مصدرًا للحكم¹³. وعلى الرغم من صدور قرار Prieur بتاريخ 23 مايو 2006¹⁴ (الذي تراجعت فيه محكمة النقض الفرنسية عن اعتبار الاختصاص الشخصي الفرنسي اختصاصًا حصريًا بتأكيداها على أن (المادة 15) من القانون المدني لا تكرس سوى اختصاصًا اختياريًا 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 الاجتهاد القضائي البحريني حول هذه المسألة يبدو النص على الاختصاص الشخصي السليبي 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).

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

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 شكّل موضوع نقاش فقهي تقليدي بين أغلبية مناهضة و أقلية مؤيدة، إلا أن طرح هذه المسألة وإعادة قراءتها بمقاربة مختلفة تقتضي برائنا التفكير جديًا 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 لمنح الاختصاص للمحاكم البحرينية للنظر بالدعوى المرفوعة من بحريني في مسائل الأحوال الشخصية عمومًا، بنص المادة (15) فقرة (6) من قانون المرافعات التي جاء فيها: (تختص محاكم البحرين بنظر الدعوى 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 وطنيًا أو أجنبيًا 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 أيضًا بشكل عام دون تقييده بمسائل الأحوال الشخصية، طالما أن الفكرة بذاتها مقبولة لديه، لا سيما أن دعوى الأحوال الشخصية تشكل غالبية كبيرة للدعوى في العلاقات بن الأفراد العابرة للحدود؟
- وبالرد على الرأي الذي يعتبر معيار جنسية المدعي غير صالح لوحده ليكون أساسًا لعقد الاختصاص الدولي، لإستناده الى 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 تتواجد أيضًا أمواله، وبالتالي، فإن الحكم الذي سيصدر عن القضاء الوطني للمدعي لن تكون له فعالية في بلد موطن المدعي عليه)، يمكن القول بعدم وجود ما يمنع من تكريس الدولة لمثل هذه المحاباة لمواطنيها، فمعيار الجنسية معمول به كضابط للاختصاص القضائي في القانون الدولي الخاص، وسبق أن طبقته تشريعات قطعت أشواطًا بعيدة في هذا الفرع من القانون، كلقانون الفرنسي (المادتان 14 و 15 من القانون المدني). كما أخذ به المشرع الجزائري في المادتين 41 و 42 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية¹⁷. وإذا استُبعد هذا الضابط من نطاق الإتحاد الأوروبي وفقًا لاتفاقية بروكسل لعام 1968 واتفاقية لوغانو لعامي 1988 و 2007،¹⁸ أن الإجتهد القضائي الفرنسي ما زال مستمرًا في الأخذ به ضمن النطاق الوطني استنادًا للمادتين 14 و 15 من القانون المدني، بل أن محكمة النقض الفرنسية ذهبت بعيدًا في موقفها حين اعتبرت بأنه لا يعد تنازلًا عن امتياز اختصاص القضاء الفرنسي اضطرار الفرنسي لرفع دعوى أمام القضاء الأجنبي إذا كان رفعه للدعوى ضروريًا للحفاظ على حقوقه، حيث جاء في حكمها: (...بما أن محكمة استئناف باريس اعتبرت أن السيدة... 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 GAUDEMMENT-TALLON

وقد اتخذت محكمة النقض الفرنسية موقفًا مماثلًا 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'Appel 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>
Arrêt N : 630 du 22mai 2007, cité par انظر أيضًا في ذات المعنى
Bernard AUDIT, Droit international privé 6 -ème Edition Economica p408, note 3) .
¹⁴ Rev.crit.DIP.2006, P.870, Note GAUDEMMENT-TALLON

¹⁵ 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. عكاشة عبدالعال 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.

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

¹⁷ كمال سمية، تطبيق قانون القاضي على المنازعات الدولية الخاصة، أطروحة دكتوراه، جامعة ابو بكر بلقايد-تملسان 2015-2016، ص 62 و ما 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 لم تكن تمتلك والحال كذلك الإرادة الحرة في التنازل عن حقها برفع دعاوها 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 للمدعى عليه أن يمتلك أموالاً في البحرين، وبالتالي سيكون من مصلحة البحرين مقاضاته في المملكة لتسهيل التنفيذ على هذه الأموال، وتجنباً لإجراءات الأمر بالتنفيذ التي سيضطر للقيام بها في البحرين فيما لو حصل على الحكم من محاكم أجنبية.

أخيراً، 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 المدعى عليه الأجنبي، وتحمل ما ينتج عن ذلك من مخاطر وتبعات وأعباء مالية يمنعه عملياً من اللجوء إلى جهة قضائية تمكنه من الحق في القاضي الطبيعي، وهو قاضي دولته غير المماثل منه خصوصاً 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 لمجابهة وضع من الاستحالة، ولا يلزم احد بالمستحيل، وهو مقبول قانوناً، لأنه يؤدي إلى إلزام الدولة أو التزامها بواجب توفير القاضي الطبيعي، وبالتالي ضمان الحق في القاضي الطبيعي لمواطنيها أولاً. وإذا لم تلتزم بهذا الواجب تكون قد أخلت بأحد التزاماتها الدولية، أي إزاء المجتمع الدولي من جهة، ومن جهة أخرى، إن حرمان المتقاضين من حق اللجوء لمحاكم دولته إزاء هذا الوضع من الاستحالة سوف يؤدي إلى نكران مستتر للعدالة. إن تحميل الطالب تبعة مصاريف مقاضاة المطلوب لدى قضاء مقر إقامته يمكن أن يجحف بحقوق الطالب، بل حتى أن يحول دونه ودون 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 والعراقيل أمام تنقل الأفراد بسبب حالات الحجر والتدابير التي اتخذتها كل دول العالم، بالإضافة للتكاليف الأخرى التي فرضها إجراء فحوصات الوباء، ناهيك عن الخوف من التقاط 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 ألا تكون لهذا الاختصاص صفة النظام العام، أي ألا يكون اختصاصاً مانعاً (حصرياً) من أي اختصاص. بعبارة أخرى، سيكون هذا الاختصاص بمثابة ميزة ممنوحة للبحريني، 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 أيضاً عدم إعمال هذا الاختصاص في فضاء الدول العربية، والذي كما هو معلوم، تسري فيه أحكام اتفاقية الرياض العربية للتعاون القضائي (المواد: 25-26-27)²⁴، واتفاقية تنفيذ الأحكام والإعلانات القضائية بدول مجلس التعاون لدول الخليج العربية (1997) (المواد 4 و5 و6) واللتان لم تعتمدا الجنسية كضابط للاختصاص القضائي، وحددتا حالات الاختصاص القضائي بالإستناد بشكل أساسي إلى موطن المدعى عليه في إحدى الدول المتعاقدة. من هنا، يقتصر اقتراحنا بتطبيق الاختصاص الشخصي الإيجابي البحريني على المدعى عليهم المتوطنين خارج الدول العربية.

¹⁹Cass. 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 يبد المدعي الفرنسي أي تنازل عن حقه في رفع الدعوى أمام القضاء الفرنسي وفقاً للمادة (14) من القانون المدني، وبأنه لم يرفع فعلياً أي دعوى أمام محكمة أجنبية (أي أنه لم يتخل صراحة عن اختصاص المحاكم الفرنسية)، فإن مجرد إعلان نيته في رفع دعوى خارج فرنسا لا يفيد تنازله عن الاستفادة من الميزة التي منحها له المادة (14) المذكورة.

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

²¹ فاطمة الزهراء بن محمود، مرجع سابق، ص. 45، انظر ايضا في مفهوم استحالة اللجوء لمحكمة اجنبية كضابط للاختصاص القضائي في القانون الدولي الخاص لكون 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 الامم المتحدة، فيروس كورونا: الجائحة التي عطلت العالم ووسعت الفجوة بين الأغنياء والفقراء <https://news.un.org/ar/story/2020/12/1068272>

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

انظر ايضا " حرب روسيا وأوكرانيا تلقي بظلالها.. اقتصاد العالم يدفع الثمن، سكاى 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 متوطنة في البحرين تنص الفقرة الرابعة من المادة 15 من قانون المرافعات المدنية على أنه (تختص 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 فسخ الزواج أو بالتطليق أو بالإنفصال وكانت مرفوعة من زوجة لها موطن في البحرين على زوجها الذي كان له موطن فيها متى كان الزوج قد هجر زوجته وجعل موطنه في الخارج بعد قيام سبب الفسخ أو التطليق أو الانفصال أو كان قد أبعد عن البلاد).

يهدف هذا النص لحماية الزوجات اللاتي يعشن 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. ويشترط لانعقاد الاختصاص البحريني أن يكون الزوج الأجنبي قد سبق له التوطن في البحرين، وأن تكون الزوجة لها موطن حالي 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 يتعذر عليها لأسباب مختلفة - تعود لظروفها الاجتماعية أو الاقتصادية- رفع دعاوها أمام محكمة دولة موطن أو جنسية الزوج المدعي عليه. كما يهدف النص لحماية ومساعدة الزوجات المتوطنات في البحرين، واللاتي لم تعد ترغبن بالاستمرار في حياتهن الزوجية بسبب إبعاد أزواجهن عن المملكة.

يتضح هنا بان المشرع قد ضيق الاختصاص البحريني بثلاثة مواضع و هي:

1. قصر الاختصاص القضائي على دعوى 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 يُثار في فقه القانون الدولي الخاص الحديث من خلال سعيه نحو تحقيق العدالة الموضوعية باعتباره الفرع من القانون الذي يرمي حقوق الأفراد بما يقتضي منه أن يلتزم بمبدأ المساواة بين المرأة والرجل. ويندرج هذا المبدأ أيضاً ضمن مفهوم حقوق الانسان 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 يُثار 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 ضوابط الاختصاص الدولي لدولة موطن المدعى عليه، إلا أن هذا الشرط لا يبدو ضرورياً براينا، لان 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 دعاوها على زوجها المتوطن خارج البحرين ولو لم يسبق أن كان لهذا الأخير موطناً في المملكة، إذ يمكن أن نتصور الحالة التي يأتي بها الزوجان إلى البحرين، وبمكث 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 الأراضي الفرنسية استناداً للمادة (1070) من قانون المرافعات المدنية، والتي حددت هذه الحالات كالآتي:

- 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 اطار القانون الدولي الخاص البحريني ونظيره الاوروبي " مجلة القانونية الصادرة من هيئة التشريع والراي القانوني - مملكة البحرين - العدد السادس ، يونيو 2016 صفحة 77.

²⁶ صحيح انه يفضل عادة ان 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 الى هذا الحكم في البحرين حيث يمكن الاعتراف بحجيتها بسهولة في المملكة - لكونه لا يحتاج لاي اجراءات تنفيذية جبرية اذ انه سيمكن المرأة على سبيل المثال من الزواج مرة اخرى في المملكة - ، الا انه في حالات اخرى، وتسهيلاً على الزوج أو الزوجة التي قد تطول اجراءات التطليق في بلادها ،ينوجب ان يُهبأ لها الاختصاص القضائي البحريني بيسر لكي تحصل على حكم التطليق في بلد موطنها البحرين.

- إذا كان محل إقامة أحد الزوجين الذي يرعى الأطفال القاصرين في فرنسا.
- إذا كان محل إقامة الزوج المدعى عليه الذي لم يبادر بطلب التطلاق 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 بحرينية 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 المرافعات المدنية المصري اختصاصاً للمحاكم المصرية لنظر دعوى فسخ الزواج أو التطلاق 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 تتكبد 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 المرافعات الشرعية حيث (تختص المحاكم السعودية بنظر الدعوى المرفوعة على غير السعودي الذي ليس له محل إقامة عام أو مختار في المملكة ب- إذا كانت الدعوى بطلب الطلاق أو فسخ عقد الزواج وكانت مرفوعة من الزوجة السعودية التي فقدت جنسيتها بسبب الزواج متى كانت أي منهما 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: اقتصارها على نفقة الأم والزوجة والصغير واشتراط توطن الأم والزوجة في البحرين

تنص الفقرة الخامسة من المادة 15 من قانون المرافعات المدنية على أنه (تختص 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 لهما 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 بنفقة الأقارب لتعلق هذه المسألة بالأمن المدني والاجتماعي البحريني، باعتبار أن وجود الأم أو الزوجة أو الصغير في حالة عوز على الأراضي البحرينية يعرض الأمن المدني والاجتماعي البحريني للخطر. وبالتالي، إذا كانت الزوجة أو الأم متوطنة في البحرين، فذلك يعد كافياً لتبرير اختصاص القضاء البحريني بمواجهة المدعى عليه المدين بالنفقة حتى وإن كان متوطناً أو مقيماً خارج مملكة البحرين. ويلاحظ بأن المشرع قد ضيق الاختصاص البحريني في هذه الحالة في موضعين:

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 موطناً فيها، وذلك على سبيل التخفيف على الصغير، بينما لم يفعل بالمثل بالنسبة للأم والزوجة مشروطاً بتمتعهما بموطن في البحرين. ومما لاشك 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 التحقق، 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 ان احد الزوجين ما زال يقيم فيها.

- إذا كان المدعى عليه يقيم في فرنسا.

- إذا كان قدم طلباً مشتركاً وكان احد الزوجين يقيم في فرنسا.

- إذا كانت فرنسا محل إقامة المدعي اذا كان مقيماً فيها منذ سنة على الاقل قبل تقديم الطلب.

- إذا كان المدعي يقيم في فرنسا مدة ستة اشهر مباشرة قبل تقديم الطلب و ان يكون فرنسي وموجود في فرنسا.

²⁸ احمد عبد الموجود محمد فرغلي ، الاختصاص القضائي الدولي للمحاكم المصرية بدعاوى الأحوال الشخصية ، حق الطفل في الحضانه في القانون الدولي الخاص ، صفحة 201.

<https://almeria.com/reading.php?idm=166348>

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

حاجة مستحق 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 أوضحنا أعلاه، بما يفترض بأن يكون كافيًا لعقد الاختصاص البحريني.

2. قصر دعوى نفقة الأقارب على الام والزوجة

لا ينعقد الاختصاص البحريني إلا فيما يتعلق بدعوى النفقة المرفوعة من الزوجة أو الأم، ولا نرى السبب الذي جعل المشرع يُقصر هذا الاختصاص على دعوى نفقة الزوجة أو الأم، علمًا أن هناك فئات أخرى قد تكون مستحقة للنفقة وتقيم على أرض البحرين، كوالدين مثلًا والمهجور عليهم وغيرهم.

من هنا، يلاحظ أن النص الإماراتي تجنب هذا التضييق في الاختصاص وجاء عامًا حين نص في المادة 21-فقرة 5 من القانون الإتحادي 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 مهجور عليه أو بصغير أو بنسبه أو بالولاية على المال أو النفس إذا كان طالب النفقة أو الزوجة أو الصغير أو المهجور عليه له موطن في الدولة).

كما تبني هذا الموقف أيضًا نظام المرافعات السعودي في المادة 27 فقرة ج التي كرست اختصاص المحاكم السعودية (إذا كانت الدعوى يطلب نفقة وكان المطلوب له النفقة مقيمًا في المملكة) دون تحديد الأشخاص مستحقي النفقة. ونهيب بالمشرع البحريني لتبني 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 توسع المشرع البحريني فيها، إما بسبب نوعية ضابط الاختصاص المعتمد (المطلب الأول)، وإما بسبب كيفية تطبيق ضابط الاختصاص (المطلب الثاني).

المطلب الأول: حالات توسع الاختصاص القضائي المرتبطة بنوعية ضابط الاختصاص

توسّع المشرع في اختصاص المحاكم البحرينية من خلال اعتماد ضابط الاختصاص التشريعي في دعاوى الأحوال الشخصية عمومًا (أولًا)، وضابط الخضوع الإرادي للمحاكم البحرينية (ثانيًا)، وهناك تخوف من توسع الاختصاص بسبب سكوت المشرع عن بيان الضوابط المعتمدة لاختصاص القضاء البحريني لشهر الإفلاس (ثالثًا).

أولًا: اعتماد الاختصاص التشريعي كضابط لاختصاص المحاكم البحرينية بنظر دعاوى الأحوال الشخصية عمومًا

تنص الفقرة السادسة من المادة 15 من قانون المرافعات المدنية على أنه: (تختص محاكم 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 وطنيًا أو كان أجنبيًا 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 مرفوعة من بحريني أو أجنبي متوطن في البحرين. وتندرج عمومًا ضمن مسائل الأحوال الشخصية كل من الاهلية وانعقاد الزواج وآثاره وانحلاله وانقضائه، والنفقات بين الأقارب (باستثناء حالة نفقة الأم والزوجة والصغير، حيث لم يلزم المشرع ألا 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 للاختصاص، كاختصاص محاكم البحرين بنظر دعوى النسب المرفوعة على مدعي 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 وفقًا للمادة المذكورة أعلاه حالتين للاختصاص القضائي في مسائل الأحوال الشخصية عمومًا، وهي:

1. الحالة الأولى: إذا كان المدعي بحريني الجنسية أو أجنبيًا متوطنًا في البحرين ولم يكن للمدعي عليه موطنًا معروفًا في الخارج

يتمثل الهدف من اختصاص المحاكم البحرينية في هذه الحالة في تلافي إنكار العدالة بالنسبة للمدعي البحريني أو الأجنبي المتوطن بالبحرين، نظرًا لعدم معرفة الدولة التي يتوطن بها المدعي عليه، فمفهوم إنكار العدالة يعد بعد ذاته ضابطًا كافيًا للاختصاص القضائي الدولي عندما لا يجد المدعي أي محكمة مختصة للنظر في دعواه أو إذا كانت هناك استحالة لرفع الدعوى أمام محكمة أجنبية. وقد استخدم مفهوم إنكار العدالة كضابط مباشر للاختصاص القضائي الفرنسي منذ عام 1870 حتى عام 1948 حيث جاء كاستثناء على مبدأ عدم اختصاص المحاكم الفرنسية في البت بالنزاعات بين الأجانب³¹، وبعد التخلي عن هذا المبدأ، استمر مفهوم إنكار العدالة كميّار للاختصاص القضائي، ولكن بشكل أقل اتساعًا 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. عكاشة عبدالعال و د. سامي بديع منصور، القانون الدولي الخاص، الدار الجامعية، بيروت، 1995، ص 437 وفي 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/>.

فيها وجود الأجنبي في حالة استحالة في رفع الدعوى أمام قاضي أجنبي. من هنا، فإن معيار إنكار العدالة يستجيب للحق بالحصول على محاكمة عادلة الذي لن يكون له أي معنى إذا لم يتم ضمان الحصول ابتداءً على حق اللجوء لمحكمة ما³².

2. الحالة الثانية: إذا كان المدعي بحريني الجنسية أو أجنبيًا متوطنًا في البحرين، وكان القانون البحريني واجب التطبيق على الدعوى

وهذه الحالة ينعقد فيها الاختصاص للمحاكم البحرينية في مسائل الأحوال الشخصية إذا كان المدعي بحريني الجنسية أو أجنبي له موطن في البحرين -دون أي اشتراط مرتبط بموطن المدعى عليه الأجنبي- طالما أن القانون البحريني هو الواجب التطبيق.

ويلاحظ أن ضابط الاختصاص القضائي المستند للاختصاص التشريعي البحريني لا يطبق إلا بعد تخلف أعمال الضابط الأول (الأصلي)، وهو توطن أو إقامة المدعى عليه في البحرين، كما يُفترض 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 التوسع بولاية القضاء البحريني بقدر ما يراد منه تلافى إنكار العدالة بالنسبة للأجنبي المتوطن في البحرين أو المدعي البحريني، إلا أن الواقع غير ذلك لأنه يهدف لتحقيق غاية أخرى غير تجنب إنكار العدالة، وهي ضمان تطبيق القانون البحريني على دعوى الأحوال الشخصية المتعلقة ببحريني. من هنا، فإن ربط الاختصاص القضائي باختصاص القانون البحريني يؤدي من وجهة نظرنا إلى التوسع في حالات الاختصاص الدولي للمحاكم البحرينية عندما يكون المدعي أجنبيًا متوطنًا 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 الإشارة أولاً بان المشرع المصري (الذي استقى المشرع البحريني منه) ينص على هذا الاختصاص القضائي المستند إلى اختصاص القانون المصري معتبراً أن المحكمة المصرية هي الأقدر على كفاءة تطبيق قانونها، وخاصة بأن المادة 14 من القانون المدني المصري تمنح الاختصاص للقانون المصري في مسائل الزواج عموماً (الانقضاء والآثار و الانقضاء) إذا كان أحد الزوجين مصرياً وقت انعقاد الزواج³³.

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 بانقضاء الزواج و آثاره وانقضائه والتي يطبق عليها قانون الزوج (باستثناء الشروط الموضوعية لانقضاء 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 أصلاً بالمنازعة، ولكنها تصبح مختصة بنظرها إذا كان القانون الواجب التطبيق على النزاع هو القانون الوطني³⁴. وتطبيقاً لما سبق، إن اسناد الاختصاص الدولي للمحاكم البحرينية بنظر مسائل الأحوال الشخصية للبحريني مرده على الأغلب ما يلي: عندما يكون المدعي بحريني الجنسية، أو أجنبي مسلم، فإن القانون الواجب التطبيق على أحواله الشخصية هي الشريعة الإسلامية، وبالتالي حسم المشرع المسألة سلفاً، دون تكبد عناء انتظار أي حكم محتمل لمحكمة أجنبية (محكمة موطن المدعى عليه أو محكمة موطن المدعي البحريني أو غيرهما) بهذا الشأن، معتبراً أن المحكمة البحرينية أكثر قدرة من أي محكمة أخرى على كفاءة تطبيق واحترام أحكام القانون البحريني المستند إلى أحكام الشريعة الإسلامية. وفي واقع الحال، عندما يتعلق الأمر بمسألة من مسائل الأحوال الشخصية للمسلم، وكانت المحكمة التي تنظر النزاع أجنبية، فإن الأمر لن يخرج عن إحدى حالتين: إما ستطبق هذه المحكمة قانوناً متعارضاً (أو مختلفاً) مع أحكام الشريعة الإسلامية، ولن يكون لحكمها أي فعالية أو أثر في مملكة البحرين، وإما ستطبق المحكمة الأجنبية الشريعة الإسلامية، مما سيجعل النتيجة واحدة في كلتا الحالتين، أي سواءً صدر الحكم عن المحاكم الأجنبية أو البحرينية.

ورغم وجهة 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 متوطن بالبحرين دون توفر أي عنصر آخر مرتبط بالمملكة (باعتبار أن المدعى عليه أجنبي متوطن خارج البحرين وقد يكون المدعي البحريني أيضاً متوطن خارج البحرين) مما يجعل ارتباط النزاع بالبحرين ارتباطاً هزلياً. كما أنه في حالة كانت محكمة موطن 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 حريصة 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 موطن المدعى عليه من غير الدول المذكورة، فإن اتخاذ القرار فيما ذا كان الحكم الأجنبي المترقب صدوره منها يتعارض 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 عبد الموجود محمد فرغلي، حق الطفل في الحضانه في القانون الدولي الخاص، مجلة الدراسات القانونية، 2019 ص 201. <https://almeria.com/more.php?idm=165969>

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

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

ويؤيد بعض الفقه 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 يجدي الدفع بأن القانون واجب التطبيق في مثل هذه الحالة معروف مسبقاً ولا يحتاج إلى تأويل ما دام أن المدعي عليه مصرياً فالاختصاص منعقد للقانون المصري وفقاً للاستثناء والمجال المحجوز للقانون المصري في المادة 14 من القانون المدني والمتعلق باختصاص القانون المصري إذا كان أحد الزوجين مصرياً وقت انعقاد الزواج. وبالتالي لن يكون للقاضي دور في البحث حول اختصاص قانون آخر، ولكن مسائل الأحوال الشخصية لا تقتصر فقط على مسائل الزواج وآثاره، وهي المسائل التي تعلق بها الحكم الوارد في نص المادة 14 مدني مصري، حيث أنها تشمل مسائل أخرى كالإيراث والوصية 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 مصري 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 خاضعاً للأحكام المتعلقة به في شأن تحديد القانون واجب التطبيق الأمر الذي يعني أن هذا الشرط سيخضع لقانون كل من الزوجين وفقاً لنص المادة 12 من القانون المدني المصري والمتعلق بالشروط الموضوعية للزواج. ثانياً: هل مجرد اختصاص القانون المصري بالتطبيق يجعل من النزاع نزاعاً وثيق الصلة بالاقليم المصري و يبرر تطبيقه؟ فلو افترضنا أن مصرياً 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 هزيلة مقارنة بالصلة بين النزاع والقانون الإيطالي، ذات الحديث ينطبق على الاختصاص القضائي حيث أن النزاع أكثر صلة بدولة إيطاليا منه إلى الدولة المصرية³⁵.

ويؤيد وجهة النظر هذه ما ذهب إليه المشرع السعودي الذي لم يكرس اختصاص محاكمه بالإستناد إلى الاختصاص التشريعي، واكتفى بالنص على اختصاص هذه المحاكم إذا لم يكن للمدعي عليه محل إقامة معروف في الخارج وكانت الدعوى مرفوعة من سعودي أو غير سعودي مقيم في المملكة (المادة السابعة والعشرون فقرة هـ 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 الخضوع الاختياري للمحاكم البحرينية

على الرغم من عدم توفر أي ضابط من ضوابط الاختصاص العادية التي نصت عليها المواد من 14 حتى 16 من قانون المرافعات المدنية والتجارية، فإن المشرع كرس اختصاص محاكمه بالإستناد إلى قبول الأطراف الخضوع لولاية المحاكم البحرينية، وهو ما يعرف بضابط الخضوع الاختياري للمحاكم البحرينية الذي تناولته المادة 17 من قانون المرافعات المدنية والتي جاء فيها: "تختص محاكم البحرين بالفصل في الدعوى ولو لم تكن داخلية في اختصاصها طبقاً للمواد السابقة إذا قبل الخصم ولايتها صراحة أو ضمناً"، وطبق المبدأ ذاته المشرع المصري (مادة 32 قانون المرافعات)³⁶، والمشرع الأردني (المادة 27 قانون أصول المحاكمات المدنية)³⁷، والمشرع الفرنسي³⁸.

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 للمدعي 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 منقولة أو عقارية في البحرين، وبان التركة لم تفتح في البحرين، ولا توجد أي أموال للتركة في البحرين.. الخ، أي بعبارة أخرى، لا توجد أي صلة للنزاع مع مملكة البحرين بحسب ضوابط الاختصاص التي كرسها القواعد البحرينية)، فإنها تصبح مختصة بمجرد قبول الخصم بولاية القضاء البحريني. وهنا، نطرح التساؤل الآتي: إذا كانت لا توجد أي رابطة للنزاع مع مملكة البحرين، فلماذا تنتظر محاكمها بدعوى لا تعنيها؟ الأن تساهم المادة 17 بتوسيع 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 عبدالكريم سلامة، فقه المرافعات المدنية الدولية، دراسة مقارنة في القانون المصري، والأمريكي، والإنجليزي، القاهرة، دار النهضة العربية 2000 ص 137. وأيضاً د. أحمد عبدالكريم سلامة، القانون الدولي الخاص النوعي، دار النهضة العربية، القاهرة، سنة 2000م، ص 72، د. أحمد صادق القشيري، النزول عن الاختصاص القضائي الدولي في منازعات المعاملات الدولية، معالم المرحلة الجديدة المرتقبة لقضاء محكمة النقض المصرية على ضوء حكمها الصادر بتاريخ 2014/3/25 دار النهضة العربية، الاسكندرية 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

الاجتهاد القضائي البحريني لا يبدو من جهته يقبل بهذا الاختصاص دون أن تكون للنزاع اي 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، وأكدت اختصاص المحاكم البحرينية مستندة إلى عدم دفع الشركة المدعى 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 ان محكمة التمييز، ومن قبلها محكمة الاستئناف العليا، قد ناقشت الموضوع ضمن نطاق الخضوع الاختياري للمحاكم البحرينية، أي في الحالة التي يُفترض فيها أن هذه المحاكم لا تتمتع بأي 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 إلى ألمانيا. ويبدو واضحاً 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 الخضوع الاختياري. مما يدفعنا للقول بأن الاجتهاد القضائي البحريني يتوجه ضمناً لاشتراط علاقة للنزاع مع البحرين لقبول الخضوع الاختياري لمحاكمها.

وباستقراء الاجتهاد 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 بصحة الشرط المبرم بين شركة فرنسية وشركة ألمانية بمنح الاختصاص لمحكمة سويسرية (زوريخ) باعتبار أن الأطراف أرادوا أن يضمنا 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، ونادى بضرورة توافر مصلحة مشروعة للخصوم باختيارهم لقضاء دولة ما، وعدم الاكتفاء بمجرد رغبتهم برفع الدعوى أمام قاضي محايد⁴¹. كما أن الحكم المشار اليه يبقى منعزلاً، ولا يمكن اعتباره يعكس موقف الاجتهاد القضائي الفرنسي، لاسيما وأن هناك أحكام أخرى لذات المحكمة اشترطت فيها وجود علاقة للنزاع مع فرنسا.⁴²

من جهة أخرى، وإن لم يشترط المشرع الأوروبي رابطة جديده للنزاع للقبول بالخضوع الاختياري⁴³، إلا أن هذا الموقف يبقى مقتصرًا على علاقات دول الاتحاد الأوروبي، ولا يمتد الى غيرها من الدول، أي أن هذا الحل يطبق فقط عندما يدخل النزاع ضمن نطاق تطبيق النصوص الأوروبية المتعلقة بالاختصاص القضائي، إذ يكفي في هذه الحالة ان يكون أحد الأطراف متوطنًا في إقليم دولة طرف في الاتفاقية (بشأن الاختصاص القضائي في المواد المدنية) أو عضو في الاتحاد الأوروبي⁴⁴. كما أن المشرع الأوروبي قيّد 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 الأوروبي⁴⁵. وخلافاً للرأي القائل بوجود 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 كمرقق عام يهدف إلى تحقيق العدالة والنظام العام على اقليمه وفي القضايا المرتبطة بامنه وسكينته.

من جهة أخرى، لا يمكن قبول الرأي الذي يبرر إطلاق حرية الأفراد باختيار المحكمة التي يرتأونها للفصل بنزاعهم دون أن تكون هناك أي رابطة للنزاع مع هذه المحكمة بذريعة 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 التشريعي 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 بدور في تحديد القانون الواجب التطبيق إلا في مسائل محددة وضيقة اقتصر على المسائل التعاقدية خاصة وبعض المواد الأخرى، ولكن في حدود عدم التعارض مع القواعد الأمرة في دولة القاضي الناظر بالنزاع.

من هنا، فإن منح الأفراد الاختصاص لمحكمة ما لنظر نزاعهم دون روابط جديده للنزاع معها سيذهب عكس إرادة المشرع المتجسدة في قاعدة الإسناد ذاتها، لأن ذلك سيمنح الأفراد إمكانية اختيار القانون الواجب التطبيق، والتأثير بالتالي بشكل مباشر على الحل النهائي للنزاع، باعتبار أن

³⁹ مجموعة احكام 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 اري د. حسام اسامة شعبان ، الوجيز في القانون الدولي الخاص البحريني ، تنازع القوانين -الاجراءات المدنية الدولية - جامعة المملكة ، البحرين 2016 ص 318

⁴⁴ حيث نظم المشرع الاوروبي الاختصاص القضائي بعدة اتفاقيات مثل اتفاقية بروكسل تاريخ 27 سبتمبر 1986 بشأن الاختصاص القضائي وأثار الاحكام في المواد المدنية والتجارية ، واتفاقية لوجانو تاريخ 16 سبتمبر 1988.

مادة 17 ، بالاضافة للانظمة الاوروبية المطبقة في هذا الشأن بين دول الاتحاد الاوروي و من بينها النظام رقم 2001\44 للمادة 23.

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

⁴⁵ انظر في النظام الاوروي رقم 2001\44 المادة 23 وغيره

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

⁴⁶ انظر د. حسام اسامة شعبان ، الوجيز في القانون الدولي الخاص ، المرجع السابق، ص 315

⁴⁷ انظر د. حسام شعبان ، المرجع السابق ص 316

المحكمة ستكَيّف العلاقة وفقاً لقانونها، مما سينعكس على اختيار قاعدة الإسناد، وعلى تحديد القانون الواجب التطبيق. وتعد قضايا التكييف التي أثارها الفقه الفرنسي منذ بداية القرن الماضي والمتعلقة بقضية زواج اليوناني الأرثوذكسي 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 مشتركاً، إذ سترفض محاكم هذه الدولة على الاغلب الاختصاص البحريني القائم على إرادة الأفراد، ولن تعترف بأي أثر لشرط الاختصاص في هذا الشأن، وسترفض على الاغلب الاعتراف بالحكم البحريني، لكونه صدر من محكمة لا تربطها بالنزاع أي علاقة، وليس لها أي مصلحة لبت فيه.⁴⁸

وبكل الأحوال، يعود للمحاكم البحرينية فقط التحقق من الشروط الواجبة لقبول اختصاصها، وبيان مدى ملائمة النظر في الدعوى من عدمها، فلا تُلزم 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 وحتى لأن المحكمة البحرينية على الرغم من انعقاد اختصاصها بتدوير ملائمة للفصل في النزاع وبأن هناك محكمة أخرى هي أكثر ملائمة منها.

ويتفق هذا الموقف مع الحل المتبع في بريطانيا والولايات المتحدة الأمريكية وكندا وأستراليا، حيث يمكن أن تعلن محاكمها عدم النظر في الدعوى على الرغم من اختصاصها إذا كان ترى هذا الاختصاص غير ملائم.⁴⁹ وتأخذ هذه الدول بنظرية Forum non conveniens، أي ما يعرف بعدم ملائمة المحكمة، والتي تتيح للمدعى عليه الدفع بعدم اختصاص المحكمة على أن يبين الأسباب التي توجب على المحكمة إعلان عدم اختصاصها والتخلي 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، ففي 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 ضيقًا لنظرية الملائمة بحيث تتجه لحماية الطرف الضعيف، وتحاول قدر الامكان منح الأولوية لمحكمة موطن المدعى عليه. من جهته، يأخذ القضاء البريطاني في تقدير تعيين المحكمة الأكثر ملائمة بمصلحة الأطراف واعتبارات العدالة وحقوق الإنسان.⁵⁰

وفي الولايات المتحدة الأمريكية، يكون التخلي 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 المدعي في تقديم أسباب محددة تبرر اختصاص المحكمة التي رفع النزاع إليها، ولكن اشترطت المحكمة العليا في هذه الحالة، لكي يتخلى القاضي الأمريكي عن اختصاصه، أن يكون هناك قاضي بديل ملائم يمكن للأطراف اللجوء إليه فعلياً. وبعد أن تتحقق المحكمة من وجود محكمة مختصة 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 الولوج إلى مصادر الدليل والإثبات، توفر إجراءات تسمح باحضر 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 تحسم الدعوى من قبل محكمة تعرف بشكل وافي القانون الواجب التطبيق على النزاع.⁵¹

وقد تشكل هذه النظرية المتبعة في الأنظمة القضائية الانجلوسكسونية حلاً مناسباً للمحكمة البحرينية التي يستند اختصاصها للمادة 17 من قانون المرافعات المدنية والتجارية للتخلي 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 الخضوع الاختياري بشرط توافر صلة للنزاع بالمملكة أو وجود مصلحة لها. (لا حاجة لكتابة ملخص لما تم بحثه سابقاً بل يذكر ضمن النتائج والتوصيات في آخر البحث حتى لا يكون هنالك تكرار للكلام نفسه) (شكراً على الملاحظة وأود لفت انتباه عنايتكم بأن الفقرة المضافة باللون الأحمر هي اقتراح لمعالجة الإشكالية التي تطرحها المادة 17 المذكورة وليس ملخصاً لما سبق. لذا تم التصحيح بناء عليه مع خالص الشكر)

⁴⁸ وهذا ما دعا الفقه المصري لاشتراط رابطة جدية للنزاع مع مصر لضمان فعالية ونفاذ الاحكام 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 الجداوي، مبادئ الاختصاص القضائي الدولي وتنفيذ الأحكام الأجنبية، دار النهضة العربية، طبعة 1999، ص: 201. د ياسين الشاذلي " نظرية المحكمة غير الملائمة Forum non conveniens اثرها على الاختصاص القضائي الدولي في منازعات النقل الجوي: دراسة مقارنة " مجلة البحوث القانونية والاقتصادية، جامعة المنصورة، العدد 71 مارس 2020 ص 1009

⁵⁰ انظر حول النظام الكندي والبريطاني و الأسترالي:

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 (تختص محاكم البحرين 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 متى تكون محاكم البحرين مختصة لإشهار الإفلاس،⁵² وبالتالي، اعتمد المشرع إشهار الإفلاس بالبحرين كضابط للاختصاص القضائي لنظر هذه الدعاوى، مما يعد غير كافياً بحد ذاته، ويفتح المجال أمام التكهن بانعقاد أو عدم انعقاد الاختصاص البحريني بشأنها، ناهيك عن احتمالات توسيع نطاق هذا الاختصاص في موضوع الإفلاس الدولي الذي يطرح بالأصل مشكلات معقدة⁵³. في الواقع، في عصر العولمة، أتاح انتشار الشركات والمشاريع متعددة الجنسيات برؤوس أموال ودائنين من مختلف دول العالم امكانية مباشرة إجراءات الإفلاس في أكثر من دولة. ونظراً لاختلاف اعتبارات معاملة المدين وضمان مصالحه من قضاء لآخر، فإن أسئلة عديدة تطرح هنا، وأهمها كيفية حماية موجودات المدين ومصالح الدائنين، وكيفية تحديد المحكمة المختصة لإشهار الإفلاس، والنظر بالدعاوى المرتبطة به. دار بشأن هذا الموضوع نقاش فقهي بين مؤيدي نظريتي الإقليمية والعالمية: الإقليمية التي تدعو لافتتاح إجراءات للإفلاس في كل دولة معينة، في حين يرى مناصرو العالمية حصر إجراءات الإفلاس في دولة واحدة وبحيث يُعترف بهذه الإجراءات في كل الدول الأخرى.⁵⁴ من هنا، ومنذ نهاية تسعينيات القرن الماضي، دفعت ضرورات التنسيق الدولي وتحقيق أقصى حماية قضائية للأفراد الولايات المتحدة الأمريكية للطلب من لجنة الأمم المتحدة القانون التجاري الدولي لإقرار مبادئ توجيهية بهذا الشأن، وتم وضع قانون الأونسيترال النموذجي بشأن الاعسار عبر الحدود عام 1997.

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

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

وقد عرفت محكمة العدل الأوروبية "مركز المصالح الخاصة" بأنه المكان الذي تتواجد 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 ومراقبة الشركة وإدارة مصالحها

57.

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

⁵² وحتى 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، و أسند للمحكمة المدنية الكبرى اختصاص أداء الوظائف المتعلقة بالاعتراف بالإجراءات الأجنبية والتعاون مع المحاكم الأجنبية. كما سمح لممثل اجنبي - أي شخص أو جهة مختصة، بما في ذلك من يعين على نحو مؤقت، يكون مصرحاً له بموجب إجراء اجنبي بإدارة إعادة تنظيم أموال المدين أو أعماله على أسس جديدة أو تصفيها، أو التصرف كممثل للإجراء الاجنبي- 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 لدعاوى الافلاس في التشريع البحريني والمقارن" رسالة ماجستير -كلية الحقوق -جامعة البحرين -2019.

⁵³ كما ان قواعد الاختصاص القضائي العادية في التشريعات العربية غير كافية لوضع الحلول المناسبة للإفلاس الدولي، انظر د بسمه محمد نوري كاظم د قيس الشرايرة " الافلاس التجاري عبر الحدود و دور الاختصاص القضائي الدولي في حل إشكالياته، دراسة تحليلية في القانونين العراقي والاردني " مجلة دناير العدد السابع صفحة 28.

⁵⁴ انظر تفاصيل موضوع الافلاس 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 الساعة 2022/03/06 تم تصفح البحث بتاريخ

⁵⁶ انظر . Diane Jouffroy - المرجع السابق.

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

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

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 دائرتها 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 المختصة 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 تبين بعد دراسة للوقائع بأن المركز الفعلي لإدارة الشركة وإدارة مصالحها موجودة في هذا المكان.

المطلب الثاني: حالات توسع 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 أجنبي غير مقيم أو متوطنين في البحرين، وإذا كان لهذا الاختصاص ما يبرره، إلا أنه يتطلب حرصاً من القضاء في مراقبة شروط تطبيقه وفي كيفية التعامل معه (أولاً). كما استند المشرع إلى ضابط حسن أداء 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 التوسع فيه دون مبرر.

أولاً: اختصاص محاكم البحرين بنظر الدعوى المرفوعة على أجنبي 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 مرافعات مدنية وتجارية)، سمح بامتداد الاختصاص البحريني ليشمل الأجنبي المدعى عليهم المقيمين أو المتوطنين خارج البحرين إذا كان أحد المدعى عليهم له موطن أو إقامة في البحرين (المادة 15 فقرة 9 مرافعات مدنية وتجارية).

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

وبالرجوع لأصل هذا الاختصاص لوجدناه يعود لقاعدة معروفة في أصول المرافعات في الاختصاص الداخلي، والتي تتيح للمدعي (إذا تعدد المدعى عليهم) رفع دعواه أمام المحكمة التي يقيم أحدهم في دائرتها. وتنص على هذه الاختصاص المحلي المادة 42 فقرة 2 من قانون المرافعات المدنية الفرنسي، وأخذت به مختلف التشريعات العربية، ومنها قانون المرافعات المدنية والتجارية المصري في المادة (49) منه، والتي جاء فيها: "يكون الاختصاص للمحكمة التي يقع في دائرتها موطن المدعى عليه ما لم ينص القانون علي خلاف ذلك. فإن لم يكن للمدعى عليه موطن في الجمهورية يكون الاختصاص للمحكمة التي يقع في دائرتها محل إقامته. وإذا تعدد المدعى عليهم كان الاختصاص للمحكمة التي يقع في دائرتها 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 الاجتهاد القضائي الفرنسي، بما يسمح برفع الدعوى أمام المحاكم الفرنسية على مدعى عليهم مقيمين خارج فرنسا لمجرد 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 يجمله على المستوى الداخلي لعدم وجود أي نوع من أنواع الاختصاص (المحلي) المكاني أصلاً في المملكة، نظراً لتواجد كافة المحاكم في العاصمة المنامة كما أسلفنا⁶¹. 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 الأجنبي المقيمين أو المتوطنين خارج البحرين. فهل سيوافق القاضي الأجنبي على تنفيذ أحكام صدرت بمواجهة مواطنيه، المدعى عليهم الذين لربما لم يمثلوا حتى أمام المحكمة البحرينية لإبداء دفوعهم ودفاعهم؟ فضلاً عن أن الحكم البحريني الصادر ضدهم 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 بأجنبي متوطنين أو مقيمين في بلادهم أو في بلاد أخرى. ويمكن أن نستشهد 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 المرافعات 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 المرافعات المدنية والتجارية البحريني، مرجع سابق ص154.

الدفع بعدم اختصاص المحاكم البحرينية بنظر الدعوى المرفوعة على شركتين مركزهما في قطر وبخصوص عقود تم إبرامها في قطر ونفذت أيضاً هناك⁶²، وأيدت محكمة التمييز حكم محكمة الاستئناف العليا الذي رفض الدفع بعدم اختصاص محاكم مملكة البحرين وغرفة تسوية المنازعات بنظر الدعوى وبطلان إحالة الدعوى إلى غرفة تسوية المنازعات من المحكمة الكبرى المدنية وقضى في موضوع الدعوى رغم أن العقود المبرمة بين أطراف النزاع سند الدعوى أبرمت في دولة قطر، وأطرافها شركات قطرية، والعقود محلها بيع أسهم في مصرف الريان القطري، وهو شركة مساهمة عامة قطرية، وأُتفق في عقود البيع سند الدعوى على اختصاص المحاكم القطرية بنظر النزاع الناشئ عنها، مما يستتبع عدم اختصاص المحاكم بمملكة البحرين، وكذلك غرفة البحرين لتسوية المنازعات بنظر الدعوى بمواجهة المدعى عليهم القطريين، إلا أن محكمة التمييز طبقت الفقرة 9 من المادة 15 من قانون المرافعات مستندة في ذلك إلى أن الطاعنة الأولى (إحدى الشركات المدعى عليها) هي شركة ذات مسؤولية محدودة بحرينية مقرها الرئيسي بمدينة المنامة بمملكة البحرين وفقاً للثابت من صورة استمارة تسجيلها الصادرة عن إدارة شئون الشركات بوزارة التجارة، مما يتيح رفع الدعوى على الشركتين القطريتين على الرغم من تواجد مركزهما 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 عليهما 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 وأخضعه لشروط صارمة، وفي مقدمتها ضرورة أن يكون المدعى عليه (المتوطن أو المقيم في فرنسا) الذي تحدد بسببه الاختصاص الفرنسي حقيقياً وحاداً، 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 يُسمح بأن يكونوا مجرد ذريعة يلجأ إليها المدعي 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. تتلخص وقائع هذه القضية بالآتي: بتاريخ 28 ديسمبر 2014 تحطمت إحدى الطائرات التابعة لشركة (طيران آسيا) بعد إقلاعها من إحدى الجزر الأندونيسية متوجهة إلى سنغافورة، مما أدى لوفاة الطاقم والمسافرين، وبتاريخ 14 يوليو 2016 تقدم ورثة الضحايا بدعوى تعويض بمواجهة الشركة الناقلة (الشركة الأندونيسية) ومالكة الطائرة (الشركة الألمانية)، والشركة المصنعة والمجهزة (اير باص الفرنسية) أمام محكمة انيير Angers الفرنسية، محكمة مركز إدارة الشركة الفرنسية. دفعت كل من الشركة الفرنسية والألمانية وشركة طيران آسيا بعدم اختصاص القضاء الفرنسي لصالح القضاء الأندونيسي.

وافقت المحكمة على الدفع بعدم الاختصاص، وأيدتها بذلك محكمة الاستئناف. تقدم الورثة بطعن أمام محكمة التمييز واستندوا للمادة 42 فقرة 2 من قانون المرافعات 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 (اير 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 ان المركز الرئيسي لشركة طيران آسيا خارج حدود الإتحاد الأوروبي، فإن محكمة الاستئناف استنتجت بشكل صحيح أن هذه الشركة لا يمكن أن تمثل أمام القضاء 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 أكتوبر 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 المدعي 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 أمرة وحصرية، فإنها تمنع أن يتم الخروج عليها واستبعادها عن طريق تطبيق قاعدة داخلية للاختصاص، ولا سيما المادة 42 فقرة 2 من قانون المرافعات المدنية- التي تتيح رفع دعوى على مدعى عليه أجنبي مقيم خارج فرنسا لكون أحد المدعى عليهم له موطن أو إقامة في فرنسا-).

من جهته، يرفض النظام الانجلوسكسوني هذا الاختصاص إذا وجده غير ملائم، ونستشهد هنا بقضية شهيرة حكم بها القضاء البريطاني مؤخراً والتي تعد تطبيقاً نموذجياً في هذا السياق. بتاريخ 6 نوفمبر 2020، أصدرت المحكمة العليا البريطانية حكماً بالدعوى المرفوعة من المؤسسة العامة للتأمينات الاجتماعية الكويتية، (تطالب فيها المدعى عليهم بمبلغ إجمالي وقدره 847.7 مليون دولار أميركي ناشئة عن عمليات وتحويلات 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 شهية فساد وتنتهك 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 المتوطنين في بريطانيا، ولكن متوطنين 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 للدعاوى التي ترفع قبل 31 ديسمبر 2020)، فإن المؤسسة أذنت 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).

وبشأن المدعى عليهم المتوطنين خارج دول الاتحاد الأوروبي، فإن القواعد الوطنية البريطانية هي التي تطبق بشأنهم حيث أذنت المؤسسة العامة للتأمينات اختصاص المحاكم البريطانية بشأنهم، استناداً إلى المادة 6.36 من التوجيه البريطاني (CPR/Practice Direction) والخاصة 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. وعليه، ينطبق هذا الاختصاص عندما تُرفع 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 المتوطن ببريطانيا فقط، إنما أيضاً ضد جميع المدعى عليهم المتوطنين 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 الآخر:

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 حصري يعقود مبرمة بينهم وبين المدعية "مؤسسة التأمينات" لصالح محاكم جنيف أو محاكم لكسمبورغ. لذا، قضت المحكمة البريطانية بعدم اختصاصها تجاههم احتراماً للشرط المذكور تطبيقاً لأحكام المادة 23 (1) من اتفاقية لوغانو ومثيلتها 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 طرفاً مع المدعي -مؤسسة التأمينات - باتفاقات حصرية خاصة باختيار محاكم أجنبية، فإن طعنهم بالاختصاص البريطاني استند إلى عدم ملاءمة هذا الاختصاص بسبب عدم ارتباط قضيتهم بالدعوى المرفوعة أمام هذا القضاء، وأنه من الأنسب أن تتم مقاضاتهم مع المجموعة الأولى أمام محاكم جنيف نظراً لارتباط قضيتهم 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 الأحكام، 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 traditional rules. والذي يلزم المدعي بالحصول على إذن من المحكمة ليتمكن من رفع الدعوى على مدعى عليه خارج بريطانيا. وللحصول على هذا الإذن، على المدعي 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 الراي الكويتية تاريخ 12 نوفمبر 2020.

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

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

النزاع عليها بما يحقق مصلحة الأطراف وسير العدالة. وفشلت المدعية بإقناع المحكمة البريطانية بذلك مما دعاها لإعلان عدم اختصاصها بناءً على forum non conveniens وكلفت المدعية برفع النزاع أمام محاكم 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، فعلمها أن تطبق قانونين أجنيين، الأمر الذي يتطلب ترجمة وخبرة وهدراً للوقت، في حين لو نظرت محاكم جنيف بالدعوى فإنها ستطبق قانونها والقانون الكويتي، وبالتالي سيكون هناك قانوناً أجنبياً واحداً فقط واجب التطبيق أمام محاكم جنيف، مما سيقبل من وقت وتكاليف الترجمة.

ومن خلاصة ماسبق يتضح بأنه على الرغم من أن الدعوى التي رفعت ببريطانيا متعلقة بمدعى عليهم مرتبطين بالنزاع مقيمين خارج بريطانيا، فإن المحكمة البريطانية رفضت إعلان اختصاصها بشأنهم 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 ملائمة المحكمة نظاماً ناجحاً، ويمكن للمحاكم البحرينية أن تستهدي به في تقدير مدى ملائمة نظرها للدعوى بمواجهة مدعى عليهم أجانب متوطنين خارج البحرين.

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

جاء في المادة 18 من قانون المرافعات المدنية والتجارية ما يلي: (إذا رفعت محاكم البحرين دعوى داخلية في اختصاصها تكون هذه المحاكم مختصة بالفصل في المسائل الأولية والطلبات العارضة على الدعوى الاصلية، كما تختص بالفصل في كل طلب يرتبط بهذه الدعوى ويقتضي حسن أداء العدالة أن ينظر معها). يتضح من هذه المادة بأنها ميّزت بين نوعين من الطلبات التي تدخل في اختصاص المحاكم البحرينية:

1. النوع الأول: المسائل الأولية Question prejudiciele ، والطلبات العارضة، والتي تختص بها المحاكم البحرينية بشرط أن تكون هذه المحاكم

مختصة بالدعوى الاصلية، وبحيث أنها لا تتمتع باختصاص بشأن هذه المسائل لو رفعت أمامها بصورة مستقلة عن الدعوى الاصلية. ولا يثير الاختصاص بهذه المسائل أي إشكالية تذكر، باعتباره يُعد تطبيقاً لقاعدتين 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 مدينه تسديد فوائد الدين، ودفع المدين بسقوط الدين بالتقادم، توجب على المحكمة البحرينية أن تنص على هذه المسألة الأولية (وهي وجود الدين من عدمه) على الرغم من عدم اختصاصها للبت بهذا 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 ويحقق حسن سير العدالة.

2. النوع الثاني: أي طلب مرتبط بالدعوى الاصلية، ويقتضي حسن أداء العدالة ان ينظر معها. ويترجم هذا النوع من الطلبات التي تدخل في

اختصاص المحاكم البحرينية تساوًلاً مهماً: إذا كانت المسائل الأولية والطلبات العارضة تدخل في اختصاص محاكم البحرين لارتباطها بالدعوى الاصلية 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؟ أليست المسائل الأولية والطلبات العارضة هي أيضاً مرتبطة بالدعوى الاصلية وتنظر بها المحكمة البحرينية لضرورة تحقيق وحدة الخصومة ولحسن سير العدالة؟ أليست الطلبات العارضة هي من الطلبات المرتبطة بالدعوى؟ اليس النظر في المسألة 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 الاصلية 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 معها) تسمح للقضاء البحريني بمدّ ولايته ليشمل هذه الطلبات، بما يحقق حسن سير وأداء العدالة، إلا أنه يتوجب رغم ذلك على المحكمة أن تتوخى الحذر الشديد في إقرارها لهذا الاختصاص وذلك من خلال التحقق من شرط ارتباط الطلب بالدعوى الاصلية، وأن يكون هذا الارتباط وثيقاً، وإلا فإن اختصاصها سيكون توسعاً 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 الاصلية بصلة لا تقبل التجزئة ويقتضيه أيضاً حسن أداء العدالة.

الخاتمة:

وإن كانت الدولة تنفرد بتحديد حالات الاختصاص الدولي لمحاكمها، إلا أن عليها في سبيل ذلك تبني ضوابط موضوعية تعكس جدية ارتباط النزاع بها، و بما يجعل محاكمها مؤهلة للبت فيه، ويضمن أكبر فعالية ممكنة لأحكامها في الخارج، ولا يعني حرص المشرع على تحقيق هذه الأهداف أن يصل الأمر به إلى حد التشدد في تحديد ولاية القضاء الوطني، أو حرمانه من بعض حالات الاختصاص. بالمقابل، لا يتوجب التوسع 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 طرفي

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 أطراد وتشجيع تنقل 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 للمدعي 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 الزوجة 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 الخضوع الاختياري للمحاكم البحرينية، وحالة الاختصاص بمواجهة المدعى عليهم المقيمين خارج البحرين إذا كان أحد المدعى عليهم إقامة أو موطن في المملكة، الأمر الذي يقتضي 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 المدعي 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 بالدعاوى المتعلقة بنفقة الأم والزوجة والصغير لتشمل أيضاً دعاوى النفقات المتعلقة بالوالدين على حد سواء وغيرهم من مستحقي نفقات الأقارب، وأن يكتفي المشرع بإقامة مستحق النفقة كضابط كافٍ للاختصاص القضائي دون اشتراط الموطن بالنسبة لغير الصغير، كما هو الأمر في النص الحالي، ونقترح الصياغة الآتية للفقرة (5) من المادة (15):
- تختص محاكم البحرين 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 تمتع الزوجة الأجنبية بموطن في البحرين لتتمكن من رفع دعوى إنهاء الزوجية على زوجها المتوطن 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 زواجها 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 مرافعات 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 مدعي بحريني أو أجنبي متوطن في البحرين، بحيث تتم إعادة صياغة الفقرة (6) من المادة (15) على النحو الآتي: مادة (15): (تختص محاكم البحرين 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 المدعي 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 يُعلق انعقاد الاختصاص القضائي البحريني القائم على الخضوع 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 تتغلى 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، ويمنع احتمالية التوسع في الاختصاص القضائي البحري بنظر الدعاوى المتعلقة بإفلاس أشهر في البحرين (مادة 15 فقرة 3 مرافعات مدنية وتجارية). ويقترح إضافة النص الآتي إلى قانون المرافعات 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.
 - التاجر 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. الدليهي، محمد عبدالله حمود. (2008). شرح قانون المرافعات البحريني. جامعة العلوم التطبيقية. الطبعة الأولى.
4. رياض، فؤاد، راشد، سامية. (1999). تنازع القوانين والاختصاص القضائي الدولي، وأثار 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 المرافعات المدنية الدولية، دراسة مقارنة في القانون المصري، والأمريكي، والانجليزي. 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). الوسيط في شرح قانون المرافعات 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 والتطليق. دراسة مقارنة في اطار القانون الدولي الخاص البحريني ونظيره الأوروبي. مجلة القانونية الصادرة من هيئة التشريع والراي 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 2014\3\24 - دراسة تأصيلية تحليلية مقارنة. المجلة الدولية للقانون: <https://www.qscience.com/docserver/fulltext/irl/2017/3/irl.2017.19.pdf>
12. صادق، هشام. (2015). دروس في القانون الدولي الخاص، الجنسية ومركز الأجانب، تنازع القوانين، تنازع الاختصاص القضائي. دار المطبوعات الجامعية.
13. عبدالعال، عكاشة، منصور، سامي بديع. (1995). القانون الدولي الخاص. الدار الجامعية.
14. الغانم، بشائر صلاح عبدالله. (2020). اختصاص القضاء البريطاني في الدعوى المرفوعة ضد مدير المؤسسة العامة للتأمينات الاجتماعية السابق وآخرين. صحيفة الأنباء.
15. القشيري، احمد صادق. (2015). النزول عن الاختصاص القضائي الدولي في منازعات المعاملات الدولية، معالم المرحلة الجديدة المرتقبة لقضاء محكمة النقض المصرية على ضوء حكمها الصادر بتاريخ 2014\3\25. دار النهضة العربية.
16. مبارك، فاطمة جعفر عيسى. (2019). تنازع الاختصاص القضائي لدعاوى الإفلاس في التشريع البحريني والمقارن. رسالة ماجستير - كلية الحقوق - جامعة البحرين.
17. بن محمود، فاطمة الزهراء. (2016). منظومة القانون الدولي الخاص التونسي. منشورات مجمع الأطرش للكتاب المختص، الطبعة الأولى.
18. المصري، محمد وليد. (2012). شرح قانون المرافعات 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 المرافعات المدنية والتجارية البحريني ، الجريدة الرسمية رقم 926 تاريخ 1971\7\22 .
2. القانون رقم (22) لسنة 2018 بإصدار قانون اعادة التنظيم والإفلاس ، الجريدة الرسمية البحرينية عدد 3369 تاريخ 2018\6\7 .
3. القانون رقم (6) لسنة 2015 بشأن تنازع القوانين في المسائل المدنية والتجارية ذات العنصر الأجنبي، الجريدة الرسمية البحرينية، العدد رقم 3217 تاريخ 2015\7\9 .
4. المرسوم بقانون رقم (7) لسنة 1986 في شأن الولاية على المال، الجريدة الرسمية البحرينية العدد رقم 1688 تاريخ 1986\4\3 .
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 المرافعات المدنية والتجارية الكويتي (مرسوم بالقانون رقم 38 لسنة 1980) [/https://law.almohami.com](https://law.almohami.com)
7. نظام المرافعات الشرعية السعودي الصادر بالمرسوم الملكي رقم (م/1) بتاريخ 1/22 /1435 الموافق 25\11\2013م. <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://manshurat.org/node/27015>
9. القانون المدني الفرنسي [/https://www.legifrance.gouv.fr/codes/id/LEGITEXT000006070721](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 ، الطعن 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 و الأحوال 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، الطعن رقم 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 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 17 2006 صفحة 572 .
7. تاريخ 27 فبراير 2006 ، مجموعة أحكام محكمة التمييز ، السنة 17 -2006 صفحة 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 صفحة 66 .
10. تاريخ 17 فبراير 2020 ، طعن رقم 1236 لسنة 2019 ، قاعدة 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_publics_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 juin2009. <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'Appel 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 الإختصاصات 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. Aldlmy, Mhmd 'Ebdallh Hmwd. (2008). Shrh Qanwn Almraf'at Albhryny. Jam't Al'lwm Alttbyqyh. Altb'h Alawla.
3. Alghanm, Bsha'r Slah 'bdallh. (2020). Akhtsas Alqda' Albrytany Fy Ald'wa Almrw'h Dd Mdyr Alm'ssh Al'amh Ltamynat Alajtma'yh Alsabq Wakhryn. Shyfh Alanba'.
4. Alhdawy, Hsn. (1997). Tnaz' Alqwanyn Wahkamh Fy Alqanwn Aldwly Alkhas Al'raqy. Mktbh Dar Althqafh Llnshr Waltzy', Altb'h Althanyh, <https://books-library.online/free-665198497-download>
5. Aljdawy, Ahmd Qsmt. (1999). Mbad' Alakhtsas 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' Alakhtsas 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 Ltshry'at Al'rbyh Walqanwn Alfrnsy. Dar Alhamd Lnshr Waltwzy', Altb'h Alkhamsh.
11. Alqshyry, Ahmd Sadq. (2015). Alnzwl 'n Alakhtsas Alqda'y Aldwly Fy Mnaz'at Alm'amlat Aldwlyh, M'alm Almrhlh Aljdydh Almrqbbh 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 Walakhtsas 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 Wnzryt Alawrwby. Mjlt Alqanwnyh Alsadrh Mn Hy't Altshry' Walray Alqanwny: Mmlkh Albhryn -Al'dd Alsads.
14. Sh'ban, Hsam Asamh. (2017). Alatjahat Alhdythh Ltikhly 'n Alakhtsas Alqda'y Aldwly Fy Dw' Hkm Mhkmlh Alnqd Almsryh Alsadr Btarykh 24\3\2014 - Drash Tasylyh Thlylyh Mqarnh. Almjilh 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' Alakhtsas 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. Atrwhh 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' Alakhtsas Alqda'y Aldwly. Jam't Albhryn, Altb'eh Althanyh.

حماية المستهلك الإلكتروني من الشروط التعسفية وفقاً للقانون الأردني: دراسة مقارنة

صدام حسين يوسف الرحامنة

طالب دكتوراه- قسم القانون- كلية الشيخ نوح القضاة للشريعة والقانون
جامعة العلوم الإسلامية العالمية- الأردن
alrahamnehadam@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>



حماية المستهلك الإلكتروني من الشروط التعسفية وفقاً للقانون الأردني: دراسة مقارنة

صدام حسين يوسف الرحامنة

طالب دكتوراه- قسم القانون- كلية الشيخ نوح القضاة للشريعة والقانون

جامعة العلوم الإسلامية العالمية- الأردن

alrahamnehadam@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 يترتب عنه اختلال كبير بين حقوق وواجبات طرفي 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 لحماية 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 المدعن منها وفقاً لمقتضيات العدالة. وأوصت الدراسة المشرع الأردني بضرورة سن أحكام خاصة تمنح 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، فهذه الإرادة هي مصدر إنشائه وهي التي تحدد آثاره القانونية من حقوق والتزامات، ومن أهم النتائج المترتبة على هذا المبدأ، مبدأ الحرية العقدية الذي يجيز لأطراف التعاقد حرية وضع أية شروط أو بنود يتفقون 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 طرفيها من تفوق اقتصادي وخبرة ومعرفة تقنية في مواجهة الطرف الآخر الذي يفتقر إلى هذه المقومات، ويبرز هذا الاختلال أكثر وبشكل جلي في نطاق المعاملات التعاقدية الإلكترونية، حيث يسعى المهيمن ويهدف 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 المهيمن أو تقلل من التزاماته في حين تضعف من حقوق المستهلك أو تزيد من التزاماته⁽¹⁾.

وقد أدى هذا التفاوت في المساواة إلى انفراد المهيمن 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 المهيمن تتضمن موافقته على قبول التعاقد بتلك الشروط، بحيث لا يتيح هذا الأخير للمستهلك أية فرصة أو

¹ الشرفاوي، القرفار (2020). حماية المستهلك الإلكتروني من الشروط التعسفية، مجلة عدالة للدراسات القانونية والفقهية، (3)، ص 135.

إمكانية لمساومة أو مناقشة شروط هذا العقد النموذجي. ونظراً لعدم قدرة المستهلك في التعاقد الإلكتروني على التفاوض على شروط العقد، بالتالي يكون من الصعب القول بوجود حرية في مناقشة هذه الشروط وهو ما يمكن القول معه بأن جوهر ومضمون مبدأ سلطان الإرادة لا يعدو 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. ونظراً للمخاطر الكبيرة التي تنطوي عليها العملية الاستهلاكية في جميع مراحلها، وبصفة خاصة في مرحلة التعاقد الإلكتروني، ولوقاية المستهلك من مخاطر ما يقتنيه من سلع وخدمات، وجب على القانون أن يتعرض لحمايته 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:

نظراً 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 يتفوق على المستهلك المتعاقد إلكترونياً، 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 للحماية 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 وآليات هذه الحماية. والإجابة عن السؤال الذي نصح: 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، نظراً للتطور الحاصل في مجال الاستهلاك الإلكتروني الذي يشكل المستهلك أحد أطرافه والذي أضحي رهينة شروط الطرف القوي في العقد (المهي) الذي يتمتع بقوة اقتصادية وخبرة فنية وتقنية تجعله يتفوق على المستهلك الإلكتروني، الأمر الذي أتاح له فرصة الانفراد بصياغة العقد وفرض شروط تعسفية بحق المستهلك الإلكترونية الذي يعد الأقل خبرة ودراية 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 بهجت (2011). حماية المستهلك من الشروط التعسفية في العقود الإلكترونية، رسالة ماجستير، كلية القانون، جامعة اليرموك، اربد، ص 24.

³ حداد، عيد (2009). الحماية المدنية والجنائية للمستهلك عبر شبكة الإنترنت، 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 ومقابلة (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 للمنتج أو حيازته.
 - دراسة بن طاية ولشهب (2020) بعنوان: "الحماية القانونية للمستهلك الرقمي من الشروط التعسفية"⁽⁵⁾. هدفت الدراسة إلى تسليط الضوء على الحماية من الشروط التي تنطوي على تعسف وتضر بالمتعاقد الضعيف في مجالات المعاملات الإلكترونية، ولتحقيق هدف الدراسة تم الاعتماد على المنهج التحليلي من خلال تحليل النصوص القانونية والتنظيمية والتي جاءت لتحسد من تعسف الطرف القوي وتحمي المستهلك المتعاقد إلكترونياً، توصلت الدراسة إلى أن قانون التجارة الإلكترونية الجزائري نظم العقد الإلكتروني لكنه لم يتعرض لمسألة البنود التعسفية التي قد تكون محور العقد الإلكتروني بالرغم من تنظيمه للشروط الأساسية التي يجب أن يحتويها العقد، وهو ما يشكل نقصاً 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 تعتبر تعسفية كونه الطرف الأضعف، ولتحقيق أهداف الدراسة اتبع الباحث المنهج الوصفي التحليلي بتعريف الحماية والمستهلك الإلكتروني وتحليل نصوص ومواد القانون المغربي التي ضمننت تلك الحماية. توصلت الدراسة إلى أن المشرع المغربي ونظراً لمظاهر التعسف التي أصبح يتعرض لها المستهلك الإلكتروني كما هو الشأن للمستهلك التقليدي، سعى إلى التصدي لهذه الممارسات التعاقدية التعسفية من خلال تضمين العديد من الضمانات والآليات الحمائية في القانون، وكذا تلك المقررة بموجب قانون الالتزامات والعقود، إلا أن هذه الآليات الحمائية لم تف بالغرض المطلوب ولا توفر الحماية اللازمة والمرجوة للمستهلك.

هيكلية الدراسة:

تتضمن هذه الدراسة بالإضافة إلى المقدمة والمشكلة والأسئلة وأهداف الدراسة وأهميتها ومنهجيتها والدراسات السابقة، مبحثين 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 وجهاً لوجه أو من ينوب عنهما كما هو الحال في العقود التقليدية، يثير العديد من المسائل القانونية اللازمة للبايع 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 ومقابلة، نبيل(2021). نطاق الحماية المدنية للمستهلك الإلكتروني في القانون الأردني، مجلة جامعة الزيتونة الأردنية للدراسات القانونية، 1(2).

⁵ بن طاية، زولبيخة، ولشهب، حورية (2020). الحماية القانونية للمستهلك الرقمي من الشروط التعسفية، مجلة الباحث للدراسات الأكاديمية، 7(1).

⁶ القرقار الشرفاوي (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 كتابه، 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 اعتبارياً ويقوم من يوجه إليه الإيجاب بالتوقيع عليه إلكترونياً بما يفيد القبول ويعيده للمرسل ثانياً، ومن ثم يتعقد العقد بهذه الطريقة وتكون له قوته القانونية⁽⁷⁾. وعرف العقد الإلكتروني على أنه: "اتفاق يتلاقى 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 للوسائل بين البائع والمشتري، والتي تكون قائمة على صيغ معدة سلفاً ومعالجة إلكترونياً، وتنشئ التزامات تعاقدية"⁽⁹⁾، وهو أيضاً: "ذلك العقد الذي يتلاقى 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 لتعرف المعاملات الإلكترونية بدلاً من العقود الإلكترونية، وتنص على أنها "المعاملات الإلكترونية التي تنفذ 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 ومبني، يستخدمان لإبرام هذا العقد أي وسيلة من وسائل الاتصال الحديثة عن بعد"⁽¹³⁾. وعرفه قانون إمارة دبي الخاص بالمبادلات 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 السياق 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 (عاشراً) تعريف التعاملات الإلكترونية على أنها: "أي تبادل أو تراسل أو تعاقد، أو أي إجراء آخر يبرم أو ينفذ -بشكل كلي أو جزئي- بوسيلة إلكترونية"⁽¹⁵⁾.

وتأسيساً على ما سبق من تعريفات للعقد الإلكتروني يرى الباحث أن مفهوم العقد الإلكتروني يشمل جميع العقود التي تجرى بواسطة وسائل إلكترونية يأتي في مقدمة هذه الوسائل الإنترنت، 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 يتعاقد، بقصد إشباع حاجاته الشخصية أو العائلية"⁽¹⁶⁾، وكذلك بأنه: "الشخص الذي يملك أو يستخدم سلعة أو خدمات للاستخدام غير المهني"⁽¹⁷⁾، ونظراً لحداثة مصطلح المستهلك في مجال القانون، فإن التعريف القانوني تم استيعاؤه من المفهوم الاقتصادي، فالمستهلك وفقاً للمفهوم القانوني هو: "من يقوم بإبرام العقود بهدف الحصول على احتياجاته 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 لحاجاته الشخصية أو لحاجات 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 منتجاً 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 الأوربي، 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 1428/3/7هـ، بموجب المرسوم الملكي الكريم رقم م/18 وتاريخ 1428/3/8هـ، المادة الأولى (عاشراً).

16 عمران، السيد محمد (1999). حماية المستهلك أثناء تكوين العقد، دراسة مقارنة، مصر: منشأة المعارف، ص 80.

17 رباح، 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 يعيد 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 وإصلاحها⁽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 إشباع 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 المهي 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، ويمنح 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 طرفي 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 مكتوباً بصفة مسبقة، ودون أن يكون للمستهلك أي تأثير في محتوى العقد الإلكتروني⁽³⁰⁾. وعليه يجب أن يتوافر فيما يمكن اعتباره شرطاً تعسفياً مفروضاً على المستهلك من قبل المزود عنصرين متلازمين هما:

- **التعسف في استعمال السلطة أو القوة الاقتصادية:** يعتبر الشرط تعسفياً عندما تكون الميزة المجحفة التي منحت للمزود نتيجة لتعسفه في استعمال سلطته أو قوته الاقتصادية، فالمزود معتاد على إبرام العقود، ويعرف الحقوق والالتزامات المترتبة 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 عاملاً ودائماً، بحيث يبيث إلى جمهور غير محدد من المستهلكين، وتتم صياغة مضمونه بما تحتويه من شروط في قالب نموذجي يتسم بالتطرق 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 مديناً 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 المزلوي، صالح جاد (2011). الحماية القضائية للمستهلك المتعاقد عبر الإنترنت في ضوء أحكام نظام المرافعات الشرعية السعودي، مجلة جامعة الملك سعود، الحقوق والعلوم السياسية، (23) 2012، 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، سوليم (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 النهضة العربية، القاهرة، ص 271.

32 المطيري، مساعد زيد عبد الله (2007). الحماية المدنية للمستهلك في القانونين المصري والكويتي، مرجع سابق، ص 124.

- وجود الميزة المجحفة: وهي عنصر موضوعي تعني ما يحصل عليه المزود (التاجر) من مزايا مبالغ فيها، وعرفت على أنها: "المقابل المغال فيه الذي يحصل عليه المزود (التاجر) من خلال تطبيق شرط أو عدة شروط تكون مخالفة للقانون المدني أو التجاري"⁽³³⁾. إن استخدام المزود في تعاقد مع المستهلك لنفوذه الاقتصادي من أجل فرض شروطه بطريقة تؤدي إلى حصوله على ميزة مجحفة، يعني أن الميزة المجحفة هي نتيجة أو محصلة لهذا الاستخدام التعسفي، وقد انتقد تعبير الميزة المجحفة، واعتبر غامضاً وليس محدداً، لكنه يبقى قريباً من النصوص العامة التي تعاقب على الغبن، فكلهما 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 شروط تبعية تتعلق بتنفيذ العقد⁽³⁴⁾.

المطلب الثالث: مدى اعتبار العقد الإلكتروني من عقود الإذعان

تتصف 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 المحتكرة ضرورية وليست كمالية بالنسبة إلى المستهلكين أو المنتفعين، ويتحدد ضرورة أو عدم ضرورة الخدمة في ضوء الواقع، وتختلف من زمن لآخر، فمثلاً لا يستطيعون الاستغناء عن وسائل النقل أو خدمات الماء أو الكهرباء أو الهاتف.
3. أن يصدر الإيجاب بشروط واحدة إلى كافة الناس ولمدة غير محدودة.
4. أن تعرض هذه الشروط في قالب نموذجي مطبوع ومعد سلفاً.

وقد اعتبر البعض العقد الإلكتروني عقد اذعان بالنسبة للمستهلك باعتباره الطرف الضعيف دائماً، وأنه بحاجة إلى الحماية برفع مظاهر الإذعان التي قد يكون تعرض 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 قبيل التعسف الشروط التي تنشئ من حيث موضوعها، أو الآثار المترتبة عليها اختلافاً عقدياً مبناه 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 يجيز التفاوض، ويسمح للمستهلك بمراجعة بنود العقد وتعديله أحياناً فإنه لا يعتبر عقد إذعان، أما إذا انعدمت سمة التفاوض أو المساومة وجاءت بنود العقد بطريقة جامدة لا تقبل المراجعة وغالباً ما يتم من خلال مواقع الإنترنت 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 ستعاقد عليه، فهو مقيد بالضغط على عدد من الخانات المقترحة أمامه في موقع التعاقد الآخر أو الاختيار من بين مجموعة خيارات محددة مسبقاً، ضمن مواصفات معينة ومنها مواصفات السلعة أو الخدمة وثمنها المحدد مسبقاً، ولا يملك كذلك ان يناقش أو يعارض المتعاقد (الطرف الآخر) حول شروط التعاقد التي يوردها على الموقع، فهو مقيد بالتوقيع في حالة القبول أو عدم التوقيع في حالة الرفض⁽³⁹⁾.

ويعتمد أنصار هذا الاتجاه إلى تغليب المعيار الاقتصادي إذ ينشأ الإذعان عندما يكون هنالك تفاوت بين الطرفين وتنعقد المساواة القانونية والفعالية بين ارادتهما فاحدهما يتمتع بنفوذ قوي، كحالة المصارف وما تقدمه من خدمات مصرفية 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، خلوي (2013). الحماية القانونية للمستهلك عبر الانترنت، دراسة مقارنة، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة مولود معمري، الجزائر، ص33.

34 الرفاعي، أحمد محمود (2001). الحماية المدنية للمستهلك إزاء المضمون التعاقدية، القاهرة: دار النهضة العربية، ط4، ص221.

35 عبد الدائم، أحمد (2003). شرح القانون المدني، نظرية الالتزام، مصادر الالتزام، الكويت، جامعة الكويت، ص53.

36 عبد الباقي، عمر (2004). الحماية العقدية للمستهلك، مصر: منشأة دار المعارف، ص401.

37 القيسي، عامر أحمد (1998). الحماية القانونية للمستهلك، رسالة دكتوراه، جامعة بغداد، كلية القانون، ص75.

38 أبو الهيجاء محمد ابراهيم (2005). عقود التجارة الالكترونية، عمان: دار المسيرة للنشر والتوزيع، ص30.

39 المطالقة، محمد فواز (2006). الوجيز في عقود التجارة الالكترونية، عمان: دار الثقافة للنشر والتوزيع، ص17.

40 منصور، محمد حسين (2006). المسؤولية الالكترونية، الاسكندرية: دار المعارف للنشر والتوزيع، ص76.

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 المواقع الإلكترونية، فالعقود التي تبرم عن طريق المواقع الإلكترونية 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 المواقع الشخصية الإلكترونية إلى أن يقترن إيجاب 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، فأياً كانت الحرية الممنوحة 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 تجعل المستهلك بحاجة إلى الحماية من الشروط التعسفية التي قد يتضمنها العقد⁽⁴⁴⁾، وحماية للطرف الضعيف (المستهلك) فقد قررت أغلب التشريعات القانونية وضع آليات حماية له تتمثل في مظهرين أساسيين، الأول: وهو الحماية من الشروط التعسفية من خلال تخويل القاضي سلطة تعديل الشروط التعسفية في العقد، والثاني: تفسير الشك في مصلحة الطرف الضعيف (المستهلك)⁽⁴⁵⁾.

يتناول هذا المبحث 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 الحقيقية للمتعاقدين، وقد يقع الغموض في الألفاظ وقد يقع في الإرادة دون الألفاظ أو يقع في كل من الألفاظ والإرادة معاً"⁽⁴⁶⁾ والشروط التعسفية في العقود الإلكترونية في الغالب ما تأتي غامضة وغير واضحة يلجأ إليها المني 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 الطرف المدعى"⁽⁴⁶⁾. وجاء في نفس المعنى المادة (1/151) من القانون المدني المصري بنصها على: "يفسر الشك بمصلحة المدين"⁽⁴⁷⁾. كما بينت المادة (239) من القانون المدني الأردني القواعد التي يستهدي بها القاضي في التعرف على الإرادة الحقيقية 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 الاستهداء في ذلك بطبيعة التعامل وبما ينبغي أن يتوافر من أمانة 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 النصوص إن القاضي في حالة وضوح عبارة العقد يكون بين أمرين أولهما إذا كانت عبارة العقد واضحة وتكشف عن مقصد العاقدين فإنه لا يجوز الانحراف عنها ويطبق العقد كما هو ولا تثار مشكلة التفسير لأن الأصل أن عبارات العقد الواضحة تعبر بوضوح عن الإرادة المشتركة للعاقدين وبالتالي لا محل للجوء لعناصر أخرى تكشف عن هذه الإرادة وثانيتها أن تكون العبارة واضحة لا لبس فيها لكنها تخالف القصد الحقيقي للعاقدين الذين يقصدان معنى آخر غير الذي ينصرف إليه اللفظ وهنا يجب الاعتداد بالقصد الحقيقي للمتعاقدين دون الوقوف على اللفظ

⁴¹ يعرف العقد المسى بأنه: "العقد الذي خصه المشرع باسم معين، ونظم أحكامه بنصوص خاصة، نظراً لكثرة شيوعه في الحياة العملية، أما العقد غير المسى، فهو العقد الذي لم يخصصه المشرع باسم معين، ولم يتم تنظيمه، وإنما يخضع للنظرية العامة للعقد، نظراً لقلّة شيوعه". أنظر: العبيدي، علي هادي (2009). العقود المسماة، البيع والإيجار وقانون المالكين والمستأجرين، عمان: دار الثقافة للنشر والتوزيع، ص 8.

⁴² المومني، عمر حسن (2003). التوقيع الإلكتروني وقانون التجارة الإلكترونية، عمان: دار الثقافة للنشر والتوزيع، ص 34.

⁴³ دودين، بشار محمود (2013). الاطار القانوني للعقد المبرم عبر شبكة الانترنت، بيروت: منشورات الحلبي القانونية، ص 73.

⁴⁴ حجازي، عبد الفتاح بيومي (2006). حماية المستهلك عبر شبكة الإنترنت، القاهرة: دار الفكر الجامعي، ص 122.

⁴⁵ نصيرة، خلوي (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 (1/151).

⁴⁸ القانون المدني الأردني رقم (43) لسنة 1976 وتعديلاته، المادة (239).

الوارد في العقد وهنا يتحمل القاضي عبئ إثبات هذا القصد بصورة قاطعة ويبين في أسبابه مبررات الانحراف عن المعنى اللفظي الوارد في العقد، وإن العبارات التي وردت به قد استعملت في معنى مغاير لمعناها الحقيقي مع إيضاح كيفية الوصول إلى استخلاص المعنى الذي قصده الطرفان. ولكن هناك حالات ينشأ فيها تناقض بين العبارات الواضحة في العقد والإرادة الحقيقية فرغم وضوح العبارة إلا أن المتعاقدين أساء استعمال التعبير الواضح، الأمر الذي يؤدي إلى غموض الإرادة، ومن الواضح أن القانونين الأردني والمصري يتفقان 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 الباطنة 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.

وتأسيساً 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 شروطاً تعسفية جاز للمحكمة أن تعدل هذه الشروط أو تعفي الطرف المذعن منها وفقاً لما تقضي به العدالة، ويقع باطلاً كل اتفاق على خلاف ذلك"⁽⁴⁹⁾، حيث أعطت هذه المادة القاضي سلطة يستطيع من خلالها أن يحيي بها المستهلك من الشروط التعسفية التي يفرضها عليه المهنيون المتفوقون عليهم اقتصادياً. وفي هذا المعنى كذلك أشارت المادة (149) من القانون المدني المصري ولم يحدد المشرع الأردني أو المصري المقصود بالشرط التعسفي وإنما تركاً للقاضي الموضوع سلطة مطلقة في قياس مدى التعسف بالنظر إلى ظروف وملابسات كل حالة على حدة وبالنظر إلى الظروف الشخصية لأطراف العقد.

وقد تنبه المشرعين إلى ما قد يلجأ إليه المهنيون من تضمين عقودهم 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، حقاً يتعلق بالنظام العام وضمن بذلك للمستهلك حماية جديدة.

ويرى بعض الفقهاء أن القاضي يملك الحق لتقرير ما إذا كان الشرط تعسفياً ولا معقب لمحكمة النقض على تقديره، ما دامت عبارة العقد تحتل المعنى الذي أخذ به، فإذا عني له شرطاً تعسفياً في عقد إذعان، فيكون له أن يعدله إذا كان من شأن ذلك أن يزيل أثر التعسف، وإلا فيكون له أن يلغيه. وهو في ذلك غير مقيد بحد معين سوى ما تقضيه العدالة⁽⁵⁰⁾.

المطلب الثاني: آليات حماية المستهلك الإلكتروني من الشروط التعسفية

تضمنت أغلب القوانين، ومنها 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، إذا ما تم العقد بطريق الإذعان وتضمن شروطاً تعسفية، أن تعدل من هذه الشروط أو تعفي الطرف المذعن منها وفقاً لمقتضيات العدالة. كما اعتبرت هذه المادة أن أي اتفاق على خلاف ذلك يعد باطلاً. وهذا النص يسري على العقود الإلكترونية إذا ما تضمن العقد شروطاً تعسفية في حق المستهلك، وذلك في الحالات التي يكيف فيها القاضي العقد على أنه من عقود الإذعان، وهو ما يحصل إذا 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 محتكر للسلعة أو الخدمة، وأنه وضع على الموقع شروطاً عامة 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 لملابسات 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 إعفاء المزود من مسؤوليته، كما أجاز للمحكمة إبطال الشروط التعسفية الواردة في العقد المبرم بين المستهلك والمزود أو أن تعدل فيها أو تعفي المستهلك منها، بناء على طلب من المتضرر نفسه أو بطلب من جمعية حماية المستهلك، واعتبرت هذه المادة أن كل اتفاق على خالف ذلك يعد باطلاً⁽⁵²⁾.

⁴⁹ القانون المدني الأردني رقم (43) لسنة 1976 وتعديلاته، المادة (204).

⁵⁰ السنهوري، عبد الرزاق (2000). الوسيط، مصادر الالتزام، ج 1، الإسكندرية: منشأة دار المعارف، ص 250.

⁵¹ زهير، إيمان ومقابلة، نبيل (2021)، نطاق الحماية المدنية للمستهلك الإلكتروني في القانون الأردني، مرجع سابق، ص 53.

⁵² أنظر 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 يفترضها التعاقد الإلكتروني الذي يكون فيه اللاتكافؤ بين المستهلك والمورد واضحاً، ومنها تظهر مبررات تقرير هذا الإعلام كآلية قانونية لإرجاع التوازن المختل بين طرفي 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 تطرق 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: "يهدف 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 الحمائية للمستهلك ملائمة لخصوصيات العقد الإلكتروني لكون المستهلك لا يتوفر 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 وينم هذا الحق عن إعطاء فرصة للمستهلك للتفكير والتمهل 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 غرر أحد العاقدين بالآخر وتحقق أن العقد تم بغبن فاحش كان لمن غرر به 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 المنتج مهما بلغ وصف البائع له من دقة وأمانة. وبالتالي فحق العدول المكفول للمستهلك الإلكتروني هو بمثابة مهلة إضافية للشروع والتدبير 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 يترتب عنه اختلال كبير بين حقوق وواجبات طرفي العقد الإلكتروني على حساب المستهلك، هو شرط تعسفي ينشأ بسبب التعسف أو يسمح بوقوعه.
- يعتبر الشرط تعسفياً عندما تكون الميزة المجحفة التي منحت للمزود نتيجة لتعسفه 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 يلجأ إليها المهني 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 الشرفاوي، 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 وبتحديد معينة (مقيدة) يستطيع من خلالها أن يحمي بها المستهلك من الشروط التعسفية التي يفرضها عليه المهنيون المتفوقون 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 يقصر المشرع الأردني مواجهة الشروط التعسفية على مجال عقود الإذعان، وإنما امتدادها إلى عقود الاستهلاك الإلكترونية، وذلك بهدف حماية الطرف الضعيف (المستهلك) في أي عقد من عقود التجارة الإلكترونية.
- يتوجب إعطاء السلطة التقديرية للقاضي الكاملة بتعديل أو إلغاء الشرط التعسفي.
- تمنى على المشرع الأردني سن أحكام خاصة تمنح المستهلك العدول عن عقود الاستهلاك عموماً التقليدية منها والإلكترونية ضمن القانون الخاص بحماية المستهلك، باعتبار أن الخيار المذكور أصبح حاجة ملحة لحماية رضا المستهلك.
- ندعو إلى وضع لجنة خاصة تعنى بحقوق المستهلك الإلكتروني في الأردن، وتختص 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 بهجت. (2011). *حماية المستهلك من الشروط التعسفية في العقود الإلكترونية*. رسالة ماجستير، كلية القانون، جامعة اليرموك.
3. جميعي، عبد الباسط. (2001). *أثر عدم التكافؤ بين المتعاقدين على شروط العقد*. دار النهضة 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). *الإطار القانوني للعقد المبرم عبر شبكة الانترنت*. منشورات الحلبي القانونية.
7. رباح، غسان. (2006). *قانون حماية المستهلك الجديد، دراسة مقارنة*. منشورات زين الحقوقية.
8. الرفاعي، أحمد محمود. (2001). *الحماية المدنية للمستهلك إزاء المضمون التعاقدية*. دار النهضة العربية، ط4.
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)1.
11. الشرفاوي، القرقار. (2020). *حماية المستهلك الإلكتروني من الشروط التعسفية*. مجلة عدالة للدراسات القانونية والقضائية: (3).
12. بن طاية، زوليخة، ولشهب، حورية. (2020). *الحماية القانونية للمستهلك الرقمي من الشروط التعسفية*. مجلة الباحث للدراسات الأكاديمية: (1)7.
13. عبد الباقي، 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 المسماة، 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 دكتوراة منشورة، جامعة عين شمس.
25. المنزلاوي، صالح جاد. (2011). الحماية القضائية للمستهلك المتعاقد عبر الإنترنت في ضوء أحكام نظام المرافعات الشرعية السعودي. مجلة جامعة الملك سعود: الحقوق والعلوم السياسية، (23).
26. منصور، محمد حسين. (2006). المسؤولية الإلكترونية. دار المعارف للنشر والتوزيع.
27. المومني، عمر حسن (2003). التوقيع الإلكتروني وقانون التجارة الإلكترونية. دار الثقافة للنشر والتوزيع.
28. نصيرة، خلوي (2013). الحماية القانونية للمستهلك عبر الإنترنت، 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 مديناً من مخاطر التعاقد الإلكتروني. مجلة دفاتر السياسة والقانون: (9).

ثانياً: القوانين والتشريعات:

1. القانون المدني الأردني رقم (43) لسنة 1976 وتعديلاته.
2. القانون المدني المصري رقم (131) لسنة 1948 وتعديلاته.
3. قانون المستهلك الفرنسي لسنة 1993.
4. قانون المعاملات الإلكترونية الأردني، رقم (15) لسنة 2015.
5. قانون المعاملات الإلكترونية في إمارة دبي لسنة 2002.
6. قانون تحديد تدابير حماية المستهلك المغربي، رقم 31.08 لسنة 2011.
7. قانون حماية المستهلك الاتحادي لدولة الامارات العربية المتحدة رقم (24) لسنة 2006.
8. قانون حماية المستهلك الأردني رقم (7) لسنة 2017.
9. قانون حماية المستهلك التونسي رقم 117 لسنة 1992.
10. قانون حماية المستهلك المصري رقم 67 لسنة 2006.
11. نظام المعاملات الإلكترونية السعودي، الصادر بقرار مجلس الوزراء رقم 80 وتاريخ 1428/3/7هـ.

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
alrahamnehadam@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 Llmsthk. Mnshah Dar Alm'arf.
2. 'bd Alda'm, Ahmd. (2003). Shrh Alqanwn Almdny, Nzryt Alaltzam, Msadr Alaltzam. Jam't Alkwy.
3. 'bd Alrhmn, Salh Na'l. (1995). Hmayt Almsthk Fy Altsdry' Alardny. M'sst Zhran Lnshr Waltwzy'.
4. 'bdaty, Shms Aldyn. (2011). Alyh Hmayh Almsthk Alelkrwny Fy Almghrb. Almntda Almghrby Llasthkl.
5. Al'bydy, 'ly Hady. (2009). Al'qwd Almsmah, Alby' Waleyjar Wqanwn Almalkyn Walmstajryn, 'man.; Dar Althqafh Lnshr Waltwzy'.
6. 'mran, Alsyd Mhmd. (1999). Hmayh Almsthk Athna' Tkwyn Al'qd. Drash Mqarnh. Mnshah Alm'arf.
7. Dwdyn, Bshar Mhmwd (2013). Alatar Alqanwny Ll'qd Almbrm 'br Shbkh Alantrny. Mnshwrat Alhlby Alqanwny.
8. Ebrahym, Khald Mmdwh. (2006). Ebram Al'qd Alelkrwny. Dar Alfkr Aljam'y.
9. Hdad, 'yd. (2009). Alhmayh Almdnyh Waljna'yh Llmsthk'br Shbkt Alentrnt. Alm'tmr Almgharby Alawl Hwl Alm'lwmatyh Walqanwn, (28-29 Aktwbr), Akadymy Aldrasat Al'lya.
10. Hjazy, 'bd Alftah Bywmy. (2006). Hmayh Almsthk 'br Shbkh Alentrnt. Dar Alfkr Aljam'y.
11. Abw Alhyja', Mhmd Abraham. (2005). 'qwd Altjarh Alelkrwny. Dar Almsyrh Lnshr Waltwzy'.
12. Jradat, Shr Bhjt. (2011). Hmayh Almsthk Mn Alshrwt Alt'sfyh Fy Al'qwd Alelkrwny. Rsalt Majstyr, Klyt Alqanwn, Jam't Alyrmwk.
13. Jmy'y, 'bd Albast. (2001). Athr 'dm Altkaf' Byn Almt'aqdyn 'la Shrw Al'qd. Dar Alnhdh Al'rbyh.
14. Mhmd, Swylm. (2012). Athr Khswsyh Al'qd Alelkrwny 'la Twsy' Alhmayh Almdnyh Llmsthk, Mjlt Alhqwq Wal'lwm Alensanyh.
15. Mhmwd 'bd Allh Dyb. (2009). Hmayh Almsthk Fy Alt'aqd Alelkrwny, Drash Mqarnh. Rsalt Majstyr Ghyr Mnshwrh, Klyt Aldrasat Al'lya, Jam't Alnjah Alwtnyh.

16. Almnzlawy, Salh Jad. (2011). Alhmayh Alqda'yh Llmsthk Almt'aqd 'br Alentrnt Fy Dw' Ahkam Nzam Almraf'at Alshr'yh Als'wdy. Mjlt Jam't Almlk S'wd: Alhqwq Wal'lwm Alsyasyh, (23)2.
17. Mnswr, Mhmd Hsyn. (2006). Alms'wlyh Alelkrwnyh. Dar Alm'arf Llnshr Waltwzy'.
18. Almtalq, Mhmd Fwaz. (2006). Alwjyz Fy 'qwd Altjarh Alelkrwnyh. Dar Althqafh Llnshr Waltwzy'.
19. Almtury, Msa'd Zyd 'bd Allh. (2007). Alhmayh Almdnyh Llmsthk Fy Alqanwnyn Almsry Walkwty. Rsalt Dktwrah Mnshwrh, Jam't 'yn Shms.
20. Almwmy, 'mr Hsn (2003). Altwqy' Alelkrwny Wqanwn Altjarh Alelkrwnyh. Dar Althqafh Llnshr Waltwzy'.
21. Nsyry, Khlwy (2013). Alhmayh Alqanwnyh Llmsthk '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 Llnshr Waltwzy'.
23. Alqysy, 'amr Ahmd. (1998). Alhmayh Alqanwnyh Llmsthk. Rsalt Dktwrah, Klyt Alqanwn.
24. Rbah, Ghsan. (2006). Qanwn Hmayh Almsthk Aljdyd, Drash Mqarnh. Mnshwrat Zyn Alhqwqyh.
25. Alrfa'y, Ahmd Mhmwd (2001). Alhmayh Almdnyh Llmsthk Eza' Almdmwn Alt'aqdy. Dar Alnhdh Al'rbyh, T4.
26. Alrwmy, Mhmd Aryn. (2006). Alnzam Alqanwny Lthkym Alelkrwny, Aleskndryh, Dar Alfkr Aljam'y.
27. Alshrqawy, Alqrqar. (2020). Hmayh Almsthk Alelkrwny Mn Alshrwt Alt'sfyh. Mjlt 'dadh Lldrasat Alqanwnyh Walqda'yh: (3).
28. Bn Tayh, Zwlykhh, Wshhb, Hwryh. (2020). Alhmayh Alqanwnyh Llmsthk Alrqmy Mn Alshrwt Alt'sfyh. Mjlt Albahth Lldrasat Alakademyh: 7(1).
29. Ywsf, Zrwq (2013). Hmayt Almsthk Mdnyan Mn Mkhatr Alt'aqd Alelkrwny. Mjlt Dfatr Alsyash Walqanwn: (9).
30. Zhyr, Eyman Wmqablh, Nbyl. (2021). Ntaq Alhmayh Almdnyh Llmsthk Alelkrwny Fy Alqanwn Alardny. Mjlt Jam't Alzytwnh Alardnyh Lldrasat Alqanwnyh: (2)1.

التعليق على قرار قضائي -توقف عقد الشغل مؤقتاً-

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](https://creativecommons.org/licenses/by/4.0/)

التعليق على قرار قضائي -توقف 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

DOI: <https://doi.org/10.31559/LCJS2022.3.1.6> 2022/4/25 قبول البحث: 2022/4/21 مراجعة البحث: 2022/3/31 استلام البحث:

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 فقهاً وقضاء عدم جواز اتخاذ أي عقوبة تأديبية في حق الأجير أثناء توقف عقد عمله المبرر، فإن فصله خلال الفترة المذكورة يكون فصلاً تعسفياً.

نقض وإحالة

باسم جلالته الملك وطبقاً للقانون

يستفاد من مستندات الملف، ومن القرار المطعون فيه المشار إلى مراجعته أعلاه أن الأجرة (الطالبة) تقدمت بمقالين افتتاحي وإضافي، عرضت فيهما أنها التحقت للعمل لدى شركة (...) (المطلوبة) كإطار مكلفة بالتخطيط منذ 1/9/2001، وأن علاقتها بمشغلها كانت على أحسن ما يرام إلى أن تم تفويت أسهم 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 مسطرة الفصل القانونية، بل وأثناء فترة توقف 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 مكتبها 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 بمقالها. كما تقدمت المشغلة بطلب مضاد لمتمسة الحكم لها بتعويض مسبق مع الأمر بإجراء خبرة لتحديد التعويض عما لحقها من ضرر من جراء تصرفات الأجرة. وبعد تمام الإجراءات، أصدرت المحكمة الابتدائية حكماً قضى في الطلب الأصلي بأداء المدعى عليها للمدعية تعويضات عن الإخطار والفصل والعطلة وكذا الأجرة مع تسليمها شهادة العمل، ويرفض باقي الطلبات وبعدهم 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 وبأداء الأجرة لفائدة المشغلة تعويضات عن الضرر مبلغه 20000 درهم وتأييده في الباقي. وهذا هو القرار المطلوب نقضه من طرف الأجرة.

في شأن الوسيلة الأولى في النقض:

تعيب الطاعنة على القرار عدم الارتكاز على أساس وانعدام التعليل وخرق الفصل 125 من الدستور والفصل 345 من ق م 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 م ينص بدوره على ذلك فيما المادة 32 من مدونة الشغل تنص على ما يلي: "يتوقف عقد الشغل مؤقتًا أثناء: 1-... 2- غياب الأجير لمرض، أو إصابة، يثبتها طبيب إثباتًا قانونيًا...". وأن الثابت من وثائق الملف أنها وعلى إثر التحرش المعنوي والضغط النفسية التي أصبحت تمارس عليها من طرف الرئيس/ المدير العام للمشغلة، أصيبت بأزمة نفسية اضطرتها إلى متابعة العلاج من طرف أخصائي في أمراض الرأس والأعصاب والعلاج النفسي، وهي الأزمة التي تفاقمت بشكل حاد إثر واقعة تكسيره باب مكتبها أثناء إغلاقه وقت استراحة الغذاء واستدعائه الشرطة قصد ترحيها لمجرد أنها قامت بتمزيق مسودات أوراق العمل المستخرجة من النظام المعلومات، وهو ما استدعى نقلها من طرف أفراد أسرتها إلى طبيها المعالج يوم 2013/2/12 الذي سلمها شهادة طبية تؤكد فيها أنها خضعت للعلاج منذ 2012/3/15 بسبب اكتئاب حاد مرتبط بزواج وضغط في العمل، وبأن حالتها الصحية تفاقمت حاليًا وتتطلب توقفًا عن العمل لمدة عشرين يومًا، وهي الشهادة التي بلغتها للمشغلة في نفس اليوم عبر الفاكس والبريد الإلكتروني كما بلغتها في اليوم الموالي أي 2013/2/13 بواسطة مفوض قضائي حسب الثابت من الوثائق المدلى بها، إلا أن المطلوبة في النقض وبالرغم من توصلها بصفة قانونية بالشهادة الطبية المبررة للتوقف عن العمل ابتداء من 2013/2/12 إلى 2013/3/3 أقدمت بتاريخ 2013/2/18 أي داخل فترة العجز المرضي على اتخاذ قرار بفصلها من العمل. وقد ظلت خلال كافة مراحل الدعوى متمسك بأن قرار الفصل كان تعسفيًا لاتخاذها خلال فترة العجز الموقف لعقد الشغل بصريح المادة 32 أعلاه، إلا أن القرار تفادى الإجابة عن الدفع، مع أن المطلوبة في النقض لم تنف إطلاقًا 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 لاتخاذها خلال فترة توقف عقد الشغل التي تغل يد المشغل عن اتخاذ أي تدبير تأديبي في حق الأجير إلى حين انتهاء فترة العجز، فيكون القرار على نحو ما انتهى إليه منعدم التعليل ومشوبًا بخرق المقتضيات المولمًا إليها أعلاه وهو ما يستدعي نقضه.

حيث تبين صحة ما نعته الطاعنة بالوسيلة على القرار، ذلك أن مرض الأجير المثبت قانونيًا يوقف عقد شغله مؤقتًا طبقًا لما تنص عليه المادة 32 من مدونة الشغل. ولما كان الثابت فقها وقضاء عدم جواز اتخاذ أي عقوبة تأديبية في حق الأجير أثناء توقف عقد عمله المبرر؛ فإن فصله خلال الفترة المذكورة يكون فصلًا تعسفيًا. والثابت من وثائق الملف كما هي معروضة على قضاة المحكمة، فإن دفع الطاعنة بمقتضى مقالها الافتتاحي للدعوى يكون فصلها من العمل تم بتاريخ 2013/2/28 أي خلال فترة توقفها بسبب المرض وقد أدلت بشهادة طبية ترخص لها بالتوقف لمدة عشرين يومًا ابتداء من 2013/2/12 وبمحضر منجز من طرف مفوض قضائي يثبت تبليغ 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 صفتها عن ذلك وخوضها في البحث عن الخطأ المنسوب للطاعنة لم تجعل لما انتهت إليه أساسًا قانونيًا وكان قرارها فاسد التعليل المنزل منزلة انعدامه والموجب لنقضه وبغض النظر عما جاء بباقي الوسائل.

لهذه الأسباب

قضت محكمة النقض بنقض القرار المطعون فيه.

وبه صدر القرار وتلي بالجلسة العلنية المنعقدة بالتاريخ المذكور أعلاه بقاعة الجلسات العادية بمحكمة النقض بالرباط. وكانت الهيئة الحاكمة متريكة من رئيس الغرفة السيد محمد سعد جرندي رئيسا، والمستشارين السادة: عبد اللطيف الغازي مقررًا ونزهة 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 مؤقتًا بسبب مرض الأجير والمنصوص عليها في المادة 32 من مدونة الشغل، وتتلخص وقائعها في أن الأجيعة التحقت لدى شركة (أ) كإطار مكلفة بالتخطيط منذ 1/9/2001 ، وأن علاقتها كانت على أحسن ما يرم 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 اضطرتها إلى متابعة العلاج من طرف أخصائي في أمراض الرأس، ونتيجة لواقعة تكسيره لباب مكتبها أثناء إغلاقه وقت استراحة الغذاء واستدعائه للشرطة قصد ترحيها لمجرد 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 بزواج وضغط في العمل، وتضمنت الشهادة أن حالتها الصحية تفاقمت حاليًا وتتطلب توقفًا عن العمل لمدة عشرين يومًا، 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 مسطرة الفصل القانونية، بل وأثناء فترة توقف عقد الشغل مؤقتًا.

وطالبت الأجرة الحكم لها بما هو مسطر بمقالها الافتتاحي والإضافي، كما تقدمت المشغلة بطلب مضاد ملتزمة الحكم لها بتعويض مسبق مع الأمر بإجراء خبرة لتحديد التعويض عما لحقها من ضرر من جراء تصرفات الأجرة، وبعد تمام الإجراءات أصدرت المحكمة الابتدائية حكماً قضى في الطلب الأصلي بأداء المدعى عليها للمدعية تعويضات عن الإضرار 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 وإلغائه كذلك فيما قضى به من عدم قبول الطلب المضاد والحكم تصدياً بقبوله وبأداء الأجرة لفائدة المشغلة تعويضات عن الضرر مبلغه 20000 درهم وبتأيبده في الباقي، وتم نقضه من طرف الأجرة بعيب عدم الارتكاز على أساس وانعدام التعليل وخرق الفصل 125 من الدستور والفصل 345 من 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 نعتته الطاعنة بالوسيلة على القرار حيث إن قرار الفصل كان تعسفياً لاتخاذ 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 فاسد التعليل المنزل منزلة انعدامه والموجب 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 لاتخاذ داخل فترة العجز الصحي؟ وهل القضاء استند إلى نص قانوني صريح واستطاع تفسيره وتطبيقه بما يلائم الوقائع المثارة 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 الاجتهاد 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 مؤقت لعقد الشغل

ثانياً: موقف التشريعات المقارنة من مرض الأجير كسبب مؤقت لعقد الشغل

الفقرة الثانية: توجه الاجتهاد القضائي بالنسبة إلى مرض الأجير كسبب مؤقت لعقد الشغل

أولاً: تكييف وتحليل الرأي الذي اعتمده الحكم محل الطعن.

ثانياً: موقف الاجتهاد القضائي بالنسبة للقرار محل النقض.

الفقرة الأولى: مدى اعتبار مرض الأجير 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 "انتهاء 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 بكفاءته أو بسلوكه... أو تحتمة ضرورة سير المقاوله".

أولاً: موقف الفقه من مرض الأجير كسبب مؤقت لعقد الشغل

إن أسباب توقف عقد الشغل عديدة ومتنوعة، منها ما يعود إلى الأجير، ومنها ما يرجع إلى المشغل، ومنها ما يعزى إلى أسباب لا علاقة لها بطرفي 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 عليها في الفقرة الرابعة من المادة 32² من مدونة الشغل.

¹ عبد اللطيف خالفي - الوسيط في مدونة الشغل- الجزء الأول (علاقات الشغل الفردية) المطبعة والوراقة الوطنية - زنقة أبو عبيدة - الحي المحمدي- مراكش، الطبعة الأولى 2004. ص: 466.

² الجريدة الرسمية عدد 5167 بتاريخ 2003/12/08 الصفحة 3969 ظهر شريف رقم 1.03.194 صادر في 14 من رجب 1424 (11 سبتمبر 2003) بتنفيذ القانون رقم 65.99 المتعلق بمدونة الشغل، جاء في المادة 32: يتوقف عقد الشغل مؤقتاً أثناء:

1. فترة الخدمة العسكرية الإلزامية؛
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 و156 أدناه؛
4. فترة العجز المؤقت الناتج عن حادثة شغل أو مرض مهني؛

حيث يتجه الفقه³، إلى أنه إذا أصيب الأجير بمرض، أو بأية إصابة خارج إطار حوادث الشغل والأمراض المهنية، وأثبت طبيب أيًا منهما إثباتًا قانونيًا، ونجم عن ذلك تغييره عن العمل، فإن عقد شغله يكون موقوفًا خلال مدة التغيب هذه بسبب المرض أو الإصابة التي تمنع المشغل من إنهاء عقده، 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 يومًا متوالية خلال فترة ثلاثمائة وخمسة وستين يومًا، أو إذا فقد الأجير قدرته على الاستمرار في مزاولة شغله، وهذا يفيد أنه، وخلال مدة المائة وثمانين يومًا، لا يكون من حق المشغل إنهاء عقد شغل أجيره المتغيب بسبب المرض غير المهني، أو الإصابة الناجمة عن غير حادث الشغل، تجعل أيًا منهما (العقد موقوفًا خلال مدة تغيب الأجير)، فإن المرض المهني، أو الإصابة الناجمة عن حادث شغل، الذي يكون المشغل مسؤولًا عنهما في إطار ظهير 6 فبراير 1963، كما وقع تعديله بالقانون رقم 18.12⁴ المتعلق بالتعويض عن حوادث الشغل والأمراض المهنية، إذا نجم عن أي منهما عجز مؤقت عن العمل، فإن عقد الشغل يكون خلاله موقوفًا، يمنع على المشغل إنهاؤه، بحيث يكون من حق الأجير الرجوع إلى عمله بعد انتهاء فترة العجز المؤقت⁵.

ويقصد بالمرض المؤقت للأجير المرض غير المهني، والذي يكون لمدة لا تزيد على 180 يومًا متتالية داخل السنة، حيث يتم وقف تنفيذ عقد الشغل وليس إنهاؤه، وكل فصل يتعرض له الأجير خلال هذه الفترة يعتبر تعسفيًا (وهو ما ذهبت إليه محكمة الابتدائية- في هذه القرار محل التعليق-)، أما إذا تجاوز أجل المرض مدة 180 يومًا متتالية داخل السنة، أو كان الأجير مصابًا 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 تثبت ذلك (وهو ما قامت به الأجيبة في هذه النازلة محل التعليق)، بعد أربعة أيام من تغييره عن العمل (الفقرة الأولى من المادة 271). ويتربط عن توقف عقد الشغل بسبب المرض تحلل 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 المصريح به لدى الصندوق الوطني للضمان الاجتماعي الحصول على تعويض على المرض كاجر يومي، طبقًا للفصل 32 من ظهير 27 يوليو 1972.

أجمع الفقه⁶ على أن مرض الأجير سواء أكان حادث شغل أو مرضًا عاديًا، فإنه يوقف عقد الشغل مؤقتًا، وبالتالي فالالتزامات الملقاة على عاتق طرفي عقد الشغل يعلق مؤقتًا، كما اتفق على إثبات المرض بشهادة طبية معترف بها قانونًا، وأي تصرف يصدر من المشغل أثناء هذه الفترة يعد تصرفًا متعسفًا.

ثانيًا: 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 قانونًا للأسباب التالية: عطل مرضية أو ما يماثله كتلك التي ينص عليها التشريع والتنظيم المتعلقين بالضمان الاجتماعي" وحسب تشريع الضمان الاجتماعي فإن العطل المرضية هي التي تمنح للعامل بسبب حالته الصحية البدنية والعقلية كالعجز المؤقت عن العمل أو بسبب حوادث العمل أو الأمراض المهنية ولقد أقر قرار المحكمة العليا رقم 191737 المؤرخ في 2000/04/11 بأن الغياب عن العمل خلال الفترة المرضية، لا يعد إهمالاً لمنصب العمل ولا يؤدي إلى إنهاء علاقة العمل⁷. وما ينفرد به النظام الجزائري في هذا الشأن هو أن العامل الذي ينقطع عن العمل لهذه الأسباب لا يتقاضى أجرًا، بل أداءات يتكفل بها الضمان الاجتماعي بشرط أن يخضع تعليق علاقة العمل في هذه الحالة إلى التصريح الإيجابي بالحالة التي تسببت فيه في ظرف يومين من عرضه على الضمان الاجتماعي، غير أن التصريح إلى المستخدم بسبب التوقف عن العمل، لا يخضع من حيث الأجل التي يجب أن يدلى بها إلى القانون أو التنظيم بل إلى النظام الداخلي أو الاتفاقية الجماعية⁸.

5. فترات تغيب الأجير المنصوص عليها في المواد 274 و275 و277 أذناه:

6. مدة الإضراب:

7. الإغلاق القانوني للمقاولة بصفة مؤقتة.

غير أن عقد الشغل محدد المدة، ينتهي بحلول الأجل المحدد له، بصرف النظر عن الأحكام الواردة أعلاه.

³ عبد اللطيف خالفي - الوسيط في مدونة الشغل- الجزء الأول، ص: 468.

⁴ ظهير شريف رقم 141 190 صادر في 6 ربيع الأول 1436 الموافق ل 29 دجنبر 2014 بتنفيذ القانون رقم 12 18 المتعلق بالتعويض عن حوادث الشغل والأمراض المهنية.

⁵ عبد اللطيف خالفي - الوسيط في مدونة الشغل- الجزء الأول، ص: 469.

⁶ كل من الفقه المغربي والتونسي والأردني والجزائري.

⁷ مشار عليه في مرجع عبد السلام ذيب، قانون العمل الجزائري والتحول الاقتصادي، دار القصة للنشر، الجزائر 2003، الصفحة: 334.

⁸ عبد السلام ذيب، قانون العمل الجزائري والتحول الاقتصادي-مرجع سابق، 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 نزول أحد المستشفيات وبنصف الأجر إذا كان بناء على تقرير لجنة طبية تعتمدها المؤسسة ولم يكن نزول أحد المستشفيات".

إذا 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 سندياً لأحكام قانون العمل الأردني⁹.

في حين ذهب المشرع التونسي في الفصل 20 من مجلة الشغل التونسية إلى أن "يوقف المرض عقد الشغل"، وعبارة بوقف يقصد بها تعليق العقد مؤقتاً لا إنهائه، 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 تسليط عقاب تأديبي على الأجير في صورة ارتكابه لخطأ مهني أثناء تعليق عقد الشغل، ومن بين أهم أثار 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 طالت معالجته وكان بالغ الخطورة وحتمت مصلحة العمل تعويض الأجير بغيره¹⁰.

وبالتالي نلاحظ إجماع التشريعات العربية المقارنة على اعتبار إصابة الأجير بمرض سواء أكان مرضاً مهنيًا أو مرضاً عادياً أثبتته طبيب إثباتاً قانونياً، يوقف عقد الشغل مؤقتاً ويسوغ تعيبيه 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 الاجتهاد القضائي بالنسبة إلى مرض الأجير كسبب موقوف لعقد الشغل

يتطرق القرار الاجتماعي-موضوع التعليق- لسبب من أسباب توقف عقد الشغل مؤقتاً، وهو إصابة الأجير بمرض عادي، والذي أدى إلى توقفها عن تنفيذ التزاماتها تجاه المشغلة، وداخل فترة توقف عقد الشغل قامت المشغلة بفصلها من عملها، مما أدى بالأجير 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 عما لحقها من ضرر من جراء تصرفات الأجير، والحكم على الأجير بأداء تعويضات لفائدة المشغلة (ثانياً) وهو القرار المطلوب نقضه من طرف الأجير.

أولاً: تكييف وتحليل الرأي الذي اعتمده الحكم محل الطعن

حيث إنه بالرجوع إلى القرار -موضوع التعليق- نجد الأجير تعرضت للوعكة الصحية إثر العنف النفسي الذي مارسه عليها المدير العام للشركة يوم 2013/2/11 حينما كسر عليها باب مكتبها 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 الأجير طبقاً للمادة 32 من مدونة الشغل، ويمنع المشغل من إنهاء عقد الشغل خلال هذه المدة وهي (عشرين يوماً) المثبت في الشهادة، فبالرغم من توصل المشغلة بالشهادة الطبية بواسطة الفاكس والبريد الإلكتروني في اليوم نفسه، انتهى الأمر بطرد الأجير خلال شهر فبراير 2013 دون مسوغ ودون سلوك مسطرة الفصل القانونية، بل وأثناء توقف عقد الشغل مؤقتاً، وبالتالي يمكن اعتبار هذا الفصل تعسفياً في حق الأجير، 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-الأجير- 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 تسوغ 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 الوسيط في قانون العمل التونسي-المدخل إلى تشريع العمل -علاقات العمل الفردية، الجزء الأول، 1985، الصفحة: 103.

¹¹ عبد اللطيف كرازي -شرح قانون الشغل المغربي - المطبعة والوراقة الوطنية، مراكش، الطبعة الأولى 2020، الصفحة: 102-103.

أن العمل القضائي اضطلع بدور مهم في سبيل الحفاظ على حقوق الأجير، وذلك من خلال التعامل مع موضوع الفصل التعسفي بشكل مرن، وتكييف عدة حالات يتجاوز فيها المشغل سلطته أو يخرق إجراءً مقررًا لمصلحة الأجير، على أنها فصلًا تعسفيًا مع ترتيب الآثار القانونية على ذلك.

ثانيًا: موقف الاجتهاد القضائي بالنسبة للقرار محل النقض

إن الحكم الذي أصدرته محكمة الابتدائية هو المطعون فيه لدى محكمة الاستئناف، وقضت فيه هذه الأخيرة بإلغائه فيما قضى به من تعويضات لفائدة الأجير عن الإخطار والفصل والضرر والحكم من جديد برفض طلب الأجير والحكم تصدياً بقبول الطلب المضاد للمشغلة والحكم على الأجير بأداء لفائدة المشغلة تعويضات عن الضرر مبلغه 20000 درهم وبتأييد في الباقي. وهذا الأخير تم نقضه من طرف الأجير لدى محكمة النقض، وعابت عليه أنه لم يرتكز على أساس ومنعدهم التعليق وخرقه للفصل 125 من الدستور والفصل 345 من م م م، والمادة 32 من م ش، وقضت محكمة النقض: في شأن الوسيلة الأولى، بصحة ما نعتته الطاعنة (الأجير) بالوسيلة على القرار حيث ظلت خلال كافة مراحل الدعوى تتمسك بأن قرار الفصل كان تعسفيًا لاتخاذ داخل فترة العجز المؤقت لعقد الشغل بصريح المادة 32 من م ش، إلا أن القرار الاستئنائي تفادى الإجابة عن الدفع، وانتقل إلى مناقشة الخطأ المزعوم ارتكابه من طرف الأجير، والحال أن الطرد الذي تعرضت له الأجير هو طرد تعسفي لاتخاذ خلال فترة توقف عقد الشغل، وبما أن المطلوبة في النقض (المشغلة) لا تنفي إطلاقًا توصيلها بالشهادة الطبية، وبما أن تبليغ هذه الشهادة تم بالوسائل القانونية المقررة في قانون المسطرة المدنية، ويعاب عليها أنها استبعدت هذا الدفع المثار من طرف (الأجير) مما له من تأثير حاسم في مسار الدعوى، وهو ما كان يقتضي الرد عنه من طرف محكمة الاستئناف، وبالتالي تكون الأجير احترمت مقتضيات المادة 271 من م ش التي توجب على الأجير تسويق غيابه وإشعار مشغله خلال 48 ساعة الموالية لذلك، وهو ما نجده في-القرار محل التعليق- حيث ثم اثبات توصيل المشغلة بالشهادة الطبية في اليوم نفسه الذي توقفت فيه الأجير عن عملها عندما تم نقلها من طرف أسرتهما إلى طبيعتها المعالج يوم 13/2/2013 وبلغتها عبر الفاكس والبريد الإلكتروني، كما بلغت في اليوم الموالي 2013/2/13 بواسطة المفوض القضائي، إلا أن المشغلة وبالرغم من توصيلها بصفة قانونية بالشهادة الطبية المبررة للتوقف عن العمل ابتداء من 2013/3/12 إلى 2013/3/3 وداخل فترة العجز المرضي أقدمت المشغلة بتاريخ 2013/2/18 على اتخاذ قرار بفصلها عن العمل بغض النظر عن عدم احترامها لمسطرة الفصل المنصوص عليها في المادة 62 من مدونة الشغل.

وبالتالي يعتبر هذا الفصل الذي تعرضت له الأجير طردًا تعسفيًا لاتخاذ 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 تجعل له أساسًا قانونيًا، وهو ما قضت به محكمة النقض أن قرارها فاسد التعليق المنزل منزلة انعدامه الموجب لنقضه.

وهو التوجه نفسه الذي قضى به المجلس الأعلى (محكمة النقض حاليًا) في قرار صادر له قرار عدد 999 بتاريخ 1989/6/5 إلى اعتبار إصابة الأجير بمرض لا يبرر مشغله بفصله عن العمل¹²، ومن ثم يكون تعليق محكمة الموضوع غير سليم، وبالمقابل نقض الطاعنة وقرار محكمة النقض قد صادف الصواب وهو بذلك، يساير اجتهاداته السابقة مثل ما تمت الإشارة إليه في القرار السالف.

وخلاصة القول، فإن القرار موضوع التعليق واستنادًا للعلل والاعتبارات الواقعية التي كانت سببًا 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 النزالة أعلاه (الأجير) يكون بتوجهه وحيثياته، قد صادف الصواب في منطوقه واعتمد حيثيات بحجية قانونية وحمولة حقوقية جديدة بالتنويه.

¹² قرار عدد 999 بتاريخ 1989/6/5 -ملف اجتماعي عدد 9/81/88 صادر عن العرفة الاجتماعية (المجلس الأعلى- محكمة النقض حاليًا) .

المراجع:**أولاً: نصوص قانونية:**

1. القانون رقم 65.99 المتعلق بمدونة الشغل.
2. القانون رقم 18 12 المتعلق بالتعويض عن حوادث الشغل والأمراض المهنية.

ثانياً: الكتب:

1. خالفي، عبد اللطيف. (2004). *الوسيط في مدونة الشغل-الجزء الأول(علاقات الشغل الفردية)*. المطبعة والوراقة الوطنية -زنقة أبو عبيدة - الحى المحمدي، الطبعة الأولى.
2. ذيب، عبد السلام. (2003). *قانون العمل الجزائري والتحويلات الاقتصادية*. دار القصبية 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

